

บทที่ 3

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิด ลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายต่างประเทศ กับกฎหมายประเทศไทย และวิเคราะห์เปรียบเทียบ

ในส่วนนี้ผู้เขียนทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การศึกษาข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย ตามลำดับ ซึ่งการศึกษาทั้งสามส่วนในบทที่ 3 นี้ สามารถใช้เป็นฐานสำหรับการวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป ดังนี้

3.1 ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกรอบของความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความตกลงแบบทวิภาคีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นมีข้อตกลงอยู่หลายฉบับ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาสาระนิพจน์นี้มิได้ประสงค์จะวิเคราะห์ถึงข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมด แต่จำกัดอยู่เพียงการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญบางฉบับ โดยผู้เขียนศึกษาถึงข้อตกลงตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อนี้

3.1.1. ข้อตกลงตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) หรือที่บุคคลทั่วไปเรียกว่า Berne Convention เป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นในปีค.ศ. 1886 อนุสัญญากรุงเบอร์ลินมีการแก้ไขปรับปรุงอยู่หลายครั้งครั้งแรกในปี ค.ศ. 1896 ณ กรุงปารีส ต่อมามีการแก้ไขปี ค.ศ. 1908 ณ กรุงเบอร์ลิน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในปี ค.ศ. 1928 ณ กรุงโรม สาธารณรัฐอิตาลีในปี ค.ศ. 1948 ณ กรุงบรัสเซลส์ ราชอาณาจักรเบลเยียม ปี ค.ศ. 1967 ณ กรุงสตอกโฮล์ม ราชอาณาจักรสวีเดน

และปี ค.ศ. 1971 ณ กรุงปารีส¹ โดยในครั้งแรกอนุสัญญาฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานวรรณกรรมและศิลปกรรม อันมีมูลฐานมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ และปัญหาการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศย่อมมีเขตอำนาจศาล เพื่อขจัดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศของตนเท่านั้น แต่ในเวลาเดียวกันงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นอาจถูกละเมิดลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ ซึ่งผู้สร้างสรรค์ไม่อาจดำเนินคดีกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ด้วยเหตุนี้ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปจึงร่วมตัวกันก่อตั้งอนุสัญญากรุงเบอร์นขึ้น

อนุสัญญากรุงเบอร์นได้ก่อตั้งสหภาพเบอร์น (Berne Union) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน² อนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดมาตรการการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน มาตรฐานการคุ้มครองนี้รวมถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักดินแดนของการคุ้มครอง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ขอบเขตของสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีตามกฎหมาย ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ การกำหนดสิทธิขั้นต่ำ อายุการคุ้มครอง เป็นต้น³

ด้วยความคิดพื้นฐานและจุดมุ่งหมายประการสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์น คือการสร้างระบบกฎหมายลิขสิทธิ์สากล ซึ่งผู้สร้างสรรค์ทุกชาติจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของทุกประเทศ ประกอบกับการพัฒนาอนุสัญญากรุงเบอร์นที่สืบต่อกันมายาวนาน ทำให้อนุสัญญากรุงเบอร์นมีหลักพื้นฐานที่สำคัญ ดังนี้

1) หลักปฏิบัติอย่างคนชาติตามอนุสัญญากรุงเบอร์น (National Treatment)

หลักปฏิบัติอย่างคนชาติตามอนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่งานลิขสิทธิ์ของคนชาติแห่งรัฐภาคีอื่น หากได้สร้างสรรค์งานในประเทศภาคีแห่งสหภาพเบอร์น โดยการให้ความคุ้มครองต้องมีมาตรฐานระดับเดียวกับที่คุ้มครองคนชาติของตนเอง โดยหลักการนี้เป็นผลมาจากการรับรองว่าสิทธิตามลิขสิทธิ์จะมีอยู่อย่างจำกัดภายใต้

¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2560). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 130.

² กฤตภาส ตั้งสมบุรณ์. (2552). *ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 21.

Berne Convention. Article 1 “The countries to which this Convention applies constitute a Union for the protection of the rights authors in their Literary and artistic works”

³ จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2559). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ:นิติธรรม. หน้า 23.

หลักดินแดนแห่งรัฐ (Territoria Principle) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในข้อ 5 (1) ภายใต้หลักดินแดนแห่งรัฐ ที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นคนชาติแห่งประเทศภาคีแห่งสหภาพเบอร์น์ไม่ว่าจะมีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือไม่ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศภาคีทุกประเทศตาม⁴ ข้อ 3 (1) (a) หากผู้สร้างสรรค์ซึ่งมิได้เป็นคนชาติของประเทศภาคีแห่งสหภาพเบอร์น์แต่มีงานลิขสิทธิ์นั้น ได้มีการประกาศโฆษณาครั้งแรกในประเทศภาคี หรือประกาศโฆษณานอกประเทศภาคีพร้อมกันกับประกาศโฆษณาในประเทศภาคีแห่งสหภาพเบอร์น์ ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้⁵ ตามข้อ 3 (1)(b) หากมีการโฆษณางานภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้มีการโฆษณางานประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเบอร์น์⁶ ตามข้อ 3 (4)⁷ อย่างไรก็ตาม ใดก็ดี หากผู้สร้างสรรค์ซึ่งไม่มีสัญชาติของประเทศภาคีแต่หากเคยมีภูมิลำเนาในประเทศภาคีนั้นถือว่าได้รับความคุ้มครองเช่นกันตามข้อ 3 (2)⁸

2) หลักสิทธิขั้นต่ำ (Minimum Rights)

หลักสิทธิขั้นต่ำ เป็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์น์ โดยประเทศภาคีทุกประเทศจะต้องออกกฎหมายภายในประเทศของตน ภายใต้หลักการที่ว่า ประเทศภาคีต้องให้คุ้มครองภายใต้กฎหมายภายในแห่งประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด แม้ผู้สร้างสรรค์มิใช่คนชาติของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดแห่งงานก็ต้องให้ความคุ้มครองไม่น้อยกว่ามาตรฐานที่อนุสัญญา

⁴ Berne 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. อังโน จุมพล ภิภู โยธินวิวัฒน์. (2552). *หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 190.

⁵ Berne Convention. Article 3 (1) (a) The protection of this Convention shall apply to authors who are nationals of one of one of the countries of the Union, for their works, whether published or not. อังโน เรื่องเดียวกัน. หน้า 190.

⁶ Berne Convention. Article 3 (1) (b) The protection of this Convention shall apply to 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. อังโน เรื่องเดียวกัน. หน้า 190.

⁷ Berne Convention. Article 3 (4) A work shall be considered as having been published simultaneously in several countries if it has been published in two or more countries within thirty days of its first publication. อังโน เรื่องเดียวกัน. หน้า 190.

⁸ Berne Convention. Article 3 (2) Authors who are not nationals of one of the countries of the Union but who have their habitual residence in one of them shall, for the purposes of this Convention, be assimilated to nationals of that country. อังโน เรื่องเดียวกัน. หน้า 190.

กรุงเบอร์ลินกำหนดไว้ แต่อาจให้ความคุ้มครองที่สูงกว่าได้ตามข้อ 5 (3) โดยงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำนี้ ให้รวมถึงการผลิตงานวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ ศิลปะศาสตร์ ไม่ว่าจะแสดงออกมาในรูปแบบใด⁹

3) หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติและปราศจากแบบพิธี (Protection Without Formalities)

หลักการนี้ เป็นหลักปฏิบัติของประเทศสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่ว่า ลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิด (Country of Origin) ซึ่งเป็นภาคีสภาพเบอร์ลิน จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นทันทีโดยปราศจากพิธี เงื่อนไข หรือข้อผูกพันใดๆ ไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้มีการจดทะเบียน หรือกำหนดให้ใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใดๆ เพื่อแสดงถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁰

4) หลักการคุ้มครองโดยอิสระ (Principle of Independent of Protection)

ประเทศสมาชิกพึงให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ประเทศภาคีอื่นๆ โดยการให้ความคุ้มครองนี้ไม่ต้องพิจารณาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีอื่นๆ จะได้รับความคุ้มครองโดยสมบูรณ์จากประเทศแหล่งกำเนิดหรือไม่ หรืออาจกล่าวได้ว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีหนึ่งอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศภาคีอื่นได้ แม้ว่าจะงานชิ้นนั้นอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศที่แหล่งกำเนิดมาก่อนก็ได้¹¹

จากหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนสามารถสรุปได้ว่า หลักการสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน คือ การสร้างความตกลงระหว่างประเทศขึ้นมารองรับและคุ้มครองสิทธิผูกขาด (Monopoly Right) ให้แก่งานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยการกำหนดมาตรฐานให้มีการให้การคุ้มครองในแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกัน

⁹ Berne Convention. Article 5 (3) Protection in the country of origin is governed by domestic law. However, when the author is not a national of the country of origin of the work for which he is protected under this Convention, he shall enjoy in that country the same rights as national authors. อ้างใน กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์. (2552). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 23.

¹⁰ Berne 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. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 23.

¹¹ Berne Convention. Article 4 Such enjoyment and such exercise are independent of the existence of protection in the country of origin of the work. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

สำหรับสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการบังคับสิทธิที่ขึ้นอยู่กับอยู่ในบทบัญญัติส่วนแรกของอนุสัญญากรุงเบิร์นตั้งแต่ข้อ 1 ถึง 19 ซึ่งเป็นส่วนบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานของเงื่อนไขการคุ้มครองและขอบเขตการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมประเภทต่างๆ รวมถึงตลอดถึงรายละเอียดของการกำหนดสิทธิที่ผู้สร้างสรรค์งานจะได้รับค่าตอบแทนจากผู้อื่นที่นำงานวรรณกรรมและศิลปกรรมใช้ประโยชน์

3.1.2 ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs)

ข้อตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) เป็นความตกลงสืบเนื่องมาจากการเจรจาการค้าพหุภาคีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยศุลกากรและการค้า (The General Agreement of Tariffs and Trade: GATT) ณ เมืองปุนต้า เดล เอสเต้ (Punta Del Declaration) ประเทศอูรuguay เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1986 โดยประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นประเทศอุตสาหกรรมให้เหตุผลว่าทรัพย์สินทางปัญญามีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของตน เนื่องจากเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันในตลาดการค้าโลก แต่ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีฐานะเป็นผู้ตามในด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมักนำเอาเทคโนโลยี และทรัพย์สินทางปัญญาที่คิดค้นได้โดยวิสาหกิจของประเทศที่พัฒนาแล้วไปใช้ โดยไม่ขออนุญาตและไม่เสียค่าตอบแทน มีผลทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วเสียเปรียบ และเห็นว่าหลายประเทศควรมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอด้วย

ในระยะแรกประเทศที่กำลังพัฒนาได้มีการคัดค้านการผนวกเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาในการเจรจาการค้า โดยเห็นว่า GATT ไม่มีขอบอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หากแต่เป็นหน้าที่ของ WIPO มากกว่า และการนำเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาในการเจรจานี้ น่าจะเป็นการได้เปรียบและเป็นประโยชน์ต่อประเทศที่พัฒนาแล้วแต่ฝ่ายเดียวมากกว่าประเทศที่กำลังพัฒนา เนื่องจากประเทศที่กำลังพัฒนาอาจต้องเสียค่าตอบแทนในจำนวนที่สูงให้แก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศต่างยอมรับให้รวมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในการเจรจาการค้าของ GATT โดยเหตุผลหลักที่ว่าการที่จะสร้างมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำ (Minimum Standards) และกระบวนการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Procedures) ขึ้นมาน่าจะป้องกันการใช้มาตรการฝ่ายเดียวจากประเทศคู่ค้าซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ดังนั้น อาจถือได้ว่า TRIPs ได้เกิดขึ้นจากความพยายามพอสมควรตั้งแต่ ค.ศ. 1986 จนกระทั่งสำเร็จเป็นข้อตกลงฉบับสมบูรณ์เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 และข้อตกลง

ฉบับดังกล่าวก็เป็นการนำไปสู่การจัดตั้งองค์การการค้าโลก (The World Trade Organization หรือ WTO) ซึ่งได้มีการผนวกรวมความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPs) ไว้ด้วย¹²

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือ TRIS Agreement เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ความตกลงฉบับนี้เกิดขึ้นจากความปรารถนาของบรรดาประเทศสมาชิกที่ต้องการลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศและคำนึงถึงความจำเป็นที่จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทำให้มั่นใจว่ามาตรการและวิธีดำเนินการที่ใช้บังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่กลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าโดยชอบธรรม ความตกลงทริปส์จึงเป็นบทบัญญัติที่รองรับพันธกรณีที่บรรดาประเทศภาคีสมาชิกแห่งองค์การการค้าโลก (World Organization) มีต่อกันตามอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยประเทศสมาชิกจำต้องอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ในลักษณะที่มีการคุ้มครองสูงกว่าที่กำหนดไว้ในความตกลงนี้ก็ได้แต่ต้องไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้ตามความตกลงทริปส์ ข้อ 1.1¹³ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความคุ้มครองและบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะที่เป็นไปเพื่อสนับสนุนหรือส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี การถ่ายทอดและการเผยแพร่เทคโนโลยีที่เอื้ออำนวยประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้เป็นเจ้าของผลงานและผู้ใช้เทคโนโลยีในลักษณะที่เอื้ออำนวยประโยชน์ทางสังคมและประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจอันเป็นการสร้างคุณภาพแห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับพันธกรณีตามข้อ 7¹⁴

¹² ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 131.

¹³ TRIPs Agreement. Article 1.1 Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of Agreement within their own legal system and practice. อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบงม. (2559). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 37.

¹⁴ TRIPs Agreement. Article 7 The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and user of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations. อ้างใน ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง. (2556). เอกสารหลักสูตรประกาศนียบัตรผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง รุ่นที่ 2. กรุงเทพฯ:ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ หน้า 51.

ความตกลงทริปส์กำหนดหลักการพื้นฐานที่ใช้ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

1) หลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment)

หลักการนี้ถือเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายๆ ฉบับ อาทิ อนุสัญญากรุงเบอร์น และหลักการนี้เป็นหลักพื้นฐานของความตกลงทริปส์โดยบทบัญญัติในข้อ 3.1¹⁵ บัญญัติให้สมาชิกแต่ละรายต้องให้คนชาติของประเทศสมาชิกอื่นได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้กับคนชาติของประเทศตนเอง ในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้ข้อยกเว้นซึ่งได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส (ค.ศ. 1967) อนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ. 1971) อนุสัญญากรุงโรม หรือสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องเกี่ยวกับวงจรรวม ตามลำดับ ในส่วนที่เกี่ยวกับนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น พันธกรณีนี้ใช้ได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิที่กำหนดไว้ในความตกลงนี้เท่านั้น สมาชิกใดที่ใช้ประโยชน์จากความเป็นไปได้ตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 6 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ. 1971) หรือ (1)(ข) ของข้อ 6 ของอนุสัญญากรุงโรม จะทำคำแจ้งตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติเหล่านั้นไปยัง คณะมนตรีทริปส์

หลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญหลักหนึ่งที่เป็นการประกันว่าคนชาติของรัฐหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองในรัฐอีกรัฐหนึ่งอย่างคนชาติของตน ซึ่งเป็นการป้องกันการเลือกปฏิบัติของรัฐหนึ่งต่อคนชาติของรัฐอื่นเช่นเดียวกับอนุสัญญาเบอร์น

อย่างไรก็ดี ความตกลงทริปส์ได้บัญญัติข้อยกเว้นของหลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ไว้ในข้อ 3.2¹⁶ โดยประเทศสมาชิกใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นในข้อ 3.1 เกี่ยวกับ

¹⁵ TRIPs Agreement. Article 3.1 Each member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection (3) of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. In respect of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, this obligation only applies in respect of the rights provided under this Agreement. Any Member availing itself of the possibilities provided in Article 6 of the Berne Convention (1971) or paragraph 1 (b) of Article 16 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the Council for TRIPs. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 49.

¹⁶ TRIPs Agreement. Article 3.2 Members may avail themselves of the exceptions permitted under paragraph 1 in relation to judicial and administrative procedures, including the designation of an address for service or the appointment of an agent within the jurisdiction of a Member, only where such exceptions are necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement

กระบวนการทางศาลและด้านบริหาร รวมไปถึงการกำหนดที่อยู่สำหรับการส่งหมาย การติดต่อ หรือแม้แต่การตั้งตัวแทนภายในเขตอำนาจของสมาชิกก็ได้ เพียงแต่ข้อยกเว้นดังกล่าวจำเป็นต้องเป็น หลักประกันการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับซึ่งไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงนี้ ตลอดจนการปฏิบัตินั้นต้องไม่ก่อให้เกิดข้อจำกัดทางการค้าที่แอบแฝงอยู่ด้วย

2) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured National Treatment: MFN)

ก่อนข้อตกลงทริปส์จะมีขึ้นนั้น ข้อตกลงในเรื่องนี้เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่ใช้ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favoured National Treatment: MFN) เพื่อให้ประเทศภาคีของข้อตกลงนั้นมีอิสระที่จะทำความตกลงให้สิทธิกับประเทศอื่นเป็น กรณีพิเศษต่างจากประเทศภาคีอื่นได้ ข้อตกลงทริปส์ได้กำหนดให้ประเทศภาคีของ WTO ผูกพัน ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง โดยกำหนดว่าการที่ประเทศภาคีหนึ่งจะให้สิทธิ ในทางคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและคนชาติของประเทศใดๆแล้ว ก็จะต้องให้สิทธิเช่นเดียวกันนั้น กับคนชาติของประเทศภาคีอื่นด้วยโดยพลัน และโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าประเทศ ที่เป็นภาคีของข้อตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่นมาก่อน อาทิ Paris Convention หรือ Berne Convention ซึ่งไม่อยู่ภายใต้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งเมื่อมาเป็นภาคี ของข้อตกลงทริปส์แล้ว ก็ต้องผูกพันตามหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ด้วย ซึ่งจะทำให้การปฏิบัติมีผลแตกต่างกันไปจากเดิม กล่าวคือ การให้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับความ คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ประเทศใดๆ ไม่ว่าจะเป็ภาคีสมาชิกของข้อตกลงเดียวกันหรือไม่ นั้น จะมีผลผูกพันให้ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นเดียวกันนั้นแก่ทุกประเทศที่เป็นภาคีข้อตกลงทริปส์ โดยอัตโนมัติ¹⁷

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความคุ้มครองยิ่ง เป็นหลักเกณฑ์ที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติ ข้อ 4¹⁸ เป็นการให้ความช่วยเหลือด้านต่างๆ อาทิ การช่วยเหลือทางศาล หรือการบังคับใช้กฎหมาย

and where such practices are not applied in a manner which would constitute a disguised restriction on trade. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 49.

¹⁷ จักรกฤษณ์ ควรพจน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 56.

¹⁸ TRIPs Agreement. Article 4 With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members. Exempted from this obligation are any advantage, favour, privilege or immunity accorded by a Member:

(a) Deriving from international agreements on judicial assistance or law enforcement of a general nature and particularly confined to the protection of intellectual property;

และการปฏิบัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ บรรดาข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันใดๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเภทภาคีสมาชิกทั้งหลายให้แก่คนในชาติของประเทศอื่น คนชาติของประเทศภาคีอื่นทั้งปวงจะได้รับด้วยทันทีและไม่มีเงื่อนไขเช่นกัน

ข้อยกเว้นจากพันธกรณี ได้แก่ ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันใดๆ ที่สมาชิกใดๆ ให้แก่คนชาติของประเทศอื่นใดคนชาติของสมาชิกอื่นทั้งปวงจะได้รับด้วยโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข ข้อยกเว้นจากพันธกรณีนี้ ได้แก่ ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันใดๆ ที่ให้โดยสมาชิกซึ่ง

(A) เกิดจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความช่วยเหลือทางศาล หรือการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะทั่วไป และมีได้จำกัดอยู่ในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ

(B) ให้โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ (ค.ศ. 1971) หรืออนุสัญญากรุงโรม ที่อนุญาตว่าการประติบัติหน้าที่ให้นี้มีใช้เรื่องการประติบัติเยี่ยงคนชาติ แต่เป็นเรื่องของการประติบัติที่ให้ในประเทศอีกประเทศหนึ่ง

(C) เกี่ยวกับสิทธินักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้ภายใต้ความตกลงนี้

(D) เกิดจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีผลใช้บังคับก่อนความตกลงดับลิวท์ไอมีผลใช้บังคับ โดยมีเงื่อนไขว่าคณะมนตรีทริพส์ได้รับแจ้งให้ทราบถึงความตกลงดังกล่าว และไม่ก่อให้เกิดการเลือกประติบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลต่อคนชาติของสมาชิกอื่นๆ

(b) Granted in accordance with the provisions of the Berne Convention (1971) or the Rome Convention authorizing that the treatment accorded be a function not of national treatment but of the treatment accorded in another country;

(c) In respect of the rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations not provided under this Agreement;

(d) Deriving from international agreement related to the protection of intellectual property which entered into force prior to the into force of the WTO Agreement, provided that such agreements are notified to the Council TRIPS and do not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination against nationals of other Members. อ้างใน ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง. (2556). อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 14. หน้า 56.

3) มาตรการคุ้มครองการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ตามข้อตกลงทริปส์ (TRIPs)

มาตรการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาตามข้อตกลงทริปส์เป็นมาตรการที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้อำนาจศาลให้ออกคำสั่งเพื่อให้บุคคลหยุดกระทำละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้น โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองดังกล่าวได้บัญญัติได้ในข้อ 44 (1) ว่าศาลมีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งเพื่อให้บุคคลยังงจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เป็นช่องทางเข้าสู่อำนาจทางการค้าของสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาจากจากพิธีศุลกากร¹⁹ และบทบัญญัติข้อที่ 50 (1)(a) ได้ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นจากการนำเข้าสินค้า ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เป็นช่องทางการค้าในอำนาจของศุลกากรพิธีศุลกากรทันที²⁰

4) การเยียวยาความเสียหายทางแพ่งตามข้อตกลงทริปส์ (TRIPs)

ในการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เจ้าของสิทธิย่อมใช้มาตรการทางแพ่งในการเยียวยาความเสียหาย ได้แก่ การเรียกร้องค่าเสียหายซึ่งแบ่งออกเป็น ค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น ค่าเสียหายจากการคิดกำไร ค่าเสียหายที่กำหนดไว้แน่นอนตามกฎหมาย นอกจากนี้ค่าเสียหายดังกล่าวแล้ว เจ้าของสิทธิ์สามารถเยียวยาความเสียหายประการอื่นได้อีก ดังนี้

1. คำสั่งให้ยุติการละเมิด ซึ่งความตกลงทริปส์ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการสั่งให้ผู้กระทำละเมิดยุติการละเมิดได้ตามที่ระบุไว้ในความตกลงทริปส์ ข้อ 44 (1)

2. คำสั่งให้จำหน่ายหรือทำลายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ วัสดุและอุปกรณ์ที่มีส่วนสำคัญในการผลิตสินค้าละเมิดตามทีระบุไว้ในความตกลงทริปส์ ข้อ 46²¹ นอกจากนี้ในการพิจารณาค่าขอให้

¹⁹ TRIPs Agreement. Article 44 (1) “The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, their alia to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, immediately after customs clearance of such goods.” อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 81.

²⁰ TRIPs Agreement. Article 50 (1) (a) The judicial authorities shall have the authority to order prompt and effective measures:

(a) to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring and in particular to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of go including imported goods immediately after customs clearance. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 84.

²¹ TRIPs Agreement. Article 46 In order to create an effective deterrent to infringement, judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of

คำนึงถึงสัดส่วนความร้ายแรงของการละเมิดกับการเยียวยาความเสียหายที่สั่งให้ใช้ รวมทั้งผลประโยชน์ของบุคคลที่สาม และในการนี้หากผู้ขอได้กระทำการโดยไม่ชอบ ศาลมีอำนาจสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา รวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความด้วยตามที่ระบุไว้ในความตกลงทริปส์ ข้อ 48 (1)²² และเพื่อให้กระบวนการเป็นธรรม เจ้าของสิทธิ์ย่อมร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำหน่ายหรือทำลายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลอาจมีคำสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์ชดใช้ค่าเสียหายที่เพียงพอแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หากเจ้าของสิทธิกระทำโดยไม่ชอบ

3. คำสั่งให้แจ้งบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และช่องทางในการจำหน่ายซึ่งความตกลงทริปส์ให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้แจ้งบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นช่องทางในการจำหน่ายหากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ร้ายแรง ตามที่ระบุในข้อตกลงทริปส์ ข้อ 47²³

any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account. In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 84.

²² TRIPs Agreement. Article 48 (1) The judicial authorities shall have the authority to order a party whose request measures were taken and who has abused enforcement procedures to provide to a party wrongfully enjoined or restrained adequate compensation for the injury suffered because of such abuse. The judicial authorities shall also have the authority to order applicant to pay the defendant expenses, which may include appropriate attorney's fees. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 83.

²³ TRIPs Agreement. Article 47 Member may provide that the judicial authorities shall have the authority, unless this would be out of proportion to the seriousness of the infringement, to order the infringer to inform the right holder of the identity of third persons involved in the production and distribution of the infringing goods or services and of their channels of distribution. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 83.

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการ ในการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ผู้เขียนเลือกศึกษาจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) เนื่องจาก สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีรากฐานแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์มายาวนาน ประเทศแคนาดา เป็นประเทศที่มีมาตรการทางกฎหมายสำหรับแก้ไขปัญหาความรับผิดของผู้ให้บริการ กรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากสหรัฐอเมริกา สำหรับสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) นั้น เนื่องจากประเทศไทยได้นำหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) มาเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2) มาตรา 32/3 นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ยังเป็นประเทศต้นแบบของการตรากฎหมายในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ อีกทั้งยังได้มีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยและมีความสอดคล้องกับเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง จึงเป็นกรณีที่ควรจะนำกฎหมายของประเทศดังกล่าวมาทำการศึกษาดังต่อไปนี้

3.2.1 สหรัฐอเมริกา

ในปี ค.ศ. 1998 สภากองเกรสได้มีมติออกกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเริ่มมีผลในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2543 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ทันสมัยสอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีทางด้านอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์จากปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ อีกทั้ง ยังคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต

สหรัฐอเมริกาได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดิจิทัลสหัสวรรษ ค.ศ. 1998 (The Digital Millennium Copyright Act) ซึ่งปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (Title 17 of the United States Code) ในลักษณะที่ 2 (Title II) ว่าด้วย กฎหมายยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act) โดยมาตรา 512 ได้ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ดังนี้

3.2.1.1 ความหมายของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกากำหนดการเป็นผู้ให้บริการ จะต้องเป็นผู้ให้บริการตามที่ระบุไว้โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทดังนี้²⁴

ความหมายของผู้ให้บริการประเภทแรก ผู้ให้บริการหมายถึง ผู้ให้บริการในการส่งข้อมูลหรือจัดให้มีการเชื่อมโยงข้อมูลออนไลน์ระหว่างจุดใดจุดหนึ่งที่ถูกเลือกโดยผู้ให้บริการไปยังจุดใดจุดหนึ่งที่ผู้ให้บริการเลือก โดยคำนิยามส่วนนี้จะนำมาใช้เฉพาะกรณีการพิจารณาเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดชอบการสื่อสารชั่วคราว (Transitory Communications) เท่านั้น

ความหมายของผู้ให้บริการประเภทที่สอง ผู้ให้บริการหมายถึง ผู้จัดเตรียมให้บริการออนไลน์ การเข้าถึงระบบเครือข่าย หรือผู้อำนวยการความสะดวกในการให้บริการดังกล่าว โดยคำนิยามข้อนี้จะนำมาใช้พิจารณาเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดชอบอื่นนอกจากกรณีการสื่อสารชั่วคราว

ผู้ให้บริการดังกล่าวทั้งสองประการจะต้องยอมรับนโยบายว่าด้วยการยุติการให้บริการแก่ผู้ให้บริการถึงได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำซ้อน และจะต้องนำนโยบายดังกล่าวไปใช้อย่างสมเหตุสมผล และจะต้องมีจัดให้มีบริการให้สอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับมาตรการทางเทคนิคที่เป็นมาตรฐานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาคำหนด โดยมาตรการทางเทคนิคที่เป็นมาตรฐานดังกล่าวได้แก่ มาตรการทางเทคนิคที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อระบุหรือป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้มาตรการทางเทคนิคนี้จะต้องได้รับการพัฒนาภายใต้การยอมรับของทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ ในลักษณะที่เปิดเผยเป็นธรรม โดยความสมัครใจ อย่างไรก็ตาม มาตรการทางเทคนิคจะต้องไม่ให้ผู้ให้บริการเกิดค่าใช้จ่ายหรือเกิดภาระหน้าที่เกินสมควร²⁵

²⁴ The Digital Millennium Copyright Act 1998, Article 512 (k) DEFINITIONS.— (1) SERVICE PROVIDER —

(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.

(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 therefore, and includes an entity described in subparagraph (A)

²⁵ รัตนศักดิ์ รัตนลาโภ. (2558). *มาตรการกฎหมายในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์เศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 87.

3.2.1.2 การกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

สหรัฐอเมริกาได้กำหนดเงื่อนไขหน้าที่และการยกเว้นความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ โดยแยกเงื่อนไขและลักษณะตามประเภทของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแยกออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

ก. หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการเชื่อมต่อในการสื่อสารชั่วคราว (Transitory Communications)²⁶

หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการเชื่อมต่อในการสื่อสารชั่วคราวนั้น ภายใต้อธิปไตยของสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองการละเมิดลิขสิทธิ์แก่ผู้ให้บริการโดยกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เป็นผู้ส่งผ่านข้อมูลออนไลน์จากเครือข่ายไปยังบุคคลที่ร้องขอผู้ให้บริการ ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่เกิดขึ้น โดยเหตุผลของ

²⁶ The Digital Millennium Copyright Act 1998. Article 512 (a) TRANSITORY DIGITAL NETWORK COMMUNICATIONS.—

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 connection, 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.

อ้างอิง นัยชน ดาทอง. (2552). *The WIPO Digital Agenda* กับการคุ้มครองสิทธิในยุคดิจิทัลของประเทศไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 82-83.

การส่งผ่านข้อมูลการเชื่อมต่อสัญญาณ หรือการเชื่อมโยงข้อมูลที่เกิดขึ้นในระหว่างนั้นและมีการเก็บข้อมูลนั้นไว้ชั่วคราวเพื่อการส่งผ่านข้อมูลหรือเชื่อมโยงข้อมูลที่อยู่ในความควบคุมของผู้ให้บริการ ถ้า

(1) การส่งข้อมูลดังกล่าวเกิดขึ้นโดยหรือตามคำสั่งของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการ

(2) การส่งผ่านข้อมูล การเชื่อมต่อสัญญาณ การเชื่อมโยงข้อมูล หรือการจัดเก็บข้อมูลเป็นผลทางเทคนิคของเครื่องมืออุปกรณ์

(3) ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้เลือกผู้รับข้อมูล เว้นแต่ในกรณีที่อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ต้องรับผิดชอบโดยอัตโนมัติในการร้องขอของบุคคลอื่น

(4) ผู้ให้บริการไม่ได้ทำสำเนาข้อมูลในระหว่างที่มีการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวในระบบหรืออยู่ในเครือข่ายเพื่อให้บุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้รับข้อมูลเดิมสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ และในกรณีที่ไม่ได้จัดเก็บข้อมูลในระบบหรือในเครือข่ายให้ผู้รับข้อมูลสามารถเข้าถึงข้อมูลได้เป็นระยะเวลานานเกินกว่าที่ควรจะเป็น

(5) กรณีที่ข้อมูลที่มีการส่งผ่านในระบบหรือในเครือข่ายมีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ

จากหลักกฎหมายดังกล่าว ผู้ให้บริการประเภทเชื่อมต่อในการสื่อสารชั่วคราว (Transitory Communications) ไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการลบหรืองานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์เกิดขึ้น ทั้งนี้ หากผู้ให้บริการได้ดำเนินการในฐานะสื่อกลางเชื่อมต่อในการรับส่งข้อมูลตามที่ใช้บริการเป็นผู้กำหนด โดยผู้ให้บริการเป็นผู้เลือกข้อมูลที่รับส่งและผู้ให้บริการไม่ได้แก้ไขปรับแต่งข้อมูลที่รับส่ง มาตรา 512 (a) ได้กำหนดขกเว้นความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้ให้บริการ

ข. หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการแคช (System Caching)²⁷

²⁷ The Digital Millennium Copyright Act 1998. Article 512 (b) SYSTEM CACHING.—

(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

หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการแคช (System Caching) กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองแก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายไว้ชั่วคราว ที่อยู่ในความควบคุมของผู้ให้บริการในกรณีที่

(1) ข้อมูลที่จัดเก็บไว้ในระบบหรือเครือข่ายนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่สร้างขึ้นโดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการ

(2) ข้อมูลถูกส่งจากบุคคลข้างต้นและรวมถึงในระบบและเครือข่ายซึ่งเป็นไปตามคำสั่งของบุคคลข้างต้น

(3) เกิดขึ้นจากเหตุผลทางเทคนิคในการจัดเก็บข้อมูล เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดให้ผู้ให้บริการในระบบหรือในเครือข่ายที่มีการร้องขอให้เข้าถึงข้อมูลจากบุคคลตาม ข้อ 2.1 และภายหลังจากข้อมูลได้มีการส่งผ่านข้อมูลตาม ข้อ 2.2 แล้ว

จากหลักกฎหมายตามมาตรา 512 (b) ผู้ให้บริการประเภทแคช (System Caching) ไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ เช่นเดียวกับผู้ให้บริการประเภทการเชื่อมต่อ (Transitory Communications) ทั้งนี้ หากผู้ให้บริการการแคชโดยทำตามคำสั่งของผู้ให้บริการผู้ให้บริการได้รับยกเว้นความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้ให้บริการ

ค.หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายโดยคำสั่งของผู้ให้บริการ (Information Residing on Systems or Network at Direction of Users)²⁸

(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. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 84.

²⁸ The Digital Millennium Copyright Act 1998. Article 512 (c) "INFORMATION RESIDING ON SYSTEMS OR NETWORKS AT DIRECTION OF USER.—

(1) IN GENERAL.— 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, if the service provider—

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

หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายโดยคำสั่งของผู้ใช้บริการ มาตรา 512 (c) ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการไม่มีความรับผิดชอบในการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายโดยคำสั่งของผู้ใช้บริการ ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่ายซึ่งอยู่ในความควบคุมของผู้ให้บริการ ถ้า

(1) ถ้าผู้ให้บริการไม่รู้หรือโดยพฤติการณ์แล้ว ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรู้ถึงการกระทำในระบบหรือเครือข่ายว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือถ้าได้รับทราบข้อเท็จจริงแล้ว ดำเนินการเอาออกไปหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้

(2) ถ้าผู้ให้บริการไม่ได้รับผลกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น โดยตรง ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีสิทธิและสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวได้

(3) ถ้าผู้ให้บริการได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ได้มีการเอาข้อมูลดังกล่าวออกไป หรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว

จากหลักกฎหมายตามมาตรา 512 (c) ผู้ให้บริการประเภทจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายโดยคำสั่งของผู้ใช้บริการ (Information Residing on Systems or Network at Direction of Users) มีหน้าที่ต้องดำเนินการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ และมีหน้าที่ในการแจ้งผู้ให้บริการทราบเมื่อมีการแจ้งเตือนถึงจากละเมิดลิขสิทธิ์จากเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ให้บริการมีหน้าที่นำเนื้อหาที่ผู้ให้บริการได้ดำเนินการลบหรือระงับการเข้าถึงกลับเข้าสู่ระบบ หากผู้ให้บริการมีได้มีหนังสือโต้ตอบว่าผู้ให้บริการมิได้ทำละเมิดลิขสิทธิ์และเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ฟ้องคดีต่อศาล นอกจากนี้ มาตรา 512 (c)(2)²⁹ ผู้ให้บริการระบบจัดเก็บข้อมูล ต้องมีหน่วยเฉพาะ

(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.” อ้างใน รัตนศักดิ์ รัตนลาภ. (2558). อ้างแล้วเชิญบรรณที่ 27. หน้า 84.

²⁹ The Digital Millennium Copyright Act 1998. Article 512 (c)(2) DESIGNATED AGENT. — The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available

ในการรับเรื่องการแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยในเว็บไซต์ที่ให้บริการ จะต้องจัดให้สาธารณชนสามารถแจ้งเตือน ดังนั้น ผู้ให้บริการประเภทนี้จึงมีหน้าที่ต้องตรวจสอบเนื้อหาข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์เมื่อได้รับการแจ้งเตือน

ง. หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการเครื่องมือในการระบุสถานที่ของข้อมูล (Information Location Tools)³⁰

หน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับผู้ให้บริการเครื่องมือในการระบุสถานที่ของข้อมูล หรือผู้ให้บริการสืบค้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ได้ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเหตุผลที่ผู้ให้บริการอ้างถึงหรือการเชื่อมโยงข้อมูลต่างๆ จากเว็บไซต์ของตนไปยังเว็บไซต์หนึ่ง (Link) โดยเครื่องมือแสดงตำแหน่งข้อมูล รวมถึงสารบบ

through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:

(A) The name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.

(B) Other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate.

³⁰ The Digital Millennium Copyright Act 1998, Article 512 (d) INFORMATION LOCATION. —

A service provide 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 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, 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. อ้างใน นัยชน ตาทอง. อ้างแล้วเชิงบรรณคดีที่ 28. หน้า 86-87.

ข้อมูล (Directory) รหัสอ้างอิงข้อมูล (Index) การอ้างอิงข้อมูล (Reference) การชี้ตำแหน่งข้อมูล (Pointer) การใช้ข้อความเชื่อมโยงข้อมูล (Hypertext Link) ถ้าผู้ให้บริการ

(1) ถ้าผู้ให้บริการไม่รู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว หรือเมื่อได้ทราบข้อมูลดังกล่าวแล้วได้มีการกระทำโดยเอาออกไป หรือไม่ให้สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้

(2) ถ้าผู้ให้บริการไม่ได้รับผลกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นโดยตรง ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีสิทธิและสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวได้

(3) ถ้าผู้ให้บริการได้รับการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ได้ดำเนินการเอาออกไป หรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลดังกล่าวที่มีการเรียกร้องถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

จากหลักกฎหมายดังกล่าว มาตรา 512 (d) ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการเครื่องมือในการระบุสถานที่ของข้อมูล หรือผู้ให้บริการสืบค้น มีหน้าที่ต้องดำเนินการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

3.2.1.3 มาตรการแจ้งเตือน

สหรัฐอเมริกาได้กำหนดมาตรการแจ้งเตือนมาใช้ในการระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนมีหน้าที่ต้องหยุดการเผยแพร่เนื้อหาที่อาจผิดกฎหมายหลังจากได้รับการแจ้งเตือนจากผู้ที่เกี่ยวข้องละเมิดลิขสิทธิ์หรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจภายในเวลาที่กำหนด

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดิจิทัลสหัสวรรษ ค.ศ. 1998 (The Digital Millennium Copyright Act) มาตรา 512 (c)(2) ได้กำหนดมาตรการ “แจ้งเตือนและเอาออก” (Notice and Takedown) โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายโดยคำสั่งของผู้ใช้บริการ ต้องมีหน่วยเฉพาะในการรับเรื่องการแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์ (Designated Agent) โดยในเว็บไซต์ที่ให้บริการจะต้องจัดให้สาธารณชนสามารถแจ้งเตือนเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์³¹

³¹ The Digital Millennium Copyright Act 1998. Article 512 (c) (2) DESIGNATED AGENT—

The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:

(A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.

(B) Other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate.

สำหรับการแจ้งเตือนนั้น จะต้องประกอบด้วยข้อมูลดังต่อไปนี้ มาตรา 512 (c)(3)

(1) ลายเซ็นที่เป็นรูปธรรมหรือลายเซ็นอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่อ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์

(2) การระบุถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่ามีการละเมิดหรือหากงานที่ถูกละเมิดมีหลายงานในเว็บไซต์ใดเว็บไซต์หนึ่ง ก็ให้แจ้งเตือนอันเดียว

(3) บันทึกข้อความจากฝ่ายที่กล่าวว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ว่ามีการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยจะต้องมีการลงลายมือชื่อจากฝ่ายที่กล่าวอ้าง³²

อย่างไรก็ดี มาตรการแจ้งเตือนได้กำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือน มีหน้าที่ลบข้อมูลที่เป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ออกหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูล (Replacement of Removed or Disabled Material and Limitation on Other Liability) มาตรา 512 (g)³³ ได้กำหนดให้

The Register of Copyrights shall maintain a current directory of agents available to the public for inspection, including through the Internet, and may require payment of a fee by service providers to cover the costs of maintaining the directory.

³² The Digital Millennium Copyright Act 1998. Article 512 (c)(3) ELEMENTS OF NOTIFICATION. —

(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following.

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

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

(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law. อ้างใน วุฒิ ศรีธีระ วิชาล และเอกรินทร์ วิริโย. (2559). *สืบค้นทางดิจิทัลกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กรณีศึกษา ประเทศสหรัฐอเมริกาและไทย*. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 437.

³³ The Digital Millennium Copyright Act 1998, Article 512 (g) REPLACEMENT OF REMOVED OR DISABLED MATERIAL AND LIMITATION ON OTHER LIABILITY. —

(1) No liability for taking down generally. —Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal

ผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ที่ได้รับการแจ้งเตือนเกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ของตนต้องลบข้อมูลที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวภายในระยะเวลาอย่างรวดเร็ว และเมื่อดำเนินการดังกล่าวแล้วผู้ให้บริการต้องแจ้งไปยังผู้ที่แจ้งเตือนภายใน 10 วันทำการ อย่างไรก็ตาม มาตรา 512 (g)(B) และ(C) ยังได้กำหนดให้ผู้ให้บริการแจ้งเตือนนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งชั่วคราวระงับการเข้าถึงข้อมูลที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้³⁴

จากบทบัญญัติมาตรา 512 แห่ง The Digital Millennium Copyright Act ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สหรัฐอเมริกาได้แบ่งผู้ให้บริการออกตามลักษณะของการให้บริการ ทั้งนี้ยังได้มีการกำหนดหน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการแต่ละประเภท ไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล ต้องมีช่องทางในการรับการแจ้งเตือน และมีหน้าที่ลบหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการเครื่องมือระบุตำแหน่งหรือผู้ให้บริการสืบค้น มีหน้าที่ลบหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ยังมีการนำหลักการ Notice and Takedown มาใช้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขที่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการไม่ต้องมีภาระรับผิด หากได้ระงับการเผยแพร่เนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หลังจากได้รับการแจ้งจากผู้ที่เกี่ยวข้องละเมิดสิทธิ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ผู้ให้บริการมีสิทธิอ้าง “ข้อยกเว้นความรับผิด” (Safe Harbor) ได้เมื่อผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามหลัก Notice and Takedown นอกจากนี้ มาตรา 512 ยังได้มีการบัญญัติให้ผู้ให้บริการประเภทเชื่อมต่อเครือข่าย ไม่มีความรับผิด ในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการ เว้นแต่ผู้ให้บริการจะารู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing.

อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 439.

³⁴ The Digital Millennium Copyright Act 1998, Article 512 (g) “(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and

(C) Replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider’s system or network.” อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 439.

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ตัวอย่างคดีที่ 1 ระหว่าง Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.

Viacom International, Inc. เป็นเจ้าของสถานีโทรทัศน์หลายแห่ง เช่น MTV และ สตูดิโอ Paramount ส่วน YouTube, Inc. เป็นเจ้าของเว็บไซต์แบ่งปันวิดีโอที่สั้นหรือคลิปวิดีโอ (Video Clip) ที่ใหญ่ที่สุดในโลก โดยในปี ค.ศ. 2006 Google ได้ซื้อ YouTube ในราคาสูงถึง 1.6 พันล้านดอลลาร์ เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2007 Viacom ฟ้องกล่าวหาว่า YouTube อนุญาตให้ผู้ให้บริการได้อัปโหลดคลิปวิดีโอซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ของ Viacom จำนวน 160,000 คลิป โดยมีผู้เข้าชมมากกว่า 1,500,000,000 ครั้ง (View) และเรียกค่าเสียหายจาก YouTube เป็นเงิน 1,000,000,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ YouTube ขกนโยบายของเว็บไซต์ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่า YouTube ไม่ได้ตั้งใจหรือเพิกเฉยเกี่ยวกับคลิปวิดีโอที่มีลิขสิทธิ์ต่างๆบน YouTube เมื่อมีผู้แจ้งว่าคลิปไฟล์วิดีโอละเมิดลิขสิทธิ์ YouTube ก็จะลบออกทันทีภายในเวลา 24 ชั่วโมง อีกทั้งคลิปไฟล์วิดีโอที่ไม่ใช่ของ YouTube แต่เป็นของผู้ให้บริการอัปโหลดเอง และ YouTube ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 512 แห่ง The Digital Millennium Copyright Act ซึ่งเป็นเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ (Online Copyright Infringement Liability Limitation หรือ Limitation On Liability Relating To Material Online) ครั้ง ค.ศ. 2010 ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า ข้อต่อสู้ดังกล่าวฟังขึ้นแล้ว พิพากษาให้ Google (YouTube) ชนะคดี แต่ Viacom ได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น ในที่สุดคดีเสร็จไปด้วยดีเมื่อวันที่ 18 มีนาคม 2014 โดยทั้งสองฝ่ายตกลงยุติข้อพิพาทด้วยการประนีประนอมยอมความกันนอกศาล³⁵

ตัวอย่างคดีที่ 2 ระหว่าง Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc. Netcom

Netcom เป็นผู้ให้บริการกระดานสนทนาถูกฟ้องให้รับผิดกรณีที่ผู้ใช้บริการนำข้อความในงานวรรณกรรมอันเป็นลิขสิทธิ์ของ Religious ไปเผยแพร่ในกระดานสนทนาดังกล่าว ศาลตัดสินว่า Netcom ไม่ต้องรับผิด เนื่องจากจำเลยมิได้เป็นผู้ทำางานดังกล่าวขึ้น และการเผยแพร่ างานดังกล่าวก็เป็นไปตามระบบกระดานสนทนาที่ Netcom จัดไว้ และไม่ปรากฏหลักฐานว่า

³⁵ สำนักการต่างประเทศ. (2557). *กฎหมายลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา 2 ยุค*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม (หน้า 37-38).

Netcom รู้หรือควรรู้ว่ามีกิจกรรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นภายในระบบกระดาศสนทนา ของตน Netcom ยังไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวแทนจากผู้ให้บริการหรือบุคคลใด³⁶

จากข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องทั้งสองคดี ผู้เขียน เห็นว่า ผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบในการ ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการต่อเมื่อผู้ให้บริการ ได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานนั้นเป็นงานที่กระทำ ขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และการเผยแพร่ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร นอกจากนั้น หากผู้ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลได้มีการจัดเตรียมช่องทางการแจ้งเตือนถึงการละเมิด ลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ใช้บริการก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 512 แห่ง The Digital Millennium Copyright Act

3.2.2 ประเทศแคนาดา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับความรับผิดชอบของ ผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ไว้ใน Bill C- 11 หรือ The Copyright Modernization Act ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้มี ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการบนระบบ คอมพิวเตอร์ไว้ ดังนี้

3.2.2.1 การกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดาได้กำหนดหน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิด ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ไว้ 4 ลักษณะ ดังนี้

ก. ผู้ให้บริการเชื่อมต่อ³⁷ หากการให้บริการเกี่ยวกับการดำเนินการระบบ อินเทอร์เน็ตหรือระบบเครือข่ายดิจิทัลอื่นใด ได้จัดให้มีรูปแบบหนึ่งสำหรับการสื่อสาร โทรคมนาคม หากมีการทำซ้ำซึ่งงานหรือส่วนสำคัญอื่นใดของงานอันมีลิขสิทธิ์โดยผ่านระบบ อินเทอร์เน็ตหากเป็นเพียงการจัดให้มีการสื่อสารรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งของผู้ให้บริการ ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

³⁶ ปัทมา พุมมา จรรยาพูน. (2557). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดของผู้ให้บริการ*. กรุงเทพฯ:สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. (หน้า 13-14).

³⁷ The Copyright Modernization Act .Section 31.1 Network services (1) A person who, in providing services related to the operation of the Internet or another digital network, provides any means for the telecommunication or the reproduction of a work or other subject-matter through the Internet or that other network does not, solely by reason of providing those means, infringe copyright in that work or other subject-matter.

ข. ผู้ให้บริการแคช³⁸ หากการทำซ้ำผลงาน (Caching) เพื่อให้การสื่อสาร โทรคมนาคมมีประสิทธิภาพมากขึ้น ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ค. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล³⁹ กรณีที่การสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายอื่นใด หากมีการจัดเก็บงานในหน่วยความจำดิจิทัลซึ่งผู้ให้บริการเป็นผู้จัดเก็บงานหรือ ส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ โดยเป็นการกระทำของผู้ให้บริการเอง ไม่ถือว่าผู้ให้บริการละเมิดลิขสิทธิ์

ง. ผู้ให้บริการสืบค้น⁴⁰ หากพบว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์โดยการซ้ำ ผลงานหรือโดยการสื่อสารเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยการสื่อสาร โทรคมนาคม ผู้ให้บริการไม่มีความรับผิดชอบหากผู้ให้บริการทำหน้าที่เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการสืบค้น

สำหรับหน้าที่ของผู้ให้บริการนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดา มาตรา 41.26 (1)⁴¹ ได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ให้บริการเมื่อได้รับหนังสือแจ้งเตือน โดยกำหนด

³⁸ The Copyright Modernization Act. Section 31.1 (2) Subject to subsection (3), a person referred to in subsection (1) who caches the work or other subject-matter, or does any similar act in relation to it, to make the telecommunication more efficient does not, by virtue of that act alone, infringe copyright in the work or other subject-matter.

³⁹ The Copyright Modernization Act. Section 31.1 (4) Subject to subsection (5), a person who, for the purpose of allowing the telecommunication of a work or other subject-matter through the internet or another digital memory in which another person stores the work or other subject-matter does not, by virtue of that act alone, infringe copyright in the work or other subject-matter.

⁴⁰ The Copyright Modernization Act. Section 41.27 (1) In any proceedings for infringement of copyright, the owner of the copyright in a work or other subject-matter is not entitled to any remedy other than an injunction against a provider of an information location tool that is found to have infringed copyright by making a reproduction of the work or other subject-matter or by communicating that reproduction to the public by telecommunication.

⁴¹ The Copyright Modernization Act. Section 41.26 (1) A person described in paragraph 41.25 (1)(a) or (b) who receives a notice of claimed infringement that complies with subsection 41.25 (2) shall, on being paid any fee that the person has lawfully charged for doing so,

(a) as soon as feasible forward the notice electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data specified in the notice belongs and inform the claimant of its forwarding or, if applicable, of the reason why it was not possible to forward it; and

(b) retain records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined and do so for six months beginning on the day on which the notice of claimed infringement is

ว่า ผู้ให้บริการเชื่อมต่อและผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลซึ่งได้รับเงินค่าบริการ โดยชอบด้วยกฎหมาย จากการให้บริการ เมื่อได้รับหนังสือแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์ตามอนุมาตรา 41.25 (2) มีหน้าที่ต้องดำเนินการดังนี้

ก. ผู้ให้บริการต้องส่งต่อหนังสือแจ้งเตือนผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์โดยเร็วไปยังบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งได้ระบุไว้ในข้อมูลสถานที่อิเล็กทรอนิกส์ตามที่ระบุไว้ในหนังสือแจ้งเตือนและแจ้งให้ผู้แจ้งทราบการส่งต่อดังกล่าวหรือถ้าไม่ได้มีการส่งต่อข้อมูลดังกล่าวต้องระบุเหตุผลไว้

ข. ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลซึ่งสามารถบ่งชี้ตัวตนของบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อใช้ในการพิจารณาและเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวให้มีระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือเก็บรักษาไว้ 1 ปี หลังจากบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับหนังสือแจ้งเตือนและผู้แจ้งได้ดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่เรียกร้องและได้แจ้งบุคคลดังกล่าวก่อนสิ้นระยะเวลา 6 เดือนข้างต้น

3.2.2.2 มาตรการแจ้งเตือน

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ The Copyright Modernization Act ได้กำหนดหลักการแจ้งเตือนและแจ้งเตือน (Notice and Notice) โดยหลักการนี้กำหนดว่า เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องส่งหนังสือแจ้งเตือน ไปให้ผู้ให้บริการที่เผยแพร่เนื้อหา เพื่อให้ผู้ให้บริการตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป

ทั้งนี้ มาตรการแจ้งเตือนกำหนดให้ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตต้องระบุสถานที่ของข้อมูล โดยได้กำหนดว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานหรืองานอันมีสิทธิ์อื่นอาจส่งหนังสือแจ้งเตือนการกระทำที่อ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการซึ่งต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

1. วิธีการสื่อสารซึ่งพื้นที่ข้อมูลการเรียกร้องการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้มีการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตหรือระบบดิจิทัลอื่นในการให้บริการเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายดิจิทัลอื่น

2. เพื่อวัตถุประสงค์ที่ได้ระบุไว้ในอนุมาตรา 31.1 (4) หน่วยความจำแบบดิจิทัลซึ่งใช้สำหรับพื้นที่ข้อมูลการเรียกร้องการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องหรือ

received or, if the claimant commences proceedings relating to the claimed infringement and so notifies the person before the end of those six months, for one year after the day on which the person receives the notice of claimed infringement”

3. อุปกรณ์ที่ระบุพื้นที่ของข้อมูลซึ่งได้จำกัดความไว้ในอนุมาตรา 41.27 (5)⁴²
 อย่างไรก็ตาม มาตรการแจ้งเตือนได้กำหนดให้หนังสือแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องมีรูปแบบและข้อความ ดังต่อไปนี้
1. ชื่อและที่อยู่ของผู้แจ้งและข้อมูลอื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในระเบียบที่ทำให้สามารถติดต่อผู้แจ้งได้
 2. ระบุงานที่อ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์รวมถึงหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง
 3. ระบุถึงส่วนได้เสียหรือสิทธิเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงานหรืองานอันมีลิขสิทธิ์อื่นของผู้แจ้ง
 4. ระบุสถานที่ฐานข้อมูลสำหรับสถานที่อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์มีส่วนเกี่ยวข้อง
 5. ระบุการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เรียกร้อง
 6. ระบุวันที่และเวลาที่เริ่มมีการละเมิดลิขสิทธิ์
 7. ระบุข้อมูลอื่นๆที่กำหนดไว้ในระเบียบ⁴³

⁴²The Copyright Modernization Act. Section 41.25 (1) An owner of the copyright in a work or other subject-matter may send a notice of claimed infringement to a person who provides

(a) the means, in the course of providing services related to the operation of the operation of the Internet or another digital network, of Telecommunication through which the electronic location that is the subject of the claim of infringement is connected to the Internet or another digital network;

(b) for the purpose set out in subsection 31.1 (4), the digital memory that is used for the electronic location to which the claim of infringement relates; or

(c) an information location tool as defined in subsection 41.27 (5) อ้างใน ปรีชา จิมมาแก้ว. (2559). *มาตรการคุ้มครองชั่วคราวกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก. หน้า 64.

⁴³The Copyright Modernization Act. Section 41.25 (2) A notice of claimed infringement shall be in writing in the form, if any, prescribed by regulation and shall (a) state the claimant's name and address and any other particulars prescribed by regulation that enable communication with the claimant, (c) state the claimant's interest or right with respect to the copyright in the work or other subject-matter, (d) specify the location data for the electronic location to which the claimed infringement relates, (e) specify the infringement that is claimed, (f) specify the date and time of the commission of the claimed infringement and (g) contain any other information that may be prescribed by regulation. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 64-65.

3.2.2.3 บทลงโทษผู้ให้บริการ กรณีไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดาได้กำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการที่ไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ของตน โดยกฎหมายได้กำหนดให้การเยียวยาแก่ผู้แจ้งเตือน หากได้แจ้งให้ผู้ให้บริการทราบแล้วผู้ให้บริการไม่ดำเนินการ ผู้แจ้งเตือนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้บริการได้ โดยมาตรา 41.26 (3) ได้กำหนด สิทธิเยียวยาแก่ผู้แจ้งเตือน โดยกำหนดให้ผู้แจ้งเตือนมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนแล้วไม่ปฏิบัติ หรือผู้ให้บริการไม่อาจอธิบายได้ว่าเหตุใดจึงไม่สามารถดำเนินการได้ ผู้แจ้งเตือนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายเพียงในจำนวนเงินที่ศาลเห็นสมควรเพื่อความยุติธรรมแต่ไม่น้อยกว่า 5,000 ดอลลาร์ และไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์⁴⁴

อาจกล่าวได้โดยสรุปว่า บัญญัติ The Copyright Modernization Act มาตรา 45-47 ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า The Copyright Modernization Act ได้มีการกำหนดหน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการแยกออกเป็นแต่ละประเภทโดยเฉพาะ โดยกำหนดว่าให้ผู้ให้บริการประเภทเชื่อมต่อ ผู้ให้บริการแคช ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล และผู้ให้บริการสืบค้น ได้รับความเว้นจากการรับผิดหากการกระทำของตนเป็นไปโดยเคร่งครัดในฐานะสื่อกลางในการสื่อสาร หากการสื่อสารเก็บข้อมูลเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยความจำ (Caching) หรือการทำงานเกิดจากผู้ให้บริการเอง หรือการให้บริการเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการเครื่องมือสืบค้น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการเชื่อมต่อ และผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล หากได้รับคำตอบแทนจากการบริการ มีหน้าที่ส่งต่อหนังสือแจ้งเตือนไปยังผู้ให้บริการ และเก็บรักษาข้อมูล อีกทั้งได้นำหลักการ Notice and Notice มาใช้ โดยหลักการดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขว่า เมื่อผู้ให้บริการได้รับคำแจ้งเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องส่งต่อการแจ้งเตือนไปยังผู้ให้บริการที่เผยแพร่เนื้อหา เพื่อให้ผู้ให้บริการตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป ทั้งนี้ผู้ให้บริการมีสิทธิอ้าง “ข้อยกเว้นความรับผิด” (Safe Harbor) โดยอิสระหากปฏิบัติตามหลักการ Notice and Notice ภายใต้มาตรา 31.1 และ มาตรา 41.27 นอกจากนี้ The Copyright Modernization Act ยังได้มีบทบัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์ชอบที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายถ้าผู้ให้บริการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อหนึ่งข้อใดในหนังสือแจ้งเตือน (The Notice and Notice Procedure)

⁴⁴ The Copyright Modernization Act. Section 41.26 (3) A claimant's only remedy against a person who fails to perform his or her obligations under subsection (1) is statutory damage in an amount that the court considers just, but not less than \$ 5,000 and not more than \$ 10,000. เรื่องเดียวกัน. หน้า 66.

3.2.3 สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)

กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) (The Copyright Act 2016) ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ (Limitation on Liability for Internet Service Providers) ดังนี้

3.2.3.1 ความหมายของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้ให้คำนิยามของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ โดยสามารถจำแนกประเภทและรูปแบบการให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ได้ 4 ประเภท⁴⁵ ได้แก่

ก. ผู้ให้บริการเชื่อมต่อ (Connection Service Provider) หมายถึง ผู้ให้บริการส่งผ่าน นำงาน หรือรับข้อมูลผ่านทางระบบหรือเครือข่ายที่ถูกควบคุมหรือดำเนินการโดยผู้ให้บริการด้วยวิธีทางสายหรือไร้สาย หรือหมายถึงผู้ให้บริการที่เป็นตัวกลางและเก็บข้อมูลชั่วคราวของเส้นทางการส่งผ่าน นำทาง หรือรับข้อมูล

ข. ผู้ให้บริการแคช (Caching Service Provider) หมายถึง ผู้ให้บริการที่เป็นตัวกลางและเก็บข้อมูลชั่วคราวผ่านทางระบบหรือเครือข่ายที่ถูกควบคุมหรือดำเนินการโดยผู้ให้บริการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความเร็วในการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้บริการที่ได้ขอให้ส่งข้อมูล

⁴⁵ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 3 For the purposes of this Act the following definitions shall apply: 19. "Internet service provider" means those who provide the following services:

(1) Connection service provider: those who provide services, by wire or wireless means, of transmitting, routing, or receiving, information through a system or network controlled or operated by the service provider, or of the intermediate and transient storage of information in the course of such transmitting, routing, or receiving.

(2) Caching service provider: those who, after information has been transmitted at the request of a user, provide service of intermediate and temporary storage of the information through a system or network controlled or operated by the service provider, for purposes of providing accelerated access to the information by users who subsequently request transmission of the information.

(3) Information storage service provider: those who provide information storage services at the request of a user through a system or network controlled or operated by the service provider.

(4) Search service provider: those who provide users with services, including an index, reference, or hyperlink, to search or hyperlink to online information. อ้างอิงใน สำนักนายกรัฐมนตรื (2557). *บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ..* กรุงเทพฯ:สำนักนายกรัฐมนตรื หน้า 44.

ค. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล (Information Storage Service Provider) หมายถึง ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลตามที่ผู้ใช้บริการมีคำขอผ่านทางระบบหรือเครือข่ายที่ถูกควบคุมหรือดำเนินการโดยผู้ให้บริการ

ง. ผู้ให้บริการสืบค้น (Search Service Provider) หมายถึง ผู้ให้บริการช่วยเหลือเรื่องดัชนีค้นคำ การอ้างอิง การเชื่อมโยงหลายมิติ (hyperlink) เพื่อค้นหาหรือเชื่อมโยงข้อมูลออนไลน์

3.2.3.2 การกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้กำหนดคำนิยามของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ 4 ประเภท ตามลักษณะการให้บริการของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ และได้กำหนดหน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการดังกล่าวภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. โดยสัญญาของการส่งผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ระบบการตรวจหาอัตโนมัติ หรือวิธีการอื่นใดที่ผู้ให้บริการได้แจ้งต่อผู้ใช้บริการในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือสิทธิในแบบพิมพ์ (Plate Rights) และได้ดำเนินการเพื่อให้เกิดผลสำเร็จและเป็นรูปธรรม และ

2. โดยสัญญาของการส่งผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ระบบการตรวจหาอัตโนมัติ หรือวิธีการอื่นใดที่ผู้ให้บริการได้แจ้งต่อผู้ใช้บริการ ได้แจ้งต่อผู้ใช้บริการ ในกรณีที่สงสัยว่ามีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำถึง 3 ครั้ง ผู้ให้บริการจะยุติการให้บริการทั้งหมดหรือบางส่วน และ

3. ได้ประกาศต่อสาธารณชนถึงข้อมูลในการเชื่อมต่อวินโดว์ (Window) เพื่อรับเอกสาร

4. ได้จัดและทำให้มาตรการทางเทคนิคเกิดผลสำเร็จ

ภายหลังจากที่ผู้ให้บริการเชื่อมต่อได้รับแจ้งจากผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือสิทธิในแบบพิมพ์ว่ามีการกระทำละเมิดโดยผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการเชื่อมต่อต้องแจ้งไปยังผู้ใช้บริการทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ถ้าผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบพิมพ์จัดให้มีมาตรการทางเทคนิคซึ่งพัฒนามบนพื้นฐานความเห็นของผู้มีอำนาจ และได้นำไปใช้เพื่อบ่งชี้หรือคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์หรืองานในสิทธิแบบพิมพ์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องจัดและทำให้มาตรการเกิดผล หากมาตรการทางเทคนิคนั้นได้รับการให้สัตยาบันโดยผู้มีอำนาจ

อย่างไรก็ดี สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้กำหนดเงื่อนไขหน้าที่และการยกเว้นความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์โดยแยกเงื่อนไขและลักษณะตามประเภทของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแยกออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

ก. ผู้ให้บริการเชื่อมต่อ⁴⁶

ผู้ให้บริการเชื่อมต่อไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิในแบบพิมพ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการถ้า

1. การส่งผ่านข้อมูลได้เริ่มต้นหรือเกิดจากคำขอของผู้ใช้บริการ และ
2. การส่งผ่าน การจัดเส้นทาง การเตรียมการเชื่อมต่อ หรือการจัดเก็บถูกดำเนินการผ่านกระบวนการทางเทคนิคอัตโนมัติ ซึ่งไม่มีการคัดเลือกอุปกรณ์หรือแก้ไขเนื้อหาโดยผู้ให้บริการเชื่อมต่อ

อย่างไรก็ดี หน้าทีของผู้ให้บริการเชื่อมต่อตามมาตรา 90 sexies ผู้ให้บริการเชื่อมต่อไม่มีหน้าที่ต้องลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ของตน

ข. ผู้ให้บริการแคช⁴⁷

ผู้ให้บริการแคชไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิในแบบพิมพ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการ ถ้า

⁴⁶ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 90 sexies

A connection service provider shall not be liable for damages for infringement of the copyright or plate rights of another by a user of its service if –

1. the transmission of the information was initiated by or at the request of the user; and
2. the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process, without any selection of the material or modification of its content by the connection service provider. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 46

⁴⁷ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 90 septies

A caching service provider shall not be liable for damages for infringement of the copyright or plate rights of another by a user of its service if –

1. the service provider does not make any modification to the cached information;
2. when the person who made the original information available subsequently update, deletes, or blocks access to it, the cached information is done in the same way as a result of an automatic technical process; and

3. the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the allegedly infringing content or related information upon notification by a copyright holder or plate rights holder of the alleged infringement by the user of the service provider. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 46

1. ผู้ให้บริการมิได้กระทำการตัดแปลงใดๆ เพื่อการแคชข้อมูล
 2. เมื่อผู้ใดทำให้ข้อมูลต้นฉบับสะดวกต่อการลบทิ้ง หรือกีดขวางการเข้าถึงข้อมูลที่มีการแคชที่กระทำขึ้นด้วยผลของกระบวนการทางเทคนิคอัตโนมัติและ
 3. ผู้ให้บริการตอบรับอย่างรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต เมื่อมีการกระทำละเมิดเนื้อหาหรือข้อมูล โดยผู้ให้บริการได้รับการเตือนจากผู้ทรงสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบพิมพ์ถึงการละเมิดสิทธิจากผู้ใช้งาน
- ทั้งนี้ มาตรา 90 Septies ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการแคช เมื่อผู้ให้บริการได้รับแจ้ง ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงบริการ

ค. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล⁴⁸

ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิในแบบพิมพ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการ ถ้าผู้ให้บริการ

1. ไม่รู้ว่ามี การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์จากผู้ให้บริการ
2. ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดสิทธิของผู้ให้บริการ และ
3. มีการตอบรับอย่างรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาหรือข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์เมื่อมีการแจ้งจากผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบพิมพ์ถึงการกระทำละเมิดจากผู้ให้บริการ

สำหรับผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล มาตรา 90 Octies กำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการเมื่อได้รับการแจ้งเตือนแล้วมีหน้าที่การลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาหรือข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์

⁴⁸ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 90 octies

An information storage service provider shall not be liable for damages for infringement of the copyright or plate rights of another by a user of its service if the service provider—

1. does not have knowledge of the allegedly infringing activity of the user;
2. does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity of the user; and
3. responds expeditiously to remove, or disable access to, the allegedly infringing content or related information upon notification by a copyright holder or plate rights holder of the alleged infringement by the user of the service provider. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 47

ง. ผู้ให้บริการสืบค้น⁴⁹

ผู้ให้บริการสืบค้น ไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิในแบบพิมพ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ใช้บริการถ้าผู้ให้บริการ

1. ไม่รู้ว่าข้อมูลที่สืบค้นหรือเชื่อมต่ออาจถูกกระทำละเมิด
2. ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการและ
3. มีการตอบสนองอย่างรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาหรือข้อมูลที่ละเมิดสิทธิเมื่อมีการแจ้งจากผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบพิมพ์ถึงการกระทำละเมิดจากผู้ให้บริการ

ผู้ให้บริการสืบค้น มาตรา 90 Novies ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการสืบค้นเมื่อได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ผู้ให้บริการมีหน้าที่ลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาหรือข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ กฎหมายหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้กำหนดหน้าที่การแจ้งและการโต้ตอบระหว่างผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลและผู้ใช้บริการ มีขั้นตอนดังนี้⁵⁰

⁴⁹ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 90 novies

A search service provider shall not be liable for damages for infringement of the copyright or plate rights of another by a user of its service if the service provider—

1. does not have knowledge that the searched or linked information may be infringing;
2. does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity of the user; and
3. responds expeditiously to remove, or disable access to, the allegedly infringing content or related information upon notification by a copyright holder or plate rights holder of the alleged infringement by the user of the service provider. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 47.

⁵⁰ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 90 decies

An information storage service provider shall forward notice to the allegedly infringing user of any measures taken under Article 90 octies, subparagraph 3, by the contact method stipulated between the service provider and the user or by the contact information left by the user. However, this requirement shall not apply if the nature of the service provided makes such notice impossible.

If a user referred to in the preceding paragraph believes that the materials were not involved in infringement, the user may submit counter notification documents to the information storage service provider

1. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลต้องแจ้งไปยังผู้ใช้บริการที่ละเมิด โดยวิธีการติดต่อที่ กำหนดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ หรือการใช้ข้อมูลของผู้ให้บริการ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับกับลักษณะของบริการที่แจ้งสิ่งที่ไม่อาจปฏิบัติไม่ได้

2. ถ้าผู้ใช้บริการ เชื่อว่าวัตถุอุปกรณ์ไม่ได้มีผลต่อการละเมิด ผู้ให้บริการอาจจะส่ง เอกสารตอบโต้การแจ้งไปยังผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลพร้อมกับคำขอเพื่อให้การลบเนื้อหาหรือ ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ตกลับคืนสภาพปกติ

3. เมื่อได้รับเอกสารตอบโต้การแจ้งตามที่กล่าวไว้ในวรรคสองผู้ให้บริการจัดเก็บ ข้อมูลต้องส่งต่อเอกสารดังกล่าวไปยังผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบพิมพ์โดยเร็ว

4. ถ้าภายใน 10 วันทำการนับแต่วันถัดจากวันที่ได้รับการตอบโต้การแจ้งจาก ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลตามที่กล่าวไว้ในวรรคสาม ผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบ พิมพ์ต้องจัดเตรียมพยานหลักฐานทางแพ่งหรือการดำเนินคดีอาญาต่อผู้ใช้บริการ ซึ่งผู้ให้บริการ จัดเก็บข้อมูล ไม่มีภาระหน้าที่ใดๆ เพื่อให้เนื้อหาหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกลับคืนสู่สภาพเดิม

5. ถ้าผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิในแบบพิมพ์ไม่สามารถจัดเตรียม พยานหลักฐานการดำเนินคดีตามที่กล่าวไว้ในวรรคสี่ ภายในระยะเวลาไม่เกิน 14 วันทำการ นับแต่ วันที่ได้ส่งเอกสารตอบโต้การแจ้ง ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลต้องทำให้การลบเนื้อหาหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ตกลับคืนสภาพปกติ อย่างไรก็ตาม ถ้าการกลับคืนสภาพ ปกติไม่สามารถเป็นไปได้ ผู้ให้บริการต้องแจ้งล่วงหน้าไปยังผู้ใช้บริการ โดยผู้ให้บริการอาจจัดหา วิธีการอื่นที่เหมาะสมเพื่อทำให้กลับคืนสภาพปกติได้

3.2.3.3 มาตรการแจ้งเตือน

สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้กำหนดมาตรการแจ้งเตือนมาใช้ในการระงับยับยั้งการ ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนมีหน้าที่ต้อง หยุดการเผยแพร่เนื้อหาที่อาจผิดกฎหมายหลังจากได้รับการแจ้งเตือนจากผู้ที่เกี่ยวข้องละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ มาตรการแจ้งเตือนของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) มีหลักการเช่นเดียวกับมาตรการแจ้งเตือนของ สหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้กำหนดว่าหากผู้ให้บริการได้ ดำเนินการตามมาตรการแจ้งเตือนแล้ว ผู้ให้บริการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้ โดยกำหนดให้ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดของผู้ใช้บริการ ถ้าผู้ให้บริการ

ก. ลบ หรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาหรือข้อมูลที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์

ข. เมื่อได้รับแจ้งเกี่ยวกับข้อสงสัยว่ามีการกระทำละเมิดโดยผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการกระทำด้วยความสุจริตในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาหรือข้อมูลที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์⁵¹

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียน เห็นว่า สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้มีการกำหนดประเภทและหน้าที่ ตลอดจนข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์แต่ละประเภทไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล มีหน้าที่แจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ให้ผู้ให้บริการทราบ และมีหน้าที่ลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการแชน ผู้ให้จัดเก็บข้อมูล และผู้ให้บริการสืบค้น มีหน้าที่ลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เนื้อหาส่วนใหญ่ของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) มีความคล้ายคลึงกับสหรัฐอเมริกา เช่น ได้นำหลัก Notice and Takedown และหลัก “ข้อยกเว้นความรับผิด” (Safe Harbor) ของสหรัฐอเมริกามาใช้

3.3 กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายของประเทศไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ของประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาสารนิพนธ์นี้มีได้ประสงค์จะวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด แต่จำกัดอยู่เพียงการศึกษากฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2558) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.1 ความหมายของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดการเป็นผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ จะต้องเป็นผู้ให้บริการตามที่ระบุไว้โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทดังนี้⁵²

⁵¹ The Copyright Act of Taiwan 2016. Article 90 undecies

An Internet service provider shall not be liable for damages to the allegedly infringing user if the service provider—

1. removes, or disables access to, the allegedly infringing content or related information in accordance with Articles 90 septies to 90 novies; or

2. upon obtaining knowledge of suspected infringement by the user, acts in good faith belief to remove, or disable access to, the allegedly infringing content or related information. อ้างใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 49.

ความหมายของผู้ให้บริการประการแรก ผู้ให้บริการหมายถึง ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์

ความหมายของผู้ให้บริการประการที่สอง ผู้ให้บริการหมายถึง ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

ผู้ให้บริการทั้งสองความหมาย จึงเป็นผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ตามคำนิยามของกฎหมายลิขสิทธิ์มีหน้าที่ต้องระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

อย่างไรก็ดี คำนิยามของผู้ให้บริการ นอกจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ยังได้ให้คำนิยามคำว่า ผู้ให้บริการเช่นเดียวกับคำนิยามตามกฎหมายลิขสิทธิ์⁵²

ทั้งนี้ ความหมายของผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ครอบคลุมเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง หลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 ได้อธิบายถึงขอบเขตความหมายของผู้ให้บริการดังกล่าว ดังนี้

1. ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ซึ่งจำแนกได้ 4 ประเภทดังนี้

ก. ผู้ประกอบกิจการ โทรคมนาคมและกิจการกระจายภาพและเสียง

(Telecommunication and Broadcast Carrier)

ตัวอย่างของผู้ให้บริการประเภท ก. ได้แก่

1. ผู้ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐาน (Fixed Line Service Provider)
2. ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Service Provider)

⁵² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 วรรคสอง “เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ผู้ให้บริการ หมายความว่า

- (1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น
- (2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”

⁵³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 “ผู้ให้บริการ หมายความว่า

- (1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น
- (2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”

3. ผู้ให้บริการเช่าวงจร (Leased Circuit Service Provider)

ผู้ให้บริการสายเช่า Fiber Optic ผู้ให้บริการ ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) ผู้ให้บริการ Frame Relay ผู้ให้บริการ ATM (Asynchronous Transfer Mode) ผู้ให้บริการ MPLS (Multi Protocol Label Switching) เป็นต้น เว้นแต่ผู้ให้บริการนั้นให้บริการแต่เพียง Physical Media หรือสายสัญญาณอย่างเดียว (Cabling) เท่านั้น (เช่น ผู้ให้บริการ Dark Fiber ผู้ให้บริการสายใยแก้วนำแสง ซึ่งอาจไม่มีสัญญาณ Internet หรือไม่มี IP Traffic)

4. ผู้ให้บริการดาวเทียม (Satellite Service Provider)

ข. ผู้ให้บริการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Access Service Provider)

ตัวอย่างของผู้ให้บริการประเภท ข. ได้แก่

1. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ที่มีสาย

และไร้สาย

2. ผู้ประกอบการซึ่งให้บริการในการเข้าถึงระบบเครือข่าย

คอมพิวเตอร์ในห้องพัก ห้องเช่า โรมแรม หรือร้านอาหารและเครื่องดื่ม ในแต่ละกลุ่มอย่างหนึ่งอย่างใด

3. ผู้ให้บริการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์สำหรับองค์กร

เช่น หน่วยงานราชการ บริษัทหรือ สถาบันการศึกษา

ค. ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ หรือให้เช่าบริการโปรแกรม

ประยุกต์ต่างๆ (Host Service Provider)

ตัวอย่างของผู้ให้บริการประเภท ค. ได้แก่

1. ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ (Wed Hosting) การให้บริการเช่า

Wed Server

2. ผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเพิ่มข้อมูล (File Server File หรือ Sharing)

3. ผู้ให้บริการการเข้าถึงจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Mail Server

Service Provider)

4. ผู้ให้บริการศูนย์รับฝากข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Internet Data Center)

ง. ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต

ตัวอย่างของผู้ให้บริการประเภท ง. ได้แก่

1. ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต (Internet Café)

2. ผู้ให้บริการร้านเกมออนไลน์ (Game Online)

(2) ผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคล ได้แก่ ผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านแอปพลิเคชันต่างๆ (Content and Application Service Provider)

ตัวอย่างของผู้ให้บริการ (2) ได้แก่

1. ผู้ให้บริการเว็บบอร์ด (Web Board) หรือ ผู้ให้บริการบล็อก (Blog)
2. ผู้ให้บริการการทำธุรกรรมทางการเงินทางอินเทอร์เน็ต (Internet Banking)

และผู้ให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Payment Service Provider)

3. ผู้ให้บริการเว็บเซอร์วิส (Web Services)

4. ผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) หรือ ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (E-Transactions)

อย่างไรก็ดี จากการอธิบายความหมายของผู้ให้บริการตามประกาศกระทรวงเทคโนโลยี ผู้ให้บริการตามคำอธิบายทุกประเภทจึงมีฐานะเป็นผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น ผู้ให้บริการดังกล่าวจึงมีหน้าที่ต้องระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ตาม มาตรา 32/3

3.3.2 การกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ โดยกำหนดให้ในกรณีที่ผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการนั้นได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลแล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่ง⁵⁴ และหลังจากคำสั่งศาลเป็นอันสิ้นสุด ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามคำสั่งศาล⁵⁵

ดังนั้น เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เพื่อขอให้ศาลไต่สวน ตามมาตรา 32/3 หากศาลเห็นว่าคำร้องของเจ้าของลิขสิทธิ์มีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 32/3 วรรคสาม และมีเหตุจำเป็นที่ศาลสมควรจะมี

⁵⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 วรรคห้า “ในกรณีที่ผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการนั้นได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่แล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่ง และหลังจากคำสั่งศาลเป็นอันสิ้นสุด”

⁵⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 วรรคหก “ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่”

คำสั่งอนุญาตตามคำร้อง ผู้ให้บริการตามคำนิยามของกฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งสองความหมาย จึงมีหน้าที่ต้องระงับการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามคำสั่งศาล นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ยังได้กำหนดให้ผู้ให้บริการตามคำนิยามมีภาระรับผิดชอบเป็นอย่างเดียวกัน จึงทำให้ผู้ให้บริการไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อมูลของผู้ใช้บริการหรือไม่ มีหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน

3.3.3 มาตรการระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมิได้นำมาตรการแจ้งเตือนมาใช้ แต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์พบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 วรรคสาม กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยในคำร้องต้องระบุรายละเอียด เช่น

- (1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้บริการ
- (2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์
- (3) งานที่อ้างว่าได้กระทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์
- (4) กระบวนการสืบทราบ วันและเวลาที่พบการกระทำ และการกระทำหรือพฤติกรรม ตลอดจนหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์
- (5) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
- (6) คำขอบังคับให้ผู้ให้บริการนำงานที่สร้างขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีอื่นใด

อย่างไรก็ดี เมื่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้รับคำร้องดังกล่าวแล้ว ศาลทำการไต่สวน หากศาลเห็นว่าคำร้องมีรายละเอียดครบถ้วน และมีเหตุจำเป็นที่ศาลสมควรจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องนั้น ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด โดยคำสั่งศาลให้บังคับผู้ให้บริการได้ทันทีแล้วแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ให้บริการทราบ โดยไม่ชักช้า ในกรณีเช่นนี้ ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ทั้งนี้ มาตรการแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะมีได้นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดมาตรการแจ้งเตือนไว้ในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอน

การแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 โดยได้กำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือนดังนี้

ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีมาตรการแจ้งเตือน โดยจัดทำหนังสือเตือน (Take Down Notice) เป็นลายลักษณ์อักษร โดยดำเนินการในทางเทคนิคหรือวิธีการใดๆ เพื่อแจ้งเตือนเพื่อให้ ผู้ให้บริการระงับการแพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน โดยหนังสือแจ้งเตือนดังกล่าวผู้ให้บริการต้องระบุข้อมูลต่อไปนี้ ให้บุคคลทั่วไปทราบ

(ก) ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการหรือ ตัวแทนของผู้ให้บริการ

(ข) แบบฟอร์มข้อร้องเรียน (Complaint Form) เพื่อให้ผู้ใช้บริการ หรือ บุคคลภายนอกแจ้งผู้ให้บริการเพื่อระงับหรือลบการแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย โดยแบบฟอร์มดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดดังนี้

1) รายละเอียด ชื่อนามสกุล ที่อยู่ ของผู้ร้องเรียนรวมถึงลายมือชื่อของ ผู้ร้องเรียนหรือตัวแทนผู้รับมอบอำนาจของผู้ร้องเรียนว่ามีการกระทำความผิดตามมาตรา 14

2) รายละเอียดข้อมูลของการกระทำความผิดตามมาตรา 14

3) รายละเอียด ที่อยู่ที่ติดต่อได้ของผู้ให้บริการ อาทิ ชื่อของผู้ให้บริการ ที่อยู่ของผู้ให้บริการ เบอร์โทรสารของผู้ให้บริการ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการ หรือ วิธีการหรือช่องทางใดๆ ที่สามารถติดต่อผู้ให้บริการได้

4) รายละเอียดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ใช้บริการหรือบุคคลภายนอก

5) คำรับรองว่าข้อความที่แจ้งดังกล่าวเป็นความจริง⁵⁶

ทั้งนี้ มาตรการแจ้งเตือนตามกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นำมาใช้ เฉพาะการกระทำความผิดตามมาตรา 14⁵⁷ เท่านั้น หากจะขอให้มีการระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์

⁵⁶ ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ข้อ 5

⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 “ผู้ใดกระทำความผิดที่ ระบุไว้ต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) โดยทุจริต หรือ โดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือ ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

ตามกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ผู้ขอต่อยื่นคำร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 20 (3)⁵⁸ เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การแจ้งเตือนตามกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนมีหน้าที่ระงับหรือนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ หลักการของมาตรการแจ้งเตือนตามกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ถือได้ว่านำหลักการมาตรการแจ้งเตือนของสหรัฐอเมริกามาใช้

3.3.4 บทลงโทษผู้ให้บริการ กรณีไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้กำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาล โดยกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้ให้อำนาจศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีกับบุคคลที่ปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สั่งให้มีการส่งมอบข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์หรือคำสั่งอื่นใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 18 และเจ้าของเว็บไซต์หรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือปรับรายวันตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁹

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1)(2)(3) หรือ(4)”

⁵⁸พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 “ ในกรณีที่มีการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ดังต่อไปนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำที่แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้

(3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาหรือกฎหมายอื่นซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นหรือพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ร้องขอ”

⁵⁹พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 27 “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สั่งตามมาตรา 18 หรือมาตรา 20 หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลมาตรา 21

ดังนั้น เมื่อศาลได้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตนแล้ว ผู้ให้บริการไม่ดำเนินการ ผู้ให้บริการต้องได้รับโทษจากการไม่กระทำการนั้น โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องได้รับโทษทางอาญา โดยมีอัตราโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือปรับรายวันตามที่กฎหมายกำหนด

ทั้งนี้ จากการศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 เป็นมาตรการเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ผ่านอำนาจศาล โดยมาตรา 32/3 ได้มีการกำหนดประเภทของผู้ให้บริการไว้อย่างกว้างโดยแบ่งออกเป็น 2 ใหญ่ๆ และมีข้อกำหนดให้ผู้ให้บริการทุกประเภทไม่มีความรับผิดชอบใดๆ หากไม่ใช่ผู้ริเริ่มหรือสามารถควบคุมการนำเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์นี้เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และนำเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ภายในเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งแนวปฏิบัตินี้เทียบเท่าหลัก “ซ็อกเก็ตแห่งความรับผิดชอบ” (safe harbor) ของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ดี สำหรับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ผู้เขียนเห็นว่า คำนิยามของคำว่า “ผู้ให้บริการ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน อีกทั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์ สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดลงโทษลงผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล และมีการนำหลักการแจ้งเตือนของสหรัฐอเมริกา มาใช้กับการระงับยับยั้งข้อมูลที่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้อีกด้วย

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์

ตัวอย่างคดีศึกษาที่ 1

เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2558 ผู้ร้องซึ่งได้รับสิทธิในลิขสิทธิ์งานแสดงได้ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต 2 ราย ทำการปิดกั้นเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 เนื่องจากได้ตรวจพบเว็บไซต์ A กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแสดงของผู้เสียหาย เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยลักลอบนำเสนอเผยแพร่ข้อมูลภาพและเสียง

ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท และปรับเป็นรายวันอีกไม่เกินวันละห้าพันบาทจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง”

งานลิขสิทธิ์ดังกล่าวลงในเว็บไซต์ เพื่อให้ผู้อื่นสามารถรับชมผ่านช่องทางระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้ง 2 ราย ดังกล่าว เป็นเหตุให้ผู้เสียหายและผู้ร้องได้รับความเสียหาย ต่อมาศาลนัดไต่สวนคำร้อง โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหนึ่งในสองราย ได้ยื่นคำคัดค้านคำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามมาตรา 32/3 ของผู้ร้อง โดยอ้างว่าคำร้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้คัดค้านเป็นเพียงตัวการในการเชื่อมต่อผู้ให้บริการเข้ากับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น ไม่มีส่วนรู้เห็นหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่ผู้ร้องอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเว็บไซต์ A ผู้คัดค้านไม่มีงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ อีกทั้งผู้ร้องไม่มีเจตนาที่จะดำเนินคดีกับเว็บไซต์ที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่ากระทำละเมิด เนื่องจากมิได้ทำการตรวจสอบเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนเว็บไซต์ดังกล่าว โดยอ้างว่าเว็บไซต์นั้นไม่มีตัวตนหรือสภาพนิติบุคคล ต่อมาศาลได้ไต่สวนคำร้องแล้ว มีคำสั่งยกคำร้อง โดยให้เหตุผลว่า กรณีที่ศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 นั้น ต้องเป็นกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ โดยหากศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่ตามคำเบิกความผู้ร้องไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อเจ้าของเว็บไซต์ A การดำเนินการของผู้ร้องจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องก่อนฟ้องคดี ถือว่าไม่มีเหตุจำเป็นที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้อง ศาลจึงมีคำสั่งยกคำร้อง⁶⁰

ตัวอย่างคดีศึกษาที่ 2

เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม 2558 ผู้ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์งานภาพยนตร์ของสหรัฐอเมริกา ได้ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ตามมาตรา 32/3 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจำนวน 8 ราย ระงับเว็บไซต์ที่ให้บริการละเมิดลิขสิทธิ์ 81 เว็บไซต์ ต่อมาศาลได้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนำงานดังกล่าวออกจากระบบคอมพิวเตอร์ตามที่ร้องขอเป็นเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ทราบคำสั่ง อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายใดดำเนินการตามคำสั่งศาล โดยอ้างว่าด้วยข้อจำกัดทางเทคนิค จึงไม่สามารถปฏิบัติตามได้⁶¹

⁶⁰ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2558). *เอกสารประกอบการบรรยายเรื่องกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่และข้อจำกัดของ ISP*. กรุงเทพฯ: สำนักนักพิมพ์กรมทรัพย์สินทางปัญญา. หน้า 14-15.

⁶¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. เรื่องเดียวกัน. หน้า 12.

จากข้อพิพาททั้งสองคดี ผู้เขียนเห็นว่า การยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย หากไม่ประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ก็จะไม่เข้าเงื่อนไขในการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามบทบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หากผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ไม่มีบทกำหนดโทษผู้ให้บริการแต่อย่างใด

3.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการทางกฎหมายในการระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ของแต่ละประเทศมีลักษณะที่เหมือนและแตกต่าง ดังนี้

3.4.1 การกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการ

สหรัฐอเมริกา ได้มีการแบ่งแยกประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ 1. ผู้ให้บริการเชื่อมต่อ 2. ผู้ให้บริการแคช 3. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล 4. ผู้ให้บริการสืบค้น และกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการเหล่านั้นอย่างชัดเจน โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการเชื่อมต่อและผู้ให้บริการแคช ไม่ต้องมีหน้าที่ในการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหน้าที่ในการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลและผู้ให้บริการสืบค้น มีหน้าที่ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อได้รับการแจ้งเตือน และมีหน้าที่ในการแจ้งผู้ให้บริการทราบเมื่อมีการลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลต้องมีหน่วยงานเฉพาะในการรับแจ้งเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ จึงเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ได้เน้นหน้าที่ให้การตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล ซึ่งผู้ให้บริการดังกล่าวเป็นผู้ให้บริการที่ถือครองเนื้อหาข้อมูลของผู้ใช้บริการ จึงได้กำหนดเป็นการเฉพาะว่าผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลต้องมีหน่วยในการรับแจ้งเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ และเมื่อได้รับการแจ้งเตือนแล้ว หากผู้ให้บริการเห็นว่าเนื้อหาข้อมูลของผู้ใช้บริการของตนเป็นเนื้อหาข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการมีอำนาจในการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตน

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดา แบ่งแยกประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ 1. ผู้ให้บริการเชื่อมต่อ 2. ผู้ให้บริการแคช 3. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล 4. ผู้ให้บริการสืบค้น โดยมีการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการเชื่อมต่อและผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลที่ได้รับค่าบริการมีหน้าที่ต้องส่งต่อการแจ้งเตือนไปให้ผู้ให้บริการทราบและเก็บรักษาข้อมูลกิจกรรมทางออนไลน์และข้อมูลที่สามารถบ่งชี้ตัวตนของผู้ใช้บริการ จึงเห็นได้ว่า ผู้ให้บริการทั้งสองประเภทดังกล่าวจึงมีหน้าที่ในการตรวจสอบเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดาไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการต้องดำเนินการลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนมีหน้าที่ต้องลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตน

ส่วนสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้มีการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 4 ประเภท เช่นเดียวกับ สหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา และได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือน หากผู้ให้บริการเห็นว่าเนื้อหาข้อมูลของผู้ใช้บริการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการสามารถที่จะลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตน ได้เช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

จากการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) เห็นได้ว่าทั้งสามประเทศต่างเห็นพ้องตรงกันว่า ผู้ให้บริการเชื่อมต่อไม่ควรที่จะต้องมีความรับผิดชอบเนื้อหาข้อมูลของผู้ใช้บริการ เว้นแต่ผู้ให้บริการจะเป็นผู้กำหนดการรับส่งข้อมูลหรือเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล นอกจากนี้ ประเทศเหล่านี้ยังเห็นตรงกันว่า ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลควรมีหน้าที่ในการตรวจสอบเนื้อหาข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการกำหนดให้ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลต้องจัดเตรียมช่องทางในการรับแจ้งเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. ผู้ให้บริการเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่นผ่านระบบคอมพิวเตอร์ 2. ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ทั้งนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการออกตามลักษณะประเภทของการให้บริการ แต่ได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการทุกประเภท หากผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการได้ดำเนินการตามคำสั่งศาล ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น จากการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าว

ผู้ให้บริการทุกประเภทจึงมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นอย่างเดียวกัน นอกจากนี้ผู้ให้บริการตามคำนิยามทุกประเภทยังมีหน้าที่ต้องระงับหรือนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตนตามคำสั่งศาลด้วย

อย่างไรก็ดี เห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการแตกต่างจากของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) และมีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการทุกประเภทมีหน้าที่อย่างเดียวกัน จึงทำให้ผู้ให้บริการทุกประเภทมีหน้าที่ในการตรวจสอบเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการ ทั้งนี้หากพิจารณาถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ประเทศเหล่านี้ ไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการเชื่อมต่อต้องมีความรับผิดชอบต่อเนื้อหาข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

3.4.2 มาตรการแจ้งเตือน

สหรัฐอเมริกาได้กำหนดมาตรการแจ้งเตือน โดยใช้หลักการ “แจ้งเตือนและนำออก” (Notice and Takedown) หลักการนี้กำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่ต้องพิจารณาว่าเนื้อหาข้อมูลของผู้ใช้บริการเป็นเนื้อหาข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ หากผู้ให้บริการเห็นว่าเนื้อหาข้อมูลดังกล่าวละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องหยุดการเผยแพร่เนื้อหาที่อาจผิดกฎหมายหลังจากได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจภายในเวลาที่กำหนด ทั้งนี้หากผู้ให้บริการที่ได้รับการแจ้งเตือนลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการแล้ว ผู้ให้บริการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยผู้ให้บริการสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิด (Safe Harbor) ซึ่งทำให้ผู้ให้บริการไม่ต้องมีความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

มาตรการแจ้งเตือนของประเทศแคนาดา ใช้หลักการ Notice and Notice กล่าวคือ เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องส่งต่อการแจ้งเตือนไปให้ผู้ใช้บริการที่เผยแพร่เนื้อหา เพื่อให้ผู้ให้บริการตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไร และผู้ให้บริการต้องบันทึกกิจกรรมทางออนไลน์ของผู้ใช้บริการในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หากเจ้าของลิขสิทธิ์ฟ้องคดีต่อศาล ศาลก็สามารถสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการได้ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นความรับผิด (Safe Harbor) ของหลัก Notice and Notice นั้นผู้ให้บริการสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้โดยอิสระหากผู้ให้บริการได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสื่อกลางอย่างเคร่งครัด และได้ปฏิบัติตามหลักการ Notice and Notice

สำหรับสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้นำหลักการ Notice and Takedown ของสหรัฐอเมริกามาใช้ ทั้งนี้มาตรการแจ้งเตือนของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) และของสหรัฐอเมริกามีเนื้อหาสาระเป็น

อย่างเดียวกัน นอกจากนี้ ผู้ให้บริการจะสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้เมื่อมีการลบหรือนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตนเหมือนอย่างสหรัฐอเมริกาเช่นกัน

จากมาตรการแจ้งเตือนตามหลักการของสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา เห็นได้ว่า มาตรการแจ้งเตือนของทั้งสองประเทศนั้นแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ มาตรการแจ้งเตือนของสหรัฐอเมริกา (Notice and Takedown) นั้นให้อำนาจในการตัดสินใจลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์อยู่ที่ผู้ให้บริการ แต่หลักการแจ้งเตือนของประเทศแคนาดา (Notice and Notice) นั้นให้อำนาจในการตัดสินใจลบหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์อยู่ที่ผู้ใช้บริการ

สำหรับประเทศไทยนั้น มาตรการแจ้งเตือนกฎหมายลิขสิทธิ์มิได้มีการกำหนดไว้ ทั้งนี้ หากเจ้าของลิขสิทธิ์พบว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ตามมาตรา 32/3 เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับหรือนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ ผู้ให้บริการสามารถที่จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการและผู้ให้บริการได้ดำเนินการตามคำสั่งศาล อย่างไรก็ตาม มาตรการแจ้งเตือนนี้กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้มีการนำมาตราแจ้งเตือนมาใช้กับความผิดในการนำข้อมูลหรือเผยแพร่ ส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บินเบือน ปลอม เท็จ หรือลามกในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน หรือต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ โดยมาตรการแจ้งเตือนนั้น กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้นำหลักการ Notice and Takedown ของสหรัฐอเมริกามาใช้ในการแจ้งเตือน

ทั้งนี้ จากมาตรการแจ้งเตือนที่กล่าวมาแล้วนั้น เห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ต่างนำมาตรการแจ้งเตือนมาใช้ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกลับไม่นำมาตรการแจ้งเตือนมาใช้แต่อย่างใด

3.4.3 บทลงโทษผู้ให้บริการ กรณีไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

การกำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการ กรณีไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์นั้น สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ไม่ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการไว้ หากผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนแล้วผู้ให้บริการไม่ลบหรือนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ผู้ให้บริการไม่อาจกล่าวอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบต่อผู้ได้

อย่างไรก็ดี ประเทศแคนาดาได้กำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการ กรณีไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยได้กำหนดว่าหากผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนแล้ว ผู้ให้บริการไม่ดำเนินการตามข้อหนึ่งข้อใดใน The Notice and Notice procedure หรือผู้ให้บริการไม่สามารถให้เหตุผลได้ว่าเพราะเหตุใดผู้ให้บริการจึงไม่ดำเนินการ ผู้แจ้งเตือนชอบที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดระหว่าง 5,000 ดอลลาร์ และ 10,000 ดอลลาร์ จึงเห็นได้ว่าประเทศแคนาดาได้ตระหนักถึงความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ว่าหากไม่มีการระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทันเวลาที่ เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก เมื่อผู้ให้บริการได้รับรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วไม่ดำเนินการผู้ให้บริการควรต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

สำหรับประเทศไทย กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้กำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการ กรณีไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ไว้ หากผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนแล้ว ผู้ให้บริการไม่ลบหรือนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ผู้ให้บริการไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ทั้งนี้ กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้ให้บริการที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลในการระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผู้ให้บริการที่ฝ่าฝืนต้องได้รับโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท และปรับเป็นรายวันอีกไม่เกินวันละห้าพันบาทจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง เห็นได้ว่าการกำหนดบทลงโทษดังกล่าวนี้ เพื่อให้ผู้ให้บริการต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลอย่างเคร่งครัดเพื่อระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์

ทั้งนี้ การกำหนดบทลงโทษของประเทศแคนาดาและกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยนั้น แตกต่างกันตรงที่ของประเทศแคนาดาเป็นการกำหนดบทลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของสิทธิ์ที่ได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ให้บริการไม่ระงับยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นการกำหนดโทษทางแพ่ง ส่วนของประเทศไทยนั้น บทลงโทษผู้ให้บริการเป็นบทลงโทษทางอาญา เพื่อป้องปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดลิขสิทธิ์ได้กระทำความผิดซ้ำอีก

อนึ่ง ผู้เขียนได้ทำตารางเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ไว้ในภาคผนวก⁶²

⁶² โปรดดูภาคผนวก ก หน้า 101.