

ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์:
ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี

นางสาวศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

IMPACTS OF PROTECTION OF TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURE FOR THE PROTECTION
OF COPYRIGHTS: COMPARISON STUDY OF WIPO COPYRIGHT TREATY AND FTAs

Miss Supachitra Laohawattanapinyo

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2008
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงาน
อันมีลิขสิทธิ์: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลง
เขตการค้าเสรี

โดย

นางสาว ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ

สาขาวิชา

สาขาวิชานิติศาสตร์

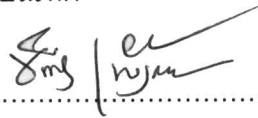
อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม (ถ้ามี)

นางสาว เพียงเพ็ญ บุตรรัตัญญู

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาามหาบัณฑิต



..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

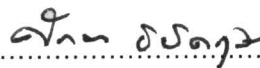
(รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)



..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)



..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(นางสาว เพียงเพ็ญ บุตรรัตัญญู)



..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(นาย นันทน อินทนนท์)



..... กรรมการ

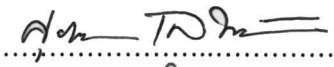
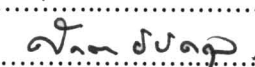
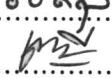
(นาย ขวลิต อัดตศาสตร์)

นางสาว ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ : ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์:ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี. (IMPACTS OF PROTECTION OF TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURE FOR THE PROTECTION OF COPYRIGHTS: COMPARISON STUDY OF WIPO COPYRIGHT TREATY AND FTAs) อ. ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล, . ที่ปรึกษาร่วม : นางสาว เพียงเพ็ญ บุตรกัตัญญ, 237 หน้า.

มาตรการทางเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองมากขึ้น จากที่เดิมจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ต่อมาเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์นำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ป้องกันการเข้าถึงหรือการทำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนก็ถือเป็นการคุ้มครองอีกชั้นหนึ่ง และในขั้นสุดท้ายเป็นการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายต่อมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นอีกที โดยห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี รวมถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวด้วย

บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีมีปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับลิขสิทธิ์แบบพหุภาคี คือ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ และสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง ซึ่งเป็นเพียงการวางแนวทางไว้อย่างกว้างเท่านั้น ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงพยายามผลักดันให้ประเทศต่างๆ ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีผ่านทางความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศหรือกลุ่มประเทศต่างๆ เพื่อให้ประเทศภาคีอนุวัติการกฎหมายภายในให้คล้ายคลึงกับบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของสหรัฐอเมริกา ที่ถูกวิจารณ์ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองที่เกินไปกว่าพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ และสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง

หากประเทศไทยทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาก็น่าจะต้องมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเช่นกัน และจะต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีฉบับดังกล่าวด้วย งานวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาถึงผลกระทบที่เกิดจากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี และแนวทางของประเทศไทยในการบัญญัติบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และสิทธิของสาธารณชนในการใช้งานที่เป็นธรรมตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีมานาน และเพื่อป้องกันมิให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในการแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองโดยไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าว

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต..... 
ปีการศึกษา.....2551..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา..... 
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม..... 

4886221434 : MAJOR LAWS

KEY WORD: IMPACTS / TECHNOLOGICAL / PROTECTION / MEASURE / COPYRIGHT

MISS SUPACHITRA LAOHAWATTANAPINYO : IMPACTS OF PROTECTION OF TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURE FOR THE PROTECTION OF COPYRIGHTS: COMPARISON STUDY OF WIPO COPYRIGHT TREATY AND FTAs. THESIS ADVISOR : ASSOCIATE PROFESSOR SAKDA THANITKUL, THESIS COADVISOR : MS. PIENGPEN BUTKATANYOO, 237 pp.

Technological Protection Measure (TPM) is a tool that a copyright owner uses to control unauthorized use of its copyright work. This is a way to expand the protection of copyright work originally obtainable under copyright laws. As an expanded level of protection, a copyright owner uses TPM to prevent unauthorized access or reproduction of its copyright work. There are laws, called "anti-circumvention law", against those who circumvent, or produce or distribute devices to circumvent, the copyright work of copyright owners who uses TPM.

Included in international multilateral agreements regarding the protection of technological measures are WIPO Copyright Treaty (WCT) and WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). They are provided only as a general guideline. Therefore, the United States of America is pushing other countries to implement the protection of TPM through FTAs and wishes its FTAs parties to implement their internal laws in the way similar to the anti-circumvention law in the United States of America. However, this attempt is widely criticized because this type of protection is far more than the scope of the obligations under the WCT and the WPPT.

If Thailand enters into the FTA with the United States of America, Thailand will have to implement laws to protect TPM. In addition, the Copyright Act B.E. 2537 will have to be amended in accordance with the FTA. This Thesis is aimed to study the impacts of anti-circumvention law and a way that Thailand will implement this law in order to make a balance between the rights of copyright owner and the public rights in fair use doctrine under copyright law, in addition to prevent misuse of this law by the copyright owner in a bad-faith, or right, way.

Field of study.....Law..... Student's signature..... *Supachitra L.*
 Academic year.....2008..... Advisor's signature..... *Sakda Thanitkul*
 Co-advisor's signature..... *Piengpen*.....

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล และ ดร. เพียงเพ็ญ บุตรภักต์ธัญญ เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และกรุณาให้คำชี้แนะ ให้กำลังใจ ตลอดจนให้ความเมตตาอย่างสูงต่อผู้เขียนตลอดมา จนทำให้ผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ และทำให้ผู้เขียนมีกำลังใจในการทำ งานด้านวิชาการซึ่งผู้เขียนไม่ถนัดมาก่อน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ท่านอาจารย์ชวลิต อุตตศาสตร์ และท่านอาจารย์นันทน อินทนนท์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่า มาเป็นประธานกรรมการและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนให้ความเมตตาอย่างสูง ต่อผู้เขียน

ทั้งนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงด้วยดีไม่ได้ หากปราศจากการสนับสนุน เป็นอย่างดีจากผู้บังคับบัญชาของผู้เขียน ได้แก่ ดร. ณรงค์ ศิริเลิศวรกุล คุณสุจินดา สุขุม และ คุณพิมพ์ใจ ลิมวิภูวัฒน์ ซึ่งได้กรุณาอนุมัติการลาศึกษา ทำให้ผู้เขียนได้ใช้เวลาอย่างเต็มที่ในการ ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และผู้เขียนขอขอบคุณยิ่งสำหรับพี่และเพื่อนร่วมงานทุกท่านในฝ่ายนิติการ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ โดยเฉพาะคุณพิมพ์ใจ ลิมวิภูวัฒน์ และ คุณพรธรรมา พิ้งประยูรพงศ์ ที่ช่วยรับภาระงานแทนผู้เขียนในระหว่างการลาศึกษา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่กรุณาประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้ รวมทั้งคุณพ่อ ก้องเกียรติ เลหาวัฒนภิญโญ คุณแม่ณสณี อนุชาติบุตร ที่อบรมเลี้ยงดูและให้ การศึกษาอันเป็นสิ่งมีค่าที่สุดแก่ผู้เขียน คอยเป็นกำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด และ คุณจุฬาลักษณ์ เลหาวัฒนภิญโญ พี่สาวที่คอยช่วยเหลือในการส่งเอกสารและรายงานต่างๆ คุณภาณุวัฒน์ ศรีพัฒน์ และครอบครัว ที่เป็นกำลังใจและทำอาหารอร่อยให้ผู้เขียนทาน ขอขอบคุณ เพื่อนๆ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณวรรณวิภา เมืองถ้ำ คุณอารยา วรรณญาพร คุณसानุ อาจสำอางค์ คุณธนวิศิษฐ์ มหฤทธิ์ไพศาล คุณอนุกุล บุญญบาล ที่คอยช่วยเหลือและเป็นมิตรที่ดีของผู้เขียนตลอดเวลาสี่ปีที่ผ่านมา และคุณวารุณี รัชต พัฒนากุล ที่ให้ความช่วยเหลือในการตรวจแก้บทคัดย่อภาษาอังกฤษให้แก่ผู้เขียน

ท้ายที่สุด หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้เขียน ขอขอบคุณความดีและกุศลนั้นแก่บิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้มีส่วนเกื้อกูล แก่ผู้เขียนในทุกๆ ด้าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้ แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	3
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	3
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา.....	5
2.1 ความหมาย ที่มา และประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี.....	5
2.1.1 ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยี.....	5
2.1.2 แนวคิดและที่มาของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี.....	6
2.1.3 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี.....	9
2.1.4 ตัวอย่างของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี.....	10
2.2 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	11
2.2.1 Berne Convention.....	11
2.2.2 TRIPs.....	12
2.2.3 WIPO Copyright Treaty และ WIPO Performances และ Phonograms Treaty.....	13
2.2.3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	16
2.2.3.2 การกระทำที่เป็นความผิด.....	19
2.2.3.3 ประเภทของมาตรการเยียวยาทางกฎหมาย.....	21

2.2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายภายใน.....	22
2.3 กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี.....	22
2.3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	26
2.3.2 การกระทำที่เป็นความผิด.....	36
2.3.3 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	49
2.3.4 ข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงาน.....	54
2.3.5 No Mandate Provision.....	57
2.3.6 Saving Clause.....	57
2.3.7 โทษ.....	58
2.3.8 ผลกระทบจากการใช้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการ ทางเทคโนโลยีของสหรัฐอเมริกา.....	59
บทที่ 3 ความตกลงเขตการค้าเสรี และกฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลีย ซีลี และเกาหลีใต้เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี.....	75
3.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ความตกลง เขตการค้าเสรี.....	75
3.1.1 ความตกลงเขตการค้าเสรีซีลี-สหรัฐอเมริกา.....	76
3.1.1.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	77
3.1.1.2 การกระทำที่เป็นความผิด.....	78
3.1.1.3 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	80
3.1.1.4 Saving Clause.....	83
3.1.1.5 General Provision.....	84
3.1.2 ความตกลงเขตการค้าเสรีออสเตรเลีย-สหรัฐอเมริกา.....	84
3.1.2.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	85
3.1.2.2 การกระทำที่เป็นความผิด.....	85
3.1.2.3 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	87
3.1.3 ความตกลงเขตการค้าเสรีเกาหลีใต้-สหรัฐอเมริกา.....	89
3.1.3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	90
3.1.3.2 การกระทำที่เป็นความผิด.....	90

3.1.3.3	ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	92
3.2	ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ใน AUSFTA Chile-US FTA และ KORUS FTA.....	92
3.2.1	ความเชื่อมโยงกับ WCT และ WPPT.....	92
3.2.2	ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ.....	93
3.2.3	การกระทำที่เป็นความผิด.....	93
3.2.4	ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	96
3.2.5	การกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติม.....	98
3.2.6	No Mandate Provision.....	99
3.2.7	Saving Clause.....	100
3.2.8	ความเชื่อมโยงกับการละเมิดลิขสิทธิ์.....	101
3.2.9	การนำหลักกฎหมายการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบและการป้องกันการผูกขาดมาใช้.....	101
3.2.10	การสงวนสิทธิเรื่อง Exhaustion of Rights.....	102
3.3	ผลกระทบต่อกฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลีย ซิลี และเกาหลีใต้เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี.....	103
3.3.1	กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย.....	103
3.3.1.1	มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	104
3.3.1.2	สิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง.....	106
3.3.1.3	การกระทำที่เป็นความผิด.....	112
3.3.1.4	ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	113
3.3.2	กฎหมายของประเทศซิลี.....	116
3.3.3	กฎหมายของประเทศเกาหลีใต้.....	117
บทที่ 4	ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี.....	120
4.1	ผลกระทบต่อสิทธิในการใช้ประโยชน์ของสาธารณชน.....	121
4.2	ผลกระทบต่อการสร้างอำนาจผูกขาด.....	125
4.3	ผลกระทบต่อการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ.....	132
4.4	ผลกระทบต่อหลักการระงับไปซึ่งสิทธิ.....	136
4.5	ผลกระทบต่อหลักการค่าเสรี.....	145

4.6 ผลกระทบต่อการคิดค้นพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศ.....	147
4.7 ผลกระทบต่อการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์.....	149
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	154
5.1. บทสรุป.....	154
5.2. ข้อเสนอแนะ.....	155
5.2.1. แนวทางในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี.....	155
5.2.2. แนวทางในการบัญญัติข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด.....	166
รายการอ้างอิง.....	170
ภาคผนวก.....	176
ภาคผนวก ก Digital Millennium Copyright Act Section 1201 Circumvention of copyright protection systems.....	176
ภาคผนวก ข Copyright Amendment Act 2006 No. 158, 2006 An Act to amend the Copyright Act 1968, and for related purposes.....	187
ภาคผนวก ค Chile-US Free Trade Agreement Article 17.7.5.....	221
ภาคผนวก ง Australia-US Free Trade Agreement Article 17.4.7.....	227
ภาคผนวก จ Korea-US Free Trade Agreement Article 18.4.7.....	232
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	237

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 ตารางแสดงกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้นภายใต้ DMCA	53
ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบความรับผิดและการยกเว้นความรับผิดภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA	95
ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้น ภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA	96
ตารางที่ 4 แสดงกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้นภายใต้ Copyright Amendment Act 2006	116

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักการในกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำหรือดัดแปลง และสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน โดยการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นตลอดระยะเวลาที่ได้รับควบคุมครองตามกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็มีระบบที่จะป้องกันไม่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิผูกขาดมากเกินไป โดยการเปิดโอกาสให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้ ตราบเท่าที่การใช้ประโยชน์ดังกล่าวไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปัจจุบันนี้ ข้อมูลต่างๆ ถูกบันทึกในรูปแบบของสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ง่ายต่อการเข้าถึงของสาธารณชนทั่วโลก สะดวกและมีค่าใช้จ่ายน้อย และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้ผู้ที่มีความรู้และความสามารถในเรื่องดังกล่าว ใช้วิธีการต่างๆ เพื่อเข้าถึงและทำซ้ำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบ อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานที่ถูกบันทึกในรูปแบบของสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ประกอบกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้โอกาสที่สาธารณชนทั่วไปจะได้รับเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือโปรแกรมที่ใช้สำหรับการละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวแพร่หลายไปอย่างรวดเร็วในวงกว้าง ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ง่ายขึ้น และสำนักงานที่สร้างขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ยังมีคุณภาพที่ทัดเทียมกับต้นฉบับด้วยต้นทุนที่ต่ำกว่ามาก ด้วยเหตุนี้เองเจ้าของลิขสิทธิ์จึงได้มีการผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้มีการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยมิได้รับอนุญาต

การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งรูปแบบของความตกลงพหุภาคี เช่น สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty: WCT) สนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT) และความตกลงทวิภาคีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศหรือกลุ่มประเทศต่างๆ เช่น AUSFTA, Singapore-US FTA, Chile-US FTA, KORUS FTA, FTAA, CAFTA เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลจากพันธกรณีของประเทศคู่ภาคีภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคี (Free Trade Agreement: FTA) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการขยายกว้างขึ้นรวมทั้งการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำมาใช้เพื่อป้องกัน

การใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิของสาธารณชนในการใช้ประโยชน์ในงานนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use) ที่เป็นข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ยังอาจใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภคและคู่แข่งทางธุรกิจของตนในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย

เนื่องจากประเทศไทยเคยมีการเริ่มต้นเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 แต่ได้มีการหยุดการเจรจาไว้ตั้งแต่เกิดเหตุการณ์การปฏิวัติในประเทศไทย จนกระทั่งปัจจุบัน¹ อย่างไรก็ตาม จากการที่สหรัฐอเมริกาได้พยายามผลักดันให้ประเทศต่างๆ ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ผ่านความตกลงในรูปแบบทวิภาคี ซึ่งแน่นอนว่าความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาจะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี เช่นเดียวกับที่ปรากฏในความตกลงเขตการค้าเสรีซึ่งสหรัฐอเมริกาทำไว้กับประเทศต่างๆ แม้ว่าบทบัญญัติในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาคำกับแต่ละประเทศจะมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป รวมทั้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งแม้จะแตกต่างกันไม่มากในถ้อยคำ แต่ก็มีความจำเป็นต้องศึกษาเพื่อทราบว่า บทบัญญัติที่แตกต่างกันนั้นส่งผลที่แตกต่างกันอย่างไรบ้างต่อการอนุวัติการกฎหมายภายใน และการกำหนดข้อยกเว้นของประเทศที่เป็นคู่ภาคีความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างไร ทั้งนี้ โดยเลือกศึกษาความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐทำกับประเทศออสเตรเลียและเกาหลีใต้ซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศชิลี ซึ่งเป็นตัวแทนของประเทศกำลังพัฒนา ตลอดจนศึกษาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นหรือคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางเทคโนโลยีว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

* การเจรจาได้หยุดชะงักหลังจากการปฏิรูปการปกครองในเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 สหรัฐอเมริกาประกาศว่าจะไม่เจรจา FTA กับรัฐบาลที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ทั้งนี้ การสานต่อการเจรจาคาดว่าจะชะลอต่อไป เนื่องจากกฎหมาย Trade Promotion Authority ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารในการเจรจาการค้ากับต่างประเทศได้หมดอายุลง ประกอบกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2551 ทำให้สหรัฐอเมริกายังไม่มีท่าทีในการขอเจรจากับไทยในขณะนี้ อย่างไรก็ตาม ได้มีการจัดตั้งกลไกประชุมหารือระหว่างทั้งสองฝ่ายอย่างไม่เป็นทางการในประเด็นอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับ FTA เช่น ประเด็นปัญหาการค้าและการลงทุนระหว่างไทย-สหรัฐฯ และประเด็นอื่นๆ ที่จะนำไปสู่ความร่วมมือทางการค้าระหว่างกัน เป็นระยะๆ ตามความเหมาะสม (กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. ความคืบหน้าการเจรจาเขตการค้าเสรีของไทยกับ United State of America [online]. 2551. แหล่งที่มา: <http://www.thaifita.com/thaifita/Home/NegoLastestStatus/tabid/117/Default.aspx> [1 มีนาคม พ.ศ. 2552])

หรือไม่ เพื่อนำมาวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียและเป็นข้อพิจารณาในการกำหนดขอบเขตของการให้ความคุ้มครองและการกำหนดช้อยกเว้นให้เหมาะสมกับประเทศไทย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เนื่องจากประเทศไทยเคยมีการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา แต่มีการหยุดการเจรจาไว้จนกระทั่งปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ปรากฏในความตกลงเขตการค้าเสรีซึ่งสหรัฐอเมริกาทำไว้กับประเทศต่างๆ อาทิ AUSFTA, Chile-US FTA และ KORUS FTA เนื่องจากความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาน่าจะมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไม่แตกต่างไปจากที่ปรากฏในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศดังกล่าวข้างต้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาว่าบทบัญญัติที่แตกต่างกันนี้ส่งผลที่แตกต่างกันอย่างไรต่อการบัญญัติกฎหมายภายใน และแนวทางในการกำหนดช้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดของแต่ละประเทศเป็นอย่างไร ตลอดจนศึกษาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นหรือคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เพื่อนำมาวิเคราะห์ข้อดีข้อเสีย และเพื่อศึกษาในการกำหนดขอบเขตของการให้ความคุ้มครองและการกำหนดช้อยกเว้นให้เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ สนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง ความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศออสเตรเลีย (Australia-US Free Trade Agreement: AUSFTA), ชิลี (Chile-US Free Trade Agreement: Chile-US FTA), เกาหลีใต้ (Korea US Free Trade Agreement: KORUS FTA) รวมทั้งบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศสหรัฐอเมริกา (Digital Millennium Copyright Act 1998: DMCA) และออสเตรเลีย (Copyright Amendment Act 2006) ตลอดจนศึกษาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นหรือคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง

วิธีการศึกษาวิจัย

ค้นคว้าข้อมูลจากตำราและบทความ ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ สนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง AUSFTA Chile-US FTA และ KORUS FTA ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยี บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทาง

เทคโนโลยี (Anti-circumvention Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย รวมทั้งเกาหลีใต้และชิลี

สมมติฐานของการวิจัย

เนื่องจากสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ สนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง และความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับหลายประเทศ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยมิได้รับอนุญาต แต่ก็มีรูปแบบ (Approach) ที่แตกต่างกัน จึงเห็นควรนำสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ สนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง และความตกลงเขตการค้าเสรี 3 ฉบับ ได้แก่ AUSFTA, Chile-US FTA และ KORUS FTA มาวิเคราะห์ เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ และเพื่อศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในลักษณะต่างๆ เพื่อหาจุดยืนของประเทศไทยในการเจรจาทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา และนำมาใช้พิจารณาขอบเขตของการให้ความคุ้มครองและการกำหนดข้อยกเว้นให้เหมาะสมกับประเทศไทย โดยควรมีข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งกว้างกว่าที่ปรากฏใน AUSFTA, Chile-US FTA และ KORUS FTA ทั้งสามฉบับ และต้องแตกต่างจากกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา (DMCA) ด้วย เพราะจากคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเองแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวถูกนำมาใช้ในลักษณะที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ในการยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กลับกระทบต่อการคิดค้นวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์ การใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมของสาธารณชน และการแข่งขันที่เป็นธรรมในการเอาเปรียบทั้งบริษัทคู่แข่งและผู้บริโภค

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้ทราบถึงข้อดีข้อเสียของการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในรูปแบบต่างๆ และเพื่อเป็นข้อเสนอแนะในการกำหนดขอบเขตของการให้ความคุ้มครองและการกำหนดข้อยกเว้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และบริบทของกฎหมายโดยรวมในประเทศไทย เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณชน การคิดค้นวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า

บทที่ 2

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา

ความหมาย ที่มา และประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี

การเพิ่มขึ้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบดิจิทัล ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้คิดค้นมาตรการทางเทคโนโลยีขึ้นมา ซึ่งเป็นเครื่องมือ อุปกรณ์ เทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน โดยมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะจำกัดการทำซ้ำ ดัดแปลง และการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ฯลฯ ซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีจึงถือเป็นการขยายขอบเขตการบังคับตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวด้วยตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง

1. ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยี

มาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measure: TPM) คือ มาตรการซึ่งเป็นเครื่องมือที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนที่อยู่ในรูปแบบ digital content โดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งรวมถึงการบริหารจัดการสิทธิดิจิทัล Digital Right Management: DRM เช่น การให้สิทธิในการฟังเพลงในช่วงเวลาที่จำกัด หากผู้ใช้อย่างคงเปิดฟังเพลงหรือใช้งานนั้นต่อไปเมื่อเกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตแล้ว ก็ถือเป็นการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตเช่นกัน หรืออาจกล่าวได้ว่า การนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้นั้นก็เพื่อสนับสนุนรูปแบบการทำธุรกิจในการจำหน่ายสินค้าที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล เช่น ภาพยนตร์ เพลงออนไลน์ และใช้เพื่อป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จากการเพิ่มขึ้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของดิจิทัลดังกล่าว ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับบริการเพลงในรูปแบบดิจิทัลในประเทศไทย เช่น การให้บริการโหลดไฟล์เพลงทางอินเทอร์เน็ตของค่ายเพลงแกรมมี่ที่ชื่อว่าบริการ “ikey club” เมื่อประมาณปลายปี พ.ศ. 2550 โดยคิดค่าบริการโหลดเป็นรายเพลง รายอัลบั้ม หรือเหมาจ่ายรายเดือนซึ่งเมื่อครบระยะเวลาแล้ว ไฟล์เพลงดังกล่าวก็จะไม่สามารถเปิดฟังได้

2. แนวคิดและที่มาของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี

ประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมีวิวัฒนาการมาโดยตลอด เป็นผลมาจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ในปัจจุบันซึ่งเป็นยุคของอิเล็กทรอนิกส์ ข้อมูลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของตัวอักษร เสียง ภาพ ต่างถูกบันทึกให้อยู่ในรูปดิจิทัล ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ได้มีการพัฒนาครอบคลุมไปถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ตลอดจนฐานข้อมูลในระบบอิเล็กทรอนิกส์แล้ว โดยงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่างานดังกล่าว จะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งนอกจากงานนิพนธ์แล้ว ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังบัญญัติให้วรรณกรรมมีความหมายรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งหมายถึง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงาน หรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด

จากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่ทำให้ข้อมูลความรู้ต่างๆ ถูกบันทึกไว้ในรูปแบบของข้อมูลดิจิทัลดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ผู้บริโภคสามารถจะใช้ประโยชน์จากงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในรูปแบบของข้อมูลดิจิทัลภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะจำหน่ายสำเนาของงานของตน รวมทั้งเสนอวิธีการใหม่ในการรับและใช้ประโยชน์ในงานนั้นแก่ผู้บริโภคได้ การพัฒนารูปแบบข้อมูลดิจิทัลเช่นนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบข้อมูลดิจิทัลดังกล่าวจะสามารถได้รับความคุ้มครองในโลกดิจิทัลได้อย่างไร เนื่องจากการทำซ้ำงานที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลดังกล่าวสามารถกระทำได้ง่ายและมีต้นทุนต่ำ ในทางตรงกันข้ามกลับให้สำเนาที่มีคุณภาพเท่าเทียมกับของจริง และการแพร่กระจายของงานก็ยังสามารถทำได้โดยไม่มีค่าใช้จ่ายอีกด้วย หรือกล่าวอีกนัยคือ การละเมิดลิขสิทธิ์ในโลกยุคดิจิทัลก็สามารถกระทำได้ง่ายขึ้นด้วยเช่นกัน โดยวิวัฒนาการของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของดิจิทัลนั้นก็มีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง เช่นเดียวกับความพยายามของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการคิดค้นมาตรการและวิธีการเพื่อรับมือกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบดิจิทัลดังกล่าว

รูปแบบของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลทางออนไลน์ (online piracy) อาทิ (1) Web-hard services หรือ cyberlockers เป็นรูปแบบของระบบการแบ่งปันไฟล์ (file-sharing) แบบปิด โดยการเก็บไฟล์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไว้และเผยแพร่รหัสผ่านซึ่งผู้โหลดจะต้องจ่ายเงิน โดยระบบแบบปิดเช่นนี้ทำให้ยากต่อการสืบหาแหล่งที่ตั้งมากกว่าการให้บริการ file-sharing ที่ใหญ่ๆ (2) portal services หรือ forum sites ที่เสนอลิงค์ไปยังที่เก็บไฟล์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ (3) เว็บไซต์ที่

เสนอหนังสือหรือนิตยสารในรูปแบบไฟล์ที่สแกนมาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งกระทบต่อตลาดสินค้าที่ขบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ และตัวอย่างที่สำคัญซึ่งก่อให้เกิดการดำเนินคดีในหลายประเทศโดยกลุ่มอุตสาหกรรมบันเทิง คือ โปรแกรม peer-to-peer ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถแบ่งปันรับส่งไฟล์ข้อมูลกันระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลได้โดยตรง เป็นเทคโนโลยีที่ได้รับความนิยมในการเผยแพร่ดิจิทัลไฟล์ รวมทั้งสตรีทิงค์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยไฟล์จะอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนตัวในไฟล์ที่ถูกรหัสและเข้าถึงได้โดยผู้ใช้อื่นบนเครือข่าย¹

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากผู้บริโภคในประเทศไทยโหลดโปรแกรม peer-to-peer มาติดตั้งในเครื่องคอมพิวเตอร์และมีไฟล์เพลง MP3 ซึ่งมาจากแผ่นซีดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีจำหน่ายกันอย่างแพร่หลาย และคนที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาที่ติดตั้งโปรแกรมดังกล่าวเช่นกันทำให้สามารถโหลดไฟล์เพลงของศิลปินไทยไปฟังได้ เช่นเดียวกับที่คนไทยสามารถฟังเพลงของ Black eyed peas ซึ่งก็ล่าสุดได้ทันทีที่ออกวางจำหน่าย หรือแม้แต่เพียงเปิดทางสถานีวิทยุ เครื่องเล่น MP3 ขนาดพกพาก็สามารถบันทึกเพลงที่เปิดจากวิทยุนั้นลงเครื่องได้และถ่ายโอนไฟล์เพื่อส่งต่อได้เช่นกัน แม้ว่าไฟล์เพลงที่ได้ในกรณีนี้จะมีคุณภาพเสียงไม่ดีเท่าเพลงที่ซื้อจากบริการเพลงออนไลน์ เช่น iTunes หรือซื้อแผ่นซีดีของแท้ก็ตาม ซึ่งตัวอย่างที่ยกมานี้แสดงให้เห็นว่าไม่มีขั้นตอนใดเลยที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้ลงทุนลงแรงสร้างสรรค์ชิ้นมานั้น ผู้ที่ได้รับประโยชน์เป็นตัวเงินที่เห็นได้ชัดมีเพียงคนขายแผ่น MP3 ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่ผู้ใช้งานอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือผู้ที่โหลดไฟล์เพลงจากโปรแกรมดังกล่าว จะเสียเพียงค่าใช้จ่ายในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตหรือค่าชั่วโมงอินเทอร์เน็ตกับค่าไฟฟ้าเท่านั้น ซึ่งหากมองในแง่แล้ว การชั่งน้ำหนักระหว่างการละเมิดลิขสิทธิ์กับการปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ควรที่จะต้องให้น้ำหนักไปที่การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากหากเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้รับประโยชน์ใดๆ เลยจากการสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมาแล้ว ย่อมไม่มีผู้ใดอยากที่จะสร้างงานนั้นขึ้นหรือขาดแรงจูงใจในการสร้างงาน

ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จึงคิดค้นมาตรการทางเทคโนโลยีขึ้นมาเพื่อป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไม่ให้ถูกใช้โดยมิได้รับอนุญาตจากตนก่อน เพื่อให้สามารถมั่นใจว่าตนจะสามารถได้รับ

¹ Screen Australia, Flexible vision v.2.0 a compendium of new and emerging audiovisual content delivery platforms and government intervention 2nd edition 2008 [online]. July 2008. p.26-27, Available from: http://www.screenaustralia.gov.au/documents/SA_publications/FlexibleVision_08.pdf

ประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นอย่างต่อเนื่องและแน่นอน ซึ่งหากมองในทางตรงกันข้าม มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวก็ถือเป็นการขยายขอบเขตการบังคับตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวด้วยตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง ดังนั้น หากเป็นการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเอาเปรียบและจำกัดสิทธิของสาธารณชนมากเกินไป ก็ย่อมควรที่จะถูกจำกัดโดยกฎหมายเช่นกัน ซึ่งฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีโต้แย้งว่า เจ้าของลิขสิทธิ์พยายามที่จะจำกัดการใช้ประโยชน์ของสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการรับรองหรืออนุญาตให้กระทำได้ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ยิ่งไปกว่านั้น การนำมาตรการทางเทคโนโลยีบางอย่างมาใช้โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ยังถูกมองว่าเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย เช่นในคดีของ iTunes Music Store² ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนใน 3 ชั้น ชั้นแรกคือ ความคุ้มครองตามระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ทั่วไป ชั้นต่อมาคือมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยมิได้รับอนุญาต แต่เนื่องจากการคุ้มครองในชั้นนี้มีจุดอ่อนคือ การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะได้ผลหรือมีประสิทธิภาพภายในระยะเวลาอันจำกัดตราบเท่าที่จะมีผู้คิดค้นวิธีการหรือพัฒนาเครื่องมือสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการเสริมชั้นที่สามคือ กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ หรือ Anti-circumvention Law อีกชั้นหนึ่ง³ ซึ่งจะห้ามกระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อย่างไรก็ตาม มาตรการเสริมทางกฎหมายดังกล่าวก็อาจจะไม่บรรลุผลอย่างเพียงพอ เว้นแต่จะบัญญัติให้การกระทำที่เป็นความผิดครอบคลุมไปถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยง

² อรรยา สิงห์สงบ, "The clash between digital rights management (DRM) and the consumer's rights in the digital age," ใน วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ Ninth Anniversary Special Issue 2006, (2549), หน้า 142.

³ Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers No. 593 (2005): p.3.

มาตรการทางเทคโนโลยีด้วย* หรือเปลี่ยนมาควบคุมหรือบังคับสิทธิกับผู้ที่เป็นต้นตอของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั่นเอง

3. ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี

มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ควบคุมการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมีหลากหลายรูปแบบและเปลี่ยนแปลงไปอย่างต่อเนื่อง โดยสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access Control) เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดเฉพาะผู้ใช้ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้นที่จะสามารถเข้าถึงงานนั้นได้ เช่น การใส่รหัสผ่าน (password) ลายมือชื่อดิจิตอล การเข้ารหัส เป็นต้น

(2) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ (Right Control) หรือที่เรียกกันว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการใช้งานที่ได้รับความคุ้มครองนั้นภายหลังจากที่ผู้ใช้ได้เข้าถึงงานนั้นแล้ว เช่น ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ จะให้สิทธิแก่ผู้รับอนุญาตในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงเท่านั้น และเพื่อให้แน่ใจได้ว่าพันธะหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะได้รับการปฏิบัติตามและจะไม่มีการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก่อน มาตรการทางเทคโนโลยีจึงถูกนำมาใช้เพื่อติดตามและควบคุมการทำซ้ำ และเพื่อป้องกันมิให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิเกินเลยไปจากที่ได้รับอนุญาต เช่น CSS ที่ใช้กับแผ่น DVD ที่ป้องกันการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น

* ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนใช้ข้อความว่า “การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี” โดยหมายถึงการผลิต จำหน่าย นำเข้า เผยแพร่ เสนอต่อสาธารณชน จัดหา ส่งต่อ หรือแลกเปลี่ยนเครื่องมือ เทคโนโลยี สินค้า บริการ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนของสิ่งดังกล่าว ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

** ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนใช้คำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ” ในบริบทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการใช้ลิขสิทธิ์หรือควบคุมการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทของงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดิจิตอล และเพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับบทความต่างๆ ที่ ผู้เขียนใช้อ้างอิง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานและมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำงานอาจถูกนำมาใช้ควบคู่กันได้ โดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกออกแบบมาเพื่ออำนวยความสะดวกในการบริหารจัดการสิทธิและเพื่อประโยชน์ในการทำตลาดงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล เรียกอีกอย่างว่า “Digital Right Management (DRM)” โดยมีการนำมาใช้กับสื่อทั้งประเภท Online และ Offline และใช้ใน 3 ระดับ คือในขั้นตอนของการสร้างสรรค์งาน การบริหารจัดการในการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ และการควบคุมสิทธิของผู้บริโภคในการเข้าถึงหรือการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์⁴

4. ตัวอย่างการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี

(1) Content Scramble System หรือ CSS ระบบการเข้ารหัสที่กลุ่มผู้สร้างภาพยนตร์นำมาใช้เพื่อป้องกันการทำซ้ำแผ่นดีวีดี ทำให้แผ่นดีวีดีที่มีการเข้ารหัสสามารถใช้ชมกับเครื่องเล่นดีวีดีและเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งเทคโนโลยีการถอดรหัสที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

(2) มาตรการที่ใช้ป้องกันการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน (interoperability) หรือ Product Lock-in คือ ลูกค้ายี่ห้อสินค้าจะไม่สามารถหันไปใช้บริการทางด้าน after market จากบริษัทอื่นได้ จึงจำเป็นต้องใช้บริการหรืออะไหล่จากผู้ผลิตรายเดิมไปโดยตลอดโดยไม่มีข้อแม้ ซึ่งถือเป็นการขายพ่วงประเภทหนึ่งด้วย⁵ เช่นกรณี Lexmark ที่ป้องกันไม่ให้มีการนำแท่นหมึกที่เป็นอุปกรณ์ต่อพ่วงของแท้กลับมาใช้งานซ้ำอีก โดยการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ป้องกันการเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และนำไปฝังไว้ในสินค้าที่ตนผลิต เพื่อจำกัดการใช้หรือควบคุมการทำงานของชิ้นส่วน อุปกรณ์ หรืออะไหล่ของสินค้าดังกล่าว รวมถึงการบริการหลังการขายที่เกี่ยวข้องกับสินค้าดังกล่าว ทำให้ผู้บริโภคถูกจำกัดให้ต้องใช้สินค้าหรือบริการอื่นของผู้ผลิตรายนั้นหรือของผู้ผลิตรายอื่นที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

(3) FairPlay ของ Apple Computer โดยไฟล์ที่ซื้อผ่านทาง iTunes Music Store จะถูกถอดรหัสโดย FairPlay และเข้ารหัสไฟล์ในรูปแบบของ ACC ซึ่งจะป้องกันไม่ให้ผู้ซื้อนำไฟล์

⁴ อรรถยา สิงห์สงบ, “The clash between digital rights management (DRM) and the consumer's rights in the digital age,” ใน วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ Ninth Anniversary Special Issue 2006, (2549), หน้า 143.

⁵ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, “อำนาจการผูกขาด,” วารสารกฎหมาย 22, 1 (2546): 195-196.

ดังกล่าวไปเล่นกับเครื่องเล่น MP3 ที่ผลิตโดยบริษัทอื่นที่ไม่ใช่เครื่องเล่น iPod ของ Apple เอง เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างหนึ่ง

(4) Region coding การใช้รหัสของสินค้าแต่ละภูมิภาคที่แตกต่างกันของ Sony Entertainment เพื่อเป็นการควบคุมให้แผ่นวีดีโอเกมที่ซื้อมาอย่างถูกต้องลิขสิทธิ์ ใช้เล่นได้กับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันที่มีรหัสภูมิภาคตรงกันเท่านั้น ซึ่งเป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อป้องกันการนำแผ่นวีดีโอเกมที่ซื้อมาอย่างถูกต้องจากนอกภูมิภาค มาเล่นกับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันที่ซื้อมาจากในประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งแยกตลาดตามภูมิศาสตร์เพื่อกลยุทธ์ทางการตลาด เช่น การกำหนดราคาขายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ และระยะเวลาการเข้าฉายภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ที่ไม่พร้อมกันในแต่ละประเทศ

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายระหว่างประเทศ

1. อนุสัญญาเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Liberal Art and Artistic Works)

อนุสัญญากรุงเบอร์นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่เก่าแก่ที่สุด โดยให้ความคุ้มครองในลักษณะ Automatic Protection และให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่ต่อสาธารณชน รวมทั้งข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอนุญาตให้ประเทศภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่เรียกกันว่า Three-step-test คือ ต้องกำหนดข้อยกเว้นนั้นไว้เป็นการเฉพาะ การใช้ประโยชน์นั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และการกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร แต่ยังไม่มียุทธวิธีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด

* คือ การให้ความคุ้มครองทันทีที่สร้างสรรค์งานขึ้นและเข้าเงื่อนไขของงานที่ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการใดๆ ทางทะเบียน (เช่น การจดทะเบียนเหมือนกรณีเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตร) เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักการให้ความคุ้มครองแบบ Automatic protection เช่นนี้ สามารถเกิดข้อโต้แย้งเรื่องความเป็นผู้สร้างสรรค์ได้ง่ายและยากต่อการพิสูจน์ ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ในบางประเทศจึงได้กำหนดให้ต้องมีภาระจัดแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ เพื่อเป็นหลักฐานเบื้องต้นแสดงถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และในบางประเทศ (เช่น สหรัฐอเมริกา) การจัดแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ยังเป็นหนึ่งในเงื่อนไขของอำนาจในการฟ้องร้องคดีการละเมิดลิขสิทธิ์

2. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS)

หลังจากมีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ในช่วงยุค 1970 และ 1980 มีการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่สำคัญเกิดขึ้นมากมาย ซึ่งบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่มีอยู่ในขณะนั้นไม่ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองในเทคโนโลยีดังกล่าว ในขณะนั้นสังคมลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศใช้ “Guided Development” โดยการวางหลักการเป็นแนวทางและบทบัญญัติต้นแบบมากกว่าการที่จะพยายามสร้างบรรทัดฐานระหว่างประเทศใหม่ๆ โดยอาศัยการตีความจากบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน เช่น เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การแพร่ภาพทางดาวเทียมและเคเบิลทีวี แต่ก็ยังไม่ได้รวมมาตรฐานในเรื่องใหม่ๆ ไว้ด้วย (เช่น เรื่องการให้เช่าสำนักงาน) แต่เมื่อสิ้นทศวรรษที่ 1980 แล้ว ประเทศต่างๆ ต่างก็ยอมรับกันว่า แค่การวางหลักการเป็นแนวทางนั้นอาจจะไม่เพียงพออีกต่อไป จึงเกิดความพยายามที่จะบัญญัติบทบัญญัติที่ครอบคลุมในประเด็นต่างๆ ที่ยังมีช่องว่างและไม่มีแนวทางที่ชัดเจนอยู่

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) มีพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) โดยจะต้องให้ความคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน⁶ ซึ่งใน TRIPs Article 10 Section 1⁷ บัญญัติให้คุ้มครองโปรแกรม

⁶ ตาม TRIP Article 1 Section 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 this Agreement within their own legal system and practice.”

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

⁷ TRIP Article 10 Section 1 “Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).”

คอมพิวเตอร์ ในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรมภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์ลินด้วย⁸ แต่ทั้งนี้ก็ยังไม่มียกเว้นที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีอื่นเช่นกัน

3. WIPO Copyright Treaty และ WIPO Performances and Phonograms Treaty

หลังจากความตกลง TRIPs ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกก็เริ่มมีมาตรฐานการคุ้มครองและการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้มาตรฐานขั้นต่ำเดียวกัน แต่ก็พบว่า มีปัญหาที่เกิดขึ้นมากมายที่ไม่ได้ถูกกล่าวไว้ใน TRIPs เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้ข้อมูลต่างๆ ได้ถูกจัดเก็บในรูปแบบดิจิทัล และการทำธุรกรรมต่างๆ ที่อยู่ในรูปพาณิชย์ อิเล็กทรอนิกส์ อุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์เผชิญกับความยากลำบากมากขึ้นในการควบคุมการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนอย่างมีประสิทธิภาพในสภาพแวดล้อมดิจิทัลที่เอื้ออำนวยต่อการทำซ้ำและการเผยแพร่ โดยเนื้อหาของงาน (content) สามารถถูกโอนจากสื่อหนึ่งสู่อีกสื่อหนึ่ง เช่น เพลงจากแผ่นซีดีรอม (CD-ROM) สู่อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ การ convert ไฟล์สู่รูปแบบที่ต่างไปจากเดิมและบันทึกเพื่อการชมและฟังในเวลาอื่น (time-shifting) ฯลฯ กลุ่มอุตสาหกรรมเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะอุตสาหกรรมดนตรีและภาพยนตร์ จึงได้ผลักดันให้มีกฎหมายระหว่างประเทศที่คุ้มครองแก่การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีของตน เพื่อให้สามารถควบคุมงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้มากขึ้นและสามารถได้รับประโยชน์ทางการค้าจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนอย่างเต็มที่ และความพยายามดังกล่าวได้ประสบความสำเร็จในการเจรจาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ในปี ค.ศ. 1992 โดย WIPO ได้รับรองสนธิสัญญา ลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty: WCT) และสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT) เนื่องจากสนธิสัญญาทั้งสองฉบับให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับงานที่อยู่บนอินเทอร์เน็ต จึงมักเรียกกันว่า “สนธิสัญญาอินเทอร์เน็ต” (WIPO Internet Treaties) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2002 โดยมีประเทศที่เป็นภาคี สำหรับ WCT 69 ประเทศ และ WPPT 68 ประเทศ โดยประเทศเหล่านี้จะต้องผูกพันตามพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยีด้วย นอกจากนี้ ความตกลงเขตการค้าเสรีในระดับภูมิภาคและทวีปหลายฉบับ ระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศและกลุ่มประเทศ

⁸ World Intellectual Property Organization, *WIPO intellectual property handbook: Policy, law and use* WIPO Publication No.489 p.349 [Online]. Available from: <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/> [November 16, 2006]

* ข้อมูลจากเว็บไซต์องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) [online]. แหล่งที่มา: <http://www.wipo.int/copyright/en/> [21 มกราคม พ.ศ. 2552]

อาทิ US-Jordan FTA, US-Singapore FTA, US-Chile FTA, AUSFTA, US-Morocco FTA, US-Bahrain FTA, CAFTA, Free Trade Area of the Americas (FTAA) ก็ได้กำหนดตามพันธกรณีเหล่านี้ด้วย

WCT และ WPPT ถูกบัญญัติขึ้นในครั้งแรกในฐานะหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีโดยเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้เห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางกฎหมายลิขสิทธิ์หรือตัวเทคโนโลยีเองเพียงลำพัง ก็ไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในสภาพแวดล้อมดิจิทัลทั่วโลกเช่นนี้ได้ จึงต้องมีการสนับสนุนโดยมาตรการทางกฎหมาย รวมทั้งข้อห้ามในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการเยียวยาทางกฎหมายเพื่อให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาสามารถควบคุมงานของตนได้กว้างขวางมากขึ้น⁹ ภายใต้ WCT และ WPPT ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมาย เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการใช้สิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวและตามอนุสัญญากรุงเบอร์น และมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะต้องจำกัดการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ตาม WCT Article 11 และ WPPT Article 18

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

WIPO Performances and Phonograms Treaty Article 18: *“Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which*

⁹ South Center, “The threat of technological protection measures to a development-oriented information society,” Policy Brief No. 9 (August 2007): pp.3-4.

are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law."

จะเห็นได้ว่า ทั้ง WCT และ WPPT ได้กำหนดเงื่อนไขไว้กว้างๆ เพื่อให้แต่ละประเทศมีความยืดหยุ่นในการนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในของตน เช่น ไม่ใช่มาตรการทางเทคโนโลยีทั้งหมดที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (2) ถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันสิทธิของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ และ (3) จำกัดการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ประพันธ์หรือโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้ ก็ยังคงมีแนวทางที่แตกต่างกันในการตีความเพื่อนิยามคำว่า "มาตรการทางเทคโนโลยี" ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ นอกจากนี้แต่ละประเทศยังสามารถตีความข้อความ "adequate legal protection against circumvention" ว่า ประเภทของมาตรการทางกฎหมาย เช่นใดที่จะถือว่าเพียงพอต่อการป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการพิจารณาว่าจะนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายใด เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายอาญา กฎหมายการคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) เป็นต้น

จากแนวทางที่แตกต่างกันในการปฏิบัติตามพันธกรณีหรือการตีความบทบัญญัติของ WCT และ WPPT ดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างของกฎหมายภายใน โดยสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่อนุวัติการตาม WCT และ WPPT ในปี ค.ศ. 1998 โดยการออก Digital Millennium Copyright Act หรือ DMCA ตามด้วยสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2001 ออกเป็น EU Copyright Directive¹⁰ ซึ่งทั้ง 2 ฉบับมักจะถูกอ้างอิงเสมอในฐานะเป็นกฎหมายแม่แบบ (Model Laws) สำหรับรัฐภาคีของ WCT และ WPPT ที่กำลังอยู่ในระหว่างกระบวนการอนุวัติการตามบทบัญญัติเหล่านี้¹⁰ ซึ่งพันธกรณีตาม DMCA และ EU Copyright Directive มักจะปรากฏใน US FTA และ EU EPA ที่ทำกับประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ อย่างไรก็ตาม ทั้ง DMCA และ EU Copyright

* มาจาก The Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society หรือเป็นที่รู้จักกันทั่วไปว่า "Copyright Directive" หรือ "Information Society Directive"

¹⁰ William W. Fisher, *iTunes case study: overview and summary of conclusions* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. p.2. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf> [January 15, 2009]

Directive ต่างถูกมองว่าไปไกลเกินกว่าพันธกรณีภายใต้ WCT และ WPPT โดยใน EU Copyright Directive ห้ามทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่อาจจะถูกนำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ (กรณีที่เป็นกรณียกเว้นมาตรการทางเทคโนโลยี) อย่างไรก็ตาม ก็มีการกำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้มั่นใจได้ว่า การกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มครองอยู่ นอกจากนี้ การอนุวัติการตามบทบัญญัติ Anti-circumvention ของ WCT และ WPPT ตามมาตรฐานของสหรัฐอเมริกาและกลุ่มสหภาพยุโรปที่เป็นการผลักดันผ่านทาง FTA และ EPA ก็มีรูปแบบที่แตกต่างกันไปบ้าง แต่ไม่มี FTA หรือ EPA ใดเลยที่ให้อำนาจข้อยกเว้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดิจิทัลโดยชอบธรรมและไม่เป็นการละเมิด เช่น การเข้าถึงงาน ที่เป็นสาธารณณะ (public domain) หรือการทำซ้ำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัว (private use)¹¹

3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

▪ สิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง

ตาม WCT Article 11 และ WPPT Article 18 ใช้คำว่า “effective technological measures” ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ WCT และ WPPT จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น แต่เนื่องจากไม่ปรากฏนิยามของคำว่า “Effective technological Measures” จึงไม่สามารถระบุได้ว่า อย่งไรคือ “มาตรการทางเทคโนโลยี” และอย่างไรคือ “ที่มีประสิทธิภาพ” จึงเป็นเรื่องของบทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศที่ใช้ดุลพินิจว่า มาตรการทางเทคโนโลยีใดจะถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายของประเทศตน แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นไม่น่าจะถึงขั้นต้องเป็นมาตรการที่ไม่อนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงได้เลยหรือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์ เนื่องจากมาตรการทางเทคโนโลยีเช่นนั้นย่อมไม่มีเทคโนโลยีหรือเครื่องมือใดที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นได้ และไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองทางกฎหมายอีก

¹¹ Electronic Frontier Foundation, Seven lessons from a comparison of the technological protection measure provision of the FTAA, the DMCA, and recent bilateral Free Trade Agreements, (June 2005) อ้างถึงใน South Center, “The threat of technological protection measures to a development-oriented information society,” Policy Brief No. 9 (August 2007): p.6.

ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควรได้รับการคุ้มครองก็คือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในระดับหนึ่ง ส่วนมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่มีประสิทธิภาพที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อาทิ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย ง่ายต่อการหลีกเลี่ยง หรือสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยอุบัติเหตุ¹² แต่ถ้าคำว่า “effective” หมายถึง มาตรการที่ขัดขวางหรือป้องกันการกระทำที่ เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ เช่น การทำซ้ำ การเผยแพร่ต่อสาธารณชน การจำหน่ายสำเนา งานก็อาจต้องมีการกำหนดเงื่อนไขมาเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจนกว่านี้ นอกจากนี้ บางกรณีมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นอาจจะไม่ถือว่าเป็น “effective” แม้ว่ามันจะทำงานได้โดยเหมาะสมแล้ว ถ้าการเข้าถึงงานนั้นยังคงสามารถทำได้โดยวิธีการอื่นนอกจากการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว กล่าวอีกนัยคือ ถ้ามีเครื่องมือที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ประตุนั้น แต่ยังคงมีอีกประตูที่ไม่มีการล็อกทางเทคโนโลยี ดังนั้น การล็อกประตูใดเพียงประตูเดียวจึงถือได้ว่าไม่มีประสิทธิภาพ

ในทางตรงกันข้าม Article 6(3) ของ EU Copyright Directive ได้บัญญัติให้ “effective technological measure” หมายถึง “เมื่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครอง ถูกควบคุมโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านวิธีการควบคุมการเข้าถึงหรือกระบวนการป้องกัน เช่น การเข้ารหัส การรบกวน หรือการเปลี่ยนแปลงสภาพของงาน หรือกลไกที่ใช้ในการควบคุมการทำซ้ำ ซึ่งทำให้บรรลวดูวัตถุประสงค์ในการป้องกัน” ซึ่งการนิยามของ EU Directive เช่นนี้ ครอบคลุมทั้ง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมทั้งการเข้าถึงและการทำซ้ำ ไม่ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะทำงานได้ดีเพียงใดก็จะได้รับความคุ้มครอง¹³

นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติใน WCT Article 11 ใช้คำว่า “used by authors” และ WPPT Article 18 ใช้คำว่า “used by performers or producers of phonograms” หากจะตีความตามตัวอักษรว่า ต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกนำมาใช้โดยผู้สร้างสรรค์งาน

¹² นันทน อินทนนท์ (2550), “มาตรการทางเทคโนโลยีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ: ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” ใน ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, โครงการ WTO Watch (จัดกระแสดังกล่าว) หน้า 61-62.

* เช่น เพิ่มคำว่า “that are used by authors in connection with the exercise of their right...to hinder or protect any act concerned their right”

¹³ Jane C. Ginsburg, “Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience,” *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.5.

นักแสดงหรือผู้ผลิตสิ่งบันเทิงเสียงเท่านั้น ก็อาจจะเป็นการตัดสิทธิในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกนำมาใช้โดยคนกลางในฐานะตัวแทนของบุคคลดังกล่าว เช่น ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right)

บทบัญญัติใน WCT ใช้คำว่า “in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention” และ WPPT ใช้คำว่า “in connection with the exercise of their rights under this Treaty” ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองตาม WCT และ WPPT จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ ดัดแปลง การจำหน่ายสำเนา งาน สิทธิในการเช่า สิทธิในการเผยแพร่สู่สาธารณชน และที่ป้องกันการฝ่าฝืน สิทธิที่สืบเนื่อง ซึ่งนำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ WCT WPPT และอนุสัญญากรุงเบอร์ลินเท่านั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์หรืองานที่หมดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไปแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นก็สามารถที่จะบัญญัติให้เป็นมาตรการที่จำกัดเฉพาะการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการละเมิด ลิขสิทธิ์เท่านั้น หากเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อ การศึกษา ซึ่งเป็นข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สามารถกระทำได้ภายใต้ อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน จึงย่อมไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทาง เทคโนโลยีไปด้วย

▪ ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

ใน WCT และ WPPT ไม่ได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ อย่างไรก็ตามอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง อย่างไรก็ตาม ต้องทำความเข้าใจก่อนว่า “การเข้าถึงงาน” (accessing a work) แตกต่างจาก “การเข้าถึงสำเนา” (accessing a copy of work) เพราะ access control หมายถึงในกรณีแรก เช่น ผู้ซื้อแผ่นซีดีที่ภายในบรรจุงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น วิดีโอ เกมส์ สิ่งที่ซื้อมาคือสำเนาอันมีลิขสิทธิ์ที่บันทึกลงในสื่อในรูปแบบวัตถุที่จับต้องได้ แผ่นซีดีนั้นไม่ใช่ตัวงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่งานอันมีลิขสิทธิ์คือตัววิดีโอเกมส์ซึ่งในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้ซื้อจะต้องโหลดเกมส์เข้าเครื่องคอมพิวเตอร์หรือเครื่องเล่นวิดีโอเกมส์ และเมื่อเสียงและภาพของ เกมส์ปรากฏขึ้นก็ถือว่าผู้ซื้อสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นแล้ว ดังนั้นถ้ามีมาตรการทาง เทคโนโลยีบรรจุไว้ในแผ่นซีดี ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถเล่นงานอันมีลิขสิทธิ์ในแผ่นเกมส์นั้นได้ เช่น

จะต้องใส่รหัสผ่าน หรือผู้ซื้อจะเล่นเกมส์ได้ต่อเมื่อเล่นกับคอมพิวเตอร์ที่ถูกออกแบบมาให้ใช้งานกับแผ่นซีดีนั้นได้เท่านั้น มาตรการทางเทคโนโลยีเช่นนี้ถือเป็นมาตรการที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์

ความแตกต่างที่ได้กล่าวมานั้นก่อให้เกิดคำถามว่า อนุสัญญากรุงเบอร์น หรือ WCT และ WPPT ให้สิทธิในการควบคุมการเข้าถึงงานด้วยหรือ การที่ WCT ให้สิทธิใหม่ในการเผยแพร่สำเนาของงานสู่สาธารณชน (right of distribution of copies) แต่สิทธิดังกล่าวมุ่งไปที่สิ่งที่เป็นสำเนา งาน ไม่ได้ขยายไปถึงสิทธิในการควบคุมการเข้าถึงงาน¹⁴ เนื่องจากตามหลักการดั้งเดิมของกฎหมายลิขสิทธิ์ในทุกประเทศซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเบอร์น เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิในการทำซ้ำ (reproduction) หรือดัดแปลง (adaptation) กับสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน (distribution) แต่ไม่มีสิทธิในการเข้าถึง (Right to Access) หรือสิทธิที่จะกีดกันมิให้บุคคลอื่นเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เพราะต้องการให้สาธารณชนได้มีโอกาสใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบได้ตามหลัก Fair Use นอกจากนี้ยังมีมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory licensing) อีกด้วย และเมื่อ WCT และ WPPT ได้กำหนดว่า มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวและในอนุสัญญากรุงเบอร์น จึงก่อให้เกิดปัญหาว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิในการเข้าถึง” ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั่นเอง

3.2 การกระทำที่เป็นความผิด

บทบัญญัติ WCT และ WPPT ไม่มีความชัดเจนมากนักว่า กฎหมายที่ประเทศสมาชิกต้องอนุวัติการตามเพื่อให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น มีขอบเขตครอบคลุมถึง

¹⁴ Jane C. Ginsburg, “Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience,” *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): pp.6-7.

* การจำหน่ายน่าจะมีความหมายโดยนัยถึงการทำซ้ำ เมื่อพิจารณาจากสภาพแวดล้อมยุคดิจิทัล

**

Right to be protected ตาม Article 6 (1) ของ WCT กำหนดให้เจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาต การเผยแพร่ สู่สาธารณชนซึ่งต้นฉบับหรือสำเนา งาน ผ่านการจำหน่ายหรือการโอนความเป็นเจ้าของอย่างอื่น หรือสิทธิในการเผยแพร่ (right to distribution) และ Article 7 ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการนำงานออกให้เช่าในเชิงพาณิชย์ (exclusive right of authorizing commercial rental to the public in respect of the same categories of works) (องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, p.274)

การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพียงอย่างเดียว หรือรวมถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย ประเทศสมาชิกจึงมีอิสระในการกำหนดว่าการกระทำเช่นใดเป็นการกระทำที่เป็นความผิด แต่เนื่องจากบทบัญญัติใช้คำว่า “Contracting Parties shall provide *adequate legal protection and effective legal remedies* against the circumvention” ดังนั้น หากจะตีความว่าจำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ไม่ครอบคลุมถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยก็อาจจะถือได้ว่าขัดต่อหลักนี้ เพราะว่าผู้ที่กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ส่วนมากก็จะเป็นประชาชนธรรมดาที่ไม่ได้มีความรู้ทางเทคโนโลยีมากมายเท่ากับผู้ที่ผลิตและเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้น การลงโทษหากจะให้ “พอเพียง” และ “มีประสิทธิภาพ” ก็ควรที่จะลงโทษที่ต้นตอของการกระทำละเมิด ซึ่งก็คือการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย

นอกจากนี้ มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นจะต้องจำกัดการกระทำที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ดังนั้น ประเทศสมาชิกจึงไม่จำเป็นต้องกำหนดให้การกระทำทุกอย่างเป็นความผิดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี โดยสามารถอนุวัติการกฎหมายภายในในลักษณะที่อนุญาตให้ประชาชนสามารถใช้งานอันเป็นสาธารณะ (public domain) เพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้ หรืออนุญาตให้ผู้สามารถใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ในกรณีที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ตามหลัก fair use เช่น การทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ที่ได้รับการรับรองโดย Article 10 และ Article 10 bis ซึ่งใน Article 11 ก็ให้เป็นอำนาจของรัฐภาคีในการพิจารณาออกกฎหมายว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่อนุญาตให้กระทำได้ แต่ก็ต้องเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับขอบเขตของข้อยกเว้นและข้อจำกัดที่ Article 10 ของ WCT และ Article 9(2), 10, 10 bis, 11 bis และ 13 ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินอนุญาตไว้ด้วย

ความยุ่งยากในการอนุวัติการกฎหมายภายในตาม WCT และ WPPT อีกประการคือการกำหนดว่าเครื่องมือใดที่เป็นสิ่งที่จะต้องห้าม เนื่องจากเครื่องมือเหล่านี้อาจถูกนำมาใช้เพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยเช่นกัน ดังนั้น หากบัญญัติข้อห้ามที่กำหนดขอบเขตของเครื่องมือกว้างมากเกินไป ก็จะขัดขวางการผลิตและเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายไปด้วย และอาจเป็นการขัดขวางการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมไทยอีกด้วย ในทางตรงกันข้าม หากกฎหมายภายในอนุญาตให้

สามารถผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ ตราบเท่าที่เครื่องมือเหล่านั้นใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ บทบัญญัติเช่นนี้ก็อาจไม่มีความหมายได้ ยกตัวอย่างเช่น เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสามารถถูกนำมาใช้เพื่อการเข้าถึงงานอันเป็นสาธารณะแล้วหรือใช้กับงานที่ยังได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์อยู่ก็ได้ เช่นเดียวกับเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำก็อาจถูกนำมาใช้ในการทำซ้ำเพียงบางส่วนเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอน แต่ก็อาจถูกนำมาใช้ในการทำซ้ำโดยไม่จำกัดเพื่อเผยแพร่จากเพื่อนสู่เพื่อน หรือสู่สาธารณชนทั่วไปผ่านทางอินเทอร์เน็ตโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความบันเทิงส่วนตัว ซึ่งผู้ผลิตเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะไม่สามารถรู้ได้เลยว่าในเวลาที่จะเผยแพร่เครื่องมือหรือเสนอบริการนั้นว่า เครื่องมือดังกล่าวจะถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือไม่

ข้อเสนอเบื้องต้นได้พยายามเน้นปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือแนวโน้มในการใช้เครื่องมือโดยการนิยามเครื่องมือที่ต้องห้ามว่า จะต้องมียุทธประสงค์เบื้องต้นหรือมีผลเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ในเวอร์ชันสุดท้ายของ Article 11 ก็ได้หลีกเลี่ยงข้อถกเถียงดังกล่าว โดยไม่นิยามเครื่องมือที่ต้องห้ามหรือการไม่กล่าวถึงเครื่องมือเลย และปล่อยให้เนื้อหาของรัฐภาคีในการพิจารณาวิธีการในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

3.3 ประเภทของมาตรการเยียวยาทางกฎหมาย

WCT และ WPPT ไม่ได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกจะต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือมาตรการทางอาญา ในการลงโทษผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี จึงเป็นเรื่องของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในการบัญญัติว่าการกระทำความผิดอย่างไรมีความรับผิดทางแพ่งและอย่างไรจะมีความรับผิดทางอาญา ทั้งนี้ โดยจะต้องคำนึงถึงคำว่า “effective legal remedies” ด้วย รวมทั้งการพิจารณาเกี่ยวกับบทลงโทษ การจัดให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (injunctive relief) ต่อการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่อย่างไรก็ตาม ในหลายๆ กรณี มาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวอาจมีความจำเป็นเพื่อให้ได้การคุ้มครองทางกฎหมายที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ WCT และ WPPT ยังไม่ได้กำหนดว่า รัฐภาคีจะต้องให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศตนในฐานะกฎหมายเฉพาะ (sui generis law) เพียงด้านเดียวเท่านั้น อาจรวมการคุ้มครองในขอบเขตของกฎหมายทั่วไป (general law) เช่น อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition) เป็นต้น

3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายภายใน

บทบัญญัติ WCT และ WPPT ไม่มีการกล่าวอย่างชัดเจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายภายในว่า ประเทศสมาชิกจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้มีความสอดคล้องสัมพันธ์กันอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาว่าประเทศต่างๆ สามารถกำหนดข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ (ตาม Berne Convention) การนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ทำให้เกิดความซับซ้อนมากขึ้นจากการที่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ถูกขยายขอบเขตออกไป ดังนั้นจึงควรมีทางออกโดยการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้มีความเชื่อมโยงกัน ระหว่างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กับข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี (ได้แก่ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี) เพื่อให้บทบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์กับบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีมีความสมดุลและสอดคล้องกัน

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

กฎหมายลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธรัฐ (Federal Law) ซึ่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ใน Article 1 Section 8 Clause 8 หรือที่เรียกกันว่า “the Copyright Clause” โดยมีหน่วยงานที่บริหารจัดการลิขสิทธิ์คือ United States Copyright Office ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ the Library of Congress สหรัฐอเมริกามีการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1790 (พ.ศ. 2333) เป็นต้นมา โดยในอดีตระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาแบ่งเป็นระบบคู่ คือ ภายใต้กฎหมายสหพันธรัฐ และกฎหมายของแต่ละรัฐ ซึ่งทำให้มีความแตกต่างกัน เช่น กฎหมายสหพันธรัฐกำหนดให้งานอันมีลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อได้ขึ้นทะเบียนงานนั้น ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละรัฐให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่จำเป็นต้องขึ้นทะเบียน¹⁵

ดังนั้น เมื่อ ค.ศ. 1978 มีการกำหนดให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นไปตามกฎหมายสหพันธรัฐ เช่น ประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งการบังคับตามสิทธิในลิขสิทธิ์ด้วย

¹⁵ Wikipedia, [United States Copyright Law](http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Copyright_Law) [online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Copyright_Law [January 6, 2009]

ซึ่งปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาปรากฏใน Title 17 of the United States Code (U.S.C.) โดยมีประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครองตาม Section 102 และ Section 103 และการกระทำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม Section 501 มีเงื่อนไขคือ ต้องเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครอง จำเลยได้ทำซ้ำงานที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว และการทำซ้ำงานที่ได้รับความคุ้มครองของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ไม่เข้าข้อต่อสู้หรือข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น ข้อต่อสู้เรื่องการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use defense) ตาม Section 107 และข้อต่อสู้เรื่องหลักการระงับไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากการจำหน่ายสำเนาครั้งแรก (first sale doctrine) ตาม Section 109 เป็นต้น¹⁶

ในปี ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) สภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี (Anti-circumvention Provision) อย่างสุดขีด ใน Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Section 1201 ด้วยเหตุผลสองประการประการแรกคือ เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาทำไว้ภายใต้ WIPO ในปี ค.ศ. 1996 ได้แก่ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty: WCT) และสนธิสัญญานักแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT) ที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดให้มีการป้องกันทางกฎหมายอย่างเพียงพอและมีการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน และประการที่สองคือ เพื่อตอบสนองต่อแรงกดดันจากกลุ่มอุตสาหกรรมบันเทิงทั้งภาพยนตร์และเพลง ซึ่งเป็นกลุ่มผลประโยชน์ที่สำคัญในสหรัฐอเมริกา สำหรับการเรียกร้องสิทธิที่เพิ่มเติมในเครือข่ายโลกดิจิทัล สภาคองเกรสจึงได้ออกบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีขอบเขตความคุ้มครองเกินไปกว่าพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้ WCT และ WPPT

DMCA ให้อำนาจเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเข้ามาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันงานในรูปแบบดิจิทัลของตนได้ และห้ามการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี รวมทั้งการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมทั้งการเข้าถึงและการทำซ้ำ ซึ่งบทบัญญัตินี้ทำให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นสิ่งผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเจตนาในการใช้งานจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม¹⁷

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Gwen Hinze, [US-Chile Free Trade Agreement analysis of implementation of exceptions and limitations and technological protection measure provisions](#) [Online]. Electronic Frontier Foundation,

อย่างไรก็ตาม DMCA ไม่ได้ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ และมีบทบัญญัติที่ยกเว้นการกระทำบางอย่างโดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยข้อยกเว้นนี้ครอบคลุมทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในบางกรณี ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

อย่างไรก็ตาม มีการศึกษาวิจัยเมื่อประมาณปี ค.ศ. 2002 โดย Columbia Law School's Kernochan Center for Law, Media and the Arts สรุปได้ว่า สมาคมเกรสเห็นว่าการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน จะทำให้เกิดนวัตกรรมใหม่ในรูปแบบที่นำเสนอให้ผู้บริโภคมีทางเลือกใหม่ในการได้รับงานอันมีลิขสิทธิ์ และเชื่อว่าการควบคุมทางเทคโนโลยีโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะทำให้ความสะดวกรวดของการใช้งานที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ลดลง หรือกล่าวอีกนัยคือ DMCA Section 1201 ได้นำประโยชน์อย่างมากมาสู่ผู้บริโภค โดยการกระตุ้นการพัฒนานวัตกรรม รูปแบบธุรกิจใหม่ๆ สำหรับการให้บริการสื่อบันเทิงเสียง ภาพยนตร์ หนังสือ และงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นๆ ผู้บริโภค¹⁸ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยว่าการมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะทำให้เกิดรูปแบบธุรกิจใหม่ที่ผู้บริโภคจะได้รับความสะดวกมากขึ้น แต่ก็ควรจะต้องมีข้อจำกัดในการพิจารณาขอบเขตสิทธิและการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เช่นกัน โดยที่เห็นได้ชัดคือ ต้นทุนในการจำหน่ายที่ลดลงซึ่งควรจะสะท้อนโดยตรงไปที่ราคาจำหน่ายสินค้าดังกล่าวแก่ผู้บริโภคเช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้อาจปล่อยให้ไปตามกลไกตลาดก็ได้หากว่ามีผู้แข่งขันหลายราย ส่วนในประเด็นการทำให้ความสะดวกรวดของการใช้งานที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ลดลงนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการลดความสะดวกลงไม่ได้หมายถึงการลดการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในวงกว้างโดยเฉพาะหากราคาของสินค้ามีความแตกต่างกันมาก ซึ่งประเด็นนี้จะกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 ในกรณีที่สำนักงานได้เผยแพร่ไปยังช่องทาง darknet แล้ว

ดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ซึ่งสะท้อนพัฒนาการของการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลและพัฒนาการของกฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิด

August 2004. Available from: http://www.eff.org/files/filenode/FTAA/20040830_uschile_fta.pdf

[November 18, 2007] p.4.

¹⁸ Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.25.

ลิขสิทธิ์ เช่น การแลกเปลี่ยนไฟล์กันโดยผ่านผู้ให้บริการเครือข่ายที่เป็นศูนย์กลาง (network central servers) ดังเช่นในคดี *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*¹⁹ ที่ศาลตัดสินว่า จำเลยมีส่วนในการควบคุมดูแลการรับข้อมูลอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีความผิดในฐานะมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ (contributory infringement) ผลจากการตัดสินดังกล่าวจึงได้มีการหลีกเลี่ยงการเป็นตัวกลางโดยพัฒนาเป็นโปรแกรม Peer-to-Peer ซึ่งผู้ใช้งานสามารถแบ่งปันไฟล์กันระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลได้โดยตรง เช่น โปรแกรม Kazaar และโปรแกรม Grokster ซึ่งในปี ค.ศ. 2005 ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดี *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*²⁰ ว่า ผู้ที่เผยแพร่เครื่องมือโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการใช้งานเครื่องมือดังกล่าวเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือเลยชั้นที่มีเจตนาดี (Affirmative Step) ในการก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ จะต้องรับผิดชอบสำหรับผลที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลที่สาม จะเห็นได้ว่า ศาลมองว่าความรับผิดดังกล่าวไม่ใช่ความรับผิดขั้นต้น เพราะผู้ละเมิดคือคนที่ดาวน์โหลดซอฟต์แวร์ของโปรแกรมดังกล่าวไป และใช้โปรแกรมดังกล่าวเพื่อดาวน์โหลดไฟล์เพลงหรือภาพยนตร์โดยละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ศาลเห็นว่า Grokster มีความผิดเนื่องจากเอาโปรแกรมไปให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นดาวน์โหลด โดยศาลใช้หลัก Induction ที่อยู่ในกฎหมายสิทธิบัตรว่า การกระทำของจำเลยนั้นเลยชั้นที่มีเจตนาดีซึ่งเข้าข่ายของชั้น Second Liability แล้ว นอกจากนี้จำเลยยังได้รายได้จากการขายโฆษณาในรูปแบบของ banner อีกด้วย

ขณะนี้ในสหรัฐอเมริกา มี Inducing Infringement of Copyright Act หรือที่เรียกย่อๆ ว่า Induce Act เป็นร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีเป้าหมายที่ผู้ซึ่งมีเจตนาก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยพระราชบัญญัตินี้จะแก้ไข title 17 ของ U.S.C. ซึ่งเกี่ยวกับลิขสิทธิ์โดยเพิ่ม subsection ท้าย Section 501¹ ทำให้ผู้ที่มีเจตนาช่วยเหลือ สนับสนุน ชักจูง แนะนำ หรือก่อให้เกิดการละเมิด

¹⁹ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (9th Cir.2001).

²⁰ *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005).

* ข้อความที่จะเพิ่มมีดังนี้

“Whoever intentionally induces any violation identified in subsection (a) of this section shall be liable as an infringer.

In subsection (g), "intentionally induces" means intentionally aids, abets, induces, counsels, or procures, and intent may be shown by acts from which a reasonable person would find intent to induce infringement based upon all relevant information about such acts then reasonably available to the actor, including whether the activity relies on infringement for its commercial viability.

ลิขสิทธิ์ มีความผิดในฐานะเป็นผู้ละเมิดด้วยเช่นกัน ร่างพระราชบัญญัตินี้สามารถนำไปสู่การฟ้องร้องคดีผู้สร้างซอฟต์แวร์โปรแกรม peer-to-peer ที่กล่าวไปข้างต้นได้ แต่ก็มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่กังวลว่า เครื่องมือบางอย่างในปัจจุบัน เช่น ซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการดึงไฟล์จากแผ่นซีดีมาในรูปแบบไฟล์ที่ต้องการ (rip) และบันทึกข้อมูลลงในแผ่นซีดี (burn) อาจถูกพิจารณาว่า มีเจตนาก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าการใช้ประโยชน์ของสิ่งเหล่านั้นจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมก็ตาม²¹

1. มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

(ก) ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของ DMCA มี 2 ประเภท ได้แก่ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ (effectively control access to a work protected) และมาตรการทางเทคโนโลยีคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ (effectively protect a right of a copyright owner) เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณะ การทำซ้ำถูกนำมาใช้ในบริบทนี้ในฐานะคำย่อของการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวหรือสิทธิเด็ดขาดของผู้ประพันธ์ ภายใต้ US Code Title 17 Section 106 (US Copyright Law) ได้แก่ สิทธิในการทำซ้ำ สิทธิในการดัดแปลง สิทธิในการจำหน่ายหรือให้เช่าสำเนา สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการจำหน่ายหรือเผยแพร่งานต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงถือว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ²²

การแบ่งประเภทของงานเป็นสองประเภทเช่นนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่า สาธารณชนจะสามารถใช้หลักการลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use) กับงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ต่อไป เนื่องจากการ

Nothing in this section shall enlarge or diminish the doctrines of vicarious or contributory liability for copyright infringement or require any court to unjustly withhold or impose any secondary liability for copyright infringement.”

²¹ Wikipedia, Inducing Infringement of Copyrights Act [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Inducing_Infringement_of_Copyrights_Act [February 17, 2009]

²² U.S. Copyright Office, The Digital Millennium Copyright Act of 1998: U.S. copyright office summary (December 1998) p.3-4 [Online]. Available from: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> [August 20, 2007]

ทำซ้ำงานอาจเป็นการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมภายใต้บางสถานการณ์ได้ DMCA section 1201 จึงไม่ห้ามการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ ในทางตรงกันข้าม เนื่องจากหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมไม่ใช่ข้ออ้างของการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น การกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ จึงเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม DMCA section 1201²³ แม้ว่าจะเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่เป็นธรรมตามหลัก fair use ก็ตาม

เมื่อพิจารณาหลักฐานและประวัติการร่างกฎหมายพบว่า สภาคองเกรสมีเจตนาที่จะสร้างหลักเกณฑ์ลิขสิทธิ์เพิ่มเติมบนพื้นฐานของการควบคุมการเข้าถึงงานของผู้ประพันธ์ที่ถูกเผยแพร่ทางดิจิทัล ร่างกฎหมายชี้ให้เห็นว่า “การเข้าถึง” ที่ DMCA Section 1201(a) คัดค้านนั้นไปไกลเกินกว่าสิทธิเด็ดขาดในหลักกฎหมายลิขสิทธิ์แบบเดิม ซึ่งได้แก่ สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่ต่อสาธารณชน บางกิจกรรมที่อยู่ภายใต้การควบคุมการเข้าถึงไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แบบเดิม ยกตัวอย่างเช่น การควบคุมการเข้าถึงอาจจำกัดจำนวนในการชมภาพยนตร์ที่อยู่ในแผ่นดีวีดี ซึ่งถ้าการชมดังกล่าวเกิดขึ้นในบ้านก็อาจจะไม่อยู่ในขอบเขตของสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายลิขสิทธิ์แบบเดิม เนื่องจากเข้าช้อยกเว้นการใช้เพื่อส่วนตัว ดังนั้นสมมติว่า นาย ก ซื้อแผ่นดีวีดีที่มีการจำกัดเวลาหรือการเข้าชม และนาย ก ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเนื้อหาในแผ่นดีวีดีนั้น เพื่อที่จะได้ชมภาพยนตร์จากแผ่นดีวีดีได้โดยไม่จำกัดจำนวนครั้งและไม่จำกัดเวลา นาย ก ไม่ได้กระทำการใดที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงสิทธิในการชมภาพยนตร์ในแผ่นดีวีดีดังกล่าวในครั้งต่อไป²⁴

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการได้ตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับ การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานนั้น จะส่งผลเป็นการให้สิทธิใหม่แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ คือ สิทธิในการเข้าถึงงาน (Right to access) ซึ่งเป็นสิทธิที่เกินไปกว่าเจตนารมณ์ของ WCT และ WPPT ซึ่งผลต่อมาก็คือ ตาม DMCA มาตรการทางเทคโนโลยีจะได้รับความคุ้มครองไม่ว่าการกระทำนั้น

²³ *Ibid*, p.4.

²⁴ Jane C. Ginsburg, “Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience,” *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.7.

จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนั้นหรือไม่ก็ตาม หากเข้าข้อกำหนดว่ามาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันการเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาต นิยามของ “Effective technological measure” ใน DMCA ยังรวมถึง มาตรการที่ควบคุมการเข้าถึง (ซึ่งไม่ต้องมีความเกี่ยวข้องกับ ลิขสิทธิ์แบบดั้งเดิมอีก) โดยความรับผิดชอบตาม DMCA จะสามารถเกิดขึ้นได้โดยอิสระ ไม่ว่าจะการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์จะเป็นการละเมิดหรือไม่ก็ตาม²⁵

(ข) มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครอง จะต้องเป็นมาตรการที่นำมาใช้กับ “งานอันมีลิขสิทธิ์” เท่านั้น ตามที่ศาลได้ตัดสินไว้ในคดี *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.* ว่า บทบัญญัติ DMCA ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เมื่อโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ไม่ใช่งานอันสามารถมีลิขสิทธิ์ได้ จึงทำให้จำเลยไม่มีความผิดในการฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA จากการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์²⁶

คดี *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*²⁷ โจทก์เป็นบริษัทผู้ผลิตเครื่องพิมพ์แบบเลเซอร์และแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ (printer toner cartridge) โดยเสนอขายแท่นหมึกเครื่องพิมพ์รุ่น T-Series ให้แก่ผู้ซื้อในสองทางเลือก คือ แบบปกติโดยจ่ายเต็มราคา ซึ่งผู้ซื้อสามารถเติมหมึกจากโจทก์หรือผู้ผลิตรายอื่นได้ และแบบมีส่วนลด (Prebate) โดยผู้ซื้อจะต้องผูกพันภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบผูกพันด้วยการแกะกล่องบรรจุหรือด้วยการใช้ (Shrinkwrap license agreement) ซึ่งกำหนดให้ผู้ซื้อสามารถใช้งานได้เพียงครั้งเดียว และเมื่อหมึกหมดผู้ซื้อต้องคืนแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ที่ใช้แล้วนั้นให้แก่โจทก์ เพื่อนำกลับมาใช้ใหม่

²⁵ South Center, “The threat of technological protection measures to a development-oriented information society,” *Policy Brief No. 9* (August 2007): p.5.

²⁶ Christopher Soghoian, “Caveat venditor: Technologically protected subsidized goods and the customers who hack them,” *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6,1 (Fall 2007): p.62.

²⁷ *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.*, 253 F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

โจทก์ได้นำโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกฝังไว้ภายในไมโครชิพเพื่อควบคุมและติดตามการทำงานในแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ Prebate ซึ่งจะคอยวัดปริมาณหมึกที่เหลือในแท่นหมึกและยังใช้ประโยชน์ในกระบวนการรับรองความถูกต้อง (authentication sequence) เพื่อป้องกันการเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์และโปรแกรมการโหลดหมึกโดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้ยังมีโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ซึ่งจะอยู่ภายในเครื่องพิมพ์และคอยควบคุมการทำงานของเครื่องพิมพ์ดังกล่าว อาทิเช่น การป้อนกระดาษ การควบคุมหน้าจอแสดงผล และการเคลื่อนที่ของกระดาษ เมื่อแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ถูกใส่เข้าไปยังเครื่องพิมพ์จะมีการตรวจสอบว่ารหัสของเครื่องพิมพ์ตรงกับรหัสของไมโครชิพของแท่นหมึกเครื่องพิมพ์หรือไม่ หากตรงกันโปรแกรมของเครื่องพิมพ์จึงจะทำงาน ในทางตรงกันข้ามหากไม่ผ่านกระบวนการรับรองความถูกต้องดังกล่าว เครื่องพิมพ์ก็จะไม่ยอมรับแท่นหมึกเครื่องพิมพ์นั้น และจะทำให้ไม่สามารถเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ได้นั่นเอง

จำเลยเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายส่วนประกอบสำหรับใช้ในแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ ได้ทำวิศวกรรมย้อนกลับไมโครชิพในแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ของโจทก์และได้พัฒนาไมโครชิพซึ่งลอกเลียนโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ และทำให้สามารถหลีกเลี่ยงกระบวนการรับรองความถูกต้องซึ่งโจทก์ใช้ในเครื่องพิมพ์รุ่น T-series ได้ โดยใช้ชื่อว่า “Smartek” ทำให้ผู้ใช้เครื่องพิมพ์สามารถใช้แท่นหมึกเครื่องพิมพ์จากผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่ใช่โจทก์ได้ จำเลยได้จำหน่ายไมโครชิพ “Smartek” ให้แก่บุคคลอื่นซึ่งจำหน่ายแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ที่ใช้กับเครื่องพิมพ์รุ่น T-series ของโจทก์

ศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่า โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า สำนักงานลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้ออกหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนให้แก่โจทก์ ศาลได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยเรื่องการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use) และการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ (copyright misuse) โดยศาลตัดสินว่า การพยายามที่จะบังคับตามสิทธิภายใต้ DMCA เพื่อป้องกันการเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ ไม่มีผลทางกฎหมายเป็นการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวหรือจำกัดการผูกขาด ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้สิทธิไว้อย่างชัดแจ้ง รวมทั้งปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของจำเลยเกี่ยวกับการทำวิศวกรรมย้อนกลับซึ่งเป็นข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดภายใต้ DMCA โดยตัดสินว่า นอกจากการฝ่าฝืน DMCA โดยการหลีกเลี่ยงกระบวนการรับรองความถูกต้องแล้ว ไมโครชิพ Smartek ของจำเลยยังละเมิดกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วย เพราะบรรจุสิ่งซึ่งทำซ้ำโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ดังนั้นจำเลยจึงไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นการทำวิศวกรรมย้อนกลับสำหรับ

การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อให้สามารถเชื่อมต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกสร้างขึ้นโดยอิสระได้ ด้วยเหตุที่กล่าวข้างต้น ศาลชั้นต้นจึงมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้แก่โจทก์สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์และการฝ่าฝืน DMCA Section 1201 ของจำเลย

จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้มีคำสั่งยกเลิกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลชั้นต้นและได้พิจารณาประเด็นว่า โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์เข้าเงื่อนไขหรือมีคุณสมบัติสำหรับการได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ศาลได้ใช้หลักการ “merger” และ “scenes a faire” โดยหลัก merger จะไม่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานนั้น หากมีเพียงวิธีเดียวหรือไม่กี่วิธีในการแสดงออกซึ่งความคิด ความคิดและการแสดงออกจะถือว่าถูกรวมเข้าด้วยกัน เพราะการให้มีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงออกของงานจะขยายความคุ้มครองไปสู่ความคิดซึ่งไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ของงานนั้น ส่วนหลัก scenes a faire ในบริบทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หมายถึง องค์ประกอบของโปรแกรมซึ่งถูกกำหนดโดยทางปฏิบัติ จะไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมีความผิดพลาดที่ตัดสินว่า รหัสโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์มีคุณสมบัติที่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้²⁸

นอกจากนี้ ตามที่โจทก์อ้างว่า ไมโครชิพ Smartek ของจำเลยเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ได้แก่ กระบวนการรับรองความถูกต้องซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกและโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ของโจทก์อย่างมีประสิทธิภาพ โจทก์อ้างว่าไมโครชิพ Smartek ของจำเลยเข้าเงื่อนไข 3 ประการภายใต้ DMCA Section 1201(a)(2) ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ไมโครชิพ Smartek ของจำเลยไม่ได้ทำให้สามารถเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึก แต่กลับใช้แทนที่โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกดังกล่าวเลย ประการสำคัญ บทบัญญัติ DMCA ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นการพิจารณาว่าโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้จำเลยไม่มีความรับผิดชอบภายใต้บทบัญญัติ DMCA²⁹

²⁸ The IT Law Wiki, *Lexmark v. Static Control* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Lexmark_v._Static_Control [January 5, 2009]

²⁹ *Ibis*.

อย่างไรก็ตาม แม้เงื่อนไขของมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA จะต้องเป็นมาตรการที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ตามที่กล่าวไปข้างต้น แต่เนื่องจากความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน เพราะการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาเป็นไปตาม Berne Convention โดยคุ้มครองทันทีที่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น แม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้ก่อนการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการทางศาล งานที่สร้างสรรค์ขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องขึ้นทะเบียนกับสำนักงานลิขสิทธิ์ก่อน³⁰ ตาม Title 17 U.S.C. Section 411(a)³¹ หรือกล่าวอีกนัยคือ การขึ้นทะเบียนลิขสิทธิ์เป็นเงื่อนไขของการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ศาลในคดี *IMS Inquiry Management System v. Berkshire Information Management System*³² ตัดสินว่า แม้ศาลจะไม่มีอำนาจในการพิจารณการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพราะโจทก์ไม่ได้ขึ้นทะเบียนงานของตนกับสำนักงานลิขสิทธิ์ก่อนนำคดีมาฟ้อง ซึ่งเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจการพิจารณาคดีของศาลและทำให้โจทก์ไม่อาจฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ไม่เป็นเหตุขัดขวางต่อการพิจารณาคดีภายใต้ DMCA เพราะข้อเรียกร้องภายใต้ DMCA แยกต่างหากและแตกต่างจากข้อเรียกร้องในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์

³⁰ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายลิขสิทธิ์ – ประเทศสหรัฐอเมริกา [Online]. 6 พฤศจิกายน 2552. หน้า 4, แหล่งที่มา:

http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=705&dir=ASC&order=name&Itemid=600&limit=5&limitstart=0

³¹ Title 17 U.S.C. (Copyright Act) Section 411. Registration and infringement actions

“(a) Except for an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A(a), and subject to the provisions of subsection (b), no action for infringement of the copyright in any United States work shall be instituted until preregistration or registration of the copyright claim has been made in accordance with this title. In any case, however, where the deposit, application, and fee required for registration have been delivered to the Copyright Office in proper form and registration has been refused, the applicant is entitled to institute an action for infringement if notice thereof, with a copy of the complaint, is served on the Register of Copyrights. The Register may, at his or her option, become a party to the action with respect to the issue of registrability of the copyright claim by entering an appearance within sixty days after such service, but the Register's failure to become a party shall not deprive the court of jurisdiction to determine that issue.”

³² *I.M.S. Inquiry Management Systems, Ltd., v. Berkshire Information Systems, Inc.*, 307 F.Supp.2d 521 (S.D.N.Y. 2004).

(ค) มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยี “ที่มีประสิทธิภาพ” เท่านั้น ซึ่งศาลในสหรัฐอเมริกาเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้น ไม่ต้องถึงขั้นเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ยากต่อการทำลาย เช่น การอุปมา “ประตูกับกุญแจ” (The Door-and-key) ในคดี **321 Studios v. MGM Studios**³³ ซึ่งเกี่ยวกับการจำหน่ายโปรแกรมที่ออกแบบมาเพื่อให้สามารถทำซ้ำแผ่นดีวีดีที่มีการเข้ารหัส CSS ได้ ศาลได้กล่าวไว้ว่า รหัสป้องกันดีวีดีไม่ถือว่าเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ เพราะว่าเป็นการง่ายต่อการหากุญแจที่ได้จากตลาดมืด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการใส่กุญแจอย่างแน่นหนาอาจไม่ใช้การล็อคประตูที่มีประสิทธิภาพเสมอไป เช่นเดียวกับในคดี **Lexmark V. Static Controls Corp.**³⁴ ที่ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ตัดสินว่า กระบวนการรับรองความถูกต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ เพราะใช้ควบคุมความสามารถของผู้บริโภคในการใช้โปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ โดยศาลอุทธรณ์ยืนยันว่า กระบวนการรับรองความถูกต้องไม่ได้ควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ ในทางตรงกันข้าม การซื้อเครื่องพิมพ์ต่างหากที่อนุญาตให้ผู้ซื้อเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ได้ นอกจากนี้ การที่รหัสโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์สามารถถูกอ่านได้โดยตรงจากหน่วยความจำของเครื่องพิมพ์โดยไม่ต้องใช้กระบวนการรับรองความถูกต้อง โดยไม่มีเครื่องมือรักษาความปลอดภัยที่ป้องกันการเข้าถึงรหัสโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ ทำให้โปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์คอมพิวเตอร์เองไม่ได้ถูกปกป้องอย่างมีประสิทธิภาพจากการควบคุมการเข้าถึงโดยกระบวนการรับรองความถูกต้องดังกล่าว เพราะข้อมูลหรือโปรแกรมสามารถถูกแปลไปเป็นรหัสต้นฉบับที่สามารถอ่านได้ (readable source code) ดังนั้น กระบวนการรับรองความถูกต้องเป็นมาตรการที่ควบคุมเพียงเส้นทางหนึ่งในการเข้าถึง คือ การปฏิบัติงานร่วมกับแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ โดยศาล

³³ *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.*, 307 F.Supp.2d 1085, 70 U.S.P.Q.2d (BNA) 1028 (N.D. Cal. 2004).

³⁴ *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.*, 253 F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

เปรียบเทียบกับการใส่กุญแจประตูหลังของบ้าน ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการควบคุมการเข้าถึงบ้าน หากประตูหน้าบ้านไม่ได้ถูกใส่กุญแจไว้ด้วย³⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปแล้ว DMCA ไม่ได้ขยายความคุ้มครองถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบหนึ่ง แต่ยั้งถึงเส้นทางที่เปิดกว้างไว้อีกด้านหนึ่งให้สามารถเข้าถึงงานนั้นได้เช่นกัน³⁶

นอกจากนี้ มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการตีความคำว่า “โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์” ซึ่งเป็นเงื่อนไขของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอย่างมีประสิทธิภาพ³⁷ ในคดี *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc.*³⁸ โดยทั่วไปแล้ว คดีนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับคดีที่กล่าวไปก่อนหน้านี้ (คดี *Lexmark*) โดยโจทก์เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายระบบเปิดประตูโรงจอดรถ (Security+) ระบบดังกล่าวใช้รหัสคอมพิวเตอร์ซึ่งจะเปลี่ยนไปทุกครั้ง (rolling comuter code) เพื่อให้ระบบมีความปลอดภัยมากกว่าระบบเปิดประตูโรงจอดรถทั่วไป³⁹ รีโมทคอนโทรลจะส่งผ่าน rolling code ไปยังตัวรับรหัสที่เครื่องเปิดประตูที่ผู้ซื้อซื้อไปจากโจทก์ ดังนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ rolling code จึงถูกใส่อยู่ทั้งในรีโมทคอนโทรลและเครื่องเปิดประตู โดยโจทก์ได้ขึ้นทะเบียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งสองอย่างไว้กับ Copyright Office แล้ว

³⁵ The IT Law Wiki, *Lexmark v. Static Control* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Lexmark_v._Static_Control [January 5, 2009]

³⁶ Jane C. Ginsburg, “Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience,” *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.5.

³⁷ DMCA Section 1201(a)(3)(b) “a technological measure “effectively controls access to a work” if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.”

³⁸ *Chamberlain v. Skylink*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

³⁹ Christopher Soghoian, “Caveat venditor: Technologically protected subsidized goods and the customers who hack them,” *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6,1 (Fall 2007): p.62 (เครื่องเปิดประตูโรงรถทั่วไปจ่ายต่อการถูกโจรกรรม เพราะคนร้ายจะดักรหัสที่ส่งจากรีโมทคอนโทรลของเจ้าของ ทำสำเนาห้สดังกล่าว และใช้รหัสในเวลาอื่นเพื่อเข้าบ้าน ในขณะที่ rolling code ของโจทก์จะเปลี่ยนรหัสการเข้าหลังการใช้แต่ละครั้ง จึงสามารถป้องกันการใช้รหัสเดิมที่เป็นจุดอ่อนของเครื่องเปิดประตูโรงรถทั่วไป)

จำเลยผลิตและจำหน่ายรีโมทคอนโทรลครอบจักรวาล (universal garage-door-opener) ซึ่งสามารถใช้งานกับเครื่องเปิดประตูโรงรถต่างๆ รวมทั้งของโจทก์ให้แก่ผู้บริโภคซึ่งทำรีโมทคอนโทรลหายหรือใช้เป็นอันเสริม โดยจำหน่ายแข่งขันกับโจทก์และจำหน่ายในราคาที่ต่ำกว่า โจทก์จึงฟ้องร้องโดยอ้างว่า โปรแกรม rolling code ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ประกอบด้วยมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อปกป้องตัวมันเองจากการเข้าถึงและการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างมีประสิทธิภาพ โดย rolling code เป็นฟังก์ชันการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งควบคุมการทำหน้าที่เปิดประตูโรงรถ และรีโมทคอนโทรลครอบจักรวาลของจำเลยได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ไม่เชื่อตามข้อเรียกร้องของโจทก์ ประเด็นสำคัญของคดีที่ศาลได้วางหลักไว้คือ การไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเข้าถึงงาน ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการกล่าวอ้างสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA โดยศาลยอมรับข้อต่อสู้ของจำเลยว่า โจทก์จะต้องอนุญาตโดยปริยายแก่ลูกค้าที่โจทก์ได้จำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งฝังอยู่ในรีโมทคอนโทรล ในการที่จะซื้อรีโมทคอนโทรลยี่ห้อใดก็ได้ที่สามารถเปิดประตูโรงรถของเขาได้โดยไม่อาจโต้แย้งได้ว่าผู้ซื้อระบบประตูโรงรถจะต้องถูกจำกัดการใช้อะไหล่หรือชิ้นส่วนยี่ห้อเดียวเท่านั้นหากพวกเขาทำรีโมทคอนโทรลอันเดิมหายไป หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ซื้อเครื่องเปิดประตูโรงรถได้รับอนุญาตโดยปริยายในการเข้าถึง rolling code⁴⁰ ซึ่งเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรีโมทคอนโทรลและเครื่องเปิดประตู โดยผู้พิพากษา Pallmeyer กล่าวว่า “ผู้บริโภคมีความคาดหวังอย่างมีเหตุผลว่าตนจะสามารถเปลี่ยนสินค้าเดิม (original product) โดยไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของสหรัฐฯ”

นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ยังได้กล่าวว่า DMCA ไม่ได้สร้างสิทธิใหม่ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์และไม่ได้จำกัดสิทธิของสาธารณชนในกรณีนี้ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มอบให้แก่สาธารณชนมานานยิ่งกว่านั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งพยายามจะให้ผู้ผลิตเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีต้องรับผิดชอบ จะต้องพิสูจน์ว่าเครื่องมือดังกล่าวทำให้ผู้ใช้สามารถละเมิดลิขสิทธิ์และหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามได้ จำเลยไม่ได้ถูกฟ้องว่าทำสำเนาหรือละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ (rolling code ที่อยู่ในระบบเครื่องเปิดประตูโรงรถ) การที่จำเลยหลีกเลี่ยง rolling code ไม่ใช่เพื่อทำซ้ำรหัสดังกล่าวโดยละเมิด แต่เพื่อให้สามารถใช้งานร่วมกับมันได้ หรือ

⁴⁰ Ronald W. Staudt, “Copyright law,” in Copyright Law class 28 p.13, [Online]. May 1, 2008.

Available from:

http://www.kentlaw.edu/faculty/rstaudt/classes/copyright_spring2008/CopyrightClass28_s08.ppt

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลได้เพิ่มสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการผลิตสินค้าอะไหล่ที่สามารถใช้งานร่วมกับสินค้าหลักได้⁴¹

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าแม้ผู้ผลิตสินค้าที่ใช้งานร่วมกับสินค้าหลักเช่นเดียวกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้ จะได้รับชัยชนะจากการตีความบทบัญญัติ DMCA ของศาล แต่คำตัดสินก็ไม่ได้เป็นการป้องกันบริษัทอื่นในอนาคตที่จะใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญาเพื่อจำกัดการใช้ที่ได้รับอนุญาตในสินค้าของตนและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่รวมอยู่ในสินค้านั้น เพื่อหลีกเลี่ยงข้อโต้แย้งซึ่งเกิดขึ้นในคดีนี้⁴² เหมือนเช่นในคดี Lexmark ที่มีการนำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะ Shrinkwrap license agreement มาใช้โดยกำหนดให้ผู้ซื้อคืนแทนหมึกเครื่องพิมพ์ให้แก่บริษัท

จะเห็นได้ว่า ในคดี Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc. ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่า กระบวนการรับรองความถูกต้องซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่โจทก์นำมาใช้เพื่อควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกนั้น เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA แต่ตัวโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ กลับไม่เพียงพอที่จะทำให้การควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของ DMCA Section 1201 ส่วนในคดี Chamberlain v. Skylink แม้ว่าศาลตัดสินผลเป็นอย่างเดียวกัน แต่ก็ได้ให้เหตุผลต่างกัน โดยคดี Lexmark ศาลได้เน้นไปที่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นวัตถุของการควบคุมการเข้าถึง (ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้) ส่วนคดี Chamberlain ศาลเน้นที่วัตถุประสงค์ของการเข้าถึงที่มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นควบคุมอยู่ (เพื่อให้เชื่อมโยงการทำงานร่วมกับสินค้าอะไหล่ได้) และศาลได้พิจารณาความต้องการของ DMCA Section 1201 ที่ป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง โดยเกี่ยวข้องกับการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งในคดีนี้การใช้รีโมทคอนโทรลครอบจักรวาลสำหรับเปิดประตูโรงรถไม่ได้เป็นการ

⁴¹ Christopher Soghoian, "Ceveat venditor: Technologically protected subsidized goods and the customers who hack them," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6,1 (Fall 2007): p.63.

⁴² Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp.510-515.

ละเมิดลิขสิทธิ์⁴³ ของเจ้าของลิขสิทธิ์ (หรือโจทก์) จำเลยซึ่งเป็นผู้ผลิตวีโมทคอนโทรลครอบจักรวาลดังกล่าวจึงไม่มีความรับผิดชอบภายใต้ DMCA

2. การกระทำที่เป็นความผิด

ตามบทบัญญัติของ DMCA ห้ามการกระทำที่เป็นความผิด 3 อย่าง ได้แก่ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ตาม Section 1201(a)(1)(A) การผลิต จำหน่าย และจัดหาเครื่องมือหรือบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ตาม Section 1201(a)(2) และการผลิต จำหน่าย และจัดหาเครื่องมือหรือบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ ตาม Section 1201(b)(1) ซึ่งการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวแยกจากการละเมิดลิขสิทธิ์ การฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA จะเกิดเมื่อมีการกระทำที่ต้องห้าม โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเกี่ยวข้องหรือมีผลเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

ดังนั้น DMCA Section 1201 จึงเป็นการขยายขอบเขตของลิขสิทธิ์คือ (1) ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกร้องสิทธิต่อการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต (สิทธิในการเข้าถึงงาน) และ (2) ทำให้ผู้ผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงและควบคุมการทำซ้ำมีความผิดโดยตรง สำหรับการกระทำเพื่อทำให้ผู้ใช้เครื่องมือดังกล่าวสามารถเข้าถึงงาน หรือสามารถทำซ้ำงานหรือเผยแพร่งานนั้นสู่สาธารณะ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้ว่าผู้ใช้เครื่องมือบางรายอาจจะใช้เครื่องมือดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้⁴⁴

▪ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ตาม DMCA section 1201(a)(1)(A) กำหนดให้การกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเป็นความผิด ต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น นอกจากนี้ หากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

⁴³ Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers No. 593 (2005): p.15.

⁴⁴ *Ibid.*

ที่ควบคุมการเข้าถึงนั้นไม่ได้ทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (ไม่เข้าข่ายยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์) ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย⁴⁵

เหตุผลที่ DMCA ห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงก็เพื่อให้สาธารณชนยังคงสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำเพื่อที่จะใช้งานตามหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ และสภาของเกรสให้เหตุผลว่า หากเข้าถึงงานโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว การใช้โดยชอบด้วยกฎหมายที่ตามมาก็ไม่ควรที่จะเป็นข้อแก้ตัวสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁴⁶

นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการน่าจะเป็นเพราะว่าการกระทำที่มีความผิดที่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจมากที่สุดคือ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่จะทำให้ผู้ใช้สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ ซึ่งในการบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเป็นสิ่งผิดกฎหมายนั้น DMCA ก็ได้วางรากฐานที่มั่นคงในการห้ามผลิตและเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย⁴⁷ ดังจะได้กล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความรับผิดตาม DMCA ไม่ได้มุ่งถึงผู้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ ดังนั้นผู้ที่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำและได้ทำซ้ำหรือเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมหรือข้อยกเว้นอื่นๆ จะไม่มีความรับผิดสำหรับการฝ่าฝืนการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว และไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย แต่หากบุคคลดังกล่าวนำสำเนางานที่ได้รับมาจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำดังกล่าวไปทำซ้ำหรือเผยแพร่สู่สาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ (ไม่เข้าหลักการใช้ลิขสิทธิ์

⁴⁵ William W. Fisher, *iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media – A case study* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, June 15, 2004. p.36. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf> [January 15, 2009]

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.16.

ที่เป็นธรรม) แม้ว่าจะไม่มีความผิดสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์⁴⁸

คดีที่เกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ที่ก่อให้เกิดประเด็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี” คือ คดี *IMS Inquiry Management System v. Berkshire Information Management System*⁴⁹ ซึ่งจำเลยถูกกล่าวหาว่าใช้รหัสผ่านซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง โดยจำเลยได้รับมาจากลูกค้ารายหนึ่งของโจทก์เพื่อเข้าสู่ฐานข้อมูลของโจทก์ จำเลยต่อสู้โดยใช้ DMCA Section 1201(a) อ้างว่า การกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นการทำลายประตูดังกล่าวของฐานข้อมูลของโจทก์ เพราะเป็นการใช้กุญแจจริงไขประตูดังกล่าว ซึ่งศาลเห็นด้วยกับจำเลยว่า จำเลยไม่ได้เจาะหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ เพื่อให้ได้เข้าถึงฐานข้อมูลดังกล่าว แต่จำเลยได้ใช้รหัสผ่านที่โจทก์ได้เจตนามอบให้แก่บุคคลอื่น⁵⁰

โดยมีข้อเท็จจริงคือ โจทก์เป็นบริษัทในแคนาดาซึ่งให้บริการข้อมูลการติดตามการโฆษณา โดยเป็นการให้บริการผ่านเว็บ (web-based service) ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม “e-Basket” ซึ่งใช้งานโดยลูกค้าของโจทก์เพื่อติดตามการลงโฆษณาในนิตยสาร ลูกค้าของโจทก์เท่านั้นที่สามารถใช้งาน e-Basket ได้ โดยลูกค้าแต่ละรายจะได้รับรหัสผู้ใช้ (user ID) และรหัสผ่าน (password) ซึ่งอนุญาตให้ลูกค้าเข้าถึงบริการ e-Basket และข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ของโจทก์ผ่านทางเว็บไซต์ของโจทก์ โจทก์จะเลือกเนื้อหาใน e-Basket และจัดเรียงเป็นประเภทและประเภทย่อย เป็นกระบวนการซึ่งมีการคิดสร้างสรรค์ ใช้เวลาและความพยายาม โจทก์จึงอ้างว่าบริการ e-Basket ของตนบรรจงานอันมีลิขสิทธิ์ จำเลยให้บริการซึ่งแข่งขันกับบริการ e-Basket ของโจทก์ โดยใช้ชื่อว่า “Marketshareinfo.com” โจทก์อ้างว่าจำเลยได้เข้าถึงบริการ e-Basket

⁴⁸ *Ibid*, p.20.

⁴⁹ *I.M.S. Inquiry Management Systems, Ltd., v. Berkshire Information Systems, Inc.*, 307 F.Supp.2d 521 (S.D.N.Y. 2004).

⁵⁰ Jane C. Ginsburg, “Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience,” *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.17.

* ดูหน้า 31 ซึ่งศาลในคดี *IMS Inquiry Management System v. Berkshire Information Management System* ตัดสินว่า แม้การที่โจทก์ไม่ได้ขึ้นทะเบียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไว้ต่อสำนักงานลิขสิทธิ์ จะทำให้โจทก์ไม่อาจฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ไม่เป็นเหตุขัดขวางต่อการพิจารณาคดีภายใต้ DMCA

ของโจทก์โดยเจตนาและไม่ได้รับอนุญาต และได้รวบรวมและทำซ้ำเนื้อหาจากบริการ e-Basket เพื่อใช้ใน Marketshareinfo.com ต่อมาได้มีการเปิดตัวเว็บไซต์ของจำเลย โจทก์อ้างว่าบริการของจำเลยประกอบด้วยส่วนที่มีลิขสิทธิ์ดั้งเดิมของ e-Basket รวมทั้งการเลือก การจัดเรียงของหัวข้อตามประเภทข้อมูล และข้อมูลตลาดที่โจทก์ได้รวบรวมไว้ โดยจำเลยได้รับรหัสผู้ใช้และรหัสผ่านที่โจทก์มอบให้แก่บุคคลที่สาม (ลูกค้ารายหนึ่งของโจทก์) และมีเจตนาชักนำให้บุคคลที่สามผิดข้อตกลงที่ทำไว้กับโจทก์

ในการพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ DMCA^{**} คือ การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยการใช้อินเทอร์เน็ตที่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้ไว้โดยถูกต้องตามกฎหมายแต่เป็นการให้แก่บุคคลอื่น เข้าเงื่อนไขการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ DMCA หรือไม่ การป้องกันโดยใช้อินเทอร์เน็ตที่เข้าถึงงานของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากในการเข้าถึงบริการ e-Basket ผู้ใช้จะต้องใส่รหัสผ่าน ข้อกล่าวหาที่โจทก์อ้างแก่จำเลยเป็นการกระทำโดยใช้อินเทอร์เน็ตและรหัสผ่านซึ่งยังคงใช้งานได้ของลูกค้าของโจทก์เพื่อเข้าดูระบบ e-Basket ของโจทก์ ไม่ต่างจากที่ลูกค้าของโจทก์จะพึงกระทำ ศาลเห็นว่าสิ่งที่จำเลยได้หลีกเลี่ยงคือการอนุญาตให้เกี่ยวข้องและผ่านมาตรการทางเทคโนโลยี ประเด็นที่จำเลยถูกกล่าวหาว่า ได้เข้าถึงบริการ e-Basket ของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ ศาลเห็นว่า จำเลยไม่ได้เอาชนะ จะะหรือเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ เพื่อเข้าถึงบริการ e-Basket นั้น แต่จำเลยได้ใช้อินเทอร์เน็ตซึ่งโจทก์ได้เจตนาให้ไว้แก่บุคคลอื่น ศาลได้เปรียบเทียบกับคดี Universal Studio, 273 F.3d at 452 ว่า รหัสผ่านที่จำเลยใช้เข้าเว็บไซต์ให้บริการ e-Basket ของโจทก์เป็นเครื่องเล่น DVD ไม่ใช่เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีหรือโปรแกรมถอดรหัส DeCSS หรือเป็นทางเข้าอื่นที่ไม่ได้จัดหามาโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ (เช่น กุญแจมือ) อย่างไรก็ตาม โจทก์ไม่ได้อนุญาตให้จำเลยใช้เครื่องเล่น DVD นั้น แต่เป็นการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องเล่น DVD และจำเลยยืมเครื่องเล่น DVD ดังกล่าวมาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ ไม่ว่าจะการกระทำที่ไม่เหมาะสมของจำเลยจะเป็นอย่างไร DMCA และบทบัญญัติที่ให้คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไม่ได้มี

^{**} ในคำพิพากษาของศาลมีการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ Computer Fraud และ Abuse Act (เทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550) รวมทั้งเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยพิจารณาประเด็นว่า e-Basket ได้รับการจดทะเบียนซึ่งเป็นอำนาจในการฟ้องคดีของโจทก์แล้วหรือยัง และการพิจารณาว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่โจทก์ได้จดทะเบียนไว้เป็นงานเดียวกับที่กล่าวหาว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมิได้นำมากล่าวในวิทยานิพนธ์นี้

เป้าหมายเป็นการกระทำประเภทนี้ จากเหตุผลที่กล่าวข้างต้น ศาลตัดสินให้ตามข้อเรียกร้องของ โจทก์สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์และ DMCA

▪ **การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี**

บทบัญญัติ DMCA ไม่ได้ห้ามการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เครื่องมือหรือบริการ ทุกชนิดที่อาจถูกใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำ ในทางตรงกันข้ามเครื่องมือหรือบริการใดที่สามารถใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้โดยชอบเหตุ โดยบังเอิญ หรือโดยไม่ตั้งใจจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติ DMCA

การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ ต้องห้ามภายใต้บทบัญญัติ DMCA แบ่งเป็น 2 ประเภท

(1) การผลิต นำเข้า เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือเผยแพร่โดยประการใดๆ ซึ่ง เทคโนโลยี สินค้า บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนของสิ่งทีกล่าวข้างต้น ซึ่งได้ถูก ออกแบบหรือผลิตในเบื้องต้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุม การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่ได้ถูกออกแบบมาในเบื้องต้นเพื่อหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยี แต่มีวัตถุประสงค์อย่างสำคัญในทางการค้าหรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น นอกเหนือจากเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมี ประสิทธิภาพ หรือถูกทำการตลาด (เช่น โฆษณา หรือประชาสัมพันธ์) ว่าใช้สำหรับการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นการ ทำการตลาดโดยตัวผู้ผลิต นำเข้า เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือเผยแพร่เอง หรือบุคคลที่ เกี่ยวข้องซึ่งกระทำการโดยบุคคลที่กล่าวข้างต้นรับรู้ว่า⁵¹ ซึ่งในกรณีหลังกฎหมายมีเป้าหมาย คือ ผู้ที่สนับสนุนให้มีการใช้เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ไม่ใช่ที่ ผู้ผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น⁵²

⁵¹ DMCA Section 1201(a)(2)

⁵² Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers No. 593 (2005): pp.17-18.

โดยมีการนิยามคำว่า “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (to circumvent a technological measure)” ว่าหมายถึง การถอดรหัสงานที่มีการเข้ารหัสไว้ หรือกระทำอย่างอื่นเพื่อหลีกเลี่ยง โดยการผ่าน เคลื่อนย้าย ทำให้ใช้งานไม่ได้ หรือทำให้เสียหายซึ่งมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁵³ และมีการกำกับความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ “ควบคุมการเข้าถึงงานอย่างมีประสิทธิภาพ” หากในการทำงานตามปกติของมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว กำหนดให้ต้องให้ข้อมูลหรือกระบวนการ หรือปฏิบัติการร่วมกับการอนุญาตของเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อที่จะเข้าถึงงาน⁵⁴ หรือเป็นการวางหลักความมีประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานนั่นเอง

(2) การผลิต นำเข้า เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือเผยแพร่โดยประการใดๆ ซึ่งเทคโนโลยี สินค้า บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนของสิ่งทีกล่าวข้างต้น ซึ่งได้ถูกออกแบบหรือผลิตในเบื้องต้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงการจัดให้มีการป้องกันโดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่ปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ (มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ) อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่ได้ถูกออกแบบมาในเบื้องต้นเพื่อหลีกเลี่ยงการจัดให้มีการป้องกันโดยมาตรการทางเทคโนโลยี แต่มีวัตถุประสงค์อย่างสำคัญในทางการค้าหรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากเพื่อหลีกเลี่ยงการจัดให้มีการป้องกันโดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่ปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ หรือถูกทำการตลาด (เช่น โฆษณา หรือประชาสัมพันธ์) ว่า ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงการจัดให้มีการป้องกันโดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่ปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นการทำการตลาดโดยตัวผู้ผลิต นำเข้า เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือเผยแพร่เอง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งกระทำโดยบุคคลทีกล่าวข้างต้นรับรู้ก็ตาม⁵⁵

โดยมีการนิยามคำว่า “หลีกเลี่ยงการจัดให้มีการป้องกันโดยมาตรการทางเทคโนโลยี” (to circumvent protection afforded by a technological measure) ว่าหมายถึง การหลีกเลี่ยง การผ่าน เคลื่อนย้าย ทำให้ใช้งานไม่ได้ หรือทำให้เสียหายซึ่งมาตรการทางเทคโนโลยี⁵⁶ แต่ไม่มีคำว่า “โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์” เหมือนนิยามคำว่า “การ

⁵³ DMCA section 1201(a)(3)(A)

⁵⁴ DMCA Section 1201(a)(3)(B)

⁵⁵ DMCA section 1201(b)(1)

⁵⁶ DMCA section 1201(b)(2)(A)

หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁵⁷” ซึ่งเป็นกรณีการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง และมีการกำกับความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ “ป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ” หากในการทำงานตามปกติของมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว ใช้ป้องกัน ควบคุม หรือจำกัดโดยประการอื่นซึ่งการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์⁵⁸ หรือเป็นการวางหลักความมีประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำงานนั่นเอง

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ศาลในสหรัฐอเมริกาได้ตีความบทบัญญัติ DMCA ไปถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ไม่ว่าจะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะมีผลเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ตัวอย่างเช่น คดี 321 Studios v. MGM Studios⁵⁹ ซึ่งกลุ่มผู้สร้างภาพยนตร์ได้นำเทคโนโลยีการเข้ารหัส (Content Scramble System: CSS) มาใช้ในแผ่น DVD ของตนเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 321 Studios หรือโจทก์ในคดีนี้ได้ผลิตและจำหน่ายโปรแกรมชื่อ “DVD Copy Plus” ซึ่งทำให้ผู้ใช้สามารถทำสำเนาแผ่น DVD ที่มีการเข้ารหัส CSS ลงในแผ่น CD-ROM ได้และโปรแกรมชื่อ “DVD X Copy” ซึ่งทำให้ผู้ใช้สามารถทำสำเนาแผ่น DVD ที่มีการเข้ารหัส CSS ลงในแผ่น DVD ได้ ซึ่งคุณสมบัติของโปรแกรมทั้งสองที่เป็นปัญหาคือความสามารถในการหลีกเลี่ยงการเข้ารหัส CSS ไม่ใช่ความสามารถในการบันทึกภาพยนตร์ลงแผ่น DVD หลังจากที่ 321 Studios ได้รับการเรียกร้องให้ยุติและเลิกการกระทำ (cease-and-desist) จากกลุ่มผู้สร้างภาพยนตร์ ก็ได้ตอบโต้โดยการยื่นคำฟ้องต่อ MGM Studios และสมาชิกของสมาคมภาพยนตร์แห่งสหรัฐอเมริกา (Motion Picture Association of America: MPAA) รายอื่น ศาลได้ตัดสินว่าโปรแกรมทั้งสองของโจทก์ฝ่าฝืนต่อ DMCA ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก เพราะ CSS ควบคุมการเข้าถึงภาพยนตร์ที่บันทึกอยู่ในแผ่น DVD และโปรแกรมทั้งสองถูกออกแบบมาเพื่อทำให้ผู้ใช้สามารถหลีกเลี่ยงการควบคุมการเข้าถึงดังกล่าวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมทั้งปฏิเสธข้อเรียกร้องของโจทก์ที่ว่า ผู้สร้างภาพยนตร์ได้ให้ความยินยอมแก่ผู้ซื้อแผ่น DVD ในการเข้าถึงภาพยนตร์ของโจทก์ โดยศาลได้อธิบายว่า ผู้สร้างภาพยนตร์ได้ให้ความยินยอมในการชมภาพยนตร์เพื่อส่วนตัว ไม่ใช่ให้ความยินยอมในการ

⁵⁷ DMCA section 1201(a)(3)(A)

⁵⁸ DMCA Section 1201(b)(2)(B)

⁵⁹ 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., 307 F.Supp.2d 1085, 70 U.S.P.Q.2d (BNA) 1028 (N.D. Cal. 2004).

ถอดรหัส CSS ในแผ่น DVD นั้น ดังนั้นการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง คือ CSS จึงฝ่าฝืน Section 1201(a)(2) ของ DMCA และ ประการที่สอง CSS ยังป้องกันการทำซ้ำแผ่น DVD ด้วย โดยศาลอธิบายว่า วัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวของการป้องกันการเข้าถึงคือ เพื่อป้องกันการทำซ้ำ ดังนั้น CSS ได้ป้องกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำภาพยนตร์ของตน การจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ คือ CSS จึงฝ่าฝืน Section 1201(b)(1) ของ DMCA ด้วย จากเหตุผลดังกล่าว ศาลจึงมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งห้าม 321 Studios ผลิตหรือจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวอีกต่อไป⁶⁰

คดี Universal City Studios Inc. v. Reimerdes และคดี Universal City Studios, Inc. v. Corley⁶¹ โจทก์เป็นผู้สร้างภาพยนตร์ จำหน่ายแผ่น DVD ที่บันทึกภาพยนตร์สำหรับการชมในบ้าน โดยมีการใช้ระบบการเข้ารหัสที่เรียกว่า “Content Scramble System: CSS” เพื่อป้องกันการทำซ้ำแผ่น DVD ทำให้แผ่น DVD ที่มีการเข้ารหัสสามารถใช้ชมกับเครื่องเล่น DVD และเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งเทคโนโลยีการถอดรหัสที่ได้รับอนุญาตได้เท่านั้น ในเดือนกันยายน ค.ศ. 1999 Jon Johansen ชาวนอร์เวย์ วัย 15 ปี ได้ทำวิศวกรรมย้อนกลับเครื่องเล่น DVD ที่ติดตั้งเทคโนโลยีการถอดรหัสที่ได้รับอนุญาตและค้นพบขั้นตอนวิธี (algorithm) และกุญแจการเข้ารหัส CSS เขาจึงสร้าง “DeCSS” โปรแกรมที่สามารถถอดรหัสแผ่น DVD ที่มีการเข้ารหัสไว้ได้ ซึ่งทำให้การป้องกันการทำซ้ำในแผ่น DVD หายไปด้วย และได้โพสต์รหัส DeCSS ดังกล่าวไว้ในเว็บไซต์ของตน⁶² ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1999 สมาคมภาพยนตร์แห่งสหรัฐอเมริกา (Motion Picture Association of America: MPAA) ทราบถึงการเผยแพร่รหัส DeCSS ทางอินเทอร์เน็ต จึงได้ส่งจดหมายไปยังผู้ดูแลเว็บไซต์ต่างๆ ซึ่งโพสต์รหัส DeCSS ให้ยุติและเลิกการกระทำ (cease and desist letter) ซึ่งบางเว็บไซต์ได้นำรหัส DeCSS ออกไปจากเว็บไซต์ของตน⁶³ จำเลยในคดี คือ Eric Corley และบริษัทของเขา 2600 Enterprise ซึ่งตีพิมพ์นิตยสารชื่อ “2600: The Hacker Quarterly” รวมทั้ง

⁶⁰ The IT Law Wiki, *321 Studios v. MGM Studios* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/321_Studios_v._MGM_Studios [January 5, 2009]

⁶¹ *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd sub nom. Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

⁶² The IT Law Wiki, *Universal City Studios v. Corley* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Universal_City_Studios_v._Corley [January 5, 2009]

⁶³ Wikipedia, *Universal v. Reimerdes* [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Universal_v._Reimerdes [January 6, 2009]

Shawn Reimerdes จำเลยได้โพสต์รหัส DeCSS ในเว็บไซต์ 2600.com กลุ่มผู้สร้างภาพยนตร์ จึงยื่นฟ้องจำเลยสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ DMCA ศาลตัดสินว่า CSS เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงภาพยนตร์ในแผ่น DVD ของโจทก์อย่างมีประสิทธิภาพ และหน้าที่เพียงอย่างเดียวของ DeCSS คือการหลีกเลี่ยง CSS (แม้ว่าผู้คิดค้น DeCSS จะอธิบายว่า โปรแกรมดังกล่าวไม่ได้ถูกพัฒนาเพื่อละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์ แต่เพื่อใช้ในการพัฒนาเครื่องเล่น DVD ซึ่งสามารถทำงานภายใต้ระบบปฏิบัติการลินุกซ์ได้) จำเลยได้เสนอและจัดหา DeCSS โดยการโพสต์ไว้ในเว็บไซต์ของตน ไม่ว่าวัตถุประสงค์หลักของจำเลยจะเพื่อละเมิดลิขสิทธิ์หรือกระตุ้นให้ผู้อื่นละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม และการกระทำของจำเลยไม่เข้าข้อยกเว้นใดๆ ในบทบัญญัติ DMCA อาทิ การทำวิศวกรรมย้อนกลับ การวิจัยการถอดรหัสโดยสุจริต หรือการทดสอบความปลอดภัย⁶⁴ ศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Preliminary Injunction) ให้จำเลยยุติการโพสต์ DeCSS ในเว็บไซต์ จำเลยจึงได้นำรหัส DeCSS ออกไปจากเว็บไซต์ 2600.com ของตน แต่ยังคงสนับสนุนการเชื่อมโยง (link) ไปยังเว็บไซต์อื่น ซึ่งเสนอ DeCSS สำหรับการดาวน์โหลด รวมทั้งได้ประกาศข้อความว่า “We have to face the possibility that we could be forced into submission. For that reason it's especially important that as many of you as possible, all throughout the world, take a stand and mirror these files”⁶⁵ นอกจากนี้ ศาลได้มีคำสั่งห้ามไม่ให้ผู้กระทำละเมิดดำเนินการที่ถือเป็นการละเมิดชั่วคราว (Injunctive Relief) โดยห้ามบุคคลใดโพสต์ DeCSS ทั้งนี้ ศาลได้ตั้งเงื่อนไขว่าการเชื่อมโยงไปยังที่ตั้งของ DeCSS ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจะมีความผิดต่อเมื่อผู้รับผิดชอบดังกล่าว (1) ทราบว่า DeCSS อยู่ในเว็บไซต์ที่มีการเชื่อมโยง (link) ไป (2) ทราบว่าเป็นการเสนอเทคโนโลยีที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ (3) สร้างหรือคงไว้ซึ่งการเชื่อมโยง (link) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่ DeCSS หรือเทคโนโลยีนั้น⁶⁶

⁶⁴ The IT Law Wiki, Universal City Studios v. Corley [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Universal_City_Studios_v._Corley [January 5, 2009]

⁶⁵ Wikipedia, Universal v. Reimerdes [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Universal_v._Reimerdes [January 6, 2009]

⁶⁶ The IT Law Wiki, Universal City Studios v. Corley [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Universal_City_Studios_v._Corley [January 5, 2009]

ผู้เขียนเห็นว่า การมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเช่นนี้จะมีประโยชน์มากสำหรับการยับยั้งการเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทางอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการตั้งเงื่อนไขในคำสั่งคุ้มครองดังกล่าวให้รัดกุม โดยควรจำกัดขอบเขตเฉพาะผู้ที่กระทำ โดยรู้ว่าเป็นการเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย และมีเจตนาเพื่อให้ได้รับประโยชน์ทางการค้า เช่น จากการขาย banner เป็นต้น

ตัวอย่างที่กล่าวไปสองคดีข้างต้น แม้ว่าจะมีความพยายามของผู้ที่เกี่ยวข้องในการเสนอให้มีข้อยกเว้นเพิ่มเติมให้ผู้บริโภคสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี CSS ได้ แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ไม่ได้รับการอนุญาตให้เป็นข้อยกเว้นในเรื่อง Class of Work ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่มีผลใช้บังคับในขณะนี้ เพราะผู้พิจารณาเห็นว่า CSS เพียงแค่ทำให้เกิดความไม่สะดวกแก่ผู้บริโภคเท่านั้น ไม่เข้าองค์ประกอบอื่นๆ

รวมทั้งคดีซึ่งเป็นที่ถกเถียงเกี่ยวกับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง โดยใช้การเข้ารหัสภูมิภาค (region coding) ในคดี *Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Gamemasters*⁶⁷ จำเลยได้ขายเครื่องมือ “Game Enhancer” ซึ่งใช้กับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันของโจทก์เพื่อทำให้ผู้ใช้สามารถใส่รหัสเพื่อโกงเกมได้หรือเปลี่ยนลักษณะของเกมได้ชั่วคราว นอกจากนี้ยังทำให้ผู้ใช้สามารถปลดหรือถอดการเข้ารหัสภูมิภาคของโจทก์ เพื่อที่ผู้ใช้แผ่นซีดีเกมส์ซึ่งมีรหัสภูมิภาคที่แตกต่างกัน (เช่น แผ่นเกมที่ซื้อมาจากญี่ปุ่นหรือยุโรป) สามารถเล่นกับเครื่องเพลย์สเตชันที่ซื้อในสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่าฉลากติดบนกล่องของ Game Enhancer จะระบุว่า เป็น external modchip และคู่มือการใช้งานกล่าวถึงเพียงวิธีการใช้เกมเพื่อเล่นกับแผ่นเกมที่นำเข้ามาโดยชอบด้วยกฎหมาย โจทก์ฟ้องร้องจำเลยในข้อหาการมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ (Contributory Infringement Claim) โดยอ้างว่า Game Enhancer ทำให้เครื่องเพลย์สเตชันสามารถเล่นกับแผ่นซีดีที่ทำซ้ำ โดยละเมิดลิขสิทธิ์ได้ หรือจำเลยทราบที่ Game Enhancer จะถูกนำมาใช้เพื่อเล่นแผ่นเกมที่ ทำซ้ำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ศาลตัดสินว่าโจทก์ไม่มีหลักฐานที่เพียงพอมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างนี้ และศาลตัดสินว่าทางเลือกของผู้ซื้อที่จะเล่นเกมซึ่งถูกนำเข้ามาไม่สามารถเป็น

⁶⁷ *Sony Computer Entm't America, Inc. v. Gamemasters*, 87 F. Supp. 2d (N.D. Cal.1999).

กิจกรรมการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงสำหรับข้อกล่าวหา Contributory Infringement ได้⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้พิจารณาถึงขั้นว่า แผ่นซีดีเกมที่ผู้ซื้อได้มาโดยชอบจากภูมิภาคหนึ่งสามารถเล่นได้กับเครื่อง เพลย์สเตชันที่ซื้อมาจากต่างภูมิภาคกันโดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่ตามทฤษฎี การระงับไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากการจำหน่ายครั้งแรก (First Sale Doctrine หรือ Exhaustion of Right) แสดงให้เห็นว่า สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ขยายถึงการพิจารณาพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งสาธารณชนย่อมสามารถรับชมสำเนางานที่ตนได้รับมาโดยชอบเพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้⁶⁹

อย่างไรก็ตาม แม้จำเลยไม่ผิดในข้อหา Contributory Infringement ก็ตาม แต่ศาลก็ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากข้อหาที่โจทก์ฟ้องร้องว่า Game Enhancer ของจำเลยฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA โดยการทำให้ผู้ใช้สามารถเล่นเกมของแท้จากภูมิภาคอื่น เป็นเครื่องมือที่ถูกออกแบบมาเพื่อหลีกเลี่ยงการเข้ารหัสภูมิภาคซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์⁷⁰

ในกระบวนการพิจารณาข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงาน โดยสำนักงานลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (US Copyright Office) ในปี ค.ศ. 2000 และ ค.ศ. 2003 มีการเสนอให้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการใช้รหัสภูมิภาค (region coding) แต่ได้รับการปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่า การใช้รหัสภูมิภาคกับงานโสตทัศนวัสดุที่บันทึกในแผ่นดีวีดีเป็นประโยชน์ในการควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ และได้สรุปว่าการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น region coding จะมีผลกระทบในทางตรงกันข้ามเพียงเล็กน้อยต่อการใช้ที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากมี

⁶⁸ Andrew Leung, *Modchips on Trial* [Online]. 2003 UCLA Journal of Law and Technology Note 24 Available from: http://www.lawtechjournal.com/notes/2003/24_030801_Leung.php

⁶⁹ Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.19.

⁷⁰ Andrew Leung, *Modchips on Trial* [Online]. 2003 UCLA Journal of Law and Technology Note 24 Available from: http://www.lawtechjournal.com/notes/2003/24_030801_Leung.php

ทางเลือกอีกมากมายให้ผู้ซื้อสามารถเข้าถึงงานได้⁷¹ เช่น การซื้อเครื่องเล่นดีวีดีที่เล่นได้กับแผ่นดีวีดีที่เข้ารหัสทุกภูมิภาค

อย่างไรก็ตาม มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า สภาคองเกรสมุ่งที่จะปกป้องรูปแบบการดำเนินธุรกิจที่หลากหลายที่เกิดจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี เช่น pay-per-view ซึ่งย่อมทำให้เกิดความแตกต่างทางด้านราคา แต่ไม่น่าจะมีความมุ่งหมายให้เกิดการใช้รหัสภูมิภาค (region coding) ตามที่กล่าวไปข้างต้น โดยสภาคองเกรสอนุญาตและกระตุ้นให้เจ้าของลิขสิทธิ์สร้างและควบคุมตลาดสินค้างานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ดั้งเดิมไม่ได้ให้สิทธิเด็ดขาดในลักษณะเช่นนี้ไว้ อย่างไรก็ตาม หากมองในแง่ที่ว่ามียานจำนวนมากขึ้นที่นำเสนอต่อผู้บริโภคภายใต้เงื่อนไข ข้อกำหนด และราคาที่หลากหลายมากกว่างานที่นำเสนอต่อผู้บริโภคโดยปราศจากการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายต่อมาตรการทางเทคโนโลยีก็อาจจะเป็นแง่ดีของประเด็นนี้ได้⁷² ส่วนดีอีกด้านหนึ่งของการมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีคือ โอกาสที่การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีจะขยายไปสู่ผู้ประพันธ์ที่เป็นปัจเจกชนเพื่อใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับการเผยแพร่งานของตน และการตั้งเงื่อนไขการทำซ้ำ การใช้ประโยชน์ในงาน และค่าตอบแทนที่จะได้รับ ซึ่งจะทำให้ผู้ประพันธ์มีโอกาสที่จะนำงานของตนสู่สาธารณชนโดยไม่จำเป็นต้องนำตัวเองไปเป็นทาสของระบบพ่อค้าคนกลางแบบเก่าอีกต่อไป⁷³

มีตัวอย่างของกรณีที่เกิดการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเกิดขึ้นในประเทศอื่นที่ไม่ใช่สหรัฐอเมริกา แต่เมื่อผู้คิดค้นเครื่องมือดังกล่าวได้เดินทางเข้ามาในสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการกล่าวอ้างการฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA เพื่อดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวและบริษัทที่ผลิตและจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ดังกล่าว คือ การดำเนินคดีอาญากับ Dmitry Sklyarov โปรแกรมเมอร์ชาวรัสเซียซึ่งได้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ "The Advanced eBook Processor" ซึ่ง Adobe Systems บริษัทในสหรัฐอเมริกาได้ฟ้องร้องว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ The Advanced eBook Processor ซึ่งเป็น

⁷¹ The Parliament of the Commonwealth of Australia, [Review of technological protection measures exceptions](#), House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. (Canberra: February 2006), pp.37-38.

⁷² Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," [Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers](#) No. 593 (2005): p.19.

⁷³ *Ibid*, p.26.

สินค้าของ ElcomSoft Ltd. ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำในไฟล์หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (eBook) ของตน⁷⁴ โดยโปรแกรม eBook Reader ของ Abode Systems ใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ในหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยการจำกัดคอมพิวเตอร์ที่เข้าถึง eBook ที่ถูกเข้ารหัสไว้ แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ The Advanced eBook Processor ที่พัฒนาโดย Sklyarov และจำหน่ายโดย ElcomSoft Ltd. ในกรุงมอสโก ประเทศรัสเซีย ผ่านทางเว็บไซต์ของ ElcomSoft ทำให้ผู้ซื้อ eBook จากร้านหนังสือออนไลน์ที่มีการเข้ารหัสไว้ สามารถปลดล็อค eBook ได้และเมื่อมีการแปลงไฟล์ดังกล่าวจากรูปแบบ eBook ของ Adobe ไปเป็นไฟล์ PDF แล้ว การป้องกันการทำซ้ำ การแก้ไข หรือการพิมพ์ eBook นั้นก็จะถูกกำจัดไป⁷⁵

ดังนั้น เมื่อ Sklyarov เดินทางมาสหรัฐอเมริกาในวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 เพื่อเข้าร่วมประชุมในลาสเวกัส รัฐเนวาดา เขาจึงถูกจับกุมและจำคุกในสหรัฐอเมริกาโดยถูกตั้งข้อหาว่า ละเมิดต่อบทบัญญัติของ DMCA Section 1201(b)(1)(A) และ Section 1201(b)(1)(C) โดยการเผยแพร่สินค้าที่ถูกออกแบบมาเพื่อใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งอาจนำมาใช้งานได้หลากหลายรวมทั้งใช้เพื่อการทำซ้ำ eBook โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่เนื่องจากการกระทำที่ Adobe กล่าวอ้าง รวมทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เกิดขึ้นในประเทศรัสเซีย ซึ่งไม่ถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดภายใต้กฎหมายของรัสเซีย ประกอบกับหัวข้อที่ Sklyarov นำเสนอในที่ประชุมที่รัฐเนวาดา คือ "eBook's Security - Theory and Practice" ก็ไม่ได้ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อ DMCA แต่อย่างไร ในเวลาต่อมา Adobe ได้ถอนคำฟ้องแต่ยังคงตั้งข้อกล่าวหาแก่ Sklyarov อยู่ หลังจากนั้นได้มีการยกเลิกการตั้งข้อกล่าวหาต่อ Sklyarov ทั้งหมดเพื่อแลกกับการเป็นพยานในคดีของบริษัทของเขา คือ ElcomSoft Ltd.⁷⁶ จนในวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 2002 คณะลูกขุนได้ตัดสินว่า ElcomSoft Ltd. ไม่มีความผิดในทั้งสี่ข้อหาภายใต้ DMCA⁷⁷ แต่ไม่ได้อธิบายเหตุผลไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งน่าจะมาจาก

⁷⁴ Wikipedia, *US v. ElcomSoft Sklyarov* [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/US_v._ElcomSoft_Sklyarov [January 7, 2009]

⁷⁵ The IT Law Wiki, *Dimitri Sklyarov* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Dimitri_Sklyarov [January 5, 2009]

⁷⁶ *United States v. Elcom Ltd.*, 203 F.Supp.2d 1111, 62 U.S.P.Q.2d (BNA) 1736 (N.D. Cal. 2002).

⁷⁷ Wikipedia, *US v. ElcomSoft Sklyarov* [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/US_v._ElcomSoft_Sklyarov [January 7, 2009]

ประเด็นสำคัญว่า ElcomSoft Ltd. รู้และเจตนาฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติ DMCA ในการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ The Advanced eBook Processor หรือไม โดยคณะลูกขุนเชื่อตามที่ ElcomSoft Ltd. พิสูจน์ว่า ElcomSoft Ltd. ไม่รู้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวฝ่าฝืนต่อกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ในรัสเซีย ประเทศซึ่ง ElcomSoft Ltd. จดทะเบียนและจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ The Advanced eBook Processor ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้⁷⁸ อย่างไรก็ตาม จากการถูกจับกุมของ Sklyarov ทำให้นักวิทยาศาสตร์ชาวต่างชาติคิดว่ามาตรการเข้าร่วมประชุมที่จัดขึ้นในสหรัฐอเมริกา และผู้จัดการประชุมบางราย ได้ตัดสินใจจัดการประชุมที่อื่นที่ไม่ใช่สหรัฐอเมริกา⁷⁹ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ DMCA เพื่อคุกคามต่อการ แสดงออกซึ่งความคิดเห็นในที่สาธารณะและการคิดค้นวิจัยด้านเทคโนโลยี

3. ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

บทบัญญัติ DMCA มีข้อยกเว้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และในการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อจะปกป้องกิจกรรมบางอย่าง ได้แก่

(1) ข้อยกเว้นสำหรับการเข้าถึงงานโดยห้องสมุดที่ไม่ได้แสวงหากำไร หอสมุดสถาบันการศึกษา⁸⁰ ซึ่งเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการตัดสินใจโดยสุจริตเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสำเนางานนั้น โดยการกระทำดังกล่าวจะไม่ถือเป็นการ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ทั้งนี้ สำเนางานที่ได้รับมาจากการเข้าถึง ดังกล่าวจะต้องไม่ถูกเก็บไว้นานเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อการตัดสินใจโดยสุจริต และจะต้องไม่ใช่ เพื่อวัตถุประสงค์อื่น โดยจะต้องไม่สามารถหาสำเนาของงานที่เหมือนกันในรูปแบบอื่นโดยมีเหตุอันควร

* ตาม DMCA Section 1204 การรับโทษทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติ Section 1201 ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับผลประโยชน์ทางการค้า

⁷⁸ The IT Law Wiki, *U.S. v. Elcom* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/U.S._v._Elcom [January 5, 2009]

⁷⁹ Electronic Frontier Foundation, *Unintended Consequences: Ten years under the DMCA* [Online]. 2008. p.4 Available from: http://www.eff.org/files/DMCA_Unintended_10.pdf

⁸⁰ DMCA Section 1201(d)

อย่างไรก็ตาม หากห้องสมุดที่ไม่ได้แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษากระทำโดยเจตนาเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับประโยชน์ทางการค้าได้รับในทางการเงินก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่ง

(2) ข้อยกเว้นสำหรับการบังคับใช้กฎหมาย หน่วยราชการลับ และกิจกรรมอื่นของรัฐ⁸¹ เป็นข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยไม่ห้ามกิจกรรมที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายเกี่ยวกับการสืบสวน การป้องกัน ข้อมูลด้านความปลอดภัย หรือหน่วยราชการลับ

(3) ข้อยกเว้นสำหรับการทำวิศวกรรมย้อนกลับ⁸²

- กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หากผู้กระทำได้รับสิทธิในการใช้สำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยชอบด้วยกฎหมาย อาจหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อวัตถุประสงค์ในการแยกแยะและวิเคราะห์องค์ประกอบของโปรแกรมซึ่งจำเป็นเพื่อให้บรรลุผลในการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน (interoperability) ระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นโดยอิสระกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่น โดยการกระทำในการแยกแยะและวิเคราะห์จะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

- กรณีการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ผู้กระทำอาจพัฒนาและใช้วิธีการทางเทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อเอื้อต่อการแยกแยะและวิเคราะห์ที่กล่าวไปข้างต้น หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นโดยอิสระกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่น หากวิธีการนั้นจำเป็นเพื่อให้บรรลุผลในการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันเช่นนั้น โดยการทำที่กล่าวมาจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือฝ่าฝืนกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับด้วย

นอกจากนี้ ข้อมูลที่ได้รับจากการกระทำและวิธีการที่ได้รับอนุญาตทั้งสองกรณีข้างต้น ยังอาจเผยแพร่สู่บุคคลอื่นได้ หากเป็นการเผยแพร่เพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นโดยอิสระกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่น โดยการกระทำที่กล่าวมาจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือฝ่าฝืนกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับด้วย และมีการนิยาม “interoperability” ว่าหมายถึง ความสามารถของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการ

⁸¹ DMCA Section 1201(e)

⁸² DMCA Section 1201(f)

แลกเปลี่ยนข้อมูล และความสามารถของโปรแกรมดังกล่าวในการใช้ข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันนั้น
อย่างสัมพันธ์กัน

(4) ข้อยกเว้นสำหรับการวิจัยการเข้ารหัส⁸³ โดยเริ่มจากการนิยามคำว่า “encryption research” ว่าหมายถึง กิจกรรมที่จำเป็นเพื่อการแยกแยะและวิเคราะห์ข้อบกพร่องหรือจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้ารหัสที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ หากกิจกรรมเหล่านั้นทำไปเพื่อความก้าวหน้าของความรู้ในสาขาเทคโนโลยีการเข้ารหัส หรือเพื่อช่วยในการพัฒนาของสินค้าที่มีการเข้ารหัส

- กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงที่นำมาใช้กับสำเนา
สิ่งบันทึกเสียง การแสดง หรือการนำเสนอของงานที่ถูกโฆษณา (a published work) ในการ
ทำวิจัยการเข้ารหัสโดยสุจริต โดย (1) ต้องได้รับสำเนา สิ่งบันทึกเสียง การแสดง หรือการนำเสนอ
ของงานที่ถูกโฆษณาที่มีการเข้ารหัสไว้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย (2) เป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อ
ทำการวิจัยการเข้ารหัส (3) ได้ใช้ความพยายามโดยสุจริตเพื่อให้ได้รับการอนุญาตก่อนที่จะ
หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นแล้ว และ (4) จะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือฝ่าฝืน
กฎหมายอื่นที่ใช้บังคับ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดปัจจัยในการตัดสินว่าผู้กระทำเข้าเงื่อนไข
สำหรับข้อยกเว้นหรือไม่ด้วย

- กรณีการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี
ที่ควบคุมการเข้าถึง กรณีที่ผู้กระทำได้พัฒนาและใช้วิธีการทางเทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการ
ทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำวิจัยการเข้ารหัสโดยสุจริตตามที่กล่าวข้างต้น และกรณี
การจัดหาวิธีการทางเทคโนโลยีให้แก่บุคคลอื่นซึ่งทำงานร่วมกัน เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำวิจัย
การเข้ารหัสโดยสุจริตตามที่กล่าวข้างต้น

(5) ข้อยกเว้นสำหรับการป้องกันการเข้าถึงงานที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตของผู้เยาว์ ในการ
หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยง
มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง กรณีที่เป็นชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบ โดยศาลอาจ
พิจารณาความจำเป็นสำหรับเจตนาของชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบนั้น และการมีส่วนอย่างแท้จริง
ในเทคโนโลยี สินค้า บริการ หรือเครื่องมือ ซึ่งโดยตัวของชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบนั้นเองไม่ได้
ฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ และมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อป้องกันการเข้าถึงงานที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตของ
ผู้เยาว์⁸⁴

⁸³ DMCA Section 1201(g)

⁸⁴ DMCA Section 1201(h)

(6) ข้อยกเว้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ หากมาตรการทางเทคโนโลยีหรืองานที่มันควบคุมการเข้าถึงอยู่นั้น มีประสิทธิภาพในการรวบรวมหรือเผยแพร่ข้อมูลที่บ่งชี้เฉพาะตัวซึ่งสะท้อนกิจกรรมการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายทางคอมพิวเตอร์ (online) ของบุคคลธรรมดาผู้ซึ่งพยายามเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่ได้มีการแจ้งให้ทราบถึงการรวบรวมและเผยแพร่ดังกล่าวให้ผู้นั้นทราบ และไม่ได้จัดให้บุคคลดังกล่าวสามารถป้องกันหรือจำกัดการรวบรวมและเผยแพร่เช่นนั้น โดยการหลีกเลี่ยงกระทำไปเพื่อชี้ตัวและทำลายประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยีหรืองานดังกล่าว⁸⁵

(7) ข้อยกเว้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง สำหรับการเข้าถึงคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เพื่อวัตถุประสงค์ในทดสอบสำรวจ หรือแก้ไขจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องของการรักษาความปลอดภัย โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้ควบคุมคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าว หากการกระทำนั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือฝ่าฝืนกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับ โดยมีการกำหนดปัจจัยที่ต้องพิจารณาในการตัดสินว่าผู้กระทำเข้าเงื่อนไขสำหรับข้อยกเว้นหรือไม่ด้วย อาทิ ข้อมูลที่ได้รับจากการทดสอบการรักษาความปลอดภัยใช้เพื่อส่งเสริมการรักษาความปลอดภัยของเจ้าของหรือผู้ควบคุมคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์เท่านั้น หรือแบ่งปันโดยตรงกับผู้พัฒนาคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น และข้อมูลที่ได้รับจากการทดสอบการรักษาความปลอดภัยถูกนำมาใช้หรือเก็บรักษาไว้ในทางที่ไม่เอื้อต่อการละเมิดภายใต้การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนี้ หรือฝ่าฝืนกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับ รวมทั้งการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัว

นอกจากนี้ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงก็สามารถเข้าข้อยกเว้นนี้ได้ หากเป็นการพัฒนา ผลิต เผยแพร่ หรือใช้วิธีการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับการกระทำที่เป็นการทดสอบความปลอดภัยที่กล่าวไปข้างต้น⁸⁶

⁸⁵ DMCA Section 1201(i)

⁸⁶ DMCA Section 1201(j)

ตารางที่ 1: แสดงกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้นภายใต้ DMCA

กิจกรรมที่ได้รับการยกเว้น	การกระทำที่เป็นความผิด		
	Circumvention access control	Trafficking access control	Trafficking copy control
1. การเข้าถึงงานโดยห้องสมุดที่ไม่ได้แสวงหากำไร	✓	-	-
2. การบังคับใช้กฎหมาย หน่วยราชการลับ และกิจกรรมอื่นของรัฐ	✓	✓	✓
3. การทำวิศวกรรมย้อนกลับ	✓	✓	✓
4. การวิจัยการเข้ารหัส	✓	✓	-
5. การป้องกันการเข้าถึงงานที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตของผู้เยาว์	✓	✓	-
6. การคุ้มครองข้อมูลบ่งชี้เฉพาะตัว	✓	-	-
7. การทดสอบความปลอดภัย	✓	✓	-
8. ข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงาน (Class of work)	✓	-	-

ในด้านการวิจัยและพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ แม้ว่าใน DMCA จะบัญญัติให้มีข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดเพื่อจะปกป้องกิจกรรม เช่น การทดสอบความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ การทำวิศวกรรมย้อนกลับ การทำวิจัยเกี่ยวกับการถอดรหัส อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นเหล่านี้ก็ยังคงถูกมองว่าไม่เพียงพอทั้งจำนวนและประสิทธิภาพของข้อยกเว้นดังกล่าว เพราะนำมาใช้ในสถานการณ์ที่แคบมากจนแทบไม่เป็นประโยชน์แก่นักวิจัยทุกคนในการพยายามจะแสวงหาประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวด้วยตนเองได้เลย⁸⁷

⁸⁷ Robin D. Gross, "Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works," in [IP justice brief paper](http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

4. ข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงาน (Class of work)

เนื่องจากข้อยกเว้นตาม DMCA Section 1201(d) ถึง (j) ถูกมองว่านิยามไว้แคบเกินไปและไม่ยอมรับการขยายการตีความโดยกระบวนการตุลาการ ดังนั้นนอกจากจะมีข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ดังกล่าวแล้ว สภาคองเกรสยังได้ยังกำหนดให้มีกระบวนการสร้างข้อยกเว้นเพิ่มเติมโดยฝ่ายบริหารหรือที่เรียกว่า “Rule Making” โดยให้ Librarian of Congress หรือกับสำนักงานลิขสิทธิ์ เพื่อประเมินผลกระทบของการห้ามการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น และกำหนดประเภทของงาน (class of work) ที่เฉพาะเจาะจง หากการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงดังกล่าว จะมีผลกระทบหรือน่าจะมีผลกระทบในทางตรงกันข้ามต่อการใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยข้อยกเว้นที่ออกในแต่ละครั้งจะมีระยะเวลา 3 ปี อย่างไรก็ตาม การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมทั้งการเข้าถึงและการทำซ้ำ จะไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานได้ ตาม Section 1201(a)(1)(B) ซึ่งส่งผลให้แม้ว่าจะมีข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดสำหรับประเภทของงานนั้น แต่กลุ่มผู้ที่ได้รับประโยชน์จากกิจกรรมดังกล่าวก็ยังคงต้องเผชิญกับความยากลำบากในการต้องพยายามแสวงหาเครื่องมือที่ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาเครื่องมือ นั้นจะต้องมีความรับผิดชอบ

ข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานนี้จะมีการพิจารณาทุกระยะเวลา 3 ปี ตาม Section 1201(a)(1)(B) และเมื่อครบกำหนดระยะเวลา 3 ปีของข้อยกเว้นในแต่ละครั้ง จะไม่ได้เป็นการต่อระยะเวลาของข้อยกเว้นตามประเภทของงานที่ถูกกำหนดไว้ในครั้งก่อนไปโดยอัตโนมัติ โดยสำนักงานลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาว่า การมีข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ยังคงมีความจำเป็นอยู่หรือไม่⁸⁸ โดยครั้งแรกในปี ค.ศ. 2000 มีข้อยกเว้นตามประเภทของงาน 2 ประเภท ต่อมาในปี ค.ศ. 2003 มี 4 ประเภท⁸⁹ และล่าสุดในปี ค.ศ. 2006 ซึ่งจะมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2009 มี 6 ประเภท อาทิ

⁸⁸ Jane C. Ginsburg, “Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience,” *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.22.

⁸⁹ Wikipedia, *Digital Millennium Copyright Act* [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act [January 6, 2009]

(1) งานโสตทัศนวัสดุ ซึ่งรวมอยู่ในห้องสมุดทางการศึกษาของภาควิชาภาพยนตร์หรือสื่อในวิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัย เมื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำการรวบรวมส่วนของงานเหล่านั้นเพื่อใช้ในการศึกษาในห้องเรียนโดยผู้เชี่ยวชาญด้านภาพยนตร์

(2) โปรแกรมคอมพิวเตอร์และวิดีโอเกมส์ที่เผยแพร่ในรูปแบบที่ล้าสมัยแล้ว และต้องใช้สื่อหรือฮาร์ดแวร์ดั้งเดิมเพื่อเป็นเงื่อนไขในการเข้าถึง เมื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการเก็บรักษาหรือเก็บรวบรวมการเผยแพร่งานดิจิทัลโดยห้องสมุดหรือหอสมุด

(3) งานวรรณกรรมที่เผยแพร่ในรูปแบบหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (e-Book) เมื่อรูปแบบของงานที่มีอยู่ทั้งหมดมีการควบคุมการเข้าถึง ซึ่งป้องกันการทำให้ไฟล์ดังกล่าวสามารถอ่านออกเสียงได้ หรือทำให้ไม่สามารถแปลงข้อความไปสู่รูปแบบพิเศษได้

(4) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ firmware ซึ่งทำให้โทรศัพท์ไร้สายเชื่อมต่อกับเครือข่ายการสื่อสารโทรศัพท์ไร้สาย เมื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมต่อไปยังเครือข่ายการสื่อสารโทรศัพท์ไร้สายโดยชอบด้วยกฎหมาย

(5) สิ่งบันทึกเสียง และโสตทัศนวัสดุซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งบันทึกเสียงดังกล่าว ที่เผยแพร่ในรูปแบบคอมแพคดิสก์ (CD) และมีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานซึ่งถูกซื้อ มาโดยชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดหรือใช้เพื่อประโยชน์ในการหาข้อบกพร่องหรือจุดอ่อนด้านความปลอดภัยซึ่งเป็นภัยต่อความปลอดภัยของเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล โดยการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการทดสอบโดยสุจริต หรือการรวบรวมข้อบกพร่องหรือจุดอ่อนด้านความปลอดภัยเช่นว่านั้น⁹⁰ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่สร้างขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 2006 หลังจากเกิดข้อผิดพลาดในระบบป้องกันการทำซ้ำที่ติดตั้งในแผ่นซีดีของ Sony ทำให้เกิดปัญหาด้านเทคนิคแก่ผู้ใช้หลายคน⁹¹ โดยในกระบวนการพิจารณาข้อยกเว้นเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2003 กลุ่มนักวิจัยได้พยายามขอให้มีการเพิ่มข้อยกเว้นเพิ่มเติมให้สามารถวิจัยอันตรายของระบบ Digital Right Management เช่น rootkit แต่ได้รับการปฏิเสธจาก US Copyright Office ต่อมาใน

⁹⁰ U.S. Copyright Office, Rulemaking on Anticircumvention [Online]. Available from: <http://www.copyright.gov/1201/2006/index.html> [March 6, 2009]

⁹¹ Wikipedia, Digital Millennium Copyright Act [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act [January 6, 2009]

ปี ค.ศ. 2006 ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ได้รับอนุญาต สำหรับการกระทำโดยนักวิจัยซึ่งวิเคราะห์การคุกคามด้านความปลอดภัยที่เกิดขึ้นจากซอฟต์แวร์ป้องกันการทำซ้ำในแผ่นซีดี อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นนี้ไม่ได้ป้องกันนักวิจัยจากการศึกษาระบบ DRM อื่น⁹²

นอกจากนี้ ยังมีการร้องขอต่อ US Copyright Office หลายครั้งเพื่อให้มีข้อยกเว้นเพิ่มเติมที่อนุญาตให้สามารถปลดรหัสแผ่นดีวีดีที่ถูกเข้ารหัสเพื่อให้สามารถใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น อนุญาตให้ผู้วิจารณ์ภาพยนตร์โพสต์คลิปภาพยนตร์ และอนุญาตให้ผู้ซื้อแผ่นดีวีดีที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดการใช้งานของผู้ซื้อ โดยการใส่รหัสภูมิภาค (region coding) ในเครื่องเล่นดีวีดีของตนได้ แต่การร้องขอที่เกี่ยวกับแผ่นดีวีดีได้ถูกปฏิเสธในกระบวนการออกข้อยกเว้นเพิ่มเติมทั้งในปี ค.ศ. 2000 และปี ค.ศ. 2003 ในขณะที่ปี ค.ศ. 2006 มีการออกข้อยกเว้นซึ่งแคบมากโดยการอนุญาตให้นักศึกษาด้านสื่อและผู้เชี่ยวชาญด้านภาพยนตร์ในการสร้างภาพยนตร์ที่เรียงเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการศึกษาในห้องเรียน⁹³ เท่านั้น ไม่รวมถึงการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในแผ่นดีวีดีที่มีการใส่รหัสภูมิภาค

ทั้งนี้ ตาม Section 1201(a)(1)(C) ได้กำหนดปัจจัยที่ให้ Librarian of Congress ใช้ในการพิจารณาประเภทของงาน ได้แก่

- (1) การมีอยู่ของปริมาณงานสำหรับการนำไปใช้
- (2) การมีเพียงพอสำหรับการใช้ประโยชน์งานเพื่อวัตถุประสงค์ในการเก็บรักษาและการศึกษาโดยไม่แสวงหากำไร
- (3) ผลกระทบที่มีต่อการวิพากษ์วิจารณ์ การติชม การรายงานข่าว การสอน การวิจัย การศึกษา
- (4) ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น
- (5) ปัจจัยอื่นๆ ที่ Librarian of Congress พิจารณาว่าเหมาะสม

มีผู้ให้ความเห็นว่า กระบวนการทางบริหารที่ทบทวนข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดตาม DMCA โดยการให้ U.S. Copyright Office ศึกษาผลกระทบของกฎหมายต่อความสามารถของผู้บริโภคในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลโดยถูกกฎหมาย และให้แนะนำข้อยกเว้นใหม่ทุก 3 ปีเช่นนี้ ไม่ได้เป็นการบรรเทาที่มีผลใดๆ ต่อสาธารณชนเลย เหตุผลประการ

⁹² Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA [Online]. October, 2008 p.2 Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

⁹³ *Ibid*, p.7.

แรกคือ การที่ US Copyright Office สามารถแนะนำข้อยกเว้นเพิ่มเติมที่จำกัดเฉพาะการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น โดยไม่สามารถขยายไปสู่การห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ ผลที่ตามมาก็คือ DMCA ให้อภัยทางกฎหมายในการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายลิขสิทธิ์ (เช่น การใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม) ขณะที่ในเวลาเดียวกันก็ปฏิเสธวิธีการใช้สิทธิเหล่านั้นของสาธารณชน ประการที่สองคือ การที่ให้กระบวนการในการพิจารณาข้อยกเว้นเพิ่มเติมอิงกับระบบราชการ (U.S. Copyright Office) อาจก่อให้เกิดความล้มเหลวได้ เพราะอาจมีแนวโน้มที่จะมีความเห็นไปในทางเดียวกันกับกลุ่มอุตสาหกรรมบันเทิง⁹⁴ หากไม่มีการควบคุมความโปร่งใสและหลักธรรมาภิบาลที่เพียงพอ

5. No Mandate Provision

ใน Section 1201(c)(3) ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า แม้ว่าบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนี้จะห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ก็ไม่ได้กำหนดให้ผู้ผลิตชิ้นส่วน อุปกรณ์ หรือสินค้าเครื่องใช้อิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือสื่อสาร หรือเครื่องมือที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณต้องออกแบบสินค้าของตนให้ตอบสนองต่อมาตรการทางเทคโนโลยี ตราบเท่าที่ชิ้นส่วน อุปกรณ์ หรือสินค้านั้นไม่ได้ต้องห้ามตาม Section 1201(a)(2) หรือ Section 1201(b)(1)

6. Saving Clause

บทบัญญัติ DMCA มี Saving Clause ปรากฏใน Section 1201(c)(1) และ Section 1201(c)(2) ซึ่งระบุว่า บทบัญญัติการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี จะไม่กระทบต่อสิทธิ การเยียวยา การจำกัด หรือข้อต่อผู้การละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม และจะไม่ใช่เป็นการเพิ่มหรือลดความรับผิดชอบในการเป็นตัวแทนหรือการมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี สินค้า บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบหรือชิ้นส่วนของสิ่งที่กล่าวมา

⁹⁴ Robin D. Gross, "Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works," in [IP justice brief paper](http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

อย่างไรก็ตาม การที่สภาคองเกรสและคำพิพากษาของศาลในสหรัฐไม่ได้กำหนดให้ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์กับเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับเป็นฐานการฟ้องร้องตาม DMCA ซึ่งหมายความว่า ทั้งๆ ที่มีถ้อยคำตาม 17 U.S.C. Section 1201(c)(1) ซึ่งแสดงเจตนาของสภาคองเกรสว่า DMCA ไม่กระทบสิทธิ การเยียวยา การจำกัด หรือข้อต่อผู้การละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งการใช้ที่เป็นธรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมซึ่งเป็นหลักที่มีอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ก็ไม่ได้ถูกรับรองว่าเป็นข้อต่อผู้ของบทบัญญัติที่ห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของ DMCA โดยศาลตีความว่า DMCA ไม่กระทบต่อการมีอยู่ของข้อต่อผู้การใช้ที่เป็นธรรมสำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ไม่มีการแยกข้อต่อผู้การใช้ที่เป็นธรรมกับข้อเรียกร้องฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA และไม่มีบทบัญญัติใดใน DMCA ที่อนุญาตอย่างชัดเจนให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ที่เป็นธรรม⁹⁵

7. โทษ

ผู้เสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตาม Section 1201 สามารถฟ้องร้องคดีแพ่งได้ ตาม Section 1203 และยังให้อำนาจศาล อาทิ ในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวและถาวร ตาม Section 1203(b)(1) การมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าเสียหาย ตามตาม Section 1203(b)(3) โดยผู้เสียหายสามารถเลือกระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายที่เกิดจากกำไรที่ผู้กระทำผิดได้รับเพิ่มขึ้นตาม Section 1203(c)(1)(A) กับค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด ตาม Section 1203(c)(1)(B) นอกจากนี้ ศาลยังมีดุลยพินิจที่จะลดหรือยกเว้นค่าเสียหายในกรณี innocent violations เมื่อผู้ฝ่าฝืนได้พิสูจน์ว่าไม่ทราบหรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการฝ่าฝืน ตาม Section 1203(c)(5)(A) รวมทั้งกรณีที่ผู้กระทำเป็นห้องสมุด หอสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร ก็มีสิทธิได้รับการยกเว้นค่าเสียหายเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กล่าวไปเช่นกัน ตาม Section 1203(c)(5)(B)

⁹⁵ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp.531-534.

ส่วนโทษทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติ Section 1201 จะเป็นกรณีการกระทำโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับผลประโยชน์ทางการค้าหรือทางการเงินส่วนตัว โดยมีโทษปรับไม่เกิน 500,000 เหรียญหรือจำคุกไม่เกิน 5 ปีสำหรับการกระทำผิดครั้งแรก และปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญหรือจำคุกไม่เกิน 10 ปีสำหรับการกระทำผิดในครั้งต่อไป ตาม section 1204(a) โดยยกเว้นความรับผิดทางอาญากรณีที่ผู้กระทำเป็นห้องสมุด หอสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร ตาม Section 1204(b) และมีอายุความฟ้องร้องคดีอาญา 5 ปีนับจาก วันกระทำความผิด ตาม Section 1204(c)

8. ผลกระทบจากการใช้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีใน DMCA

เนื่องจาก DMCA ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งประเทศต่างๆ นำมาใช้เป็นต้นแบบในการพิจารณาร่างบทบัญญัติกฎหมายภายในของตน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติ DMCA ในทางที่ตรงข้ามกับเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายดังกล่าวของสภาองเกรสที่ประสงค์จะให้ผลในการหยุดการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเห็นได้จากในระยะแรก บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีใน DMCA ถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการหยุดการจำหน่ายโปรแกรมที่ใช้สำหรับปลดรหัสแผ่นดีวีดีที่มีการเข้ารหัสป้องกันไว้ (CSS)⁹⁶ ซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีอย่างหนึ่ง แต่ต่อมาผู้ผลิตอุปกรณ์หลักที่ต้องใช้งานร่วมกับอุปกรณ์ต่อพ่วง เช่น เครื่องพิมพ์ และเครื่องเปิดประตูที่จอดรถ⁹⁶ เริ่มที่จะตระหนักว่าตนสามารถหาประโยชน์ภายใต้กฎหมายดังกล่าวได้ เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ผลิตอุปกรณ์หลักสามารถที่จะใส่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีขนาดเล็ก และเอามันติดไว้กับอุปกรณ์หลักเพื่อที่จะตรวจสอบความถูกต้องแท้จริง โดยจะปฏิเสธชิ้นส่วนใดๆ ที่ไม่ได้ถูกสร้างหรือผลิตขึ้นโดยผู้ผลิตอุปกรณ์หลักนั้น ทำให้ผู้ผลิตสินค้าอุปกรณ์ต่อพ่วงรายอื่นๆ จำเป็นที่จะต้องหลีกเลี่ยงขั้นตอนการตรวจสอบความถูกต้องแท้จริง (authentication sequence) ซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง เพื่อที่จะให้อุปกรณ์ต่อพ่วงของตนสามารถใช้งานร่วมกับอุปกรณ์หลักของผู้ผลิต

* เช่น ในคดี 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., 307 F.Supp.2d 1085, 70 U.S.P.Q.2d (BNA) 1028 (N.D. Cal. 2004) คดี Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes และ Universal City Studios, Inc. v. Corley

⁹⁶ Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc., 253 F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004) and Chamberlain v. Skylink, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

ที่ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวได้ ผลคือ หากการกระทำของบริษัทคู่แข่งไม่เข้าข่ายกีดกัน การทำวิศวกรรมย้อนกลับแล้ว ก็จะต้องมีความผิดสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ทำให้ผู้ผลิตอุปกรณ์หลักนั้นสามารถที่จะ ได้รับอำนาจผูกขาดเหนือตลาด อุปกรณ์ฟองนั้นด้วย ซึ่งถือว่าเป็นการใช้กลยุทธ์หนึ่งในการสร้างอำนาจผูกขาดให้แก่ตนเองในสินค้าที่มีใช้งานอันมีลิขสิทธิ์

ในทางปฏิบัติแล้วมีตัวอย่างข้อเท็จจริงและคดีที่แสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีใน DMCA ถูกนำมาใช้เพื่อกำจัดกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าที่จะหยุดการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งผลที่ตามมาคือ DMCA ถูกพัฒนามาเพื่อใช้คุกคามอย่างร้ายแรงต่อนโยบายสาธารณะที่สำคัญหลายประการ อาทิ การขัดขวางต่อการแสดงความคิดเห็นและการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม การแข่งขันและการคิดค้นนวัตกรรมโดยผู้ผลิตสินค้าใช้ DMCA เพื่อกีดกันคู่แข่งที่ชอบด้วยกฎหมายในตลาดสินค้าอะไหล่ อุปกรณ์หรือสินค้าหรือบริการที่ต้องเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันกับสินค้าของตน⁹⁷ ดังนี้

(1) การนำ DMCA มาใช้เพื่อก่อให้เกิดความกลัวต่อการแสดงความคิดเห็นในที่สาธารณะ ไม่กล้าเปิดเผยผลการวิจัยทางวิทยาศาสตร์และคิดค้นนวัตกรรม⁹⁸ เช่น

- ทำให้การเปิดเผยจุดอ่อนด้านความปลอดภัยของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ป้องกันการทำซ้ำ “rootkit” ในแผ่นซีดีของ Sony-BMG ที่ค้นพบโดย J. Alex Halderman ล่าช้าออกไป เนื่องจากเกรงว่าการเผยแพร่หรือตีพิมพ์การค้นพบของตนจะฝ่าฝืนต่อ DMCA⁹⁹ และการฟ้องร้อง J. Alex Halderman ภายใต้ DMCA จากการตีพิมพ์รายงานจุดอ่อนในเทคโนโลยีป้องกันการทำซ้ำแผ่นซีดีที่พัฒนาโดย SunnComm ซึ่งเขาได้เปิดเผยในเว็บไซต์ของตนเองว่า มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวสามารถถูกผ่านเข้าไปได้ง่ายเพียงแต่กดปุ่ม Shift ที่แป้นพิมพ์ค้างไว้ใน

⁹⁷ Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA [online]. October, 2008 p.1 Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

⁹⁸ *Ibid*, pp.2-6.

⁹⁹ *Ibid*. (ข้อยกเว้นเพิ่มเติมในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำในแผ่นซีดี โดยกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการทดสอบโดยสุจริต หรือการรวบรวมข้อมูลสำรองหรือจุดอ่อนด้านความปลอดภัยของเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล เช่น rootkit นี้ได้รับอนุญาตในปี ค.ศ. 2006)

ขณะที่กำลังโหลดแผ่นซีดีเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ ก็จะทำให้เทคโนโลยีดังกล่าวของ SunnComm ไม่ทำงาน¹⁰⁰

- การหยุดแผนการตีพิมพ์หนังสือเกี่ยวกับจุดอ่อนด้านความปลอดภัยในเครื่องเล่นเกม Microsoft Xbox ของสำนักพิมพ์ John Wiley & Sons ในปี ค.ศ. 2003 ซึ่ง Andrew Huang ผู้เขียนได้ค้นพบจากการวิจัยส่วนหนึ่งในระดับปริญญาเอกที่ MIT เนื่องจากเกรงว่าหนังสือดังกล่าวอาจจะถือเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ DMCA ได้¹⁰¹

- ในปี ค.ศ. 2001 สมาคมอุตสาหกรรมบันทึกเสียงของสหรัฐอเมริกา (RIAA) ได้อ้างความรับผิดชอบภายใต้ DMCA ในจดหมายที่ส่งเตือนไปยัง Edward William Felten และทีมนักวิจัยของเขา เพื่อมิให้นำเสนอรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่เปิดเผยจุดอ่อนในเทคโนโลยีสำหรับควบคุมเพลงที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลของอุตสาหกรรมบันทึกเสียง (SDMI Watermark) ซึ่ง Felton ได้มาจากการเข้าร่วมแข่งขันที่จัดขึ้นโดย Secure Digital Music Initiative (SDMI) Felton จึงได้ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งว่า การเผยแพร่รายงานของเขาเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่คดีถูกยกฟ้องเพราะไม่มีมูล อย่างไรก็ตาม Felton ได้เสนอบทความของเขาในที่สุด โดยกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความมั่นใจแก่ Felton และนักวิจัยอื่นๆ ว่าบทบัญญัติ DMCA ไม่ได้คุกคามต่อการทำงานของพวกเขาเหล่านั้น¹⁰²

- การจับกุมและดำเนินคดีอาญากับ Dmitry Sklyarov โปรแกรมเมอร์ชาวรัสเซีย ขณะที่เดินทางมาสหรัฐอเมริกาเพื่อเข้าร่วมประชุม จากการคิดค้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ "The Advanced eBook Processor" ซึ่งหลีกเลี่ยงการป้องกันการทำซ้ำในไฟล์หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ของ Adobe¹⁰³ แม้ว่าต่อมากจะมีการปล่อยตัว Sklyarov รวมทั้งยกฟ้องคดีของ

¹⁰⁰ *Ibid.* (ทั้งนี้ แม้ว่าการเปิดเผยจุดอ่อนของเทคโนโลยีเช่นนี้จะเป็นการลดมูลค่าของตลาดสินค้าของบริษัทก็ตาม แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า เทคโนโลยีดังกล่าวควรจะได้รับความคุ้มครองในฐานะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำได้อย่างไร เพราะไม่น่าจะผ่านหลักความมีประสิทธิภาพซึ่งเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA)

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Wikipedia, Edward Felten [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Edward_Felten [January 7, 2009]

¹⁰³ Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA [Online]. October, 2008 p.7-8. Available from: http://www.eff.org/files/DMCA_Unintended_10.pdf

ElcomSoft Ltd. ซึ่งจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวก็ตาม นักวิทยาศาสตร์ชาวต่างชาติ ก็ยังคงห่วงเกรงและคว่ำบาตรการเข้าร่วมประชุมที่จัดขึ้นในสหรัฐอเมริกา รวมทั้งผู้จัดการประชุม บางรายได้ตัดสินใจจัดการประชุมที่อื่นที่ไม่ใช่สหรัฐอเมริกา¹⁰⁴

- การดำเนินคดีกับ 2600 Magazine¹⁰⁵ ซึ่งเป็นตัวอย่างของผลกระทบของ DMCA ต่อเสรีภาพของสื่อสารมวลชน ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญ First Amendment ของสหรัฐอเมริกาได้ให้การรับรองไว้¹⁰⁶

(2) ในปัจจุบันหนังสือ เพลง และภาพยนตร์ถูกจำกัดการใช้งานโดยวิธีการทางเทคโนโลยี มากขึ้น ดังนั้น การที่สาธารณชนจะสามารถใช้หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมในงานเหล่านี้ โดยชอบด้วยกฎหมายต่อไปได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับการมีอยู่ของเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว แต่การที่ DMCA ห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ไม่ว่าจะมันจะมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมหรือไม่ ก็ตาม ย่อมเป็นการลงโทษสาธารณชนผู้บริโภคไปพร้อมกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย โดยมีตัวอย่าง ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่า DMCA กระทบต่อการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม¹⁰⁷ อาทิ

- กรณีที่ Sony-BMG ได้วางจำหน่ายแผ่นซีดีที่มีการใช้เทคโนโลยีป้องกันการทำซ้ำ มากกว่า 15 ล้านแผ่นในสหรัฐอเมริกา ซึ่งกระทบต่อความคาดหวังของผู้ซื้อที่คิดว่าตนจะมีสิทธิใน การใช้งานที่เป็นธรรมตามหลัก fair use ได้ โดยถูกห้ามการถ่ายโอนเพลงจากแผ่นซีดีไปสู่เครื่อง เล่นเพลงเช่น iPod หรือเครื่องเล่น MP3 อื่น ๆ ที่จริงแล้วการทำซ้ำเพลงเพื่อใช้งานส่วนตัว

(นอกจากนี้ เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ The Advanced eBook Processor ของจำเลย ทำให้ผู้ซื้อ e-Book มาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถใช้งาน e-Book ของตนในลักษณะที่เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ เช่น อ่านไฟล์ในเครื่องคอมพิวเตอร์แบบพกพา (laptop) หรือคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นที่ไม่ใช่เครื่องที่ดาวน์โหลดไฟล์นั้น เป็นครั้งแรก การพิมพ์ลงในกระดาษ การอ่านในระบบปฏิบัติการอื่นที่เป็นทางเลือก เช่น ลินุกซ์ และการทำให้ เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถอ่านออกเสียงไฟล์ได้โดยใช้ซอฟต์แวร์แปลอักษรเป็นคำพูด (text-to-speech) ซึ่ง จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับผู้พิการทางสายตา)

¹⁰⁴ *Ibid*, p.4.

¹⁰⁵ *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd sub nom. Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)

¹⁰⁶ Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA [Online]. October, 2008 p.4. Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

¹⁰⁷ *Ibid*, pp.6-9.

เข้าเงื่อนไขของการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม รวมทั้งการทำสำเนาแผ่นซีดีเพื่อนำไปฟังในที่ทำงานหรือในรถด้วย¹⁰⁸

▪ กรณีที่ผู้ผลิตภาพยนตร์ได้ใช้อำนาจภายใต้ DMCA เพื่อหยุดยั้ง Load-N'-Go บริษัทเล็กๆ ซึ่งให้บริการโหลดแผ่นดีวีดีที่ลูกค้าซื้อมาลงสู่เครื่องเล่น iPod ของลูกค้าคนนั้น และคืนทั้งแผ่นดีวีดีและเครื่องเล่น iPod ให้แก่ลูกค้าไป ผู้ผลิตภาพยนตร์อ้างว่า การให้บริการดังกล่าวฝ่าฝืนต่อ DMCA โดยหลีกเลี่ยงการเข้ารหัส CSS ในแผ่นดีวีดี เพราะก่อให้เกิดการทำซ้ำสำเนาของภาพยนตร์ แม้ว่าจะเป็นการใช้เพื่อส่วนตัวซึ่งเป็นการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมก็ตาม ดังนั้น ภายใต้ทฤษฎีเช่นนี้บุคคลใดๆ ที่พยายามจะเปลี่ยนการชม (space-shift) ภาพยนตร์จากผ่านทางเครื่องเล่นดีวีดีไปสู่ iPod หรือเครื่องเล่นสื่อดิจิทัลอื่นๆ จะเป็นการฝ่าฝืนต่อ DMCA หากมองในด้านผู้ผลิตภาพยนตร์แล้ว รูปแบบกฎหมายเช่นนี้จะทำให้พวกเขาสามารถจำหน่ายภาพยนตร์เรื่องเดียวกันให้แก่ผู้ซื้อได้หลายๆ ครั้งสำหรับการใช้งานกับเครื่องมือที่แตกต่างกัน¹⁰⁹

▪ ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2008 RealNetworks ถูกบังคับให้หยุดการจำหน่ายซอฟต์แวร์ “RealDVD” ซึ่งออกแบบมาเพื่อทำให้ผู้ใช้สามารถทำซ้ำแผ่นดีวีดีและติดตั้งมันลงในฮาร์ดดิสก์ของตน การเปลี่ยนรูปแบบ (format-shifting) โดย RealDVD จะทำให้ผู้บริโภคสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้หลายอย่าง เช่น การทำซ้ำเพื่อสำรองข้อมูล และการชมภาพยนตร์ในดีวีดีเวลาใดก็ได้โดยไม่ต้องใช้แผ่นดีวีดี ความคาดหวังในการใช้ลิขสิทธิ์ที่ขอบธรรมโดยชอบด้วยกฎหมายเหล่านี้ถูกกำจัดอย่างรวดเร็วโดยการดำเนินคดีโดยอาศัย DMCA ของผู้ผลิตภาพยนตร์นับตั้งแต่วันที่ซอฟต์แวร์ RealDVD เริ่มออกสู่ตลาด¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกาอยู่ระหว่างการเสนอร่าง Digital Media Consumers' Rights Act (DMCRA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่จะมีผลโดยตรงต่อบทบัญญัติบางส่วนใน DMCA โดยเป็นการยืนยันหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม ให้ผู้บริโภคสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อให้สามารถเข้าถึงหรือใช้งานนั้นได้ หากไม่ได้มีผลเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น ผู้ซื้อสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงในหนังสือที่อยู่ในรูปแบบไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (e-book) ที่ตนซื้อมา เพื่อวัตถุประสงค์ในการอ่านหนังสือดังกล่าวในตัวอ่านไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ที่แตกต่างไป แต่หากผู้ซื้อคนนั้นได้ upload หนังสืออิเล็กทรอนิกส์นั้นสู่อินเทอร์เน็ต

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

เพื่อเผยแพร่สู่บุคคลอื่น ก็จะต้องรับผิดชอบตาม DMCA Section 1201 สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้ ร่างกฎหมายนี้จะบังคับการติดตามให้เหมาะสมสำหรับแผ่นซีดีที่มีการป้องกันการทำซ้ำ ดำเนินการโดยคณะกรรมการการค้าของสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) เพื่อเป็นการประกันการคุ้มครองผู้บริโภคจากการติดตามที่หลอกลวง โดยมีความคิดพื้นฐานว่า ผู้บริโภคมักจะคุ้นเคยกับการทำงานของแผ่นซีดีมาตรฐานและควรจะได้ตระหนักถึงการถูกจำกัดความสามารถในการใช้งานที่ลดลงในแผ่นซีดีที่ถูกป้องกันการทำซ้ำก่อนที่จะตัดสินใจซื้อสิ่งเหล่านั้นมา¹¹¹

(3) การนำ DMCA มาใช้เพื่อคุกคามต่อการคิดค้นนวัตกรรมและการแข่งขันทางธุรกิจ¹¹² โดยไม่เกี่ยวข้องกับการป้องกันหรือยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด อาทิ

- กรณีที่ Hewlett-Packard ฝังซอฟต์แวร์ไว้ในเครื่องพิมพ์และแท่นหมึกที่ติดไปกับเครื่องพิมพ์เพื่อป้องกันการซื้อหมึกจากภูมิภาคหนึ่งมาใช้ร่วมกับเครื่องพิมพ์ที่ซื้อมาจากอีกภูมิภาคหนึ่ง โดยซอฟต์แวร์ในแท่นหมึกเครื่องพิมพ์จะกำหนดเวลาสิ้นอายุไว้ เป็นการบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อหมึกใหม่ แม้ว่าหมึกจะยังไม่หมดก็ตาม ทำให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action) กับ Hewlett-Packard แม้ว่าบริษัทจะไม่ได้อ้าง DMCA เพื่อปกป้องกลยุทธ์ของตนแต่ก็เป็นที่ทราบกันดีว่า DMCA สามารถนำมาใช้เพื่อสนับสนุนกลยุทธ์เหล่านี้¹¹³

- กรณีที่ StorageTek ซึ่งจำหน่ายฮาร์ดแวร์เก็บข้อมูลและให้บริการบำรุงรักษาสินค้าของบริษัทเองด้วย ได้ฟ้องร้อง Custom Hardware¹¹⁴ บริษัทที่ให้บริการซ่อมแซมฮาร์ดแวร์ของ StorageTek โดยอ้างว่า Custom Hardware ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเป็นรหัสผ่านที่ออกแบบมาเพื่อกันผู้ให้บริการอิสระจากการใช้ซอฟต์แวร์บำรุงรักษา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการใช้ DMCA เพื่อเป็นการประกันว่า ลูกค้าของ StorageTek จะมีเพียงที่เดียวที่จะให้บริการซ่อมแซมสินค้าของตน และเป็นการจำกัดคู่แข่งในตลาดการให้บริการบำรุงรักษา ศาลแขวงได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวต่อจำเลย Custom Hardware ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้ถอนคำสั่งคุ้มครอง

¹¹¹ Wikipedia, Digital Media Consumers' Rights Act [Online]. Available from: <http://en.wikipedia.org/wiki/DMCRA> [February 17, 2009]

¹¹² Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA [Online]. October, 2008 pp.9-13. Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Storage Technology Corp. v. Custom Hardware Eng'g & Consulting, Inc.*, 421 F.3d 1307 (Fed. Cir. 2005).

ดังกล่าวและตัดสินว่า เมื่อไม่มีความสัมพันธ์กับการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ไม่สามารถมีการฟ้องร้องตาม DMCA ได้ และแม้ว่ากรณีนี้จะเป็นชัยชนะสำหรับกรณีเกี่ยวกับการแข่งขันทางธุรกิจ แต่ก็แสดงให้เห็นวิถีทางซึ่ง DMCA จะถูกใช้ต่อไปเพื่อจำกัดการแข่งขันมากกว่าใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์¹¹⁵

▪ บริษัทใหญ่อย่าง Sony มีการดำเนินคดีภายใต้ DMCA หลายคดี เช่น การฟ้องร้องบริษัทคู่แข่งที่สร้างซอฟต์แวร์ซึ่งทำให้ผู้เล่นเกมสามารถเล่นเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันบนเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล และการอ้าง DMCA ต่อ hobbyist ผู้ซึ่งพัฒนาให้ Aibo สุนัขโรบอทของตนเองมีคุณสมบัติพิเศษเด่นได้ โดยโซนี่อ้างว่าการพัฒนาดังกล่าวต้องผ่านการทำวิศวกรรมย้อนกลับการเข้ารหัสซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ที่อยู่ในสุนัขโรบอทซึ่งฝ่าฝืน DMCA และให้ hobbyist ย้ายโปรแกรมออกจากเว็บไซต์ของเขาด้วย แต่จากกระแสของสาธารณชนทำให้โซนี่ต้องอนุญาตให้ Hobbyist โฟสต์บางส่วนของโปรแกรมของเขาใหม่ โดยโซนี่ขอสงวนสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าในงานของ hobbyist ซึ่งเหตุการณ์นี้แสดงให้เห็นเจตนาของโซนี่ ในการใช้ DMCA กับสถานการณ์ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด¹¹⁶

อีกคดีที่เป็นที่รู้จักคือ mod chip โดยโซนี่ได้ฟ้องร้องกลุ่มผู้ผลิตและจำหน่าย mod chip โดยอ้างการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงภายใต้ DMCA ซึ่งการกระทำดังกล่าวของโซนี่จะทำให้โซนี่สามารถบังคับใช้ระบบการเข้ารหัสภูมิภาค (region coding) ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (anticompetitive) โดยโซนี่ได้ฟ้อง Gamemasters¹¹⁷ ผู้ผลิต Game Enhancer peripheral device ซึ่งทำให้เจ้าของเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันในสหรัฐอเมริกา สามารถเล่นแผ่นเกมที่ซื้อมาจากประเทศญี่ปุ่นหรือประเทศอื่นได้ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโซนี่เลยก็ตาม แต่ศาลก็ได้มีคำสั่งคุ้มครองภายใต้ DMCA ประเด็นที่น่าสนใจคือ การยอมรับการแฝงอยู่ของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและการเอาเปรียบผู้บริโภคของระบบการใส่รหัสภูมิภาคของโซนี่ นำมาซึ่งบทสรุปที่ต่างกันภายใต้

¹¹⁵ Electronic Frontier Foundation, *Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA* [Online]. October, 2008 pp.9-13. Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Sony Computer Entm't America, Inc. v. Gamemasters*, 87 F. Supp. 2d (N.D. Cal.1999).

บทบัญญัติที่เทียบเคียงกับ DMCA ในคดีระหว่าง Sony v. Stevens¹¹⁸ ที่ศาลสูงของประเทศออสเตรเลียตัดสินในปี ค.ศ. 2005 ว่า รัฐธรรมนูญที่ใช้ในการควบคุมการเข้าถึงไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย เพราะว่ามันไม่ได้ป้องกันหรือยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์

▪ กรณี Apple บริษัทใหญ่ด้านซอฟต์แวร์และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้ DMCA คุกคามเมื่อ RealNetworks คิดค้นเทคโนโลยีที่มีชื่อว่า “Harmony” ซึ่งออกแบบมาเพื่อให้ไฟล์เพลงที่จำหน่ายโดยร้านจำหน่ายเพลงออนไลน์ของ Real สามารถเล่นบนเครื่องเล่นเพลง iPod ได้ และกรณีที่ Other World Computing ผู้ค้าปลีกรายย่อยซึ่งเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเครื่องคอมพิวเตอร์แมคอินทอชของ Apple ได้พัฒนาซอฟต์แวร์เสริมในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งทำให้ผู้ใช้เครื่อง Mac สามารถใช้ซอฟต์แวร์ iDVD ของ Apple กับตัวบันทึกดีวีดีภายนอกตัวเครื่อง (external DVD recorders) ได้ ทำให้เจ้าของเครื่อง Mac รุ่นเก่าสามารถอัปเดตเครื่องได้ แต่กลับได้รับการข่มขู่จาก Apple เนื่องจากซอฟต์แวร์ iDVD ถูกออกแบบเพื่อทำงานบนเครื่อง Mac รุ่นใหม่ซึ่งประกอบด้วยตัวบันทึกแผ่นดีวีดีภายในตัวเครื่อง (internal DVD recorders) ที่ผลิตโดย Apple ซึ่งแสดงเจตนาของ Apple ในการบังคับผู้บริโภคให้ซื้อเครื่อง Mac ใหม่ แทนที่จะอัปเดตเครื่องรุ่นเดิมด้วยวิธีอย่างง่าย¹¹⁹

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ Apple Computer ได้คิดค้น FairPlay ซึ่งเป็นเทคโนโลยี Digital Right Management: DRM โดยไฟล์ที่ซื้อผ่าน iTunes Music Store ทางอินเทอร์เน็ต จะถูกเข้ารหัสโดย FairPlay ที่เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ซึ่งจะทำการเข้ารหัสไฟล์เพลงนั้นในรูปแบบไฟล์ ACC มีเพียงซอฟต์แวร์ iTunes และ QuickTime เท่านั้นที่จะสามารถเล่นไฟล์ FairPlay ได้ และมี iPod เป็นเครื่องเล่นเพลงแบบพกพาเพียงอย่างเดียวที่สามารถเล่นไฟล์เพลงในรูปแบบ FairPlay ได้ เป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ซื้อนำเอาไฟล์เพลงไปเล่นกับเครื่องเล่นเพลงที่ไม่ได้รับอนุญาตจาก Apple (เนื่องจากเครื่องเล่นเพลง MP3 ส่วนมากมักจะเล่นได้กับไฟล์เพลงที่ถูกบันทึกในรูปแบบไฟล์ WMA) วัตถุประสงค์หลักของ FairPlay จึงใช้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ซื้อไปใช้อุปกรณ์ต่อพ่วงหรือเครื่องเล่นเพลง MP3 ของบริษัทอื่นที่ไม่ใช่เครื่องเล่น iPod ของ Apple นั่นเอง กล่าวคือ FairPlay ถูกคิดค้นและนำมาใช้เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจว่า เพลงจาก iTunes Music Store จะเล่นได้กับเครื่องเล่น iPod เท่านั้น (ผู้ให้บริการจำหน่ายเพลงทางอินเทอร์เน็ตส่วนมาก

¹¹⁸ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens*, [2005] HCA 58, (2005) 221 ALR 448; (2005) 79 ALJR 1850 (October 6, 2005).

¹¹⁹ Electronic Frontier Foundation, *Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA* [Online]. October, 2008 pp.9-13. Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

จะใช้ไฟล์ในรูปแบบ WMA เช่นกัน เพราะ Microsoft ได้อนุญาตให้ใช้สิทธิใน WMA ในวงกว้าง) FairPlay จึงเป็นมาตรการที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงเหมือนแผ่น DVD ในคดี Reimerdes การเล่นเพลงจะต้องใช้อุปกรณ์ที่ได้รับอนุญาตเพื่อที่จะปลดล็อกมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวก่อน¹²⁰

การนำเสนอมusicในรูปแบบดิจิทัลทางอินเทอร์เน็ตที่สำคัญเริ่มในปี ค.ศ. 1999 โดยการเกิดขึ้นของ Napster ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนไฟล์ (Centralized file-sharing service) โดยในระยะแรกของการเสนอมusicโดยการดาวน์โหลดมีข้อบกพร่องหลักคือ การเป็นต้นตอของการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น คดีการฟ้องร้อง Napster และ Grokster จากนั้นเดือนมกราคม ค.ศ. 2001 Apple ได้แนะนำบริการ iTunes Music Store ซึ่งในขณะนั้นไม่มีเครื่องเล่นเพลงแบบพกพาที่สามารถใช้งานด้วยกันกับไฟล์ที่โหลดมาจาก iTunes Music Store ได้ โดยสามารถใช้ได้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ของ Apple เท่านั้น Apple ใช้เวลาเกือบปีในการพัฒนา iPod รุ่นแรกซึ่งก็ใช้ได้กับเพียงเครื่องคอมพิวเตอร์ของ Apple เช่นกัน ยอดการจำหน่าย iPod รุ่นแรกจึงไม่มาก ต่อมา Apple ได้พัฒนา iPod ให้สามารถใช้งานร่วมกับเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลทั่วไปและล่าสุดเป็น iPod รุ่นที่สาม ซึ่งสามารถเชื่อมต่อได้โดยตรงกับ USB 2.0 ports แต่ Apple ยังคงทำให้ iPod ใช้งานกับ iTunes เช่นเดิม ผลที่ตามมาคือยอดการดาวน์โหลดเพลงจาก iTunes Music Store เพิ่มขึ้นและยอดการจำหน่าย iPod ก็มากขึ้นด้วย ข้อดีของการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันระหว่าง iPod กับ iTunes คือ ทำให้มีการจัดระเบียบของตลาดและทำให้เกิดยุคทองของการให้บริการดาวน์โหลดเพลงดิจิทัล เช่น Amazon, BuyMusic.com, MTV, WalMart, Coke, Dell, Microsoft, Musicmatch, Woolworth's, Virgin Music, Yahoo และ Starbucks นอกจากนี้ในตลาดสินค้าเครื่องเล่นเพลงแบบพกพาก็มีทั้ง iRiver, SanDisk, Sony, Zune ที่ผลิตโดย Microsoft¹²¹ และ Samsung

หากไม่มีบทบัญญัติ DMCA โปรแกรมเมอร์ย่อมจะสามารถวิเคราะห์ว่า FairPlay ที่ Apple นำมาใช้นั้นทำงานอย่างไร เพื่อที่จะคิดค้นเครื่องเล่นที่สามารถใช้งานร่วมกันได้โดยไม่

¹²⁰ William W. Fisher, iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media – A case study [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, June 15, 2004. p.41. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf> [January 15, 2009]

¹²¹ Thomas O. Barnett, Interoperability between antitrust and intellectual property [Online]. (George Mason University School of Law Symposium, Washington, DC, September 13, 2006) Available from: <http://www.usdoj.gov/art/public/speeches/218316.htm>

ต้องเกรงว่าจะมีความผิด แต่เนื่องจาก FairPlay เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง ดังนั้นการทำวิศวกรรมย้อนกลับจะต้องอยู่ภายในข้อยกเว้นที่จำกัดของ DMCA อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ ในกรณีนี้ เนื่องจากไฟล์เพลงไม่เข้าเงื่อนไขของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (เช่นเดียวกับ EU Copyright Directive ที่ปฏิเสธข้อยกเว้นการทำวิศวกรรมย้อนกลับในการพยายามที่จะออกแบบเครื่องเล่นที่สามารถใช้งานร่วมกันได้ แต่อนุญาตให้เพียงขอบเขตที่จำกัดสำหรับการพยายามทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำงานร่วมกันได้เท่านั้น) DMCA จึงสนับสนุนกลยุทธ์ทางธุรกิจของ Apple โดยป้องกันคู่แข่งจากการทำวิศวกรรมย้อนกลับ FairPlay ซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานเพลงที่บันทึกในรูปแบบดิจิทัล เพื่อสร้างเครื่องเล่นเพลงพกพาที่แข่งขันกับ iPod และป้องกันเครื่องเล่นเพลงที่เล่นไฟล์จาก iTunes Music Store ในลักษณะ free-riding¹²² เช่น การสวมรอยในการคิดค้นหาเทคโนโลยีใหม่ๆ ของผู้อื่น¹²³

การที่บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีให้ความคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เช่นนี้ ทำให้มีการใช้กลยุทธ์ทางการตลาดบนพื้นฐานของการกำจัด การแข่งขันผ่านข้อจำกัดการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน เช่นเดียวกับที่ Apple หาประโยชน์จากการวางแผนทางด้านราคา ซึ่งถูกใช้มาแล้วโดย Lexmark ที่กำไรจะมาจาก การจองหน่วยแท่นหมึก เครื่องพิมพ์รุ่นที่มีส่วนลด Prebate โดย Apple อ้างว่าราคาที่ตนจำหน่ายเพลงทาง iTunes Music Store เป็นราคาที่ขาดทุน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริง Apple ก็น่าจะคาดหวังว่าจะได้กำไรจากการจำหน่ายเครื่องเล่นเพลง iPod นั่นเอง¹²⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของการวางแผนทางการตลาด ซึ่งเท่ากับว่า DMCA ได้มีส่วนในการสร้างเครื่องมือทางการตลาดขึ้นใหม่ไปโดยปริยาย

¹²² William W. Fisher, *iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media – A case study* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, June 15, 2004. pp.42-47. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf> [January 15, 2009]

¹²³ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, “อำนาจการผูกขาด,” *วารสารกฎหมาย* 22, 1 (2546): 199.

¹²⁴ William W. Fisher, *iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media – A case study* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, June 15, 2004. pp.42-47. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf> [January 15, 2009]

โดยขณะนี้ก็มีกลุ่มตัวแทนผู้บริโภคในยุโรปได้ร่วมกันกดดันและเริ่มดำเนินคดีกับนโยบายของ Apple ในการจำกัดสิทธิผู้บริโภคโดยใช้เงื่อนไขการจำหน่ายเพลงออนไลน์ทาง iTunes Music Store ให้ต้องผูกขาดการใช้งานกับเครื่องเล่นเพลงยี่ห้อเดียวคือ iPod โดยมีข้อเรียกร้องหลักคือ การเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน โดยต้องการให้ผู้ซื้อเพลงจาก iTunes Music Store สามารถทำซ้ำเพลงนั้นสู่เครื่องมือใดๆ ก็ได้โดยตรงโดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการแปลงรูปแบบไฟล์ที่ซับซ้อนหลายกระบวนการ แม้ว่า Apple ได้เสนอวิธีการที่จะทำซ้ำเพลงไปสู่เครื่องเล่นเพลงที่ไม่ใช่ iPod แต่กระบวนการที่ว่าจำเป็นต้องใช้ความรู้ด้านคอมพิวเตอร์ โดยต้องโหลดเพลงเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์บันทึกข้อมูลลงบนแผ่นซีดี (burn) จากนั้นดึงไฟล์กลับมาจากแผ่นซีดีในรูปแบบไฟล์ที่ต้องการ (rip) และจากนั้นจึงค่อยโหลดไฟล์เพลงดังกล่าวลงในเครื่องเล่นเพลง¹²⁵ ในขณะนี้กลุ่มผู้บริโภคในประเทศนอร์เวย์วางแผนจะนำคดีการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันของ iTunes ผู้คณะกรรมการด้านการค้า (The Market Council) ของนอร์เวย์ โดยอ้างว่า เงื่อนไขใน End User License Agreement (EULA) ของ iTunes ขัดต่อกฎหมาย the Market Control Act¹²⁶ นอกจากนี้ กรณี iTunes นี้ทำให้ประเทศฝรั่งเศสได้ร่างพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของตน เพื่อกำหนดสิทธิในการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันระหว่างตัวข้อมูลและอุปกรณ์ต่อพ่วงซึ่งพระราชบัญญัตินี้อนุญาตให้ผู้บริโภคสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และเล่นเพลงกับเครื่องเล่นเพลง MP3 ได้ตามความต้องการ¹²⁷

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการเพลงออนไลน์อย่างเช่น iTunes Music Store ก็ต้องเผชิญกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหลายระดับในเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น รัฐสภาและคณะกรรมการสหภาพยุโรปออกกฎหมายสองฉบับที่มีผลกับข้อตกลงระหว่างผู้ให้บริการเพลงออนไลน์กับผู้ให้บริการดังกล่าว ได้แก่ “Distance Contracts Directive” ที่ให้สิทธิผู้บริโภคในการถอนจากสัญญาบางประเภทเมื่อผู้บริโภคและผู้ให้บริการไม่ได้อยู่ต่อหน้ากันในเวลาที่เกิดสัญญา เช่น สัญญาที่ทำกันทางโทรศัพท์ โดยให้สิทธิในการถอนภายใน 7 วันทำการและจะไม่สามารถ

¹²⁵ Mac World, [European consumer groups unite to pressure iTunes](http://www.macworld.com/article/55001/2007/01/european.html) [Online]. January 22, 2007. Available from: <http://www.macworld.com/article/55001/2007/01/european.html>

¹²⁶ Mac World, [Norway pressures Apple to ditch iTunes DRM](http://www.macworld.com/article/135789/2008/09/itunesdrm_norway.html) [Online]. September 30, 2008. Available from: http://www.macworld.com/article/135789/2008/09/itunesdrm_norway.html

¹²⁷ Tom Jacobs, [Learning from the French iTunes legislation – CNET News](http://news.cnet.com/Learning-from-the-French-iTunes-legislation/2010-1071_3-6093168.html?tag=nw.1) [Online]. July 12, 2006. Available from: http://news.cnet.com/Learning-from-the-French-iTunes-legislation/2010-1071_3-6093168.html?tag=nw.1

ทำข้อสัญญาเพื่อสละสิทธิหรือยกเว้นสิทธิดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม สมาชิกสหภาพยุโรปบางประเทศไม่ได้ให้สิทธิในการถอนสำหรับการซื้อขายเพลงและวิดีโอออนไลน์ และกฎหมายอีกฉบับคือ E-Commerce Directive ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการออนไลน์แจ้งผู้บริโภคให้ทราบถึงรายละเอียดของสินค้า เงื่อนไขสัญญา สิทธิในการถอน และข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสัญญา ก่อนที่ผู้บริโภคจะเลือกซื้อสินค้า¹²⁸

(4) การนำ DMCA มาใช้ประโยชน์ในการป้องกันตลาดสินค้าชิ้นส่วน อุปกรณ์ อะไหล่ (Aftermarket Product) เช่น ในคดีผู้ผลิตเครื่องพิมพ์และแท่นหมึกเครื่องพิมพ์¹²⁹ และเครื่องเปิดประตูโรงจอดรถ¹³⁰ ที่บริษัทคู่แข่งของผู้ผลิตเครื่องพิมพ์และเครื่องเปิดประตูโรงจอดรถดังกล่าว ถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนบทบัญญัติของ DMCA ที่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยในทั้งสองคดี ชิ้นส่วนอะไหล่ที่เป็นปัญหาจะไม่ตอบสนองกับชิ้นส่วนหลัก (Host Device) เว้นแต่ชิ้นส่วนหลักจะยอมรับชิ้นส่วนอะไหล่และอนุญาตให้ทำงานร่วมกันได้ (interoperability) โดยชิ้นส่วนอะไหล่จะต้องเข้าสู่กระบวนการรับรองความถูกต้อง (authentication) จึงได้มีการกระทำที่อุปมาให้เป็น Secret Hand Shake โดยทำให้ชิ้นส่วนหลัก ถูกหลอกว่ามันทำงานร่วมกับชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบที่ผลิตโดยผู้ผลิตรายเดียวกัน และอนุญาตให้ชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบดังกล่าวสามารถทำงานตามหน้าที่ของมันได้ ดังนั้น Secret Handshake จึงทำให้แท่นหมึกเครื่องพิมพ์ที่ผลิตโดยบริษัทคู่แข่งสามารถใช้แทนแท่นหมึกของผู้ผลิตเครื่องพิมพ์ดังกล่าวได้ และทำให้เครื่องเปิดประตูโรงจอดรถสามารถใช้งานร่วมกับรีโมทคอนโทรลครอบจักรวาล (universal remote control) ซึ่งจำหน่ายโดยบริษัทคู่แข่งของผู้ผลิตเครื่องเปิดประตูโรงจอดรถดังกล่าวได้ด้วยเช่นกัน

ฝ่ายโจทก์ในทั้งสองคดีอ้างว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ควบคุมการทำงานของเครื่องพิมพ์และเครื่องเปิดประตูโรงจอดรถเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ผลจากการกล่าวอ้างเช่นนี้ทำให้วัตถุใดๆ ที่การทำงานของมันถูกควบคุมโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สามารถอยู่ภายใต้ขอบเขตของ DMCA Section 1201 ซึ่งปัจจุบันนี้มีสินค้าบริโภคและสินค้าอุตสาหกรรมหลากหลาย

¹²⁸ William W. Fisher, *iTunes case study: overview and summary of conclusions* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. pp.2-3. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf> [January 15, 2009]

¹²⁹ *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.*, 253 F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

¹³⁰ *Chamberlain v. Skylink*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

ประเภทที่ถูควบคุมการทำงานโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งถ้าผู้ผลิตสินค้าเหล่านั้นทำให้การเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของสินค้าดังกล่าวอยู่ภายใต้กระบวนการรับรองความถูกต้อง ก็น่าจะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการร่างกฎหมาย¹³¹ โดยในคดี Lexmark ซึ่งศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลชั้นต้นในหลายประเด็น รวมทั้งประเด็นที่ศาลชั้นต้นตัดสินว่า ไมโครชิพ smartek ของจำเลยทำให้ตลาดในการจำหน่ายแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ของโจทก์ลดลง ศาลอุทธรณ์เห็นว่าประเด็นที่ต้องพิจารณาจริงๆ คือ การทำสำเนาของโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกในไมโครชิพจะลดความต้องการสำหรับโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกนั้นหรือไม่ และกล่าวว่าศาลชั้นต้นได้พิจารณาตลาดสินค้าไม่ถูกต้อง คือ ศาลชั้นต้นไม่ได้เน้นที่มูลค่าหรือความสามารถทางการตลาดของโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึก แต่กลับไปเน้นที่ตลาดของโจทก์สำหรับแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ ซึ่งตลาดของโจทก์สำหรับแท่นหมึกเครื่องพิมพ์และความสามารถในการหำกำไรของโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ อาจถูกทำให้ลดลงโดยไมโครชิพ Smartek ของจำเลยได้ แต่ไม่ใช่ประเภทของตลาดหรือมูลค่าซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครอง และประการสำคัญศาลอุทธรณ์ได้ตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ใช้เพื่อปกป้องตลาดสินค้าอะไหล่ของสินค้าประเภทบริโภคภัณฑ์¹³²

อย่างไรก็ตามในคดีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นคดีที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลียและตัดสินตาม Australia Copyright Amendment Act 2006 สิ่งที่ Lexmark นำมาใช้ นั้น จะไม่ถือว่าเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง เพราะถูกนำมาใช้เพื่อควบคุม aftermarket product เพราะเป็นการนำเทคโนโลยีกระบวนการรับรองความถูกต้องมาใช้เพื่อควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ โปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ และนำไปฝังไว้ในเครื่องพิมพ์เพื่อจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับเครื่องพิมพ์ ซึ่งไม่ใช่ตัวโปรแกรมการทำงานของ

¹³¹ Jane C. Ginsburg, "Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience," *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 593 (2005): p.14.

¹³² The IT Law Wiki, *Lexmark v. Static Control* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Lexmark_v._Static_Control [January 5, 2009]

* ดู Australia Copyright Amendment, Main Amendment 1 Subsection 10(1)(d) และ Main Amendment 5 Subsection 10(1)(b)(iv) ที่บัญญัตินิยามของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองไว้ว่า "...but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:...if the work is a computer program that is embodied in a machine or device—restricts the use of goods (other than the work) or services in relation to the machine or device."

เครื่องพิมพ์นั่นเอง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ออสเตเรียไม่ต้องการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับละเมิดลิขสิทธิ์

(5) การนำ DMCA มาใช้ร่วมกับข้อสัญญา เช่น

▪ ในคดี XPEL Technologies Corp. v. American Filter Film Distributors¹³³ โจทก์เป็นบริษัทออกแบบสินค้าเกี่ยวกับรถยนต์ยี่ห้อฟอร์ดซึ่งให้บริการทำสีรถยนต์และติดฟิล์มป้องกันกระจก หนึ่งในข้อหาคือการฝ่าฝืน DMCA โดยการใช้ออฟต์แวร์ “Capture” เพื่อทำสำเนารูปสินค้าจากเว็บไซต์ของโจทก์และเผยแพร่รูปและสินค้าไปยังผู้แทนจำหน่ายรถยนต์รายอื่น โดยอ้างว่าเว็บไซต์ของโจทก์ถูกป้องกันโดยสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบ end-user (End-User Licensing Agreement: EULA) ซึ่งจำเลยได้ยอมรับข้อตกลงดังกล่าวโดยการกดปุ่มยอมรับแล้ว และ EULA เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานออกแบบที่มีลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ของโจทก์อย่างมีประสิทธิภาพ

คดีนี้เป็นคดีแรกที่โจทก์นำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยการคลิก “Click-thru EULA” มาใช้อ้างว่าเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA ซึ่งในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2008 ศาลได้ปฏิเสธคำขอของจำเลยในการขอให้ยกฟ้องข้อหาตาม DMCA ดังนั้น คดีนี้จึงเป็นที่น่าติดตามว่า ความพยายามของโจทก์ในการแปลง EULA ไปสู่การควบคุมการเข้าถึงจะประสบความสำเร็จหรือไม่¹³⁴

▪ ในคดี Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.¹³⁵ ที่โจทก์เสนอขายแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ให้แก่ผู้ซื้อในสองทางเลือก โดยหากเลือกแบบมีส่วนลดผู้ซื้อจะต้องผูกพันภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบ Shrinkwrap license agreement ซึ่งกำหนดว่า เมื่อหมึกหมดผู้ซื้อต้องคืนแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ที่ใช้แล้วนั้นให้แก่โจทก์ โจทก์ได้นำ

¹³³ XPEL Technologies Corp. v. American Filter Film Distributors, No. SA08-CA0175-XR, 2008 WL 3540345 (W.D. Tex. Aug.11, 2008).

¹³⁴ Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA [Online]. October, 2008 p.13. Available from: [http://www.eff.org/files/DMCA Unintended 10.pdf](http://www.eff.org/files/DMCA%20Unintended%2010.pdf)

¹³⁵ Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc., 253 F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

* ข้อตกลงในสัญญาซึ่งปรากฏที่ด้านบนของกล่องแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ Prebate ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดี คือ

โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกฝังไว้ภายในไมโครชิพเพื่อควบคุมและติดตามการทำงานในแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ โดยทำหน้าที่วัดปริมาณหมึกและใช้ในกระบวนการรับรองความถูกต้อง (authentication sequence) เพื่อป้องกันการเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์และโปรแกรมการโหลดหมึกโดยไม่ได้รับอนุญาต อย่างไรก็ตาม ผู้ซื้อเครื่องพิมพ์สามารถเลือกได้โดยอิสระว่าจะซื้อเครื่องพิมพ์แบบปกติหรือแบบมีส่วนลด (Prebate cartridge)¹³⁶

ผู้พิพากษา Forester ในศาลชั้นต้นได้แสดงความเห็นว่า ผู้บริโภคมีทางเลือกตั้งแต่ต้นที่จะไม่ซื้อแท่นหมึกเครื่องพิมพ์แบบที่มีส่วนลด และสามารถเลือกที่จะจ่ายในราคาแพงสำหรับแท่นหมึกเครื่องพิมพ์แบบปกติที่จะสามารถเติมหมึกจากผู้ผลิตรายใดก็ได้ แต่หากผู้ซื้อได้เลือกทางเลือกในราคาที่ถูกกว่าก็มีเหตุผลในการที่จะต้องทำตามเงื่อนไขการคืนแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ให้แก่ Lexmark เพื่อนำมาใช้ใหม่ และผู้พิพากษา Feikens ในศาลอุทธรณ์ซึ่งคัดค้านคำพิพากษาบางส่วนกล่าวว่า เนื่องจากผู้ซื้อได้รับอนุญาตให้ใช้แท่นหมึกเครื่องพิมพ์ Prebate จนกว่าหมึกจะหมดเท่านั้น การอนุญาตดังกล่าวจึงกีดกันผู้ซื้อจากการใช้โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึก (งานที่โจทก์อ้างว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน) หลังจากระยะเวลาดังกล่าวแล้ว¹³⁷

ผู้เขียนเห็นว่า ความเหมาะสมในการนำ DMCA มาใช้ร่วมกับข้อสัญญาจำเป็นต้องมีความชัดเจนว่ามีขอบเขตอย่างไร และต้องนำมาพิจารณาร่วมกับองค์ประกอบอื่น เช่น หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม การใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ เป็นต้น เพื่อให้เกิดความสมดุลและเป็นธรรมต่อทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ซื้อ รวมทั้งบริษัทคู่แข่งด้วย

“RETURN EMPTY CARTRIDGE TO LEXMARK FOR REMANUFACTURING AND RECYCLING. Please read before opening. Opening this package or using the patented cartridge inside confirms your acceptance of the following license/agreement. This all-new cartridge is sold at a special price subject to a restriction that it may be used only once. Following this initial use, you agree to return the empty cartridge only to Lexmark for remanufacturing and recycling. If you don't accept these terms, return the unopened package to your point of purchase. A regular price cartridge without these terms is available.”

¹³⁶ Jacqueline Lipton, “The law of unintended consequences: The dogonal Millennium Copyright Act and interoperability,” *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): p.499.

¹³⁷ *Ibid*, p.514.

จากตัวอย่างข้อเท็จจริงและคดีที่เกิดขึ้นข้างต้น แสดงให้เห็นว่า สิทธิที่ผ่านมานับตั้งแต่ DMCA มีผลใช้บังคับ (ค.ศ. 1998) มีการนำบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไปใช้ในทางที่แตกต่างจากวัตถุประสงค์ของสภาคองเกรสในการป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ และมีแนวโน้มที่แยกจากการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้นไปทุกที ซึ่งจะมีผลกระทบต่อกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้คิดค้น นักวิจัย สื่อมวลชน บริษัทที่ประกอบธุรกิจที่แข่งขันกัน และสาธารณชนในวงกว้าง

บทที่ 3

ความตกลงเขตการค้าเสรี และกฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลีย ซีลี และเกาหลีใต้เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรี

จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบัน ทำให้เป็นหน้าที่ของเจ้าของลิขสิทธิ์เองที่จะต้องคิดวิธีการหรือมาตรการเพื่อปกป้องสิทธิของตนเอง และเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ที่มีความรู้ด้านคอมพิวเตอร์ก็พยายามหาวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายของบางประเทศจึงได้มีการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มิให้ถูกละเมิดได้โดยง่าย จากที่เดิมเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองตามระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ ต่อมาเมื่อเจ้าของนำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ป้องกันการเข้าถึง หรือการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนก็ถือเป็นการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นอีกชั้นหนึ่ง และในขั้นสุดท้ายก็เป็นการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายต่อมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นอีกที โดยการห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำมาใช้เพื่อป้องกันการเข้าถึงหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งรวมถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวด้วย ซึ่งสหรัฐอเมริกาพยายามผลักดันให้ประเทศต่างๆ ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเช่นเดียวกับบทบัญญัติ DMCA ของสหรัฐอเมริกาเอง โดยการรวมไว้ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาของความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศหรือกลุ่มประเทศต่างๆ เช่น US-Jordan Free Trade Agreement (Article 4(13) US-Singapore Free Trade Agreement (Article 16.4(7) United States-Chile Free Trade Agreement (Article 17.7(5) Australia-United States Free Trade Agreement (Article 17.4(7) United States-Morocco Free Trade Agreement (Article 15.5(8) United States-Bahrain Free Trade Agreement (Article 14.4(7) CAFTA (Article 15.5(7) Free Trade Area of the Americas (FTAA) เป็นต้น¹

¹ Gwen Hinze, Seven lessons from a comparison of the technological protection measure provision of the FTAA, the DMCA, and recent bilateral Free Trade Agreements [Online]. Electronic Frontier Foundation, June 2005. Available from: http://w2.eff.org/IP/FTAA/?f=tpm_implementation.html [August 20, 2007]

เนื่องจาก WCT และ WPPT มิได้กำหนดเงื่อนไขไว้ชัดเจนว่า ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเพียงใด บางประเทศจึงได้กำหนดให้การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือสำหรับใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นการกระทำที่เป็นความผิด ในขณะที่บางประเทศได้กำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นการกระทำที่เป็นความผิดด้วย บางประเทศกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเป็นความผิด ในขณะที่บางประเทศกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำเป็นความผิด แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด กฎหมายของทุกประเทศต่างก็มีข้อยกเว้นเพื่อเป็นมาตรการที่จะช่วยให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานนั้นได้ ซึ่งข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในแต่ละประเทศนั้น ย่อมจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแนวนโยบายของแต่ละประเทศ โดยพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายป้องกันการผูกขาด เป็นต้น

1. ความตกลงเขตการค้าเสรีชิลี-สหรัฐอเมริกา (Chile-US FTA) Article 17.7.5

ประธานาธิบดี จอร์จ ดับเบิลยู บุช (George W. Bush) ของสหรัฐอเมริกา และประธานาธิบดี ริคาโด ลากอส (Ricardo Froilán Lagos Escobar) ของประเทศชิลี ได้ลงนามใน Chile-US FTA เมื่อวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 2003 หลังจากที่เริ่มต้นการเจรจาครั้งแรกในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2000 โดย Chile-US FTA นี้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2004² บทบัญญัติใน Article 17.7.5 ของ Chile-US FTA ได้นำข้อความใน WCT และ WPPT มาบัญญัติไว้ โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดให้มีการป้องกันทางกฎหมายที่เพียงพอและการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อปกป้องสิทธิของตน³

² AmCham Chile, U.S. - Chile Free Trade Agreement history [Online]. Available from: <http://www.amchamchile.cl/node/3074> [October 7, 2008]

³ Robin D. Gross, "Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works," in IP justice brief paper [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

บทบัญญัติใน Article 17.7.5 ของ Chile-US FTA เกือบจะเป็นกระจกสะท้อนบทบัญญัติ ที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ DMCA ในกรอบใหญ่ แต่ก็มี ความแตกต่าง ในหลายแง่มุมที่สำคัญ โดยสิ่งที่เหมือนกัน ได้แก่ ทั้ง Chile-US FTA และ DMCA ต่างห้ามการ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงาน และห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือ ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นที่จำกัดสำหรับกิจกรรม ทั้ง 8 ประเภทที่ได้รับอนุญาตเช่นเดียวกัน และกำหนดให้กระบวนการทางบริหารหรือกระบวนการ ทางนิติบัญญัติสามารถออกข้อยกเว้นเพิ่มเติมที่มีกำหนดระยะเวลา 3 ปี สำหรับกรณีที่เป็น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง รวมทั้งการให้มีการกำหนดโทษทั้ง ทางแพ่งและทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดในบางกรณี ในขณะที่ส่วนที่แตกต่างกันระหว่าง Chile-US FTA กับ DMCA ซึ่งทำให้การอนุวัติการตามบทบัญญัติของประเทศชิลีมีความยืดหยุ่น มากกว่า คือ ใน Chile-US FTA ห้ามเฉพาะการกระทำโดย “ผู้” ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีเท่านั้น และมีการกำหนดกฎหมายของการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยที่อนุญาตให้สามารถใช้เครื่องมือ เทคโนโลยี และอุปกรณ์ สำหรับวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ในขณะที่ DMCA ห้ามการใช้เครื่องมือ เทคโนโลยี และ อุปกรณ์เหล่านี้สำหรับทุกวัตถุประสงค์ ประการสุดท้าย บทบัญญัติใน Chile-US FTA มีความ ยืดหยุ่นมากกว่าสำหรับการสร้างข้อยกเว้นเพิ่มเติมนอกจากที่ระบุไว้ 8 ประเภท (เพราะบทบัญญัติ ใช้คำว่า “in particular”) และการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืนการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยี⁴

1.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ Chile-US FTA จะต้องเป็น มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น โดย Article 17.7.5(f) มีการนิยามคำว่า Effective technological measure ว่าหมายถึง “เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือส่วนประกอบ ซึ่งในการ ใช้งานตามปกติของสิ่งนั้น ใช้ควบคุมการเข้าถึงงาน การแสดง สิ่งบันทึกเสียง หรือสิ่งอื่นที่ได้รับความ คุ้มครอง หรือที่ซึ่งปกป้องลิขสิทธิ์หรือสิทธิใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ และในกรณีทั่วไป มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่สามารถถูกหลีกเลี่ยงได้โดยบังเอิญ” จะเห็นได้ว่ามีการนำข้อความว่า

⁴ Gwen Hinze, *US-Chile Free Trade Agreement analysis of implementation of exceptions and limitations and technological protection measure provisions* [Online]. Electronic Frontier Foundation, August 2004. Available from: http://www.eff.org/files/filenode/FTAA/20040830_uschile_fta.pdf [November 18, 2007], p.1.

“and cannot, in the usual case, be circumvented accidentally” เพื่อสื่อความหมายโดยนัยถึงคำว่า “effective”

1.2 การกระทำที่เป็นความผิด

▪ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

บทบัญญัติใน Chile-US FTA Article 17.7.5(a) กำหนดให้ทั้ง 2 ประเทศห้ามการกระทำโดยเจตนาหรือโดยรู้ (knowingly) ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นอรรถวิสัยของแต่ละบุคคล (objective knowledge standard) โดยการพิจารณาว่าผู้กระทำรู้หรือไม่นั้น จะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ ประกอบกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมประกอบการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างว่าผิดกฎหมายตาม Footnote 18 ในทางตรงกันข้าม บทบัญญัติ Chile-US FTA Article 17.7.5(a) ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่ได้บังคับให้รัฐภาคีต้องออกกฎหมายห้ามการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ ไม่ว่าจะในทางแพ่งหรือทางอาญาแต่อย่างใด

นอกจากนี้ จะต้องเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งในกรณีหลังนี้ทำให้ผู้บริโภคอาจหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงได้แม้ว่าจะไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หากมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น⁵ เช่น เป็นเจ้าของสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมายและเจตนาจะใช้สำเนางานดังกล่าวตามกฎหมาย หรือเจ้าของแผ่นซีดีเพลงซึ่งไม่สามารถเล่นแผ่นซีดีดังกล่าวกับเครื่องเล่นซีดีในรถยนต์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการฟังเพลงจากแผ่นซีดีดังกล่าว และสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อที่จะเข้าถึงการฟังเพลงไม่ว่าจะโดยเครื่องเล่นซีดีประเภทใดก็ตาม บทบัญญัติเช่นนี้ทำให้ขอบเขตของการกระทำที่ต้องห้ามมีความสัมพันธ์กับการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจากกฎหมายภายใน ดังนั้นไม่ใช่มาตรการทางเทคโนโลยีทุกอย่างที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ Chile-US FTA

⁵ Robin D. Gross, “Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works,” in [IP justice brief paper](http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

ใน Article 17.7(5)(a) มีการวางบทบัญญัติเรื่อง “no technology mandate” ไว้ใน Footnote 19⁶ ซึ่งระบุไว้ชัดเจนว่า Chile-US FTA ไม่ได้กำหนดให้ทั้งสองประเทศต้องออกกฎหมายที่เป็นการบังคับให้รับทางเทคโนโลยีเพื่อตอบโต้กับมาตรการทางเทคโนโลยีใดโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางกฎหมายได้ในกรณีการผลิตเครื่องเล่นหรืออุปกรณ์ใดๆ ที่จะต้องใช้งานด้วยกัน นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ยังเป็นเครื่องป้องกันการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เช่น การผูกขาดในลักษณะที่เป็นพฤติกรรมการขายพ่วงเพื่อให้อำนาจการใช้งานอุปกรณ์หรือสื่อชนิดหนึ่งจากผู้ซื้อที่ได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น กับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ผลิตขึ้นโดยผู้ผลิตที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เท่านั้นหรืออาจเป็นตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ได้ Footnote 19 ยังได้แนะนำให้การอนุวัติการกฎหมายภายในเป็นไปในลักษณะที่รับประกันเสรีภาพของบริษัทเทคโนโลยีให้สามารถออกแบบการบริการและผลิตสินค้าได้โดยปราศจากการควบคุมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยบริษัทคู่แข่งจะต้องยังคงมีอิสระในการสร้างระบบที่สามารถเชื่อมโยงการทำงานกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ (interoperable systems) ได้ แม้ว่าจะมีการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวข้างต้นก็ตาม⁷

▪ **การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี**

การห้ามผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ปรากฏใน Chile-US FTA Article 17.7.5(b) ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีมาตรการทางบริหารหรือมาตรการทางแพ่ง

นอกจากนี้ กรณีที่เป็นกรกระทำโดยเจตนาและมีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามในทางการค้า ผู้กระทำจะต้องรับโทษทางอาญาด้วยสำหรับการผลิต นำเข้า เผยแพร่ จำหน่าย หรือ

⁶ Chile-US FTA Footnote 19 “Paragraph 5 does not obligate a Party to require that the design of, or the design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as such product does not otherwise violate any measure implementing paragraph 5(b).”

⁷ Robin D. Gross, “Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works,” in [IP justice brief paper](http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

ให้เช่าเครื่องมือ ผลิตภัณฑ์หรือส่วนประกอบ หรือการให้บริการ ซึ่ง (1) นำมาใช้เพื่อส่งเสริมโฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ (2) ไม่มีวัตถุประสงค์หลักในทางการค้าหรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ (3) ถูกออกแบบผลิต ดัดแปลง หรือแสดงออกในเบื้องต้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

บทบัญญัติใน Chile-US FTA Article 17.7.5(b) เหมือนกับใน DMCA Section 1201 ที่กำหนดกรอบสำหรับการห้ามผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีบางอย่าง ทั้งนี้ในส่วนที่ต่างจาก DMCA ก็คือ Chile-US FTA ไม่ได้ระบุเรื่องการห้ามเครื่องมือเหล่านี้อย่างสิ้นเชิง นอกจากนี้บทบัญญัตินี้ยังกำหนดมาตรการทางอาญาสำหรับการกระทำโดยจงใจและเพื่อวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามทางการค้า ซึ่งมีขอบเขตของความรับผิดชอบทางอาญาแคบกว่าบทบัญญัติใน Section 1204 ของ DMCA⁸ (ที่ต้องกระทำโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับผลประโยชน์ทางการค้าหรือทางการเงินส่วนตัว) หรือกล่าวอีกนัยคือเป็นประโยชน์กับสาธารณชนที่อาจใช้เครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่า

1.3 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

นอกจากจะมี Saving Clause ในเรื่องหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม ตาม Article 17.7.5(c) แล้ว ใน Article 17.7.5(d) ก็ยังบัญญัติเป็นหลักการที่อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นและข้อจำกัดแก่สิทธิใหม่ที่บทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ได้มอบให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตาม Article 17.7.5(a) และ Article 17.7.5(b) ได้ด้วย (เป็นข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงตาม Article 17.7.5(a) และข้อยกเว้นสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม Article 17.7.5(b)) แต่ทั้งนี้ข้อยกเว้นและข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นเฉพาะกรณีพิเศษที่ไม่กระทบต่อความเพียงพอของการป้องกันทางกฎหมายหรือความมีประสิทธิภาพของการ

⁸ Gwen Hinze, US-Chile Free Trade Agreement analysis of implementation of exceptions and limitations and technological protection measure provisions [Online]. Electronic Frontier Foundation, August 2004. Available from: http://www.eff.org/files/filenode/FTAA/20040830_uschile_fta.pdf [November 18, 2007], p.5.

เยียวทางกฎหมาย โดยได้กำหนดสถานการณ์และกิจกรรมที่เฉพาะเจาะจงทั้งหมด 7 กิจกรรม ซึ่งรัฐภาคีสามารถบัญญัติข้อยกเว้นและข้อจำกัดเพิ่มเติมได้นอกเหนือจากนี้ตามที่เหมาะสมกับความจำเป็นของตน

ขอบเขตของข้อยกเว้นตาม Chile-US FTA Article 17.7.5(d)(ii) ถึง (viii) เพื่อให้รัฐภาคีนำไปบัญญัติคุ้มครองเป็นกฎหมายภายใน อาทิ

(1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับซึ่งไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้รับสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดำเนินการโดยสุจริตกับส่วนที่เฉพาะเจาะจงของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อให้บรรลุผลในการเชื่อมโยงระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นโดยอิสระกับอีกโปรแกรมหนึ่งเท่านั้น

(2) การดำเนินการโดยสุจริตที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยนักวิจัยซึ่งได้รับสำเนางานมาโดยชอบ และได้ใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผลเพื่อจะได้รับอนุญาตสำหรับการดำเนินการเช่นนั้นก่อน และต้องกระทำภายในขอบเขตที่จำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการหาและวิเคราะห์ความบกพร่องหรือจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้ารหัสเท่านั้น

(3) เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์

(4) การดำเนินการโดยสุจริตที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการทดสอบ ตรวจสอบ และซ่อมแซมการรักษาความปลอดภัยในคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเท่านั้น

(5) กิจกรรมที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีวัตถุประสงค์ในการบ่งชี้และทำลายความสามารถในการรวบรวมหรือเผยแพร่ข้อมูลที่บ่งชี้กิจกรรมออนไลน์ส่วนบุคคลที่ถูกปกปิดไว้

(6) กิจกรรมที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายซึ่งดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ พนักงาน ลูกจ้างของรัฐ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย หรือกิจกรรมอื่นของรัฐที่คล้ายคลึงกัน

(7) การเข้าถึงงานโดยห้องสมุดที่ไม่ได้แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษา เพื่อวัตถุประสงค์ในการตัดสินใจเพื่อการได้มาซึ่งงานนั้น ซึ่งเหล่านี้เป็นไปตามกิจกรรมที่เป็นข้อยกเว้นใน DMCA

นอกจากจะมีการระบุข้อยกเว้นสำหรับกิจกรรมที่เฉพาะเจาะจงไว้ข้างต้นแล้ว ใน Chile-US FTA Article 17.7.5(d)(i) ยังให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นที่เฉพาะเจาะจง

เพิ่มเติม ทั้ง Class of works (ดังเช่นที่ปรากฏใน DMCA ของสหรัฐอเมริกา) และ Class of users ด้วย โดยจะต้องเป็นกรณีที่มีผลกระทบในทางตรงกันข้ามหรือมีแนวโน้มว่าจะมีผลกระทบในทางตรงกันข้ามต่อการใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดที่เกี่ยวข้องกับประเภทของงานประเภทใดประเภทหนึ่งที่เฉพาะเจาะจง หรือข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดของลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับประเภทของผู้ใช้ ซึ่งได้ถูกแสดงให้เห็นหรือรับรู้ผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติหรือการบริหารบัญญัติที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขว่าข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นใดๆ ที่ถูกนำมาใช้ภายใต้เรื่องนี้ จะต้องไม่ผลบ่งคับใช้ไม่เกิน 3 ปี นับจากวันสิ้นสุดกระบวนการเช่นนั้น

อย่างไรก็ตาม ใน Article 17.7.5(e) กำหนดให้รัฐภาคีออกข้อยกเว้นที่ครอบคลุมกิจกรรมทั้ง 8 ประเภทข้างต้นได้เฉพาะสำหรับการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น ส่วนการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น หากเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง จะสามารถบัญญัติข้อยกเว้นได้เฉพาะกรณีการทำวิศวกรรมย้อนกลับ การหาและวิเคราะห์ความบกพร่องหรือจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้ารหัส การป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์ การทดสอบ ตรวจสอบ และซ่อมแซมการรักษาความปลอดภัยในคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐที่คล้ายคลึงกัน แต่หากเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ รัฐภาคีจะสามารถบัญญัติข้อยกเว้นได้เฉพาะกรณีการทำวิศวกรรมย้อนกลับ และการบังคับใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐที่คล้ายคลึงกันเท่านั้น

บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดใน Chile-US FTA มีส่วนที่ต่างจาก DMCA คือ การใช้คำว่า “in particular” ใน Chile-US FTA Article 17.7(5)(d) ทำให้เข้าใจได้ว่า กิจกรรมที่กำหนดนั้นเป็นเพียงตัวอย่างที่อนุญาตให้รัฐภาคีนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นได้เท่านั้น ดังนั้นรัฐภาคีจึงสามารถบัญญัติข้อยกเว้นเพิ่มเติมได้มากกว่า 8 รายการนี้ ตราบเท่าที่เข้าใจเงื่อนไขว่า ไม่ทำให้ความเพียงพอของการคุ้มครองทางกฎหมายหรือประสิทธิภาพของการเยียวยาทางกฎหมายต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นลดน้อยลง⁹

* ดูตารางที่ 3: เปรียบเทียบกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้น ภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA, หน้า 96.

⁹ Gwen Hinze, [US-Chile Free Trade Agreement analysis of implementation of exceptions and limitations and technological protection measure provisions](#) [Online]. Electronic Frontier Foundation,

1.4 Saving Clause

เนื่องจากในกฎหมายลิขสิทธิ์จะมีหลักการในเรื่องการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use หรือ fair dealing) โดยถือว่าเป็นสิทธิของปัจเจกชนสำหรับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ถือเป็นการละเมิดและเป็นการจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น ใน Article 17.7.5(c)¹⁰ จึงบัญญัติว่า Article 17.7.5(a) และ Article 17.7.5(b) จะต้องไม่ถูกนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในในรูปแบบที่เป็นการจำกัดสิทธิ การเยียวยา ข้อจำกัด หรือข้อต่อสู้อย่างเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การอนุวัติการตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีใน Chile-US FTA ซึ่งห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น จะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของสาธารณชนในการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมตามหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ดั้งเดิม จึงเรียกบทบัญญัติใน Article 17.7.5(c) กันว่า “Saving Clause” หรือ “General Fair Use Saving Clause”

ถ้อยคำใน Chile-US FTA Article 17.7.5(c) และ Article 17.7.3¹¹ ที่ระบุว่า รัฐภาคีจะจำกัดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิในบางกรณีพิเศษ ซึ่งต้องไม่ขัดกับการแสวงหาประโยชน์ตามปกติในงาน การแสดง หรือสิ่งบันเทิงเสียง และต้องไม่ขัดต่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างไม่มีเหตุผล ซึ่งให้เห็นว่าทั้งสองประเทศมีเจตนาให้ข้อยกเว้นและข้อจำกัดที่มีอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศยังคงอยู่ รวมทั้งเจตนาในการคุ้มครองสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมของสาธารณชนให้ยังคงมีอยู่ต่อไป¹²

August 2004. Available from: http://www.eff.org/files/filenode/FTAA/20040830_uschile_fta.pdf
[November 18, 2007], p.5.

* หลัก Fair Use เป็นหลักในกฎหมายสหรัฐอเมริกา ส่วนหลัก Fair Dealing เป็นหลักในกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

¹⁰ Chile-US FTA Article 17.7.5(c) “Each Party shall ensure that nothing in subparagraphs (a) and (b) affects rights, remedies, limitations, or defenses with respect to copyright or related rights infringement.”

¹¹ Chile-US FTA Article 17.7.3 “Each Party shall confine limitations or exceptions to rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work, performance, or phonogram, and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.”

¹² Robin D. Gross, “Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works,” in [IP justice brief paper](#) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

1.5 General Provision

นอกจากนี้ ใน Article 17.1.13¹³ ยังระบุว่า Chile-US FTA ไม่ได้ห้ามรัฐภาคีในการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในทางที่ไม่ชอบ (abuse) ดังนั้น รัฐภาคีจึงสามารถออกกฎหมายเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่ไม่ชอบของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี รวมทั้งการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ (copyright misuse) เพื่อลงโทษเจ้าของลิขสิทธิ์สำหรับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนในทางที่ไม่ชอบหรือเป็นการขัดขวางสิทธิของผู้อื่น และบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด (anti-trust) เพื่อป้องกันการใช้สิทธิของบริษัทในสินค้าซึ่งประกอบด้วยงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดในสินค้าซึ่งประกอบด้วยงานอันมีลิขสิทธิ์อีกชิ้นหนึ่ง เช่น การผูกขาดหรือขายฟ่วงอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ต้องเชื่อมโยงการทำงานร่วมกับสินค้าหลัก ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็กว้างเกินไปนั้น จะทำให้คู่แข่งโดยชอบด้วยกฎหมายไม่อาจสร้างอุปกรณ์ต่อฟ่วงหรืออุปกรณ์ที่ใช้งานร่วมกับสินค้าหลักของเจ้าของสินค้าซึ่งประกอบด้วยงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งเป็นการดำเนินธุรกิจโดย ขัดต่อการป้องกันสาธารณชนจากการผูกขาด¹⁴

2. ความตกลงเขตการค้าเสรีออสเตรเลีย-สหรัฐอเมริกา (AUSFTA) Article 17.4.7

ความตกลงเขตการค้าเสรีออสเตรเลีย-สหรัฐอเมริกา หรือที่เรียกกันว่า “AUSFTA” เริ่มต้นการเจรจาครั้งแรกในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) โดยประธานาธิบดี จอร์จ ดับเบิลยู บุช ของสหรัฐอเมริกา และประธานาธิบดี จอห์น โฮเวิร์ด (John Howard) ของประเทศออสเตรเลีย และมีการลงนามกันเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) ซึ่งถือเป็น FTA แรกระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศพัฒนา

¹³ Chile-US FTA Article 17.1.13 “Nothing in this Chapter prevents a Party from adopting measures necessary to prevent anticompetitive practices that may result from the abuse of the intellectual property rights set forth in this Chapter.”

¹⁴ Robin D. Gross, “Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works,” in [IP justice brief paper](#) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

แล้ว หลังจาก U.S.-Canada FTA ในปี 1988¹⁵ นอกจากนี้ AUSFTA ยังได้กำหนดให้รัฐภาคีให้ สัตยาบันใน WCT และ WPPT ก่อนวันที่ AUSFTA นี้จะมีผลใช้บังคับ ตาม Article 17.1.4 อีกด้วย

2.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

ตามบทบัญญัติใน Article 17.4.7(a) มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครอง ภายใต้ออสเตรเลีย AUSFTA จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ โดยได้มีการนิยามไว้ใน Article 17.4.7(b) ว่า “Effective technological measure” หมายถึง เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ ส่วนประกอบใดๆ ซึ่งในการใช้งานตามปกติของสิ่งนั้นใช้ควบคุมการเข้าถึง (control access) งาน หรือวัตถุอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง หรือปกป้องลิขสิทธิ์ (protects any copyright) แต่ไม่ปรากฏ นิยามของคำว่า “ควบคุมการเข้าถึง” (control access) จึงมีการถกเถียงว่า “access” จะถูก ตีความเท่ากับ “use” หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น “control access” จะหมายถึงกระบวนการควบคุม งานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนที่จะมีการใช้ การทำซ้ำ หรือการสื่อสารใดๆ เกิดขึ้นเหมือนกับการถือลิขสิทธิ์ที่ประตู่ ซึ่งจะไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรม (เช่น การใช้) ที่จะเกิดขึ้นหลังจากที่ได้เข้าถึงงานไปแล้ว แต่หากว่า “control access” หมายถึงสิทธิที่จะควบคุมการใช้หรือการเล่นเกมส์บนเครื่องเล่นเกมส์เพลย์ หลังจากที่ได้เข้าถึงงานไปแล้ว control access ก็จะได้หมายถึง control use¹⁶

2.2 การกระทำที่เป็นความผิด

AUSFTA Article 17.4.7(a) paragraph 2 กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดให้มี (1) ความ รับผิดชอบและการเยียวยาทางแพ่ง และ (2) การดำเนินคดีทางอาญาและลงโทษบุคคลที่มีเจตนา เกี่ยวข้องและมีวัตถุประสงค์ในการได้รับประโยชน์ทางการค้าหรือประโยชน์ทางการเงินจาก กิจกรรมที่จะกล่าวต่อไปนี้ อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีทางอาญาและการลงโทษดังกล่าวจะต้อง

¹⁵ U.S. Department of State's Bureau of International Information Programs [Online]. Available from: <http://www.america.gov/st/washfile-english/2005/January/20050103111547BpuH0.7918665.html> [October 25, 2008]

* แม้ว่าบทบัญญัติจะใช้คำว่า “or protects any copyright” แต่ความหมายคือ “copy control” เพราะ สิทธิในการควบคุมการเผยแพร่ หรือทำให้ปรากฏ (control distribution or making available) งานที่อยู่ใน รูปแบบดิจิทัล แทบจะหมายความเป็นอย่างเดียวกับการทำซ้ำ

¹⁶ The Parliament of the Commonwealth of Australia, Review of technological protection measures exceptions, House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. (Canberra: February 2006), p.22.

ไม่นำมาใช้กับห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษา หรือองค์กรแพรว่เสียงแพรว่ภาพ สาธารณะที่ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

▪ **การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี**

AUSFTA Article 17.4.7(a)(i) กำหนดให้ทั้ง 2 ประเทศห้ามการกระทำโดยผู้ (knowingly) หรือมีเหตุอันควรรู้ (having reasonable grounds to know) ว่าเป็นการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ควบคุมการเข้าถึงงานโดยไม่ได้รับอนุญาต (without authority) แต่ไม่ปรากฏชัดว่าต้องเป็นการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น หรือรวมถึงกรณีที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายด้วย ต่างจาก Chile-US FTA

▪ **การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี**

บทบัญญัติใน AUSFTA Article 17.4.7(a)(ii) กำหนดให้ทั้ง 2 ประเทศห้ามการผลิต นำเข้า เผยแพร่ เสนอสู่สาธารณชน จัดหา หรือแลกเปลี่ยน เครื่องมือ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือเสนอต่อสาธารณชนหรือจัดหาบริการ ซึ่ง (1) ถูกส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (2) มีวัตถุประสงค์หลัก ในทางการค้าหรือใช้นอกเหนือจากเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ (3) ถูกออกแบบ ผลิต ดัดแปลง หรือแสดงออกในเบื้องต้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือ อำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ที่จะเป็นความผิดตาม AUSFTA จะครอบคลุมทั้งเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงและที่ควบคุมการทำซ้ำ

ในรายงานที่จัดทำโดยคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรระบุว่า ถ้อยคำที่ใช้ ใน AUSFTA Article 17.4.7 ไม่มีความชัดเจนและไม่สามารถทำให้เข้าใจรายละเอียดขอบเขตของ ความรับผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ จึงเป็นเรื่องของการตีความถ้อยคำใน สนธิสัญญาที่ยู่ยากซับซ้อน¹⁷

¹⁷ Ibid.

นอกจากนี้ ใน AUSFTA Article 17.4.7(c) บัญญัติว่า ในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยี รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องกำหนดว่า รูปแบบของเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์สื่อสาร หรือสินค้าที่ควบคุมโดยคอมพิวเตอร์ หรือการออกแบบและการเลือกชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบสำหรับเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์สื่อสาร หรือสินค้าที่ควบคุมโดยคอมพิวเตอร์ จะต้องตอบสนองต่อมาตรการทางเทคโนโลยี ตราบเท่าที่สินค้านั้นไม่ได้ละเมิดต่อมาตรการใดๆ ตาม Article 17.4.7(a) ซึ่งคล้ายคลึงกับ Footnote 19 ของ Chile-US FTA Article 17.7(5)(a)

2.3 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

ใน AUSFTA Article 17.4.7(e) ได้บัญญัติเป็นหลักการที่อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติที่อนุวัติการตาม Article 17.4.7(a) เพื่อให้รัฐภาคีนำไปบัญญัติคุ้มครองเป็นกฎหมายภายใน อาทิ

- (1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับซึ่งไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การเชื่อมโยงระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่คิดค้นขึ้นโดยอิสระกับโปรแกรมอื่นบรรลุผล
- (2) การวิจัยเพื่อหาหรือวิเคราะห์ความบกพร่องหรือจุดอ่อนของเทคโนโลยีสำหรับการใส่รหัสหรือปลดรหัสของข้อมูล
- (3) การป้องกันการเข้าถึงข้อมูลออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์
- (4) การทดสอบและการรักษาความปลอดภัยในคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์
- (5) กิจกรรมที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีวัตถุประสงค์ในการระบุและทำลายประสิทธิภาพในการรวบรวมหรือเผยแพร่ข้อมูลบ่งชี้ส่วนบุคคลซึ่งสะท้อนกิจกรรมออนไลน์ของบุคคลธรรมดาที่ถูกลบปิดไว้
- (6) กิจกรรมที่สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อความจำเป็นในการรักษาความมั่นคง หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นของรัฐที่คล้ายคลึงกัน
- (7) การเข้าถึงงานโดยห้องสมุดที่ไม่ได้แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษา เพื่อวัตถุประสงค์ในการตัดสินใจเพื่อการได้มา
- (8) ข้อยกเว้นเพิ่มเติมกรณีการใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามประเภทของงาน (Class of work) ที่เฉพาะเจาะจง เมื่อส่งผลหรืออาจจะส่งผลกระทบต่อการใช้ที่

ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ซึ่งถูกพิสูจน์อย่างน่าเชื่อถือในการพิจารณาหรือกระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร โดยการพิจารณาหรือกระบวนการดังกล่าวจะถูกจัดให้มีขึ้นอย่างน้อยหนึ่งครั้งทุก 4 ปีนับจากวันที่สิ้นสุดการพิจารณาหรือกระบวนการนั้น ตาม Article 17.4.7(e)(viii)

คณะกรรมการธิการของสภาผู้แทนราษฎรได้เน้นว่า ในบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ FTA ได้รวมข้อยกเว้นที่เฉพาะเจาะจงที่ออสเตรเลียจะสามารถหาประโยชน์และเป็นกลไกให้ออสเตรเลียสามารถสร้างข้อยกเว้นได้เพิ่มเติม ซึ่งเห็นว่าเหมาะสมสำหรับสถานการณ์ของออสเตรเลีย¹⁸ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นเพิ่มเติมดังกล่าวจะต้องมีองค์ประกอบคือ (ก) จำกัดขอบเขตสำหรับการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (ข) เมื่อการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับกิจกรรมนั้น พิสูจน์อย่างเชื่อถือได้ว่ามีผลกระทบที่เป็นผลร้ายอย่างแท้จริงหรือที่น่าจะเกิดขึ้นได้กับการใช้สำเนาที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (ค) ต้องเป็นการจำกัดประเภทของงาน (class of work) ที่เฉพาะเจาะจงเท่านั้น และ (ง) ต้องไม่ทำให้ความเพียงพอของกฎหมายหรือประสิทธิภาพของมาตรการเยียวยาทางกฎหมายที่มีต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นลดน้อยลง

ข้อยกเว้นทั้ง 8 ประเภทเป็นกิจกรรมเดียวกับข้อยกเว้นใน Chile-US FTA และ KORUS FTA และเช่นเดียวกันที่ไม่ใช่การกระทำทุกอย่างที่จะสามารถใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวได้ โดยใน Article 17.4.7(f) กำหนดให้เฉพาะการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ที่รัฐภาคีจะสามารถออกข้อยกเว้นให้ครอบคลุมกิจกรรมทั้ง 8 ประเภทได้ ส่วนการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง จะสามารถบัญญัติข้อยกเว้นได้เฉพาะกรณีการทำวิศวกรรมย้อนกลับ การหาและวิเคราะห์ความบกพร่องหรือจุดอ่อนของการเข้ารหัสเทคโนโลยี การป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์ การทดสอบ ตรวจสอบ และซ่อมแซมการรักษาความปลอดภัยในคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐที่คล้ายคลึงกัน ในขณะที่การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ จะสามารถบัญญัติข้อยกเว้นได้เฉพาะ

¹⁸ *ibid*, title 2.40.

กรณีการทำวิศวกรรมย้อนกลับ และการบังคับใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐที่คล้ายคลึงกันเท่านั้น

แม้ว่า AUSFTA Article 17.4.10¹⁹ จะอนุญาตให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ในบางกรณีที่เฉพาะเจาะจง แต่กลับไม่พบบทบัญญัติ general fair use saving clause เหมือนใน Chile-US FTA ซึ่งน่าสังเกตว่า การอนุวัติการกฎหมายภายในตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ AUSFTA อาจมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมของสาธารณชน ซึ่งเป็นหลักการในกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติใน Article 11 ของ WCT มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งรัฐภาคีต้องให้ความคุ้มครองจะต้อง “...restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law” แต่บทบัญญัติใน AUSFTA กลับไม่ปรากฏคำว่า “or permitted by law” จึงอาจกล่าวได้ว่า AUSFTA ไม่ต้องการนำข้อยกเว้นเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการกระทำที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ มาใช้เป็นข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนั่นเอง

3. ความตกลงเขตการค้าเสรีเกาหลีใต้-สหรัฐอเมริกา (KORUS FTA) Article 18.4.7

สหรัฐอเมริกาและเกาหลีใต้ได้ลงนามในความตกลงเขตการค้าเสรี Korea-US FTA หรือที่เรียกกันว่า KORUS FTA เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) โดยขณะนี้ยังอยู่ในขั้นตอนรอการให้สัตยาบันโดยสภาของทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม จากการศึกษา final text ของ KORUS FTA พบว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีส่วนมากมีความใกล้เคียงกับ AUSFTA ต่างกันเพียงถ้อยคำที่ใช้หรือเพิ่มเติมในบางประเด็นเท่านั้น โดยปรากฏใน Article 18.4.7

* ดูตารางที่ 3: เปรียบเทียบกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้น ภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA, หน้า 96.

¹⁹ AUSFTA Article 17.4.10 “each Party shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work, performance, or phonogram, and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder;”

3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ KORUS FTA ก็เช่นเดียวกับ Chile-US FTA และ AUSFTA กล่าวคือ จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ตาม Article 18.4.7(a) โดยมีกานิยามความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ไว้ใน Article 18.4.7(f) เช่นเดียวกับความหมายของ “Effective technological measure” ที่ปรากฏใน AUSFTA 17.4.7(b) แต่เพิ่มข้อความในตอนท้ายว่า “protects any copyright or any rights related to copyright” เพื่อให้ครอบคลุมถึงสิทธิข้างเคียง

3.2 การกระทำที่เป็นความผิด

▪ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

KORUS FTA Article 18.4.7(a)(i) ใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับบทบัญญัติใน AUSFTA โดยกำหนดให้ทั้ง 2 ประเทศห้ามการกระทำโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ควบคุมการเข้าถึงงาน โดยไม่ได้รับอนุญาต (without authority) แต่ไม่ปรากฏชัดว่าต้องเป็นการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น หรือรวมถึงกรณีที่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายด้วย เหมือนบทบัญญัติใน Chile-US FTA

▪ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

KORUS FTA Article 18.4.7(a)(ii) กำหนดให้ทั้ง 2 ประเทศห้ามการผลิต นำเข้า เผยแพร่ เสนอสู่สาธารณชน จัดหา หรือแลกเปลี่ยน เครื่องมือ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือ เสนอต่อสาธารณชนหรือจัดหารบริการ ซึ่ง

(1) ถูกส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ แต่มีการเพิ่มข้อความว่า “are promoted, advertised, or marketed by that person, or by another person acting in concert with, and with the knowledge of, that person, for the purpose of circumvention of any effective technological measure” ซึ่งมีความชัดเจนกว่าบทบัญญัติการห้ามผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใน Chile-US FTA และ AUSFTA โดยมีข้อความ คล้ายคลึงกับที่ปรากฏใน DMCA Section 1201 ซึ่งทำให้เงื่อนไขในการส่งเสริม โฆษณา หรือ ทำการตลาดมีความชัดเจนว่า ต้องกระทำโดยบุคคลที่เผยแพร่เครื่องมือหรือบุคคลอื่นที่กระทำโดย

ร่วมมือกับผู้เผยแพร่เครื่องมืออื่น และโดยการรับรู้ของผู้เผยแพร่ว่าเครื่องมืออื่นนั้นใช้สำหรับหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

(2) มีวัตถุประสงค์หลักในทางการค้าหรือใช้นอกเหนือจากเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ

(3) ถูกออกแบบ ผลิต ดัดแปลง หรือแสดงออกในเบื้องต้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

KORUS FTA Article 18.4.7(a) paragraph 2 กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดให้มีการดำเนินคดีทางอาญาและลงโทษบุคคลที่มีเจตนาเกี่ยวข้องและมีวัตถุประสงค์ในการได้รับประโยชน์ทางการค้าหรือประโยชน์ส่วนตัวทางการเงินจากกิจกรรมที่กล่าวไปข้างต้น อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีทางอาญาและการลงโทษดังกล่าวจะต้องไม่นำมาใช้กับห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษา หรือองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพสาธารณะที่ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ส่วนกรณีการดำเนินคดีทางแพ่ง footnote 13 ของ Article 18.4.7(a) paragraph 2 กำหนดให้ทั้งสองประเทศบัญญัติให้ผู้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยไม่เจตนาและไม่มีเหตุอันควรรู้ (unknowingly and without reasonable grounds to know) มีความผิดและมีการเยียวยาอย่างน้อยตามที่บัญญัติใน Article 18.10.13 paragraph (a), (c) และ (d) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทั้งสองประเทศอาจกำหนดให้กรณีนี้ที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าตนได้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาต (innocent infringer) ไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับค่าเสียหายที่แท้จริง (actual damages) หรือค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ (pre-established damages) ก็ได้ นอกจากนี้ ทั้งสองประเทศอาจไม่นำเรื่องค่าเสียหายในทางแพ่งมาใช้กับห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษา หรือองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพสาธารณะที่ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ซึ่งไม่ทราบและไม่มีเหตุที่จะเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 18.10.13 paragraph 2

นอกจากนี้ ใน KORUS FTA Article 18.4.7(b) ก็มีบทบัญญัติเรื่อง No mandate เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน AUSFTA Article 17.4.7(c) และคล้ายคลึงกับ Footnote 19 ของ Chile-US FTA Article 17.7(5)(a)

3.3 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

ใน KORUS FTA Article 18.4.7(d) ได้บัญญัติเป็นหลักการที่อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด เพื่อให้รัฐภาคีนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งมีกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้นเช่นเดียวกับที่ปรากฏใน AUSFTA และใช้ถ้อยคำเกือบจะไม่แตกต่างกัน แต่ในกรณีการกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานที่เฉพาะเจาะจงสำหรับการใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างจาก AUSFTA โดยตาม KORUS FTA Article 18.4.7(d)(viii) เน้นไปที่ระยะเวลาการมีผลบังคับของข้อยกเว้นซึ่งมีผลบังคับเป็นเวลา 3 ปี

นอกจากนี้ KORUS FTA ยังมีข้อแตกต่างจาก AUSFTA โดยมีการกำหนดให้ประเทศหนึ่งอาจร้องขออีกประเทศหนึ่งให้มีการปรึกษาเพื่อพิจารณากิจกรรมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกิจกรรมที่ระบุไว้ด้วย ตาม footnote 14 ของ Article 18.4.7(d)

ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ใน AUSFTA Chile-US FTA และ KORUS FTA

1. ความเชื่อมโยงกับ WCT และ WPPT

บทบัญญัติใน Chile-US FTA²⁰ กำหนดให้ทั้งสองประเทศให้สัตยาบันหรือลงนามในสนธิสัญญาด้านทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ โดยมีกำหนดระยะเวลาที่แตกต่างกัน แต่ไม่ได้กำหนดว่าทั้งสองประเทศต้องให้สัตยาบันหรือลงนามในสนธิสัญญาที่อยู่ในการดูแลของ WIPO ซึ่งรวมถึง WCT และ WPPT ด้วย เพียงแต่กล่าวไว้อย่างกว้างๆ ว่า Chile-US FTA ไม่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีอยู่ตามสนธิสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ในขณะที่ AUSFTA²¹

* ดูตารางที่ 3: เปรียบเทียบกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้น ภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA, หน้า 96.

²⁰ Chile-US FTA Article 17.1.5 “Nothing in this Chapter concerning intellectual property rights shall derogate from the obligations and rights of one Party with respect to the other by virtue of the TRIPS Agreement or multilateral intellectual property agreements concluded or administered under the auspices of the World Intellectual Property Organization (WIPO).”

²¹ AUSFTA Article 17.1.4 “Each Party shall ratify or accede to the WIPO Copyright Treaty (1996) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (1996) by the date of entry into force of this Agreement, subject to the fulfilment of their necessary internal requirements.”

และ KORUS FTA²² กลับระบุอย่างชัดเจนว่า ประเทศภาคีจะต้องให้สัตยาบันและลงนามทั้ง WCT และ WPPT ก่อนวันที่ FTA ทั้งสองฉบับจะมีผลใช้บังคับ

2. ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

แม้ว่าความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสามฉบับจะให้ความคุ้มครองทางกฎหมายเฉพาะ มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น แต่การนิยามคำว่า “effective technological measure” ก็มีความแตกต่างกันที่สำคัญคือ ใน Chile-US FTA Article 17.7.5(f) มีความแตกต่างจาก AUSFTA Article 17.4.7(b) และ KORUS FTA Article 18.4.7(f) โดยใน Chile-US FTA มีการใช้ข้อความว่า “...or protects any copyright or any rights related to copyright, and cannot, in the usual case, be circumvented accidentally” เพื่อขยายความหรือกำกับคำว่า “ที่มีประสิทธิภาพ”

ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่สามารถถูกหลีกเลี่ยงได้โดยบังเอิญจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติ Chile-US FTA แต่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้ AUSFTA และ KORUS FTA ก็ได้

3. การกระทำที่เป็นความผิด

▪ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง

บทบัญญัติ Chile-US FTA Article 17.7.5(a) ได้กำหนดเงื่อนไขของการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แตกต่างจาก AUSFTA Article 17.4.7(a)(i) และ KORUS FTA Article 18.4.7(a)(i) 2 ประการ คือ ประการแรก ตาม Chile-US FTA ผู้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจะมีความผิดต่อเมื่อกระทำโดย “รู้” ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ซึ่งเป็นอติวิสัยของแต่ละบุคคลและเป็น actual knowledge ในขณะที่ AUSFTA และ KORUS FTA ให้รวมถึงกรณีที่มี “เหตุอันควรรู้” ด้วย ประการที่สอง Chile-US FTA ยังระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “without authorization of the right holder or law consistent with this Agreement” ในขณะที่ AUSFTA และ KORUS FTA ระบุ

²² KORUS FTA 18.1.3 “Each Party shall ratify or accede to the following agreements by the date this Agreement enters into force:

- (i) the World Intellectual Property Organization (WIPO) Copyright Treaty (1996); and
- (j) the WIPO Performances and Phonograms Treaty (1996).”

เพียง “without authority” ทำให้บทบัญญัติ Chile-US FTA มีความชัดเจนกว่าว่า รัฐภาคีสามารถออกกฎหมายภายในให้การกระทำที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ (เช่นการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นกรรม) ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิด

นอกจากนี้ Chile-US FTA Article 17.7.5(a) ตอนท้ายยังมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องกำหนดความรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญาสำหรับบุคคลที่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการนำเข้า ในขณะที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติเช่นนี้ใน AUSFTA และ KORUS FTA ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติข้อความให้ชัดเจนอย่างเช่นที่ปรากฏใน Chile-US FTA ย่อมทำให้เกิดความชัดเจนว่า การห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเพียงอย่างเดียวก็ถือว่าเข้าเงื่อนไขว่า “adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measure” ของ Chile-US FTA Article 17.7.5 แล้ว

▪ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสามฉบับกำหนดให้การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีมีความรับผิดทางแพ่ง

ส่วนกรณีความรับผิดทางอาญาสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ตาม Chile-US FTA Article 17.7.5(b) จะต้องกระทำโดยเจตนา และเพื่อวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามทางการค้า ส่วน AUSFTA Article 17.4.7(a) paragraph 2 และ KORUS FTA Article 18.4.7(a) paragraph 2 จะต้องกระทำโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับประโยชน์ทางการค้าหรือทางการเงิน โดย KORUS FTA มีการบัญญัติเพิ่มเติมกรณีเครื่องมือที่ถูกโฆษณาหรือทำการตลาดเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี จะต้องดำเนินการโดยบุคคลผู้เผยแพร่เครื่องมือนั้นหรือบุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้อง และทราบว่าเครื่องมือที่นำมาใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

▪ ความรับผิดและการยกเว้นความรับผิด

ตารางที่ 2: เปรียบเทียบความรับผิดและการยกเว้นความรับผิดภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA

	Chile-US FTA	AUSFTA	KORUS FTA
1. ความรับผิดทางแพ่ง	ให้มีมาตรการ/ความรับผิดทางแพ่งสำหรับการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยี		
2. ความรับผิดทางอาญา	กำหนดว่าการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีจะมีความรับผิดทางอาญาในสถานการณ์ที่เหมาะสมเท่านั้น (Article 17.7.5(a)) ส่วนการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีจะมีความรับผิดทางอาญาต่อเมื่อกระทำโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ที่ห้ามทางการค้า (Article 17.7.5(b))	กำหนดว่าทั้งการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยี จะมีความรับผิดทางอาญาเมื่อกระทำโดยเจตนาและมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน (AUSFTA Article 17.4.7(a) paragraph 2 และ KORUS FTA Article 18.4.7(a))	

3.การยกเว้นความรับผิดในค่าเสียหายทางแพ่งสำหรับ innocent infringer	-	-	รัฐภาคีอาจบัญญัติให้ผู้ที่หลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง โดยไม่ทราบและไม่มีเหตุอันควรรู้ไม่ต้องรับผิดเกี่ยวกับความเสียหายทางแพ่งก็ได้ ตามนัยแห่ง footnote 13 ของ Article 18.4.7(a) paragraph 2
4.การกระทำที่มีวัตถุประสงค์ด้านการศึกษาหรือวิทยาศาสตร์	รัฐภาคีจะต้องให้มีการพิจารณาที่เหมาะสมในการใช้มาตรการทางอาญาสำหรับการกระทำของจำเลย ที่มีวัตถุประสงค์ด้านการศึกษาหรือวิทยาศาสตร์ (Article 17.7.5(b) paragraph 2)	ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการทั้งทางแพ่งและทางอาญา สำหรับการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ด้านการศึกษาหรือวิทยาศาสตร์ ใน AUSFTA และ KORUS FTA	
5.การกระทำโดยห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด และสถาบันการศึกษา	รัฐภาคีอาจยกเว้นความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามซึ่งดำเนินการโดยห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด และสถาบันการศึกษาได้ และหากกระทำไปโดยสุจริตโดยไม่ทราบว่าเป็นการกระทำ ความผิดก็อาจ ยกเว้นความรับผิดทางแพ่งได้ด้วย (Article 17.7.5(b) paragraph 2)	รัฐภาคีอาจยกเว้นการดำเนินคดีและโทษทางอาญาสำหรับห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด สถาบันการศึกษาได้เช่นกัน โดยมีกรเพิ่มกลุ่มองค์กรที่ได้รับประโยชน์คือ องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพสาธารณะที่ไม่ใช่เพื่อการค้า ตาม AUSFTA Article 17.4.7(a) paragraph 2 และ KORUS FTA Article 18.4.7(a) paragraph 2 แต่ไม่มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถยกเว้นความรับผิดทางแพ่งได้	

4. ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

ตารางที่ 3: เปรียบเทียบกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้น ภายใต้ Chile-US FTA, AUSFTA และ KORUS FTA

กิจกรรมที่ได้รับการยกเว้น	Chile-US FTA			AUSFTA			KORUS FTA		
	Circumvention access control	Trafficking access control	Trafficking copy control	Circumvention access control	Trafficking access control	Trafficking copy control	Circumvention access control	Trafficking access control	Trafficking copy control
การกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติม	✓	-	-	✓	-	-	✓	-	-
การทำวิศวกรรมย้อนกลับ	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
การหา/วิเคราะห์ข้อบกพร่องของการเข้ารหัส	✓	✓	-	✓	✓	-	✓	✓	-
การป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์	✓	✓	-	✓	✓	-	✓	✓	-
การทดสอบ/ซ่อมแซมการรักษาความปลอดภัยในคอมพิวเตอร์ฯ	✓	✓	-	✓	✓	-	✓	✓	-
การป้องกันข้อมูลที่บ่งชี้กิจกรรมออนไลน์เฉพาะตัว	✓	-	-	✓	-	-	✓	-	-
การบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
การเข้าถึงงานโดยห้องสมุดที่ไม่ได้แสวงหากำไร	✓	-	-	✓	-	-	✓	-	-

จากตารางจะเห็นได้ว่า ความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสามฉบับมีกิจกรรมที่รัฐภาคีสามารถนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นได้เหมือนกัน และนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงได้ในทุกกรณี ส่วนการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไม่ว่าจะที่ควบคุมการเข้าถึงหรือที่ควบคุมการทำซ้ำก็สามารถอ้างได้ในบางกรณีเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ บทบัญญัติ Chile-US FTA Article 17.7(5)(d) มีการใช้คำว่า “in particular” ซึ่งแสดงว่า กิจกรรมที่กำหนด 8 ประเภะนั้นเป็นเพียงตัวอย่างที่ Chile-US FTA อนุญาตให้รัฐภาคีนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นได้เท่านั้น ทำให้รัฐภาคีมีอิสระที่จะบัญญัติข้อยกเว้นเพิ่มเติมได้

มากกว่า 8 รายการนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับความต้องการของประเทศ²³ ตราบเท่าที่ไม่ทำให้ความเพียงพอของการคุ้มครองทางกฎหมายหรือประสิทธิภาพของการเยียวยาทางกฎหมายลดน้อยลง ในขณะที่ footnote 14 ของ KORUS FTA Article 18.4.7(d) บัญญัติให้ประเทศหนึ่งอาจขออีกประเทศหนึ่งให้มีการหารือกันเพื่อพิจารณากิจกรรมซึ่งคล้ายคลึงกับที่ระบุไว้ข้างต้นหลังจากวันที่ KORUS FTA มีผลบังคับใช้แล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยจะทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา น่าจะนำคำว่า “in particular” มาใส่ไว้ในบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐภาคีสามารถออกข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด ทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เหมือนบทบัญญัติของ Chile-US FTA เพราะจะทำให้ประเทศไทยสามารถกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมได้โดยอิสระและไม่ถือว่าขัดต่อบทบัญญัติ FTA เนื่องจากข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานสามารถใช้ได้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสามฉบับจะกำหนดกิจกรรมที่ให้รัฐภาคีไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการกระทำความผิดได้ แต่ประเด็นสำคัญอยู่ที่เมื่อ FTA กำหนดให้การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ไม่ว่าจะ เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำเป็นความผิดแล้ว ก็ย่อมเป็นการจำกัดการเข้าถึงเครื่องมือของผู้บริโภคที่ไม่มีความรู้ทางด้านเทคโนโลยี ในการที่จะสามารถใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดที่กล่าวไปข้างต้นได้อยู่ดี กฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างกว้างว่า เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกอย่างเป็นสิ่งผิดกฎหมายนั้น จะเป็นการทำให้สาธารณชนไม่สามารถใช้สิทธิของตนตามหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ เนื่องจากหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมไม่เพียงแต่เป็นข้อจำกัดและข้อยกเว้นของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่ยังเป็นการคงไว้ซึ่งความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญากับสาธารณชนอีกด้วย

ดังนั้น บทบัญญัติใน FTA จึงควรบัญญัติให้มีข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด สำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือสำหรับใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในกรณีที่เป็น

²³ Robin D. Gross, “Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works,” in [IP justice brief paper](http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml) [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml

การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม หรือการให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานได้สำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ด้วยเช่นกัน เพราะ FTA ไม่ควรบัญญัติจำกัดขอบเขตไว้มากจนเกินไป เพื่อป้องกันการเกิดผลที่ไม่พึงประสงค์เมื่อมีการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ขัดขวางต่อนวัตกรรมและการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์เช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา

5. การกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติม

ความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสามฉบับ ให้รัฐภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดเพิ่มเติมได้ สำหรับกรณีการใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามประเภทของงานที่เฉพาะเจาะจง โดยใช้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ไม่รวมถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

อย่างไรก็ตาม ใน FTA ทั้งสามฉบับก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ใน Chile-US FTA นอกจากจะมีข้อยกเว้นตามประเภทของงานแล้ว ยังมีข้อยกเว้นตามประเภทของผู้ใช้อีกด้วย นอกจากนี้ มีการใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับระยะเวลาที่แตกต่างกัน โดย AUSFTA Article 17.4.7(e)(viii) ใช้ถ้อยคำว่า "...; provided that any such review or proceeding is conducted at least once every four years from the date of conclusion of such review or proceeding." เป็นการเน้นไปที่ระยะเวลาในการพิจารณาประเภทของงานที่จะได้รับการยกเว้นทุก 4 ปี แต่ Chile-US FTA Article 17.7.5(d)(i) ใช้ถ้อยคำว่า "..., provided that any limitation or exception adopted in reliance upon this subparagraph (d)(i) shall have effect for a period of not more than three years from the date of conclusion of such proceeding;" และ KORUS FTA Article 18.4.7(d)(viii) ใช้ถ้อยคำว่า "..., provided that any limitation or exception adopted in reliance on this clause shall have effect for a renewable period of not more than three years from the date the proceeding concludes." ซึ่งเน้นไปที่ระยะเวลาการมีผลบังคับของข้อยกเว้นว่ามีผลบังคับเป็นเวลา 3 ปีเท่ากัน

6. No Mandate Provision

ในความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสามฉบับ มีบทบัญญัติเรื่อง No Mandate โดยใช้ข้อความเหมือนกัน ตาม Footnote 19 ของ Chile-US FTA Article 17.7.5(a), AUSFTA Article 17.4.7(c)

และ KORUS FTA Article 18.4.7(b) ทำให้มีความชัดเจนว่า FTA ไม่ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องออกกฎหมายที่เป็นการบังคับให้รับทางเทคโนโลยีเพื่อตอบโต้กับมาตรการทางเทคโนโลยีใดโดยเฉพาะเจาะจง ผลคือทำให้การอนุวัติการกฎหมายภายในเป็นไปในลักษณะที่สามารถรับประกันเสรีภาพของบริษัทที่ผลิตชิ้นส่วน อุปกรณ์ให้สามารถออกแบบและผลิตสินค้าของตนได้โดยปราศจากการควบคุมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และมีอิสระในการสร้างระบบที่สามารถเชื่อมโยงการทำงานกับ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ แม้ว่าจะมีการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็ตาม

การมี No mandate provision จะเป็นการป้องกันการที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เช่น การผูกขาดในลักษณะที่เป็นพฤติกรรมกีดกันรายพ่องเพื่อจำกัดการใช้งานอุปกรณ์หรือสื่อชนิดหนึ่งที่ได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมายกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ผลิตขึ้นโดยผู้ผลิตที่ได้รับอนุญาตหรืออาจเป็นตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เอง โดยการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ฝังอยู่ในสินค้าหรืออุปกรณ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าว

7. Saving Clause

ใน Chili-US FTA Article 17.7.5(c) กำหนดว่า รัฐภาคีจะรับรองว่าการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการห้ามผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี จะไม่กระทบต่อสิทธิ การเยียวยา ข้อจำกัด หรือข้อต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติใน DMCA Section 1201(c)(1) แต่ไม่ปรากฏ saving clause เช่นนี้ในบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีใน AUSFTA และ KORUS FTA

เนื่องจากหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมถือว่าเป็นสิทธิของปัจเจกชน เป็นข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ และเป็นข้อต่อผู้การละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การมีบทบัญญัติ Saving clause เช่นนี้จะทำให้มีความชัดเจนว่า การอนุวัติการกฎหมายภายในที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี จะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของสาธารณชนในการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมด้วย บทบัญญัติที่ห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในวงกว้างทั้งหมด จะเป็นการป้องกันสาธารณชนจากการใช้สิทธิที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถใส่ล๊อคกับสินค้าของตนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หาก

ปราศจากการเข้าถึงตัวทำลายลึกลับหรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว สาธารณชนก็จะไม่สามารถใช้สิทธิที่ตนได้รับตามกฎหมายได้ และหากผู้บริโภคไม่สามารถหาเครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการใช้สิทธิที่เป็นธรรมได้แล้ว หลักการใช้สิทธิที่เป็นธรรมก็ต้องถูกระงับซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ saving clause²⁴

ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ควรจะมีการระบุเรื่อง saving clause เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน Chile-US FTA ซึ่งจะครบรอบในการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศไทยว่า บทบัญญัติจะต้องทำให้มั่นใจได้ว่า การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้สิทธิที่เป็นธรรมจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

8. ความเชื่อมโยงกับการละเมิดลิขสิทธิ์

ใน AUSFTA Article 17.4.7(d) และ KORUS FTA Article 18.4.7(c) แสดงให้เห็นว่า การอนุวัติกฎหมายภายในของรัฐภาคีจะต้องกำหนดให้การฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเป็นอิสระจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนั้น ทำให้การกระทำที่เข้าข่ายยกเว้นที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การทำซ้ำสำเนางานที่ซื้อมาโดยชอบเพื่อใช้งานส่วนตัว หากมีการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ป้องกันการทำซ้ำงานดังกล่าวและผู้ซื้อได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ผู้กระทำก็จะต้องมีความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี แม้ว่ากรกระทำดังกล่าวจะเข้าข่ายยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การไม่ระบุเรื่องความเชื่อมโยงของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา เหมือนกับที่ Chile-US FTA ไม่ได้ระบุไว้ น่าจะสอดคล้องกับการอนุวัติกฎหมายภายในของประเทศไทยมากกว่าการมีบทบัญญัติเหมือนกับ AUSFTA Article 17.4.7(d) และ KORUS FTA Article 18.4.7(c) ที่กล่าวไปข้างต้น

9. การนำหลักกฎหมายการใช้สิทธิโดยมิชอบและการป้องกันการผูกขาดมาใช้

²⁴ Ibid.

ใน Chile-US FTA Article 17.1 มีการระบุ general provisions ไว้หลายเรื่อง รวมทั้งใน Article 17.1.13 ซึ่งระบุว่า ไม่มีบทบัญญัติใดในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใน Chapter 17 จะกีดกันรัฐภาคีในการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในทางที่ไม่ชอบ (abuse) ซึ่งไม่ปรากฏบทบัญญัติเรื่องนี้ใน AUSFTA และ KORUS FTA

ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยจะทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาที่น่าจะระบุบทบัญญัติเช่นนี้ไว้ เพราะจะทำให้เกิดความชัดเจนว่าประเทศไทยสามารถออกกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นการป้องกันการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ในทางที่ไม่ชอบ และสามารถลงโทษเจ้าของลิขสิทธิ์สำหรับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนในทางที่ไม่ชอบได้ด้วย รวมทั้งการเข้าบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดเพื่อป้องกันการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดในสินค้าส่วนประกอบในลักษณะที่เป็นการผูกขาดหรือขายพ่วง ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองข้างต้นมีไว้เพื่อคุ้มครองบริษัทที่ดำเนินธุรกิจอย่างเป็นธรรม และที่สำคัญคือคุ้มครองสาธารณชนจากการถูกเอาเปรียบโดยเจ้าของลิขสิทธิ์นั่นเอง

10. การสงวนสิทธิเรื่อง Exhaustion of Rights

ใน Footnote 17-13 ของ AUSFTA Article 17.4.2²⁵ ระบุว่า บทบัญญัติ FTA ไม่กระทบต่อสิทธิของรัฐภาคีในการตัดสินใจเงื่อนไขการระงับซึ่งสิทธิหลังจากการจำหน่ายในครั้งแรก หรือการโอนความเป็นเจ้าของในต้นฉบับหรือสำเนางานโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ซึ่งสอดคล้องกับ WCT Article 6(2) ที่บัญญัติอย่างชัดเจนว่า ยังคงให้อิสระแก่รัฐภาคีในการพิจารณาเงื่อนไขการระงับไปซึ่งสิทธิหลังจากการจำหน่ายครั้งแรกหรือการโอนความเป็นเจ้าของในต้นฉบับหรือสำเนางาน²⁶ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่พบบทบัญญัติที่สงวนสิทธิในเรื่องนี้ใน Chile-US FTA และ KORUS FTA

²⁵ Footnote 17-13 “Nothing in this Agreement shall affect a Party’s right to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of this right applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of their works, performances, or phonograms with the authorisation of the right holder.”

²⁶ WCT Article 6 Right of Distribution “(2) Nothing in this Treaty shall effect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.”

ผู้เขียนเห็นว่า ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาควรจะมีการสงวนสิทธิสำหรับการกำหนดเรื่อง Exhaustion of Right ไว้เช่นเดียวกับ footnote 17-13 ของ AUSFTA เพื่อให้ประเทศไทยยังคงมีอิสระในการกำหนดว่าจะใช้หลักการระดับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับใด เพราะจะมีผลต่อการนำเข้าซื้อว่าจะเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของ เจ้าของสิทธิในประเทศไทยหรือไม่ โดยในขณะนี้ประเทศไทยใช้หลักการระดับซึ่งสิทธิในระดับ International Exhaustion ในขณะที่สหรัฐอเมริกาแม้ว่าจะยอมรับหลัก First Sale Doctrine แต่ว่าเป็นการยอมรับในขอบเขตการจำหน่ายครั้งแรกในประเทศเดียวกันเท่านั้น (Domestic Exhaustion of Rights) ทำให้การนำเข้าซื้อไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย แต่กลับเป็นความผิดตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ผลกระทบต่อกฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลีย ซิลี และเกาหลีใต้เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

1. กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย (Copyright Amendment Act 2006)

กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียได้รับอิทธิพลอย่างมากจากโครงสร้างของกฎหมายอังกฤษ รวมทั้ง Berne Convention และสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์อื่นๆ โดยให้ความสำคัญคุ้มครองแก่งานวรรณกรรม ดนตรีกรรม ศิลปกรรม และนาฏกรรม นอกจากนี้ยังให้ความสำคัญคุ้มครองใน “other subject matter” ซึ่งครอบคลุมประเภทของสิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครอง ในบางประเทศในฐานะของสิทธิข้างเคียง (neighbouring rights) เช่น สิ่งบันทึกเสียง ภาพยนตร์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ และการตีพิมพ์ โดยเจ้าของงานแต่ละประเภทก็จะมีสิทธิเด็ดขาดแตกต่างกันตามประเภทของงานนั้น อาทิ สิทธิในการทำซ้ำ เผยแพร่ แสดง และดัดแปลง และกรณีสิทธิข้างเคียงจะมีสิทธิในการทำสำเนา แสดงสู่สาธารณชน เป็นต้น โดยมีข้อยกเว้นสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นที่รู้จักกันในนาม “Fair Dealing” ซึ่งเทียบได้กับหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair Use) ของสหรัฐอเมริกา แต่มีความแตกต่างกัน โดยเงื่อนไข Fair Dealing ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลีย จะต้องเข้าเงื่อนไขคือการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจง อาทิ เพื่อการวิจารณ์หรือติชม เพื่อการวิจัยหรือการศึกษา เพื่อการรายงานข่าว เพื่อกระบวนการพิจารณาของศาลหรือการให้คำแนะนำทางกฎหมาย เพื่อการล้อเลียนหรือการ

เสียดี และจะต้องเข้าใจกันว่า “เป็นธรรม” ด้วย ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งลักษณะของงาน ลักษณะการใช้งาน และผลกระทบของการใช้ต่อตลาดการค้าของงานนั้น²⁷

นอกจากนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียยังมีข้อยกเว้นที่เฉพาะเจาะจงเพิ่มเติมซึ่งอนุญาตให้สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้แม้จะไม่เข้าใจ Fair Dealing ในปี ค.ศ. 2006 ออสเตรเลียได้เพิ่มข้อยกเว้นสำหรับการทำซ้ำเพื่อส่วนตัวหลายข้อ เช่น การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพเพื่อการชมหรือฟังในเวลาอื่น การทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงเพื่อการใช้งานส่วนตัวและภายในประเทศ หรือที่เรียกกันใน “format-shift” หรือการทำสำเนางานวรรณกรรม นิตยสาร หรือบทความหนังสือพิมพ์เพื่อการใช้งานส่วนตัว นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นที่ใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และงานศิลปกรรมในสถานที่สาธารณะ รวมทั้งข้อยกเว้นในลักษณะการบังคับใช้สิทธิ เนื่องจากตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียถือว่า การทำซ้ำชั่วคราวในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์เป็นการทำซ้ำซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงต้องมีข้อยกเว้นมากมายสำหรับการทำซ้ำชั่วคราวเพื่อการใช้งานตามปกติหรือการส่งสำเนาดิจิทัลของงาน²⁸

บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศออสเตรเลีย ปรากฏใน Copyright Amendment Act 2006 (Schedule 12-Technological protection measures Part 1-Main Amendment) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2550) โดยก่อนที่กฎหมายดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ ออสเตรเลียมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีอยู่แล้วตาม Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 ซึ่งบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2544 (ค.ศ. 2001) โดยการกระทำที่เป็นความผิดตาม Digital Agenda Act คือ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น ไม่ได้ห้ามการใช้เครื่องมือดังกล่าวหรือห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด แต่เมื่อ Copyright Amendment Act 2006 ใช้บังคับแล้ว การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงก็เป็นการกระทำที่เป็นความผิดด้วย แต่ยังคงไม่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ จึงอาจกล่าวได้ว่า การทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา หรือ AUSFTA ทำให้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี (Anti-circumvention law) ของออสเตรเลียต้องเปลี่ยนไปในแนวทางเดียวกันกับ Millennium Copyright Act ของ

²⁷ Wikipedia, [Australian Copyright Law](http://en.wikipedia.org/wiki/Australian_copyright_law) [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Australian_copyright_law [January 6, 2009]

²⁸ *Ibid.*

สหรัฐอเมริกา โดยกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเป็นการกระทำ ที่ผิดกฎหมาย และเปลี่ยนคำนิยามของคำว่า “technological protection measure” จาก Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 ในมาตรา 116A ที่หมายถึง “ใช้เพื่อป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์” เป็นหมายถึง “ใช้เพื่อควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครอง” แต่ก็มีกลไกสำหรับการสร้างข้อยกเว้นเพิ่มเติมเพื่อความยืดหยุ่นสำหรับตอบโต้ต่อการพัฒนาทางเทคโนโลยีเช่นเดียวกับ DMCA

1.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

แม้ว่าใน AUSFTA มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ แต่ใน Copyright Amendment Act 2006 กลับไม่ปรากฏคำว่า “effective” เพื่อเป็นเงื่อนไขของมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ใน Copyright Amendment Act 2006 มีการนิยามความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง ไว้ใน Main Amendment 5 subsection 10(1) ได้แก่

▪ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง²⁹ ที่จะได้รับความคุ้มครองตาม Copyright Amendment Act 2006 คือ (1) เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบ (รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์) ซึ่งนำมาใช้โดยได้รับอนุญาตหรือในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (2) เกี่ยวข้องกับการใช้ลิขสิทธิ์ และ (3) ในการทำงานตามปกติของสิ่งนั้นใช้เพื่อ “ควบคุมการเข้าถึง” งานอันมีลิขสิทธิ์

โดยมีการขยายความคำว่า “access control³⁰” ไว้ว่า เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบ (รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์) ควบคุมการเข้าถึงงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง ต่อเมื่อสิ่งนั้นกำหนดให้ต้องใช้ข้อมูลหรือกระบวนการก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของ

²⁹ Main Amendment 1 Subsection 10(1)

³⁰ Main Amendment 4 Subsection 10(1)

ลิขสิทธิ์หรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ให้เข้าถึงงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองนั้นได้

▪ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ³¹ ที่จะได้รับความคุ้มครองตาม Copyright Amendment Act 2006 คือ (1) เครื่องมือ สิ้นค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบ (รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์) ซึ่งนำมาใช้โดยได้รับอนุญาตหรือในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว และ (2) ในการทำงานตามปกติของสิ่งนั้นใช้เพื่อป้องกันชัดเจน หรือจำกัดการกระทำที่ประกอบในลิขสิทธิ์ เช่น การทำซ้ำ การเผยแพร่สู่สาธารณชน การดัดแปลง

1.2 สิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง

Copyright Amendment Act 2006 ยังมีบทบัญญัติที่เพิ่มเติมจากกฎหมายเดิม Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 คือ การกำหนดให้เครื่องมือ สิ้นค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบในสองกรณีต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง³² หรือมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ³³ ที่ได้รับความคุ้มครอง (ซึ่งเป็นคนละกรณีกับข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด) คือ

1. กรณีที่งานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองนั้นเป็นฟิล์มภาพยนตร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมถึงเกมคอมพิวเตอร์ และมีการใช้เครื่องมือ สิ้นค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบนั้นเพื่อควบคุมการทำตลาดในแต่ละภูมิภาค โดยการป้องกันการเล่นซ้ำในออสเตรเลียซึ่งสำนักงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้รับมาจากภายนอกประเทศออสเตรเลีย

³¹ Main Amendment 5 Subsection 10(1)(b)

³² Main Amendment 1 Subsection 10(1)(c) และ Subsection 10(1)(d)

³³ Main Amendment 5 Subsection 10(1)(b)(iii) และ Subsection 10(1)(b)(iv)

2. กรณีที่งานนั้นเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งฝังอยู่ในเครื่องกลหรือเครื่องมือ โดยนำเครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบนั้นมาใช้เพื่อจำกัดการใช้สินค้า (ซึ่งนอกเหนือจากงานนั้น) หรือจำกัดการใช้บริการที่เกี่ยวข้องกับเครื่องกลหรือเครื่องมือ

การไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบสองประเภทข้างต้น แสดงให้เห็นว่าขอบเขตของ Copyright Amendment Act 2006 จำกัดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกรอกแบบมาเพื่อหยุดการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ครอบคลุมถึงเครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ไม่ได้ถูกรอกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือได้รับการออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์อื่นเพียงอย่างเดียว ได้แก่ เพื่อวัตถุประสงค์ในควบคุมการแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาค (geographic market segmentation) โดยการใส่รหัสภูมิภาค (region coding) ในแผ่นเกมส์ซึ่งผู้ซื้อได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย จากประเทศอื่นที่มีข้อออสเตรเลีย และการใช้เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบเพื่อจำกัดการใช้ สินค้าหรือบริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้าของตน (restrict aftermarket good or services) ในลักษณะที่เป็นการป้องกันการแข่งขันในตลาดสินค้าส่วนประกอบหรืออะไหล่

เมื่อการใส่รหัสภูมิภาคเพื่อควบคุมการแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาค และการจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้าของตน ไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ Copyright Amendment Act 2006 ดังนั้น หากผู้ผลิตใช้เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่มีวัตถุประสงค์ที่กล่าวไปข้างต้นกับสินค้าที่ตนผลิต ผู้ซื้อก็สามารถที่จะทำการหลีกเลี่ยงสิ่งเหล่านั้นซึ่งขัดขวางการใช้งานสินค้าของตนนั้นได้ โดยไม่ถือเป็นการกระทำที่มีความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ Copyright Amendment Act 2006 แต่อย่างใด

เดิมในบทบัญญัติ Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ใช้เพื่อควบคุมการแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาค และเพื่อจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้านั้นๆ ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าเป็น “มาตรการทางเทคโนโลยี” ที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ โดยในกรณีแรกเป็นที่ถกเถียงกันจากการนำการใส่รหัสภูมิภาคมาใช้กับเครื่องเล่นเกมส์เพลย์สเตชันและแผ่นเกมส์ของโซนี่ และใช้กับเครื่องเล่นดีวีดีกับแผ่นดีวีดีที่มีการเข้ารหัสแตกต่างกันถึง 8 ภูมิภาค หรือที่เรียกกันว่า Regional Playback Control

* เนื่องจากบทบัญญัติใช้คำว่า “non-infringing copy” ซึ่งเท่ากับ legitimate purchased overseas

ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ DVD Content Scrambling System (CSS) ที่ผู้ผลิตแผ่นดีวีดีนำมาใช้ แม้ว่าเครื่องเล่นดีวีดีที่สามารถเล่นแผ่นดีวีดีที่เข้ารหัสภูมิภาคได้ทุกภูมิภาค (region 0 หรือ region free) จะมีวางจำหน่ายอย่างแพร่หลายในประเทศออสเตรเลียก็ตาม³⁴ เพราะการใช้รหัสภูมิภาคไม่ใช่เครื่องมือหรือเทคโนโลยีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการเข้าถึงงานที่ขอบด้วยกฎหมายและเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด จะเห็นได้ว่า แม้จะมีการแก้ไขนิยามของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” จากบทบัญญัติเดิม³⁵ แต่ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายเดิมก็ยังสะท้อนให้เห็นผ่านการไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่กล่าวไปในสองกรณีข้างต้น

คดีสำคัญที่มีส่วนทำให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของออสเตรเลีย ในส่วนที่เกี่ยวกับการไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ใช้เพื่อควบคุมการทำการตลาดในแต่ละภูมิภาค คือ **คดี Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens**³⁶ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อพิพาททั่วโลกที่เกี่ยวข้องกับเครื่องเล่นเกมโซนี่เพลย์สเตชัน เช่นเดียวกับคดี Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Gamemasters³⁷ ในสหรัฐอเมริกา (ซึ่งศาลในสหรัฐอเมริกาได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากข้อหาที่โจทก์ฟ้องร้องว่า Game Enhancer ของจำเลยที่ทำให้ผู้ใช้สามารถเล่นเกม ของแท้จากภูมิภาคอื่น ฝ่าฝืนบทบัญญัติ DMCA โดยเป็นเครื่องมือที่ออกแบบมา

³⁴ The Parliament of the Commonwealth of Australia, Review of technological protection measures exceptions, House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. (Canberra: February 2006), pp.32-37.

³⁵ Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000: 15B Subsection 10(1)

“**technological protection measure** means a device or product, or a component incorporated into a process, that is designed, in the ordinary course of its operation, *to prevent or inhibit the infringement of copyright in a work or other subject-matter* by either or both of the following means:

(a) by ensuring that access to the work or other subject matter is available solely by use of an access code or process (including decryption, unscrambling or other transformation of the work or other subject-matter) with the authority of the owner or licensee of the copyright;

(b) through a copy control mechanism.”

³⁶ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens*, [2005] HCA 58, (2005) 221 ALR 448; (2005) 79 ALJR 1850 (October 6, 2005).

³⁷ *Sony Computer Entm't America, Inc. v. Gamemasters*, 87 F. Supp. 2d (N.D. Cal.1999).

เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้รหัสภูมิภาคซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์)

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า โจทก์ผลิตและจำหน่ายเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันสำหรับเล่นกับโทรทัศน์และแผ่นวีดีโอเกม โดยในแผ่นวีดีโอเกมแต่ละแผ่นจะบรรจุ access code ซึ่งมีความแตกต่างกันตามประเทศหรือภูมิภาค และแผงวงจรของเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันจะบรรจุชิพซึ่งเป็น boot ROM ที่มีการเข้ารหัสภูมิภาค (Regional Access Coding) เครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันจะเล่นหรือทำงานเฉพาะกับแผ่นวีดีโอเกมที่มีรหัสผ่านตรงกับรหัสของประเทศซึ่งเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันได้ถูกจำหน่ายเท่านั้น ทำให้ผู้ที่ซื้อแผ่นวีดีโอเกมโดยชอบด้วยกฎหมายหรือแผ่นแท้ที่ถูกลิขสิทธิ์จากนอกภูมิภาค ไม่สามารถนำแผ่นวีดีโอเกมดังกล่าวมาเล่นกับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันที่ซื้อมาจากในประเทศซึ่งมีรหัสภูมิภาคที่แตกต่างกันได้ จำเลยจึงจำหน่ายชิพที่ทำให้ลูกค้าของตนสามารถเล่นแผ่นวีดีโอเกมที่จำหน่ายเข้ามาจากต่างประเทศอย่างถูกลิขสิทธิ์ กับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันที่ซื้อในออสเตรเลียได้³⁸

โจทก์อ้างว่า access code และ boot ROM เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีตามนิยามใน Section 10(1) ของ Copyright Act และการกระทำของจำเลยเกิดขึ้นหลังจากที่ Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 ซึ่งมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเป็นครั้งแรกมีผลบังคับใช้แล้ว (ตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2001) โดยจำเลยได้จำหน่ายสำเนาแผ่นวีดีโอเกมที่ไม่ได้รับอนุญาต รวมทั้งจำหน่าย “mod chip” และติดตั้งลงในเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันเพื่อเลี่ยง boot ROM ของโจทก์ โดย mod chip จะทำให้เครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันสามารถเล่นกับแผ่นวีดีโอเกมจากภูมิภาคอื่นได้ จึงถือเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี³⁹

³⁸ The IT Law Wiki, Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens [Online].

Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Kabushiki_Kaisha_Sony_Computer_Entertainment_v._Stevens [January 20, 2009]

³⁹ High Court of Australia, Eddy Stevens v. Kabuchiki Kaisha Sony Computer Entermert, Sony Computer Entertainment Europe Limited and Sony Computer Entertainment Australia Pty Limited [Online]. October 6, 2005. Available from: <http://www.hcourt.gov.au/media/Stevens.pdf> [January 15, 2009]

ทางออกการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ของ Sony อยู่บนพื้นฐานของวิธีการ “Lock and Key” โดยแผ่นวีดีโอเกมจะมีการฝัง “Key” ซึ่งไม่สามารถถูกทำซ้ำได้โดยการใส่เครื่องมือที่ใช้บันทึกข้อมูลลงแผ่นซีดีทั่วไป และเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันจะถูกฝัง “Lock” ซึ่งต้องใช้งานร่วมกับกุญแจที่เข้ากันได้ ก่อนที่จะโหลดข้อมูลจากแผ่นวีดีโอเกมนั้น ซึ่ง mod chip จะหลีกเลี่ยงตัว Lock เพื่อที่จะได้ไม่ต้องใช้ Key⁴⁰

ในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น First Instance Decision (Federal Court) ผู้พิพากษา Ronald Sackville ตัดสินว่า การใช้รหัสภูมิภาคของโจทก์ไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยี เพราะมาตรการทางเทคโนโลยีจะต้องเป็นเครื่องมือที่ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการเข้าถึงหรือการทำงานโดยละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการเข้ารหัสภูมิภาคในคดีนี้ไม่ใช่เพื่อป้องกันการทำซ้ำเกม แต่ใช้เพื่อป้องกันการใช้แผ่นวีดีโอเกมที่ไม่ได้เข้ารหัสภูมิภาคไว้ตรงกันกับรหัสภูมิภาคของเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชัน ดังนั้น Mod Chip จึงไม่ใช่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพราะไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ก็ได้เสนอข้อคิดเห็นเพิ่มเติมว่า ถ้าการใช้รหัสภูมิภาคเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว Mod Chip ของจำเลยก็อาจเข้าเงื่อนไขของการเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้

อย่างไรก็ตาม Full Federal Court ตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่า การใช้รหัสภูมิภาคที่ฝังอยู่ในเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันเป็นมาตรการทางเทคโนโลยี แม้ว่ามันจะไม่ได้ป้องกันการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ก็ยังเป็นเครื่องมือที่ขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการทำให้แผ่นวีดีโอเกมที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เล่นไม่ได้ก็เพียงพอแล้วและทำให้ไม่เกิดแรงกระตุ้นในการทำซ้ำเกม ศาลชั้นต้นจึงตัดสินว่า การดัดแปลงแก้ไขเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันของจำเลยเพื่อทำให้สามารถเล่นกับแผ่นวีดีโอเกมที่ไม่ได้รับอนุญาตเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

⁴⁰ Shelstonip Newsletter, [Australian high court rules on mod chips](http://www.shelstonip.com/documents/IPNewsFeb_Mar06.pdf) [Online]. February-March 2006. p.4, Available from: http://www.shelstonip.com/documents/IPNewsFeb_Mar06.pdf [January 15, 2009]

ศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของ Full Federal Court และยืนยันในเหตุผลของผู้พิพากษา Sackville ว่า มาตรการทางเทคโนโลยีต้องเป็นเครื่องมือซึ่งปฏิเสธการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือจำกัดความสามารถในการทำซ้ำงาน และป้องกันหรือขัดขวางการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้ mod chip ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำซ้ำเกมที่ได้รับควบคุมครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่เพียงแค่ว่าเพื่อเข้าถึงเกมเท่านั้น ดังนั้น Mod Chips จึงไม่ใช่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁴¹ การใช้ mod chip เพื่อหลีกเลี่ยงการป้องกันโดย access code ในแผ่นวีดีโอเกมและเครื่องมือ boot ROM ภายในเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชัน ไม่สามารถกล่าวได้ว่าทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำซ้ำเกมตามความหมายของ Section 31 การทำซ้ำดังกล่าวได้เกิดขึ้นเรียบร้อยแล้วตั้งแต่ในขั้นตอนการบันทึกข้อมูลลงแผ่นซีดี mod chip ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกทำซ้ำ⁴² นอกจากนี้ ศาลได้กล่าวว่าโครงสร้างที่แท้จริงของมาตรการทางเทคโนโลยีจะต้องเป็นเครื่องมือซึ่งป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้รหัสภูมิภาคของซีดีไม่ได้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เพียงป้องกันการเข้าถึงงานเมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น⁴³

อนึ่ง เนื่องจากคดีนี้ตัดสินตาม Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 แต่ตามบทบัญญัติของออสเตรเลียที่มีผลบังคับใช้ขณะนี้ คือ Copyright Amendment Act 2006

* นอกจากนี้ ศาลฎีกายังยืนยันคำตัดสินของผู้พิพากษา Sackville และเสียงส่วนมากของ Full Federal Court ว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้ถูกทำซ้ำในวัสดุสำคัญ (in a material form) ใน RAM และสำเนาของภาพยนตร์ (เกม) ไม่ได้ถูกทำซ้ำใน RAM เมื่อเกมถูกเล่น

⁴¹ High Court of Australia, Eddy Stevens v. Kabuchiki Kaisha Sony Computer Entertainment, Sony Computer Entertainment Europe Limited and Sony Computer Entertainment Australia Pty Limited [Online]. October 6, 2005. Available from: <http://www.hcourt.gov.au/media/Stevens.pdf> [January 15, 2009]

⁴² White SW Computer Law Intellectual Property, Information Technology & Telecommunications Newsletter, Mod chips "mod" copyright law in Australia [Online]. December 2005. Available from: <http://www.computerlaw.com.au/doku.php?id=wcl:newsletters:nldec05> [January 15, 2009]

⁴³ The IT Law Wiki, Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Kabushiki_Kaisha_Sony_Computer_Entertainment_v._Stevens [January 20, 2009]

ซึ่งได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า การใช้ลิขสิทธิ์ภาคเพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งแยกตลาดไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตาม Main Amendment 1 Subsection 10(1)(c) และ Main Amendment 5 Subsection 10(1)(b)(iii) ดังนั้น ผู้บริโภคจึงสามารถหลีกเลี่ยงการเข้ารหัสภูมิภาคในแผ่นดีวีดีที่ซื้อมาโดยถูกกฎหมายจากต่างประเทศได้ อาจกล่าวได้ว่าการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการเข้ารหัสภูมิภาคนี้ เป็นการรวบรวมมาจากหลักซึ่งศาลสูงได้วางหลักไว้ในคดีนี้นั่นเอง⁴⁴

แม้ว่าทั้ง DMCA ของสหรัฐอเมริกา และ Copyright Amendment Act 2006 ของประเทศ ออสเตรเลียจะถูกอนุวัติการตามสนธิสัญญาฉบับเดียวกัน คือ WCT WPPT รวมทั้ง AUSFTA แต่บทบัญญัติของออสเตรเลียก็แสดงให้เห็นถึงผลที่แตกต่างกัน คือ ในสหรัฐอเมริกามีการเสนอให้มีข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงการเข้ารหัสภูมิภาค แต่ในที่สุดก็ไม่ได้รับการอนุญาต ในขณะที่ออสเตรเลียมีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ใช้เพื่อการควบคุมแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาคและเพื่อจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้า ซึ่งทำให้ช่วยลดคดีหรือข้อพิพาทอย่างเช่นคดีหมึกเครื่องพิมพ์ของ Lexmark และเครื่องเปิดประตูโรงรถของ Chamberlain ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาด้วย เพราะแม้ว่าผลการตัดสินของศาลในสหรัฐอเมริกาจะออกมาในทางที่ไม่ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยเป็นการฝ่าฝืน DMCA ก็ตาม แต่การที่ไม่มีบทบัญญัติไว้ชัดเจนเหมือนกรณีของออสเตรเลีย ทำให้ผลของคดีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงมากกว่า

ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติ Copyright Amendment Act 2006 สะท้อนให้เห็นว่า การอนุวัติการกฎหมายภายในของออสเตรเลียมีความยืดหยุ่นในการคงความสมดุล ระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี กับการคุ้มครองผู้บริโภคและบริษัทที่ดำเนินธุรกิจซึ่งแข่งขันกับเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้ ยังคงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ในการมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีคือ เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีอยู่อย่างแพร่หลายในยุคดิจิทัลเท่านั้น ไม่ใช่เพื่อเพิ่มอำนาจผูกขาดหรือให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์นอกเหนือจากขอบเขตที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้อำนาจไว้ บทบัญญัติเช่นนี้น่าจะเป็น

⁴⁴ Screen Australia, Flexible vision v.2.0 a compendium of new and emerging audiovisual content delivery platforms and government intervention 2nd edition 2008 [Online]. July 2008. p.29, Available from: http://www.screenaustralia.gov.au/documents/SA_publications/FlexibleVision_08.pdf

ตัวอย่างที่ดีซึ่งประเทศไทยควรนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเช่นกัน

1.3 การกระทำที่เป็นความผิด

▪ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะมีความผิดตาม Copyright Amendment Act 2006 จะจำกัดเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น⁴⁵ และผู้กระทำจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำของตนจะมีผลเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองโดยจะมีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา

▪ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะเป็นความผิดนั้น ครอบคลุมทั้งมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงและมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ และผู้กระทำจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเครื่องมือนั้นใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยแยกเป็นกรณี 2 กรณี คือ (1) การผลิตหรือนำเข้าเครื่องมือโดยมีเจตนาจะจัดหาเครื่องมือนั้นให้แก่บุคคลอื่น แจกจ่าย จัดหา หรือส่งต่อเครื่องมือให้แก่บุคคลอื่น หรือเสนอเครื่องมือสู่สาธารณชน โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่า เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง⁴⁶ และ (2) การจัดหาบริการให้แก่บุคคลอื่น หรือเสนอบริการสู่สาธารณชน โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่า เป็นบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง⁴⁷

1.4 ข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

⁴⁵ Subdivision A Section 116AN(1)

⁴⁶ Subdivision A Section 116AO(1)

⁴⁷ Subdivision A Section 116AP(1)

บทบัญญัติ Copyright Amendment Act 2006 มีข้อยกเว้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ได้แก่

(1) กรณีการกระทำโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว⁴⁸ โดยใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น

(2) กรณีการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น และทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมโยงการทำงาน (interoperability) ระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นโดยอิสระกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นหรือโปรแกรมอื่นใด ข้อยกเว้นนี้ใช้กับทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁴⁹ และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งที่ควบคุมการเข้าถึง และที่ควบคุมการทำซ้ำ⁵⁰

(3) กรณีการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับสำเนาของงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง โดยจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองนั้น และทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการระบุหรือวิเคราะห์ข้อบกพร่องหรือจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้ารหัส โดยผู้กระทำจะต้องเป็นผู้ที่อยู่ในสาขาเทคโนโลยีการเข้ารหัส และจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวในการดำเนินการดังกล่าว หรือได้ดำเนินการหรือจะดำเนินการด้วยความพยายามโดยสุจริตเพื่อให้ได้รับการอนุญาตเช่นนั้น ข้อยกเว้นนี้ใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁵¹ และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง⁵²

(4) กรณีการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น และทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทดสอบสำเนา หรือแก้ไขความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์

⁴⁸ Subdivision A Section 116AN(2)

⁴⁹ Subdivision A Section 116AN(3)

⁵⁰ Subdivision A Section 116AO(3) และ Section 116AP(3)

⁵¹ Subdivision A Section 116AN(4)

⁵² Subdivision A Section 116AO(4) และ Section 116AP(4)

และได้รับอนุญาตจากเจ้าของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้นด้วย
 ข้อยกเว้นนี้ใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁵³ และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้
 สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง⁵⁴

(5) กรณีการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับสำเนาของงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง
 ซึ่งจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองนั้น โดยดำเนินการเพื่อ
 วัตถุประสงค์ในการบ่งชี้และทำลายความสามารถในการรวบรวมหรือเผยแพร่ข้อมูลเฉพาะตัวที่
 บ่งชี้กิจกรรมการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายทางคอมพิวเตอร์ (online) ของบุคคลธรรมดาที่ถูก
 ปกปิดไว้⁵⁵ โดยใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น

(6) กรณีการกระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้
 กฎหมายหรือความมั่นคงของชาติหรือปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยหรือในนาม
 ของเครื่องจักรภาพ (เนื่องจากออกสเตอร์เดียวอยู่ในเครื่องจักรภาพ) รัฐ หรือดินแดน หรือผู้มีอำนาจของ
 กลุ่ม ดังกล่าว ข้อยกเว้นนี้ใช้กับทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁵⁶ และการผลิตหรือ
 เผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งที่ควบคุมการเข้าถึงและ
 ที่ควบคุมการทำซ้ำ⁵⁷

(7) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโดยห้องสมุดที่ไม่
 แสวงหากำไร สถาบันการศึกษา หอสมุด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตัดสิ้นใจเกี่ยวกับการได้มาซึ่งงาน
 หรือ สิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครอง และไม่อาจหางานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าวได้
 ขณะที่กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี⁵⁸

(8) ข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ตามกฎหมาย (prescribed acts)⁵⁹ โดยจำกัดเฉพาะ
 สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติให้สามารถ
 กำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการ

⁵³ Subdivision A Section 116AN(5)

⁵⁴ Subdivision A Section 116AO(5) และ Section 116AP(5)

⁵⁵ Subdivision A Section 116AN(6)

⁵⁶ Subdivision A Section 116AN(7)

⁵⁷ Subdivision A Section 116 AO(6) และ Section 116 AP(6)

⁵⁸ Subdivision A Section 116AN(8)

⁵⁹ Subdivision A Section 116AN(9)

ทางเทคโนโลยีได้ และจะต้องเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อทำให้สามารถกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดได้ โดยจะมีกระบวนการออกเป็น Regulation ตาม Section 249 อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวที่กฎหมายจะยกเว้นให้ นั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองนั้น

(9) กรณีเครื่องมือหรือบริการที่ได้รับการส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาดว่ามีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ผู้ที่สร้างเครื่องมือหรือบริการดังกล่าวไม่ได้เป็นผู้ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด และไม่ได้สั่งการหรือร้องขอ (โดยชัดแจ้งและโดยนัย) ให้ผู้อื่นส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาดให้แก่เครื่องมือหรือบริการดังกล่าวของตน⁶⁰ ซึ่งข้อยกเว้นนี้ใช้กับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น

ตารางที่ 4: แสดงกิจกรรมและการกระทำที่ได้รับการยกเว้นภายใต้ Copyright Amendment Act 2006

กิจกรรมที่ได้รับการยกเว้น	การกระทำที่เป็นความผิด		
	Circumvention access control	Trafficking access control	Trafficking copy control
1. การกระทำโดยได้รับอนุญาต	✓	-	-

⁶⁰ Subdivision A Section 116AO(2) และ Section 116AP(2)

2. การเชื่อมโยงการทำงาน	✓	✓	✓
3. การวิจัยการเข้ารหัส	✓	✓	-
4. การทดสอบความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์	✓	✓	-
5. ความเป็นส่วนตัวในการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายทางคอมพิวเตอร์ (online privacy)	✓	-	-
6. การบังคับใช้กฎหมายหรือความมั่นคงของชาติ	✓	✓	✓
7. ห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร สถาบันการศึกษา หอสมุด	✓	-	-
8. ซ้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ตามกฎหมาย	✓	-	-
9. ผู้ที่สร้างเครื่องมือไม่ใช่ผู้ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด	✓	✓	-

2. กฎหมายของชิลี

ใน Chile-US FTA ให้เวลารัฐภาคี 5 ปี (five-year transitional period) ในการอนุวัติการกฎหมายภายในตามพันธกรณีที่มีอยู่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตาม Article 17.12.2 “In those cases in which the full implementation of the obligations contained in this Chapter requires a Party to amend its domestic legislation or additional financial resources, those amendments and financial resources shall be in force or available as soon as practicable, and in no event later than: (c) five years from the date of entry into force of this Agreement, with respect to the obligations in Article 17.7(5) on effective technological measures.”

บทบัญญัติของประเทศชิลีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ ส่วนมากจะมาจาก Chilean Law on Copyright (Law No. 17,336 of 1970 as amended Law 19,166 of 1992) และ Industrial Property Law 19,039 โดย Law 19,166 of 1992 ได้รับการแก้ไขมาจาก Law 17,336 of 1970 เพื่อให้มาตรฐานของประเทศชิลีเป็นไปตาม Berne Convention งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายชิลีได้แก่ หนังสือ แบบ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ สิ่งบันทึกภาพและเสียง ภาพถ่าย แบบแปลนและแผนที่ทางสถาปัตยกรรม โดยจะต้องมีการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อ Intellectual Property Register และงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันไม่ว่างานนั้นจะปรากฏในสื่ออินเทอร์เน็ตหรือสื่อประเภทอื่น แม้ว่าการบังคับตามสิทธิในสื่ออินเทอร์เน็ตจะมีความยุ่งยากกว่าก็ตาม

3. กฎหมายของเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (TRIPs) ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1995 อนุสัญญากรุงเบอร์น ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1996 และ WCT ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2004 สำนักงานลิขสิทธิ์อยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวงวัฒนธรรมและการท่องเที่ยว ส่วนสำนักงานลิขสิทธิ์สำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวงสารสนเทศและการสื่อสาร (Ministry of Information and Communication) โดยที่ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขใน KORUS FTA เกาหลีใต้จำเป็นต้องแก้ไขทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ “Computer Programs Protection Act” หรือ CPPA ซึ่งครอบคลุมงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่เนื่องจากขณะนี้สหรัฐอเมริกาและเกาหลีใต้ยังอยู่ในระหว่างการรอกการให้สัตยาบันใน KORUS FTA โดยสภาของทั้งสองฝ่าย ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะขอกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศเกาหลีใต้ที่บังคับใช้เกี่ยวข้องกับมาตรการทางเทคโนโลยีอยู่ในขณะนี้

บทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเกาหลีใต้ มีการกล่าวถึงมาตรการทางเทคโนโลยีใน มาตรา 2 ซึ่งได้นิยามความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีว่า หมายถึง “มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้โดยผู้ทรงสิทธิหรือผู้ซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ทรงสิทธิ เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ และ มาตรา 104(1) ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการออนไลน์ (Online Service Providers) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือการทำให้ผู้คนต่างๆ สามารถส่งผ่านงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ตอบระหว่างกันได้ โดยการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้ทรงสิทธิจะต้องใช้มาตรการที่จำเป็น เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อยับยั้งการส่งผ่านงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผิดกฎหมาย จะเห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองคือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการใช้หรือการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น ไม่รวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ที่อนุวัติการตามบทบัญญัติใน KORUS FTA ได้บัญญัติให้รวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย และบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการออนไลน์ (Online Service Providers) เช่น peer-to-peer ในการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดย Article 103(2) กำหนดให้ผู้ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์สามารถร้องขอไปยัง ISP ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ให้หยุดการทำซ้ำหรือส่งผ่านงานของตน ซึ่ง ISP ดังกล่าวจะต้องหยุดการทำซ้ำและส่งผ่านดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งความไม่เพียงพอของการคุ้มครองที่เป็นสาเหตุที่ต้องแก้ไขคือ กฎหมายปัจจุบันไม่ได้

ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ห้ามเพียงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น^{*}

ในประเทศเกาหลีใต้มีวิธีการที่ใช้ในการป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล เช่น การป้องกันโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับคือ “Computer Programs Protection Act” หรือ CPPA มีบทบัญญัติในมาตรา 30 ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างมีประสิทธิภาพ โดยปราศจากฐานทางกฎหมายที่เหมาะสม (without proper legal basis) รวมทั้ง (1) ห้ามการผลิต นำเข้า โอน หรือให้เช่า หรือจำหน่ายอุปกรณ์ เครื่องมือ และชิ้นส่วนซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (2) ห้ามการส่งผ่านและเผยแพร่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และ (3) เสนอเทคโนโลยีใดๆ ซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น นอกจากนี้ ในมาตรา 34-2 ยังให้อำนาจรัฐมนตรีกระทรวงข้อมูลและการสื่อสารในการสั่งผู้ให้บริการออนไลน์ (Online Service Provider) ปฏิเสธ หยุด หรือจำกัดการบริการ เมื่อโปรแกรมหรือข้อมูลที่ถูกส่งผ่านทางเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสาร เป็นข้อมูลและโปรแกรมซึ่งใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากนี้ ยังมีการนำข้อตกลงในลักษณะสัญญา Shrink-wrap license มาใช้ด้วย ซึ่งข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่มีผลบังคับ หากเงื่อนไขในการอนุญาตไม่ปรากฏบนหีบห่อ ด้านนอก และผู้ขายยังมีหน้าที่แสดงข้อความและอธิบายให้ชัดเจนตาม Section 3 ของ Act concerning Regulation of Standard Controls in Korea

* ในขณะที่ CPPA กลับห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์หรือ Copyright Act จะใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่นทั้งหมด ยกเว้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์

** Computer Programs Protection Act (amended on October 4, 2006)

บทที่ 4

ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

การกำหนดขอบเขตของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง โดยจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty: WCT) และสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT) ซึ่งขณะนี้ประเทศไทยยังมีได้เป็นภาคี¹ ประเทศไทยจึงยังไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องจำกัดการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากไม่ว่าตาม WCT WPPT หรืออนุสัญญากรุงเบอร์ลิน เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีสิทธิในการเข้าถึง (Right to Access) แต่อย่างใด มีเพียงแต่สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่ งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยจะทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา ก็คงจะต้องให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะเดียวกันกับที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศอื่น อาทิ ออสเตรเลีย ชิลี และเกาหลีใต้ ซึ่งประเทศไทยก็อาจจะต้องให้ความคุ้มครองแก่การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย เหมือนกับที่ประเทศออสเตรเลียต้องแก้ไขบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายลิขสิทธิ์ของตน จากที่เดิมห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ให้รวมถึงการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงด้วย ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในระยะแรกที่น่าจะเป็นประโยชน์และเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทยมากที่สุด น่าจะเป็นเพียงกรณีการห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น โดยไม่รวมถึงการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด

¹ ข้อมูล ณ วันที่ 23 มกราคม 2552 จากเว็บไซต์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO)

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 และ

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20

การที่สหรัฐอเมริกาเป็นผู้ผลิตและส่งออกงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ใหญ่ที่สุดของโลก ดังนั้น การให้หลักประกันที่เข้มแข็งต่อบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี จึงเป็นหัวใจหลักของวาระทางการค้าหรือเจตนารมณ์ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยจึงควรระมัดระวังในการพิจารณาว่า รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมกับกฎหมายของประเทศจะเป็นเช่นใด ไม่ควรอ้างอิงบทบัญญัติตาม Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) เนื่องจาก DMCA นั้นไปไกลเกินกว่าพันธกรณีตาม WCT และ WPPT และมีบทความหลายบทความที่นำเสนอข้อบกพร่องของ DMCA รวมทั้งการใช้ DMCA เพื่อคุกคามผู้อื่นและคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเองก็แสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีใน DMCA ของสหรัฐอเมริกา ไม่ได้มีประสิทธิภาพในการหยุดหรือลดการละเมิดลิขสิทธิ์และการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ทางระบบออนไลน์ แต่กลับเป็นการกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค การวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์ การแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม และการคิดค้นพัฒนาทางเทคโนโลยี

ผลกระทบต่อสิทธิในการใช้ประโยชน์ของสาธารณชน

มาตรการทางเทคโนโลยีถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการช่วยป้องกันทั้งการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยปราศจากอำนาจหรือการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากอีกด้านหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ต้องการที่จะให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งถือเป็นนโยบายสาธารณะที่อยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของเกือบทุกประเทศ ดังนั้น หากพิจารณาในแง่ของผลกระทบต่อสังคมโดยรวมแล้ว การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานอันมีลิขสิทธิ์อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของสาธารณชนและการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะ ในการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use) ซึ่งเป็นหลักการในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ ซึ่งอนุญาตให้มีการใช้งานนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีวัตถุประสงค์ เช่น การติชม การวิจารณ์ การรายงานข่าว การสอน การศึกษา หรือทำวิจัย

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกคือ The Kingdom of Great Britain's Statute of Anne of 1709 ไม่มีกรณีการทำซ้ำที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ดังนั้นศาลจึงได้สร้างหลัก "Fair Abridgement" ซึ่งต่อมากลายเป็นหลัก "Fair Use" จนกระทั่งปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรใน Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. Section 107 โดยศาลจะพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (fair use) หรือไม่ ซึ่งมีองค์ประกอบในการพิจารณา 4 ประการ ได้แก่ (1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมทั้งพิจารณาว่าเป็นการใช้งานในทางการค้า หรือใช้เพื่อการศึกษาที่มีได้มุ่งหากำไร (2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท (3) ปริมาณและ

เนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญที่ถูกลำนำไปใช้เมื่อเทียบกับเนื้อหาทั้งหมด และ (4) ผลกระทบของการใช้ต่อตลาดที่เกี่ยวข้องหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โดยหลักการพิจารณาองค์ประกอบ 4 ประการนี้มีที่มาจากคำพิพากษาคดี Folsom v. March, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงมีสิทธิที่จะพิจารณาองค์ประกอบอื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ 4 ประการข้างต้นได้ โดยองค์ประกอบทั้งหมดจะต้องถูกนำมาพิจารณาและได้ส่วนกันในแต่ละคดี²

หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์เกือบทุกประเทศ แต่รายละเอียดและสิทธิที่ได้รับจะมีความแตกต่างกันไป ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้จะมีผลสำคัญ 2 ประการคือ สิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมที่มีขอบเขตกว้างไปจะลดความปรารถนาของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจำหน่ายหรือเผยแพร่ผลงานของตนในรูปแบบดิจิทัล รวมทั้งการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านบริการออนไลน์ และหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมจะกระทบต่อความคาดหวังของผู้บริโภคเกี่ยวกับสิ่งที่สามารถทำได้และทำไม่ได้กับสำเนางานดิจิทัลที่ตนซื้อ³

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้บัญญัติเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 32 โดยกำหนดให้การใช้งานลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นในบางลักษณะสามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะถือว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม เช่น การใช้งานในการเรียนการสอน การเสนอรายงานข่าว หรือการใช้งานโดยบรรณารักษ์ห้องสมุด เป็นต้น แต่จะต้องอยู่ภายใต้หลักการสำคัญ 2 ประการ คือ ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร⁴ อย่างไรก็ตาม การจะใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยอาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นี้จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังให้อยู่ในขอบเขตของ

² Wikipedia, Fair use [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_use [January 6, 2009]

³ William W. Fisher, iTunes case study: overview and summary of conclusions [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. p.2. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf> [January 15, 2009]

⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมในการรายงานข่าว [Online]. 21 พฤษภาคม 2551. แหล่งที่มา http://www.dip.moc.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=21&id=207&Itemid=232

กฎหมาย ซึ่งมีความยุ่งยากเพราะกฎหมายใช้ถ้อยคำที่ยากจะชี้ชัดเป็นเกณฑ์รูปธรรมได้ เช่น คำว่า “ตามปกติ” “เกินสมควร” “ตามสมควร” ทำให้คู่กรณีรับรู้ความหมายที่แตกต่างกัน⁵

ใน DMCA มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด แต่ก็มีข้อจำกัดที่แคบมาก การกระทำที่เป็นการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์อาจเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม DMCA ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมในตัวเองไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี และหลักการเช่นนี้ได้ถูกนำมาใช้ในความตกลงการค้าเสรีด้วย⁶ โดยกำหนดว่า การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีย่อมเป็นอิสระจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหมายความว่าข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมไม่สามารถนำมาใช้กับการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีได้⁷ เช่น ในคดี Universal City Studios Inc. v. Reimerdes ซึ่งจำเลยได้ยกข้อต่อสู้เรื่องการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม แต่ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่ได้ถูกฟ้องในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งสามารถยกข้อต่อสู้เรื่องการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ แต่จำเลยถูกฟ้องสำหรับการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตาม DMCA⁸

หากมีการนำมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือที่ควบคุมการทำซ้ำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ ย่อมทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานนั้นตามหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ ทั้งที่ตนได้สำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาโดยชอบ ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อแผ่นซีดีเพลงย่อมมีสิทธิ

⁵ ธัชชัย ศุภผลศิริ (2547), “การได้มา การปกป้อง และการใช้ลิขสิทธิ์,” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2*, นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ), หน้า 456 – 457. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

⁶ AUSFTA Article 17.4: Copyright Section 7 (d) “Each Party shall provide that a violation of a measure implementing this paragraph is a separate civil or criminal offence and independent of any infringement that might occur under the Party’s copyright law.”

⁷ นันทน อินทนนท์ (2547), “ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี: บทวิเคราะห์ผลกระทบบางประการต่อประเทศไทย,” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1*, นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ), หน้า 174. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

⁸ Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000) อ้างใน The IT Law Wiki, *Universal City Studios v. Corley* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Universal_City_Studios_v._Corley [January 5, 2009]

ที่จะทำสำเนาแผ่นซีดีเพลงนั้นเพื่อป้องกันกรณีแผ่นซีดีต้นฉบับชำรุดได้ ซึ่งสามารถกระทำได้เนื่องจากเข้าช้อยกเว้นการใช้งานดังกล่าวเพื่อประโยชน์ส่วนตัว แต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันมิให้มีการทำซ้ำแผ่นซีดีเพลงดังกล่าว และมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ ไม่ว่าจะเป็นการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรือห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ผู้ที่ใช้เครื่องมือและ/หรือผู้ผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือดังกล่าวก็จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทบต่อการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ถือซีดีเพลงนั้นอันเป็นหลักการเดิมที่กฎหมายลิขสิทธิ์ดั้งเดิมให้ความรับรองไว้ นอกจากนี้ หากมีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ สาธารณชนย่อมจะไม่สามารถนำช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้ได้เลย⁹

ผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเป็นการขยายขอบเขตของสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้รับตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในแง่ที่ว่าแม้กฎหมายลิขสิทธิ์ภายในของแต่ละประเทศจะมีช้อยกเว้นที่อนุญาตให้สาธารณชนสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจง แต่มาตรการทางเทคโนโลยีก็ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถขัดขวางการใช้ช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นของสาธารณชน เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถใส่ล๊อคในสินค้าของตนซึ่งจำกัดการใช้โดยชอบด้วยกฎหมายของสาธารณชนที่ไม่อาจเข้าถึงตัวทำลายล๊อคหรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรืออาจกล่าวได้ว่า หากปราศจากเครื่องมือหรือบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว สาธารณชนก็จะไม่สามารถใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ และแม้ว่าจะมีการกำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถออกช้อยกเว้นเพิ่มเติมได้ก็ตาม แต่หากช้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้ยกเว้นการห้ามผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย ก็จะมีไม่กี่บริษัทที่ต้องการเข้าสู่ตลาดโดยการสร้างเครื่องมือหรือบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งอาจทำให้ถูกดำเนินคดีได้ ผลคือ ผู้ใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมก็ยังคงมีความยากลำบากในการหาเครื่องมือหรือบริการเพื่อให้ตนสามารถใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบได้อยู่ดี

⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 32 วรรคสอง (2) ช้อยกเว้นในการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท

⁹ เพราะหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมเป็นข้อต่อสู้สำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ อาทิ สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่สู่สาธารณชน เป็นต้น ดังนั้น หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมจึงไม่ใช่ข้อต่อสู้ในการเข้าถึงงาน เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเข้าถึงงาน

นอกจากนี้ ในประเทศต่างๆ จะนำกฎหมายสัญญาฉบับบังคับกับการใช้ข้อตกลงการให้บริการ (terms of service) และข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license agreements) เพื่อควบคุมการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลของสาธารณชน ซึ่งข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจำกัดสิทธิที่ผู้บริโภคได้รับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งในยุโรปและญี่ปุ่นข้อกำหนดเหล่านี้มักจะห้ามผู้ใช้จำหน่ายต่อ ให้ยืม หรือโอนถ่ายเพลง ซึ่งเป็นการกระทำที่โดยปกติได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักการระงับไปซึ่งสิทธิจากการจำหน่ายครั้งแรก (first sale doctrine) หรือหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม¹⁰

ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากกฎหมายภายในบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไว้อย่างกว้างขวาง โดยห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกอย่าง หรือทำให้เครื่องมือทุกประเภทที่สามารถใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เป็นสิ่งที่จะต้องห้ามตามกฎหมาย ก็ย่อมจะทำให้สาธารณชนไม่สามารถใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์เดิมได้ จึงควรมีข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดสำหรับการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม ทั้งสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อให้หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมที่มีอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ยังคงสามารถบังคับใช้ได้กับการเผยแพร่ในงานในรูปแบบดิจิทัลที่มีการนำมาตราการทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานนั้นได้ เช่นเดียวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เผยแพร่ในรูปแบบที่จับต้องได้แบบดั้งเดิม

ผลกระทบต่อการสร้างอำนาจผูกขาด

ปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับดิจิทัลมากมายถูกรวมเข้าไปกับสินค้าที่จับต้องได้ ตั้งแต่เครื่องจักรอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ เครื่องยนต์รถ เครื่องใช้ในครัวเรือน เช่น ดิจิตอลเปียโน ระบบเสียงสเตอริโอ เครื่องปิ้งขนมปัง¹¹ ดังจะเห็นได้จากที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 โดยยกตัวอย่างคดีในสหรัฐอเมริกาที่มีการพยายามนำบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้

¹⁰ William W. Fisher, [iTunes case study: overview and summary of conclusions](http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf) [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. p.1. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf> [January 15, 2009]

¹¹ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): p.512.

DMCA มาใช้ประโยชน์ในการป้องกันตลาดสินค้าชิ้นส่วน อุปกรณ์ อะไหล่ (Aftermarket Product) เช่น ในคดีผู้ผลิตเครื่องพิมพ์และแท่นหมึกเครื่องพิมพ์¹² และผู้ผลิตเครื่องเปิดประตูโรงจอดรถ¹³ ได้ใช้กระบวนการรับรองความถูกต้อง (authentication) ซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงอย่างหนึ่ง เพื่อทำให้ชิ้นส่วนอะไหล่หรืออุปกรณ์ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ตอบสนองกับชิ้นส่วนหลักที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ฝังโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อควบคุมการทำงานร่วมกับชิ้นส่วนหลักไว้ ซึ่งหากนำชิ้นส่วนอะไหล่อย่างแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ที่ผลิตโดยบริษัทคู่แข่งไปใช้กับเครื่องพิมพ์ของโจทก์ หรือนำอุปกรณ์ที่ทำงานร่วมกันกับชิ้นส่วนหลักอย่างรีโมทคอนโทรลรถของโจทก์ไปใช้กับระบบเปิดประตูโรงรถของโจทก์ เครื่องพิมพ์หรือเครื่องเปิดประตูโรงรถก็จะไม่ทำงาน ถือเป็นกรกระทำในลักษณะของการบังคับขายสินค้าพวง (tie-in) อันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมต่อบริษัทคู่แข่ง และยังเป็นกรเอาเปรียบผู้บริโภค เนื่องจากผู้บริโภคจะถูกบังคับให้ต้องใช้สินค้าชิ้นส่วน อุปกรณ์ อะไหล่ของโจทก์¹⁴ หรือผู้ผลิตรายอื่นที่โจทก์อนุญาตเท่านั้น

ผลจากการนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปฝังไว้ในสินค้าที่เป็นชิ้นส่วนหลัก เพื่อควบคุมการทำงานของชิ้นส่วนหลักดังกล่าวของเจ้าของลิขสิทธิ์เช่นนี้ ย่อมทำให้สินค้าที่ถูกควบคุมการทำงานโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ภายใต้ขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีด้วย ซึ่งปัจจุบันนี้มีสินค้าบริโภคและสินค้าอุตสาหกรรมหลากหลายประเภทที่ถูกควบคุมการทำงานโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งถ้าผู้ผลิตสินค้าเหล่านั้นทำให้การเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ควบคุมการทำงานของสินค้าดังกล่าวอยู่ภายใต้กระบวนการรับรองความถูกต้อง ก็น่าจะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการร่างกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งมุ่งป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กลับถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการผูกขาดตลาดสินค้าชิ้นส่วน อุปกรณ์ อะไหล่ ควบคู่กับการให้ผู้ซื้อสินค้าต้องผูกพันภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบผูกพันด้วยการกะล่องบรรจุหรือด้วยการใช้ (Shrinkwrap license agreement)

¹² *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.*, 253 F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

¹³ *Chamberlain v. Skylink*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

¹⁴ The IT Law Wiki, *Lexmark v. Static Control* [Online]. Available from: http://itlaw.wikia.com/wiki/Lexmark_v._Static_Control [January 5, 2009]

การจำกัดสิทธิของผู้ผลิตสินค้าในการกำหนดการจำหน่ายสินค้าปลายน้ำ (downstream product) เป็นเรื่องของนโยบายของแต่ละประเทศ แต่ก็ควรจะอยู่ภายในกรอบของกฎหมายที่เหมาะสม เช่น กฎหมายสัญญา (Contract Law) กฎหมายเกี่ยวกับการขาย (Sales Law) กฎหมายการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Law) และกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Law) แต่ปัญหาในคดี Lexmark และ Chamberlain แสดงให้เห็นว่า มีการหลอกล้อเกิดขึ้นจากการพยายามใช้กฎหมายลิขสิทธิ์กับปัญหาดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าที่จับต้องได้จำนวนมากขึ้นจะอาศัยการใส่โปรแกรมคอมพิวเตอร์รวมเข้าไปในสินค้าที่จับต้องได้ เพื่อควบคุมการค้าในตลาดสินค้าปลายน้ำ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ผลิตสินค้าเหล่านี้จะใช้เหตุผลในคำพิพากษาของคดีทั้งสองเพื่อเป็นแนวทางในการวางโครงสร้างรหัสโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน เพื่อให้มั่นใจได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจะเป็นงานอันสามารถมีลิขสิทธิ์ได้ และสามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในประเทศที่ตนทำการค้า เพื่อป้องกันคู่แข่งทางการค้าของตน โดยใช้การฟ้องร้องภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวได้¹⁵

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนระหว่างกฎหมายสัญญา กฎหมายป้องกันการผูกขาด และกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งมีนโยบายพื้นฐานที่แตกต่างกันและมีหลักการที่มีการพัฒนามาเป็นลำดับ บทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศไทย ควรจะบัญญัติให้เกิดความชัดเจนว่า หากโดยลักษณะที่แท้จริงของข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงจะใช้นโยบายและหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์รวมทั้งบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี แต่หากข้อพิพาทไม่ได้เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ต้องเน้นไปที่สิ่งที่เป็นข้อพิพาทจริงๆ นั้นเกี่ยวข้องและใช้หลักการและนโยบายที่เหมาะสม¹⁶

ทั้งนี้ อาจมีกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสินค้าที่จับต้องได้เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ในบางส่วน แต่ในทางที่จำกัดเท่านั้น เช่น เมื่อข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับสินค้าที่จับต้องได้ซึ่งถูกรวมเข้าด้วยกันกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์ แต่วัตถุประสงค์หลักทางการค้าของโจทก์คือ การปกป้องสินค้าที่จับต้องได้จากการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดสินค้าปลายน้ำ (downstream market) ในกรณีเช่นนี้โจทก์ควรมีข้อเรียกร้องที่จำกัดสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรม

¹⁵ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogtial Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp.515-520.

¹⁶ *Ibid.*

คอมพิวเตอร์ของโจทก์ซึ่งถูกจำเลยทำซ้ำเท่านั้น การเพิ่มความรับผิดชอบในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแก่ความรับผิดชอบตามกฎหมายลิขสิทธิ์เช่นนี้ จะเป็นตัวอย่างของอำนาจการลงโทษที่ขยายขอบเขตอย่างไม่พึงประสงค์ ซึ่งไม่ใช่เจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี เพราะไม่ได้เกี่ยวกับการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล¹⁷

อย่างไรก็ตาม ในกรณีสินค้าที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกันซึ่งมีโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นหัวใจของการทำงานของสินค้านั้น ซึ่งโดยตัวของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เองเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA การฟ้องร้องสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีอาจจำเป็นอย่างมาก ในกรณีที่ไม้อาจหาตัวผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ที่แท้จริง (actual copyright infringer) หรือบุคคลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจจะเหมาะสมในการดำเนินคดีกับผู้ผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เหตุผลเดียวกันนี้ยังสามารถนำมาใช้กับสินค้าดิจิทัลที่มีลิขสิทธิ์แบบดั้งเดิม เช่น ภาพยนตร์ เพลง และวิดีโอเกมในรูปแบบดิจิทัล หากลิขสิทธิ์ในงานดิจิทัลเป็นวัตถุประสงค์หลักทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่สามารถได้รับการปกป้องได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยกฎหมายลิขสิทธิ์แบบดั้งเดิม ความรับผิดชอบภายใต้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีควรจะนำมาใช้ได้ในการนี้¹⁸

มีผู้เสนอความเห็นเกี่ยวกับการนำข้อต่อสู่เรื่องการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมมาใช้กับเรื่องการเชื่อมโยงการใช้งานร่วมกัน (interoperability) โดยโจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า จุดเน้นทางการค้าของโจทก์อยู่ที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ มิใช่ที่สินค้าซึ่งมีการนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาควบคุมการใช้งาน และหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าจุดเน้นทางการค้าของโจทก์คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์แล้ว จำเลยก็สามารถยกข้อต่อสู่การใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมต่อข้อกล่าวหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น ในกรณีผู้ผลิตแทนหมึกเครื่องพิมพ์ซึ่งใส่โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกไว้ และใช้เทคโนโลยีการรับรองความถูกต้องเพื่อป้องกันการทำงานร่วมกันระหว่างแทนหมึกที่ผลิตโดยบริษัทคู่แข่งกับเครื่องพิมพ์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต สมมติว่าโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ (ไม่ว่าจะเพราะมีความซับซ้อนกว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในคดี Lexmark หรือเพราะในอนาคตศาลไม่ยอมรับข้อสรุปของศาลอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวเกี่ยวกับความไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว คือตัดสินให้โปรแกรม

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, pp.521-530.

คอมพิวเตอร์ดังกล่าวสามารถมีลิขสิทธิ์ได้ก็ตาม) เมื่อบริษัทคู่แข่งได้สร้างสินค้าที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกันโดยการทำวิศวกรรมย้อนกลับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ และสินค้าที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกันดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์แต่เกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ใหม่ซึ่งทำหน้าที่เทียบเท่ากัน กรณีเช่นนี้จะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเทคนิคในการทำวิศวกรรมย้อนกลับดังกล่าวถือเป็นการใช้ที่เป็นธรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ และในกรณีเช่นนี้อาจจะไม่เหมาะสมสำหรับการนำ DMCA เข้ามาตัดสิน¹⁹

มีคดีที่ศาลตัดสินในปี ค.ศ. 1992 ซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะมีบทบัญญัติ DMCA ของสหรัฐอเมริกา โดยศาลอนุญาตให้บริษัทคู่แข่งสามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อเชื่อมโยงการทำงานร่วมกับสินค้าของโจทก์ได้ ในคดี Sega Entertainment Limited v. Accolade, Inc. ศาลได้ยืนยันสิทธิของจำเลยในการทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน โดยกล่าวว่า สภาพของกรณีพิเศษที่จะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน ถ้าการแยกออกจากกันของรหัสจุดหมาย (object code) ซึ่งมีลิขสิทธิ์ เป็นการใช้อย่างไม่ชอบธรรมในตัวของมันเอง (per se an unfair use) เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการผูกขาด (monopoly) เกินกว่าการทำหน้าที่ตามลักษณะของงาน อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องการจะได้รับอำนาจผูกขาดโดยชอบด้วยกฎหมายเหนือหลัก Functional Principle เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ตามเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร²⁰

นอกจากนี้ กรณีที่มีการนำมาตรรกะทางเทคโนโลยีไปเป็นส่วนหนึ่งในกลยุทธ์ทางการตลาด เหมือนกับที่ Apple ซึ่งคิดค้นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงชื่อ “FairPlay” ที่จะทำหน้าที่เข้ารหัสไฟล์เพลงที่ซื้อผ่านจาก iTunes Music Store ผ่านทางอินเทอร์เน็ตให้เป็นรูปแบบไฟล์ ACC โดยจะสามารถเล่นไฟล์ดังกล่าวบนเครื่องเล่นเพลง iPod ซึ่งผลิตโดย Apple เท่านั้น วัตถุประสงค์หลักของ FairPlay จึงใช้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ซื้อไปใช้เครื่องเล่นเพลง MP3 ของบริษัทอื่นที่ไม่ใช่เครื่องเล่น iPod ของ Apple นั่นเอง

¹⁹ Ibid, pp.531-534.

²⁰ Sega Entertainment Limited v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992) อ้างถึงใน Christopher Soghoian, “Ceveat venditor: Technologically protected subsidized goods and the customers who hack them,” *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6,1 (Fall 2007): p.61.

อย่างไรก็ตาม บริษัทคู่แข่งหรือโปรแกรมเมอร์อิสระก็ไม่สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับ FairPlay เพื่อที่จะคัดค้านเครื่องเล่นเพลงพกพาที่สามารถใช้งานร่วมกับเพลงที่ซื้อผ่านทาง iTunes ได้ เนื่องจากไฟล์เพลงไม่เข้าเงื่อนไขของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงไม่เข้าข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดเรื่องการทำวิศวกรรมย้อนกลับภายใต้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้น บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจึงสนับสนุนกลยุทธ์ทางธุรกิจของ Apple²¹

การใช้เทคโนโลยี Digital Right Management ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของมาตรการทางเทคโนโลยี เช่น การจำกัดจำนวนการใช้งานและรูปแบบการใช้งาน (เช่น เพลงที่ซื้อจากบริการร้านจำหน่ายเพลงออนไลน์ซึ่งสามารถฟังได้ในจำนวนครั้งที่จำกัด หรือต้องใช้งานกับเครื่องมือที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น) มีข้อดีในแง่ที่ให้ทางเลือกแก่ผู้ซื้อในการที่จะซื้อแต่เฉพาะสินค้าที่ตนต้องการเท่านั้น เช่น ต้องการฟังเพลงไหนก็ซื้อเพลงนั้น ไม่จำเป็นต้องซื้อทั้งอัลบั้มเหมือนกับการซื้อแผ่นซีดีที่จำหน่ายในร้านทั่วไป จึงทำให้เกิดธุรกิจรูปแบบใหม่ที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถติดต่อเนื้อหาของงานและเสนอจำหน่ายเพียงในส่วนที่ผู้ซื้อต้องการได้ และยังเป็นทางเลือกให้แก่ผู้ซื้อว่าจะซื้อเพลงเพื่อนำมาฟังหลายๆ ครั้งแบบประเภทซื้อขาด หรือต้องการซื้อมาเพื่อฟังเพียงไม่กี่ครั้งซึ่งมีราคาถูกลงกว่า

ในทางตรงข้าม มีผู้เห็นว่าผลกระทบที่ตามมาจากการจำกัดการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกันอย่างเช่นที่ Apple ทำนี้ จะทำให้ผู้บริโภคหันไปดาวน์โหลดไฟล์จากโปรแกรม Peer-to-peer แทน เนื่องจากแม้ว่าผู้บริโภคส่วนมากจะไม่มีความรู้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่สำเนาเพลงที่ไม่มีการเข้ารหัสจะถูกเผยแพร่อย่างรวดเร็วผ่านบริการโปรแกรม Peer-to-peer และเมื่อนั้นผู้บริโภคจำนวนมากขึ้นจะกลายเป็นผู้เผยแพร่งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในฐานะของ “uploader” โดยปราศจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ²²

จะเห็นได้ว่า มาตรการทางเทคโนโลยีต่างๆ ที่กล่าวข้างต้นนั้น ผลทำยที่สุดแล้วก็ย่อมกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรงจากการที่กลไกการตลาดมิได้ทำงานอย่างเต็มที่ หากแต่กลไกด้านราคาและ

²¹ William W. Fisher, *iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media – A case study* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, June 15, 2004. p.42-47. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf> [January 15, 2009]

²² *Ibid.*

ปริมาณของสินค้าจะขึ้นอยู่กับการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในสินค้าหลัก ควบคู่กับการใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสินค้าหลักและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่รวมอยู่ในสินค้าหลักนั้น เพื่อให้เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์นั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน นอกจากจะเป็นการเอาเปรียบคู่แข่งในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหลักแล้ว ยังเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคโดยการจำกัดสิทธิในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภค และยังเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้บริโภค เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะผลัดภาระค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่เกิดจากการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อปกป้องการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปยังผู้บริโภค นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในต่างประเทศใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน หรือกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ฝังอยู่ในสินค้าหลักที่กล่าวไปข้างต้น ผู้ผลิตในประเทศไทยที่ผลิตสินค้าหรืออุปกรณ์ต่อพ่วงหรือใช้งานร่วมกับสินค้าหลักของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าว ก็จะต้องใช้ความพยายามในการออกแบบและพัฒนาทางเทคโนโลยีเพื่อให้สามารถเชื่อมต่อกับชิ้นส่วนของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งแน่นอนว่าเป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายให้แก่บริษัทผู้ผลิต สินค้าหรืออุปกรณ์ต่อพ่วงดังกล่าว ดังนั้น ประเทศไทยจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่รัดกุมเพื่อให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ภายในประเทศด้วย

ดังนั้น บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของไทยจึงไม่ควรให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากไม่ใช่เป็นการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เป็นการนำมาใช้เพื่อป้องกันตัวสินค้ามิให้ถูกเชื่อมต่อโดยชิ้นส่วน อุปกรณ์ หรืออะไหล่ของผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำการตลาดหรือทางธุรกิจเท่านั้น ซึ่งควรจะเป็นเรื่องของกฎหมายอื่นที่เข้ามาใช้บังคับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา กฎหมายป้องกันการผูกขาด และกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น (ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และนโยบายที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายแต่ละฉบับ

นอกจากนี้ ผู้เขียนเสนอว่า ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติเหมือนยุโรป คือ “Distance Contracts Directive” ที่ให้สิทธิผู้ซื้อในการถอนจากสัญญาบางอย่างซึ่งคู่สัญญาไม่ได้อยู่ต่อหน้ากัน และ “E-Commerce Directive” ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการออนไลน์แจ้งผู้ซื้อเกี่ยวกับรายละเอียดของสินค้า เงื่อนไขสัญญา สิทธิในการถอน และข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาก่อนที่จะเลือกซื้อ

สินค้า รวมทั้งบทบัญญัติที่บังคับการติดฉลากอย่างชัดเจนบนสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ สำหรับการมีข้อจำกัดใดๆ ที่แตกต่างจากเงื่อนไขปกติของการจำหน่ายสินค้าประเภทนั้น

ผลกระทบต่อการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ (Copyright Misuse)

ในสหรัฐอเมริกาหลักในเรื่องการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ (Copyright Misuse) ไม่ใช่ข้อต่อสู้ที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหพันธรัฐ (Federal Law) แต่เป็นหลักที่เกิดจากคำพิพากษาในศาลสหพันธรัฐซึ่งพัฒนามาจากหลักการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่ทำให้จำเลยที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิบัตรสามารถหลุดพ้นได้ หากพิสูจน์ได้ว่าเจ้าของสิทธิบัตรพยายามที่จะขยายขอบเขตแห่งสิทธิของตนไปสู่ขอบเขตที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวในระยะแรกมักจะเกี่ยวข้องกับข้อตกลงขายพ่วงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ทรงสิทธิได้บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าจากตนหรือผู้ขายรายที่ตนกำหนด ซึ่งเป็นสินค้าที่มีได้อยู่ภายใต้สิทธิบัตรแต่มีความเกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสินค้าภายใต้สิทธิบัตรของตน ซึ่งต่อมาหลักการดังกล่าวได้ไปปรากฏอยู่ในกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาที่ห้ามการขายพ่วง หากข้อตกลงขายพ่วงสินค้านั้นถึงระดับที่เป็นการผูกขาดอำนาจตลาดในสินค้าที่มีการขายพ่วงนั้น¹

ในขณะที่หลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบเป็นหลักความยุติธรรมที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อเป็นข้อต่อสู้ของการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลมองว่าเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในเรื่องลิขสิทธิ์เหมือนข้อต่อสู้การใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบที่เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในกฎหมายสิทธิบัตร นโยบายสาธารณะที่อยู่เบื้องหลังการให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ไม่อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิของตนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวหรือจำกัดการผูกขาดในสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้สิทธิไว้ ซึ่งถือว่าการกระทำ

¹ เทียบ มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

“การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรา 38 นั้น

(1) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้

เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(2) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร ชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหมดอายุตามมาตรา ๓๕ ไม่ได้

การกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ เป็นโมฆะ”

ประกอบ กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 ออกตามความใน พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ข้อ 3 และ ข้อ 4

ดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ²³ หนึ่งในคำพิพากษาแรกๆ ที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบคือ คดี M.Witmark & Sons v. Jensen²⁴ ใน Minnesota Federal District Court ต่อมาศาลอุทธรณ์ของสหรัฐได้นำหลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบมาใช้ในคดี Lasercomb America, Inc. v. Reynolds โดยหลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบนี้เกิดจากหลักแห่งความยุติธรรมที่มีมานานคือ หลัก Unclean Hands ซึ่งขัดขวางคู่ความจากการได้รับการบรรเทาจากศาล เมื่อคู่ความฝ่ายนั้นได้กระทำการที่ไม่เหมาะสมซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายเสมอไป การกระทำที่ไม่เหมาะสมที่อาจจะเป็นทางไปสู่การตัดสินว่า เป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ อาทิ กิจกรรมที่ขัดต่อการแข่งขันที่เป็นธรรมทางการค้า (anti-competitive activity)²⁵

มีนักวิจารณ์บางท่านกล่าวว่า การขยายบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ไปสู่ขอบเขตของสินค้าที่มีการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์เป็นอุปกรณ์เสริมการทำงานของสินค้านั้นอย่างสมบูรณ์แบบ จะถือเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบโดยตัวของมันเอง อย่างไรก็ตาม ยังมีความไม่ชัดเจนและเป็นที่ได้เถียงกันถึงขอบเขตที่แน่นอนระหว่างการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบกับการป้องกันการผูกขาด รวมทั้งมาตรการทางเทคโนโลยีถูกนำมาใช้เพื่อทำให้ลักษณะการกระทำที่มิชอบ (fraud) ตามกฎหมายสิทธิบัตรคงอยู่ต่อไป ยิ่งกว่านั้นยังเป็นการบิดเบือนหลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์อย่างมาก²⁶

มี 2 วิธีทางที่จะนำไปสู่การใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ คือ

(1) การใช้ลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Law)

²³ Robert Spoo, Copyright misuse San Francisco Intellectual Property Law Association, [Online]. February 21, 2008. p.3, Available from: http://www.sfipla.com/2-21-08_Copyright_Misuse.pdf

²⁴ M.Witmark & Sons v. Jensen, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1984).

²⁵ Wikipedia, Copyrigh Misuse [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_misuse [January 6, 2009]

²⁶ Jerome H. Reichman, Graeme B. Dinwoodie & Pamela Samuelson, A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works, 22 Berkeley Tech. L.J. 981 (2007) อ้างถึงใน Ronald W. Staudt, "Copyright law," in Copyright Law class 28 p.16, [Online]. May 1, 2008. Available from: http://www.kentlaw.edu/faculty/rstaudt/classes/copyright_spring2008/CopyrightClass28_s08.ppt

(2) การใช้ลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ขัดขวางต่อนโยบายสาธารณะที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลิขสิทธิ์ (ในกรณีหลังนี้ถูกนำมาใช้ในขอบเขตของการกระทำที่กว้างกว่าในกรณีแรก)

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วจำเลยซึ่งยกข้อต่อสู้เรื่องการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบจะต้องพิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างว่าขัดขวางต่อการแข่งขันที่เป็นธรรม กับอำนาจเหนือตลาดในสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ/หรือระหว่างการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์กับนโยบายสาธารณะของกฎหมายลิขสิทธิ์²⁷

ตัวอย่างประเภทของกิจกรรมที่ศาลในสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าเป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ²⁸ อาทิ

(1) คดี Lasercomb America, Inc. v. Reynolds ซึ่งโจทก์ใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบในการรวมเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่จำกัดไม่ให้ผู้รับอนุญาตพัฒนาสินค้าโดยอิสระมาแข่งขันกับตนเป็นระยะเวลายาวนานถึง 99 ปี อันเป็นการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อควบคุมการแข่งขันในขอบเขตที่นอกเหนือจากลิขสิทธิ์

(2) คดี Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc. การพยายามขยายลิขสิทธิ์ในซอฟต์แวร์ระบบปฏิบัติการไปสู่การ์ดไมโครโพรเซสเซอร์²⁹ ซึ่งไม่สามารถมีสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ได้ เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าการ์ด

(3) คดี Practice Management Information Corp. v. American Medical Association จำเลยฝ่าฝืนต่อนโยบายสาธารณะในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในระบบรหัสยาที่มีลิขสิทธิ์ เพื่อแลกเปลี่ยนกับข้อตกลงของผู้รับอนุญาตว่าจะไม่ใช้ระบบรหัสของบริษัทคู่แข่งรายอื่น

²⁷ Robert Spoo, Copyright misuse San Francisco Intellectual Property Law Association, [Online]. February 21, 2008. Available from: http://www.sfipla.com/2-21-08_Copyright_Misuse.pdf

²⁸ *Ibid.*

²⁹ “โพรเซสเซอร์ (Processor) หรือหน่วยประมวลผลกลาง เป็นสมองและศูนย์กลางการทำงานทั้งหมดของคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมคุณภาพ การจัดทำกระดาษเอกสาร การทำสำเนาแฟ้มข้อมูล ฯลฯ ภายในโพรเซสเซอร์จะมีวงจรมินิชิปที่ซับซ้อน” จาก ครรชิต มาลัยวงศ์ (2547), “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต,” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2, นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ), หน้า 799 – 800. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

(4) คดี Napster การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงทางอินเทอร์เน็ต แต่จำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตในการเจรจาข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิกับคู่แข่งของผู้อนุญาต

(5) คดี Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc. การใช้ข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อป้องกันการเผยแพร่ การวิจารณ์ หรือความคิดเห็น

(6) คดี Assessment Technologies of Wisconsin, LLC v. WIREdata, Inc. การใช้การฟ้องร้องคดีการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สินเหนือข้อมูลที่ไม่มีลิขสิทธิ์

(7) คดี Shloss v. Sweeney การนำมาตราทางเทคโนโลยีไปใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์หรืองานที่สิ้นอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ลงแล้ว หรืองานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้ใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น เพื่อขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคต่อการศึกษา

คำพิพากษาในหลายคดีศาลได้เน้นจุดยืนว่า คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยกข้อต่อสู้ความรับผิดเรื่องการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบได้ แม้ว่าคู่ความฝ่ายนั้นอาจจะไม่ได้รับผลเสียใดจากการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักการการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบเป็นข้อต่อสู้สำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น คู่ความจะสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีการกล่าวหาเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ หลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบไม่ได้ทำให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นสิ้นสุดลง แต่จะมีผลทำให้คู่ความฝ่ายที่ใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบไม่สามารถบังคับใช้สิทธิตามลิขสิทธิ์ได้ในช่วงเวลาที่มีการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบนั้น หรือจนกว่าการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบนั้นจะหมดสิ้นไปแล้ว³⁰

แต่ยังไม่มียกข้อยกเว้นที่ชัดเจนหรือแนวทางจากคำพิพากษาว่า ข้อต่อสู้การใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบจะสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้การกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติ DMCA ได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม หลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบอาจจะเป็นเครื่องมือที่ดีในการทำให้เกิดความสมดุลในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่จับต้องได้ซึ่งเชื่อมโยงการทำงานโดยถูกนำมารวมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลิขสิทธิ์ โดยการนำนโยบายป้องกันการผูกขาดมาใช้อย่างเหมาะสมกับคดี นอกจากนี้ Professor Dan Burk ได้แนะนำหลัก Anti-circumvention misuse เพื่อใช้เป็นข้อต่อสู้ในการฟ้องร้องคดีการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งเหมาะสมที่จะ

³⁰ Robert Spoo, Copyright misuse San Francisco Intellectual Property Law Association, [Online]. February 21, 2008. Available from: http://www.sfipla.com/2-21-08_Copyright_Misuse.pdf

นำมาใช้กับคดีสินค้าที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน (Interoperable product) เมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำมาใช้ร่วมกับสินค้าที่จับต้องได้ไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักทางการค้าของโจทก์ และยังสามารถใช้กับสินค้าที่เป็นข้อมูลดิจิทัลแท้ๆ ได้ด้วย เช่น การผูกขาดสินค้าที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์หนึ่งกับสินค้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกชิ้นหนึ่งในทางที่ขัดต่อหลักการป้องกันการผูกขาด โดยให้ภาระการพิสูจน์อยู่ที่จำเลย³¹

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นการบังคับขายพ่วงสินค้าที่เป็นชิ้นส่วน อุปกรณ์ อะไหล่ของสินค้าหลักที่ตนเป็นผู้ผลิตหรือจำหน่าย หรือกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิของตนในลักษณะที่ขัดขวางตอนนโยบายสาธารณะของกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อจำกัดการใช้งานที่เป็นสาธารณะไปแล้ว หรือเพื่อขยายขอบเขตสิทธิของตนไปนอกเหนือจากที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้สิทธิไว้ และได้นำคดีมาฟ้องร้องผู้ที่ทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ตนนำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน ถือเป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบอย่างหนึ่ง เนื่องจากการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวเปรียบได้กับการมาศาลโดยมือที่ไม่สะอาด (Unclean hands) จึงไม่ควรได้รับการบรรเทาใดๆ จากกระทำที่ไม่เหมาะสมของตน แม้ว่ากระทำดังกล่าวจะไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายใดก็ตาม ผู้เขียนยังเห็นว่า การอนุวัติการตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของไทย ควรอนุญาตให้สามารถนำหลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบมาใช้เป็นข้อต่อสู้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีสินค้าที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน

ผลกระทบต่อการระงับไปซึ่งสิทธิ (Exhaustion of Rights)

เนื่องจากความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) มิได้กำหนดหลักการไว้ชัดเจนว่า แต่ละประเทศควรจะกำหนดการระงับไปซึ่งสิทธิดังกล่าวไว้ในระดับใด ประเทศภาคีขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จึงสามารถกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของการบังคับใช้หลักการระงับไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างเสรี ดังนั้น จึงเป็นสิทธิของแต่ละประเทศที่จะกำหนดหลักการดังกล่าวให้สอดคล้องและสมดุลกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจ

³¹ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp.540-541.

ในประเทศของตน อาทิ ความชอบธรรม การกระจายรายได้ที่มีประสิทธิภาพ การใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า การแข่งขันที่เพิ่มขึ้นโดยการค้าระหว่างประเทศ การถ่ายทอดทางเทคโนโลยี ซึ่งหลักการระดับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักการที่สำคัญอีกประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเป็นหลักการที่มีวิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ซึ่งส่วนมากใช้กับการตัดสินในคดีสิทธิบัตร โดยมีหลักว่าเมื่อใดก็ตามที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้นแล้ว ย่อมไม่อาจอ้างการได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรของตนมาควบคุมการจำหน่ายหรือควบคุมราคาผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้นได้อีกต่อไป หรือกล่าวคือ เมื่อผู้ทรงสิทธิบัตรได้รับค่าตอบแทนจากการขายผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้นแล้ว ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อสามารถใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ โดยปราศจากข้อจำกัดจากสิทธิผูกขาดของผู้ทรงสิทธิบัตรอีกต่อไป ซึ่งสิทธิที่ระบุไปของผู้ทรงสิทธินี้มีเฉพาะแต่เพียงสิทธิในการใช้ การขาย การจำหน่าย และการนำเข้าสู่สินค้าที่ได้มีการจำหน่ายไปแล้วเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงสิทธิในการผลิตสินค้าภายใต้สิทธิบัตรนั้นแต่อย่างใด

เช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ แม้เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตลอดระยะเวลาที่ได้รับความคุ้มครอง แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ก็มีระบบที่จะป้องกันมิให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิผูกขาดมากเกินไป ด้วยการเปิดโอกาสให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้ ตราบเท่าที่การใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร รวมทั้งสิทธิในการจำหน่ายสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะจำกัดเพียงเฉพาะการจำหน่ายสำเนานั้นในครั้งแรกเท่านั้น เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถควบคุมการจำหน่ายสำเนาที่ตนเองได้จำหน่ายหรือให้ความยินยอมในการจำหน่ายแล้วในภายหลังได้ โดยถือว่าสิทธิในการจำหน่ายงานนั้นได้ระงับสิ้นไปแล้ว (Exhaustion of Right) หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ให้ความยินยอมในการจำหน่ายสำเนานั้นต่อไปโดยปริยายแล้ว (Implied License)³²

หลักการระดับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นที่รู้จักกันในสหรัฐอเมริกาว่า “First Sale Doctrine” เป็นหลักที่จำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการควบคุมการใช้สินค้าหลังจากที่ได้จำหน่ายสินค้าไปในครั้งแรกแล้ว เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์หนังสืออาจได้รับค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

³² นันทน อินทนนท์ (2550), “มาตรการทางเทคโนโลยีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ: ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” ใน ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 49 – 50. โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)

(royalty) จากการจำหน่ายหนังสือแต่ละเล่มในครั้งแรก และเมื่อสำเนาของงานหรือหนังสือถูกซื้อไปแล้ว จะไม่มีการจำกัดความสามารถของผู้ซื้อที่เป็นเจ้าของหนังสือเล่มนั้นในการจำหน่ายจ่ายโอนหนังสือดังกล่าวต่อไป รวมทั้งไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หนังสือแต่อย่างใด³³

ภายใต้ข้อ 6 ของความตกลง TRIPS³⁴ เรื่องการระงับซึ่งสิทธิ ให้ประเทศสมาชิกสามารถตัดสินใจว่าจะใช้ขอบเขตการระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับใด แม้ว่ากรณีที่ประเทศหนึ่งประเทศใดอนุญาตให้มีการนำเข้าซื้อได้ในลักษณะที่ประเทศอื่นเห็นว่าการกระทำดังกล่าวอาจฝ่าฝืนต่อความตกลง TRIPs ก็ไม่สามารถถูกยกเป็นข้อพิพาทในเวทีองค์การการค้าโลกได้ เว้นแต่จะมีการเลือกปฏิบัติเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยประเทศต่างๆ อาจเลือกใช้หลักการระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ใน 3 ระดับ ได้แก่

(1) การระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศ (National Exhaustion of Right) ถือว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะระงับเฉพาะในกรณีที่มีการจำหน่ายสินค้าในประเทศเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ทรงสิทธิได้จำหน่ายสินค้าในต่างประเทศจะไม่มีผลทำให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิระงับไป ผลที่ตามมาคือ ผู้ทรงสิทธิสามารถฟ้องร้องผู้นำเข้าซื้อสินค้าของตนจากต่างประเทศเข้ามาขายในประเทศได้ โดยเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนเองในประเทศที่ใช้และสนับสนุนขอบเขตการระงับซึ่งสิทธิเช่นนี้เป็นกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว นำโดยสหรัฐอเมริกา

(2) การระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิภาค (Community หรือ Regional Exhaustion of Right) ถือว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะระงับไปในกรณีที่มีการจำหน่ายสินค้าในภูมิภาคเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ทรงสิทธิได้จำหน่ายสินค้าออกภูมิภาคจะไม่มีผลทำให้สิทธิใน

³³ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): p.537.

³⁴ Article 6 of TRIPs "For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights."

ทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิจะระงับไป ประเทศที่ใช้หลักการนี้คือกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป³⁵ ที่ต้องการให้เกิดการเคลื่อนย้ายของสินค้าโดยเสรีตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งตลาดร่วมยุโรป

(3) การระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (International Exhaustion of Right) ถือว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะระงับไปทันทีเมื่อผู้ทรงสิทธิได้จำหน่ายสินค้าไม่ว่า ณ ที่ใดในโลก ผลที่ตามมาคือ ผู้ทรงสิทธิจะไม่สามารถฟ้องผู้นำเข้าซื้อสินค้าของตนจากต่างประเทศเข้ามาขายในประเทศได้ ประเทศกำลังพัฒนาใช้และสนับสนุนขอบเขตการระงับซึ่งสิทธิเช่นนี้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็ใช้กับสินค้าที่จับต้องได้เท่านั้น เช่น หนังสือหรือแผ่นซีดี ไม่ใช่กับสิ่งที่จับต้องไม่ได้ที่เผยแพร่กันผ่านทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันมากในประเด็นนี้ โดยสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปได้ปฏิเสธการนำหลัก first sale doctrine มาใช้กับงานดิจิทัลที่เผยแพร่กันผ่านทางอินเทอร์เน็ต³⁵ เพราะ Section 109 ของ US Copyright Act ที่เป็นหลัก First Sale Doctrine เป็นการจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเผยแพร่งาน (distribution) เท่านั้น แต่ไม่ได้จำกัดสิทธิในการทำซ้ำ (reproduction) อำนาจในการควบคุมงานที่ถูกลดทอนนำมาสืงสิทธิในการเผยแพร่ งาน การส่งผ่านงานจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่งทางอินเทอร์เน็ตมีผลเป็นการทำซ้ำในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้รับสำเนางานดังกล่าว แม้ว่าต่อมาผู้ส่งจะลบสำเนางานออกจากเครื่องของตนก็ตาม ดังนั้น กิจกรรมนี้จึงเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่ไม่อยู่ภายใต้ Section 109³⁶

เมื่อพิจารณาความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาพบว่า มีการระบุเรื่องหลักการระงับไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาปรากฏใน AUSFTA Article 17 footnote 20 "Nothing in this Agreement shall affect a Party's right to determine the conditions, if any, under

³⁵ เช่น ใน Copyright (Computer Programs) Regulations 1992 ของ EU ข้อ 6. ..."(3A) A copy of a computer program which has previously been sold in any other member State, by or with the consent of the copyright owner, is not an infringing copy for the purposes of subsection (3)."

³⁵ William W. Fisher, [iTunes case study: overview and summary of conclusions](http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf) [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. p.2. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf> [January 15, 2009]

³⁶ Conservapedia, [Digital Millennium Copyright Act and First Sale Doctrine](http://www.conservapedia.com/Digital_Millennium_Copyright_Act_and_First_Sale_Doctrine) [Online]. Available from: http://www.conservapedia.com/Digital_Millennium_Copyright_Act_and_First_Sale_Doctrine [January 17, 2009]

which the exhaustion of this right applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of their works, performances, or phonograms with the authorisation of the right holder.” ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนว่า ทั้งสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียยังคงมีอิสระในการกำหนดหลักการระงับไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับใดก็ได้

การนำเข้าซ้อน (Parallel หรือ grey-market imports) ไม่ใช่การนำเข้าสินค้าที่เป็นของปลอมหรือเป็นสำเนาที่ทำขึ้นโดยผิดกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม เป็นการนำเข้าสินค้าที่จำหน่ายโดยผู้ทรงสิทธิ (ไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือลิขสิทธิ์) หรือด้วยความยินยอมของผู้ทรงสิทธิในต่างประเทศ และถูกนำเข้ามาจำหน่ายในประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ เพื่อจำหน่ายแข่งขันกับสินค้าของผู้ทรงสิทธิในประเทศ โดยทั่วไปบริษัทข้ามชาติมักจะขายสินค้าในประเทศต่างๆ ในราคาที่แตกต่างกัน บุคคลที่สามจึงอาจนำเข้าสินค้าของผู้ทรงสิทธิที่จำหน่ายในราคาที่ถูกกว่าในต่างประเทศเข้ามาขายในประเทศในลักษณะที่เป็นการตัดราคา ซึ่งจะให้ผู้ทรงสิทธิอาจต้องขายสินค้าในประเทศในราคาที่ถูกลง การนำเข้าซ้อนจึงเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเนื่องจากก่อให้เกิดการแข่งขันทางด้านราคาระหว่างสินค้าที่นำเข้าซ้อนกับสินค้าของผู้ทรงสิทธิ ลดการผูกขาด³⁷ และทำให้กลไกตลาดทำงานได้อย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม เหตุผลของการกำหนดราคาที่แตกต่างกันอาจสะท้อนถึงความสามารถทางเศรษฐกิจของผู้บริโภคที่แตกต่างกันในแต่ละท้องถิ่น รวมทั้งคุณภาพของสินค้าที่อาจแตกต่างกันด้วย³⁸

โดยทั่วไปแล้ว ประเทศไทยใช้หลักการระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (International Exhaustion of Right)³⁹ ซึ่งหมายความว่า เมื่อผู้ทรงสิทธิได้จำหน่ายสินค้าภายใต้

³⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ (2547), “ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย – สหรัฐ: ปัญหาว่าด้วย “ทริปส์ผนวก”,” ในทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ), หน้า 84. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

³⁸ วิชัย อริยะนันท์ (2547), “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม,” ในทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ) หน้า 304-305. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

³⁹ เช่น ในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

“ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นมีสิทธิดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้ เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร

ทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่ายในประเทศใดก็ตาม ถือว่าสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ระบุขั้นขึ้นไปทันที ซึ่งผลที่ตามมาจากการใช้หลักการระบุขั้นซึ่งสิทธิระหว่างประเทศ ย่อมหมายความว่าประเทศไทยมิได้ห้ามการนำเข้าซoonสินค้าภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญานั้น ดังนั้น สินค้าภายใต้ ทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวซึ่งนำเข้ามาจากต่างประเทศ สามารถเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย เพื่อแข่งขันกับผู้ทรงสิทธิหรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากผู้ทรงสิทธิได้ โดยไม่ถือเป็นการละเมิด สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทยแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับสำเนางานที่ตนได้ จำหน่ายให้แก่ผู้ซื้อไปแล้ว ย่อมส่งผลให้ผู้ซื้อสำเนางานดังกล่าวไปไม่สามารถใช้ประโยชน์จาก สินค้าที่ตนได้ซื้อนั้นอย่างเต็มที่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อสำเนางานนั้นถูก ครอบงวนโดยเจ้าของลิขสิทธิ์นั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น แผ่นซีดีเพลงหรือดีวีดีภาพยนตร์ที่ซื้อมาอย่าง ถูกต้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ซื้อย่อมไม่สามารถที่จะแน่ใจได้ว่าการซื้อแผ่นซีดีหรือดีวีดีนั้นจะ สามารถทำซ้ำ หรือใช้ฟังกับเครื่องเล่นเพลงที่ตนมีอยู่ได้หรือไม่ ทั้งๆ ที่ตามหลักดั้งเดิมของ กฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ระบุขั้นขึ้นไปแล้วจากการที่ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการ จำหน่ายสำเนาอันมีลิขสิทธิ์ คือ แผ่นซีดีเพลงหรือดีวีดีภาพยนตร์นั้นไปแล้ว

- การใช้หลักการระบุขั้นซึ่งสิทธิจากการจำหน่ายครั้งแรก (First Sale Doctrine) กับงานที่ อยู่ในรูปดิจิทัล

ในสหรัฐอเมริกาเมื่อคดี Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc. ที่เจ้าของลิขสิทธิ์พยายามใช้หลักการระบุขั้นซึ่งสิทธิจากการจำหน่ายครั้งแรก เพื่อจำกัดการใช้สินค้าอะไหล่ ส่วนประกอบ หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหลักซึ่งถูกนำมา รวมเข้าด้วยกันกับงานอันมีลิขสิทธิ์ โดย L'Anza อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ใน ฉลากที่ติดบนขวดผลิตภัณฑ์บำรุงผม โดยการนำเข้าผลิตภัณฑ์บำรุงผมดังกล่าวเข้ามาจำหน่ายใน สหรัฐอเมริกาโดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลฎีกาตัดสินโดยใช้หลักการระบุขั้นซึ่งสิทธิจากการจำหน่าย

(2) ในกรณีสิทธิบัตรกรรมวิธี สิทธิในการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร ผลิตใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอ ขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับแก่

...

(7) การใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร หากผู้ทรงสิทธิบัตรได้อนุญาต หรือยินยอมให้ผลิต หรือขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแล้ว”

ครั้งแรก คือ เจ้าของผลิตภัณฑ์บำรุงผมมีสิทธิที่จะจำหน่ายสินค้าดังกล่าวต่อ (right to resell) ควบคู่กับฉลากสินค้าซึ่งมีลิขสิทธิ์นั้นได้ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถควบคุมการจำหน่ายฉลากสินค้าซึ่งมีลิขสิทธิ์หลังจากที่ตนได้จำหน่ายครั้งแรกให้แก่ตัวแทนจำหน่ายในต่างประเทศแล้ว⁴⁰

ส่วนงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล เจ้าของลิขสิทธิ์มักจะเลี่ยงการใช้หลักการระงับไปซึ่งสิทธิจากการจำหน่ายครั้งแรก โดยใช้การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับงานลิขสิทธิ์ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ มากกว่าที่จะเลือกการจำหน่ายสินค้าหรือข้อตกลงการซื้อขายในสหรัฐอเมริกา อุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ประสบความสำเร็จในการลอบบี้ให้แก่ไขกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อเป็นหลักประกันว่า จะไม่มีการใช้สำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต⁴¹ ดังนั้น หลักการระงับไปซึ่งสิทธิจากการจำหน่ายครั้งแรกจึงมักถูกจำกัดการใช้สำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล⁴²

⁴⁰ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp.537-539.

⁴¹ 17 U.S.C. § 109. Limitations on exclusive rights: Effect of transfer of particular copy or phonorecord... (b)(1)(A) Notwithstanding the provisions of subsection (a), unless authorized by the owners of copyright in the sound recording or the owner of copyright in a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), and in the case of a sound recording in the musical works embodied therein, neither the owner of a particular phonorecord nor any person in possession of a particular copy of a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, dispose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program) by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending. Nothing in the preceding sentence shall apply to the rental, lease, or lending of a phonorecord for nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution. The transfer of possession of a lawfully made copy of a computer program by a nonprofit educational institution to another nonprofit educational institution or to faculty, staff, and students does not constitute rental, lease, or lending for direct or indirect commercial purposes under this subsection.

⁴² Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp.537-539.

อย่างไรก็ดี ในกรณีสินค้าที่จับต้องได้ซึ่งถูกนำมารวมเข้ากับงานอันมีลิขสิทธิ์ หลักการระงับไปซึ่งสิทธิจากการจำหน่ายครั้งแรกจะนำมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าไม่มีข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ชัดเจน ซึ่งเทียบเคียงได้กับคดี *Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc.* ที่กล่าวไปข้างต้น ต่างกันเพียงงานอันมีลิขสิทธิ์ของ L'Anza เป็นงานศิลปะ คือ ฉลากสินค้าบนขวดผลิตภัณฑ์บำรุงผม ส่วนกรณีนี้เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์⁴³

ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้ผลิตแท่นหมึกเครื่องพิมพ์จำหน่ายให้แก่ผู้ซื้อภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ซื้อจะคืนแท่นหมึกให้แก่ผู้ผลิตเพื่อนำกลับมาผลิตใช้ใหม่ ข้อสันนิษฐานคือข้อตกลงนี้เป็นสัญญาซื้อขายแท่นหมึกหรือสัญญาเช่าแท่นหมึก ในทางปฏิบัติทั่วไปทางการค้าไม่น่าจะเป็นไปได้ว่า ผู้ผลิตกับผู้ซื้อได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งถูกนำเข้ามารวมกับแท่นหมึก ดังนั้น หากผู้ซื้อใช้แท่นหมึกโดยขัดต่อข้อตกลงหลังจากที่มีการซื้อขายแท่นหมึกดังกล่าวแล้ว เรื่องนี้จะเป็นกรณีของกฎหมายแพ่ง เพราะเป็นเรื่องของสัญญาซื้อขาย ไม่ใช่กฎหมายลิขสิทธิ์ หรือแม้ว่าเป็นกรณีที่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ครอบคลุมการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แยกต่างหากจากสัญญาหลักคือสัญญาซื้อขายแท่นหมึก ก็น่าจะเป็นกรณีของกฎหมายแพ่งเช่นกันและจะต้องนำหลัก *First Sale Doctrine* มาใช้⁴⁴

แต่หากสัญญาหลักคือการให้เช่าแท่นหมึก และไม่มีข้อตกลงเป็นพิเศษเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่จุดเน้นทางการค้าของคู่สัญญาซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการแลกเปลี่ยนกัน กรณีนี้อาจจะไม่เหมาะที่จะอยู่ในขอบเขตบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ให้เป็นเพียงความรับผิดชอบตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก็พอ ต่อเมื่อมีข้อตกลงพิเศษเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (เช่นกรณี *Lexmark*) ค่อยพิจารณาว่า ควรจะนำความรับผิดชอบตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ เพราะเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์ในการปกป้องโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่จุดเน้นทางการค้าของโจทก์⁴⁵

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งแยกตลาดสินค้าที่วางจำหน่ายในแต่ละภูมิภาค (*geographical market segmentation*) โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดราคาจำหน่ายสินค้าให้แตกต่างกันในแต่ละ

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

ประเทศหรือภูมิภาค ซึ่งถือเป็นการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อจำกัดการนำเข้าซ้อนของผู้จำหน่ายสินค้าที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์โดยอ้อม หากประเทศที่มีการนำสินค้าเข้าไปจำหน่ายนั้นใช้หลักการระงับซึ่งสิทธิระหว่างประเทศ (International Exhaustion) ที่ไม่ห้ามการนำเข้าซ้อน

กรณีการใช้รหัสภูมิภาคของ Sony เป็นตัวอย่างของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีของเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อจำกัดการนำเข้าซ้อน โดยการใส่รหัสของสินค้าแต่ละภูมิภาคให้แตกต่างกัน ซึ่งแผ่นวีดีโอเกมจะต้องใช้เล่นกับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันที่มีรหัสภูมิภาคตรงกันเท่านั้น ทำให้ผู้ที่ซื้อแผ่นวีดีโอเกมโดยชอบด้วยกฎหมายหรือที่ถูกลิขสิทธิ์จากนอกภูมิภาค จะไม่สามารถนำแผ่นวีดีโอเกมดังกล่าวมาเล่นกับเครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันที่ซื้อมาจากในประเทศนั้นได้ จะเห็นได้ว่า นอกจากรหัสผ่าน (access code) ที่ Sony นำมาใช้จะช่วยในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะแผ่นวีดีโอเกมที่ทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยปกติจะไม่มีรหัสผ่าน Sony ยังได้นำรหัสภูมิภาคมาใช้เพื่อทำให้มั่นใจได้ว่า เครื่องเล่นเกมเพลย์สเตชันจะสามารถเล่นกับแผ่นวีดีโอเกมที่ได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมายจากในประเทศหรือในภูมิภาคอื่นที่ Sony กำหนดเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยคือ รหัสภูมิภาคดังกล่าวเป็นเทคนิคเพื่อดำเนินการตามกลยุทธ์ทางการตลาดที่ใช้ทั่วโลกของ Sony⁴⁶ เป็นการแบ่งแยกตลาดสินค้าที่วางจำหน่าย โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดราคาสินค้าให้แตกต่างกันในแต่ละประเทศหรือภูมิภาค

นอกจากนี้ มีผู้เสนอว่า Sony และผู้ผลิตสินค้าทั้งหลาย มีอิสระในการดำเนินการเพื่อแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาค อย่างไรก็ตาม หากดำเนินการเช่นนั้นบริษัทดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายด้วยตนเอง มากกว่าที่จะอาศัย DMCA ซึ่งสภาองเกรสไม่ได้ออกกฎหมายมาเพื่อเอาชนะหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่เหนือการนำเข้าซ้อน⁴⁷

ผู้เขียนเห็นว่า ทางออกอย่างหนึ่งสำหรับกรณีการนำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้กับสินค้าที่จับต้องได้ ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้บริโภค โดยการบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือ

⁴⁶ The IT Law Wiki, [Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens](#) [Online].

Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Kabushiki_Kaisha_Sony_Computer_Entertainment_v._Stevens [January 20, 2009]

⁴⁷ Electronic Frontier Foundation, [Unintended Consequences: Ten years under the DMCA](#) [Online]. 2008. p.11 Available from: http://www.eff.org/files/DMCA_Unintended_10.pdf

ผู้ผลิตสินค้าที่มีการนำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้กับสินค้าของตน จะต้องติดฉลากแจ้งให้ผู้บริโภคทราบถึงเงื่อนไข การใช้งาน สิทธิต่างๆ ที่ผู้บริโภคสามารถทำได้และที่จะต้องถูกจำกัดโดยละเอียด เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจว่า จะซื้อสินค้าที่มีการจำกัดการใช้งานของตนหรือไม่ เนื่องจากผู้บริภคย่อมจะคุ้นเคยกับการทำงานของสินค้าที่มีการเสนอจำหน่ายในรูปแบบปกติซึ่งไม่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้น หากมีการนำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ ผู้ที่ได้รับประโยชน์จึงควรรับภาระในการชี้แจงและให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค และกำหนดโทษทางแพ่งสำหรับผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเช่นว่านี้ด้วย

แต่ในกรณีของการใช้รหัสภูมิภาคของ Sony เพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งแยกตลาดสินค้าตามภูมิภาค อันเป็นการนำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์ในการดำเนินธุรกิจนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อจำกัดการนำเข้าของผู้นำเข้าสินค้ารายอื่นที่นำเข้าสินค้าถูกลิขสิทธิ์จากประเทศอื่น โดยกำหนดราคาขายที่ถูกกว่าเข้ามาจำหน่ายแข่งขันกับบริษัทในประเทศ บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจึงไม่ควรให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีการเข้ารหัสภูมิภาคเช่นนี้ เพราะเทคโนโลยีดังกล่าวไม่ได้นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์งานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เป็นการนำมาใช้เพื่อป้องกันผู้นำเข้าสินค้าโดยชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำการตลาด เช่น การกำหนดเวลาฉายภาพยนตร์ในแต่ละประเทศที่แตกต่างกันเท่านั้น

ผลกระทบต่อหลักการค่าเสรี

ในแง่มุมมองของการค้าระหว่างประเทศนั้น การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่มีประสิทธิภาพเป็นหนึ่งในมาตรการที่จูงใจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ ดังนั้น การกำหนดรูปแบบของกฎหมายที่ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี หรือบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ย่อมส่งผลต่อการลงทุนและการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน เนื่องจากเป็นหนึ่งในการขยายความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ อันถือเป็นคุณค่าและสิ่งจูงใจที่สำคัญที่สุดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อีกทั้งยังเป็นหลักประกันที่เพิ่มขึ้นให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ว่า จะสามารถจัดเก็บค่าตอบแทนจากการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างรัดกุม ครอบคลุม และมีระบบมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

หากประเทศใดที่ไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเลย หรือให้ความคุ้มครองในระดับที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ทำให้มีการปลอมแปลง การลอกเลียน การละเมิดสิทธิ ก็จะทำให้เกิดการบิดเบือน (distortion) และเป็นอุปสรรคกีดขวางต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศเช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ทรงสิทธิต้องลงทุนในการคิดค้นพัฒนาเทคโนโลยีและผลิตผลของตนขึ้น ในขณะที่ผู้ที่ทำการละเมิดมิได้มีค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวแต่อย่างใด โดยได้รับประโยชน์ทั้งที่ไม่ต้องลงทุนลงแรงเพื่อสร้างสรรค์งานอันมีประโยชน์ต่อสังคมแต่อย่างใด แต่กลับฉกฉวยเอาผลงานของผู้อื่นไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งหากพิจารณาในด้านของเศรษฐศาสตร์แล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาย่อมมีต้นทุนในการผลิตที่สูงกว่า ซึ่งยังไม่รวมการโฆษณาประชาสัมพันธ์เพื่อให้สินค้าภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาของตนนั้นติดตลาดหรือเป็นที่รู้จักของผู้บริโภค ซึ่งย่อมทำให้สินค้าของผู้ทรงสิทธิมีราคาที่สูงกว่าสินค้าที่ผลิตโดยผู้ละเมิด

นอกจากนี้ การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้พยายามคิดค้นมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อนำมาใช้กับสินค้าของตนนั้น ยังทำให้เกิดรูปแบบการดำเนินธุรกิจที่หลากหลายและเกิดความแตกต่างทางด้านราคา รวมทั้งทำให้มีงานอันมีลิขสิทธิ์และสินค้าซึ่งเกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมากขึ้นที่นำเสนอต่อผู้บริโภคภายใต้เงื่อนไข ข้อกำหนด และราคาที่หลากหลายมากกว่าเดิม รวมทั้ง ผู้ประพันธ์ที่เป็นปัจเจกชนทั่วไปก็มีโอกาสที่จะนำมาตรการทางเทคโนโลยีไปใช้กับการเผยแพร่งานของตนสู่สาธารณชนและตั้งเงื่อนไขในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โดยไม่ต้องผ่านระบบพ่อค้าคนกลาง ทำให้ผู้ประพันธ์มีรายได้มากขึ้นและอาจทำให้ราคาสินค้าถูกลงอีกด้วย

ในทางตรงกันข้าม เนื่องจากในทางการค้าระหว่างประเทศวางอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีการค้าได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) ที่เชื่อว่า หากแต่ละประเทศสามารถผลิตสินค้าที่ตนมีความถนัดโดยเปรียบเทียบแล้ว จะทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ดังนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในกลยุทธ์การตลาด ทั้งในด้านการกำจัดคู่แข่งทางการค้า การกำหนดราคาเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภค การกีดกันการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยการเข้ามาตรการเข้ารหัสภูมิภาคต่างๆ ที่ได้กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะทำให้เกิดการกีดกันการค้าเสรีเกิดความบิดเบือนทางการค้าได้เช่นกัน

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีย่อมส่งผลต่ออุตสาหกรรมบันเทิงซึ่งเป็นหนึ่งในกลุ่มที่ผลักดันให้มีการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีผ่านบทบัญญัติ DMCA ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มที่ต้องจับตาม

การละเมิดลิขสิทธิ์และถูกยกประเด็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามาเพื่อตัดสินสิทธิพิเศษทางการค้า (GSP) หากประเทศไทยมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เข้มงวดและมีการบังคับตามกฎหมายดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ย่อมอาจทำให้ประเทศไทยไม่ต้องถูกจำกัดสิทธิพิเศษทางการค้า เหมือนที่ผ่านมา ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อการลงทุนและการค้าระหว่างประเทศในด้านอื่นนอกเหนือจากอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องคำนึงถึงสภาพและบริบทของสังคมไทยด้วย โดยเฉพาะในประเด็นการเข้าถึงเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของสาธารณชนเพื่อการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมที่ได้กล่าวไปข้างต้นด้วย เพราะแม้ว่าระดับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่น้อยลงอาจกระทบต่อการค้าและการลงทุนจากต่างชาติ แต่การพัฒนาโดยเฉพาะทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่อาจเกิดจากการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม จะทำให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนกว่า

ผลกระทบต่อการคิดค้นพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศ

จากที่ได้ยกตัวอย่างคดีเกี่ยวกับอันตรายของ DMCA ต่อการประดิษฐ์คิดค้น นวัตกรรม การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในบทที่ 2 บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจึงถูกมองว่า ขัดขวางต่อการคิดค้นนวัตกรรม และการแสดงความคิดเห็นในที่สาธารณะ (free speech) โดยมีบทความซึ่งชี้ให้เห็นถึงผลกระทบต่อสาธารณะอันเป็นผลมาจากความกลัวที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ ทำให้ผู้ให้บริการออนไลน์และผู้ให้บริการกระดานข่าว (Webboard) ถูกเซนเซอร์การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับระบบการป้องกันการทำซ้ำ โปรแกรมเมอร์ต้องย้ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้านความปลอดภัยออกจากเว็บไซต์ของตน และนักศึกษานักวิทยาศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญด้านความปลอดภัยถูกยับยั้งในการตีพิมพ์รายละเอียดในงานวิจัยของตน ประการสำคัญ ในบทสรุปของบทความนี้ยังให้ข้อเสนอว่า ประเทศที่ยังไม่ได้วางแนวทางบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ควรหลีกเลี่ยงที่จะดำเนินตามรอยของ DMCA⁴⁸

⁴⁸ Fred von Lohmann, "Measuring the digital millenium copyright act against the darkest: Implications for the regulation of technological protection measures," 24 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 635 (2004)

หลักฐานที่แสดงการคุกคามของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของ DMCA ต่อการคิดค้นนวัตกรรมและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากกลุ่มอุตสาหกรรมบันเทิงและคอมพิวเตอร์ เช่น สมาคมอุตสาหกรรมบันทึกเสียงของสหรัฐอเมริกา (RIAA) ใช้ DMCA ในการคุกคาม Edward William Felten นักวิจัยด้านความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ ซึ่งประสงค์จะนำผลการวิจัยที่ได้รับจากการแข่งขันที่เปิดเผยจุดอ่อนในเทคโนโลยีสำหรับควบคุมเพลงที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลของอุตสาหกรรมบันทึกเสียง

Dmitry Sklyarov โปรแกรมเมอร์ชาวรัสเซียซึ่งถูกจับกุมในขณะที่เดินทางเข้าร่วมประชุมในสหรัฐอเมริกาและจำคุก จากการที่เขาได้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำในไฟล์หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ของ Abode Systems ทั้งๆ ที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ The Advanced eBook Processor ของเขาผลิตและจำหน่ายในประเทศรัสเซียซึ่งไม่มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด

Niels Ferguson วิศวกรด้านการอ่านรหัสชาวดัตช์ อ้างว่าตนสามารถทำลายระบบการเข้ารหัส High-bandwidth Digital Content Protection (HDCP) ซึ่งฝังอยู่ในเครื่องเล่น HD DVD และ Blu-ray Disc (คล้าย DVD CSS) แต่ไม่ได้มีการตีพิมพ์ผลงานวิจัยของเขา เนื่องจากเกรงว่าการเผยแพร่ดังกล่าวจะมีความผิดตาม DMCA โดย Robin Gross ทนายความของ Electronic Frontier Foundation กล่าวว่า แค่เพียงการแจ้งหรือประกาศผลวิจัยก็ถือว่าเสี่ยงต่อการถูกดำเนินคดีภายใต้ DMCA แล้ว แม้ว่าจะไม่ได้จำหน่ายซอฟต์แวร์หรือนำเสนอเป็นรายงานก็ตาม เพราะหากมีคนอื่นเผยแพร่รายงานวิจัยดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาก็มีโอกาสต้องรับผิดตาม DMCA ได้⁴⁹

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีทั้งในความตกลงเขตการค้าเสรีและกฎหมายภายในจะมีข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด แต่ก็ค่อนข้างจำกัดและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเทคโนโลยีของประเทศ โดยเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดการเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน ซึ่งนำมาใช้ประโยชน์ในการผูกขาดการใช้งานระหว่างสินค้าหลักกับชิ้นส่วนอุปกรณ์ หากมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว ย่อมทำให้การคิดค้นเครื่องมือต่างๆ มีข้อจำกัดมากขึ้น เพราะบริษัทคู่แข่ง

⁴⁹ Ann Harison, [Video crypto standard cracked](http://www.securityfocus.com/news/236) SecurityFocus, [Online]. August 13, 2001. Available from: <http://www.securityfocus.com/news/236> [January 6, 2009]

จะต้องทำวิศวกรรมย้อนกลับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ควบคุมการทำงานของเครื่องมือดังกล่าว ซึ่งหากจะไม่ให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวมีความผิดตามบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ก็จะต้องกระทำไปภายในเงื่อนไขของการทำวิศวกรรมย้อนกลับ นอกจากนี้ บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยียังกระทบต่อการนำเสนอผลงานทางวิทยาศาสตร์ การแสดงความคิดเห็นในที่สาธารณะ โดยทำให้นักวิจัย นักวิทยาศาสตร์กลัวว่า การนำเสนอผลการวิจัยหรือการค้นพบของตนในที่ประชุมสัมมนาหรือการตีพิมพ์บทความ จะทำให้ตนเองต้องมีความรับผิดชอบภายใต้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีหรือไม่

ผลกระทบต่อการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

มีบทความที่น่าสนใจ⁵⁰ ซึ่งระบุว่า DMCA ล้มเหลวในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในการลดการละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล นอกจากนี้ยังมองว่า กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเป็น copyright's digital dilemma โดยผู้เขียนขอยกประเด็นที่น่าสนใจจากบทความดังกล่าว ดังนี้

ประการแรก การพัฒนาเหตุผลในการบัญญัติบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของ DMCA ซึ่งมีจุดเริ่มต้นย้อนไปในปี ค.ศ. 1993 จากการก่อตั้งของกลุ่มทำงาน inter-agency federal working group ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม Information Task Force (ITF) ในปี ค.ศ. 1995 ITF ได้นำเสนอบทความที่เรียกกันว่า สมุดปกขาว (White Paper) ซึ่งเสนอเกี่ยวกับบทบัญญัติใหม่ที่มีเป้าหมายใช้กับมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ ในปี ค.ศ. 1996 เรื่องดังกล่าวได้รับการตอบรับอย่างดีในสภาของเกรส รัฐบาลของประธานาธิบดีบิล คลินตัน ได้หยิบยกประเด็นเรื่องมาตรการทางเทคโนโลยีเข้าสู่เวทีระหว่างประเทศขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) จากการเรียกร้องของผู้แทนของสหรัฐอเมริกา กล่าวทำให้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกนำถ้อยคำอย่างกว้างๆ มาใส่ไว้ใน WIPO Copyright Treaty ในปี ค.ศ. 1996 ที่เรียกร้องให้รัฐภาคีต้องจัดให้มีการป้องกันทางกฎหมายอย่างเพียงพอ และการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ตลอดระยะเวลาในการร่าง DMCA ได้มีการ

⁵⁰ Fred von Lohmann, "Measuring the digital millenium copyright act against the darkest: Implications for the regulation of technological protection measures," 24 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 635 (2004)

ลือขบปืออย่างเข้มข้นและการเจรจาต่อรองระหว่างกลุ่มอุตสาหกรรมที่สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ บริษัทเทคโนโลยีสารสนเทศ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลายฝ่าย โดยผู้เขียนบทความดังกล่าวเห็นว่า ฝ่ายผู้สนับสนุน DMCA รู้ดีว่า ไม่มีเทคโนโลยีใดที่จะปราศจากความผิดพลาดและสามารถต้านทานต่อนักเจาะระบบข้อมูลหรือ Hacker ได้ และยังทราบดีว่า เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถแสวงหาและบังคับสิทธิในการห้ามกระทำกรหลักเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีต่อทุกคนบนโลก ซึ่งเอาชนะมาตรการทางเทคโนโลยีได้ และยังสามารถบังคับใช้สิทธิต่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ทุกๆ คนมากกว่าที่เคยสามารถกระทำได้ในยุค Pre-digital Era ด้วย Lobbyist ของอุตสาหกรรมบันเทิงได้ให้ข้อสังเกตว่า “Keeping honest people honest” แต่ผู้เขียนบทความดังกล่าวเห็นว่า สิ่งที่ถูกต้อ่งน่าจะเป็น “Keeping technically unsophisticated people honest” มากกว่า นอกจากนี้ยังอุปมาว่า มาตรการทางเทคโนโลยีอาจไม่กระทบต่อ Attacker ที่มีเล่ห์เหลี่ยมทางเทคนิค แต่มันเพียงพอที่จะ “Speed bump” ต่อกการคุกคามประชาชนทั่วไปจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับ ความคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁵¹

ประการที่สอง บทความนี้ได้เสนอสมมุติว่า การเกิดขึ้นของการเผยแพร่หรือแพร่กระจายเทคโนโลยีดิจิทัลใหม่ ก่อให้เกิดบางสิ่งๆ ที่เรียกว่า darknet ซึ่งเป็นการรวมกันของเครือข่ายและเทคโนโลยีอื่นที่ทำให้สาธารณชนสามารถแบ่งปันงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบไฟล์ดิจิทัลกันได้ โดยผิดกฎหมายและโดยปราศจากความกลัวต่อการถูกตรวจจับ โดยในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2002 กลุ่มวิศวกรอาวุโสด้านความปลอดภัยของ Microsoft ได้นำเสนอสมมุติใหม่ของ Copyright's Digital Dilemma ในรายงานที่มีอิทธิพลมากที่สุดชื่อว่า “The Darknet and the Future of Content Distribution” เนื้อหาในบทความได้อธิบายเหตุผลว่า ทำไม DMCA จึงล้มเหลวในการบรรลุตามวัตถุประสงค์ในร่างกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเกี่ยวข้องกับสมมติฐาน 3 ประการของสิ่งแวดล้อมในยุคดิจิทัลสมัยใหม่⁵² ได้แก่

- (1) สำเนางาน* ที่ถูกแพร่กระจายในวงกว้างจะถูกจัดหามายังผู้ใช้บางส่วนในรูปแบบที่อำนวยความสะดวกการทำซ้ำ
- (2) ผู้ใช้จะทำซ้ำสำเนานั้นถ้ามันเป็นไปได้และมันดึงดูดใจที่จะทำเช่นนั้น**

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

* ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะหมายถึงสำเนาที่ไม่มีควบคุมโดยมาตรการทางเทคโนโลยี

** เช่น มีราคาที่แตกต่างกันมาก หรือมีเครื่องมือที่เอื้ออำนวย

(3) ผู้ใช้หลายคนจะถูกเชื่อมต่อกันโดยช่องความถี่สูง

จะเห็นได้ว่า ความเชื่อมโยงกันของข้อสันนิษฐานทั้ง 3 ข้อ หรือ The Darknet คือ การเป็นเครือข่ายการกระจาย (Distribution Network) ที่เกิดจากการส่งสำเนาตามข้อสันนิษฐานแรก และการแพร่กระจายของสำเนาดังกล่าวตามข้อสันนิษฐาน 2 และ 3

จากข้อสันนิษฐานแรก จะเห็นได้ว่า ไม่มีมาตรการทางเทคโนโลยีใดที่จะพัฒนาให้ไม่สามารถถูกทำลายหรือหลีกเลี่ยงได้โดย Expert Attacker ข้อสันนิษฐานที่เหลือแสดงให้เห็นว่า เมื่อ Attacker สามารถดำเนินการดังกล่าวได้แล้ว มาตรการทางเทคโนโลยีก็จะไร้ประโยชน์ในการจำกัดการแพร่กระจายอีก เพราะผู้ใช้มีความปรารถนาและสามารถที่จะทำซ้ำได้อย่างรวดเร็วและเผยแพร่กันไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รอยร่วจุดหนึ่งเป็นการลบล้างมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งหมด และเมื่อผู้ใช้ทั่วไปได้เข้าถึงช่องทาง darknet ที่มีประสิทธิภาพพอเพียงพอ ความต้องการที่จะเข้าถึงเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็จะมี หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็จะไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป ผลก็คือ เมื่อผู้ใช้ที่มีความสามารถได้ทำลายการล๊อคทางเทคโนโลยีดังกล่าวและนำเนื้อหาออกมาได้แล้ว มันก็จะไม่มี “Speed Bump” ที่จะขัดขวางผู้ใช้ที่ไม่มีความรู้ทางเทคโนโลยีจากการได้เข้าถึงงานนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตอีกต่อไป⁵³

ตัวอย่างของ Darknet คือ Peer-to-peer ซึ่งเป็นเครือข่ายการแบ่งปันไฟล์กันระหว่างผู้ใช้กับผู้ใช้ (file-sharing networks) เช่น Kazaa^{*} และ Morpheus^{**} ถูกใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน และมีจำนวนผู้ใช้มากขึ้น แม้ว่าจะมีคดีที่ฟ้องร้องผู้ใช้เพื่อเป็นการลดการใช้ software ดังกล่าวก็ตาม นอกจากนี้ ยังมีกลไก (darknet) อื่น เช่น การแพร่หลายของสื่อที่ใช้บันทึกข้อมูลซึ่งมีราคาถูก เช่น แผ่นดิสก์ CD-R และ DVD-R รวมทั้งการเชื่อมต่อกันในรูปแบบ “Small-Worlds Networks”

⁵³ Fred von Lohmann, “Measuring the digital millenium copyright act against the darknet: Implications for the regulation of technological protection measures,” *24 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 635 (2004)

^{*} โปรแกรม Kazaa ให้บริการโดย Sharman Networks Ltd. ยังคงให้บริการดาวน์โหลดโปรแกรมที่เว็บไซต์ (ข้อมูล ณ วันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2552)

^{**} โปรแกรม Morpheus ถูกพัฒนาและเผยแพร่โดย StreamCast ซึ่งขณะนี้ถูกฟ้องร้องคดีล้มละลาย หลังจากการต่อสู้ด้านกฎหมายกับบริษัทเพลง เว็บไซต์สำหรับดาวน์โหลดโปรแกรมได้ปิดตัวลง, ข้อมูลจาก Wikipedia, *Morpheus (computer program)* [Online]. Available from: [http://en.wikipedia.org/wiki/Morpheus_\(computer_program\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Morpheus_(computer_program)) [January 28, 2009]

เช่น Bit Torrent ซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนไฟล์กันผ่านเครือข่ายส่วนตัว แม้ว่าเครือข่ายสาธารณะอย่าง Peer-to-peer จะถูกจำกัดผ่านวิธีการทางกฎหมายหรือวิธีการทางเทคนิค แต่ผู้เขียน Darknet Paper เห็นว่า Small-Worlds Networks นี้ จะมีแนวโน้มในการจัดหากลไกที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ผู้บริโภคสื่อดิจิทัลได้พึงพอใจในวงกว้าง ผู้เขียน Darknet Paper เห็นว่า การใช้การบริหารจัดการสิทธิในรูปแบบดิจิทัล (Digital Right Management: DRM) และมาตรการทางเทคโนโลยีอื่นๆ เพื่อควบคุมการทำซ้ำและการเผยแพร่ผลงานในรูปแบบดิจิทัล ทำให้เสียเวลาและใช้ทรัพยากรอย่างมาก และมาตรการทางเทคโนโลยีก็ไม่มีทางที่จะไม่มีข้อบกพร่องด้วย นอกจากนี้ การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีโดยเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะส่งผลร้ายมากกว่าที่จะมีประโยชน์ เช่น เมื่อมีช่องทางที่เป็นทางเลือก ผู้ใช้บริการที่ชอบด้วยกฎหมายจะตอบโต้ต่อข้อจำกัดที่เกิดจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี โดยการเสาะหาช่องทาง darknet ตัวอย่างเช่น การเพิ่มความปลอดภัยผ่านการใช้ DRM กับไฟล์เพลง MP3 ที่จำหน่ายกันผ่านทางเว็บไซต์ แต่ว่าไฟล์เพลงที่ซื้อขายกันนั้นไม่ต่างกับที่ได้รับผ่านทาง darknet ดังนั้นหากเจ้าของลิขสิทธิ์จะแข่งขันกับ darknet ก็จะต้องแข่งขันบนเงื่อนไขเดียวกันกับ darknet ด้วย นั่นคือความสะดวกและราคาต่ำแทนที่จะไปเพิ่มการรักษาความปลอดภัยโดยการ ใช้ DRM ยกตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อซีดีเพลงและพบว่าแผ่นซีดีเพลงแผ่นนั้นถูกป้องกันการทำซ้ำ แคมยังไม่สามารถโอนถ่ายไฟล์เพลงในแผ่นซีดีดังกล่าวไปยังเครื่องเล่น iPod ได้อีก ทำให้ผู้ซื้อแผ่นซีดีเกิดแรงจูงใจในการติดตั้ง Kazaa ซึ่งเป็นโปรแกรมประเภท Peer-to-peer เพื่อดาวน์โหลดเพลงที่บรรจุในแผ่นซีดีในรูปแบบที่ไม่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ และเมื่อผู้ใช้ได้ลงทุนใช้เวลาไปในการหา ติดตั้ง และเรียนรู้วิธีการใช้โปรแกรม Kazaa แล้ว ผู้ใช้ก็จะถูกดึงดูดให้ดาวน์โหลดหรือพยายามดาวน์โหลดเพลงอื่นเพิ่มเติมซึ่งไม่ได้เสียเงินซื้อซีดีเพลงดังกล่าวด้วยซ้ำ ผลสุดท้ายคือ ผู้บริโภคคนนั้นอาจไม่ซื้อแผ่นซีดีอีกต่อไปเลย หรือที่ในบทความอุปมาว่า “Why buy the cow, when you can get the milk for free”⁵⁴

ในบทความนี้ยังได้ยกตัวอย่างว่า จากประสบการณ์ของแผ่นดีวีดีทำให้เห็นว่า วิธีหนึ่งที่ดีที่สุดที่จะแข่งขันกับ darknet ได้คือ การให้ผู้ซื้อได้ของในราคาที่สามารแข่งขันได้ และความสะดวกในการเข้าถึงสินค้าที่ไม่สามารถทำได้ง่ายผ่านทาง darknet หรืออีกนัยคือ เมื่อแข่งขันกับการได้มาโดยไม่เสียเงิน (Competing with free) กลยุทธ์ที่ดีที่สุดคือ ไม่รบกวณผู้ซื้อที่ชอบด้วย

⁵⁴ Fred von Lohmann, “Measuring the digital millenium copyright act against the darknet: Implications for the regulation of technological protection measures,” 24 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 635 (2004)

กฎหมายด้วยข้อจำกัดทางเทคโนโลยี แต่จะต้องนำเสนอประสบการณ์ที่ดีกว่าที่ผู้ซื้อจะได้รับจากช่องทาง darknet ในราคาเดียวกัน (ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนในการค้นหาโปรแกรม เวลาที่ใช้ในการดาวน์โหลด หรือค่าใช้จ่ายที่เป็นตัวเงิน)⁵⁵ ส่วนในด้านของการให้บริการเพลงออนไลน์ ผู้ให้บริการเพลงออนไลน์ก็หันมาพัฒนากลยุทธ์ในการเพิ่มความสะดวกให้แก่ผู้บริโภค เช่น การมีประเภทของเพลงให้เลือกมากมาย การให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการแสดงสด (live concert) ในอีกด้านหนึ่ง ผู้ให้บริการเพลงออนไลน์เองก็มีต้นทุนค่าใช้จ่ายในการบรรจุหีบห่อและการบุบสลายของสินค้าที่ลดลงเช่นกัน⁵⁶

นอกจากนี้ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่ได้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น เทคโนโลยีการใส่รหัสภูมิภาคบนดีวีดี ซึ่งการใช้เทคโนโลยีในการเข้ารหัสภูมิภาคดังกล่าว มิได้เป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในตัวของมันเอง แต่เป็นการป้องกันการเล่นแผ่นดีวีดีที่ซื้อมาจากนอกภูมิภาคเท่านั้น มาตรการทางเทคโนโลยีจึงไม่ได้แยกระหว่างการใช้ที่ชอบด้วยกฎหมายกับ การใช้โดยละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กลับปฏิบัติต่อการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมกับการใช้ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะต้องมีความเชื่อมโยงกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น เครื่องมือหรือเทคโนโลยีใดที่ไม่ได้นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้งานในลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ควรจะได้รับ ความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ William W. Fisher, *iTunes case study: overview and summary of conclusions* [Online]. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. p.4. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf> [January 15, 2009]

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

ข้อพิจารณาประการสำคัญเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี คือ การขยายขอบเขตสิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะต้องยังคงความสมดุลของประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้จากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบธรรมด้วย โดยต้องสอดคล้องกับข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และสภาพสังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งระดับความสามารถในการคิดค้นเทคโนโลยีของสาธารณชนทั่วไปของประเทศด้วย อาทิเช่น หากห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอย่างเคร่งครัดแล้ว สาธารณชนทั่วไปที่มิได้มีความรู้ทางเทคโนโลยีหรือคอมพิวเตอร์ในระดับที่สามารถคิดค้นวิธีการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ได้ จะสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากงานนั้นได้อย่างไร ทั้งนี้ แม้ว่าการใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวอาจจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้ เช่น ต้องการค้นข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเพื่อทำการศึกษาวิจัย แต่ไม่มีเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของเว็บไซต์นั้นนำมาใช้ได้ ก็ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายภายในและการพิจารณาตัดสินคดีต่างๆ จะต้องระลึกไว้เสมอว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีถูกออกแบบมาเพื่อช่วยเจ้าของลิขสิทธิ์ในการบังคับตามสิทธิของตนและเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ใช่เพื่อหยุดสาธารณชนจากการกระทำในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายกับงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือนำบทบัญญัติมาใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายลิขสิทธิ์

นอกจากบทบัญญัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ประเทศไทยควรมีการนำกฎหมายอื่นๆ มาใช้เสริมเพื่อลงโทษเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ใช้ประโยชน์จากมาตรการทางเทคโนโลยีโดยมิชอบ เช่น เพื่อผูกขาดทางการค้า เพื่อเอาเปรียบผู้บริโภคและกีดกันบริษัทคู่แข่งอันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานที่สิ้นอายุความคุ้มครองแล้วหรืองานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ โดยอาจมีการนำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้ควบคู่ เพื่อควบคุมมิให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ลิขสิทธิ์และใช้ประโยชน์จากมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดทางตลาดแก่ตนเองโดยมิชอบ ดังเช่นในคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ รวมทั้งการบัญญัติให้จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้กรณีนี้ที่

โจทก์กระทำการในลักษณะที่เป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ^๖ ไว้ในกฎหมาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยอมรับข้อต่อสู้เรื่องการใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบดังกล่าว รวมถึงการออกกฎหมายซึ่งบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ใช้มาตรการทางเทคโนโลยี ตัดฉลากแจ้งข้อมูลให้ผู้ซื้อทราบบนบรรจุภัณฑ์สินค้าว่า สำนักงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนกำลังจะซื้อนั้นได้มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำ เพื่อให้ผู้ซื้อสามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการถูกจำกัดสิทธิดังกล่าวกับมูลค่าสินค้าที่ตนต้องจ่ายไป เช่น บนแผ่นซีดีเพลง ข้างกล่องแผ่นหมึกเครื่องพิมพ์ หรือมาตรการจำกัดประเภทของเครื่องที่สามารถเล่นแผ่นซีดีดังกล่าวได้ เป็นต้น โดยข้อความดังกล่าวจะต้องปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนและมีข้อความโดยละเอียดเกี่ยวกับสิทธิที่ผู้ซื้อจะต้องถูกจำกัดไปจากการใช้งานกรณีปกติ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ตัดฉลากดังกล่าวหรือตัดฉลากที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง จะต้องมีความผิดและต้องรับโทษทางแพ่ง

ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากความจำเป็นของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่มีการพัฒนารูปแบบของงานจากอนาล็อกไปเป็นดิจิทัล ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงต้องมีการพัฒนาไปให้ความคุ้มครองต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือโดยมิได้รับอนุญาตจากตน ประเทศไทยเองก็กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ที่มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ จากที่ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ผลกระทบของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีต่อสาธารณชนและสังคมโดยรวมแล้ว ในหัวข้อนี้จะนำเสนอแนวทางในการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคม และเศรษฐกิจของประเทศไทย และก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิที่ประชาชนพึงจะได้รับจากการใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์น้อยที่สุด

1. แนวทางในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

(1) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ป้องกันการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ควรจะจำกัดเฉพาะเพียงมาตรการทาง

^๖ เช่น การพยายามขยายขอบเขตแห่งสิทธิของตนไปสู่ขอบเขตที่กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้ให้อำนาจไว้ หรือการใช้สิทธิโดยขัดขวางต่อนโยบายสาธารณะที่อยู่เบื้องหลังการคุ้มครองลิขสิทธิ์

เทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ โดยสมบูรณ์ แต่ไม่ควรให้คุ้มครองต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่มีประสิทธิภาพ เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย ยากต่อการหลีกเลี่ยง หรือสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยอุบัติเหตุ

นอกจากนี้ หากไม่มีคำว่า “effective” หรือ “ที่มีประสิทธิภาพ” จะขัดต่อ FTA และ/หรือ บทบัญญัติของ WCT และ WPPT และจะก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ โดยเป็นการขยายขอบเขต ความคุ้มครองไปยังเทคโนโลยีที่มีจุดอ่อนและไม่มีประสิทธิภาพ เช่น การใส่รหัสผ่าน เทคโนโลยี การเข้ารหัสพื้นฐานที่ใช้กันมาตั้งนานหรือล้ำสมัยแล้ว เช่น การดำเนินคดีอาญาภายใต้ DMCA กับ Dmitry Sklyarov โปรแกรมเมอร์ชาวรัสเซียเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงเทคนิคการเข้ารหัสที่รู้จักกันมา ตั้งแต่ศตวรรษที่ 9 แล้ว และยังคงทำให้เกิดการฟ้องร้องคดีโดยมิชอบ เช่น ในสหรัฐอเมริกาคดีที่เกี่ยวกับแท่นหมึกเครื่องพิมพ์และเครื่องเปิดประตูโรงรถ ซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับลิขสิทธิ์แต่เกี่ยวกับ พฤติกรรมที่ขัดขวางการแข่งขัน (anti-competitive practices) เพื่อให้ได้เปรียบในตลาด ซึ่ง Michael Geist ให้ความเห็นว่า การคุกคามโดยการฟ้องร้องคดีเช่นนี้ เพียงพอที่จะทำให้หลายๆ บริษัทไม่กล้าเข้าสู่ตลาดหรือไม่พัฒนาสินค้าที่เป็นนวัตกรรมใหม่ นอกจากนี้ศาลในสหรัฐอเมริกา ได้นำหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่มิชอบ (Copyright Misuse) มาใช้ตัดสินด้วย ซึ่งเป็นข้อต่อสู้เพื่อความ ยุติธรรมซึ่งใช้กับคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อการกระทำของโจทก์ขยายขอบเขตไปนอกเหนือจากที่ กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนด เช่น การกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงเป็นสิ่งที่จำเป็น สำหรับบทบัญญัติไทย เพื่อลดโอกาสในการดำเนินคดีที่ไม่เหมาะสมและในทางที่มิชอบ¹

(2) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่ควรได้รับความคุ้มครอง

▪ มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ หรืองานอันมี ลิขสิทธิ์ที่หมดอายุความคุ้มครองแล้ว

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะช่วยให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันมี ลิขสิทธิ์ได้คือ การกำหนดให้อายุการคุ้มครองมีอยู่จำกัด โดยเมื่อครบกำหนดอายุความคุ้มครอง แล้วงานนั้นก็จะเป็นสมบัติสาธารณะ หรือ Public Domain ซึ่งสาธารณชนสามารถเข้าถึงและ ใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

¹ Graham Greenleaf & Co., Submission on the exposure draft bill on technological protection measures, Cyberspace Law & Policy Centre, University of New South Wales Faculty of Law (September 22, 2006) p.3-4.

การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กลายเป็นสมบัติสาธารณะหรือ Public Domain ไปแล้วนั้น อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานที่หมดอายุการคุ้มครองแล้วตั้งแต่ต้น เพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นเข้าถึงหรือทำซ้ำงานนั้นได้ หรืออาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในขณะที่งานนั้นมีอายุการคุ้มครอง แต่ต่อมาเมื่ออายุการคุ้มครองสิ้นสุดลง มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นก็ยังคงมีอยู่ต่อไป ซึ่งทั้งสองกรณีย่อมทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าว² และไม่สามารถใช้สิทธิที่กฎหมายประสงค์จะให้ประโยชน์แก่ตนได้

ส่วนการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ ผู้เขียนขอยกตัวอย่าง กรณีเว็บไซต์ที่นำเสนอภาพลามก หากเว็บไซต์ดังกล่าวได้มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี (เช่น การให้ใส่รหัสผ่านเพื่อเข้าดูภาพ) แต่มีผู้คิดค้นวิธีการที่จะ hack เข้าเว็บไซต์ดังกล่าวได้ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิด เนื่องจากภาพลามกดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นภาพที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั่นเอง

ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเป็น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันหรือควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น ซึ่งหมายถึงต้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ตามมาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และยังคงอยู่ในระหว่างอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามมาตรา 19 ถึงมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537³ เท่านั้น ดังนั้น สาธารณชนจึงสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์และงานที่หมดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้วได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด

² นันทน อินทนนท์ (2550), “มาตรการทางเทคโนโลยีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ: ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” ใน ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก) หน้า 72.

³ เป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีผลบังคับใช้อยู่ ทั้งนี้ ในอนาคตอาจมีการขยายระยะเวลาความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในกรณีที่ประเทศไทยทำความตกลงการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาแล้ว

▪ **มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน**

บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไม่ควรให้ความคุ้มครองแก่เครื่องมือหรือเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้โดยมิชอบเพื่อขัดขวางต่อการแข่งขันทางการค้า เพื่อป้องกันเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะต่อต้านการแข่งขันทางการค้า โดยการผูกขาดทางเทคโนโลยีในสินค้าที่ใช้งานร่วมกันโดยผู้ผลิตรายใดรายหนึ่ง เช่น การผูกขาดโดยกำหนดให้เครื่องมือชิ้นหนึ่งจะสามารถใช้งานได้กับเครื่องมืออีกชิ้นหนึ่งที่จัดทำมาโดยผู้ผลิตที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น และเพื่อรับประกันว่าบริษัทอื่นจะมีอิสระในการออกแบบการบริการและผลิตสินค้าโดยไม่อยู่ภายใต้ความควบคุมของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า แม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี แต่บริษัทคู่แข่งยังคงมีอิสระในการสร้างระบบที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกับสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ และเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ตัวอย่างเช่น “มาตรการทางเทคโนโลยีจะต้องไม่ถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันการแข่งขันหรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม การอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์จะไม่ถูกปฏิเสธหรือขัดขวาง เว้นแต่มีผลต่อการสูญเสียการแข่งขันโดยชอบธรรมสำหรับสินค้า โปรแกรม เทคโนโลยี หรือการบริการที่ใช้เชื่อมต่อกับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น” หรือใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย Copyright Amendment Act 2006³ คือ “ถ้างานนั้นเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งฝังอยู่ในเครื่องกลหรือเครื่องมือ โดยนำเครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบมาใช้เพื่อจำกัดการใช้สินค้า (ซึ่งนอกเหนือจากงานนั้น) หรือบริการที่เกี่ยวข้องกับเครื่องกลหรือเครื่องมือ” ซึ่งกรณีเช่นนี้เครื่องมือ สินค้า เทคโนโลยี

³ Main Amendment 1 Subsection 10 (1)

“...but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:...

(d) if the work is a computer program that is embodied in a machine or device—restricts the use of goods (other than the work) or services in relation to the machine or device.”

Main Amendment 5 Subsection 10 (1) (b)

“...but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:...

(iv) if the work is a computer program that is embodied in a machine or device—restricts the use of goods (other than the work) or services in relation to the machine or device.”

หรือ ส่วนประกอบดังกล่าว จะไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตัวของมันเอง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการจำกัดหรือขัดขวางแข่งขันหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไม่ได้กำหนดว่า เครื่องมือ สินค้า หรือเทคโนโลยีเช่นนี้จะไม่ได้รับความคุ้มครอง ก็ควรจะกำหนดให้ ภาระการพิสูจน์ตกเป็นของฝ่ายโจทก์ในกรณีที่เป็น Interoperability โดยให้โจทก์พิสูจน์ ความสำคัญของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่นำรวมเข้ากับสินค้าที่จับต้องได้นั้น โดยโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่า การปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ (โปรแกรมคอมพิวเตอร์) เป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญของโจทก์ และทางการค้า เช่น ผู้ซื้อทราบว่ากำลังซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นส่วนหนึ่งของสินค้า และเจตนาซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของ mixed package⁴

▪ **มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อควบคุมการค้าในแต่ละภูมิภาค หรือ Region Coding**

ตามที่ได้กล่าวไปในบทที่ 4 แล้วว่า การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อควบคุมการค้าในแต่ละภูมิภาค หรือ Region Coding ซึ่งเป็นการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ซื้อที่ได้รับสำเนาอันมีลิขสิทธิ์นั้นมา โดยชอบด้วยกฎหมายจากนอกภูมิภาค ซึ่งการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเช่นนี้เป็นส่วนหนึ่งเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์บรรลุผลในการกำหนดราคาจำหน่ายในแต่ละภูมิภาคที่แตกต่างกัน และสามารถควบคุมการดำเนินการดังกล่าวได้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเท่านั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำเช่นนี้ยังถือเป็นการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดให้แก่ตนเองจนเกินสมควรได้ ในลักษณะของการป้องกันมิให้มีการนำเข้า ซ้อนสินค้าของแท้ที่มีราคาถูกลงกว่าจากต่างประเทศเข้ามาจำหน่ายแข่งกับสินค้าในประเทศ ทำให้ตนเองมีอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าภายในประเทศให้มีราคาสูงได้ โดยไม่จำกัดกลวิธีการแข่งขันด้านราคาจากสินค้าภายนอกประเทศ อีกทั้งยังทำให้ผู้บริโภคในประเทศต้องซื้อสินค้าที่มีราคาแพง เนื่องจากไม่มีการแข่งขันด้านราคา และยังไม่มีความเลือกในการบริโภคสินค้าที่มีความหลากหลายอีกด้วย จึงไม่ควรให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อควบคุมการค้าในแต่ละภูมิภาค โดยใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศ

⁴ Jacqueline Lipton, "The law of unintended consequences: The dogotal Millennium Copyright Act and interoperability," *Washington & Lee Law Review* 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): pp. 521-530.

ออกสเตรเลีย Copyright Amendment Act 2006⁵ คือ “ถ้างานหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองนั้น เป็นฟิล์มภาพยนตร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมถึงเกมคอมพิวเตอร์ และมีการเครื่องมือ สิ้นค้า เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบ เพื่อควบคุมการทำการตลาดในแต่ละภูมิภาค โดยการป้องกันการ เล่นซ้ำในประเทศซึ่งสำเนาหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้รับมาจาก ภายนอกประเทศ”

อย่างไรก็ตาม มาตรการทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะที่ใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มักถูกพัฒนาขึ้นเพื่อใช้สำหรับวัตถุประสงค์หลายอย่าง เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ในเกม คอมพิวเตอร์แบบที่เล่นกับโทรทัศน์ ซึ่งทำงานแตกต่างกัน 2 หน้าที คือ เข้ารหัสภูมิภาคเพื่อใช้ในการแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาค และเพื่อป้องกันการเล่นเกมโดยไม่ได้รับอนุญาต เช่น แผ่นเกมที่ ละเมิดลิขสิทธิ์หรือแผ่นปลอม ซึ่งในกรณีแรกเท่านั้นที่เป็นขอบเขตที่ไม่ควรได้รับความคุ้มครอง เพราะไม่มีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่แม้ว่าหน้าที่การทำงานอาจจะแยกจากกันได้ แต่ว่ารหัสโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำให้เกิดการทำหน้าที่ทั้งสองอย่างอาจจะไม่อาจแยกกันได้

ดังนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับสินค้า เครื่องมือ เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ใช้ เพื่อการแบ่งแยกตลาดตามภูมิภาค ที่จะไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง นั้น ไม่ควรเจาะจงแค่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกออกแบบมาเพื่อควบคุมการแบ่งแยกตลาด เท่านั้น แต่ควรใช้ข้อความที่เปิดกว้างกรณีมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีหลายหน้าที่ให้อยู่ใน ขอบเขตของสินค้า เครื่องมือ เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ไม่ได้รับความคุ้มครองด้วย เพื่อ

⁵ Main Amendment 1 Subsection 10 (1)

“...but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:...

(c) if the work or other subject-matter is a cinematograph film or computer program (including a computer game)—controls geographic market segmentation by preventing the playback in Australia of a non-infringing copy of the work or other subject-matter acquired outside Australia”

Main Amendment 5 Subsection 10 (1) (b)

“...but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:...

(iii) if the work or other subject-matter is a cinematograph film or computer program (including a computer game)—controls geographic market segmentation by preventing the playback in Australia of a non-infringing copy of the work or other subject-matter acquired outside Australia”

ป้องกันการหลีกเลียงบทบัญญัติโดยอ้างหรือพัฒนาให้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นมีหน้าที่การทำงานอื่นนอกเหนือจากเพื่อการแบ่งแยกตลาดอย่างเดียว

อย่างไรก็ตาม หากไม่มีการบัญญัติให้การใช้รหัสภูมิภาคและการจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน ไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามที่กล่าวไปข้างต้น ก็ควรจะมีข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิด โดยให้สามารถหลีกเลียงและผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลียงการใส่รหัสภูมิภาคและการจำกัดการใช้สินค้าหรือบริการที่เชื่อมโยงการทำงานร่วมกันได้เมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนด เช่น การใส่รหัสภูมิภาคในสำนักงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้ซื้อได้รับมาโดยชอบ ซึ่งการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด โดยข้อยกเว้นนี้แตกต่างจากข้อยกเว้นเพิ่มเติมตามประเภทของงานซึ่งจะสามารถใช้ได้กับการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานเท่านั้น

อนึ่ง เนื่องจากปัจจุบันผู้ผลิตสินค้าจำนวนมากที่พยายามนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาควบคุมการเข้าถึงหรือการทำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในลักษณะที่มีได้มุ่งเพียงต้องการปกป้องการใช้งานโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ต้องการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินกลยุทธ์ทางการธุรกิจหรือการวางแผนการตลาดสินค้าหรือบริการซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั่นเองหรือสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งเป็นการนำกลยุทธ์การตลาดมาผสมกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และสารสนเทศซึ่งมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งโดยเนื้อแท้แล้วอาจไม่ควรนำกฎหมายลิขสิทธิ์หรือบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ตัดสิน กฎหมายจึงอยู่ในลักษณะที่เดินตามหลังเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เสมอ ผลที่ตามมาคือ มีจุดเหลื่อมในระยะเวลาของการนำมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดการแข่งขันที่เป็นธรรมมาใช้ในช่วงที่กฎหมายยังไม่ออกมาจำกัดความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับประเภทหรือกิจกรรมดังกล่าว เช่น ในคดี mod chip ที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย ที่ทำให้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย โดยระบุให้การใส่รหัสภูมิภาคไม่ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายแต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติเปิดช่องไว้โดยการสงวนอำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎเกณฑ์ควบคุมพฤติกรรมการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยไม่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการกีดกันหรือขัดขวางการ

แข่งขันที่เป็นธรรมทางการค้า โดยอาจออกเป็นกฎกระทรวงในกรณีอื่นที่อาจมีเกิดขึ้นในอนาคต หรือกำหนดไว้เป็นเกณฑ์อย่างกว้างๆ ว่า การกระทำเช่นใดที่จะถือเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร

(3) การกระทำที่เป็นความผิด

(ก) การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นการกระทำที่ต้องห้าม เป็นอีกหนึ่งประเด็นที่มีความเห็นที่แตกต่างกัน

แนวทางแรก เห็นว่าเฉพาะการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่ควรเป็นการกระทำที่ต้องห้าม ซึ่งการบัญญัติตามแนวทางนี้แม้จะไม่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ผลจากการห้ามการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว ย่อมไม่มีประโยชน์ในวงกว้างสำหรับสาธารณชนทั่วไปที่ไม่มีความรู้ในการคิดค้นเครื่องมือหรือวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เอง โดยไม่ต้องอาศัยเครื่องมือหรือบริการที่ผู้อื่นจัดหาหรือเผยแพร่ในท้องตลาด ในทางกลับกัน การห้ามเฉพาะการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเช่นนี้ จะมีประโยชน์เฉพาะกับผู้ที่มีความรู้ความสามารถด้านคอมพิวเตอร์ในระดับที่สามารถคิดค้นเครื่องมือหรือวิธีการที่สามารถเอาชนะต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เท่านั้น และแน่นอนว่าผู้ที่ไม่สามารถที่จะเผยแพร่เครื่องมือหรือวิธีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ตนคิดค้นได้ไปยังบุคคลอื่น ซึ่งหากเข้าเงื่อนไขก็จะถือเป็นการกระทำความผิดโดยการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

แนวทางที่สอง เห็นว่าเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่ควรเป็นการกระทำที่ต้องห้าม โดยไม่รวมไปถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิเด็ดขาดในการเข้าถึงแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และการใช้เครื่องมือหรือบริการดังกล่าว อาจจะเป็นเพื่อเข้าถึงหรือทำให้สาธารณชนทั่วไปสามารถใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามข้อยกเว้นที่กฎหมายภายในอนุญาตให้กระทำได้ ทั้งนี้ การออกกฎหมายลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นยากแก่การบังคับใช้ เนื่องจากต้องบังคับใช้กับผู้ใช้เครื่องมือหรือบริการที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น ซึ่งไม่น่าจะคุ้มค่าใช้จ่ายในการบังคับ

ตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่ากับการบังคับกับผู้ผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว⁶

อย่างไรก็ตาม โดยส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่า การจำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ไม่ครอบคลุมถึงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี อาจจะเป็นการขัดต่อหลักการใน WCT และ WPPT ที่กำหนดว่า “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention” เนื่องจากผู้ที่กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ส่วนมากจะเป็นประชาชนธรรมดาที่ไม่ได้มีความรู้ทางเทคโนโลยีมากมายเท่ากับผู้ที่ผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้น การปกป้องและการเยียวยาที่จะถือว่า “พอเพียง” และ “มีประสิทธิภาพ” จึงควรจะลงโทษที่ต้นตอของการกระทำ ความผิด คือ การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย

แนวทางที่สาม เห็นว่าควรกำหนดให้ทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เป็นการกระทำที่ต้องห้าม ซึ่งแนวทางนี้แม้จะถือได้ว่าเป็นการปกป้องและเยียวยาที่พอเพียงและมีประสิทธิภาพมากที่สุดก็ตาม แต่ผลที่ตามมาคือเป็นการจำกัดสิทธิของสาธารณชนมากที่สุดด้วยเช่นกัน

กฎหมาย DMCA ของสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติตามแนวทางที่สาม โดยในส่วนของ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ห้ามเฉพาะสำหรับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานเท่านั้น และเนื่องจากสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะเรียกร้องและกดดันให้ประเทศต่างๆ ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติ DMCA ของตน โดยในประเด็นของการกระทำที่เป็นความผิดนี้ เห็นได้ชัดจากการปรับแก้ไขกฎหมายของประเทศ ออสเตรเลียจากเดิมที่ Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 ห้ามเพียงการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น ต่อมาเมื่อทำ AUSFTA ประเทศออสเตรเลียจึงได้แก้ไขบทบัญญัติให้เป็นตามแนวทางเดียวกับ DMCA โดย

⁶ นันทน อินทนนท์ (2550), “มาตรการทางเทคโนโลยีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ: ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” ใน ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 65 - 66. โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)

Copyright Amendment Act 2006 ได้เพิ่มเติมเรื่องการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานด้วย

ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศไทยทำความตกลงการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาที่น่าจะต้องถูกเรียกร้องให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง เช่นเดียวกับ DMCA และ Copyright Amendment Act 2006 โดยอาจจะบ่งชี้ให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะเป็นความผิดต้องเป็น “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเพื่อให้สามารถเข้าถึงงานนั้นได้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” เพื่อเป็นช่องสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมหรือการอ้างข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และไม่ควรให้ความคุ้มครองเลยไปถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำด้วย

(ข) ควรกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะเป็นความผิดนั้น ต้องกระทำโดยรู้ว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (ไม่รวมถึงการกระทำโดย “มีเหตุอันควรรู้” ด้วย) และกระทำไปโดยมีเจตนาที่จะทำเช่นนั้น⁷ ซึ่งเป็นอัตวิสัยของตัวผู้กระทำแต่ละคน ไม่ใช่แค่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็จะถือเป็นการกระทำความผิดทันที (objective knowledge standard) หรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไปโดยบังเอิญหรือโดยอุบัติเหตุก็เป็นความผิด ซึ่งกรณีนี้จะยังคงเปิดช่องความรับผิดสำหรับตัวกลางในการกระทำความผิด เช่น Internet Service Provider (ISP) หรือผู้ให้บริการเว็บไซต์ที่ให้หรือจัดหาเครื่องมือหรือบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน US-Singapore FTA (Article 16.4(7) FTAA (Article 22) เป็นต้น⁷ และให้มีโทษในทางอาญาเฉพาะในกรณีที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีเจตนาจะละเมิดในระดับทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์เท่านั้น ซึ่งจะทำให้ innocent infringer ไม่มีความรับผิดทางอาญา โดยอาจบัญญัติให้การกระทำที่เป็นความผิดคือ “การกระทำโดยรู้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือกฎหมาย ไม่อนุญาตให้กระทำได้”

^{*} เหมือนเช่นที่บัญญัติไว้ใน Chile-US FTA

⁷ Gwen Hinze, Seven lessons from a comparison of the technological protection measure provision of the FTAA, the DMCA, and recent bilateral Free Trade Agreements [Online]. Electronic Frontier Foundation, June 2005. Available from: http://w2.eff.org/IP/FTAA/?f=tpm_implementation.html [August 20, 2007]

(ค) ในกรณีการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ควรบัญญัติข้อความให้ชัดเจนว่า ห้ามเฉพาะเครื่องมือที่มีเจตนาในเบื้องต้นเพื่อใช้สำหรับวัตถุประสงค์ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า ไม่ได้ต้องการให้มีผลถึงเครื่องมือหรือบริการทุกอย่างที่สามารถใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยอาจใช้ข้อความว่า “การจัดการเครื่องมือหรือบริการออกสู่ตลาดเพื่อการค้า โดยมีวัตถุประสงค์เบื้องต้นในการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อให้สามารถเข้าถึงงานได้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นความผิด หากกระทำไปโดยมีเจตนาเบื้องต้นเพื่อให้สามารถใช้สิทธิได้โดยชอบและเพื่อการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ประการอื่น”

(ง) เพื่อปกป้องการใช้สิทธิที่ผู้บริโภคมีอยู่ในสินค้าที่ตนซื้อหรือได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นที่เป็นประเด็นในคดี *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc.* ซึ่งเงื่อนไขประการหนึ่งของการกล่าวอ้างสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีคือ ผู้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้รับอนุญาตในการเข้าถึงหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งศาลในคดีดังกล่าวได้ตัดสินว่า บริษัทผู้ผลิตสินค้าหลักจะต้องอนุญาตโดยปริยายแก่ลูกค้าที่ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งฝังอยู่ในอุปกรณ์ของสินค้าหลัก ในการที่จะซื้ออุปกรณ์ของผู้ผลิตรายใดก็ได้ที่สามารถใช้งานร่วมกับสินค้าหลักได้ โดยผู้ซื้อจะต้องไม่ถูกจำกัดการใช้อุปกรณ์ยี่ห้อเดียวเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ซื้อสินค้าหลักได้รับอนุญาตโดยปริยายในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะในกรณีนี้ผู้ซื้ออาจจะต้องการอุปกรณ์อันใหม่ในกรณีที่อันเดิมหายไปหรือมีไว้เพิ่มอีกอันหนึ่งขึ้น เหมือนกับการทำบุญแจ่มสารอง

ดังนั้น จึงควรนิยามคำว่า “ได้รับอนุญาต” เพื่อวัตถุประสงค์ในการขยายความการกระทำที่เป็นความผิด ให้รวมถึงการอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นจากการซื้อหรือการใช้ตามประเพณีของสินค้าที่เกี่ยวข้อง โดยการอนุญาตดังกล่าวจะไม่สามารถเพิกถอนโดยปราศจากเหตุอันควรได้ หากมีผลต่อการสูญเสียการแข่งขันโดยชอบธรรมในตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดนั้นหรือในสินค้าอื่นที่ใช้งานร่วมกับสินค้าหรือบริการดังกล่าว หรือเพิ่มข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นความผิดกรณีที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เหมือนที่ปรากฏใน *Australia Copyright Act* โดยเพิ่มกรณีที่ผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าตนได้รับการอนุญาตเช่นว่านั้นแล้วด้วย (*reasonable ground test*)

(จ) เพื่อให้ผลกระทบจากการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเบาบางลง ความจำเป็นในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และเพื่อให้มีแรงจูงใจที่เหมาะสมสำหรับกิจกรรมทางการศึกษา บทบัญญัติที่อนุวัติการควรจะยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์และทางการศึกษา และลดเกณฑ์สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งกรณีการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ โดยเพิ่มองค์ประกอบเรื่องเจตนาพิเศษในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ทั้งกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยต้องรู้ว่าเครื่องมือ นั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (คือใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ)

(ข) ควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า ข้อมูลที่สื่อสารในรูปแบบภาษาธรรมดา (ที่ไม่ใช่คอมพิวเตอร์) และรายงานการวิจัย ไม่ถือเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อป้องกันการใช้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อคุ้มครองนักวิจัยที่ประสงค์จะตีพิมพ์หรือนำเสนอรายงานหรือผลการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ของตนเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ อย่างเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากจะเป็นการกีดกันการเผยแพร่ผลงานที่สามารถพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศ โดยอาจใช้ข้อความว่า “การห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี จะไม่นำมาใช้เพื่อป้องกันการทำวิจัย พัฒนา การทดลองทางวิทยาศาสตร์ หรือการตีพิมพ์เผยแพร่ ข้อมูลข่าวสาร รวมถึงรายละเอียดทางเทคนิคและความบกพร่องทางเทคนิคดังกล่าว และโทษในทางอาญาจะนำมาใช้ในกรณีที่เป็นการกระทำโดยเจตนาละเมิดลิขสิทธิ์ในระดับเพื่อการพาณิชย์เท่านั้น”

2. แนวทางในการบัญญัติข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด

(1) ควรสงวนสิทธิในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ไว้เป็นข้อยกเว้นอย่างกว้างๆ โดยใช้ถ้อยคำที่กว้างมากพอที่จะสามารถปรับใช้ได้กับเทคโนโลยีที่ยังไม่มีในขณะนี้ แต่ก็ไม่กว้างเกินไปจนทำให้ความคุ้มครองที่กฎหมายมุ่งประสงค์น้อยลง โดยอาจรวมถึงกรณีการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมที่ไม่ใช่เพื่อทางการค้า ในกรณี Thai-US FTA ให้ความยืดหยุ่นในการอนุวัติการกฎหมายภายในสำหรับการสร้างข้อยกเว้นตราบเท่าที่เข้าใจกันว่า ไม่กระทบต่อความปลอดภัยของการป้องกันทางกฎหมายและความมีประสิทธิภาพของการเยียวยาทางกฎหมาย ต่องานที่ได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งขยายขอบเขตของข้อยกเว้นไปถึงการผลิตหรือเผยแพร่

เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานลิขสิทธิ์ในลักษณะที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

(2) ในการกำหนดข้อยกเว้นควรใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า เป็นเพียงตัวอย่างของกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้นโดยไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดเท่านั้น เพื่อให้ศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาปรับให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงของการพัฒนาทางเทคโนโลยีและความจำเป็นในอนาคต

(3) ควรมี Saving Clause ไว้เช่นเดียวกับใน Article 17.5 (c) ของ Chile-US FTA โดยบัญญัติว่า การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะไม่กระทบต่อสิทธิ การเยียวยา ข้อจำกัด หรือข้อต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะทำให้สาธารณชนยังคงสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม รวมถึงการยกข้อต่อผู้อื่นได้ เช่น การใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Copyright Misuse) หรือบัญญัติให้ชัดเจนว่า บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ลิขสิทธิ์โดยมิชอบ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก Copyright Misuse อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ ควรมีข้อยกเว้นสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม เนื่องจากหากปราศจากเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว สาธารณชนก็จะไม่สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้ ดังนั้น กฎหมายภายในจะต้องใช้ถ้อยคำที่มั่นใจได้ว่า การผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมจะเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมได้รับการปกป้องตามวัตถุประสงค์ของ Saving clause ข้างต้น เนื่องจากหลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมนั้น ไม่เพียงแต่เป็นข้อจำกัดและข้อยกเว้นของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่ยังเป็นการคงไว้ซึ่งความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญากับสาธารณชนอีกด้วย

(4) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีควรจะสามารถกระทำได้ หากเป็นการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นการกระทำเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อการศึกษาวิจัย เพราะหากสาธารณชนไม่สามารถที่จะกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ก็จะไม่สามารถมีพื้นที่ในการใช้บังคับได้

เลย ในกรณีที่มีข้อมูลดังกล่าวถูกจัดเก็บไว้ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และมีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อควบคุมการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว

(5) ควรมีข้อยกเว้นเพื่อทำให้มั่นใจได้ว่า การมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะไม่กระทบต่อนโยบายที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในตลาดสินค้าที่จับต้องได้ซึ่งเชื่อมโยงการทำงานร่วมกัน (Interoperability goods)

(6) ควรบัญญัติให้สามารถกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมได้ เช่นเดียวกับข้อยกเว้นตามประเภทของงาน (class of work) ใน DMCA โดยให้สามารถใช้ได้กับทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยให้มีกระบวนการทบทวนข้อยกเว้นเพิ่มเติมดังกล่าวทุกๆ 3 ปี เนื่องจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว และในกระบวนการพิจารณาทบทวนข้อยกเว้นดังกล่าวจะต้องมีการหารือร่วมกันหลายๆ ฝ่าย เช่น ผู้บริโภค ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ นักกฎหมายด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ควรส่งเสริมความรู้ด้านกฎหมายแก่ประชาชนเพื่อให้ทราบขอบเขตสิทธิของตนที่ถูกจำกัดเพิ่มเติมจากหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ดั้งเดิม และเพื่อมิให้เกิดผลที่มิพึงประสงค์ที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ จากการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบของเจ้าของลิขสิทธิ์

(7) บทบัญญัติ DMCA กำหนดว่า เมื่อครบระยะเวลา 3 ปีแล้ว ข้อยกเว้นตามประเภทของงานที่ถูกกำหนดไว้ในครั้งก่อนจะไม่ได้รับการต่ออายุไปโดยอัตโนมัติ แต่สำนักงานลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาตัดสินว่า การมีข้อยกเว้นดังกล่าวนั้นยังคงมีความจำเป็นอยู่หรือไม่ ผลคือ ประเภทของงานที่เคยเป็นข้อยกเว้นอาจไม่ถือเป็นข้อยกเว้นในครั้งต่อไปก็ได้

ทั้งนี้ ประเทศไทยไม่ควรบัญญัติให้ประเภทของงานที่ถูกกำหนดไว้ในครั้งก่อนสิ้นผลไปทันที เนื่องจากจะเป็นการเพิ่มภาระโดยไม่จำเป็นให้แก่ผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นนั้นที่ต้องพิสูจน์ถึงความจำเป็นของการมีอยู่ของข้อยกเว้นตามประเภทของงานนั้น ประกอบกับความไม่แน่นอนว่าข้อยกเว้นในเรื่องหนึ่งเรื่องใดจะยังคงมีอยู่หรือไม่จะเป็นการกั้นการลงทุนหรือการดำเนินการที่ต้องอาศัยข้อยกเว้นดังกล่าวนั้น เช่น สถาบันการศึกษาจะไม่ลงทุนในทรัพยากรที่อาจต้องการการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หากไม่ชัดเจนว่าในอีก 3-4 ปีข้างหน้า ทรัพยากร

ดังกล่าวจะกลายเป็นสิ่งที่ยังสามารถใช้งานได้อยู่หรือไม่⁸ (เช่น โปรแกรมที่ใช้ในการตัดต่อภาพยนตร์เพื่อนำมาใช้ในการเรียนการสอนวิชาเกี่ยวกับสื่อ เป็นต้น)

(8) ควรจะกำหนดกระบวนการที่ยุติธรรมสำหรับการออกข้อยกเว้นเพิ่มเติมโดยกระบวนการบริหารหรือกระบวนการนิติบัญญัติ โดยกำหนดบรรทัดฐานสำหรับภาระการพิสูจน์ถึงความจำเป็นของการมีข้อยกเว้นตามประเภทของงานนั้นๆ ให้แก่ผู้สนับสนุนให้มีข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจะต้องได้สัดส่วนกับความสามารถในการได้มาซึ่งข้อมูลของบุคคลกลุ่มดังกล่าวด้วย และเมื่อพิสูจน์ได้ตามนั้นแล้วภาระการพิสูจน์ก็จะตกกลับไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ในการพิสูจน์หักล้างความจำเป็นของการมีข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าว

(9) การกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องฝากกุญแจในการเข้าถึงงาน (technology key) สำหรับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีไว้ที่บุคคลที่สามซึ่งเป็นศูนย์กลางในการรับฝาก เพื่อประโยชน์ในการมีช่องทางให้หลักการใช้ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมสามารถใช้ได้ต่อไป⁹

⁸ The Parliament of the Commonwealth of Australia, Review of technological protection measures exceptions, House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. (Canberra: February 2006), p.137-141.

⁹ Burk and Cohen, อ้างถึงใน อรรถยา สิงห์สงบ, “The clash between digital rights management (DRM) and the consumer’s rights in the digital age,” ใน วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ Ninth Anniversary Special Issue 2006. (2549), หน้า 157.

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายลิขสิทธิ์ – ประเทศสหรัฐอเมริกา [Online]. 6 พฤศจิกายน 2552. หน้า 4. แหล่งที่มา:
http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=705&dir=ASC&order=name&Itemid=600&limit=5&limitstart=0
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมในการรายงานข่าว [Online]. 21 พฤษภาคม 2551. แหล่งที่มา
http://www.dip.moc.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=21&id=207&Itemid=232
- ครรชิต มาลัยวงศ์ (2547). การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต. นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2, หน้า 799 – 800. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ (2547). ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย – สหรัฐ: ปัญหาว่าด้วย “ทริปส์ผนวก”. นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, หน้า 84. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- รัชชัย ศุภผลศิริ (2547). การได้มา การปกป้อง และการใช้ลิขสิทธิ์. นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2, หน้า 456 – 457. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- นันทน อินทนนท์ (2547). ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี: บทวิเคราะห์ผลกระทบบางประการต่อประเทศไทย. นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, หน้า 174. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- นันทน อินทนนท์ (2550). มาตรการทางเทคโนโลยีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ: ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)
- วิชัย อริยะนันท์ (2547). ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม. นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, หน้า 304-305. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์. อานาจการผูกขาด. วารสารกฎหมาย 22, 1 (2546): 195-196.

อรรษา สิงห์สงบ. The clash between digital rights management (DRM) and the consumer's rights in the digital age. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ Ninth Anniversary Special Issue 2006. (2549), หน้า 142.

ภาษาอังกฤษ

AmCham Chile. U.S. - Chile Free Trade Agreement history [Online]. Available from: <http://www.amchamchile.cl/node/3074> [October 7, 2008]

Andrew Leung. Modchips on trial [Online]. 2003 UCLA Journal of Law and Technology Note 24 Available from: http://www.lawtechjournal.com/notes/2003/24_030801_Leung.php

Ann Harison. Video crypto standard cracked SecurityFocus, [Online]. August 13, 2001. Available from: <http://www.securityfocus.com/news/236> [January 6, 2009]

Christopher Soghoian. Ceveat venditor: Technologically protected subsidized goods and the customers who hack them. Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 6,1 (Fall 2007): p.62.

Conservapedia. Digital Millennium Copyright Act and First Sale Doctrine [Online]. Available from: http://www.conservapedia.com/Digital_Millennium_Copyright_Act_and_First_Sale_Doctrine [January 17, 2009]

Electronic Frontier Foundation. Unintended Consequences: Ten years under the DMCA [Online]. 2008. p.4 Available from: http://www.eff.org/files/DMCA_Unintended_10.pdf

Fred von Lohmann. Measuring the digital millenium copyright act against the darknest: Implications for the regulation of technological protection measures. 24 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 635 (2004)

Graham Greenleaf & Co. Submission on the exposure draft bill on technological proteciton measures, Cyberspace Law & Policy Centre, University of New South Wales Faculty of Law (September 22, 2006) p.3-4.

Gwen Hinze. Seven lessons from a comparison of the technological protection measure provision of the FTAA, the DMCA, and recent bilateral Free Trade Agreements [Online]. Electronic Frontier Foundation, June 2005. Available from: http://w2.eff.org/IP/FTAA/?f=tpm_implementation.html [August 20, 2007]

- Gwen Hinze. US-Chile Free Trade Agreement analysis of implementation of exceptions and limitations and technological protection measure provisions [Online]. Electronic Frontier Foundation, August 2004. Available from: http://www.eff.org/files/filenode/FTAA/20040830_uschile_fta.pdf [November 18, 2007]
- High Court of Australia. Eddy Stevens v. Kabuchiki Kaisha Sony Computer Entertainment, Sony Computer Entertainment Europe Limited and Sony Computer Entertainment Australia Pty Limited [Online]. October 6, 2005. Available from: <http://www.hcourt.gov.au/media/Stevens.pdf> [January 15, 2009]
- Jacqueline Lipton. The law of unintended consequences: The dogonal Millennium Copyright Act and interoperability. Washington & Lee Law Review 62 Wash & Lee L. Rev. 487 (Spring, 2005): p.499.
- Jane C. Ginsburg. Legal protection of technological measures protecting works of authorship: International obligations and the US experience. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers No. 593 (2005): p.3.
- Mac World. European consumer groups unite to pressure iTunes [Online]. January 22, 2007. Available from: <http://www.macworld.com/article/55001/2007/01/european.html>
- Mac World. Norway pressures Apple to ditch iTunes DRM [Online]. September 30, 2008. Available from: http://www.macworld.com/article/135789/2008/09/itunesdrm_norway.html
- Robert Spoo. Copyright misuse San Francisco Intellectual Property Law Association, [Online]. February 21, 2008. p.3, Available from: http://www.sfipla.com/2-21-08_Copyright_Misuse.pdf
- Robin D. Gross. Chile-US Free Trade Agreement (FTA) on circumvention of technological protection measures (TPMs) that control copyrighted works. IP justice brief paper [Online]. September 2004. Available from: http://www.ipjustice.org/Chile_US_FTA.shtml
- Ronald W. Staudt. Copyright law. Copyright Law class 28 p.13, [Online]. May 1, 2008. Available from:

http://www.kentlaw.edu/faculty/rstaudt/classes/copyright_spring2008/CopyrightClass28_s08.ppt

Screen Australia. Flexible vision v.2.0 a compendium of new and emerging audiovisual content delivery platforms and government intervention 2nd edition 2008 [Online]. July 2008. p.26-27, Available from:

http://www.screenaustralia.gov.au/documents/SA_publications/FlexibleVision_08.pdf

Shelstonip Newsletter. Australian high court rules on mod chips [Online]. February-March 2006. p.4, Available from:

http://www.shelstonip.com/documents/IPNewsFeb_Mar06.pdf [January 15, 2009]

South Center. The threat of technological protection measures to a development-oriented information society. Policy Brief No. 9 (August 2007): pp.3-4.

The IT Law Wiki. 321 Studios v. MGM Studios [Online]. Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/321_Studios_v._MGM_Studios [January 5, 2009]

The IT Law Wiki. Dimitri Sklyarov [Online]. Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Dimitri_Sklyarov [January 5, 2009]

The IT Law Wiki. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens [Online].

Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Kabushiki_Kaisha_Sony_Computer_Entertainment_v._Stevens [January 20, 2009]

The IT Law Wiki. Lexmark v. Static Control [Online]. Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Lexmark_v._Static_Control [January 5, 2009]

The IT Law Wiki. Universal City Studios v. Corley [Online]. Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Universal_City_Studios_v._Corley [January 5, 2009]

The IT Law Wiki. U.S. v. Elcom [Online]. Available from:

http://itlaw.wikia.com/wiki/U.S._v._Elcom [January 5, 2009]

The Parliament of the Commonwealth of Australia. Review of technological protection measures exceptions, House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. (Canberra: February 2006)

Thomas O. Barnett. Interoperability between antitrust and intellectual property [Online].

(George Mason University School of Law Symposium, Washington, DC,

September 13, 2006) Available from:

<http://www.usdoj.gov/art/public/speeches/218316.htm>

Tom Jacobs. Learning from the French iTunes legislation – CNET News [Online]. July 12, 2006. Available from: http://news.cnet.com/Learning-from-the-French-iTunes-legislation/2010-1071_3-6093168.html?tag=nw.1

U.S. Copyright Office. Rulemaking on Anticircumvention [Online]. Available from: <http://www.copyright.gov/1201/2006/index.html> [March 6, 2009]

U.S. Copyright Office. The Digital Millennium Copyright Act of 1998: U.S. copyright office summary (December 1998) p.3-4 [Online]. Available from: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> [August 20, 2007]

White SW Computer Law Intellectual Property, Information Technology & Telecommunications Newsletter. Mod chips “mod” copyright law in Australia [Online]. December 2005. Available from: <http://www.computerlaw.com.au/doku.php?id=wcl:newsletters:nldec05> [January 15, 2009]

Wikipedia. Australian Copyright Law [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Australian_copyright_law [January 6, 2009]

Wikipedia. Copyrigh Misuse [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_misuse [January 6, 2009]

Wikipedia. Digital Media Consumers' Rights Act [Online]. Available from: <http://en.wikipedia.org/wiki/DMCRA> [February 17, 2009]

Wikipedia. Digital Millennium Copyright Act [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act [January 6, 2009]

Wikipedia. Edward Felten [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Edward_Felten [January 7, 2009]

Wikipedia. Fair use [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_use [January 6, 2009]

Wikipedia. United States Copyright Law [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/Wiki/United_States_Copyright_Law [January 6, 2009]

Wikipedia. Universal v. Reimerdes [Online]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Universal_v._Reimerdes [January 6, 2009]

Wikipedia. US v. ElcomSoft Sklyarov [Online]. Available from:

http://en.wikipedia.org/wiki/US_v._ElcomSoft_Sklyarov [January 7, 2009]

William W. Fisher. iTunes case study: overview and summary of conclusions [Online].

The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, 2004. p.2.

Available from:

<http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/72/6/iTunesSummary061404.pdf>

[January 15, 2009]

William W. Fisher. iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media – A case study [Online]. The Berkman Center for Internet &

Society at Harvard Law School, June 15, 2004. p.36. Available from:

<http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf>

[January 15, 2009]

World Intellectual Property Organization. WIPO intellectual property handbook: Policy,

law and use WIPO Publication No.489 p.349 [Online]. Available from:

<http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/> [November 16, 2006]

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

Digital Millennium Copyright Act

Section 1201 Circumvention of copyright protection systems

- (a) Violations Regarding Circumvention of Technological Measures.
- (1) (A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.
- (B) The prohibition contained in subparagraph (A) shall not apply to persons who are users of a copyrighted work which is in a particular class of works, if such persons are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by virtue of such prohibition in their ability to make noninfringing uses of that particular class of works under this title, as determined under subparagraph (C).
- (C) During the 2-year period described in subparagraph (A), and during each succeeding 3-year period, the Librarian of Congress, upon the recommendation of the Register of Copyrights, who shall consult with the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce and report and comment on his or her views in making such recommendation, shall make the determination in a rulemaking proceeding for purposes of subparagraph (B) of whether persons who are users of a copyrighted work are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by the prohibition under subparagraph (A) in their ability to make noninfringing uses under this title of a particular class of copyrighted works. In conducting such rulemaking, the Librarian shall examine
- (i) the availability for use of copyrighted works;
 - (ii) the availability for use of works for nonprofit archival, preservation, and educational purposes;

- (iii) the impact that the prohibition on the circumvention of technological measures applied to copyrighted works has on criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, or research;
 - (iv) the effect of circumvention of technological measures on the market for or value of copyrighted works; and
 - (v) such other factors as the Librarian considers appropriate.
- (D) The Librarian shall publish any class of copyrighted works for which the Librarian has determined, pursuant to the rulemaking conducted under subparagraph (C), that noninfringing uses by persons who are users of a copyrighted work are, or are likely to be, adversely affected, and the prohibition contained in subparagraph (A) shall not apply to such users with respect to such class of works for the ensuing 3-year period.
- (E) Neither the exception under subparagraph (B) from the applicability of the prohibition contained in subparagraph (A), nor any determination made in a rulemaking conducted under subparagraph (C), may be used as a defense in any action to enforce any provision of this title other than this paragraph.
- (2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that
- (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;
 - (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or
 - (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

- (3) As used in this subsection
- (A) to “circumvent a technological measure” means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; and
 - (B) a technological measure “effectively controls access to a work” if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.
- (b) Additional Violations.
- (1) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that
- (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof;
 - (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof; or
 - (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person’s knowledge for use in circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof.
- (2) As used in this subsection
- (A) to “circumvent protection afforded by a technological measure” means avoiding, bypassing, removing, deactivating, or otherwise impairing a technological measure; and
 - (B) a technological measure “effectively protects a right of a copyright owner under this title” if the measure, in the ordinary course of its operation,

prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title.

(c) Other Rights, Etc., Not Affected.

- (1) Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use, under this title.
- (2) Nothing in this section shall enlarge or diminish vicarious or contributory liability for copyright infringement in connection with any technology, product, service, device, component, or part thereof.
- (3) Nothing in this section shall require that the design of, or design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as such part or component, or the product in which such part or component is integrated, does not otherwise fall within the prohibitions of subsection (a)(2) or (b)(1).
- (4) Nothing in this section shall enlarge or diminish any rights of free speech or the press for activities using consumer electronics, telecommunications, or computing products.

(d) Exemption for Nonprofit Libraries, Archives, and Educational Institutions.

- (1) A nonprofit library, archives, or educational institution which gains access to a commercially exploited copyrighted work solely in order to make a good faith determination of whether to acquire a copy of that work for the sole purpose of engaging in conduct permitted under this title shall not be in violation of subsection (a)(1)(A). A copy of a work to which access has been gained under this paragraph
 - (A) may not be retained longer than necessary to make such good faith determination; and
 - (B) may not be used for any other purpose.
- (2) The exemption made available under paragraph (1) shall only apply with respect to a work when an identical copy of that work is not reasonably available in another form.

- (3) A nonprofit library, archives, or educational institution that willfully for the purpose of commercial advantage or financial gain violates paragraph (1)
 - (A) shall, for the first offense, be subject to the civil remedies under section 1203; and
 - (B) shall, for repeated or subsequent offenses, in addition to the civil remedies under section 1203, forfeit the exemption provided under paragraph (1).
- (4) This subsection may not be used as a defense to a claim under subsection (a)(2) or (b), nor may this subsection permit a nonprofit library, archives, or educational institution to manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, component, or part thereof, which circumvents a technological measure.
- (5) In order for a library or archives to qualify for the exemption under this subsection, the collections of that library or archives shall be
 - (A) open to the public; or
 - (B) available not only to researchers affiliated with the library or archives or with the institution of which it is a part, but also to other persons doing research in a specialized field.
- (e) Law Enforcement, Intelligence, and Other Government Activities. This section does not prohibit any lawfully authorized investigative, protective, information security, or intelligence activity of an officer, agent, or employee of the United States, a State, or a political subdivision of a State, or a person acting pursuant to a contract with the United States, a State, or a political subdivision of a State. For purposes of this subsection, the term “information security” means activities carried out in order to identify and address the vulnerabilities of a government computer, computer system, or computer network.
- (f) Reverse Engineering.
 - (1) Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), a person who has lawfully obtained the right to use a copy of a computer program may circumvent a technological measure that effectively controls access to a particular portion of that program for the sole purpose of identifying and analyzing those elements of

the program that are necessary to achieve interoperability of an independently created computer program with other programs, and that have not previously been readily available to the person engaging in the circumvention, to the extent any such acts of identification and analysis do not constitute infringement under this title.

- (2) Notwithstanding the provisions of subsections (a)(2) and (b), a person may develop and employ technological means to circumvent a technological measure, or to circumvent protection afforded by a technological measure, in order to enable the identification and analysis under paragraph (1), or for the purpose of enabling interoperability of an independently created computer program with other programs, if such means are necessary to achieve such interoperability, to the extent that doing so does not constitute infringement under this title.
 - (3) The information acquired through the acts permitted under paragraph (1), and the means permitted under paragraph (2), may be made available to others if the person referred to in paragraph (1) or (2), as the case may be, provides such information or means solely for the purpose of enabling interoperability of an independently created computer program with other programs, and to the extent that doing so does not constitute infringement under this title or violate applicable law other than this section.
 - (4) For purposes of this subsection, the term “interoperability” means the ability of computer programs to exchange information, and of such programs mutually to use the information which has been exchanged.
- (g) Encryption Research.
- (1) Definitions. For purposes of this subsection
 - (A) the term “encryption research” means activities necessary to identify and analyze flaws and vulnerabilities of encryption technologies applied to copyrighted works, if these activities are conducted to advance the state of knowledge in the field of encryption technology or to assist in the development of encryption products; and

- (B) the term “encryption technology” means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.
- (2) Permissible acts of encryption research. Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), it is not a violation of that subsection for a person to circumvent a technological measure as applied to a copy, phonorecord, performance, or display of a published work in the course of an act of good faith encryption research if
- (A) the person lawfully obtained the encrypted copy, phonorecord, performance, or display of the published work;
 - (B) such act is necessary to conduct such encryption research;
 - (C) the person made a good faith effort to obtain authorization before the circumvention; and
 - (D) such act does not constitute infringement under this title or a violation of applicable law other than this section, including section 1030 of title 18 and those provisions of title 18 amended by the Computer Fraud and Abuse Act of 1986.
- (3) Factors in determining exemption.—In determining whether a person qualifies for the exemption under paragraph (2), the factors to be considered shall include
- (A) whether the information derived from the encryption research was disseminated, and if so, whether it was disseminated in a manner reasonably calculated to advance the state of knowledge or development of encryption technology, versus whether it was disseminated in a manner that facilitates infringement under this title or a violation of applicable law other than this section, including a violation of privacy or breach of security;
 - (B) whether the person is engaged in a legitimate course of study, is employed, or is appropriately trained or experienced, in the field of encryption technology; and

- (C) whether the person provides the copyright owner of the work to which the technological measure is applied with notice of the findings and documentation of the research, and the time when such notice is provided.
- (4) Use of technological means for research activities. Notwithstanding the provisions of subsection (a)(2), it is not a violation of that subsection for a person to
- (A) develop and employ technological means to circumvent a technological measure for the sole purpose of that person performing the acts of good faith encryption research described in paragraph (2); and
 - (B) provide the technological means to another person with whom he or she is working collaboratively for the purpose of conducting the acts of good faith encryption research described in paragraph (2) or for the purpose of having that other person verify his or her acts of good faith encryption research described in paragraph (2).
- (5) Report to Congress. Not later than 1 year after the date of the enactment of this chapter, the Register of Copyrights and the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce shall jointly report to the Congress on the effect this subsection has had on
- (A) encryption research and the development of encryption technology;
 - (B) the adequacy and effectiveness of technological measures designed to protect copyrighted works; and
 - (C) protection of copyright owners against the unauthorized access to their encrypted copyrighted works.
- The report shall include legislative recommendations, if any.
- (h) Exceptions Regarding Minors. In applying subsection (a) to a component or part, the court may consider the necessity for its intended and actual incorporation in a technology, product, service, or device, which
- (1) does not itself violate the provisions of this title; and
 - (2) has the sole purpose to prevent the access of minors to material on the Internet.
- (i) Protection of Personally Identifying Information.

- (1) Circumvention permitted. Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), it is not a violation of that subsection for a person to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title, if
 - (A) the technological measure, or the work it protects, contains the capability of collecting or disseminating personally identifying information reflecting the online activities of a natural person who seeks to gain access to the work protected;
 - (B) in the normal course of its operation, the technological measure, or the work it protects, collects or disseminates personally identifying information about the person who seeks to gain access to the work protected, without providing conspicuous notice of such collection or dissemination to such person, and without providing such person with the capability to prevent or restrict such collection or dissemination;
 - (C) the act of circumvention has the sole effect of identifying and disabling the capability described in subparagraph (A), and has no other effect on the ability of any person to gain access to any work; and
 - (D) the act of circumvention is carried out solely for the purpose of preventing the collection or dissemination of personally identifying information about a natural person who seeks to gain access to the work protected, and is not in violation of any other law.
 - (2) Inapplicability to certain technological measures. This subsection does not apply to a technological measure, or a work it protects, that does not collect or disseminate personally identifying information and that is disclosed to a user as not having or using such capability.
- (j) Security Testing.
- (1) Definition. For purposes of this subsection, the term “security testing” means accessing a computer, computer system, or computer network, solely for the purpose of good faith testing, investigating, or correcting, a security flaw or vulnerability, with the authorization of the owner or operator of such computer, computer system, or computer network.

- (2) Permissible acts of security testing. Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), it is not a violation of that subsection for a person to engage in an act of security testing, if such act does not constitute infringement under this title or a violation of applicable law other than this section, including section 1030 of title 18 and those provisions of title 18 amended by the Computer Fraud and Abuse Act of 1986.
- (3) Factors in determining exemption. In determining whether a person qualifies for the exemption under paragraph (2), the factors to be considered shall include
 - (A) whether the information derived from the security testing was used solely to promote the security of the owner or operator of such computer, computer system or computer network, or shared directly with the developer of such computer, computer system, or computer network; and
 - (B) whether the information derived from the security testing was used or maintained in a manner that does not facilitate infringement under this title or a violation of applicable law other than this section, including a violation of privacy or breach of security.
- (4) Use of technological means for security testing. Notwithstanding the provisions of subsection (a)(2), it is not a violation of that subsection for a person to develop, produce, distribute or employ technological means for the sole purpose of performing the acts of security testing described in subsection (2), provided such technological means does not otherwise violate section (a)(2).

ภาคผนวก ข



Copyright Amendment Act 2006

No. 158, 2006

An Act to amend the *Copyright Act 1968*, and for related purposes

Schedule 12—Technological protection measures

Part 1—Main amendments

Copyright Act 1968

1 Subsection 10(1)

Insert:

access control technological protection measure means a device, product, technology or component (including a computer program) that:

- (a) is used in Australia or a qualifying country:
 - (i) by, with the permission of, or on behalf of, the owner or the exclusive licensee of the copyright in a work or other subject-matter; and
 - (ii) in connection with the exercise of the copyright; and
- (b) in the normal course of its operation, controls access to the work or other subject-matter;

but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:

- (c) if the work or other subject-matter is a cinematograph film or computer program (including a computer game)—controls geographic market segmentation by preventing the playback in Australia of a non-infringing copy of the work or other subject-matter acquired outside Australia; or
- (d) if the work is a computer program that is embodied in a machine or device—restricts the use of goods (other than the work) or services in relation to the machine or device.

For the purposes of this definition, *computer program* has the same meaning as in section 47AB.

2 Subsection 10(1) (definition of *circumvention device*)

Repeal the definition, substitute:

circumvention device for a technological protection measure means a device, component or product (including a computer program) that:

- (a) is promoted, advertised or marketed as having the purpose or use of circumventing the technological protection measure; or
- (b) has only a limited commercially significant purpose or use, or no such purpose or use, other than the circumvention of the technological protection measure; or
- (c) is primarily or solely designed or produced to enable or facilitate the circumvention of the technological protection measure.

For the purposes of this definition, *computer program* has the same meaning as in section 47AB.

3 Subsection 10(1) (definition of *circumvention service*)

Repeal the definition, substitute:

circumvention service for a technological protection measure means a service that:

- (a) is promoted, advertised or marketed as having the purpose or use of circumventing the technological protection measure; or
- (b) has only a limited commercially significant purpose or use, or no such purpose or use, other than the circumvention of the technological protection measure; or
- (c) is primarily or solely designed or produced to enable or facilitate the circumvention of the technological protection measure.

4 Subsection 10(1)

Insert:

controls access: a device, product, technology or component (including a computer program) *controls access* to a work or other subject-matter if it requires the application of information or a process, with the permission of the owner or exclusive licensee of the copyright in the work or other subject-matter, to gain access to the work or other subject-matter.

5 Subsection 10(1) (definition of *technological protection measure*)

Repeal the definition, substitute:

technological protection measure means:

- (a) an access control technological protection measure; or
- (b) a device, product, technology or component (including a computer program) that:

- (i) is used in Australia or a qualifying country by, with the permission of, or on behalf of, the owner or the exclusive licensee of the copyright in a work or other subject-matter; and
- (ii) in the normal course of its operation, prevents, inhibits or restricts the doing of an act comprised in the copyright;
but does not include such a device, product, technology or component to the extent that it:
- (iii) if the work or other subject-matter is a cinematograph film or computer program (including a computer game)—controls geographic market segmentation by preventing the playback in Australia of a non-infringing copy of the work or other subject-matter acquired outside Australia; or
- (iv) if the work is a computer program that is embodied in a machine or device—restricts the use of goods (other than the work) or services in relation to the machine or device.

For the purposes of this definition, *computer program* has the same meaning as in section 47AB.

6 Section 100AG (after table item 2)

Insert:

- | | | |
|----|---|--|
| 2A | the action is brought under section 116AN, 116AO or 116AP | (a) damages (other than additional damages); or |
| | | (b) an account of profits; or |
| | | (c) destruction or delivery up of a circumvention device |

7 Section 100AG (table item 3)

Omit "116A,".

8 Division 2A of Part V (heading)

Repeal the heading, substitute:

Division 2A— Actions in relation to technological protection measures and electronic rights management information

9 Section 116A

Repeal the section, substitute:

Subdivision A—Technological protection measures

116AK Definitions

In this Subdivision, *computer program* has the same meaning as in section 47AB.

116AL Interaction of this Subdivision with Part VAA

This Subdivision does not apply to encoded broadcasts (within the meaning of Part VAA).

116AM Geographical application

- (1) This Subdivision applies to acts done in Australia.
- (2) This section does not, by implication, affect the interpretation of any other provision of this Act.

116AN Circumventing an access control technological protection measure

- (1) An owner or exclusive licensee of the copyright in a work or other subject-matter may bring an action against a person if:
 - (a) the work or other subject-matter is protected by an access control technological protection measure; and
 - (b) the person does an act that results in the circumvention of the access control technological protection measure; and
 - (c) the person knows, or ought reasonably to know, that the act would have that result.

Exception—permission

- (2) Subsection (1) does not apply to the person if the person has the permission of the copyright owner or exclusive licensee to circumvent the access control technological protection measure.

Exception—interoperability

- (3) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and

- (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program (the *original program*) that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the original program; and
 - (ia) relates to elements of the original program that will not be readily available to the person when the circumvention occurs; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with the original program or any other program.

Exception—encryption research

- (4) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable:
 - (i) the person; or
 - (ii) if the person is a body corporate—an employee of the person; to do an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of encryption technology; and
 - (c) the person or employee is:
 - (i) engaged in a course of study at an educational institution in the field of encryption technology; or
 - (ii) employed, trained or experienced in the field of encryption technology; and

- (d) the person or employee:
 - (i) has obtained permission from the owner or exclusive licensee of the copyright to do the act; or
 - (ii) has made, or will make, a good faith effort to obtain such permission.

In this subsection, *encryption technology* means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

Exception—computer security testing

- (5) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the computer program; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of testing, investigating or correcting the security of a computer, computer system or computer network; and
 - (iv) will be done with the permission of the owner of the computer, computer system or computer network.

Exception—online privacy

- (6) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and

- (iii) will be done for the sole purpose of identifying and disabling an undisclosed capability to collect or disseminate personally identifying information about the online activities of a natural person; and
- (iv) will not affect the ability of the person or any other person to gain access to the work or other subject-matter or any other work or subject-matter.

Exception—law enforcement and national security

- (7) Subsection (1) does not apply in relation to anything lawfully done for the purposes of:
- (a) law enforcement; or
 - (b) national security; or
 - (c) performing a statutory function, power or duty;
- by or on behalf of the Commonwealth, a State or a Territory, or an authority of one of those bodies.

Exception—libraries etc.

- (8) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
 - (b) the person is:
 - (i) a library (other than a library that is conducted for the profit, direct or indirect, of an individual or individuals); or
 - (ii) a body mentioned in paragraph (a) of the definition of *archives* in subsection 10(1), or in subsection 10(4); or
 - (iii) an educational institution; and
 - (c) the act will be done for the sole purpose of making an acquisition decision in relation to the work or other subject-matter; and
 - (d) the work or other subject-matter will not be otherwise available to the person when the act is done.

Note: A library that is owned by a person conducting a business for profit might not itself be conducted for profit (see section 18).

Exception—prescribed acts

- (9) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
 - (b) the act will not infringe the copyright in a work or other subject-matter; and
 - (c) the doing of the act by the person is prescribed by the regulations.

Note: For the making of regulations prescribing the doing of an act by a person, see section 249.

Burden of proof

- (10) The defendant bears the burden of establishing the matters referred to in subsections (2) to (9).

116AO Manufacturing etc. a circumvention device for a technological protection measure

- (1) An owner or exclusive licensee of the copyright in a work or other subject-matter may bring an action against a person if:
- (a) the person does any of the following acts with a device:
 - (i) manufactures it with the intention of providing it to another person;
 - (ii) imports it into Australia with the intention of providing it to another person;
 - (iii) distributes it to another person;
 - (iv) offers it to the public;
 - (v) provides it to another person;
 - (vi) communicates it to another person; and
 - (b) the person knows, or ought reasonably to know, that the device is a circumvention device for a technological protection measure; and

- (c) the work or other subject-matter is protected by the technological protection measure.

Exception - no promotion, advertising etc.

- (2) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the device is a circumvention device for the technological protection measure only because it was promoted, advertised or marketed as having the purpose of circumventing the technological protection measure; and
 - (b) both of the following apply:
 - (i) the person did not do such promoting, advertising or marketing;
 - (ii) the person did not direct or request (expressly or impliedly) another person to do such promoting, advertising or marketing.

Exception—interoperability

- (3) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the circumvention device will be used to circumvent the technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program (the *original program*) that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the original program; and
 - (iia) relates to elements of the original program that will not be readily available to the person doing the act when the circumvention occurs; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with the original program or any other program.

Exception—encryption research

- (4) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention device will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable a person (the *researcher*) to do an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of encryption technology; and
 - (d) the researcher is:
 - (i) engaged in a course of study at an educational institution in the field of encryption technology; or
 - (ii) employed, trained or experienced in the field of encryption technology; and
 - (e) the researcher:
 - (i) has obtained permission from the owner or exclusive licensee of the copyright to do the act; or
 - (ii) has made, or will make, a good faith effort to obtain such permission.

In this subsection, *encryption technology* means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

Exception—computer security testing

- (5) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and

- (b) the circumvention device will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable the doing of an act; and
- (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the computer program; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of testing, investigating or correcting the security of a computer, computer system or computer network; and
 - (iv) will be done with the permission of the owner of the computer, computer system or computer network.

Exception—law enforcement and national security

- (6) Subsection (1) does not apply in relation to anything lawfully done for the purposes of:
 - (a) law enforcement; or
 - (b) national security; or
 - (c) performing a statutory function, power or duty;
 by or on behalf of the Commonwealth, a State or a Territory, or an authority of one of those bodies.

Burden of proof

- (7) The defendant bears the burden of establishing the matters referred to in subsections (2) to (6).

116AP Providing etc. a circumvention service for a technological protection measure

- (1) An owner or exclusive licensee of the copyright in a work or other subject-matter may bring an action against a person if:
 - (a) the person:
 - (i) provides a service to another person; or
 - (ii) offers a service to the public; and

- (b) the person knows, or ought reasonably to know, that the service is a circumvention service for a technological protection measure; and
- (c) the work or other subject-matter is protected by the technological protection measure.

Exception - no promotion, advertising etc.

- (2) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the service is a circumvention service for the technological protection measure only because it was promoted, advertised or marketed as having the purpose of circumventing the technological protection measure; and
 - (b) both of the following apply:
 - (i) the person did not do such promoting, advertising or marketing;
 - (ii) the person did not direct or request (expressly or impliedly) another person to do such promoting, advertising or marketing.

Exception—interoperability

- (3) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the circumvention service will be used to circumvent a technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program (the *original program*) that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the original program; and
 - (iia) relates to elements of the original program that will not be readily available to the person doing the act when the circumvention occurs; and

- (iii) will be done for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with the original program or any other program.

Exception—encryption research

- (4) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention service will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable a person (the *researcher*) to do an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of encryption technology; and
 - (d) the researcher is:
 - (i) engaged in a course of study at an educational institution in the field of encryption technology; or
 - (ii) employed, trained or experienced in the field of encryption technology; and
 - (e) the researcher:
 - (i) has obtained permission from the owner or exclusive licensee of the copyright to do the act; or
 - (ii) has made, or will make, a good faith effort to obtain such permission.

In this subsection, *encryption technology* means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

Exception—computer security testing

- (5) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention service will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the computer program; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of testing, investigating or correcting the security of a computer, computer system or computer network; and
 - (iv) will be done with the permission of the owner of the computer, computer system or computer network.

Exception—law enforcement and national security

- (6) Subsection (1) does not apply in relation to anything lawfully done for the purposes of:
- (a) law enforcement; or
 - (b) national security; or
 - (c) performing a statutory function, power or duty;
- by or on behalf of the Commonwealth, a State or a Territory, or an authority of one of those bodies.

Burden of proof

- (7) The defendant bears the burden of establishing the matters referred to in subsections (2) to (6).

116AQ Remedies in actions under this Subdivision

- (1) Without limiting the relief that a court may grant in an action under this Subdivision, the relief may include:

- (a) an injunction, subject to such terms, if any, as the court thinks fit; and
 - (b) damages or an account of profits; and
 - (c) if the doing of an act, which is the subject of the action, involved a circumvention device—an order that the circumvention device be destroyed or dealt with as specified in the order.
- (2) In assessing damages, the court may award such additional damages as it considers appropriate, having regard to:
- (a) the flagrancy of the defendant's acts that are the subject of the action; and
 - (b) the need to deter similar acts; and
 - (c) the conduct of the defendant after the acts or, if relevant, after the defendant was informed that the defendant had allegedly done an act that would be the subject of an action under this Subdivision; and
 - (d) any benefit shown to have accrued to the defendant as a result of those acts; and
 - (e) any other relevant matters.
- (3) If:
- (a) an action has been commenced against a person under this Subdivision; and
 - (b) the doing of an act by the person, which is the subject of the action, involved a device; and
 - (c) the device appears to the court to be a circumvention device;
- the court may order that the device be delivered up to the court upon such conditions as the court considers appropriate.
- (4) This section does not, by implication, affect the interpretation of any other provision of this Act.

Subdivision B—Electronic rights management information

10 Subsections 116D(1) and (2)

Omit “section 116A, 116B, 116C or 116CA”, substitute “this Subdivision”.

Note: The heading to section 116D is altered by omitting “sections 116A, 116B, 116C and 116CA” and substituting “this Subdivision”.

11 After Subdivision D of Division 5 of Part V

Insert:

Subdivision E—Technological protection measures

132APA Definitions

In this Subdivision, *computer program* has the same meaning as in section 47AB.

132APB Interaction of this Subdivision with Part VAA

This Subdivision does not apply to encoded broadcasts (within the meaning of Part VAA).

132APC Circumventing an access control technological protection measure

- (1) A person commits an offence if:
- (a) the person engages in conduct; and
 - (b) the conduct results in the circumvention of a technological protection measure; and
 - (c) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (d) the person engages in the conduct with the intention of obtaining a commercial advantage or profit.

Penalty: 60 penalty units.

Defence—permission

- (2) Subsection (1) does not apply to the person if the person has the permission of the copyright owner or exclusive licensee to circumvent the access control technological protection measure.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (2) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—interoperability

- (3) Subsection (1) does not apply to the person if:

- (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
- (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program (the *original program*) that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the original program; and
 - (ia) relates to elements of the original program that will not be readily available to the person when the circumvention occurs; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with the original program or any other program.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (3) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—encryption research

- (4) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable:
 - (i) the person; or
 - (ii) if the person is a body corporate—an employee of the person; to do an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of encryption technology; and
 - (c) the person or employee is:

- (i) engaged in a course of study at an educational institution in the field of encryption technology; or
 - (ii) employed, trained or experienced in the field of encryption technology; and
- (d) the person or employee:
- (i) has obtained permission from the owner or exclusive licensee of the copyright to do the act; or
 - (ii) has made, or will make, a good faith effort to obtain such permission.

In this subsection, *encryption technology* means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (4) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—computer security testing

- (5) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the computer program; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of testing, investigating or correcting the security of a computer, computer system or computer network; and
 - (iv) will be done with the permission of the owner of the computer, computer system or computer network.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (5) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—online privacy

- (6) Subsection (1) does not apply to the person if:

- (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
- (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and disabling an undisclosed capability to collect or disseminate personally identifying information about the online activities of a natural person; and
 - (iv) will not affect the ability of the person or any other person to gain access to the work or other subject-matter or any other work or subject-matter.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (6) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—law enforcement and national security

- (7) Subsection (1) does not apply in relation to anything lawfully done for the purposes of:
 - (a) law enforcement; or
 - (b) national security; or
 - (c) performing a statutory function, power or duty;

by or on behalf of the Commonwealth, a State or a Territory, or an authority of one of those bodies.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (7) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—libraries etc.

- (8) Subsection (1) does not apply in respect of anything lawfully done by the following bodies in performing their functions:

- (a) a library (other than a library that is conducted for the profit, direct or indirect, of an individual or individuals);
- (b) a body mentioned in:
 - (i) paragraph (a) of the definition of *archives* in subsection 10(1);
 - or
 - (ii) subsection 10(4);
- (c) an educational institution;
- (d) a public non-commercial broadcaster (including a body that provides a national broadcasting service, within the meaning of the *Broadcasting Services Act 1992*, and a body that holds a community broadcasting licence within the meaning of that Act).

Note 1: A library that is owned by a person conducting a business for profit might not itself be conducted for profit (see section 18).

Note 2: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (8) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—prescribed acts

- (9) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the person circumvents the access control technological protection measure to enable the person to do an act; and
 - (b) the act will not infringe the copyright in a work or other subject-matter; and
 - (c) the doing of the act by the person is prescribed by the regulations.

Note 1: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (9) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Note 2: For the making of regulations prescribing the doing of an act by a person, see section 249.

132APD Manufacturing etc. a circumvention device for a technological protection measure

- (1) A person commits an offence if:
 - (a) the person does any of the following acts with a device:
 - (i) manufactures it with the intention of providing it to another person;
 - (ii) imports it into Australia with the intention of providing it to another person;
 - (iii) distributes it to another person;
 - (iv) offers it to the public;
 - (v) provides it to another person;
 - (vi) communicates it to another person; and
 - (b) the person does the act with the intention of obtaining a commercial advantage or profit; and
 - (c) the device is a circumvention device for a technological protection measure.

Penalty: 550 penalty units or imprisonment for 5 years, or both.

Defence—no promotion, advertising etc.

- (2) Subsection (1) does not apply to the person if:
 - (a) the device is a circumvention device for the technological protection measure only because it was promoted, advertised or marketed as having the purpose of circumventing the technological protection measure; and
 - (b) both of the following apply:
 - (i) the person did not do such promoting, advertising or marketing;
 - (ii) the person did not direct or request (expressly or impliedly) another person to do such promoting, advertising or marketing.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (2) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—interoperability

- (3) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the circumvention device will be used to circumvent the technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program (the *original program*) that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the original program; and
 - (ia) relates to elements of the original program that will not be readily available to the person doing the act when the circumvention occurs; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with the original program or any other program.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (3) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—encryption research

- (4) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention device will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable a person (the *researcher*) to do an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and

- (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of encryption technology; and
- (d) the researcher is:
- (i) engaged in a course of study at an educational institution in the field of encryption technology; or
 - (ii) employed, trained or experienced in the field of encryption technology; and
- (e) the researcher:
- (i) has obtained permission from the owner or exclusive licensee of the copyright to do the act; or
 - (ii) has made, or will make, a good faith effort to obtain such permission.

In this subsection, *encryption technology* means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (4) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—computer security testing

- (5) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention device will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the computer program; and

(iii) will be done for the sole purpose of testing, investigating or correcting the security of a computer, computer system or computer network; and

(iv) will be done with the permission of the owner of the computer, computer system or computer network.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (5) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—law enforcement and national security

(6) Subsection (1) does not apply in relation to anything lawfully done for the purposes of:

- (a) law enforcement; or
- (b) national security; or
- (c) performing a statutory function, power or duty;

by or on behalf of the Commonwealth, a State or a Territory, or an authority of one of those bodies.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (6) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—libraries etc.

(7) Subsection (1) does not apply in respect of anything lawfully done by the following bodies in performing their functions:

- (a) a library (other than a library that is conducted for the profit, direct or indirect, of an individual or individuals);
- (b) a body mentioned in:
 - (i) paragraph (a) of the definition of *archives* in subsection 10(1);
 - or
 - (ii) subsection 10(4);
- (c) an educational institution;
- (d) a public non-commercial broadcaster (including a body that provides a national broadcasting service, within the meaning of the

Broadcasting Services Act 1992, and a body that holds a community broadcasting licence within the meaning of that Act).

Note 1: A library that is owned by a person conducting a business for profit might not itself be conducted for profit (see section 18).

Note 2: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (7) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

132APE Providing etc. a circumvention service for a technological protection measure

- (1) A person commits an offence if:
- (a) the person:
 - (i) provides a service to another person; or
 - (ii) offers a service to the public; and
 - (b) the person does so with the intention of obtaining a commercial advantage or profit; and
 - (c) the service is a circumvention service for a technological protection measure.

Penalty: 550 penalty units or imprisonment for 5 years, or both.

Defence—no promotion, advertising etc.

- (2) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the service is a circumvention service for the technological protection measure only because it was promoted, advertised or marketed as having the purpose of circumventing the technological protection measure; and
 - (b) both of the following apply:
 - (i) the person did not do such promoting, advertising or marketing;
 - (ii) the person did not direct or request (expressly or impliedly) another person to do such promoting, advertising or marketing.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (2) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—interoperability

- (3) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the circumvention service will be used to circumvent a technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (b) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program (the *original program*) that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the original program; and
 - (ia) relates to elements of the original program that will not be readily available to the person doing the act when the circumvention occurs; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with the original program or any other program.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (3) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—encryption research

- (4) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention service will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable a person (the *researcher*) to do an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a work or other subject-matter that is not an infringing copy and that was lawfully obtained; and

- (ii) will not infringe the copyright in the work or other subject-matter; and
 - (iii) will be done for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of encryption technology; and
- (d) the researcher is:
- (i) engaged in a course of study at an educational institution in the field of encryption technology; or
 - (ii) employed, trained or experienced in the field of encryption technology; and
- (e) the researcher:
- (i) has obtained permission from the owner or exclusive licensee of the copyright to do the act; or
 - (ii) has made, or will make, a good faith effort to obtain such permission.

In this subsection, *encryption technology* means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (4) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—computer security testing

- (5) Subsection (1) does not apply to the person if:
- (a) the technological protection measure is an access control technological protection measure; and
 - (b) the circumvention service will be used to circumvent the access control technological protection measure to enable the doing of an act; and
 - (c) the act:
 - (i) relates to a copy of a computer program that is not an infringing copy; and
 - (ii) will not infringe the copyright in the computer program; and

(iii) will be done for the sole purpose of testing, investigating or correcting the security of a computer, computer system or computer network; and

(iv) will be done with the permission of the owner of the computer, computer system or computer network.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (5) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—law enforcement and national security

(6) Subsection (1) does not apply in relation to anything lawfully done for the purposes of:

- (a) law enforcement; or
- (b) national security; or
- (c) performing a statutory function, power or duty;

by or on behalf of the Commonwealth, a State or a Territory, or an authority of one of those bodies.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (6) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

Defence—libraries etc.

(7) Subsection (1) does not apply in respect of anything lawfully done by the following bodies in performing their functions:

- (a) a library (other than a library that is conducted for the profit, direct or indirect, of an individual or individuals);
- (b) a body mentioned in:
 - (i) paragraph (a) of the definition of *archives* in subsection 10(1);
 - or
 - (ii) subsection 10(4);
- (c) an educational institution;
- (d) a public non-commercial broadcaster (including a body that provides a national broadcasting service, within the meaning of the

Broadcasting Services Act 1992, and a body that holds a community broadcasting licence within the meaning of that Act).

Note 1: A library that is owned by a person conducting a business for profit might not itself be conducted for profit (see section 18).

Note 2: A defendant bears an evidential burden in relation to the matter in subsection (7) (see subsection 13.3(3) of the *Criminal Code*).

12 Subsection 134(2)

Omit “116A”, substitute “116AN, 116AO, 116AP”.

13 After section 202

Insert:

202A Groundless threats of legal proceedings in relation to technological protection measures

- (1) If a person (the *first person*) threatens another person with an action under Subdivision A of Division 2A of Part V, a person aggrieved may bring an action against the first person.

Note: Subdivision A of Division 2A of Part V establishes causes of action that relate to circumventing an access control technological protection measure (section 116AN), manufacturing etc. a circumvention device for a technological protection measure (section 116AO) and providing etc. a circumvention service for a technological protection measure (section 116AP).

- (2) An action may be brought under this section whether or not the first person is the owner or exclusive licensee of the copyright in the work or other subject-matter to which the threatened action relates.
- (3) The mere notification that a work or other subject-matter is protected by a technological protection measure does not constitute a threat of an action within the meaning of this section.

- (4) In an action under this section, the orders a court may make include the following:
 - (a) an order declaring that the threat is unjustifiable;
 - (b) an order granting an injunction restraining the first person from continuing to make the threat;
 - (c) an order awarding such damages (if any) for loss that the person aggrieved has suffered as a result of the making of the threat.
- (5) The court must not make an order under subsection (4) if the first person satisfies the court that an action under Subdivision A of Division 2A of Part V has reasonable prospects of success.
- (6) Nothing in this section renders a barrister or solicitor of the High Court, or of the Supreme Court of a State or Territory, liable to an action under this section in respect of an act done in his or her professional capacity on behalf of a client.
- (7) If an action under this section is brought:
 - (a) the first person may apply, by way of counterclaim, for relief to which he or she would be entitled in an action under Subdivision A of Division 2A of Part V; and
 - (b) the provisions of Part V apply as if the counterclaim were an action brought by the first person under that Subdivision.

Note: The heading to section 202 is altered by adding at the end “**in relation to copyright infringement**”.

14 Section 249

Before “The Governor-General”, insert “(1)”.

Note: The following heading to subsection 249(1) is inserted “*General regulation-making power*”.

15 At the end of section 249

Add:

Regulations in relation to technological protection measures

- (2) Without limiting subsection (1), the Governor-General may make regulations prescribing the doing of an act by a person for the purposes of subsections 116AN(9) and 132APC(9).

Note: For prescription of acts and persons by class, see subsection 13(3) of the *Legislative Instruments Act 2003*.

- (3) However, the Governor-General must not make a regulation prescribing the doing of an act by a person unless the Minister makes a recommendation to prescribe the doing of the act by the person.

- (4) The Minister may only make a recommendation to prescribe the doing of an act by a person if:

- (a) a submission has been made (whether before or after the commencement of this section) to prescribe the doing of the act by the person; and
- (b) the doing of the act by the person will not infringe the copyright in a work or other subject-matter; and
- (c) the doing of the act by the person is in relation to a particular class of works or other subject-matter; and
- (d) an actual or likely adverse impact on the doing of the act by the person has been credibly demonstrated; and
- (e) the adequacy of the protection and the effectiveness of the remedies provided by Subdivision A of Division 2A of Part V and Subdivision E of Division 5 of Part V would not be impaired if the doing of the act by the person were prescribed.

Note: For the purposes of paragraph (a), it is not necessary for the person who made the submission to be the person in relation to whom the act is prescribed.

- (5) If a submission has been made to prescribe the doing of an act by a person, the Minister must make a decision whether to recommend the prescription of the doing of the act by the person as soon as practicable after receiving the submission, but in any case, within 4 years of receiving it.

- (6) The Governor-General may make regulations varying or revoking regulations made under subsection (2).
- (7) However, the Governor-General must not make a regulation varying or revoking a regulation made under subsection (2) unless the Minister makes a recommendation to vary or revoke the regulation.
- (8) The Minister may make a recommendation to vary or revoke a regulation made under subsection (2) only if:
 - (a) a submission has been made to vary or revoke the regulation; and
 - (b) an actual or likely adverse impact on the doing of the act by the person that is the subject of the regulation can no longer be credibly demonstrated; and
 - (c) the adequacy of the protection and the effectiveness of the remedies provided by Subdivision A of Division 2A of Part V and Subdivision E of Division 5 of Part V would be impaired if the regulation were not varied or revoked.
- (9) If a submission has been made to vary or revoke a regulation made under subsection (2), the Minister must make a decision whether to recommend the variation or revocation of the regulation as soon as practicable after receiving the submission, but in any case, within 4 years of receiving it.

16 Application of amendments

The amendments made by this Part apply to acts done on or after the commencement of this Part.

ภาคผนวก ค

Chile-US Free Trade Agreement

Article 17.7

5. In order to provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors, performers, and producers of phonograms in connection with the exercise of their rights and that restrict unauthorized acts in respect of their works, performances, and phonograms, protected by copyright and related rights:

(a) each Party shall provide that any person who knowingly¹⁸ circumvents without authorization of the right holder or law consistent with this Agreement any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram shall be civilly liable and, in appropriate circumstances, shall be criminally liable, or said conduct shall be considered an aggravating circumstance of another offense.¹⁹ No Party is required to impose civil or criminal liability for a person who circumvents any effective technological measure that protects any of the exclusive rights of copyright or related rights in a protected work, but does not control access to such work.

(b) each Party shall also provide administrative or civil measures, and, where the conduct is willful and for prohibited commercial purposes, criminal measures

¹⁸ For purposes of paragraph 5, knowledge may be demonstrated through reasonable evidence taking into account the facts and circumstances surrounding the alleged illegal act.

¹⁹ Paragraph 5 does not obligate a Party to require that the design of, or the design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as such product does not otherwise violate any measure implementing paragraph 5(b).

with regard to the manufacture, import, distribution, sale, or rental of devices, products, or components or the provision of services which:

- (i) are promoted, advertised, or marketed for the purpose of circumvention of any effective technological measure, or
- (ii) do not have a commercially significant purpose or use other than to circumvent any effective technological measure, or
- (iii) are primarily designed, produced, adapted, or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of any effective technological measures.

Each Party shall ensure that due account is given, *inter alia*, to the scientific or educational purpose of the conduct of the defendant in applying criminal measures under any provisions implementing this subparagraph. A Party may exempt from criminal liability, and if carried out in good faith without knowledge that the conduct is prohibited, from civil liability, acts prohibited under this subparagraph that are carried out in connection with a nonprofit library, archive or educational institution.

- (c) Each Party shall ensure that nothing in subparagraphs (a) and (b) affects rights, remedies, limitations, or defenses with respect to copyright or related rights infringement.
- (d) Each Party shall confine limitations and exceptions to measures implementing subparagraphs (a) and (b) to certain special cases that do not impair the adequacy of legal protection or the effectiveness of legal remedies against the circumvention of effective technological measures. In particular, each Party may establish exemptions and limitations to address the following situations and activities in accordance with subparagraph (e):
 - (i) when an actual or likely adverse effect on noninfringing uses with respect to a particular class of works or exceptions or limitation to copyright or related rights with respect to a class of users is demonstrated or recognized

through a legislative or administrative proceeding established by law, provided that any limitation or exception adopted in reliance upon this subparagraph (d)(i) shall have effect for a period of not more than three years from the date of conclusion of such proceeding;

- (ii) noninfringing reverse engineering activities with regard to a lawfully obtained copy of a computer program, carried out in good faith with respect to particular elements of that computer program that have not been readily available to that person,²⁰ for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with other programs²¹;
- (iii) noninfringing good faith activities, carried out by a researcher who has lawfully obtained a copy, performance, or display of a work, and who has made a reasonable attempt to obtain authorization for such activities, to the extent necessary for the sole purpose of identifying and analyzing flaws and vulnerabilities of encryption technologies²²;
- (iv) the inclusion of a component or part for the sole purpose of preventing the access of minors to inappropriate online content in a technology, product, service, or device that does not itself violate any measures implementing subparagraphs (a) and (b);
- (v) noninfringing good faith activities that are authorized by the owner of a computer, computer system, or computer network for the sole purpose of

²⁰ For greater certainty, elements of a computer program are not readily available to a person seeking to engage in noninfringing reverse engineering when they cannot be obtained from the literature on the subject, from the copyright holder, or from sources in the public domain.

²¹ Such activity occurring in the course of research and development is not excluded from this exception.

²² Such activity occurring in the course of research and development is not excluded from this exception.

- testing, investigating, or correcting the security of that computer, computer system, or computer network;
- (vi) noninfringing activities for the sole purpose of identifying and disabling a capability to carry out undisclosed collection or dissemination of personally identifying information reflecting the online activities of a natural person in a way that has no other effect on the ability of any person to gain access to any work;
 - (vii) lawfully authorized activities carried out by government employees, agents, or contractors for the purpose of law enforcement, intelligence, or similar government activities; and
 - (viii) access by a nonprofit library, archive, or educational institution to a work not otherwise available to it, for the sole purpose of making acquisition decisions.
- (e) Each Party may apply the exceptions and limitations for the situations and activities set forth in subparagraph (d) as follows:
- (i) any measure implementing subparagraph (a) may be subject to the exceptions and limitations with respect to each situation and activity set forth in subparagraph (d).
 - (ii) any measure implementing subparagraph (b), as it applies to effective technological measures that control access to a work, may be subject to exceptions and limitations with respect to the activities set forth in subparagraphs (d)(ii), (iii), (iv), (v), and (vii).
 - (iii) any measure implementing subparagraph (b), as it applies to effective technological measures that protect any copyright or any rights related to copyright, may be subject to exceptions and limitations with respect to the activities set forth in subparagraph (d)(ii) and (vii).
- (f) **Effective technological measure** means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a work,

performance, phonogram, or any other protected material, or that protects any copyright or any rights related to copyright, and cannot, in the usual case, be circumvented accidentally.

ภาคผนวก ง

Australia-US Free Trade Agreement

Article 17.4

7. (a) In order to provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that authors, performers, and producers of phonograms use in connection with the exercise of their rights and that restrict unauthorised acts in respect of their works, performances, and phonograms, each Party shall provide that any person who:

(i) knowingly, or having reasonable grounds to know, circumvents without authority any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram, or other subject matter; or

(ii) manufactures, imports, distributes, offers to the public, provides, or otherwise traffics in devices, products, or components, or offers to the public, or provides services that:

(A) are promoted, advertised, or marketed for the purpose of circumvention of any effective technological measure;

(B) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent any effective technological measure; or

(C) are primarily designed, produced, or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of any effective technological measure,

shall be liable and subject to the remedies specified in Article 17.11.13. Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied where any person is found to have engaged wilfully and for the purposes of commercial advantage or financial gain in any of the above activities. Each Party may provide that such criminal procedures and penalties do not apply to a non-profit library, archive, educational institution, or public non-commercial broadcasting entity.

- (b) **Effective technological measure** means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other protected subject matter, or protects any copyright.
- (c) In implementing sub-paragraph (a), neither Party shall be obligated to require that the design of, or the design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as the product does not otherwise violate any measures implementing sub-paragraph (a).
- (d) Each Party shall provide that a violation of a measure implementing this paragraph is a separate civil or criminal offence and independent of any infringement that might occur under the Party's copyright law.
- (e) Each Party shall confine exceptions to any measures implementing sub-paragraph (a) to the following activities, which shall be applied to relevant measures in accordance with sub-paragraph (f):
 - (i) non-infringing reverse engineering activities with regard to a lawfully obtained copy of a computer program, carried out in good faith with respect to particular elements of that computer program that have not been readily available to the person engaged in those activities, for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with other programs;
 - (ii) non-infringing good faith activities, carried out by an appropriately qualified researcher who has lawfully obtained a copy, unfixed performance, or display of a work, performance, or phonogram and who has made a good faith effort to obtain authorisation for such activities, to the extent necessary for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of technologies for scrambling and descrambling of information;

- (iii) the inclusion of a component or part for the sole purpose of preventing the access of minors to inappropriate online content in a technology, product, service, or device that itself is not prohibited under the measures implementing sub-paragraph (a)(ii);
 - (iv) non-infringing good faith activities that are authorised by the owner of a computer, computer system, or computer network for the sole purpose of testing, investigating, or correcting the security of that computer, computer system, or computer network;
 - (v) non-infringing activities for the sole purpose of identifying and disabling a capability to carry out undisclosed collection or dissemination of personally identifying information reflecting the online activities of a natural person in a way that has no other effect on the ability of any person to gain access to any work;
 - (vi) lawfully authorised activities carried out by government employees, agents, or contractors for law enforcement, intelligence, essential security, or similar governmental purposes;
 - (vii) access by a non-profit library, archive, or educational institution to a work, performance, or phonogram not otherwise available to it, for the sole purpose of making acquisition decisions; and
 - (viii) non-infringing uses of a work, performance, or phonogram in a particular class of works, performances, or phonograms, when an actual or likely adverse impact on those non-infringing uses is credibly demonstrated in a legislative or administrative review or proceeding; provided that any such review or proceeding is conducted at least once every four years from the date of conclusion of such review or proceeding.
- (f) The exceptions to any measures implementing sub-paragraph (a) for the activities set forth in sub-paragraph (e) may only be applied as follows, and only to the extent that they do not impair the adequacy of legal protection or the

effectiveness of legal remedies against the circumvention of effective technological measures:

- (i) any measures implementing sub-paragraph (a)(i) may be subject to exceptions with respect to each activity set forth in sub-paragraph (e);
- (ii) any measures implementing sub-paragraph (a)(ii), as they apply to effective technological measures that control access to a work, performance, or phonogram, may be subject to exceptions with respect to activities set forth in sub-paragraph (e)(i), (ii), (iii), (iv), and (vi); and
- (iii) any measures implementing sub-paragraph (a)(ii), as they apply to effective technological measures that protect any copyright, may be subject to exceptions with respect to the activities set forth in subparagraph (e)(i) and (vi).

ภาคผนวก จ

Korea-US Free Trade Agreement

Article 18.4

7. (a) In order to provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that authors, performers, and producers of phonograms use in connection with the exercise of their rights and that restrict unauthorized acts in respect of their works, performances, and phonograms, each Party shall provide that any person who:
- (i) knowingly, or having reasonable grounds to know, circumvents without authority any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, phonogram, or other subject matter; or
 - (ii) manufactures, imports, distributes, offers to the public, provides, or otherwise traffics in devices, products, or components, or offers to the public or provides services, that:
 - (A) are promoted, advertised, or marketed by that person, or by another person acting in concert with, and with the knowledge of, that person, for the purpose of circumvention of any effective technological measure;
 - (B) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent any effective technological measure; or
 - (C) are primarily designed, produced, or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of any effective technological measure,

shall be liable and subject to the remedies set out in Article 18.10.13.¹³ Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied when any person, other than a nonprofit library, archive, educational institution, or public noncommercial broadcasting entity, is found to have engaged willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain in any of the foregoing activities. Such criminal procedures and penalties shall include the application to such activities of the remedies and authorities listed in subparagraphs (a), (b), and (e) of Article 18.10.27 as applicable to infringements, *mutatis mutandis*.

- (b) In implementing subparagraph (a), neither Party shall be obligated to require that the design of, or the design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as the product does not otherwise violate any measures implementing subparagraph (a).
- (c) Each Party shall provide that a violation of a measure implementing this paragraph is a separate cause of action, independent of any infringement that might occur under the Party's law on copyright and related rights.
- (d) Each Party shall confine exceptions and limitations to measures implementing subparagraph (a) to the following activities, which shall be applied to relevant measures in accordance with subparagraph (e):¹⁴

¹³ In addition, each Party shall provide that any person who, unknowingly and without reasonable grounds to know, circumvents without authority any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, phonogram, or other subject matter shall be liable and subject at least to the remedies set out in subparagraphs (a), (c), and (d) of Article 18.10.13.

¹⁴ Either Party may request consultations with the other Party to consider how to address, under subparagraph (d), activities of a similar nature that a Party identifies after the date this Agreement enters into force.

- (i) noninfringing reverse engineering activities with regard to a lawfully obtained copy of a computer program, carried out in good faith with respect to particular elements of that computer program that have not been readily available to the person engaged in those activities, for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with other programs;
- (ii) noninfringing good faith activities, carried out by an appropriately qualified researcher who has lawfully obtained a copy, unfixed performance, or display of a work, performance, or phonogram and who has made a good faith effort to obtain authorization for such activities, to the extent necessary for the sole purpose of research consisting of identifying and analyzing flaws and vulnerabilities of technologies for scrambling and descrambling of information;
- (iii) the inclusion of a component or part for the sole purpose of preventing the access of minors to inappropriate online content in a technology, product, service, or device that itself is not prohibited under the measures implementing subparagraph (a)(ii);
- (iv) noninfringing good faith activities that are authorized by the owner of a computer, computer system, or computer network for the sole purpose of testing, investigating, or correcting the security of that computer, computer system, or computer network;
- (v) noninfringing activities for the sole purpose of identifying and disabling a capability to carry out undisclosed collection or dissemination of personally identifying information reflecting the online activities of a natural person in a way that has no other effect on the ability of any person to gain access to any work;

- (vi) lawfully authorized activities carried out by government employees, agents, or contractors for the purpose of law enforcement, intelligence, essential security, or similar governmental purposes;
 - (vii) access by a nonprofit library, archive, or educational institution to a work, performance, or phonogram not otherwise available to it, for the sole purpose of making acquisition decisions; and
 - (viii) noninfringing uses of a work, performance, or phonogram in a particular class of works, performances, or phonograms when an actual or likely adverse impact on those noninfringing uses is demonstrated in a legislative or administrative proceeding by substantial evidence, provided that any limitation or exception adopted in reliance on this clause shall have effect for a renewable period of not more than three years from the date the proceeding concludes.
- (e) The exceptions and limitations to measures implementing subparagraph (a) for the activities set forth in subparagraph (d) may only be applied as follows, and only to the extent that they do not impair the adequacy of legal protection or the effectiveness of legal remedies against the circumvention of effective technological measures:
- (i) Measures implementing subparagraph (a)(i) may be subject to exceptions and limitations with respect to each activity set forth in subparagraph (d).
 - (ii) Measures implementing subparagraph (a)(ii), as they apply to effective technological measures that control access to a work, performance, or phonogram, may be subject to exceptions and limitations with respect to activities set forth in subparagraph (d)(i), (ii), (iii), (iv), and (vi).
 - (iii) Measures implementing subparagraph (a)(ii), as they apply to effective technological measures that protect any copyright or any rights related to copyright, may be subject to exceptions and limitations with respect to activities set forth in subparagraph (d)(i) and (vi).

- (f) **Effective technological measure** means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other protected subject matter, or protects any copyright or any rights related to copyright.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ (ชื่อเดิม นางสาวจิรนุช เลหาวัฒนภิญโญ) เกิดวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2524 จังหวัดกรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2546 มีประสบการณ์ทำงานตำแหน่ง ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา ที่บริษัท ดิลลิกีแอนด์กิบบิ้นส์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เป็นเวลา 3 ปี ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งนิติกร งานนิติกรรมสัญญาด้านทรัพย์สินทางปัญญา ฝ่ายนิติการ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) ตั้งแต่เดือนเมษายน พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา