

# ปัญหาทางกฎหมายกรณีมาตรการระงับ การเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต<sup>1</sup>

## Use of an Injunction to Order Access Providers to Disable Access to Copyright Infringing Materials

ณรัช ศรีหทัย<sup>2</sup>

Narach Srihatai<sup>2</sup>

บริษัท ทู วิชั่นส์ กรุ๊ป จำกัด<sup>2</sup>

True Visions Group Company Limited<sup>2</sup>

E-mail: Narach\_sri@truecorp.co.th

Received 12/07/2019

Revised 29/10/2019

Accepted 07/11/2019

### บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นมาตรการที่มีการนำเสนอและบังคับใช้อย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลีย เพื่อแก้ปัญหา

ข้อจำกัดจากกระบวนการแจ้งเตือนและนำออก (Notice and take down) ในการดำเนินการกับผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลในกรณีที่ติดตั้งออนไลน์ละเมิดลิขสิทธิ์อยู่นอกราชอาณาจักรภายใต้แนวทางของกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหประชาชาติดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA)

การศึกษานี้ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแนว

<sup>1</sup> บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายกรณีมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต” ประจำปีหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ประจำปี 2562

<sup>2</sup> บริษัท ทู วิชั่นส์ กรุ๊ป จำกัด 118/1 ทิพย์โก้ว ทาวเวอร์ ถนนพระรามหก แขวงสามเสนใน เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร 10400

ปฏิบัติของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจากกลุ่มประเทศที่ประสบความสำเร็จในการใช้มาตรการดังกล่าว ศึกษาผ่านแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปและจากบทกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียที่ล้วนพบว่ามีการนำหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาในเนื้อหาของลิขสิทธิ์เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับสิทธิเสรีภาพของผู้ได้รับผลกระทบ มาเป็นฐานในการวิเคราะห์ศึกษาเพื่อเสนอแนะ “แนวปฏิบัติที่ดี” ภายใต้กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เหมาะสมสำหรับการใช้มาตรการดังกล่าวต่อประเทศไทย เนื่องด้วยประเทศไทยได้กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมาย 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 และมาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แต่ยังคงมีประเด็นปัญหาในการบังคับใช้มาตรการโดยเฉพาะประเด็นของมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำเสนอเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดจากมาตรา 32/3 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2558 แต่ยังคงพบปัญหาในการตีความหลักความได้สัดส่วนในเกณฑ์พิจารณาระหว่างความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะกับความผิด

ลิขสิทธิ์ที่เป็นประโยชน์ของเอกชนและรูปแบบคำสั่งภายใต้เนื้อหาลิขสิทธิ์ต่อผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลกับผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตล้วนอยู่ภายใต้เกณฑ์พิจารณาเดียวกัน ทำให้เกิดความสับสนในการตีความในการบังคับใช้มาตรการทั้งในส่วนของการพิจารณาความได้สัดส่วนและประเภทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีระดับการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่แตกต่างกัน อีกทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ขาดความชัดเจนในการเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมในกระบวนการจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นพบว่าแม้ศาลจะมีคำสั่งอนุมัติมาตรการในหลายคำร้องแต่กลับพบว่าไม่สามารถดำเนินการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ได้จริงแต่อย่างใด

ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าวจึงควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยในประเด็นดังนี้ คือ ประการที่หนึ่งแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์โดยนำองค์ประกอบของกฎหมายที่ให้อำนาจบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตมากำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แทนพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ประเด็นที่สองควรกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในการบังคับใช้มาตรการให้เหมาะสมภายใต้บริบทของเนื้อหาลิขสิทธิ์ กำหนดแนวทางในการพิจารณาและข้อคำนึงเฉพาะภายใต้เนื้อหา

ละเมิดลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับเกณฑ์ความได้  
สัดส่วนต่อการพิจารณาประเด็นในเนื้อหาของ  
ลิขสิทธิ์โดยเฉพาะ เพื่อยกระดับ และสร้างแนว  
ปฏิบัติที่ดีเพื่อให้ประเทศไทยมีกระบวนการ

ปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็งและมี  
ประสิทธิภาพต่อไป

**คำสำคัญ:** ระวังการเข้าถึงเนื้อหา, ลิขสิทธิ์,  
ปิดกั้นเว็บไซต์, กลั่นกรองเนื้อหา

## Abstract

The purpose of this research is to analyze legislation options and procedures for obtaining an injunction ordering access providers to disable access to copyright infringing materials. This method has gained popularity in the European Union (EU), Singapore and Australia as an alternative to solve the problems experienced with a ‘Notice and Takedown’ approach when servers and contents are located outside of certain jurisdictions.

This is a qualitative study that aims to compare both the legal basis and practical processes used to award injunctions based on the principle of proportion that balances the interests of rights holders against rights such as freedom of expression. This study also purports to make a recommendation of a “best practices” model for the Kingdom of Thailand based on an analysis of the advantages and disadvantages as shown

through legislation and case law from the European Union, United Kingdom, Singapore and Australia. This study also provides a historical analysis of the legislative and legal framework that Thailand has used to attempt to initiate a similar junction process. Especially the amended Computer Crime Act was meant to address these problems, but ultimately ran into unique problems of its own in practice; namely these were the application of the principle of proportion test rather than treating the issues of national security and copyright as separate issues. Furthermore, from a due process perspective this amended act was never clear in how copyright issues should be treated.

In conclusion, this study makes a recommendation of how an effective injunction process to enhance copyright protection in Thailand can be created as follows: First, amend the Copyright Act to include specific language authorizing injunctions by the Courts. Secondly, a process with clear steps for how to

obtain and enforce an injunction should be provided. Finally, injunctions for the sake of protecting copyright should be viewed under the basis of copyright separately subject to the principle of proportion. Incorporating these

recommendations, along with best practices from the examples provided, would give Thailand a solid basis for effective copyright protection.

**Keywords:** Disable access, Copyright, Website blocking, Filtering content

## บทนำ

ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในปัจจุบันต่อการดำเนินคดีโดยตรงกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ คือ การที่ผู้กระทำผิดใช้ระบบอินเทอร์เน็ตในการหลบเลี่ยงการตรวจสอบและสืบหาตัวตน ทำให้ยากแก่การดำเนินคดี ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าว มีการนำเสนอแนวทางต่อการใช้มาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตผ่านผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหลักที่มีส่วนช่วยยุติการละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน 2 ประเภท คือ ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล (Hosting Provider) และผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (Access Provider)

แนวทางในการปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล พบว่าเป็นการดำเนินการในรูปแบบของกระบวนการแจ้งเตือนและนำออกข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลเพื่อได้รับช้อยกเว้นความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหพันธรัฐดิจิทัลของประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับใช้ใน ค.ศ. 1998 ในมาตรา 512 (Limitations on

liability relating to material online) เป็นแนวปฏิบัติที่หลายประเทศทั่วโลก มีการใช้อย่างแพร่หลาย แต่แนวทางดังกล่าวกลับพบปัญหาสำคัญ คือ ไม่สามารถบังคับกับกรณีที่แหล่งที่ตั้งออนไลน์ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นตั้งอยู่ในต่างประเทศและพบข้อวิจารณ์เกี่ยวกับการขาดความโปร่งใสและความตรวจสอบความชอบธรรมในการนำออกซึ่งข้อมูลที่ถูกร้องภายใต้กระบวนการที่ไม่ผ่านการตรวจสอบโดยศาล (Cory, N., 2016, pp.7) จากสภาพปัญหาดังกล่าวปรากฏมาตรการทางเลือกที่เป็นที่นิยมในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป รวมทั้งประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียเป็นการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (Access provider) ดำเนินการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์หรือในหลายประเทศนิยมเรียกว่า “มาตรการปิดกั้นเว็บไซต์ (Website blocking)” มีลักษณะเป็นการตัดช่องทางการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีวัตถุประสงค์ไม่ได้มุ่งดำเนินการต่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงไม่ได้ดำเนินการต่อเจ้าของพื้นที่จัดเก็บข้อมูลเพื่อลบหรือถอดถอนเนื้อหา ณ แหล่งที่ตั้งข้อมูลออนไลน์

แต่จะเป็นการใช้มาตรการต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่อยู่ในเขตอำนาจภายในประเทศ ให้ระงับหรือปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์หรือเนื้อหาที่ผิดกฎหมายที่มีที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ (Riordan, J., 2017, pp.276) โดยต่อไปผู้วิจัยขอเรียกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตว่า “มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์”

สหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศแรกที่น่าเสนอและพิจารณาใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ต โดยแนวทางการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้รับการรับรองจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี UPC Telekabel Wien (C-314/12)<sup>3</sup> ว่ามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มีความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตอยู่ในนิยามของตัวกลางในระบบอินเทอร์เน็ต (intermediaries) ภายใต้มาตรา 8(3) ของข้อบังคับสหภาพยุโรป Infosoc Directive<sup>4</sup> ที่ให้อำนาจ

แก่รัฐสมาชิกสามารถออกมาตรการต่อตัวกลางในระบบอินเทอร์เน็ต หากพบว่ามีกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลที่สามใช้บริการในระบบบริการของตน จากคำตัดสินดังกล่าวสะท้อนให้เห็นแนวคิดสำคัญที่ศาลนำมาประกอบการพิจารณาเป็นเกณฑ์ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก่อนออกคำสั่งระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ คือ หลักความได้สัดส่วนโดยให้ความสำคัญต่อการประเมินความสมดุลระหว่างสิทธิที่ได้รับผลกระทบ ประสิทธิภาพของมาตรการและภาระค่าใช้จ่ายที่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบ การให้ความชอบธรรมในการเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งและคำตัดสินดังกล่าว ยังได้ตีความอารัมภบทข้อ 59 ของข้อบังคับสหภาพยุโรป Infosoc Directive ต่อการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีมุมมองในการออกคำสั่งต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตในฐานะของบุคคลภายนอกซึ่งไม่จำเป็นต้องมีส่วนกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นแต่อยู่ในสถานะของสถานที่ที่ดีที่สุด (Best place)<sup>5</sup> ในการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบ

<sup>3</sup> CJEU 27 March 2014, C-314/12 (UPC/Telekabel)

<sup>4</sup> Article 8(3) Directive 2001/29/EC (Infosoc Directive) state that Member States shall ensure that right holders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.

<sup>5</sup> Recital 59 Directive 2001/29/EC (Infosoc Directive) state that in the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, right holders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network.

ของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่เป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่มีส่วนในการดูแลข้อมูลในระบบอินเทอร์เน็ตเนื่องจากเป็นเพียงผู้เชื่อมต่อเท่านั้น ขณะที่แนวทางการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจากคำตัดสินในคดี *Societe Civile Succession Richard Guino v. Int'l Found. for Anti-cancer Drug Discovery*, (2006) กลับจำกัดรูปแบบของการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้เฉพาะกรณีที่คุณกรณีต้องมีส่วนในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ (Husovec, M., 2017, pp.218) ทำให้เป็นการยากในการพิสูจน์ความผิดและร้องขอเพื่อใช้มาตรการ พบว่ามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เป็นที่นิยมในการนำมาแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตซึ่งจะแตกต่างกลับกลุ่มสหภาพยุโรปที่มีการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย (Feiler, L., 2012, pp.30-31)

แนวทางการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยปรากฏอยู่ในกฎหมาย 2 ฉบับ คือ มาตรา 32/3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ให้อำนาจแก่ผู้เสียหายร้องขอต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานออกจากระบบคอมพิวเตอร์ แต่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามความในวรรคที่ 2 กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์

ดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ จากการบังคับใช้มาตรา 32/3 พบว่าในกรณีที่ตั้งออนไลน์ละเมิดลิขสิทธิ์ตั้งอยู่นอกราชอาณาจักรจะไม่สามารถบังคับใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนดได้ เช่น กรณีของการนำงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ไปวางอยู่กับผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลอินเทอร์เน็ตในประเทศมาเลเซีย แม้ว่าศาลจะมีคำสั่งให้นำงานออกจากระบบคอมพิวเตอร์ แต่การบังคับใช้คำสั่งศาลไทยในต่างประเทศอาจไม่สามารถบังคับใช้ได้ อีกทั้งเงื่อนไขในการดำเนินคดีภายในกำหนดเวลาหากไม่ทราบตัวผู้กระทำผิดหรือพบบุคคลเกี่ยวข้องในต่างประเทศ เงื่อนไขการดำเนินคดีภายในกำหนดระยะเวลาตามที่ศาลกำหนดก็จะกลายเป็นอุปสรรคให้มาตรการสืบสภาพบังคับไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ไม่สามารถเป็นเครื่องมือในการระงับหรือยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่อย่างไรก็ดี สภาพปัญหาดังกล่าวส่งผลให้มีการผลักดันในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยนำมูลฐานความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์มากำหนดในบทบัญญัติเพื่อสามารถร้องขอให้ระงับการเข้าถึงเนื้อหาภายใต้มาตรา 20(3) ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ โดยความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม

เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญารวมถึงลิขสิทธิ์ แต่กลับพบว่าการบังคับใช้มาตรการภายใต้มาตรา 20(3) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ยังคงปรากฏปัญหาในการตีความหลักความได้สัดส่วนในเกณฑ์พิจารณาระหว่างกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับความผิดลิขสิทธิ์ที่เป็นประโยชน์ของเอกชนอยู่ในเกณฑ์พิจารณาเดียวกันทั้งที่ควรถูกพิจารณาแยกจากกัน รูปแบบคำสั่งภายใต้เนื้อหาสิทธิที่ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลกับผู้ใช้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตถูกรวมอยู่ภายใต้ข้อพิจารณาเดียวกันทำให้เกิดความสับสนในการตีความในการบังคับใช้มาตรการซึ่งมีระดับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่ต่างกันและการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ขาดความชัดเจนในการให้โอกาสผู้ได้รับผลกระทบเข้าร่วมพิจารณา พบว่าปัจจุบันยังไม่ปรากฏความชัดเจนของกระบวนการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ที่สามารถระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างใด เจ้าของลิขสิทธิ์หลายรายได้พิจารณาใช้มาตรการภายใต้มาตรา 20(3) ต่อเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่หลายรายแต่กลับไม่พบว่าสามารถระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ดังกล่าวได้

จากข้อมูลของ Alexa เว็บไซต์จัดอันดับการเข้าถึงเว็บไซต์โดยผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตพบปริมาณการเข้าชมเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นที่นิยมสูงสุดในประเทศไทยในช่วงเดือน

มีนาคม 2017 ปรากฏข้อมูลที่น่าสนใจดังนี้ เว็บไซต์ [www.movie2free.com](http://www.movie2free.com) มีผู้เข้าชมเว็บไซต์ในประเทศไทยจำนวนทั้งสิ้นถึง 92,338,379 ครั้ง เว็บไซต์ [www.newmovie-hd.com](http://www.newmovie-hd.com) มีผู้เข้าชมเว็บไซต์ในประเทศไทยจำนวนทั้งสิ้นถึง 66,602,631 ครั้ง และเว็บไซต์ [www.037hd.com](http://www.037hd.com) มีผู้เข้าชมเว็บไซต์ทั้งสิ้นถึง 29,755,968 ครั้ง แสดงให้เห็นถึงความแพร่หลายของเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก พบว่าหน่วยราชการในประเทศไทยและกลุ่มผู้เสียหายได้พยายามร่วมมือกันในการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบดังกล่าวให้เด็ดขาดแต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด (Motion Picture Association, 2017) ด้วยสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่กล่าวมาจึงนำไปสู่ประเด็นในการศึกษาดังต่อไปนี้

## 2. วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและเหตุผลมุ่งใจต่อการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตภายใต้บริบทของกฎหมายสหภาพ

ยุโรป กฎหมายต่างประเทศ รวมถึงสภาพปัญหาในการบังคับใช้มาตรการในประเทศไทย เพื่อทราบถึงขอบเขตของการใช้มาตรการภายใต้บังคับประกอบทางกฎหมายที่สามารถนำไปบังคับใช้ได้จริงและมีประสิทธิภาพ

3. เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดเกณฑ์เงื่อนไขภายใต้ข้อคำนึงเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน นำไปกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมในการพิจารณาใช้มาตรการทางเทคนิคให้มีประสิทธิภาพ และความเชื่อมั่นให้แก่ประชาชนว่าจะไม่ถูกการใช้มาตรการจากภาครัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพจนเกินความจำเป็น

### 3. วิธีการดำเนินการวิจัย

การสำรวจเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง (Documentary Research) เพื่อศึกษาและรวบรวมข้อมูลพื้นฐานด้านกฎหมายโดยการแบ่งกลุ่มเอกสารออกเป็น 3 ส่วน คือ

3.1 แนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและแนวคิดที่ว่าด้วยหลักความได้สัดส่วน จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายแนวคำตัดสิน และกฎหมายรวมถึงเอกสารที่เกี่ยวข้อง

3.2 ศึกษาบทบัญญัติของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

พร้อมทั้งวิเคราะห์เปรียบเทียบจากแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และประเทศไทยและวิทยานิพนธ์และสิ่งพิมพ์อื่น ๆ ทั้งไทยและต่างประเทศ

3.3 วิเคราะห์ประเมินผลเกี่ยวกับผลการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย ทั้งด้านประสิทธิภาพและข้อคำนึงเกี่ยวกับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ เปรียบเทียบกับผลการบังคับใช้มาตรการในต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการบังคับใช้ในประเทศไทย

โดยสร้างข้อสรุปเพื่อตอบวัตถุประสงค์งานวิจัย โดยการนำเสนอข้อมูลด้วยการพรรณนาวิเคราะห์

### 4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

สามารถนำเสนอแนวทางในการบัญญัติเงื่อนไขการออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายที่เหมาะสมและสร้างเกณฑ์พิจารณาที่คำนึงถึงทั้งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ประโยชน์สาธารณะ และข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวทางทางเทคโนโลยีที่เหมาะสม เพื่อสามารถแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตที่นับวันยิ่งทวีความรุนแรงและยากแก่การดำเนินการทางกฎหมายมากขึ้น



## 5. แนวคิดและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

### 5.1 นิยามและรูปแบบการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

คำว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นคำแปลจากภาษาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Internet Service provider” หรือ “ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต” แต่ในเอกสารภาษาต่างประเทศบางเล่มอาจใช้คำว่า “Online Service Provider” หรือ “OSP” ซึ่งสามารถแปลเป็นภาษาไทยว่าผู้ให้บริการออนไลน์หรือเอกสารบางเล่มจะใช้คำว่า “Service Provider” ซึ่งสามารถแปลเป็นภาษาไทยว่าผู้ให้บริการแทนความหมายของคำว่า “Internet Service provider” อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการใช้ถ้อยคำภาษาอังกฤษที่แตกต่างกัน แต่คำภาษาอังกฤษทั้งสามคำถูกนำมาใช้ในความหมายที่เหมือนกัน กล่าวคือทั้งหมดจะหมายถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เนื่องจากในปัจจุบันการให้บริการบนระบบอินเทอร์เน็ตมีมากมายหลายรูปแบบ การให้บริการในแต่ละรูปแบบก็มีเนื้อสาระที่แตกต่างกันทำให้คำว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นบางครั้งไม่อาจชัดเจนว่าผู้นั้นเป็นผู้ให้บริการรูปแบบใด

จากที่กล่าวมาผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีส่วนสำคัญในการปราบปรามการละเมิด

ลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตคือผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลและผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจากข้อบังคับสหภาพยุโรป E-commerce Directive พบการกำหนดนิยามความหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้งสองมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบอินเทอร์เน็ตที่แตกต่างกัน

1) ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตภายใต้มาตรา 12 หมายถึงผู้ให้บริการประเภทที่ส่งข้อมูล หรือผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต เช่น บริษัทที่ให้บริการเกี่ยวกับโทรคมนาคม ในปัจจุบันการส่งข้อมูลมีหลายรูปแบบ ทั้งผ่านดาวเทียมและระบบ WIFI เป็นต้น คำอธิบายที่ง่ายต่อการทำความเข้าใจมากที่สุดสำหรับผู้ให้บริการประเภทนี้คือตัวกลางระหว่างการส่งข้อมูลจากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่ง ไม่ใช่ตัวส่งหรือจุดรับข้อมูล แต่เป็นท่อที่ส่งข้อมูลระหว่างจุดสองจุดที่ข้อมูลได้ส่งผ่านไปเท่านั้น ซึ่งเงื่อนไขที่ผู้ให้บริการประเภทนี้จะสามารถใช้ข้อจำกัดความรับผิดชอบคือการส่งข้อมูลจะต้องเริ่มต้นขึ้นโดยหรือเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการและส่งผ่านข้อมูลนั้นมีขึ้นผ่านระบบอัตโนมัติโดยผู้ให้บริการไม่ได้เลือกข้อมูลที่ส่ง และการเก็บข้อมูลนั้นจะต้องไม่นานเกินกว่าจำเป็นเพื่อการส่งผ่านข้อมูล<sup>6</sup>

2) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ภายใต้มาตรา 14 กำหนดให้ผู้ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลข่าวสาร รัฐสมาชิกต้องให้การ

<sup>6</sup> Article 12 E-commerce Directive (Directive 2000/31/EC ) states that Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network...

รับรองว่าผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในการจัดเก็บ ข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ใช้บริการร้องขอ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ให้บริการต้องไม่รับรู้ถึงการกระทำ หรือรู้ถึงข่าวสารที่ผิดกฎหมาย และไม่อาจ คาดถึงเหตุผลหรือพฤติการณ์ว่ามีการกระทำ ความผิดหรือมีข้อมูลข่าวสารผิดกฎหมายเกิดขึ้น และเมื่อผู้ให้บริการรับรู้หรือควรคาดหมาย ได้ว่ามีการกระทำความผิดหรือมีข้อมูลข่าวสาร ที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้น ผู้ให้บริการได้กระทำ อย่างรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึง ข้อมูลข่าวสารนั้น<sup>7</sup>

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงมาตรการระงับ การเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์พบว่าผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องคือผู้ให้บริการ เข้าถึงอินเทอร์เน็ต ในกระบวนการดังกล่าว เมื่อรัฐมีความจำเป็นต้องระงับการเข้าถึงข้อมูล ที่ละเมิดกฎหมาย ก็เสมือนกับการสร้างเขื่อน มาวางปิดช่องทางของแม่น้ำที่ไหลผ่านเข้าหากัน ในขณะที่กรณีการนำออกซึ่งเนื้อหา โดยทาง เทคนิคจะเป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการจัดเก็บ ข้อมูลในการทำงานที่อยู่ในระบบของตน ออกจากระบบการให้บริการของตน จากสภาพ ปัญหาในปัจจุบันพบว่าผู้กระทำผิดจะย้ายที่ตั้ง ของเนื้อหาบนที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไปอยู่ในพื้นที่ ให้บริการของผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลนอกเขต อำนาจศาลส่งผลให้ การดำเนินการที่ ตัวผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลมีจุดอ่อนสำคัญ คือ หากผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลเพิกเฉยต่อการ นำงานออกจากระบบจะเกิดการค่าใช้จ่าย

เป็นอย่างมากต่อการดำเนินคดีเพื่อขอให้ นำงานออกจากระบบ ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของ ต่างประเทศ แนวทางของมาตรการระงับ การเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์จึงเป็นทางเลือก สำคัญที่แก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าวได้

แนวทางทางเทคนิคในการพิจารณาระงับ การเข้าถึงเนื้อหานั้นสามารถบังคับใช้มาตรการ ภายใต้อำนาจของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ได้หลายรูปแบบดังนี้ (Savola, P., 2015, pp.24)

1. การระงับการเข้าถึงไปยังผู้ใช้บริการ ปลายทางเป็นการระงับการเชื่อมต่อที่ ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตปลายทาง โดยการนำอุปกรณ์มีระบบกลั่นกรองเนื้อหา ติดตั้งที่ตัวผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต โดยเป็นดำเนินการในส่วนการเชื่อมต่อระหว่าง ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตลำดับสุดท้าย ที่เชื่อมต่อกับผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตปลายทาง

2. การระงับการเชื่อมต่อที่เว็บไซต์หรือ แหล่งเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ พบว่าแม้ว่าทาง เทคนิคผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลสามารถปิด ระบบของเว็บไซต์ที่อยู่ในบริการในระบบ ของตนได้ แต่ภายใต้ระบบการเผยแพร่ผ่าน ข้อมูลบนระบบอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน การส่ง ผ่านข้อมูลอาจใช้เป็นพื้นสำหรับประมวลผล และจับคู่ข้อมูลการละเมิดเพียงเท่านั้น หรือ บางกรณีก็ไม่สามารถสืบหาที่ตั้งของพื้นที่ ที่แน่นอนในบริการของผู้ให้บริการจัดเก็บ ข้อมูลได้ ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

<sup>7</sup> Article 14 E-commerce Directive (Directive 2000/31/EC) states that Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service ...

จึงถูกพิจารณาในการแก้ปัญหาดังกล่าว โดยเป็นการระงับการเชื่อมต่อโดยตรงกับผู้ดำเนินการเว็บไซต์ที่กระทำผิด โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจะยกเลิกการให้บริการภายใต้ความสัมพันธ์ตามสัญญาให้บริการกับผู้ดำเนินการเว็บไซต์ กรณีดังกล่าวมีข้อดีตรงที่เป็นการดำเนินการกับแหล่งละเมิดโดยตรง โดยเว็บไซต์ปลายทางจะถูกยุติการดำเนินการมิใช่เป็นเพียงการระงับช่องทางจากการเชื่อมต่อของผู้ใช้บริการที่ต้องการเข้าถึงเว็บไซต์ แต่อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวสามารถพิจารณาใช้ได้ต่อเมื่อทราบถึงตัวผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลว่าได้ใช้บริการของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตรายใด และอยู่ในขอบเขตกฎหมายภายในที่สามารถดำเนินการได้เท่านั้น

3. การใช้ความสามารถของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเพื่อหาข้อมูลประกอบการดำเนินคดี เช่น การเปิดเผยข้อมูลของสมาชิกที่มีส่วนในการละเมิด การติดตั้งระบบแจ้งเตือนอัตโนมัติ ระบบแจ้งเตือนเพื่อให้ความรู้เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ (Automated graduated response)<sup>๖</sup> โดยรูปแบบของการใช้วิธีการเปิดเผยข้อมูลสมาชิกเพื่อประกอบการดำเนินคดีมีการนำไปใช้ในหลายประเทศ เช่น ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเยอรมนี

และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น (Daly, M., 2013, pp.201)

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในต่างประเทศพบว่า ผู้เสียหายนิยมใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการระงับการเข้าถึงต่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตปลายทางเป็นหลักเนื่องจากเป็นกระบวนการตัดการเชื่อมต่อไปยังผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตโดยตรง ซึ่งมีความสะดวกกว่าการดำเนินการสืบหาที่ตั้งเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อตัดการเชื่อมต่อที่ต้นทางหรือการพิจารณาขอข้อมูลผู้ใช้บริการเพื่อประกอบการดำเนินคดีซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเฉพาะแนวทางการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะในช่วงของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เชื่อมต่อไปยังผู้ใช้บริการปลายทางในรูปแบบที่ 1 ซึ่งเป็นมาตรการที่ประเทศต้นแบบนำมาพิจารณาใช้อย่างแพร่หลายในปัจจุบัน

เทคนิควิธีการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีการบังคับใช้ที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยของแต่ละประเทศ ทั้งมุมมองต่อการกระทบสิทธิเสรีภาพ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่รัฐเห็นควรและขีดความสามารถของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตในการดำเนินการ พบว่าผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตมีเทคนิคสามรูปแบบที่ใช้ในการระงับการเข้าถึง

<sup>๖</sup> Graduated response เป็นระบบการแจ้งเตือนที่ผู้เสียหายทำการแจ้งไปผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อส่งคำเตือนไปยังผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต ว่าผู้ใช้บริการอาจดำเนินการทำการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านหมายเลขสมาชิกของตน และมีการแจ้งเตือนถึงการใช้งานอินเทอร์เน็ตที่ถูกต้องและรายละเอียดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยภายหลังหากได้รับการแจ้งเตือนแล้วยังเพิกเฉย ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถพิจารณาใช้มาตรการต่อผู้ใช้บริการ เช่นการลดความเร็วอินเทอร์เน็ต ปิดกั้นการเข้าถึงเว็บไซต์คราวหรือในกรณีที่ร้ายแรงสุดคือการระงับหมายเลขผู้ใช้บริการ

เนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ คือ 1. เทคนิคการระงับการเข้าถึงที่ชื่อโดเมน (DNS blocking) 2. เทคนิคการระงับการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต โพรโทคอล (IP blocking) และ 3. เทคนิคการระงับการเข้าถึงที่ตรวจสอบรายหน้าของข้อมูล (URL blocking) โดยวิธีการทั้งสามนี้จะมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกัน

พบว่ากรณีของ IP blocking มีปัญหาสำคัญที่อาจทำให้เกิดการระงับการเข้าถึงเกินส่วน (over blocking) เนื่องจากในหมายเลข IP address 1 หมายเลขประกอบด้วยผู้ใช้บริการหลายรายซึ่งอาจไม่มีส่วนในการกระทำผิดที่อาจได้รับผลกระทบจากมาตรการ ขณะที่เทคนิค URL blocking เป็นเทคนิคที่สามารถกำหนดตำแหน่งเฉพาะและแม่นยำที่สุด แต่ประสบปัญหาในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการระงับการเข้าถึงเว็บไซต์เข้ารหัสได้เนื่องจากผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจะไม่สามารถมองเห็นตำแหน่งที่ของหน้า URL ที่ประสงค์ใช้มาตรการเสมือนกับข้อมูลทั้งหมดอยู่ในห้องที่มีกุญแจคล้องไว้เพื่อป้องกันไม่ให้ใครเข้าถึงข้อมูล ผู้ที่มีกุญแจคือผู้ดำเนินการเว็บไซต์เข้ารหัสเท่านั้นที่จะสามารถระบุตำแหน่งข้อมูลในเว็บไซต์ได้ เมื่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตไม่สามารถมองเห็นตำแหน่งเป้าหมายก็ย่อมไม่สามารถระงับการเข้าถึงได้ เทคนิคสุดท้ายคือ DNS blocking หรือการระงับที่ชื่อโดเมนเนมของเว็บไซต์ จากตัวอย่างหากประสงค์จะระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ในชื่อ www.narach.com การระงับการเข้าถึงจะเป็นการดำเนินการที่ตัวเซิร์ฟเวอร์ประมวลผลในการ

แปลงชื่อ Narach เป็นหมายเลข IP address ในการติดต่อสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อมีการระงับหรือปิดกั้นชื่อโดเมนหนึ่งไป ผู้กระทำผิดสามารถหลบเลี่ยงมาตรการเพียงเปลี่ยนชื่อเว็บไซต์และย้ายข้อมูลไปยังที่ตั้งเว็บไซต์รายใหม่

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าเทคนิค DNS blocking เป็นเทคนิคที่ดีมีประสิทธิภาพมากที่สุดเมื่อเทียบกับทั้งสามรูปแบบที่กล่าวมา เนื่องจากสามารถแก้ปัญหาทางเทคนิคในการระงับการเข้าถึงเว็บไซต์เข้ารหัสได้โดยจะมุ่งดำเนินการโดยตรงที่ตัวชื่อโดเมนของเว็บไซต์ไม่คำนึงถึง URL รายย่อยภายใต้ชื่อโดเมนนั้น ในขณะที่หากจะระงับการเข้าถึงด้วยเทคนิค IP blocking ผู้ร้องจำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าชุดหมายเลข IP ภายใต้อินเทอร์เน็ตที่ถูกร้องต้องไม่มีส่วนได้ที่ถูกใช้ในการดำเนินการที่ถูกกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ่งยากมากในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง นอกจากนี้ผู้วิจัยพบว่าในบางประเทศเลือกที่จะแก้ปัญหาทางเทคนิคในการระงับการเข้าถึงจากปัญหาทางเทคนิคทั้งสามรูปแบบโดยมีการนำเสนอแนวทางของการนำเทคนิคในการระงับการเข้าถึงมาเลือกพิจารณาใช้ร่วมกันในรูปแบบของเทคนิคผสมหรือ (Hybrid blocking) เช่น ในประเทศอังกฤษ เป็นต้น (Lindsay, D., 2017, pp.1509-1510)

## 5.2 แนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

การระงับการเข้าถึงเนื้อหาโดยภาครัฐถือเป็นมาตรการสำคัญหนึ่งที่ใช้ในการกำกับ

ดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ต ก่อนหน้านี้ หากพิจารณาถึงการกำกับดูแลเนื้อหาบนระบบอินเทอร์เน็ต พบว่ากฎหมายที่ให้อำนาจในการกำกับดูแลรวมถึงกลั่นกรองหรือระงับการเข้าถึงเนื้อหาจะมุ่งคุ้มครองความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงหรือประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายนั้นไม่ใช่มาตรการรูปแบบใหม่ แต่อย่างไรก็ตามพบว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและรัฐบาลในหลายประเทศได้พิจารณามาตรการดังกล่าวเพื่อต่อสู้กับกิจกรรมที่ละเมิดกฎหมายในหลายรูปแบบ เช่น การเผยแพร่ภาพอนาจารเด็ก การฉ้อโกงผ่านการลงทุน การพนันออนไลน์ การค้าประเวณี รวมถึงการก่อการร้าย เป็นต้น อันเป็นการยืนยันว่าการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายมีความชอบธรรมที่สามารถนำมาแก้ปัญหาภายในรัฐนั้นได้ และด้วยปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต ซึ่งก่อผลกระทบอย่างรุนแรงต่อระบบเศรษฐกิจโลก และผู้กระทำผิดมีความเชี่ยวชาญในด้านเทคโนโลยีเลือกที่จะย้ายที่ตั้งออนไลน์ในต่างประเทศซึ่งสามารถหลบเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละประเทศที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น จึงมีการนำเสนอมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวแม้จะพบว่ามีการคัดค้านจากบางกลุ่มที่อ้างถึงการสร้างผลกระทบต่อเสรีภาพบนโลกอินเทอร์เน็ต

จากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปพบว่ากลุ่มประเทศในสหภาพยุโรปได้นำมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิด

ลิขสิทธิ์มาพิจารณาแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ ปรากฏคำตัดสินหลายคดีภายใต้ข้อบังคับสหภาพยุโรปและกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้พัฒนาระบบการและแนวปฏิบัติให้สามารถแก้ปัญหาของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงโดยภายใต้การให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วนในทุกคำสั่ง พบว่าประเทศในกลุ่มเอเชียแปซิฟิก เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศออสเตรเลีย ก็ปรากฏการนำรูปแบบของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้รับอิทธิพลมาจากคำตัดสินในสหภาพยุโรปมากำหนดเป็นเครื่องมือหนึ่งในการแก้ปัญหาละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศตนในรูปแบบที่แตกต่างกัน ภายใต้บริบททางสังคมและเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ

จากรายงานเรื่อง Site Blocking Global Best Practices ได้จัดทำและนำเสนอโดยนาย Michael Schlesinger รองประธานที่ปรึกษากฎหมายประจำภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก สมาคมภาพยนตร์แห่งสหรัฐอเมริกา (MPAA) ต่อ นายชินโซะ อาเบะ นายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2018 พบว่า มีจำนวนประเทศถึง 45 ประเทศที่พิจารณานำมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มาบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตที่เกิดขึ้น เช่น ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเดนมาร์ก ประเทศฟินแลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศกรีซ และประเทศอินเดีย เป็นต้น (Schlesinger, M., 2018, pp.2)

### 5.3 แนวคิดว่าด้วยหลักความได้สัดส่วน ต่อมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักพื้นฐานภายใต้หลักนิติรัฐที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐโดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนและสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐที่กระทบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล หลักดังกล่าวเป็นเกณฑ์สำคัญที่กำกับมาตรการที่ออกโดยรัฐว่ามาตรการต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ และมีการตรวจสอบความชอบธรรมโดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้นว่ามีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นกับการลดทอนสิทธิของบุคคลถึงขนาดจำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าว (Banjerd Singkaneti, 2015, pp.1-2)

จากการวิจัยพบว่า นอกจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี UPC Telekabel Wien (C-314/12) พบคำตัดสินในคดี Promusicae v. Telefónica de España (C-275/06) ได้ให้ความสำคัญต่อการออกคำสั่งเพื่อระงับหรือกั้นกรองเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต โดยในการพิจารณาออกคำสั่งต้องนำเกณฑ์ตรวจสอบความได้สัดส่วน (Proportionality test) มาประกอบการพิจารณาทุกครั้งเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้เกี่ยวข้องจากผลกระทบ

จากการใช้มาตรการ โดยจากคำตัดสินนี้ศาลได้พิจารณาความสมดุลต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ (Coudert, F., & Werkers, E., 2010, pp.50)

ภายใต้เกณฑ์พิจารณาความได้สัดส่วนในสหภาพยุโรปประกอบด้วยหลักสำคัญ 3 ประการ

1. หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ การพิจารณาว่ามาตรการที่ดำเนินการเป็นไปอย่างเหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดไว้

2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) คือ การเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลวร้ายสองสิ่งที่จะต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น มาตรการที่มีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นในการบรรลุจุดหมายที่ตั้งไว้ย่อมขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) คือ การได้รับผลกระทบอันเกิดจากแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยรัฐนั้นต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ (Takis, T., 2006, pp.139)

จากคำตัดสินในคดี UPC Telekabel Wien ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พิจารณาในประเด็นเรื่องการพิจารณาสมดุลแห่งสิทธิเสรีภาพที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ โดยให้ความสำคัญในประเด็นสิทธิเสรีภาพ 3 ด้าน คือ สิทธิเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต และสถานะของสิทธิในลิขสิทธิ์ที่นำมาฟ้องขอ (Onisor, A.C, 2016, pp.80-81) โดยประเด็นเพิ่มเติมที่ศาลมีการพิจารณาร่วมกับประเด็นสิทธิเสรีภาพนั้นประกอบด้วยการประเมินประสิทธิภาพของมาตรการ โดยมีความเห็นว่าภายใต้ความหมายของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพตามสมควร (reasonable effective) ซึ่งหมายถึงแค่เพียงสร้างความยากลำบากต่อการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์หรือสามารถกีดกันการเข้าถึงอย่างจริงจังก็ประเมินว่ามีประสิทธิภาพ ไม่จำเป็นต้องเป็นการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสมบูรณ์ และประเด็นในเรื่องภาระค่าใช้จ่ายให้อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต แม้ว่าผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจะต้องแบกรับต้นทุนการดำเนินการที่สูงและใช้เทคโนโลยีที่มีความซับซ้อนก็ไม่ถือเป็นภาระที่เกินควรในการที่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต้องแบกรับ (Wang, F., 2014, pp.8) ผู้วิจัยพบว่า แนวคำตัดสินดังกล่าวเป็นไปในทิศทางเดียวกับประเทศอังกฤษในคดี Cartier International

AG v British Sky Broadcasting Ltd.<sup>9</sup> ผู้พิพากษาอาร์โนลและผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ ได้มีความเห็นต่อการกำหนดภาระค่าใช้จ่ายในการใช้มาตรการให้เป็นภาระของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตโดยถือเป็นต้นทุนโดยตรงในการดำเนินธุรกิจโดยประเทศสิงคโปร์ ก็มีแนวพิจารณาไปในทิศทางของประเทศอังกฤษเช่นกัน ขณะที่มุมมองในการพิจารณาภาระค่าใช้จ่ายของมาตรการในประเทศออสเตรเลีย ผู้พิพากษามีความเห็นว่าควรแบ่งภาระค่าใช้จ่ายในส่วนต้นทุนของการจัดการระบบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นภาระของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต แต่ในส่วนค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการตามกฎหมายให้เจ้าของลิขสิทธิ์รับผิดชอบทั้งหมดหรือตามสัดส่วน (Lindsay, D., 2017, pp.1533)

จากแนวคำตัดสินของทั้งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและแนวคำตัดสินของศาลในต่างประเทศพบว่ามี การนำหลักความได้สัดส่วนทั้ง 3 ข้อมาพิจารณาประกอบกับมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งหมด ผู้วิจัยพบว่า ในทุกคำตัดสินศาลจะปรากฏเกณฑ์ประกอบการพิจารณาที่เป็นองค์ประกอบสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาก่อนออกคำสั่ง คือ 1. การตรวจสอบความได้สัดส่วน (Proportionality test) อันเป็นการพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างลิขสิทธิ์กับสิทธิที่ได้รับผลกระทบ 2. การตรวจสอบความจำเป็นและเหมาะสมของมาตรการผ่านการพิจารณาถึงประสิทธิภาพของมาตรการที่ต้องสามารถ

<sup>9</sup> คำตัดสินคดี Cartier vs. Sky [2014] EWHC 3354 (Ch)

บรรล่วัตถุประสงค์ของมาตรการได้จริงคือต้องสามารถพิสูจน์ว่ามีผลในการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ และต้องเป็นทางเลือกที่ไม่สร้างภาระต่อผู้ได้รับผลกระทบเกินความจำเป็น ซึ่งจะสะท้อนออกมาในประเด็นของข้อคำนึงเกี่ยวกับภาระในการดำเนินการและภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดจากผู้เกี่ยวข้องจากการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์พบว่าเกณฑ์ทั้งสองข้อที่เกิดจากการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา ก่อนออกมาตราการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์จะปรากฏทั้งในคำพิพากษาที่วางแนวทางในการกำหนดเกณฑ์การพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศอังกฤษ ในคดี Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd หรือปรากฏเป็นเงื่อนไขที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์ ในมาตรา 193DDA(1) และกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลียมาตรา 115A(5)

#### 5.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

##### 5.4.1 หลักกฎหมายภายใต้ข้อบังคับสหภาพยุโรปต่อการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

##### 1. ข้อบังคับสหภาพยุโรป Infosoc Directive

ภายใต้มาตรา 8(3) จะเป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายในการที่รัฐสามารถกำหนดให้ออกมาตรการต่อผู้ให้บริการเข้าถึง

อินเทอร์เน็ตที่พบว่าบริการของตนถูกใช้โดยบุคคลที่สามเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมาตราดังกล่าวสอดคล้องกับอาร์มภบทข้อที่ 59 ที่ได้กล่าวถึงสถานะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในมุมมองของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปที่เห็นว่า ปัจจุบันนั้นเป็นเรื่องที่ยากแก่การดำเนินคดีการดำเนินการต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตถือเป็นสถานที่ที่ดีที่สุด (Best placed) ในการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ลงได้

##### 2. ข้อบังคับสหภาพยุโรป Enforcement Directive

ข้อบังคับสหภาพยุโรปฉบับนี้ได้วางเงื่อนไขในการกำหนดขอบเขตเกณฑ์ขั้นต่ำและขั้นสูงในการรับรองความชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยบัญญัติเกณฑ์ขั้นต่ำภายใต้มาตรา 3(1) ซึ่งจะสอดคล้องกับขอบเขตภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ในข้อ 41.2 กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องบังคับใช้สิทธิด้วยมาตรการที่มีประสิทธิภาพ กระบวนการต้องมีความเป็นธรรม เป็นกลาง ไม่สร้างกระบวนการที่ซ้ำซ้อนเกินความจำเป็น ไม่มีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินจำเป็น ไม่กำหนดระยะเวลาโดยไม่มีเหตุผล และไม่สร้างความล่าช้าเกินสมควร<sup>10</sup> และในมาตรา 3(2) กำหนดถึงขอบเขตของการใช้อำนาจโดยชอบด้วย

<sup>10</sup> TRIPs Agreement art 41(2) Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.



กฎหมายของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ให้ลวงเกินสิทธิผู้อื่น โดยกำหนดให้ผู้ออกคำสั่งต้องพิจารณาก่อนออกคำสั่งเสมอว่ามาตรการที่ออกไปเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพ มีความได้สัดส่วน สามารถยับยั้งการละเมิดได้จริง ไม่เกิดการสร้างอุปสรรคต่อการทำธุรกรรมโดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการวางกรอบการใช้มาตรการให้มีความเหมาะสม และเป็นการคุ้มครองไม่ให้คำสั่งส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้อื่นเกินความจำเป็น<sup>11</sup> แสดงให้เห็นว่าเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ถูกกำหนดเป็นสายลักษณะอักษรที่ชัดเจนภายใต้ข้อบังคับสหภาพยุโรปฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่ารัฐสมาชิกจำเป็นต้องนำหลักความได้สัดส่วนการพิจารณาประสิทธิภาพและข้อคำนึงเรื่องสมดุลแห่งสิทธิมาประกอบการพิจารณาก่อนออกคำสั่งอย่างเคร่งครัด

### 3. ข้อบังคับสหภาพยุโรป E-commerce Directive

มาตรา 15 เป็นข้อห้ามรัฐสมาชิกในการกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ที่เป็นภาระทั่วไปในการตรวจตราข้อมูลที่ส่งผ่านหรือจัดเก็บไว้ในบริการของตน รวมทั้งห้ามกำหนดคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงใด ๆ ที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้นในเครือข่าย

ของตน แต่หากเป็นกรณีที่เป็นการสอดส่องหรือกระทำการเป็นการเฉพาะที่เรียกว่าการตรวจตราเป็นการเฉพาะ (Specific Monitoring) สามารถดำเนินการได้<sup>12</sup> โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและไม่เป็นการสร้างภาระต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจนเกินควร โดยในกรณีของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์หากมีการกำหนดเทคนิคให้ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตทำการกั้นกรองหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลทั่วไปไม่มีการกำหนดเฉพาะเจาะจงคำสั่งนั้นย่อมขัดกับข้อบังคับสหภาพยุโรปดังกล่าว

ผู้วิจัยพบว่าแนวทางจากข้อบังคับสหภาพยุโรปทั้งสามที่เป็นกรอบการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในสหภาพยุโรปถูกถ่ายทอดไปยังกลุ่มประเทศนอกสหภาพยุโรปที่นำมาตราการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ไปบังคับใช้ ซึ่งแม้ว่ารูปแบบการบัญญัติกฎหมายและกระบวนการจะแตกต่างกันไปตามบริบทของสังคมและเศรษฐกิจของแต่ละประเทศแต่ก็จะพบว่าทุกประเทศที่กำหนดมาตรการภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ล้วนจะนำหลักการภายใต้ข้อบังคับสหภาพยุโรปดังกล่าวมากำหนดไว้เป็นเกณฑ์สำคัญในการสร้างความชอบธรรมในการออกคำสั่งเสมอ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเดนมาร์ค ประเทศอังกฤษ

<sup>11</sup> Article 3(2) Directive 2004/48/EC (Enforcement Directive) state that those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.

<sup>12</sup> ความเห็นพนักงานอัยการสูงสุดต่อคดีของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี UPC Telekabel Wien, C-314/12, 26 November 2013, EU:C:2013:781, ย่อหน้าที่ 16 และ 60

และประเทศเบลเยียมเป็นต้น (Wesselingh, E., 2014, pp.64-69)

#### 5.4.2 บทกฎหมายการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในต่างประเทศและประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลีย ได้รับอิทธิพลจากแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป โดยในเงื่อนไขของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ล้วนแต่บัญญัติต้องประกอบความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น

ประเทศอังกฤษให้อำนาจในการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บัญญัติในมาตรา 97A ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตรแห่งประเทศอังกฤษ (CDPA) ปี ค.ศ. 1988 กำหนดให้ศาลสูงมีอำนาจในการออกมาตรการต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีความรับรู้โดยชัดแจ้งว่าบุคคลที่สามได้ใช้บริการของตนเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ พบว่ามีการนำข้อคำนึงเกี่ยวกับการพิจารณาความได้สัดส่วนก่อนออกคำสั่งมาจากแนวคำตัดสินในคดีก่อนคือ คดี Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd.

ประเทศสิงคโปร์กำหนดมาตราที่ให้อำนาจในการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 193DDA ของกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งประเทศสิงคโปร์กำหนดให้ศาลสูงมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ให้บริการ

อินเทอร์เน็ตตามคำร้องขอจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้ทำการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้เงื่อนไขว่าบริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นได้ใช้หรือกำลังถูกใช้เพื่อเข้าถึงที่ตั้งออนไลน์ซึ่งได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือมีส่วนช่วยเหลือสนับสนุนในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น โดยต้องพบว่ามีมาตรการระงับการเข้าถึงอย่างชัดเจนบนที่ตั้งออนไลน์ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ถูกร้อง

พบว่าจุดเด่นของบทบัญญัติของประเทศสิงคโปร์มีการกำหนดเงื่อนไขประกอบการพิจารณาในการตีความความหมายของคำว่าที่ตั้งออนไลน์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์อย่างชัดเจนในมาตรา 193DDA(2) และกำหนดข้อพิจารณาเกณฑ์ความได้สัดส่วนในมาตรา 193DB(3) เมื่อพิจารณาที่บทบัญญัติพบว่าผู้บัญญัติเลือกที่จะกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ ไว้ในบทบัญญัติเพื่อสะดวกต่อศาลในการตีความหลักความได้สัดส่วนให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เกิดขึ้น โดยจากคำตัดสินในคดี Disney Enterprises, Inc. & Ors. v M1 Limited & Ors., HC/OS 95/2018 เจ้าของลิขสิทธิ์ Disney ได้ร้องขอและได้รับอนุมัติจากศาลให้ระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ได้ถึง 53 เว็บไซต์ 154 โดเมน โดยมีประเด็นพิจารณาที่น่าสนใจคือ ศาลยอมรับคำร้องขอออกคำสั่งแม้ว่าเว็บไซต์เป้าหมายไม่ปรากฏการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ขณะยื่นคำร้องเป็นการระงับเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์แม้ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นช่วงเวลาก็ตาม

ประเทศออสเตรเลียกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 115A ของกฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้ศาลสหพันธรัฐออกคำสั่งแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่บริการของตนนั้นสามารถเชื่อมต่อไปยังที่ตั้งออนไลน์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ดำเนินการภายใต้ขั้นตอนที่เหมาะสมในการระงับการเข้าถึงที่ตั้งออนไลน์ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่นอกราชอาณาจักรที่มีจุดประสงค์หลักเพื่อละเมิดหรือสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ พบว่า บทบัญญัติของประเทศออสเตรเลียได้รับอิทธิพลการบัญญัติกฎหมายมาจากประเทศสิงคโปร์

มาตรา 115A มีเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาที่ตั้งออนไลน์ละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีที่ตั้งอยู่นอกประเทศออสเตรเลียเท่านั้น โดยผู้บัญญัติกฎหมายเลือกที่จะกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาในประเด็นความได้สัดส่วนและเงื่อนไขประกอบการตีความรูปแบบทางเทคนิคของเป้าหมายละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 115A(5) เพื่อความสะดวกต่อศาลในการตีความหลักความได้สัดส่วนให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เกิดขึ้น โดยจากคำตัดสินในคดี Films Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd. (SCA 239/16 and 240/16) เป็นคำตัดสินคดีแรกในประเทศออสเตรเลียที่ยืนยันถึงความชอบด้วยกฎหมายในการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้มาตรา 115A โดยมีประเด็นในการตีความถึงเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะการเผยแพร่เป็นช่วงเวลาก็สามารถบังคับใช้มาตรการได้เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบถึงการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารเด็ก ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายของทั้งสามประเทศที่ทำการศึกษาผู้วิจัยพบว่ามีการบัญญัติมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายแยกเป็นกฎหมายเฉพาะไม่นำมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มารวมในบทบัญญัติเดียวกันแต่อย่างใด เช่น กรณีของประเทศอังกฤษภายใต้มาตรา 3 พระราชบัญญัติป้องกันการก่อการร้าย (Terrorism Act 2006) กำหนดให้อำนาจหน่วยงาน Counter Terrorism Internet Referral Unit ในการกำหนดบัญชีดำระงับการเข้าถึงเว็บไซต์เกี่ยวกับการก่อการร้ายที่เผยแพร่ในประเทศอังกฤษ (Curran, J., eds, 2015, pp.756) กรณีของประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาเกี่ยวกับการล่วงละเมิดเด็ก (Child-abuse) ผ่านอำนาจขององค์กรภาครัฐโดยหน่วยงาน Australia Communications and Media Authority (ACMA) และกรณีประเทศสิงคโปร์เป็นการบัญญัติการใช้อำนาจระงับการเข้าถึงเนื้อหาที่ “ขัดต่อสาธารณประโยชน์และความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงของชาติ ตลอดจนความเหมาะสมและรสนิยมอันดี” ภายใต้พระราชบัญญัติ Internet Code of Practice เป็นต้น (Barwick, H., 2014) ผู้วิจัยพบว่า แนวทางในการพิจารณามาตรการระงับ

การเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ของทุกประเทศ ที่กล่าวจะถูกบัญญัติแยกเป็นการเฉพาะ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น

ประเทศไทยพบว่า การบังคับใช้มาตรการ ระวังการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ จากมาตรา 32/3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2558 เกิดปัญหาในการปฏิบัติเป็นอย่างมาก จากการประชุมรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการ บังคับใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์ในการพัฒนา กฎหมายลิขสิทธิ์ ในวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559 มีวัตถุประสงค์เพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็น และแบ่งปันประสบการณ์เกี่ยวกับการบังคับใช้ กฎหมายเพื่อประโยชน์ในการพัฒนากฎหมาย ลิขสิทธิ์โดยมีผู้เข้าร่วมประชุมจากภาคเจ้าของ ลิขสิทธิ์ อาทิ สมาพันธ์สมาคมภาพยนตร์ แห่งชาติ สมาคมการค้าผู้ประกอบการธุรกิจบันเทิง ไทย (TECA) สำนักงานพัฒนาธุรกรรม ทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) (ETDA) บริษัท จีเอ็มเอ็ม แกรมมี่ จำกัด (มหาชน) ภาคผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อาทิ ผู้แทนจาก บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ผู้แทนจาก บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) และเจ้าหน้าที่จากภาครัฐ หัวข้อ ที่ถูกกล่าวถึงมากที่สุด คือ มาตรา 32/3 โดยผลจากการประชุมชี้ให้เห็นว่ามาตรการ ภายใต้อำนาจ 32/3 ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ในฐานะหน่วยงานผู้รับผิดชอบตระหนักถึง ปัญหาดังกล่าวจึงเห็นสมควรพิจารณา หาแนวทางการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติ ดังกล่าวให้สามารถใช้ในทางปฏิบัติและเกิดผล

ที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น และจากรายงานการประชุม คณะกรรมการพัฒนาระบบงานลิขสิทธิ์ ครั้งที่ 1/2560 เรื่อง การระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ ออนไลน์ ในวันที่ 6 มิถุนายน 2560 จาก ความพยายามในการขอบังคับใช้สิทธิภายใต้ มาตรา 32/3 จำนวน 5 คำร้อง พบว่า ไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้แต่อย่างใด เนื่องจากการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินคดี ต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลา ที่ศาลกำหนด ทำให้ในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ที่มีที่ตั้งออนไลน์หรือย้ายเซิร์ฟเวอร์ไปยัง ต่างประเทศ ผู้ร้องไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไข ในการนำผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มาฟ้องศาลได้ภายใน กำหนดระยะเวลา ทั้งนี้จากข้อมูลการตรวจสอบ การละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตพบว่า ผู้กระทำผิดส่วนใหญ่จะทำการย้ายที่ตั้งออนไลน์ ไปยังต่างประเทศแทบทั้งสิ้น

จากปัญหาดังกล่าวจึงมีการนำเสนอ แนวทางแก้ไขโดยนำความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ มาบัญญัติเพื่อใช้อำนาจในการระงับการเข้าถึง เนื้อหาละเมิดกฎหมายในพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 20(3) ให้อำนาจแก่ พนักงานเจ้าหน้าที่ที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อ เศรษฐกิจและสังคมเป็นผู้ร้องต่อศาลเพื่อ ระวังการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ มีสาระสำคัญว่า ภายใต้มาตรา 20(3) กำหนดให้ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาหรือ กฎหมายอื่นซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

ของประชาชนและเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้น หรือพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ร้องขอ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาชญากรรมพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีการสั่งระงับการทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้” ทั้งนี้จะพบว่าเนื้อหาของฐานความผิดอื่น ๆ ภายใต้มาตรา 20 จะมีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะทั้งสิ้น

จากการวิจัยพบว่านับแต่วันที่ 24 พฤษภาคม 2560 ที่กฎหมายมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบันพบปัญหาและข้อขัดขัดในหลายด้าน ในทั้งส่วนเนื้อหากฎหมายและแนวปฏิบัติในการบังคับใช้คำสั่ง ซึ่งเกิดขึ้นจากการไม่แบ่งแยกสถานะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้เหมาะสมกับมาตรการทางเทคนิคที่กำหนดในกฎหมาย ในการออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปัญหาองค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งภายใต้ข้อพิจารณาหลักความได้สัดส่วนระหว่างความผิดความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะกับความผิดเอกชน และปัญหาความไม่ชัดเจนในการให้สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาต่อผู้เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยพบว่าจากตัวอย่างคำสั่งที่ได้ทำการร้องขอ

ระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ในคดีหมายเลขดำที่ ข20/2561<sup>13</sup> และ ข31/2561<sup>14</sup> พบว่าพนักงานเจ้าหน้าที่เลือกที่จะร้องขอมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ต่อศาลอาญาแทนที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลอาญานำแนวปฏิบัติมาตรฐานการออกคำสั่งเดิมในรูปแบบของฐานความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะมาพิจารณาในคำสั่งระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้รูปแบบการระงับการเข้าถึงจะเป็นการระงับเฉพาะรายหน้าเว็บไซต์ (URL blocking) ขณะที่รูปแบบทางเทคนิคของเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันเป็นเว็บไซต์เข้ารหัส การระงับการเข้าถึงรายหน้าไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับเว็บไซต์ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เข้ารหัสได้ตามที่ได้ หากประสงค์จะยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ให้สำเร็จต้องมีการพิจารณาออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะของระบบผสมหรือโตเมนเนมตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 5.1 แต่กลับพบว่าไม่มีการนำเสนอเทคนิคการระงับการเข้าถึงดังกล่าวในเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยแต่อย่างใด นอกจากนี้หน่วยงานในการบังคับใช้คำสั่งคือพนักงานเจ้าหน้าที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมก็ยังมีข้อกังวลในการไม่ได้รับความ

<sup>13</sup> คำร้องหมายเลขดำที่ ข.20/2561 โดยพนักงานเจ้าหน้าที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ผู้ร้อง เพื่อร้องขอระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ <http://doball24.com> โดย บริษัท ทู วิชั่นส์ กรุ๊ป จำกัด

<sup>14</sup> คำร้องหมายเลขดำที่ ข.31/2561 โดยพนักงานเจ้าหน้าที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ผู้ร้อง เพื่อร้องขอระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ <http://moodoball.com> โดย บริษัท ทู วิชั่นส์ กรุ๊ป จำกัด

ร่วมมือจากผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ในการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นฐานความผิดส่วนเอกชนซึ่งจะแตกต่าง กับกรณีการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิด กฎหมายความมั่นคงหรือกฎหมายที่กระทบต่อ ต่อประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับความร่วมมือ เป็นอย่างดี

ผู้วิจัยนำปัญหาข้างต้นมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบกับบทบัญญัติและแนวปฏิบัติกับ

ต่างประเทศที่เป็นกลุ่มเป้าหมายในการศึกษา คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และ ประเทศออสเตรเลีย เพื่อเสนอแนะแนวทาง แก้ไขที่เหมาะสมกับการใช้มาตรการระงับการ เข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย ต่อไป โดยก่อนที่จะพิจารณาในส่วนวิเคราะห์ ต่อไป ผู้วิจัยขอแนะนำสรุปแบบของบทบัญญัติ กฎหมายในแต่ละประเทศที่กล่าวมาในรูปแบบ ของตารางเปรียบเทียบดังนี้

**ตารางที่ 1** ตารางเปรียบเทียบองค์ประกอบกฎหมายของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหา ละเมิดลิขสิทธิ์ในต่างประเทศกับประเทศไทย

	wsu. ลิขสิทธิ์ มาตรา 32/3	wsu. คอมพิวเตอร์ มาตรา 20	ประเทศอังกฤษ wsu. ลิขสิทธิ์ มาตรา 97A	ประเทศ ออสเตรเลีย wsu. ลิขสิทธิ์ มาตรา 115A	ประเทศสิงคโปร์ wsu. ลิขสิทธิ์ มาตรา 193DDA- 193DDC
ผู้เสียหาย	เจ้าของลิขสิทธิ์	เจ้าของลิขสิทธิ์ ร้องต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่	เจ้าของลิขสิทธิ์	เจ้าของลิขสิทธิ์	เจ้าของลิขสิทธิ์และ ผู้ได้รับสิทธิแต่เพียง ผู้เดียว
ลักษณะ ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต	ผู้ให้บริการเข้า ถึงอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการ จัดเก็บข้อมูล	ผู้ให้บริการเข้า ถึงอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการ จัดเก็บข้อมูล	ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต	ผู้ให้บริการเข้าถึง อินเทอร์เน็ต	ผู้ให้บริการเข้าถึง อินเทอร์เน็ต
พิสูจน์สถานะ ผู้ให้บริการ	กำหนดเพียง เป็นผู้ให้บริการ ตามที่กฎหมาย กำหนด	กำหนดเพียง เป็นผู้ให้บริการ ตามที่กฎหมาย กำหนด	ผู้ให้บริการต้อง รับรู้อย่างแน่แท้ ถึงการใช้บริการ เพื่อละเมิด ลิขสิทธิ์	ผู้ให้บริการสามารถ ให้บริการช่องทาง ไปยังที่ตั้งออนไลน์ ที่ละเมิดลิขสิทธิ์	ผู้ให้บริการถูกใช้ บริการในการเข้าถึง ที่ตั้งออนไลน์ละเมิด ลิขสิทธิ์
เงื่อนไขข้อ กำหนด เฉพาะ	ไม่มีกำหนด	ไม่มีกำหนด	เป็นดุลยพินิจ ภายใต้ความเห็น ผู้พิพากษา	ที่ตั้งออนไลน์ อยู่นอกประเทศ ออสเตรเลีย	ที่ตั้งออนไลน์เป็น ที่ตั้งที่มีการละเมิด อย่างชัดเจน

เงื่อนไข กระบวนการ แจ้งเตือนแก่ ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต	ไม่มีกำหนด	ไม่มีกำหนด	ข้อพิจารณาแจ้ง เตือนเพื่อพิสูจน์ ว่ารับรู้อย่าง แน่แท้มาตรา 97A(2)(a)-(b)	กำหนดเงื่อนไข ให้แจ้งเตือนทั้ง ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต และเจ้าของที่ตั้ง ออนไลน์ มาตรา 115A(4)	กำหนดเงื่อนไข ให้แจ้งเตือนทั้ง ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต และเจ้าของที่ตั้ง ออนไลน์ มาตรา 198DDB
ข้อคำนึงเรื่อง หลักความได้ สัดส่วน	ไม่มีกำหนด	ไม่มีกำหนด	เป็นดุลยพินิจ ภายใต้ความเห็น ผู้พิพากษา	กำหนดเกณฑ์ข้อ คำนึงในมาตรา 115A(5)	กำหนดเกณฑ์ข้อ คำนึงในมาตรา 193DB(3)
ภาระค่าใช้จ่าย ในการดำเนิน การ	ผู้ให้บริการเข้า ถึงอินเทอร์เน็ต เป็นผู้รับผิดชอบ	ผู้ให้บริการเข้า ถึงอินเทอร์เน็ต เป็นผู้รับผิดชอบ	ผู้ให้บริการเข้า ถึงอินเทอร์เน็ต เป็นผู้รับผิดชอบ	กำหนดให้ค่าใช้จ่าย ในการตรวจสอบ และดำเนินการ ผู้ร้องเป็น ผู้รับผิดชอบ	ผู้ให้บริการเข้าถึง อินเทอร์เน็ตเป็น ผู้รับผิดชอบ

**ที่มา:** ฌรัช ศรีหทัย วิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายกรณีมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต” ประจำปีหลักสูตรปริญญานิติศาสตร์ดุขุฎิบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ประจำปี 2562

## 6. บทวิเคราะห์สภาพปัญหา และข้อเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

### 6.1 ปัญหาในการแยกประเภทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้นิยามความหมายของคำว่า “ผู้ให้บริการ” ไว้ในมาตรา 3 ดังนี้ “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

แสดงให้เห็นว่าภายใต้ขอบเขตของมาตรการภายใต้มาตรา 20(3) ที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อระงับการทำให้แพร่หลายหรือลบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์จะปรากฏผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง

2 ประเภท คือ ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลกับ ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

จากบทสัมภาษณ์ พลตำรวจตรี ศิริพงษ์ ติมุลา อดีตผู้บังคับการกองบังคับการปราบปราม การกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทาง เทคโนโลยีในฐานะผู้เชี่ยวชาญ ได้ให้ข้อมูลถึง แนวปฏิบัติในการระงับการเข้าถึงเนื้อหาภายใต้ มาตรา 20 จากการบังคับใช้ภายใต้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งนำมาเป็นแนวปฏิบัติของฉบับ ปัจจุบันว่า การใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ จะเป็นไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายคดี ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ จะเลือกมาตรการต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ประเภทใด หากพบว่าที่ตั้งออนไลน์ที่ละเมิด กฎหมายในประเทศไทยพนักงานเจ้าหน้าที่ อาจเลือกการแจ้งคำสั่งไปยังผู้ให้บริการจัดเก็บ ข้อมูลที่ดูแลข้อมูลเพื่อทำการนำงานหรือลบงาน ที่ละเมิดกฎหมายออกจากระบบ หากเป็นกรณีที่ เว็บไซต์ที่ละเมิดละเมิดกฎหมายอันเป็น ภัยรุนแรงต่อรัฐ เช่น ความผิดต่อความอันเป็น ภัยต่อความมั่นคงและพบว่าผู้ดำเนินการ เว็บไซต์มีที่ตั้งออนไลน์อยู่นอกราชอาณาจักร พนักงานเจ้าหน้าที่อาจเลือกที่จะจัดทำคำร้อง เพื่อร้องต่อศาลในการระงับข้อมูลที่ละเมิดนั้น โดยมุ่งดำเนินการต่อผู้ให้บริการเข้าถึง อินเทอร์เน็ตแทน เพื่อเป็นการหยุดยั้งการ เผยแพร่ข้อมูลที่เป็นอันตรายต่อประเทศไม่ให้ ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยเร็วที่สุด<sup>15</sup>

ผู้วิจัยพบว่าทั้งประเทศอังกฤษ ประเทศ สิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งบัญญัติ มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ในกฎหมายลิขสิทธิ์ล้วนแยกกระบวนลบหรือนำออกซึ่งเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านผู้ให้บริการ จัดเก็บข้อมูลกับการระงับการเข้าถึงเนื้อหา ละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ออกจากกัน ด้วยเหตุผลของระดับความรุนแรง ของการระงับการเข้าถึงต่อสิทธิเสรีภาพของ ผู้เกี่ยวข้องมีความรุนแรงและเกิดผลกระทบ ในวงกว้างมากกว่าการนำออกซึ่งข้อมูลละเมิด ลิขสิทธิ์ และในบางประเทศมีการกำหนดให้ มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเครื่องมือสุดท้ายที่ใช้เมื่อเกิดกรณีจำเป็น เท่านั้น เช่นกรณีตัวอย่างในมาตรา 115A ของ กฎหมายลิขสิทธิ์ออสเตรเลียที่ให้ใช้มาตรการ ระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะ กรณีที่ตั้งออนไลน์ละเมิดอยู่นอกราชอาณาจักร เท่านั้น ซึ่งหากพบว่ามีกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น บนบริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในราชอาณาจักรผู้ร้องจำเป็นต้องพิจารณาใช้ มาตรการอื่นที่สร้างผลกระทบต่อประชาชน น้อยกว่า เช่น การเลือกใช้กระบวนการแจ้งเตือน และนำออกต่อผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลภายใต้ อิทธิพลของกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหพันธรัฐ ดิจิทัล อันเป็นกระบวนการพื้นฐานในการแก้ ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ต ที่สอดคล้องตามความตกลงว่าด้วยสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า

<sup>15</sup> บทสัมภาษณ์ พลตำรวจตรี ศิริพงษ์ ติมุลา อดีตผู้บังคับการกองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ถึงแนวปฏิบัติในการร้องขอระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2561



(The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs)

มุมมองการแยกมาตรการต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้งสองประเภทออกจากกันนี้ สอดคล้องกับข้อเสนอแนะของกลุ่มผู้เกี่ยวข้อง ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตทั้งส่วนงาน ภาครัฐ อาทิ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจ และสังคม สำนักงานคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ สำนักงานอัยการ สูงสุด ผู้แทนวิชาการ อาทิ รองศาสตราจารย์ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา รองศาสตราจารย์ ดร. พิศवास สุคนธ์พันธ์ และ ศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล ในการสัมมนาระดม ความเห็นสำหรับร่างแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับการดำเนินการ กับการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ต่อมาตรา 32/3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2558 ในวันที่ 7 กันยายน 2559 มีข้อเสนอแนะแนวให้ควร กำหนดหน้าที่ในปฏิบัติการตามมาตรการ ต่อประเภทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแยกจากกัน โดยเห็นว่าการกระทำการระงับการเข้าถึง เนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ต้องกระทำโดยผู้ให้บริการ เข้าถึงอินเทอร์เน็ตและการนำงานออกจาก ระบบต้องกระทำโดยผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล ซึ่งสอดคล้องกับรายงานวิจัยของสภายุโรป เรื่อง Comparative study on blocking, filtering and take-down of illegal internet content ได้นำเสนอประเด็นเกี่ยวกับการตีความและแยก สถานะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อการ ใช้ มาตรการในการระงับเนื้อหาที่ละเมิดกฎหมาย ไว้ ดังนี้ “การแยกความแตกต่างระหว่าง

การระงับการเข้าถึงเนื้อหาบนระบบอินเทอร์เน็ต กับการนำออกหรือลบออกซึ่งเนื้อหาจากระบบ ในขณะที่การระงับการเข้าถึงเนื้อหาเป็นการ กั้นกรองหรือป้องกันการเข้าถึงแหล่งเนื้อหา โดยจุดประสงค์หลักทางเทคนิคเป็นการมุ่งจำกัด การเข้าถึงข้อมูลหรือแหล่งที่ตั้งของข้อมูลที่อยู่ นอกเขตอำนาจ ปกติจะเป็นการใช้มาตรการ ระงับการเข้าถึงผ่านอุปกรณ์หรือโปรแกรม คอมพิวเตอร์เพื่อระงับการเข้าถึงเป้าหมาย ที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะเพื่อไม่ให้ผู้ใช้บริการ สามารถเข้าถึงแหล่งข้อมูลโดยผู้ให้บริการ เข้าถึงอินเทอร์เน็ต แต่การนำออกหรือลบ ข้อมูลจากระบบเป็นการตีความมาตรการ อย่างกว้าง โดยเป็นการบังคับโดยตรงต่อ แหล่งที่ตั้งที่ละเมิดกฎหมาย เช่น ผู้ดำเนินการ เว็บไซต์หรือผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลที่ใช้บริการ พื้นที่แก่ผู้ดำเนินการเว็บไซต์ ต้องนำออกหรือ ลบข้อมูลจากเว็บไซต์หรือแหล่งที่ตั้งออนไลน์ เป้าหมายโดยตรง” (Latifi, et al., 2015, pp.4)

โดยจากการพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์ ต่างประเทศภายใต้มาตรา 97A พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษกำหนดความหมาย ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างกว้างโดย หมายถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทุกประเภท ภายใต้ Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 ที่ต้องอยู่ภายใต้คำสั่งของ มาตรา 97A ขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศ สิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียแม้จะกำหนด นิยามของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในความหมาย อย่างกว้างเช่นเดียวกัน แต่มีการบัญญัติเงื่อนไข ประกอบที่เชื่อมโยงมาตรการต่อหน้าที่

ของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้ชัดเจนกว่า ในมาตรา 193DDA ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ประเทศสิงคโปร์และมาตรา 115A ของกฎหมาย ลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลียต่างกำหนดเงื่อนไข หน้าที่อันแสดงให้เห็นว่ามาตรการที่กำหนด ในกฎหมายเหมาะสมบังคับใช้กับผู้ให้บริการ เข้าถึงอินเทอร์เน็ต ภายใต้คำว่า “ระงับ การเข้าถึงเนื้อหาไปยังที่ตั้งออนไลน์ละเมิด ลิขสิทธิ์ (Disable access to)” ทั้งนี้ ภายใต้ การใช้มาตรการต่อผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของทั้งสามประเทศ พบว่ามีการบัญญัติมาตรการต่อผู้ให้บริการ จัดเก็บข้อมูลแยกออกจากผู้ให้บริการเข้าถึง อินเทอร์เน็ตอย่างชัดเจน

## 6.2 ปัญหาส่วนเนื้อหาความผิดละเมิด ลิขสิทธิ์ต่อการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึง

จากแนวปฏิบัติเดิมภายใต้มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์จะกำหนดฐานความผิด ที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ที่ให้อำนาจในการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิด กฎหมาย แม้จะมีการนำเนื้อหาเกี่ยวกับทรัพย์สิน ทางปัญญาโดยเฉพาะลิขสิทธิ์มาบัญญัติ เพิ่มเติมในมาตรา 20(3) ของพระราชบัญญัติ ฉบับ พ.ศ. 2560 แต่พบว่าแนวปฏิบัติ ที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตั้งต้น คดีเป็นผู้ดำเนินการร้องขอทั้งที่เป็นความผิด ระหว่างเอกชนน่าจะจะไม่เหมาะสมเนื่องด้วย กระบวนการพิสูจน์เนื้อหาของลิขสิทธิ์เป็นการ นำค่านึงในประเด็นทางเอกชนมาพิจารณา ที่แตกต่างความผิดที่กระทบต่อประโยชน์

สาธารณะ เช่น ประเด็นของหลักการใช้งาน โดยชอบธรรม (Fair use) การพิสูจน์ถึงอายุ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ลักษณะเฉพาะของ ลิขสิทธิ์นั้นเป็นรายละเอียดในเนื้อหาที่มีความ ละเอียดอ่อนและควรอยู่ภายใต้กระบวนการ และองค์การเฉพาะทางกฎหมายที่มีความเข้าใจ และทราบถึงบริบทในการพิจารณาเนื้อหาของ ลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะมากกว่าจะกำหนดให้ พนักงานเจ้าหน้าที่ของกระทรวงดิจิทัลเพื่อ เศรษฐกิจและสังคมเป็นผู้ร้องขอ

ในกรณีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย ลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นการผิดต่อเอกชน มาตรการและ ขั้นตอนที่ยังบังคับใช้เพื่อระงับการเข้าถึงเนื้อหานั้น ควรจะมีบรรทัดฐานที่แตกต่างกันออกไปจาก กรณีของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย ที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ จากการศึกษา ผู้วิจัยเห็นว่าเนื้อหาของกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจต่อเอกชน ในการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงภายใต้ หลักความได้สัดส่วนนั้น แม้ว่ามาตรการที่รัฐ กำหนดจะมีความเหมาะสมและจำเป็น แต่ ภายใต้หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบรัฐ จำเป็นต้องชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของปัจเจกชนโดยรัฐนั้นต้องไม่อยู่เหนือขอบเขต ความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมาย ของสาธารณะที่กำหนดไว้ เช่นหากพบว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์ส่งผลเสียหายต่อประโยชน์ สาธารณะมากเกินไปมาตรการระงับการเข้าถึง อาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ศาล จะพิจารณาบนพื้นฐานของความเสียหาย ที่เกิดขึ้นจริงโดยผลของข้อจำกัดนั้น ๆ (Actual

Damage Caused by the Statements) (Weerawit Lertratthamrongkul & Sureelak Raksakhen, 2018, pp.32)

ดังนั้นเมื่อพิจารณากับหลักความได้สัดส่วน ในหัวข้อ 5.3 แสดงให้เห็นว่ามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควรต้องผ่านเกณฑ์การพิจารณาทั้งการพิจารณาสมดุลระหว่างสิทธิในลิขสิทธิ์กับสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการ รวมถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์และภาระที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบอย่างถี่ถ้วน ขณะเดียวกันที่กรณีของมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เช่น ความผิดอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ศาลจะพิจารณานบนพื้นฐานของความเสี่ยงของการเกิดอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อรัฐ (The Risk of Harm) โดยวัตถุประสงค์หลักของรัฐจะเป็นไปเพื่อจำกัดเนื้อหาที่ละเมิดกฎหมายไม่ให้หลงเหลือในระบบคอมพิวเตอร์โดยเร็วที่สุดเพื่อไม่ให้ก่อให้เกิดต่อสังคมส่วนรวม โดยวัตถุประสงค์ที่รัฐคุ้มครองคือภัยอันตรายที่เกิดขึ้นแก่ประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการพิจารณาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบ ประสิทธิภาพและภาระที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต นำหนักในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมมากกว่าสิทธิเสรีภาพโดยปกติของประชาชนที่ควรได้รับคุ้มครองโดยปกติ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกรณีการพิจารณาออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ประเทศ

สิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลียปรากฏการพิจารณาถึงเงื่อนไขประกอบความได้สัดส่วนในหลายประเด็นและนำประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพกับภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นมาพิจารณาอย่างรอบด้านโดยกำหนดกระบวนการทั้งหมดภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะโดยหากคำสั่งมีแนวโน้มที่จะสร้างภาระต่อประชาชนมากเกินไปคำสั่งนั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้น ศาลจะเข้ามามีส่วนในการพิจารณาเทคนิคการระงับการเข้าถึงที่เหมาะสมต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากมาตรการฝ่ายใดควรรับผิดชอบ ผู้วิจัยพบว่า ทั้งสามประเทศที่นำเสนอเป็นกรณีศึกษามีการนำเกณฑ์พิจารณาความได้สัดส่วนและการประเมินถึงความสัมพันธ์ของวิธีการและผลมาประกอบการพิจารณาไม่ว่าจะปรากฏในรูปแบบแนวคำตัดสินหรือการกำหนดเป็นเงื่อนไขในบทบัญญัติเช่น แนวปฏิบัติตามคำตัดสินของคดี Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd. ของประเทศอังกฤษ หรือกำหนดเกณฑ์เงื่อนไขในบัญญัติเช่น มาตรา 193DB(3) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์ และมาตรา 115A(5) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลีย ขณะที่แนวทางของการร้องขอระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ปรากฏเพียงเงื่อนไขของอำนาจที่ศาลสามารถจะสั่งให้ระงับการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือนำงานออกจากระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น ไม่มีการกำหนดสถานะ

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแยกออกจากกันและมีลักษณะของเนื้อหาในมาตรา 20 เป็นการให้ดุลยพินิจแก่ผู้พิพากษาอย่างกว้างขวาง ดังนั้นเพื่อให้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงควรกำหนดกรอบเงื่อนไขและบทบัญญัติการให้อำนาจในการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะ

### 6.3 ปัญหาเกณฑ์พิจารณาความได้สัดส่วน

ผู้วิจัยพบว่าภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 ด้รับรองสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกแก่บุคคล โดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อประกันสุขภาพของประชาชนและในมาตรา 40 ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งรวมถึงธุรกิจของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจะถูกจำกัดมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม... การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น โดยจาก 2 มาตราที่ได้นำเสนอแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิเสรีภาพในการ

ประกอบอาชีพรวมถึงธุรกิจของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต เพียงแต่ไม่ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาด สามารถถูกจำกัดได้หากมาตรการที่ออกโดยรัฐเป็นมาตรการที่ดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์ที่รัฐได้ให้ความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญและมีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจเป็นการเฉพาะ ดังนั้นหากมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีความชอบด้วยกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ด้ดำเนินการโดยผ่านเกณฑ์ความได้สัดส่วน อันเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของรัฐ (Worachet Pakeerut, 2000, pp.190) ผ่านการพิจารณาของศาลภายใต้วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองประโยชน์เอกชนมาสมดุลกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบตามมาตรา 34 และ 40 ข้างต้นกระบวนการออกคำสั่งนั้นย่อมมีความชอบด้วยกฎหมาย และสามารถบังคับเพื่อระงับการเข้าถึงเนื้อหาอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพได้

จากหัวข้อ 6.2 ผู้วิจัยพบว่า การพิจารณาหลักความได้สัดส่วนต่อมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายภายใต้มาตรา 20 ในส่วนของความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะกับส่วนของความผิดละเมิดลิขสิทธิ์ควรอยู่ในเกณฑ์พิจารณาที่แตกต่างกัน แต่พบว่าในบทบัญญัติมาตรา 20 ไม่มีการแยกเกณฑ์พิจารณาในประเด็นปัญหาข้างต้น โดยจากการวิจัยพบว่า มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหา

ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างเพื่อสามารถเลือกวิธีการใดก็ได้ให้เนื้อหาที่ผิดกฎหมายยุติโดยเร็วที่สุด พบข้อมูลการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดกฎหมายจาก พ.ศ. 2554 ศาลได้พิจารณาอนุมัติที่เป็นความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะถึง 81,213 URL (Sawatree Suksri, 2010, pp.71) แตกต่างจากจากการศึกษาคำร้องภายใต้มาตรา 20 ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ในการร้องขอเพื่อระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในคำร้องหมายเลขดำที่ คร.2/2561 ที่นำเสนอต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาพบว่าศาลได้นำข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในการนำเกณฑ์การตรวจสอบความสมมูลระหว่างสิทธิที่ได้รับผลกระทบ โดยในประเด็นนี้เป็นการพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิในลิขสิทธิ์อันเป็นกฎหมายเอกชนกับสิทธิเสรีภาพของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต โดยเห็นว่าการระงับการเข้าถึงรายหน้าด้วยเทคนิค URL blocking มีความเหมาะสมและไม่กระทบสิทธิของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตมากกว่าวิธีอื่น แต่ในทางปฏิบัติภายใต้การดำเนินการของผู้กระทำผิดในคดีที่จัดทำเว็บไซต์ในรูปแบบเข้ารหัส ทำให้เทคนิค URL blocking ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ยังพบว่ากระบวนการได้ส่วนตรวจสอบพยานหลักฐานเป็นไปอย่างละเอียดและศาลทรัพย์สินทางปัญญามีข้อคำนึงในหลายประเด็นส่งผลให้

ผู้ร้องเกิดความกังวลในความล่าช้าในการร้องขอเพื่อออกคำสั่ง ผู้เสียหายและพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ร้องขอจึงมีการเปลี่ยนแปลงแนวทางร้องขอใหม่ โดยนำประเด็นขอเนื้อหาลามกอนาจารไปร้องขอต่อศาลอาญาแทนซึ่งสามารถดำเนินการได้รวดเร็วกว่าการอ้างฐานความผิดละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผลจากแนวคำตัดสินของศาลอาญาทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่เลือกที่จะเสนอคำร้องระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีต่อไป ต่อศาลอาญาแทนโดยอ้างเหตุผลถึงความสะดวกรวดเร็วของการได้รับคำสั่งในคำร้องระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

ด้วยความเคารพผู้วิจัยเห็นว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการดำเนินการเพื่อหลบเลี่ยงแนวปฏิบัติของศาลที่ถูกต้อง เนื่องจากภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้คำร้องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาต้องร้องขอต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญา แต่เพื่อความสะดวกกลับมีการเลี่ยงการตรวจสอบผ่านศาลทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะศาลชำนาญการที่มีความเข้าใจเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะมาพิจารณา และพบว่าทางผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ยังคงเพิกเฉยและไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรืออาจมีการดำเนินการโต้แย้งคำสั่งระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ตามคำสั่งศาลอาญาซึ่งแตกต่างกับกรณีของคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์

สาธารณะที่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต จะให้ความร่วมมือเป็นอย่างดี การระงับการเข้าถึงในระดับที่สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานของ เทคนิคการระงับการเข้ารายหน้า (URL blocking) จะได้รับการพิจารณาเฉพาะกรณีเพื่อกำจัด เนื้อหาที่เป็นภัยต่อประโยชน์สาธารณะในทันที เป็นกรณีพิเศษ สะท้อนให้เห็นว่าแนวปฏิบัติ ที่กำหนดในมาตรา 20 ที่สามารถบังคับใช้ กับความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แต่แนวทางดังกล่าวกลับไม่เกิดประสิทธิผล กับการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ แต่อย่างใด พบว่าจากวันที่พระราชบัญญัติว่า ด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มีผลบังคับในกรณีที่มีการร้องขอ เพื่อบังคับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงไปยังผู้ดำเนินการ เว็บไซต์ในต่างประเทศกลับไม่พบคำร้องที่สามารถ บังคับได้จริง (Sathaporn Sornsena, 2018)

ผู้วิจัยพบว่า วัตถุประสงค์ของรัฐในการ มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ โดยเฉพาะของเอกชนควรอยู่ในระดับที่แตกต่างกัน การใช้เกณฑ์ความได้สัดส่วนมาพิจารณา เพื่อกำกวดการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ ควรจะมีการกำหนดเกณฑ์ความได้สัดส่วน แยกจากกัน ดังนั้นในกรณีของการระงับการ เข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ควรกำหนดเกณฑ์ ความได้สัดส่วนและข้อคำนึงเกี่ยวกับเนื้อหา ของลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะโดยผู้วิจัยได้นำเสนอ ตารางเปรียบเทียบข้อพิจารณาความได้สัดส่วน ในการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหา ละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่ล้วนพบว่า มีการแยกเกณฑ์ความได้สัดส่วนและข้อคำนึง เกี่ยวกับเนื้อหาของลิขสิทธิ์มากำหนดเฉพาะ ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังมีรายละเอียดนี้

## ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบข้อพิจารณาความได้สัดส่วนในการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์

	ความเห็นจากคดี Cariter	แนวทางการปฏิบัติหลายลักษณะอักษร	
	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศออสเตรเลีย
เกณฑ์พิจารณาการสร้างสรรค์ระหว่างสิทธิ	1. เปรียบเทียบความสำคัญระหว่างสิทธิของเจ้าของสิทธิกับสิทธิที่ได้รับผลกระทบและพิจารณาความเป็นธรรมต่อการแทรกแซงสิทธิอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบ	ไม่มีการกำหนด	115A(5)(e) การระงับการเข้าถึงที่ตั้งออนไลน์นั้นมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น 115A(5)(g) พิจารณาการดำเนินการระงับการเข้าถึงที่เนื้อออนไลน์เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ
เกณฑ์พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผล	2. มาตรการทางเลือกอื่นที่สร้างภาระน้อยกว่า 3. ประสิทธิภาพของมาตรการในการรบกวนการเข้าถึงอย่างจริงจัง 4. พิจารณาค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องจากการใช้มาตรการโดยเฉพาะค่าใช้จ่ายในการดำเนินการออกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหา 5. ผลการยับยั้งมาตรการ 6. ผลกระทบต่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตที่ชอบด้วยกฎหมาย 7. รูปแบบของเว็บไซต์อื่นที่สามารถทดแทนเว็บไซต์เป้าหมาย	193DB(3)(a) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับโจทก์จากการละเมิด 193DB(3)(b) ภาระที่เกิดจากมาตรการต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต 193DB(3)(c) ความเป็นไปได้ทางเทคนิคในการปฏิบัติตามมาตรการ193DB(3)(d) ประสิทธิภาพของมาตรการ 193DB(3)(e) ผลกระทบทางธุรกิจหรือผลกระทบจากการดำเนินการที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต 193DB(3)(f) พิจารณามาตรการรูปแบบอื่นที่อาจสร้างภาระที่น้อยกว่า193DB(3)(g)ประเด็นอื่น ๆ ที่พิจารณาว่าเกี่ยวข้อง	115A(5)(f) ผลกระทบจากมาตรการต่อผู้เกี่ยวข้อง 115A(5)(i) มาตรการอื่นใดที่มีอยู่ในพระราชบัญญัตินี้ 115A(5)(j) ปัจจัยอื่นใดที่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อบังคับกฎหมายอื่น 115A(5)(k) ปัจจัยในด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

## ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

	ความเห็นจากคดี Cariter	แนวทางการบัญญัติลายลักษณ์อักษร	
	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศออสเตรเลีย
ข้อพิจารณา เกี่ยวกับการ ตีความเป้าหมายละเมิด ลิขสิทธิ์		<p>มาตรา 193 DDA(2) ข้อพิจารณาประกอบการตีความความหมาย “ที่ตั้งออนไลน์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์โดยชัดแจ้ง”</p> <p>(a) จุดประสงค์หลักของเว็บไซต์เป้าหมายใช้เพื่อกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือใช้ในการสนับสนุนการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์</p> <p>(b) จัดหมวดหมู่ จัดทำรายชื่อ จัดทำสารบัญเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์</p> <p>(c) ผู้ดำเนินการเว็บไซต์หรือเจ้าของที่ตั้งออนไลน์ได้แสดงให้เห็นว่าเพิกเฉยต่องานอันละเมิดลิขสิทธิ์</p> <p>(d) เข้าถึงอินเทอร์เน็ตไปยังที่ตั้งออนไลน์ถูกระงับโดยคำสั่งศาลจากประเทศอื่นโดยฐานความผิดละเมิดลิขสิทธิ์</p> <p>(e) ที่ตั้งออนไลน์ได้แสดงให้เห็นถึงข้อแนะนำในการหลบเลี่ยงมาตรการ</p> <p>(f) จำนวนของการจราจรและความถี่ของการเข้าถึงที่ตั้งออนไลน์มีเป็นจำนวนมาก</p>	<p>115A(5)(a) การพิจารณาความชัดเจนของการละเมิดลิขสิทธิ์</p> <p>115A(5)(b) ที่ตั้งออนไลน์นั้นบรรจุซึ่งบัญชีรายชื่อ สารบัญหรือหมวดหมู่ของวิธีการในการกระทำผิดหรือช่วยเหลือสนับสนุนการกระทำผิด</p> <p>115A(5)(c) ถ้าผู้ดำเนินการที่ตั้งออนไลน์นั้นแสดงให้เห็นถึงการละเลยต่อลิขสิทธิ์</p> <p>115A(5)(d) ถ้าการระงับการเข้าถึงการเข้าถึงนั้นได้เคยถูกระงับการเข้าถึงด้วยคำสั่งจากศาลอื่นในต่างประเทศ</p> <p>ในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์</p> <p>115A(5)(h) เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการแจ้งเตือนใน (4)</p>

**ที่มา:** ณรัช ศรีหทัย วิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายกรณีมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต” ประจำปีหลักสูตรปริญญานิติศาสตร์ดุสิตวิทยุบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ประจำปี 2562



จากตารางแสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษไม่มีการบัญญัติเงื่อนไขหลักความได้สัดส่วนลงในบทบัญญัติเป็นการนำแนวพิจารณาที่ได้จากคำตัดสินคดีก่อนมาพิจารณาในคดี *Cartier International AG and others v. British Sky Broadcasting Ltd and others* โดยผู้พิพากษาผู้ตัดสินคดีได้กำหนดเกณฑ์ประเมินความได้สัดส่วนจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดเครื่องหมายการค้ามาเป็นเกณฑ์ประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคำสั่งระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในทุกคดีต่อมา (Spies, A. & Nagy, 2015, pp.212) ขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์มีการกำหนดเกณฑ์พิจารณาความได้สัดส่วนในประเด็นที่คล้ายกับแนวความเห็นของผู้พิพากษาในคดี *Cartier* แต่เป็นการนำเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดในบทบัญญัติในมาตรา 193DB(3) และประเทศออสเตรเลียก็กำหนดเกณฑ์พิจารณาความได้สัดส่วนในรูปแบบเดียวกับประเทศสิงคโปร์ในมาตรา 115A(5)

#### **6.4 ปัญหาความไม่ชัดเจนของกระบวนการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง**

การพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาตามมาตรา 20(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 แนวปฏิบัติการไต่สวนของศาลนั้นเป็นการไต่สวนคำร้องฝ่ายเดียว สำหรับเงื่อนไขในการออกคำสั่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การออกคำสั่งทั่วไป ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่มีหลักฐานพอสมควรก็จะมีคำสั่งออกไป

ในทันที (Sawatree Suksri, 2015) โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าการออกคำสั่งดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและผู้ดำเนินการเว็บไซต์ แต่จากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาศาลมักจะมีคำสั่งฝ่ายเดียวโดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตหรือผู้ดำเนินการเว็บไซต์เข้ามาร่วมกระบวนการไต่สวน การขาดการมีส่วนร่วมในการกระบวนการไต่สวนของบุคคลทั้งสองประเภทนี้ส่งผลกระทบต่อหลายด้าน เช่น ประเด็นประสิทธิภาพของคำสั่งพบว่าศาลจะออกคำสั่งโดยไม่รับรู้ว่าเทคโนโลยีการระงับการเข้าถึงต่อเป้าหมายละเมิดลิขสิทธิ์ว่าในปัจจุบันสามารถใช้เทคโนโลยีรูปแบบเดิมยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ การไม่เปิดโอกาสให้ผู้ดำเนินการเว็บไซต์ชี้แจงอาจเป็นการตัดโอกาสชี้แจงถึงการไม่มีส่วนในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ดำเนินการเว็บไซต์ อันแสดงถึงการขาดกลไกในการตรวจสอบความชอบธรรมของคำสั่ง เป็นต้น จากกรณีศึกษาของประเทศเยอรมันมีการกำหนดให้มีกระบวนการการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อร้องขอความเป็นธรรมเป็นกลไกหนึ่งในการตรวจสอบความชอบธรรมอย่างหนึ่ง

ภายใต้กรอบกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมายในข้อ 42 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ได้กำหนดให้สมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องให้การรับรองแก่ผู้ถูกร้องหรือจำเลยในสิทธิที่จะได้รับการแจ้งเตือนเป็นลายลักษณ์อักษร

ถึงรายละเอียดที่เพียงพอรวมถึงข้อมูลเบื้องต้นของข้อกล่าวหาและข้อ 42.4 ได้รับรองสิทธิของคู่กรณีในการเข้ารับฟังกระบวนการพิจารณาก่อนมีคำตัดสิน แม้ว่าจะมีการเปิดช่องให้มีการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ในการพิจารณาคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อ 50.2 แต่เงื่อนไขดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็น หากความล่าช้าจะสร้างความเสียหายอันไม่สามารถแก้ไขได้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือการล่วงเวลาจะส่งผลกระทบต่อพยานหลักฐานเกิดความเสียหาย ดังนั้นการดำเนินการที่ไม่ให้สิทธิแก่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ผู้ดำเนินการเว็บไซต์ในฐานะผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งในการเข้ามามีส่วนในการรับฟังและโต้แย้งคำตัดสินอาจเป็นการขัดกับหลักแนวกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมายได้ (Jan, B., Stoll, P. and Arend, K., 2008, pp.705)

จากแนวคำตัดสินของศาลสูงของประเทศอังกฤษพบว่า กระบวนการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ปรากฏเงื่อนไขที่ให้สิทธิแก่ผู้ดำเนินการเว็บไซต์ในการได้รับการแจ้งเตือนและได้รับสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาแต่อย่างใด ให้สิทธิแต่เพียงผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเท่านั้น ขณะที่ประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดกระบวนการแจ้งเตือนและการมีส่วนร่วมในการเข้าร่วมรับฟังการพิจารณาให้แก่ทั้งผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและผู้ดำเนินการเว็บไซต์ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ความอันชอบของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สิน

ทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) โดยเฉพาะประเทศสิงคโปร์จะนำกระบวนการการแจ้งเตือนและนำออกเป็นเงื่อนไขก่อนพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกำหนดหน้าที่แก่ผู้ร้องในการแจ้งเตือนไปยังผู้ดำเนินการเว็บไซต์เพื่อให้เวลาในการนำงานออกจากระบบก่อน โดยหากพบว่าเพิกเฉยจะเป็นเหตุในการนำมาเพื่อร้องขอระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ต่อศาลต่อไป ภายใต้มาตรา 193 DDB กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์ (Roy, A., & Marsoof, A, 2016, pp.8-9) ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเห็นสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณาของประเทศสิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลียที่ควรเปิดโอกาสให้ทั้งผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและผู้ดำเนินการเว็บไซต์ ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาจะทำให้สามารถสร้างแนวทางที่เป็นที่ยอมรับสามารถปฏิบัติได้จริงและเกิดความโปร่งใส และสร้างสมดุลกับเสรีภาพต่อผู้ได้รับผลกระทบได้เหมาะสมกว่า

ทั้งนี้ขณะที่กระบวนการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ยังไม่มีมีการแก้ไขและอาจเกิดกรณีที่คำสั่งได้รบกวนสิทธิเสรีภาพของผู้เกี่ยวข้องจนเกินจำเป็น ผู้วิจัยพบว่าอีกช่องทางหนึ่งให้สิทธิในการโต้แย้งมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นของบทบัญญัติภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยภาระกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

ในมาตรา 20 นั้นมีเนื้อหาที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพเกินขอบวัตถุประสงค์ที่รัฐมุ่งคุ้มครองอันอาจเป็นการขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 34 และ 40 ตามที่ได้นำเสนอในหัวข้อ 6.3 ผู้ได้รับผลกระทบสามารถใช้ช่องทางของกฎหมายรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตนที่ได้รับผลกระทบใน 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและผู้ดำเนินการเว็บไซต์ที่ถือเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงในคดีสามารถเข้าร่วมคดีในฐานะคู่ความเพื่อร้องขอต่อศาลที่พิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่พิจารณาขัดต่อรัฐธรรมนูญภายใต้มาตรา 212 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญสามารถร้องขอต่อศาลที่พิจารณาให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้และ
2. กรณีของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งไม่อาจเข้าเป็นคู่ความในคดีได้ อาจใช้ช่องทางของผู้ตรวจการแผ่นดินภายใต้รัฐธรรมนูญมาตรา 231(1) โดยร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่าบทบัญญัติภายใต้มาตรา 20 นั้นก่อความไม่ชอบธรรมแก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตอันเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยกระบวนการดังกล่าวหากผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นพ้องด้วยก็จะส่งเรื่องแก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว

## 7. unสรุป

บทความนี้ มีความพยายามหาแนวทางในการแก้ปัญหาการปราบปรามการละเมิดสิทธิเสรีภาพบนระบบอินเทอร์เน็ตจากปัญหาการย้ายที่ตั้ง

ออนไลน์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังต่างประเทศยากแก่การตรวจสอบและดำเนินคดี โดยนำเสนอมาตรการทางเลือกที่เป็นที่นิยมจากกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปคือมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ได้รับผลกระทบ เช่น เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต เป็นต้น แต่จากการศึกษาคำตัดสินในกลุ่มสหภาพยุโรปและกลุ่มประเทศแถบเอเชียแปซิฟิกพบว่า ศาลมีการให้ความคุ้มครองว่ามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มีความชอบธรรม หากมีการพิจารณาภายใต้หลักความได้สัดส่วนที่คำนึงถึงการสร้างสมดุลของการใช้อำนาจอรัฐกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

จากสภาพปัญหาของประเทศไทยในมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มาบัญญัติในมาตรา 20(3) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์เป็นสำคัญ โดยใช้เกณฑ์พิจารณาออกคำสั่งระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้บรรทัดฐานเดียวกับความผิดความผิดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะส่งผลให้เกิดปัญหาต่อการพิจารณาและบังคับใช้คำสั่งโดยในประเด็นของปัญหาที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายจะประกอบด้วยปัญหาทางในการกำหนดนิยามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ปัญหาส่วนเนื้อหาความผิดละเมิดลิขสิทธิ์ต่อการ

พิจารณาระงับการเข้าถึง ปัญหาเกณฑ์พิจารณาความได้สัดส่วนและข้อคำนึงในประเด็นของเนื้อหาสิทธิ และปัญหาความไม่ชัดเจนของกระบวนการมีส่วนร่วมของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง ซึ่งปัญหาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อเนื้องไปยังกระบวนการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิภายหลังออกคำสั่งทั้งปัญหาทางเทคนิคในการดำเนินการกับเว็บไซต์เข้ารหัส ปัญหาการบังคับตามคำสั่งต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและปัญหาการใช้มาตรการหลบเลี่ยงการระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ เป็นต้น พบว่าปัจจุบันยังไม่มีมีความชัดเจนในการดำเนินการและแนวทางที่สามารถบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิให้สามารถยุติการละเมิดสิทธิได้จริง

โดยจากการศึกษากลุ่มประเทศที่เป็นผู้นำในการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิที่มีประสิทธิภาพกลับมีการบัญญัติมาตรการดังกล่าวในพระราชบัญญัติสิทธิ และการแยกมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิกำหนดแต่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตไม่รวมเอาผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลมาอยู่ในขอบเขตมาตรการ และพบเงื่อนไขเกณฑ์ความได้สัดส่วนในเนื้อหาของการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิและข้อคำนึงเกี่ยวกับเป้าหมายที่ละเมิดสิทธิแยกเกณฑ์พิจารณาในพระราชบัญญัติสิทธิเป็นการเฉพาะ พบว่าทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษานำแนวคิดจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปที่มีมุมมองต่อ

มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิในรูปแบบของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ไม่จำเป็นที่ตัวกลางในระบบอินเทอร์เน็ตต้องมีความรับผิดชอบเนื่องจากสถานะผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตอยู่ในสถานะของตัวกลางในระบบอินเทอร์เน็ตที่มีหน้าที่สำคัญในการช่วยยุติและป้องกันละเมิดสิทธิที่เกิดขึ้นสามารถถูกบังคับโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความรับผิดชอบจากการให้บริการของตนแต่อย่างใด

ผู้วิจัยพบว่า ข้อคำนึงของการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิ นั้น ต้องนำประเด็นของเทคโนโลยีและผลกระทบในประเด็นสิทธิเสรีภาพมาประกอบการพิจารณา การไม่กำหนดกรอบเงื่อนไขในการพิจารณาแก่ศาลซึ่งอาจไม่มีความเข้าใจเทคโนโลยีที่เพียงพอหรือไม่ทราบถึงข้อควรคำนึงอันเป็นประเด็นสำคัญที่อาจทำให้มาตรการไปก่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นจนเกินควรได้ โดยเฉพาะประเทศไทยซึ่งเพิ่งพิจารณารับรองมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดสิทธิไม่ถึงสามปี และประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายหลักเช่นเดียวกับข้อบังคับสหภาพยุโรปที่วางกรอบการออกคำสั่งที่ได้สัดส่วนและแนวปฏิบัติที่เหมาะสมไว้ การพิจารณาภายใต้หลักความได้สัดส่วนและข้อพิจารณาเกี่ยวกับการตีความเป้าหมายละเมิดสิทธิจึงควรมีการกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนเพื่อถ่ายทอดศาลในการนำไปประกอบการพิจารณาและทำให้ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องรับรู้ถึงความโปร่งใสและความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาก่อนออกคำสั่งต่อไป

ผู้วิจัยเห็นว่าการใช้ดุลพินิจอย่างอิสระ โดยศาลอาจไม่เป็นผลดีต่อการออกมาตรการที่มีประสิทธิภาพและชอบธรรม ควรที่จะแยกประเภทของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตให้อยู่ภายใต้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะไม่รวมกับมาตรการต่อผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล โดยนำหลักเกณฑ์ข้อคำนึงประกอบการพิจารณาในกฎหมายบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียมาตรา 115A(5) ที่ช่วยให้ศาลนำเกณฑ์เงื่อนไขไปประกอบการพิจารณาทั้งการประเมินความได้สัดส่วนและการตีความเป้าหมายละเมิดลิขสิทธิ์โดยครอบคลุมปัจจัยสำคัญในการพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มากที่สุด มากำหนดไว้ในบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะ และกำหนดกระบวนการแจ้งเตือนและสิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาให้ชัดเจนให้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) โดยกรณีของการไต่สวนฝ่ายเดียวควรกำหนดในบทยกเว้นเท่านั้น

## 8. ข้อเสนอแนะ

จากศึกษาพบว่ามีการเสนอร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่มีการนำเสนอ โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถือเป็นโอกาสอันดีที่จะปรับปรุงเงื่อนไขต่อการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มาอยู่ภายใต้บริบทของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยนำรูปแบบมาจากมาตรา 43/11 ดังมีรายละเอียดดังนี้

ในกรณีที่ผู้ให้บริการอาจนำข้อจำกัดความรับผิดชอบตามมาตรา 43/3 (กำหนดนิยามข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต) มาใช้ ศาลอาจมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดให้ผู้ให้บริการดำเนินการดังต่อไปนี้<sup>16</sup>

(1) ยกเลิกบัญชีของผู้ใช้บริการที่ถูกระบุไว้ในคำสั่งศาลเนื่องจากเป็นผู้ให้บริการที่ละเมิดลิขสิทธิ์

(2) ระงับการเข้าถึงแหล่งที่ตั้งข้อมูลคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ตที่อยู่นอกราชอาณาจักรตามที่ระบุไว้โดยเฉพาะในคำสั่งศาล

แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นการรับอิทธิพลจากกฎหมายบัญญัติลิขสิทธิ์แห่งสหประชาชาติมาตรา 512 มาเป็นแม่แบบในการแก้ไขกฎหมาย ซึ่งแนวคิด

<sup>16</sup> เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2561 กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้จัดประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ในส่วนข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย โดยมีผู้เข้าร่วมประชุม 43 คน จาก บริษัท บัณฑิต เซ็นเตอร์ จำกัด (ผู้ให้บริการ www.kapook.com) บริษัท เทนเซ็นต์ (ประเทศไทย) จำกัด (ผู้ให้บริการ www.sanook.com) แอปพลิเคชัน WeChat และ JOOX) บริษัท ทู คอร์เปอร์เรชั่น จำกัด (มหาชน) บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ทริปเปิลที บรอดแบนด์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เป็นต้น โดยจากร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่...) ได้ผ่านการรับฟังความคิดเห็นจากทุกภาคส่วนเสร็จสิ้นแล้ว โดยอยู่ระหว่างกรมทรัพย์สินทางปัญญานำเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ พิจารณาให้ความเห็นชอบเตรียมเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

ในการออกคำสั่งชั่วคราวของประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับให้การร้องขอบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีลิขสิทธิ์บังคับได้ เฉพาะกรณีที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ไม่สามารถร้องขอเพื่อบังคับกับบุคคลภายนอกหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดได้ แต่เมื่อพิจารณาหน้าที่ทางเทคนิคของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต่อการพิสูจน์การมีส่วนในการละเมิดลิขสิทธิ์จากบริการของตนย่อมเป็นไปได้ยาก พบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกากลับไม่มีการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในการแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ต ดังนั้นเพื่อให้สามารถบังคับใช้มาตรการเพื่อต่อสู้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้จริง จึงควรนำแนวทางของประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียมาวางระบบในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ถึงแม้ว่าทั้ง 2 ประเทศจะรับอิทธิพลจากกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหประชาชาติก็ตาม แต่ผู้วิจัยกลับพบว่าทั้ง 2 ประเทศทำการแก้ปัญหาโดยการกำหนดมาตรการเพิ่มเติมในมาตรา 193DDA และมาตรา 115A ในลักษณะของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่บังคับต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความรับผิดชอบของตัวผู้ให้บริการต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในบริการของตน

ผู้วิจัยเสนอให้นำร่างของมาตรา 43/11 ภายใต้มาตรา 43/3 มาเป็นโครงร่างในการกำหนดแนวทางในการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต โดยพัฒนาเพิ่มเติมดังมีรายละเอียดดังนี้

**ประเด็นที่ 1** องค์ประกอบของกฎหมายต่อการใช้มาตรการเห็นควรนำรูปแบบของการบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียมาเป็นแม่แบบ โดยมีการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเพียงพิสูจน์ความสามารถในการให้ช่องทางไปถึงที่ตั้งที่ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น และกำหนดเป้าหมายของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้ชัดเจนโดยให้มาตรการนี้สามารถบังคับใช้ได้ เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำผิดมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้นอันเป็นการป้องกันการเกิดความเสียหายข้างเคียง (Collateral Damage) ต่อผู้ประกอบการที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีของ Facebook หรือ Youtube เป็นต้น โดยควรปรับเนื้อหาบางส่วนเป็นของ มาตรา 43/11(1) เป็น “ระงับการเข้าถึงแหล่งที่ตั้งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีจุดประสงค์หลักเพื่อกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต”

**ประเด็นที่ 2** ควรนำหลักความได้สัดส่วนมากำหนดเป็นเงื่อนไขในบทบัญญัติเพื่อประกอบดุลพินิจในการออกคำสั่งเพื่อเพิ่มความมั่นใจต่อผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการ ว่าบทกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขที่ผ่านการคำนึงถึงความได้สัดส่วนและผลต่อสิทธิเสรีภาพของผู้เกี่ยวข้องควบคู่กับการนำเงื่อนไขในการจำกัดการดำเนินการเฉพาะที่ตั้งออนไลน์ที่อยู่นอกราชอาณาจักรในรูปแบบเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียมาเป็นแม่แบบ แสดงให้เห็นถึงกระบวนการใน

การพิสูจน์ถึงความจำเป็นและการพิจารณาถึงมาตรการอื่นที่สร้างภาระน้อยกว่าที่วางกรอบการใช้มาตรการเฉพาะกรณีที่จำเป็นภายใต้เงื่อนไขการมีที่ตั้งออนไลน์อยู่นอกประเทศเท่านั้น

ทั้งนี้ในส่วนเกณฑ์ดุลพินิจที่เป็นเงื่อนไขประกอบการพิจารณาในมาตรา 115A(5) กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลียและมาตรา 193DDA และ 193DB กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นเกณฑ์เงื่อนไขความได้สัดส่วนและข้อพิจารณาในการประเมินรูปแบบละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นมาประกอบการพิจารณาตามข้อเท็จจริงโดยศาล แม้ว่า การบัญญัติเงื่อนไขดังกล่าวในบทบัญญัติอาจเป็นการตั้งข้อจำกัดในการพิจารณาของศาลและภาระในการพิสูจน์แก่ผู้ร้องเกินความจำเป็น แต่อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นรับรองการตรวจสอบความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพประสิทธิภาพของมาตรการและภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นซึ่งด้วยความเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องเทคโนโลยี การทำความเข้าใจของศาลอาจเกิดความยากลำบากในการตีความข้อเท็จจริง ผู้วิจัยเห็นควรนำเกณฑ์เงื่อนไขประกอบดุลพินิจมากำหนดในรูปแบบของประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาสำหรับมาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยอาจกำหนดในรูปแบบประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา โดยคำนึงถึงพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นจะเป็นการเหมาะสมมากกว่าบัญญัติ

ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์โดยตรงเพื่อเป็นเกณฑ์ประกอบดุลพินิจของศาลในการพิจารณาต่อไป

ในประเด็นสุดท้ายเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคำร้อง ผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับหลักในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ข้อ 42 และ 50.2 ที่รับรองสิทธิแก่ผู้ถูกร้องหรือจำเลยที่จะได้รับการแจ้งเตือนและมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา เห็นควรนำแนวทางเงื่อนไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์ที่วางกระบวนการในการแจ้งเตือนและนำออกต่อผู้ดำเนินการเว็บไซต์เป็นเงื่อนไขบังคับก่อน โดยกำหนดหน้าที่แก่ผู้ร้องต้องแจ้งเตือนไปยังผู้ดำเนินการเว็บไซต์หรือที่ตั้งออนไลน์เพื่อให้เวลาในการนำงานออกจากระบบก่อน หากพบว่ามีกรณีพิพาทจะดำเนินการแจ้งเตือนไปยังผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าสู่กระบวนการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไป โดยแนวทางของกฎหมายลิขสิทธิ์สิงคโปร์ในมาตรา 193DDB จะกำหนดเงื่อนไขของกระบวนการไต่สวนฝ่ายเดียวในลักษณะของข้อยกเว้น ที่จะดำเนินการได้ต่อเมื่ออาจเป็นการล่าช้าหรือเกิดความเสียหายต่อคดีเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่า มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์เป็นมาตรการที่จำเป็นต้องบัญญัติขึ้นและหากศาลและ

ผู้เกี่ยวข้องได้สร้างแนวทางเพื่อรับรองความ  
ได้สัดส่วนและค่านึงถึงสิทธิเสรีภาพของ  
ผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว มาตรการระงับการเข้าถึงเนื้อหา  
ละเมิดลิขสิทธิ์จะมีความชอบด้วยกฎหมาย  
และมีความชอบธรรมที่จะใช้เป็นเครื่องมือ  
ในการแก้ปัญหาละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต  
ที่เกิดขึ้นและแพร่กระจายอย่างรวดเร็วได้  
แม้จะพบว่ามาตรการดังกล่าวไม่สามารถยุติ  
การละเมิดลิขสิทธิ์ได้เด็ดขาด แต่ในประเทศ  
ที่มีการพิจารณาใช้มาตรการระงับการเข้าถึง  
เนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์จะมีการลดลงของการ  
ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตอย่างมี  
นัยสำคัญ ผู้วิจัยตระหนักว่ามาตรการระงับ  
การเข้าถึงเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์อาจไม่ใช่  
เครื่องมือพิเศษที่จะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์

บนระบบอินเทอร์เน็ตยุติและสิ้นไปในทันที  
แต่เชื่อว่ามาตรการนี้จะ เป็นเพียงเครื่องมือ  
หนึ่งในอีกหลายเครื่องมือที่รัฐจะใช้เพื่อยุติ  
การละเมิดลิขสิทธิ์ร่วมกับการบูรณาการเครื่องมือ  
อื่น ๆ ไปพร้อม ๆ กัน ทั้งการพัฒนาหาแนวทาง  
ในการดำเนินการต่อผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล  
ผ่านกระบวนการแจ้งเตือนและนำออก  
การตรวจสอบและดำเนินคดีผ่านช่องทาง  
การเงินที่ใช้เพื่อละเมิดลิขสิทธิ์ รวมไปถึง  
การหาแนวทางความร่วมมือทั้งในและระหว่าง  
ประเทศในการดำเนินคดีกับเว็บไซต์ละเมิด  
ลิขสิทธิ์หรือที่ตั้งออนไลน์ในต่างประเทศ  
เพื่อบรรเทาปัญหาละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์  
อันเป็นปัญหาที่สร้างผลเสียหายต่อระบบ  
เศรษฐกิจทั่วโลก ●



## ឧទាហរណ៍

---

- Banjerd Singkaneti. (2015). Lakkhwāmdaisatsūan (principle of proportionality) nai kân-trūatsōp khobkhed 'amnātrat tāmātrā 29 khōng ratthathammanūn hæng rācha'ānāčhak Thai (phutthasakrāt 2550) : Rāingān kānsuksāwīchhai / dōi Bančhōet Singkhanēti, hūanā khana phūwīchhai. Bangkok : The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand , (2015) – 12.
- Barwick, H. (2014). ACMA signs online child abuse notification scheme with police. (2018, January 12) Retrieved from [https://www.computerworld.com.au/article/551103/acma\\_signs\\_online\\_child\\_abuse\\_notification\\_scheme\\_police/](https://www.computerworld.com.au/article/551103/acma_signs_online_child_abuse_notification_scheme_police/)
- Cory, N. (2016). How Website Blocking Is Curbing Digital Piracy Without 'Breaking the Internet'. Journal of Information Technology and Innovation Foundation, August.
- Coudert, F., & Werkers, E. (2010). In the Aftermath of the Promusicae Case: How to Strike the Balance?. International Journal of Law and Information Technology, 18., 1, 50-71.
- Curran, J., eds. (2015). Comparative study on Blocking, Filtering And Take-Down of Illegal Internet Content (United Kingdom). Swiss Institute of Comparative Law. (2019, August 1). Retrieved from <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680685f10>
- Daly, M. (2013). Is there an entitlement to anonymity? A European and international analysis. European Intellectual Property Review, 35(4), 198-211.
- Feiler, L. (2012). Website Blocking Injunctions under EU and US Copyright Law—Slow Death of the Global Internet or Emergence of the Rule of National Copyright Law?., TTLF Working Papers No. 13.
- Husovec, M. (2017). Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable But Not Liable? (Vol. 41). Cambridge University Press.
- Jan, B., Stoll, P. and Arend, K. (2008). WTO-Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights. Max Planck Institute For Comparative Public Law and International Law, Laiden:Martinus Nijhoff Publisher, 2009.

- Latifi, J., et al. (2015). Comparative study on blocking, filtering and take-down of illegal internet content. (2018, April 10) Retrieved from <https://edoc.coe.int/en/internet/7289-pdf-comparative-study-on-blocking-filtering-and-take-down-of-illegal-internet-content-.html>
- Lindsay, D. (2017). Website blocking injunctions to prevent copyright infringements: Proportionality and effectiveness. *UNSWLJ*, 40, 1507-1538.
- Motion Picture Association, Thailand's Piracy Landscape., (2018, July 10) Retrieved from <https://www.mpa-apac.org/wp-content/uploads/2018/05/Thai-Piracy-Landscape-v2.pdf>
- Onisor, A. C. (2016). Fighting Online Copyright Infringements. A Neutral Role of Internet Access Providers. *Revista Romana de Drept al Afacerilor*, No. 11, 79.
- Riordan, J. (2017). Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law. In *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Springer, Cham., pp.275-315
- Roy, A., & Marsoof, A. (2016). The blocking injunction: a comparative and critical review of the EU, Singaporean and Australian regimes. *Singaporean and Australian Regimes. European Intellectual Property Review*, 38, 92-95.
- Sathaporn Sornsena.(2018, October 29) Interview. Competent authority of: Ministry of Digital Economy and Society.
- Sawatree Suksri. (2015). wan rāng พ.ร.บ. khōm chabap mai pōet chōng hai liāng māttrā yīsip sang pit wepsai. (2018, August 31). Retrieved from <https://thainetizen.org/2015/10/digital-economy-laws-update-sawatree/>
- Sawatree Suksri. (2010). Situational report on control and censorship of online media, through the use of laws and the imposition of Thai state policies / by the research team on "The effect of the computer crime act 2007 and state policy on the right to freedom of expression" [Bangkok]: iLaw Project
- Savola, P. (2015). Internet connectivity providers as involuntary copyright enforcers: blocking websites in particular, Doctoral Dissertation Faculty of Law. Unniversity of Helsinki, Finland.

- Schlesinger, M. (2018). Site Blocking Global Best Practices. Discussion paper submitted to Prime Minister Shinzo Abe. (2018, April 1). Retrieved from [https://www.ipaj.org/bunkakai/content\\_management/event/pdfs/20180728/Schlesinger\\_20180728\\_2.pdf](https://www.ipaj.org/bunkakai/content_management/event/pdfs/20180728/Schlesinger_20180728_2.pdf)
- Spies, A. & Nagy, C. (2015) The new website blocking power: s 115A of the Copyright Act, Australian Intellectual Property Law Bulletin. October 2015, 210-215.
- Takis, T. (2006). The General Principles of EU Law. Oxford University Press, Oxford.
- Wang, F. (2014). Site-blocking Orders in the EU: Justifications and Feasibility. In 14th Annual Intellectual Property Scholars Conference (IPSC), Boalt Hall School of Law, University of California, Berkeley. USA
- Weerawit Lertratthamrongkul & Sureelak Raksakhen. (2018). sēriphāp nai kān sadæng khwāmkhithen tām ratthammanūn bon khrūakhāi sangkhom 'ōnlai phāitai kānbangkhap chai phrarāitchabanyat wādūai kārok ra khwāmphit kīeokap khōmphiutōe chabap thī sōng Phō.Sō. sōngphanhārōihoksip. Academic journals of North-east University 8., 2, 26-41.
- Wesselingh, E. (2014). Website Blocking: Evolution or Revolution? 10 Years of Copyright Enforcement by Private Third Parties. In Internet, Law and Politics. A Decade of Transformations. Proceedings of the 10th International Conference on Internet, Law & Politics. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona
- Worachet Pakeerut. (2000) ngūankhai nai kān trā kotmāi kat sitthi læ sēriphāp khōng prachāchon ; māt nai kān khūapkhum trūat sōp khwāmchōp dūai ratthammanūn khōng kotmāl. Law Journals 30.,2,190-191.