

บทที่ 2

การละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยการทำซ้ำ

2.1 องค์ประกอบของการทำซ้ำในโปรแกรมคอมพิวเตอร์คำนิยามในมาตรา 4

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กล่าวถึงนิยามของคำว่า “ทำซ้ำ” ไว้ในมาตรา 4 ว่า “ทำซ้ำ หมายความว่ารวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอก หรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ” จากคำนิยามนี้จะเห็นได้ว่าส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำซ้ำในโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือคำนิยามตอนท้ายที่กำหนดว่าในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์การทำซ้ำมีความหมายเช่นไร ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบของการทำซ้ำในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ได้ดังต่อไปนี้

ก. คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

การคัดลอกหรือการทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นกรกระทำโดยวิธีใดก็ตามที่ก่อให้เกิดการทำงานนั้นขึ้นมาใหม่ ซึ่งลักษณะของการทำซ้ำอาจเป็นการทำซ้ำในลักษณะที่เป็นตัวอักษร เช่น การคัดลอกในโปรแกรมต้นฉบับหรือทำสำเนาโปรแกรมภาษาเครื่อง นอกจากนั้นลักษณะของการทำซ้ำอาจเป็นการลอกจากงานต้นฉบับ สำเนา หรือจากการโฆษณาก็ได้ เช่น การทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยคัดลอกโปรแกรมจากแผ่นดิสก์ที่ได้มีการบันทึกโปรแกรมนั้นอยู่แล้ว เป็นต้น และการทำซ้ำนี้ไม่ว่าจะเป็นการทำขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วน ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้

ข. คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ๆ

เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถเก็บบันทึกไว้ได้หลายรูปแบบ เช่น อาจอยู่ในรูปของโปรแกรมภาษาเครื่องที่เก็บไว้ในแผ่นดิสก์, ฮาร์ดดิสก์ หรือ แผ่นซีดีรอม หรืออาจอยู่ใน

รูปของโปรแกรมต้นฉบับที่เป็นโปรแกรมที่เขียนอยู่ในภาษาที่ใช้ในการเขียนโปรแกรมของนักโปรแกรมเมอร์ที่บันทึกอยู่ในสื่อประเภทที่เป็นกระดาษหรือแผ่นดิสก์ที่ได้บันทึกการเขียนโปรแกรมนั้นไว้ก็ได้ การคัดลอก ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำจากสื่อบันทึกใดๆ ก็ตามย่อมถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้เช่นกัน

ค. การคัดลอก ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ

ในการทำซ้ำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นการคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นถ้าเป็นการคัดลอกในส่วนเล็กน้อยที่ไม่สำคัญก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามการที่พิจารณาว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะเป็นส่วนอันเป็นสาระสำคัญนั้นเป็นสิ่งที่ยากในการตัดสินเพราะไม่มีเส้นวัดแน่นอน ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและลักษณะของคดีแต่ละคดี

ง. การคัดลอก ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่

ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์งานที่จะถูกจัดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ จะต้องมิลักษณะเป็นการสร้างสรรค์งานด้วยตนเอง (originality) โดยที่ไม่ได้ไปคัดลอกงานของบุคคลอื่นมา ดังนั้นถ้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้สร้างสรรค์งานขึ้นมาด้วยตัวเองบุคคลผู้สร้างสรรค์งานย่อมได้ลิขสิทธิ์ในงานนั้น แต่ถ้าการจัดทำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่แต่ไปคัดลอกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นก็ไม่ถือว่าเป็นการสร้างสรรค์งานด้วยตนเองจึงไม่มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวยังอาจถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย

2.2 การกระทำที่เป็นการทำซ้ำในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

2.2.1 การทำซ้ำในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภาษาเครื่อง (object code) และโปรแกรมต้นฉบับ (source code)

ก่อนที่จะกล่าวถึงการทำซ้ำใน Object code และ Source code ควรที่จะทำความเข้าใจก่อนว่าภาษาของคอมพิวเตอร์นั้นแบ่งเป็นกี่ชนิด

โดยภาษาที่ใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ภาษาเครื่อง (Machine Language)

เป็นภาษาที่คอมพิวเตอร์สามารถเข้าใจและรู้เรื่อง โดยสามารถนำไปใช้งานได้ทันที โดยไม่ต้องผ่านเครื่องแปลภาษา (Compiler) ลักษณะของภาษานี้จะประกอบด้วยตัวเลขล้วนๆ ซึ่งเป็นตัวเลขในระบบฐานสองเท่านั้น บางครั้งจึงเห็นลักษณะของโปรแกรมเขียนอยู่ในรูปของเลขฐานแปดหรือฐานสิบหก ซึ่งไม่ว่าจะเขียนอยู่ในลักษณะของเลขฐานใดๆ ก็ถือว่าเป็นภาษาเครื่องทั้งสิ้น แต่ละคำสั่งในภาษาเครื่องเรียกว่า Instruction จะต้องประกอบด้วย 2 ส่วนที่ชัดเจนดังนี้คือ ¹

1. ส่วนที่บอกให้คอมพิวเตอร์รู้ว่าทำอะไร ซึ่งโดยทั่วไปจะเรียกส่วนนี้ว่า Operation
2. ส่วนที่บอกให้คอมพิวเตอร์รู้ว่าเอาข้อมูลหรือตัวเลขที่อยู่ในเลขที่ประจำตัว (Address) ไตมาทำงาน ซึ่งเรียกส่วนนี้ว่า Operand

การเขียนโปรแกรมโดยใช้ภาษาเครื่องมีข้อเสียที่เห็นได้ชัดคือ ผู้เขียนโปรแกรมจำเป็นต้องศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับระบบการทำงานภายในเครื่องที่ต้องการใช้และยังต้องจำรหัสซึ่งประกอบด้วยตัวเลขทั้งหมด ทำให้การเขียนโปรแกรมทำได้ช้าและเกิดข้อผิดพลาดได้ง่าย แม้ว่าภาษาเครื่องจะเป็นภาษาเดียวที่คอมพิวเตอร์เข้าใจได้ แต่การเขียนโปรแกรมสั่งงานให้คอมพิวเตอร์ทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น จะยุ่งยากมากเพราะผู้เขียนนอกจากจะต้องเข้าใจในระบบของเครื่องอย่างแท้จริงแล้ว ยังต้องจำตำแหน่งต่างๆ ของค่าตัวเลขที่อยู่ในเครื่อง รวมทั้งการสั่งงานยังต้องสั่งอย่างละเอียดและเขียนทีละคำสั่ง จึงทำให้การเขียนโปรแกรมค่อนข้างยาวและเป็นสิ่งที่ยุ่งยากมาก

2. ภาษาโปรแกรม (Programming Language)

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงมีการเขียนภาษาขึ้นมาใหม่ซึ่งให้ความสะดวกกับผู้เขียนโปรแกรมอย่างมาก แม้ว่าเครื่องจะไม่เข้าใจก็ใช้ลักษณะของการแปลให้เป็นภาษาที่เครื่องเข้าใจได้ แล้วเครื่องค่อยทำงานตามโปรแกรมที่แปล ภาษานี้เรียกว่า Human Oriented Language ซึ่งแบ่งภาษาประเภทนี้ได้ 2 ระดับคือ

¹ วันชัย รั้วไพบูลย์ , มัณฑนา ปราการสมุทร , คอมพิวเตอร์เบื้องต้น , หน้า 168 .

ก. ภาษาระดับต่ำ (Low Level language) ²

ลักษณะของภาษาที่อยู่ในกลุ่มของภาษาพวกนี้จะมีลักษณะโครงสร้างของภาษาใกล้เคียงกับภาษาเครื่องมาก ดังนั้นในการทำงานด้วยภาษากลุ่มนี้เครื่องจะสามารถเข้าใจได้เร็วและทำงานตามคำสั่งต่างๆ ได้เร็วกว่าภาษากลุ่มอื่นๆ เพราะรูปร่างของคำสั่งยังคงรักษาลักษณะของภาษาเครื่องอยู่ โดยยังประกอบด้วย 2 ส่วนเช่นเดียวกับภาษาเครื่องคือ

1. ส่วนที่บอกให้คอมพิวเตอร์รู้ว่าทำอะไรเราเรียกส่วนนี้ว่า Operation code หรือ op code

2. ส่วนที่บอกให้คอมพิวเตอร์รู้ว่าเอาค่าที่ไหนมาทำงานเรียกส่วนนี้ว่า Operand

ความแตกต่างของการเขียนภาษาเครื่องกับการเขียนภาษาโปรแกรมโดยภาษาระดับต่ำ ก็คือการสอนภาษาระดับต่ำทำให้การเขียนสะดวกและง่ายขึ้น โดยเปลี่ยนจากตัวเลขล้วนๆ ของภาษาเครื่องมาเป็นการใช้สัญลักษณ์ที่เป็นตัวอักษรที่เข้าใจง่ายและมีความหมายมาเป็นตัวแปรแทนเพื่อสะดวกกับผู้เขียนโปรแกรมที่จะไม่ต้องจำตัวเลขมากๆ ภาษาในกลุ่มนี้จะมี ความแตกต่างกันและมีอยู่หลายภาษาตามแต่ที่ผู้ผลิตเครื่องจะคิดขึ้นมา อย่างไรก็ตามองค์ประกอบในส่วน Operation Code และ Operand ก็ยังต้องมีอยู่แต่อาจมีความแตกต่างกันบ้างเล็กน้อย เช่น S.P.S. (Symbolic Programming System) EASY CODER, AUTO CODER ฯลฯ ซึ่งเราเรียกพวกนี้ว่าเป็น Assembly Language ซึ่งเครื่องจะสามารถเข้าใจภาษาพวกนี้ได้ ต่อเมื่อต้องมีการแปลโปรแกรมเหล่านี้เป็นภาษาเครื่องก่อนโดยใช้โปรแกรมที่มาช่วยแปลที่เรียกว่า Assembler

ข. ภาษาระดับสูง (High-Level Language) ³

ลักษณะของภาษาในกลุ่มนี้จะเป็นภาษาที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้เขียนโปรแกรมเป็นอย่างมาก โดยที่จะไม่คำนึงถึงเลยว่าเครื่องจะเข้าใจอย่างไรหรือทำงานได้อย่างไร โดยมีเป้าหมายที่สำคัญคือทำให้ผู้เขียนโปรแกรมเข้าใจง่าย กระทัดรัด และสะดวกในการใช้งาน ภาษาในกลุ่มนี้จะมีหลายภาษาด้วยกัน บางภาษาก็เหมาะกับงานวิทยาศาสตร์ บางภาษาก็เหมาะกับงานธุรกิจ บางภาษามีลักษณะเฉพาะเป็นพิเศษมาก บางภาษามีลักษณะต่างๆ ไปไม่เจาะจง

² เรื่องเดียวกัน , หน้า 170-171 .

³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 174 .

อะไรมากนัก บางภาษาเหมาะจะใช้กับงานเล็ก ๆ บางภาษาเหมาะจะใช้เป็นภาษาที่ใช้ฝึกผู้เขียนโปรแกรม ตัวอย่างภาษาระดับสูงนี้ได้แก่ ภาษา FORTRAN, ภาษา BASIC, ภาษา COBOL, ภาษา PASCAL, ภาษา C เป็นต้น

ในการเขียนโปรแกรมนักเขียนโปรแกรมส่วนใหญ่จะเขียนลงในรูปของรหัส (Code) โดยใช้ Source program หรือ Source code ซึ่งเป็นภาษาที่มนุษย์สามารถเข้าใจได้ง่ายกว่า โดยทั่วไปพบว่าภาษาที่ใช้ส่วนมากจะเป็นภาษาระดับสูง (High-Level Language) อย่างไรก็ตามการใช้ภาษาดังกล่าวก็ต้องเลือกภาษาคอมพิวเตอร์ที่เหมาะสมโดยอาจใช้ภาษาที่แตกต่างกันสำหรับงานแต่ละส่วนของโปรแกรม เช่น ภาษา FORTRAN เป็นภาษาที่เหมาะสมกับงานด้านวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์, ภาษา COBOL เป็นภาษาที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ในงานธุรกิจ เป็นต้น ดังนั้น Source code จึงหมายถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เขียนขึ้นโดยใช้ภาษาคอมพิวเตอร์ต่างๆ โดยมากมักนิยมเขียนในรูปของภาษาระดับสูง

เมื่อมีการเขียน Source code แล้วก็จะบันทึกโปรแกรม Source code ลงสื่อกลาง เช่น กระดาษหรือเทปเจาะรู (punched cards and tape) เทปแม่เหล็ก (magnetic tape) จานแม่เหล็ก (magnetic disc) หรือฟลอปปีดิสก์ (floppy disk) เป็นต้น ในการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์เมื่อใส่สื่อกลางซึ่งบันทึกโปรแกรม Source code เข้าไปในตัวเครื่องคอมพิวเตอร์แล้ว โปรแกรม compiler หรือ assemblers จะแปล source code ไปเป็น Object code ซึ่งเป็นภาษาเครื่อง (machine language) ที่เครื่องสามารถเข้าใจได้

ดังนั้น source code หรือ source program จึงเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มนุษย์สามารถอ่านและเข้าใจได้ ในขณะที่ Object code หรือ Object program เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถเข้าใจได้

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกาได้มีคดีที่ตัดสินถึงปัญหาที่ว่า โปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ สำหรับโปรแกรมต้นฉบับ (source code) นั้นได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมอยู่แล้วเพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปของ source code นี้เป็นภาษาหรือสัญลักษณ์ที่มนุษย์สามารถอ่านและทำความเข้าใจได้ ถ้าบุคคลนั้นเข้าใจในภาษาและสัญลักษณ์ที่ใช้ในการเขียนโปรแกรม ก็จะสามารถเห็นถึงความคิดและการแสดงออกของความคิด (expression of idea) ของผู้เขียน

โปรแกรมต้นฉบับ จึงมีลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจากงานประพันธ์อื่น เช่น บทความ, นวนิยาย หรือบทละคร เป็นต้น แต่โปรแกรมภาษาเครื่องนั้นเป็นรูปแบบที่มนุษย์ไม่สามารถอ่านทำความเข้าใจได้ เพราะจะบรรจุอยู่ในรูปตัวเลขฐานสอง (binary code) ที่เป็นลักษณะของตัวเลข 0 กับ 1 ดังเช่น⁴

10101001	
00110000	
00011000	
01101001	x = A+B
00100010	
10001101	
00000010	
01100000	
ภาษาเครื่อง	ภาษาในการเขียนโปรแกรม
(object code)	(Programming Language)

ซึ่งตัวเลข 0, 1 นี้เป็นลักษณะของการปิด, เปิดของกระแสไฟฟ้าเป็นสิ่งที่เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถทำความเข้าใจได้ จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่า object code จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเหมือนกับ Source code หรือไม่

ในสหรัฐอเมริกา มีคดีบรรทัดฐานที่ตัดสินถึงปัญหานี้คือ คดี Apple Computer, Inc. V. Franklin Computer Corporation⁵ คดีนี้บริษัทแอปเปิลคอมพิวเตอร์เป็นโจทก์ฟ้องบริษัทแฟรงค์คลินคอมพิวเตอร์ จำเลยในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating Program) ของ Apple ซึ่งตามกฎหมายของอเมริกานั้นเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องนำโปรแกรมไปจดทะเบียนลิขสิทธิ์ที่สำนักงานลิขสิทธิ์ด้วย เพราะถ้าไม่นำไปจดทะเบียนแล้วจะไม่สามารถมาฟ้องเรียกร้องสิทธิ์ต่อศาลได้ การที่มีระบบการจดทะเบียนลิขสิทธิ์จะมีผลดีในแง่ที่ทำให้ภาระในการพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของและการเป็นผู้ประดิษฐ์คนแรกในศาลลดน้อยลง ทำให้มีหลักฐานในการพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์ในโปรแกรมนั้น และลดภาระในการพิสูจน์ของ

⁴ Anthony Lawrence Clapes, Software copyright and competition: The "look and feel" of the law (Connecticut: Greenwood press Inc, 1989, p. 31.

⁵ 794 F.2 d 1240 (3 rd Cir. 1983)

โจทก์ให้ลดน้อยลง แต่ในประเทศไทยไม่มีระบบการจดทะเบียนนี้ ดังนั้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์จะมีภาระในการพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่หนักมากเพราะส่วนใหญ่จำเลยจะต่อสู้เสมอว่า โจทก์ไม่ได้เป็นผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือต่อสู้ว่างานนั้นเป็นงานอันไม่มีลิขสิทธิ์ เป็นต้น

เนื่องจากเครื่อง Apple II ของโจทก์ได้รับความนิยมจากผู้ใช้เป็นอย่างมาก จำเลยจึงได้พยายามที่จะผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ให้ใช้งาน (Compatible) กับ เครื่อง Apple II ได้ เพราะซอฟต์แวร์ส่วนมากออกแบบมาเพื่อให้ใช้งานบนเครื่อง Apple II ถ้าเครื่อง Act 100 ของ Compatible กับ Apple II ซอฟต์แวร์เหล่านั้นก็สามารถทำงานบน Act 100 ได้ ซึ่งการที่จะสร้างเครื่องคอมพิวเตอร์ให้ Compatible นั้น แฟรงค์คลิน อ้างว่ามีความจำเป็นที่จะต้องใช้อะไร Operating system แบบเดียวกับ Apple II จึงมีความจำเป็นที่จะต้องคัดลอกโปรแกรมปฏิบัติการของโจทก์ซึ่งแฟรงค์ คลิน ได้คัดลอก (copy) โปรแกรมจำนวน 14 โปรแกรมที่ประกอบเป็น Operating System ของ Apple เช่น โปรแกรม Autostart Rom (เป็นโปรแกรมที่ใช้เก็บค่าเริ่มต้นในรีจิสเตอร์ของคอมพิวเตอร์ เมื่อมีการเปิดเครื่อง, DOS 3.3 (เป็นโปรแกรมที่ใช้ควบคุมการทำงานของ การอ่านและการเขียนลงในแผ่นดิสก์ของ Apple II) และโปรแกรม Applesoft (เป็นโปรแกรมที่แปลโปรแกรมที่เขียนโดยผู้ใช้ในภาษา Basic และเปลี่ยนให้อยู่ในรูปของ object code ที่เครื่องสามารถทำความเข้าใจได้)⁶

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ยกฟ้อง โดยผู้พิพากษา นิวคัมเมอร์ (Newcomer) ได้ให้เหตุผลว่า โปรแกรมปฏิบัติการที่อยู่ใน Rom ในรูปของ object code เป็นรูปแบบที่มนุษย์ไม่สามารถอ่านทำความเข้าใจได้จึงไม่มีลักษณะเป็นงานเขียน (writing) และไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองเครื่องมือทางกายภาพ (physical device) ยกเว้นเฉพาะงานที่เป็น 3 มิติ, งานกราฟฟิก หรืองานแกะสลัก นอกจากนั้นโปรแกรมปฏิบัติการนี้ยังมีลักษณะการรอรทประโยชน์ (utilitarian) ซึ่งการคุ้มครองด้วยสิทธิบัตรมากกว่าลิขสิทธิ์

หลังจากที่ศาลชั้นต้นพิพากษา แอปเปิ้ลได้อุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeals for the third Federal Circuit) ในชั้นศาลอุทธรณ์ แฟรงค์คลิน ได้โต้แย้งว่า Operating system เป็นขั้นตอน (process), ระบบ (system) หรือวิธีการของการปฏิบัติงาน (methods of operation) ดังนั้นจึงไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐ

⁶ Ibid., p. 39.

อเมริกา มาตรา 102(b)⁷ กล่าวว่าสิ่งเหล่านี้ไม่มีลิขสิทธิ์ แฟรงค์ คลิน ยืนยันอีกว่าอย่างไรก็ตามการแสดงออก (expression) ที่บรรจุอยู่ในโปรแกรมของ Apple ได้ผสมกับความคิดที่อยู่ในโปรแกรมนั้น ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองความคิด ดังนั้นจึงไม่สามารถให้การคุ้มครองการแสดงออกที่ผสมรวมกับความคิดได้ นอกจากนั้นแฟรงค์คลินยังกล่าวอีกว่ามีเพียงทางเดียวหรือมีวิถี ทางที่จำกัดของการเขียนโปรแกรมปฏิบัติการใช้งานกับซอฟต์แวร์ส่วนใหญ่ เพราะว่าซอฟต์แวร์ส่วนมากถูกเขียนเพื่อใช้งานบน Apple II

ส่วนข้อโต้แย้งของ Apple นั้นมี 4 ประการคือ⁸

1. Apple เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น โดยได้จดทะเบียนกับสำนักงานลิขสิทธิ์ (Copyright Office)
2. สภาคองเกรสมีแนวโน้มที่ชัดเจนว่า กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์
3. แฟรงค์คลิน ได้คัดลอก (copy) โปรแกรมปฏิบัติการของแอปเปิล 14 โปรแกรม โดยมีความเหมือนกันบรรทัดต่อบรรทัด เพียงแต่ลบบางสิ่งออก เช่น ชื่อของ Apple หรือคำเตือนลิขสิทธิ์
4. ประเภทของการกระทำต่างๆ กฎหมายบัญญัติเพื่อคุ้มครองและไม่มีที่ใดในกฎหมายที่กล่าวว่า โปรแกรมปฏิบัติการ จะถูกปฏิบัติที่แตกต่างไปจากการคุ้มครองถึงการกระทำอื่นๆ ที่ถูกพิจารณา

ศาลได้เล็งเห็นถึงความสำเร็จอย่างมากของ Apple และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่วนมากออกแบบมาเพื่อทำงานบนเครื่อง Apple II รวมทั้งเครื่อง Ace 100 ของแฟรงค์คลินได้สร้างขึ้นมาเพื่อให้ใช้งานได้ (compatible) กับเครื่อง Apple II เพื่อให้ซอฟต์แวร์ที่ถูกออกแบบเพื่อทำงานบน Apple II ทำงานบน Ace 100 ได้ ดังนั้นจำเลยคัดลอก (copy) โปรแกรมปฏิบัติการของโจทก์ ก็เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการ Compatibility

⁷ 17 U.S.C. Section 102(b) "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work."

⁸ Ibid., p. 33.

ศาลล่างได้ตัดสินว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองโปรแกรมที่แสดงออกในรูปของภาษาเครื่อง (object code) เพราะเป็นภาษาที่ตรงข้ามกับภาษามนุษย์และมนุษย์ไม่สามารถอ่านทำความเข้าใจได้และกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่สามารถคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เก็บใน ROM ของคอมพิวเตอร์ รวมทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating program) และเมื่อศาลได้พิจารณาถึงความเหมาะสมในความเสียหายของคู่กรณีที่เป็นต่อการตัดสินใจในคำสั่งศาลเบื้องต้น ซึ่งศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษานิวคัมเมอร์ได้สั่งยกคำร้องของโจทก์ที่เสนอให้ระงับการจำหน่ายเครื่องคอมพิวเตอร์ของแฟรงค์คลิน รุ่น Ace 100

จากคำพิพากษาของศาลชั้นต้นนั้นศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาดังต่อไปนี้ ในการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ โดยผู้พิพากษา สโลวิสเตอร์ (Sloviter) ได้วินิจฉัยในปัญหาของการให้การคุ้มครองในภาษาเครื่อง (object code) ว่ากฎหมายคุ้มครองงานต้นฉบับของเจ้าของที่ถูกบันทึกในสื่อที่สัมผัสได้ ของการแสดงออกนั้น (fixed in a tangible medium of expression) มีคดี Williams Electronics, Inc. V. Arctic International, Inc., ในคดีนี้ศาลพิพากษาว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุใน Rom เป็นการบันทึกในสื่อที่สัมผัสได้คือว่ามี การแสดงออกแล้ว จึงสมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ศาลยึดถือหลักที่ว่าถึงแม้ว่าข้อความในบทบัญญัติไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานประพันธ์ย่อมรวมถึง ภาษาเครื่อง (object code) ด้วย ทำให้เกิดมีข้อโต้แย้งว่าลิขสิทธิ์นั้นมิเฉพาะในงานที่มนุษย์สามารถอ่านทำความเข้าใจได้ แต่ไม่มีกับสิ่งที่เครื่องจักรอ่าน ในปัญหาข้อนี้ผู้พิพากษา สโลวิสเตอร์ ได้พบคำตอบที่อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้ความหมายของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะเป็นชุดของข้อความหรือคำสั่ง ที่ใช้โดยตรงหรือโดยอ้อมในเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้ผลลัพธ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา (sets of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result) ศาลให้เหตุผลที่ว่า object code ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยอ้างถึงข้อความที่ว่า used directly ... in a computer เพราะโปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) เป็นสิ่งที่เครื่องสามารถใช้ได้โดยตรงเลย เป็นภาษาที่เครื่องสามารถเข้าใจได้โดยไม่ต้องมีการแปลภาษาอีกต่อไป

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจะกล่าวถึงการเขียน(writing)เป็นประจำและเป็นข้อคัดค้านในการให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในสิ่งที่เครื่องจักรสามารถอ่านได้ เพราะว่าสิ่งเหล่านี้มนุษย์ไม่สามารถอ่านหรือไม่สามารถมองเห็นได้ ปัญหาในในปัจจุบันได้ปราศจากข้อสงสัยแล้ว โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ทันสมัยของสหรัฐอเมริกา มาตรา 102(a) ที่บัญญัติว่า “...in original works of authorship fixed in any tangible means of expression, now known or later

developed, from which they can be perceived, reproduced or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.”⁹ ดังนั้นไม่ว่าจะเข้าใจได้โดยตรงหรือโดยการใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่างๆช่วยในการทำความเข้าใจก็ตามก็ถือว่าเป็น writing ทั้งสิ้น

สรุปได้ว่าโปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา โดยได้รับการคุ้มครองเหมือนกับโปรแกรมต้นฉบับ (Source code) ทุกประการ ดังนั้นการทำซ้ำ (copy) ในโปรแกรมอื่นในรูปของโปรแกรมภาษาเครื่องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

สำหรับประเด็นปัญหาในคดี แอปเปิลกับแฟรงค์คลิน ในเรื่องที่ว่าด้วยโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating system) จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ นั้น จะนำไปกล่าวถึงในบทที่ว่าด้วยการทำซ้ำในโปรแกรมปฏิบัติการในหัวข้อ 2.2.2

ข. ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่นได้ให้นิยามของงานที่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ในฐานะที่เป็นการประดิษฐ์ ซึ่งความคิด (thoughts) หรือทัศนคติ (sentiments) ที่แสดงออกในวิธีการสร้างสรรค์ และอยู่ในขอบเขตของงานวรรณกรรม (literary), งานวิทยาศาสตร์ (scientific), งานศิลปกรรม (artistic) หรืองานดนตรีกรรม (musical)¹⁰ ในมาตรา 10 ได้บัญญัติถึงบัญชีของงาน ตำราที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองโดยได้บัญญัติรวมถึงงานโปรแกรม (program works) ไว้ในมาตรา 10 (IX) กฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่นได้ให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครอง

ในมาตรา 2 (1) (x bis) ได้ให้คำนิยามของคำว่าโปรแกรมว่าหมายถึง การแสดงออกของคำสั่งที่ถูกรวมกันให้เครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อปฏิบัติงานและได้รับผลลัพธ์ที่แน่นอน (An expression of combined instructions given to a computer so as to make it function

⁹ Colin Tapper, Computer law (London: Longman Group UK limited, 1989), p. 29.

¹⁰ Copyright Law of Japan Section 2(1)(I) “work” means a production in which thoughts or sentiments are expressed in a creative way and which falls within the literary, scientific, artistic or musical domain.

and obtain a certain result.) โดยการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจะเขียนในรูปของภาษาด้านฉบับ (source code) ซึ่งเป็นภาษาที่นักเขียนโปรแกรมใช้ในการเขียนโปรแกรม และเป็นภาษาที่ใช้กันโดยเฉพาะในการเขียนโปรแกรมผู้ที่เข้าใจและเขียนได้นั้นต้องมีการฝึกฝนและเรียนรู้โดยเฉพาะ กฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่นได้ให้คำนิยามของคำว่า ภาษาโปรแกรม (programming language) หมายถึงตัวอักษรหรือสัญลักษณ์อื่นๆ รวมทั้งระบบต่างๆ ของสิ่งเหล่านี้ใช้ในการแสดงออกของโปรแกรม (Letters and other symbols as well as their systems for use as means of expressing a program.) ในมาตรา 10 (3)(1) ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เพราะในมาตรา 10(3)วรรคแรกกำหนดว่างานโปรแกรม (program works) ไม่ขยายไปถึง programming language, rule หรือ algorithm ที่ใช้ในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ส่วน Layout of semi-conductor circuit ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายที่แยกต่างหากออกมาก็คือ กฎหมาย Layout of Semi-Conductor Circuits 1985

การเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นักเขียนโปรแกรมจะเปลี่ยนโปรแกรมอยู่ในรูปของภาษาด้านฉบับ (source code) ที่มนุษย์สามารถอ่านเข้าใจได้ จึงไม่เกิดปัญหาขึ้นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองหรือไม่ โปรแกรมต้นฉบับ (source code) ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ที่เกิดปัญหาขึ้นคือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของภาษาเครื่อง (object code) ที่เครื่องสามารถทำความเข้าใจได้แต่มนุษย์นั้นไม่สามารถอ่านหรือทำความเข้าใจได้ จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองหรือไม่

ปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ศาลของประเทศญี่ปุ่นได้ให้คำตอบไว้ในคดีระหว่าง Talto Co. Ltd V. I.N.E Enterprises Co.,¹¹ โดยศาลถือว่าโปรแกรมต้นฉบับ (source programs) ที่แสดงถึงความคิดริเริ่มของโปรแกรมเมอร์ และรูปแบบของการแสดงออก (the mode of expression) ที่รับมาใช้ นักเขียนโปรแกรมแต่ละคนที่หลากหลายกันไป ดังนั้นโปรแกรมเมอร์แต่ละคนอาจมีลิขสิทธิ์ในโปรแกรมนั้น ถึงแม้ว่าผลของการนำงานของโปรแกรมโดยระบบคอมพิวเตอร์จะเหมือนกันก็ตาม ดังนั้นถ้ามีนักเขียนโปรแกรมหลายคนเขียนโปรแกรมแล้วผลของการทำงานเหมือนกันโดยที่ไม่ได้มีการลอกเลียนระบบหรือดัดแปลงโปรแกรมของคนอื่น แต่ละคนก็มีลิขสิทธิ์ในงานของตน เพราะถือได้ว่าการแสดงออกของความคิดแล้วเพราะการแสดงออกซึ่งความคิดในการเขียนโปรแกรมนั้นอาจมีได้หลายทาง นอกจากนี้ความใหม่ของงาน (Novelt) ไม่ได้เป็นเงื่อนไขของการที่จะทำให้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่เหมือนกับกฎหมายสิทธิบัตร

¹¹ Tokyo District Court No. 54 (1970) - 10867, December 6, 1982

ศาลได้ให้เหตุผลในคดีนี้ว่าสามารถตีความหมายในฐานะการแสดงออกของภาษาที่เป็นปรากฏการณ์ทางวัฒนธรรมและฐานะสิ่งที่มีคุณค่าในสังคมของมนุษย์ ภาษาสัญลักษณ์ที่ใช้ในการเขียนโปรแกรมนั้นเป็นวิถีทางของการสังเคราะห์คอมพิวเตอร์และเป็นหน้าที่เดียวกันในฐานะภาษา ในความหมายที่ว่าสิ่งนี้สามารถติดต่อสร้างความพอใจ (content) และจุดประสงค์ (meaning) ต่อบุคคลที่ 3 ศาลได้ดำเนินต่อไปเพื่อหาถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของภาษาเครื่อง (object code) ว่าเป็นผลธรรมชาติของการเปลี่ยนของเครื่องจากภาษาต้นฉบับ (source program) ไปสู่โปรแกรมภาษาเครื่อง ในฐานะของสิ่งที่เป็นการเปลี่ยนของเครื่องจึงมีผลลัพธ์เท่ากับเป็นการทำซ้ำ (copy) ของโปรแกรมต้นฉบับ¹² สรุปได้ว่าศาลเห็นว่าไม่มีความแตกต่างกันในการทำซ้ำในโปรแกรมต้นฉบับหรือโปรแกรมภาษาเครื่อง

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าภายใต้กฎหมายของญี่ปุ่นไม่มีความแตกต่างในการให้การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของโปรแกรมต้นฉบับ (source code) หรือโปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) โดยเมื่อมีการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะเขียนในรูปของ source code ซึ่งเครื่องคอมพิวเตอร์จะสามารถทำงานได้ต่อเมื่อได้ผ่านขบวนการของการแปลโปรแกรมต้นฉบับให้ไปสู่ภาษาเครื่อง เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถปฏิบัติงานได้ จึงไม่มีความแตกต่างในการให้การคุ้มครองไม่ว่าจะอยู่ในรูปของโปรแกรมต้นฉบับหรือโปรแกรมภาษาเครื่อง

ค. กลุ่มประชาคมยุโรป

กลุ่มประเทศในยุโรปได้รวมตัวกันเพื่อจัดตั้งตลาดร่วมยุโรป ซึ่งได้มีความตกลงหลักในการจัดตั้งตลาดร่วมยุโรปที่เรียกว่า The single European Act of February 1986 แม้ว่าจุดมุ่งหมายหลักของประชาคมยุโรปในการจัดตั้งตลาดร่วมจะเป็นการประสานความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจที่วางอยู่บนหลักการแข่งขันโดยเสรีก็ตามแต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ประชาคมยุโรปจะต้องดำเนินกิจกรรมทางกฎหมายอีกหลายด้านโดยเฉพาะการขจัดมาตรการกีดกันทางการค้าที่ซ่อนอยู่ในลักษณะของการกำหนดมาตรฐานสินค้าและอุปสรรคทางการค้าอื่น ๆ (non-tariff barrier : NTB) นอกจากนี้การที่ประเทศยุโรปมุ่งส่งเสริมให้มีการเคลื่อนย้ายสินค้า แนวทางการบริการและเงินอย่างเสรี เพื่อสร้างความมั่นใจว่าหลักการแข่งขันเสรี (rule of competition) ของประเทศสมาชิกจะไม่ถูกบิดเบือนทำให้ประชาคมยุโรปต้องเร่งดำเนินการ

¹² Michal S. Keplinger, "International protection for computer programs," Office of Legislation and International Affairs United States Patent and Trademark Office, p. 22.

ประสานกฎหมายของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของตลาดรวมถึง 279 ฉบับ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วย¹³

ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพิจารณาถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในลักษณะที่เป็นสิทธิผูกขาด จึงทำให้เกิดการใช้สิทธิในลักษณะที่ขัดกับหลักการแข่งขันโดยเสรีได้ นอกจากนี้ประเทศสมาชิกมีระดับในการให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่แตกต่างกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมีมาตรการที่แตกต่างกันมาก เช่น กฎหมายของอังกฤษและเยอรมันให้การคุ้มครองซอฟต์แวร์ในฐานะงานวรรณกรรม ส่วนฝรั่งเศสมีบทบัญญัติระบบพิเศษสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในหลายแง่ เช่น ธรรมสิทธิ (moral right) เป็นต้น นอกจากนี้ระยะเวลาในการให้การคุ้มครองก็แตกต่างกันด้วย เช่น กฎหมายฝรั่งเศสให้การคุ้มครอง 28 ปี, กฎหมายอังกฤษให้ 50 ปี เป็นต้น¹⁴

จากสาเหตุดังกล่าวข้างต้นทำให้เกิดความพยายามที่จะสร้างมาตรฐานในการคุ้มครองในระดับเดียวกัน ประเทศยุโรปจึงได้ตั้งคณะกรรมการชื่อ Commission of the European Community, the Green Paper on copyright and the technological challenge เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศยุโรปและศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ จากผลการศึกษาคณะกรรมการประเทศยุโรปได้ดำเนินการยกร่าง คำสั่งของประเทศยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยร่างของคำสั่งนี้ถูกเสนอเมื่อวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 1989 และได้รับการอนุมัติโดยคณะมนตรีประชาคมยุโรป (Council of Ministers) ในวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 1991¹⁵ หลังจากที่ได้มีการขยายระยะเวลาในการพิจารณาร่างกฎหมายออกมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน

¹³ บัณฑิต หลิมสกุล, “แนวทางของประชาคมยุโรปในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์: ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตให้ทำ reverse engineering,” *จุฬพาห* 42(กรกฎาคม-กันยายน 2538): 27.

¹⁴ Andreas Wehlau, “Software protection under European Community Law,” in *Computer and law*, eds. Indira Carr and Katherine Williams (Intellect Books, 1994), p. 104.

¹⁵ Peter Groves, Anthony Maritno, Claire Miski and John Richards, *Intellectual property and the internal market of the European Community* (London: Graham and Trotman Ltd., 1993), p. 82.

ปัจจุบันประเทศกลุ่มประชาคมยุโรปจะอยู่ภายใต้คำสั่งของประชาคมยุโรปว่าด้วยแนวทางในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs)¹⁶ ซึ่งเป็นแนวทางในการให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามคำสั่งของประชาคมยุโรปนี้ไม่สามารถบังคับศาลของประเทศสมาชิกต่าง ๆ ได้โดยตรง ศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรปเคยตัดสินไว้ว่า คำสั่งของประชาคมยุโรปขึ้นอยู่กับศาลของแต่ละชาติ ภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอนเท่านั้น ซึ่งศาลของประชาคมยอมรับหลักการที่แตกต่างกัน 3 ประการคือ หลักการของผลกระทบโดยตรง (The principal of direct effect), หลักการตีความที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ (interpretation in conformity with the directive) และพันธะของรัฐสำหรับการไม่นำหลักการที่กำหนดมาใช้ (state liability for non-implementation) เท่านั้น¹⁷

เนื่องจากคำสั่งของประชาคมยุโรปไม่ได้บัญญัติถึงคำนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ ดังนั้นการพิจารณาว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนของ source code กับ object code จะได้รับการคุ้มครองที่แตกต่างหรือไม่จึงไม่อาจดูจากคำนิยามของคำสั่งนี้ได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติคำนิยามไว้ชัดเจนแต่เป็นที่เข้าใจได้ว่า คำว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในคำสั่งนี้มีลักษณะที่รวมตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทุกรูปแบบ รวมทั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุอยู่ในฮาร์ดแวร์ด้วย ดังนั้นการนำเสนอซอฟต์แวร์อาจอยู่ในรูปของโปรแกรมต้นฉบับ (source code) หรือโปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) หรือบรรจุอยู่ในแผ่นดิสก์, เซมิคอนดักเตอร์ชิป ก็ได้¹⁸

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของ source code หรือ object code ต่างได้รับการคุ้มครองที่เหมือนกันภายใต้คำสั่งของประชาคมยุโรปนี้โดยที่คำสั่งของประชาคมยุโรปนี้เป็นแนวทางและหลักการที่ประเทศสมาชิกต้องรับไปปฏิบัติเพื่อให้เกิดมาตรฐานในการให้คุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เหมือนกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงอยากจะกล่าวถึงการให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งถือว่าเป็นประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรปด้วยว่ามีแนวทางในการให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างไรบ้าง เพื่อให้เห็นถึงความชัดเจนของการให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของกลุ่มประชาคมยุโรป

¹⁶ Directive 91/250/EEC, OJ 1991 No.L 122/42

¹⁷ Alfred P. Meijboom, Copyright software protection in the EC (Boston: Kluwer Law and Taxation Publisher, 1993), p. 3.

¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

ในอังกฤษได้มีคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของ object code คือคดี Seger Enterprises Ltd V. Richards [1983] FSR 73 โจทก์เป็นเจ้าของเกมส์คอมพิวเตอร์ที่มีชื่อว่า FROGGER ซึ่งเป็นเกมส์ที่ได้รับความนิยมมาก เป็นเกมส์ที่เกี่ยวกับการพยายามข้ามถนนที่มีรถวิ่งอย่างวุ่นวายให้ปลอดภัย ด้วยการวิ่งผ่านรถยนต์หรือรถบรรทุก จำเลยได้ผลิตเกมส์ที่คล้ายกันและได้เอาเกมส์ที่ติดตั้งบนแผงวงจรไฟฟ้า (Circuit boards) ในฐานที่เปลี่ยนแผง (board) ในเครื่องเล่นเกมส์ โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในเกมส์คอมพิวเตอร์และในการแสดงทางจอภาพ (screen display) ของเกมส์ดังกล่าวแม้ว่าจำเลยยอมรับว่าโปรแกรมของเขามีพื้นฐานอยู่บนเกมส์ของโจทก์ แต่จำเลยอ้างว่าบนเกมส์ของเขามีการทำงานที่มากกว่า สำหรับในคดีอื่นๆพบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษไม่คุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผู้พิพากษา Mr. Justice Ewling เห็นว่าลิขสิทธิ์ยังคงมีอยู่ในรูปแบบของ assembly code ของโปรแกรม (หมายถึงโปรแกรมในรูปของ source code) และโปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) เป็นการผลิตขึ้นใหม่หรือเป็นการดัดแปลงรูปแบบของ assembly code ดังนั้น object code จึงสมควรได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วย¹⁹ ศาลเห็นว่า object code เป็นการแปลงรูปของ source code เพราะฉะนั้นจึงได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน

ในประเทศอังกฤษจะไม่พยายามทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างการคุ้มครองที่ให้กับโปรแกรมต้นฉบับ (source code) หรือโปรแกรมภาษาเครื่อง (object code) ทั้งในส่วนของ Case law หรือใน Copyright, Designs and Patents Act 1988 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะงานวรรณกรรมและพบว่าโปรแกรม object code ได้ถูกจัดให้อยู่ในงานประเภทนี้ด้วย²⁰ อาจมีข้อโต้แย้งบางประการว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของ object code ไม่มีลักษณะเป็นงานประพันธ์ (writing) เพราะเป็นสิ่งที่เครื่องสามารถอ่านทำความเข้าใจได้ (Computer-readable materials) มนุษย์ไม่สามารถอ่านหรือทำความเข้าใจได้ อย่างไรก็ตามปัญหานี้ด้วยทของกฎหมายอังกฤษได้ให้นิยามของคำว่า writing ไว้ว่าหมายถึงความรวมถึง Any form of notation or code, whether by hand or otherwise and regardless of the method by which, or medium in or on which, it is recorded ...²¹ งานประพันธ์อาจอยู่ในรูปของรหัสต่างๆ ได้ เพราะฉะนั้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของ object code ซึ่งจัดว่าเป็น writing แล้ว ดังนั้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าอยู่ในรูปของ source code หรือ object code ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่เหมือนกัน

¹⁹ David Bainbridge, *Software Copyright Law*, p. 30.

²⁰ Colin Tapper, *Computer Law*, p. 38.

²¹ Copyright, Designs and Patents Act 1988 section 178

ง. ประเทศไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้ให้นิยามของ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ว่าหมายถึง คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด จากคำนิยามนี้สามารถแปลความได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของ โปรแกรมต้นฉบับ(source code) หรือโปรแกรมภาษาเครื่อง(object code) จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การตีความนี้มาจากคำว่า“ไม่ว่าจะเป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด” ซึ่งในลักษณะใดนี้หมายความว่าไม่ว่าจะอยู่ในรูปของภาษาเครื่องหรือภาษาที่ใช้ในการเขียนโปรแกรม แต่เนื่องจากโปรแกรมภาษาเครื่องนั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่สามารถอ่านทำความเข้าใจได้จึงเป็นสิ่งที่ต่างไปจากงานวรรณกรรมทั่วไป ในจุดนี้อาจทำให้มีข้อโต้เถียงได้ แต่หากไม่ให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมต้นฉบับแล้วการทำละเมิดก็จะเกิดขึ้นมากเพราะการละเมิดส่วนมากจะเป็นการทำซ้ำในโปรแกรมภาษาเครื่อง เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความจึงควรเพิ่มข้อความว่า “ที่เครื่องคอมพิวเตอร์นำไปใช้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม” หลังคำว่า “ไม่ว่าจะเป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด” เพื่อให้รวมถึงภาษาเครื่องและภาษาโปรแกรมด้วย เพราะภาษาเครื่องเป็นภาษาที่เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถเข้าใจได้โดยตรง ในขณะที่ภาษาโปรแกรมเป็นภาษาที่เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถเข้าใจได้โดยอ้อม โดยผ่านขั้นตอนการแปลภาษาทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความ

2.2.2 การทำซ้ำในโปรแกรมประยุกต์ (Application Program) และโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating Program)

ปัญหานี้เกิดขึ้นจากลักษณะการทำงานที่แตกต่างกันของโปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมปฏิบัติการจึงเกิดปัญหาว่ากฎหมายจะให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมปฏิบัติการเหมือนกันหรือไม่ และการทำซ้ำในโปรแกรมทั้งสองประเภทนี้จะถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือไม่

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากลักษณะที่แตกต่างกันของโปรแกรมประยุกต์ (Application Program) กับโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating Program) โดยโปรแกรมปฏิบัติการเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องมีอยู่ในเครื่อง

คอมพิวเตอร์ เพื่อใช้สำหรับควบคุมการทำงานของอุปกรณ์ต่าง ๆ ของเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น ปริ้นเตอร์ (Printer), โมเด็ม, เครื่องบริการแฟ้ม (file server), หน่วยขับเคลื่อนดิสก์ (disc drive) เป็นต้น ซึ่งหากปราศจากโปรแกรมปฏิบัติการนี้เครื่องคอมพิวเตอร์จะไม่สามารถทำงานต่าง ๆ ได้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าโปรแกรมปฏิบัติการจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในฐานะเช่นเดียวกับโปรแกรมประยุกต์ (Application Program) หรือไม่

ในสหรัฐอเมริกา มีคดีบรรทัดฐานที่ให้คำตอบในปัญหาข้อนี้คือ คดี Apple computer Inc. v. Franklin Computer Corporation²² ซึ่งคดีนี้ผู้เขียนได้กล่าวถึงคำพิพากษาของคดีนี้บางส่วนแล้วในบทที่ 2.2.1 เรื่องการทำซ้ำใน object code และ source code และคดีนี้ยังได้พิจารณาถึงประเด็นของการให้การคุ้มครองใน Operating System ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองสิ่งนี้หรือไม่ คดีนี้บริษัทแอปเปิล ในฐานะโจทก์ฟ้องบริษัท แฟรงค์คลิน ในฐานะจำเลย ในข้อหาที่จำเลยทำซ้ำ (Copy) โปรแกรมปฏิบัติการของโจทก์เป็นจำนวนถึง 14 โปรแกรม ในศาลชั้นต้นศาลตัดสินว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองโปรแกรมปฏิบัติการ (operating program) เพราะเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่สามารถอ่านทำความเข้าใจได้ และเป็นเพียงโปรแกรมที่ใช้ควบคุมการทำงานของเครื่องเท่านั้น โดยเป็นส่วนที่สำคัญส่วนหนึ่งของเครื่องคอมพิวเตอร์ ดังนั้นศาลชั้นต้นตัดสินยกฟ้องของโจทก์

ต่อมาโจทก์ได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์ ซึ่งในชั้นศาลอุทธรณ์นั้น แฟรงค์คลิน (จำเลย) ได้โต้แย้งว่าโปรแกรมปฏิบัติการเป็นเพียงขั้นตอน (process), ระบบ (system) หรือวิธีการของการปฏิบัติงาน (methods of operation) ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่มีการคุ้มครองตามกฎหมายโดยในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 102 (b) ได้บัญญัติว่าสิ่งเหล่านี้ไม่มีการคุ้มครองประกอบกับการแสดงออก (expression) ของโปรแกรมของแอปเปิลนั้นได้มีการผสมผสานความคิด (idea) ที่อยู่ในโปรแกรมนั้น ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองความคิด ดังนั้นจึงไม่สามารถให้การคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดที่ผสมรวมกับความคิดได้ นอกจากนี้ แฟรงค์คลินยังกล่าวอีกว่ามีเพียงทางเดียวหรือมีวิธีการที่จำกัดของการเขียนโปรแกรมปฏิบัติการให้ใช้งานกับซอฟต์แวร์ส่วนใหญ่ เพราะว่าซอฟต์แวร์ส่วนมากถูกเขียนมาเพื่อใช้งานบนเครื่อง Apple II ของโจทก์

²² 794 F.2d 1240 (3 rd Cir. 1983), code in, Anthony Lawrence Clapes, Software, copyright and competition: The "look and feel" of the law, pp. 33-39.

ศาลอุทธรณ์โดยผู้พิพากษา สโลวิสเตอร์ (Sloviter) ตัดสินว่าโปรแกรมปฏิบัติการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับโปรแกรมประยุกต์ เนื่องจากโปรแกรมปฏิบัติการได้มีการแสดงออกของความคิด (expression of idea) โดยมีการบันทึกลงในสื่อที่สามารถสัมผัสได้ ซึ่งสิ่งนั้นไม่จำกัดว่าต้องเป็นเพียงข้อความเท่านั้น เช่น ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจจะมีการบันทึกไว้ในแผ่นดิสก์ หรือในเทปแม่เหล็กก็ได้ นอกจากนี้กรณีที่มีการเก็บบันทึกโปรแกรมสำเร็จรูป (โปรแกรมประยุกต์) ไว้บนหน่วยความจำถาวร (ROM) ไม่ทำให้โปรแกรมนั้นกลายเป็นเครื่องจักรหรือส่วนหนึ่งของเครื่องจักร โปรแกรมปฏิบัตินั้นบางครั้งอาจถูกเก็บไว้ในเทปแม่เหล็กหรือแผ่นดิสก์ ซึ่งเป็นสื่อที่โปรแกรมเหล่านี้ถูกบันทึกอยู่ ศาลลงความเห็นว่าไม่สามารถแยกความแตกต่างในการให้การคุ้มครองได้ จึงให้โปรแกรมทั้ง 2 ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เหมือนกัน

ส่วนประเด็นที่ว่า จำเลยสามารถทำซ้ำโปรแกรมปฏิบัติการของ Apple เพื่อให้โปรแกรมประยุกต์ (Application program) ที่ส่วนมากออกแบบมาเพื่อใช้งานบนเครื่อง Apple II มาใช้งานบนเครื่อง Ace 100 ของจำเลยได้ จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าจำเลยสามารถทำได้หรือไม่

ผู้พิพากษา สโลวิสเตอร์ พบว่าการที่จะตอบปัญหานี้ได้ต้องหาเส้นแบ่งระหว่างความคิด (idea) ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครอง และการแสดงออกของความคิด (expression of idea) ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครอง โดยต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการให้การคุ้มครองและการแข่งขันที่เป็นผลกระทบมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะการให้การคุ้มครองที่มากเกินไปนั้นอาจก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้

ข้อโต้แย้งของ แฟรงค์คลิน ที่อ้างว่าไม่มีทางที่จะคัดลอก (copy) ความคิดเหล่านี้โดยปราศจากการคัดลอกการแสดงออกซึ่งความคิดด้วย และจากหลักกฎหมายที่ว่าความคิดและการแสดงออกของความคิดถ้าผสมรวมกันการให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับการแสดงออกซึ่งความคิดจะสูญหายไป ดังนั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องหาส่วนใดที่เป็นความคิดในโปรแกรมปฏิบัติการของ แอปเปิล และส่วนใดเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดของโปรแกรมนั้น วิธีการที่ดีที่สุดคือ ดูว่าความคิด (idea) นั้นสามารถแสดงออกโดยใช้การอื่น ๆ นอกเหนือจากวิธีการที่กระทบกระเทือนต่อการแสดงออกซึ่งความคิดของแอปเปิลเพราะแฟรงค์คลินอ้างว่ามีจำนวนที่จำกัดของวิธีการที่จะจัดลำดับ (arrange) ของโปรแกรมปฏิบัติการ เพื่อให้เครื่อง Act 100 ของตน Compatible กับเครื่อง Apple II และนอกจากนั้นแฟรงค์คลินอ้างว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ห้ามการทำซ้ำ (copy) โดยผู้แข่งขันที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการทำซ้ำเพื่อการ compatible แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่สามารถให้การคุ้มครอง

ลิขสิทธิ์ที่ต่อต้านหรือขัดขวางต่อผู้แข่งขันที่ทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการ compatible ได้ ซึ่งถ้าข้อต่อสู้ของแฟรงค์คลินได้รับการเห็นชอบจากศาลแฟรงค์คลินก็จะเป็นผู้ชนะในคดีนี้

ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธการอ้างเหตุผลที่ผิด ๆ ของ แฟรงค์คลิน และยึดหลักที่ว่า โปรแกรมปฏิบัติการเป็นสิ่งซึ่งเป็นการแสดงออกของความคิด ตัวอย่างเช่น โปรแกรมของแอปเปิลโปรแกรมหนึ่งแปลจากสิ่งที่มนุษย์สามารถเข้าใจได้ไปสู่โปรแกรมที่เครื่องสามารถทำความเข้าใจได้และยังมีวิธีทางอื่นในการแสดงออกของความคิดนั้น ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการเขียนโปรแกรมปฏิบัติการให้ compatible เป็นสิ่งที่ไม่ผิดกฎหมาย ถ้าเขียนโดยปราศจากการคัดลอก (copy) เพราะถ้าเขียนโปรแกรมใหม่ขึ้นมาด้วยความพยายามและเป็นการสร้างสรรค์งานด้วยตนเอง ไม่ได้มีการทำซ้ำโปรแกรมที่มีมาก่อนแล้ว งานใหม่นั้นก็จะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครอง แต่ในกรณีของแฟรงค์คลินนี้ได้มีการทำซ้ำ (copy) ที่เป็นการคัดลอกโปรแกรมคอมพิวเตอร์บรรทัดต่อบรรทัดของโปรแกรม จึงเห็นได้ชัดว่าไม่ได้มีการสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมาเอง ดังนั้นการกระทำของแฟรงค์คลินเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมปฏิบัติการของบริษัทแอปเปิล และข้อต่อสู้ต่าง ๆ ของแฟรงค์คลิน นั้นศาลไม่รับฟัง

จะเห็นได้ว่าปัญหาในเรื่องการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในสหรัฐอเมริกาเป็นที่ยุติโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นโปรแกรมประยุกต์ (Application program) หรือโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating program) ต่างก็ได้รับการคุ้มครองที่เหมือนกันภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เนื่องจากโปรแกรมต่าง ๆ เหล่านี้ได้มีการแสดงออกซึ่งความคิด และได้มีการบันทึกลงในสื่อที่สามารถสัมผัสได้ ซึ่งเข้าเงื่อนไขที่จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ยังไม่มีเหตุผลใดที่จะให้การคุ้มครองที่แตกต่างกันระหว่างโปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมปฏิบัติการ

ข. ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นได้มีคดีที่ตัดสินปัญหาในเรื่องการคุ้มครองโปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมปฏิบัติการคือ คดี Microsoft Corp. V. Shuuwa System Trading K.K.²³ ข้อเท็จจริงใน

²³ Tokyo District Court, 1219 Hanji 48 (Jan. 30, 1987) code in, Jonathan Band and Masanobu Katoh, *Interoperability in the global software industry*, (San Francisco: Wertview Press. Inc., 1995), p. 289.

คดีนี้คือโปรแกรมระบบปฏิบัติการของโจทก์เขียนโดยใช้ภาษา Assembly ซึ่งถูกเปลี่ยนไปสู่โปรแกรมภาษาเครื่องและได้ถูกเก็บไว้ในROMและจำเลยได้ถอดโปรแกรมภาษาเครื่อง (disassembled) ในโปรแกรมปฏิบัติการของโจทก์ โจทก์ได้ฟ้องว่าจำเลยได้ละเมิดโปรแกรมของโจทก์ ในคดีนี้คำตัดสินของศาลยืนยันว่าโปรแกรมปฏิบัติการได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่นเหมือนกับโปรแกรมประยุกต์ และโปรแกรมภาษาเครื่อง(object code)ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับ โปรแกรมต้นฉบับ(source code)

ค. กลุ่มประชาคมยุโรป

เนื่องจากในข้อบังคับของ EC ไม่ได้ให้คำนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ว่าหมายถึงสิ่งใดแต่เป็นที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ข้อบังคับของ EC ให้การคุ้มครองจะเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะอยู่ในแผ่นดิสก์, ฮาร์ดดิสก์ หรือแผ่นเทปแม่เหล็ก รวมทั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นโปรแกรมประยุกต์(Application Program) หรือโปรแกรมปฏิบัติการ (Operating Program) จะได้รับการคุ้มครองที่เหมือนกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ได้ยอมรับโดยทั่วไปจากประเทศสมาชิก เช่น อังกฤษ เยอรมัน สวีเดน ฝรั่งเศส เป็นต้น ที่ให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมประยุกต์กับโปรแกรมปฏิบัติในสถานะที่เหมือนกัน

ในประเทศอังกฤษมีคดีที่ตอบปัญหาในเรื่องการคุ้มครองของโปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมปฏิบัติการคือ คดี Gates V. Swift (1982) RC 339 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตและการจำหน่ายโปรแกรมที่ทำซ้ำจากโปรแกรมของโจทก์ต่อสาธารณะ โดยจำเลยได้ทำซ้ำโปรแกรมชื่อ "LEVEC III BASIC", "MONITOR 3", "WOODOO CASTLE", "THE COUNT" และ "MYSTERY FUNHOUSE" ซึ่งโปรแกรมดังกล่าวประกอบด้วยโปรแกรมประยุกต์ (application program) และโปรแกรมปฏิบัติการ (operating program) ผสมกันอยู่ ศาลพบว่างานทั้งหมดถูกเขียนในภาษา assembly โดยในแต่ละส่วนของโปรแกรมผู้สร้างสรรค์ต้องใช้เวลาพยายามและระยะเวลาหลายเดือน ศาลถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยศาลไม่ได้แยกความแตกต่างในการให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมสำเร็จรูป

ง. ประเทศไทย

ประเทศไทยนั้นยังไม่มีปัญหาฟ้องร้องดำเนินคดีในเรื่องการคุ้มครองโปรแกรมปฏิบัติการอย่างสหรัฐอเมริกาหรือญี่ปุ่น ว่าโปรแกรมปฏิบัติการสามารถได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับโปรแกรมประยุกต์หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาคำนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แล้วจะเห็นว่าโปรแกรมปฏิบัติการอยู่ภายใต้คำนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทุกประการเพราะเป็นชุดของคำสั่งที่ให้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติการหรือได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากเครื่องคอมพิวเตอร์ไม่มีโปรแกรมปฏิบัติการแล้วเครื่องคอมพิวเตอร์จะไม่สามารถทำงานได้เพราะโปรแกรมปฏิบัติการจะเป็นโปรแกรมที่รองรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์และรองรับโปรแกรมประยุกต์ต่างๆ ที่จะนำมาใช้งานบนเครื่องคอมพิวเตอร์ และจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะเห็นว่า กฎหมายของไทยมิได้แยกความแตกต่างในการให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมประยุกต์และโปรแกรมปฏิบัติการ ดังนั้นโปรแกรมทั้งสองประเภทย่อมได้รับการคุ้มครองที่เหมือนกัน รวมทั้งโปรแกรมทั้งสองประเภทนี้ได้สร้างสรรค์จากใช้ความวิริยะ ความพยายาม ความชำนาญในการสร้างสรรค์งานของนักเขียนโปรแกรมแล้วสมควรที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองและถ้าผู้ใดมาทำการคัดลอกหรือทำซ้ำการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

2.2.3 การทำซ้ำชั่วคราวในหน่วยความจำชั่วคราว (Random Access Memory)

คอมพิวเตอร์ประกอบด้วยหน่วยความจำ(Memory Unit or Storage) ซึ่งเป็นชุดแผงวงจรประกอบด้วยชิพจำนวนหนึ่งทำหน้าที่เก็บรวบรวมข้อมูลต่างๆ เพื่อรอการปฏิบัติงานตามคำสั่ง และนำผลที่ได้มาเก็บไว้ ซึ่งหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์นี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ²⁴

1. หน่วยความจำถาวร (ROM: Read Only Memory) ประกอบด้วยวงจรรวมที่ทำหน้าที่อ่านข้อมูลเพียงอย่างเดียวจะบันทึกเพิ่มเติมอีกไม่ได้ข้อมูลต่างๆ จะถูกบันทึกจากโรงงานที่ผลิต เช่น โปรแกรมควบคุมระบบ(Operating System) ได้แก่ Applesoft, Lo-Res และ Hi-Res ซึ่งใช้ในการสร้างกราฟและรูปภาพเป็นระบบเฉพาะของเครื่อง คุณสมบัติของ ROM คือ ไม่ต้องมีกระแสไฟหล่อเลี้ยง(Non Volatile)

²⁴ โกสสันต์ เทพสิทธิวรารณ์ , ความรู้เบื้องต้นทางคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แม็ค, 2527), หน้า 73-74.

2. หน่วยความจำชั่วคราว RAM(Random Access Memory) เป็นหน่วยความจำประเภทที่ต้องมีการแสไฟฟ้าหล่อเลี้ยง ถ้าปิตสวิทช์ของเครื่องโปรแกรมทั้งหมดจะสูญหายไปทันที ถ้าต้องการเก็บโปรแกรมไว้ใช้ต่อเนื่องต้องบันทึกลงในเทปหรือดิสก์เสียก่อน การรับส่งข้อมูลในหน่วยความจำนี้จะอยู่ในรูปของรหัสของเลขฐานสองโดยมีตัวแปลรหัสทำหน้าที่แปลภาษาคอมพิวเตอร์ไปเป็นภาษาเครื่องแล้วนำไปเก็บไว้ในหน่วยความจำ

การปรากฏของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะประกอบด้วยการทำงานของบรรจุไฟฟ้าบวกและลบซึ่งแสดงออกโดยใช้เลขฐานสอง(0,1) หรือที่เรียกว่า ภาษาเครื่อง การใส่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงในเครื่องคอมพิวเตอร์อาจทำได้โดยการบันทึก(load)ลงในอุปกรณ์ความจำ(memory device) หรือ การเก็บไว้ประจำในหน่วยความจำ หรือ การถูกดำเนินการใน CPU (Central processing Unit)

อุปกรณ์ความจำของคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของ RAM, ROM หรือการรวมกันของทั้งสองอย่าง ROM และ RAM คือการรวมตัวกันของแผงวงจรไฟฟ้า(circuits) โดยทั่วไปแล้ว ROM และ RAM จะถูกเก็บไว้ในชิพ(chip) สำหรับข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกเก็บไว้ใน RAM ประกอบด้วยกระแสไฟฟ้า ซึ่งข้อมูลเหล่านี้สามารถถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายโดยการเขียนข้อมูลขึ้นมาใหม่หรือลบออกโดยการปิดเครื่องคอมพิวเตอร์เพราะข้อมูลใน RAM นั้นอยู่ได้เนื่องจากมีกระแสไฟฟ้าไปหล่อเลี้ยงไว้ ลักษณะของ RAM จึงเป็นที่รู้จักกันว่าเป็นหน่วยความจำชั่วคราว (volatile memory) ตรงกันข้ามกับข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกเก็บไว้ใน ROM ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เพราะว่าเป็นการบันทึกในรูปของรอยพิมพ์ในชิพที่ถูกผลิตขึ้นจากโรงงานและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้หลังจากนั้น จึงเรียกได้ว่าเป็นหน่วยความจำถาวร

บทบัญญัติของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการบันทึกของงานในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะไม่มีความแตกต่างไม่ว่าจะเป็นเรื่องของรูปแบบ, การบันทึก, วิธีหรือสื่อของการบันทึกซึ่งอาจอยู่ในรูปของตัวหนังสือ, โน้ต, เสียง, รูปภาพหรือกราฟฟิกในรูปแบบอื่นๆ การบันทึกส่วนมากจะบันทึกใน ROM ที่มีลักษณะเป็นหน่วยความจำที่เป็นแม่เหล็กที่มีลักษณะคงที่แน่นอน ในขณะที่หน่วยความจำที่เป็นกระแสไฟฟ้าเช่น RAM เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ง่ายและมีลักษณะที่ชั่วคราว ดังนั้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าบันทึกไว้ในหน่วยความจำถาวร(ROM) หรือหน่วยความจำชั่วคราว(RAM) ถือว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้มีการบันทึกของงานอันเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคดีที่ตอบปัญหาเกี่ยวกับการทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราวนี้ คือ คดี MAI Systems Corp. V. PEAK Computer, Inc.,²⁵ แต่คดีก่อนคดี MAI ได้กล่าวถึงเกี่ยวกับ RAM เพียงเล็กน้อยและมีเพียงไม่กี่คดี ที่สนับสนุนว่าการถ่ายโอน (load) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงใน RAM เป็นการก่อให้เกิดการทำซ้ำ(copy) คดีต่างๆ เช่น Vault Corp. V. Quaid Software Ltd.,²⁶ Bly V. Banbury Books, Inc.,²⁷ ISC-Bunker-Ramo Corp. V. Altech, Inc.,²⁸ Apple Computer, Inc. V. Formula Int'l, Inc.²⁹ เป็นคดีที่น่าพิจารณาเพราะศาลได้พิจารณาในรายละเอียดในเรื่องนี้มากยิ่งขึ้นกว่าคดี MAI

MAI เป็นองค์การบริการอิสระ(Independent Service Organization : ISO) ที่ให้บริการในด้านการบำรุงรักษาเครื่องคอมพิวเตอร์รวมถึงการทำความสะอาดฮาร์ดดิสก์ การทำความสะอาดภายในของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือ การติดต่อโดยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งในการทำงานนั้นบางครั้งข้อมูลของผู้อื่นอาจปรากฏในแฟ้มข้อมูลในคอมพิวเตอร์และต้องถูกเคลื่อนย้ายออกไปโดยอาจเกิดจากไวรัสในคอมพิวเตอร์ หรือบางครั้งเจ้าของเครื่องคอมพิวเตอร์ต้องการยกระดับ (upgrading) คอมพิวเตอร์โดยการติดตั้งอุปกรณ์ที่ใหญ่กว่าและมีประสิทธิภาพมากกว่า เช่น CD-ROM, แผงวงจรไฟฟ้า(board) หรือ การ์ดต่างๆ เพื่อเพิ่มการแสดงผลของจอมนิเตอร์ หรือติดตั้งโมเด็มเข้าไป ซึ่งในงานบำรุงรักษาคอมพิวเตอร์นี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากการบำรุงรักษาสิ่งของอื่นๆ เพราะบางครั้งปัญหาของคอมพิวเตอร์ไม่สามารถมองเห็นหรือตรวจสอบได้ด้วยสายตาจึงจำเป็นต้องใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ติดมากับเครื่องเพื่อพิจารณาและแก้ไขปัญหา นอกจากนี้อาจต้องมีการเปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งต้องมีการใช้โปรแกรมระบบปฏิบัติการ(operating system software) เป็นพื้นฐานในการบำรุงรักษาเครื่องคอมพิวเตอร์

การทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ต้องมีการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างน้อย 1 ครั้งเพื่อการใช้งานของคำสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งนี้เพราะคำสั่งโปรแกรม

²⁵ 991 F.2d 511 (9th Cir.1993)

²⁶ 847 F.2d 255(5th Cir.1988)

²⁷ 638 F.Supp.983 (E.D. Pa.1986)

²⁸ 765 F. Supp. 1310(N.D.Ill. 1990)

²⁹ 594 F. Supp. 617 (C.D. Cal. 1984)

คอมพิวเตอร์ต้องถูกถ่ายโอน (load) หรือถูกทำซ้ำลงใน RAM (Random Access Memory) โดยการถ่ายโอนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงสู่ RAM นี้ อาจเป็นการถ่ายโอน(load)เพียงแค่บางส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ละคำสั่งถูกทำงานโดยต้องทำซ้ำจาก RAM ไปสู่เรจิสเตอร์ของเครื่องคอมพิวเตอร์(the computer's instruction register) โปรแกรมที่ถูกทำซ้ำในระหว่างที่ทำงานนี้ขึ้นอยู่กับวิธีการออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์, จำนวนของความจำที่ใช้ได้และลักษณะของงานที่ใช้เพราะถ้าเป็นงานง่ายๆ จะมีการทำซ้ำ(copy)เพียงบางส่วนของชุดคำสั่ง แต่ถ้าเป็นงานที่ยากและสลบซับซ้อนก็จะต้องมีการทำซ้ำ(copy)ทั้งหมดของโปรแกรมและเป็นไปได้ที่จะมีการทำซ้ำมากกว่า 1 ครั้ง

การใช้ประโยชน์จากลักษณะการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะแตกต่างไปจากงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่นๆ เพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นต้องมีการทำซ้ำโดยเครื่องคอมพิวเตอร์และผู้ใช้ ส่วนงานประเภทอื่นเช่น หนังสือหรือเทปเพลงไม่ต้องมีการทำซ้ำโดยผู้อ่านหรือผู้ฟังในการใช้ประโยชน์จากงานนั้น จุดนี้เป็นจุดที่สำคัญในการพิจารณาว่าการทำซ้ำเพื่อการใช้ที่ควรได้รับอนุญาตตามกฎหมายลิขสิทธิ์³⁰

จากคดีระหว่าง MAI และ PEAK นั้น PEAK ซึ่งเป็นจำเลยยอมรับว่าการบำรุงรักษาคอมพิวเตอร์ให้กับลูกค้าตนได้ใช้ระบบปฏิบัติการของ MAI เป็นขบวนการสำคัญเพื่อใช้ในการซ่อมแซมและบำรุงรักษาเกี่ยวข้องกับการเปิดเครื่องเพื่อการเริ่มทำงานของคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามจำเลยต่อสู้ว่าไม่มีการบันทึก(fixed)โปรแกรมคอมพิวเตอร์ นั้นไว้

ศาลได้พิจารณาว่าการถ่ายโอน(load) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงใน RAM ได้มีการบันทึก(fixed)แล้ว โดยศาลมีความเชื่อมั่นในเบื้องต้นจากคดี Apple Computer Inc. V. Formular Int'l, Inc . ซึ่งเกี่ยวกับการเพิกถอนความเห็นชอบแก่ Formular อันเนื่องมาจากการละเมิดคำเตือนในเบื้องต้นที่ห้ามการทำซ้ำและการขาย ROMchip ที่บรรจุซอฟต์แวร์ของบริษัท Apple บริษัท Formular ได้โต้แย้งโดยอ้างมาตรา 117 ว่าโดยการทำซ้ำเพื่อเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของ Apple ในการติดต่อกันของเครื่อง ในคดีนี้ศาลเห็นว่าไม่สามารถอ้างมาตรา 117 ได้เพราะมาตรา 117 ใช้ในกรณีที่เจ้าของโปรแกรมมีความสามารถกระทำการ

³⁰ Carol G. Stovsky ,” MAI Systems Corp. V. PEAK Computer, Inc.: Using copyright law to prohibit unauthorized use of computer software” Ohio State Law Journal 1995 , หน้า 595.

ทำซ้ำเพื่อช่วยเหลือการใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ของเขา³¹ ซึ่งการทำซ้ำนี้ต้องไม่เป็นการถาวรมากเกินไปกว่าความจำเป็นและต้องเป็นการทำโดยเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ศาลเห็นว่าการทำซ้ำโปรแกรมลงบน ROM เป็นสิ่งที่เกินความจำเป็นเพราะผู้ใช้สามารถใช้การทำซ้ำโดยการถ่ายโอน(load)โปรแกรมลงบน RAM ได้

ในด้วยบทกฎหมายของสหรัฐอเมริกากำหนดข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในมาตรา 117 โดยสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถูกจำกัดด้วยการที่กฎหมายลิขสิทธิ์อนุญาตให้เจ้าของสำนักงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถทำซ้ำหรือดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ถ้าเป็นการกระทำเพื่อเหตุหนึ่งเหตุใดดังต่อไปนี้

1. การทำซ้ำหรือการดัดแปลงที่ทำขึ้นในฐานะที่เป็นขั้นตอนสำคัญในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการติดต่อกับเครื่องและการใช้ไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ

2. การทำซ้ำหรือการดัดแปลงเพื่อวัตถุประสงค์ในการเก็บไว้เป็นเอกสารสำคัญหรือป้องกันการสูญหาย โดยสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งหมดจะต้องถูกทำลายหากการครอบครองหรือการได้มาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย³²

โดยที่โปรแกรมระบบปฏิบัติการของ MAI ถูกออกแบบให้มีการทำซ้ำโดยการถ่ายโอน(load)โปรแกรมปฏิบัติการโดยอัตโนมัติจากฮาร์ดดิสก์ไปสู่ RAM ของคอมพิวเตอร์ทุกเวลาที่มีการเปิดเครื่อง MAI ได้ฟ้อง PEAK ว่า PEAK ละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมระบบปฏิบัติการของตน

³¹ Bradley J. Nicholson, "The ghost in the machine: Mai Systems Corp. V. Peak computer, Inc. and the problem of copying in RAM," High Technology Law Journal 10, No.1 (January 1995): 160.

³² 17 USC. s. 117 " Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided:

(1) that such a new copy or adptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manter, or

(2) that such a new copy or adptation is for archival purposes only and that all archival copies are destroyed in the event that continued possession of the computer program should cease to be rightful."

เพราะการที่ PEAK เปิดเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อให้บริการต้องมีการถ่ายโอนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงสู่ RAM โดย MAI อ้างว่าการถ่ายโอนโปรแกรมปฏิบัติการลงสู่ RAM เป็นการก่อให้เกิดการทำซ้ำตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้การใช้โปรแกรมของ PEAK เป็นการใช้ที่ไม่ได้รับอนุญาตอย่างชัดเจนในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของ MAI

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกามาตรา 101 บัญญัติว่า การทำซ้ำ (copy) หมายถึง วัตถุที่งานถูกบันทึกโดยวิธีการต่างๆ เท่าที่รู้ในปัจจุบันและที่พัฒนาต่อไปในอนาคตและจากงานที่ละเมิดถูกทำให้ปรากฏ, ถูกผลิตขึ้นใหม่หรือการติดต่ออื่นๆ ว่าเป็นโดยตรงหรือโดยใช้เครื่องมือเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ใดๆ ดังนั้นหากงานที่ถูกบันทึกไว้มีความถาวรและคงที่แน่นอนพอสมควรเพื่อเปิดโอกาสให้มีการทำให้ปรากฏ, ถูกผลิตขึ้นใหม่ สำหรับระยะเวลาที่มากกว่าระยะเวลาเพียงชั่วคราวก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการทำซ้ำดังเช่นในคดี *Apple Computer Inc. v. Formular Int'l, Inc* ที่ศาลชั้นต้นเน้นว่าการถ่ายโอน (load) โปรแกรมลงบน RAM เป็นเพียงการบันทึกเพียงชั่วคราว (a temporary fixation) แม้ว่าศาลคดี MAI Systems จะพิจารณาการใช้คำว่า "fixation" ในคำตัดสินของคดี *Apple Computer* เพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งว่าโปรแกรมที่ถูกบันทึกไว้เป็นสิ่งที่เพียงพอต่อความต้องการของมาตรา 101 แต่ศาลคดี *Apple Computer* ไม่ได้อ้างถึงการบันทึกในความหมายของมาตรา 101 และตรงกันข้ามแนวความคิดของการบันทึกชั่วคราวที่ดูเหมือนว่าจะขัดแย้งกันในการอธิบายของมาตรา 101 ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ว่า "fixed in a tangible medium of expression" ซึ่งต้องการการทำให้ปรากฏสำหรับระยะเวลาที่มากกว่าระยะเวลาชั่วคราว (a transitory duration) ในคดี MAI Systems ศาลเห็นว่าโปรแกรมที่อยู่ใน RAM นานเพียงพอแล้วสำหรับ PEAK ในการใช้วิเคราะห์ปัญหาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์การปรากฏดังกล่าวจึงเป็นการปรากฏที่มากกว่าระยะเวลาชั่วคราวแล้ว ศาลได้สรุปว่าการกระทำของ PEAK เป็นสิ่งที่มากกว่าการบันทึกชั่วคราว (transitory fixation) ที่เกิดขึ้น³³

การพิจารณาว่าการทำซ้ำบนหน่วยความจำชั่วคราวนั้นจะเป็นการทำซ้ำ (copy) ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ เป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพราะการให้การคุ้มครองแก่การทำซ้ำบน RAM นั้นไม่เพียงแต่เป็นการให้การคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์เหนือระบบปฏิบัติการใน RAM แต่ยังเป็นการให้คุ้มครองในรูปแบบของความลับทางการค้าซึ่งเป็นการคุ้มครอง

³³ Michael E. Johnson, "The uncertain future of computer software users' rights in the aftermath of MAI System," *Duke Law Journal* 44, No. 2 (November 1994): 335.

ครองสิ่งต่างๆ จากการอ่านและการทำซ้ำของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น³⁴ เพราะเนื่องจากการทำวิศวกรรมย้อนกลับ(reverse engineering) จำเป็นที่จะต้องมีการเข้าถึงหน่วยความจำ RAM เกิดขึ้น ซึ่งการทำวิศวกรรมย้อนกลับจะเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีและเป็นการทำเพื่อให้รู้ข้อมูลที่ได้ปกปิดไว้ในกรณีเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ในคดี MAI Systems ศาลได้ตัดสินว่าการทำซ้ำหน่วยความจำ RAM เป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพราะเนื่องจากคดีนี้ PEAK ได้ทำซ้ำหน่วยความจำ RAM โดยไม่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่ง PEAK เป็นบุคคลที่ 3 ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้โปรแกรมนั้น เพราะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของ MAI อนุญาตให้เพียงลูกค้าที่ซื้อโปรแกรมเพื่อใช้โปรแกรมเท่านั้น ศาลตัดสินว่าการกระทำของ PEAK เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยที่ศาลไม่ได้พิจารณาถึงประเด็นของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม(Fair use) ในมาตรา 107 อย่างไรก็ตามมีคดีที่ได้มีการปรับใช้ Fair use กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาแล้วในคดี Sega Enterprises V. Accolade Inc.³⁵ ที่ Accolade ได้ทำโปรแกรมจากภาษาเครื่องไปสู่ภาษาโปรแกรม(decompiled) ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของ Sega เพื่อเข้าใจหลักการของโปรแกรมดั้งเดิม การทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse engineering) ของ Accolade ต้องมีการทำซ้ำเกิดขึ้นตามที่โจทก์ได้ฟ้องว่าจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ นอกจากนี้การกระทำนี้ไม่ได้เกิดขึ้นเนื่องจากเป็นขั้นตอนสำคัญในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นศาลสรุปว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรา 117 ที่ให้สำหรับการทำซ้ำในฐานะเป็นขั้นตอนสำคัญในการใช้โปรแกรม จึงไม่สามารถปรับใช้กับคดีนี้ได้ ดังนั้นศาลจึงได้ใช้หลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ในมาตรา 107 เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ซึ่งถ้าศาลในคดี MAI พิจารณาถึง Fair use นี้ อาจจะสรุปได้ว่าการกระทำของ PEAK ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ MAI³⁶

ดังนั้นการทำซ้ำหน่วยความจำหน่วยความจำชั่วคราวถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จากคดี MAI นี้ได้มีความเห็น

³⁴ Bradley J. Nicholson, "The ghost in the machine: MAI Systems Corp. V. PEAK Computer, Inc. and the problem of copying in RAM": 148.

³⁵ 977 F. 2d 1510 (9th Cir. 1992)

³⁶ Carol G. Stovsky, "MAI Systema Corp. V. PEAK computer, Inc.: Using copyright law to prohibit unauthorized use of computer software," *Ohio State Law Journal* 56(1995): 603-608 .

ของนักกฎหมายท่านหนึ่งว่า จากคำตัดสินดังกล่าวเราสามารถหาทางออกได้โดยการใช้เทคนิคเพื่อหลีกเลี่ยงการตกเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจทำโดยลูกค้าของ MAI เป็นผู้ได้รับอนุญาตภายใต้ข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิ์เพื่อใช้ซอฟต์แวร์นั้น ดังนั้นถ้าให้ผู้ได้รับอนุญาตเป็นผู้เปิดเครื่องเพื่อให้เกิดการทำซ้ำโปรแกรมปฏิบัติการบน RAM ก่อนที่จะมีการลงมือของช่างเทคนิคที่จะมาซ่อมแซมการกระทำนั้นจะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น³⁷ เพราะการทำซ้ำนั้นกระทำโดยผู้ได้รับอนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ข. กลุ่มประชาคมยุโรป

บทบัญญัติของประชาคมยุโรป EC Directive on the legal protection of computer programs มาตรา 4 (A) ที่กล่าวถึงการกระทำที่ถูกห้าม(Restricted Act) ไว้ว่า “The permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole. Insofar as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorization by the rightholder;”

จากบทบัญญัติของประชาคมยุโรปจะเห็นได้ว่าการทำซ้ำในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าการปรากฏของงานนั้นจะอยู่ในลักษณะที่ถาวรหรือเพียงชั่วคราว รวมทั้งไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยวิธีใดๆ และไม่ว่าในรูปแบบใดๆ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะถ้าไม่ได้รับอนุญาตการกระทำดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นการทำซ้ำชั่วคราวบนหน่วยความจำชั่วคราวนั้นถึงแม้จะมีลักษณะของการทำซ้ำเพียงชั่วคราวก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อบังคับของประชาคมยุโรปนี้ อย่างไรก็ตามหากการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์บน RAM เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นหรือเพื่อแก้ไขข้อผิดพลาด การกระทำซ้ำนี้จะไม่ได้รับการยกเว้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะเป็นการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ในบทบัญญัติของประชาคมยุโรปมาตรา 5(1)³⁸ แต่การใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวจะถูกนำมาใช้กับผู้ที่ไม่

³⁷ Ibid., 614.

³⁸ Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs Article 5(1) “In the absence of specific contractual provision, the acts referred

โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ในคำนำที่ 18³⁹ ของข้อบังคับดังกล่าวได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การดำเนินงานของโปรแกรมและการแก้ไขข้อผิดพลาดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่ถูกห้ามโดยสัญญา ดังนั้นจะทำสัญญาตกลงให้ยกเว้นการบังคับใช้ข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อบังคับนี้ไม่ได้

ประเด็นที่ว่าการทำงาน RAM จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ในอังกฤษได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย Copyright, Designs and Patents Act 1988 ซึ่งกฎหมายนี้ให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์และงานอื่นๆ โดยไม่คำนึงถึงวิธีการที่งานเหล่านี้ถูกบันทึกการครอบคลุมครอบคลุมทุกรูปแบบของการบันทึกที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้และที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตที่สามารถคาดหมายได้⁴⁰ อย่างไรก็ตามสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาก็คือ งานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานที่ได้มีการบันทึกไว้เพราะถ้าปราศจากการบันทึกงานนั้นก็ยังไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของอังกฤษ

ความหมายของคำว่าการทำงานโดยปกติจะไม่มีปัญหาเกิดขึ้นหากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกเก็บบนสื่อแม่เหล็ก หรือ ฮาร์ดดิสก์ภายในเครื่องคอมพิวเตอร์ ปัญหาในเรื่องการบันทึกจะเกิดในกรณีที่รูปแบบของงานที่ปรากฏในหน่วยความจำชั่วคราวของคอมพิวเตอร์ (RAM) เพราะถ้างานนั้นถูกบันทึกเก็บไว้หรือมีการถ่ายทอดออกมาบนกระดาษ(print out) ลักษณะการปรากฏของงานจะมีลักษณะที่ถาวรมากกว่าการปรากฏอยู่ในหน่วยความจำชั่วคราว

ในคดี R V. Gold [1988] 2 WLR 984 กล่าวถึงเรื่อง RAM อยู่บ้างโดยนักโจรกรรมทางคอมพิวเตอร์ 2 คนได้แทรกซึมเพื่อดูแฟ้ม Prestel Gold ของ Duke ของ Edinburgh นักโจรกรรมได้พบรหัสลับ(password) และ CIN (Customer Identification Number) ที่

to in Article 4(a) and (b) shall not require authorization by the rightholder when they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction.”

³⁹ EC Directive on the legal protection of computer programs Recital 18
 “ Whereas this means that acts of loading and running necessary for the use of a copy of a program which has been lawfully acquired, and the act of correction of its errors, may not be prohibited by contract.....”

⁴⁰ David Bainbridge, Software Copyright Law, (London : Pitman Publishing 1992), P. 32.

สามารถเข้าถึงแฟ้มดังกล่าวได้โดยรหัสลับนี้ นักโจรกรรมถูกกล่าวหาว่าผิดฐานสร้างเครื่องมือที่ไม่ชอบ (making a false instrument) ภายใต้กฎหมาย Forgery and Counterfeiting Act 1981 ซึ่งความผิดนี้เกิดขึ้นจาก CIN และรหัสลับ ในคดีนี้ศาลได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “recorded or stored” ใน Forgery and Counterfeiting Act 1981 และถือหลักว่า “recorded or stored” นี้หมายถึงรูปแบบที่มีลักษณะถาวรของการบันทึก ข้อเท็จจริงที่ว่า CIN และรหัสลับถูกยึดถือเพียงชั่วคราวย่อมไม่ถือว่าเป็นการบันทึกหรือเก็บภายในความหมายของกฎหมายดังกล่าว

หากการตีความกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ก็จะตีความได้ว่ารูปแบบของงานที่ปรากฏใน RAM ของคอมพิวเตอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้นถ้าใครมาทำซ้ำก็จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในหนังสือ Software Copyright Law ของ David Bainbridge⁴¹ ได้ยกตัวอย่างว่า ในบริษัทหนึ่ง มีพนักงาน 3 คนคือ โจน, แมรีและสแตน ทำงานโดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ของนายจ้าง โจนเป็นผู้เตรียมรายงานทางการเงินซึ่งเป็นการลับ ส่วนแมรีกำลังเขียนโปรแกรมย่อย (subroutine) สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์และ สแตนไม่มีงานอะไรทำในช่วงนั้นได้ใช้เวลาไปกับการเขียนกลอน โจนได้ทำงานจากเอกสารที่ได้มีการเขียนไว้อย่างคร่าวๆ แต่แมรีและสแตนเป็นผู้ประพันธ์งานของเขาเองโดยตรงที่แป้นพิมพ์คอมพิวเตอร์ โดยที่โจนและสแตนกำลังใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล แต่แมรีใช้เครื่องที่ต่อกันคอมพิวเตอร์เมนเฟรมของบริษัท พอถึงเวลาพักเที่ยงทั้งสามคนได้รับร้อนออกไปทานอาหารโดยลืมที่จะปิดเครื่องและบันทึกงานไว้ ในขณะที่ทั้งสามคนกำลังทานอาหาร แบร์รี่ที่กำลังเยี่ยมชมบริษัทได้ทำการทำซ้ำโปรแกรมย่อยของแมรีโดยเก็บไว้บนแผ่นดิสก์ ส่วนอไลส์ที่เป็นลูกจ้างของบริษัทได้เข้ามาในห้องที่คอมพิวเตอร์ของโจนและสแตนตั้งอยู่และได้พิมพ์รายงานทางการเงินจากเครื่องคอมพิวเตอร์ของโจนและ ได้บันทึกบทกลอนของสแตนลงบนแผ่นดิสก์

จากตัวอย่างนี้มีคำถามว่า การกระทำของ 2 คนนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ในหนังสือได้ให้คำตอบว่า แบร์รี่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์เพราะว่า โปรแกรมย่อยของแมรียังไม่ได้มีการบันทึก แต่โปรแกรมนี้ปรากฏแค่เพียงในหน่วยความจำชั่วคราวของคอมพิวเตอร์เท่านั้น อย่างไรก็ตามการกระทำที่เป็นกรบันทึกโปรแกรมย่อยลงบนแผ่นดิสก์ทำให้งานนั้นเกิดมีลิขสิทธิ์ขึ้นมา ส่วนคนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คือผู้ที่สร้างสรรค์งานนั้น ซึ่งได้แก่ แมรีและนายจ้าง เพราะเป็นการทำในงานที่จ้าง แบร์รี่อาจโต้แย้งว่าเขาเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะเขาทำให้งานนั้น

⁴¹ Ibid., pp. 34-35.

ปรากฏในรูปแบบที่ถาวร และก็เป็นไปได้ที่อาจมองว่าการกระทำของแบร์รี่เป็นตัวแทนของแมร์รี่ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ตั้งใจก็ตาม ในกรณีนี้แมร์รี่เป็นผู้ประพันธ์เพราะเธอมีความคิดริเริ่มของเธอเองและเธอได้ใช้ความชำนาญ, ความพยายามหรือความอดสาหัสในการสร้างสรรค์งาน ถึงแม้ว่าแบร์รี่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำแต่ผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดลิขสิทธิ์ขึ้นมา และถ้าแบร์รี่ทำการทำซ้ำต่อไปอีกภายหลังการกระทำดังกล่าวจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับกรณี ที่อโลสได้พิมพ์รายงานทางการเงินของโจนออกมา ซึ่งรายงานดังกล่าวได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะเป็นงานที่ได้มีการเขียนร่างไว้อย่างคร่าวๆ แล้วได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์เพราะเป็นผลจากความชำนาญ, ความพยายามหรือความอดสาหัสขั้นต่ำแล้ว และการกระทำของอโลสที่ทำซ้ำกลอนของสแตนจากหน่วยความจำชั่วคราวลงบนแผ่นดิสก์ ซึ่งในตอนแรกกลอนนั้นยังไม่ได้มีการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การกระทำของอโลสได้ก่อให้เกิดลิขสิทธิ์ขึ้นและเจ้าของลิขสิทธิ์ก็คือสแตนแต่ผู้เดียวไม่ได้เป็นของนายจ้างด้วยเพราะเขาไม่ได้ทำในทางการที่จ้าง ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ การทำซ้ำไม่ว่าจะโดยทางตรงจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลหรือโดยทางอ้อมโดยการผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์เมนเฟรมผลก็ไม่แตกต่างกัน นอกจากนี้การกระทำของแบร์รี่เป็นการเข้าถึงงานโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการกระทำผิดภายใต้กฎหมาย Computer Misuse 1990 และ สำหรับอโลสเขาอาจจะต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดความลับทางการค้าถ้าเขาได้เปิดเผยหรือใช้ข้อมูลที่บรรจุในรายงานทางการเงิน แต่จะไม่มีประเด็นนี้ในแง่บทกลอนของสแตน

จากตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงขั้นตอนและแนวทางในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นประโยชน์ในการพิจารณาเวลาที่เกิดปัญหา แม้ว่าในตัวอย่างนี้ไม่ได้กล่าวถึงการทำซ้ำใน RAM โดยตรงแต่ในตัวอย่างนี้เน้นไปที่ลักษณะของงานที่อยู่บน RAM ว่าจะถือได้ว่าไม่มีการบันทึกของงานหรือยัง จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นอาจตีความได้ว่าการปรากฏของโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์แล้วบนหน่วยความจำชั่วคราว(RAM) ของคอมพิวเตอร์เป็นการปรากฏในลักษณะที่ไม่ถาวรแน่นอนที่จะถือว่าการทำซ้ำได้ แต่เนื่องจากกฎหมาย Copyright, Designs and Patents Act 1988 ในมาตรา 17(2)⁴² ให้นิยามคำว่าทำซ้ำในส่วนที่เกี่ยวกับงานวรรณกรรมว่าหมายถึง การทำขึ้น

⁴² Copyright, Designs and Patents Act 1988 section 17(2) "Copyright in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work in any material form.

ใหม่ของงานวรรณกรรมในทุกๆ รูปแบบ รวมทั้งการเก็บในสื่ออื่นๆ โดยทางกระแสไฟฟ้า ดังนั้นการทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราว(RAM)ถือว่าการทำซ้ำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เพราะไม่ว่าจะเก็บบันทึกงานในหน่วยความจำที่เป็นกระแสไฟฟ้าของคอมพิวเตอร์ เช่น RAM หรือ แผ่นดิสก์ก็ถือว่าการทำซ้ำ⁴³ แต่การกระทำซ้ำชั่วคราวในการใช้งานของเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะได้มีกฎหมายยกเว้นไว้ว่าการกระทำเช่นนี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴⁴ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของอังกฤษบัญญัติไว้สอดคล้องกับข้อบังคับของ EC

ค. ประเทศไทย

ในคำนิยามของคำว่าทำซ้ำ ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ว่า “ทำซ้ำ..... สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ.....” จากคำนิยามนี้จะเห็นได้ว่า คำว่า”ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ” สามารถแปลความได้ว่าการทำซ้ำชั่วคราวบนหน่วยความจำชั่วคราวเป็นการทำซ้ำวิธีหนึ่ง อันเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่อาจมีผู้โต้เถียงว่าไม่ได้เป็นการทำซ้ำเพราะลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งแตกต่างจากงานวรรณกรรมต่างๆ ไปที่เมื่อมีการใช้โปรแกรมย่อมมีการก๊อปปี้โปรแกรมที่ใช้ลงในหน่วยความจำชั่วคราว(RAM)ของเครื่องเสมอจึงเป็นเรื่องของการใช้มิใช่เป็นการทำซ้ำ

แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่กฎหมายได้กำหนดคำนิยามของการทำซ้ำไว้ดังกล่าวข้างต้นย่อมรวมถึงการทำซ้ำบนหน่วยความจำชั่วคราวว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเพราะเมื่อมีการทำซ้ำหรือคัดลอกโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการทำซ้ำในลักษณะถาวรหรือเป็นการชั่วคราว เพราะฉะนั้นการทำซ้ำบนหน่วยความจำชั่วคราวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่

This includes storing the work in any medium by electronic means.”

⁴³ Michael F. Flint, *A user's guide to copyright*, (London: Butterworths & Co. (Publishers)Ltd., 1990), p. 51.

⁴⁴ Copyright, Designs and Patents Act 1988 section 56 (1) “This section applies where a copy of a work in electronic form has been purchased on terms which, expressly or impliedly or by virtue of any rule of law, allow the purchaser to copy the work, or to adapt it or make copies of an adaptation, in connection with his use of it.”

กรณีถ้าผู้ใช้โปรแกรมที่ทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์บนหน่วยความจำชั่วคราวเป็นผู้ที่ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้องตามกฎหมายเขาย่อมมีสิทธิใช้โปรแกรมนั้นได้ตามหลักของ การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม(Fair use) และการกระทำของเขาไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าลิขสิทธิ์ แต่มีนักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นว่าการทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราวไม่เป็นการทำซ้ำตามคำนิยามในมาตรา 4 และเห็นว่าการทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราวเป็นเพียงขั้นตอนของการใช้เท่านั้น การกระทำนั้นจึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนั้นผู้เขียนยังเห็นว่ากรกระทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราวนั้นเป็นผลมาจากความจำเป็นในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ควรมีข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำนี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มาตรา 35 เพราะไม่มีข้อใดที่บัญญัติถึงการทำซ้ำในกรณีที่ทำเป็นแก่การใช้ สำหรับในมาตรา 35(8) มียกเว้นเฉพาะการดัดแปลงกรณีที่ทำเป็นแก่การใช้เท่านั้น อย่างไรก็ตามอาจตีความให้เข้ากับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 32 วรรคหนึ่งได้ ซึ่งบัญญัติไว้มีใจความว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักการใช้งานที่ชอบธรรม(Fair use)เพราะเนื่องจากว่าผู้ใช้ได้โปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในฐานะเป็นผู้ซื้อ หรือเป็นผู้ได้รับโอนโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น เขาย่อมมีสิทธิใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์และลักษณะของการใช้ของเขาไม่ได้กระทบถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

กรณีตามปัญหานี้อาจใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยมีการอนุญาตเรื่องการทำซ้ำชั่วคราวไว้เพราะการทำซ้ำนี้เป็นกรณีที่ทำเป็นในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น อย่างไรก็ตามโปรแกรมนี้เป็นโปรแกรมที่ถือปี่มาหรือเป็นโปรแกรมที่ได้มาโดยการละเมิดลิขสิทธิ์แน่นอนว่าย่อมไม่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิและไม่สามารถเข้าข้อยกเว้นในมาตรา 32 วรรคหนึ่งได้ เพราะการกระทำของเขากระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และเมื่อเอาโปรแกรมนั้นมาใช้ซึ่งต้องมีการถ่ายโอน(load)โปรแกรมลงบน RAM ย่อมถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำในลักษณะที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพราะถ้าไม่ถือว่าการทำซ้ำชั่วคราวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้ที่ได้โปรแกรมมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายและได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการทำงานซึ่งต้องเกิดการทำซ้ำขึ้นใน RAM ก็จะไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเท่ากับเป็นการให้การสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไปเรื่อยๆ รวมทั้งกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นโปรแกรมที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2538 ซึ่งเป็นวันที่พระราช

บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีผลใช้บังคับ ซึ่งมีข้อโต้แย้งกันว่าการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก่อนวันที่ที่กฎหมายฉบับใหม่มีผลใช้บังคับไม่เป็นความผิดเพราะตอนนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงทำให้ผู้กระทำความผิดอาจไม่ได้รับการลงโทษ แต่ถ้ากฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจนว่าการทำซ้ำชั่วคราวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้ที่ได้ทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนวันที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับเมื่อนำเอาโปรแกรมนั้นมาใช้ก็ย่อมเกิดการทำซ้ำชั่วคราวเกิดขึ้นที่กฎหมายถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นแนวทางหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษได้

ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายควรบัญญัติในลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ในประเด็นเรื่องการทำซ้ำชั่วคราวว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ได้บัญญัติไว้อย่างคลุมเครือ ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยควรบัญญัติให้มีความชัดเจนเหมือนกับข้อบังคับของประชาคมยุโรปที่เขียนไว้ชัดเจนว่าการทำซ้ำไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวรก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้และถ้าหากการกระทำนั้นถ้าเป็นผู้ได้โปรแกรมนั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมายและการทำซ้ำชั่วคราวเกิดขึ้นจากการใช้การกระทำดังกล่าวไม่ควรถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนย่อมขจัดปัญหาในการตีความกฎหมายและทำให้กฎหมายมีความแน่นอน รวมทั้งประชาชนจะสามารถทราบถึงขอบเขตของการกระทำได้ว่า การกระทำใดจะเป็นการละเมิดหรือไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยมิได้ตั้งใจที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้และเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้ทราบอย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตนหรือไม่ เพื่อเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อไป