บทที่ 3

กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์

3.1 กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States America) ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว (Developed Country) โดยในปี ค.ศ. 1970 สหประชาชาติ (United Nation) ได้ร้องขอให้มีการศึกษาแนวทางในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากองค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก หรือที่รู้จักกันในนามของ WIPO (World Intellectual Property Organization) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ดูแลทางด้านมาตรฐานและวิธีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญอยู่ 2 ฉบับ ที่อยู่ในความดูแล ได้แก่ อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (Berne Convention) และอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองอุตสาหกรรมสมบัติโดยเฉพาะในเรื่องสิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (Paris Convention) ซึ่งต่อมาทาง WIPO ได้ยกร่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองซอฟต์แวร์ในวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1976 และในปลายปี ค.ศ. 1978 WIPO ได้มีการจัดทำตัวแบบกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองซอฟต์แวร์ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษ (Sui Generic Legislation) แนวคิดของ WIPO นี้ได้รับความสนใจจากประเทศที่กำลังพัฒนาเป็นอย่างมาก รวมทั้งประเทศญี่ปุ่นซึ่งในขณะนั้นยังมีความเจริญและการ พัฒนาทางด้านเทคโนโลยีน้อยกว่าประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมัน แต่ทว่าความพยายามของนานาประเทศภายใต้กรอบพหุภาคีของ WIPO ที่จะแสวงหาแนวทางการคุ้มครองซอฟต์แวร์ที่เหมาะสมต้องหยุดชะงักลง เพราะแรงผลักดันภายในของวงการอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้สภาคองเกรสได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ CONTU (US Commission on New Technology Used of Copyrighted Works) เพื่อพิจารณาแนวทางในการคุ้มครองซอฟต์แวร์ ซึ่งต่อมาในวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 CONTU ได้มีความเห็นว่าควรให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

ข้อเสนอดังกล่าวของ CONTU ได้รับการคัดค้าน และวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักวิชาการจากทั่วไป โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า เนื่องจากซอฟต์แวร์ไม่สามารถอ่านได้ด้วยตาเปล่า การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์จึงมิได้เป็นการเปิดเผยความรู้อะไร

เป็นการตอบแทน ซึ่งแตกต่างจากหนังสือที่อ่านทั่วไปที่ถูกบันทึกความรู้ และถ่ายทอดให้ผู้อื่นรับทราบได้ เช่น สิทธิบัตรที่จะต้องมีการจดทะเบียน นอกจากนั้นการที่ถูกนำกฎหมายลิขสิทธิ์มาคุ้มครองซอฟต์แวร์ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งประดิษฐ์เพื่อประโยชน์ (Utilitarian Work) ซึ่งทำให้เกิดความสับสนในความแตกต่างระหว่างกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งคุ้มครองงานสร้างสรรค์ และกฎหมายสิทธิบัตรที่คุ้มครองการประดิษฐ์ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีเสียงคัดค้านเป็นอย่างมากในการคุ้มครองซอฟต์แวร์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่สภาคองเกรสก็ได้มีมติในวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1980 แก้ไขมาตรา 101 ของรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรม

แต่กฎหมายสิทธิบัตรที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในช่วงปี ค.ศ. 1960 สำนักสิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Patent and Trademark Office (P.T.O. or USPTO)) ยังไม่ยอมรับสิทธิบัตรที่สร้างสรรค์เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ และสิ่งประดิษฐ์ที่อาศัยการคำนวณของซอฟต์แวร์เป็นองค์ประกอบด้วยเหตุผลที่ว่าคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นเพียงวิธีการคำนวณทางคณิตศาสตร์ (Mathematical Algorithms) หลังจากนั้นในช่วงปี ค.ศ. 1968 ทาง P.T.O. ได้มีการปฏิเสธเพิ่มอีกหนึ่งกรณีนั่นคือมองว่าข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Truth) ไม่ใช่สิ่งประดิษฐ์คิดค้น เครื่องจักรกล หรือกรรมวิธีที่สามารถจะรับสิทธิบัตรได้ ในปี ค.ศ. 1970 ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการปฏิเสธและมองว่าการสร้างสรรค์ไม่สามารถที่จะขอจดสิทธิบัตรได้ นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1972 ในคดี Gottschaik V. Benson (อัลกอริทึ่ม) (U.S. Supreme Court, 1972) และคดี Parker V. Flook (อุปกรณ์ที่ช่วยลดสารที่เป็นพิษในระบบท่อไอเสีย และได้มีการใช้อัลกอริทึ่มในการคำนวณ) ได้มีคำพิพากษาตัดสินเช่นเดียวกับปี ค.ศ. 1960 ว่าอัลกอริทึ่มถือว่าเป็นวิธีการคำนวณทางคณิตศาสตร์ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้ด้วยเช่นกัน

ในปี ค.ศ. 1981 ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี Diamond V. Diehr (U.S. Supreme Court, 1981) ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ควบคุมกระบวนการแปรรูปยางดิบไปสู่ผลิตภัณฑ์แผ่นยางที่มีการรีดแล้ว โดยซอฟต์แวร์จะทำการคำนวณอุณหภูมิ และระยะเวลาที่เหมาะสมในการรีดยาง รวมทั้งความหนาของแผ่นยาง เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตร (Patent Examiner) ของ USPTO มีความเห็นว่ากระบวนการเหล่านี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ มาเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องจักรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้มีการตัดสินว่าเครื่องจักรที่ใช้แปรรูปยางดิบไปสู่ผลิตภัณฑ์แผ่นยางโดยอาศัยซอฟต์แวร์คำนวณอุณหภูมิ และเวลาที่เหมาะสมนั้น เป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ นอกจากนี้ ศาลยังให้เหตุผลเพิ่มเติมอีกว่าก่อนหน้าที่จะมีการประดิษฐ์นี้ยังไม่มีใครสามารถคำนวณเวลา และอุณหภูมิที่พอเหมาะ และแม่นยำ

สำหรับการผลิตแผ่นยางคุณภาพที่ดีได้ แม้ว่าข้อถือสิทธิในคำขอรับสิทธิบัตรจะประกอบด้วยสูตรในการคำนวณทางคณิตศาสตร์ แต่การคำนวณดังกล่าวสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมรีดยางได้จริง และสามารถที่จะแก้ไขปัญหาทางเทคนิคของการรีดยางได้ ดังนั้นจึงเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ดังนี้แสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาในคดี Diamond V. Diehr นี้ ส่งผลให้เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการพิจารณาให้สิทธิบัตรแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของ USPTO อย่างมาก

ในข้อ 27.1 ของข้อตกลง TRIPs กล่าวว่าสิทธิบัตรนั้นสามารถขอจดทะเบียนสำหรับสิ่งประดิษฐ์ทั้งหมด โดยไม่สนใจว่าจะเป็นเทคโนโลยีแบบใด กรณีต่อๆ มาได้ขยายการที่สามารถมีสิทธิบัตรของซอฟต์แวร์ในประเทศสหรัฐอเมริกา จนมีรูปแบบเหมือนกันทุกวันนี้ เมื่อมีการผ่อนปรนมากขึ้น จึงไม่สงสัยเลยว่าบริษัทซอฟต์แวร์ต่างๆ ได้รีบทำการจดสิทธิบัตร มีผลทำให้มีการเติบโตของสิทธิบัตรอย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1986 จำนวนสิทธิบัตรที่ได้รับการอนุมัติตามชั้นที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีถึง 3,078 สิทธิบัตร

ในปี ค.ศ. 1992 ศาลอุทธรณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการตัดสินคดี Arrhythmia Research Techology, Inc V. Corazonix Corp ว่าซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการวิเคราะห์สัญญาณไฟฟ้าของคลื่นหัวใจ เพื่อที่จะได้มีการดำเนินการวัดการทำงานของคลื่นหัวใจ ซึ่งเป็นซอฟต์แวร์ที่มีการปรับปรุงการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง (Practical Application) ถือว่าเป็นสิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวสามารถที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ ในที่สุดเมื่อปี ค.ศ. 1996 ทางสำนักสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ USPTO ได้มีการเริ่มต้นที่จะให้ความหมายของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตัวไหนที่ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้

ในปี ค.ศ. 1998 ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาคดี State Street Bank & Trust V. Singature Financial Group โดยศาลได้มีการตัดสินว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ประมวลผลข้อมูลเพื่อคำนวณการซื้อขายกองทุนรวมแบบวงล้อ (Hub and Spoke) สามารถที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ กล่าวคือด้วยวิธีการนี้ กองทุนรวม (Spokes) หลายๆ กองทุนจะถูกดึงเข้ามารวมกันอยู่ในกองทรัพย์สินซึ่งนับเป็นหนึ่งหน่วย (Hub) โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำการวิเคราะห์ค่าของแต่ละกองทุนโดยการคำนวณจากเปอร์เซ็นต์ของการลงทุนใน Hub ข้อมูลเหล่านี้จะมีการรายงานทุกวัน เพื่อใช้ในการรายงานทุกวัน เพื่อใช้ในการติดตามราคาหุ้น และคำนวณความได้เปรียบทางภาษีแก่นักลงทุน ซึ่งศาลชั้นต้นตัดสินว่า ซอฟต์แวร์ดังกล่าวเป็นเพียง Mathematical Algorithm ซึ่งลักษณะเป็นนามธรรมที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาจากเดิมที่มองว่าไม่สามารถที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ทางศาลอุทธรณ์ได้ให้เหตุผลว่า Mathematical Algorithm ดังกล่าวมีการนำไปใช้งานในทางปฏิบัติได้จริง กล่าวคือ การคำนวณราคาหุ้นสุดท้ายที่ถูกบันทึกไว้เป็นข้อมูลเพื่อ รายงาน

แก่นักลงทุน และเป็นที่ยอมรับในกระบวนการซื้อขายหุ้น และต่อเจ้าหน้าที่ผู้กำกับดูแลซื้อขายหุ้น ถือว่าเป็นการสร้างผลลัพธ์ที่มีประโยชน์แน่นอน และจับต้องได้ นอกจากนี้ ศาลยังระบุอีกด้วยว่า วิธีการทางธุรกิจก็สมควรได้รับการพิจารณาเช่นเดียวกับกระบวน หรือกรรมวิธีอื่นที่มายื่นขอรับสิทธิบัตร ดังนั้น หากวิธีการดังกล่าวครบตามมาตรา 101 (การประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่มีความใหม่และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้) ก็ย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ในที่สุด สำนักสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ออกสิทธิบัตร ได้แก่ "ระบบประมวลผลข้อมูลสำหรับเตรียมการให้บริการทางการเงินแบบวงล้อ "Data Processing System for Hub and Spoke Financial Service Configuration" ซึ่งสำนักสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็น Business Method Software นั่นเอง จากคำพิพากษาดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า Business Method ถือว่าเป็นซอฟต์แวร์เป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ (Patentable Subject Matter) ในประเทศสหรัฐอเมริกา และภายหลังจากคำพิพากษาในคดี Diamond V. Diehr และ State Bank & Trust V. Signature Financial Group ได้ยื่นคำร้องขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งปัจจุบันมีการออกสิทธิบัตรแก่ซอฟต์แวร์มากกว่า 40,000 สิทธิบัตรต่อปี ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในปี ค.ศ. 2006 เพียงอย่างเดียว สำนักงานสิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้าประเทศสหรัฐอเมริกาออกสิทธิบัตรซอฟต์แวร์จำนวน 41,144 สิทธิบัตร จากจำนวนสิทธิบัตรทั้งหมดในปีนั้นคือ 336,643 สิทธิบัตร

3.1.1 ขอบเขตการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้ (สิ่งดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการประดิษฐ์)

1) หลักการหรือกฎธรรมชาติ

2) สิ่งที่เปิดขึ้นโดยธรรมชาติ

3) สิ่งพิมพ์

4) กระบวนการเกี่ยวกับจิตใจ

5) สมการทางคณิตศาสตร์ อัลกอริทึมทางคณิตศาสตร์ และวิธีการในการคำนวณ

6) การประดิษฐ์หรือการค้นพบซึ่งมีประโยชน์เฉพาะในการใช้ที่เป็นประโยชน์ในวัตถุปรมาณูพิเศษหรือพลังงานปรมาณูในอาวุธปรมาณูใดๆ ตามพระราชบัญญัติพลังงานปรมาณู[1]

---

[1] กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2008). ***กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศ "International IP Law ประเทศสหรัฐอเมริกา.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman &task=cat_view&gid=705&Itemid=600. [2555, มีนาคม 26].

ดังนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจึงสรุปได้ว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกามีการให้ความคุ้มครองในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และสามารถที่จะยื่นขอรับสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์นั้นๆ ได้อีกด้วย

3.2 กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์

กฎหมายสิทธิบัตรในประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีใหม่ ที่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ เช่น ชุดอุปกรณ์เครื่องมือ เครื่องจักร สารประกอบทางเคมี วัสดุ รวมทั้งกระบวนการหรือขั้นตอนในการผลิต เป็นต้น สำหรับเครื่องโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ที่มีคุณสมบัติพิเศษ กล่าวคือ มีองค์ประกอบทางเทคนิคที่อาจขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรได้ในบางประเทศ แต่ในปัจจุบันประเทศไทยของเรายังไม่มีการรับจดสิทธิบัตรสำหรับผลงานประเภทนี้ หากจะสามารถที่จะจดได้ต้องนำไปทำให้ใช้ร่วมกับชิ้นงาน

3.2.1 ขอบเขตการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร

โดยปกติทั่วไป ประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองผ่านกฎหมายลิขสิทธิ์แก่งานประเภทวรรณกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และงานอื่นใดในแผนกวรรณกรรม แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537[2]

ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของ Source Code และ Object Code อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ให้ความคุ้มครองสิ่งที่เป็น Technical Solution ต่างๆ ดังนั้น องค์ประกอบทางด้านเทคนิค (Functional Elements) ของซอฟต์แวร์ เช่น Menu Command, Specification จึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ในทางตรงกันข้าม หากซอฟต์แวร์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรเฉพาะในต่างประเทศบางประเทศเท่านั้น ส่วนประกอบของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็น Technical Solution ต่างๆ ก็จะได้รับความคุ้มครองด้วย ดังนั้น หากกล่าวถึงระบบกฎหมายสิทธิบัตรโดยภาพรวม สามารถสรุปเรื่องสิทธิบัตรได้ดังนี้คือ

1) สิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ (Invention) ที่เป็นผลิตภัณฑ์ (Product) หรือกรรมวิธี (Process or Method) ที่มีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

(1) เป็นผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่มีความใหม่

---

[2] พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. มาตรา 6.

(2) มีขั้นตอนการผลิตที่สูงขึ้น (Invention Step)

(3) สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial Application)[3]

2) ไม่ให้ความคุ้มครองแก่กฎเกณฑ์ หรือการค้นพบที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เช่น กฎเกณฑ์เรื่องแรงโน้มถ่วงของโลก หรือ E = mc2 ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้[4]

3) เงื่อนไขที่สำคัญของการขอรับสิทธิบัตร คือ ผู้ประดิษฐ์จะต้องเปิดเผยการประดิษฐ์ที่สมบูรณ์ (Disclosure) กล่าวคือ ให้เป็นที่เข้าใจแก่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในสาขาเดียวกันจนสามารถสร้างสิ่งประดิษฐ์แบบเดียวกันขึ้นมา[5]

4) ซึ่งการเปิดเผยการประดิษฐ์ เป็นปรัชญาที่สำคัญของกฎหมายสิทธิบัตร กล่าวคือ กฎหมายสิทธิบัตรให้สิทธิแก่เจ้าของสิทธิบัตรแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย หรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีตามสิทธิบัตรเป็นระยะเวลาที่จำกัด (20 ปีนับแต่ยื่นคำขอจดทะเบียน) เมื่อสิทธิบัตรหมดอายุลงแล้วความรู้ที่ได้เปิดเผยในกระบวนการยื่นจดสิทธิบัตรจะตกเป็นสาธารณสมบัติของสาธารณะ (Public Domain) ต่อไป[6]

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เป็นที่น่าเชื่อถือกันว่า "การให้สิทธิเด็ดขาดในระยะเวลาอันจำกัด" ตามระบบกฎหมายสิทธิบัตรเป็นการสร้างแรงจูงใจ หรือการกระตุ้นให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ๆ สู่สังคมมากยิ่งขึ้น ซึ่งในที่สุดองค์ความรู้เหล่านี้จะตกเป็นสาธารณะให้ผู้อื่นได้เรียนรู้ต่อไป อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจำเป็นต้องคำนึงการรักษาสมดุลระหว่างผลประโยชน์ และประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งสิ่งใดสิ่งหนึ่งมีน้ำหนักมากเกินไป สังคมจะไม่ได้รับประโยชน์สูงสุด

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 บัญญัติว่า "การประดิษฐ์ต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ...

(1) จุลชีพ และส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติสัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช

(2) กฎเกณฑ์ และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์

(3) ระเบียบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

(4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์

---

[3] พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. มาตรา 5(1), (2), (3) ประกอบมาตรา 6, มาตรา 7 และมาตรา 8.

[4] พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. มาตรา 9.

[5] พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. มาตรา 17.

[6] พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. มาตรา 35.

(5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อนามัย หรือสวัสดิภาพของประชาชน[7]

ดังนั้น จากมาตรา 9(3) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรไทยไม่ให้ความคุ้มครองแก่ "ซอฟต์แวร์" หรือ "โปรแกรมคอมพิวเตอร์"

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในรูปของผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่มีโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นส่วนประกอบ (Software-related invention) ซึ่งมีลักษณะของการทำงาน (Function) ที่แก้ไขในทางเทคนิคอย่างใดอย่างหนึ่งได้ (Practical Application) และบางประเทศที่ยังให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้กับวิธีทางธุรกิจ (Business Methods) แต่สำหรับประเทศไทย อาจมีการอนุโลมให้แก่สิทธิบัตรการผลิตที่มีการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นส่วนประกอบ (Software-related invention) เท่านั้น

กรณีการจดทะเบียนสิทธิบัตรการผลิตที่มีการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นส่วนประกอบ กลับกลายมาเป็นสิ่งที่มีการยอมรับกันทั่วโลก แต่สำหรับประเทศไทยยังมีการรอสำหรับสถานการณ์ในประเทศต่างๆ เพื่อที่จะนำข้อมูลที่ได้รับมาดำเนินการศึกษา ปรึกษา รวมทั้งหาข้อสรุปในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะมีการตัดสินใจว่าควรมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือไม่ ความก้าวหน้าในเรื่องของสิทธิบัตรการผลิตที่มีการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นองค์ประกอบที่ผ่านมาเมื่อเร็วๆ นี้ ได้มีการตั้งคำถามว่าสิทธิบัตรการผลิตที่มีการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นส่วนประกอบ และวิธีการทางธุรกิจนั้นจะถูกอนุญาตภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยหรือไม่ โดยในประเทศไทยได้มีการศึกษาโดยมุ่งเน้นไปที่ 2 ส่วนหลักๆ ที่ได้มีการพัฒนาทางด้านนี้ ได้แก่ ส่วนที่หนึ่ง คือส่วนของสหภาพยุโรป (European Union) ยังมีความพยายามประสานงานในเรื่องของสิทธิบัตรของทางสหภาพยุโรปกับสิทธิบัตรของนานาชาติ โดยมีการเสนอให้มีคำสั่งของรัฐสภายุโรปในการที่จะสามารถขอจดทะเบียนสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ และส่วนที่สอง ก็คือ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการตัดสินใจ ในการที่จะขอขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปจนถึงวิธีการในทางธุรกิจ

---

[7] พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. มาตรา 9.

3.3 กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์

3.3.1 ขอบเขตการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

มาตรา 6 บัญญัติว่า "งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่ภาพแพร่เสียง หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธี หรือระบบหรือวิธีใช้ หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์"

มาตรา 4 บัญญัติว่า "วรรณกรรม หมายความว่า งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หมายความว่า คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้คอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด"

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือว่าเป็นงานวรรณกรรมอย่างหนึ่ง จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้ และภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 6 โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้น จะต้องเป็นการให้ความคุ้มครองในลักษณะของการแสดงออกหรือรูปแบบของการแสดงออกซึ่งความคิดเท่านั้น โดยไม่คำนึงว่าการแสดงออกดังกล่าวนั้นจะแสดงออกโดยวิธีใดหรือรูปแบบใดก็ตาม[8] เช่น การแสดงออกเป็นภาษาซี ภาษาปาสคาล ซึ่งถ้าผู้ใดนำไปทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น สำหรับส่วนที่เป็นความคิดในการสร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อันได้แก่ หน้าที่ การทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โครงสร้างของโปรแกรม ลำดับขั้นตอนของโปรแกรม การจัดวางองค์ประกอบของโปรแกรม ความรู้สึกโดยทั่วไป (Look and Feel) ส่วนที่ติดต่อกับผู้ใช้แบบกราฟฟิก (Graphic user interface) ลำดับคำสั่ง (Command Sequence) และตัวเลือกในรายการ (Menu Choice) จึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์[9]

---

[8] ปริญญา ดีผดุง. (2547). ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์. ใน นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ). *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่มที่ 2* (หน้า 465). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

[9] เรื่องเดียวกัน, หน้า 467.

3.3.2 การกระทำแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ถือว่าเป็นการละเมิด

ตามมาตรา 30 บัญญัติว่า "การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าได้กระทำต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว"

ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 30 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีอยู่ 4 ประการ ดังนี้

1) การทำซ้ำ มาตรา 4 ให้ความหมายไว้ ดังนี้

"ทำซ้ำ หมายความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใดไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน"

การทำซ้ำในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 30(1) นั้น จะเห็นได้ว่า ซึ่งการทำซ้ำในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้มีความหมายว่า คัดลอก หรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใดไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน (ตามมาตรา 4)

โดยภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะทำการคัดลอกหรือทำสำเนางานที่เขามีลิขสิทธิ์ บุคคลอื่นจะกระทำการดังกล่าวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้มีลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้ และการคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางตรงกันข้ามถ้าหากบุคคลนั้นไม่ได้คัดลอก ทำสำเนาหรือดัดแปลง หากแต่เขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาจากความคิดของตัวเอง แม้ว่าสำเนาที่เขียนขึ้นมานั้นจะคล้ายคลึงกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น

กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และบุคคลทั้งสองต่างก็มีลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน[10]

การให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ เกี่ยวกับการคัดลอกหรือทำสำเนาที่เป็นการกระทำละเมิดนั้นอาจเป็นการลอกเลียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่เป็นการลอกเลียนเพียงบางส่วน ส่วนที่มีการลอกเลียนจะต้องเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน ซึ่งส่วนที่เป็นสาระสำคัญนี้ กฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง โดยกฎหมายปล่อยให้เป็นไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตีความและกำหนดหลักเกณฑ์เป็นบรรทัดฐานขึ้น

สำหรับความแตกต่างประการสำคัญระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับงานวรรณกรรมประเภทอื่นนั้น จะเห็นได้ว่า ในการใช้ประโยชน์จากงานวรรณกรรมทั่วไป ผู้ใช้ประโยชน์ไม่จำเป็นต้องคัดลอกหรือทำสำเนางานวรรณกรรมนั้น เช่น ผู้ที่ต้องการอ่านหนังสือเพียงแต่หยิบหนังสือขึ้นมาอ่านโดยที่ไม่ต้องกระทำใดๆ อันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือทำสำเนาหนังสือนั้น แต่สำหรับกรณีของการใช้งานในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ผู้ใช้งานจำเป็นต้องคัดลอกหรือทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นทุกครั้ง เนื่องจากการโหลดโปรแกรมลิขสิทธิ์เพื่อใช้งาน จะต้องมีการบรรจุโปรแกรมจากหน่วยเก็บข้อมูลลงในหน่วยความจำหลักของเครื่องคอมพิวเตอร์เสียก่อน จึงจะทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถทำงานได้ และเมื่อผู้ใช้ปิดเครื่องหลังจากเสร็จการใช้งานแล้ว โปรแกรมที่บรรจุอยู่ในหน่วยความจำหลักนั้นก็จะหายไป[11]

จากกรณีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีของการใช้งานในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต้องมีการคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมไว้ในหน่วยความจำหลักของเครื่องเป็นการชั่วคราว หรือการทำสำเนาโปรแกรมเก็บไว้เป็นโปรแกรมสำรอง (Back-up copy) ถือว่าเป็นการทำซ้ำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ใน มาตรา 35 ให้ถือว่าการทำโปรแกรมสำรองไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายได้ให้อำนาจแก่ผู้ซื้อ หรือผู้ที่ได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้องสามารถทำสำเนาโปรแกรมสำรองในจำนวนที่สมควร เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย โดยผู้กระทำจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร[12] ดังนั้น ในประเทศไทยผู้ที่ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถ

---

[10] จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2539). ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์. *วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช*, ปีที่ 9 (ฉบับที่ 1), หน้า 114-115.

[11] บัณฑิต หลิมสกุล. (2547). ***ขอบเขตการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์.*** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 358-360.

[12] ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). ***คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์.*** กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 224-226.

ทำโปรแกรมสำรองเก็บไว้ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้มีลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจะยินยอมหรือไม่

2) การดัดแปลง มาตรา 4 ให้ความหมายไว้ดังนี้

"ดัดแปลง หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึง ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่"

จากความหมายของการดัดแปลงดังกล่าวนั้น จะเห็นได้ว่า การดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันเป็นการกระทำละเมิด ตามมาตรา 30(1) นั้น หมายถึง การทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน" เช่น การแปลหนังสือ ไม่ว่าจะเป็นการแปลตำราภาษาอังกฤษมาเป็นภาษาไทย หรือการนำนวนิยายไปแสดงเป็นละคร เป็นต้น ล้วนถือว่าเป็นการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรม ทั้งนี้เนื่องจากการดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความหมายที่ค่อนข้างกว้าง เพราะรวมถึงการเปลี่ยนแปลงรูปใหม่ การเพิ่มรายละเอียด และการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญทุกลักษณะ[13] เช่น การนำโปรแกรมไปใส่รายละเอียดเพิ่มหรือตกแต่งดัดแปลงเพิ่มเล็กน้อย ในภาษาปฏิบัติจะเรียกว่า "การทำโปรแกรมอนุพันธ์" เป็นการสร้างโปรแกรมในลักษณะที่ว่ามีรายละเอียดปลีกย่อยเพิ่มเติมมากขึ้น หรือการนำเอาโปรแกรมย่อยของคนอื่นมารวมเป็นโปรแกรมใหม่ หรือการแปลโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากภาษาหนึ่งไปเป็นอีกภาษาหนึ่ง[14] ล้วนถือว่าเป็นดัดแปลงอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น

3) การนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของการเผยแพร่ต่อสาธารณชนไว้ดังนี้

"เผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น"

---

[13] จักรกฤษณ์ ควรพจน์. อ้างแล้ว. หน้า 116.

[14] สุภาภรณ์ วิเชียรกุล. (2540). ***กฎหมายลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับนักศึกษา: กรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาเรื่องการใช้งานโดยชอบธรรม***. วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาเทคโนโลยีการศึกษา, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 42-43.

การเผยแพร่ต่อสาธารณชนในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น การกระทำอันถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 30(2) โดยการนำเอาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้น หมายถึง การนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยวิธีต่างๆ เช่น สาธิตการใช้หรือเผยแพร่โปรแกรมผ่านระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือการทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นกระจายออกไปในลักษณะต่างๆ เป็นต้น[15] ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้น จำเป็นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีลิขสิทธิ์เสียก่อน ทั้งนี้ เนื่องจากภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ผู้มีลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการให้เช่าต้นฉบับหรือเช่าสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 15(3) เท่านั้น ดังนั้น ถ้าหากบุคคลอื่นให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้มีลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดตามมาตรา 30(3) ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าว นอกจากจะเป็นการทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ขาดทุนแล้ว ยังเป็นการเปิดช่องให้ผู้อื่นที่มาเช่าเอาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไปทำสำเนาต่อและนำเอาไปใช้งานต่อไปเรื่อยๆ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก[16]

ภายใต้หลักเกณฑ์ของตามมาตรา 4 เกี่ยวกับคำจำกัดความของคำว่า "การทำซ้ำและการดัดแปลงในส่วนของโปรแกรม" นั้น จะเห็นได้ว่า การทำซ้ำในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายรวมความถึง การคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ส่วนการดัดแปลงในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความรวมถึงการทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่[17] ดังนั้น เมื่อกระบวนการทำวิศวกรรมย้อนกลับเป็นกระบวนการที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพราะในการทำวิศวกรรมย้อนกลับนั้น โปรแกรมที่จะใช้ในการเปลี่ยน Object Code ให้เป็น Source Code ซึ่งเรียกว่า Decompiler จะทำซ้ำ Object Code เป็นจำนวนหลายหมื่นสำเนา เพื่อที่จะเปลี่ยนหรือถอดรหัส Object Code นั้นให้กลายมาเป็น Source Code ทีละเล็กทีละน้อย กระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ทำให้ทราบถึงรหัสต่างๆ ที่ผู้สร้างโปรแกรมเขียนขึ้น ซึ่งพอจะเปรียบเทียบได้กับการแปลวรรณกรรมนั่นเอง

---

[15] จักรกฤษณ์ ควรพจน์. อ้างแล้ว. หน้า 117-118

[16] ไชยยศ เหมะรัช. อ้างแล้ว. หน้า 198.

[17] พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. มาตรา 4.