

## บทที่ 4

### ผลการวิเคราะห์ข้อมูล

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเพื่อ ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา ผู้วิจัยดำเนินการเก็บรวบรวมข้อมูล และเสนอผลการเปรียบเทียบเรียงลำดับหัวข้อ ดังต่อไปนี้

1. วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์
2. ความคิดในงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง
3. ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย กับ การใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา

#### 3.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา

#### 3.2 กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้กระทำได้

### วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

#### สหรัฐอเมริกา

วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา "เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าในศาสตร์และศิลปอันมีประโยชน์" (To promote the progress of science and useful arts)

กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลทั่วไป ที่สมควรได้รับประโยชน์จากงานที่มีผู้สร้างสรรค์ขึ้นและเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ คือ สามารถนำเอางานมาใช้ในการพัฒนาความรู้-ความสามารถ และศักยภาพของบุคคลแต่ละคน อันถือเป็นความชอบธรรมที่กฎหมายจะพึงให้ความคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชน (public interest) อยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ (exclusive right)

วัตถุประสงค์พื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงไม่ใช่การส่งเสริมประโยชน์ของเอกชน ให้มีอำนาจเหนืองานสร้างสรรค์ โดยวิธีการให้ความคุ้มครองแบบผูกขาด (monopoly) หรือให้รางวัล (reward) แก่ผู้สร้างสรรค์ จนลืมนึกถึงความเป็นธรรมที่บุคคลในสังคมสมควรจะได้รับ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาด้านต่าง ๆ ในลักษณะของการส่งเสริมความก้าวหน้าในศาสตร์ (science) ทุกแขนงวิชา (knowledge of all kinds) (Seltzer 1978, 8) และศิลปินก็มีประโยชน์ ถึงแม้ว่าจะเป็นภาระกระทบกระเทือนผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์อยู่บ้าง แต่เมื่อดำเนินถึงความเป็นธรรมและประโยชน์อื่นจะตกแก่บุคคลในสังคมและประเทศชาติแล้ว จำเป็นต้องรื้อถอนสิทธิของผู้สร้างสรรค์บางส่วนภายใต้กรอบแห่งการให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมตามกฎหมาย

#### ตัวอย่าง การชิงผลประโยชน์ระหว่างเอกชนและสาธารณชน

คดีระหว่าง Synercom Technology Inc. v. University Computing.

บริษัท ซินเนอร์คอม เทคโนโลยี ได้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ในการคำนวณวิเคราะห์โครงสร้าง (structural analyses) ชื่อ STRAN ต่อมาได้ถูกบริษัท อีดีไอ (EDI) ลอกเลียนวิธีการจัดลำดับข้อมูล ซึ่งมีรูปแบบแตกต่างกัน 13 ชุด มาใส่ไว้ในโปรแกรม SACS นอกจากนี้ยังลอกเลียนหนังสือคู่มือการใช้โปรแกรม STRAN มาเพื่อใช้กับหนังสือคู่มือการใช้โปรแกรม SACS ด้วย ศาลได้แยกการพิจารณาคดีนี้ออกเป็น 2 ส่วน คือ

1. การคัดลอกหนังสือคู่มือการใช้โปรแกรม STRAN ศาลตัดสินให้จำเลยต้องชดเชยค่าเสียหาย และยุติการทำละเมิด
2. การละเมิดในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ พิจารณาจากข้อเท็จจริงได้ว่าจำเลยได้ลอกเลียนวิธีการจัดลำดับข้อมูลของโจทก์จริงจึงมีความคิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เนื่องจากว่าวิธีการที่ถูกลอกเลียนดังกล่าวเป็นวิธีการที่ผู้ใช้โปรแกรมยอมรับอย่างแพร่หลายในการปฏิบัติ โดยผู้พิพากษาได้ยกตัวอย่างของวิธีการเข้าเกียร์รถยนต์ว่ามีรูปแบบในการปฏิบัติเพียงวิธีเดียว อันเป็นรูปแบบมาตรฐานที่บริษัทรถยนต์ทุกแห่งต้องผลิตตามแบบเช่นนั้น เพื่อให้ผู้ขับขี่รถยนต์ทุกคนสามารถขับขีรถยนต์ของผู้ผลิตแต่ละบริษัทได้โดยไม่ต้องปรับเปลี่ยนหรือเรียนรู้วิธีที่ใช้ในการเข้าเกียร์ใหม่ เพราะเมื่อคำนึงถึงว่าผู้ใช้

โดยไม่ต้องปรับเปลี่ยนหรือเรียนรู้วิธีที่ใช้ในการเข้าเกียร์ใหม่ เพราะเมื่อคำนึงถึงว่าผู้ใช้เป็นผู้ได้รับประโยชน์ ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การลอกเลียนวิธีการจัดลำดับข้อมูลได้กลายมาเป็นรูปแบบมาตรฐานที่บริษัทผู้พัฒนาโปรแกรมนำมาใช้เป็นแบบอย่าง เพื่อให้ผู้ใช้ทั่วไปสามารถปรับเปลี่ยนโปรแกรมใช้ได้อย่างหลากหลาย โดยไม่ต้องเรียนรู้และฝึกฝนใหม่

ผู้พิพากษาคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชน อยู่เหนือสิทธิประโยชน์ของเอกชนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อให้เกิดมาตรฐานในการพัฒนาโปรแกรมเกี่ยวกับเครื่องใช้ และได้ตัดสินว่า "วิธีการจัดลำดับข้อมูล" เป็นเพียงความคิด จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาอีกหลายคดีที่ศาลตัดสินโดยคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนเป็นประเด็นหลัก

### ประเทศไทย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย กำหนดไว้ว่า "เพื่อให้ความคุ้มครองและป้องกันผลประโยชน์ ซึ่งบุคคลจะพึงได้รับจากผลงานอันเกิดจากสติปัญญาของผู้สร้างสรรค์โดยมุ่งหมายให้บุคคลทั่วไปเคารพในสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตราบเท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของสาธารณชน"

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ให้ความสำคัญแก่ ประโยชน์ของสาธารณชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนผู้สร้างสรรค์ เช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา อันถือเป็นวัตถุประสงค์หลักที่ช่วยให้บุคคลแต่ละคนในสังคม สามารถนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้โดยเฉพาะถ้าเป็นกรณีของการให้ความรู้แก่บุคคลทั่วไป

นอกเหนือจากประโยชน์ของสาธารณชน ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศทั้ง 2 ถือเป็นวัตถุประสงค์หลักที่ต้องนำมาใช้ในการพิจารณาเป็นประการแรกแล้ว เพื่อเป็นการยืนยันถึงความเป็นธรรม ที่กฎหมายจะพึงให้แก่สังคมได้ใช้ประโยชน์จากงานอย่างเต็มที่แล้ว ได้มีการบัญญัติถึงสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองถึงคือ ความคิด (idea) ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

## ความคิดในงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง

### สหรัฐอเมริกา

มาตรา 102 (b) "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึง ความคิด (idea), ขั้นตอน (procedure), กรรมวิธี (process), ระบบ (system), วิธีการปฏิบัติ (method of operation), แนวความคิด (concept), หลักการ (principle), หรือการค้นพบ (discovery) โดยให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกของความคิดที่เป็นการพรรณนา (described) การอธิบาย (explained) ตัวอย่าง, ภาพประกอบ (illustrated) หรือการแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรม (embodied in such work)

### ประเทศไทย

มาตรา 6 วรรค 2 บัญญัติไว้ว่า "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิดหรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์"

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและสหรัฐอเมริกา ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดในงานสร้างสรรค์ เพื่อให้สังคมได้รับประโยชน์จากความคิดที่ใช้ในการสร้างงานขึ้นมา คือ สามารถนำเอาความคิดมาใช้ได้โดยอิสระ เพราะความคิดเป็นเพียงนามธรรมที่ใครก็สามารถคิดเหมือนกัน หรือแตกต่างกันก็ได้ ความคิดเป็นพื้นฐาน (infrastructure) ในการพัฒนาสรรพสิ่งทั้งหลายทั้งปวง บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะใช้ความคิดของตนโดยเสรี ถ้ากฎหมายลิขสิทธิ์ยอมให้ผู้สร้างสรรค์คนแรก มีสิทธิเด็ดขาดเหนือความคิดในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมา เท่ากับเป็นการริดรอนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และเป็นการบั่นทอนกำลังใจของบุคคลทั่วไป ไม่สามารถพัฒนางานชิ้นใหม่จากความคิดที่เหมือนกันได้ และเพื่อผลทางด้านการพัฒนาบุคคลทั่วไปสามารถนำเอาความคิดในงานมาใช้เพื่อพัฒนาความคิดของตนขึ้นใหม่ ในลักษณะของการต่อยอด เป็นการขยายวงของความคิดแบบทวีคูณซึ่งในที่สุดผลประโยชน์จะตกแก่บุคคลในสังคม

เดิมกฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติขึ้นมา เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานในทางศิลปด้วยระยะเวลาการคุ้มครองที่ยาวนาน คือ ตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์บวก 50 ปี หรือในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ร่วมกันหลายคน ให้ลิขสิทธิ์ในงานมีอยู่ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายและมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปี เท่ากับอายุในการให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างต่ำเกิน 50 ปีขึ้นไป เหตุผลเพราะว่าในอดีตศิลปินที่ได้สร้างงานขึ้นมาเช่น งานเพลง, นวนิยาย, ภาพวาด, ภาพปั้น ฯ จะมีชื่อเสียงภายหลังจากได้เสียชีวิตลงแล้ว ผลงานถึงมีคุณค่าขึ้นมาโดยซื้อหากันในราคาสูง เจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ ต้องการให้ทายาทได้รับประโยชน์จากผลงานที่มีมูลค่าเพิ่มขึ้นมา ในช่วงระยะเวลา 50 ปี ภายหลังจากเจ้าของผลงานเสียชีวิตลง (เจดี 2538, 192)

เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ ให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในปี พ.ศ.2537 เป็นช่วงที่ประเทศกำลังพัฒนาไปสู่ความเจริญก้าวหน้าทางด้านต่าง ๆ ในการพิจารณาถึงระดับของการพัฒนาประเทศ ดูได้จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ประเทศไทยถูกจัดอันดับให้เป็นประเทศกำลังพัฒนา จำเป็นจะต้องพึงพิงปัจจัยหลายประการจากต่างชาติเพื่อนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศ โดยเฉพาะเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์

ประเทศไทยบัญญัติกฎหมายภายในประเทศให้ความคุ้มครองแก่ โปรแกรม-คอมพิวเตอร์ ในระดับเดียวกันกับประเทศผู้นำทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ อันเป็นการขัดแย้งกับกลไกของการถ่วงดุลผลประโยชน์ระหว่างประเทศ และที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ GSP อันเป็นระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร ที่ประเทศพัฒนาแล้วยกเว้นอัตราค่าภาษีเพื่อช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนา ให้สามารถกำหนดราคาที่เหมาะสมในการค้าขายแข่งขันได้ GSP เป็นการยกเว้นที่มีกำหนดระยะเวลาภายใต้กฎเกณฑ์ที่ประเทศพัฒนาแล้วกำหนดขึ้นมาและประเทศกำลังพัฒนาต้องปฏิบัติตาม GSP จึงไม่ใช่สิ่งถาวร แต่ถูกกำหนดขึ้นด้วยเกณฑ์มาตรฐานที่ขึ้นอยู่กับความพอใจของประเทศผู้ให้เท่านั้น GSP ได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือต่อรองกับนานาอารยประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วยเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของคณาติสหรัฐอเมริกาอันถือเป็นเกมการเมือง ที่สหรัฐอเมริกาต้องการวางมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของคณาติสหรัฐอเมริกาอย่างถาวรตลอดไป โดยอาศัยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นเครื่องมือ

ฌูแมน (Schumann 1990, 171) ได้วิเคราะห์ถึงปัญหาที่ประเทศไทยต้องประสบกับการพัฒนาประเทศไว้ 3 ประการคือ การขาดแคลนวัตถุดิบ การขาดแคลนแรงงานที่มีฝีมือ (skilled worked) และโครงสร้างพื้นฐานของประเทศที่ด้อยพัฒนา (under developed infrastructure) อันหมายถึง พื้นฐานทางการศึกษาของประชาชนในชาติงานทุกอย่างไม่อาจบรรลุผลตามที่ตั้งไว้ ถ้าปราศจากซึ่ง มนุษย์อันเป็นหัวใจของการพัฒนา การให้ความรู้แก่บุคลากรในชาติ ด้วยวิธีการให้การศึกษาผ่านระบบการศึกษาโดยตรงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอสำหรับยุคเทคโนโลยีสารสนเทศเช่นปัจจุบัน ที่วิทยาการความรู้หลังไหลเข้ามาอย่างท่วมท้น บุคคลทั่วไปต้องสามารถเข้าถึง (access) ข้อมูลและความรู้ต่าง ๆ ได้โดยสะดวก และนำเอาข้อมูลความรู้เหล่านั้นมาใช้ประโยชน์ได้ โดยไม่ถูกจำกัดจากบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับโลกแห่งวิทยาการความรู้

ในฐานะประเทศกำลังพัฒนาผลประโยชน์ของชนในชาติเป็น สิ่งที่รัฐต้องให้การปกป้องนอกเหนือจากการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ด้วยการนำเอาความคิดในงานสร้างสรรค์ของต่างชาติมาใช้ได้ โดยไม่ถูกจำกัด หรือถูกตีกรอบอย่างเคร่งครัด เพราะพื้นฐานของความรู้ต่าง ๆ ประกอบไปด้วยความคิดและการแสดงออกของความคิด ในการถ่ายทอดวิทยาการความรู้หมายความว่าบุคคลทั่วไปต้องสามารถนำเอาความคิดในงานมาใช้ได้โดยอิสระ ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ กำหนดระยะเวลาในการคุ้มครองไว้นานมากเกินไปจนกว่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณชนในการเรียนรู้ท่ามกลางเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลง คือ พัฒนาอย่างรวดเร็ว และล้าสมัยอย่างรวดเร็วเช่นกัน เทคโนโลยีที่ล้าสมัย (obsolete) เมื่อกาลเวลาผ่านไป กฎหมายยังคงให้ความคุ้มครองอยู่ และเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นมาใหม่ก็ได้รับความคุ้มครองอีก

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์มากมาย แต่ละคดีศาลต้องเป็นผู้พิจารณาวางหลักเกณฑ์ (judge learned hand) ขึ้นใหม่นอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมาย อันเป็นอำนาจที่ศาลสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้ตามระบบของกฎหมายจารีตประเพณี (the common law system) เกิดเป็นแนวคำพิพากษาของศาล (the doctrine of precedent) สำหรับใช้บังคับแก่คดีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศยุคต่อ ๆ มา และได้กลายมาเป็นประเด็นปัญหาแก่ประเทศต่าง ๆ นำมาพิจารณาถึงความ

เหมาะสมในการประยุกต์ใช้ให้สอดคล้องกับ ระบบกฎหมาย และระดับของการพัฒนา ประเทศที่แตกต่างกัน

คดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของสหรัฐอเมริกาในยุคแรก เป็นการกระทำละเมิดแบบตรงตัว จากสื่อบันทึกชนิดต่าง ๆ ศาลจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์จากคำนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับความคุ้มครองให้หมายความถึง ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทุกชนิด, โปรแกรมคอมพิวเตอร์ชนิดต่าง ๆ, สื่อสำหรับใช้บันทึกทุกชนิด, คู่มือการใช้-เอกสารประกอบที่ถูกผลิตมาเพื่อใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ๆ ต่อมาผู้กระทำละเมิดได้พัฒนาวิธีการ คือ คัดลอกความคิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ ที่ไม่ใช่ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้เพียงบางส่วนจนศาลต้องวางหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่มาใช้ในการพิจารณาคดี คือ ความเหมือนคล้ายกันอย่างมากของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 2 โปรแกรม (substantial similarity) พิจารณาโดยอาศัย หลักทัศนลักษณะ (look and feel) ซึ่งพัฒนามาจาก หลักแนวความคิดและรู้สึก (concept and feel)

#### ตัวอย่าง ความคิดในงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง

คดีระหว่าง Synercom Technology, Inc. v. University Computing, Co.

จำเลยได้ลอกเลียน "รูปแบบการป้อนข้อมูล" จากโปรแกรมของโจทก์ ซึ่งแตกต่างกันถึง 13 ชุดมาใช้ ศาลตัดสินว่า รูปแบบดังกล่าวเป็นเพียงความคิดที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ศาลได้พิจารณาคดีนี้โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ที่ให้ความสำคัญแก่ประโยชน์ของสาธารณชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

#### ตัวอย่าง ความคิดในงานที่ได้รับความคุ้มครอง

คดีระหว่าง Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Denta Laboratory, Inc.

ศาลสหรัฐอเมริกา ได้นำหลัก "ทัศนลักษณะ" (look and feel) มาใช้ในการพิจารณาว่ามีความคล้ายคลึงกันอย่างมากในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน (substantial similarity) คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ 2 โปรแกรม คดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางถึงคำพิพากษาของศาล ที่ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยศาลให้เหตุผลว่าจำเลยสามารถนำเอาความคิดใน

งานของโจทก์มานำเสนอด้วยวิธีการแสดงออก ให้แตกต่างไปจากงานของโจทก์ได้อย่างสิ้นเชิง ถือเป็นการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ เพื่อจำแนกความคิดออกจากการแสดงออกของความคิด คือ ถ้าความคิดดังกล่าวสามารถใช้วิธีการแสดงออกได้เพียงวิธีเดียว การแสดงออกของความคิดในงานของโจทก์เทียบได้กับความคิดที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือจำเลยได้ลอกเลียนโครงสร้างทั้งหมด (overall structure) ในโปรแกรมของโจทก์มาเขียนขึ้นใหม่ให้แตกต่างไปจากเดิม ศาลให้เหตุผลว่า ในการลอกเลียนโครงสร้างจากงานของโจทก์มาใช้ทั้งหมด จำเลยจะทำได้อย่างไร ถ้าไม่มีการลอกเลียน object code หรือ source code มาใช้ ประกอบกับได้เคยมีการตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานวรรณกรรมไว้ว่า การลอกเลียนเค้าโครงเรื่อง (plot) ในงานวรรณกรรมเป็นการละเมิด พิจารณาโดยอาศัยหลักแนวความคิดและรู้สึก (concept and feel) ว่ามีความเหมือนกันในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงาน ดังนั้น เมื่อมีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะงานวรรณกรรม ก็น่าจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยปรับเป็นหลักทศนลักษณะ แต่จำเลยได้ต่อสู้ว่าเหตุผลของศาลไม่เหมาะสมสำหรับนำมาใช้ในคดีเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองเฉพาะการแสดงออกของความคิดเท่านั้น และโครงสร้างในงานที่จำเลยลอกเลียนนำมาใช้ เป็นเพียงความคิดที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง ศาลได้แย้งกลับว่า โครงสร้างโปรแกรมของโจทก์ที่จำเลยลอกเลียนมานำใช้นั้น จำเลยสามารถเขียนขึ้นใหม่ให้แตกต่างไปจาก โครงสร้างโปรแกรมของโจทก์ได้อย่างสิ้นเชิง เพราะรายละเอียดของโครงสร้าง (details) ในโปรแกรมของโจทก์ ถือเป็นการแสดงออกที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย (Ladas and Parry 1990, 8)

คำพิพากษาในคดีนี้ได้กลายมาเป็นแนวทางแก่ศาลอื่น ๆ ของสหรัฐอเมริกา นำมาใช้ตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันอีกหลายคดี เช่น รายการที่ปรากฏบนหน้าจอ (menu) ในขณะที่เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงาน ได้รับความคุ้มครองในฐานะงานโสตทัศนยะ ศาลใช้หลักเดียวกันคือ ทศนลักษณะมาใช้ในการพิจารณาคดี เท่ากับว่า ศาลสหรัฐอเมริกาได้ขยายขอบเขตของการให้ความคุ้มครองแก่การแสดง



ออกของความคิดไว้กว้างขวางมาก จนเกินวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการให้สาธารณชนได้รับประโยชน์ จากการนำเอาความคิดในงานมาใช้ได้โดยชอบธรรม

ในการนำหลักทัศนลักษณะมาใช้พิจารณาตัดสิน คดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มากเกินไปจนจะเป็นการส่งเสริมให้มีการแข่งขันโดยเสรี ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อนักพัฒนาโปรแกรม เมื่อต้องการพัฒนาโปรแกรมใหม่ๆ ขึ้นมา ต้องถูกจำกัดรูปแบบ และวิธีการที่จำเป็นต้องใช้ในการพัฒนาด้วยแนวคำพิพากษาของศาล ที่ศาลเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา นอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมาย อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ที่ต้องการให้สังคมโดยรวมได้ใช้ประโยชน์จากงานโดยอิสระ และสามารถพัฒนางานขึ้นใหม่ได้ โดยไม่ถูกจำกัดขอบเขตที่ไม่สอดคล้องกับหนทางในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์

คดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในยุคต่อมาศาลได้พยายามวางเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความคล้ายคลึงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (substantial similarity) ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 2 โปรแกรม โดยยังคงนำหลัก "ทัศนลักษณะ" มาใช้เป็นแนวทางเพื่อพิจารณาวางเกณฑ์ ในการตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่ เพื่อให้แนวคำพิพากษาดำเนินคดีของศาลมีความเหมาะสมกับกลไกของสังคม ที่ต้องการใช้ประโยชน์จากงานในราคาที่เป็นธรรม สร้างระบบการแข่งขันโดยเสรี เพื่อให้สอดคล้องกับการพัฒนาของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา คือ การทดสอบ 3 ขั้นตอน (test) ดังนี้

1. abstraction test เป็นการจำแนกความคิดที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง ออกจากการแสดงออกของความคิด

2. filtration test เป็นการกรององค์ประกอบต่าง ๆ ที่สามารถนำมาใช้ในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยชอบธรรม

3. comparison test การเปรียบเทียบความคล้ายคลึงกันในสาระสำคัญของโปรแกรมต้นฉบับและโปรแกรมลอกเลียน ภายหลังจากผ่านขั้นตอนที่ 1 และ 2 แล้ว

เนื่องจากการพัฒนาเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ต้องกระทำอย่างเป็นขั้นตอน ตามที่ได้มีการวางแผนและออกแบบไว้อย่างเป็นระบบเพื่อผลทางด้านประสิทธิภาพและ

องค์ประกอบของการทำงานที่เชื่อมโยงสัมพันธ์กัน เพื่อเอื้อประโยชน์ต่อผู้ทำให้การพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลำดับต่อมาจำเป็นต้องใช้กลยุทธ์ที่แตกต่างจากเดิม โดยคิดค้นและพัฒนาให้มีความซับซ้อนมากขึ้น เมื่อนำการทดสอบ 3 ขั้นตอน มาใช้กับรูปแบบในการป้อนเข้าและรับออกข้อมูล (input and output format) ส่วนประสานกับผู้ใช้ (user interfaces) จึงเกิดความไม่เหมาะสม เนื่องจากรูปแบบและส่วนประสานดังกล่าว ไม่ถูกจำกัดด้วยปัจจัยภายนอก ของการทดสอบในขั้นตอนที่ 2 คือ ขั้นตอนการกลั่นกรอง (filtration) เพราะผู้ใช้สามารถใช้วิธีการแสดงออกได้โดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านประสิทธิภาพ ความเข้ากันได้ และการทำงานประสานกันของโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์ จึงเกิดเป็นปัญหาในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลสหรัฐอเมริกาในยุคปัจจุบัน

สรุป สำหรับประเทศไทย ยังไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เป็นแนวบรรทัดฐาน นักการศึกษาจะต้องทราบถึงเนื้อหาที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมาย ระบบของกฎหมาย และวิธีการที่ใช้ในการตีความกฎหมายของประเทศไทย เพื่อประโยชน์ในการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับข้อกฎหมายได้ด้วยตนเอง และเมื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้ว จะทำให้เห็นถึงความคล้ายคลึง และความแตกต่างได้อย่างชัดเจน เป็นการง่ายสำหรับนักการศึกษา ในการพิจารณาทำความเข้าใจ ดังนี้

1. ประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึง แนวความคิดในงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ไว้เช่นเดียวกัน

2. ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) แตกต่างจากสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) จึงมีวิวัฒนาการของกฎหมาย และวิธีการที่ใช้ในการตีความกฎหมายแตกต่างกัน สหรัฐอเมริกาให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ในการพิพากษาคัดสินคดีด้วยตนเอง (judge learned hand, judge made rules) จะเห็นได้ว่าคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับการจำแนกความคิดออกจากการแสดงออกของความคิด แม้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 102 (b) ถึงแนวความคิดที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ในการพิพากษาคัดสินคดี ศาลของสหรัฐอเมริกาสถาปนาหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการ

พิจารณาคดีขึ้นใหม่ เกินขอบเขตของเนื้อหาสาระที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายได้ จนเกิดเป็นแนวคำพิพากษา (precedent) แก่ศาลต่าง ๆ สำหรับนำมาใช้ในการตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีข้อเท็จจริงในคดีคล้ายคลึงกันได้ トラบเท่าที่ยังไม่มีศาลอื่นวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินคดีขึ้นใหม่เพื่อกลับแนวคำพิพากษาเดิม ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายของประเทศไทย ที่มีการวางเกณฑ์สำหรับศาลใช้ตีความบทบัญญัติของกฎหมายจำแนกออกได้ 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป และส่วนที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย การตีความในส่วนที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปให้ตีความตามความหมายธรรมดาของตัวอักษร สำหรับส่วนที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย ต้องตีความโดยเคร่งครัด หรือตีความอย่างแคบตามความหมายของนักนิติศาสตร์ คือ ตีความภายใต้ขอบเขตของวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่น ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ และความคิดที่ไม่ได้รับความคุ้มครองซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายเช่นกัน จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้ใช้โดยสุจริต ศาลไทยมีอิสระในการใช้ดุลยพินิจ แต่ไม่มีอำนาจวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดสินคดีนอกเหนือจากถ้อยคำที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายเหมือนกับสหรัฐอเมริกา เช่น มาตรา 6 วรรค 2 บัญญัติไว้ว่า "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้ หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์" ศาลไทยจึงต้องปรับข้อเท็จจริงในคดีให้เข้ากับบทบัญญัติของกฎหมาย และเนื่องจากเป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ "เพื่อให้ความคุ้มครองและป้องกันผลประโยชน์ ซึ่งบุคคลจะพึงได้รับ จากผลงานอันเกิดจากสติปัญญาของผู้สร้างสรรค์ โดยมุ่งหมายให้บุคคลทั่วไปเคารพในสิทธิของผู้สร้างสรรค์ トラบเท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของสาธารณชน" สำหรับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการตีความต้องพิจารณาแต่ละมาตราว่า บัญญัติขึ้นมาโดยมีเหตุผลเช่นไร ดังเช่นกฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ในมาตรา 6 วรรค 2 ว่าไม่ต้องการให้ความคุ้มครองแก่ความคิด เนื่องจากเห็นว่าความคิดถือเป็นรากฐานของความรู้ที่สำคัญยิ่งสำหรับนำมาใช้ศึกษา, วิจัย, พัฒนาทางด้านต่าง ๆ เพื่อต่อยอดความรู้ความคิดให้แก่บุคคลทั่วไป และสาธารณชนได้รับประโยชน์จากการนำเอาความคิดดังกล่าวมาใช้ได้ ด้วยความเป็นธรรมอย่างยิ่ง

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย  
กับการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 106 ถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์เกี่ยวกับวิธีการใช้และการยินยอมให้ใช้ ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดเหนืองานสร้างสรรค์ ดังนี้

1. ทำซ้ำ (reproduction)
2. การจัดเตรียมงานอนุพันธ์ (derivative works)
3. เผยแพร่ (distribution)
4. จัดแสดงตำแหน่งงานต่อสาธารณะ (performance)
5. นำเอาผลงานต้นฉบับออกแสดงต่อสาธารณะ (display)
6. จัดแสดงการสื่อสารโดยทางเสียง (transmission) (กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแก้ไข ปีค.ศ. 1995)

กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผลิตผลทางความคิดของมนุษย์โดยวิธีการการให้ความคุ้มครองแก่งานของผู้สร้างสรรค์ แต่ต้องไม่ขัดต่อ

1. ประโยชน์ของสาธารณชน (public interest)
2. การนำเอาความคิดในงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองมาใช้ (idea)
3. หลักความชอบธรรมในการใช้ (fair use)

ภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ว่า "เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าในศาสตร์และศิลปะอันมีประโยชน์" ซึ่งก็คือ ความรู้ของมนุษย์

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการใช้โดยชอบธรรม 4 ประการ ดังนี้

1. วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้ คือ นำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร หรือ ไม่นำมาใช้ประโยชน์ในเชิงการค้า ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้อธิบายเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในข้อนี้ว่า "ต้องไม่มีการเพิ่มเติมสิ่งใหม่ๆ เข้าไปในงาน (transformative uses) อันจะทำให้วัตถุประสงค์ และลักษณะของงานเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในทางการค้า" (Fishman 1996, 11/5)

## 2. ธรรมชาติของงาน คือ พิจารณาว่า

2.1 เป็นงานประเภทใดเช่น โปรแกรมที่ผลิตขึ้นมาเพื่อใช้ในวงการศึกษ (courseware) หรือ ใช้ในการออกแบบต่าง ๆ (CAD) เป็นต้น

2.2 พัฒนาขึ้นมาโดยมีกลุ่มเป้าหมายเป็นใคร เช่น นักเรียน หรือบุคคลทั่วไป เป็นต้น

2.3 ปริมาณหรือจำนวนของกลุ่มเป้าหมาย

2.4 ความสะดวกในการซื้อหา และความแพร่หลายของงาน เป็นต้น

ตัวอย่าง งานที่ถูกผลิตขึ้นมาเพื่อใช้เฉพาะวิชาหรือหลักสูตร การทำซ้ำมาใช้ย่อมมีความชอบธรรมน้อยกว่างานที่ผลิตขึ้นมาเพื่อใช้กับนักเรียนในโรงเรียนทั่วไป

## 3. จำนวนและสาระสำคัญของงานที่ถูกนำมาใช้

"สาระสำคัญของงาน" เป็นประเด็นหลัก ที่ต้องนำมาใช้ในการพิจารณา (nomore was taken than was necessary) (O' Mahony 1996) จำนวนอันหมายถึง ปริมาณในการนำมาใช้เป็นที่ใช้คำนึงถึงเป็นลำดับรองลงไปเช่น การคัดลอกงานที่ไม่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง คือ ไม่นำเอาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานมาใช้ผู้ใช้สามารถจะนำมาใช้ เป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ (not substantial in length) (SUL/AIR 1996, 3) แต่ ถ้าเป็นการคัดลอกมาใช้เพียง 1 ประโยคจากงานทั้งหมด และประโยคดังกล่าวเป็นส่วน สำคัญหรือหัวใจของงานแล้ว (the essence or heart of work) การใช้ดังกล่าวไม่เข้า ข่ายของการใช้โดยชอบธรรม (Bielefield and Cheeseman 1993, 40)

ในการนำมาใช้ต้องพิจารณาประเภทของงานด้วยว่า

1. เป็นงานประเภทที่สามารถแยกเพื่อนำมาใช้ได้ (seperately cognizable),
2. เป็นงานประเภทที่มีความบริบูรณ์ในตัวเอง (self-contained)

งานที่มีความบริบูรณ์ในตัวเองเมื่อถูกทำซ้ำหรือคัดลอกมาใช้ได้ในปริมาณ เล็กน้อย ย่อมมีความชอบธรรมในการนำมาใช้มากกว่า แต่ไม่หมายความว่าความชอบธรรมจะรวมถึงการทำซ้ำๆ หลายครั้ง หรือทำอย่างต่อเนื่อง (Seltzer 1978, 169) เช่น ครูทำซ้ำเพื่อใช้หลายภาคการศึกษา เป็นต้น

ในสหรัฐอเมริกา การทำซ้ำเพื่อใช้ในการศึกษา ได้มีการเจรจาทกลงกันระหว่างตัวแทนของเจ้าของงานลิขสิทธิ์และกลุ่มสถาบันการศึกษา เพื่อวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงจำนวน และสาระสำคัญของการนำมาใช้ (agreement on guidelines for classroom copying in not-for-profit educational institutions with respect to books and periodicals) เพราะหลักเกณฑ์ 4 ประการในมาตรา 107 ไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แม้ศาลจะพยายามวางหลักเกณฑ์ในการใช้โดยชอบธรรมหลายครั้งด้วยกัน แต่ก็ไม่สามารถทำได้เพราะเป็นเรื่องที่ต้องใช้วิจารณญาณในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละกรณีเพื่อหาเหตุผลที่เหมาะสมมาปรับใช้ในการตัดสินคดี (The house and senate reports) (Dible 1978, 142)

นักวิชาการในแวดวงการศึกษาพยายามทำความเข้าใจ เพื่อประนีประนอมกับเจ้าของงานลิขสิทธิ์ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำซ้ำโดยครู (single use) และการทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องเรียน (multiple use) สำหรับงานสิ่งพิมพ์และงานดนตรีดังนี้ ต้องเป็นการกระทำตามหน้าที่ในการปฏิบัติของครูไม่ใช่ทำตามคำแนะนำจากบุคคลอื่น เช่น ผู้บริหารระดับสูงของสถาบันการศึกษา

ครูให้หมายควมรวมถึง ผู้เชี่ยวชาญทางด้านต่าง ๆ (instructional specialists) (Hitchens and Philos 1977, 7)

1. ผู้เชี่ยวชาญทางการอ่าน (reading specialists)
2. ผู้เชี่ยวชาญหลักสูตร (curriculum specialists)
3. ผู้อำนวยการศูนย์สื่อ (audiovisual directors)
4. ผู้ให้คำปรึกษาแก่ผู้สอน (guidance counselors) เป็นต้น

### การทำซ้ำงานสิ่งพิมพ์

ปริมาณและวิธีการในการทำซ้ำโดยครู

1. ครูสามารถทำซ้ำได้เพียง 1 ชุดเพื่อใช้ส่วนตัวเท่านั้น
2. ครูสามารถทำซ้ำได้หลายชุดเพื่อใช้ในห้องเรียน โดยมีข้อแม้ว่า
  - 2.1 ห้ามทำซ้ำเกินจำนวนของนักเรียน
  - 2.2 ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการ คือ

2.2.1 ทำซ้ำเนื้อหาของงานเท่าที่จำเป็นเท่านั้น (brevity)

2.2.2 เป็นการตัดสินใจทำทันที (spontaneity) เพื่อใช้ประโยชน์ในการเรียนการสอน โดยไม่มีการวางแผนไว้ล่วงหน้า (temporary use)

2.2.3 กระทำได้เพียงครั้งเดียว หรือภาคการศึกษาเดียว (non cumulative effect) และต้องทำลายหรือลบสำเนาทิ้งทันทีภายหลังจากการใช้ (destroyed after temporary use)

2.2.4 ต้องแสดงข้อความสงวนสิทธิไว้บนงาน (notice of copyright) เหตุผลห้ามการทำซ้ำ

1. ต้องไม่ใช่การทำซ้ำเพื่อทดแทนงานต้นฉบับ
2. ห้ามทำซ้ำงานบางชนิด เช่น แบบฝึกหัด หรือแบบทดสอบ เป็นต้น
3. ทำซ้ำเพื่อหลีกเลี่ยงการซื้อ (Johnson County Community College 1994, 11)

#### การทำซ้ำงานคนตรี

1. สำเนาคนตรีที่ได้ซื้ออย่างถูกต้อง (purchased copies) ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนต้องใช้ทันที (emergency) สามารถทำซ้ำเพื่อใช้ทดแทนสำเนาที่ซื้อมาโดยถูกต้องได้

2. แต่ถ้าไม่เคยซื้อสำเนาคนตรีดังกล่าว อนุญาตให้คัดลอก, คัดลอกมาใช้ได้เพียง 10 % เพื่อใช้ประโยชน์ในการเรียนการสอนเท่านั้น

3. ในการติดต่อ และการแก้ไขงานที่ซื้อมาโดยถูกต้อง อนุญาตให้ทำได้เพียง 1 ชุดเท่านั้น เพื่อใช้ประโยชน์ในการศึกษา

ภายหลังต่อมาสภาองเกรส ได้กำหนดแนวทางในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยชอบธรรมไว้ ดังนี้

#### กรณีที่อนุญาตให้ทำได้

1. ทำสำเนาสำรองงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือทำเป็นเอกสารสำคัญสำหรับเก็บไว้ได้จำนวน 1 ชุด

2. ดัดแปลงภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไปเป็นอีกภาษาหนึ่ง เพื่อให้สามารถใช้งานได้ เช่น แปลจากภาษาระดับสูงภาษาหนึ่งไปเป็นภาษาระดับสูงอีกภาษาหนึ่ง หรือจากโปรแกรมสำหรับเครื่องแมคอินทอชไปเป็นโปรแกรมสำหรับเครื่องพีซี ฯ

3. เพิ่มเติมงานประกอบเข้าไป เพื่อให้สามารถทำงานได้ดีขึ้น

4. ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความจำเป็นในการใช้ เช่น แปลจากภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทย

#### กรณีที่ห้ามหรือไม่อนุญาตให้ทำ

1. ห้ามทำสำเนาหลายชุด

2. ห้ามทำสำเนาทดแทนชิ้นจากสำเนาสำรอง หรือจากเอกสารสำคัญ

3. ห้ามทำสำเนาเพื่อขาย ให้เช่า ให้ยืม เผยแพร่ หรือยืมให้

4. ห้ามขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้ทำการดัดแปลงเรียบร้อยแล้ว

5. ห้ามทำสำเนางานดัดแปลงจำนวนหลายชุดเพื่อใช้ในเขตโรงเรียน หรือเขตการศึกษา (school district)

6. ห้ามทำสำเนาเอกสารสิ่งพิมพ์ (Heinich, Molenda and Russell 1993, 436)

4. ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ หรือทำให้คุณค่าของงานลดลง

หลักเกณฑ์ในข้อที่ 4 นี้มีความสำคัญที่สุดที่ศาลสหรัฐอเมริกา นำมาใช้พิจารณาว่า เป็นการกระทำขึ้นมาเพื่อเลียนแบบหรือประกอบเข้ากับงานต้นฉบับ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อตลาด หรือผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของโจทก์ ซึ่งเป็นหลักที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาว่าการใช้ดังกล่าวเป็นการใช้โดยชอบธรรมหรือไม่ ถือถ้าเป็นงานที่สามารถหาซื้อได้ง่ายในท้องตลาด เช่น หนังสือแบบฝึกหัด (exercise), หนังสือคู่มือเสริมแบบฝึกหัด (work-book) ฯ การทำซ้ำไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เฉพาะที่เป็นสาระสำคัญของงาน เพื่อนำมาใช้แทนงานต้นฉบับ ถือเป็นการใช้ที่ไม่เป็นธรรม (SUI/AIR 1996, 4) เพราะจะทำให้งานของผู้สร้างสรรค์ ถูกลดความต้องการทางด้านการตลาดลง



หลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาถึง การใช้โดยชอบธรรมทั้ง 4 ประการ ใน มาตรา 107 ต้องนำมาพิจารณาร่วมกับกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำได้ดังนี้ วิจัย, แสดงความคิดเห็น, การรายงานข่าว, การสอนรวมถึงการทำสำเนาหลายชุดโดยครูเพื่อใช้ในห้องเรียน, การศึกษา, การวิจัย

คดีระหว่าง American Geophysical Union v. Texaco (1994)

จำเลยเป็นนักวิทยาศาสตร์ ได้ทำซ้ำบทความ 1 บท จากวารสารทางวิทยาศาสตร์ที่มีบทความทั้งหมด 8 บท โดยทำซ้ำขึ้นมาเพียงชุดเดียวเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการวิจัยเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ แต่ศาลกลับตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวไม่เข้าข่ายของการใช้โดยชอบธรรม โดยให้เหตุผลว่า ค่าถ่ายเอกสารในการทำสำเนากระทบต่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของโจทก์ เพราะเป็นการทำซ้ำบทความจากหนังสือวารสาร ที่หาซื้อได้ง่ายในท้องตลาด (Library Associations, Alliances and Learned Societies 1996, 1)

คดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจาก เป็นการทำซ้ำเพื่อการวิจัย แต่ศาลให้เหตุผลว่า จำเลยไม่ใช่นักวิทยาศาสตร์ขององค์กรการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร แต่ทำงานในสถาบันวิจัยของเอกชน

จากคำพิพากษาศาลตัดสินในคดีนี้ สอดคล้องกับการจัดลำดับหลักเกณฑ์ความสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาถึงความชอบธรรมทั้ง 4 ลำดับ (มาตรา 107) ขึ้นใหม่ โดย เซลเซอร์ (Seltzer 1978, 36) ไว้ตามลำดับ ดังนี้ (4), (2), (1), (3)

- (4) ศาลคำนึงถึงผลกระทบทางด้านตลาดของโจทก์เป็นอันดับแรก
- (2) ลักษณะงานเป็นบทความในวารสารที่หาซื้อได้ง่ายตามท้องตลาด
- (1) จำเลยไม่ใช่นักวิจัยของสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร แต่เป็นนักวิจัยขององค์กรเอกชน
- (3) การทำซ้ำบทความทั้งบทถือเป็นความชอบธรรม ถ้าเป็นการทำซ้ำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร หรือไม่นำมาใช้ประโยชน์ในเชิงการค้า

การใช้โดยชอบธรรมถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อ จำกัดอำนาจผูกขาดของผู้สร้าง-  
สรรค (monopoly) ในแง่ของสิทธิประโยชน์ที่ต้องยอมให้สังคมได้ใช้ประโยชน์จากงาน  
ด้วยความชอบธรรม โดยเฉพาะวงการศึกษามีหน้าที่พัฒนา เผยแพร่ และถ่ายทอด  
วิทยาการความรู้ ต้องสามารถเข้าถึงและนำเอาข้อมูลความรู้ต่าง ๆ มาใช้ได้โดยอิสระ  
เพราะเป็นผู้ใช้โดยสุจริต (good-faith) เช่น ครูสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการสอน  
ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ นักเรียนสามารถเรียนได้เต็มตามศักยภาพของผู้เรียนแต่ละคน  
และผู้วิจัยสามารถค้นคว้าหาความรู้อันก้าวหน้าและมีประโยชน์ได้ (O'Connor 1994, 3)

หลักการการใช้โดยชอบธรรม (the fair-use doctrine) ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อผ่อน  
คลายสถานการณ์ในการเรียนการสอน คือ วงการศึกษาสามารถนำงานอันมีลิขสิทธิ์  
มาใช้ได้ภายใต้หลักเกณฑ์ 4 ประการ ในลักษณะที่ถูกจำกัดวิธีการและปริมาณของการ  
นำมาใช้ (appropriate users) (SUL/AIR 1996, 3/5) โดยให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์  
ในข้อที่ 4 มากที่สุด คือ ถึงแม้เป็นการนำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษาก็ต้องไม่กระทบ  
ถึงรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเป็นการทำขึ้นเพื่อแข่งขันกับงานต้นฉบับ (Nimmer  
on Copyright 645-646 quoted in Seltzer 1978, 32)

คดีระหว่าง Basic Book, Inc. v. Kinko's Graphics Corp. (1991) Kinko's  
เป็นศูนย์ถ่ายเอกสารที่มีสาขาอยู่ทั่วประเทศแต่ละสาขาจะตั้งอยู่ใกล้กับสถาบันการศึกษา  
เช่น มหาวิทยาลัยและวิทยาลัย Kinko's ได้คัดลอกงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำการรวบรวม  
และถ่ายสำเนาขึ้นเป็นชุดหลักสูตร (course packets) ตามความประสงค์ของคณะต่าง ๆ  
และขายให้แก่นักเรียนที่ต้องการในอัตราราคาบวกกับกำไรที่สมเหตุสมผล (a reasonable  
profit) แต่เป็นการกระทำโดยไม่ขออนุญาตต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ Kinko's ต่อดูว่าเป็นการ  
ใช้โดยชอบธรรม เนื่องจากทำซ้ำเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษา แต่ศาลตัดสินว่า  
การทำซ้ำดังกล่าว ไม่เข้าข่ายของการใช้โดยชอบธรรมตามกฎหมาย เป็นการพิจารณา  
โดยนำเอามาตรา 107 และหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการ มาพิจารณาประกอบกับแนวทาง  
ในการปฏิบัติ (guidelines) ที่กำหนดถึงการทำซ้ำโดยครูว่า การทำซ้ำของ Kinko's แม้  
เพื่อประโยชน์ในการศึกษา แต่ไม่ใช่การกระทำโดยครู อีกทั้งเป็นการกระทำที่แสวงหา  
กำไร และถึงแม้ว่าจะไม่มีการแสวงหากำไร แต่การทำซ้ำของ Kinko's เป็นการแข่งขัน  
ทางการค้ากับงานของโจทก์ เพราะกลุ่มเป้าหมายเดียวกันคือนักเรียน และเป็นการทำซ้ำ

ที่เกินขอบเขตของความชอบธรรมในการปฏิบัติ คือ เป็นการเพิกถอนที่จำเป็นต้องใช้ (brevity), ไม่ใช่การกระทำโดยทันที (spontaneity) และเป็นการทำซ้ำแบบทวีคูณ (cumulative effect) คือ ทำซ้ำๆ ในปริมาณมาก

### ข้อพิจารณา

คำพิพากษาศักดิ์สิทธิ์ของศาลสหรัฐอเมริกาในบางคดี ที่ผู้ที่ไม่ได้ใช้ภายใต้วัตถุประสงค์ทางการศึกษาและเป็นการใช้ที่ไม่เข้าตามกรณีทั้ง 6 ประการ ที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ศาลตัดสินว่าเป็นการใช้โดยชอบธรรม

คดีระหว่าง Keep Thompson Governor Committee v. Citizens for Gallen Committee.

จำเลยเป็นพรรคการเมือง นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในการโฆษณาพรรค ศาลได้ตัดสินโดยอาศัยหลักเกณฑ์ 4 ประการในมาตรา 107 ดังนี้

1. การกระทำของจำเลยไม่มีวัตถุประสงค์และลักษณะว่า เป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไร
2. ถูกนำมาใช้ประโยชน์ในทางการเมือง
3. ปริมาณการนำมาใช้เพียง 15 วินาที จากงานทั้งหมด 3 นาที
4. ไม่เป็นการใช้ที่กระทบกระเทือน ต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในงานของโจทก์ (Dorr and Munch 1990, 210)

ข้อสังเกต ในการพิจารณาคดีของศาลสหรัฐอเมริกา หลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรมทั้ง 4 ประการ ยังเป็นรองประโยชน์ของสาธารณชน (public interest) ที่สมควรได้รับทราบและได้รับประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ศาสตราจารย์ Melville B. Nimmer (California University) และศาสตราจารย์ Paul Goldstein (Stanford University) ได้กล่าวถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ว่า แม้ข้อเท็จจริงในคดีไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรม แต่เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่สาธารณชนสมควรได้รับแล้ว "การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ จะกลายเป็นกรณีที่ไม่มีความผิด ถ้าเกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ และผู้ใช้นำมาใช้เหมาะสม (Nimmer and Goldstein, quoted in White 1978, 125)

นอกจากการใช้โดยชอบธรรมในมาตรา 107 แล้ว ยังมีข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ในมาตรา 108 (a) (1) และมาตรา 117 ที่ต้องนำมา ศึกษาเปรียบเทียบกับ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของไทย ดังนี้

**มาตรา 108** ในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย ของเจ้าหน้าที่ ห้องสมุด หรือศูนย์เก็บรักษาเอกสารสำคัญ เจ้าหน้าที่สามารถทำซ้ำงานได้เพียง 1 ชุด หรือสามารถนำสำเนางานดังกล่าวออกเผยแพร่ได้ ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย คือ การ ทำซ้ำหรือเผยแพร่งดังกล่าว ต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ไม่ว่าโดยตรงหรือโดย อ้อมก็ตาม

**มาตรา 117** บุคคลผู้ได้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้อง มีสิทธิ ทำซ้ำ หรือดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ ดังนี้

(1) เป็นการทำซ้ำ หรือดัดแปลง เพื่อประโยชน์ในการใช้งานโปรแกรม คอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น

(2) เป็นการทำซ้ำ หรือดัดแปลงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเก็บไว้เป็นสำเนา สำรอง (สำเนาเอกสารสำคัญ) และสำเนาสำรองดังกล่าวต้องถูกทำลายทิ้งเมื่อความเป็น เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์สิ้นสุดลงโดยถูกต้องตามกฎหมาย

สำเนาสำรองที่สร้างขึ้นมาโดยถูกต้องตามกฎหมายในมาตรานี้ อาจจะนำออก ให้เช่า, ขาย หรือโอนไปพร้อมกับสำเนาต้นฉบับเช่น นำออกให้เช่า, ขาย หรือโอนสิทธิ ทุกประการของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ สำหรับในส่วนของการดัดแปลงงานผู้ดัด-แปลงสามารถโอนงานดัดแปลงได้ต่อเมื่อ ได้ขออนุญาตต่อเจ้าของลิขสิทธิ์เรียบร้อยแล้ว

### ประเทศไทย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา บัญญัติถึงการ ใช้โดยชอบธรรม ไว้ใน มาตรา 107 เพื่อนำมาปรับใช้กับงานทุกประเภทรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย ร่วม กับมาตรา 108 (a) (1) และมาตรา 117 ซึ่งแตกต่างจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ ไทยที่มีการบัญญัติจำแนกหลักเกณฑ์ และการกระทำแก่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ เป็นเอกเทศใน มาตรา 35 ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 32 วรรค 1 สำหรับงาน ประเภทอื่นถึงจะนำเอาบทบัญญัติในมาตรา 32 มาปรับใช้

กฎหมายบัญญัติถึง หลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้กว้าง ๆ เพื่อให้ให้นักการศึกษาตีความถ้อยคำของกฎหมายโดยอาศัยวิจารณ์ญาณและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละกรณีไป เช่น หลักเกณฑ์ในข้อที่ 1 บัญญัติไว้ว่า "ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร" การกระทำเช่นไรถึงจะเข้าข่ายของการแสวงหากำไรที่ไม่ได้รับยกเว้นตามกฎหมาย หรือ "ตามปกติ" พฤติการณ์ในการปฏิบัติเช่นไรถึงจะเข้าข่ายว่า เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และ "เกินสมควร" ปริมาณเท่าใดถึงจะถือว่าเหมาะสม และไม่เกินสมควรตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 35 อนุ (1) ถึง (9) ด้วย

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
1. ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร	1. วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้คือ ต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้ในเชิงการค้าหรือนำมาใช้ในการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร
2. ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร	2. ลักษณะของงานลิขสิทธิ์
3. ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์	3. สัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญของงานที่นำมาใช้เปรียบเทียบกับงานทั้งหมด
	4. ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ของผู้สร้างสรรค์ หรือทำให้คุณค่าของงานลดลง

## 1. หลักเกณฑ์ในการพิจารณา

### 1.1 ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร

เนื่องจากการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยฉบับปัจจุบัน ใช้วิธีการลอกเลียน และถอดความบทบัญญัติบางส่วนของต่างประเทศมาใช้ เช่น ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร น่าจะถอดความมาจาก นำมาใช้ในการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร โดยกฎหมายไทยบัญญัติคำไว้กว้าง ๆ คือ แม้จะนำไปใช้ ในกิจการอย่างอื่น เช่น มูลนิธิ, องค์กร, สถาบัน ฯ ที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร แล้ว ก็เข้าตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้

แสวงหากำไร เป็นกรณีที่ต้องนำมาพิจารณาระหว่างมูลค่าของต้นทุน กับราคาจำหน่ายที่สมมูลย์กัน แม้จะมีส่วนต่างของราคาอยู่บ้างคงไม่เข้าตามความหมายของการแสวงหากำไร ซึ่งควรจะเป็นราคาที่กำหนดไว้สูงกว่าราคาทุนพอที่จะถือว่าเป็นการแสวงหากำไร เช่น สถาบันคอมพิวเตอร์ของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เปิดให้บริการแก่บุคลากรในมหาวิทยาลัยสมัครสมาชิกอินเทอร์เน็ตได้ ซึ่งสมาชิกต้องนำโปรแกรมที่ใช้สำหรับการสื่อสารไปบันทึกลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ก่อน โดยทางสถาบันอนุญาตให้สมาชิกรับแผ่น diskette มาบันทึกโปรแกรมได้ด้วยตนเอง หรือเสียค่าใช้จ่ายให้แก่ทางสถาบันในราคา 2 แผ่น 30 บาท กรณีเช่นนี้จะเข้าข่ายเป็นการแสวงหากำไรหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่า ราคาขายที่กำหนดไว้แตกต่างจากราคาต้นทุนเพียงใดเช่น แผ่น diskette 1 แผ่น จำนวนแล้วราคาแผ่นละ 14 บาท 2 แผ่นรวมเป็นเงิน 28 บาทส่วนต่าง 2 บาท ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่า มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรอันจะถือเป็นการเอาเปรียบผู้สร้างสรรค์ที่ใช้เวลาและเงินลงทุนในการพัฒนางานขึ้นมาด้วยทุนส่วนตัว ย่อมคาดหวังถึงค่าตอบแทนที่เหมาะสม และที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ลำดับรองของกฎหมายลิขสิทธิ์คือให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้สร้างสรรค์ ในแง่ของค่าตอบแทนที่เหมาะสมจึงเป็นการสมควรที่การใช้โดยบุคคล, องค์กรอื่นใด ที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์

ในการถ่วงดุลผลประโยชน์ระหว่างเอกชนในฐานะผู้จำหน่ายหนึ่ง กับเอกชนในฐานะผู้สร้างสรรค์ และเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์อีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าผู้ใช้งานนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการศึกษา หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง (intrinsic use) ถือเป็นการ

ขอบธรรมที่กฎหมายยอมรับให้ทำได้ (Seltzer 1978, 24) แต่ถ้าเป็นการใช้เพื่อประโยชน์  
แก่ตนในการแสวงหากำไร (bad-faith) ถือเป็นการใช้ที่มีเจตนาไม่สุจริตและไม่เป็นธรรม  
แก่ผู้สร้างสรรค์ทั้งในแง่ของค่าตอบแทนและผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่พึงจะได้รับ

เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ การใช้โดยขอบธรรมของสหรัฐอเมริกาใน  
ข้อที่ 1 วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้ต้องไม่มีลักษณะของการนำมาใช้ในเชิงการค้า  
หรือเป็นการนำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษา ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร  
ซึ่งก็คือ วัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์  
ของผู้สร้างสรรค์ในเรื่องของค่าตอบแทนที่เหมาะสม แต่ถ้าผู้ใช้เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่  
กฎหมายกำหนด คือ เป็นผู้ใช้โดยสุจริต (good-faith) กฎหมายถึงยอมจำกัดสิทธิเด็ด-  
ขาดของผู้สร้างสรรค์เพื่อให้สังคมได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งถือเป็นหลัก  
ปฏิบัติสากลที่นานาประเทศทั่วโลก มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ประโยชน์ของสาธารณชนอยู่  
เหนือผลประโยชน์ของเอกชนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

1.2 ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์  
เกินสมควร

สิทธิในกรณีนี้ หมายถึงสิทธิในมาตรา 15 : เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ  
แต่เพียงผู้เดียวดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์
- (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น
- (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา (1) (2) (3)

สิทธิทั้ง 5 ประการเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ ที่จะกระทำการ  
ด้วยตนเอง หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นกระทำการต่าง ๆ ได้แต่เพียงผู้เดียว

เมื่อมีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันถือเป็นส่วนที่ไม่  
ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิเด็ดขาด หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของ

เจ้าของลิขสิทธิ์ลง ภายใต้งานที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าได้รับยกเว้นให้สามารถกระทำได้ กฎหมายจึงต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดขอบเขตของการปฏิบัติเพื่อให้บังเกิดความ เป็นธรรมแก่ผู้สร้างสรรค์ และผู้ใช้ต้องปฏิบัติตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

"เกินสมควร" คือ เกณฑ์สำหรับการใช้ในเชิงปริมาณ ที่กฎหมาย บัญญัติไว้กว้าง ๆ เพื่อให้ให้นักการศึกษา นำมาใช้พิจารณาถึงความเหมาะสมในแต่ละสถาน การณ์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้ง 2 ฝ่าย คือ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่ถูกกระทบกระเทือน สิทธิเกินสมควรเนื่องจากการใช้ และนักการศึกษาได้รับประโยชน์จากการใช้งานอันมี ลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในขอบเขตที่ เป็นการเคารพต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมาย กำหนดเกณฑ์ของความเป็นธรรมไว้

ปริมาณเท่าใด ถึงจะไม่เป็นการใช้ที่เกินสมควรตามกฎหมาย ต้องใช้ วิจารณ์ตามในการพิจารณาตามสภาพของเหตุการณ์ เช่น เกิดการระบาดของไวรัสคอม- พิวเตอร์ ผู้ใช้จำเป็นต้องทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เกินกว่า 1 ชุด แต่ต้องไม่ถึง ขนาดที่เกินกว่าเหตุการณ์อันเป็นจริงเช่นทำสำเนาไว้จำนวน 10 ชุด เช่นนี้ ถือว่าเกิน สมควร หรือตัดแปลงโดยการแปลโปรแกรมแล้วแจกจ่ายสำเนาโปรแกรมที่ดัดแปลงให้ แก่บุคคลอื่น การดัดแปลงดังกล่าวเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร เพราะกฎหมายยอมให้ดัดแปลงเพื่อใช้ส่วนตัวเท่านั้น ถึงจะเข้าข่ายของการ กระทำที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมาย

เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ข้อที่ (3) ของสหรัฐอเมริกา กรณีของการ ใช้โดยชอบธรรม "สัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญของงานที่นำมาใช้เปรียบเทีย บกับงานทั้งหมด" กฎหมายอนุญาตให้นำมาใช้ได้เพียงบางส่วน และต้องไม่ใช่ส่วนที่เป็น สาระสำคัญของงานแตกต่างจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่กฎหมาย จำกัดการใช้โดยคำนึงถึงปริมาณของการทำสำเนางานทั้งหมด เช่น ทำสำเนาโปรแกรม คอมพิวเตอร์จำนวน 3 ชุด เป็นต้น

สัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญของงานที่นำมาใช้ ตามกฎ- หมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ยังต้องพิจารณารายละเอียดของงานแต่ละประเภทอีกว่า สามารถนำมาใช้ได้แค่ไหน, เพียงไร ดังนี้



1. เป็นงานที่สามารถแยกมาใช้ได้ (seperately cognizable) เช่น ข้อมูลประเภทต่าง ๆ
2. เป็นงานที่สมบูรณ์ในตัวเอง (self-contained) เช่น ภาพ 1 ภาพ, โปรแกรมคอมพิวเตอร์ 1 โปรแกรม ที่ต้องนำมาใช้ทั้งหมด

จำนวนในการนำมาใช้ ยังต้องพิจารณาอีกว่า

1. ต้องนำมาใช้ทั้งหมด (entire work) หรือ
2. สามารถนำมาใช้เพียงบางส่วนได้ เช่น การอ้าง (quotations) หรือการตัดทอน (excerpt) เป็นต้น

สาระสำคัญของงานต้นฉบับและงานลอกเลียน ให้พิจารณาดังนี้

1. มีความคล้ายคลึงกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน
2. ปริมาณของความเหมือนคล้ายกัน ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน 2 งาน
3. กระทบต่อคำตอบแทนอันเหมาะสม ของเจ้าของงานต้นฉบับหรือไม่เพียงใด (Seltzer 1978, 35-36)

สัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญของการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา ต้องมีการอธิบายความแต่ละถ้อยคำของกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันในกรณีที่ต้องการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ และไม่สามารถนำมาใช้ได้ทั้งหมด เพราะถูกจำกัดขอบเขตและปริมาณของการใช้ แตกต่างจากกฎหมายไทยที่บัญญัติถึงปริมาณในการนำมาใช้ ในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ใช้เป็นอย่างมาก เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถทำซ้ำมาใช้ได้ทั้งหมด ไม่ถูกจำกัดสัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญในการทำซ้ำมาใช้ต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 1 ชุด เพียงแต่นักการศึกษาใช้วิจารณ์งานส่วนบุคคล พิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีคือ ต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรถือเป็นการใช้ที่เหมาะสมภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย

### 1.3 ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติ ของเจ้าของลิขสิทธิ์

งานแต่ละประเภทเจ้าของลิขสิทธิ์พัฒนาขึ้นมาเพื่อแสวงหาประโยชน์อะไร เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เขียนขึ้นมาเพื่อใช้ในการออกแบบทางสถาปัตยกรรม (computer-assisted design : CAD) การแสวงหาประโยชน์ตามปกติคือ ขายในท้องตลาด โดยมีกลุ่มเป้าหมาย คือ สถาปนิก, นักออกแบบ ฯ เพื่อนำไปใช้ในการออกแบบแต่ถ้านักศึกษาทำซ้ำ, ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวมาศึกษาวิจัย หรือนำมาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว เป็นการใช้ที่ไม่ขัดต่อ การแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะผู้ใช้ไม่ใช่กลุ่มเป้าหมาย อีกทั้ง เป็นการนำมาศึกษาเพื่อเรียนรู้หรือใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ถือเป็นการใช้ที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ข้อพิจารณา สำหรับโปรแกรมออกแบบบทเรียน (courseware) เช่น CAI, CBT ผลิตขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้ในการศึกษา, การเรียนการสอน และฝึกอบรม โดยมีกลุ่มเป้าหมาย คือ นักการศึกษาโดยเฉพาะนักเทคโนโลยีการศึกษา นำมาใช้ช่วยในการออกแบบ และพัฒนาบทเรียนแบบโปรแกรม สำหรับใช้สอนเนื้อหาความรู้ทุกประเภทที่ผู้ศึกษาสามารถเรียนรู้และฝึกฝนได้ด้วยตนเอง ตามศักยภาพของแต่ละบุคคล เมื่อโปรแกรมหาดังกล่าวถูกนำมาใช้โดยนักการศึกษาซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมาย เช่น นำเอาโปรแกรม Toolbook หรือโปรแกรม Authorware ฯ มาใช้เพื่อสร้างบทเรียนแบบโปรแกรมโดยครู, อาจารย์, ผู้เชี่ยวชาญทางด้านต่าง ๆ ในสถาบันการศึกษาของรัฐหรือนักศึกษาปริญญาเอก-โทนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการทำวิทยานิพนธ์ เป็นต้น

เมื่อข้อเท็จจริงพิจารณาได้ว่า นำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษาและวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร, ไม่กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรและสาธารณชนได้รับประโยชน์จากการที่ผู้ใช้นำเอาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวมาใช้โดยสุจริต (good-faith) แล้ว แม้ว่าการใช้ดังกล่าวจะขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่การใช้ในกรณีนี้จะได้รับยกเว้นตามกฎหมาย เพราะเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ "...มุ่งหมายให้บุคคลทั่วไปเคารพในสิทธิของผู้สร้างสรรค์ ครอบงำที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของสาธารณชน" วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

ให้ความสำคัญแก่ประโยชน์ของสาธารณชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่นานาประเทศกำหนดไว้ในแนวทางเดียวกัน เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองผู้ใช้โดยสุจริตแล้วการใช้ดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคม จึงเป็นการสมควรที่จะต้องจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ลงบ้าง เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าตอบแทนที่คุ้มค่า-สูงมากอยู่แล้ว

แม้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายในกรณีนี้เพื่อให้ความคุ้มครองและป้องกันผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่สมควรได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมในการพัฒนางานขึ้นมา เหมือนกับ หลักเกณฑ์ข้อที่ (4) ของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ คือ ต้องไม่เป็นการใช้เพื่อแข่งขันกับงานต้นฉบับหรือทำให้งานต้นฉบับถูกลดคุณค่าลง คือ เจ้าของลิขสิทธิ์ขาดรายได้ลงเนื่องจากการที่บุคคลอื่นนำงานมาใช้ ศาลสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญแก่ หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นอย่างมากและนำมาใช้เป็นหลักประการแรกในการพิจารณาวินิจฉัยคดีว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

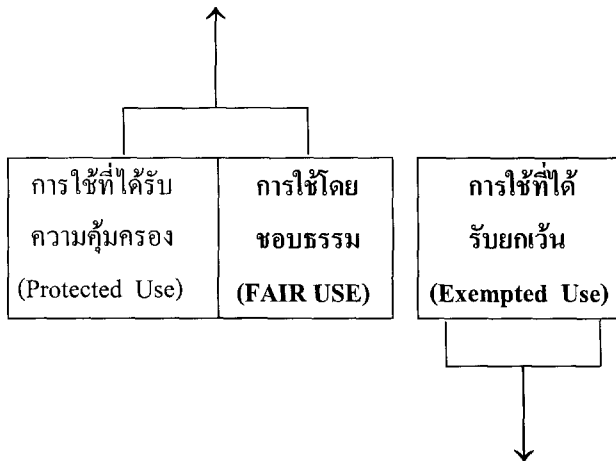
กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยบัญญัติถึง หลักเกณฑ์การใช้งานที่ได้รับยกเว้นไว้เพียง 3 ประการ และบัญญัติถ้อยคำของกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ สามารถปรับใช้ได้ง่าย และยืดหยุ่นกว่าการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา ที่ต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ข้อที่ (2) คือ ลักษณะของงานประกอบกับหลักเกณฑ์ข้ออื่น ๆ เช่น ในการทำซ้ำโดยครู (single use) เพื่อใช้ในการวิจัย, สอน, เตรียมการสอน ได้มีการกำหนดปริมาณในการทำซ้ำไว้โดยพิจารณาจากลักษณะของงาน คือ ถ้าเป็นตำรา-หนังสือ ครูสามารถทำซ้ำได้เพียง 1 บทเรียน, ถ้าเป็นหนังสือวารสารครูสามารถทำซ้ำได้เพียง 1 บทความ เป็นต้น หรืองานประเภทแบบฝึกหัด (exercise), สมุดฝึกหัด (workbook) เป็นงานที่เจ้าของเจตนาทำมาเพื่อขายให้แก่นักเรียน จึงไม่ควรทำซ้ำมาใช้ เพราะไม่เหมาะสมเมื่อคำนึงถึงลักษณะของงาน

ตัวอย่าง คดีระหว่าง American Geophysical Union v. Texaco (1994) จำเลยเป็นนักวิทยาศาสตร์ทำซ้ำบทความ 1 บทจากหนังสือวารสาร ถือเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเมื่อพิจารณาจากลักษณะของงาน คือ เป็นหนังสือวารสารที่หาซื้อได้ง่ายในท้องตลาดแล้ว การทำซ้ำของจำเลยจึงไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์

สำหรับประเทศไทย การนำงานลิขสิทธิ์มาใช้ไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของงานซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ้งยากซับซ้อน เพราะต้องมาพิจารณาถึงประเภทของงานประกอบกับหลักเกณฑ์ข้ออื่น ซึ่งทำให้สหรัฐอเมริกาต้องกำหนดเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรม (guideline) เพิ่มเติมในแต่ละกรณีไว้ เช่น การทำซ้ำงานสิ่งพิมพ์ งานดนตรี และงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อให้แนวทางแก่ผู้ใช้ที่อยู่ในวงการศึกษาว่า สามารถทำซ้ำได้แค่ไหน-เพียงไร และห้ามทำซ้ำไว้ในกรณีใดบ้าง (ดูหน้า 136-138)

ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

(Protected by Copyright)



ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

(Not Protected by Copyright)

ภาพที่ 1 เปรียบเทียบการคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างการใช้อยู่โดยชอบธรรมกับการใช้ที่ได้รับยกเว้น

ที่มา : Seltzer 1978, 17

การใช้โดยชอบธรรมและข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ คือ หลักการอันเดียวกันที่ถูกกำหนดขึ้นมา เพื่อจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ 2 ด้าน ดังนี้

1. ด้านความเป็นธรรม คือ การใช้โดยไม่ต้องขออนุญาต
2. ด้านเศรษฐกิจ คือ ผู้ใช้ไม่ต้องจ่ายค่าลิขสิทธิ์

เหตุผลที่เรียกชื่อต่างกัน เนื่องจากระบบของกฎหมาย คือ ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) เช่น ประเทศไทย จะมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ประกอบไปด้วยส่วนที่เป็น "หลักการทั่วไป" และส่วนที่เป็น "ข้อยกเว้นของกฎหมาย" เมื่อมีคดีเกิดขึ้นศาลต้องปรับข้อเท็จจริงในคดีให้เข้ากับข้อกฎหมาย ในการพิจารณาคดีจะต้องปรับเข้าสู่ส่วนที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายก่อนที่จะปรับเข้าสู่ ส่วนที่เป็นหลักการทั่วไป สำหรับวิธีการตีกฎหมายในส่วนที่เป็นข้อยกเว้น ต้องกระทำโดยเคร่งครัด (An exception is to be strictly construed) เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการบัญญัติส่วนที่เป็นข้อยกเว้นขึ้นมา เพื่อใช้บังคับกับกรณีเฉพาะ ที่มีความพิเศษแตกต่างจากกรณีทั่วไป จะตีความโดยขยายขอบเขตของบทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นไม่ได้ แตกต่างจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ของสหรัฐอเมริกา เมื่อมีคดีเกิดขึ้นศาลจะเป็นผู้วางหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการตัดสินคดีได้ด้วยตนเองจนเกิดเป็นแนวคำพิพากษาของศาล และวิวัฒนาการมาเป็นกฎหมายของประเทศ เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาประเทศฯ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่อาจล้าสมัยหรือไม่เหมาะสม ก็จะนำมาปรับใช้กับสภาพการณ์ที่ผันแปรไปตามปัจจัยต่างๆ ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลง หลักเกณฑ์ที่เป็นคำพิพากษาของศาลและใช้บังคับอยู่เดิม เพื่อวางแนวสำหรับใช้ในการพิจารณาคดีขึ้นใหม่ได้ ซึ่งเป็นอำนาจอันชอบธรรมของศาลในระบบจารีตประเพณี เมื่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับไปได้ชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้ว ก็อาจมีการแก้ไขกฎหมายโดยนำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติขึ้นใหม่เป็นกฎหมาย สำหรับนำมาใช้ในการพิจารณาคดีต่อไป เช่นเดียวกันกับกรณีของการใช้โดยชอบธรรม ก็เกิดมาจากแนวคำพิพากษาของศาลในอดีต และวิวัฒนาการมาเป็นหลักกฎหมายสำหรับนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดี หลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรม สำหรับวิธีที่ใช้ในการตีความกฎหมายในระบบจารีตประเพณี ไม่ยึดถือถ้อยคำของกฎหมายเคร่งครัด

เหมือนกับระบบประมวลกฎหมาย เพราะศาลมีอิสระในการพิจารณาคัดสินคดีโดยยึดถือบทบัญญัติกฎหมายเป็นหลักสำหรับใช้อ้างอิง และยังสามารถวางเกณฑ์สำหรับใช้ในการพิจารณาคดีได้ด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในแต่ละมาตราแต่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่สังคมโดยส่วนรวมสมควรได้รับเพื่อถ่วงดุลย์อำนาจของเอกชนในฐานะผู้ประพันธ์หรือเจ้าของงานลิขสิทธิ์ สมควรได้รับการพิจารณาในลำดับรองลงไป

เซลเซอร์ (Seltzer 1978, 17) ได้อธิบายให้เห็นความแตกต่างของการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยไว้ ดังนี้

#### การใช้โดยชอบธรรม (fair use)

การใช้โดยชอบธรรม เป็นส่วนที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งก็คือ การใช้โดยชอบธรรมขึ้นมา เพื่อให้โอกาสแก่ผู้ใช้ในวงการศึกษาและผู้ใช้โดยสุจริตที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรได้ใช้ประโยชน์จากงาน เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าในศาสตร์ และศิลปะ อันมีประโยชน์ภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

#### ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (exemption)

สำหรับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นส่วนที่ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะเป็นข้อยกเว้นที่อยู่นอกเหนือจากหลักการทั่วไป เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมาต่างหาก และมีสถานะภายใต้กฎหมายที่ชัดเจนถึงการกระทำที่ได้รับยกเว้น และหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาถึงการนำเอางานมาใช้ที่ยืดหยุ่นมากกว่า การใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา ที่ไม่สามารถจะ

1. เปลี่ยนแปลง (change),
2. จำกัด (narrow),
3. ขยาย (enlarge) ขอบเขตของการใช้ได้ (Seltzer 1978, 20)

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้กระทำได้เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาและผู้ใช้โดยส่วนตัว

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
1. วิจัย หรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น	1. วิจัย หรือศึกษา (มาตรา 107)
2. ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น	2. ทำซ้ำเพื่อประโยชน์ ในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์ (มาตรา 117 (1))
3. ดิหม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น	3. วิจารณ์ หรือแสดงความคิดเห็น (มาตรา 107)
4. เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึง ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น	4. รายงานข่าว (มาตรา 107)
5. ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควรโดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่น โดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย	5. ทำซ้ำหรือดัดแปลงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเก็บไว้เป็นข้อมูลสำรอง โดยเจ้าของสำเนาผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้องตามกฎหมาย (มาตรา 117 (2))
7. นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถาม และตอบในการสอบ	7. นำมาใช้ในการสอนรวมถึงการทำสำเนาหลายชุดโดยครูเพื่อใช้ในห้องเรียน (มาตรา 107)
8. ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในกรณีที่จำเป็นแก่การใช้	8. ดัดแปลง เพื่อประโยชน์ในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์ (มาตรา 117 (1))
9. จัดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเก็บรักษาไว้สำหรับการอ้างอิง หรือค้นคว้า เพื่อประโยชน์ของสาธารณชน	9. เผยแพร่หรือทำสำเนาได้ 1 ชุด โดยเจ้าหน้าที่ของห้องสมุด, ห้องเก็บเอกสารสำคัญโดยไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงการค้า ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมก็ตาม (มาตรา 108 (a) (1))

ผู้วิจัยจะเลือกศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา และการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังนี้

### 1. วิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

การวิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็คือการทำวิศวกรรมย้อนรอย (reverse engineering) เพื่อ

1.1 ศึกษาถึง โครงสร้าง, ลำดับ, ขั้นตอน, การออกแบบ, หน้าที่การทำงานต่าง ๆ ทั้งที่เป็นความคิดและการแสดงออกของความคิด มาใช้เป็นพื้นฐานในการต่อยอดความรู้

1.2 ผู้ศึกษาและผู้วิจัยได้ทราบถึงวิธีการที่ใช้ในการพัฒนา และแก้ปัญหาอย่างเป็นระบบ, ขั้นตอน ในลักษณะเป็นเหตุและผลสำหรับการทำงานที่เชื่อมโยงเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กัน

1.3 เป็นหนทางเดียวในการถ่ายโอนวิทยาการความรู้เพื่อใช้ในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในลักษณะที่ไม่เป็นการแข่งขันกับโปรแกรมต้นแบบ

วิธีการทำวิศวกรรมย้อนรอยสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยการแปลจากภาษาเครื่อง (object code) ไปเป็นภาษารหัส (source code) โดยทั่วไปโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุอยู่ในแผ่น diskette, CD-ROM หรือสื่ออย่างอื่น จะถูกบันทึกเป็นภาษาเครื่อง เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์เข้าใจและสามารถปฏิบัติตามคำสั่งได้ ผู้วิจัยหรือผู้ศึกษาจึงต้องใช้กรรมวิธีย้อนรอยการแปลโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากภาษาเครื่องมาเป็นภาษารหัสเพื่อให้มนุษย์สามารถเข้าใจได้ กระบวนการนี้ยังจำแนกชื่อเรียกออกได้อีก 2 ลักษณะ ตามระดับของภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ คือ ถ้าเป็นกรรมวิธีย้อนรอยการแปลภาษาระดับสูงเรียกว่า "decompilation" แต่ถ้าเป็นกรรมวิธีย้อนรอยการแปลภาษาระดับต่ำเรียกว่า "disassembly"

### ประเทศไทย

การทำ reverse engineering ภายใต้อาณัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย

1) ผู้ศึกษา, ผู้วิจัยต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร เนื่องจากกฎหมายมิได้ระบุจำนวนของผู้ศึกษา, วิจัยไว้ จึงน่าจะเป็นประโยชน์สำหรับวงการศึกษาที่อาจารย์



และนักศึกษาได้ร่วมกันศึกษาหรือวิจัย อันเป็นการส่งเสริมกระบวนการเรียนการสอน โดยอาจารย์เป็นผู้ชี้แนะปัญหาข้อข้องใจให้แก่ผู้ศึกษา หรือผู้วิจัย ได้บรรลุผลสัมฤทธิ์ในการเรียนรู้ แต่ต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร เช่น ศึกษา, วิจัยในสถาบันการศึกษาของรัฐ แต่ถ้าเป็นสถาบันการศึกษาของเอกชนที่ผู้วิจัยหรือผู้ศึกษาทำวิศวกรรมย้อนรอยโดยไม่วัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรก็ได้รับยกเว้นตามหลักเกณฑ์ข้อนี้เช่นกัน สำหรับการทำวิศวกรรมย้อนรอย เพื่อนำเอาองค์ประกอบของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งที่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งถือเป็นพื้นฐานสำคัญของการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ประโยชน์แม้เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร ในบางกรณีสามารถกระทำได้เพราะการทำวิศวกรรมย้อนรอยเป็นเพียงวิธีการเดียวที่ช่วยให้ผู้ศึกษาหรือผู้วิจัยได้ทราบถึงวิธีและกระบวนการต่างๆ ที่ใช้ในการพัฒนาโปรแกรมขึ้นมา

2) การทำวิศวกรรมย้อนรอยเป็นเพียงวิธีการเดียวของผู้ศึกษา หรือผู้วิจัย เพื่อเข้าถึงข้อมูลความรู้ จากการศึกษาวิจัยองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ใช้ในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น อันเป็นการกระทำเพื่อเพิ่มพูนความรู้และพัฒนาศักยภาพส่วนบุคคล จึงไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

3) การทำวิศวกรรมย้อนรอยการแปลด้วยตนเอง ไม่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

### สหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้มีการศึกษา และวิจัยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าในศาสตร์และศิลปะอันมีประโยชน์ และป้องกันการผูกขาดของผู้สร้างสรรค์รายแรก

คดีระหว่าง DSC Communication Corp. v. DGI Technologies Inc. จำเลยได้ซื้อวงจรรหัสจุลภาค (firmware, microprocessor card) ของโจทก์มาทำกรรมวิธีย้อนรอยเพื่อดูภาษารหัส (source code) ของโจทก์และพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาใหม่ ให้สามารถเข้ากันได้กับโปรแกรมของโจทก์ (compatibility) แต่แตกต่างกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน ถึงแม้ว่าการทำวิศวกรรมย้อนรอยของโจทก์ เพื่อ

นำมาใช้ประโยชน์ในเชิงการค้า แต่ศาลเห็นว่าเป็นการใช้โดยชอบธรรม เพราะเมื่อศาลพิจารณาถึง ธรรมชาติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่มีลักษณะผสมผสานระหว่างงานสร้างสรรค์ และหน้าที่ในการทำงานต่าง ๆ ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว สมควรให้ความคุ้มครองที่ยืดหยุ่นมากกว่างานวรรณกรรมและงานดนตรีกรรมตาม ที่มีการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติ (guideline) ระหว่างเจ้าของงานลิขสิทธิ์และนักวิชาการในแวดวงการศึกษาไว้

คดีระหว่าง Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.

จำเลยได้ทำวิศวกรรมย้อนรอย เพื่อดู source code ของโจทก์ไม่ใช้การศึกษาหรือวิจัยเพื่อเรียนรู้ภายใต้หลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรม แต่เป็นการทำเพื่อพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่ แข่งขันกับโปรแกรมเดิมของโจทก์ แต่ศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยชอบธรรมเพราะไม่กระทบต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของโจทก์ และถ้าศาลตัดสินให้การทำวิศวกรรมย้อนรอยของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้โจทก์มีอำนาจผูกขาดในความคิด และองค์ประกอบอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง สำหรับเหตุผลอีกประการ คือ การทำวิศวกรรมย้อนรอยการแปลเป็นเพียงหนทางเดียวเท่านั้นที่ทำให้โจทก์สามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นได้ (Fishman 1996, 13/27)

คดีระหว่าง Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., ศาลใช้หลักเกณฑ์ในการตัดสินเหมือนคดี Sega แต่เนื่องจากว่า จำเลยมิได้ทำวิศวกรรมย้อนรอยด้วยตนเอง แต่ได้นำ source code ของโจทก์ มาจากสำนักงานลิขสิทธิ์ด้วยวิธีการหลอกลวง เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต (bad-faith) จึงไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้ใช้โดยชอบธรรม (Fishman 1994, 13/28)

ศาลสหรัฐอเมริกา ดูเจตนาของผู้ทำวิศวกรรมย้อนรอยการแปลเป็นสำคัญ แม้จะเป็นการกระทำ เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร หรือแข่งขันกับโปรแกรมต้นฉบับ สามารถทำได้แม้ขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรม แต่ศาลพยายามวางหลักเกณฑ์สำหรับใช้ในการพิจารณาคดี ให้เอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนในการเข้าถึง (access) และนำเอาสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมาใช้ในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่ได้ เป็นการต่อ ยอดและกระจายวิทยาการความรู้เพื่อผลทางการพัฒนาในระดับที่สูงยิ่งขึ้น "การทำวิศวกรรมย้อนรอยของสหรัฐอเมริกาจะเป็นการใช้โดย

ชอบธรรมต่อเมื่อเป็นหนทางเดียวที่ผู้ทำสามารถเข้าถึงความคิด, การแสดงออกของความคิด หรือองค์ประกอบต่าง ๆ ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง" ถ้าผู้ทำวิศวกรรมย้อนรอยมีเหตุผลเหมาะสมเพียงพอ แม้ขัดกับหลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรมแล้ว สามารถกระทำได้

สรุป ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อศึกษาและวิจัยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยวิธีการทำวิศวกรรมย้อนรอย เป็นประเด็นที่มีความสำคัญที่สุด สำหรับประเทศไทย เพราะเกี่ยวข้องกับการถ่ายโอนเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์จากประเทศพัฒนาแล้วให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาในลักษณะที่ไม่เป็นการแข่งขัน แต่เป็นการช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนา โดยเปิดโอกาสให้มีการเรียนรู้ถึงแก่นแท้ ที่เป็นความรู้ทางด้านการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ 3 ประการ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเรื่องการทำวิศวกรรมย้อนรอยมาก่อนจำเป็นต้องนำเอาแนวคำพิพากษาในการทำวิศวกรรมย้อนรอยของสหรัฐอเมริกา มาศึกษาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละคดี หลักเกณฑ์และเหตุผลที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาคดีเป็นประโยชน์สำหรับนักการศึกษาสำหรับนำมาปรับใช้เพื่อเอื้อให้บังเกิดประโยชน์สูงสุดต่อวงการศึกษ ในการวางแผน จัดเตรียมการเรียนการสอน ฯลฯ ให้บรรลุผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ผู้ศึกษาและผู้วิจัย เป็นผู้ที่ได้รับยกเว้นและมีสิทธิพิเศษ เนื่องจากเป็นผู้ใช้โดยสุจริต

## 2. ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์

เมื่อซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ตามคุณสมบัติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ

2.1 บันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งหมดเก็บไว้ใน harddisk ก่อน หรือ

2.2 ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกจำพวก แผ่น diskette, แผ่น

CD-ROM เป็นต้น

ในการอบรมเรื่อง "PC hardware" โดยบริษัท อเมริกัน เดต้าคอม 2539  
 ดร. วรินทร์ เมฆประดิษฐ์สิน ได้อธิบายถึงการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้ง 2 กรณี  
 ไว้ ดังนี้

1) ผู้ใช้ต้องป้อนคำสั่งผ่านหน่วยรับข้อมูล (input unit) ซึ่งทำหน้าที่รับ  
 ข้อมูลผ่านทางอุปกรณ์ชนิดต่างๆ ตามประเภทของข้อมูล เช่น ข้อมูลที่เป็นตัวอักษร,  
 ภาพถ่าย, ภาพเขียน, ภาพที่วาดขึ้นเอง ฯ ส่งผ่านทางแป้นพิมพ์ (keyboard), เมาส์  
 (mouse), เครื่องจับภาพ (scanner), ก้านควบคุม (joystick), ปากกาแสง (light pen)  
 เป็นต้น

2) หน่วยประมวลผลกลาง (central processing unit : CPU) ทำหน้าที่  
 เป็นสมองกลของเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อควบคุมการทำงานทั้งหมด โดย CPU จะรับ  
 คำสั่งจากหน่วยรับข้อมูลเพื่อปฏิบัติการตามคำสั่ง คือ จะทำการดึงข้อมูลจาก harddisk ที่  
 บันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์เก็บไว้ หรือดึงจากสื่อบันทึกที่อยู่ในหน่วยขับ (drive) เช่น  
 แผ่น diskette, แผ่น CD-ROM ฯ การปฏิบัติตามคำสั่งของ CPU ทั้ง 2 กรณี มีขั้นตอน  
 ในการทำงานเหมือนกัน คือ CPU ต้องดึงข้อมูลมาบันทึก (load) แบบชั่วคราว เก็บ  
 ไว้ในหน่วยความจำแบบเข้าถึงโดยสุ่ม (random access memory : RAM) ซึ่งเป็น  
 อุปกรณ์ที่ช่วยให้ CPU เข้าถึงข้อมูลแต่ละตำแหน่งโดยวิธีการสุ่ม ระยะเวลาที่ใช้ในการ  
 เข้าถึงข้อมูลจะเร็วหรือช้าขึ้น อยู่กับอัตราความเร็ว (speed) ของ RAM

RAM มีหน้าที่เก็บข้อมูล (save), บันทึกเพิ่มข้อมูลหรือโปรแกรม (load  
 file, program), ดำเนินงาน (run) เป็นต้น RAM ยังสามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

1) Dynamic RAM หรือ DRAM เป็นหน่วยความจำที่มีขนาดเล็ก, มี  
 ความจุมาก แต่ทำงานได้ช้า

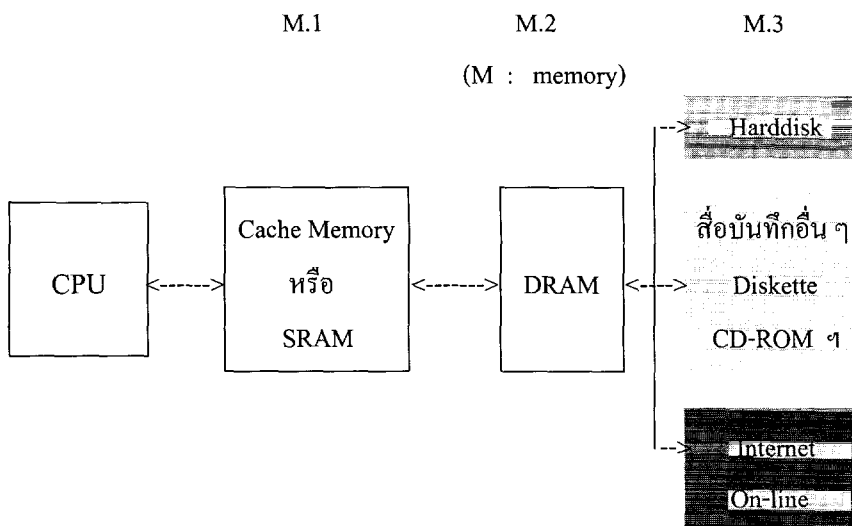
2) Static RAM หรือ SRAM หรือเรียกอีกอย่างว่า Cache Memory  
 เป็นหน่วยความจำที่มีขนาดใหญ่กว่า DRAM ประมาณ 1 เท่าตัว มีความจุน้อย แต่  
 ทำงานได้อย่างรวดเร็ว ติดตั้งอยู่ระหว่าง CPU และ DRAM

CPU มีหน่วยเป็นเมกะเฮิรตซ์ (megahertz : MHz) ตัวเลขยิ่งมากหมาย  
 ความเป็นมา  
 ความว่ายิ่งมีประสิทธิภาพในการทำงานสูง ตรงข้ามกับ DRAM และ SRAM ที่มีหน่วย  
 เป็นนาโนวินาที (nanosecond : NS) คือตัวเลขยิ่งน้อยถึงจะมีประสิทธิภาพในการทำงาน

ที่ไวมาก SRAM ถูกพัฒนามาใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล (personal computer PC) ตั้งแต่รุ่น 386 DX ขึ้นไป และได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องให้มีประสิทธิภาพในการทำงานที่ดียิ่งขึ้น เช่น ถ้าใช้ SRAM ขนาด 15 NS คู่กับ DRAM ขนาด 60 NS เท่ากับว่า SRAM ใช้เวลาในการเข้าถึงข้อมูล (access time) ได้เร็วกว่า DRAM ถึง 4 เท่า SRAM หรือ Cache Memory ถูกพัฒนาขึ้นมาใช้เพื่อประโยชน์ 2 ประการ คือ

1) ช่วย DRAM ในการเก็บข้อมูลคำสั่งที่ใช้เป็นประจำในการทำงาน หรือข้อมูลคำสั่งที่ต้องการเรียกใช้ซ้ำๆ ได้รวดเร็วมาก คือ ถ้าผู้ใช้เรียกข้อมูลคำสั่งที่ได้เคยเรียกมาก่อนแล้วเป็นคำสั่งซ้ำเช่น ในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีคำสั่ง forward หรือสัญญาณลัพท์ → สำหรับเปิดดูหน้าต่อไป และคำสั่ง Back หรือสัญญาณลัพท์ ← สำหรับเรียกหน้าที่ได้เปิดมาก่อนแล้ว การแสดงผลบนหน้าจอใช้เวลาต่างกัน ดังนี้

(1) คำสั่ง Forward หรือสัญญาณลัพท์ → เป็นการสั่งให้ CPU ดึงเอาข้อมูลใหม่ๆ จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ โดย CPU ต้องดึงข้อมูลจาก DRAM (ช้า) ผ่าน SRAM (เร็ว) ทุกครั้ง เพื่อให้ SRAM ได้บันทึกคำสั่งทุกคำสั่งเก็บไว้แบบชั่วคราวขณะที่เปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ เท่านั้น



ภาพที่ 2 อุปกรณ์และการทำงานภายในเครื่องคอมพิวเตอร์

(2) คำสั่ง Back หรือสัญลักษณ์ ← เป็นการสั่งให้ CPU ดึงเอาข้อมูลที่เรียกมาก่อนแล้ว CPU สามารถดึงข้อมูลจาก SRAM ได้เลยเพราะการเรียกข้อมูลครั้งก่อน SRAM ได้บันทึกข้อมูลเก็บไว้ก่อนแล้ว เมื่อเรียกข้อมูลซ้ำจากที่เคยเรียกมาแล้ว CPU สามารถดึงข้อมูลจาก SRAM ได้ทันทีซึ่งใช้เวลาเร็วกว่าดึงจาก DRAM หลายเท่า

2) ช่วยให้ CPU ทำงานได้อย่างรวดเร็วไม่ต้องเสียเวลารอ เนื่องจาก CPU ที่มี Mhz สูง จะทำงานได้รวดเร็วมาก เมื่อต้องมาดึงข้อมูลจาก DRAM ทำให้ต้องเสียเวลาคอยนาน (wait-state) จึงได้มีการพัฒนา SRAM มาช่วยเมื่อต้องการเรียกใช้ข้อมูล, คำสั่งซ้ำ ๆ

สรุปว่า เครื่องคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน มี DRAM เป็นหน่วยความจำที่ต้องนำเอาข้อมูลที่ดึงออกมาใช้งานกลับไปเก็บไว้ ณ ที่เดิมเป็นระยะเพื่อป้องกันการลืม ในขณะที่ SRAM ได้ถูกพัฒนามาใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ตั้งแต่รุ่น 386 DX ขึ้นไป เพื่อช่วยประหยัดระยะเวลาและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานได้รวดเร็วมากขึ้น ทั้ง DRAM และ SRAM เป็นหน่วยความจำแบบชั่วคราว คือ เมื่อปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ข้อมูลที่บันทึกแบบชั่วคราวจะหายไปทั้งหมด

ในการสืบค้นข้อมูล ในระบบเชื่อมต่อตรง (online) เช่น Internet หรือ Network หรือ Database ฯ ใช้วิธีการดึงข้อมูลและบันทึกเก็บไว้ใน RAM เช่นเดียวกับการดึงจาก harddisk, diskette, CD-ROM ฯ ซึ่งก็คือหลักการทำงาน อย่างเดียวกัน เช่น ในการสืบค้นข้อมูลเพื่อเข้าสู่ Web Site ใหม่ ๆ CPU จะต้องดึงข้อมูลจาก DRAM มาบันทึกแบบชั่วคราวไว้ใน SRAM ทุกครั้ง และเมื่อต้องการเรียกคำสั่ง, ดึงข้อมูลเก่าที่ได้เคยเรียกมาก่อนแล้ว สามารถดึงได้จาก SRAM ซึ่งมีความไวมากกว่า ขั้นตอนการทำงานของ RAM ทั้ง 2 ประเภทเป็นการบันทึกแบบชั่วคราวเมื่อปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ข้อมูลที่บันทึกอยู่ใน RAM จะลบหายไปหมด แต่ถ้าต้องการบันทึกข้อมูลแบบถาวร ผู้ใช้สามารถใช้คำสั่งเก็บเพิ่มข้อมูล (save, save as, save all ฯ) เพื่อบันทึกข้อมูลเหล่านั้นแบบถาวร ลงใน harddisk, diskette, CD-ROM ฯ ได้

เปรียบเทียบ ข้อยกเว้นของการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายไทยที่บัญญัติไว้ว่า "ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น" กับการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา คือ "ทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการใช้งานโปรแกรม

คอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์" ที่ระบุถึงการทำซ้ำเพื่อการใช้งานซึ่งก็คือความหมายอันเดียวกันนั่นเอง จากที่ได้มีการอธิบายถึงการทำงานของ RAM ทั้ง 2 ประเภท ถือว่าการทำซ้ำ เป็นส่วนหนึ่งของการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทั้งการทำซ้ำที่เป็นแบบชั่วคราวและการทำซ้ำแบบถาวรเพื่อเพิ่มปริมาณสำเนางานด้วย แต่ศาลของสหรัฐอเมริกากลับพิจารณาตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ สำหรับประเด็นของการทำซ้ำแบบชั่วคราวลงใน RAM ว่า เป็นการทำซ้ำตามความหมายของกฎหมายอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและสหรัฐอเมริกา ต้องการให้ความคุ้มครองแก่การใช้โดยส่วนตัวเพื่อประโยชน์ของบุคคลแต่ละคน ได้ใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยอิสระ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติถึงวิธีการได้มาซึ่งสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เหมือนกับมาตรา 35 (5) กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ดังนี้ "ผู้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้อง" และมาตรา 117 (2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติถึง "ผู้เป็นเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยถูกต้องไว้ (rightful)" คือ ไม่ว่าผู้ใดจะได้สำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยวิธีใด กฎหมายอนุญาตให้ใช้ได้ภายใต้ขอบเขตที่ว่า "เพื่อประโยชน์ของผู้ใช้โดยส่วนตัวเท่านั้น" ซึ่งก็คือความมุ่งหมายของกฎหมาย

### ประเทศไทย

การใช้โดยส่วนตัว (private use) ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ

- 1) ต้องเป็นการใช้ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร
- 2) ไม่เป็นการใช้ที่กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร
- 3) ไม่เป็นการใช้ ที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

ในการใช้เพื่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคล เช่น นำมาใช้ในการจัดพิมพ์รายงาน, เอกสาร, ทำบัญชี, ออกแบบ, วาดภาพ ฯ ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร คือ นำออกขายหรือให้เช่า ฯ ไม่ได้เพราะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิ

อันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร และต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย กรณีนี้ กฎหมายมุ่งหวังให้สาธารณชนสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้ด้วยความเป็นธรรมและไม่ต้องเสียค่าลิขสิทธิ์เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีการกำหนดราคาซื้อขายไว้สูงจะเกิดเป็นภาระ ถ้าผู้ใช้โดยส่วนตัวต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้แล้ว และขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษยชาติในการเข้าถึงและสามารถใช้ประโยชน์จากงานที่เป็นข้อมูลความรู้ต่าง ๆ ได้โดยอิสระไม่ถูกจำกัดการใช้เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่เปิดโอกาส หรือช่องทางให้ปัจเจกบุคคลได้ใช้เพื่อประโยชน์ของตน และเพื่อพัฒนาศักยภาพของบุคคลแต่ละคนที่ได้จากการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

#### สหรัฐอเมริกา

มาตรา 117 (1) ทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อประโยชน์ในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น ข้อสังเกต การใช้ในกรณีนี้ ไม่ต้องคำนึงหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการ ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 107

ในการบันทึกแบบชั่วคราวลงใน RAM เพื่อใช้งานตามปกติซึ่งถือเป็นกระบวนการทำงานขั้นตอนหนึ่งของเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อให้ผู้ใช้สามารถใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ หรือแม้แต่การบันทึกข้อมูลต่าง ๆ จากระบบ on-line ๑ ลงเก็บไว้ใน RAM แบบชั่วคราวถือเป็นการใช้โดยชอบธรรม เนื่องจากเป็นวิธีการปฏิบัติที่จำเป็นต้องบันทึกลงใน RAM ก่อน เพื่อให้ผู้ใช้สามารถใช้ประโยชน์ตามพฤติการณ์ปกติทั่ว ๆ ไปได้ เพราะต้องอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นสื่อ, พาหนะในการใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และในการค้นคืนข้อมูลจากระบบ on-line เช่น internet, database เป็นต้น

คดีระหว่าง Sega Enterprises Inc., v. Maphia บุคคลใดถ่ายโอนเกมส์คอมพิวเตอร์ โดยวิธีการบรรจุขึ้น (upload) ไปยังกระดานหมัดจรรยา (Bulletin Board System : BBS) นอกจากเป็นการกระทำละเมิดโดยตรงต่อเจ้าของเกมส์คอมพิวเตอร์แล้วยังต้องมีส่วนรับผิดชอบในกรณีที่ บุคคลอื่นถ่ายโอนโดยการบรรจุ (download) เกมส์คอมพิวเตอร์ลงเก็บไว้ใน RAM ของเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วย



คดีระหว่าง Traid Systems Corp. v. Southeastern Express Co.

โจทก์เป็นบริษัทขายเครื่องคอมพิวเตอร์และให้บริการหลังการขาย โดยบุคคลทั่วไป สามารถเช่าซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จากบริษัทของโจทก์ได้ ในสัญญาเช่าซื้อของโจทก์กำหนดห้ามบุคคลภายนอก ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ระบบปฏิบัติการที่ติดตั้งอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ที่โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ "จำเลยเป็นบุคคลภายนอกและเป็นบริษัทที่ให้บริการดูแลรักษาเครื่องคอมพิวเตอร์เช่นเดียวกับบริษัทของโจทก์ ในการดูแลรักษาเครื่องคอมพิวเตอร์ จำเลยจำเป็นต้องบันทึกโปรแกรมระบบปฏิบัติการของโจทก์ลงใน RAM เพื่อประโยชน์ในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวกับเครื่องคอมพิวเตอร์นั้น แต่เนื่องจากว่า การใช้ของจำเลยไม่มีการพัฒนางานขึ้นมาใหม่จึงกระทบกระเทือนต่อตลาดของโจทก์ อีกทั้งสาธารณชนไม่ได้รับประโยชน์จากการกระทำของจำเลย ศาลตัดสินว่าการกระทำของจำเลยไม่เข้าข่ายของการใช้โดยชอบธรรม

คดีระหว่าง MAI Systems Corp., v. Peak Computer Inc.

ข้อเท็จจริงในคดี คือ จำเลยเป็นบุคคลภายนอกมีอาชีพดูแล และบำรุงรักษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ไม่ใช่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ได้บันทึก (load) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของลูกค้านำลงใน RAM เพื่อให้บริการดูแลรักษา โดยไม่ได้ขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ คือ โจทก์ก่อน ศาลตัดสินว่า การบันทึกลงใน RAM ถือเป็นการบันทึกอย่างเพียงพอ (being sufficiently fixed) ที่จะเข้าข่ายว่า เป็นการทำซ้ำตามกฎหมายและมีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์

นियามการทำซ้ำตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

Section 101 "Copies" are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.

ทำซ้ำ หมายถึง การบันทึกงานไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ลงในวัสดุอุปกรณ์ที่มีสภาพมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้สามารถรับทราบ, ถ่ายทอด หรือสื่อสารโดยวิธีอื่นใดทั้งโดยทางตรง หรือโดยอาศัยเครื่องกล หรืออาศัยกรรมวิธี

จากคำนิยาม "ทำซ้ำ" ต้องเป็นการบันทึกงานลงสื่อบันทึกจำพวกวัสดุอุปกรณ์ (material objects) ที่มีสถานภาพมั่นคงและคงทนเพียงพอ (sufficiently permanent or stable) ที่ทำให้สามารถรับทราบ, ถ่ายทอด, หรือสื่อสารโดยประการอื่นใดได้ (National Technical Information Service 1990, 5-6)

การทำซ้ำตามความหมายของกฎหมายที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องมีลักษณะถาวร (fixed) มากกว่าเป็นแบบชั่วคราว (transitory duration) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มปริมาณของงาน เช่น การทำซ้ำลงใน harddisk, tape, diskette, CD-ROM หรือสื่อบันทึกอื่นใดที่มีลักษณะคงทนในระดับที่ไม่เลือนหายไปภายหลังจากการใช้ หรือเมื่อปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งก็คือหน้าที่การทำงานของ RAM ที่เป็นเพียงหน่วยความจำแบบเข้าถึงโดยการสุ่ม สามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ DRAM และ SRAM สำหรับ DRAM คือ หน่วยความจำสำหรับดึงและคืนข้อมูลที่เรียกออกมาใช้งาน ซึ่งเป็นระบบการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ถูกออกแบบมาให้มี DRAM เป็นองค์ประกอบที่สำคัญขั้นตอนหนึ่ง ในกระบวนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ ส่วน SRAM ได้รับการพัฒนามาใช้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ สำหรับคำสั่งที่มีการเรียกใช้บ่อยครั้งที่ 2 ขึ้นไปหรือเรียกใช้ซ้ำ ๆ สามารถดึงข้อมูลมาใช้ได้รวดเร็วมาก เนื่องจากในการเรียกครั้งแรก SRAM ได้ทำการบันทึกข้อมูลเก็บไว้เพื่อประโยชน์ทางด้านความรวดเร็วในการใช้งานเท่านั้น ประกอบกับความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลทุกตำแหน่งโดยการสุ่ม ด้วยเวลาที่เท่าเทียมกัน และรวดเร็วกว่า DRAM มาก เปรียบเทียบการทำงานของ SRAM เหมือนกับที่พักข้อมูลชั่วคราว (buffer) เพื่อเอื้อประโยชน์ทางด้านประสิทธิภาพในการทำงาน ตลอดเวลาที่เปิดเครื่องใช้งานเท่านั้น สถานภาพการบันทึกข้อมูลใน RAM ทั้ง 2 ประเภท ไม่มีความถาวรเพียงพอที่จะเข้าข่ายเป็นการทำซ้ำตามความหมายของกฎหมาย เพราะ RAM เป็นเพียงหน่วยความจำ ไม่ใช่วัสดุอุปกรณ์ประเภทสื่อบันทึกตามความหมายของการทำซ้ำ

คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่ตัดสินว่าการบันทึกลงใน RAM ถือเป็นการทำซ้ำตามกฎหมาย โดยนำเอาานิยามของการทำซ้ำ มาอธิบายประกอบกับหน้าที่การทำงานของ RAM ว่าทำให้สามารถรับทราบ (perceived), ถ่ายทอด (reproduced) หรือสื่อสารโดยวิธีอื่นใดได้ (otherwise communicated) โดยไม่กล่าวถึงสถานภาพของการ

บันทึกใน RAM ว่าเป็นแบบชั่วคราวและเลื่อนหายไปภายหลังจากปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งผิดวัตถุประสงค์ของการทำซ้ำตามความหมายของกฎหมาย ที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มสำเนา และคงอยู่ตราบเท่าที่ไม่มีการลบข้อมูลทิ้ง คือ มีความแน่นอนในระดับที่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ทุกครั้งที่ต้องการรับทราบ, ถ่ายทอด, หรือสื่อสารโดยวิธีอื่นใด แม้จะปิดหรือเปิดเครื่องคอมพิวเตอร์กี่ครั้งก็ตาม

เหตุผลที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่าการบันทึกลงใน RAM เป็นการทำซ้ำ เนื่องจากองค์ประกอบของงานสร้างสรรค์ ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา คือ ผู้สร้างสรรค์ต้องมีความคิดริเริ่ม (originality) ประกอบกับระดับของความคิดสร้างสรรค์แม้เพียงเล็กน้อย (minimal creativity) ที่ใช้ในการพัฒนางานขึ้นมา และงานสร้างสรรค์ดังกล่าว ต้องมีการบันทึกลงในสื่ออย่างเป็นรูปธรรมชัดเจน (มาตรา 102 fixed in a tangible medium of expression) ตัวอย่างเช่น คำปราศรัย, ปาฐกถา, คำบรรยาย ฯ ต้องนำมาบันทึกลงเทป, ดิพม์พล่งในหนังสือ หรือสื่อสำหรับบันทึกอื่นใด (material objects) เพื่อแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจน ถึงงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แตกต่างจาก กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยที่ไม่ได้บัญญัติถึง "การบันทึกงานลงสื่อ" ไว้เป็นเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เหมือนกับสหรัฐอเมริกา

องค์ประกอบของการบันทึกงานลงสื่อ เพื่อเป็นหลักฐาน (fixation) ยืนยันอย่างชัดเจน เปรียบเทียบกับหน้าที่การทำงานของอุปกรณ์ RAM ซึ่งเป็นเพียงหน่วยความจำแบบชั่วคราว ไม่มีลักษณะถาวรเพียงพอที่จะเป็นสื่อสำหรับบันทึก จึงเกิดเป็นช่องโหว่ของกฎหมายสหรัฐอเมริกา เพราะในช่วงที่มีการบันทึกลงใน RAM ข้อมูลต่างๆ ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ศาลจึงต้องวางหลักเกณฑ์สำหรับใช้ในการตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่เกินขอบเขตของกฎหมาย ที่ต้องการให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์จากงาน เพราะเมื่อพิจารณาถึงระบบการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ในการใช้งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้วลักษณะของการใช้ต้องมีการทำซ้ำแบบชั่วคราว ซึ่งเป็นวิธีการที่ช่วยให้เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของตนได้ และเป็นวิธีการอันมีประสิทธิภาพที่ใช้กันอยู่ทั่วไป

คดีระหว่าง Computer Assocs Int'l, inc. v. State St. Sank & Trust

ในการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เกินขอบเขตที่สัญญาอนุญาตกำหนดไว้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เป็นการกระทำผิดข้อกำหนดในสัญญาอนุญาต

ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเด็นของการบันทึกโปรแกรมลงใน RAM ไว้หลากหลายแนวทาง จนต้องมีการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ในส่วนที่เป็นข้อจำกัดสิทธิเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 1996 โดยยินยอมให้บุคคลภายนอกใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการดูแลรักษา (maintenance) หรือซ่อมแซม (repair) เครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อตัดประเด็นปัญหาการบันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงใน RAM ไม่ถือว่าเป็นการทำซ้ำและมีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ดังเช่นในคดีระหว่าง MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc. และคดีระหว่าง Traid Systems Corp. v. Southeastern Express Co. อีกต่อไป

สรุป สำหรับประเทศไทยการใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์หมายถึง การทำซ้ำทั้งที่เป็นแบบชั่วคราวและถาวร เพื่อให้สมประโยชน์ในการใช้งานได้จริง ตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

3. ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานเป็นการกล่าวถึง, เขียนถึงงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อให้สาธารณชนได้รับทราบถึงข้อดี-ข้อเสีย เช่น คุณสมบัติ, หน้าที่การทำงานต่างๆ และข้อบกพร่อง, ข้อจำกัดของตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อันเป็นความคิดเห็นส่วนตัวของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคล ร่วมกันถ่ายทอดความรู้สึก, ความคิดเห็น เพื่อให้สังคมได้รับทราบถึงผลงานและใช้วิจารณ์ญาณพิจารณาประกอบกับแนวความคิดเหล่านั้น ถือเป็นหนทางหนึ่งในการถ่ายทอดความรู้เพื่อช่วยพัฒนาภูมิปัญญาของชนในชาติ, เป็นการสะสมวิสัยทัศน์ใหม่ๆ ที่แตกต่างออกไปในลักษณะของการต่อยอดความคิด เพื่อประโยชน์ทางด้านการพัฒนา นอกจากนี้ยังเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสได้เลือกสรรโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ ให้เหมาะสมกับลักษณะของงานได้

### ประเทศไทย

การดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ

- 1) ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร
- 2) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร
- 3) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์
- 4) มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ตัวอย่าง คณะจารย์คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ร่วมกันจัดสัมมนาเรื่องการพัฒนาบทเรียนแบบโปรแกรมโดยใช้โปรแกรม Toolbook และโปรแกรม Authorware วัตถุประสงค์ของการสัมมนาเพื่อเปรียบเทียบคุณสมบัติ, หน้าที่ใช้ในการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้ง 2 โปรแกรมว่า มีข้อดี-ข้อบกพร่องเช่นไร เพื่อให้ให้นักการศึกษาสามารถเลือกใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้เหมาะสมกับความต้องการ และเนื้อหาวิชา ในการจัดสัมมนามีการเรียกเก็บเงินจากผู้สมัครคนละ 1,000 บาท เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับค่าห้องสัมมนา, ค่าอาหาร, ค่าเอกสารฯ เมื่อนำมาคำนวณแล้วต้องเหมาะสมกับรายรับที่เรียกเก็บจากผู้เข้ารับการสัมมนา แม้มีส่วนต่างของรายรับ-รายจ่ายอยู่บ้างไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร คณะผู้จัดการสัมมนามุ่งจะให้ความรู้แก่บุคคลทั่วไป อันเป็นวัตถุประสงค์ของการจัดสัมมนาขึ้นมา แต่ถ้ามมีการระบุว่าผู้เข้ารับการสัมมนาจะได้รับแจกโปรแกรมทั้ง 2 ด้วยแล้ว ถ้าเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่ได้ซื้อมาโดยถูกต้องตามกฎหมาย, แจกโดยมิได้มีการขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว การกระทำดังกล่าวกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร และขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

หลักเกณฑ์อีกประการ สำหรับการใช้ที่ได้รับยกเว้นในกรณีนี้ คือ ผู้ดิชม, วิจารณ์, แนะนำผลงาน ต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมนั้นด้วย เพื่อเป็นการแสดงความเคารพต่อผู้สร้างสรรค์ ที่ได้พัฒนางานที่มีประโยชน์ให้แก่สังคม

### สหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงการใช้โดยชอบธรรม รวมถึงการวิจารณ์และแสดงความคิดเห็น เช่นเดียวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย เนื่องจากการให้ความรู้แก่บุคคลทั่วไปด้วยมุมมองของบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ผู้วิจารณ์ หรือผู้แสดงความคิดเห็น ช่วยเสริมสร้างแนวคิดใหม่ๆ ให้แก่สังคม แม้จะเป็นการกระทำที่ผู้สร้างสรรค์อาจจะได้รับความเสี่ยงอยู่บ้าง แต่เมื่อคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ที่ให้ความสำคัญแก่ประโยชน์ของสาธารณชนเหนือประโยชน์ของเอกชนแล้ว การกระทำในกรณีนี้ถือเป็นความชอบธรรมที่สังคมสมควรได้รับประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย (copyright exists primarily to benefit the public, only secondarily to reward the author) (Ray and Linberg 1995, 70)

การใช้ในกรณีนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การใช้โดยชอบธรรม 4 ประการคือ

- 1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้ คือ ต้องไม่นำมาใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร
- 2) ลักษณะของงานลิขสิทธิ์
- 3) สัดส่วนทางคำจำนวน และสาระสำคัญของงาน ที่นำมาใช้เปรียบเทียบกับงานทั้งหมด
- 4) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหรือทำให้คุณค่าของงานลดลง

คดีระหว่าง Consumers Union v. General Signal Corp. (1983)

โจทก์และจำเลยเป็นบริษัทผลิตเครื่องดูดฝุ่นเหมือนกัน จำเลยต้องการให้ผู้บริโภคเห็นว่า เครื่องดูดฝุ่นของบริษัทจำเลยมีประสิทธิภาพที่สุด โดยอ้างรายงานผู้บริโภค (consumer reports) เพื่อเปรียบเทียบคุณสมบัติระหว่างเครื่องดูดฝุ่นของจำเลยกับเครื่องดูดฝุ่นของโจทก์ เพื่อให้ผู้บริโภคได้เห็นถึงความแตกต่างทางด้านคุณสมบัติ ถึงแม้ว่าการกระทำของจำเลย จะขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของโจทก์ เนื่องจากทำให้สินค้าของโจทก์ถูกลดคุณค่าและความต้องการลง อีกทั้งเป็นการนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงการค้า ซึ่งผลประโยชน์จะตกแก่สินค้าของจำเลย แต่เมื่อศาลคำนึงถึงว่าสาธารณชนได้รับประโยชน์จากการกระทำของจำเลย ถือเป็นการใช้โดยชอบธรรม

แนวคำพิพากษาของศาลในคดีนี้เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยอย่างมาก ในการพิจารณาถึงการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อประโยชน์แก่สาธารณชน โดยเฉพาะการนำมาใช้โดยนักการศึกษา เพราะวัตถุประสงค์หลักของการศึกษา คือ ต้องการให้ความรู้แก่บุคคลทั่วไป นักการศึกษาต้องมีอิสระในการพัฒนา, แลกเปลี่ยนความคิดได้โดยไม่ถูกจำกัดขอบเขตและเสรีภาพ ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายเท่านั้น เพราะบทบาทของนักการศึกษา คือ เปิดโลกทัศน์ทางด้านวิทยาการความรู้ให้แก่บุคคลทุกเพศทุกวัย นักการศึกษาต้องสามารถเข้าถึง (access) และนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อเสริมสร้างกระบวนการเรียนรู้ (learning processes) ใหม่ ๆ เพราะถือเป็นผู้ใช้โดยสุจริต (good-faith) และนำเอาความรู้ที่ได้รับไปถ่ายทอดให้แก่นักเรียน, นักศึกษาและบุคคลทั่วไป เพื่อสร้างคุณภาพความชอบธรรมให้บังเกิดแก่สังคม เนื่องจากผู้สร้างสรรค์ได้รับสิ่งตอบแทนที่เกินพอ ทั้งในแง่ของราคาขายและอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ยาวนานมาก

5. ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควร โดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่น โดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 117 (2) "ทำซ้ำ หรือคัดแปลงได้เพียง 1 ชุด เพื่อเก็บไว้เป็นข้อมูลสำรอง โดยเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย"

### ประเทศไทย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยอนุญาตให้เฉพาะผู้ซื้อ หรือผู้ที่ได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้องตามกฎหมาย สามารถทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ในจำนวนที่สมควร ปริมาณเท่าใดถึงจะเข้าข่ายว่าสมเหตุสมผลตามความหมายของกฎหมาย โดยให้พิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณีและองค์ประกอบปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกัน และเหตุผลที่ต้องกำหนดถึงการทำซ้ำในกรณีไว้ เนื่องจากว่า

1) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ถูกบันทึกอยู่ในสื่อสำหรับบันทึกชนิดต่าง ๆ เช่น CD-ROM, diskette, tape ฯลฯ ซึ่งผลิตมาจากวัสดุที่มีคุณภาพสำหรับนำมาใช้งานที่

ไม่คงทนถาวรตลอดไป เนื่องจากเสื่อมสลายได้ตามสภาพของการใช้งาน, การดูแลรักษา และกาลเวลา

2) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกลบทิ้งได้ง่ายดายมาก ถ้าผู้ใช้ขาดความรู้ และความเข้าใจในการใช้งาน

3) การระบาดของไวรัสคอมพิวเตอร์

4) ผู้ใช้มีเครื่องคอมพิวเตอร์หลายประเภท เช่น PC, Notebook ฯ ผู้ซื้อ หรือได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้อง สามารถทำสำเนาเพื่อใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์ประเภทต่าง ๆ ได้แล้ว ยังสามารถทำสำเนาเพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์แต่ละประเภทได้ด้วย แต่ไม่สามารถใช้สำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวพร้อมกันในเวลาเดียวกันได้ ถ้าเป็นโปรแกรมแบบ single use หรือ shrink wrap ที่กฎหมายอนุญาตให้ใช้ได้เพียง 1 สำเนา ต่อการใช้ในขณะหนึ่งเท่านั้น

5) ในการซื้อหรือได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้อง ตัวอย่างเช่น โปรแกรมวินโดวส์ 95 ผู้ซื้อจะได้รับโปรแกรมที่บรรจุอยู่ในสื่อ 2 ชนิด และในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากบุคคลอื่น หรือได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากบุคคลอื่นโดยถูกต้อง ไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม สามารถทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับสื่อทั้ง 2 ชนิดได้ เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษา หรือป้องกันการสูญหายเท่านั้น

6) ราคาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สูงมาก จะเป็นการเสี่ยงถ้าทำสำเนาไว้เพียงชุดเดียวตามที่สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมกำหนดไว้ เป็นต้น

การทำสำเนาสำรองในกรณีนี้ ต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการ

- (1) ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร
- (2) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์
- (3) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร



การทำสำเนาในกรณีนี้ กฎหมายบัญญัติถึงวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจนว่า "เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย" จึงไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ในข้อที่ 1 เนื่องจากกำหนดวัตถุประสงค์ไว้ต่างกัน เว้นแต่จะเป็นการทำสำเนาไว้เพื่อจำหน่าย เป็นต้น และจากการที่กฎหมายบัญญัติถึงข้อยกเว้นการทำสำเนาในกรณีนี้ไว้จึงทำให้การทำสำเนาดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรและไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายอนุญาตให้ทำได้

### สหรัฐอเมริกา

กฎหมายอนุญาตให้ เจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยถูกต้องเท่านั้นที่สามารถทำสำเนา หรือคัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อเก็บไว้เป็นข้อมูล, เอกสารสำคัญ และเมื่อความเป็นเจ้าของสิ้นสุดลง (cease to be rightful) เช่น โอน ขาย ยกให้ แก่บุคคลอื่นโดยถูกต้อง เจ้าของสำเนาต้องทำลายหรือลบสำเนาสำรองที่ทำขึ้นมาทิ้งไป

สรุปว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งของไทยและสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้เฉพาะผู้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้อง (rightful) เท่านั้น มีสิทธิทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ โดยมีวัตถุประสงค์ คือ เก็บไว้เป็นข้อมูลสำรองสำหรับนำมาใช้ประโยชน์ได้ในภายหลัง

7. นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถาม และตอบในการสอบ

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 107 บัญญัติถึง การนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ในวงการศึกษา คือ "นำมาใช้ในการสอน (รวมถึงการทำสำเนาหลายชุดโดยครูเพื่อใช้ในห้องเรียน)

### ประเทศไทย

สามารถนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้เป็นส่วนหนึ่งเท่านั้น เพื่อถามและตอบในการสอบ แต่ไม่รวมถึงการนำมาใช้ในการเรียนและการสอนด้วย

การสอบกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบ และวิธีการไว้ อาจเป็นการสอบแบบปากเปล่า หรือการสอบข้อเขียน เป็นต้น ซึ่งผู้ใช้ต้องปฏิบัติภายใต้หลักเกณฑ์ที่เป็นข้อกำหนดของกฎหมายทั้ง 3 ประการ คือ

- 1) ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร
- 2) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์
- 3) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

#### สหรัฐอเมริกา

การนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ในการสอนรวมถึง การทำสำเนาหลายชุด โดยครูเพื่อใช้ในห้องเรียนแล้วต้องเป็นการปฏิบัติภายใต้หลักเกณฑ์การใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา ในมาตรา 107 ทั้ง 4 ประการ คือ

- 1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้ คือ ต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้ในเชิงการค้า หรือนำมาใช้ในการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร
- 2) ลักษณะของงานลิขสิทธิ์
- 3) สัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญของงานที่นำมาใช้ เปรียบเทียบกับงานทั้งหมด
- 4) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือทำให้คุณค่าของงานลดลง

เนื่องจากในการนำเอาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ ต้องนำมาใช้ทั้งโปรแกรม "ไม่อาจแยกมาใช้เพียงบางส่วนได้" เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การใช้โดยชอบธรรมประการที่ 3 ที่กำหนดถึง "สัดส่วนทางด้านจำนวนและสาระสำคัญของงานที่นำมาใช้เมื่อเปรียบเทียบกับงานทั้งหมดแล้ว" ไม่สามารถนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้สำหรับ การเรียนการสอนได้ เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความสมบูรณ์ต่อเมื่อ ต้องนำมาใช้ทั้งชุด ในการทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์หลายชุด โดยครูเพื่อใช้ในห้องเรียนในกรณีนี้ จึงเป็นการใช้ที่ไม่ชอบธรรม เพราะขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรมตาม

กฎหมายอย่างชัดเจน นอกจากนี้ สภากองเกรสได้กำหนดแนวทางของการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยชอบธรรมไว้ว่า "ห้ามทำสำเนางานดัดแปลงจำนวนหลายชุดเพื่อใช้ในโรงเรียน หรือในเขตการศึกษา (school district) อีกด้วย"

#### 8. ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีที่ทำเป็นแก่การใช้

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกามาตรา 117 (1) บัญญัติไว้ว่า "ดัดแปลงเพื่อประโยชน์ในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเครื่องคอมพิวเตอร์"

ในกรณีของการดัดแปลงนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้เหมือนกันคืออนุญาตให้ดัดแปลงเพื่อใช้ประโยชน์ของตนได้ แต่ห้ามดัดแปลงเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่น

การดัดแปลงสามารถกระทำได้หลายวิธี ดังนี้

8.1 ดัดแปลงภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์หนึ่งไปเป็นอีกภาษาหนึ่ง เพื่อให้สามารถใช้งานได้ เช่น แปลภาษาระดับต่ำเป็นภาษาระดับสูง หรือในทางกลับกัน

8.2 ดัดแปลงภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เหมาะสมกับความจำเป็นในการใช้ เช่น จากภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทย หรือในทางกลับกัน

8.3 ดัดแปลงภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้เข้ากันกับประเภทและชนิดของเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น ดัดแปลงภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้กับเครื่องแมคอินทอช ให้สามารถใช้กับเครื่องพีซีได้ เป็นต้น

เหตุผลที่กฎหมายต้องบัญญัติข้อยกเว้นในกรณีนี้ไว้ เนื่องจาก นิยามของการดัดแปลงหมายความว่ารวมถึงการแปลด้วย ในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องกระทำ ดังนี้

1) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกบันทึกอยู่ในสื่อบันทึกประเภทต่าง ๆ เป็นภาษาเครื่อง (object code) เมื่อนำมาใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ ต้องผ่านขั้นตอนของการแปลจากภาษาเครื่องมาเป็นภาษารหัส (source code) เพื่อให้ผู้ใช้สามารถใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ มิเช่นนั้นอาจเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น เนื่องจากในขณะที่ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องมีการดัดแปลง (แปล) ตลอดเวลาซึ่งกฎหมาย

ลิขสิทธิ์บัญญัติถึง การดัดแปลงโดยบุคคลผู้ไม่ได้รับอนุญาตไว้ว่า เป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ (มาตรา 115 (1))

2) ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีหลายระดับ หลายภาษา และหลายชนิด  
ดังนี้

- (1) ระดับของภาษา คือ ภาษาระดับสูงและระดับต่ำ
  - (2) ประเภทของภาษา เช่น ภาษาระดับสูง ยังสามารถจำแนกได้อีกหลายประเภทตามความถนัด และความชำนาญของนักพัฒนาโปรแกรม
  - (3) ชนิดของภาษาแบ่งตามประเภทของเครื่องคอมพิวเตอร์ คือ แมคอินทอช และพีซี เป็นต้น
- 3) การดัดแปลงจากภาษาของชาติหนึ่ง มาเป็นภาษาของอีกชาติหนึ่ง คือ จากอังกฤษ, ญี่ปุ่น มาเป็นภาษาไทย หรือในทางกลับกัน เป็นต้น

กรณีทั้ง 3 ดังกล่าว ล้วนแต่มีเหตุผลที่จำเป็นต้องดัดแปลงเพื่อประโยชน์ในการนำมาใช้ทั้งสิ้น กฎหมายมิได้บัญญัติอนุญาตเฉพาะผู้ซื้อ หรือผู้ได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้องเท่านั้นที่สามารถดัดแปลงงานได้ในกรณีนี้ เจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนกับมาตรา 35 (2) คือต้องการให้ผู้ใช้ส่วนตัว (private use) ได้รับประโยชน์จากการดัดแปลงโปรแกรมมาใช้ ไม่ว่าจะได้รับโปรแกรมหากลับมาโดยวิธีใดก็ตาม เพียงแต่ผู้ใช้มีคุณสมบัติที่เหมาะสม คือ เป็นผู้ใช้โดยสุจริตแล้ว กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองเพื่อผลทางด้านการพัฒนาคุณภาพของปัจเจกบุคคล เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นภาระแก่ทรัพยากรมนุษย์ของชาติและเหตุผลทางด้านการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิขั้นพื้นฐาน ที่บุคคลแต่ละคนสามารถแสวงหา และเข้าถึงข้อมูลความรู้ต่างๆ ได้โดยอิสระ เพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ถือเป็นแหล่งวิทยาการความรู้ที่ตีพิมพ์ และทราบได้ที่ใช้สามารถอ้างย้อนกลับตามกฎหมาย และเหตุผลแห่งความเป็นธรรมได้แล้ว การใช้ดังกล่าวขาดองค์ประกอบที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

9. จัดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเก็บรักษาไว้สำหรับการอ้างอิงหรือค้นคว้าเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 108 (a) (1) บัญญัติไว้ ดังนี้ "เจ้าหน้าที่ของห้องสมุดหรือห้องเก็บเอกสารสำคัญ สามารถทำสำเนางานได้เพียง 1 ชุด, หรือเผยแพร่สำเนาดังกล่าวได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่ว่าต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงการค้า ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม"

บุคคลหรือองค์กรที่จะอ้างประโยชน์จากกรณีนี้ได้ ต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด คือ เป็นเจ้าหน้าที่ของห้องสมุด หรือห้องเก็บเอกสารสำคัญ ซึ่งเปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไป เข้ามาศึกษาค้นคว้า เช่น ห้องสมุดต่างๆ, สำนักงานลิขสิทธิ์, ห้องเก็บเอกสารสำคัญ เป็นต้น

ข้อสังเกต การกระทำเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเจ้าหน้าที่ของห้องสมุดหรือห้องเก็บเอกสารสำคัญ ไม่อาจนำมาตรา 34 กรณีการทำซ้ำโดยบรรณารักษ์มาใช้บังคับแก่กรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ และไม่สามารถนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ออกให้ยืมได้ เนื่องจากในมาตรา 35 (9) กฎหมายมีได้บัญญัติอนุญาตไว้เพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกบันทึกอยู่ในสื่อประเภทที่สามารถทำซ้ำได้ง่าย และเหมือนกับงานต้นฉบับทุกประการไม่ผิดเพี้ยน สามารถเผยแพร่ได้อย่างรวดเร็ว กฎหมายจึงต้องกำหนดวัตถุประสงค์ในการทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในกรณีนี้ว่า "เพื่อเก็บรักษาไว้สำหรับการอ้างอิง หรือค้นคว้าเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน"

### ประเทศไทย

การทำสำเนาในกรณีนี้ ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1) ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร เช่น สำนักงานลิขสิทธิ์ หรือห้องสมุดของสถาบันการศึกษาของรัฐ แต่ถ้าเป็นห้องสมุดสถาบันการศึกษาเอกชน ที่มีวิธีดำเนินการเช่นเดียวกับห้องสมุดของรัฐทั่วไป คือ ให้บริการทางด้านการค้นคว้าแก่สาธารณชนทั่วไปตามความเป็นจริงที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรแล้ว ได้รับยกเว้นในกรณีนี้

2) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากการทำสำเนาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

(1) เก็บไว้สำหรับอ้างอิงเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน หรือ

(2) ค้นคว้าเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน

การทำสำเนาในกรณีนี้ "เพื่อประโยชน์แก่สาธารณชน" ซึ่งกฎหมายให้ความสำคัญแก่ประโยชน์สาธารณชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

3) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร

กฎหมายมิได้ระบุจำนวนของการทำสำเนาไว้ แต่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ 3 ประการสำหรับการกระทำที่จะได้รับยกเว้นในกรณีนี้ คือ ต้องกระทำภายใต้วัตถุประสงค์ทั้ง 3 กรณีดังกล่าวเท่านั้น

### สหรัฐอเมริกา

เนื่องการกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกามาตรา 107 มิได้บัญญัติถึงการใช้โดยเจ้าหน้าที่ของห้องสมุดหรือห้องเก็บเอกสารสำคัญไว้ จึงต้องนำมาตรา 108 (a)(1) มาปรับใช้ เพราะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการปฏิบัติงานของห้องสมุดโดยเฉพาะ ดังนี้ "เจ้าหน้าที่ประจำห้องสมุดหรือห้องเก็บเอกสารสำคัญสามารถทำสำเนาได้เพียง 1 ชุด หรือเผยแพร่สำเนาดังกล่าวได้ โดยไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงการค้าไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม"

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้ชัดเจนว่า

1) เจ้าหน้าที่ของห้องสมุด หรือห้องเก็บเอกสารสำคัญ

2) ทำสำเนาได้เพียง 1 ชุด หรือนำสำเนาดังกล่าวออกเผยแพร่ได้

3) หลักเกณฑ์การใช้โดยชอบธรรมในกรณีนี้ กฎหมายกำหนดไว้เพียงประการเดียว คือ ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงการค้าทั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อม

ผู้วิจัยนำผลการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างข้อกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับการใช้โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกา เฉพาะกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สรุปเฉพาะประเด็นที่สำคัญนำมาสร้างเครื่องมือ คือ แบบประเมินการเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ ประกอบไปด้วยคำถามจำนวน 9 ข้อที่สร้างขึ้นตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยครั้งนี้ นำไปให้ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 9 ท่าน ที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการตอบแบบประเมิน นำคำตอบที่ได้จากคำถามแบบปลายเปิดมาแทนค่าด้วยคะแนน ดังนี้ คำตอบเห็นด้วยได้ 1 คะแนนและ 0 คะแนนสำหรับคำตอบไม่เห็นด้วย นำคะแนนที่ได้ในแต่ละข้อรวมกันหารด้วยจำนวนผู้เชี่ยวชาญ

ตารางที่ 3 แสดงผลรวมของคะแนนและค่าดัชนี IC ที่คำนวณได้จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์

ลำดับผู้เชี่ยวชาญ ข้อ	1	2	3	4	5	6	7	8	9	คะแนน รวม	ค่าดัชนี IC
1.	1	0	1	1	1	0	1	1	1	7	0.78
2.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	9	1
3.	1	1	1	0	1	1	1	1	0	7	0.78
4.	1	1	0	1	1	1	1	1	1	8	0.89
5.	0	1	0	0	1	1	1	1	1	6	0.67
6.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	9	1
7.	1	0	1	0	1	0	1	0	1	5	0.56
8.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	9	1
9.	1	0	1	1	0	0	1	1	1	6	0.67

จากตารางที่ 3 แสดงให้เห็นว่าความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญสอดคล้องกับผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของผู้วิจัยทุกประการ