

## บทที่ 5

### แนวทางของศาลในการพิจารณาถึงการกระทำที่เป็น การละเมิด ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

คดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีลักษณะของการดำเนินคดีและการพิสูจน์ของศาลที่แตกต่างไปจากคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น เช่น หนังสือ นวนิยาย เพลง เป็นต้น ทั้งนี้เพราะลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีซึ่งมีความสลับซับซ้อน แม้ว่าในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการแสดงออกของความคิดให้ออกมาอยู่ในรูปของตัวอักษรเช่นเดียวกับการประพันธ์หนังสือ หรือ การแต่งเพลงก็ตามแต่ข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นนักเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะใช้ภาษาคอมพิวเตอร์ในการเขียนซึ่งบุคคลทั่วไปไม่สามารถอ่านหรือทำความเข้าใจได้ ดังนั้นเมื่อเป็นการแสดงออกของความคิดในการเขียนโปรแกรมที่ใช้ในการถ่ายทอดความคิดออกมานี้แต่ละคนย่อมมีแนวทางในการสื่อความหมายออกมาที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับความคิดสร้างสรรค์ของแต่ละบุคคล

ในปัจจุบันนี้ประเทศได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศว่าหมายรวมถึงศาลชำนาญการพิเศษที่พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากความคิดของมนุษย์ ซึ่งรวมถึงการประดิษฐ์การออกแบบผลิตภัณฑ์ การออกแบบวงจรรวม การผลิตภัณฑ์อรรถประโยชน์ การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ เครื่องหมายการค้า ชื่อทางวิทยาศาสตร์ ความลับทางการค้า งานด้านวรรณกรรมและศิลปกรรม สิทธิของนักแสดง ผู้บันทึกเสียง และผู้แพร่เสียง แพร่ภาพ การพาณิชย์เกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศในเรื่องการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ การขนส่งระหว่างประเทศและธุรกรรมที่เกี่ยวข้อง เศรษฐกิจเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศในส่วนที่

เกี่ยวกับการควบคุมการค้าและบริการระหว่างประเทศ<sup>1</sup> ถึงแม้ว่าจะได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศขึ้นเนื่องจากการเล็งเห็นถึงลักษณะของคดีทรัพย์สินทางปัญญาที่แตกต่างไปจากคดีประเภทอื่นก็ตาม แต่โดยที่ลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่แตกต่างจากงานวรรณกรรมประเภทอื่นทำให้การพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อาจเกิดปัญหาได้ ประกอบกับศาลไทยยังไม่มีผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนี้ และยังไม่มีความเห็นในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ คดีที่ฟ้องละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนมากจะเป็นคดีที่ฟ้องว่าจำเลยได้ทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์อย่างตรงๆ และเป็นการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งหมดซึ่งง่ายต่อการพิสูจน์ แต่ในปัจจุบันประเทศไทยเริ่มมีนักเขียนโปรแกรมที่สามารถเขียนโปรแกรมออกมาได้ ดังนั้นในอนาคตจึงอาจเป็นไปได้ว่าจะมีการลอกเลียนแบบหรือมีการคัดลอกโปรแกรมคอมพิวเตอร์และมีแนวโน้มว่าลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์จะเปลี่ยนแปลงไปโดยมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นไม่ได้เป็นแค่การคัดลอกอย่างตรงๆ อีกต่อไป

ปัจจุบันนี้ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทยที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เลย ในขณะที่ประเทศอื่นๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น อังกฤษ เป็นต้น ได้มีคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ออกมามากมาย สำหรับประเทศไทยเพื่อเป็นการเตรียมพร้อมรับมือกับข้อพิพาทต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จำเป็นอย่างยิ่งในการสร้างผู้พิพากษาให้มีความเชี่ยวชาญในคดีทรัพย์สินทางปัญญานี้และสร้างแนวทางในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

<sup>1</sup> ปลื้มจิต ทวีพัฒน์, “ความจำเป็นและความพร้อมในการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ,” เอกสารการวิจัยในการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษา, บทบัณฑิตย, (ธันวาคม, 2537): 113.

## 5.1 แนวทางในการพิจารณาและปัญหาของศาลไทยในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศขึ้นโดยนี้มีข้อดีคือ ทำให้การตัดสินคดีเป็นไปอย่างยุติธรรมและรวดเร็วเพราะผู้พิพากษามีความรู้ความชำนาญและเข้าใจในปัญหาต่างๆ ของคดี นอกจากนี้ยังมีการกำหนดวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษเพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว เป็นธรรมโดยยกเว้นชั้นตอนและการปฏิบัติบางอย่างที่ใช้กับคดีทั่วไปแต่จะไม่นำมาใช้กับคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศนี้ นอกจากนี้ผลดีในการดำเนินคดีแล้วการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศย่อมทำให้ภาพพจน์ของประเทศไทยดีขึ้นเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศและตอบสนองความต้องการของสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทย รวมทั้งเป็นการตอบสนองข้อเรียกร้องของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องการให้ประเทศไทยเข้มงวดกับการปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามากขึ้น

ในประเทศไทยนั้นได้มีการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอยู่หลายคดี และมีบางคดีที่แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจผิดของศาลที่มีต่อหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น เช่น คดีซูปเปอร์แมน คำพิพากษาฎีกาที่ 368/2512 ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมจะมีขึ้นได้ต้องเป็นศิลปกรรมที่ได้ทำขึ้นในแผนกศิลป์ ดังนั้น รูป “ซูปเปอร์” ของโจทก์ซึ่งเป็นรูปคนสวมเสื้อคลุมยื่นท้าวเอวจึงไม่ใช่รูปศิลปแต่เป็นเพียงเครื่องหมายการค้า สิทธิของโจทก์เป็นสิทธิในเครื่องหมายการค้า ไม่ใช่ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมโจทก์จะฟ้องขอให้เพิกถอนทะเบียนเครื่องหมายการค้าของจำเลยโดยอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่ได้ และ คดีสนูปี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 4026/2524 ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมจะมีขึ้นได้ต้องเป็นศิลปกรรมที่ได้ทำขึ้นในแผนกศิลป์ เช่น รูปศิลป ส่วนรูปการ์ตูนสุนัขไม่ใช่รูปศิลป แต่เป็นเพียงรูปคล้ายสุนัขธรรมดาทั่วๆ ไปที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะการขีดเขียนจึงอาจเหมือนหรือคล้ายกันได้เป็นธรรมดา รูปการ์ตูนสุนัขจึงไม่ใช่ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมตามความหมายของ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่าภาพการ์ตูนตามทรรศนะของศาลไทยเป็นเพียงภาพวาดธรรมดาที่ไม่มีคุณค่าในทางศิลปะดังนั้นจึงไม่ใช่งานศิลปกรรมและไม่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวนี้ขัดกับหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์เพราะหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่คำนึงถึงความสวยงามหรือคุณค่าในทางศิลปะเพราะว่าสิ่งเหล่านี้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของแต่ละบุคคล หลักการดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในส่วนของ

คำนิยาม งานศิลปกรรม ตามมาตรา 4 ที่ว่า “ทั้งนี้ไม่ว่างานตาม(1)ถึง(7) จะมีคุณค่าทางศิลปกรรมหรือไม่.....” จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นถือว่าเมื่อเขาได้สร้างสรรค์รูปการต้นนี้มาโดยมิได้มีการลอกเลียนแบบโครงงานนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ คำตัดสินดังกล่าวของศาลเกิดจากความสับสนในหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ของศาลซึ่งอาจเป็นเพราะในขณะนั้นศาลยังไม่มีคามเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ยังมีอีกคดีหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความสับสนของศาลที่มีต่อหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 6182/2533 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 6 บัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น และมาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่าหมายถึง ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง จากคำจำกัดความดังกล่าว ผู้ที่จะได้ชื่อว่าเป็นผู้สร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิดงานขึ้นจากความคิดริเริ่มด้วยตนเอง มิใช่เป็นการลอกเลียนแบบจากของจริงจากธรรมชาติ หรือ ลอกเลียนแบบจากงานของผู้อื่น ทั้งที่ปรากฏเป็นรูปร่างหรือภาพถ่าย งานที่โจทก์อ้างว่าโจทก์มีลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้นเป็นงานที่เกิดจากการถอดรูปแบบมาจากของจริงตามธรรมชาติบ้าง ลอกเลียนแบบจากความคิดริเริ่มของผู้อื่นที่ได้สร้างสรรค์ไว้แล้วบ้างและลอกเลียนแบบจาก นิตยสารอื่นๆ บ้าง งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่เป็นงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของโจทก์เองโจทก์จึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายแห่งมาตรา 4 ของ พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โจทก์จึงไม่มีสิทธิในแบบรูปปั้นหล่อทองเหลืองตามฟ้อง ในคดีนี้จะเห็นได้ว่าศาลมองว่างานของโจทก์ไม่ได้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เพราะงานของโจทก์ไม่ได้เกิดจากความคิดริเริ่มของโจทก์เอง ซึ่งคำตัดสินของศาลนี้ขัดกับหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์เพราะถ้าตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วงานนี้จะป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นความคิดในการสร้างสรรค์นั้นจะมากจากที่ใดไม่สำคัญเพราะว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองถึงความคิด แต่กฎหมายลิขสิทธิ์จะคุ้มครองถึงการแสดงออกซึ่งความคิดที่ปรากฏออกมาเป็นงานนั้น ดังนั้นการที่เขาเห็นภาพตามธรรมชาติจนเกิดแรงบันดาลใจจนต้องวาดภาพนั้นออกมาภาพนั้นถึงแม้จะเป็นภาพเหมือนธรรมชาติแต่ก็เป็นภาพที่เขาได้เป็นผู้ริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมาเองรูปภาพนี้จึงสมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ความสับสนของศาลนี้อาจเกิดขึ้นจากคำนิยามของผู้สร้างสรรค์ในกฎหมายที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้แก้ไขในประเด็นนี้แล้วโดยให้คำนิยามของ ผู้สร้างสรรค์ ตามมาตรา 4 ไว้ว่า “ผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า ผู้ทำ

หรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งจะลดความสับสนในเรื่องนี้ได้เพราะคำนิยามเดิมคำว่า “โดยความคิดริเริ่มของตนเอง” ทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ว่าผู้สร้างสรรค์จะต้องคิดทำสิ่งใด ๆ ที่ไม่เคยมีปรากฏมาก่อนซึ่งหลักนี้เป็นหลักของกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้การคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่ใหม่ไม่เคยมีมาก่อน แต่หลักนี้ไม่นำไปใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์

เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลยังไม่มีแนวทางในการตัดสินถึงคดีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพราะเป็นสิ่งที่ใหม่สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและศาลไทย ดังนั้นจึงยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ว่ามีข้อควรคำนึงและกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างไรบ้าง สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือคำฟ้อง ในการเขียนคำฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นโจทก์ต้องร่างฟ้องโดยกล่าวถึงสถานะของโจทก์และจำเลยว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 กำหนดว่า เมื่อมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมาย ดังนั้นบุคคลเท่านั้นที่จะสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ หลังจากนั้นโจทก์จะต้องบรรยายฟ้องถึงสิทธิ์ของโจทก์ ในกรณีที่เป็นคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โจทก์ต้องบรรยายฟ้องว่าโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะข้อต่อสู้ของจำเลยมักจะเป็นการต่อสู้ในประเด็นที่ว่าโจทก์ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงไม่ใช้ผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องร้องได้ และในประเด็นว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งในประเด็นหลังนี้ถ้าโจทก์ได้จัดแจ้งข้อมูลโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้กับกรมทรัพย์สินทางปัญญา ก็จะเป็นหลักฐานประการหนึ่งว่าใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และงานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่เนื่องจากในการแจ้งข้อมูลต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเพียงการจดทะเบียนเพื่อเป็นการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ไว้เท่านั้นไม่ได้มีการตรวจสอบอย่างจริงจัง ดังนั้นโจทก์ยังมีภาระในการพิสูจน์ตรงประเด็นนี้อยู่ และนอกจากนี้ใน พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 62<sup>2</sup> กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นว่างานที่ฟ้องร้องนั้นเป็นงานอันมี

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 62 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “คดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่างานที่มีการฟ้องร้องในคดีนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง

ลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย และโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าว แต่ถ้าจำเลยได้โต้แย้งว่า โจทก์ไม่ได้เป็นเจ้าของหรือไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือโต้แย้งสิทธิของโจทก์แล้ว โจทก์ก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตนเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และตนเองเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น โจทก์จะอ้างประโยชน์จากข้อสันนิษฐานของกฎหมายไม่ได้

ประการต่อมาโจทก์ต้องบรรยายคำฟ้องว่าการกระทำของจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์อย่างไร โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของจำเลยเหมือนคล้ายกับโปรแกรมของโจทก์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญอย่างไร โจทก์ต้องบรรยายฟ้องให้ชัดเจนและต้องเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ถึงความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญเพราะกรณีที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในส่วนนี้เป็นสำคัญ นอกจากนี้โจทก์ต้องบรรยายว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลยอย่างไร และโจทก์ต้องเขียนคำขอท้ายฟ้องด้วยว่าต้องการให้ศาลสั่งเช่นไรและเรียกร้องค่าเสียหายเท่าไรและอย่างไร

นอกจากนี้ข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคืออายุความในการฟ้องร้องดำเนินคดีคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นอายุความที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดไว้ใน มาตรา 63<sup>3</sup> คือ สามปีนับตั้งแต่วันที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ทราบถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดนั้นและรู้ตัวผู้กระทำละเมิด แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบปีนับตั้งแต่วันที่ที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้น การรู้ตัวผู้กระทำละเมิดนั้นไม่จำเป็นจะต้องรู้ไปถึงขนาดว่าบุคคลนั้นมีชื่อว่าอะไรแค่เพียงรู้ว่าเป็นบุคคลใดก็เพียงพอแล้ว อายุความคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีที่รู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้ทำละเมิดจะยาวกว่าอายุความในคดีละเมิดทั่วไปที่กำหนดอายุความไว้ว่า ต้องฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายภายใน

---

ตามพระราชบัญญัตินี้ และโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดงในงานดังกล่าว เว้นแต่จำเลยจะโต้แย้งว่าไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดงหรือโต้แย้งสิทธิของโจทก์”

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 63 “ห้ามมิให้ฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเมื่อพ้นกำหนดสามปีนับตั้งแต่วันที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิด แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบปีนับตั้งแต่วันที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง”

หนึ่งปีนับตั้งแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้ที่ทำการละเมิดนั้น<sup>4</sup> แต่ที่เหมือนกันคือ การฟ้องคดีดังกล่าวต้องไม่เกินสิบปีนับตั้งแต่วันที่ได้ทำละเมิด

คดีละเมิดลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัวเป็นเรื่องระหว่างเอกชนที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายกันจึงเป็นคดีที่สามารถยอมความกันได้<sup>5</sup> อย่างไรก็ตามหากผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ประสงค์จะดำเนินคดีอาญาซึ่งการดำเนินคดีอาญานั้นในกรณีที่เป็นความผิดอันยอมความได้นั้นผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับตั้งแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดมิฉะนั้นจะขาดอายุความฟ้องร้องดำเนินคดี<sup>6</sup> และถ้าได้มีการร้องทุกข์แล้วไม่ว่าคดีจะอยู่ในระหว่างการสอบสวนของพนักงานสอบสวนหรือคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลก็ตามก่อนที่คดีจะสิ้นสุดลงผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์สามารถถอนคำร้องทุกข์หรือถอนคำฟ้องเพื่อให้คดีนั้นระงับไปได้ และหลังจากที่ได้ระงับคดีแล้วผู้ถูกทำละเมิดจะนำคดีเดียวกันนั้นมาฟ้องร้องอีกไม่ได้ อย่างไรก็ตามหากผู้ถูกทำละเมิดลิขสิทธิ์ประสงค์จะดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายก็ต้องฟ้องภายในอายุความตามมาตรา 63 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

## 5.2 ปัญหาในการพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของศาลไทย

ปัญหาสำคัญที่เกิดกับศาลไทยคือ ศาลไทยยังไม่มีความชำนาญในเรื่องของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะเรื่องของกฎหมายลิขสิทธิ์ดังจะสังเกตได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ตัดสินโดยคลาดเคลื่อนจากหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งๆ ที่ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนี้เป็นคดีที่ไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนคดีที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นคดีเกี่ยวกับงานทั่วไปที่ประชาชนทั่วไปคุ้นเคยกันดี เช่น งานศิลปกรรม หรืองานปฏิมากรรม เป็นต้น แต่สำหรับกรณี

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 วรรคแรก “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้นท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด”

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 66 “ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอันยอมความได้”

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 “ภายใต้บังคับมาตรา 95 ในกรณีความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับตั้งแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ”

ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นศาลจะต้องเผชิญหน้ากับสิ่งที่มีความสลับซับซ้อนที่ยากแก่การเข้าใจอันเนื่องมาจากลักษณะโดยธรรมชาติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่โดยแท้ จำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลต้องมีแนวทางในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากศาลไทยยังไม่มีแนวทางในการตัดสินคดีหรือแนวทางในการพิสูจน์ถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวทางของศาลต่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา โดยผู้เขียนได้เลือกที่จะกล่าวถึงแนวทางพิจารณาคดีของศาลสหรัฐอเมริกาเนื่องจากสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์มานานแล้วและในสหรัฐอเมริกาก็มีการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์กันมากเนื่องจากเป็นประเทศที่มีความเจริญทางด้านเทคโนโลยีโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาก นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังเป็นประเทศที่มีแนวทางและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวทางและหลักเกณฑ์ของศาลสหรัฐอเมริกาที่ใช้ในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาของศาลไทย หรือเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับศาลไทยที่จะใช้ในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

ปัญหาอีกประการหนึ่งคือในเรื่องของค่าเสียหายเนื่องจากเรามักพบว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์ในจำนวนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยกว่าที่โจทก์จะสร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาโปรแกรมหนึ่งนั้นต้องใช้เวลาลงทุนจำนวนมาก และต้องเสียสละเวลา และใช้ความอดทนอย่างมาก แต่งานของโจทก์ก็กลับถูกจำเลยทำละเมิดโดยใช้เวลาเพียงชั่วพริบตา ยิ่งไปกว่านั้นยังมีการจำหน่ายงานที่เกิดจากการทำละเมิดนี้ออกสู่ตลาดในราคาที่ถูกซึ่งยอมทำให้โจทก์สูญเสียประโยชน์และรายได้ที่จะได้จากการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน เพราะแทนที่จะไปซื้อโปรแกรมที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งมีราคาแพงประชาชนส่วนมากก็จะไปซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์เนื่องจากมีราคาถูกกว่า การสูญเสียรายได้และผลประโยชน์ของเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้บางครั้งก็ไม่สามารถประเมินค่าได้ ซึ่งเหตุนี้เองที่ทำให้สหรัฐอเมริกาดั้งแต่ในอดีตถึงในปัจจุบันนี้ต้องเร่งรัดให้ประเทศอื่น ๆ ให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เพราะสหรัฐได้สูญเสียผลประโยชน์มหาศาลจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ \*

\* ดูหนังสือพิมพ์รวมประชาชาติ ประจำวันเสาร์ที่ 5 มีนาคม 2531 ในภาคผนวก ก .



โดยในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหายนี้มีทฤษฎีที่กล่าวถึงขอบเขตของความรับผิดชอบ ดังนี้คือ

### 1. ทฤษฎีผลโดยตรง (Direct Consequence Theory)

ทฤษฎีนี้เป็นเรื่องของหลักการเยียวยาตามธรรมชาติที่ผู้ทำละเมิดต้องกระทำทุกวิถีทางเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับสู่สภาวะปกติเสมือนหนึ่งไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น และโดยหลักที่ว่า ใครเป็นผู้เริ่มก่อสิ่งใดขึ้นผู้นั้นต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนได้เริ่มนั้น ฉะนั้นเมื่อเกิดความเสียหายใดๆ อันสืบเนื่องมาจากการกระทำละเมิดโดยแท้ ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ต้องชดเชยความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นโดยสืบเนื่องมาจากการละเมิดนั้นให้หมดสิ้นไปด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ทั้งนี้ไม่ว่าความเสียหายอันสามารถคาดเห็นได้หรือไม่และไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะสืบเนื่องต่อมาในขอบเขตที่กว้างขวางเพียงไร หรือเป็นความเสียหายอันผิดปกติก็ตาม

### 2. ทฤษฎีเล็งเห็นผล (Foreseeability Theory)

โดยทฤษฎีเล็งเห็นผลผู้กระทำละเมิดจะรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่สามารถเล็งเห็นหรือคาดเห็นได้เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ไม่สามารถเล็งเห็นหรือคาดเห็นได้ว่าเป็นผลสืบเนื่องจากการกระทำของผู้กระทำละเมิดว่ามีความแน่นอนว่าจะเกิดผลเช่นนั้นขึ้น

ข้อดีของทฤษฎีผลโดยตรงคือ ผู้เสียหายจะได้รับการทดแทนในความเสียหายที่ได้รับทุกประการ แต่ข้อเสียของทฤษฎีนี้คือ ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ส่วนข้อดีของทฤษฎีเล็งเห็นผลคือ ผู้กระทำผิดรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เขาสามารถเล็งเห็นได้เท่านั้น แต่ผลเสียคือ บางกรณีผู้เสียหายอาจไม่ได้รับค่าเสียหายอย่างเพียงพอกับค่าเสียหายที่แท้จริง

เรื่องของการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ รวมทั้งการสูญเสียผล

ประโยชน์และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการฟ้องร้องและบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย<sup>7</sup> จะเห็นได้ว่าคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้เปิดกว้างให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาว่าค่าเสียหายที่โจทก์ควรจะได้รับนั้นเป็นจำนวนเท่าใด นอกจากนี้ค่าเสียหายที่ได้รับชำระตามคำพิพากษาให้จ่ายให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนครั้งหนึ่ง ซึ่งการได้รับส่วนแบ่งของเงินค่าปรับที่เป็นโทษทางอาญานี้ไม่เป็นการกระทบถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับค่าเสียหายส่วนที่เกินจากค่าปรับนั้นได้<sup>8</sup>

ถึงแม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้ศาลพิจารณาในเรื่องนี้ก็ตามแต่โดยในทางปฏิบัติแล้วค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้มักจะเป็นจำนวนที่น้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เช่น ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 100 ล้านบาทโดยโจทก์ได้คำนวณถึงการลงทุนลงแรงต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นๆ และการกระทำของจำเลยที่ทำให้ละเมิดต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์โดยนำออกขายเพื่อหากำไรยอมทำให้โจทก์สูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้อย่างมากซึ่งรวมๆ แล้วมูลค่าถึง 100 ล้านบาท แต่ปรากฏว่าศาลตัดสินศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เพียงแค่ 3 ล้านบาทหรือน้อยกว่านั้น ซึ่งการที่ศาลไทยตัดสินในเรื่องค่าเสียหายเช่นนี้ทำให้บริษัทผู้ผลิตซอฟต์แวร์รายใหญ่เกรงกลัวกันมากเพราะถ้าคดีเช่นนี้เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเขาจะยอมได้รับค่าเสียหายมากกว่านี้อย่างแน่นอน การที่ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดโดยกำหนดจำนวนค่าเสียหายเพียงเล็กน้อยเช่นนี้นอกจากจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เข็ดหลาบแล้ว และยังมีผลให้เกิดภาพพจน์ที่ไม่ดีของศาลไทยในสายตาของต่างประเทศด้วย

จากข้อเท็จจริงและคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้น อาจสรุปได้ว่าศาลไทยยังมีความสับสนกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้แนวทางในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลไทยและยังเกิด

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย”

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76 “ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น”

ข้อผิดพลาดและความสับสนในการพิจารณาคดีอยู่เสมอแม้ว่าคดีดังกล่าวจะเป็นคดีที่มีลักษณะธรรมดาและไม่ซับซ้อนก็ตาม ซึ่งหากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แน่นอนว่าคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ย่อมมีความยากในการพิจารณามากกว่าคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป ซึ่งเป็นผลมาจากลักษณะโดยธรรมชาติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เอง ที่เป็นเรื่องของเทคโนโลยีและทางวิทยาศาสตร์ เนื่องจากในปัจจุบันนี้ศาลยังไม่มีแนวทางในการพิจารณาดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องมีแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวเพราะในอนาคตคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเป็นคดีที่มีการฟ้องร้องขึ้นมามากและเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์มูลค่ามหาศาล ซึ่งเห็นได้จากสถิติการจับกุมดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์และสถิติการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของศูนย์ประสานการป้องกันปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา\* รวมทั้งคดีละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนมากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมักจะเป็นคนต่างชาติเพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนมากมักจะเป็นคนต่างชาติ เช่น สหรัฐอเมริกา, ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป หรือ ญี่ปุ่น เป็นต้น ดังนั้นถ้าคำตัดสินของศาลไทยสอดคล้องกับหลักสากลที่นานาประเทศยอมรับแล้วย่อมจะทำให้ศาลไทยเป็นที่ยอมรับและได้รับความเชื่อถือจากประชาชนและนานาประเทศ

ต่อไปนี้เพื่อให้เห็นถึงแนวทางในการตัดสินคดีของศาลสหรัฐอเมริกาอันจะเป็นประโยชน์ต่อศาลไทย ผู้เขียนจะได้ยกแนวทางและหลักการที่ศาลสหรัฐอเมริกาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

### 5.3 แนวทางในการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกานับว่าเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเป็นประเทศที่พยายามผลักดันให้ประเทศอื่นๆ เช่น บราซิล ญี่ปุ่น รวมทั้งไทยด้วยให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในสหรัฐอเมริกาได้มีคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นมากมาย ก่อนที่จะเกิดแนวทางในการพิจารณาที่เป็นหลักการนี้ได้เกิดข้อโต้เถียงขึ้นอย่างมากและในบางคดีแสดงให้เห็นถึงคำตัดสินที่ผิดพลาดของศาลที่เกิด ซึ่งจากคดีต่างๆ ที่ได้มีการ

\* ดูสถิติการจับกุมดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์และสถิติการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของศูนย์ประสานการป้องกันปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาได้ในภาคผนวก ก.

พิจารณาศาลได้วางแนวทางในการพิจารณาและแนวทางในการพิสูจน์การละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ดังต่อไปนี้

ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ศาลสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยใช้หลักการเบื้องต้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ หลักความแตกต่างระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด(Idea vs. Expression Dichotomy) โดยในการพิจารณาจะต้องถือตามหลักเกณฑ์นี้ ทั้งนี้เพราะหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างก็ยอมรับกันเป็นสากลว่า กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่คุ้มครองสิ่งที่เป็นเพียงความคิด กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติหลักเกณฑ์นี้ไว้ในมาตรา 102(a) แต่ก็มีผู้ที่เห็นว่าหลักการนี้อยู่ในมาตรา 102(b) มากกว่าในมาตรา 102(a)<sup>9</sup> หลักการนี้กฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 6 วรรค สองของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>10</sup> อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวจะไม่ถูกนำมาใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความลับทางการค้า (trade secret) ทั้งนี้เพราะสิ่งที่เป็นความคิดสามารถได้รับการคุ้มครองโดยความลับทางการค้าได้<sup>11</sup> ในการพิจารณาคดีการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ศาลต้องพยายามหาเส้นแบ่งระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิดในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นสิ่งที่สร้างความลำบากแก่ศาลอย่างมากในการหาเส้นแบ่งดังกล่าว สำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ศาลได้อาศัยคดีที่เกี่ยวกับงานวรรณกรรมอื่นๆ เป็นต้นแบบ เช่น คดีที่เกี่ยวกับนวนิยายหรือละคร มาเป็นแนวทางในการพิจารณา เช่น คดี Nichols V. Universal Pictures Co.,<sup>12</sup> ซึ่งคดีนี้ศาลพิจารณาว่าการพิพาทระหว่างบิดาของสองฝ่าย, การแต่งงาน, การกำเนิดบุตร และการคืนดีกัน เป็นเรื่องนามธรรมทั่วไปจากงานที่โจทก์ประพันธ์ขึ้นจึงเป็นเพียงแต่ความคิดเท่านั้นไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้นการกระทำของจำเลยที่งานประพันธ์ของจำเลยมีความเหมือนคล้ายกับงานของโจทก์ในส่วนที่กล่าวนี้จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

<sup>9</sup> Steven R. Englund, "Idea, process, or protection expression?: Determining the scope of copyright protection of the structure of computer programs," Michigan Law Review, 88(February, 1990): 886.

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคสอง "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่ครอบคลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์"

<sup>11</sup> Richard L. Bernacchi, Petter B. Frank and Norman Statland, Bernacchi on computer law, (Boston: Little, Brown and Company, 1989), p. 3-44.

<sup>12</sup> 45 F.2d 119(2d Cir. 1930), cert. denied, 282 U.S. 902(1931).

มาตรา 102(b) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาบัญญัติขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการแสดงออกที่ถูกนำมาใช้โดยนักเขียนโปรแกรมเป็นสิ่งที่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น สำหรับส่วนที่เป็นขั้นตอนหรือวิธีการทางการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง เมื่อใดที่ส่วนของการออกแบบ, ตรรก, โครงสร้างของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะไม่เป็นการแสดงออกที่ได้รับการคุ้มครอง แต่จะเป็นเพียงความคิดที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง ได้มีคดีที่ให้คำตอบในเรื่องนี้คือ คดี SAS Institute V. S&H Computer Systems<sup>13</sup> ที่ผู้พิพากษา Wiseman เห็นว่าซอฟต์แวร์ S&H ถูกเขียนเพื่อใช้บนอุปกรณ์ของ DEC ซึ่งเหมือนคล้ายในสาระสำคัญต่อโปรแกรมของ SAS ที่ถูกออกแบบให้ใช้งานบนเครื่อง IBM ศาลเห็นว่า 44 ตัวอย่างของการทำซ้ำจาก 186,000 บรรทัดของรหัสไม่สามารถบ่งบอกว่าเป็นส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ศาลสรุปได้ว่าจำเลยได้การทำซ้ำรายละเอียดองค์ประกอบและโครงสร้างของซอฟต์แวร์ของ SAS และการทำซ้ำนี้สามารถเห็นได้ในเกือบทุกส่วนของงานของ S&H

กรณีนี้เป็นที่ชัดเจนว่าในการที่ศึกษาถึงโปรแกรมต้นฉบับ (source code) , ฝั่งงาน และเอกสารสนับสนุนอื่นๆ ของโปรแกรมเพื่อเรียนรู้ถึงขั้นตอนและวิธีการที่ได้ใช้ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นวิธีการที่ไม่ผิดกฎหมาย และถ้าผู้ที่ศึกษาโปรแกรมได้เขียนโปรแกรมขึ้นมาใหม่โดยไม่ได้ออกเลียนของใครและได้ใช้ภาษาโปรแกรม(source code)ที่แตกต่างกันไป ถือได้ว่าการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ยังมีหลักการผสมระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด ( Merger of idea and expression) ซึ่งหลักนี้เกี่ยวข้องกับหลักความแตกต่างระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด(Idea vs. Expression Dichotomy) โดยหลักการนี้เน้นว่าถ้ามีวิธีการที่จำกัดหรือจำนวนที่จำกัดอย่างมากของวิธีการในการแสดงออกซึ่งความคิด ในกรณีดังกล่าวการแสดงออกทางความคิดจึงไม่สมควรที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เพราะถ้าให้การคุ้มครองก็เท่ากับเป็นการให้สิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ หลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในคดี Baker V. Selden และคดี Apple V. Franklin

ในคดี Apple ศาลได้เสียงที่จะตัดสินว่าความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิดผสมผสานกันในโปรแกรมปฏิบัติการของ Apple ดังนั้นโปรแกรมปฏิบัติการเป็นสิ่งที่สามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามอาจมีบางส่วนของโปรแกรมปฏิบัติการที่สามารถปรับใช้หลัก การผสมระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด ( Merger of idea and expression) มากกว่าที่จะปรับใช้หลักการนี้กับในส่วนทั้งหมดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

<sup>13</sup> 605 F. Supp. 816 (M.D. Tenn. 1985)

เช่น เมื่อคอมพิวเตอร์ได้พิมพ์งานออกมาโปรแกรมประยุกต์จะถูกเรียกออกมาสำหรับการพิมพ์งานดังกล่าวให้สำเร็จ สำหรับการพิมพ์งานออกมาจะสำเร็จเมื่อโปรแกรมปฏิบัติการใช้คำสั่งที่แน่นอนต่อเครื่องพิมพ์และย้ายข้อมูลไปสู่เครื่องพิมพ์ในรูปแบบที่จำกัดมากเพื่อจะได้พิมพ์งานนั้นออกมา ดังนั้นบางส่วนของโปรแกรมปฏิบัติการที่ติดต่อกันระหว่างเครื่องพิมพ์นั้นไม่มีวิธีการที่มากนัก ในกรณีนี้หลักการผสมระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด ( Merger of idea and expression) จะถูกนำมาปรับใช้ว่าการแสดงออกตรงนี้ถูกจำกัดและไม่สมควรได้รับการคุ้มครอง ในทางตรงกันข้ามถ้าเป็นส่วนสำคัญของโปรแกรมปฏิบัติการที่ถูกเอามาใช้ต่อหน้าที่ภายในที่จำกัดซึ่งหน้าที่นี้ยอมรับว่าเป็นมีการใช้การสร้างสรรคและความคิดริเริ่มอย่างมาก หลักการผสมกันระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิดจะไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในกรณีนี้

หลักการผสมระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิดนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สองประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน คือประโยชน์ของเจ้าของโปรแกรมคนแรกที่ได้ผลิตงานของเขาออกมาแล้วกับประโยชน์ของผู้ที่สร้างโปรแกรมต่อมาที่ได้สร้างสรรค์งานด้วยตัวเองโดยที่ไม่ได้ลอกเลียนแบบผู้อื่น หลักนี้มีเพื่อสนับสนุนให้ผู้อื่นซึ่งพัฒนาโปรแกรมขึ้นมาแข่งขันโดยความพยายามของเขาเอง และในขณะเดียวกันก็จะป้องกันผู้ที่ผลิตโปรแกรมที่ขโมยหรือลอกเลียนงานของบุคคลอื่นด้วย

อนึ่งการวิเคราะห์ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีข้อพิจารณาที่สำคัญมากในการพิจารณาว่าโปรแกรมได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือไม่ นั่นคือการวิเคราะห์ถึงความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญ (Substantial Similarity) ในการวิเคราะห์ถึงความเหมือนคล้ายระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์สองอันว่าตรงจุดไหนถึงจะเป็นจุดที่มีความเหมือนคล้ายกันในสาระสำคัญเป็นสิ่งที่ยากมาก และเรามักพบว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นบ่อยครั้งที่มีพื้นฐานบนความเหมือนคล้ายที่ผิวเผินที่เป็นผลมาจากหน้าที่ที่เหมือนกัน(similar function)ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งสองหรือเป็นผลมาจากส่วนพื้นฐานของโปรแกรมที่ไม่สามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยในการพิจารณาคดีโจทก์จะต้องเผชิญกับความยากลำบากในการที่จะพิสูจน์ถึงความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญนี้ รวมทั้งความยากในการที่จะเข้าใจถึงความยุ่งยากของพื้นฐานข้อมูลทางเทคนิคด้วย ซึ่งปัญหานี้เองเป็นสาเหตุให้เกิดความไม่เป็นธรรมในคำตัดสินของศาล

การแก้ปัญหาที่ศาลได้พยายามปรับใช้หลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เพื่อปรับใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยได้แบ่งส่วนต่างๆของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ว่าส่วนใดในโปรแกรมของโจทก์สามารถได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยใช้หลักความแตกต่างระหว่างความ

คิดและการแสดงออกซึ่งความคิดและหลักการผสมระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิดในการพิจารณาเพราะถ้าเป็นส่วนที่ไม่สามารถได้รับการคุ้มครองก็ไม่ต้องเอาส่วนนั้นมาพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายนี้ และส่วนใดของโปรแกรมจำลองที่เหมือนคล้ายในส่วนอันเป็นสาระสำคัญกับส่วนของโปรแกรมของโจทก์ที่สามารถได้รับการคุ้มครอง ซึ่งในการพิจารณาความเหมือนคล้ายอันเป็นสาระสำคัญนี้ศาลจะพิจารณาถึงหลักฐานของการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ว่าจำลองได้มีการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากงานของโจทก์มากน้อยเพียงไร และพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายของทั้งสองโปรแกรม ความยากจะมีมากยิ่งขึ้นในกรณีที่ไม่มีการละเมิดทางตัวอักษรเนื่องจากเขียนโปรแกรมในภาษาที่แตกต่างกันในกรณีนี้ศาลต้องพยายามทำความเข้าใจถึงการออกแบบ, โครงสร้างและหน้าที่ของโปรแกรมทั้งสองเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการนำการทดสอบความเหมือนคล้ายอันเป็นประเพณีมาปรับใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเป็นสิ่งที่ยากมากโดยข้อเท็จจริงที่ว่าในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีลักษณะที่เป็นวิทยาศาสตร์มากกว่าศิลปะ ซึ่งการเขียนโปรแกรมนั้นไม่มีทางเลือกมากนักของการแสดงออกซึ่งความคิดเพราะปัจจัยภายนอกหลายประการ เช่น คอมพิวเตอร์ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องปฏิบัติงาน และซอฟต์แวร์อื่นที่โปรแกรมต้องประสานงานด้วยและรวมทั้งธรรมชาติของปัญหาที่ถูกแก้ไข การบังคับโดยรหัส โครงสร้างและการออกแบบของโปรแกรม นอกจากนี้ส่วนประกอบส่วนใหญ่เป็นเรื่องของภาษาศาสตร์คอมพิวเตอร์ค่อนข้างจะมากกว่าการสร้างสรรค์โดยอิสระของนักเขียนโปรแกรม รวมทั้งในแง่ของตลาดซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์นั้นงานชิ้นหนึ่งที่แสดงผลสำเร็จออกมาเหมือนกันนั้นอาจสร้างขึ้นจากหลายๆ วิธี ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่าโปรแกรมทั้งสองที่ถูกสร้างโดยอิสระอาจปรากฏความเหมือนคล้ายกันได้หลายแง่<sup>14</sup>

การฟ้องร้องที่เกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวมักจะมีข้อเท็จจริงว่าโปรแกรมทั้งสองได้ใช้วิธีการค้นคว้าและการจัดลำดับที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดเพื่อสนับสนุนถึงการสร้างสรรค์ที่อิสระ (independent creation) ดังนั้นในบางครั้งหลักฐานที่ปรากฏจึงไม่สามารถตัดสินได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เกิดขึ้น เพราะถ้าเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยตนเองโดยมิได้ลอกเลียนแบบผู้อื่นแม้ว่างานที่ออกมาจะเหมือนกันก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

<sup>14</sup> Richard L. Bernacchi, Petter B. Frank and Norman Statland, *Bernacchi on computer law*, pp. 3-51-3-52.

แต่ถ้างานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขาดซึ่งความคิดสร้างสรรค์โดยตนเองงานนั้นย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเพราะกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองเฉพาะส่วนของงานที่แสดงถึงความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประพันธ์และเป็นสิ่งที่ไม่ได้ลอกเลียนแบบใครมา<sup>15</sup> นอกจากหลักการในเรื่องการขาดซึ่งความคิดสร้างสรรค์ด้วยตนเองแล้วยังมีหลักการหนึ่งคือหลัก *scènes à fair* ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการปฏิเสธการคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับส่วนที่เป็นผลภายหลังที่เกิดขึ้นโดยปกติธรรมดาจากแก่นของของเรื่องมากกว่าที่จะมาจากการสร้างสรรค์ของผู้ประพันธ์ หลักนี้ส่วนใหญ่ใช้ในงานที่เกี่ยวข้องกันข้อเท็จจริงหรือประวัติศาสตร์

หลัก *scènes à fair* และเรื่องการขาดซึ่งความคิดสร้างสรรค์จะถูกนำมาปรับใช้เป็นพิเศษกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์เนื่องจากเราพบว่าในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่จะเขียนโปรแกรมเพื่อแสดงหน้าที่โดยเฉพาะในการคำนวณที่พิเศษโดยปราศจากการใช้เทคนิคพื้นฐาน ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาว่าเป็นการละเมิดหรือไม่นั้นควรต้องพิจารณาว่าส่วนไหนไม่ได้เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของตนเองแต่เป็นส่วนที่จำเป็นต้องใช้อย่างแน่นอนหรือส่วนที่เป็นพื้นฐานสำหรับการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นส่วนที่ไม่สามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยการพิจารณาส่วนที่จำเป็นต้องใช้ของผู้สร้างสรรค์ที่ไม่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่พิจารณาจากข้อจำกัดภายนอก ซึ่งมีข้อจำกัดดังนี้คือ<sup>16</sup>

#### 1. มาตรฐานฮาร์ดแวร์ (Hardware Standards)

คอมพิวเตอร์เป็นสิ่งซึ่งโปรแกรมจะต้องทำงานสังส่วนต่างของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อทำโปรแกรมให้ทำงานได้ (compatible) กับเครื่องคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะนักเขียนโปรแกรมต้องทำโปรแกรมให้เหมาะสมเมื่อต้องเผชิญกับมาตรฐานการออกแบบเครื่องคอมพิวเตอร์ มาตรฐานได้สร้างประเภทที่เหมือนกันของส่วนที่เป็นพื้นฐาน ในฐานะที่โปรแกรมบางอันมีเจตนาเขียนเพื่อทำงานบนเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เหมือนกันอาจมีจำนวนของความเหมือนกันที่ไม่ได้เป็นผลผลิตของความคิดสร้างสรรค์ที่อิสระของนักเขียนโปรแกรม (programmer's independent creativity) แต่เป็นความจำเป็นพื้นฐานสำหรับโปรแกรมเพื่อการทำงานที่เหมาะสมบนเครื่องคอมพิวเตอร์ ยิ่งไปกว่านั้นการบังคับที่ถูกระบุโดยฮาร์ดแวร์คอมพิวเตอร์ยังขยายไปเหนือรหัสเฉพาะที่ต้องการใช้เพื่อการเข้าถึงหน้าที่ที่แน่นอน เราพบว่าส่วนประกอบใน

<sup>15</sup> 17 U.S.C. section 102(a) "Copyright protection subsist, in accordance with this title, in original work of authorship fixed in any tangible medium of expression..."

<sup>16</sup> Richard L. Bernacchi, Petter B. Frank and Norman Statland, *Bernacchi on computer law*, pp. 3-68-3-74.



ระดับที่สูงกว่าจำนวนมากของการออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นผลของการเลือกของนักเขียนโปรแกรมที่เป็นข้อเท็จจริงที่ถูกสั่งโดยลักษณะและข้อจำกัดของคอมพิวเตอร์ ตัวอย่างเช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ IBM PC บรรจุ 10-12 Function Keys ที่ถูกใช้แทนเมนูเพื่ออนุญาตผู้ใช้เพื่อเลือกหน้าที่ต่างของโปรแกรมที่มีมากมายและการเลือกที่เริ่มแรกของนักเขียนโปรแกรมระหว่างการใช้ของเมนูนี้จะดูเหมือนว่าเพื่อรวมประเภทของการเลือกในการออกแบบของ user interface ของโปรแกรมที่บางที่บางศาลพบว่าสามารถได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น คดี Whelan v. Jaslow, Borderbund v. Unison ซึ่งเป็นคำตัดสินที่ผิดพลาดของศาล เป็นต้น วัตถุประสงค์ของ Function Keys มีเพื่อประโยชน์ในการจัดการบนสิ่งซึ่งนักเขียนโปรแกรมสร้างขึ้นมา ดังนั้นการใช้ข้อเท็จจริงที่ว่าสองโปรแกรมต่างใช้ Function Keys Interface มาเป็นหลักฐานจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ยากว่าสิ่งนั้นทำซ้ำมาจากงานอื่น

ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยฮาร์ดแวร์อาจจะขยายไปถึงแง่มุมของการออกแบบโปรแกรม ดังนั้นศาลควรใช้ผู้เชี่ยวชาญช่วยในการตรวจสอบและควรแยกข้อจำกัดดังกล่าว เพราะถ้าความเหมือนคล้ายนั้นเกิดจากข้อจำกัดในลักษณะของเครื่องที่โปรแกรมต้องเข้าไปทำงานนี้ก็จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

## 2. มาตรฐานซอฟต์แวร์ (Software Standards)

เนื่องจากสภาพแวดล้อมของซอฟต์แวร์ที่โปรแกรมถูกพัฒนาขึ้นหรือปฏิบัติการบางอย่างที่ถูกควบคุมโดยส่วนของการออกแบบโปรแกรม โปรแกรมสำหรับผู้ใช้เช่น โปรแกรม Word Processor หรือโปรแกรม Spreadsheet ซึ่งต้องติดต่อและทำงานร่วมกับโปรแกรมปฏิบัติการของคอมพิวเตอร์ การทำงานร่วมกับโปรแกรมปฏิบัติการจะเป็นตัวที่สร้างข้อจำกัดอย่างมากในการออกแบบโปรแกรม เช่น ทางที่โปรแกรมเข้าถึงแฟ้มข้อมูลบนดิสก์ หรือทางที่ถูกเรียกขึ้นมาโดยผู้ใช้ ดังนั้นจึงเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้เกิดความเหมือนคล้ายระหว่างโปรแกรมที่อาจจะไม่ได้เป็นผลมาจากการทำซ้ำ

นอกจากนี้ข้อจำกัดทางโปรแกรมปฏิบัติการ ภาษาที่ใช้เขียนโปรแกรมก็มีส่วนในการสร้างข้อจำกัดบางประการในการออกแบบโปรแกรม เช่น ประเภทของโครงสร้างข้อมูลที่เป็นไปได้ต่อนักเขียนโปรแกรมจะขึ้นอยู่กับภาษาโปรแกรมที่ถูกเลือกในฐานะที่เป็นเครื่องจักรในการควบคุมผังของข้อมูลและลำดับของโปรแกรมย่อยในโปรแกรม ข้อจำกัดหรือรูปแบบสามารถนำมาพิจารณาสำหรับความเหมือนคล้ายที่ไม่ได้เป็นผลมาจากการทำซ้ำได้

### 3. มาตรฐานการออกแบบของผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ (Computer Manufacturers' Design Standards)

หลายตัวอย่างโรงงานผลิตคอมพิวเตอร์สร้างมาตรฐานสำหรับนักเขียนโปรแกรมฝ่ายที่สามเพื่อปฏิบัติตามในการออกแบบซอฟต์แวร์เพื่อทำงานบนเครื่องคอมพิวเตอร์ของเขา บางครั้งพบว่ามาตรฐานในเรื่องดังกล่าวเป็นตัวควบคุมปัญหาที่เป็นสิ่งที่ไม่เป็นสาระสำคัญต่อการปฏิบัติการแก้ไขของโปรแกรม เช่น ธรรมชาติของ user interface และรูปแบบการแสดงผลออกทางหน้าจอ สิ่งเหล่านี้ค่อนข้างจะถูกจำกัดโดยผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ที่สามารถทำให้ผู้ใช้ของเครื่องคอมพิวเตอร์เชื่อมั่นและคุ้นเคยกับการติดต่อกับเครื่อง (interface) อย่างไม่คำนึงถึงว่าผู้ใช้ชื่อซอฟต์แวร์ที่ถูกเขียนโดยผู้ผลิตหรือผู้พัฒนาที่เป็นบุคคลที่สามหรือไม่ แม้ว่าความจำนนด้วยมาตรฐานในเรื่องนี้จะไม่จำเป็นเสมอไปสำหรับการพัฒนาโปรแกรมหน้าที่ (function program) ก็ตาม แต่บ่อยครั้งที่ผู้ผลิตให้การสนับสนุนโดยเตรียมการสนับสนุนและช่วยเหลือต่อนักพัฒนาซอฟต์แวร์ผู้ซึ่งตามมาตรฐานของผู้ผลิตเพื่อสร้างมาตรฐานการออกแบบของผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ แต่ถ้านักเขียนโปรแกรมได้เขียนโปรแกรมโดยมิได้เดินตามมาตรฐานของผู้ผลิตย่อมเกิดความเสียหายได้ แต่การกระทำอย่างนี้อาจแสดงถึงการสร้างสรรค์ที่อิสระของนักเขียนโปรแกรมที่เป็นสิ่งอันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาได้

ความเหมือนคล้ายระหว่างสองโปรแกรมที่เป็นผลจากความจำนนต่อมาตรฐานของผู้ผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์อาจจะไม่ถูกพิจารณาเป็นหลักฐานของการทำซ้ำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่าบางครั้งศาลให้การคุ้มครองเรื่อง total concept and feel หรือ look and feel ของ user interface ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ตามคำตัดสินของศาลที่ทักทักว่า concept and feel นี้เป็นผลิตภัณฑ์ของการสร้างสรรค์โดยตนเองของนักเขียนโปรแกรม ซึ่งที่จริงแล้วนักเขียนโปรแกรมเพียงแต่ดำเนินตามแนวทางที่ถูกกำหนดโดยผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตาม concept and feel ของโปรแกรมนี้ไม่สามารถใช้เป็นสิ่งที่ใช้เพื่อเป็นหลักฐานของการได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้นข้อเท็จจริงที่ว่าโปรแกรมทั้งสองนั้นเหมือนกันทางด้าน concept and feel หรือ look and feel นั้นไม่เป็นหลักฐานที่น่าเชื่อถือของการละเมิดลิขสิทธิ์

### 4. การปฏิบัติที่เป็นเป้าหมายทางอุตสาหกรรม (Target Industry Practices)

บางครั้งปัจจัยภายนอกที่สำคัญที่สุดที่มีอิทธิพลต่อการออกแบบโปรแกรม คือการปฏิบัติทางธุรกิจและความต้องการทางเทคนิคของผู้ใช้ ตัวอย่างเช่น โปรแกรมที่มุ่งหมายเพื่อการซื้อขายหุ้นของ New York Stock Exchange จำเป็นต้องถูกออกแบบเพื่อทำตามกฎและทางปฏิบัติของการแลกเปลี่ยน ดังนั้นการปฏิบัติที่เป็นเป้าหมายทางอุตสาหกรรมจึงเป็นสิ่งหนึ่งที่

จะนำมาใช้เพื่อหาระดับที่สำคัญของความเหมือนคล้ายระหว่างสองโปรแกรม ความเหมือนคล้ายที่เป็นผลมาจากปัจจัยนี้จะไม่ผลทำให้ศาลตัดสินว่าโครงสร้างหรือการจัดลำดับของโปรแกรมทั้งสองเป็นส่วนเหมือนคล้ายในสาระสำคัญหรือไม่ หลักนี้ได้รับการกล่าวถึงในคดีที่ศาลอุทธรณ์ที่ 5 ในคดี Plains Cotton Coop. V. Goodpasture Computer ที่กล่าวว่าความเหมือนกันระหว่างโปรแกรมการตลาดฝ้ายทั้งสองถูกบังคับโดยลักษณะภายนอกของตลาดฝ้ายที่ต้องทำให้สอดคล้องกับการซื้อขายและการตลาดฝ้าย และในคดีนี้ศาลตัดสินว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

#### 5. การปฏิบัติการโปรแกรมอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์ (Computer industry Programming Practices)

ข้อจำกัดระหว่างโปรแกรมที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติโปรแกรมและเทคนิคกลายเป็นสิ่งที่เป็นที่ยอมรับและนำมาใช้อย่างกว้างขวางในอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ นักเขียนโปรแกรมส่วนมากถูกจำกัดภายใต้วิธีการแก้ปัญหาที่เป็นประเพณีเพื่อพิจารณาปัญหาในการเขียนโปรแกรมของเขา เช่น เมื่อเผชิญหน้ากับปัญหาของการเรียงลำดับและการค้นคืนปริมาณที่มากของข้อมูลที่ว่าจำนวนสูงสุดของข้อมูล นักเขียนโปรแกรมต้องพัฒนาโครงสร้างข้อมูลรู้จักในฐานะ linked-list ซึ่งจะยอมรับข้อมูลที่ถูกลบ หรือได้รับคืนที่ซึ่งในรายการ(list)และอนุญาตขนาดของรายการ ที่เพิ่มอย่างไม่แน่นอนที่ถูกจำกัดโดยความจำของคอมพิวเตอร์ ความสามารถที่เปลี่ยนแปลงได้ต่อการเปลี่ยนขนาดของรายการ และดังนั้นจำนวนของที่ว่างความจำได้ถูกรอครอบแล้ว การใช้ linked-list เป็นที่ต้องการมากในหลายกรณีโครงสร้างข้อมูลอื่นต้องถูกจัดสรรจำนวนที่ถูกบันทึกของที่ว่างความจำเป็นผลจากการใช้ linked-list ที่เป็นเทคนิคการเขียนโปรแกรมที่ได้รับความนิยมมากที่จะปรากฏในโปรแกรมที่ถูกสร้างโดยอิสระจำนวนมาก ดังนั้นข้อเท็จจริงที่ว่าปฏิบัติทางเทคนิคที่เหมือนกันในโปรแกรมทั้งสองไม่ถือว่าเป็นหลักฐานที่สำคัญในการพิจารณาถึงการทำซ้ำนี้ ในการใช้เทคนิคมาตรฐานในการเขียนโปรแกรมเหมือนกันจะมีลักษณะเหมือนกับโครงเรื่องหรือแก่นของงานวรรณกรรมทั่วไปที่ไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

ในเรื่องของ look and feel หรือ total concept and feel นี้ได้ปรากฏในคดี Roth Greeting V. United Card Co.,<sup>17</sup> ในปี 1970 เรื่องการกล่าวหาว่าละเมิดการด้อยพรของโจทก์ที่มีความเหมือนคล้ายที่ชัดเจนระหว่างการ์ดของโจทก์และของจำเลย ซึ่งได้อธิบาย total concept and feel ในฐานะการปรับใช้กับงานกราฟฟิค เรื่องนี้ได้มีคดีต่อมาคือในปี 1976 มี

<sup>17</sup> 429 F. 2d 1106 (9th Cir. 1970)

คดี Reyher V. Children's Television Workshop<sup>18</sup> เป็นคดีที่เกี่ยวกับหนังสือสำหรับเด็กสองเล่ม ต่อมาคดี Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. V. McDonald's corp.,<sup>19</sup> ที่ศาลต้องเผชิญกับปัญหาในเรื่องโครงเรื่องสำหรับเด็ก ในคดีนี้ได้ก่อให้เกิดการทดสอบ 2 ส่วนเพื่อพิจารณาความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญ คือ

1. การทดสอบภายนอก (Extrinsic Test) ที่พิจารณาถึงความเหมือนคล้ายในความคิดทั่วไป
2. การทดสอบในเนื้อแท้ (Intrinsic Test) เพื่อพิจารณาเปรียบเทียบการแสดงออกพิเศษที่ถูกนำมาใช้

การทดสอบดังกล่าวข้างต้นเป็นการทดสอบที่ก้าวหน้ากว่าแต่ก่อน เนื่องจากคดีส่วนมากจะใช้ความเห็นของวิญญูชนในการทดสอบในเนื้อแท้โดยหลีกเลี่ยงการทดสอบโดยผู้เชี่ยวชาญ แต่ถ้าเป็นคดีที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์จำเป็นต้องใช้การทดสอบโดยผู้เชี่ยวชาญจึงจะสามารถดูถึงความเหมือนคล้ายได้

ส่วนคดีเรื่อง look and feel ที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นคดี Atari, Inc. V. Amusement World, Inc.,<sup>20</sup> ซึ่งเป็นเรื่องการฟ้องร้องเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานซอฟต์แวร์ในวิดีโอเกมส์และยังมีคดี Broderbund Software, Inc. V. Unision World, Inc., เป็นต้นที่ได้ให้การคุ้มครองแก่ look and feel แต่ก็ยังมีหลายคดีที่ปฏิเสธการคุ้มครองเช่น คดี Plain Cotton V. Goodpasture Computer หรือ Lotus V. Borland ซึ่งเป็นคดีในสมัยหลังที่ศาลจะไม่ให้การคุ้มครองแก่การติดต่อเชื่อมประสานระหว่างผู้ใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (user interface) โดยแนวทางที่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมีคดีที่เป็นบรรทัดฐานคือ คดี Computer Associates International, Inc. V. Altai ซึ่งคดีดังกล่าวได้วางแนวทางที่ใช้ในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้โดยมี 3 ขั้นตอน ดังนี้

### 1. Abstraction Test

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่วิเคราะห์เพื่อที่จะแยกส่วนที่เป็นความคิดออกจากส่วนที่เป็นการแสดงออกซึ่งความคิดเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองถึงความคิด หลักที่ใช้ในการ

<sup>18</sup> 533 F. 2d 87 (2d Cir.) cert. denied, 429 U.S. 980 (1976)

<sup>19</sup> 562 F. 2d 1157 (9th Cir. 1977)

<sup>20</sup> 547 F. Supp. 222 (D. Md. 1981)

แยกแยะความคิดออกจากการแสดงออกซึ่งความคิด คือ หลักความแตกต่างระหว่างความคิด และการแสดงออกซึ่งความคิด (Idea vs. Expression Dichotomy)

หลัก Abstraction Test ได้รับการพัฒนาโดยผู้พิพากษา Hand ในคดี Nichols V. Universal Pictures<sup>21</sup> และแม้ว่าหลักการนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อใช้กับงานวรรณกรรมก็ตาม แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์

## 2. Filtration Test

หลังจากที่ได้มีการแยกส่วนที่เป็นความคิดออกจากส่วนที่เป็นการแสดงออกแล้วขั้นตอนต่อมาคือต้องพิจารณาว่าส่วนที่เป็นการแสดงออกนั้นจะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายหรือไม่ โดยในการพิจารณาอาจพิจารณาโดยใช้หลักการผสมระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด (Merger of idea and expression) เช่น ในคดี Lotus V. Borland ที่ว่า Menu Command Hierarchy ของโปรแกรม Lotus 1-2-3 ไม่สามารถได้รับการคุ้มครองเพราะถือว่าเป็นวิธีการของการปฏิบัติ (Method of operation) ที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง เป็นต้น และจะต้องพิจารณาข้อจำกัดในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย (ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายอย่างละเอียดแล้วในตอนต้น) เนื่องจากในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมีข้อจำกัดมากมายไม่ว่าจะเป็นเทคนิคพื้นฐาน ภาษาที่ใช้ในการเขียนโปรแกรม และประสิทธิภาพในการทำงานโดยในการเขียนโปรแกรมขึ้นมานั้นต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพของโปรแกรมด้วย นอกจากนี้การเขียนโปรแกรมต้องคำนึงถึงความต้องการของผู้ใช้ด้วย และต้องพิจารณาดูว่าถ้าการแสดงออกนั้นเป็นสาธารณะสมบัติ (Public Domain) ที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของการแสดงออกบุคคลใดๆ ย่อมสามารถใช้ได้และไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

## 3. Comparison Test

เมื่อผ่านสองขั้นตอนนี้มาแล้วก็จะเหลือเพียงส่วนที่เป็นการแสดงออกที่สามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ขั้นตอนนี้จะเป็นขั้นตอนในการเปรียบเทียบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ในส่วนที่สามารถได้รับการคุ้มครองและโปรแกรมของจำเลยว่ามีความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญหรือไม่ (substantial similarity) ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหมือนคล้ายในสาระสำคัญก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ในการพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายนี้ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงข้อจำกัดหลายประการที่ทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้อง

<sup>21</sup> 45 F. 2d 119, 121 (2d Cir. 1930)

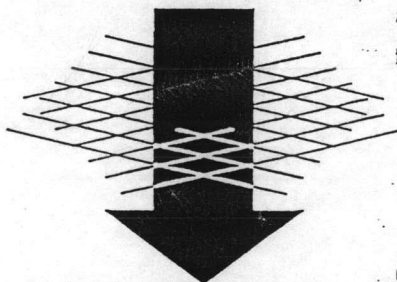
มีบางส่วนที่เหมือนกันซึ่งส่วนที่เหมือนกันอันเนื่องจากข้อจำกัดนั้นไม่สามารถนำมาพิจารณาถึงความเหมือนกันได้

ขั้นตอนในการพิจารณา 3 ขั้นตอนนี้อาจสรุปได้โดยภาพดังต่อไปนี้<sup>22</sup>

### 1. ABSTRACTION

	main purpose
	program structure or architecture
	modules
	algorithms & data structures
	source code
	object code

### 2. FILTRATION

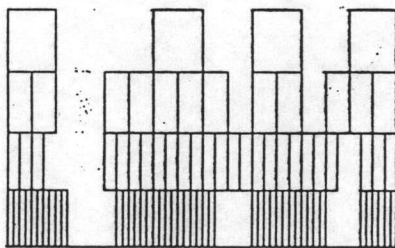


Filtering out

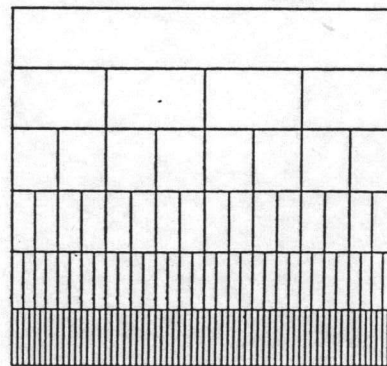
- a. elements dictated by efficiency
- b. elements dictated by external factors including
  - i) mechanical specifications
  - ii) compatibility requirements
  - iii) design standards
  - iv) industry demands
  - v) programming practices
- c. elements taken from the public domain

### 3. COMPARISON

protected expression in original program



allegedly infringing program



<sup>22</sup> Jonathan Band and Masanobu Katoh, Interface on trial intellectual property and interoperability in the global software industry, (San Francisco: Westview Press Inc., 1995), p. 129.

ถ้าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับงานรวบรวม (Compilation) การพิสูจนถึงการละเมิด ลิขสิทธิ์งาน Compilation ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีขั้นตอนที่ศาลต้องพิจารณาออกเหนือ จากการใช้การทดสอบสามประการตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากลักษณะของการมี ลิขสิทธิ์ในงาน Compilation เป็นงานที่มีลิขสิทธิ์อันมีพื้นฐานจากสิ่งที่ไม่มิลิขสิทธิ์ ในพระราช บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>23</sup> ของไทยกำหนดให้ลิขสิทธิ์ในงานที่เกิดจากการรวบรวมนี้ด้วยแต่ งานนั้นต้องเป็นการรวบรวมหรือประกอบเข้ากันโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะที่สร้าง สรรค์ขึ้นด้วยตนเองและไม่ได้ลอกเลียนแบบผู้ใด ในการรวบรวมนี้อาจจะเป็นการรวบรวมงาน อันมีลิขสิทธิ์หรือว่าเป็นการรวบรวมสิ่งที่ไม่มิลิขสิทธิ์ก็ได้ เช่น สมุดรายนามผู้ใช้โทรศัพท์ เป็นต้น การนำข้อเท็จจริงที่ไม่มีลิขสิทธิ์อยู่ก่อนแล้วมารวมแม้จะขาดลักษณะการสร้าง สรรค์ในเนื้อหาแต่ผู้รวบรวมได้ใช้ความพยายามและความอุตสาหะในการรวบรวม, การคัดเลือก, การจัดลำดับและการตัดสินใจ งานนี้จึงสมควรได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์

การออกแบบโปรแกรมของนักเขียนโปรแกรมที่ได้เกิดจากการเลือก เทคนิคในการ รวบรวมโปรแกรม(integrating programming) เทคนิคต่างๆ อัลกอริทึมที่ใช้แก้ปัญหา (problem-solving algorithms) โครงสร้างข้อมูล(data structures) และส่วนประกอบต่างๆ ของ โปรแกรม ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะของงานออกแบบโปรแกรมเป็นเรื่องต้องใช้จินตนาการและ การสร้างสรรค์ (imagination and creativity) อย่างมากและงานดังกล่าวได้แสดงถึงความ พยายามและความอุตสาหะในการออกแบบโปรแกรม<sup>24</sup> จึงเป็นสิ่งที่ควรได้รับการคุ้มครองตาม กฎหมายลิขสิทธิ์

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 12 “งานใดอันมีลักษณะเป็นการนำเอางานอันมี ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มารวมหรือประกอบเข้ากันโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ลิขสิทธิ์ หรือเป็นการนำเอาข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดซึ่งสามารถอ่านหรือถ่ายทอดได้โดยอาศัยเครื่อง กลหรืออุปกรณ์อื่นใดมารวมหรือประกอบเข้ากัน หากผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันได้ รวบรวมหรือประกอบเข้ากันซึ่งงานดังกล่าวขึ้นโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ ลอกเลียนงานของบุคคลอื่นให้ผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวม รวบรวมหรือประกอบเข้ากันตามพระราชบัญญัตินี้แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของ ลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงาน หรือข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกนำมารวบรวมหรือ ประกอบเข้ากัน”

<sup>24</sup> Jon S. Wilkins, “Protecting computer programs as compilations under Computer Associates V. Altai,” *Yale Law Journal* 104(November, 1994) : 435-457.

การพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญนั้นขนาดของความเหมือนคล้ายจะขึ้นอยู่กับประเภทของงาน เช่น การรวบรวมข้อเท็จจริงอันได้แก่การรวบรวมเบอร์โทรศัพท์ซึ่งต้องพิจารณาภาพรวมทั้งหมดของงานเพื่อพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นว่ามีความเหมือนคล้ายมากแค่ไหนเพราะรายชื่อและเบอร์โทรศัพท์โดยปกติเป็นสิ่งที่ไม่มีลิขสิทธิ์ แต่ถ้าเป็นบทกลอนหรือโคลง การทำคัดลอกเพียงบรรทัดเดียวอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เพราะแต่ละคำของบทกลอนเป็นสิ่งที่เกิดจากความคิดและความสามารถในการใช้ภาษาของนักกวี กรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีและมีความสลับซับซ้อนมากกว่างานทั่วไป ดังนั้นในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของความเหมือนคล้ายนี้ต้องมีหลักการในการพิจารณาที่พิเศษโดยจะต้องพิจารณาจากคุณภาพไม่ใช่พิจารณาจากปริมาณของส่วนที่มีการคัดลอก

คดี Computer Assosiate V. Altial ได้พิจารณาโดยแยกโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นส่วนต่างๆ ในการเปรียบเทียบ (comparison) แต่ในกรณีของงานที่เกิดจากการรวบรวม (compilation) ควรที่จะพิจารณาโดยภาพรวมของงานนั้นทั้งหมดเพราะการแยกแยะส่วนในการพิจารณาจะทำให้การพิจารณาไม่สมบูรณ์ เนื่องจากแต่ละส่วนอาจเป็นสิ่งที่ไม่มีลิขสิทธิ์ แต่เนื่องจากนักออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ใช้ความอดุสาหะและความพยายามโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

เรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาคดี Key Publication Inc., V. Chinatown Today Publishing Enterprises<sup>25</sup> ซึ่งศาลได้ขยายการคุ้มครองไปถึงการเลือก, การจัดลำดับของผู้เขียนในบัญชี(list) ของธุรกิจเพราะว่าเป็นการแสดงออกได้ซึ่งความอดุสาหะ(judgment) จึงเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ส่วนคดีที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือคดี Bellsouth Advertising & Publishing Corp. V. Donnelley Information Publishing Inc.,<sup>26</sup> ที่ศาลได้ขยายการคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อรูปแบบการรับข้อมูล( formats input) ที่ใช้เพื่อจัดการข้อมูลในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพราะว่าศาลเห็นว่าผู้เขียนโปรแกรมได้ใช้ความสามารถและประสบการณ์ในการเลือกและการเขียนโปรแกรม

นอกจากนั้นก็มีคดี Engineering Dynamics, Inc., V. Structural Software, Inc.,<sup>27</sup> ที่ศาลเห็นว่าการแสดงออกของการรวบรวม(compilation)โดยการเลือกและจัดลำดับรูปแบบการ

<sup>25</sup> 945 F. 2d 509, 513 (2d Cir. 1991)

<sup>26</sup> 999 F. 2d 1436 (11th Cir. 1993), cert. denied, 114 S. Ct. 943 (1994)

<sup>27</sup> 26 F. 3d 1335, 1346 (5th Cir. 1994)



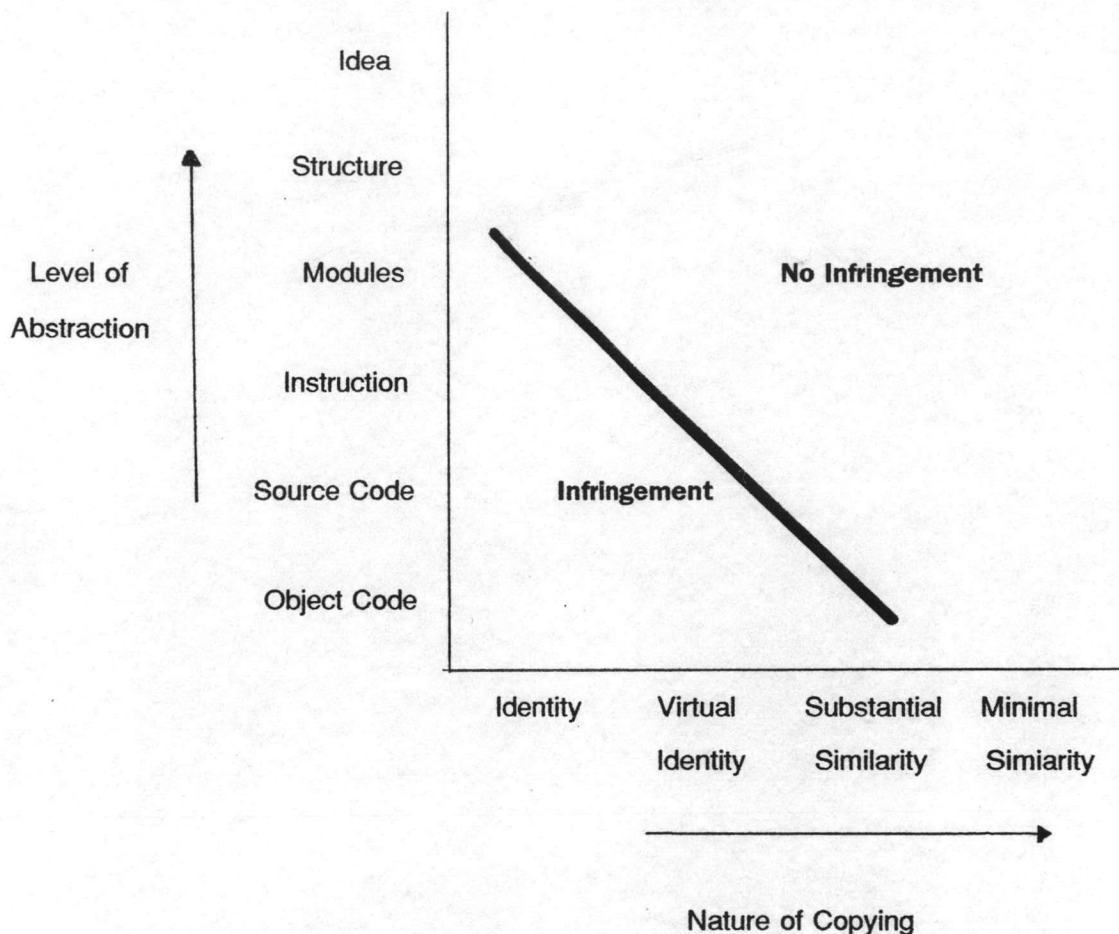
รับข้อมูล(input format) ควรได้รับการคุ้มครอง และคดี Atari Game V. Nintendo of America Inc., ศาลได้ระบุว่าการจัดองค์ประกอบและการจัดลำดับที่สร้างสรรค์ของโปรแกรมที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่เหมือนใครนั้นได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยที่ศาลทั้งสองคดีได้ใช้การทดสอบ Abstraction-Filteration-Comparison Test ในการพิจารณา

ดังนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับงานรวบรวม(compilation)ที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะต้องพิจารณาถึงความพยายามและความอุทิศของผู้ออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการเลือกและการตัดสินใจโดยเน้นพิจารณาถึงการสร้างสรรค์ของผู้เขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์และการพิจารณาความเหมือนคล้ายในสาระสำคัญจากภาพรวมทั้งหมดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นอกเหนือจากการใช้หลัก Abstraction-Filteration-Comparison Test

แนวทางในการพิจารณาถึงการทำซ้ำและการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้มีการใช้ระดับของ Abstraction มาเป็นแนวทางในการพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือถ้าเป็น Abstraction ในระดับที่สูงต้องมีลักษณะความเหมือนคล้ายที่มากจนแทบจะเป็นสิ่งเดียวกันจึงจะเป็นการทำซ้ำ โดยมีกราฟที่สามารถใช้ประกอบในการพิจารณาดังต่อไปนี้<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Mark A. Lemley, "Convergence in the law of software copyright," Hight Technology Law Journal, 10 (January, 1995) : 34.



ในการวินิจฉัยคดีละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น การละเมิดลิขสิทธิ์จะขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของศาลว่า งานที่ถูกลักลอบลอกเลียนแบบจากงานดั้งเดิมนั้นมีความเหมือนคล้ายกันอย่างมากหรือไม่ และแม้ว่าจะไม่เป็นการลอกเลียนทั้งหมด(overall similarity) แต่หากมีความเหมือนคล้ายระหว่างงานทั้งสองมากพอก็ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ซึ่งอาจสรุปเป็นขั้นตอนการพิสูจน์ได้ดังนี้<sup>29</sup>

<sup>29</sup> บัณฑิต หลิมสกุล, “การคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยี: วิเคราะห์คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่สองของสหรัฐฯ ในคดี Computer Associates International, Inc V. Altai, Inc,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 4(ธันวาคม 2536): 687.

TOTAL IDENTITY	เป็นการลอก(copy)ทั้งหมด
SUBSTANTIAL IDENTITY	เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
SUBSTANTIAL SIMILARLITY	ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงโดยเปรียบเทียบ
NOT SUBSTANTIAL SIMILARLITY	ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
NOT SUBSTANTIAL IDENTITY	

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางในการพิจารณาคดีและแนวทางในการพิสูจน์ของศาลสหรัฐอเมริกาจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีของศาลไทยไม่มากนักน้อย โดยผู้เขียนได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดีต่างๆ เหล่านี้อย่างละเอียดไว้ในบทที่ 2 และบทที่ 3 เพื่อแสดงให้เห็นว่าคดีเหล่านี้มีความเป็นมาอย่างไร โจทก์กับจำเลยได้มีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างไรบ้างก่อนที่จะมีการฟ้องร้องคดีกัน และมีการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างไร ซึ่งการกล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดีอย่างละเอียดนี้จะช่วยให้ผู้อ่านเห็นประเด็นปัญหาและข้อโต้แย้งในคดีได้มากกว่าที่ผู้เขียนจะเขียนโดยสรุปเฉพาะเพียงผลของคำพิพากษาเท่านั้น