

บทที่ 4

การละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นอกเหนือจากการทำซ้ำและการดัดแปลง

นอกเหนือจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำหรือดัดแปลงที่เป็นการละเมิดโดยตรงแล้ว ยังมีการกระทำในลักษณะอื่นซึ่งอาจกระทบต่อประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นนอกจากการคุ้มครองในเรื่องการทำซ้ำหรือการดัดแปลงแล้วกฎหมายลิขสิทธิ์ยังได้กำหนดให้การกระทำบางอย่างที่นอกเหนือจากการทำซ้ำหรือดัดแปลงเป็นการกระทำที่ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากความเพียรพยายาม, ความอดุสาหะ และการเสียสละของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา รวมทั้งการกระทำบางอย่างที่เป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายหรือที่เรียกกันว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (secondary infringement) ถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วย

ในบทนี้จะกล่าวถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะอื่นๆ นอกเหนือจากการทำซ้ำและการดัดแปลงโดยเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ประชาคมยุโรป เป็นต้น ซึ่งแยกพิจารณา ดังนี้

4.1 การละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นอกเหนือจากการทำซ้ำและการดัดแปลงตามกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 30(2) และ (3)¹ กำหนดว่าการเผยแพร่ต่อสาธารณชนและการให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิด

¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 30 “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำให้ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

ลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ เว้นแต่เป็นการกระทำที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ การกระทำนี้ก็จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และในมาตรา 31 กำหนดว่าผู้ที่รู้หรือมีเหตุอันควรรู้อ่างานใดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์แล้วยังดำเนินการหากำไรจากงานนั้นให้ถือว่าบุคคลนั้นละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 นี้เรียกว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง* โดยการกระทำต่างๆ ดังกล่าวมีรายละเอียดในการพิจารณา ดังนี้

4.1.1 การเผยแพร่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อสาธารณชน

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้คำนิยามของการเผยแพร่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อสาธารณชนไว้ดังนี้ “เผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่ายหรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานได้จัดทำขึ้น”

การทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ปรากฏต่อสาธารณะนั้นได้แก่การจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ออกแสดงในนิทรรศการ การนำเสนอโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยผ่านทางสื่อสารมวลชน เช่น การนำเสนอโดยผ่านทางโทรทัศน์ เป็นต้น ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ การทำให้ปรากฏต่อบุคคลในจำนวนเท่าใดที่เรียกได้ว่าเป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน เพราะหากเป็นการแสดงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อบุคคลภายในครอบครัว หรือแสดงต่อเพื่อนเพียง 2-3 คนก็ไม่น่าที่จะถือว่าเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชน การที่จะถือว่าเป็นสาธารณชนนั้นต้องมีจำนวนคนที่มากพอสมควรที่ถือว่าเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในคดี

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการกระทำที่เป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนก็ตามแต่หากการกระทำการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้นเข้าข่ายยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ไม่ถือว่าการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในกรณีดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่น ถ้าอาจารย์นำเสนอโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อนักศึกษาในห้องเรียนเพื่อใช้ประกอบการเรียนการสอนจากข้อเท็จจริงแน่นอนว่าเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการ

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว”

* คำว่า “การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง” เป็นคำที่ รองศาสตราจารย์รัชชัย สุภผลศิริได้ใช้ในการอธิบายถึงการกระทำในลักษณะนี้โดยกล่าวไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 172.

ทำเพื่อใช้ในศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 35 (1)² หรือในกรณีของการนำเสนอโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยผ่านทางสื่อสารมวลชน หากเป็นการนำเสนอในลักษณะของการรายงานข่าวโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นตามมาตรา 35(4)³ แล้วก็ไม่ใช่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นนอกจากการพิจารณาข้อเท็จจริงว่าเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือไม่แล้ว ต้องมาพิจารณาต่อไปว่าการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้นเข้าข่ายกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

4.1.2 การให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าโปรแกรมต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสิ้นตามที่มาตรา 30(3) ได้กำหนดไว้เพราะการให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นแม้ว่าผู้ให้เช่าจะเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ตามแต่ถ้าการกระทำดังกล่าวทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เสียหายเช่นแทนที่บุคคลที่เช่าจะไปซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็มาเช่าแทนเนื่องจากค่าเช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ย่อมถูกกว่าการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และทำให้ยอดการจำหน่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลดลงได้

เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรา 3(3) ไม่ได้บัญญัติถึงการให้ยืมต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงเป็นทางออกทางหนึ่งของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าการกระทำของเขาเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถอ้างเป็นข้อต่อสู้ว่าไม่ได้เป็นการให้เช่าแต่เป็นการให้ยืมโปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่านั้น แต่ถ้าเป็นการให้ยืมทรัพย์สินคงรูป อย่างเช่น โทรทัศน์ หนังสือ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นสัญญาที่ผู้ให้ยืมให้ผู้ยืมใช้ทรัพย์สิน

² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 35 “การกระทำแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่มีลัทธิประสงค์เพื่อหากำไร และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) วิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ “

³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 35 (4) “เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น”

โดยไม่มีคำตอบแทนจากผู้ยืม⁴ แต่ถ้าเป็นการให้ยืมทรัพย์สินโดยมีคำตอบแทนสัญญาผู้ยืมใช้
 ทรัพย์สินจะเปลี่ยนลักษณะเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน⁵ ฉะนั้นการให้ยืมโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยมี
 คำตอบแทนถือว่าเป็นการให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมาย
 กำหนดไว้เพราะหลักการของสัญญานั้นถือเอาเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญถึงแม้จะเรียกว่า
 สัญญาผู้ยืมแต่ถ้ามีลักษณะเป็นสัญญาเช่าหรือมีเจตนาทำสัญญาผู้ยืมเพื่ออำพรางสัญญาเช่าก็ถือ
 ว่าสัญญาเช่าได้เกิดขึ้นมาแล้ว ซึ่งถือได้ว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรม
 คอมพิวเตอร์ด้วย

4.1.3 การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (Secondary Infringement)

ความหมายของการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองหมายถึงการกระทำที่สืบ
 เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นต้นและมีลักษณะเป็นการส่งเสริมให้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์มีการ
 แพร่หลายออกไป ฉะนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้การกระทำเหล่านี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย
 เพื่อเป็นกลไกตัดช่องทางการงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกแพร่หลายต่อไป⁶

ในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำ
 ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองไว้ว่า “ ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันสมควรรู่วางงานใดได้ทำขึ้นโดย
 ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อการกำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำ
 การละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้
 เช่าซื้อ
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- (4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร ”

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 640 “อันว่าผู้ยืมใช้ทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่ง
 บุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืม ให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ยืม ใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้
 เปล่า และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินนั้น เมื่อได้ใช้สอยเสร็จแล้ว”

⁵ จิต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ยืม ผาก
 ทรัพย์สิน, (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 9-10.

⁶ รัชชย์ สุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 181.

การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งรongs นั้นจะพิจารณาว่าผู้กระทำหรือควรจะรู้ว่ งานนั้นเป็นงานที่ได้ทำขึ้นมาโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยถือเอาเจตนาของผู้กระทำเป็น สำคัญเพราะถ้าไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรที่จะรู้และได้กระทำนี้ลงไปการกระทำนั้นก็ไม่เป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 นี้ ในการฟ้องร้องดำเนินคดีจำเลยมักอ้างว่าไม่รู้ว่าเป็นงาน ที่ได้ทำขึ้นมาโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นโจทก์จะต้องนำสืบและหาพยานหลักฐานมาสนับสนุนว่า มีพฤติการณ์ที่น่าจะเชื่อได้ว่าจำเลยได้รู้แล้ว เช่น จำเลยได้รับเอาของที่ละเมิดลิขสิทธิ์มาขาย จำเลยอาจอ้างว่าตนได้ไปรับของมาขายตามปกติโดยมิได้รู้ว่าของนั้นเป็นของที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ก็อาจนำสืบถึงการทำธุรกิจของจำเลยว่าโดยปกติมีอาชีพรับของที่ละเมิดลิขสิทธิ์มาขาย หรือไม่ หรืออาจนำสืบถึงราคาของที่จำเลยรับซื้อมาจากผู้ขายซึ่งหากจำเลยซื้อมาในราคาถูกก็ ย่อมสันนิษฐานได้ว่าจำเลยย่อมรู้ว่าสิ่งที่ตนซื้อมานั้นเป็นของที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น และที่ สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การกระทำของผู้ที่กระทำผิดนั้นต้องเป็นเรื่องของการแสวงหากำไร ด้วย ถ้าเป็นการแจกจ่ายโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนอะไรเลยเป็นการ ทำให้เปล่าโดยไม่มีค่าตอบแทนก็ถือว่าไม่ได้มีการแสวงหากำไรก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา นี้

บทบัญญัติในมาตรา 31 นี้ได้กำหนดลักษณะของการกระทำต่างๆ เพื่อให้ครอบคลุม ถึงการกระทำผิดในรูปแบบต่างๆ ที่จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายไม่ว่าจะ เป็นการขายโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือมีโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพื่อขายให้กับ ประชาชน หรือได้ทำการเสนอขายโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ จะเห็นได้ว่าการมีไว้เพื่อขายหรือ การเสนอขายแต่ยังไม่มีการสนองตอบรับที่ทำให้เกิดสัญญาซื้อขายขึ้นก็ถือว่าการละเมิด ลิขสิทธิ์ตามมาตรา นี้แล้ว ดังนั้นผู้ที่วางโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในร้านค้าของตนที่โดยปกติ ขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ก็ถือว่าการเสนอขายและมีความผิดแล้ว แต่ในความเป็น จริงเราพบว่าการขายโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนมากจะไม่มี การวางโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ แต่จะมีเพียงกล่องที่มีเพียงรูปภาพหรือชื่อของโปรแกรมเท่านั้นที่กระทำเช่นนี้เพื่ออาจใช้เป็นข้อ แก่ตัวว่าไม่ได้เป็นการเสนอขายและก็ได้มีโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพื่อขาย นอกจาก นั้นการเสนอให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีค่าตอบแทนเป็นการหา กำไร หรือให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ถือว่าเป็นความ ผิดด้วย รวมทั้งการเผยแพร่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชน และการแจก จ่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของ ลิขสิทธิ์ ในประเด็นนี้โจทก์ต้องนำสืบให้ได้ว่าเจ้าของได้รับความเสียหายอย่างไรจากการกระทำ ของจำเลย นอกจากนี้มาตรา 31 ยังกำหนดให้การนำหรือส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิด ลิขสิทธิ์เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เนื่องจากการนำเข้ามาจะ เป็นการส่งเสริมให้มีการจำหน่ายของที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยมากขึ้นที่ทำให้เจ้าของ

ลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายแล้วยังทำให้ภาพพจน์ของประเทศไทยเสื่อมเสียได้ในสายตาของต่างประเทศ

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 31 นี้มีส่วนอย่างมากในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะการกระทำต่างๆ ที่มาตรา 31 กำหนดให้เป็นความผิดนี้ล้วนเป็นการกระทำที่ส่งเสริมให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์และส่งเสริมให้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เผยแพร่ออกไปมากยิ่งขึ้นเพราะเมื่อได้ทำละเมิดโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาแล้วก็จะมีตลาดรองรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว

การทำผิดดังกล่าวนี้นอกจากความรับผิดทางอาญาที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในโทษจำคุกและ/หรือโทษปรับแล้ว มาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังกำหนดให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และโปรแกรมนั้นยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิดอยู่จะถูกกำหนดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ส่วนเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำผิด เช่น เครื่องที่ใช้ในการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ให้ริบเป็นของรัฐ

เป็นที่น่าสังเกตว่าในมาตรา 31 ไม่ได้บัญญัติถึงการที่ผู้ใดรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ตนเองได้ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ, เผยแพร่ต่อสาธารณชน, แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์, นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นอุปกรณ์ที่มีวัตถุประสงค์แต่เพียงอย่างเดียวเพื่อใช้ในการกระทำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น เครื่องมือที่ใช้ในการถอดรหัสโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายควรกำหนดความผิดสำหรับผู้ผลิตเครื่องมือที่ให้ความสะดวกในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเพราะเนื่องจากอุปกรณ์เหล่านี้ เช่น เครื่องถอดรหัสโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเข้าไปดูโครงสร้างของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะสนับสนุนการกระทำที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวจะช่วยสกัดกั้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างมากเพราะหากไม่มีเครื่องมือดังกล่าวการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ไม่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดได้ยากขึ้น การที่จะป้องกันไม่ให้มีการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นควรที่จะลงโทษแก่ผู้ที่กระทำการดังกล่าวมานี้ด้วย แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมิได้ระบุถึงเรื่องนี้ไว้ ดังนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยควรบัญญัติว่าการกระทำตามที่กล่าวมานี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวควรกำหนดให้ชัดเจนและพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ

4.2 การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นอกเหนือจากการทำซ้ำและการดัดแปลงในกฎหมายของต่างประเทศ

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้โดยนอกเหนือจากสิทธิในการทำซ้ำและดัดแปลงแล้ว คือเจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจำหน่ายสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนอันได้แก่ การขาย การโอนความเป็นเจ้าของในทางอื่น หรือโดยเกี่ยวกับการเช่า การให้ยืม และ การแสดงงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนด้วย⁷ ถ้าบุคคลใดกระทำการเหล่านี้โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ถือว่าบุคคลนั้นละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเพราะการกระทำเหล่านี้จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกากำหนดไว้อย่างชัดเจนสำหรับกรณีของการให้ยืมงานอันมีลิขสิทธิ์ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยแล้วการให้ยืมงานอันมีลิขสิทธิ์จะถือว่าเป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ยังไม่ชัดเจน

นอกจากนั้นได้มีข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในมาตรา 109⁸ ที่กำหนดให้ผู้ที่เป็นเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยชอบ

⁷ 17 U.S.C. Section 106 “Subject to section 107 through 120, the owner of copyright under this title has the exclusive right to do and to authorize any of the following;

(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;

(4) in case of literary, musical, dramatic, and choreographic works.....to perform the copyrighted work publicly; and

(5) in case of literary, musical, dramatic, and choreographic works.....to display the copyrighted work publicly.”

⁸ U.S.C. Section 109 “ (a) Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner; to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.

ด้วยกฎหมายหรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะขายหรือการสละการครอบครองโดยวิธีอื่นในสำนักงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ถึงแม้ว่าจะไม่ได้รับอนุญาตของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่กระนั้นก็ตามแม้ว่าผู้เป็นเจ้าของสำนักงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีสิทธิตามที่ได้อ้างมาแล้วข้างต้นแต่ถ้าปราศจากการได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ที่เป็นเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าสำนักงานนั้นจะอยู่ในรูปของเทป, แผ่นดิสก์ หรือสื่อในรูปแบบอื่น ไม่มีสิทธิที่จะทำการเกี่ยวกับการเช่า, การให้เช่า, การให้ยืมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ถ้ากระทำการเหล่านี้ขึ้นโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์การกระทำของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถึงแม้ว่าเขาจะเป็นเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องการค้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะคือ Computer Software Rental Amentments Act 1990

เมื่อได้เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยแล้วจะเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้มีบทบัญญัติในการจำกัดสิทธิของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทำนองนี้ ในมาตรา 30(3)ที่กำหนดว่าการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพราะการให้เช่าเป็นช่องทางหนึ่งที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้โดยแทนที่ผู้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจะไปติดต่อกับเจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรงก็อาจมาเช่ากับเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์แทนทำให้เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียรายได้และโอกาสในการแสวงหาประโยชน์จากงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นซึ่งอาจเป็นรายได้หรือผลประโยชน์จากการขาย การให้เช่างานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งถือได้ว่าเป็นสิ่งที่กระทบต่อประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรง

(b)(1)(A) Notwithstanding the provisions of subsection(a), unless authorized by the owners of copyright in...the owner of copyright in a computer program(including any tape, disk, or other medium embodying such program).....neither the owner of a particular particular phonorecord nor any person in possession of a particular copy of a computer program(including any tape, disk, or other medium embodying such program), may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, dispose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or computer program(including any tape, disk, or other medium embodying such program) by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending.”

ข. กลุ่มประชาคมยุโรป

นอกเหนือจากการทำซ้ำไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร, การแปล(translation), การดัดแปลง(adaptation)และการจัด(arrangement)หรือการเปลี่ยนแบบอื่นของโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว ในมาตรา 4(c) ของข้อบังคับเกี่ยวกับการให้การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของ EC ได้บัญญัติที่ห้ามการจำหน่าย(distribution)ต่อสาธารณชนในทุกๆ รูปแบบ รวมทั้งการให้เช่างานต้นฉบับหรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์⁹ มีข้อสังเกตคือข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติห้ามถึงการให้ยืมไว้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในคำนำที่ 16 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “การเช่า”(Rental) หมายถึง การทำให้เป็นประโยชน์อันเนื่องมาจากการใช้ช่วงระยะเวลาที่จำกัดและมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์¹⁰

นอกจากนี้ในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (Secondary Infringement) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7¹¹ ของข้อบังคับได้กำหนดว่าการกระทำดังต่อไปนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

⁹ EC Directive on the legal protection of computer programs Article 4 “ Subject to the provisions of Articles 5 and 6, the exclusive rights of the rightholder within the meaning of Article 2, shall include the right to do or to authorize:

(c) any form of distribution to the public, including the rental, of the original computer program or of copies thereof.....”

¹⁰ EC Directive on the legal protection of computer programs Recital 16 “Whereas, for the purposes of this Directive, the term ‘rental’ means the making available for use, for a limited period of time and for profit-making purposes, of a computer program or a copy thereof; whereas this term does not include public lending, which, accordingly, remains outside the scope of this Directive;”

¹¹ EC Directive on the legal protection of computer programs Article 7
 “1. Without prejudice to the provisions of Articles 4,5 and 6, Member States shall provide, in accordance with their national legislation, appropriate remedies against a person committing any of the acts listed in subparagraphs(a),(b) and (c) below:

(a) any act of putting into circulation a copy of a computer program knowing, or having reason to believe, that it is an infringing copy;

(b) the possession, for commercial purposes, of a copy of a computer program knowing, or having reason to believe, that it is an infringing copy;”

1. การทำให้เกิดการเผยแพร่หรือนำออกจำหน่าย(circulation)สำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสำเนาที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

2. การครอบครองสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือหากำไรโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

3. การจำหน่ายหรือการครอบครอง เครื่องมือหรืออุปกรณ์ใดๆ เพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยวัตถุประสงค์ในการจำหน่ายหรือการครอบครองนั้นมีวัตถุประสงค์แต่เพียงอย่างเดียวในการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการถอดหรือหลีกเลี่ยงเครื่องมือทางเทคนิคที่ใช้ในการป้องกันโปรแกรมคอมพิวเตอร์

สำหรับสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องมือที่ใช้เพื่อให้ความสะดวกแก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะต้องถูกยึดเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดและเพื่อไม่ให้เครื่องมือนั้นไปใช้ประโยชน์ในทางมิชอบต่อไป

กฎหมาย Copyright, Designs and Patent Act 1988 ของอังกฤษได้บัญญัติถึงสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการทำซ้ำและการดัดแปลงไว้ในมาตรา 16(1)(b),(c)และ(d)¹² คือสิทธิจำหน่ายต่อสาธารณชน การให้เช่า นำออกแสดงหรือ

(c) any act of putting into circulation, or the possession for commercial purposes of, any means the sole intended purpose of which is to facilitate the unauthorized removal or circumvention of any technical device which may have been applied to protect a computer program.

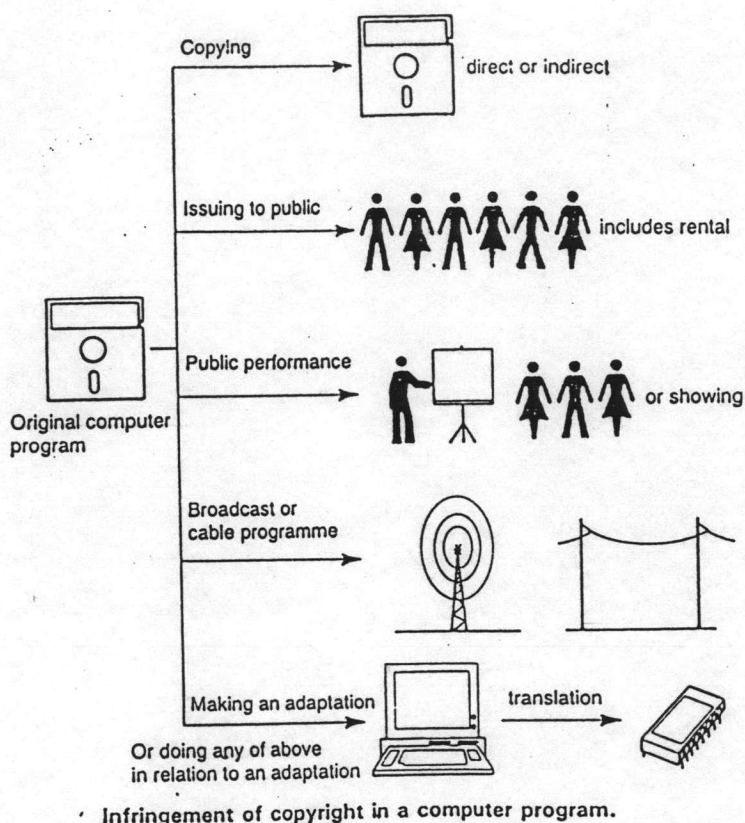
2. Any infringing copy of computer program shall be liable to seizure in accordance with the legislation of the Member State concerned.

3. Member States may provide for the seizure of any means referred to in paragraph 1 (c).”

¹² Copyright, Designs and Patent Act 1988 Section 16 “-(1) The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom-

(a) to copy the work;

เผยแพร่ต่อสาธารณชน การแพร่เสียงแพร่ภาพหรือเคเบิลโปรแกรม การดัดแปลง การแปล หรือ การกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดัดแปลงดังกล่าว โดยอธิบายตามภาพได้ดังนี้¹³



ดังนั้นถ้าผู้ใดกระทำการจำหน่ายสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชน, แสดงหรือแพร่เสียงแพร่ภาพของงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณะ รวมทั้งการแพร่ภาพและเสียงในการให้บริการด้านเคเบิลโปรแกรมย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น นอกจากนั้นการจำหน่ายสำเนาโปรแกรม

- (b) to issue copies of the work to the public;
- (c) to broadcast the work or include it in a cable programme service;
- (d) to make an adaptation of the work or do any of the above in relation to an adaptation;

and those acts are referred to in this Part as the "acts restricted by the copyright".

¹³ David Bainbridge, *Software copyright law*, p.40.

คอมพิวเตอร์ยังรวมถึงการให้เช่า การขาย การให้ยืมและการนำเข้าด้วยตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 18(2)¹⁴ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายอังกฤษได้บัญญัติให้ครอบคลุม ถึงการให้ยืมซึ่งข้อบังคับของ EC ไม่ได้บัญญัติไว้

สำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (Secondary Infringement) นั้น Copyright, Designs and Patent Act 1988 บัญญัติในมาตรา 23¹⁵ ว่า กรณีที่ผู้กระทำได้รู้หรือ ควรจะรู้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเป็นสิ่งที่เกิดจากการที่ละเมิดลิขสิทธิ์แต่ได้ครอบครอง โปรแกรมนั้นเพื่อในทางธุรกิจ, ขายหรือให้เช่า เสนอหรือนำออกแสดงเพื่อการขายหรือการเช่า, นำแสดงต่อสาธารณะในทางธุรกิจหรือการเผยแพร่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อสาธารณ หรือการ เผยแพร่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย โปรแกรม คอมพิวเตอร์ที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องถูกยึดตามมาตรา 99 และ 100 นอกจากนี้ การนำเข้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นการทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย¹⁶ รวมทั้ง

¹⁴ Copyright, Designs and Patent Act 1988 Section 18 (2) "References in this Part to the public of copies of a work are to the act of putting into circulation copies not previously put into circulation, in the United Kingdom or elsewhere, and not to-

- (a) any subsequent distribution, sale, hiring or loan of those copies, or
- (b) any subsequent importation of those copies into the United Kingdom;

except that in relation to sound recordings, films and computer programs the restricted act of issuing copies to the public includes any rental of copies to the public."

¹⁵ Copyright, Designs and Patent Act 1988 Section 23 "The copyright in a work is infringed by a person who, without the licence of the copyright owner-

- (a) possesses in the course of a business,
- (b) sells or lets for hire, or offers or exposes for sale or hire,
- (c) in the course of a business exhibits in public or distributes, or
- (d) distributes otherwise than in the course of a business to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

an article which is, and which he knows or has reason to believe is, an infringing copy of the work."

¹⁶ Copyright, Designs and Patent Act 1988 Section 22 "The copyright in a work is infringed by a person who, without the licence of the copyright owner, imports into the United Kingdom, otherwise than for his private and domestic use, an article which is, and which he knows or has reason to believe is, an infringing copy of the work."

การสร้าง การนำเข้า การครอบครองเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ การขายหรือให้เช่า หรือเสนอขายหรือให้เช่า หรือนำแสดงเพื่อการขายหรือการให้เช่าสิ่งของที่ถูกออกแบบหรือดัดแปลงโดยเฉพาะสำหรับการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งของนี้ใช้สำหรับการทำซ้ำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁷ นอกจากนั้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์และสิ่งที่ใช้เพื่อการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องถูกยึดตามมาตรา 99 และ มาตรา 100

กล่าวโดยสรุปการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอ้อมของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษได้บัญญัติถึงการกระทำต่าง ๆ ไว้อย่างละเอียดมากกว่าที่กำหนดไว้ในมาตราของข้อบังคับของ EC การที่บัญญัติไว้อย่างละเอียดนี้ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเต็มที่เพราะการกระทำที่ต้องห้ามเหล่านี้เป็นการ กระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น

¹⁷ Copyright, Designs and Patent Act 1988 Section 24 “(1) Copyright in a work is infringed by a person who, without the licence of the copyright owner-

- (a) makes,
- (b) import into the United Kingdom,
- (c) possesses in the course of a business, or
- (d) sells or lets for hire, or offers or exposes for sale or hire,

an article specifically designed or adapted for making copies of that work, knowing of having reason to believe that it is to be used to make infringing copies.”