การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาใช้ในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

นางสาวมานิตา รุ่งเรืองตันติสุข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย
The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

THE IMPLEMENTATION OF STATUTORY DAMAGES INTO THE CASE OF COPYRIGHT INFRINGEMENT IN THAILAND

Miss Manita Rungruangtontisuk

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาใช้ในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์
โดย	นางสาวมานิตา รุ่งเรืองตันติสุข
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ อรพรรณ พนัสพัฒนา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันทกะ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์อรพรรณ พนัสพัฒนา)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ นันทน อินทนนท์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ จิตรลดา เฮงยศมาก)

มานิตา รุ่งเรืองตันติสุข : การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด(Statutory Damages) มาใช้ในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์. (THE IMPLEMENTATION OF STATUTORY DAMAGES INTO THE CASE OF COPYRIGHT INFRINGEMENT IN THAILAND) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: รศ.อรพรรณ พนัสพัฒนา, 168 หน้า.

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบันการบังคับสิทธิทางแพ่งสำหรับกรณีการกำหนดค่าเสียหายนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์มีภาระอย่างมากในการค้นหาพยานหลักฐานและนำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหายจากการละเมิด วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งทำการศึกษาถึงเจตนารมณ์ สาระของค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) โดยศึกษาความเป็นมา ความหมาย ประเภท กลไกและมาตรการให้ความคุ้มครองและการบังคับใช้ในค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

จากการศึกษาพบว่า ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทยให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีได้รับการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติของการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากปัญหาความยากในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริงที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และปัญหาความไม่แน่นอนของการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ประกอบกับส่วนหนึ่งเกิดจากความบกพร่องและความผิดพลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง เช่น กล่าวอ้างความเสียหายจากการขาดรายได้มาจำนวนหนึ่งโดยไม่มีพยานหลักฐานอ้างอิงมาประกอบเพื่อแสดงให้เห็นว่าตนมีวิธีคิดคำนวณค่าเสียหายอย่างไร ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการดังกล่าวอย่างเหมาะสม โดยมีขอบเขตการเยียวยาชดใช้จากการละเมิดลิขสิทธิ์และเจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีสิทธิเรียกร้องประเภทค่าเสียหายได้อย่างหลากหลาย เช่น ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ (Account of Profits) ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) หรือค่าเสียหายเพิ่มเติมในกรณีเฉพาะ (Additional Damages)

ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการแก้ไข เพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 โดยบัญญัติเพิ่มเติมประเภทของค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเรียกได้นอกจากค่าเสียหายที่แท้จริงให้รวมถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ (Account of Profits) กับการนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาปรับใช้เพื่อเป็นทางเลือกในการเยียวยาความเสียหาย การกำหนดขอบเขตค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นและบัญญัติให้หมายความรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความด้วย นอกจากนี้ ยังควรให้มีการยกเลิกค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับกรณีที่มีการฟ้องคดีอาญาเพื่อให้การบังคับใช้สิทธิทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องระหว่างเอกชนกันเอง นอกจากนี้ ศาลควรจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้มีบรรทัดฐานไปในทางเดียวกัน อีกทั้งควรจะมีการปรับปรุงการบริหารงานคดีภายในศาลให้มีความเป็นระเบียบเพื่อให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้เข้าถึงความเป็นธรรมโดยสะดวกรวดเร็ว ยังผลทำให้เกิดการบังคับสิทธิที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2554 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก .....

5286012334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : COPYRIGHT / STATUTORY DAMAGES / INFRINGEMENT

MANITA RUNGRUANGTONTISUK: THE IMPLEMENTATION OF STATUTORY DAMAGES INTO THE CASE OF COPYRIGHT INFRINGEMENT IN THAILAND. ADVISOR: ASSOC. PROF. ORABHUND PANUSPATTHNA, 168 pp.

Under the current Copyright Law of Thailand, copyright owners bear the burden of proving and of finding abundantly sufficient evidences to support the damages award. Hence, the research herein aims to study a rationale, a content of the said damages for copyright infringement and those of any other relevant laws compared with the United States Copyright Law, and Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPS”) by studying the scope of historical, definition, classification, safeguard, and enforceability mechanism of damages originated from copyright infringement.

From the study, it has found that copyright owners who succeeded with claims of infringement are entitled to receive an amount of compensation under Section 64 of the Copyright Act B.E. 2537 (1994) of Thailand. Yet, the act does not solve practical problems of remedies regarding copyright infringement due to the difficulty in proving infringement, the unclear criteria and the uncertainty of court’s discretion in determining damages for copyright infringement together with the negligence or mistake made by copyright owners themselves. For example, many copyright owners claim an amount of damages for lost sales without sufficient evidences to show the calculation processes of the so called “lost sales”. Meanwhile, the laws of certain foreign countries provide prudent criteria and adequate mechanisms with a clear scope of remedies given to copyright infringement. Copyright owners are also entitled to claim various types of damages, for instance, account of profits, statutory damages or additional damages.

Therefore, it is suggested that Section 64 of the Copyright Act with respect to damages for copyright infringement should be amended by inserting other types of damages other than actual damages, e.g. account of profits, statutory damages, and by establishing a provision regarding definition of clear expenses by including attorney’s fees. In addition, this thesis proposes rescission of criminal penalty in order to maintain enforceability of copyright infringement as a private right. Furthermore, the court should, under its creation, standardize the determination of the damages, and should also improve as well as organize its internal management for concerned parties to reach fairness promptly with convenience which in turn would result in more efficient enforcement of copyright.

Field of Study : Laws Student’s Signature .....

Academic Year : 2011 Advisor’s Signature .....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงเป็นอย่างดี เนื่องด้วยรองศาสตราจารย์ อรพรรณ พนัสพัฒนา ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้ให้คำปรึกษา คำแนะนำ ความรู้และโอกาสที่ดีต่างๆมากมาย รวมถึงให้กำลังใจที่ดีแก่ผู้เขียนเสมอมา ยังมีท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันทกะ ประธานสอบวิทยานิพนธ์ ที่คอยชี้แนะแนวทางในการทำวิจัย ให้คำปรึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้อง ยังมีอาจารย์ นันทน อินทนนท์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้คำแนะนำและแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยการแนะนำแหล่งการค้นคว้าศึกษาวิจัยและมอบรายงานเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยให้แก่ผู้เขียนซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างมากในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึง อาจารย์ จิตรลดา เฮงยศมาก กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ไม่เพียงสละเวลาอันมีค่าของท่าน แต่ยังให้คำแนะนำอื่นๆ อันเป็นประโยชน์อย่างมาก ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูง

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากท่านอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชา ผู้เขียนยังต้องขอบคุณเจ้าหน้าที่ของหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต รวมถึงเพื่อนๆ ที่แม้จะไม่ได้กล่าวชื่อในที่นี้ ซึ่งให้ความช่วยเหลือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำวิทยานิพนธ์ และเป็นกำลังใจเสมอมา

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณสำหรับกำลังใจที่ดีเสมอมาจากครอบครัว นายอนันต์ รุ่งเรืองตันติสุข และนางสาวรัตนา แซ่เฮ้ง บิดามารดาผู้ให้อนาคตทางการศึกษา รวมถึงนางสาวกสิณา รุ่งเรืองตันติสุข และนายธนวัฒน์ รุ่งเรืองตันติสุข พี่สาวและน้องชายของผู้เขียน

อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว แต่หากจะเป็นประโยชน์แก่ผู้อื่นอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบความดีเหล่านั้นให้ท่านอาจารย์ และครอบครัวของผู้เขียน ด้วยความระลึกในพระคุณอย่างยิ่ง

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ง

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... จ

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

สารบัญ ..... ช

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย 2

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย 2

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย 3

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย 3

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย 3

บทที่ 2 ค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 4

2.1 แนวคิด ทฤษฎี ความหมายและลักษณะ ประเภท เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิด 4

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการละเมิดและค่าเสียหายทางแพ่ง 4

2.1.1.1 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดและค่าเสียหายทางแพ่ง 4

2.1.1.2 แนวคิดและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการละเมิดและค่าเสียหายทางแพ่ง 14

ก) หลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายละเมิด 14

ข) วิธีการนำหลักเศรษฐศาสตร์มาใช้กำหนดจำนวนค่าเสียหายในคดีละเมิด 16

2.1.1.3 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการคุ้มครองและการละเมิดสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์ 19

2.1.2 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหายทางแพ่ง 21

2.1.3 ประเภทของค่าเสียหายทางแพ่งตามหลักทั่วไป 22

หน้า

2.1.3.1 ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง 22
2.1.3.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) 25
2.1.3.3 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) 28
2.2 ค่าเสียหายทางแพ่งตามความตกลง TRIPS 31
2.2.1 ค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages) 31
2.2.2 ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Expenses) 32
2.2.3 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits) 33
2.2.4 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Pre-Established Damages) 34
2.3 ค่าเสียหายทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศไทยกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 35
2.3.1 ความเป็นมาของค่าเสียหายทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศไทยกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 35
2.3.2 ประเภทของค่าเสียหายทางแพ่ง 37
2.3.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ 38
2.3.2.2 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 40
2.3.2.3 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า 42
2.3.2.4 ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ 43
2.3.2.5 ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ 44
2.3.2.6 ค่าเสียหายทางแพ่งจากส่วนที่เกินจากจำนวนเงินค่าปรับตามมาตรา76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 45
บทที่ 3 ค่าเสียหายทางแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 48
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา 48
3.1.1 ความเป็นมาของค่าเสียหายทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 48
3.1.2 ประเภทของค่าเสียหายทางแพ่ง 53
3.1.2.1 ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง 54

หน้า

ก) ค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 54
ข) ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ 65
3.1.2.2 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) 67
ก) วัตถุประสงค์การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด 68
ข) การจดทะเบียนงานลิขสิทธิ์ 69
ค) ผู้มีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด 72
ง) การกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด 73
จ) เจตนาของผู้ละเมิดงานลิขสิทธิ์ 80
ฉ) ข้อยกเว้นของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด 84
3.1.2.3 ค่าเสียหายเพิ่มเติมในกรณีเฉพาะ (Additional Damages) 84

บทที่ 4 ปัญหาของการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย 86
4.1 ปัญหาความยากในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 86
4.1.1 ปัญหาระบบวิธีพิจารณาคดีของศาลในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 87
4.1.1.1 ข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ตามมาตรา 84/1 87
4.1.1.2 อำนาจของศาลในการนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติม 89
4.1.2 ปัญหาการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายแต่ละประเภท 90
4.1.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ 91
4.1.2.2 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า 97
4.1.2.3 ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ 101
4.1.2.4 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 104
4.1.2.5 ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ 111
4.1.2.6 ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ 113

หน้า

4.2 ปัญหาหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 118
4.2.1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของถ้อยคำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 119
4.2.1.1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้คำว่า “ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย” ในมาตรา 64 120
4.2.1.2 ปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้คำว่า “ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงการสูญเสียประโยชน์” ในมาตรา 64 123
4.2.2 ปัญหากรณีค่าปรับกึ่งหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับมีจำนวนเกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง 125
4.2.2.1 ปัญหาทางทฤษฎีในเรื่องการปะปนกันระหว่างกฎหมายทางแพ่งและกฎหมายทางอาญา 126
4.2.2.2 ปัญหาค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับอาจมากกว่าจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง 127
4.3 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 128
4.3.1 ศาลไม่ได้อธิบายเหตุผลอันเป็นที่มาของการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 129
4.3.2 การต้องมีมาตรฐานระดับเดียวกันในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายของศาล 130
4.3.3 ปัญหาการบริหารงานคดีในศาล 131
4.3.3.1 ความล่าช้าในการดำเนินคดี 131
4.3.3.2 ความเชี่ยวชาญในการพิจารณากำหนดกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 133

หน้า

บทที่ 5 ข้อเสนอแนะแนวทางและวิธีการแก้ไข ปรับปรุง การเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย 136
5.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายแต่ละประเภทในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ 136
5.1.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ 136
5.1.1.1 การนำเสนอพยานหลักฐาน 136
5.1.1.2 การใช้หลักการแข่งขันทางการค้ามาพิจารณา 137
5.1.2 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า 138
5.1.2.1 การนำเสนอพยานหลักฐาน 138
5.1.2.2 การใช้หลักค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดต่อชื่อเสียงโดยทั่วไปมาปรับกับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 139
5.1.3 ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ 139
5.1.4 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 140
5.1.5 ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ 141
5.1.6 ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ 142
5.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 143
5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมประเภทของค่าเสียหายในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 143
5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 144
5.2.2.1 การกำหนดขอบเขตค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี 144
5.2.2.2 การกำหนดหลักเกณฑ์ค่าธรรมเนียมทนายความเป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 145
5.2.2.3 ความสุจริตของโจทก์ในการฟ้องคดี 146
5.2.3 แนวทางการนำเอาหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาปรับใช้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทย 147
5.2.3.1 ข้อดีและข้อเสียของการนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย 147
5.2.3.2 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด 150

หน้า

5.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับกรณีที่มีการฟ้องคดีอาญา 157
5.2.4.1 การยกเลิกค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับกรณีที่มีการฟ้องคดีอาญา 157
5.2.4.2 การฟ้องคดีอาญาได้เฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดกลางหรือขนาดใหญ่เท่านั้น 158
5.2.5 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งริบทรัพย์ 159
5.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ 160
5.3.1 การอธิบายให้เหตุผลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ประกอบกับคำพิพากษาของศาล 161
5.3.2 การพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีมาตรฐานเดียวกัน 161
5.3.3 การปรับปรุงการบริหารงานคดี 162

รายการอ้างอิง 163
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ 168

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการบังคับสิทธิทางแพ่งสำหรับกรณีการกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการงานที่ตนเองได้สร้างสรรค์ขึ้นได้ถูกละเมิดสิทธินั้นยังคงมีปัญหาเรื่องของความยุ่งยากในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหาย อันเนื่องมาจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลได้เห็นถึงค่าเสียหายที่แท้จริงที่ตนได้รับ ศาลจึงจะกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าโลกได้เข้าสู่ยุคของระบบดิจิตอล มีการเกิดขึ้นของวิทยาการและเทคโนโลยีต่างๆ มากมายส่งผลให้การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถทำได้ง่าย รวดเร็ว และหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการลอกเลียนแบบ การทำซ้ำ การดัดแปลง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีภาระหนักขึ้นเป็นอย่างมากแก่การนำสืบและคำนวณเป็นค่าเสียหายตามจริงที่แน่ชัดได้ ยังผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงไม่ได้รับการเยียวยาชดใช้จากความเสียหายนั้นอย่างเหมาะสมเพียงพอ ซึ่งในสังคมระหว่างประเทศเอง เช่น เวทีขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO) หรือ การกำหนดข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS) ที่มีประเทศมากมายได้เข้าร่วมเป็นภาคี รวมทั้งการตกลงกันผ่านเวทีการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement : FTA) ต่างก็ตระหนักและเล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวนี้จึงมีความพยายามรวมตัวเพื่อหามาตรการต่างๆมาคุ้มครองและปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่เสมอ เช่น เสนอให้มีการกำหนดประเภทของค่าเสียหายชนิดต่างๆที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจสามารถเรียกได้ สำหรับต่างประเทศนั้นในหลายประเทศก็มีกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความก้าวหน้าและมีประสิทธิภาพ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับประเภทของค่าเสียหายต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages) ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits) ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) หรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) หลักเกณฑ์การพิจารณา วิธีการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในแต่ละลักษณะไว้อย่างชัดเจนประกอบกับมีแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้วางหลักเกี่ยวกับการบังคับสิทธิต่างๆเหล่านี้ไว้มากมาย

สำหรับในประเทศไทยแม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันจะมีการวางหลักเกณฑ์และแนวทางการกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ในระดับหนึ่งก็ตาม แต่ปัญหาการบังคับสิทธิในค่าเสียหายก็มักปรากฏให้เห็นอยู่เสมอ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดค่าเสียหายในแต่ละประเภทที่ยังไม่มีการแบ่งไว้อย่างชัดเจน และโจทก์เองก็มีภาระอย่างมากในการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นซึ่งบางครั้งทำได้ยาก นอกจากนี้ การที่ศาลซึ่งไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญและยังไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องของการคำนวณค่าเสียหายที่มีความสัมพันธ์กับกลไกตลาดดีพอแล้วซึ่งบางครั้งจำเป็นต้องอาศัย หรืออ้างอิงประกอบกับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ จึงอาจทำให้การกำหนดค่าเสียหายของศาลยังไม่เป็นธรรมและเหมาะสมเพียงพอ ปรากฏให้เห็นจากคำพิพากษาของศาลไทยที่กำหนดให้ค่าเสียหายในจำนวนที่ต่ำเมื่อเทียบกับศาลของต่างประเทศ

จากสภาพปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านี้เป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเทศไทย จึงมีความเห็นสมควรเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการเยียวยาความเสียหายโดยเฉพาะการบังคับสิทธิในค่าเสียหายว่าควรจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมไปในแนวทาง หรือทิศทางใดเพื่อให้ผู้เสียหายบรรเทาภาระในการค้นหาพยานหลักฐานและนำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหาย และมีโอกาสได้รับการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างยุติธรรมที่สุด อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอไม่ว่าจะใช้วิธี หรือมาตรการใดๆก็ตาม คือ ต้องพิจารณาบริบททางสังคมไทย และจะต้องทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์งานและประโยชน์ของสาธารณชน

1.2 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบันเจ้าของลิขสิทธิ์มีภาระอย่างมากในการค้นหาพยานหลักฐานและนำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหายจากการละเมิด การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาปรับใช้เพื่อเป็นทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายจะทำให้การบังคับสิทธิมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.3.1 เพื่อทราบถึงแนวคิดและความเป็นมาของค่าเสียหายประเภทต่างๆที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์

1.3.2 เพื่อศึกษามาตรการและการบังคับสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย

1.3.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหา ผลกระทบ ข้อดี-ข้อเสีย ที่เกิดขึ้นจากการบังคับสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์กับการเรียกร้องค่าเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อหามาตรการทางกฎหมายหรือแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการบังคับสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยและวิเคราะห์ปัญหาต่างๆอันเกิดจากการบังคับสิทธิในเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งจากทั้งบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลของประเทศไทยเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS) ทั้งนี้จะศึกษาในขอบเขตเฉพาะค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิธีวิจัยเชิงเอกสารเป็นหลักโดยทำการค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศประกอบกับการสัมภาษณ์บุคคลต่างๆที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็น เจ้าของสิทธิ ผู้พิพากษา และผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายละเมิดและกฎหมายลิขสิทธิ์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและความเป็นมาของค่าเสียหายประเภทต่างๆที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์

1.6.2 ทำให้เข้าใจถึงมาตรการและการบังคับสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และสามารถนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างถูกต้องเหมาะสมตามแนวคิดนิติวิธี

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการนำเอามาตรการทางกฎหมาย หรือแนวทางปฏิบัติในการบังคับสิทธิที่เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม ความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพต่อไปยิ่งขึ้น

บทที่ 2

ค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

ในบทที่ 2 นี้จะเป็นการศึกษาวิจัยในเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ว่ามีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายอย่างไร โดยจะมีการนำเสนอให้เห็นถึงแนวคิด ทฤษฎี ความหมาย ลักษณะและประเภทของค่าเสียหายทางแพ่งจากทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นที่เป็นยอมรับตามหลักทั่วไป รวมทั้งพิจารณาศึกษาวิจัยถึงประเภทค่าเสียหายและหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย เพื่อก่อให้เกิดความคิดพื้นฐานสำคัญให้เกิดความรู้ ความเข้าใจที่ง่ายขึ้น และสะดวกแก่การศึกษาวิจัยในบทต่อๆไป

2.1 แนวคิด ทฤษฎี ความหมาย ลักษณะและประเภทเกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิด

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการละเมิดและค่าเสียหายทางแพ่ง

2.1.1.1 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดและค่าเสียหายทางแพ่ง

แนวความคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดมีความเป็นมาตั้งแต่ในสมัยที่ละเมิดยังมิได้แบ่งแยกออกจากการกระทำความผิดทางอาญาโดยที่บุคคลใดได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่ง เช่น การใช้กำลังอาวุธทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน หรือการใช้กำลังเพื่อทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการโต้แย้งต่ออำนาจปกครอง ผู้ปกครองหรือรัฐในฐานะเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชนจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อกำราบไม่ให้เกิดการกระทำเช่นนั้นอีก ซึ่งวิธีการแทรกแซงในตอนแรกมีลักษณะรุนแรงเพราะเป็นการลงทัณฑ์แก่ผู้กระทำความผิดอย่างที่เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” อย่างไรก็ตาม การลงทัณฑ์เพียงอย่างเดียวมักไม่เพียงพอตามความรู้สึกของผู้เสียหาย ความรู้สึกเช่นนี้ทำให้เอกชนผู้เสียหายพยายามหาทางแก้แค้นทดแทนต่อไปซึ่งเป็นวิธีที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมหรือชุมชนนั้นอย่างไม่มีที่สิ้นสุด[1] สิ่งที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงทำให้เกิดมาตรการแทรกแซงขึ้น

[1]คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ค่าเสียหายในคดีละเมิด,” วารสารกฎหมาย 7(กุมภาพันธ์ 2526): 25-26.

อีกอันหนึ่งโดยรัฐจะเข้าไปทำหน้าที่เป็นคนกลางกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้ผู้ละเมิดชดใช้แก่ผู้เสียหาย ระยะนั้นเนื่องจากแนวความคิดทางละเมิดและทางอาญายังไม่อาจแยกออกจากกันดังกล่าวแล้ว การกำหนดค่าเสียหายจึงมักเป็นไปในทางลงโทษมากกว่าที่จะคำนึงถึงความเสียหายที่แท้จริง เช่น มักจะกำหนดตามลักษณะความรุนแรง ถ้าใช้เหล็กเป็นอาวุธก็มักจะต้องใช้ค่าเสียหายมากกว่าใช้ไม้ หรือบางครั้งมีการนำเอาฐานะของผู้กระทำละเมิดและฐานะของผู้เสียหายมาคำนึงประกอบการกำหนดค่าเสียหายด้วย ยิ่งไปกว่านั้นรัฐจะถือโอกาสในฐานะคนกลางเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ชี้ขาดค่าเสียหายและขอส่วนแบ่งโดยกำหนดเป็นพินัยหลวงด้วยก็มีเพื่อเป็นค่าธรรมเนียมในการที่รัฐเข้ามาช่วยเหลือผู้เสียหาย อย่างที่ตามกฎหมายไทยโบราณเคยเรียกว่า “สินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง”[2] โดยในส่วนของพินัยนั้นจะตกแก่พระคลังหลวง[3]

ในสมัยต่อมานับตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 อาณาจักรโรมันได้ออกประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรก (Corpus Juris Civilis) ขึ้นซึ่งเป็นต้นกำเนิดและเป็นรากฐานสำคัญของค่าเสียหายทางละเมิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยได้บัญญัติแยกเรื่องละเมิดกับคดีอาญาออกจากกันซึ่งแตกต่างจากสมัยที่ใช้กฎหมายสิบสองโต๊ะ บทบัญญัติดังกล่าวนั้นกำหนดให้ละเมิดเป็นหนี้อย่างหนึ่งในทางแพ่งที่จะต้องมีการชดใช้แก่กัน การพิจารณาเกี่ยวกับค่าเสียหายจึงต้องพิจารณาจาก **ทฤษฎีว่าด้วยหนี้** (Theory of obligation) กล่าวคือ ละเมิดเป็นหนี้ทางแพ่งประเภทหนึ่งมีจุดร่วมและความคล้ายคลึงกับสัญญา มีความมุ่งหมายให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกันกับหนี้ทางสัญญา แต่การกระทำละเมิดไม่ได้เกิดจากการตกลงหรือมีเจตนาร่วมกันเหมือนดังกับการทำสัญญาหากแต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายหนึ่งกระทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความเสียหาย[4] ดังนั้น ผู้ทำละเมิดจึงต้องมีหน้าที่หรือมีหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยถือตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับเป็นเกณฑ์นั้นทันทีเพื่อเป็นการเยียวยาชดใช้ให้ผู้ถูกละเมิดกลับคืนสู่สถานะเดิมมากที่สุดเสมือนกับความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้นเลย แต่ผู้เสียหาย

---

[2]เรื่องเดียวกัน.

[3]วิชา มหาคุณ, หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2523), หน้า 6.

[4]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), หน้า 54.

จะต้องไม่ได้รับการชดใช้เกินไปจากความเสียหายที่แท้จริง โดยค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensory Damages)[5]

สำหรับหลักการกลับคืนสู่สถานะเดิมดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นหัวใจและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งมีที่มาจากหลักสุภาษิตโรมันที่ว่า “restitutio in intergrum” ซึ่งอธิบายได้ว่า เมื่อบุคคลทั่วไปนั้นมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำละเมิดต่อผู้อื่น แต่หากว่ามีการฝ่าฝืนกระทำผิดหน้าที่ขึ้น หนี้ละเมิดก็จะเกิดมีผลทำให้ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่หรือหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแม้ว่าความเสียหายดังกล่าวตนจะไม่อาจคาดเห็นได้ ซึ่งการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิม หรือใกล้เคียงสถานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เสมือนว่าไม่มีการกระทำละเมิดที่จะต้องรับผิดเกิดขึ้นมาก่อน[6]

สำหรับวิธีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นอาจกระทำได้โดยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามหลักกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Naturalherstelung” ซึ่งเป็นวิธีการใช้ค่าสินไหมทดแทนตามธรรมชาติ ได้แก่ กรณีที่เป็นการเอาทรัพย์ของบุคคลอื่นไปผู้กระทำละเมิดจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยการคืนทรัพย์ในสภาพเดิมให้แก่เจ้าของนั้นพร้อมกับค่าใช้จ่ายและดอกผล(ถ้ามี) หรือกรณีที่ทรัพย์ได้รับความเสียหาย ผู้กระทำละเมิดก็ต้องจัดการทำให้ทรัพย์นั้นคืนดีดังเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของผู้กระทำละเมิดเอง หรือมีการส่งมอบทรัพย์สินอื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกันคืนรวมทั้งค่าชดเชยสำหรับผลของการผิดนัดนั้นให้แก่ผู้เสียหาย[7]

อนึ่ง วิธีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิดนั้นมิได้จำกัดเฉพาะการใช้ค่าเสียหายโดยการคืน หรือใช้ราคาทรัพย์เท่านั้น เนื่องจากเป็นวิธีการชดเชยที่เป็นอุดมการณ์

---

[5]จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, “ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด,” วารสารนิติศาสตร์ 15, 4(ธันวาคม 2528): 156-157.

[6]Hans Stoll, “Consequences of Liability: Remedies,” International Encyclopedia of Comparative Law, Volumes XI, Chapter 8,1974: 8 อ้างถึงใน ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์,”(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า27-28.

[7]วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร: วิบูลย์กิจการพิมพ์, 2544), หน้า 247.

จนเกินไปและบางกรณีของความเสียหายก็ยาก หรือเป็นพ้นวิสัยที่จะกระทำการย้อนหลังให้กลับไปสู่ฐานะเสมือนก่อนเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหายได้ หรือบางครั้งอาจจะยังไม่สามารถเยียวยาชดใช้แก่ผู้เสียหายให้เพียงพอกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ตัวอย่างเช่น นอกจากผู้กระทำละเมิดจะต้องใช้ราคาทรัพย์ที่ทำให้ทรัพย์นั้นผิดไปจากสภาพเดิมให้แก่เจ้าของแล้ว ผู้กระทำละเมิดยังอาจจะต้องใช้ค่าเสียหายจากการที่เจ้าของทรัพย์ไม่ได้ใช้ทรัพย์นั้นในระหว่างระยะเวลาที่ทรัพย์นั้นไม่ได้อยู่กับตนไปจนถึงวันที่ศาลพิพากษาตัดสิน นอกจากนี้การกลับคืนสู่ฐานะเดิมอาจจะเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป ศาลจึงอาจกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้เป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Compensation in money) มาเป็นเครื่องมือวัดความเสียหายแทนก็ได้[8] ส่วนกรณีที่ทำความเสียหายให้แก่เกียรติยศและความเชื่อถือ หรือในการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยการโฆษณาคำพิพากษา การให้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน อาจจะให้เป็นรูปเงินเหมาหรือให้เป็นงวดๆ การให้เป็นงวดๆ นี้ควรกระทำเมื่อความเสียหายนั้นทำให้รายได้ซึ่งได้เป็นระยะเวลาหมดไป หรือว่าเป็นกรณีที่ทำให้ไม่สามารถทำงานได้[9] อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายที่เป็นเงินก็อาจมีปัญหาข้อจำกัดในการใช้ได้เช่นเดียวกัน หากว่าการกำหนดความเสียหายที่ได้รับกับจำนวนเงินค่าเสียหายที่กำหนดให้นั้นเกิดไม่สัมพันธ์กัน โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่ยาก หรือไม่สามารถที่จะคำนวณความเสียหายได้เลย เช่น ค่าเสียหายที่มิใช่ตัวเงิน ซึ่งทางผู้เขียนจะกล่าวถึงปัญหาดังกล่าวนี้ต่อไป

เมื่อเปรียบเทียบการกลับคืนสู่สถานะเดิมในกรณีละเมิดนั้นมีความแตกต่างกับ **กรณีสัญญา** เนื่องจากความเสียหายทางละเมิดอาจเกิดขึ้นระหว่างคนแปลกหน้าซึ่งมาพบกันโดยบังเอิญก็ได้[10] การใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีของละเมิดจึงมีการชดใช้ให้เจ้าหนี้กลับสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิด[11] แต่สำหรับการใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญานั้นเจ้าหนี้และลูกหนี้มีความสัมพันธ์กันอยู่แล้ว[12] มีผลทำให้การใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีของสัญญาจึงเป็นการกระทำให้เจ้าหนี้อยู่ในฐานะเสมือนหนึ่งมีการชำระหนี้ตามสัญญาเท่าที่จะทำได้ด้วยการใช้เงิน[13] กล่าวคือเป็นการให้เจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนในฐานะที่จะพึงได้รับในกรณีที่จะมีการชำระหนี้กัน

---

[8]เรื่องเดียวกัน, หน้า 247.

[9]เรื่องเดียวกัน, หน้า 248-249.

[10]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 152.

[11]เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

[12]เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

[13]เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

เกิดขึ้น มิใช่ให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้นั้นทั้งสิ้น หรือมิใช่เป็นการชดใช้กันเพื่อให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพและฐานะเหมือนดังมิได้มีหนี้ต่อกันเลย ดังนั้น สภาพของเจ้าหนี้ที่จะพึงได้รับประโยชน์ของค่าสินไหมทดแทนนั้นจะมีเพียงเท่ากับที่จะพึงได้รับจากการชำระหนี้เท่านั้น เนื่องจากการที่บุคคลสองฝ่ายเข้ามาก่อนิติสัมพันธ์กันโดยเกิดหนี้ขึ้นมาแล้วนั้น อย่างน้อยบุคคลฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้ก็ย่อมมุ่งประสงค์ต่อผลของหนี้นั้นเป็นข้อแรกและเป็นธรรมดาของการก่อให้เกิดหนี้ซึ่งถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ครบถ้วนบริบูรณ์เรื่องก็คงไม่มีปัญหาเจ้าหนี้เองก็สมประโยชน์และได้รับความพอใจ แต่หากมิได้เป็นไปดังนั้น เจ้าหนี้ไม่ได้รับการชำระหนี้ที่สมบูรณ์และเกิดความเสียหายขึ้น จึงสมควรให้เจ้าหนี้ต้องได้รับการชดใช้เยียวยาเช่นเดียวกับที่จะพึงได้รับชำระหนี้ ค่าเสียหายจึงควรมีขนาดเท่ากับหรือใกล้เคียงกับจำนวนที่สูญเสียหรือขาดไปจากการที่ไม่ได้รับชำระหนี้ จึงเกิดหลัก “L’execution par equivalent)” กล่าวคือ ถ้าการชำระหนี้จะพึงอำนวยประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้อย่างใด การชดใช้ค่าเสียหายก็พึงคำนวณเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์ก้าวหน้าเป็นอย่างนั้น เพื่อที่จะให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพหรือสถานะทางเศรษฐกิจการเงินหรือความก้าวหน้าเช่นเดียวกับที่ได้มีการชำระหนี้กันถูกต้องบริบูรณ์ มิได้หวังเลยหรือให้ผลประโยชน์ก้าวหน้าไปถึงว่าจะให้เจ้าหนี้ได้รับผลประโยชน์ดังเช่น หรือได้กลับคืนสู่สถานะเหมือนว่ามิได้มีหนี้ต่อกันเลย[14] ทำให้เจ้าหนี้ตามสัญญาสามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง หรือเมื่อไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยตรงไม่ได้ หรือลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และเจ้าหนี้ไม่ประสงค์จะบังคับชำระหนี้ต่อไป เจ้าหนี้จึงเรียกให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทนการไม่ชำระหนี้หรือลูกหนี้ชำระหนี้แล้วแต่ไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้เสียหายก็อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากการรับชำระหนี้ก็ได้ และค่าสินไหมทดแทนทางสัญญานั้นจะเรียกได้เพียงเพื่อทดแทนความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแก่การไม่ชำระหนี้ รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่พฤติการณ์พิเศษ ซึ่งคู่กรณีคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222)[15] ซึ่งพิจารณาแล้วนั้นการทดแทนให้ผู้ถูกละเมิดกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนถูกละเมิดจึงเป็นการเรียกค่าเสียหายที่มีลักษณะกว้างขวางมากกว่ากรณีของสัญญา

---

[14]พรรณิภา บูรพาชีพ, “ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 66-69.

[15]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 57.

สำหรับขอบเขตของการคิดคำนวณค่าเสียหายว่าสมควรได้รับชดใช้เพียงใดบ้างนั้นอาจโดยทั่วไปอาจพิจารณาได้ 2 ลักษณะ คือ ค่าเสียหายในการที่ทรัพย์สินที่มีอยู่ลดน้อย หรือร่อยหรอลงไป (Damnum emergens-the “out-of-pocket” rule) และค่าเสียหายที่ขาดจากการที่ทรัพย์สินจะเพิ่มพูนขึ้น กล่าวอีกในนัยหนึ่ง คือ ค่าเสียหายที่ผู้ถูกกระทำละเมิดควรจะได้รับผลประโยชน์ที่เขาควรได้ (Lucrum cessans-the “loss-of-bargain” rule) ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องนี้ได้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว[16] สำหรับในประเทศเยอรมันเรียกทฤษฎีนี้ว่า “Differenztheorie” ซึ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตมูลค่าของความเสียหายว่า การทดแทนความเสียหาย (The Recoverable Loss) คือ ความแตกต่างระหว่างฐานะของผู้เสียหายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันกับฐานะของผู้เสียหายที่ควรจะเป็นหากไม่มีเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งเป็นหลักที่ใช้เฉพาะกับความเสียหายทางวัตถุ (Material Damages) โดยการเปรียบเทียบมูลค่าที่แท้จริงของกองทรัพย์สิน (Assets) ที่เหลืออยู่จากความเสียหายกับมูลค่าของกองทรัพย์สินที่ควรจะเป็นหากเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่เกิดขึ้น[17] ส่วนในศาลอเมริกานั้นส่วนมากใช้หลักให้ประโยชน์ที่เขาควรได้ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาใคร่ครวญเป็นเรื่องๆไป แต่ข้อสำคัญ คือ ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลคือความเสียหาย[18]

กล่าวโดยสรุป คือ โดยหลักเมื่อการใช้ค่าเสียเสียหายมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้ถูกกระทำละเมิด ค่าเสียหายจึงเป็นไปเพื่อชดใช้ความเสียหาย (Damages are compensatory) การพิจารณาชดใช้ความเสียหายนั้นจึงต้องยึดถือความเสียหายที่แท้จริงเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นสำคัญ ทั้งนี้ค่าเสียหายที่กำหนดจะต้องไม่ใช่เป็นการลงโทษลูกหนี้หรือเป็นการให้รางวัลแก่เจ้าหนี้ ซึ่งค่าเสียหายนั้นจึงต้องขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่ลูกหนี้ได้รับ เว้นแต่กรณีของลาภมิควรได้ หรือกรณีที่ลูกหนี้ทำผิดหน้าที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) ซึ่งลูกหนี้จะต้องส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับแก่เจ้าหนี้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เจ้าหนี้จะเรียกร้องเกินกว่าที่เสียหายไม่ได้[19] แต่ทั้งนี้ กฎหมายลักษณะ

---

[16]วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514), หน้า 378-379.

[17]Reinchard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition (Cape Town: Juta & Co,Ltd, 1992), p. 824.

[18]วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 379.

[19]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 163.

ละเมิดยังให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจ คือ ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ศาลย่อมวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์แห่งความร้ายแรงแห่งละเมิดตามและกรณีๆไป[20] รวมทั้งปัจจัยอื่นๆ เช่น ความสัมพันธ์กับค่าครองชีพ สถานการณ์และความเป็นอยู่โดยทั่วไปในแต่ละภูมิภาคหรือสังคมมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องปริมาณค่าสินไหมทดแทน แต่ความเสียหายสูงสุดที่ศาลจะพึงให้ผู้กระทำละเมิดชำระได้นั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ศาลจะให้ผู้กระทำละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษในทางแพ่งไม่ได้[21] อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีนอกจากผู้เสียหายจะมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ตนได้รับแล้ว กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้เสียหายได้รับค่าสินไหมทดแทนเป็นพิเศษเพิ่มขึ้นได้อีกหากว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะ[22] เช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้โจทก์มีสิทธิเรียกร้องผลกำไรของผู้กระทำละเมิด (Account of Profits) มาเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของตนได้ หรือกำหนดให้โจทก์มีสิทธิที่จะเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ได้ ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยก็มีกฎหมายกำหนดให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นพิเศษนอกจากค่าสินไหมทดแทนโดยทั่วไปด้วยเช่นกัน[23]

ตัวอย่างเช่น มาตรา 75[24] ได้กำหนดให้บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และกรรมสิทธิ์เป็นของผู้กระทำละเมิดให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือมาตรา 64 ได้กำหนดให้การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดนั้นอาจรวมไปถึงการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดเพิ่มเติมขึ้นมาจากการกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไปตามมาตรา 438 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ยังมีการกำหนดให้โจทก์อาจมีการ

---

[20]วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 39.

[21]วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้, หน้า 254-255.

[22]วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 352.

[23]เรื่องเดียวกัน.

[24]**พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 75** "บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ และยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 69 หรือมาตรา 70 ให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ส่วนสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้ริบเสียทั้งสิ้น"

ขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาหรือก่อนฟ้องคดีต่อศาลโดยให้มีคำสั่งให้บุคคลผู้กระทำละเมิดระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวได้ตามมาตรา 65[25] หรือโจทก์อาจมีคำขอให้จำเลยเก็บสินค้าที่เป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือให้จำเลยแก้ไขความเสียหายของโจทก์ในทางต่างๆ เช่น ลงโฆษณาเพื่อแก้ไขความเสียหายของโจทก์[26] ซึ่งการขอขมาก็ย่อมจะทำให้ความเสียหายของผู้เสียหายบรรเทาลงได้เช่นกัน แต่ศาลจะพิพากษาให้จำเลยขอขมาไม่ได้ เว้นแต่จำเลยจะสมัครใจยินยอมขอขมาเองในคดีหมิ่นประมาท ศาลอาจให้โฆษณาคำพิพากษาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในหนังสือพิมพ์หนึ่งฉบับหรือหลายฉบับ ครั้งเดียวหรือหลายครั้ง โดยให้จำเลยเป็นผู้ชำระค่าโฆษณาก็ได้[27] นอกจากนี้ยังมีการละเมิดต่อสิทธิอื่นๆอีกที่มีกฎหมายพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13 ที่ได้ให้อำนาจศาลสั่งให้ผู้ทำละเมิดคืนผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากละเมิดได้ และในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการกระทำละเมิดนั้นกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนากลั่นแกล้ง เป็นเหตุให้ความลับทางค้าสิ้นสภาพเป็นความลับ ศาลจะสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นอีกก็ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง[28]

สำหรับจุดเริ่มต้นของทางระบบกฎหมายกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ในเรื่องการละเมิดในทางแพ่งและเรื่องค่าเสียหายทางละเมิดนั้นได้มีปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเมื่อศตวรรษที่ 13 ในประเทศอังกฤษ โดยมีแนวคิดที่ว่าการละเมิดไม่ถือเป็นการก่อให้เกิดหนี้ แต่เป็นการก่อให้เกิดความรับผิด[29] โดยเป็นการเริ่มต้นมาจากระบบหมายของศาล (Writ System) ซึ่งกำหนดให้เอกชนผู้เสียหายต้องขอให้ศาลออกหมายเรียกผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิด หรือจำเลยมาให้การต่อศาล จึงทำให้เกิดหมายเรียกเฉพาะคดีต่างๆ รวมทั้งหมายเรียกคดีละเมิด (Writ of Trespass) อันเป็นจุดเริ่มต้นของละเมิดในทางแพ่งด้วย กฎหมายลักษณะละเมิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงเป็นกรณีความรับผิดเฉพาะเรื่องในฐานะต่างๆ (Specific Types of Tort)

---

[25]**พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 65** "ในกรณีที่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าบุคคลใดกระทำการหรือกำลังจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลดังกล่าวระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวนั้นได้"

[26]อรพรรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553), หน้า140-141.

[27]วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 351-352.

[28]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 164

[29]คัมภีร์ แก้วเจริญ, ค่าเสียหายในคดีละเมิด, หน้า 25-26.

แม้แต่ความรับผิดเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็เป็นความรับผิดฐานหนึ่งเท่านั้น แต่ละฐานความผิดจึงเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน[30] ดังนั้น จึงไม่ได้มีการยึดทฤษฎีว่าด้วยหนี้ดังเช่นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ กล่าวคือ เมื่อเกิดปัญหาว่าการกระทำอย่างใดเป็นละเมิดหรือไม่จะหาหลักทั่วไปมาบังคับใช้ไม่ได้ การกระทำแต่ละอย่างจะต้องเข้าหลักเกณฑ์เป็นละเมิดเฉพาะเรื่องคล้ายกับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาซึ่งถ้าไม่เข้าหลักเกณฑ์ในแต่ละเรื่องแล้วการกระทำนั้นก็ไม่เป็นละเมิด มีผลให้การกำหนดค่าเสียหายทางละเมิดจึงเป็นเรื่องเฉพาะตามไปด้วย[31] ทั้งนี้ ในระหว่างผู้ทำละเมิดกับผู้เสียหายจะยังคงไม่มีความสัมพันธ์จนกว่าศาลจะพิพากษาให้ต้องรับผิด ทำให้สิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายในกรณีละเมิดจึงยังโอนกันไม่ได้จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาล[32] จึงเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องของความรับผิดทางละเมิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวคิดทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะแต่เดิมการกระทำละเมิดมักเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญา การพิจารณาเพื่อลงโทษผู้ต้องหาและการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดทางแพ่งจึงถูกพิจารณาไปในคราวเดียวกันและยังส่งผลให้การกำหนดค่าเสียหายอาจมีค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดได้ (Punitives Damages) ทั้งนี้ ความมุ่งหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรม (Equity) และต้องการให้มีความหลาบจำโดยศาลจะเป็นผู้มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อความเป็นธรรมในแต่ละกรณีๆไป

แม้ว่าแนวคิดในทางกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์มักจะมีแนวความคิดที่แตกต่างจากแนวคิดในทางกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ทั้งนี้ เนื่องด้วยเหตุผลทางด้านสภาพสังคม เศรษฐกิจและแนวคิดพื้นฐานของแต่ละประเทศ แต่ทั้งสองระบบดังกล่าวนั้นต่างก็มีแนวความคิดที่แยกความรับผิดทางอาญากับทางละเมิดออกจากกันส่งผลให้การกำหนดค่าเสียหายในทางละเมิดแก่ผู้เสียหายสามารถปฏิบัติได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นจะเข้าลักษณะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่และผู้ทำละเมิดจะต้องได้รับโทษทัณฑ์เพียงใด[33]

---

[30]อนันต์ จันทรโอภาส, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด", ใน หนังสือ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: พี เค พริ้นติ้งเฮ้าส์, 2531), หน้า 95-108.

[31]จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด, หน้า 155.

[32]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 54.

[33]คัมภีร์ แก้วเจริญ, ค่าเสียหายในคดีละเมิด, หน้า 25-26.

นอกจากนี้ ในปัจจุบันเนื่องจากอิทธิพลความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เน้นการชดใช้ค่าเสียหายเป็นการลงโทษ ทำให้นักกฎหมายไทยเริ่มรับเอาความคิดเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่มีลักษณะเป็นการลงโทษเข้ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษอยู่บ้าง ส่วนนักกฎหมายในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์บางท่านก็ยังเห็นว่า การชดใช้ค่าเสียหายควรจะอยู่ในหลักการเดิม คือ การเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเท่านั้น เพราะถ้าไปไกลกว่านั้น คือ ไปถึงการลงโทษโดยทำให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงเพื่อลงโทษผู้ก่อความเสียหายก็เท่ากับย้อนกลับสู่ความคิดดั้งเดิมในสมัยโรมันโบราณซึ่งไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น[34] อย่างไรก็ตาม แม้ในมุมมองนี้จะพยายามแยกฐานความคิดของการชดใช้ค่าเสียหายเป็นสองส่วนคือ การเยียวยาให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมและการลงโทษ โดยที่แยกกันเด็ดขาดก็อาจพิจารณาได้อีกนัยหนึ่งว่า ความจริงการเยียวยาผู้เสียหายก็เป็นการลงโทษผู้ก่อความเสียหายอยู่ด้วยในตัว โดยผู้ก่อความเสียหายถูกบังคับให้ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการชดใช้ค่าเสียหาย เนื่องจากการเยียวยามิได้เกี่ยวกับความเสียหายเท่านั้น แต่ต้องเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับผู้ก่อความเสียหาย หรือผู้ทำละเมิดได้ฝ่าฝืนประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองผู้เสียหายจึงต้องชดใช้ค่าเสียหายโดยไม่มีทางเลือก[35] กระนั้นก็ดี การชดใช้ค่าเสียหายเป็นการเยียวยาผู้เสียหาย ก็มิได้เป็นการทำให้ผู้เสียหายร่ำรวยขึ้น เพราะหากเป็นเช่นนั้นอาจเป็นการลงโทษทางแพ่งไป[36]

การบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างไปภายใต้แนวความคิดที่อยู่เบื้องหลังของตัวบทกฎหมายนั้นซึ่งขึ้นอยู่กับว่าแต่ละประเทศจะนำแนวคิดทางทฤษฎีส่วนใดไปปรับใช้โดยการรับเข้าบัญญัติไว้ในกฎหมายของแต่ละประเทศนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วเป็นที่ยอมรับกันในเบื้องต้นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นถ้าหากเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ทำละเมิด ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดโดยชดใช้ค่าเสียหาย

---

[34]ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 276.

[35]เรื่องเดียวกัน.

[36]เรื่องเดียวกัน.

2.1.1.2 แนวคิดและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการละเมิดและค่าเสียหายทางแพ่ง

สำหรับหัวข้อนี้จะอธิบายถึงหลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายละเมิด และวิธีการที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดเพื่อนำไปสู่หลักการที่มีความเป็นไปได้ในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในเรื่องที่เกี่ยวกับค่าเสียหายต่อไป เนื่องจากในปัจจุบันการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายหรือโจทก์นั้นยังไม่มีกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและชัดเจนยิ่งไปกว่าการกำหนดแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจโดยอยู่ในพื้นฐานของการคิดคำนวณค่าเสียหายอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable) และตามความยุติธรรมเท่านั้น โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) หลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายละเมิด

กฎหมายละเมิดถือว่าเป็นเรื่องสำคัญในกฎหมายเอกชน เพราะเป็นมูลเหตุสำคัญที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ซึ่งหลักทางเศรษฐศาสตร์ที่นำมาใช้วิเคราะห์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะละเมิด คือ หลักเกี่ยวกับการทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุต่ำที่สุดเท่าที่จะต่ำได้ คือ การใช้กฎหมายจัดสรรให้ต้นทุนของอุบัติเหตุซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน หรือร่างกายตกอยู่กับคู่กรณีซึ่งอยู่ในสถานะที่ดีที่สุดที่จะหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุ หรือทำให้การสูญเสียเกิดขึ้นได้น้อยที่สุด[37]และเมื่อมีแนวคิดว่าจุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิด คือ เพื่อลดมูลค่าต้นทุนในการป้องกัน (Cost of Precaution) ความร้ายแรงของอุบัติเหตุ (Accidental Harm) ต้นทุนการจัดการ (Administration Costs) และเพื่อให้ไปถึงจุดที่มีความคุ้มค่าที่สุดในทางเศรษฐกิจ (Economic Efficiency) ซึ่งส่งผลให้เกิดความเจริญมั่งคั่งของประเทศบนพื้นฐานของความยุติธรรม อันเป็นหลักการและเจตนารมณ์ที่สำคัญของกฎหมายแพ่ง แต่การที่จะบรรลุจุดมุ่งหมายตามแนวคิดนี้ได้ต้องอาศัยการกำหนดค่าเสียหายที่สมบูรณ์เป็นสำคัญในประการหนึ่งด้วย[38] แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์จึงได้เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อกฎหมายลักษณะละเมิดในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายจากการกระทำละเมิด ทำให้การพิจารณาถึงจุดเชื่อมโยงของระดับการ

---

[37]Jeffrey L. Harrison, Law and Economics (West Publishing Co., 1995), p.142. อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ : ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: ซัคเซส มีเดีย, 2550), หน้า 95.

[38]วีรภัทร ชัยรัตน์, “การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในมุมมองทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์,” ดุลพาห 3, 56 (กันยายน-ธันวาคม 2552): 79.

กำหนดค่าเสียหายจึงต้องมีความเหมาะสมและสอดคล้องเพื่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด รวมทั้งต้องมีการสะท้อนให้เห็นถึงพฤติกรรมของผู้กระทำละเมิด[39] ซึ่งโดยปกติเมื่อได้ความว่าผู้ทำละเมิดต้องรับผิดต่อการกระทำละเมิดของตนโดยการชดใช้เยียวยาความเสียหาย การกำหนดปริมาณหรือมูลค่าของความเสียหายนั้นจะต้องเป็นการกำหนด**ปริมาณหรือมูลค่าอย่างน้อยต้องเท่ากับมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น** ค่าเสียหายประเภทนี้เรียกว่า “ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหาย” (Compensatory Damages) เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญสำหรับค่าเสียหายเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหาย คือ การให้สิ่งจูงใจแก่ผู้เสียหายในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ทั้งนี้ เพื่อรักษาระบบของกฎหมายลักษณะละเมิดและเพื่อปกป้องผู้เสียหายจากการที่จะต้องรับการเตือนภัยและต้องระแวดระวังที่มากเกินไป[40]

สำหรับแนวคิดและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ในประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งจากการกระทำละเมิดที่นำมาพิจารณามีดังนี้

ก1. ค่าเสียหายจากการสูญเสียเสียความสามารถในการหารายได้ในอนาคต (Future loss of earning capacity)

เป็นค่าเสียหายในอนาคตอันเป็นผลมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด สิ่งสำคัญที่นำมาพิจารณากับค่าเสียหายประเภทนี้ คือ มูลค่าของความเสียหายควรจะเป็นจำนวนเท่าใด หรือควรจะคำนวณอย่างไรเพื่อให้ได้มูลค่าที่เป็นธรรม กล่าวคือ ผู้เสียหายจะได้รับค่าเสียหายในจำนวนที่พอเพียงและไม่มากเกินกว่าความเสียหายที่ตนได้รับ และผู้ทำละเมิดไม่ต้องแบกรับภาระมากเกินกว่าผลของการกระทำของตนและต้องไม่น้อยกว่าผลของการกระทำเช่นนั้น ในการคำนวณโดยทั่วไปศาลจะคำนวณค่าเสียหายประเภทนี้จากมูลค่าปัจจุบัน (Present Value) ของรายได้ในอนาคตที่จะสูญเสียไปซึ่งคาดหมายได้ (Expected future loss earning) การกำหนดค่าเสียหายเช่นนี้อาจจะส่งผลให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายเกินมูลค่าของความเสียหายที่แท้จริง (หากผู้เสียหายกลับฟื้นคืนความสามารถในระยะเวลาอันสั้น)[41] ทั้งนี้ เพราะเมื่อผู้เสียหายกลับฟื้นคืนเป็นปกติ ผู้เสียหายจะได้รับไม่เฉพาะการชำระค่าเสียหายแต่

---

[39]เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

[40]Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (Boston: Little Brown & Company,1992), p. 191.

[41]Ibid., p.192.

ยังรวมไปถึงดอกเบี้ยในเงินดังกล่าวด้วย ทำให้การกำหนดค่าเสียหายในประเด็นทางเศรษฐศาสตร์ที่ต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆเหล่านี้ด้วยประกอบกัน คือ ความสามารถในการหารายได้ของผู้เสียหาย , ค่าเสียหายที่ได้เกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่แท้จริง หรือกรณีที่มีเงินเฟ้อเกิดขึ้น เป็นต้น โดยทั่วไปศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เป็นจำนวนที่แน่นอนและชำระครั้งเดียว (Lump-Sum) ทั้งนี้ยังเป็นสิ่งที่กระตุ้น (Incentive) ให้แก่ผู้เสียหายดำเนินการใดๆเพื่อที่ตนเองจะฟื้นคืนจากความเสียหายได้ในระยะเวลาอันสั้น[42] เนื่องจากหากใช้เวลาอันสั้นในการรักษาและฟื้นฟูตนเอง บุคคลดังกล่าวนั้นก็จะได้มีเงินเหลือจากค่าเสียหายที่ได้รับและจะส่งผลดีต่อต้นทุนทางสังคมที่ต้องแบกรับหากผู้เสียหายใช้เวลาในการฟื้นฟูเองเป็นเวลานาน

ก2. ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages)

ในแง่เศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ได้สร้างความเป็นไปได้ที่บุคคลจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับที่ไม่ได้สร้างประสิทธิภาพของเศรษฐกิจ[43] กล่าวคือ ต้องลงทุนในการหลีกเลี่ยงความเสียหายมากกว่ามูลค่าของความเสียหายที่คาดหมายได้ซึ่งส่งผลให้การลดต้นทุนของอุบัติเหตุหรือความเสียหายนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้ ผลดีในทางเศรษฐศาสตร์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ การกระตุ้น (Encourage) การลงทุนในการป้องกันการกระทำที่อาจเป็นการละเมิดต่อบุคคลอื่น[44] แต่ผลเสียอาจจะเกิดขึ้นในแง่ที่ผู้เสียหายจะฟ้องคดีละเมิดมากขึ้น เพราะจะได้รับการเยียวยาสูงทำให้ไม่สนใจที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นและส่งผลให้ต้นทุนการบริหารและจัดการระบบละเมิด (Administrative Cost) สูงขึ้นด้วย

ข) วิธีการนำหลักเศรษฐศาสตร์มาใช้กำหนดจำนวนค่าเสียหายในคดีละเมิด

เมื่อการบังคับใช้กฎหมายภายหลังจากการเกิดอุบัติเหตุหรือเมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแล้วย่อมมีต้นทุนที่สูงกว่าการที่กฎหมายสามารถยับยั้งไม่ให้บุคคลก่อความ

---

[42]Ibid., p.197.

[43]Ibid., p.182.

[44]เมธาวี สาระไทย, "ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 68-76.

เสียหายมาก และเป็นสิ่งที่สังคมปรารถนามากกว่าที่จะให้คนในสังคมด้วยกันปฏิบัติตามกฎหมายจะได้ไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น[45] ดังนั้น วิธีการที่หลักเศรษฐศาสตร์นำมาใช้ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายจะพิจารณาจากระดับการตัดสินของมาตรฐานวิญญูชนบุคคลทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ในการวิเคราะห์โดยใช้การชั่งน้ำหนักถึงผลได้ผลเสียที่ตนจะได้รับ[46] กล่าวคือ เมื่อบุคคลโดยทั่วไปตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการใดบนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักผลได้ผลเสีย (Cost-benefit Analysis) ทั้งโดยรู้ตัวและไม่รู้ตัว หากกำหนดให้ G คือ ผลดี หรือผลบวกที่เกิดจากการกระทำ หรือไม่กระทำ และ L คือผลเสีย หรือผลลบ บุคคลย่อมกระทำ หรือไม่กระทำการเมื่อพิจารณาเห็นว่า

$$G \geq L$$

คือ ต่อเมื่อผลได้มากกว่าหรือเท่ากันเท่านั้น บุคคลจึงตัดสินใจทำเพื่อให้ได้มาซึ่งผลดี แต่แน่นอนว่าบุคคลบางคนอาจจะตัดสินใจกระทำการ หรือไม่กระทำการใด ทั้งที่รู้อยู่ว่าผลเสียมากกว่าผลดี ดังเช่นอสมการ

$$G < L$$[47]

จากอสมการข้างต้นอธิบายได้ว่า บุคคลบางคนดังกล่าวที่มีตัดสินใจกระทำการ หรือไม่กระทำการใด ทั้งที่รู้อยู่ว่าผลเสียมากกว่าผลดี ซึ่งในหลักทางเศรษฐศาสตร์จะไม่ได้ให้ความสนใจกับลักษณะการตัดสินใจที่ผิดไปจากปกติธรรมดาเช่นนี้ เพราะบุคคลบางคนเหล่านี้มีจำนวนไม่มาก ไม่ก่อให้เกิดน้ำหนักเพียงพอที่จะเปลี่ยนแปลงทิศทางในการกำหนดเป้าหมายหนึ่งๆได้ในที่นี้คือการกำหนดกฎหมายออกมาบังคับใช้กับสังคมโดยทั่วไป ดังนั้น บุคคลใดไม่ว่าจะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดก็ตามจะใช้หลักวิญญูชน (Reasonable Man) ซึ่งเป็นคนทั่วไปมาเป็นเกณฑ์การพิจารณาว่าเขาจะตัดสินใจไปในทางที่ได้รับประโยชน์หรือมีผลได้ต่อตัวเองมากกว่าที่จะเลือกไปในทางที่ตนต้องได้รับผลเสียหรือเสียประโยชน์เสมอ[48]

---

[45]วีรภัทร ชัยรัตน์ , การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในมุมมองทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์, หน้า 79.

[46]เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

[47]เรื่องเดียวกัน.

[48] เรื่องเดียวกัน.

การนำเอาพื้นฐานการวิเคราห์ผลดีผลเสียของแต่ละบุคคลนี้ รัฐบาลจะนำมาประยุกต์ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญ เมื่อผู้มีอำนาจแก้กฎหมายประสงค์จะให้คนในสังคมทำกิจกรรมใด ก็อาจมีสองวิธี คือ วิธีแรก เพิ่มผลดี หรือค่า G สำหรับกิจกรรมนั้นๆให้มากขึ้น ส่วนวิธีที่สอง ลดค่า L ให้ต่ำลง และเมื่อประสงค์จะให้คนในสังคมทำกิจกรรมใด ก็สามารถทำได้สองวิธีเช่นเดียวกัน คือ ลดค่า G หรือเพิ่มค่า L ค่า G ที่กล่าวถึงในระดับบุคคลทั่วไปนอกจากจะอยู่ในรูปของเงินแล้วยังรวมถึงในด้านความรู้สึก ทั้งความสุข ความภาคภูมิใจ หรือความมั่นคงในชีวิต เป็นต้น ส่วนในระดับรัฐบาล ค่า G จะอยู่ในรูปของเงิน เช่น การใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีเป็นเครื่องมือในการเพิ่มค่า G สำหรับค่า L ทั้งในระดับบุคคลทั่วไปและระดับรัฐบาล นอกจากการที่เงินที่มีอยู่ลดลงแล้ว ยังรวมถึงความทุกข์ การสูญเสียเสรีภาพ การสูญเสียชีวิต หรือการสูญเสียเวลาไปโดยเปล่าประโยชน์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญในการเพิ่มหรือลด ค่า G และ ค่า L คือ **บุคคลในสังคมต้องได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ** (Perfect Information) เพื่อที่จะนำไปคำนวณชั่งน้ำหนักได้ถูกต้องและเมื่อรัฐบาลต้องการจะเพิ่มหรือลด ค่า G และ ค่า L รัฐบาลจะต้องอาศัยกฎหมายทั้งสิ้น[49]

สำหรับในวงการนิติศาสตร์ของประเทศไทยเองก็เริ่มมีการวินิจฉัยโดยอาศัยเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Reasoning) เบื้องต้นมาช่วยในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในบางกรณีเช่นกัน รวมถึงการนำเอามาวิเคราะห์กฎหมายลักษณะละเมิดตั้งแต่เรื่องนโยบายของรัฐ (Public Policy) ที่เกี่ยวกับละเมิดตลอดจนไปถึงเรื่องของการจัดสรรความรับผิดชอบของคู่กรณี[50] โดยนโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับละเมิดในประเทศไทย คือ การทำให้กลับเข้าสู่สภาพเดิมก่อนมีการละเมิดให้มากที่สุดซึ่งนโยบายของรัฐดังกล่าวได้ถูกแปลงไปเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความเสียหายในกรณีละเมิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทบัญญัติ มาตรา 438 วรรคสอง[51] ทั้งนี้ เมื่อเป็นที่ยอมรับกันว่าเศรษฐศาสตร์นั้นถือเป็นวิทยาศาสตร์แขนงหนึ่งที่มีทฤษฎีหลักการและเครื่องมือต่างๆที่น่าเชื่อถือและเป็นประโยชน์อย่างมากที่เอื้อต่อการนำไปใช้อ้างอิงพิจารณาประกอบในการพิจารณาที่เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งจากการกระทำผิดต่างๆ ดังนั้น ถ้า

---

[49]เรื่องเดียวกัน, หน้า 78-79.

[50]ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ : ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: ซัคเซส มีเดีย, 2550), หน้า 81.

[51]เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

หากมีการนำเอาหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาเป็นเครื่องมือในการช่วยค้นหาความจริงของปรากฏการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นว่าผลกระทบและความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยต่างๆมีลักษณะเป็นอย่างไรบ้าง[52] ก็อาจจะทำให้การกำหนดค่าเสียหายมีความยุ่งยากลดน้อยลง ภาระการพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆของฝ่ายโจทก์ก็อาจจะเบาบางลง และย่อมส่งผลให้ผู้เสียหายหรือโจทก์เกิดความเชื่อถือและมั่นใจในระบบกระบวนการยุติธรรมของศาลมากยิ่งขึ้น

2.1.1.3 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการคุ้มครองและการละเมิดสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างแรงจูงใจและการกระตุ้นให้บุคคลได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์และผลิตสิ่งต่างๆขึ้นมา การสร้างแรงจูงใจจึงปรากฏในรูปของการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้มีสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์จากงานที่สร้างสรรค์ของตน และหากมีการละเมิดสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แล้วก่อให้เกิดความเสียหายก็จะมีวิธีการเยียวยาความเสียหายในรูปแบบต่างๆรวมถึงกรณีการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ในด้านทางสังคม เมื่อมีการริเริ่มสร้างสรรค์งานขึ้นก็ย่อมส่งผลให้สังคมได้รับประโยชน์จากงานที่สร้างสรรค์นั้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้ประโยชน์โดยตรงจากงานที่ได้สร้างสรรค์ หรือประโยชน์โดยอ้อมจากการต่อยอดความรู้เพื่อพัฒนาสร้างสรรค์งานนั้นต่อไป[53] อย่างไรก็ตาม หากมีการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มากเกินไปก็อาจสร้างการผูกขาดในการหาประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งไปกระทบต่อสังคมและกลไกของระบบตลาด ในทางกลับกัน การคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องมีประสิทธิภาพไม่น้อยจนเกินไป เพราะแม้ว่าสังคมอาจจะได้รับประโยชน์มากขึ้น แต่ในท้ายที่สุดสังคมก็จะได้รับประโยชน์น้อยลง หรือไม่ได้รับประโยชน์อีกเลย เนื่องจากจะมีงานที่สร้างสรรค์ออกสู่ตลาดน้อยลง เพราะผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์เหล่านั้นขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงาน[54] ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของนักเศรษฐศาสตร์ ที่ชื่อ W. Johnson โดยเขาได้นำเอาหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาทำการทดสอบว่ากรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นผลที่ได้เป็นเช่นไร ปรากฏว่าผลลัพธ์ที่ได้รับจากการทดสอบ คือ สินค้าที่เกิดจากการ

---

[52]ธิดาพร ศิริถาพร, "การนำพยานหลักฐานทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการดำเนินคดี," วารสารกระบวนยุติธรรม 2, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2552): 59-83.

[53]Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, (Boston: Little Brown & Company, 1992), p.191.

[54] Ibid., p.192.

ละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้สินค้าที่มีลิขสิทธิ์นั้นมีราคาลดลง มีการบริโภคสินค้าที่น้อยลง และทำให้รายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ลดลง ซึ่งในระยะยาวจะส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ตัดสินใจทิ้งตลาด และทำให้สังคมได้ใช้ประโยชน์จากงานเหล่านี้ลดน้อยลง เนื่องจากไม่มีงานสร้างสรรค์ในตลาด[55]

ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ การสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ได้ก่อให้เกิด**ต้นทุนคงที่** (fixed cost) แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น ต้นทุนของโอกาส ต้นทุนของความคิดริเริ่มการสร้างสรรค์ผลงาน ต้นทุนการจ่ายค่าสิทธิให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ เป็นต้น ส่วนการผลิตงานลิขสิทธิ์ออกมาเป็นสินค้าได้ก่อให้เกิด**ต้นทุนผันแปร** (Variable Cost) ซึ่งเป็นผลและขึ้นอยู่กับกระบวนการผลิต จำนวนและประเภทของผลิตภัณฑ์สินค้านั้นๆ จึงเห็นได้ว่างานที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมมีต้นทุนที่ต่ำกว่าเนื่องจากไม่มีต้นทุนคงที่ในการคิดค้นพัฒนา นอกจากผลกระทบจากการละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายทางการเงิน (Monetary Damages) โดยตรงแล้ว ในทางเศรษฐศาสตร์ยังถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ยังสูญเสียโอกาส (Opportunities Loss) ในการค้าหากำไรหรือประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ของตนอีกด้วย โดยเฉพาะกรณีเป็นการแข่งขันในตลาดเดียวกัน เพราะว่างานที่ละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นงานที่มาทดแทนงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งย่อมส่งผลให้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นเข้ามามีอำนาจเหนือตลาดและแย่งชิงส่วนแบ่งการตลาดที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับทำให้อำนาจเหนือตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ลดน้อยลงทำให้รายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีจำนวนที่ลดลง ทั้งยังทำให้ความสามารถในการแข่งขันในตลาดของผู้ละเมิดงานลิขสิทธิ์อยู่ในสถานะที่ดีกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม[56] หากนำเอาค่าสูญเสียโอกาสในการหากำไรจากงานลิขสิทธิ์นั้นมารวมเป็นต้นทุนของงานลิขสิทธิ์ อาจส่งผลให้ต้นทุนของผู้บริโภคสูงขึ้นและไม่ทำให้สินค้านั้นได้กระจายไปในวงกว้าง แต่หากกฎหมายได้กำหนดให้ค่าสูญเสียโอกาสนี้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนที่ต่ำกว่าต้นทุนที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ลงทุนไปก็จะทำให้ไม่เกิดแรงจูงใจ

---

[55]ภัทรดา พินิจค้า, "กฎหมายและการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 107.

[56]Richard Watt, Copyright and Economics theory: Friend or Foes? (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2000), p.20 อ้างถึงใน พัลภา ชัยอาญา, "การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า : วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 38-39.

ให้กับบุคคลในการสร้างสรรค์งานใดๆขึ้นอีก เพราะเมื่อชั่งน้ำหนักแล้วรายได้ที่จะได้รับนั้นไม่คุ้มกับต้นทุนที่ต้องจ่ายไป

กล่าวโดยสรุป หากนำเอาหลักแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาพิจารณาวิเคราะห์เกี่ยวกับการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ การที่กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์จะมีประสิทธิภาพทางเศรษฐศาสตร์ได้นั้นจะต้องทำให้จุดประสงค์ระหว่างการคุ้มครองและรักษา รวมทั้งการกระตุ้นการสร้างสรรค์งานของคนในสังคมกับการให้สินทรัพย์ทางวัฒนธรรมที่เกิดจากงานสร้างสรรค์นั้นได้ใช้กันอย่างแพร่หลายในสังคมให้อยู่ในจุดที่สมดุลเหมาะสม[57] สามารถประสานประโยชน์ระหว่างกันได้ ซึ่งเศรษฐศาสตร์จะสามารถนำมาเป็นตัวช่วยและเป็นเครื่องมือได้ว่าจุดสมดุลที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพควรจะอยู่ ณ จุดใดที่ทำให้เกิดความพึงพอใจทั้งต่อตัวเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้บริโภค และสังคมมาบรรจบกัน

2.1.2 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหายทางแพ่ง

ค่าเสียหายนั้นไม่มีกฎหมายให้ความหมายไว้โดยเฉพาะ แต่โดยทั่วไป หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เป็นการชดใช้ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆที่มิใช่ทรัพย์สินก็ได้ แต่การแก้ไขหรือชดใช้ความเสียหายส่วนใหญ่ก็ต้องชดใช้กันด้วยเงิน ค่าเสียหายนี้ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นเงินเท่าใด โดยถือเอา “ความเสียหาย” เป็นหลัก ความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่ในเรื่องค่าเสียหายนั้นแม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดแน่ เมื่อมีความเสียหายแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งในกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 438 ก็ให้ศาลวินิจฉัยให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การปฏิเสธหรือโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของโจทก์เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหาย ศาลก็ไม่จำต้องให้จำเลยชำระเต็มจำนวนที่โจทก์เรียกร้อง ศาลย่อมกำหนดให้ตามความเป็นจริงและตามความเหมาะสมโดยมุ่งที่จะให้เป็นการชดใช้ตามที่โจทก์เสียหายเท่านั้น[58]

---

[57]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 165

[58]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 99.

ลักษณะของค่าเสียหายทางแพ่งกรณีมีการละเมิดเกิดขึ้น คือ เป็นค่าเสียหายที่ผู้ทำละเมิดและผู้เสียหายไม่ได้มีหนี้ หรือนิติกรรมใดๆ หรือความสัมพันธ์ระหว่างกันมาก่อนเหมือนดังสัญญา แต่เป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำใดๆที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและได้สร้างความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นๆไม่ว่าความเสียหายนั้นจะกระทบต่อร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน ชื่อเสียงหรือสิทธิประการอื่นใด ฉะนั้น จึงกล่าวโดยทั่วไปว่าความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้นอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ หรือความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณได้ ซึ่งสิ่งสำคัญที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาชดใช้ในความเสียหายก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาก่อน ตามหลักที่ว่า “ไม่มีความรับผิดโดยไม่มีความผิด”[59] โดยความเสียหายนั้นต้องมีความแน่นอน มิใช่เป็นเพียงการคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่แน่นอนนั้นมิได้หมายความเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมทั้งผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเป็นผลที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย[60]

2.1.3 ประเภทของค่าเสียหายทางแพ่งตามหลักทั่วไป

จากการศึกษาค้นคว้าแนวคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์กับตัวบทกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ได้มีแนวคิดการจำแนกประเภทของการกำหนดค่าเสียหายออกได้เป็นหลายลักษณะด้วยกัน เช่น ค่าเสียหายที่แบ่งตามความมุ่งหมาย หรือค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยแนวทางปฏิบัติของศาล หรือค่าเสียหายที่แบ่งตามลักษณะของความเสียหาย[61] อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความเข้าใจและง่ายต่อการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการบังคับสิทธิในค่าเสียหายทางแพ่ง ผู้เขียนจึงแบ่งประเภทค่าเสียหายเป็น 3 ประเภท ดังนี้

2.1.3.1 ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages)

ค่าเสียหายประเภทนี้มีแนวคิดมาจากทฤษฎีการเยียวยาชดใช้ความเสียหาย (Theory of Compensatory) กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดและเกิดความเสียหายขึ้นผู้ทำละเมิด

---

[59]จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตสภา, 2503), หน้า 467.

[60]พรรณิภา บูรพาชีพ, ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้, หน้า 91.

[61]คัมภีร์ แก้วเจริญ, ค่าเสียหายในคดีละเมิด, หน้า 28-38.

จะต้องเยียวยาชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนถูกกระทำละเมิดให้ได้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ซึ่งการเยียวยาชดใช้เหล่านี้อาจพิจารณาและคำนวณได้จากความเสียหายแท้จริงทั้งหลาย ไม่ว่าจะปรากฏในรูปของตัวเงิน เช่น รายได้ที่ขาดหายไป กำไรของผู้ทำละเมิด เกณฑ์ค่าสิทธิ ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้น หรือกรณีความเสียหายที่ปรากฏในลักษณะมิใช่รูปของตัวเงิน เช่น กรณีที่มีความเสียหายต่อชื่อเสียง ความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน หรือการสูญเสียการประกอบการงานในอนาคต ซึ่งบางครั้งเรียกว่า ค่าเสียหายทางศีลธรรม (Moral Damages) หรือค่าเสียหายตามทางสันนิษฐานทั่วไป (General Damages) โดยการกำหนดค่าเสียหายประเภทที่มิใช่รูปของตัวเงินนี้จะพิจารณาเปรียบเทียบกับคดีอื่นๆ ทำนองเดียวกับคดีเรื่องนั้นว่าผู้เสียหายควรได้รับความเสียหายเพราะการกระทำละเมิดในคดีนั้นเพียงใด อย่างไรก็ตาม การนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นเป็นที่พอใจอาจทำได้ยาก และไม่อาจกำหนดเป็นจำนวนตัวเลขที่แน่นอนได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการประมาณการณ์ออกมาเป็นจำนวนตัวเลขที่แน่นอนก่อน[62] สำหรับกรณีค่าเสียหายโดยทั่วไปศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยยึดถือหลักการประเมินโดยอาศัยประสบการณ์และการสังเกตมิใช่อาศัยทฤษฎีหรือเหตุผลอย่างเดียว ประกอบกับอาจมีผู้เชี่ยวชาญมาร่วมในการประเมินด้วย นอกจากนี้มีแนวโน้มที่แสดงให้เห็นว่าศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายให้ในจำนวนปานกลางและบางครั้งก็กำหนดให้เพียงพอเป็นพิธี[63] ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายให้เพียงพอเป็นพิธีนั้นได้คล้ายกันกับค่าเสียหายแต่เพียงในนาม (Nominal Damages) ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ โดยการให้ค่าเสียหายชนิดนี้มิได้ให้โดยวิถีทางการใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่แท้จริง แต่เป็นเพียงการคิดถึงความมีอยู่ของสิทธิตามกฎหมายบางอย่างของโจทก์ซึ่งถูกละเมิดโดยจำเลย โจทก์นั้นไม่ได้มีความเสียหายที่แท้จริงแต่นำคดีขึ้นมาด้วยวัตถุประสงค์ถึงการมีสิทธิของเขาแต่เพียงอย่างเดียว ค่าเสียหายแต่เพียงนามนี้ถูกนำมาใช้ในคดีละเมิดด้วยตัวของมันเอง เช่น ในคดีบุกรุก (Trespass) ไม่ว่าจะเป็นบุกรุกต่อดินแดนทำร้ายบุคคล หรือทรัพย์สิน หรือในคดีหมิ่นประมาทในทางแพ่ง (Slander) เช่น ในคดี Ashy v. While 1703 ซึ่งได้ตัดสินว่า ผู้เลือกตั้งมีสิทธิฟ้องเจ้าพนักงานซึ่งปฏิเสธการลงคะแนนของเขาโดยเจตนาและผิดกฎหมาย แม้ว่าผู้รับเลือกตั้งคนนั้นจะ

---

[62]เรื่องเดียวกัน.

[63]ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, "ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 34.

ได้รับการเลือกตั้งแล้วก็ตาม การใช้ค่าเสียหายนี้เป็นจำนวนเล็กน้อย 5 ปอนด์[64] จึงอาจกล่าวได้ว่าค่าเสียหายแต่เพียงในนามนี้ไม่ใช่ค่าเสียหายที่แท้จริง ศาลเพียงกำหนดให้เพื่อรับรู้สิทธิของโจทก์ซึ่งได้ถูกจำเลยทำละเมิด คือ เสียหายแต่ในนามแต่ไม่เสียหายอันแท้จริง (Injuria sine damno)[65]

อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญของค่าเสียหายประเภทนี้ คือ จะต้องเป็นความเสียหายที่ผู้เสียหายได้จ่ายไปหรือเกิดขึ้นจริงๆจึงจะทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้ทดแทนความเสียหาย เนื่องจากค่าเสียหายประเภทนี้ยึดหลักที่ว่าการได้รับการเยียวยาความเสียหายนั้นจะต้องไม่ได้สร้างผลประโยชน์หรือกำไรเกินควรให้แก่ผู้เสียหายและต้องไม่เป็นการทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาค่าเสียหายเกิดความซ้ำซ้อน (Double Compensatory) แม้ว่าในท้ายที่สุดกฎหมายจะกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนเห็นสมควรโดยไม่ต้องผูกพันตามพฤติการณ์แวดล้อมตัวโจทก์เสมอไปแต่การพิจารณากำหนดค่าเสียหายของศาลนั้นก็ยังคงต้องอาศัยข้อเท็จจริงและปัจจัยต่างๆที่ปรากฏจากการกระทำละเมิดนั้นมาประกอบกับการที่ผู้เสียหายนำสืบพิสูจน์ให้ปรากฏต่อศาล เช่น ปริมาณการละเมิด เจตนาของผู้กระทำละเมิด เป็นต้น ดังนั้น ในกรณีที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้หลายชนิด โจทก์จะต้องเลือกเพียงบางชนิดเพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนกัน มิฉะนั้นอาจทำให้ผู้กระทำละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายเกินความเสียหายไป[66]

ค่าเสียหายประเภทนี้ทั้งประเทศกลุ่มซีวิลลอว์และประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ต่างก็ยอมรับเป็นค่าเสียหายที่ผู้เสียหายสมควรจะได้รับ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อาจผ่อนชำระค่าเสียหายได้เป็นงวดๆ หรือเป็นรายปีภายใต้หลักการที่ถือว่าละเมิดเป็นหนี้ทางแพ่งอย่างหนึ่งจึงย่อมมีการผ่อนชำระค่าเสียหายได้เหมือนหนี้ประเภทอื่น แต่ส่วนทางระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ หรือประเทศสหรัฐอเมริกา ต่างมีหลักการชำระค่าเสียหายคราวเดียว (Single Recovery Principle)[67]

---

[64]จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด, หน้า 157.

[65]วงษ์ วีระพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 38.

[66]โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 189.

[67]คัมภีร์ แก้วเจริญ, ค่าเสียหายในคดีละเมิด, หน้า 28-38.

2.1.3.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages)

ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษหรือที่เรียกว่า “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ” (Punitive Damages) หรือเรียกอีกอย่างว่า “ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง” (Exemplary Damages) มีแนวคิดหรือหลักการพื้นฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายขึ้นมาจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริงที่จะทดแทน โดยกำหนดให้ผู้ละเมิดต้องชดใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อตอบแทนความรุนแรงแห่งของการกระทำละเมิดเพื่อลงโทษผู้ละเมิดซึ่งมีพฤติการณ์จงใจไม่นำพาต่อกฎหมายและสิทธิของบุคคลอื่น ในขณะเดียวกันก็เพื่อยับยั้งป้องปรามมิให้มีการกระทำที่มิชอบและเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำตามเช่นนั้นอีก แต่จะไม่กำหนดค่าเสียหายประเภทนี้สำหรับการกระทำละเมิดที่เป็นความสะเพร่าเล็กน้อยหรือความประมาทเลินเล่อธรรมดา ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ถือว่าเป็นหลักการและเป็นแนวคิดที่ยอมรับของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือจารีตประเพณีในหลายๆประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย และแคนาดา เป็นต้น ภายใต้แนวคิดนี้ ค่าเสียหายดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานของนโยบายสาธารณะ (Piublic Policy) และประโยชน์ของสังคมและส่วนรวม (The interest of Society and for the Public Benefit) ไมใช่แต่เพียงเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับเท่านั้น [68]

อย่างไรก็ตาม กฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสจะไม่ยอมให้มีการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะขัดกับแนวคิดระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในเรื่องทฤษฎีการเยียวยาชดใช้ซึ่งมีรากฐานมาจากทฤษฎีว่าด้วยหนี้ ซึ่งมีหลักการว่า[69] “การชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดนั้นเป็นไปเพื่อความเสียหายไม่ใช่เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นหน้าที่ของศาลอาญา การให้ค่าเสียหายเกินไปจากที่เสียหายจริงเป็นการนำคดีนั้นมาสู่กระบวนพิจารณาทางแพ่งโดยปราศจากการป้องกันโดยกระบวนพิจารณาทางอาญา หากมีการกำหนดจำนวนที่ให้เกินไปจากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นผลพลอยได้ที่โจทก์ไม่สมควรได้รับ (Windfall)”

---

[68]สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ : การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย,” 2, 53 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2549): 90-95.

[69]จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด, หน้า 158.

สำหรับในประเทศไทยตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดนั้นได้ให้อำนาจศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้อย่างกว้างๆ โดยกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ทั้งตามคำพิพากษาของศาลไทยก็ยังไม่ปรากฏบรรทัดฐานที่มีความแน่นอนเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อพิจารณาบางคดีของคำพิพากษาศาลนั้นอาจทำให้เข้าใจและตีความได้ว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษจำเลย เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 336/2474 และ 64/2501 เป็นต้น แต่กระนั้นแนวคิดในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นได้เริ่มนำเข้ามาบังคับในกฎหมายเฉพาะของประเทศไทยบ้างแล้ว เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ในมาตรา 13[70] และพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในมาตรา 11[71]

สำหรับจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยทั่วไปจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์อย่างมีเหตุมีผลระหว่างสาเหตุและความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อไปกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมที่ผู้เสียหายควรได้รับ ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะอยู่ในดุลพินิจของคณะลูกขุนแต่จะอยู่ภายใต้การควบคุมและการทบทวนของศาลเพื่อมิให้คณะลูกขุนสามารถกำหนดขึ้นเองได้ตาม

---

[70]**พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13** "ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8 (2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ..... (3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนากลั่นแกล้ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)"

[71]**พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11** "นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย ..... (2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใด ๆ ตามสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับสถานะทางการเงินของผู้ประกอบการการที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย"

อำเภอใจโดยไม่มีการจำกัดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ และค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้อาจจะถูกกำหนดอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆซึ่งศาลจะเป็นผู้วางหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย ตัวอย่างเช่น อาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นจำนวนหนึ่งเท่า สองเท่า หรือสามเท่า ของค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจริง[72]

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้โดยหลักศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนค่าเสียหายเองตามความเหมาะสมของพฤติการณ์ ขอบเขต ความร้ายแรงแห่งละเมิด ตลอดจนพฤติการณ์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในการกระทำผิดของจำเลย สภาพปริมาณ และผลกระทบจากการกระทำของจำเลยต่อโจทก์และสังคม ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลย ความเป็นไปได้ที่จำเลยจะกระทำความผิดซ้ำอีกหากไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษขึ้น ฐานะทางเศรษฐกิจการเงิน ฐานะทางสังคม ความเป็นอยู่ของจำเลย รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงทางเงินตราซึ่งอาจถูกนำมาใช้ในการพิจารณาได้เช่นกัน ตลอดจนสถานการณ์อื่นๆทั้งหมดที่ปรากฏโดยพยานหลักฐาน เหตุในการลดหย่อนผ่อนโทษ หรือการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีอื่น ทั้งนี้ โจทก์ไม่จำต้องพิสูจน์ค่าเสียหายในส่วนนี้แต่อย่างใด ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้จึงมีประโยชน์ในการประเมินความเสียหายในบางกรณีซึ่งอาจทำได้ง่ายขึ้นและสามารถหลีกเลี่ยงปัญหาความยากดังกล่าวได้ เช่น กรณีจำเลยได้กระทำโดยเจตนาอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง ศาลอาจตัดสินให้ค่าเสียหายในจำนวนที่มากกว่าความเสียหายตามความเป็นจริงที่ควรได้รับ[73]

อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีอาจแบ่งเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มที่หนึ่งประเทศที่มีการใช้แนวคิดในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษโดยมีขอบเขตและข้อจำกัดในการบังคับใช้ ได่แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย[74] โดยมีข้อจำกัดการใช้อยู่ 3 กรณี คือ[75] กรณีมีกฎหมายกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ชัดแจ้งโดยเฉพาะสำหรับความผิดนั้นๆ หรือเป็นกรณีที่จำเลยได้คำนวณแล้วว่าตนจะได้รับประโยชน์และ

---

[72]สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ : การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย, หน้า 97.

[73]จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด, หน้า 32.

[74]สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ : การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย, หน้า 98-103.

[75]John Cookes, Law of Tort (Essex: Longman Publishing, 2001), p. 353.

กำไรจากการกระทำละเมิดนั้นแม้ว่าตนอาจจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์แล้วก็ตาม หรือเป็นกรณีที่คิดว่าโจทก์จะไม่ฟ้องคดีเพราะโจทก์ไม่มีเงินที่จะดำเนินคดี หรือเป็นกรณีที่ทำให้บุคคลอื่นเจ็บปวดซึ่งส่วนใหญ่เป็นกรณีหมิ่นประมาท หรือกรณีการกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำไปโดยตามอำเภอใจอันเป็นการข่มเหงประชาชนหรือกระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในปีค.ศ. 2001 คดี Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary ศาลสภาขุนนางอังกฤษ (England's House of Lords) ไม่ยอมรับการจำกัดขอบเขตของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยท่าน Lord Slynn ได้อธิบายชี้แจงไว้ว่า "การเรียกร้องค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นมิได้อยู่บนหลักการแต่ขึ้นอยู่กับเหตุที่นำมาฟ้องร้องคดี ("not on principle but upon the incidents of litigation")" ส่วนกลุ่มที่สองประเทศที่มีการใช้แนวคิดในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษโดยไม่มีขอบเขต และข้อจำกัดในการบังคับใช้ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา แต่อาจจะมีการวางแนวทางของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ เช่น ในคดี State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ได้แนะแนวทางของการกำหนดจำนวนว่าไม่ควรสูงเกินไปกว่าอัตราส่วน 10 : 1 ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งค่าเสียหายอื่นๆที่ถูกกำหนดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ("the court suggested there should be no more than 10 : 1 ratio between the punitive damages award and other damages awarded to compensate for losses ")[76]

2.1.3.3 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages)

ในบางครั้งการพิสูจน์ถึงค่าเสียหายแท้จริงนั้นอาจทำได้ยาก หรือเป็นไปไม่ได้ที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ว่าเกิดความเสียหายขึ้น ตัวอย่างเช่น หากเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง ผู้เสียหายย่อมมีภาระการพิสูจน์เพื่อแสดงให้เห็นถึงระดับความเสียหายนี้ว่ามีจำนวนมากหรือน้อยเพียงใดซึ่งภาระการพิสูจน์จะเพิ่มมากขึ้นหากเป็นกรณีที่มีการกระทำละเมิดผ่านทางคอมพิวเตอร์และผู้เสียหายต้องแสดงจำนวนการส่งผ่านข้อมูลที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านคอมพิวเตอร์ หรืออินเตอร์เน็ต เพื่อไม่ให้ผู้เสียหายต้องรับภาระมากเกินไป บางประเทศจึงกำหนดค่าเสียหายขึ้นมาอีกประเภท เรียกว่า "ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด" (Statutory Damages) เพื่อเป็นการเพิ่ม

[76]สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ : การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย, หน้า 99-101.

ทางเลือกให้แก่ผู้เสียหายได้มีโอกาสได้รับค่าเสียหายมากขึ้นและศาลเองจะได้ไม่ต้องเสียเวลาในการแยกประเภท หรือแจกแจงชนิดของค่าเสียหาย เนื่องจากกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์บางอย่างมีความซับซ้อนและมีความยุ่งยากที่จะคำนวณออกมาเป็นค่าเสียหายประเภทต่างๆได้อย่างละเอียด แต่ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจากที่ได้ทำการศึกษามานั้นจะเป็นการกำหนดรวมมาเบ็ดเสร็จในอัตราจำนวนที่แน่นอนโดยมีอยู่ช่วงระหว่างอัตราเพดานขั้นสูงสุดกับต่ำสุด[77] ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาและกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม อาจมีบางประเทศโต้แย้งว่า ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เป็นการให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับแนวคิดของ***ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ*** ***(Punitive Damages)*** เพราะผลที่เกิดขึ้นจากการกำหนดค่าเสียหายมีความเหมือนและคล้ายคลึงกัน (Similar Effect) กล่าวคือ[78] ส่งผลให้ผู้กระทำผิดซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำละเมิดอาจจะต้องมีความรับผิดในจำนวนค่าเสียหายที่มากกว่าความเสียหายจริงที่เกิดขึ้น ในขณะเดียวกัน บางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศสิงค์โปร์ กลับมีแนวคิดที่ว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่ได้มีขึ้นแค่เพียงการยับยั้งป้องปราม หรือลงโทษผู้กระทำละเมิดเพื่อให้เกิดความรู้สึกเกรงกลัวเท่านั้น แต่จุดประสงค์ที่แท้จริงซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของค่าเสียหายดังกล่าวก็เพื่อต้องการให้มีมาตรการอย่างน้อยมาตรการหนึ่งมาช่วยเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ได้รับการชดใช้เยียวให้ใกล้เคียงกับจำนวนของความเสียหายที่เกิดขึ้นมากที่สุด ทั้งเพื่อต้องการให้เจ้าของลิขสิทธิ์เกิดแรงจูงใจที่จะรู้จักการใช้สิทธิของตนเองที่กฎหมายได้กำหนดคุ้มครองให้โดยการเป็นผู้สอดส่องและตรวจสอบว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่ ไม่ใช่แค่เพียงการปล่อยผ่านไปเหมือนไม่มีอะไรเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการชั่งน้ำหนักแล้วพบว่าการออกมาตอบโต้สิทธิของตนเองผ่านกระบวนการทางศาลนั้นได้ไม่คุ้มเสีย และสิ่งนี้ย่อมถือว่าเป็นเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่อาจถูกบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติเพราะไม่มีผู้ใดคิดจะเรียกร้องในสิทธิที่เขาควรจะมีแต่อย่างใด อีกทั้งค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นมีความแตกต่างจากค่าเสียหายเชิงลงโทษตรงที่ในกรณีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นจะต้องมีพิจารณาถึง

---

[77]World Intellectual Property Organization, which kind of damages are available in IP disputes? [Online], 29 december 2010, Availabe from: http://www.wipo.int/enforcement/en/faq/judiciary/faq08.html

[78]Roger D. Blair, Thomas F. Cotter, Intellectual Property Economic and Legal Dimension of Rights and Remedies (New York: Cambridge University Press, 2005), pp. 78-79.

เจตนาที่ชั่วร้ายของผู้กระทำละเมิด แต่กรณีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Right) เท่านั้น ประกอบกับค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์อย่างมีเหตุมีผลระหว่างสาเหตุและความเสียหายที่เกิดขึ้นที่ศาลได้กำหนดเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages) ให้ซึ่งจะต่างจะแนวคิดวัตถุประสงค์ ลักษณะและวิธีการของการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด[79]

อนึ่ง เมื่อนำเอาค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาเปรียบเทียบกับ***ค่าเสียหายที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้า*** *(Liquidated Damages)* ซึ่งค่าเสียหายที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้านี้เป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับหากมีการเลิกสัญญาตามกฎหมายอังกฤษและกรณีเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 380-383 ซึ่งเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกันในบางส่วน เนื่องจากค่าเสียหายที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้า หรือเบี้ยปรับนั้นมีการกำหนดขอบเขตของค่าเสียหายไว้เช่นกันและมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในภาระการพิสูจน์ความเสียหาย อย่างไรก็ตามการกำหนดค่าเสียหายที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าดังกล่าวนี้ต้องเป็นกรณีที่เป็นการกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงโดยสุจริต โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสมัครใจที่จะตกลงจ่ายจำนวนเงินค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจำนวนเงินที่ตกลงนั้นต้องเป็นค่าเสียหายที่ประมาณจากจำนวนที่แท้จริงเหมาะสมและต้องมีการคำนึงถึงความสมควร (Reasonable) และใกล้ชิดกับเหตุ (Remoteness) ด้วย มิฉะนั้น หากค่าเสียหายที่ตกลงเรียกร้องไว้สูงเกินส่วนก็อาจไม่สามารถบังคับได้เต็มจำนวน[80] ซึ่งจะแตกต่างจากค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดตรงที่ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย (Statute Law) ที่ได้มีการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องปฏิบัติไปตามเงื่อนไขและขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน มิฉะนั้นก็อาจมีผลทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถเรียกร้องสิทธิด้วยวิธีการเยียวยาค่าเสียหายประเภทนี้ได้

---

[79]Ibid., pp.78-79.

[80]ชัยเกษม นิติสิริ, วิชช์ จีระแพทย์ และ สุปราณี สกลเดช, "Liquidated Damages หรือ Penalty," บทบัณฑิตย์ 54, 4 (ธันวาคม 2541): 239.

2.2 ค่าเสียหายทางแพ่งตามความตกลง TRIPS

ภายใต้ความตกลง TRIPS ในข้อ 45 ได้มีการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ [81]ดังนี้

2.2.1 ค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages)

ตามข้อตกลง TRIPS ข้อ 45(1) ได้วางหลักไว้ว่า “เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลจะมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอที่จะชดใช้ความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้นั้นโดยผู้ละเมิดได้กระทำการละเมิดโดยรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้.....”

“The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person's intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity.....”

พิจารณาได้ว่า ข้อตกลง TRIPS ตามมาตราข้างต้นได้วางมาตรฐานขั้นต่ำแก่ประเทศสมาชิกในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยค่าเสียหายประเภทนี้มีหลักการและแนวคิดพื้นฐานคล้ายคลึงกับค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) จากการละเมิดทั่วไป ดังนั้น เมื่อมีการละเมิดและเกิดความเสียหายขึ้นจะต้องมีการชดใช้เยียวยาความเสียหายอย่างเพียงพอแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเท่าที่จะทำได้ ซึ่งตามข้อตกลงนี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าจะต้องให้ผู้มีอำนาจทางศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นเมื่อมีการกระทำละเมิดโดยเจตนา กล่าวคือ ต้องพิจารณาได้ความว่าผู้กระทำละเมิดต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งผู้กระทำละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอที่จะชดใช้ค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับอัน

---

[81]Danial Gervais, The TRIPs Agreement : Drafting History and Analysis (London: Sweet & Maxwell Limited, 2003), pp. 80-81.

เนื่องมาจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยคำนึงถึงคุณค่าทางเศรษฐกิจในการกำหนดค่าเสียหายนั้นด้วย

นอกจากค่าเสียหายกรณีทั่วไปแล้วภายใต้ข้อตกลง TRIPS ยังได้กำหนดแนวทางการเรียกร้องค่าเสียหายตามจริงเป็นการเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นและยังเป็นการทำให้ผู้เสียหายหรือโจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้อย่างแน่นอนหากว่าโจทก์สามารถพิสูจน์ความเสียหายเหล่านี้ได้ ซึ่งลักษณะของค่าเสียหายมีดังต่อไปนี้

2.2.2 ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Expenses)

นอกเหนือจากค่าเสียหายตามจริงแล้ว ตามความตกลง TRIPS ข้อ 45(2) ได้บัญญัติถึงค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังข้อความที่ว่า “เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลจะมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าใช้จ่ายต่างๆซึ่งอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสมแก่ผู้ทรงสิทธิในกรณีที่เหมาะสม....”

“The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney's fees.”

พิจารณาได้ว่า หากมีค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ค่าขึ้นศาล ค่าธรรมเนียมอื่นๆ ค่าถ่ายเอกสาร ไปรษณียากร เป็นต้น ศาลต้องใช้อำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดรับภาระค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Expenses) ซึ่งอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความ (Attorney's fees) ตามความเหมาะสมด้วย จะเห็นได้ว่า ความตกลงดังกล่าวมิได้บัญญัติในลักษณะบังคับให้ศาลต้องมีคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าธรรมเนียมทนายความ หากแต่ให้ประเทศสมาชิกฯ พิจารณาตามความเหมาะสมในแต่ละกรณีๆไป อันเนื่องมาจากคดีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นอาจอยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างกันไปหากบังคับให้ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เต็มตามจำนวนทุกครั้งไปแก่โจทก์อาจทำให้โจทก์ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่มากเกินไป ดังนั้น จึงต้องกำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตัดสินตามความเหมาะสม

2.2.3 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits)

ความตกลง TRIPS ข้อ 45(2) ได้วางบทบัญญัติให้มีการชดใช้ค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของผู้กระทำละเมิดจากการละเมิดในงานลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ ดังนี้ “บรรดาสมาชิกอาจอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลมีอำนาจสั่งให้ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นส่งคืนแก่ผู้ทรงสิทธิได้แม้ว่าผู้กระทำละเมิดจะมิได้กระทำการละเมิดโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้”

“….In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits…..even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity.”

พิจารณาได้ว่า ค่าเสียหายประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ขึ้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำละเมิดได้รับผลประโยชน์อันสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดของตน[82] ซึ่งตามความตกลงTRIPS ก็มีการนำเอาแนวคิดนี้มาบัญญัติไว้โดยให้ประเทศสมาชิกฯ อาจให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้ทรงสิทธิได้ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้กระทำละเมิดได้รู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำละเมิดหรือไม่ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากผลกำไรของผู้กระทำละเมิดได้ โดยกำไรเหล่านี้จะเป็นเงินสุทธิที่ได้ถูกหักออกจากรายจ่ายหรือต้นทุนต่างๆแล้ว ซึ่งไม่จำต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดจะกระทำละเมิดโดยเจตนาหรือไม่ ดังนั้น หากประเทศสมาชิกฯ มีความประสงค์ให้ผู้ทรงสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายในส่วนของผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ประเทศสมาชิกฯจำต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนไว้ให้ครอบคลุมนั่นเอง ซึ่งหลักเกณฑ์ ข้อยกเว้น หรือวิธีการต่างๆในคำนวณและกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้อยู่ในอำนาจของประเทศสมาชิกฯที่จะกำหนดขึ้นตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตามผู้ทรงสิทธิจะเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาพร้อมกันไม่ได้ เพราะจะก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนของการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหาย เว้นแต่

---

[82]Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property (New York, NY : Aspen Publishers, 2006), p.611.

ว่าขณะที่คำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นยังไม่ได้พิจารณาถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์

2.2.4 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Pre-Established Damages)

ความตกลง TRIPS ได้เพิ่มทางเลือกในหลักเกณฑ์การบังคับสิทธิทางแพ่งนอกจากค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดโดยบัญญัติให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีขึ้นเพื่อเพิ่มทางเลือกการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ แม้ว่าผู้กระทำละเมิดจะไม่ได้กระทำละเมิดโดยเจตนาก็ตาม ทั้งนี้ เป็นไปตามความตกลง TRIPS ข้อ 45(2) “....บรรดาสมาชิกอาจอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลมีอำนาจสั่งให้จ่ายค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้แม้ว่าผู้ละเมิดจะมิได้กระทำการละเมิดโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้”

“Members may authorize the judicial authorities to order recovery.....payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity.”

ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดอาจเรียกอีกเป็นภาษาอังกฤษอีกชื่อหนึ่งว่า “Statutory Damages” มีขึ้นเนื่องจากค่าเสียหายที่แท้จริงหรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นบางครั้งผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์ที่มากเกินไปจนอาจยากแก่การพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้แต่เพื่อให้เกิดการตอบสนองการเยียวยาได้อย่างพอเพียงการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจึงอาจช่วยลดภาระของโจทก์ให้เบาบางลงได้ รวมทั้งมีผลให้เกิดการป้องปรามการละเมิดขึ้นอีกได้ด้วย[83]

อย่างไรก็ตาม ตามข้อตกลง TRIPS นี้ การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเป็นสิ่งที่กำหนดไว้เพื่อเป็นทางเลือกโดยประเทศสมาชิกฯอาจจะนำไปปรับใช้หรือไม่ก็ได้ มิได้เป็นการบังคับที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะประเทศสมาชิกฯบางประเทศอาจมีแนวคิดทางกฎหมายที่ต้องการกำหนดค่าเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ซึ่งหากกำหนดเป็นการบังคับจะทำให้บางประเทศเมื่อนำไปปรับใช้จะก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องหรือเกิดการขัดกันกับกฎหมายภายในได้ รวมทั้งความตกลง TRIPS มิได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น

[83]World Intellectual Property Organization, which kind of damages are available in IP disputes?, p.1.

ประเทศสมาชิกฯ ย่อมพิจารณาบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายในของตนได้ตามความเหมาะสม ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงคุณค่าทางเศรษฐกิจด้วย ตัวอย่างเช่น การกำหนดอัตราเพดานขั้นสูงสุดและ/หรือต่ำสุดไว้สำหรับค่าเสียหายประเภทนี้ หรือสิทธิที่จะเลือกบังคับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้เสียหายต้องมีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น หรือการเลือกใช้สิทธิดังกล่าวผู้เสียหายต้องบังคับใช้สิทธิก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา เป็นต้น

2.3 ค่าเสียหายทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศไทยกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

2.3.1 ความเป็นมาของค่าเสียหายทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศไทยกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับประเทศไทยนั้นการคุ้มครองโดยการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะได้รับการเยียวยาชดใช้ด้วยการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์มีกฎหมายได้บัญญัติขึ้นมานานแล้วและค่อยๆวิวัฒนาการขึ้นมาเป็นลำดับอันเนื่องมาจากยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปประกอบกับอิทธิพลของกฎหมายของต่างประเทศ เห็นได้จาก พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือฯ ร.ศ. 120 ที่วางหลักไว้ว่า “ให้ผู้มีกรรมสิทธิ์ในหนังสือมีอำนาจที่จะฟ้องเรียกสินไหมเป็นค่าเสียหาย หรือค่าธรรมขวัญได้ตามสมควร หากว่ามีคัดลอกหรือแปลหรือพิมพ์โดยผิดกฎหมาย” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ค่อนข้างที่จะชัดเจนว่าผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งได้ ต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้มีการให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายทางแพ่งในส่วนที่เกินจากการเรียกค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาได้ตามมาตรา 49[84] อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังคงไม่ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ศาลใช้เป็นหลักในการพิจารณาเอาไว้จึงทำให้การเรียกค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคนั้นต้องนำเอาหลักการคำนวณค่าเสียหายตามแนวทางของกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งอาจเกิดปัญหาว่าบางครั้งอาจสร้างภาระการนำสืบพยานหลักฐานแก่โจทก์ เพราะความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่อาจแสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนได้ง่าย

[84]พิศวาท สุคนธพันธ์, ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552), หน้า 100.

ต่อมาเมื่อมีกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ในส่วนที่เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นและแก้ไขปัญหาในส่วนของการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ในมาตรา 76 ก็ยังคงกำหนดให้ค่าปรับที่ได้รับจากพิพากษาในคดีอาญาต้องจ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนกึ่งหนึ่งและไม่กระทบต่อสิทธิที่ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากเงินส่วนแบ่งค่าปรับที่ตนได้รับเหมือนกับ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 นอกจากนี้ ในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้มีการบัญญัติการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งไว้เป็นการเฉพาะโดยบัญญัติไว้ว่า

"ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของ เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย" ซึ่งการบัญญัติไว้ตามมาตราดังกล่าวเช่นนี้ทำให้ศาลมีแนวทางในการพิจารณากำหนดจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมยิ่งขึ้น"

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าศาลยังคงนำเอาหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายลักษณะละเมิดโดยมาปรับใช้กับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 438 มาพิจารณาศึกษาวิเคราะห์ เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9523/2544 วางหลักไว้ว่า "การใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของโจทก์โดยมิชอบ ย่อมทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย กรณีถือได้ว่าจำเลยได้ทำละเมิดต่อโจทก์และศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438" แม้ว่าโจทก์จะต้องพิสูจน์ค่าเสียหายและความเสียหายที่เกิดขึ้น ถึงกระนั้นก็ดี เมื่อความรับผิดในทางแพ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ซึ่งมีลักษณะพิเศษกว่าการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบทบัญญัติ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายมิได้หมายถึงความร้ายแรงจากการกระทำละเมิด ศาลจึงไม่ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ของการละเมิดเพื่อใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ พิจารณาได้จากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9523/2544

ที่กล่าวว่า “หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของ เจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หาใช่กำหนดค่าเสียหายตามความร้ายแรงแห่งการทำละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ไม่”[85]

2.3.2 ประเภทของค่าเสียหายทางแพ่ง

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ได้วางหลักให้โจทก์ที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ค่าสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ แต่กฎหมายดังกล่าวนั้นไม่ได้กำหนดประเภทค่าเสียหายไว้โดยชัดเจน รวมทั้งในคำพิพากษาของศาลเท่าที่ผ่านมาพบว่าโดยส่วนใหญ่ศาลจะกำหนดรวมค่าเสียหายทุกประเภทเป็นจำนวนที่เหมาะสมเพียงจำนวนเดียว โดยไม่แยกแยะว่าค่าเสียหายประเภทใดมีเพียงใด ทั้งนี้ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว โดยคำนึงถึงเงินค่าปรับกึ่งหนึ่งจากคดีอาญาที่โจทก์มีสิทธิได้รับว่าเป็นการบรรเทาความเสียหายในทางแพ่งแก่โจทก์ไปแล้วส่วนหนึ่งด้วย[86] จากการพิจารณาศึกษา เห็นได้ว่า ไม่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆมาก็ตาม แต่ศาลจะยึดหลักเสมอว่าค่าเสียหายที่กำหนดให้นั้นจะต้องเป็นค่าเสียหายที่เป็นการเยียวยาชดใช้ให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมเหมือนเมื่อครั้งยังไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น หรือต้องเยียวยาชดใช้ให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะที่ใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด ดังนั้น ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้โดยหลักจึงต้องเป็นกรณีเฉพาะค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาความเสียหาย (Compensatory Damages) เท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ (Pecuniary Damages) และ/หรือ ค่าเสียหายของความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Non-pecuniary Damages) โดยค่าเสียหายดังกล่าวสามารถจำแนกลักษณะได้ดังนี้

---

[85]ไชยยศ เหมะรัชตะ, ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 105.

[86]กรกันยา สุวรรณพานิช, “แนวคำวินิจฉัยปัญหาในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 3 (ธันวาคม 2543): 376-386.

2.3.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์สามารถคิดคำนวณเป็นเงินได้ โดยโจทก์มักจะเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้เป็นลำดับแรก เพราะเป็นการสูญเสียโอกาสที่โจทก์จะหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ค่าเสียหายประเภทนี้ ได้แก่[87] การสูญเสียโอกาสในการขาย หรือจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์และค่าขาดประโยชน์ที่โจทก์สามารถนำลิขสิทธิ์ไปอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ ในส่วนของการสูญเสียโอกาสในการขาย หรือจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้น กรณีที่งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นเทปเพลง หรือซีดี โจทก์จะคิดคำนวณค่าเสียหายจากปริมาณงานของกลางที่ยึดได้จากจำเลยกับราคาที่โจทก์ขายงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งค่าเสียหายในส่วนนี้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เห็นว่าโจทก์มีสิทธิเรียกได้โดยต้องคิดหักต้นทุนของการผลิตออกก่อน ให้คงเหลือเฉพาะผลกำไรจากการขายงานมีลิขสิทธิ์เท่านั้นอันเป็นค่าเสียหายที่คิดคำนวณในลักษณะการขาดผลกำไร ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ที่ตัดสินไว้ว่า “ความเสียหายจากการขาดรายได้ที่โจทก์จะได้รับเมื่อจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำเทปเพลงที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ออกจำหน่าย ย่อมเป็นความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับผลกำไรจากการนำงาน อันมีลิขสิทธิ์ของตนออกจำหน่ายเท่านั้น หาใช่ความเสียหายที่คิดคำนวณจากราคาจำหน่ายเทปเพลงแต่ละม้วนซึ่งได้รวมต้นทุนการผลิตเอาไว้ด้วยแต่อย่างใดไม่” (คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 31/2541, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 10/2541, คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.47/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 21/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 59/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 15/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 22/2543)

อย่างไรก็ตาม มีบางคดีที่ศาลพิพากษากำหนดให้ค่าเสียหายส่วนนี้แก่โจทก์เต็มตามฟ้อง กล่าวคือ โจทก์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้บนพื้นฐานของราคาเต็มของสินค้าที่โจทก์ขาย หรือจำหน่ายได้ปรากฏให้เห็นจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7807/2542, คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 14/2544, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 39/2543, คำพิพากษาคดี

[87] เรื่องเดียวกัน.

หมายเลขแดงที่ ทป. 39/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 19/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.154/2548, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 43/2546

นอกจากนี้ ท่านอาจารย์ธัชชัย ศุภผลศิริ ยังได้ตั้งข้อสังเกตสำหรับการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ไว้ว่า “ถ้าโจทก์มีสิทธิได้รับแต่ผลกำไรซึ่งปกติตนพึงจะได้รับ จำเลยก็ย่อมมีรายได้ส่วนหนึ่งจากการขายสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะจำเลยมีเพียงต้นทุนการผลิตแต่ไม่มีต้นทุนการวิจัย พัฒนา หรือส่งเสริมการขาย” รวมทั้งมีเหตุผลที่มาสนับสนุนว่า[88] “วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนของสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐศาสตร์ต้องการให้ระงับยับยั้งการล่วงสิทธิอย่างสิ้นเชิงเพื่อแลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิผูกขาดในการใช้งานภายในระยะเวลาที่จำกัดและการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดระหว่างผู้ประดิษฐ์ หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานสังคมอันมีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนกัน ดังนั้น เพื่อให้เกิดการระงับยับยั้งความเสียหายที่น่าจะสัมพันธ์กับสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โจทก์จึงควรที่จะได้รับค่าเสียหายโดยสิ้นเชิงไม่ว่าจะเป็นส่วนของต้นทุนและส่วนเกินที่เป็นกำไร”[89]

ทั้งนี้ บางคดีศาลก็ไม่ให้ค่าเสียหายในส่วนนี้เลยก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่โจทก์นำมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นข้อเท็จจริงในแต่ละคดีๆไปว่าระดับของความร้ายแรงต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากน้อยเพียงใด

ส่วนการสูญเสียค่าขาดประโยชน์ที่โจทก์สามารถนำลิขสิทธิ์ไปอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้น ในความเห็นของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯและศาลฎีกานั้นได้มีคำพิพากษาในกรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายโดยคิดคำนวณค่าเสียหายบนฐานของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

---

[88]ภูมินทร์ บุตรอินทร์, “หลักการกำหนดค่าเสียหายในคดีล่วงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 37, 3 (กันยายน 2552): 464-499.

[89]ธัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 269. อ้างถึงใน กัญญธิดา โบสุวรรณ, “พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 171-172.

ออกเป็น 2 แนวความเห็น[90] คือ *แนวทางแรก*มีความเห็นว่าการที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่เป็นเหตุถึงขนาดทำให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์จึงไม่กำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ ซึ่งการที่ศาลไม่ตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากการไม่ได้ค่าสิทธินั้นอาจเป็นเพราะโจทก์ไม่ได้นำสืบให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์จากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ หรือค่าขาดประโยชน์ดังกล่าวซ้ำซ้อนกับค่าขาดรายได้จากกรณีการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ ศาลก็จะไม่กำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์ เพราะถือว่าโจทก์ไม่ได้รับความเสียหายในส่วนนี้ (คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544, คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 39/2543, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 19/2543 และคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 14/2544, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 39/2543 และคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 31/2541, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 10/2541) ส่วน*แนวทางที่สอง*มีความเห็นว่าโจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายกรณีการสูญเสียประโยชน์ในรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 54/2542, คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ทป. 66/2541)

2.3.2.2 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์

หากจะพิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แล้วพบว่า ไม่มีส่วนใดของกฎหมายที่กำหนด หรือกล่าวถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยชัดแจ้งเหมือนกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำละเมิด (Account of Profits) โดยรวมคำนวณเป็นค่าสินไหมทดแทนได้ด้วย[91]

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมาพบว่า กรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ศาลอาจกำหนดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่

---

[90]ปรเมศร์ แสงวงษ์งาม, "การกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในการขายของผู้ทรงสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 69-71.

[91]**พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13** "ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8(2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้ (1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืนผลกำไรที่ได้จาก หรือเนื่องจากการละเมิดโดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้....."

เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ได้ ซึ่งปรากฏให้เห็นมาตั้งแต่เมื่อครั้งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ยังไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะได้ ดังเช่นในคำพิพากษาฎีกา 1016/2497 ที่ศาลได้ตัดสินว่า “การกำหนดค่าเสียหายฐานละเมิดลิขสิทธิ์กรณีที่มีการนำเอาบทประพันธ์ของโจทก์ไปแสดงละคร ศาลอาจกำหนดให้ตามสมควรแก่พฤติการณ์และรูปคดีโดยถือจำนวนค่าดูที่จำเลยเก็บได้ โดยหักค่ามหรสพ แต่ไม่หักค่าเช่าโรง” และคำพิพากษาของศาลต่อมาภายหลังจากที่มีการบัญญัติเรื่องการเยียวยาความเสียหายที่เป็นค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 64 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังเช่น ในคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป. 38/2543 ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่า “...ข้อเรียกร้องของโจทก์เป็นกรณีเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะของประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ ศาลเห็นว่า โจทก์มิได้เรียกร้องค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์จากผลงานของโจทก์ที่ได้วางจำหน่ายทั่วไป แต่เรียกร้องรายได้หรือผลกำไรในงานที่จำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นค่าเสียหายลักษณะหนึ่งที่โจทก์พึงเรียกร้องได้ หากไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ได้เพียงใด.....” จึงพิจารณาได้ว่าศาลอนุญาตให้โจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวได้โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น (Actual Damages) หากไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์เพียงใด ซึ่งค่าเสียหายดังกล่าวนี้อาจเทียบเคียงได้จากผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits) ตามความตกลง TRIPS ข้อ 45(2) และประเภทของค่าเสียหายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอื่นๆที่นำมาบังคับใช้กันภายในประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น อนึ่ง ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็มิใช่ความเสียหายของโจทก์ในการสูญเสียประโยชน์อยู่ดี เนื่องจาก[92]ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์หมายความถึงเฉพาะกรณีที่ทำให้โจทก์ต้องสูญเสียประโยชน์ต่างๆที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจำเลย ซึ่งการสูญเสียประโยชน์นั้นรวมถึงการสูญเสียประโยชน์ในอนาคตด้วย อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า[93] การสูญเสียประโยชน์ของโจทก์อาจรวมไปถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยก็ได้ หากการละเมิด

---

[92]คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป. 38/2543 และ วัส ติงสมิตร, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542

[93]กัญญธิดา โบสุวรรณ, “พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 178.

ลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นโดยมีปัจจัยในการผลิตรวมถึงราคาและคุณภาพของสินค้าใกล้เคียงกับสินค้าของโจทก์ หรือที่เรียกว่าเป็นการค้าแข่ง

2.3.2.3 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้า

บางครั้งการกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือทำสำเนางานอาจก่อให้เกิดความไม่มีคุณภาพและไม่ได้มาตรฐานส่งผลให้ชื่อเสียงของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายจึงมักพบเห็นเสมอตามคำพิพากษาที่โจทก์มักจะเรียกร้องค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าของตน กล่าวคือ โจทก์มักจะกล่าวอ้างว่าจำเลยลักลอบผลิตและลวงขายงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยใช้วัตถุดิบไม่ได้มาตรฐาน คุณภาพต่ำ ทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นผลงานของโจทก์ส่งผลให้ลดความเชื่อถือที่มีต่อโจทก์ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลนั้นจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้มากน้อยเพียงใด ศาลจะทำการพิจารณาจากผลของการกระทำจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยว่าได้สร้างผลกระทบโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ อย่างไร และระดับความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากน้อยเพียงใด

แม้ว่าค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าจะเป็นค่าเสียหายทางศีลธรรม (Moral Damages) ซึ่งเป็นอีกลักษณะหนึ่งของค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) แต่เนื่องจากค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้อย่างแท้จริง โจทก์จึงต้องเป็นผู้มีภาระหน้าที่ที่จะต้องนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องให้ศาลเห็นเป็นที่พอใจ ตัวอย่างเช่น การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นทำให้โจทก์ได้ความเสียหายต่อชื่อเสียง เพราะงานของโจทก์ด้อยคุณภาพลงไม่มีใครต้องการซื้อสินค้าของโจทก์ โดยโจทก์นั้นจะต้องมีการอ้างอิงถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือว่าโจทก์ได้รับความเสียหายมากถึงขนาดที่โจทก์ได้เรียกร้องมาด้วยมิใช่เพียงการกล่าวอ้างมาจำนวนหนึ่งลอยๆว่าได้รับความเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้า พิจารณาได้จาก คำพิพากษาศาลฎีกา 2321/2544 ที่ตัดสินไว้ว่า “ที่โจทก์อ้างว่าต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงในทางการค้าเนื่องจากงานที่จำเลยทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่ได้คุณภาพเพราะภาพไม่คมและเสียงไม่ชัดเจนนั้น ผู้รับมอบอำนาจโจทก์เบิกความตอบถามค้านทนายจำเลยไว้ชัดเจนว่า ผู้ที่มาขอเช่าม้วนวิดีโอพิพาทในคดีนี้ทราบอยู่แล้วว่าเป็นวิดีโอที่ละเมิดลิขสิทธิ์แสดงว่าประชาชนผู้บริโภคทราบว่าม้วนวิดีโอพิพาทไม่ใช่เป็นสินค้าที่เจ้าของลิขสิทธิ์คือโจทก์เป็นผู้จัดทำขึ้น ฉะนั้น ข้อที่โจทก์อ้างว่าโจทก์ต้องเสื่อม

เสียชื่อเสียงในทางการค้า เพราะสินค้าไม่ได้คุณภาพมาตรฐานจึงตกไป" อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงที่ว่าโจทก์ส่งเทปแท้และเทปเถื่อนต่อศาลได้ ศาลก็อาจพิจาณาเปรียบเทียบจากตัววัตถุพยานนั้นเองได้ว่าเนื้อเทปและเสียงในเทปดีหรือไม่ ภาพปกเทปมีความชัดเจนเพียงใด น่าจะไม่ต้องให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความให้ความเห็นเสมอไป[94]

จากคดีที่มาสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ศาลได้วินิจฉัยปัญหานี้เป็น 2 แนวทาง[95] คือ

แนวทางแรก เห็นว่าเมื่อจำเลยมิได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงด้วยการทำซ้ำ โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายส่วนนี้

แนวทางที่สอง ศาลพิเคราะห์จากพยานหลักฐานของโจทก์และพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว เห็นว่าความเสียหายในส่วนนี้มีไม่มากถึงที่โจทก์เรียกร้องมา

2.3.2.4 ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์

ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ตั้งแต่เริ่มต้นผลิตผลงานจนกระทั่งแล้วเสร็จ โดยโจทก์จะกล่าวอ้างว่าโจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ เพื่อทำให้งานอันมีลิขสิทธ์ของโจทก์มีชื่อเสียงและได้รับความนิยม ซึ่งจำเลยได้อาศัยโอกาสดังกล่าวกระทำละเมิดต่อโจทก์ แต่ตามคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มีความเห็นว่า ค่าใช้จ่ายส่วนนี้เป็นประโยชน์ในการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เอง ไม่ใช่ความเสียหายแท้จริงที่เกิดจากการกระทำละเมิดของจำเลย[96] ตามคำพิพากษาศาลฎีกา 2321/2544 ที่ให้ความเห็นไว้ว่า "เงินที่โจทก์ต้องใช้ไปในด้านการโฆษณาประชาสัมพันธ์ภาพยนตร์พิพาทถือเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อผลงานของโจทก์ ผลประโยชน์ที่เกิดจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์มีมากน้อยเพียงใดย่อมจะตกแก่โจทก์โดยตรงการที่จำเลยกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ก็ไม่มีผลกระทบถึงค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ของโจทก์แต่อย่างใด เพราะ

---

[94]กรกันยา สุวรรณพานิช, แนวคำวินิจฉัยปัญหาในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ, หน้า 384.

[95]เรื่องเดียวกัน, หน้า 376.

[96]เรื่องเดียวกัน, หน้า 377.

ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องจ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์เองหาใช่เป็นเรื่องที่โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 64 ที่ถือว่าเป็นค่าเสียหายที่โจทก์จะมาเรียกร้องจากจำเลยได้ไม่" อย่างไรก็ตาม หากโจทก์มีหลักฐานการจ่ายเงินมาแสดงต่อศาลว่าค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนนี้มีจำนวนเท่าใด ศาลก็จะกำหนดให้ค่าเสียหายตามจำนวนตัวเลขที่มีหลักฐานมาแสดง ตัวอย่างค่าเสียหายประเภทนี้ เช่น ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์

2.3.2.5 ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์

ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่มิใช่ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเป็นค่าเสียหายที่เกิดจากการบังคับตามสิทธิของโจทก์โดยมีขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว โดยหลักทั่วไปเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวนี้ได้ เนื่องจากเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อรักษาประโยชน์ผลงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตัวอย่างค่าเสียหายประเภทนี้ เช่น ค่านักสืบ ค่าวิชาชีพทนายความ เงินรางวัลนำจับ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ได้บัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการบังคับตามสิทธิได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาแสดงให้เห็นว่าค่าเสียหายในส่วนนี้ที่เรียกร้องมานั้นเป็นจำนวนตามสมควร มีความเหมาะสมจำเป็นอย่างไรในที่จะต้องมีค่าใช้จ่ายเพื่อการบังคับสิทธิเช่นนี้เกิดขึ้น รวมทั้งแสดงให้เห็นว่าได้มีการจ่ายค่าใช้จ่ายกันจริงด้วย เช่น การนำเอาหลักฐานการจ่ายเงินมานำสืบแสดงต่อศาล[97]

พิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกา 7206/2542 ที่วินิจฉัยไว้ว่า ".....ส่วนค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานที่โจทก์ต้องจ้างนักสืบและทนายความเพื่อรักษาประโยชน์ผลงานของโจทก์ 40,000 บาท และรางวัลนำจับจำนวน 30,000 บาท นายประเวชพยานโจทก์เบิกความว่าโจทก์ต้องว่าจ้างสำนักงานทนายความในการดูแลงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ซึ่งต้องใช้นักสืบ นักกฎหมาย ทนายความ และทีมในงานในการจับจำเลยโดยโจทก์ต้องเสียค่าตอบแทนวิชาชีพในการนี้เป็นเงิน 40,000 บาท...และค่าบำเหน็จรางวัลผู้แจ้งเบาะแสจำนวน 30,000 บาท โดยโจทก์มิได้นำสืบค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างไรในการบังคับสิทธิของโจทก์ที่จะต้องดำเนินการกับจำเลย อีกทั้งตามเอกสาร...ก็เป็นเพียงหนังสือที่ทนายความมีถึงโจทก์เพื่อขอเบิก

[97]เรื่องเดียวกัน, หน้า 377.

ค่าใช้จ่าย แต่โจทก์ไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวมานำสืบแสดงต่อศาล การที่ศาลชั้นต้นกำหนดค่าเสียหายอันเป็นค่าขาดรายได้และค่าใช้จ่ายในการดูแลสิทธิประโยชน์ของโจทก์จำนวน 35,000 บาทนั้น จึงชอบด้วยเหตุผล..."[98] และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7457/2550 ซึ่งศาลได้วินิฉัยไว้ว่า "ความผิดฐานกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานอุลตร้าแมนของโจทก์ ในส่วนของค่าใช้จ่ายในการชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุลตร้าแมนที่โจทก์เสียไปนี้เป็นผลสืบเนื่องจากการที่จำเลยที่ 2 กล่าวอ้างความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุลตร้าแมนต่อลูกค้าของโจทก์และบุคคลทั่วไป ถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์เสียไปในการนี้เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวให้แก่โจทก์ได้ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 แต่ที่โจทก์ขอมานั้นสูงถึง 10,000,000 บาทนั้น โจทก์มีเพียงใบเสร็จรับเงินพร้อมสำเนาประกาศหนังสือพิมพ์จำนวน 3 ฉบับ แสดงว่าโจทก์เสียค่าใช้จ่ายในการประกาศหนังสือพิมพ์ดังกล่าวไป 106,000 บาท กับเชื่อได้ว่าโดยลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เช่นนั้นย่อมทำให้โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดการทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงให้แก่ลูกค้าของโจทก์โดยตรงอีกจำนวนหนึ่งด้วย จึงเห็นสมควรกำหนดให้จำเลยที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้แก่โจทก์เป็นเงิน 200,000 บาท"

2.3.2.6 ค่าเสียหายทางแพ่งจากส่วนที่เกินจากจำนวนเงินค่าปรับ ตามมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นกรณีที่ผู้ถูกทำละเมิดซึ่งอยู่ในฐานะผู้เสียหายได้เคยฟ้องเป็นคดีอาญาและศาลได้กำหนดให้ได้รับส่วนแบ่งในค่าปรับกึ่งหนึ่งตามมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติไว้ว่า "ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น"

จากบทบัญญัตินี้ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน 2 ประการ คือ

---

[98]พิศวาท สุคนธพันธ์, ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย, หน้า 103.

1. ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่ง

2. ค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนค่าปรับตามข้อ 1

ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่งจะต้องเป็นค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาของศาลจริงๆเท่านั้น เจตนารมณ์ที่ให้ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่งเป็นค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาความยากในการพิสูจน์ค่าเสียหาย เนื่องจากการฟ้องคดีละเมิดนั้นโจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงการกระทำอันเป็นละเมิด รวมทั้งจำนวนความเสียหายที่โจทก์ได้รับว่าเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใด แต่ในทางปฏิบัติแล้วเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ว่าผลประโยชน์ในทางธุรกิจการค้าได้รับผลกระทบกระเทือนอย่างไร และมีความเสียหายเพียงใด อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแพ่งก็สูงมาก เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆเหล่านี้ ค่าปรับนี้จึงมีลักษณะพิเศษ เพราะเป็นทั้งโทษทางอาญาและเป็นค่าเสียหายในทางแพ่งด้วย รวมทั้งไม่มีกฎหมายใดบังคับให้โจทก์ต้องระบุขอเงินค่าปรับดังกล่าวในคำขอท้ายฟ้องคดีอาญาทำให้โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิขอรับเงินค่าปรับที่จำเลยชำระตามคำพิพากษากึ่งหนึ่งได้แม้จะมิได้ขอไว้ท้ายฟ้องและศาลมิได้พิพากษาให้จำเลยจ่ายก็ตาม พิจารณาได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 3895/2535 ตัดสินไว้ว่า “.....พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 49 เป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในเงินค่าปรับที่จำเลยได้ ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่งเพื่อบรรเทาความเสียหายและให้ถือเป็นการชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งส่วนหนึ่ง ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษซึ่งไม่เกี่ยวกับคำฟ้องในคดีอาญาและไม่มีกฎหมายใดบังคับให้โจทก์ต้องระบุขอเงินค่าปรับดังกล่าวมาในคำขอท้ายฟ้องคดีอาญาแต่อย่างใด โจทก์ร่วมผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิได้รับเงินค่าปรับที่จำเลยชำระตามคำพิพากษากึ่งหนึ่งแม้โจทก์จะมิได้ขอไว้ในคำขอท้ายฟ้อง”[99] อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีแพ่งจะพิจารณาปรับลดค่าปรับในค่าเสียหายทางแพ่งลงก็ได้ หรือหากว่าส่วนแบ่งในคดีอาญามีจำนวนที่สูงกว่าค่าเสียหายทางแพ่ง ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายทางแพ่งให้ เพราะถือว่าเงินส่วนแบ่งค่าปรับในคดีอาญาครอบคลุมถึงจำนวนของค่าเสียหายที่ควรได้รับแล้ว กล่าวคือค่าปรับดังกล่าวอาจจะน้อยกว่า เท่ากับ หรือมากกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริงก็ได้ หากจำนวนค่าปรับที่โจทก์ได้รับเท่ากับ หรือมากกว่าจำนวนความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง ผลทางกฎหมาย คือ เป็นการตัดสิทธิโจทก์มิให้นำคดีไปฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งได้อีก แต่ถ้าจำนวนค่าปรับที่โจทก์ได้รับน้อยกว่าจำนวนความเสียหายที่แท้จริง โจทก์ก็มีสิทธิที่จะฟ้องเรียก

---

[99]ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553), หน้า 115.

ค่าเสียหายสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับนี้ได้ ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าในส่วนของค่าเสียหายทางแพ่งกึ่งหนึ่งที่ได้รับจากค่าปรับในคดีอาญานั้นก็คือ ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั่นเอง แม้ว่าในบางครั้งค่าเสียหายลักษณะดังกล่าวนี้อาจต่ำหรือสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอยู่บ้างก็ตาม

สำหรับค่าเสียหายที่มิใช่เพื่อการเยียวยาความเสียหาย (Non-compensatory Damages) เช่น ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ในประเทศไทยในทางปฏิบัติศาลเคยนำหลักดังกล่าวมาใช้บ้าง เช่น การกำหนดเบี้ยทำขวัญบ้าง ค่าเสียหายเพื่อปลอบขวัญโจทก์บ้าง อย่างไรก็ตาม ไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์ แต่ได้มีกำหนดไว้ในกฎหมายอื่น ๆ หลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2515 มาตรา13, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 40, พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 มาตรา 11 เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายไทยจึงได้ให้การยอมรับในหลักเกณฑ์ของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแล้วระดับหนึ่ง แต่สำหรับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นยังไม่มีการนำเอาหลักการนี้มากำหนดไว้ในกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลเองก็มิได้นำเอาแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้กับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

บทที่ 3

ค่าเสียหายทางแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกากรณีละเมิดลิขสิทธิ์

หลังจากที่เราได้พิจารณาศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี ความหมายและลักษณะ ประเภทเกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งอันเนื่องมาจากการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งที่เป็นกรณีทั่วไป กรณีตามความตกลง TRIPS และค่าเสียหายทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และคำพิพากษาของศาลในประเทศไทยไว้เป็นเบื้องต้นมาแล้วในบทที่ 2 ในบทนี้ผู้เขียนจะขอนำเสนอพิจารณาศึกษาถึงบทบัญญัติและแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งของต่างประเทศกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจะพิจารณาแต่เฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก อันเนื่องมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีความชัดเจนและมีลักษณะเฉพาะ มีแนวคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นมาเป็นแนวบรรทัดฐานมาก รวมทั้งเป็นประเทศแรกที่มีการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศอื่นต่างนำมาเป็นต้นแบบการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศสิงค์โปร์ หรือประเทศจีน เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องความเป็นมา ประเภท ลักษณะ และหลักเกณฑ์ของการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบต่างๆว่าผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายประเภทใดได้บ้างจากผู้ทำละเมิด สำหรับวิธีการเยียวยาความเสียหายประเภทอื่นๆที่มิใช่เป็นตัวเงิน เช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งห้าม (Injunction) การทำลายสินค้าที่ละเมิด (Destruction) ผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงเนื่องจากอยู่นอกขอบเขตการศึกษาวิจัยในการทำวิทยานิพนธ์

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ความเป็นมาของค่าเสียหายทางแพ่งตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากรณีละเมิดลิขสิทธิ์

ในอดีตแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1783 ถึง ค.ศ. 1786 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ทั้งที่เหมือนและแตกต่างกันบ้างอยู่หลายลักษณะ ดังเช่น การกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดที่จะจ่ายให้แก่

ผู้เสียหายนั้นต้องเป็น “ค่าเสียหายในจำนวนอันยุติธรรม” (Just Damages) หรือ เป็น “ค่าเสียหายในจำนวนอันเป็นสองเท่าของมูลค่าของสำเนาทั้งหมด (Double the value of all the copies infringed)” บางรัฐก็ได้กำหนดมูลค่าของค่าเสียหายโดยกำหนดเป็นช่วงของมูลค่าของค่าเสียหายแบบอัตราเพดานขั้นต่ำสุดและขั้นสูงสุด บางรัฐได้กำหนดจำนวนเงินที่ผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ต้องจ่ายเป็นค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยคิดค่าเสียหายเป็นมูลค่าต่อจำนวนชิ้นงานที่เกิดจากการกระทำละเมิด ซึ่งพบว่าอยู่ในความครอบครองของผู้ทำละเมิด ต่อมาเมื่อถึงยุคที่รัฐต่างๆมีการรวมตัวกันเป็นสหรัฐ (Federal) โดยมีข้อกำหนดรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1788 ได้ให้อำนาจรัฐสภาทำหน้าที่ส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และทางศิลปกรรมโดยให้หลักประกันแก่ผู้สร้างสรรค์และผู้ประดิษฐ์ตามสิทธิอันชอบธรรม ในผลงานการสร้างสรรค์และการวิจัยค้นคว้าโดยให้ความคุ้มครองตามระยะเวลา ดังนั้น รัฐสภาจึงได้ออกกฎหมายลิขสิทธิ์กลางมาบังคับใช้ขึ้นเป็นครั้งแรกเรียกว่า “Federal Copyright Act ,1790” ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจาก The Statute of Anne,1710 ของประเทศอังกฤษมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ครั้งนี้ โดยเฉพาะการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายว่าให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าปรับและค่าเสียหายทางแพ่งได้ กล่าวคือ[1] กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1790 ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายได้กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะฟ้องจำเลยที่เผยแพร่โฆษณาหนังสือของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตโดยจำเลยต้องชำระเป็นจำนวนเงิน 50 เซนต์ต่อทุกสำเนาของหนังสืองานลิขสิทธิ์ที่จำเลยมีอยู่ในความครอบครองซึ่งทำขึ้นโดยมิได้รับอนุญาต โดยค่าปรับครึ่งหนึ่งให้ตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อีกครึ่งหนึ่งให้ตกเป็นประโยชน์แก่สหรัฐ นอกจากเรียกค่าปรับได้แล้ว ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดในค่าเสียหายทางแพ่งใดๆที่เกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายนั้นไม่ได้แบ่งแยกประเภทของค่าเสียหายที่สามารถเรียกได้อย่างชัดเจน หลังจากนั้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ในฉบับต่อๆมาได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์เรื่อยมาเพื่อรองรับกับยุคสมัยและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ปรากฏรายละเอียดได้ดังนี้[2]

1. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1802 มีการกำหนดให้ค่าปรับมีมูลค่าสูงขึ้นเป็น 1 เหรียญสหรัฐฯ ต่อทุกๆสำเนาของงานที่ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ยังได้ขยาย

---

[1]Ben Kociubinski, Assessing the moral Legitimacy of Statutory Damages in copyright, Boston University School of law, 2007, pp.7-8.

[2]ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 47-49.

การคุ้มครองออกไปโดยนอกเหนือจากงานวรรณกรรมแล้วการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นให้ครอบคลุมไปถึงงานออกแบบ งานแกะสลักและการพิมพ์

2. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1831 มีการแยกประเภทของค่าปรับตามประเภทของการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานวรรณกรรมให้คิดค่าปรับเป็นจำนวน 50 เซนต์ ต่อ 1 ชิ้นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิด ส่วนการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานประเภทอื่นๆให้คิดค่าปรับเป็นจำนวน 1 เหรียญสหรัฐฯ ต่อ 1 ชิ้นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิด นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายใดๆ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ทั้งหมดตามฟ้องรวมถึงค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายที่จำเป็น
3. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1856 สิทธิการแสดงและบทละครได้ถูกกำหนดให้ได้รับความคุ้มครองโดยผู้ที่ละเมิดทำการแสดงโดยมิได้รับอนุญาตต้องรับผิดในค่าเสียหายต่างๆ ตามฟ้องรวมถึงค่าใช้จ่ายในคดี และค่าเสียหายดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่า 100 เหรียญสหรัฐฯ สำหรับการละเมิดครั้งแรก และ 50 เหรียญสหรัฐฯ ต่อทุกๆ การกระทำละเมิดครั้งต่อๆมา
4. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1870 มีการแยกประเภทของค่าปรับตามประเภทของงานที่ถูกกระทำละเมิดให้ละเอียดเพิ่มขึ้น เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ต่อการเรียบเรียงเพลง หรือแผนที่ ให้คิดค่าปรับเป็นมูลค่า 1 เหรียญสหรัฐฯ ต่อ 1 งานที่ทำขึ้นโดยการละเมิด หากเป็นงานวาดเขียน หรืองานประติมากรรม ให้คิดค่าปรับ 10 เหรียญสหรัฐฯ ต่อ 1 งานที่ทำขึ้นโดยละเมิด เป็นต้น นอกจากนี้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการใดๆ เพื่อให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายนั้น ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชดใช้เต็มจำนวน
5. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1895 ได้กำหนดเพิ่มการจำกัดขอบเขตความรับผิดในอัตราเพดานขั้นสูงสุดไว้ โดยกำหนดว่า ในการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับงานภาพถ่ายที่ไม่ใช่งานวิจิตรศิลป์ ให้คิดค่าปรับเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 100 เหรียญสหรัฐฯ และไม่เกิน 5000 เหรียญสหรัฐฯ ส่วนการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพวาด ภาพสเก็ตซ์ งานแกะสลัก ภาพถ่าย การออกแบบ ซึ่งเป็นงานวิจิตรศิลป์ ให้คิดค่าปรับเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 250 เหรียญสหรัฐฯ และไม่เกิน 10000 เหรียญสหรัฐฯ[3] การกำหนดขอบเขต

[3]Stephanie Berg, "Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age," The Copyright Society of the U.S.A. (Winter/Spring, 2009), pp. 277-278.

ไว้เช่นนี้อันเนื่องมาจากสาเหตุที่เทคโนโลยีได้เจริญเติบโตและมีความก้าวหน้าขึ้น การละเมิดด้วยการทำซ้ำและเผยแพร่ในงานลิขสิทธิ์ก็ย่อมทำได้ง่ายขึ้น ส่งผลให้ผู้เกี่ยวข้องที่ต้องมีการทำซ้ำและเผยแพร่งานลิขสิทธิ์ในจำนวนทีละมากๆ เช่น เจ้าของสำนักพิมพ์หนังสือพิมพ์ หรือสื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ ต่างเกรงว่าการคำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายจากจำนวนงานที่ทำขึ้นโดยการละเมิดนั้นอาจทำให้ตนต้องรับผิดในจำนวนค่าเสียหายที่มากเกินไปอย่างไม่จำกัดจำนวน เพราะบางครั้งไม่อาจรู้ได้ว่าการตีพิมพ์ในหนังสือแต่ละฉบับนั้นมีงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์รวมอยู่ในนั้นบ้างหรือไม่ โดยเฉพาะกรณีที่เป็นรูปภาพ หรือภาพถ่ายต่างๆที่มิได้มีการแสดงตัวตนว่าใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น อนึ่ง การกำหนดจำนวนค่าเสียหายโดยกำหนดเป็นช่วงของมูลค่าของค่าเสียหายแบบอัตราเพดานขั้นต่ำสุดและขั้นสูงสุด กฎหมายกำหนดให้สามารถนำมาได้ใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานบางประเภทเท่านั้นซึ่งยังไม่ครอบคลุมประเภทงานลิขสิทธิ์ทั้งหมด นอกจากนี้ การกำหนดจำนวนค่าเสียหายแต่ละประเภทของงานลิขสิทธิ์ให้มีจำนวนค่าเสียหายที่แตกต่างกันนั้นนับได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของหลักการ “Statutory Yardstick”[4] ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

6. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 กฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ครั้งใหญ่ประกอบกับเพื่อให้บัญญัติกฎหมายมีความสอดคล้องกับคำพิพากษาที่เคยได้ตัดสินมา โดยมีการบัญญัติประเภทของค่าเสียหายไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 101[5] กล่าวคือ มีการบัญญัติให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้ตามค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages) และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits) หรืออาจเลือกที่จะรับ

---

[4] Ibid., p. 276.

[5] **17 U.S.C. (1976) § 101(b).** “If any person shall infringe the copyright in any work protected under the copyright laws of the United States such person shall be liable . . .b) DAMAGES AND PROFITS; AMOUNT; OTHER REMEDIES – To pay to the copyright proprietor such damages as the copyright proprietor may have suffered due to the infringement, as well as all the profits which the infringer shall have made from such infringement, and in proving profits the plaintiff shall be required to prove sales only, and the defendant shall be required to prove every element of cost which he claims, *or in lieu of actual damages and profits, such damages as to the court shall appear to be just, and in assessing such damages the court may, in its discretion, allow the amounts as hereinafter stated,* [the act then lists various floors and ceilings for damages based on the type of copyrighted workinfringed] . . . *and such damages shall in no other case exceed the sum of $5,000 nor be less than the sum of $250, and shall not be regarded as a penalty.”*

ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) แทนค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลยอันเกิดจากการกระทำละเมิดก็ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นโทษทางอาญา (Penalty)รวมทั้งยังได้มีการยกเลิกหลักเกณฑ์ที่ว่าค่าปรับครึ่งหนึ่งตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และอีกครึ่งหนึ่งตกเป็นประโยชน์ของสหรัฐเพราะค่าปรับดังกล่าวมีลักษณะไปในทางอาญาและเพื่อแยกให้เห็นชัดเจนว่าค่าเสียหายไม่ใช่การลงโทษ[6] ประกอบกับเพื่อให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับคำพิพากษาในปีค.ศ.1899 คดี Brady v. Daly, 175 U.S. 148 (1899) ซึ่งท่านผู้พิพากษา Peckham ได้ให้เหตุผลเกี่ยวกับคำว่า “ค่าเสียหาย”(Damages) ไว้อย่างชัดเจนว่า ตามบทบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์ที่กำหนดเรื่องค่าเสียหายอันเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้มีส่วนไหนที่บัญญัติหรือกล่าวอ้างถึงค่าเสียหายว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าปรับเลย ทั้งค่าปรับนั้นมีลักษณะเป็นการลงโทษจำเลย แต่จากการที่ค่าเสียหายมีขึ้นนั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ช่วยเหลือโจทก์ให้สามารถได้รับการชดใช้เยียวยาให้ใกล้เคียงกับความเสียหายมากที่สุดเพราะเป็นที่แน่ชัดจากการพิจารณาคดีต่างๆที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่เป็นการยากที่นำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น เมื่อมีข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าเสียหายขั้นต่ำที่ผู้เสียหายควรได้รับแล้ว ค่าเสียหายทั้งหมดจึงควรจะตกอยู่กับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้เสียหายที่ได้นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล[7]

อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 เมื่อบังคับใช้ไปได้ระยะหนึ่งก็เกิดปัญหาการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน (Double Recovery) ระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงกับผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จึงแก้ปัญหาโดยแบ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงิน (Non-Monetary Relief) คือ ให้อำนาจศาลมีคำสั่งห้ามไม่ให้กระทำ หรืองดเว้นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ (Injunction) และศาลอาจมีคำสั่งและจัดการกับสิ่งของที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ (Impounding and Disposition of infringing articles) ได้ด้วย และการเยียวยาด้วยค่าเสียหาย (Damages) ที่เป็นตัวเงินซึ่งให้ผู้เสียหายเลือกวิธีการเยียวยาค่าเสียหายที่แท้จริง หรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เว้นแต่มีผลกำไรของผู้ทำ

---

[6]Arthur Fisher, Studies on Copyright, Memorial edition, 2 (New Jersey: Fred B. Rotham & Co., 1963), p.3. อ้างถึงใน ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 87.

[7]Ben Kociubinski, Assessing the moral Legitimacy of Statutory Damages in copyright, pp. 9-10.

ละเมิดส่วนใดที่ยังไม่ได้ถูกนำมาใช้เพื่อพิจารณากำหนดเป็นค่าเสียหายแล้ว ส่วนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ยังคงเป็นไปตามนัยเดิม คือ มีการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่กำหนดขึ้นเป็นตัวเงินแก่เจ้าของลิขสิทธิ์จากการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีที่ค่าเสียหายที่แท้จริงหรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เมิดนั้นยากแก่การพิสูจน์ หรือมีค่าใช้จ่ายสูงที่จะทำการนำสืบพิสูจน์และเพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีผู้คิดจะทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์[8] ทั้งนี้ แม้ว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้จะมีความหมายตามนัยเดิม แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในกรณีที่ผู้เสียหายเลือกที่จะเรียกร้องบังคับสิทธิในค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด โดยมีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพื่อให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ง่าย สะดวกยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นการป้องกันการบังคับใช้ที่อาจก่อให้เกิดความสับสนและไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่ได้กำหนดให้มีขึ้น อีกทั้งเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความและความมั่นใจว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับค่าเสียหายที่แท้จริง[9] ตัวอย่างเช่น การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิเลือกของตัวผู้เสียหายเอง ทั้งนี้ ต้องมีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ไว้ก่อนภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด, เปลี่ยนจากคำว่า “per infringed work” เป็น “per work”, มีการเพิ่มจำนวนฐานของค่าเสียหายให้มากขึ้น, การให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจเพิ่มหรือลดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดโดยพิจารณาจากพฤติกรรมของจำเลย ทั้งนี้ต้องไม่เกินจำนวนขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ และข้อยกเว้นของการใช้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น อีกทั้ง กฎหมายฉบับปัจจุบันนี้ยังได้กำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ (Costs and Attorneys’ fees) ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

3.1.2 ประเภทของค่าเสียหายทางแพ่ง

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1976 (Copyright Act of 1976) ฉบับปัจจุบัน ซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code/ U.S. Code) เรื่องที่ 17 (Title 17 Copyright) บทที่ 5 เรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และการเยียวยาความเสียหาย (Chapter 5 Copyright infringement and remedies) มาตรา 504 และ มาตรา 505 ได้แบ่งประเภทและวิธีการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้กระทำละเมิดอาจจะต้องรับผิดไว้ดังนี้

---

[8]Pamela Samuelson and Tara Wheatland, **Statutory Damages in Copyright Law : A Remedy in Need of Reform** [Online], 2009. Available from: http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss2/5

[9]a draft bill, S. 1361,1973.

3.1.2.1 ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) โดยสามารถแบ่งลักษณะค่าเสียหาย ได้ดังนี้

ก) ค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Actual Damages and Account of Profits)

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 504 "(ก) ในกรณีทั่วไป เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดในค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผลกำไรเพิ่มเติมใดๆ ของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังรายละเอียดตาม (ข) ของมาตรานี้....."[10] และ มาตรา 504 "(ข) เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่แท้จริงซึ่งตนต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น รวมถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งยังมิได้เคยนำไปคำนวณรวมเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง"[11]

พิจารณาได้ว่าเมื่อเกิดความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาตาม มาตรา 504 (ก) และ มาตรา 504 (ข) ได้กำหนดให้โจทก์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นและ/หรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ทั้งนี้ โจทก์ต้องมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ

ก.1) ค่าเสียหายที่แท้จริง

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดว่าค่าเสียหายที่แท้จริงควรมีขอบเขตอย่างไรจึงต้องนำเอาหลักกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปมาปรับใช้ ดังนั้น ค่าเสียหายที่แท้จริงจึงต้องถูกกำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการเยียวยาชดใช้ หรือชดเชยเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ได้รับความเสียหาย ทั้งโดยการพิจารณาตามหลัก

---

[10]17 U.S.C.§ 504 (a) "In General. — Except as otherwise provided by this title, an infringer of copyright is liable for either — (1) the copyright owner's actual damages and any additional profits of the infringer, as provided by subsection (b); ...."

[11]17 U.S.C.§ 504 (b) "Actual Damages and Profits. — The copyright owner is entitled to recover the actual damages suffered by him or her as a result of the infringement, and any profits of the infringer that are attributable to the infringement and are not taken into account in computing the actual damages...."

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายอย่างใดๆที่ตนได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยจึงจะทำให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายตามที่เรียกร้องมาได้ ซึ่งความเสียหายที่นำมาเป็นฐานการคิดคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงนี้ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นผลโดยตรงจากการละเมิด รวมทั้งค่าเสียหายเหล่านี้จะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุด้วย[12] อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายที่เกิดจากความเสียหายที่แท้จริงนั้นโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์โดยกำหนดมาเป็นจำนวนที่แน่นอนอย่างละเอียด เพียงแต่นำสืบถึงจำนวนความเสียหายในจำนวนที่แน่นอนภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นจะทำได้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว และการพิสูจน์ที่เหลือก็ตกเป็นภาระของจำเลยผู้กระทำละเมิด โดยต้องหักล้างให้ได้ว่าค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องมานั้นไม่ได้เกิดจากการละเมิดของจำเลยผู้กระทำละเมิดแต่เพียงผู้เดียว แต่ยังมีปัจจัยและพฤติการณ์อย่างอื่นที่ทำให้โจทก์เกิดความเสียหายขึ้น[13]

การพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆให้ศาลเห็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าได้เกิดความเสียหายขึ้นจริงนั้นก็เพื่อให้ศาลได้พิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้น เช่น ฐานะของเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้กระทำละเมิด ลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ การพิจารณาเปรียบเทียบต้นทุน ราคาและคุณภาพของสินค้า ราคาตลาด รายได้และผลจากการขาย หรือกรณีที่เคยมีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานนั้นมาก่อนก็อาจนำเอาค่าสิทธิมาเป็นองค์ประกอบและปัจจัยในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้[14] นอกจากนี้ในกรณีค่าเสียหายที่แท้จริงนี้ แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษได้แต่ค่าเสียหายดังกล่าวอาจจะเรียกจากผู้กระทำละเมิดได้หากปรากฏข้อเท็จจริงได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ฐานะผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้และค่าเสียหายนั้นไม่ไกลต่อเหตุ (Too remote)[15] เช่น ค่าเสียหายจากการที่ต้องเปลี่ยนแผนสำหรับนิตยสารฉบับต่อไป

---

[12]Richard Stim, Intellectual Property : Patent, Trademark, and Copyright (New York: West Thomson, 2001), p.192.

[13]Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard, Kenneth L. Port, Fundamentals of United States intellectual property law: copyright, patent, and trademark, 2ed. (Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2007), p. 174.

[14]Marshall Leaffer, Understanding Copyright law (New York, NY: M.Bender, 1989), pp. 303-304.

[15]Richard Stim, Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright, (New York: West Thomson, 2001), p. 192 อ้างถึงใน เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 115.

อันเนื่องการกระทำละเมิดของจำเลยที่ได้ทำการพิมพ์และเผยแพร่บทความก่อนที่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของนิตยสารเชิงข่าวสารรายเดือนจะได้เผยแพร่งานของตนออกสู่ตลาด[16]

สำหรับค่าเสียหายที่แท้จริงนี้มักจะปรากฏในลักษณะของค่าขาดรายได้ (Lost Sales) ซึ่งรวมถึงผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ (Lost Profits) หรือค่าสิทธิ (Reasonable Royalty) ค่าเสียหายบนฐานแต่ละประเภทนี้มีความหมายและวิธีการคิดคำนวณที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงแล้วค่าเสียหายบนฐานต่างๆเหล่านี้กลับมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันที่ต้องจำเป็นศึกษาเพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกัน โดยค่าเสียหายบนฐานแต่ละประเภทต่างๆสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

1) การกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้

ค่าขาดรายได้ หรือผลกำไรถือว่าเป็นการเรียกร้องค่าเสียหายทางหนึ่งที่มีความสำคัญและเป็นปัจจัยสำคัญที่ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยที่ค่าขาดรายได้ หรือกำไร พิจารณาจากรายได้ หรือกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์คาดหมายว่าจะควรจะได้รับจากการขายงานของตนได้ หากมิได้มีการกระทำละเมิดจากจำเลยเกิดขึ้น ซึ่งค่าขาดรายได้มาจากการพิจารณารายได้รวมก่อนมีการละเมิด กับ รายได้ปัจจุบัน (ภายหลังจากมีการกระทำละเมิด) และนำมาหักออกจากกันเท่ากับเป็นค่าขาดรายได้ ส่วนในการคำนวณค่าขาดกำไรต้องนำราคาต้นทุนมาหักออกเสียก่อนเป็นกำไรสุทธิ (Net Profit) ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย[17]

สำหรับวิธีการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งถือว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินนั้นได้มีการใช้หลักการคำนวณโดยอาศัยราคาตลาด (Market Price) เป็นเกณฑ์หากเป็นกรณีทั่วไป กล่าวคือ หากความเสียหายเกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่ซื้อขายกันทั่วไปในท้องตลาดศาลก็จะคำนวณค่าเสียหายโดยใช้ราคาแห่งท้องตลาดเป็น

---

[16]คดี Atlantic Monthly v. Post Pub. Co.,

[17]กัญญธิดา โบสุวรรณ, พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 81.

เกณฑ์ แต่หากเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่ไม่อาจหาซื้อได้ตามท้องตลาด เช่น ทรัพย์เฉพาะสิ่ง ค่าเสียหายสามารถกำหนดได้จากมูลค่าที่ใช้ไปเพื่อให้ได้ซึ่งทรัพย์นั้นมา เช่น เครื่องปั้นดินเผาที่ทำขึ้นด้วยมือตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากเสียหายไปค่าเสียหายจะใช้จากมูลค่าในการว่าจ้างเครื่องปั้นดินเผานั้นเป็นเกณฑ์ อย่างไรก็ตาม มูลค่าดังกล่าวนั้นต้องเป็นราคาที่มีความเป็นอิสระ (Arm's Length Price) คือ ไม่มีปัจจัยใดๆ ที่ทำให้ราคานั้นมาก หรือน้อยผิดปกติ ซึ่งเป็นหลักเรื่องราคาโอน (Transfer Pricing) ในทางภาษีอากร เช่น ผู้ว่าจ้างเป็นลูกค้าประจำของผู้รับจ้างทำให้ได้ราคาที่ถูกกว่าปกติ ส่วนกรณีที่ทรัพย์สินที่เสียหายนั้นมีมูลค่าทางจิตใจ (Sentimental Value) ติดอยู่กับทรัพย์สินชิ้นนั้น ถือว่าเป็นกรณีที่ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าจะไม่กำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้ เพราะความเสียหายไม่สูงมากนัก หรือ คำนวณให้พอประมาณไม่ได้คำนึงถึงความถูกต้องมากนัก เนื่องจากหากศาลใช้เวลากำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ถูกต้องจะมีความสิ้นเปลืองทรัพยากรที่ใช้การจัดการ (Administration Costs) มากกว่าผลที่จะได้จากการกระทำนั้น ทั้งความเสียหายทางจิตใจอาจเป็นเรื่องเล็กๆน้อยๆ ไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจต่อผู้คนในสังคมได้[18]

อนึ่ง ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงให้แก่โจทก์นั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาองค์ประกอบต่างๆประกอบกัน กล่าวคือ ถ้าหากว่าสินค้าของโจทก์กับสินค้าของจำเลยที่เป็นงานละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์มีองค์ประกอบด้านราคา คุณภาพใกล้เคียงกันจนอยู่ในฐานะคู่แข่งขันทางการค้ากันโดยตรง ผู้เสียหายสามารถแสดงให้เห็นได้ว่ามูลค่าของรายได้ที่ขาดหายไปนั้นเท่ากับมูลค่ายอดขายของจำเลย ปรากฏให้เห็นได้ในคดี RSO Records, Inc. v. Peri, 596 F. Supp. 849, 863, 225 (S.D.N.Y. 1984) ที่ศาลตัดสินว่าควรจะต้องถือว่าทุกสำเนาที่ทำซ้ำจากงานสิ่งบันทึกเสียงซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นเป็นมูลค่าเท่ากับการสูญเสียรายได้จากการขายของโจทก์ ในทางกลับกันถ้าหากเกิดกรณีที่สินค้าที่ผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์และสินค้าที่เกิดจากการละเมิดนั้นมีคุณภาพ ราคา วัตถุประสงค์การใช้งานที่ต่างกันและไม่ได้เป็นคู่แข่งขันทางการค้าระหว่างกัน แต่จำเลยกลับได้รับกำไรที่มากกว่าโจทก์การคำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายจะเป็นเช่นไรนั้นเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่ผ่านมาสำหรับเรื่องนี้มีความเห็นที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ในคดี Steven Linen Associates,Inc. v. Mastercraft., 656 F. 2d 11,210 U.S.P.Q. 865 (2d Cir. 1981) ศาลชั้นต้นเห็นว่าคดีนี้ การคำนวณค่าเสียหายจากหลักยอดการขายของจำเลยอันถือเป็นมูลค่าความเสียหาย

[18] วีรภัทร ชัยรัตน์, การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในมุมมองทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์, หน้า 76-96.

ของโจทก์นั้นถือเป็นการคาดการณ์ที่สูงเกินไป เพราะราคาขายของจำเลยนั้นถูกกว่าราคาขายของโจทก์และต้นทุนการผลิตของจำเลยนั้นย่อมต่ำกว่าต้นทุนการผลิตของโจทก์ ดังนั้น กำไรของจำเลยจึงสูงกว่ากำไรที่โจทก์หาได้ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์มีความเห็นว่า วิธีพิจารณาการขาดรายได้ของโจทก์นั้นควรต้องพิจารณาว่า โจทก์ต้องสูญเสียรายได้จากลูกค้าไปให้แก่จำเลย เพราะลูกค้าของโจทก์หันไปซื้อสินค้าจากจำเลยซึ่งเป็นสินค้าที่มาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ดังนั้น ต้องถือว่าโจทก์เป็นผู้ผลิตและขายสินค้าต่างๆที่ผลิตขึ้นโดยจำเลยเพราะลูกค้าของโจทก์เป็นผู้ต้องการสินค้า อีกทั้งในคดีต่อๆมาศาลก็ยังคงใช้หลักการนี้ เช่น ในคดี Taylor v. Meirck, 712 F.2d 112, 219 U.S.P.Q. 420 (7th Cir. 1983) โดยศาลมีความเห็นว่า แม้ว่าจำเลยจะมีการต่อสู้ว่าสินค้าที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์งานของโจทก์มานั้นไม่ได้กระทบต่อการขายของโจทก์เพราะขายในตลาดที่แตกต่างกัน และศาลก็ยังคงยืนยันหลักเดิมโดยให้เหตุผลว่า ราคาขายที่แตกต่างกันทำให้ประชาชนหันไปซื้อสินค้าของจำเลยซึ่งถูกกว่าทั้งที่ความจริงควรจะซื้อสินค้าจากโจทก์แม้ว่าการจัดจำหน่ายในสถานที่ที่ไม่มีสินค้าของโจทก์อยู่ด้วยก็ตามก็ไม่เป็นเหตุให้ต้องวินิจฉัย[19] อย่างไรก็ตาม หากเป็นองค์ประกอบอื่นนอกจากเรื่องราคาคุณภาพของสินค้า และการแข่งขันระหว่างโจทก์กับจำเลยแล้วนั้น ศาลสหรัฐอเมริกายังพิจารณาองค์ประกอบอื่นด้วย เช่น ปัจจัยการเลือกที่จะชมการแสดงสดที่น้อยลงไม่ได้เป็นผลเพราะการทำสำเนาวิดีโอเทปที่บันทึกการแสดงสดนั้นมาเพียงอย่างเดียว หรือยอดขายที่ลดลงอาจเป็นเพราะคู่แข่งอื่นในตลาดเดียวกันก็ได้ หรือเป็นเพราะความน่าเชื่อถือในตัวจำเลยมากกว่าโจทก์[20]

2) การกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าสิทธิที่สมเหตุสมผล

ค่าสิทธิที่สมเหตุสมผล (Reasonable Royalty) คือ จำนวนเงิน หรือค่าตอบแทนที่ผู้สร้างงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ตกลงที่จะอนุญาตให้นำงานลิขสิทธิ์ของตนไปแสวงหาผลประโยชน์ได้ โดยผู้ที่ต้องการได้รับอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์จะต้องเต็มใจที่จะจ่ายจำนวนเงิน หรือค่าตอบแทนนั้นด้วย[21]

---

[19]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 120-121.

[20]เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

[21]Michael A. Einhorn,Ph. D., **Damages Valuation in Music Copyright** [Online], 2005. Available from: http://ssrn.com/abstract=1611219

ค่าสิทธิที่สมเหตุสมผลเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายแบบหนึ่งในกรณีที่ไม่อาจคำนวณค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทนบนฐานของการขาดรายได้ หรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างเหมาะสม ศาลก็อาจจะพิจารณาคำนวณบนฐานของค่าสิทธิมาเป็นค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้[22] ซึ่งวิธีการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าสิทธิที่สมเหตุสมผลให้แก่โจทก์ผู้ที่ได้รับความเสียหายจะอยู่บนราคาที่กำหนดโดยผู้เต็มใจจะซื้อและผู้เต็มใจจะขายตกลงจะจ่ายให้สำหรับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ โดยวิธีการคำนวณค่าสิทธิที่สมเหตุสมผลที่นิยมใช้กัน คือ การนำเอาอัตราค่าสิทธิ (Royalty Rate) มาคูณด้วยฐานของค่าสิทธิ (Royalty Base)[23] อนึ่ง อัตราค่าสิทธิ คือ ส่วนแบ่งของผลกำไรที่จำเลยได้รับหรือคาดว่าจะได้รับจากการขาย ซึ่งวิธีการหาอัตราค่าสิทธิมีด้วยกันอยู่หลายวิธี เช่น อาจจะประเมินจากมูลค่าตลาดที่เป็นธรรม (Fair Market Value) วิธีการคำนวณจากต้นทุนในการพัฒนาที่เรียกว่า Rules of Thumb หรือวิธีการคำนวณจากราคาที่เป็นธรรม (Fair Price) ส่วนฐานของค่าสิทธิ คือ ยอดขายของจำเลย ทั้งนี้ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นจำนวนเปอร์เซนต์ของยอดขาย หรือกำไรของจำเลย[24]หรือการพิจารณาเกณฑ์ค่าสิทธิอาจพิจารณาจากการกำหนดจากอัตราค่าสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์ของตนตามคดี Kieier Advertising Co., Inc. v. James Miller Chevrolet, Inc., 722 F. Supp. 1577, 14 U.S.P.Q. 2d 1061 (N.D. ILL. 1989) และศาลอาจอนุญาตให้จำเลยนำสืบพิสูจน์หักล้างว่ามูลค่าราคาตลาดที่เป็นธรรมนั้นควรเป็นเช่นไร[25]

นอกจากนี้ ปัจจัยที่ศาลนำมาใช้พิจารณากำหนดจำนวนค่าสิทธิที่สมเหตุสมผลย่อมขึ้นอยู่กับองค์ประกอบ ปัจจัยและพฤติการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้น[26] ได้แก่

- ลักษณะและความสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์

---

[22]กัญญธิดา โบสุวรรณ, พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 83.

[23]พัลภา ชัยอาญา, การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า : วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 112.

[24]เรื่องเดียวกัน.

[25]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 123.

[26]พัลภา ชัยอาญา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

- ลักษณะและขอบเขตของจำเลยในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์
- ฐานะของโจทก์และจำเลย
- ต้นทุนที่โจทก์ใช้ในการคิดค้นพัฒนางานอันมีลิขสิทธิ์
- วิธีการอื่นในการผลิตงานนอกจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์
- ทางปฏิบัติในทางธุรกิจในการกำหนดค่าสิทธิ
- ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อข้อตกลงระหว่างผู้เต็มใจจะซื้อและผู้เต็มใจจะขาย
- สัญญาให้ใช้สิทธิอื่นที่มีลักษณะคล้ายกัน
- การขายสินค้าของคู่แข่งอื่นในตลาด
- ลักษณะการบริโภคของลูกค้าในสินค้าชนิดนั้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศจะมีหน่วยงานหนึ่งซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการอ้างถึงค่าสิทธิในแต่ละงานเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภคทั่วไปตามหลักการใช้สิทธิอย่างยุติธรรม[27]

กรณีที่ศาลนำเอาค่าสิทธิที่สมเหตุสมผลมาพิจารณากำหนดค่าเสียหาย เช่น กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า หรือกรณีมีการละเมิดงานลิขสิทธิ์เพียงส่วนเดียว หรือการกระทำละเมิดของจำเลยไม่อาจได้รับผลกำไรนั้น การที่จะนำเอาค่าขาดรายได้และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นฐานการคิดคำนวณค่าเสียหายอาจจะทำได้ยาก หรือทำไม่ได้เลย รวมทั้งอาจเป็นการลงโทษจำเลยอย่างไม่มีเหตุผลสมควรจนก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ เช่น กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานที่ไม่ได้เป็น หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการค้าขนาดใหญ่ โจทก์และจำเลยเป็นเพียงผู้ผลิตรายย่อย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะไม่ได้ร้ายแรงมากนักแต่ก็ต้องถือว่าเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) ของโจทก์แล้ว กล่าวคือ โจทก์ต้องสูญเสียโอกาสในการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยการนำงานของตนไปขายและได้รับค่าสิทธิเป็นการตอบแทน ดังนั้น การคิดคำนวณค่าเสียหายอาจตั้งอยู่บนฐานของเรื่องค่าสิทธิน่าจะเป็นการเหมาะสมกับกรณีนี้มากกว่าการเยียวยาค่าเสียหายประเภทอื่น ซึ่งค่าสิทธิที่เหมาะสมจะถูกกำหนดขึ้นจากการพิจารณากลไกทางการตลาด ณ เวลาที่การกระทำละเมิด

[27]กัญญธิดา โบสุวรรณ, พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 82.

ได้เกิดมีขึ้น แต่หากงานนั้นไม่เคยมีการกำหนดค่าสิทธิมาก่อนก็ต้องนำผลงานในลักษณะ หรือชนิดที่ใกล้เคียงกันเป็นตัวกำหนด อีกทั้งอาจคำนวณค่าเสียหายบนฐานเรื่องผลกำไรที่จำเลยได้รับเพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้เนื่องจากไม่ถือว่าโจทก์ได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน พิจารณาได้จากคดี Kieier Advertising Co., Inc. v. James Miller Chevrolet, Inc., 722 F. Supp. 1577, 14 U.S.P.Q. 2d 1061 (N.D. ILL. 1989) ซึ่งศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่าโจทก์ได้รับการเยียวยาจากผลกำไรของจำเลยสองครั้ง โดยให้เหตุผลว่า เกณฑ์เรื่องค่าสิทธิแสดงให้เห็นถึงการได้รับต้นทุน ซึ่งแตกต่างจากผลกำไรที่โจทก์มีสิทธิได้รับจากการขายของจำเลย โดยผลกำไรเหล่านั้นเป็นผลประโยชน์ที่ได้มาจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์[28] ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีที่โจทก์ไม่ได้สร้างผลงานเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ ศาลมีแนววินิจฉัยว่าในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวต้องคำนึงถึงมูลค่าของการใช้งาน (Value of Use) หรือการประหยัดค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้น (Saved Acquisition Costs) มาตรฐานในการคำนวณค่าเสียหายในกรณีนี้พิจารณาได้ตามเหตุผลที่ว่า มูลค่าของค่าใช้จ่ายใดๆ ก็ตามที่จำเลยได้เสียไปซึ่งในความเป็นจริงจำเลยต้องจ่ายมากกว่าปกติหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนที่ทำให้จำเลยได้ประหยัดค่าใช้จ่ายควรตกเป็นของโจทก์[29]

นอกจากนี้หากการละเมิดลิขสิทธิ์บางส่วน การใช้เกณฑ์สิทธิมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหาย ศาลจะพิจารณาก่อนว่าการละเมิดงานบางส่วนนั้นได้กระทบต่อสาระสำคัญของงานลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ ถ้าหากนำสืบพิสูจน์ได้ว่าแค่เพียงว่าเป็นการละเมิดแต่เพียงส่วนน้อยจากงานลิขสิทธิ์ทั้งหมด ศาลก็จะปฏิเสธที่จะกำหนดค่าสิทธิให้เต็มจำนวน ในทางกลับกัน หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ของจำเลยและโจทก์ไม่เคยยอมรับค่าสิทธิในจำนวนที่น้อยกว่าสำหรับการใช้สิทธิเพียงบางส่วนของงานลิขสิทธิ์ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายโดยใช้เกณฑ์ค่าสิทธิเท่ากับมูลค่าสิทธิเต็มจำนวน[30]

---

[28]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 123.

[29]กัญญธิดา โบสุวรรณ, พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 84.

[30]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 124.

ก.2) ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits)

หากว่าค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นยังไม่สามารถเยียวยาโจทก์ในฐานะผู้เสียหายได้เต็มตามจำนวนที่เกิดความเสียหายขึ้นและยังเหลือความเสียหายที่โจทก์ยังอาจมีสิทธิเรียกร้องได้อีกโดยไม่เป็นการซ้ำซ้อนกับค่าเสียหายที่แท้จริง หรือกรณีที่เป็นการพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นกระทำได้ยาก กฎหมายจึงให้สิทธิแก่โจทก์ในการเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยค่าเสียหายประเภทนี้มีพื้นฐานจากหลักแนวคิดการได้ลาภโดยมิชอบของผู้กระทำละเมิดเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ทำละเมิดได้รับกำไร หรือผลประโยชน์ที่ไม่ควรจะได้รับจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งค่าเสียหายประเภทนี้จะต้องไม่มากกว่าความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับเพื่อมิให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายที่ซ้ำซ้อน (Double Compensation) เพิ่มขึ้น[31] กล่าวคือ โจทก์จะมีสิทธิเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะส่วนที่เกิดจากการทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของตนเท่านั้น เนื่องจากไม่ต้องการให้ผู้เสียหายร่ำรวยจากค่าเสียหายที่เกินจริง (wind fall) และไม่ต้องการลงโทษผู้กระทำละเมิดโดยไม่เป็นธรรม (Undue Punishment)[32]

ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์เฉพาะ “**เงินได้สุทธิ**” (Gross Revenue) ของจำเลยผู้กระทำละเมิดเท่านั้น หลังจากนั้นจำเลยจะมีภาระการพิสูจน์ว่าตนมีเงินได้สุทธิน้อยกว่านั้นโดยการหักรายจ่ายต่างๆ พิจารณาได้จาก มาตรา 504 (ข) “....ในการพิจารณาหาผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องพิสูจน์เพียงเงินได้รวมของผู้กระทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้กระทำละเมิดจะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างจากเงินได้ดังกล่าวโดยพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายและส่วนประกอบอื่นๆของผลกำไรซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์”[33] ตัวอย่างการเรียกร้องผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การที่โจทก์ได้เรียกร้องผลกำไรจากการขายเครื่องดื่มอันเนื่องมาจากการเปิดเพลงของโจทก์ ในคดี Cream Records, Inc. v. Joseph Schlitz Brewing

---

[31]House Report Rep. No. 94–1476, 94th Cong., 2d, Sess, 143-44 (1976), at 161.

[32]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 17.

[33]17 U.S.C.§ 504 (b) “...In establishing the infringer's profits, the copyright owner is required to present proof only of the infringer's gross revenue, and the infringer is required to prove his or her deductible expenses and the elements of profit attributable to factors other than the copyrighted work.”

Co., 754 F.2d 826, 828–29 (9th Cir.1985) หรือมูลค่าของคอนโดมิเนียมเพิ่มขึ้นจากการละเมิดแบบโมเดลคอนโดมิเนียมของโจทก์ ในคดี May v. Watt, 822 F.2d 896, 901 (9th Cir.1987) สำหรับในกรณีที่มีจำเลยหลายคนการคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะคิดจากการที่จำเลยได้รับกำไรนั้นเป็นรายบุคคลไป ซึ่งปรากฏให้เห็นได้ในคดี Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc., 772 F.2d 505, 519 (9th Cir.1985).

อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดว่าค่าใช้จ่ายใดบ้างที่จำเลยจะสามารถนำมาหักออกจากผลกำไรที่โจทก์ได้เรียกร้องมา แต่เมื่อพิจารณาตากคำพิพากษาของศาลจะพบว่า ค่าใช้จ่ายทุกอย่างที่จำเลยสามารถพิสูจน์ว่าเป็นจำนวนที่แน่นอนและสมเหตุสมผลต่อการผลิตและการจัดจำหน่ายงานลิขสิทธิ์นั้นก็สามารถนำมาหักล้างกับผลกำไรที่จำเลยได้รับมาได้[34] ตัวอย่างของค่าใช้จ่ายต่างๆที่อาจนำมาพิสูจน์หักล้างมูลค่าจำนวนเงินสุทธิในผลกำไรรวมของจำเลย เช่น ค่าสิทธิ ค่าโฆษณา ค่าโสหุ้ย (Overhead) และค่าใช้จ่ายจำเป็นอื่นๆในการผลิตงานที่ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์หรือกรณีจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่าผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีองค์ประกอบอื่นอีก เช่น กรณีที่มีการสร้างภาพยนตร์ที่ดัดแปลงมาจากการที่ละเมิดงานนวนิยายซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้น หากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าไม่ใช่แต่เพียงเพราะการละเมิดโดยการนำนวนิยายของโจทก์มาสร้างเป็นภาพยนตร์จึงทำให้ภาพยนตร์เรื่องนี้ประสบความสำเร็จมีชื่อเสียงโด่งดังและได้รับรายได้มหาศาลเท่านั้น แต่ยังมีองค์ประกอบอื่นอีกคือ การดัดแปลงเนื้อหาบทประพันธ์และชื่อเสียงของนักแสดงนำในภาพยนตร์ที่เป็นองค์ประกอบทำให้ภาพยนตร์ได้รับกำไร[35] (คดี Sheldon v. Metro-Goldenwyn Pictures Corp. 772 F. 2d 505,516 (9th Cir, 1985)) นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าถ้าเป็นกรณีที่จำเลยได้มีการละเมิดงานลิขสิทธิ์แต่ยังมีส่วนหนึ่งที่ยังไม่ได้มีการจัดจำหน่ายไป จำนวนงานดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาคำนวณเป็นค่าใช้จ่ายของจำเลยที่จะสามารถนำมาหักล้างกับกำไรของจำเลยได้ ดังนั้นจำเลยจะมีสิทธินำสืบพิสูจน์ได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกับงานที่ได้มีการจัดจำหน่ายแล้วเท่านั้น พิจารณาได้จากคดี Alfred Bell & Co. v. Catalda

---

[34]Marshell Leaffer, Understanding copyright law, (New York: Matthew Bender & Co., Inc., 1995), p.303.

[35]Dan B. Dobbs, Remedies: Damages-Equity-Restitution,(Minesota: West Publishing & Co., 1973), p. 454 อ้างถึงใน เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 116.

Fine Arts,86 F. Supp. 339 (D.N.Y. 1949)[36] สำหรับค่าใช้จ่ายที่จำเลยไม่สามารถหักล้างได้ เช่น ค่าเช่า ค่าเสื่อมราคา ค่าธรรมเนียมทนายความ เป็นต้น เว้นแต่จำเลยจะสามารถนำสืบได้ว่าค่าใช้จ่ายเหล่านี้เกี่ยวพันกับต้นทุนของสินค้าอย่างไร[37]

การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ย่อมส่งผลดีต่อการพิสูจน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะการกระทำละเมิดโดยส่วนใหญ่เป็นการกระทำละเมิดเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือธุรกิจการค้า ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้า การที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์เพียงแต่แค่พิสูจน์กำไร หรือจำนวนเงินรายได้ทั้งหมดจากการดำเนินกิจการของจำเลยที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้นย่อมเป็นเรื่องง่ายกว่าการพิสูจน์ที่เกิดขึ้นแก่ตนเอง รวมทั้งศาลจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือโจทก์เองหากเป็นเรื่องยากแก่โจทก์ที่จะพิสูจน์เช่นนั้น เช่น เมื่อโจทก์เรียกร้องศาลอาจจะสั่งให้จำเลยนำเอาสมุดบัญชีหรือเอกสารต่างๆมาให้ตรวจสอบ หรือจะอนุญาตให้โจทก์ตรวจตราคัดลอกสมุดบัญชีหรือเอกสารดังกล่าวได้[38]

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าในกรณีที่ทั้งโจทก์และจำเลยต่างมุ่งแสวงหาประโยชน์ทางการค้า โดยจำเลยได้กระทำการอันมีลักษณะเข้าเป็นผู้แข่งขันโดยตรงกับโจทก์ (Direct Competitor) คือ[39] ฐานะของโจทก์และจำเลยมีความเท่าเทียมกัน มีราคาและคุณภาพของสินค้าที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยมีความใกล้เคียงกับสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์สามารถคิดคำนวณโดยถือเอายอดขายของจำเลยเป็นมูลค่าความเสียหายของโจทก์มาเป็นเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายนั้นได้ ไม่ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์จะมีมูลค่าสูงกว่าผลกำไรจากการขาดรายได้ของโจทก์ก็ตาม ดังนั้นโจทก์จึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากทั้งผลกำไรที่โจทก์สูญเสียไปกับจำนวนส่วนต่างระหว่างผล

---

[36]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 116-117.

[37]เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

[38]กัญญธิดา โบสุวรรณ, พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 175-176.

[39]Roger D. Blair and Thomas F. Cotter, **An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law**, 39 Wm. & Mary L. Rev. 1585 [Online], 1998. Available from : http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol39/iss5/4

กำไรของโจทก์และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ พิจารณาได้จากคดี Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112, 1120 (7th Cir. 1983) อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่จำเลยไม่ได้เป็นคู่แข่งขันทางการค้า คือ ไม่ได้อยู่ในฐานะเดียวกันกับโจทก์ประกอบกับราคาและคุณภาพของราคาสินค้าของโจทก์และจำเลยมีความแตกต่างกันมาก เช่น จำเลยอยู่ในตลาดระดับล่างมีผลกำไรค่อนข้างน้อยจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ควรคำนวณความเสียหายบนพื้นฐานของค่าขาดรายได้และผลกำไรที่โจทก์ได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นการดีกว่า[40]

อนึ่ง โจทก์จะไม่ได้รับอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายทั้งจากกรณีการขาดรายได้และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะจะถือว่าเป็นการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน เว้นเสียแต่หากว่าโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีจำนวนมากกว่าค่าขาดรายได้ของตน หรือพิสูจน์ได้ว่านอกเหนือไปจากความสูญเสียจากการขาดรายได้แล้วยังมีความเสียหายประเภทอื่นเกิดขึ้นอีก เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง โจทก์ก็สามารถได้รับค่าเสียหายตามจำนวนที่เพิ่มขึ้นได้[41]

ข) ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ (Cost and Attorney's fees)

นอกจากค่าเสียหายตามที่กล่าวมาในข้างต้นแล้วตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการติดตามและบังคับสิทธิรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความจากผู้ทำละเมิดได้อีกด้วยตามมาตรา 505[42] ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

"ในการดำเนินคดีแพ่งภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ศาลอาจจะอนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายได้จากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิกับคู่ความอีกฝ่าย เว้นแต่ว่าคู่ความฝ่ายนั้นเป็นสหรัฐ (United States) หรือเจ้าหน้าที่ของสหรัฐ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ศาลอาจจะกำหนดให้คู่ความที่

---

[40]กัญญธิดา โบสุวรรณ, พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 82.

[41]เรื่องเดียวกัน.

[42]17 U.S.C § 505 " In any civil action under this title, the court in its discretion may allow the recovery of full costs by or against any party…. the court may also award a reasonable attorney's fee to the prevailing party as part of the costs."

ชนะคดีได้รับค่าเสียหายจากค่าธรรมเนียมทนายความในจำนวนที่เหมาะสมโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้น"

พิจารณาได้ว่ากฎหมายได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีให้ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความเต็มจำนวน ทั้งนี้ ต้องมีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ก่อน 3 เดือนนับจากการเผยแพร่ครั้งแรก หรือก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 412[43] ด้วย และค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่อยู่ในอำนาจดุลพินิจของศาลว่าจะกำหนดให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ก็ได้ซึ่งโดยหลักค่าใช้จ่ายตามความหมายในมาตรานี้จะต้องมีลักษณะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีอยู่เหนืองานที่ละเมิด หรือเป็นค่าใช้จ่ายในการติดตามและบังคับตามสิทธิ โดยตามที่ศาลได้เคยพิพากษานั้นให้รวมไปถึง ค่าธรรมเนียมศาล ค่าธรรมเนียมอื่นๆ ค่าถ่ายเอกสารที่ประกอบการฟ้องร้อง และไปรษณียากร ค่าเดินทางและอื่นๆที่เกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนพิจารณาทางศาลไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กับค่าธรรมเนียมทนายความแต่อย่างใด[44]

สำหรับการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายนี้จะไม่ใช่เป็นเพียงการประเมินเพียงอย่างเดียว แต่ศาลอาจคำนึงถึงระดับความผิดหรือเหตุอันสมควรในการฟ้องคดีด้วย[45] กล่าวคือ กรณีการกำหนดค่าทนายความนอกจากที่ศาลจะพิจารณาความสามารถและชื่อเสียงทนายความ ค่าจ้างทนายที่แท้จริง ปริมาณงานที่ทำ และผลสำเร็จในการว่าความซึ่งศาลจะให้จำเลย

---

[43]17 U.S.C § 412 "In any action under this title, other than an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A(a), an action for infringement of the copyright of a work that has been preregistered under section 408(f) before the commencement of the infringement and that has an effective date of registration not later than the earlier of 3 months after the first publication of the work or 1 month after the copyright owner has learned of the infringement, or an action instituted under section 411(c), no award of statutory damages or of attorney's fees, as provided by sections 504 and 505, shall be made for —(1) any infringement of copyright in an unpublished work commenced before the effective date of its registration; or (2) any infringement of copyright commenced after first publication of the work and before the effective date of its registration, unless such registration is made within three months after the first publication of the work."

[44]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 119.

[45]Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa, Copyright Law, 7th ed. (Newark, NJ : LexisNexis, 2006), p.912.

ใช้ค่าทนายความเพื่อเป็นการยับยั้งการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในอนาคตขึ้นอีก[46] แต่ศาลยังพิจารณาถึงความสุจริตในการดำเนินคดีของฝ่ายโจทก์ด้วย ซึ่งถ้าหากโจทก์นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลโดยเจตนาที่ไม่สุจริต (Bad Faith) ตัวอย่างเช่น การฟ้องคดีของโจทก์เป็นเรื่องที่ไม่มีมูล หรือมีแรงจูงใจในการฟ้องคดีโดยที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร ศาลก็มีแนวโน้มที่จะปฏิเสธไม่กำหนดค่าทนายความให้แก่โจทก์ ส่วนค่าเสียหายอันเกิดจากค่าใช้จ่ายอื่นๆนั้น ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควร และหากปรากฏว่าจำเลยได้ต่อสู้คดีโดยเจตนาที่ไม่สุจริต ศาลก็จะให้ใช้ค่าใช้จ่ายต่างๆเต็มตามจำนวน[47] ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า ค่าเสียหายประเภทนี้ทั้งโจทก์และจำเลยมีสิทธิเรียกร้องได้หากปรากฏว่าตนเป็นฝ่ายชนะโดยศาลจะใช้หลักเกณฑ์เจตนาในการนำคดีมาฟ้องของโจทก์และพฤติกรรมของจำเลยระหว่างการดำเนินคดีมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าต้องไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อตรง หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายชนะไม่สุจริตในการดำเนินคดี ศาลก็จะไม่อนุญาตให้คู่ความฝ่ายนั้นเรียกค่าทนายความได้[48] เช่น ในคดี Eagie Services Corp. v. H2O Industrial, Inc., et al., USCA Seventh Circuit, (July 9, 2008) ซึ่งศาลวางหลักไว้ว่า “ความสุจริตหรือไม่ของคู่ความในการดำเนินคดีเป็นเหตุในการกำหนดค่าทนายความซึ่งต้องไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อตรง”

ค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายเหล่านี้จึงถือว่าเป็นค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) อีกลักษณะหนึ่งนั่นเองโดยเกิดจากหลักที่ว่าเป็นต้องความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงๆโดยโจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้

3.1.2.2 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages)

ในหลายกรณี ค่าเสียหายที่แท้จริงของเจ้าของลิขสิทธิ์และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่สามารถคำนวณได้ง่ายนัก ดังนั้น หากโจทก์เห็นว่าการพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ยากและมีภาระเป็นอย่างมากในการนำสืบพิสูจน์หลักฐาน ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดรับรองให้โจทก์ผู้ถูกกระทำละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์อาจมีสิทธิในการ

---

[46]วัส ติงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า 143.

[47]กรกันยา สุวรรณพานิช, แนวคำวินิจฉัยปัญหาในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ, หน้า 383-384.

[48]Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, p. 306.

เลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ได้ โดยไม่ต้องมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริงหรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เสียก่อน กล่าวคือ[49] เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ต้องแสดงให้เห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้กระทำละเมิดนั้นได้ก่อให้เกิดความสูญเสียทางการเงิน (Financial Loss) เป็นจำนวนเท่าใด ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ด้วย[50] ปรากฏตามมาตรา 504 (ค) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ที่กำหนดไว้ว่า “(1) ยกเว้นแต่จะได้บัญญัติไว้ใน (2) แห่งอนุมาตรานี้ ณ เวลาใดๆก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะเลือกที่จะรับการชดใช้เยียวยาจากค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในกฎหมายฉบับนี้แทนการเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงหรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์...”[51]

ก) วัตถุประสงค์การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดความเป็นมาประกอบกับบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแล้ว ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้พัฒนามาจากยุคของสินค้าที่เป็นวัตถุ (Physical Goods) และเกิดขึ้นก่อนที่จะเข้าสู่ยุคดิจิตอลซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงขอบเขตของกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่เดิมนั้นหลักของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมีขึ้นเพื่อความมุ่งหมายเพื่อให้มั่นใจว่าอย่างน้อยจะมีมาตรการที่สามารถเยียวยาชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายแม้กรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะยากแก่การหาพยานหลักฐานเพื่อมาพิสูจน์ความเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งยังเป็นการจูงใจให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีความกล้าเสี่ยงที่จะลงทุนกับการสร้างสรรค์งานใหม่ๆให้เกิดขึ้นเพราะมีการรับประกันว่าตนจะได้รับการเยียวยาความเสียหายเสมอกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น[52] แต่เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์กันมากขึ้นซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายและการสูญเสียรายได้ หรือประโยชน์ที่ตนควรจะได้ จึงทำให้แนวคิดเรื่องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้แปรเปลี่ยนไปบ้าง กล่าวคือ นอกจากค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้จะมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

---

[49]Raymond J. Dowd, **Copyright Litigation Handbook** [Online], July 2010. Available from: http://www.westlaw.com

[50]H.R. Rep. No. 94–1476 at 161

[51]17 U.S.C.§ 504 (c) "Statutory Damages. — (1) Except as provided by clause (2) of this subsection, the copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of actual damages and profits, an award of statutory damages for all infringements involved in the action...."

[52]Ben Kociubinski, Assessing the moral Legitimacy of Statutory Damages in copyright, p.12.

ยังได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อเป็นการยับยั้งป้องกันและให้มีความรู้สึกเกรงกลัวว่าการละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้ตนต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนที่มากกว่าการปฏิบัติไปตามกฎหมายโดยไม่ได้ละเมิดงานลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีข้อโต้เถียงที่ว่าทำไมถึงต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งและป้องปรามความเสียหายสำหรับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด หากว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับอันตรายจากความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือกรณีที่ผู้กระทำละเมิดไม่ได้รับประโยชน์อะไรจากการกระทำละเมิดเลย หรือทำไมค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจึงมีขึ้นเพื่อความจำเป็นในการจูงใจที่จะลงทุนในการสร้างสรรค์ผลงาน[53] อนึ่ง ปัจจุบันด้วยเหตุปัจจัยแวดล้อมต่างๆที่เกิดขึ้นประกอบกับการปรับใช้และการตีความของศาลหรือคณะลูกขุนทำให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ถูกทำให้เบี่ยงเบนไปจากความมุ่งหมายแรกเริ่มเดิมที ซึ่งทำให้ค่าเสียหายประเภทนี้ดูเหมือนจะเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อลงโทษและป้องปรามมิให้เกิดการจูงใจที่จะกระทำละเมิดงานลิขสิทธิ์ขึ้นเสียมากกว่าการชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากคดีที่โจทก์เลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแล้วนั้น ศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้สูงมาก[54]

ข) การจดทะเบียนงานลิขสิทธิ์[55]

ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายนั้นประเด็นสำคัญที่ศาลจำต้องพิจารณา คือ งานลิขสิทธิ์ที่ได้มีการทำละเมิดนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนแล้วภายในระยะเวลา 3 เดือน นับแต่วันแรกที่มีการเผยแพร่งาน หรือก่อนที่จำเลยจะได้กระทำละเมิดจึงจะทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ รวมทั้งจะไม่ใช้บังคับแก่งานลิขสิทธิ์ที่ยังไม่เผยแพร่ หรือยังมิได้จดทะเบียน ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 412[56] พิจารณาได้จากคำพิพากษาใน

---

[53]Roger D. Blair, Thomas F. Cotter, Intellectual Property Economic and Legal Dimension of Rights and Remedies, p.75.

[54]Pamela Samuelson and Tara Wheatland, Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform, p.12.

[55]Ibid., pp.7-8.

[56]17 U.S.C.§ 412 “In any action under this title, other than an action brought for a violation of the rights of the author under section 106 A (a), an action for infringement of the copyright of a work that has been preregistered under section 408 (f) before the commencement of the infringement and that has an effective date of registration not later than the earlier of 3 months after the first publication of the work or 1 month after the copyright owner has learned of the infringement, or an action instituted under section 411 (c), no award of

คดี Derek Andrew v. Poof Apparel ที่ได้ตัดสินไว้ว่า “ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจะไม่ถูกนำมาบังคับใช้หากไม่มีการจดทะเบียนในงานนั้นเสียก่อน” ทั้งนี้ แม้ว่าจะไม่ได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ตัดสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 17 U.S.C.A. § 504(b) หรือการสั่ง ยึด ทำลาย สินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นตามมาตรา 17 U.S.C.A. § 503

การที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้โจทก์ที่ต้องการใช้สิทธิเลือกให้มีการกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages) นั้น โจทก์จะต้องจดทะเบียนงานลิขสิทธิ์ก่อนอันเนื่องมาจาก[57] ในอดีตกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อมีแบบพิธี (Formality) คือ ต้องนำงานที่สร้างสรรค์ไปวาง (Deposit) หรือจดทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ เห็นได้จากอนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล (Universal Copyright Convention : UCC) ค.ศ.1952 ที่มีบทบัญญัติยินยอมให้มีแบบพิธีตามแนวกฎหมายสหรัฐอเมริกา และแม้ต่อมาหลักการดังกล่าวจะมีผลบังคับที่เริ่มเบาบางลงบ้างแล้วในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับต่อๆมาหลังจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาเบิร์น (Berne Convention)[58] โดยกำหนดให้ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานจะได้รับความคุ้มครองทันทีที่งานนั้นได้รับการสร้างสรรค์ขึ้นมาเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาเบิร์น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาเบิร์นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมเป็นภาคีนั้นไม่สามารถถูกนำมาบังคับใช้ภายในประเทศได้ทันทีโดยอัตโนมัติ ซึ่งหมายความว่า โจทก์หรือผู้เสียหายจะมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดอย่างไรได้บ้างย่อมต้องขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้รับการออกและรองรับจากสภาของรัฐแล้วเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิตามอนุสัญญาเบิร์นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วม

---

statutory damages or of attorney's fees, as provided by sections 504 and 505, shall be made for — (1) any infringement of copyright in an unpublished work commenced before the effective date of its registration; or

(2) any infringement of copyright commenced after first publication of the work and before the effective date of its registration, unless such registration is made within three months after the first publication of the work."

[57]ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกับสหรัฐอเมริกา (โครงการอเมริกาศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 3-6.

[58]อนุสัญญาเบิร์น (Berne Convention) เป็นอนุสัญญาที่กำหนดหลักเกณฑ์ของงานลิขสิทธิ์โดยมีการผสมผสานระบบลิขสิทธิ์ที่สำคัญ 2 ระบบ ด้วยกัน กล่าวคือ ระบบ droit d' auteur ของฝรั่งเศส และ ระบบ Copyright ของอังกฤษ โดยมีสาระสำคัญว่าลิขสิทธิ์ของงานที่สร้างสรรค์นั้นมีขึ้นทันทีที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยไม่ต้องอาศัยแบบพิธีใดเป็นเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครอง อันเป็นแนวคิดของฝรั่งเศสที่ถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิประจำตัวผู้สร้างสรรค์ตั้งแต่เริ่มแรก

เป็นภาคี นอกจากนี้ การที่โจทก์ หรือผู้เสียหายไม่ได้รับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดกับค่าทนายความ จึงรวมถึงงานของต่างประเทศ (Foreign Works) ที่ประเทศดังกล่าวเป็นภาคีของอนุสัญญาเบิร์นด้วย พิจารณาได้จาก คดี Elsevier B.V. v. UnitedHealth Group, Inc., 2010 และคดี The Football Ass'n Premier League Ltd. v. YouTube, Inc., 2009 ที่ได้ตัดสินว่า แม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ตามมาตรา 412 จะมีความขัดแย้งกับอนุสัญญาเบิร์นก็ตาม แต่ก็ต้องยึดถือและมีความผูกพันกับมาตรา 412 เป็นหลัก เพราะอนุสัญญาเบิร์นจะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อรัฐได้ออกกฎหมายมารับรองแล้วอีกครั้งหนึ่งเท่านั้น ทั้งบทบัญญัติตามมาตรา 412 นี้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้สงวนสิทธิไว้ที่จะไม่รับการกระทบกระเทือนจากอนุสัญญาเบิร์นอีกด้วย[59] ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจึงยังคงมีแนวคิดและยึดหลักการตามแบบพิธีอยู่หากว่าผู้เสียหายต้องการบังคับสิทธิทางแพ่งต่อศาลด้วยการชดใช้เยียวยาที่นอกจากค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้เสียหายต้องมีการนำงานลิขสิทธิ์นั้นไปวาง หรือจดทะเบียนต่อหน่วยงานของรัฐก็ก่อนจึงจะสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการฟ้องคดีต่อศาลได้เพื่อให้ตนมีสิทธิเรียกค่าเสียหายประเภทค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) กับค่าทนายความ (Attorney's fees) ได้

ทั้งนี้ ประกอบกับเพื่อจูงใจให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมาจดทะเบียนกันมากขึ้น เพราะการจดทะเบียนนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการแสดงหลักฐานสาธารณะเกี่ยวกับสิทธิในการเรียกร้องทางด้านลิขสิทธิ์ และเพื่อให้การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการทางศาลใช้เป็นหลักฐานเบื้องต้นที่จะพิจารณาถึงความสมบูรณ์ในสิทธิและใช้เป็นข้อเท็จจริงที่ระบุในใบสำคัญแสดงการขึ้นทะเบียนลิขสิทธิ์ เช่น อาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อป้องกันการอ้างของจำเลยว่าไม่รู้ว่างานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์[60] โดยเฉพาะหากงานนั้นมีมูลค่าทางการค้าสูง การจดทะเบียนลิขสิทธิ์ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้จะเป็นเครื่องมือที่ช่วยยืนยันได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับทางเลือกในการเยียวยาอย่างสูงที่สุด[61] นอกจากนี้ ก็อาจเป็นเพราะเหตุผลว่าเพื่อเป็นการลงโทษแก่บุคคลที่ไม่ตรวจดูให้ดีเสียก่อนว่างานนั้นมีการจดทะเบียนไว้แล้ว ทั้งที่

---

[59]Raymond J. Dowd, **Copyright Litigation Handbook** [Online], July 2010. Available from: http://www.westlaw.com

[60]Pamela Samuelson and Tara Wheatland, Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform, pp.7-8.

[61]Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property, p. 618.

ตามปกติบุคคลทั่วไปสามารถตรวจสอบความมีอยู่ของลิขสิทธิ์ได้เสมอ การกำหนดให้รับผิดในค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นสิ่งที่สมควร อนึ่ง การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวนี้จะกำหนดไว้ต่ำกว่ากรณีที่ได้กระทำไปโดยจงใจ[62]

ค) ผู้มีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

การกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้เองนอกจากที่ผู้เสียหายต้องมีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ก่อนแล้ว กฎหมายได้กำหนดไว้ว่าต้องร้องขอต่อศาลในเวลาใดๆก่อนที่จะมีคำพิพากษาตัดสินคดีถึงที่สุด กล่าวคือ ในเบื้องต้นโจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไปก่อนได้ แต่ในท้ายที่สุดก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาโจทก์อาจตัดสินใจเลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ในภายหลัง หากโจทก์เห็นว่าเป็นค่าเสียหายที่ทำให้ตนเกิดความพอใจได้มากกว่าการกำหนดค่าเสียหายแท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งถูกกำหนดโดยคณะลูกขุน อย่างไรก็ตาม หากว่าโจทก์เลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้แล้วก็ไม่สามารถที่จะกลับไปเลือกค่าเสียหายตามปกติได้อีก ดังนั้น โจทก์จึงมีสิทธิเลือกค่าเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น ปรากฏในคดี Nintendo of America, Inc. v. Dragon Pacific Int'l, 40 F.3d 1007, 1010–11 (9th Cir.1994) อนึ่ง โจทก์อาจมีการร้องขอให้คณะลูกขุนเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเพื่อความเสียหายประเภทนี้ โดยมีผู้พิพากษากำหนดแนวทางในการคำนวณค่าเสียหายให้กับคณะลูกขุนก็ได้ ตามคำพิพากษาในคดี Felter v. Columbia Pictures Television, Inc., แต่ตามคดีที่เกิดขึ้นต่อมาส่วนใหญ่แล้วโจทก์มักจะให้ศาลเป็นคนกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมากกว่า อย่างไรก็ตาม ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์เพียงแต่เรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ในจำนวนอัตราเพดานขั้นต่ำที่กฎหมายได้กำหนดไว้ (Minimum Statutory Damages) จะเป็นหน้าที่ของศาลในการใช้ดุลพินิจ เนื่องจากไม่มีการโต้แย้งว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดควรจะต้องเป็นจำนวนเท่าใดกันแน่ พิจารณาได้จากคดี BMG Music v. Gonzalez, 430 F.3d 888 (7th Cir. 2005)[63]

---

[62]ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์, หน้า 95.

[63]Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard, Kenneth L. Port, Fundamentals of United States intellectual property law: copyright, patent, and trademark 2ed., p.179.

การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้เองจะต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 ที่ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิเลือกค่าเสียหายประเภทนี้ทำให้ในคดีส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้น ศาลจะเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาตัดสินเองว่าจะให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดหรือไม่มากกว่าที่จะให้โจทก์เป็นผู้มีสิทธิเลือก ส่งผลให้ศาลต้องรับภาระเป็นผู้กำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในทุกๆขั้นตอน และยังต้องพบกับปัญหาการตัดสินพิจารณาที่ขัดกันเอง เช่น บางคดีกำหนดว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายแท้จริงหรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่บางคดีศาลกลับตัดสินว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นสามารถกำหนดได้ในทุกกรณี ทั้งนี้โจทก์ต้องเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้มาด้วย หรือบางคดีโจทก์ไม่ได้เรียกร้องที่จะให้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายมาแต่ศาลก็กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายให้ เพราะเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นยากแก่การนำสืบพิสูจน์และคำนวณออกมาว่าเกิดค่าเสียหายที่แท้จริงเท่าใดกันแน่[64]

ง) การกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในกรณีทั่วไปได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายไม่ต่ำกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ และไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ[65] ต่องานละเมิดลิขสิทธิ์หนึ่งงานที่ถูกละเมิด (per work infringed)[66] กล่าวคือ ค่าเสียหายที่กฎหมาย

---

[64]Stephanie Berg, Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability : Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age, p. 293.

[65]ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาเบิร์นและได้ออกกฎหมาย Berne Convention Implementation Act ลงวันที่ 31 ตุลาคม 1988 ซึ่งจะมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มีนาคม 1989 นี้ ตามกฎหมายดังกล่าวนี้ได้แก้ไขอัตราค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ตามมาตรา 504 ให้เพิ่มมากขึ้นหนึ่งเท่าตัว คือจากอัตราเดิม 250 เหรียญสหรัฐฯ ถึง 10,000 เหรียญสหรัฐฯ เป็น 500 เหรียญสหรัฐฯ ถึง 20,000 เหรียญสหรัฐฯ และในกรณีที่ผู้ทำละเมิดกระทำด้วยความจงใจจากที่กำหนดไว้ 50,000 เหรียญสหรัฐฯ เป็น 100,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อมา The Digital Theft Deterrence and Copyright Damages Improvement Act of 1999 มีการแก้ไขอีกครั้งในมาตรา 504(c) วรรคหนึ่ง เปลี่ยนอัตราเป็น 750 เหรียญสหรัฐฯ จากเดิม 500 เหรียญสหรัฐฯ และ 30,000 เหรียญสหรัฐฯ จากเดิม 20,000 เหรียญสหรัฐฯ และในวรรคสอง เปลี่ยนเป็น 150,000 เหรียญสหรัฐฯ จากเดิม 100,000 เหรียญสหรัฐฯ การเพิ่มค่าเสียหายนี้เนื่องจากว่าต้องการให้เกิดความจูงใจที่จะนำงานลิขสิทธิ์มาจดทะเบียนให้มากขึ้น รวมถึงภาวะเงินเฟ้อในขณะนั้น ประกอบกับมีความตั้งใจว่าต้องการให้เกิดการยับยั้งป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีมากขึ้น

[66] ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 ใช้คำว่า “per work” แต่เนื่องจากมีการตีความกันอย่างสับสนและไม่แน่นอนว่าต้องคิดคำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดอย่างไร หากว่ามีการกระทำละเมิดหลายๆครั้งในงานลิขสิทธิ์หนึ่งงาน ดังนั้นใน

กำหนดนี้คิดคำนวณจากผลคูณของราคาสำหรับการใช้ประโยชน์ของงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดซึ่งกฎหมายได้กำหนดขอบเขตของจำนวนอัตราเพดานค่าเสียหายขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ อนึ่ง การที่ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้กำหนดเพดานขั้นสูงเอาไว้ เนื่องจากค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดอาจทำให้เกิดความทวีคูณในจำนวนค่าเสียหายได้โดยเฉพาะหากจำเลยผู้กระทำละเมิดมีการละเมิดหลายงานลิขสิทธิ์ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดขอบเขตของค่าเสียหายเอาไว้ไม่ให้สูงเกินไปกว่าที่กฎหมายได้กำหนดไว้เพื่อมิให้จำเลยต้องแบกรับกับค่าเสียหายที่มากเกินไป

สำหรับจำนวนของการชดเชยความเสียหายที่กฎหมายกำหนดจะขึ้นอยู่กับจำนวนงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด ในขณะที่การกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจำนวนค่าเสียหายจะขึ้นอยู่กับจำนวนของการกระทำละเมิด หรือกล่าวได้อีกความหมายหนึ่งว่า ค่าเสียหายประเภทนี้ขึ้นอยู่กับจำนวนงานของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด มิได้พิจารณาจากทุกๆจำนวนของการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์หนึ่งงานนั้น ดังนั้น ไม่ว่าผู้กระทำละเมิด หรือจำเลยหนึ่งคนจะมีการทำซ้ำจำนวน 1 งาน หรือทำซ้ำเป็นจำนวน 1,000 งาน หรือมีการละเมิดในงานลิขสิทธิ์หลายครั้งแล้วก็ตาม โจทก์ก็จะมีสิทธิได้รับเงินรวมเป็นจำนวนหนึ่งในฐานที่เป็นค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น[67] ซึ่งกรณีนี้ยังรวมถึงการละเมิดงานรวบรวม หรือเรียบเรียงงานหนึ่งด้วยที่ต้องถือว่าเป็นการละเมิดจำนวนหนึ่งงานเท่านั้นที่จะนำมารวมคำนวนเป็นค่าเสียหายประเภทนี้ เพื่อจำกัดขอบเขตไม่ให้เกิดผลให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมีความทวีคูณและสูงเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น **ตัวอย่างเช่น** ถ้ามีการละเมิดลิขสิทธิ์หนังสือเล่มหนึ่งโดยการทำซ้ำและขายหนังสือไป 100,000 เล่มโดยมิได้รับอนุญาต การกำหนดค่าเสียหายกรณีนี้จะครอบคลุมการทำละเมิดทั้งหมดต่องานนั้น ซึ่งไม่ว่าจำเลยจะมีผู้ร่วมทำละเมิดกี่คน และจะนำเอางานลิขสิทธิ์นั้นไปดัดแปลง ไปพิมพ์ซ้ำ หรือขายไปในจำนวนเท่าใดก็ตาม ศาลก็จะไม่นำมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายกรณีนี้ ทำให้ค่าเสียหายสูงสุดที่ต้องรับผิดคือ 30,000 เหรียญสหรัฐฯ แต่ในกรณีถ้ามีเพลงที่เป็นงานลิขสิทธิ์จำนวน 17 เพลง และมีการทำซ้ำอย่างละ 1 เพลงของเพลง 17 เพลงนั้น ค่าเสียหายสูงสุดที่โจทก์อาจได้รับอาจมีสูงถึง

กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 จึงมีการแก้ไขเป็น “per work infringed” และให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดช่วงค่าเสียหายไว้แน่นอนแล้ว

[67]Roger D. Blair and Thomas F. Cotter, **An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law**, 39 Wm. & Mary L. Rev. 1585 [Online], 1998, Available from: http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol39/iss5/4

510,000 เหรียญสหรัฐฯ อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้จำเลยต้องชดใช้จริงอาจเพิ่มขึ้นอันเนื่องมากจากพบว่าจำเลยมีการกระทำละเมิดโดยจงใจ หรืออาจลดลงได้หากจำเลยมีเจตนาสุจริต ไม่ได้ตั้งที่จะกระทำละเมิด หรือการกระทำละเมิดนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเล็กน้อย (ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ) หรือการกระทำละเมิดของจำเลยได้รับการยกเว้นว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวในคราวต่อไป

สำหรับในกรณีที่สิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) แต่ละอย่างตกเป็นของเจ้าของคนละคนกัน โจทก์ก็มีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายเพียงครั้งเดียวจากการทำละเมิดทั้งหมดของจำเลย ตัวอย่างเช่น สิทธิในการทำซ้ำงานศิลปกรรมตกเป็นของนาย ก. ส่วนสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนตกเป็นของนาย ข. แม้ทั้งนาย ก. และ นาย ข. ต่างมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องผู้ทำละเมิดด้วยการทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นจำเลยก็ตาม โจทก์จะรับชดใช้ค่าเสียหายเพียงครั้งเดียวจากการกระทำละเมิดโดยการทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนของจำเลยรวม 2 ครั้งเท่านั้น ส่วนในกรณีที่มีจำเลยหลายคนทำละเมิดร่วมกัน จำเลยเหล่านั้นจะต้องรับผิดร่วมกันหรือแยกกัน และโจทก์จะได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพียงครั้งเดียวจากจำเลยคนใดคนหนึ่งหรือทุกคน อย่างไรก็ตาม หากจำเลยหลายคนไม่ได้ทำละเมิดร่วมกันโดยต่างคนต่างทำละเมิดในงานอันมีลิขสิทธ์งานเดียวกันนั้น เช่น มีบริษัท 2 บริษัทต่างคนต่างทำซ้ำซีดีเพลงชุดเดียวกันของโจทก์โดยไม่ได้ทำละเมิดร่วมกัน โจทก์อาจได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำของบริษัททั้ง 2 บริษัทดังกล่าว พิจารณาได้จากมาตรา 504 (ค) “....ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้ใช้กับการทำละเมิดต่องานหนึ่งงานซึ่งผู้ทำละเมิดหนึ่งคนต้องรับผิดเป็นการเฉพาะตัวหรือซึ่งผู้ละเมิดสองคนหรือมากกว่านั้นต้องรับผิดร่วมกันและแทน...”[68]

จึงอาจสรุปได้ว่าการคำนวณค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่จำต้องคำนึงถึงจำนวนครั้งที่จำเลยทำละเมิดหรือการทำละเมิดจะแยกกันทำพร้อมๆกัน หรือเกิดขึ้นต่อเนื่องกัน โจทก์ยังคงมีสิทธิได้รับการเยียวยาเพียงครั้งเดียวเท่านั้น แต่หากมีการทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์มากกว่าหนึ่งงาน โจทก์จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในงานทุกงานที่มีลิขสิทธิ์

---

[68]17 U.S.C.§ 504 (c) “(1)….an award of statutory damages for all infringements involved in the action, with respect to any one work, for which any one infringer is liable individually, or for which any two or more infringers are liable jointly and severally…..”

อย่างไรก็ตาม การคิดคำนวณว่าจำนวนงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดนั้นจะคิดเป็นจำนวนหนึ่งต้องคิดเช่นไร ซึ่งเมื่อพิจารณาศึกษาในคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักจะมีปัญหาเกี่ยวกับการคิดงานรวบรวมหรืองานเรียบเรียงเสียเป็นส่วนใหญ่ว่างานรวบรวมหรือเรียบเรียงงานใดบ้างที่จะถือว่าเป็นจำนวนงานหนึ่งงานที่ถูกละเมิด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลว่างานชนิดใดบ้างที่ศาลถือว่าเป็นหนึ่งงานลิขสิทธิ์และงานใดบ้างที่สามารถแยกออกมาได้มากกว่าหนึ่งงานลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีผลต่อการคิดคำนวณค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด เช่น ในคดี Twin Peaks Production v. Publications Intern ศาลได้ตัดสินว่า บทละครโทรทัศน์ตอนหนึ่งถือว่าเป็นหนึ่งงานลิขสิทธิ์ที่นำมากำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแม้ว่าบทละครแต่ละตอนจะมีเรื่องราวเกี่ยวพันต่อกันก็ตาม หรือในคดี WB Music Corp. v. RTV Communication Group, Inc ศาลได้ตัดสินว่า แต่ละเพลงที่ถูกบรรจุอยู่ในซีดีนั้นถือว่าเป็นหนึ่งงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด อย่างไรก็ตาม ถ้าหากโจทก์ได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์งานรวบรวบงานของโจทก์ไว้ว่าเป็นเพียงหนึ่งงาน ศาลจะปฏิเสธที่จะกำหนดค่าเสียหายโดยการแยกงานแต่ละงานที่อยู่ในงานรวบรวมนั้นออกมาคำนวณเป็นค่าเสียหาย แต่จะคิดรวมเป็นหนึ่งงานลิขสิทธิ์ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Arista Records v. Flea World ที่ศาลไม่กำหนดแยกเพลงแต่ละเพลงที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์เป็นหนึ่งงานทั้งหมด แต่ศาลจะพิจารณาก่อนว่างานใดที่โจทก์ได้ตั้งใจจดทะเบียนลิขสิทธิ์เป็นหนึ่งงานรวบรวมแล้ว เพลงที่อยู่ในงานรวบรวมนั้นก็จะไม่นำมาคิดแยกเป็นแต่ละเพลงที่เป็นงานลิขสิทธิ์อีก หรือในคดี Walt Disney Co. v. Powell ศาลได้ตัดสินว่าอิริยาบทท่าทางของตัวการ์ตูนมิกกี้และมินนี่ ไม่ถือว่าเป็นแต่ละงานลิขสิทธิ์ที่สามารถแยกกันได้ ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า ตัวการ์ตูนมิกกี้และมินนี่ก็ยังคงเป็นมิกกี้และมินนี่อยู่เหมือนเดิม ไม่ว่าตัวการ์ตูนทั้งสองตัวนี้จะยิ้มหรือหน้าบึ้ง จะวิ่งหรือเดิน หรือจะยกแขนขวาหรือแขนซ้ายอยู่ก็ตาม นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการจ้างให้ช่างถ่ายภาพมาถ่ายรูปงานหนึ่งลงนิตยสาร จำนวนภาพต่างๆที่เกิดขึ้นจากช่างถ่ายรูปคนเดียวกัน ในเวลาเดียวกัน จะถือและนับว่าเป็นหนึ่งงานลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าภาพแต่ละภาพเป็นผลงานของช่างภาพหลายคนๆซึ่งได้ถ่ายรูปกับนางแบบหรือนายแบบในสถานที่ต่างๆกัน แม้ภาพเหล่านั้นได้ถูกบรรจุรวมกันอยู่ในนิตยสารหนึ่งเล่มก็ตาม ภาพแต่ละภาพเหล่านั้นก็สามารถแยกเป็นแต่ละหนึ่งงานลิขสิทธิ์ได้ตามที่ศาลได้เคยตัดสินไว้ในคดี Playboy Enterprises Inc. v. Sanfilippo

อนึ่ง มีข้อสังเกตอยู่ประการหนึ่งว่า แม้ว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในกฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบันจะมีวิวัฒนาการและถูกพัฒนามาจากการกำหนดค่าเสียหายใน

สมัยก่อนก็ตาม แต่สิ่งที่เห็นได้ชัดเจนอย่างหนึ่งที่ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดที่บังคับใช้อยู่นี้มีความแตกต่าง คือ ปัจจุบันมีการยกเลิกการยกตัวอย่างประเภท หรือชนิดของงานลิขสิทธิ์ว่าประเภท หรือชนิดงานใดบ้างต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายไว้ในจำนวนเท่านั้นเท่านี้ตั้งแต่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 เป็นต้นมา โดยกฎหมายได้เปลี่ยนมากำหนดให้เป็นอำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลแทนว่าควรกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ไว้ในจำนวนเท่าใดเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายให้ได้มากที่สุด[69] การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ในสมัยก่อนปีค.ศ. 1976 ได้จำกัดขอบเขตโดยยกตัวอย่าง ชนิดของการละเมิดนี้ถูกเรียกว่า “Statutory Yardstick” ซึ่งมีขึ้นอันเนื่องมาจากงานลิขสิทธิ์มีอยู่หลากหลายประเภทงาน หากมีแนวทางสำหรับงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดบ่อยครั้งก็จะเป็นการช่วยให้การคำนวณค่าเสียหายนั้นง่ายขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดจำนวนค่าเสียหายไว้แน่นอนเช่นนี้เป็นการคิดจากจำนวนงานที่จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์จึงอาจทำให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้อาจสูงเป็นทวีคูณได้ ต่อมารัฐสภาของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดอัตราเพดานขั้นสูงของจำนวนค่าเสียหายทั้งหมดที่โจทก์มีสิทธิจะได้รับ แต่การกำหนดอัตราเพดานขั้นต่ำและขั้นสูงนั้นยังไม่ได้ใช้กับทุกชนิดของงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดจึงยังคงเป็นปัญหาสำหรับบางงานที่อาจทำให้จำเลยต้องแบกรับภาระกับค่าเสียหายที่มากเกินไป ทั้งที่เทคโนโลยีได้เริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นเรื่อยๆและส่งผลให้การทำสำเนางานลิขสิทธิ์สามารถทำได้จำนวนมากมายมหาศาลขึ้น ทำให้ในที่สุดกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 จึงมีการกำหนดใหม่ให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดถูกนำมาใช้กับชนิดของงานลิขสิทธิ์ทุกประเภท[70]

สำหรับการประเมินจำนวนและปัจจัยที่นำมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 504 ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจำนวนค่าเสียหายประเภทนี้ต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ทำละเมิดจงใจทำละเมิดหรือไม่[71] กล่าวคือ แม้โจทก์จะเป็นผู้มีสิทธิในการเลือกรับค่าเสียหายประเภทนี้ แต่ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายในจำนวนที่เหมาะสมให้แก่โจทก์ภายในขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายขั้นต่ำและขั้นสูงที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งในการพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายที่

---

[69]Stephanie Berg, Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability : Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age, p. 293.

[70]Ibid., p. 294.

[71]17 U.S.C.§ 504 (c) “....in a sum of not less than $750 or more than $30,000 as the court considers just.”

กฎหมายกำหนดนั้น ศาลจะพิจารณาองค์ประกอบต่างๆเพื่อใช้ในการกำหนดมูลค่าที่แน่นอนของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมิได้ห้ามศาลที่จะนำเอาพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับค่าเสียหายที่แท้จริง เช่น การขาดรายได้ของโจทก์ และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณาประกอบการตัดสินใจเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด ธรรมชาติของงานลิขสิทธิ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีละเมิด พฤติกรรมของโจทก์ในระหว่างดำเนินคดี การคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงซึ่งโจทก์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น ในคดี RSO Records ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่า “การประเมินมูลค่าเพื่อกำหนดจำนวนที่แน่นอนของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นศาลจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ของค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ต้องสูญเสียไป เพราะว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นโดยมากจะใช้ในกรณีที่ค่าเสียหายที่แท้จริงไม่อาจคำนวณได้”[72] หรือในคดี Jordan v. Time, Inc., 111f.3d 102, 103-4 (11 th Cir. 1997) ศาลได้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในจำนวน 5,500 เหรียญสหรัฐฯ ซึ่งมีจำนวนใกล้เคียงกับค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับจากการละเมิด คือ 5,000 เหรียญสหรัฐฯ เป็นต้น แต่ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายที่แท้จริง หรือผู้กระทำละเมิดได้รับผลกำไรไปจำนวนเท่าใด ศาลมีแนวโน้มจะกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้จำนวนต่ำ แม้ว่าข้อเท็จจริงจะพบว่าจำเลยได้กระทำละเมิดบ่อยครั้งติดต่อกัน หรือเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน[73] ทั้งนี้ การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจะต้องมีความสอดคล้องและเป็นไปเพื่อ “ความยุติธรรม” (Just) ตามที่มาตรา 504 (ค) (1) ได้กำหนดไว้

ปัจจัยที่ศาลนำมาใช้พิจารณากำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นได้มาจากการรวบรวมคำพิพากษาต่างๆที่เกิดขึ้นในแต่คดี[74] ได้แก่[75]

---

[72]เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี, หน้า 127-128.

[73]Stephanie Berg, Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability : Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age, p.82.

[74]ตัวอย่างเช่น คดี N.A.S. Import Corp. v. Chenson Enter., 968 F.2d 250,252 (2d Cir.1992), คดี Chi-boy Music v. Charlie Club,Inc., 930 F.2d 1224,1229-30 (7th Cir.1991), คดี Walt Disney Co. v. Video 47, Inc., 40 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1747, 1753 (S.D. fla. 1996) เป็นต้น

[75]Roger D. Blair, Thomas F. Cotter, Intellectual Property Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies, p. 80.

- การประหยัดค่าใช้จ่าย หรือผลกำไรของจำเลยที่ได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์
- ค่าขาดรายได้ของโจทก์ที่มีเป็นผลมาจากการการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย
- การกระทำของจิตใจ หรือสภาวะของจิตใจ (State of Mind) ของจำเลย ไม่ว่าจะเป็นความจงใจ (Willful), การรู้ (Knowing) หรือเป็นเพียงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ (Innocent) ของตัวจำเลย
- ราคาตลาดยุติธรรม (Fair Market Value) ของงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด
- ประโยชน์ของการที่โจทก์จะได้รับการชดใช้เยียวยาอย่างพอเพียง
- การป้องกันไม่ให้จำเลยได้รับประโยชน์ที่จำเลยไม่ควรจะได้ (Unjust Enrichment)
- การยับยั้งป้องปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นในอนาคต
- ประโยชน์ของการลงโทษจำเลยผู้กระทำละเมิด

อย่างไรก็ตาม ปัจจัยการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดที่มีขึ้นมากมายเหล่านี้ส่งผลต่อการตัดสินของศาลว่าควรจะให้น้ำหนักในปัจจัยใดมากน้อยกว่ากันเท่าไรเพียงใด ซึ่งในปัจจุบันก็ยังไม่มีหลักเกณฑ์ หรือกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแต่อย่างใด แต่ในอนาคตก็อาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อคาดการณ์จำนวนค่าเสียหายก็ได้ หากว่าโจทก์มีการดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลโดยเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมากขึ้น[76] เนื่องจากก่อนที่โจทก์จะเลือกให้คณะลูกขุนเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้ ศาล หรือผู้พิพากษาจะต้องมีการกำหนดแนวทางในการคำนวณค่าเสียหายให้กับคณะลูกขุนรับทราบเสียก่อน[77] ซึ่งแนวทางต่างๆที่ศาลชี้แนะแก่คณะลูกขุนก็อาจกลายมาเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนได้มากไปกว่าปัจจุบันที่ศาลเพียงแต่จะกำหนดแนวทางให้คณะลูกขุนคำนวณค่าสินไหมทดแทนอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Compensation) เท่านั้น[78]

---

[76]Ibid.

[77]วีรภัทร ชัยรัตน์, การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในมุมมองทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์, หน้า 76-96.

[78]เรื่องเดียวกัน.

ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นจะต้องยึดหลักการเยียวยาชดใช้ความเสียหาย (Compensation) ให้แก่โจทก์เป็นสำคัญ รวมทั้งต้องเป็นไปเพื่อการป้องปราม หรือยับยั้งไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นอีกในอนาคต ดังนั้น ศาลจึงอาจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดสูงกว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นส่วนใหญ่ซึ่งคล้ายกับแนวคิดการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

จ) เจตนาของผู้ละเมิดงานลิขสิทธิ์

การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้ได้คำนึงถึงความผิดของผู้กระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ด้วย กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยมีเจตนาที่จะทำละเมิดหรือไม่เพื่อนำไปเป็นองค์ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด เพราะหากได้ความว่าจำเลยได้กระทำละเมิดโดย “จงใจ” (Willful Infringement) ศาลก็มีอำนาจที่จะกำหนดค่าเสียหายให้เพิ่มสูงขึ้นได้ โดยกำหนดค่าเสียหายในช่วงระหว่าง 750 เหรียญสหรัฐฯ ไปจนถึง 150,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อการละเมิดงานลิขสิทธิ์หนึ่งชิ้น[79] ทั้งนี้ ภาระการพิสูจน์ความจงใจนั้นตกเป็นภาระหน้าที่ของ*เจ้าของลิขสิทธิ์*ที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้จงใจกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตน การที่โจทก์มีภาระหน้าที่พิสูจน์ความจงใจของจำเลยนั้นไม่เพียงแต่โจทก์ต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าจำเลยทราบหรือรู้อยู่ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดงานลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำของโจทก์แล้ว (Conscious Copying) โจทก์ยังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยเพิกเฉย หรือไม่สนใจว่าโจทก์จะมีสิทธิของความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่หรือไม่[80]

ตัวอย่างกรณีที่ถือได้ว่าจำเลยได้จงใจกระทำละเมิด เช่น ในคดี SESAC, Inc. v. WPNT, Inc., 327 F. Supp. 2d 531 (W.D. Pa. 2003) ซึ่งได้มีการแจ้งคำบอกกล่าว หรือคำเตือน (Notices) ต่อจำเลยให้หยุดการทำละเมิดนั้นแล้ว แต่จำเลยมองข้ามไม่สนใจในการแจ้งคำบอกกล่าว หรือคำเตือนดังกล่าวนั้น หรือกรณีที่จำเลยเคยมีสัญญาอนุญาตให้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์กับเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่เมื่อได้ความว่าสัญญานั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว จำเลยกลับเพิกเฉยและ

---

[79]17 U.S.C.§ 504 (c) “(2) In a case where the copyright owner sustains the burden of proving, and the court finds, that infringement was committed willfully, the court in its discretion may increase the award of statutory damages to a sum of not more than $150,000.”

[80]Sheldon W. Halpern, et al., Fundamentals of United States intellectual property law: copyright, patent, and trademark, 2ed, p. 177.

ยังคงใช้สิทธินั้นต่อไป กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ทำให้จำเลยไม่อาจอ้างว่าตนมี หรือใช้สิทธิโดยสุจริตได้ และต้องถือว่าจำเลยได้จงใจที่จะกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น (คดีBroadcast Music, Inc. v. Star Amusement, Inc., 44 F.3d 485, 487-9 (7th Cir. 1994))

นอกจากบทบัญญัติความจงใจที่กำหนดไว้ในมาตรา 504 (ค) แล้วนั้น มาตรา 504 (ค) (3)[81] ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2004 ยังได้มีการกำหนดข้อสันนิษฐานความจงใจของผู้ทำละเมิดที่ใช้อินเตอร์เน็ตเป็นทางผ่านของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นการบรรเทาภาระการนำสืบพิสูจน์ของผู้เสียหาย

อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่เกิดขึ้นของการพิจารณาคำว่าจงใจนั้นมีสองประการ คือ *ประการแรก* การอ้างว่าไม่รู้ถึงข้อกฎหมายไม่เป็นเหตุบรรเทาโทษจึงไม่ต้องไม่พิจารณาว่าผู้ที่กระทำการละเมิดนั้นจะทำโดยสุจริตหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นผู้กระทำละเมิดนั้นจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างน้อยตามจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ และ*ประการที่สอง* จากการพิจารณาเรื่องของความจงใจมากำหนดเป็นค่าเสียหายตามจำนวนมากน้อยนี้อาจพิจารณาได้ว่าส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ ซึ่งตามตำรากฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้อธิบายไว้ว่า[82] “ไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ กรณีตามมาตรา 504 (ค) ที่ให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเพิ่มขึ้นเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของค่าเสียหายประเภทนี้เท่านั้น” เห็นได้จากในคดี Viacom Int’l Inc., et al. v. Youtube, Inc., et al., USDC S.D.(New York, March 7,2008) โจทก์เรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดและโจทก์ยังร้องขอค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเนื่องมาจากพฤติกรรมของจำเลย ศาลจึงไม่อนุญาตให้โจทก์เรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 เห็นได้ชัดเจนว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมีความมุ่ง

---

[81] 17 U.S.C.§ 504 (c) “(3)(a) In a case of infringement, it shall be a rebuttable presumption that the infringement was committed willfully for purposes of determining relief if the violator, or a person acting in concert with the violator, knowingly provided or knowingly caused to be provided materially false contact information to a domain name registrar, domain name registry, or other domain name registration authority in registering, maintaining, or renewing a domain name used in connection with the infringement….”

[82] Craig Allen Nard, et al., The Law of Intellectual Property, p.620.

หมายเพื่อเป็นการเยียวยาชดใช้มิใช่เพื่อการป้องปรามไม่เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์[83] แต่ในทางปฏิบัติศาลก็มักจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่โจทก์เสมอมา เช่น คดี BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559(1996) ซึ่งศาลได้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้โจทก์ถึง 3.5 ล้านเหรียญสหรัฐฯ หรือในคดี Broadcast Music, Inc. v. Star Amusement, Inc., 44 F.3d 485, 487-9 (7th Cir. 1994) ศาลได้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้มากกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นสองหรือสามเท่าโดยศาลได้ตัดสินกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเป็นจำนวนเงิน 140,000 เหรียญสหรัฐฯ ทั้งที่ข้อเท็จจริงจำเลยเพียงแต่หลีกเลี่ยงไม่ยอมจ่ายค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งคิดประมาณเป็นเงินจำนวนเพียง 75,000 เหรียญสหรัฐฯเท่านั้น[84] และในอีกหลายคดี เช่น คดี State Farm Mutaul Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003) แต่ในคดี Bridgeport Music, Inc., et al. v. Justin combs Publishing et al., USCA Sixth circuit, (October 1, 2007) ศาลได้วางหลักเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ว่า “การกำหนดให้เรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์หลายๆคดีที่ผ่านมาเป็นการกำหนดค่าเสียหายอันเป็นการชดเชยค่าเสียหาย (Compensatory Damages) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการลงโทษมากเกินควรสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์”

อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากได้ความว่าจำเลยได้กระทำละเมิดงานลิขสิทธิ์โดยไม่รู้ หรือโดยสุจริต (Innocent Infringement) ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดลดลงได้ แต่ต้องเป็นจำนวนขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ[85] โดยภาระหน้าที่ของการพิสูจน์ตกเป็นภาระของ*ผู้กระทำละเมิดหรือจำเลย* ซึ่งการที่กฎหมายให้อำนาจศาลพิจารณาลดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดลงได้นั้นเป็นแนวคิดเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับความผิดที่ไม่ได้เกิดจากความตั้งใจ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์นั้นไม่มากนัก ประกอบกับเพื่อเป็นการบรรเทาภาระค่าเสียหายของผู้ทำละเมิดงานลิขสิทธิ์โดยเฉพาะกรณีที่จำเลยมีอาชีพที่ต้องมีกิจกรรมเกี่ยวพันกับงานลิขสิทธิ์จำนวนมาก เช่น สื่อวิทยุ โทรทัศน์[86] ทั้งนี้จำเลยต้องมีหน้าที่เป็นฝ่ายพิสูจน์ให้ได้ว่าตนมิได้รู้โดยสุจริตและไม่มีเหตุผลอันควรที่เชื่อได้ว่าการ

---

[83]Roger D. Blair, et al., Intellectual Property Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies, pp. 78-79.

[84]Ibid., pp. 81-82.

[85]17 U.S.C.§ 504 (c) (2)

[86]Ben kociubinski, Assessing the Moral Legitimacy of Statutory Damages in Copyright, pp. 7-15.

กระทำของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ มิฉะนั้น ศาลก็จะไม่ปรับลดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดลงให้จำเลย ซึ่งการที่กฎหมายต้องกำหนดว่าจำเลยต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงเพียงนี้อันเนื่องมาจากฐานแนวคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีขึ้นเพื่อเพื่อมุ่งคุ้มครองและสนับสนุนสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น บุคคลที่อ้างว่าตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ กฎหมายจึงได้กำหนดให้ประโยชน์โดยการสันนิษฐานไว้ก่อนว่างานนั้นเป็นงานมีลิขสิทธิ์และโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หากมีผู้ใดมากล่าวอ้างคัดค้านก็จำต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ให้ได้[87]

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่สำคัญ คือ บางครั้งศาลได้ตีความความหมายของคำว่าจงใจไว้กว้างขวางเกินไปทำให้ผู้ที่กระทำละเมิดโดยปกติได้รับการปฏิบัติเทียบเท่ากับผู้ที่จงใจทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ ทั้งที่ค่าเสียหายประเภทนี้ถูกออกแบบขึ้นมาเพื่อใช้กับกรณีที่เป็นพิเศษเท่านั้น[88] จึงทำให้มีข้อโต้แย้งในเรื่องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) อยู่เสมอได้ในบางกรณีว่าศาลอาจกำหนดค่าเสียหายไว้สูงเกินไปหรือไม่ เช่น ในคดี UMG Recording, Ync. V. Mp3.Com, Inc., 2000 ที่ศาลได้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้สูงถึงกว่า 53 ล้านเหรียญสหรัฐฯ หรือในคดี Felter v. Columbia Pictures Television, Inc., 1997 ศาลได้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ถึง 9 ล้านเหรียญสหรัฐฯ หรือในคดี Peer Int'l Corp. v. Pausa Records, Inc., 1990 ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นอยู่ที่ประมาณ 4 ล้านเหรียญสหรัฐฯ ทั้งที่มีการละเมิดงานลิขสิทธิ์เพียง 80 งานเท่านั้น เมื่อได้พิจารณาการที่ศาลได้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้อาจทำให้เกิดความไม่สอดคล้องในจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเพราะอาจจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้ปัจจุบันต้องยอมรับว่าเราต้องมีการพบเจอกับงานที่มีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่อย่างมากมายทำให้บางครั้งอาจเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้เกิดจากความตั้งใจหรือไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ การกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้จึงอาจเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดเหล่านี้จนเกินไปทั้งที่ผู้กระทำละเมิดไม่ได้มีความตั้งใจที่จะทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์เหล่านั้น

---

[87]Stephanie Berg, Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age, p. 293.

[88]Pamela Samuelson and Tara Wheatland, Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform, p.1.

ฉ) ข้อยกเว้นของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือโจทก์จะมีสิทธิเลือกใช้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดให้สิทธิไว้ก็ตาม แต่การละเมิดงานลิขสิทธิ์บางชนิดหรือบางประเภท กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจไม่กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้โจทก์ก็ได้ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำละเมิดงานลิขสิทธิ์นั้นเกิดจากการกระทำของลูกจ้างในสถาบันการศึกษาที่ไม่ได้แสวงหาผลกำไร ห้องสมุด หรือสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือโทรทัศน์สาธารณะ แม้ว่าการกระทำละเมิดเหล่านั้นจะได้สร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ต้องเป็นการกระทำที่เชื่อโดยมีเหตุอันสมควรและเป็นการเข้าข่ายว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair Use) ด้วย ศาลจึงจะสั่งยกเลิกค่าเสียหายดังกล่าวได้[89]

3.1.2.3 ค่าเสียหายเพิ่มเติมในกรณีเฉพาะ (Additional Damages)

หากตามข้อเท็จจริงศาลได้เห็นว่าจำเลยได้อ้างว่าตนเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะสามารถนำงานนั้นมาใช้ได้ โดยที่ไม่มีเหตุผลสมควรจะเชื่อว่าได้รับการยกเว้นตามมาตรา 110 (5) โจทก์ยังมีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นสองเท่าของค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License Fee) ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องชำระแก่โจทก์เป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี[90]

---

[89] 17 U.S.C.§ 504 (c) "(2) ...The court shall remit statutory damages in any case where an infringer believed and had reasonable grounds for believing that his or her use of the copyrighted work was a fair use under section 107, if the infringer was: (i) an employee or agent of a nonprofit educational institution, library, or archives acting within the scope of his or her employment who, or such institution, library, or archives itself, which infringed by reproducing the work in copies or phonorecords; or (ii) a public broadcasting entity which or a person who, as a regular part of the nonprofit activities of a public broadcasting entity (as defined in subsection (g) of section 118) infringed by performing a published nondramatic literary work or by reproducing a transmission program embodying a performance of such a work…."

[90] 17 U.S.C.§ 504 (d) " Additional Damages in Certain Cases.—In any case in which the court finds that a defendant proprietor of an establishment who claims as a defense that its activities were exempt under section 110(5) did not have reasonable grounds to believe that its use of a copyrighted work was exempt under such section, the plaintiff shall be entitled to, in addition to any award of damages under this section, an additional award of two times the amount of the license fee that the proprietor of the establishment concerned should have paid the plaintiff for such use during the preceding period of up to 3 years."

พิจารณาได้ว่าจำเลยจะต้องชำระค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นจำนวนสองเท่าของค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิหากศาลไม่เชื่อว่าจำเลยเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานดังกล่าว โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าระหว่างโจทก์และจำเลยไม่มีความสัมพันธ์ใดๆอันเท่ากับเป็นการอนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์ ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาว่าสมควรจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้หรือไม่ และอำนาจในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายจึงเป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติโจทก์มักเลือกที่จะเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหายประเภทอื่นมากกว่าการเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมที่เป็นกรณีเฉพาะเช่นนี้ นอกจากนี้เนื่องด้วยค่าเสียหายประเภทดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่ได้บัญญัติขึ้นไว้เมื่อไม่นานมานี้ทำให้ค่าเสียหายประเภทนี้ยังมีลักษณะความไม่แน่นอนว่าค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่ใช้ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ หรือเพื่อชดใช้ให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิม

บทที่ 4

ปัญหาของการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

เมื่อมีลักษณะของการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) จากบทก่อนหน้านี้นั้นผลทางกฎหมายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นในประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือตามข้อตกลง TRIPS ก็จะมีการให้ความคุ้มครองโดยกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์ หรือผู้เสียหายสามารถเรียกร้องต่อศาลให้ผู้ละเมิดงานลิขสิทธิ์ของตนชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ในหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับการเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายโดยเฉพาะที่เป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินนั้นจะเป็นอย่างไรได้บ้างอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเภทอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากความหลากหลายของการกระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาบางประการต่อผู้เกี่ยวข้องทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นตัวโจทก์ จำเลย และศาลเอง โดยบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวไปถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นของการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศไทยโดยจะมีการเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและความตกลง TRIPS ซึ่งจะแบ่งเป็นประเด็นปัญหาหลักที่สำคัญ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.1 ปัญหาความยากในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อโจทก์ได้อ้างว่าตนถูกละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์และเกิดความเสียหายขึ้นต่อศาล ภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวกับค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์จึงตกอยู่ที่ฝ่ายโจทก์ ตามหลักกฎหมายลักษณะพยานที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ” (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1) ซึ่งเกือบทุกประเทศก็ใช้หลักดังกล่าวนี้มาเป็นวิธีพิจารณาคดีความภายในศาลเรียกกันโดยทั่วไปว่า “ระบบกล่าวหา” (Accusatiorial System) อย่างไรก็ดี การวางกฎเกณฑ์การกำหนดหน้าที่นำสืบเรื่องค่าเสียหายควรจะตกอยู่ที่โจทก์นั้นจะเป็นการก่อภาระผูกพันที่ทำให้โจทก์ต้องรับภาระอย่างหนักแต่เพียงฝ่ายเดียวและเป็นธรรมต่อโจทก์แล้วหรือไม่ เพราะโจทก์ต้องนำพยานหลักฐานต่างๆเท่าที่มีเข้าพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ตนได้รับและการนำสืบพิสูจน์นั้นโจทก์ต้องแสดงให้ศาลเชื่ออย่างชัดเจนว่าโจทก์เสียหายอย่างไร เป็นจำนวนเท่าใด การคิดคำนวณเงินค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องมานั้นอยู่บนฐาน

อะไร ศาลจึงยอมรับสิ่งที่โจทก์นำมาสืบพิสูจน์แล้วกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอแยกวิเคราะห์ปัญหาความยากในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นสองหัวข้อใหญ่ คือ ปัญหาระบบวิธีพิจารณาคดีของศาลในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และปัญหาการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

4.1.1 ปัญหาระบบวิธีพิจารณาคดีของศาลในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยได้นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งหากศาลได้รับฟังพยานหลักฐานที่โจทก์ได้นำสืบพิสูจน์ต่อศาลแล้วนั้นสำหรับในคดีแพ่งฝ่ายโจทก์ไม่ต้องถึงขนาดพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยปราศจากข้อสงสัย (proof beyond reasonable doubt) เหมือนดังมาตรฐานการพิสูจน์ในทางอาญา กล่าวคือ โจทก์เพียงแค่นำพยานหลักฐานมาสืบให้มีเหตุผลและน้ำหนักน่าเชื่อถือมากกว่าพยานหลักฐานของฝ่ายจำเลย (proof on the balance of probability) ว่าตนได้รับความเสียหายขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของจำเลยเป็นจำนวนค่าเสียหายหนึ่ง ก็ต้องถือว่าโจทก์ได้ปฏิบัติตามภาระการพิสูจน์ของตนครบถ้วนแล้ว จากนั้นก็จะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อหาความน่าจะเป็น หรือความโน้มเอียงเองว่าควรจะตัดสินไปในทิศทางใด อย่างไรก็ตาม ในการนำสืบพิสูจน์เรื่องค่าเสียหายทางแพ่งอันเนื่องมาจากการละเมิดนั้นแม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายหลายๆมาตราที่ได้ออกมาบังคับใช้เพื่อเป็นเครื่องมือช่วยให้โจทก์สามารถพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องได้ง่ายและบรรเทาภาระของโจทก์มากขึ้นกว่าแต่ก่อน แต่ประเด็นปัญหาข้อพิพาทเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งในระบบกระบวนการวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลนั้นก็ยังคงมีปรากฏและพบเห็นได้อยู่เสมอ ซึ่งสามารถแยกอธิบายปัญหาได้ดังนี้

4.1.1.1 ข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ตามมาตรา 84/1

ในกรณีที่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1[1] ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23)

[1] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความ ฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อ

พ.ศ.2550 กล่าวคือ มีการบัญญัติบทสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว การกำหนดเพิ่มเติมเช่นนี้อาจทำให้ผู้กล่าวอ้าง หรือโจทก์ได้รับประโยชน์ เพราะบทสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงนี้เป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้ให้ความสำคัญว่า ผู้ใดจะกล่าวอ้างขึ้นก่อน แต่ภาระหน้าที่การพิสูจน์จะเปลี่ยนมายังบุคคลผู้รู้เห็นข้อเท็จจริงได้มากกว่า บุคคลผู้นั้นควรจะเป็นผู้มีภาระหน้าที่นำสืบพิสูจน์ เว้นแต่จำเลยจะหักล้างเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ต้องพึงคำนึงสำหรับบทสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงนี้ คือ กรณีใดที่คู่ความจะได้รับประโยชน์จาก “ข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์” ซึ่งจะส่งผลต่อการพิจารณาว่าภาระการพิสูจน์จะถูกผลักไปยังคู่ความฝ่ายตรงข้ามที่จะต้องนำสืบพิสูจน์หักล้างหรือไม่ เพราะถ้อยคำตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน มีความหมายกว้าง และเป็นนามธรรมไม่เหมือนกับ “ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย” ที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่ากรณีใดที่คู่ความจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานได้บ้าง ประกอบกับการล่วงสิทธิหรือการละเมิดในงานลิขสิทธิ์นั้นมีลักษณะธรรมชาติที่แตกต่างจากการละเมิดทั่วไป งานลิขสิทธิ์นั้นมีลักษณะไม่มีรูปร่าง จับต้องไม่ได้ อีกทั้งเมื่อโลกได้เข้าสู่ยุคดิจิตอลและด้วยสภาพบริบททางสังคมได้เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วจากแต่ก่อนทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถทำได้ง่าย รวดเร็ว และหลากหลายรูปแบบ มีความซับซ้อน พยานหลักฐานต่างๆที่เกิดจากการลอกเลียนแบบ การทำซ้ำ การดัดแปลง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนก็ล้วนแล้วแต่ถูกผู้กระทำความผิดนำไปปกปิด ซ่อนเร้น เคลื่อนย้าย หรือทำลายสิ่งที่เป็นงานละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยง่ายและแยบยล จนทำให้สภาพที่เกิดขึ้นเป็นปกติที่ควรจะเป็นอาจจะไม่ปรากฏออกมาเด่นชัดในทุกกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย และมีผลทำให้โจทก์ไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นสภาพปกติที่ควรจะเป็นและผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลยต้องรับภาระแทนได้

ตัวอย่างเช่น โจทก์จะแสดงพยานหลักฐานเช่นไรหากโจทก์ได้รับความเสียหายจากการที่โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายมาตรวจสอบติดตามการกระทำละเมิดในรูปแบบต่างๆอยู่เสมอ ทั้งที่ตามปกติโจทก์ไม่ควรจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เลย เช่นนี้ศาลจะถือว่าสิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เป็นสิ่งที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของ

สันนิษฐานที่ควรจะเป็น ซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์ จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

เหตุการณ์หรือไม่ เพราะหากพิจารณาในทางเศรษฐศาสตร์ต้องถือว่าค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบติดตามการกระทำละเมิดเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียไป นอกจากต้นทุนจากการคิดสร้างสรรค์ผลงานออกมาและต้นทุนการผลิตงานลิขสิทธิ์ ซึ่งในท้ายสุดหากศาลมีความเห็นว่าสิ่งที่โจทก์ต้องเสียไปเหล่านี้ไม่ใช่สิ่งที่เป็นปกติธรรมดาตามเหตุการณ์ที่ควรจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ต้องกลับไปสู่หลักที่ว่าผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์เหมือนเดิม โดยพิสูจน์ว่าตนได้เกิดความเสียหายขึ้นอย่างไรบ้างซึ่งการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อมาพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นย่อมไม่ใช่เรื่องง่ายและยากแก่การคำนวณเป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินที่แน่นอนได้ตามที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว

4.1.1.2 อำนาจของศาลในการนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติม

การกำหนดให้ศาลมีอำนาจนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมเองได้ตามมาตรา 86 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็น ที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม ให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วยโดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ” กล่าวคือ แม้ศาลจะไม่มีหน้าที่ไปแสวงหาพยานหลักฐาน แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้ให้อำนาจศาลที่จะแสวงหา หรือตรวจสอบ ข้อเท็จจริง พยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องเข้ามาในคดีได้ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานของศาลเองได้ตามที่ศาลได้เคยวินิจฉัยตัดสินไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1888/2547 ที่ว่า “เรื่องค่าเสียหายโจทก์บรรยายกล่าวไว้ในคำฟ้องและมีคำขอท้ายฟ้อง จำเลยทั้งสามให้การต่อสู้เป็นประเด็นไว้ และตาม ป.พ.พ. มาตรา 438 วรรคหนึ่ง ให้อำนาจศาลเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนว่าจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวแม้จำเลยทั้งสามไม่ให้การต่อสู้ในเรื่องค่าเสียหาย ศาลก็อาจกำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทและวินิจฉัยเรื่องค่าเสียหายได้ การชี้สองสถานกำหนดประเด็นข้อพิพาทนั้น ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 182, 183 ไม่ได้กำหนดว่าในคดีแต่ละเรื่องนั้นให้มีการชี้สองสถานกำหนดประเด็นข้อพิพาทได้เพียงครั้งเดียวจะกำหนดประเด็นข้อพิพาทเพิ่มเติมขึ้นมาในระหว่างการพิจารณาไม่ได้ และตาม ป.วิ.พ. มาตรา 86 วรรคสาม ให้อำนาจศาล เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม ให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ ฉะนั้น การที่ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อพิพาทเรื่องค่าเสียหายของโจทก์ขึ้นในระหว่างการพิจารณา เนื่องจากเห็นว่าในการชี้สองสถานครั้งแรก

กำหนดประเด็นไว้ไม่ครบถ้วน และกำหนดให้โจทก์จำเลยนำสืบพยานเพิ่มเติมในประเด็นที่กำหนดเพิ่ม ไม่ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในการสืบพยานแต่อย่างใดจึงชอบแล้ว”

อย่างไรก็ตาม การที่มาตรา 86 วรรค 3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะกำหนดให้ศาลสามารถใช้อำนาจนำพยานหลักฐานอื่นๆนอกจากที่โจทก์นำมาฟ้องร้องมาเพิ่มเติมได้เพื่อความยุติธรรมและความจำเป็นดังที่ได้ยกมาข้างต้นก็ตาม ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติของศาลไทยยังใช้บทบัญญัติมาตรานี้น้อยมาก หรือแทบจะไม่ค่อยได้ใช้เลย จึงทำให้หลักในเรื่อง “ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดต้องมีหน้าที่นำสืบ” ก็ยังถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญมากที่สุดอยู่นั่นเอง ด้วยเหตุผลว่าเมื่อตนเองจะเป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากการกล่าวอ้างใดๆก็สมควรที่จะเป็นผู้พิสูจน์ เพราะฉะนั้นประเด็นต่างๆที่โจทก์กล่าวอ้างมาในคำฟ้องจึงยังคงเป็นหน้าที่ของโจทก์ในการนำสืบ การนำสืบพิสูจน์ของโจทก์จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งและมีผลต่อการกำหนดค่าเสียหายของศาลเป็นอย่างมาก

4.1.2 ปัญหาการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายแต่ละประเภท

เมื่อการกำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์กฎหมายได้กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาและคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงของความเสียหายก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็ต้องอาศัยพยานหลักฐานของโจทก์มานำสืบพิสูจน์ประกอบด้วยอยู่ดี เพราะหากโจทก์ไม่ได้นำสืบพิสูจน์และบรรยายว่าการที่จำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์และเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้นแค่ไหนเพียงใดตามที่ได้กล่าวอ้างเรียกร้องมา ศาลก็จะไม่สามารถเห็นถึงความเสียหายที่โจทก์ได้รับได้ว่าโจทก์สูญเสียประโยชน์ใดบ้าง และแม้ว่าจำเลยจะมิได้นำสืบหักล้าง หรือโต้แย้งตามจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องมาก็ตาม โจทก์ก็ยังคงมีหน้าที่ต้องนำสืบโดยตลอดให้ศาลเห็น หรือถ้าหากโจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ว่าเสียหายอย่างไรอันเนื่องด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายแก่โจทก์ตามสมควรเอง ซึ่งอาจมีผลทำให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายต่ำกว่าที่โจทก์ได้เรียกร้องมาก็ได้ ดังคำพิพากษาที่ศาลได้เคยตัดสินในคดีที่ผ่านๆมาว่าถ้าหากโจทก์เพียงแต่อาศัยคำเบิกความลอยๆโดยไม่มีพยานหลักฐานมาสนับสนุนตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ศาลก็จะไม่กำหนดค่าเสียหายให้ ทั้งนี้ศาลยังได้แนะนำว่าพยานหลักฐานที่โจทก์จะนำมาสืบพิสูจน์นั้นควรจะมาจากแหล่งที่มาที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7457/2550) ดังนั้น ไม่ว่ากรณีใดๆก็แล้วแต่ โจกท์จึงควรที่จะนำสืบถึงความร้ายแรงของความ

เสียหาย การสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ให้ศาลได้เห็นให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

โดยผู้วิจัยจะขอแบ่งแยกปัญหาความยากในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของโจทก์ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.1.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

เมื่อโจทก์ได้อ้างว่าการละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์มักจะเลือกเรียกร้องค่าสูญเสียรายได้จากการใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์ของตนมาเป็นลำดับแรกอยู่เสมอ เช่น การเรียกค่าสูญเสียโอกาสในการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ เนื่องจากถือว่าเป็นค่าเสียหายในลักษณะที่ทำให้โจทก์สูญเสียโอกาสหรือขาดประโยชน์หรือทรัพย์สินที่โจทก์ควรจะได้ หรือการเรียกร้องว่าโจทก์ได้สูญเสียโอกาสในการนำเอาลิขสิทธิ์ของตนไปรับผลประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้จากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในงาน ซึ่งค่าเสียหายจากการสูญเสียการขาดรายได้นี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่แท้จริงตาม**ข้อตกลง** TRIPS ข้อ 45 (1) โดยได้วางหลักไว้อย่างกว้างๆเป็นมาตรฐานขั้นต่ำว่า ให้เป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลหรือผู้อำนาจทางการศาลในประเทศภาคีสมาชิกทั้งหลายนั้นๆในการกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้เสียหายโดยมีขอบเขตว่าจะต้องเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้กระทำละเมิดจะต้องได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้เสียก่อน

สำหรับใน**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา**นั้นค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นศาลจะพิจารณาบนฐานการกำหนดค่าเสียหายหลายแบบด้วยกันซึ่งหนึ่งในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายอาจจะพิจารณาจากการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรของโจทก์ โดยค่าเสียหายบนฐานดังกล่าวนี้จะพิจารณาในเบื้องต้นถึงฐานะของโจทก์และจำเลยว่ามีฐานะที่เท่าเทียมกันหรือไม่ และพิจารณาต่อมาว่าการละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการค้าแข่งหรือไม่ ถ้าหากได้ความว่าจำเลยได้กระทำการอันเป็นการค้าแข่งกับโจทก์ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงให้เท่ากับจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับ และโจทก์จะเรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้ ค่าขาดกำไร หรือค่าขาดโอกาสที่จะนำเอาลิขสิทธิ์ของตนไปให้ผู้อื่นใช้โดยมีค่าตอบแทนอีกไม่ได้ เพราะจะทำให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายที่ซ้ำซ้อน การคำนวณค่าเสียหายเช่นนี้เหมาะกับกรณีที่เจ้าของเป็นผู้ประกอบการในการดำเนินธุรกิจ เพราะย่อมจะมีเรื่องของรายได้และ

ผลกำไรเข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้เสียหายจึงสามารถพิสูจน์ถึงค่าขาดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้ง่าย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่พบว่าทั้งโจทก์และจำเลยไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นองค์ประกอบเรื่องราคาและคุณภาพของสินค้าหรือปัจจัยอื่นๆที่พิจารณาแล้วว่าโจทก์และจำเลยไม่ได้ทำกิจการเพื่อแข่งขันทางการค้า การคิดค่าเสียหายจึงต้องคิดจากราคาตลาดที่เหมาะสมแทน ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการละเมิดลิขสิทธิ์เสียก่อนด้วย

ส่วน**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย**และจากการพิจารณาคำพิพากษาที่ผ่านมานั้นโจทก์ก็มักจะเรียกค่าเสียหายบนฐานของการขาดรายได้ หรือกำไรเช่นกัน ซึ่งกรณีค่าเสียหายจากการขาดรายได้ หรือการขาดกำไร ศาลไทยจะพิจารณาว่า หากไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น กำไรที่โจทก์ควรจะได้เป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งการคำนวนค่าเสียหายศาลจะนำเอากำไรจากงานลิขสิทธิ์นั้นหักด้วยต้นทุนต่างๆของโจทก์ ส่วนที่เหลือคือกำไรที่โจทก์ควรได้รับ โดยส่วนต่างนี้จะนำมาคูณกับจำนวนชิ้นงานที่จำเลยได้กระทำละเมิด ผลลัพธ์ที่ได้คือจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยชดใช้ได้ หรือกรณีที่มีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอื่นมาประกอบนอกจากจำนวนเงินที่เป็นความเสียหายที่เกิดจากการขาดประโยชน์บนฐานของรายได้หรือกำไรแล้วศาลก็อาจนำมาพิจารณาด้วยทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีๆไป เช่น คดี ทป. 22/2543 ศาลได้คำนึงถึงจำนวนผู้เช่าซึ่งควรจะเป็นลูกค้าของโจทก์มาประกอบกับค่าบริการที่โจทก์ควรได้รับในระยะเวลาที่มีการฉายภาพยนตร์อยู่ด้วย อนึ่ง การกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงไม่จำเป็นต้องคำนวณโดยใช้จำนวนตัวเลขที่ถูกต้อง กล่าวคือ โจทก์สามารถประเมินเป็นจำนวนที่คาดการณ์ไว้อย่างคร่าวๆประกอบกับพยานหลักฐานที่โจทก์นำมาแสดงต่อศาลว่า ค่าเสียหายที่โจทก์ควรจะได้นั้นเป็นจำนวนตามที่กล่าวอ้างจริง

วิเคราะห์ปัญหากรณีค่าเสียหายจากการขาดรายได้

1. ปัญหาการพิสูจน์ค่าเสียหายจากการขาดรายได้เนื่องจากต้นทุนในการผลิตสินค้าของโจทก์และจำเลยแตกต่างกัน

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ศาลวินิจฉัยไว้ว่า “ในประเด็นเรื่องค่าเสียหายจากการที่โจทก์ขาดรายได้จำนวน 51,570 บาท จากการที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยการทำซ้ำ โฆษณา และนำออกจำหน่ายเพื่อการค้าซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากทางนำสืบของโจทก์ซึ่งมีนายประเวชมาเบิกความลอย ๆ ว่า โจทก์สืบทราบว่า

จำเลยจำหน่ายเทปเพลงโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ตามงานเทศกาลต่าง ๆ ในภาคใต้อันเป็นภูมิลำเนาของจำเลย โดยจำหน่ายเรื่อยมาจนถูกจับและพบเทปเพลงละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์จำนวน 573 ม้วน จำเลยจำหน่ายราคาม้วนละ 90 บาท แต่โจทก์มิได้นำสืบให้เห็นว่าโจทก์สูญเสียประโยชน์จากการขาดรายได้ในส่วนที่เป็นผลกำไรจากการจำหน่ายเทปเพลงอย่างไรและเป็นจำนวนเท่าใดทั้งไม่ปรากฏว่าเทปเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ยึดมานั้น จำเลยได้จำหน่ายให้แก่ผู้ใด และไม่แน่ว่าจำเลยจะจำหน่ายได้หรือไม่ ดังนั้น การที่ศาลชั้นต้นกำหนดค่าเสียหายอันเป็นค่าขาดรายได้และค่าใช้จ่ายในการดูแลสิทธิประโยชน์ของโจทก์จำนวน 35,000 บาท นั้น จึงชอบด้วยเหตุผลแล้วอุทธรณ์ของโจทก์ทุกประเด็นฟังไม่ขึ้น”

เมื่อพิจารณาการให้เหตุผลของคำพิพากษาฉบับนี้เห็นได้ว่า ศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากผลกระทบโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีผลไปยังความสามารถในการหาประโยชน์ (รายได้หรือผลกำไร) ของโจทก์ แต่ด้วยความเคารพต่อศาลในความเห็นของข้าพเจ้านั้นเห็นว่าในทางปฏิบัติการพิสูจน์ประโยชน์จากการขาดรายได้ในส่วนที่เป็นผลกำไรจากการจำหน่ายเทปเพลงอย่างไร เป็นจำนวนเท่าใดนั้นทั้งไม่ปรากฏว่าเทปเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ยึดมานั้น จำเลยได้จำหน่ายให้แก่ผู้ใด และไม่แน่ว่าจำเลยจะจำหน่ายได้หรือไม่ นั้นดูออกจะเป็นเรื่องยากและเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดจนเกินไป เพราะปัญหาเหล่านี้โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมดูแลกิจการของจำเลยยากที่จะรู้เห็นได้ดังนั้น ทั้งการที่ศาลนำเอาราคาที่โจทก์ขายงานอันลิขสิทธิ์มาคิดคำนวณก็อาจจะไม่ใช่ความเสียหายที่แท้จริง เพราะต้นทุนการผลิตของโจทก์มีต้นทุนคงที่ เช่น ต้นทุนการลงทุนด้านความคิด การสร้างสรรค์ แต่จำเลยไม่มีต้นทุนดังกล่าวจึงทำให้ต้นทุนของโจทก์และจำเลยมีความแตกต่างกัน จึงมักพบอยู่เสมอว่าการละเมิดลิขสิทธิ์บ่อยครั้งที่จำเลยยังคงเป็นผู้รับผลประโยชน์อยู่แม้ว่าฝ่ายผู้เสียหายจะเป็นฝ่ายผู้ชนะคดีก็ตาม ซึ่งในท้ายที่สุดหากการคำนวณทางคณิตศาสตร์ไม่สามารถที่จะกระทำได้ ศาลก็อาจจะใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้ตามที่เห็นสมควร

2. การพิจารณาเรื่องการแข่งขันทางการค้าระหว่างโจทก์และจำเลย

ในประเด็นปัญหาต่อไป คือ ปัจจุบันศาลไทยไม่ได้พิจารณาเรื่องค้าแข่งและฐานะระหว่างจำเลยกับโจทก์มาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ เหมือนกับการกำหนดค่าเสียหายบนฐานการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์ในกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการพิจารณาเปรียบเทียบกับขนาดของกิจการของจำเลย

ที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์มาเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าศาลจะมีวิธีการคิดค่าเสียหายอย่างไรหากงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่ได้มีขึ้นเพื่อแสวงหาผลกำไร หรือการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายที่มากกว่าที่จำเลยคาดการณ์ไว้มาก หรือการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ได้ไปกระทบต่องานลิขสิทธิ์ของโจทก์ให้เกิดความเสียหายขึ้นแต่อย่างใด

สำหรับการพิจารณาเรื่องของการแข่งขันทางการค้ากันในตลาดระหว่างโจทก์กับจำเลยนั้นนับว่ามีความสำคัญ อาทิเช่น กรณีที่ฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้กระทำละเมิดไม่ได้เป็นกิจการเพื่อการค้าขนาดใหญ่เป็นเพียงผู้ผลิตรายย่อยซึ่งย่อมไม่มีผลกำไรหรือความสูญเสียที่เห็นได้ชัดเจนเท่ากับธุรกิจที่จัดตั้งขึ้นเพื่อแข่งขันทางการค้าและแสวงหาผลกำไรขนาดใหญ่ที่ธุรกิจขนาดใหญ่ก็มักต้องได้เปรียบและสามารถทำกำไรได้มากกว่าธุรกิจขนาดเล็กเป็นเรื่องธรรมดา ซึ่งหากเรานำเอาปัจจัยเรื่องการค้าแข่งไม่ว่าจะเป็นประเภทและลักษณะของกิจการของทั้งโจทก์และจำเลยมาพิจารณาประกอบกับนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการกำหนดราคาตลาด การจำลองตลาดขึ้นมาเปรียบเทียบว่าสินค้าของโจทก์เป็นสินค้าทั่วไป หรือสินค้าเฉพาะ เพื่อมาคิดคำนวณเพื่อหาค่าเสียหาย ก็อาจจะทำให้เกิดค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เยียวยาใกล้เคียงกับความเสียหายและเป็นธรรมกับทุกฝ่ายมากขึ้น เพราะหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่ได้อยู่ในฐานะค้าแข่งเดียวกับจำเลย ไม่ได้อยู่ตลาดเดียวกัน ทั้งสินค้าก็มีคุณภาพแตกต่างกัน การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ได้ไปกระทบต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจของโจทก์จึงไม่ใช่ความสียหายทางเศรษฐกิจไม่อาจคำนวณเป็นจำนวนค่าขาดรายได้หรือกำไรได้ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะโจทก์ไม่ได้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ขึ้นมาเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางธุรกิจแต่อย่างใด หรือจำเลยเป็นเพียงผู้ผลิตรายย่อยเท่านั้น ความเสียหายของโจทก์ที่เกิดขึ้นในที่นี้ควรจะเป็นการสูญเสียโอกาสในการแสวงหาประโยชน์ที่จะนำเอางานลิขสิทธิ์ของตนไปอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยได้รับค่าตอบแทนจำนวนหนึ่ง หรือควรจะเป็นจำนวนของผลกำไรที่จำเลยได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือในกรณีที่จำเลยจะได้ก่อให้เกิดความเสียหายตามที่โจทก์ฟ้องร้องมามากเท่ากับกรณีที่จำเลยอยู่ในฐานะเดียวกับโจทก์ แต่ในสภาพความเป็นจริงในสังคมไทยจำเลยบางคนที่ถูกกล่าวหามักไม่ได้อยู่ในสถานะที่ดีนักและคงไม่มีกำลังทรัพย์ที่จะชดใช้เยียวยาค่าเสียหายได้เป็นแน่แท้ อย่างไรก็ตามต้องพึงระลึกว่าการนำเอาปัจจัยเรื่องการค้าแข่งมาพิจารณาก็อาจไม่เหมาะสมกับบางกรณีก็ได้เนื่องจากอาจเป็นการเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายมาก ทั้งต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางมาช่วยคำนวณ

ค่าเสียหาย และเกิดความไม่สะดวกต่อศาลในการพิจารณาตัดสิน โดยเฉพาะหากคดีที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายเล็กน้อยก็อาจจะไม่คุ้มค่าก็เป็นได้

3. ปัญหาข้อโต้แย้งที่จำเลยจะกล่าวอ้างเพื่อขอลดค่าเสียหายของตนเอง

เมื่อมีการฟ้องร้องคดีไปถึงชั้นศาลโดยโจทก์เป็นผู้กล่าวอ้างและเรียกร้องว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย นอกจากที่ศาลจะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้ความเหมาะสมเป็นธรรมซึ่งอาจเป็นกรณีทำให้โจทก์ไม่ได้รับค่าเสียหายเต็มจำนวนตามที่ตนได้ร้องขอมาเพราะถูกศาลลดจำนวนค่าเสียหายลงโดยให้ความเห็นว่าการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นเป็นการเรียกจากการคาดเดาโดยไม่ได้มาจากวิธีการคำนวณทางคณิตศาสตร์ เศรษฐศาสตร์และหลักทางบัญชีที่ถูกต้องแล้ว สาเหตุส่วนหนึ่งที่โจทก์ยังต้องเผชิญกับความยากลำบากของการนำสืบและพิสูจน์ความเสียหาย คือ กฎหมายได้เปิดโอกาสให้จำเลยสามารถนำพยานหลักฐานต่างๆเข้าสืบหักล้างกับจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์ได้เรียกร้องมาเช่นกัน ดังนั้นโจทก์จึงจำเป็นอย่างมากที่ต้องมีพยานหลักฐานแน่นหนาและมั่นคงมากกว่าจำเลยเพื่อทำให้ศาลเชื่อว่าโจทก์รับความเสียหายเช่นนั้นจริง ตัวอย่างเช่น กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์บางส่วนบางตอน โจทก์ย่อมพบกับปัญหาความยากที่จะคาดการณ์ได้ว่าโจทก์เกิดความเสียหายไปเป็นจำนวนเท่าใดกันแน่ หรือกรณีที่โจทก์อ้างว่าจำเลยได้ลับลอบเปิดเพลงที่มีลิขสิทธิ์ของโจทก์ในร้านอาหารแล้วทำให้ลูกค้ามารับประทานอาหารในร้านเพิ่มมากขึ้นนี้ การคำนวณเพื่อคิดเป็นค่าเสียหายนั้นควรคิดอย่างไร เนื่องจากจำเลยอาจต่อสู้ได้ว่าสิ่งที่ทำให้เกิดรายได้หรือกำไรที่เพิ่มขึ้นของการกระทำละเมิดของจำเลยนั้นมาจากปัจจัยอื่นที่ไม่ใช่มาจากการเปิดเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจเป็นเพราะว่าลูกค้าเข้ามาร้านอาหารของจำเลยอันเนื่องมาจากลูกค้าชื่นชอบสถานที่และการบริการของทางร้านอาหารของจำเลยก็เป็นได้ หรือในกรณีที่มีการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในปีนั้นซึ่งเป็นปีเดียวกับที่โจทก์ก็มีการประชาสัมพันธ์ส่งเสริมการขายเป็นอย่างมากเช่นกัน โจทก์จะพิสูจน์จำนวนที่ถูกต้องเช่นไรว่าการกระทำละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์ต้องสูญเสียเงินที่โจทก์ควรจะได้เป็นจำนวนเท่าไร

ดังนั้น ข้อโต้แย้งที่จำเลยจะกล่าวอ้างว่าไม่ใช่การกระทำละเมิดของจำเลยเพียงอย่างเดียวที่ทำให้รายได้จากจำนวนสินค้าที่จำหน่าย หรือจำนวนลูกค้าของโจทก์ลดลงแต่ยังมีปัจจัยและพฤติการณ์อย่างอื่นซึ่งมีความซับซ้อนและมีผลทำให้รายได้ของโจทก์ลดลงเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นสภาวะทางเศรษฐกิจ ณ ขณะนั้น อัตราภาวะเงินเฟ้อ คู่แข่งอื่นในตลาด พฤติกรรมการ

บริโภคของประชาชน เป็นต้น เพื่อขอมาลดค่าเสียหายของตนเอง จึงอาจทำให้โจทก์ต้องมีภาระการนำสืบพิสูจน์ที่หนักขึ้นเพื่อมารองรับการหักล้างกับพยานหลักฐานของจำเลยอีกชั้นหนึ่ง อนึ่ง หากว่าโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายได้ศาลก็อาจกำหนดค่าเสียหายให้จำนวนหนึ่งซึ่งอาจน้อยกว่าค่าทนายความที่โจทก์ต้องเสียไปจากการรับการบริการเช่นนั้นด้วยซ้ำไป ศาลจึงควรที่ต้องพิจารณาให้ดีว่าสภาวะความเสี่ยงเช่นนี้ควรไปตกอยู่ที่ภาระของใครมากน้อยเพียงใด เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและมีประสิทธิภาพสูงสุด

4. การเข้าถึงพยานหลักฐานของโจทก์

นอกจากปัญหาที่กล่าวไปข้างต้นแล้วโจทก์ยังต้องประสบกับปัญหาการไม่สามารถแสวงหาหรือการค้นหาพยานหลักฐานต่างๆที่จำเป็นเพื่อมาประกอบการเรียกร้องค่าเสียหายเนื่องด้วยเหตุผลบางประการ เช่น โจทก์ไม่อาจรู้ถึงปริมาณ หรือจำนวนการละเมิดลิขสิทธิ์ที่แท้จริงได้ โจทก์ได้แต่เพียงการกะประมาณ หรือคำนวณจากปริมาณของกลางที่ยึดได้ส่วนหนึ่งจากจำเลยและจากคำพิพากษาของศาลการคิดคำนวณค่าเสียหายนั้นก็เพียงแต่นำเอาจำนวนชิ้นงานของจำเลยที่กระทำละเมิดมาคำนวณเท่านั้น ทั้งที่งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นอาจมีการกระจายสินค้าไปในที่ต่างๆแล้วไม่มากก็น้อย จึงทำให้หลงเหลือพยานหลักฐานที่ใช้กล่าวหาจำเลยอยู่เป็นจำนวนน้อย หรือเป็นกรณีที่จำเลยไม่ได้เก็บรวบรวมบันทึกเกี่ยวกับการขายสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นอย่างดีซึ่งอาจจะเป็นไปได้ว่าต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงในการดำเนินการ หรือละเลยไม่ได้สนใจที่จะเก็บเอาไว้ ประกอบกับพยานหลักฐานต่างๆไม่ว่าจะเป็น วัสดุ อุปกรณ์ที่ใช้ในการละเมิดงานลิขสิทธิ์ บัญชีรายได้หรือกำไรของจำเลยที่แสดงว่าจำเลยได้จำหน่ายงานที่ละเมิดนั้นให้แก่ผู้ใดบ้าง ส่วนใหญ่แล้วอยู่ในความครอบครองหรือการดูแลของฝ่ายจำเลยแทบทั้งสิ้น ซึ่งย่อมทำให้โจทก์ไม่อาจสามารถล่วงรู้หรือรู้เห็นพยานหลักฐานเหล่านั้นได้เลยและเป็นการเปิดโอกาสให้จำเลยสามารถทำลาย ทำให้เสียหาย หรือปิดบังซ่อนเร้นพยานหลักฐานต่างๆนั้นโดยง่าย

อนึ่ง เนื่องจากตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเรื่องการริบทรัพย์ที่ได้ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็น สิ่งของ เครื่องมือ เครื่องใช้ และอุปกรณ์ต่างๆ หลังจากที่ศาลได้พิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีได้หรือไม่ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้นควรจะตกเป็นของผู้ใด เพราะถ้าหากทรัพย์สินเหล่านั้นยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำละเมิดต่อไปก็อาจทำให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นซ้ำอีกได้

5. การมีผู้ร่วมกันกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวข้องหลายคน

ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดนั้นเป็นกลุ่มองค์กรอาชญากรรมที่มีรูปแบบของการทำงานอย่างมืออาชีพเป็นขบวนการหรือกระทำการในรูปแบบของเครือข่าย กล่าวคือ มีการแบ่งหน้าที่กันทำละเมิด เช่น คนหนึ่งมีหน้าที่ผลิต คนหนึ่งมีหน้าที่หาช่องทางจัดจำหน่าย อีกคนหนึ่งมีหน้าที่คอยปกปิดร่องรอยของการกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมทำให้โจทก์ต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายต่างๆมากขึ้นเพราะบุคคลผู้ร่วมกันกระทำความผิดเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เป็นอย่างดี ประกอบกับปัจจุบันมีความหลากหลายของรูปแบบการละเมิดโดยใช้วิทยาการทางเทคโนโลยีมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำผิดนั้น โดยเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านทางอินเตอร์เน็ต ส่งผลทำให้เกิดความยุ่งยากและความสลับซับซ้อนในการติดตามแสวงหาพยานหลักฐาน

ตัวอย่างเช่น การทำสำเนาซอฟต์แวร์ในรูปของแผ่นก๊อปปี้ หรือการบันทึกลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือการจัดให้สามารถดาวน์โหลดงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านเว็บไซต์ (Website) หรือใช้วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูล ที่เรียกว่า Bittorent ซึ่งเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่ให้บุคคลทุกคนสามารถแลกเปลี่ยนหรือแบ่งปันข้อมูลผ่านระบบเครือข่ายอินเตอร์เน็ตได้อย่างรวดเร็ว เพราะเมื่อเราอัพโหลดข้อมูลไปให้คนอื่นที่ต้องการดาวน์โหลดข้อมูลเหมือนกันกับเราได้เลยโดยไม่จำเป็นต้องให้เราดาวน์โหลดเสร็จก่อนถึงจะปล่อยข้อมูลได้ ทำให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลมีลักษณะเหมือนใยแมงมุมมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องหลายคนจนยากแก่การติดตามและแสวงหาพยานหลักฐานแหล่งที่มา หรือต้นตอของบุคคลคนแรกที่นำเอางานลิขสิทธิ์มาเผยแพร่

4.1.2.2 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

ในคดีที่เกิดขึ้นของ**ประเทศสหรัฐอเมริกา**สำหรับกรณีค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้น ศาลได้วินิจฉัยและมีความเห็นว่า ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้านั้นศาลจะกำหนดให้โจทก์ก็ต่อเมื่อการที่โจทก์ได้อ้างว่าการโฆษณาของจำเลยทำให้ประชาชนเชื่อว่าสินค้าของโจทก์มีคุณภาพเช่นเดียวกับของจำเลยนั้นมีราคาสูงเกินจริงมาก แต่คุณภาพหลังจากที่ลูกค้าซื้อของจำเลยไปนั้นไม่ดีและไม่คุ้มเงินซึ่งย่อมส่งผลให้ประชาชนเชื่อว่าสินค้าต้นฉบับของโจทก์ย่อมไม่ดีไปด้วยทำให้โจทก์ต้องเสียหาย และโจทก์ได้นำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบต่อหน้าศาลถึงคุณภาพของราคาสินค้าที่กระทบต่อการขายของโจทก์ จึงทำให้พิจารณาได้ว่าความเสียหายต่อชื่อเสียงเป็นที่เกี่ยวพันกันทั้งความเสียหายทางศีลธรรมและความเสียหายทางวัตถุและถือว่าเป็น

ความเสียหายประเภทหนึ่งที่โจทก์สามารถเรียกร้องได้ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา หากการที่จำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้วไปทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายและโจทก์สามารถคำนวณความเสียหายได้เป็นตัวเงินต่อเนื่องมาจากความเสียหายการลดลงซึ่งค่านิยมอันเป็นผลจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์ซึ่งเป็นค่าเสียหายทางศีลธรรม เช่น การกระทำของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสื่อมเสียงชื่อเสียงแล้วทำให้ยอดขายสินค้าลดหรือตกลงเพราะลูกค้าไม่มาซื้อสินค้าในร้านโจทก์ซึ่งถือว่าความเสียหายนี้เป็นการลดน้อยถอยลงของรายได้จากการขายสินค้า

สำหรับใน**ประเทศไทย**นั้นคำพิพากษาของศาลไทยที่ผ่านมาส่วนมากโดยเฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ หากโจทก์เรียกค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้ามาด้วย ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายประเภทนี้หรือกำหนดให้ในจำนวนที่น้อยโดยให้เหตุผลว่าโจทก์ไม่ได้นำสืบให้เป็นที่พอใจแก่ศาลผลิตภัณฑ์ที่จำเลยผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีคุณภาพไม่ดีอย่างไรและไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนเข้าใจผิดว่าสินค้าที่จำเลยผลิตขึ้นเป็นสินค้าของโจทก์และโจทก์ไม่ได้เบิกความพยานผู้เชี่ยวชาญจึงยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าคุณภาพของสินค้าของจำเลยมีคุณภาพไม่ดีหรือไม่ได้มาตรฐานอย่างไรและจะส่งผลเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์อย่างใด ทั้งนี้ อาจเป็นได้ว่าการที่ศาลไม่กำหนดค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าให้แก่โจทก์เนื่องจากโจทก์ไม่ได้พิสูจน์ให้ได้ว่ากระทำละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์เสียหายต่อชื่อเสียงอย่างไร ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวนี้โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการลักลอบผลิตและการลวงขายงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการใช้วัตถุดิบที่ไม่ได้มาตรฐาน คุณภาพต่ำ ทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นผลงานของโจทก์และลดความน่าเชื่อถือที่มีต่อโจทก์ และเป็นการที่จำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงด้วยการทำซ้ำ (คดีหมายเลขแดงที่ ทป.31/2541, คำพิพากษาศาลฎีกา 7206/2542) เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าจำนวนค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าที่ได้เรียกร้องมานั้นเป็นความเสียหายที่มีส่วนสำคัญที่ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย

วิเคราะห์ปัญหากรณีค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้า

1. ความยากของโจทก์ในการพิสูจน์ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้า ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ลักษณะมิใช่ตัวเงิน

ความมีชื่อเสียงเป็นสิ่งที่บุคคลต้องการจะมีและรักษาไว้ เนื่องจากหากเมื่อมีชื่อเสียงที่ดีย่อมทำให้มีคนนับถือไว้วางใจมีเกียรติในสังคม เกิดความน่าเชื่อถือ ซึ่งเป็นปัจจัยที่จะให้เกิดผลในทางเจริญทางทำมาหาได้เป็นลูกโซ่ต่อเนื่องกัน จึงอาจถือได้ว่าชื่อเสียงเป็นประโยชน์ที่มีค่ามากกว่าทรัพย์สินเสียอีก บุคคลหรือใครก็ตามมาทำให้เสียหายก็สมควรต้องมาชดใช้เยียวยาความเสียหายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าเป็นค่าเสียหายประเภทที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้อย่างแน่นอนและยากที่โจทก์จะพิสูจน์โดยการแสวงหาพยานหลักฐานมาให้ศาลเห็นเป็นตัวเงิน ซึ่งจากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมานั้นน้อยมากหรือแทบจะไม่มีเลยที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าจากการละเมิดของจำเลยให้เต็มตามฟ้องที่โจทก์ได้เรียกร้องมา ทั้งนี้ส่วนหนึ่งก็เป็นเพราะโจทก์เองไม่สามารถสืบพยานโน้มน้าวให้เห็นถึงความเสียหายอันรุนแรงและปราศจากดรรชนีอื่นๆมาเปรียบเทียบให้ศาลเห็นว่าควรกำหนดค่าเสียหายเปรียบเทียบกับตัวชี้วัดสิ่งใดดี

2. การเป็นส่วนหนึ่งของการพิสูจน์โดยพิจารณาความรับรู้ของประชาชน

การที่ศาลไทยไม่กำหนดค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าโดยให้เหตุผลว่าโจทก์ไม่สามารถแสดงหลักฐานให้ศาลเห็นเป็นที่พอใจได้ว่าประชาชนเกิดความสับสนหลงผิดและไม่ทราบว่าเป็นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เช่นนี้จะเป็นการถูกต้องและเป็นการเพียงพอแล้วหรือไม่ เนื่องจากในทางปฏิบัติการนำงานที่มีลิขสิทธิ์มาเปรียบเทียบกับงานที่ละเมิดว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรนั้นปัจจุบันนั้นแทบจะแยกกันไม่ออกว่างานชิ้นไหนเป็นของแท้หรือของเลียนแบบ แต่สิ่งที่ทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะซื้อน่าจะเป็นระดับราคาของสินค้ามากกว่า เพราะในความเป็นจริงหากประชาชนทราบว่างานดังกล่าวเป็นงานที่จำเลยละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ก็ตาม และสามารถคาดหมายและรับรู้ได้ว่างานที่ซื้อมานั้นอาจมีปัญหาเรื่องของคุณภาพ ความคมชัดของเสียงและภาพที่ต่ำกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ แต่ที่ประชาชนตัดสินใจซื้องานที่ละเมิดลิขสิทธิ์อาจเป็นเพราะการคาดหวังถึงเนื้อหาสาระของงานว่ามีความครบถ้วนไม่ได้มีการตัดบางส่วนออกและและมีความเหมือนที่ใกล้เคียงกับงานลิขสิทธิ์จริงมากที่สุดตามคำพูดโฆษณาชวนเชื่อของจำเลยว่าว่าสินค้าของตนเหมือนกับของโจทก์ทุกประการ ดังนั้น ถ้าจำเลยได้ตัดงานบางส่วน หรือส่วนใดส่วนหนึ่งออกไปก็อาจจะทำให้ประชาชนเข้าใจผิดว่างานลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นงานที่ผลิตมาไม่ดี และมีผลไปยังความน่าเชื่อถือในงานที่โจทก์จะผลิตออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนอีกว่าคงเป็นงานที่ไม่มีคุณภาพเหมือนดังที่เคยได้รับรู้มาก็เป็นได้

3. การเสื่อมมูลค่าหรือความนิยมอย่างรวดเร็วของงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับเรื่องการพิสูจน์คุณภาพของงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นก็ต้องใช้ระยะเวลาหนึ่งกว่าจะสามารถพิสูจน์ได้โดยเฉพาะกรณีที่เป็นงานที่มีความสลับซับซ้อนจำเป็นต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้เฉพาะทางทางด้านนั้นมาช่วยเหลือ ซึ่งกว่าที่โจทก์จะรวบรวมพยานหลักฐานได้นั้นมูลค่าของงานลิขสิทธิ์ก็อาจเกิดการเสื่อมมูลค่าและถูกทำลายระดับของราคาสินค้า (Price Erosion) อันเนื่องมาจากจำนวนงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ได้เข้ามาในตลาดมากและจำหน่ายในราคาต่ำซึ่งก่อให้เกิดการอิ่มตัวของตลาดเร็วขึ้น อันนำไปสู่การลดการซื้อสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ หรือทำให้งานลิขสิทธิ์ต้องมีการปรับลดราคาสินค้าลงเพื่อให้สามารถแข่งขันและดำรงอยู่ได้ ดังนั้น ตัวอย่างงานลิขสิทธิ์ที่มักเจอกับปัญหาการอิ่มตัวของตลาดอย่างรวดเร็ว เช่น งานภาพยนตร์ งานเพลง เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้จึงเป็นการทำลายต่อชื่อเสียงทางการค้าของโจทก์ที่มีการสั่งสมและสร้างมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคุณค่าหรือค่านิยมในตัวสินค้าของโจทก์ให้ต้องมีมูลค่าที่ลดลงอย่างรวดเร็ว

4. การไม่นำเอาหลักเจตนามาเป็นปัจจัยสำคัญเพื่อกำหนดค่าเสียหายในการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง

การที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงต้องได้ความว่าเป็นการที่จำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงด้วยการทำซ้ำมาเป็นเงื่อนไขว่าโจทก์จะได้รับค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงหรือไม่ อาจพิจารณาได้ในทางกลับกันว่า หากเป็นกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) โดยจำเลยไม่ได้เป็นผู้ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานที่มีลิขสิทธิ์เหมือนการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) นั้นก็ตามแต่ต้องยอมรับว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองเป็นการละเมิดที่ผู้กระทำได้รู้อยู่แล้ว หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานนั้นได้ถูกทำขึ้นโดยละเมิดงานลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น ทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นยังมีส่วนช่วยส่งเสริม (Contributory Infringement) ให้การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นได้แพร่หลายต่อไปได้อีกไกลมากขึ้นก็ได้ซึ่งอาจไปทำความเสียหายได้มากกว่าการละเมิดโดยตรงด้วยการทำซ้ำเสียอีก การที่นำเอาเกณฑ์การรับรู้ของประชาชนและต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงเท่านั้นมาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงจึงอาจจะยังไม่เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพราะบางคดีหรือบางกรณีโจทก์ยังคงมีความเสียหายที่ยังไม่ได้รับการเยียวยาชดใช้อยู่

4.1.2.3 ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

ปกตินั้นค่าตอบแทนการใช้สิทธิจะเป็นเรื่องที่โจทก์กับจำเลยได้เคยทำสัญญากันมาก่อนว่าโจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ของตนภายใต้เงื่อนไขที่ตกลงกันและจำเลยก็ตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิให้โจทก์ในจำนวนหนึ่ง แต่ในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าตอบการใช้สิทธินั้นเป็นค่าเสียหายที่ไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติทางกฎหมายแต่มาจากคำพิพากษาของศาลซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นการช่วยโจทก์ในการคิดคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าหากว่าโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์บนฐานของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรได้โจทก์ก็อาจเรียกร้องว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยทำให้โจทก์ขาดโอกาสที่จะนำเอางานลิขสิทธิ์ไปอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้โดยได้รับค่าตอบแทนที่เรียกว่าค่าสิทธิในอนาคต ดังนั้นตาม**ความตกลง** TRIPS จึงไม่ได้มีการกำหนดค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิไว้เฉพาะ

แต่จากการพิจารณาคำพิพากษาของทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยนั้นโจทก์ที่ได้รับความเสียหายก็มีนำเอาค่าตอบแทนการใช้สิทธิมาเชื่อมโยงกับการเรียกร้องค่าเสียหายต่อศาลเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของการฟ้องร้องของโจทก์ทั้งสองประเทศ กล่าวคือ การคิดค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิของ**ประเทศสหรัฐอเมริกา**นั้นในกรณีที่โจทก์เคยอนุญาตให้ผู้อื่นใช้งานลิขสิทธิ์ของตนโดยคิดค่าตอบแทนการใช้สิทธิก็สามารถนำเกณฑ์การกำหนดราคาค่าใช้สิทธินั้นมาเป็นฐานในการคิดคำนวณได้ โดยจำเลยสามารถมีสิทธิพิสูจน์หักล้างได้ว่ามูลค่าในค่าสิทธิที่เป็นธรรมนั้นควรจะเป็นจำนวนเท่าไร ทั้งนี้ในชั้นท้ายสุดก็จะให้เป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลเป็นผู้พิจารณาอีกทีว่าการคิดคำนวณราคาค่าใช้สิทธิที่โจทก์เรียกร้องมาและที่จำเลยนำสืบพิสูจน์หักล้างมานั้นราคาที่เป็นธรรมสมเหตุสมผลและเหมาะสมกับคดีนี้ควรจะเป็นจำนวนเท่าใด ในทางกลับกันถ้าหากโจทก์ไม่เคยมีการสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับจำเลยมาก่อนก็อาจนำเอาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่โจทก์เคยทำกับคนอื่นมาใช้อ้างอิงก็ได้และศาลก็จะนำมาพยานหลักฐานที่โจทก์ได้อ้างอิงมาใช้ประกอบดุลพินิจของศาลเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่โจทก์ต่อไป อย่างไรก็ตาม ศาลจะไม่อนุญาตให้มีการเรียกค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิมาพร้อมกับค่าขาดรายได้หรือผลกำไรเพราะจะก่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน

สำหรับตาม**คำพิพากษาของศาลไทย**นั้นมีความเห็นว่าโจทก์ไม่ได้เรียกตามหลักเกณฑ์ค่าสิทธิที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือวิธีการในการกำหนดมูลค่าของความเสียหายตามที่

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำมาใช้กัน กล่าวคือ โจทก์จะเรียกร้องและอ้างว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยทำให้โจทก์ขาดประโยชน์ในการได้รับค่าสิทธิที่โจทก์จะสามารถนำลิขสิทธิ์ของตนไปอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ ซึ่งประเด็นนี้ศาลไทยมีความเห็นว่า การที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่เป็นเหตุถึงขนาดทำให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์ นอกจากนี้ คำพิพากษาที่ผ่านมาของศาลไทยก็ไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้นำสืบให้ศาลเห็นว่าได้มาการใช้หลักเกณฑ์ค่าสิทธิมากำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแต่อย่างใดจึงทำให้ไม่มีแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะมีก็เพียงแต่คำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ที่โจทก์ได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่าการกระทำละเมิดของจำเลยได้ส่งผลถึงความเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียประโยชน์ในอนาคตที่โจทก์จะสามารถขออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิทำให้โจทก์ขาดรายได้เป็นการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคต โจทก์จึงขอคิดค่าเสียหายในข้อนี้เป็นเงิน 38,000 บาท อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยเนื่องจากโจทก์ไม่ได้ขอค่าเสียหายจำนวนนี้มาตั้งแต่ในศาลชั้นต้น จึงทำให้ศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าศาลมีความเห็นต่อประเด็นเช่นนี้ว่าอย่างไร

วิเคราะห์ปัญหากรณีค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

1. หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการกำหนดค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายไทยและคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมายังไม่มีแนวทางหรือเกณฑ์การพิจารณาเรียกค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิไว้เป็นบรรทัดฐานอย่างชัดเจนแต่อย่างใดจะมีเพียงก็แต่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ที่โจทก์ได้เรียกร้องในประเด็นค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิไว้ว่า การกระทำละเมิดของจำเลยส่งผลถึงความเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียประโยชน์ในอนาคตที่โจทก์จะสามารถขออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิทำให้โจทก์ขาดรายได้เป็นการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคต อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเพราะโจทก์มิได้ร้องขอประเด็นนี้มาตั้งแต่ต้นจึงไม่อาจทราบได้ว่าศาลจะมีความเห็นในกรณีนี้เป็นเช่นไร

ดังนั้น หากโจทก์จะเรียกค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริงได้อย่างชัดเจนก็อาจจะเป็นการไม่สะดวกแก่ตัวโจทก์เองได้ เพราะยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลที่แน่นอนตัดสินว่าโจทก์จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิได้ อีกทั้งพยานหลักฐานอย่างไรที่โจทก์สมควรต้อง

นำมาแสดงต่อศาลและวิธีการคำนวณค่าเสียหายประเภทนี้ควรคิดจากอะไรบ้าง ตัวอย่างเช่น วิธีการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์บนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธินั้นใช้วิธีการคำนวณเช่นเดียวกันกับการคำนวณค่าตอบแทนการใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือไม่ เนื่องจากถ้าหากนำเอาวิธีการคำนวณค่าตอบแทนการใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์บนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิก็อาจทำให้ความเสียหายที่โจทก์ได้รับมีจำนวนสูงเกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริงได้เพราะกรณีค่าตอบแทนการใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเรื่องของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่งที่เกิดจากความพอใจระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อีกทั้งการกำหนดค่าตอบแทนการใช้สิทธิอาจเป็นการกำหนดขึ้นตามอำเภอใจของตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ได้และมีผลทำให้ค่าตอบแทนการใช้สิทธิมีมูลค่าสูงกว่ามูลค่าทางตลาดของงานประเภทที่คล้ายกันกับงานลิขสิทธิ์ที่มีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกันได้ เพราะค่าสิทธินั้นเริ่มแรกเดิมทีบุคคลผู้กำหนดว่าค่าสิทธิควรจะมีจำนวนเท่าใดก็ถือกันว่าเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในฐานะเป็นผู้อนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์เป็นผู้กำหนดค่าตอบแทนการใช้สิทธิขึ้น ซึ่งตามปกตินั้นเจ้าของลิขสิทธิ์เองก็มักจะอยู่ในสถานะที่มีอำนาจต่อรองที่สูงกว่าผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอยู่เสมอ อย่างไรก็ตาม กรณีการคิดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์บนฐานค่าตอบการใช้สิทธิเป็นเรื่องของการทำละเมิดประเภทหนึ่งที่ทั้งฝ่ายจำเลยและฝ่ายโจทก์ผู้เสียหายไม่ได้มีเจตนาเข้าตกลงที่จะทำนิติกรรมสัญญาใดๆต่อกัน เพียงแต่เมื่อเกิดการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและครบองค์ประกอบเป็นละเมิดขึ้น กฎหมายได้กำหนดให้จำเลยผู้กระทำละเมิดต้องมีความผูกพันชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดให้แก่โจทก์เท่านั้น

นอกจากนี้ หากว่าในกรณีที่โจทก์ไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาตให้ผู้ใดใช้สิทธิมาก่อนศาลจะอนุญาตให้โจทก์เรียกค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิหรือไม่ และมูลค่าของค่าสิทธินี้ควรจะเป็นเท่าใดต้องใช้เครื่องมืออะไรมาคิดคำนวณเป็นค่าสิทธิที่เหมาะสมและเป็นธรรม ตัวอย่างเช่น กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์แต่บางส่วน การคิดค่าเสียหายบนฐานค่าใช้สิทธิจะคิดเป็นเช่นไร ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วนั้นก็พบว่ามีปัญหาในกรณีนี้เช่นกันว่าการคิดค่าสิทธิจะคิดเป็นสาระสำคัญตามอัตราส่วนร้อยละของจำนวนที่ละเมิดไปจริงๆ หรือไม่จำเป็นต้องแบ่งเป็นสัดส่วนว่าละเมิดเป็นจำนวนงานร้อยละเท่าไรแต่ต้องถือว่าเป็นจำนวนเต็มของค่าสิทธิทั้งหมดที่โจทก์จะมีสิทธิได้รับเหมือนเดิมเพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์ไม่ได้มีเจตนาที่จะแบ่งแยกการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานของตนเป็นบางส่วน

2. ค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่โจทก์จะได้รับจากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิซึ่งไม่รวมถึงจำเลย

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาหลายคดีที่เกี่ยวกับประเด็นค่าตอบแทนการใช้สิทธิ เช่น คดีหมายเลยแดงที่ทป. 81/2544 ศาลมีความเห็นว่า การกระทำของผู้ทำละเมิดไม่เป็นเหตุถึงขนาดให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้สิทธิจากโจทก์ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้แก่โจทก์ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์นั้นเกิดมีขึ้นแล้ว เพราะอย่างน้อยที่สุดโจทก์ได้สูญเสียประโยชน์จากการที่จะได้รับค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่จำเลยจะต้องควรจ่ายให้แก่โจทก์จากการนำงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ไปใช้ประโยชน์ในทางส่วนตัวหรือทางธุรกิจของจำเลยเอง การที่ศาลวินิจฉัยให้ความเห็นว่า จำเลยไม่อยู่ในความหมายของคำว่าผู้อื่นที่จะมาขอใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์จะเป็นการตีความความหมายของคำว่าการสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นแคบไปหรือไม่ อีกทั้งเมื่อมองในมุมของฝ่ายจำเลยนั้นจำเลยก็ถือได้ว่าเป็นบุคคลผู้ได้รับผลประโยชน์จากงานของโจทก์โดยตรง การที่ศาลใช้เหตุผลเช่นนี้ก็อาจเป็นก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อฝ่ายโจทก์ได้

4.1.2.4 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits)

หลักการนี้เป็นหลักการที่มีขึ้นเนื่องจากถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะแสวงหาผลประโยชน์ใดๆจากงานที่เขาได้สร้างสรรค์ขึ้น บุคคลอื่นหากมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่มีสิทธิกระทำการอย่างใดกับงานดังกล่าวได้ ดังนั้นหากเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วได้รับผลประโยชน์อย่างใดมาก็ตามก็ย่อมเป็นการรับไว้โดยอาศัยค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ อันปราศจากมูลจะอ้างตามกฎหมายได้ จึงสมควรที่จะต้องคืนผลประโยชน์ทั้งหมดนั้นให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ไม่ใช่ค่าเสียหาย แต่เป็นการเรียกคืนสิ่งที่เป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง เพราะสิ่งที่ผู้ละเมิดได้รับไว้เกิดจากการนำเอาสติปัญญาการลงทุนคิดค้นของผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ไปใช้ วิธีการนี้เป็นรูปแบบของการใช้ผู้ละเมิดเป็นแนวทาง (Tortfeasor-Oriented Approach)

ใน**ความตกลง** TRIPS ก็มีการนำเอาแนวคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาบัญญัติไว้โดยให้เป็นอำนาจการพิจารณาของประเทศภาคีสมาชิกฯว่าจะกำหนดให้แก่ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการ

ละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ก็ได้ โดยค่าเสียหายประเภทนี้ไม่จำต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำละเมิดหรือไม่ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยผลกำไรเหล่านี้จะเป็นเงินสุทธิที่ได้ถูกหักออกจากรายจ่ายหรือต้นทุนต่างๆแล้ว ซึ่งไม่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดจะกระทำละเมิดโดยเจตนาหรือไม่ แต่หลักเกณฑ์ ข้อยกเว้น หรือวิธีการต่างๆในการคำนวณและกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้อยู่ในอำนาจของประเทศสมาชิกฯที่จะกำหนดขึ้นตามความเหมาะสม

สำหรับใน**ประเทศสหรัฐอเมริกา**แนวคิดข้างต้นนี้ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 504 โดยกำหนดไว้ว่า โจทก์มีสิทธิเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วยนอกจากการเรียกค่าเสียหายที่แท้จริง และมีการกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ด้วยว่าผลกำไรของจำเลยที่โจทก์เรียกมานั้นเป็นค่าเสียหายที่ไม่ได้ซ้ำกับค่าเสียหายที่แท้จริงไม่ว่าจะคิดคำนวณมาจากฐานการขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรก็แล้วแต่เพื่อเป็นการป้องกันและเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าโจทก์จะมีสิทธิเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะส่วนที่เกิดจากการทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของตนเท่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายเพียงแต่กำหนดให้โจทก์พิสูจน์เงินได้รวมของจำเลยเท่านั้นแล้วให้จำเลยพิสูจน์ว่ามีค่าใช้จ่ายบางอย่างที่เกิดขึ้นที่ไม่ได้มาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์ เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกิจการ ค่าธรรมเนียมต่างๆ ค่าภาษี เพื่อนำมาหักออกจากกำไรที่จำเลยได้รับได้ โดยค่าใช้จ่ายที่จำเลยนำสืบพิสูจน์เพื่อนำมาหักล้างมูลค่ายอดรายได้รวมของจำเลยนั้นจะต้องเป็นจำนวนที่แน่นอนและสมเหตุสมผลในการผลิตและจำหน่ายด้วย

สำหรับ**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย**ตามมาตรา 64 แล้วนั้นพบว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติชัดเจนที่กำหนดให้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นฐานในการคิดคำนวณค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้ แต่คำพิพากษาของศาลไทยที่ผ่านมาพบว่าศาลก็ไม่ได้ปฏิเสธการคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหายแต่อย่างใด พิจารณาได้จากคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 35/2544 และ คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543 โดยศาลได้ตัดสินไว้ว่าหากโจทก์ไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์เพียงใด โจทก์ก็สามารถเรียกร้องผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

วิเคราะห์ปัญหากรณีผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์

1. การเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงการสูญเสียประโยชน์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 ได้

สำหรับผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นศาลได้เคยวินิจฉัยตัดสินในประเด็นดังกล่าวไว้ว่า ผลกำไรของจำเลยเป็นเพียงหลักเกณฑ์ให้โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายได้ทางหนึ่งหากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์เพียงใด[2] ซึ่งในข้อเท็จจริงโจทก์ไม่ได้แจ้งแก่ศาลว่าตนไม่ได้สามารถพิสูจน์ถึงการสูญเสียประโยชน์หรืออ้างว่าเหตุใดจึงไม่สามารถพิสูจน์ได้ ศาลจึงไม่ได้กำหนดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้วนั้นผลกำไรของจำเลยก็ไม่ใช่ความเสียหายของโจทก์ในการสูญเสียประโยชน์ตามความหมายของมาตรา 64 ในกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่ดี จึงอาจทำให้แนววินิจฉัยของคำพิพากษาของศาลที่มีอยู่กลับหลักไปมาไม่แน่นอนก็เป็นได้เพราะผลกำไรในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้แน่นอนในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไทยว่าให้โจทก์สามารถเรียกได้เสมอไป เพราะคำพิพากษาของศาลไทยก็ไม่ผูกพันให้ต้องพิพากษาเหมือนกับคำพิพากษาที่ได้เคยวินิจฉัยตัดสินในคดีตามข้อเท็จจริงที่เหมือนกันครั้งก่อน ซึ่งอาจก่อให้เกิดคำถามตามมาได้ว่าหากโจทก์สามารถพิสูจน์การสูญเสียประโยชน์ของโจทก์ได้ก็จริง แต่โจทก์เลือกที่จะเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาตั้งแต่ต้น หรือในกรณีที่จำเลยอ้างว่าตนไม่รู้ว่าเป็นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือเป็นกรณีโจทก์ได้รับความเสียหายเพียงเล็กน้อยจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ (แต่จำเลยได้รับผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ในจำนวนมาก) ศาลจะอนุญาตและยอมรับการเลือกและการตัดสินใจของโจทก์ที่จะเรียกร้องผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ เพราะหากศาลไม่อนุญาตให้โจทก์เรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เนื่องจากเห็นว่าโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากการที่โจทก์สูญเสียประโยชน์ได้อยู่แล้ว หรือการกระทำละเมิดของจำเลยสร้างความเสียหายให้แก่โจทก์เพียงเล็กน้อยหรือไม่ได้เกิดความเสียหายขึ้นกับโจทก์เลย เช่นนี้จะมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลต้องเปลี่ยนแปลงแนวไปจากเดิม

[2] คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543

อย่างไรก็ตาม มีแนวโน้มความเป็นไปได้ว่าศาลไทยอาจจะไม่อนุญาตให้โจทก์คิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หากผลกำไรที่จำเลยได้รับนั้นมีมูลค่าสูงกว่าความเสียหายที่ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจริงมากเพราะนอกจากการคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นการกำหนดค่าเสียหายที่ไม่เป็นไปตามแนวคิดของกฎหมายลักษณะละเมิดในระบบของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายที่มีหลักการเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กลับคืนสู่สถานะเดิม กล่าวคือ ในระบบของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้นการกำหนดค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับจะต้องมีขึ้นเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่แท้จริง (Damages are compensatory) เป็นเกณฑ์เท่านั้นโดยไม่ทำให้ฐานะของโจทก์ดีขึ้นหรือแย่ลง ค่าเสียหายจึงต้องขึ้นอยู่กับความเสียหายที่โจทก์ได้รับซึ่งไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับ และในความเป็นจริงนั้นการเรียกค่าเสียหายในลักษณะนี้ซึ่งมีแนวคิดเพื่อการป้องปรามไม่ให้จำเลยกระทำละเมิดตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นอาจส่งผลกระทบให้เกิดปัญหาที่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับความเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นการสนับสนุนให้โจทก์หรือผู้เสียหายแสวงหาความร่ำรวยจากค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ควรได้รับรวมทั้งอาจเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดโดยไม่เป็นธรรม (Undue Punishment) มากเกินไป แม้ว่ากฎหมายจะให้สิทธิแก่จำเลยพิสูจน์ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการมาหักออกก็ตามที

2. ความยากในการนำสืบพิสูจน์รายได้รวมของผู้กระทำความผิด

การนำเอาผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นฐานกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์นั้นตามปกติโจทก์จะต้องนำสืบผลรวมของรายได้ของจำเลยจากจำนวนสินค้าเฉพาะที่จำเลยขายได้คูณกับราคาขายของสินค้าดังกล่าว อย่างไรก็ดี จะเป็นปัญหาและเกิดความยากกับโจทก์ได้ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้เป็นการขายโดยตรงที่มีการบันทึกบัญชีกำไรไว้ตามปกติ ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีจำเลยนำเอางานลิขสิทธ์ของโจทก์ไปใช้ประโยชน์กันภายในองค์กรของจำเลยโดยไม่ได้มีพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีจำเลยได้รับค่าตอบแทนจากการที่องค์กรนั้นใช้ประโยชน์จากงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมูลค่าเท่าไรเพียงใด อีกทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับรายได้รวมของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยว่าระยะเวลาจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดอยู่ที่ใดซึ่งอาจทำให้ศาลอาจมองว่าเป็นการคาดการณ์ที่ไม่มีกำหนดเวลา อนึ่ง ได้มีความเห็นสนับสนุนจากนักกฎหมายบางท่านว่า การคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นย่อมมีมูลค่าที่มากกว่าผลกำไรที่โจทก์จะได้รับเนื่องจากจำเลย

ไม่ต้องแบกรับภาระต้นทุนใดๆนอกจากต้นทุนทางด้านการผลิต เช่น ค่าวัสดุ ค่าแรงงาน ค่าขนส่ง จึงไม่แปลกถ้าโจทก์อาจจะได้รับค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับมา ดังนั้น ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้จึงควรจะตกให้แก่โจทก์ทั้งหมดถ้าการที่จำเลยได้รับประโยชน์มาเป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว

3. การคำนวณค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นของผู้กระทำละเมิด

หากว่าศาลได้อนุญาตให้โจทก์ใช้หลักเกณฑ์เรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาความสงสัยในบางค่าใช้จ่ายได้ว่าศาลจะมีวิธีการคิดคำนวณค่าเสียหายนี้อย่างไร ควรจะเป็นไปตามวิธีการเดียวกับการที่ผู้ประกอบการคิดบัญชีผลกำไรในธุรกิจการค้าของตน หรือคิดตามหลักมาตรฐานทางการบัญชีทั่วไปและผลประโยชน์ของจำเลยนั้นจะต้องเป็นผลกำไรสุทธิของผู้กระทำละเมิดหลังจากหักต้นทุนต่างๆที่เกี่ยวข้องแล้วหรือไม่ ทั้งจำเลยจะสามารถนำสืบหักล้างถึงผลกำไรที่โจทก์อ้างมาได้หรือไม่ว่ามีผลกำไรบางส่วนมิได้เกิดจากการละเมิด ตัวอย่างเช่น กำไรที่จำเลยได้รับมีความปะปนกันระหว่างงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์กับงานที่จำเลยไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจเป็นได้ว่างานนั้นไม่ใช่งานลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่เป็นงานที่ใครๆก็สามารถนำมาใช้ได้กันโดยทั่วไป หรือจำเลยเป็นผู้คิดผู้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมาเอง หรือเป็นกรณีที่จำเลยได้มีการขออนุญาตการใช้งานลิขสิทธิ์นั้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เป็นต้น โดยกรณีที่เห็นในชัดเจนส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมเพลงดนตรี กล่าวคือ สินค้าหรือสิ่งที่ใช้บรรจุเก็บเพลงไว้ เช่น ซีดี ในไฟล์คอมพิวเตอร์หนึ่งๆสามารถทำการบรรจุหรือเก็บเพลงได้ครั้งละทีมากๆ จึงทำให้บางกรณีอาจมีเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์รวมกับเพลงที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์รวมอยู่ด้วย แต่เมื่อมีการจัดจำหน่ายหรือขายสินค้านั้นไปราคาที่ทำการซื้อขายกันนั้นอาจเป็นราคาที่จำเลยเหมารวมไม่ได้แยกว่าเพลงแต่ละเพลงควรจะมีมูลค่าเป็นจำนวนเท่าใด และหากยิ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยนำเอาบางส่วนของท่อนเพลงหรือทำนองเพลงมาเท่านั้นมาก็จะทำให้ปัญหาการคำนวณผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้รับไปจริงจากการไปกระทำละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นยิ่งมีความยากขึ้นตามลำดับ

ดังนั้น เนื่องจากในทางปฏิบัติการกำหนดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ก่อให้เกิดปัญหาต่างๆขึ้นมากมาย ไม่ว่าจะเป็นวิธีการคำนวณผลกำไรว่าการหักค่าใช้จ่ายต่างๆบนยอดรายได้ทั้งหมดของจำเลยนั้นค่าใช้จ่ายแบบใดจึงจะ

สามารถนำมาหักออกได้ เพราะประเภทของค่าใช้จ่ายที่จำเลยอาจนำมาหักล้างจากกำไรที่จำเลยได้รับมานั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ว่าต้องเป็นค่าใช้จ่ายในลักษณะใดได้บ้าง เนื่องจากอาจเป็นไปได้ว่าลักษณะโดยธรรมชาติของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้นมีอยู่หลายประเภทและแต่ละประเภทก็มีลักษณะที่แตกต่างกันไป การจะกำหนดตายตัวว่าค่าใช้จ่ายใดบ้างที่สามารถนำมาหักได้ก็จะเป็นการกำหนดที่ไม่ยืดหยุ่นและแคบเกินไปซึ่งจากการวิเคราะห์ทั้งในความตกลง TRIPS และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาก็อาจเป็นได้ว่าต่างก็เล็งเห็นถึงปัญหาจุดนี้จึงปล่อยให้เป็นการใช้ดุลพินิจอำนาจของศาลในแต่ละคดีๆไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและเป็นการป้องกันปัญหาการตีความหากปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นมาว่ายังมีค่าใช้จ่ายอื่นๆที่นอกเหนือจากที่จำเลยจะต้องเสียไปจริงๆอีก ทั้งนี้ การที่ศาลจะกำหนดและอนุญาตให้นำค่าใช้จ่ายบางอย่างมาหักออกได้ จำเลยจะต้องนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานที่สามารถอ้างอิงได้มาแสดงให้ศาลเห็นและยอมรับว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเลยต้องเสียไปจริงๆด้วย อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกัน หากไม่ได้มีการกำหนดว่าค่าใช้จ่ายใดจะสามารถนำมาหักออกได้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินใจประกอบการพิจารณา ดังนั้น เมื่อกำไรเกิดจากปัจจัยต่างๆได้มากมายดังที่กล่าวมาข้างต้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างมากในการคิดการกำหนดสัดส่วนค่าเสียหายให้เหมาะสม เพราะในท้ายที่สุดกฎหมายได้กำหนดให้ศาลจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจเป็นผู้ตัดสินเองว่าส่วนไหนที่ต้องนำมารวมเป็นค่าเสียหายและส่วนไหนที่ต้องนำไปหักออก

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมีการกำหนดให้โจทก์สามารถเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไทยอย่างชัดเจนจะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีมาตรฐานสูงเกินไปกับสภาพของสังคมไทยในปัจจุบันหรือไม่ ซึ่งตามความตกลง TRIPS เองก็ไม่ได้บังคับว่าทุกประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม เพียงแต่กำหนดให้ไว้เป็นแนวทางการเลือกชดใช้เยียวยาได้ในอีกทางหนึ่ง ซึ่งแต่ละประเทศก็จะเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจเลือกเองว่าจะยอมรับตามข้อเสนอการกำหนดค่าเสียหายในลักษณะนี้หรือไม่ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าตามกฎหมายภาคพื้นยุโรปในปัจจุบันเองไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสเองต่างก็ยอมรับหลักการกำหนดค่าเสียหายที่ให้ศาลอาจพิจารณาผลกำไรที่โจทก์ไม่ได้รับและผลกำไรอย่างไม่เป็นธรรมที่จำเลยได้รับซึ่งถือว่าเป็นวิธีการที่เป็นการเบี่ยงเบนออกจากแนวคิดพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทนที่มีขึ้นเพื่อเยียวยาชดใช้เต็มจำนวนตามกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไป อนึ่ง หากนำเรื่องผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้กับ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยก็คงต้องใช้เวลาเป็นอย่างมากที่จะสั่งสมแนวคำพิพากษาที่ศาลได้ตัดสินไว้ว่าสิ่งไหนบ้างที่ควรเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเลยสามารถนำมาหักออกได้และโจทก์เองก็อาจจะไม่เลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานนี้ก็เป็นไป เพราะเกรงว่าจะถูกจำกัดหรือถูกกำหนดค่าเสียหายให้ลดน้อยลงเนื่องจากกฎหมายได้เปิดโอกาสให้จำเลยสามารถนำสืบพิสูจน์เพื่อหักค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นได้

4. การมีสิทธิเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์อาจเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าของจำเลยได้

นอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ยังมีประเด็นปัญหาเรื่องของการคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์อาจมีความเกี่ยวโยงกับการเปิดเผยความลับทางการค้า กล่าวคือ หากในกรณีที่มีการเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยจะต้องพิจารณาจากยอดขายสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์งานของโจทก์ ซึ่งการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยนั้นโดยหลักโจทก์จะคิดคำนวณประมาณการณ์มาจากผลกำไรทั้งหมดของจำเลย โดยให้จำเลยสามารถพิสูจน์หักล้างว่ายอดขายหรือกำไรส่วนใดบ้างไม่ได้มาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ หรือบนฐานที่โจทก์เรียกค่าเสียหายจากจำเลยมานั้นส่วนหนึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับต้นทุนสินค้าของจำเลยเอง เช่น ค่าจ้างแรงงาน ค่าวัสดุอุปกรณ์ ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนจะต้องเป็นมูลค่าที่แท้จริงที่จำเลยต้องเสียไปไม่ใช่มูลค่าทางการตลาดของอัตราค่าจ้างแรงงาน วัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิตสินค้าและบริการ ซึ่งจากการให้สิทธิของจำเลยในการต่อสู้หักล้างว่าเงินจำนวนใดไม่ใช่เงินที่ได้จากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์นี้เองจึงอาจทำให้จำเลยต้องมีการเปิดเผย หรือใช้ข้อมูลหรือเอกสารต่างๆที่เป็นความลับทางการค้าของจำเลยโดยบังเอิญได้ เช่น ในการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อตรวจสอบว่าจำเลยขายสินค้าแล้วจะได้รับผลกำไรเท่าใดและขายให้กับใครไปบ้างก็อาจต้องนำเอาจำนวนลูกค้าที่เป็นลูกค้าของจำเลยมาเปิดเผยจึงอาจทำให้บัญชีรายชื่อลูกค้าพิเศษที่จำเลยมีการทำธุรกรรมด้วยต้องเปิดเผยออกมา หรือในกรณีข้อมูลอื่นๆที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับเพื่อไว้ใช้ประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์การคำนวณส่วนลดเงินคืน หรือการตกลงกันในเรื่องของราคาสินค้านั้นก็อาจต้องถูกเปิดเผยออกมาทั้งที่อาจเป็นข้อมูลของบริษัทจำเลยที่ต้องการเก็บรักษาไว้เป็นความลับเพื่อไม่ให้คู่แข่งทางการตลาดสามารถรับรู้ได้

4.1.2.5 ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์

สำหรับเรื่องค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ตาม**ความตกลง** TRIPS ไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่าโจทก์จะมีสิทธิเรียกได้ ส่วน**กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกา**นั้นก็ไม่มีบทมาตราที่กำหนดไว้ชัดเจน แต่จากการพิจารณาศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลที่ผ่านพบว่า ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์สามารถเรียกร้องได้ ทั้งนี้โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลได้เห็นว่าเป็นเพราะการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยจึงทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายชนิดนี้

สำหรับบทบัญญัติของ**พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทย**นั้นก็ไม่มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าโจทก์จะสามารถเรียกค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ดี ศาลไทยได้เคยวินิจฉัยตัดสินในประเด็นค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ว่า เงินที่โจทก์ต้องใช้ไปในด้านการโฆษณาประชาสัมพันธ์ถือเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อผลงานของโจทก์ ผลประโยชน์ที่เกิดจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์มีมากน้อยเพียงใดย่อมจะตกแก่โจทก์โดยตรง การที่จำเลยกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ก็ไม่มีผลกระทบถึงค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ของโจทก์แต่อย่างใด เพราะค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องจ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์เองจึงไม่ใช่เป็นเรื่องที่โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 64 ที่ถือว่าเป็นค่าเสียหายที่โจทก์จะมาเรียกร้องเอาจากจำเลยได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544 และคำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544)

วิเคราะห์ปัญหากรณีค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์

1. จำเลยเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์

การที่ศาลไทยได้เคยวินิจฉัยตีความว่าค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ใช่การสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ควรได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยทำให้ศาลไม่กำหนดค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์นั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544 “เงินที่โจทก์ต้องใช้ไปในด้าน

การโฆษณาประชาสัมพันธ์ภาพยนตร์พิพาทถือเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อผลงานของโจทก์ ผลประโยชน์ที่เกิดจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์มีมากน้อยเพียงใดย่อมจะตกแก่โจทก์โดยตรงการที่จำเลยกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ก็ไม่มีผลกระทบถึงค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ของโจทก์แต่อย่างใด เพราะค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องจ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์เองหาใช่เป็นเรื่องที่โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 64 ที่ถือว่าเป็นค่าเสียหายที่โจทก์จะมาเรียกร้องจากจำเลยได้ไม่...” เมื่อพิจารณาในทางกลับกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานใดๆก็ตามนอกจากสร้างประโยชน์โดยตรงให้แก่โจทก์แล้ว ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ยังได้สร้างประโยชน์ให้แก่จำเลยด้วยในขณะเดียวกัน กล่าวคือ ต้องยอมรับว่าเหตุผลส่วนหนึ่งที่ทำให้จำเลยเลือกหรือมีแรงจูงใจที่จะทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์ที่จะละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ก็เพราะงานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นมีชื่อเสียงดีเป็นที่นิยมและเป็นต้องการของประชาชนโดยทั่วไป จึงมีแนวโน้มและความเป็นไปได้ค่อนข้างมากว่างานที่เกิดจากละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นจะทำให้จำเลยได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไรจากการขายสินค้าได้เพิ่มมากขึ้นกว่างานที่ไม่ได้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ อย่างไรก็ตาม การที่โจทก์จะมีชื่อเสียงและมีค่านิยมที่ดี ได้รับความไว้วางใจจากบุคคลโดยทั่วไปได้ในทุกวันนี้ปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดผลเช่นนี้ก็ได้มาจากการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานลิขสิทธิ์ที่ต้องใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่มากกว่าที่จะมีการแพร่หลายและเข้าถึงไปยังกลุ่มประชาชนที่โจทก์ต้องการให้รับรู้ข่าวสารในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน การที่จำเลยอาศัยความมีชื่อเสียงของโจทก์มากระทำละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ถ้าหากโจทก์ได้มีการดำเนินการป้องกันค่านิยมแห่งธุรกิจ หรือที่จะปัดเป่าลบล้างความเสียหายที่ได้รับอยู่หรือซึ่งคุกคามต่อธุรกิจการค้านั้นเพื่อกอบกู้ชื่อเสียงและสถานะของกิจการให้กลับคืนดีดังเดิม เช่น ค่าใช้จ่ายในการบอกให้ลูกค้าได้ทราบ ค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ว่างานลิขสิทธิ์นั้นเป็นของโจทก์ ค่าใช้จ่ายที่ต้องเปลี่ยนแผนกลยุทธ์หรือกลวิธีในการนำเสนอไปยังตลาดผู้บริโภคแบบใหม่แทนแผนแบบเก่าที่ทำให้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น โจทก์ก็สมควรที่จะเรียกร้องค่าเสียหายเหล่านี้จากจำเลยได้

2. เกณฑ์ในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์

การที่ศาลวินิจฉัยตัดสินว่าเงินที่โจทก์ใช้ลงทุนในด้านการประชาสัมพันธ์เพื่อให้ผลงานลิขสิทธิ์ได้แพร่หลายเป็นที่รู้จักของประชาชนถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกจากจำเลยทั้ง

สองไม่ได้นั้นอาจเป็นเพราะข้อเท็จจริงในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544 นั้นโจทก์เพียงแต่เรียกค่าเสียหายจากการที่โจทก์ต้องใช้เงินลงทุนในด้านการประชาสัมพันธ์เพื่อให้ผลงานของโจทก์ได้แพร่หลายเป็นที่รู้จักของประชาชนรวมมากับค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าเป็นเงินจำนวนหนึ่ง แต่โจทก์ไม่ได้แยกแยะไว้โดยเฉพาะว่าค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโจทก์เสียหายเป็นจำนวนเงินเท่าใด โจทก์มีฐานการคำนวณค่าเสียหายนี้จากอะไร อีกทั้งไม่ได้อธิบายเหตุผลว่าทำไมโจทก์จึงจะสมควรได้รับค่าเสียหายประเภทนี้จากจำเลย อย่างไรก็ตาม การที่โจทก์ต้องนำสืบพิสูจน์เช่นนี้ย่อมเป็นความยุ่งยากของโจทก์ที่ต้องมาแยกแยะว่าค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นจำนวนเท่าใด เพราะลักษณะของค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์นั้นมีรายละเอียดที่ค่อนข้างมากและเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายคนหลายจำพวก เช่น กรณีการโฆษณาประชาสัมพันธ์เพลงๆหนึ่ง ช่องทางการโฆษณาประชาสัมพันธ์นั้นมีทั้งสื่อโทรทัศน์ วิทยุ อินเตอร์เน็ต การเดินทางไปจัดงานทั่วประเทศ ฯลฯ

อนึ่ง หากโจทก์มีการนำสืบพิสูจน์ว่าโจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์เพิ่มมากขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อปกป้องค่านิยมทางธุรกิจไม่ให้โจทก์ต้องสูญเสียส่วนแบ่งการตลาดที่ลดลงกว่าที่ควรจะเป็น หรือเพื่อป้องกันไม่ให้ประชาชนเข้าใจว่างานนี้เป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยอาจมีการแสดงพยานหลักฐานจำนวนเงินที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้และมีการเปรียบเทียบบัญชีก่อนและหลังการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานลิขสิทธิ์ของโจทก์เอง หรือแสดงรายได้รวมของจำเลยหลังจากที่โจทก์มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานลิขสิทธิ์ของโจทก์มากขึ้นว่าทำให้จำเลยได้รับประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นด้วย หรือแสดงพยานหลักฐานอื่นๆที่ทำให้ศาลได้เห็นว่าจำเลยอาศัยประโยชน์จากการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งประโยชน์ที่จำเลยได้รับนั้นควรจะเป็นของโจทก์ไม่ใช่ตกอยู่ที่จำเลย อย่างไรก็ตาม ไม่มีความแน่นอนว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์หรือไม่ เพราะยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินในประเด็นดังกล่าวไว้และศาลอาจเห็นว่าค่าใช้จ่ายการโฆษณาประชาสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนี้ยังคงเป็นไปเพื่อประโยชน์ของโจทก์เองอยู่เหมือนเดิม

4.1.2.6 ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ

สำหรับค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธินั้นเป็นค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่โจทก์ต้องเสียไปจากการติดตามและการบังคับตามสิทธิที่จำเลยได้กระทำละเมิดต่องานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นใน**ความตกลง**TRIPS ข้อ 45(2) ได้บัญญัติถึงค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่

เกิดขึ้นว่าให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าใช้จ่ายต่างๆซึ่งอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสมแก่ผู้ทรงสิทธิในกรณีที่เหมาะสม ดังนั้น ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามความตกลงTRIPS จึงไม่ได้บัญญัติในลักษณะบังคับให้ศาลต้องมีคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าธรรมเนียมทนายความหากแต่ให้ประเทศสมาชิกฯ พิจารณาตามความเหมาะสมในแต่ละกรณีๆไป อันเนื่องมาจากคดีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นอาจขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่แตกต่างกันไปหากบังคับให้ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เต็มตามจำนวนทุกครั้งไปแก่โจทก์อาจทำให้โจทก์ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่มากเกินไป ดังนั้น จึงต้องกำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตัดสินตามความเหมาะสม

ส่วน**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา**ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันเป็นการบังคับตามสิทธิในมาตรา 505[3] ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์ผู้ฟ้องร้องมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายอันเป็นการบังคับตามสิทธิจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยได้ โดยถือว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามสิทธิเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ตัวอย่างค่าใช้จ่าย เช่น ค่าธรรมเนียมการฟ้องร้อง ค่าธรรมเนียมพนักงานศาล ค่าสำเนาเอกสาร ค่าไปรษณีย์ เป็นต้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการนำสืบของฝ่ายโจทก์ แต่การกำหนดให้มากหรือน้อยนั้นศาลจะคำนึงถึงระดับความผิดและเหตุอันสมควรในการฟ้องร้องคดีของโจทก์เป็นหลักในการพิจารณา โดยกำหนดให้เป็นอำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลว่าจะกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่ผู้ชนะคดีหรือไม่อย่างไรตามความเหมาะสม ไม่ใช่ต้องกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์โดยอัตโนมัติแต่อย่างใด สำหรับค่าทนายความกฎหมายได้กำหนดให้ถือว่าค่าทนายความเป็นส่วนหนึ่งในค่าใช้จ่ายที่ใช้บังคับตามสิทธิของโจทก์ได้เช่นกัน ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาความสุจริตของโจทก์ในการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลเป็นเกณฑ์ ซึ่งถ้าหากการฟ้องคดีของโจทก์เป็นเรื่องที่ไม่มีมูลหรือแรงจูงใจในการฟ้องร้องคดีโดยไม่มีเหตุผลสมควร ศาลก็อาจปฏิเสธที่จะกำหนดค่าทนายความให้ ส่วนอัตราค่าทนายความจะเป็นเท่าไรนั้นต้องนำเอาพฤติการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นมาพิจารณาประกอบ เช่น ความมีชื่อเสียงของทนายความผู้นั้น ความยากง่ายของคดี ปริมาณงาน ผลสำเร็จที่ทำได้ โดยท้ายที่สุดอัตราค่าทนายความศาลจะกำหนดให้ตามความเหมาะสม ทั้งนี้ โจทก์จะมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิที่เกิดขึ้นเหล่านี้ได้ โจทก์ต้องนำงานลิขสิทธิ์ของตนไปจดทะเบียนลิขสิทธิ์เสียก่อนมิฉะนั้นโจทก์จะไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายส่วนนี้ได้

[3] The Copyright Act of 1976

เมื่อเปรียบเทียบกับ**พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทย**ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 64 เรื่องค่าใช้จ่ายไว้เช่นกัน แต่มาตราดังกล่าวเพียงกำหนดไว้ว่าให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ค่าใช้จ่ายนี้ไม่ได้รวมถึงค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการดำเนินคดี เพราะค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการดำเนินคดีศาลจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งโจทก์จะได้รับก็ต่อเมื่อเป็นฝ่ายชนะคดีแล้ว อย่างไรก็ตามค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิตามนัยของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มีการกำหนดขอบเขตไว้ค่อนข้างกว้างขวาง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องค่าใช้จ่ายว่าศาลได้ตัดสินว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นนั้นได้แก่รายการอะไรบ้าง และค่าใช้จ่ายใดที่โจทก์เรียกร้องมาแล้วศาลไม่กำหนดให้ ซึ่งจากที่ได้พิจารณาคำพิพากษาของศาลนั้นโจทก์มักจะเรียกค่าทนายความ ค่านักสืบ ค่ารางวัลนำจับ ค่าลงประกาศหนังสือพิมพ์ว่าตนเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ แต่การที่ศาลจะกำหนดให้หรือไม่มากน้อยเพียงใดศาลจะคำนึงว่าค่าใช้จ่ายที่โจทก์เรียกร้องมามีความจำเป็นในการบังคับสิทธิของโจทก์หรือไม่ จึงต้องขึ้นอยู่กับการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานของโจทก์เป็นสำคัญว่าสามารถนำสืบให้ศาลเห็นและน่าเชื่อถือเพียงใด

วิเคราะห์ปัญหาค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ

เมื่อกฎหมายลักษณะละเมิดมีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายในการกำหนดค่าเสียหายในจำนวนที่เท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่กฎหมายกลับไม่ได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการดำเนินคดีของผู้เสียหายหรือโจทก์เท่าที่ควร เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมานั้นพบว่าศาลได้กำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้โจทก์ก็จริงแต่ได้กำหนดไว้ในจำนวนค่อนข้างต่ำ ไม่ว่าจะเป็นค่าทนายความ ค่าเสียเวลา ค่าเสียโอกาสของผู้เสียหาย ทำให้เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและโจทก์ได้นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลถ้าค่าใช้จ่ายนั้นมากไปกว่าค่าเสียหายที่โจทก์จะได้รับเมื่อคดีเสร็จสิ้นลง โจทก์ก็ไม่จำเป็นต้องนำคดีมาฟ้องเพราะยิ่งจะทำให้สถานะของโจทก์แย่ยิ่งไปกว่าก่อนฟ้องคดี ทำให้ในท้ายที่สุดแล้วก็จะไม่มีผู้ใดคิดที่จะมาฟ้องร้อง ซึ่งผู้เขียนจะขอแยกวิเคราะห์ปัญหาดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. หลักเกณฑ์การพิสูจน์ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ

จากคำพิพากษาที่ผ่านมาพบว่าศาลจะกำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้แก่โจทก์น้อยกว่าที่โจทก์ได้เรียกร้องมาเสมอ ซึ่งจากการวิเคราะห์ศึกษาทั้งจากตัวบท

กฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติ มาตรา 64 คำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักกฎหมายแล้วนั้นพบว่า ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธินั้นไม่ได้อยู่ที่ตัวบทกฎหมายแต่อยู่ที่การแสดงบทบาทในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เสียมากกว่า กล่าวคือ การเรียกร้องค่าเสียหายของโจทก์ หรือทนายความโจทก์มิได้แสดงพยานหลักฐานประกอบการเรียกร้องว่าค่าใช้จ่ายแต่ละรายการว่ามีความจำเป็นต่อการบังคับสิทธิเช่นไรเพื่อให้ศาลเชื่อและกำหนดค่าเสียหายไปตามคำขอที่โจทก์เรียกร้องมาได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3072/2538 ที่ศาลวิจนิฉัยตัดสินไว้ว่า “....ที่โจทก์ขอมาสูงถึง 10,000,000 บาท นั้น โจทก์มีเพียงใบเสร็จรับเงินพร้อมสำเนาใบประกาศหนังสือพิมพ์จำนวน 3 ฉบับ ตามเอกสารหมาย จ. 219 แสดงว่าโจทก์เสียค่าใช้จ่ายในการประกาศหนังสือพิมพ์ดังกล่าวไป 106,000 บาท กับเชื่อได้ว่าโดยลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เช่นนั้นย่อมทำให้โจทก์เสียค่าใช้จ่ายในการจัดทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงให้แก่ลูกค้าของโจทก์โดยตรงอีกจำนวนหนึ่งด้วย จึงเห็นสมควรกำหนดให้จำเลยที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์เป็นเงิน 200,000 บาท” หรือตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 ที่ศาลเห็นว่า เพียงแค่ใบขอเบิกค่าใช้จ่ายโดยไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินตามใบขอเบิกดังกล่าวยังไม่ถือว่าค่าใช้จ่ายที่ปรากฏในใบขอเบิกเงินนั้นมีความจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธิ

ดังนั้น เมื่อค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทำให้โจทก์จะได้รับค่าเสียหายประเภทนี้มากน้อยเพียงใดหรือไม่ สิ่งสำคัญคือโจทก์จะต้องพยายามนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานของโจทก์ให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้เพื่อให้ศาลเห็นว่าตนเสียหายไปเท่านั้นจริง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมาตามที่ยกตัวอย่างไปข้างต้น โจทก์ก็ยังคงประสบกับปัญหาในประเด็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิอยู่ดีซึ่งนอกจากจะเป็นเพราะความผิดพลาดของโจทก์เองแล้วที่ไม่นำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานให้ชัดเจนตามข้อเรียกร้องของตนทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์สามารถควบคุมดูแลได้เองโดยตรงแล้ว ยังต้องยอมรับว่าการที่โจทก์ไม่อาจนำเอาพยานหลักฐานแต่ละรายการมาชี้แจงให้ศาลได้พิจารณานั้นเป็นเพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่มีหลักเกณฑ์ย่อยที่กำหนดแนวทาง หรือแสดงตัวอย่างว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิที่โจทก์จะสามารถมีสิทธิเรียกได้แก่อะไรหรือในกรณีตัวอย่างใดที่เรียกได้บ้าง ทั้งศาลเองก็ไม่ได้เสนอ หรือชี้แนะแนวทางว่าค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิตามที่โจทก์เรียกร้องมานั้นโจทก์ควรนำสืบความจำเป็นแต่ละรายการเหล่านั้นอย่างไร

เพียงแต่ระบุว่าโจทก์เรียกค่าเสียหายกรณีนี้มาสูงเกินไปศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายให้ตามที่โจทก์ได้เรียกร้องมาเท่านั้น

2. ข้อจำกัดในการกำหนดค่าทนายความ (Attorney' fees)

สำหรับการกำหนดค่าทนายความ (Attorney' fees) นั้นศาลไทยต้องกำหนดให้อยู่ภายใต้ตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตาราง 6 ซึ่งเกี่ยวกับการกำหนดค่าทนายความ เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ไม่ได้มีบทบัญญัติถึงอัตราค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมศาล ค่าฤชาธรรมเนียมไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในมาตรา 45 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดอนุญาตให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการพิจารณาพิพากษาและการชี้ขาดตัดสินคดีในชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกามาใช้บังคับแก่การพิจารณาพิพากษาและการชี้ขาดตัดสินคดีทรัพย์สินทางปัญญาโดยอนุโลม ดังนั้นศาลจึงสามารถจำเอาอัตราค่าทนายความที่ปรากฏอยู่ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในตารางกฎกระทรวงและประกาศกระทรวง ตาราง 6 มาปรับใช้ได้กับการพิจารณาค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิในส่วนที่เป็นการกำหนดค่าทนายความ ซึ่งตามตารางดังกล่าวศาลไทยจะต้องกำหนดให้ค่าทนายความอยู่ในอัตราที่เหมาะสมระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงดังที่ระบุไว้ในตาราง ทั้งนี้ ศาลไทยไม่สามารถกำหนดให้มากไปกว่าหรือน้อยไปกว่าที่ได้บัญญัติได้ กล่าวคือ กฎหมายไม่อนุญาตให้ศาลกำหนดค่าทนายความเกินไปกว่าอัตราขั้นสูง (ร้อยละห้าของจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้อง) แต่ต้องไม่ต่ำกว่าคดีละสามพันบาท การกำหนดค่าทนายความที่คู่ความฝ่ายที่ต้องรับผิดจ่ายให้แก่ผู้ชนะคดีนั้นให้ศาลพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น แม้ว่าปัจจุบันศาลจะมีแนวโน้มกำหนดค่าทนายความไว้สูงกว่าอดีตก็ตาม อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายกำหนดอัตราค่าทนายความให้มีอัตราขั้นสูงไว้เช่นนี้ย่อมเป็นการจำกัดขอบเขตการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้ได้และในความเป็นจริงแทบจะไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมทนายความตามที่ผู้เสียหายได้จ่ายจริงหรือตามที่ได้เรียกร้องเลยประกอบกับศาลไทยได้นำเอาเอาค่าทนายความมาผูกติดและมีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ ถ้าหากศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับค่าเสียหายที่พอกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ค่าทนายความที่ศาลจะให้แก่โจทก์ก็จะลดลงด้วย ซึ่งตัวผู้เขียนเองไม่เห็นด้วยที่ต้องนำเอาค่าเสียหายที่แท้จริงมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าใช้จ่ายที่จำเป็นสมควรในการบังคับสิทธิ เพราะค่าใช้จ่ายที่จำเป็นสมควรในการบังคับสิทธิเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น

หลังจากที่จำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์และโจทก์ได้รับความเสียหายไปแล้วซึ่งโจทก์ต้องเสียไปจริง โจทก์สมควรที่จะสามารถเรียกค่าใช้จ่ายอันเกิดจากละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทุกกรณี

4.2 ปัญหาหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งแม้จะไม่มีรูปร่างแต่ก็มีราคาและสามารถถือเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 ที่บัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มี รูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” การละเมิดลิขสิทธิ์จึงเป็นการกระทำต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Right) การคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงควรเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นการละเมิดที่กระทบต่อเศรษฐกิจของสังคมส่วนร่วมได้ ซึ่งในต่างประเทศและเวทีระหว่างประเทศก็ถือว่าปัญหาเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นหนึ่งในปัญหาที่สำคัญ ประเทศไทยเราก็เล็งเห็นถึงความสำคัญของการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกันเห็นได้จากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 เรื่องการเรียกค่าเสียหายลิขสิทธิ์ทางแพ่งที่กำหนดให้การเรียกค่าเสียหายมีความแตกต่างจากการเรียกค่าเสียหายกรณีทั่วไปตามมาตรา 438 อยู่หลายประการด้วยกันเพื่อเป็นการบรรเทาภาระให้แก่โจทก์ในการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานได้อีกทางหนึ่ง กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหาย โดยให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควรโดยต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไปที่ไม่มีการกำหนดไว้เช่นนี้เพียงแต่บัญญัติไว้อย่างกว้างขวางให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเท่านั้น

การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 มีการวางหลักเกณฑ์และแนวทางให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายไว้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ย่อมส่งผลดีต่อโจทก์ที่จะไม่ถูกจำกัดลักษณะของค่าเสียหายที่ตนเรียกร้องมาได้ แต่ในทางกลับกัน การกำหนดในลักษณะเช่นนี้โดยที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ย่อยลงมาหรือการออกแนวทางการตีความกฎหมายเพื่อใช้เป็นมาตรฐานในการแยกแยะประเภทของค่าเสียหายที่ชัดเจนว่า “ค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควร” โดยคำนึงถึง “ความร้ายแรงของความเสียหาย” “การสูญเสียประโยชน์” และ “ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับ

สิทธิ” ควรมีลักษณะหรือความหมายของค่าเสียหายเป็นเช่นไรได้บ้าง ก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมา ตัวอย่างเช่น ความหมายของคำว่าการสูญเสียประโยชน์รวมถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นหรือไม่ ค่าเสียหายสืบเนื่องจากการกระทำละเมิดของจำเลยเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิหรือไม่ เช่น ค่าใช้จ่ายในการตรวจจับ หรือค่าตรวจสอบการกระทำที่ผิดกฎหมายลิขสิทธิ์โจทก์จะมีสิทธิได้รับการเยียวยาหรือไม่ ซึ่งความเสียหายที่โจทก์ได้รับจะสามารถครอบคลุมถึงจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาต่อเนื่องมาถึงศาลว่าศาลควรจะต้องคำนึงถึงปัจจัยใดเป็นปัจจัยสำคัญที่ควรคำนึงถึง เช่น ฐานะของโจทก์และจำเลย ลักษณะการกระทำความผิดว่ามีจุดประสงค์เป็นการแสวงหาผลกำไรหรือก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าในตลาดหรือไม่ รูปแบบการทำละเมิดเป็นการละเมิดขั้นต้นหรือขั้นรอง จำนวนของความเสียหาย เป็นต้น ปัญหาดังกล่าวเหล่านี้จึงย่อมก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้ใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ปัญหาความหลากหลายของการละเมิดงานลิขสิทธิ์อาจทำให้โจทก์หรือผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าควรต้องใช้หลักเกณฑ์การคำนวณค่าเสียหายอย่างไร หรือต้องอาศัยพยานหลักฐานใดที่จะมีคุณค่าพอที่ศาลจะเชื่อถือและรับฟังเพื่อทำให้ศาลได้เห็นถึงจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ตนได้รับตามที่ได้เรียกร้องมาในคำฟ้อง ส่งผลให้โจทก์หรือผู้เสียหายมักจะเรียกร้องค่าเสียหายต่างๆมาไม่ถูกต้องและทำให้ศาลไม่กำหนดค่าเสียหายตามที่เรียกร้องมาให้ ซึ่งปรากฏให้เห็นอยู่เสมอตามคำพิพากษา ทั้งนี้ผู้เขียนจะอธิบายวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป โดยผู้เขียนจะแยกปัญหาเป็นสามหัวข้อใหญ่เพื่อให้ง่ายแก่การพิจารณาศึกษา คือ ปัญหาการปรับใช้ถ้อยคำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 , ปัญหาการพิจารณาหลักเกณฑ์ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ และปัญหากรณีค่าปรับกึ่งหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับมีจำนวนเกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง

4.2.1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของถ้อยคำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 แม้ว่าจะมีการกำหนดกรณีค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นกรณีเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไปก็ตามแต่ในบางถ้อยคำของพระราชบัญญัติฉบับยังมีบางส่วนที่ยังไม่ชัดเจนและก่อให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยผู้เขียนจะแยกพิจารณาดังนี้

4.2.1.1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้คำว่า “ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย” ในมาตรา 64

การที่กฎหมายได้กำหนดว่าศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายนั้น ความเสียหายที่ว่านี้ คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์ใดๆจากการใช้งานลิขสิทธิ์ที่โจทก์ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเกิดขึ้น จึงพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายอย่างใดๆก็ได้เพียงแต่ต้องเป็นความเสียหายจากการที่จำเลยได้กระทำละเมิดต่องานลิขสิทธิ์ของโจทก์ก็พอ อย่างไรก็ตาม ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะพบว่าในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดนิยามของคำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” ไว้แต่อย่างใด อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความร้ายแรงของความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ไม่พบว่าศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการตีความความหมายของคำดังกล่าวไว้เช่นกัน จึงอาจมีความเป็นไปได้ที่ศาลจะใช้หลักกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ประกอบการตีความ

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ได้กำหนดเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายคดีละเมิดว่า “**ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด**” ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 9523/2544 ศาลได้วินิจฉัยว่า “เมื่อโจทก์ออกจากการเป็นลูกจ้างจำเลยและไม่ประสงค์จะอนุญาตให้จำเลยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต่อไป โจทก์ก็ย่อมมีสิทธิทวงถามให้จำเลยคืนโปรแกรมคอมพิวเตอร์พิพาทแก่โจทก์ได้ แต่จำเลยไม่ยอมคืนให้และยังใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ต่อไปอันมีลักษณะเป็นการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของโจทก์โดยมิชอบ ย่อมทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย กรณีถือได้ว่าจำเลยได้ทำละเมิดต่อโจทก์ และศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438” ซึ่งได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาโดย***ท่านอาจารย์วัส ติงสมิตร*** ได้ให้ความเห็นว่า “สิ่งที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งจากคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ คือ ศาลฎีกากำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดของจำเลยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 แสดงว่าการกระทำของจำเลยที่ไม่คืนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้โจทก์นั้น เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของโจทก์ ไม่ใช่การละเมิด

ลิขสิทธิ์ เนื่องจากจำเลยไม่ได้ทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิแต่ผู้เดียวของโจทก์ หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หาใช่กำหนดค่าเสียหายตามความร้ายแรงแห่งการทำละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ไม่"

จากความเห็นหมายเหตุท้ายฎีกาดังกล่าวจึงเป็นการสนับสนุนว่ากรณีที่ครบองค์ประกอบเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นเรียกค่าเสียหายกันนั้นจะต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่ได้กำหนดเรื่องค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะแล้วและทำให้กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ศาลไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาถึงพฤติการณ์การกระทำละเมิดของจำเลยว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่อย่างไรเพื่อมาพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เนื่องจากตามหลักกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไปมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายได้กำหนดวางหลักไว้ว่าเมื่อโจทก์พิสูจน์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดแล้ว ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเพื่อกำหนดจำนวนค่าเสียหายโดยมีกรอบการพิจารณาจากพฤติการณ์ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นการกระทำต่างๆของผู้กระทำละเมิดว่าเป็นไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เช่น ถ้าจำเลยได้กระทำละเมิดด้วยความจงใจ จำเลยจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายมากกว่าการที่จำเลยกระทำไปโดยความประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้อาจพิจารณาว่าจำเลยเป็นผู้ลงมือกระทำด้วยตนเองหรือเป็นเพียงผู้สนับสนุนให้มีการกระทำละเมิด รวมทั้งพิจารณาถึงฐานะทางการเงินและฐานะทางสังคมของโจทก์ด้วย ซึ่งเมื่อนำกฎหมายละเมิดทั่วไปมาเปรียบเทียบกับ**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา** เห็นได้มีความแตกต่างตรงที่ศาลนั้นจะนำเอาเรื่องลักษณะและพฤติการณ์การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยว่าสุจริตหรือไม่มาประกอบการพิจารณาเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่โจทก์ด้วย แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม กล่าวคือ หากจำเลยกระทำละเมิดโดยสุจริต ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาก็ยังคงบัญญัติให้จำเลยต้องรับผิดโดยการชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์อยู่ดีนอกเหนือไปจากการเยียวยาในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่เป็นตัวเงิน เช่น คำสั่งห้ามกระทำการ (Injuntion) คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คำสั่งให้ริบหรืออายัดทรัพย์ โดยเป็นค่าเสียหายที่เรียกว่า "ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด" (Statutory Damages) ซึ่งศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายในอัตราที่ต่ำที่สุดที่กฎหมาย

กำหนดได้ แต่ศาลจะไม่สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ ดังนั้น บทบัญญัติเรื่องความรับผิดชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยในกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาจึงเป็นการบัญญัติความรับผิดในลักษณะของความรับผิดเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ความผิดของจำเลยจะเป็นสิ่งที่นำมาจำกัดขอบเขตค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปเป็นการพิจารณาความร้ายแรงแห่งละเมิดโดยแตกต่างจากการกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์จะพิจารณาเพียงแต่ความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น การพิจารณาเพียงแค่ความร้ายแรงของความเสียหายย่อมส่งผลดีในเรื่องของภาระการพิสูจน์ของโจทก์ เพราะทำให้โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ยกเว้นเป็นกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองที่ต้องพิสูจน์ให้ได้เสียก่อนว่าจำเลยรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จึงจะทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2000/2543 ที่ศาลวินิจฉัยตัดสินว่า “เมื่อปรากฏว่าจำเลยรับซื้อลูกโป่งจากบุคคลอื่นมาบรรจุแผงขาย เจ้าพนักงานตำรวจค้นและแยกลูกโป่งออกจากกันแล้วพบว่ามีลูกโป่งที่มีภาพการ์ตูนหมีพูห์ที่คล้ายภาพหมีพูห์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายได้เพียง 4,435 ใบจากจำนวนลูกโป่งทั้งหมดเกือบ 1,000,000 ใบ ซึ่งมีภาพการ์ตูนสัตว์หลายประเภทปะปนกันนับว่าเป็นจำนวนน้อยมาก ข้อเท็จจริงมีน้ำหนักและเหตุผลให้เชื่อได้ดังที่จำเลยนำสืบว่าจำเลยสั่งซื้อลูกโป่งมาขายแก่ลูกค้าโดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับภาพพิมพ์บนลูกโป่งว่าจะเป็นภาพใดแต่เน้นที่สีของลูกโป่ง เนื้อของลูกโป่งความยืดหยุ่น และลูกโป่งที่ไม่รั่วเท่านั้น โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานใดมานำสืบให้ฟังได้ว่า ภาพหมีพูห์บนลูกโป่งของกลางคือภาพที่ได้ทำขึ้นโดยมิได้มีการริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง แต่เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย แม้จะฟังว่าภาพการ์ตูนหมีพูห์บนลูกโป่งของกลางได้มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพพิมพ์หมีพูห์ของผู้เสียหาย แต่พยานหลักฐานเท่าที่โจทก์นำสืบมายังไม่พอให้ฟังได้ว่า จำเลยรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานภาพพิมพ์บนลูกโป่งของกลางนั้นได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพพิมพ์รูปหมีพูห์ของผู้เสียหาย แล้วจำเลยยังนำลูกโป่งที่มีภาพพิมพ์นั้นออกขายแก่ลูกค้าทั่วไป จำเลยจึงยังไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 31 และมาตรา 70 วรรคสอง”

อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายจากความร้ายแรงของความเสียหายก็อาจก่อให้เกิดผลร้ายต่อจำเลยกรณีจำเลยไม่ได้ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหายแต่ผลปรากฏว่าได้เกิดและสร้างความเสียหายไว้มากทำให้ไม่ว่าผู้กระทำละเมิดจะกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงสักเพียงก็ตามก็อาจจะทำให้จำเลยต้องรับผิดในจำนวนค่าเสียหายเดียวกันก็ได้ เพราะตามกฎหมายลิขสิทธิ์มาตรา 64 กำหนดให้ศาลคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายเท่านั้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในแง่ของพฤติการณ์ของจำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

4.2.1.2 ปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้คำว่า “ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงการสูญเสียประโยชน์” ในมาตรา 64”

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 การกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร หมายถึง การกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งความเสียหายที่แท้จริงกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือการสูญเสียประโยชน์ใดๆที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ทั้งนี้ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงไม่ได้ เพราะเมื่อถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 420 ทำให้การกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรกรณีละเมิดลิขสิทธิ์จึงต้องยึดหลักการให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไป กล่าวคือ การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปตามหลักการเยียวชดใช้แบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) เพราะประเทศไทยของเรานั้นได้ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล (Civil Law) ซึ่งมีแนวคิดเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดว่าต้องเป็นไปเพื่อเยียวยาชดใช้ให้ผู้ถูกละเมิดกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนกับความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้นเลยและความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องแน่นอนเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดและไม่ไกลกว่าเหตุ แต่ความเสียหายที่เกิดนั้นผู้เสียหายไม่จำต้องคาดหมายเหมือนอย่างกรณีผิดสัญญาแต่อย่างใดเพราะการละเมิดไม่อาจที่จะทราบได้ล่วงหน้า

ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายสูงสุดที่ศาลจะพึงให้ผู้กระทำละเมิดชำระได้นั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่แท้จริงที่ไม่เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เพราะระบบกฎหมายตามแนวคิด Civil law นี้ไม่ต้องการให้การชดใช้ค่าเสียหายของผู้กระทำละเมิดนั้นเป็นแหล่งแสวงหา การสร้างผลกำไร หรือประโยชน์ที่เกินควรให้แก่ผู้เสียหาย ศาลจึงจะกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษในทางแพ่งไม่ได้ อนึ่ง การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

มาตรา 64 กำหนดขอบเขตการกำหนดค่าเสียหายลิขสิทธิ์ว่าจะต้องเป็นจำนวนที่ศาลเห็นสมควรนี้ ย่อมวิเคราะห์ได้ว่า ประเภทค่าเสียหายที่โจทก์จะมีสิทธิเรียกร้องจากจำเลยได้นั้นจะต้องเป็นความสูญเสียที่โจทก์ได้รับจริงซึ่งอาจจะมีลักษณะคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ ขาดกำไร ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ หรือความเสียหายที่ไม่ได้มีลักษณะอันมิใช่ตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา**พบว่า ไม่มีบทนิยามในกฎหมายบัญญัติว่าความเสียหายที่แท้จริงมีความหมายหรือลักษณะเป็นเช่นไร จึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายละเมิดทั่วไป ดังนั้น ค่าเสียหายที่แท้จริง คือ มูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไป และตามแนวคำพิพากษาถ้าเป็นค่าเสียหายที่มิใช่ผลโดยตรงแต่ไม่ไกลกว่าเหตุและโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ ศาลก็อาจอนุญาตให้โจทก์ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ได้เช่นกัน ซึ่งในส่วนใหญ่แล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นก็มักปรากฏในลักษณะของผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไป ซึ่งการคำนวณค่าเสียหายจะทำโดยการเปรียบเทียบต้นทุน ราคาตลาด รายได้ที่คาดไว้และผลจากการขาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายไว้อย่างชัดเจนกว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทย กล่าวคือ นอกจากจะกำหนดให้โจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับแล้ว กฎหมายยังได้กำหนดให้โจทก์อาจเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือโจทก์อาจเลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ การที่บทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดค่าเสียหายไว้โดยเฉพาะชัดเจนและแตกต่างจากการละเมิดโดยทั่วไปนี้จึงทำให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่มีจำนวนค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริงได้ หรือกำหนดในลักษณะเป็นการลงโทษจำเลยเพิ่มเติมไปจากค่าเสียหายที่แท้จริงได้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยรู้หรือควรรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นหรือการกระทำของจำเลยทำให้จำเลยได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมูลค่ามหาศาล

ประเด็นปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าการกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงการสูญเสียประโยชน์ในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไทยนั้นมีความเหมาะสมต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและมีประสิทธิภาพเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายแล้วหรือไม่ เนื่องจากในบางกรณีหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยมีเจตนาในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ หรือการกระทำละเมิดของจำเลยนั้นไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นใดๆเลยโดยคำนึงถึงแต่เพียง

ผลประโยชน์ที่ตนเองจะได้รับเท่านั้น เช่น โจทก์ได้มีจดหมายเตือนไปยังจำเลยแล้วว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ แต่จำเลยก็มิได้สนใจและเพิกเฉยต่อคำเตือนนั้น ไม่ว่าจะเป็นเพราะการละเลยไม่คิดจะตรวจสอบว่าคำเตือนของโจทก์เป็นเรื่องจริงหรือไม่ หรือเป็นเพราะจำเลยไม่ได้เกรงกลัวว่าตนอาจจะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายก็ตาม แต่ศาลก็คงได้แต่เพียงกำหนดค่าเสียหายโดยมองไปที่ฝ่ายโจทก์ว่าโจทก์เกิดความเสียหายไปอย่างไร เท่าไรบ้างและกำหนดค่าเสียหายไปตามนั้น ศาลไม่สามารถกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษจำเลยให้หลาบจำหรือเข็ดหลาบได้แต่อย่างใด ทั้งๆที่ในปัจจุบันสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจมีความเปลี่ยนแปลงตลอดไปจนถึงการพัฒนาทางวิทยาการทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นมากมาย การละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจจึงเป็นสิ่งที่น่าดึงดูดในการลงทุนทางเศรษฐกิจและให้ผลประโยชน์ที่คุ้มค่ามากกว่าความเสี่ยงที่ได้รับจากการกระทำผิดกฎหมาย เพราะผู้ละเมิดมีความรู้ความเชี่ยวชาญอาศัยทั้งเทคโนโลยีและช่องว่างทางกฎหมายมาใช้ละเมิดงานลิขสิทธิ์ อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีและระยะเวลาที่ตนต้องเสียไปซึ่งถือเป็นต้นทุนทางธุรกิจอย่างหนึ่งหากเมื่อโจทก์ชั่งน้ำหนักแล้วอาจได้ไม่คุ้มเสียหากเลือกที่เรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งโดยเฉพาะกรณีที่ยากแก่การนำสืบพิสูจน์ว่าโจทก์เสียหายเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใดซึ่งอย่างมากที่สุดศาลก็จะเพียงกำหนดค่าเสียหายเพียงเล็กน้อย หรือกำหนดค่าเสียหายให้โดยประมาณเป็นเงินจำนวนหนึ่งเท่านั้นเพื่อแสดงให้เห็นว่าโจทก์ได้ถูกละเมิดงานลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายได้กำหนดขึ้นมารับรองและคุ้มครองถึงความมีอยู่ของสิทธิดังกล่าวนั้น

ดังนั้น บทบัญญัติในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายจะมีลักษณะเป็นเช่นไร ครอบคลุมถึงค่าเสียหายประเภทใดบ้างเพื่อให้ศาลนำไปกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ต่อไปนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญและมีผลต่อการสร้างแรงจูงใจเป็นอย่างมากตามหลักแนวคิดของทางเศรษฐศาสตร์ว่า โจทก์จะเลือกใช้สิทธิทางแพ่งฟ้องจำเลยและจำเลยเลือกที่จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์หรือไม่ การที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ว่าให้โจทก์ได้รับเฉพาะค่าเสียหายที่แท้จริงแต่เพียงอย่างเดียวจึงอาจเป็นการไม่เพียงพอที่จะเป็นการยับยั้งป้องกันไม่ให้จำเลยกระทำละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ขึ้นซ้ำอีกได้

4.2.2 ปัญหาค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับกรณีที่มีการฟ้องคดีอาญา

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นเมื่อโจทก์ได้มีการดำเนินคดีอาญาและหากศาลได้มีการกำหนดให้จำเลยต้องชำระค่าปรับจากการที่จำเลยกระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์

ของโจทก์แล้วตามมาตรา 76 ได้กำหนดให้ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่งตกแก่โจทก์ จึงอาจกล่าวได้ว่าค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่งเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันได้มีบทบัญญัติเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะแล้วจึงน่าพิจารณาว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับจำนวนค่าปรับกึ่งหนึ่งนั้นควรจะนำมาใช้กับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ต่อไปอีกหรือไม่ เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องค่าปรับขึ้นเป็นเพราะเพื่อแก้ไขปัญหาภาระการพิสูจน์ในการเรียกร้องจำนวนค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่อาจพิสูจน์ได้โดยยาก ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอแยกวิเคราะห์ปัญหาเป็นสองกรณี ดังนี้

4.2.2.1 ปัญหาทางทฤษฎีในเรื่องการปะปนกันระหว่างกฎหมายทางแพ่งและกฎหมายทางอาญา

โดยหลักเกณฑ์ของค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับจากการดำเนินคดีอาญานั้นจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่จำเลยและจะเป็นการถูกต้องตามหลักการทฤษฎีของการกำหนดค่าปรับในคดีอาญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษหรือไม่ เพราะการลงโทษจำเลยมากน้อยเพียงใดย่อมต้องขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำผิดและพฤติการณ์ของคดีที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นไปตามหลักการของอาชญวิทยาและทัณฑวิทยาที่มุ่งเพ่งเล็งไปที่ผู้กระทำละเมิดเป็นสำคัญ ซึ่งมีลักษณะความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์กฎหมายไทยสมัยก่อนในเรื่อง “สินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง” แต่สำหรับกฎหมายแพ่งนั้นวัตถุประสงค์ก็เพื่อชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายทำให้การกำหนดค่าเสียหายจึงต้องพิจารณาความเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นสำคัญ โดยเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายของ**กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา**จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่อดีตจนถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 มีการกำหนดค่าเสียหายให้ค่าปรับกึ่งหนึ่งตกแก่รัฐและอีกกึ่งหนึ่งตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเหมือนกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามปัจจุบันกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกเลิกหลักเกณฑ์ที่กำหนดค่าปรับกึ่งหนึ่งให้แก่รัฐไปแล้วและในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นนั้นโจทก์มักจะดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งเสียเป็นส่วนใหญ่มากกว่าการดำเนินคดีทางอาญา กล่าวคือ โจทก์จะดำเนินคดีทางอาญาเฉพาะกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดใหญ่กระทบต่อความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยส่วนรวม เพราะการดำเนินคดีทางอาญาจะมีปัญหาเรื่องของภาระการพิสูจน์ที่สูงกว่าประกอบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 506 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า การดำเนินคดีอาญาต่อจำเลยนั้นจะต้องได้ความว่าเป็นกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้กระทำละเมิดโดยความจงใจและมี

วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ที่เกี่ยวกับทางการค้าเท่านั้นโจทก์จึงจะสามารถมาฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้

4.2.2.2 ปัญหาค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับอาจมากกว่าจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง

เมื่อค่าปรับกึ่งหนึ่งจะต้องถูกนำมาแบ่งให้กับโจทก์กึ่งหนึ่งเสมอโดยมีวัตถุประสงค์ในการทำให้คดีนั้นเสร็จกันไปอย่างรวดเร็วไม่ต้องยุ่งยากฟ้องกันหลายคดีและการกำหนดค่าเสียหายจากค่าปรับเช่นนี้จะเป็นการเยียวยาชดใช้ความเสียหายให้แก่โจทก์ได้ด้วย เพราะนอกจากโจทก์จะได้รับค่าเสียหายที่มาจากค่าปรับกึ่งหนึ่งจากการฟ้องเป็นคดีอาญาแล้ว เมื่อการฟ้องคดีอาญามีการใช้อำนาจของรัฐมาบังคับจึงมีผลทำให้จำเลยเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำขึ้นอีกจึงเป็นการป้องปรามการกระทำละเมิดในอีกทางหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาเกิดขึ้นได้ว่าค่าปรับที่ศาลกำหนดให้โจทก์กึ่งหนึ่งจะมีจำนวนที่มากเกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับจากการที่จำเลยละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่จำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริตไม่ได้มีเจตนาหรือตั้งใจที่จะใช้สิทธิก้าวล้ำลงไปในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตัวอย่างเช่น จำเลยได้ว่าจ้างให้บุคคลภายนอกออกแบบสินค้าให้แก่ตนโดยสุจริต แต่ผู้ออกแบบกลับนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาใช้เป็นส่วนหนึ่งในลวดลายของงานที่จำเลยได้ว่าจ้างให้ผู้ออกแบบได้สร้างสรรค์ขึ้นมาด้วย หรือในกรณีที่จำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนในจำนวนไม่มากซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายเพียงจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น ตัวอย่างเช่น จำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการขายและจำหน่ายเผยแพร่ซีดีที่ละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจพบของกลางเป็นแผ่นซีดีที่ละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน 20 แผ่น คิดเป็นเงินจำนวนประมาณ 1,000 บาท ซึ่งเมื่อมีการดำเนินคดีทางอาญาโทษของค่าปรับที่กฎหมายกำหนดขั้นต่ำที่สุดคือ 50,000 บาท ตามมาตรา 70 วรรค 2[4] หากศาลนำค่าปรับกึ่งหนึ่งที่ได้ชำระตามคำพิพากษาให้แก่โจทก์ โจทก์จะได้รับเป็นเงินจำนวน 25,000 บาท เมื่อพิจารณาแล้วนั้นนับว่าเป็นจำนวนเงินค่าเสียหายที่สูงเกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับถึง 25 เท่า ซึ่งย่อมไม่ถูกต้อง

[4] **พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 70** "ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

สอดคล้องตามหลักการเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดที่มีขึ้นเพื่อเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่โจทก์ได้รับเท่านั้น โจทก์ไม่ควรที่จะได้รับค่าเสียหายเกินไปกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้ยังส่งผลเป็นการจูงใจให้ให้ผู้เสียหายมุ่งดำเนินคดีอาญาแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งที่การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องของเศรษฐกิจในสิทธิทางเอกชนดังที่อารัมภบทของข้อตกลง TRIPS ได้กล่าวไว้ว่า “Recognizing that intellectual property rights are private rights” ดังนั้น การลงโทษเพื่อชดใช้ความเสียหายจึงควรเป็นเรื่องของแนวคิดการรักษาสิทธิในทางแพ่งโดยการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งเสียมากกว่า โจทก์หรือเจ้าของสิทธิจึงสมควรต้องฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งกันเอง

4.3 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

การใช้ดุลพินิจของศาลถือว่าเป็นเรื่องมีความสำคัญอย่างยิ่งเรื่องหนึ่งเพราะการใช้ดุลพินิจของศาลนี้ย่อมไปกระทบต่อสิทธิหน้าที่ความรับผิด ทรัพย์สินของคู่ความ ทั้งยังสามารถกระทบไปถึงเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมของประเทศด้วยซึ่งอาจจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งได้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่การใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาคดีจำเป็นต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและคดีต้องเสร็จเด็ดขาดไปอย่างรวดเร็วและเป็นธรรม

สำหรับบทบัญญัติมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เป็นอีกหนึ่งบทบัญญัติที่บ่งชี้ไว้อย่างชัดเจนว่าให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยได้วางกรอบการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ว่า “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 64 ที่กล่าวข้างต้นนั้น การที่กฎหมายได้วางกรอบหรือขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดผลดีต่อการตีความปรับใช้ให้สามารถครอบคลุมและมีความยืดหยุ่นกับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นได้ทุกกรณี ประกอบกับศาลจะนำเอาหลักการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายลักษณะละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 มาปรับใช้ในการวินิจฉัยประกอบเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายด้วยเพราะถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ก็เป็นการละเมิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งเช่นกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลแล้วนั้น พิจารณาได้ว่าศาลไม่ได้อธิบายและให้เหตุผลไปมากกว่าคำว่า “โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมา

สนับสนุนให้ชัดเจนแน่นอนว่าโจทก์เสียหายอย่างไร ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายกรณีนี้ให้” ซึ่งการให้เหตุผลดังนี้ย่อมก่อให้เกิดประเด็นโต้แย้ง ความสับสนต่อบุคคลที่จะมาฟ้องร้องต่อศาลว่าจะต้องเขียนบรรยายฟ้องและนำสืบพยานหลักฐานสำคัญประเภทใดจึงจะถูกต้องตามหลักวิธีการและมีผลทำให้ศาลยอมรับกำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่โจทก์ โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ดังต่อไปนี้

วิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

4.3.1 ศาลไม่ได้อธิบายเหตุผลอันเป็นที่มาของการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

จากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลไทยที่ผ่านนั้นพบว่าศาลไทยไม่ได้มีการแยกหรือจำแนกเป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปว่าการที่ศาลกำหนดค่าเสียหายให้นั้นได้แยกเป็นเงินกำไร ค่าขาดประโยชน์ ค่าใช้จ่ายต่างๆแต่ละรายการอย่างไร และคิดโดยคำนวณหรือใช้ฐานอย่างไร เพียงแต่ศาลจะกำหนดจำนวนเงินในฐานที่เป็นค่าเสียหายจำนวนหรือก้อนหนึ่งมาให้ซึ่งมีความหมายครอบคลุมเงินทั้งหมดที่โจทก์ได้เรียกร้องมา เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5469/2552 วินิจฉัยตัดสินว่า “จำเลยทั้งสองได้กระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ทำนองเพลง “สายชล” ของโจทก์ด้วยการทำซ้ำและดัดแปลง โดยจำเลยทั้งสองไม่ได้โต้แย้งคัดค้าน .....แม้งานดนตรีกรรมของโจทก์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญจะถูกนำไปใช้ แต่ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของภาพยนตร์ ทั้งการทำให้ปรากฏข้อความว่า นางสาวจันทนีย์ เป็นผู้ประพันธ์คำร้องและทำนองเพลง “สายชล” ยังไม่ถือว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาละเมิดสิทธิของโจทก์....เห็นสมควรกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ตามสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์….เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความเสียหายของโจทก์กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินการดังกล่าวตลอดจนค่าเสียหายที่ได้กำหนดให้แก่โจทก์แล้ว จึงเห็นควรไม่กำหนดให้จำเลยทั้งสองต้องดำเนินการต่างๆ อีกพิพากษากลับให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้ค่าเสียหายจำนวนเงิน 50,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินจำนวนดังกล่าว นับถัดจากวันฟ้อง (ฟ้องวันที่ 4 พฤษภาคม 2549) เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์”

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ยกขึ้นเป็นตัวอย่างนี้ ศาลยอมรับว่าจำเลยได้กระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของโจทก์จริงแต่เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยไม่ได้มีเจตนาละเมิดจึงได้กำหนดค่าเสียหายไว้น้อยกว่าค่าเสียหายที่โจทก์ได้เรียกร้องมา โดยการกำหนดค่าเสียหายของศาลนี้ศาลไม่ได้อธิบายว่าการนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial Part) ของเพลง “สายชล” ไปใช้ในภาพยนตร์เพียงบางส่วนมิใช่ทั้งหมดนี้ศาลคิดค่าเสียหายอย่างไรบนฐานอะไร ดังนั้น โดยทั่วไปจึงพบเห็นเสมอว่าในคำพิพากษาที่ศาลจะกำหนดว่า “...เห็นสมควรกำหนดค่าเสียหาย...บาท” และศาลก็มักจะมีการปรับลดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่โจทก์เรียกมาเสมอโดยศาลจะให้เหตุผลแต่เพียงว่า โจทก์เพียงนำสืบลอยๆ ว่า ได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวน...บาทโดยไม่ปรากฏว่าคำนวณมาเช่นใดและโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดมาสนับสนุน ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้หรือกำหนดให้เพียงเล็กน้อย

4.3.2 การต้องมีมาตรฐานระดับเดียวกันในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายของศาล

โดยหลักนั้นเมื่อศาลได้มีการวินิจฉัยตัดสินในคดีที่คล้ายกัน การเยียวยาชดใช้ความเสียหายก็ควรที่จะมีคล้ายคลึงกันด้วย อย่างไรก็ตาม จากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมานั้นเมื่อได้ความว่าเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความเสียหายเกิดขึ้นแม้ว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏจะมีความคล้ายคลึงกันแต่ศาลไทยกลับกำหนดค่าเสียหายบนฐานที่ต่างกัน จึงทำให้เกิดปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลที่ยังไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนว่า ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์อะไรในการเรียกค่าเสียหายและมีวิธีการคิดคำนวณค่าเสียหายอย่างไรกันแน่ ตัวอย่างเช่น กรณีการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของการขาดรายได้ในบางคดีนั้นศาลอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากรายได้ทั้งหมดที่ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ปรากฏให้เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 7807/2542 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า “ความเสียหายของโจทก์ที่ได้รับจากการกระทำของจำเลยโดยตรงที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ก็คงมีเฉพาะที่โจทก์ต้องขาดประโยชน์จากการที่จำเลยนำเทปเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ออกจำหน่ายอันอาจทำให้การจำหน่ายเทปเพลงของโจทก์ตกต่ำไป 175 ม้วน ซึ่งคิดเป็นเงินที่โจทก์จำหน่ายราคาม้วนละ 95 บาท เป็นเงิน 15,750 บาท”

ในทางกลับกัน ศาลในคดีอื่นที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันกลับไม่อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายโดยวิธีการคำนวณบนฐานของการขาดรายได้แต่เพียงอย่างเดียวแต่กำหนดให้ค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับต้องนำรายได้มาหักกับราคาต้นทุนเสียก่อน

ปรากฏให้เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2546 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า “ในราคาเทปเพลงแต่ละม้วนนั้นจะประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นต้นทุนการผลิตและส่วนที่เป็นผลกำไรซึ่งคำนวณได้จากส่วนต่างของต้นทุนในการผลิตและราคาจำหน่าย ความเสียหายจากการขาดรายได้ที่โจทก์จะได้รับเมื่อจำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำเทปเพลงที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ออกจำหน่าย ย่อมเป็นความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับผลกำไรจากการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออกจำหน่ายเท่านั้น หาใช่ความเสียหายที่คำนวณจากราคาจำหน่ายเทปเพลงซึ่งได้รวมต้นทุนการผลิตเอาไว้ด้วยแต่อย่างใดไม่”

4.3.3 ปัญหาการบริหารงานคดีในศาล

4.3.3.1 ความล่าช้าในการดำเนินคดี

หลังจากที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์และมีการดำเนินคดีฟ้องร้องกันในชั้นศาลแล้วศาลก็จะเข้ามาเป็นผู้มีบทบาทสำคัญที่ช่วยทำให้การดำเนินคดีไปต่อได้อย่างเป็นระบบตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น ตัดสินใจว่าควรจะเริ่มพิจารณาคดีเมื่อใด กำหนดวันพิจารณาคดีที่แน่นอน ทั้งนี้การละเมิดลิขสิทธิ์ทางแพ่งได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ส่วนในกรณีที่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติหรือข้อกำหนดกระบวนพิจารณาใดๆ ตามมาตรา 26 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามลำดับ

อย่างไรก็ตาม ปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นสำหรับปัญหาการบริหารงานคดีในศาล คือ จะพบว่าหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งรับฟ้องแล้ว ศาลก็จะมีการกำหนดนัดสืบพยานโจทก์และจำเลยซึ่งขั้นตอนในระยะเวลาดังกล่าวนี้จะขึ้นอยู่กับความยากง่ายของคดีว่าทั้งโจทก์และจำเลยต่างมีประเด็นในเรื่องคำร้องและคำให้การเป็นอย่างไร มีประเด็นข้อเรียกร้อง ข้อต่อสู้หลายประเด็นหลายข้อหรือไม่ การที่คดีละเมิดลิขสิทธิ์มีความยากในการพิจารณาคดีมากเท่าไรก็จะส่งผลทำให้คดีนั้นต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนานขึ้น เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของศาลนั้นนอกจากต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วศาลยังต้องฟังและพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทุกๆด้านอย่างถี่ถ้วนและละเอียด โดยเฉพาะหากในคดีที่มีการฟ้องร้องกันนั้นมีการนำวิทยาการ

เทคโนโลยีมาใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ และ/หรือมีบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำผิดมีจำนวนหลายคน เช่น มีผู้ผลิตและผู้ขายรายใหญ่ ผู้ขายรายย่อย ผู้ให้การสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งปัจจัยต่างๆเหล่านี้ย่อมส่งผลทำให้มีหลายประเด็น มีความซับซ้อนและยากมากยิ่งขึ้น

นอกจากเรื่องที่ปัจจุบันคดีลิขสิทธิ์เป็นคดีที่มีความยาก ความซับซ้อนในการนำสืบพิสูจน์จนทำให้ต้องเกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีแล้ว การพิจารณาคดีให้เสร็จไปโดยรวดเร็วจึงเป็นไปได้ยาก เห็นได้จากคำพิพากษาของคดีที่ผ่านมาต้องใช้เวลายาวนานเป็นปีกว่าคดีจะเสร็จสิ้นซึ่งย่อมส่งผลให้จำนวนปริมาณคดีในศาลมีอยู่เป็นจำนวนมาก อนึ่ง ผู้เขียนได้เข้าสัมภาษณ์ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คือ นางกรกันยา สุวรรณพาณิช[5] ซึ่งท่านมีความเห็นว่าปัญหาสำหรับกระบวนพิจารณาหลังจากที่มีการฟ้องร้องคดีมายังศาล คือ ความพร้อมในวันเวลาที่ไม่ตรงกันทั้งศาล คู่ความหรือตัวแทนฝ่ายโจทก์ จำเลย เนื่องจากโดยหลักศาลจะเป็นผู้กำหนดนัดวันเวลาพิจารณาคดีก่อนว่าศาลนั้นว่างวันใดซึ่งวันเวลาที่ศาลกำหนดนั้นก็อาจเป็นวันเวลาที่โจทก์หรือจำเลยไม่ว่างก็เป็นได้จนทำให้ต้องเลื่อนคดีไปอีก อีกทั้งปัจจุบันคู่ความฝ่ายโจทก์และจำเลยมักจะมีการว่าจ้างทนายความในสำนักงานที่มีชื่อเสียงในด้านทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะมาให้คำปรึกษาซึ่งบริษัทเหล่านั้นจะมีเพียงไม่กี่บริษัทจึงทำให้จำนวนคดีลิขสิทธิ์มากมายต่างไปกระจุก หรือรวมตัวอยู่กับบริษัทต่างๆนั้นจึงยิ่งทำให้กว่าที่จะมีทนายความที่จะว่างมาเตรียมคดีเพื่อทำการฟ้องร้องจริงๆก็จะถูกเลื่อนคดีไปอีก ตัวอย่างเช่น ในกรณีคดีลิขสิทธิ์ที่เป็นคดีใหญ่และยาก โดยปกติในเวลาตั้งแต่มีการฟ้องคดีจนถึงคดีเสร็จสิ้นนั้นกินเวลาประมาณสามเดือน หากเริ่มคดีในเดือนมกราคมคดีก็จะเสร็จในเดือนมีนาคม โดยศาลจะกำหนดให้ฝ่ายละ 10 นัดในการสืบพยาน อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วการฟ้องคดีที่เกิดขึ้นในปีหนึ่งๆนั้นมิใช่มีเพียง 3 หรือ 4 คดีเท่านั้น แต่มีการฟ้องกันโดยเฉลี่ยประมาณ 20 คดี ซึ่งกว่าที่จะถึงลำดับการพิจารณาคดีจริงๆของโจทก์แต่ละคนก็คงต้องรอเวลาไปจนกว่าศาลจะมีเวลาว่างมาพิจารณาคดีให้ แม้ว่าในระหว่างนั้นทางฝ่ายศาลเองจะมีการจัดและตระเตรียมโดยการใช้ระบบตรวจพยานหลักฐานของศาลเองด้วยก็ตาม อีกทั้งเมื่อศาลว่างที่จะพิจารณาคดีของโจทก์แล้วก็ตามแต่ฝ่ายโจทก์หรือจำเลยเองก็อาจจะยังไม่มีความพร้อมในเรื่องของเวลาที่ไม่ตรงกันตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น จึงทำให้กว่าที่คดีจะมีการพิจารณาและเสร็จสิ้นนั้นต้องใช้เวลามากกว่าสามเดือน

---

[5] สัมภาษณ์, กรกันยา สุวรรณพาณิช, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, 9 กันยายน 2554.

ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นที่ต้องใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 27 และมาตรา 28 ที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดควบคุมกำกับดูแลการใช้ดุลพินิจของศาลให้ต้องดำเนินคดีไปโดยเสร็จสิ้นอย่างรวดเร็วเพื่ออำนวยความสะดวกและความยุติธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย ดังที่บัญญัติไว้ว่าศาลจะต้องนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันโดยไม่เลื่อนคดีจนกว่าจะเสร็จการพิจารณา เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้ และเมื่อศาลได้อ่านคำพิพากษาแล้ว คู่ความสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯไปยังศาลฎีกาได้โดยไม่ต้องผ่านศาลอุทธรณ์ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ยังไม่สามารถประสบผลสำเร็จตามความมุ่งหมายได้

4.3.3.2 ความเชี่ยวชาญในการพิจารณากำหนดกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

พยานหลักฐานที่ใช้นำสืบพิสูจน์ในเรื่องละเมิดลิขสิทธิ์นี้มีความจำเป็นที่ต้องมีการนำเอาพยานหลักฐานทางเทคนิคเข้ามาสืบ เพื่อมาใช้เป็นหลักฐานประกอบคำเรียกร้องต่างๆ ตัวอย่างเช่น หากโจทก์เรียกร้องว่าการละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์สูญเสียรายได้หรือประโยชน์ที่ควรจะได้ โจทก์ก็ต้องนำเอาบัญชีกำไรขาดทุน รายรับรายจ่ายของโจทก์มาวิเคราะห์และแสดงให้ศาลได้เห็นถึงความเป็นไปได้ว่าทำไมโจทก์ถึงมีสิทธิเรียกร้องเงินที่โจทก์ควรจะได้นั้นจากจำเลย ซึ่งการวิเคราะห์เปรียบเทียบนี้เองจำเป็นที่ตัวศาลเองจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญอยู่ในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ[6]เนื่องจากจำนวนผู้พิพากษานั้นต้องไปอ้างอิงกับจำนวนที่สำนักงานศาลยุติธรรมจัดสรรมาให้ ซึ่งการจะแสดงให้เห็นว่าคดีทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นคดีที่ยากจำเป็นต้องอาศัยผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านจำนวนมากกว่าการพิจารณาคดีประเภทอื่นนั้นเป็นเรื่องที่อธิบายให้เห็นเป็นรูปธรรมได้ยาก จึงทำให้จำนวนผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญยังไม่เพียงพอต่อการรองรับปริมาณคดีที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ทำให้ปัญหาการพิจารณาที่ต้องรอให้ครบองค์คณะจึงตามมาตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 19 กำหนดไว้ว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 20 และมาตรา 21 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศต้องมีผู้พิพากษาไม่น้อยกว่าสองคนและผู้พิพากษาสมทบอีกหนึ่งคนจึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีได้ ส่วนการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นจะต้องบังคับตาม

[6] สัมภาษณ์, กรกันยา สุวรรณพาณิช, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, 9 กันยายน 2554.

เสียงฝ่ายข้างมาก”ซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหาสำหรับการเริ่มพิจารณาคดีที่ต้องใช้ระยะเวลาที่นาน ในทางปฏิบัติ คือการนั่งไม่ครบองค์คณะ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของทัศนคติ มุมมอง ในการพิจารณาคดี เพราะเมื่อผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณามีเพียงคนเดียว ผู้พิพากษาท่านนั้นก็จะนำเรื่องราวข้อเท็จจริงที่ได้ฟังได้รับรู้มาประเมินโดยอาศัยผ่านมุมมอง การสังเกต ประสบการณ์ ความรู้ความสามารถ แค่เพียงการรับรู้เฉพาะของตนเท่านั้นแล้วมาบอกเล่าอธิบายให้แก่ผู้พิพากษาท่านอื่นที่ไม่ได้เข้าฟังการนัดพิจารณาคดีนั้น ซึ่งย่อมจะแตกต่างกับการนั่งฟังอย่างพร้อมเพรียงครบองค์คณะด้วยกันที่ย่อมมีความหลากหลายทางด้านมุมมองมากกว่าเป็นธรรมดา

นอกจากความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีลิขสิทธิ์แล้วในการพิจารณาคดีก็อาจมีความจำเป็นที่ต้องมีการอาศัยความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ตัวอย่างเช่น นักบัญชี หรือนักเศรษฐศาสตร์เข้ามาร่วมในการพิจารณาคดีด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้โดยเฉพาะกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดใหญ่และมีความซับซ้อนยุ่งยาก ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา พ.ศ. 2539 มาตรา 14,15 และ19 เองก็ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่านอกจากผู้พิพากษาซึ่งมีความรู้และความเข้าใจในเรื่องที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไม่น้อยกว่า 2 คน และผู้พิพากษาสมทบซึ่งมีความรู้ความชำนาญทางลิขสิทธิ์อีก 1 คน จะร่วมกันพิจารณาแล้วเพื่อความรอบคอบและความถูกต้องในการฟังข้อเท็จจริง พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ตามมาตรา 31 ยังกำหนดให้ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาและฟังพยานหลักฐานได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัตินั้นผู้เชี่ยวชาญพิเศษที่ศาลเรียกมานั้นก็เป็นเพียงที่ปรึกษาของศาลในประเด็นทางด้านพยานหลักฐานและช่วยศาลในการหาข้อมูลเท่านั้น สิ่งที่ผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็น หรือให้รายละเอียดต่างๆที่เกี่ยวข้องกับคดีเป็นเพียงพยานหลักฐานประกอบส่วนหนึ่งเท่านั้น ศาลจะยอมรับและเชื่อหรือไม่ก็ได้แม้ว่าโดยส่วนใหญ่จะถือว่าพยานหลักฐานชนิดนี้มีน้ำหนักมากก็ตาม เพราะความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญอาจเป็นการทำให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์ หรือทำให้น้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายที่เสียประโยชน์ต้องลดลง การใช้ดุลพินิจพิจารณาของศาลจึงต้องทำอย่างละเอียดรอบคอบ ทั้งนี้ไม่ว่าศาลจะนำเอาพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญมาประกอบการวินิจฉัยตัดสินนั้นหรือไม่ก็ตามในท้ายที่สุดพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้บัญญัติให้ศาลหรือผู้พิพากษาเป็นผู้ที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ ซึ่งสิ่งที่ปรากฏให้เห็นจากคำพิพากษาที่ผ่านมานั้น คือ ในกรณีมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันแต่ศาลใช้ดุลพินิจการ

กำหนดค่าเสียหายบนพื้นฐานที่แตกต่างกัน การวินิจฉัยตัดสินของศาลเช่นนี้จึงมีผลไปทำให้โจทก์หรือทนายโจทก์มีการอุทธรณ์ไปยังศาลสูงให้พิจารณาคดีใหม่อยู่เสมอ

บทที่ 5

ข้อเสนอแนะแนวทางและวิธีการแก้ไข ปรับปรุง การเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

จากบทที่ผ่านมาผู้เขียนได้นำเสนอถึงปัญหาการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยซึ่ง โดยมีการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับข้อตกลง TRIPS และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริการวมถึงคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องในเรื่องหลักเกณฑ์การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายและการแบ่งประเภทค่าเสียหาย สำหรับในบทนี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนะแนวทางและวิธีการแก้ไข ปรับปรุง ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

5.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายแต่ละประเภทในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

5.1.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

5.1.1.1 การนำเสนอพยานหลักฐาน

ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเด็นค่าเสียหายจากการขาดรายได้ คือ เมื่อศาลตัดสินว่างานลิขสิทธิ์ของโจทก์ได้ถูกทำละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งโจทก์ได้เรียกร้องค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้ที่โจทก์ต้องสูญเสียประโยชน์มาด้วยนั้น โจทก์จำเป็นต้องนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆเพื่อให้ศาลได้เห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเช่นนั้นจริงมิใช่แต่กล่าวอ้างมาอย่างลอยๆโดยไม่มีเหตุผลอ้างอิงที่น่าเชื่อถือ สำหรับค่าเสียหายจากการขาดรายได้นั้นโจทก์ควรนำสืบพิสูจน์โดยการแสดงรายได้ก่อนที่จำเลยจะละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์, รายได้ในขณะที่จำเลยกำลังละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์และรายได้หลังจากที่โจทก์ได้แจ้งเตือนหรือได้มีการฟ้องร้องว่าการกระทำของจำเลยนั้นละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าในกรณีก่อนที่จะมีการละเมิดลิขสิทธิ์การดำเนินธุรกิจตามปกตินั้นงานลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นที่ต้องการของตลาด โจทก์มีรายได้คงที่ ทั้งโจทก์เองก็มีศักยภาพในการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าของตนเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้อย่างดี โดยอาจพิจารณาจากขนาดทางธุรกิจของโจทก์ เช่น ขนาดโรงงาน จำนวนเครื่องจักร จำนวนแรงงาน เทคโนโลยีการผลิตงานของโจทก์ แหล่งเงินทุนต่างๆ หรือการแสดงผลประกอบการแจกแจงตัวเลขออกเป็นต้นทุนและกำไรออกมาว่าเป็นจำนวนเท่าใดเพื่อให้เกิด

ความชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อแสดงการวิเคราะห์ให้ศาลเห็นว่าหลังจากที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์แทนที่ผู้บริโภคจะซื้อสินค้าหรืองานลิขสิทธิ์ของโจทก์เหมือนเดิม ผู้บริโภคกลับหันมาซื้อสินค้าที่ละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์และจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นส่งผลให้รายได้ของโจทก์นั้นตกลงอย่างมาก

5.1.1.2 การใช้หลักการแข่งขันทางการค้ามาพิจารณา

ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าศาลควรนำเอาหลักเรื่องการแข่งขันทางการค้ามาพิจารณาเป็นลำดับแรกก่อนที่จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ โดยพิจารณาว่าการกระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันทางการค้ากับโจทก์หรือไม่ กล่าวคือ พิจารณาจากลักษณะของตลาดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นมีลักษณะตลาดเป็นตลาดแบบผูกขาด หรือตลาดที่มีคู่แข่งแบบน้อยราย หรือมากรายเพื่อที่จะได้ทราบว่ายังมีงานลิขสิทธิ์อื่นใดอีกหรือไม่ที่สามารถทดแทนงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ได้ ทั้งนี้ การพิจารณาเรื่องขอบเขตตลาดอาจพิจารณาจากฐานกลุ่มผู้บริโภค หรือตลาดที่พิจารณาในเชิงพื้นที่ก็ได้ โดยหากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าฐานะของโจทก์และจำเลยมีฐานะเท่าเทียมกัน และลูกค้าของโจทก์หันไปบริโภคในงานลิขสิทธิ์ของจำเลยแทนที่จะมาบริโภคสินค้าของโจทก์นั้นซึ่งเป็นการตัดโอกาสโจทก์และทำให้โจทก์ไม่ได้รับผลประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้รับ ดังนั้น โจทก์และจำเลยจึงอยู่ในตลาดเดียวกัน การกระทำละเมิดของจำเลยเป็นการแข่งขันทางการค้ากับโจทก์ จำเลยจึงสมควรที่จะต้องรับผิดเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายจากการขาดรายได้โดยไม่ต้องนำไปหักกับต้นทุนที่เกิดขึ้นเสียก่อน

อย่างไรก็ตาม หากการกระทำละเมิดของจำเลยนั้นเป็นการกระทำละเมิดที่ไม่ได้ไปกระทบต่อการรายได้ของโจทก์โดยตรง เช่น ราคาและคุณภาพในงานของโจทก์และจำเลยต่างกันมาก ฐานลูกค้าของโจทก์และจำเลยอยู่กันคนในกลุ่ม เช่นนี้ย่อมแสดงว่าจำเลยไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะสามารถแข่งขันกับโจทก์ในตลาดได้ ตลาดของโจทก์และจำเลยจึงไม่ใช่ตลาดเดียวกันโอกาสการจัดจำหน่ายในสินค้าหรืองานลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นยังไม่หมดไป กรณีนี้จึงไม่ได้เป็นการแข่งขันทางการค้ากับโจทก์ การกำหนดค่าเสียหายจึงควรกำหนดค่าเสียหายบนฐานค่าขาดกำไรของโจทก์ เพราะผู้บริโภคยังคงมีสิทธิเลือกได้ว่าจะเลือกบริโภคสินค้าหรืองานของใครก็ได้

5.1.2 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้า

5.1.2.1 การนำเสนอพยานหลักฐาน

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้า คือ ค่าเสียหายประเภทนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นรูปธรรม การคำนวณหรือประเมินออกมาเป็นจำนวนตัวเลขค่าเสียหายจึงทำได้ยากยิ่ง โจทก์จึงมีปัญหาต่อวิธีการนำสืบพิสูจน์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่ศาลพิจารณาว่าโจทก์เกิดความเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้ามากน้อยเพียงใด โดยมุ่งพิจารณาไปที่การนำสืบพิสูจน์เรื่องความรับรู้ของประชาชนว่างานที่จำเลยนำมาเสนอขายหรือจัดจำหน่ายนี้เป็นงานที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ โดยที่มิได้นำเอาหลักเจตนามาเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญเพื่อกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยเฉพาะสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองนั้นยังไม่เพียงพอ

โดยผู้เขียนขอเสนอว่า ฝ่ายโจทก์เองนั้นควรมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์เพื่อแสดงให้ศาลได้เห็นว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นส่งผลให้โจทก์เกิดความเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าอย่างไร ทั้งนี้โจทก์ควรนำสืบพิสูจน์และอ้างไปในทางที่ว่า สินค้าที่จำเลยนำมาอวดอ้างว่าเป็นสินค้าที่มีคุณภาพเหมือนกับโจทก์แต่โจทก์จัดจำหน่ายในราคาที่สูงเกินจริงนั้นแท้จริงแล้วสินค้าของจำเลยนั้นเป็นสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์และหลังจากที่ประชาชนนำไปใช้บริโภคแล้วพบว่าเป็นสินค้าที่ไม่มีคุณภาพ คุณภาพต่ำ จนพลอยทำให้ประชาชนทั่วไปคิดว่าสินค้าต้นฉบับของโจทก์มีคุณภาพที่ไม่ดีตามไปด้วย โดยโจทก์อาจนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบประกอบเพื่อให้พยานหลักฐานของโจทก์นั้นมีน้ำหนักมากขึ้น ตัวอย่างเช่น ให้พยานผู้เชี่ยวชาญเปรียบเทียบระหว่างสินค้าของโจทก์และสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยว่ามีความแตกต่างกันในด้านใดบ้าง หรือแสดงหลักฐานว่าความเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้าจากการที่จำเลยผลิตหรือจัดจำหน่ายสินค้าที่ไม่มีมาตรฐาน คุณภาพต่ำไม่เหมือนกับสินค้าของโจทก์นั้นทำให้โจทก์ได้รับผลกระทบต่อยอดการขายของโจทก์โดยเปรียบเทียบก่อนและหลังที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์ อนึ่ง เมื่อความเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้านั้นก็เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่ง ทางโจทก์เองจึงควรตระหนักอยู่เสมอว่าหากตนต้องการให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้านั้นโจทก์ก็ต้องมีภาระหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานตามที่ตนได้กล่าวอ้างมามิใช่ตกเป็นภาระหน้าที่ของศาลในการสืบค้นพยานหลักฐานต่างๆ

5.1.2.2 การใช้หลักค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดต่อชื่อเสียงโดยทั่วไปมาปรับกับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดสิทธิประเภทหนึ่ง หากโจทก์ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงจากการที่จำเลยได้กระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ควรนำเอาหลักการเยียวยาค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดทั่วไปภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 447[1] มาใช้เพื่อเรียกร้องความเสียหายประเภทนี้ เพราะการร้องขอนั้นนอกจากโจทก์จะได้รับค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว โจทก์ยังสามารถร้องขอให้ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้จำเลยจะต้องกระทำ หรือจัดการบางอย่างเพื่อให้ชื่อเสียงของโจทก์กลับมาคืนดีดังเดิมด้วยอีกก็ได้ สำหรับการจัดให้กระทำการบางอย่างนี้เมื่อกฎหมายกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ตามควรได้ก็ตามแต่ศาลก็ควรพิจารณาชั่งน้ำหนักด้วยว่าการกำหนดให้เช่นนั้นจะเป็นการทำให้โจทก์ได้รับความเป็นธรรมในการได้รับการชดใช้เยียวยาที่มากขึ้นและไม่ทำให้จำเลยต้องรับผิดจนมากเกินไปหรือไม่อย่างไรด้วย

5.1.3 ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

ในกรณีที่โจทก์เลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่แท้จริงแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยจำเลยนั้นจำเลยได้กระทำละเมิดโดยสุจริต คือ ไม่ได้ตั้งใจหรือมีเจตนาที่จะกระทำละเมิดต่องานลิขสิทธิ์ของโจทก์ ตัวอย่างเช่น เข้าใจว่างานลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้นไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของสิทธิ หรือโจทก์ได้รับความเสียหายแต่โจทก์ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงได้เช่นนี้ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า โจทก์ควรนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเห็นบนพื้นฐานของค่าตอบแทนการใช้สิทธิโดยอ้างว่าโจทก์สมควรได้รับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนที่ไม่น้อยไปกว่าค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่สมเหตุสมผลโดยระบุจำนวนที่แน่นอนว่าเป็นเท่าไร เพราะจะต้องถือว่าโจทก์ได้สูญเสียโอกาสที่จะนำงานนั้นไปใช้ประโยชน์โดยการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิโดยมีค่าตอบแทน ซึ่งบุคคลอื่นในที่นี้ควรรวมถึงตัวจำเลยผู้ละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ด้วย เนื่องจากตามปกติหากจำเลยต้องการนำงานลิขสิทธิ์ของโจทก์มาใช้ประโยชน์ จำเลยก็จำต้องเข้ามาตกลงเจรจากับโจทก์เพื่อขออนุญาตใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์นั้นโดยมีการจ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิให้แก่โจทก์

[1] **มาตรา 447** "บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควรเพื่อทำให้ ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหายหรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้"

เป็นการตอบแทน ค่าตอบแทนการใช้สิทธิจึงอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของรายได้ที่โจทก์จะได้รับหากนำงานลิขสิทธิ์นั้นไปทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกัน

สำหรับวิธีการพิจารณาจำนวนค่าเสียหายบนฐานของค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่สมเหตุสมผลนี้พิจารณาโดยทำการสมมุติจำลองขึ้นมาว่า หากมีการทำสัญญาขออนุญาตให้ใช้สิทธิกันขึ้นระหว่างโจทก์และจำเลย ในสถานการณ์เช่นนั้นจำนวนค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่โจทก์และจำเลยมีความพอใจและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งสองฝ่ายควรจะเป็นจำนวนเท่าใด โดยพิจารณาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์และธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติทางธุรกิจ นอกจากนี้ หากโจทก์ได้เคยมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์ของตนกับบุคคลอื่นกันมาก่อนและภายใต้เงื่อนไขของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวนั้นส่วนหนึ่งมีการตกลงเรื่องการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนการใช้สิทธิไว้ด้วย โจทก์ก็ควรแสดงพยานหลักฐานเพื่อให้ศาลนำเอาจำนวนค่าตอบแทนการใช้สิทธิตามที่ได้เคยตกลงนี้มาเป็นปัจจัยสำคัญพื้นฐานในการกำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์

อย่างไรก็ตาม การคำนวณค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่สมเหตุสมผลตามปกติที่โจทก์ควรได้รับนี้เป็นเพียงการคิดเริ่มต้นจากจำนวนค่าเสียหายในฐานที่ต่ำสุดที่โจทก์อาจมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ความเสียหายให้แก่โจทก์ได้ เพราะหากโจทก์ยังมีพยานหลักฐานอื่นๆอีกนอกเหนือจากค่าเสียหายบนฐานของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ เช่น ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียง ซึ่งโจทก์ก็ควรนำมาแสดงต่อศาลเพื่อที่ศาลจะได้กำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์มากไปกว่าค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่โจทก์ควรได้รับมาอีกจำนวนหนึ่ง

5.1.4 ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์

หากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 64 ในกฎหมายลิขสิทธิ์และคำพิพากษาของศาลไทยแล้วนั้นวิเคราะห์ได้ว่าผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ใช่ความเสียหายโดยตรงที่เกิดจากการสูญเสียประโยชน์อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์ แต่ศาลก็ไม่ได้กำหนดห้ามว่าโจทก์ไม่สามารถจะเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานนี้ได้ ดังนั้นหากโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ว่าผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นสิ่งที่

โจทก์ควรได้รับ ศาลก็อาจจะกำหนดค่าเสียหายตามที่โจทก์เรียกร้องมาได้ สำหรับกรณีใดบ้างที่โจทก์จะเรียกผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้เขียนขอเสนอว่า โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าเสียหายบนฐานค่าขาดรายได้ หรือค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่เป็นการแข่งขันทางการค้าระหว่างโจทก์และจำเลย โจทก์และจำเลยอยู่ในฐานะระดับเดียวกัน มีฐานกลุ่มผู้บริโภคเดียวกัน โดยโจทก์อาจมีการนำสืบโดยแสดงว่ามีเพียงแค่โจทก์กับจำเลยเท่านั้นที่อยู่ในตลาดและสิ่งที่เป็นกำไรที่จำเลยได้รับนั้นความจริงแล้วด้วยประสิทธิภาพและความสามารถของโจทก์เองนั้นถ้าหากจำเลยไม่กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ก็สามารถที่จะทำการจัดจำหน่ายหรือทำประโยชน์กับงานลิขสิทธิ์ของตนได้มากกว่านี้ เพื่อให้ศาลเห็นว่าไม่ได้มีปัจจัยอื่น ตัวอย่างเช่น มีผู้แข่งขันอยู่ในตลาดอื่นอยู่อีกนอกจากโจทก์และจำเลย

อย่างไรก็ตาม โจทก์เองนั้นควรพิจารณาชั่งน้ำหนักถึงความยากง่ายในการแสวงหาพยานหลักฐานต่างๆว่าวิธีการนำสืบพิสูจน์เรียกร้องระหว่างการแสดงค่าเสียหายบนฐานรายได้หรือกำไรของโจทก์เอง หรือการแสดงผลกำไรของจำเลยนั้นว่าสิ่งไหนจะทำให้โจทก์ได้รับการชดใช้เยียวยาอย่างเป็นธรรมและเหมาะสมที่สุด เพราะหากโจทก์นำสืบพิสูจน์และสามารถแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ในที่สุดศาลก็คงไม่มีเงื่อนไขใดๆที่จะไม่กำหนดค่าเสียหายตามที่โจทก์เรียกร้องมาได้

5.1.5 ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์

สำหรับค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานใดๆผู้เขียนมีความเห็นว่าจำเลยเป็นผู้หนึ่งเช่นกันที่ได้รับประโยชน์จากการที่โจทก์มีการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นโจทก์จึงสมควรที่จะเรียกร้องค่าเสียหายเหล่านี้จากจำเลยได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติโจทก์มักประสบปัญหาเรื่องของแนวทางในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า โจทก์ควรนำสืบพิสูจน์อย่างชัดเจนว่าค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโจทก์เสียหายเป็นจำนวนเงินเท่าใดและมี

ฐานการคำนวณค่าเสียหายนี้จากอะไร ประกอบกับมีการอธิบายเหตุผลว่าทำไมโจทก์จึงสมควรได้รับค่าเสียหายประเภทนี้จากจำเลยมิใช่เพียงแต่เรียกร้องว่าตนเสียหายมาเท่านั้น

ตัวอย่างเช่น โจทก์อาจมีการแสดงพยานหลักฐานจำนวนเงินที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์ในส่วนนี้ โดยอาจมีการแสดงหลักฐานจากบัญชีค่าใช้จ่ายในกิจการของโจทก์เอง หรือมีการแสดงรายได้รวมของจำเลยหลังจากช่วงเวลาที่โจทก์มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานลิขสิทธิ์ของโจทก์ว่าทำให้จำเลยได้รับผลกำไร หรือประโยชน์ที่เพิ่มมากขึ้นด้วย หรือแสดงพยานหลักฐานอื่นๆที่ทำให้ศาลได้เห็นว่าจำเลยอาศัยประโยชน์จากการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานลิขสิทธิ์ของโจทก์ซึ่งประโยชน์ที่จำเลยได้รับนั้นควรจะเป็นของโจทก์ไม่ใช่ตกอยู่ที่จำเลย

5.1.6 ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ

สำหรับการนำเสนอพยานหลักฐานในกรณีค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธินั้นแม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 จะกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิของโจทก์ก็ตาม แต่การที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ให้โจทก์หรือไม่ต้องได้ความว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นด้วย ซึ่งปัญหาที่พบเสมอนั้นสาเหตุสำคัญเป็นเพราะความผิดพลาดของโจทก์เองที่ไม่นำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานให้ชัดเจนตามข้อเรียกร้องของตนทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์สามารถควบคุมดูแลได้เองโดยตรง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ทางฝ่ายโจทก์ควรจะมีการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆในแต่ละรายการที่ตนได้ใช้จ่ายไปกับการบังคับสิทธิของตนอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยอย่างครบถ้วนโดยควรเป็นเอกสารที่ถูกรับรองอย่างถูกต้องตามกระบวนการของกฎหมาย โจทก์จึงไม่ควรนำสืบพยานหลักฐานแค่เพียงแต่การนำใบเสร็จรับเงิน หรือรายการบัญชีค่าใช้จ่ายมาพิสูจน์เพียงอย่างเดียวเพื่อป้องกันการโต้เถียง หรือการโต้แย้งว่าโจทก์มิได้มีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้จริงตามที่โจทก์ได้เรียกร้องมา

5.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์มีลักษณะพิเศษเฉพาะแตกต่างจากความรับผิดในกรณีละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 รวมทั้งทฤษฎีละเมิดที่บังคับใช้มานานแล้วก็อาจมีความไม่เหมาะสม เพราะปัจจุบันมีการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ เทคโนโลยี ต่างไปจากเดิมมาก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสมควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นและเป็นการเพิ่มทางเลือกที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายในการแบ่งเบาภาระการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆของให้เจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้นกว่าเดิม อีกทั้งอาจทำให้มีการนำเอามาตรการแพ่งมาใช้บังคับสิทธิกันเพิ่มขึ้นกว่าแต่เดิมที่ผู้เสียหายนิยมฟ้องร้องเป็นคดีอาญาเสียมากกว่า

โดยผู้เขียนจะขอแนะนำการแก้ไขปัญหาหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมประเภทของค่าเสียหายในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื้อหาสาระของมาตรา 64 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่บังคับใช้กันอยู่ปัจจุบันในส่วนของค่าเสียหายที่โจทก์อาจเรียกร้องได้นั้นควรที่จะต้องได้รับการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมโดยควรมีการบัญญัติประเภทของค่าเสียหายต่างๆให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อเป็นแนวทางให้แก่โจทก์ในการเรียกร้องค่าเสียหายอย่างถูกต้องและเหมาะสมกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ กล่าวคือ นอกจากที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จะการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกร้องในค่าเสียหายที่แท้จริงตามปกติที่โจทก์มักจะนำสืบพิสูจน์กันตามปกติซึ่งได้แก่ ค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้ขาดกำไร ค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิ เป็นต้น แล้วนั้น ผู้เขียนขอเสนอว่า ควรมีการนำเอาหลักเกณฑ์เรื่องผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน เพื่อให้ทั้งโจทก์และศาลได้คำนึงถึงเป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีเหตุผลสนับสนุนมาจากหลักอ้างอิงกับความยุติธรรมตามธรรมชาติซึ่งมีหลักว่า “ผู้กระทำละเมิดไม่ควรได้รับกำไรจากการที่ตนได้กระทำความผิด” เพราะถือกันว่าเมื่อลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะแสวงหาผลประโยชน์ใดๆจากงานที่เขาได้สร้างสรรค์ขึ้น บุคคลอื่นใดหากมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จึงไม่มีสิทธิกระทำการอย่างใดกับ

งานดังกล่าวได้ ดังนั้นหากเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วได้รับผลประโยชน์อย่างใดมาก็ตามก็ย่อมเป็นการรับไว้โดยอาศัยค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ อันปราศจากมูลจะอ้างตามกฎหมายได้ จึงสมควรที่จะต้องคืนผลประโยชน์ทั้งหมดนั้นให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์

สำหรับวิธีการพิจารณาผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นผลกำไรใดๆของจำเลยที่ได้รับไว้จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และยังไม่ได้นำไปรวมคำนวณกับค่าเสียหายที่แท้จริงบนฐานอื่นๆมาก่อน โดยโจทก์มีหน้าที่พิสูจน์เพียงยอดรายได้รวมของจำเลยเท่านั้น ส่วนจำเลยจะต้องมีหน้าที่พิสูจน์หักล้างยอดรายได้รวมดังกล่าวเองว่ารายได้ของตนส่วนไหนเป็นค่าใช้จ่าย หรือเกิดจากปัจจัยอื่นที่ไม่ได้มาจากการละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาชั่งน้ำหนักว่าการนำสืบพิสูจน์หักล้างของจำเลยนั้นน่าเชื่อถือเพียงใดและกำหนดค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในกรณีค่าเสียหายที่แท้จริงโดยบัญญัติในมาตรา 64 ให้มีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้

มาตรา 64 “ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชดใช้ในค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร<u>รวมถึงผลกำไรเพิ่มเติมใด ๆอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง</u>.....”

5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

5.2.2.1 การกำหนดขอบเขตค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

ต้องยอมรับว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่โจทก์สมควรได้รับจากจำเลยอย่างแท้จริง เพราะหากจำเลยไม่กระทำละเมิดในงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ก็คงไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายต่างๆในการบังคับสิทธิตามมาเช่นนี้ และบางครั้งการที่โจทก์ไม่อาจนำเอาพยานหลักฐานแต่ละรายการมาชี้แจงให้ศาลได้พิจารณาเห็นได้นั้นเป็นเพราะปัจจุบันไม่มีหลักเกณฑ์ย่อยที่กำหนดแนวทาง หรือแสดงตัวอย่างว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิที่โจทก์จะ

สามารถมีสิทธิเรียกได้แก่อะไรหรือในกรณีตัวอย่างใดที่โจทก์อาจเรียกได้บ้าง ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าการที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 64 มีการกำหนดเรื่องค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิของเจ้าของสิทธิโดยให้ศาลได้คำนึงถึงตามจำนวนที่สมควรด้วยนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า คำว่า “จำเป็น” นั้นเป็นการบัญญัติที่มีความเหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ตาม กฎหมายควรกำหนดเพิ่มขอบเขตความหมายของคำว่า “ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ” ให้เกิดความชัดเจนว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิที่โจทก์อาจเรียกร้องได้นั้นควรมีลักษณะอย่างไร เพื่อป้องกันทั้งในกรณีที่ศาลอาจกำหนดค่าใช้จ่ายส่วนนี้ต่ำกว่าความเป็นจริงที่โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายไป ดังนั้น ทางผู้เขียนจึงขอเสนอให้ขยายความหมายของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิโดยให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐานค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วย ประกอบกับการพิจารณาถึงความมีชื่อเสียงของทนายความผู้นั้น ความยากง่ายของคดี ปริมาณงาน ผลสำเร็จที่ทำได้ ตามความเหมาะสม

5.2.2.2 การกำหนดหลักเกณฑ์ค่าธรรมเนียมทนายความเป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

การกำหนดอัตราค่าทนายความกรณีว่าความเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องนำเอาอัตราค่าทนายความที่ปรากฏอยู่ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในตารางกฎกระทรวงและประกาศกระทรวง ตาราง 6 มาปรับใช้ ซึ่งตามตารางดังกล่าวศาลไทยจะต้องกำหนดให้ค่าทนายความอยู่ในอัตราที่เหมาะสมระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงดังที่ระบุไว้ในตาราง กล่าวคือ ค่าทนายความที่ผู้ชนะคดีจะมีสิทธิได้รับนั้นอยู่ในช่วงระหว่างร้อยละห้าของจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้องแต่ต้องไม่ต่ำกว่าคดีละสามพันบาท อย่างไรก็ตาม เมื่อการที่กฎหมายกำหนดอัตราค่าทนายความให้มีอัตราขั้นสูงไว้เช่นนี้ย่อมเป็นการจำกัดขอบเขตการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้ได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ควรจะกำหนดเรื่องค่าทนายความไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิซึ่งแยกต่างหากไม่ต้องนำไปอ้างอิงกับตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นคดีที่มีกฎหมายเฉพาะมีความเกี่ยวเนื่องกับเศรษฐกิจซึ่งบางครั้งเป็นเรื่องของผลประโยชน์ทางการเงินที่มีค่ามหาศาล ดังนั้นการว่าจ้างทนายความ

ในการต่อสู้คดีลิขสิทธิ์จึงต้องคำนึงความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านซึ่งย่อมส่งผลต่ออัตราค่าทนายความที่อาจสูงเกินกว่าคดีแพ่งทั่วไป อย่างไรก็ตาม ค่าธรรมเนียมทนายความท้ายตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นก็ควรนำมาพิจารณาเป็นแนวทางในการกำหนดค่าธรรมเนียมทนายความกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยเฉพาะตาราง 6 ข้อ 2 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “การกำหนดค่าทนายความที่คู่ความจะต้องรับผิด ให้ศาลพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าความคดีเรื่องนั้น” อนึ่ง ค่าทนายความจะกำหนดเป็นจำนวนเท่าใดนั้นควรจะให้เป็นอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยกำหนดให้ตามสมควร อย่างไรก็ตาม หากยังไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมทนายความเป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ผู้เขียนก็ขอเสนอแนะว่าควรมีการทบทวนเพิ่มอัตราขั้นสูงในการกำหนดค่าธรรมเนียมทนายความเสียใหม่ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

5.2.2.3 ความสุจริตของโจทก์ในการฟ้องคดี

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า สำหรับทางด้านศาลนั้นควรพิจารณาเรื่องความสุจริตของโจทก์ในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลมาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการวินิจฉัยกำหนดค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิด้วย กล่าวคือ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการฟ้องคดีของโจทก์นั้นเป็นการฟ้องคดีโดยใช้สิทธิที่ไม่สุจริต เช่น ต้องการกลั่นแกล้งจำเลย หรือมีการล่อซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลก็ไม่สมควรจะกำหนดค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่โจทก์

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในกรณีค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิไว้ โดยมีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้

มาตรา 64

“.....**กรณีค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชดใช้ให้แก่คู่ความที่ชนะคดีนั้นศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้และให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วย ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้นอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนาย**....”

5.2.3 แนวทางการนำเอาหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาปรับใช้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) คือ ค่าเสียหายที่ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายเพื่อเพิ่มทางเลือกให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้สามารถได้รับเงินค่าเสียหายจำนวนหนึ่งจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยแทนการเรียกร้องค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์มักประสบปัญหาเรื่องของความยุ่งยากในการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เป็นจำนวนเท่าใด

จากการพิจารณาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบในบทที่ 4 ที่ผ่านมาทำให้เห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติปัญหาการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานอันเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีความยากดังที่ได้แสดงในบทที่ 4 แล้วนั้นไม่ว่าจะเป็นปัญหาความยากในการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ปัญหาหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าวิธีทางหนึ่งที่อาจจะสามารถแก้ไขปัญหาเรื่องดังกล่าวได้ คือ การกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจใช้สิทธิเรียกร้องที่จะเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแทนการใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายที่แท้จริงบนฐานต่างๆ เช่น ค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้ค่าขาดกำไร ค่าเสียหายบนฐานผลกำไรของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิ เป็นต้น

โดยทางผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงข้อดีและข้อเสียของหลักการดังกล่าวโดยแยกเป็นฝ่ายเจ้าของสิทธิ ผู้กระทำละเมิด ศาลและสังคม และแนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด ดังจะอธิบายได้ดังนี้

5.2.3.1 ข้อดีและข้อเสียของการนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

ก. ข้อดี

ก1. เจ้าของสิทธิ

การนำค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้ย่อมเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่เจ้าของสิทธิได้มีโอกาสรับการเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่มากขึ้นและทำให้เจ้าของสิทธิ

สามารถคำนวณค่าเสียหายที่ตนได้รับเบื้องต้นโดยการคำนวณค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้มาเปรียบเทียบกับค่าเสียหายที่แท้จริงเพื่อประกอบการตัดสินใจในการบังคับใช้สิทธิว่าตนสมควรเรียกร้องในคดีทางแพ่งหรือดำเนินคดีทางอาญาตามความเหมาะสมต่อไป รวมทั้งภาระการพิสูจน์ความเสียหายและค่าใช้จ่ายในการแสวงหาพยานหลักฐานก็จะลดลงอันมีผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีความมั่นใจและกำลังใจที่จะสร้างสรรค์ผลงานต่อไป

ก2. ผู้กระทำละเมิด

การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดประเภทนี้ย่อมเป็นการยับยั้งป้องปรามผู้กระทำละเมิดไม่ให้กระทำความผิด โดยทำให้ผู้กระทำละเมิดรู้สึกเกรงกลัวและรู้จักมีความเคารพ ยอมรับในสิทธิและความระมัดระวังมากขึ้นไม่ให้ตนเองต้องกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของผู้อื่นจึงย่อมมีผลเป็นการป้องปรามการกระทำผิดที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้

ก3. ศาล

การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดทำให้ศาลไม่ต้องพบกับปัญหาการกำหนดความเหมาะสมของค่าเสียหายว่าโจทก์เสียหายเท่าใด หรือจำเลยได้กำไรจากการละเมิดไปเท่าใดกันแน่ซึ่งมีกระบวนขั้นตอนการพิจารณาวินิจฉัยที่เกี่ยวเนื่องกับพยานหลักฐานต่างๆมากแล้วยังเป็นการสอดคล้องกับหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ต้องไปด้วยความสะดวก รวดเร็วและยุติธรรมด้วย

ก4. สังคม

การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้จะทำให้สังคมได้รับประโยชน์ทางอ้อม กล่าวคือ เป็นการป้องปรามการกระทำความผิดในอนาคตและการดำเนินกระบวนพิจารณาในชั้นศาลก็จะเสร็จไปโดยเร็วเพราะมีการลดขั้นตอนการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายบางประเด็นและค่าใช้จ่ายต่างๆลงซึ่งส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายนี้ก็มาจากภาษีของประชาชน นอกจากนี้ยังทำให้ไม่มีคดีที่ค้างการพิจารณาภายในศาลนานซึ่งทำให้ศาลสามารถอำนวยความยุติธรรมโดยการพิจารณาคดีอื่นๆที่ประชาชนมาร้องเรียนได้อย่างทั่วถึง

ข. ข้อเสีย

ข1. เจ้าของสิทธิ

เพื่อแก้ไขปัญหาความยากของการนำสืบและพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงอาจทำให้เจ้าของสิทธิที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการนำสืบหันมาใช้ทางเลือกของค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแทนทั้งที่การกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้อาจไม่ได้ช่วยเยียวยาความเสียหายได้อย่างแท้จริงก็เป็นได้ กล่าวคือ ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเป็นเพียงการกำหนดค่าเสียหายในอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงที่แน่นอนให้กับผู้เสียหายเท่านั้นซึ่งค่าเสียหายในช่วงอัตราดังกล่าวเกิดจากการคาดเดาหรือความเป็นไปได้เท่านั้นแต่ไม่ใช่ความเสียหายที่แท้จริงที่เจ้าของสิทธิจะได้รับก็เป็นได้

ข2. ผู้กระทำละเมิด

ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดอาจทำให้ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเสมอแม้ว่าการกระทำดังกล่าวเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายให้เป็นที่ประจักษ์แก่ศาลได้ หรือในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้มีความร้ายแรง หรือมีความเสียหายเพียงเล็กน้อยแต่ศาลก็ยังคงต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้ไม่ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ จนทำให้บางครั้งเป็นการกำหนดค่าเสียหายที่สูงเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงและไม่สมเหตุสมผลก็เป็นได้ ทั้งยังอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายแสวงหาประโยชน์หรือกำไรจากการฟ้องร้องให้เพิ่มมากขึ้นเนื่องจากผู้เสียหายคาดหวังว่าตนอาจได้รับค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่แท้จริง

ข3. ศาล

การนำค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้นั้นอาจมีข้อโต้แย้งว่าเป็นค่าเสียหายที่ไปกระทบต่ออำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลให้ถูกจำกัดลงเพราะศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ภายในอัตราที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น อีกทั้งค่าเสียหายประเภทนี้ยังไม่

สอดคล้องกับรากฐานแนวคิดการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ได้รับจริงเพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุดตามระบบประมวลกฎหมายของประเทศไทย

ข4. สังคม

การที่ค่าเสียหายประเภทนี้ได้กำหนดค่าเสียหายในอัตราเพดานขั้นต่ำและ/หรือขั้นสูงไว้ก็อาจเป็นการทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำละเมิดได้เกิดชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์กับอัตราค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะหากมีการกำหนดช่วงอัตราค่าเสียหายไว้ต่ำเกินไปก็จะทำให้ผู้คิดจะกระทำละเมิดเกิดแรงจูงใจและยอมเสี่ยงที่จะละเมิดเพราะผลประโยชน์ที่ตนได้รับอาจมากกว่าค่าเสียหายที่ตนต้องชดใช้ให้เจ้าของสิทธิ

5.2.3.2 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

สำหรับแนวทางในเนื้อหาสาระของการนำเอาหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้ นั้น ผู้เขียนได้นำแนวคิดมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนเองก็มีความตระหนักและเล็งเห็นว่า การนำเอาหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้กับประเทศไทยต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและความสอดคล้องให้มากที่สุดกับสภาพของสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและวิถีการดำเนินชีวิตของประเทศไทยด้วยเป็นสำคัญ

โดยผู้เขียนจะแยกอธิบายแนวทางการนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

ก. การทำให้ค่าเสียหายที่กฎหมายเป็นทางเลือกแก่โจทก์

การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิเลือกของตัวผู้เสียหายเองไม่ใช่ให้เป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาล แต่ให้สิทธิโจทก์ในการเลือกค่าเสียหายที่แท้จริง หรือค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้นเพื่อป้องกันมิให้โจทก์ได้รับการเยียวยาที่ซ้ำซ้อนกันและเพื่อไม่ให้จำเลยต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายเกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริงไปมาก

ดังนั้นจึงต้องขึ้นอยู่กับโจทก์เป็นผู้ต้องพิจารณาเองว่าวิธีการเยียวยาแบบใดที่จะเป็นประโยชน์เหมาะสมและทำให้โจทก์ได้รับการเยียวยาชดใช้ความเสียหายมากที่สุด

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะว่าหากเป็นกรณีที่โจทก์ได้รับความเสียหายที่แท้จริงมากจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โจทก์ก็สมควรที่จะเลือกค่าเสียหายที่แท้จริง แต่หากในกรณีการเรียกร้องค่าเสียหายที่แท้จริงมีภาระหน้าที่การพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆ และวิธีการคิดคำนวณค่าเสียหายที่ยากลำบาก ไม่ว่าจะเป็นเพราะความยากของการเข้าถึงพยานหลักฐานต่างๆของจำเลย หรือเพราะจำเลยไม่ได้ประกอบกิจการค้าขนาดใหญ่จึงไม่มีการจัดทำบัญชีหรืองบการเงินทำให้ยอดการจัดจำหน่ายของสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ปรากฏออกมาเป็นตัวเงินที่ชัดเจน หรือเพราะโจทก์ขาดความรู้ในทางเศรษฐศาสตร์ เป็นต้น โจทก์ก็สมควรเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้มากกว่าการเรียกร้องตามค่าเสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้ จำนวนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่าจะกำหนดค่าเสียหายภายในอัตราขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอย่างไร

ข. เงื่อนไขการใช้สิทธิในการเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

ข1. ระยะเวลาในการใช้สิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า นอกจากที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จะสมควรกำหนดให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเป็นทางเลือกแก่โจทก์แล้วนั้น โจทก์ควรมีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในเวลาใดๆก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาโดยให้เป็นไปตามเงื่อนไขของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้โจทก์ได้พิจารณาชั่งน้ำหนักและคาดการณ์ระหว่างการดำเนินคดีว่าค่าเสียหายที่แท้จริง เช่น ค่าเสียหายบนฐานค่าขาดรายได้ค่าขาดกำไร ตามที่ตนได้ร้องขอจากศาลประกอบกับพยานหลักฐานต่างๆและข้อพิสูจน์หักล้างค่าเสียหายของจำเลยนั้นทำให้โจทก์อาจได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ดีกว่าการเรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เพราะหากคดีที่ฟ้องร้องกันนั้นมีแนวโน้มว่าโจทก์ยังไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นเป็นที่พอใจว่าตนสมควรได้รับค่าเสียหายตามที่เรียกร้องมาจริงก็อาจมีผลทำให้โจทก์ได้รับการเยียวยาน้อยกว่าที่ตนได้ร้องขอค่าเสียหายไป ดังนั้น หากมีการเพิ่มทางเลือกกำหนดให้โจทก์มีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดอย่างช้าสุดก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยตัดสินจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงให้ก็อาจเป็นการทำให้โจทก์ได้รับการเยียวยาความเสียหายมากขึ้น

ข2. เมื่อโจทก์ใช้สิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไปแล้วจะกลับไปเรียกร้องบนฐานค่าเสียหายที่แท้จริงไม่ได้

เมื่อใดก็ตามที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแทนการเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงก่อนมีคำพิพากษาของศาลโจทก์ไม่สามารถเปลี่ยนกลับไปใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่แท้จริงบนฐานอื่นๆที่โจทก์ได้รับได้อีก เนื่องจากหากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขไว้เช่นนี้อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม หรือความได้เปรียบในฝ่ายโจทก์มากเกินไป อีกทั้งย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนวิธีการพิจารณาคดีที่สร้างความยืดเยื้อต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนานแทนที่จะมีการวินิจฉัยตัดสินคดีอย่างรวดเร็ว

ข3. ประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองให้โจทก์ได้มีสิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้

สำหรับการใช้สิทธิเลือกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นผู้เขียนขอเสนอแนะว่า โจทก์สามารถเรียกให้จำเลยชดใช้เยียวยาได้ทั้งที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นและการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง เนื่องจากไม่ต้องการให้ให้เกิดความสับสน หรือการโต้แย้งว่าทำไมค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจึงไม่สามารถใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทุกกรณี และเพื่อให้เจตนารมณ์ในการแก้ไขปัญหาเรื่องความยุ่งยากซับซ้อนที่โจทก์ต้องมีภาระพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆที่จะแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นว่ามีจำนวนเท่าใดบ้างนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายได้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้มีค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นอาจทำได้ยากในทางปฏิบัติเนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆไว้อย่างหลากหลาย เช่น งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นต้น อีกทั้งมูลค่าของงานลิขสิทธิ์แต่ละประเภท หรือแม้แต่ในประเภทที่คล้ายกันต่างก็มีมูลค่าที่คำนวณออกเป็นจำนวนเงินแล้วแตกต่างไม่เหมือนกันซึ่งต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมต่างๆประกอบ เช่น งานศิลปกรรมระหว่างภาพถ่ายที่ใช้กล้องดิจิตอลถ่ายกับภาพเขียนที่ต้องใช้ทักษะการควบคุมสีแสงเงา ดังนั้น ภาพเขียนดังกล่าวย่อมมีมูลค่าสูงกว่าภาพถ่ายธรรมดา หรืองานวรรณกรรมที่เป็นการแต่งหนังสือหากได้รับรางวัลย่อมมีมูลค่าสูงกว่าหนังสือที่ไม่ได้รับรางวัล เป็นต้น

ค. การกำหนดเพดานจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

การกำหนดเพดานจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายว่าจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างมากดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปในหัวข้อเรื่องข้อดีและข้อเสียของการนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย สำหรับหัวข้อนี้ผู้เขียนกล่าวถึงค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดควรกำหนดออกมาในลักษณะใดและมีปัจจัยใดบ้างที่ควรคำนึง โดยผู้เขียนขอเสนอว่า เพดานค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นควรมีช่วงจำนวนระหว่างอัตราขั้นต่ำสุดและอัตราสูงสุดซึ่งคิดจากจำนวนงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ถูกจำเลยละเมิด ไม่ใช่คิดจากจำนวนสำเนางานที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับเหตุผลที่ต้องมีการกำหนดอัตราขั้นต่ำนั้นเนื่องจากเพื่อเป็นหลักประกันว่าอย่างน้อยแม้โจทก์จะไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริงได้เพราะความยากของการนำสืบพยานหลักฐาน แต่โจทก์ก็สามารถเรียกร้องความเสียหายได้ไม่น้อยกว่าจำนวนเพดานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด ส่วนการกำหนดให้มีอัตราเพดานขั้นสูงไว้ก็เพื่อป้องกันและควบคุมจำนวนเงินค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไม่ให้เกิดการทวีคูณที่มากเกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับ โดยเฉพาะในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์มีการนำเอาวิทยาการทางเทคโนโลยีมาใช้เป็นเครื่องมือ ตัวอย่างเช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านทางอินเตอร์เน็ต หรือในธุรกิจที่มีกิจกรรมที่อาจต้องมีความเกี่ยวพันกับงานลิขสิทธิ์หลากหลายประเภท ตัวอย่างเช่น ธุรกิจที่เกี่ยวกับสื่อสิ่งพิมพ์การโฆษณา เป็นต้น ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นสามารถทำให้เกิดการแพร่กระจายจำนวนงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมหาศาล

สำหรับเพดานอัตราขั้นต่ำสุดและอัตราขั้นสูงที่ควรจะเป็นนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าลำดับแรกควรทำการศึกษารวบรวมจากสถิติคดี คำพิพากษาต่างๆของศาลว่ามีแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเช่นไร โดยนำความรู้ทางด้านคณิตศาสตร์และเศรษฐศาสตร์เข้ามาช่วยในการคำนวณเปรียบเทียบเพื่อหาอัตราค่าเฉลี่ยที่เหมาะสม ประกอบกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้อาจมีการพิจารณาเชื่อมโยงให้ส่วนหนึ่งเป็นการยับยั้งป้องปรามไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นอีกในอนาคตซึ่งอาจคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์เป็นตัวเลขว่าควรจะให้น้ำหนักในเรื่องนี้มากน้อยเพียงใด

นอกจากนี้ การกำหนดเพดานค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้มีความสอดคล้องและเหมาะสมกับประเทศไทยให้ได้มากที่สุดนั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยหรือเหตุผลหลายๆด้าน เช่น เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมประเพณี และสิ่งสำคัญที่สุดสำหรับการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด คือ จะต้องเป็นจำนวนค่าเสียหายที่เหมาะสมและกว้างเพียงพอที่จะครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมีแนวคิดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในอัตราขั้นต่ำสุดนั้นควรจะเป็นจำนวนอัตราค่าเสียหายขั้นต่ำนั้นที่แน่ใจได้ว่าผู้เสียหายจะได้รับการชดใช้ชดเชยกับความเสียหายที่ตนได้รับ และในขณะเดียวกันก็ควรจะเป็นจำนวนอัตราที่ทำให้ผลประโยชน์ หรือผลกำไรที่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์คาดหวังว่าจะได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มีจำนวนเท่ากับศูนย์ ส่วนการกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในอัตราเพดานขั้นสูงสิ่งสำคัญ คือ ควรจะต้องเป็นจำนวนที่พอเพียงที่จะไม่ทำให้จำเลยคิดที่จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำอีก

ง. ให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่าจะกำหนดให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมีช่วงเพดานระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงก็ตามแต่การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายว่าจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรมีการบัญญัติให้ชัดเจนเกี่ยวกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นว่าให้เป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดควรเป็นจำนวนเท่าไร เพราะแม้ว่าค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นจะเป็นค่าเสียหายได้กำหนดอัตราค่าเสียหายไว้อย่างแน่นอนในกฎหมายแล้วก็ตามแต่บุคคลที่เหมาะสมที่สุดที่จะมาเป็นผู้วินิจฉัยกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นจำนวนเท่าใดระหว่างอัตราขั้นต่ำสุดและอัตราสูงสุด คือ ศาล เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายย่อมต้องขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐาน ข้อเท็จจริงที่รับฟังจากการพิจารณาคดีของโจทก์และจำเลย นอกจากนี้ เมื่อกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ศาลก็จะไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องพิจารณาจากจำนวนชิ้นงานที่จำเลยสำเนางานลิขสิทธิ์ของโจทก์เท่านั้น แต่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยได้โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆในแต่ละคดีอย่างเหมาะสม โดยการใช้ความรู้ความสามารถของศาลในการพิจารณาวินิจฉัยชั่งน้ำหนักเพื่อให้ได้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นใกล้เคียงกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับให้มากที่สุด โดยเฉพาะในกรณีที่การกำหนดจำนวนค่าเสียหาย

ที่กฎหมายกำหนดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่จำเลยได้ละเมิดนั้นเป็นผลให้จำเลยต้องแบกรับกับการชดใช้ค่าเสียหายที่สูงเกินไปกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงอยู่มากอย่างไม่สมเหตุสมผล ตัวอย่างเช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการแชร์ไฟล์ (P2P File-Sharing) หรือธุรกิจที่เกี่ยวกับการโฆษณา สื่อสิ่งพิมพ์ ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านี้อาจมีผลโดยปริยายที่ทำให้ต้องเกิดการแพร่กระจายสำเนางานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผิดกฎหมายไปทั่วเป็นจำนวนมหาศาล ซึ่งหากไม่มีการจำกัดขอบเขตเพื่อให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ก็จะทำให้เกิดการทวีคูณในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดมากเกินความเสียหายที่แท้จริงหากพิจารณาแต่เพียงจำนวนชิ้นงานที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งที่จำเลยนั้นอาจไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะเป็นเช่นนี้ หรือโจทก์เองก็ไม่ถึงกับได้รับความเสียหายมากเท่ากับจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายได้กำหนดขึ้นมา

อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นศาลก็ควรจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นมีบรรทัดฐานไปในแนวทางหรือทิศทางเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนจะขอเสนอหลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาพิจารณาจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดว่าควรพิจารณาจากปัจจัยใดบ้าง โดยแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. **ความสัมพันธ์กับความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับ** กล่าวคือ เมื่อค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งเช่นกันดังนั้นหลักการพิจารณาค่าเสียหายที่แท้จริงจึงสมควรต้องนำมาพิจารณาเป็นปัจจัยหนึ่งด้วยเสมอ อาทิเช่น ค่าขาดรายได้ของโจทก์, ผลกำไร หรือการประหยัดค่าใช้จ่ายของจำเลยที่ได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดงานลิขสิทธิ์ของโจทก์, ขนาดธุรกิจและ/หรือสถานะทางการเงินของจำเลย, ราคาตลาดที่เป็นธรรม (Fair Market Value) ของงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดนั้นมีมูลค่าเท่าใด,เจตนาของผู้ละเมิดงานลิขสิทธิ์, ประโยชน์ของการที่โจทก์จะได้รับการชดใช้เยียวยาจากการที่ศาลได้กำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด, ในกรณีที่โจทก์และจำเลยเคยมีการเข้าร่วมประนีประนอมเรื่องค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์กันมาก่อนนั้นจำนวนที่พอใจระหว่างทั้งสองฝ่ายคือจำนวนเท่าใด, การกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดเพื่อป้องกันไม่ให้จำเลยได้รับประโยชน์ที่จำเลยไม่ควรจะได้ (Unjust Enrichment), ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในการดำเนิคดี, บทบังคับ

ทางแพ่งที่จำเลยได้รับ, การบรรเทาความเสียหายของจำเลย และการที่โจทก์มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย หรือประเภทของการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นและขั้นรอง เป็นต้น

2. **ประโยชน์ของการลงโทษจำเลยผู้ที่กระทำละเมิดลิขสิทธิ์จากการที่ศาลได้กำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด** กล่าวคือ การที่ศาลจะกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้ส่วนหนึ่งเป็นการลงโทษจำเลยนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อตัวโจทก์ที่จะได้รับชดใช้ค่าเสียหายมากน้อยเพียงใด ส่วนจำเลยจะเกิดความหลาบจำไม่กล้าที่จะกระทำละเมิดอีกหรือไม่และสังคมจะได้อะไรจากการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ เพราะหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ส่งผลให้เกิดอันตรายต่อสังคมมาก บทลงโทษในเรื่องค่าเสียหายที่จำเลยจะต้องรับผิดย่อมสมควรต้องมีมากกว่าการกระทำละเมิดตามปกติ ทั้งนี้ ศาลอาจพิจารณาจากความจงใจในการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยมาเป็นส่วนหนึ่งที่จะกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดซึ่งคล้ายกับแนวคิดค่าเสียหายเชิงลงโทษ
3. **ความจำเป็นในการยับยั้งป้องปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นอีกในอนาคต**

อย่างไรก็ตาม ปัจจัยต่างๆที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นเหล่านี้เป็นเพียงตัวอย่าง หรือแนวทางการพิจารณาของศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้ แต่ไม่ได้จำกัดว่าต้องมีเพียงหลักเกณฑ์นี้เท่านั้น เนื่องจากในแต่ละคดีย่อมมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแตกต่างกันออกไป อนึ่ง การนำแนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีบางกรณีที่มีความสอดคล้องกับหลักการวินิจฉัยพิจารณาแนวทางสำหรับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เรียกว่า “BMW’s Guidepost”[2] ซึ่งหลักการนี้มากคดี BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996) โดยประกอบไปด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ระดับความร้ายแรงของการกระทำละเมิดที่สมควรถูกลงโทษ

(2) อัตราส่วนระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(3) มาตรการทั้งทางแพ่งและทางอาญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอย่างเดียวกัน

---

[2] ศักดา ธนิตกุล, “การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 29, 1 (ฉบับพิเศษ 2554): 150.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์โดยให้มีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้

มาตรา 64 “ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชดใช้ในค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรรวมถึงผลกำไรเพิ่มเติมใดๆอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง

กรณีค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่ผู้ละเมิดต้องรับผิดชดใช้นั้นศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้และให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วย ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้นอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนาย

เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงอาจเรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแทนการเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรเพิ่มเติมใด ๆอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงในเวลาใด ๆก่อนมีคำพิพากษาก็ได้ ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้ใช้สำหรับการละเมิดต่องานลิขสิทธิ์หนึ่งงานซึ่งผู้ทำละเมิดหนึ่งคนต้องรับผิด หรือมีผู้ละเมิดหลายคนต้องรับผิดร่วมกันและแทนกันในจำนวนเงินไม่น้อยกว่า.....บาท แต่ไม่เกินกว่า.....บาท ตามที่ศาลมีอำนาจเห็นสมควร”

5.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับกรณีที่มีการฟ้องคดีอาญา

5.2.4.1 การยกเลิกค่าปรับกึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับกรณีที่มีการฟ้องคดีอาญา

สำหรับกรณีที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76 ได้บัญญัติให้โจทก์ได้รับค่าปรับกึ่งหนึ่งกรณีโจทก์มีการฟ้องคดีอาญานั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้วในมาตรา 64 จึงควรยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 76 ทั้งนี้เพื่อแก้ปัญหาแนวคิดขัดกันทางทฤษฎีในเรื่องการปะปนกันระหว่างกฎหมายทางแพ่งและกฎหมายทางอาญาและเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าโจทก์อาจได้รับค่าเสียหายเกินกว่าจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งการยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์นี้ปัจจุบันมีความเห็นสนับสนุนจากร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ซึ่งเป็น

ฉบับที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (สคก.) ตรวจพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 794/2550 โดยมีบันทึกหลักการและเหตุผลในส่วนนี้ว่าเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษเสียใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของการกระทำความผิด

5.2.4.2 การฟ้องคดีอาญาได้เฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดกลางหรือขนาดใหญ่เท่านั้น

การยกเลิกบทบัญญัติค่าปรับมาตรา 76 ตามข้อ 5.2.3.1 ที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะต้องทำควบคู่ไปกับการกำหนดให้ผู้เสียหาย หรือโจทก์ผู้ถูกกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสามารถฟ้องเป็นคดีอาญาได้แต่เฉพาะคดีที่จำเลยกระทำละเมิดไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าขนาดกลาง หรือขนาดใหญ่เท่านั้น เนื่องจากเงินค่าปรับนี้แม้จะไม่ได้ตกมาอยู่ที่โจทก์กึ่งหนึ่งก็ตามแต่ก็คงตกอยู่ที่รัฐทั้งหมดส่งผลให้จำเลยก็ยังคงต้องจ่ายค่าปรับเท่าเดิมไม่ได้มีผลเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องที่จำเลยจะต้องแบกรับภาระชดใช้ค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไปแต่อย่างใด สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์กรณีใดที่เป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดเล็ก ขนาดกลางหรือขนาดใหญ่นั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรพิจารณาจากจำนวนทุนทรัพย์ที่มีการเรียกร้องของคดีนั้นๆ โดยอาจแบ่งเป็น 3 ระดับ คือ คดีที่มีทุนทรัพย์น้อย คดีที่มีทุนทรัพย์ปานกลางและคดีที่มีทุนทรัพย์สูงหรือคดีที่มีความยุ่งยากมาก

อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อโต้แย้งได้เช่นกันว่าในกรณีเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดเล็กนั้น ถ้าโจทก์ต้องการแค่เพียงการลงโทษจำเลยเพื่อให้เกิดความหลาบจำไม่ให้ไปกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์ซ้ำขึ้นอีกนั้นเช่นนี้แล้วทำไมจึงต้องสมควรกำหนดว่าโจทก์จะสามารถฟ้องร้องคดีอาญาได้เฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดกลางหรือขนาดใหญ่เท่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับข้อโต้แย้งนี้ว่า ในเมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นเรื่องของผลประโยชน์ในสิทธิทางเศรษฐกิจระหว่างเอกชนโดยหลักจึงควรเป็นเรื่องของการใช้สิทธิทางแพ่งหากเกิดการโต้แย้งสิทธิกัน ทั้งนี้อาจให้สามารถนำคดีมาฟ้องร้องเป็นคดีอาญาได้ในกรณีที่เป็นละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดใหญ่หรือขนาดกลางเท่านั้น เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนโดยรวมอย่างกว้างขวางจึงควรมีมาตรการทางอาญาเข้ามาลงโทษบุคคลผู้กระทำละเมิดเหล่านี้ให้เกิดความเกรงกลัวซึ่งน่าจะเป็นการสมควรและมีประโยชน์ แต่สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดเล็กนั้นผู้เขียนกลับมีความเห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดเล็กเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงจำนวนเล็กน้อยจึงควรให้เป็นเรื่องของ

การใช้วิจารณญาณของผู้เสียหาย หรือโจทก์เองในการพิเคราะห์ชั่งน้ำหนักถึงผลดีผลเสียว่าสมควรจะฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งหรือไม่มากกว่า ซึ่งในทางปฏิบัติก็มักพบเสมอว่าหลังจากที่ศาลตัดสินให้มีการจ่ายค่าปรับกึ่งหนึ่งที่ได้รับจากคำพิพากษาแก่โจทก์แล้วก็ตามแต่สุดท้ายโจทก์ก็หันมาฟ้องเป็นคดีแพ่งอีกคดีหนึ่งเพราะยังไม่พอใจกับค่าปรับที่ตนได้รับอยู่ดีทำให้เกิดปัญหาปริมาณคดีคั่งค้างในศาลมากและทำให้ต้องนำบุคคลากรของรัฐมาเสียเวลาและค่าใช้จ่ายต่างๆเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้หากกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดเล็กไม่สามารถฟ้องร้องเป็นคดีอาญาได้ก็สามารถช่วยป้องกันไม่เกิดปัญหาในการที่โจทก์หรือผู้ที่อ้างตัวว่าเป็นโจทก์นำเอาความผิดทางอาญามาใช้ในการข่มขู่รีดไถจำเลยแล้วเรียกให้ประนีประนอมยอมความโดยเป็นความผิดอันยอมความได้

อนึ่ง ถ้ามองในมุมมองของหลักทางเศรษฐศาสตร์แล้วการกำหนดโทษทางอาญาแก่การละเมิดลิขสิทธิ์อาจเป็นการไปหยุดยั้งการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีจนทำให้สังคมนั้นไม่ได้รับการสร้างสรรค์ หรือต่อยอดพัฒนาเพื่อเพิ่มพูนภูมิปัญญาของมนุษย์ขึ้นก็เป็นได้เพราะทุกคนต่างเกรงกลัวว่าตนอาจต้องเสี่ยงต่อการถูกดำเนินคดีทางอาญาในการใช้ หรือพัฒนางานสร้างสรรค์ของผู้อื่น แม้ว่าตนจะไม่ได้มีเจตนาหรือมีความตั้งใจที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนั้นก็ตาม ดังนั้น กฎหมายไม่ควรเข้ามาควบคุมในทางอาญาอย่างเคร่งครัดมากนัก นอกจากนี้ จากการที่ผู้เขียนได้มีโอกาสเข้าสัมภาษณ์กับท่านกรกันยา สุวรรณพาณิช ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ท่านพิพากษาหัวหน้าคณะฯกรกันยาก็ได้กล่าวว่า[3] ทางศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯกับทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเองก็มีแนวโน้มเห็นด้วยเกี่ยวกับการกำหนดให้โจทก์สามารถฟ้องร้องต่อศาลกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นคดีอาญาได้เฉพาะข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าจำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าขนาดกลาง หรือขนาดใหญ่เท่านั้น

5.2.5 การกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งริบทรัพย์

เนื่องจากตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเรื่องการริบทรัพย์ที่ได้ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

[3] สัมภาษณ์, กรกันยา สุวรรณพาณิช, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, 9 กันยายน 2554.

หลังจากที่ศาลได้พิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้นควรจะตกเป็นของผู้ใด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ควรมีการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเรื่องการริบทรัพย์ที่ได้ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็น สิ่งของ เครื่องมือเครื่องใช้ และอุปกรณ์ต่างๆ ด้วยเหมือนดังพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 หมวด 2 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า มาตรา 11 เพื่อมิให้เกิดปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์เหล่านั้นควรจะตกเป็นของใคร เพราะถ้าหากทรัพย์สินเหล่านั้นยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำละเมิดต่อไปก็อาจทำให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นซ้ำอีกได้ โดยทรัพย์ที่ถูกริบมาเหล่านั้นอาจกำหนดให้ตกเป็นของแผ่นดิน หรือตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามที่ศาลสั่ง หรือถ้าการมีอยู่ของงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้มีประโยชน์ต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสังคมโดยส่วนรวม ศาลจะสั่งให้ทำลายงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นเสียก็ได้

5.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับกระบวนการพิจารณาค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลนั้นนับเป็นอีกขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญและยากสำหรับศาล เพราะแทบจะหาหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนตายตัวในบทบัญญัติกฎหมายไม่ได้เลยซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของทุกประเทศต่างก็เป็นไปในทางเดียวกันว่าควรให้เป็นอิสระของผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นกรณีๆไป ส่งผลทำให้อำนาจในการวินิจฉัยจำนวนค่าเสียหายตกอยู่แก่ศาลโดยสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก็ยังคงมีประเด็นปัญหาบางประการอยู่ตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์และอธิบายไว้ในบทที่ 4 คือ ปัญหาการที่ศาลไทยนั้นไม่ได้อธิบายเหตุผลอันเป็นที่มาของการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ปัญหาการที่ศาลไม่มีมาตรฐานระดับเดียวกันในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายของศาล และปัญหาทางปฏิบัติในการบริหารงานคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นการประสานงานและการควบคุมระยะเวลาที่เหมาะสมในกระบวนการระหว่างที่มีการพิจารณาคดีสืบพยานจนทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดีและความเชี่ยวชาญของศาลในการพิจารณาตัดสินคดีละเมิดลิขสิทธิ์

โดยผู้เขียนจะขอเสนอแนะการแก้ไขปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะแยกอธิบายได้ดังนี้

5.3.1 การอธิบายให้เหตุผลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ประกอบกับคำพิพากษาของศาล

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลควรอธิบายในคำพิพากษาว่าเหตุใดศาลจึงตัดสินว่าจำนวนค่าเสียหายที่ศาลกำหนดเป็นจำนวนที่มีความเหมาะสมและยุติธรรมแล้ว ไม่ใช่เพียงแต่กล่าวไว้เพียงเห็นสมควรกำหนดจำนวนค่าเสียหายให้แก่โจทก์.....บาท เท่านั้น ซึ่งการให้เหตุผลดังกล่าวนี้ศาลอาจแสดงจากวิธีการคิดคำนวณค่าเสียหายโดยอ้างอิงมาจากหลักการทางบัญชีและเศรษฐศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือก็ได้ หรืออธิบายให้ชัดเจนว่าค่าเสียหายที่กำหนดนี้เป็นค่าเสียหายประเภทอะไร เพื่อให้โจทก์ จำเลย หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องจะได้มีความเข้าใจที่ตรงกันและสามารถนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีต่อๆไปในอนาคต

5.3.2 การพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีมาตรฐานเดียวกัน

ผู้เขียนขอเสนอว่า ศาลควรสร้างมาตรฐานการกำหนดค่าเสียหายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือมีความแน่นอนและใกล้เคียงกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุดด้วย โดยที่ศาลชั้นต้นควรมีการนำเอาดุลพินิจของศาลฎีกาที่เคยได้วินิจฉัยตัดสินคดีมาพิจารณาศึกษาในประเด็นต่างๆอย่างละเอียด ส่วนในกรณีที่เป็นประเด็นข้อโต้แย้งที่ศาลฎีกายังไม่เคยพิจารณาวินิจฉัยหากได้เคยมีศาลชั้นต้นพิจารณาวินิจฉัยไปแล้ว ก็ควรนำเอาคำพิพากษานั้นมาพิจารณาว่าศาลดังกล่าวตัดสินว่าเป็นเช่นไร เนื่องจากหากศาลชั้นต้นได้ตัดสินคดีที่มีความสอดคล้องกับศาลฎีกา หรือศาลที่ได้เคยพิจารณามาก่อน ก็ย่อมมีผลส่วนหนึ่งทำให้ลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลฎีกาได้ เพราะทนายฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยนั้นเมื่อเห็นว่าศาลใช้ดุลพินิจเหมือนกับศาลฎีกา หรือศาลที่ได้เคยพิจารณาก่อนๆนั้นก็จะไม่อุทธรณ์ให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในกรณีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกัน

5.3.3. การปรับปรุงการบริหารงานคดี

เมื่อส่วนหนึ่งของการบริหารงานคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลนั้นยังคงมีปัญหาในเรื่องของความล่าช้าในการดำเนินคดี ระบบการพิจารณาคดีที่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายที่มากเกินไปและความเชี่ยวชาญของศาลตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 แล้วนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าควรจะมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเนื่องจากการที่กฎหมายจะใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นส่วนหนึ่งจะต้องมาจากระบบการบริหารจัดการงานคดีที่ดีและมีผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายที่มีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญ ดังนั้น สำนักงานศาลยุติธรรมจึงควรมีการปรับปรุงการบริหารงานคดีโดยให้มีการจัดฝึกอบรมให้ความรู้ หรือจัดให้ผู้พิพากษาได้ไปศึกษาดูงานเป็นประจำอย่างสม่ำเสมอ เพื่อที่จะสามารถคาดหมายได้ว่าการพิจารณาคดีจะใช้เวลานานเพียงใดในการยุติข้อพิพาทและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นจำนวนประมาณเท่าใดที่จะก่อให้เกิดความได้สัดส่วนกับผลที่ได้รับ รวมถึงการจัดให้มีการให้ความรู้เกี่ยวกับวิชาการทางด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ด้านเศรษฐศาสตร์ หรือด้านการบัญชี เป็นต้น เพื่อให้ผู้พิพากษาได้เกิดความคุ้นเคยและสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อนได้อย่างเหมาะสมสอดคล้อง ทั้งนี้บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องควรจะต้องให้ความร่วมมือและปฏิบัติไปตามกฎเกณฑ์ข้อบังคับอย่างเคร่งครัดด้วยซึ่งจะทำให้ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีความสะดวก รวดเร็ว ประหยัดและก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันยิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กรกันยา สุวรรณพานิช. แนวคำวินิจฉัยปัญหาในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 3 (ธันวาคม 2543): 376-386.

กรกันยา สุวรรณพาณิช. ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง. สัมภาษณ์, 9 กันยายน 2554.

กัญญธิดา โบสุวรรณ. พัฒนาการทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. ค่าเสียหายในคดีละเมิด. วารสารกฎหมาย 7 (กุมภาพันธ์ 2526): 25-43.

จิตติ ติงศภัทิย์. คำอธิบายประมวกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตสภา, 2503.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด. วารสารนิติศาสตร์ 15, 4 (ธันวาคม 2528): 152-161.

ชัยเกษม นิติสิริ, วิชช์ จีระแพทย์ และ สุปราณี สกลเดช. Liquidated Damages หรือ Penalty. บทบัณฑิตย์ 54, 4 (ธันวาคม 2541): 239-243.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกับสหรัฐอเมริกา. โครงการอเมริกาศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

ธิดาพร ศิริถาพร. การนำพยานหลักฐานทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการดำเนินคดี. วารสารกระบวนยุติธรรม 2, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2552): 59-83.

ปรเมศร์ แสงวงษ์งาม. การกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในการขายของผู้ทรงสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

พรรณิภา บูรพาชีพ. ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา. หลักทั่วไปและคำพิพากษาศาลฎีกาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2539. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.

พัลภา ชัยอาญา. การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า : วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547

พิศวาท สุคนธพันธ์. ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552.

เพ็ง เพ็งนิติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร: จิรรัชการพิมพ์, 2552

วงษ์ วีระพงษ์. คำอธิบายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514.

วารี นาสกุล. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้. กรุงเทพมหานคร: วิบูลย์กิจการพิมพ์, 2544.

วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2523.

วัส ติงสมิตร. ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546.

วีรภัทร ชัยรัตน์. การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในมุมมองทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์. ดุลพาห 3, 56 (กันยายน-ธันวาคม 2552): 76-96.

ภัทรดา พินิจค้า. กฎหมายและการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ภูมินทร์ บุตรอินทร์. หลักการกำหนดค่าเสียหายในคดีล่วงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 37, 3 (กันยายน 2552): 464-499.

เมธาวี สาระไทย. ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ : ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

สุรชัย พ่วงชูศักดิ์. ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ : การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย. ดุลพาห 53, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2549): 90-113.

สุษม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553.

ศักดา ธนิตกุล. กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ : ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด. กรุงเทพมหานคร: ซัคเซสมีเดีย, 2550.

ศักดา ธนิตกุล. การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 29, 1 (ฉบับพิเศษ 2554): 137-173.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควร. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

อนันต์ จันทรโอภาส. โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด. ใน หนังสือ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ , หน้า 95-108. กรุงเทพมหานคร: พี เค พริ้นติ้งเฮ้าส์, 2531

อรพรรณ พนัสพัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553.

ภาษาอังกฤษ

Bently, L. and Sherman, B. Intellectual Property Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Berg, S. Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age. The Copyright Society of the U.S.A. 56 (Winter/Spring, 2009): 265-334.

Blair, R. and Cotter, T. Intellectual Property Economic and Legal Dimension of Rights and Remedies. New York: Cambridge University Press, 2005.

Blair, R. and Cotter, T. An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law [Online], 1998. Available from : http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol39/iss5/4 [2011, December]

Cookes, J. Law of Tort. Essex: Longman Publishing, 2001.

Dowd, R. Copyright Litigation Handbook [Online], 2010, Available from: http://www.westlaw.com [2011, December]

Einhorn, M. Damages Valuation in Music Copyright [online], 2005. Available from: http://ssrn.com/abstract=1611219 [2011, December]

Gervais, D. The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis London. Sweet & Maxwell Limited, 2003.

Guttermanand, A. and Anderdon B. Intellectual Property in Global Markets. London : Kluwer law International Ltd., The Hague-Boston, 1997

Halpern, S., Nard, C., and Port K. Fundamentals of United States intellectual property law: copyright, patent, and trademark ,2ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

Joyce,C., Leaffer, M., Jaszi, P., and Ochoa, T. Copyright Law, SevenEdition. Newark, NJ: LexisNexis, 2006.

Kociubinski, B. Assessing the Moral Legitimacy of Statutory Damages in Copyright. Nathan Burkan Memorial Writing Competition: Boston University School of Law, 2007.

Leaffer, M. Understanding Copyright law. New York: Matthew Bender, 1995.

Nard, C., Barnes, D., and Madison M. The Law of Intellectual Property. New York: Aspen Publishers, 2006.

Posner, R. Economic Analysis of Law. Boston: Little Brown & Company,1992.

Trosow, S. Introduction to Copyright Law and prospects for new legislation. Western Concordia University, 2008.

Samuelson, P. and Wheatland, T. Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform [Online], 2009. Available from: http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss2/5 [2010, November]

Stim, R. Intellectual Property : Patent, Trademark, and Copyright. New York: West Thomson, 2001.

World Intellectual Property Organization. which kind of damages are available in IP disputes? [Online], 2010 Available from: http://www.wipo.int/enforcement/en/faq/judiciary/faq08.html [2010, October]

Zimmermann, R. The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town: Juta & Co,Ltd, 1992.

Zweigert, K. International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 7.V.XI. New York: Ocean Publication, 1987.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวมานิตา รุ่งเรืองตันติสุข เกิดเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2529 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2551 และเข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2552 ขณะที่กำลังศึกษาได้รับความอนุเคราะห์จากท่านศาสตราจารย์สุดาศิริ วศวงศ์และดร.อังคณาวดี ปิ่นแก้ว ให้เป็นผู้ช่วยวิจัย ตั้งแต่ พ.ศ.2552-2554