

ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ

:ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี



นายเมธาวิ สาระไทย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

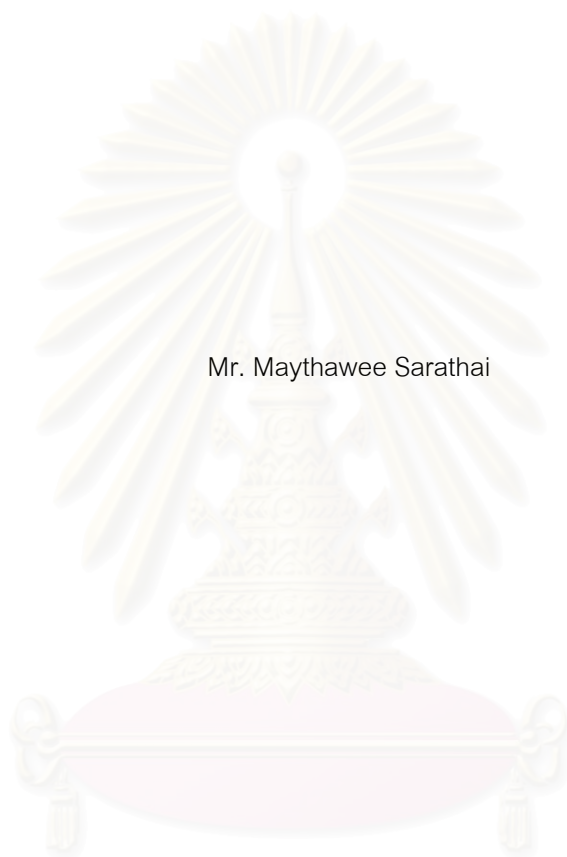
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2546

ISBN 974-17-4720-9

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DAMAGE FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT IN MUSICAL WORK, SOUND RECORDING AND
AUDIOVISUAL WORK: A CASE OF CASSETTE TAPE, COMPACT DISC (CD), VIDEO TAPE
AND VIDEO COMPACT DISC (VCD)



Mr. Maythawee Sarathai

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2003

ISBN 974-17-4720-9

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันทึกเสียง และสื่อทัศนวัสดุ: ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และ วีซีดี
โดย	นายเมธาวิ สาระไทย
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม (ถ้ามี)	-

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์
..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา)
..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์สุชม ศุภนิตย์)
..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. จิตตภัทร เครือวรรณ)

..... กรรมการ
(อาจารย์จักรกฤษณ์ เจนเจษฎา)

เมธาวิ สาระไทย: ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและ
 โสตทัศนวัสดุ: ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และ วีซีดี (DAMAGE FOR
 COPYRIGHT INFRINGEMENT IN MUSICAL WORK, SOUND RECORDING AND
 AUDIOVISUAL WORK: A CASE OF CASSETTE TAPE, COMPACT DISC (CD), VIDEO
 TAPE AND VIDEO COMPACT DISC (VCD)) อ.ที่ปรึกษา: รศ. อรพรรณ พันธ์พัฒนา, 270
 หน้า. ISBN 974-17-4720-9

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาวิจัยถึงค่าเสียหายประเภทต่างๆ อันอาจเกิดขึ้นจากการ
 ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุและศึกษาถึงแนวทางของศาลทั้งศาลไทยและ
 ศาลต่างประเทศในเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทต่างๆ อันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิด
 ลิขสิทธิ์เพื่อให้ได้มาซึ่งแนวทางและวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่างๆ เพื่อใช้เป็นมาตรฐาน สร้าง
 ความเป็นธรรมและเหมาะสมทั้งกับเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิด โดยข้อมูลที่ศึกษานั้นได้มาจากบทบัญญัติของ
 กฎหมาย ตำราทางวิชาการ บทความ เครือข่ายอินเทอร์เน็ต และคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ
 ในคดีที่เกี่ยวข้อง ผลการศึกษาค้นคว้าพบว่า แม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้วางหลักเกณฑ์การ
 แก้ไขเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้น แต่ยังมีข้อให้ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนด
 ค่าเสียหาย ทั้งนี้เนื่องมาจากความไม่ชัดเจนในตัวบท นอกจากนี้ยังมีปัญหาในการตีความกฎหมายกำหนด การ
 ใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ หากว่าศาลไม่เข้าใจถึงระบบกลไกตลาด หรือ
 หลักเศรษฐศาสตร์อย่างแท้จริงแล้ว การกำหนดค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นอาจไม่เหมาะสมและเป็นธรรม
 ได้ ซึ่งประเด็นเดียวกันนี้ ในกฎหมายต่างประเทศมีบทบัญญัติที่ชัดเจนและสมบูรณ์กว่ากฎหมายไทย ดังนั้น
 ประเทศไทยจึงควรศึกษานิติบัญญัติและคำพิพากษาเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ
 เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของไทย
 ต่อไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
 โดยควรให้มีการกำหนดข้อสันนิษฐานของประเภทของค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมี
 แนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งได้เสนอให้มีการนำ
 แนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีด้วย นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เสนอให้มีการออกแนว
 ทงการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่ง
 บันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ โดยให้พิจารณาผลของการทำละเมิดลิขสิทธิ์ว่ามีผลกระทบต่อความสามารถใน
 การแข่งขันทางธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่และอย่างไร

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....2546.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4386119734: MAJOR LAWS

KEY WORDS: DAMAGES/ COPYRIGHT INFRINGEMENT

MAYTHAWEE SARATHAI: DAMAGE FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT IN MUSICAL WORK, SOUND RECORDING AND AUDIOVISUAL WORK: A CASE OF CASSETTE TAPE, COMPACT DISC (CD), VIDEO TAPE AND VIDEO COMPACT DISC (VCD). THESIS ADVISOR: ASSOC. PROF. ORABHUND PANUSPATTHNA, 270 pp. ISBN 974-17-4720-9

The purpose of this thesis is to study various types of damages and their assessment in respect of copyright infringement of musical work, sound recording and audiovisual recording for standardising appropriate and fair damages in respect of the same to all parties involved. The studied information was taken from relevant provisions of laws, textbooks, articles, the internet and relevant Courts decisions. The study shows that although the Copyright Act of B.E. 2537 (1994) contains a provision regarding conditions for assessing such damages, the conditions are unclear which creates uncertainty and problems over their interpretation and application. Any damages awarded may not be fair and suitable for the copyright owners if, the Court does not clearly understand in the related business and economy when it quantifies the damages. Foreign copyright laws contain clearer provisions relating to damage assessment than Thai law.

This thesis proposes that Section 64 of the Copyright Act B.E. 2537 (1994) should be amended by clearly outlining legal presumptions and the burden of proof in relation to certain types of damages. This will include certain refutable legal presumptions. The presumptions should accommodate the uncertainty of damage assessment in Thailand. It also proposed punitive damages. In addition, this thesis proposes conditions to assess damage for specific works, in particular, musical work, sound recording and audiovisual recordings. One of the main conditions considers whether copyright infringement of the said specific works would be assessed as competing with the core business of the copyright owner.

Field of Study.....Laws..... Student's signature.....

Academic year.....2003..... Adviser's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูงที่กรุณาเสียสละเวลาอันมีค่าให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะที่รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและได้กรุณาให้คำแนะนำต่างๆ ตั้งแต่ครั้งที่ผู้วิจัยเป็นนิสิตในระดับปริญญาบัณฑิตจนถึงปัจจุบัน และขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิตย์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. จิตตภัทร เครือวรรณ และท่านอาจารย์จักรกฤษณ์ เจนเจษฎา ที่กรุณาตรวจสอบและให้คำแนะนำต่างๆ รวมถึงแนวคิดในแง่มุมต่างๆ ที่มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อการวิจัย

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาสำหรับการสนับสนุน ความห่วงใยและเป็นกำลังใจมาโดยตลอด โดยเฉพาะที่ท่านทั้งสองได้ให้การสนับสนุนและส่งเสริมด้านการศึกษาแก่ผู้วิจัยมาจนกระทั่งที่ผู้วิจัยประสบความสำเร็จในโอกาสนี้

ผู้วิจัยขอขอบคุณสำนักงานจอห์นสัน สตีค แอนด์ มาสเตอร์ (ประเทศไทย) จำกัดที่ให้การสนับสนุนผู้วิจัยเสมอมา โดยเฉพาะ Mr. Steven Miller Mr. Iain G. O. Melville และ Ms. Jenny Everall ที่ได้ให้คำอธิบายและสอบถามกฎหมายต่างประเทศให้ถูกต้อง ขอขอบคุณ คุณสุนันท์ทา สุขเจริญ คุณยุพร สุทธิวาริพงศ์ และคุณสุภาวดี กุศลมนโณทัย ที่ช่วยเหลือด้านการจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณ คุณปาลิรัฐ ศิริวรรณพฤษ ที่คอยถามไถ่ถึงความคืบหน้าและให้การสนับสนุนมาโดยตลอด

ผู้วิจัยขอขอบคุณ คุณฐิติมา ศิริชุมพันธ์ ที่เป็นแรงบันดาลใจให้ผู้วิจัยประสบความสำเร็จในโอกาสนี้และโอกาสอื่นเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อประโยชน์หรือส่งผลดีในทางวิชาการหรือแก่ส่วนรวม ผู้วิจัยขอยกความดีดังกล่าวให้แก่คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน รวมถึงจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สถาบันที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้แก่ผู้วิจัยทั้งในระดับปริญญาบัณฑิตและปริญญาโทมาจนบัดนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใดเกิดขึ้น ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ในการวิจัย	3
สมมุติฐานในการศึกษาวิจัย.....	4
ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	4
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย	5
บทที่ 2 ลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและ สื่อทัศนวัสดุ.....	7
2.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับลิขสิทธิ์.....	7
2.1.1 ลักษณะมูลฐานของสิทธิในลิขสิทธิ์	7
2.1.2 องค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์	8
2.1.3 เจ้าของลิขสิทธิ์.....	10
2.1.4 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์	12
2.1.5 การละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์	14
2.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์.....	20
2.2.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์	21
2.2.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์	23
2.3 ลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง และสื่อทัศนวัสดุ.....	24
2.3.1 งานดนตรีกรรม	24
2.3.2 งานสิ่งบันทึกเสียง	34
2.3.3 งานสื่อทัศนวัสดุ	37

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 3	ลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหาย	41
3.1	ความทั่วไป	41
3.1.1	ความสามารถ	42
3.1.2	หน้าที่นำสืบ	42
3.1.3	ขนาดของความเสียหาย	42
3.2	ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญา	43
3.2.1	แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสัญญาและค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญา	43
3.2.2	ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญา	48
3.2.3	ลักษณะและประเภทของค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญา	54
3.3	ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด	68
3.3.1	แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิดและค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด	68
3.3.2	ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีละเมิด	75
3.3.3	ประเภทและลักษณะของค่าเสียหายในกรณีละเมิด	81
บทที่ 4	เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลต่างประเทศ	110
4.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	110
4.1.1	ประเภทของค่าเสียหาย	113
4.1.2	การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์	120
4.2	ประเทศอังกฤษ	130
4.2.1	ประเภทของค่าเสียหาย	131
4.2.2	การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์	141
4.3	ประเทศเยอรมันนี	146
4.3.1	ประเภทของค่าเสียหาย	146
4.3.2	การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์	148
4.4	ประเทศญี่ปุ่น	153
4.4.1	ประเภทของค่าเสียหาย	153

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.4.2	การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์.....	156
4.5	ตารางสรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์.....	160
4.5.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	160
4.5.2	ประเทศอังกฤษ.....	162
4.5.3	ประเทศเยอรมันนี.....	163
4.5.4	ประเทศญี่ปุ่น.....	164
บทที่ 5 ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ปัญหาที่เกี่ยวข้อง		
	บทวิเคราะห์และแนวทางแก้ไข.....	165
5.1	ความทั่วไป.....	165
5.2	หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย.....	167
5.2.1	หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์.....	167
5.2.2	ประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์.....	172
5.3	แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์.....	175
5.3.1	ค่าเสียหายจากการขาดรายได้.....	176
5.3.2	ค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า.....	177
5.3.3	ค่าเสียหายประเภทอื่นๆ.....	178
5.4	ปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและ บทวิเคราะห์.....	178
5.4.1	ปัญหาจากข้อกฎหมายและบทวิเคราะห์.....	179
5.4.2	ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของผู้เสียหายและบทวิเคราะห์.....	190
5.5	แนวทางในการแก้ไขปัญหาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.....	193
5.5.1	การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.....	194
5.5.2	การออกแนวทางพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณี สำหรับงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ.....	205
5.6	ตารางแสดงประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายไทยฉบับปัจจุบัน และข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย.....	226
5.6.1	ค่าเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.....	226

5.6.2	ค่าเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม.....	227
5.6.3	ค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	228
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....		231
6.1	บทสรุป	231
6.1.1	ปัญหาจากความไม่ชัดเจนของตัวบท	231
6.1.2	ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลผู้มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย	232
6.1.3	ปัญหาในทางการนำสืบ	232
6.2	ข้อเสนอแนะ	234
6.2.1	การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.....	234
6.2.2	การออกแนวทางการตีความกฎหมาย	235
6.2.3	การออกแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและ สื่อทัศนวัสดุ	240
รายการอ้างอิง.....		246
ภาคผนวก		251
ภาคผนวก ก. กฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์.....		252
ก.1	พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	252
ก.2	Title 17 of the United States Code.....	253
ก.3.	Copyright, Designs and Patents, Act 1988	257
ก.4	Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG), 1965.....	260
ก.5	Law no. 48.....	261
ภาคผนวกข. ประกาศคณะกรรมการกล่าวด้วยสินค้าและบริหารเรื่องการแจ้ง คำตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิ ในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ฉบับลงวันที่ 18 มีนาคม พ.ศ. 2546.....		263
ภาคผนวก ค.		
ตัวอย่างการปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายตามที่ผู้วิจัยเสนอ		266
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์		270

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน ปัญหาเรื่องของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้รับความสนใจเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินทางปัญญาถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่แรกเกิด ลิขสิทธิ์ถือได้ว่าเป็นงานทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งซึ่งมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างไปจากงานทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ กล่าวคือ ลิขสิทธิ์มุ่งเน้นในการพิจารณาถึงการแสดงออกซึ่งความคิดโดยปรากฏออกมาในลักษณะผลงานสร้างสรรค์ วัตถุประสงค์ของลิขสิทธิ์คือการมุ่งให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดที่ปรากฏออกมาเป็นรูปธรรม เช่น งานประพันธ์ ภาพถ่าย ภาพวาด เพลง และภาพยนตร์ เป็นต้น ดังนั้นการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง มิเช่นนั้นแล้วอาจมีบุคคลอื่นใดหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นโดยมิชอบ เช่น การทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงจำหน่ายโดยมิได้รับอนุญาต โดยการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการสร้างการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากวัตถุประสงค์ข้างต้นแล้ว การให้สาธารณชนได้รับหรือได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ก็เป็นวัตถุประสงค์สำคัญที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้ความสำคัญ กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่ผู้สร้างสรรค์งานจะได้รับจากงานสร้างสรรค์ของตนและประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นกับสาธารณชนที่จะสามารถได้ใช้งานสร้างสรรค์นั้นได้ โดยผลประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่ไปกระทบผลประโยชน์ของอีกฝ่าย

จากวัตถุประสงค์ข้างต้น กฎหมายจึงต้องทำหน้าที่ในการประสานประโยชน์ระหว่างฝ่ายผู้สร้างสรรค์ (หรือ เจ้าของลิขสิทธิ์) และผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์ในงานสร้างสรรค์นั้น ในกรณีที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ (หรือ เจ้าของลิขสิทธิ์) นั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ (หรือ เจ้าของลิขสิทธิ์) มีสิทธิในเชิงป้องกันไม่ให้นักคนอื่นใดหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์จนกระทบต่อผู้สร้างสรรค์ (หรือเจ้าของลิขสิทธิ์) ในขณะเดียวกันกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสิทธิดังกล่าวไว้เพื่อให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้นด้วย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความพยายามในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์มากเท่าใด การที่งานอันมีลิขสิทธิ์ถูกกระทำละเมิดก็ยังคงมีอยู่ การละเมิดลิขสิทธิ์นี้เองที่เป็นอุปสรรคสำคัญในการพัฒนางานสร้างสรรค์ ทั้งนี้ เพราะหากผู้สร้างสรรค์งานต้องใช้ความอุตสาหะวิริยะเป็นอย่างยิ่งในการสร้างสรรค์ผลงาน ในขณะที่มีอีกบุคคลหนึ่งคอยหาประโยชน์จากผลงานนั้น โดยที่ตนเองไม่ได้ลงทุนลงแรงอะไร ผู้สร้างสรรค์ย่อมมีความรู้สึกเบียดเบียนและย่อท้อในการสร้างสรรค์ผลงานต่อไป

เพื่อให้การคุ้มครองกับผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์ กฎหมายจึงได้สร้างเครื่องมือและกลไกในการให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าว โดยกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นบุคคลที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในอันที่จะหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีสิทธิในเชิงนิเสธ (Negative Right) ในการป้องกันมิให้บุคคลใดหาประโยชน์จากงานนั้นโดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะสร้างเครื่องมือที่ให้ความคุ้มครองได้ดีเพียงไร การละเมิดลิขสิทธิ์ก็ยังคงมีอยู่ ดังนั้น การสร้างระบบการเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องกระทำด้วย

ในส่วนของการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ประเด็นสำคัญประการหนึ่งก็คือ การกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการที่งานสร้างสรรค์ของตนถูกกระทำละเมิด ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ข้อกำหนดเรื่องค่าเสียหายได้รับการบรรจุลงไปในครั้งแรกในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยได้บัญญัติในเรื่องค่าเสียหายไว้ในมาตรา 49 ว่า **“ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนกึ่งหนึ่งแต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับแล้วนั้น”** เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในต้วบทข้างต้นจะพบว่า เหตุผลที่กฎหมายได้บัญญัติมาตราดังกล่าวขึ้นก็เพราะการพิสูจน์ค่าเสียหายในทางแพ่งของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีความยุ่งยากเป็นอย่างยิ่ง ในทางปฏิบัติ กฎหมายกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายจากค่าปรับก็เพื่อตัดปัญหาความยุ่งยากในการพิสูจน์ค่าเสียหายและยังเป็นการลดจำนวนคดีความที่จะนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งเพิ่มเติมได้อีกด้วย ข้อสังเกตประการหนึ่งสำหรับมาตรานี้ก็คือ กฎหมายมาตรานี้ไม่ได้กำหนดแนวทางในการพิสูจน์ค่าเสียหายทางแพ่งเอาไว้ จึงทำให้เกิดอุปสรรคในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งสำหรับกรณีนี้เป็นอย่างมาก ดังนั้น เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประเด็นสำคัญในการตราพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็เพื่อแก้ไขปัญหาค่าเสียหายและอุดช่องว่างของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ในหลายเรื่อง ซึ่งรวมถึงเรื่องค่าเสียหายด้วย โดยบัญญัติเรื่องค่าเสียหายไว้ในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีเนื้อหาดังนี้ **“ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายรวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย”**

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่ามีการวางแนวทางให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งหลักเกณฑ์ใหม่นี้รองรับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการได้รับการชดเชยความเสียหายให้กว้างขึ้น

แม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้วางหลักเกณฑ์การแก้ไขเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้น แต่ยังมีข้อให้ต้องพิจารณาเกี่ยวกับค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงขอให้ศาลสั่ง ในขณะที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษตัดสินให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมหาศาล ศาลไทยกลับตัดสินให้ในจำนวนที่ต่ำ นอกจากนี้ ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเรียกค่าเสียหายได้ทั้งความเสียหายที่แท้จริง (actual damage) และส่วนกำไร (profit) จากผู้ที่ทำละเมิดได้ หากว่าค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นน้อยกว่าส่วนกำไรของผู้ละเมิดได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยไม่ได้แยกแยะสิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงจะเรียกได้ อีกทั้งการเรียกร้องส่วนกำไรเป็นสิ่งที่ค่อนข้างยากในการพิสูจน์จึงมีความเป็นไปได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะเรียกค่าเสียหายจากค่าเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในการตีความแนวทางที่กฎหมายกำหนด เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายนั้นควรพิจารณาหรือมีกรอบในการพิจารณาอย่างไรและแค่ไหน ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นนั้นควรมีลักษณะอย่างไร และการสูญเสียประโยชน์นั้นควรจะเป็นการสูญเสียประโยชน์ที่ปรากฏเป็นรูปธรรมเท่านั้น หรือควรจรรวมถึงความสูญเสียในลักษณะที่เป็นนามธรรมด้วย ปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือ การที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น อาจคงประโยชน์ให้กับผู้ทำละเมิดอยู่ เช่น ค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นน้อยกว่ากำไรที่ผู้ละเมิดได้รับ แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะได้อนุญาตให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามที่ศาลเห็นสมควร หากว่าศาลไม่เข้าใจถึงระบบกลไกตลาด ต้นทุนการผลิต ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ หรือหลักเศรษฐศาสตร์อย่างดีพอแล้ว การกำหนดค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นอาจไม่เหมาะสมและเป็นธรรมได้

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรที่จะมีการศึกษาเพื่อกำหนดประเภทค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่จำเป็นและอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งหาแนวทางที่เหมาะสมและเป็นธรรมในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยที่ขอบเขตของการวิจัยจะจำกัดอยู่ที่ค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ ทั้งนี้ เพราะงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งสามประเภทเป็นงานที่ถูกระทำละเมิดอย่างสูงในปัจจุบัน อีกทั้งยังอยู่ในความสนใจของบุคคลทั่วไป ซึ่งสิ่งต่างๆ ที่จะได้กล่าวไปนี้ ผู้วิจัยจะได้ศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไป

วัตถุประสงค์ในการวิจัย

1. ศึกษาถึงค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ

2. ศึกษาถึงแนวปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ในการเรียกค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ

3. ศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลไทยหรือศาลต่างประเทศในเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์

4. เสนอแนะวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นเพื่อใช้เป็นมาตรฐานและแนวทางสำหรับศาลและเจ้าของลิขสิทธิ์ ในการพิจารณา กำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายดังกล่าว เพื่อสร้างความเป็นธรรมและเหมาะสมทั้งกับเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิด

สมมุติฐานในการศึกษาวิจัย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แต่แนวทางหรือดุลพินิจดังกล่าวยังไม่เป็นหลักเกณฑ์พิจารณาที่แน่นอนและชัดเจนในประเภทของค่าเสียหาย และวิธีการกำหนดค่าเสียหายแต่ละประเภท รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในการได้รับการเยียวยาขาดใช้ความเสียหายในแต่ละคดี จึงสมควรที่จะกำหนดบรรทัดฐานและแนวทางในการพิจารณา กำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์

ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้นำการวิจัยโดยใช้เอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก ทั้งนี้โดยดำเนินการจากการค้นคว้าข้อมูลจากหนังสือ บทความ เอกสาร และคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศเพื่อนำแนวคิดและข้อมูลต่างๆ มาทำการวิเคราะห์ โดยจะเริ่มศึกษาจากลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์ การละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีทั่วไป ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุและลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ หลังจากนั้นจะทำการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงแนวการกำหนดจำนวนค่าเสียหายประเภทต่างๆ รวมทั้งศึกษาแนวทางในทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทำที่สุดจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงแนวทางในการพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โปร่งใส เหมาะสมและชัดเจนในการใช้อำนาจดุลพินิจของศาลตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้จำกัดขอบเขตของการศึกษาวิจัยไว้ดังนี้

1. การเยียวยาความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีหลายวิธีและหลายรูปแบบ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีของการเยียวยาความเสียหายซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะได้รับในรูปแบบของค่าเสียหายที่มีลักษณะเป็นตัวเงิน (monetary damages) เท่านั้น

2. เนื่องจากมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของสิทธิของนักแสดงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ทำละเมิดได้ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น

3. แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์แนวคิดหนึ่งเห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมิใช่ข้อดีทางเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ การละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้ราคาของสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยชอบนั้นลดลง ผู้ผลิตสินค้าที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์จำเป็นต้องลดราคาสินค้าเพื่อให้ตนมีความสามารถที่จะขายสินค้าของตนได้ต่อไป ผลจากแนวคิดนี้จะทำให้ผู้บริโภคสามารถที่จะบริโภคสินค้าในราคาที่ต่ำ การบริโภคสินค้านั้นจะกระจายไปในวงกว้างป้องกันการผูกขาดและป้องกันการเอาเปรียบจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ผลิตสินค้าที่ถูกต้องตามสิทธิ (โดยการตั้งราคาสินค้าให้สูงเกินจริง) แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์นี้สนับสนุนให้คงไว้ซึ่งการทำละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ปริมาณของการทำละเมิดนั้นต้องถูกจำกัดเพื่อป้องกันการทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยเสรี อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้จะใช้ได้ผลดีกับสินค้าประเภทที่ไม่มีสินค้าอื่นทดแทนได้ เช่น ภาพยนตร์ หรือเพลง เป็นต้น แม้ว่าแนวคิดนี้จะเป็แนวคิดที่ดีและน่าสนใจในการศึกษาเพิ่มเติม แต่เนื่องจากนโยบายของรัฐในปัจจุบันนั้นมุ่งเน้นการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อมิให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ใดๆ เกิดขึ้นอีก ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมิได้นำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ข้างต้นมาใช้พิจารณาหรือใช้เป็นพื้นฐานในการศึกษาวิจัยเพื่อหาข้อเสนอแนะในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

วิธีในการศึกษาวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์นี้จะใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบ Documentary Research รวมทั้งการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียง และโสตทัศนวัสดุ เมื่อทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียง และโสตทัศนวัสดุ

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ได้ทราบถึงค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียง และโสตทัศนวัสดุในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว

2. ได้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์และความคิดเห็นของผู้ใช้ประโยชน์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ในการเรียกค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียง และโสตทัศนวัสดุ

3. ได้ทราบถึงแนวทางการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นของศาลไทย และศาลต่างประเทศ

4. ได้ทราบถึงแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทต่างๆ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็น เพื่อสร้างมาตรฐาน ความโปร่งใส ความเป็นธรรม ความเหมาะสมและใช้บรรทัดฐานได้ต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ

ในบทนี้จะศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของงานอันมีลิขสิทธิ์ สิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ การกระทำอันเป็นการละเมิดและข้อยกเว้นของการละเมิดภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยที่เน้นและมุ่งเสนอถึงสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและงานโสตทัศนวัสดุ รวมถึงการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นในงานประเภทดังกล่าวเป็นหลัก นอกจากนี้ยังจะได้ทำการศึกษาดังถึงแนวคิดและแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย

2.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับลิขสิทธิ์

2.1.1 ลักษณะมูลฐานของสิทธิในลิขสิทธิ์

กฎหมายได้กำหนดลักษณะมูลฐานที่สำคัญของสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในฐานะที่เป็นลิขสิทธิ์ โดยทั่วไปลิขสิทธิ์มีลักษณะมูลฐานสำคัญอยู่ 4 ประการ ดังนี้

ก. เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right)

เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิในอันที่จะใช้ผลงานสร้างสรรค์นั้นได้แต่เพียงผู้เดียวรวมทั้งยังมีอำนาจห้ามบุคคลอื่นไม่ให้ละเมิดสิทธิของตนได้

ข. เป็นสิทธิที่มีมูลค่าและเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน

กระบวนการสร้างสรรค์ผลงานนั้นมีต้นทุนในการผลิตประกอบอยู่ด้วยไม่ว่าจะเป็นต้นทุนที่มองเห็นหรือต้นทุนที่มองไม่เห็น เช่น ค่าแรงงาน ดังนั้นจะพบว่าลิขสิทธิ์มีต้นทุนทางเศรษฐกิจซึ่งส่งผลต่อไปว่าลิขสิทธิ์นั้นมีมูลค่าในตัวของมันเอง ทั้งนี้มูลค่าในงานนั้นจะเป็นจำนวนเท่าไรไม่ใช่สาระสำคัญ เมื่อลิขสิทธิ์มีราคาและอาจถือเอาได้แล้วจะพบว่าลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สิน¹ตามกฎหมายประเภทหนึ่ง นอกจากนี้ ในทางการบัญชี มาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 51 กำหนดให้ลิขสิทธิ์ถือเป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตน (intangible asset) ของกิจการซึ่งกิจการสามารถนำมูลค่าของลิขสิทธิ์มาบันทึกไว้ในงบดุลของตนในฐานะที่เป็นสินทรัพย์ของกิจการนั้นด้วย

¹ มาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

ค. เป็นสิทธิที่มีเวลาจำกัด

แม้ว่าลิขสิทธิ์จะเป็นสิ่งตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนด้วย ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในงานสร้างสรรค์ของตนเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง ส่วนระยะเวลานั้นจะเป็นเท่าใดก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กฎหมายได้วางแนวทางในเรื่องระยะเวลาในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้หลายประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น ในกรณีทั่วไป กฎหมายจะให้การคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเวลาตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย (มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537) ในขณะที่งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทสิ่งบันทึกเสียงหรือโสตทัศนวัสดุจะได้รับการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปีนับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก (มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)

ง. เป็นสิทธิต่างหากจากกรรมสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิต่างหากจากกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะว่ากรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิที่เป็นทรัพย์สินและติดกับตัวทรัพย์สินนั้นไปเสมอ เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อใช้สอย จำหน่าย ได้รับดอกผล หรือติดตามเอาคืน ในขณะที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างหนึ่งในอันที่จะหวงกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาใช้สิทธิที่มีเหนืองานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์อาจเป็นคนละคนกับผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เหนืองานดังกล่าวนั้นก็ได้อีก

2.1.2 องค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์

ในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ใดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ อันเป็นองค์ประกอบมูลฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์ดังนี้

ก. เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด

สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์คือการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) ซึ่งสามารถสื่อสารกับผู้อื่นได้ไม่ใช่เพียงความคิด (idea) เท่านั้น ทั้งนี้เพราะหลักกฎหมายทั่วไปถือว่าความสามารถของมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดๆ จะสามารถสื่อสารกับบุคคลอื่นได้ก็ต่อเมื่อแสดงออกให้บุคคลอื่นเห็นแล้ว ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์จึงให้ความสำคัญกับการนำผลของความคิดแต่เพียงอย่างเดียวนั้นมาใช้และแสดงออกต่อบุคคลอื่นมิใช่เพียงความคิด (idea) เท่านั้น เนื่องจากเฉพาะความคิดแต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่อาจพิสูจน์หรือสื่อสารแก่บุคคลใดๆ ให้เห็นเป็นรูปธรรมได้จนกว่าจะได้มีการแสดงหรือนำเสนอออกมาหลักการนี้เป็นที่ยุติและยอมรับเป็นการทั่วไปของกฎหมายลิขสิทธิ์ทั่วโลก

ข. เป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง

องค์ประกอบข้อนี้เป็นผลของหลักการ Originality ซึ่งมีหลักสำคัญก็คือ ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างผลงานด้วยตนเองคือใช้ความรู้ความสามารถและความชำนาญรวมถึงความอุตสาหวิริยะของตนเองในการสร้างสรรค์

ค.เป็นงานชนิดที่กฎหมายรับรอง

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ดังนี้

ค.1 งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมคืองานเขียนทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร งานเขียน สิ่งพิมพ์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเนื้อเพลงที่ไม่มีทำนองหรือมีการเรียบเรียงเสียงประสานหรือมีโน้ตเพลงประกอบ

ค.2 งานสร้างสรรค์ประเภทนาฏกรรมคืองานที่เกี่ยวกับการรำ การเต้น ทำท่าหรือแสดงที่ประกอบเป็นเรื่องราวและการแสดงโดยวิธีใด

ค.3 งานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมคืองานประเภติดิตรกรรม ประติมากรรม ภาพพิมพ์ สถาปัตยกรรม ภาพถ่าย ภาพประกอบแผนที่ ภาพร่างและงานที่นำงานต่างๆ ทั้งที่แสดงไว้ข้างต้นมารวมกันเพื่อใช้ประโยชน์อย่างอื่น งานศิลปกรรมนี้ไม่จำเป็นต้องมีคุณค่าทางศิลปะ

ค.4 งานสร้างสรรค์ประเภทดนตรีกรรมคืองานที่เกี่ยวกับเพลงไม่ว่าจะเพื่อบรรเลงหรือขับร้อง รายละเอียดได้แสดงไว้ในข้อ 1.2.1.ก แล้ว

ค.5 งานสร้างสรรค์ประเภทโสตทัศนวัสดุคืองานที่ประกอบด้วยลำดับของภาพซึ่งบันทึกไว้ในวัสดุที่สามารถเล่นซ้ำได้โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นซึ่งรวมถึงเสียงประกอบ

ค.6 งานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์คือ งานที่ประกอบด้วยภาพซึ่งนำออกฉายต่อเนื่องและรวมถึงเสียงประกอบของงานด้วย

ค.7 งานสร้างสรรค์ประเภทสิ่งบันทึกเสียงคืองานที่แสดงลำดับของเสียงดนตรี เสียงของการแสดงหรือเสียงใดๆ โดยบันทึกในวัสดุที่สามารถเล่นซ้ำได้โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็น เช่น เทปบันทึกเสียง หรือแผ่นบันทึกเสียง

ค.8 งานสร้างสรรค์ประเภทงานแพร่เสียง แพร่ภาพคืองานที่เสนอต่อสาธารณชนโดยการแพร่เสียงและ/หรือแพร่ภาพ

ค.9 งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี วิทยาศาสตร์ ศิลปะ ไม่ว่าจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบใด

ง. เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ยังคงมีความไม่ชัดเจนในตัวกฎหมายว่างานใด เป็นงานต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม² อย่างไรก็ดีศาลฎีกาได้เคยมี คำพิพากษาไว้เป็นแนวทางว่าเทปวีดีโอซึ่งเป็นภาพลามกอนาจารไม่ใช่งานสร้างสรรค์จิตใจที่จะอ้างเป็น เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3705/2530) สำหรับในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นศาลได้เคยพิพากษาไว้ในคดี Mitchel Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater ว่า ตาม รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดและ การใดๆ จะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้น ศาลไม่อาจตัดสินได้เพราะเป็นดุลพินิจของสังคมแต่ละยุคแต่ละ สมัย ดังนั้น สิ่งลามกอนาจารคือภาพยนตร์เรื่อง Behind the green door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมี ลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย แม้จะเป็นงานลามกอนาจาร (obscene) ก็ตาม การที่จำเลยทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ ของโจทก์จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั่นเอง³

2.1.3 เจ้าของลิขสิทธิ์

การเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมี 2 กรณีคือ

ก. เจ้าของลิขสิทธิ์โดยสร้างสรรคงาน

หลักการสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ก็คือจะต้องมีการสร้างสรรคงานนั้นขึ้นมา กรณีที่กฎหมายถือว่าผู้สร้างสรรคงานเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแยกเป็นกรณีต่างๆ ได้ดังนี้

ก.1 การสร้างสรรคงานโดยอิสระ กรณีนี้เป็นการที่ผู้สร้างสรรคได้ สร้างสรรคงานโดยมิได้อยู่ภายใต้สัญญาจ้างหรืออยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมหรือมอบหมายใดๆ จาก บุคคลอื่น

ก.2 การสร้างสรรคในฐานะลูกจ้าง กรณีนี้ต้องเป็นการจ้างตามสัญญา จ้างแรงงาน พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 9 ให้ผู้สร้างสรรคคือลูกจ้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ งานที่สร้างขึ้น แต่ลูกจ้างก็สามารถที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ลงในสัญญาได้หากลูกจ้างนั้นต้องการให้ ลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ตกแก่นายจ้างของตน

² รัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544) หน้า 126

³ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544) หน้า 47

ก.3 การสร้างสรรค์ในฐานะผู้รับจ้าง การรับจ้างในกรณีตามความหมายของมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นี้ คือการจ้างทำของ (hire of work) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งต่างจากการจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน⁴

ก.4 การสร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นภายใต้การจ้างหรือคำสั่งของรัฐ การทำงานภายใต้การจ้างหรือคำสั่งของรัฐนี้ต่างจากการจ้างแรงงาน หรือการจ้างทำของในกรณีของเอกชน และการปฏิบัติราชการนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐเป็นส่วนใหญ่ ลิขสิทธิ์จึงเป็นของหน่วยงานของรัฐ

ก.5 การสร้างสรรค์โดยการดัดแปลง ผู้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ผู้ดัดแปลงจะมีลิขสิทธิ์ในงานส่วนที่ได้ดัดแปลงขึ้น ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมก็มีลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับเดิม

ก.6 การสร้างสรรค์โดยการรวบรวม การรวบรวมหรือประกอบเข้าด้วยกัน โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้รวบรวมก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตาม การรวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นจะต้องทำโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับโดยไม่ใช้การลอกเลียนงานของผู้อื่น

ข. เจ้าของลิขสิทธิ์โดยการรับโอนลิขสิทธิ์

สำหรับการโอนลิขสิทธิ์นั้นแบ่งพิจารณาได้ 2 กรณีคือ

ข.1 การโอนโดยทางนิติกรรม การโอนทางนิติกรรมนี้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดของตนให้แก่ผู้อื่นหรือโอนลิขสิทธิ์บางส่วนของตนให้แก่ผู้อื่นก็ได้ และการโอนนี้จะโอนให้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือโอนให้แต่โดยมีกำหนดเวลาก็ได้ อย่างไรก็ตามหากในสัญญาโอนไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ กฎหมายให้ถือว่าการโอนนั้นมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี ส่วนวิธีการโอนนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้รับโอน มิฉะนั้นจะถือเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อได้โอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดแล้วผู้รับโอนก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คนใหม่แทนผู้โอน แต่ถ้าเป็นการโอนลิขสิทธิ์โดยมีกำหนดเวลา เมื่อสิ้นระยะเวลาที่ได้ตกลงกันได้ ลิขสิทธิ์ก็จะกลับมาเป็นของผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมนั่นเอง

ข.2 การโอนโดยทางมรดก การโอนลิขสิทธิ์โดยทางมรดกนั้นมีด้วยกัน 2 ประเภทคือ กรณีที่ตกทอดไปยังทายาทตามกฎหมาย (ไม่ได้ทำพินัยกรรม) และตกทอดไปยังทายาทโดย

⁴ จีระประภา มากลิน, ความรู้เบื้องต้นด้านทรัพย์สินทางปัญญา, (พิษณุโลก: เอกสารอัดสำเนา, 2543), หน้า 43

พินัยกรรม ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้าของมรดกประสงค์จะโอนลิขสิทธิ์ให้ทายาทโดยทางพินัยกรรม เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้โอนต้องทำให้ถูกต้อง กล่าวคือต้องทำพินัยกรรมให้ถูกต้องตามแบบที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.4 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

ก. สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

โดยหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ทั่วโลก เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดและเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) (หรืออาจจะมีสิทธิทางธรรม (Moral Rights) หากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้สร้างสรรค์งานนั้นด้วย) ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน สิทธิเหล่านี้เป็นที่รู้จักกันในนาม Exclusive Rights⁵ ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางนิเสธ (Negative Right)⁶ กล่าวคือมิใช่สมมุติฐานว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง (Positive Right) แต่กลับเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิใดๆ ในอันที่จะห้ามบุคคลอื่นมิให้ทำการใดๆ เกี่ยวกับงานของตนได้บ้างหรือเรียกค่าเสียหายคือได้รับการชดเชยความเสียหาย

สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 15 ซึ่งกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว 5 ประการ ดังนี้

ก.1 ทำซ้ำหรือดัดแปลง

"**ทำซ้ำ**" หมายความว่าความรวมถึงคัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึงคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

"**ดัดแปลง**" นั้น หมายความว่าทำซ้ำโดยเปลี่ยนแปลงรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

ก.2 เผยแพร่ต่อสาธารณชน

⁵ อรรถพรธ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 67

⁶ อ่างแล้ว, หน้า 67

คำว่า "เผยแพร่ต่อสาธารณชน" นั้น หมายถึงทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและ/หรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

ก.3 ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา

สิทธิในการให้เช่านี้จำกัดอยู่แต่เฉพาะในงาน 4 ประเภท คือ งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไซตทัศน์วีสดู ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้น ดังนั้นสำหรับงานลิขสิทธิ์ประเภทอื่นๆ นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงานแต่อาจมีสิทธิอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์

ก.4 ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

การให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นคือการทำที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปให้แก่อื่น

ก.5 สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม ก.1 ก.2 หรือ ก.3

สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิที่เรียกว่า Licensing⁷ ซึ่งการอนุญาตนี้ทำได้ 3 ลักษณะคือ (1) อนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) อนุญาตให้ผู้อื่นเผยแพร่ต่อสาธารณชน (3) อนุญาตให้ผู้อื่นให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงาน ในการอนุญาตให้ใช้สิทธินี้กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ คู่กรณีอาจตกลงกันโดยวากาญก็ได้

ข. ข้อจำกัดการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 54 และ 55 เรื่องการใช้สิทธิในพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งเรียกว่า Compulsory Licensing ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเชิงบังคับในเรื่องการทำคำแปลภาษาไทย

⁷ อ่างแล้ว, หน้า 72

2.1.5 การละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ก. การละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์คือการกระทำใดๆของบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งกระทบต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำได้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ การละเมิดลิขสิทธิ์แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

ก.1 การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement)

การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นแบ่งออกเป็น 4 กรณีย่อยคือ

ก.1.1 การละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

การละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป ได้แก่ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

การ "ทำซ้ำ" นั้นหมายความถึงการลอกเลียน (Copying) โดยการลอกเลียนนี้จะเป็นการลอกเลียนโดยตรง (Direct Copying) เช่น การคัดลอก หรือถ่ายสำเนา หรือจะเป็นการลอกเลียนโดยทางอ้อม (Indirect Copying) ก็ได้ นอกจากนี้การลอกเลียนอันจะถือเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ได้จะต้องเป็นการลอกเลียนในสาระสำคัญ (Substantiality) การทำซ้ำนี้จะทำจากต้นฉบับของงาน สำเนา งาน หรือจากการโฆษณางานก็ได้ เช่น การบันทึกเสียงเพลงจากเพลงที่ออกอากาศทางสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์ มีข้อสังเกตว่าการทำซ้ำอันถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ใช่ความผิดฐานปลอมเอกสารเพราะการปลอมเอกสารเป็นการใช้ประโยชน์จากสิ่งที่ทำขึ้นแต่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งทำให้เขาเสียหายหรือเสียประโยชน์ อย่างไรก็ตามหากการทำซ้ำนั้นมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าได้มีการกระทำหาประการให้ผู้อื่นเชื่อว่าเป็นเอกสารต้นฉบับหรืองานต้นแบบ การกระทำนั้นก็ถือเป็นการปลอมเอกสารด้วย⁸

คำว่า "ดัดแปลง" หมายความว่าทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

⁸ อ้างแล้ว, หน้า 132

ส่วนคำว่า "เผยแพร่ต่อสาธารณชน" นั้น มีความหมายว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียง และหรือภาพการก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

ก.1.2 การละเมิดลิขสิทธิ์ตามประเภทของงาน

ก.1.2.1 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียง (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 28)

- ก. ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- ข. เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- ค. ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

ก.1.2.2. งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 29)

- ก. จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงหรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
- ข. แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยทั้งหมดหรือบางส่วน
- ค. จัดให้ประชาชนฟังและ/หรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า

ก.1.2.3 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 30)

- ก. ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- ข. เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- ค. ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

ก.2 การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (Secondary Infringement)

การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองหมายถึงการละเมิดที่ผู้กระทำส่งเสริมให้ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงได้แพร่หลายต่อไปมากขึ้นซึ่งจำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นความผิดตามกฎหมาย เพื่อป้องกันการนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์แพร่ต่อไป การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองนี้มีเกณฑ์การพิจารณา 2 ประการคือ (1) ผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้ว่างานนั้นทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และ (2) ผู้ ที่กระทำจะต้องประสงค์ที่จะมุ่งค้าและหากำไร พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 31 กำหนด ลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองดังนี้

1. ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ
2. เผยแพร่ต่อสาธารณชน
3. แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ เจ้าของลิขสิทธิ์
4. นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

ข. ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

หลักในเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้รับการยอมรับและปรากฏอยู่ใน กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เช่นหลัก Fair Dealing ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศ สหราชอาณาจักร และหลัก Fair Use ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁹ ซึ่งมีหลักการสำคัญในการพิจารณาคือ มีการใช้งานในทางการค้าและมุ่งหากำไรหรือไม่ หากมีการวิจารณ์งานต้องมีการอ้างอิงถึงงานของผู้อื่น พิจารณาปริมาณของงานที่นำไปใช้และพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อคุณค่าของงาน

ข.1 เงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 32 วรรค หนึ่ง กำหนดเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังนี้

⁹ อ่างแล้ว, หน้า 110

- ข.1.1 การใช้งานนั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์
- ข.1.2 การใช้งานนั้นไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร
- ข.2 กรณีต่างๆ ของการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์
- การยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แบ่งได้เป็น 9 กรณีดังนี้
- ข.2.1 ข้อยกเว้นทั่วไป
- ข.2.1.1 วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อกำไร
- ข.2.1.2 ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- ข.2.1.3 ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- ข.2.1.4 เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- ข.2.1.5 ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงาน ผลการพิจารณาดังกล่าว
- ข.2.1.6 ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อกำไร
- ข.2.1.7 ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงานหรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อกำไร
- ข.2.1.8 นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามตอบในการสอบ

ข.2.2 ข้อยกเว้นสำหรับการอ้างอิง

การกระทำที่จะเข้าข่ายตามมาตรา ๓๓ นั้นจะต้องเป็นการคัดลอกเลียนหรืออ้างอิงเพียงบางตอนตามสมควรเท่านั้น และต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานด้วย (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33)

ข.2.3 ข้อยกเว้นสำหรับการกระทำของบรรณารักษ์ห้องสมุด

การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุดซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากการทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่นหรือทำซ้ำงานบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในการวิจัยหรือศึกษานั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 34)

ข.2.4 ข้อยกเว้นสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ข.2.4.1 วิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ข.2.4.2 ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ข.2.4.3 ดิจิตอล วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ข.2.4.4 เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

ข.2.4.5 ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควรโดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่นโดยถูกต้องเพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย

ข.2.4.6 ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

ข.2.4.7 นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

ข.2.4.8 ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีที่เป็นแก่การใช้

ข.2.4.9 จัดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเก็บรักษาไว้สำหรับการอ้างอิง หรือค้นคว้าเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน

ข.2.5 ข้อยกเว้นสำหรับการแสดงนาฏกรรมหรือดนตรีกรรม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 36 บัญญัติว่า "การนำนาฏกรรมหรือดนตรีกรรมออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสม โดยมีได้จัดทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อหากำไร เนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้นและมีได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้นมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศลการศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง"

ข.2.6 ข้อยกเว้นสำหรับงานศิลปกรรม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 37, 39 และ 40 ว่า "มาตรา 37 การวาดเขียน การเขียนระบายสี การก่อสร้าง การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใดๆ ทำนองเดียวกันนี้ ซึ่งศิลปกรรม มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น"

"มาตรา 39 การถ่ายภาพหรือการถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพซึ่งงานใดๆอันมีศิลปกรรมใดรวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย มิให้ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น"

"มาตรา 40 ในกรณีที่ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมใดมีบุคคลอื่นนอกจากผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของอยู่ด้วย การที่ผู้สร้างสรรค์คนเดียวกันได้ทำศิลปกรรมนั้นอีกภายหลังในลักษณะที่เป็นการทำซ้ำบางส่วนกับศิลปกรรมเดิมหรือใช้แบบพิมพ์ ภาพร่าง แผนผัง แบบจำลอง หรือข้อมูลที่ได้จากการศึกษาที่ใช้ในการทำศิลปกรรมเดิม ถ้าปรากฏว่าผู้สร้างสรรค์มิได้ทำซ้ำหรือลอกแบบในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของศิลปกรรมเดิม มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น"

ข.2.7 ข้อยกเว้นสำหรับงานสถาปัตยกรรม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 38 และ 41 ว่า "มาตรา 38 การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพซึ่งงานสถาปัตยกรรมใด มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมนั้น"

"มาตรา 41 อาคารใดเป็นงานสถาปัตยกรรมอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ การบูรณะอาคารนั้นในรูปแบบเดิม มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์"

ข.2.8 ข้อยกเว้นสำหรับงานลิขสิทธิ์ต่างๆในภาพยนตร์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 42 ว่า "ในกรณีที่อยู่แห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ใดสิ้นสุดลงแล้ว มิให้ถือว่าการนำภาพยนตร์นั้นเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ สิ่งบันทึกเสียงหรืองานที่ใช้จัดทำภาพยนตร์นั้น"

ข.2.9 ข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43 บัญญัติว่า "การทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการโดยเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของเจ้าพนักงานดังกล่าวซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้และที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง"

2.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์

แนวคิดสมัยใหม่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์เริ่มต้นหลังจากที่มีการพัฒนากระบวนการต่างๆ ของอุตสาหกรรมสิ่งพิมพ์ให้ทันสมัยซึ่งส่งผลให้สื่อสิ่งพิมพ์ได้รับการเผยแพร่อย่างรวดเร็วและแพร่หลาย กล่าวกันว่าจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการพิจารณาการคุ้มครองงานสร้างสรรค์นั้นเป็นผลมาจากหนังสือชื่อ "Two Treatises of Civil Government" ของ John Locke โดยที่เนื้อหาสาระสำคัญที่กระตุ้นการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ (ซึ่งงานสร้างสรรค์สำคัญในยุคนั้นคืองานประพันธ์) นั้นคือ John Locke เชื่อว่าปัจเจกชนทุกคนเป็นเจ้าของตัวตนของตนเอง ดังนั้นบุคคลย่อมจะต้องเป็นเจ้าของผลผลิตต่างๆที่เกิดขึ้นจากแรงงานของตนด้วย [every individual human is owner of his own person, so he is also the owner of the fruits of his labours]¹⁰

กฎหมายฉบับแรกทีถือว่าการจัดระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างจริงจังคือพระราชบัญญัติซึ่งออกในสมัยของพระราชินีแอนน์เมื่อ ค.ศ. 1710 (the Statute of Queen Anne, 1710) เนื้อหาสาระของกฎหมายฉบับนี้คือทำให้ความคุ้มครองงานประพันธ์ที่ได้จดทะเบียนกับบริษัทผู้ผลิตสิ่งพิมพ์เป็นเวลา 21 ปี หากได้จดทะเบียนงานประพันธ์ดังกล่าวก่อนหน้าที่กฎหมายมีผลบังคับใช้และให้ความคุ้มครองเป็นเวลา 14 ปี กับงานที่ได้จดทะเบียนหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับ¹¹ ข้อที่นำสังเกตุของกฎหมาย

¹⁰ Richard Watt, *Copyright and Economics Theory : Friend or Foes?*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2000), p. 20

¹¹ Ibid., p. 20

ฉบับนี้ก็คือการคำนึงถึงการให้ประโยชน์ของสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์และเพื่อที่จะจัดระเบียบการผูกขาดสิทธิของนักประพันธ์โดยการกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ

2.2.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการกระตุ้น (encourage) ให้บุคคลใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนในการคิดค้นและผลิตสิ่งต่างๆ ขึ้นมา การกระตุ้นดังกล่าวปรากฏในรูปแบบของการให้การคุ้มครองสิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ให้ได้มีสิทธิในการหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตน อย่างไรก็ตาม เพื่อให้งานสร้างสรรค์นั้นกระจายสู่สาธารณะและเพื่อป้องกันการผูกขาดในการหาประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการผูกขาดจะส่งผลกระทบต่อระบบตลาดเสรี (ซึ่งอาศัยกลไกตลาดเป็นพื้นฐานเพื่อสำคัญในการขับเคลื่อน) กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์จึงได้มีข้อกำหนดและบทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ไว้ด้วย กล่าวโดยสรุปก็คือการที่กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์จะมีประสิทธิภาพทางเศรษฐศาสตร์ได้นั้นจะต้องทำให้จุดประสงค์สำคัญ 2 ข้อดังต่อไปนี้อยู่ในจุดที่สมดุลและเหมาะสม

- ก. คุ้มครองและรักษา รวมทั้งการกระตุ้นการสร้างสรรค์งานของคนในสังคม
- ข. เพื่อให้สินทรัพย์ทางวัฒนธรรมที่เกิดจากงานสร้างสรรค์นั้นได้ใช้กันอย่างแพร่หลายในสังคม¹²

ในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น หากว่ามีผลกระทบทำลายต่องานอันมีลิขสิทธิ์แม้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับความสะดวกทางการเงิน (monetary damages) โดยตรงจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายกล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ได้สูญเสียโอกาส (opportunities loss) ในการค้าหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการเยียวยาจากการเสียโอกาสโดยให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถนำค่าเสียโอกาสดังกล่าวมาเป็นต้นทุนของงานอันมีลิขสิทธิ์ การกระทำดังกล่าวจะส่งผลให้ต้นทุนในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้บริโภคสูงขึ้นและหากกฎหมายกำหนดให้ค่าเสียโอกาสดังกล่าวนั้นมีมูลค่าที่ต่ำกว่าต้นทุนของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้จ่ายหรือลงทุนไปก็จะมีสิ่งจูงใจ (incentive) ให้บุคคลคิดสร้างสรรค์ผลงานใดๆ ขึ้นอีก เพื่อประสานประโยชน์ของวัตถุประสงค์ทั้งสองประการดังกล่าวสาธารณชนผู้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้นจึงต้องชำระค่าใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ (royalty) ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย ในขณะที่เดียวกันค่าใช้ประโยชน์ดังกล่าวต้องไม่เป็น

¹² Ibid., p. 12

จำนวนที่สูงเกินไปและการจ่ายค่าใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ (หรือโดยทั่วไปเรียกว่า ค่าสิทธิ หรือ royalty fee) ควรจะเป็นการจ่ายในจำนวนไม่เกินต้นทุนของการผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น¹³

นอกจากการประสานประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และสาธารณชนโดยวิธีการจ่ายค่าสิทธิแล้ว การกำหนดระยะเวลาคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ถือได้ว่าเป็นวิธีการประสานประโยชน์ประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน รวมไปถึงการอนุญาตให้มีการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรืออื่นๆ เช่น การทำสำเนาเพลงไว้ฟังในครอบครัว เป็นต้น ซึ่งมีได้มีจุดประสงค์เพื่อมุ่งค้าและหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งในกรณีนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทบต่อการหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ถือได้ว่าเป็นวิธีการประสานประโยชน์อีกประการหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี ในการที่กฎหมายกำหนดยกเว้นและอนุญาตให้มีการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรืออื่นๆ ดังกล่าวข้างต้นนั้นยังคงเป็นที่ถกเถียงว่าจุดที่เหมาะสม (optimal) ควรจะอยู่ ณ จุดใด¹⁴

กล่าวโดยสรุป กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ในแง่เศรษฐศาสตร์สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. ในการทำให้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์คงอยู่ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องได้รับประโยชน์ที่เพียงพอซึ่งรวมไปถึงการได้รับการเยียวยาความเสียหายที่พอเพียงด้วย การสร้างสรรค์งานได้ก่อให้เกิดต้นทุนคงที่ (fixed cost) เช่น ต้นทุนของโอกาสและต้นทุนของความ อุตสาหะพยายาม เป็นต้น ในขณะที่การผลิตงานสร้างสรรค์ออกเป็นสินค้าก่อให้เกิดต้นทุนผันแปร (variable cost) ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการผลิต จำนวนของการผลิตและประเภทของผลิตภัณฑ์¹⁵ หากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้การคุ้มครองผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์จะเข้าแข่งขันในตลาดเช่นเดียวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ถูกต้อง ซึ่งอาจส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียหายจากการสูญเสียรายได้หรือสูญเสียอำนาจในการหาประโยชน์ เพราะมูลค่าของผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมจะต่ำกว่ามูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ถูกต้องนั้น เนื่องจากไม่มีต้นทุนคงที่ดังที่กล่าวไว้แล้ว

2. การให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ในลักษณะสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) นั้น อาจจะถูกพิจารณาว่าเป็นการที่กฎหมายสร้างการผูกขาดที่ถูกต้องตามกฎหมายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ในความเป็นจริงนั้น สิทธิแต่เพียงผู้เดียวไม่อาจสร้างระบบการผูกขาดแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทั้งหมดเพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้มีอำนาจเหนือตลาดเนื่องจากในตลาดที่มีการแข่งขัน

¹³ Ibid., p. 13

¹⁴ Ibid., p. 13

¹⁵ Ibid., p. 14

ผู้บริโภคจะมีทางเลือกและมีโอกาสที่จะเลือกจ่ายใช้สอย อีกทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเพียงผู้แข่งขันในตลาดเท่านั้น¹⁶

3. ในการสร้างจุดเหมาะสมในการประสานผลประโยชน์ของสาธารณชนและเจ้าของลิขสิทธิ์ นักเศรษฐศาสตร์เห็นว่าจุดเหมาะสมดังกล่าวควรจะอยู่ ณ จุดที่ความพึงพอใจของสังคมเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภคมารวมกัน¹⁷ นอกจากนี้หากไม่มีการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือมีการคุ้มครองมากเกินไป จุดเหมาะสมดังกล่าวนั้นก็อาจไม่เกิดขึ้น

2.2.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถือได้ว่าเป็นเครื่องมือที่ใช้จูงใจ (incentive) ให้บุคคลในสังคมสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาและเพื่อเป็นการตอบแทนผู้สร้างสรรค์ บุคคลอื่นในสังคมจำต้องมีการจ่ายค่าใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ซึ่งมีเรียกทั่วไปว่าค่าสิทธิ (royalty fee) ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ หากบุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์โดยมิได้จ่ายค่าสิทธิ (หรือมิได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์โดยมิต้องจ่ายค่าสิทธิดังกล่าว) เช่นนี้ถือได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้ว

ผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ในแง่เศรษฐศาสตร์ถือได้ว่าเป็นการผลิตสินค้าเพื่อใช้ทดแทนสินค้าในตลาดที่ผลิตโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์ การกระทำเช่นนี้ ส่งผลให้อำนาจทางการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิลดลง อีกทั้งยังทำให้ความสามารถในการแข่งขันในตลาดของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ผลิตที่ได้รับอนุญาตอีกด้วย¹⁸ จะเห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้ผู้ผลิตสินค้าจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับผลประโยชน์ในตลาดและมีความสามารถในการแข่งขันในตลาดมากกว่าผู้ผลิตสินค้าที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ทั้งนี้เพราะต้นทุนการผลิตของผู้ผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต่ำกว่าอันเป็นผลเนื่องมาจากการที่ไม่ต้องจ่ายค่าสิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสินค้าที่ผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์และสินค้าที่ผลิตโดยมิได้ละเมิดลิขสิทธิ์มีต้นทุนเท่าๆ กัน ค่าสิทธิที่เป็นต้นทุนคงที่จะแสดงให้เห็นถึงกำไรรวมและกำไรเฉลี่ยของสินค้าที่ผลิตโดยถูกต้องและมีลิขสิทธิ์ว่ามีมูลค่าต่ำกว่ากำไรของสินค้าที่ผลิตโดยการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁹ ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมหรือธุรกิจที่แตกต่างกันและมีได้เป็นคู่แข่งในตลาดระหว่างกัน เช่น ละเมิดลิขสิทธิ์ในงาน

¹⁶ W.R. Cornish, *Intellectual Property: Patent, Copyright, Trade Mark and Allied Rights*, (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 39

¹⁷ Richard Watt, *Copyright and Economics Theory : Friend or Foes?*, p. 135

¹⁸ Ibid., p. 7

¹⁹ Ibid., p. 7

วรรณกรรมโดยการดัดแปลงไปทำเป็นภาพยนตร์ ภาพยนตร์ดังกล่าวก็ยังคงส่งผลกระทบต่อการทำตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ทั้งนี้เพราะทำให้ค่าเสียโอกาสของเจ้าของลิขสิทธิ์และ/หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสูงขึ้น

นักเศรษฐศาสตร์ชื่อ W. Johnson เคยได้ทดสอบทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นนั้นแสดงให้เห็นว่าสินค้าที่ผลิตขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นส่งผลให้สินค้าที่ผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์นั้นมีราคาที่ลดลง มีการบริโภคสินค้านั้นน้อยลงและทำยที่สุทธรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นก็ลดลงด้วย ในระยะยาวจะส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือผู้สร้างสรรค์ตัดสินใจที่จะทิ้งตลาดและผลลัพธ์ก็คือสังคมได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์น้อยลงเนื่องจากไม่มีงานสร้างสรรค์ในตลาด²⁰

ข้อดีทางเศรษฐศาสตร์ของการละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือการลดต้นทุนของสินค้าซึ่งผู้บริโภคสามารถที่จะบริโภคสินค้าในราคาที่ต่ำและทำให้การบริโภคสินค้านั้นกระจายไปในวงกว้าง ในขณะที่ข้อเสียก็คือไม่มีสิ่งจูงใจ (incentive) ให้บุคคลในสังคมสร้างสรรค์ผลงานเพราะรายได้ที่จะได้รับนั้นไม่คุ้มกับต้นทุนที่ได้ใช้จ่ายไป

2.3 ลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง และซอฟต์แวร์

2.3.1 งานดนตรีกรรม

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความหมายของคำว่า ดนตรีกรรม ไว้ดังนี้ "ดนตรีกรรม" หมายถึง งานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียวและให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว" จากความหมายดังกล่าวจะพบว่าลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรมนั้นมี 4 ประเภทคือ²¹

ก. เพลงที่มีทำนองและคำร้อง

ข. เพลงที่มีทำนองเพียงอย่างเดียว

ค. โน้ตเพลง

²⁰ Ibid., p. 31

²¹ ภทรดา พินิจคำ, "กฎหมายและการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม, " (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 107

ง. แผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว

จะเห็นว่าเฉพาะคำร้องเพียงอย่างเดียวยังไม่ใช่งานดนตรีกรรมแต่อาจถือว่าเป็นงานวรรณกรรมได้ กล่าวโดยสรุปก็คือ งานดนตรีกรรมจะต้องมีทำนองเพลงด้วยเสมอไม่ว่าจะมีคำร้องหรือไม่ก็ตาม

2.3.1.1 ลักษณะและสิทธิในลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

ลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมมีดังนี้

ก. ทำซ้ำหรือดัดแปลง

ก.1 การทำซ้ำ

การทำซ้ำ (Reproduction) นั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติไว้ดังนี้ **"การทำซ้ำ"** หมายรวมถึงการคัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือ บันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน..."

จะเห็นว่าการทำซ้ำมีความหมายกว้างมาก ทั้งนี้เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดให้การทำซ้ำนั้นจะต้องทำซ้ำจากต้นฉบับเพียงอย่างเดียว การคัดลอกหรือเลียนแบบหรือทำแม่พิมพ์และอื่นๆ จากสำเนาอีกทอดหนึ่งก็ถือว่าเป็นการทำซ้ำเช่นกัน ซึ่งลักษณะของการทำซ้ำมีข้อพิจารณาดังนี้

1. ทำซ้ำในส่วนสาระสำคัญ
2. มีการบันทึกงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบใดรูปแบบ

หนึ่งไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม

สำหรับเพลงหนึ่งเพลงอาจจะมีเจ้าของลิขสิทธิ์หลายคน เช่น คนเขียนคำร้อง คนเขียนทำนองและผู้เรียบเรียงเสียงประสานซึ่งแต่ละคนก็มีลิขสิทธิ์ในงานของตน เฉพาะส่วนที่ตนสร้างสรรค์ การทำซ้ำสามารถกระทำได้เฉพาะส่วนของตนเท่านั้น

ก.2 การดัดแปลง

การดัดแปลง (Adaptation) ตามคำจำกัดความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความหมายว่า **"การดัดแปลง"** หมายความว่าทำซ้ำโดยเปลี่ยน

รูปแบบใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน.

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรมให้หมายความรวมถึง จัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่"

คำว่า "ดัดแปลง" นี้เป็นการทำซ้ำอย่างหนึ่งแต่ไม่ใช่เป็นการทำซ้ำให้เหมือนกับต้นฉบับ การดัดแปลงเป็นการทำซ้ำที่เปลี่ยนรูปจากเดิมเสียใหม่มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมแม้แต่การจำลองงานต้นฉบับซึ่งเป็นการทำซ้ำแต่ย่อส่วนลงมาก็คือว่าเป็นการดัดแปลงเช่นกัน

เช่นเดียวกันกับการทำซ้ำ การดัดแปลงในแต่ละเพลงอาจเกิดขึ้นได้เป็นส่วนๆ เพราะในเพลงหนึ่งเพลงอาจจะมีเจ้าของลิขสิทธิ์หลายคนได้ตามสัดส่วนที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานในแต่ละส่วน

ข. เผยแพร่ต่อสาธารณชน

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้นิยามศัพท์คำว่า "เผยแพร่ต่อสาธารณชน" ไว้ว่า "**เผยแพร่ต่อสาธารณชน**" หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่ายหรือโดยวิธีอื่นใด ซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น"

สาระสำคัญของการเผยแพร่ต่อสาธารณชนคือ

ข.1 การทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนคือการทำให้ปรากฏโดยตรง ทั้งนี้คำว่าสาธารณชนต้องไม่ใช่บุคคลภายในครอบครัว แม้ว่าการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนจะได้กระทำในที่ส่วนตัวก็ตามหากไม่ได้ทำให้ปรากฏต่อบุคคลภายในครอบครัวก็ถือว่าเป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนแล้ว นอกจากนี้หากเป็นการนำเสนอเพื่อประโยชน์ทางการค้าก็ถือว่าเป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนด้วย

ข.2 การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพก็คือ การถ่ายทอดเสียงและภาพซึ่งรวมไปถึงงานวิทยุโทรทัศน์ ทั้งนี้การรวมตัวของสาธารณชนที่รับฟังหรือรับชมไม่สำคัญและจำเป็นที่จะต้องเป็นที่แห่งเดียวกัน

ข.3 การจำหน่าย การจำหน่ายหมายถึงการจำหน่ายครั้งแรก
เท่านั้น (first sale) ไม่รวมถึงการซื้อซ้ำโดยชอบแล้ว²²

ค. ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่บุคคลอื่น

การให้ประโยชน์ในงานดนตรีกรรมมิได้จำกัดแต่เพียงประโยชน์ที่เป็น
ทรัพย์สินเงินทองแต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจเป็นผลประโยชน์ที่รับจากธุรกิจการค้าหรือการได้ประโยชน์
จากสิ่งอื่นใดก็ตาม ในข้อนี้กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้กำหนดว่าให้กระทำการอย่างไรจึงถือว่าเป็นการจำหน่ายจ่าย
โอนดังกล่าว ดังนั้น หากการจำหน่ายจ่ายโอนนั้นๆเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดในเอกเทศสัญญาใดใน
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ให้บังคับตามเอกเทศสัญญานั้นๆ

ข้อสังเกตในกรณีนี้คือการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่บุคคล
อื่นตามมาตรา 15 นั้นไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับการโอนลิขสิทธิ์เพราะการโอนลิขสิทธิ์เป็นการที่
ลิขสิทธิ์ในส่วนของโอนไปหลุดไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้รับโอนย่อมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในส่วนที่รับโอนมานั้น
ส่วนการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์นั้นผู้รับประโยชน์ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เลย

ง. การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ

การ "อนุญาต" (licence) ให้บุคคลอื่นใช้สิทธิคือการอนุญาตให้ผู้
ได้รับอนุญาตทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณา ซึ่งงานของตนโดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับประโยชน์
อย่างเต็มที่ในการอนุญาต เช่น อนุญาตให้ผู้อื่นจัดทำนองเพลงใหม่หรือเรียบเรียงเพลงนั้นขึ้นใหม่โดยที่
เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิดังกล่าวนี้
เจ้าของลิขสิทธิ์อาจกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ เช่น อาจกำหนดเงื่อนไขค่าตอบแทนหรือ
กำหนดระยะเวลาการอนุญาตซึ่งเป็นเรื่องที่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ขออนุญาตจะได้ตกลงกันและการตกลง
นี้กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงวิธีการอย่างไร (แม้ตกลงกันด้วยวาจาก็มีผลบังคับแล้ว) ผลของการอนุญาต
นั้นจะทำให้ผู้อนุญาต (licensor) ยังคงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นอยู่ ซึ่งตนอาจโอนลิขสิทธิ์ให้แก่
บุคคลใดต่อไปอีกก็ได้ ผู้รับอนุญาต (Licensee) ได้แต่เพียงสิทธิในการใช้สอยประโยชน์ตามที่ตกลงไว้
เท่านั้น มิใช่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แต่ผู้รับอนุญาตมีสิทธิตามข้อตกลงหรือสัญญาในอันที่จะเรียกร้องหรือ
ฟ้องร้องเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ให้อนุญาตได้ หากผู้ให้อนุญาตทำผิดเงื่อนไขของการอนุญาตซึ่งมีความหมาย
มากกว่ายินยอมให้ทำได้เพราะผลของการยินยอมให้ทำได้มีเพียงประการเดียวคือทำให้การกระทำของผู้
ที่ได้รับความยินยอมไม่เป็นการละเมิดเท่านั้น ผู้ได้รับความยินยอมไม่มีสิทธิอันใดในงานที่จะหยิบยกขึ้น
โต้แย้งผู้เป็นเจ้าของได้

²² วัล ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 10

2.3.1.2 เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

หากพิจารณาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมจะพบว่าบุคคลดังต่อไปนี้สามารถเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรณีแต่ละกรณีไป

ก. สร้างสรรค์โดยอิสระ

โดยหลักทั่วไปผู้ใดกระทำให้เกิดสิ่งใดย่อมเป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในสิ่งนั้น ในกฎหมายลิขสิทธิ์ก็เช่นเดียวกันกล่าวคือเมื่อผู้สร้างสรรค์ได้ใช้แรงงาน ความรู้ ความสามารถ สร้างผลงานขึ้นโดยความคิดริเริ่มของตนเอง ผู้สร้างสรรค์ก็เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของตน และในกรณีที่เป็นการสร้างสรรคงานร่วมกันโดยไม่อาจแบ่งแยกได้ว่าผู้สร้างสรรค์คนใดสร้างสรรค์ส่วนใด ผู้สร้างสรรค์ที่ร่วมกันสร้างสรรค์งานนั้นเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เฉพาะในส่วนงานของตน

ข. สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้าง

ในกรณีที่สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานซึ่งตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้างถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตกลงไว้เป็นอย่างอื่นให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็นของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธิในงานนั้นออกโฆษณาได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น เช่น นักแต่งเพลงซึ่งทำงานเป็นพนักงานประจำของบริษัทเพลง เมื่อได้สร้างสรรค์งานเพลงขึ้นมา ลิขสิทธิ์ในงานเพลงนั้นจะยังคงอยู่กับนักแต่งเพลง หากแต่บริษัทเพลงในฐานะนายจ้างมีสิทธิในงานเพลงนั้นออกโฆษณาได้

ค. สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะผู้รับจ้าง

มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า "งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่นให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น"

การรับจ้างตามความหมายของมาตรา 10 นี้ คือการจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากผู้ว่าจ้างประสงค์จะได้ผลสำเร็จของงานไปใช้ประโยชน์ ลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างขึ้นจึงควรตกเป็นของผู้ว่าจ้าง เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เช่น นักแต่งเพลงอิสระได้รับการว่าจ้างบริษัทเพลงให้แต่งเพลงขึ้นมา 1 เพลง เมื่อได้สร้างสรรค์งานเพลงขึ้นมาเสร็จสิ้นแล้ว ลิขสิทธิ์ในงานเพลงนั้นตกเป็นของบริษัทเพลงในฐานะผู้ว่าจ้าง

ง. การสร้างสรรค์ที่ทำขึ้นภายใต้การจ้างหรือคำสั่งของรัฐ

มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ว่า "กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่นย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการจ้างหรือตามคำสั่งหรือในความควบคุมของตน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร"

การทำงานภายใต้การจ้างหรือคำสั่งของรัฐนี้ต่างจากการจ้างแรงงานหรือการจ้างทำของในกรณีของเอกชน เพราะมีเรื่องการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเรื่องในทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย และการปฏิบัติราชการนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐเป็นส่วนใหญ่ ลิขสิทธิ์จึงเป็นของหน่วยงานของรัฐ เช่นนักแต่งเพลงอิสระได้รับการว่าจ้างกรุงเทพมหานครให้แต่งเพลงขึ้นมา 1 เพลงเพื่อรณรงค์ให้ประชาชนมาเลือกตั้ง เมื่อได้สร้างสรรค์งานเพลงขึ้นมาเสร็จสิ้นแล้ว ลิขสิทธิ์ในงานเพลงนั้นตกเป็นของกรุงเทพมหานครในฐานะผู้ว่าจ้าง

จ. การสร้างสรรค์โดยการดัดแปลง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความหมายของคำว่า "ดัดแปลง" ไว้ใน มาตรา 4 โดยกำหนดลักษณะและขอบเขตของคำว่าดัดแปลงให้ความหมายรวมถึงการทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรมให้หมายความรวมถึงจัดลำดับ เรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่

ในส่วนที่เกี่ยวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมซึ่งเกิดจากการดัดแปลงนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า "มาตรา 11 งานใดมีลักษณะเป็นการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ผู้ที่ได้ดัดแปลงนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ดัดแปลงตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลง"

จากที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 นี้จะเห็นว่าผู้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ผู้ดัดแปลงจะมีลิขสิทธิ์ในงานส่วนที่ได้ดัดแปลงขึ้น ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมก็มีลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับเดิม แต่ถ้าเป็นการดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์งานต้นฉบับผู้ดัดแปลงก็จะมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลงขึ้น แต่จะเป็นผู้ละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวคือสิทธิในการดัดแปลงของเจ้าของลิขสิทธิ์เดิม เช่นผู้ดัดแปลงเพลงโดยการเรียบเรียงใหม่

นั้นจะมีลิขสิทธิ์ในงานส่วนที่ได้เรียบเรียงใหม่ก็ต่อเมื่อได้ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในเพลงนั้นเสียก่อน เป็นต้น

ฉ. การสร้างสรรค์โดยการรวบรวม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 12 บัญญัติไว้ว่า "งานใดมีลักษณะเป็นการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มารวบรวมหรือประกอบเข้ากันโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเป็นการนำเอาข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดซึ่งสามารถอ่านหรือถ่ายทอดได้โดยอาศัยเครื่องกลหรืออุปกรณ์อื่นใดมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน หากผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันซึ่งงานดังกล่าวขึ้นโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ลอกเลียนงานของบุคคลอื่น ให้ผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานหรือข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกนำมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน"

การรวบรวมมีลักษณะเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการดัดแปลง นั่นคือ หากเป็นการรวบรวมหรือประกอบเข้าด้วยกันโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้รวบรวมก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตามการรวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นจะต้องทำโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับโดยไม่ใช่การลอกเลียนงานของผู้อื่น กล่าวคือจะต้องมีการใช้ความพยายามอุตสาหะในการคัดเลือกและจัดลำดับตามสมควร

ช. เจ้าของลิขสิทธิ์โดยการรับโอนลิขสิทธิ์

เนื่องจากลิขสิทธิ์นั้นถือว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามกฎหมาย จึงสามารถจะโอนความเป็นเจ้าของให้แก่กันได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 17 วรรคแรกที่ว่า "ลิขสิทธิ์นั้นยอมโอนให้แก่กันได้" สำหรับการโอนลิขสิทธิ์นั้นแบ่งพิจารณาได้ 2 กรณีคือ

ช.1 การโอนโดยทางนิติกรรม

การโอนทางนิติกรรมนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น นักแต่งเพลง อาจโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือโอนลิขสิทธิ์บางส่วนของตนให้แก่ผู้อื่นเช่นบริษัทผู้ผลิตเพลงก็ได้ และการโอนนี้จะโอนให้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งหมายถึงการโอนตลอดไปหรือโอนให้แต่โดยมีกำหนดเวลาก็ได้ อย่างไรก็ตามหากในสัญญาโอนไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ กฎหมายให้ถือว่าเป็นการโอนนั้น มีกำหนดระยะเวลา 10 ปี ส่วนวิธีการโอนนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้รับโอน มิฉะนั้นจะถือเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 เพราะการกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือนี้เป็นแบบแห่งนิติกรรม

เมื่อได้โอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดแล้วผู้รับโอนก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คนใหม่แทนผู้โอน แต่ถ้าเป็นการโอนลิขสิทธิ์โดยมีกำหนดเวลาเมื่อสิ้นระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ลิขสิทธิ์ก็จะกลับมาเป็นของผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมนั่นเอง

ข.2 การโอนโดยทางมรดก

การโอนลิขสิทธิ์โดยทางมรดกนั้น มีด้วยกัน 2 ประเภทคือ กรณีที่ตกทอดไปยังทายาทตามกฎหมาย (ไม่ได้ทำพินัยกรรม) และ ตกทอดไปยังทายาทโดยพินัยกรรม ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้าของมรดกประสงค์จะโอนลิขสิทธิ์ให้ทายาทโดยทางพินัยกรรม เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้โอนต้องทำให้ถูกต้อง กล่าวคือ ต้องทำพินัยกรรมให้ถูกต้องตามแบบที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.3.1.3 การละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นในงานดนตรีกรรม

ก. การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมนั้นไม่ได้ปรากฏออกมาในลักษณะของการทำซ้ำในทำนองหรือคำร้องที่เหมือนกันเท่านั้น การปรับแต่งท่วงทำนองขึ้นใหม่ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมด้วย การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมมีทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงและโดยอ้อมดังที่ได้แสดงไว้ข้างต้น งานดนตรีกรรมหนึ่งงานอาจประกอบด้วยเจ้าของลิขสิทธิ์หลายคน ดังนั้นการทำซ้ำในงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในเพลงเดียวกันก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เช่น นาย ก เป็นผู้ประพันธ์ทำนองได้ทำซ้ำเสียงประสานของเพลงขึ้นใหม่โดยที่นาย ข ผู้เรียบเรียงเสียงประสานไม่ได้อนุญาต การกระทำของนาย ก ถือว่าเป็นการทำซ้ำงานของนาย ข จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ก.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในงานดนตรีกรรม

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยตรงจะปรากฏในลักษณะของการทำซ้ำ ดัดแปลงและการเผยแพร่ต่อสาธารณชน (มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำจะปรากฏในลักษณะของการคัดลอกหรือทำสำเนาทำนองและคำร้องหรือทำนองอย่างเดียว รวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้วของผู้อื่นไปใช้ประกอบงานของตนโดยไม่มีสิทธิและไม่ได้รับอนุญาต ข้อสังเกตในประเด็นนี้ก็คือ การคัดลอกหรือทำสำเนาคำร้องเพียงอย่างเดียวไม่นับว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมแต่อาจถือว่าเป็นการการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมีความเห็นว่าท่วงทำนองง่ายๆ ของเพลงฮิตยอดนิยมอาจปรากฏในรูปแบบเดียวกันได้อย่างบังเอิญโดยแท้และไม่ใช่เป็นการทำซ้ำ นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกายังใช้หลักการ

ต่าง ๆ จากการเรียงเรียงระดับเสียงของตัวโน้ต เพราะจำนวนซึ่งเป็นองค์ประกอบของเพลงมีค่อนข้างจำกัด²³

ก.2 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมในงานดนตรีกรรม

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมในงานดนตรีกรรมมักจะปรากฏในลักษณะขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้องานซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม เช่น หนังสือเพลงซึ่งได้แสดงโน้ตเพลงประกอบโดยการจัดทำหนังสือเพลงดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตจาก เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานเพลงนั้น เป็นต้น

ข. ข้อยกเว้นของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

ข.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคสอง ได้วางหลักเกณฑ์ของการกระทำที่กฎหมายไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังต่อไปนี้

ข.1.1 วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อกำไร

เช่น ทำสำเนาเพลงเพื่อให้นักเรียนได้ศึกษาในชั่วโมงเรียน อย่างไรก็ตามในต่างประเทศเคยมีผู้คิดหลักเสียงกฎหมายด้วยการลักลอบนำบทเพลงของผู้อื่น (เพลงในภาพยนตร์เรื่อง The sound of music) มาให้เด็กโรงเรียนอนุบาลแห่งหนึ่งร้อง ซึ่งเด็กโรงเรียนดังกล่าวก็ร้องได้ดีมากมีคุณภาพของเสียงใกล้เคียงกับต้นแบบเดิมอย่างมาก และอัดเป็นแผ่นเสียง ทำปกแผ่นเสียงใหม่ โดยระบุบนปกว่าร้องโดยเด็กอนุบาลโรงเรียนดังกล่าวแล้วนำออกขาย การกระทำเช่นนี้ถือถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้²⁴

ข.1.2 ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทเช่น ทำสำเนาเพลงเพื่อใช้ขับร้องในครอบครัว

ข.1.3 ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึง

ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

²³ อรสา ลีลาทวิวุฒติ, "ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 87

²⁴ สำนักงานบริการส่งเสริมงานตุลาการ, คดีละเมิดลิขสิทธิ์, (กรุงเทพฯ: สำนักงานบริการส่งเสริมงานตุลาการ, 2528), หน้า 27

ข.1.4 เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น นำโน้ตเพลงมาลงในนิตยสารโดยอ้างถึงว่าเป็นผลงานของใคร

ข.1.5 ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

ข.1.6 ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร ข้อที่น่าสังเกตก็คือหากการเรียนการสอนนั้นกระทำในโรงเรียนที่จัดตั้งขึ้นเพื่อรับจ้างสอนดนตรีทั่วไปและมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร การกระทำของโรงเรียนดังกล่าวอาจเข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมได้

ข.1.7 ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงานหรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษาเพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

ข.1.8 นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

ข.2 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะงานดนตรีกรรม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 36 บัญญัติว่า "มาตรา 36 การนำนาฏกรรม หรือดนตรีกรรม ออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสม โดยมิได้จัดทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อหากำไร เนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้นและมิได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์และได้ปฏิบัติตาม มาตรา 32 วรรคหนึ่ง"

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมตามบทบัญญัติในข้อนี้จะต้องเป็นการกระทำโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์และมิได้จัดทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อหากำไรและมิได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น นอกจากนี้สมาคม มูลนิธิ หรือองค์การดังกล่าวยังจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติและไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรด้วย

2.3.2 งานสิ่งบันทึกเสียง

จากนิยามศัพท์ของคำว่าสิ่งบันทึกเสียงในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะพบว่าสิ่งบันทึกเสียงคืองานที่ประกอบด้วยลำดับเสียงของดนตรี เสียงการแสดง หรือเสียงอื่นใดที่บันทึกลงในวัสดุที่สามารถเล่น ซึ่งได้โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น แต่ไม่รวมเสียงประกอบภาพยนตร์หรือเสียงประกอบโสตทัศนวัสดุ

จะเห็นว่านิยามศัพท์ข้างต้นได้กำหนดลักษณะของสิ่งบันทึกเสียงไว้ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีของเทปบันทึกเสียงและซีดี

ก. เทปบันทึกเสียง

เทปบันทึกเสียงเป็นวัสดุบันทึกเสียงที่ทำจากแถบแม่เหล็ก บันทึกเสียงโดยใช้ระบบ Analog ซึ่งเป็นรูปแบบการบันทึกข้อมูลแบบความถี่ขึ้นลง สามารถเล่นซ้ำได้ในเครื่องเล่นเทปบันทึกเสียง

ข. ซีดี (CD: Compact Disc)

ซีดีเป็นวัสดุบันทึกเสียงที่เป็นแผ่นบันทึกเสียงโดยใช้ระบบ Digital ซึ่งเป็นรูปแบบการบันทึกข้อมูลที่ใช้ตัวเลขฐานสองคือ 0 และ 1 เป็นการเจาะจงข้อมูลไม่เหมือนกับความถี่ที่ต้องใช้การประมาณค่าทำให้เกิดความแม่นยำ²⁵

2.3.2.1 ประเภทของสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานสิ่งบันทึกเสียง

สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานสิ่งบันทึกเสียงมีดังนี้

ก. ทำซ้ำหรือดัดแปลง

การทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานสิ่งบันทึกเสียงมีลักษณะเช่นเดียวกับการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของงานดนตรีกรรมข้างต้น

²⁵ สิทธิพัฒนา งานศิลป์, สร้าง ตัดต่อ แปลง เขียน VCD และ DVD.(กรุงเทพมหานคร: บริษัท ชัคเซส มีเดีย จำกัด, 2544), หน้า 6

ข. เผยแพร่ต่อสาธารณชน

การเผยแพร่สิ่งบันทึกเสียงต่อสาธารณชนนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับการเผยแพร่สิ่งบันทึกเสียงต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรมดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การเผยแพร่สิ่งบันทึกเสียงต่อสาธารณชนนั้นมักจะปรากฏในรูปแบบของการจัดจำหน่ายหรือการเปิดสิ่งบันทึกเสียงตามวิทยุกระจายเสียงหรือในร้านค้าต่างๆ เป็นต้น

ค. สิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา

สิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงานนั้นเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงซึ่งสามารถหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน โดยการทำงานนั้นออกให้เช่าไม่ว่าจะเป็นให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของต้นฉบับ สิทธิในการให้เช่านี้เป็นสิทธิในการหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน

ง. ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่บุคคลอื่น

การให้ประโยชน์ในงานสิ่งบันทึกเสียงมีลักษณะเช่นเดียวกับการให้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

จ. การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ

การ "อนุญาต" (licence) ให้บุคคลอื่นทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณา ซึ่งงานของตนโดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการอนุญาตให้บุคคลอื่นทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณาในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3.2.2 เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง

ความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3.2.3 การละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นในงานสิ่งบันทึกเสียง

ก. การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงนั้นไม่ได้ปรากฏออกมาในลักษณะของการทำซ้ำในสิ่งบันทึกเสียงที่เหมือนกันเท่านั้น การปรับเปลี่ยนสภาพของสิ่งบันทึกเสียงขึ้น

ใหม่ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงด้วย การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงมีทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงและโดยอ้อม

ก.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในงานสิ่งบันเทิงเสียง

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในงานสิ่งบันเทิงเสียงจะปรากฏในลักษณะของการทำซ้ำ ดัดแปลง การเผยแพร่ต่อสาธารณชน และการให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาของงานสิ่งบันเทิงเสียง (มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในงานสิ่งบันเทิงเสียงโดยทั่วไปมีลักษณะดังนี้

ก.1.1 การปลอม (Counterfeiting)

การปลอมในธุรกิจสิ่งบันเทิงเสียงประกอบไปด้วยการผลิตและการจำหน่ายสำเนาของสิ่งบันเทิงเสียงโดยไม่มีสิทธิและไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การปลอมสิ่งบันเทิงเสียงนั้นหากมีการทำซ้ำซึ่งทับซ้อนด้วยอาจจะเข้าข่ายการทำซ้ำสิ่งบันเทิงเสียงและอาจจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าด้วย ดังนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิที่จะฟ้องผู้ทำละเมิดทั้งสองกรณี²⁶

ก.1.2 การลอกเลียน (Piracy)

การลอกเลียนในงานสิ่งบันเทิงเสียงจะใช้กับกรณีการทำซ้ำโดยไม่มีสิทธิและไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ลอกเลียนอาจจำหน่ายภายใต้ฉลากปกสิ่งบันเทิงเสียงของตนเองหรือไม่มีฉลากที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่าง²⁷ นอกจากการกระทำละเมิดทั้งสองรูปแบบข้างต้นแล้ว การทำซ้ำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวก็อาจสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้หากมีการกระทำเป็นจำนวนมาก

ก.1.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชนและการให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาของงานสิ่งบันเทิงเสียง การเผยแพร่ต่อสาธารณชน เช่น การนำงานสิ่งบันเทิงเสียงไปใช้ในร้านอาหาร ร้านค้าหรือโรงแรมโดยไม่ได้รับอนุญาต

ก.1.4 การให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาของงานสิ่งบันเทิงเสียง เช่น การนำงานสิ่งบันเทิงเสียงไม่ว่าจะเป็นต้นฉบับหรือสำเนาออกให้เข้า

²⁶ อรสา ลีลาทวิวุฒติ, "ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี", หน้า 91

²⁷ อ้างแล้ว, หน้า 91

ก.2 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงโดยอ้อม

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงโดยอ้อมมักจะปรากฏในลักษณะขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียง เช่น การขายสิ่งบันเทิงเสียงซึ่งเป็นผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น เป็นต้น

ข. ข้อยกเว้นของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียง

ข.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

ข้อยกเว้นทั่วไปของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงมีลักษณะเช่นเดียวกันกับข้อยกเว้นทั่วไปของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วข้างต้น

ข.2 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะงานสิ่งบันเทิงเสียง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้กำหนดหรือบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันเทิงเสียงไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับที่ได้กำหนดไว้เฉพาะสำหรับงานดนตรีกรรม

2.3.3 งานไฮตัทศนวัสดุ

จากนิยามศัพท์ของคำว่าไฮตัทศนวัสดุในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะพบว่าไฮตัทศนวัสดุคืองานอันประกอบด้วยลำดับของภาพโดยบันทึกลงในวัสดุ ไม่ว่าจะมียุทธลักษณะอย่างใดอันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีกโดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น และให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบงานนั้นด้วย (ถ้ามี) จะเห็นว่านิยามศัพท์ข้างต้นได้กำหนดลักษณะของไฮตัทศนวัสดุไว้ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีของวีดีทัศน์และวีซีดี ทั้งนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้วีซีดีมีความหมายรวมถึงดีวีดีด้วย

ก. วีดีทัศน์

วีดีทัศน์เป็นไฮตัทศนวัสดุวัสดุที่เป็นแถบแม่เหล็กบันทึกเสียงและภาพโดยใช้ระบบ Analog ซึ่งสามารถเล่นซ้ำได้ในเครื่องเล่นวีดีทัศน์²⁸

²⁸ สิทธิพัฒนา งานศิลป์, สร้าง ตัดต่อ แปลง เขียน VCD และ DVD, หน้า 7

ข. วีซีดี (Video Compact Disc หรือ VCD) และดีวีดี (Digital Video Disc หรือ DVD)

วีซีดีและดีวีดีเป็นโสตทัศนวัสดุที่เป็นแผ่นบันทึกเสียงและภาพโดยใช้ระบบ Digital ซึ่งใช้ระบบบันทึกเสียงและภาพแบบเจาะจงโดยใช้ระบบตัวเลขฐานสอง คือ 0 และ 1 ซึ่งทำให้เกิดความแม่นยำในข้อมูล ทั้งนี้ทั้งวีซีดีและดีวีดีนั้นมีพัฒนาการมาจากซีดีซึ่งสามารถบันทึกได้เฉพาะเสียงเท่านั้น²⁹

2.3.3.1 ลักษณะและสิทธิในงานโสตทัศนวัสดุ

สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานโสตทัศนวัสดุมีดังนี้

ก. ทำซ้ำหรือดัดแปลง

การทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานโสตทัศนวัสดุมีลักษณะเช่นเดียวกับการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ข. เผยแพร่ต่อสาธารณชน

การเผยแพร่โสตทัศนวัสดุต่อสาธารณชนนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรมดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การเผยแพร่งานโสตทัศนวัสดุต่อสาธารณชนนั้นมักจะปรากฏในรูปแบบของการจัดจำหน่ายหรือการเปิดโสตทัศนวัสดุในร้านอาหารหรือห้างสรรพสินค้าหรือแพรวภาพในงานโทรทัศน์ เป็นต้น

ค. สิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา

สิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงานนั้นเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุซึ่งสามารถหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยการทำงานนั้นออกให้เช่า ไม่ว่าจะเป็นให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของต้นฉบับ สิทธิในการให้เช่านี้เป็นสิทธิในการหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน

²⁹ อ้างแล้ว, หน้า 8

ง. ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่บุคคลอื่น

การให้ประโยชน์ในงานโสทัศน์วัสดุมีลักษณะเช่นเดียวกับการให้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

จ. การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ

การ "อนุญาต" (licence) ให้บุคคลอื่นทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณา ซึ่งงานของตนโดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการอนุญาตให้บุคคลอื่นทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณาในงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3.3.2 เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุ

ความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในดนตรีกรรม ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3.3.3 การละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นในงานโสทัศน์วัสดุ

ก. การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุ

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุนั้นไม่ได้ปรากฏออกมาในลักษณะของการทำซ้ำในงานโสทัศน์วัสดุที่เหมือนกันเท่านั้น การปรับเปลี่ยนสภาพของงานโสทัศน์วัสดุขึ้นใหม่ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุด้วย การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุมีทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงและโดยอ้อม

ก.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในงานโสทัศน์วัสดุ

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุโดยตรงมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง ซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วข้างต้น

ก.2 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมในงานโสทัศน์วัสดุ

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสทัศน์วัสดุโดยอ้อมมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง ซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วข้างต้น

ข. ข้อยกเว้นของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสัตตทัศน์

ข.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

ข้อยกเว้นทั่วไปของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสัตตทัศน์มีลักษณะเช่นเดียวกันกับข้อยกเว้นทั่วไปของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วข้างต้น

ข.2 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะงานสัตตทัศน์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้กำหนดหรือบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสัตตทัศน์ไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับที่ได้กำหนดไว้เฉพาะสำหรับงานดนตรี



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหาย

ในบทนี้จะได้นำเสนอถึงลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหาย โดยจะเน้นหนักไปที่ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น ความมุ่งหมายที่สำคัญของบทที่ 2 นี้คือ เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจและเพื่อให้บุคคลอื่นทราบถึงลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหาย โดยบุคคลดังกล่าวจะได้ใช้เป็นประโยชน์ในการศึกษาบทต่อไป อีกทั้งยังเป็นการวางพื้นฐานสำคัญเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก่อนที่จะได้ศึกษาให้ลึกซึ้งเฉพาะเรื่องของค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป โดยที่การนำเสนอในบทนี้จะแสดงและเปรียบเทียบให้เห็นลักษณะ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับค่าเสียหายของระบบกฎหมายที่สำคัญของโลก 2 ระบบ นั่นคือระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

3.1 ความทั่วไป

ค่าเสียหายเป็นหนึ่งในหลายวิธีการเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำอันเป็นละเมิดทั้งที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ อนามัย ทรัพย์สิน สิทธิหรืออื่นๆต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ในการบังคับให้มีการเยียวยาค่าเสียหายหากกรณีเป็นกรณีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะการผิดสัญญา ค่าเสียหายจะเป็นวิธีการเยียวยาเพื่อกระทำให้เจ้าหน้าที่อยู่ในสถานะเสมือนว่ามีการชำระหนี้ตามสัญญาหรือเสมือนหนึ่งว่ายังไม่เคยมีการทำสัญญานั้นมาก่อนแต่อย่างใด สำหรับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นละเมิดค่าเสียหายจะใช้เป็นวิธีการเพื่อการเยียวยาชดเชยให้ผู้ถูกละเมิดกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำอันเป็นละเมิดนั้นเกิดขึ้น

ค่าเสียหายโดยทั่วไป มีความหมายว่าจำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพหรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งอาจมิใช่ทรัพย์สินก็ได้ จากความหมายของค่าเสียหายข้างต้นจะเห็นว่าค่าเสียหายนั้น โดยทั่วไปมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายเป็นตัวเงินซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนโดยสมควรให้แก่ผู้เสียหาย

ค่าเสียหายนั้นมีบ่อเกิดจาก 2 แหล่ง นั่นก็คือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (breach of contract) และความเสียหายจากการกระทำละเมิด (tort) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญานั้น ความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกำหนดภาระหน้าที่หรือหนี้ระหว่างผู้เสียหาย

¹ ไสภณ รัตนากร, หนี้, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาคาร, 2542), หน้า 145

(เจ้าหน้าที่) กับผู้ที่ต้องรับผิดชอบ (ลูกหนี้) เกิดขึ้นมาเสียก่อน ส่วนความรับผิดชอบทางละเมิดผู้เสียหายกับผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่มีภาระหน้าที่หรือหนี้ระหว่างกันมาก่อน อีกทั้งความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย (violation of law) และมีความเสียหายเกิดขึ้นมา² ความแตกต่างระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาและความเสียหายจากการกระทำละเมิดมีดังนี้

3.1.1 ความสามารถ

ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น ความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญานั้นจะต้องมีหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้นก่อน ทั้งนี้ สัญญาจะเกิดขึ้นได้ความสามารถของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาก็เป็นประเด็นหนึ่งที่จะต้องพิจารณาหากบุคคลไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะเข้าผูกพันตนตามสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นก็จะเป็นโมฆะ แต่ในเรื่องของละเมิดนั้นความสามารถของผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหายไม่ได้เป็นประเด็นในการพิจารณาความเสียหายหรือการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น

3.1.2 หน้าที่นำสืบ

ในทางละเมิดผู้เสียหายจะเป็นผู้นำสืบว่าจำเลยได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดแก่ตนเอง ในขณะที่ความรับผิดตามสัญญาเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ (จำเลย) ในการนำสืบว่าตนไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำดังเช่นที่โจทก์กล่าวอ้าง

3.1.3 ขนาดของความเสียหาย

ความรับผิดทางละเมิดนั้น ผู้ละเมิดย่อมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดในเรื่องความรับผิดทางสัญญานั้น ลูกหนี้คงรับผิดชอบความเสียหายเท่าที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้และเท่าที่ลูกหนี้คาดหมายเท่านั้น

เป็นที่ทราบและยอมรับเป็นการทั่วไปแล้วว่าแนวคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ระบบจารีตประเพณีนั้นมักจะแตกต่างจากแนวคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ทั้งนี้เป็นเพราะเหตุผลทางสภาพสังคม เศรษฐกิจและแนวคิดพื้นฐานของแต่ละประเทศ ในเรื่องของค่าเสียหายก็เช่นกัน ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซึ่งมีรากฐานสำคัญมาจากกฎหมายโรมันนั้นจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยใช้ทฤษฎีนี้เป็นหลัก กล่าวคือกฎหมายของประเทศเหล่านี้เห็นว่าการละเมิดเป็นหนี้ประเภทหนึ่งซึ่งเป็นหนี้ในทางแพ่ง จึงเป็นเหตุให้คู่กรณีต้องมีการชดเชยให้แก่กันโดยที่ยึดถือความเสียหายที่แท้จริงของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ ในขณะที่แนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีนั้นมีแนวคิดทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้องทำให้การกำหนดค่าเสียหายนั้น ศาลในประเทศเหล่านี้อาจกำหนด

² จี๊ด เศรษฐบุตร, นิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 435

ค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษผู้ละเมิดก็ได้ ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรม (equity) และต้องการให้หลายจำ แนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีเริ่มต้นจากหมายเรียกคดีละเมิด (Writ of Trespass) ซึ่งถือว่าการกำหนดค่าเสียหายเป็นเรื่องเฉพาะ ศาลมีอำนาจกำหนดเพื่อความเป็นธรรม ส่วนประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมุ่งหมายให้ผู้ละเมิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกันกับนี้ตามสัญญา³

ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายนั้น กฎหมายของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระบบกฎหมายใดๆ ก็ตาม ต่างก็มิได้มีการหลักเกณฑ์ที่แน่นอน หากแต่ได้วางหลักกว้างๆ ไว้ ทั้งนี้เพราะหากกฎหมายกำหนดหลักตายตัวเอาไว้ย่อมจะส่งผลให้กฎหมายไม่อาจใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีนั้นไม่เหมือนกัน อย่างไรก็ตามข้อเสียของการวางหลักไว้อย่างกว้างๆ ก็คือทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการใช้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นเพื่อให้เกิดแนวทางอย่างกว้างที่แน่นอนจึงต้องมีการหาหลักเกณฑ์เพื่อใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆ ว่าค่าเสียหายนั้นควรมีขอบเขตอย่างไร

3.2 ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญา

หลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาคือความตกลงกันของคู่สัญญาที่ยินยอมผูกพันตนเพื่อกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ โดยที่การตกลงดังกล่าวนั้นจะต้องทำด้วยใจสมัครและชอบด้วยกฎหมาย หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกระทำการใดๆ อันเป็นการผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายชอบที่จะเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายได้ ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญานั้น เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำการใดๆ ที่เป็นการผิดข้อตกลงใดๆ ที่ได้กระทำไว้ในสัญญาหรือผิดภาระหน้าที่ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายตามที่ตกลงไว้และส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดดังกล่าวต้องได้รับความเสียหาย

3.2.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสัญญาและค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญา

3.2.1.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสัญญา

ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ กฎหมายสัญญาเกิดขึ้นเพื่อให้มีกฎเกณฑ์ในการทำธุรกรรมระหว่างกัน เป็นการสร้างความเชื่อมั่นและลดความเสี่ยงในการทำธุรกรรมอื่นที่จะส่งผลทำให้การใช้ประโยชน์และจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพ และหากไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาแล้ว ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมทางเศรษฐกิจจะสูงขึ้นอย่างมากและการจัดสรรทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพสูงจะ

³ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ค่าเสียหายในคดีละเมิด”, วารสารกฎหมาย, (กุมภาพันธ์ 2526), หน้า 25-26

เกิดขึ้นไม่ได้⁴ ตัวอย่างที่สามารถเสนอแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสัญญาได้ดี เช่น Lonnie ต้องการที่จะทาสีบ้านใหม่ ทั้งนี้ Lonnie ได้ว่าจ้าง Bert ให้ทำงานนี้โดยมีค่าจ้างเป็นมูลค่า 10,000 เหรียญ เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ ในกรณีนี้ก็คือ Lonnie อาจเห็นว่าถ้าจ้างคนอื่นที่มีใช้ Bert ให้ทำหน้าที่นี้อาจจะต้องจ่ายค่าจ้างมากกว่า 10,000 เหรียญ หรืออาจเพราะ Lonnie ไม่เห็นทางอื่นที่น่าสนใจในการใช้เงิน 10,000 เหรียญได้คุ้มค่าเท่ากับการทาสีบ้านใหม่ ในส่วนของ Bert นั้น Bert อาจจะไม่เห็นงานอื่นที่ทำแล้วคุ้มค่ากับแรงงานที่เขาเสียไปเท่ากับการไปรับจ้าง Lonnie ในการทาสีบ้านใหม่⁵

เนื้อหาสาระสำคัญทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายว่าด้วยสัญญาก็คือการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญา ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนใจไม่ทำตามสัญญาหรือความเสี่ยงจากการที่คู่สัญญาอาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ตัวอย่างที่สามารถเสนอแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ในกรณีนี้คือ A ต้องการที่จะขายวัว ซึ่ง A เห็นว่าวัวตัวนี้ควรมีมูลค่า 30 เหรียญ B และ C เป็นผู้เสนอราคาในการซื้อวัวตัวดังกล่าวโดย B เสนอซื้อในราคา 50 เหรียญ และ C เสนอซื้อในราคา 100 เหรียญ ในการพิจารณาราคาเสนอซื้อเพื่อให้เป็นประโยชน์และสร้างประสิทธิภาพให้แก่ A นั้น A ควรที่จะเลือกขายวัวตัวดังกล่าวให้แก่ C เพราะเป็นผู้เสนอราคาสูงสุด อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงมีเพิ่มเติมว่า หาก A ขายให้ B นั้น A จะได้เงินสดในทันที และหาก A จะเลือกขายให้แก่ C นั้น A จะได้รับเงินล่วงหน้า 75 เหรียญในสัปดาห์ถัดไปและอีก 25 เหรียญในสัปดาห์ต่อไป A จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้ก่อนจะตัดสินใจทำสัญญา ซื้อขาย กล่าวคือหากขายให้ B ก็จะได้รับเงินสดเลยแต่ไม่อาจขายได้ในราคาสูงสุด ในขณะที่ A เลือกที่จะขายวัวในราคาสูงสุด A จะมีความเสี่ยงในการได้รับชำระเงิน A อาจจะไม่เลือกขายวัวให้ C โดยเชื่อว่าแม้ C จะไม่อาจชำระหนี้ได้ A ก็ยังบังคับให้ C ต้องชำระค่าเสียหายหรือส่งวัวดังกล่าวคืนให้แก่ตนเองได้ หาก A ไม่เชื่อหรือไม่อาจยอมรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการขายวัวให้แก่ C ได้แล้ว A ก็อาจจะเลือกที่จะขายวัวดังกล่าวให้แก่ B แล้วรับเงินสดทันทีแม้จะไม่ใช่มูลค่าสูงสุดที่ A อาจจะได้รับ⁶

กล่าวโดยสรุป เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายว่าด้วยสัญญาคือ (1) ทำให้การบังคับตามสัญญาสามารถทำได้ (enforceable) (2) ทำให้การบริหารสัญญา (เช่น กรณีต้อง

⁴ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทฤษฎีสัน สัญญา ละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 53

⁵ Jeffrey L. Harrison, Law and Economics in a Nutshell, (Minnesota: West Publishing Co., 1995), p.91

⁶ Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, (Boston : Little Brown & Company, 1992), p. 90

นำคดีขึ้นศาล หรือการร้องขอให้ศาลบังคับตามสัญญาให้) ต่ำลงให้มากที่สุด และ (3) เพื่อจัดสรรความเสี่ยงที่เกิดขึ้นโดยใช้ค่าใช้จ่ายที่ต่ำ⁷

3.2.1.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญา

เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยสัญญาก็คือการทำให้สัญญานั้นมีผลบังคับได้ระหว่างคู่สัญญาไม่ว่าการบังคับให้คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายใดที่ผิดสัญญา (defaulting party) ต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายจากการที่ตนไม่ปฏิบัติตามสัญญา

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่า ในการกระทำผิดข้อตกลงตามสัญญานั้น โดยมากการทำผิดสัญญาไม่ใช่เรื่องของโอกาสที่จะกระทำโดยสมัครใจแต่เป็นเพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นเห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญานั้นมีโอกาสเป็นไปได้หรือไม่คุ้มกับต้นทุน ในบางกรณีการผิดสัญญานั้นอาจเกิดขึ้นโดยสมัครใจหากคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะสร้างประสิทธิผลให้ตนเองได้ดีกว่าซึ่งกรณีนี้เรียกว่า “การผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ (efficient breach)”⁸ แนวคิดที่สำคัญของการผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพก็คือ การทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งดีขึ้นแต่ก็ไม่ได้ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอยู่ในสถานะที่เลวลง⁹ ตัวอย่างของการผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพก็คือ นาย ก ต้องการจะขายเตปในราคา 3,000 บาท และนาย ข ต้องการที่จะซื้อโดยนาย ข เห็นว่าราคาเตปดังกล่าวควรจะมีมูลค่าถึง 5,000 บาท นาย ก และ นาย ข ตกลงที่จะซื้อขายเตปดังกล่าวในราคา 4,000 บาท ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความมีประสิทธิภาพของสัญญานี้คือเงินส่วนต่างมูลค่า 1,000 บาท ซึ่งนาย ก และ นาย ข ต่างก็ได้คาดหวังถึงประโยชน์ดังกล่าว หากซื้อเท็จจริงมีเพิ่มเติมว่านาย ค ติดต่อขอซื้อเตปนั้นจากนาย ก ในราคา 5,500 บาท หากนาย ก ผิดสัญญากับนาย ข โดยยอมขายเตปให้แก่ นาย ค การผิดสัญญาของนาย ก จะถือว่าเป็นการผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ นาย ค ได้รับเตปที่ตนอยากได้ในราคาที่ตนเองพอใจ นาย ข จะได้รับเงิน 1,000 บาทที่เป็นค่าเสียหายจากการทำผิดสัญญาซึ่งเงิน 1,000 บาท เป็นมูลค่าที่นาย ข คาดหวังอยู่แล้ว ส่วนนาย ก ยังคงมีเงินเหลือ 4,500 บาท ซึ่งทำให้สถานะของนาย ก ดีขึ้นหลังจากที่ผิดสัญญาแล้ว อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม การกระทำผิดสัญญานั้นจะเป็นการผิดสัญญาโดยสมัครใจหรือเป็นการผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญายังคงมีหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาของตน ในการพิจารณาเรื่องค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์นั้น นักเศรษฐศาสตร์เห็นว่าค่าเสียหายนั้นมี

⁷ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด, หน้า 54

⁸ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 118

⁹ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด, หน้า 59

วัตถุประสงค์เป็นการกระตุ้น (incentive) ให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติตามสัญญาเว้นเสียแต่ว่าการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะทำให้มีการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ¹⁰ ซึ่งผลจากแนวความคิดนี้ทำให้เกิดแนวคิดในการทำผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพขึ้น

ในการพิจารณาค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาในมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์นั้นสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่คาดหวัง (Expectation Loss) และค่าเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจ (Reliance Loss)

ก.1 โดยทั่วไป ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่คาดหวังนั้น จะเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการสูญเสียผลกำไรที่คาดหวังว่าจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตาม ผลกำไรที่คาดหวังว่าจะได้รับจากสัญญาก็เป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนเพราะมีปัจจัยอื่นๆ มาประกอบ เช่น การบริหารจัดการหรือสภาพตลาด ณ เวลาหนึ่งเวลาใด อีกทั้งโดยทั่วไปนั้น การประเมินมูลค่าของกำไรที่สูญเสียก็เป็นการยากที่จะกระทำได้ นักเศรษฐศาสตร์เห็นว่าผลกำไรคือส่วนต่างของมูลค่าตามสัญญา (contract price) และต้นทุนการดำเนินการ (cost of performances)¹¹ ซึ่งโดยทั่วไปต้นทุนมี 2 ประเภท คือต้นทุนคงที่ (fixed cost) แล้ว ต้นทุนผันแปร (variable cost)¹² ต้นทุนคงที่คือต้นทุนที่มีจำนวนหรือมูลค่าที่แน่นอน เช่น ค่าแรงงาน (ซึ่งอาจแปรผันได้หากปฏิบัติงานกับกิจการเป็นระยะเวลานาน เช่น ในกรณีที่ต้องมีการขึ้นเงินเดือน) ในขณะที่ต้นทุนผันแปรนั้นเป็นต้นทุนที่แปรผันไปตามปัจจัยต่างๆ ที่เกิดขึ้น เช่น ค่าไฟฟ้าและค่าน้ำประปาที่แปรผันไปตามปริมาณใช้

ก.2 ค่าเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจนั้นคือ ต้นทุนที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดสัญญาก่อขึ้นจากการไว้วางใจว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้ปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้อง โดยทั่วไป ต้นทุนที่ถือว่าเกิดขึ้นจากความไว้วางใจ (reliance) นี้ จะปรากฏในกระบวนการเตรียมสัญญาและค่าใช้จ่ายในการหาข้อมูลในการทำสัญญา ในการประเมินมูลค่าของความเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจนี้ นักเศรษฐศาสตร์เห็นว่าควรจะคำนวณมูลค่าของความเสียหายดังกล่าวจนถึงวันที่มีการปฏิบัติตามสัญญา¹³ หลังจากนั้นมูลค่าของความไว้วางใจในการปฏิบัติตามสัญญาจะกลายเป็นศูนย์ เนื่องจากสัญญาได้รับการปฏิบัติแล้ว ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติ

¹⁰ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 119

¹¹ Ibid., p. 122

¹² Ibid., p. 122

¹³ Ibid., p. 121

ถูกต้องหรือไม่เพราะหากการปฏิบัติตามสัญญาไม่นับถูกต้องคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายก็สามารถเรียกค่าเสียหายจากการปฏิบัติผิดสัญญาได้อยู่แล้ว

จากเนื้อหาสาระข้างต้นจะพบว่าค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่คาดหวังนั้นมุ่งเน้นที่รายได้ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดสัญญา หากมีการปฏิบัติตามสัญญาส่วนค่าเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจนั้นมุ่งเน้นที่ความสูญเสียที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา

ข. ค่าเสียหายอันเป็นผลต่อเนื่อง (consequential damages)

นักกฎหมายมองค่าเสียหายอันเป็นผลต่อเนื่องว่าเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาซึ่งมิใช่ผลโดยตรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดดังกล่าว โดยทั่วไปศาลจะอนุญาตคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจากการกระทำผิดสัญญาได้รับค่าเสียหายอันเป็นผลต่อเนื่องนี้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาต้องคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นถึงผลเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นหากตนเองไม่ปฏิบัติตามสัญญา ในส่วนของนักเศรษฐศาสตร์นั้นมองว่า ค่าเสียหายอันเป็นผลต่อเนื่องนี้สามารถใช้เป็นสิ่งจูงใจ (incentive) ให้คู่สัญญาใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือใช้เป็นสิ่งจูงใจให้คู่สัญญาหลีกเลี่ยงความเสียหายที่คล้ายคลึงกันที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต และเพื่อให้เกิดความระมัดระวังการใช้ทรัพยากรในต้นทุนที่ไม่แพงและใช้ทรัพยากรดังกล่าวนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ¹⁴ นอกจากนี้ นักเศรษฐศาสตร์ยังเห็นว่าการคาดเห็นถึงความเสียหายนั้นควรต้องเกิดขึ้นกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้เพื่อเป็นการกระตุ้นให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องระมัดระวังและแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับทราบถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น สิ่งจูงใจดังกล่าวนี้ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้มีการจัดสรรความเสี่ยงได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵

ค. ค่าปรับ (Penalties) และค่าเสียหายที่ตกลงไว้ล่วงหน้า (Liquidated Damages)

วัตถุประสงค์สำคัญของค่าปรับและค่าเสียหายที่ตกลงไว้ล่วงหน้าก็คือการประกันว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติตามสัญญา ค่าปรับและค่าเสียหายที่ตกลงไว้ล่วงหน้าถือได้ว่าเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่คู่สัญญาในอันที่จะต้องดำเนินการและปฏิบัติตามสัญญาซึ่งต้นทุน

¹⁴ Ibid., p. 127

¹⁵ Ibid., p. 127

ดังกล่าวนี้มีมูลค่าเกินกว่ามูลค่าของความเสียหายที่แท้จริงโดยทำที่สุดต้นทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา นั่นจะเป็น มูลค่าที่สูงกว่าต้นทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญา¹⁶

3.2.2 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญา

การชดใช้ความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ตามสัญญา มีวัตถุประสงค์สำคัญในอันที่จะชดใช้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ทำผิดให้ได้รับการเยียวยาตามสิทธิของตนเพื่อให้อยู่ในสถานะที่เขาพึงจะได้รับหากได้มีการชำระหนี้ตามสัญญาโดยสมบูรณ์หรืออย่างน้อยที่สุดให้ได้รับค่าเสียหายในจำนวนที่ใกล้เคียงมากที่สุด ด้วยหลักการดังกล่าวนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดสัญญาจึงมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเป็นค่าเสียหาย ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญา ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวมีดังนี้

3.2.2.1 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี

ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) มีแหล่งกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษซึ่งมีรากเหง้าของกฎหมายมาจากลัทธิศักดินา (Feudalism) โดยทั่วไป กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นเกิดขึ้นจากระเบียบประเพณีของรัฐซึ่งไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ศาลมีหน้าที่หาหลักหรือจารีตใดๆ ที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับข้อพิพาท นอกจากนี้ในหลักการสำคัญซึ่งนอกเหนือจากการที่ศาลต้องหาหลักจารีตมาปรับใช้แล้ว หลักความยุติธรรม (Equity) เป็นหลักการสำคัญที่ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีสามารถนำมาปรับใช้ได้กับข้อพิพาท เพื่อเป็นช่องทางในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ การเรียกค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ก็คือการเรียกค่าเสียหายอันเกิดแต่การกระทำผิดสัญญาในหลักของกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ในกฎหมายของประเทศอังกฤษยอมรับให้มีการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดสัญญาอย่างกว้างขวางเป็นการทั่วไปมากกว่าการบังคับชำระหนี้และค่าเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งนั่นย่อมจะแสดงให้เห็นว่าการเยียวยาความเสียหายนั้นอาจจะสร้างความยุติธรรมพอสมควร โดยที่จุดมุ่งหมายที่สำคัญในเรื่องค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาของระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีก็คือ การทำให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหาย (คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดสัญญา : non-defaulting party) ได้กลับคืนสู่สถานะทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับที่เขาพึงจะได้รับหากสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติโดยสมบูรณ์หรืออย่างน้อยคู่สัญญาดังกล่าวก็จะต้องกลับคืนสู่สถานะก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญากัน ในยุคก่อนปีคริสตศตวรรษที่ 1854 กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำผิดสัญญา แต่ในปี ค.ศ.

¹⁶ Ibid., p. 128

1854 มีการพิจารณาคดีหนึ่งซึ่งต่อมากลายเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลในคดีต่อๆ มานำมาใช้ปรับกับคดี และใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญา คดีที่ว่านั้นคือ คดี Hadley v. Baxendale ((1854) 9 Exch, 341) นอกจากนี้คดี Hadley v. Baxendale ดังกล่าวแล้ว คดี The Heron II, Konfos v. C. Czarnikow, Ltd., (1969) 1.A.C.350¹⁷ ศาลยังได้พิจารณาถึงหลักในเรื่อง ความสัมพันธ์และความใกล้เคียงต่อการกระทำผิดสัญญาซึ่งถือได้ว่าเป็นเหตุของการกระทำ กล่าวคือ ความเสียหายนั้นจะต้องไม่ไกลกว่าเหตุและมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล

หากพิจารณาจากคดีสำคัญข้างต้น ความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำผิดสัญญาตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมี 2 แนวทาง คือ

1. ค่าเสียหายตามปกติ (General Damages)

การเรียกค่าเสียหายตามปกตินั้น ค่าเสียหายที่จะเรียกได้ต้องเป็น ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นไปตามลักษณะที่วิญญูชนทั่วไปพึงจะต้องเสียหาย ทั้งนี้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ดังกล่าวต้องเป็นค่าเสียหายอันเป็นผลธรรมดาของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ในกรณีการผิดนัดตามสัญญาซื้อขายนั้นหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ค่าเสียหายปกติที่เกิดขึ้น นั้นคือราคาที่แตกต่างกันระหว่างราคาตามสัญญาและราคาตลาดของสินค้านั้น

2. ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ (Special Damages)

ค่าเสียหายในกรณีนี้คือค่าเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งมิได้เกิดขึ้นอันเป็นผล ธรรมดาจากการกระทำผิดสัญญา ทั้งนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นได้คาดเห็นหรือควรจะ คาดเห็น นอกจากนี้ค่าเสียหายดังกล่าวต้องไม่ไกลต่อเหตุ

จากคดีที่สำคัญทั้ง 2 คดีข้างต้นสามารถนำมาพิจารณาถึงทฤษฎีและแนวคิด ในการกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบแบบจารีตประเพณีได้ ดังนี้

ก. ทฤษฎีการคาดเห็น (Foreseeability)

ทฤษฎีการคาดเห็นนี้มีหลักที่สำคัญคือ ในการก่อความเสียหายของ คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวคาดเห็นหรือไม่ว่าหากตนไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว จะก่อความเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย หลักการคาดเห็นนั้นโดยทั่วไปจะใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย ตามปกติ มีความเชื่อกันว่าศาลของประเทศอังกฤษนำหลักการคาดเห็นมาใช้โดยรับมาจากประเทศ

¹⁷ F.H. Lawson, Remedies of English Law, (London: Butterworths, 1980), p. 78

ฝรั่งเศสผ่านทางคดี Hadley v. Baxendale ((1854) 9 Exch, 341) แต่ก็มีผู้เห็นว่าหลักดังกล่าวมาจาก คดีละเมิดของอังกฤษเอง¹⁸ สาระสำคัญของคดี Hadley v. Baxendale ซึ่งแสดงให้เห็นถึงทฤษฎีดังกล่าวมี ดังนี้ "Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to resolve in respect of such breach of contract should be such as my firmly and reasonably be considered either as arising naturally, i.e. according to the usual course followings, from such breach of contract itself, or such as my reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it."¹⁹

จากเนื้อหาของคดี Hadley v. Baxendale ข้างต้นจะพบว่า ค่าเสียหายที่จะเรียกได้ต้องเป็นค่าเสียหายที่อาจถือได้ว่าเป็นธรรมและสมเหตุสมผล เพราะเกิดขึ้นเป็น ธรรมดาหรือตามเหตุการณ์ปกติของการทำผิดสัญญาหรือเกิดขึ้นเพราะถือได้ว่าคู่สัญญาได้คาดหมายไว้ ล่วงหน้าแล้วในขณะทำสัญญา คดี Hadley v. Baxendale เป็นคดีที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติต่อกันมาโดยศาล ในการคำนวณมูลค่าของความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ปฏิบัติตามสัญญา การที่ศาลของประเทศอังกฤษยอมรับหลักการของทฤษฎีนี้ก็เพราะศาลในประเทศอังกฤษเห็นว่าสัญญานั้นเป็นเรื่องของนิติสัมพันธ์ที่ได้ก่อกันไว้ก่อนที่จะมีหนี้ระหว่างคู่สัญญา ดังนั้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมจะเล็งเห็นหรือ คาดเห็นถึงผลที่จะเกิดขึ้น หากสัญญาได้รับการปฏิบัติและในทำนองเดียวกันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมที่จะ เล็งเห็นหรือคาดเห็นถึงผลของการไม่ชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังนั้นเมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนั้นควรที่จะรับผิดชอบในความเสียหายที่ ตนได้คาดเห็นหรืออาจจะคาดเห็นหรือที่ได้ไตร่ตรองไว้ก่อน อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยความรับผิด ในกรณีผิดสัญญาของประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสจะใช้หลักการพิจารณาเดียวกันนั้นก็คือทฤษฎี การคาดเห็น (Foreseeability Theory) แต่กฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศไทยมิได้กำหนดโดย เคร่งครัดเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่ว่า การคาดเห็นนั้นจะต้องเกิดขึ้นในขณะทำสัญญา

ข. ทฤษฎีไกลต่อเหตุ (Remoteness Theory)

ในส่วนของการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาในกรณี ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษนั้น ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีนี้จะใช้ทฤษฎี ไกลกว่าเหตุ (Remoteness) มาพิจารณาประกอบอีกด้วย โดยสาระสำคัญของทฤษฎีนี้ก็คือการที่ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการกระทำของตน

¹⁸ โสภณ รัตนกร, หนี้, หน้า 154

¹⁹ H. G. Beale, Chitty on Contracts: V. 1: General Principles, (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.

ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายนั้น ความเสียหายที่ต้องรับผิดชอบนอกจากต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเป็นผลโดยปกติของการกระทำแล้ว ความเสียหายที่อาจคาดเห็นได้จากการกระทำผิดสัญญาของตนก็ ควรเป็นส่วนหนึ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้ค่าเสียหายที่จะต้องรับผิดชอบจะต้อง ใกล้เคียงกับการกระทำผิดนั้นด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใน ความเสียหายที่เกิดขึ้นที่ไกลกว่าเหตุ (too remote) ทฤษฎีนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ ผู้เสียหายเพราะเพียงแค่ว่าเสียหายอันเป็นผลปกติอาจจะเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ การกระทำผิดสัญญาได้ไม่เพียงพอ ทั้งนี้เพราะอาจจะมีความเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิด สัญญาอีก โดยความเสียหายนั้นอาจจะเกิดขึ้นได้แม้จะไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำผิดสัญญา

กล่าวโดยสรุป ความรับผิดชอบอันเกิดจากการผิดสัญญาของกฎหมายจารีต ประเพณีแบ่งได้เป็น 2 หลัก ก็คือ

1. การเรียกค่าเสียหายนั้น ค่าเสียหายจะต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นจากเหตุที่ วิญญูชนโดยทั่วไปคาดเห็นซึ่งหมายความว่าค่าเสียหายจากการผิดสัญญาต้องเป็นค่าเสียหายที่ไม่ไกล กว่าเหตุและเกิดขึ้นอันเป็นผลปกติจากการทำผิดสัญญานั้น
2. ค่าเสียหายที่มีใช้เป็นผลโดยตรงหรือค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ นั้น ทฤษฎีที่ใช้ในการพิจารณาก็คือหลักไกลกว่าเหตุ ทั้งนี้ในการกำหนดค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ นั้นศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นไม่ไกลกว่าเหตุและมีความสัมพันธ์กับเหตุเท่านั้น

ในส่วนของ การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับกรณีการทำผิดสัญญานั้น ไม่มีหลักการใดๆ ของกฎหมายจารีตประเพณีให้ทำได้ ดังนั้นในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นได้ กระทำผิดสัญญาโดยเจตนาทุจริตก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายโดยใช้ทฤษฎีและหลักการอย่างเดียวกันกับ กรณีที่ไม่ได้มีเจตนาทุจริต ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับทฤษฎีการกำหนด ค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาของประเทศอังกฤษไว้ดังนี้²⁰ "ในเรื่องผิดสัญญา กฎหมายอังกฤษมีหลัก อย่างเดียวกับมาตรา 222 วรรค 2 คือถ้าความเสียหายเกิดขึ้นแต่พฤติการณ์พิเศษแล้ว ลูกหนี้ผู้ผิด สัญญาจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (damages) ต่อเมื่อได้รู้หรือคาดเห็นก่อนเท่านั้น"

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2527) หน้า 661

3.2.2.2 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

ในแต่ละประเทศแม้จะใช้ระบบกฎหมายอย่างเดียวกันแต่ก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้กฎหมายมีเนื้อหาสาระที่เหมือนกัน ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายก็เช่นเดียวกัน สิ่งที่แต่ละประเทศมีเหมือนกันก็คือไม่มีกฎหมายของประเทศใดวางหลักที่แน่นอนว่าความเสียหายอย่างไรจึงจะให้อำนาจและชดเชยค่าเสียหายอย่างไรและเท่าใด ทั้งนี้เพราะถ้าหากมีการวางหลักที่แน่นอนและตายตัวเอาไว้ กฎหมายอาจไม่สามารถใช้ปรับกับคดีความได้เพราะข้อเท็จจริงของแต่ละคดีย่อมจะมีความแตกต่างกัน สำหรับทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่สำคัญมีดังนี้

ก. ทฤษฎีเงื่อนไข

ทฤษฎีเงื่อนไขมีหลักการสำคัญคือการพิจารณาจากเหตุและผล กล่าวคือ ทฤษฎีนี้มีแนวคิดที่ว่า ถ้าไม่มีเหตุเช่นนั้นเกิดขึ้นผลจะไม่เกิดขึ้น²¹ ผลที่เกิดขึ้นอันหนึ่งอาจจะเกิดจากเหตุหลายเหตุหรือหลายประการ ถ้าเหตุอันหนึ่งคือการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาแล้ว ผู้นั้นก็ควรรับผิดชอบโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่ายังมีเหตุอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย

ข. ทฤษฎีเหตุเหมาะสม

ทฤษฎีนี้ถือว่าเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้น ลูกหนี้จึงจะต้องรับผิดชอบ²² ทั้งนี้จะต้องมีการพิจารณาความรู้ความชำนาญและความสามารถของบุคคลนั้นด้วย ประการสำคัญของทฤษฎีนี้ก็คือผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำนั้นจะต้องไม่ไกล (too remote) จนความคิดของคนธรรมดาไม่สามารถที่จะคาดหมายได้²³

ข้อแตกต่างของทั้งสองทฤษฎีข้างต้นคือทฤษฎีเหตุเหมาะสมให้อำนาจเฉพาะในผลของความเสียหายปกติที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายที่ทำผิดเท่านั้น แต่มิให้อำนาจครอบคลุมไปถึงผลอะไรที่เกิดขึ้นและห่างไกลจากการกระทำอันเป็นความผิดที่มีได้กระทำตามสัญญา ซึ่งกล่าวโดยง่ายก็คือมิใช่ผลของความเสียหายปกติ ทั้งนี้การประเมินผลเสียหายปกตินั้นต้องประเมินจากสามัญสำนึกของ

²¹ โสภณ รัตนกร, หนี้, หน้า 153

²² อ่างแล้ว, หน้า 153

²³ พรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 101

วิญญูชนเป็นการทั่วไป ส่วนทฤษฎีเงื่อนไขนั้นถือเอาผลโดยตรงของการกระทำผิดเป็นสำคัญ โดยถือว่า หากไม่มีเหตุของการกระทำผิด ผลก็จะไม่เกิดขึ้นโดยที่ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นผลปกติหรือไม่ก็ตาม หากแต่ เกิดจากเหตุอื่นแล้วก็ต้องรับผิดชอบ

ข้อดีของทฤษฎีเงื่อนไขก็คือการถือหลักว่าถ้าไม่มีการกระทำของผู้ใด ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ก็มีข้อโต้แย้งก็คือจำเลยอาจต้องรับผิดชอบยาวไปโดยไม่มีขอบเขต ตลอดจนถึง ความเสียหายที่ไม่มีใครอาจคาดหมายได้จำเลยยังคงต้องรับผิดชอบ คือถ้าความเสียหายเป็นผลจากการกระทำ แม้จะมีจำนวนมากและห่างไกลเพียงใด ถ้ามีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล ผู้กระทำผิดก็ต้องรับผิดชอบ ในส่วนของทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมนั้นถือว่าผลที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต้องเป็นผลที่ตามปกติ ควรเกิดจากการกระทำของผู้กระทำนั้น ข้อดีของทฤษฎีนี้คือเป็นทฤษฎีที่จำกัดความรับผิดชอบของผู้กระทำให้รับผิดชอบน้อยลง คือมีขอบเขตความรับผิดชอบเฉพาะผลที่ตามปกติจะเกิดขึ้นจากการกระทำผิดเท่านั้น ความผิดที่มีสาเหตุปกติ ผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ข้อเสียของทฤษฎีนี้ก็คือ ข้อจำกัดการรับผิดชอบจะขัดกับความเป็นจริง

อย่างไรก็ดี สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายของประเทศฝรั่งเศสนั้นมี หลักการและทฤษฎีที่แตกต่างออกไปอยู่บ้าง โดยที่หลักการและทฤษฎีที่สำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวกับ ค่าเสียหายของประเทศฝรั่งเศสก็คือ หลักการคาดเห็นซึ่งสามารถพิจารณาได้จากมาตรา 1150 ของ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส องค์ประกอบสำคัญของหลักการคาดเห็นตามหลักของกฎหมายประเทศ ฝรั่งเศสก็คือ

1. ต้องเป็นเหตุโดยตรงกล่าวคือ ต้องมีเหตุที่ทำให้เกิดผล เช่น การไม่ชำระหนี้ส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย
2. ความคาดเห็น (foreseeability) คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำผิดสัญญาก็ต่อเมื่อได้คาดเห็นถึงความเสียหายหรืออาจจะคาดเห็นถึงความเสียหายในเวลาที่สัญญา ตัวอย่างที่สำคัญตามหลักการคาดเห็นตามกฎหมายฝรั่งเศสก็คือ²⁴ ผู้เช่าที่ถูกขับไล่ออกจากบ้านเช่าก่อนสัญญาเช่าครบกำหนดมีสิทธิที่จะเรียกค่าชดเชย ค่าเช่าที่จ่ายไปล่วงหน้า ค่าที่ต้องจ่ายค่าเช่าบ้านใหม่ที่สูงขึ้น ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและผู้ให้เช่าคาดเห็นหรืออาจคาดเห็นได้หากกรณีเป็นว่าบ้านที่เช่านั้นผู้เช่าใช้ประโยชน์ในการประกอบธุรกิจการค้า เมื่อถูกขับไล่ก่อนครบกำหนดผู้ให้เช่าก็ต้องรับผิดชอบไม่เฉพาะค่าใช้จ่ายข้างต้น หากแต่ยังต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้เช่าต้องสูญเสียลูกค้าเพราะไม่อาจหาสถานที่ที่เหมาะสมในบริเวณใกล้เคียงได้ ค่าเสียหายดังกล่าวถือว่าผู้ให้เช่าอาจคาดเห็นได้

²⁴ โสภณ รัตนกร, หนี้, หน้า 150-151

อย่างไรก็ดีกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังได้เปิดช่องให้ผู้เสียหายสามารถเสียค่าเสียหายเพิ่มเติมได้หากคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ทำผิดสัญญานั้นกระทำโดยการฉ้อฉล ค่าเสียหายในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดจากเหตุโดยตรงและคาดเห็น

3.2.3 ลักษณะและประเภทของค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญา

ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญานั้นเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำใดๆ ที่เป็นการผิดต่อข้อตกลงที่ได้กระทำไว้ในสัญญาหรือผิดภาระหน้าที่ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายตามที่ตกลงไว้ การกระทำผิดต่อข้อตกลงหรือกระทำผิดภาระหน้าที่ดังกล่าวนั้นส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดดังกล่าวต้องได้รับความเสียหาย ในกฎหมายของต่างประเทศค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาก็มีแนวคิดเช่นเดียวกับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายไทย กล่าวคือ ค่าเสียหายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการชดใช้และเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กระทำการใดๆ ที่เป็นการผิดสัญญาและ/หรือภาระหน้าที่ใดๆ ในสัญญาไม่ว่าจะเป็นการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้บกพร่อง ลักษณะทั่วไปและประเภทของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาภายใต้กฎหมายไทยและต่างประเทศที่สำคัญมีดังนี้

3.2.3.1 ประเทศไทย

ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาภายใต้กฎหมายของประเทศไทยได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะพบว่าค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาภายใต้กฎหมายไทยสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะดังต่อไปนี้

ก. ค่าเสียหายกรณีไม่ชำระหนี้ตามสัญญา

หลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาก็คือ คู่สัญญามีหน้าที่ในการกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง เช่น นาย ก ทำสัญญาซื้อขายรถกับนาย ข นาย ก ในฐานะผู้ซื้อมีหน้าที่ที่จะต้องชำระราคารถที่ตนจะซื้อให้แก่ นาย ข ในขณะที่เดียวกัน นาย ข ในฐานะผู้ขายก็มีหน้าที่ในการส่งมอบรถให้แก่ นาย ก เพื่อเป็นการตอบแทนที่ นาย ก จะชำระราคารถให้แก่ตน การชำระราคาและการส่งมอบรถถือเป็นหน้าที่ที่ นาย ก และ นาย ข จะต้องกระทำต่ออีกฝ่าย หาก นาย ข เมื่อได้รับชำระราคารถแล้วไม่ยอมส่งมอบรถให้แก่ นาย ก หรือนาย ก ไม่ยอมชำระราคารถทั้งที่ตนได้รับมอบรถจาก นาย ข แล้ว กรณีเช่นนี้จะเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ยอมชำระหนี้ในส่วนของตน คู่สัญญาอีกฝ่ายขอที่จะเรียกค่าเสียหายเอาจากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้กับตนได้เพื่อชดใช้และเยียวยาความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ นั้น ในกรณีนี้ นอกจากเจ้าหนี้จะเรียกค่าเสียหายได้แล้วยังสามารถที่จะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกด้วย

ทั้งนี้วรรค 4 ของมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เปิดช่องให้เจ้าหนี้สามารถกระทำ
ได้²⁵

การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้
ปฏิบัติการชำระหนี้ไปแล้ว ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้มี 2 ประการ คือค่าเสียหายตามปกติ
และค่าเสียหายพิเศษ

ก.1 ค่าเสียหายตามปกติคือค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความ
เสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ซึ่งถือได้ว่าเป็นค่าเสียหายที่ทุกคนคาดหมายได้
ล่วงหน้า เช่น ผู้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนหลังจากเลิกสัญญา ผู้ให้เช่าก็เรียกค่าเสียหายได้เท่ากับค่า
เช่า เป็นต้น

ก. 2 ค่าเสียหายพิเศษเป็นค่าเสียหายสำหรับความเสียหายซึ่ง
ไม่ได้เป็นผลโดยตรงที่คนทั่วไปจะคาดถึง แต่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์พิเศษ ซึ่งลูกหนี้
จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์พิเศษนี้ หากลูกหนี้อยู่ในวิสัยที่ควรระวังหรือคาดเห็น
ได้ถึงความเสียหายพิเศษที่อาจจะเกิดขึ้นหากตนไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้ลูกหนี้
ต้องรับผิดชอบในความเสียหายพิเศษ หากลูกหนี้คาดเห็นได้ขณะทำสัญญาแต่ศาลฎีกาของไทยถือว่าอาจ
คาดเห็นตอนไม่ชำระหนี้ก็ได้²⁶ ค่าเสียหายพิเศษจะปรากฏในรูปของกำไร เบี้ยปรับ มัดจำ ค่าใช้จ่ายอื่นๆ

ข. ค่าเสียหายในกรณีชำระหนี้บกพร่อง

ค่าเสียหายในกรณีนี้คือลูกหนี้ได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วแต่การชำระ
หนี้ดังกล่าวนี้มีความชำรุดบกพร่องปรากฏอยู่กล่าวคือ การชำระหนี้ดังกล่าวไม่เป็นไปตามความ
ประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้²⁷

ความบกพร่องในการชำระหนี้ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงความชำรุด
บกพร่องของวัตถุแห่งหนี้หรือไม่เป็นไปตามความประสงค์แห่งหนี้ การชำระหนี้ผิดเวลาหรือสถานที่ก็ถือ
ว่าเป็นการชำระหนี้บกพร่องด้วยเช่นกัน เช่น กรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกเอา

²⁵ วรรค 4 ของมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า "...อนึ่งบทบัญญัติในวรรค
ทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่"

²⁶ ไสภณ รัตนกร, *หนี้*, หน้า 160

²⁷ มาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความ
ประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนหรือความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้"

ค่าเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการผิดนัดดังกล่าวนั้นได้ เป็นต้น แต่หากการผิดนัดนั้นส่งผลให้การชำระหนี้ นั้นตกเป็นการพ้นวิสัย เจ้าหนี้สามารถเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้²⁸

ค. ค่าเสียหายในกรณีเลิกสัญญา

หากลูกหนี้ผิดสัญญาไม่ว่าจะด้วยประการใดๆ เจ้าหนี้อาจบอกเลิก สัญญาได้ ซึ่งผลของการบอกเลิกสัญญาก็คือคู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมและจะต้องมีการคืนทรัพย์สิน ให้แก่กัน หากมีความเสียหายเกิดขึ้น เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกค่าเสียหายได้ด้วย

3.2.3.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญานั้นถือว่าเป็นการ ชดเชยความเสียหายซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับจากการกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายและมี วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นอยู่ในสถานะที่จะได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติตาม สัญญา ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาตามที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมี 2 ประเภท ดังนี้

ก. ค่าเสียหายตามปกติ (General Damages)

ค่าเสียหายตามปกติเป็นค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดต่อสิทธิ ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา²⁹ ค่าเสียหายประเภทนี้ถือว่าเป็นผลโดยตรงจาก การกระทำใดอันเป็นการผิดสัญญา

ข. ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ (Special Damages)

ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษนี้ถือว่าเป็นค่าเสียหายซึ่งแสดงความ สูญเสียเป็นตัวเงินโดยที่ผู้เสียหายต้องพิสูจน์จากข้อเท็จจริงที่ตนได้ฟ้องร้อง³⁰ ค่าเสียหายในพฤติการณ์ พิเศษที่มีลักษณะเด่นและสามารถพิจารณาได้ชัดเจนก็คือ ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่ คาดหวังและค่าเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจ

²⁸ วรรค 1 ของมาตรา 218 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "ถ้าหากการชำระหนี้กลายเป็น พ้นวิสัยจะทำได้เพราะเหตุกรรมอันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอย่างใด อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้นั้น"

²⁹ H.G. Beale, *Chitty on Contracts: V. 1: General Principles*, p. 1271

³⁰ *Ibid.*, p.1272

ข.1 ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่คาดหวัง

(Expectation Loss)

ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่คาดหวังเป็น

ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดสัญญา (non-defaulting party) คาดหวังว่าตนจะได้รับผลกำไรหรือประโยชน์ใดหากการกระทำต่างๆ และภาระหน้าที่ที่เกี่ยวข้องซึ่งได้กำหนดไว้ในสัญญาได้รับการปฏิบัติครบถ้วนและสมบูรณ์ หากแต่ในความเป็นจริงนั้นกำไรหรือผลประโยชน์เหล่านั้นไม่อาจจะเกิดขึ้นได้เพราะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำผิด (defaulting party) ต่อคำสัญญาที่ได้ให้ไว้³¹ ความสูญเสียประโยชน์ที่คาดหวังจากสัญญาที่สำคัญก็คือ การสูญเสียกำไร อย่างไรก็ตาม ในการพิสูจน์การสูญเสียกำไรที่คาดหวังนี้ก็มีความไม่แน่นอนในวิธีการพิสูจน์ อีกทั้งในทางปฏิบัติก็ยังคงเป็นการยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นได้เป็นจำนวนที่แน่นอน แต่ก็ได้หมายความว่าผู้เสียหายจะไม่สูญเสียส่วนกำไรที่คาดหวังตามสัญญา ทั้งนี้เพราะเมื่อมีการทำสัญญาระหว่างกันแล้ว ต้องมีค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นซึ่งในที่สุดเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาค่าใช้จ่ายต่างๆ เหล่านี้ก็ต้องสูญเปล่าไป³²

ข.2 ค่าเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจ (Reliance Loss)

(Reliance Loss)

ค่าเสียหายจากการสูญเสียความไว้วางใจนั้นเป็น

ค่าเสียหายที่เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายหรือความสูญเสียซึ่งคู่สัญญาสัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดสัญญา (non-defaulting party) ต้องสูญเสียไปเพราะความไว้วางใจว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่ในที่สุดก็สูญเปล่าเพราะการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา (defaulting party)³³ ค่าใช้จ่ายที่กล่าวมานั้น มักจะปรากฏในรูปของค่าใช้จ่ายในการจัดเตรียมสัญญา เช่น เงินตรงจ่ายเพื่อการจัดทำสัญญา ค่าวิชาชีพนายความในการร่างสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยังมีความไม่แน่นอนในกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษทั้งสองประเภทนี้ว่าผู้เสียหายจะสามารถเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ได้ทุกกรณี³⁴ สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาประการหนึ่งก็คือภาระการพิสูจน์ค่าเสียหายและการประเมินมูลค่าของความเสียหาย ในความเป็นจริงนั้นการประเมินค่าเสียหายนั้นเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ เช่น การพิสูจน์และการประเมินค่าสูญเสียกำไรซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำผิดสัญญาต้องเสียไปจากการกระทำผิดสัญญา ทั้งนี้เพราะการที่กำไรจะเกิด

³¹ Ibid., p.1270

³² M.P. Furnston, *Law of Contract*, (London: Butterworths, 1991), p.596

³³ H.G. Beale, *Chitty on Contracts: V. 1: General Principles.*, p.1271

³⁴ Ibid., p.1271

นั้นมีความไม่แน่นอนและมีปัจจัยที่เกี่ยวข้องอยู่หลายปัจจัย อย่างไรก็ตาม ศาลก็มีความพยายามที่จะประเมินมูลค่าของความเสียหายจากการสูญเสียกำไรนั้น

นอกจากค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษทั้งสองประเภทที่ได้กล่าวมาแล้ว ศาลในประเทศอังกฤษอาจจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังต่อไปนี้ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาด้วย

ก. ค่าเสียหายพอเป็นพิธี (Nominal Damages)

ภายใต้หลักกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี หากเมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายพอเป็นพิธี (Nominal Damages) ไม่ว่าค่าเสียหายที่แท้จริงจะสามารถพิสูจน์ได้หรือไม่ นอกจากนี้ในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีนั้น การฝ่าฝืนสิทธิใดๆ จะส่งผลให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายพอเป็นพิธี (Nominal Damages) โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าค่าเสียหายนั้นเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษหรือไม่³⁵

ข. ค่าเสียหายที่ตกลงล่วงหน้า (Liquidated Damages) และค่าปรับ (Penalties)

นอกจากกฎหมายของประเทศอังกฤษจะได้ออมรับหลักการเรื่องค่าเสียหายพอเป็นพิธี (Nominal Damages) แล้ว กฎหมายของประเทศอังกฤษยังอมรับหลักการที่ให้คู่สัญญาสามารถตกลงค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าด้วย ในการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้านั้นมี 2 ลักษณะคือ³⁶

ข.1 ค่าเสียหายที่ตกลงล่วงหน้า (Liquidated Damages)

ค่าเสียหายที่ตกลงล่วงหน้า (Liquidated Damages) จะต้องมิลักษณะเป็นการกำหนดมูลค่าความสูญเสียไว้ล่วงหน้าซึ่งจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาต้องชดใช้ในจำนวนที่กำหนดไว้ นั้น มูลค่าของความสูญเสียที่กำหนดไว้จะต้องเป็นจำนวนที่ไม่มากและไม่น้อยกว่าจำนวนที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดสัญญามีสิทธิที่จะได้รับในกรณีที่มีการผิดสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์มูลค่าความเสียหายที่แท้จริง

³⁵ Ibid., p.1272

³⁶ M.P. Furnston, Law of Contract, p.620

ข.2 ค่าปรับ (Penalty)

ค่าปรับมีลักษณะเป็นการกำหนดมูลค่าที่คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาต้องชำระโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการป้องปรามคู่สัญญาให้ต้องระงับการใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งเท่ากับเป็นหลักประกันให้แก่คู่สัญญาว่าข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติ ค่าปรับนี้ถือเป็นเรื่องของความยุติธรรมซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลเอคควิตี้ (Equity Court) ของประเทศอังกฤษ โดยศาลเอคควิตี้เห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาควรมีสติที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายสำหรับความสูญเสียที่เกิดขึ้น

ความแตกต่างระหว่างค่าเสียหายที่ตกลงล่วงหน้า (Liquidated Damages) และค่าปรับ (Penalty) ก็คือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาซึ่งแสดงผ่านสัญญาทั้งฉบับ หากเจตนารมณ์นั้นแสดงให้เห็นว่ามูลค่าของความเสียหายที่กำหนดไว้ในสัญญาเป็นไปเพื่อใช้เป็นหลักประกันสำหรับการปฏิบัติตามสัญญา จำนวนเงินที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็จะเรียกว่าค่าปรับ แต่ในทางตรงกันข้ามหากเจตนารมณ์ของสัญญานั้นแสดงให้เห็นว่ามูลค่าของความเสียหายที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นไม่เป็นไปเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการปฏิบัติตามสัญญา ก็อาจถือได้ว่าเงินที่ได้กำหนดไว้มีเพื่อประเมินค่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดสัญญา เงินจำนวนนั้นถือเป็นค่าเสียหายที่ตกลงล่วงหน้า [The distinction between Penalties and Liquidated Damages depends on the intention of the parties to be gathered from the whole of the contract. If the intention is to secure performance of the contract by the imposition of a fine or penalty then the sum specified is a Penalty; but if, on the other and, the intention is to assess the damages for breach of the contract, it is Liquidated Damages.]³⁷

ค. ค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน (non-pecuniary loss)

สำหรับค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน (non-pecuniary loss) นั้น โดยปกติศาลในประเทศอังกฤษจะไม่กำหนดให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย อย่างไรก็ดี ข้อนาสังเกตที่สำคัญในประเด็นนี้มีดังนี้

ค.1 ค่าเสียหายจากการสูญเสียทางร่างกาย บาดเจ็บ และความไม่สะดวกสบาย (physical loss, injury and inconvenience) ในกรณีที่มีการผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของคู่สัญญา ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายเพื่อการนั้น ทั้งนี้จะต้องมีการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อร่างกายหรือทรัพย์สินนั้นมิได้ไกลเกินกว่าเหตุ

³⁷ Ibid., p. 620

(too remote) เช่นเดียวกัน หากการกระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย เช่น ในกรณีเช่าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายยอมที่จะมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายได้³⁸

ค.2 ค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับจิตใจหรือความผิดหวัง ศาลในประเทศอังกฤษเคยตัดสินให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับการชดใช้เยียวยา ในกรณีที่ความเสียหายนั้นเกี่ยวข้องกับจิตใจหรือความผิดหวัง เช่นในคดี Heywood v. Wellers [1976] Q.B. 446³⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่นายความถูกลูกความของตนฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวกับจิตใจที่ถูกกระทบกระเทือนเพราะนายความพิสูจน์ความผิดของลูกความของตนในเรื่องการกระทำผิดอาญาโดยประมาทเลินเล่อ ศาลในคดีนี้เห็นว่า การกระทำและพฤติกรรมของนายความดังกล่าวนั้นเป็นการผิดสัญญาจ้างระหว่างนายความและลูกความ หรือในกรณีที่ช่างภาพไม่ได้มาทำหน้าที่ถ่ายภาพในงานแต่งงานซึ่งทำให้ลูกค้าผิดหวังและกระทบกระเทือนใจจากการไม่มาทำหน้าที่ก็ถือเป็นการผิดสัญญาจ้างด้วย

ค.3 ค่าเสียหายจากการสูญเสียชื่อเสียง ค่าเสียหายประเภทนี้จะเกิดขึ้นได้ในกรณีผิดสัญญาหากเกิดขึ้นจากการคาดเห็นถึงความสูญเสียผลประโยชน์ซึ่งกระทบกับชื่อเสียงทางธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย

3.2.3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

วัตถุประสงค์ที่สำคัญของการกำหนดค่าเสียหายภายใต้กฎหมายสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาคือการทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดสัญญานั้นได้รับการชดใช้ให้อยู่ในสถานะเดิมที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจจะได้รับหากมีการปฏิบัติตามสัญญา [The compensation goal of contract law purports to put the non-breacher in the same position he would have enjoyed had the contract been performed.]⁴⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญานั้น มีลักษณะดังนี้

³⁸ H.G. Beale, *Chitty on Contracts: V. 1: General Principles*, p.1307

³⁹ *Ibid.*, p.1308

⁴⁰ Robert E. Scott and Douglas L. Leshines, *Contract Law & Theory*, (Virginia: Michie Company Limited, 1993), p. 748

ก. ค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการผิดสัญญา

ค่าเสียหายประเภทนี้เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำผิดสัญญาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นความเสียหายในประโยชน์ที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาต้องสูญเสียจากการไม่ทำตามสัญญาซึ่งศาลถือว่าเป็นค่าเสียหายที่ใช้เยียวยาความเสียหายโดยตรงและเป็นสิ่งที่ศาลให้ความสำคัญเป็นเบื้องต้น

ข. ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษสามารถแบ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ข.1 ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่คาดหวัง

(Expectation Interest) ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่ใช้เยียวยาความเสียหายซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาคาดว่าจะได้รับหลังจากที่ได้ทำสัญญาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหากว่าสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติตามอย่างถูกต้อง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือค่าเสียหายจากการขาดกำไร

ข.2 ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่เกิดจากการไว้วางใจ

(Reliance Interest) ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่ใช้เยียวยาความสูญเสียใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการสูญเสียความไว้วางใจจากการกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งมีลักษณะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาต้องเสียหายจากการจัดเตรียมเพื่อเข้าทำสัญญา เช่น ค่าทนายความ ค่าการจัดเตรียมสัญญา เป็นต้น

ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา

สันนิษฐานว่า โดยปกติค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่คาดหวัง (Expectation Interest) จะต้องมีมูลค่าหรือเป็นจำนวนที่สูงกว่าค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่ได้ไว้วางใจ (Reliance Interest) ทั้งนี้เพราะค่าเสียหายที่เกิดจากการขาดประโยชน์ที่เกิดจากการไว้วางใจนั้นเป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญาจะกลับไปสู่ฐานะเดิมก่อนมีการทำสัญญาซึ่งสามารถคำนวณได้เป็นมูลค่าที่ตายตัวและแน่นอน ในขณะที่ค่าเสียหายที่เกิดจากการขาดประโยชน์ที่คาดหวังนั้นเป็นค่าเสียหายซึ่งคู่สัญญาคาดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตาม ในคดี L. Albert & Son v. Armstrong Robber Co. 178 F.2d 182 United States Court of Appeals, Second Circuit, 1949 ศาลได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับค่าเสียหายที่เกิดจากการขาดประโยชน์ที่เกิดจากการไว้วางใจเป็นมูลค่าที่มากกว่าค่าเสียหายที่เกิดจากการขาดประโยชน์ที่คาดหวัง อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้ก็มีข้อโต้แย้งหลายประการซึ่งประเด็นโต้แย้งสำคัญก็คือ ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่ได้ไว้วางใจนี้มีความหมายแคบและเพียงใด⁴¹

⁴¹ Ibid., p. 799

นอกจากค่าเสียหายต่างๆข้างต้นแล้ว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาอาจจะกำหนดค่าเสียหายพหุเป็นพิธี (Nominal Damages) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายก็ได้ หากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีโอกาสที่จะพิสูจน์ความเสียหายข้างต้นได้ ในส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) นั้น ค่าเสียหายประเภทนี้ไม่อาจที่จะร้องขอได้ หากความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาเว้นเสียแต่ว่าการผิดสัญญานั้นมีการกระทำที่เป็นการละเมิดประกอบด้วย⁴²

ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายอนุญาตให้มีการกำหนดค่าเสียหายประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า "ค่าเสียหายล่วงหน้า (Liquidated Damages)" ไว้ในสัญญาได้ Uniform Commercial Code มาตรา 2 - 719(2) และมาตรา 2 - 719(3) เป็นกฎหมายที่กล่าวถึงค่าเสียหายล่วงหน้าไว้ โดยกฎหมายดังกล่าววางหลักไว้ว่าค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำผิดสัญญาอาจจะจำกัดหรือแยกออกมาต่างหากได้ เว้นแต่ว่าการจำกัดหรือการแยกค่าเสียหายต่อเนื่องออกมานั้นขัดต่อสามัญสำนึก ข้อตกลงเกี่ยวกับค่าเสียหายล่วงหน้าจะต้องกำหนดจำนวนที่แน่นอนของความเสียหายซึ่งต้องเป็นจำนวนที่สามารถเรียกร้องได้หากมีการผิดสัญญา⁴³ วัตถุประสงค์สำคัญของการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าก็เพื่อทำให้คู่สัญญาที่ไม่ผิดสัญญาอื่นๆ จะเขียนตัวเลขของความเสียหายล่วงหน้าไว้สูงกว่าจำนวนความคาดหว้งของตนซึ่งทำให้คู่สัญญาที่มีแนวโน้มว่าจะผิดสัญญาเกิดความเกรงกลัวที่จะกระทำการใดๆ อันเป็นการผิดสัญญา⁴⁴

3.2.3.4 ประเทศฝรั่งเศส

แนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน โดยหลักการสำคัญที่ศาลของประเทศฝรั่งเศสใช้ในการกำหนดค่าเสียหายก็คือ ศาลจะกำหนดให้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายเพียงเพื่อให้คุ้มกับค่าเสียหายซึ่งคาดคะเนได้ (foreseeable) ในขณะที่ทำสัญญา

ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส กฎหมายได้มีการกำหนดประเภทของค่าเสียหายและขอบเขตในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหาย โดยมีหลักการสำคัญคือ ศาลเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับความเสียหายโดยมีขอบเขตตามมาตรา 1150-1151 ว่าเจ้าหน้าที่

⁴² David Schoenbrod, *Remedies: Public and Private*, (Minnesota: West Publishing Co., 1990), p. 526

⁴³ UCC S. 2-719(2) provides that "Consequential damages may be limited or excluded unless the limitation or exclusion is unconscionable" and UCC S. 2-719(3) provides that "....A liquidated damages clause sets a specific amount of damages that will be recoverable in the event of a breach.."

⁴⁴ ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด*, หน้า 66

ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั่นอาจเรียกกร้องเอาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงอันเนื่องมาแต่การไม่ชำระหนี้ และต้องเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาจะต้องคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้นับแต่ทำสัญญาเท่านั้น โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่อาจเรียกกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางอ้อมและค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาไม่อาจจะคาดเห็นได้ อย่างไรก็ตาม หากกรณีเป็นว่าการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เกิดจากการฉ้อฉลของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องชำระค่าเสียหายทุกกรณี แม้จะไม่อาจคาดเห็นหรือมิได้คาดเห็นถึงค่าเสียหายหรือความเสียหายนั้นมาก่อนก็ตาม⁴⁵

จากหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสข้างต้นจะพบว่า โดยหลักของกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศฝรั่งเศสในกรณีที่ลูกหนี้มิได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ ลูกหนี้จะรับผิดชอบเพียงเท่าที่ลูกหนี้ได้คาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายนั้น การคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้จะต้องเกิดขึ้นนับแต่เวลาที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาระหว่างกันเท่านั้น หากคู่สัญญาคาดเห็นหรืออาจจะคาดเห็นถึงความเสียหายนั้นภายหลังจากสัญญาได้กระทำเป็นที่เรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายก็มิอาจเรียกให้คู่สัญญาที่กระทำผิดชดใช้และเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนได้ แต่หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ทุจริตหรือฉ้อฉลกล่าวคือ ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เพราะลูกหนี้ต้องการฉ้อฉลแก่เจ้าหนี้ แม้ลูกหนี้จะมีได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นความเสียหายนั้นมาก่อนก็ตาม ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ และดังที่ปรากฏในมาตรา 1151 นั้น ค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบจำกัดอยู่แต่เฉพาะความสูญเสียหรือกำไรที่เจ้าหนี้ขาดไปอันเป็นผลโดยตรงและทันทีเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้น โดยปกติศาลจะพิจารณากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระค่าเสียหายนับตั้งแต่วันทำสัญญาเป็นต้นไป

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศฝรั่งเศสผู้ที่กระทำผิดสัญญาจะต้องใช้ค่าเสียหายเพียงเพื่อให้คุ้มกับความเสียหายซึ่งอาจจะคาดคะเนได้เท่านั้น หากเกิดความเสียหายอื่นๆ อันคู่สัญญาไม่อาจคาดคะเนได้แล้ว ผู้ที่กระทำผิดทางสัญญาก็ไม่จำเป็นต้องใช้ค่าเสียหายในความเสียหายนั้นนอกจากการกระทำผิดทางสัญญาดังกล่าวประกอบด้วยความจริงใจของผู้ที่กระทำผิดสัญญาด้วย ตัวอย่างที่สำคัญก็คือ คนโดยสารรถไฟคนหนึ่งได้เอาของอันมีค่าใส่ไว้ในหีบเดินทาง เมื่อเกิดความรับผิดชอบทางสัญญาเกิดขึ้นแก่ผู้ขนส่ง ศาลสูงของประเทศฝรั่งเศสตัดสินว่าผู้ขนส่งคงรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเกี่ยวกับสิ่งของเพียงเท่ากับจำนวนซึ่งคนโดยสารตามธรรมดาพึงที่จะใส่ของไว้ในหีบเดินทางเท่านั้น จำนวนหรือมูลค่าที่เกินกว่านั้นเรียกว่าเป็นความเสียหายอันไม่อาจคาดคะเนได้ ผู้ขนส่งไม่จำเป็นต้องใช้ค่าเสียหาย⁴⁶ การคำนวณค่าเสียหายในปัจจุบันถือว่าการประเมินมูลค่าความเสียหายนั้นอาจตี

⁴⁵ พรรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", หน้า 106

⁴⁶ อ้างแล้ว, หน้า 107

ราคา ณ วันที่ที่ศาลมีคำพิพากษาคัดลาคดีความ เพราะราคาที่สูงขึ้นหรือเปลี่ยนแปลงไปก็เป็นค่าเสียหายที่อาจสังเกตเห็นได้ ปราบปรามตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส ให้ใช้วันที่ที่ศาลมีคำพิพากษาคัดลาคดีความเป็นหลัก)แต่มีบางกรณีที่ยังไม่ยอม⁴⁷

สำหรับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น เมื่อพิจารณาจากขอบเขตของการกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1150-1151 แล้ว จะเห็นได้ว่าค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น ให้เรียกกรังเอาได้เฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงอันเนื่องจากการไม่ชำระหนี้เท่านั้นซึ่งก็คือค่าเสียหายปกตินั่นเอง นอกจากนี้ยังอาจเรียกค่าเสียหายจากพฤติการณ์พิเศษเพื่อชดใช้ความเสียหายอันคู่สัญญาฝ่ายที่ทำผิดสัญญานั้นได้คาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้นับแต่วันที่ทำสัญญากัน ทั้งนี้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาไม่อาจเรียกกรังเอาค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางอ้อมและไม่อาจคาดเห็นได้ หลักการกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นไปตามหลักการรับผิดในความเสียหายตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมคือจำกัดความรับผิดเพียงเพื่อผลโดยตรงและเท่าที่คาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้เท่านั้น

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศฝรั่งเศสยังมีข้อพิเศษต่างไปจากกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือในกรณีข้อฉลของลูกหนี้ในการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรืออีกนัยหนึ่งคือถ้าการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้เกิดโดยความจงใจทุจริตของลูกหนี้แล้วลูกหนี้ต้องชำระค่าสินไหมทดแทนแม้ไม่อาจคาดเห็นหรือมิได้คาดเห็นมาก่อนก็ตาม⁴⁸ ซึ่งโดยหลักดังกล่าวนี้ถือว่าการลงโทษให้ลูกหนี้รับผิดเพิ่มมากขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้ทุจริตไม่ชำระหนี้ด้วยความจงใจจะฉ้อฉลเจ้าหนี้ คือตามปกติลูกหนี้จะรับผิดเฉพาะเท่าที่ลูกหนี้ได้คาดเห็นความเสียหายนั้นหรือควรจะได้คาดเห็นความเสียหายนั้น แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ทุจริต ความรับผิดของลูกหนี้จะครอบคลุมถึงความเสียหายที่ลูกหนี้ไม่อาจจะคาดเห็นหรือไม่ควรจะคาดเห็นด้วย ซึ่งถือว่าในส่วนนี้เป็นการวินิจฉัยความรับผิดตามความหนักเบาแห่งความผิด มิใช่โดยผลที่เกิดขึ้นเพียงอย่างเดียว

ในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น มาตรา 1146 ของ กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายต้องส่งหนังสือแจ้ง (mise en demeure) หรือการกระทำใดๆ ที่คล้ายคลึงกัน ให้คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาต้องดำเนินการแก้ไขความผิดหรือ ความเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาดังกล่าวเสียก่อนจึงจะสามารถเรียกค่าเสียหายได้⁴⁹ ในการส่งหนังสือแจ้งดังกล่าวหนังสือแจ้งนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือแจ้งที่ออกโดย

⁴⁷ อ้างแล้ว, หน้า 107

⁴⁸ John Bell, *Principles of French Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 349-350

⁴⁹ Ibid., p. 349

ศาล หากผู้เสียหายเลือกใช้วิธีการแจ้งโดยขอให้ศาลออกหนังสือแจ้งให้ผู้เสียหาย อาจจะไม่ก่อความเสียหายเปรียบให้แก่คู่สัญญาที่มีได้ผิดสัญญาในแง่ที่ว่าถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ทำผิดสัญญานั้นยอมที่จะปฏิบัติตาม คู่สัญญานั้นก็จะมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ตนจะดำเนินการตามที่ได้รับแจ้ง⁵⁰

สำหรับการประเมินมูลค่าความเสียหายจากการกระทำผิดสัญญานั้น จุดเริ่มต้นในการพิจารณาเพื่อประเมินมูลค่าดังกล่าวภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็คือ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายควรได้รับการเยียวยาในจำนวนเต็มเท่าที่เขาเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดสัญญา ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทของค่าเสียหายซึ่งอาจที่จะเรียกได้จากการกระทำผิดสัญญา ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าค่าเสียหายทางศีลธรรม เช่น ค่าเสียหายที่เกิดจากความเสียหายหรือเสียหายชื่อเสียงนั้นสามารถเรียกได้⁵¹ ในส่วนของค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าปรับนั้นสามารถที่จะกระทำได้แต่ศาลของประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจที่จะสั่งลดมูลค่าความเสียหายที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าได้⁵²

3.2.3.5 ประเทศเยอรมันนี

ประเทศเยอรมันนีเป็นหนึ่งในหลายประเทศที่มีรากฐานทางกฎหมายมาจากกฎหมายโรมันอันเป็นแม่แบบของกฎหมายระบบประมวลกฎหมายซึ่งมีแนวคิดแตกต่างไปจากระบบแบบกฎหมายจารีตประเพณี วัตถุประสงค์สำคัญในการกำหนดค่าเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมันนีก็คือ การทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายกลับไปสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการทำสัญญา (interest of reliance) และไปสู่สถานะที่หากสัญญาได้รับการปฏิบัติตามอย่างถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายก็จะได้รับประโยชน์จากสัญญาดังกล่าว (interest in performance)⁵³ ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศเยอรมันนีนั้น การผิดสัญญามี 3 ประเภทคือ⁵⁴

1. การปฏิบัติตามสัญญานั้นล่าช้ากว่าที่กำหนด
2. การปฏิบัติตามสัญญานั้นมิอาจเป็นไปได้

⁵⁰ Lawson Anton Brown, Introduction to French Law, (Oxford : Oxford University Press, 1967), p. 183

⁵¹ John Bell, Principles of French Law, p. 349

⁵² Ibid., p. 931

⁵³ E.J. Cohm, Manual of German Law V. 1, (New York : Ocean Publication Inc., 1968), p. 106

⁵⁴ Ibid., p. 117

3. การฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

กฎหมายที่สำคัญของประเทศเยอรมันนี้ที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาคือประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีดังนี้⁵⁵

มาตรา 249⁵⁶ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นกล่าวว่า "บุคคลซึ่งผูกพันที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องทำให้ฐานะหรือเงื่อนไขในสิ่งที่เขาได้กระทำให้เสียหายนั้นกลับคืนเหมือนดังที่มีอยู่ ถ้าเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดสิทธินั้นไม่เกิดขึ้น ถ้าเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการบาดเจ็บต่อบุคคลหรือค่าเสียหายต่อสิ่งของ เจ้าหนี้อาจเรียกเอาเงินจำนวนหนึ่งเพื่อทดแทนความเสียหายดังกล่าว นั้นเป็นจำนวนเงินเพียงพอที่จะกลับทำให้คืนดีดังเดิม" นอกจากนี้มาตรา 252⁵⁷ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติไว้ว่า "ค่าสินไหมทดแทนนั้นคำนวณเพื่อชดใช้ค่าสูญเสียผลประโยชน์ต่างๆที่ควรจะได้รับเช่นเดียวกับค่าเสียหายอย่างอื่นๆ ผลประโยชน์หรือผลกำไรซึ่งได้สูญเสียไปนั้นอาจหมายถึงสิ่งซึ่งควรคาดว่าจะได้รับนั้นอาจเกิดขึ้นเป็นผลธรรมดาหรือ ผลปกติของสิ่งนั้น หรือเกิดขึ้นเป็นพฤติการณ์พิเศษ เช่น เกิดขึ้นในกรณีที่มีการเตรียมหรือคาดหมายได้ล่วงหน้าของคู่กรณีว่าจะเกิดความเสียหายเช่นนั้น เป็นต้น" และในกรณีที่เป็นการแน่นอนว่าสัญญานั้นไม่มีผลบังคับในทางแพ่ง เจ้าหนี้มีสิทธิจะขอให้ชดใช้ค่าทำขวัญในความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นเพราะความเชื่อว่าจะมีการบังคับนี้ได้

จากหลักกฎหมายตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 249 เห็นได้ว่าการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ในกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นได้มีการให้ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อให้คงคืนสภาพเดิมหรือกลับดีเหมือนเดิมที่มีอยู่ โดยถ้าการชดใช้ความเสียหายด้วยการปฏิบัติตามสัญญาเดิมนั้น (specific performance) ยังสามารถที่จะกระทำได้อีกก็ให้ปฏิบัติเช่นนั้น แต่ถ้าเหตุการณ์ที่จะก่อให้เกิดการปฏิบัติการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นทำไม่ได้ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายด้วยเงินจำนวนหนึ่งที่พอจะทำให้เจ้าหนี้ได้กลับคืนเหมือนเดิม B.G.B. มาตรา 252 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตของค่าเสียหายในกรณีที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ซึ่งบัญญัติว่าให้ชดใช้กันในส่วนที่เป็นที่ที่เกิดขึ้นเป็นผลปกติและค่าเสียหายที่ได้ไตร่ตรองกันไว้ก่อนในผลพิเศษก็ตาม ในหลักกฎหมาย

⁵⁵ พรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", หน้า 116

⁵⁶ B.G.B. มาตรา 249 "A person who is bound to made compensation shall bring about the condition which would exist if the circumstance making him liable to compensate had not occurred. If compensation is required to be made for injury to a person or damage to a thing, the creditor may demand, instead of restitution in kind, the sum of money necessary to effect such restitution."

⁵⁷ B.G.B. มาตรา 252 "The compensation required to be made includes also loss profits. Profit is deemed to have been loss which could have been expected with probability according to the particular circumstances. e.g. according to the preparations and provisions made."

เยอรมัน ความเสียหายดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของความเสียหายเท่านั้น ยังอาจมีความเสียหายอย่างอื่นที่ได้รับการชดเชยอีก มิใช่จำกัดเพียงความเสียหายดังกล่าวเท่านั้น กฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ถือว่าความเสียหายไม่ว่าจะเกิดจากการผิดสัญญาหรือละเมิดจะต้องเกิดจากเหตุที่ความปกติย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น กล่าวคือ ความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดสัญญาหรือละเมิดอย่างไรก็ดี ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษก็เป็นที่ยอมรับของศาลของประเทศเยอรมันนี้ในการกำหนดให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย

ในการนำสืบถึงมูลค่าของความเสียหาย มาตรา 287 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมันนีอนุญาตให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาเพื่อประเมินและกำหนดมูลค่าของความเสียหาย ศาลของประเทศเยอรมันนีมิได้มีวิธีพิจารณาอย่างอิสระเช่นเดียวกับศาลของประเทศอังกฤษในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน⁵⁸ ข้อสังเกตประการหนึ่งก็คือกฎหมายเยอรมันถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลในกรณีนี้เกิดขึ้นจากสัญญาหรือละเมิดนั้นอยู่ในหลักอันเดียวกันคือผลที่ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบจะต้องเป็นผลที่เป็นไปตามปกติแห่งกฎแห่งชีวิตเพียงแต่ผลนั้นจะไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีการกระทำของผู้ก่อความเสียหายเท่านั้นยังไม่ถือว่าผู้ก่อความเสียหายนั้นต้องรับผิดชอบ แต่ผลที่เกิดขึ้นตามปกตินี้ก็ไม่ว่าเป็นที่ตัวผู้ก่อความเสียหายเองควรจะได้คาดเห็น⁵⁹ ค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายพอเป็นพิธีไม่อาจร้องขอได้ภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมันนี⁶⁰

ค่าเสียหายประเภทที่เป็นผลกำไรซึ่งต้องสูญเสียไปนั้นสามารถที่จะนำสืบพิสูจน์เพื่อเรียกร้องจากฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ 2 แบบคือการนำสืบที่คาดการณ์ว่าจะได้รับผลกำไร (abstract damages) และการนำสืบแบบที่ต้องพิสูจน์ว่าจะได้รับผลกำไรเป็นที่แน่นอนในจำนวนที่แน่นอน (concrete damages) เช่น A ซื้อหุ้นในบริษัทจาก B เป็นมูลค่า 12,000 ดอลลาร์มาร์ค โดยตกลงจะส่งมอบในวันที่ 15 มกราคม ต่อมา B ไม่ได้ส่งมอบหุ้นดังกล่าวภายในกำหนดเวลา A สามารถเรียกให้ B ชำระค่าเสียหายได้ หาก A เลือกที่จะเรียกค่าเสียหายโดยวิธีการ abstract damages, A ก็อาจนำสืบเพียงว่าราคาหุ้นของบริษัท ก ในตลาดมีมูลค่าเท่าใดซึ่งมูลค่าหุ้นที่เพิ่มขึ้นจากราคาซื้อขายคือมูลค่าความเสียหายที่ A ได้รับโดยที่ A ไม่ต้องพิสูจน์ว่า หาก A ได้หุ้นแล้วจะสามารถขายหุ้นในราคาดังนั้นได้หรือไม่ นอกจากนี้ หาก A จะนำสืบโดยวิธีการ concrete damage ก็ได้ หาก A สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีผู้ต้องการจะซื้อจาก A แล้ว และราคาที่สูงกว่านั้นมีมูลค่าที่สูงกว่ามูลค่าที่ A ซื้อจาก B ส่วนต่างราคาเป็นมูลค่าความเสียหาย⁶¹ จะเห็นว่าการนำสืบแบบ abstract damages เป็นการนำสืบที่ไม่ได้ใช้ความ

⁵⁸ E.J. Cohm, *Manual of German Law V. 1*, p. 109

⁵⁹ Ibid., p. 109

⁶⁰ พรรณนิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", หน้า 118

⁶¹ E.J. Cohm, *Manual of German Law V. 1*, p. 109

เฉพาะเจาะจงมาพิจารณา แต่ใช้การคาดการณ์ผลกำไรมาใช้ในการนำสืบ ในขณะที่การนำสืบแบบ concrete damages นั้น ผู้เสียหายต้องแสดงและนำสืบให้เห็นถึงมูลค่าของความเสียหายอันเป็นมูลค่าเฉพาะเจาะจง

3.3 ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

กฎหมายว่าด้วยละเมิดเป็นกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งลักษณะหนึ่ง ทั้งนี้เพราะกฎหมายละเมิดเป็นกฎหมายที่มุ่งให้การคุ้มครองทางแพ่งแก่ผู้เสียหายในการกระทำของบุคคลใดๆ ที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผิดกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ว่าผู้กระทำละเมิดจะกระทำลงไปโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ แต่เดิมนั้นกฎหมายละเมิดกับกฎหมายอาณานิยมได้แยกจากกัน แต่เมื่อมีความคิดว่าการลงโทษผู้กระทำผิดควรเป็นหน้าที่ของรัฐ ส่วนการเยียวยาความเสียหายควรให้ผู้เสียหายมีโอกาสเรียกร้องเอาจากผู้ก่อเหตุละเมิดได้เป็นการส่วนตัว ทำให้กฎหมายอาญาและกฎหมายละเมิดแยกออกจากกันโดยมีความมุ่งหมายต่างกัน⁶² จุดมุ่งหมายสำคัญในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดก็คือการทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการทำละเมิดเกิดขึ้น นอกจากนี้บางประเทศโดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีนั้นอาจจะใช้กฎหมายว่าด้วยละเมิดในส่วนของกาหนดค่าเสียหายเป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้กระทำผิดและเพื่อเป็นการยับยั้งและป้องปรามการกระทำใดๆ ที่จะเป็นความผิดดังจะเห็นได้จากการศึกษาของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่ผู้เสียหายด้วย

3.3.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิดและค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

3.3.1.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิด

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดก็คือการทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุต่ำที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งกฎหมายสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินและร่างกายตกอยู่กับคู่กรณีซึ่งอยู่ในสถานะที่ดีที่สุดที่จะหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุหรือทำให้การสูญเสียเกิดขึ้นได้น้อยที่สุด⁶³ นักเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญคนหนึ่งชื่อ Guido Calabresi ได้จำแนกไว้ว่าต้นทุนของอุบัติเหตุภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิดนั้นมี 3 ประการคือ⁶⁴ (1)

⁶² สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2537), หน้า 2

⁶³ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 142

⁶⁴ Ibid., p. 143

ต้นทุนขั้นต้น (primary cost) ซึ่งเป็นต้นทุนที่เกี่ยวข้องหรือเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด เช่น ค่ารักษาพยาบาลและค่าสูญเสียความสามารถในการหารายได้ (loss of earning capacity), (2) ต้นทุนทางสังคม (social cost) ต้นทุนประเภทนี้เป็นต้นทุนที่เกิดขึ้นกับสังคมในการแบกรับความเสียหายจากการกระทำละเมิด และ (3) ต้นทุนในการบริหารจัดการระบบกฎหมายละเมิด (tort administrative cost) ต้นทุนประเภทนี้เป็นต้นทุนที่เกิดขึ้นเพื่อจัดระบบกฎหมายละเมิดให้มีประสิทธิภาพ เช่น การจัดระบบไฟจราจรเพื่อป้องกันอุบัติเหตุและจัดระเบียบจราจร เป็นต้น ในการดำเนินการใดๆ เพื่อเป็นการลดต้นทุนประเภทหนึ่งประเภทใดจากต้นทุน 3 ประเภทข้างต้นให้ต่ำลงอาจจะส่งผลกระทบต่อต้นทุนประเภทอื่นให้สูงขึ้น เช่น ในกรณีที่กฎหมายผลักภาวะต้นทุนขั้นต้นให้เป็นภาระของผู้ทำละเมิดทั้งหมดอาจส่งผลกระทบต่อให้ต้นทุนในการจัดการระบบกฎหมายละเมิดให้สูงขึ้น กล่าวคือ เมื่อผู้ทำละเมิดต้องแบกรับภาระในการชดเชยความเสียหายทั้งหมดด้วยตนเอง บุคคลจึงอาจเรียกร้องให้รัฐต้องจัดระบบต่างๆ เพื่อป้องกันการเกิดความเสียหาย เช่น จัดระบบไฟจราจรให้ดีเพื่อที่บุคคลจะได้มีเหตุป้องกันความรับผิดชอบของตนโดยอาจสามารถที่จะอ้างได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะผู้เสียหายนั้นประมาทเลินเล่อเอง มิใช่เพราะการกระทำของผู้ทำละเมิดทั้งหมด เป็นต้น เช่นเดียวกันหากมีการผลักภาวะไปให้แก่ต้นทุนทางสังคม บุคคลทั่วไปก็จะรู้สึกว่าคุณค่าตนเองจะมีได้รับผลร้ายมากกว่าที่ควรจากการกระทำของตน ซึ่งส่งผลให้บุคคลจะไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างพอเพียงในการป้องกันความเสียหาย

เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิดคือการนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาใช้พิจารณาการกระทำของผู้ทำละเมิดว่าการกระทำดังกล่าวน่าจะเป็นการประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งหากนำความคิดเรื่องการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ (allocative efficiency) มาปรับใช้แล้วจะได้สูตรทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับละเมิดคือ⁶⁵

"ประโยชน์ (benefit) ที่ได้จากการหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุ = > ค่าใช้จ่ายในการป้องกันอุบัติเหตุ (cost of prevention)"

เพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์กล่าวคือ เพื่อเป็นการลดต้นทุนของอุบัติเหตุและการป้องกันอุบัติเหตุ ทฤษฎีที่สำคัญทางเศรษฐศาสตร์ที่ใช้อธิบายและสนับสนุนกรณีนี้คือ ทฤษฎีของ Hand หรือ The Hand Formula ซึ่งเป็นผลมาจากคดีสำคัญคือ "United States v. Carroll Towing Co. (2nd Cir, 1947)" ทฤษฎีของ Hand มุ่งเน้นในการพิจารณาพฤติกรรมของผู้ทำละเมิดเป็นหลักและยังมุ่งเน้นถึงการพิจารณาระดับการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ แนวคิดหลักของ The Hand Formula คือ ความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดนั้นมีปัจจัยที่เกี่ยวข้องอยู่ 3 ส่วน กล่าวคือ ความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหาย ความเสียหายที่ควรเกิดขึ้นและต้นทุนการป้องกันความเสียหาย⁶⁶

⁶⁵ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด, หน้า 96

⁶⁶ Jeffery L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 144

หากนำความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหาย (probability of the harm) คูณกับมูลค่าของความเสียหาย (liability) ผลที่ได้รับจะเรียกว่าความเสียหายที่ถูกระบุค่าได้ (expected harm) ดังนั้นหากมูลค่าของความเสียหายที่ถูกระบุค่าได้นั้นสูงกว่าต้นทุนของการป้องกันความเสียหาย ผู้ทำละเมิดจะถูกพิจารณาว่ากระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ ในทางตรงกันข้าม หากมูลค่าของความเสียหายที่ถูกระบุค่าได้นั้นต่ำกว่าต้นทุนของการป้องกันความเสียหาย บุคคลดังกล่าวก็จะถูกพิจารณาว่าการกระทำละเมิดนั้นมีใช้การประมาทเลินเล่อ⁶⁷ The Hand Formula นี้ใช้หลักการของการกำหนดราคา (pricing) มาเป็นสิ่งที่สนใจในการกระทำ กล่าวคือ โดยทั่วไปบุคคลมีทางเลือกที่จะกระทำการใดๆ เพื่อที่จะเลี่ยงการกระทำละเมิดหรือไม่ The Hand Formula ได้ให้ทางเลือกแก่บุคคลเพื่อที่จะเปรียบเทียบราคาซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของตน ซึ่งโดยปกติบุคคลมักเลือกที่จะกระทำการใดๆ ที่มีต้นทุนราคาต่ำ เมื่อมูลค่าของต้นทุนการป้องกันการกระทำละเมิดนั้นมีมูลค่าสูงขึ้น มูลค่าของความเสียหายที่ถูกระบุค่าได้จะลดลง ณ จุดที่มูลค่าของต้นทุนการป้องกันการกระทำละเมิดตัดกับมูลค่าของความเสียหายที่ถูกระบุค่าได้นั้นแสดงให้เห็นถึงจุดสมดุลของความดูแลใส่ใจที่จะป้องกันอุบัติเหตุในต้นทุนราคาที่เหมาะสม⁶⁸

ประเด็นอื่นๆ ที่น่าพิจารณาในส่วนของกรกระทำละเมิดในส่วนของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นจากการประมาทเลินเล่อในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์มีดังนี้

ก. ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว วัตถุประสงค์ทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายว่าด้วยละเมิดคือการลดต้นทุนของความเสียหายจากการกระทำละเมิด ซึ่งการลดต้นทุนดังกล่าว มิได้มุ่งเน้นเฉพาะในส่วนของผู้ทำละเมิดแต่ยังมุ่งเน้นในส่วนของผู้เสียหายให้ใช้ความระมัดระวังอีกด้วย ดังนั้นในการพิจารณาค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด ตัวอย่างเช่น หากมูลค่าของความเสียหายที่สารสามารถคาดหมายได้คือ 1,000 เหรียญ ในขณะที่ต้นทุนการหลีกเลี่ยงความเสียหายของผู้ทำละเมิดอยู่ที่ 100 เหรียญและต้นทุนการหลีกเลี่ยงความเสียหายของผู้เสียหายอยู่ที่ 50 เหรียญ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เสียหายไม่ควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายเพราะตนได้ลงทุนในการหลีกเลี่ยงความเสียหายน้อยกว่า

หากต้องให้ผู้ทำละเมิดรับผิดชอบเป็นจำนวนเต็มในทุกกรณีโดยไม่สนใจว่าผู้เสียหายมีส่วนร่วมในความเสียหายนั้นหรือไม่ สิ่งนี้ก็มิอาจสร้างแรงจูงใจให้ผู้เสียหายใส่ใจระแวดระวังและป้องกันความเสียหาย ดังนั้นจึงมีการคิดทฤษฎีในการพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายขึ้นมาเพื่อสร้างแรงจูงใจให้กับคู่กรณีไม่ว่าเป็นผู้ทำละเมิดหรือผู้เสียหายให้ต้องใช้ความระมัดระวังในการก่อ

⁶⁷ Ibid., p. 150

⁶⁸ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 165

ความเสียหายซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อการลดลงของต้นทุนทางสังคมและต้นทุนในการจัดระบบกฎหมาย ละเมิด ทฤษฎีที่ว่านี้เรียกว่า contributory negligence แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์สำหรับทฤษฎีนี้ก็คือ การผลักระยะของต้นทุนการกระทำละเมิดให้ผู้ทำละเมิดฝ่ายเดียวไม่ส่งผลดีเท่ากับการสร้างแรงจูงใจ ให้แก่คู่กรณีทั้งสองในอันที่จะป้องกันการกระทำละเมิดมิให้เกิดขึ้น ศาลจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า ผู้เสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดด้วยหรือไม่ ทฤษฎี contributory negligence มีนัยสำคัญทาง เศรษฐศาสตร์ก็คือการให้สิ่งจูงใจแก่ผู้ที่จะกระทำละเมิดให้ระมัดระวังไม่ก่อความเสียหาย หากมีความ เสียหายเกิดขึ้นเพราะบุคคลนั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอ บุคคลดังกล่าวนั้นจะต้องชำระ ค่าเสียหาย เช่นเดียวกันกับผู้เสียหายซึ่งได้รับสิ่งจูงใจให้ต้องระมัดระวังไม่ให้ความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นกับ ตนเอง ถ้าหากผู้เสียหายได้รับความเสียหายเพราะการกระทำของตน ผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับการเยียวยา⁶⁹

ข. การใช้ทฤษฎี contributory negligence นั้นจะพิจารณาจากต้นทุน ในการหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่เป็นละเมิดและต้นทุนของค่าเสียหายที่คาดหมาย อย่างไรก็ตาม ทฤษฎี contributory negligence อาจจะไม่สามารถอำนวยความสะดวกที่เพียงพอให้แก่ คู่กรณี ดังนั้นจึงมีการคิดค้นทฤษฎีใหม่ในการพิจารณาความเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยประมาท เลินเล่อ นั่นคือ comparative negligence ทฤษฎี comparative negligence สามารถตอบสนองของ ความ ต้องการของสังคมได้ดี ในกรณีที่จะให้กฎหมายว่าด้วยละเมิดเป็นเครื่องมือในการสร้างหลักประกันให้แก่ ผู้เสียหาย หลักการสำคัญของ comparative negligence ก็คือการพิจารณามูลค่าของความเสียหายจาก การกระทำละเมิดที่ผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดมีส่วนรับผิดชอบมาเปรียบเทียบกับมูลค่าของความเสียหาย ที่เกิดขึ้น⁷⁰ เช่น หากมูลค่าของความเสียหายนั้นคิดเป็นจำนวน 100,000 บาท ศาลจะต้องพิจารณาว่า การกระทำของผู้ทำละเมิดนั้นมีต้นทุนเท่าใดและการกระทำของผู้เสียหายนั้นมีต้นทุนเท่าใด สมมติให้ ต้นทุนของผู้ทำละเมิดนั้นมีมูลค่า 60,000 บาทและต้นทุนของผู้เสียหายอยู่ที่ 40,000 บาท ในการกำหนด มูลค่าความเสียหายในกรณีนี้จะเห็นว่าต้นทุนของผู้ทำละเมิดนั้นสูงกว่าต้นทุนของผู้เสียหาย ดังนั้นผู้ทำ ละเมิดจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ค่าเสียหายที่ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบต้องไม่เกิน 60,000 บาท ซึ่งเป็นมูลค่าของต้นทุนความเสียหายของผู้ทำละเมิด ผู้ทำละเมิดไม่ควรรับภาระต้นทุน ความเสียหายของผู้เสียหายเพราะถือว่าเป็นต้นทุนที่ผู้เสียหายจะต้องป้องกันและระมัดระวังไม่ให้เกิด ความเสียหายแก่ตนเอง กล่าวโดยสรุป comparative negligence กำหนดให้ศาลจะต้องแบ่งส่วนความ เสียหายที่เกิดขึ้นแล้วพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น คู่กรณีฝ่ายใดต้องรับผิดชอบส่วนใด ผู้ทำ ละเมิดไม่ควรต้องรับผิดชอบในส่วนต้นทุนความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตัวเองเสียหายเอง

3.3.1.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

⁶⁹ Ibid., p. 171

⁷⁰ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 154

ในส่วนของการเสียหายในกรณีละเมิดนั้น แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มองว่า บทบาทที่สำคัญทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายละเมิดคือการพยายามที่จะทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุต่ำที่สุดและความพยายามดังกล่าวอาศัยกลไกตลาดเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร จุดเชื่อมโยงคือระดับราคาต้องเหมาะสมและสอดคล้องรวมถึงสะท้อนพฤติกรรมของผู้ละเมิด เพื่อให้ระบบของกฎหมายว่าด้วยละเมิดนั้นเป็นที่ยอมรับและมีผลบังคับอย่างแท้จริง เมื่อผู้ทำละเมิดได้รับการพิจารณาว่าได้กระทำละเมิดและต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบในการชดเชยเยียวยาความเสียหาย ซึ่งมูลค่าของความเสียหายต้องเป็นมูลค่าที่อย่างน้อยต้องเท่ากับมูลค่าของความเสียหาย ค่าเสียหายประเภทนี้เรียกว่า ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหาย (compensatory damages) เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญสำหรับค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายก็คือการให้สิ่งจูงใจแก่ผู้เสียหายในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ทั้งนี้เพื่อรักษาระบบของกฎหมายว่าด้วยละเมิดและเพื่อปกป้องผู้เสียหายจากการที่จะต้องรับการเตือนภัยและต้องระแวงระวังที่มากเกินไป⁷¹

ประเด็นทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญ 3 ประการที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดมีดังนี้

ก. ค่าเสียหายจากการสูญเสียความสามารถในการหารายได้ในอนาคต (Future loss of earning capacity) ถือว่าเป็นค่าเสียหายในอนาคตอันเป็นผลมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ปัญหาที่สำคัญทางเศรษฐศาสตร์สำหรับค่าเสียหายจากการสูญเสียความสามารถในการหารายได้ในอนาคตก็คือ มูลค่าของค่าเสียหายควรจะเป็นจำนวนเท่าใดหรือควรจะเป็นจำนวนอย่างไรเพื่อให้ได้มูลค่าที่เป็นธรรม กล่าวคือ ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายในจำนวนที่พอเพียงและไม่มากเกินไปกว่าความเสียหายที่ตนได้รับ และผู้ทำละเมิดไม่ต้องแบกรับภาระมากเกินไปกว่าผลของการกระทำของตนและต้องไม่น้อยกว่าผลของการกระทำเช่นนั้น ศาลมักจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียความสามารถในการหารายได้ในอนาคตเป็นจำนวนที่แน่นอนและชำระครั้งเดียว (lump sum) แทนที่จะกำหนดให้ชำระเป็นช่วงเวลา (periodic payment) ในการคำนวณโดยทั่วไปศาลจะคำนวณค่าเสียหายประเภทนี้จาก มูลค่าปัจจุบัน (present value) ของรายได้ในอนาคตที่จะสูญเสียไปซึ่งคาดหมายได้ (expected future loss earning) การกำหนดค่าเสียหายเช่นนี้อาจจะส่งผลให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายเกินมูลค่าของความเสียหายที่แท้จริง (หากผู้เสียหายกลับฟื้นคืนความสามารถในระยะเวลานาน⁷²) ทั้งนี้เพราะเมื่อผู้เสียหายกลับฟื้นคืนเป็นปกติผู้เสียหายจะได้รับไม่เฉพาะการชำระค่าเสียหายแต่ยังรวมไปถึงดอกเบี้ยในเงินดังกล่าวด้วย

⁷¹ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 191

⁷² *Ibid.*, p. 192

อย่างไรก็ดี ประเด็นทางเศรษฐศาสตร์ที่น่าจะพิจารณาสำหรับกรณีนี้มี 3 ประเด็นสำคัญดังนี้

ก.1 แม้ว่าจะมีความเป็นไปได้ว่าความสามารถในการหารายได้ของผู้เสียหายอาจจะพิจารณากำหนดเป็นมูลค่าที่แน่นอนและเท่ากันได้ในช่วงเวลาที่คาดว่าผู้เสียหายจะยังสูญเสียความสามารถในการหารายได้อยู่ แต่ความเป็นจริง บุคคลอาจจะได้รับการพิจารณาขึ้นเงินเดือนหรืออาจจะมียาได้ที่สูงขึ้น⁷³ ดังนั้น หากว่าผู้เสียหายเคยได้รับการพิจารณาขึ้นเงินเดือนตลอดมา เงินได้ที่คาดว่าจะได้รับเพิ่มขึ้นนี้ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกระทำละเมิดด้วย ทั้งนี้ เพราะหากผู้เสียหายไม่อาจทำงานได้ดังเดิมผู้เสียหายอาจได้รับการพิจารณาขึ้นเงินเดือนก็ได้

ก.2 แม้ว่าความเสียหายที่คำนวณได้อาจจะเป็นจำนวนที่เท่ากันเมื่อเฉลี่ยต่อระยะเวลาที่คาดว่าผู้เสียหายจะยังสูญเสียความสามารถในการหารายได้อยู่ แต่ผลสุดท้ายอาจจะปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายเกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่แท้จริง⁷⁴ เช่น หากผู้เสียหายนำค่าเสียหายไปลงทุนและได้รับผลตอบแทนที่สูงขึ้น ศาลอาจจะต้องพิจารณากำหนดส่วนลดจากมูลค่าความเสียหายตามจริง เพื่อให้ค่าเสียหายจากการสูญเสียความสามารถในการหารายได้นั้นสะท้อนจำนวนที่เหมาะสม ตัวอย่างเช่นศาลอาจจะพิจารณาจากอัตราดอกเบี้ยเงินฝาก เช่น หากดอกเบี้ยเงินฝากมีมูลค่า 10% ต่อปี และค่าเสียหายที่แท้จริงคือ 100 บาท ในการกำหนดค่าเสียหายศาลอาจสั่งให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายเพียง 90 บาท ทั้งนี้เพราะเมื่อนำเงินจำนวนดังกล่าวไปฝากธนาคาร ทำายที่สุดผู้เสียหายจะได้รับเงิน 100 บาท ซึ่งเท่ากับมูลค่าของความเสียหายที่แท้จริง⁷⁵ อย่างไรก็ตาม ข้อที่น่าสนใจก็คืออะไรบางอย่างที่ควรนำมาใช้เป็นส่วนลดค่าเสียหาย โดยทั่วไปศาลจะพิจารณาส่วนลดค่าเสียหายจากการลงทุนที่มีความเสี่ยงต่ำ (low risk) เช่น อัตราดอกเบี้ยของธนาคารหรืออัตราดอกเบี้ยพันธบัตรรัฐบาลระยะยาว เป็นต้น⁷⁶

ก.3 เงินได้ของผู้เสียหายควรจะได้รับพิจารณาปรับให้สูงขึ้น เพราะอัตราเงินเฟ้อ⁷⁷ กล่าวคือ การกำหนดค่าเสียหายนั้นศาลควรจะต้องพิจารณาถึงอัตราเงินเฟ้อเพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายเมื่อได้รับค่าเสียหายแล้วสูญเสียอำนาจในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน

⁷³ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, pp. 177-178

⁷⁴ *Ibid.*, p. 177

⁷⁵ *Ibid.*, p. 178

⁷⁶ *Ibid.*, p. 180

⁷⁷ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 192

ไม่ว่าจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้อย่างไร โดยทั่วไปศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เป็นจำนวนแน่นอนและชำระครั้งเดียว (lump sum) ทั้งนี้เมื่อค่าเสียหายที่เป็นจำนวนแน่นอนและชำระครั้งเดียวนี้เป็นสิ่งกระตุ้น (incentive) ให้แก่ผู้เสียหายดำเนินการใดๆ เพื่อที่ตนเองจะฟื้นคืนจากความเสียหายได้ในระยะเวลาอันสั้น⁷⁸ เพราะหากใช้เวลานานขึ้นในการรักษาตนเอง บุคคลดังกล่าวนั้นก็จะมีเงินเหลือจากค่าเสียหายที่ได้รับและจะส่งผลดีต่อต้นทุนทางสังคมที่ต้องแบกรับหากผู้เสียหายใช้เวลาในการฟื้นฟูตนเองเป็นเวลานาน

ข. ค่าเสียหายจากการทุกข์ทรมานและความเจ็บปวด (Damages for pain and suffering)

ค่าเสียหายจากการทุกข์ทรมานและความเจ็บปวดนี้เป็นค่าเสียหายที่ไม่ใช่การเยียวยาความเสียหายโดยตรง (non-compensatory damages) ซึ่งมักจะปรากฏในรูปของค่าเสียหายโอกาสในการหาความสุขในชีวิต (amenity) หรือการเสียหายจากการถูกเกลียดชัง (contemptuous damages) เป็นต้น ประเด็นยุ่งยากของค่าเสียหายประเภทนี้ก็คือค่าเสียหายจากการทุกข์ทรมานที่ต้องเสียบุคคลอันเป็นที่รัก เหตุที่ว่ายุ่งยากก็คือการประเมินมูลค่าการมีชีวิตของมนุษย์ ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์นั้น การสูญเสียทรัพย์สินมนุษย์นั้นถือว่าการสูญเสียทางเศรษฐศาสตร์อย่างหนึ่ง ดังนั้นมูลค่าของการมีชีวิตจึงควรที่จะมีการทดแทนหรือชดใช้กันได้ แต่ก็ยังไม่มีวิธีการคำนวณที่ถูกต้องและเหมาะสมในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากมูลค่าการมีชีวิตของมนุษย์⁷⁹ โดยทั่วไปศาลจะแก้ไขปัญหานี้โดยการกำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายที่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากการตายของผู้ตาย (โดยปกติมักจะเป็นทายาทของผู้ตาย) โดยพิจารณาจากรายได้ของผู้ตายที่ต้องขาดหายไป หักกับค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นหากผู้ตายยังมีชีวิตอยู่ รวมไปถึงค่ารักษาพยาบาลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

ค. ผลประโยชน์อื่นๆของผู้เสียหาย (Collateral benefits)

ในสังคมปัจจุบัน บุคคลในสังคมให้ความสนใจในการประกันความเสียหายใดๆ ที่จะเกิดกับตนเองไม่ว่าจะโดยสมัครใจทำ เช่น การทำประกันชีวิต การทำประกันวินาศภัย และการทำประกันสุขภาพ หรืออาจจะทำประกันในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดบังคับไว้ เช่น การทำประกันภัยจากการขับขี่ยานพาหนะหรือแม้แต่การเข้าร่วมระบบประกันสังคม เป็นต้น ในการพิจารณาหัวข้อนี้ ประเด็นสำคัญที่น่าพิจารณาคือการที่ผู้เสียหายได้รับผลประโยชน์จากการที่ตนได้ทำประกันภัยโดยสมัครใจ โดยทั่วไปกฎหมายจะอนุญาตให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ทั้งจากบริษัทผู้รับทำประกันภัยและไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยตรงจากผู้เสียหาย ซึ่งในกรณีนี้

⁷⁸ Ibid., p. 197

⁷⁹ Ibid., p. 197

ในทางเศรษฐศาสตร์อาจจะมองว่าเป็นการได้รับค่าเสียหายซ้ำซ้อน (double compensation)⁸⁰ ซึ่งคำถามสำคัญก็คือ การได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อนนี้จะเป็นการบิดเบือนระบบของกฎหมายว่าด้วยละเมิดด้วยหรือไม่⁸¹ ในกรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการที่ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อนและได้กำไรจากการทำละเมิดเพราะการทำประกันภัยเป็นการกระทำโดยสมัครใจที่ผู้เสียหายได้ลงทุนในจำนวนที่คาดว่าหากตนเสียหายจะได้รับการเยียวยา บวกกับต้นทุนการจัดทำประกันภัยซึ่งผู้เสียหายต้องจ่ายค่าเบี้ยประกันเอง หากในทางกฎหมายหรือเศรษฐศาสตร์ กำหนดให้นำเบี้ยประกันมาหักลดกับค่าเสียหายที่ผู้เสียหายต้องชำระ การกระทำเช่นนี้จะไม่สร้างแรงจูงใจ (incentive) ให้บุคคลในการใช้ความระมัดระวังในการกระทำ ซึ่งอาจจะก่อการละเมิดต่อบุคคลอื่น⁸² และอาจจะเป็นการทำลายระบบของธุรกิจประกันภัยได้

ง. ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าวัตถุประสงค์ทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญของกฎหมายว่าด้วยละเมิดคือการพยายามที่จะลดต้นทุนของอุบัติเหตุหรือความเสียหาย ในแง่เศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) ได้สร้างความเป็นไปได้ที่บุคคลจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับที่ไม่ได้สร้างประสิทธิภาพของเศรษฐกิจ⁸³ กล่าวคือ ต้องลงทุนในการหลีกเลี่ยงความเสียหายมากกว่ามูลค่าของความเสียหายที่คาดหวังได้ซึ่งส่งผลให้การลดต้นทุนของอุบัติเหตุหรือความเสียหายนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้ ผลดีในทางเศรษฐศาสตร์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการกระตุ้น (encourage) การลงทุนในการป้องกันการกระทำที่อาจเป็นการละเมิดต่อบุคคลอื่น⁸⁴ แต่ผลเสียอาจจะเกิดขึ้นในแง่ที่ผู้เสียหายจะฟ้องคดีละเมิดมากขึ้นเพราะจะได้รับการเยียวยาสูงทำให้ไม่สนใจที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นและจะส่งผลให้ต้นทุนการบริหารและจัดการระบบละเมิด (administrative cost) สูงขึ้นด้วย

3.3.2 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีละเมิด

เป็นที่ทราบและยอมรับเป็นการทั่วไปแล้วว่า แนวคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ระบบจารีตประเพณีนั้น มักจะแตกต่างจากแนวคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ทั้งนี้ เป็นเพราะเหตุผลทางสภาพสังคม เศรษฐกิจและแนวคิดพื้นฐานของแต่ละประเทศ ใน

⁸⁰ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 176

⁸¹ Ibid., p. 176

⁸² Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 201

⁸³ Ibid., p. 182

⁸⁴ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 181

เรื่องของการเสียหายก็เช่นกัน ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายพิจารณากำหนดค่าเสียหายในทางละเมิดโดยใช้ทฤษฎีหนี้เป็นหลัก กล่าวคือ กฎหมายของประเทศเหล่านี้เห็นว่า การละเมิดเป็นหนี้ในทางแพ่งประเภทหนึ่ง โดยที่ยึดถือความเสียหายที่แท้จริงของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางละเมิดในขณะที่แนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีนั้น มีแนวคิดทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้องทำให้การกำหนดค่าเสียหายนั้น ศาลในประเทศเหล่านี้อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็น การลงโทษผู้ละเมิดก็ได้ ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรม (equity) และต้องการให้หลายจำ แนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีเริ่มต้นจากหมายเรียกคดีละเมิด (Writ of Trespass) ซึ่งถือว่าการกำหนดค่าเสียหายเป็นเรื่องเฉพาะ ศาลมีอำนาจกำหนดเพื่อความเป็นธรรม ส่วนประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมุ่งหมายให้ผู้ละเมิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกันกับหนี้ตามสัญญา⁸⁵

ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายนั้น กฎหมายของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระบบกฎหมายใดๆ ก็ตาม ต่างก็มิได้มีการหลักเกณฑ์ที่แน่นอน หากแต่ได้วางหลักกว้างๆ ไว้ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดหลักตายตัวเอาไว้ย่อมจะส่งผลให้กฎหมายไม่อาจใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีนั้นไม่เหมือนกัน อย่างไรก็ตาม ข้อเสียของการวางหลักไว้อย่างกว้างๆ ก็คือ ทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการใช้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นเพื่อให้เกิดแนวทางอย่างกว้างที่แน่นอน จึงต้องมีการหาหลักเกณฑ์เพื่อใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆ ว่าค่าเสียหายนั้นควรมีขอบเขตอย่างไร

2.3.2.1 ทฤษฎีและแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในการกระทำละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law)

ก่อนคริสตวรรษที่ 19 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดก็คือ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะถูกทำให้เสียหาย โดยที่ทฤษฎีนี้จะไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของผู้กระทำ เช่น จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายละเมิดในยุคนั้นคือ การมุ่งคุ้มครองผู้เสียหาย ต่อมาในปลายคริสตวรรษที่ 19 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในกรณีละเมิดเปลี่ยนแปลงไป โดยที่การรับผิดชอบในกรณีละเมิดจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีความผิดเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ความผิดนั้นบางครั้งเป็นการยากที่จะกระทำได้ด้วยตัวผู้เสียหายเอง ทั้งนี้เพราะความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อต่างก็เป็นองค์ประกอบภายใน ดังนั้นแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในการกระทำละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีจึงย้อนกลับไปสู่การให้ผู้ทำละเมิดรับผิดชอบเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีมีดังนี้

ก. ทฤษฎีรับภัย (The Risk Theory)

⁸⁵ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", วารสารกฎหมาย 7, หน้า 25-26

ทฤษฎีรับภัยเป็นทฤษฎีที่เห็นว่า หลักเกณฑ์แห่งการรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ไม่จำเป็นและไม่สำคัญที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ละเมิดจะต้องกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาท เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ตัวแล้วว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำก็ควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิด ทั้งนี้เพราะเมื่อได้กระทำการใดๆ ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน ซึ่งถือเป็นความเสี่ยงภัยอย่างหนึ่งซึ่งผู้กระทำจะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั่นเอง⁸⁶ ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นในราว คริสตวรรษที่ 19 โดยเชื่อกันว่าเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นผลมาจากแนวคิดทางการเมืองที่เห็นว่ารัฐไม่ควรปล่อยให้ประชาชนคุ้มครอง และช่วยเหลือตนเองแต่อย่างเดียว รัฐต้องเข้าแทรกแซงช่วยเหลือผู้มีกำลังน้อยกว่า ในคดี Johnson v. Kosmos Portland Cement Co., Supar n. III ของประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยวางถังแก๊สไว้ในส่วนล่างสุดของเรือ หลังจากนั้นจำเลยได้จุดไฟซึ่งเป็นเหตุให้ประกายไฟไปกระทบต่อแก๊สซึ่งอยู่ในถังเป็นเหตุทำให้เรือเกิดระเบิดขึ้น ศาลตัดสินว่าจำเลยทำละเมิดเพราะได้ทำความเสียหายเกิดขึ้นโดยความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายจากการที่เรือระเบิดมิใช่เพราะการจุดไฟ⁸⁷ แม้ว่าการกระทำของจำเลยคือเพียงแค่การจุดไฟเท่านั้น

ข. ทฤษฎีผลโดยตรง (The Direct Consequences Theory)

ทฤษฎีผลโดยตรงนี้วางหลักให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบเฉพาะในความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำและไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลที่เกิดขึ้นอันมิใช่ผลโดยตรงจากการกระทำของตน⁸⁸ ในการศึกษาว่าผลโดยตรงนั้นควรจะมีขอบเขตแค่ไหนและอย่างไรนั้น อาจจะได้ศึกษาได้ในทางตรงกันข้ามกล่าวคือ ศึกษาว่าอะไรคือผลที่มีได้เกิดจากการกระทำนั้นโดยตรง โดยทั่วไปผลที่มีใช่ผลโดยตรงจากการกระทำจะมีลักษณะดังนี้

ข.1 ผลที่เกิดขึ้นเป็นอิสระ กล่าวคือ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การกระทำของผู้ละเมิด

ข.2 ผลของการกระทำนั้นเป็นผลที่ฉลบบจากการกระทำ (ricochet) เช่น ถ้านาย A ถูกรถชน นาย A เท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ชั้บรถจ่ายค่าเสียหาย นาง B ผู้เป็นภรรยาไม่มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากผู้ชั้บรถชนนั้นได้

⁸⁶ ลีต เศรษฐบุตตร, กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 106

⁸⁷ K. Zweigert, *International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 7, V.XI*, (New York: Ocean Publications Inc, 1987), p. 60

⁸⁸ *Ibid.*, p. 40

ข.3 ผลของการกระทำมิใช่ผลที่สำคัญ

ข.4 ผลของการกระทำนั้นมิอาจคาดเห็นได้

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีผลโดยตรงนี้มีข้อวิจารณ์มากมาย เช่น ทฤษฎีนี้ถือได้ว่าเข้าข้างผู้กระทำละเมิดมากเกินไป เพราะทฤษฎีนี้ปฏิเสธที่จะเยียวยาความเสียหายซึ่งเป็นผลทั่วไปจากการกระทำละเมิด โดยผลทั่วไปเช่นว่านั้นเป็นผลของการกระทำที่อาจเกิดขึ้นและไม่ได้เป็นผลโดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับกรกระทำละเมิด กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีผลโดยตรงมีลักษณะที่จะให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเฉพาะที่เป็นผลอันเกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำของผู้ละเมิดเท่านั้น

ค. ทฤษฎีเหตุใกล้ชิด (The Proximate Cause Theory)

หลักสำคัญของทฤษฎีเหตุใกล้ชิดก็คือ การพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นเหตุที่ใกล้ชิดกับความเสียหายหรือไม่ หรือความเสียหายห่างไกลต่อเหตุ (too remote) หรือไม่ ในคดี *re Polemis* (1921, 3 KB, 560, C.A.) วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ว่าจะไม่อาจคาดเห็นได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1961 คดี *The Wagon Mound* ศาลสูงสุดของรัฐ New South Wales ของประเทศออสเตรเลียได้วางหลักใหม่ว่า ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเฉพาะค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่วิญญูชนอาจคาดเห็นได้เท่านั้น ข้อเท็จจริงในคดี *The Wagon Mound* มีดังนี้⁸⁹ "ขณะที่เรือกำลังเติมน้ำมันอยู่ที่ท่าเรือในเมืองซิดนีย์ น้ำมันได้รั่วและตกลงไปในแม่น้ำ ทั้งนี้เพราะความประมาทของคนงานของผู้เช่าเรือ ในขณะที่นั้นเองมีการเชื่อมเหล็กเพื่อซ่อมแซมท่าเรือ ประกายไฟตกลงในน้ำเป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้จากน้ำมันที่ตกลงอยู่เหนือน้ำส่งผลให้ท่าเรือถูกเพลิงไหม้ไปด้วย เจ้าของท่าเรือจึงฟ้องให้ผู้เช่าเรือรับผิดชอบ ศาลวินิจฉัยว่า ผู้เช่าเรือไม่อาจคาดเห็นถึงความเสียหายนั้นได้" โดยทางทฤษฎี ศาลในประเทศอังกฤษไม่จำเป็นต้องผูกพันกับคำพิพากษาของศาลในประเทศออสเตรเลีย และสามารถนำแนวคำพิพากษาในคดี *re Polemis* เป็นแนวทางได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลในประเทศอังกฤษได้ใช้แนวทางคดี *The Wagon Mound* มาใช้กับคดีในประเทศอังกฤษด้วย

2.3.2.2. ทฤษฎีและแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในการกระทำละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

แนวคิดเรื่องละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของโรมัน ซึ่งเป็นผลมาจากทฤษฎีว่าด้วยหนี้ โดยหนี้ละเมิดถือว่าเป็นหนี้ทางแพ่งประเภทหนึ่งที่คู่กรณีจะต้องชดใช้ให้แก่กันเช่นเดียวกับหนี้ตามสัญญา เมื่อการกระทำละเมิดเป็นหนี้ทางแพ่ง ผู้เสียหายจึงพึงที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาเพียงเท่าที่ตนเสียหาย กล่าวคือ เพียงจำนวนของความ

⁸⁹ F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, pp. 83-84

เสียหายที่ผู้ทำละเมิดได้กระทำ ซึ่งมูลค่าของความเสียหายนั้นถือว่าเป็นหนี้ระหว่างผู้เสียหายในฐานะเจ้าหนี้และผู้ทำละเมิดในฐานะลูกหนี้ ทฤษฎีสำคัญที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วยมีดังนี้

ก. ทฤษฎีว่าด้วยความผิด (The Fault Theory)

ทฤษฎีว่าด้วยความผิดถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญของความผิดทางแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากการยอมรับนำกฎหมายมาใช้ โดยทฤษฎีว่าด้วยความผิดนี้เชื่อว่า จะมีความรับผิดได้จะต้องมีความผิดเกิดขึ้นเสียก่อน (no liability without fault)⁹⁰ ผลของทฤษฎีนี้ทำให้การพิจารณาความรับผิดในกรณีละเมิดของประเทศดังกล่าวกำหนดให้จะต้องมีการพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของผู้ทำละเมิดด้วยนั่นคือ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำละเมิด นอกจากนี้ การกระทำที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเพราะจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย กล่าวคือ ทำไปโดยไม่มีอำนาจ ไม่มีสิทธิหรือใช้สิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้แม้จะไม่มีกำหนดเป็นกฎหมายโดยเฉพาะเจาะจง ในระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายนั้น ความผิดที่เกิดขึ้นโดยการกระทำอันเป็นละเมิดนั้นถือว่าเป็นหนี้อย่างหนึ่ง ผู้กระทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาและชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกับความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องและครบถ้วนในกรณีความเสียหายจากการผิดสัญญา กรณีที่ลูกหนี้จะต้องชำระชดใช้ค่าเสียหายนั้นต้องมีได้เกิดจากการกระทำที่เป็นเหตุสุดวิสัยหรือเกิดขึ้นโดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ดังที่ทราบกันอยู่แล้วว่า การรับผิดทางละเมิดนั้นเป็นการรับผิดทางแพ่งซึ่งได้แยกออกจากการรับผิดทางอาญาซึ่งเป็นเรื่องของบ้านเมือง ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดจากการกระทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดต้องคำพิพากษาอาญาเพื่อเป็นการกำหนดว่าผู้ทำละเมิดมีความทางแพ่งด้วย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹⁰ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 8

ข. ทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ (The Equivalence Theory)

ทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ นั้นบางครั้งหรือในบางตำราจะเรียกว่า ทฤษฎีเงื่อนไข (The Condition Theory) หลักสำคัญของทฤษฎีนี้ก็คือผลจะไม่เกิดขึ้นหากไม่มีเหตุ⁹¹ ทฤษฎีนี้ถือได้ว่าเป็นการทดสอบถึงความสัมพันธ์ของเหตุและผล โดยทั่วไปเชื่อว่า ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยนักกฎหมายอาญาชาวออสเตรีย ชื่อ Glaser ข้อที่น่าสนใจของทฤษฎีนี้คือ การสนับสนุนแนวคิดที่ว่า ผู้ทำละเมิดจะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม⁹² ตัวอย่างที่น่าสนใจก็คือ ผู้ขับขี่ยานพาหนะซึ่งโดยไม่มีใบอนุญาตได้ขับขี่ยานพาหนะของตนชนบุคคลอื่น หากจะพิจารณาตัวอย่างนี้ ผู้ขับขี่จะรับผิดชอบจากการกระทำของตนอันเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลคือ ความเสียหายแก่บุคคล ผู้ขับขี่มิได้รับผิดจากการที่ตนไม่มีใบอนุญาตขับขี่ตามหลักการของทฤษฎีความผิด⁹³

ทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไขนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับความนิยมในกฎหมายอาญามากกว่ากฎหมายแพ่ง ในปัจจุบัน ทฤษฎีนี้ไม่เป็นที่นิยมอีกต่อไปและการใช้ทฤษฎีนี้ในปัจจุบันก็เพียงเพื่อเป็นเครื่องมือในการทดสอบและแสดงให้เห็นถึงเหตุของข้อเท็จจริงเท่านั้น⁹⁴

ค. ทฤษฎีผลโดยตรง (The Direct Consequence)

รายละเอียดของทฤษฎีนี้ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อก่อน

ง. ทฤษฎีใกล้ชิดต่อเหตุ (The Immediate Consequence Theory)

ทฤษฎีใกล้ชิดต่อเหตุนี้ใกล้เคียงกับทฤษฎีผลโดยตรง โดยที่ทฤษฎีใกล้ชิดต่อเหตุไม่ได้เฉพาะเจาะจงถึงผลโดยตรงเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงผลที่เกิดขึ้นใกล้เคียงหรือเกี่ยวข้องกับผลโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด

⁹¹ โสภณ รัตนกร, หนี้, หน้า 153

⁹² K. Zweigert, International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 7, V.XI, p. 34

⁹³ Ibid., p. 35

⁹⁴ Ibid., p. 36

จ. ทฤษฎีเหตุเหมาะสม (The Adequacy Theory)

ทฤษฎีเหตุเหมาะสมนี้เป็นทฤษฎีที่มีความสำคัญมากและได้รับการศึกษารายละเอียดมากกว่าทฤษฎีอื่นๆ ทฤษฎีเหตุเหมาะสมนี้มีหลักการที่สำคัญคือ เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ลูกหนี้ซึ่งก็คือผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบ⁹⁵ ทฤษฎีเหตุเหมาะสมนี้ได้รับการนำเสนอครั้งแรกโดย Von Kries⁹⁶ ประเทศเยอรมันนิยมรับและนำทฤษฎีเหตุเหมาะสมนี้มาใช้ในกฎหมายของตนโดยถือว่าผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น กฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ถือว่าความเสียหายไม่ว่าจะเป็นกรณีของผิดสัญญาหรือละเมิดจะต้องเกิดจากเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น⁹⁷ นอกจากนี้ ทฤษฎีนี้ไม่ยอมรับหลักการคาดเห็น⁹⁸

3.3.3 ประเภทและลักษณะของค่าเสียหายในกรณีละเมิด

ความเสียหายในกรณีละเมิดนั้น เกิดจากการกระทำใดๆ ที่ผู้ละเมิดกระทำต่อผู้อื่นซึ่งการกระทำต่อบุคคลอื่นดังกล่าวนี้ต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามและบทบัญญัติของกฎหมายและต้องก่อความเสียหายให้แก่ผู้ที่ถูกกระทำขึ้น หากการกระทำใดๆ ที่เป็นการละเมิดแต่ไม่ได้สร้างความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็อาจจะเรียกค่าเสียหายจากการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้เพราะไม่มีความเสียหายใดๆ ที่จะต้องเยียวยาชดใช้ ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของค่าเสียหายในกรณีละเมิดก็คือ ค่าเสียหายในกรณีละเมิดเกิดขึ้นจากการที่ผู้เสียหายกับผู้ละเมิดไม่ได้มีหนี้ หรือนิติกรรมใดๆ หรือความสัมพันธ์ระหว่างกันมาก่อน ความเสียหายในกรณีละเมิดเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำใดๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและสร้างความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นๆ ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะกระทบต่อร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน ชื่อเสียงหรือสิทธิอื่นๆ

⁹⁵ E. J. Cohn, *Manual of German Law V.* 1, p. 50

⁹⁶ K. Zweigert, *International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 7, V.XI*, p. 50

⁹⁷ ไสภณ รัตนกร, *หนี้*, หน้า 154

⁹⁸ K. Zweigert, *International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 7, V.XI*, p. 50

2.3.3.1 ประเทศไทย

มาตรา 420 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁹⁹ ถือได้ว่าเป็นแม่บทของกฎหมายละเมิด โดยมาตราดังกล่าวกำหนดให้การกระทำใดๆ ที่กระทำต่อบุคคลอื่น (ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) ให้ต้องได้รับความเสียหายไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวจะเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกาย เสรีภาพ ชีวิต ทรัพย์สิน หรือสิทธิใดๆ ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำอันเป็นละเมิดและผู้กระทำจะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหาย ดังนั้น หากว่าการกระทำใดๆ ที่เกิดขึ้นแต่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าวนั้น ผู้ถูกกระทำก็ไม่อาจเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้ ทั้งนี้เพราะเมื่อไม่มีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้นก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการรับผิดชอบใช้และเยียวยาความเสียหายทางละเมิดนั้น ความสามารถของบุคคลมิได้นำมาใช้พิจารณาเช่นเดียวกับเรื่องสัญญา ดังนั้นแม้บุคคลผู้ทำละเมิดจะไร้ความสามารถไม่ว่าจะด้วยการเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตน¹⁰⁰ โดยทั่วไปเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้น ผู้ละเมิดจะต้องชดใช้และเยียวยาความเสียหาย กฎหมายวางหลักไว้ว่าเมื่อมีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้น ให้ถือว่าผู้กระทำเป็นหนี้ต่อผู้เสียหายนับแต่เวลาที่ทำละเมิด¹⁰¹ ซึ่งส่งผลให้ผู้เสียหายสามารถที่จะเรียกให้ผู้ละเมิดชดใช้เยียวยาความเสียหายได้ทันที แม้จะยังไม่รู้จำนวนของความเสียหาย

ก. การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายไทย

ค่าเสียหายในกรณีละเมิดนั้นมีลักษณะสำคัญคือเป็นการชดใช้เยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมเหมือนเมื่อครั้งยังไม่มีมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น และแม้ว่าการเยียวยานั้นจะไม่อาจทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมได้ แต่การเยียวยาเพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะที่ใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุดเป็นสิ่งสำคัญที่กฎหมายละเมิดยังคงมุ่งเน้นในการให้การเยียวยาแก่ผู้เสียหาย

⁹⁹ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

¹⁰⁰ มาตรา 429 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า "บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถ เพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดา มารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น"

¹⁰¹ มาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า "ในกรณีนี้หนี้เกิดขึ้นแต่เมื่อละเมิด ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด"

กฎหมายแม่บทสำคัญในประเทศไทยสำหรับการกำหนดการเยียวยา ความเสียหายในกรณีละเมิดก็คือ มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า "ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่ง ละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้อง เสียไปเพราะถูกละเมิดหรือให้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมถึงค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความสะดวก ใดๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย"

จากวรรค 1 ของมาตรา 438 ดังกล่าวจะเห็นว่า การกำหนดจำนวน หรือมูลค่าของความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น หากมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล กฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายคู่กรณีมี อาจที่จะตกลงกันเองได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายในข้อนี้ไม่ได้หมายความว่า ผู้เสียหายไม่มีสิทธิร้องขอหรือ กำหนดมูลค่าความเสียหายได้ ผู้เสียหายยังคงมีสิทธิที่จะกำหนดมูลค่าความเสียหายเพื่อเสนอให้ศาลมี คำสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ให้แก่ตนได้ แต่ศาลยังคงมีอำนาจพิจารณาว่ามูลค่าความเสียหายที่กำหนดขึ้นโดย ผู้เสียหายนั้นมีความสมเหตุสมผลเพียงใดหรือมีความเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง หาก ผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า ตนได้รับความเสียหายเป็นมูลค่าเท่ากับที่ได้อ้างมา ศาลก็ อาจจะมีคำสั่งให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้เยียวยาในจำนวนนั้นได้หรือหากศาลเห็นว่ามูลค่าของความ เสียหายที่ผู้เสียหายร้องขอนั้นเกินกว่ามูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ศาลก็มีอำนาจในการตัดทอน ค่าเสียหายที่ร้องขอมานั้นได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดแนวทางให้กับศาลในการวินิจฉัยมูลค่าความ เสียหายโดยให้พิจารณาจากสิ่งต่างๆ ดังนี้

ก. 1 ความเสียหายเกิดจากการกระทำนั้นๆ หรือไม่

ในการพิจารณาเรื่องความเสียหายนั้น ศาลจะพิจารณาใน เบื้องต้นก่อนว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นหรือไม่ กล่าวคือ ความเสียหายนั้นจะต้องเป็นผล โดยตรงหรือเกี่ยวเนื่องจากการกระทำละเมิดนั้น อย่างไรก็ดี ในบางกรณีการพิสูจน์สภาพความเสียหาย นั้นก็กระทำได้ยากหรือแม้จะพิสูจน์ได้ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากและบางครั้งการพิสูจน์ความเสียหายอาจ ทำให้ผู้เสียหายซึ่งมีหน้าที่นำสืบได้รับความเสียหายอื่นเพิ่มเติม¹⁰² เช่น อาจต้องรับความเสี่ยงจากการถูก ฟ้องร้องเป็นคดีความ หากว่ามีการอ้างถึงบุคคลที่สาม เป็นต้น

ก.2 ความเสียหายนั้นควรจะมีมูลค่าเท่าใด

¹⁰² วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้, (กรุงเทพมหานคร : วิบูลย์กิจสำนักพิมพ์, 2544) หน้า 250

เมื่อพิสูจน์ได้ความแล้วว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ศาลจะวินิจฉัยเพื่อกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายโดยพิจารณาจากประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

ก.2.1 พุทธการณ

คำว่า "พุทธการณ" มีความหมายว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำต่างๆ ของผู้ทำละเมิดอาจจะเป็นได้ทั้งที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ (wilful) หรือประมาทเลินเล่อ (negligence) ก็ได้ ในการที่ศาลจะพิจารณาพุทธการณในข้อเท็จจริงเพื่อกำหนดค่าเสียหายนั้นเป็นกรณีหนึ่งกับการที่ศาลจะพิจารณาว่า พุทธการณนั้นเป็นการละเมิดหรือไม่ ทั้งนี้เพราะเมื่อมาถึงขั้นตอนการพิจารณากำหนดค่าเสียหายแล้ว นั้นย่อมหมายถึงว่า ข้อเท็จจริงเป็นอันยุติแล้วว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแล้ว การพิจารณาพุทธการณของผู้ละเมิดมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดการพิจารณาถึงมูลค่าของความเสียหายเพื่อให้ศาลใช้พิจารณา เช่น หากผู้ละเมิดจงใจทำละเมิดผู้ทำละเมิดน่าจะต้องรับผิดชอบมากกว่าในกรณีที่ผู้ละเมิดนั้นได้กระทำความเสียหายไปโดยประมาทเลินเล่อหรือกรณีความเสียหายนั้นผู้ทำละเมิดได้ลงมือกระทำเองหรือเป็นเพียงแต่การให้การสนับสนุนเท่านั้น เป็นต้น นอกจากนี้ในการพิจารณาพุทธการณของข้อเท็จจริง ศาลยังพิจารณาถึงฐานะส่วนตัวและฐานะทางสังคมของผู้เสียหายเพิ่มเติมประกอบอีกด้วย¹⁰³

ก.2.2 ความร้ายแรง

ความร้ายแรงแห่งการกระทำละเมิดหมายถึงผลหรือระดับของความเสียหายอันสืบเนื่องมาจากลักษณะแห่งการกระทำละเมิดของจำเลย¹⁰⁴ ทั้งนี้การพิจารณาความร้ายแรงแห่งละเมิด ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลใช้เป็นข้อมูลในการพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหาย เช่น การกระทำละเมิดโดยอุกอาจร้ายแรงในลักษณะดูหมิ่น เหยียดหยาม ไม่เกรงขามต่ออำนาจบ้านเมือง ศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้เป็นจำนวนอย่างสูงได้ แต่ถ้าได้กระทำโดยเป็นการป้องกันอันตรายแก่ตนหากแต่เกินกว่าเหตุ ศาลย่อมกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้น้อยลงได้¹⁰⁵

อย่างไรก็ดี ในการที่ศาลจะพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายโดยพิจารณาถึงพุทธการณและความร้ายแรงเพื่อกำหนดมูลค่าความเสียหายนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงการกระทำของฝ่ายผู้เสียหายประกอบด้วย เช่น หากผู้เสียหายประมาทเลินเล่อ ก็

¹⁰³ อ่างแล้ว, หน้า 254

¹⁰⁴ สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 203

¹⁰⁵ วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดกรงานนอกสั่งและลามิควรได้, หน้า

เรียกค่าเสียหายต่อไปอันเกิดจากความปราศจากความระมัดระวังนั้นอีกไม่ได้ หรือผู้เสียหายถูกผู้ละเมิดทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ควรจะรีบไปหาแพทย์เพื่อทำการรักษา แต่ปล่อยทิ้งไว้เป็นเวลานานเกินควรทำให้บาดเจ็บแผลอันเป็นผลจากการกระทำละเมิดของจำเลยลูกกลม ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้ลดน้อยลงไปอีกก็ชอบจะทำได้¹⁰⁶ ทั้งนี้ มาตรา 442 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดแนวทางว่า หากความเสียหายที่เกิดขึ้นผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วย ศาลจะต้องพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยแยกพิจารณาความเสียหายที่ต่างฝ่ายต่างได้รับว่าฝ่ายใดก่อให้เกิดความเสียหายมากน้อยเท่าใด มิใช่ให้นำความเสียหายของทั้งสองฝ่ายมาพิจารณาและหากเสียหายพอกันค่าเสียหายก็เป็นพับกันไปโดยมิได้พิจารณาเหตุแห่งความเสียหายนั้น¹⁰⁷ ข้อกำหนดในกฎหมายมาตราดังกล่าวนี้ มีลักษณะเช่นเดียวกับแนวคิดของทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ทฤษฎีหนึ่ง นั่นคือ ทฤษฎี contributory negligence ซึ่งมีนัยสำคัญทางเศรษฐศาสตร์เป็นการให้สิ่งจูงใจแก่ผู้ที่จะกระทำละเมิดให้ระมัดระวังไม่ก่อความเสียหาย หากมีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะบุคคลนั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอ บุคคลดังกล่าวนั้นจะต้องชำระค่าเสียหาย เช่นเดียวกันกับผู้เสียหายซึ่งได้รับสิ่งจูงใจให้ต้องระมัดระวังไม่ให้ความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นกับตนเอง ถ้าหากผู้เสียหายได้รับความเสียหายเพราะการกระทำของตน ผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับการเยียวยา การที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยพิจารณากำหนดมูลค่าความเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้น ไม่ใช่การบังคับให้ศาลต้องพิจารณาเฉพาะ 2 ข้อดังกล่าว การบัญญัติเช่นนี้เป็นแต่เพียงการกำหนดแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจของศาล ซึ่งโดยปกติศาลย่อมจะมีอำนาจโดยอิสระในการพิจารณากำหนดมูลค่าความเสียหาย แต่เพื่อกำหนดแนวคิดหรือแนวทางให้แก่ศาล ดังนั้นการบัญญัติให้ศาลพิจารณากำหนดมูลค่าความเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์หรือความร้ายแรงนั้น จึงเป็นเพียงแนวทางให้ศาลใช้เท่านั้น นอกจากนี้ในการวินิจฉัยของศาลเพื่อกำหนดมูลค่าของความเสียหาย ศาลอาจจะพิจารณาฐานะทางสังคมและการเงินของคู่กรณีมาประกอบดุลพินิจ นอกเหนือจากพฤติการณ์และความร้ายแรง แม้ฐานะทางการเงินของผู้เสียหายก็ต้องคำนึงถึงด้วยเช่นกัน¹⁰⁸

ข. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายไทย

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือ ค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดมีอะไรบ้าง วรรค 2 ของมาตรา 438 ดังกล่าว วางแนวทางว่าค่าสินไหมทดแทนนั้น คือการคืนทรัพย์สินที่ผู้เสียหายต้องเสียไปหรือการชำระค่าทรัพย์สินนั้นรวมถึงค่าเสียหายด้วย จะเห็นว่าหากพิจารณาจากถ้อยคำของข้อกฎหมายดังกล่าว อาจจะทำให้เกิดความเข้าใจว่า การชดเชยเยียวยาความเสียหายจะมีได้เฉพาะ 3

¹⁰⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาคาร, 2544), หน้า 161

¹⁰⁷ สุขุม สุภินิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 228

¹⁰⁸ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการละเมิด, หน้า 162

วิธีการคือ การคืนทรัพย์สิน การชำระค่าเสียหาย¹⁰⁹ อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงควรมีการเยียวยาความเสียหายโดยวิธีการอื่นๆ ได้อีก ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ของแต่ละคดี เช่น จำเลยปิดทางทำให้ที่ดินของโจทก์ออกสู่ทางสาธารณะไม่ได้ ศาลบังคับให้จำเลยเปิดทางแล้ว แต่ไม่ปรากฏว่าโจทก์เสียหายอะไรอีก ศาลย่อมไม่กำหนดค่าเสียหายให้อีก

ดังที่แสดงให้เห็นมาก่อนหน้านี้แล้วว่า หลักการสำคัญของการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิดนั้น ก็คือ การทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมหรือใกล้เคียงกับสถานะเดิมให้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายอื่นๆ ให้แก่ผู้เสียหายก็ได้ โดยทั่วไป ความเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายไทยนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นดังนี้

ข.1 ค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาความเสียหาย (compensatory damages)

ค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาความเสียหาย (compensatory damages) ภายใต้กฎหมายละเมิดของประเทศไทยมีกำหนดไว้เป็นการเฉพาะกรณี ทั้งนี้ในแต่ละกรณีนั้น ค่าเสียหายที่กำหนดไว้อาจเป็นไปได้ทั้งกรณีที่เป็นค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ (pecuniary damages) และ/หรือค่าเสียหายของความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (non-pecuniary damages) โดยที่ค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาความเสียหายในกรณีต่างๆ ในกฎหมายละเมิดของไทยมีตัวอย่างดังนี้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁰⁹ อ้างแล้ว, หน้า 162

ข.1.1 ค่าเสียหายกรณีทำให้ตาย

ค่าเสียหายกรณีทำให้ตายมีบัญญัติไว้ในมาตรา 443 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹⁰ ซึ่งมีลักษณะดังนี้

ก. ค่าปลงศพ

ค่าปลงศพ คือ ค่าใช้จ่ายในการจัดศพ ตามประเพณี ซึ่งทายาทของผู้ตายมีสิทธิที่จะเรียกร้องได้จากผู้ทำละเมิด

ข. ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง คือ ค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตายของผู้ถูกทำละเมิด เช่น ค่ารักษาพยาบาล หากผู้ถูกละเมิดมิได้ตายในทันที นอกจากนี้ยังรวมไปถึงค่าขาดประโยชน์ในการทำมาหากินได้ เป็นต้น

ค. ค่าขาดไร้อุปการะ

เป็นค่าเสียหายที่ทายาทผู้ตายสามารถที่จะเรียกร้องให้ผู้ทำละเมิดชำระได้ หากว่าผู้ตายต้องมีหน้าที่อุปการะทายาท

จะเห็นว่า ค่าเสียหายที่ทายาทของผู้ตายมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ทำละเมิดชำระได้นั้นเป็นค่าเสียหายที่มีจำนวนเพียงแค่ว่าเกี่ยวข้องกับการจัดการศพ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องและค่าอุปการะเท่านั้น ทายาทของผู้ตายมีอาจที่เรียกค่าเสียหายในกรณีค่าแห่งการมีชีวิตได้ สำหรับเรื่องค่าแห่งการมีชีวิตนั้น กฎหมายของประเทศไทยเหมือนกฎหมายของประเทศเยอรมันนี่ในแง่ที่มีได้บัญญัติรับรองไว้¹¹¹ ประเด็นที่น่าสนใจสำหรับกรณีค่าเสียหายกรณีทำให้ตายมีดังนี้

1. ในการกำหนดค่าปลงศพและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นนั้น ศาลจะพิจารณาตามควรและตามจำเป็น รวมถึงตามฐานะของผู้ตายประกอบกับประเพณีการทำศพตามลัทธินิยม และต้องไม่ใช่ค่าใช้จ่ายที่ฟุ่มเฟือย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1648/2509, 1666/2514)

¹¹⁰ มาตรา 443 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า "ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทนได้แก่ ค่าปลงศพรวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย.....ถ้าว่าเหตุที่ตายลงนั้น ทำให้บุคคลหนึ่งคนใดต้องขาดรายได้อุปการะตามกฎหมายไปด้วยไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

¹¹¹ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 237

2. ทายาทที่มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหาย

ประเภทนี้ ต้องเป็นทายาทโดยชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือ บิดา มารดา สามี ภรรยา บุตรผู้เยาว์ บุตรผู้บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ทุพพลภาพหาเลี้ยงตนเองไม่ได้¹¹²

3. แม้ว่าทายาทผู้ตายจะได้รับเงินอื่นๆ จาก

การตายนั้น เช่น เงินฌาปนกิจศพของบริษัทที่ผู้ตายทำงานอยู่ หรือเงินช่วยงานศพ ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิของทายาทของผู้ตายในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2507, 446-446/2516 และ 143-144/2521)

ข.1.2 ค่าเสียหายกรณีทำละเมิดต่อร่างกายและอนามัย

มาตรา 444 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³ วางหลักให้ผู้เสียหายมีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งเป็นผลมาจากความเสียหายต่อเนื้อตัว ร่างกาย หรืออนามัย ค่าเสียหายตามนัยแห่งมาตรา 444 นี้ ต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับร่างกายหรืออนามัยให้ฟื้นคืนสภาพเดิม รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากที่ผู้เสียหายต้องเสียความสามารถไป ข้อที่น่าสนใจประการหนึ่งก็คือ หากในการกำหนดค่าเสียหายของศาลนั้นยังมีอาจทราบจำนวนที่แน่นอนได้ ศาลอาจสงวนสิทธิในการกำหนดค่าเสียหายไว้ได้ ทั้งนี้การกำหนดค่าเสียหายนั้นเป็นการแก้ไขค่าพิพากษาและต้องกระทำภายในสองปี

ข.1.3 ค่าขาดแรงงาน

มาตรา 445 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴ กำหนดให้บุคคลภายนอกผู้ที่มีสิทธิที่ใช้ประโยชน์จากแรงงานของผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียก

¹¹² อ้างแล้ว, หน้า 243

¹¹³ ม. 444 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า "ในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้เสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไปและค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งให้เวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย ถ้าในเวลาพิพากษาคดีเป็นพันวิสัยจะหยั่งรู้ได้แม้ว่า ความเสียหายนั้นได้มีแท้จริงเพียงใด ศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่า ยังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาที่ไม่เกินสองปีก็ได้"

¹¹⁴ ม. 445 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า "ในกรณีทำให้เขาถึงตายหรือทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี...ท่านว่าบุคคลผู้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อที่เขาต้องขาดแรงงานอันนั้นไปด้วย"

ค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ หากว่าการกระทำละเมิดส่งผลให้บุคคลนั้นขาดประโยชน์จากการใช้แรงงานของผู้เสียหาย

ข.1.4 ค่าเสียหายในกรณีมีความเสียหายต่อชื่อเสียง

ค่าเสียหายประเภทนี้ กำหนดไว้ในมาตรา 447 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹⁵ โดยที่การละเมิดต่อชื่อเสียงนั้นเป็นค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้อย่างแท้จริง และแม้จะมีการชำระค่าเสียหายแล้วชื่อเสียงของผู้เสียหายที่เสียไปก็ยังไม่อาจกลับคืนมาได้

ข.2 ค่าเสียหายที่มีใช้เพื่อการเยียวยาความเสียหาย (non-compensatory damages)

โดยปกติ ศาลของประเทศไทยจะไม่กำหนดค่าเสียหายที่มีใช้ค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาความเสียหาย อย่างไรก็ตามมาตรา 446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายในกรณีที่ความเสียหายนั้นมิอาจคำนวณเป็นเงินได้ หากแต่จำกัดอยู่เฉพาะการละเมิดต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และกรณีหญิงถูกกระทำละเมิดอันเป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศเท่านั้น

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นกรณีตายหรือขาดแรงงานหรือมีความเสียหายต่อชื่อเสียงก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ได้

ศาลฎีกาของประเทศไทยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายประเภทนี้ไว้ เช่น การที่ภรรยาเสียชีวิต สามีไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความว้าเหวได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502)

ในส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) นั้น ศาลของประเทศไทยเคยมีคำพิพากษากำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2574) แต่ในปัจจุบันศาลไม่อนุญาตและกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เพราะเหตุที่ขัดกับนโยบายของกฎหมายว่าด้วยละเมิดซึ่งเป็นกฎหมายในส่วนแพ่ง ซึ่งมีได้ต้องการลงโทษเช่นกฎหมายอาญา สำหรับค่าเสียหายพอเป็นพิธี (nominal damages) นั้น ศาลไทยก็เคยพิพากษาให้แก่ผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 909/2597)

¹¹⁵ ม. 447 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า "บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง..ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควรเพื่อทำให้ชื่อเสียงของผู้ที่นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหายหรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้"

นอกจากค่าเสียหายสองประเภทที่ได้กล่าวมาแล้ว มาตรา 206 และ 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹⁶ อนุญาตให้คำนวณดอกเบี้ยในค่าเสียหายที่กำหนดเป็นตัวเงินแล้วอีกได้ โดยมีอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ทำละเมิด

3.3.3.2 ประเทศอังกฤษ

วัตถุประสงค์สำคัญของการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศอังกฤษก็คือ การให้โจทก์ในฐานะผู้เสียหายได้รับการชดใช้เพื่อให้อยู่ในฐานะเหมือนเมื่อครั้งก่อนที่การกระทำละเมิดนั้นจะเกิดขึ้น [The purpose of it is to put the plaintiff in the position we would have been in if the tort had not been committed]¹¹⁷

ก. การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด

ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด ศาลในประเทศอังกฤษมีบทบาทและหน้าที่ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกับศาลในประเทศไทย โดยในการพิจารณาค่าเสียหายดังกล่าว ศาลในประเทศอังกฤษใช้เกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

ก.1 การพิจารณาเพื่อกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายในกรณี

ละเมิด ศาลของประเทศอังกฤษจะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเป็นหลักใหญ่ โดยที่ศาลจะพิจารณาว่าผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุมาจากการกระทำของผู้ทำละเมิดหรือไม่ ทั้งนี้ศาลจะไม่พิจารณาว่าผู้ทำละเมิดจะคาดเห็นถึงผลหรือความเสียหายนั้นหรือไม่ การพิจารณาความผิดของผู้ทำละเมิดจากความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเพียงอย่างเดียวอาจส่งผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่พอเพียงและยุติธรรม ดังนั้นศาลในประเทศอังกฤษจึงพิจารณาเรื่องของผลของการกระทำว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นใกล้เคียงกับเหตุ (การกระทำ) หรือไม่ประกอบด้วย

ก.2 ผลการกระทำที่ใกล้กับเหตุ

นอกจากศาลอังกฤษจะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลแล้ว ศาลของประเทศอังกฤษยังพิจารณาไม่กำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นใกล้เคียงกับเหตุหรืออาจกล่าวได้ว่าผู้ทำละเมิดจะรับผิดชอบเฉพาะกับผลที่เกิดขึ้นอันใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น

¹¹⁶ ม. 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า "หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละเจ็ดกึ่งต่อปี"

¹¹⁷ Raymond Youngs, English, French and German : Comparative Law, (London : Cavendish Publishing Limited, 1998), p. 319

ก.3 ค่าเสียหายจะต้องไม่เป็นการซ้ำซ้อน (double compensation) หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งของศาลในประเทศอังกฤษใช้ในการเพื่อพิจารณา กำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดก็คือ การทำให้ผู้เสียหายอยู่ในสถานะเดิมหรือใกล้เคียงกับสถานะเดิม ให้มากที่สุด ดังนั้น ศาลอาจพิจารณาปรับลดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อป้องกันการซ้ำซ้อนในการเยียวยา ความเสียหายโดยที่ศาลจะพิจารณาจากสิ่งต่อไปนี้

ก.3.1 ผลประโยชน์อื่นๆ

ผลประโยชน์อื่นๆ ที่ศาลในประเทศอังกฤษใช้ในการพิจารณา เช่น ประกันสังคม ประกันภัย (ไม่ว่าจะเป็นประกันชีวิตหรือประกันวินาศภัยต่างๆ) ในส่วนของประกันสังคม กฎหมายกำหนดให้ต้องนำเงินชดเชยที่ผู้เสียหายได้รับมาจากเงินประกันสังคมหักออกจากค่าเสียหาย แต่ในกรณีของเงินชดเชยที่ได้รับจากการประกันภัยที่ผู้เสียหายได้จ่ายเบี้ยประกันภัยเองนั้น ศาลอังกฤษไม่อนุญาตให้นำเงินชดเชยดังกล่าวมาหักลบกับค่าเสียหาย ดังที่ปรากฏในคดี *Bradburn v Great Western Rly Co, (1874) LR*¹¹⁸ ซึ่งในคดีนี้ ศาลมองว่าไม่มีเหตุผลหรือมีความยุติธรรมใดๆ ที่จะเกิดขึ้น หากให้มีหักลบระหว่างผลประโยชน์ที่โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับด้วยตนเอง กับค่าเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลย

ก.3.2 ภาษีเงินได้

ในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดโดยคำนวณจากค่าขาดรายได้ในอนาคตนั้น มีข้อที่น่าพิจารณาคือ ควรจะมีการพิจารณาให้ผู้ทำละเมิดหักเงินจำนวนหนึ่งซึ่งมีมูลค่าเท่ากับภาระภาษีเงินได้ที่ผู้เสียหายจะต้องเสียให้กับรัฐหากตนมีรายได้นั้นๆ คดี *Breach v Reed Corrugated Cases Ltd.*¹¹⁹ ได้ให้คำตอบกับประเด็นนี้ โดยคดีนี้ได้วางหลักให้ผู้ทำละเมิดสามารถขอให้ศาลสั่งให้หักภาษีที่อาจเกิดขึ้นออกจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้ที่ตนต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายนั้นได้

ข. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายอังกฤษ

ค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศอังกฤษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกับกฎหมายละเมิดของประเทศไทยดังนี้

¹¹⁸ F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, p. 91

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 94

ข.1 ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง

(compensatory damages)

หลักการสำคัญของค่าเสียหายประเภทนี้คือ การเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายให้กลับมามีอยู่ในสถานะเดิมก่อนที่จะมีการทำละเมิด โดยที่ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรงนี้สามารถแบ่งย่อยออกเป็น 2 ประเภทคือ

ข.1.1 ค่าเสียหายทั่วไป (general damages)

ค่าเสียหายทั่วไปนี้ เป็นค่าเสียหายทุกประเภทซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด¹²⁰

ข.1.2 ค่าเสียหายพิเศษ (special damages)

ค่าเสียหายพิเศษเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ทำละเมิด แต่ผลบางส่วนที่เกิดขึ้นนั้นมิใช่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ค่าเสียหายประเภทนี้ต้องแสดงไว้โดยเฉพาะในคำฟ้องและต้องเป็นนำสืบต่อศาลเป็นรายการแต่ละรายการไป¹²¹

ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง ศาลในประเทศอังกฤษอาจจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เป็นมูลค่าที่แน่นอน (lump sum) หรือกำหนดให้ชำระค่าเสียหายเป็นช่วงระยะเวลา (periodic payment) ก็ได้

นอกจากค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรงข้างต้นแล้ว ศาลอังกฤษมีการกำหนดค่าเสียหายตามประเภทของการละเมิดเฉพาะกรณี ตัวอย่างเช่น

1. กรณีผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต

ในกรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิตนั้น The Law Reform Act 1934 อนุญาตให้ทายาทของผู้เสียหายสามารถที่จะเรียกค่าเสียหายได้¹²² แต่ค่าเสียหายที่ได้นั้นไม่รวมถึงค่าเสียหายจากการขาดรายได้หลังจากเสียชีวิต ค่าแห่งการมีชีวิต (loss of expectation of life) หรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ และเช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศไทย เงินได้อื่นๆ จากการที่ผู้ถูกละเมิดเสียชีวิต เช่น เงินช่วยเหลืองานศพไม่อาจนำมากล่าวอ้างเพื่อใช้ลดจำนวนค่าเสียหาย

¹²⁰ Catherine Elliotte & Frances Quinn, *Tort Law*, (Essex: Longman Publishing, 2001) p. 289

¹²¹ Ibid., p. 289

¹²² Lawson Anton Brown, *Introduction to French Law*, p. 330

ได้¹²³ ในส่วนของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นต่อจิตใจ เช่น ค่าเสียหายที่เกี่ยวกับความเศร้าโศกและว่าเหว่นั้น ศาลของประเทศอังกฤษยอมรับที่จะกำหนดให้แก่ทายาทของผู้เสียหาย¹²⁴

2. กรณีละเมิดต่อร่างกาย

ในกรณีค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดต่อร่างกายนั้น ค่าเสียหายประเภทนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้และกรณีที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

ก. กรณีสำหรับค่าเสียหายที่สามารถ

คำนวณเป็นเงินได้ สามารถแบ่งออกพิจารณาได้ดังนี้

1. ค่าเสียหายจากการสูญเสีย

รายได้ ค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้นั้น สามารถที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระได้ทั้งแบบที่เป็นค่าเสียหายปกติและค่าเสียหายพิเศษ¹²⁵ การกำหนดค่าเสียหายประเภทจะขึ้นอยู่กับรายได้ของผู้เสียหายและระยะเวลาที่จะต้องใช้ในการรักษาเยียวยาความเสียหาย โดยทั่วไปศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้จากรายได้ของผู้เสียหายคูณกับระยะเวลาที่ผู้เสียหายต้องเสียหาย ซึ่งหากผู้เสียหายต้องพิการมีอาจทำงานได้อีกบ้างที่จะนำมาใช้เป็นตัวคูณก็จะเป็นจำนวนที่เท่ากับระยะเวลาที่ยังเหลืออยู่ที่จะทำงานได้¹²⁶

2. ค่าเสียหายที่เกี่ยวกับการรักษา

เยียวยา ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่ผู้เสียหายต้องจ่ายไปเพื่อการรักษาพยาบาล เช่น ค่ายา ค่าโรงพยาบาล นอกจากนี้ ค่าใช้จ่ายเพื่อการรักษาพยาบาล ผู้เสียหายก็สามารถเรียกให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระได้¹²⁷

ข. ในกรณีที่ค่าเสียหายนั้นไม่อาจคำนวณ

เป็นเงินได้สามารถแบ่งออกพิจารณาได้ดังนี้

¹²³ Ibid., p. 331

¹²⁴ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 258

¹²⁵ John Cooke, *Law of Tort*, (Essex: Longman Publishing, 2001), p. 357

¹²⁶ Lawson Anton Brown, *Introduction to French Law*, p. 328

¹²⁷ Ibid., p. 329

1. ค่าเสียหายจากการสูญเสีย

ความสะดวกของชีวิต (loss of amenity) ค่าเสียหายประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้จากการที่ตนไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างสะดวก เช่น ไม่อาจเล่นกีฬาได้ ไม่อาจเล่นกับลูกๆ ได้ ไม่สามารถแต่งงานได้หรือเสียสมรรถภาพทางเพศ¹²⁸ เป็นต้น

2. ค่าเสียหายจากการเจ็บปวด

และทรมาน (pain and suffering) ค่าเสียหายจากการเจ็บปวดและทรมานนี้ ต้องเป็นผลมาจากการละเมิดต่อร่างกาย ผู้เสียหายสามารถที่จะเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ได้ โดยสามารถกำหนดจากการคาดหมายถึงความสุขในอนาคต¹²⁹ เช่น การสูญเสียความสามารถในการหาความสุข

อย่างไรก็ดี แม้ว่าผู้เสียหายจะสามารถเรียก

ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่อร่างกายดังกล่าวข้างต้นแล้ว แต่ในกฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดให้ ค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องถูกหักออกไปได้ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักการของกฎหมายว่าด้วยละเมิดนั่นก็คือ การทำให้ผู้เสียหายต้องอยู่ในสถานะเดิมก่อนมีการกระทำละเมิดไม่ใช่ให้ผู้เสียหายได้รับผลกำไรจากการที่ตนถูกกระทำละเมิด สิ่งต่างๆ ต่อไปนี้สามารถนำมาหักออกจากค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่อร่างกายได้¹³⁰

1. ภาษีในการคำนวณค่าเสียหายจากการ

สูญเสียรายได้ ค่าเสียหายดังกล่าวจะพิจารณาจากเงินที่หลังหักภาษีและค่าเบี้ยประกันภัยแห่งชาติ (national insurance)

2. การจ่ายค่ารักษาพยาบาลของนายจ้าง

หากนายจ้างมีข้อกำหนดที่จะจ่ายค่ารักษาพยาบาลต่างๆ ให้แก่ลูกจ้าง เงินดังกล่าวจะนำมาใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วย

3. ผลประโยชน์จากประกันสังคม (social

security benefit) ผลประโยชน์จากประกันสังคมก็เป็นเงินได้ประเภทหนึ่ง ซึ่งศาลจะนำมาใช้พิจารณาเพื่อหักออกจากค่าเสียหายที่ผู้เสียหายเรียกร้อง ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายซ้ำซ้อนและเพื่อให้ระบบประกันสังคมนั้นมีประสิทธิภาพ โดยกฎหมายกำหนดจำนวนที่จะนำมาหักออกจาก

¹²⁸ John Cooke, *Law of Tort*, p. 358

¹²⁹ Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort Law*, p. 298

¹³⁰ *Ibid.*, p. 300

ค่าเสียหายไว้ โดยให้มีมูลค่าเท่ากับกึ่งหนึ่งของมูลค่าที่ได้รับจากประกันสังคมแต่ไม่เกินจำนวนสูงสุดเป็นเวลา 5 ปีหลังจากมีการกระทำละเมิด¹³¹

ข.2 ค่าเสียหายที่มีไว้เพื่อการเยียวยาความเสียหายโดยตรง

(non-compensatory damages)

วัตถุประสงค์สำคัญของค่าเสียหายประเภทนี้ ต่างจากค่าเสียหายที่ใช้เพื่อการเยียวยาความเสียหายโดยตรงกล่าวคือ เป็นการเสียหายเพิ่มเติมที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องได้ นอกจากการทำให้ตนกลับสู่ฐานะเดิมก่อนมีการกระทำละเมิด ค่าเสียหายที่มีไว้เพื่อการเยียวยาความเสียหายโดยตรงนี้ แบ่งออกได้เป็นดังนี้

ข.2.1 ค่าเสียหายจากการต้องถูกเกลียดชัง

(contemptuous damages) ค่าเสียหายประเภทนี้ไม่ได้เป็นค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้ผู้เสียหายเป็นการทั่วไป โดยปกติค่าเสียหายประเภทนี้ศาลจะกำหนดให้ในกรณีหมิ่นประมาท¹³²

ข.2.2 ค่าเสียหายพอเป็นพิธี (nominal damages)

ค่าเสียหายประเภทนี้ ศาลจะกำหนดให้แก่ผู้เสียหายหากว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมีอาจพิสูจน์ให้เห็นได้ มูลค่าของค่าเสียหายพอเป็นพิธีนี้มีมูลค่าน้อยมาก ซึ่งโดยปกติศาลจะกำหนดที่ 20 ปอนด์ ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายประเภทนี้คือ เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ละเมิดทำผิดจริง¹³³ การได้รับค่าเสียหายพอเป็นพิธีมิได้หมายความว่า จะเป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายในการได้รับค่าเสียหายต่างๆ อีก¹³⁴

ข.2.3 ค่าเสียหายจากการรบกวน (aggravated damages)

ค่าเสียหายประเภทนี้ศาลจะกำหนดให้แก่ผู้เสียหายที่ได้รับในกรณีที่ผู้ทำละเมิดกระทำการใดๆ ที่ผู้เสียหายต้องทุกข์ทรมานมากกว่าที่คาดหมาย โดยปกติศาลจะกำหนดให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับแต่ละคดี¹³⁵

ข.2.4 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages)

ค่าเสียหายประเภทนี้จะทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยามากกว่าที่ควรจะเป็น โดยมีวัตถุประสงค์

¹³¹ B.S. Markesinis, *German Law of Tort*, (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 910

¹³² John Cookes, *Law of Tort.*, p. 352

¹³³ Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort Law*, p. 303

¹³⁴ *Ibid.*, p. 303

¹³⁵ *Ibid.*, p. 304

เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดและเพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่น¹³⁶ โดยปกติค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้มีข้อจำกัดการใช้ใน 3 กรณีคือ¹³⁷

ข.2.4.1 มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้ทำได้

ข.2.4.2 การกระทำใดๆ ที่ทำขึ้นเพื่อหากำไรโดยทำให้บุคคลอื่นเจ็บปวด ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ในกรณีหมิ่นประมาท

ข.2.4.3 การกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐดังกล่าวนั้น

3.3.3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

วัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิดของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ การชดใช้ความเสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ค่าเสียหายเป็นการทดแทนเยียวยา อีกทั้งยังอาจจะใช้เป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้กระทำผิดและยับยั้งการกระทำใดๆ ที่อาจเป็นความผิด ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ศาลอาจจะกำหนดให้ผู้เสียหายได้รับทั้งแบบที่เป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและแบบที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

ก. การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด

หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวทางเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ไว้ของกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ ดังนั้นโปรดศึกษาจากหัวข้อการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศอังกฤษข้างต้นประกอบ อย่างไรก็ตาม ข้อที่นำพิจารณาสำหรับการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของศาลสหรัฐอเมริกามีดังนี้

ก.1 การคาดเห็น (Foreseeability)

หลักเรื่องการคาดเห็นของผู้ทำละเมิดได้แทรกซึมอยู่ในกฎหมายละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ทำละเมิดต้องคาดเห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน หากผู้กระทำละเมิดมีอาจคาดเห็นถึงความเสียหายนั้น ศาลอาจมีคำสั่งว่าความเสียหาย

¹³⁶ Ibid., p. 304

¹³⁷ John Cookes, Law of Tort, p. 353

นั้นไกลกว่าเหตุ (too remote) ก็ได้ ตัวอย่างที่สำคัญก็คือ คดี Windeler v. Scheers Jewelers (1970) 8 Cal.App.3d 844, 88 Cal. Repr. 39¹³⁸ ศาลอนุญาตให้ผู้เสียหาย (Mrs. Windeler) ได้รับค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจที่เกิดขึ้นจากการที่ร้านเครื่องประดับประมาทจนเป็นเหตุทำให้แหวนเพชรของผู้เสียหายนั้นหายไป โดยที่ผู้เสียหายเคยได้แจ้งกับทางร้านให้ทราบแล้วว่า แหวนเพชรชุดนี้เป็นของที่ระลึกจากสามีของผู้เสียหายและมีคุณค่าต่อจิตใจของเธออย่างยิ่ง ศาลมองว่าการแจ้งดังกล่าวของผู้เสียหายต่อร้านเครื่องประดับนั้นส่งผลให้ผู้ทำละเมิดต้องคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายหากแหวนเพชรนั้นสูญหายไป

ก.2 ความแน่นอน (Certainty)

ค่าเสียหายจากกรณีละเมิดนั้นจะต้องมีความแน่นอน อย่างไรก็ตาม ยังมีคำถามว่าความแน่นอนในมูลค่าของค่าเสียหายนั้นควรจะเป็นอย่างไร ในคดี Ayers v. Jackson Township, 1987, 160 N. J. 577, 525 A. 2d 287¹³⁹ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะสั่งให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายจากความเสียหายที่จะเป็นมะเร็ง เพราะศาลถือว่าความเสียหายดังกล่าวนี้มีความไม่แน่นอน ขณะที่ในคดี Depass v. United States, 721 F. 2d 203, 207 (7th Cir. 1983)¹⁴⁰ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลในอนาคตเป็นระยะเวลาเท่าที่ผู้เสียหายอาจมีชีวิตอยู่ เพราะศาลในคดีนี้มองว่า ค่ารักษาพยาบาลนั้นถือได้ว่าเป็นความแน่นอน แม้ระยะเวลาการมีชีวิตอยู่นั้นไม่แน่นอน แต่ก็อาจประมาณการณได้จากสถิติต่างๆ

ก.3 สาเหตุที่อาจจะเลี่ยงได้ (Avoidable Consequences)

ในกรณีที่การละเมิดละเมิดนั้นเกิดขึ้นต่อร่างกาย หลักของเรื่องผลที่อาจหลีกเลี่ยงได้ก็คือ ผู้เสียหายควรที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายอื่นๆ ที่จะเกิดขึ้นเพิ่มเติมได้ ผู้เสียหายสามารถเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการหลีกเลี่ยงความเสียหายเพิ่มเติมได้¹⁴¹ แต่หากผู้ทำละเมิดปล่อยให้มีความเสียหายเพิ่มเติมโดยไม่หลีกเลี่ยงทั้งที่อาจเลี่ยงได้ ค่าเสียหายส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นนี้ไม่อาจที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ได้

¹³⁸ David Schoenbrod, *Remedies: Public and Private*, p. 511

¹³⁹ *Ibid.*, p. 494

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 512

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 514

ข. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีลักษณะคล้ายกับในประเทศอังกฤษ ดังนั้น โปรดศึกษาจากกรณีของประเทศอังกฤษข้างต้น

3.3.3.4 ประเทศฝรั่งเศส

วัตถุประสงค์ของการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิดของกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสคือ การให้การเยียวยาชดใช้แก่ผู้เสียหายอย่างสมบูรณ์ ค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะต้องกำหนดให้เป็นจำนวนที่แน่นอน แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นจำนวนที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ต้องไม่เป็นค่าเสียหายซึ่งไม่อาจคาดหมายได้ ศาลในประเทศฝรั่งเศสยอมรับเรื่องของความสูญเสียที่แน่นอน เช่น การเสียโอกาสในการชนะคดีเพราะความผิดของทนายความ เป็นต้น ค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศฝรั่งเศสนั้นต้องเป็นค่าเสียหายโดยตรง รวมไปถึงค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องด้วย (Ricochet Damages) ทั้งนี้ ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าให้ได้ความว่ามีความเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิดและต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างผลกับเหตุระหว่างกัน¹⁴²

ก. การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1387 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายแม่บทของความผิดในการกระทำอันเป็นละเมิด โดยกฎหมายดังกล่าววางแนวทางว่า การกระทำใดๆ ของบุคคลซึ่งเป็นเหตุอันการทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้นให้ทดแทนความเสียหาย [Every act whatever of human agency which causes damage to another obliges the person by whose fault damage has occurred to repair it]¹⁴³

จากกฎหมายแม่บทดังกล่าวจะพบว่า ในการรับผิดชอบทางละเมิดในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นมี 2 หลักเกณฑ์คือ มีการกระทำความผิดและมีความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดเกิดขึ้น จากหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นจะเห็นว่า มีหลักการเช่นเดียวกับการรับผิดชอบทางละเมิดภายใต้กฎหมายไทย นอกจากมาตรา 1382 ข้างต้นแล้ว มาตรา 1383 ของประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศสยังวางแนวทางว่า การผิดทางละเมิด

¹⁴² Ibid., p. 320

¹⁴³ Lawson Anton Brown, Introduction to French Law, p. 202

นั้นไม่จำกัดอยู่เฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ แต่รวมไปถึงความประมาทเลินเล่อ และไม่ระมัดระวังด้วย¹⁴⁴ ในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ถูกกระทำละเมิดภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ผู้เสียหายจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงการกระทำของผู้กระทำละเมิดซึ่งต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและผลจากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายเสียก่อน¹⁴⁵ เมื่อศาลได้รับข้อมูลหรือฟังพยานหลักฐานแล้ว ศาลฝรั่งเศสจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁴⁶ ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากกรกระทำนั้น ศาลจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำซึ่งเป็นเหตุของละเมิดนั้นจะต้องมีความแน่นอนและความเสียหายต้องไม่เกินกว่าเหตุ¹⁴⁷ หากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายยังคงไม่แน่นอนหรือไม่อาจที่จะพิสูจน์ได้ ศาลก็จะไม่มีคำสั่งให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหาย¹⁴⁸ ข้อน่าสังเกตก็คือ ความเสียหายที่แน่นอนนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ณ ปัจจุบันหรือไม่ ในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร. จีต เศรษฐบุตร ได้ให้ความเห็นว่า "ความเสียหายที่แน่นอนนี้จะปัจจุบัน (actual) หรือไม่ ไม่สำคัญอย่างไรก็เป็นปัญหาที่อาจปนเปกันเล็กน้อยโดยเข้าใจกันมาว่า ความเสียหายที่ไม่แน่นอนนั้นคือ ความเสียหายในอนาคตแท้จริงความเสียหายที่ไม่แน่นอนนั้น ไม่ใช่ความเสียหายในอนาคตเสมอไป....เท่าที่พิจารณาดูความเห็นศาลและความเห็นนักนิติศาสตร์ ความเสียหายในอนาคตย่อมทำให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดได้ หากว่าความเสียหายในอนาคตเป็นของแน่นอนแล้ว"¹⁴⁹ ตัวอย่างที่สำคัญของความเห็นดังกล่าวคือ ในคดี rouen 8 aot. 1903 ซึ่งเป็นกรณีที่คนคุมม้าแข่งคนหนึ่งได้ทิ้งไม้เท้าของตนขวางเส้นทางแข่ง ม้าแข่งตัวหนึ่งล้มลง เจ้าของม้าตัวนั้นฟ้องร้องคนคุมผู้ทิ้งไม้เท้าให้รับผิดชอบ ค่าเสียหายในกรณีที่ม้าของเขาไม่สามารถจะชนะและไม่ได้รับรางวัล ศาล Conseil d' Etat ตัดสินไม่ให้เจ้าของม้าตัวดังกล่าวได้รับค่าเสียหาย เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอนเนื่องจากหากม้าแข่งของใจทักไม่ล้มลงก็มีความไม่แน่นอนว่าม้าตัวนี้จะชนะและได้รับรางวัลหรือไม่ ในขณะที่ศาล Paris เคยตัดสินให้มารดาของผู้หญิงคนหนึ่งซึ่งเสียชีวิตเพราะอุบัติเหตุได้รับความเสียหาย

¹⁴⁴ Ibid., p. 202

¹⁴⁵ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, (London: Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 10.2.13

¹⁴⁶ Lawson Anton Brown, *Introduction to French Law*, p. 212

¹⁴⁷ Ibid., p. 212

¹⁴⁸ Ibid., p. 213

¹⁴⁹ จีต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด, 2545), หน้า 74

จากผู้ก่ออุบัติเหตุ ในกรณีที่ต้นขาดการอุปการะจากบุตร เนื่องจากศาลเห็นว่าการขาดการอุปการะนั้น เป็นความเสียหายที่แน่นอน¹⁵⁰

นอกจากที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความแน่นอนแล้ว ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดนั้น อย่างไรก็ตามไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะพิจารณาว่าการเป็นผลโดยตรงนั้น ควรจะมากน้อยแค่ไหนและอย่างไร ในกรณีนี้ ศาลฝรั่งเศสมักจะใช้หลักว่าผลโดยตรงของการกระทำคือ ผลที่เกิดขึ้นซึ่งบุคคลทั่วไป (reasonable man) สามารถคาดเห็นได้¹⁵¹ ในส่วนของผู้ทำละเมิดนั้น อาจจะได้รับบรรเทามูลค่าของค่าเสียหายที่ตนจะต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายได้ หากพิสูจนได้ว่า การกระทำอันเป็นละเมิดนั้นมีส่วนประกอบของสิ่งต่อไปนี้ด้วย

ก.1 เหตุสุดวิสัย (Force Majeure or Cas Fortuit)¹⁵² หากการกระทำอันเป็นละเมิดนั้นเกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุสุดวิสัยประกอบด้วย ผู้ทำละเมิดก็อาจมีต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือชดใช้ค่าเสียหายน้อยลงตามแต่กรณี ซึ่งในกรณีนี้ ศาล Cour de Cassation ได้เคยมีคำพิพากษาในคดี Affaire Lamarichere ว่า ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นประกอบกับการกระทำละเมิดของจำเลยในอุบัติเหตุหนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัยสามารถนำมาใช้ลดจำนวนหรือมูลค่าความเสียหายที่จำเลยต้องชำระได้

ก.2 ความผิดในกรณี ละเมิดที่มีการกระทำของบุคคลอื่นประกอบด้วย¹⁵³ ผู้ทำละเมิดจะไม่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดนั้น หากพิสูจนได้ว่าแท้จริงแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของตนแต่เป็นเพราะการกระทำของบุคคลอื่น หรือผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหายทั้งหมดหากพิสูจนได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นประกอบ

ก.3 ความรับผิดกรณีละเมิดที่มีการกระทำของผู้เสียหายเองประกอบ¹⁵⁴ หากมีการพิสูจนต่อศาลให้เป็นที่น่าพอใจได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะตัวผู้เสียหายได้กระทำเอง จำเลยอาจไม่ต้องรับผิด เช่นเดียวกันความรับผิดของจำเลยอาจจะลดลงหากจำเลยพิสูจนได้ว่าความเสียหายนั้นประกอบด้วย การกระทำของผู้เสียหายด้วย

¹⁵⁰ อ่างแล้ว, หน้า 73-74

¹⁵¹ Lawson Anton Brown, *Introduction to French Law*, p. 213

¹⁵² Ibid., p. 214

¹⁵³ Ibid., p. 215

¹⁵⁴ Ibid., p. 125

ข. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส
ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค่าเสียหายในกรณีการละเมิด
สามารถพิจารณาได้ดังนี้

ข.1 กรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต

ในกรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต เมื่อมีการทำละเมิด
ค่าเสียหายในกรณีนี้สามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

ข.1.1 สิทธิของผู้ละเมิดเอง

เมื่อผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต ทายาทของผู้ถูกทำ
ละเมิดจะสวมสิทธิของผู้ถูกละเมิด ทั้งนี้รวมไปถึงสิทธิในการเรียกค่าเสียหายด้วย¹⁵⁵

ข.1.2 สิทธิของผู้อื่น

ผู้เสียหายซึ่งมิใช่ผู้ถูกละเมิดสามารถเรียก
ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดในกรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิตในนามของตนเองได้ ไม่ว่าจะเป็น
ค่าเสียหายตามจริงและค่าเสียหายทางศีลธรรม ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายซึ่งมิใช่ผู้ถูกละ
เมิดของศาลในประเทศฝรั่งเศสนี้ ศาลจะพิจารณาว่าผู้เสียหายและผู้ถูกละเมิดมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด
กันเพียงใด การพิสูจน์ในกรณีนี้จะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ผู้เสียหายได้รับการช่วยเหลือหรือ
สนับสนุนทางการเงินจากผู้ถูกละเมิดเท่านั้นก็พอ¹⁵⁶ ในคดี Crim 5 January 1956, D 1956, 216 ปราบกฏ
ข้อเท็จจริงว่านักเรียนคนหนึ่งถูกรถชนจนถึงแก่ความตาย มารดาของเด็กนักเรียนดังกล่าวมีอาจจะเรียก
ค่าเสียหายในกรณีขาดการอุปการะซึ่งเธออาจจะได้รับจากนักเรียนคนนั้นในอนาคตได้ ทั้งนี้เพราะการ
อุปการะนั้นไม่เป็นที่แน่นอน¹⁵⁷

อย่างไรก็ดี นอกจากนี้ศาลจะพิจารณาว่าในการกระทำ
ละเมิดนั้นมีความผิดหรือมีการกระทำผิดของผู้ถูกละเมิดประกอบด้วยหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ใน
การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายให้อยู่ในจำนวนที่เหมาะสม

¹⁵⁵ Raymond Youngs, *English, French and German : Comparative Law*, p. 331

¹⁵⁶ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, p. 10.2.13

¹⁵⁷ Raymoud Youngs, *English, French and German : Comparative Law*, p. 332

ข.2 กรณีละเมิดต่อร่างกาย

ในกรณีการกระทำละเมิดกระทบต่อร่างกายของผู้เสียหาย ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายได้ดังนี้

ข.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

ข.2.2 ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการต้องชำระค่า

รักษาพยาบาล ค่ายาและค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

ข.2.3 ค่าเสียหายทางศีลธรรม ซึ่งประกอบด้วย

ข.2.3.1 ค่าเสียหายที่เกิดจากการทรมานทาง

ร่างกาย (pretium doloris)¹⁵⁸ ค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการถูกกระทบกระเทือนทางร่างกาย เช่น การกายภาพบำบัดหรือการตรวจสอบความเสียหายทางร่างกายจากหลายโรงพยาบาลเพื่อยืนยันความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นต้น

ข.2.3.2 ค่าเสียหายที่เกิดจากการทุกข์ทรมานทาง

จิตใจ (prejudice esthetique)¹⁵⁹ ค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการที่ผู้เสียหายทุกข์ทรมานทางจิตใจ เช่น กรณีเห็นตัวเองต้องพิการหรือมีร่องรอยของการผ่าตัด ซึ่งปรากฏเด่นชัดจนอาจเป็นที่น่ารังเกียจหรือความทุกข์ทรมานใจจากการต้องตัดอวัยวะทิ้ง เป็นต้น¹⁶⁰

ข.2.3.3 ค่าเสียหายจากการสูญเสียความ

สะดวกสบายของชีวิต (prejudice garment หรือ loss of amenity)¹⁶¹ ค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันส่งผลให้ผู้เสียหายไม่อาจใช้ชีวิตได้อย่างสะดวกสบายเช่นเดิม เช่น การสูญเสียความสามารถในการเล่นกีฬา เป็นต้น

ข้อน่าสังเกตประการหนึ่งก็คือ หากผู้เสียหายได้รับการเยียวยาเพิ่มเติมจากหน่วยงานด้านประกันสังคมของรัฐ หน่วยงานดังกล่าวสามารถเรียกร้องให้ผู้ทำละเมิดชำระเงินในจำนวนที่เท่ากับที่สำนักงานประกันสังคมได้ชำระให้แก่ผู้เสียหายคืนให้แก่สำนักงาน

¹⁵⁸ Ibid., p. 329

¹⁵⁹ Ibid., p. 329

¹⁶⁰ Ibid., p. 329

¹⁶¹ Ibid., p. 329

ประกันสังคมได้อีกด้วย¹⁶² เงินที่ผู้เสียหายได้รับจากสำนักงานประกันสังคมไม่จำเป็นต้องนำมาหักออกจากค่าเสียหายที่ผู้เสียหายเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระแก่ตน ซึ่งแตกต่างจากกรณีของประเทศอังกฤษ

ข.3. ค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจ (Economic Loss)

ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจอาจจะได้รับการเยียวยา แม้จะเป็นกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท ในคดี Colmar 27 April 1955, D 1956 นั้น ศาลของประเทศฝรั่งเศสเคยตัดสินให้สโมสรฟุตบอลสโมสรหนึ่งสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจจากผู้ขับขี่ยานพาหนะซึ่งยานพาหนะนั้นชนนักฟุตบอลในทีมของตนจนเป็นเหตุให้นักฟุตบอลดังกล่าวถึงแก่ชีวิต¹⁶³ ค่าเสียหายทางเศรษฐกิจในกรณีนี้คือ ค่าของการสูญเสียนักฟุตบอลอาชีพซึ่งมีราคาตัว ค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจนั้นยังรวมไปถึงกรณีการตัดไฟฟ้าจนเป็นเหตุให้ธุรกิจเสียหาย (Civ 8 May 1970) และกรณีที่ผู้ประกอบการรถประจำทางต้องสูญเสียรายได้ เพราะรถประจำทางเสียเวลาเนื่องจากเกิดอุบัติเหตุระหว่างระยะทางเดินรถ (Civ 28 April 1965, D1965)¹⁶⁴ ข้อจำกัดของการเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจก็คือ กรณีที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นลูกหนี้ถูกกระทำละเมิด เจ้าหนี้ของผู้เสียหายไม่อาจจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายให้แก่ตนได้ ทั้งนี้เพราะไกลกว่าเหตุ (Civ 21 February 1979, D 1979)¹⁶⁵

ข.4 ค่าเสียหายจากการเศร้าโศกเสียใจและตกใจ (Distress and Nervous Shock)

ค่าเสียหายจากการเศร้าโศกเสียใจ (prejudice d affection) อันเป็นผลจากการกระทำละเมิดนั้น ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามก็ตีค่าเสียหายประเภทนี้ขึ้นอยู่กับคดีแต่ละคดีไป ตัวอย่างสำคัญคือ คดี Civ 5 June 1991, D 1992¹⁶⁶ ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ลูกค้าของร้านขายของแบบบริการตนเอง (self-service) คนหนึ่ง หลังจากซื้อสินค้าแล้วและจะออกจากร้าน ปรากฏว่า สัญญาฉ้อโกงเกิดขึ้น ทั้งที่ไม่มีการขโมยสินค้าใดๆ เป็นเหตุให้ลูกค้ารายนั้นต้องอับอายลูกค้าและบุคคลอื่นๆ รอบข้าง ศาลตัดสินให้ลูกค้ารายนั้นได้รับ

¹⁶² Ibid., p. 329

¹⁶³ Ibid., p. 327

¹⁶⁴ Ibid., p. 327

¹⁶⁵ Ibid., p. 327

¹⁶⁶ Ibid., p. 334

ค่าเสียหายที่ต้องอับอาย ในการกำหนดค่าเสียหายจากการเศร้าโศกเสียใจนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นกรณี ที่การเศร้าโศกเสียใจนั้นเกิดจากการตายเท่านั้น ส่วนกรณีค่าเสียหายจากการตกใจก็มีลักษณะ เช่นเดียวกันกับความเสียหายจากการเศร้าโศกเสียใจ คดี Req 2 December 1940, GAZ Pal 1940¹⁶⁷ ได้แสดงให้เห็นว่า การที่สัตว์เลี้ยงทำให้บุคคลอื่นตกใจนั้น บุคคลที่ตกใจอาจเรียกค่าเสียหายได้

ข.5 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสไม่ยอมให้มีการเรียก

ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

3.3.3.5 ประเทศเยอรมันนี

วัตถุประสงค์ของการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมาย ของประเทศเยอรมันนีก็คือการฟื้นฟูให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาชดใช้คืนเพื่อให้บุคคลดังกล่าวกลับสู่ สภาพเดิมหรือใกล้เคียงที่สุด แต่การฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายต้องไม่ขัดกับ กฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ค่าเสียหายที่ศาลของประเทศเยอรมันนีจะกำหนดให้แก่ผู้เสียหายนั้นจะต้อง เป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ทั้งนี้ค่าเสียหายดังกล่าวศาลยอมรับให้ผู้เสียหาย เรียกเรื่องค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไร หากว่าการสูญเสียกำไรนั้นเป็นที่คาดหมายได้ไม่ว่าจะใน สถานการณ์ปกติหรือพฤติการณ์พิเศษ¹⁶⁸

ก. การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด

ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของกฎหมายของ ประเทศเยอรมันนีนั้น กฎหมายของประเทศเยอรมันนีมิได้แยกหลักความรับผิดชอบในเรื่องของการผิด สัญญาออกจากการรับผิดชอบในกรณีละเมิด การพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดจึงต้องใช้ หลักเดียวกันกับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา ศาลของประเทศเยอรมันนีจะใช้หลัก ของทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (doctrine of the adequacy causation) เป็นหลักในการพิจารณากำหนด ค่าเสียหาย¹⁶⁹ ตัวอย่างของการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวเช่น ศาลของประเทศเยอรมันนีมองว่า เสียงของ เครื่องบินที่บินผ่านฟาร์มสุนัขจึงจกนั้น ไม่ใช่เหตุที่เหมาะสมที่เจ้าของฟาร์มจะเรียกค่าเสียหายได้ (คดี

¹⁶⁷ Ibid., p. 335

¹⁶⁸ Ibid., p. 320

¹⁶⁹ E. J. Cohm, Manual of German Law V.1, p. 105

RGZ 158, 38)¹⁷⁰ ในขณะที่ศาลพิจารณาว่า แม่ของเด็กซึ่งเสียชีวิตไปสามารถเรียกค่าเสียหาย(จากผู้ที่ทำให้ลูกของเธอเสียชีวิต) เพราะอาการตื่นตระหนกได้ เพราะอาการตื่นตระหนกนั้นถือเป็นพฤติการณ์ที่เหมาะสมและเป็นพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นได้เมื่อแม่ของเด็กที่เสียชีวิตได้รับทราบข่าวการตายของลูกของเธอ (คดี RGZ 133, 272)¹⁷¹ ประเด็นที่น่าสังเกตของการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของกฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ก็คือ การบรรเทาความรับผิด (mitigation) ของผู้ทำละเมิด ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ

ก.1 การได้รับการเยียวยาความเสียหายต้องไม่ได้สร้าง

ผลประโยชน์หรือกำไรเกินควรให้แก่ผู้เสียหาย กล่าวคือต้องมิใช่การเยียวยาความเสียหายซ้ำซ้อน (double compensation) กรณีที่ควรจะศึกษาก็คือ กรณีที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากเงินประกันสังคมและเงินชดเชยจากการประกันภัย ในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับการชดเชยจากการประกันสังคมนั้น กฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ใกล้เคียงกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ¹⁷² ในส่วนของกรณีที่ผู้เสียหายได้รับเงินชดเชยจากการทำประกันภัยเงินชดเชยส่วนนี้ไม่อาจนำมาพิจารณาเพื่อปรับลดค่าเสียหายได้ เพราะศาลของประเทศเยอรมันเห็นว่าเป็นเรื่องของผู้เสียหายได้ชำระเงินเพื่อการนี้ด้วยตนเอง¹⁷³

ก.2 การรับผิดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายโดยที่

ผู้เสียหายมีส่วนผิด อาจได้รับการปรับลดลงได้¹⁷⁴ อย่างไรก็ดี แม้ความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นโดยที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมกระทำด้วยแต่ถ้าหากผู้ทำละเมิดกระทำความเสียหายโดยจงใจ ความเสียหายดังกล่าวก็อาจปรับลดได้¹⁷⁵

ก.3 เหตุที่อาจหลีกเลี่ยงได้ในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับ

ผู้เสียหายนั้น ส่วนหนึ่งของความเสียหายเกิดขึ้นเพราะผู้เสียหายไม่ยอมหรือไม่กระทำการใดๆ ที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเพิ่มเติม ผู้เสียหายก็ไม่อาจจะเรียกค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเพิ่มเติมนั้นได้¹⁷⁶ คดีที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้เช่น คดี RGZ 139, 131, 136 ซึ่งผู้เสียหายไม่ไปรักษาพยาบาลในเวลาที่ควรจะทำ ปัญหาสำคัญที่ศาลของประเทศเยอรมันนี้ต้องพิจารณาคือ "ในเวลานี้ควรจะทำ (as

¹⁷⁰ Ibid., p. 105

¹⁷¹ Ibid., p. 105

¹⁷² B.S. Markesinis, *German Law of Tort*, p. 910

¹⁷³ Raymond Youngs, *English French and German: Comparative Law*, p. 333

¹⁷⁴ B.S. Markesinis, *German Law of Tort*, p. 911

¹⁷⁵ Ibid., p. 912

¹⁷⁶ Ibid., p. 913

soon as possible) หรือแก้ไขในเวลาที่เหมาะสม (reasonable period)" ควรจะมีขอบเขตอย่างไรแค่ไหน

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมต่างๆ โปรดศึกษาจากหัวข้อการกำหนดค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาของประเทศเยอรมันนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ข. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิดภายใต้กฎหมายเยอรมัน

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค่าเสียหายในกรณีละเมิดสามารถพิจารณาได้ดังนี้

ข.1 กรณีผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต

ในกรณีผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต เมื่อมีการทำละเมิดเกิดขึ้น ค่าเสียหายในกรณีนี้สามารถพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ

ข.1.1 สิทธิของผู้ถูกละเมิดเอง

ในกรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิตทายาทของผู้ถูกละเมิดสามารถที่จะสวมสิทธิในการเรียกค่าเสียหายใดๆ ที่มีสิทธิ

ข.1.2 สิทธิของผู้อื่น

มาตรา 844 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางหลักไว้ว่า

ข.1.2.1 ผู้เสียหายในกรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต

ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานศพ ค่าเสียหายประเภทนี้ตรงกับค่าปลงศพในมาตรา 443 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

ข.1.2.2 หากบุคคลผู้ถูกละเมิดผู้ซึ่งมีหน้าที่ต้องอุปการะบุคคลอื่นๆ ถึงแก่ความตายเพราะเหตุละเมิด ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายให้แก่บุคคลอื่นนั้นในกรณีที่ขาดไร้อุปการะดังกล่าวโดยคำนวณเท่ากับระยะเวลาที่ผู้ถูกละเมิดอาจจะมีชีวิตอยู่

ข้อที่น่าสังเกตก็คือ แม้ว่าผู้ถูกทำละเมิดจะมีสิทธิได้รับการชดเชยจากประกันชีวิต สิทธิที่ได้รับเงินชดเชยดังกล่าวไม่เป็นการตัดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิด ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ถือว่าการทำประกันภัยนั้นเป็นเรื่องที่ผู้ถูกละเมิดได้จ่ายเงินประกันไป ไม่เกี่ยวข้องและถือว่าเป็นคนละส่วนกับค่าเสียหาย การเรียกค่าเสียหายตาม

กฎหมายตัวอย่างสำหรับกรณีนี้ก็คือ คดี NJW 1974, 1236¹⁷⁷ นอกจากนี้ หากผู้ถูกละเมิดมีส่วนผิดหรือมีส่วนในการกระทำละเมิดด้วย สิทธิในการเรียกค่าเสียหายของบุคคลที่สาม (บิดา มารดา บุตร หรือ ภรรยา หรือ สามี) ก็ต้องได้รับการพิจารณาปรับลดลงด้วย¹⁷⁸

ข.2 กรณีละเมิดต่อร่างกาย

ค่าเสียหายกรณีละเมิดต่อร่างกายภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมันนี้อาจเป็นได้ทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงและค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ในกรณีที่การละเมิดเกิดขึ้นต่อร่างกาย มาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางหลักไว้ว่า หากผู้เสียหายถูกกระทำละเมิดต่อร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพ บุคคลนั้นชอบที่จะเรียกค่าเสียหายเป็นเงินจากความเสียหายซึ่งมีอาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ ค่าเสียหายตามข้อนี้เรียกในภาษาเยอรมันว่า Schmerzensgeld หรือค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน ในกรณีที่ค่าเสียหายจากการทำละเมิดต่อร่างกายเป็นค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ค่าเสียหายที่เหมาะสมกับเหตุ เช่น ค่าโรงพยาบาล ค่านางพยาบาล ค่ารักษาอาการทางจิต การฉายแสง การผ่าตัดและค่าใช้จ่ายหลังผ่าตัด รวมถึงค่าศัลยกรรมตกแต่ง¹⁷⁹ เป็นที่ยอมรับของศาลในประเทศเยอรมันนี้ที่จะกำหนดให้แก่ผู้เสียหาย นอกจากค่าเสียหายที่ผู้เสียหายอาจจะเรียกได้ดังกล่าวแล้ว ญาติของผู้เสียหายอาจจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่ตนได้ในกรณีการกระทำละเมิดต่อร่างกายของผู้เสียหายได้ เช่น กรณีค่าเดินทาง หรือค่าขาดรายได้ที่ต้องมาเฝ้าไข้ เป็นต้น¹⁸⁰

ในกรณีที่ค่าเสียหายจากการทำละเมิดนั้นเป็นค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษหรือเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทุกข์ทรมานและเจ็บปวดนั้น ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทรมานใจและความเจ็บปวดอื่น ๆ สามารถที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ได้¹⁸¹ อย่างไรก็ตาม การกำหนดมูลค่าที่แน่นอนของค่าเสียหายประเภทนี้ยังคงเป็นเรื่องยากที่จะกระทำได้เพื่อให้เป็นธรรม ทั้งกับฝ่ายผู้เสียหายและผู้ทำละเมิด ในการประเมินมูลค่าเพื่อเรียกค่าเสียหายดังกล่าวนี้ ผู้เสียหายต้อง

¹⁷⁷ Ibid., p. 333

¹⁷⁸ BGB S. 846 provides that "If, in the cases provided for by 844 some fault of the injured party has contributed in causing the damage which the third party has sustained, the provisions of 254 (plaintiff's fault) apply to the claim of the third party"

¹⁷⁹ Ibid., p. 914

¹⁸⁰ Ibid., p. 915

¹⁸¹ Ibid., p. 920

นำสืบถึงสถานการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมถึงระดับของความผิดของคุณความ ในกรณี ศาลจะพิจารณาถึงกรณีที่ว่าผู้เสียหายมีส่วนผิดหรือยินยอมให้ทำละเมิดด้วยหรือไม่

ในกรณีที่ผู้เสียหายอาจได้รับผลประโยชน์จากการถูกทำละเมิด ผลประโยชน์นั้นศาลอาจนำมาใช้เพื่อลดจำนวนค่าเสียหาย หากแต่ไม่ได้ใช้เป็นกรณีทั่วไป กรณีการหาผลประโยชน์อื่นมาใช้เพื่อปรับลดค่าเสียหายนี้จะใช้กับกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนรับผิดชอบด้วยเท่านั้น หากผู้เสียหายนั้นมิอาจทำงานได้ แต่นายจ้างมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าจ้างต่อไป ภายใต้ the Continued Payment of Wages Act, 1969 นายจ้างมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้อีกด้วย

ข.3 ค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจ (Economic Loss)

ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดอาจเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจได้ หากว่าค่าเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน¹⁸²

ตัวอย่างของค่าเสียหายจากการสูญเสียของเศรษฐกิจที่สำคัญ คือ การสูญเสียรายได้ในอนาคต (Loss Future Earning) หากการกระทำละเมิดนั้นก่อนให้ผู้เสียหายต้องสูญเสียรายได้ที่พึงจะได้ในอนาคต ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียนั้นได้ ในการเรียกค่าเสียหายประเภทนี้นั้นผู้เสียหายอาจจะคำนวณจากเงินได้ปัจจุบันบวกกับการที่จะได้รับการพิจารณาขึ้นเงินเดือนหรือเลื่อนตำแหน่งในหน้าที่การงาน หากกรณีเป็นว่ารายได้ที่อาจจะมีในอนาคตเป็นรายได้ที่เกิดขึ้นจากธุรกิจผิดกฎหมายหรือขัดกับศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อย การสูญเสียรายได้เหล่านี้ไม่อาจที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระได้ ถ้าผู้ทำละเมิดสามารถพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่า แม้จะไม่มีกรกระทำของตนผู้เสียหายก็ได้สูญเสียรายได้ในอนาคตแต่ประการใด เช่นนี้ศาลอาจจะสั่งไม่ให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้ในอนาคต¹⁸³

ข.4 ค่าเสียหายจากการเศร้าโศกเสียใจและการตกใจ (Distress and Nervous Shock)

ค่าเสียหายประเภทนี้อาจจะเรียกได้ในกรณีที่การละเมิดนั้นกระทบต่อสิทธิส่วนตัว ตัวอย่างที่สำคัญในกรณีนี้คือ คดี BVerfge 34, 269 ซึ่งเป็นเรื่องที่หนังสือพิมพ์

¹⁸² Raymond Youngs, English French and German: Comparative Law, p. 327

¹⁸³ B.S. Markesinis, German Law of Tort, p. 915

ฉบับหนึ่งเรื่องราวส่วนพระองค์ของเจ้าหญิง Soraya โดยที่เรื่องราวที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์ฉบับนั้นเป็นการเขียนโดยสรุปเสรีจลันเองโดยผู้เขียนบทความ¹⁸⁴

ในกรณีการกำหนดค่าเสียหายจากการตกใจของผู้ถูกทำละเมิดนั้น ประเด็นที่ศาลใช้พิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการตกใจมีดังนี้¹⁸⁵

ข.4.1 ผลกระทบของประสบการณ์ส่วนตัว เช่น ความตื่นตระหนกที่เกิดขึ้นหลังจากที่ผู้ทำละเมิดไล่ฆ่าผู้เสียหาย (คดี BGH 56, 163 และ BGH NJW 1986, 777)

ข.4.2 ความกลัวต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับตน

ข.4.3 ความกลัวต่อความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกกระทำละเมิด ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ดังนั้นคู่หมั้นของผู้เสียหายจึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหายนี้ ความกลัวดังกล่าวต้องเหมาะสมและเป็นผลที่เข้าใจได้ ดังนั้นแม่หม้ายอาจได้รับค่าเสียหายจากความตกใจเมื่อมีคนมาแจ้งข่าวการตายของสามีตน (คดี BGH 56, 163 และ BGH NJW 1989, 2317)

ข.4.4 ความกลัวต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับทรัพย์สิน ศาลของประเทศเยอรมันนี้อาจจะไม่อนุญาตให้เรียกค่าเสียหายจากการตระหนกตกใจในกรณีที่เจ้าของรถได้รับแจ้งว่า รถของตนได้รับความเสียหาย (คดี LG Hildesheim, Versk 1970)

¹⁸⁴ Raymond Youngs, *English French and German: Comparative Law*, p. 335

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 335

เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลต่างประเทศ

ในบทนี้จะศึกษาถึงค่าเสียหายประเภทต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์และเกณฑ์การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายประเภทต่างๆ ซึ่งปรากฏในกฎหมายของต่างประเทศ 4 ประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมันนี และประเทศญี่ปุ่น รวมทั้งจะได้ศึกษาถึงแนวทางการตีความกฎหมายและตัวอย่างของคดีความที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสดงให้เห็นถึงประเภทวิธีการและภาระการพิสูจน์ค่าเสียหายประเภทต่างๆ ในการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยของทั้งสี่ประเทศนั้น ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาในกรณีการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะทั่วไป โดยมีได้ศึกษาแต่เพียงเฉพาะกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียง และโสตทัศนวัสดุเท่านั้น ทั้งนี้เพราะมีข้อจำกัดของข้อมูลและเอกสารที่จะใช้ในการวิจัย อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าแม้จะศึกษาเรื่องดังกล่าวในลักษณะเป็นการทั่วไป ผลของการศึกษาก็แสดงให้เห็นว่าหลักทั่วไปสำหรับค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี รายละเอียดของการศึกษาปรากฏดังนี้

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1783 ซึ่งยังเป็นสมัยที่รัฐแต่ละรัฐเป็นอิสระต่อกัน ในช่วงเวลาดังกล่าว The Colonial Congress ได้มีมติแนะนำให้รัฐอานานิคมทั้งหลายให้ออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้สร้างสรรค์หรือผู้โฆษณาหนังสือใหม่ให้มีลิขสิทธิ์ในหนังสือเหล่านั้น ในส่วนของบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของรัฐทั้งหลายนี้ ค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบที่จะจ่ายให้แก่ผู้เสียหายนั้นปรากฏในแบบของ "ค่าเสียหายในจำนวนอันยุติธรรม (just damages)" หรือ "ค่าเสียหายจำนวนเป็นสองเท่าของมูลค่าของสำเนาทั้งหมด (double value of all the copies)" นอกจากนี้ บางรัฐได้กำหนดมูลค่าของค่าเสียหายโดยกำหนดเป็นช่วงของมูลค่าของค่าเสียหายแบบขั้นต่ำสุดและขั้นสูงสุด บางรัฐได้กำหนดจำนวนเงินที่ผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ต้องจ่ายเป็น ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยคิดค่าเสียหายเป็นมูลค่าต่อจำนวนชิ้นงานที่เกิดจากการกระทำละเมิด

เมื่อถึงยุคที่รัฐต่างๆ รวมตัวกันเป็นสหรัฐ (Federal) รัฐสภาของสหรัฐได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญออกกฎหมายลิขสิทธิ์กลางของสหรัฐขึ้นเป็นครั้งแรกเรียกว่า Federal Copyright Act, 1790 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ฉบับนี้ให้อำนาจแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะฟ้องจำเลยที่เผยแพร่โฆษณาหนังสือของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตโดยจำเลยต้องชำระค่าปรับเป็นจำนวนเงิน 50 เซ็นต์ต่อทุกสำเนาของหนังสือที่ทำขึ้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ค่าปรับครึ่งหนึ่งให้ตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อีกครึ่งหนึ่งให้ตกเป็นประโยชน์แก่สหรัฐ นอกจากการเรียกค่าปรับแล้ว ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบ

ในค่าเสียหายทางแพ่งใดๆ ที่เกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย หลังจากกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปี ค.ศ. 1790 ดังกล่าวแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับต่อๆ มาก็ได้มีการกำหนดเรื่องการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ทางแพ่งไว้ด้วย ปรากฏรายละเอียดดังนี้¹

1. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1802: มีการกำหนดให้ค่าปรับมีมูลค่าสูงขึ้นเป็น 1 เหรียญสหรัฐ ต่อทุกๆ สำเนาของงานที่ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ยังได้ขยายการคุ้มครองออกไปโดยนอกเหนือจากงานวรรณกรรมแล้วการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นให้ครอบคลุมไปถึงงานออกแบบงานแกะสลักและการพิมพ์

2. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1831: มีการแยกประเภทของค่าปรับตามประเภทของการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานวรรณกรรมให้คิดค่าปรับเป็นจำนวน 50 เซ็นต์ต่อ 1 ชิ้นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิด ส่วนการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานประเภทอื่นๆ ให้คิดค่าปรับเป็นจำนวน 1 เหรียญสหรัฐ ต่อ 1 ชิ้นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิด นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใดๆ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ทั้งหมดตามฟ้อง รวมถึงค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายที่จำเป็น

3. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1856: สิทธิการแสดงและบทละครได้ถูกกำหนดให้ได้รับการคุ้มครองโดยผู้ที่ละเมิดทำการแสดงโดยมิได้รับอนุญาตต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายต่างๆ ตามฟ้องรวมถึงค่าใช้จ่ายในคดี ค่าเสียหายดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่า 100 เหรียญสหรัฐ สำหรับการกระทำละเมิดครั้งแรกและ 50 เหรียญสหรัฐ ต่อทุกๆ การกระทำละเมิดครั้งต่อๆ มา

4. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1870: มีการแยกประเภทของค่าปรับตามประเภทของงานที่ถูกกระทำละเมิดให้ละเอียดเพิ่มขึ้น เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ต่อการเรียบเรียงเพลงหรือแผนที่ให้คิดค่าปรับเป็นมูลค่า 1 เหรียญสหรัฐ ต่อ 1 งานที่ทำขึ้นโดยการละเมิด หากเป็นงานวาดเขียน หรืองานประติมากรรม ให้คิด ค่าปรับ 10 เหรียญสหรัฐ ต่อ 1 งานที่ทำขึ้นโดยละเมิด เป็นต้น นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการใดๆ เพื่อให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ความเสียหายนั้น ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้เต็มจำนวน

5. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1895: มีการเพิ่มวงเงินค่าปรับในการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวาดภาพ ประณีตศิลป์ ภาพถ่าย งานแกะสลัก การออกแบบงานศิลป์ โดยให้คิดค่าปรับเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 250 เหรียญสหรัฐ และไม่เกิน 10,000 เหรียญสหรัฐ

¹ ปียะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, "ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์", (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 47-49

6. กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909: กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ครั้งใหญ่โดยที่มีการบัญญัติให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้ตามค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง (actual damages) และผลกำไร (profit) หรืออาจเลือกที่จะรับค่าเสียหายที่กำหนดอัตราไว้ในกฎหมาย (statutory damages) ก็ได้

จากวิวัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้น จะเห็นว่าในยุคก่อน ค.ศ. 1900 กฎหมายมุ่งเน้นให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในลักษณะของค่าปรับซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของลักษณะโทษทางอาญา อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายส่วนแบ่ง ถึงกระนั้นก็ตาม กฎหมายก็ได้วางหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่ง จนกระทั่งกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 ได้ออกมาบังคับใช้ซึ่งวางแนวทางให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายส่วนแบ่งได้โดยตรงจากผู้ทำละเมิด กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 เปิดช่องให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายได้ทั้งจากค่าเสียหายแท้จริง (actual damages) และผลกำไรซึ่งถือเป็นการได้รับการเยียวยาความเสียหายซ้ำซ้อน (double recovery) เมื่อครั้งมีการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ขึ้นมาบังคับใช้ กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 มีแนวคิดที่จะจัดการเยียวยาความเสียหายซ้ำซ้อนโดยที่กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ถือว่าค่าเสียหายตามจริงและผลกำไรต่างก็มีวัตถุประสงค์ในการใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้นการใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งก็จะให้เกิดผลลัพธ์อย่างเดียวกัน นั่นคือการชดเชยความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หากยังมีกำไรของผู้ทำละเมิดส่วนใดที่ยังมิได้ถูกนำมาใช้เพื่อพิจารณากำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ผลกำไรส่วนนั้นจะต้องนำมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายด้วย แนวคิดนี้ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมในบทบัญญัติของมาตรา 504 (B) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ด้วย [Where the defendant's profits are nothing more than a measure of the damages suffered by the copyright owner, it would be inappropriate to award damages and profit cumulatively, since in effect they amount to the same thing. However, in cases where the copyright owner has suffered damages not reflected in the infringer's profits, or where there have been profits attributable to the copyrighted work but not used as measure of damages, subsection (b) authorises the award of both.]²

² Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, Understanding of Intellectual Property Law, (New York: Matthew Bender & Company Inc., 1992), pp. 246-247

4.1.1 ประเภทของค่าเสียหาย

ปัจจุบันกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้บังคับอยู่คือ Title 17 of the United States Code: The Copyright Act, 1976 กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้มีการกำหนดแนวทางการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งเอาไว้ 4 มาตรา โดยที่กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งเอาไว้ 2 มาตราคือ มาตรา 504 และมาตรา 505 ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

4.1.1.1 มาตรา 504³ ของ The Copyright Act, 1976 เป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะฟ้องร้องเรียกให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระได้ เนื้อหาสาระของมาตรา 504 นี้ มีดังนี้

"(ก) ในกรณีทั่วไป - เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ ผู้ละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดชอบใน

(1) ค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผลกำไรเพิ่มเติมใดๆ ของผู้ละเมิด ดังรายละเอียดตาม (ข) ของมาตรานี้

(2) ค่าเสียหายซึ่งได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ใน (ค) ของมาตรานี้

(ข) ค่าเสียหายแท้จริงและผลกำไร

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามความจริงที่เจ้าของงานดังกล่าวต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น รวมถึงผลกำไรใดๆ ที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดและซึ่งมิได้เคยนำไปคำนวณเป็นค่าเสียหายตามจริงแล้ว ในการพิจารณาผลกำไรของผู้ทำละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องพิสูจน์เพียงเงินได้รวมของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ทำละเมิดจะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างจากเงินได้ดังกล่าวโดยพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายและส่วนประกอบอื่นๆ ของผลกำไรซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์

(ค) ค่าเสียหายตามกฎหมาย

(1) เว้นแต่จะได้กำหนดไว้ใน (2) แห่งอนุมาตรานี้ ณ เวลาใดๆ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะเลือกที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาจากค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้แทนที่จะเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงหรือกำไร ค่าเสียหายตามกฎหมายนี้ใช้กับการทำละเมิดต่องานหนึ่งงานซึ่งผู้ทำละเมิดหนึ่งคน

³ โปรดดูด้วยภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

ต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัวหรือซึ่งผู้ละเมิดสองคนหรือมากกว่านั้นต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน ในจำนวนเงินไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ หรือต้องไม่เกินกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ตามที่ศาลเห็นสมควรและเพื่อประโยชน์แห่งอนุमतรานี้ ส่วนต่างๆ ทั้งหมดของงานที่ได้มาจากการรวบรวมหรืองานที่ได้รับมาจากงานอื่นให้ถือว่าประกอบเป็นงานเดียว

(2) ในกรณีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับภาระการพิสูจน์และศาลเห็นว่าการละเมิดได้กระทำโดยจงใจ ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดเพิ่มจำนวนเงินค่าเสียหายตามกฎหมายเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนไม่เกิน 150,000 เหรียญสหรัฐฯ ในกรณีที่ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์และศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ทำละเมิดนั้นกระทำโดยมิได้รู้หรือไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า การกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปรับลดค่าเสียหายตามกฎหมายลงให้เหลือเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ ก็ได้ นอกจากนี้ศาลอาจจะสั่งยกเลิกค่าเสียหายตามกฎหมายในกรณีใดๆ ซึ่งผู้ทำละเมิดเชื่อและมีเหตุผลอันสมควรที่จะเชื่อเช่นนั้นว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการใช้โดยชอบภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 107 หากผู้ละเมิดเป็น (1) ลูกจ้างหรือตัวแทนของสถาบันการศึกษาที่มีได้มุ่งหวังกำไร ห้างสมุดหรือในการรวบรวมภายในขอบเขตของการจ้างซึ่งนายจ้างละเมิดโดยทำซ้ำซึ่งงานอันเป็นสำเนาจำลองงานหรือการบันทึกเสียง หรือ (2) ในรูปแบบการเผยแพร่ต่อสาธารณะที่เป็น การกระทำตามปกติโดยมิได้มุ่งค้าหากำไร (ตามที่ได้นิยามไว้ในอนุमतตรา (ซ) ของมาตรา 128) โดยได้กระทำละเมิดด้วยการแสดงงานวรรณกรรมที่ไม่เป็นนาฏกรรมซึ่งได้โฆษณาแล้วหรือโดยการซ้ำการแสดงที่ถ่ายทอดรวมกันเป็นการแสดงนั้น

(ง) ค่าเสียหายเพิ่มเติมในกรณีเฉพาะ

ในกรณีใดๆ ที่ศาลเห็นว่าจำเลยได้อ้างว่าตนเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้รับยกเว้นตามมาตรา 110 (5) โดยไม่มีเหตุสมควรที่จะเชื่อได้ว่าได้รับยกเว้นตามมาตราดังกล่าว โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นสองเท่าของค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licence fee) ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องชำระให้แก่โจทก์สำหรับการใช้สิทธินั้นเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี"

จากบทบัญญัติของมาตรา 504 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาสารารถที่จะแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ค่าเสียหายตามจริงและผลกำไร

ค่าเสียหายที่จะกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการชดเชยความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์จากการทำละเมิดและผลกำไรจะถูกกำหนดให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ทำละเมิดได้รับผลประโยชน์จากการกระทำผิดของตน [Damages are awarded to compensate the copyright owner for losses from infringement, and profits are

awarded to prevent the infringer from unfairly benefiting from wrongful act.]⁴ ในมาตรา 504 (ก)(1) และมาตรา 504 (ข) ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกให้ผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นและผลกำไรของผู้ทำละเมิด

ก.1 ค่าเสียหายตามจริง (actual damages)

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทนิยามหรือข้อความใดๆ ที่อธิบายว่า ค่าเสียหายตามจริงนั้นควรจะมีลักษณะอย่างไรและควรจะเป็นจำนวนมากหรือน้อยแค่ไหน ดังนั้น การพิจารณาว่าค่าเสียหายตามจริงควรมีขอบเขตอย่างไรและแค่นั้นนั้นจึงอาจจะต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายละเมิดทั่วไป ดังนั้น ค่าเสียหายตามจริงจึงควรจะเป็นมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไป⁵ โดยทั่วไป ค่าเสียหายตามจริงมักจะปรากฏในลักษณะของผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปจากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ ในการคำนวณค่าเสียหายตามจริงนั้นอาจจะกระทำได้โดยการเปรียบเทียบต้นทุน ราคาตลาด รายได้ที่คาดไว้และผลจากการขาย⁶ ในกรณีของค่าเสียหายตามจริงนี้ แม้ว่ากฎหมายจะมีได้กำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษได้แต่ค่าเสียหายดังกล่าวนั้นอาจจะเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดได้ หากว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้และค่าเสียหายดังกล่าวนี้ 'ไม่ไกลต่อเหตุ' (not too remote)⁷ ในคดี *Atlantic Monthly v. Post Pub. Co.*,⁸ นิตยสาร *Atlantic Monthly* ซึ่งเป็นนิตยสารเชิงข่าวสารรายเดือนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในบทความเกี่ยวกับนาย Al Smith ผู้ว่าการรัฐนิวยอร์กในฐานะที่ผู้สมัครเป็นประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยได้ทำการพิมพ์และเผยแพร่บทความดังกล่าวก่อนที่นิตยสาร *Atlantic Monthly* จะทำการเผยแพร่บทความนั้น นิตยสาร *Atlantic Monthly* ในฐานะโจทก์ได้เรียกค่าเสียหายเป็นมูลค่า 10,000 เหรียญสหรัฐฯ และ ยังเรียกค่าเสียหายอีก 3,500 เหรียญสหรัฐฯ เป็นค่าเสียหายพิเศษเพิ่มเติมจากการที่บริษัทต้องเปลี่ยนแผน

⁴ Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, *Understanding of Intellectual Property Law*, p. 246

⁵ Doris Estelle Lone and Anthony D'Amato, *Coursebook in International Intellectual Property*, (Minnesota: West Group, 2000), pp. 439-440

⁶ Richard Stim, *Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright*, (New York: West Thomson, 2001), p. 192

⁷ Dan B. Dobbs, *Remedies: Damages-Equity-Restitution*, (Minnesota: West Publishing & Co., 1973), p. 448

⁸ *Ibid.*, p. 448

สำหรับนิตยสารฉบับต่อไป ในกรณีที่ค่าเสียหายพิเศษเป็นค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งมิได้เกี่ยวพันโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น ค่าเสียหายที่กระทบต่อจิตใจนั้นอาจจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระได้หากว่าค่าเสียหายนั้นไม่ไกลกว่าเหตุ⁹

ก.2 กำไรของผู้ทำละเมิด

กำไรของผู้ทำละเมิดที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชดเชยได้นั้นต้องเป็นกำไรในส่วนที่มีได้รวมพิจารณาเป็นค่าเสียหายตามจริงแล้ว ในการเรียกค่าเสียหายจากกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายต้องพิสูจน์และนำสืบถึงผลกำไรของผู้ทำละเมิดโดยที่ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์เพียงมูลค่าของรายได้รวมของผู้ทำละเมิดเท่านั้น หลังจากนั้น กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ทำละเมิดในฐานะจำเลยที่จะต้องนำสืบเพื่อหักล้างจำนวนรายได้รวมซึ่งผลลัพธ์ที่ได้จะกลายเป็นค่าเสียหายที่ศาลอาจจะสั่งให้ผู้เสียหายได้รับ ดังนั้น ในกรณีที่จำเลยมิอาจนำสืบหักล้างยอดรายได้รวมที่ผู้เสียหายได้นำสืบถึงผลกำไรของจำเลยมาแล้ว รายได้รวมดังกล่าวทั้งหมดนั้นก็จะต้องตกแก่ผู้เสียหายในฐานะค่าเสียหาย

ในการนำสืบเพื่อหักล้างมูลค่าของยอดรายได้รวม กฎหมายกำหนดแนวทางในการพิสูจน์ไว้โดยจำเลยสามารถนำสืบค่าใช้จ่ายที่ตนได้จ่ายไปและองค์ประกอบอื่นๆ ที่ทำให้เกิดผลกำไรนั้น ซึ่งองค์ประกอบดังกล่าวนี้เป็นองค์ประกอบที่นอกเหนือไปจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดว่าค่าใช้จ่ายใดบ้างที่จำเลยสามารถนำมาใช้หักจากค่าเสียหายได้ หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลจะพบว่าค่าใช้จ่ายทุกอย่างที่พิสูจน์แล้วว่ามีจำนวนที่แน่นอนและสมเหตุสมผลในการผลิตและการขายงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นสามารถนำมาหักล้างค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดได้¹⁰ ตัวอย่างของค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่อาจนำมาใช้ในพิสูจน์หักล้างมูลค่าของยอดรายได้รวม เช่น ค่าสิทธิ, ค่าโฆษณา, ค่าโซ้ย (overhead) และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการผลิตงานที่ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ ข้อที่น่าสังเกตประการหนึ่งก็คือในคดี Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, 86 F. Supp. 399 (D.N.Y. 1949)¹¹ ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดเฉพาะในกำไรที่เกิดจากงานที่เป็นผลจากการกระทำละเมิดซึ่งงานดังกล่าวนี้ได้ถูกขายเป็นที่เรียบร้อยแล้วเท่านั้น งานที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดขึ้นอื่นที่ยังไม่ได้ขายไม่อาจนำมาคำนวณเป็นผล

⁹ Ibid., p. 448

¹⁰ Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, (New York: Matthew Bender & Co., Inc., 1995), p. 303

¹¹ Dan B. Dobbs, Remedies: Damages-Equity-Restitution, p. 454

กำไรของผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกับการพิสูจน์ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นของผู้กระทำละเมิดเพื่อหักล้างเงินกำไรดังกล่าวผู้ทำละเมิดจะต้องนำสืบพิสูจน์เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกับงานที่ขายได้แล้วเท่านั้น

นอกจากการนำสืบหักล้างค่าเสียหายจะสามารถทำได้โดยการนำค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องมาหักล้างดังรายละเอียดข้างต้น การพิสูจน์ว่าในการสร้างผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นมียอดประกอบอื่นๆอีก นอกจากการทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ มูลค่าขององค์ประกอบเหล่านั้นสามารถนำมาใช้เพื่อหักล้างผลกำไรได้ ในการพิสูจน์ของจำเลยว่าเงินได้ที่เกิดขึ้นจากงานอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังมีองค์ประกอบอื่นๆ ประกอบด้วยนั้น จำเลยต้องพิสูจน์ให้เห็นเป็นส่วนๆ ว่าส่วนใดเป็นเงินได้ที่เกิดขึ้นและเป็นผลจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ และส่วนใดเกิดขึ้นเพราะองค์ประกอบอื่น ในคดี *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.* 772 F. 2d 505, 516 (9th Cir, 1985)¹² นั้นมีการแสดงให้เห็นถึงประเด็นนี้ไว้โดยข้อเท็จจริงของคดีนี้คือ จำเลยได้นำนวนิยายของโจทก์มาสร้างเป็นภาพยนตร์โดยได้ดัดแปลงเนื้อหาสาระในนวนิยายฉบับดั้งเดิม ภาพยนตร์เรื่องนี้โด่งดังและได้รับรายได้มหาศาล จำเลยพิสูจน์ว่าแม้จะมีการละเมิดโดยการนำนวนิยายของโจทก์มาสร้างเป็นภาพยนตร์ แต่ก็มียอดประกอบอื่นที่สร้างความสำเร็จให้แก่ภาพยนตร์เรื่องนี้ นั่นก็คือการดัดแปลงเนื้อหาและความโด่งดังของนักแสดงนำ ศาลในคดีนี้ตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเป็นมูลค่า 20% จากเงินกำไรที่ได้รับจากการฉายภาพยนตร์

ข้อที่น่าสังเกตสำหรับการเรียกค่าเสียหายตามจริงและค่ากำไรของผู้ทำละเมิดมีดังนี้

1. กฎหมายได้วางแนวทางในการเรียกค่าเสียหายและการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายนั้นไว้ค่อนข้างชัดเจน มีแต่บางกรณี เช่น ประเภทของค่าใช้จ่ายที่อาจนำมาหักล้างค่าเสียหายได้เท่านั้นที่กฎหมายมิได้กำหนดรายละเอียดไว้
2. การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายจากกำไรของผู้ทำละเมิดเฉพาะในส่วนที่มีได้นำมาคำนวณเป็นค่าเสียหายตามจริงก็เพราะกฎหมายมิได้ต้องการให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (double compensation) ไม่ต้องการให้ผู้เสียหายอำวยจากค่าเสียหายที่เกินจริง (wind fall) และไม่ต้องการลงโทษผู้ทำละเมิดโดยไม่เป็นธรรม (undue punishment)

¹² Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law*, pp. 303-304

ข. ค่าเสียหายตามกฎหมาย (statutory damages)

ในบางกรณี การพิสูจน์ค่าเสียหายตามจริงและผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นกระทำได้ยากหรือมีอาจทำได้ในทางปฏิบัติหรือหากการพิสูจน์นั้นจะทำได้ก็อาจจะต้องทำให้ผู้เสียหายต้องเสียค่าใช้จ่ายมากจนเกินจำเป็น และบางครั้งอาจจะเป็นกรณีที่ผู้ทำละเมิดไม่มีเงินพอหรือไม่ได้รับรายได้มากนักจากการทำละเมิดนั้น ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้วางทางเลือกให้แก่ผู้เสียหายในการเรียกค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนถูกระงับการทำละเมิด การเลือกรับค่าเสียหายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้ผู้เสียหายสามารถกระทำได้ทุกเวลาก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด ชื่อน่าสังเกตในประเด็นนี้ก็คือผู้เสียหายมีสิทธิเพียงจะเลือกรับค่าเสียหายตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ผู้เสียหายไม่มีสิทธิในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายตามกฎหมาย อำนาจในการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายตามกฎหมายเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของศาล โดยทั่วไปค่าเสียหายตามกฎหมายถูกกำหนดไว้ว่าจะต้องเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ และต้องเป็นจำนวนไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ตามแต่ศาลจะเห็นสมควร หากผู้ทำละเมิดจงใจกระทำค่าเสียหายตามกฎหมายอาจขยายขึ้นไปได้ถึง 150,000 เหรียญสหรัฐฯ มีคดีหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายเป็นมูลค่าถึง 31.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยที่ข้อเท็จจริงของกรณีนี้ก็คือ จำเลยได้ทำละเมิดโดยการแพร่ภาพและแพร่เสียงละครเรื่องหนึ่งต่อสาธารณชน ศาลกำหนดให้จำเลยต้องชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายเป็นมูลค่า 70,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อการออกอากาศหนึ่งครั้งซึ่งจำเลยได้ออกอากาศเรื่องดังกล่าวนั้นเป็นจำนวนทั้งสิ้น 440 ครั้ง¹³

ในการเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายนี้ หากผู้ทำละเมิดนั้นกระทำไปโดยที่มิได้รู้หรือมีอาจรู้ได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิในงานของบุคคลอื่น ศาลอาจจะลดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมายนี้ลงได้ ทั้งนี้ ศาลจะลดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมายลงได้แต่ต้องไม่ต่ำกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ ประเด็นที่น่าสนใจในกรณีนี้ก็คือ การอ้างว่าไม่รู้ถึงข้อกฎหมายไม่เป็นเหตุบรรเทาโทษ¹⁴

4.1.1.2 มาตรา 505: ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความ¹⁵

นอกจากค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้ว The Copyright Act, 1976 ยังได้อนุญาตให้ผู้เสียหายสามารถที่จะเรียกค่าใช้จ่ายในการติดตามและ

¹³ Deborah E. Bouchoux, *Intellectual Property: The Law of Copyright*, (New York: West Thomson, 2003), p.220

¹⁴ Richard Stim, *Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright*, p. 192

¹⁵ โปรดดูด้วยบทความภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

บังคับตามสิทธิรวมทั้งค่าธรรมเนียมทนายความจากผู้ทำละเมิดได้อีกด้วย เนื้อหาสาระของมาตรา 505 ที่สำคัญมีดังนี้

"ในการดำเนินคดีแพ่งภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ศาลอาจจะอนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายได้จากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิกับคู่ความอีกฝ่ายเว้นแต่ว่าคู่ความฝ่ายนั้นเป็นสหรัฐ (United States) หรือเจ้าหน้าที่ของสหรัฐ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ศาลอาจจะกำหนดให้คู่ความที่ชนะคดีได้รับค่าเสียหายจากค่าธรรมเนียมทนายความในจำนวนที่เหมาะสมโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายเช่นนั้น"

ประเด็นที่น่าสนใจประการแรกสำหรับการเรียกให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความก็คือ ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายจากค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความในส่วนนี้จะต้องเป็นผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์เหนืองานของตนก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น (โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.2.3 (ก)) ประเด็นที่น่าสนใจประการต่อไปก็คือ ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายที่อยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะกำหนดให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่

ค่าใช้จ่ายในความหมายของมาตรานี้ ต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีอยู่เหนืองานที่ถูกทำละเมิด ค่าใช้จ่ายในการติดตามและบังคับตามสิทธิซึ่งตามที่ปรากฏในคำพิพากษารวมไปถึงค่าธรรมเนียมศาล ค่าธรรมเนียมอื่นๆ ค่าถ่ายเอกสาร และไปรษณียากร ค่าเดินทางและอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง สำหรับกรณีค่าธรรมเนียมทนายความนั้นประเด็นที่น่าสนใจก็คือ ศาลจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีได้รับ ดังนั้นค่าเสียหายในกรณีนี้จึงอาจจะเรียกร้องได้ทั้งจากฝ่ายโจทก์หรือจำเลยซึ่งเป็นผู้ชนะคดี โดยทั่วไป หากในคดีนั้นจำเลยเป็นฝ่ายชนะศาลจะกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่เป็นค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่จำเลยที่ชนะคดีเฉพาะกรณีที่โจทก์นำคดีมาฟ้องร้องโดยไม่สุจริต¹⁶ ในคดี *Fogerty v. Fantasy Inc.*, 114 s. Ct. 1023 (1994) ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาหลักการพิจารณากำหนดค่าทนายความให้แก่คู่ความที่ชนะคดีขึ้นใหม่ โดยที่ศาลสูงสุดมองว่าในการปฏิบัติต่อคู่ความที่ชนะคดีให้มีสิทธิได้รับค่าทนายความนั้นต้องเป็นและมีมาตรฐานเดียวกันไม่ว่าคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นจะเป็นโจทก์หรือจำเลย¹⁷ ผลของคำพิพากษาในคดีนี้ทำให้จำเลยได้รับการชดเชยค่าทนายความเป็นมูลค่า 1.34 ล้านเหรียญสหรัฐฯ ศาลสูงสุดดังกล่าวยังได้ตีความมาตรานี้ว่าศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะกำหนดจำนวนค่าใช้จ่ายในส่วนค่าธรรมเนียมทนายความให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีหรือไม่ก็ได้ ไม่ใช่กรณีที่บังคับให้ศาลจะต้องกำหนดค่าใช้จ่ายส่วนนี้

¹⁶ Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law*, p. 306

¹⁷ Richard Stim, *Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright*, p. 193

ให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีโดยอัตโนมัติ¹⁸ นอกจากนี้ในการที่ศาลจะพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นศาลจะพิจารณาความสามารถและชื่อเสียงของทนายความ ค่าจ้างทนายความที่แท้จริง ปริมาณงานที่ทำและผลสำเร็จในการว่าความประกอบ¹⁹

4.1.2 การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

จากบทบัญญัติของมาตรา 504 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1976 ค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ (1) ค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นและผลกำไรของผู้ทำละเมิดซึ่งมิได้นำไปคำนวณเป็นค่าเสียหายดังกล่าวนั้น (2) ค่าเสียหายตามกฎหมาย นอกจากนี้ผู้เสียหายจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากผู้ทำละเมิดตามรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ผู้เสียหายยังคงมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีด้วย ในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่างๆ ให้แก่ผู้เสียหายของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

4.1.2.1 ค่าเสียหายตามจริง

มาตรการทั่วไปในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามจริงก็คือ กำไรที่ผู้เสียหายต้องขาดไปจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หากผู้เสียหายไม่อาจนำสืบพิสูจน์การสูญเสียผลกำไรของตนได้ผู้เสียหายอาจได้รับการเยียวยาความเสียหายจากเกณฑ์ค่าสิทธิ (licencing fee) ก็ได้ มาตรการต่างๆ ในการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกามีดังนี้

ก. กรณีการขาดรายได้

ในการพิจารณาค่าขาดรายได้ของผู้เสียหาย ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาองค์ประกอบต่างๆ ดังต่อไปนี้เพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหาย

ก.1 องค์ประกอบด้านคุณภาพและราคาสินค้า

- ในกรณีที่สินค้าที่ผลิตอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์และสินค้าที่ผลิตโดยการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเข้าแข่งขันกันโดยตรงและผลิตภัณฑ์ทั้งสองนั้นมีคุณภาพและราคาใกล้เคียงกัน ผู้เสียหายสามารถที่จะแสดงได้ว่ามูลค่าของรายได้ที่ขาดหายไปนั้นมีมูลค่าเท่ากับยอดการขายของผู้ทำละเมิด ในคดี RSO Records, Inc. v. Peri, 596 F. Supp. 849, 863, 225 (S.D.N.Y.

¹⁸ Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, p. 307

¹⁹ วัล ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต, หน้า 143

1984)²⁰ ศาลในคดีนี้เห็นว่าเป็นการสมควรที่จะถือว่าทุกสำเนาที่ทำซ้ำจากงานสิ่งบันเทิงเสียงซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นเป็นมูลค่าเท่ากับการสูญเสียรายได้จากการขายของโจทก์

- ในกรณีที่สินค้าผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์ และสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีคุณภาพ ราคาและวัตถุประสงค์การใช้งานที่แตกต่างกัน รวมถึงไม่ได้เป็นคู่แข่งกันทางการค้าระหว่างกันจะต้องมีการพิจารณาเพื่อหาราคาขายสินค้าที่เหมาะสมของสินค้านั้น²¹ โดยทั่วไปลูกค้าหรือผู้บริโภคจะเห็นว่าราคาสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นไม่เยียดหยุนเท่ากับราคาของผู้ทำละเมิด ในคดี *Steven Linen Associates, Inc. v. Mastercraft Corp.*, 656 F. 2d 11, 210 U.S.P.Q. 865 (2d Cir. 1981)²² ศาลชั้นต้นในคดีนี้เห็นว่า การคำนวณความเสียหายของโจทก์จากหลักการที่ว่า ยอดการขายของจำเลยถือเป็นมูลค่าความเสียหายของโจทก์นั้นถือเป็นการคาดการณ์ที่สูงเกินไป เพราะราคาขายของจำเลยนั้นถูกกว่าราคาขายของโจทก์และต้นทุนการผลิตของจำเลยนั้นย่อมจะถูกกว่าต้นทุนการผลิตของโจทก์ด้วย ดังนั้น กำไรของจำเลยจึงสูงกว่ากำไรที่โจทก์จะหาได้ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ของคดีนี้ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดของศาลชั้นต้นดังกล่าว ศาลอุทธรณ์เห็นว่า วิธีการพิจารณาการขาดรายได้ของโจทก์นั้นควรจะต้องพิจารณาว่า โจทก์เป็นผู้ผลิตและขายสินค้าต่างๆ ที่ผลิตขึ้นโดยจำเลย เพราะว่าลูกค้าของโจทก์เป็นผู้ต้องการสินค้า แต่โจทก์ต้องสูญเสียรายได้จากลูกค้าเหล่านั้นไป เพราะลูกค้าของโจทก์หันไปซื้อสินค้าจากจำเลยซึ่งผลิตสินค้าขึ้นมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แนวการพิจารณานี้ได้รับการนำไปใช้อีกครั้งในคดี *Taylor v. Meirck*, 712 F. 2d 112, 219 U.S.P.Q. 420 (7th Cir. 1983)²³ ในคดีนี้จำเลยต่อสู้ว่า การขายสินค้าของจำเลยนั้นไม่ได้กระทบต่อการขายของโจทก์เพราะขายในตลาดที่แตกต่างกัน กล่าวคือสินค้าของจำเลยไม่ได้แข่งขันในตลาดเดียวกับตลาดที่สินค้าของโจทก์วางขาย ศาลในคดี *Taylor* เห็นว่าราคาขายที่แตกต่างกันทำให้ประชาชนผู้ที่ควรซื้อแผนที่ที่โจทก์ผลิตและขายในราคา 10 เหรียญสหรัฐฯ นั้นหันไปซื้อแผนที่แบบเดียวกันซึ่งผลิตโดยจำเลยและมีราคาขายเพียง 4 เหรียญสหรัฐฯ และแม้ว่าแผนที่ที่จำเลยผลิตจะวางจำหน่ายในสถานที่ที่ไม่มีสินค้าของโจทก์วางขายก็ตาม

²⁰ Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, *Understanding of Intellectual Property Law*, p. 247

²¹ *Ibid.*, p. 248

²² *Ibid.*, p. 248

²³ *Ibid.*, p. 248

ก.2 องค์ประกอบอื่นนอกจากองค์ประกอบเรื่องราคา

ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากองค์ประกอบด้านราคา คุณภาพสินค้าและการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้เสียหายและผู้ทำละเมิดแล้ว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกายังพิจารณาองค์ประกอบอื่นด้วยเช่น ในคดี *Goldenberg v. Doe*, 731 F. Supp. 1155 (E.D.N.Y. 1990)²⁴ นักแสดงตลกได้เรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจำเลยได้ทำซ้ำการแสดงของเขาโดยการทำสำเนาวิดีโอเทปและนำออกให้ประชาชนเช่า ผลจากการกระทำละเมิดดังกล่าวทำให้นักแสดงต้องเสียหายเพราะมีผู้ชมเข้าชมการแสดงสดของเขาน้อย นักแสดงตลกดังกล่าวนำสืบต่อศาลว่า การทำซ้ำการแสดงของเขาโดยการทำสำเนาวิดีโอเทปออกให้เขานั้นเป็นเหตุให้เขาต้องเสียรายได้เพราะประชาชนเลือกที่จะเช่าวิดีโอเทปมากกว่าจะมาชมการแสดงสด ศาลในคดีนี้เห็นว่า การนำสืบของโจทก์นั้นเป็นการคาดการณ์ที่มากเกินไป เพราะการจะเลือกรับชมการแสดงสดของโจทก์หรือไม่ขึ้นเกิดขึ้นจากหลายปัจจัยไม่ใช่เฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ ในคดีนี้ *Manufacturers Technologies Inc. v. CAMS, Inc.*, 728 F. Supp. 75, 15 U.S.P.Q. 2d 1623 (D. Conn. 1989)²⁵ ศาลพิจารณารายยอดขายที่ลดลงของโจทก์มิได้เกิดขึ้นจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีปัจจัยอื่นประกอบ เช่น การขายสินค้าของคู่แข่งในตลาด อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยทำให้โจทก์สูญเสียรายได้เพิ่มเติม โดยศาลเห็นว่ากำไรของจำเลยทำให้ประชาชนเชื่อว่าสินค้าของโจทก์ซึ่งมีคุณภาพเช่นเดียวกับของจำเลยนั้นมีราคาสูงเกินจริงมากและคุณภาพของสินค้าหลังจากที่ถูกค้าซื้อสินค้าไปจากจำเลยนั้นไม่ดีและไม่คุ้มเงินซึ่งส่งผลให้ประชาชนเชื่อว่าสินค้าต้นฉบับของโจทก์ย่อมไม่ดีไปด้วยทำให้ชื่อเสียงของโจทก์ต้องเสียหาย ในคดีนี้ โจทก์นำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบต่อหน้าศาลถึงคุณภาพของสินค้าของจำเลยที่กระทบต่อการขายของโจทก์ด้วย ในคดี *Gund, Inc. v. Swank, Inc.*, 676 F. Supp. 1233, 5 U.S.P.Q. 1070 (S.D.N.Y. 1987)²⁶ จำเลยในคดีนี้ผลิตต่างหูซึ่งเป็นการทำซ้ำต่างหูของโจทก์ โดยสินค้าของจำเลยนั้นมีคุณภาพต่ำกว่าคุณภาพสินค้าของโจทก์มากอีกทั้งราคาขายสินค้าของจำเลยนั้นยังสูงกว่าราคาสินค้าของโจทก์ด้วย แต่จำเลยก็ยังมีลูกค้าซื้อสินค้าของจำเลยเป็นจำนวนมาก ดังนั้น ศาลในคดีนี้จึงพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยพิจารณาปัจจัยที่ว่าลูกค้าเลือกที่จะซื้อสินค้าจากจำเลยเท่านั้นแม้สินค้าจะด้อยคุณภาพและราคาสูงกว่าสินค้าของโจทก์ก็ตามนั่นหมายถึงลูกค้าเชื่อใจจำเลยมากกว่าโจทก์ ดังนั้น การทำละเมิดของจำเลยจึงไม่ใช่ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ยอดขายสินค้าของโจทก์ลดลง

²⁴ Ibid., p. 248

²⁵ Ibid., p. 249

²⁶ Ibid., p. 248

นอกจากองค์ประกอบข้างต้น ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์นั้น ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิ (net profit) ที่โจทก์ต้องสูญเสียไป กล่าวคือศาลจะหักลบจำนวนต่างๆ ออกจากรายได้เบื้องต้น (gross revenue) ที่โจทก์อาจได้รับเพื่อให้ได้จำนวนผลกำไรสุทธิ โดยผลกำไรสุทธิดังกล่าวศาลถือเป็นมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์มีสิทธิได้รับ²⁷

ข. เกณฑ์ค่าสิทธิ (licensing fee)

การใช้เกณฑ์ค่าสิทธิเป็นหลักในการพิจารณาเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น จะกระทำโดยการพิจารณาอัตราค่าสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ในคดี *Kleier Advertising Co., Inc. v. James Miller Chevrolet, Inc.*, 722 F. Supp. 1577, 14 U.S.P.Q. 2d 1061 (N.D. ILL. 1989)²⁸ ศาลในคดีนี้กำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยใช้เกณฑ์ค่าสิทธิ โดยศาลกำหนดให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากค่าสิทธิที่จำเลยควรจะต้องจ่ายให้แก่โจทก์ในฐานะค่าเสียหายตามจริงและให้โจทก์มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งจากการขายรถยนต์ของจำเลยซึ่งเป็นผลมาจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโฆษณา ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่า โจทก์ได้รับการเยียวยาจากผลกำไรของจำเลยสองครั้ง ศาลให้เหตุผลในกรณีนี้ว่า “เกณฑ์ค่าสิทธิแสดงให้เห็นถึงการได้รับต้นทุน ซึ่งแตกต่างจากผลกำไรที่โจทก์มีสิทธิได้รับจากการขายของจำเลย โดยที่ผลกำไรนั้นเป็นผลมาจากการได้ประโยชน์จากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์” [Because licence fees represent saved acquisition costs and are distinct from the profits attributable to the infringements, this Court requires defendant...to pay Kleier a sum to include both the damages Kleier loss from licensing and also the profits Miller Chevrolet earned as a result of the infringement.] เกณฑ์ค่าสิทธิที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ในการพิจารณานั้นต้องเป็นค่าสิทธิที่คำนวณจากราคาตลาดที่เป็นธรรม (fair market value) โดยศาลจะพิจารณาจากค่าสิทธิที่โจทก์ใช้เรียกเก็บจากบุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นและจะอนุญาตให้จำเลยนำสืบพิสูจน์หักล้างว่ามูลค่าราคาตลาดที่เป็นธรรมนั้นควรจะเป็นเช่นไร²⁹

กรณีที่น่าจะพิจารณาก็คือ หากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำละเมิดบางส่วน การใช้เกณฑ์ค่าสิทธิเพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหายจะกระทำอย่างไร ในคดี *Cream Records, Inc. v. Jos. Schlitz Brewing Co., Inc.*, 754 F. 2d 826, 225 U.S.P.Q. 896 (9th Cir.

²⁷ Ibid., p. 250

²⁸ Ibid., p. 251

²⁹ Ibid., p.251

1985)³⁰ ศาลชั้นต้นในคดีนี้เห็นว่า ราคาตลาดที่เป็นธรรมของค่าสิทธิของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นควรมีมูลค่า 80,000 เหรียญสหรัฐ การที่จำเลยนำเพลงที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ไปใช้ในงานโฆษณาเบียร์ของจำเลย ศาลชั้นต้นเห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์งานของโจทก์นั้นมีสัดส่วน 15% ของงานทั้งหมด ดังนั้นค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระจึงควรเป็นจำนวนเท่ากับ 15% ของค่าสิทธิซึ่งเป็นไปตามสัดส่วนการใช้งานเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ของคดีนี้กลับเห็นว่า จำเลยจะต้องจ่ายค่าเสียหายเท่ากับมูลค่าของค่าสิทธิเต็มจำนวน ทั้งนี้เพราะไม่ปรากฏว่าโจทก์เคยยอมรับค่าสิทธิในจำนวนที่น้อยกว่าสำหรับการใช้สิทธิเพียงบางส่วนของเพลง นอกจากนี้ โจทก์ยังสามารถนำสืบให้ศาลเห็นว่า โจทก์ต้องเสียหายจากการกระทำของจำเลยเมื่อจำเลยได้นำงานโฆษณาของตนออกอากาศ ในคดี *Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 F. 2d 505, 227 U.S.P.Q. 687 (9th Cir. 1985)³¹ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ปฏิเสธที่จะให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากค่าสิทธิเต็มจำนวน โดยศาลทั้งสองเห็นว่าการที่จำเลยนำเพลงของโจทก์มาใช้ในละครเวทีของจำเลยนั้นไม่ได้เป็นผลกระทบต่อสาระสำคัญของงานเพลงของโจทก์ เพราะการนำเพลงของโจทก์มาใช้ในละครเวทีนั้นเป็นการใช้เพียงส่วนน้อยในงานละครเวทีทั้งหมด

ค. เกณฑ์ราคาตลาด (Market Value)

โดยปกติการใช้เกณฑ์ราคาตลาดนั้นจะใช้ในกรณีของสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยได้นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้กับคดีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ในคดี *Sid & Marty Krofft Television v. McDonalds Corp.* 562 F. 2d 1157, 196 U.S.P.Q. 97 (9th Cir. 1977)³² ศาลในคดีนี้เห็นว่า ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้โดยใช้เกณฑ์ราคาตลาด ในคดีนี้ศาลวางหลักว่า เกณฑ์ราคาตลาดหรือมูลค่าของการใช้งานนั้นควรจะต้องเป็นส่วนหนึ่งมูลค่างานของโจทก์ การประเมินมูลค่าของการใช้งานนั้นทำได้จากการพิจารณามูลค่าที่ผู้ซื้อจะต้องจ่ายให้ผู้ขาย ในคดี *Business Trends Analysts Inc. v. The Freedonia Group Inc.*, 887 F. 2d 399 12 U.S.P.Q. 2d 1457 (2d Cir. 1989)³³ โจทก์มิได้นำสืบให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่าการทำละเมิดของจำเลยก่อให้เกิดเสียหายอย่างไร ศาลในคดีนี้กำหนดให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากเกณฑ์ราคาตลาดซึ่งคำนวณจากมูลค่าการใช้งานและส่วนกำไรของจำเลย มูลค่าของการใช้งานในคดีนี้คำนวณโดยพิจารณามูลค่าเต็มของสินค้าด้วยราคาจริงและคูณด้วยจำนวนสินค้าที่ทำละเมิด ในคดี *Deltak, Inc. v. Advanced*

³⁰ Ibid., p.251

³¹ Ibid., p.251

³² Ibid., p.252

³³ Ibid., p.254

Systems, Inc., 767 F. 2d 357, 226 U.S.P.Q. 919 (7th Cir. 1985)³⁴ ศาลในคดีนี้กำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยใช้เกณฑ์มูลค่าตลาด โดยที่ข้อเท็จจริงสองคดีนี้ปรากฏว่า โจทก์ไม่อาจนำสืบได้ถึงจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายที่ตนต้องเสียหายไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น เมื่อต้องมีการเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ในคดี ศาลจึงต้องใช้เกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักในการพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายให้แก่โจทก์

4.1.2.2 ผลกำไรของผู้ทำละเมิด

ในการกำหนดมูลค่าของความเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นถึงรายได้รวมของผู้ทำละเมิด ในขณะที่จำเลยต้องพิสูจน์จำนวนของค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปเพื่อหักล้างมูลค่ารวมรายได้ของตนที่โจทก์ได้นำสืบแล้ว

ก. ผลรวมรายได้ (gross revenue)

กฎหมายกำหนดให้โจทก์เป็นผู้มีหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์ผลรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงผลกำไรสุทธิของจำเลย โดยทั่วไปโจทก์จะนำสืบผลรวมรายได้ของจำเลยจากจำนวนสินค้าที่จำเลยขายได้คูณกับราคาขายของสินค้านั้น การนำสืบผลรวมรายได้ของจำเลยจะกระทำได้ง่ายมากขึ้น หากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ใช้การขายสินค้าโดยตรง เช่น ในคดี Estate of Vane v. The Fair, Inc., 849 F. 2d 186, 7 U.S.P.Q. 2d 1479 (5th Cir. 1988)³⁵ คดีนี้โจทก์ทำหน้าที่ถ่ายภาพสินค้าของจำเลย จำเลยนำภาพนั้นไปให้บริษัทโฆษณาใช้งานโดยมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ ในระบบข้อมูลของจำเลยมิได้แสดงให้เห็นถึงจำนวนหรือมูลค่าของการขายสินค้าที่แสดงในภาพถ่ายของโจทก์ โจทก์ไม่อาจนำสืบให้ศาลเห็นถึงยอดรวมรายได้ของจำเลยได้ ดังนั้น ศาลในคดีนี้จึงไม่อนุญาตให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากผลกำไรของจำเลย

ข. ต้นทุนของรายได้

กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของจำเลยในการนำสืบหักล้างยอดรวมรายได้ที่โจทก์ได้นำสืบแล้ว หากจำเลยไม่อาจนำสืบถึงต้นทุนใดๆ ของตนเพื่อหักล้างยอดรวมรายได้ดังกล่าวนี้ได้ ศาลก็จะสั่งให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายจากยอดรวมรายได้ที่โจทก์นำสืบได้แล้ว ในคดีต่างๆ แสดงให้เห็นได้ว่า ค่าเช่า ค่าเสื่อมราคาหรือค่าธรรมเนียมทนายความไม่ใช่ค่าใช้จ่ายที่จะหักล้าง

³⁴ Ibid., p.253

³⁵ Ibid., p.256

ยอดรวมรายได้ที่โจทก์นำสืบแล้ว เว้นแต่ว่าจำเลยจะนำสืบได้ว่าค่าใช้จ่ายนั้นเกี่ยวพันกับต้นทุนสินค้าอย่างไร³⁶

นอกจากนี้ หากจำเลยได้เพิ่มมูลค่าของสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์จำเลยจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงมูลค่าของส่วนที่ตนได้เพิ่มเข้าไปในสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นจำนวนเท่าใด ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการจำแนก (apportionment) ส่วนรายได้ของจำเลยที่ได้รับจากการทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ในคดี *Gaste v. Kaiserman*, 863 F. 2d 1061, 1069, 9 U.S.P.Q. 2d 1300, 1307 (2nd Cir. 1988)³⁷ ศาลวางหลักว่า จำเลยจะมีสิทธิพิสูจน์เพื่อแยกส่วนกำไรได้เมื่อมีหลักฐานที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ถึงความยุติธรรมของการแบ่งแยกส่วนกำไรนั้นโดยที่จำเลยต้องแสดงว่าผลกำไรใดๆ แก่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับนั้นเป็นผลกำไรจากการที่จำเลยใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิชอบ ในคดี *Business Trends Analysis Inc. v. The Freedonia Group Inc.*, (2nd Cir. 1989) ศาลได้วางหลักเพิ่มเติมว่า หากการจำแนกผลกำไรดังกล่าวนั้นไม่อาจทำได้หรือเป็นไปได้ที่จะกระทำ ศาลจะถือว่าการแบ่งแยกนั้นไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสม ในคดี *Gaste* นั้น จำเลยได้รวมงานประพันธ์เนื้อเพลงของตนกับดนตรีของโจทก์เป็นเพลงที่ยอดนิยมชื่อ “Feelings” จำเลยได้นำสืบต่อศาลว่า 80% ของความนิยมของเพลงนี้เกิดขึ้นเพราะเนื้อเพลงที่ตนเขียน ดังนั้น โจทก์จึงควรมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากส่วน 20% ที่เหลือ ในคดี *Sygma Photo News, Inc., v. High Society Magazine*, 778 F. 2d 89, 228 U.S.P.Q. 580 (2nd Cir. 1985)³⁸ โจทก์เรียกค่าเสียหาย 75% ของกำไรจากการขายนิตยสารของจำเลยเนื่องจากจำเลยได้นำภาพของโจทก์ไปใช้เป็นภาพหน้าปกนิตยสาร ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้เห็นว่า ศาลชั้นต้นมิได้พิจารณาส่วนประกอบอื่นที่ทำให้นิตยสารฉบับนี้ขายได้ เช่น ภาพอื่นๆ ที่ปรากฏอยู่บนปกก็เป็นส่วนช่วยให้นิตยสารขายได้เช่นกัน ดังนั้นโจทก์จึงควรได้รับค่าเสียหายเพียง 50% ของยอดกำไรจากการขายนิตยสารของจำเลยเท่านั้น

ในกรณีที่จำเลยมีกำไรส่วนอื่นซึ่งได้รับจากการใช้งานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในธุรกิจอื่นๆ ของจำเลย โจทก์อาจได้รับการเยียวยาจากกำไรส่วนนั้น หากโจทก์พิสูจน์ได้ว่ากำไรเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับหรือเป็นผลจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของตน เช่น ในคดี *Frank Music Corp. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 772 (9th Cir, 1985) โจทก์ขอให้ศาลสั่งให้จำเลยชำระค่าเสียหายจากส่วนแบ่งกำไรจากโรงแรมและคาสีโนของจำเลย เพราะจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในการแสดงของโจทก์ โดยจำเลยได้นำการแสดงของโจทก์ไปแสดงในโรงแรมและคาสีโนของตนเพื่อดึงลูกค้าให้เข้ามาใช้บริการ ศาลเห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับการเยียวยาผลกำไรที่เกิดขึ้นจากธุรกิจโรงแรมและคาสีโนของจำเลย

³⁶ Ibid., p.257

³⁷ Ibid., p.258

³⁸ Ibid., p.258

เพราะโจทก์สามารถแสดงศาลให้เห็นได้ว่าจำเลยเคยได้เปิดเผยข้อมูลในรายงานประจำปีของตนว่า รายได้หลักของโรงแรมมาจากส่วนบันเทิงที่ให้บริการในโรงแรม ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการแสดงซึ่งเป็น ลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นส่งผลให้จำเลยมีรายได้มากขึ้น

4.1.2.3 ค่าเสียหายตามกฎหมาย

มาตรา 504 (ค)(1) อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะเลือกรับค่าเสียหาย ตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะเลือกรับค่าเสียหายตามกฎหมายได้แม้ว่าตน จะไม่ได้พิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่แท้จริงก็ตาม กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิของโจทก์ในอันที่จะเลือกรับ ค่าเสียหายตามกฎหมายโดยที่โจทก์มีสิทธิที่จะเลือกรับค่าเสียหายดังกล่าว ณ เวลาใดๆ ก่อนที่จะมีคำ พิพากษากำหนดค่าเสียหายตามกฎหมาย³⁹ แม้โจทก์จะเป็นผู้มีสิทธิในการเลือกรับค่าเสียหายประเภทนี้ แต่ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายในจำนวนที่เหมาะสมให้แก่โจทก์ ในการ พิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมายเป็นจำนวนที่แน่นอน ศาลจะพิจารณาองค์ประกอบ ต่างๆ เพื่อใช้ในการกำหนดมูลค่าที่แน่นอนของค่าเสียหายตามกฎหมาย เช่น ผลกำไรของจำเลยหรือการ ขาดรายได้ของโจทก์ เป็นต้น ในคดี RSO Records ศาลวางหลักว่า การประเมินมูลค่าเพื่อกำหนด จำนวนที่แน่นอนของค่าเสียหายตามกฎหมายนั้น ศาลจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ของค่าเสียหายตาม จริตที่โจทก์ต้องสูญเสีย เพราะว่าค่าเสียหายตามกฎหมายนั้นโดยมากจะใช้ในกรณีที่ค่าเสียหายตามจริง ไม่อาจคำนวณได้ อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายตามกฎหมายนั้นไม่อาจแสดงให้เห็นได้เป็นจำนวนแน่นอนได้ [Undoubtedly assessed statutory damages should bear some relation to actual damages suffered. Because statutory damages are often used in cases where actual damages cannot be precisely calculated, however, they cannot be expected to correspond exactly] องค์ประกอบสำคัญที่ศาลใช้พิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมายมีดังนี้

ก. การจดทะเบียนลิขสิทธิ์

ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายนั้น ประเด็นสำคัญ ประเด็นหนึ่งที่ศาลจะพิจารณาคือ งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกทำละเมิดนั้นได้ถูกจดทะเบียนไว้แล้วภายใน ระยะเวลา 3 เดือนนับแต่วันแรกที่เผยแพร่งานหรือก่อนที่จำเลยจะทำละเมิดหรือไม่ การจดทะเบียน ลิขสิทธิ์เป็นเงื่อนไขสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย ได้หรือไม่ โดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะเรียกค่าเสียหายได้ก็ต่อเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์ แล้วเท่านั้น [However, statutory damages will be awarded in a copyright infringement lawsuit

³⁹ Ibid., p.260

only if the work at issue was registered prior to the infringement or within three months of the first publication of the work.]⁴⁰

ข. เจตนาในการทำละเมิด

เจตนาในการทำละเมิดลิขสิทธิ์เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาเพื่อกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมาย เพราะหากจำเลยจงใจกระทำละเมิดแล้ว ศาลสามารถพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายให้สูงขึ้นได้ คำว่า “**จงใจ (willful)**” นี้ ศาลในคดี Broadcast Music Inc. v. Xanthas Inc., 855 F. 2d 233, 236, 8 U.S.P.Q. 2d 1254, 1256 (5th Cir. 1988)⁴¹ กำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาไว้ว่า “**จงใจ**” หมายถึงผู้ทำละเมิดรู้อยู่แล้วว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิด การนำสืบพิสูจน์ของโจทก์เพียงแค่ว่าจำเลยรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นก็เป็นการเพียงพอแล้ว ในคดี Fitzgerald Publishing นั้นศาลเห็นว่า การที่สำนักพิมพ์ได้พิมพ์ซ้ำงานของโจทก์นั้น ถือได้ว่าสำนักพิมพ์รู้อยู่แล้วว่าเป็นการทำละเมิดต่องานของโจทก์ ในคดี Wow & Flutter Music v. Len's Tom Jones Tavern, Inc., 606 F. Supp. 554, 557, 226 U.S.P.Q. 795, 798 (W.D.N.Y. 1985)⁴² ศาลในคดีเห็นว่า การที่จำเลยเคยถูกฟ้องดำเนินคดีในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์มาก่อนนั้นถือได้ว่าจำเลยได้รับรู้อยู่แล้วว่าการกระทำของตนนั้นละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแม้ว่าจำเลยจะโต้แย้งว่าตนไม่ทราบว่ามีลิขสิทธิ์จะคุ้มครองไปถึงงานเพลงที่อยู่ในตู้เพลงด้วย ในคดี Rare Blue Music, Inc. v. Guttadauro, 616 F. Supp. 1528, 1530-31, 227 U.S.P.Q. 325, 326 (D. Mass. 1985)⁴³ ศาลในคดีวางหลักว่า การเสนอให้ผู้ทำละเมิดมาขออนุญาตใช้สิทธิจากโจทก์นั้นถือได้ว่าเป็นหลักฐานที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว นอกจากนี้ ในคดี Boz Scags Music v. KND Corp. 491 F. Supp. 908, 914-15, 208 U.S.P.Q. 307 (D. Conn 1980)⁴⁴ ศาลวางหลักเกณฑ์ว่า การที่จำเลยปฏิเสธที่จะดำเนินการขออนุญาตใช้สิทธิที่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ว่าจำเลยจะปฏิเสธอย่างชัดแจ้งหรือจำเลยไม่สนใจที่จะติดต่อกับโจทก์เพื่อดำเนินการดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการเพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์

⁴⁰ Richard Stim, Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright, p.132

⁴¹ Ibid., p.261

⁴² Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, Understanding of Intellectual Property Law, p.261

⁴³ Ibid., p.262

⁴⁴ Ibid., p.262

4.1.2.4 ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความ

มาตรา 505 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 อนุญาตให้ศาลใช้ดุลยพินิจ กำหนดค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่คู่ความที่ชนะคดี (ซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งโจทก์หรือจำเลย) โดยทั่วไปศาลมักจะกำหนดให้คู่ความที่ชนะคดีได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความเต็มจำนวน ในกรณีค่าธรรมเนียมทนายความนั้นได้เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการชดใช้ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความก็ต่อเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้จดทะเบียนงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้แล้วเป็นเวลา 3 เดือน นับแต่การเผยแพร่ครั้งแรกหรือก่อนจะมีการทำละเมิด [The same rules [copyright registration] apply to attorney fee. If a registration has made within three months of publication or prior to an infringing activity, the plaintiff may be awarded attorney fee incurred in forcing the copyright.]⁴⁵ ศาลในคดี Milene Music, Inc. v. Gotouco, 551 F. Supp. 1288, 1298, 220 U.S.P.Q. 880, 888 (D.R.I. 1982)⁴⁶ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่คู่ความที่ชนะคดีดังนี้

- ก. ระยะเวลาและการทำงานของทนายความ
- ข. ความยุ่งยากของคดี
- ค. ทักษะในการให้บริการทางกฎหมาย
- ง. ประสบการณ์ในวิชาชีพของทนายความ
- จ. ค่าธรรมเนียมที่กำหนดไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน (fixed fee) หรือขึ้นอยู่กับเวลาของการทำงาน (hourly rate)
- ฉ. จำนวนค่าธรรมเนียม
- ช. ประสบการณ์ ชื่อเสียงและความสามารถของทนายความ
- ซ. ระยะเวลาที่ทนายความและลูกค้ามีความสัมพันธ์เชิงวิชาชีพต่อกัน
- ฅ. จำนวนค่าธรรมเนียมที่ศาลเคยกำหนดให้แก่คู่ความที่ชนะคดีในคดีที่คล้ายคลึงกัน

⁴⁵ Richard Stim, Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright, p.132

⁴⁶ Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, Understanding of Intellectual Property Law, p.266

4.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ The Copyright, Designs and Patents Act, 1988 ก่อนหน้ากฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับนั้น ประเทศอังกฤษมีกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับคือ The Copyright Act, 1956 โดยที่สาระสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ปี ค.ศ. 1956 มีดังนี้

1. ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย หากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าในเวลาที่ทำละเมิด จำเลยไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลสมควรที่จะสงสัยว่ามีลิขสิทธิ์อยู่ในงานนั้น

2. ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายอาจเรียกได้จากการกระทำละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมีดังนี้⁴⁷

2.1 ค่าเสียหายตามปกติ

เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเลือกที่จะเรียกเอาค่าเสียหายตามความเสียหายที่เขาได้รับเป็นจำนวนหรือมูลค่าเท่าที่สามารถพิสูจน์ได้ (เช่น ยอดขายที่ต้องสูญเสียไป) หรือสามารถขอให้ศาลสั่งให้ผู้ละเมิดส่งมอบซึ่งผลกำไรทั้งหมดของตนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถทำกำไรได้เท่าไรหรือไม่

2.2 ค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืน (conversion damages)

กฎหมายลิขสิทธิ์ปี ค.ศ. 1956 ถือว่าสำเนาจำลองงานที่ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งหมดเป็นทรัพย์สินของเจ้าของลิขสิทธิ์ ถ้าผู้ละเมิดได้ทำการจำหน่ายหรือค้าหากำไรจากงานนั้นก็ถือว่าผู้ละเมิดได้ขายสิ่งที่มีใช่เป็นของตน ดังนั้น รายได้จากการขายต้องนำส่งกลับคืนมายังเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งควรจะเป็นผู้มีสิทธิเหนืองานดังกล่าวเหล่านั้น

2.3 ค่าเสียหายเพิ่มเติม (additional damages)

การเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมนั้นเป็นอำนาจดุลพินิจของศาล ทั้งนี้หากเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องการที่จะเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากค่าเสียหายทั่วไป เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ต้องพิสูจน์ให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่า วิธีการเยียวยาเท่าที่มีอยู่นั้นไม่พอเพียงที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ได้

⁴⁷ ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวาทิช, “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์”, หน้า 44-45

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันได้มีการแก้ไขวิธีการในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายขึ้นใหม่ๆ โดยสาระสำคัญของวิธีการตามกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันจะได้แสดงและอธิบายในหัวข้อถัดไป

4.2.1 ประเภทของค่าเสียหาย

กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศอังกฤษ (The Copyright, Designs and Patents Act 1988) ได้วางแนวทางในการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างพอเพียงและครอบคลุม ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่ขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee) ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากมีการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์แล้วทั้งเจ้าของและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถดำเนินคดีต่อผู้ทำละเมิดได้พร้อมๆ กัน ทั้งนี้ข้อจำกัดที่สำคัญประการหนึ่งคือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายได้เฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น

มาตรา 96 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวถือได้ว่าเป็นกฎหมายแม่บทสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะทำการเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายจากผู้กระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในขณะที่มาตรา 101 ของกฎหมายฉบับเดียวกันก็ถือได้ว่าเป็นกฎหมายแม่บทสำหรับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

4.2.1.1 เจ้าของลิขสิทธิ์

มาตรา 96⁴⁸ แห่ง The Copyright, Designs and Patents Act 1988 บัญญัติว่า

"(1) เจ้าของงานอันนี้มีลิขสิทธิ์สามารถที่จะดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

(2) การเยียวยาความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสามารถทำได้ในรูปแบบของค่าเสียหาย คำสั่งให้ระงับการกระทำ บัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดหรือโดยประการอื่น ๆ ที่จะสามารถกำหนดให้โจทก์ได้รับหากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินใด ๆ

(3) มาตรการนี้ให้มีผลบังคับโดยให้ขึ้นอยู่บทบัญญัตินั้น ๆ ของ
 มาตรการนี้"

⁴⁸ โปรดดูด้วยบทภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

มาตรา 97⁴⁹ แห่ง The Copyright, Designs and Patents Act, 1988 ได้วาง

หลักไว้ว่า

"(1) ในกรณีที่ปรากฏว่าจำเลยไม่ทราบหรือไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายจากจำเลย ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิของโจทก์ในการเรียกร้องการเยียวยาในกรณีอื่น ๆ

(2) หากมีกรณีดังต่อไปนี้เกิดขึ้น ศาลอาจจะสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติม

(ก) การทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นที่ชัดแจ้ง และ

(ข) มีผลประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลย"

จากกฎหมายที่สำคัญทั้งสองมาตราสามารถพิจารณาค่าเสียหายทางแพ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะเรียกร้องและได้รับภายใต้ The Copyright, Designs and Patent Act, 1988 ได้ดังนี้

ก. ค่าเสียหายในกรณีทั่วไป

ค่าเสียหายในกรณีทั่วไปในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีหลักการและแนวคิดที่สำคัญเช่นเดียวกับการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิดทั่วไป กล่าวคือ เพื่อเป็นการเยียวยาให้โจทก์กลับไปสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ดังนั้น ค่าเสียหายทั่วไปจึงมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการกระทำและต้องไม่ไกลกว่าเหตุ (not too remote)⁵⁰ โดยทั่วไปค่าเสียหายในกรณีทั่วไปจะมีลักษณะดังนี้

ก.1 การสูญเสียกำไร (Loss of Profit)

ในการเรียกค่าเสียหายทั่วไป การคำนวณการสูญเสีย ผลกำไรของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นก็เป็นทางสำคัญทางหนึ่งในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด ในบางครั้งก็เป็นกร่างายที่จะประเมินมูลค่าของค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หาก

⁴⁹ โปรดดูด้วยบทภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

⁵⁰ David Bainbride, *Intellectual Property*, (London : Pitman Publishing, 1996), p. 129

ว่ามีหลักฐานที่เพียงพอและชัดเจนว่าเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้สูญเสียมูลค่าของการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนและคิดเป็นเป็นมูลค่าที่ชัดเจนและแน่นอน ในกรณีทั่วไป การคำนวณมูลค่าของค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรจะขึ้นอยู่กับแนวคิดที่ว่างานที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกี่ยวข้องกับงานดั้งเดิมหรืองานอื่นๆ ที่ดัดแปลงจากงานดั้งเดิมนั้น (เช่น กรณีภาพยนตร์หรือสิ่งบันเทิงเสียงซึ่งมีลักษณะเป็นงานอื่นที่ดัดแปลงจากหรือเป็นผลมาจากงานวรรณกรรมซึ่งถือเป็นงานดั้งเดิม) หรือไม่⁵¹ ในการพิสูจน์ความเสียหายจากการสูญเสียกำไรนั้น ศาลของประเทศอังกฤษยอมรับที่โจทก์พิสูจน์การสูญเสียกำไรโดยไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความถูกต้องอย่างละเอียด⁵² ประเด็นที่ยังเป็นปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรก็คือ แม้ศาลของประเทศอังกฤษจะยอมรับที่โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความถูกต้องของการสูญเสียกำไรโดยละเอียด กระนั้นโจทก์ก็ยังคงมีความยุ่งยากในการพิสูจน์ค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรของตนอยู่ดี เช่น ในคดี *Cow v. Cannon Rubber Manufacturer* [1961] RPC 236, 240⁵³ ข้อเท็จจริงในคดีแสดงให้เห็นถึงความยุ่งยากในการพิสูจน์ความเสียหายจากการสูญเสียกำไรซึ่งข้อเท็จจริงในกรณีนี้แสดงให้เห็นว่าจำเลยได้ขายชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดจำนวนที่ชิ้นงานดังกล่าวถูกขายออกไปนั้นสามารถนำมาพิจารณาเป็นมูลค่าการสูญเสียกำไรของโจทก์ได้ หากแต่ในความเป็นจริงนั้นโจทก์จะต้องมีการกันสำรองชิ้นงานเพื่อการขายซึ่งครอบคลุมจำนวนสินค้าซึ่งเกิดจากการขายของจำเลยไว้แล้ว ดังนั้นการขายของจำเลยจึงไม่ใช่การแข่งขันกับโจทก์ซึ่งจะทำให้โจทก์ต้องได้รับความเสียหาย

ก.2 ค่าสิทธิ (Royalty)

ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนและกรณีเป็นการยากสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ละเมิดโดยการเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไรของตน ศาลของประเทศอังกฤษอาจจะกำหนดค่าเสียหายโดยการคำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ (Royalty Fee)⁵⁴ ก็ได้ ในคดี *Meters v. Metropolitan Gas Meters* [1911] 28 RPC 157, 164 และคดี *Catnic Compenets v. Hill & Smith* [1983] FSR 512, 518⁵⁵ นั้น ศาลของประเทศอังกฤษได้กำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยพิจารณากำหนดจากค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิต่อหนึ่งชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิด ศาลของประเทศอังกฤษ

⁵¹ Ibid., p. 130

⁵² Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2001), p. 1024

⁵³ Ibid., p. 1024-1025

⁵⁴ Ibid., p. 1025

⁵⁵ Ibid., p. 1025

เห็นว่า การเยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีความยุ่งยาก การนำค่าสิทธิมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดเป็นค่าเสียหายเป็นทางเลือกหนึ่งศาลจะใช้ในการช่วยเหลือให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการเยียวยา ทั้งนี้แนวคิดที่สนับสนุนการนำค่าสิทธิมาเป็นเกณฑ์กำหนดค่าเสียหายก็คือ เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) ในการหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ดังนั้น ผู้ทำละเมิดจึงสมควรที่จะต้องจ่ายค่าสิทธิในการหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น การนำหลักเรื่องค่าสิทธิมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะทำได้โดยง่ายกว่าการนำการสูญเสียกำไรมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาในคดี *General Tire & Rubber v. Firestone Tyre & Rubber* [1976] RPC 197, 213⁵⁶ โจทก์นำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยควรจะจ่ายค่าเสียหายโดยคำนวณจากค่าสิทธิในอัตราเดียวกันกับที่ผู้ได้รับอนุญาตคนอื่น ๆ ที่ได้จ่ายให้แก่โจทก์ หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่เคยอนุญาตให้ผู้หนึ่งผู้ใดใช้สิทธิเหนืองานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาก่อน ผู้เสียหายอาจจะต้องหาวิธีการอื่นในการนำสืบต่อศาลไม่ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบกับค่าสิทธิที่เกิดขึ้นในงานอันมีลักษณะเดียวกัน หรืออาจจะใช้การประเมินมูลค่าโดยผู้เชี่ยวชาญหรืออาจจะพิจารณาจากบทความใดๆ ที่ได้กล่าวถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทนั้น⁵⁷ หากผู้เสียหายไม่อาจนำสืบได้ศาลอาจกำหนดมูลค่าของค่าสิทธินั้นในจำนวนที่เหมาะสม

ก.3 ข้อสังเกต

ก.3.1 การชดเชยค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมุ่งเน้นให้มีการชดเชยเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยให้ผู้เสียหายกลับคืนสถานะเดิมก่อนมีการละเมิด

ก.3.2 จากหลักการสำคัญในข้อ ก. ข้างต้นนั้น ศาลของประเทศอังกฤษจะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลรวมถึงความใกล้ชิดต่อเหตุเพื่อกำหนดค่าเสียหายในกรณีทั่วไป

ก.3.3 ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (secondary infringement) นั้น สามารถที่จะเรียกร้องได้โดยค่าเสียหายในกรณีนี้จะสามารถเรียกได้ หากผู้ทำละเมิดชั้นรองนั้นคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นถึงความเสียหาย

ก.3.4 ในการคำนวณค่าเสียหายกรณีทั่วไป โดยปกติผู้เสียหายจะคำนวณความเสียหายจากทั้งการสูญเสียกำไรและหลักเกณฑ์ค่าสิทธิประกอบกัน ดังที่

⁵⁶ Ibid., p. 1025

⁵⁷ Ibid., p. 1025

ปรากฏในคดี Watson Lavidlaw v. Potts, Cassels & Williamson [1914] 31 RPC 104 และ Gerber Garment Technology v. Lectra Systems [1997] RPC 443, 486 (LA)⁵⁸ นั้น โจทก์คำนวณค่าเสียหายจากสองหลักเกณฑ์ประกอบกัน ตัวอย่างเช่นจำเลยได้ขายงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไปแล้ว 25 ชิ้น ในขณะที่โจทก์ขายได้ 15 ชิ้น โจทก์จึงเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรที่สูญเสียไปจากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในจำนวน 15 ชิ้น บวกกับค่าเสียหายที่คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิในส่วนของงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์อีก 10 ชิ้นที่เหลือ

ก.3.5 แม้ผู้เสียหายจะมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด แต่หากผู้ทำละเมิดนั้นกระทำลงไปโดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุที่จะเชื่อว่าผู้ทำละเมิดรับรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ทำละเมิดนั้นก็มิจำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้ถูกทำละเมิดไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายข้างต้น บุคคลดังกล่าวยังมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาโดยวิธีการอื่น เช่นการได้รับการเยียวยาจากผลกำไรของผู้ทำละเมิด (account of profit) หรือการขอให้ศาลออกคำสั่งระงับการกระทำอันเป็นการละเมิดนั้น

ข. ค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages)

ค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 97(2) ของ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 ในการกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้จะกระทำได้อีกหากเข้าองค์ประกอบที่สำคัญและศาลเห็นสมควร ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาว่าสมควรจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมหรือไม่ และอำนาจในการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายเพิ่มเติมนั้นจึงเป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลเป็นการเฉพาะ โดยองค์ประกอบสำคัญที่ศาลของประเทศอังกฤษจะใช้พิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมหรือไม่นั้นมีดังนี้

- ความขัดแย้งของการกระทำละเมิด
- ผลประโยชน์ใดๆที่เกิดขึ้นของจำเลยจากการทำละเมิด

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ปี ค.ศ. 1956 นั้น ค่าเสียหายเพิ่มเติมจะเกิดขึ้นได้หากกรณีเป็นว่าไม่มีทางใดที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้พอเพียง แต่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันนั้นข้อจำกัดนี้ไม่ปรากฏอีกต่อไป⁵⁹ ลักษณะของค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้ยังมีความไม่แน่นอนอยู่กล่าวคือ ค่าเสียหายเพิ่มเติมอาจเป็นได้ทั้งค่าเสียหายที่ใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็น

⁵⁸ Ibid., p. 1025

⁵⁹ Gerald Dworkin & Richard D. Taylor, Blackstone Guide to the Copyright, Designs and Patents Act, 1988, (London : Blackstone Press Limited, 1999), p. 118

ค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือเพื่อขดใช้ให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิม⁶⁰ อย่างไรก็ดี ข้อดีของค่าเสียหายเพิ่มเติมก็คือ การที่ศาลจะใช้ค่าเสียหายนั้นในการอำนวยความสะดวกอีกทั้งยังใช้เพื่อสนองนโยบายของรัฐในการจัดการกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ในการตีความคำว่า "ความชัดเจนของการทำละเมิด" (Flagrancy of the infringement)" นั้น ศาลในประเทศอังกฤษจะตีความในแนวทางที่ว่าความชัดเจนนั้นต้องกระทำโดยใช้เล่ห์เพทุบายหรือหลอกลวงเพื่อการขโมยหรือการหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ในคดี Nicholas Advanced Vehicle Systems Inc. V. Reese & Oliver [1979] RPC 127⁶¹ นั้น จำเลยได้หาประโยชน์จากงานภาพร่างของรถแข่งฟอร์มูล่าวัน (Formula One Racing Car) มาใช้สร้างรถยนต์ของทีมตนเพื่อเข้าแข่งขัน นอกจากการตีความคำว่า "ความชัดเจนของการทำละเมิด" ในคดีดังกล่าวแล้ว ศาลของประเทศอังกฤษในคดีอื่นๆ ก็ได้สร้างบรรทัดฐานการตีความขึ้นมาเพิ่มเติมอีกด้วย เช่น จำเลยได้ทำละเมิดโดยมีคำแนะนำทางกฎหมายประกอบครบหรือไม่ ในการทำละเมิดของจำเลยนั้นเพื่อมุ่งค้าหากำไร หรือมีองค์ประกอบอื่นรวมอยู่ด้วย⁶²

ค. บัญชีกำไร (Account of Profit) ของผู้ทำละเมิด

กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศอังกฤษอนุญาตให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายโดยการคำนวณจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดแนวคิดเรื่องการเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นจากหลักความยุติธรรม (Equity) ของระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีต้นกำเนิดของการเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นมาจาก Court of Chancery⁶³ ซึ่งวางแนวทางให้การเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดเป็นทางเลือกหนึ่งของผู้เสียหายนอกเหนือจากการเรียกค่าเสียหายกรณีทั่วไป เมื่อผู้เสียหายเลือกที่จะได้รับค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนจากบัญชีกำไรของจำเลย ผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายกรณีทั่วไปอีก ในทางกลับกัน หากผู้เสียหายเลือกที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายของตนจากค่าเสียหายกรณีทั่วไป ผู้เสียหายมีอาจเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดได้อีก ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (double compensation) และเลี่ยงการทำให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบซ้ำซ้อน (double liability)⁶⁴ การเรียกค่าเสียหายโดยใช้วิธีการคำนวณจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นอาจจะเป็นทางเลือกที่ดีทางหนึ่งของผู้เสียหาย หากว่าการคำนวณค่าเสียหายทั่วไปทำได้ยากหรือหากทำได้ก็จะก่อความเสียหายและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ของผู้เสียหายมากเกินไป

⁶⁰ Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, p. 1027

⁶¹ David Brinbride, *Intellectual Property*, p. 133

⁶² Lionel Bently & Brad Sherwan, *Intellectual Property Law*, p. 1027

⁶³ Ibid., p. 1028

⁶⁴ Ibid., p. 1028

ประเด็นที่น่าสนใจประการหนึ่งก็คือ การที่ผู้เสียหายจะเลือกวิธีการเยียวยาความเสียหายของตนจากค่าเสียหายทั่วไปและบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น ผู้เสียหายควรจะเลือกเมื่อใด ในกรณีนี้ศาลของประเทศอังกฤษในคดี *Island Records v. Tring International* [1995] FSR 560 และ คดี *Brigger v. Medicaid* [1996] FSR 362, 364⁶⁵ ได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่าผู้เสียหายมีสิทธิในการที่จะเลือกวิธีการเยียวยาความเสียหาย ณ เวลาใดๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา โดยโจทก์ต้องแจ้งให้ศาลทราบว่าตนจะเลือกรับค่าเสียหายตามจริงหรือจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิด

การคำนวณบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดอย่างง่ายสามารถทำได้ดังนี้ เช่น นาย A ได้ทำละเมิดงานแผ่นบันทึกเสียงงานหนึ่งโดยได้ทำชิ้นงานดังกล่าวเป็นจำนวน 2,000 สำเนา และได้ขายสำเนาของงานดังกล่าวไปในมูลค่าสำเนาละ 4 ปอนด์ ทั้งนี้ต้นทุนการทำซ้ำของนาย A มีมูลค่า 3,750 ปอนด์ บัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดจะเป็นดังนี้⁶⁶

	ปอนด์
รายได้ของนาย ก. :	2 0 0 0 x 4 = 8,000.00
ค่าใช้จ่าย :	3,750.00
กำไร :	4,250.00

ดังนั้น บัญชีกำไรของนาย ก. ผู้ทำละเมิดจะเป็นมูลค่า 4,250 ปอนด์ ซึ่งผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับโดยที่มูลค่า 4,250 ปอนด์ ซึ่งเป็นผลกำไรของนาย ก. ผู้ทำละเมิดนั้นอาจจะ เป็นมูลค่าที่สูงกว่าหรือต่ำกว่ามูลค่าของค่าเสียหายทั่วไปก็ได้

ปัญหาสำคัญที่อาจจะเกิดขึ้นก็คือ หากกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นมี องค์ประกอบอื่นรวมอยู่ไม่เฉพาะงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ศาลจะพิจารณาในประเด็นนี้อย่างไร ศาลคงจะต้องพยายามที่จะพิจารณาว่าส่วนใดของผลกำไรที่เกิดขึ้นหรือได้รับจากการทำละเมิดงานอันมี ลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ในคดี *My Kindy Town v. Soll* [1983] RPG 15⁶⁷ ศาลของประเทศอังกฤษได้ พิจารณาโดยเปรียบเทียบผลกำไรของจำเลยซึ่งได้กระทำจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยให้สมมุติว่ากำไรของ จำเลยจะเป็นมูลค่าเท่าใดหากจำเลยทำขึ้นโดยมิได้ละเมิดลิขสิทธิ์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 ศาลในคดี

⁶⁵ Ibid., p. 1028

⁶⁶ David Bainbride, *Intellectual Property*, p. 132

⁶⁷ Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, p. 1029

Potton v. Yorkcross [1990] FSR 11⁶⁸ ได้ปรับแนวทางการพิจารณาใหม่โดยพิจารณาจัดสรรผลกำไรของจำเลยออกเป็นส่วนๆ เพื่อให้ทราบว่ากำไรส่วนใดเกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการกระทำอันเป็นละเมิดและกำไร ส่วนใดมิใช่กำไรที่เป็นผลหรือเกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นละเมิด ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับในศาลของคดีต่อ ๆ มา ในการคำนวณบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น ศาลจะพิจารณาหักลดรายได้อของผู้ทำละเมิดโดยใช้ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าบรรจุกัมมันต์ ค่าขนส่ง ค่าแรงงาน ค่าจัดทำสำนักงาน⁶⁹ เป็นองค์ประกอบในการพิจารณา ดังนั้นหากในการหากำไรจากงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นประกอบได้ด้วยห้าขั้นตอน กำไรของมูลค่า 1 ใน 5 ของมูลค่ากำไรรวมจะได้รับการพิจารณาเป็นบัญชีกำไรซึ่งศาลจะมีคำสั่งให้ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับ⁷⁰ ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวกับค่าเสียหายจากบัญชีกำไรก็คือ ผู้เสียหายไม่มีสิทธิคำนวณดอกเบี้ยบนบัญชีกำไรที่ศาลสั่งให้โจทก์มีสิทธิได้รับจากจำเลย⁷¹

4.2.1.2 ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee)

มาตรา 101 และมาตรา 102 ของ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

มาตรา 101⁷² บัญญัติว่า

"(1) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวมีสิทธิเช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายในเรื่องต่างๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเว้นแต่ว่าสิทธิดังกล่าวนั้นจะขัดกับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

(2) สิทธิดังกล่าวสามารถดำเนินการได้พร้อมๆ กับเจ้าของลิขสิทธิ์โดยการให้สิทธินั้นให้อ้างอิงเช่นเดียวกับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ

(3) ในการดำเนินคดีของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนั้น จำเลยในคดีอาจกล่าวอ้างได้ว่าคดีดังกล่าวไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดได้ถูกดำเนินคดีแล้วโดยเจ้าของลิขสิทธิ์"

⁶⁸ Ibid., p. 1029

⁶⁹ David Bainbride, *Intellectual Property*, p. 132

⁷⁰ Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, p. 1029

⁷¹ Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, *Copinger and Skone James on Copyright volume 1*, 14th edition, (London: Sweet & Maxwell, 1991), p. 1063

⁷² โปรดดูด้วยบทภาษาอังกฤษของมาตราในภาคผนวก

มาตรา 102⁷³ บัญญัติว่า

"(1) ในการดำเนินคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ควบคู่กันไประหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์หรือโดยผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งเกี่ยวข้อง (ทั้งหมดหรือบางส่วน) กับการละเมิดนั้น จะกระทำมิได้, โดยปราศจากการอนุญาตของศาล, เว้นแต่ว่าอีกฝ่ายจะเข้าเป็นโจทก์หรือจำเลยร่วมในคดี

(2) ในการดำเนินคดีนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ที่ต้องถูกเพิ่มเติมเป็นจำเลยร่วมตามที่ได้บัญญัติไว้ใน (1) ข้างต้น ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดีเว้นแต่ว่าเข้าได้ดำเนินคดีด้วย

(3) บทบัญญัติข้างต้นนั้นไม่กระทบต่อการให้การเยียวยาโดยเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวโดยลำพัง

(4) ถ้าการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นกระทำควบคู่กันไปโดยเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว:

(ก) ศาลจะประเมินค่าเสียหายโดยพิจารณา

(i) ระยะเวลาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และ

(ii) การเยียวยาเป็นตัวเงินใด ๆ ซึ่งโดยได้มีคำสั่ง

ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อนแล้ว

(ข) การเปิดเผยบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดจะทำได้หากศาลเคยมีคำสั่งให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับค่าเสียหายทั่วไป หรือโดยมีการเปิดเผยบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดแล้ว

(ค) ในกรณีที่มีการเปิดเผยบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดแล้ว ศาลอาจจะอนุญาตให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับก็ได้หากศาลว่าจะเป็นการยุติธรรม โดยศาลจะพิจารณาแบ่งส่วนเงินกำไรระหว่างกัน"

ใน The Copyright, Designs and Patents Act, 1988 มีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็ได้รับอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายจากการกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของตนได้เช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ จากตัวบทภาษาอังกฤษของมาตรา 101 นี้แสดงให้เห็นว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นจะต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

⁷³ โปรดดูตัวบทภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

(Exclusive Licensee) เท่านั้น รายละเอียดในการเรียกค่าเสียหายของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวมีดังนี้

ก. ประเภทของค่าเสียหายของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวสามารถเรียกได้

ค่าเสียหายที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวสามารถเรียกจากผู้ทำละเมิดได้นั้นคือ ค่าเสียหายทุกประเภทที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกได้จากผู้ทำละเมิด

ข. ข้อสังเกตในการได้รับค่าเสียหายของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

ข.1 การใช้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวจะทำได้ก็ต่อเมื่อการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นได้กระทำโดยชอบแล้ว ทั้งนี้ การใช้สิทธิดังกล่าวต้องไม่ขัดกับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

ข.2 จำเลยสามารถยกประเด็นต่างๆ ที่ปรากฏในคำฟ้องของเจ้าของลิขสิทธิ์มาใช้ได้แย้งกับประเด็นที่ปรากฏในคำฟ้องของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

ข.3 ในการประเมินความเสียหายเพื่อกำหนดมูลค่าของความเสียหายนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลพิจารณาสืบต่อไปนี้

- ระยะเวลาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และ
- การเสียหายที่เป็นตัวเงิน ซึ่งเคยได้สั่งให้เจ้าของ

ลิขสิทธิ์ได้รับแล้ว

ข.4 ถ้าศาลเคยได้มีคำสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายทั่วไปแล้ว ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวจะเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดไม่ได้

ข.5 หากศาลเคยมีคำสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดแล้ว เมื่อศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวได้รับค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิด ศาลจะต้องแบ่งส่วนกำไรนั้นระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามแต่ศาลจะเห็นสมควร ทั้งนี้ ต้องขึ้นอยู่กับข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใดๆ ที่ทำขึ้นระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวด้วย

4.2.2 การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

จากบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับจากผู้ทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ (1) ค่าเสียหายแท้จริง และ (2) บัญชีกำไรของผู้ทำละเมิด ผู้เสียหายจะมีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพียงประเภทใดประเภทหนึ่งโดยที่ผู้เสียหายจะเป็นผู้มีสิทธิเลือกว่าจะรับการชดเชยความเสียหายจากค่าเสียหายประเภทใด ณ เวลาใดๆ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาในคดี ก่อนที่ผู้เสียหายจะเลือกรับค่าเสียหายประเภทใด ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะพิจารณาและตรวจสอบเอกสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้ข้อมูลที่จำเป็นและสำคัญเพียงพอที่จะทำให้ผู้เสียหายสามารถตัดสินเลือกประเภทของค่าเสียหายที่ตนควรจะได้รับ อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องได้ข้อมูลถึงขนาดที่ทำให้ทราบถึงมูลค่าที่แน่นอนของค่าเสียหาย⁷⁴ หากผู้เสียหายเลือกจะรับค่าเสียหายแท้จริง ผู้เสียหายยังมีสิทธิขอให้ศาลสั่งให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายเพิ่มเติม (additional damages) ให้แก่ตนได้หากข้อเท็จจริงแห่งคดีปรากฏว่าผู้ทำละเมิดนั้นกระทำความผิดลิขสิทธิ์เป็นที่ชัดแจ้งและมีผลประโยชน์ใดๆ เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่างๆ ให้แก่ผู้เสียหาย หลักเกณฑ์และแนวทางที่ศาลในประเทศไทยนำมาใช้พิจารณามีดังนี้

4.2.2.1 ค่าเสียหายตามจริงและค่าเสียหายเพิ่มเติม

ก. ค่าเสียหายตามจริง

ศาลของประเทศไทยเห็นว่า การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำละเมิดในกรณีทั่วไป กล่าวคือ การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นโดยมิชอบ ดังนั้นในการพิสูจน์มูลค่าของค่าเสียหายที่เกี่ยวข้อง โจทก์ในฐานะผู้เสียหายจะต้องนำเสนอถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและผลเสียหายที่เกิดขึ้นกับตน (causation) อีกทั้งโจทก์จะต้องนำเสนอถึงการคาดเห็นของจำเลย (foreseeability) ถึงความเสียหายจากการกระทำของตนที่อาจเกิดขึ้นกับโจทก์ด้วย⁷⁵ โจทก์มีหน้าที่ในการนำเสนอให้เห็นถึงผลร้ายที่ตนได้รับจากการกระทำของจำเลย การนำเสนอของโจทก์ดังกล่าวนั้นจะเป็นการช่วยให้ศาลพิจารณาว่าจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยวิธีการใด ในคดี Work Model Enterprises Ltd. v. Ecosystem Ltd. & Clix Interiors Ltd. [1996] F.S.R. 356⁷⁶ โจทก์ในคดีนี้นำเสนอได้ความว่า จำเลยได้นำแผ่นพับที่สร้างขึ้นจากการทำซ้ำงานของโจทก์ไปเผยแพร่เพื่อการขายสินค้าของจำเลยเองโดย

⁷⁴ Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, *Copinger and Skone James on Copyright volume 1*, p. 1054

⁷⁵ Ibid., p. 1057

⁷⁶ Ibid., p. 1057

ผลิตภัณฑ์ของจำเลยเป็นผลิตภัณฑ์ที่ก่อให้เกิดการแข่งขันกับสินค้าของโจทก์โดยตรงซึ่งทำให้โจทก์ต้องเสียหาย ศาลในคดีนี้เห็นว่าความเสียหายของโจทก์เกิดขึ้นจากการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไม่ใช่เพราะการทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ศาลจึงประเมินมูลค่าของความเสียหายจากกรณีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมิใช่ประเมินมูลค่าความเสียหายจากประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายของประเทศอังกฤษมิได้อนุญาตโดยอัตโนมัติว่าหากโจทก์นำสืบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ได้แล้ว โจทก์ต้องได้รับค่าเสียหายในกรณีนั้นตามที่ตนร้องขอ โจทก์ยังมีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนด้วย การนำสืบถึงจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายดังกล่าว ศาลอนุญาตให้โจทก์นำสืบได้เพียงจำนวนโดยประมาณ (approximation) โดยมีต้องนำสืบให้เห็นถึงจำนวนที่แน่นอน (certainty) นอกจากนี้องค์ประกอบสำคัญที่ศาลจะใช้พิจารณาว่าโจทก์จะได้รับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าในเวลาที่มีการทำละเมิดนั้นจำเลยรู้หรือไม่ว่าตนได้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น หากปรากฏว่า ณ เวลาที่มีการทำละเมิดนั้น จำเลยไม่รู้หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจำเลยไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่น โจทก์ก็จะไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายตามจริง⁷⁷ ในกรณีที่ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยรู้หรือไม่ว่าการกระทำของตนเป็นการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงของคดี เช่น ธุรกิจของโจทก์ ชื่อเสียงของโจทก์ที่ปรากฏต่อสาธารณะหรือชื่อของโจทก์ที่ปรากฏในสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์เป็นต้น⁷⁸ เมื่อปรากฏว่า โจทก์ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดของจำเลยโดยที่จำเลยรู้หรือมีเหตุที่เชื่อได้ว่าจำเลยรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ต่อโจทก์ ศาลจะพิจารณาและประเมินมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ควรจะได้รับก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนเท่าใดนั้น ศาลจะพิจารณาความสามารถในการชำระค่าเสียหายของจำเลยประกอบด้วย โดยศาลจะพิจารณาสถานะทางการเงินของจำเลยเป็นสำคัญ⁷⁹ ในกรณีที่ข้อเท็จจริงจากทางการนำสืบปรากฏว่า การทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นส่งผลให้โจทก์ต้องเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียง ศาลจะพิจารณาความเสียหายที่ปรากฏในข้อเท็จจริงประกอบเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่โจทก์ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงด้วย

โดยทั่วไปวิธีการที่ศาลใช้ในการประเมินมูลค่าความเสียหายตามจริงซึ่งผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายตามจริงเพื่อชดเชยความเสียหายที่ตนได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย นั้นมี 2 วิธีคือ

ก.1 การพิจารณาการสูญเสียกำไรของผู้เสียหาย

⁷⁷ มาตรา 97 (1) แห่ง The Copyright, Designs and Patents Act 1988

⁷⁸ Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, Copinger and Skone James on Copyright volume 1, p. 1018

⁷⁹ Ibid., p. 1028

การประเมินมูลค่าของความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยวิธีการพิจารณาการสูญเสียกำไร (loss of profit) ของผู้เสียหายมักจะกระทำโดยการพิจารณาจากมูลค่าของการขายสินค้าที่ผลิตถูกต้องตามลิขสิทธิ์ที่ลดลงหรือกำไรของโจทก์ที่สูญเสียไปโดยเปรียบเทียบกับกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ก็ย่อมหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้ในจำนวนที่มากกว่าที่โจทก์ได้รับเมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น วิธีการประเมินมูลค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการพิจารณาการสูญเสียกำไรของผู้เสียหายมักจะใช้กับกรณีที่ผู้เสียหายไม่เคยอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาก่อน และ/หรือในกรณีที่มีการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้เสียหายและผู้ทำละเมิด⁸⁰ ศาลในประเทศอังกฤษยอมรับให้โจทก์สามารถนำสืบถึงค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไรเป็นจำนวนหรือมูลค่าโดยประมาณหรือจำนวนที่ควรจะเป็นโดยไม่จำเป็นต้องนำสืบให้ได้ถึงจำนวนที่แน่นอน (certainty) และถูกต้อง (accuracy)⁸¹

ก.2 การพิจารณาเกณฑ์ค่าสิทธิ

ในเบื้องต้น เมื่อศาลในประเทศอังกฤษจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะพิจารณาการทำละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้ลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายเสื่อมมูลค่าลงอย่างไรและแค่ไหน⁸² ในการพิจารณาดังกล่าว ศาลจะพิจารณาจากการขาดรายได้ที่โจทก์อาจได้รับในรูปค่าสิทธิที่ผู้เสียหายควรจะได้รับ หลักการสำคัญประการแรกที่ศาลใช้ในการพิจารณาประเมินมูลค่าของค่าเสียหายจากเกณฑ์ค่าสิทธิก็คือ ผู้เสียหายเคยได้อนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนหรือไม่ โดยทั่วไป หลักสำคัญที่ปรากฏในคำพิพากษาในคดีต่างๆ ก็คือศาลในคดีเหล่านั้นเห็นว่าหากผู้เสียหายเคยได้อนุญาตให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแล้ว ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ควรจะเป็นจำนวนเท่ากับค่าธรรมเนียมการใช้งานที่เป็นธรรมหรือค่าสิทธิที่จำเลยควรจะต้องจ่ายให้แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ตนได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์ไม่เคยอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาก่อนและไม่มีวิธีการใดที่เหมาะสมในการประเมินมูลค่าของค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้กำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนค่าสิทธิเล็กน้อยให้แก่โจทก์ในฐานะผู้เสียหายก็ได้⁸³

ข. ค่าเสียหายเพิ่มเติม

⁸⁰ Ibid., p. 1056

⁸¹ Ibid., p. 1055

⁸² Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, p. 1024

⁸³ Ibid., p. 1056

หากผู้เสียหายเลือกที่จะได้รับการเยียวยาค่าเสียหายจากค่าเสียหายตามจริง ผู้เสียหายยังคงมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากค่าเสียหายเพิ่มเติมได้อีกด้วย หากว่าข้อเท็จจริงปรากฏว่า การกระทำลิดขลิบสิทธิ์ของจำเลยนั้นเป็นที่ชัดแจ้งและมีผลประโยชน์ใดๆ เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ในการพิจารณาว่าจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่โจทก์หรือไม่นั้น ศาลมีอำนาจพิจารณาในเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะ โดยนอกจากองค์ประกอบสำคัญข้างต้น ศาลจะพิจารณาอีกด้วยว่าค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นการทำให้โจทก์ได้รับความยุติธรรมมากขึ้นหรือไม่⁸⁴ ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่ผู้เสียหายจากการกระทำของจำเลยว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นกระทำโดยการหลอกลวง (deceitful) และ/หรือใช้เล่ห์เพทุบาย (treacherous) เพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์ใดๆ หรือไม่ อีกทั้งจำเลยได้กระทำการใดๆ ให้โจทก์ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่⁸⁵ ศาลจะพิจารณา คำว่า “หลอกลวง (deceitful)” จากเจตนาของผู้ทำละเมิด โดยถือว่าการจงใจกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของการหลอกลวงด้วย นอกจากนี้หลักเกณฑ์ข้างต้น ศาลจะพิจารณาต่อไปอีกว่า จำเลยยังมีผลประโยชน์ทางการเงิน (pecuniary advantage) ส่วนเกินหลังจากที่จำเลยได้จ่ายเสียหายให้โจทก์แล้ว (surplus after damages) หรือไม่ ศาลในคดี ZYX Music GmbH v. Chris King & Other [1995] F.S.R. 566 ได้วางหลักเกณฑ์พิจารณาค่าเสียหายเพิ่มเติมไว้ โดยศาลได้พิจารณาจากการกระทำโดยทั่วไปของจำเลย แรงจูงใจในการกระทำ พฤติกรรมของโจทก์ในการตอบโต้การกระทำของจำเลยและความรู้สึกของจำเลยในการกระทำละเมิดต่องานของโจทก์

ศาลจะสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมเมื่อค่าเสียหายในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายของโจทก์และค่าเสียหายเพิ่มเติมดังกล่าวต้องไม่ไกลกว่าเหตุ (not too remote) ศาลจะไม่อนุญาตให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การทำละเมิดของจำเลยเป็นเพียงการลอกแบบหรือดัดแปลงงานของโจทก์ โดยที่จำเลยไม่ได้กระทำการใดๆ ให้กระทบต่อชื่อเสียงของโจทก์หรือไม่ได้มุ่งคำหากำไรจากงานที่ละเมิดนั้น หรือในกรณีที่จำเลยไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁸⁶

4.2.2.2 บัญชีกำไร (account of profit)

วิธีการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ประการหนึ่งก็คือ การพิจารณาบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิด โดยที่ผลกำไรของผู้ทำละเมิดที่จะนำมาใช้พิจารณาต้องเป็นกำไรสุทธิ

⁸⁴ มาตรา 97(1) แห่ง The Copyrights, Designs and Patents Act 1988

⁸⁵ Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, *Copinger and Skone James on Copyright* volume 1, p. 1060

⁸⁶ มาตรา 97(2) แห่ง The Copyrights, Designs and Patents Act 1988

ของผู้ทำละเมิด⁸⁷ กล่าวคือผลกำไรนั้นได้หักต้นทุนใดๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว ศาลจะเลือกใช้วิธีการคำนวณบัญชีกำไรของจำเลยหรือไม่ขึ้นอยู่กับโจทก์ กล่าวคือโจทก์ต้องเป็นผู้เลือกว่าตนจะรับการเยียวยาความเสียหายโดยค่าเสียหายตามจริงหรือบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดและต้องแจ้งให้ศาลทราบถึงวิธีการของค่าเสียหายที่ตนต้องการจะได้รับ อย่างไรก็ตาม ศาลจะไม่พิจารณาวิธีการบัญชีกำไรของจำเลยหากว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นเป็นการกระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ แต่ศาลจะไม่ปฏิเสธในการพิจารณาบัญชีกำไรของจำเลยเพียงเพราะว่าค่าเสียหายตามจริงนั้นเป็นการเยียวยาผู้เสียหายที่เพียงพอแล้ว⁸⁸ ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากบัญชีกำไร ศาลจะยึดหลักว่า จำเลยไม่สมควรที่จะได้รับผลประโยชน์ใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ วัตถุประสงค์สำคัญของการคำนวณค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของจำเลยก็คือ ผลกำไรของจำเลยที่โจทก์อาจมีสิทธิได้รับจะต้องไม่เป็นการลงโทษจำเลย วัตถุประสงค์สำคัญนี้ทำให้ศาลอนุญาตให้จำเลยนำสืบเพื่อแยกส่วนกำไรของตนได้กล่าวคือหากว่าจำเลยได้กระทำการใดๆ ที่เป็นการเพิ่มมูลค่าให้แก่งานที่สร้างขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยมีสิทธิที่จะแสดงให้ศาลเห็นและขอแยกส่วน (apportionment) ออกมาได้เพื่อให้เหลือเฉพาะผลกำไรแท้จริงที่จำเลยได้รับจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของตน เช่น หากจำเลยเป็นองค์กรที่ทำธุรกิจหลายประเภท จำเลยจะต้องขอให้การพิจารณาแยกแยะส่วนกำไร หากจำเลยไม่กระทำดังกล่าวศาลจะพิจารณากำไรทั้งหมดของจำเลยโดยไม่แยกส่วนกำไรให้ บัญชีกำไรที่จะใช้พิจารณาในกรณีนี้ไม่รวมไปถึงส่วนใดๆ ที่ไม่อาจแสดงหรือจำแนกให้เห็นเป็นผลกำไรได้ เช่น ระดับการขายสินค้าในตลาด (market ranking)

ในการนำสืบพิสูจน์ถึงค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของจำเลย โจทก์สามารถที่จะตรวจสอบบัญชีกำไรของจำเลย โดยขอให้ศาลสั่งให้จำเลยนำส่งเอกสารใดๆ ที่แสดงให้เห็นถึงจำนวนยอดขาย ต้นทุนของจำเลย นอกจากนี้หากจำเลยเห็นว่าผลกำไรทั้งหมดของตนต้องมีการแยกส่วนเพราะกำไรทั้งหมดนั้นมีค่าใช้จ่ายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว จำเลยต้องขอให้ศาลมีคำสั่งแยกส่วนกำไรดังกล่าวด้วย หากจำเลยไม่ได้กระทำหรือกระทำแล้วแต่ไม่อาจพิสูจน์และแยกแยะดังกล่าวได้ ศาลจะถือว่ากำไรทั้งหมดเป็นผลกำไรที่ได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และอาจสั่งให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายจากผลกำไรทั้งหมดดังกล่าว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยไม่มีกำไรจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ศาลก็จะไม่สั่งให้โจทก์ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากบัญชีกำไรให้แก่โจทก์โดยที่ในกรณีนี้ โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายจากค่าเสียหายตามจริงได้

⁸⁷ Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, *Copinger and Skone James on Copyright* volume 1, p. 1062

⁸⁸ Ibid., p. 1062

4.3 ประเทศเยอรมันนี

เป็นที่ทราบกันเป็นอย่างดีแล้วว่า รากฐานสำคัญของระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันนี ซึ่งเป็นแม่แบบของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย การพิจารณาและกำหนดค่าเสียหายของศาลของประเทศเยอรมันนีในกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีแนวคิดเช่นเดียวกับการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดทั่วไป กล่าวคือ ค่าเสียหายจะใช้เป็นเครื่องมือชนิดหนึ่งในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดให้ได้รับการชดใช้และให้อยู่ในสถานะดีดังเดิม ในปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับของประเทศเยอรมันนีนั้นคือ Urheberrechtsgesetz, UrhG 1965

แม้ว่าแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายของกฎหมายเยอรมันนี จะมุ่งเน้นในการชดใช้และเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนีนี้นั้นยังคงให้ความสำคัญกับแนวคิดสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นคือ การที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจและมีผลประโยชน์ทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นเพื่อเป็นการสร้างคุณธรรมและช่วยเหลือให้ผู้เสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้ได้รับการเยียวยาชดใช้อย่างยุติธรรม ศาลในประเทศเยอรมันนีจึงนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับลากมิกวอร์ได้มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

4.3.1 ประเภทของค่าเสียหาย

ภายใต้บทบัญญัติของ UrhG ค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้ UrhG นั้นมีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 97 นอกจากค่าเสียหายทางแพ่งนี้แล้ว UrhG ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิและค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความในมาตรา 104 อีกด้วย

มาตรา 97⁸⁹ ของ UrhG นั้นเป็นบทบัญญัติสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมาตรา 97 ดังกล่าวมีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา 97 : การดำเนินการสำหรับการระงับความผิดและค่าเสียหาย

(1) ในกรณีที่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิอันที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายนี้ คู่ความฝ่ายที่เสียหายอาจยื่นฟ้องเพื่อแก้ไขความเสียหายนั้น โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้กระทำผิดให้หยุดและระงับการกระทำดังกล่าว หากการกระทำจะเป็นความเสียหายต่อสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกละเมิด ถ้าการทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็เรียกค่าเสียหายได้ด้วย ในการเรียก

⁸⁹ โปรดดูด้วยบทภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

ค่าเสียหายคู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเรียกเอาผลกำไรซึ่งผู้ทำละเมิดได้รับมาจากการทำละเมิด พร้อมทั้งการคิดบัญชีซึ่งมีรายละเอียดแสดงผลกำไรนั้น

(2) นักประพันธ์รวมไปถึงงานวรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ (มาตรา 70) ช่างภาพ (มาตรา 72) และนักแสดง (มาตรา 73) อาจได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเกิดด้วยความจงใจหรือเป็นผลจากการประมาทเลินเล่อ นั้น แม้ว่า จะไม่มี ความเสียหายที่คิดเป็นตัวเงินได้เกิดขึ้น

(3) สิทธิต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ไม่ถูกระทบหรือทำให้เสียไป”

จากบทบัญญัติของมาตรา 97 ข้างต้น จะเห็นว่าในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น องค์ประกอบความรับผิดที่สำคัญคือ ผู้กระทำละเมิดต้องกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม มาตรา 97 มิได้กำหนดลักษณะของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายอาจจะเรียกจากผู้กระทำละเมิดได้ ดังนั้น ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ศาลของประเทศเยอรมันจะใช้หลักของการพิจารณาคดีละเมิดทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ นั่นก็คือ ศาลจะใช้หลักในมาตรา 249 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁹⁰

ตามหลักและแนวคิดของมาตรา 249 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันดังกล่าวสามารถสรุปได้โดยย่อคือ การเยียวยาความเสียหายภายใต้กฎหมายเยอรมันนั้นมีวัตถุประสงค์สำคัญคือ การทำให้ผู้เสียหายนั้นกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่ผู้เสียหายจะถูกทำละเมิด นอกนี้ค่าเสียหายนั้นควรเป็นค่าเสียหายเพื่อการชดเชยค่าสูญเสียผลประโยชน์ต่างๆ ที่ควรจะได้รับเช่นเดียวกับค่าเสียหายอย่างอื่น ๆ ผลประโยชน์หรือผลกำไรซึ่งได้สูญเสียไป ดังนั้น วิธีการคำนวณค่าเสียหายจึงสามารถทำได้โดยการเปรียบเทียบมูลค่าทางการเงินของทรัพย์สินในกรณีที่มีได้ถูกระทำละเมิดเทียบกับกรณีทรัพย์สินนั้นถูกระทำละเมิด ส่วนต่าง (difference) ที่เกิดขึ้นจะถือเป็นมูลค่าของความเสียหายที่ผู้เสียหายควรที่จะมีสิทธิได้รับ ผลจากการใช้หลักในมาตรา 249 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกับการคำนวณค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นได้ทั้งค่าเสียหายตามจริง (actual loss) และค่าเสียกำไร (loss of profits)

นอกจากที่ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยใช้วิธีการตามกฎหมายละเมิดทั่วไปแล้ว ผู้เสียหายยังอาจเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรซึ่งผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้ โดยหลักการนี้มีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับหลักบัญญัติกำไรของกฎหมายลิขสิทธิ์

⁹⁰ Pual Goldstein, *International Intellectual Property: Cases and Materials*, (New York: Foundation Press, 2001), p. 256

ของประเทศอังกฤษ ในการเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนี้ โจทก์ต้องแสดงรายละเอียดและวิธีการคำนวณผลกำไรนั้นด้วย

4.3.2 การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

เนื่องจากเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปรวมถึงในประเทศเยอรมันนี้แล้วว่า ลิขสิทธิ์นั้นย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของบุคคลผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นด้วย ดังนั้น นอกจากการคำนวณค่าเสียหายตามจริงหรือค่าเสียหายการการสูญเสียกำไรดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น ศาลของประเทศเยอรมันนี้มีวิธีต่างๆ ในการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วยดังปรากฏรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.2.1 การคำนวณค่าเสียหายจากการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing)

วิธีการคำนวณค่าเสียหายตามวิธีนี้สามารถทำได้บนสมมุติฐานที่ว่า มูลค่าของการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นได้แสดงให้เห็นถึงมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย กล่าวคือ ผู้ทำละเมิดไม่ควรจะอยู่ในสถานะที่ดีกว่าบุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายและผู้ทำละเมิดไม่อาจที่จะกำหนดมูลค่าของการใช้สิทธิและในขณะเดียวกันไม่อาจที่จะโต้เถียงว่า การใช้สิทธินั้นไม่ก่อให้เกิดมูลค่าใดๆ แก่เจ้าของลิขสิทธิ์⁹¹ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการคำนวณโดยวิธีการวิเคราะห์การอนุญาตให้ใช้สิทธินี้จะคำนวณจากหลักความยุติธรรม (equitable principle)⁹² เช่น หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมโดยการนำเนื้อหาในงานนั้นออกเผยแพร่โดยมิได้รับอนุญาต การเผยแพร่ดังกล่าวอาจมิได้ส่งผลกระทบต่อยอดขายของงานวรรณกรรมนั้นและในทางตรงกันข้ามอาจถือได้ว่าเป็นการโฆษณาในงานนั้นอีกทางหนึ่งด้วย ค่าเสียหายในกรณีนี้จึงไม่ควรจะมีมูลค่าสูงจนเกินไป⁹³ นอกจากการนำหลักความยุติธรรมมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาเพื่อคำนวณมูลค่าของความเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว การคำนวณค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยอาศัยเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธินี้ยังเป็นเครื่องมือสำคัญในการคำนวณอีกด้วย การใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเครื่องมือในการคำนวณนั้นมีหลักสำคัญอยู่บนพื้นฐานที่ว่า อะไรคือข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยชอบอีกด้วย นอกจากนี้ ศาลของประเทศเยอรมันนี้ได้จำแนกความแตกต่างระหว่างค่าสิทธิในกรณีที่มีผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายต้องชำระกับค่าสิทธิที่ผู้ทำละเมิดต้องชำระให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะเป็นค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ผลจากการจำแนกความแตกต่างทำให้ค่าสิทธิที่ผู้ทำละเมิดต้องชำระให้แก่ผู้เสียหายในฐานะที่เป็นค่าเสียหายนั้นมีมูลค่าสูงกว่าค่าสิทธิที่ผู้

⁹¹ Ibid., p. 257

⁹² Stephen M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, (London: Butterworths Co., 1983), p. 396

⁹³ Ibid., p. 396

ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายต้องชำระ และในกรณีที่ผู้ทำละเมิดได้รับผลกำไรหรือมีเงินได้จากการขายหรือหาประโยชน์อื่น ๆ จากสินค้าที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิด ค่าเสียหายโดยการคำนวณจากหลักเกณฑ์ค่าสิทธิจะมีมูลค่าที่สูงขึ้นด้วย คดี Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349 – NJW 58, 827 เป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการนำเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิมาใช้ในการประเมินมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื้อหาสาระสำคัญของคดีมีดังนี้

โจทก์เป็นนักกระโดดสูง จำเลยเป็นผู้ผลิตเวชภัณฑ์ประเภทยารักษาโรค จำเลยทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์โดยการนำภาพถ่ายของโจทก์ไปทำประกาศโฆษณาของตน โจทก์ร้องขอต่อศาลชั้นต้นให้มีคำสั่งให้ตนได้รับค่าเสียหายจากการละเมิดของจำเลยเป็นมูลค่า 15,000 ดอยช์มาร์คเป็นอย่างน้อย ศาลชั้นต้นกำหนดให้จำเลยต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นจำนวนเพียง 1,000 ดอยช์มาร์ค ในขณะที่ศาลอุทธรณ์กำหนดให้จำเลยต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นจำนวน 10,000 ดอยช์มาร์ค ศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐเห็นว่าคำสั่งตัดสินของศาลอุทธรณ์นั้นชอบแล้ว โดยศาลสูงเห็นว่าการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยใช้เกณฑ์ค่าสิทธิเป็นหลักในการพิจารณานั้นเหมาะสมกับคดี เพราะข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า โจทก์มิได้มีความเสียหายทางการเงินอันเกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ การประเมินค่าเสียหายโดยวิธีการคำนวณค่าเสียหายตามจริง (การขาดกำไร) จึงเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสม เพราะการกระทำของจำเลยไม่ได้ทำให้โจทก์สูญเสียกำไรใดๆ นอกจากนี้ การประเมินค่าเสียหายโดยวิธีการภายใต้กฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjustified enrichment) ก็เป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสมเพราะโจทก์มิได้มีความเสียหายทางการเงิน ศาลเห็นว่าสิ่งที่โจทก์ต้องเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยก็คือโจทก์ต้องสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้รับหากได้อนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิอย่างถูกต้อง ดังนั้นค่าเสียหายในคดีนี้จึงควรเป็นค่าเสียหายจากการได้รับค่าสิทธิจากจำเลย ในการประเมินค่าเสียหายจากเกณฑ์ค่าสิทธิให้แก่โจทก์ในคดี ศาลเห็นว่าค่าสิทธิที่เหมาะสมสำหรับกรณีควรพิจารณาจากธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน โดยศาลเห็นว่าค่าสิทธิมูลค่า 10,000 ดอยช์มาร์คนั้นเหมาะสมแล้วสำหรับกรณี

4.3.2.2 การส่งมอบผลกำไรของผู้ทำละเมิดให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์

การคำนวณค่าเสียหายประเภทนี้คือ การคำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั่นเอง แนวคิดสำคัญสำหรับการคำนวณค่าเสียหายในกรณีนี้ก็คือ ผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้น ควรเป็นผลกำไรของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ควรจะได้ หากว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น การคำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น มีข้อกำหนดหรือบทบัญญัติที่ชัดเจนไว้ในมาตรา 97 (1) ของ UrhG ด้วย ในทางทฤษฎีนั้น การคำนวณหาผลกำไรของผู้ทำละเมิดเพื่อใช้กำหนดเป็นค่าเสียหายนั้น อาจจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นอย่างดี แต่ข้อกังวลที่สำคัญก็คือ การคำนวณผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นไม่อาจกระทำได้ง่ายกล่าวคือ ในการผลิตสินค้าซึ่ง

เป็นผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมิได้ประกอบด้วยการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว ต้นทุนของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยแท้ เช่น ค่าแรงงาน ค่าเครื่องมือและอุปกรณ์ ก็เป็นส่วนประกอบหนึ่งที่สร้างผลกำไรให้แก่ผู้ทำละเมิด แม้ว่า UrhG จะอนุญาตให้โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากกำไรของผู้ทำละเมิดเช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ แต่ความแตกต่างที่ปรากฏก็คือ เมื่อผู้เสียหายนำส่งผลกำไรและรายละเอียดของผลกำไรนั้นให้แก่ศาลแล้วศาลมักจะอนุญาตให้นักบัญชีหรือผู้สอบบัญชีเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องและแยกแยะส่วนกำไรของจำเลย ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องเป็นผู้กระทำดังกล่าว

นอกจากนี้ ในการตรวจสอบผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น อาจสร้างผลกระทบต่อความลับทางธุรกิจของผู้ทำละเมิด ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการเสาะหาความลับทางการค้าของผู้ทำละเมิด ศาลของประเทศเยอรมันนี้ มักจะอนุญาตให้ผู้ทำละเมิดแสดงข้อมูลที่ทำเป็นเพื่อการคำนวณผลกำไรแก่นักบัญชี เพื่อให้ตรวจสอบผลกำไรที่ได้รับจากการกระทำละเมิด โดยที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะสอบถามหรือตรวจสอบจากนักบัญชีเช่นว่านั้นก็ได้อีก โดยทั่วไป ศาลมักจะอนุญาตให้ผู้เสียหายนำส่งผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิดและยังให้สิทธิแก่ผู้ทำละเมิดในอันที่จะนำสืบพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายโดยทั่วไปของธุรกิจซึ่งเป็นต้นทุนของผู้ทำละเมิดโดยแท้และไม่เกี่ยวข้องกับกรกระทำละเมิด

4.3.2.3 ลากมิกควรได้ (Unjust Enrichment)

ในประเทศเยอรมันนี้ หลักของกฎหมายเกี่ยวกับลากมิกควรได้ถูกนำมาใช้เป็นประโยชน์ในการคำนวณค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย โดยที่ศาลในประเทศเยอรมันนี้นำหลักเรื่องลากมิกควรได้มาใช้ในการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ มาใช้ผ่านทางมาตรา 97 (3) ของ UrhG อย่างไรก็ดี ก่อนที่จะได้ศึกษาถึงวิธีการคำนวณของค่าเสียหายโดยการใช้หลักกฎหมายลากมิกควรได้ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะได้กล่าวถึงกฎหมายเรื่องลากมิกควรได้ของประเทศเยอรมันนี้ ซึ่งมีหลักการสำคัญดังนี้

มาตรา 812 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นกฎหมายแม่บทของหลักกฎหมายว่าด้วยลากมิกควรได้ (unjust enrichment – ungerechtfertigte Bereicherung) ของประเทศเยอรมันนี้ โดยมีเนื้อหาสาระที่สำคัญคือ “Article 812 : A person who, through an act performed by another, or in any other manner, acquires something at the expense of the latter without legal ground, is bound to return it to him. He is so bound even if a legal ground originally existing

disappears subsequently, or a result originally intended to be produced by an act of performance done by virtue a juristic act is not produced.”⁹⁴

จากตัวบทข้างต้นจะพบว่า การพิสูจน์ในเรื่องลาภมิควรได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงองค์ประกอบภายในของผู้ได้ลาภเอาไว้ กล่าวคือ ผู้ได้ลาภจะมีเจตนาเช่นใด (ไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ) ไม่ใช่สาระสำคัญ เพียงแต่เข้าองค์ประกอบของกฎหมายก็ถือว่าครบองค์ประกอบของหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้แล้ว องค์ประกอบสำคัญในเรื่องลาภมิควรได้ของกฎหมายเยอรมันมี 3 ประการสำคัญ คือ

- การได้รับบางสิ่งบางอย่าง (acquiring something) กล่าวคือ ผู้ได้ลาภได้รับประโยชน์จากบางสิ่งบางอย่าง กฎหมายเยอรมันถือว่าเพียงแค่ออกาสที่จะได้รับสิทธิใดๆ ก็เป็นการเพียงพอ⁹⁵ สำหรับองค์ประกอบข้อนี้แล้ว

- โดยค่าใช้จ่ายของบุคคลอื่น (at the expense of another) กล่าวคือ ผู้เสียหายได้ใช้จ่ายเพื่อก่อประโยชน์ใดๆ ขึ้นมา โดยบุคคลอื่นนำประโยชน์ที่เกิดขึ้นนั้นมาใช้หรือยึดถือไว้เป็นของตน ซึ่งบุคคลผู้ใช้ประโยชน์หรือได้รับประโยชน์นั้นมิได้เสียค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้นไม่จำเป็นต้องมีมูลค่าหรือปริมาณเท่ากับผลประโยชน์ที่ผู้ได้ลาภได้รับ⁹⁶

- ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ (without legal justification) องค์ประกอบข้อนี้ถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดหรือถือเป็นหัวใจของหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ ทั้งนี้ไม่ใช่เฉพาะกับกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ของประเทศเยอรมันเท่านั้นแต่ยังถือเป็นหลักสำคัญในกฎหมายดังกล่าวของทุกประเทศ การปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้นี้ มีข้อให้พิจารณาที่หลากหลาย เช่น กรณีผู้เยาว์ทำนิติกรรม แต่นิติกรรมนั้นเสียไปเพราะเหตุเป็นโมฆียะ เช่นนี้คู่สัญญาจะต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ได้รับจากสัญญาด้วยเหตุลาภมิควรได้นั้นไม่ถือว่าเป็นการปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้เพราะมีการทำนิติกรรมตามกฎหมายเพียงแต่นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์ การนำหลักลาภมิควรได้มาใช้ในกรณีนี้ถือเป็นเพียงเครื่องมือในการคืนทรัพย์สิน มิใช่เพราะนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นเข้าลักษณะลาภมิควรได้โดยตัวเอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ง่ายในการพิจารณา การปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้คือ การที่ผู้ได้ลาภมิได้มีหนี้หรือสิทธิใดๆ ในการได้รับลาภหรือประโยชน์ใดๆ นั้น

⁹⁴ สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 96

⁹⁵ E.J. Cohn, *Manual of German Law V. 1*, Ibid., p. 151

⁹⁶ Ibid., p. 151

ในการนำหลักกฎหมายเรื่องลามิควรรได้มาใช้กับการคำนวณค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้ทำละเมิดว่า จงใจหรือประมาทเลินเล่อในการทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เมื่อผู้ทำละเมิดได้รับประโยชน์จากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาต หากผู้ทำละเมิดไม่อาจส่งมอบทรัพย์สินหรือสิทธิที่ตนได้ใช้ไปคืนให้แก่ผู้เสียหายได้ ผู้ทำละเมิดจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งโดยทั่วไป ค่าใช้ประโยชน์ดังกล่าวจะปรากฏในรูปของค่าสิทธิ (โดยวิธีการคำนวณเดียวกันกับที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น) หากจะพิจารณามาตรา 812 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะพบว่า กฎหมายมิได้วางหลักอนุญาตให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายผ่านหลักลามิควรรได้จากผลกำไรของผู้ทำละเมิด เว้นแต่ว่าผู้ทำละเมิดรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ในการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยหลักลามิควรรได้นี้ ผู้เสียหายอาจเรียกร้องให้ส่งมอบจำนวนรายได้ซึ่งผู้ทำละเมิดได้รับโดยค่าใช้จ่ายของผู้เสียหายด้วยเหตุการใช้ประโยชน์โดยมิชอบ โดยอาศัยค่าใช้จ่ายของผู้เสียหาย ซึ่งทำให้ผู้ทำละเมิดได้ประหยัดจำนวนเงินซึ่งควรจะต้องจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ หากว่าผู้ละเมิดได้กระทำหรือหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมาย การได้รับรายได้ของผู้ทำละเมิดรวมถึงกำไรสุทธิซึ่งผู้ทำละเมิดได้รับมาตลอดการใช้งานนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งกันว่า คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะเรียกเอากำไรสุทธิเต็มจำนวนเพื่อใช้เป็นค่าเสียหายหรือเพียงจำนวนซึ่งตัวผู้เสียหายเองอาจได้รับความเห็นข้างมากโน้มเอียงตามความเห็นแรก⁹⁷

นอกจากการนำกฎหมายว่าด้วยลามิควรรได้มาใช้ในกรณีการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ (ผ่านทางมาตรา 97(3) ของ UrhG) แล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ในประเทศเยอรมันนี้ยังได้อาศัยหลักกฎหมายว่าการจัดการงานนอกสั่งมาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ (ผ่านทางมาตรา 97(3) ของ UrhG) อีกด้วย ในการนำกฎหมายว่าการจัดการงานนอกสั่งมาใช้กับการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์นำวรรคที่ 2 ของมาตรา 687 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁹⁸ มาใช้ ในการปรับใช้บทบัญญัติเช่นนั้น ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดต้องส่งมอบข้อมูลทั้งหลายรวมถึงเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการจัดการงานนอกสั่งซึ่งผู้จัดการได้จัดการงานโดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีสิทธิที่จะทำเช่นนั้นและผู้จัดการยังถือเอาประโยชน์ที่เกิดขึ้นเป็นของตน โดยผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิเลือกฟ้องโดยถือว่าผู้ละเมิดเป็น “ผู้จัดการซึ่งจัดการแทนตัวการ” ทั้งนี้ ผู้เสียหายสามารถเรียก

⁹⁷ ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์”, หน้า 58

⁹⁸ Paragraph 2 of S. 687 of the BGB provides that “If a person treats the affair of another as his own, although knowing that he is not entitled to do so, the principal may enforce the claim based on Ss.677, 678, 681 and 682. If he does enforce them, he is liable to the agent as provided for in S. 684 sentence 1.

ค่าเสียหายสามารถเรียกเอาประโยชน์ทั้งหลายที่เกิดขึ้นจากการจัดการงานไม่แท้ที่เรียกว่า “Impure Gestor” คืนแก่ตัวการผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงได้ทั้งหมด⁹⁹

4.4 ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1899 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประเทศญี่ปุ่นได้ลงนามเป็นภาคีใน Berne Convention ต่อมาในปี ค.ศ. 1970 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการประกาศใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันและมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมาในปี ค.ศ. 1985 และ 1986¹⁰⁰ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่นี้เรียกว่า “Law no. 48” ในส่วนของค่าเสียหายในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ได้มีการบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 114, 114 ตริ และ 114 จัตวา ลักษณะพิเศษของการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นก็คือ กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานมูลค่าของค่าเสียหายไว้ด้วย ซึ่งข้อกำหนดเช่นว่านี้ส่งผลประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหายเป็นอย่างมากในอันนำสืบพิสูจน์ถึงมูลค่าของความเสียหาย รายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมีดังนี้

4.4.1 ประเภทของค่าเสียหาย

ดังที่แสดงให้เห็นข้างต้นแล้วว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีบทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 114, 114 ตริ และ 114 จัตวา ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะพิจารณาตัวบทมาตราดังกล่าว ดังรายละเอียดดังนี้

มาตรา 114¹⁰¹ (ข้อสันนิษฐานถึงจำนวนค่าเสียหาย) บัญญัติว่า

“(1) ในกรณีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิในการโฆษณาหรือสิทธิข้างเคียง เรียกร้องค่าทดแทนสำหรับความเสียหายจากการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้กระทำละเมิดโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อต่อส่วนหนึ่งส่วนใดของสิทธิเช่นว่านั้น กำไร ถ้ามี ของผู้กระทำละเมิดซึ่งได้รับจากการกระทำละเมิดนั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นจำนวนค่าเสียหายซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ได้สูญเสียไป

⁹⁹ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดงานนอกสั่งและลามิควรรได้, หน้า

¹⁰⁰ Hiroshi Oda, Japanese Law, (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 345

¹⁰¹ โปรดดูตัวบทภาษาอังกฤษของมาตรานี้ในภาคผนวก

(2) เจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง อาจจะเรียกค่าเสียหายจากบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อสิทธิเช่นว่านั้นในจำนวนของค่าเสียหายที่เป็นจำนวนเท่ากับจำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นอาจจะได้รับการใช้สิทธิตามปกติ

(3) บทบัญญัติในวรรคก่อนไม่ทำให้เกิดการเสื่อมสิทธิใดๆ ต่อการเรียกร้องค่าเสียหายในจำนวนที่เกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่ได้กล่าวมาแล้ว ในกรณีนี้ ศาลอาจจะพิจารณาว่ามีเจตนาทุจริตหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในส่วนของผู้ทำละเมิดประกอบหรือไม่ เพื่อใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย"

จากบทบัญญัติในมาตรา 114 ดังกล่าว จะพบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นมิได้กำหนดลักษณะค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยตรง กฎหมายเพียงกำหนดข้อสันนิษฐานของจำนวนหรือมูลค่าของค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งผู้เสียหายอาจจะเรียกจากตัวผู้กระทำละเมิดได้ มาตรา 114 ของกฎหมายดังกล่าวได้วางบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานของมูลค่าของความเสียหายดังนี้

4.4.1.1 กำไรของผู้ทำละเมิด (มาตรา 114 (1)) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นกำหนดข้อสันนิษฐานว่ากำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับนั้นคือ มูลค่าของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ ทั้งนี้กำไรดังกล่าวต้องเป็นกำไรที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์¹⁰² ดังนั้นในการนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานนี้ ผู้ทำละเมิดอาจมีสิทธิที่จะนำสืบให้ศาลเห็นว่าบางส่วนของเงินกำไรของตนที่เกิดขึ้นนั้นจากการกระทำอื่นๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ ไม่เฉพาะการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้นที่ก่อกำไรให้แก่ผู้ทำละเมิดแต่ยังมีองค์ประกอบอื่นด้วย ทั้งนี้ผู้ทำละเมิดคงจะต้องแยกส่วนให้ศาลเห็นอย่างชัดเจน นอกจากนี้กฎหมายวางข้อสันนิษฐานข้อนี้โดยกล่าวถึงผลกำไรของผู้ทำละเมิด ดังนั้น ผู้ทำละเมิดคงมีสิทธิที่จะนำสืบถึงต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ ของตนเพื่อหักล้างจำนวนของผลกำไรที่โจทก์นำสืบต่อศาลแล้ว

4.4.1.2 ค่าเสียหายควรมีมูลค่าที่ผู้เสียหายจะได้รับหากมีการใช้สิทธิของตน (มาตรา 114 (2)) ข้อสันนิษฐานของกฎหมายในข้อนี้หมายถึงค่าเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะได้รับจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตนนั้นควรเป็นจำนวนที่เท่ากับจำนวนหรือค่าตอบแทนใดๆ ที่ผู้เสียหายอาจจะได้รับหรือมีสิทธิ์จะได้รับหากว่าผู้เสียหายในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีการอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์¹⁰³ ข้อสันนิษฐานในข้อนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับการกำหนดมูลค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยคำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ (licencing fee) อย่างไรก็ตามก็ดี มูลค่าของ

¹⁰² Teruo Doi, *The Intellectual Property Law of Japan*, (Alphen ann den Rijn, the Netherland: Sijthoff and Noordhoff International Publishers BV, 1980), p. 253

¹⁰³ Ibid., p. 253

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอนุมาตรานี้จะต้องเป็นมูลค่าของค่าตอบแทนตามธรรมดาที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับ หากมูลค่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นสูงกว่ามูลค่าของค่าเสียหายที่คำนวณจากค่าตอบแทนตามปกติธรรมดาที่ผู้เสียหายควรจะได้รับจากอนุมาตรานี้ ผู้เสียหายอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายในจำนวนที่เกินกว่ามูลค่าของค่าตอบแทนที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับตามปกติธรรมดานั้นก็ได้¹⁰⁴ (มาตรา 114 (3)) ทั้งนี้ในการกำหนดมูลค่าของความเสียหายในส่วนของจำนวนที่เกินกว่ามูลค่าของค่าตอบแทนตามปกติดังกล่าว ศาลจะพิจารณาการขาดเจตนาทุจริตหรือการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงประกอบด้วย

ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นเพียงแต่กำหนดข้อสันนิษฐานของจำนวนหรือมูลค่าของค่าเสียหายไว้ แต่มีใ้การบังคับว่าค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น จำกัดอยู่เพียงค่าเสียหาย 2 ประเภทดังกล่าว ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวเป็นเพียงข้อสันนิษฐานและเป็นเพียงส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับเท่านั้น ค่าเสียหายอื่นๆ ที่มีได้กำหนดไว้ก็อาจจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระได้ภายใต้หลักทั่วไปซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น หากมีความเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาได้อีกภายใต้หลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ทั้งนี้รวมไปถึงการเรียกค่าเสียหายพิเศษซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเพิ่มเติมได้ โดยที่ในการเรียกค่าเสียหายดังกล่าว ผู้เสียหายจะต้องนำสืบหรือแสดงให้ศาลเห็นว่า ผู้ทำละเมิดนั้นคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายในพฤติการณ์นั้นได้

หากการพิจารณาเพื่อกำหนดมูลค่าของความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นกระทำได้อย่าง ทั้งนี้รวมไปถึงความยากในการพิสูจน์มูลค่าของความเสียหายให้เป็นไปหรือให้ครบถ้วนตามองค์ประกอบของข้อสันนิษฐานมูลค่าของความเสียหายดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 114 แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นอนุญาตให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและอาจมีคำสั่งกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนที่สมเหตุสมผลได้ ทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาจากสาระสำคัญที่เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและที่เกิดขึ้นจากการสืบพยาน (มาตรา 114 จัตวา)¹⁰⁵ ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น)

สำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งมีเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นมากกว่า 1 คน หากมีการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว มาตรา 117 (1) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้ผู้

¹⁰⁴ Stephen M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, p. 617

¹⁰⁵ โปรดดูด้วยภาษาอังกฤษในภาคผนวก

เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายให้แก่ตนเองได้ โดยที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ร่วมแต่ละคนจะได้รับส่วนแบ่งในค่าเสียหายนั้นตามส่วนที่ตนมีสิทธิเหนืองานนั้น¹⁰⁶ ในคดี Machiko Hasegawa v. Techikawa Bus K.K.,¹⁰⁷ ศาลในคดีนี้ได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์จากมูลค่าของผลกำไร (profit) ของผู้ทำละเมิด ส่วนในคดี K.K. Fuji Television v. K.K. Sapporo Dolls¹⁰⁸ ศาลในคดีนี้ได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์จากเกณฑ์การพิจารณามูลค่าตอบแทนตามปกติที่ผู้เสียหายมีสิทธิ์จะได้รับจากการใช้สิทธิของตน

4.4.2 การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายดังกล่าวโดยอาศัยหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องละเมิดมาเป็นฐานในการใช้สิทธิเรียกร้อง¹⁰⁹ นอกเหนือจากการนำหลักกฎหมายละเมิดทั่วไปมาปรับใช้แล้ว ผู้เสียหายซึ่งอาจเป็นได้ทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์เจ้าของสิทธิข้างเคียงและผู้ทรงสิทธิในการโฆษณาจะต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นเป็นประการแรกคือเจตนาของผู้กระทำละเมิดไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบภายในของผู้ทำละเมิด

สำหรับการนำสืบพิสูจน์ถึงความจงใจในการกระทำละเมิดนั้น กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นวางหลักไว้ว่า ในการกระทำละเมิด ผู้ทำละเมิดไม่จำเป็นต้องจงใจที่จะทำให้นुकคคนอื่นได้รับอันตรายการกระทำใดๆ ที่กระทบต่อบุคคลซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการกระทำที่ผู้กระทำตั้งใจที่จะกระทำผิดกฎหมายขัดต่อศีลธรรมหรือเป็นการฝ่าฝืนประโยชน์ใดๆ ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองก็พอที่จะถือได้ว่าผู้กระทำนั้นจงใจแล้ว [To commit a tort, a defendant need not intend to harm anyone. He need only intend to perform an act that the courts believe illegally, immorally or abusively violates a legally protected interest]¹¹⁰ ในส่วนของการกระทำละเมิดโดยการประมาทเลินเล่อ นั้น ศาลสูงของประเทศญี่ปุ่นวางหลักในเรื่องนี้ไว้โดยกำหนดมาตรฐานของการประมาทเลินเล่อไว้สองแนวทางนั่นคือ การระมัดระวังโดยปกติทั่วไปของบุคคล (ordinary care) และการระมัดระวังโดยสมเหตุสมผล (reasonable

¹⁰⁶ Teruo Doi, *The Intellectual Property Law of Japan*, p. 254

¹⁰⁷ Ibid., p. 253

¹⁰⁸ Ibid., p. 254

¹⁰⁹ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, p. 349

¹¹⁰ J. Mark Pamseyer and Minoru Nakazato, *Japanese Law: An Economic Approach*, (Chicago: University of Chicago Press, 1999), p. 76

care) นอกจากนี้ ศาลยังใช้หลักของการประมาทเลินเล่อเชิงเปรียบเทียบ (comparative negligence) ประกอบอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกละเมิด

ในการนำสืบพิสูจน์ถึงจำนวนหรือมูลค่าของค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากจะนำหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยละเมิดมาปรับใช้แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นยังได้นำเอาหลักเรื่องลาภมิควรได้ (unjust enrichment) มาใช้เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันนี้ด้วย¹¹¹ มาตรา 703 ของกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ของประเทศญี่ปุ่น โดยกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาดังนี้ “Article 703: A person who, without any legal ground, acquired benefit from the property or labour of another and thereby caused a loss to the other, is bound to make restitution of such benefit in so far as it still exists”¹¹²สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ของประเทศอื่นๆ กล่าวคือ

- การได้ลาภนั้น ต้องเกิดขึ้นโดยไม่มีมูลอันจะกล่าวอ้างได้
- การได้ลาภนั้น คือการได้รับผลประโยชน์ใดๆ ในทางทรัพย์สินหรือแรงงานของบุคคลอื่น
- ผลของการได้ลาภนั้น ก่อหรือเป็นผลให้เกิดการสูญเสียแก่บุคคลอื่น

เมื่อบุคคลใดๆ ได้รับประโยชน์โดยเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย บุคคลดังกล่าวจะต้องคืนประโยชน์เท่าที่เหลืออยู่ให้แก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของประโยชน์นั้นโดยชอบ หากบุคคลผู้ได้ลาภได้รับประโยชน์นั้นโดยทุจริต (in bad faith) บุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ทั้งหมดที่ตนได้รับ (ไม่ใช่เพียงผลประโยชน์เท่าที่เหลืออยู่) รวมทั้งดอกเบี้ยสำหรับผลประโยชน์ที่ได้รับและยังมีภาระที่ต้องชดเชยค่าเสียหายใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นอีกด้วย (มาตรา 704 ของประมวลแพ่งญี่ปุ่น) สำหรับคำว่า “โดยทุจริต (in bad faith)” สำหรับกรณีลาภมิควรได้นั้น หมายถึง การที่บุคคลผู้ได้ลาภนั้นดำเนินการหรือกระทำการใดๆ เพื่อให้ได้ลาภมาโดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีสิทธิจะได้รับ¹¹³

หลังจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายได้นำสืบจนเป็นที่สรุปแล้วว่า มีการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่จะต้องนำสืบถึงมูลค่าของความเสียหายที่ตนได้รับจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ในการนำสืบพิสูจน์ถึงมูลค่าของความเสียหายจาก

¹¹¹ ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวาทิน, “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์”, หน้า 61

¹¹² J.E. de Becker, *Annotated Civil Code of Japan: VII*, (London: Butterworths Co., 1909), p. 267

¹¹³ *Ibid.*, p. 268

การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น บางครั้งก็เป็นการยากที่จะสามารถกระทำได้หรือกระทำได้อย่างถูกต้องแน่นอน ดังนั้น The Law no. 48 ได้วางข้อสันนิษฐานของจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับเพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายในทางการนำสืบจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายมีหน้าที่เพียงนำสืบให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบในข้อสันนิษฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น และจำเลยมีหน้าที่ในการนำสืบหักล้างผลของการนำสืบของโจทก์ ในกรณีที่ผู้เสียหายยังคงมีความเสียหายเพิ่มเติม นอกจากที่อาจได้รับการเยียวยาจากข้อสันนิษฐานของกฎหมายแล้ว หากผู้เสียหายต้องการได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติม นั้น ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงเจตนาต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยวิธีดังกล่าวนี้ผู้เสียหายสามารถนำสืบพิสูจน์ได้จากวิธีการในกรณีละเมิดทั่วไป

ในคดี Hasegawa v. Tachikawa Bus K.K. Chosakuken Hanreishu 721 (Tokyo District Court, May 26, 1976)¹¹⁴ ศาลใช้ข้อสันนิษฐานตามมาตรา 114 (1) เป็นเกณฑ์พิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายโดยข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการ์ตูนชื่อ Sazae-San จำเลยเป็นผู้ประกอบการรถประจำทางได้นำการ์ตูน Sazae-San และการ์ตูนอื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ในการ์ตูนเรื่อง Sazae-San มาใช้ประดับรถประจำทางของตนทั้งสองด้าน เมื่อโจทก์และจำเลยนำสืบต่อศาลเป็นที่เรียบร้อย ศาลตัดสินว่าจำเลยทำละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานของโจทก์ ต่อมาศาลได้พิจารณาถึงประเด็นค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับจากจำเลย โจทก์ได้ขอให้ศาลสั่งให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายให้แก่ตนเป็นจำนวนอย่างน้อย 30,000 เยนต่อเดือน ต่อรถประจำทางหนึ่งคัน โดยโจทก์นำพยานเข้าสืบว่าจำนวนดังกล่าวนั้นเหมาะสมแล้ว ศาลในคดีนี้เห็นว่าพยานที่โจทก์นำสืบนั้นไม่อาจทำให้ศาลเห็นว่าจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์ขอมานั้นเป็นจำนวนที่ถูกต้อง ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการนำสืบของพยานคนหนึ่งในคดีแสดงให้เห็นว่า โดยทั่วไปในธุรกิจประเภทนี้มูลค่าที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับจากการใช้สิทธิปกติกคือ 3% ของราคาขายซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับ ดังนั้นศาลเห็นว่าโจทก์ควรจะได้รับค่าเสียหายคิดเป็น 3% ของรายได้ที่จำเลยได้รับจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ [...the plaintiff claims that she is entitled to the normal monetary award in exercising her copyright vis-à-vis the defendant's infringement. The plaintiff claims that this amount would come to at least 30,000 Yen [USD 223.88] per bus per month. [Two] witnesses...testified that this was an appropriate amount. However, with no convincing proof offered, it is difficult to trust this figure. On the other hand, [another witness] testified that where the use of fictional characters is contracted to a third party and marketed, the usual approach in the business world is at least 3% of the wholesale amount is paid to the licensee. In this case, based on the

¹¹⁴ Kenneth L. Port, *Comparative Law and the Legal Process in Japan*, (North Carolina: Carolina Academic Press, 1996), p. 763

acceptable testimony, we will recognize damages as 3% of the income received from the use of the Sazae-San characters.]

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงกรณีศาลใช้เกณฑ์ค่าสิทธิซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานในมาตรา 114 (2) นั้นปรากฏในคดี K.K. Fuji Television v. K.K. Sappora Dolls (Tokyo District Court, 1977) ศาลได้กำหนดค่าเสียหายโดยได้วินิจฉัยดังต่อไปนี้¹¹⁵ “ตามพยานหลักฐานและการไต่สวนพยานบุคคล ศาลได้พบข้อเท็จจริงว่าเมื่อโจทก์ให้อนุญาตที่จะใช้รูปวาดซึ่งตามปกติจะได้รับค่าใช้สิทธิสำหรับสินค้าแต่ละชิ้นซึ่งใช้รูปวาดนั้นในอัตราร้อยละ 5 ของราคาขายของผู้ผลิต (ราคาส่ง) ในระหว่างเวลานับแต่เดือน 6,000 ตัวและขายอย่างน้อยตัวละ 900 เยน (ประมาณร้อยละ 70 ของราคาขายปลีกตัวละ 1,350 เยน) ถึงแม้ว่าโจทก์ได้แย้งยืนยันราคาส่งที่แท้จริงว่าเป็นตัวละ 1,000 เยน มิใช่ 900 เยน แต่ก็ไม่มีหลักฐานสนับสนุนค่าใช้สิทธิตุ๊กตา 6,000 ตัวต้องเป็นเงิน 270,000 เยน (คือ 45 เยน (ร้อยละ 5 ของราคาขายส่ง 900 เยน) คูณด้วย 6,000) ทั้งนี้ โจทก์จึงได้รับความเสียหายในจำนวนเดียวกันนี้ โจทก์จึงได้รับค่าเสียหาย 270,000 เยน บวกด้วยดอกเบี้ยร้อยละ 5 ต่อปีจนกว่าจะได้รับชำระครบถ้วน”

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹⁵ ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์”, หน้า 61

4.5 ตารางสรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

4.5.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเภท ของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	ข้อสังเกต
1. ค่าเสียหาย			
ก. ค่าเสียหายแท้จริง (actual damages)	ก. ค่าเสียหายแท้จริง <ul style="list-style-type: none"> • โจทก์นำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหายของตนโดยพิจารณาจากเกณฑ์ใดๆ ดังนี้ <ol style="list-style-type: none"> (1) การขาดรายได้ (2) เกณฑ์ค่าสิทธิ (3) เกณฑ์ราคาตลาด 	ก. Title 17: มาตรา 504 (a) และ (b)	โจทก์ไม่อาจได้รับการเยียวยาจากค่าเสียหายตามจริงและจากกำไรของจำเลยพร้อมกัน โจทก์ต้องเลือกที่รับการเยียวยาความเสียหายในลักษณะใดลักษณะหนึ่งจากค่าเสียหายตามจริงหรือกำไรของจำเลยเท่านั้น
ข. กำไรของผู้ทำละเมิด (profit)	ข. กำไรของผู้ทำละเมิด <ul style="list-style-type: none"> • โจทก์นำสืบถึงยอดรวมรายได้ (gross revenue) ของจำเลย • จำเลยต้องนำสืบหักล้างยอดรวมรายได้ 	ข. Title 17: มาตรา 504 (b)	

ประเภท ของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	ข้อสังเกต
2. ค่าเสียหายตามกฎหมาย (statutory damages)	โจทก์ต้องนำสืบถึงความเสียหายและการกระทำใดๆ ที่เป็นการทำละเมิดของจำเลย รวมถึงต้องนำสืบว่างานที่ถูกทำละเมิดโจทก์ได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์แล้ว	Title 17: มาตรา 504 (c)	เจตนาของจำเลยเป็นเหตุที่อาจทำให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายตามกฎหมายสูงขึ้น
3. ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ	โจทก์นำสืบและศาลจะพิจารณากำหนดให้ โดยจำนวนที่ศาลกำหนดให้นั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล		โจทก์ต้องเลือกว่าจะร้องค่าเสียหายหรือค่าเสียหายตามกฎหมาย ณ เวลาใดๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

4.5.2 ประเทศอังกฤษ

ประเภท ของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	ข้อสังเกต
1. ค่าเสียหายตามจริง	โจทก์นำสืบให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่ตนได้รับ โดยตนแสดงถึงการขาดรายได้ (กำไร) หรือใช้เกณฑ์ค่าสิทธิในการพิจารณาโดยมีต้องนำสืบให้เห็นเป็นจำนวนที่แน่นอนก็ได้ ศาลเป็นผู้กำหนดจำนวนค่าเสียหายให้แก่โจทก์	มาตรา 96 (2) ของ The Copyrights, Designs and Patents Act, 1988 (“CDPA”)	โจทก์ต้องเลือกว่าจะร้องค่าเสียหายตามจริงหรือจากบัญชีกำไรโดยแจ้งต่อศาล ณ เวลาใดๆ ก่อนมีคำพิพากษา
2. บัญชีกำไรของผู้ทำ ละเมิด	โจทก์นำสืบถึงผลกำไรของจำเลย โดยอาจขอให้ศาลสั่งให้คนตรวจสอบบัญชีกำไรของจำเลยได้	มาตรา 96 (2) ของ CDPA	1. หากโจทก์เลือกรับการเยียวยาความเสียหายจากค่าเสียหาย โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติม (additional damages) ได้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์และมีผลประโยชน์เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น 2. CDPA อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์

4.5.3 ประเทศเยอรมันนี

ประเภท ของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	ข้อสังเกต
1. ค่าเสียหายความจริง	โจทก์นำสืบโดยใช้หลักเกณฑ์ ในกฎหมายละเมิดทั่วไป (เจตนาของจำเลย) หรือใช้ เกณฑ์ค่าสิทธิ และ/หรือ การ ใช้หลักกฎหมายลามาภิควรได้ ประกอบและศาลจะพิจารณา กำหนดให้	มาตรา 97 (1) และ (3) ของ UrhG	ไม่มี
2. กำไรของผู้ทำละเมิด	โจทก์ต้องนำสืบถึงวิธีคิดบัญชี และแสดงรายละเอียดของผล กำไร ศาลมักจะสั่งให้ ผู้เสียหายนำส่งผลกำไร ทั้งหมดให้โจทก์โดยก่อนที่ ศาลจะมีคำสั่งนั้น ศาลจะให้ สิทธิจำเลยในการนำสืบ หักล้าง	มาตรา 97 (1) ของ UrhG	ไม่มี

4.5.4 ประเทศญี่ปุ่น

ประเภท ของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	ข้อสังเกต
<p>กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายไว้ แต่กำหนดข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายไว้ดังนี้</p> <p>1. ผลกำไรของจำเลย</p> <p>2. จำนวนเงินที่โจทก์อาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติของโจทก์</p>	<p>โจทก์ต้องนำสืบถึงเจตนาของจำเลยตามหลักของกฎหมายละเมิดทั่วไป ประกอบกับการนำสืบดังนี้</p> <p>1. โจทก์นำสืบถึงผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิด ผู้ทำละเมิดสืบหักล้างว่ากำไรส่วนใดได้รับจากการทำละเมิด</p> <p>2. โจทก์นำสืบถึงผลประโยชน์ใด ๆ ที่ตนอาจได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายได้</p>	<p>มาตรา 114 (1)</p> <p>มาตรา 114 (2)</p>	<p>กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น อนุญาตให้ผู้เสียหายนำหลักlagsmithควรได้มาใช้เป็นเกณฑ์คำนวณค่าเสียหาย</p> <p>หากมีความเสียหายเพิ่มเติม โจทก์ร้องขอต่อศาลได้ โดยศาลจะพิจารณาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ</p>

บทที่ 5

ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย ปัญหาที่เกี่ยวข้องบทวิเคราะห์

และแนวทางแก้ไข

ในบทนี้จะได้อธิบายถึงเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทย โดยจะได้อธิบายและนำเสนอถึงวิธีการต่างๆ ที่ศาลใช้เป็นเกณฑ์พิจารณา กำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้จะได้นำเสนอถึงแนวคิดในทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการพิจารณาต้นทุนการสร้างสรรค์และวิธีการกำหนดเรียกค่าเสียหายหากมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน รวมทั้งยังจะได้แสดงให้เห็นถึงปัญหาและบทวิเคราะห์ในส่วนของการพิจารณาค่าเสียหายดังกล่าวภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศไทยด้วย ประเด็นสำคัญในบทนี้คือ การนำเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาการกำหนดค่าเสียหายโดยจะมุ่งเน้นที่ข้อเสนอการแก้ไขปัญหาการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันเทิงเสียง ดนตรีกรรมและงานโสตทัศนวัสดุ

5.1 ความทั่วไป

ก่อนที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะมีผลบังคับใช้นั้น ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ปี พ.ศ. 2521 นั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายทางแพ่งในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 49 ซึ่งกำหนดว่า “ค่าปรับที่ได้รับชำระตามคำพิพากษาให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับแล้วนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า เหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับส่วนแบ่งกึ่งหนึ่งของค่าปรับในคดีอาญาก็เพื่อตัดปัญหาความยุ่งยากในการนำสืบพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องกระทำ แต่อย่างไรก็ดี หากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นเห็นว่าตนได้รับความเสียหายเป็นจำนวนที่มากกว่าจำนวนที่ได้รับจากส่วนแบ่งค่าปรับในคดีอาญาก็อาจฟ้องเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายทางแพ่งเพิ่มเติมจากส่วนแบ่งค่าปรับที่ตนได้รับก็ได้ นอกจากนี้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะกำหนดอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้แต่กฎหมายมิได้กำหนดแนวทางในการพิสูจน์ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ด้วย นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวยังมิได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาค่าเสียหายให้ศาลใช้เป็นหลักในการพิจารณา ดังนั้น ในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคนั้นจึงต้องใช้หลักการการคำนวณค่าเสียหายตามแนวทางของกฎหมายละเมิด

ในการใช้กฎหมายละเมิดเป็นเครื่องมือเพื่อพิสูจน์ความเสียหายและเพื่อให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องชดใช้ค่าเสียหายส่วนเกินจากจำนวนที่ผู้เสียหายได้รับจากส่วนแบ่งค่าปรับ เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้ละเมิดได้กระทำการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนและสร้างความเสียหายให้แก่ตนอย่างไร ในการพิสูจน์เรื่องการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนหรือไม่นั้น ผู้เสียหายสามารถอ้างข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลในคดีอาญาที่เกี่ยวข้องได้อย่างไรก็ได้ ในการพิสูจน์มูลค่าของความเสียหายนั้นยังคงเป็นเรื่องยากที่จะกระทำ เพราะความเสียหายบางอย่างนั้นไม่อาจแสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมได้โดยง่าย และอาจก่อปัญหาให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการนำสืบพิสูจน์ในเรื่องดังกล่าวอีกด้วย

เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประเด็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งจึงได้รับการพิจารณาแก้ไขเพื่อแก้ปัญหาและอุดช่องว่างในส่วนของการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังคงแนวทางของมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 เอาไว้ กล่าวคือ มาตรา 76 ยังคงบัญญัติให้ค่าปรับที่ได้รับจากคำพิพากษาในคดีอาญาต้องจ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนกึ่งหนึ่งและไม่เป็นการกระทบสิทธิที่ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายทางแพ่งเพิ่มเติมจากเงินส่วนแบ่งค่าปรับที่ตนได้รับ¹ นอกจากนี้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้แนวทางแก่ศาลไทยเพื่อใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยกฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย”

มาตรา 64 ได้กำหนดแนวทางให้แก่ศาลใช้เป็นหลักในการพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเทียบเคียงได้กับมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 มาตรา 64 แสดงให้เห็นว่า ค่าเสียหายในทางแพ่งของคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดจำนวนให้แก่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการทางคดี โจทก์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยในฐานะผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยกำหนดเป็นจำนวนของค่าเสียหายไว้ในคำขอท้ายคำฟ้องและโจทก์มีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่าจำนวนที่ตนขอไว้ในคำขอท้ายคำฟ้องเป็นมูลค่าของ

¹ มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า “ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ของนักแสดงได้รับแล้วนั้น”

ความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ศาลมีหน้าที่พิจารณาจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ได้นำสืบพิสูจน์นั้นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่

ข้อนำสังเกตอีกประการหนึ่งของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็คือ มีการกำหนดอายุความในการดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งไว้ด้วย โดยอายุความดังกล่าวกำหนดไว้ที่ 3 ปี นับแต่วันที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิด แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเกิดขึ้น² ในขณะที่คดีละเมิดทั่วไปมีอายุเพียง 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือ 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด

5.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

ในปัจจุบัน เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น คดีหรือข้อพิพาทดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาล้วนอยู่ในเขตอำนาจพิพาทภาคีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศทั้งสิ้น³ ทั้งนี้รวมไปถึงการพิจารณาคดีเพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ในส่วนของการพิจารณาคดีเพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลใช้ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 64 เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่รองรับสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ในการได้รับการชดเชยความเสียหายให้กว้างขวางขึ้น กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายมาชดเชยการสูญเสียประโยชน์ใดๆ ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของตน

5.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎหมายแม่บทที่สำคัญที่กำหนดกรอบให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ใน

² มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง เมื่อพ้นกำหนดสามปีที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิด แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของนักแสดง”

³ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังนี้ (1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร.....(3) คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายถอดเทคโนโลยีหรือสัญญาอนุญาตต่อสาธารณะให้ใช้สิทธิ์.....”

ฐานะผู้เสียหาย หลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้ บทบัญญัติของมาตรา 64 มีดังนี้

5.2.1.1 ความร้ายแรงของความเสียหาย

มาตรา 64 ดังกล่าวกำหนดให้ศาลมีอำนาจดุลพินิจในการกำหนดจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยกฎหมายมาตราดังกล่าวกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นด้วย อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดถึงบทนิยามของคำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับดังกล่าวยังมีได้กำหนดกรอบการพิจารณาระดับของความร้ายแรงเอาไว้ด้วย จากการศึกษาค้นคว้าคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องไม่พบว่าศาลดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ในการตีความของคำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” ตามที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 64 ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่ศาลจะใช้หลักของกฎหมายละเมิดทั่วไปดังที่ปรากฏในมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการตีความของคำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” อย่างไรก็ดี เนื่องจากมาตรา 64 กำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายมิใช่ความร้ายแรงจากการทำละเมิดดังคดีละเมิดทางแพ่งทั่วไป⁴ ดังนั้น ในคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ศาลในคดีดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาพฤติการณ์ของการละเมิด (เช่น ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันเป็นเหตุพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายจากการกระทำละเมิดให้มีความแตกต่างกัน) เพื่อใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

ในการตีความและพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายโดยอาศัยหลักใน มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาถึงผลหรือระดับของความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด เช่น ผลจากการกระทำของผู้ละเมิดทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นต้องสูญเสียรายได้ไปมากน้อยเพียงใดหรือการกระทำละเมิดดังกล่าวนี้ทำให้อำนาจการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียไปหรือไม่อย่างไร นอกจากนี้ การทำละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่อย่างไร ตัวอย่างของการพิจารณา “ความร้ายแรงของความเสียหาย” ของศาลไทยในคดีการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้

ก. การเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 โจทก์เรียกให้จำเลยชำระค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงของการค้าของโจทก์ ศาลในคดีนี้พิจารณาว่า ไม่มีหลักฐานใดที่

⁴ วุฒิสมาชิก, ลิขสิทธิ์: ด้วบทพร้อมข้อสังเกต, หน้า 140

แสดงให้ประชาชนทั่วไปเข้าใจผิดว่าสิ่งบันเทิงเสียงที่จำหน่ายออกจำหน่ายนั้นเป็นสิ่งบันเทิงเสียงที่โจทก์เป็นผู้จัดทำขึ้น อีกทั้งโจทก์ยังไม่มีพยานผู้เชี่ยวชาญมานำสืบให้ศาลเห็นว่าสิ่งบันเทิงเสียงที่จำหน่ายออกจำหน่ายมีคุณภาพไม่ใช่อะไร กรณีจึงปรากฏว่า โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวเพราะศาลเห็นว่าโจทก์ไม่ได้รับความเสียหายในส่วนนี้ นอกจากนี้ ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 ศาลในคดีนี้เห็นว่าแม้จำเลยจะได้นำวีดีโอที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ออกวางให้ประชาชนโดยทั่วไปเช่าหรือซื้อโดยลูกค้าของจำเลยทราบดีว่าวีดีโอดังกล่าวเป็นวีดีโอที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าคุณภาพของวีดีโอเทปนั้นจะอยู่ในระดับต่ำก็มีใช้สิ่งทีก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์ จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง จากคำพิพากษาในคดีดังกล่าว จะพบว่า ศาลในคดีนี้ตีความ “ความร้ายแรงของความเสียหาย” โดยพิจารณาจากผลของการกระทำของจำเลยว่าสร้างความเสียหายให้โจทก์หรือไม่ หากปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นกับโจทก์ศาลก็จะพิจารณาต่อไปว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมากหรือน้อยเพียงใด จากคดีข้างต้น โจทก์ได้เรียกให้จำเลยชำระค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงซึ่งศาลในคดีดังกล่าวพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายในกรณีการเสื่อมเสียชื่อเสียงของโจทก์จากการรับรู้ของประชาชนหรือความสามารถของประชาชนในการจำแนกความแตกต่างระหว่างสินค้าที่ผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์และสินค้าที่ผลิตอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์ ชื่อนำสังเกตที่สำคัญในคำพิพากษาของคดีข้างต้นก็คือ ปัญหาในการนำสืบพิสูจน์ถึงความร้ายแรงของความเสียหาย กล่าวคือโจทก์ในคดีดังกล่าวมิอาจนำสืบให้ศาลเห็นได้ว่า สินค้าของจำเลยด้อยคุณภาพอย่างไร หากโจทก์นำสืบได้ถึงการด้อยคุณภาพของสินค้าและประชาชนหลงเชื่อว่าสินค้านั้นผลิตโดยเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้รับความเสียหายจากการหลงเชื่อ เช่น ประชาชนไม่ซื้อสินค้าที่ผลิตโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์เพราะสินค้านั้นด้อยคุณภาพ โจทก์อาจจะได้รับค่าเสียหายในกรณีนี้

ข. การขาดรายได้

ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ก็เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่ต้องพิจารณา ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 ศาลฎีกาพิเคราะห์ว่า โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้เฉพาะจากความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องสูญเสียกำไรจากการจำหน่ายสินค้าหาใช้ความเสียหายที่คำนวณจากราคาจำหน่ายซึ่งรวมต้นทุนการผลิตเอาไว้ด้วยและในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 ศาลในคดีนี้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์โดยพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายจากระยะเวลาที่มีการฉายภาพยนตร์ตามจำนวนของผู้ที่เป็นลูกค้าซึ่งกำหนดจากจำนวนวีดีโอที่จำเลยมีไว้ประกอบกับค่าบริการในการเข้าดูภาพยนตร์ จากคำพิพากษาทั้งสองกรณี จะพบว่าความร้ายแรงของความเสียหายในกรณีค่าเสียหายจากการขาดรายได้ นั้น ศาลจะพิจารณาจากผลกระทบโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดซึ่งมีผลต่อความสามารถในการหารายได้ (ผลกำไร) ของเจ้าของลิขสิทธิ์

5.2.1.2 การสูญเสียประโยชน์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาค่าว่า **“การสูญเสียประโยชน์”** ว่าควรจะมีขอบเขตหรือกรอบในการพิจารณาอย่างไรและมากน้อยเพียงใด ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ศาลฎีกาในคดีนี้เห็นว่าค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์นั้นเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องรับภาระเองเพราะผลที่ได้จากการประชาสัมพันธ์เป็นค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์ไม่ใช่เรื่องที่โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามมาตรา 64 โจทก์จะเรียกค่าเสียหายจากจำเลยในกรณีนี้ไม่ได้และในคำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 ศาลในคดีนี้เห็นว่า การพิจารณาการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์จากการกระทำละเมิดของจำเลยนั้นพิจารณาได้จากประโยชน์ที่โจทก์ควรได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิด จากคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นว่า ศาลจะพิจารณาการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์จากการละเมิดลิขสิทธิ์จากผลประโยชน์ใดๆที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิด ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาจากทางการนำสืบของโจทก์ด้วยว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ใดๆ ที่โจทก์ได้ขอไว้ในคำฟ้องของตนนั้นอย่างไร ตัวอย่างของการพิจารณาการสูญเสียประโยชน์ที่เห็นได้ชัดปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ที่กำหนดว่าค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่ใช่การสูญเสียประโยชน์ของโจทก์จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากการสูญเสียประโยชน์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับการขาดรายได้ของโจทก์อันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว การสูญเสียประโยชน์ของโจทก์จากการอนุญาตให้บุคคลใดๆ ใช้สิทธิก็เป็นประเด็นที่น่าพิจารณา ในคำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 ศาลในคดีนี้พิจารณาว่าโจทก์ไม่อาจนำสืบให้เห็นได้ว่า การกระทำละเมิดของจำเลยเป็นเหตุให้โจทก์ขาดประโยชน์จากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในงานดนตรีกรรมของโจทก์อย่างไรและไม่พยานหลักฐานที่จะแสดงว่ามีผู้มาขออนุญาตให้ใช้สิทธิในงานดนตรีกรรมของโจทก์หรือไม่และโจทก์ได้รับประโยชน์จากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิเป็นเงินจำนวนเท่าใด ดังนั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้ แม้ว่าคำพิพากษาในคดีนี้จะไม่ได้อธิบายให้เห็นเป็นที่ชัดแจ้งว่า การเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์จากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิจะทำได้หรือไม่และหากทำได้แล้วจะมีวิธีการพิจารณาและคำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้อย่างไร แต่คำพิพากษาในคดีต่อมา ได้วางหลักว่า การที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่เป็นเหตุถึงขนาดทำให้ไม่มีบุคคลมาขออนุญาตสิทธิของโจทก์ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้ ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 โจทก์ได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่าการกระทำละเมิดของจำเลยส่งผลถึงความเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียประโยชน์ในอนาคตที่โจทก์จะสามารถขออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิทำให้โจทก์ขาดรายได้เป็นการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคต โจทก์จึงขอค่าเสียหายในข้อนี้เป็นเงิน 38,000 บาท อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายว่าค่าเสียหายจำนวนนี้โจทก์มิได้ขอมาตั้งแต่ในศาลชั้นต้นทำให้ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยทำให้บุคคลทั่วไปที่สนใจมิได้รับทราบความคิดเห็นของศาลที่มีต่อกรณี ประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือศาลจะพิจารณากำหนดให้

ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์จากการอนุญาตให้บุคคลใดๆ ใช้สิทธิโดยพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดควรจ่ายค่าสิทธิให้แก่โจทก์ในฐานะที่โจทก์ต้องเสียประโยชน์จากการได้รับค่าสิทธิจากผู้ทำละเมิดโดยมิต้องพิจารณาว่าโจทก์เคยมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลอื่นใดมาก่อนได้หรือไม่และถ้าหากกระทำได้อัตราของค่าสิทธิที่จ่ายจะต้องชำระในกรณีนี้นั้นควรจะเป็นจำนวนเท่าใด

5.2.1.3 ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธินั้นเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องเสียไปเพื่อติดตามและบังคับตามสิทธิที่โจทก์มีในอันที่จะได้รับประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ค่าใช้จ่ายที่จะเรียกได้ความหมายของมาตรานี้ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการดำเนินคดีเนื่องจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการดำเนินคดีนั้น ศาลถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าฤชาธรรมเนียมที่โจทก์จะได้รับเมื่อเป็นฝ่ายชนะคดีแล้ว (ตามนัยของคำพิพากษาของคดีแดงเลขที่ ทป. 22/2543) ในการพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์นี้ โจทก์จะต้องนำเสนอให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่โจทก์ได้เสียไปในการติดตามและบังคับตามสิทธิที่โจทก์มีอยู่ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ เช่น เงินรางวัลในการแจ้งเบาะแสการละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความในการดำเนินคดีและค่าจ้างนักสืบ อย่างไรก็ตาม การกำหนดมูลค่าของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์นี้ศาลสามารถกำหนดจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควรได้ ดังนั้น โจทก์จึงมีหน้าที่นำเสนอให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิที่โจทก์เรียกในแต่ละรายการ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องพบว่า การนำสืบถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิโดยแสดงเพียงใบขอเบิกค่าใช้จ่ายซึ่งไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวนั้นไม่เป็นที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่าค่าใช้จ่ายที่ร้องขอนั้นมีความจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธิ

5.2.1.4 จำนวนของค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับในคดีอาญา

นอกจากหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้ง 3 กรณีข้างต้นแล้ว หากเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายเคยได้ดำเนินคดีอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีที่เกี่ยวข้องดังกล่าวนี้และเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับส่วนแบ่งค่าปรับกึ่งหนึ่งในคดีอาญานั้นมาแล้ว (มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537) ศาลในคดีแพ่งจะพิจารณารับลดจำนวนของค่าเสียหายในคดีแพ่งลง โดยศาลจะถือว่าค่าปรับที่โจทก์ได้รับหรือมีสิทธิที่จะได้รับในคดีอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่งด้วย ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 ศาลในคดีนี้ได้มีคำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ไว้ดังนี้

“.....รวมเป็นค่าเสียหายจำนวน 32,000 บาท เมื่อจำเลยที่ 2 เคยถูกฟ้องเป็นคดีอาญาในความผิดต่อ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ที่ศาลจังหวัดสมุทรสงครามและศาลพิพากษา

ปรับจำนวนที่ 2 เป็นเงิน 25,000 บาทและจ่ายค่าปรับให้โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์กึ่งหนึ่งตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76 แล้ว จึงถือว่าค่าปรับที่โจทก์มีสิทธิได้รับในคดีอาญาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายด้วย โจทก์จึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหายสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่ได้รับในคดีอาญาดังกล่าวเป็นเงิน 19,500 บาท พิพากษาให้จำเลยทั้งสองใช้เงินจำนวน 19,500 บาทแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดกึ่งต่อปี....”

นอกจากนี้ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 ศาลในคดีนี้ได้มีคำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังนี้

“...รวมค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องจากจำเลยทั้งหมดเป็นเงินจำนวน 3,500 บาท สำหรับในการกระทำความผิดครั้งนี้ จำเลยได้ถูกฟ้องเป็นคดีอาญาต่อศาลนี้แล้วตามคดีหมายเลขดำที่ 1471/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 1380/2544 ตามสำเนาคำพิพากษาเอกสารหมาย จ. 16 ซึ่งศาลได้พิพากษาปรับจำเลยเป็นเงิน 50,000 บาท ดังนั้นจึงถือว่าค่าปรับที่โจทก์มีสิทธิได้รับในคดีดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับไปจากศาลกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่จำเลยได้ชำระต่อศาลแล้วจากจำนวน 50,000 บาทเป็นเงิน 25,000 บาท ซึ่งเป็นจำนวนที่โจทก์ได้รับจากศาลมากกว่าค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องจากจำเลย โจทก์จึงไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายนอกเหนือไปจากที่โจทก์มีสิทธิได้รับตามคำพิพากษาในคดีดังกล่าวอีก...”

จากคำพิพากษาของทั้งสองคดีดังกล่าวจะพบว่า หากเมื่อคำนวณค่าเสียหายทางแพ่งสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นจำนวนที่แน่นอนแล้ว (ทั้งนี้ไม่ว่าค่าเสียหายดังกล่าวจะคำนวณมาจากหลักการหรือบนพื้นฐานใดก็ตาม) ศาลจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบค่าเสียหายทางแพ่งที่คำนวณได้กับเงินส่วนแบ่งค่าปรับที่โจทก์ได้รับในคดีอาญาประกอบด้วย หากค่าเสียหายทางแพ่งที่คำนวณได้นั้นเป็นจำนวนที่สูงกว่าเงินส่วนแบ่งค่าปรับที่โจทก์ได้รับผลต่างระหว่างจำนวนทั้งสองจะเป็นค่าเสียหายที่ศาลจะสั่งให้จำเลยต้องชำระแก่โจทก์ หากเงินส่วนแบ่งค่าปรับในคดีอาญามีจำนวนที่สูงกว่าค่าเสียหายทางแพ่ง ผู้เสียหายจะไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายทางแพ่งอีกทั้งนี้เพราะศาลเห็นว่าเงินส่วนแบ่งค่าปรับที่โจทก์ได้รับในคดีอาญาครอบคลุมถึงจำนวนของค่าเสียหายที่โจทก์สมควรจะได้รับแล้ว

5.2.2 ประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

การกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นี้

โดยทั่วไปศาลจะกำหนดรวม

ค่าเสียหายทุกประเภทเป็นจำนวนที่เหมาะสมเพียงจำนวนเดียวโดยไม่แยกแยะประเภทของค่าเสียหาย ทั้งนี้ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวโดยคำนึงถึงเงินค่าปรับกึ่งหนึ่งจากคดีอาญาที่

โจทก์มีสิทธิได้รับ⁵ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดประเภทค่าเสียหายที่โจทก์พึงจะเรียกได้และกฎหมายมาตราดังกล่าวก็มิได้กำหนดข้อสันนิษฐานประเภทของค่าเสียหายที่โจทก์พึงจะเรียกได้จากผู้ทำละเมิดเอาไว้ด้วยเช่นกัน จากการศึกษาคำพิพากษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์จะพบว่าค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยในทางแพ่งสามารถจำแนกได้เป็น 4 ประเภทคือ

5.2.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

การขาดรายได้ถือเป็นความเสียหายประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ถือเป็นมูลค่าของการสูญเสียโอกาสในการหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์และค่าประโยชน์ที่โจทก์สามารถนำลิขสิทธิ์ไปอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้จากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้น หากงานที่ถูกทำละเมิดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทเทปบันทึกเสียง ซีดี หรือวีดีโอเทป ผู้วิจัยพบว่าศาลจะคำนวณค่าเสียหายในส่วนนี้โดยคำนวณจากราคาขายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์หักด้วยต้นทุนของการผลิตของโจทก์ ส่วนต่างที่คงเหลือถือเป็นผลกำไรจากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งโจทก์ต้องเสียหายไป จากนั้นศาลจะนำส่วนต่างที่คำนวณได้ดังกล่าวไปคูณกับจำนวนชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดของจำเลย ผลลัพธ์ที่ได้ถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิจะได้รับจากผู้ทำละเมิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542) ในกรณีที่จำเลยทำละเมิดโดยการให้เช่า ศาลจะคำนวณค่าเสียหายโดยคำนึงถึงจำนวนของผู้เช่าซึ่งควรจะเป็นลูกค้าของโจทก์ประกอบกับค่าบริการที่โจทก์ควรจะได้รับในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 ศาลในคดีนี้คำนวณค่าเสียหายในกรณีขาดรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์จากมูลค่าของความเสียหายจริง (actual loss) โดยพิจารณาผลของการขาดกำไร (profit loss) ของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ หากพิจารณามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อย่างละเอียดจะพบว่า การเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายไทยมิได้เกี่ยวข้องกับบัญชีกำไร (account of profits) ของจำเลย กฎหมายเพียงกำหนดให้โจทก์นำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ตนได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ศาลยังต้องพิจารณามูลค่าที่โจทก์นำสืบได้แล้วอีกครั้งเพื่อพิจารณาว่ามูลค่าดังกล่าวนั้นเหมาะสมกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับหรือไม่

ในส่วน of ค่าขาดประโยชน์ที่โจทก์สามารถนำลิขสิทธิ์ไปอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้โดยโจทก์มีสิทธิในการรับค่าตอบแทนในรูปของค่าสิทธิจากบุคคลผู้ได้รับอนุญาตนั้น ศาลเห็นว่าการที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ไม่เป็นเหตุถึงขนาดทำให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์กรณีนี้เป็นเรื่องที่แตกต่างกันกับการใช้เกณฑ์การกำหนดค่าสิทธิเป็นเครื่องมือในการกำหนดมูลค่าของความ

⁵ กรกันยา สุวรรณพานิช, “แนววินิจฉัยปัญหาในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 3 (ธันวาคม 2543): หน้า 377

เสียหาย ทั้งนี้เพราะหลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้ในการคำนวณมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย แต่ค่าขาดประโยชน์ดังที่ปรากฏในคดีต่างๆ นั้นเป็นกรณีที่โจทก์อ้างว่าการกระทำละเมิดของจำเลยส่งผลให้ไม่มีบุคคลอื่นใดมาขออนุญาตใช้สิทธิจากโจทก์ทำให้โจทก์สูญเสียรายได้ในส่วนนี้ อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายเคยได้ร้องขอหรือนำสืบให้ศาลใช้เกณฑ์การกำหนดค่าสิทธิเป็นเครื่องมือในการกำหนดมูลค่าของความเสียหายแต่อย่างใด

5.2.2.2 ค่าเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า

โดยทั่วไปเมื่อโจทก์นำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล โจทก์มักจะกล่าวอ้างว่า จำเลยลักลอบผลิตและลงขายงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยผลิตภณฑที่จำเลยผลิตนั้นไม่ได้มาตรฐานและมีคุณภาพต่ำทำให้ชื่อเสียงทางการค้าของโจทก์ได้รับความเสียหายและความเชื่อถือในคุณภาพของโจทก์ก็ลดต่ำลงเนื่องมาจากประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นผลงานของโจทก์ จากการศึกษาคำพิพากษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจะพบว่า การที่ศาลมิได้กำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์นั้นเพราะโจทก์มีอำนาจนำสืบให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ผลิตภณฑที่จำเลยผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีคุณภาพไม่ดีอย่างไรและไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนทั่วไปเข้าใจผิดว่าผลิตภณฑที่จำเลยผลิตขึ้นนั้นเป็นผลิตภณฑที่โจทก์ทำขึ้น (คำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544) นอกจากนี้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ศาลฎีกาพิจารณาในประเด็นนี้ว่า หากประชาชนรู้อยู่แล้วว่า ผลิตภณฑนั้นเป็นผลิตผลจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ข้ออ้างของโจทก์ที่ว่าต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงในทางการค้าเพราะสินค้าไม่ได้มาตรฐานนั้นฟังไม่ขึ้น อีกทั้งในการนำสืบของโจทก์นั้นพยานที่เบิกความไม่ใช่พยานผู้เชี่ยวชาญจึงยังไม่เป็นที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าคุณภาพของผลิตภณฑของจำเลยนั้นมีคุณภาพไม่ดีหรือไม่ได้มาตรฐานอย่างไรและจะส่งผลเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์อย่างไร

จากคดีที่นำขึ้นสู่ศาลนั้น ศาลวินิจฉัยค่าเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า ออกเป็น 2 แนวทางคือ

แนวทางที่ 1 ศาลเห็นว่าเมื่อจำเลยมิได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงด้วยการทำซ้ำ โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายส่วนนี้

แนวทางที่ 2 ศาลพิเคราะห์จากพยานหลักฐานของโจทก์และพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว เห็นว่าความเสียหายในส่วนนี้มีไม่มากถึงขนาดที่โจทก์จะเรียกร้อง⁶

⁶ อ้างแล้ว, หน้า 376

5.2.2.3 ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานของโจทก์

โดยปกติทั่วไป โจทก์มักจะหยิบยกค่าใช้จ่ายในการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานของตนมาเป็นส่วนหนึ่งเพื่อการพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกจากจำเลย โดยโจทก์มักจะอ้างว่าโจทก์จะต้องเสียค่าใช้จ่ายประเภทนี้เพื่อทำให้งานของโจทก์มีชื่อเสียงและได้รับความนิยมนั้นจะส่งผลถึงยอดขายของโจทก์ ศาลเห็นว่าค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เป็นประโยชน์ในการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เอง การทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่มีผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพราะเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องจ่ายตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์เองไม่ใช่การสูญเสียผลประโยชน์ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมีข้อความเสียหายแท้จริงที่เกิดจากการกระทำของจำเลย (คำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 และคำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544)

5.2.2.4 ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์

ค่าเสียหายในส่วนนี้ มักจะปรากฏในรูปของค่านักสืบ ค่าวิชาชีพทนายความ และเงินรางวัลนำจับ ค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการดำเนินคดี (คำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543) ในการนำสืบถึงค่าเสียหายประเภทนี้โจทก์มีหน้าที่ในการนำหลักฐานมาแสดงให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีค่าใช้จ่ายนั้นๆ โดยต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าค่าใช้จ่ายแต่ละรายการนั้นจำเป็นต้องการบังคับตามสิทธิของตนอย่างไร อีกทั้งต้องเป็นจำนวนตามสมควรและได้มีการจ่ายค่าใช้จ่ายดังกล่าวนั้นจริง (คำพิพากษาของคดีหมายเลขแดงที่ ทป.81/2544)

ค่าเสียหายทั้ง 4 ประเภทข้างต้น มิใช่ข้อจำกัดของกฎหมายว่าผู้เสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เพียง 4 ประเภทดังกล่าวเท่านั้น โจทก์ในฐานะผู้เสียหายมีสิทธิจะเรียกค่าเสียหายใดๆ ที่ตนได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีกหากโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายต่างๆ นั้นได้

5.3 แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

โดยทั่วไป เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์มักจะพิจารณาคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์จากการสูญเสียรายได้ โอกาสในการขายและผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์คาดว่าจะได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้น จากการศึกษาคำพิพากษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยพบว่า โดยส่วนใหญ่แล้วค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้เรียกจากผู้ทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นจากการคาดเดาหรือประเมินคุณค่าหรือมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอาศัยพิจารณาญาณมากกว่าจะใช้วิธีการคำนวณทางคณิตศาสตร์ที่ให้ผลถูกต้อง ดังนั้น เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์

จะต้องนำสืบถึงจำนวนหรือมูลค่าของค่าเสียหายที่ตนได้ร้องขอมาในคำฟ้อง เจ้าของลิขสิทธิ์มักจะประสบกับปัญหาในการแสดงให้ศาลเห็นว่าค่าเสียหายที่ตนได้ร้องขอมานั้นถูกต้อง ครบถ้วน สมเหตุสมผลรวมถึงสมควรแก่กรณีเมื่อพิจารณาถึงความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ จากการศึกษาคำฟ้องในคดีต่างๆที่เกี่ยวข้อง พบว่าในการฟ้องร้องผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์และเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ผู้ประกอบการมักจะทำให้ ทนายความของตนดำเนินการทั้งหมดโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญคือการเรียกค่าเสียหายจากการขาด รายได้เป็นหลัก ซึ่งโดยทั่วไปนั้นการคำนวณค่าเสียหายดังกล่าวมักคำนวณจากราคาขายสินค้าคูณกับ จำนวนสินค้าที่ถูกทำละเมิด ส่วนค่าเสียหายอื่นๆ นอกเหนือจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้นั้น ผู้ประกอบการมักจะฟังความเห็นของทนายความว่าสมควรจะเรียกจากผู้ทำละเมิดหรือไม่

จากการพิจารณาค่าพิพาทในคดีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและ โสตทัศนวัสดุ ผู้วิจัยเห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายได้พิจารณาและประเมินมูลค่าของ ค่าเสียหายประเภทต่างๆ ดังนี้

5.3.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ถือเป็นค่าเสียหายซึ่งเป็นผลโดยตรงที่เจ้าของลิขสิทธิ์ ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 134/2545 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์ได้ซื้อภาพยนตร์จีน เรื่อง “โคตรนครพันธันรก หรือ Bio Zombie” มาจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อทำการเผยแพร่ทางโทรทัศน์สี กองทัพบกช่อง 7 และสถานีเครือข่าย ทั้งนี้วัตถุประสงค์สำคัญในการเผยแพร่ภาพยนต์ดังกล่าวคือ การ มุ่งค้าหากำไรจากการโฆษณาในช่วงเวลาที่ทำการแพร่ภาพและเสียงของภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว ในส่วน ของจำเลยนั้นจำเลยได้สั่งให้พนักงานของตนทำการแพร่ภาพและเสียงของภาพยนตร์เรื่องเดียวกันทาง สถานีเคเบิลทีวีของทีทีวี (TTV) โดยกิจการของจำเลยก็มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งค้าหากำไรเช่นเดียวกัน คดีนี้โจทก์ได้เรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของจำเลยเป็นจำนวน 3,000,000 บาท โดยที่โจทก์ได้ ประเมินมูลค่าความเสียหายจำนวนดังกล่าวจากการขาดรายได้ที่ตนพึงจะได้รับจากการโฆษณา ซึ่งอัตรา ค่าโฆษณาในช่วงเวลาที่คาดว่าภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวจะเผยแพร่มีมูลค่านาทีละ 150,000 บาทและ ช่วงเวลาที่ภาพยนตร์เผยแพร่นั้นจะมีช่วงเวลาโฆษณาทั้งสิ้น 25 นาที อย่างไรก็ตาม โจทก์มีส่วนลดให้แก่ผู้ที่ ต้องการโฆษณาในเวลาดังกล่าวโดยที่โจทก์จะเรียกค่าโฆษณาในอัตราเพียงนาทีละ 120,000 บาท ดังนั้นเมื่อคำนวณค่าเสียหายแล้วโจทก์เสียหายเป็นมูลค่าเท่ากับระยะเวลาการโฆษณา (25 นาที) คูณ ด้วยอัตราค่าโฆษณาต่อนาที (120,000 บาท) หรือเท่ากับ 3,000,000 บาท

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 33/2545 โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการที่จำเลยทำละเมิด งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งข้อเท็จจริงของคดีปรากฏว่าจำเลยเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการขายลิขสิทธิ์

เหื่องงานสร้างสรรค์ให้แก่โจทก์ในราคา 400,000 บาท หลังจากการขายลิขสิทธิ์ดังกล่าวแล้ว จำเลยยังดำเนินการผลิตโฮตทัศน์วีซีดี (VCD) คาราโอเกะออกจำหน่ายและยังได้ขายลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์เดียวกันให้แก่บุคคลที่สามอีกด้วย ในคดีนี้โจทก์ได้นำสืบต่อศาลถึงจำนวนค่าเสียหาย โดยได้แสดงให้ศาลเห็นถึงยอดจำหน่ายสินค้าของโจทก์ที่ลดลงอย่างมีนัยสำคัญนับแต่จำเลยได้เริ่มทำเลเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ได้แสดงบัญชียอดจำหน่ายสินค้าของตนเป็นหลักฐานต่อศาล นอกจากค่าเสียหายที่โจทก์ได้นำสืบพิสูจน์ดังกล่าวแล้ว โจทก์ยังขอให้ศาลสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากการขาดกำไรที่โจทก์จะได้รับในอนาคต ซึ่งโจทก์คาดว่าผลกำไรที่ตนจะได้รับในอนาคตยังมีอีกเป็นจำนวนถึง 5,000,000 บาท โจทก์ในคดีนี้มีได้แสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์คำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตโดยวิธีการใด

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 โจทก์ในคดีนี้เรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้จากการทำเลเมิดของจำเลย โดยที่จำเลยได้ทำซ้ำเทปเพลงของจำเลยเพื่อจำหน่าย โจทก์คำนวณค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของตนโดยคำนวณจากจำนวนยอดเทปเพลงที่จำเลยผลิตและจำหน่ายคูณด้วยราคาขายเทปเพลงของโจทก์ซึ่งโจทก์ถือว่าราคาขายจำนวนดังกล่าวเป็นรายได้ของตน ทั้งนี้ในการคำนวณดังกล่าวโจทก์มิได้หักต้นทุนและค่าใช้จ่าย (cost and expense) ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการผลิตออกไปก่อนที่โจทก์จะคำนวณค่าเสียหายจากการขาดรายได้

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 31/2541 โจทก์ในคดีนี้ได้ฟ้องร้องว่าจำเลยทำการละเมิดโดยการผลิตหรือทำซ้ำเทปเพลงของโจทก์ โจทก์ได้อ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการขาดรายได้จากการทำเลเมิดของจำเลย โจทก์คำนวณค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของตนครั้งนี้โดยคำนวณจากจำนวนยอดเทปเพลงที่จำเลยผลิตและจำหน่ายคูณด้วยราคาขายเทปเพลงของโจทก์ต่อเทปเพลง 1 หน่วย ทั้งนี้โจทก์มิได้หักต้นทุนและค่าใช้จ่าย (cost and expense) ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตออกไปก่อน

5.3.2 ค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

ในการเรียกค่าเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์มักจะเรียกค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าเพิ่มเติมจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้ประกอบด้วย จากการศึกษาคำพิพากษาในคดีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องพบว่า โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าดังนี้

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2545 โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า โดยอ้างว่าสิ่งบันทึกเสียงที่จำเลยผลิตและจำหน่ายนั้นมีคุณภาพต่ำ อายุการใช้งานสั้นและอาจสร้างความสับสนหลงผิดแก่ผู้บริโภคโดยคิดว่าเป็นสินค้าของโจทก์ซึ่งจะเป็นเหตุให้ผู้ซื้อลดทอนความน่าเชื่อถือในคุณภาพสินค้าของโจทก์ ดังนั้นโจทก์จึงขอเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นจำนวน 50,000 บาท โจทก์ในคดีนี้มีได้แสดงวิธีประเมินว่าทำไมค่าเสียหายในกรณีนี้จึงเป็นมูลค่าถึง 50,000 บาท โจทก์เพียง

อาศัยการคาดเดาและประเมินการณโดยอาศัยวิจารณ์ญาณของตนว่าค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าในกรณีนี้ควรจะเป็นจำนวน 50,000 บาท

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าโดยอ้างว่า จำเลยได้ทำซ้ำภาพยนตร์ของโจทก์โดยการจัดทำโฮตทัศน์วัสดุประเภท วีดีโอเทป แล้วนำออกให้บุคคลอื่นเช่า โดยคุณภาพของวีดีโอเทปดังกล่าวอยู่ในระดับต่ำซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์ เพราะผู้บริโภคอาจจะลดต้นทุนความน่าเชื่อถือต่องานของโจทก์ก็ได้ โจทก์ประเมินค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นมูลค่า 200,000 บาท โดยมีได้แสดงต่อศาลว่าโจทก์ประเมินค่าเสียหายจำนวนดังกล่าวจากหลักการหรือวิธีการใด โจทก์เพียงนำสืบต่อศาลให้เห็นคุณภาพของวีดีโอเทปแต่มีได้นำสืบว่าผู้บริโภคจะหลงผิดและลดทอนความน่าเชื่อถือต่อสินค้าของโจทก์ได้อย่างไร

5.3.3 ค่าเสียหายประเภทอื่นๆ

แม้ว่าในคดีต่างๆ โจทก์จะได้เรียกค่าเสียหายประเภทอื่นๆ นอกจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้และค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าด้วย เช่น ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานของโจทก์ แต่การคำนวณค่าเสียหายประเภทดังกล่าวก็มีได้คำนวณจากหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์หรือทางการบัญชี โจทก์มักจะกล่าวอ้างความจำเป็นและอ้างอิงจำนวนตัวเลขที่ตนได้จ่ายไปเพื่อการโฆษณาเป็นมูลค่าของความเสียหาย

5.4 ปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและบทวิเคราะห์

แม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะมีบทบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาการพิจารณากำหนดจำนวนของค่าเสียหายทางแพ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีที่งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนถูกกระทำละเมิด โดยบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏในมาตรา 64 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้อกำหนดของมาตรา 64 เป็นข้อกำหนดที่วางหลักเกณฑ์และแนวทางให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดจำนวนของค่าเสียหายทางแพ่งเพื่อแก้ไขเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้แยกแยะประเภทหรือสิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถเรียกจากผู้ทำละเมิดได้อีกทั้งข้อกำหนดในกฎหมายมีลักษณะที่กว้างขวางซึ่งหากพิจารณาในด้านดีจะพบว่าข้อกำหนดในลักษณะนี้เป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเพื่อให้ใช้ได้กับทุกกรณี อีกทั้งยังมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้อีกด้วย หากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวในอีกด้านหนึ่งจะพบว่าข้อกำหนดดังกล่าวได้สร้างความลำบากให้แก่ศาลและผู้เสียหายในการนำสืบพิสูจน์และพิจารณากำหนดจำนวนของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายพึงจะได้รับ เพราะมีความจำเป็นที่จะต้องตีความหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในมาตรา 64 ดังกล่าวนั้นซึ่งอาจส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่อาจอำนวยความสะดวกให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อย่างเพียงพอและครอบคลุมถึงความเสียหายบางประเภทซึ่งมิได้ปรากฏในรูปของความเสียหายโดยตรงหรือไม่อาจปรากฏให้เห็นอย่างชัดแจ้งและเป็นรูปธรรมได้ นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าว

ยังอาจอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ทำละเมิดได้ กล่าวคือ ผู้ทำละเมิดอาจยังคงได้รับประโยชน์จากการกระทำละเมิดของตน แม้ว่าจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แล้วก็ตาม เพราะต้นทุนการผลิตต่อหน่วยของผู้ทำละเมิดนั้นต่ำกว่าต้นทุนการผลิตต่อหน่วยของผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม หากศาลจะสั่งให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายตามจำนวนที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดของตน กรณีนี้อาจทำให้ศาลลำบากใจในการพิพากษากำหนดจำนวนของค่าเสียหายจากหลักดังกล่าวเพราะถ้าที่ผู้ละเมิดได้รับโดยปกติจะเป็นจำนวนที่สูงกว่ากำไรของผู้เสียหาย (ที่อาจหาได้ด้วยตนเอง)⁷ ผลเสียที่เกิดขึ้นก็คือจะเป็นการสร้างแรงจูงใจ (motivation) ให้มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพราะจำนวนของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะต้องจ่ายนั้นเป็นจำนวนที่น้อยกว่าจำนวนของผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับ ในรายงานการวิจัยโครงการวิจัยเรื่องปัญหาการละเมิดสิทธิในด้านทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา แนวคิดปัญหา ทางแก้ไขและการพัฒนาการนั้นแสดงให้เห็นว่า ค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาโดยรวมยังไม่มีความเป็นรูปธรรม โดยคณะผู้วิจัยได้รายงานเกี่ยวกับปัญหาการกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากระบบศาลไว้ดังนี้ “ปัญหาและอุปสรรคอันเนื่องมาจากระบบศาลนั้น ระบบศาลทรัพย์สินทางปัญญายังไม่ชัดเจน... ผู้พิพากษาบางส่วนยังไม่มีควมคุ้นเคยกับความซับซ้อนของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและไม่คุ้นเคยกับแนวทางและลักษณะพิเศษของอุตสาหกรรมนี้...”⁸

ในการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและบทวิเคราะห์สภาพปัญหาแต่ละเรื่องนั้นสามารถแบ่งพิจารณาเป็น 2 หัวข้อใหญ่ได้ดังนี้

5.4.1 ปัญหาจากข้อกฎหมายและบทวิเคราะห์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหาย กฎหมายมาตราดังกล่าวกำหนดให้ศาลต้องพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับตามสิทธิ การกำหนดมูลค่าของความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยใช้หลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 64 ดังกล่าวถือเป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ศาลเพื่อพิจารณากำหนดให้มูลค่าของค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับเหมาะสมแก่กรณี อีกทั้งยังเป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้แก่ศาลทั้งนี้เพราะศาลไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเภทของค่าเสียหายหรืออาจกระทบต่อดุลพินิจของศาล

⁷ รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 269

⁸ วิศิษฐ์ ศรีพิบูลย์และคณะ, รายงานการวิจัยโครงการวิจัยเรื่องปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา แนวคิด ปัญหา ทางแก้ไขและพัฒนาการ, (กรุงเทพฯ: เอ็มแอล ครีเอชั่น แอนด์ พรินติ้ง จำกัด, 2546), หน้า 107

อย่างไรก็ดี การวางหลักเกณฑ์ที่กว้างขวางเช่นนี้จะก่อปัญหาในทางปฏิบัติเช่นกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

5.4.1.1 กฎหมายไม่มีกรอบการพิจารณาที่ชัดเจน

แม้ว่ามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะถูกตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการพิจารณากำหนดจำนวนของค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ 3 ประการที่กำหนดไว้ในมาตรา 64 ดังกล่าวยังคงมีลักษณะเป็นนามธรรมกล่าวคือ กฎหมายเพียงวางหลักเกณฑ์กว้างๆ โดยมีได้กำหนดกรอบการพิจารณาที่ชัดเจนและเป็นการเฉพาะเอาไว้

ก. การพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหาย

ก.1 ปัญหาสำคัญเบื้องต้นสำหรับกรณีนี้คือ ความร้ายแรงของความเสียหายนั้นควรจะมีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร และความร้ายแรงดังกล่าวนั้นควรจะมีมากหรือน้อยเพียงใด อีกทั้งความร้ายแรงของความเสียหายที่ว่านั้นจะต้องชัดเจนแค่ไหนและเพียงใด ทั้งนี้เพราะความเสียหายบางประเภทนั้นมิอาจพิสูจน์ให้เห็นเป็นรูปธรรมได้โดยง่ายและชัดเจน

บทวิเคราะห์: หากพิจารณาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์แล้ว จะพบว่าแม้เจ้าของลิขสิทธิ์จะมิได้รับความเสียหายทางการเงิน (monetary damage) โดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ก็ถือได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ซึ่งความเสียหายดังกล่าวนี้คือความเสียหายจากการสูญเสียอำนาจตลาดและความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสในการค้าหาทำกำไร เนื่องจากมีความไม่ชัดเจนในการพิจารณาคำว่า **“ความร้ายแรงของความเสียหาย”** ปัญหาที่เกิดขึ้นประการหนึ่งก็คือ จะต้องมีการตีความของคำดังกล่าว ซึ่งการตีความของถ้อยคำนั้นอาจจะส่งทั้งผลดีและผลเสียต่อการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพราะการตีความนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของแต่ละบุคคลว่ากรณีใดจึงจะถือว่าร้ายแรงและขนาดความร้ายแรงนั้นควรจะมีมากหรือน้อยเพียงใด และผลของความร้ายแรงนั้นจะมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย นอกจากนี้ ในบางกรณีโจทก์มิอาจนำสืบให้ศาลเห็นถึงความร้ายแรงของความเสียหายได้อย่างชัดเจนในขณะที่มีการฟ้องร้องและดำเนินคดีกับผู้ทำละเมิด เช่น ผู้ทำละเมิดทำซ้ำวีซีดีของโจทก์และผู้ทำละเมิดได้วางขายวีซีดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นในตลาดแล้ว แต่วีซีดีที่เกิดขึ้นจากการทำซ้ำดังกล่าวอาจจะยังขายไม่ได้ หากตีความคำว่า **“ความร้ายแรงของความเสียหาย”** อย่างเคร่งครัดสำหรับกรณีนี้ ศาลก็อาจพิจารณาได้ว่าโจทก์ยังมิได้เสียหายจากการทำซ้ำของจำเลยแต่ประการใด ทั้งที่ในความเป็นจริงโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นแล้วอย่างน้อยที่สุดคือ การที่โจทก์ต้องสูญเสียรายได้จากการได้รับค่าสิทธิจากผู้ทำละเมิด อีกทั้งโจทก์ยังได้รับความเสียหายจากการที่ตนต้องสูญเสียอำนาจตลาดในบริเวณที่วีซีดีที่ผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นวางจำหน่ายรวมถึงยังสูญเสียโอกาสในการค้าขายบริเวณดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม ความสูญเสียของโจทก์ดังกล่าวอาจจะมิได้แสดงให้เห็นเป็นผลชัดเจนว่า

การสูญเสียที่ร้ายแรงต่อธุรกิจของโจทก์ ณ เวลาที่ได้ฟ้องคดีอย่างไร หากกรณีเป็นเช่นนี้ก็มีความเป็นไปได้ที่ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์ การที่กฎหมายมิได้กำหนดกรอบการพิจารณาระดับความร้ายแรงที่ชัดเจนส่งผลให้โจทก์ในฐานะผู้เสียหายประสบปัญหาในการนำสืบให้ศาลพอใจได้ว่า ความร้ายแรงในระดับใดที่ศาลเห็นว่าเพียงพอที่ศาลจะเชื่อได้ว่ามูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ร้องขอนั้นร้ายแรงพอที่ศาลจะมีคำสั่งให้โจทก์ได้รับการชดเชยเยียวยา อย่างไรก็ตาม อาจจะมีข้อโต้แย้งในประเด็นนี้ว่า ความร้ายแรงนั้นจะร้ายแรงในระดับใดหรือเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใดอาจมิใช่อุปสรรคหรือปัญหา เพราะท้ายที่สุดแล้วศาลก็ต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอยู่แล้วว่าจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ได้นำสืบนั้นเป็นจำนวนที่สมควรแก่กรณีหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อศาล ผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวอาจสร้างมาตรฐานเชิงซ้อน (double standard) ได้เนื่องจากการดุลพินิจของศาลรวมถึงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และประสบการณ์ของผู้พิพากษาแต่ละท่านนั้นย่อมแตกต่างกัน ซึ่งส่งผลให้การตีความข้อกฎหมายแตกต่างกันและอาจทำให้ผลของแต่ละคดีแตกต่างกันด้วยแม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะคล้ายหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง

ก.2 ปัญหาในประการต่อมาก็คือ ความร้ายแรงที่เกิดขึ้นต้องเป็นความร้ายแรงของความเสียหายมิใช่ความร้ายแรงของการกระทำละเมิดดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัญหาของกรณีนี้จะส่งผลให้ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อมีผลไม่แตกต่างกัน กล่าวคือไม่ว่าผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายในจำนวนเดียวกัน ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากคดีละเมิดทั่วไป โดยในคดีละเมิดทั่วไปนั้นความจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุที่ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายด้วยเพราะหากผู้ทำละเมิดจงใจกระทำ ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้วผู้ละเมิดสมควรที่จะได้รับผิดชดเชยความเสียหายเป็นมูลค่าที่สูงกว่ากรณีที่ผู้ทำละเมิดกระทำการโดยประมาท ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายกำหนดให้ศาลพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายจากความร้ายแรงของความเสียหายซึ่งอาจจะตีความได้ว่า หากโจทก์ในฐานะผู้เสียหายพิสูจน์ถึงความเสียหายได้แล้วแต่ศาลเห็นว่าไม่ร้ายแรงหรือร้ายแรงไม่ถึงขนาด ศาลอาจกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายโดยไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็ได้

บทวิเคราะห์ คำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 กำหนดให้ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีนั้นเป็นจำนวนเท่ากับผลต่างของราคาขายกับต้นทุนการผลิต ซึ่งคือกำไรที่โจทก์ต้องเสียไปจากการกระทำละเมิดของจำเลย อย่างไรก็ตาม ผลจากคดีนี้อาจคงประโยชน์ให้แก่ผู้ทำละเมิดอยู่ กล่าวคือ ผู้ทำละเมิดยังคงได้รับประโยชน์จากผลต่างของกำไรจากการขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์และค่าเสียหายที่ตนต้องจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งช่องว่างตรงนี้อาจทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์มีอาจบังคับใช้หรือเป็นผลอย่างชัดเจน สำหรับกรณีนี้ผู้วิจัยขอเสนอตัวอย่างดังนี้

1.	เจ้าของลิขสิทธิ์		
	ราคาขาย (ต่อหน่วย)	บาท	บาท
			100
	ต้นทุน		
	- ค่าโฆษณา(ต่อหน่วย)	20	
	- ค่าลิขสิทธิ์(ต่อหน่วย)	15	
	- ค่าแผ่นซีดีเปล่า (1แผ่น)	5	
	- ค่าแรงงาน	7	
	- ค่าขนส่ง	5	<u>52</u>
	กำไร		<u>48</u> (48%)
2.	ผู้ทำละเมิด		
	ราคาขาย (ต่อหน่วย)	บาท	บาท
			70
	ต้นทุน		
	- ค่าแผ่นซีดีเปล่า (1แผ่น)	5	
	- ค่าแรงงาน	7	
	- ค่าขนส่ง	5	<u>17</u>
	กำไร		<u>53</u> (75.7%)

จากตัวอย่างข้างต้นจะพบว่า หากศาลพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์โดยพิจารณาการขาดกำไรของโจทก์เพียงอย่างเดียว โจทก์จะได้รับการเยียวยาความเสียหายเพียง 48 บาทต่อหน่วยซึ่งเป็นมูลค่าที่เท่ากับมูลค่าของกำไรที่โจทก์ต้องเสียไปจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ในขณะที่จำเลยสามารถหากำไรจากการทำ

ละเมิดลิขสิทธิ์ของตนได้ถึง 53 บาทต่อหน่วย (หรือเท่ากับ 75.7% ของราคาขายต่อหน่วย) แม้ว่าผู้ทำละเมิดตั้งราคาขายไว้ในราคาเพียง 70 บาทต่อหน่วย (ซึ่งถูกกว่าราคาขายต่อหน่วยของผู้เสียหายถึง 30 บาทต่อหน่วย) กรณีดังนี้ทำให้เห็นว่า แม้จำเลยจะถูกดำเนินคดีและศาลมีคำสั่งให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ ในราคา 48 บาทต่อหน่วย จำเลยยังคงได้ประโยชน์อยู่ดี กล่าวคือจำเลยยังคงมีเงินเหลืออีกเป็นจำนวน 5 บาทต่อหน่วยหลังจากที่ได้จ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์แล้ว ผลที่ปรากฏในกรณีนี้อาจเป็นการสร้างแรงกระตุ้นให้มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้น จากตัวอย่างข้างต้น การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลพิจารณาถึงความร้ายแรงของความเสียหายเพียงอย่างเดียวโดยมิได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนให้ศาลสามารถพิจารณาพฤติการณ์ของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีกด้วยจะทำให้ระบบของกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่อาจบังคับใช้ให้ได้ผลดีตามแนวคิดของกฎหมายฉบับนี้

นอกจากตัวอย่างของปัญหาการพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายในกรณีของค่าขาดรายได้ ในส่วนของความร้ายแรงของความเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าของโจทก์นั้น ศาลในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 วางหลักการพิจารณากรณีนี้ว่า หากประชาชนรับรู้แล้วว่าผลิตภัณฑ์ของจำเลยนั้นเป็นผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการทำละเมิดเช่นนี้ถือได้ว่าโจทก์ไม่ได้รับเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียง ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าการพิจารณาถึงการรับรู้ของประชาชนนั้นยังไม่เพียงพอต่อการพิสูจน์ว่าโจทก์เสื่อมเสียชื่อเสียงจากการกระทำละเมิดของจำเลยหรือไม่ เพราะแม้ว่าผู้บริโภคจะรับรู้ถึงคุณภาพที่ด้อยกว่าผลิตภัณฑ์ที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์ กล่าวคือประชาชนจะได้คาดหวังในความคมชัดของเสียงหรือภาพ ในความเป็นจริงผู้บริโภคย่อมจะคาดหวังว่าเนื้อหาสาระที่ปรากฏในตัวของผลิตภัณฑ์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ว่าจะต้องครบถ้วนดังที่ปรากฏในผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยถูกต้องตามลิขสิทธิ์ หากการกระทำละเมิดนั้นได้ตัดทอนเนื้อหาสาระของงานอันมีลิขสิทธิ์ออกไปอาจจะสร้างปัญหาได้ว่าประชาชนอาจเข้าใจและหลงคิดว่าโจทก์ผลิตงานที่ไม่ดีออกสู่ตลาด ซึ่งจะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในผลิตภัณฑ์ของโจทก์ในอนาคตด้วย

ข. การพิจารณาการสูญเสียประโยชน์

ในการพิจารณาการสูญเสียประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์นี้มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาและบทวิเคราะห์ที่เกี่ยวข้องดังนี้

ข.1 ความชัดเจนของการสูญเสียประโยชน์

เช่นเดียวกับปัญหาของการพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหาย มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้วางหลักเกณฑ์พิจารณาหรือแนวทางในการนำสืบพิสูจน์ถึงการสูญเสียประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ กฎหมายกำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของโจทก์ในการนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้สูญเสียประโยชน์ใดๆ ไป

จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ โจทก์ต้องสูญเสียถึงระดับใดจึงจะถือว่า โจทก์สมควรได้รับการเยียวยา

บทวิเคราะห์: หากพิจารณาในมุมมองของโจทก์ก็จะพบว่า เมื่อมีการกระทำละเมิดใดๆ ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ย่อมถือว่าตนเองสูญเสียประโยชน์ที่จะได้รับจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนทั้งสิ้น ดังเช่นกรณีโดยทั่วไปที่โจทก์มักจะเรียกให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายจากค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานของโจทก์ด้วย คำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ได้วางหลักเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้ว่า ค่าใช้จ่ายในกรณีโฆษณาประชาสัมพันธ์งานของโจทก์ถือเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์กระทำเพื่อตนเองอยู่แล้ว อีกทั้งยังขึ้นอยู่กับความพอใจของโจทก์ด้วย การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ถือว่าทำให้โจทก์ต้องสูญเสียประโยชน์ในสวนนี้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาค่าใช้จ่ายจากการโฆษณาในอีกด้านหนึ่งจะพบว่า การที่โจทก์ได้จ่ายค่าโฆษณางานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเพื่อทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมีชื่อเสียงและสามารถหารายได้นั้น นอกจากจะได้สร้างประโยชน์โดยตรงให้แก่โจทก์แล้ว ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ยังได้สร้างประโยชน์ให้แก่จำเลยด้วย กล่าวคือโดยทั่วไปการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมักจะเลือกกระทำจากงานอันมีชื่อเสียงเพราะงานดังกล่าวเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคและอยู่ในความนิยมของตลาด ซึ่งความต้องการและความนิยมของงานนั้นเป็นผลโดยตรงจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์ ดังนั้น ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือจำเลยสมควรที่จะต้องใช้ค่าใช้จ่ายส่วนนี้ให้แก่โจทก์ด้วยหรือไม่เพราะตนได้รับประโยชน์จากค่าใช้จ่ายจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานของโจทก์ การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบการพิจารณาค่าว่า “การสูญเสียประโยชน์” เอาไว้อย่างชัดเจนทำให้เป็นการยากในการนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการสูญเสียประโยชน์ได้ อีกทั้งยังเป็นการยากที่จะพิจารณาเพื่อสร้างมาตรฐานการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังเช่นตัวอย่างที่ได้แสดงให้เห็นข้างต้นซึ่งแสดงให้เห็นว่าเฉพาะปัญหาการพิจารณาค่าใช้จ่ายในการโฆษณานั้นถือเป็นการสูญเสียประโยชน์ของผู้เสียหายหรือไม่ยังสามารถพิจารณาให้แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับมุมมอง ประสบการณ์และความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคล

ข.2 ประเด็นปัญหาถัดมาที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของตัว

บทกฎหมายคือ ในการพิจารณาการสูญเสียประโยชน์ ศาลยังต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของการสูญเสียประโยชน์นั้นด้วยหรือไม่เพราะการสูญเสียประโยชน์ถือเป็นความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ประการหนึ่ง

บทวิเคราะห์: สำหรับกรณีนี้หากพิจารณาการเรียกค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์เป็นเกณฑ์เปรียบเทียบจะพบว่า ศาลพิจารณาเพียงว่าค่าใช้จ่ายแต่ละรายการจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธิของโจทก์หรือไม่ศาลมิได้พิจารณาถึงความร้ายแรงของค่าใช้จ่ายที่จำเป็นนั้นอีก หากนำแนวการตีความเช่นนี้มาปรับใช้กับการพิจารณาว่าการสูญเสียประโยชน์นั้นต้องมีความร้ายแรงประกอบด้วยหรือไม่แล้วเห็นว่าประโยชน์ใดๆ ที่โจทก์สูญเสียจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ศาลอาจไม่ต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของการสูญเสียประโยชน์ใดๆ

นั่นอีก อย่างไรก็ตาม อาจจะมีข้อโต้แย้งในกรณีการปรับใช้แนวคิดเช่นนั้น กล่าวคือ การสูญเสียประโยชน์ ถือว่าเป็นความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ประการหนึ่ง ดังนั้นในการพิจารณาถึงมูลค่าของความเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์นี้จึงต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของความสูญเสียนั้นด้วย

ข.3 ผลประโยชน์ประเภทใดบ้างที่ถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียจากการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีบทบัญญัติในส่วนนี้เพียงให้ศาลพิจารณาถึงการสูญเสียประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยที่กฎหมายมิได้กำหนดหรือวางหลักเกณฑ์ให้พิจารณาว่าผลประโยชน์ในลักษณะใดบ้างที่ถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาในกรณีนี้คือ การพิจารณาค่าใช้จ่ายจากการโฆษณาตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นอกจากตัวอย่างดังกล่าวแล้ว การสูญเสียประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะได้รับค่าสิทธิจากการอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนก็เป็นประเด็นที่น่าพิจารณาด้วยเช่นกัน ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ศาลฎีกานั้นได้วางหลักไว้ว่าการกระทำละเมิดของจำเลยไม่ส่งผลถึงความสูญเสียประโยชน์ในอนาคตที่โจทก์จะสามารถอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 ศาลในคดีนี้เห็นว่า โจทก์ไม่อาจนำสืบได้ว่ากระทำการละเมิดของจำเลยทำให้จำเลยขาดประโยชน์จากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของโจทก์ได้อย่างไร อีกทั้งโจทก์ไม่อาจนำสืบให้เห็นว่ามีใครเคยขออนุญาตใช้สิทธิของโจทก์หรือไม่อย่างไรและในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 22/2543 ศาลในคดีนี้วางหลักว่าการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์พิจารณาได้จากประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิด

บทวิเคราะห์: เมื่อพิจารณาคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องต่างๆ เหล่านี้แล้วจะพบว่า ศาลเห็นว่าประโยชน์ที่โจทก์สูญเสียคือประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการละเมิด ซึ่งการที่จะเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์จากการได้รับค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ศาลเห็นว่า การกระทำของผู้ทำละเมิดไม่เป็นเหตุถึงขนาดให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้สิทธิจากโจทก์ ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้กับโจทก์ อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้สามารถที่จะพิจารณาได้ในอีกทางหนึ่งว่า แม้การกระทำของจำเลยจะไม่เป็นเหตุถึงขนาดให้ไม่มีผู้ใดมาขออนุญาตใช้สิทธิจากโจทก์แต่การกระทำละเมิดของจำเลยก็ยังคงทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายจากการที่ต้องสูญเสียประโยชน์ในการได้รับค่าสิทธิจากตัวจำเลยเองซึ่งจำเลยสมควรที่จะต้องจ่ายค่าสิทธิในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ จากคำพิพากษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้นี้พบว่า ศาลตีความว่าประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับจากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของโจทก์นั้น ผู้อื่นที่จะมาขอใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นไม่รวมไปถึงจำเลยด้วย ซึ่งกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการตีความดังกล่าวเป็นการตีความอย่างแคบและเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจในการตีความข้อกฎหมายที่มีความไม่ชัดเจนซึ่งผลของการพิจารณาจึงปรากฏได้ในหลายด้านและสร้างความไม่แน่นอนให้กับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

ค. ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

ค.1 ปัญหาที่จะต้องพิจารณาสำหรับประเด็นนี้คือ ควรจะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละส่วนนั้นอย่างไร ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 ศาลฎีกาเห็นว่า เพียงแค่ใบขอเบิกค่าใช้จ่ายโดยไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินตามใบขอเบิกดังกล่าวยังไม่ถือว่าค่าใช้จ่ายที่ปรากฏในใบขอเบิกนั้นมีความจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธิ

บทวิเคราะห์: การตีความดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 นี้ไม่สะท้อนถึงความเป็นจริงในทางธุรกิจเพราะในทางธุรกิจนั้นเมื่อมีการวางใบเรียกเก็บเงินหรือใบเบิกค่าใช้จ่ายคู่กรณีจะมีการตกลงถึงระยะเวลาการชำระเงินตามเอกสารดังกล่าว เช่น ต้องชำระภายใน 30 วันหรือ 60 วันเป็นต้น โดยระยะเวลาเช่นว่านั้นจะนานเพียงใดขึ้นอยู่กับความไวเนื้อเชื่อใจระหว่างกัน กรณีอาจปรากฏว่า ในขณะที่โจทก์ฟ้องคดีทนายความได้ยื่นใบขอเบิกค่าใช้จ่ายไปแต่โจทก์ยังมิได้ชำระเพราะอยู่ในช่วงเวลาตามข้อกำหนดการชำระเงินที่ได้ตกลงกันไว้ ในกรณีนี้จึงยังไม่มีหลักฐานการชำระเงินจริง แต่อย่างไรก็ดี หน้าทีของโจทก์ในการที่จะต้องชำระค่าใช้จ่ายตามที่ปรากฏในเอกสารนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว

ค.2 ในส่วนของค่าวิชาชีพทนายความ ศาลในทุกคดีเห็นว่าค่าวิชาชีพทนายความเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธิของโจทก์ อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ยังมีได้มีเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจน กล่าวคือหากโจทก์ใช้สำนักงานทนายความที่คิดว่าค่าวิชาชีพในราคาสูงเพราะเชื่อถือในความสามารถ ศาลอาจจะพิจารณาได้ว่าค่าวิชาชีพนี้สูงกว่ามาตรฐานทั่วไปและไม่ใช่ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพราะในคดีเช่นเดียวกันนี้โจทก์อาจจะใช้บริการจากทนายความในสำนักงานอื่นที่ถูกกว่าและได้ผลงานอย่างเดียวกัน ดังนั้นศาลอาจพิจารณาปรับลดจำนวนลงได้ ซึ่งการพิจารณาปรับลดดังกล่าวอาจทำให้โจทก์ต้องเสียหายเพราะได้จ่ายค่าวิชาชีพทนายความไปเต็มจำนวนแล้ว

บทวิเคราะห์: สำหรับกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลคงจะพิจารณาจากใบเรียกเก็บเงินของทนายความ หากโจทก์พิสูจน์ถึงความจำเป็นได้ว่าเหตุใดจึงต้องเลือกใช้สำนักงานทนายความที่มีการเรียกค่าธรรมเนียมวิชาชีพในราคาสูงได้แล้ว ศาลอาจจะสั่งให้โจทก์ได้รับการเยียวยาในส่วนนี้ได้ ทั้งนี้ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดให้ศาลใช้พิจารณา ดังนั้นหากโจทก์เลือกใช้สำนักงานทนายความที่เรียกค่าวิชาชีพในราคาสูงซึ่งอาจก่อภาระให้จำเลยจนเกินพอดีและเกินความเหมาะสม จำเลยก็ต้องแบกรับภาระในส่วนนี้โดยไม่จำเป็น

5.4.1.2 กฎหมายมิได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายหรือเกณฑ์การคำนวณ

ค่าเสียหาย

แม้ว่ามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้แต่กฎหมายดังกล่าวอาจสร้างปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ กฎหมายมิได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายหรือเกณฑ์การคำนวณค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ให้เป็นที่แน่ชัด

บทวิเคราะห์: การกำหนดหลักเกณฑ์การคำนวณหรือกำหนดประเภทของค่าเสียหายเอาไว้ในกฎหมายนั้นอาจสร้างความยุ่งยากในการพิจารณาอีกทั้งไม่ก่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว แต่กฎหมายก็ควรจะกำหนดแนวทางการคำนวณค่าเสียหายหรือข้อสันนิษฐานจำนวนของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้เพราะนอกจากจะเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ศาลในการพิเคราะห์ถึงจำนวนของค่าเสียหายแล้ว แนวทางดังกล่าวยังเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกแก่โจทก์ในการเรียกและนำสืบพินิจจนถึงจำนวนของค่าเสียหายจากจำเลยอีกด้วย การที่กฎหมายไม่กำหนดแนวทางการเรียกค่าเสียหายหรือข้อสันนิษฐานจำนวนของค่าเสียหายสร้างความยุ่งยากต่อทั้งศาลและผู้เสียหายในการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว ซึ่งผลของความยุ่งยากนี้จะทำให้ศาลต้องวางแนวทางในการคำนวณค่าเสียหายเองตามแต่ที่ศาลเห็นสมควรในแต่ละคดีโดยแนวทางที่ศาลกำหนดไว้อาจแตกต่างกันไปในแต่ละคดี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าจะคิดเห็นเป็นประการใด ผลลัพธ์ที่ได้ก็คือ ความไม่แน่นอนว่าศาลจะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณากำหนดจำนวนของค่าเสียหายแต่ละประเภท เช่น หากศาลในคดีหนึ่งพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์ซึ่งถูกละเมิดลิขสิทธิ์ของเพลงโดยคำนวณจากมูลค่าของราคาขายหักด้วยต้นทุนการผลิตทั้งหมดผลลัพธ์ที่ได้จะเป็นค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์ แต่ศาลอีกคดีหนึ่งเห็นว่านอกจากผลลัพธ์ที่ได้ดังกล่าวแล้ว โจทก์ยังขาดรายได้จากค่าสิทธิที่จำเลยควรจะต้องจ่ายให้โจทก์อีก ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนที่เพิ่มเติมให้อีก ดังนั้นจะเห็นว่ากรณีที่ได้ยกมาเป็นกรณีที่มีเนื้อหาสาระที่ใกล้เคียงกันมากแต่วิธีการคิดการคำนวณนั้นต่างกัน ผู้เสียหายก็จะมีได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เท่าเทียมกัน

การไม่มีข้อกำหนดแนวทางการคำนวณค่าเสียหายเอาไว้ก่อให้เกิดปัญหาในลักษณะที่ว่าผู้เสียหายไม่มีแนวทางที่แน่นอนในการคำนวณค่าเสียหายเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยต้องชำระให้แก่ตนเอง การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลพิจารณาค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะแปลความได้ว่าผู้เสียหายสามารถที่จะคำนวณความเสียหายบนพื้นฐานใดๆ ก็ได้ (แม้ว่าในความเป็นจริงโจทก์มักจะคำนวณจากการขาดรายได้ของตน) เพียงแต่ศาลจะมีหน้าที่กลั่นกรองจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอีกครั้ง ในกรณีนี้ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายจะคำนวณค่าเสียหายจากหลักเกณฑ์ต่างๆ เช่น หลักเกณฑ์เรื่องบัญชีกำไร (account of profits) ของจำเลย ศาลจะอนุญาตให้ทำเช่นนั้นได้หรือไม่เพราะ

ผลกำไรที่จำเลยได้รับนั้นย่อมจะมีมูลค่ามากกว่าผลกำไรที่โจทก์จะได้รับเนื่องจากจำเลยไม่ต้องรับภาระต้นทุนใดๆ นอกจากต้นทุนประเภทค่าแรงงาน ค่าขนส่งและค่าวัสดุเท่านั้น เมื่อผลกำไรที่จำเลยได้รับมีมูลค่าที่สูงกว่าความเสียหายที่ศาลเห็นว่าโจทก์ได้เสียหายจริง ศาลอาจไม่อนุญาตให้โจทก์คำนวณค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของจำเลย อีกทั้งการใช้หลักการเรื่องบัญชีกำไรอาจทำให้โจทก์รับรู้ถึงความลำบากทางการค้าอื่นๆ ของจำเลยด้วย นอกจากนี้ หากโจทก์จะใช้หลักของกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้เป็นฐานการคำนวณค่าเสียหายเช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนีหรือประเทศญี่ปุ่น ศาลจะพิจารณานุญาตให้ทำเช่นนั้นได้หรือไม่ นอกจากการที่กฎหมายไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจนในการคำนวณค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ได้สร้างปัญหาให้แก่โจทก์แล้ว ปัญหาที่เกี่ยวข้องยังอาจเกิดขึ้นกับจำเลยด้วย กล่าวคือจำเลยไม่อาจทราบแนวทางการต่อสู้คดีว่า ตนควรจะต้องสู้หรือเปิดเผยข้อมูลใดๆ และอย่างไรบ้าง ผลเสียที่เกิดขึ้นอาจส่งผลให้จำเลยเปิดเผยข้อมูลทางการค้าของตนโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้

นอกจากการที่กฎหมายมิได้กำหนดแนวทางของการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้จะสร้างปัญหาในการคำนวณค่าเสียหายแล้ว การที่กฎหมายมิได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายหรือข้อสันนิษฐานจำนวนหรือมูลค่าของค่าเสียหายไว้เป็นทางออกในการแก้ปัญหาในเรื่องดังกล่าวก็เป็นส่วนเสริมให้ประเด็นการคำนวณค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์มีปัญหามากขึ้น ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดประเภทของค่าเสียหายเอาไว้อาจสร้างข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหาย เพราะหากมีความเสียหายอื่นๆ เกิดขึ้น ศาลอาจจะพิจารณาว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมิได้มีบทบัญญัติรับรองเอาไว้ ศาลจึงไม่มีอำนาจสั่งให้จำเลยชำระค่าเสียหายส่วนนั้นให้แก่ผู้เสียหายได้อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่า หากกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานจำนวนของค่าเสียหายเอาไว้โจทก์จะมีความสะดวกเป็นอย่างยิ่งในการคำนวณรวมถึงการนำสืบถึงมูลค่าของค่าเสียหาย หากพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศเยอรมันนีและประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย จะพบว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศต่างๆ ก็มีได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อการคำนวณค่าเสียหายเอาไว้ แต่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนีวางแนวทางอนุญาตให้โจทก์นำสืบถึงผลกำไรของจำเลยได้และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นกำหนดข้อสันนิษฐานมูลค่าหรือจำนวนของค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับเอาไว้ ข้อกำหนดในกฎหมายของทั้งสองประเทศอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียหายและศาลเป็นอย่างยิ่งในอันที่โจทก์และศาลจะมีหลักในการพิจารณามูลค่าของค่าเสียหายที่จำเลยพึงจะต้องชำระ ส่วนกรณีที่ว่าโจทก์จะได้รับค่าเสียหายนั้นเต็มจำนวนหรือไม่ก็คงเป็นผลจากการนำสืบของโจทก์และดุลพินิจของศาลแต่ผลดีอย่างน้อยที่สุดก็คือทั้งโจทก์และศาลต่างก็มีหลักเกณฑ์เดียวกันในการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ยังส่งผลในทางจิตวิทยาต่อบุคคลผู้ซึ่งจะทำละเมิดที่จะสามารถคำนวณและเปรียบเทียบค่าเสียหายที่ตนต้องจ่ายไปหากตนทำละเมิดลิขสิทธิ์กับค่าสิทธิที่ตนจะต้องจ่ายหากได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิว่าการกระทำเช่นไรก่อความคุ้มค่าให้แก่ตนเองมากกว่าซึ่งหากค่าเสียหายที่คำนวณได้นั้นเป็นจำนวนที่สูงกว่าค่าสิทธิที่จะต้อง

จ่าย การจ่ายค่าสิทธิเพื่อให้ได้รับอนุญาตน่าจะเป็นทางเลือกที่ดีกว่าอีกทั้งยังส่งผลให้การละเมิดลิขสิทธิ์ลดลงได้

5.4.1.3 บุคคลผู้ที่มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของสิทธิของนักแสดงเป็นบุคคลผู้ที่มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่อสิทธิของตน ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือหากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าของสิทธิของนักแสดงนั้นได้ทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิของตนไม่ว่าจะในลักษณะอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Licensing Agreement) หรือให้ใช้สิทธิบางส่วนแล้ว บุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวควรที่จะมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวหรือไม่ หากตีความตบยอดอย่างเคร่งครัดจะพบว่ากฎหมายมิได้อนุญาตให้บุคคลผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดภายใต้มาตรา 64 นี้ เพราะกฎหมายได้ระบุเป็นที่ชัดแจ้งแล้วว่าเฉพาะเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของสิทธิของนักแสดงเท่านั้นจึงจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 64 นี้เนื่องจากเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในการหวงกันไม่ให้ผู้อื่นมาเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ของตน⁹ ปัญหาในกรณีนี้คือหากเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ซึ่งได้โอนสิทธิของตนให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์และมีการทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้รับอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิไปแล้วมิได้กระทำการใดๆ ในการเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์จนอายุความในการดำเนินคดีต้องเสียไป เช่นนี้ผู้กระทำละเมิดก็จะได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดกฎหมายของตน อีกทั้งผู้รับโอนสิทธินั้นก็เสียประโยชน์และต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นโดยมิอาจเรียกค่าเสียหายใดๆ จากผู้ทำละเมิดได้

บทวิเคราะห์: ข้อโต้เถียงสำคัญสำหรับประเด็นนี้ก็คือ การแก้ไขปัญหในกรณีดังกล่าวสามารถทำได้โดยการมีข้อกำหนดในสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้อนุญาตจะต้องดำเนินการใดๆ เพื่อการบังคับตามสิทธิหากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นถูกทำละเมิด อย่างไรก็ตามหากในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวปัญหาดังที่ได้แสดงไว้ข้างต้นก็อาจเกิดขึ้นได้ ประเด็นต่อมาคือหากพิจารณามาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ประกอบกับมาตรา 37 ของประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ก็จะพบว่า บุคคลอื่นๆ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ร่วม ผู้รับโอนหรือรับมรดกลิขสิทธิ์ซึ่งได้ส่งผลกระทบจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นๆ สามารถเข้าร่วมคดีหรือได้รับคำบอกกล่าวให้เข้าร่วมในคดีด้วยในฐานะผู้มีส่วนได้เสียได้ ซึ่งกรณีนี้จะไม่ทำให้ผู้รับโอนสิทธิเสียเปรียบ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง

⁹ อรรถพรพน พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 122

ได้ดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดก่อนแล้วเท่านั้น หากบุคคลเหล่านี้ไม่เริ่มต้นดำเนินคดีกับผู้ทำละเมิดก่อน บุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้องเช่นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็มิอาจดำเนินคดีได้เองตามลำพัง

นอกจากประเด็นข้างต้นแล้ว หากกรณีเป็นว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ร้องขอเข้าร่วมคดีหรือได้รับคำบอกกล่าวให้เข้าร่วมในคดีในฐานะผู้มีส่วนได้เสียแล้ว เมื่อศาลมีคำสั่งถึงจำนวนของค่าเสียหายนั้น ค่าเสียหายในกรณีเช่นนี้จะคำนวณอย่างไรและหากได้จำนวนของค่าเสียหายเป็นที่แน่นอนแล้วจะมีการแบ่งค่าเสียหายระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างไร และหากเจ้าของลิขสิทธิ์เคยได้รับส่วนแบ่งค่าปรับจากคดีอาญามาแล้ว ค่าเสียหายที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะได้รับในกรณีนี้จะเป็นอย่างไร กล่าวคือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวจะได้รับส่วนแบ่งค่าปรับนั้นด้วยหรือไม่และอย่างไร

5.4.2 ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของผู้เสียหายและบทวิเคราะห์

จากการศึกษาคำพิพากษาต่างๆที่เกี่ยวข้องจะพบว่า นอกจากปัญหาทางข้อกฎหมายสำหรับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ปัญหาสำคัญประการหนึ่งของการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือปัญหาการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของโจทก์ ภายใต้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นสามารถพิจารณาได้ว่า หน้าที่นำสืบถึงจำนวนของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (burden of proof) นั้นเป็นหน้าที่ของโจทก์ในฐานะผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้นำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล ซึ่งกระบวนการพิสูจน์บางอย่างอาจสร้างความยุ่งยากให้แก่โจทก์ในการนำสืบให้ศาลเห็นได้อย่างชัดเจน เช่น การนำสืบถึงการขาดรายได้ของโจทก์ซึ่งโจทก์มีความสามารถเพียงนำสืบว่าตนเสียหายหรือขาดรายได้เพียงใด แต่โจทก์อาจไม่มีความสามารถที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ชัดเจนว่า โจทก์ยังคงมีความเสียหายอื่นแฝงอยู่ ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์สามารถจำแนกเป็น 2 ข้อดังนี้

5.4.2.1 ภาระการพิสูจน์ (burden of proof)

แม้ว่ามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะมีได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าโจทก์มีหน้าที่หรือภาระการนำสืบพิสูจน์จำนวนของค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ก็สามารถพิจารณาจากตัวบทได้ว่าภาระหน้าที่ดังกล่าวเป็นภาระของโจทก์ในคดีที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงจำนวนของค่าเสียหายรวมถึงความร้ายแรงใดๆ ของความเสียหายที่ตนได้รับหรือประโยชน์ใดๆ ที่ตนต้องสูญเสียไปจากการกระทำละเมิด รวมถึงต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่ผู้เสียหายต้องจ่ายไปเพื่อติดตามและบังคับตามสิทธิของตน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยพยานทั่วไปว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นจะต้องนำสืบ” ภาระการนำสืบดังกล่าวเป็นปัญหาในทางปฏิบัติของผู้เสียหาย ทั้งนี้เพราะการนำสืบพิสูจน์บางประการหรือบางประเด็นมิอาจกระทำได้ง่าย กล่าวคือ พยานหลักฐานในคดีประเภทนี้มักจะเหลืออยู่เป็นจำนวนน้อย อีกทั้งการเสาะหา

พยานหลักฐานในคดีก็ยากที่จะกระทำได้อย่างชัดเจนและสมบูรณ์ โดยเฉพาะเมื่อโจทก์ต้องการเรียกค่าเสียหายจากกำไรของจำเลยหรือหากทำได้ก็เป็นการเพิ่มเติมภาระค่าใช้จ่ายต่างๆ ให้แก่โจทก์ในฐานะผู้เสียหาย

บทวิเคราะห์ : ปัจจุบันการกระทำผิดใดๆ มักจะกระทำอย่างชาญฉลาด โดยผู้กระทำผิดนั้นมักจะกระทำการใดๆ ที่จะเหลือพยานหลักฐานมัดตัวเป็นจำนวนน้อย ซึ่งหากโจทก์นำพยานหลักฐานจำนวนน้อยนั้นมานำเสนอต่อศาล ก็มีความเป็นไปได้สูงว่าศาลอาจไม่หลงโทษหรือลงโทษผู้กระทำผิดเป็นจำนวนที่น้อยมากหากเปรียบเทียบกับมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ได้รับ นอกจากนี้หากเนื้อหาของกฎหมายนั้นยังมีความไม่ชัดเจนประกอบด้วยแล้ว โจทก์ย่อมจะต้องรับภาระหนักมากในการนำสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลย รวมไปถึงการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายหายที่โจทก์ควรจะได้รับ ผลจากการนำสืบของโจทก์ก็คือ ศาลก็อาจมีคำสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายที่เหมาะสมได้เพราะโจทก์ไม่อาจนำสืบให้เห็นอย่างชัดเจน

ในกรณีการนำสืบจำนวนค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์มักจะประสบปัญหาในการนำสืบให้ศาลเห็นถึงค่าเสียหายในจำนวนที่เหมาะสมที่โจทก์สมควรจะได้รับจากการกระทำของจำเลยไม่ว่าความยุ่งยากนั้นจะเกิดขึ้นจากการเสาะหาพยานหลักฐานหรือเพราะตัวบทกฎหมายมีความไม่ชัดเจนและยากในการเข้าใจว่า เงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดนั้นหมายความว่าอย่างไรและมีความหมายแคบหรือกว้างเพียงใด

เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกและความยุติธรรมให้แก่คู่ความและเพื่อช่วยให้ศาลสามารถพิจารณาหลักฐานต่างๆ เพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างสะดวกและมีมาตรฐาน ผู้วิจัยเห็นว่า รูปแบบของภาระการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควรจะมีลักษณะเป็น Reverse Burden of Proof นั่นคือ การผลักภาระการนำสืบจำนวนค่าเสียหายไปให้แก่จำเลย เหตุผลสำคัญที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะนำวิธีการนำสืบลักษณะมาใช้กับกรณีก็คือ เนื่องจากปัญหาที่ว่าโจทก์มักจะประสบความยุ่งยากในการเสาะหาพยานและหลักฐานในการนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหาย ซึ่งโดยการสูญเสียที่โจทก์สามารถนำสืบได้ในปัจจุบันมักจะเป็นลักษณะของค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้ของโจทก์แต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่ความจริงแล้ว โจทก์ยังมีความเสียหายอื่นๆ แฝงอยู่เพียงแต่โจทก์ไม่อาจนำสืบให้ศาลเห็นได้เท่านั้น ดังนั้น จำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำผิดจึงควรมีหน้าที่หลักในการนำสืบพิสูจน์ว่าที่ตนกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นก่อความเสียหายให้แก่โจทก์มากหรือน้อยเพียงใด โดยที่โจทก์มีหน้าที่เพียงนำสืบให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายเท่านั้น หลังจากนั้นควรเป็นหน้าที่ของจำเลยในการพิสูจน์หักล้าง ผู้วิจัยเห็นว่าประโยชน์ที่จะได้รับในกรณีนี้คือ การช่วยลดภาระหาพยานหลักฐานของโจทก์เพราะเมื่อโจทก์นำสืบได้ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว จำเลยต้องนำเสนอพยานหลักฐานของตนเพื่อหักล้าง อีกทั้งศาลยังจะได้รับฟังพยานหลักฐานมากขึ้นอีกด้วย ผลที่จะได้รับคือศาลจะสามารถอำนวยความสะดวกและความยุติธรรมแก่คู่กรณีในคดีได้มากขึ้นอีกด้วย

5.4.2.2 การนำสืบจำนวนของค่าเสียหายในศาล

จากการศึกษาคำพิพากษาเรื่องการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายประเภทต่างๆ ศาลไทยมีแนวทางปฏิบัติกว้างๆ เพียงว่าโจทก์ในฐานะที่เป็นผู้เรียกค่าเสียหายจะต้องมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงจำนวนของความเสียหายที่ตนได้รับ โดยที่ศาลมีหน้าที่พิจารณาว่าค่าเสียหายที่โจทก์นำสืบพิสูจน์แล้วนั้นเป็นจำนวนที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ได้รับหรือไม่ หากศาลเห็นว่าจำนวนของค่าเสียหายที่โจทก์นำสืบพิสูจน์แล้วนั้นเป็นจำนวนที่สูงเกินไป ศาลอาจจะปรับลดและกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรณีของโจทก์ว่าโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายนั้นๆ ที่ตนได้ร้องขอมาได้ชัดเจนมากน้อยเพียงใด โดยทั่วไป ศาลไม่พิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยจำแนกประเภทของค่าเสียหายและหากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าโจทก์นำสืบไม่ชัดเจน ศาลจะให้เหตุผลใน คำพิพากษาเพียงว่า “โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมาสนับสนุนให้ชัดเจนหรือแน่นอน” โดยมีได้อธิบายว่าไม่ชัดเจนหรือไม่แน่นอนอย่างไร ในบางคดีศาลได้อธิบายเหตุผลถึงความไม่ชัดเจนในการนำสืบถึงค่าเสียหายไว้ เช่น ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 81/2544 ศาลในคดีนี้ได้ให้เหตุผลถึงการนำสืบไม่ชัดเจนของโจทก์ไว้ดังนี้ “...ทั้งโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุนให้เห็นได้ชัดว่า การกระทำละเมิดของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์ประการใดและไม่มีหลักฐานใดที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนทั่วไปเข้าใจผิดว่าสิ่งบันทึกเสียงที่จำเลยนำออกจำหน่ายนั้นเป็นสิ่งบันทึกเสียงที่โจทก์เป็นผู้จัดทำขึ้น กรณีนี้จึงรับฟังไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายตามที่โจทก์กล่าวอ้าง”

ในกรณีที่ศาลมิได้อธิบายเหตุผลไว้หรือได้ให้เหตุผลเอาไว้แต่เหตุผลที่ศาลให้ไว้แก่คดีนั้นมิอาจเกิดขึ้นจริงได้หรือเป็นไปได้ที่โจทก์จะนำสืบได้อย่างชัดเจน เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2543 ศาลในคดีนี้เคยให้เหตุผลในการพิพากษาไว้ว่า “...โจทก์มิได้นำสืบให้เห็นว่าโจทก์สูญเสียประโยชน์จากการขาดรายได้ในส่วนที่เป็นผลกำไรจากการจำหน่ายเทปเพลงแต่อย่างไรและเป็นจำนวนเท่าใด ทั้งไม่ปรากฏว่าเทปเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ยึดมานั้น จำเลยได้จำหน่ายให้แก่ผู้ใดและไม่แน่ใจว่าจำเลยจะจำหน่ายได้หรือไม่...” การให้เหตุผลหรือคำอธิบายของศาลฎีกาเช่นนี้เป็นการสร้างภาระในการนำสืบของโจทก์ให้หนักขึ้น กล่าวคือ หากโจทก์ต้องการที่จะได้รับค่าเสียหายเต็มตามจำนวนที่ได้อ้าง โจทก์อาจจะต้องพิสูจน์ให้ชัดเจนว่า จำเลยได้ขายเทปเพลงที่ผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจำหน่ายให้แก่ผู้ใดบ้างและจำหน่ายได้จริงหรือไม่อย่างไรและเป็นจำนวนเท่าใด เนื่องจากโจทก์เป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการบริหารควบคุมกิจการของจำเลยจึงเป็นการยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ดังที่ศาลฎีกาได้อธิบายไว้ อีกทั้งในความเป็นจริงการขายสินค้าโดยเฉพาะการขายปลีกก็ไม่มีผู้ใด (ไม่ว่าจะเป็นโจทก์หรือจำเลย) จะสอบถามชื่อหรือที่อยู่ของลูกค้าของตนอยู่แล้ว

บทวิเคราะห์: ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุผลในคำพิพากษาดังกล่าวที่ศาลฎีกาได้กล่าวอ้างนั้นไม่อาจทำให้เกิดขึ้นได้จริงในทาง

ปฏิบัติ นอกจากนี้ การนำพยานเข้าสืบถึงมูลค่าของค่าเสียหายที่โจทก์ร้องขอนั้นอาจสร้างปัญหาให้แก่โจทก์ด้วย เพราะพยานบางคนที่โจทก์นำเข้าสืบต่อศาลนั้นศาลเห็นว่าไม่ใช่พยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลจะเชื่อว่าความเห็นหรือข้อเท็จจริงที่ได้รับจากพยานคนดังกล่าวถูกต้องและน่าเชื่อถือ นอกจากนี้ การนำเอาพยานเอกสารเข้าสืบก็อาจเป็นปัญหาของผู้เสียหายเพราะเอกสารบางประเภท เช่น ใบเบิกค่าใช้จ่ายนั้นศาลเห็นว่าไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ ศาลวางหลักว่า การนำสืบถึงความจำเป็นนี้ โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธินั้นอย่างไรและต้องมีการเบิกจ่ายเงินกันจริง เป็นที่น่าสังเกตว่าในการนำสืบพิสูจน์ประเด็นค่าวิชาชีพทนายความ ซึ่งโจทก์ได้รับใบเรียกเก็บเงินแล้วแต่ยังไม่ได้จ่ายเงินทั้งที่โจทก์มีภาระหน้าที่จะต้องจ่ายตามสัญญาการจ้างทำงานซึ่งเกี่ยวกับการเรียกให้จำเลยชำระค่าเสียหาย ศาลจะมีคำสั่งในกรณีนี้เช่นใดและศาลจะกำหนดวิธีการนำสืบในกรณีนี้ได้อย่างไร

ปัญหาสำคัญในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายก็คือ การที่กฎหมายไม่กำหนดลักษณะของค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และกฎหมายมิได้กำหนดวิธีการคำนวณหรือข้อสันนิษฐานของมูลค่าของค่าเสียหายเอาไว้ ผลที่เกิดขึ้นก็คือ โจทก์ไม่อาจทราบได้ถึงแนวทางที่จะนำสืบให้ศาลเห็นถึงความเสียหายของตนได้โดยง่ายและชัดเจนว่าตนเสียหายอย่างไร อีกทั้งการนำพยานเข้าสืบอาจเกิดขึ้นจากการคาดเดาของโจทก์ว่าพยานคนใดหรือพยานชั้นใดที่จะทำให้ศาลเห็นถึงความเสียหายได้อย่างชัดเจนเพราะค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์บางประเภทนั้นอาจไม่ได้ปรากฏในรูปของค่าเสียหายจากการขาดรายได้เพียงอย่างเดียว แต่อาจมีค่าเสียหายอื่นๆ ซึ่งแตกต่างจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้ เช่น “ค่าเสียโอกาส” หรือ “ค่าเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ” ค่าเสียหายเหล่านี้ แม้จะมีอาจเห็นได้เป็นรูปธรรมได้ง่ายอีกทั้งต้องอาศัยวิธีวิเคราะห์จากผู้เชี่ยวชาญ

5.5 แนวทางในการแก้ไขปัญหาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ในการพิจารณาคำขอแนวทางการแก้ไขปัญหาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ประเด็นสำคัญที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะใช้เป็นแนวคิดหลักในการพิจารณาเพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือ “ค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควรจะเป็นจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่ามูลค่าของค่าสิทธิ (royalty fee) ที่ผู้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์” เหตุผลสำคัญที่ผู้วิจัยมีความเห็นเช่นนั้นก็เพราะแนวคิดสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในการได้รับประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์และหากจะมีผู้ต้องการใช้ประโยชน์จากงานนั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องจ่ายค่าใช้ประโยชน์ในมูลค่าที่เหมาะสมให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ที่ได้กล่าวมาจึงควรเป็นมูลค่าที่เหมาะสมกับต้นทุนในการสร้างสรรค์ผลงานของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่เป็นจำนวนที่สูงเกินไปเพราะจะไม่สร้างแรงจูงใจให้ผู้ที่จะใช้ประโยชน์จ่ายค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ดังกล่าวหรืออีกนัยหนึ่งค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ควรเป็นมูลค่าที่ผู้ขาย (เจ้าของลิขสิทธิ์) เต็มใจขาย และผู้ซื้อ (ผู้ที่

ต้องการใช้ประโยชน์) เต็มใจที่จะซื้อ หากมูลค่าของค่าเสียหายนั้นมีมูลค่าที่ต่ำกว่ามูลค่าของค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์แล้ว ก็มีความเป็นไปได้สูงที่ประชาชนจะเลือกทำละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าจะยินยอมที่จะดำเนินการชำระค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะผู้ทำละเมิดยังคงได้ประโยชน์จากผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นอยู่แม้จะต้องชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายก็ตาม ผลสำคัญที่จะเกิดขึ้นก็คือ ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ยังไม่สามารถบังคับได้อย่างแท้จริง อีกทั้งจะไม่สร้างแรงจูงใจให้บุคคลสร้างสรรค์ผลงานสร้างสรรค์ใดๆ ขึ้นมาด้วย ในรายงานการวิจัยโครงการวิจัยเรื่องปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา แนวคิดปัญหา ทางแก้ไขและการพัฒนาการแสดงให้เห็นว่า “สำหรับแนวทางแก้ไขปัญหา การละเมิดที่เป็นรูปธรรมจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องมีมาตรการคุ้มครองที่เพียงพอ มาตรการทางการแพ่งและอาญายังเป็นเรื่องจำเป็น การลดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งควรกำหนดให้ชัดเจนในกฎหมาย ทั้งในเรื่องความเสียหายทางธุรกิจและผลกำไรที่ควรจะได้รับและควรกำหนดโทษที่รุนแรง”¹⁰

ในการแก้ไขปัญหาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นดังกล่าวรวมถึงเหตุผลสนับสนุนข้อเสนอแนะต่างๆ ดังนี้

5.5.1 การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

5.5.1.1 หลักการของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

ในการพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าในเบื้องต้นประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้ควรที่จะได้รับการพิจารณาก่อน

ก. ลักษณะของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้แนวคิดของกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (civil law) การเยียวยาความเสียหายนั้นมีหลักการสำคัญคือ ผู้เสียหายต้องได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับในจำนวนที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการละเมิดเกิดขึ้น กล่าวคือค่าเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะมีสิทธิได้รับควรจะเป็นจำนวนไม่เกินกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ อย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญที่ควรจะต้องพิจารณาประกอบด้วยก็คือ หลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ นั่นคือ ลิขสิทธิ์ถือเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) ประเภทหนึ่งและการคงอยู่ของระบบลิขสิทธิ์นั้นขึ้นอยู่กับความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับเพื่อเป็นแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานและการใช้ประโยชน์ของบุคคลทั่วไปจากงานสร้างสรรค์นั้น เครื่องมือสำคัญในการสร้างจุดสมดุล

¹⁰ วิศิษฎ์ ศรีพิบูลย์และคณะ, รายงานการวิจัยโครงการวิจัยเรื่องปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา แนวคิด ปัญหา ทางแก้ไขและพัฒนาการ, หน้า 106

ของระบบลิขสิทธิ์ประการหนึ่งก็คือ ค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์หรือค่าสิทธิ หากจุดสมดุลดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยการใช้ค่าสิทธิเป็นเครื่องมือ ความจำเป็นในการมีค่าเสียหายเป็นเครื่องมือในการจัดการให้ระบบกลับเข้าสู่จุดสมดุลจึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา ผู้วิจัยเห็นว่าการจะจัดการให้ค่าเสียหายเป็นเครื่องมือหนึ่งในการรักษาระบบลิขสิทธิ์ให้คงอยู่ได้นั้น ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องมีมูลค่าที่สูงกว่ามูลค่าของค่าสิทธิ ทั้งนี้เพราะเมื่อพิจารณาพฤติกรรมของมนุษย์ในทางเศรษฐศาสตร์แล้วจะพบว่า บุคคลมักจะเลือกกระทำการใดๆ ที่มีต้นทุนต่ำ (minimise cost) เพื่อให้ผล (กำไร) ที่ตนจะได้รับนั้นเป็นจำนวนที่สูงขึ้น (maximise profit) การทำให้มูลค่าของค่าสิทธิเป็นต้นทุนที่ต่ำกว่าการที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายย่อมจะกระตุ้นให้บุคคลดำเนินการภายใต้ระบบลิขสิทธิ์นั้นอย่างถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม หากค่าเสียหายนั้นเป็นจำนวนที่ต่ำกว่ามูลค่าของค่าสิทธิ ก็มีความเป็นไปได้สูงว่าบุคคลย่อมเลือกที่จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าที่จะดำเนินการอย่างถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ผลประการสำคัญก็คือระบบลิขสิทธิ์ก็จะไม่สามารถคงอยู่ต่อไปได้อย่างไรก็ดีแม้ว่าค่าเสียหายนั้นควรมีมูลค่าที่สูงกว่ามูลค่าของค่าสิทธิที่ประชาชนผู้ต้องการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องจ่ายให้แก่เจ้าของสิทธิแล้ว มูลค่าของค่าเสียหายนั้นจะต้องเป็นธรรมแก่ตัวผู้ทำละเมิดด้วย กล่าวคือผู้ทำละเมิดไม่ควรที่จะรับผิดชอบเกินกว่าจำนวนของผลประโยชน์ที่ตนได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย

แม้ว่าค่าเสียหายที่ผู้เสียหายสมควรจะได้รับควรจะเป็นจำนวนที่สูงกว่ามูลค่าของค่าสิทธิแต่ค่าเสียหายก็ควรจะเป็นจำนวนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทำละเมิดด้วย ดังนั้น ประเด็นที่สำคัญที่ควรพิจารณาเป็นประการต่อไปก็คือ ค่าเสียหายดังกล่าวควรจะเป็นจำนวนเท่าใด สำหรับกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าจำนวนค่าเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะได้รับจากผู้ทำละเมิดนั้นไม่อาจที่จะระบุไว้ได้ในตัวกฎหมายเพราะมูลค่าหรือจำนวนค่าเสียหายนั้นต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดี อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าในการวางแนวทางเพื่อกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ควรจะครอบคลุมไปถึงผลประโยชน์ทุกประเภทที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานของโจทก์ โดยที่ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายควรที่จะมีสิทธิได้รับนั้นไม่ควรจำกัดอยู่เพียงแค่ค่าเสียหายที่เป็นค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาความเสียหายแก่โจทก์โดยตรง (compensatory damages) แต่ควรรวมไปถึงผลประโยชน์ประการอื่นด้วย โดยที่กฎหมายควรจะถือว่าผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับผู้ทำละเมิดควรเป็นผลประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและกฎหมายควรจะถือว่าการได้รับผลประโยชน์ของผู้ทำละเมิดนั้นเป็นการได้รับผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบ (wrongful act) ดังนั้นผู้ทำละเมิดจึงควรส่งมอบผลประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับกลับคืนให้แก่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้ทำละเมิด กฎหมายควรอนุญาตให้ผู้ทำละเมิดมีสิทธิในการนำสืบหักล้างจำนวนของผลประโยชน์นั้นด้วย เช่น กฎหมายควรอนุญาตให้ผู้ทำละเมิดนำสืบเพื่อขอแยกส่วนกำไร (apportionment) ที่ตนได้รับเพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่ากำไรของจำเลยนั้นประกอบขึ้นจากส่วนต่างๆ ไม่ใช่เฉพาะจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์เพียงอย่างเดียว

ประเด็นที่ผู้วิจัยเห็นว่าสมควรที่จะต้องพิจารณาเป็นประการต่อไปก็คือ ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควรมีลักษณะเป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดด้วยหรือไม่ สำหรับประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) สำหรับกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควร จะได้รับการพิจารณาปรับใช้ด้วย ทั้งนี้เพราะนอกจากค่าเสียหายจะเป็นเครื่องมือในการเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงแล้ว ค่าเสียหายควรจะเป็นเครื่องมือในการปราบปรามการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อรักษาระบบลิขสิทธิ์ให้คงอยู่อีกด้วย อย่างไรก็ตามในการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะต้องมีการจำกัดกรณีที่จะใช้ กล่าวคือการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรจะใช้เฉพาะกับกรณีที่ผู้ทำละเมิดเคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดในเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นคำตัดสินในคดีแพ่งหรือคดีอาญามาแล้วเท่านั้น เหตุผลสำคัญสำหรับการจำกัดกรณีการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นถือเป็นการลงโทษให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบสูงขึ้นไปและทำให้ผู้เสียหายได้รับประโยชน์มากกว่าที่ควรจะได้รับ ดังนั้นการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงควรมีข้อจำกัดเฉพาะในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ร้ายแรงเท่านั้น ผู้วิจัยยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกด้วยว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะส่งผลดีในเชิงจิตวิทยาให้บุคคลเลือกที่จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ให้น้อยลงด้วย

ข. ส่วนแบ่งค่าปรับจากคดีอาญา

ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 4.2.1.4 แล้วว่าในการที่ศาลจะพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายนั้นศาลจะพิจารณาจำนวนของส่วนแบ่งค่าปรับที่ผู้เสียหายเคยได้รับจากคดีอาญาประกอบด้วย ทั้งนี้เพราะศาลถือว่าส่วนแบ่งค่าปรับจำนวนหนึ่งของจำนวนทั้งหมดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับด้วย สำหรับประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ควรจะต้องคงไว้เพื่อรักษาหลักการสำคัญของค่าเสียหายนั้นคือ ผู้เสียหายไม่ควรจะได้รับการเยียวยาในจำนวนที่เกินกว่าความเสียหายจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อผู้เสียหายเคยได้รับส่วนแบ่งค่าปรับในคดีอาญาแล้วก็เป็นสมควรที่ผู้เสียหายดังกล่าวควรจะได้รับความเสียหายเฉพาะส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นจากจำนวนส่วนแบ่งค่าปรับที่ตนได้รับ

ค. ความชัดเจนของตัวบท

ในการพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจากความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียผลประโยชน์และความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ ข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นนามธรรมซึ่งยากที่ทุกฝ่ายจะเข้าใจได้อย่างถูกต้องตรงกัน อีกทั้งฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องก็มักจะประสบปัญหาจากการตีความตัวบทที่มีลักษณะกว้างขวางมากเช่นนี้ เพราะแต่ละฝ่ายไม่อาจจะหากรอบการพิจารณาที่เป็นมาตรฐานเดียวกันได้ ในการพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาค่าความไม่ชัดเจนของตัวบทนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่ากฎหมายควรได้รับการแก้ไขให้ตัวบทมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงมากขึ้นแต่

ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดกำหนดรายละเอียดทุกประการ เพราะกฎหมายจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นเพื่อให้สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี ประเด็นสำคัญที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรพิจารณาปรับใช้ในตัวบทก็คือ กฎหมายควรกำหนดลักษณะของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าผู้วิจัยจะเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดลักษณะของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ แต่ก็ลักษณะของค่าเสียหายที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายควรมีลักษณะที่สามารถปรับใช้ได้เป็นการทั่วไปกับทุกกรณี กล่าวคือต้องไม่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงจนเกินไปเพราะจะทำให้กฎหมายไม่ยืดหยุ่นและจะต้องไม่มีลักษณะที่กว้างขวางเกินไปจนทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องจะพบว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระบบกฎหมายใดต่างก็วางลักษณะเบื้องต้นของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้เสียหายอาจขอให้ศาลสั่งให้ตนมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากค่าเสียหายตามจริงและ/หรือผลกำไรของผู้ทำละเมิดหรืออาจยอมรับค่าเสียหายตามกฎหมายก็ได้ ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษกฎหมายอนุญาตให้ผู้เสียหายมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากบัญชีกำไร (account of profit) ของผู้ทำละเมิด นอกจากนี้ผู้เสียหายอาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากผู้ทำละเมิดได้อีกหากผู้ทำละเมิดนั้นจงใจกระทำละเมิดและได้รับผลประโยชน์ใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดนั้น ในกรณีของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนี้ กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายละเมิดทั่วไปและหากผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิด กฎหมายก็อนุญาตให้กระทำได้โดยกำหนดวิธีการในการนำสืบพิสูจน์ไว้ด้วย ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นนั้น กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายเอาไว้ โดยกำหนดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นถือเป็นจำนวนที่เท่ากับมูลค่าจำนวนค่าเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องสูญเสีย นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นยังมีข้อสันนิษฐานอีกว่าค่าเสียหายที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไปนั้นอาจมีจำนวนเท่ากับจำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ จากตัวอย่างที่ได้ยกมาแสดงไว้ข้างต้นจะพบว่า แม้ว่ารูปแบบของแนวทางของกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศข้างต้นนั้นจะแตกต่างกันออกไป แต่สิ่งที่กฎหมายของทุกประเทศมีเหมือนกันก็คือกฎหมายเหล่านั้นต่างก็ได้วางแนวทางให้แก่ผู้เสียหายใช้ในการพิจารณาคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แนวทางดังกล่าวยังเป็นการช่วยให้ศาลของประเทศเหล่านั้นพิจารณาคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ง่ายขึ้นอีกด้วย ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งที่เห็นได้จากกฎหมายเหล่านั้นก็คือเจตนาของผู้ทำละเมิดได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายด้วย

ง. การใช้กฎหมายอื่นเพื่อการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นรวมถึงศาลของประเทศดังกล่าวอนุญาตให้ผู้เสียหายสามารถนำกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยลามาภิควรได้และกฎหมายว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่ง มาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ได้ สำหรับประเทศไทยนั้น ไม่เคยปรากฏว่าผู้เสียหายเคยได้นำกฎหมายอื่น ไม่ว่าจะเป็กฎหมายว่าด้วยลภภมิควรได้หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่ง มาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ในการปรับใช้กฎหมายอื่นที่ได้กล่าวถึงข้างต้นเพื่อการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไไทยนั้น รองศาสตราจารย์สุษม ศุภนิตย์แห่งคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เคยให้ข้อสังเกตในประเด็นนี้เอาไว้ดังนี้ “บทบัญญัติในมาตรา 405 วรรคท้าย¹¹ นี้จะเป็นทางออกที่ดีผู้เสียหายที่ถูกละเมิดในสิทธิที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา หากฟ้องคดีละเมิดเพื่อการเรียกค่าเสียหายซึ่งแน่นอนตามหลักกฎหมายก็อาจคุ้มค่ากับที่เสียหายจริง แต่ในคดีละเมิดนั้น ผู้เสียหายไม่อาจบังคับให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์หรือละเมิดเครื่องหมายการค้าแสดงรายละเอียดการจัดการธุรกิจของเขาเหล่านั้นได้ ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจการที่ผิดกฎหมายเหล่านี้เป็นประโยชน์ต่อการขจัดความเสียหายของใจทกที่มีอยู่ให้สิ้นไปได้ เพราะฉะนั้น มาตรา 405 จึงสมควรได้รับการพิจารณาและนำไปปรับใช้ในคดีละเมิดต่อทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากการฟ้องตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ แท้จริงแล้วการนำทรัพย์สินของผู้อื่นไปทำประโยชน์ให้ตนเอง ควรให้ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิถือเอาประโยชน์ทุกอย่างที่เกิดขึ้นไว้เป็นของตนโดยถือเสมือนเป็นการจัดการงานนอกสั่งโดยปริยาย อันจะทำให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินได้รับการคุ้มครองสูงสุด คือ เรียกประโยชน์และกำไรที่เกิดจากการจัดการงานโดยไม่ชอบคั้นได้เต็มที่โดยไม่ต้องนำสืบถึงความเสียหายหรือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล”¹² ในการนำมาตรา 405 วรรคท้ายมาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายมาตราดังกล่าวจะช่วยอำนวยความสะดวกทั้งต่อตัวผู้เสียหายและศาล เพราะเหตุที่ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายที่ตนได้สมควรจะได้รับ ผู้เสียหายนำสืบข้อเท็จจริงเพียงให้เข้าองค์ประกอบของกฎหมายว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่งประกอบกับเจตนาอันทุจริตของผู้ทำละเมิดก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม ในการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้ทำละเมิดก็มีต้นทุนของตนเองเช่นกัน ดังนั้น ในการปรับใช้มาตรา 405 วรรคท้ายเป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ จึงสมควรที่จะต้องพิจารณาด้วยว่า ต้นทุนเฉพาะตัวของผู้ทำละเมิดนั้นจะนำมาหักออกจากประโยชน์และกำไรที่เกิดจากการจัดการงานโดยไม่ชอบนั้นได้หรือไม่ และอย่างไร นอกจากจะใช้มาตรา 405 วรรคท้ายเป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายแล้ว มาตรา

¹¹ มาตรา 405 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า “ถ้าบุคคลใดถือเอากิจการของผู้อื่น ว่าเป็นของตนเอง ทั้งที่รู้แล้วว่ตนไม่มีสิทธิจะทำเช่นนั้นไซ้ ท่านว่าตัวการจะใช้สิทธิเรียกร้องบังคับโดยมุลดังบัญญัติไว้ในมาตรา 395 396 399 และ 400 นั้นก็ได้ แต่เมื่อได้ใช้สิทธิดังกล่าวมาแล้ว ตัวการจะต้องรับผิดต่อผู้จัดการดังบัญญัติไว้ในมาตรา 402 วรรค 1”

¹² สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลภภมิควรได้, หน้า

405 วรรคท้ายดังกล่าวยังใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกเอาเอกสารและข้อมูลของผู้ทำละเมิด (ในฐานะผู้จัดการ) คืนให้แก่ผู้เสียหายได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ จะมีระบบป้องกันมิให้ผู้เสียหายได้ประโยชน์จากการรับรู้ข้อมูลของผู้ทำละเมิด เช่น ความลับทางการค้าของผู้ทำละเมิดหรือข้อมูลอื่นๆ ที่มีได้เกี่ยวข้องกับคดี ได้อย่างไร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้ศึกษาโดยละเอียดถึงกระบวนการที่เหมาะสมในการนำมาตรา 405 วรรคท้ายมาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยหวังว่า ในอนาคตจะมีการวิจัยในประเด็นนี้อย่างจริงจัง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องและจะเป็นการนำกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาใช้ประโยชน์ได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ

จากเนื้อหาสาระทั้งหมดข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นโดยสรุปว่า หลักการสำคัญของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควรจะมีลักษณะเป็นค่าเสียหายเพื่อการชดเชยเยียวยาความเสียหายทุกประเภทที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายไม่ว่าค่าเสียหายดังกล่าวนั้นจะปรากฏให้เห็นอย่างชัดแจ้งหรือไม่ มูลค่าของค่าเสียหายดังกล่าวต้องเป็นมูลค่าที่สูงกว่ามูลค่าของค่าสิทธิซึ่งบุคคลโดยทั่วไปจะต้องจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หากต้องการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ กฎหมายควรจะวางหลักการสำคัญว่า ผลประโยชน์ใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ควรจะเป็นผลประโยชน์ของใจทักที่ควรจะได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดสมควรที่จะต้องส่งคืนผลประโยชน์นั้นให้แก่ผู้เสียหายโดยที่ผู้ทำละเมิดมีสิทธิในการนำสืบหักล้างว่าผลประโยชน์ที่ตนได้รับไม่ได้เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เพียงอย่างเดียวแต่ยังมีส่วนประกอบอื่นประกอบด้วย นอกจากนี้ หากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำโดยจงใจและผู้กระทำผิดเคยได้รับคำตัดสินว่ากระทำผิดในเรื่องการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาก่อนไม่ว่าจะในคดีแพ่งหรือคดีอาญา บุคคลดังกล่าวสมควรที่จะต้องชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่ผู้เสียหายด้วย ในการพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้มีความชัดเจนมากขึ้นนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรพิจารณากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมาใช้เป็นการพิจารณาประกอบการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ด้วย โดยผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นสำคัญจากกฎหมายต่างประเทศที่ควรนำมาปรับใช้ก็คือ ลักษณะของค่าเสียหายที่ควรที่จะกำหนดไว้ในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ควรจะมีลักษณะเป็นการเฉพาะที่ยืดหยุ่น

5.5.1.2 ร่างข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จากข้อพิจารณาทั้งหมดข้างต้น ผู้วิจัยขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เป็นดังนี้

“มาตรา 64 ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายให้สันนิษฐานไว้ก่อน

ว่า เงินจำนวนหนึ่งจำนวนใดดังต่อไปนี้เป็นจำนวนเงินของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง (1) ผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิดหรือ (2) จำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไปจากการกระทำละเมิดหรือ (3) จำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ

ในการนำสืบถึงผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น ผู้เสียหายพึงต้องพิสูจน์ถึงยอดรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างยอดรวมรายได้ดังกล่าว

บทบัญญัติในวรรคก่อนไม่กระทบต่อสิทธิใดๆ ที่ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายในส่วนที่เกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่ได้กล่าวมาแล้วอีกก็ได้ ทั้งนี้ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งคดีประกอบด้วย

หากปรากฏว่า ผู้ทำละเมิดเคยถูกคำพิพากษาให้ต้องรับผิดในคดีละเมิดลิขสิทธิ์มาแล้วไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลมีอำนาจพิจารณาสั่งให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่ศาลได้กำหนดให้ผู้เสียหายก็ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้แล้วตามวรรค 1 ของมาตรานี้”

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว ผู้วิจัยเสนอให้เพิ่มเติมมาตราดังต่อไปนี้ด้วย

“มาตรา 64/1 ภายใต้บทบัญญัติในมาตราก่อน “ผู้เสียหาย” หมายถึงเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ควบคู่กันระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะกระทำมิได้ หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวมิได้รับอนุญาตจากศาล

หากการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นกระทำควบคู่กันไปเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ศาลจะประเมินค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยพิจารณาจาก (ก) ระยะเวลาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และ (ข) การเสียหายเป็นตัวเงินใดๆ ซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับมาก่อนแล้วในคดีอื่น

มาตรา 64/2 ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทางแพ่งภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ศาลอาจมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ”

ข้อเสนอแก้ไขมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ข้างต้นและข้อเสนอเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวจะช่วยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ดังนี้

ก. การแก้ไขปัญหาค่าเสียหายที่ไม่ชัดเจนของตัวบท

ร่างข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ผู้วิจัยได้นำเสนอข้างต้นจะช่วยแก้ไขปัญหาค่าเสียหายที่ไม่ชัดเจนของตัวบท อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักการของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้วิจัยได้นำเสนอในหัวข้อ 5.5.1.1 โดยที่วรรค 1 ของร่างมาตรา 64 แสดงให้เห็นถึงข้อสันนิษฐานทางกฎหมายของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยร่างมาตรา 64 ดังกล่าววางข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายไว้ใน 3 ลักษณะที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรครอบคลุมจำนวนค่าเสียหายต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ การที่ผู้วิจัยเลือกที่จะวางลักษณะของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะของข้อสันนิษฐานทางกฎหมายก็เพราะผู้วิจัยเห็นว่าข้อสันนิษฐานทางกฎหมายไม่ใช่การกำหนดในลักษณะตายตัวสำหรับจำนวนหรือประเภทของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะได้รับ ดังนั้น จึงทำให้กฎหมายมิได้จำกัดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะจากค่าเสียหายประเภทต่างๆ ที่กำหนดไว้ในข้อสันนิษฐานดังกล่าวเท่านั้น นอกจากนี้ ข้อกำหนดของกฎหมายในลักษณะข้อสันนิษฐานยังเป็นการสร้างความชัดเจนให้ตัวบทมากขึ้นในกรณีที่ว่า ค่าเสียหายในลักษณะอย่างไรที่ผู้เสียหายอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตนได้รับจากการถูกระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ ข้อดีอีกประการหนึ่งก็คือ การนำสืบถึงจำนวนของค่าเสียหายของคู่ความจะกระทำได้ง่ายขึ้น ดังรายละเอียดที่จะได้แสดงต่อไปใน ข้อ ค.

ข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายประการแรกคือ **“ผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิด”** ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อสันนิษฐานประการแรกนี้จะครอบคลุมความเสียหายทั้งหมดของผู้เสียหายได้เป็นอย่างดี เพราะผลกำไรของผู้ทำละเมิดซึ่งได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นควรเป็นผลกำไรที่โจทก์ในฐานะผู้เสียหายควรมีสติที่จะได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งที่อาจมีขึ้นสำหรับกรณีนี้ก็คือ แม้ว่าโจทก์จะไม่ได้ถูกระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ก็อาจจะไม่สามารถหารายได้หรือผลกำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้เท่ากับจำนวนที่โจทก์ได้รับ ดังนั้น การที่โจทก์จะได้รับผลกำไรทั้งหมดของจำเลยจึงอาจไม่เป็นธรรมแก่จำเลยและยังเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์เกินกว่าจำนวนที่โจทก์เสียหายจริง สำหรับกรณีนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จริงอยู่ที่หากไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ก็อาจจะไม่สามารถหารายได้หรือกำไรได้เท่ากับจำนวนผลกำไรของจำเลย อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะการขาดรายได้ของโจทก์เท่านั้น ความเสียหายที่โจทก์อาจได้รับยังครอบคลุมไปถึงผลประโยชน์ใดๆ ที่จำเลยได้รับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เมื่อจำเลยใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจำเลยจึงสมควรที่จะต้องส่งคืนผลประโยชน์ใดๆ ที่ตนได้รับจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นด้วย ดังนั้นผลกำไรที่จำเลยได้รับจึงควรต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นจำนวนที่ครอบคลุมความเสียหายทุกประการที่โจทก์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าการนำหลักการเรื่องกำไรของผู้ทำละเมิดจะใกล้เคียงกับหลักบัญชีกำไร (account of profit) ซึ่งเป็นหลักความยุติธรรม (equity) ของกฎหมายระบบจารีตประเพณี อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นก็เป็นที่ยอมรับของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมายหลายประเทศ เช่น ประเทศเยอรมันนีหรือประเทศญี่ปุ่น

ในการใช้เพื่อการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหาย ประการที่สองก็คือ “จำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไป” ข้อสันนิษฐานประการนี้หมายถึง ความเสียหายใดๆ ที่ผู้เสียหายได้รับอย่างแท้จริง (actual damages) และข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหาย ประการที่สามก็คือ “จำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ” ข้อสันนิษฐาน ค่าเสียหายประการนี้คือ ค่าเสียหายจากค่าสิทธิที่โจทก์จะได้รับจากจำเลย

ข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายทั้งสามประการนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็น ข้อสันนิษฐานที่เหมาะสมและครอบคลุมทุกกรณี เช่น หากโจทก์ไม่ได้รับความเสียหายทางการเงิน เช่น โจทก์มิได้ทำการค้าใดๆ แต่จำเลยทำละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานของโจทก์ ในกรณีนี้ โจทก์สามารถเลือก คำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยอาศัยข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายลักษณะ ที่สามนั่นคือ เลือกรับค่าเสียหายจากค่าสิทธิที่ตนควรได้รับ หากกรณีเป็นว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของ จำเลยเป็นการค้าแข่งโดยตรงและไม่เป็นธรรมแก่กิจการของโจทก์ โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณ จากผลกำไรของจำเลยก็ได้ นอกจากนี้ ในการพิจารณาของศาลเพื่อมีคำสั่งถึงจำนวนค่าเสียหาย ศาล สามารถพิจารณาข้อสันนิษฐานดังกล่าวประกอบการคำนวณค่าเสียหายของโจทก์เพื่อหาจำนวนที่ เหมาะสมแก่กรณี ในร่างมาตรา 64 นั้น ผู้วิจัยใช้คำว่า “หรือ” เป็นคำเชื่อมข้อสันนิษฐานจำนวน ค่าเสียหายแต่ละข้อ ทั้งนี้ เพราะผู้วิจัยเห็นว่าในการคำนวณจำนวนค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้เสียหายควรจะต้องเลือกวิธีใดวิธีหนึ่งที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับกรณี แนวคิดนี้จะช่วยป้องกันมิให้ ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (double compensation) และไม่ทำให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบหนักขึ้น

เพื่อให้เป็นการครอบคลุมถึงความเสียหายส่วนที่เกินกว่าจำนวน ค่าเสียหายที่ปรากฏในวรรค 1 ของร่างมาตรา 64 และหากผู้เสียหายเห็นว่าตนยังมีความเสียหายอื่นใด เพิ่มเติมอีก วรรค 3 ของร่างมาตรา 64 อนุญาตให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ อย่างไรก็ตาม ดี ค่าเสียหายเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ให้อยู่ภายใต้อำนาจดุลยพินิจของศาลว่าจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติม ให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ โดยศาลจะต้องพิจารณาพฤติการณ์ต่างๆ ที่ปรากฏในคดีเป็นองค์ประกอบสำคัญ

เพื่อให้ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์มีประโยชน์อื่นนอกจากที่จะใช้ เป็นเครื่องมือในการเยียวยาความเสียหายแล้ว ผู้วิจัยยังได้นำหลักเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติ ไว้ในร่างแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 เพื่อให้ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์มีประโยชน์ในอันที่จะใช้เป็น เครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย โดยหากจำเลยเคยถูกพิพากษาให้ต้อง รับผิดชอบในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ใดๆ มาก่อนไม่ว่าคดีเช่นนั้นจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ร่างมาตรา 64 ดังกล่าวอนุญาตให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แห่ง ความยุติธรรมและเพื่อป้องกันมิให้จำเลยต้องรับผิดชอบมากเกินไป ร่างมาตรา 64 กำหนดให้ผู้ทำละเมิด ต้องรับผิดชอบในส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ โจทก์ได้รับแล้ว

จากเนื้อหาสาระข้างต้นจะเห็นว่า ร่างมาตรา 64 ที่ผู้วิจัยเสนอนี้จะช่วยให้กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้นแม้ว่าจะไม่ถึงขนาดที่กฎหมายจะชัดเจนจนไม่มีข้อสงสัยหรือข้อโต้เถียงใดๆ ผู้วิจัยเห็นว่า เนื่องจากมาตรา 64 นี้จะเป็นที่จะใช้เพื่อเป็นแม่บทสำหรับกรณีค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทุกประเภทที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้นเนื้อหาสาระที่จะปรากฏในมาตรา 64 จึงต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปที่ชัดเจน เพื่อให้ตัวบทดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณีรวมถึงต้องมีความยืดหยุ่นต่อทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะต่างๆ ในขณะเดียวกัน กฎหมายนั้นก็ต้องมีความชัดเจนในระดับที่จะไม่สร้างความเข้าใจผิดในการปรับใช้ ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการทำให้ตัวบทชัดเจนโดยกำหนดลักษณะของค่าเสียหายในรูปของข้อสันนิษฐานทางกฎหมายจะช่วยสร้างความยืดหยุ่นในการปรับใช้และตอบสนองประเด็นต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเป็นอย่างดี

นอกจากนี้ร่างมาตรา 64 ยังได้นำแนวคิดเกี่ยวกับส่วนแบ่งที่ได้รับจากคดีอาญามาทำให้ชัดเจนขึ้น โดยที่ร่างมาตรา 64 กำหนดให้ค่าเสียหายทางแพ่งที่ผู้เสียหายควรจะได้รับต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วย

ในส่วนของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธินั้น ผู้วิจัยยังคงรักษาแนวคิดที่ปรากฏในมาตรา 64 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้แยกส่วนของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิร่างมาตรา 64 เป็นร่างมาตรา 64/2 โดยที่ผู้เสียหายยังคงต้องพิสูจน์ถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่ตนได้ใช้จ่ายไปในการบังคับตามสิทธิ ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อโจทก์เป็นผู้ที่ใช้จ่ายค่าใช้จ่ายเหล่านั้นเองโจทก์ก็ควรที่จะเป็นผู้ที่จะต้องพิสูจน์ อีกทั้งวิธีดังกล่าวยังเป็นการป้องกันมิให้โจทก์นำค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นมาสร้างภาระให้แก่ผู้ทำละเมิดด้วย

ข. การแก้ไขปัญหากับบุคคลผู้มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย

ร่างแก้ไขมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ผู้วิจัยเสนอนี้จะช่วยแก้ไขปัญหากับบุคคลผู้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายด้วย ดังที่ปรากฏในวรรค 1 ของร่างมาตรา 64 ผู้วิจัยใช้คำว่า “ผู้เสียหาย” แทนคำว่า “เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง” ดังที่ปรากฏในมาตรา 64 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะผู้วิจัยเห็นว่า นอกจากที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงจะเป็นผู้เสียหายแล้ว ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงก็อาจเป็นผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถดำเนินคดีกับผู้ทำละเมิดได้ด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นที่จะต้องให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นผู้เริ่มต้นคดีก่อนแล้วจึงเข้าร่วมคดีในฐานะผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงข้อสงสัยในการตีความว่า “ผู้เสียหาย” หมายถึงผู้ใด ผู้วิจัยจึงเสนอให้เพิ่มมาตรา 64/1 เข้าไปในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ด้วย โดยในร่างมาตรา 64/1 นั้นคำว่า “ผู้เสียหาย” หมายถึง เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive licensee) ใน The Copyrights, Designs and Patents Act 1988 ของประเทศอังกฤษนั้น กฎหมาย

ดังกล่าวก็อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวสามารถเรียกร้องให้ผู้ทำละเมิดชดใช้และเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนเองได้ สำหรับกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะที่มีใช้แต่เพียงผู้เดียวหรือ non-exclusive licensee ก็อาจได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย โดยที่ค่าเสียหายที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะ non-exclusive licensee นั้นควรจะได้รับอาจจะต้องคำนวณให้เป็นสัดส่วนกับสิทธิที่ตนได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ หากส่วนที่ถูกทำละเมิดนั้นไม่ได้ก่อความเสียหายใดๆ แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในส่วนนั้น ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในส่วนดังกล่าวก็ไม่อาจได้รับการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับงานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบ non-exclusive licensee อาจมีจำนวนมากเพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ของนักแสดงมิได้จำกัดสิทธิของตนในการอนุญาตให้ผู้ใดใช้สิทธิเพียงคนเดียว ดังนั้นหาก non-exclusive licensee สามารถฟ้องร้องเป็นคดีได้เองจะสร้างปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงสามารถรับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงก็ได้

นอกจากร่างมาตรา 64/1 จะกำหนดลักษณะของผู้เสียหายที่อาจเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้วิจัยยังได้เสนอวิธีการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์โดยเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวและวิธีการเฉลี่ยค่าเสียหายระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเอาไว้ด้วย หากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนั้นต้องการจะดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์แยกจากกันและควบคู่กันไปในเวลาเดียวกัน ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวจะกระทำเช่นนั้นมิได้ เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการปกป้องสิทธิของตน อย่างไรก็ตาม หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวต้องการจะดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์แตกต่างหากและควบคู่กันไปกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวจะต้องขออนุญาตต่อศาลก่อน หากศาลอนุญาตและต่อมาข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าจำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้ทั้งแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ค่าเสียหายที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้นั้นจะต้องแบ่งเฉลี่ยระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ทำละเมิดที่สมควรจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายไม่เกินกว่าจำนวนผลประโยชน์ที่ตนได้รับ

ค. การแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบ

ผู้วิจัยเห็นว่า หากตัวบทมีความชัดเจนมากขึ้นเช่นที่ผู้วิจัยเสนอไว้ในร่างมาตรา 64 ปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายก็จะได้รับการแก้ไขไปด้วย การที่ผู้วิจัยได้เสนอให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยควรกำหนดลักษณะของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะ

ของข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น จะส่งผลดีต่อการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบจำนวนค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือ โจทก์จะสามารถพิจารณาและกำหนดแนวทางนำสืบได้ง่ายขึ้นและหากโจทก์นำสืบได้ครบถ้วนตามเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของข้อสันนิษฐานที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ก็ควรจะเป็นหน้าที่ของผู้ทละเมิดในการนำสืบหักล้างเพื่อที่ตนจะมีต้องชำระค่าเสียหายในจำนวนที่สูง ผู้วิจัยเห็นว่า ภาระการนำสืบในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และจำนวนของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ควรจะเป็นภาระหน้าที่ของโจทก์มากเกินไปเพราะการนำสืบค่าเสียหายบางกรณีหรือบางประเภทเช่นผลกำไรของจำเลยโจทก์ไม่สามารถนำสืบได้ง่าย อีกทั้งยังอาจเป็นการเพิ่มความเสียหายให้แก่โจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาแล้ว ความเสียหายเพิ่มเติมเช่นนั้นอาจปรากฏในรูปแบบของค่าใช้จ่ายในการสืบหาพยาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อสรรหาพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น ดังนั้นเพื่อเป็นการลดภาระของโจทก์ การกำหนดกฎหมายในลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายจะช่วยให้โจทก์ดำเนินการนำสืบได้สะดวกและง่ายขึ้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการสมควรแล้วที่จำเลยซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการกระทำโดยมิชอบของตน จะเป็นผู้มีภาระหน้าที่ในการนำสืบเพื่อแยกแยะว่า ผลประโยชน์ใดๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องหรือไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ การกำหนดวิธีการนำสืบในลักษณะ Reverse Burden of Proof นี้เป็นวิธีการนำสืบเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปในคดีที่มีความซับซ้อนและมีพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดีน้อย เช่น คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เป็นต้น การนำสืบในลักษณะนี้กำหนดให้โจทก์นำสืบต่างๆ ให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายเท่านั้น โดยให้ผู้ทำผิดเป็นคนนำสืบและแสดงความบริสุทธิ์ของตนแทนที่จะเป็นโจทก์ผู้ซึ่งเสียหายต้องนำสืบว่าจำเลยกระทำผิดอย่างไร หากพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมของเศรษฐกิจจะพบว่า ณ ปัจจุบันกฎหมายของประเทศต่างๆ ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจรูปแบบหนึ่ง และวิธีการสืบพยานแบบ Reverse Burden of Proof นี้ก็นำมาใช้กับคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจด้วย ดังนั้น เพื่อให้การนำสืบพยานในคดีเป็นไปในวิถีทางเดียวกัน การนำสืบค่าเสียหายทางแพ่งในคดีละเมิดลิขสิทธิ์จึงควรมีลักษณะเดียวกันด้วย

5.5.2 การออกแนวทางพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีสำหรับงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและสื่อทัศนวัสดุ

เนื่องจากตัวบทกฎหมายนั้นควรมีลักษณะที่ชัดเจน เป็นการทั่วไป ใช้ได้กับทุกกรณี ดังนั้น การที่จะกำหนดรายละเอียดทุกอย่างที่เกี่ยวข้องไว้ในกฎหมายก็อาจจะเป็นการไม่สมควรเพราะจะทำให้กฎหมายมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงเกินไป อีกทั้งยังไม่ยืดหยุ่นต่อการปรับใช้ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงที่ต่างออกไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อให้เกิดแนวทางการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและสื่อทัศนวัสดุ แนวทางพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีดังกล่าวจึงสมควรที่จะต้องมีกำหนดแยกต่างหากจากตัวบทกฎหมาย ผู้วิจัยเสนอให้มีการออกแนวทางในการพิจารณาค่าเสียหายเฉพาะ

กรณีดังกล่าว โดยที่แนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเฉพาะกรณีควรจะออกมาใช้บังคับในลักษณะของข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งออกโดยอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศโดยความเห็นชอบของประธานศาลฎีกา โดยเนื้อหาสาระที่ควรจะปรากฏควรมีลักษณะดังนี้

5.5.2.1 กรณีที่ยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุในระหว่างที่ยังมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีดังนี้

ก. แนวทางการตีความกฎหมาย

ก.1 การพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายและการ

สูญเสียประโยชน์

ศาลควรจะต้องพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายจากปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้

ก.1.1 ลักษณะธุรกิจ

การทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ทำละเมิดนั้นเป็นการแข่งขันทางการค้าโดยตรงกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ในกรณีนี้ ศาลควรพิจารณาถึงกิจการของผู้เสียหายและผู้ทำละเมิดโดยเปรียบเทียบลักษณะธุรกิจว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ทำละเมิดนั้นเป็นการแข่งขันทางการค้าโดยตรงกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ เพราะหากการทำละเมิดนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าโดยตรงต่อเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับความเสียหายที่ร้ายแรงกว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีได้เป็นการแข่งขันทางการค้าโดยตรงกับกิจการของผู้เสียหาย เช่น หากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงและผู้ทำละเมิดก็ประกอบอาชีพเป็นผู้จำหน่ายสิ่งบันทึกเสียง เช่นนี้ถือได้ว่าผู้ทำละเมิดค้าแข่งกับเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว โดยรายได้ที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการค้าของตนนั้นถือเป็นความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ นอกจากนี้ผลของการกระทำละเมิดของผู้ทำละเมิดนั้นยังทำให้ความสามารถทางการค้าและการแข่งขันทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ลดน้อยถอยลงอีกด้วย หากกรณีเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงแต่ผู้ทำละเมิดเป็นผู้ผลิตสินค้าอื่นและนำข้อมูลในสิ่งบันทึกเสียงไปใช้ประกอบสินค้าของตน เช่นนี้ การกระทำของผู้ทำละเมิดไม่ถือเป็นการแข่งขันทางการค้ากับเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะวิถีทางการค้าและรูปแบบของสินค้าของบุคคลทั้งสองนั้นแตกต่างกัน

มูลค่าของความเสียหายในกรณีนี้จึงควรจะเป็นมูลค่าที่คำนวณจากหลักที่ว่าผู้ทำละเมิดควรจะต้องชำระค่าสิทธิในการนำข้อมูลในสิ่งบันทึกเสียงไปใช้มิใช่คำนวณจากยอดรายได้ที่ลดลงของเจ้าของลิขสิทธิ์

ก.1.2 ลักษณะกิจการของผู้ทำละเมิด

ศาลควรพิจารณาถึงรูปแบบองค์กรธุรกิจของผู้ทำละเมิดว่ามีลักษณะอย่างไร กล่าวคือศาลควรพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดกระทำการในลักษณะเครือข่ายใดๆ หรือไม่หรือการกระทำของผู้ทำละเมิดมีลักษณะเป็นเพียงผู้จำหน่ายรายย่อยเท่านั้น

ก.1.3 จำนวนของความเสียหาย

ศาลควรพิจารณาจำนวนของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเปรียบเทียบจากผลิตภัณฑ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดว่าผลิตภัณฑ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผลิตภัณฑ์ของผู้ทำละเมิดว่าเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันในตลาดหรือไม่ หากกรณีปรากฏว่าผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการทำละเมิดและผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการผลิตที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์เป็นผลิตภัณฑ์ต่างชนิดกัน ย่อมแสดงให้เห็นว่าความร้ายแรงและการสูญเสียประโยชน์จากการละเมิดนั้นเป็นมูลค่าที่น้อยกว่ากรณีที่ผลิตภัณฑ์ของทั้งสองบุคคลเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกัน ซึ่งในกรณีแรก ศาลควรพิจารณาจำนวนของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดจากสมมุติฐานที่ว่า หากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้ว โจทก์จะได้รับมูลค่าของสิทธิจากการใช้สิทธินั้นโดยสุจริตเป็นจำนวนเท่าใด เป็นต้น

ก.1.4 สถานที่จำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ศาลควรพิจารณาบริเวณและสถานที่จำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ประกอบ เพื่อให้ทราบถึงความร้ายแรงและการสูญเสียประโยชน์จากการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะหากพื้นที่ในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นพื้นที่เดียวกันกับพื้นที่จำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์ย่อมแสดงถึงผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์

ก.2 การพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ

ในการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายนั้น ศาลควรพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในทางการนำสืบของเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อกำหนดว่าค่าใช้จ่ายชนิดใดบ้างที่จำเป็นในการบังคับตามสิทธิเมื่อมีการทำ

ละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิควรมีลักษณะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อ การติดตาม เอาคืนหรือเพื่อการแก้ไขเยียวยาความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์จากการกระทำใดๆ ที่ผู้ทำ ละเมิดก่อขึ้นอันเป็นการทำให้เสื่อมสิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

จากแนวคิดข้างต้น ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตาม สิทธินั้นควรปรากฏในรูปของค่านักสืบ ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความ เงินรางวัลนำจับและค่าใช้จ่าย ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าใช้จ่ายในการนำสินค้ากลับคืน ค่าโฆษณาในการกู้ชื่อเสียงและแจ้งให้ลูกค้า ทราบ ค่าโทรสารหรือค่าโทรศัพท์ที่ใช้ในการติดต่อกับนักสืบหรือทนายความ ค่าประกาศโฆษณาการให้ รางวัลนำจับ ค่าเดินทางในการติดตามและจับกุมผู้ทำละเมิด เป็นต้น ทั้งนี้ไม่รวมค่าใช้จ่ายอันจำเป็นใน การดำเนินคดีเพราะค่าใช้จ่ายประเภทนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าฤชาธรรมเนียมที่โจทก์จะได้รับเมื่อชนะคดี แล้ว

ในส่วนของค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความนั้น โดยปกติ ศาลจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีอยู่แล้วตามหลักการทั่วไปที่ปรากฏในมาตรา 161 แห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งศาลจะคำนึงถึงเหตุสมควร ความสุจริตในการดำเนินคดี รวมทั้งความ ยากง่ายแห่งคดี เวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น อย่างไรก็ตาม หากโจทก์ได้ขอให้ ศาลสั่งให้ตนได้รับการชดใช้เยียวยาค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ โดยได้รวมค่าธรรมเนียม วิชาชีพทนายความเข้ามาด้วย ศาลอาจพิจารณากำหนดให้โจทก์ได้รับการชดใช้เยียวยาในส่วนนี้เพิ่มเติม ก็ได้ หากศาลเห็นว่าอัตราค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งนั้นต่ำกว่าจำนวนค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้จ่ายหรือต้อง จ่ายให้แก่ทนายความ ศาลอาจจะพิจารณากำหนดค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความให้เป็นส่วนหนึ่งของ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิก็ได้ หากว่าศาลจะกำหนดค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความ ดังกล่าวให้เป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ศาลควรพิจารณาประเด็น ดังต่อไปนี้

1. ระยะเวลาการทำงานของทนายความ
2. ความยุ่งยากของคดี รวมทั้งความยุ่งยากในการนำ สืบพินิจ
3. จำนวนค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ทนายความได้แจ้ง ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ทราบแล้ว ทั้งนี้ไม่ว่าเจ้าของ ลิขสิทธิ์จะได้ชำระค่าธรรมเนียมวิชาชีพให้แก่ ทนายความนั้นแล้วหรือไม่

4. จำนวนค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ศาลเคยกำหนดแล้วในคดีอื่นๆ ที่เหมือนหรือคล้ายกัน
5. ประสบการณ์ ชื่อเสียงและความสามารถของทนายความ

ข. การพิจารณาค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางข้อกำหนดให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการทั่วไป กล่าวคือข้อกำหนดในกฎหมายมาตราดังกล่าวนั้นมีเนื้อหากว้างขวางและใช้ได้กับการกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภท อย่างไรก็ตาม เนื่องจากงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทต่างก็มีลักษณะที่แตกต่างๆ กันรวมถึงยังมีต้นทุนการผลิตที่แตกต่างกันออกไปอีกด้วย ดังนั้นผู้วิจัยเห็นเป็นการสมควรที่จะต้องมีการกำหนดแนวทางการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกทำละเมิดเพื่อใช้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้นและยังตอบสนองต่ออุตสาหกรรมแต่ละประเภทได้ดียิ่งขึ้นด้วย ลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เหนืองานอันมีลิขสิทธิ์คือ สิทธิเชิงเศรษฐกิจ (Economic Right) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่เหนืองานสร้างสรรค์ในอันที่จะหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้น ในทางบัญชี ลิขสิทธิ์ถือเป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตน (intangible asset) ดังนั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือ การทำละเมิดต่อสินทรัพย์ไม่มีตัวตนของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งถือเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิที่มีอยู่เหนืองานสร้างสรรค์ไม่ใช่เป็นการทำละเมิดต่อตัวงานสร้างสรรค์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้กำหนดหัวข้อการศึกษาไว้เฉพาะงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงและงานโสตทัศนวัสดุ ดังนั้นแนวทางการพิจารณาค่าเสียหายตามประเภทงานอันมีลิขสิทธิ์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจำกัดอยู่แต่เพียงงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งสามประเภทดังกล่าวเท่านั้น

ข.1 ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

แม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า และอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัติ การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมมักจะปรากฏในลักษณะของการทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อจำหน่ายหรือเพื่อให้เช่า (ไม่ว่าการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานดนตรีกรรมดังกล่าวจะปรากฏในรูปของการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานดนตรีกรรมบนสิ่งพิมพ์ สิ่งบันทึกเสียงหรือโสตทัศนวัสดุ) รวมไปถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ผ่านรายการโทรทัศน์ การเผยแพร่ผ่านทางรายการวิทยุหรือการแสดงสด ดังนั้นในการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมศาลควรพิจารณาคำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวจากลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นต่องานดนตรีกรรมซึ่งมีแนวทางการพิจารณาดังนี้

ข.1.1 การทำซ้ำ หรือดัดแปลงเพื่อจำหน่าย

การทำซ้ำหรือดัดแปลงงานดนตรีกรรมมักปรากฏใน

ลักษณะของการทำซ้ำโดยการลอกเลียนแผ่นผังกึ่งโน้ตเพลงแล้วนำมารวมเล่มเป็นหนังสือเพื่อจำหน่ายการทำซ้ำงานดนตรีกรรมในสิ่งบันทึกเสียงหรือการทำซ้ำโดยการนำมาแสดงสด เป็นต้น

ดังนั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมจึงสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิเชิงเศรษฐกิจ (Economic Right) ที่มีอยู่เหนืองานดนตรีกรรมอันจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียหายจากการขาดประโยชน์ในการหารายได้จากการใช้ประโยชน์ในสิทธิเชิงเศรษฐกิจที่มีอยู่เหนืองานดนตรีกรรม

ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมเกิดขึ้นในลักษณะทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อจำหน่าย ศาลควรพิจารณาประเด็นต่อไปนี้

1. เจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

ในกรณีที่เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม และผู้ทำละเมิดประกอบกิจการอย่างเดียวกันกับเจ้าของลิขสิทธิ์ ค่าเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวควรจะต้องคำนวณจากการสูญเสียรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจำหน่ายสิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นหรือเป็นผลจากงานดนตรีกรรม เหตุที่ผู้วิจัยเห็นว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมแล้วมีการนำออกจำหน่ายนั้นควรจะเป็นค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นก็คือ ผู้วิจัยเห็นว่างานดนตรีกรรมคือ สินค้าที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะนำมาขายหรือจำหน่ายได้ เช่น การรวมเล่มโน้ตเพลงออกจำหน่าย เป็นต้น ดังนั้นเมื่องานดนตรีกรรมเป็นสินค้าที่อาจขายได้แล้ว การสูญเสียประโยชน์เชิงเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีนี้จึงควรจะเป็นการสูญเสียรายได้ (หลังหักต้นทุนและค่าใช้จ่าย) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม รายได้ (revenue) ของเจ้าของลิขสิทธิ์เช่นว่านั้นมีต้นทุนและค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์รวมอยู่ด้วย ดังนั้นก่อนที่จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลจะต้องพิจารณาถึงต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่รวมอยู่กับยอดรายได้ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปประกอบ

ในการพิจารณาด้านทุนและค่าใช้จ่ายที่จะนำมาใช้พิจารณาประกอบกับยอดรายได้ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียไป ศาลควรพิจารณามาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 51 เรื่องสินทรัพย์ไม่มีตัวตนเป็นหลัก ทั้งนี้เพราะลิขสิทธิ์ถือเป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตนประเภทหนึ่ง มาตรฐานการบัญชีฉบับดังกล่าวกำหนดให้ราคาทุนของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนประกอบไปด้วยราคาทุนที่เกิดขึ้นภายในและราคาทุนที่เกิดขึ้นภายนอก ราคาทุนของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนที่เกิดขึ้นภายใน

ประกอบด้วยราคาจ่ายทุกรายการที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือสามารถปันส่วนตามเกณฑ์ที่สมเหตุสมผล ซึ่งรวมไปถึงรายการต่อไปนี้¹³

- รายจ่ายสำหรับวัตถุดิบและค่าบริการที่ใช้ในการก่อให้เกิดสินทรัพย์ไม่มีตัวตน
- เงินเดือน ค่าจ้างและต้นทุนในการจ้างบุคลากรที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการก่อให้เกิดสินทรัพย์ไม่มีตัวตน
- รายจ่ายที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสินทรัพย์ไม่มีตัวตน เช่น ค่าธรรมเนียมในการลงทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิตามกฎหมาย
- ค่าใช้จ่ายการผลิตหรือค่าใช้จ่ายทั่วไปในการก่อให้เกิดสินทรัพย์ไม่มีตัวตนและที่สามารถปันส่วนตามเกณฑ์ที่สมเหตุสมผลและสม่ำเสมอให้กับสินทรัพย์ไม่มีตัวตน

ในส่วนของราคาทุนที่เกิดขึ้นภายนอกนั้นประกอบไปด้วย

- รายจ่ายในการขาย การบริหารและค่าใช้จ่ายทั่วไปอื่นๆ เว้นแต่รายจ่ายดังกล่าวเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการจัดเตรียมสินทรัพย์ไม่มีตัวตนให้สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้

สถาบันวิทยบริการ
 วิทยาลัยการศึกษาระดับอุดมศึกษา
 สถาบันวิทยบริการ

- รายจ่ายในการโฆษณาและในการส่งเสริมการขาย
 ดังนั้น เมื่อมีการพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายจากการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานดนตรีกรรมเพื่อจำหน่าย ศาลควรพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจากรายได้ที่เจ้าของลิขสิทธิ์อ้างว่าตนต้องสูญเสียไปจากการเกิดขึ้นของการทำเลเมิดลิขสิทธิ์หักด้วยต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังรายละเอียดข้างต้น

¹³ สมาคมณักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย, มาตรฐานการบัญชีของไทย ฉบับรวมเล่ม (ปรับปรุง พ.ศ. 2546) เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: สมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย, 2546), หน้า 24

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเคยได้แสดงให้เห็นในหัวข้อ

4.4.1.1 (ก.2) แล้วว่า หากศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยพิจารณาการขาดรายได้หรือผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียไปแต่เพียงอย่างเดียว ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอาจจะเป็นการคงประโยชน์ให้แก่ผู้ทำละเมิดอยู่ต่อไปเพราะต้นทุนและค่าใช้จ่ายของผู้ทำละเมิดย่อมถูกกว่าต้นทุนและค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นเพื่อให้การพิจารณากำหนดมูลค่าค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมเป็นไปอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ศาลจึงควรจะพิจารณาให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในต้นทุนบางส่วนของผู้ทำละเมิดด้วย โดยต้นทุนบางส่วนเช่นว่านั้นควรเป็นต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรมที่ถูกละเมิดเฉลี่ยต่อหน่วยสินค้าและต้นทุนค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานเฉลี่ยต่อหน่วยสินค้า เหตุผลสำคัญสำหรับประเด็นนี้คือ นอกจากเป็นการระงับผลประโยชน์ที่ผู้ทำละเมิดจะยังคงได้รับแม้ตนจะต้องชำระค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์คือการใช้สิทธิที่มีอยู่เหนืองานสร้างสรรค์โดยมิชอบ ดังนั้น ผู้ทำละเมิดจึงควรต้องส่งมอบการใช้สิทธินั้นคืนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตนซึ่งผู้ทำละเมิดไม่อาจส่งมอบคืนสิทธิดังกล่าวในทางกายภาพได้ ดังนั้นผู้ทำละเมิดจึงสมควรจะส่งมอบคืนสิทธิดังกล่าวในลักษณะของการจ่ายค่าใช้ลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แทน นอกจากนี้ ในทางการธุรกิจ สินค้าต่างๆ จะต้องได้รับการประชาสัมพันธ์เพื่อให้เป็นที่รู้จักแพร่หลายต่อประชาชน แม้ว่าต้นทุนค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์จะเป็นต้นทุนที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องจ่ายเพื่อเผยแพร่ผลงานของตนอยู่แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้ทำละเมิดควรร่วมเฉลี่ยความรับผิดชอบในต้นทุนประเภทนี้เพราะในความเป็นจริงผู้ทำละเมิดย่อมเลือกที่จะทำละเมิดต่องานที่มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักต่อสาธารณชน ทั้งนี้ อย่างน้อยก็เป็นการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ทำละเมิดว่าสินค้าที่ตนผลิตขึ้นจะขายได้เพราะประชาชนนิยมหรือเป็นที่ต้องการของตลาด โดยที่ความนิยมของประชาชนนั้นเป็นผลมาจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ในส่วนของค่าลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมนั้นโดยทั่วไปเจ้าของลิขสิทธิ์จะพิจารณาจากต้นทุนต่างๆ เช่น ในกรณีของบริษัท อาร์. เอส. โปรโมชัน จำกัด (มหาชน) ใช้วิธีการบันทึกมูลค่าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมในบัญชีของบริษัทโดยบันทึกจากต้นทุนในอดีต (historical cost) หรือในกรณีของบริษัท จีเอ็มเอ็ม แกรมมี่ จำกัด (มหาชน) ใช้วิธีการบันทึกมูลค่าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมในบัญชีของบริษัทโดยบันทึกจากราคาตลาด (market price)

จากข้อมูลต่างๆ ข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าศาลควรพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมดังนี้

ค่าเสียหาย = (ราคาขายสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) - ต้นทุนและค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรมของเจ้าของลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย)) x จำนวนสินค้าที่สร้างขึ้นจากการละเมิด โดยมีต้องพิจารณาว่าสินค้าของผู้ทำละเมิดนั้นจะขายได้แล้วหรือไม่

เพื่อให้ง่ายในการทำความเข้าใจแนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมข้างต้นสามารถสรุปได้ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times A$$

โดยที่	D (Damages)	=	ค่าเสียหาย
	P (Price)	=	ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้า 1 หน่วย
	C (Cost)	=	ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้า 1 หน่วย
	R (Royalty)	=	ค่าลิขสิทธิ์ในตัวงานดนตรีกรรมต่อสินค้า 1 หน่วย
	Pr (Promotion Cost)	=	ค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรมต่อสินค้า 1 หน่วย
	A (Amount)	=	จำนวนสินค้า

เพื่อให้ง่ายต่อความเข้าใจและให้เห็นได้เป็นรูปธรรม ผู้วิจัยได้เสนอตัวอย่างการปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ไว้ในภาคผนวก ค.1 โดยได้เปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดค่าเสียหายซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบัน

2. เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ประกอบกิจการหรือไม่เคย

ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

ค่าเสียหายที่เหมาะสมสำหรับกรณีนี้คือ

ค่าเสียหายซึ่งพิจารณาจากค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับหากตนได้อนุญาตให้ผู้ทำละเมิดกระทำการดังที่แสดงไว้ในตัวอย่างโดยถูกต้อง เหตุผลที่ผู้วิจัยเห็นว่าค่าเสียหายในกรณีนี้ควรคำนวณจากอัตราค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิก็คือ เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด การกระทำละเมิดดังกล่าวก็ได้ส่งผลกระทบต่อทางการค้าและการหากำไรของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรืออีกนัยหนึ่งการกระทำละเมิดนั้นมีผลกระทบต่อทางการค้าโดยตรงระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิด ดังนั้น การขาดประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีนี้ควรจะเป็นการขาดประโยชน์อื่นที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าสิทธิจากผู้ทำละเมิดหากผู้ทำละเมิดได้ขออนุญาตใช้สิทธิอย่างถูกต้อง ค่าเสียหายจากค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิควรจะพิจารณาใน

อัตราต่อหน่วย โดยค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะเป็นมูลค่าเท่ากับผลคูณระหว่างจำนวนของสินค้าที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดและค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิเฉลี่ยต่อหน่วย ในการพิจารณาเพื่อหามูลค่าของค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ หากต้องการที่จะได้รับมูลค่าของค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างถูกต้องตามหลักวิชาการแล้ว ก็มีความจำเป็นที่จะต้องนำผู้ประเมินราคาเข้าสู่ต่อศาลในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งผู้ประเมินราคามีวิธีการประเมินราคาหลายวิธีเช่น การประเมินราคาโดยใช้เกณฑ์ราคาตลาด เกณฑ์ราคาทุน และเกณฑ์ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตอย่างไรก็ดี หากไม่มีการนำผู้ประเมินราคาเข้าสู่ต่อศาล ศาลอาจพิจารณาจากสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้เพื่อหามูลค่าที่เหมาะสมของค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

1. อัตราค่าสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์เคยจัดเก็บมาแล้วในอดีตสำหรับกรณีเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน ในกรณีนี้หากเจ้าของลิขสิทธิ์มีสถานะเป็นนิติบุคคล ศาลอาจพิจารณาได้จากงบการเงินของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งผ่านการตรวจสอบจากผู้สอบบัญชีแล้วก็ได้
2. หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่เคยจัดเก็บค่าสิทธิสำหรับการใช้ประโยชน์ในงานดนตรีกรรมของตนในลักษณะใดๆ เช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์มาก่อน ศาลอาจพิจารณาเปรียบเทียบอัตราค่าสิทธิกับบริษัทอื่นที่อยู่ในสายธุรกิจเดียวกัน
3. หากในอุตสาหกรรมดนตรีไม่เคยมีการจัดเก็บค่าสิทธิจากการใช้ประโยชน์ในงานดนตรีกรรมในลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมาก่อน ศาลอาจพิจารณาค่าจำนวนอัตราค่าสิทธิที่เหมาะสมได้โดยการคาดเดาราคาซึ่งพิจารณาจากพยานหลักฐานในคดีประกอบกับต้นทุนราคาของลิขสิทธิ์เหนืองานดนตรีกรรมนั้นประกอบกับอัตราหรือสัดส่วนการใช้งานดนตรีกรรมนั้นในการก่อการละเมิดลิขสิทธิ์

ข.1.2 การทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อให้เช่า

แม้ว่าการให้เช่าจะต่างจากขายแต่แนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะใช้แนวทางเดียวกันกับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการทำซ้ำหรือดัดแปลงแล้วนำออกจำหน่าย ทั้งนี้เพราะท้ายที่สุดแล้วเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะได้รับรายได้ในลักษณะเดียวกันก็คือ รายได้จากการขายสินค้าและรายได้จากการขายบริการ (ให้เช่าสินค้า) ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมเป็นไปในลักษณะทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อให้เช่า ศาลควรจะพิจารณาประเด็นต่อไปนี้

1. เจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกิจการ

เช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

เช่นเดียวกับกรณีของการกำหนด

ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ/ดัดแปลงเพื่อจำหน่าย ความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ/ดัดแปลงเพื่อให้เช่าซึ่งทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดต่างก็ประกอบกิจการอย่างเดียวกัน คือ ความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องขาดรายได้จากการประกอบธุรกิจอันเป็นปกติธุระของตน ดังนั้น ค่าเสียหายในกรณีนี้จึงควรจะคำนวณบนพื้นฐานเดียวกันกับค่าเสียหายในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ/ดัดแปลงเพื่อจำหน่ายซึ่งสามารถกำหนดได้ ดังนี้

$$\text{ค่าเสียหาย} = (\text{ราคาทำให้เช่าสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย)} - \text{ต้นทุนและค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย)} + \text{ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ของงานดนตรีกรรม (ต่อหน่วย)} + \text{ต้นทุนค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรมของเจ้าของลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย)}) \times \text{จำนวนครั้งของการให้เช่าสินค้าของผู้ทำละเมิด}$$

เพื่อให้ง่ายแก่การทำความเข้าใจ แนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมสำหรับการนำออกให้เช่าสามารถสรุปได้ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times T$$

โดยที่	D (Damages)	=	ค่าเสียหาย
	P (Price)	=	ราคาให้เช่าสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อหน่วย
	C (Cost)	=	ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อหน่วย
	R (Royalty)	=	ค่าลิขสิทธิ์ในตัวงานดนตรีกรรมต่อหน่วย
	Pr (Promotion Cost)	=	ค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรมต่อหน่วย
	T (Times)	=	จำนวนครั้งที่จำเลยนำสินค้าที่ผลิตขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ออกให้เช่า

เพื่อให้ง่ายต่อความเข้าใจและให้เห็นได้
เป็นรูปธรรม ผู้วิจัยได้เสนอตัวอย่างการปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ไว้ในภาคผนวก
ค.2 โดยได้เปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดค่าเสียหายซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบัน

2. เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ประกอบกิจการหรือไม่เคย
ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

เช่นเดียวกับกรณีของการกำหนด
ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ/ดัดแปลงเพื่อจำหน่ายโดยที่เจ้าของ
ลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดมิได้ประกอบกิจการอย่างเดียวกัน ความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีนี้จึงเป็น
เพียงความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องขาดประโยชน์บางส่วนในการใช้สิทธิของตนที่มีอยู่เหนืองาน
ดนตรีกรรม โดยที่ความเสียหายดังกล่าวมิได้มีผลกระทบโดยตรงและมีนัยสำคัญต่อกิจการของเจ้าของ
ลิขสิทธิ์ ดังนั้นค่าเสียหายที่เหมาะสมสำหรับกรณีนี้คือ ค่าเสียหายซึ่งพิจารณาจากค่าตอบแทน
ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับจากผู้ทำละเมิด โดยที่ศาลสามารถปรับใช้วิธีการ
คำนวณหาค่าตอบแทนดังกล่าวจากวิธีการที่ได้แสดงไว้แล้วในกรณีการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรี
กรรมโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง เพื่อจำหน่ายโดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดมิได้ประกอบกิจการอย่าง
เดียวกันก่อน

ข.1.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชน

การเผยแพร่ในงานดนตรีกรรมซึ่งจะมีผลเป็นการละเมิด
ลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมนั้น จะเกิดขึ้นเมื่อมีการนำงานดนตรีกรรมมาใช้ประโยชน์นอกเหนือจากการ
รับชมรับฟังส่วนตัว กล่าวคือมีการทำให้ผู้อื่นได้รับชมรับฟังงานดนตรีกรรมนั้น ซึ่งเป็นการก่อประโยชน์แก่
ผู้เผยแพร่และประโยชน์ดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ทางการเงินโดยตรง เช่น อาจเป็นการทำ
ให้ลูกค้าสนใจ/พอใจมากขึ้น เพื่อโฆษณาหรือสินค้า เพื่อสร้างบรรยากาศ เป็นต้น การทำละเมิด
ลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการเผยแพร่ต่อสาธารณชนจะปรากฏในลักษณะของการเผยแพร่ผ่านทาง
รายการวิทยุ โทรทัศน์ เคเบิลทีวี ดิสโก้เทค ไนต์คลับ ร้านอาหาร ศูนย์การค้า พลาซ่า การแสดงสด ละคร
เวทีและงานแสดงสินค้าที่มีการใช้ดนตรีประกอบ เป็นต้น โดยทั่วไปการที่บุคคลใดจะใช้งานอันมีลิขสิทธิ์
ในงานดนตรีกรรมโดยการเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามวิธีการที่ได้กล่าวข้างต้น บุคคลอื่นดังกล่าวจะต้อง
ชำระค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยจะมีอัตราของค่าสิทธิที่แตกต่างกันตาม
ประเภทของการเผยแพร่ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของธุรกิจที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน หากมี
การทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ศาลควรพิจารณากำหนดจำนวน
ค่าเสียหายจากค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยศาลควรพิจารณาจากสิ่งต่างๆ ดังที่ได้แสดงไว้
แล้วในหัวข้อ 4.5.2.1 (ข.1.1.2) นอกจากการนำวิธีการหาค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งได้แสดง
ไว้ในหัวข้อ 4.5.2.1 (ข.1.1.2) มาปรับใช้แก่กรณีแล้ว ศาลอาจพิจารณาหาค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้

สิทธิที่เหมาะสมในการเผยแพร่งานดนตรีกรรมได้จากข้อมูลที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้แจ้งต่อคณะกรรมการ กล่าวด้วยราคาสินค้าและบริการ ตามประกาศคณะกรรมการกล่าวด้วยสินค้าและบริการเรื่องการ แจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิในการเผยแพร่ งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ฉบับลงวันที่ 18 มีนาคม พ.ศ. 2546¹⁴ ประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดให้เจ้าของ ลิขสิทธิ์ที่ประสงค์จะเก็บค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ต้องแจ้งข้อมูลดังต่อไปนี้ต่อคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการล่วงหน้าเป็นเวลาไม่น้อย กว่า 10 วันก่อนมีการเก็บค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า

- ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการ เผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้าที่เก็บจากบุคคลที่นำไปเผยแพร่ในกิจการแต่ละประเภท

- ต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ เกี่ยวกับการกำหนดหรือเก็บค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่ อการค้า

เหตุที่ผู้วิจัยเห็นว่า ค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะ คำนวณโดยอาศัยเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิก็เพราะในทางธุรกิจนั้น เป็นที่ยอมรับเป็นการ ทั่วไปว่า เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้สิทธิเผยแพร่ งานดนตรีกรรมของตนในลักษณะของค่าสิทธิ นอกจากนี้ แม้ว่าผู้ทำละเมิดจะนำวัสดุที่ใช้บันทึกงานดนตรี กรรมซึ่งเป็นของส่วนตัวไปทำการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในทางธุรกิจ ถือว่า ผู้นั้นได้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ของ เจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ดังนั้น แม้ผู้ทำละเมิดจะอ้างว่า เมื่อตนได้ซื้อสินค้าจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เจ้าของ ลิขสิทธิ์ได้คำนวณค่าลิขสิทธิ์ไว้ในราคาขายสินค้านั้นแล้ว แต่ราคาดังกล่าวเป็นราคาซึ่งตั้งขึ้นเพื่อให้ผู้ซื้อ นำงานไปใช้เฉพาะเป็นการส่วนตัว เมื่อผู้ซื้องานนำไปเผยแพร่ต่อสาธารณชนเพื่อหาผลประโยชน์ทั้งนี้ไม่ ว่าผลประโยชน์นั้นจะเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมและไม่ว่าผลที่ได้รับจะปรากฏในลักษณะเป็นรูปธรรม (คือเงิน) หรือไม่ ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้เผยแพร่ดังกล่าวจึงสมควรที่จะต้องชดเชยการลงทุนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ใน รูปของค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (หรือค่าลิขสิทธิ์)

ข.2 ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง

ลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เหนืองานสิ่งบันทึกเสียงคือสิทธิเชิงเศรษฐกิจ (Economic Right) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่เหนือข้อมูลในรูปของเสียงซึ่งบรรจุอยู่ในวัสดุที่ใช้บันทึกเสียง มิใช่สิทธิเหนือตัววัสดุที่ใช้บันทึกเสียง ลิขสิทธิ์เหนือข้อมูลในสิ่งบันทึกเสียงนั้นถือเป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน

¹⁴ โปรดดูรายละเอียดของประกาศฉบับนี้ในภาคผนวก ข

ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นการทำละเมิดต่อลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงคือการทำละเมิดต่อสิทธิเชิงเศรษฐกิจของข้อมูลที่บรรจุอยู่ในวัสดุบันทึกเสียงซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องขาดประโยชน์ที่ตนสมควรจะได้รับจากการใช้สิทธิของตน การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงมักปรากฏในลักษณะของการทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อจำหน่ายหรือให้เช่าและเผยแพร่เสียงที่บรรจุอยู่ในสิ่งบันทึกเสียง เช่น การเปิดแผ่นเสียงในร้านอาหาร เป็นต้น หากสิ่งทีบันทึกอยู่นั้นเป็นเสียงของงานดนตรีกรรม ซึ่งในกรณีนี้จะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งในงานดนตรีกรรมและงานสิ่งบันทึกเสียงโดยผู้ทำละเมิดย่อมจะต้องรับผิดชอบ เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง อย่างไรก็ตามภายใต้หัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงเฉพาะค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงสมควรจะได้รับ ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง ศาลควรพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวจากลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

ข.2.1 การทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อจำหน่าย

ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง เป็นไป ในลักษณะการทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อจำหน่าย ศาลควรพิจารณาประเด็นต่างๆดังต่อไปนี้

1. เจ้าของสิทธิประกอบกิจการเช่นเดียวกับ

ผู้ทำละเมิด

กรณีนี้จะเป็นกรณีที่การกระทำละเมิดต่อ งานอันมีลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงส่งผลกระทบต่อกิจการของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรืออีกนัยหนึ่ง การกระทำของผู้ทำละเมิดนั้นมีลักษณะเป็นคู่แข่งทางการค้าต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้หากพิจารณา รูปแบบของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงในเชิงการค้าจะพบว่าลิขสิทธิ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นสินค้าชิ้น หนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะทำการจำหน่ายจ่ายแจกได้ทุกที่ ดังนั้นค่าเสียหายในกรณีนี้จึงควรมีลักษณะ เป็นค่าเสียหายจากการขาดรายได้จากการขายสินค้า (สิ่งบันทึกเสียงซึ่งบรรจุเสียงซึ่งมีลิขสิทธิ์อยู่) โดย รายได้ที่จะนำมาคิดคำนวณเป็นค่าเสียหายนั้นควรเป็นรายได้สุทธิหลังจากได้หักค่าใช้จ่ายและต้นทุน ตามหลักการบัญชีออกแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้ทำละเมิดสมควรที่จะต้องรับภาระค่าลิขสิทธิ์ใน งานสิ่งบันทึกเสียงและค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานสิ่งบันทึกเสียงด้วย ทั้งนี้ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับที่ ผู้วิจัยได้อธิบายไว้แล้วในกรณีของงานดนตรีกรรม ดังนั้นในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ ศาลควรพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังนี้

ค่าเสียหาย = (ราคาขาย (ต่อหน่วย) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ - ต้นทุนและ ค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ของงานสิ่ง บันทึกเสียง (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์ (ต่อหน่วย)) x จำนวนสินค้าที่สร้างขึ้นจากการทำละเมิด โดยที่มี ต้องพิจารณาว่าสินค้าของผู้ทำละเมิดนั้นจะขายได้แล้วหรือไม่

เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ แนว
ทางการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงข้างต้น สามารถสรุปได้ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times A$$

โดยที่	D (Damages)	=	ค่าเสียหาย
	P (Price)	=	ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อ สินค้า 1 หน่วย
	C (Cost)	=	ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของ เจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้า 1 หน่วย
	R (Royalty)	=	ค่าลิขสิทธิ์ในตัวงานดนตรีกรรม ต่อสินค้า 1 หน่วย
	Pr (Promotion Cost)	=	ค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งาน ดนตรีกรรมต่อสินค้า 1 หน่วย
	A (Amount)	=	จำนวนสินค้าที่ผลิตขึ้นจากการ ละเมิดลิขสิทธิ์ (ไม่ว่าจะขายได้ แล้วหรือไม่)

ผู้วิจัยมิได้แสดงตัวอย่างของการปรับใช้

แนวทางการกำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ไว้ เพราะผู้วิจัยเห็นว่าตัวอย่างที่ได้แสดงไว้แล้วในภาคผนวก ค.1
ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถปรับใช้ได้กับกรณีนี้เช่นกัน

ในการพิจารณาต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่
เกี่ยวข้องกับสิ่งบันทึกเสียงนั้น ศาลควรพิจารณาประเด็นต่างๆ ดังนี้

ก. ต้นทุนการขาย (Cost of Sales)

โดยทั่วไปต้นทุนการขายจะประกอบไปด้วยรายการต่างๆ เช่น ค่าวัตถุดิบ (materials) ได้แก่วัตถุดิบใน
การผลิตสิ่งบันทึกเสียงต่างๆ อันประกอบไปด้วย ค่าลิขสิทธิ์ของข้อมูลซึ่งบรรจุอยู่ใน สิ่งบันทึกเสียง ค่า
วัสดุ (เช่นค่าแถบบันทึกเสียงหรือแผ่นซีดี) และค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนการผลิต (overhead cost) ซึ่ง
ประกอบไปด้วยค่าน้ำ ค่าไฟฟ้า ค่าโทรศัพท์ ค่าเช่า (ถ้ามี) เป็นต้น

ข. ค่าใช้จ่ายในการขายและการบริหาร (sale and operating expense) ในทางหลักการบัญชี ค่าใช้จ่ายในการขายและการบริหารถือเป็นค่าใช้จ่ายที่กิจการจะต้องนำมาหักออกจากยอดขายได้รวมแล้วหากกำไรสุทธิ (หรือกำไร) ของกิจการ ค่าใช้จ่ายในการขายและการบริหารประกอบด้วยค่าโฆษณา ค่าประกัน ค่าแรงงาน เงินเดือน เป็นต้น

2. เจ้าของลิขสิทธิ์มีได้ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

หากกรณีเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีได้ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิดนั้น ค่าเสียหายในกรณีนี้ควรเป็นค่าเสียหายที่คำนวณจากเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับหากผู้กระทำละเมิดดำเนินการขออนุญาตใช้สิทธิโดยถูกต้อง ในการคำนวณค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อ 5.5.2.1. (ข.1.1.2) สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีนี้

ข.2.2 การทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อให้เช่า

ผู้วิจัยเห็นว่า เหตุผลและวิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่ได้แสดงไว้ในข้อ 5.5.2.1 (ข.1.2) สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีนี้

ข.2.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชน

ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุผลและวิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่ได้แสดงไว้ในข้อ 5.5.2.1 (ข.1.3) สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีนี้

ข.3 ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสัตตภัณฑ์

การทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสัตตภัณฑ์นั้น โดยทั่วไปมีลักษณะเช่นเดียวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง เนื่องจากมีลักษณะเป็นวัสดุบันทึกข้อมูลเช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่า วิธีการคำนวณค่าเสียหายในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงสามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสัตตภัณฑ์ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลควรพิจารณาประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้ประกอบด้วย

ค. ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยการเผยแพร่ทางสถานีโทรทัศน์

ผู้วิจัยเห็นว่าหากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการเผยแพร่งานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานสัตตภัณฑ์ทางสถานีโทรทัศน์ การพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะได้รับการพิจารณาต่างหากดังนี้

ค.1 สถานีโทรทัศน์เป็นผู้ทำละเมิด

หากกรณีเป็นว่าสถานีโทรทัศน์เป็นผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุ นั้น ค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะคำนวณจากเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งสถานีโทรทัศน์จะต้องชำระให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการเผยแพร่งานดังกล่าวต่อสาธารณชน

ค.2 สถานีโทรทัศน์เป็นผู้เสียหาย

หากกรณีเป็นว่าสถานีโทรทัศน์เป็นผู้เสียหายจากการถูกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุ นั้น ค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะพิจารณาจากการขาดรายได้ของสถานีโทรทัศน์หรือรายได้จากการเสียประโยชน์ในการได้รับค่าสิทธิ (แล้วแต่กรณี) โดยรายได้ที่สถานีโทรทัศน์ต้องขาดไปนั้นคือรายได้จากการโฆษณา การพิจารณาว่าสถานีโทรทัศน์จะได้รับค่าเสียหายจากงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุที่ถูกทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นโดยวิธีการใด ศาลควรพิจารณาประเด็นต่างๆ ดังนี้

- สถานีโทรทัศน์ควรจะได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุจากการขาดรายได้ หากกรณีโทรทัศน์ได้กำหนดการเผยแพร่งานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุไว้ในตารางเวลาของสถานีโทรทัศน์แล้ว

- หากสถานีโทรทัศน์ยังมีได้บรรจวงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุไว้ในตารางการเผยแพร่ของสถานีหรือหากกรณีเป็นว่ามีภาระละเมิดต่องานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุที่บรรจวงานต่างๆ ที่สถานีโทรทัศน์นั้นได้เผยแพร่งานนั้นแล้ว ค่าเสียหายที่สถานีโทรทัศน์มีสิทธิที่จะได้รับในกรณีนี้ควรจะพิจารณาจากเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นค่าตอบแทนที่สถานีโทรทัศน์ควรจะได้รับหากผู้ทำละเมิดได้ขออนุญาตใช้สิทธิโดยชอบ

5.5.2.2 กรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตามร่างที่ผู้วิจัยเสนอแล้ว

หากมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมร่างตามที่ผู้วิจัยเสนอแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรา 64 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้วดังกล่าว จะช่วยแก้ไขปัญหาการตีความและช่วยให้เกิดความชัดเจนในเนื้อหาสาระทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อจำกัดในการใช้กฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์) คือ ข้อกำหนดต่างๆ ในกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์) จะต้องใช้ได้เป็นการทั่วไปและใช้ได้กับทุกกรณี ดังนั้นจึงสมควรที่จะต้องมีกร

กำหนดแนวทางการตีความ รวมถึงแนวทางในการพิจารณาคำเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนี้

ก. แนวทางการตีความกฎหมาย

ร่างมาตรา 64 ซึ่งเสนอขึ้นใหม่โดยผู้วิจัยกำหนดให้ศาลพิจารณาคำเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดหรือจำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไปจากการทำละเมิดหรือจำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ นอกจากนี้ หากพฤติการณ์แห่งคดีแสดงให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ยังได้รับความเสียหายเพิ่มเติมอีกแม้จะได้รับค่าเสียหายดังกล่าวแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายยังอาจร้องขอเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้อีกด้วย

ในการพิจารณาคำเสียหายข้างต้น ศาลอาจจะพิจารณาประเด็นต่างๆ ดังนี้

ก.1 ค่าเสียหายจากผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิด

ค่าเสียหายจากผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิดคือ การเรียกค่าเสียหายประเภทที่เรียกว่า Account of Profit ซึ่งเป็นวิธีการเรียกค่าเสียหายที่เป็นที่นิยมใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) อย่างไรก็ดี ในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) บางประเทศก็อนุญาตและบรรจุแนวคิดนี้ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของตนด้วย เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนีและประเทศญี่ปุ่น

ในการเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น โจทก์ในฐานะผู้เสียหายมีหน้าที่จะต้องนำสืบถึงจำนวนรายได้ทั้งหมดของจำเลยในฐานะผู้ทำละเมิด โจทก์ไม่จำเป็นต้องนำแสดงรายละเอียดและที่มาของรายได้ของจำเลย เพียงแค่แสดงต่อศาลถึงจำนวนรายได้ทั้งหมดของจำเลยก็เป็นการเพียงพอแล้ว ในขณะที่เดียวกันจำเลยมีหน้าที่ที่จะพิสูจน์หักล้างจำนวนรายได้ที่โจทก์ได้นำสืบแล้ว โดยจำเลยต้องพิสูจน์รายละเอียดรายได้และที่มาของรายได้เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่า รายได้ของตนส่วนใดที่มีได้เกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการทำละเมิด หากรายได้ทั้งหมดเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือจำเลยไม่อาจนำสืบหักล้างได้ โจทก์ย่อมมีสิทธิได้รับรายได้ทั้งหมดของจำเลย หากกรณีเป็นว่าจำเลยทำละเมิดลิขสิทธิ์เพียงเพื่อเป็นหนทางที่จะทำกำไรได้เพิ่มเติมมากขึ้น ดังนี้เฉพาะกำไรที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิหรือจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยตรงเท่านั้นที่โจทก์พึงมีสิทธิที่จะได้รับ

ก.2 ค่าเสียหายจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไป

ค่าเสียหายจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไปนั้นคือ ค่าเสียหายจากการขาดรายได้หรือกำไร ความสูญเสียกำไรมักจะเป็นประเด็นสำคัญ ในกรณีที่โจทก์เป็นผู้ผลิตและผู้ขายสินค้าที่ได้รับความคุ้มครองในสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาจึงจะสามารถมีสิทธิได้รับ ค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียโอกาสในการขายและกำไร โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าความสูญเสียจากการขาย นั้นเกิดขึ้นจากการละเมิดสิทธิของจำเลยในการเรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้นั้น รายได้ของโจทก์ คือรายได้จากการขายสินค้าหลังหักต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ ออกไปแล้วเท่านั้น

ก.3 ค่าเสียหายจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้ สิทธิตามปกติ

ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้เป็นผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้า แต่ได้อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ การละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นเหตุให้เจ้าของลิขสิทธิ์สูญเสียโอกาสในการ อนุญาตให้มีการใช้สิทธิถูกต้องตามกฎหมายแก่จำเลยเองหรือต่อผู้ซื้อลำดับสุดท้าย ศาลต้องพิจารณา คิดคำนวณมูลค่าของการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยหลักการต่อไปนี้

- หากมีข้อตกลงตามจริงระหว่างคู่ความ ข้อตกลงนี้ จะเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญของจำนวนเงินที่จะต้องชำระกัน

- ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่ความ ศาลจะ พิจารณาจากข้อตกลงที่คล้ายคลึงกันที่โจทก์ได้ทำกับบุคคลอื่นซึ่งได้รับสิทธิไปอย่างถูกต้องตาม กฎหมาย

- ในกรณีที่ไม่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่คล้ายคลึง กัน การคำนวณการเสียโอกาสของโจทก์จะใช้เกณฑ์เปรียบเทียบกับอุตสาหกรรมในทำนองเดียวกัน

- ในบางครั้งไม่มีหลักฐานของอัตราที่ใช้กันอยู่ ศาล จะรับฟังพยานหลักฐานจากปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่มีต่อข้อกำหนดและราคาของการอนุญาตให้ใช้ สิทธินั้นและการทำ “คาดเดาราคาโดยศาล” เพราะตราบเท่าที่ได้พิจารณาคดีและพยานหลักฐาน ประกอบคดีมาอย่างดีที่สุดเท่าที่จะทำได้จึงต้องคาดเดาเอา

ก.4 ค่าเสียหายเพิ่มเติม

หากโจทก์ในฐานะผู้เสียหายเห็นว่าค่าเสียหายที่ตนอาจจะ ได้รับตามวิธีการคำนวณ 3 วิธีการข้างต้นนั้นยังไม่เพียงพอหรืออาจจะไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่ตน ได้รับโจทก์อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ ทั้งนี้โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่า ความเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้น นั้นมีลักษณะอย่างไร ในการพิจารณาว่าโจทก์สมควรที่จะได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมหรือไม่นั้น ศาลจะต้อง

พิจารณาถึงพฤติกรรมแห่งคดีประกอบด้วย โดยพฤติกรรมแห่งคดีที่เชื่อนว่านั่นคือ เจตนาในการทำละเมิดของจำเลย ลักษณะองค์หรือเครือข่ายของจำเลยในการทำละเมิด ผลกระทบจากการกระทำละเมิดที่อาจเกิดขึ้นและมีผลกระทบต่อความสามารถทางการค้าของโจทก์ เป็นต้น

ข. การพิจารณาค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์

แม้ว่าผู้วิจัยจะได้เสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และได้อธิบายเหตุผลประกอบไว้แล้วแต่โดยลักษณะของมาตรา 64 นั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บทซึ่งต้องสามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกกรณีของการทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะต้องมีการกำหนดวิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเฉพาะกรณีเอาไว้ เนื่องจากงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทก็มีลักษณะที่แตกต่างๆ กันรวมถึงยังมีแนวคิดข้อสมมุติฐานต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่แตกต่างกันออกไปอีกด้วย ผลของการกำหนดแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทที่ถูกทำละเมิดคือ การบังคับใช้กฎหมายจะมีประสิทธิภาพมากขึ้น อีกทั้งยังจะตอบสนองต่ออุตสาหกรรมแต่ละประเภทได้ดียิ่งขึ้นด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้กำหนดหัวข้อการศึกษาไว้เฉพาะงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันเทิงเสียงและงานโสตทัศนวัสดุ ดังนั้น แนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามประเภทงานอันมีลิขสิทธิ์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจำกัดอยู่แต่เพียงงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งสามประเภทดังกล่าวเท่านั้น เนื่องจาก ร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลิขสิทธิ์มาตรา 64 นี้ได้เสนอวิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ 3 วิธีการ ดังนี้

- ค่าเสียหายจากรายได้ของผู้ทำละเมิด
- ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์
- ค่าเสียหายจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ

ผู้วิจัยเห็นว่า หากผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยคำนวณจากรายได้ของผู้ทำละเมิดหรือจากจำนวนเงินที่ตนอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติแล้วก็จะไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะวิธีการทั้งสองวิธีนั้นมีได้มุ่งพิจารณาต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นประเด็นการพิจารณาค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์จึงควรปรับใช้เฉพาะกับกรณีที่ผู้เสียหายพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่ร้องขอจากการขาดรายได้ของตน ผู้วิจัยเห็นว่า วิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานดนตรีกรรม สิ่งบันเทิงเสียงและโสตทัศนวัสดุ ซึ่งได้แสดงไว้แล้วในหัวข้อก่อนสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้ แม้ว่ากฎหมายแม่บท

(มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537) จะเปลี่ยนไปก็ตาม แต่เนื้อหาสาระของรายได้และต้นทุนต่างๆ รวมถึงแนวคิดของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกทำละเมิดนั้นมิได้เปลี่ยนแปลงไปด้วย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

5.6 ตารางแสดงประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายไทยฉบับปัจจุบันและข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย

5.6.1 ค่าเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ประเภทของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	ข้อสังเกต
1. ไม่มีการกำหนดประเภทของค่าเสียหายหรือข้อสันนิษฐานจำนวนค่าเสียหาย	โจทก์ต้องนำสืบถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์ ศาลเป็นผู้กำหนดจำนวนค่าเสียหาย	มาตรา 64 พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2 5 3 7	ศาลจะพิจารณา กำหนดจำนวนค่าเสียหายโดยพิจารณาจากส่วนแบ่งค่าปรับในคดีอาญาประกอบด้วย
2. กฎหมายอนุญาตให้โจทก์เรียกให้จำเลยชำระค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของตน	โจทก์ต้องนำสืบถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามสิทธิ	มาตรา 64 พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2 5 3 7	ประเภทของค่าเสียหายที่พบจากคำพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องมักปรากฏในรูปของค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์

5.6.2 ค่าเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

ประเภทของค่าเสียหาย	การนำสืบพิสูจน์	ข้อสังเกต
1. รายได้ของจำเลย	1. โจทก์นำสืบยอดรวมได้ของจำเลย 2. จำเลยนำสืบถึงค่าใช้จ่ายต่างๆ เพื่อหักล้างจำนวนยอดรวมรายได้ที่โจทก์ได้นำสืบแล้ว	จำเลยนำสืบหักล้างได้เพียงใด ให้ศาลสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากจำนวนรายได้ของจำเลยที่เหลืออยู่
2. การขาดรายได้ของโจทก์	โจทก์นำสืบถึงจำนวนรายได้ที่ตนต้องเสียไปเมื่อมีการทำละเมิดเกิดขึ้น	ศาลอาจพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ โดยพิจารณาตามประเภทของงานที่ถูกทำละเมิดประกอบด้วย
3. จำนวนเงินที่โจทก์อาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ	โจทก์นำสืบถึงจำนวนรายได้ที่ตนอาจจะต้องเสียไปเมื่อมีการทำละเมิดเกิดขึ้น	ศาลพิจารณาจากเกณฑ์ต่างๆ ประกอบ เช่น ค่าสิทธิที่โจทก์เคยได้รับในกรณีที่คล้ายคลึงกัน เป็นต้น

5.6.3 ค่าเสียหายตามประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์

5.6.3.1 งานดนตรีกรรม

ประเภทของงาน	การคำนวณค่าเสียหาย
<p style="text-align: center;">งานดนตรีกรรม</p> <p>1. <u>ทำซ้ำ ดัดแปลงเพื่อจำหน่าย</u></p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยประกอบกิจการอย่างเดียวกัน</p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยไม่ได้ประกอบกิจการอย่างเดียวกัน</p> <p>2. <u>ทำซ้ำ ดัดแปลงเพื่อให้เช่า</u></p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยประกอบกิจการอย่างเดียวกัน</p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยไม่ได้ประกอบกิจการอย่างเดียวกัน</p> <p>3. <u>เผยแพร่ต่อสาธารณชน</u></p>	<p>— คำนวณจากการขาดรายได้ของโจทก์ดังนี้</p> <p>ค่าเสียหาย = (ราคาขายของโจทก์ (ต่อหน่วย) - ต้นทุนและค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) + ค่าโฆษณา (ต่อหน่วย)) × จำนวนชิ้นงานที่ทำขึ้นจากการละเมิด</p> <p>— คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ</p> <p>— คำนวณจากการขาดรายได้ของโจทก์ดังนี้</p> <p>ค่าเสียหาย = (ราคาให้เช่าสินค้าของโจทก์ (ต่อหน่วย) - ต้นทุนและค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) + ค่าโฆษณา (ต่อหน่วย)) × จำนวนครั้งที่จำเลยนำสินค้าที่ทำขึ้นโดยละเมิดออกให้เช่า</p> <p>— คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ</p> <p>— คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ</p>

5.6.3.2 งานสิ่งบันทึกเสียง

ประเภทของงาน	การคำนวณค่าเสียหาย
<p style="text-align: center;">งานสิ่งบันทึกเสียง</p> <p>1. <u>ทำซ้ำ ดัดแปลงเพื่อจำหน่าย</u></p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยประกอบกิจการ อย่างเดียวกัน</p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยไม่ได้ประกอบ กิจการอย่างเดียวกัน</p> <p>2. <u>ทำซ้ำ ดัดแปลงเพื่อให้เช่า</u></p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยประกอบกิจการ อย่างเดียวกัน</p> <p style="padding-left: 40px;">— โจทก์และจำเลยไม่ได้ประกอบ กิจการอย่างเดียวกัน</p> <p>3. <u>เผยแพร่ต่อสาธารณชน</u></p>	<p>— คำนวณจากการขาดรายได้ของโจทก์ดังนี้ ค่าเสียหาย = (ราคาขายของโจทก์ (ต่อ หน่วย) - ต้นทุนและค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุน ค่าลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) + ค่า โฆษณางาน (ต่อหน่วย) × จำนวนชิ้นงานที่ทำขึ้นจาก การละเมิด</p> <p>— คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ</p> <p>— คำนวณจากการขาดรายได้ของโจทก์ ค่าเสียหาย = (ราคาให้เช่าสินค้าของ โจทก์ (ต่อหน่วย) - ต้นทุน และค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) + ค่าโฆษณางาน (ต่อหน่วย)) × จำนวนครั้งที่จำเลยนำ สินค้าที่ทำขึ้นโดยละเมิดออก ให้เช่า</p> <p>— คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ</p> <p>— คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ</p>

5.6.3.3 งานโสตทัศนวัสดุ

ประเภทของงาน	การคำนวณค่าเสียหาย
<p style="text-align: center;">งานโสตทัศนวัสดุ</p> <p>1. <u>ทำซ้ำ</u> <u>ดัดแปลงเพื่อจำหน่าย</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – โจทก์และจำเลยประกอบกิจการ อย่างเดียวกัน – โจทก์และจำเลยไม่ได้ประกอบ กิจการอย่างเดียวกัน <p>2. <u>ทำซ้ำ</u> <u>ดัดแปลงเพื่อให้เช่า</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – โจทก์และจำเลยประกอบกิจการ อย่างเดียวกัน – โจทก์และจำเลยไม่ได้ประกอบ กิจการอย่างเดียวกัน <p>3. <u>เผยแพร่ต่อสาธารณชน</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> – คำนวณจากการขาดรายได้ของโจทก์ดังนี้ ค่าเสียหาย = (ราคาขายของโจทก์ (ต่อ หน่วย) – ต้นทุนและค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุน ค่าลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) + ค่า โฆษณา (ต่อหน่วย)) × จำนวนชิ้นงานที่ทำขึ้นจาก การละเมิด – คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ – คำนวณจากการขาดรายได้ของโจทก์ ค่าเสียหาย = (ราคาให้เช่าสินค้าของ โจทก์ (ต่อหน่วย) – ต้นทุน และค่าใช้จ่าย (ต่อหน่วย) + ต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ (ต่อหน่วย) + ค่าโฆษณางาน (ต่อหน่วย)) × จำนวนครั้งที่จำเลยนำ สินค้าที่ทำขึ้นโดยละเมิดออก ให้เช่า – คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ – คำนวณจากเกณฑ์ค่าสิทธิ

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าของสิทธิของนักแสดงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ทำละเมิดได้ โดยที่มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งให้แก่ผู้เสียหายซึ่งได้รับผลร้ายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น หลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายมาตราดังกล่าวจะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียหายในอันที่จะได้รับค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตน อย่างไรก็ตาม กฎหมายนั้นยังคงมีข้อควรพิจารณาถึงปัญหาในทางปฏิบัติและการปรับใช้งานในหลายเรื่อง ทั้งนี้เพราะบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อกำหนดที่มีลักษณะกว้างขวางและมีลักษณะเป็นนามธรรมอย่างยิ่ง อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้แยกแยะหรือกำหนดกรอบของการพิจารณาเนื้อหาสาระของกฎหมายเอาไว้ด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นปัญหาในลักษณะของปัญหาในการตีความตัวบทและปัญหาในการนำสืบจำนวนของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับ ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับตัวบทมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์สามารถจำแนกและสรุปได้ดังนี้

6.1.1 ปัญหาจากความไม่ชัดเจนของตัวบท

ดังที่ได้แสดงให้เห็นในบทที่ผ่านมาแล้วว่าตัวบทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นยังมีความไม่ชัดเจนและไม่มีการพิจารณาตัวบทที่แน่ชัด อีกทั้งกฎหมายยังมีเนื้อหาสาระในลักษณะที่เป็นนามธรรมอย่างยิ่ง จึงทำให้เกิดปัญหาในการแยกแยะสิ่งที่ผู้เสียหายพึงจะเรียกได้จากผู้ทำละเมิด ความไม่ชัดเจนและการไม่มีกรอบหรือหลักเกณฑ์ของการพิจารณาจำนวนของค่าเสียหายที่ชัดเจนยังอาจนำไปสู่การพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีที่มีเนื้อหาสาระใกล้เคียงกันหรือคล้ายกันให้ได้รับค่าเสียหายที่ไม่เท่าเทียมกันอีกด้วย ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หน้าที่ในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นหน้าที่ของศาล ซึ่งในการพิจารณาของศาลในแต่ละคดีศาลอาจใช้แนวทางและพื้นฐานการพิจารณาที่แตกต่างกันและดุลพินิจของศาลในการพิจารณาตัวบทเพื่อปรับใช้แก่คู่ความในคดีแต่ละคดีอาจแตกต่างกันมากแม้ว่าเนื้อหาสาระของคดีความจะคล้ายหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง การกระทำดังกล่าวจึงอาจเป็นการสร้างมาตรฐานเชิงซ้อน (double standard) ในการบังคับใช้กฎหมายได้ นอกจากนี้ การที่กฎหมายไม่จำแนกลักษณะของค่าเสียหายที่โจทก์อาจเรียกจากผู้ละเมิดได้ ทำให้โจทก์ประสบปัญหาในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายประเภทต่างๆ เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระแก่โจทก์ ทั้งนี้เพราะมีความไม่แน่นอนว่าค่าเสียหายอย่างไรหรือประเภทใดที่ศาลจะ

พิจารณานุญาตให้โจทก์ได้รับชำระจากจำเลย อีกทั้งความไม่ชัดเจนของกฎหมายอาจเป็นการสร้างประโยชน์ทางอ้อมให้แก่ผู้ทำละเมิด กล่าวคือผู้ทำละเมิดยังคงได้รับประโยชน์จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์อยู่แม้จะต้องจ่ายค่าเสียหายให้โจทก์แล้วก็ตาม ทั้งนี้เพราะโจทก์มักจะเรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของตนซึ่งมักเป็นจำนวนที่น้อยกว่ารายได้หรือกำไรของผู้ทำละเมิด การที่จำเลยต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยที่ค่าเสียหายดังกล่าวนั้นมีมูลค่าเท่ากับมูลค่าเท่ากับการขาดรายได้ของโจทก์นั้นทำให้จำเลยคงมีกำไรเหลืออยู่ดังรายละเอียดและตัวอย่างที่ผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นในบทที่ 4 ข้างต้นแล้ว

6.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลผู้มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย

หากพิจารณาตัวบทของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะพบว่ากฎหมายกำหนดให้เฉพาะเจ้าของลิขสิทธิ์และ/หรือเจ้าของสิทธิของนักแสดงเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ทำละเมิดได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือหากบุคคลดังกล่าวได้อนุญาตหรือโอนสิทธิของตนให้แก่บุคคลอื่นใช้ประโยชน์และเกิดมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานที่ได้รับอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิแล้ว บุคคลผู้ได้รับอนุญาตไม่อาจดำเนินคดีต่อผู้ทำละเมิดได้เอง เพราะกฎหมายอนุญาตให้เฉพาะเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของสิทธิของนักแสดงเท่านั้นที่มีสิทธิจะเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้บุคคลผู้ได้รับอนุญาตดังกล่าวสามารถเข้ามาในคดีได้ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียแต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงไม่เป็นผู้เริ่มต้นคดี บุคคลผู้ได้รับอนุญาตดังกล่าวก็อาจดำเนินการใดๆ ตัวผู้ทำละเมิดได้ ผลที่เกิดขึ้นก็คือผู้ได้รับอนุญาตต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยที่ไม่อาจจะเรียกร้องหรือได้รับการชดเชยความเสียหายใดๆ ที่ตนได้รับ อีกทั้งผู้ทำละเมิดก็จะได้รับประโยชน์จากการทำละเมิดของตน กล่าวคือผู้ทำละเมิดไม่ต้องถูกดำเนินคดีและสามารถซึ่งผลประโยชน์ที่เกิดจากการทำละเมิด

6.1.3 ปัญหาในทางการนำสืบ

แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะมีได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าในการดำเนินคดีแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นโจทก์ต้องเป็นผู้รับภาระในการนำสืบถึงความเสียหายและมูลค่าของค่าเสียหายที่เกี่ยวข้อง แต่เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายลักษณะพยานแล้วจะพบว่าหลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องนำสืบ” ได้นำมาใช้ในการนำสืบพยานในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นโจทก์ในฐานะผู้เสียหายจึงต้องเป็นผู้นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนเอง ในการนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหาย โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์และความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของตน ความไม่ชัดเจนและการไม่มีกรอบการพิจารณาตัวบทกฎหมายทำให้โจทก์จะต้องประสบกับความยากลำบากในการนำสืบพิสูจน์ความเสียหาย กล่าวคือโจทก์มีอาจทราบได้ว่าตนจะต้องพิสูจน์มากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล นอกจากนี้ การที่ภาระการพิสูจน์ค่าเสียหายทั้งหมดตกอยู่แก่โจทก์ยังสร้างปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์อีก

ด้วย เนื่องจากโจทก์ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลของจำเลยได้ดังนั้นจึงเป็นการยากสำหรับโจทก์ที่จะสามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าจำเลยได้รับผลประโยชน์จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มากน้อยเพียงใด ซึ่งผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นอาจนำมาใช้ในการพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่โจทก์ต้องสูญเสียไป นอกจากนี้ ในปัจจุบันการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นอาชญากรรมทางธุรกิจประเภทหนึ่ง ซึ่งแนวคิดทางกฎหมายอาญาถือว่าอาชญากรรมทางธุรกิจเป็นอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนสูงและมีพยานหลักฐานเพียงเล็กน้อยที่จะสามารถเอาผิดกับผู้กระทำได้ ดังนั้น ในการนำสืบความผิดในคดีอาชญากรรมทางธุรกิจ กฎหมายจึงกำหนดให้ภาระการพิสูจน์หลักในคดีตกแก่จำเลย (reverse burden of proof) กล่าวคือ จำเลยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเองมิได้กระทำผิดตามที่โจทก์ถูกกล่าวหา ดังนั้น ในคดีแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ความยากลำบากในการติดตามและสืบหาพยานหลักฐานจึงปรากฏและมีลักษณะเช่นเดียวกับที่ปรากฏคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน การนำสืบพิสูจน์แบบ reverse burden of proof นั้น มิได้หมายความว่าโจทก์ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ใดๆในคดี หน้าที่ของโจทก์ในการนำสืบพิสูจน์พยานแบบ reverse burden of proof คือ โจทก์ต้องนำสืบพิสูจน์ประเด็นต่างๆตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เมื่อโจทก์นำสืบได้ครบถ้วนแล้ว กฎหมายก็จะถือว่าจำเลยเป็นผู้ผิด และจำเลยต้องพิสูจน์ต่อศาลให้ได้ว่าตนไม่ผิด หากจำเลยพิสูจน์แก้ต่างไม่ได้ จำเลยจะต้องรับผิดตามที่ถูกกล่าวหา

ผู้วิจัยเห็นว่า เนื้อหาสาระของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ควรจะต้องได้รับการพิจารณาแก้ไขเพื่อให้กฎหมายมีความกระจ่างและชัดเจนขึ้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะกระทำโดยการแก้ไขกฎหมายหรือออกเป็นระเบียบปฏิบัติของศาลเพื่อให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ประโยชน์ที่ผู้วิจัยเห็นว่าจะเกิดขึ้นจากการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวก็คือ เมื่อเกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะสามารถเข้าใจบทบาทหน้าที่ของตนในการพิจารณาและพิสูจน์มูลค่าของค่าเสียหายได้ง่ายขึ้น เช่น โจทก์จะเข้าใจลักษณะของค่าเสียหายในรูปแบบต่างๆ ที่ตนอาจจะเรียกจากผู้ทำละเมิดได้ และค่าเสียหายนั้นจะครอบคลุมความเสียหายที่ตนได้รับอย่างเหมาะสมในส่วนของจำเลยเอง จำเลยยังได้รับประโยชน์จากการที่ตนสามารถทราบถึงข้อต่อสู้และข้อเรียกร้องของโจทก์ว่าควรมีจำนวนมากน้อยเพียงใดเพื่อที่จำเลยจะได้เตรียมตัวนำสืบหักล้างและทำที่สุดศาลจะทราบถึงแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในรูปแบบต่างๆ ที่จะสอดคล้องและครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ผลประโยชน์ประการสำคัญก็คือระบบลิขสิทธิ์จะสามารถคงอยู่ได้ต่อไปโดยมีแนวทางที่แน่นอนและประเทศไทยจะมีบรรทัดฐานหรือแนวทางที่ชัดเจนมากขึ้นในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นการเสริมสร้างความแข็งแกร่งของความเชื่อมั่นและประชาชนต่อกระบวนการยุติธรรมต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากบทวิเคราะห์และแนวทางในการแก้ไขปัญหาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ในข้อ 5.4 และ 5.5 ของบทที่ 5 ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับในปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนในตัวของบทซึ่งก่อปัญหาแก่ผู้ใช้ในทางปฏิบัติ อีกทั้งยังเป็นสาเหตุในการจำกัดมิให้เกิดการพัฒนาแนวทางลักษณะและวิธีการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์โดยเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ ดังนั้นในส่วนของข้อเสนอแนะ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งเป็นผลมาจากการศึกษาของผู้วิจัยดังนี้

6.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

โดยเหตุผลดังที่ได้วิเคราะห์ให้เห็นมาแล้วในข้อ 5.5 ของบทที่ 5 ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ควรจะได้รับการแก้ไขและเพิ่มเติมขึ้นใหม่ โดยให้มีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้

“มาตรา 64 ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ในการพิจารณาค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เงินจำนวนหนึ่งจำนวนใดดังต่อไปนี้เป็นจำนวนเงินของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง (1) ผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิดหรือ (2) จำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไปจากการกระทำละเมิดหรือ (3) จำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับการใช้สิทธิตามปกติ

ในการนำสืบถึงผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น ผู้เสียหายพึงต้องพิสูจน์ถึงยอดรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างยอดรวมรายได้ดังกล่าว

บทบัญญัติในวรรคก่อนไม่กระทบต่อสิทธิใดๆ ที่ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายในส่วนที่เกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่ได้กล่าวมาแล้วอีกก็ได้ ทั้งนี้ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งคดีประกอบด้วย

หากผู้ทำละเมิดเคยถูกคำพิพากษาให้ต้องรับผิดในคดีละเมิดลิขสิทธิ์มาแล้วไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลมีอำนาจพิจารณาสั่งให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่ศาลได้กำหนดให้ผู้เสียหายก็ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้แล้วตามวรรค 1 ของมาตรานี้”

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว ผู้วิจัยเสนอให้เพิ่มเติมมาตราดังต่อไปนี้ด้วย

“มาตรา 64/1 ภายใต้บทบัญญัติในมาตราก่อน “ผู้เสียหาย” หมายถึงเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวไม่อาจดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ไปพร้อมกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้ หากมีได้รับอนุญาตจากศาล

หากการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นกระทำควบคู่กันไปเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ศาลจะประเมินค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยพิจารณาจาก (ก) ระยะเวลาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และ (ข) การเสียหายเป็นตัวเงินใดๆ ซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับมาก่อนแล้วในคดีอื่น

มาตรา 64/2 ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทางแพ่งภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ศาลอาจมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ”

6.2.2 การออกแนวทางการตีความกฎหมาย

เนื่องจากมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นถือเป็นกฎหมายแม่บทในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจึงสมควรที่ศาลจะต้องพิจารณาออกแนวทางการตีความกฎหมายมาตราดังกล่าว เพื่อใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันกับทุกคดีที่เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งแนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าวนั้นควรออกมาใช้บังคับในลักษณะของข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งออกโดยอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศโดยความเห็นชอบของประธานศาลฎีกา เนื้อหาสาระของแนวทางดังกล่าวควรมีลักษณะดังนี้

6.2.2.1 กรณีที่มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ยังไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับศาลในการพิจารณาและตีความมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีดังนี้

“เพื่อให้การบังคับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีประสิทธิภาพ เป็นไปในทิศทางและมาตรฐานเดียวกันและเพื่อคงประโยชน์และความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดี จึงสมควรที่จะกำหนดแนวทางการพิจารณาการปรับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้

1. การพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์

ในการพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์ตามบทบัญญัติของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้

1.1 การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการก่อให้เกิดการแข่งขันท่าทางการค้าโดยตรงกับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยศาลควรคำนึงถึงประเภทของกิจการลักษณะของธุรกิจ เป็นต้น

1.2 รูปแบบองค์กรของผู้ทำละเมิด ศาลควรพิจารณาลักษณะองค์กรของผู้ทำละเมิด เครือข่ายของผู้ทำละเมิด เป็นต้น

1.3 จำนวนของความเสียหาย ศาลควรคำนึงถึงจำนวนของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิด โดยการเปรียบเทียบตัวสินค้าเกิดผลผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามสิทธิและโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวกันในตลาดหรือไม่ เป็นต้น

1.4 สถานที่จำหน่ายสินค้า ศาลควรคำนึงถึงสถานที่และบริเวณที่สินค้าเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดวางจำหน่ายประกอบเป็นต้น

2. การพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ

ในการพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิตามบทบัญญัติของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่างๆ ดังนี้

2.1 ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

ในการพิจารณาค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธินั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่าค่าใช้จ่ายที่ร้องขอนั้นจำเป็นต่อโจทก์อย่างไร โดยอาจสั่งให้โจทก์นำสืบความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการ โดยค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธินั้นให้รวมไปถึงค่าใช้จ่ายดังต่อไปนี้

- ค่านักสืบ
- ค่านำจับ
- ค่าใช้จ่ายในการนำสินค้ากลับคืน
- ค่าโฆษณาเพื่อคุ้มครองเสียง

- ค่าโทรศัพท์ โทรสาร ค่าเดินทาง ค่าประกาศโฆษณา การให้รางวัลนำจับ ที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายข้างต้น
- ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความ

ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความจะถือเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิก็ต่อเมื่อค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความดังกล่าวเป็นค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความที่เกี่ยวข้องกับการติดตามและบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ในการพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- โจทก์ได้ร้องขอเพิ่มเติมในฐานะที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ มิใช่การเรียกค่าฤชาธรรมเนียมทนายความตามหลักของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทั่วไป

- ศาลเห็นว่า โจทก์สมควรได้รับการเยียวยาใน ส่วนนี้เพิ่มเติมจากค่าฤชาธรรมเนียมทนายความที่กำหนดอัตราไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

- ระยะเวลาการทำงานของทนายความ
- ความยุ่งยากของคดี รวมทั้งความยุ่งยากในการนำสืบพินิจ

- จำนวนค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความเรียกเก็บ ทั้งนี้ไม่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้ชำระค่าธรรมเนียมวิชาชีพนั้นแล้วหรือไม่

- จำนวนค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ศาลเคยกำหนดให้แล้วในคดีอื่นๆ ที่เหมือนหรือคล้ายกัน

- ประสพการณ์ ชื่อเสียงและความสามารถของทนายความ”

ในส่วนของค่าฤชาธรรมเนียมในการดำเนินคดีไม่ถือเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ เพราะค่าฤชาธรรมเนียมดังกล่าวนั้น ศาลจะสั่งให้โจทก์ได้รับอยู่แล้วเมื่อชนะคดี”

6.2.2.2 กรณีที่มีการแก้ไขมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ตามข้อเสนอของผู้วิจัย

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับศาลในการพิจารณาและตีความมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หลังจากที่ถูกกฎหมายมาตราดังกล่าวได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วมีดังนี้

“เพื่อให้การบังคับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ [-]) เป็นไปในทิศทางและมาตรฐานเดียวกันและเพื่อยังประโยชน์และความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดี จึงสมควรที่จะกำหนดแนวทางการพิจารณาการปรับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ [-]) ดังนี้

1. ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิด

ในกรณีที่โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอ้างอิงผลกำไรทั้งหมดของผู้ทำละเมิด ศาลต้องกำหนดให้โจทก์ต้องนำสืบถึงยอดรวมรายได้ทั้งหมดของจำเลย โดยที่โจทก์ไม่จำเป็นต้องนำสืบถึงรายละเอียดและที่มาของรายได้ดังกล่าวของจำเลย ให้จำเลยมีหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์ถึงรายละเอียดของรายได้และที่มาของรายได้ เช่นว่านั้น หากรายได้ของจำเลยส่วนใดที่ศาลเห็นว่ามิได้เกิดขึ้นหรือมิได้เป็นผลจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ศาลหักจำนวนของรายได้ดังกล่าวออกจากยอดรวมรายได้ที่โจทก์นำสืบได้แล้ว ให้ศาลสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดจากยอดรวมรายได้คงเหลือหลังจากการหักส่วนต่างๆ ที่กล่าวถึงแล้วออก

2. ค่าเสียหายจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายต้องสูญเสีย

ในกรณีที่โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้างความเสียหายที่ตนต้องสูญเสียไป หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่าการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นผลกระทบโดยตรงต่อความสามารถทางการค้าของโจทก์ ให้ศาลพิจารณาค่าเสียหายดังกล่าวจากการขาดรายได้หรือกำไรของโจทก์จากการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับงานที่ถูกทำละเมิด โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความสูญเสียรายได้ที่ตนได้รับเมื่อมีการทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น โดยรายได้ของโจทก์ซึ่งศาลจะสั่งให้โจทก์ได้รับในฐานะเป็นค่าเสียหายต้องเป็นรายได้หลังจากหักต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว

ในกรณีที่การทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการทำละเมิดต่องานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุให้ศาลพิจารณาแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง และงานโสตทัศนวัสดุ ฉบับลงวันที่ [●] ประกอบด้วย

3. ค่าเสียหายจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ

ในกรณีที่โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้างอิงจำนวนเงินที่โจทก์อาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติหรือในกรณีที่ศาลเห็นว่าการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มิได้เป็นผลกระทบโดยตรงต่อความสามารถทางการค้าของโจทก์ ให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจากจำนวนเงินที่ผู้เสียหายอาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ โดยการพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังกล่าวนั้น ให้ศาลพิจารณากำหนดจากเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งศาลควรพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้

- หากมีข้อตกลงตามจริงระหว่างคู่ความ ข้อตกลงนี้จะเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญของจำนวนเงินที่จะต้องชำระกัน
- ในกรณีไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่ความ ศาลจะพิจารณาจากข้อตกลงที่คล้ายคลึงกันที่โจทก์ได้ทำกับบุคคลอื่นซึ่งได้รับสิทธิไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย
- ในกรณีที่ไม่มี การอนุญาตให้ใช้สิทธิที่คล้ายคลึงกัน การคำนวณการเสียโอกาสของโจทก์จะใช้เกณฑ์เปรียบเทียบกับอุตสาหกรรมในทำนองเดียวกัน
- ในบางครั้งไม่มีหลักฐานของอัตราที่ใช้กันอยู่ ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานจากปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่มีต่อข้อกำหนดและราคาของการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นและการทำ “คาดเดาราคาโดยศาล” เพราะตราบเท่าที่ได้พิจารณาคดีและพยานหลักฐานประกอบคดีมาอย่างดีที่สุดเท่าที่จะทำได้จึงต้องคาดเดาเอา

4. ค่าเสียหายเพิ่มเติม

หากโจทก์เห็นว่าค่าเสียหายทั้งสามประเภทข้างต้นนั้นมิอาจเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับอย่างเพียงพอ โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้อีก โดยที่ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่โจทก์

โจทก์มีหน้าที่นำเสนอให้ศาลเห็นถึงลักษณะของความเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นจากค่าเสียหายสามประเภทข้างต้น ในการพิจารณาว่าโจทก์สมควรที่จะได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมหรือไม่และในการพิจารณากำหนดจำนวนของค่าเสียหายเพิ่มเติมให้ศาลมีพิจารณาจากพฤติกรรมแห่งคดี เช่น เจตนาของจำเลย ลักษณะองค์กรหรือเครือข่ายของจำเลย ผลกระทบจากการทำละเมิดของจำเลยที่เกิดขึ้นกับโจทก์ เป็นต้น

5. ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่โจทก์ หากข้อเท็จจริงแพ่งคดีปรากฏว่าจำเลยจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์และจำเลยเคยถูกคำพิพากษาให้ต้องรับผิดชอบคดีละเมิดลิขสิทธิ์มาแล้วไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรืออาญา

ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ให้ศาลพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวโดยเคร่งครัด”

6.2.3 การออกแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ

ผู้วิจัยเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อาจใช้เวลานาน ดังนั้นในระหว่างที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีผลบังคับอยู่ดังเดิมเช่นนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่ควรจะต้องออกแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีขึ้นมาเพื่อใช้แก้ปัญหาต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ แม้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณียังคงเป็นประโยชน์อยู่ดี เพราะมาตรา 64 นั้นคงต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บทซึ่งต้องสามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณีทั่วไป ดังนั้นเพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีความเหมาะสมแก่กรณีโดยเฉพาะ การละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการกำหนดแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ โดยที่แนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเฉพาะกรณีควรจะออกมาใช้บังคับในลักษณะของข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งออกโดยอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศโดยความเห็นชอบของประธานศาลฎีกา โดยเนื้อหาสาระควรมีลักษณะดังนี้

“เพื่อให้การพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุภายใต้บทบัญญัติมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีประสิทธิภาพ เป็นไปในทิศทางและมาตรฐานเดียวกัน และเพื่อคงประโยชน์และความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดี อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์และอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง จึงสมควรที่จะกำหนดแนวทางการพิจารณการบังคับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก่การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง และงานโสตทัศนวัสดุ ดังนี้

1. งานดนตรีกรรม

1.1 ทำซ้ำ และ/หรือ ดัดแปลงเพื่อจำหน่าย

ให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้เพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ และ/หรือ ดัดแปลงเพื่อจำหน่าย

1.1.1 เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดประกอบกิจการเดียวกัน

ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมสำหรับกรณีนี้ควรเป็นค่าเสียหายอันเป็นผลจากการขาดรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งสามารถคำนวณได้ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times A$$

โดยที่ D (Damages) = จำนวนค่าเสียหาย

P (Price) = ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้า 1 หน่วย

C (Cost) = ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้า 1 หน่วย

R (Royalty) = ค่าลิขสิทธิ์ในตัวงานดนตรีกรรมต่อสินค้า 1 หน่วย

Pr (Promotion Cost) = ค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรมต่อสินค้า 1 หน่วย

A (Amount) = จำนวนสินค้าที่ผลิตขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (ไม่ว่าจะขายได้แล้วหรือไม่)

1.1.2 เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดมิได้ประกอบกิจการ

เดียวกัน

ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สำหรับกรณีนี้ควรเป็นค่าเสียหายซึ่งคำนวณโดยใช้เกณฑ์ค่าสิทธิมาพิจารณาโดยที่ศาลต้องพิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

1. อัตราค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์เคยจัดเก็บมาแล้วในอดีตสำหรับกรณีเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน ในกรณีนี้หากเจ้าของลิขสิทธิ์มีสถานะเช่นนิติบุคคล ศาลอาจพิจารณาได้จากงบการเงินของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งผ่านการตรวจสอบจากผู้สอบบัญชี แล้วก็ได้

2. หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่เคยจัดเก็บค่าสิทธิ สำหรับการให้ประโยชน์ในงานดนตรีกรรมของตนในลักษณะใดๆ เช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์มาก่อน ศาลอาจพิจารณาเปรียบเทียบอัตราค่าสิทธิกับบริษัทอื่นที่อยู่ในสายธุรกิจเดียวกัน

3. หากในอุตสาหกรรมดนตรีไม่เคยมีการจัดเก็บค่าสิทธิจากการให้ประโยชน์ในงานดนตรีกรรมในลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมาก่อน ศาลอาจพิจารณาหาจำนวนอัตราค่าสิทธิที่เหมาะสมได้โดยการคาดเดาราคาซึ่งพิจารณาจากพยานหลักฐานในคดีประกอบกับต้นทุนราคาของลิขสิทธิ์เหนื่องานดนตรีกรรมนั้นประกอบกับอัตราหรือสัดส่วนการใช้งานดนตรีกรรมนั้นในการก่อการละเมิดลิขสิทธิ์

1.2 ทำซ้ำ และ/หรือ ดัดแปลงเพื่อให้เช่า

ค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ/และหรือดัดแปลงเพื่อให้เช่า ควรจะคำนวณจากสถานการณ์ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1.2.1 เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดประกอบกิจการ

เดียวกัน

ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม สำหรับกรณีนี้ ควรเป็นค่าเสียหายอันเป็นผลจากการขาดรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งสามารถคำนวณได้ ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times T$$

โดยที่	D (Damages)	=	จำนวนค่าเสียหาย
	P (Price)	=	ราคาให้เช่าสินค้าของ เจ้าของลิขสิทธิ์ต่อหน่วย
	C (Cost)	=	ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของ เจ้าของลิขสิทธิ์ต่อหน่วย
	R (Royalty)	=	ค่าลิขสิทธิ์ในตัวงาน ดนตรีกรรมต่อหน่วย
	Pr (Promotion Cost)	=	ค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรม ต่อหน่วย
	T (Times)	=	จำนวนครั้งที่จำหน่าย สินค้าที่ผลิตขึ้นจากการ ละเมิดลิขสิทธิ์ออกให้ เช่า

1.2.2 เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดมิได้ประกอบกิจการเดียวกัน ให้ศาลปรับใช้ค่าเสียหายในกรณีที่กำหนดไว้ในข้อ 1.1.2 ของแนวทางฉบับนี้ โดยอนุโลม

1.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชน

ค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ชิ้นงานดนตรีกรรม โดยการเผยแพร่งานดนตรีกรรมต่อสาธารณชนควรคำนวณโดยอาศัยเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับ โดยศาลสามารถนำเกณฑ์การพิจารณาค่าสิทธิซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 1.1.2 ของแนวทางฉบับนี้มาปรับใช้ได้โดยอนุโลม

2. งานสิ่งบันทึกเสียง

ให้ศาลปรับใช้วิธีการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 1 ของแนวทางฉบับนี้โดยอนุโลม

3. งานโสตทัศนวัสดุ

ให้ศาลปรับใช้วิธีการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 1 ของแนวทางฉบับนี้โดยอนุโลม

4. ในการพิจารณาต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง ให้ศาลพิจารณาต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังนี้

- ต้นทุนการขาย

ต้นทุนการขายประกอบไปด้วย ค่าวัตถุดิบ ค่าบริการที่ใช้ในการผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์ ค่าลิขสิทธิ์ในงานซึ่งจะบรรจุลงในสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ (ถ้ามี) และค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนการผลิต เช่น ค่าน้ำ ค่าไฟฟ้า ค่าโทรศัพท์ ค่าเช่า (ถ้ามี)

- ค่าใช้จ่ายในการขายและการบริหาร

ค่าใช้จ่ายในการขายและการบริหารมักประกอบด้วย ค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์ ค่าประกัน ค่าแรงงาน เงินเดือน เป็นต้น

5. หากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุนั้น เป็นการกระทำโดยการเผยแพร่ต่อสาธารณชนผ่านทางสถานีโทรทัศน์ ให้ศาลพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายในกรณีนี้ดังนี้

5.1 สถานีโทรทัศน์เป็นผู้ทำละเมิด

หากกรณีเป็นว่าสถานีโทรทัศน์เป็นผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุนั้น ค่าเสียหายในกรณีนี้ควรจะคำนวณจากเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งสถานีโทรทัศน์จะต้องชำระให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการเผยแพร่งานดังกล่าวต่อสาธารณชน

5.2 สถานีโทรทัศน์เป็นผู้เสียหาย

หากกรณีเป็นว่าสถานีโทรทัศน์เป็นผู้เสียหายจากการถูกกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุนั้น ศาลควรพิจารณาค่าเสียหายในกรณีนี้จากการขาดรายได้ของสถานีโทรทัศน์หรือรายได้จากการเสียประโยชน์ในการได้รับค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (แล้วแต่กรณี) โดยรายได้ที่สถานีโทรทัศน์ต้องขาดไปนั้นคือรายได้จากการโฆษณา การพิจารณาว่าสถานีโทรทัศน์จะได้รับค่าเสียหายจากงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุที่ถูกทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นโดยวิธีการใด ศาลควรพิจารณาประเด็นต่างๆ ดังนี้

▪ สถานีโทรทัศน์ควรจะได้รับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุจากการขาดรายได้ หากกรณีโทรทัศน์ได้กำหนดการเผยแพร่ในงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุนั้นไว้ในตารางเวลาของสถานีโทรทัศน์แล้ว

▪ หากสถานีโทรทัศน์ยังมีได้บรรจุงานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุไว้ในตารางการเผยแพร่ของสถานีหรือหากกรณีเป็นการละเมิดต่องานดนตรีกรรม งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานโสตทัศนวัสดุที่บรรจุรายการต่างๆ ที่สถานีโทรทัศน์นั้นได้เผยแพร่ไปแล้ว ค่าเสียหายที่สถานีโทรทัศน์มีสิทธิที่จะได้รับในกรณีนี้ควรจะพิจารณาจากเกณฑ์ค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นค่าตอบแทนที่สถานีโทรทัศน์ควรจะได้รับหากผู้ทำละเมิดได้ขออนุญาตใช้สิทธิโดยชอบ”



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรกันยา สุวรรณพานิช. “แนววินิจฉัยปัญหาในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 3. (ธันวาคม 2543): 377.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. “ค่าเสียหายในคดีละเมิด”. วารสารกฎหมาย 7. นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 7. (กุมภาพันธ์ 2526): 25-26.
- จิต เศรษฐบุตร. กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
- จิต เศรษฐบุตร. นิติกรรมและหนี้. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด, 2545.
- จิรประภา มากกลิ่น. ความรู้เบื้องต้นด้านทรัพย์สินทางปัญญา. พิษณุโลก: กระดาษอัดสำเนา, 2543.
- นักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย, สมาคม. มาตรฐานการบัญชีของไทย ฉบับรวมเล่ม (ปรับปรุง พ.ศ. 2546) เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: สมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย, 2546.
- รัชชัย ศุภผลศิริ. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.
- บริการส่งเสริมงานตุลาการ, สำนักงาน. คดีละเมิดลิขสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานบริการส่งเสริมงานตุลาการ, 2528.
- ปิยะนันท์ พันธุ์ชะวางณิช. ปัญหาเกี่ยวกับกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- พรธนิภา บุรพาชีพ. ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2544.

ภัทรดา พินิจคำ. กฎหมายและบริการการจัดเก็บค่าตอบแทนในการใช้ผลงานทางดนตรี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

วัส ดิงสมิตร. ลิขสิทธิ์: ด้วบทพร้อมข้อสังเกต. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

วารี นาสกุล. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วการละเมิด ด้วการงานนอกสั่งและลามิควรด้ว. กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยกัสำนักพิมพ์, 2544.

วิศิษฎ์ ศรีพิบูลย์และคณะ. รายงานการวิจัยโครงการวิจัยเรื่องปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา แนวคิด ปัญหา ทางแก้ไขและพัฒนาการ. กรุงเทพมหานคร: เอ็มแอล ครีเอชัน แอนด์ พริ้นติ้ง จำกัด, 2546.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

สิทธิพัฒน์ ำนางศิลป. สร้าง ด้วต่อ แบลง เซียน VCD และ DVD. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซัคเซส มีเดีย จำกัด, 2544.

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะด้วการงานนอกสั่งและลามิควรด้ว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2537.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์จำกัด, 2527.

โสภณ รัตนการ. หนี้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2542.

อรพรรณ พนัสพัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

อรสา ลีลาทวิวุฒิ. ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

ภาษาอังกฤษ

Bainbride, David. Intellectual Property. London: Pitman Publishing, 1996.

Beale, H.G. Chitty on Contracts V.1: General Principles. London: Sweet & Maxwell, 1999.

- Becker, J.E. de. Annotated Civil Code of Japan: VII. London: Butherworths Co., 1909.
- Bell, John. Principles of French Law. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Bently, Lionel and Shermon, Brad. Intellectual Property Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Bouchoux, Deborah E., Intellectual Property: The Law of Copyright. New York: West Thomson, 2003.
- Brown, Lawson Anton. Introduction to French Law. Oxford: Oxford University Press, 1967.
- Chisman, Donald S. and Jacobs, Michael A. Understanding of Intellectual Property Law. New York: Mathew Bender & Company Inc., 1992.
- Cohm, E.J. Manual of German Law V. 1. New York: Ocean Publication Inc., 1968.
- Cornish, W.R. Intellectual Property: Patent, Copyright, Trade Mark and Allied Rights. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- Cooke, John. Law of Tort. Essex: Longman Publishing, 2001.
- Cruz, Peter de. Comperative Law in a Changing World. London: Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Dobbs, Dan B. Remedies: Damanges – Equity – Restitution. Minnesota: West Publishing & Co., 1973.
- Doi, Teruo. The Intellectual Property Law of Japan. Alphen annden Rijin, the Netherland: Sijthoft and Noordhoft International Publishers BV, 1980.
- Dwarkin, Gerald and Taylay, Richard D. Blackstone Guide to the Copyright, Designs and Patents Act, 1988. London: Blackstone Press Limited, 1999.
- Elliote, Catherine and Quinn, Frances. Tort Law. Essex: Longman Publishing, 2001.
- Furnston, M.P. Law of Contract. London: Butterworths, 1991.

- Garnett, Kevin, Rayner, Jonathan and Davies, Gillian. Copinger and Skone James and Copyright V. 1. London: Sweet & Maxwell, 1991.
- Goldstein, Pual. International Intellectual Property: Cases and Materials. New York: Foundation Press, 2001.
- Harrison, Jeffrey L. Law and Economics in a Nutshell. Minnesota: West Publishing Co., 1995.
- Lawson, F.H. Remedies of English Law. London: Butterworths, 1980.
- Leaffer, Marshall. Understanding Copyright Law. New York: Matthew Bender & Co., Inc., 1995.
- Lone, Doris Estelle and D'Amato, Anthony. Coursebook in International Intellectual Property. Minnesota: West Group, 2000.
- Markesinis, B.S. German Law of Tort. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Oda, Hiroshi. Japanese Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Pamseyer, J. Mark and Nakazato, Minoru. Japanese Law: An Economic Approach. Chicago: University of Chicago Press, 1999.
- Port, Kenneth L. Comparative Law and the Legal Process in Japan. North Carolina: Carolina Academic Press, 1996.
- Posner, Richard A. Economic Analysis of Law. Boston: Little Brown & Company, 1992.
- Schoenbrod, David. Remedies: Public and Private. Minnesota: West Publishing Co., 1990.
- Scott, Robert E. and Leshines, Douglas L. Contract Law of Theory. Virginia: Michie company Limited, 1993.
- Stewart, Stephen M. International Copyright and Neighbouring Rights. London: Butterworths Co., 1983.
- Stim, Richard. Intellectual Property: Patent, Trade Mark and Copyright. New York: West Thomson, 2001.

Watt, Richard. Copyright and Economics Theory: Friend or Foes?. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2000.

Youngs, Raymond. English French and German: Comparative Law. London: Cavendish Publishing Limited, 1998.

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



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก.

กฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ก.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

- มาตรา 64 ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย
- มาตรา 76 ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ของนักแสดงได้รับแล้วนั้น

n.2 Title 17 of the United States Code

Sec. 504. - Remedies for infringement: Damages and profits

(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); or

(2) statutory damages, as provided by subsection (c).

(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. 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.

(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, 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, in a sum of not less than \$750 or more than \$30,000 as the court considers just. For the purposes of this subsection, all the parts of a compilation or derivative work constitute one work.

(2) In a case where the copyright owner sustains the burden of proving, and the court finds, that infringement was committed wilfully, the court in its discretion may increase the award of statutory damages to a sum of not more than \$150,000. In a case where the infringer sustains the burden of proving, and the court finds, that such infringer was not aware and had no reason to believe that his or her acts constituted an infringement of copyright, the court in its discretion may reduce the award of statutory damages to a sum of not less than \$200. 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 non-profit 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 non-profit 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.

(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 defence 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.

Sec. 505. - Remedies for infringement: Costs and attorney's fees

In any civil action under this title, the court in its discretion may allow the recovery of full costs by or against any party other than the United States or an officer thereof. Except as otherwise provided by this title, the court may also award a

reasonable attorney's fee to the prevailing party as part of the costs



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

n.3. Copyright, Designs and Patents, Act 1988

Chapter VI

Remedies for Infringement

Rights and remedies of copyright owner

Infringement actionable by copyright owner.

96. (1) An infringement of copyright is actionable by the copyright owner.
- (2) In an action for infringement of copyright all such relief by way of damages, injunctions, accounts or otherwise is available to the plaintiff as is available in respect of the infringement of any other property right.
- (3) This section has effect subject to the following provisions of this Chapter. Provisions as to damages in infringement action.
97. (1) Where in an action for infringement of copyright it is shown that at the time of the infringement the defendant did not know, and had no reason to believe, that copyright subsisted in the work to which the action relates, the plaintiff is not entitled to damages against him, but without prejudice to any other remedy.
- (2) The court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in particular to:
- (a) the flagrancy of the infringement, and
 - (b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement,

award such additional damages as the justice of the case may require. Undertaking to take licence of right in infringement proceedings.

Rights and remedies of exclusive licensee

Rights and remedies of exclusive licensee.

101. (1) An exclusive licensee has, except against the copyright owner, the same rights and remedies in respect of matters occurring after the grant of the licence as if the licence had been an assignment.
- (2) His rights and remedies are concurrent with those of the copyright owner; and references in the relevant provisions of this Part to the copyright owner shall be construed accordingly.
- (3) In an action brought by an exclusive licensee by virtue of this section a defendant may avail himself of any defence which would have been available to him if the action had been brought by the copyright owner. Exercise of concurrent rights.
102. (1) Where an action for infringement of copyright brought by the copyright owner or an exclusive licensee relates (wholly or partly) to an infringement in respect of which they have concurrent rights of action, the copyright owner or, as the case may be, the exclusive licensee may not, without the leave of the court, proceed with the action unless the other is either joined as a plaintiff or added as a defendant.
- (2) A copyright owner or exclusive licensee who is added as a defendant in pursuance of subsection (1) is not liable for any costs in the action unless he takes part in the proceedings.
- (3) The above provisions do not affect the granting of interlocutory relief on an application by a copyright owner or exclusive licensee alone.
- (4) Where an action for infringement of copyright is brought which relates (wholly or partly) to an infringement in respect of which the copyright owner and an exclusive licensee have or had concurrent rights of action:
- (a) the court shall in assessing damages take into account—

- (i) the terms of the licence, and
 - (ii) any pecuniary remedy already awarded or available to either of them in respect of the infringement;
- (b) no account of profits shall be directed if an award of damages has been made, or an account of profits has been directed, in favour of the other of them in respect of the infringement; and
- (c) the court shall if an account of profits is directed apportion the profits between them as the court considers just, subject to any agreement between them;

and these provisions apply whether or not the copyright owner and the exclusive licensee are both parties to the action.

- (5) The copyright owner shall notify any exclusive licensee having concurrent rights before applying for an order under section 99 (order for delivery up) or exercising the right conferred by section 100 (right of seizure); and the court may on the application of the licensee make such order under section 99 or, as the case may be, prohibiting or permitting the exercise by the copyright owner of the right conferred by section 100, as it thinks fit having regard to the terms of the licence.

n.4 Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG), 1965

Civil Law Provisions; Remedies

Article 97 Actions for Injunction and Damages

- (1) As against any person who infringes a copyright or any other right protected by this Law, the injured party may bring an action for injunctive relief requiring the wrongdoer to cease and desist if there is a danger of repetition of the acts of infringement, as well as an action for damages if the infringement was intentional or the result of negligence. In place of damages, the injured party may require surrender of the profits derived by the infringer from the acts of infringement together with detailed accounting reflecting such profits.
- (2) Authors, including of scientific editions (Article 70), photographers (Article 72) and performers (Article 73) may, if the infringement was intentional or the result of negligence, recover, as justice may require, a monetary indemnity for the injury caused to them even if no pecuniary loss has occurred.
- (3) Rights arising from other statutory provisions shall not be affected.

ก.5 Law no. 48

Chapter VII Infringements

(Presumption of the amount of damages)

Article 114.

- (1) In the case where an owner of copyright, right of publication or neighbouring rights claims compensation for damages from a person who has infringed intentionally or negligently any of these rights, the profits, if any, obtained by the infringer from that infringement shall be presumed to be the amount of damages suffered by such owner.
- (2) The owners of copyright and neighbouring rights may claim compensation for damages from a person who has infringed intentionally or negligently their copyright or neighbouring rights, the amount of damages suffered being that corresponding to the amount of money which would be received by them through the exercise of these rights.
- (3) The provision of the preceding paragraph shall not prejudice any claim to compensation for damages in excess of the amount mentioned therein. In such case, the court may consider the absence of any bad faith or gross negligence on the part of the infringer in fixing the amount of damages.

(Duty of the parties concerned to explain to an appraiser)

Article 114 *tar.*

When the court, in a lawsuit relating to infringements on copyright, right of publication or neighbouring rights, has ordered, at the request of the parties concerned, an appraisal as to matters necessary for the account of damages caused by acts of infringements concerned, the parties concerned shall have to explain to an appraiser as to matters necessary for such appraisal.

(Award of a reasonable amount of damages)

Article 114^{quater}.

In the case where it is found that there has been damages caused in a lawsuit relating to infringements on copyright, right of publication or neighbouring rights, if it is extremely difficult from the nature of facts concerned, to prove facts necessary for the proof of the amount of damages, the court may award a reasonable amount of damages based upon all the gist of oral proceedings and the results of the taking of evidence.

(Measures for recovery of honour, etc.)

Article 115. The author or the performer may demand the person who has infringed his moral rights intentionally or negligently to take measures necessary to identify him as the author or the performer, to correct distortions, mutilations, or modifications or to recover his honour

or reputation either in place of indemnification of damages or together with indemnification of damages.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข.

ประกาศคณะกรรมการกล่าวด้วยสินค้าและบริหารเรื่องการแจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย
หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ฉบับลง
วันที่ 18 มีนาคม พ.ศ. 2546



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ
เรื่อง การแจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับ
การให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า

ตามที่คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการได้ออกประกาศ
คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การกำหนดบริการควบคุม ลงวันที่ ๑๑
มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๕ และประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง
การแจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิ
ในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๕ ไปแล้วนั้น

โดยที่ได้มีการยกเลิกประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ
เรื่อง การกำหนดบริการควบคุม ลงวันที่ ๑๑ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๕ จึงทำให้ประกาศคณะ
กรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การแจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย
หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า
ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๕ สิ้นผลใช้บังคับ ประกอบกับคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคา
สินค้าและบริการได้พิจารณาบททวนการใช้อำนาจกำหนดมาตรการดังกล่าวแล้วเห็นควรให้
เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย
หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้าต่อไป
เพื่อให้การเก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้าเป็นธรรม
ต่อผู้ประกอบการร้านอาหาร สถานบันเทิง โรงแรมและผู้บริโภค

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๙ (๒) (๓) มาตรา ๒๕ (๓) (๔) (๕) และมาตรา ๒๖
วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ อันเป็นพระราช
บัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙

ประกอบกับมาตรา ๓๑ มาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ มาตรา ๔๔ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ จึงออกประกาศ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ประกาศฉบับนี้ให้ใช้บังคับในทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักร

ข้อ ๒ ให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ประสงค์จะเก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า แจ้งข้อมูล ดังต่อไปนี้

(๑) ค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้าที่เก็บจากบุคคลที่นำไปเผยแพร่ในกิจการแต่ละประเภท

(๒) ต้นทุน และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า

(๓) หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการกำหนดหรือเก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า

ข้อ ๓ การแจ้งข้อมูลตามข้อ ๒ ให้แจ้งล่วงหน้าเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบวันก่อนมีการเก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า

กรณีเจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้แจ้งข้อมูลตามประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การแจ้งค่าตอบแทน ต้นทุน ค่าใช้จ่าย หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๕ แล้ว ให้ถือเป็นการแจ้งข้อมูลตามข้อ ๒ แห่งประกาศฉบับนี้แล้ว

กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงรายการข้อมูลใดข้อมูลหนึ่งที่แจ้งไว้ตามข้อ ๒ ให้แจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวให้ทราบล่วงหน้าเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบวันก่อนมีการเก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า

ข้อ ๔ การแจ้งข้อมูลตามข้อ ๒ ให้แจ้งต่อเลขานุการตามแบบที่เลขานุการกำหนด กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์

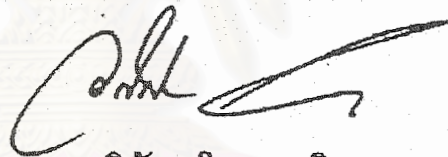
การแจ้งตามวรรคหนึ่ง จะแจ้งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับหรือทางโทรสารก็ได้ โดยให้ถือวันที่ได้ประทับตราประจำวัน ณ ที่ทำการไปรษณีย์ต้นทางเป็นวันแจ้ง ในกรณีที่แจ้งทางโทรสารจะถือวันที่ได้รับโทรสารเป็นวันแสดงเจตนาในกัารแจ้ง แต่การแจ้งจะสมบูรณ์ต่อเมื่อ

เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้เก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้าได้ส่งต้นฉบับให้เลขานุการแล้ว

ข้อ ๕ เมื่อเลขานุการเห็นสมควร หรือเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้เก็บค่าตอบแทนการให้สิทธิในการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า ร้องขอต่อเลขานุการเพื่อขยายระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในประกาศนี้ เลขานุการอาจมีคำสั่งขยายระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ก่อนสิ้นระยะเวลานั้นได้ แต่การขยายระยะเวลาเช่นว่านี้ให้พึงกระทำได้ต่อเมื่อมีพฤติกรรมการพิเศษหรือมีเหตุจำเป็นและเลขานุการได้มีคำสั่งหรือเจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจได้มีคำร้องขอก่อนสิ้นระยะเวลานั้น เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย

ข้อ ๖ ประกาศฉบับนี้ให้ใช้บังคับเป็นระยะเวลาหนึ่งปี นับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศเป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ ๑๘ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๖



(นายอดิศัย โปธารามิก)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

ประธานคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค.

ตัวอย่างการปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายตามที่ผู้วิจัยเสนอ

1. การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมเกิดขึ้นในลักษณะทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อจำหน่าย โดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

ข้อเท็จจริง

1. เจ้าของลิขสิทธิ์		
	บาท	บาท
ราคาขาย (ต่อหน่วย)		100
ต้นทุน		
- ค่าโฆษณา(ต่อหน่วย)	20	
- ค่าลิขสิทธิ์(ต่อหน่วย)	15	
- ค่าแผ่นซีดีเปล่า (1แผ่น)	5	
- ค่าแรงงาน	7	
- ค่าขนส่ง	5	52
กำไร		<u>48</u> (48%)
2. ผู้ทำละเมิด		
	บาท	บาท
ราคาขาย (ต่อหน่วย)		70
ต้นทุน		
- ค่าแผ่นซีดีเปล่า (1แผ่น)	5	
- ค่าแรงงาน	7	
- ค่าขนส่ง	5	17
กำไร		<u>53</u> (75.7%)

การกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

กรณีที่ 1 การกำหนดจำนวนค่าเสียหายโดยใช้แนวทางปัจจุบัน

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏข้างต้น ศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยพิจารณาจากมูลค่าที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไป เมื่อมีการทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ซึ่งเท่ากับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการเยียวยาเป็นมูลค่าเท่ากับมูลค่าของกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจหาได้ โดยกรณีนี้คือ 48 บาทต่อหน่วย ในขณะที่ผู้ทำละเมิด (ซึ่งสามารถกำไรได้ 53 บาทต่อหน่วย) ยังคงมีกำไรเหลือหลังจากได้จ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์แล้วก็ตาม

กรณีที่ 2 การกำหนดค่าเสียหายโดยใช้แนวทางที่ผู้วิจัยเสนอ

จากตัวเลขในข้อเท็จจริงจะพบว่า ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเป็นมูลค่า 83 บาทต่อหน่วย โดยมูลค่าดังกล่าวเป็นผลมาจากการคำนวณตามแนวทางที่ผู้วิจัยเสนอซึ่งแสดงรายละเอียดได้ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times A$$

$$83 = ((100 - 52) + 15 + 20) \times 1$$

จะเห็นว่ามูลค่าของค่าเสียหายจำนวน 83 บาทต่อหน่วยนั้นสูงกว่ามูลค่าของราคาขายสินค้าของผู้ทำละเมิดซึ่งกำหนดราคาขายไว้ที่ 70 บาทต่อหน่วย

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกรณีที่ 1 และกรณีที่ 2 แล้วจะพบว่า การกำหนดแนวทางการพิจารณาค่าเสียหายในกรณีที่ 2 นั้นจะช่วยให้ผู้ทำละเมิดหรือผู้ที่กำลังจะทำละเมิดลิขสิทธิ์เปลี่ยนใจไม่กระทำการดังกล่าวได้ เพราะต้องชำระค่าเสียหายในจำนวนที่สูงกว่าและหากผู้ทำละเมิดได้ผลิตสินค้าเป็นจำนวนมากขึ้นเท่าใด จำนวนค่าเสียหายก็จะเพิ่มเติมมากยิ่งขึ้นตามจำนวนสินค้าที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ผลจากการปรับใช้แนวทางที่ผู้วิจัยเสนอก็คือ ระบบลิขสิทธิ์สามารถดำรงคงอยู่ต่อไปได้และใช้บังคับได้จริงและมีประสิทธิภาพ

2. ค่าเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมโดยการทำซ้ำ/และหรือ
ดัดแปลงเพื่อให้เช่าโดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกิจการเช่นเดียวกับผู้ทำละเมิด

ข้อเท็จจริง

1. เจ้าของลิขสิทธิ์

	บาท	บาท
ราคาการให้เช่า (ต่อหน่วย)		20
ต้นทุน		
- ค่าโฆษณา(ต่อหน่วย)	3	
- ค่าลิขสิทธิ์(ต่อหน่วย)	3	
- ค่าแผ่นซีดีเปล่า (1แผ่น)	5	
- ค่าแรงงาน	3	
- ค่าขนส่ง	20	16
กำไร		<u>4 (20%)</u>

2. ผู้ทำละเมิด

	บาท	บาท
ราคาการให้เช่า (ต่อหน่วย)		15
ต้นทุน		
- ค่าแผ่นซีดีเปล่า (1แผ่น)	5	
- ค่าแรงงาน	3	
- ค่าขนส่ง	2	10
กำไร		<u>5 (33.3%)</u>

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม

กรณีที่ 1 การกำหนดจำนวนค่าเสียหายโดยใช้แนวทางในปัจจุบัน

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏข้างต้น ศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีนี้ โดยพิจารณาจากรายได้ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปเมื่อมีการทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ซึ่งเท่ากับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการเยียวยาเป็นมูลค่าเท่ากับกำไรจากการให้เช่าสินค้า ซึ่งผลกำไรของเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีนี้คือ 4 บาทต่อหน่วย ในขณะที่ผู้ทำละเมิด (ซึ่งสามารถหากำไรได้ 5 บาทต่อหน่วย) ยังคงมีกำไรเหลือหลังจากได้จ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์แล้วก็ตาม

กรณีที่ 2 การกำหนดค่าเสียหายโดยใช้แนวทางที่ผู้วิจัยเสนอ

จากตัวเลขในข้อเท็จจริงจะพบว่า ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเป็นมูลค่า 10 บาทต่อหน่วย โดยมูลค่าดังกล่าวเป็นผลมาจากการคำนวณตามแนวทางที่ผู้วิจัยเสนอซึ่งแสดงรายละเอียดได้ดังนี้

$$D = (P - C + R + Pr) \times A$$

$$10 = ((20 - 16) + 3 + 3) \times 1$$

จะเห็นว่ามูลค่าของค่าเสียหายจำนวน 10 บาทต่อหน่วยนั้นแม้จะต่ำกว่ามูลค่าของราคาการให้เช่าสินค้าของผู้ทำละเมิดซึ่งกำหนดราคาการให้เช่าไว้ที่ 15 บาทต่อหน่วย หากแต่เมื่อหักต้นทุนและค่าใช้จ่ายของผู้ทำละเมิดออกไปแล้ว ผู้ทำละเมิดยังคงมีภาระที่จะต้องหาเงินเพิ่มเติมเพื่อชำระค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกรณีที่ 1 และกรณีที่ 2 แล้วจะพบว่า การกำหนดแนวทางการพิจารณาค่าเสียหายในกรณีที่ 2 นั้นจะช่วยให้ผู้ทำละเมิดหรือผู้ที่กำลังจะทำละเมิดลิขสิทธิ์เปลี่ยนใจไม่กระทำการดังกล่าวได้ เพราะต้องชำระค่าเสียหายในจำนวนที่สูงกว่าผลกำไรที่ตนจะได้รับและหากผู้ทำละเมิดได้ให้เช่าสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมากขึ้นเท่าใด จำนวนค่าเสียหายก็จะเพิ่มเติมมากยิ่งขึ้นตามจำนวนการให้เช่าสินค้า ผลจากการปรับใช้แนวทางที่ผู้วิจัยก็คือ ระบบลิขสิทธิ์สามารถดำรงและคงอยู่ต่อไปได้และใช้บังคับได้จริงและมีประสิทธิภาพ

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายเมธาวิ สารระไทย เกิดวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2518 ที่จังหวัดศรีสะเกษ สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยม) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี พ.ศ. 2541 (ปีการศึกษา 2540) เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญาตรีนิติศาสตร์มหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ) ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2543 ด้านการทำงานเริ่มประกอบอาชีพครั้งแรกในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมายประจำบริษัท จอห์นสัน สโต็คส์ แอนด์ มาสเตอร์ (ประเทศไทย) จำกัด ตั้งแต่เดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2541 - ปัจจุบัน



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย