

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกได้ให้ความสนใจในการพัฒนาระบบการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศของตนเป็นอย่างมาก เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นเครื่องมือสำคัญในการกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศ ในแต่ละประเทศจึงมีมาตรการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเฉพาะและเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งในบทนี้จะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยการกำหนดค่าเสียหายของแต่ละประเทศ โดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็นสองกลุ่มด้วยกัน คือ กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายตามระบบ Common Law และระบบ Civil Law

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์เป็นครั้งแรกในปี 1790 โดยกฎหมายดังกล่าวมีชื่อว่า Copyright Act of 1790 ในเบื้องต้นกฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของนักเขียนในการเผยแพร่และขายผลงาน โดยกำหนดระยะเวลาให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นเวลา 14 ปี กฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติห้ามการพิมพ์ซ้ำในผลงานของนักเขียนต่างชาติ และไม่มีระบบการให้ความคุ้มครองโดยการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นขอขึ้นทะเบียนข้อมูลลิขสิทธิ์กับสำนักงานลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งจะให้ประโยชน์กับเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ขึ้นทะเบียนดังต่อไปนี้¹

1. การขึ้นทะเบียนจะเป็นการแสดงหลักฐานสาธารณะเกี่ยวกับสิทธิในการเรียกร้องทางด้านลิขสิทธิ์
2. ก่อนการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการทางศาล งานที่สร้างสรรค์ขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องขึ้นทะเบียนกับสำนักงานลิขสิทธิ์ก่อน

¹ <<http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?lang=th>>

3. ในกรณีที่งานได้สร้างสรรค์ขึ้นก่อน หรือภายในระยะเวลา 5 ปีนับจากวันที่มีการโฆษณา การขึ้นทะเบียนจะเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่จะพิจารณาในศาลถึงความสมบูรณ์ในสิทธิ และข้อเท็จจริงที่ระบุในใบสำคัญแสดงการขึ้นทะเบียนลิขสิทธิ์

4. ในกรณีที่มีการดำเนินการขึ้นทะเบียนภายในระยะเวลา 3 เดือนภายหลังจากการโฆษณา งาน หรือก่อนการละเมิดลิขสิทธิ์ของงาน เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย (Statutory Damages) หรือค่าทนายความในการดำเนินคดีขึ้นศาลได้ มิฉะนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับค่าเสียหายตามจริงและกำไรที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับเท่านั้น

5. การขึ้นทะเบียนจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถบันทึกการขึ้นทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ศุลกากรของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันการนำเข้าสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์

ส่วนเรื่องการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามให้หยุดการกระทำละเมิดได้ และสามารถเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย ซึ่งในเรื่องค่าเสียหายไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่กำหนดถึงประเภทของค่าเสียหายที่สามารถเรียกได้ไว้อย่างชัดเจน นอกจากการเยียวยาโดยคำสั่งห้ามและการเรียกค่าเสียหายแล้ว ในเรื่องค่าปรับ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐฉบับนี้ กำหนดให้จำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งตกได้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อีกครั้งหนึ่งตกเป็นประโยชน์แก่สหรัฐ เมื่อเวลาผ่านไปได้มีการพัฒนาทางอุตสาหกรรมจมีเทคโนโลยีใหม่ ๆ เกิดขึ้น จึงมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับดังกล่าวหลายครั้ง จนกระทั่งในปี 1909 มีการแก้ไขซึ่งนับว่าเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ Copyright Act of 1909 มีการขยายขอบเขตระยะเวลาการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์จาก 14 ปี เป็น 28 ปี ส่วนเรื่องการเยียวยาความเสียหายโดยการกำหนดค่าเสียหายนั้น มีการบัญญัติประเภทของค่าเสียหายไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 101 เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และผลกำไรของจำเลยอันเกิดจากการกระทำละเมิด หรือจะเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายแทนค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรดังกล่าว และได้มีการยกเลิกหลักเกณฑ์ที่ว่าค่าปรับครั้งหนึ่งตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และอีกครั้งตกเป็นประโยชน์ของสหรัฐ

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ได้แก่ Copyright Act of 1976 ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code/ U.S. Code) เรื่องที่ 17 (Title 17 Copyrights) โดยบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และการเยียวยาความเสียหายไว้ในบทที่ 5 (Chapter 5 Copyright infringement and remedies) การเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงิน (Non-Monetary Relief) การเยียวยาด้วยค่าเสียหาย (Damages) ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ (Costs and Attorneys' Fees)

นอกจาก Copyright Act of 1976 จะมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ยังกำหนดถึงความรับผิดทางอาญากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ด้วย เพียงแต่ว่ากรณีที่ต้องรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น นอกจากการกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ยังต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือเพื่อกำไรที่เป็นตัวเงินด้วย²

²Section 506. Criminal offenses:

(a) CRIMINAL INFRINGEMENT. —

(1) IN GENERAL. — Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed

(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;

(B) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than \$1,000; or

(C) by the distribution of a work being prepared for commercial distribution, by making it available on a computer network accessible to members of the public, if such person knew or should have known that the work was intended for commercial distribution.

(2) EVIDENCE. — For purposes of this subsection, evidence of reproduction or distribution of a copyrighted work, by itself, shall not be sufficient to establish willful infringement of a copyright.

(3) DEFINITION. — In this subsection, the term “work being prepared for commercial distribution” means —

(A) a computer program, a musical work, a motion picture or other audiovisual work, or a sound recording, if, at the time of unauthorized distribution

(i) the copyright owner has a reasonable expectation of commercial distribution; and

(ii) the copies or phonorecords of the work have not been commercially distributed; or

(B) a motion picture, if, at the time of unauthorized distribution, the motion picture —

(i) has been made available for viewing in a motion picture exhibition facility;

and

3.1.1 การเยียวยาความเสียหายที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงิน

บ่อยครั้งที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีความจำเป็นที่ต้องได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเร่งด่วน เนื่องจากการกระทำละเมิดอันมีลักษณะเป็นการคุกคามต่อลิขสิทธิ์ ซึ่งหากปล่อยให้มีการกระทำดังกล่าว อาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้หรือไม่สามารถแก้ไขความเสียหายนั้นได้³ ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงสร้างมาตรการเพื่อป้องกันและยับยั้งการกระทำละเมิด

(ii) has not been made available in copies for sale to the general public in the United States in a format intended to permit viewing outside a motion picture exhibition facility.

(b) FORFEITURE AND DESTRUCTION. — When any person is convicted of any violation of subsection (a), the court in its judgment of conviction shall, in addition to the penalty therein prescribed, order the forfeiture and destruction or other disposition of all infringing copies or phonorecords and all implements, devices, or equipment used in the manufacture of such infringing copies or phonorecords.

(c) FRAUDULENT COPYRIGHT NOTICE. — Any person who, with fraudulent intent, places on any article a notice of copyright or words of the same purport that such person knows to be false, or who, with fraudulent intent, publicly distributes or imports for public distribution any article bearing such notice or words that such person knows to be false, shall be fined not more than \$2,500.

(d) FRAUDULENT REMOVAL OF COPYRIGHT NOTICE. — Any person who, with fraudulent intent, removes or alters any notice of copyright appearing on a copy of a copyrighted work shall be fined not more than \$2,500.

(e) FALSE REPRESENTATION. — Any person who knowingly makes a false representation of a material fact in the application for copyright registration provided for by section 409, or in any written statement filed in connection with the application, shall be fined not more than \$2,500.

(f) RIGHTS OF ATTRIBUTION AND INTEGRITY. — Nothing in this section applies to infringement of the rights conferred by section 106A(a).

³ Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa, Copyright Law. 7th ed. (Newark, N.J. LexisNexis, 2006.), p. 879.

ลิขสิทธิ์ โดยศาลมีอำนาจออกคำสั่งห้ามไม่ให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ และศาลอาจมีคำสั่งอายัดและจัดการกับสิ่งของที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย

3.1.1.1 คำสั่งห้ามของศาล (Injunctions)

การเยียวยาความเสียหายโดยการขอให้ศาลออกคำสั่งห้าม กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ในมาตรา 502⁴ บัญญัติว่า

“(ก) ศาลใดศาลหนึ่งซึ่งมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับคดีแพ่งอันเกิดขึ้น ภายใต้เรื่องนี้ (Title 17 Copyrights) และภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1498 ของเรื่องที่ 28 อาจออกคำสั่งห้ามชั่วคราวและคำสั่งห้ามถาวรในเงื่อนไขตามที่เห็นสมควรที่จะป้องกันหรือยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์

(ข) คำสั่งดังกล่าวคำสั่งหนึ่งคำสั่งใดอาจใช้ได้ทุก ๆ แห่งในสหรัฐอเมริการวมทั้งบุคคลที่อยู่ในบังคับ คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับตลอดสหรัฐฯ และสามารถบังคับได้ด้วยกระบวนการพิจารณาในการละเมิดคำสั่งหรืออย่างอื่น โดยศาลสหรัฐฯซึ่งมีเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้น เมื่อได้รับการร้องขอจากศาลอื่น ศาลหนึ่งศาลใดซึ่งใช้อำนาจบังคับตามคำสั่งนั้น โดยเลขานุการศาลผู้ออกคำสั่งต้องส่งซึ่งสำเนาที่ได้รับรองความถูกต้องแล้วแห่งเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวกับกรณีในสำนวนความของสำนักงานเลขานุการดังกล่าวนี้ ไปยังศาลอื่นโดยทันที”

กฎหมายลิขสิทธิ์ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจเพื่อมีคำสั่งห้ามเป็นการชั่วคราวก่อนตัดสินคดี (Temporary injunction) หรือคำสั่งห้ามเป็นการถาวรภายหลังคดีถึงที่สุด

⁴ <<http://uscode.house.gov/>>

Section 502. Remedies for infringement: Injunctions:

(a) Any court having jurisdiction of a civil action arising under this title may, subject to the provisions of section 1498 of title 28, grant temporary and final injunctions on such terms as it may deem reasonable to prevent or restrain infringement of a copyright.

(b) Any such injunction may be served anywhere in the United States on the person enjoined; it shall be operative throughout the United States and shall be enforceable, by proceedings in contempt or otherwise, by any United States court having jurisdiction of that person. The clerk of the court granting the injunction shall, when requested by any other court in which enforcement of the injunction is sought, transmit promptly to the other court a certified copy of all the papers in the case on file in such clerk's office.

(Permanent injunction) ในการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และคำสั่งห้ามดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันซึ่งมีลักษณะเป็นการเยียวยาในเบื้องต้นก่อนมีการชี้ขาดตัดสินคดี (Preliminary relief) และเป็นการยับยั้งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว โดยโจทก์ต้องแสดงถึงความเสียหายที่แก้ไขไม่ได้และมีพฤติการณ์อื่นอันสมควรแก่การขอให้ศาลมีคำสั่งห้าม ตามหลักการเยียวยาอย่างยุติธรรม (An equitable remedy) ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการออกคำสั่งโดยคำนึงถึงความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ โดยเปรียบเทียบถึงการคุกคามอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ขณะเดียวกันก็คำนึงถึงความเสียหายจากคำสั่งห้ามในลักษณะที่เป็นการบังคับให้จำเลยกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยจำเลยไม่เต็มใจ และคำนึงถึงเหตุผลอันเป็นไปได้ที่โจทก์จะเป็นฝ่ายชนะคดี อย่างไรก็ตาม การเยียวยาโดยคำสั่งห้ามของศาลไม่อาจเกิดขึ้นอย่างอิสระ เพราะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปถึงข้อสันนิษฐานที่ว่า เมื่อการละเมิดเกิดขึ้นก็เท่ากับก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ อันเป็นข้อสันนิษฐานที่เกิดขึ้นจากคดี Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., (1984)

3.1.1.2 คำสั่งอายัดและจัดการกับสิ่งของจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ (Impounding and disposition of infringing articles)

นอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์อาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้อายัดและจัดการกับสิ่งของที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์รวมถึงไปถึงเครื่องมือที่ใช้ในการผลิตผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งในการหยุดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ในอนาคต⁶ นอกเหนือจากการเรียกค่าเสียหายและคำสั่งห้ามของศาล การเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอายัดและจัดการเกี่ยวกับสิ่งของที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิด มีบัญญัติไว้ในมาตรา 503⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

⁵Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard and Kenneth L. Port, Fundamental of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark. 2nd ed. (Kluwer law international, 2007.), p. 172.

⁶Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property. (ASPEN publishers: New York, 2006.), p. 624.

⁷<<http://uscode.house.gov/>>.

Section 503. Remedies for infringement: Impounding and disposition of infringing articles

“(ก) ในเวลาใด ๆ ซึ่งคดีที่ฟ้องร้องยังอยู่ระหว่างพิจารณา ศาลอาจมีคำสั่งให้ยึดไว้ซึ่งสำเนาจำลองงานหรือสิ่งบันทึกเสียงซึ่งกล่าวอ้างว่าได้ทำขึ้นหรือได้ใช้ในการทำให้เสียหายแก่สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ และซึ่งบรรดาแม่พิมพ์ แบบ แม่พิมพ์สำหรับตัวหล่อ อุปกรณ์สำหรับควบคุมสิ่งอื่น แถบเสียง फिल्म หรือสิ่งของอื่นภายในเงื่อนไขตามที่เห็นเหมาะสม เพื่อมิให้สำเนาจำลองงานหรือสิ่งบันทึกเสียงนั้นอาจถูกใช้ซ้ำอีก

(ข) โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาหรือคำสั่ง ศาลอาจออกคำสั่งให้ทำลายหรือให้จัดการโดยวิธีอื่นอย่างเหมาะสมแก่สำเนาจำลองงานหรือสิ่งบันทึกเสียงทั้งหมดที่พบว่าได้ทำขึ้นหรือได้ใช้ในการทำให้เสียหายแก่สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ และซึ่งบรรดาแม่พิมพ์ แบบ แม่พิมพ์สำหรับตัวหล่อ อุปกรณ์สำหรับควบคุมสิ่งอื่น แถบเสียง फिल्म หรือสิ่งของอื่นภายในเงื่อนไขตามที่เห็นเหมาะสม เพื่อมิให้สำเนาจำลองงานหรือสิ่งบันทึกเสียงนั้นอาจถูกใช้ซ้ำอีก”

เมื่อศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าเวลาใดก่อนศาลมีคำพิพากษาแล้ว ทรัพย์สินเหล่านั้นที่ถูกยึดมาศาลอาจจะสั่งให้ทำลายหรือจัดการโดยวิธีอื่นอย่างเหมาะสม ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าการจัดการโดยวิธีอื่นอย่างเหมาะสมควรทำอย่างไร โดยศาลอาจคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการอายัดที่มีขึ้นเพื่อหยุดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ในอนาคต ประกอบกับคำนึงถึงวิธีการจัดการในลักษณะที่หลีกเลี่ยงการใช้สอยทรัพย์สินโดยเปล่าประโยชน์และความจำเป็นในการใช้สอยทรัพย์สินอย่างมีคุณค่า⁸ ตัวอย่างในคดี M.S.R. Imports, Inc. v. R.E. Greenspan, 220 U.S.P.Q. (BNA) 361

(a) At any time while an action under this title is pending, the court may order the impounding, on such terms as it may deem reasonable, of all copies or phonorecords claimed to have been made or used in violation of the copyright owner's exclusive rights, and of all plates, molds, matrices, masters, tapes, film negatives, or other articles by means of which such copies or phonorecords may be reproduced.

(b) As part of a final judgment or decree, the court may order the destruction or other reasonable disposition of all copies or phonorecords found to have been made or used in violation of the copyright owner's exclusive rights, and of all plates, molds, matrices, masters, tapes, film negatives, or other articles by means of which such copies or phonorecords may be reproduced.

⁸Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa, Copyright Law. 7th ed. (Newark, N.J. LexisNexis, 2006.), p.889.

(E.D. Pa. 1983) ศาลตัดสินให้นำของเล่น (toy wagons) ไปบริจาคให้กับเด็กยากจนเพื่อเป็นการกุศล หากมีการดำเนินคดีอาญา ภายใต้มาตรา 509 บัญญัติว่าในคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ อาจถูกยึดและริบไปให้แก่สหรัฐ⁹ นอกจากนั้น ศาลอาจมีคำสั่งให้นำทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไปขายให้แก่เอกชน (sale to the public) หรือนำไปส่งมอบให้แก่โจทก์ (delivery to the plaintiff)¹⁰

3.1.2 การเยียวยาด้วยค่าเสียหาย

ค่าเสียหาย (Damages) กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ (Copyright Infringement) กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติถึงประเภทและวิธีการเรียกค่าเสียหายไว้ในมาตรา 504¹¹ บัญญัติว่า

⁹ Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property. (ASPEN publishers: New York, 2006.), p.625.

¹⁰ Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard and Kenneth L. Port, Fundamental of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark. 2nd ed. (Kluwer law international, 2007.), p.181.

¹¹ <<http://uscode.house.gov/>>

Section 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 willfully, 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 nonprofit educational institution, library, or archives acting within the scope of his or her employment who, or such institution, library, or archives itself, which infringed by reproducing the work in copies or phonorecords; or

(ii) a public broadcasting entity which or a person who, as a regular part of the nonprofit activities of a public broadcasting entity (as defined in subsection (g) of section 118) infringed by performing a published nondramatic literary work or by reproducing a transmission program embodying a performance of such a work.

(3)

(A) In a case of infringement, it shall be a rebuttable presumption that the infringement was committed willfully for purposes of determining relief if the violator, or a person acting in concert with the violator, knowingly provided or knowingly caused to be

“(ก) ในกรณีทั่วไป – เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ ผู้ละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดชอบใน

(1) ค่าเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผลกำไรเพิ่มเติมใด ๆ ของผู้ละเมิด ดังรายละเอียดตาม (ข) ของมาตรานี้

(2) ค่าเสียหายซึ่งได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ใน (ค) ของมาตรานี้

(ข) ค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไร

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามความจริงที่เจ้าของงานดังกล่าวต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น รวมถึงผลกำไรใด ๆ ที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดและซึ่งไม่เคยนำไปคำนวณเป็นค่าเสียหายตามจริงแล้ว ในการ

provided materially false contact information to a domain name registrar, domain name registry, or other domain name registration authority in registering, maintaining, or renewing a domain name used in connection with the infringement.

(B) Nothing in this paragraph limits what may be considered willful infringement under this subsection.

(C) For purposes of this paragraph, the term “domain name” has the meaning given that term in section 45 of the Act entitled “An Act to provide for the registration and protection of trademarks used in commerce, to carry out the provisions of certain international conventions, and for other purposes” approved July 5, 1946 (commonly referred to as the “Trademark Act of 1946”; 15 U.S.C. 1127).

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

พิจารณาหาผลกำไรของผู้ทำละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องพิสูจน์เพียงเงินได้รวมของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ทำละเมิดจะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างจากเงินได้ดังกล่าวโดยพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายและส่วนประกอบอื่น ๆ ของผลกำไรซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์

(ค) ค่าเสียหายตามกฎหมาย

(1) เว้นแต่จะกำหนดไว้ใน (2) แห่งอนุมาตรานี้ ณ เวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเลือกที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาจากค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้แทนที่จะเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงหรือกำไร ค่าเสียหายตามกฎหมายนี้ใช้กับการละเมิดต่องานหนึ่งงานซึ่งผู้ทำละเมิดหนึ่งคนต้องรับผิดชอบการเฉพาะตัวหรือซึ่งผู้ละเมิดสองคนหรือมากกว่านั้นต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในจำนวนเงินไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐ หรือต้องไม่เกินกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐ ตามที่ศาลเห็นสมควร และเพื่อประโยชน์แห่งอนุมาตรานี้ ส่วนต่าง ๆ ทั้งหมดของงานที่ได้มาจากการรวบรวมหรืองานที่ได้รับมาจากงานอื่นให้ถือว่าเป็นงานเดียว

(2) ในกรณีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการพิจารณาพิสูจน์และศาลเห็นว่าการละเมิดได้กระทำโดยจงใจ ศาลอาจใช้ดุลยพินิจกำหนดเพิ่มจำนวนเงินค่าเสียหายตามกฎหมายเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนไม่เกิน 150,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์และศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ทำละเมิดนั้นกระทำโดยมีรู้หรือไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาปรับลดค่าเสียหายตามกฎหมายลงให้เหลือเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 200 เหรียญสหรัฐ ก็ได้ นอกจากนี้ศาลอาจจะสั่งยกเลิกค่าเสียหายตามกฎหมายในกรณีใด ๆ ซึ่งผู้ทำละเมิดเชื่อและมีเหตุผลสมควรที่จะเชื่อเช่นนั้นว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการใช้โดยชอบภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 107 หากผู้ละเมิดเป็น (1) ลูกจ้างหรือตัวแทนของสถาบันการศึกษาที่ได้มุ่งหวังกำไร ห้องสมุดหรือในการรวบรวมภายในขอบเขตของการจ้างซึ่งนายจ้างละเมิดโดยทำซ้ำซึ่งงานอันเป็นสำเนาจำลองงานหรือการบันทึกเสียง หรือ (2) ในรูปแบบการเผยแพร่ต่อสาธารณชนที่เป็นการกระทำตามปกติโดยมิได้มุ่งค้าหากำไร (ตามที่ได้นิยามไว้ในอนุมาตรา (ซ) ของมาตรา 118) โดยได้กระทำละเมิดด้วยการแสดงงานวรรณกรรมที่ไม่เป็นนาฎกรรมซึ่งได้โฆษณาแล้วหรือโดยการทำซ้ำการแสดงที่ถ่ายทอดรวมกันเป็นการแสดงนั้น

(3)

(ก) ในกรณีแห่งการละเมิด มีข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ว่า ในกรณีการละเมิดเป็นการกระทำด้วยความผิดอย่างจงใจ ทั้งนี้เพื่อความมุ่งประสงค์ในการตัดสินเยียวยา หากผู้ทำละเมิดหรือบุคคลผู้ร่วมกระทำการกับผู้ทำละเมิดได้เตรียมการโดยรู้อยู่แล้วหรือโดยรู้อยู่แล้วถึง

เหตุผลในการกระทำอันมิชอบในการติดต่อข้อมูลอันเป็นที่อยู่ในอินเทอร์เน็ต (domain name)¹² ของนายทะเบียน ที่อยู่ในอินเทอร์เน็ตของสำนักงานทะเบียน หรือที่อยู่ในอินเทอร์เน็ตอื่นซึ่งผู้มีอำนาจในการจดทะเบียนได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว คงไว้ต่อไปหรือทำขึ้นใหม่ซึ่งที่อยู่ในอินเทอร์เน็ตอันเคยใช้มาแล้วในความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับการทำละเมิด

(ข) ไม่มีสิ่งใดในวรรคนี้จำกัดขอบเขตการพิจารณาการทำละเมิดโดยจงใจภายใต้
อนุมาตรานี้

(ค) ความมุ่งประสงค์ของวรรคนี้ ข้อความ“ที่อยู่ในอินเทอร์เน็ต”ให้มีความหมายเดียวกับข้อความที่อยู่ในมาตรา 45 ของกฎหมายที่ให้สิทธิเพื่อการจดทะเบียนและคุ้มครองเครื่องหมายการค้าซึ่งถูกใช้เพื่อการพาณิชย์ (Trademark Act of 1946) เพื่อความสมบูรณ์ของบทบัญญัติตามข้อตกลงสากลและเพื่อจุดมุ่งหมายอื่น

(ง) ค่าเสียหายเพิ่มเติมในกรณีเฉพาะ

ในกรณีใด ๆ ที่ศาลเห็นว่าจำเลยได้อ้างว่าตนเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้รับการยกเว้นตามมาตรา 110 (5) โดยไม่มีเหตุสมควรที่จะเชื่อได้ว่าได้รับการยกเว้นตามมาตราดังกล่าว โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นสองเท่าของค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องชำระให้แก่โจทก์สำหรับการใช้สิทธินั้นเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี”

การเรียกร้องค่าเสียหายสามารถกระทำได้โดยโจทก์พิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเพื่อเรียกค่าเสียหายที่แท้จริง และในกรณีที่จำเลยได้รับกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับกำไรเหล่านั้น ทั้งนี้ กำไรเหล่านั้นจะต้องไม่รวมอยู่ในการคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้ ในเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษา โจทก์มีสิทธิที่จะขอเรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายแทนค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลย ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดจำนวนค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ และไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่องานหนึ่งงาน ในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่า จำเลยทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายพิเศษสูงถึง 150,000 เหรียญสหรัฐฯ แต่หากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าตนทำ

¹²Domain name หมายถึง ที่อยู่หรือหน้าร้านในอินเทอร์เน็ต ซึ่งถือเป็นชื่อหรือสิ่งบ่งชี้ให้แก่ผู้บริโภคเพื่อแยกแยะความแตกต่างระหว่างผู้ประกอบการรายหนึ่งกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่อยู่ในอินเทอร์เน็ตที่บ่งชี้ถึงระบบคอมพิวเตอร์หนึ่งในเครือข่ายของระบบคอมพิวเตอร์ทั้งหมดในอินเทอร์เน็ต ทำให้ผู้ใช้สามารถส่งอีเมลเข้าไปในเว็บไซต์ของบุคคล หน่วยงาน หรือสถานประกอบการต่าง ๆ และรวมถึงการส่งแฟ้มข้อมูลให้แก่กัน

ละเมิดโดยสุจริตผู้ทำละเมิดไม่ได้มีเจตนาละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายพิเศษลดลงเหลือไม่น้อยกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ ในเบื้องต้นโจทก์สามารถร้องขอได้ทั้งค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้ทำละเมิด รวมไปถึงค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายด้วย แต่ท้ายที่สุดก่อนศาลมีคำพิพากษา โจทก์ต้องเลือกค่าเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น ในกรณีที่จำเลยอ้างว่ามีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ แต่ในความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นจำนวนสองเท่าของค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ สุดท้าย ศาลอาจกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าทนายความให้แก่คู่ความที่ชนะคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 505¹³ บัญญัติว่า

“ในการดำเนินคดีแพ่งภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ศาลอาจจะอนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายได้จากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอันจำเป็นในการบังคับคดีตามสิทธิกับคู่ความอีกฝ่าย เว้นแต่ว่าคู่ความอีกฝ่ายนั้นเป็นสหรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของสหรัฐ เว้นแต่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ศาลอาจกำหนดให้คู่ความที่ชนะคดีได้รับค่าเสียหายจากค่าธรรมเนียมทนายความในจำนวนที่เหมาะสมโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายเช่นนั้น”

ดังนั้น การเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 504 และมาตรา 505 อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1.2.1 ค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้ทำละเมิด (Actual Damages and any additional profits of the infringer)

เมื่อเกิดความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลยซึ่งไม่ได้นำไปคำนวณรวมกับค่าเสียหายที่แท้จริง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 504 (ข) กล่าวคือ การใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลยต้องไม่มีลักษณะเป็นการชดเชยที่ซ้ำซ้อน (No double recovery) โดยการเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงถูกกำหนดขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายที่

¹³<http://uscode.house.gov/>

Section 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.”

เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนการเรียกเอาผลกำไรของจำเลยถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ทำละเมิดได้รับผลประโยชน์อันสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดของตน¹⁴ ค่าเสียหายที่แท้จริงซึ่งโจทก์มีสิทธิได้รับนั้น โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายอย่างใด ๆ ที่โจทก์ได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ความเสียหายที่สามารถนำมาคำนวณเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงได้ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์และเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ¹⁵ ส่วนผลกำไรที่เพิ่มขึ้นของจำเลยจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงรายได้ทั้งหมดอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยจำเลยจะต้องพิสูจน์หักล้างถึงค่าใช้จ่ายและส่วนประกอบอื่น ๆ ของผลกำไรซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยนำจำนวนดังกล่าวมาหักออกจากรายได้ที่โจทก์นำสืบ

โดยปกติในการคำนวณค่าเสียหายตามมาตรา 504 (ข) จะตั้งอยู่บนฐานของค่าขาดรายได้ (Lost Sales) ซึ่งรวมถึงผลกำไรที่โจทก์อาจได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ค่าสิทธิ (Reasonable Royalty) และผลกำไรของจำเลยจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าเสียหายในแต่ละประเภทมีความหมายต่างกัน แต่เมื่อนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าเสียหายแต่ละประเภทจะมีความเกี่ยวพันกันอย่างลึกซึ้ง ทั้งนี้ ต้องคำนึงเสมอว่าค่าเสียหายเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์ได้ ไม่ใช่เป็นเรื่องเพ้อฝัน (Damages must be proved and not just dreamed)¹⁶

ค่าขาดรายได้ (Lost Sales) และค่าขาดกำไร (Lost Profits) เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ผลิตผลงานจนออกมาจนเป็นสินค้า ย่อมต้องตั้งราคาขาย ในราคาขายประกอบไปด้วยราคาต้นทุนในการผลิตและผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์คาดหวังว่าจะได้รับเมื่อขายงานของตนได้ หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและเป็นผลให้รายได้ที่เจ้าของลิขสิทธิ์เคยได้รับลดลง เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ตามจำนวนที่เกิดขึ้นจริง โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงรายได้รวมก่อนมีการละเมิดกับรายได้ในปัจจุบัน และนำมาหักออกจากกัน เท่ากับเป็นค่าขาดรายได้ ส่วนในการคำนวณค่าขาดกำไรต้องนำราคาต้นทุนมาหักออกด้วย

¹⁴Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property. (ASPEN publishers: New York, 2006.), p.611.

¹⁵Dan B. Dobbs, Remedies: Damages-Equity-Restitution. (Minnesota: West Publishing & Co., 1973), p.448.

¹⁶Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa, Copyright Law. 7th ed. (Newark,N.J. LexisNexis, 2006.), p.894.

ค่าสิทธิ (Reasonable Royalty) หากเจ้าของลิขสิทธิ์นำผลงานของตนไปแสวงหาประโยชน์โดยโอนให้หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ของตน ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับค่าตอบแทนในลักษณะที่เรียกว่าค่าใช้สิทธิ โดยการกำหนดค่าใช้สิทธิจะมีองค์ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบรวบรวมข้อมูลซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการอ้างถึงค่าสิทธิในแต่ละลักษณะของงาน เพื่อคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภคทั่วไปตามหลักการใช้สิทธิอย่างยุติธรรม

ผลกำไรของจำเลย (The infringers' profits) ผลกำไรของจำเลยคำนวณโดยนำรายได้ทั้งหมด (Gross Revenue) ที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาหักลบกับค่าใช้จ่ายที่จำเลยพิสูจน์ได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการผลิต¹⁷

การคำนวณหาค่าเสียหายดังกล่าวจะนำค่าเสียหายประเภทใดมาเป็นฐานในการคำนวณย่อมขึ้นอยู่กับฐานะของโจทก์และจำเลยรวมถึงลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยด้วย ทั้งนี้ ศาลจะใช้อรรถประกอบในการพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ¹⁸ (Economic Rights) ซึ่งโจทก์และจำเลยมุ่งแสวงหาประโยชน์ทางการค้า หากจำเลยกระทำการอันมีลักษณะเข้าเป็นผู้แข่งขันโดยตรงกับโจทก์ (Direct competitor) กล่าวคือ คุณภาพและราคาของสินค้าที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยมีความใกล้เคียงกับสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ในกรณีนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสดงได้ว่ามูลค่าของรายได้ที่ขาดหายไปนั้นมีมูลค่าเท่ากับยอดการขายของผู้ทำละเมิด เนื่องจากกรณีที่มีการแข่งขันทางการค้าโดยตรง ความสูญเสียรายได้จากการขายของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่ากับผลกำไรของจำเลยจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายทั้งจากค่าขาดรายได้และผลกำไรของจำเลย เพราะจะถือว่าเป็นการเยียวยาที่ซ้ำซ้อนกัน อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมากกว่าค่าขาดรายได้ของตน หรือสามารถพิสูจน์ได้ว่านอกเหนือไปจากความสูญเสียจากการขาดรายได้แล้วยังมีความเสียหายประเภทอื่นเกิดขึ้นอีก เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง (Damage to reputation) เจ้าของลิขสิทธิ์ก็สามารถได้รับค่าเสียหายตามจำนวนที่เพิ่มขึ้นมาได้ หากในกรณีที่จำเลยไม่ได้เป็นคู่แข่งทางการค้าประกอบกับคุณภาพและราคาสินค้าของโจทก์และจำเลยแตกต่างกัน การที่โจทก์จะคำนวณค่าเสียหายโดย

¹⁷Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property (ASPEN publishers: New York, 2006), p. 611.

¹⁸Margreth Barrett, Intellectual Property (ASPEN publishers: New York, 2007), p. 165.

ถือว่ายอดขายของจำเลยถือเป็นมูลค่าความเสียหายของโจทก์มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายนั้น ไม่สามารถกระทำได้ โจทก์ต้องคำนวณความเสียหายโดยอยู่บนฐานของค่าขาดรายได้และผลกำไรที่โจทก์จะได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมไปถึงผลกำไรของจำเลยด้วย หากในกรณีที่ไม้อาจคำนวณค่าขาดรายได้ดังกล่าวได้ โจทก์อาจนำค่าสิทธิมาเป็นฐานในการเรียกค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในคดี Steven Linen Associates, Inc. v. Mastercraft Corp., 656 F. 2d 11, 210 U.S.P.Q. 865 (2d Cir. 1981)¹⁹ ศาลเห็นว่า วิธีการพิจารณาการขาดรายได้ของโจทก์นั้นควรจะต้องพิจารณาว่า โจทก์เป็นผู้ผลิตและขายสินค้าต่าง ๆ ที่ผลิตขึ้นโดยจำเลย เพราะว่าคุณค่าของโจทก์เป็นผู้ต้องการสินค้า แต่โจทก์ต้องสูญเสียรายได้จากลูกค้าเหล่านั้นไป เพราะลูกค้าของโจทก์หันไปซื้อสินค้าจากจำเลยซึ่งผลิตสินค้าขึ้นมาจากกระดุมละเมิดลิขสิทธิ์ นอกไปจากปัจจัยในเรื่องการแข่งขันทางการค้า คุณภาพและราคา ศาลอาจนำปัจจัยอื่นมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายด้วย เช่น การขายสินค้าของคู่แข่งอื่นในตลาด ลักษณะการบริโภคของลูกค้าในสินค้านั้น เป็นต้น

ข. กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า การคำนวณค่าเสียหายโดยนำเอาค่าขาดรายได้และผลกำไรของจำเลยมาเป็นฐานอาจทำได้ยากหรือทำไม่ได้เลย เช่น ฐานะของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ทำละเมิดไม่ได้เป็นกิจการเพื่อการค้าขนาดใหญ่ เจ้าของลิขสิทธิ์หรือจำเลยเป็นผู้ผลิตรายย่อย ความเสียหายของโจทก์ก็คือการสูญเสียโอกาสในการแสวงหาประโยชน์จากงานอันเป็นลิขสิทธิ์ของตนโดยการนำงานของตนไปขายและได้รับค่าสิทธิเป็นการตอบแทน (Lost of an opportunity to sell a license) ดังนั้น การคำนวณค่าเสียหายอาจอยู่บนฐานในเรื่องค่าสิทธิ ซึ่งจะกำหนดโดยพิจารณาจากกลไกทางการตลาด หากงานที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เคยกำหนดค่าสิทธิมาก่อน ก็ต้องนำผลงานในลักษณะหรือชนิดที่ใกล้เคียงกันเป็นตัวกำหนด อีกทั้งอาจคำนวณค่าเสียหายโดยตั้งอยู่บนฐานในเรื่องผลกำไรที่จำเลยได้รับเพิ่มขึ้นเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ประกอบกิจการหรือประกอบธุรกิจ ในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่มีผลกำไรหรือความสูญเสียที่เห็นได้ชัด โดยทั่วไป เจ้าของลิขสิทธิ์จะเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 504 (ค) ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่มีการกำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายไว้แล้วโดยกฎหมายซึ่งจะได้อธิบายต่อไป กรณีที่โจทก์มิได้สร้างผลงานเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ ใน

¹⁹Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, Understanding of Intellectual Property Law (Mathew Bender & Company Inc., 1992), p. 247.

คดี *Deltak, Inc. v. Advanced Systems, Inc.*, 767 F. 2d 357 (7th Cir. 1985)²⁰ ศาลมีแนววินิจฉัยว่าในการกำหนดค่าเสียหายกรณีดังกล่าวต้องคำนึงถึงมูลค่าของการใช้งาน (Value of use) หรือการประหยัดค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น (Saved acquisition costs) มาตรฐานในการคำนวณค่าเสียหายในกรณีนี้ พิจารณาได้ตามเหตุผลที่ว่า มูลค่าของค่าใช้จ่ายใด ๆ ก็ตามที่จ่ายได้เสียไปซึ่งในความเป็นจริงจ่ายจำเป็นต้องจ่ายมากกว่าปกติหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนที่ทำให้จ่ายได้ประหยัดค่าใช้จ่ายควรตกเป็นของโจทก์ นอกจากนี้ อาจมีความเป็นไปได้อื่นที่ต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดค่าเสียหายกรณีดังกล่าวซึ่งได้แก่ ความเสียหายต่อชื่อเสียงของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ (Reputational harm) ในคดี *Rainey v. Wayne State University*, 26 F. Supp. 2d 963 (E.D.Mich. 1998)²¹ หนึ่งในข้อเรียกร้องของโจทก์ก็คือ ความเสียหายต่อชื่อเสียงในแวดวงศิลปะของโจทก์ ซึ่งโจทก์ได้รับจากการที่จำเลยนำผลงานภาพเขียนของโจทก์ไปทำใหม่ในลักษณะพลิกคว่ำไปลงในแผ่นพับเพื่อโฆษณาขายรถยนต์

การกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรตามมาตรา 504 (ข) ไม่ได้คำนึงถึงความผิดของจำเลยดังเช่นกรณีการเรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติศาลก็จะคำนึงถึงความผิดของผู้ทำละเมิดเช่นกัน ตัวอย่างในคดี *Goldman v. Healthcare Management Systems, Inc., et al.*, USDC (W.D. Michigan, June 5, 2008)²² โจทก์ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยเรื่องการคิดดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าก่อนศาลตัดสิน ศาลปฏิเสธที่จะกำหนดดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าโดยให้เหตุผลว่า การกำหนดค่าเสียหายอย่างครบถ้วนโดยการบังคับคืนผลกำไรรวมกับค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นการชดเชยความเสียหายที่เพียงพอแล้วสำหรับความสูญเสียที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งไม่ได้เจตนา ในทางกลับกันคดี *William A. Graham Co. v. Haughey, et al.*, USDC (E.D. Pennsylvania, April 2, 2008)²³ ศาลวินิจฉัยไว้ว่าเมื่อการทำละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะต่อเนื่องจนกระทั่งภายหลังจำเลยได้ถูกดำเนินคดีแล้วและในการพิจารณาคดีครั้งแรกพบว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยจงใจซึ่งเป็นความมุ่งประสงค์อย่างหนึ่งในการกำหนดดอกเบี้ยก่อนศาลตัดสินคดี ศาลจึงกำหนดดอกเบี้ยไว้เป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายด้วย

²⁰Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa, Copyright Law, 7th ed. (Newark,N.J.: LexisNexis, 2006), p. 900.

²¹*Ibid.*

²²<<http://www.loebandloeb.com>>

²³*Ibid.*

3.1.2.2 ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย (Statutory Damages)

ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายถูกบัญญัติขึ้นไว้สำหรับคดีที่การคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงหรือผลกำไรของจำเลยกระทำได้ยาก อีกทั้งในคดีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการยากที่โจทก์จะพิสูจน์ถึงปริมาณของการทำละเมิด ดังนั้น ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายจึงคำนวณด้วยผลคูณของราคาสำหรับการใช้ประโยชน์ของลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์ การกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายจำนวนของการชดเชยความเสียหายจะขึ้นอยู่กับจำนวนงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด ในขณะที่การกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลยจำนวนของการชดเชยความเสียหายจะขึ้นอยู่กับจำนวนของการกระทำละเมิด²⁴ อย่างไรก็ตาม กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเลือกให้ศาลกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายได้ ต้องปรากฏว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดนั้นต้องจดทะเบียนไว้แล้วภายในระยะเวลา 3 เดือนนับแต่วันแรกที่เผยแพร่งานหรือก่อนที่จำเลยจะทำละเมิด ดังที่บัญญัติไว้ใน**มาตรา 412**²⁵ ซึ่งบัญญัติว่า

²⁴http://en.wikipedia.org/wiki/Statutory_damages_for_copyright_infringement.

²⁵<http://www.law.cornell.edu/uscode/17/412.html>.

Section 412. Registration as prerequisite to certain remedies for infringement :

“In any action under this title, other than an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A (a), an action for infringement of the copyright of a work that has been preregistered under section 408 (f) before the commencement of the infringement and that has an effective date of registration not later than the earlier of 3 months after the first publication of the work or 1 month after the copyright owner has learned of the infringement, or an action instituted under section 411 (b), no award of statutory damages or of attorney’s fees, as provided by sections 504 and 505, shall be made for—

(1) any infringement of copyright in an unpublished work commenced before the effective date of its registration; or

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

“ในการกระทำใด ๆ ภายใต้เรื่องนี้ (Title 17) นอกเหนือไปจากการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ภายใต้มาตรา 106ก (ก) และการกระทำละเมิดต่อลิขสิทธิ์ของงานที่ถูกจดทะเบียนภายใต้มาตรา 408 (ง) ก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น การจดทะเบียนจะต้องทำภายในเวลาสามเดือนนับจากวันที่มีการเผยแพร่โฆษณางานครั้งแรกหรือภายในหนึ่งเดือนนับจากวันที่เจ้าของลิขสิทธิ์ล่วงรู้ถึงการกระทำละเมิดหรือการกระทำที่ถูกกำหนดภายใต้มาตรา 411 (ข) จะไม่มีการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายหรือค่าธรรมเนียมตามความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 504 และ 505 หาก

(1) การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานซึ่งไม่มีการเผยแพร่โฆษณาที่เริ่มขึ้นก่อนวันที่การจดทะเบียนเป็นผล

(2) การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เริ่มขึ้นภายหลังจากการเผยแพร่โฆษณางานครั้งแรก และก่อนวันที่การจดทะเบียนเป็นผล เว้นแต่ว่าการจดทะเบียนนั้นได้ทำขึ้นภายในสามเดือนหลังจากมีการเผยแพร่โฆษณางานครั้งแรก”

ดังนั้น การจดทะเบียนลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่สำคัญ โดยเฉพาะในงานที่มีมูลค่าทางการค้าสูง เพราะการจดทะเบียนลิขสิทธิ์อย่างเป็นทางการเป็นเครื่องยืนยันว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับทางเลือกในการเยียวยาอย่างสูงที่สุด²⁶

เนื่องจากค่าเสียหายชนิดนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดขอบเขตจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับไว้แล้ว อีกทั้งเป็นกรณีที่โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าเสียหาย ศาลจึงใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายโดยแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไป ซึ่งอาจเป็นกรณีที่จำเลยรู้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ แต่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยจงใจกระทำละเมิด หรือเป็นกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจของโจทก์ โดยรวมถึงกรณีที่การคำนวณและพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลยที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ยาก กฎหมายบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายไม่ต่ำกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ และไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่องานหนึ่งงานที่ถูกละเมิด ศาลจะคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงซึ่งโจทก์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์²⁷

²⁶ Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property. (ASPEN publishers: New York, 2006.), p.618.

²⁷ Margreth Barrett, Intellectual Property. (ASPEN publishers: New York, 2007.), p.166.

ข. ความผิดของจำเลยในการทำละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีที่เป็นการละเมิดโดยจงใจ (Willful infringement) ศาลอาจใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายเพิ่มสูงขึ้นถึง 150,000 เหรียญสหรัฐ ทั้งนี้ โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยจงใจกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ในคดี *Island Software and Computer Service, Inc. v. Microsoft Corp.*, 413 F. 3d 257 (2d Cir. 2005)²⁸ โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้รู้ว่าตนได้กระทำการอันเป็นการละเมิด หรือการกระทำของจำเลยเป็นผลมาจากการกระทำอย่างประมาทเลินเล่อ เช่น มองข้ามหรือไม่สนใจคำเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น หากในกรณีที่เป็นการละเมิดโดยสุจริต (Innocent infringement) จำเลยต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าตนไม่รู้และไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การอ้างว่าไม่รู้ถึงข้อกำหนดไม่ถือว่าเป็นเหตุบรรเทาโทษ ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการลดค่าเสียหายพิเศษไม่น้อยกว่า 200 เหรียญสหรัฐ ในคดี *Electra Entertainment Group Inc., et al. v. McDowell.*, USDC M.D. (Georgia, November 6, 2007)²⁹ ในคดีนี้ จำเลยอ้างว่าเป็นการละเมิดโดยสุจริต แต่ศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่ใช่กรณีที่เป็นการละเมิดโดยสุจริต เพราะการกระทำละเมิดต่อลิขสิทธิ์ที่มีเครื่องหมายลิขสิทธิ์กำกับไว้ (The notice of copyright) ไม่ถือว่าเป็นเหตุในการบรรเทาโทษ

จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลในการใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายให้แก่โจทก์ มีข้อนำสังเกตดังนี้

ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายจะกำหนดโดยพิจารณาจากจำนวนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด มิใช่พิจารณาจากจำนวนของการทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์หนึ่งชิ้น เช่น โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนวนิยายและการเรียบเรียงเป็นเรื่องสั้น โดยทั้งนวนิยายและการเรียบเรียงเรื่องสั้นได้เขียนขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ จำเลยได้แปลนวนิยายและเรื่องสั้นเป็นภาษาฝรั่งเศสและทำสำเนาออกวางขายโดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลจะกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายภายใต้พฤติการณ์ที่ว่า โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายโดยสามารถแยกค่าเสียหายออกได้สำหรับแต่ละงานของสองงาน (ได้แก่ นวนิยายและการเรียบเรียง) การกำหนดค่าเสียหายกรณีนี้จะครอบคลุมการทำละเมิดทั้งหมดต่องานนั้น ไม่ว่าจะจำเลยจะนำไปแปล ไปพิมพ์ซ้ำ และขาย ศาลก็จะไม่นำมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายกรณีนี้ แต่อาจนำมาพิจารณาในเรื่องความผิดของจำเลยได้

²⁸Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property (ASPEN Publishers: New York, 2006), p. 620.

²⁹<http://www.loebandloeb.com>.

นอกจากนั้น ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจถือเป็นค่าเสียหายเพื่อการลงโทษหรือไม่ ตามตำรากฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า ไม่มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งกรณีตามมาตรา 504 (ค) ที่ให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเพิ่มขึ้นหากจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจ เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายเท่านั้น³⁰ ในคดี *Viacom Int'l Inc., et al. v. YouTube, Inc., et al.*, USDC S.D. (New York, March 7, 2008)³¹ โจทก์เรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย และโจทก์ยังร้องขอค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเนื่องมาจากพฤติกรรมของจำเลย ศาลไม่อนุญาตให้โจทก์เรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ใน *The Copyright of 1976* จำเลยมีสิทธิเรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายหรือทางเลือกกรณีค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลยเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่โจทก์ เช่น ในคดี *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996) ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้โจทก์ถึง 3.5 ล้านเหรียญสหรัฐฯ และในอีกหลายคดี เช่น คดี *State Farm Mutual Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003) อย่างไรก็ตาม เมื่อมานานนี้ ในคดี *Bridgeport Music, Inc., et al. v. Justin Combs Publishing et al.*, USCA Sixth Circuit, (October 17, 2007)³² ศาลได้วางหลักเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษว่า การกำหนดให้เรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์หลาย ๆ คดีที่ผ่านมา เป็นการกำหนดค่าเสียหายอันเป็นการชดเชยความเสียหาย (Compensatory Damages) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการลงโทษมากเกินไปควรสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจของระบบกฎหมายคอมมอนลอร์

3.1.2.3 ค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages)

ค่าเสียหายชนิดนี้เป็นค่าเสียหายที่กำหนดเอาไว้เมื่อมานานมานี้ ในทางปฏิบัติโจทก์มักเลือกใช้ค่าเสียหายชนิดอื่นเพื่อการเยียวยาความเสียหายมากกว่า การเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมกรณีเฉพาะ ต้องเป็นกรณีที่จำเลยอ้างว่าตนมีสิทธิใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์เพราะเหตุว่ามีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอันเป็นข้อยกเว้นของการกระทำโดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าระหว่างโจทก์และจำเลยไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ อันเท่ากับเป็นการอนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์ได้

³⁰ Craig Allen Nard, David W. Barnes and Michael J. Madison, The Law of Intellectual Property (ASPEN Publishers: New York, 2006), p. 620.

³¹ <http://www.loebandloeb.com>.

³² *Ibid.*

3.1.2.4 ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ (Costs and Attorney's fees)

ในเรื่องค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความ โดยปกติแล้ว ศาลจะกำหนดให้กับ คู่ความที่เป็นฝ่ายชนะคดี กรณีที่จะสามารถเรียกค่าใช้จ่ายและค่าทนายความได้ก็ต่อเมื่อโจทก์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์ไว้แล้วเป็นเวลาสามเดือนนับจากการเผยแพร่ครั้งแรก หรือก่อนที่จะมีการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 412 ที่ได้อธิบายแล้ว ในเรื่องค่าใช้จ่าย³³ ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดให้ซึ่งจะครอบคลุมค่าใช้จ่ายทั้งหมด การกำหนดค่าใช้จ่ายทั้งหมดไม่ใช่ กระทำโดยการประเมินเพียงอย่างเดียว แต่ศาลอาจคำนึงถึงระดับความผิดหรือเหตุอันสมควรในการ ฟ้องคดีด้วย ซึ่งค่าใช้จ่ายจำเป็นแก่การบังคับใช้สิทธิ อาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทั้งหมดในการ ยื่นฟ้อง ค่าธรรมเนียมพนักงานศาล ค่าสำเนาเอกสารต่าง ๆ ที่ใช้ประกอบการฟ้อง ค่าไปรษณีย์ ฯลฯ ขึ้นอยู่กับการนำสืบของคู่ความที่ชนะคดี ส่วนในเรื่องค่าทนายความ ศาลจะกำหนดให้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับความสุจริตในการดำเนินคดีของคู่ความทั้งสองฝ่าย หากกรณีโจทก์เป็นฝ่ายชนะ แต่การ กระทำของโจทก์มีลักษณะที่ไม่สุจริต (bad faith) กล่าวคือ การฟ้องคดีของโจทก์เป็นเรื่องที่ไม่มีมูล หรือมีแรงจูงใจในการฟ้องร้องคดีโดยไม่มีเหตุสมควร³⁴ ศาลอาจปฏิเสธที่จะกำหนดค่าทนายความ ได้ ส่วนในคดี *Siberstin v. Fox Entertainment Group, Inc., et al.*, USDC S.D. (New York, March 11, 2008)³⁵ จำเลยเป็นผู้อ้างว่าการฟ้องขอโจทก์เป็นเรื่องไร้สาระโดยไม่มีเหตุสมควรที่จะ นำมาฟ้อง ศาลวินิจฉัยว่าโจทก์มีเหตุสมควรให้การฟ้องแล้ว แม้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นเพียง การใช้ชื่อตัวการ์ตูนซึ่งโจทก์เป็นผู้วาดขึ้นในลักษณะที่ออกเสียงเหมือนกัน แต่การวาดตัวการ์ตูนนั้น ขึ้นอันเป็นส่วนหนึ่งของหนึ่งการ์ตูนเท่ากับเป็นความคิดสร้างสรรค์ของโจทก์ที่มีลิขสิทธิ์แล้ว ใน ปัจจุบัน ศาลพยายามสร้างความสมดุลในการเรียกค่าทนายความระหว่างคู่ความที่ชนะคดี โดย ศาลจะใช้เกณฑ์ในเรื่องเจตนาในการนำคดีมาฟ้องของโจทก์และพฤติกรรมของจำเลยระหว่าง การดำเนินคดีว่าต้องไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อตรง ดังนั้น หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็น ฝ่ายชนะไม่สุจริตในการดำเนินคดี ศาลก็จะไม่อนุญาตให้คู่ความฝ่ายนั้นเรียกค่าทนายความได้ ดัง ตัวอย่างในคดี *Eagle Services Corp. v. H2O Industrial, Inc., et al.*, USCA Seventh Circuit,

³³Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa, Copyright Law, 7thed. (Newark,N.J.: LexisNexis, 2006), p. 912.

³⁴Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard and Kenneth L. Port, Fundamental of United States Intellectual Property Law:Copyright, Patent, Trademark, 2nded. (Kluwer law international, 2007), p.181.

³⁵<<http://www.loebandloeb.com>>

(July 9, 2008)³⁶ ศาลวางหลักว่าความสุจริตหรือไม่ของคู่ความในการดำเนินคดี เป็นเหตุในการกำหนดค่าทนายความซึ่งต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกที่รักมักที่ชัง

ทั้งนี้ ค่าทนายความที่ศาลจะกำหนดให้ย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ เช่น ระดับความมีชื่อเสียงของทนายความ ปริมาณของงานและผลสำเร็จในงานที่ทำ รวมถึงความยากง่ายของคดี เป็นต้น

3.2 ประเทศอังกฤษ

ระบบการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องจดทะเบียน ซึ่งการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเมื่อมีการนำระบบการพิมพ์เข้ามาเพื่อกิจการทางด้านหนังสือ ต่อมาจึงมีการรวมกลุ่มผู้ประกอบการเกี่ยวกับหนังสือจนกลายเป็น Stationer's Company³⁷ ส่งผลให้มีการผูกขาดการพิมพ์หนังสือ โดยการนำหนังสือออกขายจะต้องนำมาจดทะเบียนกับบริษัท เพื่อคุ้มครองและป้องกันการต่อต้านฝ่ายศาสนจักรและฝ่ายอาณาจักรอีกด้วย จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1710 ได้มีการประกาศใช้ The Statute of Anne ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ฉบับแรกที่ทำให้การคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ และมีอิทธิพลในการเป็นแม่แบบของกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ให้แก่ประเทศต่าง ๆ อีกหลายประเทศ ก่อนกลางศตวรรษที่ 19 การเยียวยาความเสียหายโดยการกำหนดค่าเสียหายมีอยู่ใน The Judicature Acts³⁸ ในขณะนั้นคณะลูกขุนจะเป็นผู้ประเมินค่าเสียหายให้ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาที่มีอยู่ในศาลที่พิจารณาคดีด้วยกฎหมายจารีตประเพณี (The Court of Common Law) ส่วนการเยียวยาความเสียหายโดยคำสั่งของศาลที่มีลักษณะบังคับจำเลยถูกพัฒนาขึ้นโดยตุลาการใหญ่ของหลักความยุติธรรม (The Chancellor in Equity) จนในปี ค.ศ. 1850 กฎหมายลายลักษณ์อักษรเริ่มมีการสร้างกระบวนการเยียวยาความเสียหายขึ้นโดยอำนาจในการตัดสินคดีของแต่ละศาล ศาลที่พิจารณาคดีด้วยกฎหมายจารีตประเพณีเริ่มนำหลักความยุติธรรม (Equity) มาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายโดยการออกคำสั่งห้าม ต่อมาใน Lord Cairns' Act 1858 บัญญัติว่าค่าเสียหายอาจถูกกำหนดขึ้นโดยศาลที่

³⁶ *Ibid.*

³⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), น. 2.

³⁸ William Cornish and David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 5th ed. (London Sweet & Maxwell: 2003), p. 67.

พิจารณาคดีตามหลักความยุติธรรม (The Court of Equity) ซึ่งเป็นการแทนที่หรือเพิ่มจากการเยียวยาโดยคำสั่งห้ามของศาล

นอกจากการตรากฎหมาย The Statute of Anne แล้ว ในเวลาต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายลิขสิทธิ์เรื่อยมาตามการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีซึ่งได้แก่ The Copyright Act of 1842, The Copyright Act of 1911 และ The Copyright Act of 1956 โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องค่าเสียหายไว้ดังนี้³⁹ กรณีที่ธุรกิจของโจทก์ได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยขายสำเนาจำลองงานละเมิดสิทธิแข่งขัน โจทก์ย่อมเรียกให้จำเลยชดใช้ผลกำไรที่โจทก์ได้สูญเสียไปซึ่งโจทก์ควรกระทำได้อ้าจำเลยไม่แข่งขันดังกล่าว ในลักษณะที่เป็นค่าเสียหายตามความเสียหายที่ได้รับซึ่งโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ เรียกค่าเสียหายชนิดนี้ว่า ค่าเสียหายตามปกติ (Normal Damages) หรือโจทก์อาจขอให้ศาลสั่งให้ผู้ละเมิดส่งมอบซึ่งผลกำไรทั้งหมดให้แก่ตน โดยถือเสมือนว่าผู้ละเมิดมีฐานะเป็นตัวแทนของเจ้าของลิขสิทธิ์ การเรียกค่าเสียหายตามวิธีนี้ว่า การคิดบัญชีผลกำไร (An account of profits) ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากหลักความยุติธรรม ทั้งนี้ โจทก์ต้องเลือกวิธีการเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหายหรือการคิดบัญชีผลกำไรเพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะศาลไม่ต้องการให้โจทก์ได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน

นอกจากนั้น ยังมีค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืน (Conversion Damages) ซึ่งกฎหมายถึงว่าสำเนาจำลองงานซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินของเจ้าของลิขสิทธิ์ ถ้าผู้ละเมิดได้ขายสำเนาดังกล่าวไปก็ถือว่าผู้ละเมิดได้ขายไปในสิ่งที่ไม่ใช่ของตน และรายรับจากการขายจะต้องกลับคืนมายังเจ้าของลิขสิทธิ์ และค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages) ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ให้ต่อเมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทำอย่างชัดแจ้งและจำเลยได้รับผลประโยชน์จำนวนมากจากการกระทำละเมิดนั้น ประกอบกับโจทก์สามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าในพฤติการณ์เช่นนั้นวิธีการเยียวยาที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่โจทก์ได้รับซึ่งโดยปกติแล้วศาลมักจะไม่กำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ให้แก่โจทก์

กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ได้แก่ Copyright, Designs and Patents Act 1988 กฎหมายฉบับนี้กำหนดมาตรการคุ้มครองผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในทางแพ่งโดยลักษณะที่เป็นการบรรเทาความเสียหายก่อนมีการฟ้องคดี (The Civil Relief) ซึ่งได้แก่ คำสั่งห้ามชั่วคราว (Interim Injunctions) และการป้องกันการนำเข้า (Stopping Importation) และมาตรการเยียวยาความเสียหาย (The Civil Remedies) ได้แก่ คำสั่งห้ามเด็ดขาด (Final Injunctions), คำสั่งให้ส่ง

³⁹ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 44.

มอบ (Delivery up), ค่าเสียหาย (Damages) และการคิดบัญชีผลกำไร (Account of profits) ทั้งนี้ การละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงและโดยอ้อม⁴⁰

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง ได้แก่ การทำซ้ำ การนำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ออกเผยแพร่สู่สาธารณชน ให้เช่าหรือให้ยืมงานแก่สาธารณชน นำเสนอ นำออกแสดง หรือ ถ่ายทอดงานสู่สาธารณชน เผยแพร่งานออกสู่สาธารณชน ดัดแปลงงานหรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดกับงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นการดัดแปลงงานนั้น การกระทำการละเมิดรวมถึงการที่บุคคลที่มีชื่อเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์อนุญาตให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการสิ่งใดต่องานได้ นอกจากนั้น การกระทำละเมิดโดยทางอ้อมรวมถึงการกระทำดังต่อไปนี้

- การนำเข้าสำเนางานอันละเมิดลิขสิทธิ์เข้ามาในสหราชอาณาจักร เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่การใช้ส่วนบุคคลหรือภายในประเทศ (private or domestic use)

- มีสำเนางานอันละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองเพื่อการค้า หรือขาย หรือนำออกให้เช่า นอกจากความรับผิดทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว Copyright, Designs and Patents Act 1988 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางอาญากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ด้วย ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นความผิดทางอาญา จะมีลักษณะเป็นการละเมิดทั้งชั้นต้นและชั้นรองรวมกันอยู่โดยจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือหากำไรรวมอยู่ด้วย⁴¹

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามมาตรการในกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

3.2.1 คำสั่งห้ามชั่วคราว (Interim Injunctions)

ในเวลาใด ๆ ก่อนเริ่มพิจารณาคดีและเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน โจทก์อาจขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยทำการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไปหรือให้หยุดการกระทำดังกล่าว มิฉะนั้นแล้วอาจเกิดความเสียหายแก่โจทก์อย่างแก้ไขไม่ได้ กรณีดังกล่าวถือเป็นวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษา (Interlocutory Relief) ศาลจะมีคำสั่งต่อเมื่อผู้ร้องต้องแสดงหลักฐาน

⁴⁰ <<http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?lang=th>>

⁴¹ Section 107. Copyright, Designs and Patents Act 1988

ให้ศาลเห็นได้ว่าเหตุใดศาลจึงควรมีคำสั่งเช่นนั้น อีกทั้งศาลจะพิจารณาว่าการออกคำสั่งห้ามชั่วคราวจะเป็นการยุติธรรมหรือไม่ โดยศาลจะพิจารณาจากปัจจัย 3 ประการ กล่าวคือ⁴²

ประการแรก ศาลจะคำนึงถึงความเพียงพอของค่าเสียหาย (Adequacy of Damages) ในคดี Baywatch Production v. The Home Video Channel., FSR 22, (1997) ศาลวางหลักไว้ว่า หากไม่มีการออกคำสั่งห้ามชั่วคราว การกำหนดค่าเสียหายในการพิจารณาคดีชั้นสุดท้ายจะเป็นการเยียวยาที่เพียงพอต่อผู้ร้องหรือไม่ ถ้าค่าเสียหายเป็นการเยียวยาที่เพียงพอแล้วสำหรับผู้ร้อง และจำเลยสามารถจ่ายเงินจำนวนนั้นได้ ศาลก็จะไม่ออกคำสั่งห้ามดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าค่าเสียหายเพียงพอหรือไม่ ศาลต้องคำนึงถึงความเสียหายที่ผู้ร้องได้รับ หากความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายที่ไม่เกี่ยวกับส่วนได้เสียทางการเงิน เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียงส่วนตัว (Privacy Reputation) ในกรณีนี้การกำหนดค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายที่ผู้ร้องได้รับ นอกจากนี้ กรณีที่ผู้ร้องมีสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยการเรียกค่าสิทธิจากจำเลย ศาลในคดี Smith & Nephew v. 3M United Kingdom., RPC 92, 102. (1983) ถือว่า การที่ผู้ร้องมีสิทธิได้รับการชดเชยโดยค่าสิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นการเยียวยาที่เพียงพอแล้ว

ประการที่สอง ศาลต้องคำนึงถึงความสมดุลของสิ่งที่ให้ประโยชน์ (Balance of Convenience) กล่าวคือ ศาลต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ โดยศาลอาจคำนึงถึงส่วนได้เสียของสาธารณะหากศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวจะส่งผลถึงกิจการสาธารณะมากน้อยเพียงใด และศาลอาจเปรียบเทียบถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับคู่ความทั้งสอง โดยต้องไม่ทำให้จำเลยได้รับภาระมากจนเกินความจำเป็น ความเสียหายที่ผู้ร้องอาจได้รับต้องไม่ไกลกว่าเหตุและต้องไม่เป็นกรณีที่ผู้ร้องปล่อยเวลาให้ล่วงเลยจนถึงขนาดที่จำเลยได้ใช้เงินหรือกระทำการใดที่เป็น การเอาตัวเข้าไปเสี่ยงเพื่อการนั้น นอกจากผู้ร้องแสดงให้ศาลเห็นถึงเหตุแห่งความล่าช้าดังกล่าว

ประการสุดท้าย ศาลต้องคำนึงถึงมูลแห่งคดีความ (The merits of the case) รวมไปถึงถึงอำนาจในการฟ้องคดีของโจทก์ด้วย อย่างไรก็ตาม หากจำเลยฝ่าฝืนคำสั่งห้ามชั่วคราวเท่ากับเป็นการละเมิดอำนาจศาล จำเลยอาจได้รับโทษอาญา ทั้งจำคุกและเสียค่าปรับ ทั้งนี้ การออกคำสั่งห้ามของศาลเป็นมาตรการหนึ่งในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้สร้างสรรค์ในกรณีที่มีการ

⁴²Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law (Oxford University Press: 2002), pp. 1008-1016.

ละเมิดลิขสิทธิ์ (Moral Rights) ดังที่บัญญัติไว้ใน Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 103⁴³

3.2.2 การป้องกันการนำเข้า (Stopping Importation)

การป้องกันการนำเข้า เป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์จากแหล่งกำเนิดของสินค้าที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นมาตรการคุ้มครองทางศุลกากร หากมีสินค้าที่ต้องสงสัยสินค้านั้นจะถูกกักเอาไว้โดยเจ้าหน้าที่ศุลกากร และเจ้าหน้าที่ศุลกากรจะจัดการกับสินค้าที่ต้องสงสัยตามคำสั่งของศาล

3.2.3 คำสั่งห้ามเด็ดขาด (Final Injunctions)

เมื่อเริ่มมีการพิจารณาคดี โจทก์จะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งห้ามได้ต่อเมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าสิทธิของโจทก์ได้ถูกละเมิดโดยจำเลย ศาลจะออกคำสั่งห้ามหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแห่งคดีด้วย โดยศาลจะใช้ดุลยพินิจโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ดังเช่นการออกคำสั่งห้ามชั่วคราว ทั้งนี้ คำสั่งห้ามเด็ดขาดเป็นการป้องกันมิให้จำเลยทำการละเมิดลิขสิทธิ์อีก

⁴³<http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_the_United_Kingdom>

Section 103 Remedies for infringement of moral rights

(1) An infringement of a right conferred by Chapter IV (moral rights) is actionable as a breach of statutory duty owed to the person entitled to the right.

(2) In proceedings for infringement of the right conferred by section 80 (right to object to derogatory treatment of work) the court may, if it thinks it is an adequate remedy in the circumstances, grant an injunction on terms prohibiting the doing of any act unless a disclaimer is made, in such terms and in such manner as may be approved by the court, dissociating the author or director from the treatment of the work.

3.2.4 การส่งมอบ (Delivery up)

เมื่อศาลมีคำสั่งห้ามเด็ดขาดให้จำเลยหยุดกระทำการต่าง ๆ ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยส่งมอบสินค้าที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์และอุปกรณ์อื่นใดที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ หากกรณีที่จำเลยฝ่าฝืนคำสั่งห้ามเด็ดขาดของศาล ศาลอาจใช้ดุลยพินิจออกคำสั่งดังกล่าว โดยอาจนำสิ่งของที่ยึดมาไปทำลายหรือจัดการโดยวิธีอื่นใดที่จะไม่ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นอีก โดยศาลอาจสั่งให้ส่งมอบสิ่งของเหล่านั้นให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการทำลายหรือการริบสิ่งของเหล่านั้น หากการละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวข้องกับสิ่งของหลายอย่างและสามารถแยกสิ่งของเหล่านั้นได้จากกันเป็นส่วน ๆ ศาลสามารถสั่งให้ส่งมอบสิ่งของเหล่านั้นเฉพาะส่วนใดส่วนหนึ่งได้ รายละเอียดปรากฏใน Copyright, Designs and Patents Act 1988 **มาตรา 99**⁴⁴ และ**มาตรา 100**⁴⁵

⁴⁴<http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_the_United_Kingdom>

Section 99 Order for delivery up

(1) Where a person—

(a) has an infringing copy of a work in his possession, custody or control in the course of a business, or

(b) has in his possession, custody or control an article specifically designed or adapted for making copies of a particular copyright work, knowing or having reason to believe that it has been or is to be used to make infringing copies,

the owner of the copyright in the work may apply to the court for an order that the infringing copy or article be delivered up to him or to such other person as the court may direct.

(2) An application shall not be made after the end of the period specified in section 113 (period after which remedy of delivery up not available); and no order shall be made unless the court also makes, or it appears to the court that there are grounds for making, an order under section 114 (order as to disposal of infringing copy or other article).

(3) A person to whom an infringing copy or other article is delivered up in pursuance of an order under this section shall, if an order under section 114 is not

made, retain it pending the making of an order, or the decision not to make an order, under that section.

(4) Nothing in this section affects any other power of the court.

⁴⁵Section 100 Right to seize infringing copies and other articles

(1) An infringing copy of a work which is found exposed or otherwise immediately available for sale or hire, and in respect of which the copyright owner would be entitled to apply for an order under section 99, may be seized and detained by him or a person authorised by him.

The right to seize and detain is exercisable subject to the following conditions and is subject to any decision of the court under section 114.

(2) Before anything is seized under this section notice of the time and place of the proposed seizure must be given to a local police station.

(3) A person may for the purpose of exercising the right conferred by this section enter premises to which the public have access but may not seize anything in the possession, custody or control of a person at a permanent or regular place of business of his, and may not use any force.

(4) At the time when anything is seized under this section there shall be left at the place where it was seized a notice in the prescribed form containing the prescribed particulars as to the person by whom or on whose authority the seizure is made and the grounds on which it is made.

(5) In this section—

"premises" includes land, buildings, moveable structures, vehicles, vessels, aircraft and hovercraft; and "prescribed" means prescribed by order of the Secretary of State.

(6) An order of the Secretary of State under this section shall be made by statutory instrument which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

วิธีการบรรเทาและเยียวยาความเสียหายที่กล่าวมาข้างต้น เป็นสิ่งที่ศาลต้องใช้ดุลยพินิจในการกำหนดวิธีการที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงความเพียงพอของการชดเชยความเสียหายและการให้คุ้มครองส่วนได้เสียของเจ้าของลิขสิทธิ์

3.2.5 ค่าเสียหาย (Damages)

การเยียวยาความเสียหายโดยการกำหนดค่าเสียหายมีแนวความคิดเช่นเดียวกับกรณีละเมิดทั่วไปที่ต้องการให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น ในขณะเดียวกันการกำหนดค่าเสียหายต้องไม่มีจุดมุ่งหมายในการลงโทษจำเลย⁴⁶ อีกทั้งผู้เสียหายจะได้รับกาชดเชยต่อความเสียหายใด ๆ ที่สามารถสังเกตเห็นได้หรือไม่ไกลกว่าเหตุ⁴⁷ ใน Copyright, Designs and Patents Act 1988 สิทธิในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว โดยประเภทของค่าเสียหายที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวสามารถเรียกได้มีลักษณะเช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติต่อไปนี้

สิทธิและการเยียวยาของเจ้าของลิขสิทธิ์

มาตรา 96⁴⁸ การฟ้องร้องกรณีละเมิดโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ บัญญัติว่า

“(1) เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

⁴⁶Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law (Oxford University Press, 2002.), p.1023.

⁴⁷William Cornish and David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and allied rights, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell: 2003), p.74.

⁴⁸<http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_the_United_Kingdom>

Section 96 Infringement actionable by copyright owner

(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.

(2) การเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสามารถทำได้ในรูปแบบของค่าเสียหาย คำสั่งห้ามมิให้กระทำ บัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดหรือโดยประการอื่น ๆ ที่จะสามารถกำหนดให้โจทก์ได้รับหากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินใด ๆ

(3) มาตรา⁴⁹ นี้ให้มีผลบังคับโดยขึ้นอยู่กับบทบัญญัติ⁵⁰ นั้น ๆ ของบท (Chapter VI) นี้

มาตรา 97⁴⁹ ข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายในการกระทำละเมิด บัญญัติว่า

“(1) หากการละเมิดลิขสิทธิ์แสดงให้เห็นว่า ณ เวลาที่มีการกระทำละเมิด จำเลยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ จากจำเลย แต่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของโจทก์ที่จะได้รับการเยียวยาโดยวิธีอื่น

(2) ศาลอาจจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้เพื่อความยุติธรรมแห่งคดี โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหลายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ดังต่อไปนี้

(ก) การละเมิดลิขสิทธิ์ได้กระทำอย่างโจ่งแจ้ง และ

(ข) จำเลยได้รับผลประโยชน์ใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์”

มาตรา 101⁵⁰ สิทธิและการเยียวยาของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว บัญญัติว่า

⁴⁹ Section 97 Provisions as to damages in infringement action

(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.

⁵⁰ Section 101 Rights and remedies of exclusive licensee

(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.

“(1) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวมีสิทธิเช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายในเรื่องต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เว้นแต่ว่าสิทธิดังกล่าวจะขัดกับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

(2) สิทธิดังกล่าวสามารถดำเนินการได้พร้อมกับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยการให้สิทธินั้นให้อ้างอิงเช่นเดียวกับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ

(3) ในการดำเนินคดีของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนั้น จำเลยอาจอ้างว่าคดีดังกล่าวไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดได้ถูกดำเนินการแล้วโดยเจ้าของลิขสิทธิ์”

มาตรา 102⁵¹ การดำเนินการใช้สิทธิร่วมกัน บัญญัติว่า

(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.

⁵¹ Section 102 Exercise of concurrent rights

(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—

“(1) ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ควบคู่กันไประหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์หรือโดยผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งเกี่ยวข้อง (ทั้งหมดแต่บางส่วน) กับการละเมิดนั้น จะกระทำมิได้ โดยปราศจากการอนุญาตของศาล เว้นแต่ว่าอีกฝ่ายจะเข้าเป็นโจทก์หรือจำเลยร่วมในคดี

(2) ในการดำเนินคดีนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ที่ต้องถูกเพิ่มเติมเป็นจำเลยร่วมตามที่บัญญัติไว้ใน (1) ข้างต้น ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดี เว้นแต่ว่าได้เข้าดำเนินคดีด้วย

(3) บทบัญญัติข้างต้นไม่กระทบต่อการเยียวยาโดยเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยลำพังแต่ผู้เดียว

(4) ถ้าการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นกระทำควบคู่กันไปโดยเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

(ก) ศาลจะประเมินค่าเสียหายโดยพิจารณา

(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.

(i) ระยะเวลาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิและ

(ii) การเยียวยาเป็นตัวเงินใด ๆ ซึ่งโดยได้มีคำสั่งให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อนแล้ว

(ข) การเปิดเผยบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดจะทำได้หากศาลเคยมีคำสั่งให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับค่าเสียหายทั่วไป หรือมีการเปิดเผยบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดแล้ว

(ค) ในกรณีที่มีการเปิดเผยบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดแล้ว ศาลอาจจะอนุญาตให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับก็ได้หากศาลเห็นว่าเป็นการยุติธรรม โดยศาลจะพิจารณาแบ่งส่วนเงินกำไรระหว่างกัน

(5) เจ้าของลิขสิทธิ์อาจบอกกล่าวถึงการให้สิทธิร่วมกันกับผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่เพียงผู้เดียวก่อนยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งภายใต้มาตรา 99 (คำสั่งให้ส่งมอบ) หรือการใช้สิทธิภายใต้มาตรา 100 (สิทธิในการยึดทรัพย์) และศาลสามารถจะให้การร้องขอของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบังคับได้ตามมาตรา 99 หรือในกรณีที่มีการห้ามหรือการอนุญาตการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 100 เท่าที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงระยะเวลาการให้ใช้สิทธิ”

เมื่อพิจารณาจากตัวบทการใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายทั้งกรณีของเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ อธิบายได้ดังนี้

การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ตามข้อเท็จจริงที่โจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยอย่างไรบ้าง โดยมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่โจทก์มีสิทธิได้รับ ได้แก่ ค่าเสียหายตามปกติที่โจทก์ได้รับ ค่าเสียหายเพิ่มเติม และการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย ทั้งนี้ การใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายมีหลักว่าการเยียวยาความเสียหายจะต้องไม่ทำให้โจทก์ได้รับการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน ดังนั้น โจทก์จึงต้องเลือกวิธีเยียวยาความเสียหายระหว่างค่าเสียหายกับผลกำไรของจำเลยที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

3.2.5.1 ค่าเสียหายตามปกติ (Normal Damages)

ค่าเสียหายตามปกติ คือ ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยความเสียหายนั้นต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ การคำนวณหาค่าเสียหายตามปกติ โจทก์อาจใช้ฐานในการคำนวณหาค่าเสียหายจากการสูญเสียที่เกิดขึ้น อันได้แก่⁵² ค่าขาดกำไร และค่าสิทธิ

⁵²Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law (Oxford University Press: 2002), pp. 1025-1026.

ค่าขาดกำไร (Lost Profits) เป็นวิธีหนึ่งที่ค่าเสียหายจะถูกคำนวณโดยการอ้างถึงกำไรที่โจทก์สูญเสียไปจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยการขายหรือให้บริการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับโจทก์ ซึ่งจะคำนวณจากยอดขายของโจทก์ที่ผ่านมา ก่อนมีการละเมิดลิขสิทธิ์ เปรียบเทียบกับยอดขาย ณ เวลาที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ นำราคาต้นทุนของการผลิตสินค้า นั้นมาหักออกไป ที่เหลือคือส่วนกำไรที่ได้รับก่อนและกำไรที่ได้รับหลังการละเมิดลิขสิทธิ์ นำส่วนของกำไรทั้งก่อนและหลังหักออกจากกัน จะได้จำนวนค่าขาดกำไรหรือจำนวนกำไรที่โจทก์สูญเสียไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่จำเป็นว่าโจทก์จะต้องคำนวณค่าขาดกำไรในจำนวนที่ถูกต้องแน่นอน เพียงแต่ประเมินถึงจำนวนที่เป็นไปได้คร่าว ๆ โดยมีหลักฐานถึงจำนวนที่โจทก์ประเมินได้ เพื่อพิสูจน์ค่าเสียหาย

ค่าสิทธิ (Royalty) หากโจทก์ไม่สามารถคำนวณค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดกำไร ศาลอาจกำหนดบนฐานของค่าสิทธิ ในกรณีที่จำนวนของการละเมิดลิขสิทธิ์มีมากกว่าหนึ่งการกระทำ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายบนพื้นฐานของค่าสิทธิในแต่ละการกระทำละเมิด เกณฑ์ในเรื่องค่าสิทธิเป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจากการได้เงินมาโดยไม่ชอบของจำเลย โดยให้จำเลยจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์ที่จำเลยละเมิด เพราะโจทก์ได้สูญเสียโอกาสการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หรือการขายลิขสิทธิ์ให้แก่จำเลย กรณีที่โจทก์ไม่เคยอนุญาตให้ใครใช้สิทธิมาก่อน ศาลอาจกำหนดค่าสิทธิให้ในจำนวนที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม

ในบางกรณีค่าขาดประโยชน์หรือค่าสิทธิแต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่ใช่วิธีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมที่สุด ในคดี Gerber Garment Technology, V. Lectra Systems. RPC 443, 486 (CA: 1997) จำเลยขายผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน 25 ชิ้น ขณะที่โจทก์ขายผลงานของตนเองได้เพียง 15 ชิ้น โจทก์ร้องขอค่าขาดกำไรจำนวน 15 ชิ้นงานที่ได้ขายไปและค่าสิทธิสำหรับจำนวน 10 ชิ้นงานที่จำเลยขายโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

นอกจากฐานในการคำนวณค่าเสียหายอันได้แก่ ค่าขาดกำไรและค่าสิทธิแล้ว ในบางกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์อาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ตามมาด้วย เรียกว่า ความเสียหายลำดับรอง (Secondary Losses) เช่น ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบสำหรับความสูญเสียในการลดราคาสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์อันเป็นผลมาจากการแจกจ่ายสินค้าที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย⁵³ ความเสียหายลักษณะดังกล่าวอาจถูกชดเชยด้วยค่าเสียหายที่ตามมา (Parasitic Damages) เช่น

⁵³ *Ibid.*, Work Model Enterprises v. Ecosystem & Clix Interiors. FSR 356, (1996).

ราคาตลาดที่ลดลง (Low-profit margins) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่ถูกอ้างต้องเป็น เรื่องที่อาจสังเกตเห็นได้

3.2.5.2 ค่าเสียหายเพิ่มเติม⁵⁴ (Additional Damages)

ศาลอาจจะพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิด ลิขสิทธิ์อย่างโจ่งแจ้งและผลกำไรใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย การ กำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมต้องคำนึงถึงความยุติธรรมแห่งคดีด้วย ลักษณะของค่าเสียหายเพิ่มเติม ยังไม่ชัดเจนว่าเป็นค่าเสียหายประเภทใด ระหว่างค่าเสียหายเพื่อชดเชย เพื่อเป็นตัวอย่งหรือ ลงโทษ หรือเพื่อให้โจทก์กลับคืนสู่ฐานะเดิม ในคดี *Redrow Homes v. Bett Bros.* ER 385, 391 (1998) ในคดีนี้ศาลกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่โจทก์โดยวางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องพิจารณา ว่าการตัดสินนี้เป็นการลงโทษหรือการชดเชย อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมถือว่าเป็นข้อยกเว้นมากกว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหาย การเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมโจทก์ ต้องแสดงถึงพฤติการณ์พิเศษให้ศาลเห็น โดยศาลอาจคำนึงถึงความประพฤติของจำเลย ประกอบด้วย เช่น พฤติการณ์อันเป็นเหตุบรรเทาโทษ อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหาย เพิ่มเติมจะไม่มีอยู่ในการเยียวยาที่โจทก์เลือกจะรับผลกำไรของจำเลยแทนค่าเสียหายตามปกติ

3.2.5.3 การคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย (Account of profits)

หลักการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย เป็นหลักการเยียวยาตามหลักความยุติธรรม โดยแนวคิดในปัจจุบันของหลักนี้ ก็คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutionary) โดยจำเลยต้องคืน สิ่งที่ตนได้มาให้แก่โจทก์ตามหลักلامิควรได้ (Unjust Enrichment)⁵⁵ การคิดบัญชีผลกำไรของ จำเลยเป็นทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งโจทก์ไม่สามารถเรียกได้ ค่าเสียหายตามปกติหากเลือกที่จะใช้วิธีนี้ เว้นแต่ว่าความสูญเสียที่โจทก์ได้รับกับผลกำไรที่จำเลย ได้รับจากการละเมิดเป็นคนละเรื่องกัน การผสมวิธีการทั้งสองทางไม่ถือว่าเป็นการเยียวยาที่ ซ้ำซ้อน⁵⁶ อย่างไรก็ตาม อาจเป็นการยากที่จะคำนวณถึงผลกำไรของจำเลย ในคดี *My Kinda Town v. Soll.* RPC 15, (1983) ศาลวางหลักไว้โดยกำหนดเป็นวิธีที่เรียกว่า “วิธีการที่เพิ่มขึ้น” (Incremental Approach) ผลกำไรที่อาจเรียกได้นั้น ศาลจะเปรียบเทียบระหว่างผลกำไรของ

⁵⁴*Ibid.*, pp.1027-1028.

⁵⁵William Cornish and David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and allied rights, 5th ed. (London: Sweet&Maxwell, 2003), p.78.

⁵⁶Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law (Oxford University Press, 2002), pp. 1028-1029.

จำเลยที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากการละเมิดหรือจำเลยสร้างขึ้นได้เอง กับผลกำไรที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิด ต่อมาในคดี Potton v. Yorkclose. FSR 11, (1990) ศาลสร้างวิธีการใหม่ที่เรียกว่า “วิธีการจัดสรรแบ่งปัน” (Apportionment Approach) ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้รับ ซึ่งคำนวณโดยนำค่าใช้จ่ายจำเป็นของจำเลย เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกิจการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ รวมไปถึงค่าภาษีด้วย มาหักจากรายได้ที่ได้รับซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยฐานของค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในบทบัญญัติ**มาตรา 98**⁵⁷ กำหนดให้กรณีที่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเกี่ยวข้องอยู่ด้วย จำนวนค่าเสียหายที่โจทก์เรียกได้ต้องไม่เกินสองเท่าของผลกำไรของจำเลย ที่จำเลยพอจะจ่ายได้ในฐานะผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยการอนุญาตนั้นมีการกำหนดระยะเวลาไว้ก่อนที่จะมีการละเมิดครั้งแรก⁵⁸

⁵⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_the_United_Kingdom>

Section 98 Undertaking to take licence of right in infringement proceedings

(1) If in proceedings for infringement of copyright in respect of which a licence is available as of right under section 144 (powers exercisable in consequence of report of Monopolies and Mergers Commission) the defendant undertakes to take a licence on such terms as may be agreed or, in default of agreement, settled by the Copyright Tribunal under that section—

(a) no injunction shall be granted against him,

(b) no order for delivery up shall be made under section 99, and

(c) the amount recoverable against him by way of damages or on an account of profits shall not exceed double the amount which would have been payable by him as licensee if such a licence on those terms had been granted before the earliest infringement.

(2) An undertaking may be given at any time before final order in the proceedings, without any admission of liability.

(3) Nothing in this section affects the remedies available in respect of an infringement committed before licences of right were available.

⁵⁸ Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law. (Oxford university press: 2002.), p.1029.

ในกรณีที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ ศาลต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดของคดี หากคดีนั้นไม่ใช่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิทางทรัพย์สิน หรือการกระทำของโจทก์หรือจำเลยไม่ได้กระทำไปในลักษณะค้าแข่ง รวมถึงความผิดของจำเลยในการละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่จำเลยไม่รู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลมีวิธีการประเมินค่าเสียหาย โดยศาลจะคำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้⁵⁹

1. ศาลต้องตั้งคำถามก่อนว่าการกระทำของโจทก์และจำเลยเป็นการกระทำในทางการค้าที่มีการแข่งขันกันหรือไม่
2. จำเลยได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิจากโจทก์หรือไม่
3. หากมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างโจทก์และจำเลย มีค่าสิทธิที่กำหนดไว้หรือไม่ จำนวนเท่าไร
4. ถ้าไม่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ศาลจะพิจารณาถึงความสูญเสียของโจทก์และการกระทำการแข่งขันของจำเลย

กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ หากโจทก์และจำเลยต่างก็มีความมุ่งหวังในผลกำไรอย่างเดียวกัน ในตลาดเดียวกัน ดังนั้น สิ่งที่จำเลยได้รับก็คือสิ่งที่โจทก์สูญเสีย เช่น โจทก์แสวงหาประโยชน์จากลิขสิทธิ์โดยจำหน่ายหนังสือในจำนวนน้อย ซึ่งเป็นปกแข็งราคาจึงสูง จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์โดยการจำหน่ายหนังสือปริมาณมาก แต่เป็นปกอ่อน ราคาจึงต่ำ การละเมิดลิขสิทธิ์นี้ไม่ได้สร้างความเสียหายเสียในการสูญเสียผลกำไรของการขายหนังสือปกแข็งแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นความเสียหายในการคาดหวังในอนาคต โดยสูญเสียโอกาสที่จะทำหนังสือเป็นปกอ่อนออกขายอีกด้วย จากตัวอย่างนี้การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการสร้างจุดแข็งในการแข่งขันทางการตลาดของจำเลย ดังนั้น ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้โดยอยู่บนฐานของค่าขาดกำไร ค่าสิทธิ ค่าเสียหายเพิ่มเติม และเยียวยาโดยการให้จำเลยคืนผลกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์แก่โจทก์ นอกเหนือไปจากนี้ ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์พยานหลักฐานของโจทก์

กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการค้า อาจเป็นกรณีที่โจทก์ไม่ได้สร้างผลงานเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางทรัพย์สิน ในกรณีเช่นนี้เมื่อจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจไม่สามารถกำหนดเป็นตัวเงินได้ ในบางกรณีศาลจะนำค่าสิทธิ

⁵⁹William Cornish and David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and allied rights, 5thed. (London: sweet & Maxwell, 2003), pp. 75-79.

มากำหนดให้ ซึ่งเสมือนกับเป็นค่าเช่าหรือราคาที่ใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หากว่าไม่เคยมีการกำหนดค่าสิทธิกันมาก่อน ศาลก็จะพิจารณาตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงคุณค่าของผลงานนั้น หรือโจทก์อาจจะเลือกให้มีการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย โดยหักค่าใช้จ่ายจำเป็นออก และเหลือผลกำไรอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ผลกำไรจำนวนดังกล่าวต้องตกเป็นของโจทก์ด้วยเหตุผลตามสมควรได้ ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง⁶⁰ ซึ่งเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจและความรู้สึก ศาลอาจจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้โดยคำนึงถึงความโง่งมของการละเมิดลิขสิทธิ์ และผลประโยชน์ใด ๆ ที่จำเลยได้รับ หรือค่าเสียหายพหุเป็นพิธี (Nominal Damages) ให้ ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีลักษณะเป็นการค้าแข่ง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของค่าสิทธิ ค่าเสียหายเพิ่มเติม และค่าเสียหายพหุเป็นพิธี หรือโจทก์เลือกที่จะใช้วิธีคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยก็ได้

หากเป็นกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต (Innocence) กล่าวคือ จำเลยพิสูจน์ได้ว่าไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยเชื่ออย่างแท้จริงว่าไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเชื่อว่าตนมีสิทธิที่จะทำการนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ แต่โจทก์ยังสามารถเรียกค่าเสียหายโดยวิธีการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยได้

กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เป็นถือว่าเป็นการละเมิดด้วยตัวเอง เช่น ในคดี Chappell v. Graphophone Co., (1914) เป็นคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เพลง โดยจำเลยทำสำเนาโน้ตเพลงโดยพิมพ์ลงในกระดาษ (sheet music) ศาลตัดสินให้จำเลยมีความผิดต้องส่งมอบบันทึกดังกล่าวเพื่อทำลายเสีย ดังนั้น ความเสียหายบางประการอาจเยียวยาด้วยมาตรการอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงินก็อาจเพียงพอต่อความเสียหายแล้ว

3.3 ประเทศแคนาดา

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดา คือ The Copyright Act of 1924 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีต้นแบบมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ (the British Copyright Act 1911)⁶¹ มาการแก้ไขหลักเกณฑ์ในกฎหมายหลายครั้งแต่ยังคงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายลิขสิทธิ์

⁶⁰ *Ibid.*, p. 451.

⁶¹ Alan S. Gutterman and Bentley J. Anderson, Intellectual Property in Global Markets (London: Kluwer Law International Ltd., The Hague-Boston, 1997), p. 90.

ของประเทศอังกฤษรวมไปถึงแนววินิจฉัยของศาลอังกฤษอีกด้วย ทั้งนี้ ลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองทันทีที่งานสร้างสรรค์ได้มีขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม หากมีการจดทะเบียนจะทำให้ได้รับสิทธิประโยชน์มากขึ้น ใบรับรองการจดทะเบียนนั้นจะเป็นหลักฐานที่ทำให้สันนิษฐานได้ว่างานนั้นมีลิขสิทธิ์ และเจ้าของที่ได้ทำการจดทะเบียนจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น ในกรณีที่จำเลย หรือผู้กระทำละเมิด จะอ้างว่าไม่รู้ ไม่ได้ตั้งใจ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่างานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ได้ แต่หากลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้มีการจดทะเบียน และจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่าเขาไม่รู้ และไม่มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่างานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ จะทำให้การเยียวยาเพียงอย่างเดียวที่โจทก์สามารถจะร้องขอได้ คือ การขอความคุ้มครองชั่วคราว

การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยปราศจากการขออนุญาต การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เว้นแต่เป็นการใช้ตามหลักการใช้อย่างยุติธรรม⁶² เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์มีมาตรการเยียวยาทางแพ่งทั้งในลักษณะที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน กล่าวคือ มาตรการเยียวยาที่มีลักษณะไม่เป็นตัวเงิน ได้แก่ การบรรเทาความเสียหายโดยคำสั่งห้ามของศาล (Injunction Relief) การส่งมอบคืนซึ่งสินค้าที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์และสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และการอายัดสิ่งของดังกล่าว (Recovery of possession and Seizure) ส่วนมาตรการเยียวยาที่เป็นตัวเงิน ได้แก่ ค่าเสียหาย (Damages) ผลกำไรของผู้ทำละเมิด (Account of profit) และค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย (Statutory Damages) และค่าเสียหายที่เกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Exemplary or Punitive Damages)

Copyright Act of 1924 บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในบทที่ ค-42 (Chapter C-42) ส่วนที่ 4 การเยียวยาทางแพ่ง (Part IV Remedies: Civil remedies) ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

3.3.1 คำสั่งห้ามของศาล (Injunction Relief)

การขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เป็นวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำตัดสิน โดยรายละเอียดมีบัญญัติไว้ 3 มาตรา คือ

⁶² *Ibid.*, p. 96.

มาตรา 39⁶³ บัญญัติว่า “(1) ภายใต้อนุมาตรา (2) ในกระบวนการพิจารณาคดี ละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับการเยียวยาใด ๆ เว้นแต่กรณีที่จำเลยพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่างานนั้นมีลิขสิทธิ์

(2) อนุมาตรา (1) ไม่นำมาปรับใช้ในกรณีที่มีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมาย นี้ก่อนการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น”

มาตรา 39.1⁶⁴ บัญญัติว่า “(1) เมื่อศาลมีคำสั่งห้ามเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาล อาจกำหนดข้อห้ามเพิ่มขึ้นกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยหากปรากฏว่า

⁶³<<http://laws.justice.gc.ca/en/C-42/>>

Section 39. (1) Subject to subsection (2), in any proceedings for infringement of copyright, the plaintiff is not entitled to any remedy other than an injunction in respect of the infringement if the defendant proves that, at the date of the infringement, the defendant was not aware and had no reasonable ground for suspecting that copyright subsisted in the work or other subject-matter in question.

(2) Subsection (1) does not apply if, at the date of the infringement, the copyright was duly registered under this Act.

⁶⁴ Section 39.1 (1) When granting an injunction in respect of an infringement of copyright in a work or other subject-matter, the court may further enjoin the defendant from infringing the copyright in any other work or subject-matter if

(a) the plaintiff is the owner of the copyright or the person to whom an interest in the copyright has been granted by licence; and

(b) the plaintiff satisfies the court that the defendant will likely infringe the copyright in those other works or subject-matter unless enjoined by the court from doing so.

(2) An injunction granted under subsection (1) may extend to works or other subject-matter

(a) in respect of which the plaintiff was not, at the time the proceedings were commenced, the owner of the copyright or the person to whom an interest in the copyright has been granted by licence; or

(b) that did not exist at the time the proceedings were commenced.

(ก) โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในลิขสิทธิ์โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และ

(ข) โจทก์แสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเลยคล้ายจะทำการละเมิดลิขสิทธิ์ เว้นแต่เป็นคำสั่งของศาล

(2) คำสั่งห้ามของศาลภายใต้อนุมาตรา (1) ขอบเขตของงานหรือวัตถุแห่งนั้นอื่น

(ก) อาจเกี่ยวกับการที่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในลิขสิทธิ์โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้กล่าวถึงมาก่อนเวลาเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือ

(ข) ไม่มีอยู่ ณ เวลาที่การพิจารณาเริ่มต้น”

มาตรา 40⁶⁵ บัญญัติว่า “(1) การก่อสร้างอาคารหรือการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างอื่นที่ซึ่งละเมิดหรือถ้าเสร็จสิ้นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในบางส่วนของงานก็ดี เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการก่อสร้างนั้นหรือคำสั่งรื้อถอน

(2) ไม่นำอนุมาตรา (1) ไปปรับใช้กับกรณีใด ๆ ที่เกี่ยวกับมาตรา 38 และมาตรา 42”

จากทั้งสามมาตราสามารถสรุปได้ว่า โจทก์สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามได้ในเวลา ก่อนมีการเริ่มพิจารณาคดีและในระหว่างพิจารณาคดี ซึ่งโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้นำลิขสิทธิ์ไปจดทะเบียนก่อนมีการละเมิดลิขสิทธิ์หนทางเดียวที่มีเพียงการขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามเท่านั้น⁶⁶ และในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น โจทก์ไม่มีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้มีการก่อสร้างหรือทำลายสิ่งก่อสร้างดังกล่าว

⁶⁵ Section 40. (1) Where the construction of a building or other structure that infringes or that, if completed, would infringe the copyright in some other work has been commenced, the owner of the copyright is not entitled to obtain an injunction in respect of the construction of that building or structure or to order its demolition.

(2) Sections 38 and 42 do not apply in any case in respect of which subsection (1) applies.

⁶⁶ Alan S. Gutterman and Bentley J. Anderson, *Intellectual Property in Global Markets*. (London: Kluwer Law International Ltd., The Hague-Boston: 1997.), p.97.

3.3.2 การส่งมอบการครอบครองและการอายัด (Recovery possession and Seizure)

มาตรา 38⁶⁷ บัญญัติว่า “(1) ภายใต้อนุมาตรา (2) เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหรือวัตถุ
 แห่งนี้อื่นสามารถ

⁶⁷ <<http://laws.justice.gc.ca/en/C-42/>>

Section 38. (1) Subject to subsection (2), the owner of the copyright in a work or other subject-matter may

(a) recover possession of all infringing copies of that work or other subject-matter, and of all plates used or intended to be used for the production of infringing copies, and

(b) take proceedings for seizure of those copies or plates before judgment if, under the law of Canada or of the province in which those proceedings are taken, a person is entitled to take such proceedings,

as if those copies or plates were the property of the copyright owner.

(2) On application by

(a) a person from whom the copyright owner has recovered possession of copies or plates referred to in subsection (1),

(b) a person against whom proceedings for seizure before judgment of copies or plates referred to in subsection (1) have been taken, or

(c) any other person who has an interest in those copies or plates,

a court may order that those copies or plates be destroyed, or may make any other order that it considers appropriate in the circumstances.

(3) Before making an order under subsection (2), the court shall direct that notice be given to any person who has an interest in the copies or plates in question, unless the court is of the opinion that the interests of justice do not require such notice to be given.

(4) In making an order under subsection (2), the court shall have regard to all the circumstances, including

(ก) ขอให้มีการส่งมอบการครอบครองสำเนาที่เกิดจากการละเมิดทั้งหลายและแม่พิมพ์โลหะที่ใช้หรือตั้งใจจะใช้เพื่อในการผลิตสำเนาอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และ

(ข) ขอให้อายัดสำเนาหรือแม่พิมพ์โลหะทั้งหลายในระหว่างการพิจารณาก่อนศาลตัดสิน ภายใต้กฎหมายแห่งแคนาดาหรือกฎหมายของของมลรัฐที่ซึ่งกำลังพิจารณาคำสั่งเหล่านั้น รวมถึงบุคคลที่มีสิทธิในกระบวนการพิจารณาเช่นนั้นด้วย

ถือว่าสำเนาหรือแม่พิมพ์เหล่านั้นเป็นทรัพย์สินของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง

(2) คำสั่งมีผลไปยัง

(ก) บุคคลผู้ซึ่งถูกเจ้าของลิขสิทธิ์สั่งให้ส่งมอบการครอบครองสำเนาหรือแม่พิมพ์โลหะทั้งหลายตามอนุมาตรา (1)

(ข) บุคคลผู้ซึ่งขัดขวางกระบวนการอายัดสำเนาหรือแม่พิมพ์โลหะทั้งหลายก่อนการตัดสินซึ่งอ้างไว้ภายใต้อนุมาตรา (1) หรือ

(ค) บุคคลอื่นใดซึ่งมีส่วนได้เสียกับสำเนาหรือแม่พิมพ์โลหะเหล่านั้น

ศาลอาจสั่งให้ทำลายสำเนาหรือแม่พิมพ์ทั้งหลาย หรืออาจมีคำสั่งอื่นซึ่งพิจารณาตามความเหมาะสมกับพฤติการณ์แวดล้อม

(3) ก่อนมีคำสั่งภายใต้อนุมาตรา (2) ศาลแจ้งให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในสำเนาหรือแม่พิมพ์ทั้งหลายทราบโดยตรง เว้นแต่ศาลเห็นว่าตามความยุติธรรมของส่วนได้เสียนั้นไม่มีความจำเป็นที่ต้องแจ้งให้ทราบ

(4) คำสั่งภายใต้อนุมาตรา (2) ศาลต้องคำนึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมถึง

(ก) สัดส่วนที่เหมาะสม ความสำคัญและมูลค่าของสำเนาที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือแม่พิมพ์โลหะทั้งหลายเทียบกับวัสดุหรือส่วนที่ทำให้เป็นรูปเป็นร่าง และ

(ข) ขอบเขตซึ่งสำเนาที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือแม่พิมพ์โลหะที่สร้างโดยมีรูปแบบหลากหลาย หรือความแตกต่างของส่วนที่แยกออกมา วัสดุหรือส่วนที่ทำให้เป็นรูปเป็นร่าง

(a) the proportion, importance and value of the infringing copy or plate, as compared to the substrate or carrier embodying it; and

(b) the extent to which the infringing copy or plate is severable from, or a distinct part of, the substrate or carrier embodying it.

(5) Nothing in this Act entitles the copyright owner to damages in respect of the possession or conversion of the infringing copies or plates.

(5) กฎหมายนี้ไม่ได้ให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวกับการครอบครองหรือการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นในสำเนาที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือแม่พิมพ์โลหะทั้งหลาย"

ในระหว่างการพิจารณาคดีหรือหลังจากศาลตัดสิน โจทก์อาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยส่งมอบสำเนาที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์รวมถึงแม่พิมพ์โลหะที่ได้ใช้หรือตั้งใจจะใช้ในการผลิตสิ่งของอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และอาจขอให้ศาลมีคำสั่งอายัดสิ่งของเหล่านั้นด้วย ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 (4) หากสิ่งของดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่นหรือบุคคลอื่นมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย บุคคลดังกล่าวต้องส่งมอบตามคำสั่งศาล ทั้งนี้ โจทก์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายอันเกี่ยวกับการมอบการครอบครองและการอายัดทรัพย์สินดังกล่าว

3.3.3 การเยียวยาด้วยค่าเสียหาย

โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตราต่อไปนี้

มาตรา 34⁶⁸ บัญญัติว่า "(1) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด ภายใต้กฎหมายนี้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับการเยียวยาโดยคำสั่งห้าม ค่าเสียหาย การคิดบัญชีผลกำไร การส่งมอบ และวิธีอื่นใดที่เทียบเคียงโดยกฎหมายสำหรับการละเมิดสิทธิ

⁶⁸Section 34. (1) Where copyright has been infringed, the owner of the copyright is, subject to this Act, entitled to all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

(2) In any proceedings for an infringement of a moral right of an author, the court may grant to the author or to the person who holds the moral rights by virtue of subsection 14.2(2) or (3), as the case may be, all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

(3) The costs of all parties in any proceedings in respect of the infringement of a right conferred by this Act shall be in the discretion of the court.

(2) กระบวนการพิจารณากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ (Moral right) ของผู้สร้างสรรค์ ศาลอาจกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลผู้ซึ่งถือครองสิทธิดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามอนุมาตรา 14.2 (2) หรือ (3) ได้รับการเยียวยาโดยคำสั่งห้ามของศาล ค่าเสียหาย การคิดบัญชีผลกำไร การส่งมอบ และวิธีอื่นใดที่เทียบเคียงโดยกฎหมายสำหรับการละเมิดสิทธิ

(3) ค่าใช้จ่ายของคู่ความทั้งสองในกระบวนการพิจารณาซึ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิที่เทียบเคียงโดยกฎหมายนี้จะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของศาล

(4) ตามกระบวนการพิจารณาจะเริ่มหรือดำเนินการโดยการคำขอหรือการดำเนินคดี ในกรณีที่เป็นคำขอต้องรับฟังและยุติคดีโดยไม่ชักช้าและเป็นไปโดยรวบรัด

(ก) กระบวนการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือธรรมสิทธิ

(ข) กระบวนการพิจารณาภายใต้มาตรา 44.1, 44.2 หรือ 44.4 และ

(ค) กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้อง

(4) The following proceedings may be commenced or proceeded with by way of application or action and shall, in the case of an application, be heard and determined without delay and in a summary way:

(a) proceedings for infringement of copyright or moral rights;

(b) proceedings taken under section 44.1, 44.2 or 44.4; and

(c) proceedings taken in respect of

(i) a tariff certified by the Board under Part VII or VIII, or

(ii) agreements referred to in section 70.12.

(5) The rules of practice and procedure, in civil matters, of the court in which proceedings are commenced by way of application apply to those proceedings, but where those rules do not provide for the proceedings to be heard and determined without delay and in a summary way, the court may give such directions as it considers necessary in order to so provide.

(6) The court in which proceedings are instituted by way of application may, where it considers it appropriate, direct that the proceeding be proceeded with as an action.

(7) In this section, "application" means a proceeding that is commenced other than by way of a writ or statement of claim.

- (i) การรับรองการจัดเก็บภาษีโดยคณะกรรมการภายใต้ส่วนที่ 7 หรือส่วนที่ 8 หรือ
- (ii) ข้อตกลงที่กล่าวอ้างอยู่ในมาตรา 70.12

(5) เกณฑ์ในการปฏิบัติและวิธีดำเนินการทางแพ่งของศาลซึ่งกระบวนการเริ่มโดยวิธีการปรับใช้ดังกล่าวมาแล้ว หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช่สำหรับกระบวนการรับฟังและยุติคดีโดยปราศจากความล่าช้าและเป็นไปโดยรวดเร็ว ศาลสามารถกำหนดทิศทางซึ่งพิจารณาโดยจำเป็นแล้วสำหรับคำสั่งเช่นว่านั้น

(6) หากกระบวนการพิจารณาในศาลเป็นการฟ้องคดีโดยวิธีการร้องขอ ศาลจะพิจารณาอย่างเหมาะสมซึ่งทิศทางอันเป็นกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสมในการดำเนินคดี

(7) ในมาตรานี้ การร้องขอ หมายความว่าถึงกระบวนการพิจารณาที่เริ่มต้นนอกจากไปจากหมายศาลหรือคำฟ้องเรียกค่าเสียหาย”

มาตรา 35⁶⁹ บัญญัติว่า “(1) บุคคลผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เท่าที่เค้าได้รับเพราะการละเมิดนั้น อนึ่ง ค่าเสียหายเหล่านั้น ส่วนของผลกำไรที่ผู้ละเมิดได้จากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะไม่นำไปพิจารณาคำนวณรวมกับค่าเสียหายที่ศาลพิจารณาให้อย่างยุติธรรม

(2) วิธีการพิสูจน์ผลกำไร

(a) โจทก์ควรจะต้องพิสูจน์เพียงจำนวนเงินที่ได้รับหรือรายได้ที่มาจาก การละเมิดลิขสิทธิ์ และ

(b) จำเลยควรจะต้องพิสูจน์ทุกส่วนของค่าใช้จ่ายที่จำเลยกล่าวอ้าง”

⁶⁹ Section 35. (1) Where a person infringes copyright, the person is liable to pay such damages to the owner of the copyright as the owner has suffered due to the infringement and, in addition to those damages, such part of the profits that the infringer has made from the infringement and that were not taken into account in calculating the damages as the court considers just.

(2) In proving profits,

(a) the plaintiff shall be required to prove only receipts or revenues derived from the infringement; and

(b) the defendant shall be required to prove every element of cost that the defendant claims.

มาตรา 36⁷⁰ บัญญัติว่า “(1) ภายใต้มาตรานี้ เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดที่ได้สิทธิมา สิทธิในการครอบครองหรือมีส่วนได้เสียโดยการโอนสิทธิหรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิ สามารถเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาภายใต้ชื่อของเขาเอง ในการป้องกันและบังคับสิทธิใดๆที่เขาถืออยู่ รวมถึงขอบเขตของสิทธิ สิทธิในการครอบครองและส่วนได้เสียได้รับสิทธิในการเยียวยาตามกฎหมายนี้

(2) กระบวนการพิจารณาตามอนุมาตรา (1) หากดำเนินโดยบุคคลนอกเหนือไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเป็นคู่ความด้วยในกระบวนการพิจารณาดังกล่าว เว้นแต่

⁷⁰ Section 36. (1) Subject to this section, the owner of any copyright, or any person or persons deriving any right, title or interest by assignment or grant in writing from the owner, may individually for himself or herself, as a party to the proceedings in his or her own name, protect and enforce any right that he or she holds, and, to the extent of that right, title and interest, is entitled to the remedies provided by this Act.

(2) Where proceedings referred to in subsection (1) are taken by a person other than the copyright owner, the copyright owner must be made a party to those proceedings, except

(a) in respect of proceedings taken under section 44.1, 44.2 or 44.4;

(b) in respect of interlocutory proceedings unless the court is of the opinion that the interests of justice require the copyright owner to be a party; and

(c) in any other case, if the court is of the opinion that the interests of justice do not require the copyright owner to be a party.

(3) A copyright owner who is made a party to proceedings pursuant to subsection (2) is not liable for any costs unless the copyright owner takes part in the proceedings.

(4) Where a copyright owner is made a party to proceedings pursuant to subsection (2), the court, in awarding damages or profits, shall, subject to any agreement between the person who took the proceedings and the copyright owner, apportion the damages or profits referred to in subsection 35(1) between them as the court considers appropriate.

(ก) เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาภายใต้มาตรา 44.1, 44.2, หรือ 44.4

(ข) เกี่ยวกับกระบวนการชั่วคราว เว้นแต่ศาลเห็นควรว่าต้องให้เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นคู่ความด้วยเพื่อส่วนได้เสียตามความยุติธรรม

(ค) ในกรณีใด ๆ หากศาลเห็นควรว่าส่วนได้เสียตามความยุติธรรมไม่จำเป็นต้องมีเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นคู่ความด้วย

(3) เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ต้องเข้ามาเป็นคู่ความตามกระบวนการพิจารณาดังกล่าวตามอนุมาตรา (2) ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายใด ๆ เว้นแต่เจ้าของลิขสิทธิ์เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว

(4) เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ต้องเข้ามาเป็นคู่ความตามกระบวนการพิจารณาดังกล่าวตามอนุมาตรา (2) ศาลจะกำหนดค่าเสียหายหรือผลกำไรภายใต้ข้อตกลงใด ๆ ระหว่างบุคคลผู้ดำเนินกระบวนการและเจ้าของลิขสิทธิ์ การแบ่งสัดส่วนค่าเสียหายหรือผลกำไรเป็นไปตามมาตรา 35 (1) ระหว่างบุคคลทั้งสองตามที่ศาลพิจารณาอย่างเหมาะสม”

มาตรา 38.1⁷¹ บัญญัติว่า “(1) ภายใต้มาตรานี้ ในเวลาใด ๆ ก่อนศาลตัดสินคดี เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกการชดใช้ตามมาตรานี้ แทนค่าเสียหายและผลกำไรตามมาตรา 35 (1)

⁷¹ Section 38.1 (1) Subject to this section, a copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of damages and profits referred to in subsection 35(1), an award of statutory damages for all infringements involved in the proceedings, with respect to any one work or other subject-matter, 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 \$500 or more than \$20,000 as the court considers just.

(2) Where a copyright owner has made an election under subsection (1) and the defendant satisfies the court that the defendant was not aware and had no reasonable grounds to believe that the defendant had infringed copyright, the court may reduce the amount of the award to less than \$500, but not less than \$200.

(3) Where

(a) there is more than one work or other subject-matter in a single medium, and

การกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายสำหรับการละเมิดทั้งหมดซึ่งมีส่วนร่วมในกระบวนการ

(b) the awarding of even the minimum amount referred to in subsection (1) or (2) would result in a total award that, in the court's opinion, is grossly out of proportion to the infringement,

the court may award, with respect to each work or other subject-matter, such lower amount than \$500 or \$200, as the case may be, as the court considers just.

(4) Where the defendant has not paid applicable royalties, a collective society referred to in section 67 may only make an election under this section to recover, in lieu of any other remedy of a monetary nature provided by this Act, an award of statutory damages in a sum of not less than three and not more than ten times the amount of the applicable royalties, as the court considers just.

(5) In exercising its discretion under subsections (1) to (4), the court shall consider all relevant factors, including

- (a) the good faith or bad faith of the defendant;
- (b) the conduct of the parties before and during the proceedings; and
- (c) the need to deter other infringements of the copyright in question.

(6) No statutory damages may be awarded against

- (a) an educational institution or a person acting under its authority that has committed an act referred to in section 29.6 or 29.7 and has not paid any royalties or complied with any terms and conditions fixed under this Act in relation to the commission of the act;

- (b) an educational institution, library, archive or museum that is sued in the circumstances referred to in section 38.2; or

- (c) a person who infringes copyright under paragraph 27(2)(e) or section 27.1, where the copy in question was made with the consent of the copyright owner in the country where the copy was made.

(7) An election under subsection (1) does not affect any right that the copyright owner may have to exemplary or punitive damages.

พิจารณาอันเนื่องมาจากผลงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งของบุคคลใด สำหรับผู้ละเมิดหนึ่งคนต้องรับผิดชอบโดยส่วนตัว สำหรับผู้ละเมิดสองคนหรือมากกว่านี้ ต้องรับผิดชอบร่วมกันและตามลำดับ โดยไม่น้อยไปกว่า 500 ดอลลาร์ หรือไม่มากไปกว่า 20,000 ดอลลาร์ ตามที่ศาลพิจารณาอย่างเป็นธรรม

(2) เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์เลือกตามอนุมาตรา (1) และจำเลยแสดงให้ศาลเห็นจนเป็นที่พอใจว่า จำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจกำหนดลดลงในจำนวนน้อยที่สุดไม่ต่ำกว่า 200 ดอลลาร์

(3) หากในกรณี

(ก) มีมากกว่าหนึ่งงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งอื่น

(ข) การกำหนดค่าเสียหายแม้จะเป็นจำนวนที่น้อยที่สุด ตามอนุมาตรา (1) หรือ (2) ส่งผลให้เกิดยอดรวมซึ่งกำหนดโดยดุลยพินิจของศาล อันเป็นยอดรวมที่ยังไม่ได้หักจำนวนใด ๆ ออก

ศาลอาจกำหนดเนื่องมาจากแต่ละงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งอื่น โดยไม่น้อยกว่า 500 ดอลลาร์ หรือ 200 ดอลลาร์ โดยศาลจะพิจารณาตามกรณีอย่างยุติธรรม

(4) หากจำเลยไม่จ่ายค่าสิทธิที่เหมาะสม สมาคมร่วมในมาตรา 67 อาจจะไม่เลือกการชดใช้ภายใต้มาตรานี้ แทนการเยียวยาที่เป็นตัวเงินอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ การกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายต้องไม่น้อยกว่าสามเท่า และไม่เกินสิบเท่าของจำนวนค่าสิทธิที่เหมาะสม ตามที่ศาลพิจารณาอย่างเป็นธรรม

(5) การใช้ดุลยพินิจตามอนุมาตรา (1) ถึง (4) ศาลต้องพิจารณาปัจจัยเกี่ยวข้องทั้งหมดซึ่งรวมไปถึง

(ก) ความสุจริตหรือไม่สุจริตของจำเลย

(ข) ความประพฤติก่อนและระหว่างกระบวนการพิจารณา และ

(ค) ความจำเป็นอื่นในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

(6) ไม่มีการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย

(ก) สถาบันการศึกษา หรือนักแสดงภายใต้การอนุญาตซึ่งเป็นการกระทำ ความผิดตามมาตรา 29.6 หรือ 29.7 และไม่ชำระค่าสิทธิแต่อย่างใดหรือได้ปฏิบัติตามระยะเวลาใดหรือเงื่อนไขใดภายใต้กฎหมายนี้เนื่องจากอำนาจที่ทำได้ตามกฎหมาย

(ข) สถาบันการศึกษา ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือพิพิธภัณฑ์ที่ถูกฟ้องในพฤติการณ์ตามมาตรา 38.2 หรือ

(ค) บุคคลผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้วรรค 27 (2) (จ) หรือมาตรา 27.1 ที่ซึ่งสำเนาดังกล่าวทำขึ้นด้วยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์ในประเทศที่ซึ่งสำเนาถูกสร้าง

(7) การเลือกภายใต้อนุมาตรา (1) ไม่กระทบสิทธิใด ๆ ที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับในค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สรุปได้ว่า โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ดังต่อไปนี้

แนวความคิดในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นไปตามแนวความคิดในเรื่องการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดทั่วไป โดยมีความประสงค์จะให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิด ความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับต้องเกิดจากการละเมิดจึงจะสามารถได้รับการเยียวยาได้ ทั้งนี้ ความเสียหายต้องเล็งเห็นได้และไม่ไกลกว่าเหตุ ดังนั้น ค่าเสียหายจึงเป็นการชดเชยมากกว่าเป็นการลงโทษ

นอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายแล้ว กฎหมายยังอนุญาตให้ผู้สร้างสรรคที่ซึ่งกรรมสิทธิถูกละเมิด หรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียวหรือเพียงบางส่วนก็มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายเช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

หากงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ได้รับการจดทะเบียนก่อนมีการละเมิดเกิดขึ้น เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ วิธีการเยียวยาทางเดียวที่ทำได้คือขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเท่านั้น แต่ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าจำเลยผู้ละเมิดรู้งานนั้นมีลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย ประเภทค่าเสียหายที่โจทก์เรียกได้มีดังนี้⁷²

3.3.3.1 ค่าเสียหาย (Damages)

ค่าเสียหายที่โจทก์เรียกได้ต้องเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยความเสียหายนั้นต้องเล็งเห็นได้และไม่ไกลกว่าเหตุ โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่ตนได้รับซึ่งรวมไปถึงจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงที่ตนได้รับ โดยการคำนวณหาค่าเสียหายที่แท้จริงนั้น โจทก์อาจคำนวณบนฐานต่อไปนี้

ค่าขาดกำไร (Lost Profits) คือ จำนวนเงินที่โจทก์ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น โดยการคำนวณหาค่าขาดกำไรนั้นอาจเกิดขึ้นจากการขาดรายได้จากการขาย (lost profits on lost sales) ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงจำนวนการขายทั้งหมดก่อนละเมิดเทียบกับจำนวน

⁷²<http://www.coleandpartners.com/pdf/Damages_Calculations.pdf>

การขายภายหลังจากการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้ว โดยศาลจะคำนึงถึงฐานะทางการตลาดของโจทก์และจำเลย การแข่งขันทางการตลาดที่มีอยู่และส่วนแบ่งทางการตลาด (market share) นอกจากนี้ การขาดกำไรอาจเกิดจากสาเหตุอื่น เช่น การแข่งขันกันทางด้านราคาอันเกิดจากการขายราคาเต็มและการลดราคา เป็นต้น หากโจทก์ไม่สามารถคำนวณค่าขาดกำไรได้ ศาลอาจนำค่าสิทธิมาเป็นเกณฑ์

ค่าสิทธิ (Royalties) โดยทั่วไปโจทก์จะเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากฐานของค่าขาดกำไรมากกว่าค่าสิทธิ เพราะค่าสิทธิมักเป็นเรื่องที่โจทก์และจำเลยตกลงกันมาก่อน หากในกรณีที่โจทก์ไม่เคยกำหนดค่าสิทธิมาก่อนหรือมีการตกลงให้ใช้สิทธิแต่ไม่กำหนดราคาค่าตอบแทนไว้ ศาลอาจกำหนดให้ตามความเหมาะสมซึ่งขึ้นอยู่กับมูลค่าของลิขสิทธิ์นั้นและราคาตลาด หรือศาลอาจกำหนดให้ตามเกณฑ์ 25 เปอร์เซ็นต์ (The 25 percent royalty rule) กล่าวคือ กฎนี้สร้างขึ้นบนพื้นฐานของการประเมินผลกำไรโดยสมมุติระหว่างผู้อนุญาตกับผู้รับอนุญาต โดยคำนึงถึงการลงทุนและความเสี่ยง โดยปกติผู้รับอนุญาตย่อมได้รับความเสี่ยงจากการลงทุนทางด้านอุตสาหกรรมการผลิต ธุรกิจการค้า การแข่งขันกันในตลาด ในขณะที่ผู้อนุญาตได้ให้ความแข็งแกร่งทางด้านวิทยาการผลิต ดังนั้น ผู้อนุญาตควรได้รับค่าตอบแทนเป็นจำนวน 25% ของผลกำไรที่อาจขาดการณืได้จากผลกำไรทั้งหมดของผู้รับอนุญาต

3.3.3.2 ผลกำไรของผู้ทำละเมิด (Account of profit)

ในกรณีที่โจทก์จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้โดยเรียกให้จำเลยส่งมอบผลกำไรที่ได้จากการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลต้องคำนึงเสมอว่าไม่เป็นการชดเชยที่ซ้ำซ้อนกัน และการคำนวณผลกำไรของจำเลยที่ได้จากการละเมิดจะไม่นำไปคำนวณรวมกับค่าเสียหาย ดังนั้น โจทก์มีสิทธิเรียกคืนในผลกำไรของจำเลยได้ต่อเมื่อความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริงเกินกว่าค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการค้าแข่งกับโจทก์ ค่าเสียหายที่แท้จริงอาจเท่ากับผลกำไรของจำเลยที่ได้จากการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ โจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงรายได้ของจำเลยจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนจำเลยมีหน้าที่พิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่อาจนำมาหักจากรายได้ได้ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล

3.3.3.3 ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย (Statutory Damages)

ในเวลาใด ๆ ก่อนศาลพิพากษา โจทก์อาจเลือกที่จะรับค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายที่กำหนดไว้แทนค่าเสียหายและผลกำไร โดยกฎหมายลิขสิทธิ์จะกำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายเอาไว้ดังที่ปรากฏในมาตรา 38.1 โดยการกำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวศาลจะใช้ดุลยพินิจพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นทั้งหมดในกระบวนการพิจารณาซึ่งการ

กำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายนี้จะกำหนดให้ต่อหนึ่งผลงานที่ถูกละเมิด⁷³ หากการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดจากบุคคลหลายคน บุคคลเหล่านั้นก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบส่วน หากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรที่เชื่อได้ว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวให้โดยไม่น้อยกว่า 200 ดอลลาร์ การกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายนี้ ศาลต้องคำนึงถึงเจตนาของจำเลย ความประพฤติก่อนและระหว่างพิจารณาคดี และสุดท้ายศาลต้องคำนึงถึงการเยียวยาความเสียหายในลักษณะอื่นประกอบกัน ตัวอย่างในคดี *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Yang*, FC 1179 (2007)⁷⁴ โจทก์เลือกที่จะให้ศาลกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย ซึ่งศาลกำหนดให้ในจำนวน 20,000 ดอลลาร์ต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละชิ้นรวมสองชิ้นจึงเท่ากับ 40,000 ดอลลาร์ โดยศาลได้คำนึงถึงเจตนาและความประพฤติก่อนและระหว่างพิจารณาคดี ในคดีนี้จำเลยได้รู้อยู่แล้วว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยการปลอมผลิตภัณฑ์และนำไปขาย ถึงรู้เช่นนั้นว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น จำเลยก็ยังทำการฝ่าฝืนสิทธิต่อไป ผลการตัดสินที่โจทก์ได้รับมาสองครั้งก่อนหน้านี้เป็นการยับยั้งการขายผลิตภัณฑ์ แต่การละเมิดเช่นนั้นยังคงมีอยู่ต่อไป จำเลยพยายามปกปิดการกระทำดังกล่าว การกระทำของจำเลยมีลักษณะเป็นการพิสูจน์หลักฐานโดยทุจริตและมีความประพฤติก่อนสมควรได้รับการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายในจำนวนสูง และในคดีนี้โจทก์ยังร้องขอต่อศาลให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วยซึ่งศาลพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดีและความประพฤติก่อนของจำเลยแล้ว ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวน 100,000 ดอลลาร์ ให้แก่โจทก์

3.3.3.4 ค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(Exemplary or Punitive Damages)

มาตรา 38.1 (7) ไม่ได้บัญญัติไว้ละเอียดว่ากรณีใดที่โจทก์จะสามารถเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากหลักทั่วไปของค่าเสียหายชนิดนี้ที่โจทก์จะเรียกค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ต่อเมื่อโจทก์พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการกระทำโดยจงใจอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม มีคดีที่ศาลได้ตัดสินกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจำเลยเป็นจำนวนถึง 100,000 ดอลลาร์ ในคดี *Manitoba Inc. v. Parks*, NSCA 36 (CanLII: 2007)⁷⁵ ในคดีนี้ศาลตัดสินให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยให้เหตุผลว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะกำหนดให้ในกรณีที่จำเลยมีความประพฤติก่อนร้าย

⁷³ *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Yang*, FC 1179 (2007)

⁷⁴ <<http://ca.vlex.com/vid/38637017>>

⁷⁵ <www.courts.ns.ca/decisions_recent/documents/2008nsca84.pdf>

โดยนิตยซึ่งเป็นการพิจารณาในลักษณะที่เป็นผลกรรมคืบสนองหรือลงโทษ ในกรณีนี้ที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะพฤติกรรมของจำเลยได้วางแผนและไตร่ตรอง โดยความตั้งใจและมีเจตนาที่คืบโอกาสในทางธุรกิจแฟรนไชส์ (franchise สิทธิในการเป็นผู้แทนจำหน่าย) ของโจทก์ โดยมีหลักฐานแสดงว่าจำเลยคือแพ่งกระทำโดยฝ่าฝืน จำเลยทำการปกปิดและพยายามปิดบังความประพฤติผิดของตนในลักษณะที่ทำเป็นตาบอดโดยจงใจ (Willfully Blind) ว่าตนไม่รู้ว่าความประพฤติเช่นนั้นเป็นความผิดและในที่สุดตั้งแต่ที่จำเลยเริ่มทำธุรกิจลักษณะผู้แทนจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยคำทำไรเกินควรมาโดยตลอด ดังนั้น จึงเป็นที่ขัดแย้งแห่งคดีในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้ว่าในมาตรา 35 ไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษเอาไว้ แต่มันควรมีอยู่โดยศาลสามารถให้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวได้ตามพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี⁷⁶ ในคดี Apotex Inc. v. Merck & Co. FCA 291 (CanLII: 2003)⁷⁷ การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจะใช้ในพฤติการณ์ที่ความประพฤติของจำเลยในการละเมิดลิขสิทธิ์กระทำด้วยความชั่วร้าย ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นการลงโทษพฤติกรรมเหล่านั้น และถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายตามกระบวนการทางแพ่ง

จากการเรียกค่าเสียหายที่กล่าวมาข้างต้น หากในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้มีลักษณะเป็นการค้าแข่ง การเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากค่าขาดประโยชน์อาจทำได้ยาก ดังนั้น โจทก์อาจใช้เกณฑ์ในเรื่องค่าสิทธิหากโจทก์เคยได้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้มาก่อน หรือผลกำไรของผู้ทำละเมิด โดยศาลต้องคำนึงถึงกิจการของโจทก์และจำเลยเป็นสำคัญ ดังนั้น เมื่อยากต่อการพิสูจน์ โจทก์มักเลือกที่จะให้ศาลกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย และหากพิสูจน์ได้ว่าจำเลยจงใจละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจพิจารณาให้ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ตามความเหมาะสมของพฤติการณ์ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายอันเป็นเชิงลงโทษเอาไว้

3.4 ประเทศออสเตรเลีย

การคุ้มครองลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ The Copyright Act 1968 ภายใต้

⁷⁶ Manitoba Inc. v. Parks, NSCA 36 (CanLII: 2007)

⁷⁷ <<http://ca.vlex.com/vid/38612262>>

กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในส่วนที่ 5 (Part V—Remedies and offences) ได้แก่ มาตราดังต่อไปนี้

มาตรา 115⁷⁸ การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ บัญญัติว่า

⁷⁸ <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/>

Section 115. Actions for infringement

(1) Subject to this Act, the owner of a copyright may bring an action for an infringement of the copyright.

(2) Subject to this Act, the relief that a court may grant in an action for an infringement of copyright includes an injunction (subject to such terms, if any, as the court thinks fit) and either damages or an account of profits.

(3) Where, in an action for infringement of copyright, it is established that an infringement was committed but it is also established that, at the time of the infringement, the defendant was not aware, and had no reasonable grounds for suspecting, that the act constituting the infringement was an infringement of the copyright, the plaintiff is not entitled under this section to any damages against the defendant in respect of the infringement, but is entitled to an account of profits in respect of the infringement whether any other relief is granted under this section or not.

(4) Where, in an action under this section:

(a) an infringement of copyright is established; and

(b) the court is satisfied that it is proper to do so, having regard to:

(i) the flagrancy of the infringement; and

(ia) the need to deter similar infringements of copyright; and

(ib) the conduct of the defendant after the act constituting the infringement or, if relevant, after the defendant was informed that the defendant had allegedly infringed the plaintiff's copyright; and

(ii) whether the infringement involved the conversion of a work or other subject-matter from hardcopy or analog form into a digital or other electronic machine-readable form; and

(iii) any benefit shown to have accrued to the defendant by reason of the infringement; and

(iv) all other relevant matters;

the court may, in assessing damages for the infringement, award such additional damages as it considers appropriate in the circumstances.

Consideration for relief for electronic commercial infringement

(5) Subsection (6) applies to a court hearing an action for infringement of copyright if the court is satisfied that:

(a) the infringement (the proved infringement) occurred (whether as a result of the doing of an act comprised in the copyright, the authorising of the doing of such an act or the doing of another act); and

(b) the proved infringement involved a communication of a work or other subject-matter to the public; and

(c) because the work or other subject-matter was communicated to the public, it is likely that there were other infringements (the likely infringements) of the copyright by the defendant that the plaintiff did not prove in the action; and

(d) taken together, the proved infringement and likely infringements were on a commercial scale.

(6) The court may have regard to the likelihood of the likely infringements (as well as the proved infringement) in deciding what relief to grant in the action.

(7) In determining for the purposes of paragraph (5)(d) whether, taken together, the proved infringement and the likely infringements were on a commercial scale, the following matters are to be taken into account:

(a) the volume and value of any articles that:

(i) are infringing copies that constitute the proved infringement; or

(ii) assuming the likely infringements actually occurred, would be infringing copies constituting those infringements;

(b) any other relevant matter.

(8) In subsection (7):

“(1) ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้

(2) ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ การบรรเทาที่ศาลอาจกำหนดให้กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้แก่ คำสั่งห้ามของศาล (ภายในระยะเวลาใด ๆ ที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม) และค่าเสียหายหรือการคิดบัญชีกำไรของจำเลยอย่างใดอย่างหนึ่ง

(3) หากในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ การละเมิดอันเป็นการกระทำความผิด แต่ ณ เวลาที่มีการละเมิดดังกล่าว จำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่มีสิทธิในบัญชีผลกำไรของจำเลยในส่วนที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามโจทก์ยังมีสิทธิในวิธีการบรรเทาอื่น ๆ ภายใต้มาตรานี้

(4) หากการดำเนินคดีภายใต้มาตรานี้

(ก) การละเมิดลิขสิทธิ์มีขึ้นและ

(ข) ศาลพอใจว่าเป็นการสมควรที่จะดำเนินคดี โดยคำนึงถึง

(i) ความขัดแย้งของการละเมิดลิขสิทธิ์ และ

(ia) ความจำเป็นในการยับยั้งการกระทำที่มีลักษณะคล้ายคลึงการละเมิดลิขสิทธิ์

(ib) ความประทุษร้ายของจำเลยภายหลังจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือภายหลังจากที่จำเลยได้รับการแจ้งว่าจำเลยกำลังละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

(ii) ไม่ว่าจะการละเมิดนั้นจะเกี่ยวข้องกับแปลงผลงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งอื่นจากข้อมูลจากคอมพิวเตอร์ลงในกระดาษหรือการเก็บข้อมูลเป็นตัวเลขหรืออุปกรณ์ไฟฟ้าอื่นที่สามารถอ่านได้ และ

(iii) ผลกำไรที่แสดงให้เห็นว่าเพิ่มขึ้นของจำเลยโดยมีเหตุมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และ

(iv) สาระสำคัญอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีทั้งหมด

ศาลอาจประเมินค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมซึ่งพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี

การพิจารณาเพื่อบรรเทาการละเมิดทางการค้าอิเล็กทรอนิกส์

"article" includes a reproduction or copy of a work or other subject-matter, being a reproduction or copy in electronic form.

(5) อนุมาตรา (6) นำมาปรับใช้ในกรณีที่ศาลรับฟังการดเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า

(ก) มีการละเมิด (พิสูจน์ถึงการละเมิด) เกิดขึ้น (การกระทำต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับ ลิขสิทธิ์ การอนุญาตให้กระทำการหรือการกระทำอื่น) และ

(ข) นอกจากต้องพิสูจน์ถึงการละเมิดแล้วยังรวมไปถึงวิธีการติดต่อสื่อสารของ งานหรือวัตถุแห่งหนึ่งอื่นไปยังสาธารณะ และ

(ค) เนื่องจากงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งอื่นที่ได้ใช้วิธีการติดต่อสื่อสารไปยัง สาธารณะ การกระทำดังกล่าวเป็นไปได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจำเลย ซึ่งโจทก์ยังไม่ได้ พิสูจน์ในการดำเนินคดี

(ง) ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำละเมิดและความเป็นไปได้ที่จะเป็นการละเมิดไป พร้อมกันบนฐานของอัตราทางการค้า

(6) ศาลจะคำนึงถึงความเป็นไปได้ของการกระทำที่น่าจะเป็นการละเมิด (เท่ากับการ พิสูจน์การกระทำละเมิด) ในการตัดสินเพื่อกำหนดวิธีการบรรเทาความเสียหายในการ ดำเนินคดี

(7) ในการตัดสินเพื่อจุดมุ่งหมายในอนุมาตรา (5) (ง) ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำ ละเมิดและความเป็นไปได้ที่จะเป็นการละเมิดไปพร้อมกันบนฐานของอัตราทางการค้า โดยนำ สาระสำคัญต่อไปนี้เป็นมาพิจารณาถึง

(ก) ปริมาณและมูลค่าของสิ่งของใดที่

(i) เป็นการละเมิดสำเนาที่ประกอบขึ้นอันเป็นข้อพิสูจน์การละเมิด

(ii) เป็นที่เข้าใจว่าความน่าจะเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นอยู่จริง อันเป็นการ ละเมิดสำเนาซึ่งเป็นส่วนประกอบของการละเมิด

(ข) สาระสำคัญอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีทั้งหมด

(8) ในอนุมาตรา (7) “สิ่งของ” รวมถึงการถอดแบบหรือการทำสำเนาของผลงาน หรือวัตถุแห่งหนึ่งอื่นที่เริ่มจากการลอกแบบหรือการทำสำเนาในรูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์”

มาตรา 116⁷⁹ สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับสำเนาอันเกิดจากการละเมิด บัญญัติ ว่า

⁷⁹ Section 116 Rights of owner of copyright in respect of infringing copies

(1) The owner of the copyright in a work or other subject-matter may bring an action for conversion or detention in relation to:

(a) an infringing copy; or

(b) a device (including a circumvention device) used or intended to be used for making infringing copies.

(1A) In an action for conversion or detention, a court may grant to the owner of the copyright all or any of the remedies that are available in such an action as if:

(a) the owner of the copyright had been the owner of the infringing copy since the time the copy was made; or

(b) the owner of the copyright had been the owner of the device since the time when it was used or intended to be used for making infringing copies.

(1B) Any relief granted by a court in an action for conversion or detention is in addition to any relief that the court may grant under section 115.

(1C) A court is not to grant any relief to the owner of the copyright in an action for conversion or detention if the relief that the court has granted or proposes to grant under section 115 is, in the opinion of the court, a sufficient remedy.

(1D) In deciding whether to grant relief in an action for conversion or detention and in assessing the amount of damages payable, the court may have regard to the following:

(a) the expenses incurred by the defendant, being a person who marketed or otherwise dealt with the infringing copy, in manufacturing or acquiring the infringing copy;

(b) whether the expenses were incurred before or after the infringing copy was sold or otherwise disposed of by the defendant;

(c) any other matter that the court considers relevant.

(1E) If the infringing copy is an article of which only part consists of material that infringes copyright, the court, in deciding whether to grant relief and in assessing the amount of damages payable, may also have regard to the following:

(a) the importance to the market value of the article of the material that infringes the copyright;

“(1) เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งนี้อาจนำมาดำเนินคดีด้วยเหตุที่การละเมิดนั้นเป็นการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการยึดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้อง

(ก) สำเนาที่เกิดจากการละเมิด หรือ

(ข) อุปกรณ์ (รวมไปถึงอุปกรณ์แวดล้อม) ที่ได้ใช้หรือตั้งใจจะใช้สร้างสำเนาอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(1ก) ในการดำเนินคดีกรณีการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการยึดทรัพย์สิน ศาลจะกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในการเยียวยาใด ๆ ที่มีอยู่ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ราวกับว่า

(ก) เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้าของสำเนาที่เกิดจากการละเมิดทั้งหมดตั้งแต่เวลาที่มีการทำสำเนา หรือ

(b) the proportion the material that infringes copyright bears to the article;

(c) the extent to which the material that infringes copyright may be separated from the article.

(2) A plaintiff is not entitled by virtue of this section to any damages or to any other pecuniary remedy, other than costs, if it is established that, at the time of the conversion or detention:

(a) the defendant was not aware, and had no reasonable grounds for suspecting, that copyright subsisted in the work or other subject-matter to which the action relates;

(b) where the articles converted or detained were infringing copies--the defendant believed, and had reasonable grounds for believing, that they were not infringing copies; or

(c) where an article converted or detained was a device used or intended to be used for making articles--the defendant believed, and had reasonable grounds for believing, that the articles so made or intended to be made were not or would not be, as the case may be, infringing copies.

(ข) เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้าของอุปกรณ์ตั้งแต่วันที่มันถูกนำมาใช้หรือตั้งใจที่จะใช้สร้างสำเนาอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(1ข) การกำหนดวิธีการบรรเทาใด ๆ โดยศาลในการดำเนินคดีตามหลักการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการยึดทรัพย์ นอกเหนือไปจากนั้น ศาลอาจกำหนดให้ภายใต้มาตรา 115

(1ค) ศาลจะไม่กำหนดวิธีการบรรเทาใด ๆ ตามหลักการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการยึดทรัพย์ ถ้าศาลเห็นว่าการกำหนดวิธีการเยียวยาภายใต้มาตรา 115 เพียงพอต่อการเยียวยาซึ่งศาลจะเป็นผู้วินิจฉัย

(1ง) ในการตัดสินที่จะกำหนดวิธีการบรรเทาตามหลักการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการยึดทรัพย์ และในการประเมินจำนวนค่าเสียหายที่อาจชำระได้ ศาลต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้

(ก) ค่าใช้จ่ายของจำเลยที่ก่อให้เกิดเริ่มต้นโดยบุคคลผู้ซึ่งทำการตลาดหรือประการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสำเนาอันได้จากการละเมิด ในการผลิตหรือการได้มาซึ่งสำเนาอันเกิดจากการละเมิด

(ข) ค่าใช้จ่ายที่ก่อให้เกิดก่อนหรือหลังการทำสำเนาอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่ขายหรือโดยประการอื่นซึ่งดำเนินการโดยจำเลย

(ค) สารสำคัญประการอื่นที่ศาลควรนำมาพิจารณาประกอบกับประเด็นแห่งคดี

(1จ) หากสำเนาอันเกิดจากการละเมิด เป็นสิ่งของซึ่งประกอบไปด้วยวัสดุที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะตัดสินกำหนดวิธีการบรรเทาและประเมินจำนวนค่าเสียหายที่อาจชำระได้ โดยศาลต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้

(ก) ความสำคัญในมูลค่าทางตลาดของวัสดุในสิ่งของที่ละเมิดลิขสิทธิ์

(ข) สัดส่วนของวัสดุที่ละเมิดลิขสิทธิ์เทียบกับสิ่งของ

(ค) ขอบเขตของวัสดุที่ละเมิดลิขสิทธิ์สามารถแยกออกจากสิ่งของ

(2) โจทก์ไม่มีสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามมาตรานี้ในค่าเสียหายหรือการเยียวยาอันเกี่ยวกับตัวเงินใด ๆ นอกเหนือไปจากนั้นค่าใช้จ่าย ณ เวลาที่มีการใช้หลักหลักการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการยึดทรัพย์ ในกรณีนี้

(ก) จำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่างานหรือวัตถุแห่งนั้นนั้นมีลิขสิทธิ์

(ข) หากสิ่งของจากการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการถือไว้เป็นสำเนาอันเป็นการละเมิด โดยจำเลยเชื่อว่าและมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าสิ่งของเหล่านั้นไม่ใช่สำเนาอันเกิดจากการละเมิด หรือ

(ค) หากสิ่งของจากการเบียดบังทรัพย์สินผู้อื่นหรือการถือไว้เป็นอุปกรณ์ที่ใช้หรือตั้งใจใช้เพื่อสร้างสิ่งของ โดยจำเลยเชื่อว่าและมีเหตุผลที่ควรเชื่อว่าสิ่งของนั้นถูกสร้างหรือตั้งใจจะถูกสร้างหรืออาจถูกสร้างอันเป็นหรือจะเป็นสำเนาอันเกิดจากการละเมิด ซึ่งขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ตามรูปคดี”

บุคคลที่มีสิทธิดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วยังรวมไปถึงเจ้าของลิขสิทธิ์คนแรกและการเป็นเจ้าของโดยการโอนลิขสิทธิ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือไม่ และบุคคลผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวมาตรการเยียวยาทางแพ่งจากทั้งสองมาตราข้างต้น อธิบายได้ดังนี้⁸⁰

3.4.1 คำสั่งห้ามของศาล (Injunction)

โจทก์อาจขอคุ้มครองชั่วคราวโดยให้ศาลออกคำสั่งห้ามตามมาตรา 115 (2) ซึ่งอาจเป็นคำสั่งห้ามชั่วคราว (Interlocutory Injunction) โดยศาลอาจสั่งให้ก่อนที่จะเริ่มพิจารณาคดีหรือระหว่างพิจารณาคดี และศาลอาจออกคำสั่งห้ามเด็ดขาด (Final Injunction) ซึ่งศาลจะมีคำสั่งหลังจากที่ศาลตัดสินแล้ว การออกคำสั่งดังกล่าว ศาลอาจสั่งห้ามเพียงบางส่วนของ การละเมิด ในกรณีที่โจทก์ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ผลงานนั้น เช่น ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ผู้รับโอนสิทธิบางส่วน หากจะขอให้ศาลออกคำสั่งห้ามเด็ดขาด ต้องเรียกเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้สร้างสรรค์เข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในคดีด้วย หลักการเบื้องต้นในการที่ศาลจะออกคำสั่งห้ามต้องเป็นกรณีที่การเยียวยาด้วยค่าเสียหายหรือการเยียวยาตามกฎหมายวิธีอื่นไม่เพียงพอต่อกรณีวัตถุประสงค์ของคำสั่งห้าม การมีคำสั่งห้ามชั่วคราวเพื่อเป็นการป้องกันและคุ้มครองในลักษณะให้โจทก์กลับคืนสู่สภาพเดิม ส่วนคำสั่งห้ามเด็ดขาดนั้นเป็นการยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ในอนาคต แม้ว่าการละเมิดดังกล่าวจะยังไม่เกิดขึ้น

3.4.2 การส่งมอบ (Delivery up of Infringing copies or plates)

ตามมาตรา 116 (1) โจทก์อาจขอให้ศาลมีคำสั่งยึดสิ่งของอันเป็นสำเนาซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์และแม่พิมพ์โลหะที่ใช้หรือตั้งใจจะใช้ในการผลิตผลงานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้

⁸⁰James Lahore, *Intellectual property law in Australia* (Butterworths: 1997), pp. 292-294.

ศาลอาจสั่งให้ยึดทั้งหมดซึ่งรวมไปถึงส่วนของวัสดุที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับภาระเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่การแยกวัสดุดังกล่าวออกจากสิ่งของทำได้ยาก

3.4.3 การเยียวยาความเสียหายโดยการกำหนดค่าเสียหาย⁸¹

การกำหนดค่าเสียหายมีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 115 ค่าเสียหายหลักที่โจทก์อาจเรียกได้ ได้แก่ ค่าเสียหายตามปกติ การคิดบัญชีผลกำไร และค่าเสียหายเพิ่มเติม โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการละเมิดนั้น ศาลจึงจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้ตามความเหมาะสมซึ่งพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ รวมไปถึงพฤติการณ์อื่นอันเป็นสาระสำคัญแห่งคดี

3.4.3.1 ค่าเสียหายตามปกติ (Normal Damages)

มาตรการในการกำหนดค่าเสียหายนั้นศาลจะคำนึงถึงการเสื่อมค่าอันมีสาเหตุมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ มูลค่าของลิขสิทธิ์ที่เสื่อมค่าลงเนื่องมาจากการละเมิด โดยทั่วไปจะคำนวณค่าเสียหายบนฐานของการประเมินจากยอดขายที่โจทก์ควรได้รับ หากไม่มีการละเมิด (Lost Sale) รวมไปถึงการคำนวณจากราคาตอบแทนการใช้สิทธิจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น (Royalty) ในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และยังเป็นการละเมิดความลับ คดี *Interfirm Comparison (Australia) Pty Ltd . v. Law Society of New South Wales*, ALR 445 (1975) ในคดีนี้มีการละเมิดความลับและเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ศาลให้โจทก์มีสิทธิในการเยียวยาด้วยค่าเสียหายจากการละเมิดเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งเท่านั้น

ในกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต (Innocent Infringement) โจทก์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายได้หากจำเลยเป็นผู้ละเมิดโดยสุจริต ไม่ว่าจะ เป็นค่าเสียหายตามมาตรา 115 และมาตรา 116 (ค่าเสียหายตามปกติและค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืน) แต่ขึ้นอยู่กับกรณีพิสูจน์ในแต่ละคดี อย่างไรก็ตาม โจทก์ยังมีสิทธิได้รับผลกำไรของจำเลยที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 115 (3) เช่น คดี *Milwell Pty Ltd v Olympic Amusements Pty Ltd* (1999) FCA 63 (16 February 1999)⁸² ในคดีนี้เป็นกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์วีดีโอเกมส์ของโจทก์ ซึ่งการละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นโดยที่จำเลยเชื่อว่าผลงานวีดีโอเกมนั้นไม่มีลิขสิทธิ์ ศาล

⁸¹ *Ibid.*, pp. 303-315.

⁸² <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/1999/63.html>

กล่าวว่าการกระทำของจำเลยเป็นการขาดซึ่งความรู้สำนึกถึงลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกมสื่อนั้น แม้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะเกิดจากความสุจริตของจำเลยก็ตาม จำเลยยังคงต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วยผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากการกระทำละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย

3.4.3.2 การคิดบัญชีผลกำไร (Account of Profits)

นอกจากมาตรา 115 (2) บัญญัติให้เรียกค่าเสียหายตามปกติแล้ว ยังบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์อาจเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรของจำเลยที่เพิ่มขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่โจทก์ต้องเลือกเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างค่าเสียหายตามปกติกับผลกำไรของจำเลยอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์⁸³ โดยมีหลักว่าในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นการแข่งขันกันทางการค้า ค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับย่อมเท่ากับผลกำไรของจำเลยจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น คดี *Australasian Performing Right Association Limited (CAN 00 016 099) v Pashalidis (2000) FCA 1032*⁸⁴ ในคดีนี้จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยการเปิดเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ในศูนย์ออกกำลังกายรวมไปถึงเปิดวิทยุซึ่งเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณะ และเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างโจ่งแจ้ง ศาลกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เป็นจำนวนเงิน 15,669.22 เหรียญ

3.4.3.3 ค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages)

ตามมาตรา 115 (4) ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้โจทก์ก็ได้เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมเห็นว่าเหมาะสมแก่คดี ในเรื่องค่าเสียหายเพิ่มเติมยังไม่มีรายละเอียดแน่ชัดว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Exemplary or Punitive Damages) หรือไม่ ในคดี *Rookes v. Barnard, AC 1129 at 1226 (1964)*⁸⁵ ในจุดที่มีความต้องการวิธีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ (effective relief) นอกจากค่าเสียหายที่เป็นการชดเชยตามที่โจทก์เรียกมา อาจมีวิธีการเยียวยาอื่นที่เหมาะสมในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์มีความรุนแรง ไม่มีเหตุผลที่จะไม่กำหนดค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงเพื่อเป็นการลงโทษโดยธรรมชาติและเป็นการชดเชยค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้นสำหรับความเสียหายที่

⁸³ James Lahore, *Intellectual property law in Australia* (Butterworths: 1997), p. 304.

⁸⁴ <<http://www.austlii.edu.au/au/special/ip/cases.html>>

⁸⁵ James Lahore, *Intellectual property law in Australia*. (Butterworths: 1997), pp. 305-306.

โจทก์ได้รับความเสียหายในความรู้สึก ความโศกเศร้า และความตึงเครียด ค่าเสียหายที่เป็น การชดเชยที่เพิ่มมากขึ้นแน่นอนว่ามีผลเป็นการลงโทษ แต่มันไม่จำเป็นที่จะต้องจำกัดความ ยืดหยุ่นของการกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติม ดังนั้น แม้จะไม่มีกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เอาไว้ แต่ในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดอย่างเด่นชัด ศาลอาจมีดุลยพินิจให้ ค่าเสียหายเพิ่มเติม มีผลเป็นการลงโทษได้⁸⁶

3.4.3.4 ค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืน⁸⁷ (Damages for conversion or Detention)

นอกจากการเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหายตามปกติ ผลกำไรของจำเลย ค่าเสียหายเพิ่มเติมแล้ว ยังมีมาตรการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องเรียกทรัพย์สินที่ถูก ยึดครองโดยไม่ชอบ ตามมาตรา 116 เป็นมาตรการที่ได้รับอิทธิพลมาจาก the British Copyright Act of 1911 โดยอยู่บนพื้นฐานที่ว่าสำเนางานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งหมดเป็นของ เจ้าของลิขสิทธิ์ กฎหมายให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ในการดำเนินคดีโดยการเยียวยาด้วยการฟ้องร้อง เรียกทรัพย์สินที่ถูกยึดครองโดยไม่ชอบ ซึ่งได้แก่ สำเนางานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์รวมถึง อุปกรณ์ที่มีไว้ใช้หรือตั้งใจจะใช้ผลิตสำเนางานดังกล่าว วิธีการเยียวยานี้ไม่ใช่ทางเลือกแต่เป็นสิ่งที่ เพิ่มขึ้น ในทางกลับกันการเยียวยาความเสียหายด้วยผลกำไรของจำเลยเป็นเพียงทางเลือกในการ เยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหายตามปกติกับค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืน อาจนำมาตรการ เยียวยาด้วยค่าเสียหายตามปกติและค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืนมาใช้ร่วมกัน ในกรณีที่ สามารถแยกการกระทำละเมิดได้ ตัวอย่างเช่น สำเนางานอันเกิดจากการละเมิดถูกนำไปพิมพ์และ เผยแพร่ออกไป โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีที่มูลค่าของลิขสิทธิ์เสื่อม ราคาลงอย่างยิ่งโดยราคาลดต่ำลงและคุณภาพต่ำลง นอกจากนั้นยังสามารถเรียกค่าเสียหายที่ ควรได้รับกลับคืนอันเกี่ยวกับสำเนางานดังกล่าว ถ้าสำเนาอันเกิดจากการละเมิดนั้นราคาสูง และออกขายเพียงเล็กน้อย ค่าเสียหายจากการละเมิดอาจมีเพียงน้อยนิด ดังนั้น การนำค่าเสียหาย ที่ควรได้รับกลับคืนมาเยียวยาความเสียหายด้วยเป็นสิ่งสอดคล้องอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ เป็นการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อนกัน หากจำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำ ดังกล่าวเป็นการละเมิด โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายที่ควรได้รับกลับคืน ในกรณีมาตรา 116 นั้น

⁸⁶ <http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=687&Itemid=600>

⁸⁷ James Lahore, *Intellectual property law in Australia* (Butterworths: 1997), pp. 307-309.

ศาลอาจกำหนดเป็นคำสั่งให้มีการส่งมอบสำเนางานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรืออุปกรณ์ที่มีไว้ใช้ในการผลิตสำเนาเหล่านั้นแทนการกำหนดค่าเสียหายก็ได้ ทั้งนี้ ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดวิธีการเยียวยาที่เหมาะสมตามพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี⁸⁸

อย่างไรก็ตาม ส่วนมากโจทก์จะเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้างอิง มาตรา 115 (2) และ (4) เข้ามาพร้อม ๆ กัน เช่น คดี Asia Television Ltd v Yau's Entertainment Pty Ltd (No.3) (2001) FCA 811 (29 June 2001) ในคดีนี้ โจทก์และจำเลยทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กันเอาไว้ แต่จำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำซ้ำหนังเรื่อง “Flaming Brothers” และ “Forest cat” ซึ่งโปรแกรมหนังทั้งสองมีได้อยู่ในข้อตกลงของสัญญา ศาลกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 115 (2) และมาตรา 115 (4) กล่าวคือ เมื่อคิดค่าเสียหายตามปกติโดยพิจารณาจากค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์ตามสัญญาที่ทำกันไว้ จึงคำนวณเป็นค่าเสียหายตามจำนวนชั่วโมงที่นำมาขาย โดยคิดราคาชั่วโมงละ 1,300 เหรียญ จำเลยขายหนังไป 9 ชั่วโมง จึงคิดเป็นค่าเสียหายตามปกติได้จำนวน 11,700 เหรียญ ยิ่งไปกว่านั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการกระทำอย่างโจ่งแจ้ง เป็นการกระทำโดยเจตนาและมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหาผลกำไร ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้โจทก์อีกเป็นจำนวน 11,700 เหรียญ

3.5 ประเทศสิงคโปร์

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศสิงคโปร์ ไม่มีระบบจดทะเบียนหรือบันทึกข้อมูลลิขสิทธิ์ การให้ความคุ้มครองเป็นไปโดยอัตโนมัติตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศสิงคโปร์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ The Copyright Act of 1987 กฎหมายดังกล่าวบัญญัติถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงและโดยอ้อม กล่าวคือ⁸⁹

1. การกระทำที่ถือว่าการละเมิดโดยตรง คือ การทำซ้ำในรูปแบบใด ๆ การแสดง การจัดแสดง หรือแจกจ่ายให้แก่สาธารณชน การเผยแพร่ทาง เคเบิลหรือแพร่ภาพแพร่เสียงของงานทั้งหมดหรือสาระสำคัญของงาน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของต้นฉบับเดิมหรือในรูปแบบของงาน

⁸⁸ *Ibid.*, p. 314.

⁸⁹ <<http://www.ipthailand.org/ipthailand/>>

Derivative Works ขึ้นมา รวมถึงการนำเข้าวัตถุใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือแสวงหากำไร โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์

2. การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดโดยอ้อม คือ การทำ การให้เช่า มีไว้เพื่อจำหน่าย เสนอขาย ขาย ทำสำเนางานละเมิดลิขสิทธิ์ การแจกจ่ายสำเนางานละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติมาตรการเยียวยาความเสียหายไว้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ผู้เสียหายสามารถยื่นคำฟ้องในทางแพ่งกับศาลสูงได้ ส่วนในทางอาญา สามารถดำเนินการโดยแจ้งเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิด หรือยื่นฟ้องคดีอาญาโดยตรงกับศาลสูงได้ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดวิธีเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งไว้⁹⁰ คือ คำสั่งห้ามของศาล ค่าเสียหาย การคิดบัญชีผลกำไร และการส่งมอบ โดยมีบทบัญญัติกำหนดไว้ ดังนี้

มาตรา 119⁹¹ การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ บัญญัติว่า

⁹⁰Alan S. Gutterman and Robert Brown, Intellectual property laws of East asia. (Sweet & Maxwell: 1997.), p.327.

⁹¹<http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-63&doctitle=COPYRIGHT%20ACT%0A&date=latest&method=part>

Section 119. Actions for infringement

(1) Subject to the provisions of this Act, the owner of a copyright may bring an action for an infringement of the copyright.

(2) Subject to the provisions of this Act, in an action for an infringement of copyright, the types of relief that the court may grant include the following:

(a) an injunction (subject to such terms, if any, as the court thinks fit);

(b) damages;

(c) an account of profits;

(d) where the plaintiff has elected for an award of statutory damages in lieu of damages or an account of profits, statutory damages of —

(i) not more than \$10,000 for each work or subject-matter in respect of which the copyright has been infringed; but

(ii) not more than \$200,000 in the aggregate, unless the plaintiff proves that his actual loss from such infringement exceeds \$200,000.

(2A) When the court awards any damages under subsection (2) (b), the court may also make an order under subsection (2) (c) for an account of any profits attributable to the infringement that have not been taken into account in computing the damages.

(2B) Except as provided for in subsection (2A), the types of relief referred to in subsection (2) (b), (c) and (d) are mutually exclusive.

(2C) For the purposes of subsection (2) (d), all the parts of a collective work constitute one work.

(3) Where, in an action for infringement of copyright, it is established that an infringement was committed but it is also established that, at the time of the infringement, the defendant was not aware, and had no reasonable grounds for suspecting, that the act constituting the infringement was an infringement of the copyright, the plaintiff shall not be entitled under this section to any damages against the defendant in respect of the infringement, but shall be entitled to an account of profits in respect of the infringement whether any other relief is granted under this section or not.

(4) Where, in an action under this section —

(a) an infringement of copyright is established; and

(b) the court is satisfied that it is proper to do so, having regard to —

(i) the flagrancy of the infringement;

(ii) any benefit shown to have accrued to the defendant by reason

of the infringement; and

(iii) all other relevant matters,

the court may, in assessing damages for the infringement under subsection (2) (b), award such additional damages as it considers appropriate in the circumstances.

(5) In awarding statutory damages under subsection (2) (d), the court shall have regard to —

“(1) ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถดำเนินคดีกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้

(2) ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายนี้ ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ วิธีการบรรเทาซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดให้มีดังนี้

(ก) คำสั่งห้ามของศาล (ภายใต้ระยะเวลาใด หากศาลเห็นว่าเหมาะสม)

(ข) ค่าเสียหาย

(ค) การคิดบัญชีผลกำไร

(ง) โจทก์สามารถเลือกให้ศาลกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายแทนค่าเสียหายหรือการคิดบัญชีผลกำไร การกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย

(i) ไม่มากกว่า 10,000 ดอลลาร์ สำหรับแต่ละงานหรือวัตถุแห่งหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด แต่

(ii) ไม่มากกว่า 200,000 ดอลลาร์ ในยอดรวม เว้นแต่โจทก์พิสูจน์ได้ว่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีมากเกินกว่า 200,000 ดอลลาร์

(a) the nature and purpose of the infringing act, including whether the infringing act was of a commercial nature or otherwise;

(b) the flagrancy of the infringement;

(c) whether the defendant acted in bad faith;

(d) any loss that the plaintiff has suffered or is likely to suffer by reason of the infringement;

(e) any benefit shown to have accrued to the defendant by reason of the infringement;

(f) the conduct of the parties before and during the proceedings;

(g) the need to deter other similar infringements; and

(h) all other relevant matters.

(6) In this section —

"collective work" means a work in which relevant materials, constituting separate and independent works in themselves, are assembled into a collective whole;

"relevant material" has the same meaning as in section 7A (3).

(2ก) เมื่อศาลกำหนดค่าเสียหายภายใต้ใด ๆ ภายใต้อนุมาตรา (2) (ข) ศาลสามารถมีคำสั่งภายใต้อนุมาตรา (2) (ค) สำหรับการคิดบัญชีผลกำไรที่สืบเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ต้องไม่นำไปพิจารณาคำนวณรวมกับค่าเสียหาย

(2ข) นอกจากที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2ก) วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในอนุมาตรา (2) (ข), (ค) และ (ง) เป็นวิธีการเฉพาะตัวที่ไม่เกี่ยวเนื่องกัน

(2ค) ความมุ่งหมายในอนุมาตรา (2) (ง) ทุกส่วนของงานที่ทำร่วมกันซึ่งประกอบกันเป็นหนึ่งผลงาน

(3) หากในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นที่ยอมรับกันว่าการละเมิดเป็นการกระทำที่ผิด แต่ไม่ยอมรับว่า ณ เวลาที่จำเลยกระทำละเมิด จำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าการกระทำละเมิดนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ภายใต้มาตรานี้ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ แต่มีสิทธิได้รับคืนซึ่งผลกำไรอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของจำเลย ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม อาจมีการกำหนดวิธีการบรรเทาอย่างอื่นภายใต้มาตรานี้

(4) หากว่าการดำเนินคดีภายใต้มาตรานี้

(ก) มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจริง และ

(ข) ศาลเห็นสมควรแล้ว โดยคำนึงถึง

(i) ความขัดแย้งของการละเมิด

(ii) ผลประโยชน์ใด ๆ ที่เพิ่มมากขึ้นของจำเลย อันเนื่องมาจากการละเมิด และ

(iii) สาระสำคัญอันเป็นประเด็นแห่งคดีทั้งหลาย

ศาลอาจประเมินค่าเสียหายกรณีละเมิดภายใต้อนุมาตรา (2) (ข) กำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมโดยพิจารณาตามความเหมาะสมแห่งพฤติการณ์

(5) ในการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย ภายใต้อนุมาตรา (2) (ง) ศาลต้องคำนึงถึง

(ก) ลักษณะและความมุ่งหมายของการกระทำละเมิด รวมไปถึงการกระทำละเมิดที่มีลักษณะในทางการค้าหรือโดยประการอื่น

(ข) ความขัดแย้งของการละเมิด

(ค) การกระทำโดยทุจริตของจำเลย

(ง) ความสูญเสียใด ๆ ที่โจทก์ได้รับหรือน่าจะได้รับการกระทำละเมิด

(จ) ผลประโยชน์ใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิด

(ฉ) ความประพฤติของคู่ความก่อนและระหว่างกระบวนการพิจารณาคดี

(ช) ความจำเป็นในการยับยั้งการกระทำละเมิดอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน และ

(๗) สารสำคัญอันเป็นประเด็นแห่งคดีทั้งหลาย

(6) ในมาตรานี้

“งานที่ทำร่วมกัน” หมายถึง งานที่มีวัสดุซึ่งสัมพันธ์กัน การประกอบนั้นสามารถแยกออกจากกันได้ และเป็นอิสระในตัวของมัน โดยนำมาประกอบเข้าด้วยกันจนเป็นผลงานทั้งชิ้น

“วัสดุที่สัมพันธ์กัน” มีความหมายเช่นเดียวกับในมาตรา 7ก (3)”

จากมาตรานี้ พอสรุปมาตรการเยียวยาทางแพ่งได้ว่า

การเยียวยาที่ไม่เป็นตัวเงิน การเยียวยาดังกล่าวมุ่งหมายให้เป็นการคุ้มครองชั่วคราว หรือเป็นการคุ้มครองอย่างเด็ดขาด โดยป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายหรือยับยั้งการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งได้แก่

ก. คำสั่งห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (Injunction)⁹² โดยศาลจะกำหนดให้ภายในระยะเวลาตามที่ศาลเห็นว่าสมควรแก่พฤติการณ์ ซึ่งอาจจะเป็นคำสั่งห้ามชั่วคราวก่อนมีการพิจารณาหรือระหว่างพิจารณา รวมไปถึงเมื่อสิ้นสุดการพิจารณาก็ได้

ข. คำสั่งให้ส่งมอบโดยการริบ หรือทำลาย หรือจัดการโดยวิธีอื่น ซึ่งมีบทบัญญัติแยกไว้ในมาตรา 120⁹³ และมาตรา 120A⁹⁴ ศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยหรือบุคคลอื่นส่งมอบสำเนางาน

⁹² <<http://www.ipos.gov.sg/leftNav/cop/>>

⁹³ Section 120. order for delivery up of infringing copies, etc.

(1) Subject to the provisions of this Act, the court may, in addition to any relief granted under section 119 in any action for an infringement of copyright brought under that section, order any infringing copy, or any article which has been used for making infringing copies, in the possession of the defendant or before the court to be delivered up to the plaintiff.

(2) No order shall be made under this section unless the court also makes, or it appears to the court that there are grounds for making, an order under section 120A.

(3) A person to whom an infringing copy or other object is delivered up pursuant to an order made under this section shall, if an order under section 120A is not made, retain the copy or object pending the making of an order, or the decision not to make an order, under section 120A.

⁹⁴ Section 120A. Order for disposal of infringing copies, etc..

(1) An application may be made to the court for an order that an infringing copy or other object delivered up pursuant to an order made under section 120 be —

(a) forfeited to the plaintiff; or

(b) destroyed or otherwise dealt with as the court thinks fit.

(2) In considering what order, if any, should be made under this section, the court shall have regard to —

(a) whether other remedies available in an action for infringement of copyright would be adequate to compensate the plaintiff and to protect the interests of the plaintiff; and

(b) the need to ensure that no infringing copy is disposed of in a manner that would adversely affect the plaintiff.

(3) The court shall issue directions as to the service of notice on persons having an interest in the copy or other object.

(4) Any person having an interest in the copy or other object is entitled —

(a) to appear in proceedings for an order under this section, whether or not that person is served with notice; and

(b) to appeal against any order made, whether or not that person appears in the proceedings.

(5) An order made under this section shall not take effect until the end of the period within which notice of an appeal may be given or, if before the end of that period notice of appeal is duly given, until the final determination or abandonment of the proceedings on the appeal.

(6) Where there is more than one person interested in a copy or other object, the court may direct that the copy or object be sold, or otherwise dealt with, and the proceeds divided, and shall make any other order as it thinks just.

(7) If the court decides that no order should be made under this section, the person in whose possession the copy or other object was before being delivered up shall be entitled to its return, and the court may order the defendant to pay to the plaintiff such damages as the court thinks just and equitable.

อันเกิดจากการละเมิดรวมถึงอุปกรณ์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดให้แก่โจทก์ โดยคำสั่งนั้นมีลักษณะเป็นการริบสิ่งของเหล่านั้นให้แก่โจทก์ หรือสั่งให้ทำลายสิ่งของดังกล่าว หรือศาลอาจมีคำสั่งอื่นตามความเหมาะสมซึ่งการมีคำสั่งนั้น ศาลต้องคำนึงว่าวิธีการเยียวยาอื่นในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เป็นการชดเชยความเสียหายหรือป้องกันส่วนได้เสียของโจทก์ที่เพียงพอหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดศาลเห็นว่าไม่ควรมีคำสั่งดังกล่าว บุคคลใดเป็นผู้ครอบครองสำเนาหรืออุปกรณ์ดังกล่าวย่อมได้รับสิ่งของเหล่านั้นคืน แต่ศาลอาจกำหนดให้จำเลยชำระค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์หากศาลเห็นว่าจะเป็นการยุติธรรม

การเยียวยาที่เป็นตัวเงิน เป็นมาตรการที่กำหนดไว้ในมาตรา 119 ได้แก่

ก. ค่าเสียหายตามปกติ (Actual Damages) คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงที่โจทก์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายซึ่งอาจคำนวณบนฐานของค่าขาดรายได้ ค่าสิทธิ และการสูญเสียยอดขายที่คาดหมายไว้ (Lost of Projected Sale)⁹⁵ หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าเสียหายในส่วนนี้ได้ โจทก์อาจเลือกที่จะเรียกคืนผลกำไรของจำเลยในส่วนที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ข. การคิดบัญชีผลกำไร (Account of Profits) โจทก์สามารถเรียกได้เฉพาะผลกำไรในส่วนที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น โดยจำเลยมีสิทธิหักส่วนที่เป็นต้นทุนการผลิตออกได้

ค. ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย (Statutory Damages)⁹⁶ ในกรณีที่การพิสูจน์ค่าเสียหายตามปกติและการคิดบัญชีผลกำไรทำได้ยาก โจทก์อาจเลือกให้ศาลกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายให้แทน ศาลจะกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวโดยคำนึงถึงปัจจัยตามมาตรา 119 (5) ซึ่งศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ ต่องานหนึ่งชิ้น โดยคิดเป็นยอดรวมแล้วต้องไม่เกิน 200,000 ดอลลาร์ ในกรณีที่โจทก์ได้รับความเสียหายมากกว่านั้น ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายพิเศษดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นก็ได้ แต่โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็น

ง. ค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages) ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์กระทำโดยชัดแจ้ง หรือการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเหตุให้จำเลยได้รับผลประโยชน์มากยิ่งขึ้น หรือโดยประการอื่นที่ศาลเห็นสมควร ทั้งนี้ ค่าเสียหายเพิ่มเติมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายตามปกติ

⁹⁵ <http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=710&Itemid=600>

⁹⁶ <<http://www.singaporelaw.sg/content/iplaw2.html/Remedies>>

จ. กรณีที่จำเลยพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าการกระทำละเมิดนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ แต่ไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะได้รับการเยียวยาโดยวิธีอื่น รวมถึงผลกำไรของจำเลยที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์

3.6 ประเทศเยอรมัน

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศเยอรมัน ไม่มีระบบการจดทะเบียน กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน คือ German Copyright Act of 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG 1965) โดยการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่⁹⁷ การกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเมื่อบุคคลใดทำซ้ำ จำหน่าย หรือ แสดงนิทรรศการซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้กระทำการดังกล่าวจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติถึงมาตรการเยียวยาความเสียหายทั้งทางแพ่งและทางอาญาไว้ โดยในมาตรา 97 ถึงมาตรา 105 เป็นบทบัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์ในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง

มาตรา 97⁹⁸ การดำเนินคดีเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามและค่าเสียหาย บัญญัติว่า

⁹⁷ <<http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?lang=th>>

⁹⁸ <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm>>

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.

“(1) ในกรณีที่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนี้ คู่ความฝ่ายที่เสียหายอาจยื่นฟ้องเพื่อแก้ไขความเสียหายนั้น โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้กระทำความผิดให้หยุดและระงับการกระทำดังกล่าว หากการกระทำนั้นจะเป็นความเสียหายต่อสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกละเมิด และอาจเรียกค่าเสียหายได้ในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นการละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจเรียกเอาผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิด พร้อมทั้งบัญชีซึ่งมีรายละเอียดแสดงผลกำไรนั้น แทนค่าเสียหาย

(2) นักประพันธ์รวมไปถึงงานวรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ (มาตรา 70) ช่างภาพ (มาตรา 72) และนักแสดง (มาตรา 73) อาจได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเกิดด้วยความจงใจหรือเป็นผลจากการประมาทเลินเล่อ นั้น แม้ว่าจะไม่มีความเสียหายที่คิดเป็นตัวเงินได้เกิดขึ้น

(3) สิทธิต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ไม่ถูกกระทบกระเทือนหรือทำให้เสียไป”

มาตรการทางแพ่งในการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ในเบื้องต้นก่อนมีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ทำละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์อาจส่งหนังสือเตือนให้ผู้ทำละเมิดหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ทำละเมิดไม่ถูกดำเนินคดี หรือเจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกดำเนินคดีโดยก่อนหรือระหว่างพิจารณาคดี โจทก์อาจร้องขอต่อศาลให้กำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อป้องกันการกระทำละเมิด ในกรณีที่เห็นได้ชัดว่ามีการกระทำความผิดจริง ศาลอาจมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว⁹⁹

กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่ง จึงมีการนำหลักเกณฑ์บางประการในประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) มาปรับใช้ นอกจากนั้น บทบัญญัติในมาตรา 97 (3) เท่ากับเป็นการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายนำหลักกฎหมายอื่นมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายได้ ซึ่งประเทศเยอรมันได้นำหลักเรื่องลามิควอร์ได้มาปรับใช้เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ของโจทก์ ดังนั้น เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายแพ่ง โดยมีรายละเอียดดังนี้

(3) Rights arising from other statutory provisions shall not be affected.

⁹⁹<http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=685&Itemid=600>

1.1 การเยียวยาความเสียหายโดยคำสั่งของศาล

มาตรา 97 ให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการระงับยับยั้งการกระทำละเมิดอันก่อให้เกิดความเสียหาย โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์จากการกระทำของจำเลย นอกจากนั้น ในมาตรา 98¹⁰⁰ และมาตรา 99¹⁰¹ บทบัญญัติทั้งสองให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทำลายหรือส่งมอบสำเนางานที่ละเมิดลิขสิทธิ์รวมถึงอุปกรณ์ที่ได้ใช้ในการกระทำผิด¹⁰² ศาลจะใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นธรรมโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ทั้งนี้ ศาลจะคำนึงอยู่เสมอถึงคุณค่าในสำเนางานอันละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อหลีกเลี่ยงการทำลายสิ่งที่มีประโยชน์ต่อสังคม

1.2 การเยียวยาความเสียหายโดยค่าเสียหาย

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์จะเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะกรณีที่จำเลยจงใจกระทำละเมิดหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย ดังที่ปรากฏในมาตรา 97 (1) โจทก์จึงมี

¹⁰⁰ Article 98 Claim to Destruction or Surrender of Copies

(1) The injured party may require destruction of all copies unlawfully manufactured, unlawfully distributed or intended for unlawful distribution that are in the possession of the infringer or are his property.

(2) In place of the measures provided for in paragraph (1), the injured party may require that the copies that are the property of the infringer be surrendered to him in return for equitable remuneration that may not exceed the cost of manufacture.

(3) Where the measures under paragraphs (1) and (2) are disproportionate, in the individual case, for the infringer or the owner and if the infringing nature of the copies can be removed in some other way, the injured party shall have a claim only to the measures necessary for such purpose.

¹⁰¹ Article 99 Claim to Destruction or Surrender of Devices

The provisions of Article 98 shall apply mutatis mutandis to devices that are the property of the infringer and that are used or intended exclusively or almost exclusively for the unlawful manufacture of copies.

¹⁰² <http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=685&Itemid=600>

หน้าที่พิสูจน์ความผิดของจำเลยซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องละเมิด หากศาลพบว่าจำเลยมีความผิด โจทก์ก็มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย นอกจากจะพิสูจน์ความผิดของจำเลยแล้ว โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย โดยกฎหมายได้วางขอบเขตในเรื่องค่าเสียหายไว้ดังนี้

1.2.1 ค่าเสียหายตามความเป็นจริง

หลักเกณฑ์การชดเช้ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงต้องนำมาตรา 249 และมาตรา 252 ในประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ด้วย

มาตรา 249¹⁰³ ลักษณะและขอบเขตของค่าเสียหาย บัญญัติว่า

“(1) บุคคลผู้ต้องรับผิดในค่าเสียหายต้องแก้ไขให้กลับเป็นดังเดิมเหมือนไม่มีความรับผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นมาก่อน

(2) หากค่าเสียหายที่สามารถจ่ายได้สำหรับความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องได้ในจำนวนเป็นตัวเงินแทนที่การกลับสู่ฐานะเดิม ทรัพย์สินที่เสียหายจำนวนที่คิดเป็นตัวเงินรวมไปถึงภาษีมูลค่าเพิ่มถ้าความเสียหายเช่นนั้นเกิดขึ้นจริง”

มาตรา 252¹⁰⁴ การสูญเสียกำไร บัญญัติว่า

“ความเสียหายเพื่อการชดเช้อาจรวมถึงการสูญเสียกำไร ผลกำไรที่สูญเสียพิจารณาตามเหตุการณ์ปกติหรือในพฤติการณ์พิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากมาตรการและความระมัดระวังที่ได้รับนั้น อาจคาดหมายได้”

¹⁰³ <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html>

Section 249. Nature and extent of damages

(1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.

(2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred.

¹⁰⁴ Section 252. Lost profits

The damage to be compensated for also comprises the lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.

หลักในเรื่องละเมิด คือ การทำให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น ค่าเสียหายจึงมีเพื่อชดใช้ความเสียหายต่าง ๆ ไม่ใช่เพื่อลงโทษผู้กระทำผิด โดยค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจรวมไปถึงการสูญเสียกำไรด้วย อีกทั้งศาลเยอรมันยังอนุญาตให้มีการใช้ค่าสิทธิเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหาย หากในกรณีนั้นมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิและมีการกำหนดค่าตอบแทนเอาไว้ หากไม่มีการกำหนดค่าสิทธิไว้ศาลจะยึดหลักความยุติธรรมที่ว่าผู้ทำละเมิดไม่ควรอยู่ในฐานะที่ดีกว่าบุคคลผู้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะกำหนดค่าสิทธิในจำนวนที่เพียงพอโดยคำนึงถึงการที่จำเลยนำงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยถือเสมือนว่าเป็นการที่โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิ¹⁰⁵

1.2.2 ผลกำไรของผู้ทำละเมิด

แม้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์จะใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดและค่าเสียหายเช่นเดียวกับการละเมิดทั่วไป แต่เรื่องลิขสิทธิ์ถือเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่งซึ่งหากนำมาใช้ในทางธุรกิจ ย่อมเกิดผลประโยชน์ทางการค้า ในมาตรา 97 (1) กฎหมายลิขสิทธิ์จึงให้สิทธิแก่โจทก์เลือกที่จะได้รับผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์แทนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความจริง โดยถือว่าผลกำไรก็คือค่าเสียหาย แต่การพิสูจน์ผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ยาก กฎหมายจึงอนุญาตให้โจทก์เรียกให้จำเลยแสดงรายการอันเกี่ยวกับบัญชีเพื่อพิสูจน์หาจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะให้ผู้เชี่ยวชาญ เช่น ผู้ตรวจสอบบัญชี เข้ามาเป็นคนกลางในการคำนวณหาผลกำไรดังกล่าว

1.2.3 การเรียกค่าเสียหายตามหลักلامิควรได้

ตามมาตรา 97 (3) ที่ว่าไม่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของโจทก์ที่มีตามกฎหมายอื่น ดังนั้น หากกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือผลกำไรของจำเลย โจทก์สามารถนำหลักเรื่องลามิควรได้มาเป็นเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหาย ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง

มาตรา 812¹⁰⁶ ข้อเรียกร้องเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม บัญญัติว่า

¹⁰⁵ <http://www.ipthailand.org/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=685&Itemid=600>

¹⁰⁶ Section 812. Claim for restitution

(1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a

“(1) บุคคลผู้ซึ่งได้รับสิ่งใดมาโดยผลจากการชำระหนี้ของผู้อื่นหรือได้มาโดยประการอื่น อันปราศจากมูลเหตุทางกฎหมาย สำหรับการกระทำดังกล่าวบุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องทำให้เขากลับคืนสู่สภาพเดิม หน้าที่นี้ยังคงมีอยู่แม้ภายหลังมูลเหตุทางกฎหมายจะเป็นอันระงับสิ้นไป หรือหากผลลัพธ์ตามที่มุ่งหวังไว้สำเร็จโดยความพยายามทั้งหลายที่สอดคล้องกับเนื้อหาของการดำเนินการทางกฎหมายไม่ได้เกิดขึ้น

(2) การกระทำเพื่อชำระหนี้รวมถึงการยอมรับถึงการมีอยู่หรือไม่มีของหนี้”

การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้สิทธิแก่โจทก์ในกรณีที่โจทก์อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายอื่นได้ ซึ่งก็คือเรื่องลาภมิควรได้ โดยประเด็นหลักของเรื่องนี้เมื่อพิจารณาจากตัวบทก็คือ การได้สิ่งใดมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ เมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ สิ่งใดที่จำเลยได้รับมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เท่ากับว่าจำเลยได้สิ่งเหล่านั้นมาโดยปราศจากเหตุผลทางกฎหมาย เพราะการละเมิดเป็นการกระทำผิดกฎหมาย จำเลยจึงมีหน้าที่ทำให้โจทก์กลับคืนสู่สภาพเดิม ดังนั้น สิ่งใดที่จำเลยได้มาโดยปราศจากความชอบธรรม จำเลยต้องคืนให้แก่โจทก์ เพราะโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกละเมิดทั้งหลาย โจทก์จึงมีความชอบธรรมที่จะยึดถือสิ่งเหล่านั้นไว้ได้ ทั้งนี้ หลักในเรื่องลาภมิควรได้ไม่คำนึงถึงความผิดของผู้กระทำ แม้ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์จะไม่รู้หรือกระทำละเมิดโดยสุจริต (innocent infringement) หากการได้ทรัพย์สินใดมาไม่สามารถอ้างเหตุผลทางกฎหมายได้ ก็ต้องคืนให้แก่โจทก์

3.8 ประเทศญี่ปุ่น

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายในประเทศญี่ปุ่น ไม่มีระบบการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ทันทีที่สร้างสรรค์งานแล้วเสร็จ แต่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นขอจดทะเบียนที่กรมข้อมูลลิขสิทธิ์กับ Agency for Cultural Affairs ได้ ทั้งนี้ ประเทศ

duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

(2) Performance also includes the acknowledgement of the existence or non-existence of an obligation.

ญี่ปุ่นมีกฎหมายลิขสิทธิ์ใช้มาตั้งแต่ปี 1899¹⁰⁷ จนกระทั่งในปัจจุบัน กฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้อยู่ คือ The Copyright Law No. 48 กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์มีบัญญัติไว้ในบทที่ 7 (Chapter VII) มาตรา 112 ถึงมาตรา 118 โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการเยียวยาทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เป็นความผิดทางอาญากรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งเป็นความผิดอาญาโดยตรงด้วย¹⁰⁸

มาตรา 114¹⁰⁹ ข้อสันนิษฐานของจำนวนค่าเสียหาย บัญญัติว่า

¹⁰⁷ Alan S. Gutterman and Bentley J. Anderson, Intellectual Property in Global Markets (London: Kluwer Law International Ltd., The Hague-Boston, 1997), p. 247.

¹⁰⁸ Article 119. Copyright Law (Law No. 48)

¹⁰⁹ <http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/index.html>

Article 114. Presumption of the amount of damages

(1) In the case where the owner of copyright, right of publication or neighboring rights claims compensation for damages from a person who infringed intentionally or negligently any of these rights, if such infringer has transferred the ownership of objects made by such act of infringement or has made the public transmission constituting such infringement, the amount obtained by multiplying the number of objects so transferred or the number of copies made of works or performances, etc. as a result of reception by the public of such transmission, by the amount of profits per unit from such sale of objects as the owner of copyright, etc. could make if there was no such infringement, can be considered as equivalent to the amount of damages suffered by such owner, within the limits of the amount corresponding to the ability of such owner to sell such objects or do other acts relating to them.

However, if there are some circumstances under which the owner of copyright, etc. cannot sell as many number of objects as corresponding to the whole or a part of the number of objects, etc., the amount proportionate to the number corresponding to such circumstances shall be deducted.

(2) In the case where the owner of copyright, right of publication or neighboring 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

“(1) ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิในการโฆษณาหรือสิทธิข้างเคียงเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหาย จากบุคคลผู้กระทำละเมิดอย่างจงใจหรือประมาทเลินเล่อประการใดต่อสิทธิดังกล่าว หากผู้ทำละเมิดโอนความเป็นเจ้าของในวัตถุอันเกิดจากการละเมิดหรือการส่งต่อสาธารณะอันเป็นการละเมิด จำนวนเงินที่ควรได้รับคือการเพิ่มขึ้นของจำนวนวัตถุที่ส่งต่อ หรือจำนวนสำเนางานหรือการแสดง ฯลฯ ดังที่มีการรับไว้โดยการส่งผ่านเช่นนั้น จำนวนผลกำไรต่อหนึ่งหน่วยจากการขายวัตถุ ในขณะที่เจ้าของลิขสิทธิ์ ฯลฯ สามารถทำได้หากไม่มีการละเมิดเช่นนั้น เท่ากับจำนวนค่าเสียหายที่เจ้าของได้รับ ขอบเขตของจำนวนดังกล่าวต้องสัมพันธ์กับความสามารถของเจ้าของในการขายวัตถุเช่นนั้น หรือทำโดยประการอื่นที่สัมพันธ์กัน

อย่างไรก็ตาม ถ้ามีพฤติการณ์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ ฯลฯ ไม่สามารถขายได้ในจำนวนมากเท่ากับทั้งหมดหรือส่วนของจำนวนวัตถุ ฯลฯ ปริมาณสัดส่วนของจำนวนที่สอดคล้องกับพฤติการณ์จะถูกนำไปหักลบ

(2) ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิในการโฆษณาหรือสิทธิข้างเคียง เรียกร้องค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายจากการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อส่วนหนึ่งส่วนใดของสิทธิเช่นนั้น ถ้ามี ของผู้กระทำละเมิดซึ่งได้รับจากการกระทำละเมิดนั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นจำนวนค่าเสียหายซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ได้สูญเสียไป

(3) เจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง อาจเรียกค่าเสียหายจากบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อสิทธิเช่นนั้นในจำนวนของค่าเสียหายที่เป็นจำนวนเท่ากับจำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นอาจจะได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ

from that infringement shall be presumed to be the amount of damages suffered by such owner.

(3) The owner of copyright or neighboring rights may claim compensation for damages from a person who has infringed intentionally or negligently their copyright or neighboring 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.

(4) The provision of the preceding paragraph shall not prejudice any claim to compensation for damages in excess of the amount mentioned therein. In this 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.

(4) บทบัญญัติในวรรคก่อนไม่ทำให้เกิดการเสียสิทธิใด ๆ ต่อการเรียกร้องค่าเสียหาย ในจำนวนที่เกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่ได้กล่าวมาแล้ว ในกรณีนี้ ศาลอาจจะพิจารณาว่ามีเจตนาทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในส่วนของผู้ทำละเมิดประกอบเพื่อกำหนดจำนวนค่าเสียหาย”

มาตรา 114/4¹¹⁰ หน้าที่ของคู่ความเกี่ยวกับการอธิบายต่อผู้ประเมินราคา บัญญัติว่า “การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิการโฆษณาหรือสิทธิข้างเคียง เมื่อศาลมีคำสั่งตามคำขอของคู่ความที่เกี่ยวกับการประเมินอันเป็นสาระสำคัญในการกำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิด คู่ความที่เกี่ยวข้องต้องอธิบายสาระสำคัญอันจำเป็นต่อการประเมินเช่นนั้นให้ผู้ประเมินราคาทราบ”

มาตรา 114/5¹¹¹ การกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่เหมาะสม บัญญัติว่า “ในกรณีที่พบว่าค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิในการโฆษณาหรือสิทธิข้างเคียง เป็นไปได้ยากมากจากลักษณะข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องที่จะพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่จำเป็นสำหรับหลักฐานของจำนวนค่าเสียหาย ศาลอาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่เหมาะสมโดยตั้งอยู่บนฐานอันเป็นใจความของวิธีการดำเนินการตามกฎหมายและผลของหลักฐานทั้งหมด”

มาตรา 115¹¹² มาตรการสำหรับการกู้ชื่อเสียง บัญญัติว่า

¹¹⁰Article 114 quater. Duty of the parties concerned to explain to an appraiser

When the court, in a lawsuit relating to an infringement on copyright, right of publication or neighboring 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 infringement concerned, the parties concerned shall explain to an appraiser as to matters necessary for such appraisal.

¹¹¹Article 114 quinquies. Award of a reasonable amount of damages

In the case where it is found that there has been damages caused in a lawsuit relating to an infringement on copyright, right of publication or neighboring 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.

“ผู้สร้างสรรค์อาจร้องขอว่าบุคคลผู้ซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ของเขาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อดำเนินมาตรการที่จำเป็นที่จะแสดงให้เห็นว่าเขาเป็นผู้สร้างสรรค์หรือที่จะแก้ไขให้ถูกต้อง ซึ่งการเปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือแก้ไข หรือการทำให้เกียรติคุณหรือชื่อเสียงของเขากลับคืนดี หรือชดใช้ด้วยค่าเสียหายแทน หรือพร้อมกับชดใช้ค่าเสียหายด้วย”

การเยียวยาความเสียหายนั้น ก่อนหรือระหว่างพิจารณาคดี โจทก์อาจขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวหรือเด็ดขาดเพื่อให้จำเลยหยุดกระทำการอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อโจทก์พิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โจทก์จึงจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ และโจทก์ต้องนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายด้วย กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดข้อสันนิษฐานในเรื่องค่าเสียหายเอาไว้ในมาตรา 114 ดังนี้¹¹³

ก. การคำนวณค่าเสียหายบนฐานของจำนวนการผลิตของผู้ทำละเมิด ตามมาตรา 114 (1) การเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งมีหลักสำคัญคือ การเยียวยาเพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Status quo ante) ในกรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าแข่ง กล่าวคือ การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยมีอิทธิพลต่อส่วนแบ่งทางการตลาด (Market share)¹¹⁴ ของโจทก์ โดยคู่ความทั้งสองต้องเป็นผู้ร่วมค้าแข่ง กฎหมายสันนิษฐานว่าค่าเสียหายของโจทก์คือผลกำไรของจำนวนการผลิตของจำเลยที่เพิ่มขึ้นซึ่งโจทก์สามารถทำได้หากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ หมายความว่า นำจำนวนผลกำไรที่โจทก์ได้รับก่อนมีการละเมิดมาหักลบกับผลกำไรที่โจทก์ได้รับเมื่อมีการละเมิดแล้ว นำผลลัพธ์ที่ได้มาเปรียบเทียบกับจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลจะพิจารณาถึงความสอดคล้องของจำนวนผลกำไรทั้งสอง หากไม่ห่างจากกัน ศาลจะกำหนดให้จำนวนผลกำไรเป็นค่าเสียหายของโจทก์

¹¹²Article 115. Measures for recovery of honour, etc.

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 or together with indemnification of damages.

¹¹³Peter Ganeva, Christopher Heath and Hiroshi Saito, Japanese copyright law (Kluwer Law International, 2005.), pp. 123-127.

¹¹⁴Market share คือ สัดส่วนของยอดขายสินค้าของกิจการ ในยอดขายรวมของตลาด โดยการเพิ่มส่วนแบ่งทางการตลาดเป็นเป้าหมายหนึ่งของกิจการ

ข. หากการละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้จำเลยได้รับผลกำไรใด ๆ ให้สันนิษฐานว่าเป็นค่าเสียหายที่โจทก์ได้สูญเสียไป ตามมาตรา 114 (2) โดยโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้รับกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนจำเลยมีหน้าที่นำสืบหักล้างว่าผลกำไรนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์เช่น ราคาต้นทุนในการผลิต เป็นต้น ดังนั้น โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้หรือการสูญเสียกำไร

ค. จำนวนค่าเสียหายที่ควรได้รับจากจำเลยเท่ากับจำนวนเงินที่โจทก์อาจได้รับการใช้สิทธิตามปกติ ตามมาตรา 114 (3) หากในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ตามข้อสันนิษฐานทั้งสองกรณีข้างต้น โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงค่าสิทธิ ข้อสันนิษฐานนี้เท่ากับทำให้การกระทำของจำเลยเป็นการได้รับอนุญาตจากโจทก์โดยต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์อย่างเหมาะสม (Reasonable Royalty) หากกรณีที่ไม่มีกำหนดค่าสิทธิเอาไว้หรือโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าสิทธิได้ โจทก์อาจเรียกค่าสิทธิอันเป็นการตอบแทนที่โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ได้ตามหลักกลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)

จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายข้างต้น ในกรณีที่โจทก์ได้รับความเสียหายมากกว่าจำนวนค่าเสียหายที่ได้รับ โจทก์อาจร้องขอค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ โดยศาลจะคำนึงถึงเจตนาของจำเลยว่าการกระทำโดยสุจริตหรือไม่ และศาลอาจมีคำสั่งให้คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นเอกสารเพื่อพิสูจน์ถึงการละเมิดหรือการคำนวณค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ คู่ความอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตรวจสอบข้อมูลดังกล่าวเพื่อนำมาเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีละเมิด ทั้งนี้ ศาลต้องคำนึงถึงความเหมาะสมแก่คดีด้วย นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจแต่งตั้งผู้ประเมินราคาหรือผู้ตรวจสอบบัญชีซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญการตรวจสอบบัญชี มาตรวจสอบสมุดบัญชีของคู่ความและประเมินค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับ

ในกรณีที่เกิดความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ กล่าวคือ โจทก์ได้รับความเสื่อมเสียเกียรติคุณหรือชื่อเสียงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ตามมาตรา 115 จำเลยมีหน้าที่ต้องทำทุกประการเพื่อให้เกียรติยศและชื่อเสียงของโจทก์กลับคืนดีดังเดิม หรือโจทก์อาจเลือกเรียกเฉพาะค่าเสียหายในส่วนนี้ หรืออาจเรียกให้จำเลยกระทำการกอบกู้ชื่อเสียงและเกียรติคุณพร้อมกับชำระค่าเสียหายในส่วนนี้ด้วย

อย่างไรก็ตาม ศาลมีสิทธิใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายตามความเหมาะสมให้แก่โจทก์ได้ ในกรณีที่คดีมีข้อขัดข้องอยู่มากในการพิสูจน์คำนวณค่าเสียหาย เช่น ใน Intellectual Property High Court, Fourth Division, Date of the Judgment: 2006.3.15, Case Number:

2005 (Ne) No.10095¹¹⁵ มีข้อยุ่งยากมากมายที่จะพิสูจน์ถึงหลักฐานว่าธุรกิจการพิมพ์หนังสืออันละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยมีผลกระทบต่อการขายหนังสือของโจทก์อย่างไร ศาลจึงคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสม โดยนำมาตรา 248 ประมวลกฎหมายแพ่งมาพิจารณาในส่วนที่ไม่มีเนื้อหาที่มีอยู่จริงตามหลักฐานที่ชี้เฉพาะ จึงกำหนดค่าเสียหายกรณีสูญเสียทรัพย์สินให้โจทก์เป็นจำนวน 242,638 เยน

ในท้ายที่สุด กรณีที่โจทก์ไม่สามารถคำนวณหาค่าเสียหายตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ โจทก์อาจนำมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในประมวลแพ่งมาปรับใช้สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว¹¹⁶ โดยอ้างตาม**มาตรา 709** ซึ่งเป็นหลักในเรื่องลามิควรได้ กล่าวคือ ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของผู้อื่นจำต้องชดใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ ที่บังเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

อย่างไรก็ตาม ในบางคดีศาลจะนำทั้งหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายตามหลักกฎหมายในเรื่องลามิควรได้และกรณีละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้ร่วมกัน เช่น คดี Tokyo High Court, Fourth Intellectual Property Division, Date of the Judgment: 2005.3.24, Case Number: 2004 (Ne) No.3565, 2004 (Ne) No.4989¹¹⁷ ในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการที่จำเลยนำภาพถ่ายของโจทก์ผู้ซึ่งเป็นกงสุลใหญ่มาเผยแพร่ทางโทรทัศน์โดยปราศจากความยินยอมของโจทก์ ซึ่งศาลตัดสินว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และกรรมสิทธิตามที่โจทก์กล่าวอ้าง โดยศาลนำบทบัญญัติในมาตรา 144 (3) และมาตรา 709 มาประกอบการพิจารณาในการกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งศาลกำหนดค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายเป็นจำนวนทั้งหมด 1,600,000 เยน โดยแบ่งเป็น จำนวนยอดรวมค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งรวมสิทธิในการทำสำเนาและสิทธิในการเผยแพร่เป็นจำนวน 600,000 เยน ซึ่งเกิดจากจำนวนค่าเสียหายในแต่ละการเผยแพร่ โดยมีการนำไปเผยแพร่จำนวน 12 ครั้ง ศาลคำนวณให้ครั้งละ 50,000 เยน และจำนวนค่าเสียหายกรณีละเมิดกรรมสิทธิอีก 600,000 เยน โดยโจทก์ประสงค์จะถ่ายภาพเพื่อเป็นการแนะนำกงสุลในด้านบวกโดยได้รับอนุญาตจากท่านแล้ว แต่จำเลยนำภาพถ่ายไปออกอากาศในลักษณะที่เป็นการกล่าวหาว่าบุคคลในรูปเป็นผู้ประพฤติชั่วอื้อฉาว ซึ่งเป็นการขัดต่อเจตนาของโจทก์ผู้เป็นช่าง

¹¹⁵ <http://database.iip.or.jp/cases/?b_cmd=search&p=1>

¹¹⁶ Alan S. Gutterman and Bentley J. Anderson, Intellectual Property in Global Markets (London: Kluwer Law International Ltd., The Hague-Boston, 1997), p. 253.

¹¹⁷ <http://database.iip.or.jp/cases/?b_cmd=search&p=1>

ถ่ายภาพและพิจารณาจากพฤติการณ์ที่มีการบ่งชี้ถึงชื่อของผู้สร้างสรรค์และเพื่อเป็นการปกป้องชื่อเสียงและเกียรติคุณ ศาลยังกำหนดค่าเสียหายความให้อีก 400,000 เยน

ในบางคดี¹¹⁸ ปรากฏว่าโจทก์ใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอ้างอิงหลักเกณฑ์การเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายแพ่งไปพร้อมกัน ซึ่งศาลก็กำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำหลักกฎหมายทั้งสองมาปรับใช้ร่วมกัน เช่น คดี Intellectual Property High Court, Fourth Division, Date of the Judgment: 2006.3.15, Case Number: 2005 (Ne) No.10095 ในคดีนี้ จำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยการตีพิมพ์เผยแพร่หนังสือที่มีเนื้อหาภายในเล่มคล้ายคลึงกับบทความที่อยู่ในหนังสือแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายซึ่งโจทก์เป็นผู้เขียนขึ้น ซึ่งเป็นการคัดลอกตั้งแต่โครงสร้างตลอดจนชื่อเรื่องของหนังสือ ศาลตัดสินว่า การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานของผู้อื่นเพื่อหาผลกำไรโดยมิชอบ และถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่ง โดยศาลให้เหตุผลว่า ในกรณีนี้โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดตามกฎหมายแพ่งมาด้วย ซึ่งโจทก์สามารถเรียกได้ เพราะการกระทำของจำเลยมิใช่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว เนื่องจากการกระทำของจำเลยแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อในการลอกเลียนแบบผลงานของโจทก์ ซึ่งเกิดขึ้นจากความอหุติสาหะของโจทก์ ทั้งนี้ การแสดงออกทางความคิดของโจทก์ไม่จำเป็นจะต้องได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว เพราะโดยปกติผู้เขียนทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับผลกำไรหรือประโยชน์ในทางเศรษฐกิจจากการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานของตน และสิทธิในทางเศรษฐกิจนี้ต้องถูกคุ้มครองโดยกฎหมาย การเขียนและเผยแพร่ผลงานโดยการพึ่งพาผลงานของคนอื่น ไม่เป็นที่ยอมรับในการแข่งขันทางการตลาด และเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาผลกำไรโดยมิชอบ จึงทำให้เจ้าของผลงานได้รับความเสียหาย ดังนั้น จากการกระทำของจำเลยที่คัดลอกผลงานของโจทก์มาทั้งโครงสร้างจึงเป็นเหตุให้จำเลยต้องรับผิดชอบตามหลักละเมิดโดยทั่วไปด้วย

คดี Tokyo District Court, 47th Civil Division, Date of the Judgment: 2006.3.31, Case Number: 2003 (Wa) No. 29709 ในคดีนี้ ศาลคำนวณจำนวนค่าเสียหายตามหลักสามัญควรได้ ศาลตัดสินว่าจำเลยได้รับผลกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยปราศจากการชำระค่าลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่า ผลกำไรที่เกิดขึ้นควรนำมาชำระเป็นค่าลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ ดังนั้น ให้ถือว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับเป็นค่าการใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งโจทก์สมควรได้รับ

¹¹⁸ Ibid.