

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อศึกษาถึงลักษณะของการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 2 และบทที่ 3 ประกอบกับประเด็นปัญหาที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 ทำให้เกิดปัญหาที่น่าวิเคราะห์ คือ ค่าเสียหายที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ตามมาตรา 64 ได้แก่ ค่าเสียหายประเภทใดบ้าง ขอบเขตของมาตรา 64 จะสามารถครอบคลุมค่าเสียหายชนิดใดบ้าง ซึ่งรวมถึงกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นไปโดยสุจริต กรณีที่ไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น และกรณีของค่าปรับที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย อีกทั้งประเด็นอื่นที่ควรนำมาวิเคราะห์ทั้งในเรื่องของมาตรการเยียวยาอื่นที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหาย และกรณีที่มีการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ซึ่งมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การกำหนดค่าเสียหายจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือเป็นไปตามหลักเกณฑ์การเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ สุดท้ายจะวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาอื่น เช่น ความรับผิดของกรรมการนิติบุคคลในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น

4.1 ปัญหาการปรับใช้และการตีความตามมาตรา 64

เนื่องจากก่อนที่จะมีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะนำบททั่วไปกรณีละเมิด ตามมาตรา 420 และมาตรา 438 มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่ภายหลังเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ขึ้นใช้ ปรากฏว่าภายในพระราชบัญญัตินี้มีการบัญญัติถึงการเรียกค่าเสียหายไว้เฉพาะในมาตรา 64 อย่างไรก็ตาม การนำมาตรา 64 มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง เกิดประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่ามาตรา 64 กับมาตรา 438 เป็นหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดที่มีหลักการเหมือนกันหรือไม่อย่างไร ซึ่งจะโยงไปถึงประเด็นที่ว่าความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความรับผิดที่มีความผิดหรือเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด ซึ่งพิจารณาวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

การละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่งตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็คือ ความสามารถที่จะกระทำการใดอันก่อให้เกิดประโยชน์ทางการเงินแก่ตนในฐานะเจ้าของสิทธินั้น โดยลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่มีมูลค่าและสามารถ

ถือเอาได้ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนที่จะมีการบัญญัติเรื่องค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะ ศาลจึงนำ มาตรา 438 มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ว่า การกระทำอันถือเป็นการ ละเมิดที่มีลักษณะนอกเหนือไปจากการละเมิดทั่วไปตามมาตรา 420 ต้องนำบทบัญญัติที่ว่าด้วย “ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด” มาบังคับใช้ด้วยเช่นกัน ซึ่งมาตรา 438 ถือว่าเป็นบททั่วไปที่ สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีอื่นได้ เพราะละเมิดอาจมีความหมายว่าการที่บุคคลต้องรับผิดชอบใน ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็โดยที่มีกฎหมายให้ต้องรับผิดชอบด้วย¹

การนำมาตรา 420 และมาตรา 438 มาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิด ลิขสิทธิ์ ก่อนที่จะมีการตราบทบัญญัติในเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะ ท่าน อาจารย์ แก้วสรร อติโพธิ² อธิบายไว้ว่า การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดต่อทรัพย์สินเช่นกัน จึง ต้องนำมาตรา 420 ซึ่งเป็นบททั่วไปมาบังคับใช้ ส่วนในเรื่องความรับผิด ตามมาตรา 420 เป็นกรณี ที่ผู้กระทำต้องจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าผู้กระทำรู้ว่างานดังกล่าวเป็น งานมีลิขสิทธิ์เท่ากับว่าเป็นการจงใจหรือมีเจตนาละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการกระทำโดยจงใจนั้นไม่ จำต้องถึงขนาดประสงค์ต่อผลเช่นในคดีอาญา หรือในกรณีที่ผู้กระทำไม่ระมัดระวังตรวจสอบให้ ชัดเจนถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ก็เท่ากับผู้กระทำประมาทเลินเล่อแล้ว จากคำอธิบายดังกล่าว จึง เท่ากับว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดที่ผู้กระทำต้องมีความผิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เช่นเดียวกับมาตรา 420 เพียงแต่ความผิดดังกล่าว มีขอบเขตอยู่ที่ว่า ผู้กระทำรู้หรือไม่ว่าเป็นงาน อันมีลิขสิทธิ์ หากผู้กระทำอ้างว่าไม่รู้ โดยที่ผู้กระทำมิได้ตรวจสอบให้แน่ชัด ก็เท่ากับว่าเป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ได้ บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 64 ในกรณี ที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและต้องการเรียกค่าเสียหาย ศาลต้องนำมาตรา 64 มาปรับใช้แทน

¹ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น.143.

²แก้วสรร อติโพธิ, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ เจริญศิลป์, 2527), น. 92-96.

มาตรา 438 ทั้งนี้ ท่านอาจารย์ ปริญญา ตีผดุง³ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า หลักเกณฑ์ในมาตรา 64 น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” แต่มาตรา 64 บัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิเรียกให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเป็นพิเศษต่างไปจากกรณีละเมิดในส่วนของค่าเสียหายอันเนื่องจากการสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ฉะนั้น การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันจึงต้องนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 64 มาปรับใช้เป็นการเฉพาะ

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านอาจารย์ ปริญญา ตีผดุง แต่ผู้เขียนมีคำอธิบายเพิ่มเติม กล่าวคือ การวิเคราะห์หลักการในมาตรา 64 และมาตรา 438 ว่ามีความหมายเหมือนกันหรือไม่อย่างไร และจะสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้หรือไม่ ในเบื้องต้นต้องวิเคราะห์ถ้อยคำในบทบัญญัติทั้งสอง

ตามมาตรา 438 ใช้คำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” ส่วนในมาตรา 64 ใช้คำว่า “ค่าเสียหาย” ดังที่ได้อธิบายแล้วในบทที่ 2 ความหมายของค่าสินไหมทดแทนมีความหมายกว้างกว่าค่าเสียหาย โดยค่าสินไหมทดแทนอาจรวมไปถึงการคืนทรัพย์สินด้วย ดังที่ปรากฏในมาตรา 438 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย” ดังนั้น ค่าเสียหายจึงเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน ในมาตรา 438 บัญญัติให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งพฤติการณ์แห่งละเมิดก็คือ เหตุและข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น การกระทำโดยจำเป็น เป็นต้น ส่วนความร้ายแรงแห่งละเมิดก็คือ ลักษณะของการกระทำละเมิด เช่น การกระทำโดยอุกอาจ การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นต้น ในขณะที่มาตรา 64 ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ การกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรนั้น หมายถึง การกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งความเสียหายที่แท้จริงกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือ

³ปริญญา ตีผดุง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 2. สำนักอบรมการศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. พ.ศ. 2545, น. 31-32.

การสูญเสียประโยชน์ใด ๆ ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น โดยการกำหนดค่าเสียหายตามสมควร ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายรวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ ความร้ายแรงของความเสียหาย หมายความว่าความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีมากน้อยเพียงใด ส่วนการสูญเสียประโยชน์ ก็คือการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์ใด ๆ จากการใช้ลิขสิทธิ์

เมื่อพิจารณาจากการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติทั้งสองมาตรา พบว่า ในส่วนที่ มาตรา 438 บัญญัติให้ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งละเมิด ในขณะที่มาตรา 64 ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายต่างกันดังที่กล่าวแล้วข้างต้น สาเหตุที่มาตรา 438 บัญญัติให้ศาลคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งละเมิด น่าจะมาจากเหตุผลที่ว่า ความรับผิดชอบละเมิดทั่วไป ตามมาตรา 420 เป็นความรับผิดชอบที่ต้องมีความผิด ดังนั้น ผู้กระทำต้องมีความผิดก่อน จึงจะถือว่าการกระทำนั้นเป็นละเมิด โดยความผิดดังกล่าว หมายถึง ผู้กระทำต้องจงใจกระทำหรือกระทำโดยความประมาทเลินเล่อ กรณีกระทำโดยจงใจ ก็คือ ผู้กระทำต้องรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ก็คือ ผู้กระทำไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ ซึ่งกฎหมายวางระดับของความระมัดระวังไว้โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์ และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำ ความระมัดระวังจะต่างกันไปตามพฤติการณ์ของตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดทางสัญญา ผู้กระทำประมาทเลินเล่อหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ ฉะนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดเพื่อละเมิดก็ต่อเมื่อผู้กระทำกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอันเป็นผลเนื่องมาจากการละเมิดนั้น เมื่อผู้กระทำมีความผิดฐานละเมิด ผู้เสียหายจึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 438 ดังนั้น กรณีละเมิดทั่วไปกฎหมายจึงบัญญัติให้ศาลกำหนดค่าเสียหายโดยวินิจฉัยจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

ส่วนกรณีที่มาตรา 64 บัญญัติให้ศาลคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย น่าจะมาจากเหตุผลที่ว่ากรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง กล่าวคือ การกระทำใด ๆ อันเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง หรือให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรหรือไม่ก็ได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นการกระทำอันกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของลิขสิทธิ์ซึ่งมีลักษณะขัดขวางการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร กฎหมาย

ลิขสิทธิ์ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (ตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 30) ซึ่งถ้อยคำตามตัวบทมิได้กล่าวถึงความผิดของผู้กระทำแต่อย่างใด โดยท่านอาจารย์ วิมาน กฤตพลวิมาน⁴ อธิบายไว้ว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นการละเมิดแม้ว่าผู้กระทำจะมีได้มีความจงใจหรือเจตนาในการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดเด็ดขาด (Strict liability) กล่าวคือ ผู้กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิด แม้ว่าจะกระทำไปโดยปราศจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม จึงส่งผลให้การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายเป็นหลัก แต่ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดต่อเมื่อมีความผิด ดังที่ปรากฏตามถ้อยคำในมาตรา 31 บัญญัติว่า “ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้อางานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดสิทธิของผู้อื่น... ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์...” หมายความว่า ผู้กระทำต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผลงานที่ตนนำมาขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ เสนอให้เช่าซื้อ เผยแพร่ต่อสาธารณชน แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของผลงาน นำหรือส่งผลงานนั้นเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้กระทำการดังกล่าวจึงรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ซึ่งในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายกำหนดไว้เป็นข้อสันนิษฐานว่างานที่มีการนำมาฟ้องร้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม ผู้ทำละเมิดหรือจำเลยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้อางานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้นั้นจึงจะไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

ส่วนในเรื่องที่ว่าความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นความเสียหายที่แท้จริงอันเนื่องมาจากการสูญเสียประโยชน์แต่เพียงอย่างเดียวหรือไม่นั้น หากพิจารณาจากตัวบทมาตรา 64 ประกอบกับแนววินิจฉัยของศาลที่กล่าวมาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 4 จะพบว่า

การที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ตามสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายนั้น หมายความว่า ศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงตามความเสียหายที่เกิดขึ้น (Actual Damages) ซึ่งความเสียหายดังกล่าว อาจเป็นความเสียหายในทางเศรษฐกิจ เช่น การขาดทุนขาดกำไร หรืออาจเป็นความเสียหายในลักษณะที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินก็ได้ เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ นอกจากนี้ศาลจะต้องคำนึงถึงความเสียหายที่แท้จริงแล้ว ในการกำหนดค่าเสียหายศาลยังต้องคำนึงถึงการสูญเสียประโยชน์ กล่าวคือ ความเสียหายในทางเศรษฐกิจถือเป็นการสูญเสียประโยชน์อย่างหนึ่ง ซึ่งการสูญเสียประโยชน์กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือ

⁴วิมาน กฤตพลวิมาน, กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปฏิบัติงาน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ดวงกมล, 2546), น. 118.

การขาดรายได้ หรือขาดกำไร หรือขาดค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์นั่นเอง หากไม่มีการละเมิด ลิขสิทธิ์เกิดขึ้น เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับรายได้อันรวมไปถึงผลกำไร หรือค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ทั้งนี้ การสูญเสียประโยชน์ที่กล่าวมานั้นเป็นการสูญเสียประโยชน์ในอนาคต⁵ ซึ่งศาลสามารถ กำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ในส่วนนี้ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ นอกเหนือไปจาก ค่าเสียหายที่แท้จริง และศาลยังสามารถกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าใช้จ่ายใด ๆ อันเนื่องมาจากการ บังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องความเสียหายมีอีกประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นกรณีละเมิดลิขสิทธิ์กับกรณีละเมิดโดยทั่วไปแตกต่างกัน กล่าวคือ ความเสียหาย ที่เกิดจากการละเมิดนั้น ไม่มีทฤษฎีใดที่จะนำมาปรับใช้ได้ในทุกกรณีที่เกิดขึ้น ว่าความเสียหาย ใดบ้างที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบ อีกทั้งศาลในแต่ละประเทศไม่พยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ใน เรื่องความเสียหาย เพราะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างใดอย่างหนึ่งอาจเป็นผลมาจากเหตุหลายอย่าง หลายประการ จึงเป็นการแน่ชัดว่าจะให้ผู้ทำละเมิดรับผิดชอบในผลทั้งหมดไม่ได้⁶ ดังนั้น ขอบเขตของ ความเสียหายที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบ จึงไม่มีกฎเกณฑ์แน่นอนตายตัวอันสามารถปรับใช้ได้กับทุก กรณี จึงเป็นเรื่องที่ศาลต้องใช้ดุลยพินิจประกอบกับข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นกรณี ๆ ไป ทั้งนี้ เมื่อ พิจารณาจากตัวบทกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 420 ก็มีบัญญัติว่าผลที่เกิดขึ้นเช่นใดบ้างที่ ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบ จึงทำให้อนุมานได้ว่า ถ้าผลนั้นผู้กระทำละเมิดตั้งใจจะก่อให้เกิดแก่ ผู้เสียหายแล้วผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบไม่ว่าผลจะเป็นเช่นไรจะถือว่าไกลกว่าเหตุไม่ได้⁷ อีกทั้งในมาตรา 439 ถึงมาตรา 446 อันเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่ากฎหมาย ถือว่าความเสียหายเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย ไม่มีปัญหาว่าผู้ทำความเสียหาย หรือบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ฉะนั้น ศาลไทยจึงมีแนววินิจฉัยเรื่องความเสียหายใน ลักษณะที่เป็นไปทางเดียวกัน คือ ความรับผิดชอบของผู้ทำละเมิดย่อมมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะที่เกิด จากความรับผิดชอบของผู้กระทำนั้น เมื่อผู้ทำละเมิดก่อความเสียหาย แม้เป็นผลที่ตนไม่อาจคาดหมาย ได้ก็ตาม เมื่อเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของตนแล้ว ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบ⁸

⁵ วัล ดิงสมิตร, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542.

⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 37.

⁷ เฟิงอ๋าง, น. 42.

⁸ เฟิงอ๋าง, น. 44.

ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่าความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะอย่างไร เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่งซึ่งอาจต่างออกไปในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบแม้ไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเล็กน้อย อย่างไรก็ตาม ศาลก็ย่อมนำหลักความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลในกรณีละเมิดโดยทั่วไปมาปรับใช้ได้ ดังนั้น ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่อาจคาดหมายได้ แต่ถ้าความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาสำหรับความเสียหายเช่นนั้น

หลักเกณฑ์ในเรื่องความสัมพันธ์ของเหตุและผลซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตของความเสียหายว่าความเสียหายลักษณะใดบ้างที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบ ในต่างประเทศก็ไม่มี การสร้างหลักเกณฑ์ตายตัวไว้เช่นกัน แต่มีบางประเทศที่มีแนววินิจฉัยของศาลในการพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างไรบ้าง เช่น ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ความเสียหายที่สามารถนำมาคำนวณเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงได้ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และเป็นความเสียหายนั้นต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ในประเทศแคนาดา ความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาโดยการกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยความเสียหายนั้นต้องสามารถสังเกตเห็นได้และไม่ไกลกว่าเหตุ

แม้ว่าแนวทางในการพิจารณาถึงลักษณะของความเสียหายที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบ ไม่ว่าจะในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์หรือกรณีละเมิดโดยทั่วไปจะเป็นไปในลักษณะเดียวกัน แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และกรณีละเมิดโดยทั่วไปนั้น แตกต่างกัน ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์จำกัดเฉพาะความเสียหายในทางเศรษฐกิจอันได้แก่การสูญเสียประโยชน์หรือสูญเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งรวมไปถึงความเสียหายอันมีอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ คือ กรณีความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณทางการค้า ความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณทางวิชาชีพต่าง ๆ เช่น ชื่อเสียงในแวดวงวิชาการ ชื่อเสียงในแวดวงศิลปะ เป็นต้น ส่วนความเสียหายที่อาจเกิดจากการละเมิดโดยทั่วไปนั้น นอกจากความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจแล้ว อาจเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ออนามัย เสรีภาพด้วย อันส่งผลในการเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่สามารถเรียกได้ เช่น ค่าทำศพ ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดไร้อุปกรณ์ ค่าขาดแรงงาน เป็นต้น ดังนั้น ขอบเขตของความเสียหายที่เกิดขึ้นกรณีละเมิดลิขสิทธิ์จึงแคบกว่ากรณีละเมิดโดยทั่วไป

ในทางปฏิบัติไม่พบว่าศาลได้วินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าวไว้ มีแต่เพียงหมายเหตุท้ายฎีกา กล่าวคือ คำพิพากษาฎีกา 9523/2544 จำเลยไม่ยอมคืนให้และยังใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ต่อไปอันมีลักษณะเป็นการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของโจทก์โดยมิชอบ ย่อมทำให้โจทก์เสียหาย กรณีถือได้ว่า จำเลยได้ทำละเมิดต่อโจทก์ และศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438

จากคำพิพากษาฎีกาฉบับดังกล่าว ท่านอาจารย์ วส ติงสมิตร ได้หมายเหตุไว้ท้ายฎีกาว่า หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หาใช่กำหนดค่าเสียหายตามความร้ายแรงแห่งการทำละเมิดทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ไม่

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหาการปรับใช้และตีความมาตรา 64 และมาตรา 438 สามารถอธิบายได้ คือ การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์กับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดโดยทั่วไปมีแนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายแบบเดียวกัน คือ การกำหนดค่าเสียหายนั้นเป็นไปเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ถูกระทำละเมิดเสมือนว่าไม่เคยมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นมาก่อน แต่เนื่องจากในองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์กับกรณีละเมิดโดยทั่วไปต่างกัน การกำหนดค่าเสียหายศาลจึงต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ การกำหนดค่าเสียหายของศาลจะเป็นมาตรการเยียวยาที่เกี่ยวข้องกับตัวเงินเพียงอย่างเดียว โดยศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามความเหมาะสมซึ่งศาลจะคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันเป็นการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตในเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดทั่วไป กฎหมายใช้คำว่าค่าสินไหมทดแทนมิได้ใช้คำว่าค่าเสียหาย มาตรการเยียวยาจึงมิใช่เรื่องเกี่ยวกับตัวเงินเพียงอย่างเดียว ประกอบกับในมาตรา 438 วรรคสอง กฎหมายบัญญัติถึงตัวอย่างของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้ ทั้งนี้ ค่าเสียหายจึงเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน และค่าสินไหมทดแทนไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะการชดใช้กันด้วยเงินอย่างกรณีของค่าเสียหาย⁹ ดังนั้น ขอบเขตของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดโดยทั่วไปจึงกว้างกว่ากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่มีบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการกำหนด

⁹โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 163.

ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะ ก็สามารถนำมาตรา 438 ซึ่งเป็นบททั่วไปในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดมาใช้ได้ แต่เมื่อมีมาตรา 64 บัญญัติไว้เฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ตามหลักแล้วกฎหมายเฉพาะย่อมยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีแนวคิดในการเรียกค่าเสียหายเหมือนกันดังที่กล่าวมาแล้ว ประกอบกับกรณีของมาตรา 64 เป็นการกำหนดแนววินิจฉัยในเรื่องรายละเอียดของค่าเสียหาย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า มาตรา 64 เป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติถึงรายละเอียดของค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ แต่มิได้ยกเว้นบทบัญญัติในมาตรา 438 ที่เป็นบททั่วไป ฉะนั้น ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น หากการเรียกค่าเสียหายบางประเภทไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 64 ศาลยังคงสามารถนำมาตรา 438 มาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้ เพราะมาตรา 438 เป็นบททั่วไปในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิด

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดตามมาตรา 438 และกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 64 ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความรับผิดที่ผู้กระทำต้องมีความผิดหรือเป็นความรับผิดเด็ดขาด

หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์แบ่งออกเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (มาตรา 27) และการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (มาตรา 31) และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในตัวบทจะพบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงนั้น มิได้กล่าวถึงเรื่องความผิดของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เพียงแต่ผู้กระทำกระทำการครอบครองประกอบความผิดก็เท่ากับเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ส่วนการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมนั้น ตัวบทบัญญัติถึงความผิดของผู้กระทำไว้อย่างชัดเจน ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมจึงต้องมีความผิดหรือมีเจตนา ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 2000/2543¹⁰

คำพิพากษาฎีกาที่ 2000/2543 งานภาพพิมพ์รูปการ์ตูนหมีพูห์ (Winnie the Pooh) ของผู้เสียหายอันเป็นศิลปกรรมอยู่ในประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้เสียหายสร้างสรรค์จินตนาการนั้นเป็นการสร้างสรรค์จินตนาการโดยวิจักษณ์จากธรรมชาติซึ่งเป็นสัตว์โลกที่เรียกกันว่า "หมี"(BEAR) มาเป็นงานศิลปกรรมในรูปการ์ตูนสัตว์โลกที่เป็น "หมี" เป็นสัตว์ธรรมชาติที่มีชีวิตที่ดงามแปลกหูแปลกตาและแปลกไปจากสัตว์อื่น มนุษย์ทุกคนย่อมมีปรัชญาศิลปะอยู่ในตัวบ้างไม่มากก็น้อย เมื่อพบเห็นสิ่งต่าง ๆ ในธรรมชาติก็สามารถสร้างสรรค์จินตนาการในศิลปะในลักษณะต่าง ๆ กันได้เมื่อการสร้างสรรค์จินตนาการภาพการ์ตูนมีที่มาจากสัตว์ธรรมชาติอย่างเดียวกันโดยการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์แต่ละคน งานศิลปกรรมดังกล่าวจึงอาจจะเหมือนหรือ

¹⁰<<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>>

คล้ายกันได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการลอกเลียนทำซ้ำกันหรือดัดแปลงงานของกันและกันแต่อย่างใด พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 6 วรรคสอง ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดในการสร้างสรรค์งาน การใช้ความคิดริเริ่มนำเอาความสวยงามตามธรรมชาติของสัตว์โลกมาสร้างสรรค์จินตนาการ เป็นภาพการ์ตูนจึงเป็นความคิดที่กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองเอาไว้เพราะมิฉะนั้นจะเป็นการผูกขาดจินตนาการหรือสุนทรียภาพในทางความคิดก่อให้เกิดผลเสียแก่มนุษยชาติ เนื่องจากจะมีผลทำให้บุคคลอื่นไม่สามารถสร้างสรรค์จินตนาการของตนเองเป็นภาพการ์ตูนจากสัตว์ธรรมชาติ หรือจากสิ่งที่เป็นธรรมชาติชนิดเดียวกันหรือประเภทเดียวกันได้ กฎหมายลิขสิทธิ์จึงคุ้มครองเฉพาะการแสดงออกซึ่งความคิดซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

เมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพพิมพ์ตัวการ์ตูนรูปหมีพูห์ของผู้เสียหายโดยนำลูกโป่งที่มีภาพการ์ตูนรูปหมีพูห์ซึ่งได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายจำนวน 4,435 ใบ ออกขายเสนอขายแก่บุคคลทั่วไปเพื่อหากำไรและเพื่อการค้า โดยจำเลยรู้อยู่แล้วว่ารูปหมีพูห์ดังกล่าวเป็นงานที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายโจทก์จึงมีหน้าที่นำสืบให้ฟังได้ว่า ลูกโป่งจำนวนดังกล่าวที่มีภาพตัวการ์ตูนรูปหมีพูห์ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย และจำเลยรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่ารูปหมีพูห์บนลูกโป่งดังกล่าวเป็นงานที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย

เมื่อปรากฏว่าจำเลยรับซื้อลูกโป่งจากบุคคลอื่นมาบรรจุแผงขาย เจ้าพนักงานตำรวจค้นและแยกลูกโป่งออกจากกันแล้ว พบว่ามีลูกโป่งที่มีภาพการ์ตูนหมีพูห์ที่คล้ายภาพหมีพูห์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายได้เพียง 4,435 ใบจากจำนวนลูกโป่งทั้งหมดเกือบ 1,000,000 ใบ ซึ่งมีภาพการ์ตูนสัตว์หลายประเภทปะปนกันนับว่าเป็นจำนวนน้อยมาก ข้อเท็จจริงมีน้ำหนักและเหตุผลให้เชื่อได้ว่าจำเลยนำสืบว่าจำเลยสั่งซื้อลูกโป่งมาขายแก่ลูกค้าโดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับภาพพิมพ์บนลูกโป่งว่าจะเป็นภาพใดแต่เน้นที่สีของลูกโป่ง เนื้อของลูกโป่งความยืดหยุ่น และลูกโป่งที่ไม่รั่วเท่านั้น โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานใดมานำสืบให้ฟังได้ว่า ภาพหมีพูห์บนลูกโป่งของกลางคือภาพที่ได้ทำขึ้นโดยมิได้มีการริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง แต่เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย

แม้จะฟังว่าภาพการ์ตูนหมีพูห์บนลูกโป่งของกลางได้มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพพิมพ์หมีพูห์ของผู้เสียหาย แต่พยานหลักฐานเท่าที่โจทก์นำสืบมายังไม่พอให้ฟังได้ว่าจำเลยรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานภาพพิมพ์บนลูกโป่งของกลางนั้นได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพพิมพ์รูปหมีพูห์ของผู้เสียหาย แล้วจำเลยยังนำลูกโป่งที่มีภาพพิมพ์นั้นออกขายแก่ลูกค้าทั่วไป จำเลยจึงยังไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 31 และ 70 วรรคสอง

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวมีนักกฎหมายอธิบายไว้ แบ่งออกเป็นสามฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก¹¹ เห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นความรับผิดที่ผู้กระทำต้องมีความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ แต่ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อดังกล่าวไม่จำต้องถึงขนาดความรับผิด ในทางอาญา การที่ผู้กระทำรู้ว่าผลงานดังกล่าวเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ก็เท่ากับว่าผู้กระทำจงใจ แต่หากผู้กระทำจะอ้างว่าตนไม่รู้ว่า เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต้องแสดงให้เห็นว่าได้ใช้ความ ระวังระมัดระวังในการตรวจสอบแล้ว มิฉะนั้นก็เท่ากับว่าผู้กระทำประมาทเลินเล่อ

ฝ่ายที่สอง¹² เห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ความผิด ฐานละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าตามมาตราใดเป็นความผิดที่ต้องกระทำลงโดยเจตนา ต้องมีเจตนาเป็น องค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ฉะนั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีจงใจเท่านั้น และไม่มีกรกระทำโดยประมาท เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ ถือเป็นความผิดทางอาญา ไม่มีกฎหมายมาตราใดบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าจะลงโทษผู้กระทำผิด ได้ในกรณีที่กระทำโดยประมาท ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีอาญาต้องรู้ว่าจะงานที่ตนกระทำต่อ นั้น เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กล่าวคือ ต้องรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ด้วย จึงจะถือว่าผู้นั้นกระทำลงไปโดยมีเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 พรรคสาม เพียงแต่หากเป็นการกระทำละเมิดต่องานที่ได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 31 ผู้กระทำมีเหตุอันควรรู้ว่าจะงานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิด ลิขสิทธิ์ของผู้อื่นก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นการลดระดับ เจตนาในการกระทำละเมิดลงแต่มิใช่การกระทำโดยประมาท ดังนี้ จึงไม่อาจมีการละเมิดโดย ประมาทเกิดขึ้นได้ และความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์มิใช่ความรับผิดเด็ดขาด

ฝ่ายที่สาม¹³ เห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิดของ ผู้กระทำ ซึ่งในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายต่างประเทศของบางประเทศ ถือเป็นความรับผิดที่

¹¹ แก้วสรร อติโพธิ, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ เจริญศิลป์, 2527), น. 96.

¹² ปริญญา ดีผดุง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสาร ประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 2, สำนักอบรมการศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. พ.ศ. 2545, น. 35.

¹³ วิมาน กฤตพลวิมาน, กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปฏิบัติการ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ดวง กมล, 2546), น. 118.

แม้ว่าจำเลยมิได้มีความจงใจ หรือเจตนาในการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีคดีที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยบริสุทธิ์หรือโดยที่ไม่มีเจตนา

ทั้งนี้ ในเรื่องความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ พอจะสรุปได้ว่า ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความรับผิดเด็ดขาด แต่การกำหนดค่าเสียหาย กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ จะกำหนดให้นำความผิดของผู้ละเมิด ลิขสิทธิ์มาพิจารณาประกอบในใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายด้วย เช่น กฎหมาย ลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความรับผิดเด็ดขาด ผู้ ละเมิดลิขสิทธิ์มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของผู้กระทำ แต่การที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จะชดใช้ค่าเสียหายให้ได้อย่างไร เพียงใด กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติให้ศาลต้องนำความผิดของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณา ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายตามความจริง (Actual Damages) แต่ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของค่าตอบแทนการใช้สิทธิหรือการคิดบัญชี ผลกำไรของจำเลย

อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้เขียน ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ของไทยเป็นความรับผิดทางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ นอกจากผู้ ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งแล้ว ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ยังต้องชำระค่าปรับซึ่งเป็น ส่วนหนึ่งของโทษในทางอาญาก็ด้วย ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ไม่มีแนวคำพิพากษาฎีกา อธิบายถึงเรื่องความรับผิดเอาไว้ ศาลพิจารณาแต่เพียงการกระทำของจำเลยว่าเข้าองค์ประกอบ ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่เท่านั้น ดังนั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงผู้เขียนจึงเห็นด้วย กับความเห็นฝ่ายที่สาม โดยเหตุผลที่ว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎหมายพิเศษ และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในต้วบทกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง พบว่า มิได้มีการกล่าวถึง ความผิดของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่ในขณะเดียวกันการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมนั้น ผู้กระทำต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย จึงเป็นความรับผิดที่มีทั้งความรับผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด หรือความรับผิดเด็ดขาด และความรับผิดที่ต้องการความผิด รวมอยู่ด้วยกัน ประกอบกับเหตุผลใน เรื่องภาวะการพิสูจน์กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งต่างจากการละเมิดโดยทั่วไปที่ว่า โจทก์ไม่จำเป็นต้อง พิสูจน์ความผิดของจำเลย เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่ง ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศในทุกด้าน หากมีการตีความให้ความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยตรงเป็นความรับผิดที่ต้องมีความผิด ย่อมเป็นการสร้างภาระให้แก่โจทก์ในการนำสืบกรณี

ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งส่งผลทำให้การเอาผิดต่อผู้กระทำเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก และผู้สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมหมอดกำลังใจในการสร้างสรรค์ผลงานดี ๆ ต่อไป

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะนั้น เป็นการวางขอบเขตไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งส่งผลให้การใช้ดุลยพินิจของศาลไม่มีความชัดเจนและแน่นอน เช่น การใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของการขาดรายได้ ซึ่งศาลในบางคดีอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากรายได้ทั้งหมดที่ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ในทางกลับกันศาลในคดีอื่นที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันกลับไม่อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายโดยวิธีการคำนวณบนฐานของการขาดรายได้แต่เพียงอย่างเดียวดังกล่าว แต่กำหนดให้ค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับต้องนำรายได้มาหักกับราคาต้นทุน นั่นก็คือการคำนวณค่าเสียหายบนฐานของการขาดกำไร ดังนั้นเพื่อความชัดเจนและเป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์จึงต้องนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ซึ่งจะวิเคราะห์ในประเด็นต่อไป

4.2 การกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร กรณีละเมิดลิขสิทธิ์

การกำหนดค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควร หมายถึง การกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงไม่ได้ เพราะเป็นการขัดกับหลักการชดเชยความเสียหายกรณีความรับผิดเพื่อการละเมิด แต่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นการละเมิดต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งต่างจากกรณีละเมิดโดยทั่วไป กฎหมายลิขสิทธิ์จึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ พบว่า การกำหนดค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควร มิได้หมายความว่าค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริงแต่เพียงอย่างเดียว ในบางกรณีมีการกำหนดค่าเสียหายที่มีลักษณะเป็นการลงโทษจำเลยด้วย ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า การกำหนดค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควร ตามมาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หมายความว่าค่าเสียหายประเภทใดบ้าง โดยนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับ การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เพื่อหาหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย โดยการศึกษาวิเคราะห์จะแบ่งเป็นหัวข้อดังนี้

4.2.1 การกำหนดค่าเสียหายตามความเป็นจริง (Actual Damages)

ค่าเสียหายตามความเป็นจริงที่ศาลจะกำหนดให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์นั้น ศาลจะคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังที่กล่าวไปแล้วว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปแล้วย่อมเป็นความเสียหายในทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายทางเศรษฐกิจที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้สร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาเพื่อนำมาใช้ในการแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจการค้า ทั้งนี้ ในกรณีที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามความเป็นจริง ศาลต้องคำนึงถึงฐานะของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ด้วย หากโจทก์นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ไม่ว่าจะการประกอบกิจการของโจทก์จะมีขนาดใหญ่หรือเล็กก็ตาม เช่น โจทก์เป็นเจ้าของธุรกิจผลิตตุ๊กตาทองกระดาด ซึ่งตุ๊กตาทองกระดาดที่นำออกขายล้วนแต่เป็นผลงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของโจทก์ทั้งสิ้น ผลจากการประกอบกิจการจึงได้แก่รายได้จากการขายตุ๊กตาทองกระดาดเหล่านั้น ซึ่งในรายได้ย่อมรวมถึงจำนวนราคาต้นทุนในการผลิต ซึ่งอาจเป็นค่าวัสดุอุปกรณ์ ค่าสี ค่าพิมพ์ ค่าบรรจุภัณฑ์ ฯลฯ เป็นต้น สิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับจากการทำธุรกิจดังกล่าว ก็คือ รายได้จากการขายสินค้า และเมื่อนำมาหักกับราคาต้นทุน ในส่วนที่เหลือคือ ผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับจากการประกอบกิจการดังกล่าว ทั้งนี้ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือมีบุคคลอื่นนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาต การกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น นาย ก. นำภาพถ่ายซึ่งปรากฏอยู่บนโปสเตอร์ที่ตนซื้อมาสแกนลงบนคอมพิวเตอร์ และพิมพ์ออกขายในราคาที่ถูกกว่าครึ่งเมื่อเทียบกับราคาที่ตนซื้อ มาปรากฏว่านาย ก. ได้กำไรจากการขายดังกล่าว ในขณะที่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้ถ่ายภาพดังกล่าว และนำมาทำเป็นโปสเตอร์กลับขายสินค้าของตนไม่ได้เลย กรณีเช่นนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็คือ การสูญเสียรายได้ อันรวมถึงผลกำไร อีกทั้งยังสูญเสียโอกาสที่จะนำผลงานภาพถ่ายของตนไปให้ผู้อื่นใช้โดยได้รับค่าตอบแทน เพราะเหตุว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการทำให้ภาพถ่ายดังกล่าวเสื่อมมูลค่า เนื่องจากการผลิตในปริมาณมากและราคาจำหน่ายต่ำ จึงทำให้ไม่มีผู้ใดสนใจที่จะนำภาพถ่ายอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวไปใช้

จากตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายลิขสิทธิ์และแนววินิจฉัยของศาลทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ จึงอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ได้รับความเสียหายดังกล่าวเรียกค่าเสียหายได้โดยการคำนวณค่าเสียหายบนฐานการขาดรายได้ การขาดกำไร และการขาดโอกาสที่จะได้รับค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยไม่มีระบบการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองตามระบบจดทะเบียนลิขสิทธิ์ เช่น ประเทศแคนาดา หากเจ้าของลิขสิทธิ์มีได้นำผลงานสร้างสรรค์ของตนไปจดทะเบียนก่อนที่จะมีการกระทำละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยคำสั่งห้ามของศาลแต่เพียงอย่างเดียว เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายประการใด ๆ ได้ เว้นแต่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยรู้อยู่แล้วว่าผลงานนั้นเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ สำหรับในกรณีของประเทศไทย เมื่อผลงานสร้างสรรค์นั้นจัดเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย หากผู้ใดนำผลงานดังกล่าวไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตอันส่งผลให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ในทุกกรณี

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ เป็นต้น นอกจากศาลจะคำนึงถึงฐานะของโจทก์แล้ว ศาลจะคำนึงถึงลักษณะการกระทำของจำเลยด้วย กล่าวคือ หากการละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยกระทำการอันเป็นการค้าแข่งกับเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงให้ในจำนวนที่เท่ากับผลกำไรที่จำเลยได้รับ การกระทำอันเป็นการค้าแข่งนั้น หมายความว่า คุณภาพของสินค้า ปริมาณของสินค้า รวมถึงราคาของสินค้า มีลักษณะใกล้เคียงกับสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ ศาลถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการส่งผลกระทบต่อส่วนแบ่งในทางการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ เพื่อเป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ ศาลจึงกำหนดให้ผลกำไรของจำเลยผู้กระทำการค้าแข่งเท่ากับค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับ ซึ่งในกรณีนี้ โจทก์จะเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการขาดรายได้ ขาดกำไร หรือขาดโอกาสในการนำลิขสิทธิ์ไปให้ผู้อื่นใช้โดยคิดค่าตอบแทนไม่ได้อีก เพราะจะถือว่าเป็นกรณีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายซ้ำซ้อนกัน เว้นแต่ว่าโจทก์จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนมีมากกว่าจำนวนผลกำไรของจำเลย ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ ส่วนกรณีกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ทั้งในฉบับกฎหมายและแนววินิจฉัยของศาลไม่ปรากฏว่า ศาลนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้าแข่งของจำเลยมาประกอบการพิจารณาในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนในเรื่องผลกำไรของจำเลยนั้น จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

จากการที่ผู้เขียนศึกษาเรื่องการค้าแข่งที่แท้จริงตามความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายและแนววินิจฉัยของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ สามารถสรุปได้ว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายดังกล่าวโดยการคำนวณบนฐานของจำนวนเงินต่อไปนี้

4.2.1.1 ค่าขาดรายได้ (Lost sale)

ค่าขาดรายได้ หมายถึง จำนวนเงินทั้งหมดที่ได้จากการจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการ ซึ่งรวมส่วนที่เป็นราคาต้นทุนและส่วนของกำไรด้วย โดยการคำนวณค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้นั้น โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงรายได้ที่ตนเคยได้รับก่อนมีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำจำนวนดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับจำนวนรายได้ที่โจทก์ได้รับภายหลังจากที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเกิดขึ้น หากโจทก์สามารถพิสูจน์ถึงจำนวนค่าขาดรายได้ดังกล่าวได้ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงโดยมีจำนวนเท่ากับรายได้ที่โจทก์ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าโจทก์จะเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณบนฐานของค่าขาดรายได้ แต่ในบางกรณีศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงของโจทก์บนฐานของค่าขาดกำไรดังกล่าวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่จะกล่าวต่อไป

4.2.1.2 ค่าขาดกำไร (Lost profits)

การคำนวณค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดกำไร เป็นวิธีหนึ่งที่ค่าเสียหายจะถูกคำนวณโดยการอ้างถึงกำไรที่โจทก์สูญเสียไปจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยการขายหรือให้บริการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับโจทก์ ซึ่งจะคำนวณจากยอดขายของโจทก์ที่ผ่านมา ก่อนมีการละเมิดลิขสิทธิ์ เปรียบเทียบกับยอดขาย ณ เวลาที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ นำราคาต้นทุนของการผลิตสินค้านั้นมาหักออกไป ที่เหลือคือส่วนกำไรที่ได้รับก่อนและกำไรที่ได้รับหลังการละเมิดลิขสิทธิ์ นำส่วนของกำไรทั้งก่อนและหลังหักออกจากกัน จะได้จำนวนค่าขาดกำไรหรือจำนวนกำไรที่โจทก์สูญเสียไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่จำเป็นว่าโจทก์จะต้องคำนวณค่าขาดกำไรในจำนวนที่ถูกต้องแน่นอน เพียงแต่ประเมินถึงจำนวนที่เป็นไปได้คร่าว ๆ โดยมีหลักฐานถึงจำนวนที่โจทก์ประเมินได้เพื่อพิสูจน์ค่าเสียหาย สำหรับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของไทยนั้น แนววินิจฉัยของศาลในปัจจุบันมีแนวโน้มว่าจะอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์เรียกค่าเสียหายโดยการคำนวณบนฐานของค่าขาดกำไรแต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ ในกรณีที่โจทก์ไม่อาจพิสูจน์ถึงค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรได้นั้น โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณบนฐานของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

เมื่อพิจารณาจากตัวบทในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 พบว่า ค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไรอยู่ในขอบเขตของการเรียกค่าเสียหายกรณีที่เป็นการสูญเสียประโยชน์ หากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยใช้ฐานของค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไร ในทางปฏิบัติ พบว่า แนวคำพิพากษาของศาลไทยยังไม่

ชัดเจนว่ากรณีใดที่ใช้ค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไร ในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ศาลกลับตัดสินกำหนดค่าเสียหายบนฐานของการคำนวณค่าเสียหายที่ต่างกัน เช่น¹⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7807/2542 ความเสียหายของโจทก์ที่ได้รับจากการกระทำของจำเลยโดยตรงที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ก็คงมีเฉพาะที่โจทก์ต้องขาดประโยชน์จากการที่จำเลยนำเทปเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ออกจำหน่ายอันอาจทำให้การจำหน่ายเทปเพลงของโจทก์ตกต่ำไป 175 ม้วน ซึ่งคิดเป็นเงินที่โจทก์จำหน่ายราคา ม้วนละ 90 บาท เป็นเงิน 15,750 บาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ในส่วนค่าเสียหายจากการขาดรายได้โจทก์อ้างว่า เทปเพลงที่จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ 1 ม้วน เท่ากับโจทก์ต้องขาดรายได้จากการจำหน่ายให้แก่ประชาชน 1 ม้วน โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกร้องเต็มจำนวนราคาจำหน่าย ม้วนละ 90 บาท หากจำเป็นต้องนำราคาจำหน่ายมาหักออกจากราคาต้นทุนก่อนเพื่อให้เหลือกำไรสุทธิต่อ 1 ม้วน เห็นว่า ในราคาจำหน่ายเทปเพลงแต่ละม้วนนั้นจะประกอบด้วยส่วนที่เป็นต้นทุนในการผลิต และส่วนที่เป็นผลกำไรซึ่งคำนวณได้จากส่วนต่างของต้นทุนในการผลิตและราคาจำหน่าย ความเสียหายจากการขาดรายได้ที่โจทก์จะได้รับเมื่อจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำเทปเพลงที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ออกจำหน่าย ย่อมเป็นความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับผลกำไรจากการดำเนินงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออกจำหน่ายเท่านั้น หากใช้ความเสียหายที่คิดคำนวณจากราคาจำหน่ายเทปเพลงแต่ละม้วนซึ่งได้รวมต้นทุนการผลิตเอาไว้ด้วยแต่อย่างใดไม่

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์บนฐานของค่าขาดรายได้ไว้ โดยท่านอาจารย์รัชชัย ศุภผลศิริ¹⁵ ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า “ถ้าโจทก์มีสิทธิได้รับแต่กำไรซึ่งปกติตนพึงได้รับแล้ว จำเลยก็ยอมมีรายได้ส่วนหนึ่งจากการขายสิ่งทีละเมิดสิทธิเพราะจำเลยมีเพียงต้นทุนการผลิตแต่ไม่มีต้นทุนการวิจัย พัฒนา หรือส่งเสริมการขาย” ทั้งนี้ นักกฎหมายบางท่าน¹⁶ ได้อธิบายเหตุผลกรณีดังกล่าวไว้ว่า “วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนของสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐศาสตร์

¹⁴ <<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>>

¹⁵ รัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น. 269.

¹⁶ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, “หลักการกำหนดค่าเสียหายในคดีล่งสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 37 ฉบับที่ 3: 464-499. (กันยายน 2552)

ต้องการให้ระบียบัยยังการลวงสิทธิอย่างสิ้นเชิงเพื่อแลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิผูกขาดในการใช้งาน ภายในระยะเวลาที่จำกัดและการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดระหว่างผู้ประดิษฐ์ หรือผู้สร้างสรรค์ ผลงานสู่สังคมอันมีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนกัน ดังนั้น เพื่อให้เกิดการระบียบัยยังความเสียหาย ที่น่าจะสัมพันธ์กับสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โจทก์จึงควรที่จะได้รับค่าเสียหาย โดยสิ้นเชิงไม่ว่าจะเป็นส่วนของต้นทุนและส่วนเกินที่เป็นกำไร”

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไร ก็คือ ค่าเสียหาย ที่แท้จริง (Actual Damages) การจะเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณบนฐานของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายได้บนฐานของค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไร ซึ่งศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้ แต่ในประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายได้บนฐานของค่าขาดกำไรแต่เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไรในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ จะพิจารณาในเบื้องต้นถึงฐานะของโจทก์และจำเลย และพิจารณาต่อมาว่าการละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการค้าแข่งหรือไม่ หากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ประกอบการ ในการดำเนินธุรกิจย่อมมีเรื่องของรายได้และผลกำไรเข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้เสียหายจึงสามารถพิสูจน์ถึงค่าขาดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้¹⁷

ในความเห็นผู้เขียน ค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไร อยู่ในขอบเขตของค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริงกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นความเสียหายในทางเศรษฐกิจ ในกรณีของค่าขาดรายได้นั้น จะประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นต้นทุนและผลกำไร แต่บางกรณีค่าขาดรายได้อาจไม่มีต้นทุนก็เป็นได้ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ขายเพลงของตนให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจค่ายเพลง จะเห็นได้ว่า การขายเพลงของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องใช้ต้นทุนใด ๆ หากเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้ โดยเหตุที่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ขาดรายได้ในการขายผลงานลิขสิทธิ์ของตนในอนาคต ค่าขาดรายได้ในกรณีนี้ก็เท่ากับเป็นค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์ โดยถือว่าค่าลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของค่าขาดรายได้ เนื่องจากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ผลงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ ย่อมได้รับค่าตอบแทนในการใช้ลิขสิทธิ์ในแต่ละครั้งที่อนุญาต ในขณะที่ค่าขาดรายได้ อาจหมายความถึง ค่าลิขสิทธิ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีโอกาสได้รับในอนาคตหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ซึ่งการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อาจเกิดขึ้นได้มากกว่าหนึ่งครั้ง ในส่วนของการกำหนดค่าเสียหายโดยคำนวณบนฐานของค่าขาดกำไรนั้น

¹⁷ ค่าขาดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หมายความว่า ค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไร

ศาลจะนำต้นทุนการผลิตมาหักออกจากรายได้ก่อน ดังนั้น การเรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้ ผู้เสียหายย่อมได้รับค่าเสียหายในจำนวนที่มากกว่าการคำนวณบนฐานของค่าขาดกำไร

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการเรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้และค่าขาดกำไรผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเบื้องต้น ศาลต้องคำนึงถึงฐานะของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ และลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ หากในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นผู้ประกอบธุรกิจ และการละเมิดลิขสิทธิ์ก็มีลักษณะเป็นการค้าแข่งกัน ศาลควรกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของค่าขาดรายได้ เนื่องจากลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อยอดขายของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรง ทั้งที่การผลิตผลงานอันมีลิขสิทธิ์ออกจำหน่าย เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมต้องใช้เงินทุนในการผลิต ทั้งเรื่องวัตถุดิบต่าง ๆ และอาจรวมถึงการโฆษณาประชาสัมพันธ์ โดยมุ่งหวังที่จะได้รับเงินต้นทุนคืนและหวังที่จะได้รับผลกำไรเป็นการตอบแทน การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดกำไร ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมกับเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม อาจมีคำถามแย้งว่า การนำผลิตภัณฑ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ออกจำหน่ายมิได้หมายความว่า จะมีผู้บริโภคซื้อสินค้าดังกล่าว โดยยอดจำหน่ายสินค้าอาจไม่คงที่ ในกรณีเช่นนี้ ศาลควรนำสัดส่วนทางการตลาด ลักษณะทางธุรกิจ ประเภทของผลิตภัณฑ์ คุณภาพและราคาของสินค้า ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มาเปรียบเทียบกัน โดยคำนึงถึงผลประกอบการของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนที่จะมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา แต่หากในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีลักษณะเป็นการค้าแข่ง แม้จะส่งผลกระทบต่อยอดขายของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่หากพิจารณาในแง่ทางการตลาด ผู้บริโภคมีสิทธิเลือกได้ว่าจะบริโภคสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสินค้าของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากสินค้านี้ดังกล่าวย่อมแตกต่างกัน ดังนั้น ในกรณีนี้ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของค่าขาดกำไร เพราะโอกาสในการจำหน่ายสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ภายหลังจากที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ยังไม่หมดไปโดยสิ้นเชิง หากกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของค่าขาดรายได้ ย่อมไม่เป็นการยุติธรรมกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ และทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายได้รับความเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม อาจมีบางกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีต้นทุนการผลิตเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับผลกำไรที่ได้จากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การผลิตและจำหน่ายแผ่นซีดีเถื่อน เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ หากศาลกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของค่าขาดกำไร อาจเป็นการไม่ยุติธรรมกับเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากผลกำไรที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับอาจมีจำนวนมากกว่าค่าเสียหายในลักษณะที่เป็นค่าขาดกำไรก็เป็นได้ ในกรณีเช่นนี้ จึงควรนำหลักในการเรียกค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้

4.2.1.3 ค่าตอบแทนการใช้สิทธิหรือค่าสิทธิ (Royalty)

ค่าตอบแทนการใช้สิทธิหรือค่าสิทธิส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่โจทก์และจำเลยตกลงกันมาก่อน กล่าวคือ ในกรณีที่โจทก์และจำเลยเคยทำสัญญาหรือตกลงกันว่าโจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ของตนเป็นระยะเวลาหนึ่ง โดยจำเลยจะชำระค่าตอบแทนการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ในจำนวนหนึ่ง ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรได้ โจทก์อาจนำค่าสิทธิมาเป็นฐานในการคำนวณเพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้ในประเทศอังกฤษ เกณฑ์ในเรื่องค่าสิทธิเป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจากการได้เงินมาโดยไม่ชอบของจำเลย โดยให้จำเลยจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์ที่จำเลยละเมิด เพราะโจทก์ได้สูญเสียโอกาสการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หรือการขายลิขสิทธิ์ให้แก่จำเลย กรณีที่โจทก์ไม่เคยอนุญาตให้ใครใช้สิทธิมาก่อน ศาลอาจกำหนดค่าสิทธิให้ในจำนวนที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม ส่วนในประเทศแคนาดากรณีที่ไม่มีข้อตกลงเรื่องค่าสิทธิกันมาก่อน ศาลอาจกำหนดให้ตามความเหมาะสมซึ่งขึ้นอยู่กับมูลค่าของลิขสิทธิ์นั้นและราคาตลาด หรือศาลอาจกำหนดค่าสิทธิอันเป็นค่าเสียหายให้โดยมีหลักเกณฑ์เฉพาะที่เรียกว่า The 25 percent royalty rule กล่าวคือ หลักเกณฑ์นี้เป็นการประเมินผลกำไรโดยสมมุติระหว่างผู้อนุญาตกับผู้รับอนุญาต โดยคำนึงถึงการลงทุนและความเสี่ยง โดยปกติผู้รับอนุญาตย่อมได้รับความเสี่ยงจากการลงทุนทางด้านอุตสาหกรรมการผลิต ธุรกิจการค้า การแข่งขันกันในตลาด ในขณะที่ผู้อนุญาตได้ให้ความแข็งแกร่งทางด้านวิชาการผลิต ดังนั้น ผู้อนุญาตควรได้รับค่าตอบแทนเป็นจำนวน 25% ของผลกำไรที่อาจคาดการณ์ได้จากผลกำไรทั้งหมดของผู้รับอนุญาต

ในการนำค่าสิทธิมาเป็นฐานในการคำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายนั้น ในบางคดีโจทก์จะร้องขอเข้ามาพร้อมกับค่าขาดรายได้ ศาลในต่างประเทศรวมถึงประเทศไทยด้วยไม่อนุญาตให้มีการคำนวณค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรพร้อมกับค่าสิทธิ เพราะว่าการกำหนดค่าเสียหายโดยคำนวณจากฐานของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไร และค่าสิทธิพร้อมกันนั้น เป็นการทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหายที่ซ้ำซ้อนกัน ดังเช่น ในประเทศญี่ปุ่น มีการกำหนดค่าเสียหายโดยกฎหมายกำหนดไว้เป็นข้อสันนิษฐานว่า จำนวนค่าเสียหายที่ควรได้รับจากจำเลย เท่ากับจำนวนเงินที่โจทก์อาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ ซึ่งมาตรา 114 (3) บัญญัติไว้ว่า หากในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ตามข้อสันนิษฐานทั้งสองกรณีข้างต้น (มาตรา 114 (1) และ (2) ข้อสันนิษฐานกรณีที่มีการค้าแข่งและข้อสันนิษฐานในผลกำไรของจำเลย) โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงค่าสิทธิ ข้อสันนิษฐานนี้เท่ากับทำให้การกระทำของจำเลยเป็นการได้รับอนุญาตจากโจทก์ โดยต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์อย่าง

เหมาะสม หากกรณีที่ไม่มีกำหนดค่าสิทธิเอาไว้หรือโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าสิทธิได้ โจทก์อาจเรียกค่าสิทธิอันเป็นการตอบแทนที่โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ได้ตามหลักกฎหมายได้

4.2.1.4 ผลกำไรของผู้ทำละเมิดหรือการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย (Account of Profits)

กฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศนั้น ในทุกประเทศมีการกำหนดเรื่องค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของจำเลยอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ซึ่งจะต่างกันในเรื่องรายละเอียด กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 504 บัญญัติให้โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณบนฐานของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไร พร้อมกับผลกำไรของจำเลยอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้ ในเหตุที่นำมาคำนวณในด้านของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไร ต้องมีสาเหตุเดียวกัน ดังเช่นในกรณีที่เป็นการค้าแข่ง กฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าผลกำไรของจำเลยคือค่าเสียหายของโจทก์ เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีดังกล่าว เป็นการส่งผลกระทบต่อตรงแก่สัดส่วนทางการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ การจะเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงได้อีกต้องเป็นกรณีที่โจทก์พิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเสียหายมากกว่าผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่ประเทศอังกฤษ กฎหมายลิขสิทธิ์อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์เลือกที่จะเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณจากค่าเสียหายตามความจริงอันเป็นการคำนวณบนฐานของค่าขาดกำไรหรือค่าสิทธิ หรือจะเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณบนฐานของการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เพียงวิธีใดวิธีหนึ่ง โดยการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยศาลอาจกำหนดตามวิธีการที่เพิ่มขึ้น กล่าวคือ ผลกำไรที่อาจเรียกได้นั้น ศาลจะเปรียบเทียบระหว่างผลกำไรของจำเลยที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากการละเมิดหรือจำเลยสร้างขึ้นได้เอง กับผลกำไรที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิด หรือศาลอาจใช้วิธีการที่เรียกว่าวิธีการจัดสรรแบ่งปัน โดยศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้รับ ซึ่งคำนวณโดยนำค่าใช้จ่ายจำเป็นของจำเลย เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกิจการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ รวมไปถึงค่าภาษีด้วย มาหักจากรายได้ที่ได้รับซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษยังบัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะว่า หากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อยู่ด้วยและโจทก์เลือกที่จะเรียกค่าเสียหายบนฐานของการคิดบัญชีผลกำไร ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ได้ไม่เกินสองเท่าของผลกำไรของจำเลย

อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์ถึงผลกำไรของจำเลยเป็นเรื่องที่ทำได้ยากยิ่งกว่าการคำนวณค่าขาดรายได้ ค่าขาดกำไร หรือค่าสิทธิ เพราะผลกำไรของจำเลยเป็นเรื่องเกี่ยวกับบัญชีรายรับจ่ายของจำเลยเท่านั้น เว้นแต่ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของบางประเทศ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศ

ญี่ปุ่น บัญญัติให้จำเลยมีหน้าที่ส่งมอบบัญชีรายได้ของตนในกรณีที่จำเป็นเพื่อการพิสูจน์ความเสียหายของโจทก์

นอกจากนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศยังบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการนำสืบประกอบเอาไว้ด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องพิสูจน์เพียงเงินได้รวมของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ทำละเมิดจะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างจากเงินได้ดังกล่าวโดยพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายและส่วนประกอบอื่น ๆ ของผลกำไรซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือในประเทศญี่ปุ่น โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้รับกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนจำเลยมีหน้าที่นำสืบหักล้างว่าผลกำไรนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้โจทก์พิสูจน์เพียงว่าจำเลยได้รับกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

สำหรับในประเทศไทย การคำนวณค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของจำเลยนี้ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อันเป็นแนววินิจฉัยของศาลไทยที่ผ่านมาพบว่า ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้บนฐานของผลกำไรของจำเลยก็ได้ ดังเช่นใน**คำพิพากษาฎีกา 1016/2497**¹⁸ ซึ่งในขณะนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ยังไม่ได้บัญญัติเรื่องค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะ จนกระทั่งเมื่อมีการบัญญัติเรื่องค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะดังที่ปรากฏในมาตรา 64 เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีส่วนไหนที่กล่าวถึงผลกำไรของผู้ทำละเมิดไว้เลย อย่างไรก็ตาม ศาลถือว่าผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นค่าเสียหายลักษณะหนึ่งที่โจทก์พึงเรียกร้องได้หากไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์เพียงใด ดังที่ปรากฏใน**คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543**¹⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจจุบันศาลไม่ปฏิเสธให้มีการนำหลักเกณฑ์ในการคิด

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1016/2497 การกำหนดค่าเสียหายฐานละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำบทประพันธ์ของโจทก์ไปแสดงเป็นละคร ศาลอาจกำหนดให้ตามสมควรแก่พฤติการณ์และรูปคดี โดยถือจำนวนค่าคู่ที่จำเลยเก็บได้ โดยหักค่ามหรสพ แต่ไม่หักค่าเช่าโรง

¹⁹ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543 ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ในการเรียกร้องความเสียหายของโจทก์ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว โจทก์อาจเรียกร้องค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ ซึ่งโดยหลักแล้วหมายถึงกรณีที่ทำให้โจทก์ต้องสูญเสียประโยชน์ต่าง ๆ ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ แต่สำหรับข้อเรียกร้องของโจทก์ในกรณีนี้เป็น การเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะของประโยชน์ที่จำเลยทั้งสองได้รับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ อย่างไรก็ตามการเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะนี้ ศาลเห็นว่า โจทก์มิได้เรียกร้อง

บัญชีผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย แต่การที่ถ้อยคำในตัวบท มาตรา 64 ที่ว่า “...โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่าย...” ควรนำมาวิเคราะห์ว่า ศาลจะสามารถนำผลกำไรของจำเลยไปเป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายได้หรือไม่ กล่าวคือ กรณีที่ให้ศาลคำนึงถึงการสูญเสียประโยชน์ จากแนววินิจฉัยที่ผ่านมาพบว่า ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์²⁰ หมายถึง กรณีที่ทำให้โจทก์ต้องสูญเสียประโยชน์ต่าง ๆ ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ มีปัญหาว่าศาลจะตีความค่าว่าการสูญเสียประโยชน์กว้างแค่ไหน ซึ่งการสูญเสียประโยชน์นั้นรวมถึงการสูญเสียประโยชน์ในอนาคต²¹ แต่จะรวมไปถึงผลกำไรของจำเลยหรือไม่นั้น จากแนววินิจฉัยของศาล²² พบว่า ผลกำไรของจำเลยเป็นเพียงหลักเกณฑ์ให้โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายได้ทางหนึ่งหากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์เพียงใด แต่ผลกำไรของจำเลยไม่ใช่ความเสียหายของโจทก์ในการสูญเสียประโยชน์

จากแนววินิจฉัยนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า เมื่อการสูญเสียประโยชน์นั้น หมายความว่าความเสียหายอันเกิดจากความสูญเสียประการใด ๆ ที่โจทก์ควรได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว การสูญเสียประโยชน์ของโจทก์อาจรวมไปถึงผลกำไรของจำเลยด้วยก็ได้ หากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เกิดขึ้นโดยมีปัจจัยในการผลิตรวมถึงราคาและคุณภาพของสินค้าใกล้เคียงกับสินค้าของโจทก์หรือที่เรียกว่าเป็นการค้าแข่ง เช่น นาย ก.

ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์จากผลงานของโจทก์ที่ได้วางจำหน่ายทั่วไป แต่เรียกครองรายได้หรือผลกำไร (Account of Profit) ในงานที่จำเลยที่ 1 กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นค่าเสียหายลักษณะหนึ่งที่โจทก์พึงเรียกร้องได้หากไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์เพียงใด เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างว่าเนื้อหาของงานโจทก์ที่ถูกจำเลยที่ 1 คัดลอกเป็นจำนวน 1 ใน 5 ของเนื้อหาทั้งหมดของหนังสือของจำเลยที่ 1 ดังนั้น หากคำนวณสัดส่วนแล้วคิดได้เป็นจำนวน 20 เปอร์เซ็นต์ ของเนื้อหาตามหนังสือของจำเลยที่ 1 เมื่อหนังสือราคา 165 บาท สัดส่วนในเนื้อหาของงานของโจทก์ควรคิดได้เป็นจำนวน 33 บาท มีการจัดพิมพ์หนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” ของจำเลยที่ 1 สองครั้งรวมจำนวน 1,500 เล่ม จึงเห็นสมควรกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นเงินทั้งหมดประมาณ 50,000 บาท ซึ่งเป็นจำนวนที่พอสมควรกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อโจทก์

²⁰ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543.

²¹ วุฒิ ดิงสมิตร, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542.

²² คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543.

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นำภาพวาดของตนมาทำเป็นโปสการ์ด ซึ่งขายเป็นชุด ชุดละ 10 ใบ ราคา 99 บาทต่อหนึ่งชุด โดยนำไปขายที่ถนนข้าวสาร ต่อมานาย ข. นำภาพวาดบนโปสการ์ดดังกล่าวไปสแกนแล้วทำเป็นโปสการ์ดขายเช่นกัน แต่ขายในราคา 89 บาทต่อหนึ่งชุด โดยนำไปขายที่ถนนข้าวสารเช่นกัน การกระทำของนาย ข. มีลักษณะแข่งขันทางการค้ากับเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นเหตุทำให้รายได้ของนาย ก. ลดลง ซึ่งปกติเคยขายได้วันละ 10 ชุด แต่ปัจจุบันขายไม่ได้เลย ส่วนนาย ข. ขายได้ 10 ชุดต่อวัน โดยไม่ต้องเสียเวลาคิดผลงานสร้างสรรค์และไม่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะแต่อย่างใด ดังนั้น การสูญเสียประโยชน์ของนาย ก. ก็คือ การสูญเสียรายได้ต่อวัน ๆ ละ 990 บาท ซึ่งนาย ก. ควรได้รับหากนาย ข. ไม่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่นาย ข. ได้รับรายได้วันละ 890 บาท จากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหากนาย ข. ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ นาย ก. ย่อมได้รับรายได้ 990 บาท แต่เงินจำนวนดังกล่าวกลายเป็นรายได้ของนาย ข. แทน ดังนั้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงบัญญัติให้ถือว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะค้าแข่งกับเจ้าของลิขสิทธิ์ถือเป็นค่าเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายของตนแต่อย่างใด แต่จำเลยจำต้องพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในส่วนที่เป็นต้นทุนการผลิตเพื่อนำมาหักออกจากรายได้ที่ตนได้รับ

โดยส่วนตัวผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การสูญเสียประโยชน์อาจขยายขอบเขตรวมไปถึงผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นการแข่งขันทางการค้า

อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีบทบัญญัติไว้ชัดเจนที่อนุญาตให้นำผลกำไรของจำเลยอันเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหาย แนววินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลในกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันอาจทำให้ศาลใช้ดุลยพินิจต่างกัน อันทำให้เกิดความไม่ชัดเจน ทั้งในกรณีของการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของโจทก์และเหตุผลในการวินิจฉัยของศาล ประกอบกับในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในบางครั้ง อาจไม่มีลักษณะเป็นการค้าแข่ง แต่ผลกำไรที่จำเลยได้รับเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เปรียบเทียบกับจำนวนค่าเสียหายที่จำเลยต้องชดใช้ซึ่งศาลกำหนดให้ซึ่งพิจารณาจากความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ของโจทก์เองนั้น อาจมีจำนวนน้อยกว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้ จึงควรมีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องผลกำไรของจำเลยไปพิจารณาและบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายลิขสิทธิ์

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ตามมาตรา 64 ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมาประกอบกับการตีความเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ พบว่า ขอบเขตของค่าเสียหายที่แท้จริง ตามมาตรา 64 อาจรวมถึง ค่าขาดรายได้ ค่าขาดกำไร ค่าลิขสิทธิ์ และผลกำไรของจำเลยอัน

เนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ในส่วนของการเรียกค่าเสียหายบนฐานในเรื่องผลกำไรของจำเลย อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ในมาตรา 64 มิได้บัญญัติห้ามไม่ให้เรียก ประกอบกับแนววินิจฉัยของศาล²³ มิได้ห้ามในการเรียกค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรดังกล่าว แต่เพื่อความชัดเจนในการปรับใช้ ผู้เขียนขอเสนอให้มีการนำหลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ มาบัญญัติเพิ่มเติมจากถ้อยคำในมาตรา 64 ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป²⁴ ทั้งนี้ ผู้เขียนเสนอให้มีการบัญญัติมาตรา 64 เพิ่มเติม กล่าวคือ

มาตรา 64/1 “การกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร อาจรวมถึงผลประโยชน์ใด ๆ ที่ผู้ละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจำนวนค่าเสียหายบนฐานของผลประโยชน์ดังกล่าว จะต้องไม่เคยนำไปคำนวณเป็นค่าเสียหายตามความเป็นจริง ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์พิสูจนแต่เพียงรายได้รวมของผู้ละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ละเมิดต้องพิสูจนหักล้างถึงค่าใช้จ่ายหรือส่วนประกอบอื่น ๆ ของผลประโยชน์ซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์”

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ทฤษฎีและปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาและกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายประเภทอื่นที่มีใช้ค่าเสียหายที่แท้จริงหรือกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาถึงองค์ประกอบอื่น นอกจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งได้แก่ ค่าเสียหายดังต่อไปนี้

4.2.2 ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย (Statutory Damages)

ค่าเสียหายชนิดนี้ เป็นค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายเอาไว้โดยเฉพาะ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่ ยกเว้นประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย จะมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายพิเศษเอาไว้ ซึ่งโดยหลักแล้วจะใช้เกณฑ์เดียวกันในการกำหนดค่าเสียหายพิเศษ จะแตกต่างกันในเรื่องของจำนวนค่าเสียหายขั้นสูงและขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น

ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นต้นแบบของการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์มีสิทธิเลือกที่จะเรียกค่าเสียหายโดยการคำนวณจากค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของจำเลย หรือในกรณีที่เป็นการยากที่จะพิสูจนถึงจำนวน

²³ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.38/2543.

²⁴ โปรดดู น. 234.

ค่าเสียหายจากค่าขาดรายได้ ค่าขาดกำไร หรือผลกำไรของจำเลย เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์สามารถเลือกที่จะเรียกค่าเสียหายพิเศษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ไม่ว่าจะในเวลาใดก็ตามก่อนที่ศาลมีคำตัดสิน แต่การที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายพิเศษให้โจทก์ จะต้องปรากฏว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โจทก์ได้นำมาจดทะเบียนตามเวลาที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนด กล่าวคือ ภายในสามเดือนนับแต่วันที่มีการเผยแพร่ผลงานเป็นครั้งแรกหรือภายในหนึ่งเดือนนับจากวันที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รู้ถึงการกระทำละเมิด เหตุที่ต้องมีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ก่อนถึงจะสามารถเรียกค่าเสียหายชนิดนี้ได้ก็เพราะโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายของโจทก์ เป็นเรื่องที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมประกอบกับหลักกฎหมายที่กำหนดขอบเขตค่าเสียหายระดับสูงและต่ำไว้ เมื่อผลงานนั้นจดทะเบียนแล้วและเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์แจ้งแก่ศาลว่าจะเลือกรับค่าเสียหายพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด ศาลก็จะพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อม กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไป ซึ่งอาจเป็นกรณีที่จำเลยรู้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ แต่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยจงใจกระทำละเมิด หรือเป็นกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจของโจทก์ โดยรวมถึงกรณีที่การคำนวณและพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่แท้จริง และผลกำไรของจำเลยที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ยาก กฎหมายบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายไม่ต่ำกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ และไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่องานหนึ่งงานที่ถูกละเมิด แต่ในกรณีที่เป็นการละเมิดโดยจงใจ ศาลอาจใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายเพิ่มสูงขึ้นถึง 150,000 เหรียญสหรัฐฯ ทั้งนี้ โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยจงใจกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ในทางกลับกัน หากเป็นการละเมิดโดยสุจริต จำเลยต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าตนไม่รู้และไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การอ้างว่าไม่รู้ถึงข้อกำหนดไม่ถือว่าเป็นเหตุบรรเทาโทษ ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการลดค่าเสียหายพิเศษไม่น้อยกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ

ประเทศแคนนาดาก็เช่นเดียวกัน โจทก์อาจเลือกที่จะเรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายแทนค่าเสียหายที่แท้จริงหรือผลกำไรของจำเลยในเวลาใด ๆ ก่อนศาลตัดสินคดี ในกรณีที่การพิสูจน์ความเสียหายของตนทำได้ยาก ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไป กฎหมายบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นธรรมในการกำหนดค่าเสียหายโดยวางจำนวนค่าเสียหายขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ คือ การกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายสำหรับการละเมิดทั้งหมด โดยไม่น้อยไปกว่า 500 ดอลลาร์ หรือไม่มากไปกว่า 20,000 ดอลลาร์ แต่ในกรณีที่จำเลยพิสูจน์ได้ว่าไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจกำหนดลดลงในจำนวนน้อยที่สุดไม่ต่ำกว่า 200 ดอลลาร์ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนนาดาไม่ได้กำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ไว้สำหรับกรณีที่จำเลยจงใจละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ตัดสิทธิโจทก์ที่จะเรียกค่าเสียหายที่สูงกว่าเกณฑ์ที่

กฎหมายกำหนดหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีที่เป็นการจงใจละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ไว้ว่า ศาลต้องคำนึงถึงความสุจริตหรือไม่สุจริตของจำเลย ความประพฤติของคู่ความก่อนและระหว่างกระบวนการพิจารณา และความจำเป็นอื่นในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ หากความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากกว่า

กล่าวโดยสรุป กรณีที่การพิสูจน์ถึงความเสียหายของโจทก์ทำได้ยาก เช่น โจทก์ไม่สามารถคำนวณค่าขาดรายได้ ค่าขาดกำไร หรือไม่สามารถพิสูจน์ถึงรายรับของจำเลยได้ โจทก์สามารถเลือกที่จะเรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย แต่ผลงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นผลงานที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว เบื้องต้นศาลจะคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมของคดี ซึ่งรวมไปถึงความผิดของจำเลยในการละเมิดลิขสิทธิ์ ขึ้นอยู่กับว่าโจทก์สามารถพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลยหรือจำเลยจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายในลักษณะนี้ กฎหมายจะกำหนดค่าเสียหายพิเศษให้โดยคิดคำนวณจากจำนวนของผลงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์คูณกับจำนวนค่าเสียหายที่ศาลกำหนดไว้ต่องานหนึ่งชิ้น หากในกรณีที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์และถูกละเมิดมีเพียงชิ้นเดียว แต่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ใช่การกระทำเพียงการกระทำเดียว เช่น จำเลยนำภาพถ่าย ไปพิมพ์ซ้ำ และตัดแปลง แล้วนำมาวางขาย ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้โดยคำนึงถึงว่าผลงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์มีจำนวนเท่าไร โดยไม่ได้คำนึงถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม กรณีค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย ไม่เคยปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ซึ่งค่าเสียหายพิเศษนั้นเป็นประโยชน์ในแง่ของการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการสร้างสรรค์ผลงานหรือลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่มีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจการค้า และเป็นประโยชน์ในแง่การระงับการพิสูจน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ ทั้งนี้ ในกรณีที่ประโยชน์ดังกล่าว ควรนำค่าเสียหายพิเศษมาปรับใช้หรือไม่เพียงใดนั้น เป็นเรื่องที่ต้องศึกษาต่อไปถึงจำนวนอัตราขั้นต่ำและสูงที่เหมาะสมกับการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผลงานหนึ่งชิ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ก่อนที่จะมีการนำค่าเสียหายพิเศษที่กำหนดโดยกฎหมายมาใช้ ควรสร้างองค์กรกลางที่สามารถตรวจสอบการกำหนดอัตราค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์ และสร้างอัตราค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่เหมาะสมไว้ เพื่อนำมาเป็นเกณฑ์ให้ศาลใช้ประกอบการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้ตกลงกันถึงค่าสิทธิ หรือในกรณีที่ไม่มีการทำสัญญากันมาก่อนแต่โจทก์ประสงค์จะเรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าสิทธิ ศาลก็สามารถนำเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยองค์กรดังกล่าว มาประกอบการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ การสร้างองค์กรดังกล่าวก็เพื่อให้การกำหนดอัตราค่าสิทธิเป็นเอกภาพ อัน

จะสามารถสร้างเสถียรภาพในการเรียกค่าเสียหายโดยการคำนวณบนฐานของค่าสิทธิ ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีความจำเป็นในปัจจุบันและในหลายประเทศก็จะมีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่ดังกล่าวแล้ว

กล่าวคือ ในปัจจุบันมีร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหลักการเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 กำหนดเกี่ยวกับการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนไว้²⁵ โดยหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงพาณิชย์เสนออันเกี่ยวกับการบริหารจัดการเก็บค่าตอบแทน สำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติมีข้อสังเกตและความเห็นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวว่า ควรมีระบบการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ โดยตั้งคณะกรรมการกลางทำหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์หรือตั้งองค์กรกลางเพื่อทำหน้าที่ดูแลการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ เหตุผลและความจำเป็นในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ เนื่องจากปัญหาด้านการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธิของนักแสดงที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม อันเกิดขึ้นจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์บางรายใช้สิทธิโดยมิชอบ เช่น การใช้คดีอาญาจับกุมและข่มขู่เรียกค่ายอมความในอัตราสูง โดยเฉพาะกับผู้ประกอบกิจการรายย่อยที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว ทำให้กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในขณะนี้ ไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์การกระทำผิด จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขโดยด่วน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นสมควรให้มีการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดเก็บค่าตอบแทนขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว และแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษเสียใหม่เพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์การกระทำผิด

4.2.3 ค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายเพิ่มเติม (Punitive Damages and Additional Damages)

ค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ ค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้สูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยคำนึงถึงพฤติกรรมของจำเลยเป็นหลัก ในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจ โดยการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมีเพื่อให้จำเลยหลาบจำและไม่กระทำอีก อีกทั้งยังเป็นการป้องปรามไม่ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนี้อีก เป็นค่าเสียหายที่มีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษ ส่วนค่าเสียหายเพิ่มเติม เป็นค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดเพิ่มเติมให้สูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยการกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายโดยให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรืออาจเพื่อเป็นการลงโทษแก่ผู้ทำละเมิด ดังนั้น ค่าเสียหายเชิง

²⁵ ภาคผนวก ก.

ลงโทษอาจเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายเพิ่มเติม ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศจะมีการกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ไว้แต่มีความแตกต่างกันไปทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา การกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นเรื่องเฉพาะกรณี กล่าวคือ เป็นกรณีที่จำเลยอ้างว่าตนมีสิทธิใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์เพราะเหตุว่ามีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ในความเป็นจริงโจทก์และจำเลยไม่เคยมีความสัมพันธ์ใด ๆ กันมาก่อน ทั้งนี้ โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าตนไม่เคยอนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่โจทก์ โดยโจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นจำนวนสองเท่าของค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องชำระให้แก่โจทก์สำหรับการใช้สิทธินั้นเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี ในส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายในกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจไม่ถือว่าเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่เป็นเพียงชั้นตอนหนึ่งของค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายเท่านั้น

ประเทศอังกฤษ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้ โดยพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างโจ่งแจ้งและผลกำไรใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยและต้องคำนึงถึงความยุติธรรมแห่งคดีด้วย การกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมถือว่าเป็นข้อยกเว้นมากกว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหาย ดังนั้น ถ้าโจทก์เลือกจะรับผลกำไรของจำเลยแทนค่าเสียหายตามปกติ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติมอีก กรณีค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ศาลกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่โจทก์โดยวางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้เป็นการลงโทษจำเลยหรือเป็นการชดเชยความเสียหาย

ประเทศออสเตรเลีย ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้โจทก์ได้ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์มีความรุนแรง ส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้ว่าจะไม่มีการบัญญัติไว้เฉพาะให้ศาลกำหนดค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงเพื่อลงโทษจำเลย แต่ศาลยอมรับว่าในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดอย่างเด่นชัด ศาลอาจมีดุลยพินิจให้ค่าเสียหายเพิ่มเติมมีผลเป็นการลงโทษก็ได้ ซึ่งศาลในประเทศออสเตรเลียให้เหตุผลว่า ค่าเสียหายที่เป็นการชดเชยที่เพิ่มมากขึ้นกว่าความเสียหายที่แท้จริง แน่แน่นอนว่ามีผลเป็นการลงโทษ

แม้การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ จะไม่ยอมรับให้มีการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษจำเลย แต่การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปเพื่อชดเชยความเสียหาย จึงไม่มีการบัญญัติถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้เป็น

การเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติบางคดี ศาลก็ยังกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่โจทก์ ในขณะที่บางประเทศมีการบัญญัติถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ชัดเจน เช่น

ประเทศแคนาดา แม้ว่าจะมีการกำหนดค่าเสียหายพิเศษไว้เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดา ไม่ได้กำหนดค่าเสียหายพิเศษสำหรับกรณีที่จำเลยจงใจละเมิดลิขสิทธิ์ แต่มีการบัญญัติถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้เฉพาะ โดยถือว่าค่าเสียหายที่เพิ่มสูงขึ้นกว่าความเสียหายที่แท้จริงก็คือค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยจะกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว ต่อเมื่อโจทก์พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการกระทำโดยจงใจอย่างร้ายแรง เช่น พฤติกรรมของจำเลยได้วางแผนและไตร่ตรอง โดยความตั้งใจและมีเจตนาปิดบังโอกาสในทางธุรกิจแฟรนไชส์ของโจทก์ อย่างไรก็ตาม โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายตามความเป็นจริงหรือผลกำไรของจำเลยด้วยก็ได้

ประเทศญี่ปุ่น กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ ในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีเจตนาทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

กล่าวโดยสรุป การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายเพิ่มเติมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น แม้ในตัวของกฎหมายของบางประเทศไม่มีบัญญัติถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ ในทางปฏิบัติศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริง ในลักษณะเพื่อเป็นการลงโทษจำเลยอันเนื่องมาจากพฤติการณ์การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยมีลักษณะรุนแรง

ในประเทศไทย เรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายลักษณะละเมิดโดยทั่วไป และในกฎหมายลิขสิทธิ์ ไม่พบว่ามีการบัญญัติถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษแต่อย่างใด กล่าวคือ ตามมาตรา 438 ที่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามสมควร โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ของจำเลยและความร้ายแรงแห่งละเมิด การตีความมาตรานี้ไม่สามารถนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ได้²⁶ เพราะแนวความคิดในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหาย ส่วนในทางปฏิบัติของศาลในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดโดยทั่วไป แม้ในบางคดีศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้มากกว่าความเสียหายที่แท้จริง แต่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายจำนวนนั้น พบว่ามีได้กำหนดเพื่อลงโทษจำเลย แต่เพื่อชดเชยความเสียหายแก่โจทก์ โดยศาลจะกำหนดให้ในลักษณะ

²⁶ปริญญาวัน ชมเสวก, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 97.

ของเบี้ยทำขวัญหรือค่าทำขวัญ²⁷ ดังนั้น กรณีละเมิดทั่วไปยังไม่มีให้นำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ ส่วนการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งตัวบทในมาตรา 64 ประกอบกับแนววินิจฉัยของศาลที่ผ่านมาก็ไม่พบว่ามีให้นำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมากำหนดไว้ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีละเมิดความลับทางการค้า โดยปรากฏในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13²⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีการนำหลักเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ ทั้งนี้ นับตั้งแต่วันที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552 เป็นต้นไป พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มีผลบังคับใช้ ซึ่งได้บัญญัติถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในมาตรา 11²⁹ เช่นเดียวกัน

²⁷ เฟิงอ๋าง, น. 99-103.

²⁸ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

มาตรา 13 ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8 (2) ศาลมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืนผลประโยชน์ที่ได้จาก หรือเนื่องจากการละเมิดโดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้

(2) ในกรณีที่ไม้อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม (1) ได้ ให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถลำแก่ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)

²⁹ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

มาตรา 11 บัญญัติว่า “นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของแผ่นซีดีเถื่อน พบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวกระทำได้ง่าย เพียงแต่เข้าไปโหลดเพลง ภาพยนตร์ ฯลฯ ในอินเทอร์เน็ต ซึ่งอนุญาตให้โหลดได้เมื่อเป็นสมาชิก โดยเสียค่าสมาชิกเพียงไม่กี่ร้อยบาทต่อเดือนซึ่งผู้เป็นสมาชิกสามารถเข้าไปโหลดภาพยนตร์ เพลง ได้ไม่จำกัดเวลาและจำนวน เมื่อมีคนไปโหลดภาพยนตร์ หรือเพลง และนำมาไรท์ลงในแผ่นซีดี เพื่อนำไปขายต่อในราคาแผ่นละ 100 บาท หรือผู้ที่ลักลอบนำกล้องวิดีโอไปถ่ายภาพยนตร์ที่กำลังขาย และนำไปคัดลอกลงในแผ่นซีดี เพื่อนำมาขายในราคาต่ำกว่าราคาค่าตัวชมภาพยนตร์ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ลงทุนในจำนวนเล็กน้อย เช่น ค่าแผ่นซีดี ดีวีดีเปล่า ค่ากล้องวิดีโอ เป็นต้น แต่กลับได้รับผลกำไรเป็นจำนวนมาก จะเห็นได้ชัดในกรณีของแผ่นเพลง mp3 ที่สามารถบรรจุเพลงได้เป็นร้อย ๆ เพลง ซึ่งผู้บริโภคยอมถูกโกงใจให้ซื้อได้ง่าย เพราะเงิน 100 บาท สามารถฟังเพลงได้เป็นร้อยเพลง เมื่อเทียบกับการซื้ออัลบั้มเพลงของศิลปิน ซึ่งมีเพลงให้ฟังเพียงสิบกว่าเพลง ในทางกลับกันการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยการผลิตผลงานสร้างสรรค์ออกมาจำหน่ายหรือให้บริการ ย่อมต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อเป็นต้นทุนในการผลิต เช่น ในกรณีของภาพยนตร์ต่างชาติ ที่มีผู้ซื้อลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ดังกล่าวเพื่อนำมาฉายในโรงภาพยนตร์ ย่อมเสียค่าซื้อลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมาก หรือในการสร้างสรรค์ผลงานเพลงของศิลปิน ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นค่า

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือ ผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใด ๆ ตามสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้น เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย”

เครื่องเสียงเครื่องดนตรี ค่าห้องอัด ต้นทุนในการผลิตอื่น ๆ ซึ่งในความเป็นจริง จากการศึกษาแนววินิจฉัยของศาลที่ผ่านมาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 4 การกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่ศาลเห็นสมควร อาจไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพราะการกำหนดค่าเสียหายขึ้นอยู่กับ การพิสูจน์ความเสียหายของโจทก์เป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ศาลจะนำค่าเสียหายเชิง ลงโทษมาปรับใช้ โดยกำหนดค่าเสียหายในจำนวนที่สูงกว่าความเสียหายที่โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ เพื่อลงโทษผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้หลายเท่าอาจทำให้การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการกระทำเป็น เครือข่ายดังกล่าวลดน้อยลง อีกทั้งยังเป็นการดึงดูดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายหันมาใช้มาตรการ ทางแพ่งในการดำเนินคดีกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าการใช้สิทธิดำเนินคดีทางอาญา ทั้งนี้ ผู้เขียน จึงเสนอให้มีการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 64/2 ดังนี้

มาตรา 64/2 “ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายในจำนวนที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริง เพื่อความยุติธรรมแห่งคดี โดยพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหลายอันเนื่องมาจากการละเมิด ลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

- (1) การละเมิดลิขสิทธิ์ได้กระทำอย่างชัดแจ้ง และ
- (2) ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถล่มถลาย

4.2.4 ค่าใช้จ่ายอันเป็นการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Costs)

เรื่องค่าใช้จ่ายในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนว่าเจ้าของ ลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์สามารถเรียกค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามสิทธิกรณีที่มีการละเมิด ลิขสิทธิ์ มีเพียงประเทศเดียว คือ

ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 505³⁰ กล่าวคือ กฎหมายให้สิทธิในการเรียกค่าใช้จ่ายซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย โดยแบ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่ ใช้บังคับตามสิทธิและค่าทนายความ โดยอัตราค่าทนายความศาลจะกำหนดให้ตามความเหมาะสม โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายเพื่อใช้บังคับตามสิทธิ ทั้งนี้ การที่ศาลจะพิจารณา กำหนด ค่าเสียหายดังกล่าวนี้ให้แก่โจทก์ได้ โจทก์ต้องนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปจดทะเบียน เช่นเดียวกับกรณีค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายที่กล่าวแล้วในหัวข้อที่ 3 เสียก่อน ในการพิจารณา กำหนดค่าเสียหายกรณีค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ศาลอาจคำนึงถึงระดับความผิด

³⁰ The Copyright Act of 1976.

หรือเหตุอันสมควรในการฟ้องคดีด้วย ซึ่งค่าใช้จ่ายจำเป็นแก่การบังคับใช้สิทธิ อาจรวมถึง ค่าธรรมเนียมทั้งหมดในการยื่นฟ้อง ค่าธรรมเนียมพนักงานศาล ค่าดำเนินเอกสารต่าง ๆ ที่ใช้ ประกอบการฟ้อง ค่าไปรษณีย์ ฯลฯ ขึ้นอยู่กับการนำสืบของคุณค่าที่ชนะคดี สำหรับค่า ทนายความ ศาลจะค้ำประกันถึงความสำเร็จในการดำเนินคดีของคุณค่าทั้งสองฝ่าย หากกรณีที่โจทก์ เป็นฝ่ายชนะ แต่การกระทำของโจทก์มีลักษณะที่ไม่สุจริต กล่าวคือ การฟ้องคดีของโจทก์เป็นเรื่อง ที่ไม่มีมูลหรือมีแรงจูงใจในการฟ้องร้องคดีโดยไม่มีเหตุสมควร ศาลอาจปฏิเสธที่จะกำหนดค่า ทนายความ ส่วนอัตราค่าทนายความ ศาลจะค้ำประกันถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ เช่น ระดับความ มีชื่อเสียงของทนายความ ปริมาณของงานและผลสำเร็จในงานที่ทำ รวมถึงความยากง่ายของคดี ประกอบ

ในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 บัญญัติถึงเรื่องค่าใช้จ่าย ไว้ โดยให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะเรียกค่าเสียหายในส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ เสียไปเพื่อบังคับตามสิทธิในกรณีที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า โจทก์จะ สามารถเรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิได้ในทุกกรณีหรือไม่ และอะไรคือค่าใช้จ่ายอันจำเป็น ซึ่งในทางตำราไม่ได้ให้ความหมายหรือคำอธิบายไว้ ดังนั้น จึง ต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษา เมื่อศึกษาแล้วพบว่า ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเนื่องจากการบังคับตาม สิทธิกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์มักเรียกค่าทนายความ ค่าจ้างนักสืบ ค่ารางวัลนำจับหรือบำเหน็จ รางวัล รวมไปถึงค่าลงประกาศหนังสือพิมพ์ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากค่าใช้จ่ายในการ บังคับตามสิทธิที่กล่าวมาข้างต้น ในทางตำราได้กล่าวถึงค่าใช้จ่ายอื่นที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถ เรียกได้³¹ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการสืบหาและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

จากแนวคำพิพากษาของศาลไทยและต่างประเทศ อาจสรุปได้ว่า ค่าใช้จ่ายอัน จำเป็นเนื่องจากการบังคับตามสิทธิ หมายความว่า ค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียไปอัน เนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งโดยปกติเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีความจำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่าย เหล่านั้นหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นไปเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการ ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามความหมายนี้แสดงให้เห็นว่า โจทก์สามารถเรียก ค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทุกกรณี แต่ในทางปฏิบัติศาลต้องค้ำประกันเสมอว่า

³¹ ปริญญา ตีผดุง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสาร ประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 2, สำนักอบรมการศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ. 2545, น. 32.

ค่าใช้จ่ายที่โจทก์อ้างมานั้น มีความจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์หรือไม่ ประกอบกับศาลจะพิจารณาจากหลักฐานของค่าใช้จ่ายที่โจทก์อ้างเป็นสำคัญ ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับการนำสืบของโจทก์ ในส่วนของค่าธรรมเนียมศาลและค่าทนายความ มีประเด็นวิเคราะห์ต่อไปว่าสามารถนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้หรือไม่

ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

มาตรา 45 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการพิจารณาพิพากษาและการชี้ขาดตัดสินคดีในชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกามาใช้บังคับแก่การพิจารณาพิพากษาและการชี้ขาดตัดสินคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในศาลฎีกาโดยอนุโลม”

ดังนั้น เมื่อในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติถึงอัตราค่าทนายความ ค่าฤชาธรรมเนียม ค่าธรรมเนียมศาลไว้เป็นการเฉพาะ ศาลสามารถนำอัตราค่าทนายความที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในตารางกฎกระทรวงและประกาศกระทรวง³² ตาราง 6 มาปรับใช้ในการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิในส่วนของค่าทนายความได้ ทั้งนี้ ในตาราง 6 กำหนดว่าอัตราค่าทนายความ

(1) ให้ศาลกำหนดตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำ และอัตราขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตาราง

(2) การที่ศาลจะกำหนดค่าทนายความให้แก่ผู้ชนะคดีนั้น ให้พิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีเปรียบเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น

โดยทั่วไปการคิดค่าทนายความมีวิธีการคิดค่าทนายหลายแบบ³³ เช่น คิดเป็นอัตราร้อยละ จากทุนทรัพย์ที่พิพาทกัน เช่น ร้อยละ 3 ร้อยละ 5 ร้อยละ 10 ร้อยละ 20 ของทุนทรัพย์ หรือคิดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน หรือคิดเป็นรายชั่วโมงของการทำงานของทนายความ หรืออาจคิดเป็นรายครั้งที่ต้องไปทำงานว่าความที่ศาล หรือไปติดตามสืบค้นหาข้อเท็จจริงแห่งคดี เป็นต้น ในส่วนของค่าฤชาธรรมเนียม ค่าธรรมเนียมศาลนั้นก็เช่นกัน ศาลก็สามารถนำตารางท้ายประมวล

³² ภาคผนวก ข.

³³ <<http://www.lawyerthai.com/articles/law/049.php>>

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้ในการเรียกค่าใช้จ่ายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งค่าฤชาธรรมเนียม ได้แก่ ค่าธรรมเนียมศาล ค่าสืบพยานหลักฐานนอกศาล ค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักของพยาน ผู้เชี่ยวชาญ ล่าม และเจ้าพนักงานศาล ค่าทนายความ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตลอดจนค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ บรรดาที่กฎหมายบังคับให้ชำระ ทั้งนี้ ในเรื่องอัตราค่าทนายความ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และข้อบังคับทนายความ พ.ศ.2529 ไม่ได้กำหนดวิธีการหรือรูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความไว้ชัดเจน แต่เมื่อศึกษาจากความเห็นของนักกฎหมาย³⁴ พบว่า การเรียกค่าจ้างว่าความอาจแบ่งเป็นการเรียกค่าจ้างว่าความโดยกำหนดจากระยะเวลาการทำงาน และการเรียกค่าจ้างว่าความโดยวิธีเหมาจ่าย โดยทนายความจะเป็นผู้คิดอัตราค่าจ้างดังกล่าว ซึ่งมีปัจจัยในการคิดค่าจ้างว่าความโดยคำนึงถึง ฐานะและความสัมพันธ์ของลูกค้า ความทุนทรัพย์ในคดีที่พิพาท ความยากง่ายของคดีและเวลาในการดำเนินคดี ความรู้ความสามารถและชื่อเสียงของทนายความ ภาวะเศรษฐกิจ และค่าใช้จ่ายของทนายความ ทั้งนี้ วิธีที่เป็นที่นิยมในปัจจุบัน คือ การคิดค่าทนายตามเวลาการทำงานตามอัตราค่าบริการเป็นชั่วโมง (Hourly Billing Rate) เป็นวิธีคิดค่าบริการกฎหมายในต่างประเทศที่ใช้กันมานาน ซึ่งมีแนวคิดว่าการจ่ายค่าบริการกฎหมายเป็นไปตามสัดส่วนของเวลาที่ทนายความต้องใช้เวลาไปกับคดีนั้น ๆ วิธีการคิดค่าบริการตามสัดส่วนของเวลาที่เสียไปนี้ มีหลักการที่ว่า สิ่งที่ถูกความซื้อจากทนายความ คือ เวลา ประสิทธิภาพ และทรัพยากร ซึ่งโดยปกติแล้วสำนักงานทนายความจะมีแนวทางให้ปฏิบัติว่า ในแต่ละวันทำงานควรจะมีการทำงานปรากฏในวันทีเวลาการทำงาน ไม่น้อยกว่าหกหรือแปดชั่วโมง ขึ้นอยู่กับแต่ละสำนักงานทนายความ

อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าทนายความโดยศาลนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์หรือวิธีการคำนวณที่แน่นอน ซึ่งจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษาแต่ละคน ในส่วนของแนวคำพิพากษาก็ไม่ได้อธิบายถึงวิธีการคำนวณอัตราค่าทนายความของศาลว่ามีวิธีคิดอย่างไร แต่จากการศึกษาแนวคำพิพากษา พบว่า การกำหนดค่าทนายความสำหรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ศาลมิได้กำหนดให้ตามตาราง 6 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ศาลจะกำหนดอัตราค่าทนายความตามความเป็นจริง เนื่องจากคดีละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นคดีที่ต้องการความชำนาญเป็นพิเศษ เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายพิเศษอันส่งผลถึงภาพรวมในทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ โดยศาลจะคำนึงถึงความยากง่ายของคดี ระยะเวลาที่ทนายความใช้ในการว่าความ จำนวนทุนทรัพย์ในคดี รวมไปถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นและความสุจริตของคู่ความ

³⁴ ยงยุทธ อัดโตหิ, “ปัญหาในการกำหนดมาตรฐานค่าจ้างว่าความในคดีแพ่ง,” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2551.

เช่นเดียวกับวิธีการกำหนดค่าทนายความในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลก็จะคำนึงถึงอัตราค่าทนายความตามตารางบันทึกอัตราค่าทนายความ (Time Sheet) โดยอัตราค่าทนายความจะขึ้นอยู่กับองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น ค่าครองชีพในแต่ละท้องถิ่น เพราะเป็นตัวบ่งชี้ถึงค่าใช้จ่ายหลักของสำนักงาน

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลจะกำหนดให้หรือไม่ นั้น ก็ขึ้นอยู่กับว่าโจทก์สามารถนำหลักฐานมาพิสูจน์ได้มากน้อยเพียงใด หากโจทก์เพียงแค่นำใบเสร็จรับเงินหรือรายการบัญชีค่าใช้จ่ายมาพิสูจน์แต่เพียงอย่างเดียว อาจไม่พอต่อการให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าว³⁵ ทั้งนี้ การกำหนดจำนวนค่าใช้จ่ายดังกล่าว ศาลจะคำนึงถึงจำนวนค่าเสียหายอันเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ประกอบด้วย เพราะค่าใช้จ่ายถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนั้น ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายเสียค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเนื่องจากการบังคับตามสิทธิในจำนวนที่สูงมากเกินความจำเป็น เช่น กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายว่าจ้างทนายความหรือว่าจ้างนักสืบในอัตราค่าจ้างที่สูงกว่าปกติ เป็นต้น เมื่อนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 223³⁶ เรื่องนี้มาพิจารณา พบว่า การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายเสียค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเนื่องจากการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์สูงมากกว่าปกติ เท่ากับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายละเลยไม่บำบัดป้องกันหรือบรรเทาความเสียหาย ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายจะเรียกค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิได้ไม่มาก ทั้งนี้ ในการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับใช้ตามสิทธิ นอกจากศาลจะ

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาหมายเลขแดงที่ ทป.31/2541, คดีหมายเลขดำที่ ทป.10/2541.

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 223 บัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ชี้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้นท่านให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

พิจารณาว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นหรือไม่ ศาลยังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของจำนวนค่าใช้จ่ายด้วย

4.3 การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต (Innocent Infringement)

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต หมายความว่า ผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ กระทำไป โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ไม่รู้ว่า การที่ตนทำเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ เพียงแต่ว่าในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศอาจกำหนดให้การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวต้องรับผิดชำระค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แตกต่างกัน บางประเทศอาจกำหนดให้ผู้ทำละเมิดหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว โดยที่ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริตเป็นเรื่องที่กฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศจะนำความผิดของจำเลยมาพิจารณาประกอบในการกำหนดค่าเสียหาย การที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้เป็นความผิดแม้จำเลยจะกระทำการโดยสุจริต เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจซึ่งจัดเป็นทรัพย์สินที่สำคัญในการแสวงหาประโยชน์ของสังคมโลก โดยเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น แม้ว่าการกระทำของจำเลยจะเป็นการกระทำโดยสุจริต แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ก็กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในการกระทำอย่างใด ๆ เช่น ศาลมีคำสั่งให้หยุดการกระทำ ศาลสั่งให้มีการรับสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือศาลอาจกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม จำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความบริสุทธิ์ของตนว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เมื่อศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดีและความประพฤติก่อนของจำเลยแล้ว และเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต ศาลจะกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ให้หรือไม่ อย่างไร ก็ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของศาลตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศบัญญัติไว้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยจะเป็นการกระทำโดยสุจริต กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาก็ยังคงบัญญัติให้จำเลยต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย นอกเหนือไปจากการปฏิบัติตามคำสั่งห้ามของศาลหรือคำสั่งอายัดหรือรับสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้ ก็คือ ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย เมื่อจำเลยพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะกำหนดค่าเสียหาย

พิเศษตามกฎหมายให้ โดยมีอัตราขั้นต่ำสุด ไม่น้อยไปกว่า 200 เหรียญสหรัฐ หากจำเลยสามารถ พิสูจน์ได้ถึง การกระทำละเมิดโดยสุจริตของตน โจทก์จะเรียกค่าเสียหายประการอื่นใดไม่ได้ ทั้งนี้ การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต จึงขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของศาลในการ กำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น

ประเทศอังกฤษ หากจำเลยเชื่ออย่างแท้จริงว่าไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเชื่อว่าตนมี สิทธิที่จะทำการนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ แต่โจทก์ยังสามารถเรียก ค่าเสียหายโดยวิธีการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยได้ กล่าวคือ โจทก์ยังคงมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย บนฐานของผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และหากผลกำไรของจำเลยไม่เพียงพอ ต่อการชดเชยความเสียหายของโจทก์ ศาลสามารถกำหนดมาตรการเยียวยาอื่น เช่น คำสั่งห้าม ชั่วคราว คำสั่งให้ส่งมอบสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ย่อมกระทำได้ ทั้งนี้ การ กำหนดค่าเสียหายโดยการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย ศาลจะคำนึงถึงว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของ จำเลยนั้นมีลักษณะเป็นการค้าแข่งกับโจทก์

ประเทศแคนาดา ก็เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ กรณีที่จำเลยพิสูจน์ ได้ว่าตนไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรที่เชื่อได้ว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนด ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายให้ ไม่น้อยกว่า 200 ดอลลาร์ โดยศาลต้องคำนึงถึงเจตนาของจำเลย ความประพฤติกู้ความทั้งก่อนและระหว่างพิจารณาคดี และสุดท้ายศาลต้องคำนึงถึงการ เยียวความเสียหายในลักษณะอื่นประกอบกัน

ประเทศออสเตรเลียและประเทศสิงคโปร์ มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียและสิงคโปร์ บัญญัติไว้ชัดเจนว่า หากจำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุ อันควรสงสัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากการ ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่มีสิทธิในบัญชีผลกำไรของจำเลยในส่วนของที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และโจทก์ ยังมีสิทธิในวิธีการบรรเทาอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์อีกด้วย ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษ บัญญัติแต่เพียงว่า โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ แต่ไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะได้รับการเยียวยา โดยมาตรการอื่น

ประเทศเยอรมัน กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์รับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย รวมถึงผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิด ต่อเมื่อผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำการละเมิดโดยที่ตนไม่รู้หรือไม่ มีเหตุอันควรรู้ว่าการนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายโดย มาตรการอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงิน เช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คำสั่งให้รีบหรืออายัด เป็นต้น

ประเทศญี่ปุ่น ก็เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน กล่าวคือ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่อการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ แต่มีสิทธิที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองใด ๆ เพื่อหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้น

กล่าวโดยสรุป การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ศาลไม่สามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายตามความเป็นจริง หรือค่าเสียหายเพิ่มเติม ค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่โจทก์ได้ แต่โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายและวิธีการเยียวยาความเสียหายประเภทอื่น โดยมีสิทธิได้รับมาตรการเยียวยาที่มีลักษณะเป็นตัวเงินเพียงประเภทใดประเภทหนึ่ง ได้แก่ ค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย ผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ คำสั่งคุ้มครองของศาล คำสั่งริบหรืออายัด จากการศึกษาวิธีการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศตั้งแต่ต้น ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลต้องคำนึงถึงความผิดของจำเลยเป็นสำคัญ ซึ่งศาลจะสามารถกำหนดค่าเสียหายตามความเป็นจริง ค่าเสียหายเพิ่มเติมหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เฉพาะกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ จำเลยรู้หรือควรรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในส่วนของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ มีเพียงกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประเทศญี่ปุ่นบัญญัติถึงการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าว โดยกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจะกำหนดคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีชำระค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับใช้ตามสิทธิให้แก่คู่ความอีกฝ่าย ส่วนประเทศญี่ปุ่นบัญญัติไว้ชัดเจนว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิก็ต่อเมื่อเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น จากตัวบทของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศต่าง ๆ กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต สรุปได้ว่า จำเลยผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าการนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิให้แก่โจทก์ ทั้งนี้ การไม่รู้กฎหมายไม่สามารถนำมาเป็นข้ออ้างไม่ให้ตนต้องรับผิดชอบกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศจึงอาจสรุปได้ว่า ความรับผิดชอบค่าใช้จ่ายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ แยกออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจาตรีประเพณี เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ความรับผิดชอบกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของค่าเสียหายนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ แม้ว่าจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต เพียงแต่

ว่าในกรณีนี้ โจทก์ไม่สามารถเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายตามความเป็นจริงได้ แต่โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของจำเลยหรือค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงความผิดของจำเลยด้วย ถ้าจำเลยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายให้ในอัตราที่น้อยกว่ากรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไป ฝ่ายประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายก็เฉพาะกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น จะเห็นได้ว่า เรื่องความรับผิดชดใช้ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ บัญญัติให้เป็นความรับผิดเด็ดขาด แต่ความผิดของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ จะเป็นตัวจำกัดขอบเขตของค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับ ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันและญี่ปุ่น บัญญัติเป็นความรับผิดที่ต้องการความผิด ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายต่อเมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น

ในส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย มาตรา 64 ไม่ได้บัญญัติถึงความผิดของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ ดังนั้น ไม่ว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง จะรู้หรือไม่ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็มีความผิดที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 64 แต่ในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีความรับผิดต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์รู้หรือควรได้รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวโดยสรุป หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลย แต่ในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายต่อเมื่อจำเลยรู้หรือควรได้รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นนักศึกษา ได้นำคำบรรยายที่อาจารย์แจกให้เพื่อใช้ประกอบการสอนไปถ่ายเอกสาร ซึ่งเสียค่าถ่ายเอกสารในราคาชุดละ 50 บาท จำนวนหลายสิบชุด เพื่อเก็บเอาไว้ขายให้แก่เพื่อนนักศึกษาคนอื่นที่ขาดเรียน โดยขายในราคาเท่ากับที่ตนต้องเสียไป การกระทำของนาย ก. เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง แม้ว่าจะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร เพราะเป็นการทำซ้ำและเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต อีกทั้งยังไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาและวิจัยผลงานดังกล่าว ประกอบกับจำนวนที่ถ่ายเอกสารมานั้น ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้อย่างเป็นธรรม นาย ก. จึงต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยไม่สามารถอ้างได้ว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากนาย ก. นำเอกสารดังกล่าวไปฝากให้นางสาว ข. เพื่อนำไปขายต่อให้กับนักศึกษามหาวิทยาลัยอื่นในราคาชุดละ 65 บาท ซึ่งนางสาว ข. จะได้ส่วนแบ่ง

กำไรต่อชุดจำนวน 10 บาท การกระทำของนางสาว ข. เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม แต่นางสาว ข. อาจไม่ต้องรับผิดชอบ หากพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าเอกสารนั้นเป็นผลงานที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

จากตัวอย่างหากนาย ก. ไม่ได้นำไปฝากให้นางสาว ข. ขายต่อ แต่เก็บไว้ขายให้เพื่อนที่ขาดเรียนในราคาเดียวกับค่าถ่ายเอกสาร แต่มีบุคคลอื่นที่ไม่ใช่นักศึกษาในชั้นมีความสนใจอยากศึกษาจึงขอซื้อเอกสารดังกล่าวไป นาย ก. ก็ขายให้ในราคาเท่าทุน ต่อมาหากเกิดเป็นคดีฟ้องร้องกัน โดยเจ้าของลิขสิทธิ์อ้างว่าการกระทำของนาย ก. ทำให้ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณทางวิชาการ เพราะเอกสารดังกล่าวจัดทำเพื่อไว้สอนนักศึกษาในชั้นเรียนเท่านั้น ยังไม่มีการตรวจสอบข้อบกพร่องแต่อย่างใด จึงไม่ประสงค์ให้บุคคลอื่นนำไปศึกษา เพราะหากมีบุคคลอื่นความรู้นำเอกสารดังกล่าวไปศึกษาและนำไปปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงตามเอกสาร อาจเกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้นได้ และยอมส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงทางวิชาการของตน จากตัวอย่างนี้เป็นที่แน่นอนว่าการกระทำของนาย ก. เป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลย่อมสามารถกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ตามที่ศาลเห็นสมควรดังที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ในมาตรา 64 แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่านาย ก. ไม่มีเจตนาที่จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย เป็นการกระทำไปโดยไม่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ และการกระทำดังกล่าวของนาย ก. ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกำไรแต่ประการใด การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย อาจทำให้นาย ก. ได้รับภาระเกินสมควรจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของตน หรือในบางกรณีที่มีการให้บริการทางเว็บไซต์เพื่อดาวโหลดเพลง โดยผู้เป็นสมาชิกอาจชำระค่าบริการรายเดือน ผู้กระทำการดาวโหลดเพลง ก็ย่อมเข้าใจว่าตนมีสิทธิที่จะกระทำได้ แต่ในข้อเท็จจริงอาจมีเพลงบางเพลงที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การกระทำดังกล่าวเท่ากับเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำชำระค่าบริการโดยคิดว่ากระทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ซึ่งทำให้การเยียวยาความเสียหายไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทั้งนี้มาตรการเยียวยาความเสียหายต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ในการกำหนดค่าเสียหายตามสมควรที่ให้ศาลคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายเพียงอย่างเดียวนั้น อาจไม่เหมาะสมกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต ดังนั้น ผู้เขียนเสนอให้นำมาตรการในการกำหนดค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยสุจริต อย่างไรก็ตาม หากยังไม่มีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องผลกำไรของจำเลยมาปรับใช้ ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต สามารถนำหลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายบนฐานของค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์มาปรับใช้ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริตได้ เพราะเท่ากับว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์จากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจ่ายค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์ดังกล่าว โดย

ผู้เขียนเสนอให้มีบทบัญญัติในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้เขียนเสนอให้มีการบัญญัติกรณีดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน โดยบัญญัติเพิ่มเติมจากมาตรา 64/3 ดังนี้

มาตรา 64/3 บัญญัติว่า “ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยผู้กระทำละเมิดไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายตามความจริง แต่ศาลอาจจะกำหนดค่าเสียหายโดยคิดคำนวณบนฐานของผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือค่าลิขสิทธิ์”

4.4 การกำหนดค่าเสียหายกรณีที่ไม่มีความเสียหาย

การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศมักจะแยกลักษณะของการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่ามีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ หากมีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการค้า ศาลจะกำหนดค่าเสียหายต่างออกไปจากกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เป็นการแข่งขันทางการค้า โดยประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเป็นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะแข่งขันทางการค้า หมายถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งแบ่งเป็นการแข่งขันทางการค้าโดยตรง กล่าวคือ ราคาและคุณภาพของสินค้าที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีความใกล้เคียงกับสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ศาลจะถือว่าความสูญเสียรายได้จากการขายของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่ากับผลกำไรของจำเลยจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยหลักแล้วศาลไม่กำหนดค่าเสียหายทั้งที่เป็นค่าขาดรายได้และผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ เพราะจะทำให้โจทก์ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อนกัน นอกจากโจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหายมากกว่าจำนวนผลกำไรของจำเลย ซึ่งอาจเป็นความเสียหายประเภทอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการขาดรายได้ เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า เป็นต้น แต่หากเป็นกรณีที่จำเลยไม่ใช่คู่แข่งทางการค้า ศาลจะกำหนดค่าเสียหายบนฐานของค่าขาดรายได้ ค่าขาดกำไร ค่าสิทธิหรือผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือจะเลือกให้ศาลกำหนดตามค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมายก็ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้สร้างสรรค์ผลงานเพื่อนำมาแสวงหาประโยชน์ทางการค้า หรือโจทก์ไม่ได้เป็นผู้ประกอบกิจการหรือทำธุรกิจการค้า เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อาจเป็นผู้ผลิตรายย่อย เป็นต้น กฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่า ความเสียหายของโจทก์ก็คือ การสูญเสียโอกาสในการแสวงหา

ประโยชน์จากงานอันเป็นลิขสิทธิ์ของตนโดยการนำงานของตนไปขายและได้รับค่าสิทธิเป็นการตอบแทน เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายทางเศรษฐกิจ จึงไม่อาจคำนวณถึงจำนวนค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไร ดังนั้น ค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้ก็คือ ค่าตอบแทนการใช้สิทธิหรือจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย โดยทั่วไปโจทก์มักเลือกที่จะเรียกค่าเสียหายพิเศษตามกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลจึงวางหลักในการวินิจฉัยการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์อันไม่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าไว้ว่า³⁷ ในการกำหนดค่าเสียหายกรณีดังกล่าวต้องคำนึงถึงมูลค่าของการใช้งาน หรือการประหยัดค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น โดยศาลจะพิจารณาว่า มูลค่าของค่าใช้จ่ายใด ๆ ก็ตามที่จำเลยได้เสียไป ซึ่งในความเป็นจริงจำเลยจำเป็นต้องจ่ายมากกว่าปกติหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนที่ทำให้จำเลยได้ประหยัดค่าใช้จ่ายควรตกเป็นของโจทก์ นอกจากนี้ ต้องคำนึงถึงความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินประกอบด้วย เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง

ประเทศอังกฤษ กรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ หากโจทก์และจำเลยต่างก็มีความมุ่งหวังในผลกำไรอย่างเดียวกัน ในตลาดเดียวกัน ดังนั้น สิ่งที่จำเลยได้รับก็คือสิ่งที่โจทก์สูญเสีย ดังนั้น ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้โดยอยู่บนฐานของค่าขาดกำไร ค่าสิทธิ ค่าเสียหายเพิ่มเติม และเยียวยาโดยการให้จำเลยคืนผลกำไรจากการละเมิดลิขสิทธิ์แก่โจทก์ นอกเหนือไปจากนี้ ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์พยานหลักฐานของโจทก์ หากกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ไม่ได้สร้างผลงานเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางทรัพย์สิน ในกรณีเช่นนี้เมื่อจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจไม่สามารถกำหนดเป็นตัวเงินได้ บางกรณีศาลจะนำค่าสิทธิมากำหนดให้ ซึ่งเสมือนกับเป็นค่าเช่าหรือราคาที่จำเลยนำลิขสิทธิ์ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือโจทก์อาจจะเลือกให้มีการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย โดยหักค่าใช้จ่ายจำเป็นออก คงเหลือไว้ซึ่งผลกำไรอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ผลกำไรจำนวนดังกล่าวต้องตกเป็นของโจทก์ด้วยเหตุผลตามสมควรได้ ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง ซึ่งเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจและความรู้สึก ศาลอาจจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมให้โดยคำนึงถึงความโจ่งแจ้งของการละเมิดลิขสิทธิ์ และผลประโยชน์ใด ๆ ที่จำเลยได้รับ หรือค่าเสียหายพอเป็นพิธีให้

ประเทศเยอรมัน กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ว่าในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของนักประพันธ์รวมไปถึงงานวรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ ช่างภาพและนักแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายได้ แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ก็ตาม

³⁷ Deltak, Inc. v. Advanced Systems, Inc., 767 F. 2d 357 (7th Cir. 1985).

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์และแนววินิจฉัยของศาลไทยนั้น ไม่ได้แบ่งว่าลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องเป็นการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อบังคับตามสิทธิ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 64 จึงมีประเด็นที่ควรวิเคราะห์ในเรื่องเกี่ยวกับความเสียหายที่ว่า หากกรณีที่ไม่ใช่ความเสียหายทางเศรษฐกิจ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความกระทบกระเทือนต่อสิทธิทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด กล่าวคือ กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นบุคคลทั่วไปซึ่งไม่ได้ประกอบกิจการทางการค้า หรือการสร้างสรรค์ผลงานไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า ในกรณีดังกล่าวจะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ อย่างไร

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น พบว่า ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้มีแต่เฉพาะความเสียหายทางเศรษฐกิจ เนื่องจากเมื่อมีการสร้างสรรค์ผลงานอันเกิดจากความวิริยะอุตสาหะขึ้นมาหนึ่งชิ้น ในเบื้องต้นหากผลงานนั้น เป็นผลงานสร้างสรรค์และมีรูปร่างปรากฏประกอบกับเป็นผลงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ ดังที่อธิบายไว้ในบทที่ 2 ผลงานดังกล่าวถือว่าเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียน กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้บัญญัติว่าผลงานที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเป็นผลงานที่สร้างสรรค์เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหรือเพื่อแสวงหาผลกำไร เนื่องจากลิขสิทธิ์มีลักษณะที่เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจอยู่ในตัว กฎหมายลิขสิทธิ์เพียงแต่รับรองถึงการใช้ลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว โดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ให้ผู้อื่นมากระทำการใดอันกระทบต่อลิขสิทธิ์ หรือกระทำการใดอันเป็นการขัดขวางไม่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิทางเศรษฐกิจเพื่อแสวงหาประโยชน์ได้ตามโดยปกติ ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์มีอำนาจที่จะกระทำการใดต่อผลงานของตนก็ได้ ไม่จำเป็นว่าจะต้องนำผลงานของตนไปใช้เพื่อแสวงหาผลกำไรแต่เพียงอย่างเดียว เช่น จิตรกรอาจวาดรูปเพื่อเป็นการสร้างแรงบันดาลใจ เพื่อบันทึกเรื่องราว หรือเพื่อแสดงออกทางอารมณ์ โดยอาจนำผลงานของตนไปจัดนิทรรศการแสดงผลซึ่งเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณะเพียงอย่างเดียว ไม่ได้วาดรูปดังกล่าวไว้เพื่อขาย รูปที่ถูกวาดเหล่านั้นก็จัดว่าเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว หากผู้ใดจะนำรูปดังกล่าวไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร โดยมิได้รับอนุญาตจากจิตรกรผู้เป็นเจ้าของรูปดังกล่าว เท่ากับว่าผู้นั้นละเมิดลิขสิทธิ์ จากตัวอย่างจะเห็นได้ชัดว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความสูญเสียผลประโยชน์ทางการค้า แต่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการสูญเสียโอกาสที่จะนำรูปวาดดังกล่าวออกขายในอนาคต ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์จึงมิใช่การสูญเสียผลประโยชน์ทางการค้าแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมไปถึงความสูญเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในอนาคต ซึ่งแนววินิจฉัยของ

ศาลยอมรับว่าการสูญเสียประโยชน์นั้นรวมถึงการสูญเสียประโยชน์ในอนาคตด้วย³⁸ ดังนั้น ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าจะไม่มีความเสียหายในทางเศรษฐกิจเกิดขึ้น แต่ความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับเสมอก็คือ การสูญเสียโอกาสที่จะนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ในอนาคตไม่ว่าในการขายหรืออนุญาตให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนก็ตาม เมื่อพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษ ประกอบกับตัวบทในมาตรา 64 และแนววินิจฉัยของศาลไทย ผู้เขียนขอเสนอว่าหากในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายในทางเศรษฐกิจหรือความเสียหายที่ไม่อาจคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ ศาลต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หรือค่าลิขสิทธิ์ มาเป็นฐานในการคำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยถือว่าการที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เป็นเรื่องที่เจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องชำระค่าลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการตอบแทนเจ้าของลิขสิทธิ์ในการอนุญาตเช่นว่านั้น

นอกจากความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสในการนำผลงานของตนไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในอนาคตแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับความเสียหายในลักษณะที่ไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินด้วย อันได้แก่ ความเสียหายต่อชื่อเสียง ซึ่งในส่วนของความเสียหายทางจิตใจชนิดอื่น เช่น ความเศร้าโศกเสียใจ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องที่ไม่มีผลกระทบต่อจิตใจเท่ากับกรณีละเมิดทั่วไป เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำต่อสิทธิทางเศรษฐกิจไม่ใช่สิทธิในร่างกาย เสรีภาพ ฯลฯ ดังเช่นกรณีละเมิดโดยทั่วไป หากจะมีผลกระทบในทางจิตใจก็อาจจะมีลักษณะเป็นความรู้สึกผิดหวังหรือสูญเสียความคาดหวัง ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลต้องพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้เฉพาะกรณี ๆ ไป

ในส่วนของค่าเสียหายในกรณีเสื่อมเสียชื่อเสียง กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติไว้ชัดเจนตามมาตรา 115³⁹ กรณีที่เกิดความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ กล่าวคือ โจทก์ได้รับความเสื่อมเสียเกียรติคุณหรือชื่อเสียงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย จำเลยมีหน้าที่ต้องทำทุกประการเพื่อให้เกียรติยศและชื่อเสียงของโจทก์กลับคืนดีดังเดิม หรือโจทก์อาจเลือกเรียกเฉพาะค่าเสียหายในส่วนนี้ หรืออาจเรียกให้จำเลยกระทำการกอบกู้ชื่อเสียงและเกียรติคุณพร้อมกับชำระค่าเสียหายในส่วนนี้ด้วย ส่วนในกรณีกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด ในมาตรา 447⁴⁰

³⁸ วัธ ดิงสมิตร, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542.

³⁹ The Copyright Law No. 48.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บัญญัติถึงเรื่องความเสียหายต่อชื่อเสียงซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่น แม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่หากพิจารณาจากตัวบทในมาตรา 64 ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงให้แก่โจทก์ได้ เพราะความเสียหายไม่จำกัดว่าต้องเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวให้ได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าโจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้หรือไม่ว่าความเสียหายต่อชื่อเสียงนั้นเกิดขึ้นจริง ดังแนววินิจฉัยของศาลที่ปรากฏตามข้อเท็จจริงในกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง โดยส่วนมากศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายกรณีเสียชื่อเสียงทางคำให้ เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการผลิตผลงานดังกล่าวออกมาในรูปแบบของซีดี ดีวีดี ฯลฯ ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะสามารถแยกได้ว่าอันไหนคือผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรืออันไหนเป็นของปลอม อีกทั้งในเรื่องที่ว่าโจทก์เสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า เพราะเหตุว่าคุณภาพของสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน โจทก์ต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความเพื่อพิสูจน์ถึงความแตกต่างกันของคุณภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์กับงานเลียนแบบ ซึ่งการพิสูจน์ค่อนข้างกระทำได้ยาก ทั้งนี้ หากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ถึงขนาดเป็นเหตุให้ผู้อื่นเข้าใจผิดคิดว่าผลงานชิ้นนั้นเป็นของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ ยังไม่ปรากฏแนววินิจฉัยของศาล แต่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7457/2550⁴¹ ที่ว่า ค่าใช้จ่ายในการชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุลตราแมนที่โจทก์เสียไปนี้เป็นผลสืบเนื่องจากการที่จำเลยที่สอง กล่าวอ้างความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุลตราแมนต่อลูกค้าของโจทก์และบุคคลทั่วไป ถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์เสียไปในการนี้ เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ จากคำพิพากษานี้ แสดงว่าศาลยอมรับถึงการแสดงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายในลักษณะนี้ให้ได้ เพราะการกระทำของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เท่ากับเป็นการล่องละเมิดกรรมสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจเกิดความเสียหายที่มีลักษณะที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ความเสียหายในลักษณะที่เป็นการทำให้ผลงานเสื่อมคุณค่า เป็นต้น โดยศาลอาจกำหนดค่าเสียหายทางศีลธรรม หรือค่าเสียหายแบบเป็นพิธี (Nominal

มาตรา 447 บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียงเมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควร เพื่อทำให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้

⁴¹ <<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>>

Damages) ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี ทั้งนี้ เพื่อความชัดเจนผู้เขียนเสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 64/4 ดังนี้

มาตรา 64/4 บัญญัติว่า “ในกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ ความเสื่อมคุณค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นต้น ศาลจะสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จัดการตามควร เพื่อทำให้กลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้”

4.5 การกำหนดให้ค่าปรับที่ต้องชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่ง เป็นส่วนหนึ่งของ ค่าเสียหาย ตามมาตรา 76 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีความแตกต่างกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น และกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ในส่วนที่บัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับค่าปรับจำนวนครึ่งหนึ่งในกรณีที่ฟ้องเป็นคดีอาญา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 76 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา หากเจ้าของลิขสิทธิ์ฟ้องเป็นคดีอาญาแล้ว เมื่อศาลพิจารณาวินิจฉัยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำผิดจริง ศาลก็จะมีคำพิพากษาซึ่งโดยส่วนมากจะเป็นการปรับจำเลย ถ้าศาลมีคำพิพากษาปรับจำเลยจำนวน 1 แสนบาท เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์มีสิทธิได้รับค่าปรับจำนวน 5 หมื่นบาท ตามที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76 และหากในกรณีนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการฟ้องร้องทางแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายด้วย จำนวนค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้หรือค่าเสียหายที่โจทก์จะได้รับนั้น ต้องเป็นส่วนที่เกินจากจำนวนค่าปรับครึ่งหนึ่งที่โจทก์ได้รับในคดีอาญา กล่าวคือ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ได้รับจำนวนค่าปรับครึ่งหนึ่งแล้ว จะสามารถเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีก ต้องเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าจำนวนค่าปรับครึ่งหนึ่งที่ได้รับ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีแพ่ง ศาลต้องคำนึงถึงจำนวนค่าปรับครึ่งหนึ่งที่ศาลได้กำหนดให้ในคดีอาญาด้วย ทั้งนี้ บทบัญญัติในมาตรา 76 เป็นบทพิเศษซึ่งไม่เกี่ยวกับค่าฟ้องในคดีอาญา⁴²

⁴²วิมาน กฤตพลวิมาน, กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปฏิบัติงาน (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์ดวงกมล จำกัด, 2545), น. 210.

แม้โจทก์จะไม่มีคำขอไว้คำขอท้ายฟ้องและศาลมิได้พิพากษาให้จ่ายก็ตาม เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ยังคงมีสิทธิได้รับเงินค่าปรับครั้งหนึ่งจากจำเลยอยู่

ก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้บัญญัติถึงการเยียวยาด้วยค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 49 ทั้งนี้ ผู้ร่างให้เหตุผลในการร่างกฎหมายมาตรานี้ว่า⁴³ เพราะการพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีแพ่งหลายกรณีกระทำได้ยากมาก ทำให้ทางปฏิบัติโจทก์ได้รับค่าเสียหายน้อยมาก จึงกำหนดโทษปรับในความผิดต่าง ๆ ไว้ให้สูงเพื่ออาจแบ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิทางแพ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะไปฟ้องเพื่อเติมภายหลังอีก จากเหตุผลในการร่างและถ้อยคำในบทตัวมาตรา 49 นี้ พบว่าค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่งที่ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายประสงค์จะให้เป็นค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 49 จึงถูกยกเลิกไป มีการบัญญัติเรื่องการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยเฉพาะในมาตรา 64 นอกจากนั้น หลักเกณฑ์ในมาตรา 49 กลับปรากฏอยู่ในมาตรา 76 ซึ่งใช้หลักการเดียวกัน

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งโดยตรงและอ้อม ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับโทษทางอาญา โดยอาจเป็นโทษปรับหรือโทษจำคุก หรือทั้งจำและปรับ ซึ่งการกำหนดบทลงโทษกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยทางตรงและทางอ้อมจะต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง มาตรา 69 บัญญัติให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท และถ้าเป็นการกระทำเพื่อการค้า ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ในขณะที่ถ้าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม มาตรา 70 บัญญัติให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท และหากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ถ้าการละเมิดลิขสิทธิ์มิได้เป็นไปเพื่อการค้า ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จะได้รับโทษปรับเพียงอย่างเดียว โทษจำคุกมีเฉพาะแต่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะกระทำเพื่อการค้า ทั้งนี้ การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญา อาจดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายก็ได้ ดังนั้น หากมีการดำเนินคดีทางอาญา ไม่ว่าจะเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์จะขอค่าปรับจำนวนครั้งหนึ่งไว้ท้ายฟ้องหรือไม่ หรือศาลจะกำหนดเรื่องจำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งไว้ในคำวินิจฉัยตัดสินคดีหรือไม่ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ก็มีสิทธิได้รับจำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งอยู่แล้ว

⁴³ เฟิงอ๋าง, น. 64.

ซึ่งการกำหนดจำนวนค่าปรับในแต่ละคดีของศาลยอมเป็นไปตามอัตราที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังที่กล่าวมาแล้ว

ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติเช่นนี้ ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เมื่อศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศที่ผ่านมา พบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีบทบัญญัติเช่นเดียวกับมาตรา 76 กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1783 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐ (The Federal copyright statute)⁴⁴ มาตรา 2 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะฟ้องจำเลยที่เผยแพร่โฆษณาหนังสือดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยจำเลยต้องชำระค่าปรับเป็นจำนวนเงิน 50 เซ็นต์ต่อทุก ๆ แผ่น ค่าปรับกึ่งหนึ่งให้ตกให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด อีกกึ่งหนึ่งตกเป็นประโยชน์แก่สหรัฐ และภายใต้มาตรา 6 ผู้ละเมิดยังต้องรับผิดชอบไปอีกในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้นต่อผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ถูกยกเลิกไปแล้ว ประกอบกับการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศในปัจจุบัน ไม่พบว่าประเทศใดมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับมาตรา 76 ซึ่งการที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติให้ค่าปรับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายในทางแพ่ง ทำให้เกิดผลกระทบทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ กล่าวคือ

ในทางทฤษฎี ปัจจุบันความรับผิดชอบที่ละเมิดจะแยกความรับผิดชอบในส่วนแพ่งและอาญาออกจากกันดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2 กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ก็เช่นเดียวกัน การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติให้ค่าปรับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายในทางแพ่งที่ศาลกำหนดให้เพื่อชดเชยความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ก่อให้เกิดความปะปนกันระหว่างความรับผิดชอบในทางแพ่งและทางอาญา ทำให้การกำหนดค่าเสียหายในทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ศาลต้องคำนึงถึงจำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับด้วย ทั้งที่ศาลควรคำนึงถึงแต่เพียงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี ฐานะของโจทก์และจำเลย รวมไปถึงความเสียหายเท่านั้น เพราะการกำหนดค่าเสียหายในทางแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นเสมือนว่าไม่เคยมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นมาก่อน โดยที่การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องในทางทรัพย์สินหรือเป็นการกระทำต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ ในขณะที่ค่าปรับซึ่งเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในการเยียวยาความ

⁴⁴ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวาณิช, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 47.

เสียหายทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ หรือกล่าวอีกนัยคือ⁴⁵ ความรับผิดชอบทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการเยียวยาความเสียหายให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ถูกละเมิดโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งไม่มีเรื่องโทษเข้ามาเกี่ยวข้องและไม่ต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้กระทำผิด แต่ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ส่วนความรับผิดชอบทางอาญากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ จะมีเรื่องของโทษเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยมีโทษปรับและโทษจำคุก ด้วย จากความปะปนกันระหว่างความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาที่เกิดขึ้น ส่งผลต่อการใช้ดุลยพินิจของศาล โดยศาลอาจกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ให้น้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพราะเหตุว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าปรับครั้งหนึ่งกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว

ในทางปฏิบัติ จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นปรากฏว่า เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์มักจะดำเนินคดีในทางอาญามากกว่าทางแพ่ง ดังปรากฏในสถิติการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ร้อยละ 90 เลือกที่จะดำเนินคดีทางอาญามากกว่าคดีแพ่ง⁴⁶ เพราะเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายของตน โดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับค่าปรับจำนวนครั้งหนึ่งอยู่แล้ว ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะการดำเนินคดีทางอาญาเมื่อเปรียบเทียบกับคดีทางแพ่งแล้วมีข้อดีในส่วนที่ว่า ถ้าเป็นการดำเนินคดีทางอาญาโดยพนักงานอัยการ ส่วนคดียอมผ่านการกลั่นกรองมาแล้วทั้งในชั้นพนักงานสอบสวนและชั้นพนักงานอัยการ อีกทั้งผู้เสียหายไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีหรือจ้างทนายความ ไม่ว่าจะเจ้าของลิขสิทธิ์จะเป็นผู้ดำเนินคดีเองหรือไม่ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็มีสิทธิได้รับค่าปรับจำนวนครั้งหนึ่งเป็นการเยียวยาความเสียหาย โดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหาย ในขณะที่การดำเนินคดีทางแพ่ง แม้ว่าจะเปิดโอกาสให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองหลายทาง กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นและยังสามารถใช้มาตรการชั่วคราวโดยการขอให้คุ้มครอง

⁴⁵ อำนาง เนตยสุภา และคณะ, ปัญหาการล่อซื้อในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ (รายงานการวิจัย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2549), น. 16.

⁴⁶ พิศวาท สุคนธ์พันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไทย: ลิขสิทธิ์. (เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 92.

ชั่วคราวก่อนฟ้องหรือการขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน⁴⁷ แต่ประสิทธิภาพของการบังคับสิทธิไม่ เต็ดขาดเท่ากับการจับและค้นในคดีอาญา อีกทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวน มากกว่าทั้งค่าจ้างทนายความ ค่าธรรมเนียมศาล และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เช่น ค่าบำเหน็จรางวัล ค่าจ้างนักสืบ ฯลฯ ที่สำคัญที่สุด การเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็น โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์แค่ไหนอย่างไรบ้าง ซึ่ง บางกรณีอาจทำได้ยาก เช่น กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้สร้างสรรค์ผลงานเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ ทางการค้า เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์และแนววินิจฉัยของศาลในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ในทางปฏิบัติเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์จะดำเนินคดีแพ่งเพื่อ เรียกค่าเสียหายเป็นหลัก⁴⁸ และมีการดำเนินคดีอาญาน้อยมาก เนื่องจากปัญหาภาระการ พิสูจน์ที่สูงและการนำสืบเจตนาของการกระทำความผิดอาญา ซึ่งการดำเนินคดีอาญามักใช้กับ การละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดกลางและขนาดใหญ่เท่านั้น ในเรื่องที่ว่า การดำเนินคดีอาญามีปัญหา ภาระการพิสูจน์สูง เพราะว่าการกำหนดลงโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของ สหรัฐอเมริกาต้องการเจตนาของผู้กระทำผิด และการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องเป็นการกระทำเพื่อการค้า หรือเพื่อการแสวงหากำไรที่เป็นตัวเงินโดยเฉพาะ อาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าการใดเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดความรับผิดทางแพ่ง ทั้งนี้ กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดทางอาญานั้น นอกจากการกระทำจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ยังต้อง เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือเพื่อกำไรที่เป็นตัวเงินเฉพาะ แต่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยบังคับให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดทางอาญาในทุกกรณี ดังที่กล่าว มาแล้วในมาตรา 69 และมาตรา 70

จากผลกระทบที่เกิดขึ้นทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ ทำให้เกิดประเด็นน่าวิเคราะห์ ว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความเหมาะสมกับการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ทั้งนี้ นักกฎหมายบางท่านเชื่อว่า มาตรการในเรื่องค่าปรับกึ่งหนึ่งให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นเหตุจูงใจให้เจ้าของลิขสิทธิ์หันมาดำเนินคดีในทางอาญา

รองศาสตราจารย์รัชชชัย สุขุมผลศิริ ให้ความเห็นไว้ว่า “การเยียวยาแก้ไขความเสียหาย ในทางแพ่ง วิธีนี้เป็นสิ่งที่น่าสนับสนุนกว่าการดำเนินคดีอาญา เพราะการดำเนินคดีอาญาโดย

⁴⁷ จุมพล ภิบุญญะสินธุ์ และคณะ, โครงการ “การวิจัยเพื่อเสนอแนวทางการบังคับ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา: การละเมิดลิขสิทธิ์โดยการบรรเลงหรือขับร้องเพลง,” (รายงานวิจัย ฉบับสมบูรณ์ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549), น. 93.

⁴⁸ เฟิงอ้วง, exclusive summary.

เจ้าของลิขสิทธิ์บางครั้งก็ดูเหมือนเป็นการยืมมือรัฐ (ตำรวจ อัยการ ศาล) เข้าจัดการกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะมีสภาพบังคับนำเกรงขามตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน จนบางครั้งดูไม่เป็นธรรมแก่ผู้ต้องหา เพราะการกระทำบางอย่างนั้นฉิวเฉียดระหว่างเป็นการละเมิดหรือไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ (ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์) ฉะนั้น การสนับสนุนให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้กระบวนการทางแพ่งให้มากขึ้นนั้น นอกจากกฎหมายจะต้องบัญญัติจูงใจให้เจ้าของลิขสิทธิ์หันมาใช้สิทธิแล้ว ศาลเองเป็นกลไกสำคัญในการสร้างแรงจูงใจนี้ เพราะหากศาลเคร่งครัดเกินไปในบางเรื่องที่ไม่จำเป็น ก็ย่อมจะผลักดันให้เจ้าของลิขสิทธิ์หันไปใช้กระบวนการทางอาญากดดันผู้ถูกกล่าวหา”

โดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นด้วยกับรองศาสตราจารย์รัชชัย สุขผลศิริ โดยมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากพิจารณาในแง่ของเจ้าของลิขสิทธิ์ การกำหนดให้ค่าปรับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ก่อให้เกิดปัญหาในทางทฤษฎีที่ว่าเกิดความปะปนกันของความรับผิดชอบทางแพ่งกับทางอาญา ซึ่งส่งผลกระทบต่อในทางปฏิบัติในการใช้ดุลยพินิจของศาล ศาลจะยึดหลักเกณฑ์เดิม ๆ ที่ว่า ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์มีสิทธิได้รับต้องเป็นส่วนที่เกินจากจำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริง ในกรณีที่โจทก์สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ศาลจะนำมาหักกับจำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ ทำให้ในบางคดี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาหมายเลขแดงที่ ทป.81/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.22/2543⁴⁹ โจทก์ไม่ได้รับค่าเสียหายทางแพ่งเลย หากค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ได้รับนั้น น้อยกว่าความเสียหายที่แท้จริงก็เป็นกรณีที่โจทก์สามารถนำไปฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้ แต่ถ้าค่าปรับที่โจทก์ได้รับนั้นมากกว่าความเสียหายที่แท้จริง ก็เท่ากับว่าไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของหลักการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิด ที่ว่าผู้เสียหายไม่ควรได้รับค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้ นอกจากโจทก์จะได้รับค่าปรับกึ่งหนึ่งที่จำเลยชำระต่อศาลแล้ว โจทก์ยังมีสิทธิได้รับสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย ซึ่งเท่ากับว่าโจทก์ได้รับประโยชน์สองทาง ย่อมเป็นเหตุผลที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เลือกที่จะดำเนินคดี

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาหมายเลขแดงที่ ทป.81/2544, คดีหมายเลขดำที่ ทป.22/2543 ... ถือว่าค่าปรับที่โจทก์มีสิทธิได้รับในคดีดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับไปจากศาล กึ่งหนึ่งของค่าปรับที่จำเลยได้ชำระต่อศาลแล้วจากจำนวน 50,000 บาท เป็นเงิน 25,000 บาท ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่โจทก์ได้รับจากศาลมากกว่าค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องจากจำเลยในคดีนี้แล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหาย นอกเหนือไปจากที่โจทก์มีสิทธิได้รับตามคำพิพากษาในคดีอาญาดังกล่าวอีก.

ทางอาญามากกว่าทางแพ่ง อีกทั้งในกรณีที่ศาลนำจำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งที่ตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มาเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหาย ส่งผลให้การกำหนดค่าปรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์มีจำนวนมากกว่ากรณีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ถ้าพิจารณาในแง่ของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น กรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสุจริต หากเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญา การกำหนดทั้งค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และค่าปรับ ย่อมเป็นการสร้างภาระที่หนักมากเกินกว่าความผิดของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ และเป็นที่น่าสังเกตว่า โทษปรับตามความรับผิดทางอาญากรณีละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นความรับผิดเด็ดขาด ซึ่งผู้ละเมิดต้องรับผิดทุกกรณีของโทษปรับ ส่วนโทษจำคุกต้องรับผิดต่อเมื่อเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทางการค้า ซึ่งขัดกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศที่บัญญัติไว้เฉพาะกรณี กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีความผิดและการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นไปเพื่อการค้าหรือเพื่อแสวงหากำไรที่เป็นตัวเงิน

บทบัญญัติในมาตรา 76 เหมือนเป็นการกำหนดกรอบของการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเป็นการบีบให้เจ้าของลิขสิทธิ์เลือกที่จะใช้การดำเนินคดีทางอาญาก่อน เพราะเหตุที่ว่า ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ถึงความเสียหายที่ตนได้รับว่ามีจำนวนมากกว่าค่าปรับครั้งหนึ่ง จึงจะได้รับค่าเสียหายในทางแพ่ง และก็ไม่แน่นอนว่าจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์ขอไปศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดให้เท่าไร หากจำนวนค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้เท่ากับหรือน้อยกว่าค่าปรับ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ก็ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเลย ทั้งที่ต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ค่าทนายความ ฯลฯ จึงเป็นประเด็นสำคัญทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เลือกที่จะใช้สิทธิดำเนินคดีอาญาแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ทั้งตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เองและผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 66⁵⁰ และหากคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องค่าปรับประกอบ อาจเป็นการเปิดช่องให้มีผู้แอบอ้างโดยมิชอบว่าได้รับมอบอำนาจให้เจรจาต่อรองในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ว่า หากผู้กระทำความผิดชำระเงินให้จำนวนหนึ่ง จะไม่ดำเนินคดีเอาผิดแก่ผู้กระทำ ซึ่งตัวอย่างดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถพบเห็นได้มาก โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเพียงผู้ประกอบการรายย่อย

ดังนั้น หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการตราบทบัญญัติตามมาตรา 49 ในเรื่องค่าปรับครั้งหนึ่งที่ตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งต้องการให้ง่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการพิสูจน์ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากในขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิด

⁵⁰ มาตรา 66 บัญญัติว่า “ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอันยอมความได้”

ลิขสิทธิ์ไว้เฉพาะ แต่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน มีการบัญญัติเรื่องการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ถึงแม้ถ้อยคำในตัวอย่างทำให้ต้องวิเคราะห์ที่ตีความมา แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าควรยกเลิกบทบัญญัติเรื่องค่าปรับครั้งหนึ่งตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย เพื่อความชัดเจนของหลักความรับผิดชอบกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ประกอบกับเหตุผลสำคัญอีกสองประการ กล่าวคือ การกำหนดให้ค่าปรับกึ่งหนึ่งเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่ง อาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่แท้จริง เช่น กรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์แผ่นซีดี จำนวนสองแผ่น หากมีการดำเนินคดีในทางแพ่งอาจได้รับค่าเสียหายเพียงไม่กี่พันบาท แต่หากมีการดำเนินคดีในทางอาญา ผู้เสียหายย่อมได้รับค่าปรับกึ่งหนึ่งได้รับมากกว่า และอีกประการ คือ ในปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ ซึ่งจะทำให้การดำเนินคดีส่วนแพ่งเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องเป็นคดีแพ่งต่างหากซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ และสามารถลดความซ้ำซ้อนในการดำเนินคดี อีกทั้งยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย

หากมีการยกเลิกมาตรการดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเสนอว่าควรนำมาตรการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้แทน ด้วยเหตุที่ว่า การกำหนดค่าปรับครั้งหนึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจัดเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายในทางอาญา ในขณะที่การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษเช่นกัน ซึ่งถือเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งอย่างหนึ่ง อีกทั้งค่าเสียหายเชิงลงโทษยังมีความเหมาะสมยิ่งกว่าค่าปรับ ด้วยเหตุที่ว่า การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ศาลต้องคำนึงถึงความประพฤติของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ แต่การกำหนดค่าปรับ ศาลสามารถกำหนดให้ได้ทุกกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความผิดของผู้กระทำแต่อย่างใด ดังนั้น การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้แทนค่าปรับยังสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่ทุกฝ่ายได้อย่างลงตัวที่สุด

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเกิดปัญหาเกี่ยวกับการที่บุคคลอื่นผู้ซึ่งมิใช่เจ้าของลิขสิทธิ์กระทำการรีดไถเรียกเงินจากผู้ประกอบการ⁵¹ โดยกล่าวอ้างว่าเป็นบริษัทดูแลลิขสิทธิ์เพลง และอ้างว่ามีเพลงในตู้คาราโอเกะบางส่วนเป็นเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเรียกค่าปรับ 15,000 บาท แลกกับการที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้ประกอบการร้านอาหาร นอกจากนี้ ยังมีผู้แอบอ้างเสนอให้สมัคร

⁵¹ เพลงมรกต, ไถลิขสิทธิ์, หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, ฉบับวันจันทร์ที่ 4 พฤษภาคม 2552.

เป็นสมาชิกของสมาคมหนึ่ง ซึ่งดำเนินการคุ้มครองสมาชิก โดยมีเงื่อนไขว่าจะดำเนินการทุกขั้นตอนเพื่อให้สมาชิกพ้นจากข้อกล่าวหา ซึ่งต้องเสียค่าสมาชิกเดือนละ 1,500 บาท สมาคมดังกล่าวจะมีการดำเนินการหลายระดับ ตั้งแต่จัดมอบเข้าไปก่อจน ส่งนักเลงมาไล่ตี ส่งทนายความเข้ามาช่วยเหลือเจรจาต่อรองค่าปรับกับบริษัทเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือวิ่งเต้นกับตำรวจเจ้าของพื้นที่ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกมิได้รับการช่วยเหลือหรือพ้นข้อกล่าวหาแต่อย่างใด จากกรณีปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์มีช่องว่างให้กระทำการดังกล่าวได้ เนื่องมาจากกรณีที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติให้ความรับผิดชอบทางอาญากรณิละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดที่ยอมความได้ ประกอบกับความรับผิดชอบในลักษณะของค่าปรับที่ต้องตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์กึ่งหนึ่ง

4.6 การเยียวยาความเสียหายด้วยมาตรการอื่น ๆ ประกอบการใช้ดุลยพินิจ ของศาลในการกำหนด ค่าเสียหาย

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ ความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับก็คือโอกาสที่จะนำลิขสิทธิ์ของตนมาใช้หรือให้บุคคลอื่นใช้แสวงหาประโยชน์โดยเสียค่าตอบแทนการใช้สิทธิ กฎหมายลิขสิทธิ์มีวิธีการเยียวยาความเสียหายกรณิละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งในลักษณะที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเยอรมัน ยังเปิดโอกาสให้เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายกรณิละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้างหลักกฎหมายอื่น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ได้วางมาตรการหลายอย่าง เพื่อเยียวยาความเสียหายกรณิละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือไปจากการเยียวยาความเสียหายโดยค่าเสียหาย เกิดเป็นประเด็นที่น่าวิเคราะห์ว่า เมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติวิธีการเยียวยาความเสียหายไว้หลายวิธีนั้น จะส่งผลกระทบต่ออย่างไรในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายของศาล โดยแบ่งเป็น

4.6.1 มาตรการเยียวยาที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงิน

วิธีการเยียวยาความเสียหายที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงินตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ได้แก่ การขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาคดี คำสั่งศาลให้ส่งมอบ ริป หรืออายัดสิ่งของ อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งในรายละเอียดของการเยียวยาความเสียหายด้วยมาตรการที่กล่าวมาจะแตกต่างกันไปตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศ แต่พอจะสรุปได้ดังนี้

การขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งห้ามเด็ดขาด ศาลในประเทศอังกฤษวางหลักไว้ว่า ศาลต้องคำนึงถึงว่าการเยียวยาด้วยค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวจะเพียงพอต่อความเสียหายของโจทก์หรือไม่ ศาลต้องพิจารณาถึงความเสียหาย หากเป็นความเสียหายที่ไม่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียทางการเงิน เช่น เป็นความเสียหายต่อชื่อเสียง การเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่โจทก์ได้รับหรืออาจได้รับ และศาลยังต้องคำนึงถึงความสมดุลของผลประโยชน์ของสาธารณะว่าการห้ามหรือการสั่งให้หยุดการกระทำใด ๆ ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ และคำสั่งดังกล่าวต้องไม่สร้างภาระให้แก่จำเลยเกินความจำเป็น โดยศาลจะคำนึงถึงมูลค่าความแห่งคดีรวมถึงอำนาจในการฟ้องของโจทก์ประกอบด้วย ในส่วนของคำสั่งห้ามเด็ดขาดเป็นมาตรการคุ้มครองที่ไม่ให้จำเลยกระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์อีกหรือเป็นการป้องกันในอนาคต

เมื่อศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งห้ามเด็ดขาดแล้ว ศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยส่งมอบสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลอาจมีคำสั่งให้ทำลายสิ่งของเหล่านั้น ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาวางหลักในการจัดการกับสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ วิธีการจัดการต้องเป็นการหลีกเลี่ยงการกระทำประการใด ๆ อันทำให้เป็นการใช้สอยโดยเปล่าประโยชน์และต้องคำนึงถึงการใช้สอยทรัพย์สินอย่างมีคุณค่า ดังนั้น ศาลในต่างประเทศจะไม่สั่งให้ทำลายสิ่งของที่จำเลยส่งมอบ หรือศาลริบหรืออายัดมา แต่จะมีคำสั่งให้จัดการอย่างใด ๆ ที่ไม่เปล่าประโยชน์และมีคุณค่า โดยต้องไม่ส่งผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลจึงมีคำสั่งให้จัดการสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการบริจาด เช่น ในคดี *M.S.R. Imports, Inc. v. R.E. Greenspan*, 220 U.S.P.Q. (BNA) 361 (E.D. Pa. 1983) ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินให้นำของเล่น (toy wagons) อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไปบริจาดให้กับเด็กยากจนเพื่อเป็นการกุศล หรือศาลอาจสั่งให้นำเครื่องมือที่ใช้ผลิตสิ่งของอันละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น แท่นพิมพ์ ฯลฯ ไปขายให้แก่เอกชน และนำเงินที่ได้มาเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายให้แก่โจทก์⁵² หรือนำสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มอบให้แก่โจทก์

กล่าวโดยสรุป การเยียวยาความเสียหายในลักษณะที่ไม่ใช่ตัวเงินกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ศาลจะต้องคำนึงถึงความสอดคล้องระหว่างวิธีการเยียวยาความเสียหายที่ไม่มีลักษณะเป็นตัวเงินกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ควบคู่กันไป

⁵² 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.

เสมอ โดยศาลจะกำหนดมาตรการเยียวยาอื่นนอกเหนือจากค่าเสียหายต่อเมื่อจำนวนค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้หรือจะกำหนดให้มัน ไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นของเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น หากเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายซึ่งมีมูลจากสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ศาลอาจไม่ออกคำสั่งห้ามชั่วคราวหรือคำสั่งอื่นใดที่นอกเหนือจากการกำหนดค่าเสียหาย เพราะถือว่าเป็นกรณีที่เกิดที่โจทก์ได้อนุญาตให้จำเลยใช้ลิขสิทธิ์มาก่อน⁵³ หรือในกรณีที่ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและมีคำสั่งให้รีบสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจมีคำสั่งให้ทำลายสิ่งของเหล่านั้น เมื่อศาลเห็นว่าสิ่งของเหล่านั้นไม่มีประโยชน์หรือคุณค่าที่ควรนำมาใช้สอยต่อไป หรือศาลอาจมีคำสั่งให้บริจาควัตถุของเหล่านั้นหรือริบเข้ารัฐ เมื่อพบว่าโจทก์ได้รับค่าเสียหายที่เพียงพอแล้ว

ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็มีการบัญญัติมาตรการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือไปจากการกำหนดค่าเสียหาย โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์สามารถร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งโจทก์ต้องแสดงหลักฐานให้ปรากฏแก่ศาล โดยชัดแจ้งถึงการกระทำหรือที่กำลังจะกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นมาตรการทางแพ่งในการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาตามมาตรา 65 หากในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินคดีในทางอาญาเอาไว้ด้วย บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้จะเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม บทบัญญัติในมาตรา 75 บัญญัติให้สิ่งของเหล่านั้นตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนในกรณีสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้ริบ กล่าวโดยสรุป มาตรการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ตามแนวคำพิพากษาของศาล ไม่ปรากฏว่าศาลจะคำนึงถึงการกำหนดค่าเสียหายว่าเพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ ศาลจะคำนึงเฉพาะหลักฐานที่แสดงว่าการกระทำหรือที่จะกระทำนั้น เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว และในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้สิ่งที่เกิดขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ไม่ปรากฏว่าศาลจะนำมาพิจารณาประกอบกับการกำหนดค่าเสียหายแต่อย่างใด ดังนั้น มาตรการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยวิธีการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งที่ให้สิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลไม่ได้นำมา

⁵³Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law (Oxford university press, 2002), p.1008. คดี Smith & Nephew v. 3M United Kingdom., RPC 92, 102. (1983).

ประกอบการศึกษาในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ดังเช่นกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า ศาลไทยไม่ได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องของค่าเสียหายมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว รวมถึงวิธีการจัดการทรัพย์สินอันเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลไม่ได้คำนึงถึงการหลีกเลี่ยงการใช้สอยทรัพย์สินโดยเปล่าประโยชน์และความจำเป็นในการใช้สอยทรัพย์สินอย่างมีคุณค่า เพราะสิ่งที่ศาลริบมาก็มักจะนำมาทำลายแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งในความเป็นจริง การนำสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไปบริจาคให้แก่ผู้ยากไร้อาจจะเป็นวิธีที่ดีกว่า แต่ทั้งนี้การที่ศาลจะสั่งให้จัดการกับสิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีการใด ศาลย่อมต้องคำนึงถึงว่าการจัดการดังกล่าวจะสามารถกลับมาสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ เช่น ในกรณีที่สิ่งของอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นแผ่นซีดีเพลง หากมีการนำไปบริจาค ผู้รับบริจาคอาจนำสิ่งของเหล่านั้นกลับไปขายอีกก็ได้

4.6.2 การนำกฎหมายอื่นมาใช้ประกอบการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

ในประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกค่าเสียหายโดยอ้างหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้ ดังตัวอย่างในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมัน มีบทบัญญัติในมาตรา 97 (3) บัญญัติว่า “...สิทธิต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ไม่ถูกกระทบกระเทือนหรือทำให้เสียไป” ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือผลกำไรของจำเลยได้ โจทก์สามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้มาเป็นเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ สิ่งใดที่จำเลยได้รับมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เท่ากับว่าจำเลยได้สิ่งเหล่านั้นมาโดยปราศจากเหตุผลทางกฎหมาย เพราะการละเมิดเป็นการกระทำผิดกฎหมาย จำเลยจึงมีหน้าที่ทำให้โจทก์กลับคืนสู่สภาพเดิม ดังนั้น สิ่งใดที่จำเลยได้มาโดยปราศจากความชอบธรรม จำเลยต้องคืนให้แก่โจทก์ เพราะโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกละเมิดทั้งหลาย โจทก์จึงมีความชอบธรรมที่จะยึดถือสิ่งเหล่านั้นไว้ได้ ทั้งนี้หลักในเรื่องลามิควรได้ไม่คำนึงถึงความผิดของผู้กระทำ แม้ในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำละเมิดโดยสุจริต หากการได้ทรัพย์สินใดมาไม่สามารถอ้างเหตุผลทางกฎหมายได้ ก็ต้องคืนให้แก่โจทก์ ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้มาปรับใช้กับการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเป็นประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ในการพิสูจน์ถึงความเสียหาย

จึงมีประเด็นที่น่าวิเคราะห์ว่าตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย จะสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้มาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

หลักเกณฑ์เรื่องลามิควรได้ของไทยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 406 บัญญัติว่า “บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินใด เพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ดีหรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย”

หลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้มีอยู่ว่า การได้ทรัพย์สินใดมาโดยปราศจากเหตุผลในทางกฎหมาย ซึ่งการได้มานั้นเป็นเหตุให้บุคคลอีกคนหนึ่งต้องเสียเปรียบ ผู้ที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นต้องคืนสิ่งที่ตนได้มาให้แก่บุคคลที่ต้องเสียเปรียบเพราะการนั้น กล่าวคือ ลามิควรได้เป็นเรื่องที่บุคคลผู้เสียทรัพย์สินต้องตกอยู่ในภาวะที่ทรัพย์สินหรือประโยชน์ลดน้อยถอยลง ในทางตรงกันข้ามบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งกลับได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อันมีสภาพเพิ่มพูนขึ้น ผลแห่งความลดน้อยถอยลงกับความเพิ่มพูนต้องมีความสัมพันธ์กัน ส่วนที่เป็นลาภของฝ่ายหนึ่งคือส่วนที่เสียไปของอีกฝ่ายหนึ่ง⁵⁴ การคืนลามิควรได้นั้น มีหลักอยู่ที่เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกคืนเกินไปกว่าสิ่งที่ตนสูญเสียไป

หากนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้มาปรับใช้เพื่อเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ก็เท่ากับว่าผลกำไรหรือประโยชน์ที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องคืนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากผลประโยชน์ที่ขึ้นเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นสิ่งที่ไม่สามารถอ้างมูลเหตุทางกฎหมายได้อยู่แล้ว เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายอันเป็นการนำลิขสิทธิ์ไปใช้โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้อนุญาต และการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นการสูญเสียโอกาสที่จะใช้หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์โดยได้รับค่าตอบแทน ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จึงควรคืนผลประโยชน์ที่ตนได้รับให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ หากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับประโยชน์เช่นว่านั้น ดังนั้น ถ้ามีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้มาปรับใช้กับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ย่อมทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็น

⁵⁴ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 110.

ใจทักไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ตนได้รับ เพียงแต่พิสูจน์ให้ได้ตามหลักเกณฑ์ในเรื่อง ลามมิควรรได้ก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติของศาลในการกำหนดค่าเสียหายกรณี ละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่พบว่ามีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามมิควรรได้มาใช้

นอกจากหลักเกณฑ์ในเรื่องลามมิควรรได้แล้ว มีนักกฎหมายบางท่านเสนอให้นำเรื่อง จัดการงานนอกสั่งมาปรับใช้กับกรณีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ

รองศาสตราจารย์สุชม ศุภนิติย์⁵⁵ ให้ความเห็นว่า “บทบัญญัติในมาตรา 405 วรรค ทำนึ่งจะเป็นทางเลือกที่ดีสำหรับผู้เสียหายที่ถูกทำละเมิดในสิทธิที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา หาก จะฟ้องคดีละเมิดเพื่อเรียกเอาค่าเสียหายซึ่งแน่นอนตามหลักกฎหมายก็อาจจะคุ้มค้ำกับที่เสียหาย จริง และอาจมีโทษทางอาญาควบคู่ไปด้วยตามกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ เช่น พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ แต่ในคดีละเมิดนั้นผู้เสียหายไม่อาจบังคับให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ แสดงรายละเอียดการจัดการ ธุรกิจของเขาเหล่านั้นได้ ซึ่งในคดีละเมิดธรรมดาศาลไม่อาจบังคับให้จำเลยส่งมอบรายการที่ จำเลยมีอยู่ในครอบครองให้โจทก์ผู้เสียหายได้ แต่หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน มาตรา 405 วรรคทำนึ่ง จะช่วยทำให้โจทก์ผู้เสียหายใช้สิทธิในฐานะเป็นตัวการบังคับให้ผู้ละเมิดซึ่งถูกถือเสมือนว่าเป็น “ผู้จัดการที่ไม่ใช่ผู้จัดการโดยแท้” กระทำหน้าที่ตามหลักกฎหมายตัวแทนได้ กล่าวคือ เรียกรายการ ดำเนินกิจการรวมทั้งรายได้ซึ่งเกิดจากการประกอบกิจการซึ่งถือว่าเป็นการจัดการงานเพื่อตัวการคืน ได้ทั้งหมดโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีละเมิด หากเป็นประโยชน์จริงจะช่วยให้ผู้เสียหายจากการถูก ละเมิดลิขสิทธิ์ ได้รับการเยียวยาได้ดีกว่าการเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมูลหนี้ละเมิดตามมาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 ทั้งนี้ การนำเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปทำประโยชน์ให้ตนเองควรรให้ผู้เป็น เจ้าของมีสิทธิถือเอาประโยชน์ทุกอย่างที่เกิดขึ้นไว้เป็นของตนโดยถือเสมือนเป็นการจัดการงาน นอกสั่งโดยปริยาย อันจะทำให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินได้รับการคุ้มครองสูงสุด”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 405 บัญญัติว่า “บทบัญญัติทั้งหลายที่ กล่าวมาในสิบมาตราก่อนนั้น ท่านมิให้ใช้บังคับแก่กรณีที่บุคคลหนึ่งเข้าทำางานของผู้อื่นโดย สำคัญว่าเป็นการงานของตนเอง

ถ้าบุคคลใดถือเอากิจการของผู้อื่นว่าเป็นของตนเอง ทั้งที่รู้แล้วว่าตนไม่มีสิทธิจะทำ เช่นนั้นไซ้ ท่านว่าตัวการจะใช้สิทธิเรียกร้องบังคับโดยมูลดั่งบัญญัติไว้ในมาตรา 395, 396, 399 และ 400 นั้นก็ได้ แต่เมื่อได้ใช้สิทธิดั่งว่ามานี้แล้ว ตัวการจะต้องรับผิดชอบผู้จัดการดั่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 402 วรรคหนึ่ง”

⁵⁵ เฟิงอ้าง, น. 75.

ด้วยความเคารพอย่างสูง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยว่าควรนำหลักเกณฑ์ในเรื่องจัดการนอกสั่งมาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากหากคำนึงถึงแนวความคิดในการสร้างหลักเกณฑ์เรื่องจัดการงานนอกสั่งที่เกิดขึ้นในสมัยโรมันที่ว่า เพื่อต้องการให้คนเอื้อเพื่อแก้กัน กฎหมายจึงรับรองไว้เพื่อการชดเชยคืนให้แก่ผู้ช่วยเหลือ อันเป็นการรองรับหนี้อันเกิดจากการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน⁵⁶ ดังนั้น การจัดการงานนอกสั่งจึงสร้างขึ้นเพื่อรองรับสิทธิของผู้จัดการซึ่งมีความประสงค์ที่จะช่วยเหลือตัวการในการจัดการงานเป็นหลัก โดยถือเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้อีกประเภทหนึ่งที่สามารถเรียกร้องให้ชำระแก้กันได้ ส่วนในกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มิได้ประสงค์ที่จะเข้าช่วยเหลือเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เสียหายตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสิ้นสุดกระทำการละเมิด และไม่มีลักษณะที่จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์แต่ประการใด ในขณะที่การจัดการงานนอกสั่งนั้น เบื้องต้นตัวการอาจได้รับประโยชน์หรือได้รับความเสียหายก็ได้

หากพิจารณาถึงความหมายของการจัดการงานนอกสั่ง ตามมาตรา 395⁵⁷ สรุปได้ว่าการจัดการงานนอกสั่ง คือการที่บุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จัดการ เข้าทำกิจการของบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการ โดยตัวการมิได้ขอหรือใช้ให้ทำ หรือไม่มีสิทธิที่จะกระทำงานนั้นแทนเข้า แต่ได้เข้ากระทำการนั้นโดยมุ่งหมายว่าเป็นการงานของตัวการ จากความหมายดังกล่าว การจัดการงานนอกสั่งเป็นการจัดการกิจการงานของบุคคลอื่น และมีวัตถุประสงค์ในการจัดการงานเพื่อบุคคลนั้น แต่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำการใด ๆ โดยที่การนั้นย่อมต้องเป็นกิจการของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เอง เช่น มีบัญชีรายรับจ่ายของตนเอง หรือเสียภาษีในนามของตนเอง เป็นต้น และการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กระทำไปเพื่อผลประโยชน์ของตนเองทั้งสิ้น ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลก็ไม่ปรากฏว่ามีการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์โดยการอ้างหลักเกณฑ์ในเรื่องจัดการงานนอกสั่ง ดังเหตุผลในเรื่องของแนวความคิดและความหมายของการจัดการงานนอกสั่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรนำมาปรับใช้กับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

⁵⁶ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: บริษัทสมมติการพิมพ์ จำกัด, 2548), น. 257.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 395 บุคคลใดเข้าทำกิจการแทนผู้อื่นโดยเขามีได้ว่าชานวานใช้ให้ทำก็ดี หรือโดยมิได้มีสิทธิที่จะกระทำการงานนั้นแทนผู้อื่นด้วยประการใดก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องจัดการงานไปในทางที่จะให้สมประโยชน์ของตัวการ ตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการหรือตามที่พึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของตัวการ

อย่างไรก็ตาม การนำหลักกฎหมายอื่นมาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะในเรื่องลามมิควรได้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ได้ ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่แท้จริง ไม่ว่าจะ เป็นค่าขาดรายได้ ค่าขาดกำไร หรือค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ทั้งนี้ สมควรนำหลักในเรื่องลามมิควรได้มาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งถือว่าผลกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย เป็นสิ่งที่จำเลยได้รับมาโดยผิดกฎหมาย และการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยส่งผลกระทบต่อโจทก์ที่ได้รับผลประโยชน์ที่ลดน้อยลง ซึ่งหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น โจทก์สมควรที่จะได้รับประโยชน์เช่นว่านั้น การนำหลักในเรื่องลามมิควรได้มาใช้จะเป็นประโยชน์กับโจทก์ในเรื่องการพิสูจน์ความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

แม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะไม่มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถนำหลักกฎหมายอื่นมาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ดังเช่นกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมัน ปัญหาการตีความกฎหมายในกรณีที่ถูกกฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้ อย่างชัดเจนว่ากรณีใดที่อาจทำได้หรือกรณีใดที่ไม่อาจทำได้นั้น

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้สรุปไว้ว่า⁵⁸ “หากเรื่องใดไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป หรือสามัญสำนึก เมื่อไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติกำหนดไว้ในเรื่องนั้น ย่อมทำได้ ในทางกลับกันเรื่องใดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลใดโดยตรง หากไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติกำหนดไว้ ย่อมทำไม่ได้” ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามมิควรได้มาปรับใช้เพื่อกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ จึงสามารถนำมาใช้ได้แม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้อนุญาตไว้ เพราะความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายลิขสิทธิ์สามารถยอมความกันได้ จึงไม่ใช่เรื่องที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ทั้งนี้ ในกรณีที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายทางการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มีคำพิพากษาฎีกาที่ 2213/2545⁵⁹ ถึงแม้ประเด็นที่ศาลฎีกานำมาวินิจฉัยเป็น

⁵⁸ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2 เล่ม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชนงพิมพ์, 2521), น. 55-60.

⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2213/2545 โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระค่าสิทธิและส่วนต่างของค่าธรรมเนียมจากยอดขาย และค่าสิทธิขั้นต่ำตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิช่วงในเครื่องหมายการค้าคำว่า PUMA คดีไม่มีประเด็นข้อพิพาทเรื่องการคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 วรรคสอง ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่าจำเลยต้องจ่ายค่าใช้สิทธิแก่โจทก์ตามควรในฐานลามมิควร

เรื่องเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ต้องชี้ขาดตามข้อหาในคำฟ้อง ตามมาตรา 142 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ในชั้นการพิจารณาคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญามีการวินิจฉัยให้จำเลยต้องจ่ายค่าใช้สิทธิแก่โจทก์ตามควรในฐานะลามิครวได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอเสนอให้มีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิครวได้มาพิจารณาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ประกอบกับการนำหลักเกณฑ์การเรียกค่าเสียหายบนฐานของผลกำไรของจำเลยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้กับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวในบทต่อไป⁶⁰

4.7 การกำหนดค่าเสียหายกรณีการกระทำมีลักษณะเป็นการผิดสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิและเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในตัว

การใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิโดยตนเองแต่เพียงอย่างเดียว แต่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์อาจอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยเสียค่าตอบแทนสำหรับการใช้สิทธินั้นก็ได้ การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ หรือมีหลักเกณฑ์อย่างไร พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติแต่เพียงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะให้บุคคลอื่นใช้สิทธิของตนได้ ดังปรากฏในมาตรา 15 (5)⁶¹ โดยทั่วไปการ

ได้ จึงเป็นการพิพากษาเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้องอันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 26 ประกอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 142 คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจึงไม่ชอบ

⁶⁰โปรดดู น. 234.

⁶¹พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

มาตรา 15 ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิ แต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้...(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนด ในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ไม่ได้

การพิจารณาว่าเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง (5) จะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ เป็นธรรมหรือไม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดใน กฎกระทรวง

อนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์จะทำเป็นสัญญา เรียกว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ (Copyright Licences)

สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์⁶² หมายความว่า ความตกลงที่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้ผู้อื่น อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 15 (5) ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใด ด้วยหรือไม่ก็ตาม การอนุญาตจึงเป็นสิทธิเด็ดขาดประเภทหนึ่งของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยถือเป็น ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์จึงอาจหมายถึง สัญญาที่เจ้าของ ลิขสิทธิ์อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยเจ้าของ ลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ให้อนุญาตจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ สัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิสมบูรณ์ได้ แม้จะไม่มีกรทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ⁶³ เพราะ กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้วางเงื่อนไขเรื่องแบบหรือหลักฐานเอาไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การ อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ อาจมีลักษณะเป็นการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อย่างเด็ดขาด หรือไม่เด็ดขาด

⁶²สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, “ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย รามคำแหง, 2540), น.14.

⁶³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8330/2549 ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า ปัญหาวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของโจทก์ข้อแรกว่า สัญญาอนุญาต ให้ใช้ลิขสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ เห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 15 (5) มิได้บัญญัติให้สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือ ต่างกับพระราชบัญญัติเครื่องหมาย การค้า พ.ศ.2534 ที่มาตรา 68 วรรคสอง บัญญัติให้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้อง ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า ส่วนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 16 ก็มีใช้บทบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือ เป็นเพียงบทบัญญัติกำหนดให้การตัดสินคดีมิให้เจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ที่มีการ อนุญาตแล้วต้องระบุไว้ในหนังสืออนุญาตเท่านั้น อีกทั้งกรณีที่กฎหมายต้องการให้สัญญาเกี่ยวกับ ลิขสิทธิ์เรื่องใดต้องทำเป็นหนังสือแล้วก็ต้องบัญญัติไว้ดังเช่นการโอนลิขสิทธิ์ซึ่งตามมาตรา 17 วรรคสาม บัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าการโอนลิขสิทธิ์ซึ่งมิใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ โอนและผู้รับโอน ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่าสัญญา อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้น สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นโมฆะ จึงไม่ต้อง ด้วยความเห็นของศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ...พิพากษา ยืน ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์ให้เป็นพับ.

หรือกึ่งเด็ดขาด ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ในมาตรา 16⁶⁴ หมายความว่า ในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจตกลงให้บุคคลคนนั้นใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเรียกว่าการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อย่างเด็ดขาด (Exclusive Licences) โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดนั้น ต้องตกลงกันเป็นหนังสือ จากมาตรา 16 สามารถอนุมานได้ว่า แม้มีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ แต่ถ้าไม่ตกลงกันเป็นหนังสือระบุให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ให้อนุญาตก็สามารถอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์อีกได้ โดยเรียกว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อย่างไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive Licences) หรือเจ้าของลิขสิทธิ์อาจอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยตกลงจะไม่ให้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้อีก แต่สงวนไว้ให้ตนในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงสามารถใช้ลิขสิทธิ์ได้ด้วยตนเองอยู่ ซึ่งเรียกว่าการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กึ่งเด็ดขาด (Sole Licence) โดยส่วนมากผู้ขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์มักจะเสนอราคาค่าตอบแทนในการใช้ลิขสิทธิ์ในอัตราที่สูง เพราะการได้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวหรือการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อย่างเด็ดขาด ทำให้ผู้รับอนุญาตใช้ลิขสิทธิ์สามารถควบคุมราคาและปริมาณในการผลิตสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการตกลงทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดมากำหนด โดยเฉพาะในกรณีที่มีการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ จะเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ หรือถ้าการผิดสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย จะเรียกค่าเสียหายตามหลักในเรื่องสัญญาหรือละเมิด และจะใช้อายุความตามหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาหรือละเมิด รวมไปถึงในกรณีที่ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์มีการกำหนดเรื่องเบี้ยปรับเอาไว้ จะมีผลในการคำนวณค่าเสียหายอย่างไร โดยทั่วไปแล้วสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์นั้นเป็นสัญญาสองฝ่าย ลักษณะของสัญญาต้องถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน⁶⁵ เมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ ตลอดจนเงื่อนไขอื่นไว้เป็นการเฉพาะ นอกเหนือไปจากข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาที่ระบุไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็ต้องนำบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶⁴พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

มาตรา 16 ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ตาม มาตรา 15 (5) ย่อมไม่ตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นได้ด้วย เว้นแต่ในหนังสืออนุญาตได้ระบุเป็นข้อห้ามไว้

⁶⁵สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, บันทึกจากเลขาธิการเนติบัณฑิตยสภา. บทบัณฑิตย, เล่มที่ 49 ตอนที่ 1, น. 66, (มีนาคม 2536)

ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาฉบับใช้โดยตรง ดังนั้น การวิเคราะห์ปัญหาในหัวข้อนี้ จึงนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาศึกษาเปรียบเทียบเป็นสำคัญ โดยแยกเป็นประเด็นดังนี้

4.7.1 การกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์

สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ถือเป็นสัญญาอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมถึงหลักเกณฑ์อื่นในเรื่องของสัญญา เมื่อไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังเช่นกรณีของสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า ฯลฯ ก็ต้องนำหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะของนิติกรรมและสัญญามาใช้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะนำหลักทั่วไปมาใช้ได้ ก็ต้องมีการนำมาวิเคราะห์ว่าการนำหลักทั่วไปมาปรับใช้ ซึ่งศึกษาเฉพาะในส่วนของการกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์จะส่งผลในทางปฏิบัติอย่างไร ดังนั้น ผู้เขียนจึงวิเคราะห์โดยการศึกษาหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาเปรียบเทียบกับกรกระทำที่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์

การที่ผู้เสียหายหรือเจ้าหนี้ตามสัญญาจะสามารถเรียกค่าเสียหายได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบต่อไปนี้⁶⁶ ลูกหนี้ทำผิดในการชำระหนี้ ได้แก่ กรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ตรงกับความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หรือลูกหนี้ผิดนัดและเจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย โดยที่ความเสียหายนั้นต้องสัมพันธ์กับการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ไม่ชำระหนี้ โดยในที่นี้จะศึกษาเฉพาะกรณีที่การชำระหนี้ไม่ตรงตามความประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้ อันเป็นเหตุให้ผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหาย เพราะในกรณีของการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยส่วนมากจะมีการชำระค่าตอบแทนการใช้สิทธิในเบื้องต้นตั้งแต่ทำสัญญา โดยอาจกำหนดให้ผ่อนชำระเป็นงวด ซึ่งการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ไม่ใช่กรณีของการไม่ชำระหนี้เงินแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะรวมไปถึงการฝ่าฝืนข้อสัญญา เช่น การใช้ลิขสิทธิ์เกินกว่ากำหนดระยะเวลาอนุญาต การนำลิขสิทธิ์ไปใช้โดยประการอื่นนอกเหนือจากที่ระบุในสัญญา รวมไปถึงการกระทำอันมีลักษณะเป็นการละเมิด

⁶⁶โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 148-160.

ลิขสิทธิ์ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ด้วย ดังนั้น การศึกษาโดยเจาะจงของบทบัญญัติมาตรา 215 จะทำให้สามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ครอบคลุมกว่า

มาตรา 215 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้”

การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ถือเป็นกรกระทำผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญา กล่าวคือ อาจเป็นกรณีที่ชำระหนี้แต่ไม่ตรงตามที่ตกลงกันในสัญญา ไม่ถูกต้อง ไม่ครบถ้วน ไม่ตรงต่อบุคคล สถานที่หรือเวลา หรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ชำระครบพร้อม กล่าวโดยสรุป มีการชำระหนี้ แต่ชำระไม่ถูกต้อง⁶⁷

เมื่อเป็นการชำระหนี้ครบพร้อมตามมาตรา 215 แล้ว เจ้าหนี้ต้องได้รับความเสียหายจึงจะสามารถเรียกค่าเสียหายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222 ได้

มาตรา 222 บัญญัติว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชระหนี้”

เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222 ที่ว่าค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ นั้น หมายความว่าในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ครบพร้อม ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน⁶⁸ หมายความว่า ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบันและรวมไปถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคตด้วย

เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ และเกิดความเสียหายที่แน่นอนแก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ความเสียหายของเจ้าหนี้ และความสัมพันธ์ระหว่างการชำระหนี้ครบพร้อมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

⁶⁷จิต เศรษฐบุตตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 64.

⁶⁸วิริทธิ์พล วินิตวัฒน์คุณ, “การกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.19.

*ความสัมพันธ์ระหว่างการไม่ชำระหนี้และความเสียหาย*⁶⁹ ตามแนววินิจฉัยของศาล และคำอธิบายในทางตำรา ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยการที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแน่นอนนั้น ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายโดยตรงอันเนื่องจากการไม่ชำระหนี้และความเสียหายนั้นไม่ไกลกว่าเหตุ ดังที่มาตรา 222 วรรคแรก บัญญัติให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลตามธรรมดาปกติที่วิญญูชนหรือบุคคลทั่ว ๆ ไปย่อมรู้หรือคาดเห็นได้ว่าจะเกิดความเสียหายอะไรขึ้นบ้างจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้บกพร่องตามสัญญา และความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงนั้นต้องเป็นความเสียหายที่ใกล้ชิดติดพันกับเหตุอันเป็นการไม่ชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ตามสัญญา หรือเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ

เมื่อลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระค่าเสียหายตามที่มาตรา 215 บัญญัติ ขอบเขตของการเรียกค่าเสียหายจะเป็นไปตามที่มาตรา 222 ซึ่งเป็นบททั่วไปในการเรียกและกำหนดค่าเสียหายเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายซึ่งแบ่งเป็นค่าเสียหายปกติและค่าเสียหายพิเศษ

มาตรา 222 วรรคแรก บัญญัติถึง *ค่าเสียหายปกติ* หมายความว่า ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นแน่นอนอันเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ ซึ่งบุคคลคนทั่วไปสามารถคาดเห็นได้ว่าความเสียหายเหล่านั้นย่อมเกิดขึ้นเมื่อไม่มีการชำระหนี้ เช่น ค่าตอบแทนตามสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า ฯลฯ ซึ่งอาจรวมถึงค่าขาดประโยชน์ในลักษณะที่เป็นกำไรขาดทุน ทั้งนี้ ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น ๆ เป็นสำคัญ⁷⁰

มาตรา 222 วรรคสอง บัญญัติถึง *ค่าเสียหายพิเศษ* หมายความว่า ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งลูกหนี้สามารถคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นตั้งแต่แรก โดยพฤติการณ์พิเศษหมายถึง พฤติการณ์นอกเหนือไปจากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นตามปกติของวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ซึ่งพฤติการณ์พิเศษต้องเกี่ยวเนื่องกับวัตถุประสงค์ตามสัญญานั้นด้วย เช่น ทำสัญญาซื้อขาย การส่งมอบทรัพย์สินและชำระราคาเป็นผลตามปกติแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา แต่ถ้การชื้อขายนั้น ผู้ซื้อประสงค์ที่จะนำทรัพย์สินนั้นไปขายต่อ ในกรณีนี้ถือเป็นพฤติการณ์พิเศษอันเกี่ยวเนื่องจากการทำสัญญา การเรียกค่าเสียหาย

⁶⁹ เฟิงอ๋าง, น. 21-22.

⁷⁰ ไพอโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น. 121-123.

จากการคาดเห็นในพฤติการณ์พิเศษตามมาตรา 222 วรรคสอง ต้องเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ด้วย⁷¹ ดังนั้น ถ้ามีพฤติการณ์พิเศษเกิดขึ้นอันเป็นผลแห่งการไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อเมื่อได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็น หากไม่อาจคาดเห็นหรือไม่ควรได้คาดเห็น แม้เป็นพฤติการณ์อันเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิด ในทางกลับกัน แม้ว่าลูกหนี้ได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์พิเศษ แต่ถ้าพฤติการณ์เช่นนั้นไม่ใช่ผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษดังกล่าว กล่าวโดยสรุป มาตรา 222 วรรคสอง เป็นส่วนขยายของวรรคแรก ทั้งนี้ การเรียกค่าเสียหายปกติและค่าเสียหายพิเศษต้องอาศัยหลักการคาดเห็นโดยฐานะของวิญญูชนทั่วไปเป็นสำคัญ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์มีความแตกต่างกับสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า ฯลฯ ในส่วนที่ต้องนำกฎหมายพิเศษ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาประกอบเป็นหลักในการปรับใช้แก่กรณีเสมอ การที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ทำผิดในการชำระหนี้ อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณีซึ่งต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ คือ การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำ ดัดแปลงเผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางาน ดังนั้น ความมุ่งหมายหรือความคาดหมายตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยทั่วไป ก็คือ การได้ใช้ลิขสิทธิ์ในการแสวงหาประโยชน์ของผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ และการที่ผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตนั้น

อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่บัญญัติให้ การอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว โดยเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะอนุญาตให้บุคคลใดใช้ลิขสิทธิ์ของตนก็ได้ ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์อย่างหนึ่ง ก็เท่ากับว่านอกจากความคาดหมายโดยทั่วไปของผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แล้ว ผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ยังคาดหมายด้วยว่าเมื่อมีการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ตกลงทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ลิขสิทธิ์ของตนแล้ว นอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะคาดหมายในค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว

⁷¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 พ.ศ. 2478. พิมพ์ครั้งที่ 2, แก้ไขเพิ่มเติม 2505 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), น. 860-861.

เจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงคาดหวังถึงความซื่อสัตย์ที่ผู้รับอนุญาตจะใช้ลิขสิทธิ์ของตนโดยสุจริต เพราะการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์นั้นอาจมีเรื่องของข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าหรือ How To⁷² ในการผลิตสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์⁷³ ซึ่งโดยส่วนมากจะระบุไว้ในสัญญาว่าไม่ให้ผู้รับอนุญาตกระทำการอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ให้อนุญาต อนึ่ง การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ยังคงเป็นของผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อยู่ ดังนั้น สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์จึงเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น⁷⁴

ฉะนั้น เมื่อนำหลักเกณฑ์ในมาตรา 215 และมาตรา 222 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ จึงอธิบายได้ว่าเมื่อผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ชำระหนี้บกพร่อง กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่ระบุไว้ข้อสัญญาหรือฝ่าฝืนข้อสัญญา ผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการฝ่าฝืนของผู้รับอนุญาต และไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ซึ่งความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์นั้น อาจเป็นความเสียหายในการสูญเสียประโยชน์ที่ผู้อนุญาต ควรได้รับหรืออาจได้รับอย่างแน่นอนในอนาคต เช่น ในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีการกำหนดสิทธิของคู่สัญญาไว้หลายประการ ซึ่งหนึ่งในสิทธิดังกล่าว คือ ผู้รับอนุญาตไม่มีสิทธิที่จะให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือเอกสาร หรือสิทธิใด ๆ ที่ให้ไว้ตามสัญญานี้แก่บุคคลอื่น เว้นแต่จะได้รับคามยินยอมจากผู้อนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษร หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นโดยผู้รับอนุญาตนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปให้บุคคลอื่นเช่าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตแต่ประการใด ในกรณีนี้เท่ากับผู้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาหรือผู้รับอนุญาตกระทำผิดสัญญา ทั้งนี้ เมื่อเป็นการผิดสัญญา ผู้อนุญาตสามารถบอกเลิกสัญญาได้ โดยการบอกเลิกสัญญาไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้อนุญาตที่จะเรียกค่าเสียหาย ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ใน**มาตรา 391 วรรคท้าย**⁷⁵ ดังนั้น ผู้อนุญาตมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งความเสียหายที่ผู้อนุญาตได้รับก็คือ ความเสียหายในการสูญเสียโอกาสที่จะ

⁷² <http://en.wikipedia.org/wiki/How_To>

⁷³ ภาคผนวก ค.

⁷⁴ สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, “ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), น. 65.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 391 ...การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่

นำไปโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปให้บุคคลอื่นเช่าโดยได้รับค่าเช่า อันเป็นผลโดยตรงจากการประพฤติดิสัญญาของผู้รับอนุญาต ผู้อนุญาตจึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายปกติ คือ ค่าขาดรายได้ในการนำลิขสิทธิ์ของตนไปให้ผู้อื่นเช่า หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวยังอยู่ในชั้นทดลองใช้โดยผู้อนุญาตยังไม่ได้ออกไปรับรอง แต่ผู้รับอนุญาตจ่ายค่าตอบแทนการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยรับรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว แม้ว่าจะไม่มีการระบุรายละเอียดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไว้ในสัญญา ก็ตาม ต่อมาผู้รับอนุญาตนำไปโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไปให้ผู้อื่นเช่าโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาต จึงเท่ากับเป็นการผิดสัญญา นอกจากผู้อนุญาตจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายปกติอันเนื่องมาจากความเสียหายในการสูญเสียโอกาสที่จะนำไปโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปให้บุคคลอื่นเช่าโดยได้รับค่าเช่า หรือสูญเสียโอกาสที่จะให้บุคคลอื่นใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยได้รับค่าตอบแทนแล้ว ผู้อนุญาตยังสามารถเรียกค่าเสียหายพิเศษอันเนื่องมาจากความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้าอันถือเป็นพฤติการณ์พิเศษที่ผู้รับอนุญาตอาจคาดหมายได้ตั้งแต่ตอนทำสัญญา ว่าถ้าตนนำไปโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในชั้นทดลองใช้ไปให้ผู้อื่นเช่าโดยผู้อนุญาตไม่ยินยอม อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของผู้อนุญาตได้

จากตัวอย่างข้างต้นจึงสรุปได้ว่า กรณีที่มีการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ผู้อนุญาตสามารถเรียกค่าเสียหายได้ ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรม และสัญญา แต่การนำหลักทั่วไปมาปรับใช้นั้น ต้องคำนึงถึงรายละเอียดหรือข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาตามแนววินิจฉัยของศาลพบว่าการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ไม่ปรากฏว่าศาลนำหลักเกณฑ์ในมาตรา 215 และมาตรา 222 มาปรับใช้ แต่มีคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางที่น่าสนใจ กล่าวคือ แสดงถึงกรณีที่มีการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ ซึ่งในกรณีนี้เป็นกรณีที่จำเลยมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ แต่จำเลยทั้งสองละเลยเสียไม่ชำระหนี้ซึ่งถือว่าเป็นผู้ผิดนัด โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกก่อตั้งเงินได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 กล่าวคือ

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.154/2548 คดีหมายเลขดำที่ ทป.43/2546 โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แผนที่แสดงแหล่งที่พักอาศัย จำเลยทั้งสองทำซ้ำตัดแปลงลอกเลียนแบบแผนที่ดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาต ถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ขอให้บังคับจำเลยทั้งสองร่วมกันชำระเงินแก่โจทก์จำนวน 1,000,000 บาทพร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับถัดจากวันฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จ กับให้จำเลยทั้งสองระงับการใช้งานอัน

เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ใช้ความวิริยะอุตสาหะและเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการเดินสำรวจและรวบรวมข้อมูลจัดทำแผนที่แสดงแหล่งที่พักอาศัยย่านสุขุมวิทในเขตกรุงเทพมหานคร อันเป็นงานวรรณกรรมสิ่งพิมพ์และงานศิลปกรรมภาพประกอบ โจทก์จึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในแผนที่ดังกล่าว ซึ่งนำออกโฆษณาเผยแพร่ต่อสาธารณชนเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2539 และโจทก์จะจำหน่ายแก่นักธุรกิจและนักท่องเที่ยวชาวญี่ปุ่นในราคาฉบับละ 200 บาท

ครั้นในเดือนพฤศจิกายน 2544 จำเลยทั้งสองได้ว่าจ้างบริษัทโดมู (ประเทศไทย) จำกัด ให้จัดพิมพ์แผนที่จำนวน 20,000 ฉบับลอกเลียนแบบและละเมิดลิขสิทธิ์แผนที่ของโจทก์แล้วแนบไปกับหนังสือพิมพ์ภาษาญี่ปุ่นฉบับวันที่ 3 ธันวาคม 2544 อันเป็นการนำออกโฆษณาเผยแพร่ต่อสาธารณชนเพื่อแสวงหากำไรในทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ แผนที่ของจำเลยที่ 1 ตีตารางเปรียบเทียบสถานที่และภาพถ่ายสถานที่ การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท

ศาลพิเคราะห์พยานหลักฐานของโจทก์แล้ว โจทก์มีนายยุทธาคา โคบายาชิ นายศักดิ์ ให้นำต นายอมร ตั้งอิงสันติวงศ์ และนายมาซายะ หรือนายมาซา ยา ชูฮิตะ หรือยาสุฮิรา เป็นพยานรวม 4 ปากเบิกความยืนยันข้อเท็จจริงตามฟ้องโดยนำเอกสารหมายเลข ๑.1 ถึง ๑.9 มาแสดงประกอบสอดคล้องต้องกันกับคำเบิกความ ฝ่ายจำเลยทั้งสองแม้จะให้การต่อสู้คดีแต่มิได้นำพยานเข้าสู้หักล้างพยานโจทก์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น พยานหลักฐานของโจทก์ย่อมมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ ข้อเท็จจริงเบื้องต้นจึงฟังได้ตามที่โจทก์นำสืบ

การที่จำเลยทั้งสองว่าจ้างบริษัทโดมู (ประเทศไทย) จำกัด ให้จัดพิมพ์แผนที่จำนวน 20,000 ฉบับแล้วแนบไปกับหนังสือพิมพ์ภาษาญี่ปุ่นฉบับวันที่ 3 ธันวาคม 2544 ระบุแหล่งที่พักอาศัยไว้ตรงกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบุหรือหมายจุดหรือข้อมูลผิดเหมือน ๆ กับของโจทก์ตามตารางเปรียบเทียบสถานที่และภาพถ่ายสถานที่ ย่อมเป็นการทำซ้ำดัดแปลงปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมลอกเลียนแบบแผนที่ของโจทก์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ อีกทั้งเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนด้วย ถือว่าจำเลยทั้งสองละเมิดลิขสิทธิ์งานของโจทก์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27 ประกอบมาตรา 15 ปัญหาว่าโจทก์ได้รับความเสียหายหรือไม่ ศาลเห็นว่า โจทก์ประกอบธุรกิจเป็นนายหน้าแนะนำแหล่งที่พักอาศัยให้แก่ นักธุรกิจและนักท่องเที่ยวชาวญี่ปุ่น ธุรกิจของโจทก์ย่อมต้องอาศัยงานข้อมูลแสดงสถานที่ในแผนที่ของโจทก์เป็นหลัก การที่จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้าจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์ในข้อมูลดังกล่าว จำเลยทั้งสองย่อมได้รับผลประโยชน์ในธุรกิจอย่างเดียวกับของโจทก์จึงมีผลกระทบทำให้ธุรกิจของโจทก์เสียหาย ปัญหาต่อไปว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเพียงใดนั้น แม้โจทก์จะนำสืบว่าโจทก์ต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะและเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการเดินสำรวจและรวบรวมข้อมูล

จัดทำแผนที่ โดยโจทก์จะจำหน่ายแก่นักธุรกิจและนักท่องเที่ยวชาวญี่ปุ่นในราคาฉบับละ 200 บาท แต่แผนที่ของโจทก์แสดงแหล่งที่พักอาศัยเพียงย่านเดียวคือย่านสุขุมวิทอันมีพื้นที่ไม่มากมายนัก มีใช้แผนที่ซึ่งครอบคลุมทุก ๆ ย่านในกรุงเทพมหานคร และไม่ปรากฏหลักฐานแน่นอนว่าค่าใช้จ่ายของโจทก์มีจำนวนเท่าใด ประกอบกับพยานโจทก์เบิกความตอบคำถามค้านและคำถามตั้งว่าโจทก์ไม่มีรายได้จากการขายแผนที่และโจทก์เคยนำไปวางขายได้เพียงประมาณ 10 ฉบับ ยิ่งแสดงให้เห็นว่าค่าเสียหายจำนวน 1,000,000 บาทซึ่งโจทก์เรียกร้องมานั้น เป็นสิ่งที่เลื่อนลอยไม่สมเหตุสมผล

ส่วนแผนที่ของจำเลยทั้งสอง แม้จะจัดพิมพ์เป็นจำนวนมากถึง 20,000 ฉบับแต่ก็เพียงเพื่อนำไปแนบกับหนังสือพิมพ์ภาษาญี่ปุ่นฉบับวันที่ 3 ธันวาคม 2544 ฉบับเดียว ไม่ปรากฏว่าจำเลยทั้งสองจัดพิมพ์แผนที่เพื่อขายด้วย และพยานโจทก์ยังเบิกความว่าหนังสือพิมพ์ฉบับวันดังกล่าวนำมาจำหน่ายในประเทศไทยเพียง 3,000 ฉบับเท่านั้น แสดงว่าได้ใช้แผนที่ของจำเลยไปเพียงจำนวน 3,000 ฉบับไม่ถึงจำนวน 20,000 ฉบับตามที่อ้างพิมพ์ แม้จำเลยทั้งสองจะได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจ แต่เมื่อคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายรวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ในทางธุรกิจการค้าของโจทก์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ศาลเห็นสมควรกำหนดให้จำเลยทั้งสองผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 80,000 บาทแก่โจทก์ และด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ดังกล่าว โจทก์เจ้านี้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นลูกหนี้ชำระหนี้หนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 การที่จำเลยทั้งสองละเลยเสียไม่ชำระหนี้ถือเป็นผู้ผิดนัด โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องต้นเงินได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213

เมื่อไม่ปรากฏว่าโจทก์เจ้านี้ย่อมเรียกดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดได้สูงกว่าอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย และดอกเบี้ยที่จะต้องเสียแก่กันเช่นนี้ ก็ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันชัดแจ้งอีกด้วย จำเลยทั้งสองจึงต้องชำระดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคหนึ่ง, และมาตรา 7 จึงพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชำระเงินแก่โจทก์จำนวน 80,000 บาทพร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับถัดจากวันฟ้อง (ฟ้องวันที่ 10 มีนาคม 2546) ไปจนกว่าจะชำระเสร็จ และให้จำเลยทั้งสองระงับการจ้างงานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ กับให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้ค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ โดยกำหนดค่าทนายความ 5,000 บาท เฉพาะค่าขึ้นศาลให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้แทนตามจำนวนทุนทรัพย์ที่โจทก์ขณะคดี

4.7.2 สิทธิกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์

ประเด็นที่ควรวิเคราะห์ต่อไปคือ หากในกรณีที่การกระทำของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย การกำหนดค่าเสียหายนั้น จะใช้หลักเกณฑ์กรณีละเมิดลิขสิทธิ์หรือผิดสัญญา ซึ่งจากหลักในคดีละเมิดโดยทั่วไป แนววินิจฉัยของศาลมีว่า ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องของโจทก์และการกระทำของจำเลยเป็นทั้งละเมิด และผิดสัญญาก็เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกฟ้องร้องบังคับเอาโดยมุลัดก็ได้แล้วแต่จะเลือก สุดแต่ว่าทางใดจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า หรือจะบังคับทั้งสองทางก็ได้⁷⁶ ส่วนกรณีของลิขสิทธิ์ก็เช่นกัน เพียงแต่ไม่มีประเด็นวินิจฉัยว่าโจทก์จะใช้สิทธิทางสัญญาหรือละเมิดในการเรียกค่าเสียหาย ศาลวินิจฉัยเพียงว่าการกระทำใด ๆ ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตในระหว่างอายุของสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เท่ากับเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ด้วย⁷⁷ ซึ่งในประเด็นเรื่องการกำหนดค่าเสียหาย ศาลมิได้

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 3814/2525.

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 5395/2546 การที่จำเลยทั้งสองนำภาพและเสียง ของภาพยนตร์ที่โจทก์ได้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์จากเจ้าของลิขสิทธิ์ไปผลิตเป็นแผ่นวีดีโอซีดีออกจำหน่ายแก่ประชาชน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ในระหว่างอายุสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นการละเมิดสิทธิที่โจทก์มีสิทธิใช้แต่ผู้เดียวในประเทศไทย โจทก์จึงเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจฟ้องคดีนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 8452/2547 ตามสัญญาอนุญาตให้สร้างภาพยนตร์ ซึ่งเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กำหนดว่า โจทก์อนุญาตให้จำเลยร่วมที่ 2 นำนวนิยายเรื่องดาวพระศุกร์ซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ไปสร้างภาพยนตร์ 35 มิลลิเมตร ได้ 1 ครั้ง เพื่อจัดฉายตามโรงภาพยนตร์ทั่วประเทศภายใน 7 ปี การที่จำเลยร่วมที่ 2 นำภาพยนตร์เรื่องดาวพระศุกร์ที่ตนสร้างขึ้นไปบันทึกเป็นวีดีโอเทปในรูปของงานโสตทัศนวัสดุหรือภาพยนตร์ แล้วนำวีดีโอนั้นออกจำหน่ายและให้เช่า จึงเป็นการทำซ้ำงานวรรณกรรมนวนิยายเรื่องดาวพระศุกร์ อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ซึ่งมีอยู่ในภาพยนตร์นั้น โดยไม่มีสิทธิที่จะทำได้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ และไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมนั้น การกระทำดังกล่าวของจำเลยร่วมที่ 2 ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมนวนิยายเรื่องดาวพระศุกร์ของโจทก์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 24 (1) หรือ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27 (1)

นำมาวินิจฉัย เพราะโจทก์ขอให้มีการปรับจำเลยโดยให้จำนวนค่าปรับครั้งหนึ่งตกเป็นของโจทก์ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าไม่มีหลักในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว แต่จากแนววินิจฉัยทั้งในคดีละเมิดทั่วไป และกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อไม่มีกฎหมายบังคับว่าโจทก์จะต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่ง⁷⁸ โจทก์ก็สามารถที่จะเลือกใช้สิทธิทางสัญญาหรือละเมิด หรือใช้ทั้งสิทธิในทางสัญญาและละเมิดเพื่อเรียกค่าเสียหายในคดีลิขสิทธิ์ก็ได้ ทั้งนี้ ศาลต้องคำนึงเสมอว่าการเยียวยาความเสียหายนั้นต้องไม่มีลักษณะซ้ำซ้อนกัน

คำอธิบายในตำราของ ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร ให้ข้อคิดและอธิบายไว้อย่างน่าสนใจ⁷⁹ กล่าวคือ ขอบเขตความรับผิดในทางแพ่ง แบ่งออกเป็นความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ซึ่งความรับผิดทางละเมิดก็คือความรับผิดทางแพ่งอันไม่ใช่ความรับผิดทางสัญญา แต่มีปัญหาในกรณีความรับผิดทางสัญญานั้น บางกรณีก็มีหลักเกณฑ์ที่อาจมีลักษณะเป็นความรับผิดทางละเมิดได้ด้วย เกิดปัญหาว่าความรับผิดจะซ้อนกันหรือไม่ กล่าวคือเจ้าหนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4748/2549 ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า “ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อไปมีว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามฟ้องหรือไม่ เห็นว่า เมื่อปรากฏว่าสตีกเกอร์ที่ติดอยู่ที่ตู้เพลงจำเลยหมดอายุเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2547 ดังนั้น ตั้งแต่วันที่ 20 เมษายน 2547 จนถึงวันเกิดเหตุวันที่ 4 มิถุนายน 2547 จำเลยจึงไม่ได้รับอนุญาตให้เผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานเพลงของโจทก์ร่วม การที่จำเลยนำวีดีโอซีดีที่มีผู้ทำซ้ำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน จำเลยจึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 30 (2) และมาตรา 70 วรรคสอง ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่า การที่จำเลยได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอยู่แล้วเมื่อสตีกเกอร์ขาดอายุการใช้งาน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการผิดสัญญาในทางแพ่งเท่านั้น ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ อุทธรณ์ของโจทก์ร่วมฟังขึ้น” พิพากษากลับ จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 31 (2) ประกอบมาตรา 70 วรรคสอง ให้จำคุกจำเลย 3 เดือน โทษจำคุกรอการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ให้วีดีโอซีดีของกลางตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ และริบของกลางอื่น คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492 คดีละเมิดทั่วไป.

⁷⁹ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 61-67.

ผู้เสียหายเลือกฟ้องความรับผิดทางละเมิดได้หรือไม่เท่านั้น ซึ่งในบางกรณีอาจเป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดเอาไว้หรือคู่สัญญามีเจตนาจะตัดความรับผิดทางละเมิดออกไป ทำให้เป็นปัญหาต่อไปว่าคู่สัญญาจะกลับมาเลือกฟ้องทางละเมิดได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็น 3 ฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่า เมื่อคดีมีความผิดทางสัญญาเกิดขึ้น หากในกรณีเดียวกันนั้นเองมีลักษณะครบองค์เป็นความรับผิดด้วยแล้ว ควรอนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายเลือกฟ้องร้องทางละเมิดได้ เพราะบทบัญญัติความรับผิดทางละเมิดเป็นกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งสัญญาใด ๆ ย่อมไม่อาจตกลงกันยกเลิกหลักนั้นได้ การห้ามเจ้าหนี้ฟ้องร้องทางละเมิดเท่ากับเป็นการทำให้ฐานะของเจ้าหนี้ต่ำต่อยกกว่าฐานะของบุคคลภายนอก

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า การที่อนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายฟ้องร้องทางละเมิดได้นั้น ย่อมเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันเรียบร้อยแล้วจะดำเนินความรับผิดกันอย่างไร หากเจ้าหนี้กลับมาฟ้องทางละเมิด ก็เท่ากับเป็นการผิดข้อตกลง จึงไม่ควรอนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายเลือกฟ้องร้องทางละเมิดได้ ยกเว้นแต่ว่าความรับผิดทางสัญญานั้นมีลักษณะเป็นความรับผิดในทางอาญาด้วยหรือการผิดสัญญาเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่ากับการจงใจ นอกจากนี้ที่กล่าวมาในข้อยกเว้นแล้ว ก็ไม่ควรให้ฟ้องร้องทางละเมิดได้ เพราะไม่เป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่อย่างใด

ฝ่ายที่สาม เห็นว่า ไม่ควรให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายฟ้องร้องทางละเมิดไม่ว่ากรณีใด ๆ เนื่องจากในกรณีที่ยังไม่มีตัวสัญญาเกิดขึ้น ทุก ๆ คนล้วนอยู่ในบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดทั้งนั้น ครั้นได้ทำสัญญาขึ้น ย่อมหมายความว่าคู่สัญญาต่างได้เพิ่มระดับความรับผิดให้มากขึ้นอีก มีหนึ่งบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติมากกว่าที่บทบัญญัติความรับผิดทางละเมิดบังคับไว้

ท่านศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร เห็นด้วยกับแนวความเห็นที่สาม กล่าวโดยสรุป คือ ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดทางละเมิดออกเสียแล้ว เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นต้องใช้หลักความรับผิดทางสัญญา แม้ความรับผิดจะเป็นความรับผิดอันทำให้มีโทษทางอาญาก็ดี หรือเป็นความรับผิดที่จงใจกระทำก็ดี ย่อมไม่ทำให้เกิดมีการฟ้องร้องละเมิดขึ้นได้ คงเป็นความรับผิดทางสัญญาทั้งนั้น ซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่อย่างใด เพราะในเรื่องสัญญาก็มีหลักความสงบเรียบร้อยที่ใช้บังคับอยู่เช่นกัน เช่น ข้อตกลงไม่ให้รับผิดเพื่อกลั่นแกล้ง หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กฎหมายถือว่าเป็นโมฆะไม่ให้ขยายเวลาอายุความสัญญา เป็นต้น เมื่อเป็นเรื่องที่มีอยู่ในสัญญาอยู่แล้ว จึงไม่มีเหตุที่จะต้องนำความรับผิดทาง

ละเมิดอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างคนภายนอกมาใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

ดังนั้น กรณีที่เป็นการผิดสัญญาและกรณีที่เป็นการละเมิดทั้งแนววินิจฉัยของศาลและคำอธิบายทางตำรา ต่างเห็นตรงกันว่าสามารถเกิดขึ้นซ้อนกันได้ แต่ประเด็นว่าเมื่อเป็นกรณีที่ผิดสัญญาแล้ว จะสามารถใช้สิทธิทางละเมิดได้หรือไม่ แนววินิจฉัยของศาลทั้งในคดีละเมิดทั่วไปและคดีละเมิดลิขสิทธิ์ เห็นว่าเป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือก โดยอาจเลือกใช้สิทธิทางสัญญาและทางละเมิดพร้อมกันก็ได้ ในขณะที่ความเห็นของนักกฎหมายยังคงเห็นต่างกันอยู่ดังที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สาม แต่อย่างไรก็ตาม การละเมิดลิขสิทธิ์กับการละเมิดโดยทั่วไปมีความแตกต่างกันในรายละเอียด การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำต่อสิทธิทางเศรษฐกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งมีความหมายแคบกว่าการละเมิดโดยทั่วไป นอกจากนั้น เรื่องลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายพิเศษ ต่างจากเรื่องสัญญาและละเมิดซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติถึงความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา ในขณะที่ผู้ผิดสัญญาหรือผู้ละเมิดมีแต่เฉพาะความรับผิดในทางแพ่ง ส่วนในเรื่องสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ซึ่งสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นเรื่องในทางเศรษฐกิจล้วน ๆ และยังส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกในวงกว้าง ทั้งในภาครัฐและเอกชน และยังแทรกซึมอยู่ในทุกกิจการของภาคอุตสาหกรรม เกษตรกรรม ฯลฯ ทั้งนี้ เมื่อมีการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ความเสียหายที่ผู้อนุญาตได้รับอาจนอกเหนือไปจากสิ่งที่ผู้รับอนุญาตคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ ฉะนั้น หากไม่อนุญาตให้ผู้อนุญาตใช้สิทธิดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ อาจทำให้ผู้อนุญาตไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายเท่าที่ควร ผู้เขียนจึงมีความเห็นในส่วนนี้ว่า ถ้ามีการผิดสัญญาและสัญญานั้นเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ซึ่งการผิดสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยแล้ว ผู้อนุญาตควรมีสติที่จะดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อเรียกค่าเสียหายได้ด้วย อนึ่ง การที่ผู้เสียหายได้เลือกที่จะใช้สิทธิทางสัญญาและได้รับค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว จะมาฟ้องขอค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากความรับผิดในทางละเมิดอีกในกรณีเดียวกันนั้นไม่ได้⁸⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้น เกิดประเด็นปัญหาที่ควรวิเคราะห์ต่อมาว่า ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้อนุญาตมีสติที่จะเลือกใช้สิทธิทางสัญญาหรือทางละเมิดก็ได้ และในกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิ

⁸⁰ เฟิงอ๋าง, น. 61.

ทางสัญญาและละเมิดพร้อมกัน ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ในกรณีที่เป็นกรณีสัญญา หรือ ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายอย่างไร

ดังได้กล่าวอธิบายมาแล้วถึงหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ค่าเสียหายกรณีละเมิดทั่วไปในมาตรา 438 และค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาในมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อความ ชัดเจนจึงควรนำหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายทั้งสามมาตรามาเปรียบเทียบกัน

แนวคิดในเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิดก็คือ การชดใช้ความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหาย กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น ส่วนแนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายกรณีไม่ ปฏิบัติตามสัญญานั้น ชดใช้ค่าเสียหายก็เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมเหมือนว่าได้มี การชำระหนี้ครบถ้วน แม้แนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายจะไม่ต่างกัน แต่การกำหนดค่าเสียหาย ในทางปฏิบัติต่างกัน กล่าวคือ การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ในมาตรา 64 เป็น เรื่องเฉพาะ ซึ่งต่างจากการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดโดยทั่วไป ในมาตรา 438 โดยการ กำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดโดยทั่วไปจะวางขอบเขตไว้กว้างกว่าการกำหนดค่าเสียหายกรณี ละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น เมื่อมีการบัญญัติเรื่องค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายลิขสิทธิ์ ศาล จึงต้องกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหายตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 มิใช่การกำหนดค่าเสียหายตามความร้ายแรงของการกระทำละเมิดอย่าง การละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438⁸¹ ดังนั้น ในกรณีที่มีการ ละเมิดลิขสิทธิ์และผู้อนุญาตประสงค์จะใช้สิทธิทางละเมิด ศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึง หลักเกณฑ์ในมาตรา 64 เป็นสำคัญ แต่ถ้าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ด้วย หากผู้อนุญาตจะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายตามสัญญา ก็ต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเรียก ค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ ก็คือ มาตรา 222 ซึ่ง บัญญัติอยู่ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หากพิจารณาแล้ว มาตรา 438 ก็ บัญญัติอยู่ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้เช่นกัน แต่อยู่ลักษณะ 5 ละเมิด จึงเป็นประเด็นต่อมาว่า การนำ มาตรา 438 มาปรับใช้ต้องคำนึงถึงมาตรา 222 ในฐานะที่เป็นบททั่วไป จึงต้องศึกษาเปรียบเทียบ กันระหว่าง มาตรา 222 และมาตรา 438

ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดแตกต่างกัน ทั้งในเรื่องของ ความสามารถของบุคคลในการก่อความรับผิด หน้าที่นำสืบ อายุความ ฯลฯ ซึ่งรวมไปถึง

⁸¹ สุทธิพล ทวีชัยการ และวัช ติงสมิตร, คำบรรยายเนติบัณฑิต สมัยที่ 59-60 ฉบับปรับปรุง (2550), คำพิพากษาฎีกาที่ 9523/2544. <<http://www.lawyerth.com/copyright.html>>.

ค่าเสียหายที่ต้องมีการชดเชยกันเพื่อการทดแทนความเสียหายด้วย กล่าวคือ ความรับผิดในเรื่องค่าเสียหายตามสัญญา เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 222 เป็นสำคัญ ซึ่งหลักการกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 222 ได้กล่าวอธิบายมาแล้วข้างต้น โดยสรุปได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 222 กฎหมายวางกรอบไว้ว่าค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกได้ตามมาตรานี้ ความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้และไม่ไกลกว่าเหตุอันวิญญูชนทั่วไปสามารถคาดเห็นได้ และอาจเรียกค่าเสียหายตามพฤติการณ์พิเศษได้หากปรากฏว่าลูกหนี้ได้คาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นด้วย ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 222 จึงถูกวางกรอบไว้ด้วยความคาดเห็นของวิญญูชนทั่วไปและตัวลูกหนี้ในกรณีมีพฤติการณ์พิเศษ ในขณะที่การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิด ตามมาตรา 438 นั้น กฎหมายบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดีและความร้ายแรงของการกระทำละเมิด จะเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 438 ได้ นั้น เพียงแค่ความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดและความเสียหายนั้นไม่ไกลกว่าเหตุ ก็เพียงพอที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายแล้ว จะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 438 กฎหมายไม่ได้วางกรอบในเรื่องของความคาดเห็นไว้ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 438 จึงวางขอบเขตการใช้ค่าเสียหายที่กว้างกว่าการกำหนดค่าเสียหายเมื่อไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 222

กล่าวโดยสรุปการกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 64 มาตรา 438 และมาตรา 222 มีความแตกต่างกันเฉพาะตัวซึ่งนำมาปรับใช้เฉพาะกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยไม่ควรนำมาปรับใช้ปะปนกัน ส่วนในเรื่องที่ว่าถ้าผู้อนุญาตเลือกที่จะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายทั้งในทางสัญญาและทางละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายอย่างไร จึงเป็นประเด็นที่ต้องนำมาตรา 64 และมาตรา 222 มาปรับใช้ร่วมกัน ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นคดีความยังไม่พบว่า มีแนววินิจฉัยที่ตัดสินในประเด็นนี้ ในทางปฏิบัติโจทก์จะไม่ได้บอกโดยตรงตั้งแต่แรกว่าจะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายทางสัญญาอนุญาตให้ใช้หรือสิทธิเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ แต่โดยส่วนใหญ่เมื่อพบว่าการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์จะบรรยายฟ้องในลักษณะที่เป็นละเมิด ซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าโจทก์ประสงค์จะใช้สิทธิทางละเมิดลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหาย ทั้งนี้ การที่โจทก์นิยมเรียกค่าเสียหายโดยใช้สิทธิทางละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องมาจากการที่มาตรา 64 บัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายกว้างกว่าการเรียกค่าเสียหายทางสัญญาในมาตรา 222 ประกอบกับโจทก์ไม่มีความจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะต่างจากกรณีละเมิดโดยทั่วไป ดังนั้น การที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามฐานของกรณีผิดสัญญาหรือกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลต้องคำนึงถึงหลักการเยียวยาที่ซ้ำซ้อนกัน โดยผู้เสียหายไม่ควรได้รับการเยียวยาความเสียหายไม่ว่าด้วยค่าเสียหาย หรือการเยียวยา

ความเสียหายด้วยวิธีประการใด ที่มีลักษณะซ้ำซ้อนกัน อีกทั้งไม่ควรกำหนดค่าเสียหายให้ซ้ำซ้อนกัน เพราะอาจทำให้ผู้เสียหายค่ากำไรเอากับการเรียกให้ผู้กระทำรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย

4.7.3 อายุความ

ในเรื่องอายุความนั้นมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า เมื่อผู้อนุญาตเลือกที่จะใช้สิทธิทางสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์และสิทธิทางละเมิดลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายแล้ว จะต้องนำอายุความกรณีผิดสัญญาหรือกรณีละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้แก่คดี ซึ่งการกำหนดเรื่องอายุความนี้ต่างกัน

เมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องอายุความไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องนำบทบัญญัติอายุความทั่วไปมาปรับใช้ ดังที่ปรากฏใน**มาตรา 193/30**⁸² จึงทำให้อายุความกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์มีอายุความสิบปี ในขณะที่กรณีละเมิดลิขสิทธิ์มีอายุความในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์กำหนดไว้โดยเฉพาะใน**มาตรา 63**

มาตรา 63 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิ ของนักแสดงรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิด แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง”

กรณีละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีกำหนดอายุความ คือ การดำเนินคดีกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ต้องฟ้องร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์และรู้ตัวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ กำหนดอายุความสามปีจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่รู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้ารู้เพียงการกระทำละเมิดแต่ยังไม่รู้ตัวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ต้องใช้อายุความกำหนดสิบปี ซึ่งต่างจากกำหนดอายุความกรณีละเมิดทั่วไปใน**มาตรา 448**⁸³

⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 193/30 “อายุความนั้น ถ้าประมวลนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้มีกำหนดสิบปี”

⁸³ มาตรา 448 สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด

กรณีอายุความเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องจากการละเมิดกฎหมายกำหนดอายุความไว้หนึ่งปี นับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ละเมิด

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการผิดสัญญาอาจเป็นกรณีละเมิดด้วย เช่นเดียวกับกรณีที่ผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์อาจมีลักษณะเป็นกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน เมื่อโจทก์เลือกที่จะใช้สิทธิทางสัญญาและละเมิดพร้อมกัน ไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะอธิบายว่าจะให้อายุความกรณีสัญญาหรือกรณีละเมิดมาปรับใช้แก่คดี จึงต้องนำแนววินิจฉัยของศาลในทางปฏิบัติมาอธิบาย ในคดีที่มีการผิดสัญญาและละเมิดโดยทั่วไป การที่ศาลจะพิจารณาว่าควรใช้กำหนดอายุความกรณีผิดสัญญาหรือกรณีละเมิดนั้น ศาลจะพิจารณาจากรายละเอียดในการบรรยายฟ้องของโจทก์ว่ามีลักษณะอย่างไร โดยส่วนมากถ้าการบรรยายฟ้องของโจทก์มีประเด็นในเรื่องอายุความและเป็นกรณีที่สิทธิของโจทก์ในการดำเนินคดีสามารถอ้างได้มากกว่าหนึ่งสิทธิ ศาลจะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุความทั้งกรณีที่เป็นกรณีผิดสัญญาและละเมิด หรือเป็นการละเมิดโดยนำทรัพย์สินของโจทก์ไป มาพิจารณาว่าการฟ้องของโจทก์ขาดอายุความหรือไม่

ในส่วนของกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีเพียงประเด็นในเรื่องอายุความว่าควรใช้ตามกรณีละเมิดลิขสิทธิ์หรือกรณีละเมิดโดยทั่วไป⁸⁴ แต่ในส่วนของประเด็นของอายุความในเรื่องที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และเป็นการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ไม่ปรากฏแนววินิจฉัยของศาล ดังนั้นในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ประสงค์จะดำเนินคดีโดยใช้สิทธิกรณีผิด

แต่ถ้าเรียกค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมีโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้อายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2358/2520 โจทก์บรรยายฟ้องมีใจความว่า ตำราเรียนภาษาอังกฤษรายพิพาทนั้นโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ จำเลยปลอมแปลงลอกเลียนออกจำหน่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ทำให้โจทก์เสียหาย ดังนี้เป็นการบรรยายฟ้องเรียกค่าเสียหายในการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมพ.ศ.2474 หาใช่เป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 มาตรา 24 อันเป็นบทบัญญัติอยู่ในส่วนแพ่ง คือ ส่วนที่ 4 ว่าด้วยสิทธิแก่ในทางแพ่งซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์บัญญัติว่า "คดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นท่านมิให้ฟ้องเมื่อพ้นสามปีนับแต่วันละเมิด" จึงต้องใช้อายุความสามปีดังกล่าวมาบังคับ จำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์คือขายหนังสือที่คัดลอกเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2515 โจทก์ฟ้องเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2516 คดีของโจทก์จึงยังไม่ขาดอายุความ

สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์และสิทธิในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไปพร้อมกัน เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้อนุญาตก็ควรที่จะดำเนินการภายในกำหนดอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 63 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพราะอายุความกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะ ก็ต้องนำบททั่วไปตามมาตรา 193/30 มาปรับใช้ โดยกฎหมายวางกำหนดอายุความไว้ถึงสิบปี ซึ่งเป็นระยะเวลาสั้นกว่าอายุความในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้จำเลยกล่าวอ้างว่าฟ้องของโจทก์ขาดอายุความ เพราะการฟ้องโดยมูลเหตุแห่งละเมิดและสัญญาของโจทก์ ไม่มีหลักเกณฑ์ใดสามารถกำหนดได้แน่ชัดว่าต้องให้อายุความตามกรณีผิดสัญญาหรือละเมิด ซึ่งต่างจากการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาที่มีมาตรา 51⁸⁵ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติกรณีดังกล่าวไว้เฉพาะ

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเรื่องอายุความทั้งบททั่วไปและกรณีเฉพาะ พอจะสรุปโดยอนุมานได้ว่า การที่ศาลจะพิจารณาว่าคดีของโจทก์ขาดอายุความหรือไม่ นอกจากจำเลยต้องตั้งเรื่องอายุความเป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว ศาลจะพิจารณาจากคำฟ้องว่า การบรรยายฟ้องของโจทก์แสดงให้เห็นว่าการกระทำของจำเลยมีลักษณะอย่างไร ซึ่งผู้เขียน เห็นว่า หากเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้อนุญาตประสงค์จะเรียกค่าเสียหายตามสิทธิทางสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ เรื่องอายุความก็ต้องเป็นตามบททั่วไป คือ กำหนดสิบปี ถ้าประสงค์จะเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องก็ต้องจำกัดอยู่ตามมาตรา 63 คือ ต้องดำเนินคดีภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และรู้ตัวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การดำเนินคดีดังกล่าว ต้องไม่เกินกำหนดภายในสิบปีนับแต่วันละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ไม่แน่ชัดว่าโจทก์ฟ้อง

⁸⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 51 ถ้าไม่มีผู้ใดฟ้องทางอาญาสิทธิของผู้เสียหายที่จะฟ้องทางแพ่งเนื่องจากความผิดนั้นย่อมระงับไปตามกำหนดเวลาดังที่กฎหมายลักษณะอาญาบัญญัติไว้ในเรื่องอายุความฟ้องคดีอาญา แม้ถึงว่าผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตในมาตรา 193/20 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเป็นผู้ฟ้องหรือได้ฟ้องต่างหากจากคดีอาญาก็ตาม

ถ้าคดีอาญาใดได้ฟ้องต่อศาลแล้ว แต่คดียังไม่เด็ดขาด อายุความซึ่งผู้เสียหายมีสิทธิจะฟ้องคดีแพ่งย่อมระงับตามมาตรา 78 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา

ถ้าโจทก์ได้ฟ้องคดีอาญาและศาลพิพากษาลงโทษจำเลยจนคดีเด็ดขาดแล้วก่อนที่ได้ยื่นฟ้องคดีแพ่ง สิทธิของผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีแพ่งย่อมมีตามกำหนดอายุความในมาตรา 193/32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เรียกค่าเสียหายโดยใช้สิทธิในทางสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หรือละเมิดลิขสิทธิ์ ในเรื่องอายุความอาจไม่จำกัดอยู่ในกรอบระยะเวลากรณีละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ศาลอาจนำหลักทั่วไปกรณีผิดสัญญามาพิจารณาก็ได้⁸⁶ ทั้งนี้ ศาลควรคำนึงถึงมูลเหตุในการฟ้องร้องคดีดังกล่าวว่าเป็นการละเลยการใช้สิทธิทางศาลหรือไม่ แต่ถ้าเป็นกรณีที่โจทก์บรรยายฟ้องโดยขอให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำอันมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ แม้จะมีการกล่าวอ้างในเรื่องการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ด้วย ก็เห็นว่าควรต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องอายุความตามมาตรา 63 มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิทธิในการเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ขาดอายุความหรือไม่

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การเรียกค่าเสียหายโดยอ้างสิทธิกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หรือกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีข้อแตกต่างกัน คือ หากเลือกที่จะใช้สิทธิกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าเสียหายที่จะได้รับตามมาตรา 64 มีขอบเขตกว้างขวางกว่าการเรียกค่าเสียหายโดยใช้สิทธิกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ตามมาตรา 222 ดังนั้น จึงมีโอกาสที่จะได้รับค่าเสียหายในจำนวนสูงกว่า แต่หากเลือกใช้สิทธิกรณีผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ อายุความคือ 10 ปี ในขณะที่การใช้สิทธิกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ มีอายุความสั้นกว่าดังที่กล่าวมาแล้ว

4.7.4 เบี้ยปรับ

แม้ว่าในกฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่มีบทบัญญัติเรื่องเบี้ยปรับในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ แต่โดยทั่วไปในการทำสัญญาแล้ว คู่สัญญามีสิทธิที่จะตกลงกันกำหนดเบี้ยปรับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น อาจมีบางกรณีที่ผู้อนุญาตกับผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ตกลงกันกำหนดเบี้ยปรับไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ เนื่องจากสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง เจตนาของคู่สัญญาจึงเป็นสิ่งสำคัญ คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ในสัญญา ตราบใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อผู้อนุญาตและผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ตกลงกันกำหนดเรื่องเบี้ยปรับไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แล้ว จึงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า การกำหนดเบี้ยปรับไว้จะส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าเสียหายของศาล ซึ่งต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปมาปรับใช้เช่นเดียว กล่าวคือ

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2542/2549.

ในทางปฏิบัติ หากคู่สัญญาได้ตกลงกำหนดจำนวนค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าในสัญญา โดยอาจเรียกว่าค่าปรับ⁸⁷ ใช้ค่าเสียหาย⁸⁸ หรือเสียดอกเบี้ยย⁸⁹ ก็ถือว่าเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด⁹⁰ ในเรื่องเบี้ยปรับตามสัญญานั้น ถ้อยคำในสัญญาจะเรียกชื่อว่าเป็นค่าอะไรจึงไม่สำคัญ ข้อสำคัญอยู่ที่ความมุ่งหมายอันแท้จริงของคู่สัญญา ถ้าเป็นจำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญาเพื่อให้ชดใช้แก่อีกฝ่ายเมื่อมีการผิดสัญญา ก็เท่ากับว่าเงินจำนวนดังกล่าวเป็นเบี้ยปรับ ดังนั้น เบี้ยปรับก็คือ ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญาอันอาจมีขึ้นหรือเกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติดผิดสัญญา⁹¹ เบี้ยปรับที่ว่าเป็นจำนวนเงินในอนาคตที่แน่นอนนั้น มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ในมาตรา 379

มาตรา 379 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นเบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ก็ดี หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรก็ดี เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ก็ให้รับเบี้ยปรับ ถ้าการชำระหนี้อื่นจะพึงทำนั้น ได้แก่งวดเว้นการอันใดอันหนึ่ง หากทำการอันนั้นฝ่าฝืนมูลหนี้เมื่อใด ก็ให้รับเบี้ยปรับเมื่อนั้น”

นอกจากนั้น คู่สัญญาอาจตกลงกำหนดเบี้ยปรับไว้โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายแท้จริงก็ได้ ในบางกรณีเบี้ยปรับจึงมีลักษณะเป็นการลงโทษคู่กรณีที่ผิดสัญญา อย่างไรก็ตาม การกำหนดเบี้ยปรับจะกำหนดไว้สูงเกินไปไม่ได้ ศาลมีอำนาจสั่งลดจำนวนเบี้ยปรับลงได้ตามสมควร โดยศาลต้องพิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกประการ ไม่จำเป็นต้องเป็นทางได้เสียเชิงทรัพย์สินเท่านั้น แต่ต้องเป็นทางได้เสียที่ถูกกฎหมาย (มาตรา 383) เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลสามารถลดเบี้ยปรับได้ ก็เพราะไม่ต้องการให้มีการค้ำกำไรในการผิดสัญญา

การที่เบี้ยปรับ คือ ค่าเสียหายที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ล่วงหน้า เบี้ยปรับจึงเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น และในสัญญานั้นมีการตกลงเรื่องเบี้ยปรับไว้ มีประเด็นว่าจะถือว่าเป็นเบี้ยปรับคือค่าเสียหายที่ควรได้รับ หรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย โดยสามารถเรียกค่าเสียหายได้อีก ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ความเสียหายของโจทก์ เนื่องจากเบี้ยปรับนั้นเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ในการที่จะต้องนำสืบถึงค่าเสียหายที่ตนได้รับเมื่อลูกหนี้ไม่

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1078/2496.

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2331/2516.

⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 269/2512.

⁹⁰ ราชฎ เจริญจำ, ค่าปรับนั้นขึ้นอยู่กับค่าเสียหายที่แท้จริง, วารสารอัยการ. ปีที่ 20 เล่มที่ 238, (ธันวาคม 2540), น. 24.

⁹¹ เฟิงอ้วง, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1281/2533.

ชำระหนี้⁹² ถ้าโจทก์ไม่พิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา ศาลอาจกำหนดให้เบี้ยปรับที่ตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นค่าเสียหายพอสมควรที่โจทก์ควรได้รับ ซึ่งศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายเพิ่มให้อีก แต่ศาลอาจปรับลดเบี้ยปรับลงได้หากเห็นว่าสูงเกินควร⁹³ แต่ถ้าโจทก์ประสงค์จะเรียกค่าเสียหายนอกเหนือจากเบี้ยปรับและสามารถพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาได้ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายให้โดยถือว่าเบี้ยปรับเป็นจำนวนน้อยที่สุดของค่าเสียหาย⁹⁴ แต่ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เต็มจำนวนตามความเสียหายที่โจทก์ได้รับเนื่องจากการผิดสัญญาแล้ว ศาลก็จะไม่กำหนดเบี้ยปรับตามสัญญาให้อีก เพราะเป็นการเรียกร้องนอกเหนือไปจากความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ซึ่งขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 380 วรรคสอง⁹⁵ อย่างไรก็ดีตาม แม้ว่าจะเบี้ยปรับอาจเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายหรือถือว่าเป็นค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา แต่

⁹² รัชฎ เจริญจำ, แม้มียเบี้ยปรับ ก็ต้องคิดค่าเสียหายไว้, วารสารอัยการ, ปีที่ 20 เล่มที่ 234, (สิงหาคม 2540), น. 40.

⁹³ เพิ่งอ้าง, น.36. คำพิพากษาฎีกาที่ 572/2540.

⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 380 ถ้าลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นแทนการชำระหนี้ก็ได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้แสดงต่อลูกหนี้ว่าจะเรียกเอาเบี้ยปรับนั้นแล้ว ก็เป็นอันขาดสิทธิเรียกร้องชำระหนี้อีกต่อไป

ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันพึงรับนั้นในฐานะเป็นจำนวนน้อยที่สุดแห่งค่าเสียหายก็ได้ การพิสูจน์ค่าเสียหายยิ่งกว่านั้น ท่านก็อนุญาติให้พิสูจน์ได้

มาตรา 381 ถ้าลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร เช่นว่าไม่ชำระหนี้ตรงตามเวลาที่กำหนดไว้เป็นต้น นอกจากเรียกให้ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นอีกด้วยก็ได้

ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในมูลชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 380 วรรค 2

ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้แล้ว จะเรียกเอาเบี้ยปรับได้ต่อเมื่อได้บอกสงวนสิทธิไว้ เช่นนั้นในเวลาชำระหนี้

⁹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 791/2513.

ก็มีความแตกต่างกับค่าเสียหายในส่วนที่ว่า การเรียกค่าเสียหายเป็นสิทธิโดยบังคับของกฎหมายเกิดขึ้นเอง ส่วนเบี้ยปรับเกิดขึ้นได้แต่โดยตกลงกำหนดกันไว้⁹⁶

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คู่สัญญาสามารถกำหนดค่าเสียหายที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้า (Liquidated Damages)⁹⁷ ได้ โดยการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าเป็นการป้องกันผลประโยชน์ของคู่สัญญาด้วย และอาจกำหนดว่าเป็นค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญาบางข้อก็ได้ หรือสำหรับการผิดสัญญาทุกข้อก็ได้ หรือจะเพื่อเฉพาะการผิดสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น หากค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าเป็นการประมาณการค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าแล้ว การกำหนดดังกล่าวก็ย่อมมิใช่เป็นการกำหนดเบี้ยปรับ ซึ่งศาลจะไม่บังคับให้ แต่เป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าซึ่งศาลสามารถบังคับให้เป็นไปตามสัญญา การพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็นการกำหนดเบี้ยปรับ หรือเป็นการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า ศาลไม่ดูแต่เพียงชื่อที่คู่สัญญาใช้เรียก แต่จะพิจารณาถึงเนื้อหาของสาระของข้อตกลงนั้น แต่ดูจาก

ก. เจตนาของคู่สัญญาในขณะทำสัญญานั้นว่าคู่สัญญามีเจตนาเช่นใดคู่สัญญาในขณะนั้นมีเจตนาที่จะกำหนดให้เป็นเบี้ยปรับเพื่อการชดเชย หรือมีเจตนาที่จะกำหนดให้เป็นค่าเสียหายล่วงหน้า

ข. ในขณะทำสัญญานั้นการคำนวณมูลค่าของความเสียหายยากจริงถึงขนาดที่จะต้องกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าหรือไม่

ค. ศาลจะพิจารณาว่าจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดนั้นสมเหตุสมผลกับความเสียหายที่คาดคิดว่าอาจเกิดขึ้นหรือไม่

ถ้าการกำหนดค่าเสียหายที่ตกลงกันล่วงหน้ามีจำนวนที่สูงเกินควรก็ถือเป็นเบี้ยปรับซึ่งศาลจะไม่บังคับให้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อตกลงถูกถือเป็นเบี้ยปรับนั้น แม้ศาลจะไม่บังคับข้อตกลงนั้นให้ก็ตาม โจทย์ก็ยังสามารถเรียกร้องเอาค่าเสียหายที่ตนจะพิสูจน์ได้ว่าได้รับความเสียหายนั้นจากการผิดสัญญาของจำเลย

กล่าวโดยสรุป ในกรณีที่ผู้อนุญาตและผู้รับอนุญาตตกลงกันที่จะกำหนดเบี้ยปรับไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เมื่อฝ่ายผู้รับอนุญาตกระทำผิดสัญญาอันเป็นเหตุให้ผู้อนุญาตสามารถเรียกเบี้ยปรับได้นั้น ในทางปฏิบัติผู้อนุญาตในฐานะโจทก์ควรที่จะนำสืบถึงความเสียหาย

⁹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1091/2482.

⁹⁷ อธิก อิศวานันท์, ความรู้เบื้องต้นเรื่องค่าเสียหายบางประเภทที่เกี่ยวกับการผิดสัญญาการค้าระหว่างประเทศตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, (2003), น. 234-237.

ที่ตนได้รับจากการผิดสัญญาเสมอ แม้ว่าจะมีการกำหนดเรื่องเบี้ยปรับกันได้ เพราะถ้าไม่มีการนำสืบถึงความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลจะถือว่าจำนวนเบี้ยปรับนั้นเป็นค่าเสียหายที่โจทก์สมควรได้รับ ทั้งนี้ ไม่แน่เสมอไปว่าศาลจะกำหนดจำนวนเบี้ยปรับให้ตามสัญญา เนื่องจากศาลสามารถลดจำนวนเบี้ยปรับลงได้ตามสมควรถ้าเห็นว่าจำนวนเบี้ยปรับในสัญญาดังกล่าวสูงเกินไป อย่างไรก็ตาม ถ้าโจทก์นำสืบถึงความเสียหายที่ตนได้รับเพราะประสงค์จะเรียกค่าเสียหายจากกรณีผิดสัญญาด้วย นอกเหนือไปจากเบี้ยปรับ กฎหมายบัญญัติให้ถือว่าเบี้ยปรับคือจำนวนค่าเสียหายที่น้อยที่สุด เท่ากับว่าเบี้ยปรับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ดังนั้น ถ้าจำนวนเบี้ยปรับสูงเท่ากับหรือมากกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลก็จะไม่กำหนดค่าเสียหายให้อีก ในทางกลับกัน ถ้าจำนวนเบี้ยปรับไม่สูงเท่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายให้ได้อีกในจำนวนที่ไม่เกินความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เพราะฉะนั้นจึงควรนำสืบถึงค่าเสียหายหรือความเสียหายที่ตนได้รับเสมอ

4.8 ประเด็นปัญหาอื่น ๆ

ประเด็นปัญหาที่วิเคราะห์ข้างต้น ถือเป็นประเด็นหลักในการกำหนดค่าเสียหาย กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เมื่อได้ศึกษาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้เกิดประเด็นที่วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

4.8.1 การเรียกค่าเสียหาย กรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ยังไม่มีการจำหน่าย

ในประเด็นนี้ ปัญหาที่ต้องวิเคราะห์คือ กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ความผิดสำเร็จเมื่อไร ยกตัวอย่าง เช่น นาย ก กระทำการคัดลอกภาพถ่ายจากหนังสือรวมภาพของนาย ข โดยประสงค์จะนำมาเป็นรูปภาพประกอบปฏิทินเพื่อนำออกจำหน่ายช่วงต้นปี นาย ก ได้กระทำการเสร็จเรียบร้อยแล้ว แต่ยังมีได้นำออกจำหน่าย ปรากฏว่า นาย ก ถูกจับกุมเสียก่อน ตามตัวอย่างนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่

ดังที่ได้อธิบายถึงความรับผิดกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไปแล้วในประเด็นปัญหาข้อที่ 1 เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 27 จะพบว่า

มาตรา 27 บัญญัติว่า “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน”

การนำออกจำหน่ายหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนมิใช่องค์ประกอบความผิดแต่เพียงอย่างเดียว การที่ นาย ก กระทำการคัดลอกผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็เท่ากับว่านาย ก กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว นาย ก มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยนาย ข มีสิทธิเรียกให้นาย ก ชดใช้ค่าเสียหายได้ตามมาตรา 64 แต่การกำหนดค่าเสียหายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาแยกออกไป จริงอยู่ว่านาย ก ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในการกำหนดค่าเสียหายกรณีดังกล่าว ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์เป็นสำคัญ ดังที่อธิบายแล้วว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ ย่อมมีความเสียหายเกิดขึ้นเสมอ เพราะลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ โดยความเสียหายนั้นก็คือ การสูญเสียโอกาสที่จะนำผลงานของตนไปใช้แสวงหาประโยชน์ ตามตัวอย่างนี้ นาย ข จึงได้รับความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะนำภาพถ่ายของตนเองมาขายให้กับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในทางการค้าต่อไป ดังนั้น นาย ข ควรได้รับค่าลิขสิทธิ์จากการกระทำของนาย ก และเพื่อให้เกิดความยุติธรรม เนื่องจากยังมีได้มีการนำไปจำหน่าย ก็ไม่ควรให้ผลิตภัณฑ์ปฏิทินเหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของนาย ข เพราะจะทำให้ นาย ข ได้รับการเยียวยาที่มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง อย่างไรก็ตาม การที่มาตรา 75 บัญญัติให้บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งที่ยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ละเมิด ให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ และสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้ริบเสีย ถือเป็นบทบัญญัติที่สามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อีกทางหนึ่ง เมื่อสิ่งของดังกล่าวตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็มีสิทธิจะกระทำการประการใดก็ได้ ที่เห็นได้ชัดก็คือการนำไปทำลาย ส่วนที่ให้ริบในส่วนนี้ย่อมตกเป็นของรัฐ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มีส่วนที่เป็นความรับผิดชอบทางอาญาด้วย จึงบัญญัติให้สิ่งที่ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ถูกริบ ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ใด กำหนดให้ศาลต้องนำมาตรการเยียวยาความเสียหายทั้งการเรียกค่าเสียหายและการให้สิ่งที่ได้ทำขึ้นอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์มาพิจารณาประกอบกันในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ในการนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ผู้เขียนเห็นว่าในการกำหนดค่าเสียหายควรนำมาตรการตามมาตรา 75 มาพิจารณาประกอบด้วย เพราะในบางกรณีอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการเยียวยาความเสียหายมากเกินไป

4.8.2 ความรับผิดชอบของกรรมการบริษัท กรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 74 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้จัดการทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย”

คำพิพากษาฎีกาที่ 5410/2546⁹⁸ เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ต้องการให้ดำเนินคดีเพื่อลงโทษกรรมการหรือผู้จัดการของนิติบุคคลที่นิติบุคคลนั้นกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นด้วย โดยให้ถือว่ากรรมการหรือผู้จัดการของนิติบุคคลนั้นได้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลดังกล่าวโดยเป็นตัวการด้วยกัน ตามประมวลอาญา มาตรา 83 แต่ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจำเลยที่ 1 นั้น เป็นส่วนหนึ่งต่างหากจากความเป็นบุคคลของจำเลยที่ 2 ที่มีฐานะเป็นกรรมการผู้มีอำนาจทำการแทนจำเลยที่ 1 ประกอบกับความรับผิดในทางอาญาเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้กระทำผิด กล่าวคือ บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเท่านั้น ดังนั้น แม้บทบัญญัติมาตรา 74 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะบัญญัติให้ถือว่าจำเลยที่ 2 ร่วมกระทำความผิดกับนิติบุคคลจำเลยที่ 1 ด้วยก็ตาม แต่เมื่อโจทก์ร่วมมีหนังสือมอบอำนาจให้ ว. ไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนโดยหนังสือมอบอำนาจจะระบุให้ดำเนินคดีแก่จำเลยที่ 1 เท่านั้น กรณีจึงไม่มีผลที่จะให้ถือได้ว่าโจทก์ร่วมร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีแก่จำเลยที่ 2 เพื่อให้รับผิดในฐานะที่ได้ร่วมกระทำความผิดกับจำเลยที่ 1 ด้วย แม้ว่าในขณะที่ไปร้องทุกข์ดังกล่าวโจทก์ร่วมยังไม่รู้จักชื่อกรรมการบริษัทจำเลยที่ 1 ว่าเป็นจำเลยที่ 2 แต่โจทก์ร่วมก็มีสิทธิที่จะร้องทุกข์ให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีแก่กรรมการบริษัทจำเลยที่ 1 โดยเพียงแต่ระบุตำแหน่งไว้ได้ เพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดห้ามไว้

บทบัญญัติมาตรานี้ อยู่ในส่วนของโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงเป็นบทสันนิษฐานในคดีอาญาเท่านั้น⁹⁹ ซึ่งในคดีแพ่งจะให้กรรมการหรือผู้จัดการของนิติบุคคลร่วมรับผิดไม่ได้ กล่าวคือ มาตรานี้เป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาด ซึ่งเป็นการผลักภาระหน้าที่การนำสืบให้แก่กรรมการหรือผู้จัดการต้องพิสูจน์ว่า การกระทำของนิติบุคคลได้กระทำลงไปโดยตนมิได้รู้เห็น

⁹⁸ <http://www.ipthailand.org/ipthailand/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1903&Itemid=35>

⁹⁹ วิศิษฐ์ ศรีพิบูลย์, รวมคำอธิบายพร้อมตัวบท : กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ทิพย์ดา, 2548), น. 111.

หรือยินยอมด้วย ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ประสงค์จะเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์จะนำบทสันนิษฐานนี้ไปปรับใช้มิได้ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เป็นโจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบว่ากรรมการหรือผู้จัดการได้ร่วมกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์กับนิติบุคคลนั้น ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นไปตามบททั่วไปในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของกรรมการต่อบุคคลภายนอก ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมาตรา 1167 ให้นำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมาบังคับใช้¹⁰⁰ กล่าวคือ กิจการที่กรรมการกระทำไปภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนโดยชอบนั้น กรรมการไม่จำต้องรับผิดโดยส่วนตัว แต่ถ้ากรรมการกระทำการไปโดยปราศจากอำนาจหรือกระทำนอกเหนือขอบเขตอำนาจและบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบัน กรรมการอาจต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อบุคคลภายนอก โดยประเด็นที่นำมาวิเคราะห์คือ บทสันนิษฐานดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่

เมื่อพิจารณาบทสันนิษฐานข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความรับผิดทางอาญาผู้กระทำต้องมีความผิด จึงเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย หากมองในแง่ของข้อเท็จจริง การพิสูจน์ความสุจริตของกรรมการหรือผู้จัดการกระทำได้ยาก เนื่องจากเป็นตัวแทนนิติบุคคล ประกอบกับหลักเกณฑ์ในเรื่องการพิสูจน์ชัดกับความรับผิดในทางอาญาโดยทั่วไป ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับบทสันนิษฐานดังกล่าว ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เคยมีการบัญญัติไว้ทำนองเดียวกับมาตรา 74 แต่ในปัจจุบันได้ถูกแก้ไขโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 โดยให้ใช้ข้อความใหม่ว่า

มาตรา 114 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ถ้าการกระทำ ความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดจากการสั่งการ การกระทำ หรือไม่สั่งการ หรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย”

เท่ากับเป็นการใช้หลักเดิมในคดีอาญา¹⁰¹ โดยโจทก์ยังมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ว่าการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดจากการสั่งการ การกระทำ หรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล

¹⁰⁰โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ่นส่วน บริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551), น. 402-404.

¹⁰¹ปริญญา ตีผดุง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 2, สำนักอบรมการศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2545, น. 36.

นั้น จึงจะขอให้ลงโทษกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลนั้นได้ ดังนั้น ในประเด็นเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขปรับปรุงมาตราดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับความรับผิดชอบในทางอาญา

4.8.3 ความซ้ำซ้อนในการกำหนดค่าเสียหายกรณีที่มีการฟ้องร้องผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ในประเด็นนี้ เป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ผลิตแล้ว และต่อมาจึงดำเนินคดีกับผู้จำหน่าย การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายทั้งจากผู้ผลิตและผู้จำหน่าย จะเท่ากับว่าเป็นการกำหนดค่าเสียหายที่ซ้ำซ้อนกันหรือไม่ จึงต้องวิเคราะห์ว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยนำหลักเกณฑ์ใดมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และไม่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาโดยค่าเสียหายที่มีลักษณะซ้ำซ้อนกัน

ในเบื้องต้น ศาลต้องนำมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริง โดยคำนึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมถึงการสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เมื่อคำนวณค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควรได้แล้ว ก็ต้องแยกพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ผลิตและผู้จำหน่าย หากในกรณีที่ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายคือคน ๆ เดียวกัน ศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ หากเป็นกรณีกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ย่อมนำลักษณะของการกระทำผิดของจำเลยมาประกอบการกำหนดค่าเสียหาย เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นทั้งการละเมิดโดยตรงและการละเมิดโดยอ้อม ศาลจึงอาจกำหนดค่าเสียหายนอกเหนือไปจากความเสียหายที่แท้จริง นั่นคือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือค่าเสียหายเพิ่มเติม แต่ในกรณีกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้เท่าที่ไม่เกินความเสียหาย แต่ถ้าผู้ผลิตและผู้จำหน่ายเป็นคนละคนกัน การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลดังกล่าว ย่อมอ้างฐานความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน การกระทำของผู้ผลิตย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง ส่วนความรับผิดชอบของผู้จำหน่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม การกำหนดค่าเสียหายศาลย่อมพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นหลัก เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจ การเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งจากผู้ผลิตและผู้จำหน่ายเกิดขึ้นจากบทบัญญัติคนละมาตรากัน ประกอบกับการแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ สามารถกระทำได้ตลอดชีวิตของเจ้าของลิขสิทธิ์ หากมองในแง่เศรษฐศาสตร์ ลิขสิทธิ์เป็นสินทรัพย์อย่างหนึ่ง การที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายได้ทั้งกับผู้ผลิตและผู้จำหน่าย ถือเป็นสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น ในทางทฤษฎีจึงไม่อาจก่อให้เกิดการกำหนดค่าเสียหายที่ซ้ำซ้อนกันได้

อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจะต้องคำนึงถึงฐานะของโจทก์และจำเลย รวมไปถึงข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญ เพื่อมิให้มีการเยียวหาความเสียหายโดยค่าเสียหายที่มากเกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริง จนกลายเป็นเครื่องมือให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

4.8.4 การกำหนดค่าเสียหาย กรณีที่ค่าลิขสิทธิ์ถูกกำหนดไว้สูง

ในประเด็นนี้จะขอยกตัวอย่างเรื่องลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งในปัจจุบันค่าลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกกำหนดไว้สูงมาก ส่งผลให้การกำหนดราคาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สูงตามไปด้วย เช่น¹⁰² โปรแกรม Windows XP Professional English Intl UPG AE CD w/SP2 ราคาถูกสุดอยู่ที่ 3,700 บาท ในขณะที่สินค้าอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ถูกกว่ามาก เช่น แผ่นรวมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ราคาเพียง 150 บาท ซึ่งคุณภาพในการใช้งานเหมือนกับสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ เพียงแต่ต่างกันที่บรรจุภัณฑ์ การรับประกัน บริการหลังการขาย ผู้บริโภคส่วนหนึ่งจึงนิยมใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีลิขสิทธิ์ หรือของเถื่อนนั่นเอง โดยปัญหาส่วนนี้ไม่มีทางหมดไป เว้นแต่จะมีการปรับลดค่าลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นทางออกที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย เนื่องจากบริษัทผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องการทำกำไร โดยจะกำหนดราคาเกณฑ์ไว้ตามแต่ละภูมิภาค ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าใช้เกณฑ์ใดเป็นตัวกำหนด เพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการดำเนินกิจการโดยเอกชน ดังนั้น บริษัทเหล่านี้จึงได้กำไรมหาศาลจากการขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน เพื่อเป็นการลดปัญหาในการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงมีผู้ให้บริการดาวโหลดฟรี หรือที่เรียกว่าฟรีโปรแกรม ตามเว็บไซต์ต่าง ๆ เช่น www.freedomdownloadcenter.com เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้บริโภคส่วนหนึ่งมีพฤติกรรมในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะการแชร์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งนับว่าเป็นวิธีการที่ดีอย่างหนึ่ง แต่สุดท้ายทางออกที่ดีที่สุด ก็คือ ประเทศไทยต้องสามารถผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ใช้ได้เอง

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของค่าลิขสิทธิ์ ดังที่กล่าวไว้แล้วว่า ควรมีองค์การที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบเกณฑ์การกำหนดค่าลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะ¹⁰³ ไม่ว่าจะเป็นค่าลิขสิทธิ์เพลง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หนังสือ ภาพยนตร์ ฯลฯ ซึ่งจะทำให้ลดปัญหาในเรื่องของการกำหนด

¹⁰² <<http://www.checkprice.net/products/index.php/q/65048/>>

¹⁰³ ดังปรากฏในภาคผนวก ก.

ค่าลิขสิทธิ์ที่สูงเกินความเป็นจริง และสุดท้ายเมื่อค่าลิขสิทธิ์ถูกลง ย่อมทำให้ราคาสินค้าถูกตาม
เท่ากับเป็นแรงดึงดูดให้ผู้บริโภคหันมาใช้สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ และในที่สุดการละเมิดลิขสิทธิ์ก็จะลด
ปริมาณลง