ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์: ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

LEGAL CONSIDERATION RELATING TO BROADCASTING WORK IN TELEVISION BUSINESS: A STUDY OF DAMAGES DETERMINATION IN COPYRIGHT INFRINGEMENT CASES

BANGKOK UNIVERSITY
FOUNDED 1962

ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์: ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

LEGAL CONSIDERATION RELATING TO BROADCASTING WORK IN TELEVISION BUSINESS: A STUDY OF DAMAGESDETERMINATION IN COPYRIGHT INFRINGEMENT CASES

ณณฐ สอนสะอาด

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2562

© 2563
ณณฐ สอนสะอาด
สงวนลิขสิทธิ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
อนุมัติให้วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เรื่อง ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ : ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้วิจัย ณณฐ สอนสะอาด

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

ประธานกรรมการสอบ [redacted]
(ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก) (รองศาสตราจารย์ ดร.จิรศักดิ์ รอดจันทร์)

กรรมการสอบ [redacted]
(อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก) (ดร.วรรณวิภา พัวศิริ)

กรรมการสอบ [redacted]
(อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม) (อาจารย์ สุจินต์ เจนพาณิชพงศ์)

กรรมการสอบ [redacted]
(อาจารย์ประจำหลักสูตร) (รองศาสตราจารย์ ดร.อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์)

[redacted]
(อาจารย์ วิรัตน์ รัตตากร)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
18 มิถุนายน 2563

ณณฐ สอนสะอาด. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มิถุนายน 2563, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.
ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์: ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ (205 หน้า)
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์: ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาวิจัยถึงค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ อันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ซึ่งมีความสำคัญทางเศรษฐกิจและสังคม กล่าวคือ กิจการโทรทัศน์เป็นผู้ให้ข้อมูลข่าวสารและความบันเทิงแก่สังคม อีกทั้งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจหลายหมื่นล้านบาท และด้วยปัจจุบัน เทคโนโลยีด้านการสื่อสารได้พัฒนาและก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์เกิดขึ้นได้ง่าย รวดเร็ว และครอบคลุมพื้นที่ทั่วโลก อาทิ การนำสัญญาณไปแพร่เสียงแพร่ภาพต่อ หรือแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำในระบบอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

จากการศึกษา มาตรา 64 แห่ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้วิจัย พบว่า หลักเกณฑ์และแนวทางของมาตรา 64 ยังไม่มีความชัดเจน ไม่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยได้ ในขณะที่กฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมนี มีบทบัญญัติและแนวปฏิบัติที่ชัดเจนกว่ากฎหมายไทย เช่น หลักการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้กระทำละเมิด ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด ค่าเสียหายเชิงลงโทษ รวมถึงการกำหนดภาระการนำสืบ ให้จำเลยมีภาระการนำสืบพิสูจน์หักล้างในบางกรณี เป็นต้น

ผู้วิจัย ได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมถึงได้เสนอให้มีการออกแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ไว้ในกฎกระทรวง โดยให้นำปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับรายการโทรทัศน์ อาทิ ช่องทางและพื้นที่ในการละเมิด ประเภทของรายการโทรทัศน์ ความเก่า-ใหม่ จำนวนตอน อัตราความนิยม (เรตติ้ง) ในรายการโทรทัศน์ ราคาขายและจำนวนนาทีในการโฆษณา จำนวนผู้รับชมและเข้าถึงงาน และมูลค่าชื่อเสียงทางการค้า มาใช้ประกอบการพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วย

อนุมัติ: _____

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

Sonsa-ad, N. LL.M., June 2020, Graduate School, Bangkok University.
Legal Consideration Relating to Broadcasting Work in Television Business: A Study of Damages Determination in Copyright Infringement Cases (205 pp.)
Thesis Advisor: Wanwipar Puasiri, Ph.D.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study varied types of damages that may cause by Copyright infringement of broadcasting work in television business. The television copyrighted work is important in the economy and society. Television business provides news and entertainment to the society which is worth an economic value of tens billions Baht. Nowadays, Communication Technology have been developed and progressed rapidly. This leads to Copyright infringement in the television broadcasting business easily, quickly, and broadly covering area all over the world. For instance, copyright infringement by broadcasting or rebroadcasting on the Internet.

The study found that Section 64 of the Copyright Act B.E. 2537 (1994), rules and process of determining damages are unclear and cannot be used as norm for determining the value of the damages for copyright infringement in Thailand. Meanwhile, the laws of the United Kingdom, the United States, and Germany have clearer provisions and guidelines than Thai law. For examples, there are the principle of compensation from account of profits offenders, statutory damages, and punitive damages including the determination of the burden of proof. A defendant has the burden of proof to refute in some cases too.

The researcher proposes the amendment of Section 64 of the Copyright Act B.E. 2537 (1994) including proposing guidelines for determining the value of damages in cases of copyright infringement in television broadcasting business as Ministerial Regulations by taking related factors to television programs in to account such as platform infringement, territories infringement, type of TV programs, old-new of TV programs, number of episodes, popularity rate (rating) on TV programs, selling price

and advertising minutes, the number of viewers and access to work and the value of trade reputation. All these factors can be used to determine the value of damages as well.

BANGKOK UNIVERSITY • FOUNDED 1962 •

Approved: _____

Thesis Advisor

กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องทุกท่านในกระบวนการการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการโทรทัศน์และผู้ที่สนใจทุกท่าน

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.วรรณวิภา พัวศิริ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาผู้ซึ่งให้คำแนะนำและความช่วยเหลือแก่ข้าพเจ้าในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีเสมอมา และขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สุจินต์ เจนพาณิชพงศ์ และท่านอาจารย์ ดร.ปวริศร เลิศธรรมเทวี ที่กรุณาให้คำแนะนำและแนวคิดในแง่มุมต่าง ๆ ที่มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อการวิจัยเป็นอย่างยิ่ง รวมถึงขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.จิรศักดิ์ รอดจันทร์ และรองศาสตราจารย์ ดร.อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์ ที่ได้กรุณาให้คำชี้แนะที่เป็นประโยชน์เป็นอย่างมากแก่ผู้วิจัย

ขอขอบคุณผู้บังคับบัญชาและผู้ร่วมงานทุกท่านที่ บริษัท แม็ทชิ่ง แม็กซีไมซ์ โซลูชั่น จำกัด (มหาชน) ที่ได้มอบโอกาสและสิ่งดี ๆ ให้แก่ข้าพเจ้าขอขอบคุณ คุณเอกรัฐ คงมี หัวหน้าสายงานกฎหมายธุรกิจ ช่อง 7 HD ที่ได้ให้โอกาสในการสัมภาษณ์แบบเจาะลึกและได้แบ่งปันมุมมองที่เป็นประโยชน์

นอกจากนี้ผู้วิจัยขอขอบคุณสำหรับความรัก กำลังใจที่ดีเสมอมาจากครอบครัวคุณพ่อถนอม รักงาม คุณแม่สุปรานี สอนสะอาด บิดามารดาผู้ให้โอกาสและอนาคตทางการศึกษาแก่ผู้วิจัย รวมถึงคุณวรกิตต์ คฤหสันติ ภรรยาของผู้วิจัยที่เป็นกำลังใจให้แก่ผู้วิจัยมาโดยตลอด

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขออภัย และขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณณฐ สอนสะอาด

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
สารบัญตาราง	ญ
สารบัญภาพ	ฎ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการวิจัย	6
1.3 สมมติฐานในการศึกษาวิจัย	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	7
1.5 วิธีในการศึกษาวิจัย	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย	8
1.7 คำนิยามศัพท์เฉพาะ	9
บทที่ 2 ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย	11
2.1 แนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์	11
2.2 แนวความคิดและเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิข้างเคียง	14
2.3 ความสัมพันธ์และความแตกต่างระหว่างลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง	16
2.4 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์	18
2.5 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ	21
2.6 งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์	34
2.7 การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์	64
บทที่ 3 ลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิด และเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและศาลต่างประเทศ	67
3.1 ความหมายทั่วไปของค่าเสียหาย	67
3.2 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีละเมิด	68
3.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการได้ผลประโยชน์โดยมิชอบของผู้กระทำผิด	82

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 3 (ต่อ) ลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิด และเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและศาลต่างประเทศ

3.4 การเยียวยาในทางหลีกเลี่ยงความเสียหาย 88

3.5 แนวความคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ 89

3.6 เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและต่างประเทศ 96

3.7 เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลต่างประเทศ 107

บทที่ 4 ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยปัญหาที่เกี่ยวข้องและบทวิเคราะห์ 137

4.1 หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย 137

4.2 แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 147

4.3 แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ 150

4.4 ปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและบทวิเคราะห์ 154

4.5 ปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ 169

บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ 176

5.1 บทสรุป 176

5.2 ข้อเสนอแนะ 185

บรรณานุกรม 195

ประวัติเจ้าของผลงาน 205

ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ในวิทยานิพนธ์

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 3.1: สรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา 121
ตารางที่ 3.2: สรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ 130
ตารางที่ 3.3: สรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี 136

BANGKOK UNIVERSITY FOUNDED 1962

สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 2.1: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบภาคพื้นดิน (Terrestrial Television)	39
ภาพที่ 2.2: ตัวอย่างการแพร่สัญญาณผ่านระบบเคเบิล (Cable Television)	40
ภาพที่ 2.3: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบดาวเทียม (Satellite Television)	40
ภาพที่ 2.4: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบอินเทอร์เน็ต (Internet Television)	42
ภาพที่ 2.5: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโปรโตคอล (Internet Protocol Television)	43
ภาพที่ 2.6: การเผยแพร่สัญญาณผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Television)	44
ภาพที่ 2.7: ราคาโฆษณาของรายการโทรทัศน์ ช่วง Prime Time ของแต่ละสถานีโทรทัศน์	51
ภาพที่ 2.8: ภาพตัวอย่างข้อมูลการรับชมของผู้ชมรายการโทรทัศน์	56
ภาพที่ 2.9: ภาพตัวอย่างการคำนวณจำนวนครั้งหรือความถี่โดยเฉลี่ย (Frequency)	56
ภาพที่ 2.10: ภาพตัวอย่างข้อมูลเปอร์เซ็นต์คนดูที่เห็นโฆษณาโดยไม่นับซ้ำคนเดิม (Reach)	57
ภาพที่ 2.11: ตารางแสดงอันดับเรตติ้งทีวีดิจิทัล ประจำปี 2561	59
ภาพที่ 2.12: รายได้ทีวีดิจิทัล ประจำปี 2561	60
ภาพที่ 2.13: มูลค่าสิทธิในการแพร่ภาพและเสียงรายการกีฬา	63

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันนี้ การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพที่เหมาะสมเป็นประเด็นปัญหากฎหมายที่ได้รับความสนใจและได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากหลายฝ่าย ทั้งในแง่การได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ขอบเขตการละเมิดลิขสิทธิ์ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ และการเยียวยาแก้ไขหรือยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ[1] ที่สำคัญประเภทหนึ่ง คือ งานแพร่ภาพแพร่เสียงในกิจการโทรทัศน์[2] ซึ่งเป็นกิจการที่มีความสำคัญกับสังคมเพราะกิจการประเภทนี้ได้ทำหน้าที่ให้ข้อมูลข่าวสารความรู้ ความบันเทิงการกีฬา แก่ประชาชนด้วยความรวดเร็วฉับไวและสามารถสื่อสารได้หลากหลายรูปแบบอีกทั้งความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้การแพร่เสียงแพร่ภาพออกสู่สาธารณชนได้กว้างและไกลมากขึ้นครอบคลุมทุกพื้นที่ในโลกเห็นได้จากการแพร่เสียงแพร่ภาพ ทางวิทยุ โทรทัศน์ ดาวเทียม รวมไปถึงการติดต่อสื่อสารผ่านทางอุปกรณ์ชนิดอื่น ๆ ตามเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นมาใหม่ อาทิ โทรศัพท์เคลื่อนที่ อินเทอร์เน็ต เป็นต้น ซึ่งนอกจากจะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างมากแล้ว ยังมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจระหว่างประเทศด้วย

อย่างไรก็ตามกระบวนการที่จะทำให้เกิดการแพร่เสียงแพร่ภาพได้นั้น จำต้องลงทุน ลงแรงทั้งในด้านเงินทุน การสร้างสรรค์งานอย่างเป็นระบบอย่างมาก และยังต้องอาศัยความร่วมมือร่วมใจในการสร้างสรรค์งานของผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่าย จึงนับได้ว่าการดำเนินงานของผู้ประกอบการองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นสมควรที่จะต้องให้ความคุ้มครองในฐานะผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพด้วย ด้วยเหตุผลและความสำคัญของงานแพร่เสียงแพร่ภาพข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงได้ให้ความคุ้มครองแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยกำหนดให้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งใน 9 ประเภทที่ได้รับความคุ้มครองตามที่มาตรา 4 และมาตรา 6 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537[3]

ประเด็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อการสร้างแรงจูงใจในการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ คือ การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์อย่างแพร่หลาย รวดเร็ว และครอบคลุมพื้นที่การ

---

[1] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[2] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543.

[3] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

แพร่เสียงแพร่ภาพทั่วโลกอย่างกว้างขวางและยากต่อการยับยั้ง รวมทั้งขาดแนวทางการเยียวยาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เหมาะสม การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ รวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์โดยมิชอบ ทั้งที่กระทำไปเพื่อประโยชน์ใช้สอยส่วนตนและที่กระทำไปเพื่อประโยชน์ใช้สอยในเชิงพาณิชย์อันจะส่งผลกระทบต่อรายได้และผลประโยชน์ของผู้ประกอบการองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ทำให้ผู้ประกอบการองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพได้รับความเสียหายและสูญเสียรายได้ที่ควรได้รับ ทั้งยังส่งผลกระทบไปถึงคุณภาพของการให้บริการ อันจะเป็นผลทำให้ความนิยมในรายการที่ถูกแพร่เสียงแพร่ภาพของกิจการโทรทัศน์ได้รับผลกระทบตามไปด้วย

ความนิยมในรายการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นถือเป็นอีกปัจจัยสำคัญในการกำหนดอัตราค่าโฆษณาสินค้าและบริการในกิจการโทรทัศน์ อีกทั้งถือเป็นรายได้หลักของผู้ประกอบการ ซึ่งมีมูลค่าสูงถึง 7.02 หมื่นล้านบาทในปี พ.ศ. 2562[4] ทำให้ผู้ประกอบการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นขาดแรงจูงใจที่เหมาะสมในการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพใหม่และมีคุณภาพ อันไม่สอดคล้องกับปรัชญาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นการกระทำละเมิดต่องานแพร่เสียงแพร่ภาพจึงเป็นการกระทำที่ทำให้ความสามารถของผู้ประกอบการองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพในการจัดหาหรือผลิตและสร้างสรรค์เนื้อหา (Content) ลดลง และทำให้ความสามารถในการจัดหาเนื้อหาที่มีคุณภาพก็พลอยลดน้อยลงไปด้วยท้ายที่สุดความเสียหายจะเกิดกับสังคมที่ทำให้ขาดรายการที่ดี มีสาระและคุณภาพไป

ดังนั้น เมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น การให้ความคุ้มครองและการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเหมาะสม เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีขึ้นด้วยโดยการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการที่งานสร้างสรรค์ถูกกระทำละเมิดนั้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีการบัญญัติเรื่องค่าเสียหายไว้ โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ

1) การได้รับค่าเสียหายในรูปของส่วนแบ่งค่าปรับโดยผลจากการดำเนินคดีอาญา โดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีเนื้อหาสาระ ดังนี้

มาตรา 76 ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น

---

[4] “นีลเส็น เผยเม็ดเงินโฆษณา 2562 โต 3% แตะ 1.24 แสนล้าน”, **ฐานเศรษฐกิจ** [Online], 15 มกราคม 2563. แหล่งที่มา https://www.thansettakij.com/content/business/418900.

เมื่อพิจารณาจากตัวบทในมาตรา 76 ข้างต้น จะพบว่ากฎหมายกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหายจากค่าปรับก็เพื่อตัดปัญหาความยุ่งยากในการพิสูจน์ค่าเสียหายอีกทั้งกฎหมายยังอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งเพิ่มเติมได้ด้วย

2) การได้รับค่าเสียหายโดยดำเนินคดีทางแพ่งที่เกินจากค่าปรับตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีเนื้อหาสาระ ดังนี้

มาตรา 64 ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีการวางแนวทางให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์รวมไปถึงให้ใช้ดุลยพินิจในการกำหนดให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายที่มากขึ้น (ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) ตามมาตรา 64 วรรคสอง[5] อีกด้วย โดยมีเหตุผลในการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว คือ เพื่อเป็นการลงโทษการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงกว่าปกติ ซึ่งผู้กระทำละเมิดกระทำโดยจงใจและทำให้สามารถเข้าถึงงานโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย และเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้ละเมิดรู้อยู่ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดแต่ยังจงใจขืนทำละเมิดอีกโดยไม่เกรงกลัวกฎหมายของบ้านเมือง ดังนั้นค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ จึงเป็นวิธีการที่ศาลกำหนดให้ค่าเสียหายในเชิงทดแทนและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษผู้ละเมิดด้วย

ทั้งนี้ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายเคยได้ดำเนินคดีอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีที่เกี่ยวข้องดังกล่าวนี้และเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับส่วนแบ่งค่าปรับกึ่งหนึ่งในคดีอาญานั้นมาแล้ว[6] ศาลในคดีแพ่งจะพิจารณาปรับลดจำนวนของค่าเสียหายในคดีแพ่งลงโดยศาลจะถือว่าค่าปรับที่โจทก์ได้รับหรือมีสิทธิที่จะได้รับในคดีอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่ง[7] ด้วย

---

[5] มาตรา 64 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

[6] มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[7] คดีหมายเลขแดงที่ทป. 81/2544.

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ การที่เจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย จะขอให้ศาลสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายนั้นก็ตกเป็นหน้าที่ของผู้เสียหายในการพิสูจน์ ซึ่งแนวทางในการพิสูจน์ค่าเสียหายของงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ผู้เสียหายก็มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ค่าเสียหาย ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณา มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้วจะพบว่าบทบัญญัติข้างต้นไม่ได้แยกแยะค่าเสียหายที่เจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพพึงจะเรียกได้ จึงมีความเป็นไปได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพจะให้ความสำคัญกับการเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงส่วนนี้เป็นลำดับแรก ส่วนการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายยังคงประสบปัญหาในแนวทางการนำสืบอยู่ อันเนื่องมาจากตัวบทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายข้างต้นนั้นยังมีความไม่ชัดเจนและไม่มีกรอบการพิจารณาตัวบทที่แน่ชัดอีกทั้งกฎหมายยังมีเนื้อหาสาระในลักษณะที่เป็นนามธรรม[8] จึงทำให้เกิดปัญหาในการแยกแยะสิ่งที่ผู้เสียหายพึงจะเรียกได้จากผู้ทำละเมิด รวมไปถึงแนวทางในการตีความของศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายส่วนดังกล่าว เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายควรจะมีกรอบในการพิจารณาอย่างไรการสูญเสียประโยชน์นั้นควรจะเป็นการสูญเสียประโยชน์ที่ปรากฏเป็นรูปธรรมเท่านั้นหรือไม่อย่างไรและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นควรมีลักษณะอย่างไร

ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การพิจารณานำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ลงโทษกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ว่าจะพิจารณาคิดค่าเสียหายอย่างไร ซึ่งโดยลักษณะทั่วไปของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้น เป็นงานที่สาธารณชนเข้าถึงได้อย่างแพร่หลายอยู่แล้ว จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาในการตีความอีกเช่นกันว่า หากเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ศาลควรจะใช้แนวทางหรือหลักเกณฑ์ใดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษทุกกรณีหรือไม่ เพียงใด

เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 วรรคสอง ที่วางหลักว่า “ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง” เพราะแม้ มาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้อนุญาตให้ศาลใช้ดุลพินิจในการ

---

[8] เมธาวี สาระไทย, **ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ: ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียงวีดีทัศน์ซีดีและวีซีดี** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), 231.

กำหนดค่าเสียหายตามที่ศาลเห็นสมควรหากว่าศาลไม่มีแนวทางที่ชัดเจน หรือยังขาดความเข้าใจถึงระบบกลไกตลาด วิธีการหารายได้ เทคโนโลยีที่ใช้ในการแพร่เสียงแพร่ภาพ ต้นทุนการผลิตต้นทุนค่าลิขสิทธิ์ ฯลฯ อย่างดีพอแล้วการกำหนด ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นอาจไม่เหมาะสมและเป็นธรรมได้

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรศึกษาเพื่อกำหนดประเภทค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่จำเป็นซึ่งเกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์รวมทั้งหาแนวทางที่เหมาะสมและเป็นธรรมในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์รวมไปถึงการศึกษา และเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ ทฤษฎี หลักการ และแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีบทบัญญัติและแนวทางที่ใช้ในการให้สิทธิ์ผู้เสียหายหรือเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ์เรียกเอาส่วนกำไร (Account of Profit) จากผู้ที่ทำละเมิดได้หากว่าค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นน้อยกว่าส่วนกำไรของผู้ละเมิดได้รับจากการละเมิด[9]

ดังนั้น จึงควรศึกษาบทบัญญัติและคำพิพากษาเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของไทย โดยที่ขอบเขตของการวิจัยจะจำกัดอยู่ที่ค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ และศึกษามาตรการการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษควรนำมาใช้ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพด้วยหรือไม่และเพียงใด ทั้งนี้งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ เป็นงานที่ถูกกระทำละเมิดอย่างสูงในปัจจุบันโดยที่ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ตามเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้น อาทิ การนำสัญญาณไปแพร่ภาพต่อในระบบอินเทอร์เน็ตโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของงาน การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพและนำไปแพร่ภาพซ้ำ เป็นต้น

---

[9] **Please see title 17 of the United States code sec. 504. - Remedies for infringement: Damages and profits** [Online], 28 January 2019. Available from https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/504.

1.2 วัตถุประสงค์ในการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์เรื่องการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี

1.2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวคิดเรื่องค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงทฤษฎีและแนวคิด รวมถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของข้อตกลงระหว่างประเทศและของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี

1.2.4 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี

1.2.5 ศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางของศาลทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.2.6 ศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางของศาลทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.2.7 เสนอแนะวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆและค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นเพื่อใช้เป็นมาตรฐานและแนวทางสำหรับศาลและเจ้าของลิขสิทธิ์งานงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์เพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายดังกล่าว ที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ ทฤษฎี แนวคิด หลักการ และแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อสร้างความเป็นธรรมและเหมาะสมทั้งกับเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิดในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.3 สมมติฐานในการศึกษาวิจัย

ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ศาลไทยมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นแนวทางเยียวยาความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์และผู้ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นอยู่แล้ว

แต่ในทางปฏิบัติยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและชัดเจนเกี่ยวกับประเภทของค่าเสียหายที่พึงได้รับ วิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเป็นตัวเงิน หรือแนวทางการเยียวยาความเสียหายในทางอื่นใดที่มิใช่ตัวเงิน รวมทั้งวิธีการและแนวทางการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายอื่นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวางแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอื่นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมถึงการเสนอให้มีการกำหนดบรรทัดฐานและแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์โดยเฉพาะ

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดำเนินการวิจัยโดยค้นคว้าข้อมูลจากหนังสือบทความเอกสารอินเทอร์เน็ตและคำพิพากษาของศาลไทย และศาลต่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี เพื่อนำแนวคิดและข้อมูลต่าง ๆ มาทำการวิเคราะห์ โดยจะเริ่มศึกษาจากลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์ สิทธิข้างเคียง เหตุผลในการคุ้มครอง แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์ การละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีทั่วไป ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ประเภทของกิจการโทรทัศน์ การบริหารจัดการกิจการโทรทัศน์ การหารายได้ การสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์ มูลค่าทางเศรษฐกิจของกิจการโทรทัศน์ และลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

หลังจากนั้นจะทำการศึกษาถึงทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ของอนุสัญญาระหว่างประเทศ อาทิ ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (TRIPs) และการเยียวยาความเสียหายตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม และอนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยการคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพรวมถึงศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และศาลไทย เพื่อให้ทราบถึงแนวทางและหลักการกำหนดจำนวนค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ศึกษา และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมทั้งศึกษาแนวทางในทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

ในส่วนตอนท้ายจะได้ทำการวิเคราะห์โดยนำแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาช่วยในการวิเคราะห์และสนับสนุนข้อเสนอแนะถึงแนวทางในการ

พิจารณาการกำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เหมาะสมและชัดเจน ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

1.5 วิธีในการศึกษาวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นการศึกษาและวิจัยในเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยจะศึกษาและค้นคว้าจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (TRIPs) และอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม และอนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยการคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายและกฎหมายอันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี ตำราทางกฎหมาย เว็บไซต์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะศึกษานี้รวมทั้งการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์เพื่อทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ด้วย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1.6.1 ได้รับความรู้เกี่ยวกับแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ ประวัติ เหตุผลการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ตลอดจนแนวความคิดและความหมายของงานแพร่เสียงแพร่ภาพรวมถึงเหตุผลของการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

1.6.2 ได้รับความรู้เกี่ยวกับแนวความคิดทางเศรษศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์

1.6.3 ได้ทราบถึงลักษณะที่สำคัญของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ประเภทของกิจการโทรทัศน์ ตลอดจนการหารายได้ของกิจการโทรทัศน์ รายการโทรทัศน์ และการสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์

1.6.4 ได้ทราบถึงค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์

1.6.5 ได้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.6.6 ได้ทราบถึงแนวทางของศาลทั้งศาลไทย และศาลต่างประเทศที่จะทำการศึกษาข้างต้นเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.6.7 ได้ทราบถึงแนวทางของศาลทั้งศาลไทย และศาลต่างประเทศเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.6.8 ทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.6.9 ทำให้ทราบถึงแนวความคิด เหตุผล ทฤษฎี เกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

1.7 คำนิยามศัพท์เฉพาะ

1.7.1 ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่ผู้เดียวที่กฎหมายรับรองให้ผู้สร้างสรรค์กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ตนได้ทำขึ้น อันได้แก่ สิทธิที่จะทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกโฆษณา ไม่ว่าในรูปลักษณะอย่างใด หรือวิธีใด รวมทั้งอนุญาตให้ผู้อื่นนำงานนั้นไปทำเช่นว่านั้นด้วย

1.7.2 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายถึง งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน[10]

1.7.3 กิจการโทรทัศน์ หมายถึง กิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์[11]

1.7.4 เรตติ้งรายการโทรทัศน์ หมายถึง ตัวเลขที่แสดงถึงอัตราความนิยมที่ประชาชนมีต่อรายการโทรทัศน์รายการใดรายการหนึ่ง โดยวัดจากอัตราส่วนในรูปแบบร้อยละของบ้านที่เปิดรับรายการเปรียบเทียบกับครัวเรือนที่มีเครื่องรับทั้งหมด

1.7.5 ละเมิด หมายถึง การกระทำใด ๆ ของบุคคลหรือการกระทำที่อยู่ในความรับผิดชอบของบุคคล อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ผู้ได้รับความเสียหายนั้นชอบที่จะได้รับการเยียวยา

---

[10] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[11] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553.

โดยการเรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทน หรือเรียกร้องให้ผู้ละเมิดปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติในลักษณะอื่น ๆ แล้วแต่กรณี

1.7.6 การละเมิดลิขสิทธิ์ หมายถึง การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เผยแพร่ ดัดแปลง ทำซ้ำ โดยผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อนุญาต

1.7.7 ค่าเสียหาย หมายถึง ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นตัวเงินที่ศาลเป็นผู้กำหนดให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหาย เนื่องมาจากการกระทำของบุคคลใด ๆ ที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผิดกฎหมาย

BANGKOK UNIVERSITY FOUNDED 1962

บทที่ 2
ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย

ในบทนี้จะศึกษาถึงลักษณะที่สำคัญของลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และศึกษาถึงความคาบเกี่ยวกันระหว่างงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น นอกจากนี้ยังจะได้ทำการศึกษาถึงความเป็นมาและรูปแบบของกิจการโทรทัศน์ ลักษณะทั่วไปของกิจการโทรทัศน์ รูปแบบการแพร่เสียงแพร่ภาพ ประเภทของกิจการโทรทัศน์ การจัดหารายได้ในกิจการโทรทัศน์ พร้อมกันนี้จะศึกษาถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นของการละเมิดภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยที่เน้นและมุ่งเสนอถึงสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ รวมถึงการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นในงานประเภทดังกล่าวเป็นหลัก แนวคิดและแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย เพื่อให้ผู้ศึกษาได้มีความเข้าใจลักษณะพื้นฐานและความเชื่อมโยงกันระหว่างงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์และหลักการทางเศรษฐศาสตร์

2.1 แนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์

2.1.1 เหตุผลการคุ้มครองลิขสิทธิ์

เหตุผลของการให้ความคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์ สามารถแบ่งได้เป็น 4 ประการ ดังต่อไปนี้

1) เหตุผลทางด้านความเป็นธรรมตามธรรมชาติ

กล่าวคือ เมื่อผู้สร้างสรรค์เป็นผู้คิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมา เขาย่อมได้รับประโยชน์จากสิ่งที่เขาคิดสร้างสรรค์ และควรป้องกันไม่ให้ผู้อื่นนำงานของเขาไปใช้โดยที่ผู้สร้างสรรค์ไม่ได้อนุญาต

2) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ

กล่าวคือ การสร้างสรรค์งานบางอย่างจำเป็นต้องใช้การลงทุนที่สูง เมื่อผู้สร้างสรรค์ได้ลงทุนไปแล้ว ผู้สร้างสรรค์ก็ควรจะได้รับประโยชน์จากการที่เขาได้ลงทุนไป

3) เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม

กล่าวคือ งานที่ได้สร้างสรรค์และแสดงออกมานั้นถือได้ว่า เป็นงานสร้างสรรค์ที่สะท้อนให้เห็นวัฒนธรรมของชาตินั้น ๆ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงของสังคมงานสร้างสรรค์นั้นจึงถือเป็นเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติ

4) เหตุผลทางด้านสังคม

กล่าวคือ การเผยแพร่ของงานสร้างสรรค์ไปสู่คนจำนวนมากจะทำให้เกิดความเชื่อมโยงกันได้ระหว่างคนในชาติ เพราะลิขสิทธิ์เป็นงานสร้างสรรค์ที่ถูกนำเสนอต่อสังคมทำให้เกิดการ

ติดต่อสื่อสารกันของผู้คนที่สังคมผ่านงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ทั้งนี้ การให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์จึงทำให้สังคมมีความมั่นคงและเป็นการสร้างความก้าวหน้าให้กับสังคมได้และเมื่อลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้นหมดไปตามกำหนดอายุความคุ้มครอง งานสร้างสรรค์นั้นก็จะกลายเป็นงานสาธารณะซึ่งสังคมสามารถใช้ประโยชน์ได้

2.1.2 ระบบลิขสิทธิ์ที่สำคัญ

ระบบลิขสิทธิ์ที่สำคัญ แบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ดังต่อไปนี้

1) ระบบของสิทธิของผู้ประพันธ์หรือระบบภาคพื้นยุโรป

ระบบสิทธิของผู้ประพันธ์นี้ ถือว่างานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะเป็นสิ่งสะท้อนสติปัญญาและตัวตนของผู้สร้างสรรค์โดยเฉพาะ และเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์งาน และเมื่อเป็นสิทธิเฉพาะตัวแล้ว ผู้สร้างสรรค์เท่านั้นที่มีสิทธิที่จะพิจารณาว่า งานที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นควรจะนำออกให้สาธารณชนได้รับรู้เมื่อใด รวมถึงมีสิทธิตัดสินใจว่าถ้าจะนำงานออกมาให้ปรากฏแล้ว ควรจะออกมาในรูปแบบใด ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเขาและต้องเป็นที่ยอมรับเสมอไป[1] จึงเห็นได้ว่าระบบสิทธิของผู้ประพันธ์นี้ มุ่งเน้นที่สิทธิในธรรมหรือธรรมสิทธิ์ (Moral Right) ของผู้สร้างสรรค์

จากแนวคิดข้างต้นทำให้เกิดผลที่สำคัญ คือ ธรรมสิทธิ์นี้จะมีได้ก็แต่ในบุคคลธรรมดาเท่านั้น และไม่อาจมีได้ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ดังนั้นแนวความคิดของระบบสิทธิของผู้ประพันธ์จึงไม่อาจยอมรับให้บริษัทผู้สร้างภาพยนตร์ บริษัทผู้บันทึกแผ่นเสียง หรือบริษัทผู้แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นผู้ทรง “สิทธิของผู้ประพันธ์” ได้ เพราะถือว่าองค์กรเหล่านี้เป็นเพียงผู้ใช้งานเท่านั้นไม่ใช่ ผู้สร้างสรรค์โดยตรง ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดแนวความคิดเรื่องสิทธิข้างเคียง (Neighbouring Right) ซึ่งหมายถึงสิทธิที่เกี่ยวพันกับสิทธิของผู้ประพันธ์งานขึ้นมา และมักจะใช้ในรูปของสิทธินักแสดง สิทธิของผู้ผลิตแผ่นเสียง และสิทธิขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ[2]

2) ระบบสิทธิในการทำสำเนาหรือระบบแองโกลแซกซัน

ระบบสิทธิในการทำสำเนาหรือระบบแองโกลแซกซัน ให้ความสำคัญว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางปฏิเสธ (Negative) กล่าวคือ มิใช่สมมติฐานว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง แต่กลับเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะห้ามบุคคลอื่นมิให้ทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง[3] โดยเป็นสิทธิที่ป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทำซ้ำ หรือลอกเลียนแบบงานของผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ระบบนี้จึงมุ่งเน้นที่สิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ทั้งนี้ ปรัชญาทั่วไปของ

---

[1] คนึง ฦๅไชย, **“หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์” ในหลักกฎหมายบางเรื่อง** (กรุงเทพฯ: ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2528), 64-65.

[2] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 16-18.

[3] คนึง ฦๅไชย, **“หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์” ในหลักกฎหมายบางเรื่อง,** 235-236.

สิทธิในการทำสำเนามีหลักอยู่ว่า ใครก็ตามที่ริเริ่มสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา และได้ลงทุนไปในการสร้างและการขายย่อมต้องได้รับความเสี่ยงภัยทางการเงินอัน เนื่องจากการนั้น ฉะนั้นบุคคลนั้นควรมีสิทธิเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากงานนั้นได้

2.1.3 ลักษณะที่สำคัญของลิขสิทธิ์

ลักษณะพื้นฐานที่สำคัญของลิขสิทธิ์ โดยทั่วไปมีลักษณะพื้นฐานสำคัญอยู่ 4 ประการ ดังนี้

1) เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว

เจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่เป็นผู้มีสิทธิในการใช้ผลงานสร้างสรรค์ เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน รวมถึงมีอำนาจห้ามบุคคลอื่น ๆ ไม่ให้ละเมิดสิทธิของตนได้ด้วย

2) เป็นสิทธิที่มีมูลค่าและเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน

กระบวนการของการได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เกิดจากการคิดสร้างสรรค์ การลงแรง การลงทุนต่าง ๆ ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการดังกล่าวล้วนมีต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการผลิตและสร้างสรรค์ทั้งสิ้น ดังนั้น การได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจึงมีต้นทุนทางเศรษฐกิจเป็นผลให้ลิขสิทธิ์นั้นมีมูลค่าในตัวเองเช่นนี้แล้ว เมื่อลิขสิทธิ์มีมูลค่า มีราคาและอาจถือเอาได้ จึงพิจารณาได้ว่าลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สิน[4] ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายลักษณะทรัพย์ที่มีหลักสำคัญว่า ทรัพยสิทธิเป็นสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินหรือที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์โดยตรง[5] และย่อมใช้อ้างยันต่อบุคคลทั่วไปได้ทั้งโลก[6]

3) ลิขสิทธิ์เป็นสหสิทธิ

ลิขสิทธิ์เป็นสหสิทธิ เนื่องจากลิขสิทธิ์ เป็นที่รวมสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการทำซ้ำ สิทธิในการดัดแปลง สิทธิ์ในการเผยแพร่ต่อสาธารณะชน ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จึงอาจจะโอนหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิทั้งหมดรวมกันหรือแยกกันก็ได้

4) ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่มีเวลาจำกัด

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดให้งานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทมีอายุความคุ้มครองตามระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นจะ

---

[4] มาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า “ทรัพย์สินหมายความรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”.

[5] บัญญัติ สุชีวะ, **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2559), 60.

[6] ศรีราชา เจริญพานิช, **กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), 81.

ไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป อันมีผลให้งานนั้นตกเป็น “สาธารณสมบัติ” เช่น ในกรณีทั่วไปเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย[7] ในขณะที่งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานภาพถ่าย สิ่งบันทึกเสียงหรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพจะได้รับการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปีนับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก[8] จากการกำหนดอายุความคุ้มครองข้างต้น จะเห็นได้ว่าแม้ว่าลิขสิทธิ์จะกำหนดความคุ้มครองตามระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ก็มิใช่เป็นการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตลอดไป แต่เป็นการให้ความคุ้มครองที่มีเวลาจำกัด เช่นนี้ ลิขสิทธิ์จึงเป็นสิทธิที่มีเวลาจำกัด

2.2 แนวความคิดและเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิข้างเคียง

สิทธิข้างเคียงเป็นสิทธิที่เกิดจากงานสืบเนื่อง (Derivative Works) ซึ่งมีลิขสิทธิ์เป็นงานพื้นฐาน (Original Works) โดยให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ที่มิได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานโดยตรง แต่เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานสร้างสรรค์นั้นโดยการเป็นตัวกลางหรือสื่อกลาง (Intermediaries) เพื่อการนำงานลิขสิทธิ์ออกสู่สาธารณชน โดยใช้สติปัญญาหรือความสามารถของตน[9] เช่น นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นต้น ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบาทหน้าที่และความสำคัญของบุคคลและองค์กรเหล่านี้แล้ว บุคคลและองค์กรเหล่านี้ควรจะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นของตนเองเพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายจากบุคคลอื่น อันเนื่องมาจากการที่บุคคลหรือองค์กรเหล่านั้นทำหน้าที่เป็นตัวกลางหรือสื่อกลางในขณะที่มีการสื่อสารงานต่อสาธารณะดังนั้น จึงมีสิทธิอยู่ 3 ประเภท ซึ่งเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่า หมายถึง “สิทธิข้างเคียง” คือ 1) สิทธิของนักแสดงในงานการแสดง 2) สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (งานโสตทัศนวัสดุ) และ 3) สิทธิขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพในรายการวิทยุหรือโทรทัศน์

2.2.1 เหตุผลการคุ้มครองสิทธิข้างเคียง

การที่นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ให้ออกสู่สาธารณชนได้นั้น จะเห็นได้ว่าการทำหน้าที่ดังกล่าว หลายครั้งจำเป็นต้องลงทุน ลงแรง ทั้งในด้านเงินทุน การสร้างสรรค์งาน การจัดการและการวางแผนที่เป็นระบบอย่างมาก ถือได้ว่าการดำเนินการของบุคคลและองค์กรข้างต้นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการเป็นสื่อกลางในการสื่อสารงานสร้างสรรค์นั้นระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสาธารณชน สมควรที่จะต้องให้ความ

---

[7] มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[8] มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[9] ยรรยง พวงราช, “ทรัพย์สินทางปัญญา: ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ”, **บทบัณฑิตย์** 54, 1(มีนาคม.-มิถุนายน 2541): 30.

คุ้มครองสิทธิ จึงก่อให้เกิดแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลหรือองค์กรเหล่านี้ขึ้น โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่ข้างเคียงหรือสิทธิที่เกี่ยวเนื่องกับลิขสิทธิ์ (Related Rights) ให้ได้รับการคุ้มครองในระดับที่ต่ำกว่าลิขสิทธิ์ หรือเป็น "สิทธิกึ่งลิขสิทธิ์" (Quasi Copyright)[10] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การคุ้มครองสิทธิข้างเคียงไม่ได้ให้ความสำคัญกับผู้สร้างสรรค์ แต่เป็นการคุ้มครองการลงทุนเมื่อเผยแพร่งานสู่สาธารณชน[11]

2.2.2 ลักษณะที่สำคัญของสิทธิข้างเคียง

สิทธิข้างเคียงมีลักษณะที่สำคัญหลัก ๆ เหมือนดังเช่นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนี้

1) สิทธิข้างเคียงเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว

สิทธิข้างเคียงมีลักษณะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว เช่นเดียวกันกับงานอันมีลิขสิทธิ์ อาทิ นักแสดงมีสิทธิในการป้องกันมิให้งานการแสดงถูกบันทึก[12] ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงมีสิทธิที่จะอนุญาตหรือห้ามการทำซ้ำ จากสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ มีสิทธิที่จะอนุญาตหรือห้ามการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ อันมีลักษณะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของสิทธิข้างเคียงนั้น ๆ

2) สิทธิข้างเคียงเป็นสิทธิที่มีมูลค่าและเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน

สิทธิข้างเคียงเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน เห็นได้จากนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ มีสิทธิในการแสวงหาประโยชน์อันเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินหลายประการ อาทิ นักแสดงมีสิทธิในการเรียกเอาค่าตอบแทนในการนำบันทึกการแสดงของตนที่ตนแสดงไปไปเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นต้น โดยสิทธิดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง แต่อาจมีราคาและถือเอาได้ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) สิทธิข้างเคียงเป็นสหสิทธิ

นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ มีสิทธิตามกฎหมายหลายประการไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการป้องกันมิให้งานการแสดงถูกบันทึก สิทธิที่จะอนุญาตหรือห้ามการทำซ้ำจากสิ่งบันทึกเสียง หรือสิทธิที่จะอนุญาตหรือห้ามการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ เป็นต้น มีเพียงสิทธินักแสดงเท่านั้น ที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความคุ้มครองในฐานะสิทธิข้างเคียง[13] ส่วนผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ได้รับการคุ้มครองในฐานะผู้สร้างสรรค์งาน

---

[10] Cornish, W. R., **Intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights**, (London: Sweet & Maxwell, 1996), 325.

[11] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, "แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา", **วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช** 13, 1(มกราคม- เมษายน 2543): 113.

[12] มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[13] มาตรา 44-53 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

อันมีลิขสิทธิ์[14] จึงถือได้ว่าสิทธิข้างเคียงเป็นสหสิทธิ

4) สิทธิข้างเคียงเป็นสิทธิที่มีเวลาจำกัด

สิทธิข้างเคียงมีการจำกัดอายุแห่งการคุ้มครองเช่นเดียวกับงานลิขสิทธิ์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดอายุแห่งการคุ้มครองสิทธิในลักษณะเดียวกันคือ นักแสดงซึ่งได้รับการคุ้มครองในฐานะสิทธิข้างเคียง จะมีอายุแห่งการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปี นับแต่วันสิ้นปีปฏิทินของปีที่มีการแสดง[15] ส่วนผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งได้รับการคุ้มครองในฐานะผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ มีอายุแห่งการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปี นับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น[16]

2.3 ความสัมพันธ์และความแตกต่างระหว่างลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง

2.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง

ความสัมพันธ์ระหว่างลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง สามารถอธิบายได้ว่า การดำเนินการหรือทำหน้าที่ของบุคคลหรือองค์กรต่อไปนี้ อันได้แก่ นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะสิทธิข้างเคียงมักจะเป็นงานที่มีการแสดง การเปลี่ยนรูป การปรับปรุงแก้ไข หรือเพิ่มเติมงานสร้างสรรค์ที่มีหรือปรากฏอยู่ก่อนแล้ว อาทิ นักแสดงจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อได้ทำการแสดงงานที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว เช่น งานวรรณกรรม หรือศิลปกรรม ส่วนงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยทั่วไปมักจะประกอบไปด้วยการแสดงงานวรรณกรรม หรือศิลปกรรมที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว

2.3.2 ความแตกต่างระหว่างลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง

แม้ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงมีลักษณะแห่งสิทธิที่ใกล้เคียงหรือมีความเกี่ยวเนื่องกัน และได้รับความคุ้มครองอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับเดียวกันก็ตาม อย่างไรก็ดี ก็ยังคงมีความแตกต่างกันในหลายประการ ดังนี้

1) สภาพบุคคลของเจ้าของสิทธิคนแรก

งานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมเกิดจากผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา เจ้าของสิทธิคนแรกจึงเป็นบุคคลธรรมดา เว้นแต่กรณีการเป็นผู้สร้างสรรค์โดยการรับจ้างบุคคลอื่น เจ้าของสิทธิคนแรกอาจเป็นของนิติบุคคล ส่วนสิทธิข้างเคียงเป็นสิทธิของบุคคลซึ่งมิได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานโดยตรง แต่เป็นสื่อกลางในการนำงานออกเผยแพร่ ซึ่งอาจต้องใช้เงินลงทุนและลงแรงมากพอสมควร จึงจะ

---

[14] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[15] มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[16] มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

สามารถนำงานออกสู่การรับรู้ของสาธารณชนได้ เช่น องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ดังนั้น เจ้าของสิทธิคนแรกส่วนใหญ่จึงเป็นนิติบุคคล

2) การมีธรรมสิทธิ์

ผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาสามารถทรงธรรมสิทธิ์ได้โดยไม่มีข้อสงสัย แต่สำหรับผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น มีความเห็นแตกต่างออกเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่านิติบุคคลอาจได้รับหรือทรงธรรมสิทธ์ได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา[17] แต่ฝ่ายที่สอง เห็นว่านิติบุคคลไม่อาจได้รับหรือทรงธรรมสิทธิ์ได้[18] ส่วนสิทธิข้างเคียงนั้น ก็มีความเห็นแตกแยกออกเป็น 2 ฝ่ายเช่นกัน โดยฝ่ายแรก เห็นว่าเจ้าของสิทธิข้างเคียงที่ไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์ด้วยไม่อาจทรงธรรมสิทธิ์ได้[19] โดยไม่คำนึงว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่ฝ่ายที่สอง พิจารณาในแง่ของการเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล จึงเห็นว่าเจ้าของสิทธิข้างเคียง ส่วนใหญ่ล้วนเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงไม่อาจได้รับหรือทรงธรรมสิทธิ์ได้เลย เว้นแต่นักแสดง (Performers) เท่านั้นที่อาจได้รับธรรมสิทธิ์ได้[20] เป็นต้น

3) ขอบเขตแห่งสิทธิ

ลิขสิทธิ์นั้นขอบเขตแห่งสิทธิเน้นไปที่สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ของผู้สร้างสรรค์ในการแสวงหาประโยชน์ อันได้แก่ ทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ตลอดจนห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าวโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างขวางมาก แต่สิทธิข้างเคียงนั้นจะเน้นไปที่สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทน (Right Remuneration) ในการนำงานออกแสดงต่อสาธารณชน ซึ่งครอบคลุมเฉพาะสิทธิ 3 ประเภท ได้แก่[21] สิทธิในการทำซ้ำ สิทธิในการนำออกแสดงต่อสาธารณะ และสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพเท่านั้น

4) ระดับการให้ความคุ้มครองสิทธิ

สิทธิข้างเคียงมีระดับการคุ้มครองที่ต่ำกว่าลิขสิทธิ์ กล่าวคือ เจ้าของสิทธิข้างเคียงมีแต่เพียงสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม เท่านั้น ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีสิทธิเด็ดขาดหลายอย่างในการแสวงหาประโยชน์ อันได้แก่ เช่น ทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ตลอดจนห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าวโดยมิได้รับอนุญาตก็ได้

---

[17] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, 30.

[18] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 20.

[19] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, 30.

[20] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์**, 20.

[21] Stewart, S. M., **International copyright and neighbouring rights,** 2nd ed. (London: Butterworths, 1989), 180.

5) อายุแห่งการคุ้มครองสิทธิ

ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองสิทธิตลอดอายุของผู้ สร้างสรรค์ และจะมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปี ภายหลังจากที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ส่วนสิทธิ ข้างเคียง โดยทั่วไปนั้นจะกำหนดอายุไว้สั้นกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น ในกรณีสิทธิของนักแสดง กฎหมาย กำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิของนักแสดงไว้เพียง 50 ปี นับแต่วันสิ้นปีปฏิทินของปีที่มีการ แสดงหรือ มีการบันทึกการแสดงเท่านั้น เป็นต้น

2.4 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์

ในช่วงเริ่มต้นของยุคที่มีการพัฒนาของอุตสาหกรรมสิ่งพิมพ์ สื่อสิ่งพิมพ์ได้รับความนิยมและ มีการเผยแพร่อย่างรวดเร็ว ในยุคนั้น หนังสือของ John Locke ที่ชื่อว่า “Two Treaties of Civil Government” มีเนื้อหาสาระที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ โดย John Locke เชื่อว่าปัจเจกชนทุกคนเป็นเจ้าของตัวตนของตนเอง ดังนั้น บุคคลย่อมจะต้องเป็นเจ้าของผลผลิต ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากแรงงานของตนด้วย (Every individual human is owner of his own person, so he is also the owner of the fruits of his labours)[22]

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1710 สมัยของพระราชินีแอน มีการตรากฎหมายฉบับแรกที่ถือว่าเป็นการ จัดระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (The Statute of Queen Anne, 1710) โดยเนื้อหาสาระของกฎหมาย ฉบับนี้ คือ การให้ความคุ้มครองงานประพันธ์ที่ได้จดทะเบียนกับบริษัทผู้ผลิตสิ่งพิมพ์[23] โดย The Statute of Queen Anne จะให้ความคุ้มครองงานประพันธ์ที่ตีพิมพ์และเผยแพร่แล้วเป็นเวลา 21 ปี แต่งานเขียนที่เผยแพร่หลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับจะได้การคุ้มครองเป็นเวลา 14 ปี โดยถ้าการคุ้มครอง 14 ปีผ่านไปแล้ว แต่ผู้เขียนยังคงมีชีวิตอยู่ กฎหมายจะให้ระยะเวลาคุ้มครองงาน เขียนต่อไปอีก 14 ปี[24]

2.4.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์

ในทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น การมีประสิทธิภาพทางเศรษฐศาสตร์ คือ การทำให้เกิดจุดสมดุลระหว่างสิทธิและประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผลประโยชน์ของสาธารณชน โดยจะต้องให้บรรลุวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ข้อ คือ 1) เพื่อคุ้มครองและรักษารวมทั้งการกระตุ้นการ

---

[22] Watt, R., **Copyright and economics theory: Friend or foes?,** (Chineham: Edward Elgar, 2000), 20.

[23] Ibid, 20.

[24] Norman, J., **The statute of Anne: The first copyright statute 1709** [Online], 4 February 2019. Available from http://www.historyofinformation.com/detail.php?entryid=3389.

สร้างสรรค์งานของคนในสังคมและ 2) เพื่อให้สินทรัพย์ทางวัฒนธรรมที่เกิดจากงานสร้างสรรค์นั้นได้ใช้กันอย่างแพร่หลายในสังคม[25]

ดังนั้น เมื่อนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาพิจารณาร่วมกับกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์แล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ มีทั้งบทบัญญัติที่ใช้เป็นเครื่องมือในการกระตุ้นให้บุคคลใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนในการคิดค้นและผลิตสิ่งต่าง ๆ ขึ้นมา กล่าวคือ มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของลิขสิทธิ์อันทำให้เกิดประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์ อันได้แก่ การทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ตลอดจนห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าวโดยมิได้รับอนุญาตในขณะเดียวกันก็มีบทบัญญัติที่ป้องกันการผูกขาดในการหาประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย กล่าวคือมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ไว้ เช่น ลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่าย โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ให้มีอายุความคุ้มครองอยู่เป็นเวลา 50 ปีนับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น ซึ่งหากพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้วงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น สาธารณชนก็สามารถใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้นได้

วิธีการในการพยายามสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลของเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์สาธารณะนั้นสามารถที่จะอธิบายให้พอเข้าใจได้ เช่น หากบุคคลใดต้องการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ วิธีการสร้างจุดสมดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสอง คือ การที่บุคคลนั้นจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ (Royalty) ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ในขณะเดียวกันค่าใช้ประโยชน์ดังกล่าวต้องไม่เป็นจำนวนที่สูงเกินไปและควรจะเป็นการจ่ายค่าตอบแทนในจำนวนที่ไม่เกินต้นทุนของการผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น[26] นอกจากนี้แล้ว การกำหนดระยะเวลาคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ การอนุญาตให้มีการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำดัดแปลงหรืออื่น ๆ ซึ่งมิได้มีจุดประสงค์ เพื่อการค้าและหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์และไม่เป็นการกระทบต่อการหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็ถือได้ว่าเป็นวิธีการสร้างจุดสมดุลระหว่างสิทธิและประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผลประโยชน์ของสาธารณชนอีกประการหนึ่งเช่นเดียวกัน

โดยสรุป กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์สามารถพิจารณาในแง่ของเศรษฐศาสตร์ ได้ดังนี้

1) การที่จะทำให้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์นั้นสามารถดำรงอยู่และใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพทางเศรษฐศาสตร์นั้น กฎหมายลิขสิทธ์จะต้องให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้ได้รับประโยชน์ที่เพียงพอรวมไปถึงการได้รับการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอด้วยซึ่งหากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้การคุ้มครองหรือเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้ว ผลผลิตหรือสินค้าที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีต้นทุนที่ต่ำกว่า

---

[25] Watt, R., **Copyright and economics theory: Friend or foes?,** 12.

[26] Ibid, 13.

เจ้าของลิขสิทธิ์ ก็จะเข้าแข่งขันกับสินค้าถูกลิขสิทธิ์ในตลาด ซึ่งส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียหายจากการสูญเสียรายได้หรือสูญเสียอำนาจในการหาประโยชน์ไป

2) การที่กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในลักษณะให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนั้น อาจจะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการสร้างระบบผูกขาดให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์อันจะส่งผลกระทบต่อระบบตลาดเสรี แต่หากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้ว การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่ถือเป็นการผูกขาดทางการค้าแต่อย่างใด เพราะในตลาดที่มีการแข่งขัน ผู้บริโภคมักจะมีทางเลือกและมีโอกาสที่จะเลือกจับจ่ายใช้สอย เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้มีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างใด อีกทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเพียงผู้แข่งขันในตลาดเท่านั้น[27]

3) การสร้างจุดสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณชนและเจ้าของลิขสิทธิ์ นักเศรษฐศาสตร์เห็นว่าจุดสมดุลดังกล่าวควรจะอยู่ ณ จุดที่ความพึงพอใจของสังคมเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภคมาบรรจบกัน[28] ทั้งนี้ หากไม่มีการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือมีการคุ้มครองมากเกินไปจุดสมดุลดังกล่าวนั้น ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้

2.4.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ได้ให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ในลักษณะสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการหาประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์ของตน หากบุคคลอื่นต้องการจะใช้ผลงานสร้างสรรค์นั้นก็จะต้องจ่ายค่าใช้ประโยชน์ซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า ค่าสิทธิ (Royalty Fee) ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ แต่หากบุคคลอื่นผู้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้นโดยไม่ได้ได้จ่ายค่าสิทธิ หรือไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์แล้ว ก็ถือได้ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้ว และการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นี้ ในทางเศรษฐศาสตร์ถือว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ได้สูญเสียโอกาสในการค้าและหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแล้ว

ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ หากผลิตภัณฑ์หรือสินค้าใดถูกผลิตขึ้นอย่างละเมิดลิขสิทธิ์แต่สามารถใช้แทนผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่ผลิตอย่างถูกลิขสิทธิ์ได้ การละเมิดลิขสิทธิ์เช่นนี้จะเป็นผลให้ความสามารถในการแข่งขันในตลาดของผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในสถานะที่ดีกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ผลิตที่ได้รับอนุญาต[29] ทั้งนี้ เพราะต้นทุนการผลิตของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต่ำกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ อันเป็นผลมาจากการที่ไม่ต้องจ่ายค่าสิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์

---

[27] Cornish, W. R., **Intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights**, 39.

[28] Watt, R., **Copyright and economics theory: Friend or foes?,** 135.

[29] Ibid, 7.

2.5 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ คือ งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน[30]

2.5.1 แนวความคิดและเหตุผลการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

แม้โดยลักษณะของการเกิดขึ้นของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ จะไม่ได้เกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์งานโดยตรง เฉกเช่นงานอันมีลิขสิทธิ์โดยแท้ประเภทอื่น ๆ เช่น งานดนตรีกรรม งานจิตรกรรม เป็นต้น แต่ด้วยกระบวนการการก่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ส่วนใหญ่จะดำเนินการโดยองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งหน้าที่เป็นสื่อกลางและช่วยเหลือ (Contributors) แก่ผู้สร้างสรรค์ในการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ออกไปสู่สาธารณชนให้เป็นที่รับรู้ในวงกว้าง ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าว จำเป็นต้องลงทุน ลงแรง ทั้งในด้านเงินทุน การสร้างสรรค์งาน การจัดการและการวางแผนที่เป็นระบบอย่างมาก จึงมีแนวความคิดของระบบสิทธิของผู้ประพันธ์ ซึ่งมีแนวความคิดว่านอกเหนือไปจากการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์การป้องกันการละเมิดซึ่งสิทธิที่กฎหมายบัญญัติของผู้สร้างสรรค์แล้ว ควรจะให้ความคุ้มครองผู้ที่ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางด้วย จึงก่อให้เกิดการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพขึ้น

2.5.2 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในประเทศไทย

“ประกาศหอ พระสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 (พ.ศ. 2435)” เป็นจุดเริ่มต้นของการให้ความสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีพระบรมราชานุญาตให้ออกประกาศดังกล่าว มีสาระสำคัญ คือ การห้ามมิให้ผู้ใดเอาเรื่องราวที่ลงในหนังสือวชิรญาณไปพิมพ์ เว้นแต่จะได้ขออนุญาตต่อกรรมสัมปาทิกสภาก่อน ประกาศดังกล่าวนี้มีลักษณะบังคับตามหลักของลิขสิทธิ์อันถือว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของประเทศไทย[31]

ต่อมาในปี พ.ศ. 2474 มีการตราและประกาศใช้ “พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช 2474” โดยมีสาระสำคัญ คือ การให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมและครอบคลุมไปถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศด้วย ซึ่งขณะนั้นประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม รวมไปถึง

---

[30] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า “งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียง และหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน”.

[31] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, 4.

ประเทศไทยต้องผูกพันตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศด้วย[32] เป็นผลให้ประเทศไทยต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับความผูกพันดังกล่าว และโดยเหตุนี้คำว่า "ลิขสิทธิ์" จึงได้ มีการนำมาใช้ครั้งแรกโดยแปลจากคำว่า "Copyright"

และเมื่อปี พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นสมัยที่เทคโนโลยีด้านการสื่อสารภาพยนตร์ และงานโสตทัศนวัสดุเริ่มมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ได้มีการประกาศใช้ "พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521" ขึ้นใช้บังคับ และเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เริ่มต้นกำหนดให้งานแพร่เสียงแพร่ภาพได้รับความคุ้มครองเป็นงานลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน โดยนิยามคำว่า "งานแพร่เสียงแพร่ภาพ" ในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มีความว่า "งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายความว่า งานที่นำออก

สู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทาง วิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน"[33] และการนับอายุการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้บัญญัติไว้ มีความว่า "ลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่าย โสตทัศนวัสดุภาพยนตร์หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ให้มีอยู่เป็นเวลา 50 ปีนับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวให้ลิขสิทธิ์มีอยู่เป็นเวลา 50 ปี นับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก"[34]

ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 ได้มีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันขึ้นใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ซึ่งการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แทนฉบับ พ.ศ. 2521 นั้น เป็นผลมาจากที่ประเทศไทยต้องปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศและเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นี้ก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มากนัก ถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเล็ก ๆ น้อย ๆ แต่เนื้อความหลักยังคงเดิม

2.5.3 ความเกี่ยวข้องกันระหว่างงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับงานลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ

ความสัมพันธ์และความเกี่ยวข้องกันระหว่างงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับงานลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ นั้น สามารถอธิบายให้พอเข้าใจได้ กล่าวคือ ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพรายการหนึ่ง จะประกอบ

---

[32] ประกาศกระทรวงต่างประเทศเรื่องกรุงสยามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น (ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2474).

[33] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521.

[34] มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521.

ไปด้วยเจ้าของลิขสิทธิ์งานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ที่อยู่ในรูปแบบและเนื้อหาของงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นเสมอ เช่น การที่สถานีโทรทัศน์แพร่ภาพออกอากาศรายการภาพยนตร์เรื่องหนึ่งผ่านสถานีโทรทัศน์ ความเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ จะประกอบไปด้วย 1) สถานีโทรทัศน์จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพภาพยนตร์ดังกล่าว 2) เจ้าของลิขสิทธิ์งานอันมีลิขสิทธิ์ ประเภทภาพยนตร์ โสตทัศนวัสดุ (VCD, DVD) โดยเป็นผู้สร้างสรรค์บทประพันธ์ ดำเนินการถ่ายทำ กำกับการแสดงภาพยนตร์ ลำดับ และตัดต่อภาพ และว่าจ้างนักแสดง และหรืออำนวยการสร้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ รวมถึง 3) ผู้แต่งนิยายก็ยังคงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมเรื่องนั้นอยู่ ในกรณีสำหรับการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ที่มิใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันกีฬา ผู้ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการถ่ายทอดงานหรือสถานีโทรทัศน์นั้น ก็ถือเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพการแข่งขันกีฬานั้นได้

2.5.4 การคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพตาม พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

แม้โดยสภาพงานแพร่เสียงแพร่ภาพจะเป็นสิทธิข้างเคียงก็ตาม แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ได้ให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรมศิลปกรรมดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุภาพยนตร์สิ่งบันทึกเสียงงานแพร่เสียงแพร่ภาพหรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดีแผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” รวมถึง มาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้บทนิยามของงานแพร่เสียงแพร่ภาพว่า “งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียงการแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน”

จากบทนิยาม มาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ สามารถแบ่งวิธีการเผยแพร่ออกเป็น 3 วิธี คือ 1) การกระจายเสียงทางวิทยุ 2) การแพร่เสียงและหรือภาพทางโทรทัศน์และ 3) การแพร่เสียงและหรือภาพโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน สำหรับการแพร่เสียงและหรือภาพโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกันเช่นการส่งเสียงตามสายหรือการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยการส่งผ่านดาวเทียม[35] นั้นไม่ว่าจะเป็นใช้เทคโนโลยีประเภทใดหากเป็นการส่งภาพและเสียงไปยังสาธารณชนทั่วไปถือว่าเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว

---

[35] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์**, 32.

1) ลักษณะและองค์ประกอบของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

งานแพร่เสียงแพร่ภาพถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ต้องมีองค์ประกอบ ดังนี้

ก. เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea)

ผู้สร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้นั้น ต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิดในการสร้างสรรค์งาน ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้ว ลักษณะการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นเป็นงานที่ไม่อาจมีรูปร่างให้ปรากฏและเห็นได้ด้วยตาเปล่าได้ เป็นแต่เพียงการกระจายเสียงหรือภาพโดยผ่านสื่อตัวนำในอากาศหรือเป็นกระแสไฟฟ้าผ่านทางเคเบิลเท่านั้น แต่เมื่อคลื่นหรือสัญญาณการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นผ่านเข้าไปยังเครื่องรับวิทยุหรือเครื่องรับโทรทัศน์ หรืออุปกรณ์อิเล็คทรอนิคใด ๆ ก็จะเกิดเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพปรากฏแก่สาธารณชนได้รับฟังหรือรับชม ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าได้มีการแสดงออกซึ่งการสร้างสรรค์ดังกล่าวให้ปรากฏแล้ว หรือเป็นการแสดงออกมาให้ปรากฏเป็นรูปร่างโดยปริยาย[36] เช่นนี้ จึงอาจถือได้ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว

ข. เป็นชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ

งานสร้างสรรค์อันจะถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ ต้องเป็นงานประเภทใดประเภทหนึ่งตาม บทบัญญัติในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภท วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูป แบบอย่างใด” ซึ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งตามที่มาตรา 6 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้แล้ว

ค. เป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality)

การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ความหมายว่า การสร้างสรรค์งานจากสิ่งที่เชื่อมโดยตรงระหว่างความคิดของผู้สร้างสรรค์กับผลงานที่เกิดขึ้นจากมือของผู้สร้างสรรค์[37] และต้องเป็นการสร้างสรรค์ที่มีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

---

[36] เรื่องเดียวกัน, 35-36.

[37] Phillips, J., & Firth, A., **Introduction to intellectual property**, 2nd ed. (London: Butterworths, 1989), 117.

ประการแรก คือ งานนั้นต้องเป็นงานที่มีต้นกำเนิดจากผู้สร้างสรรค์ เองและไม่ได้ลอกเลียนมาจากงานอื่นใด

ประการที่สอง คือ แม้งานสร้างสรรค์นั้นจะมีที่มาจากงานอื่นก็ตาม ผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความรู้ความสามารถของตนพอสมควรแก่สภาพของการสร้างสรรค์งานนั้น

เมื่อนำเอาองค์ประกอบสำคัญทั้งสองประการข้างต้นมาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว พอจะกล่าวได้ว่า งานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งโดยสภาพเป็นสิทธิข้างเคียงและเป็นรูปแบบหนึ่งของงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากการเผยแพร่หรือเปลี่ยนแปลงงานเริ่มแรก (Original Works) อันเป็นงานพื้นฐานเดิมที่มีอยู่ซึ่งได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม มาสร้างสรรค์งานในรูปแบบใหม่ ๆ โดยนำเทคโนโลยีมาเป็นส่วนประกอบในการสร้างสรรค์งานดังกล่าว เช่นนี้จะถือว่าเป็นการสร้างสรรค์งานด้วยตนเองหรือไม่ จึงมีประเด็นที่น่าสนใจว่าการนำงานโสตทัศนวัสดุมาแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ผู้ที่นำมาแพร่เสียงแพร่ภาพจะถือว่าเป็นผู้สร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่ เช่น การที่สถานีโทรทัศน์นำภาพยนตร์จากต่างประเทศมาแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่นนี้จะถือว่าสถานีโทรทัศน์เป็นผู้สร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกรณีดังกล่าวหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวมีความเห็นแตกแยกเป็น 2 แนวทาง

แนวทางที่ 1 เห็นว่า การพิจารณาว่าผู้แพร่เสียงแพร่ภาพถือเป็นผู้สร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่ จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนาในการสร้างงานโสตทัศนวัสดุที่นำมาแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นว่า มีเจตนาสร้างขึ้นเพื่อแพร่เสียงแพร่ภาพทางโทรทัศน์หรือไม่หากไม่ได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการสร้างเพื่อนำออกแพร่เสียงแพร่ภาพทางโทรทัศน์แล้ว การที่สถานีโทรทัศน์นำงานโสตทัศนวัสดุที่ได้รับอนุญาตใช้สิทธิทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนจากเจ้าของลิขสิทธิ์มาแพร่เสียงแพร่ภาพทางสถานีโทรทัศน์ สถานีโทรทัศน์ก็ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์แต่ประการใด เป็นเพียงผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานโสตทัศนวัสดุเท่านั้น แต่หากกรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพงานโสตทัศนวัสดุที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำออกอากาศทางโทรทัศน์ เช่น ละคร และรายการโทรทัศน์ต่าง ๆ แล้ว ดังนี้ สถานีโทรทัศน์ก็ถือเป็นผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว

แนวทางที่ 2[38] เห็นว่า การพิจารณาว่าผู้แพร่เสียงแพร่ภาพถือเป็นผู้สร้าง

---

[38] ชาติชาย กิติสารศักดิ์, **การให้ความคุ้มครองสิทธิข้างเคียง** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), 315, อ้างถึงใน วาทินี รจิตบูรณะกุล, **การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), 180.

สรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่างานโสตทัศนวัสดุดังกล่าวสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำออกอากาศทางโทรทัศน์หรือไม่ แต่จะพิจารณาจากการถ่ายทอดงานโสตทัศนวัสดุดังกล่าวว่า ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ดำเนินการด้วยความมุ่งหมายที่จะแปรจินตภาพของงานโสตทัศนวัสดุนั้นด้วยวิทยาการและความสามารถของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพเองหรือไม่ ซึ่งในกรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพงานจากงานโสตทัศนวัสดุนั้น หากผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ เพียงแค่นำงานโสตทัศนวัสดุมาแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยไม่ได้มีการกระทำในลักษณะที่ได้แปรจินตภาพทางศิลปและวิทยาการของตนมาเป็นงานสร้างสรรค์ เช่น การใช้ความคิดริเริ่ม สร้างสรรค์ในการสร้างมุมกล้อง การตัดต่อภาพใด ๆ ก็จะถือว่าผู้แพร่เสียงแพร่ภาพไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าว ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นเพียงแค่ผู้นำงานโสตทัศนวัสดุดังกล่าว มาเปิดออกอากาศให้สาธารณชนได้รับชมเท่านั้น กรณีนี้ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพก็จะไม่ถือเป็นผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ซึ่งในประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นต่างจากความเห็นทั้ง 2 แนวทาง กล่าวคือ ผู้วิจัยให้ความสำคัญกับแนวความคิดที่ว่า การคุ้มครองสิทธิข้างเคียงไม่ได้ให้ความสำคัญกับผู้สร้างสรรค์ แต่เป็นการคุ้มครองการลงทุนเมื่อเผยแพร่งานสู่สาธารณชน[39] เช่นนี้ เมื่องานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยลักษณะแล้วเป็นสิทธิข้างเคียง (แต่ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ได้ให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่ง) ดังนั้น ผู้วิจัยจึงให้ความสำคัญกับการลงทุน ลงแรงของผู้ทำหน้าที่แพร่เสียงแพร่ภาพมากกว่าปัจจัยอื่น ๆ โดยหากผู้แพร่เสียงแพร่ภาพมีการลงทุนทั้งในด้านแรงงานและด้านเงินลงทุนด้านเทคโนโลยี รวมไปถึงการบริหารจัดการอย่างเป็นระบบ เช่น องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือสถานีโทรทัศน์ เพื่อก่อให้เกิดการแพร่เสียงแพร่ภาพแก่สาธารณชนแล้ว ไม่ว่าเนื้อหาในงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทใดประเภทหนึ่ง ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือไม่ก็ตาม หรือเนื้อหาในงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะมีวัตถุประสงค์ที่สร้างขึ้นเพื่อแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่ก็ตาม ผู้ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว ทั้งนี้เป็นไปตามแนวคิดที่ว่า การคุ้มครองสิทธิข้างเคียง หรือเรียกอีกอย่างว่าเป็นงานสืบเนื่อง (Derivative Work) เป็นงานที่เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุนเป็นสำคัญ

ง. เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่างานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เช่น งานที่ก่อให้เกิด

---

[39] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา”, 113.

ความไม่สงบภายในประเทศ งานลามกอนาจาร จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่[40] แต่ก็ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530[41] ที่ได้วางหลักว่า ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เทปวีดีโอซึ่งมีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงชายบางตอนเป็นภาพลามก ซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 งานดังกล่าวจึงไม่ใช่งานสร้างสรรค์ตามกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ดังนั้น เมื่อเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นกับกรณีงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว หากสถานีโทรทัศน์ดำเนินการแพร่เสียงแพร่ภาพรายการลามกอนาจารเหล่านั้น งานแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวไม่ถือเป็นงานสร้างสรรค์และมิอาจได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ รวมไปถึงสถานีโทรทัศน์ดังกล่าวจะไม่ถือเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพรายการลามกอนาจารนั้นด้วย

2) เงื่อนไขและวิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่ 1 กรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน กล่าวคือ หากงานแพร่เสียงแพร่ภาพใดยังไม่มีการโฆษณา งานนั้นจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้สร้างสรรค์งานเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรืออยู่ในประเทศไทย หรือเป็นผู้มีสัญชาติหรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นขึ้น[42]

กรณีที่ 2 กรณีที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว กล่าวคือ งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อการโฆษณางานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นได้ทำเป็นครั้งแรกในประเทศไทย หรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ในกรณีที่การโฆษณางานแพร่เสียงแพร่ภาพครั้งแรกทำขึ้นในประเทศอื่นที่มิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อได้มีการโฆษณาในประเทศไทยหรือประเทศภาคีอนุสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มี การโฆษณางานเป็นครั้งแรก[43]

---

[40] อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557), 34-35.

[41] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ระหว่างนายพัฒนพงษ์ เกสะวัฒนะ โจทก์ และนายอุดม ตรีสุขน จำเลย.

[42] มาตรา 8(1) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[43] มาตรา 8(2) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

2.1) วิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพอาจได้มาโดย 2 วิธี คือ วิธีที่หนึ่ง คือ ได้มาโดยการสร้างสรรค์งาน และวิธีที่สอง คือ ได้ลิขสิทธิ์มาโดยการโอนโดยจะอธิบาย ดังต่อไปนี้

ก. ได้มาจากการสร้างสรรค์งาน

การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการเป็นผู้สร้างสรรค์งาน ผู้สร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้นั้นต้องทำหรือก่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพขึ้นด้วยความมุ่งหมายที่จะแปรจินตภาพทางศิลปะ วรรณคดี และวิทยาการร่วมกับการใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ในการดำเนินการก่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น และได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ไม่ว่าจะเป็นด้านแรงงาน เงินทุน การตัดสินใจ และความวิริยะอุตสาหะ เพื่อถ่ายทอดงานนั้น ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายทอดงานที่เป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งประเภทใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือการถ่ายทอดงานอื่นใดที่กฎหมายไม่ถือเป็นงานลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม

ข. ได้ลิขสิทธิ์มาโดยการโอน

มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักในการโอนลิขสิทธิ์ไว้ โดยมีสาระสำคัญว่า ลิขสิทธิ์สามารถโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ โดยจะโอนทั้งหมดหรือบางส่วน และจะกำหนดอายุการโอนไว้หรือตลอดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้ ทั้งนี้ การโอนลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน[44] หากไม่ทำเป็นหนังสือจะถือเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือเป็นแบบแห่งนิติกรรม[45] เช่นนี้แล้ว การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยการโอนลิขสิทธิ์ย่อมสามารถกระทำได้ภายใต้มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นเดียวกันกับการโอนลิขสิทธิ์ประเภทอื่น กล่าวคือ การโอนลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพก็ต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ การโอนลิขสิทธิ์นั้นจะแตกต่างจากการรับอนุญาตให้ใช้สิทธิ กล่าวคือ การโอนลิขสิทธิ์เป็นการทำให้สิทธิในความเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์นั้นหมดไป ซึ่งต่างกับการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ที่การอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นแต่เพียงการให้ผู้อื่นมีสิทธิที่จะทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามที่ตกลงกัน แต่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังคงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ ซึ่งอาจอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณาอีกก็ได้[46]

---

[44] มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[45] อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, 49.

[46] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์**, 115.

การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ (Licensing) นี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ เพราะฉะนั้น ผู้อนุญาต (Licensor) และผู้รับอนุญาต (Licensee) ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกับการโอนลิขสิทธิ์แต่อย่างใด คู่กรณีอาจตกลงกันโดยวาจาก็ได้[47] นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5395/2546[48] ได้วางหลักในเรื่องของผู้เสียหายที่จะมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายได้ โดยมีสาระสำคัญว่า หากไม่ใช่ผู้รับโอนลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องแล้ว ผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีจะต้องเป็นผู้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียวหรือเป็นผู้รับอนุญาตใช้สิทธิเด็ดขาดเท่านั้นจึงจะถือเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีได้

3) สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในมาตรา 4 ว่า ลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น และตามมาตรา 15[49] พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการ ได้แก่ (1) ทำซ้ำ (2) ดัดแปลง (3) เผยแพร่ต่อสาธารณชน (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4 และ 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้างต้น จึงมีสิทธิ ดังต่อไปนี้

ก. สิทธิในการทำซ้ำ

ทำซ้ำ หมายความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณา ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน[50] เมื่อนำความหมายของการทำซ้ำมาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว พอที่จะยกตัวอย่างการทำซ้ำงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การใช้เครื่องบันทึกทำการบันทึก ละคร ภาพยนตร์ รายการโทรทัศน์ รวมถึงการบันทึกการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาที่แพร่เสียงแพร่ภาพทางสถานีโทรทัศน์ เป็นต้น

ข. สิทธิในการดัดแปลง

การดัดแปลงคือ ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสำระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่า

---

[47] อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, 54.

[48] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5395/2546 ระหว่าง บริษัท โรส วีดีโอ จำกัดโจทก์ และบริษัท เซเว่น มีเดีย เอ็นเตอร์เทรนเมนต์ จำกัดกับพวกจำเลย.

[49] มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[50] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ทั้งหมดหรือบางส่วน[51] เมื่อนำความหมายของการดัดแปลง มาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่ภาพ พอที่จะยกตัวอย่างการดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การที่ผู้ประกอบการทีวีดาวเทียมได้ทำการบันทึกการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลของช่อง True Vision ที่ถ่ายทอดสดและได้รับอนุญาตให้ถ่ายทอดจากผู้จัดงานแล้ว เพื่อนำมาออกอากาศโดยได้นำมาตัดต่อใหม่ เช่นนี้ ถือเป็นการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมงานแพร่เสียงแพร่ภาพอันเข้าข่ายเป็นการดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว

ค. สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

เผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น[52] เมื่อนำความหมายของการเผยแพร่ต่อสาธารณชน มาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่ภาพ พอที่จะยกตัวอย่างการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การเปิดให้ผู้คนรับชมการถ่ายทอดรายการโทรทัศน์ที่แพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้สถานที่ในการรวมตัวของสาธารณชนที่มาดูหรือชมนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสถานที่แห่งเดียวกันก็ได้

ง. สิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพมีสิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นกล่าวคือ เป็นการที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดให้ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นยกประโยชน์แก่ผู้อื่น เช่น ยกรายได้ให้องค์กรการกุศล[53] หรือสถานีโทรทัศน์มอบรายได้จากการถ่ายทอดสดกีฬาให้สถานศึกษา เป็นต้น

จ. สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ กล่าวคือ อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15 (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ ทั้งนี้ การอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวอาจทำได้ใน 3 ลักษณะ คือ การอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน และในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement)[54] อาจมีทั้งแบบสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด (Exclusive License) หรือจะเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (Non-exclusive License) ก็ได้

---

[51] เรื่องเดียวกัน.

[52] เรื่องเดียวกัน.

[53] วัส ติงสมิตร, **ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), 20.

[54] เรื่องเดียวกัน, 27.

4) อายุการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์

อายุการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพมีอายุ 50 ปี นับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปีนับแต่ได้มีการโฆษณาครั้งแรก[55]

5) การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้แยกการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพไว้โดยเฉพาะในมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า

การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า

โดยสรุป การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

ก. จัดทำโสตทัศนวัสดุภาพยนตร์สิ่งบันทึกเสียงหรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

เช่น การใช้เครื่องบันทึกทำการบันทึกรายการโทรทัศน์ ละคร ภาพยนตร์ที่ออกอากาศทางโทรทัศน์ สำหรับการอธิบายถึงลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์แบบการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน (ตามมาตรา 29 (1) ตอนท้าย) มีนักวิชาการได้มีความเห็นว่า “การจัดทำซึ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพ” ควรหมายถึงการ Retransmission ซึ่งโดยลักษณะ คือ การแพร่เสียงแพร่ภาพต่อสาธารณชนต่อไป (Secondary Transmission/ Further Transmission) โดยรับต่อจากการแพร่เสียงแพร่ภาพของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Primary Transmission) โดยไม่ได้มีการบันทึกไว้ก่อน เช่น สถานีโทรทัศน์แห่งหนึ่งจัดแพร่เสียงแพร่ภาพรายการของสถานีโทรทัศน์แห่งอื่นโดยมิได้รับอนุญาต[56]

---

[55] มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

[56] อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, 79.

ข. แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

การแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ (Rebroadcasting) หมายถึง การแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่ได้มีการบันทึกไว้ก่อนแล้ว เช่น การนำรายการโทรทัศน์ที่ได้เคยแพร่เสียงแพร่ภาพไปแล้วมาแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำอีกครั้งหนึ่งโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์[57] เช่น การนำเทปบันทึกภาพการแสดงหรือละครที่ออกอากาศไปแล้วมาออกอากาศซ้ำอีก ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น

ค. จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์

กล่าวคือ เป็นการนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ทำให้ปรากฏด้วยเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพ โดยที่การจัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น และจะต้องมีการเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า จึงจะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การที่โรงแรมจัดโทรทัศน์ให้ลูกค้าหรือผู้เข้ามาใช้บริการได้ รับชมการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาโดยคิดเป็นค่ารับชม แยกต่างหากจากค่าที่พัก ซึ่งหากไม่ได้เรียกเก็บค่าชมหรือหาผลประโยชน์ใด ๆ แล้วไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพแต่อย่างใด

6) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ การใช้งานลิขสิทธิ์นั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และประการที่สอง การใช้งานลิขสิทธิ์นั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร[58]

จากเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ ตั้งแต่มาตรา 32 วรรคสอง ถึงมาตรา 43[59] อาทิ เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการวิจัยหรือศึกษางาน และใช้เพื่อประโยชน์ตนเองและครอบครัวหรือญาติมิตร รวมไปถึง การกล่าว คัด ลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตาม หรือเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

---

[57] เรื่องเดียวกัน.

[58] มาตรา 32 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 บัญญัติว่า “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์”.

[59] มาตรา 32 วรรคสอง ถึง มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

เมื่องานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้วนั้น ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้างต้นเช่นกัน ดังต่อไปนี้

(1) วิจัย หรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำโดยหากำไร เช่น การบันทึกรายการสารคดีชีวิตสัตว์โลกที่ออกอากาศทางโทรทัศน์มาใช้ในการวิจัยเกี่ยวกับสัตว์

(2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นใน ครอบครัวหรือญาติมิตร เช่น การบันทึกละครที่ออกอากาศทางโทรทัศน์เพื่อนำมารับชมในครอบครัวในภายหลัง

(3) ติชม วิจารณ์หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น การเทปบันทึกภาพการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาที่ออกอากาศทางโทรทัศน์มาวิพากษ์วิจารณ์และให้ความเห็น โดยมีอ้างอิงแหล่งที่มาว่าได้รับการเอื้อเฟื้อภาพจากสถานีโทรทัศน์ช่องใด

(4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใน งานนั้น เช่น การนำภาพข่าวที่ออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์มาลงในหนังสือพิมพ์เพื่อประกอบการ รายงานข่าว โดยมีการอ้างอิงว่าเป็นภาพข่าวที่ออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์ช่องใด

(5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้บันทึกรายการโทรทัศน์ที่ออกอากาศทางโทรทัศน์เพื่อนำมาใช้เป็นหลักฐานในศาล

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร เช่น การที่ครูบันทึกรายการสารคดีทางโทรทัศน์ และนำมาเปิดประกอบการเรียนการสอนให้นักเรียนชม

(7) เพื่อใช้ ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือ สถาบันการศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันการศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

(9) การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุด

(10) การทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการโดยเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย

2.6 งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

งานแพร่เสียงแพร่ภาพที่สำคัญประเภทหนึ่ง คือ งานแพร่เสียงและแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ (Television Broadcasting) มีลักษณะที่สำคัญ คือการถ่ายทอดสัญญานเสียงและภาพไปพร้อมกันจากที่หนึ่งไปยังอุปกรณ์เครื่องรับที่ปลายทาง อาทิ เครื่องรับโทรทัศน์ หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่พัฒนาไปตามเทคโนโลยีการผลิตและเทคโนโลยีการสื่อสาร เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ เป็นต้นโดยสามารถเข้าถึงคนได้ทุกกลุ่มและได้ทุกท้องที่ ทำให้ประชาชนผู้รับชมได้รับความรู้และข่าวสารอย่างฉับไว และด้วยการที่กิจการโทรทัศน์มีศักยภาพที่สามารถเข้าถึงประชาชนได้เป็นจำนวนมาก จึงเป็นผลให้กิจการโทรทัศน์มีอิทธิพลต่อประชาชนในด้านความคิด ความรู้สึกและด้านพฤติกรรมอย่างมาก

2.6.1 ความเป็นมาของกิจการโทรทัศน์

โทรทัศน์ (Television) หรือ TV เป็นเทคโนโลยีที่พัฒนาต่อมาจากวิทยุตั้งแต่ปี ค.ศ. 1884 ในชื่อ “วิทยุภาพ” (Radio Vision) ต่อมาในปี ค.ศ. 1922 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ได้อย่างสมบูรณ์เป็นครั้งแรกของโลก ซึ่งเป็นการส่งสัญญาณเสียงและภาพไปพร้อม ๆ กันไปยังเครื่องรับภาพได้ไกลถึง 30 ไมล์ ต่อมาสามารถส่งสัญญาณโทรทัศน์ไปตามสายเคเบิล (Cable) จากนิวยอร์กถึงวอชิงตันเป็นระยะทาง 280 ไมล์จนกระทั่ง ค.ศ. 1930 การแพร่ภาพทางโทรทัศน์จึงเกิดขึ้นอย่างแท้จริง[60] โดยมีการพัฒนาเทคโนโลยีการทำงานของโทรทัศน์โดยการส่งสัญญาณแพร่ภาพและเสียงด้วยคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Wave) ที่เรียกว่า “คลื่นแฮรตเซียน” (Hertzian Waves) ที่ถูกแพร่กระจายในที่ว่างโดยสัญญาณภาพและเสียงเดินทางไปพร้อมกับคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าจนถึงปัจจุบันเทคโนโลยีการทำงานของการแพร่ภาพและเสียงด้วยคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า มีอยู่ 2 ระบบ คือ

ระบบที่ 1 ระบบสัญญาณแอนะล็อก (Analog Signal) เป็นระบบสัญญาณที่ใช้คลื่นซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติและมีความถี่และความเข้มของสัญญาณที่ต่างกันมาปรับความถี่ให้ได้ข้อมูลที่ต้องการสำหรับประเทศไทยเริ่มมีการแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบของกิจการโทรทัศน์ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2495 โดยออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์ช่อง 4 บางขุนพรหม[61] (ปัจจุบันคือ ช่อง 9 เอ็มคอตเอชดี) ผ่านระบบโทรทัศน์ขาวดำ ต่อมามีการพัฒนาระบบเป็นโทรทัศน์สีและได้เริ่มออกอากาศเป็นครั้งแรกทางสถานีโทรทัศน์สีกองทัพบกช่อง 7 โดยตั้งแต่ยุคเริ่มแรกจนเปลี่ยนเป็นระบบเป็นโทรทัศน์สี ก็ยังใช้

---

[60] อุบลรัตน์ ศิริยุวศักดิ์, **สื่อสารมวลชนเบื้องต้นสื่อมวลชนวัฒนธรรมและสังคม**, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 64.

[61] คณะเจ้าหน้าที่บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน), **ประวัติ อ.ส.ม.ท. องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย** [Online], 26 พฤษภาคม 2552. แหล่งที่มา http://dtv.mcot.net/mcot_one.php?dateone=1243329758.

การแพร่ภาพเป็นแบบสัญญาณแอนะล็อกมาโดยตลอด ทั้งนี้ ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทยที่ส่งสัญญาณในระบบแอนะล็อก ได้ทยอยยุติการรับส่งสัญญาณแล้ว ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561[62] และผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์รายสุดท้ายของประเทศไทยที่ยุติการส่งสัญญาณในระบบแอนะล็อก คือ บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเม้นต์ จำกัดซึ่งเป็นบริษัทย่อยของ บริษัท บีอีซี เวิลด์ จำกัด (มหาชน) หรือ ช่อง 3 ที่ยุติการส่งสัญญาณในระบบแอนะล็อก เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2563[63]

ระบบที่ 2 ระบบสัญญาณดิจิทัล (Digital Signal) เป็นระบบที่มนุษย์สร้างขึ้นเป็นสัญญาณทางคอมพิวเตอร์ใช้หลักการขอเลขฐานสอง (Binary) คือ เลข 0 และ 1 มาเข้ารหัสแล้วประยุกต์ ซึ่งระบบดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพในการเผยแพร่สัญญาณมากกว่าระบบสัญญาณแอนะล็อก กล่าวคือ สัญญาณภาพและเสียงที่เผยแพร่จะมีความคมชัดมากกว่าทั้งนี้ กิจการโทรทัศน์ของประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงเข้าสู่การรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัล (Digital Signal) (ดิจิทัลทีวี) ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2557 เป็นต้นมา โดยมีช่องรายการที่ออกออกอากาศทางดิจิทัลทีวีแล้วจำนวนทั้งหมด 28 ช่องรายการ แบ่งเป็น ช่องบริการสาธารณะ ประเภทที่หนึ่ง และประเภทที่สอง อย่างละ 1 ช่อง ช่องบริการสาธารณะ ประเภทที่สาม จำนวน 2 ช่อง ช่องบริการทางธุรกิจ หมวดหมู่เด็ก เยาวชนและครอบครัว จำนวน 3 ช่อง ช่องบริการทางธุรกิจ หมวดหมู่ข่าวสารและสาระ จำนวน 7 ช่อง บริการทางธุรกิจ หมวดหมู่ทั่วไปแบบความคมชัดปกติ จำนวน 7 ช่อง และบริการทางธุรกิจ หมวดหมู่ทั่วไปแบบความคมชัดสูง จำนวน 7 ช่อง[64] นอกจากนี้ยังประกอบไปด้วยกิจการโทรทัศน์ที่แพร่เสียงแพร่ภาพทางเคเบิลทีวี และโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมอีกเป็นจำนวนมาก

1) ความสำคัญและหน้าที่ของกิจการโทรทัศน์

กิจการโทรทัศน์เป็นสื่อที่สามารถเข้าถึงทุกคนได้ และสามารถทำให้ประชาชนรับรู้ข่าวสารได้ในเวลาเดียวกันอีกทั้งเป็นสื่อที่ใกล้ชิดกับผู้รับสารและมีประสิทธิภาพเนื่องจากเป็นสื่อที่สามารถเปิดรับได้ตลอดเวลา มีเนื้อหาที่หลากหลายผู้ชมสามารถเลือกรับชมได้ตามความพึงพอใจของตัวเองไม่ว่าจะเป็นข่าวสาร ละครภาพยนตร์กีฬาหรือสารคดี ที่ให้ความรู้และความบันเทิงแก่

---

[62] รัตติยา อังกุลานนท์, **ยุติทีวีอนาล็อก มุ่งแต้มต่อ'ออนไลน์** [Online], 21 มิถุนายน 2560. แหล่งที่มา http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641670.

[63] “ช่อง3 ยุติแพร่ภาพ ‘ทีวีแอนะล็อก’ แล้ว”, **สยามรัฐออนไลน์** [Online], 26 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา https://siamrath.co.th/n/141889.

[64] สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, **ผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์สำหรับการให้บริการโทรทัศน์ในระบบดิจิตอล** [Online], 31 มกราคม 2562. แหล่งที่มา https://broadcast.nbtc.go.th/tvwave/tvdigitallic.

ประชาชน[65] ดังนั้น กิจการโทรทัศน์จึงเป็นสื่อที่มีส่วนสำคัญต่อการพัฒนาของสังคมอย่างมาก เพราะมีบทบาทในการให้ความรู้ ความบันเทิงดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

กิจการโทรทัศน์ถือเป็นสื่อมวลชนประเภทหนึ่งในสื่อมวลชนหลาย ๆ ประเภท อาทิ วิทยุ โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ นิตยสาร ภาพยนตร์ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะ “สื่อมวลชน” หมายถึง สื่อที่ใช้ในการนำข่าวสารใด ๆ ไปสู่ประชาชนหรือมวลชน ประชาชนสามารถรับข่าวสารได้โดยการฟัง การดู หรือการอ่าน[66] ดังนั้น เมื่อกิจการโทรทัศน์เป็นสื่อมวลชนแล้ว ก็มีหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลข่าวสารและความบันเทิงแก่สังคม ซึ่งหน้าที่ของสื่อมวลชน มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังต่อไปนี้[67]

ก. การให้ข้อมูลข่าวสาร (Information) กล่าวคือ การให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้คนที่อยากรู้หรือสนใจ เช่น ข่าวพยากรณ์อากาศ สภาพการจราจร เป็นต้น

ข. ให้การศึกษา (Education) กล่าวคือ การให้ข้อมูลเกี่ยวกับความรู้เพื่อใช้ในการศึกษาเล่าเรียน เช่น รายการสารคดี รายการท่องเที่ยว เป็นต้น อันจะช่วยกระตุ้นให้ผู้คนได้ศึกษาหาความรู้ต่อไป

ค. จูงใจ (Persuade) กล่าวคือ สื่อทำหน้าที่ในการจูงใจ โน้มน้าวใจให้ผู้คนทำในสิ่งที่สังคมมองว่าเป็นเรื่องที่ถูกต้องและควรปฏิบัติ เช่น รายการธรรมะ ละครส่งเสริมคุณธรรม การรักษาความสะอาด เป็นต้น

ง. การบันเทิง (Entertainment) กล่าวคือ สื่อช่วยให้ผ่อนคลายและช่วยให้ความสนุกเพลิดเพลิน การพักผ่อนหย่อนใจ ลดความตึงเครียดของสังคม เช่น ละคร รายการเกมโชว์ รายการเพลง เป็นต้น

จ. กระตุ้นเศรษฐกิจ (Stimulate the Economy) กล่าวคือ สื่อช่วยให้มีการโฆษณาสินค้าและบริการ ส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับรู้ข้อดี และข้อมูลราคาของสินค้าและสถานที่ที่จะซื้อหา ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายให้มาพบกัน เช่น สื่อโทรทัศน์ได้โฆษณาขายข้าวสารบรรจุถุงราคาประหยัด ยี่ห้อ “ข้าวตราฉัตร” ราคา 158 บาท มีจำหน่ายที่ห้างสรรพสินค้าเทสโก้ โลตัส ทุกสาขาทั่วประเทศ ซึ่งการทำหน้าที่ของสื่อโทรทัศน์ข้างต้นทำให้ผู้รับชมได้รับทราบ

---

[65] อุษณีย์ ศิริสุนทรไพบูลย์, **หลักการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์**, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), 8-13.

[66] สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **รายงานการสำรวจเกี่ยวกับสื่อมวลชนด้านวิทยุ พ.ศ. 2537**, (กรุงเทพฯ: สำนักนายกรัฐมนตรี กองคลังข้อมูลและสนเทศสถิติสำนักงานสถิติแห่งชาติ, 2537), 3.

[67] Felder, F., **An introduction to the mass media**, (New York: Harcourt Brace Jovanoch, 1978), อ้างถึงใน วารี อัศวเกียรติรักษา, **การทำหน้าที่ของรายการสารคดีและเทคโนโลยีทางโทรทัศน์** (วิทยานิพนธ์ นิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการสื่อสารมวลชน คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), 20-24.

และสามารถเดินทางไปซื้อสินค้ากับผู้ขาย ณ สถานที่ที่จัดจำหน่ายได้อย่างถูกต้อง เมื่อเกิดการซื้อขายกันขึ้นก็เป็นผลในการกระตุ้นเศรษฐกิจ

เมื่อสาธารณชนหรือผู้รับชมแต่ละคนต่างรับชมสื่อโทรทัศน์ด้วยวัตถุประสงค์และความต้องการที่แตกต่างกันออกไป ทำให้ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ทุกประเภทต้องพยายามตอบสนองต่อผู้บริโภคให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้อันจะนำมาซึ่งผลตอบแทน รายได้ (กำไร) ที่ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์จะได้รับก็มากขึ้นไปด้วย แต่กระบวนการที่จะทำให้เกิดสิ่งเหล่านี้ขึ้นได้ก็ต้องมีการ ลงทุน การจัดการในหลายประการ อันจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

2) การจัดการของธุรกิจในกิจการโทรทัศน์

การจัดการของธุรกิจในกิจการโทรทัศน์ ประกอบไปด้วย 3 ส่วนหลัก ได้แก่

ส่วนที่ 1 การผลิตรายการและการจัดหารายการโทรทัศน์[68]

การผลิตรายการ (Program Production) เป็นกระบวนการที่จำเป็นต้องใช้เงินทุนอุปกรณ์ทางเทคนิคที่ใช้ในการผลิตรายการ แรงงานที่มีความชำนาญ สตูดิโอ ทั้งในและนอกสถานที่ รวมไปถึงความคิดสร้างสรรค์เพื่อการผลิตรายการจากบุคคลากรหลากหลายอาชีพที่จะต้องว่าจ้างมาสร้างสรรค์ เช่น การจ้างนักแสดง พิธีกร นักเขียน เพื่อมาสร้างละครหรือเพื่อจัดทำรายการโทรทัศน์ประเภทเกมส์โชว์ หรือการเดินทางไปถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬา เป็นต้น นอกจากนี้ กิจการโทรทัศน์ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากเพื่อการจัดหาให้ได้มาซึ่งสิทธิในการเผยแพร่รายการโทรทัศน์ โดยอาจทำเป็นในรูปแบบของสัญญาอนุญาตใช้สิทธิจากเจ้าของรายการโทรทัศน์หรือเจ้าของการแข่งขันกีฬา ซึ่งต้นทุนในการซื้อรายการโทรทัศน์ย่อมมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความต้องการของตลาด หากเป็นรายการที่ได้รับความนิยมจากผู้ชมสูง อาทิ รายการเกมส์โชว์ที่มีรูปแบบที่ได้รับความนิยมจากต่างประเทศ เช่น The Voice, Master Chef หรือรายการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย ซึ่งต้นทุนในการซื้อลิขสิทธิ์หรือค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิรายการย่อมมีราคาสูงตามไปด้วย

ส่วนที่ 2 การจัดผังรายการโทรทัศน์

การจัดผังรายการโทรทัศน์ มีวัตถุประสงค์เพื่อโน้มน้าวและจูงใจให้ผู้ชมคอยติดตามรับชมรายการของทางสถานีโทรทัศน์ขึ้นอยู่กับการจัดการและนโยบายของสถานีโทรทัศน์แต่ละแห่ง หากสถานีโทรทัศน์แห่งใดสามารถจัดผังรายการให้ตรงกับความต้องการของผู้ชมได้เท่าใดก็เท่ากับสามารถแย่งชิงผู้ชมจากคู่แข่งได้ ซึ่งจะส่งผลต่อรายได้ของสถานีโทรทัศน์ เนื่องจากสถานีโทรทัศน์ใดได้รับความนิยมจากผู้ชมรายได้จากค่าโฆษณาย่อมตามมาด้วย ดังนั้น การจัดตาราง

---

[68] Motta, M., & Polo, M., **Concentration and public policies in the broadcasting industry: The future of television** [Online], 3 February 2019. Available from https://academic.oup.com/economicpolicy/article/12/25/294/2366333.

รายการโทรทัศน์จึงมีความสำคัญมากสำหรับกิจการโทรทัศน์ เพราะสถานีโทรทัศน์จะเป็นที่นิยมหรือไม่ขึ้นอยู่กับประเภทรายการ ตารางเวลาที่ออกอากาศ ความหลากหลาย การทำการสำรวจกลุ่มคนดูและเรตติ้ง และความนิยมว่าจะตรงกับรสนิยมของผู้บริโภคหรือไม่[69]

ส่วนที่ 3 การส่งสัญญาณรายการโทรทัศน์เพื่อแพร่เสียงแพร่ภาพในช่องทางต่าง ๆ

กระบวนการที่จะนำรายการโทรทัศน์ไปให้สาธารณชนได้รับชมมีหลายรูปแบบ การส่งสัญญาณในช่วงแรกถูกส่งในรูปแบบภาคพื้นดินซึ่งสามารถรับสัญญาณได้โดยตรงในบ้านพักอาศัย แต่เมื่อเทคโนโลยีพัฒนามากขึ้น จึงได้มีการนำระบบเคเบิลมาใช้โดยการส่งตามสายไปยังบ้านสมาชิก และต่อมาพัฒนาไปถึงการใช้ดาวเทียมส่งสัญญาณไปยังบ้านเรือน รวมไปถึงช่องทางของอินเทอร์เน็ตในการแพร่เสียงแพร่ภาพรายการโทรทัศน์อีกด้วย

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าการจัดการธุรกิจในกิจการโทรทัศน์เพื่อทำหน้าที่ของสื่อมวลชนของกิจการโทรทัศน์นั้น มีขั้นตอน กระบวนการ รวมถึงการลงทุนลงแรง การจัดการที่เป็นระบบประกอบเข้าด้วยกัน จึงจะสามารถตอบสนองต่อผู้บริโภค (สาธารณชน) ได้อย่างเต็มที่ภายใต้วัตถุประสงค์การประกอบกิจการโทรทัศน์

2.6.2 เทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพของกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย

เทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพของกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทยนั้น หากแบ่งตามช่องทางในการรับชมโทรทัศน์สามารถแบ่งออกได้ 3 ช่องทางหลัก[70] ดังต่อไปนี้

1) ระบบภาคพื้นดิน (Terrestrial Television)

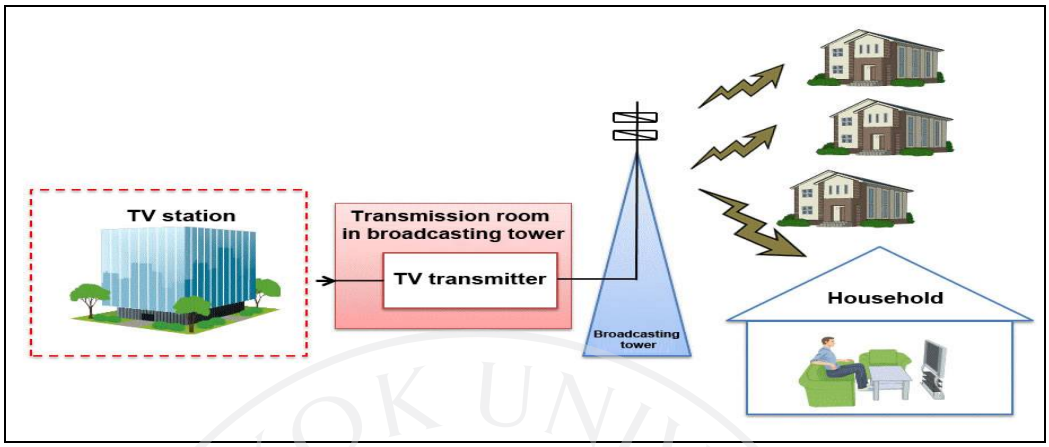
การแพร่สัญญาณโทรทัศน์ผ่านระบบภาคพื้นดินนั้น ระบบนี้จะส่งสัญญาณภาพและเสียงไปในอากาศโดยมีคลื่นแฮรตเซียนเป็นตัวนำเข้าสู่เครื่องรับหรือเสาอากาศโทรทัศน์เมื่อเสาอากาศได้รับคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าแล้ว ก็จะแปลงคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าดังกล่าวเป็นภาพและเสียงอีกครั้งหนึ่งให้ผู้รับชมได้รับชมผ่านเครื่องรับโทรทัศน์ เทคโนโลยีการส่งแบบนี้มีชื่อเรียกว่า Over-the–air Television หรือ Terrestrial Television

---

[69] Ibid, 297-298.

[70] คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, **รายงานการวิเคราะห์สภาพอุตสาหกรรมและตลาดกิจการโทรทัศน์ไทย** [Online], 15 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/610300000001.pdf.

ภาพที่ 2.1: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบภาคพื้นดิน (Terrestrial Television)



ที่มา: *Flow of TV radio waves*. (n.d.). Retrieved from https://www.nec.com/en/global/about/mitatv/04/index.html.

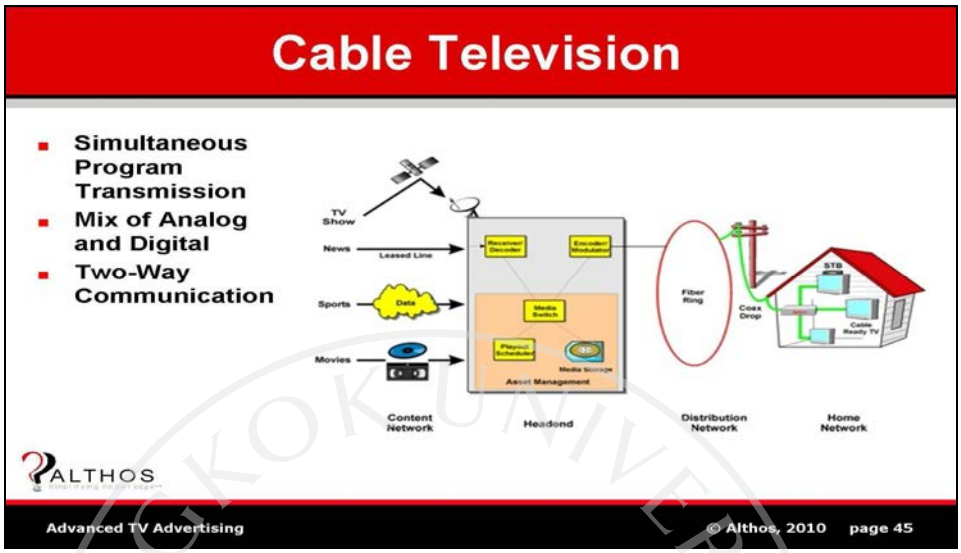
2) การแพร่สัญญาณผ่านระบบเคเบิล (Cable Television)

การแพร่สัญญาณโทรทัศน์ผ่านทางสายเคเบิลเป็นการส่งสัญญาณภาพและเสียงไปตามสายนำสัญญาณจากสถานี ส่งสัญญาณไปตามสายเคเบิลเข้าสู่เครื่องรับสัญญาณโทรทัศน์โดยตรง โดยไม่ผ่านไปในอากาศ ซึ่งผู้ให้บริการจะใช้สาย Fiber Optic ร่วมกับ Coaxial ประกอบเป็นโครงข่ายเคเบิลใยแก้วให้กับลูกค้าที่เป็นสมาชิก โดยผู้ใช้บริการจะต้องมีตัวรับสัญญาณ คือกล่องอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณประกอบการรับชมเคเบิลทีวี[71] โดยการแพร่สัญญาณในรูปแบบนี้เป็นการเผยแพร่สัญญาณที่ค่อนข้างแคบหรือที่เรียกว่าการส่งสัญญาณโทรทัศน์แบบวงจรปิด (Closed Circuit) [72] ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกิจการโทรทัศน์ประเภทบอกรับสมาชิก (Subscription Television) หรือโทรทัศน์แบบต้องชำระค่าบริการ (Pay TV) โดยผู้รับบริการจะต้องสมัครเป็นสมาชิกกับผู้ให้บริการและเลือกซื้อบริการตามโปรแกรมทางการตลาดที่ผู้ให้บริการจัดไว้ และชำระค่าบริการรายเดือน หรือรายปี จึงจะสามารถรับชมได้

[71] ปรัชญนันท์ นิลสุข, **ทฤษฎีและการทำงานเครื่องรับโทรทัศน์เบื้องต้น,** (กรุงเทพฯ: เอ็ดยูเคชั่น, 2541), 72.

[72] เรื่องเดียวกัน, 60.

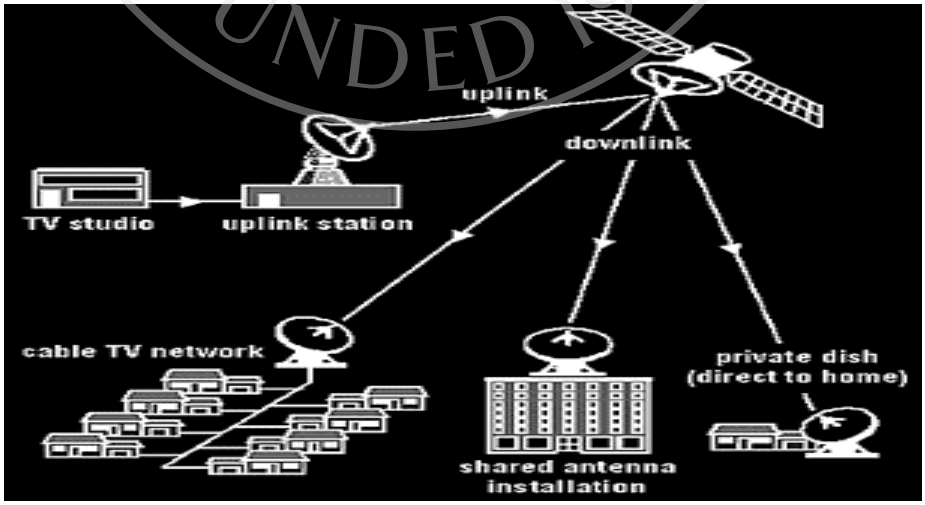
ภาพที่ 2.2: ตัวอย่างการแพร่สัญญาณผ่านระบบเคเบิล (Cable Television)



ที่มา: *Cable television*. (2010). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-cable-television-CATV-system.html.

3) การแพร่สัญญาณผ่านระบบดาวเทียม (Satellite Television)

ภาพที่ 2.3: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบดาวเทียม (Satellite Television)



ที่มา: *Satellite reception*. (n.d.). Retrieved from http://repairfaq.cis.upenn.edu/sam/icets/satellte.htm.

การแพร่สัญญาณโทรทัศน์ผ่านระบบดาวเทียมแบ่งเป็น 2 ประเภท[73] ได้แก่

ประเภทที่ 1 คือ การรับและส่งสัญญาณผ่านดาวเทียม ที่ต้องผ่านจุดบริการก่อน (Fixed Satellite Service) กล่าวคือ เริ่มต้นจากการที่สถานีโทรทัศน์ดำเนินการส่งสัญญาณจากสถานีภาคพื้นดิน ขึ้นไปยังดาวเทียมและใช้ดาวเทียมดวงเดิมนั้น ส่งสัญญาณดังกล่าวกลับลงมายังโลกอีกครั้งหนึ่ง โดยจะส่งสัญญาณไปยังสถานีปลายทางที่จะทำหน้าที่รับสัญญาณและแปลงสัญญาณนั้นเพื่อส่งต่อไปยังเครื่องรับสัญญาณในบริเวณใกล้เคียง การส่งสัญญาณต่อไปในครั้งหลังนี้ อาจกระทำในรูปของการแปลงสัญญาณผ่านทางสายเคเบิล หรือแพร่ภาพแพร่เสียงผ่านทางอากาศก็ได้ หากมีสถานีที่รับสัญญาณเพียงสถานีเดียวเรียกว่า Point-to-Point Satellite แต่ถ้ามีสถานีภาคพื้นดินหลายสถานีจะเรียกว่า Distribution Satellite[74]

ประเภทที่ 2 คือ การรับ-ส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมระบบดิจิทัล (Digital Satellite Televisionor DSTV) ที่ไม่ต้องผ่านจุดบริการเหมือนประเภทที่ 1 ซึ่งเป็นการส่งสัญญาณโทรทัศน์ที่ต้องเข้ารหัส (Encrypted Signal) เรียกว่า สัญญาณขาขึ้น (Uplink) ไปยังดาวเทียมที่มีรัศมี (Footprint) ครอบคลุมพื้นที่ที่ให้บริการและจะมีดาวเทียมขาลง (Downlink) ส่งสัญญาณมายังพื้นที่ที่ให้บริการสมาชิกโดยจะต้องใช้จานรับสัญญาณดาวเทียมในการรับสัญญาณที่เข้ารหัส[75] และมีการใส่รหัสสัญญาณเพื่อให้สิทธิในการรับชมเฉพาะสมาชิกเท่านั้น

ด้วยปัจจุบัน ได้มีการพัฒนาทางด้านกิจการโทรคมนาคมและกิจการโทรทัศน์เข้าด้วยกัน อันเป็นผลให้วิธีการส่งเนื้อหาในกิจการโทรทัศน์ถูกหลอมรวมเข้ากับเทคโนโลยีทางด้านกิจการโทรคมนาคม หรือที่เรียกว่า “การหลอมรวมเทคโนโลยี” (Technology Convergence) ทำให้รายการโทรทัศน์ถูกเผยแพร่ไปสู่อุปกรณ์และเครือข่ายที่หลากหลาย (Platform) เกิดเป็นสื่อใหม่ (New Media) จำพวกสื่อดิจิทัล เช่น อินเทอร์เน็ตทีวี (Internet TV) เป็นต้น ดังนั้น เมื่อเทคโนโลยีด้านกิจการโทรคมนาคมและโทรทัศน์หลวมรวมกัน การจัดแยกประเภทของสื่อจึงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนยิ่งขึ้น[76]

---

[73] อรพรรณ พนัสพัฒนา, “การให้ความคุ้มครองแก่สัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียม”, **วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** 8, 8(พฤษภาคม 2548): 144-146.

[74] ธัชริน บุญฤทธิ์รุ่งโรจน์, **ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองสัญญาณรายการเข้ารหัสที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียม** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), 17.

[75] สมพันธ์ จารุมิลินท, **ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และผลกระทบของโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิก ในประเทศไทย,** (ม.ป.ท.: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2547), 2.

[76] เนติมา คงแคล้ว, **การเปิดเสรีการค้าบริการกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทยในยุคการหลอมรวมเทคโนโลยี: ศึกษากรณีการเข้าสู่ตลาดและมาตรการการกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 7.

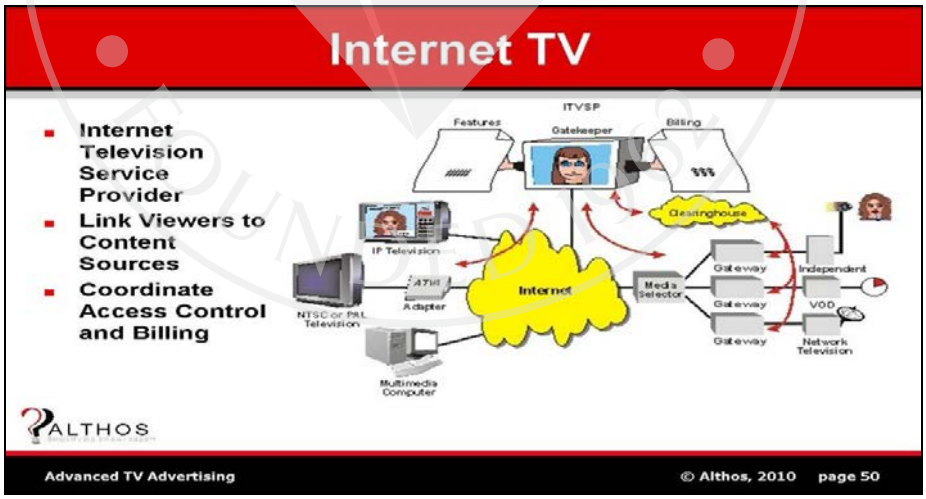
เช่นนี้แล้วนอกเหนือจาก 3 ช่องทางหลักของการแพร่สัญญาณโทรทัศน์ข้างต้นแล้ว ยังมีรูปแบบการแพร่สัญญาณโทรทัศน์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ดังต่อไปนี้

ก. การแพร่สัญญาณโทรทัศน์ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

เป็นการนำเอาเทคโนโลยีโทรทัศน์ที่แต่เดิมเผยแพร่สัญญาณภาพและเสียงผ่านทางคลื่นความถี่มาพัฒนาโดยนำสัญญาณภาพและเสียงส่งผ่านทางอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงจึงสามารถให้บริการได้ทั้งภาพเสียงและข้อมูลได้พร้อมกัน โดยจากการศึกษาพบว่าในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีบริการรับชมโทรทัศน์อยู่หลายรูปแบบและมีความคล้ายคลึงกัน ดังนี้

(1) Internet Television หรือที่รู้จักกันในชื่ออินเทอร์เน็ตทีวี (Internet TV) หมายถึง “รายการโทรทัศน์ที่ส่งไปยังผู้รับชมผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต” โดยรูปแบบหลักสำหรับ Internet TV คือ Streaming Internet TV หรือการรับชมรายการโทรทัศน์ที่ส่งผ่านเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วยการใช้เทคโนโลยีสตรีมมิ่ง[77] ตัวอย่างเช่น การให้บริการของสถานีโทรทัศน์สีกองทัพบกช่อง 7 ให้บริการรับชมผ่าน https://www.ch7.com/live.html หรือสถานีโทรทัศน์ช่อง พีพีทีวี รับชมผ่าน https://www.pptvhd36.com/live#live1 เป็นต้น

ภาพที่ 2.4: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบอินเทอร์เน็ต (Internet Television)



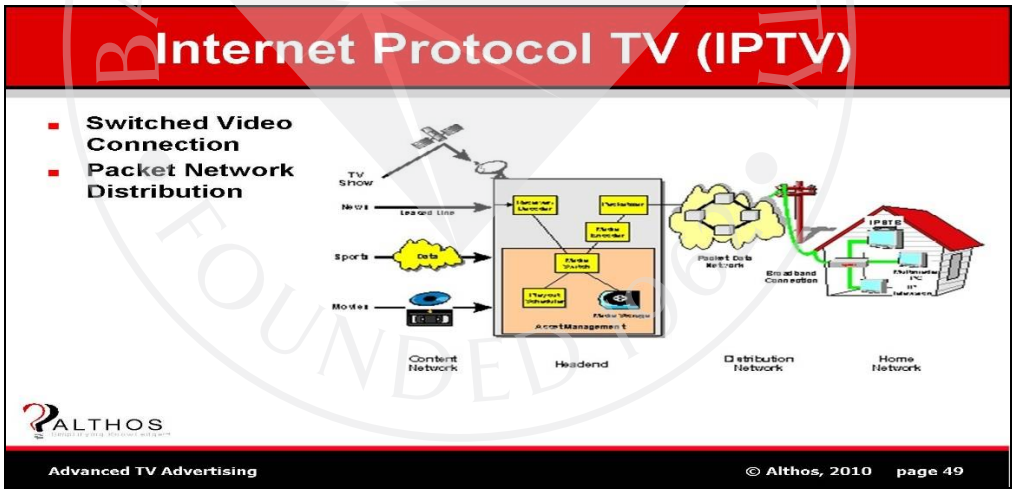
ที่มา: *Internet-TV-system*. (n.d.). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-Internet-TV-System.html.

---

[77] ชนินธร โพธิอ่อน, **การศึกษาปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเลือกใช้บริการไอพีทีวี (IPTV) ของผู้บริโภคในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล,** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), 20.

(2) Internet Protocol Televisionหรือที่รู้จักกันในชื่อ IPTV หมายถึง บริการมัลติมีเดีย (มัลติมีเดีย เป็นเทคโนโลยีที่ได้รับการพัฒนาให้ก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว และใช้คอมพิวเตอร์แสดงผลในลักษณะผสมสื่อหลายชนิดเข้าด้วยกัน ทั้งตัวอักษร รูปภาพ เสียง ภาพเคลื่อนไหว วิดีโอ โดยเน้นการโต้ตอบและมีปฏิสัมพันธ์กับผู้ใช้)[78] ซึ่งเป็นรายการโทรทัศน์ที่ส่งผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโปรโตคอล มีระบบการจัดการเพื่อควบคุมคุณภาพ มีการป้องกันความปลอดภัยของข้อมูลและเป็นระบบที่เชื่อถือได้[79] ซึ่งการรับชมผ่านระบบนี้จะต้องใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ (Personal Computer) หรือกล่องรับสัญญาณ (Set Top Box) เป็นองค์ประกอบด้วย ระบบ IPTV นี้สามารถตรวจสอบว่าได้ในขณะนั้น มีผู้ชมรายการนี้อยู่เท่าใดและอยู่ในพื้นที่ใดบ้าง ช่วงไหนมีคนดูมากที่สุด ซึ่งข้อมูลเหล่านี้เป็นข้อมูลที่สถานีโทรทัศน์สามารถนำไปวิเคราะห์ข้อมูลเหล่านี้ไปปรับปรุงและพัฒนารายการโทรทัศน์ต่อไปได้

ภาพที่ 2.5: ตัวอย่างการเผยแพร่สัญญาณผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโปรโตคอล (Internet Protocol Television)



ที่มา: *IPTV-system*. (2010). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-IPTV-system.html.

---

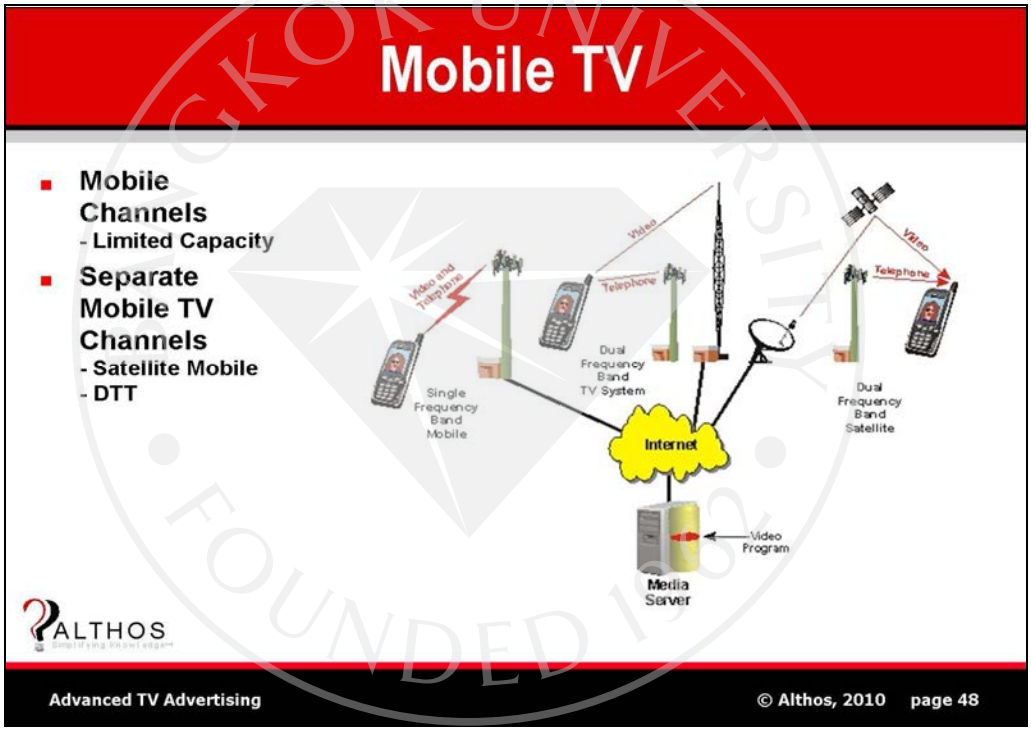
[78] ยืน ภู่วรวรรณ, **เทคโนโลยีมัลติมีเดีย** [Online], 20 เมษายน 2563. แหล่งที่มา https://web.ku.ac.th/schoolnet/snet1/network/multimediea.html.

[79] O'Driscoll, G., **Next generation IPTV services and technologies**, (Hoboken, New Jersey: Wiley-Interscience, 2007), 2.

ข. การแพร่สัญญาณผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Television)

คือ การให้บริการแพร่ภาพและออกอากาศรายการโทรทัศน์ทั้งภาพเคลื่อนไหวและเสียงผ่านทางโครงข่ายไร้สาย (Wirelessnetwork) ไปยังอุปกรณ์เครื่องรับที่สามารถพกพาได้ ผู้รับชมโทรทัศน์ประเภทนี้จะมีความเป็นส่วนตัว และสามารถโต้ตอบผ่านช่องทางที่รองรับบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ ขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีการให้บริการโทรทัศน์ประเภทนี้คงมีแต่เพียงการให้บริการโทรทัศน์ผ่านแอพลิเคชั่นบนโทรศัพท์เคลื่อนที่เท่านั้น

ภาพที่ 2.6: การเผยแพร่สัญญาณผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Television)



ที่มา: *Mobile-television-system*. (2010). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-mobile-television-system.html.

2.6.3 ประเภทกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทย

ประเภทของกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทย สามารถแยกประเภทได้หลากหลายรูปแบบ โดยอาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1) พิจารณาจากกิจการโทรทัศน์ที่ใช้หรือไม่ใช้คลื่นความถี่

ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้ให้นิยามความหมายของกิจการโทรทัศน์ และได้แบ่งกิจการโทรทัศน์ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่[80]

ก. กิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่

"กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่" หมายความว่า "กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ซึ่งต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตาม กฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม"[81]

จากบทนิยามข้างต้น กิจการโทรทัศน์ คือ กิจการโทรทัศน์ที่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่จากคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ยกตัวอย่าง เช่น ผู้ประกอบการกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลช่องต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามนิยามนี้

ข. กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่

"กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่" หมายความว่า "กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ซึ่งไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม"

จากบทนิยามข้างต้น กิจการโทรทัศน์ในข้อนี้ คือ กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่จาก คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เช่น True Vision เป็นต้น

ค. กิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์

ปัจจุบันมีกิจการหลายประเภทที่อาจมีลักษณะเข้าข่ายกิจการทำนองเดียวกับกิจการโทรทัศน์เช่น กิจการโทรทัศน์ผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Television) ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการให้บริการโทรทัศน์ประเภทนี้ รวมถึง การให้บริการกระจายเสียงหรือบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ (Over The Top: OTT) [82]

---

[80] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

[81] เรื่องเดียวกัน.

[82] ภัสรา ปิตยานนท์, **OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์** [Online], 11 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv-อนาคตแห่งการชมโทรทัศน/.

ซึ่ง OTT[83] จะมีรูปแบบและลักษณะการประกอบกิจการเหมือนกับกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช่คลื่นความถี่ ส่วนมากจะอยู่ในรูปแบบของเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน อาทิ Netflix, Hulu, Line TV, YouTube, Facebook เป็นต้น โดยเว็บไซต์และแอปพลิเคชันดังกล่าวมีรูปแบบการนำเสนอเนื้อหาของรายการเป็นการถ่ายทอดสดตามเวลาออกอากาศจริง (Live Content) หรือการรับชมเนื้อหาในเวลาใดก็ได้ตามความต้องการของผู้รับชม (On-demand Content) ซึ่งเนื้อหาของรายการมักจะมีรูปแบบและแหล่งที่มาหลัก ๆ คือ (1) ภาพยนตร์ (2) ซีรีย์ ละคร หรือรายการบันเทิงต่าง ๆ (3) กีฬา และ (4) เนื้อหาที่ผู้ใช้บริการสร้างขึ้น (User Generated Content: UGC)[84]

ทั้งนี้ ไม่ว่าเนื้อหาจะมีที่มาจากแหล่งใดก็ตาม เนื้อหาดังกล่าวจะถูกรวบรวมและถูกส่งผ่านไปยังช่องทาง (Platform) ของแต่ละแอปพลิเคชันซึ่งสามารถรับชมได้ทั่วโลก[85] เกี่ยวกับเรื่องนี้ ปัจจุบันยังไม่มีการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแล OTT อย่างเป็นรูปธรรม [86] อย่างไรก็ตาม กสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลกิจการโทรทัศน์อยู่ระหว่างการจัดทำร่างระเบียบหรือประกาศที่จะออกมาบังคับใช้กับกิจการ OTT ทั้งนี้ กสทช. ได้มีหลักคิดและแนวทางในการกำกับดูแลกิจการเกี่ยวกับ OTT โดยมีความเป็นไปได้ว่า OTT จะถูกพิจารณาให้ถือเป็นกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์อีกประเภทหนึ่ง (กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช่คลื่นความถี่) รวมถึงได้วางแนวทางให้ผู้ประกอบการ OTT ปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ โดยยกเว้น ข้อระเบียบเกี่ยวกับผังรายการ การชำระค่าธรรมเนียม การหารายได้ การให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป การเผยแพร่รายการโทรทัศน์สำคัญ และการจัดลำดับหมวดหมู่บริการ มิให้นำมาบังคับใช้จนกว่าคณะกรรมการจะกำหนดเป็นอย่างอื่น ซึ่งหากผู้ประกอบการ OTT รายใด ไม่ดำเนินการตามแนวทางหรือขั้นตอนที่ให้แนวทางไว้

---

[83] คำนิยามตามแนวทางของ กสทช. มีแนวทาง ว่า “ผู้ให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ OTT” หมายถึง ผู้ดำเนินการส่งข่าวสารหรือรายการ ที่เป็นเสียง หรือภาพและเสียง ไปสู่สาธารณะด้วยการใช้ภาษาไทยหรือการใช้สัญลักษณ์ใด ๆ ที่ทำให้คนไทยสามารถเข้าใจได้ในลักษณะเดียวกับการใช้ภาษาไทย หรือเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับประเทศไทย ผ่านทางโครงข่ายอื่นที่มิใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ ไปยังเครื่องรับภายในประเทศไทย โดยประชาชนให้ความสนใจอย่างต่อเนื่อง หรือมีอิทธิพลต่อการรับรู้ของประชาชนจนอาจส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือความมั่นคงของรัฐ.

[84] ภัสรา ปิตยานนท์, **OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์**.

[85] “ทำไม กสทช. ต้องกำกับ OTT (Cyber weekend)”, **Manager Online** [Online], 10 มิถุนายน 2560. แหล่งที่มา https://mgronline.com/cyberbiz/detail/9600000059094.

[86] “กสทช. ถอย ยกร่างกำกับ OTT ใหม่ เลื่อนเดดไลน์ สุภิญญาหวั่นกำกับสื่อออนไลน์แบบนี้ยุ่งยาก”, **ประชาไท** [Online], 5 กรกฎาคม 2560. แหล่งที่มา https://prachatai.com/journal/2017/07/72274.

จะถือว่าเป็นผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้บริการกิจการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ OTT ในประเทศไทย[87]

2) พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการประกอบกิจการโทรทัศน์

หากพิจารณาตามวัตถุประสงค์การประกอบกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทยแล้ว จะสามารถแบ่งกิจการโทรทัศน์ออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

ก. สถานีโทรทัศน์ของรัฐ (State Television) กล่าวคือ กิจการโทรทัศน์ประเภทนี้ มีวัตถุประสงค์หลัก คือ การเผยแพร่และประชาสัมพันธ์ ข้อมูลข่าวสารของภาครัฐให้แก่ประชาชน เช่น สถานีโทรทัศน์ สทท. ช่อง 11 ซึ่งเป็นช่องของกรมประชาสัมพันธ์สำนักนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

ข. สถานีโทรทัศน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Television) กล่าวคือ กิจการโทรทัศน์ประเภทนี้ คือ การมุ่งหารายได้และกำไรจากการประกอบกิจการในเชิงพาณิชย์ อาทิ รายได้จากการโฆษณา รายได้จากการเช่าเวลาออกอากาศ รายได้จากค่าสมาชิก และรายได้จากการโฆษณา เช่น สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7 เป็นต้น

2.6.4 ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้ให้นิยามของคำว่า “กิจการโทรทัศน์” ไว้ในมาตรา 4 โดยบัญญัติให้ความหมายของกิจการโทรทัศน์ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม ในที่นี้หมายถึง พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้นิยามของกิจการโทรทัศน์ไว้ดังนี้

“กิจการโทรทัศน์ หมายความว่ากิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ระบบสายระบบแสงระบบแม่เหล็กไฟฟ้าหรือระบบอื่นระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกันหรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์”

จากบทนิยามข้างต้น สามารถกล่าวให้เกิดความเข้าใจที่ง่ายขึ้น คือ การจัดตั้งสถานีโทรทัศน์เพื่อออกอากาศและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารทางโทรทัศน์ โดยการเป็นผู้ประกอบอาชีพหรือดำเนินการในลักษณะของการเป็นผู้เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่านทางโทรทัศน์ ไม่ว่าจะแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ

---

[87] สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, **สรุปเนื้อหาการประชุมเพื่อเตรียมความพร้อมในการเป็นผู้ให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ OTT และการเป็นผู้ให้บริการโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ OTT “โดย พันเอก ดร. นที ศุกลรัตน์”** [Online], 23 มิถุนายน 2560. แหล่งที่มา https://www.nbtc.go.th/News/Press-Center/สรุปเนื้อหาการประชุมเพื่อเตรียมความพร้อมในการเป็นผ.aspx.

ใดก็ตามการจะเป็นผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์นั้น จะต้องมีลักษณะและคุณสมบัติที่สำคัญ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) ลักษณะและคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 แล้ว พิจารณาได้ว่า ลักษณะของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทยได้ จะประกอบไปด้วย 3 ส่วนหลัก ดังนี้

ก. เป็นบุคคลสัญชาติไทย[88] กล่าวคือ บุคคลหรือนิติบุคคลใดที่จะประกอบกิจการโทรทัศน์ได้จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการจากคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เสียก่อนซึ่งผู้ที่จะได้รับอนุญาตนั้นจะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย

ข. เป็นผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้บริการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ไม่ว่าโดยผ่านระบบใด

ค. มีอำนาจบริหารจัดการเกี่ยวกับผังรายการ กล่าวคือ ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์มีหน้าที่และต้องรับผิดชอบในการดำเนินการ คัดเลือกจัดหารวมไปถึงกำกับดูแลเนื้อหารายการโทรทัศน์ต่าง ๆ ที่ออกอากาศตามผังรายการ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาชีพและจรรยาบรรณของสื่อ อีกทั้งมีหน้าที่ต้องตรวจสอบแก้ไขปรับปรุงหรือระงับรายการที่มีเนื้อหาอันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารตลอดจนเนื้อหาที่มีผลกระทบต่อการก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรงด้วย[89]

---

[88] มาตรา 7 และมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

[89] ข้อ 14 (10) และ (11) ของประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555.

2) รายได้ของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์

การประกอบกิจการโทรทัศน์ย่อมมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการ ทั้งนี้ ในการดำเนินการย่อมต้องลงทุน ทั้งด้านเงินทุน และแรงงาน ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์จำเป็นจะต้องมีรายได้หรืองบประมาณเข้ามาสนับสนุนการดำเนินการ รวมถึงอาจจะต้องมีกำไร เพื่อสร้างแรงจูงใจในการพัฒนาธุรกิจต่อไป ดังนั้นรายได้ของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ย่อมเป็นส่วนที่สำคัญในการดำรงไว้ซึ่งอุตสาหกรรมนี้ ทั้งนี้ ที่มาของรายได้หรืองบประมาณดังกล่าว ผู้เขียนจะขออธิบายที่มาของรายได้ที่สำคัญของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์[90] ดังต่อไปนี้

ก. รายได้จากการให้เช่าช่วงเวลาออกอากาศ

รายได้ส่วนนี้เกิดจากผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ต้องการหาช่องทางในการเผยแพร่เนื้อหารายการของตนเอง เพื่อให้ออกสู่สายตาของสาธารณชนในวงกว้าง จึงเกิดการขอเช่าช่วงเวลาเพื่อออกอากาศรายการโทรทัศน์กับสถานีโทรทัศน์ โดยตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่สถานีโทรทัศน์ มีลักษณะเป็นการเข้าทำสัญญาเช่าเวลาเพื่อออกอากาศ เป็นรายครั้ง รายเดือนหรือรายปี เช่น สถานีโทรทัศน์ ช่อง 11 กรมประชาสัมพันธ์ พื้นที่จังหวัดขอนแก่น ประกาศกำหนดอัตราค่าเช่าเวลาออกอากาศ ประจำปี พ.ศ. 2553 เพื่อให้ภาคเอกชนหรือบุคคลภายนอกเช่าเวลาในการออกอากาศรายการโทรทัศน์ที่ตนผลิตขึ้น ในอัตราค่าเช่าเวลาเริ่มต้นที่ 24,610 บาทต่อชั่วโมง ไปจนถึงสูงสุดที่ 64,200 บาทต่อชั่วโมง (อัตราค่าเช่าเวลาขึ้นอยู่กับแต่ช่วงเวลาการขอเช่าออกอากาศ)[91] หรือบริษัทผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ ชื่อรายการ “ปลดหนี้” ซึ่งดำเนินการผลิตโดย บริษัท แม็ทชิ่ง แม็กซิไมซ์ โซลูชั่น จำกัด (มหาชน) ได้เข้าทำสัญญาเช่าเวลาเพื่อออกอากาศกับสถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7 โดยตกลงจ่ายค่าตอบแทนการเช่าช่วงเวลาให้แก่สถานีโทรทัศน์เป็นรายครั้งสำหรับช่วงเวลาระยะเวลา 3 เดือน และต่อสัญญาทุก ๆ 3 เดือน เป็นต้น[92]

---

[90] สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, **สื่อวิทยุ-โทรทัศน์มีรายได้จากอะไรบ้าง** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา http://bcp.nbtc.go.th/en/detail/2017-01-25-15-58-52.

[91] กรมประชาสัมพันธ์ จังหวัดขอนแก่น, **อัตราค่าใช้จ่าย เช่าเวลา-อุปกรณ์ คำสั่ง กปส.ที่ 280/2553** [Online], 14 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา http://tv11.prd.go.th/khonkaen/download/list/RT%20SAT%20new.pdf.

[92] บริษัท แม็ทชิ่ง แม็กซิไมซ์ โซลูชั่น จำกัด (มหาชน) สำหรับข้อมูลสัญญาเช่าเวลาแพร่ภาพออกอากาศทางโทรทัศน์ ระหว่างบริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด (สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบกช่อง 7) กับบริษัท แม็ทชิ่ง แม็กซิไมซ์ โซลูชั่น จำกัด (มหาชน) สำหรับการออกอากาศรายการ “ปลดหนี้” ทุกวันอาทิตย์ เวลา 16.15 น.-17.00 น. จำนวน 13 รายการ เริ่มอาทิตย์ที่ 1 มกราคม 2560 สิ้นสุดอาทิตย์ที่ 26 มีนาคม 2560.

ข. รายได้จากค่าโฆษณา

การดำเนินกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทยส่วนใหญ่ต้องพึ่งพาโฆษณาเป็นแหล่งรายได้หลักโดยเห็นได้จากมูลค่าโฆษณาโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล ในปี พ.ศ. 2561 มีมูลค่ารวมอยู่ที่ 67,936 ล้านบาท[93] และในปี พ.ศ.2562 มูลค่าการโฆษณาของช่องรายการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน มียอดรวมประมาณ 68,030.53 ล้านบาท[94] อย่างไรก็ตาม รายได้จากการโฆษณานั้น ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการกำหนดระยะเวลาในการโฆษณา อันได้แก่ มาตรา 23 และ มาตรา 28 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดระยะเวลาสูงสุดในการโฆษณาและการบริการธุรกิจ โดยสรุปสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการในทางธุรกิจ เช่น ช่อง 3HD ช่อง 7HD ช่อง One HD เป็นต้น จะมีเวลาในการโฆษณาและการบริการธุรกิจได้ไม่เกินชั่วโมงละ 12 นาที 30 วินาที โดยเมื่อรวมเวลาโฆษณาตลอดทั้งวันเฉลี่ยแล้วต้องไม่เกินชั่วโมงละ 10 นาที[95]

(2) ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการในทางธุรกิจที่มีการบอกรับสมาชิกหรือเรียกเก็บค่าบริการอื่น อาทิ True Vision, ผู้ประกอบการเคเบิลทีวี เป็นต้น มีเวลาในการโฆษณาและการบริการธุรกิจได้ไม่เกินชั่วโมงละ 6 นาที โดยเมื่อรวมเวลาโฆษณาและการบริการธุรกิจตลอดทั้งวันเฉลี่ยแล้วต้องไม่เกินชั่วโมงละ 5 นาที[96] ทั้งนี้ ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ประเภทนี้อาจมีรายได้จากการจัดเก็บค่าสมาชิก เป็นรายเดือนหรือรายปี แล้วแต่โปรแกรมทางการตลาดที่สมาชิกเลือกรับบริการด้วยก็ได้

---

[93] Positioning, **เปิดเม็ดเงินโฆษณาทีวีดิจิทัลปี 61 มูลค่า 67,936 หมื่นล้าน โต 8% ช่อง 3, ช่อง 7 เวิร์คพอยท์ โกยมากสุด** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://positioningmag.com/?p=1206758.

[94] “ส่องมูลค่าโฆษณาปี’62 วิทยุรุ่ง-เคเบิลทีวีร่วง”, **ประชาชาติธุรกิจ** [Online], 15 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา https://www.prachachat.net/ict/news-421704.

[95] มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

[96] มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

ภาพที่ 2.7: ราคาโฆษณาของรายการโทรทัศน์ ช่วง Prime Time ของแต่ละสถานีโทรทัศน์

ที่มา: Positioning. (2562 ข). *เม็ดเงินโฆษณาละคร 2 หมื่นล้าน "ทีวีดิจิทัล" เปิดศึกชิงเค้กไพรม์ไทม์ครึ่งปีหลัง*. สืบค้นจาก https://positioningmag.com/1234800.

ค. รายได้จากการขายหรือให้เช่าอุปกรณ์รับสัญญาณ

ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์บางราย เช่น ผู้ประกอบการทีวีดาวเทียม PSI ได้ขายหรือให้เช่าอุปกรณ์กล่องรับสัญญาณดาวเทียม ซึ่งมีทั้งลักษณะของการขาย หรือให้เช่าอุปกรณ์ เป็นต้น

จ. รายได้จากการบริจาค หรือระดมทุน

รายได้ประเภทนี้จะเป็นแหล่งรายได้หลักของโทรทัศน์เพื่อชุมชนผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์เพื่อชุมชนบางราย อาจมีรายได้จากการขอรับบริจาคหรือระดมทุนจากสาธารณชน เช่น เคเบิลทีวีช่องธรรมะทีวี สถานีโทรทัศน์เพื่อบริการชุมชน ได้แก่ (1) พะเยาทีวีชุมชน จังหวัด

พะเยา (2) มูลนิธิสื่อสร้างสุข จังหวัดอุบลราชธานี และ (3) โครงการทีวีชุมชนอันดามันมั่นคง (มูลนิธิรักษ์ไทย) ที่สามารถขอรับบริจาคเงินทุนสนับสนุนการดำเนินกิจการจากชุมชน เป็นต้น[97]

ฉ. รายได้จากแหล่งอื่น ๆ

สำหรับการดำเนินงานของสถานีโทรทัศน์ภาครัฐนั้น จะมีรายได้จากเงินงบประมาณของรัฐ เช่น สทท.11 สถานีโทรทัศน์ไทยพีบีเอสหรือ ได้รับเงินอุดหนุนจากภาครัฐ เงินบำรุงองค์กร เงินที่ได้จากทรัพย์สินขององค์กร เป็นต้น

สำหรับการดำเนินงานของสถานีโทรทัศน์ของภาคเอกชนบางแห่ง (ส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการสถานีโทรทัศน์ที่ออกอากาศผ่านเคเบิลทีวีหรือดาวเทียม) จะมีรายได้ส่วนหนึ่งที่ได้รับการอุดหนุนจากผู้รับชมที่มีความคิดเห็นหรืออุดมการณ์ทางการเมืองไปในทางเดียวกัน (อาจจะเป็นการซื้อสินค้าหรือบริการของสถานี เช่น การขายนิตยสาร หรือการสมัครใช้บริการรับข้อความข่าวด่วนผ่านโทรศัพท์มือถือ)[98] เช่น สถานีโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมช่อง NEWS1 ซึ่งดำเนินการโดยทีมงานของสื่อมวลชนในเครือหนังสือพิมพ์ผู้จัดการ ได้ประชาสัมพันธ์เชิญชวนให้ซื้อสินค้าหรือบริการเพื่อเป็นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของสถานี รวมถึง ผู้ประกอบการสถานีโทรทัศน์บางรายที่อาจได้รับเงินอุดหนุนเงินจากพรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองในการดำเนินงาน เช่น PEACE TV ของกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองของแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.)[99] หรือ BLUE SKY CHANNEL ของกลุ่มการเมืองที่สนับสนุนพรรคประชาธิปัตย์[100] เป็นต้น

3) การสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์

อัตราความนิยมของรายการโทรทัศน์ หรือที่เรียกกันเป็นการทั่วไปในชื่อของ “เรตติ้ง” (Rating) นั้น เป็นตัวเลขที่แสดงถึงความนิยมที่ประชาชนมีต่อรายการโทรทัศน์รายการใด

---

[97] สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน), **ทีวีชุมชนขยับแล้ว! กสทช.อนุมัติ 3 โครงการนำร่องเริ่มที่พะเยา-อุบลฯ –อันดามัน** [Online], 24 พฤศจิกายน 2559. แหล่งที่มา https://ref.codi.or.th/public-relations/news/15165-3-7.

[98] “สนธิ วอนประชาชนช่วย ASTV ด้วยการรับข่าวผ่านมือถือ 200 บาท/ด. (ระบบ Dtac, Ais, True Move และ Hutch)”, **Manager Online** [Online], 4 กันยายน 2551. แหล่งที่มา https://mgronline.com/politics/detail/9510000104597.

[99] “เปิด PEACE TV ออนไลน์ นปช. ไม่หยุดท้าชน คสช.”, **Manager Online** [Online], 12 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา https://mgronline.com/politics/detail/9580000053845.

[100] SiamLeaks.com, **สถานีโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม Bluesky Channel แนวรบทางด้านสื่อโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมของประชาธิปัตย์** [Online], 15 พฤษภาคม 2555. แหล่งที่มา http://www.siamleaks.com/top-news/2012/49.html.

รายการหนึ่ง โดยการวัดเรตติ้งนั้นนับเป็นวิธีการที่สำคัญที่จะทำให้ทราบถึงข้อมูลรายละเอียดของการสำรวจจำนวนผู้ชมในแต่ละช่วงเวลา ในแต่ละรายการของสถานีโทรทัศน์ช่องต่าง ๆ ซึ่งข้อมูลที่ได้จากการสำรวจดังกล่าวสามารถนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงผังตารางออกอากาศ รวมไปถึงการลงทุนผลิตรายการ และการวางแผนโฆษณาในรายการต่อไป[101]

การวัดเรตติ้ง (Rating) ได้เข้ามามีบทบาทในวงการวิทยุโทรทัศน์อันเป็นผลมาจากการแข่งขันของผู้ประกอบการ ซึ่งจะต้องแข่งกันด้วยคุณภาพของรายการโทรทัศน์ มีเป้าหมายที่จะต้องตอบสนองความต้องการของผู้รับชมให้ได้มากที่สุด กอปรกับรูปแบบของการหารายได้ของผู้ประกอบการก็เปลี่ยนไปจากอดีตที่เคยขายเวลาที่ใช้ในการออกอากาศ เปลี่ยนเป็นการขายเวลาที่ใช้ในการออกอากาศโฆษณาแทน ดังนั้น ข้อมูลการวัดเรตติ้งจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้บริษัทตัวแทนโฆษณานำมาใช้เพื่อประกอบการตัดสินใจซื้อเวลาโฆษณาในรายการทางโทรทัศน์ หากรายการโทรทัศน์รายการใดได้รับความนิยมสูง (เรตติ้งสูง) รายได้จากการโฆษณาก็จะสูงขึ้นไปด้วย ซึ่งรายได้จากการโฆษณานี้ถือเป็นรายได้สำคัญของสถานีโทรทัศน์อีกด้วย ทั้งนี้หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในรายการโทรทัศน์รายการใดที่มีเรตติ้งที่สูง และไม่อยู่ในระบบการวัดเรตติ้งที่ถูกต้องแล้ว ก็ย่อมจะหมายความถึงการที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพรายการนั้นได้รับความเสียหาย สูญเสียโอกาสมากขึ้นตามไปด้วย

ก. ขั้นตอนการสำรวจความนิยม[102]

วิธีการและขั้นตอนในการสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์นั้น ภัทรภร จารุหิรัญสกุล ได้สรุปถึงพัฒนาการของวิธีการวัดเรตติ้ง โดยสามารถแบ่งออกเป็นยุค ดังนี้

ยุคที่ 1 ยุคของการบุกเบิก กล่าวคือ ในยุคแรก ๆ จะมีวิธีการวัดเรตติ้งโดยใช้วิธีการโทรศัพท์ไปสอบถามกลุ่มเป้าหมาย 1 วันหลังจากที่รายการได้ออกอากาศไปแล้ว ซึ่งวิธีการดังกล่าวยังไม่ค่อยดีนักเนื่องจากบุคคลกลุ่มนี้มิใช่กลุ่มตัวอย่างที่เหมาะสม

ยุคที่ 2 ยุคของการเผชิญหน้า กล่าวคือ มีวิธีการวัดเรตติ้งแบบเผชิญหน้ากันระหว่างคู่สื่อสาร (Face to Face Communication) ขึ้น คือ ระบบทวนความจำ (Poster Recall) โดยใช้วิธีการสัมภาษณ์ วิธีการนี้ผู้วิจัยจะเลือกกลุ่มตัวอย่างด้วยการสำรวจให้กระจายไปยังพื้นที่ต่าง ๆ ให้มากที่สุด และแยกกลุ่มตัวอย่างตามเพศ อายุ อาชีพ หรือตามระดับ

---

[101] ภัทรภร จารุหิรัญสกุล, **อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของวิธีการวัดอัตราความนิยมรายการ Past present and future of rating measuring methods** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/epaper/july_dec2005/pataraporn.pdf.

[102] เรื่องเดียวกัน.

คุณภาพชีวิต จากนั้นผู้วิจัยจะสัมภาษณ์เกี่ยวกับรายการที่แพร่ภาพออกอากาศไปแล้ว และให้ผู้ตอบตอบคำถามว่า จำชื่อรายการ ชื่อสถานี วัน และเวลาที่ออกอากาศได้หรือไม่ ซึ่งวิธีการนี้อาจมีข้อจำกัดหรือผิดเพี้ยนได้ หากรายการที่สำรวจนั้นได้รับความนิยมสูง จะมีอิทธิพลสูงในการบิดเบือนคำตอบมากกว่ารายการที่ได้รับความนิยมต่ำ

ยุคที่ 3 ยุคของความร่วมมือ กล่าวคือ ในยุคนี้มีวิธีการวัดเรตติ้งแบบการใช้ระบบบันทึกประจำวัน (The Diary Method) ซึ่งเป็นระบบที่ผู้รับการสำรวจจะต้องให้ความร่วมมือ กล่าวคือ บริษัทวิจัยจะทำแบบฟอร์มบันทึกประจำวันสำหรับการสำรวจอัตราเรตติ้งฝากไว้กับบ้านกลุ่มตัวอย่าง ซึ่งผู้รับการสำรวจต้องกรอกบันทึกการเปิดรับรายการทุก ๆ 15 นาทีของทุก ๆ วัน โดยบริษัทวิจัยจะมีรางวัลตอบแทนให้เป็นสินน้ำใจ

ยุคที่ 4 ยุคของเทคโนโลยี กล่าวคือ ในยุคนี้มีระบบบันทึกด้วยเครื่องมือหรือระบบมาตรวัด (Mechanical Meter Method) โดยผู้รับการสำรวจยังคงต้องให้ความร่วมมือในการสำรวจอยู่เช่นเดิม แต่มีความสะดวกสบายและทันสมัยมากขึ้น โดยระบบมาตรวัดนี้บริษัท เอ.ซี. เนลสัน จำกัด (A.C. Neilsen Company) หนึ่งในผู้นำบริษัทวิจัยทางการตลาดที่ใหญ่ที่สุดในโลก ได้เป็นผู้นำในการนำมาใช้วิจัยในประเทศสหรัฐอเมริกาต่อมา ในปี ค.ศ. 1949 บริษัท เอ.ซี. เนลสัน จำกัด ได้เปิดตัวอุปกรณ์เครื่องใหม่ที่ใช้สำหรับบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมการรับชมรายการทางโทรทัศน์ ซึ่งมีชื่อว่า “Mailable Audimeter” อุปกรณ์นี้จะทำงานเมื่อสมาชิกบ้านตัวอย่างเปิดเครื่องรับโทรทัศน์ โดยจะบันทึกข้อมูลว่าได้เปิดรับสถานีโทรทัศน์ช่องใด เวลาเท่าไรและถ้าเปลี่ยนสถานีเปลี่ยนไปสถานีช่องใด เมื่อเวลาเท่าไร จนกระทั่งปิดเครื่อง และต่อมาเมื่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไร้สายสมัยใหม่มีมากขึ้น บริษัท Arbitron และ Nielsen จึงได้ร่วมมือกันพัฒนาและทดสอบเครื่องมือสำหรับการวัดอัตราความนิยมตัวใหม่ที่ชื่อว่า Portable People Meter หรือ PPM มีขนาดเล็ก สามารถพกเครื่องนี้ติดตัวไปได้ทุกที่และเครื่องนี้จะทำการบันทึกข้อมูลเมื่อผู้ใช้มีการเปิดรับสื่อ และจะเก็บรวบรวมข้อมูลส่งไปยังสถานี Household Hub ต่อไป

ยุคที่ 5 ยุคแห่งอนาคต กล่าวคือ เมื่อระบบการสื่อสารของโลกได้พัฒนาไปมาก เป็นผลให้การติดต่อสื่อสารของผู้คนทั่วโลกทำได้อย่างง่ายดายและรวดเร็ว ซึ่งเป็นการสื่อสารผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อีกทั้งสามารถเชื่อมต่อแบบไร้สายกับเครื่องคอมพิวเตอร์ได้อย่างรวดเร็วและไม่จำกัดเวลา เห็นได้จากในปี พ.ศ. 2560 บริษัท เอ.ซี. เนลสัน จำกัด (A.C. Neilsen Company) ได้เปิดตัวการวัดเรตติ้งโฆษณา รวมออนไลน์และออฟไลน์ (Total Ad Ratings) ซึ่งเป็นการวัดผู้ชมโฆษณาแบบมัลติสกรีนในประเทศไทย ถือเป็นครั้งแรกที่ผู้ใช้ข้อมูลจะสามารถมองเห็นเรตติ้ง

โฆษณาและภาพรวมของผู้ชมโฆษณาในทุกแพลตฟอร์ม ทั้งโทรทัศน์ คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือและแท็บเล็ต โดยไม่มีการนับซ้ำ[103]

ข. รูปแบบการสำรวจความนิยม/ ค่าวัดต่าง ๆ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความนิยมของรายการโทรทัศน์ (เรตติ้ง) เป็นปัจจัยสำคัญที่บ่งชี้ถึงคุณภาพของรายการโทรทัศน์ได้ อีกทั้งสามารถใช้เป็นข้อมูลและปัจจัยของบริษัทตัวแทนโฆษณา หรือเรียกเป็นการทั่วไปว่า เอเย็นซี่โฆษณา ในการพิจารณาเข้าซื้อเวลาในการโฆษณาเพื่อให้เกิดความคุ้มค่าและประสิทธิผลสูงสุด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องทำความเข้าใจพื้นฐานของค่าการวัดต่าง ๆ อันได้มาจากการวัดเรตติ้ง เพื่อจะได้นำไปประกอบการคิดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพต่อไป โดยจากรายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาแนวทางในการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (Audience Measurement) ได้ทำการศึกษาและอธิบายคำศัพท์และค่าต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์ไว้[104] โดยสรุป ดังนี้

(1) ความนิยมรายการ (Rating Point: RP) หรือเรตติ้ง

หมายถึง ตัวเลขแสดงถึงอัตราร้อยละ (เปอร์เซ็นต์) ของคนดูรายการหรือโฆษณานั้น ๆ ในเวลานั้น ๆ จากจำนวนคนดูทั้งหมดในแต่ละกลุ่มเป้าหมายทั้งนี้ เรตติ้งที่วัดจากกลุ่มคนดูที่ต่างกัน อาจมีตัวเลขที่ต่างกันได้ เช่น เรตติ้งของรายการหนึ่งอาจอยู่ที่ 40% หากวัดจากคนดูกลุ่มผู้หญิง แต่เมื่อวัดเรตติ้งจากกลุ่มคนดูของกลุ่มผู้ชายอาจอยู่ที่ 10% เท่านั้น

สูตรการคำนวณความนิยมรายการ (Rating)

$$\text{ความนิยมรายการ (Rating)} = \frac{\text{จำนวนครัวเรือนที่มีการเปิดรายการใดรายการหนึ่ง} \times 100}{\text{จำนวนครัวเรือนทั้งสิ้นที่มีโทรทัศน์ในเขตท้องที่หนึ่ง}}$$

---

[103] Nielsen, **นีลเส็นเปิดตัวการให้บริการ การวัดเรตติ้งโฆษณา รวมออนไลน์และออฟไลน์ หรือ Total AD Ratings ในประเทศไทย** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://www.nielsen.com/th/th/press-room/2017/nielsen-total-ad-ratings.html.

[104] มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ, **โครงการศึกษาแนวทางในการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (Audience measurement)** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/581000000001.pdf.

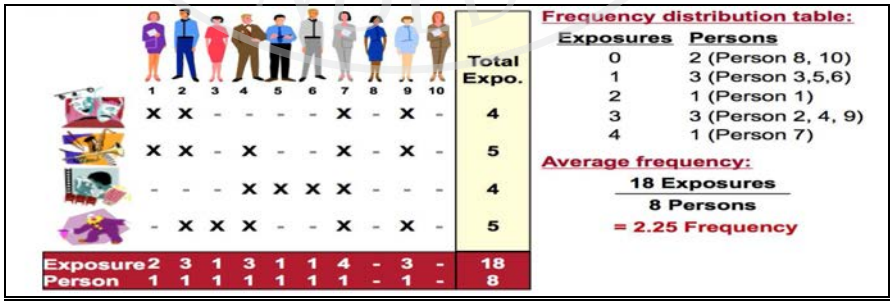
ภาพที่ 2.8: ภาพตัวอย่างข้อมูลการรับชมของผู้ชมรายการโทรทัศน์

ที่มา: มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ. (2559). *โครงการศึกษาแนวทางในการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (Audience measurement)*. สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/581000000001.pdf.

(2) จำนวนครั้งหรือความถี่โดยเฉลี่ย (Frequency)

หมายถึง จำนวนครั้งหรือความถี่โดยเฉลี่ยที่ผู้ชมหนึ่งคนจะเห็นโฆษณาตัวนั้น ๆ ยกตัวอย่างจากตัวอย่างรูปภาพที่ 9 ด้านล่าง มีคนดูทั้งหมด 8 คนจาก 10 คน เห็นโฆษณารวม 18 ครั้ง ดังนั้นค่า Frequency เท่ากับ 18 หาร 8 หรือ 2.25

ภาพที่ 2.9: ภาพตัวอย่างการคำนวณจำนวนครั้งหรือความถี่โดยเฉลี่ย (Frequency)

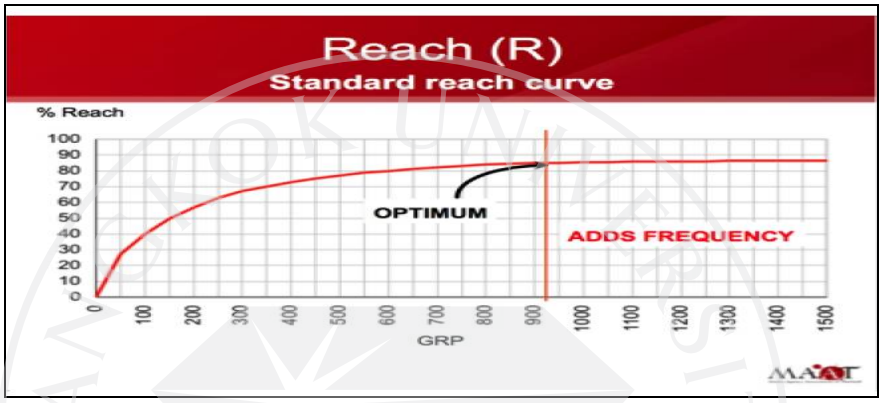


ที่มา: มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ. (2559). *โครงการศึกษาแนวทางในการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (Audience measurement)*. สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/581000000001.pdf.

(3) เปอร์เซ็นต์คนดูที่เห็นโฆษณา (Reach)

หมายถึง ตัวเลขแสดงถึงอัตราร้อยละ (เปอร์เซ็นต์) ของคนดูที่เห็นโฆษณาโดยไม่นับซ้ำคนเดิมภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น มีคน 8 คน จาก 10 คน ที่ดูรายการ 4 รายการ ดังตัวอย่าง ตารางรูปภาพหมายเลข 7 เท่ากับว่า Reach ของทั้ง 4 รายการอยู่ที่ 80%

ภาพที่ 2.10: ภาพตัวอย่างข้อมูลเปอร์เซ็นต์คนดูที่เห็นโฆษณาโดยไม่นับซ้ำคนเดิม (Reach)



ที่มา: มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ. (2559). *โครงการศึกษาแนวทางในการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (Audience measurement).* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/581000000001.pdf.

(4) จำนวนครัวเรือนที่ใช้โทรทัศน์ (Home Using Television: HUT)

หมายถึง จำนวนครัวเรือนที่กำลังเปิดดูโทรทัศน์ในแต่ละช่วงเวลา ซึ่ง HUT จะเป็นตัวที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดราคาเวลาซื้อขายสื่อโฆษณา กล่าวคือ ช่วงเวลาที่มีคนดูจำนวนมาก เรียกว่า เวลาเอก (Prime Time) คือ ช่วงเวลา 19.00 น.-22.00 น. ช่วงเวลาที่มีคนดูปานกลาง เรียกว่า เวลารอง (Shoulder Time) คือ ช่วงเวลา 17.00 น.-19.00 น. และ 22.30-24.00 น. ส่วนช่วงเวลาที่มีคนดูน้อย เรียกว่า เวลาย่อย (Fringe Time) คือ ช่วงเวลา 09.00-17.00 น.

(5) ต้นทุนต่อการเห็นแต่ละครั้ง (Cost per Rating Point: CPRP)

เป็นวิธีที่ใช้วัดประสิทธิภาพของการใช้เงินในการซื้อสื่อโฆษณา โดยคำนวณจากต้นทุนต่อการได้เห็นแต่ละครั้ง ตัวอย่าง ถ้าใช้เงินในการซื้อสื่อโฆษณาจำนวน 4,000,000 บาท ได้จำนวนของการได้เห็นสุทธิ (Gross Rating Point: GRP) เท่ากับ 200,000 ครั้ง แสดงว่ามีต้นทุนต่อการเห็นแต่ละครั้ง (CPRP) เท่ากับ 20 บาท (มาจาก 4,000,000/ 200,000) แล้วนำผลลัพธ์

ที่ได้ไปเปรียบเทียบกับคู่แข่งขัน ถ้าบริษัทใดมีต้นทุนต่อการเห็นแต่ละครั้ง (CPRP) ถูกกว่าแสดงว่ามีประสิทธิภาพในการใช้เงินซื้อสื่อโฆษณามากกว่า

โดยสรุป จากค่าต่าง ๆ เกี่ยวกับความนิยมของรายการโทรทัศน์ (เรตติ้ง) จะเป็นพื้นฐานในการคิดคำนวณค่าใช้จ่ายต่อกลุ่มเป้าหมายหรือรายได้ที่สถานีโทรทัศน์ได้รับจากผู้ซื้อสื่อโฆษณา อันมีผลกับราคาซื้อโฆษณาของเอเย็นซี่ รวมถึงเป็นตัวกำหนดอัตราราคาการขายโฆษณา ราคาการเช่าเวลา อันเป็นรายได้หลักของกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย และสามารถนำไปเป็นปัจจัยหนึ่งในการคำนวณค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในบางกรณีอันจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4 และบทที่ 5

ค. ความสัมพันธ์ระหว่างความนิยมของรายการโทรทัศน์และรายได้ของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์

จากภาวะการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจในกิจการโทรทัศน์มีความเข้มข้นมากขึ้น ซึ่งเป็นการแข่งขันกันด้านคุณภาพของรายการโทรทัศน์ เมื่อรายการโทรทัศน์ได้รับความนิยมสูงขึ้น (เรตติ้งสูงขึ้น) รายได้จากการโฆษณาก็จะสูงขึ้นไปด้วย ซึ่งถือเป็นรายได้ส่วนที่สำคัญของสถานีโทรทัศน์ จากผลข้างต้นจะเห็นได้จากรายได้ของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์และความนิยม (เรตติ้ง) ของรายการโทรทัศน์จะมีผลไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อความนิยมของรายการ (เรตติ้ง) มีอัตราที่สูงขึ้น รายได้ของผู้ประกอบการเพิ่มขึ้นเช่นกันอันเนื่องมาจากผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์สามารถกำหนดอัตราการขายโฆษณาสูงขึ้นด้วย

ภาพที่ 2.11: ตารางแสดงอันดับเรตติ้งทีวีดิจิทัล ประจำปี 2561

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2562 ข). *เปิดรายได้จริง ปีที่ 5 (2561) ทีวีดิจิตอลภาคธุรกิจ 22 ช่อง รายได้รวมกว่า 2 หมื่นล้านบาท เพิ่มขึ้น 17.9%.* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/620700000007.pdf.

ภาพที่ 2.12: รายได้ทีวีดิจิทัล ประจำปี 2561

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2562 ข). *เปิดรายได้จริง ปีที่ 5 (2561) ทีวีดิจิตอลภาคธุรกิจ 22 ช่อง รายได้รวมกว่า 2 หมื่นล้านบาท เพิ่มขึ้น 17.9%*. สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/620700000007.pdf.

จากภาพที่ 2.11 และ 2.12 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ของเรตติ้งและรายได้ของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์นั้น มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ หากเรตติ้งของรายการของสถานีโทรทัศน์ใดมีเรตติ้งที่สูง ก็จะมีรายได้สูงตามขึ้นไปด้วย โดยส่วนใหญ่เป็นรายได้ที่เกิดจากการซื้อเวลาในการโฆษณากับสถานีโทรทัศน์

2.6.5 มูลค่าทางเศรษฐกิจของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

เมื่อกล่าวถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์แล้ว ส่วนที่จะก่อให้เกิดมูลค่าทางเศรษฐกิจที่สำคัญ มี 2 ส่วน ดังต่อไปนี้

1) มูลค่าตลาดการโฆษณาในกิจการโทรทัศน์

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า รายได้หลักสำหรับกิจการโทรทัศน์ คือ รายได้จากการขายเวลาโฆษณา ซึ่งในปี พ.ศ. 2561 มูลค่ารวมของตลาดโฆษณาทางกิจการโทรทัศน์ (เฉพาะทีวีดิจิทัล) มีมูลค่าสูงถึง 67,936 ล้านบาท[105] ทั้งนี้ มูลค่าโฆษณาส่วนใหญ่จะสอดคล้องกับเรตติ้งของแต่ละสถานีโทรทัศน์

2) มูลค่าตลาดการผลิตรายการโทรทัศน์

การผลิตและรวบรวมเนื้อหารายการโทรทัศน์เป็นกระบวนการที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเนื้อหาและรูปแบบของรายการโทรทัศน์เป็นปัจจัยสำคัญที่สามารถดึงดูดผู้ชม และสร้างความนิยม อีกทั้งทำรายได้ให้แก่สถานีโทรทัศน์และช่องรายการโทรทัศน์ด้วย ศูนย์วิจัยกสิกรไทยประเมินว่า ในปี 2558 มูลค่าตลาดผลิตรายการโทรทัศน์โดยรวมที่คาดว่าจะมีมูลค่าสูงถึง 39,000-40,000 ล้านบาท[106] ทั้งนี้ การพิจารณามูลค่าของรายการโทรทัศน์สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

2.1) มูลค่าของรายการโทรทัศน์โดยพิจารณาตามลักษณะของการแพร่เสียงแพร่ภาพ

ก. รายการโทรทัศน์ที่ถ่ายทอดสดหรือการแสดงสด

รายการโทรทัศน์ที่ถ่ายทอดสดจะเป็นการออกอากาศตามเวลาจริง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในเวลาปัจจุบันเป็นรายการที่มีการถ่ายทอดสด ไม่สามารถล่วงรู้เหตุการณ์ได้ล่วงหน้า จึงทำให้น่าติดตามรับชม มากกว่ารายการโทรทัศน์ที่นำบันทึกของงานมาแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งอาจรับรู้ผลของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น การรายการข่าว รายการแข่งขันกีฬา เป็นต้น โดยมูลค่าสิทธิในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลก จะมีมูลค่ามากกว่าค่าสิทธิในการทำเทปบันทึกการแข่งขันรายการกีฬาดังกล่าวมาแพร่เสียงแพร่ภาพ เหตุเพราะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งผู้รับชมอาจทราบผลหรือเหตุการณ์ดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้ มูลค่าของรายการโทรทัศน์ที่ถ่ายทอดสดนั้น จะมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับประเภทและความนิยมในรายการนั้น ๆ ด้วย เช่น รายการถ่ายทอดสดกีฬาโอลิมปิค รายการถ่ายทอดสดฟุตบอลชิงแชมป์โลกรอบสุดท้าย เป็นรายการถ่ายทอดสดที่มีมูลค่าสูงเนื่องจากได้รับความนิยมของคนทั่วโลกอย่างมาก

---

[105] Positioning, **เปิดเม็ดเงินโฆษณาทีวีดิจิทัล ปี 61 มูลค่า 67,936 หมื่นล้าน โต 8% ช่อง 3, ช่อง 7 เวิร์คพอยท์ โกยมากสุด** [Online], 4กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://positioningmag.com/?p=1206758.

[106] ศูนย์วิจัยกสิกรไทย, **ทีวีออนไลน์เติบโตต่อเนื่อง...ดันมูลค่าตลาดผลิตรายการปี 58 ทะลุ 600 ล้านบาท** [Online], 28 สิงหาคม 2558. แหล่งที่มา https://www.kasikornresearch.com/InfoGraphic/Documents/2652_update.pdf.

ข. รายการโทรทัศน์ที่นำบันทึกของงานมาแพร่เสียงแพร่ภาพ

รายการโทรทัศน์ที่นำบันทึกของงานสร้างสรรค์มาแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น รายการเกมส์โชว์และวาไรตี้ ละคร ภาพยนตร์ โดยมูลค่าของรายการโทรทัศน์ประเภทนี้จะมากหรือจะน้อย ขึ้นอยู่กับประเภทและความนิยมในรายการนั้น ๆ ด้วย เช่น ละครมักจะได้รับความนิยมและมูลค่าสูงกว่ารายการสารคดี เป็นต้น

2.2) มูลค่าของรายการโทรทัศน์ที่พิจารณาจากประเภทของรายการโทรทัศน์

ก. รายการกีฬา (Sports)

มูลค่าของรายการกีฬา ขึ้นอยู่กับประเภทของกีฬาที่นำมาจัดทำเนื้อหารายการ เช่น การแข่งขันฟุตบอลต่างประเทศ ฟุตบอลโลก อเมริกันฟุตบอล เป็นกีฬาที่ได้รับความนิยมจากผู้คนทั่วโลกย่อมมีมูลค่ามากกว่า กีฬาที่ไม่เป็นที่แพร่หลาย เช่น ตะกร้อ ที่ได้รับความนิยมเฉพาะผู้คนในบางประเทศเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ จึงใช้รายการกีฬาเป็นกลยุทธ์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถ่ายทอดสด รายการกีฬาที่มีชื่อเสียง เป็นเครื่องมือหลักในการกระตุ้นส่วนแบ่งทางการตลาดให้แก่ช่องรายการของตน[107] เช่น ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์กลุ่ม ทรูวิชั่น เตรียมการเจรจากับผู้ได้รับสิทธิ์การแพร่เสียงแพร่ภาพรายการถ่ายทอดสดฟุตบอลพรีเมียร์ลีกอังกฤษฤดูกาลปี 2019/2020-2021/2022 และฟุตบอลโตโยต้าไทยลีก 2019 และเจ ลีก 2019 เพื่อนำมาแพร่เสียงแพร่ภาพให้สมาชิกผู้รับชมของตนได้รับชม[108] รวมถึง ช่อง PPTV HD ช่อง 36 ได้เข้าซื้อสิทธิ์ในการแพร่เสียงแพร่ภาพรายการกีฬาชื่อดัง อาทิ รายการถ่ายทอดสดฟุตบอลพรีเมียร์ลีก ซึ่งเป็นรายการยอดนิยมของคนไทย[109] แม้ว่าสิทธิการแพร่เสียงแพร่ภาพจะมีมูลค่ามหาศาล แต่ผู้ซื้อก็ไม่มีความลังเลที่จะลงทุนเพื่อครอบครองสิทธินั้น เนื่องจากได้เล็งเห็นแล้วว่า รายการกีฬาจะช่วยเพิ่มความนิยม (เรตติ้ง) ให้แก่ช่องรายการของตนและสร้างความได้เปรียบเหนือคู่แข่ง[110]

---

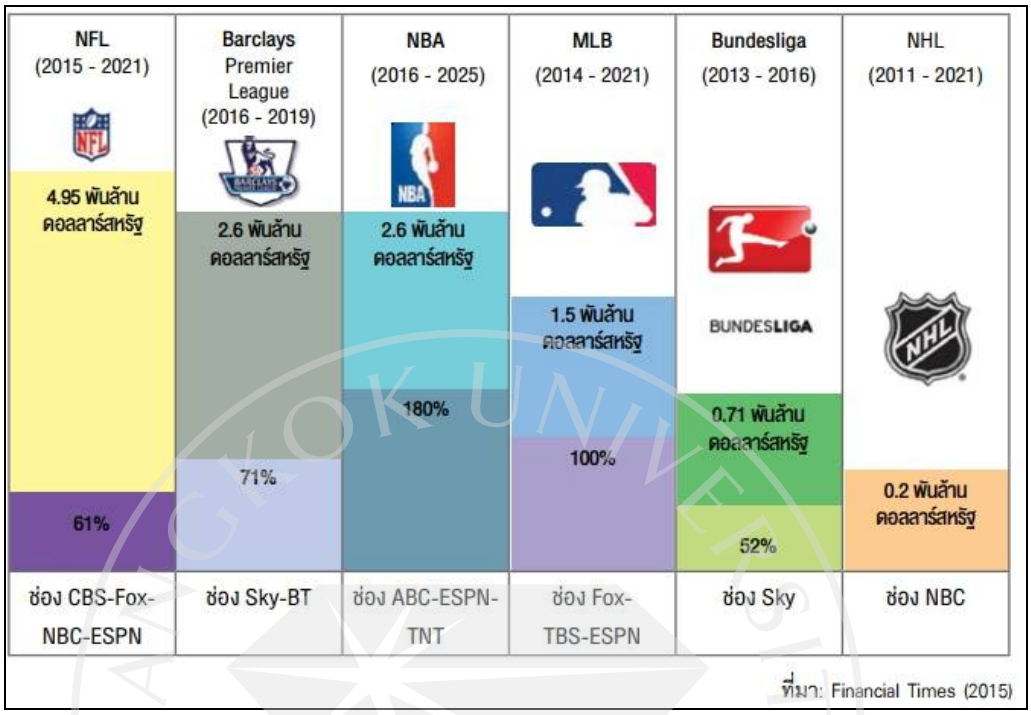
[107] ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาครียะ, **เนื้อหารายการโทรทัศน์ภายใต้วิวัฒนาการของห่วงโซ่การประกอบกิจการ (ตอนที่ 1) (Television content in value chain)** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/doc/2559_09_2.pdf.

[108] ประชาชาติธุรกิจออนไลน์, **"ทรูวิชั่นส์" สปีดเพิ่มลูกค้าใหม่ ทุ่มสุดตัวประมูลพรีเมียร์ลีก** [Online], 19 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://www.prachachat.net/marketing/news-292113.

[109] Siamsport, **พีพีทีวี เปิดฤดูกาลยิงสดบอลพรีเมียร์ลีกและกีฬาระดับโลกตลอดปี** [Online], 18 กรกฎาคม 2561. แหล่งที่มา http://www.siamsport.co.th/newspr/other/view/80900.

[110] ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาครียะ, **สิทธิในการแพร่ภาพและเสียงรายการกีฬา (Sports broadcasting rights)** [Online], 4 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/doc/2559_08_4.pdf.

ภาพที่ 2.13: มูลค่าสิทธิในการแพร่ภาพและเสียงรายการกีฬา



ที่มา: ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาครียะ. (2559 ก). *เนื้อหารายการโทรทัศน์ภายใต้วิวัฒนาการของห่วงโซ่การประกอบกิจการ (ตอนที่ 1) (Television content in value chain).* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/doc/2559_09_2.pdf.

ข. รายการเพื่อความบันเทิง (Entertainment)

รายการประเภทความบันเทิง เป็นประเภทรายการที่ผู้รับชมให้ความสนใจและชื่นชอบ ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ส่วนใหญ่จึงจัดให้มีรายการประเภทนี้ในสัดส่วนมากกว่าสัดส่วนของรายการประเภทอื่น ๆ อีกทั้งสามารถสร้างรายได้ให้แก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ได้เป็นจำนวนมาก จากผลสำรวจในประเทศอังกฤษนั้น พบว่า ประชาชนใช้เวลารับชมรายการประเภทบันเทิงสูงที่สุด โดยมีมากถึงร้อยละ 74 ของจำนวนชั่วโมงทั้งหมดที่มีการถ่ายทอดรายการโทรทัศน์[111]

[111] Boston Consulting Group, **The value of content** [Online], 4 February 2019. Available from https://www.libertyglobal.com/pdf/public-policy/The-Value-of-Content-Digital.pdf.

ค. รายการข่าวสารและสาระ (News)

รายการประเภทข่าวสารเป็นชนิดรายการที่สร้างกำไรให้แก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ได้ไม่มากนัก (เมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหาประเภทกีฬาและความบันเทิง) หรืออาจจะประสบภาวะขาดทุนได้[112] เช่น ช่อง Spring News ซึ่งเป็นช่องทีวีดิจิทัล ในหมวดข่าวสารและสาระ ที่ประสบภาวะขาดทุนอย่างหนัก จนต้องขายกิจการให้กับผู้ประกอบการรายอื่น[113] แม้กระนั้นก็ตาม ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์บางราย เช่น ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ช่องรายการสาธารณะก็มีความจำเป็นที่ต้องนำเสนอรายการข่าวในสัดส่วนที่เหมาะสมเพื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงด้านการให้บริการสาธารณะ (Public Service Obligation)[114] แม้จะดำเนินกิจการโดยมีกำไรเพียงเล็กน้อยหรือประสบภาวะขาดทุนก็ตาม

2.7 การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

จากที่ได้อธิบายการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในภาพรวม ในหัวข้อ 2.5.4 (5) มาแล้วนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่มากขึ้นในส่วนนี้ จะขออธิบายถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเฉพาะของกิจการโทรทัศน์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะได้อธิบายโดยยกตัวอย่างการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเฉพาะของกิจการโทรทัศน์นั้น ได้มีการกำหนดไว้ใน มาตรา 29 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นเดียวกับงานแพร่เสียงแพร่ภาพประเภทอื่น เช่นกัน โดยจะขออธิบายและยกตัวอย่างเฉพาะการละเมิดในงานกิจการโทรทัศน์ ดังต่อไปนี้

มาตรา 29 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักไว้ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดัง ต่อไปนี้

1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

ตัวอย่างลักษณะ/ รูปแบบการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่

---

[112] “ขาดทุนระนาวเหตุโฆษณาไม่เข้าเป้า/ ช่องเนชั่นสวนกระแส ทีวีดิจิตอล Q1 บักโกรก”, **ฐานเศรษฐกิจ** [Online], 22 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา https://work.listedcompany.com/newsroom/20150521-work-thansettakij01.pdf.

[113] “สปริงนิวส์ขายหุ้นลื่นปรื๊ด”, **ไทยรัฐ** [Online], 25 กันยายน 2561. แหล่งที่มา https://www.thairath.co.th/content/1383266.

[114] Boston Consulting Group, **The value of content**.

6359/2551 ศาลฎีกาในคดีนี้ ได้วินิจฉัยว่าจำเลยแพร่สัญญาณงานแพร่เสียงแพร่ภาพให้ผู้ใช้บริการเช่าห้องพักในอพาร์ตเมนต์ของจำเลยได้รับชมรับฟังด้วยการต่อสัญญาณเข้าไปในห้องเช่า ซึ่งมีลักษณะเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพต่อไปจากการแพร่เสียงแพร่ภาพของผู้เสียหายโดยไม่มีการบันทึกงานนั้นไว้ก่อน การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29(1)[115] เช่นเดียวกับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7872/2549 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ข้อเท็จจริงในคดีสรุปได้ว่า จำเลยติดตั้งอุปกรณ์รับสัญญาณรับเสียงและภาพรายการโทรทัศน์ของโจทก์ร่วมแล้วแพร่หรือถ่ายทอดสัญญาณนั้นผ่านสายรับสัญญาณไปยังห้องพักที่จำเลยให้บริการโดยมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ร่วมผู้เสียหาย และเมื่อจำเลยจัดทำเพื่อให้ผู้เช่าห้องพักในอาคารที่พักของตนได้รับชมโดยผู้เช่าต้องเสียค่าบริการอีก การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 29 (1)[116]

2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

ตัวอย่าง ลักษณะ/ รูปแบบการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นการนำเทปบันทึกภาพการแสดงหรือละครที่ออกอากาศทางโทรทัศน์ไปแล้วมาออกอากาศซ้ำอีก ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า

ตัวอย่าง ลักษณะ/ รูปแบบการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นการที่ร้านอาหารจัดโทรทัศน์ให้ลูกค้าหรือผู้เข้ามาใช้บริการได้ รับชมการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาโดยคิดเป็นค่ารับชมแยกต่างหากจากค่าอาหาร

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

จากที่ได้อธิบายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในหัวข้อ 2.5.4 (6) มาแล้วนั้น สำหรับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้างต้นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ที่ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ (งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์) รวมถึงการกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรด้วย ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างการกระทำต่องาน

---

[115] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6359/2551 ระหว่าง พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ และนายธีรพล อุ่นอนุโลม จำเลย.

[116] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7872/2549 ระหว่าง พนักงานอัยการจังหวัดพระนครศรีอยุธยาโจทก์ บริษัทยูไนเต็ด บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) โจทก์ร่วม และนายประสูติ อัศวิบูลย์พันธุ์ จำเลย.

ลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ที่ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

1) การวิจัย หรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำโดยหากำไร เช่นการบันทึกรายการโทรทัศน์ประเภทสารคดีการรักษาโรคมะเร็ง เพื่อประกอบการวิจัยทางการแพทย์ของนักวิจัย

2) การใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติมิตร เช่น การบันทึกรายการถ่ายทอดสดฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายในช่วงเวลาดึก เพื่อนำมาให้สมาชิกในครอบครัวได้รับชมในภายหลัง

3) การติชม วิจารณ์หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น การนำเทปบันทึกละครที่ออกอากาศทางโทรทัศน์มาวิพากษ์วิจารณ์และให้ความเห็นโดยมีอ้างอิงแหล่งที่มาว่าได้รับการเอื้อเฟื้อภาพจากสถานีโทรทัศน์ช่องใด

4) การเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น การนำภาพการแข่งขันกีฬาที่ออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์มาลงในเว็บไซต์ข่าวออนไลน์เพื่อประกอบการรายงานข่าว โดยมีการอ้างอิงว่าเป็นภาพข่าวที่ออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์ช่องใด

5) การทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้บันทึกรายการเกมส์โชว์ที่ออกอากาศทางโทรทัศน์เพื่อนำมาใช้เป็นหลักฐานในชั้นศาล

6) การทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร เช่น การที่ครูบันทึกละครที่ออกอากาศทางโทรทัศน์โดยนำมาใช้จัดทำสื่อประกอบการเรียนการสอนให้นักเรียนในโรงเรียน

7) การกระทำเพื่อใช้ ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือ สถาบันการศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันการศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร เช่น ครูได้บันทึกละครที่ออกอากาศทางโทรทัศน์มาตัดต่อใหม่ เพื่อนำมาเป็นสื่อในการสอนในสถาบันการศึกษา

8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบเช่น ครูนำบันทึกรายการสารคดีที่แพร่ภาพทางโทรทัศน์ มาเปิดให้นักศึกษาได้ตอบข้อสอบในชั้นเรียน

9) การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุด เช่น บรรณารักษ์บันทึกรายการเกมส์โชว์ทางโทรทัศน์ เพื่อใช้เป็นสื่อในการให้บริการในห้องสมุด

10) การทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการโดยเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายเช่น พนักสอบสวน บันทึกเทปรายการเกมส์โชว์ เพื่อประกอบสำนวนในการรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีตามกฎหมาย

บทที่ 3

ลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิด และเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและศาลต่างประเทศ

ในบทนี้นำเสนอและกล่าวถึงลักษณะทั่วไป ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหาย แนวความคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับการได้ผลประโยชน์โดยมิชอบของผู้กระทำผิด รวมไปถึงศึกษาเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและศาลของต่างประเทศ โดยการนำเสนอในบทนี้จะแสดงและเปรียบเทียบให้เห็นถึงลักษณะ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับค่าเสียหายของระบบกฎหมายที่สำคัญของโลก 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งจุดประสงค์ที่สำคัญของบทที่ 3 นี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงหลักการและทฤษฎีของการกำหนดค่าเสียหายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศรวมถึงเพื่อเป็นการวางพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ก่อนที่จะได้ศึกษาโดยละเอียดเฉพาะเรื่องของค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ต่อไป

3.1 ความหมายทั่วไปของค่าเสียหาย

"ค่าเสียหาย" โดยทั่วไปมีความหมายว่า จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิตร่างกายอนามัยเสรีภาพหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งอาจมิใช่ทรัพย์สินก็ได้[1] จากความหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่าค่าเสียหายนั้นมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายเป็นตัวเงิน ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนเงินให้แก่ผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร

ค่าเสียหาย มีบ่อเกิดจาก 2 แหล่ง ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (Breach of Contract) และ ความเสียหายจากการกระทำละเมิด (Infringement) โดยผู้วิจัยจะขออธิบายออกเป็นข้อ ๆ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

3.1.1 ค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญา (Breach of Contract)

"สัญญา" หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปโดยมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์ [2] ซึ่งสัญญานั้นมีการกำหนดภาระหน้าที่หรือหนี้ระหว่างคู่สัญญาไว้ เช่นนี้แล้วเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำ

---

[1] โสภณ รัตนากร, **หนี้**, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2542), 145.

[2] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, **คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา,** พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), 247.

การใด ๆ หรืองดเว้นการกระทำการใด ๆ ที่เป็นการละเมิดข้อสัญญาหรือไม่เป็นไปตามสัญญา ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กระทำผิดต้องได้รับความเสียหายจากผิดสัญญานั้นดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นฝ่ายกระทำผิดสัญญา มีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายจากการผิดสัญญาเป็นค่าเสียหายได้ โดยการชดใช้ความเสียหายนี้ มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อชดใช้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายตามสิทธิของตน เพื่อให้อยู่ในสถานะที่พึงจะได้รับหากได้มีการชำระหนี้ตามสัญญาโดยสมบูรณ์

3.1.2 ค่าเสียหายในกรณีละเมิด (Infringement)

ความเสียหายจากการกระทำละเมิด เป็นความเสียหายที่ผู้เสียหายกับผู้ที่ต้องรับผิดไม่มีภาระหน้าที่หรือหนี้ระหว่างกันมาก่อน เป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดซึ่งกระทบต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผิดกฎหมาย (Violation of Law) และมีความเสียหายเกิดขึ้นมา[3] เช่นนี้แล้ว การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกละเมิดจึงมีความสำคัญ เห็นได้จาก บทบัญญัติมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่สำคัญของระบบกฎหมายละเมิดของกฎหมายไทย ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ทั้งนี้ การชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้ความเสียหาย หรือทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการทำละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งการเยียวยาความเสียหายจากกรณีนี้ มีทฤษฎีและแนวคิด ดังจะอธิบายในหัวข้อ 3.2 ต่อไป

3.2 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีละเมิด

3.2.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิดและค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

1) แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิด

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญที่นำมาใช้กับกฎหมายว่าด้วยละเมิด คือ การทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุต่ำที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งการที่จะดำเนินการดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการจัดการ เพื่อที่จะทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินและร่างกายให้น้อยที่สุด หรือเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุหรือทำให้การสูญเสียเกิดขึ้นได้น้อย

[3] จิ๊ด เศรษฐบุตร, **นิติกรรมและหนี้**, (กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2526), 435.

ที่สุด[4] ซึ่งภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิดหากพิจารณาในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ ต้นทุนของอุบัติเหตุนั้น มี 3 ประการ คือ[5]

ประการแรก คือ ต้นทุนชั้นต้น (Primary Cost) ซึ่งเป็นต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่เป็นผลโดยตรงจากอุบัติเหตุ เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้

ประการที่สอง คือ ต้นทุนของสังคม (Social Cost) เป็นต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกับสังคมในการแบกรับภาระความเสียหายจากการกระทำละเมิด

ประการที่สาม คือ ต้นทุนในการจัดการระบบกฎหมายละเมิด (Tort Administrative Cost) เป็นต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อจัดระบบกฎหมายละเมิดให้มีประสิทธิภาพ เช่น การจัดระเบียบจราจร เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิด คือ การลดต้นทุนของอุบัติเหตุและค่าใช้จ่ายในการป้องกันอุบัติเหตุ หากนำแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ (Allocative EFficiency) มาปรับใช้กับเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ข้างต้น จะได้สูตรทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับละเมิด คือ[6]

"ประโยชน์ (Benefit) ที่ได้จากการหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุ = > ค่าใช้จ่ายในการป้องกันอุบัติเหตุ (Cost of Prevention)"[7]

2) แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

บทบาทที่สำคัญทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายละเมิด คือ การพยายามทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุให้ต่ำที่สุดและความพยายามดังกล่าวต้องอาศัยกลไกตลาด กล่าวคือ ต้องมีจุดเชื่อมโยงของระดับราคาที่เหมาะสมและสอดคล้องกัน รวมถึงสามารถสะท้อนพฤติกรรมของผู้ละเมิดได้ สามารถอธิบายให้พอเข้าใจได้ คือ เมื่อผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดในการชดใช้เยียวยาความเสียหายแล้ว มูลค่าของความเสียหายที่จะได้รับการชดเชยนั้นต้องเป็นมูลค่าที่ไม่น้อยกว่ามูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงซึ่งค่าเสียหายประเภทนี้จะถูกเรียกว่า "ค่าชดเชยความเสียหาย" (Compensatory Damages) หากอธิบายตามเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์สามารถอธิบายได้ว่า ค่าเสียหายประเภทนี้ เป็นการให้หลักประกันหรือสิ่งจูงใจแก่ผู้ถูกกระทำละเมิดซึ่งในฐานะผู้เสียหายในการที่จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายเอากับผู้กระทำละเมิด อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาระบบของกฎหมายว่าด้วยการละเมิดและเพื่อไม่ให้ผู้เสียหายต้องใช้ความระมัดระวังมากจนเกินพอดีด้วย[8]

---

[4] Harrison, J. L., **Law and economics in a nutshell**, (Minnesota: West, 1995), 142.

[5] Ibid, 143.

[6] ศักดา ธนิตกุล, **กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 96.

[7] เรื่องเดียวกัน.

[8] Posner, R. A., **Economic analysis of law**, (Boston: Little Brown, 1992), 191.

นอกเหนือไปจากค่าชดเชยความเสียหายนี้แล้ว ในทางเศรษฐศาสตร์ยังมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการพิจารณาค่าเสียหายประเภทอื่น ๆ อันเกิดจากการละเมิดดังต่อไปนี้

ก. ค่าเสียหายจากการสูญเสียความสามารถในการหารายได้ในอนาคต

ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องทางเศษฐศาสตร์ คือ มูลค่าของค่าเสียหายประเภทนี้ ควรจะกำหนดจำนวนอย่างไร หรือควรจะเป็นจำนวนเท่าใดจึงจะเป็นเหมาะสมและเป็นธรรมกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ผู้เสียหายควรจะต้องได้รับค่าเสียหายในจำนวนที่เพียงพอและเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น และจะต้องไม่มากกว่าความเสียหายที่ตนได้รับจริงในอีกทางหนึ่ง ผู้กระทำละเมิดก็ไม่ควรจะต้องรับผิดชอบชดใช้มากเกินกว่าผลของการกระทำของตน ซึ่งวิธีการคำนวณของศาลนั้นจะเป็นการคำนวณมูลค่าความค่าเสียหายจากมูลค่าปัจจุบัน (Present Value) ของรายได้ในอนาคตที่จะต้องสูญเสียไปและจะต้องคาดหมายได้ (Expected Future Loss Earning) กรณีนี้ หากผู้เสียหายกลับมาสามารถหารายได้ดังเช่นเดิมก่อนถูกละเมิดในระยะเวลาอันรวดเร็ว ผู้เสียหายอาจได้รับค่าเสียหายเกินมูลค่าของความเสียหายที่แท้จริงได้[9]

ข. ค่าเสียหายจากการทุกข์ทรมานและความเจ็บปวด (Damages for Pain and Suffering)

การที่มนุษย์ต้องสูญเสียชีวิตนั้น ถือว่าเป็นการสูญเสียทางเศรษฐศาสตร์อย่างหนึ่ง ดังนั้น มูลค่าของการมีชีวิตอยู่จึงควรที่จะมีการทดแทนหรือชดใช้กันได้ อย่างไรก็ตามก็ยังไม่มีวิธีการคำนวณที่เหมาะสมสำหรับใช้ในการกำหนดค่าเสียหายจากมูลค่าการมีชีวิตอยู่ของมนุษย์[10] ซึ่งค่าเสียหายส่วนนี้ มักจะปรากฏในรูปของค่าเสียโอกาสในการหาความสุขในชีวิต (Amenity) หรือความเสียหายจากการถูกรังเกียจ (Contemptuous Damages) ซึ่งส่วนใหญ่ศาลมักจะกำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่ทายาทของผู้เสียหายที่ตาย โดยพิจารณาจากรายได้ของผู้ตายที่ต้องขาดหายไปหักลบกับค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นหากผู้ตายยังมีชีวิตอยู่ รวมไปถึงค่ารักษาพยาบาลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ค. ผลประโยชน์อื่น ๆ ของผู้เสียหาย (Collateral Benefits)

โดยทั่วไป บุคคลในสังคมมีเสรีภาพในการทำประกันภัยทั้งภาคสมัครใจหรือมีกฎหมายบังคับให้ทำก็ตาม ซึ่งวัตถุประสงค์โดยทั่วไปในการเข้าทำประกันภัย คือ เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงให้แก่ผู้เอาประกันภัยและช่วยแบ่งเบาภาระของสังคมหากเกิดอุบัติภัยและความเสียหายขึ้น เกี่ยวกับเรื่องนี้ หากมีการกระทำละเมิดกับผู้เอาประกันภัยเกิดขึ้น ผู้กระทำละเมิดจะต้องจ่ายค่าเสียหายเพื่อชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งนี้ตามกฎหมายแล้ว การได้รับการชดใช้เยียวยาจากผู้กระทำละเมิดข้างต้นไม่เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะได้รับผลประโยชน์จาก

---

[9] Ibid, 197.

[10] Ibid.

การที่ตนได้ทำประกันภัยไว้จากผู้รับประกันภัยอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้ ในทางเศรษฐศาสตร์มองว่าเป็นการได้รับค่าเสียหายซ้ำซ้อน (Double Compensation)[11] จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการเยียวยาซ้ำซ้อนนี้ จะเป็นการบิดเบือนหรือขัดแย้งกับหลักการของระบบของกฎหมายว่าด้วยละเมิดด้วยหรือไม่[12]

เกี่ยวกับกรณีข้างต้น ไม่ถือว่าเป็นการที่ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อนและได้กำไรจากการทำละเมิดแต่อย่างใด เพราะการทำประกันภัยนั้น ผู้เสียหายได้ลงทุนในจำนวนที่คาดว่าหากตนเสียหายแล้วจะได้รับการเยียวยา ซึ่งค่าใช้จ่ายในการทำประกันภัย (เบี้ยประกันภัย) ผู้เสียหายก็เป็นผู้จ่ายค่าเบี้ยประกันภัยเองทั้งสิ้น ทั้งนี้ หากกฎหมายกำหนดให้นำผลประโยชน์ที่ได้จากกรมธรรม์ประกันภัยมาหักลดเอากับค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากผู้กระทำละเมิด อาจส่งผลให้บุคคลไม่ใช้ความระมัดระวังในการกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นได้ เพราะคิดว่ามีประกันภัยที่จ่ายค่าเสียหายให้ผู้เสียหายอยู่แล้ว[13]

ง. ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages)

คือ ค่าเสียหายในทางแพ่งซึ่งกำหนดให้เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษ (Punishment) ผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์อันชั่วร้าย เพื่อให้ผู้กระทำละเมิดนั้นมีความเข็ดหลาบ และเกรงกลัวจนไม่สามารถกระทำพฤติกรรมเช่นเดิมได้อีก อีกทั้งเพื่อเป็นการป้องปรามมิให้บุคคลในสังคมถือเอาพฤติกรรมนั้นเป็นเยี่ยงอย่างในอนาคต (Deterrence)[14] ซึ่งในมุมมองด้านเศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายประเภทนี้ทำให้บุคคลให้ความสำคัญกับการลงทุนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสียหายซึ่งอาจเป็นการลงทุนที่มีมูลค่าสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายที่คาดหมายได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดทั้งผลดีและผลเสีย กล่าวคือ ผลดี คือ เกิดการกระตุ้น (Encourage) การใช้จ่ายโดยการลงทุนเพื่อป้องกันการกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น[15] ส่วนผลเสีย คืออาจทำให้ผู้เสียหายฟ้องคดีละเมิดมากขึ้น เพราะคาดหวังที่จะได้รับค่าเสียหายในอัตราที่สูง ส่งผลให้ผู้เสียหายละเลยไม่ให้ความสำคัญที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับตนเอง

---

[11] Harrison, J. L., **Law and economics in a nutshell**, 176.

[12] Ibid.

[13] Posner, R. A., **Economic analysis of law**, 201.

[14] ดิลก เสริมวิริยะกุล, **การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** [Online], 7 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/2553-28.pdf.

[15] Harrison, J. L., **Law and economics in a nutshell**, 181.

3.2.2 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีละเมิด

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายนั้น กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระบบจารีตประเพณี (Common Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ก็ตามมีเพียงการวางหลักกว้าง ๆ ไว้เท่านั้น ซึ่งการวางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ นั้น ก็อาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการใช้ในทางปฏิบัติได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น จึงต้องมีการวางหลักเกณฑ์เพื่อปรับใช้กับเท็จจริงในกรณีต่าง ๆ ว่าค่าเสียหายนั้นควรมีขอบเขตอย่างไรผู้วิจัยจะขออธิบายทฤษฎีและแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของระบบกฎหมายที่สำคัญ 2 ระบบ ดังต่อไปนี้

1) ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law)

ประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common Law) นั้น การกำหนดค่าเสียหายของศาลจะมีแนวคิดทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ทำให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษผู้ละเมิดได้ ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรม (Equity) และต้องการให้ผู้กระทำละเมิดได้หลาบจำในการทำความผิด

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายความรับผิดกรณีละเมิด ในยุคก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายจะมุ่งเน้นให้ความคุ้มครองผู้เสียหายเป็นสำคัญ กล่าวคือ ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ต่อมาในปลายคริสตวรรษที่ 19 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดกรณีละเมิดได้เปลี่ยนแปลงไป โดยที่การรับผิดในกรณีละเมิดจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีความผิดเกิดขึ้นด้วย กล่าวคือ นอกเหนือจากความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว (องค์ประกอบภายนอก) ผู้เสียหายมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ถึงการกระทำละเมิดของผู้ละเมิดด้วยว่าผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่อีกด้วย ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในที่ยากที่ผู้เสียหายเองจะพิสูจน์ได้ ดังนั้น แนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีจึงหันกลับไปสู่การให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่อีกครั้ง

สำหรับทฤษฎีที่สำคัญที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี มีดังต่อไปนี้

ก. ทฤษฎีรับภัย (The Risk Theory)

ทฤษฎีรับภัย มีต้นกำเนิดมาจากนักนิติศาสตร์ ชื่อ Saleilles เป็นผู้คิดค้นขึ้น โดยมีสาระสำคัญ คือ ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดในการกระทำของตน ซึ่งถือเป็นความเสี่ยงภัยอย่างหนึ่งที่ผู้กระทำจะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้นเอง[16] เช่นนี้แล้ว เมื่อผลของการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ละเมิดกระทำโดยจงใจหรือกระทำโดย

[16] จิ๊ด เศรษฐบุตร, **กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 106.

ประมาทหรือไม่กล่าวคือ ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นที่การพิจารณาเพียงแต่การกระทำภายนอกเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาถึงสภาพจิตใจหรือเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด ทฤษฎีนี้มีส่วนดีในเรื่องการคุ้มครองและช่วยเหลือผู้เสียหายซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่าผู้กระทำละเมิด[17] อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำละเมิดจะพ้นจากความรับผิดได้ หากความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย

ข. ทฤษฎีผลโดยตรง (The Direct Consequences Theory)

ทฤษฎีนี้ วางหลักเกี่ยวกับการรับผิดทางละเมิดไว้ มีสาระสำคัญว่า ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของตนโดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดนั้นจะคาดหมายถึงผลของความเสียหายนั้นได้หรือไม่ก็ตาม เห็นได้จาก คดี Re Polemis and Furness, Withy & Co Ltd [1921] 3 KB 560[18] มีข้อเท็จจริงของคดีนี้โดยสรุป คือ น้ำมันเบนซินซึ่งบรรจุอยู่ในกระป๋องที่ขนส่งโดยเรือที่จำเลยเช่ามาจากโจทก์เพื่อบรรทุกน้ำมัน ได้เกิดรอยรั่วที่กระป๋องขึ้นเป็นผลทำให้น้ำมันเบนซินระเหยกลายเป็นไอน้ำมันกระจายไปทั่วช่องบรรทุกสินค้าของเรือ เมื่อเรือเทียบท่าแล้ว ในระหว่างขนถ่ายสินค้าลงจากเรือ ลูกจ้างของจำเลยได้นำเอาแผ่นไม้ขนาดใหญ่มาวางพาดไว้กับปากระวางเรือเพื่อใช้เป็นทางเดิน ในขณะที่กำลังขนย้ายสินค้าและโดยความประมาทของลูกจ้างของจำเลย ทำให้ไม้กระดานแผ่นหนึ่งตกลงไปในช่องบรรทุกสินค้าและเกิดการเสียดสีของแผ่นไม้ที่ตกลงมาทำให้เกิดประกายไฟประกอบกับมีละอองน้ำมันที่รั่วที่กระจายอยู่จึงทำให้เกิดเพลิงไหม้ขึ้น เป็นผลให้เรือเสียหายทั้งลำ โจทก์ (เจ้าของเรือ) ได้เรียกร้องให้บริษัทผู้เช่าเรือ (จำเลย) ชดใช้มูลค่าของเรือที่เสียหาย เกี่ยวกับเรื่องนี้จำเลยต่อสู้ว่าความเสียหายนั้นไกลกว่าเหตุ (Too Remote) ผู้พิพากษาในคดีนี้เห็นว่า แม้การเกิดประกายไฟเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าจากการหล่นของไม้กระดาน แต่การปล่อยให้ไม้กระดานตกลงไปในช่องบรรทุกสินค้านั้นเป็นความประมาทในตัวมันอยู่แล้ว ดังนั้น จำเลยผู้เช่าเรือมีความผิดในความประมาทและต้องรับผิดต่อผลโดยตรง (Direct Consequence) ที่เกิดขึ้นจากความประมาทนั้น แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเรือของโจทก์นั้น เป็นสิ่งที่จำเลยไม่สามารถคาดเห็นได้ก็ตาม ซึ่งจากคำตัดสินของศาลในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าหากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำให้เกิดความเสียหายนั้น มีความประมาทและผลที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำนั้นทำให้เกิดความเสียหายแล้ว ผู้กระทำนั้นก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำนั้นจะคาดหมายถึงผลของความเสียหายนั้นได้หรือไม่ก็ตาม[19]

---

[17] เรื่องเดียวกัน.

[18] Law Teacher, **Re polemis and furness, withy & co.** [Online], 7 March 2018. Available from https://www.lawteacher.net/cases/re-polemis-and-furness-withy.php?vref=1.

[19] Heuston, R. F. V., & Buckley, R. A., **Salmond and Heuston on the law of torts**, (London: Sweet & Maxwell, 1996), 514-515.

ค. ทฤษฎีเหตุใกล้ชิด (The Proximate Cause Theory)

ทฤษฎีนี้ วางหลักเกี่ยวกับการรับผิดทางละเมิดไว้ มีสาระสำคัญว่า ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชำระค่าเสียหายเฉพาะค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่บุคคลโดยทั่วไป (วิญญูชน) อาจคาดเห็นได้เท่านั้น เห็นได้จากในคดี The Wagon Mound (1961) หรือ Overseas Tankship (U.K.) LTD V. Morts Dock & Engineering Co. ตัดสินโดยศาลของ New South Wales ประเทศออสเตรเลียมีข้อเท็จจริงของคดีนี้โดยสรุป คือ[20] ขณะที่เรือกำลังเติมน้ำมันอยู่ที่ท่าเรือ น้ำมันได้รั่วลงไปในแม่น้ำเพราะความประมาทของคนงานของจำเลย (ผู้เช่าเรือ) วิศวกรของจำเลยยืนยันต่อโจกท์ว่าน้ำมันที่รั่วนี้มีจุดเผาไหม้อยู่ที่ 170 องศาฟาเรนไฮต์และเชื่อว่ามันจะไม่ลุกไหม้บนน้ำ ในขณะเดียวกันนั้นเอง มีการเชื่อมเหล็กเพื่อซ่อมแซมท่าเรืออยู่บริเวณใกล้เคียงกับท่าเรือ สองวันต่อมา เกิดมีโลหะหลอมเหลวกระเด็นออกมาจากการเชื่อมโลหะไปโดนเศษใยฝ้ายซึ่งชุ่มไปด้วยน้ำมัน เป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้จากน้ำมันที่หกลอยอยู่เหนือน้ำ ส่งผลให้ท่าเรือถูกเพลิงไหม้ไปด้วย เจ้าของท่าเรือจึงฟ้องให้จำเลยรับผิด ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า จำเลยนั้นได้ฝ่าฝืนหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่มีต่อโจทก์เฉพาะกรณีที่คราบน้ำมันรั่วลอยไปทำให้ท่าเรือโจทก์เสียหายเท่านั้น แต่ความเสียหายที่เกิดจากเพลิงไหม้นั้นจำเลยไม่มีความรับผิด เนื่องจากจำเลยไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นกับโจทก์ เนื่องจากตามเหตุผลแล้ว น้ำมันดังกล่าวมีจุดเผาไหม้อยู่ที่ 170 องศาฟาเรนไฮต์ และวิญญูชนไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าน้ำมันจะลุกไหม้บนน้ำ ทำให้ท่าเรือเกิดความเสียหายได้ ทั้งนี้ โดยหลักแล้วคดีนี้ขัดแย้งกับหลักในคดี Re Polemis อย่างสิ้นเชิง และศาลก็ยอมรับหลักนี้มาใช้ซึ่งเป็นการยกเลิกการใช้ทฤษฎีผลโดยตรง จากคดี Re Polemis ไป

2) ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ในที่นี้หมายรวมถึงประเทศไทยด้วย มีแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายละเมิดโดยเห็นว่า การกระทำละเมิดเป็นบ่อเกิดของหนี้ทางแพ่งประเภทหนึ่ง โดยที่ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งมูลค่าของความเสียหายนั้นถือว่าเป็นหนี้ระหว่างผู้เสียหายในฐานะเจ้าหนี้กับผู้ทำละเมิดในฐานะลูกหนี้ ทฤษฎีที่สำคัญที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด มีดังนี้

ก. ทฤษฎีว่าด้วยความผิด

ทฤษฎีนี้ วางหลักเกี่ยวกับการรับผิดทางละเมิดไว้ โดยมีสาระสำคัญว่า บุคคลจะมีความรับผิดได้นั้น จะต้องมีความผิดเกิดขึ้นเสียก่อน (No Liability without Fault)[21]

---

[20] Lawson, F. H., **Remedies of English law**, (London: Butterworths, 1980), 83-84.

[21] สุษม ศุภนิตย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด**, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2543), 8.

ซึ่งส่งผลให้ต้องมีการพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของผู้ทำละเมิดด้วย กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่าการกระทำละเมิดนั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำละเมิดหรือไม่ รวมถึงการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย ซึ่งหากพิจารณาการกระทำนั้นเป็นการละเมิดแล้ว ผู้กระทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาและชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกับความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องและครบถ้วน ทั้งนี้ ความรับผิดทางละเมิดไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแล้วหรือไม่เหตุเพราะการรับผิดทางละเมิดนั้นเป็นการรับผิดทางแพ่ง ซึ่งสามารถแยกออกจากการรับผิดทางอาญาได้

ข. ทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ

ทฤษฎีนี้ วางหลักเกี่ยวกับการรับผิดทางละเมิดไว้ โดยมีสาระสำคัญว่า หากไม่มีการกระทำละเมิดนั้นแล้ว ผลเสียหายจะเกิดขึ้นหรือไม่ ถ้าเกิดขึ้นถือว่าความเสียหายเป็นผลจากการกระทำละเมิดนั้น แต่หากว่าแม้ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นแล้ว ผลเสียหายก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่นั่นเอง ถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่ผลจากการกระทำของผู้ทำละเมิด[22]

ค. ทฤษฎีผลโดยตรง

ทฤษฎีนี้ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้มีการนำมาใช้เช่นเดียวกันกับประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common Law) ส่วนรายละเอียดของทฤษฎีนั้น ผู้วิจัยได้อธิบายมาแล้วใน ข้อ 3.2.2 1)

ง. ทฤษฎีเหตุเหมาะสม

ทฤษฎีเหตุเหมาะสมหรือที่เรียกว่า ทฤษฎีผลธรรมดา[23] หลักสำคัญของทฤษฎีนี้ คือ ผู้ทำละเมิดจะมีความรับผิดในการกระทำของตนเฉพาะต่อการกระทำที่ปกติย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายเช่นนั้นขึ้น[24] ถ้าหากตามปกติแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของผู้ทำละเมิด ก็ถือว่าความเสียหายนั้นเป็นผลธรรมดาที่เกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิดซึ่งผู้ทำละเมิดต้องรับผิด แต่ถ้าพิจารณาแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ได้เป็นผลตามปกติที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของผู้ทำละเมิด ผู้ทำละเมิดก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น

---

[22] พจน์ ปุษปาคม, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด**, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), 208.

[23] สุษม ศุภนิตย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด**, 46.

[24] จิตติ ติงศภัทิย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), 30.

3.2.3 ประเภทและลักษณะของค่าเสียหายในกรณีละเมิด

เมื่อเกิดความเสียหายจากการกระทำละเมิด ส่งผลให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเอากับผู้กระทำละเมิดได้ แต่หากเป็นการกระทำใดที่เป็นการละเมิดแต่มิได้สร้างความเสียหายใด ๆ แล้ว ผู้ถูกละเมิดก็มิอาจจะเรียกค่าเสียหายจากการกระทำนั้นได้ เนื่องจากไม่มีความเสียหายใดที่จะต้องเยียวยาชดใช้ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายก็ไม่ถูกจำกัดอยู่เพียงความเสียหายต่อต่อร่างกายหรือชีวิตเท่านั้นแต่หมายรวมถึงเสรีภาพทรัพย์สินชื่อเสียงหรือสิทธิอื่น ๆ ด้วย เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยจะขออธิบายประเภทและลักษณะค่าเสียหายตามกฎหมายของระบบกฎหมายที่สำคัญ 2 ระบบ ดังต่อไปนี้

1) ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law)

ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law) ที่สำคัญ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีมีแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิด คือ การให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้เยียวยาเพื่อให้ผู้เสียหายอยู่ในฐานะเหมือนเช่นก่อนที่จะถูกละเมิด[25] ทั้งนี้ การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดนั้นศาลของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีมีหลักสำคัญการในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย ดังนี้

ก. การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล

ศาลจะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นหลัก โดยศาลจะพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น มีสาเหตุมาจากการกระทำของผู้ทำละเมิดหรือไม่ แต่จะไม่พิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดนั้นจะคาดเห็นถึงผลหรือความเสียหายนั้นหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลจะนำเรื่องผลของการกระทำว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นใกล้หรือไกลกับเหตุ (การกระทำ) มาพิจารณาประกอบด้วยเหตุเพราะหากศาลพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเพียงอย่างเดียว อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสมและเป็นธรรมได้

ข. การพิจารณาผลของการกระทำที่ใกล้กับเหตุ

ศาลของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีมีหลักในการพิจารณาว่า หากผลของการกระทำหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไกลกว่าเหตุผู้กระทำละเมิดจะไม่ต้องรับผิดในการกระทำนั้น หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้กระทำละเมิดจะรับผิดเฉพาะกับผลที่เกิดขึ้นอันใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น

ค. การกำหนดค่าเสียหายจะต้องไม่เป็นการซ้ำซ้อน

วัตถุประสงค์ที่สำคัญในการเยียวยาผู้เสียหายอันเกิดจากการละเมิด คือ การให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้เยียวยาเพื่อให้ผู้เสียหายอยู่ในฐานะเหมือนเช่นก่อนที่จะถูกละเมิด

---

[25] Youngs, R., **English, French and German: Comparative law**, (London: Cavendish, 1998), 319.

ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน ศาลของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีจะพิจารณาจากสิ่งต่อไปนี้

(1) ผลประโยชน์อื่น ๆ

ผลประโยชน์อื่น ๆ ที่ผู้เสียหายได้รับ เช่น ประกันสังคม ประกันภัย ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องประกันสังคม กฎหมายกำหนดให้ต้องนำเงินชดเชยกึ่งหนึ่งที่ผู้เสียหายได้รับมาจากเงินประกันสังคมหักออกจากค่าเสียหายได้ แต่ในกรณีของเงินชดเชยที่ได้รับจากการประกันภัยที่ผู้เสียหายได้จ่ายเบี้ยประกันภัยเองนั้น ศาลไม่อนุญาตให้นำเงินชดเชยดังกล่าวมาหักกลบกับค่าเสียหาย ดังที่ปรากฏในคดี Bradburn v Great Western Rly Co, (1874) LR[26] ศาลได้วางหลักไว้ว่า ไม่มีเหตุผลและความยุติธรรมใดที่จะให้มีการหักกลบระหว่างผลประโยชน์ที่โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับด้วยตนเองกับค่าเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของจำเลย

(2) ภาษีเงินได้

ในคดี Breach v Reed Corrugated Cases Ltd.[27] ได้วางหลักให้ผู้กระทำละเมิดสามารถขอให้ศาลสั่งให้หักภาษีที่อาจเกิดขึ้นออกจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้ที่ตนต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายนั้นได้

ง. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิดของกฎหมายประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี

ค่าเสียหายในกรณีละเมิด ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) ค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) ค่าเสียหายโดยตรงนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่

(1.1) ค่าเสียหายทั่วไป กล่าวคือ เป็นค่าเสียหายทุกประเภทซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด[28]

(1.2) ค่าเสียหายพิเศษ กล่าวคือ เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ทำละเมิด แต่ผลบางส่วนที่เกิดขึ้นนั้นมิใช่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ค่าเสียหายประเภทนี้ต้องแสดงไว้โดยเฉพาะในคำฟ้องและต้องเป็นนำสืบต่อศาลแต่ละรายการไป[29]

---

[26] Lawson, F. H., **Remedies of English law**, 91.

[27] Ibid, 94.

[28] Elliote, C., & Quinn, F., **Tort law**, (Essex: Longman, 2001), 289.

[29] Ibid.

แม้ว่าผู้เสียหายจะสามารถเรียกเอาค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยตรงได้ก็ตาม แต่เพื่อมิให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายซ้ำซ้อน ศาลของประเทศอังกฤษกำหนดให้สิ่งต่าง ๆ ต่อไปนี้ สามารถนำมาหักออกจากค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่อร่างกายได้ อาทิ ภาษีในการคำนวณค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้, การจ่ายค่ารักษาพยาบาลของนายจ้างให้แก่ลูกจ้างผู้เสียหาย และผลประโยชน์จากประกันสังคม[30] เป็นต้น

(2) ค่าเสียหายที่มิใช่เพื่อการเยียวยาความเสียหายโดยตรง (Non-compensatory Damages) กล่าวคือ เป็นค่าเสียหายเพิ่มเติมที่นอกจากการทำให้ผู้ถูกละเมิดกลับสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิด ที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องได้ สามารถแบ่งออกเป็นข้อย่อยได้ ดังนี้

(2.1) ค่าเสียหายจากการต้องถูกเกลียดชัง กล่าวคือ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้แก่ผู้ถูกละเมิดเฉพาะในกรณีหมิ่นประมาทเท่านั้น[31]

(2.2) ค่าเสียหายพอเป็นพิธี กล่าวคือ ในบางกรณีหากผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นมูลค่าของค่าเสียหายได้อย่างชัดแจ้งนัก ศาลจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้แก่ผู้ถูกละเมิดเพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำละเมิดได้ทำผิดจริง[32]

(2.3) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ กล่าวคือ เป็นค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษ (Punishment) ผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์อันชั่วร้ายให้มีความเข็ดหลาบ[33] ทั้งนี้ การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้จะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ได้ และผู้กระทำละเมิดต้องกระทำละเมิดขึ้นเพื่อหากำไรอันเป็นผลทำให้บุคคลอื่นเสียหาย รวมไปถึงกรณีการกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลก็มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ได้

นอกเหนือไปจากค่าเสียหายประเภท Compensatory Damages และ Non-compensatory Damages ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ศาลมีการกำหนดค่าเสียหายตามประเภทของการละเมิดเฉพาะกรณีด้วย เช่น

ก. กรณีผู้ถูกละเมิดเสียชีวิต กล่าวคือ ศาลยอมรับที่จะกำหนดค่าเสียหายดังต่อไปนี้ให้แก่ทายาทของผู้เสียหาย เช่น ค่าเสียหายจากการขาดรายได้หลังจากเสียชีวิต, ค่าแห่งการมีชีวิต (Loss of Expectation of Life) หรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ รวมไปถึงค่าเสียหายที่เกี่ยวกับความเศร้าโศก[34]

---

[30] Ibid, 300.

[31] Cookes, J., **Law of tort**, (Essex: Longman, 2001), 352.

[32] Elliote, C., & Quinn, F., **Tort law**, 303.

[33] Ibid, 304.

[34] สุษม ศุภนิตย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด,** 258.

ข. กรณีถูกกระทำละเมิดต่อร่างกาย กล่าวคือ ศาลยอมรับที่จะกำหนดค่าเสียหายดังต่อไปนี้ให้แก่ผู้เสียหายเช่น ค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้ ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายต้องจ่ายไปเพื่อการรักษาพยาบาล ค่าเสียหายจากการสูญเสียความสะดวกของชีวิต (Loss of Amenity)[35] เป็นต้น

2) ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ที่สำคัญได้แก่ ประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส ซึ่งผู้วิจัยจะขอนำเสนอการกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดของประเทศเยอรมนีเป็นหลัก มีแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิด คือ การเยียวยาผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายกลับสู่สภาพเดิมหรือใกล้เคียงที่สุดก่อนถูกละเมิด แต่การฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายต้องไม่ขัดกับกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี และค่าเสียหายจะต้องเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ทั้งนี้ ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรได้ หากว่าการสูญเสียกำไรนั้นเป็นที่คาดหมายได้[36] ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมีหลักสำคัญในการกำหนดค่าเสียหาย ดังนี้

ก. การกำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิด

การกำหนดค่าเสียหาย สำหรับกรณีละเมิด ศาลไม่ได้แยกหลักความรับผิดในเรื่องของการผิดสัญญาออกจากการรับผิดในกรณีละเมิด เช่นนี้แล้ว การพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดก็ต้องใช้หลักเดียวกันกับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา ดังนั้น ศาลจะใช้หลักของทฤษฎีเหตุเหมาะสม มาเป็นหลักในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย[37] ซึ่งหลักสำคัญของทฤษฎีนี้ คือ ผู้กระทำละเมิดจะมีความรับผิดในการกระทำของตนเฉพาะต่อการกระทำที่ปกติย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายเช่นนั้นขึ้น[38] ทั้งนี้ การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดมีหลักสำคัญที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) การเยียวยาแก่ผู้เสียหายจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์หรือกำไรที่เกินควรกล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อนอย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับการชดเชยจากการประกันสังคม กฎหมายของประเทศเยอรมนีที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี[39] กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้สามารถนำเงินชดเชยบางส่วนที่ผู้เสียหายได้รับมาจากเงิน

---

[35] Cookes, J., **Law of tort**, 358.

[36] Youngs, R., **English, French and German: Comparative law**, 320.

[37] Cohm, E. J., **Mannual of German Law V.1**, (New York: Ocean, 1968), 105.

[38] จิตติ ติงศภัทิย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452**, 30.

[39] Markesinis, B. S., **German law of tort**, (Oxford: Clarenon Press, 1994), 910.

ประกันสังคมหักออกจากค่าเสียหายได้ ส่วนกรณีเงินที่ผู้เสียหายได้รับเงินชดเชยจากการทำประกันภัยของตนนั้น ไม่อาจนำมาปรับลดค่าเสียหายได้ เพราะศาลมองว่าเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายได้จ่ายเงินทำประกันภัยเพื่อการนี้ด้วยตนเอง[40]

(2) หากความเสียหายจากการถูกกระทำละเมิดนั้นผู้เสียหายมีส่วนผิด อาจจะได้รับการปรับลดลงได้[41]

(3) หากความเสียหายจากการถูกกระทำละเมิดนั้น ผู้เสียหายอาจหลีกเลี่ยงได้แต่ไม่หลีกเลี่ยงหรือป้องกันตามสมควร กล่าวคือ หากส่วนหนึ่งของความเสียหายเกิดขึ้นเพราะผู้เสียหายไม่ทำการใด ๆ ที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเพิ่มเติม ผู้เสียหายก็ไม่อาจจะเรียกค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเพิ่มเติมได้[42]

ข. ประเภทของค่าเสียหายในกรณีละเมิด

ค่าเสียหายในกรณีละเมิด ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี) มีหลักการสำคัญ ดังนี้

(1) ค่าเสียหายกรณีผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต

กล่าวคือภายใต้มาตรา 249 (1) ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องทำให้ผู้เสียหายหรือทรัพย์สินที่เสียหายกลับไปสู่สถานะเดิมเหมือนไม่ได้มีการละเมิดเกิดขึ้น[43]

---

[40] Youngs, R., **English, French and German: Comparative law**, 333.

[41] Markesinis, B. S., **German law of tort**, 911.

[42] Ibid, 913.

[43] Section 249 of German Civil Code, BGB:

Nature and extent of damages

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

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

สำหรับกรณีที่ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิต ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 844 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี[44] วางหลักไว้ว่า "ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานศพ" (ทายาทของผู้ถูกละเมิดสามารถที่จะสวมสิทธิในการเรียกค่าเสียหายใด ๆ แทนผู้ถูกละเมิดที่เสียชีวิต) รวมถึง หากบุคคลผู้ถูกละเมิด (ที่เสียชีวิต) นั้น เป็นผู้ที่อุปการะบุคคลอื่น ๆ ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบสำหรับการที่ขาดไร้อุปการะดังกล่าวด้วย โดยคำนวณเท่ากับระยะเวลาที่ผู้ถูกละเมิดอาจจะมีชีวิตอยู่

(2) ค่าเสียหายกรณีถูกละเมิดร่างกาย

กล่าวคือ ถ้าผู้เสียหายได้รับอาการบาดเจ็บจากการถูกกระทำละเมิดแล้ว มาตรา 249(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี ได้อนุญาตให้ผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดนั้นมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเป็นตัวเงินแทนการกลับคืนสู่สถานะเดิมได้[45] ทั้งนี้ค่าเสียหายที่กำหนดในส่วนนี้นั้นต้องเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงและเหมาะสมกับเหตุด้วย เช่น ค่ารักษาที่ชำระให้กับโรงพยาบาล ค่ารักษาอาการทางจิต ค่าผ่าตัด เป็นต้น[46]

(3) ค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจ

หากความเสียหายเกิดขึ้นกับทรัพย์สินหรือสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจได้[47] อาทิ การสูญเสียรายได้ในอนาคต ซึ่งหากการกระทำละเมิดนั้นก่อให้ผู้เสียหายต้องสูญเสียรายได้ที่พึงจะได้ในอนาคต

---

[44] Section 844 of German Civil Code, BGB:

Third-party compensation claims in the case of death

(1) In cases where death is caused, the person liable in damages must reimburse the costs of afuneral to the person under a duty to bear these costs.

(2) If the person killed, at the time of the injury, stood in a relationship to a third party on the basis ofwhich he was obliged or might become obliged by operation of law to provide maintenance for thatperson and if the third party has as a result of the death been deprived of his right to maintenance,then the person liable in damages must give the third party damages by payment of an annuity to theextent that the person killed would have been obliged to provide maintenance for the presumedduration of his life; the provisions of section 843 (2) to (4) apply with the necessary modifications.Liability in damages also arises where the third party at the time of injury had been conceived but notyet born.

[45] Section 249 (2) of German Civil Code, BGB.

[46] Section 253 (1) of German Civil Code, BGB: Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law.

[47] Youngs, R., **English, French and German: Comparative law**, 327.

ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียนั้นได้รวมไปถึงผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายส่วนกำไรที่ขาดหายไปได้[48] อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำละเมิดสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า แม้จะไม่มีการกระทำของตน ผู้เสียหายก็มิได้สูญเสียรายได้ในอนาคตไปแต่ประการใด เช่นนี้แล้ว ศาลอาจจะไม่กำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียรายได้ในอนาคตให้แก่ผู้เสียหายก็ได้[49]

(4) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายสำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (ประเทศเยอรมนี) ยึดถือหลักการชดเชย (Compensation) และหลักการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนมีการละเมิด (Restitution) เท่านั้น[50] ดังนั้นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (ประเทศเยอรมนี) จึงไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาและมิใช่ขอบเขตของกฎหมายเอกชน

3.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการได้ผลประโยชน์โดยมิชอบของผู้กระทำผิด

การกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยสาเหตุแห่งการกระทำละเมิดข้างต้น อาจมีแรงจูงใจหรืออาจเกิดจากหลายสาเหตุของผู้กระทำละเมิด อาทิ ความแค้น อารมณ์หรือแรงจูงใจทางด้านผลประโยชน์และทรัพย์สิน ซึ่งในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขออธิบายในส่วนของการกระทำละเมิดที่มีแรงจูงใจอันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์และทรัพย์สินที่ผู้กระทำละเมิดจะได้รับประโยชน์เป็นสำคัญ โดยมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับมาจากการกระทำละเมิดนั้น ควรจะชดใช้หรือคืนให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ รวมไปถึงผู้กระทำละเมิดไม่ควรจะได้อยู่ในฐานะที่ดีกว่าเดิมก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดขึ้น อีกทั้งผลกำไรที่ผู้กระทำละเมิดได้รับมาจากการกระทำละเมิดนั้น ควรจะคืนให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งหากมีการคืนผลกำไรดังกล่าวให้แก่ผู้เสียหาย จะเป็นการขัดแย้งกับหลักการที่ว่าผู้เสียหายจะต้องไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน (Double Compensation) หรือไม่

เกี่ยวกับประเด็นข้างต้นผู้วิจัย จะขอศึกษาและอธิบายถึงหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีก่อความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้า ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

---

[48] Section 253 (1) of German Civil Code, BGB.

[49] Markesinis, B. S., **German law of tort**, 915.

[50] ศักดา ธนิตกุล, **การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย** [Online], มีนาคม 2555. แหล่งที่มา http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/59336/1/Sakda%20Th_Res_2555.pdf.

3.3.1 หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีก่อความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้า

โดยทั่วไปแล้ว การละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะของการละเมิดเหมือนทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และความลับทางการค้า กล่าวคือ ส่วนใหญ่ผู้กระทำละเมิดมีเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการละเมิด เช่น ได้รับเงิน หรือผลกำไร หรือผลประโยชน์อื่น ๆ เป็นต้น เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยจะขออธิบายหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้าของผู้เสียหายจากการกระทำละเมิด โดยจะแยกอธิบายตามระบบกฎหมายที่สำคัญ 2 ระบบ ดังต่อไปนี้

1) ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี

ตามหลักสำคัญของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (ในที่นี้จะขอนำเสนอของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก) ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้าของผู้เสียหาย ฝ่ายผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการชดใช้ความเสียหาย 2 ประการ ได้แก่ (1) ค่าเสียหาย (Damages) สำหรับความเสียหายที่ได้รับจริง และ (2) การเรียกร้องเอาผลกำไร (Profits) ที่ผู้ละเมิดได้รับเนื่องจากการทำละเมิดเห็นได้จากกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศอังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988) อนุญาตให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายโดยการคำนวณจากบัญชีของกำไรของผู้ทำละเมิดโดยแนวคิดนี้มีต้นกำเนิดมาจากหลักความยุติธรรม (Equity) ของระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ทั้งนี้ วิธีการเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นมีต้นกำเนิดมาจากการวางหลักของศาล Court of Chancery[51] ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า นอกเหนือไปจากการเรียกค่าเสียหายกรณีทั่วไปแล้ว การเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรเป็นทางเลือกทางหนึ่งของผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้เสียหายเลือกที่จะได้รับค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนจากบัญชีกำไรของจำเลยแล้ว ผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายกรณีทั่วไปอีก[52] สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศอังกฤษ เห็นได้จาก กฎหมายลิขสิทธิ์ ฉบับปี ค.ศ. 1909 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดแนวทางเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ โดยบัญญัติให้ผู้เสียหายมีสิทธิ์เรียกค่าเสียหายได้ตามที่เกิดขึ้นจริง (Actual Damages) และผลกำไร (Profit) หรืออาจเลือกที่จะขอรับค่าเสียหายที่กำหนดอัตราไว้ในกฎหมาย (Statutory Damages) ก็ได้[53] และต่อมามีการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

---

[51] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual property law**, (Oxford: Oxford University Press, 2001), 1028.

[52] Ibid.

[53] ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, **ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), 47-49.

ค.ศ. 1976 ขึ้นมาบังคับใช้ โดยกฎหมายฉบับนี้มีแนวคิดที่จะจัดการมิให้มีการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน โดยให้ถือว่าค่าเสียหายตามจริงและการเรียกเอาผลกำไรจากผู้กระทำละเมิดนั้นต่างก็มีวัตถุประสงค์ในการใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกัน เช่นนี้แล้ว ผู้เสียหายจึงต้องเลือกรับค่าเสียหายในทางใดทางหนึ่งเท่านั้น เกี่ยวกับหลักเกณฑ์นี้ ผู้วิจัยจะขออธิบายถึงวิธีการเลือกรับค่าเสียหายของผู้เสียหาย ดังต่อไปนี้

ก. การเรียกร้องค่าเสียหาย (Damages) กล่าวคือ เมื่อผู้เสียหายฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหาย ผู้เสียหายมีหน้าที่และภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นจริงและมีจำนวนมากเพียงใด ซึ่งหากพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลแล้ว ศาลก็จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ รวมไปถึงการสูญเสียผลกำไรของผู้เสียหายเองที่ควรจะได้รับจากการประกอบธุรกิจ หรือการสูญเสียลูกค้า ความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ต้องใช้จ่ายไปเนื่องจากการบังคับใช้สิทธิ ทั้งนี้ หากจำเลย (ผู้กระทำละเมิด) ได้กระทำละเมิดด้วยเจตนาร้ายอย่างชัดแจ้ง ศาลอาจพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่างก็ได้[54]

ข. การคิดบัญชีผลกำไร (Account of Profits) กล่าวคือเมื่อผู้เสียหาย (โจทก์) ฟ้องคดีแล้ว ผู้เสียหายมีสิทธิ์เรียกร้องเอาผลกำไรที่เกิดขึ้นอันเกิดจากการกระทำของผู้กระทำละเมิด โดยมีวิธีการคำนวณเพื่อที่จะได้ทราบว่า ผู้กระทำละเมิดได้รับผลกำไรจากการกระทำละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ (ผู้เสียหาย) เพียงใด ซึ่งวิธีการคำนวณผลกำไรก็เป็นไปตามวิธีการเดียวกันกับการที่ผู้ประกอบการค้าคิดบัญชีผลกำไรในการค้าของตนเอง เช่น โดยการนำเอาเงินรายได้ทั้งหมดที่ได้รับมาจากการดำเนินธุรกิจการค้านั้น หักลบด้วยค่าใช้จ่ายในการผลิตและค่าใช้จ่ายในการขายรวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น ซึ่งโดยปกติวิธีการพิสูจน์เช่นนี้เป็นการยากที่จะหาเอกสารยืนยันได้เหตุเพราะเมื่อจำเลยประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายแล้ว จำเลยก็คงไม่มีการจัดทำบัญชีที่ระบุรายละเอียดที่สำคัญ อาทิ รายรับและรายจ่ายหรือรายงานการเงินตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การเรียกเอาผลกำไร (Account of Profits) จึงมักจะไม่ค่อยปรากฏให้เห็นบ่อยนัก[55] อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก้ไขปัญหานี้โดยได้วางหลักไว้ว่า ในคดีที่โจทก์เรียกเอาส่วนกำไรที่จำเลยได้จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์มีหน้าที่เพียงนำสืบพิสูจน์ถึงรายได้รวมของจำเลยอันได้จากการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ส่วนจำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์หักล้างว่าจำเลยเองมีรายจ่ายที่สามารถนำมาหักออกจากรายได้รวมที่โจทก์นำสืบไว้ได้อย่างไรบ้าง เพื่อให้ส่วนที่เหลือที่เป็นกำไรที่แท้จริงของจำเลย[56]

---

[54] เรื่องเดียวกัน.

[55] Cornish, W. R., **Intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights**, (London: Sweet & Maxwell, 1996), 63.

[56] บทบัญญัติในมาตรา 504 และ 505 ของ Copyright Act of 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา.

2) ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

ตามหลักสำคัญของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (ในที่นี้ผู้วิจัยจะขอนำเสนอของประเทศเยอรมนีเป็นหลัก) ผู้ถูกกระทำละเมิดซึ่งเกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้าของตนนั้น อาจได้รับการเยียวยาชดใช้เพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงโดยการทำให้กลับคืนดีดังเดิมก่อนการละเมิด[57] ทั้งนี้ ค่าเสียหายที่เรียกร้องได้ ได้แก่ ค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไร เหตุเพราะทำให้ผู้เสียหายสูญเสียลูกค้าไป นอกจากนั้นอาจมีความเสียหายอย่างอื่นอีก เช่น ความเสียหายจากการใช้จ่ายที่ต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจได้รับต่อธุรกิจการค้านั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าใช้จ่ายในการติดต่อสอบถาม ค่าใช้จ่ายในการปรึกษากฎหมายและค่าทนายความ เป็นต้น การทำให้กลับคืนดีดังเดิมด้วยวิธีชดใช้ด้วยผลกำไรที่จำเลยได้รับเนื่องจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น มักจะปรากฏในกรณีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ การละเมิดลิขสิทธิ์ เห็นได้จาก บทบัญญัติมาตรา 97 (2) แห่ง Act on Copyright and Related Rights 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG) ของประเทศเยอรมนี ได้วางหลักเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยมีสาระสำคัญว่า "ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกเอาผลกำไรซึ่งผู้กระทำละเมิดได้รับมาจากการกระทำละเมิด พร้อมทั้งการคิดบัญชีซึ่งมีรายละเอียดแสดงผลกำไรนั้น"[58]

---

[57] ศักดา ธนิตกุล, **การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย**.

[58] Act on Copyright and Related Rights 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG) Section 97 Right to require cessation of infringement and to damages

(1) Any person who infringes copyright or any other right protected under this Act may be required by the injured party to eliminate the infringement or, where there is a risk of repeated infringement, may be required by the injured party to cease and desist. Entitlement to prohibit the infringer from future infringement shall also exist where the risk of infringement exists for the first time.

(2) Any person who intentionally or negligently performs such an act shall be obliged to pay the injured party damages for the prejudice suffered as a result of the infringement. When setting the damages any profit obtained by the infringer as a result of the infringement of the right may also be taken into account. Entitlement to damages may also be assessed on the basis of the amount the infringer would have had to pay in equitable remuneration if the infringer had requested authorisation to use the right infringed. Authors, writers of scientific editions (section 70), photographers (section 72) and performers (section 73) may also demand monetary compensation for damage which is non-pecuniary in nature provided and to the extent that this is equitable.

3.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การป้องกันการได้ผลประโยชน์โดยมิชอบของผู้กระทำผิด

จากประเด็นที่ว่าผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับมาจากการกระทำละเมิดผู้เสียหายนั้น ควรจะชดใช้หรือคืนให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งหากมีการชดใช้โดยการคืนผลกำไรดังกล่าวให้แก่ผู้เสียหาย จะเป็นการขัดแย้งกับหลักการที่ว่าผู้เสียหายจะต้องไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน (Double Compensation) หรือไม่ นั้น เป็นประเด็นที่เกี่ยวเนื่องกับแนวความคิดการป้องกันการได้ผลประโยชน์โดยมิชอบของผู้กระทำผิด ซึ่งมีหลักเกณฑ์วิธีการต่าง ๆ ที่สำคัญดังต่อไปนี้

1) วิธีการคำนวณค่าเสียหายตามจำนวนของกำไรที่ผู้กระทำผิดได้รับ

เกี่ยวกับวิธีการคำนวณค่าเสียหายตามจำนวนผลกำไรที่ผู้กระทำผิดได้รับนั้น ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี มีหลักสำคัญว่า จำเลยไม่สมควรที่จะได้รับผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ดังนั้น กฎหมายจึงอนุญาตให้ผู้เสียหายนำเสนอต่อศาลถึงกำไรของผู้กระทำละเมิด กล่าวคือ ให้นำรายได้ที่เกิดจากการละเมิดนั้นมาหักลบกับต้นทุนในการกระทำละเมิด (หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตัวสินค้าโดยการทำซ้ำ ต้นทุนในส่วนนี้ คือ ต้นทุนการผลิตสินค้าที่ทำซ้ำนั้น) ซึ่งผลของส่วนต่าง คือ กำไรที่ผู้ละเมิดได้รับ[59] ทั้งนี้ ผลกำไรของผู้ทำละเมิดที่จะนำมาใช้พิจารณาต้องเป็นกำไรสุทธิของผู้ทำละเมิด[60] อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้กระทำละเมิด (จำเลย) ไม่มีกำไรจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลก็อาจจะไม่สั่งให้โจทก์ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากบัญชีกำไรให้แก่โจทก์ โดยที่ในกรณีนี้โจทก์อาจเรียกค่าเสียหายจากค่าเสียหายตามจริงได้

สำหรับประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนี (Act on Copyright and Related Rights 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG) มีหลักการเช่นเดียวกับหลักบัญชีกำไรของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดได้ด้วย[61]

2) การเยียวยาอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายละเมิด

ด้วยงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจและมีผลประโยชน์ทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่นนี้แล้ว นอกเหนือจากกฎหมายละเมิดแล้ว ยังมีการนำกฎหมายอื่น ๆ มาเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งมีหลักกฎหมายที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

---

[59] Bainbride, D., **Intellectual property**, (London: Pitman, 1996), 132.

[60] Garnett, K., Rayner, J., & Davies, G., **Copinger and Skone James on copyright volume 1**, (London: Sweet & Maxwell, 1991), 1062.

[61] Section 97 (2) of the Act on Copyright and Related Rights 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG).

ก. หลักลาภมิควรได้เห็นได้จาก ในประเทศเยอรมนี มีการนำหลักของกฎหมายเกี่ยวกับลาภมิควรได้มาใช้ประกอบในการคำนวณค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ผ่านมาตรา 812 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้[62] กล่าวคือ การที่จะถือเป็นกรณีที่จะต้องใช้หลักลาภมิควรได้ของกฎหมายเยอรมันนั้น ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) การได้รับบางสิ่งบางอย่าง (2) โดยค่าใช้จ่ายของบุคคลอื่น และ (3) ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้เกี่ยวกับเรื่องนี้ พิจารณาได้ว่า เมื่อผู้กระทำละเมิดได้รับประโยชน์จากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตแล้ว และมีการเรียกค่าเสียหายจากผู้เสียหายแล้ว หากผู้กระทำละเมิดไม่อาจส่งมอบทรัพย์หรือสิทธิที่ตนได้ใช้ไปคืนให้แก่ผู้เสียหายได้ ผู้กระทำละเมิดจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งโดยทั่วไปค่าใช้ประโยชน์ดังกล่าวจะปรากฏในรูปของค่าอนุญาตใช้สิทธิ (Royalty Fee)[63]

ข. หลักการจัดการงานนอกสั่ง พิจารณาได้จาก ในประเทศเยอรมนีเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธินำหลักการจัดการงานนอกสั่งมาใช้ โดยตามวรรคสองของมาตรา 687 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[64] ได้วางหลักไว้ว่า ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดส่งมอบข้อมูลรวมถึงเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการจัดการงานนอกสั่ง (การหารายได้จากการละเมิดโดยการจัดการงานอันมี

---

[62] Section 812 of German Civil Code, BGB:

Claim for restitution

(1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

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

[63] ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, **ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์**, 56-58.

[64] Section 687 of German Civil Code, BGB:

False agency without specific authorisation

(1) The provisions of sections 677 to 686 do not apply if a person conducts the transaction of another person in the belief that it is his own.

(2) If a person treats the business of another person as his own although he knows that he is not entitled to do so, then the principal can assert claims resulting from sections 677, 678, 681 and 682. If he asserts them, then he is under a duty to the voluntary agent under section 684 (1).

ลิขสิทธิ์ของผู้อื่นถือเป็นการจัดการงานนอกสั่งเพราะทำไปโดยที่ผู้กระทำรู้ว่าตนเองไม่มีสิทธิกระทำการนั้น) ซึ่งผู้กระทำละเมิดได้จัดการงานโดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีสิทธิ และยังถือเอาประโยชน์ที่เกิดขึ้นเป็นของตนด้วย

3.4 การเยียวยาในทางหลีกเลี่ยงความเสียหาย

โดยทั่วไป การป้องกันความเสียหายย่อมจะได้ผลดีกว่าที่จะรอให้ความเสียหายเกิดขึ้นแล้วจึงมาเยียวยาความเสียหายในภายหลัง ซึ่งวิธีการเยียวยาในทางป้องกันความเสียหายนี้มีปรากฏอยู่ในกฎหมายแต่ละประเทศซึ่งก็มีหลักเกณฑ์แตกต่างกันไป ดังต่อไปนี้

3.4.1 ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law)[65]

ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก กล่าวคือ ศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีนี้ จะใช้ดุลพินิจโดยออกคำสั่ง ซึ่งเรียกว่าการออกคำสั่งห้าม (Injunction) ต่อผู้กระทำละเมิด ซึ่งคำสั่งดังกล่าวนี้เป็นมาตรการเยียวยาตามหลักความเป็นธรรม (Equity) มีลักษณะสำคัญ คือ เป็นการบังคับต่อบุคคล (ไม่ได้มุ่งบังคับต่อทรัพย์สิน) เพื่อคุ้มครองไม่ให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ร้อง (ผู้เสียหายหรือโจทก์) ในขณะนั้นและในอนาคต แต่ไม่ได้มุ่งที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งลักษณะของคำสั่งห้ามนั้น มีทั้งคำสั่งที่สั่งให้ระงับการกระทำ (Negative Injunction) หรือสั่งให้กระทำการบางอย่าง (Mandatory Injunction) และจะเป็นคำสั่งเด็ดขาดหรือเป็นคำสั่งห้ามชั่วคราวก็ได้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล[66] ทั้งนี้ การที่จะขอให้ศาลออกคำสั่งห้ามข้างต้น โจทก์หรือผู้เสียหายต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายไม่ว่าที่เกิดขึ้นแล้วหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นเพื่อให้ศาลได้พิจารณาออกคำสั่ง

3.4.2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีเป็นหลัก กล่าวคือ ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นและคาดว่าอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้ เห็นได้จาก กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันนี (Urheberrechtsgesetz, UrhG) วางหลักว่า บุคคลใดก็ตามที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิ์อื่นใดที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้อาจถูกร้องขอโดยผู้เสียหายให้ระงับยับยั้งหรือหยุดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นหรือความเสี่ยงที่จะถูกละเมิดลิขสิทธิ์ในอนาคตไว้[67] หรือ

---

[65] Hans, S., **International encyclopedia of comparative law,** (n.p.: N.P., 1976), 150-161.

[66] จณัญญา เฉลิมวิวัฒน์กิจ, **ข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), 23-24.

[67] Section 97 of the Act on Copyright and Related Rights 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG).

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ์ในการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการคุ้มครองชั่วคราวได้ รวมถึงมีสิทธิ์เรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าชดเชยที่เป็นตัวเงินจากการถูกกระทำละเมิดได้ด้วย อีกทั้งอาจร้องขอให้มีการทำลายหรือส่งมอบสำเนางานที่ถูกผลิตโดยละเมิดลิขสิทธิ์รวมถึงอุปกรณ์ที่ได้ใช้ในการกระทำความผิด[68]

3.5 แนวความคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้น ปรากฏครั้งแรกในการพิจารณาคดีละเมิดของประเทศอังกฤษช่วงปี ค.ศ. 1760 กล่าวคือ เกิดกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลพยายามที่จะระงับการตีพิมพ์โฆษณาหนังสือชื่อ North Briton ของนาย John Wilkes ซึ่งถือเป็นการแทรกแซงสิทธิส่วนตัวของประชาชน ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดการร้องทุกข์เรื่องการแทรกแซงตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ต่อมา ในปี ค.ศ. 1763 ได้มีการฟ้องคดีละเมิดอันมีเหตุมาจากการแทรกแซงสิทธิเช่นเดียวกันนี้อีก 2 คดี ได้แก่ คดี Huckle V. Money และ คดี Wilkes V. Wood ซึ่งจากทั้งสองคดีนี้ ได้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษขึ้นเป็นครั้งแรก โดยเป็นการกำหนดค่าเสียหายที่มีมูลค่ามากกว่าความเสียหายที่ได้รับจริงโดยมีลูกขุนเป็นผู้กำหนด[69] ดังจะขอกล่าวสาระสำคัญของแต่ละคดี ดังนี้

1) คดี Huckle V. Money[70] ข้อเท็จจริงในคดีโดยสรุป คือ จำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำละเมิดต่อโจทก์โดยการควบคุมตัวโจทก์ไว้โดยไม่มีหมายจับของศาล มีการข่มขู่ว่าจะทำร้าย รวมไปถึงมีการจำคุกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้พิพากษาในคดีนี้เห็นว่าการกระทำละเมิดดังกล่าวของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นการก่ออันตรายต่อประชาชน แม้ว่าโจทก์จะไม่ได้รับอันตรายใด ๆ จากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยในทางนำสืบการคำนวณค่าเสียหายที่เกิดขึ้นพบว่าคำนวณได้เพียง 20 ปอนด์เท่านั้น แต่ในคดีนี้ คณะลูกขุนได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายเป็นเงินถึง 300 ปอนด์ ซึ่งนับว่าสูงมากสำหรับค่าเงินในสมัยนั้น

2) คดี Wilkes V. Wood[71] โดยคดีนี้ ผู้พิพากษาในคดี คือ ท่าน Lord Chief Justice Pratt ได้ให้เหตุผลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ มีสาระสำคัญว่า “ลูกขุนมีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ซึ่งค่าเสียหายนี้ถูกกำหนดขึ้นไม่เฉพาะแต่เพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายพึงพอใจเท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำละเมิดและป้อง

---

[68] กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **กฎหมายลิขสิทธิ์-ประเทศเยอรมนี** [Online], 28 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_german_4_copyright.pdf.

[69] กฤษณา พิษณุโกศล, **ค่าเสียหายเชิงลงโทษ** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), 12-13.

[70] Huckle v. Money 95 Eng. Rep. 768 (K.B. 1763).

[71] Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

ปรามมิให้เกิดพฤติกรรมนั้น ๆ อีกในภายภาคหน้า และยิ่งไปกว่านั้น ค่าเสียหายยังอยู่ในฐานะที่เป็นเครื่องพิสูจน์ความไม่พอใจของลูกขุนในการกระทำละเมิดนั้น ๆ ด้วย”[72]

จากคดีทั้ง 2 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษ มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดและเพื่อเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกันในอนาคต อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะขึ้นอยู่กับนโยบายสาธารณะ (Public Policy) และประโยชน์ของสาธารณะ (The Public Benefit) ด้วย มิใช่เป็นค่าเสียหายที่กำหนดเพียงเพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับเท่านั้น[73]

3.5.1 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ หากแปลคำจากภาษาอังกฤษจะมีที่มาจากคำว่า Punitive Damages นอกเหนือจากนี้มีคำอื่น ๆ ที่มีความหมายไปในทางเดียวกัน ได้แก่ Exemplary Damages (ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง) หรือ Vindictive Damages (ค่าเสียหายที่เป็นการแก้เผ็ด) เป็นต้น แต่คำทั้งหมดก็มีความหมายไปในทางเดียวกันคือ เป็นค่าเสียหายในทางแพ่งซึ่งกำหนดให้เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์อันชั่วร้าย เพื่อให้ผู้กระทำละเมิดนั้นเกิดความเข็ดหลาบ (Punishment) และเกรงกลัวจนไม่สามารถกระทำพฤติกรรมเช่นเดิมได้อีก และยังเป็นการป้องปรามมิให้บุคคลในสังคมถือเอาพฤติกรรมนั้นเป็นเยี่ยงอย่างในอนาคต (Deterrence) โดยในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะต้องพิจารณาถึงลักษณะและพฤติการณ์ของการกระทำละเมิดมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ[74]

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ มีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้[75]

1) ค่าเสียหายประเภทนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิด และปรามมิให้เกิดการกระทำละเมิดเช่นนั้นอีกรวมไปถึงเพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นมิให้กระทำตาม เช่นนั้นด้วย

2) ศาลจะกำหนดให้เองตามความเหมาะสม โดยที่โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายในส่วนนี้ โดยศาลจะเป็นผู้จะพิจารณาถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งการละเมิด ฐานะทางเศรษฐกิจของจำเลย ตลอดจนสภาพและปริมาณของความเสียหายที่โจทก์ ได้รับ

---

[72] Street, H., **Principles of the law of damages**, (London: Sweet & Maxwell, 1962), 29.

[73] จรัญ ภักดีธนากุล, “รายงานพิเศษ Product liability law: กลไกใหม่ยกระดับมาตรฐานสังคมไทย”, **วารสารข่าวกฎหมายใหม่** (กันยายน 2547): 32.

[74] ดิลก เสริมวิริยะกุล, **การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.**

[75] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ค่าเสียหายในคดีละเมิด”, **วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 7, 3(กุมภาพันธ์ 2526): 29-30.

3) เป็นค่าเสียหายที่กำหนดเพิ่มให้มากขึ้น นอกเหนือจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Actual Damages) แต่ในบางคดีซึ่งอาจไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่จะชดใช้ทดแทนได้ ศาลก็จะกำหนดแต่เฉพาะค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้เพียงอย่างเดียว

4) ศาลจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ให้เฉพาะในกรณีของการกระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรงที่มีลักษณะของการกระทำเช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น มีการข่มขู่ หลอกลวง ฉ้อฉล โดยผู้กระทำละเมิดมุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหาย รวมไปถึงทำให้ผู้เสียหายรู้สึกถูกเหยียดหยาม

3.5.2 ทฤษฎีค่าเสียหายเชิงลงโทษ

1) ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law)

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้น ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดและเพื่อเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกันในอนาคตรวมไปถึงเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นมิให้กระทำตามด้วย ซึ่งทฤษฎีนี้มีแนวคิดในทางอาญาเจือปนอยู่มากกว่าที่จะเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งเพียงอย่างเดียว[76] ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การกำหนดของค่าเสียหายในเชิงลงโทษในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี อาจแบ่งเป็น 2 กลุ่ม คือ[77]

กลุ่มที่ 1 คือ ประเทศที่จำกัดขอบเขตการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย ในที่นี้ผู้วิจัยขอนำเสนอของประเทศอังกฤษเป็นหลัก กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1964 ศาลสภาขุนนางอังกฤษ ได้วางหลักเกณฑ์และข้อจำกัดในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษขึ้น โดยกำหนดข้อจำกัดในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้เฉพาะ 3 กรณี ดังต่อไปนี้

ก. ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำตามอำเภอใจมีพฤติการณ์ในการข่มขู่ขมเหงประชาชนหรือเป็นกระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ข. ต้องเป็นกรณีที่จำเลย (ผู้กระทำละเมิด) ได้คำนวณแล้วว่าตนจะได้รับประโยชน์จากการกระทำละเมิดมากกว่าค่าเสียหายที่จะต้องชดใช้ให้แก่โจทก์ (ผู้เสียหาย) หรือคิดว่าโจทก์จะไม่ฟ้องเพราะโจทก์ไม่มีเงินที่จะดำเนินคดี

ค. ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้อย่างชัดแจ้งสำหรับความผิดนั้น ๆ

---

[76] สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย”, **ดุลพาห** 53, 2(พฤษภาคม 2549): 95.

[77] เรื่องเดียวกัน, 98-103.

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2001 ข้อจำกัด 3 ประการข้างต้น ได้ถูกศาลสภาขุนนางอังกฤษขยายหลักเกณฑ์ออกไป ทำให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ในกรณีร้ายแรงอื่น ๆ ได้ แม้มิใช่การละเมิดที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ 3 ประการข้างต้น เห็นได้จากในคดี Kuddus V. Chief Constable of Leicestershire Constabulary โดยท่านลอร์ด Slynn ได้มีคำอธิบายว่า “การเรียกร้องค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้น มิได้อยู่บนหลักการใด แต่ขึ้นอยู่กับเหตุที่นำมาฟ้องคดี (Not on Principle but Upon the Incidents of Litigation)”[78]

กลุ่มที่ 2 คือ ประเทศที่ไม่มีข้อจำกัดหรือขอบเขตในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ในที่นี้ผู้วิจัยขอนำเสนอตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1851 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษว่าเป็นส่วนที่เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบยุติธรรมของประเทศ โดยในคดี Day v. Woodworth[79] ศาลวินิจฉัยเป็นเอกฉันท์ว่า ในคดีที่มีการกระทำละเมิดด้วยพฤติกรรมที่ชั่วร้ายและรุนแรงผิดธรรมดานั้น ลูกขุนอาจกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนที่มากกว่าปกติจากการกำหนดค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ เพื่อลงโทษจำเลยและป้องปรามมิให้คนในสังคมถือเอาพฤติกรรมนั้นเป็นเยี่ยงอย่าง อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้น มักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า มักจะมีการกำหนดค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงไปมาก จนไม่อาจที่จะทราบขอบเขตได้ ทำให้จำเลยอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมได้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ในคดี Cooper Indus. V. Leatherman Tool[80] และคดี BMW of North America V. Gore[81] ได้วางแนวทาง (Supreme Court Guidelines) ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

ก. การที่จะพิจารณาว่า จำเลยควรจะต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำมากน้อยเพียงใด ให้พิจารณาจากระดับความร้ายแรงของพฤติกรรมของจำเลยผู้กระทำละเมิดประกอบด้วย

ข. หากจำเลย (ผู้กระทำละเมิด) เคยกระทำผิดในคดีอื่นในลักษณะอย่างเดียวกันนี้ ให้พิจารณาจำนวนค่าเสียหายที่เคยกำหนดให้ไว้ในคดีก่อน ๆ ประกอบด้วย

ค. ค่าเสียหายในเชิงลงโทษไม่ควรสูงเกินไปกว่าอัตรา 4 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง

---

[78] Paliament.UK, **Judgments-Kuddus (AP) v. Chief constable of leicestershire constabulary** [Online], 4 March 2019. Available from https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm.

[79] Day v. Woodworth, 54 U.S. 363,371 (1851).

[80] Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001).

[81] BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีแนวทางและหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียเชิงลงโทษข้างต้นแล้วก็ตาม ในปี ค.ศ. 2003 ก็ปรากฏการตัดสินคดีของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell[82] โดยศาลเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ จำนวน 145 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (145 เท่าของค่าสินไหมทดแทน) นั้นไม่เหมาะสม ดังนั้น ศาลจึงได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษว่า แม้ว่าจะมีมาตรฐานการตัดสินและการลงโทษที่เหมาะสมแล้วก็ตาม การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ควรสูงเกิน 10 เท่าของค่าสินไหมทดแทน รวมถึงค่าเสียหายอื่น ๆ ที่ถูกกำหนดจากความเสียหายที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้แล้ว ในหลายรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิ รัฐแอละแบมา ได้มีการกำหนดขอบเขตของจำนวนค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เป็นจำนวน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ[83] เป็นต้น

2) ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายผู้วิจัยจะขอนำเสนอกฎหมายของประเทศเยอรมนีเป็นหลัก กล่าวคือ ค่าเสียหายภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีจะยึดถือหลักการชดเชย (Compensation) และหลักการกลับคืนสถานะเดิม (Restitution) เท่านั้น[84] ดังนั้นในทางทฤษฎีจึงพิจารณาได้ว่ากฎหมายเยอรมนีไม่เปิดช่องให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ เหตุเพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาไม่ได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน อีกทั้ง ศาลเยอรมนี ยึดถือว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลจะกำหนดได้นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวเนื่องกับนโยบายสาธารณะพื้นฐานของประเทศ[85] แต่ด้วยเหตุที่ลักษณะการกระทำความผิดและการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบันไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบ จึงเริ่มทำให้แนวคิดในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นที่ยอมรับในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมากขึ้น เห็นได้จากที่ บ่อยครั้งที่ศาลของเยอรมนีได้มีการกำหนดค่าเสียหายที่มักมีการโน้มเอียงเข้าสู่การลงโทษ ซึ่งคำตัดสินเหล่านี้อาจถือเป็นข้อยกเว้นได้ เช่น คดี BGHZ 128,1(1)[86] (คดีเจ้าหญิงคาร์โรไรน์แห่งโมนาโก กรณีที่ถูกคุกคามจากเหล่าปาปารัสซี่และฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จากช่างภาพ

---

[82] State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

[83] Cross & Smith, **A brief look at Alabama personal injury damages** [Online], 4 March 2019. Available from https://www.crossandsmith.com/personal-injury/brief-look-alabama-personal-injury-damages/.

[84] ศักดา ธนิตกุล, **การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย**.

[85] เรื่องเดียวกัน.

[86] Bundesgerichtshof, BGH (Federal Supreme Court of Justice), 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (Caroline of Monaco I, Fictitious exclusive interview).

เยอรมัน)[87] ศาลในคดีนี้ ได้ตัดสินให้เจ้าหญิงคาร์โรไรน์ชนะคดี โดยกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าหญิงคาร์โรไรน์เป็นเงินประมาณ 90,000 ยูโร โดยศาลได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า นอกจากความพึงพอใจแล้ว การป้องปรามก็เป็นเหตุผลสำคัญในคำพิพากษานี้หรือสามารถอธิบายในอีกทางหนึ่งได้ว่าวิธีการคิดคำนวนค่าเสียหายที่ศาลเคยใช้พิจารณามาแต่เดิมนั้น ไม่สามารถหยุดหรือปรามการละเมิดได้อย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพเหตุเพราะค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับนั้นต่ำกว่ากำไรหรือผลประโยชน์โดยปกติที่เกิดจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้กระทำละเมิด[88] จะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นการยับยั้งป้องปรามนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเช่นนี้แล้ว จึงอาจพิจารณาได้ว่าศาลของเยอรมนีได้ให้การยอมรับในหลักเกณฑ์ของค่าเสียหายในเชิงลงโทษแล้ว นอกจากนี้ คดี BVerf 34, 269 (269) ซึ่งเป็นคดีของอดีตจักรพรรดินีโซราญาแห่งอิหร่าน ศาลสูงสุดของเยอรมนีได้ตัดสินคดีนี้ โดยการกลับคำตัดสินของศาลสูงแห่งเมืองแฮมเบอร์ก โดยศาลให้เหตุผลว่า “จำนวนค่าเสียหายที่ศาลชั้นต้นกำหนดมานั้นไม่เพียงพอต่อการยับยั้งป้องปราม” แสดงให้เห็นว่าศาลสูงสุดเยอรมนีได้ตัดสินคดีนี้โดยอาศัยองค์ประกอบความรับผิดโดยตรงของความเสียหายของผู้เสียหายดังเช่นโครงสร้างความรับผิดในทางอาญามาใช้ แต่ไม่ได้นำแนวความคิดของค่าสินไหมทดแทนความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานมาพิจารณาแต่อย่างใด อันเป็นการยอมรับหลักการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษอย่างชัดเจน[89] จากแนวคำตัดสินในคดีที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าค่าเสียหายที่ถูกกำหนดขึ้น ภายใต้กฎหมายสมัยใหม่ของเยอรมนีนั้น จะมีบางส่วนที่แสดงว่านอกเหนือจากการชดเชยความเสียหายให้แก่โจทก์แล้ว ยังมีหน้าที่ในการลงโทษและป้องปรามผู้กระทำละเมิดอีกด้วย[90]

3.5.3 ผลที่ได้รับจากการนำหลักเกณฑ์ค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิด[91]

ผลดีและผลเสียของการนำหลักเกณฑ์ค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายมีดังนี้

1) ผลดี

1.1) ทำให้บุคคลในสังคมมีความเคารพและยอมรับในสิทธิส่วนบุคคลกันมากขึ้น รวมถึงทำให้รู้สึกกลัวเกรงว่าจะถูกลงโทษและเห็นความสำคัญของกฎหมายมากขึ้นด้วย

---

[87] “ควีนอังกฤษทรงเตือนเรื่องปาปาราซซี”, **คมชัดลึก** [Online], 7 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา http://www.komchadluek.net/news/foreign/40184.

[88] ศักดา ธนิตกุล, **การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย**, 112.

[89] สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย”, 104.

[90] มณิศรา เทพหัสดิน ณ อยุธยา, **การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีสิ่งแวดล้อม** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 77.

[91] สุรชัย พ่วงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย”, 108-110.

1.2) ในบางกรณีมีการกระทำละเมิดที่อุกอาจและรุนแรง โดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ในบางครั้งแม้ผู้เสียหายจะได้รับการชดใช้สำหรับความผิดดังกล่าวเพียงใดก็ตาม ผู้เสียหายอาจยังไม่ได้รับความเป็นธรรมเพียงพอ เช่นนี้แล้ว ค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้อาจมีส่วนช่วยให้เกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

1.3) ค่าเสียหายในเชิงลงโทษสามารถช่วยยับยั้ง และป้องปรามการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และยังเป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นที่คิดจะกระทำผิดในลักษณะอย่างเดียวกันอีกด้วย

1.4) ค่าเสียหายในเชิงลงโทษใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบางประการ กล่าวคือ ใช้เป็นเครื่องมือในการป้องปรามไม่ให้ผู้ที่คิดจะล่วงละเมิดสิทธิ์ของผู้อื่นได้เกิดความยั้งคิด

1.5) ค่าเสียหายในเชิงลงโทษช่วยป้องกันการทุจริต จากการที่บุคคลอาศัยช่องว่างของกฎหมายแสวงหาผลประโยชน์ในทางที่มิชอบ กล่าวคือ กฎหมายบาง ลักษณะ อาจจะขาดมาตรการบังคับในบางเรื่อง มีผลให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น เช่น การที่บุคคลบางพวกเจตนากระทำละเมิดโดยคาดว่าจะได้รับผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวมากกว่าค่าเสียหายที่ตนจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย เช่นนี้แล้ว การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้จะเป็นตัวช่วยอุดช่องว่างเหล่านี้ได้ เพราะการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้นอกเหนือจากเป็นการลงโทษจำเลยแล้วยังเป็นการบังคับให้จำเลยคืนผลประโยชน์ในส่วนที่ตนได้มาโดยมิชอบนั้น ให้แก่โจทก์ผู้ได้รับความเสียหายอีกด้วย

1.6) เมื่อมีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้บังคับ จะทำให้กฎหมายมีสภาพบังคับอย่างจริงจังมากขึ้น อันเป็นการปิดช่องทางที่ประชาชนจะละเมิดกฎหมายอีกทางหนึ่งด้วย

2) ผลเสีย

2.1) หลักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย แนวคิดเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ได้รับจริง เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้ได้มากที่สุดอาจเสียไป

2.2) บางกรณีผู้กระทำความผิดอาจจะได้รับการลงโทษซ้ำซ้อนได้ กล่าวคือ การกระทำละเมิดบางกรณีเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาด้วย ส่งผลให้นอกจากผู้กระทำความผิดจะได้รับการลงโทษในคดีอาญาแล้ว ยังอาจได้รับการลงโทษในทางแพ่งโดยการถูกกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอีกด้วย จึงอาจพิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นถูกลงโทษถึงสองครั้งในการกระทำผิดกรรมเดียว

3.6 เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและต่างประเทศ

เมื่อเกิดการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ การเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีความสำคัญ ซึ่งการเยียวยาความเสียหายข้างต้นจะถูกพิจารณาและกำหนดโดยศาล ทั้งนี้เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ นั้น มีหลักเกณฑ์ที่มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยในที่นี้ผู้วิจัยจะขออธิบายในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

3.6.1 การเยียวยาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) (TRIPs)

1) ประวัติความเป็นมาของความตกลง TRIPs

แต่เดิมนั้นความตกลงระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ อันได้แก่ อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) อนุสัญญาปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) และอนุสัญญากรุงโรม (Rome ConvenTtion, 1961 International Convention For The Protection of Performers, Producers of Phonograms And Broadcasting Organisations) นั้น มิได้มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครอง (Minimun Standards) และมิได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิ (Enforcement of Rights) กับมาตรการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Mechanisms) เอาไว้[92] เช่นนี้แล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวต้องนำขึ้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ซึ่งสิทธิในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นของรัฐ กล่าวคือ จะต้องเป็นการเริ่มคดีโดยรัฐเท่านั้น แต่โดยทั่วไป บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการไม่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา คือ บุคคลทั่วไปทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่รัฐ และแม้ว่ามีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้วก็ตาม การระงับข้อพิพาทขององค์กรดังกล่าวยังคงถูกมองว่าขาดมาตรการที่มีประสิทธิภาพที่จะบังคับคดีตามคำวินิจฉัยของศาล[93]

ต่อมา การเจรจาของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade) หรือ ข้อตกลงแกตต์ (“GATT”) รอบอุรุกวัย ได้ข้อสรุปที่สำคัญ

---

[92] สิริภา วงศ์จิรัตน์สกุล, **ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษและการเรียกเอาผลกำไรจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์** (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552), 22-24.

[93] เรื่องเดียวกัน.

กล่าวคือประเทศภาคีได้ร่วมลงนามรับรองกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) โดยได้เพิ่มเติมเรื่องต่าง ๆ ในประเด็นการเจรจาลงไปในภาคผนวกของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกด้วย หนึ่งในข้อตกลงนั้นคือ "ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า" (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือที่เรียกว่า ความตกลงทริปส์ (TRIPs)[94] โดยได้ถูกเพิ่มเข้าเป็นภาคผนวก 1C ซึ่งความตกลง TRIPs นี้ มีลักษณะเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ที่กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาไม่น้อยกว่าที่ได้กำหนดไว้ โดยแต่ละประเทศอาจให้ความคุ้มครองสูงกว่าข้อกำหนดของ TRIPs ก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข คือ จะต้องไม่ขัดต่อหลักการและข้อกำหนดในข้อตกลง TRIPs ทั้งนี้ ความตกลง TRIPs มิได้กำหนดว่าประเทศต่าง ๆ จะต้องใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ ดังนั้น แต่ละประเทศจึงมีอิสระในวิธีการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลง TRIPs

2) วัตถุประสงค์ของ TRIPs

วัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs สามารถพิจารณาได้จากข้อความในส่วนอารัมภบท (Preamble) ที่มุ่งหวังที่จะลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ รวมไปถึงมุ่งหวังส่งเสริมให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศอย่างมีประสิทธิภาพและพอเพียง[95] กล่าวคือ ให้ความสำคัญของการจัดให้มีกฎเกณฑ์และระเบียบเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานที่เพียงพอต่อการได้มาและการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากนี้ ในข้อ 7 ของความตกลง TRIPs ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs โดยมีสาระสำคัญว่า "การคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรจะเกื้อหนุนและส่งเสริมต่อการแพร่หลาย

---

[94] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 30-31.

[95] TRIPs Agreement, Preamble para. 1.

Desiring to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade;

ของนวัตกรรมและเทคโนโลยี อันเป็นประโยชน์ร่วมกันของทั้งผู้ผลิตและผู้ใช้เทคโนโลยี ในลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อสังคมและเศรษฐกิจ”[96]

อนึ่ง การบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs ได้มีการกำหนดพันธกรณีทั่วไปที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการบังคับใช้สิทธิไว้ในกฎหมายภายในของประเทศตนเอง ตามที่ระบุไว้ในความตกลง TRIPs, Article 41(1)(2)[97] มีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ประเทศสมาชิกจะต้องมีการกำหนดกระบวนการบังคับใช้สิทธิในกฎหมายของตน เพื่อให้มีการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพต่อการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งครอบคลุมถึงการเยียวยาความเสียหายที่รวดเร็ว การป้องกันการละเมิดและการเยียวยาความเสียหายที่เป็นการยับยั้งไม่ให้มีการละเมิดอีกต่อไป ทั้งนี้ กระบวนการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าอันชอบธรรมและปกป้องไม่ให้มีการใช้สิทธิโดยมิชอบ

(2) กระบวนการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องเป็นธรรมและเสมอภาค และต้องไม่ซับซ้อนหรือมีค่าใช้จ่ายสูง หรือมีข้อจำกัดด้านเวลาหรือความล่าช้าที่ไม่สมเหตุสมผล

---

[96] Article 7 of TRIPs Agreement.

Objectives

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

[97] Article 41 of TRIPs Agreement.

(1) Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.

(2) Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

เกี่ยวกับกระบวนการการบังคับใช้สิทธิตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีกระบวนการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ การเยียวยาความเสียหายในทางแพ่ง[98] การจัดให้มีมาตรการชั่วคราวเพื่อป้องกันมิให้มีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา[99] การจัดให้มีข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับมาตรการ ณ จุดผ่านแดน[100] ตลอดจนจัดให้มีกระบวนการทางอาญาและการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด[101]

3) ลักษณะของค่าเสียหายและมาตรการเยียวยาความเสียหายตามความตกลง TRIPs

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางเอกชน (Private Right) ดังที่ปรากฏในส่วนอารัมภบทที่ว่า “Recognizing that intellectual property rights are private rights.” เช่นนี้แล้ว หากมีความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เอกชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิก็สามารถบังคับใช้สิทธิได้โดยใช้มาตรการทางแพ่งในการเยียวยาความเสียหาย อันได้แก่ การเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งแบ่งออกเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ค่าเสียหายจากการคิดกำไร ค่าเสียหายที่ได้กำหนดไว้แน่นอนในกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.1) ลักษณะของค่าเสียหายตามความตกลง TRIPs

ค่าเสียหายตามความตกลง TRIPs นั้น ได้มีการวางหลักไว้ใน ข้อ 45[102] ของความตกลง TRIPs ได้แก่

---

[98] Article 42-49 of TRIPs Agreement.

[99] Article 50 of TRIPs Agreement.

[100] Article 51-60 of TRIPs Agreement.

[101] Article 61 of TRIPs Agreement.

[102] Article 45 of TRIPs Agreement.

Damages

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

(2) The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney’s fees. In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity.

3.1.1) ค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages)

ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอต่อความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับ ซึ่งเป็นไปตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (1) ที่ว่า "The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person's intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in intringingactiviy,"[103] กล่าวคือ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอจากความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับ อันเนื่องมาจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาโดยผู้กระทำละเมิดนั้นได้กระทำการละเมิดโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ ทั้งนี้ คำว่า "เพียงพอ" หมายความถึงเพียงพอตามสถานการณ์ของแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงคุณค่าทางเศรษฐกิจด้วย[104]

3.1.2) ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Expense)

นอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริงแล้ว ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ (Expense) อันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความ (Attorney's Fees) ที่เหมาะสมแก่เจ้าของสิทธิ[105]

3.1.3) ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด (Account of Profits)

ตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ได้วางบทบัญญัติให้มีการชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ กล่าวคือ ประเทศภาคีสมาชิกตามความตกลงนี้ อาจกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้จ่ายค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไร จากการกระทำละเมิดให้แก่เจ้าของสิทธิได้ แม้ว่าผู้กระทำละเมิดจะไม่ได้กระทำละเมิดโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำละเมิดก็ตาม[106]

3.1.4) ค่าเสียหายที่กำหนดไว้แน่นอนในกฎหมาย (Pre-established Damages)

---

[103] Ibid, (1).

[104] ดุจแข ค้ำชู, **มาตรการบังคับสิทธิทางแพ่งเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาการละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 52.

[105] Article 45(2) of TRIPs Agreement.

[106] Ibid.

ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าเสียหายตามจำนวนที่ได้มีการกำหนดไว้แน่นอนในกฎหมาย (Pre-established Damages) เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของสิทธิอย่างเพียงพอ โดยผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายที่กำหนดไว้แน่นอนในกฎหมายได้ แม้ว่าผู้กระทำการละเมิดจะมิได้กระทำละเมิดโดยเจตนาก็ตาม[107] ทั้งนี้ Pre-established Damages นั้น คือ อัตราค่าเสียหายจากขั้นต่ำสุดไปถึงสูงสุดที่ถูกกำหนดไว้แล้วในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยความเสียหายประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลดภาระการพิสูจน์ของโจทก์ลงกล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิมีหน้าที่เพียงพิสูจน์ว่าจำเลยละเมิดสิทธิของตน แต่ไม่ต้องพิสูจน์จำนวนของค่าเสียหาย ทั้งนี้ ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการกำหนดจำนวนความมากน้อยของค่าเสียหายให้เอง โดยจะต้องกำหนดตามอัตราที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย[108]

3.2) มาตรการเยียวยาความเสียหายประการอื่น

นอกจากการเรียกร้องค่าเสียหายตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วในข้อ 3.1) นั้น เจ้าของสิทธิยังสามารถเยียวยาความเสียหายประการอื่นได้อีก เพื่อยุติการละเมิด ซึ่งได้แก่

3.2.1) คำสั่งให้ยุติการละเมิดซึ่งความตกลง TRIPs ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการสั่งให้ผู้กระทำละเมิดยุติการละเมิดได้ตามที่ระบุไว้ในความตกลง TRIPs, Article 44(1)[109]

---

[107] Ibid.

[108] อรพรรณ พนัสพัฒนา, “ประเด็นใหม่เรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกา”, **วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** 7, 7(ธันวาคม 2547): 201.

[109] Article 44 of TRIPs Agreement. Injunctions

1) The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, inter alia to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, immediately after customs clearance of such goods. Members are not obliged to accord such authority in respect of protected subject matter acquired or ordered by a person prior to knowing or having reasonable grounds to know that dealing in such subject matter would entail the infringement of an intellectual property right.

2) Notwithstanding the other provisions of this Part and provided that the provisions of Part II specifically addressing use by governments, or by third parties authorized by a government, without the authorization of the right holder are complied with, Members may limit the remedies available against such use to payment of remuneration in accordance with subparagraph (h) of Article 31. In other cases, the remedies under this Part shall apply or, where these remedies are inconsistent with a Member’s law, declaratory judgments and adequate compensation shall be available.

3.2.2) คำสั่งให้จำหน่ายหรือทำลายสินค้าละเมิด วัสดุและอุปกรณ์ที่มีส่วนสำคัญในการผลิต สินค้าละเมิดตามที่ระบุไว้ในความตกลง TRIPs, Article 46 [110] ทั้งนี้ ในการพิจารณาคำขอจะต้องคำนึงถึงสัดส่วนความร้ายแรงของการละเมิดกับการเยียวยาความเสียหายที่สั่งให้ใช้ รวมทั้งผลประโยชน์ของบุคคลที่สามด้วย หากผู้ขอได้กระทำการโดยไม่ชอบ ศาลมีอำนาจสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกกล่าวหา รวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความด้วยตามที่ระบุไว้ในความตกลง TRIPs, Article 48(1)[111] และเพื่อให้กระบวนการเป็นธรรม เจ้าของสิทธิย่อมร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำหน่ายหรือทำลายสินค้าละเมิด วัสดุและอุปกรณ์ที่มีส่วนสำคัญในการผลิตสินค้า ละเมิด โดยศาล

---

[110] Article 46 of TRIPs Agreement.

Other Remedies

In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account. In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce.

[111] Article 48 of TRIPs Agreement.

Indemnification of the Defendant

(1) The judicial authorities shall have the authority to order a party at whose request measures were taken and who has abused enforcement procedures to provide to a party wrongfully enjoined or restrained adequate compensation for the injury suffered because of such abuse. The judicial authorities shall also have the authority to order the applicant to pay the defendant expenses, which may include appropriate attorney's fees.

(2) In respect of the administration of any law pertaining to the protection or enforcement of intellectual property rights, Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith in the course of the administration of that law.

อาจมีคำสั่งให้เจ้าของสิทธิชดใช้ค่าเสียหายที่เพียงพอแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หากเจ้าของสิทธิกระทำโดยไม่ชอบ

3.2.3) คำสั่งให้แจ้งบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าอันเป็นการละเมิดและช่องทางในการจำหน่าย กล่าวคือประเทศภาคีอาจกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการสั่งให้ผู้ทำละเมิดแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิทราบเกี่ยวกับบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ละเมิด รวมทั้ง ช่องทางในการจำหน่ายด้วย เว้นแต่จะเกินกว่าความร้ายแรงของการละเมิด[112]

3.6.2 การเยียวยาความเสียหายตามอนุสัญญาระหว่างประเทศอื่น ๆ

นอกเหนือจากหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายตามความตกลง TRIPs แล้ว ยังมีหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมากจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญอื่น ๆ อีก 2 ฉบับ ผู้วิจัยจะได้อธิบาย ดังต่อไปนี้

1) อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886) เป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 และพัฒนาสืบต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน โดยมีจุดประสงค์คุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานวรรณกรรมและศิลปกรรม อันมีเหตุมาจากปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ และปัญหาการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศย่อมมีเขตอำนาจศาลของตนสามารถจัดการปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศของตนเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปจึงร่วมกันก่อตั้งอนุสัญญากรุงเบอร์นขึ้น โดยในครั้งเริ่มต้นอนุสัญญากรุงเบอร์น มีสมาชิกจากประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปจำนวนมาก เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี ประเทศสเปน ประเทศสวิตเซอร์แลนด์[113]

อนุสัญญากรุงเบอร์น ได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับประเทศภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตน โดยมาตรฐานการคุ้มครอง

---

[112] Article 47 of TRIPs Agreement.

Right of Information

Members may provide that the judicial authorities shall have the authority, unless this would be out of proportion to the seriousness of the infringement, to order the infringer to inform the right holder of the identity of third persons involved in the production and distribution of the infringing goods or services and of their channels of distribution.

[113] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 35-43.

ลิขสิทธิ์ภายในอนุสัญญากรุงเบอร์น ได้วางหลักการพื้นฐานและกำหนดมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สำคัญ ไว้ดังนี้

1.1) หลักการพื้นฐาน 3 ประการ (Three Basic Principlcs) [114] สาระสำคัญดังต่อไปนี้

1.1.1) หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

กล่าวคือ เป็นหลักปฏิบัติของประเทศภาคีสมาชิกที่จะต้องให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ทุกสัญชาติ หากงานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นถูกสร้างขึ้นในประเทศภาคีสมาชิกสนธิสัญญากรุงเบอร์น ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นี้ต้องมีมาตรฐานในระดับเดียวกับที่คุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ชาติตนเอง

1.1.2) หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ (Automatic Protection)

กล่าวคือ เป็นหลักปฏิบัติของประเทศภาคีสมาชิกที่ว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้โดยอัตโนมัติ หากงานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นถูกสร้างขึ้นไม่ว่าในรูปแบบใด โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนลิขสิทธิ์ต่อหน่วยงานใด ๆ ของรัฐรวมทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยปราศจากเงื่อนไขและปราศจากค่าใช้จ่าย

1.1.3) หลักการคุ้มครองโดยอิสระ (Independent of Protection)

กล่าวคือ เป็นหลักปฏิบัติของประเทศภาคีสมาชิกที่พึงให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ประเทศภาคีสมาชิกอื่น ๆ โดยการให้ความคุ้มครองนี้ไม่ต้องพิจารณาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีสมาชิกอื่น ๆ จะได้รับความคุ้มครองโดยสมบูรณ์จากประเทศที่เกิดงานหรือไม่ ยกตัวอย่าง เช่น งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีหนึ่งอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศภาคีอื่นได้ แม้ว่างานดังกล่าวอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศที่เกิดงานก็ได้

1.2) มาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (Minimum Standards)

อนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สำคัญ ซึ่งมาตรฐานขั้นต่ำที่ต้องได้รับความคุ้มครองนั้นมีอยู่หลายประการ อันได้แก่ มาตรฐานเกี่ยวกับขอบเขตของงาน สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง และระยะเวลาในการคุ้มครอง

---

[114] WIPO, **Sumnary of the bere convention for the rotccrion of literary and artistic works (1886)** [Online], 4 April 2019. Available from https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html.

ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดขอบเขตของ “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม” ที่จะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา การกำหนดประเภทของสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง[115] กล่าวคือ ประเทศภาคีสมาชิกต้องออกกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศของตน โดยกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นต้องให้ความคุ้มครองไม่น้อยกว่ามาตรฐานที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนดไว้มีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1.2.1) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ งานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น นั้นระยะแรก ๆ ตั้งแต่ ปี ค.ศ.1886-ค.ศ.1914 จำกัดเฉพาะแต่ “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม” เท่านั้น มิได้หมายรวมถึงงานภาพยนตร์และงานที่แสดงออกโดยกระบวนการที่คล้ายคลึงกับการถ่ายทำภาพยนตร์โดยตรง แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลายครั้งตั้งแต่ปี ค.ศ. 1914 ได้ขยายคำจำกัดความของคำว่า “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม” ให้กว้างขึ้นดังเช่น อนุสัญญาเบอร์น 1971 ข้อ 2 (1) กล่าวว่า งานวรณกรรมและศิลปกรรมหมายรวมถึงงานทุก ๆ อย่างเกี่ยวกับวรรณกรรม วิทยกรรม และศิลปกรรม ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งนิยามข้างต้นให้หมายรวมถึงผลงานการถ่ายทำภาพยนตร์ด้วย

1.3) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์

กล่าวคือ สิทธิของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อสงวน (Resevations) ข้อจำกัด (Limitation) หรือข้อยกเว้น (Exception) ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นมีดังต่อไปนี้

(1) สิทธิในการแปล

(2) สิทธิในการดัดแปลงและเรียบเรียงงานของตน

(3) สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชนในงานนาฏกรรมและงานดนตรีกรรม

(4) สิทธิในการอ่านต่อสาธารณชนในงานวรรณกรรม

(5) สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ

(6) สิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(7) สิทธิในการทำซ้ำไม่ว่ารูปแบบหรือลักษณะใด ๆ รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว ทำซ้ำ จำหน่าย

(8) สิทธิในการใช้งานบันทึกเสียง แสดงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนเกี่ยวกับงานบันทึกเสียง

---

[115] Ibid.

1.4) การบังคับใช้สิทธิกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์

อนุสัญญากรุงเบอร์นได้บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมาย กรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์ ไว้ใน Article 16 โดยมีหลักว่า การบังคับใช้สิทธิกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละรัฐภาคีในการบังคับใช้ [116] ซึ่งน่าจะหมายความรวมถึงการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้ การบังคับสิทธิต่าง ๆ ต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศด้วย อันได้แก่ หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ และหลักการคุ้มครองโดยอิสระรวมไปถึงเป็นไปตามวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมได้ ซึ่งเป็นเรื่องของการเรียกร้องสิทธิ ค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ในทางแพ่งเป็นสำคัญ อีกทั้ง Article 16 ได้บัญญัติถึงการยึดสิ่งของที่ละเมิด ซึ่งเป็นมาตรการทางปกครอง โดย (1) บัญญัติว่าประเทศภาคีมีอำนาจยึดสิ่งของละเมิดลิขสิทธิ์ได้ และ (3) บัญญัติต่อไปว่าการยึดดังกล่าวต้องดำเนินการตามกฎหมายภายในของประเทศที่ทำการยึด (“The seizure shall take place in accordance with the legislation of each country.”)[117]

2) อนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยการคุ้มครองนักแสดงผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์การแพร่ภาพแพร่เสียง (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)

อนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention) เป็นความตกลงระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิข้างเคียง อันได้แก่ นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ได้โดยมีหลักการพื้นฐาน คือ การให้ความคุ้มครองสิทธิข้างเคียงนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในระบบลิขสิทธิ์ดั้งเดิม [118] โดยประเทศภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองสิทธิที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ภายใต้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ[119] โดยหลักพื้นฐานของการให้ความคุ้มครองตามอนุสัญญากรุงโรมมีลักษณะเช่นเดียวกันกับอนุสัญญาอื่น ๆ คือหลักการประติบัติเยี่ยงคน

---

[116] Article 16 of Berne Convention.

[Infringing Copies: 1. Seizure; 2. Seizure on importation; 3. Applicable law]

(1) Infringing copies of a work shall be liable to seizure in any country of the Union where the work enjoys legal protection.

(2) The provisions of the preceding paragraph shall also apply to reproductions coming from a country where the work is not protected, or has ceased to be protected.

(3) The seizure shall take place in accordance with the legislation of each country.

[117] Ibid.

[118] Article 1 of Rome Convention.

[119] Article 2 of Rome Convention.

ชาติ (National Treatment) และหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ซึ่งเป็นพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองสิทธิข้างเคียงระหว่างประเทศซึ่งกันและกันโดยสรุป ดังต่อไปนี้

ก. หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (Principle of National Treatment) กล่าวคือ หลักการนี้มีลักษณะคล้ายกับอนุสัญญากรุงเบอร์น แต่ต่างกันที่อนุสัญญากรุงโรมคุ้มครองผู้รับประโยชน์ ส่วนอนุสัญญากรุงเบอร์นคุ้มครองงานสร้างสรรค์ โดยนักแสดงจะได้รับความคุ้มครองหากได้ทำการแสดงในประเทศภาคีสมาชิก ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงจะได้รับความคุ้มครองหากเป็นคนชาติของประเทศภาคีสมาชิก และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพจะได้รับการคุ้มครองหากสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญา

ข. หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) จากหลักการนี้ทำให้ประเทศภาคีสมาชิก สามารถทำข้อสงวนได้และเป็นผลให้การบังคับใช้สิทธิตามอนุสัญญานี้เป็นไปตามข้อสงวนสิทธิตามหลักต่างตอบแทน

2.1) การบังคับใช้สิทธิกรณีการละเมิดสิทธิ

อนุสัญญากรุงโรมมิได้มีข้อบัญญัติโดยตรงในการกำหนดวิธีการบังคับใช้สิทธิของกรณีเกิดการละเมิดสิทธิขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่ออนุสัญญากรุงโรมอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานสำคัญ 2 ประการ คือ หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักต่างตอบแทน แล้วการบังคับใช้สิทธิกรณีการละเมิดนั้น จึงน่าจะบังคับใช้สิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศภาคีสมาชิก กล่าวคือ ประเทศภาคีสมาชิกสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการเยียวยาและการบังคับใช้สิทธิของตนได้เพื่อความเหมาะสมและเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการ ทั้งนี้ อาทิ การกำหนดบทลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา เป็นต้น

3.7 เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์และเกณฑ์การกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ของศาลต่างประเทศ จำนวน 3 ประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมนี รวมทั้งจะได้ศึกษาถึงแนวทางการตีความกฎหมายและตัวอย่างของคดีความที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสดงให้เห็นถึงวิธีการและภาระการพิสูจน์ค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ โดยได้ทำการศึกษากรณีการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะทั่วไป

3.7.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ระหว่างปี ค.ศ. 1783 ถึง ค.ศ. 1786 แต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้หลายลักษณะอาทิ บางรัฐกำหนดค่าเสียหายเป็นช่วงแบบอัตราเพดานขั้นต่ำและขั้นสูง บางรัฐหรือมลรัฐได้มีการกำหนดค่าเสียหายโดยคิดคำนวณจากมูลค่าต่อ

จำนวนชิ้นงานที่เกิดจากการกระทำละเมิด ในเวลาต่อมา รัฐสภาได้ออกกฎหมายลิขสิทธิ์กลางมาประกาศและบังคับใช้โดยเรียกกฎหมายฉบับนี้ว่า “Federal Copyright Act ,1790” ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายว่า ให้ผู้เสียหายมีสิทธิและสามารถดำเนินการเรียกค่าปรับและค่าเสียหายทางแพ่งได้ กล่าวคือ[120] กฎหมายได้กำหนดให้จำเลยผู้กระทำละเมิดต้องชำระค่าปรับเป็นจำนวนเงิน 50 เซนต์ต่อทุกสำเนาของหนังสือที่จำเลยครอบครองและได้ผลิตขึ้นโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้เสียหาย ทั้งนี้ ค่าปรับในอัตราร้อยละ 50 (ครึ่งหนึ่ง) ให้ตกเป็นประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ (ผู้เสียหาย) ส่วนอีกครึ่งหนึ่งที่เหลือให้ตกเป็นของรัฐ นอกจากนี้ ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ยังจะต้องรับผิดในค่าเสียหายทางแพ่งใด ๆ ที่เกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายด้วย[121]

ต่อมา ได้มีการบัญญัติ กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 ออกมาบังคับใช้ ซึ่งได้วางแนวทางให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้โดยตรงจากผู้กระทำละเมิด โดยให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการเรียกค่าเสียหายได้ทั้งจากค่าเสียหายแท้จริง (Actual Damages) และผลกำไร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน (Double Recovery) ต่อมามีการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ขึ้นมาบังคับใช้ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 นี้ มีหลักการที่จะขจัดการเยียวยาความเสียหายที่ซ้ำซ้อน โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าว ถือว่าค่าเสียหายตามจริงและผลกำไร ต่างก็มีวัตถุประสงค์ในการใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกัน ดังนั้น การใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งที่จะให้เกิดผลลัพธ์อย่างเดียวกันแล้วนั้น แต่ละวิธีการก็คือการชดเชยความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว อย่างไรก็ดี หากยังมีกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนใดที่ยังไม่ได้ถูกนำมาใช้ในการกำหนดเป็นค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ผลกำไรส่วนนั้นจะต้องนำมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายด้วย แนวคิดนี้ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมในบทบัญญัติของมาตรา 504 (B) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ด้วย[122]

1) ประเภทของค่าเสียหาย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในที่นี้คือ Title 17 of the United States Code: The Copyright Act, 1976 อันประกอบไปด้วย มาตรา 504 และ มาตรา 505 ได้แบ่งประเภทค่าเสียหายและวิธีการเรียกค่าเสียหายที่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดเยียวยาชดใช้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

---

[120] Kociubinski, B., **Assessing the moral legitimacy of statutory damages in copyright**, (Boston: Boston University School of law, 2007), 7-8.

[121] Ibid.

[122] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, (New York: Matthew Bender, 1992), 246-247.

1.1) ค่าเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) โดยสามารถแบ่งลักษณะค่าเสียหาย ได้ ดังนี้

1.1.1) ค่าเสียหายตามจริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิด (Actual Damages and Account of Profits)

กล่าวคือ มาตรา 504 (a)[123] ได้วางหลักให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบสำหรับค่าเสียหายตามจริงและผลกำไร มีสาระสำคัญว่า

"(a) ในกรณีทั่วไป ผู้ละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดในค่าเสียหายตามจริงที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผลกำไรเพิ่มเติมใด ๆ ของผู้กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัติฉบับนี้..." และมาตรา 504 (b)[124] ได้วางหลักให้ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ์ที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามจริงซึ่งตนได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น และให้รวมถึงผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่ยังไม่ได้เคยนำไปคำนวณรวมเป็นค่าเสียหายตามจริง

ทั้งนี้โจทก์มีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

ก) ค่าเสียหายตามจริง

ค่าเสียหายตามจริงนั้น ควรจะมีลักษณะอย่างไรและควรจะเป็นจำนวนมากหรือน้อยเพียงใด กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกามิได้มีบทนิยามใด ๆ ที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาความเสียหายตามจริงนี้โดยอาศัยการพิจารณาจากหลักกฎหมายละเมิดทั่วไป ซึ่งค่าเสียหายตามจริงนี้จะต้องเป็นมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปและเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์[125] เช่น ผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ในการคำนวณค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามจริงนั้น อาจจะ

---

[123] 17 U.S. Code § 504 (a) "In General. — Except as otherwise provided by this title, an infringer of copyrightis liable for either — (1) the copyright owner's actual damages and any additional profits of the infringer, asprovided by subsection (b); ....".

[124] 17 U.S. Code § 504 (b) "Actual Damages and Profits. — The copyright owner is entitled to recover theactual damages suffered by him or her as a result of the infringement, and any profits of the infringer that areattributable to the infringement and are not taken into account in computing the actual damages....".

[125] Long, D. E., & D'Amato, A., **Coursebook in international intellectual property**, (Minnesota: West, 2000), 439-440.

กระทำได้โดยการเปรียบเทียบต้นทุน ราคาตลาด รายได้ที่คาดการณ์ไว้[126] หรือกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้เคยมีการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาก่อน เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายก็อาจสามารถนำเอาค่าสิทธิการอนุญาตดังกล่าวมาประกอบในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ได้[127] อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนในกฎหมายว่าให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษได้ก็ตาม แต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น สามารถพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษและค่าเสียหายนั้นก็ไม่ไกลต่อเหตุ (Too Remote)[128] ศาลก็อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่ผู้เสียหายได้ ดังเช่นในคดี Atlantic Monthly v. Post Pub. Co.,[129] สาระสำคัญของคดีนี้ คือ ศาลสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการที่โจทก์ (ผู้เสียหาย) ต้องเปลี่ยนแผนสำหรับนิตยสารฉบับต่อไป อันเนื่องมาจากการที่จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการพิมพ์และเผยแพร่บทความก่อนที่นิตยสาร Atlantic Monthly จะทำการเผยแพร่บทความนั้น เป็นเงิน 3,500 เหรียญสหรัฐฯ เป็นค่าเสียหายพิเศษเพิ่มเติม แม้ค่าเสียหายส่วนดังกล่าวจะมิได้เกี่ยวพันโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

ข) ผลกำไรของผู้ทำละเมิด

นอกเหนือจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าเสียหายตามจริงได้แล้ว หากปรากฏว่าค่าเสียหายตามจริงนั้นยังไม่เพียงพอสำหรับการเยียวยาเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายได้เต็มตามจำนวนที่เกิดความเสียหายขึ้นจริง เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะดำเนินการเรียกให้ผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ชดใช้ผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยจะต้องเป็นผลกำไรในส่วนที่ยังมิได้รวมพิจารณาเป็นค่าเสียหายตามจริงไปแล้ว ทั้งนี้เพราะกฎหมายมิได้ต้องการให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (Double Compensation)[130] สำหรับภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายนั้น มาตรา 504 (b) ได้วางหลักสำคัญ โดยสรุป คือ “ในการพิจารณาผลกำไรอันเป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้กระทำละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายมีหน้าที่และภาระการพิสูจน์ถึงรายได้รวมของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น และในส่วนภาระหน้าที่

---

[126] Stim, R., **Intellectual property: Patent, trade mark and copyright**, (New York: West Thomson, 2001), 192.

[127] Leaffer, M., **Understanding copyright law**, (New York: M. Bender, 1989), 303-304.

[128] Dobbs, D. B., **Remedies: Damages-equity-restitution,** (Minnesota: West, 1973), 448.

[129] **Atlantic Monthly Co. v. Post Pub. co., 27 F.2d 556 (D. Mass. 1928**) [Online], 24 April 2019. Available from https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/F2/27/556/1550948/.

[130] **House Report Rep. No. 94–1476, 94th Cong., 2d, Sess, 143-44 (1976), at 161** [Online], 3 September 1976. Available from https://law.resource.org/pub/us/compendium/ibr/clrev_94-1476.pdf.

เกี่ยวกับการพิสูจน์ของผู้กระทำละเมิดนั้น จะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างโดยต้องพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายและส่วนอื่น ๆ ของผลกำไรซึ่งมิได้เกิดจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์”[131] เช่นนี้แล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์เฉพาะรายได้รวมของจำเลยผู้กระทำละเมิดเท่านั้น ในขณะที่ฝ่ายจำเลยจะมีภาระการพิสูจน์ว่าตนมีรายได้รวมน้อยกว่านั้น โดยการนำรายจ่ายต่าง ๆ มาหักออกจากรายได้รวมที่โจทก์ผู้เสียหายนำเสนอ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายจะมิได้กำหนดว่าค่าใช้จ่ายใดบ้างที่ จำเลยผู้ทำละเมิดจะสามารถนำมาใช้หักเป็นค่าเสียหายได้ แต่หากการนำพิสูจน์ค่าใช้จ่ายแล้วพบว่ามีจำนวนที่แน่นอนและสมเหตุสมผลในการผลิตและการขายงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ก็สามารถนำมาหักล้างค่าเสียหายจากรายได้รวมของผู้ทำละเมิดได้[132] เช่น ในคดี Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts[133] ศาลในคดีนี้ ได้ตัดสินให้ ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดเฉพาะส่วนกำไรที่เกิดจากงานที่จำเลยขายเป็นที่เรียบร้อยแล้วเท่านั้น ส่วนงานยังไม่ได้ขายไม่อาจนำมาคำนวณเป็นผลกำไรของผู้ทำละเมิดได้ในขณะที่ผู้ทำละเมิดก็มีสิทธิพิสูจน์หักล้างเงินกำไรดังกล่าวได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกับงานที่ขายได้แล้วเท่านั้นเช่นกัน

1.2) ค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages)

ในบางกรณี การพิสูจน์ค่าเสียหายตามจริงรวมถึงการพิสูจน์ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ในทางปฏิบัติโจทก์มีปัญหาและอุปสรรคในการพิสูจน์เป็นอย่างมาก รวมถึงผู้เสียหายต้องเสียค่าใช้จ่ายมากจนเกินจำเป็นด้วย ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 504 (c)[134] จึงได้วางทางเลือกให้แก่ผู้เสียหายในการเรียกค่าเสียหายที่ตนถูกกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยที่ผู้เสียหายไม่ต้องมีภาระในการพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามจริงหรือผลกำไรของผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด แต่ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการเลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมาย

---

[131] 17 U.S. Code § 504 (b) “...In establishing the infringer's profits, the copyright owner is required to present proof only of the infringer's gross revenue, and the infringer is required to prove his or her deductible expenses and the elements of profit attributable to factors other than the copyrighted work.”

[132] Leaffer, M., **Understanding copyright law**, 303.

[133] **Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, 86 F. Supp. 399 (S.D.N.Y. 1949)** [Online], 24 April 2019. Available from https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/86/399/2354397/.

[134] 17 U.S. Code § 504 (c) “Statutory Damages. — (1) Except as provided by clause (2) of this subsection, the copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of actual damages and profits, an award of statutory damages for all infringements involved in the action....”.

กำหนด (Statutory Damages) แทนได้ ซึ่งผู้เสียหายสามารถกระทำได้ทุกเวลาก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดโดยค่าเสียหายตามกฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ไว้จะต้องเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ และต้องเป็นจำนวนไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ แล้วแต่ศาลจะพิจารณาเห็นสมควร ซึ่งอำนาจในการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายตามกฎหมายเป็นอำนาจของศาลโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ หากผู้ทำละเมิดจงใจกระทำละเมิด ค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดนี้อาจขยายขึ้นไปได้ถึง 150,000 เหรียญสหรัฐฯ อย่างไรก็ตามหากผู้ทำละเมิดนั้นกระทำไปโดยที่มิได้รู้หรือมิอาจรู้ได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิในงานของบุคคลอื่น ศาลอาจจะลดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมายนี้ลงก็ได้ แต่ต้องไม่ต่ำกว่า 200 เหรียญสหรัฐฯ

ทั้งนี้ สำหรับผู้เสียหายที่ตัดสินใจเลือกแนวทางในการเรียกร้องค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) นั้น งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกกระทำละเมิดนั้นจะต้องเป็นงานลิขสิทธิ์ที่มีการจดทะเบียนแล้วภายในระยะเวลา 3 เดือน นับแต่วันแรกที่มีการเผยแพร่งาน หรือก่อนที่ผู้กระทำละเมิดจะได้กระทำละเมิดจึงจะทำให้โจทก์ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ ตามมาตรา 412[135] กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

1.3) ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความ[136]

---

[135] 17 U.S. Code § 412 In any action under this title, other than an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A(a), an action for infringement of the copyright of a work that has been preregistered under section 408(f) before the commencement of the infringement and that has an effective date of registration not later than the earlier of 3 months after the first publication of the work or 1 month after the copyright owner has learned of the infringement, or an action instituted under section 411(c), no award of statutory damages or of attorney's fees, as provided by sections 504 and 505, shall be made for—

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

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

[136] 17 U.S. Code § 505 - Remedies for infringement: Costs and attorney's fees

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

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 505 ได้วางหลักเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความโดยมีสาระที่สำคัญ ดังนี้

"ในการดำเนินคดีแพ่ง ศาลอาจจะอนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายได้จากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิกับคู่ความอีกฝ่ายได้อีกทั้ง ศาลอาจจะกำหนดให้คู่ความที่ชนะคดีได้รับค่าเสียหายจากค่าธรรมเนียมทนายความในจำนวนที่เหมาะสมโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้น"

จากมาตรา 505 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าใช้จ่ายอันเป็นการบังคับตามสิทธิได้ โดยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามสิทธิเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย อาทิ ค่าธรรมเนียมการดำเนินคดี ค่าถ่ายหรือสำเนาเอกสาร ค่าจัดส่งไปรษณีย์ เป็นต้น โดยศาลจะคำนึงถึงเหตุอันสมควรและเหมาะสมในการฟ้องร้องดำเนินคดีของโจทก์มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย สำหรับกรณีค่าธรรมเนียมทนายความ ศาลจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีได้รับ (เป็นได้ทั้งฝ่ายโจทก์หรือจำเลยก็ได้) ทั้งนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาความสุจริตในการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลของโจทก์มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาด้วย กรณีหากศาลเห็นว่าการฟ้องคดีของโจทก์เป็นเรื่องที่ไม่มีมูลหรือเป็นการฟ้องร้องคดีโดยไม่มีแรงจูงใจที่มีเหตุผลสมควรเพียงพอ ศาลก็อาจไม่กำหนดค่าทนายความได้พิจารณาได้จากในคดี Ivy Silberstein V. Fox Entertainment Group, Inc[137] ข้อเท็จจริงในคดี กล่าวคือ จำเลยต่อสู้ว่าการที่จำเลยถูกฟ้องโดยโจทก์นั้นเป็นเรื่องไร้สาระและไม่มีเหตุสมควรที่จะนำมาฟ้องร้อง โดยจำเลยอ้างว่าจำเลยได้ใช้ชื่อตัวการ์ตูนซึ่งโจทก์เป็นผู้วาดขึ้นในลักษณะที่ออกเสียงเหมือนกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า แม้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นเพียงการใช้ชื่อตัวการ์ตูนก็ตาม แต่การวาดตัวการ์ตูนนั้นขึ้นอันเป็นส่วนหนึ่งของหนังการ์ตูนเท่ากับเป็นความคิดสร้างสรรค์ของโจทก์ที่มีลิขสิทธิ์แล้ว จึงมีเหตุสมควรที่ฟ้องร้องได้ นอกจากนี้ ปัจจัยเรื่อง ชื่อเสียงและความสามารถของทนายความ ประกอบกับ ปริมาณงานที่ทำและผลสำเร็จในการว่าความของทนายความ ศาลจะใช้ปัจจัยเหล่านี้ประกอบการพิจารณาด้วย[138]

อนึ่ง ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายจากค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความในส่วนนี้ได้ต้องเป็นผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์ งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นตามมาตรา 412[139] กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกับการเรียกร้องเอาค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 1.2) ข้างต้น

---

[137] Ivy Silberstein V. Fox Entertainment Group, Inc., No. 16-55318 (9th Cir. 2018).

[138] วัส ติงสมิตร, **ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), 143.

[139] 17 U.S. Code § 412.

2) หลักการพิจารณาและกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักในการพิจารณาโดยสามารถแบ่งพิจารณาได้ ดังนี้

2.1) ค่าเสียหายตามจริง

ค่าขาดรายได้ (Lost Sales) รวมถึงผลกำไรที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ (Lost Profits) หรือค่าสิทธิ (Royalty) ล้วนถือเป็นค่าเสียหายตามจริงที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเมื่อนำค่าเสียหายตามจริงรูปแบบต่าง ๆ ที่กล่าวข้างต้นมาพิจารณาเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายแล้ว จะเห็นได้ว่าค่าเสียหายในรูปแบบต่าง ๆ เหล่านั้น ล้วนมีความเชื่อมโยงและสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน[140] ดังนี้

2.1.1) การคิดค่าขาดรายได้ (Lost Sales)

ค่าขาดรายได้ หรือขาดกำไรนี้ สามารถพิจารณาจากแนวคิดที่ว่าหากไม่มีการกระทำละเมิดจากจำเลยเกิดขึ้นเจ้าของลิขสิทธิ์คาดหมายได้ว่าตนจะได้รับรายได้หรือกำไรในส่วนนี้ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยผู้กระทำละเมิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีองค์ประกอบในการกำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้หรือขาดกำไรดังต่อไปนี้

ก) ด้านคุณภาพและราคาสินค้าที่ถูกละเมิด

กล่าวคือ หากสินค้าที่ผลิตโดยการละเมิดลิขสิทธิ์คุณภาพและราคาใกล้เคียงกันกับสินค้าที่ผลิตอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์ เป็นผลให้อยู่ในฐานะคู่แข่งขันทางการค้ากัน หากเป็นเช่นนี้ ผู้เสียหายก็สามารถนำเสนอให้ศาลเห็นได้ว่ามูลค่าของจำนวนเงินได้หรือรายได้ที่ขาดไปนั้น มีมูลค่าเท่ากับยอดการขายของผู้ทำละเมิดพิจารณาได้จากคดี RSO Records, Inc. v. Peri, 596 F. Supp. 849 (S.D.N.Y. 1984)[141] ศาลในคดีนี้ วินิจฉัยว่า สำเนาทุกสำเนาที่ทำซ้ำจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ผู้เสียหายนั้น มีมูลค่าเท่ากับการสูญเสียรายได้จากการขายของโจทก์แล้ว ในทางกลับกัน หากสินค้าที่ผลิตโดยการละเมิดลิขสิทธิ์คุณภาพและราคาแตกต่างกัน และมิได้เป็นแข่งขันทางการค้ากันโดยตรง ศาลก็จะต้องพิจารณาราคาขายสินค้าที่เหมาะสมของสินค้า[142] นั้น ในคดี Taylor v. Meirck, 712 F. 2d 112, 219 U.S.P.Q. 420 (7th Cir. 1983)[143] ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ จำเลยต่อสู้ว่า สินค้าของจำเลยที่ผลิตโดยละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้แข่งขันในตลาดเดียวกันกับตลาดที่สินค้าของ

---

[140] Joyce, C., Leaffer, M., Jaszi, P., & Ochoa, T., **Copyright law,** 7th ed. (New York: Lexis Nexis, 2006), 894.

[141] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, 247.

[142] Ibid, 248.

[143] Ibid.

โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า โจทก์ต้องสูญเสียรายได้จากลูกค้าไป เพราะลูกค้าของโจทก์ได้ตัดสินใจไปซื้อสินค้าจากจำเลยซึ่งผลิตสินค้าขึ้นมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ด้วยเหตุผล คือ ราคาขายที่แตกต่างกัน (จำเลยขาย 4 เหรียญสหรัฐฯ ส่วนโจทก์ ขาย 10 เหรียญสหรัฐฯ) ส่งผลให้ผู้ที่ควรจะซื้อสินค้าของโจทก์ หันไปซื้อสินค้าแบบเดียวกันซึ่งผลิตโดยจำเลยและมีราคาขายที่ถูกกว่า และแม้ว่าสินค้าที่จำเลยผลิตโดยละเมิดลิขสิทธิ์นั้น จะไม่ได้จำหน่ายในสถานที่เดียวกับที่โจทก์วางจำหน่ายก็ตาม

ข) องค์ประกอบด้านอื่น ๆ

นอกจากองค์ประกอบด้านราคา คุณภาพสินค้าและการแข่งขันทางการค้าแล้ว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังพิจารณาองค์ประกอบอื่นด้วยเช่น พิจารณาจากการขายสินค้าของคู่แข่งในตลาด ในคดี Manufacturers Technologies Inc. v. CAMS, Inc., 728 F. Supp. 75, 15 U.S.P.Q. 2d 1623 (D. Conn. 1989)[144] ศาลพิจารณาว่ายอดขายที่ลดลงของโจทก์ไม่ได้เกิดขึ้นจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีปัจจัยอื่นประกอบ เช่น การขายสินค้าของคู่แข่งในตลาดด้วย

นอกจากองค์ประกอบข้างต้น ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้ของโจทก์แล้ว ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิ (Net Profit) ที่โจทก์ต้องสูญเสียไป กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาหักลบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ออกจากรายได้เบื้องต้น (Gross Revenue) ที่โจทก์อาจได้รับเพื่อให้ได้จำนวนผลกำไรสุทธิ ซึ่งผลกำไรสุทธิดังกล่าว ศาลถือเป็นมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์มีสิทธิได้รับ[145]

2.1.2) เกณฑ์การคิดค่าสิทธิ (Royalty)

ค่าสิทธิ คือ จำนวนเงิน หรือค่าตอบแทนที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ตกลงกับบุคคลใด ๆ ในการอนุญาตให้บุคคลนั้นมีสิทธิ์นำงานลิขสิทธิ์นั้นไปแสวงหาผลประโยชน์ได้ โดยบุคคลที่ขอรับการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น จะต้องมีความสมัครใจและยินดีที่จะจ่ายจำนวนเงินหรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตนั้นด้วย[146] เกี่ยวกับเรื่องนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า ศาลจะพิจารณาและกำหนดจากค่าสิทธิที่โจทก์ใช้เรียกเก็บจากบุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น ศาลมีวิธีการคำนวณอัตราค่าสิทธิอยู่มีหลายวิธี เช่น การคำนวณจากต้นทุนที่ใช้ในการพัฒนา (Rules of Thumb) การคำนวณจากราคาที่เป็นธรรม (Fair Price)

---

[144] Ibid, 249.

[145] Ibid, 250.

[146] Einhorn, M. A., **Damages valuation in music copyright** [Online], 18 May 2008. Available from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1611219.

การประเมินจากมูลค่าตลาดที่เป็นธรรม (Fair Market Value) ส่วนฐานในการคำนวณค่าสิทธิ คือ ยอดขายสินค้าของจำเลย ซึ่งอาจจะเป็นได้ทั้งในรูปแบบของอัตราร้อยละของยอดขายหรือกำไรของจำเลยก็ได้[147] หรือศาลจะพิจารณาจากเกณฑ์ค่าสิทธิจากอัตราค่าสิทธิ (Royalty Fee หรือ License Fee) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้เคยอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์ของตนมาแล้ว เช่น ในคดี Kleier Advertising Co., Inc. v. James Miller Chevrolet, Inc., 722 F.Supp. 1577, 14 U.S.P.Q. 2d 1061 (N.D. ILL. 1989)[148] ศาลในคดีนี้ ได้กำหนดให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากค่าสิทธิที่จำเลยผู้ละเมิดควรจะต้องจ่ายให้แก่โจทก์ในฐานะค่าเสียหายตามจริง รวมถึงให้โจทก์ได้รับส่วนแบ่งจากการขายรถยนต์ของจำเลยซึ่งเป็นผลมาจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโฆษณาด้วย

อย่างไรก็ตาม หากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำละเมิดแต่เพียงบางส่วน การพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการใช้ค่าสิทธิในการพิจารณานั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวทาง ดังเช่นในคดี Cream Records, Inc. v. Jos. Schlitz Brewing Co., Inc., 754 F. 2d 826, 225 U.S.P.Q. 896 (9th Cir.1985)[149] ในคดีนี้ศาลชั้นต้นเห็นว่า ราคาตลาดที่เป็นธรรมของค่าสิทธิของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ผู้เสียหายมีมูลค่า 80,000 เหรียญสหรัฐฯ การที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำเพลงของโจทก์ไปใช้ในงานโฆษณาเบียร์ของจำเลยมีสัดส่วน 15% ของงานทั้งหมดเท่านั้น ดังนั้น ค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระจึงควรเป็นจำนวนเท่ากับ 15% ของค่าสิทธิ อย่างไรก็ดี ศาลอุทธรณ์ของคดีนี้กลับเห็นว่าจำเลยจะต้องจ่ายค่าเสียหายเท่ากับมูลค่าของค่าสิทธิเต็มจำนวน ทั้งนี้เพราะไม่ปรากฏว่าโจทก์เคยตกลงหรือยินยอมรับค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิในจำนวนที่น้อยกว่าที่โจทก์เคยอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงบางส่วนของเพลง

นอกจากนี้ปัจจัยและพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในคดี ศาลก็จะนำมาใช้ในการพิจารณากำหนดจำนวนค่าสิทธิด้วย อาทิ ลักษณะและความสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ในแต่ละงาน ฐานะของโจทก์และจำเลย รวมไปถึงธรรมเนียมหรือแนวปฏิบัติในทางธุรกิจเกี่ยวกับการกำหนดค่าสิทธิ และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายกัน เป็นต้น[150]

---

[147] พัลภา ชัยอาญา, **การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า: วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), 112.

[148] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, 251.

[149] Ibid.

[150] พัลภา ชัยอาญา, **การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า: วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545**, 110.

2.1.3) เกณฑ์การคิดราคาตลาด

โดยทั่วไป การกำหนดค่าเสียหาย จากการใช้ราคาตลาดมาคำนวณนั้น จะใช้ในกรณีการละเมิดสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยได้นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้กับคดีละเมิดลิขสิทธิ์ อาทิ คดี Business Trends Analysts Inc. v. The Freedonia Group Inc., 887 F. 2d 399 12 U.S.P.Q. 2d1457 (2d Cir. 1988)[151] ศาลในคดีนี้ กำหนดค่าเสียหายจากมูลค่าการใช้งานและส่วนกำไรของจำเลย โดยใช้เกณฑ์ราคาตลาด โดยพิจารณามูลค่าเต็มของสินค้าลบด้วยราคาจริงและคูณด้วยจำนวนสินค้าที่ทำละเมิดซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ โจทก์ผู้เสียหายไม่สามารถนำสืบได้ถึงจำนวนหรือมูลค่าของความเสียหายที่ตนต้องเสียหายไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่นนี้แล้ว เมื่อต้องมีการเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ ศาลจึงต้องใช้เกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักในการพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายให้แก่โจทก์

2.2) ผลกำไรของผู้ทำละเมิด (Account of Profits)

การเรียกร้องให้รับผิดชดใช้ความเสียหายโดยคิดจากผลกำไรของผู้ทำละเมิดนั้น กฎหมายกำหนดให้โจทก์ผู้เสียหาย มีหน้าที่ในการพิสูจน์เพียงผลรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น (Gross Revenue) โดยที่โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงผลกำไรสุทธิของจำเลยแต่อย่างใด ในขณะที่จำเลยนั้นมีภาระการพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปเพื่อนำไปหักล้างออกจากผลรวมรายได้ของตนที่โจทก์ได้นำสืบแล้วสามารถอธิบาย ได้ดังนี้

2.2.1) ที่มาของผลรวมรายได้ (Gross Revenue)

โดยทั่วไป โจทก์ผู้เสียหายจะนำสืบผลรวมรายได้ของจำเลยจากจำนวนสินค้าที่จำเลยขายได้ คูณกับ ราคาขายของสินค้าดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ใช่การขายสินค้าโดยตรง เช่น ในคดี Estate of Vane v. The Fair, Inc., 849 F. 2d 186, 7 U.S.P.Q. 2d 1479 (5th Cir.1988)[152] คดีนี้ โจทก์ทำหน้าที่ถ่ายภาพสินค้าของจำเลย และจำเลยนำภาพถ่ายที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ไปให้บริษัทโฆษณาใช้งานโดยมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ ในระบบข้อมูลของจำเลยไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงจำนวนหรือมูลค่าของการขายสินค้าที่แสดงในภาพถ่ายของโจทก์ และโจทก์ไม่อาจนำสืบให้ศาลเห็นถึงยอดรวมรายได้ของจำเลยได้ ดังนั้น ศาลในคดีนี้จึงไม่อนุญาตให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากผลกำไรของจำเลย

---

[151] **Business Trends Analysts Inc. v. The Freedonia Group Inc., 887 F. 2d 399 12 U.S.P.Q. 2d1457 (2d Cir. 1988)** [Online], 24 April 2019. Available from https://law.justia.com /cases/federal/district-courts/FSupp/700/1213/1453087/.

[152] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, 256.

2.2.2) ที่มาของต้นทุนของรายได้

กฎหมายได้กำหนดให้จำเลยมีหน้าที่ในการนำสืบหักล้างยอดรวมรายได้ที่โจทก์ได้นำสืบแล้ว หากจำเลยไม่สามารถนำสืบถึงต้นทุนใด ๆ ของตนเพื่อหักล้างยอดรวมรายได้ดังกล่าวนั้นได้ ศาลก็จะสั่งให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายจากยอดรวมรายได้ที่โจทก์นำสืบ ทั้งนี้ ค่าเช่า ค่าเสื่อมราคาหรือค่าธรรมเนียมทนายความ ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายที่จะหักล้างยอดรวมรายได้ เว้นแต่จำเลยจะพิสูจน์ต่อศาลได้ว่า ค่าใช้จ่ายที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเกี่ยวข้องและมีความสัมพันธ์กับต้นทุนของสินค้าที่ผลิตโดยละเมิดลิขสิทธิ์อย่างไร[153]

การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายมีหน้าที่เพียงแต่พิสูจน์จำนวนเงินรายได้รวมของจำเลยนั้น ย่อมง่ายกว่าการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เอง และหากวิธีการพิสูจน์นั้นเป็นการยากหรือมีอุปสรรคศาลจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือโจทก์ เช่น เมื่อโจทก์เรียกร้องและพิสูจน์กำไรหรือรายได้ของจำเลย ศาลอาจจะสั่งให้จำเลยนำเอาเอกสารและรายละเอียดต่าง ๆ ที่จำเลยครอบครองอยู่ ส่งให้ตรวจสอบ หรือจะอนุญาตให้โจทก์ดำเนินการตรวจ คัดลอก สมุดบัญชีหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องดังกล่าวได้[154]

อย่างไรก็ดี หากจำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้เพิ่มมูลค่าของงานที่ตนได้ละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงมูลค่าของส่วนที่ตนได้เพิ่มเข้าไปในสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นจำนวนเท่าใด เพื่อจำแนก (Apportionment) ส่วนรายได้ของจำเลยออกจากส่วนรายได้ที่ได้รับจากการทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ เช่น ในคดี Gaste v. Kaiserman, 863 F. 2d 1061, 1069, 9 U.S.P.Q. 2d 1300,1307 (2nd Cir.1988) จำเลยได้รวมงานประพันธ์เนื้อเพลงของตนกับดนตรีของโจทก์เป็นเพลงที่ยอดนิยมชื่อ “Feelings” โดยจำเลยได้นำสืบต่อศาลว่า 80% ของความนิยมของเพลงนี้ เกิดขึ้นเพราะเนื้อเพลงที่ตนเขียน ดังนั้น โจทก์จึงควรมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากส่วน 20% ที่เหลือเท่านั้น ศาลในคดีนี้ ได้วินิจฉัยและวางหลักว่า จำเลยจะมีสิทธิพิสูจน์เพื่อแยกส่วนกำไรได้ หากมีหลักฐานที่เพียงพอในการพิสูจน์[155]

2.3) ค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages)

มาตรา 504 (c) (1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้เป็นสิทธิของโจทก์ในอันที่จะเลือกรับค่าเสียหายตามกฎหมาย โดยที่โจทก์มีสิทธิที่จะเลือกรับค่าเสียหายดังกล่าว ณ เวลาใด ๆ ก็ได้ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาโดยศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณากำหนด

---

[153] Ibid, 257.

[154] กัญญธิดา โบสุวรรณ, **พัฒนาการทางกฎหมายในการกาหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 175-176.

[155] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, 258.

มูลค่าของค่าเสียหายส่วนนี้ในจำนวนที่เหมาะสม โดยศาลจะพิจารณาปัจจัยหรือองค์ประกอบต่าง ๆ อาทิ ผลกำไรของจำเลยหรือการขาดรายได้ของโจทก์ เพื่อใช้ในการกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้งศาลจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ของค่าเสียหายตามจริงที่โจทก์ต้องสูญเสียประกอบด้วยเหตุเพราะว่าค่าเสียหายตามกฎหมายนั้น โดยมากจะใช้ในกรณีที่ค่าเสียหายตามจริงไม่อาจคำนวณได้[156] ซึ่งปัจจัยหรือองค์ประกอบสำคัญที่ศาลใช้พิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมาย มีดังนี้

2.3.1) การจดทะเบียนลิขสิทธิ์

การจดทะเบียนลิขสิทธิ์ กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ หากประสงค์จะเรียกค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) นี้ สามารถกระทำได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้จดทะเบียนงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไว้แล้วภายในระยะเวลา 3 เดือนนับแต่วันแรกที่เผยแพร่งานหรือก่อนที่จำเลยจะกระทำละเมิด เห็นได้จากคำพิพากษาในคดี Derek Andrew v. Poof Apparel ที่ศาลในคดีนี้ ได้วางหลักไว้ว่า “ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) จะไม่ถูกนำมาบังคับใช้หากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้รับการจดทะเบียนเสียก่อน” อย่างไรก็ตาม ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้กระทำละเมิด[157]

2.3.2) เจตนาในการทำละเมิด

เจตนาในการทำละเมิด เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาเพื่อกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายตามกฎหมาย มาตรา 504 (c) ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจำนวนค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages) นี้ อยู่ภายใต้การใช้ดุลพินิจของศาล และมีเงื่อนไขว่าให้ศาลพิจารณาพฤติการณ์หรือเจตนาของผู้ทำละเมิดว่า จงใจทำละเมิดหรือไม่[158] โดยหากจำเลยผู้กระทำละเมิด จงใจหรือเจตนาในการทำละเมิดลิขสิทธิ์ จะทำให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายให้สูงขึ้นได้ดังเช่นในคดี Broadcast Music Inc. v. Xanthas Inc., 855 F. 2d 233, 236, 8 U.S.P.Q. 2d 1254, 1256 (5th Cir.1988)[159] กำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาไว้ว่า “จงใจ” หมายถึง ผู้ทำละเมิดรู้อยู่แล้วว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิด การนำสืบพิสูจน์ของโจทก์เพียงแค่ว่าจำเลยรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น

---

[156] Ibid, 260.

[157] **Derek Andrew v. Poof Apparel** [Online], 24 April 2019. Available from https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1024776.html.

[158] 17 U.S. Code § 504 (c) “....in a sum of not less than $750 or more than $30,000 as the court considers just.”

[159] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, 261.

ก็เป็นการเพียงพอแล้วในคดี Rare Blue Music,Inc. v. Guttadauro, 616 F. Supp. 1528, 1530-31, 227 U.S.P.Q. 325, 326 (D. Mass. 1985) ศาลในคดีนี้ วางหลักว่า การแจ้งและเสนอให้จำเลยผู้ทำละเมิดมาขออนุญาตใช้สิทธิจากโจทก์อย่างถูกต้องนั้น หากจำเลยปฏิเสธอย่างชัดแจ้งหรือไม่สนใจที่จะติดต่อกลับโจทก์ ก็ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นหลักฐานที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่า จำเลยจงใจทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว[160] นอกจากนี้ มาตรา 504 (c) (3) ก็ได้มีการบัญญัติข้อสันนิษฐานเรื่องความจงใจของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตไว้เพื่อเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหาย[161]

2.4) ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความ

โดยทั่วไปเมื่อโจทก์ที่ชนะคดีได้รับชดใช้ค่าเสียหายแล้ว ศาลมักจะกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความเต็มจำนวน ในกรณีค่าธรรมเนียมทนายความนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการชดใช้ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความก็ต่อเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้จดทะเบียนงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้แล้วเป็นเวลา 3 เดือนนับแต่การเผยแพร่ครั้งแรกหรือก่อนจะมีการทำละเมิด ศาลในคดี Milene Music, Inc. v. Gotouco, 551 F. Supp. 1288, 1298, 220 U.S.P.Q.880, 888 (D.R.I. 1982)[162] ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าธรรมเนียมทนายความให้แก่คู่ความที่ชนะคดี โดยให้พิจารณาจาก ระยะเวลาและการทำงานของทนายความ ความยุ่งยากของคดี ทักษะในการให้บริการทางกฎหมาย ประสบการณ์ในวิชาชีพของทนายความ ค่าธรรมเนียมนั้น กำหนดไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน (Fixed Fee) หรือ ขึ้นอยู่กับเวลาของการทำงาน (Hourly Rate) จำนวนค่าธรรมเนียม ประสบการณ์ ชื่อเสียงและความสามารถของทนายความ ระยะเวลาที่ทนายความและลูกค้ามีความสัมพันธ์เชิงวิชาชีพต่อกัน และจำนวนค่าธรรมเนียมที่ศาลเคยกำหนดให้แก่คู่ความที่ชนะคดีในคดีที่คล้ายคลึงกัน

---

[160] Ibid, 262.

[161] 17 U.S. Code § 504 (c) “(3)(a) In a case of infringement, it shall be a rebuttable presumption that theinfringement was committed willfully for purposes of determining relief if the violator, or a person acting in concertwith the violator, knowingly provided or knowingly caused to be provided materially false contact information to adomain name registrar, domain name registry, or other domain name registration authority in registering,maintaining, or renewing a domain name used in connection with the infringement....”.

[162] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, 266.

ตารางที่ 3.1: สรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

	ประเทศสหรัฐอเมริกา		
ประเภทค่าเสียหาย	**กฎหมายที่เกี่ยวข้อง**	**หน้าที่นำสืบ/หลักเกณฑ์**	**ข้อสังเกต**
ค่าเสียหายตามจริง (Actual Damages)	The Copyright Act, 1976 มาตรา 504 (a) และ (b)	โจทก์นำสืบความเสียหาย โดยมีเกณฑ์คือ 1. การขาดรายได้ 2. เกณฑ์ค่าสิทธิ 3. เกณฑ์ราคาตลาด	***โจทก์เรียกร้องได้เพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง*** เว้นเสียแต่ว่า เมื่อคำนวณค่าเสียหายตามความเป็นจริงแล้วยังน้อยกว่าส่วนกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์อาจเรียกร้องในส่วนผลกำไรของจำเลยได้อีก
กำไรของผู้ทำละเมิด (Account of Profits)	The Copyright Act, 1976 มาตรา 504 (b)	โจทก์นำสืบยอดรวมรายได้ของจำเลย โดยจำเลยต้องนำสืบหักล้าง	
ค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages)	The Copyright Act, 1976 มาตรา 504 (c)	โจทก์นำสืบถึงความเสียหายและการกระทำละเมิดของจำเลย โดยงานที่ถูกละเมิดต้องได้จดทะเบียนก่อนถูกละเมิด	1.ไม่น้อยกว่า 750 ดอลลาร์และไม่เกินกว่า 30,000 ดอลลาร์ 2.เจตนาของจำเลยเป็นเหตุที่อาจทำให้จำเลยต้องชำระค่าเสียหายตามกฎหมายสูงขึ้น (ไม่เกิน 150,000 ดอลลาห์) (อาจมองว่าเป็นเชิงลงโทษ) 3.***โจทก์ต้องเลือกว่าจะร้องค่าเสียหายตามจริง/กำไรของผู้ทำละเมิดหรือค่าเสียหายตามกฎหมาย*** ณ เวลาใดๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา
ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความ	The Copyright Act, 1976 มาตรา 505	โจทก์นำสืบและศาลจะกำหนดให้โดยขึ้นอยู่กับดุลยพินิจศาล	ค่าทนายความ ศาลจะพิจารณาความสามารถและชื่อเสียงของทนายความ

3.7.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือ The Copyright, Designs and Patents Act, 1988 ได้วางแนวทางในการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างพอเพียงและครอบคลุม ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่ขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

1) ประเภทของค่าเสียหาย

The Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 96 และ 97 ซึ่งได้วางหลักในการพิจารณาค่าเสียหายทางแพ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะเรียกร้อง ดังนี้

1.1) เจ้าของลิขสิทธิ์

มาตรา 96 แห่ง The Copyright, Designs and Patents Act 1988 บัญญัติว่า

"(1) เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถที่จะดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

(2) การเยียวยาความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น สามารถทำได้ในรูปแบบของค่าเสียหาย คำสั่งให้ระงับการกระทำ บัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดหรือโดยประการอื่น ๆ ที่จะสามารถกำหนดให้โจทก์ได้รับหากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินใด ๆ

(3) มาตรานี้ให้มีผลบังคับโดยให้ขึ้นอยู่บทบัญญัตินั้น ๆ ของมาตรานี้"[163]

มาตรา 97[164] แห่ง The Copyright, Designs and Patents Act, 1988 ได้วางหลักไว้ว่า

"(1) ในกรณีที่ปรากฏว่าจำเลยไม่ทราบหรือไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะ

---

[163] Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 96 Infringement actionable by copyright owner.

(1) An infringement of copyright is actionable by the copyright owner.

(2) In an action for infringement of copyright all such relief by way of damages, injunctions, accounts or otherwise is available to the plaintiff as is available in respect of the infringement of any other property right.

(3) This section has effect subject to the following provisions of this Chapter.

[164] Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 97 Provisions as to damages in infringement action.

(1) Where in an action for infringement of copyright it is shown that at the time of the infringement the defendant did not know, and had no reason to believe, that copyright subsisted in the work to which the action relates, the plaintiff is not entitled to damages against him, but without prejudice to any other remedy.

(2) The court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in particular to—

(a) the flagrancy of the infringement, and

(b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement, award such additional damages as the justice of the case may require.

ได้รับค่าเสียหายจากจำเลย ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิของโจทก์ในการเรียกร้องการเยียวยาในกรณีอื่น ๆ

(2) หากมีกรณีดังต่อไปนี้เกิดขึ้น ศาลอาจจะสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติม

(ก) การทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นที่ชัดแจ้ง และ

(ข) มีผลประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลย”

จากมาตราที่สำคัญสองมาตราข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว ได้วางหลักให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกเอาค่าเสียหายได้ ดังต่อไปนี้

1.1.1) ค่าเสียหายในกรณีทั่วไป (Normal Damages)

ค่าเสียหายในกรณีทั่วไป ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีหลักการและแนวคิดที่สำคัญเช่นเดียวกับการเยียวยาความเสียหายในกรณีละเมิดทั่วไป กล่าวคือ เพื่อเป็นการเยียวยาให้โจทก์กลับไปสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ดังนั้น จึงมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการกระทำและต้องไม่ไกลกว่าเหตุ (Not too Remote)[165] การคำนวณหาค่าเสียหายตามปกติ โจทก์ผู้เสียหายอาจจะคำนวณหาค่าเสียหายจากการสูญเสียที่เกิดขึ้น อันได้แค่ การสูญเสียกำไร และค่าสิทธิ ดังจะอธิบาย ดังต่อไปนี้

ก) การสูญเสียกำไร (Loss of Profit)

การอ้างถึงกำไรที่โจทก์ต้องสูญเสียไปจากการกระทำละเมิดของจำเลย เป็นวิธีการหนึ่งซึ่งจะคำนวณจากยอดขายของโจทก์ที่ผ่านมา ก่อนที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น เปรียบเทียบกับยอดขาย ณ เวลาที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ หลังจากนั้น นำราคาต้นทุนของการผลิตสินค้านั้นมาหักออกไป ที่เหลือคือ ส่วนของกำไรที่ได้รับก่อนและกำไรที่ได้รับหลังการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขั้นตอนสุดท้าย ให้นำส่วนของกำไรทั้งก่อนและหลังนั้น หักออกจากกัน จะได้ผลของค่าขาดกำไรหรือจำนวนกำไรที่โจทก์สูญเสียไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ หากว่ามีหลักฐานที่เพียงพอและชัดแจ้งก็เป็นการง่ายที่โจทก์จะคำนวณการสูญเสียกำไรด้วยวิธีการข้างต้น อย่างไรก็ตาม แม้โจทก์จะไม่สามารถนำสืบให้เห็นถึงการสูญเสียกำไรอย่างถูกต้องและละเอียดนัก ศาลประเทศอังกฤษยอมรับได้[166]

---

[165] Bainbride, D., **Intellectual property**, 129.

[166] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual property law**, 1024.

ข) ค่าสิทธิ (Royalty)

กรณีเจ้าของลิขสิทธิ์มีอุปสรรคหรือไม่สามารถเรียกค่าเสียหายโดยแสดงถึงการสูญเสียผลกำไรของตนต่อศาลได้ ศาลของประเทศอังกฤษอาจจะนำค่าสิทธิมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเป็นค่าเสียหายก็ได้ ซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งที่ศาลจะใช้ในการช่วยเหลือให้เจ้าของลิขสิทธิ์ให้ได้รับการเยียวยา[167] ในกรณีที่จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์มีมากกว่าหนึ่งการกระทำ ศาลอาจนำค่าสิทธิในการกระทำละเมิดแต่ละครั้ง มาคำนวณเป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย โดยให้จำเลยจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์ที่จำเลยได้ละเมิดไป ในคดี Meters v.Metropolitan Gas Meters [1911] 28 RPC 157, 164 และคดี Catnic Compenets v. Hill & Smith [1983] FSR 512, 518[168] นั้น ศาลของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยพิจารณากำหนดจากค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิต่อหนึ่งชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิด และในคดี General Tire & Rubber v. Firestone Tyre& Rubber [1976] RPC 197,213[169] ศาลในคดีนี้ วินิจฉัยให้ จำเลยจ่ายค่าเสียหาย โดยคำนวณจากค่าสิทธิในอัตราเดียวกันกับที่ผู้ได้รับอนุญาตคนอื่น ๆ ที่ได้จ่ายให้แก่โจทก์

1.1.2) ค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages)

ค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้ บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 97(2) ของ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 ในการกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเพิ่มเติมนี้โดยศาลจะพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างชัดแจ้ง และผลกำไรใด ๆ ที่เพิ่มขึ้น อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ทั้งนี้ อำนาจในการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายเพิ่มเติมนั้นจึงเป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลเป็นการเฉพาะ

1.1.3) บัญชีกำไร (Account of Profit)

หลักการคิดบัญชีผลกำไรของจำเลย เป็นหลักการเยียวยาตามหลักความยุติธรรม โดยแนวคิดของหลักการนี้ คือ การให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutionary) โดยจำเลยผู้ละเมิดต้องคืนสิ่งที่ตนเองได้มาให้แก่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามหลักลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)[170] การเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นมาจาก Court of Chancery[171] ซึ่งวางแนวทางให้การเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดเป็นทางเลือกหนึ่งของผู้เสียหาย

---

[167] Ibid, 1025.

[168] Ibid.

[169] Ibid.

[170] Cornish, W. R., **Intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights,** 78.

[171] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual property law**, 1028.

นอกเหนือจากการเรียกค่าเสียหายกรณีทั่วไป เมื่อผู้เสียหายเลือกที่จะได้รับค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของจำเลยแล้ว ผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายกรณีทั่วไปอีก ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (Double Compensation)[172] ส่วนระยะเวลาในการเลือกใช้สิทธิของผู้เสียหาย ในคดี Island Records v. Tring International [1995] FSR 560 และคดี Brigger v. Medicaid [1996] FSR 362, 364[173] ศาลได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้เสียหายมีสิทธิในการที่จะเลือกวิธีการเยียวยาความเสียหาย ณ เวลาใด ๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

1.2) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee)

มาตรา 101[174] และมาตรา 102[175] ของ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิผู้ที่ได้รับอนุญาตให้

---

[172] Ibid.

[173] Ibid.

[174] Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section101 Rights and remedies of exclusive licensee.

(1) An exclusive licensee has, except against the copyright owner, the same rights and remedies in respect of matters occurring after the grant of the licence as if the licence had been an assignment.

(2) His rights and remedies are concurrent with those of the copyright owner; and references in the relevant provisions of this Part to the copyright owner shall be construed accordingly.

(3) In an action brought by an exclusive licensee by virtue of this section a defendant may avail himself of any defence which would have been available to him if the action had been brought by the copyright owner.

[175] Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section102 Exercise of concurrent rights.

(1) Where an action for infringement of copyright brought by the copyright owner or an exclusive licensee relates (wholly or partly) to an infringement in respect of which they have concurrent rights of action, the copyright owner or, as the case may be, the exclusive licensee may not, without the leave of the court, proceed with the action unless the other is either joined as a plaintiff or added as a defendant.

(2) A copyright owner or exclusive licensee who is added as a defendant in pursuance of subsection (1) is not liable for any costs in the action unless he takes part in the proceedings.

(3) The above provisions do not affect the granting of interlocutory relief on an application by a copyright owner or exclusive licensee alone.

ใช้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยวางหลักให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็ได้รับอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายจากการกระทำใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของตนได้ เช่นเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นจะต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Licensee) เท่านั้นโดยค่าเสียหายที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวสามารถเรียกจากผู้ทำละเมิดได้นั้น คือ ค่าเสียหายทุกประเภทที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกได้จากผู้ทำละเมิด

2) การพิจารณากำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาล

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ วางหลักให้ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับจากผู้ทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) ค่าเสียหายแท้จริงและ (2) บัญชีกำไรของผู้ทำละเมิดซึ่งผู้เสียหายจะมีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพียงประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น โดยผู้เสียหายจะเป็นผู้มีสิทธิเลือกว่าจะรับการชดเชยความเสียหายจากค่าเสียหายประเภทใดณเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาในคดี

---

(4) Where an action for infringement of copyright is brought which relates (wholly or partly) to an infringement in respect of which the copyright owner and an exclusive licensee have or had concurrent rights of action—

(a) the court shall in assessing damages take into account—

(i)the terms of the licence, and

(ii)any pecuniary remedy already awarded or available to either of them in respect of the infringement;

(b) no account of profits shall be directed if an award of damages has been made, or an account of profits has been directed, in favour of the other of them in respect of the infringement; and

(c) the court shall if an account of profits is directed apportion the profits between them as the court considers just, subject to any agreement between them; and these provisions apply whether or not the copyright owner and the exclusive licensee are both parties to the action.

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

กรณีหากโจทก์ผู้เสียหายเลือกจะรับค่าเสียหายที่แท้จริง โจทก์ผู้เสียหายก็ยังมีสิทธิขอให้ศาลสั่งให้ผู้ทำละเมิดชำระค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages) ได้หากปรากฏว่าผู้ทำละเมิดนั้นกระทำละเมิดในลักษณะที่ชัดแจ้งและมีผลประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

ทั้งนี้ ในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายตามประเภทต่าง ๆ ข้างต้นให้แก่โจทก์ผู้เสียหาย ศาลในประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์และแนวทางที่นำมาใช้พิจารณา ดังนี้

2.1) ค่าเสียหายตามจริง

ศาลของประเทศอังกฤษ มีมุมมองว่า การพิสูจน์มูลค่าของค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น โจทก์ในฐานะผู้เสียหายจะต้องนำสืบถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและผลเสียหายที่เกิดขึ้นกับตน (Causation) จะต้องนำสืบถึงการคาดเห็นของจำเลย (Foreseeability) ถึงความเสียหายจากการกระทำของตนที่อาจเกิดขึ้นกับโจทก์ด้วย[176]

เช่น ในคดี Work Model Enterprises Ltd. v.Ecosystem Ltd. &Clix Interiors Ltd. [1996] F.S.R. 356[177] ศาลในคดีนี้ เห็นว่าการที่จำเลยได้นำแผ่นพับที่ทำขึ้นจากการทำซ้ำงานของโจทก์ไปเผยแพร่เพื่อการขายสินค้าของจำเลยเอง ซึ่งผลิตภัณฑ์ของจำเลยเป็นผลิตภัณฑ์ที่ก่อให้เกิดการแข่งขันกับสินค้าของโจทก์โดยตรง ทำให้โจทก์ต้องเสียหาย ศาลมองว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นจากการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และไม่ได้เกิดเพราะการทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ศาลจึงได้ประเมินมูลค่าของความเสียหายจากกรณีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม มิใช่ประเมินมูลค่าความเสียหายจากประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ศาลของประเทศอังกฤษ มีวิธีในการประเมินมูลค่าความเสียหายตามจริงมี 2 เกณฑ์ ได้แก่

2.1.1) การพิจารณาการสูญเสียกำไร (Loss of Profit)

การพิจารณาการสูญเสียกำไรของผู้เสียหาย ศาลจะพิจารณาจากมูลค่าที่ลดลงของการขายสินค้าที่ผลิตถูกต้องตามลิขสิทธิ์ หรือกำไรของโจทก์ที่ต้องสูญเสียไป โดยเปรียบเทียบกับกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นอกจากนี้ ศาลยังยอมรับให้โจทก์สามารถนำสืบถึงค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไรโดยไม่จำเป็นที่จะต้องนำสืบให้ได้ถึงจำนวนที่แน่นอน (Certainty) และถูกต้อง (Accuracy)[178] ก็ได้

---

[176] Garnett, K., Rayner, J., & Davies, G., **Copinger and Skone James on copyright volume 1**, 1057.

[177] Ibid, 1057.

[178] Ibid, 1055.

2.1.2) การพิจารณาเกณฑ์ค่าสิทธิ

ศาลจะพิจารณาว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้ลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายเสื่อมมูลค่าลงอย่างไรและแค่ไหน[179] โดยจะพิจารณาจากการขาดรายได้ที่โจทก์อาจได้รับในรูปค่าสิทธิที่โจทก์ควรจะได้รับ โดยศาลจะพิจารณาว่า โจทก์ผู้เสียหายเคยได้อนุญาตให้บุคคลใดใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นของตนหรือไม่ หากปรากฏต่อศาลว่า โจทก์ผู้เสียหายเคยได้อนุญาตให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแล้ว ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ควรจะเป็นจำนวนเท่ากับค่าสิทธิที่จำเลยควรจะต้องจ่ายให้แก่โจทก์ผู้เสียหายเพื่อให้ตนได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่หากปรากฏว่าโจทก์ผู้เสียหายไม่เคยอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาก่อนและไม่มีวิธีการใดที่เหมาะสมในการประเมินมูลค่าของค่าเสียหายแล้ว ศาลจะกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนค่าสิทธิเล็กน้อยให้แก่โจทก์ในฐานะผู้เสียหายก็ได้[180]

2.2) ค่าเสียหายเพิ่มเติม

กรณีหากโจทก์ผู้เสียหาย ขอรับการเยียวยาค่าเสียหายจากค่าเสียหายตามจริงแล้ว โจทก์ผู้เสียหายก็ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากค่าเสียหายเพิ่มเติมได้อีก หากพฤติการณ์ในคดีปรากฏว่า การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นเป็นที่ชัดแจ้งและมีผลประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ศาลจะต้องพิจารณาอีกด้วยว่า ค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นการทำให้โจทก์ได้รับความยุติธรรมมากขึ้นหรือไม่[181] และค่าเสียหายเพิ่มเติมดังกล่าวต้องไม่ไกลกว่าเหตุ (Not too Remote)

2.3) บัญชีกำไร (Account of Profits)

การคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยเป็นทางเลือกหนึ่ง ในการเยียวยาความเสียหายของโจทก์ผู้เสียหาย โดยโจทก์ผู้เสียหายต้องเลือกว่าตนจะรับการเยียวยาความเสียหายโดยให้จำเลยชดใช้ตามค่าเสียหายตามจริงหรือบัญชีกำไรของจำเลยผู้ทำละเมิด และโจทก์ต้องแจ้งให้ศาลทราบถึงวิธีการคำนวณค่าเสียหายที่ตนต้องการจะได้รับ หากโจทก์เลือกที่จะรับค่าเสียหายจากบัญชีกำไรแล้ว ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรสุทธิของจำเลยผู้ทำละเมิด กล่าวคือ เป็นผลกำไรหลังจากหักต้นทุนต่าง ๆ แล้ว[182] ในคดี Potton v. Yorkclose. FSR 11, (1990) ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้รับ ซึ่งคำนวณโดยนำค่าใช้จ่ายที่จำเป็นของจำเลย เช่น ค่าใช้จ่าย

---

[179] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual property law**, 1024.

[180] Garnett, K., Rayner, J., & Davies, G., **Copinger and Skone James on copyright volume 1**, 1056.

[181] Section 97(1) of the Copyrights, Designs and Patents Act 1988.

[182] Garnett, K., Rayner, J., & Davies, G., **Copinger and Skone James on copyright volume 1**, 1062.

ในการดำเนินกิจการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ รวมไปถึงค่าภาษีมาหักจากรายได้ที่ได้รับซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ในการนำสืบพิสูจน์ถึงค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของจำเลย โจทก์สามารถที่จะตรวจสอบบัญชีกำไรของจำเลย โดยขอให้ศาลสั่งให้จำเลยนำส่งเอกสารหรือข้อมูลใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงจำนวนยอดขาย ต้นทุนของจำเลยนำส่งต่อศาลได้ ทั้งนี้ ศาลจะไม่พิจารณาวิธีการคิดค่าเสียหายจากบัญชีกำไรของจำเลย หากว่าการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นเป็นการกระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

ในทางการนำสืบของจำเลย ศาลอนุญาตให้จำเลยนำสืบเพื่อแยกส่วนกำไรของตนได้ หากว่าจำเลยได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ทำเกิดมูลค่าเพิ่มงานที่ทำขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยมีสิทธิที่จะแสดงให้ศาลเห็นและขอแยกส่วน (Apportionment) ออกมาได้เพื่อให้เหลือเฉพาะผลกำไรแท้จริงที่จำเลยได้รับจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของตน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าจำเลยไม่ได้มีกำไรจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลก็จะไม่สั่งให้โจทก์ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากบัญชีกำไรให้แก่โจทก์โดยที่ในกรณีนี้ โดยโจทก์อาจเรียกค่าเสียหายจากค่าเสียหายตามจริงได้[183]

[183] Ibid, 1062.

ตารางที่ 3.2: สรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ

		ประเทศอังกฤษ		
	ประเภทค่าเสียหาย	**กฎหมายที่เกี่ยวข้อง**	**หน้าที่นำสืบ/หลักเกณฑ์**	**ข้อสังเกต**
1	ค่าเสียหายตามจริง (Actual Damages)	The Copyrights,Designs andPatents Act,1988 มาตรา 96 (2)	โจทก์นำสืบความเสียหาย โดยมีเกณฑ์ คือ 1. การขาดรายได้ (กำไร) 2. เกณฑ์ค่าสิทธิ โดยมิต้องนำสืบให้เห็นเป็นจำนวนที่แน่นอนก็ได้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนค่าเสียหาย	***โจทก์เรียกร้องได้เพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง*** โดยแจ้งต่อศาล ในเวลาใดๆ ก่อนมีคำพิพากษา
2	กำไรของผู้ทำละเมิด (Account of Profits)		โจทก์นำสืบถึงผลกำไรของจำเลย โดยอาจขอให้ศาลสั่งให้คนตรวจสอบบัญชีกำไรของจำเลยได้	
3	ค่าเสียหายเพิ่มเติม (Additional Damages)	The Copyrights,Designs andPatents Act,1988 มาตรา 97 (2)	โจทก์นำสืบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นเป็น 1.ที่ชัดแจ้ง 2.มีผลประโยชน์ใดๆ เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์	ศาลจะต้องพิจารณาอีกด้วยว่า ค่าเสียหายเพิ่มเติมเป็นการทำให้โจทก์ได้รับความยุติธรรมมากขึ้นหรือไม่

3.7.3 ประเทศเยอรมนี

แนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายของกฎหมายเยอรมนนี จะมุ่งเน้นในการชดใช้และเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ค่าเสียหายจะถูกใช้เป็นเครื่องมือชนิดหนึ่งในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิด ให้ได้รับการชดใช้และให้อยู่ในสถานะดังเดิม ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับของประเทศเยอรมนี คือ Urheberrechtsgesetz, UrhG 1965 ซึ่งให้ความสำคัญกับแนวคิดประการหนึ่งคือ การที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจและมีผลประโยชน์ทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายจึงควรได้รับการเยียวยาชดใช้อย่างยุติธรรม

1) ประเภทของค่าเสียหาย

มาตรา 97 ของ UrhG[184] นั้น เป็นบทบัญญัติสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมาตรา 97 ดังกล่าวมีบทบัญญัติ ดังนี้

"มาตรา 97: การดำเนินการสำหรับการระงับความผิดและค่าเสียหาย

(1) ในกรณีที่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิอันที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายนี้ คู่ความฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิห้ามผู้กระทำละเมิดให้หยุดและระงับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว หรือในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำอีก คู่ความฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิขอให้หยุดยั้งหรือระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ และมีสิทธิห้ามผู้กระทำละเมิดสำหรับการกระทำที่ละเมิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตตั้งแต่พบการละเมิดในครั้งแรก

(2) ในกรณีที่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำดังกล่าว จะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจเรียกเอาผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิด พร้อมทั้งบัญชีซึ่งมีรายละเอียดแสดงผลกำไรนั้นแทนค่าเสียหาย อีกทั้งผู้เสียหายมีสิทธิในความเสียหายอาจได้รับการประเมินบนพื้นฐานของจำนวนเงินที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องจ่ายค่าตอบแทนในอัตราที่เท่าเทียมกันหากผู้ละเมิดถูกร้องขอให้มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถูกละเมิด นักประพันธ์วรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ (มาตรา 70) ช่างภาพ (มาตรา 72) และนักแสดง (มาตรา 73)

---

[184] UrhG§ 97 Right to require cessation of infringement and to damages:

(1) Any person who infringes copyright or any other right protected under this Act may be required by the injured party to eliminate the infringement or, where there is a risk of repeated infringement, may be required by the injured party to cease and desist. Entitlement to prohibit the infringer from future infringement shall also exist where the risk of infringement exists for the first time.

(2) Any person who intentionally or negligently performs such an act shall be obliged to pay the injured party damages for the prejudice suffered as a result of the infringement. When setting the damages any profit obtained by the infringer as a result of the infringement of the right may also be taken into account. Entitlement to damages may also be assessed on the basis of the amount the infringer would have had to pay in equitable remuneration if the infringer had requested authorisation to use the right infringed. Authors, writers of scientific editions (section 70), photographers (section 72) and performers (section 73) may also demand monetary compensation for damage which is non-pecuniary in nature provided and to the extent that this is equitable.

อาจเรียกร้องค่าชดเชยทางการเงินสำหรับความเสียหายที่ไม่ได้เป็นเงินในลักษณะที่มีให้และเท่าที่เป็นธรรม”

จากบทบัญญัติของมาตรา 97 ข้างต้น พิจารณาได้ว่าในการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น ผู้กระทำละเมิดต้องกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้ ผู้เสียหายมีสิทธิ์เรียกค่าเสียหายจากผลกำไรซึ่งผู้ทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การเรียกค่าเสียหายจากบัญชีกำไรภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีโจทก์ต้องแสดงรายละเอียดและวิธีการคำนวณผลกำไรนั้นด้วย

ทั้งนี้ มาตรา 97 (2) ได้มีการบัญญัติหลักการในพิจารณาค่าเสียหายโดยให้นำค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ค่าสิทธิ) มาเป็นฐานในการกำหนดค่าเสียหายได้ รวมไปถึงให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์วรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ ช่างภาพ นักแสดง สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ โดยให้มีสิทธิได้รับเท่าที่เป็นธรรม อย่างไรก็ดี ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ศาลของประเทศเยอรมนีจะใช้หลักการพิจารณาคดีละเมิดทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ ศาลจะใช้หลักในมาตรา 249 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[185] ซึ่งผลจากการใช้หลักในสองมาตราข้างต้นในการคำนวณค่าเสียหาย สำหรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์นี้ ก็คือ ค่าเสียหายตามจริง (Actual Loss) และค่าเสียกำไร (Loss of Profits) ดังจะอธิบายต่อไปนี้

1.1) ค่าเสียหายตามความเป็นจริง

หลักเกณฑ์การชดใช้ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงต้องนำมาตรา 249 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาปรับใช้

มาตรา 249[186] ลักษณะและขอบเขตของค่าเสียหาย บัญญัติว่า

---

[185] Goldstein, P., **International intellectual property: Cases and materials**, (New York: Foundation Press, 2001), 256.

[186] Section 249 of German Civil Code, BGB:

Nature and extent of damages

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

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

"(1) บุคคลผู้ต้องรับผิดในค่าเสียหายต้องแก้ไขให้กลับเป็นดังเดิม เหมือนไม่มีความรับผิดเช่นว่านั้นเกิดขึ้นมาก่อน

(2) หากค่าเสียหายที่สามารถจ่ายได้สำหรับความเสียหายต่อบุคคล หรือทรัพย์สิน เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องได้ในจำนวนเป็นตัวเงินแทนที่การกลับที่ฐานะเดิม ทรัพย์สินที่เสียหายจำนวนที่คิดเป็นตัวเงินรวมไปถึงภาษีมูลค่าเพิ่ม ถ้าความเสียหายเช่นว่านั้นเกิดขึ้นจริง"

มาตรา 252 การสูญเสียกำไร บัญญัติว่า

"ความเสียหายเพื่อการชดใช้ อาจรวมถึงการสูญเสียกำไร ผลกำไรที่สูญเสีย พิจารณาตามเหตุการณ์ปกติหรือในพฤติการณ์พิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื่องจากมาตรการและความระมัดระวังที่ได้รับนั้นอาจคาดหมายได้"[187]

1.2) ค่าเสียหายคิดจากผลกำไรของผู้ละเมิด

มาตรา 97 (2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนีให้สิทธิแก่โจทก์ผู้เสียหายเลือกที่จะรับผลกำไรของจำเลยที่เป็นผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์แทนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความจริง แต่การพิสูจน์ผลกำไรของจำเลยผู้ทำละเมิดทำได้ยาก กฎหมายจึงอนุญาตให้โจทก์เรียกให้จำเลยแสดงรายการเกี่ยวกับบัญชีเพื่อพิสูจน์หาจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลจะให้ผู้เชี่ยวชาญ เช่น ผู้ตรวจสอบบัญชี เข้ามาเป็นคนกลางในการคำนวณหาผลกำไรดังกล่าว

2) หลักการพิจารณาและกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาล

ศาลของประเทศเยอรมนี มีวิธีต่าง ๆ ในการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ปรากฏรายละเอียด ดังต่อไปนี้

2.1) ค่าเสียหายตามความเป็นจริง

หลักเกณฑ์การชดใช้ค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงต้องนำมาตรา 249 และมาตรา 252 ในประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ ตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว

2.2) การใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing)

มาตรา 97 (2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) ได้วางหลักในการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ เพื่อให้เป็นเกณฑ์ในการคำนวนค่าเสียหายที่จะกำหนดให้โจทก์ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ซึ่งที่มาของการคำนวณโดยวิธีการวิเคราะห์การอนุญาตให้ใช้สิทธินี้จะ

---

[187] Section 252 of German Civil Code, BGB: Lost profits

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

คำนวณจากหลักความยุติธรรม (Equitable Principle) เช่น หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมโดยการนำเนื้อหาในงานนั้นออกเผยแพร่โดยมิได้รับอนุญาตการเผยแพร่ดังกล่าวอาจมิได้ส่งผลกระทบต่อยอดขายของงานวรรณกรรมนั้น และในทางตรงกันข้ามอาจถือได้ว่าเป็นการโฆษณางานนั้นอีกทางหนึ่งด้วย ค่าเสียหายในกรณีนี้จึงไม่ควรจะมีมูลค่าสูงจนเกินไป[188] ในคดี Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349–NJW 58, 827 เป็นตัวอย่างที่สำคัญ ข้อเท็จจริงที่สำคัญ ในคดี คือ จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์โดยการนำภาพถ่ายของโจทก์ไปโฆษณางานของตน ศาลเห็นว่าสิ่งที่โจทก์ต้องเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย คือ โจทก์ต้องสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้รับหากได้อนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิอย่างถูกต้อง ดังนั้น ค่าเสียหายในคดีนี้ จึงควรเป็นค่าเสียหายจากการได้รับค่าสิทธิจากจำเลย ในการประเมินค่าเสียหายจากเกณฑ์ค่าสิทธิให้แก่โจทก์ในคดี ศาลเห็นว่าค่าสิทธิที่เหมาะสมสำหรับกรณีควรพิจารณาจากธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน โดยศาลเห็นว่าค่าสิทธิมูลค่า 10,000 ดอยช์มาร์คนั้นเหมาะสมแล้วสำหรับกรณี

2.3) ผลกำไรของผู้ทำละเมิด

มาตรา 97 (2) ของ UrhG โดยให้โจทก์มีสิทธิเรียกกล่าวคือ เมื่อผู้เสียหายนำส่งผลกำไรและรายละเอียดของผลกำไรนั้นให้แก่ศาลแล้ว ในทางปฏิบัติศาลจะอนุญาตให้นักบัญชีหรือผู้สอบบัญชี เป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องและแยกแยะส่วนกำไรของจำเลย ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องเป็นผู้กระทำดังกล่าวเพื่อเป็นการป้องกันการเสาะหาความลับทางการค้าของผู้ทำละเมิด ศาลของประเทศเยอรมนี มักจะอนุญาตให้ผู้ทำละเมิดแสดงข้อมูลที่จำเป็นเพื่อการคำนวณผลกำไรต่อนักบัญชี เพื่อให้ตรวจสอบผลกำไรที่ได้รับจากการกระทำละเมิด โดยที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะสอบถามหรือตรวจสอบจากนักบัญชี

2.4) ลาภมิควรได้

ประเทศเยอรมนี มีการนำหลักของกฎหมายเกี่ยวกับลาภมิควรได้มาใช้ประกอบในการคำนวณค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ผ่านมาตรา 812 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้[189]

---

[188] Stewart, S. M., **International copyright and neighbouring rights,** 396.

[189] Section 812 of German Civil Code, BGB: Claim for restitution

(1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

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

กล่าวคือ การที่จะถือเป็นกรณีที่จะต้องใช้หลักลาภมิควรได้ของกฎหมายเยอรมนีนั้น ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) การได้รับบางสิ่งบางอย่าง (2) โดยค่าใช้จ่ายของบุคคลอื่น และ (3) ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้

ในการนำหลักกฎหมายเรื่องลาภมิควรได้มาใช้กับกรณีที่ผู้ทำละเมิดได้รับประโยชน์จากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตนั้น หากผู้ทำละเมิดไม่อาจส่งมอบทรัพย์หรือสิทธิที่ตนได้ใช้ไปคืนให้แก่ผู้เสียหายได้ ผู้ทำละเมิดจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหายซึ่งโดยทั่วไป ค่าใช้ประโยชน์ดังกล่าวจะปรากฏในรูปของค่าอนุญาตใช้สิทธิ[190]

2.5) การจัดการงานนอกสั่ง

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธินำหลักการจัดการงานนอกสั่งมาใช้ โดยตามวรรคสองของมาตรา 687 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[191] ได้วางหลักให้ ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดส่งมอบเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการจัดการงานนอกสั่ง (การหารายได้จากการละเมิดโดยการจัดการงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นถือเป็นการจัดการงานนอกสั่งเพราะทำไปโดยที่ผู้กระทำรู้ว่าตนเองไม่มีสิทธิกระทำการนั้น) ซึ่งผู้กระทำละเมิดได้จัดการงานซึ่งตนรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีสิทธิ และยังถือเอาประโยชน์ที่เกิดขึ้นเป็นของตนด้วย

---

[190] ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช, **ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์**, 56-58.

[191] Section 687 of German Civil Code, BGB:

False agency without specific authorisation

(1) The provisions of sections 677 to 686 do not apply if a person conducts the transaction of another person in the belief that it is his own.

(2) If a person treats the business of another person as his own although he knows that he is not entitled to do so, then the principal can assert claims resulting from sections 677, 678, 681 and 682. If he asserts them, then he is under a duty to the voluntary agent under section 684 (1).

ตารางที่ 3.3: สรุปประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี

		ประเทศเยอรมนี		
	ประเภทค่าเสียหาย	กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	หน้าที่นำสืบ/หลักเกณฑ์	ข้อสังเกต
1	ค่าเสียหายตามจริง (actual loss) และค่าเสียกำไร (loss of profits)	Urheberrechtsgesetz, "UrhG 1965" มาตรา 97 และศาลจะใช้หลักในมาตรา 249 และ 252 และมาตรา 812 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	โจทก์นำสืบความเสียหาย โดยใช้เกณฑ์ 1.กฎหมายละเมิดทั่วไป หรือ 2. เกณฑ์ค่าสิทธิ หรือ 3.หลักกฎหมายลาภมิควรได้	-
2	กำไรของผู้ทำละเมิด (Account of Profits)	Urheberrechtsgesetz, "UrhG 1965" มาตรา 97 (2)	โจทก์ต้องนำสืบถึงรายละเอียดและวิธีการคำนวณผลกำไร โดยจำเลยต้องสืบหักล้าง	ในทางปฏิบัติ เมื่อโจทก์นำส่งรายละเอียดและวิธีการคำนวณผลกำไร ให้แก่ศาลแล้ว ศาลจะอนุญาตให้นักบัญชีหรือผู้สอบบัญชีเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องและแยกแยะส่วนกำไรของจำเลย

บทที่ 4

ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยปัญหาที่เกี่ยวข้องและบทวิเคราะห์

ในบทนี้จะได้อธิบายถึงเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายที่ศาลใช้เป็นเกณฑ์พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทย รวมถึงจะได้นำเสนอถึงแนวคิดและวิธีในทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการพิจารณาต้นทุนการสร้างสรรค์งานและวิธีการกำหนดเรียกค่าเสียหาย หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ รวมทั้งยังจะได้แสดงให้เห็นถึงปัญหาและบทวิเคราะห์ในส่วนของการพิจารณากำหนดค่าเสียหายดังกล่าวภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศไทยด้วย

4.1 หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีบทบัญญัติที่ได้วางหลักเกณฑ์และกำหนดกรอบให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหาย มี 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 64 และมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังต่อไปนี้

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง”

มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ว่า

“ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น”[1]

---

[1] มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

จะเห็นได้ว่ามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้างต้นนั้นถือได้ว่าเป็นมาตราหลักในการกำหนดกรอบและวางหลักเกณฑ์ให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหาย และสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า มาตรา 64 นี้กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยศาลจะต้องคำนึงถึง (1) ความร้ายแรงของความเสียหาย (2) การสูญเสียประโยชน์ และ (3) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมไปถึงการพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย รวมถึงมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นก็เป็นบทบัญญัติที่ได้วางแนวทางให้ศาลถือว่าค่าปรับที่โจทก์ได้รับหรือมีสิทธิที่จะได้รับในคดีอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่งด้วยโดยผู้วิจัยจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อ 4.1.2 ต่อไป

4.1.1 ประเภทของค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดหรือแยกประเภทค่าเสียหายที่โจทก์พึงจะเรียกจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ โดยจากการศึกษาคำพิพากษาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยพบว่า ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยในทางแพ่งนั้นสามารถจำแนกได้เป็น 5 ประเภท ดังต่อไปนี้

1) ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ เป็นความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้กระทำละเมิด ซึ่งเป็นมูลค่าของการสูญเสียโอกาสในการหาประโยชน์ (ผลกำไร) จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยพบว่าตามแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542[2] ที่ได้วางแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้ (ผลกำไร) โดยสรุป คือ ผลกำไรที่จะเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายนั้นต้องหักต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายออกเสียก่อน โดยศาลจะคำนวณค่าเสียหายในส่วนนี้โดยคำนวณจากราคาขายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์หักด้วยค่าใช้จ่ายในการผลิต (ต้นทุน) ของโจทก์ ส่วนต่างที่คงเหลือจะถือเป็นผลกำไรจากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งโจทก์ต้องเสียหายไปจากนั้นศาลจะนำส่วนต่างที่คำนวณได้ดังกล่าวไปคูณกับจำนวนชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดของจำเลย ผลลัพธ์ที่ได้จะถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิจะได้รับจากผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์

2) ค่าเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า

โดยทั่วไป การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ อาทิ การทำซ้ำ ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยลักลอบผลิตนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและไม่มีคุณภาพ ซึ่งประชาชนหลงเชื่อว่าเป็น

---

[2] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ระหว่าง บริษัท อาร์.เอส.โปรโมชั่น 1992 จำกัด โจทก์ และนายสมยศ เอี่ยมสุทธิ์จำเลย.

ผลงานของเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว จะเป็นผลทำให้ชื่อเสียงทางการค้าของเจ้าของสินค้า (เจ้าของลิขสิทธิ์) ได้รับความเสียหายและความเชื่อถือในคุณภาพสินค้านั้น ๆ ลดลงตัวอย่างแนวทางในการพิจารณาค่าเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554[3] มีสาระสำคัญว่า โจทก์บรรยายฟ้องว่าโจทก์ได้รับความเสียหายด้านชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น เกลียดชังด้วยข้อความต่าง ๆ เนื่องจากประชาชนสับสนหลงผิดว่าเป็นเพลงของผู้ใดระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 3 เป็นความเสียหายในเชิงการประกอบธุรกิจจากการขาดประโยชน์อันควรได้จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ค่าเสียหายต่อชื่อเสียง ศาลฎีกาในคดีนี้ ได้วินิจฉัยไว้ว่า “ค่าเสียหายกรณีนี้มิได้เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำละเมิดได้บิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือกระทำอื่นใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 18 เท่านั้น” และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544 ที่ศาลได้วินิจฉัยและวางหลักไว้ว่าหากโจทก์ไม่สามารถนำพยานและหลักฐานเข้าสืบพยานและเบิกความต่อศาลให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่จำเลยผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีคุณภาพไม่ดีอย่างไร อีกทั้งไม่มีหลักฐานหรือพยานที่แสดงให้ศาลเห็นว่าประชาชนทั่วไปเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์ที่จำเลยผลิตขึ้นนั้นเป็นผลิตภัณฑ์เดียวกันที่โจทก์ทำขึ้น ศาลก็ไม่อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์ได้[4]

3) ค่าเสียหายอันเป็นค่าโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานของโจทก์

ค่าใช้จ่ายประเภทนี้ เป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์มักจะกล่าวอ้างและนำเสนอต่อศาลว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องเสียไปเพื่อทำให้งานของโจทก์มีชื่อเสียงและได้รับความนิยมโดยจะส่งผลถึงยอดขายของโจทก์ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544[5] โดยศาลฎีกาในคดีนี้เห็นว่า ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ของผู้เสียหาย (เจ้าของลิขสิทธิ์) นั้น เป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องรับภาระเองเพราะผลที่ได้จากการประชาสัมพันธ์เป็นค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์ไม่ใช่เรื่องที่โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

4) ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์

ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์นั้น โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่โจทก์ได้เสียไปในการติดตามและบังคับตามสิทธิที่โจทก์มีอยู่ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็น

---

[3] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2544 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัทป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

[4] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544** [Online], 21 สิงหาคม 2552. แหล่งที่มา https://deka.in.th/view-43325.html.

[5] เรื่องเดียวกัน.

ในการบังคับคดีตามสิทธิ เช่น ค่าจ้างนักสืบ และเงินรางวัลนำจับ ทั้งนี้ ศาลสามารถกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรได้ ตัวอย่างแนวทางการวินิจฉัยของศาล ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 ที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธินั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่เห็นสมควร รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะเยียวยาความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้ได้กลับคืนสู่ฐานะที่เป็นอยู่เดิมก่อนมีการละเมิดลิขสิทธิ์ มิได้ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงเท่านั้น[6] ดังนี้ ค่าใช้จ่ายในการบอกกล่าวทวงถามให้จำเลยทั้งสามชดใช้ค่าเสียหาย ค่าจ้างทนายความและว่าความแทนโจทก์ในการฟ้องบังคับให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีนี้ จึงเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ในความหมายของมาตรานี้[7]

5) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในปี พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นการเพิ่ม มาตรา 64 วรรคสอง[8] โดยได้มีการวางแนวทางให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณากำหนดให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์จ่ายค่าเสียหายที่มากขึ้นแต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคแรก (ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) โดยมีเหตุผลในการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว คือ เพื่อเป็นการลงโทษการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงกว่าปกติ ซึ่งผู้กระทำละเมิดกระทำโดยจงใจและทำให้สามารถเข้าถึงงานโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย และเป็นกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้กระทำละเมิดรู้อยู่แล้วว่าการกระทำของตนนั้นเป็นความผิดแต่ยังจงใจและกระทำละเมิดโดยผู้กระทำละเมิดมิได้เกรงกลัวกฎหมายของบ้านเมืองแต่อย่างใด ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้จึงเป็นวิธีการที่ศาลกำหนดให้ค่าเสียหายเพื่อการทดแทนและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษผู้ละเมิดด้วย

4.1.2 หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลใช้ในการพิจารณา

---

[6] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2544 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัทป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

[7] เรื่องเดียวกัน.

[8] มาตรา 64 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

โดยหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีดังต่อไปนี้

ก. ความร้ายแรงของความเสียหาย

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย แต่มิได้กำหนดกรอบการพิจารณาระดับของความร้ายแรงเอาไว้ ดังนั้น ศาลจึงอาจจะต้องใช้หลักของกฎหมายละเมิดทั่วไปในมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการตีความของคำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” ซึ่งการนำหลักในมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ตีความนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงผลหรือระดับของความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด เช่น ผลจากการกระทำของผู้ทำละเมิดทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียรายได้ไปมากน้อยเพียงใด หรือทำให้อำนาจทางการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียไปหรือไม่อย่างไร หรือทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่อย่างไร ตัวอย่างของการพิจารณา “ความร้ายแรงของความเสียหาย” ของศาลไทยในคดีการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้

(1) การสูญเสียรายได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542[9] ศาลฎีกาในคดีนี้ ได้วินิจฉัยว่า “ความเสียหายจากการขาดรายได้ที่โจทก์จะได้รับเมื่อจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำเทปเพลงที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ออกจำหน่าย ย่อมเป็นความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับผลกำไรจากการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออกจำหน่ายเท่านั้น หาใช่ความเสียหายที่คิดคำนวณจากราคาจำหน่ายเทปเพลงแต่ละม้วนซึ่งได้รวมต้นทุนการผลิตเอาไว้ด้วยแต่อย่างใดไม่”

(2) การเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554[10] ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความเสียหายด้านชื่อเสียงว่า “ค่าเสียหายต่อชื่อเสียงในกรณีนี้มิได้เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำละเมิดได้บิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือกระทำอื่นใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 18 เท่านั้น”

---

[9] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ระหว่าง บริษัท อาร์.เอส.โปรโมชั่น 1992 จำกัด โจทก์ และนายสมยศ เอี่ยมสุทธิ์ จำเลย.

[10] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2544 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัทป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

ข. การสูญเสียประโยชน์

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดกรอบในการพิจารณาคำว่า “การสูญเสียประโยชน์” ว่าควรจะมีขอบเขตหรือกรอบในการพิจารณาอย่างไรตัวอย่างแนวทางการวินิจฉัยของศาล ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555[11] วินิจฉัยว่า “การที่จำเลยนำซีดีซึ่งเป็นสิ่งบันทึกเสียงเพลงที่จำเลยได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ออกขายแก่ประชาชนทั่วไปเพื่อหากำไรและเพื่อการค้า จำเลยย่อมได้รับประโยชน์จากกำไรที่ได้มาจากการขายซีดีดังกล่าวโดยไม่ต้องแบ่งผลกำไรนั้นให้แก่โจทก์ และโจทก์ย่อมสูญเสียประโยชน์ในการแสวงหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์” ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ จะเห็นได้ว่า การสูญเสียประโยชน์ในการแสวงหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็เป็นการสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายจากจำเลยในกรณีนี้ได้

นอกจากการสูญเสียประโยชน์ในการแสวงหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว การสูญเสียประโยชน์ของโจทก์จากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยโจทก์มีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนในรูปของค่าสิทธิจากบุคคลผู้ได้รับอนุญาตนั้นก็เป็นการสูญเสียประโยชน์ประเภทหนึ่งที่โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า การที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเหตุถึงขนาดทำให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์เลยทำให้สูญเสียประโยชน์จากการการได้รับค่าสิทธินี้

ในทางปฏิบัติ ศาลจะพิจารณาการสูญเสียประโยชน์ของโจทก์โดย ศาลจะพิจารณาจากผลประโยชน์ใด ๆ ที่โจทก์ควรจะได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น แต่หากเป็นเพียงค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์อันไม่เกี่ยวกับผลของการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วก็ไม่อาจเรียกค่าเสียหายจากส่วนนี้ได้ เห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544[12] ที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วางหลักไว้ว่า “ค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์เป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องรับภาระเองเพราะผลที่ได้จากการประชาสัมพันธ์เป็นค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์ไม่ใช่เรื่องที่โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามมาตรา 64 โจทก์จะเรียกค่าเสียหายจากจำเลยในกรณีนี้ไม่ได้”

ค. ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์นี้ โจทก์จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่โจทก์ได้เสียไปในการติดตามและบังคับตามสิทธิที่โจทก์มี

---

[11] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555 ระหว่าง นายสมนึก ทองมา หรือนายชลธี ธารทองโจทก์ กับบริษัท เสียงสยามแผ่นเสียง-เทป จำกัด จำเลย.

[12] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.**

เช่น เงินรางวัลในการแจ้งเบาะแสการละเมิดลิขสิทธิ์ และค่าจ้างนักสืบ ทั้งนี้ การกำหนดมูลค่าของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์นี้ ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณากำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร

ง. การกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย

มาตรา 64 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ได้วางหลักเกณฑ์ว่า หากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำที่จงใจหรือมีเจตนาทำให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างแพร่หลายศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายในมาตรา 64 วรรคหนึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเพิ่มขึ้น (ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) หากเป็นการกระทำละเมิดที่มิยำเกรงต่อกฎหมายบ้านเมือง

จ. จำนวนของค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับในคดีอาญา

มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักว่า “ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น” จากมาตราดังกล่าว ศาลจะถือว่าค่าปรับที่โจทก์ได้รับหรือมีสิทธิที่จะได้รับในคดีอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่ง

4.1.3 หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพเกิดขึ้น การพิจารณากำหนดความเสียหายเพื่อชดใช้เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ก็ตกอยู่ภายใต้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เฉกเช่นเดียวกันกับการละเมิดลิขสิทธิ์งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ ดังนั้น ผู้วิจัยจะอธิบายหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1) พิจารณาจากความร้ายแรงของความเสียหาย

การพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ จะต้องพิจารณาถึงผลหรือระดับของความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด เช่น ผลจากการกระทำละเมิดของผู้ทำละเมิดนั้นทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นต้องสูญเสียรายได้ไปมากน้อยเพียงใด หรือการกระทำละเมิดดังกล่าวนั้นทำให้อำนาจทางการตลาดของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นต้องเสียไปหรือไม่ นอกจากนี้ การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์

เสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่อย่างไร ดังนั้น การพิจารณา “ความร้ายแรงของความเสียหาย” ในคดีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ มีดังนี้

ก. การขาดรายได้

จากแนวการวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542[13] เกี่ยวกับความร้ายแรงของความเสียหายในกรณีค่าเสียหายจากการขาดรายได้นั้น ศาลจะพิจารณาจากผลกระทบโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดซึ่งมีผลต่อความสามารถในการหารายได้ (ผลกำไร) ของเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อนำมาเทียบเคียงเอากับการขาดรายได้ของเจ้าของงานลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้วนั้น พิจารณาได้ว่าโจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์เรื่องการขาดรายได้อันเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยโจทก์ต้องนำเสนอและอธิบายถึงประเภทกิจการโทรทัศน์ของตนว่าตนเป็นผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ประเภทใด รวมถึงประเภทรายการโทรทัศน์ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยว่าเป็นรายการโทรทัศน์ประเภทใด มีที่มาของรายได้ของงานหรือกิจการของตนอย่างไร เพื่อนำมาเสนอต่อศาล อาทิ รายได้จากการให้เช่าช่วงเวลา รายได้จากการโฆษณา รายได้จากค่าสมาชิก เป็นต้น ซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวถึงที่มาของรายได้ของกิจการโทรทัศน์ไว้แล้วในหัวข้อ 2.6.4 มาแล้ว โดยโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้น เป็นผลโดยตรงที่ทำให้ความสามารถในการหารายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นถูกกระทบไป เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นผลทำให้ผู้เช่าช่วงเวลาไม่สามารถขอเช่าช่วงเวลาได้ หรือเป็นเหตุที่ทำให้สถานีโทรทัศน์ไม่สามารถจูงใจให้ผู้เช่าช่วงเวลามาเช่าช่วงเวลาได้ อันจะทำให้ขาดรายได้หรือกำไรจากส่วนนี้ไป หรือการละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์ขาดรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลอื่นไป รวมไปถึงกรณีเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำสัญญาณรายการโทรทัศน์ไปแพร่ภาพต่อหรือแพร่ภาพซ้ำในลักษณะคุณภาพสัญญาณต่ำ ภาพหรือเสียงไม่ได้มาตรฐานทำให้ผู้ชมไม่สนใจในการรับชม หรือการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำสัญญาณรายการโทรทัศน์ของสถานีโทรทัศน์ไปแพร่เสียงแพร่ภาพในช่องทางอื่น เช่น ทางอินเทอร์เน็ต หรือดาวเทียม จนเป็นผลให้เรตติ้งในช่องทางแพร่เสียงแพร่ภาพปกติของสถานีโทรทัศน์ ตกต่ำลงได้ อันจะส่งผลต่อเนื่องไปถึงการกำหนดอัตราค่าเช่าของกิจการโทรทัศน์ต่อไป

อย่างไรก็ตามรายได้ของสถานีโทรทัศน์ก็จะขึ้นอยู่กับประเภทของกิจการโทรทัศน์นั้นด้วย เช่น กิจการโทรทัศน์ประเภทบอกรับสมาชิก ที่มีรายได้หลักจากการจัดเก็บค่าสมาชิกหรือค่ารับชมเป็นรายเดือนหรือรายครั้ง ซึ่งหากเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพขึ้น จะทำ

---

[13] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ระหว่าง บริษัท อาร์.เอส.โปรโมชั่น 1992 จำกัด โจทก์ และนายสมยศ เอี่ยมสุทธิ์ จำเลย.

ให้ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ขาดรายได้จากการจัดเก็บค่าสมาชิก ซึ่งภาระการพิสูจน์ก็ตกอยู่แก่โจทก์ในการนำเสนอต่อศาล

ข. การเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

การที่จะพิจารณาว่าการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะนำมาซึ่งความเสียหายอันทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าของเจ้าของงานลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยตรง จะมีเพียงแต่แนววินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับงานดนตรีกรรม ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554[14] ที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความเสียหายด้านชื่อเสียงว่า "ความเสียหายด้านชื่อเสียงตามฟ้องนั้น ไม่ใช่ความเสียหายที่โจทก์จะเรียกร้องได้ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพราะค่าเสียหายต่อชื่อเสียงในกรณีนี้มีได้เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำละเมิดได้บิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือกระทำอื่นใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 18 เท่านั้น"

ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคำพิพากษานี้ นำมาเทียบเคียงและตีความร่วมกับงานแพร่เสียงแพร่ภาพจะพบว่า การที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายสำหรับการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าสำหรับเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้นั้น จะต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29 พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ หรือให้ประชาชนที่ฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.7 ที่มีลักษณะของการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวไปในทางด้อยคุณภาพ ไม่ได้มาตรฐาน เช่น ความคมชัดของสัญญาณภาพไม่ดี ระบบเสียงไม่ได้มาตรฐาน เป็นต้น จนทำให้ผู้รับชมหรือรับฟัง เข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์เองนำมาซึ่งความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้าของเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2) พิจารณาจากการสูญเสียประโยชน์

การพิจารณาการสูญเสียประโยชน์นั้น หากนำแนววินิจฉัยของศาลตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555[15] ที่วางหลักไว้ว่า "การสูญเสียประโยชน์ในการแสวงหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็เป็นการสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายจาก

---

[14] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2544 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัทป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

[15] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555 ระหว่าง นายสมนึก ทองมา หรือนายชลธี ธารทองโจทก์ กับบริษัท เสียงสยามแผ่นเสียง-เทป จำกัด จำเลย.

จำเลยในกรณีนี้ได้” รวมไปถึงการสูญเสียประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพที่ควรจะได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตน (ค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ)

เมื่อนำมาเทียบเคียงเอากับการสูญเสียประโยชน์จากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว ศาลจะกำหนดค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียประโยชน์จากการแสวงหากำไรรวมถึงการสูญเสียประโยชน์จากการได้รับค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิของเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้นั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์และนำเสนอต่อศาลว่าตนสูญเสียอย่างไร เช่น มีการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการเอาสัญญาณรายการละครโทรทัศน์ไปแพร่ภาพซ้ำในช่องทางอื่นหรือกระทำการละเมิด และเปิดให้สาธารณชนเข้ารับชมได้โดยง่าย เป็นผลให้จำนวนผู้สนใจรับชมในช่องทางปกติน้อยลง ทำให้เรตติ้งตกต่ำลง อันมีผลเกี่ยวเนื่องถึงการกำหนดอัตราโฆษณาและอัตรากำไรที่ลดลงตามไปด้วย และอาจส่งผลให้ไม่มีผู้ใดมาขออนุญาตใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เลย โจทก์จึงสูญเสียประโยชน์จากการการได้รับค่าสิทธินี้อีกส่วนหนึ่งด้วย เป็นต้น

3) พิจารณาจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

สำหรับค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนี้ ก็เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับเจ้าของลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ โดยโจทก์จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่โจทก์ได้เสียไปในการติดตามและบังคับตามสิทธิที่โจทก์มี เช่น เงินรางวัลในการแจ้งเบาะแสการละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความในการดำเนินคดีและค่าจ้างนักสืบ

4) พิจารณาจากการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลายหรือไม่

หลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลายหรือไม่ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ก็ตกอยู่ภายใต้มาตรามาตรา 64 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 เช่นเดียวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น โดยมาตรา 64 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักเกณฑ์ว่าศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายในมาตรา 64 วรรคหนึ่ง ได้หากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำที่จงใจหรือมีเจตนาทำให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างแพร่หลาย

5) จำนวนของค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับในคดีอาญา

งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ก็ตกอยู่ภายใต้ มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นเดียวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ โดยมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักว่า “ค่าปรับที่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของ

ลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น” จากมาตราดังกล่าว ศาลจะถือว่าค่าปรับที่โจทก์ได้รับหรือมีสิทธิที่จะได้รับในคดีอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่ง

4.2 แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

จากการศึกษาคำพิพากษาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยพบว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะโจทก์มักจะประสบกับปัญหาในการนำเสนอให้ศาลเห็นว่าค่าเสียหายที่ตนได้ร้องขอมานั้น สมเหตุสมผล ถูกต้อง ครบถ้วน เหตุเพราะ โดยส่วนใหญ่แล้ว ค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์เรียกเอาจากผู้ทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นจากการประเมินค่าเสียหายโดยอาศัยการคาดคะเน การใช้วิจารณญาณ รวมถึง การประเมินร่วมของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญในสาขางานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ๆ จากการศึกษาคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ผู้วิจัยพบว่า เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดในฐานะโจทก์ ได้มีแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ไว้ดังนี้

4.2.1 ค่าเสียหายจากการขาดรายได้และจากการสูญเสียประโยชน์

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป.33/2545 ข้อเท็จจริงของคดีปรากฏว่า จำเลยได้ทำการขายลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ในราคา 400,000 บาทแล้ว แต่หลังจากการขายลิขสิทธิ์ดังกล่าวแล้ว จำเลยกลับยังดำเนินการผลิตโสตทัศนวัสดุประเภทวีซีดีออกจำหน่าย อีกทั้งยังได้ขายลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์เดียวกันให้แก่บุคคลที่สามอีกด้วย ในคดีนี้โจทก์ได้นำสืบต่อศาลถึงจำนวนค่าเสียหาย โดยได้แสดงให้ศาลเห็นถึงยอดจำหน่ายสินค้าของโจทก์ที่ลดลงอย่างมีนัยสำคัญ นับแต่จำเลยได้เริ่มทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โจทก์ได้แสดงบัญชียอดจำหน่ายสินค้าของตนเป็นหลักฐานต่อศาลรวมถึงโจทก์ยังขอให้ศาลสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากการขาดกำไรที่ตนจะได้รับอีกในอนาคตเป็นจำนวนถึง 5,000,000 บาท อย่างไรก็ตาม โจทก์ในคดีนี้ก็มิได้แสดงให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์คำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตโดยวิธีการใด

ในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560[16] ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยเคยได้รับอนุญาตช่วงให้ใช้สิทธิในงานแพร่เสียงแพร่ภาพจากผู้รับอนุญาตช่วงจากโจทก์เพื่อแพร่เสียงแพร่ภาพรายการโทรทัศน์ของโจทก์ในประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามเมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเดิมได้สิ้นสุดลงแล้วและอยู่ระหว่างการเจรจาต่อสัญญา ปรากฏว่าทั้งผู้รับอนุญาตจากโจทก์และโจทก์ไม่ประสงค์จะต่อสัญญาให้แก่จำเลย แต่จำเลยกลับได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพของ

---

[16] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัทกรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับบริษัทไอพีทีวีจำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

โจทก์ไปแพร่เสียงแพร่ภาพในสหรัฐอเมริกาและในยุโรป รวมถึงพื้นที่อื่น ๆ ในทางการค้าและเพื่อหากำไรโดยไม่ได้รับอนุญาต โจทก์จึงได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นค่าเสียหายทั้งสิ้นประมาณ 240 ล้านบาท ซึ่งส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่โจทก์เรียก คือ ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ในอัตราเหมาจำนวน 34,000 ดอลล่าห์สหรัฐต่อละครโทรทัศน์ 1 เรื่อง) โดยโจทก์ได้ใช้จำนวนค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ผู้รับอนุญาตช่วงจากโจทก์เคยได้ทำกับจำเลย มาคำนวณเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายด้วยโดยฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์รายการละครโทรทัศน์จำนวน 169 เรื่อง เป็นเงินประมาณ 198 ล้านบาท และละเมิดลิขสิทธิ์รายการวาไรตี้ เป็นเงินอีกประมาณ 15 ล้านบาท

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป.134/2545[17] ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า โจทก์ได้ซื้อภาพยนตร์จีนมาจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อทำการเผยแพร่ทางสถานีโทรทัศน์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไรจากการโฆษณาในช่วงเวลาที่ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพของภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยทำการแพร่เสียงแพร่ภาพของภาพยนตร์เรื่องเดียวกันทางสถานีโทรทัศน์เคเบิ้ลทีวี ซึ่งกิจการของจำเลยก็มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งค้าหากำไรเช่นเดียวกันกับโจทก์ คดีนี้โจทก์ได้เรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของจำเลยเป็นเงิน 3,000,000 บาท โดยที่โจทก์ได้ประเมินมูลค่าความเสียหายจำนวนดังกล่าวจากการขาดรายได้ที่โจทก์พึงจะได้รับจากการโฆษณา ซึ่งอัตราค่าโฆษณาในช่วงเวลาที่คาดว่าภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวจะเผยแพร่มีมูลค่านาทีละ 120,000 บาท ดังนั้นเมื่อคำนวณค่าเสียหายแล้วโจทก์เสียหายเป็นมูลค่าเท่ากับระยะเวลาการโฆษณา (25 นาที) คูณด้วยอัตราค่าโฆษณาต่อนาที (120,000 บาท) หรือเท่ากับ 3,000,000 บาท

สมการในการคิดคำนวณค่าเสียหาย

มูลค่าความเสียหาย = อัตราค่าโฆษณา x จำนวนนาทีที่โฆษณาได้

มูลค่าความเสียหาย = 120,000 x 25 เท่ากับ 3,000,000 บาท

4.2.2 ค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

ในคดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544[18] ข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายและนำสืบว่าตนต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าเพราะโสตทัศนวัสดุ (วีดีโอเทป) ที่จำเลยทำซ้ำออกให้

---

[17] ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, **คดีหมายเลขแดงที่ ทป.134/2545** [Online], 7 มกราคม 2562. แหล่งที่มา https://decision.coj.go.th/decision/court/ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง.

[18] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.**

เช่านั้น ปรากฏว่าภาพไม่คม เสียงไม่ชัด อาจสร้างความสับสนหลงผิดแก่ผู้บริโภคได้ จึงคิดค่าเสียหายส่วนนี้เป็นเงิน 100,000 บาท โดยมิได้นำสืบต่อศาลว่าโจทก์ประเมินค่าเสียหายจำนวนดังกล่าวจากหลักการหรือวิธีการใด จึงเป็นการคิดค่าเสียหายจากการคาดเดาเอง อีกทั้งมีเพียงการนำพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้รับมอบอำนาจเข้าสืบพยานเท่านั้น

ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป.81/2545[19] โจทก์เรียกค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า โดยอ้างว่าสิ่งบันทึกเสียงที่จำเลยผลิตและจำหน่ายนั้นมีคุณภาพต่ำ อายุการใช้งานสั้นและอาจสร้างความสับสนหลงผิดแก่ผู้บริโภคโดยคิดว่าเป็นสินค้าของโจทก์ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ซื้อไม่เชื่อถือในคุณภาพสินค้าของโจทก์ ดังนั้น โจทก์จึงขอเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นจำนวน 50,000 บาท ซึ่งโจทก์ในคดีนี้ไม่ได้นำเสนอถึงวิธีประเมินว่า ทำไมค่าเสียหายในกรณีนี้จึงเป็นมูลค่าถึง 50,000 บาท โจทก์เพียงอาศัยการคาดเดาและประเมินการณ์โดยอาศัยวิจารณญาณของตนว่าค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าในกรณีนี้ควรจะเป็นจำนวน 50,000 บาท

จากข้อเท็จจริงและการกล่าวอ้างของโจทก์ใน 2 คดีที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักคิดในการคำนวณค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้านั้น เป็นการประมาณการหรือคาดเดาเอาเองของโจทก์ ซึ่งยากต่อการนำเสนอวิธีการคิดคำนวณทางคณิตศาสตร์ อันเป็นผลทำให้ศาลไม่อาจกำหนดค่าเสียหายส่วนที่โจทก์ร้องขอนั้นได้

4.2.3 ค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

ในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554[20] โจทก์ได้เรียกเอาค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ อันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการบอกกล่าวทวงถามให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย ค่าจ้างทนายความ โดยนำเสนอเอกสารใบเสร็จค่าใช้จ่ายต่างๆต่อศาล

ในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7457/2550 ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า“ค่าใช้จ่ายในการชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุลตร้าแมนที่โจทก์เสียไป เป็นผลสืบเนื่องจากการที่จำเลยที่ 2 กล่าวอ้างความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุลตร้าแมนต่อลูกค้าของโจทก์และบุคคลทั่วไป จึงถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลมี

---

[19] ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, **คดีหมายเลขแดงที่ ทป.81/2545** [Online], 7 มกราคม 2562. แหล่งที่มา https://decision.coj.go.th/decision/court/ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง.

[20] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2544 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัท ป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

อำนาจสั่งให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวแก่โจทก์ได้ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64”[21]

จากผลของคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาใน 2 คดีที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นของโจทก์ดังต่อไปนี้ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จำเลยต้องชำระให้แก่โจทก์ คือ ค่าบอกกล่าวทวงถาม ค่าจ้างทนายความ ค่าใช้จ่ายในการชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายข้างต้น โจทก์ต้องนำเสนอถึงเอกสารหลักฐานค่าใช้จ่ายเหล่านั้นต่อศาลด้วย

4.2.4 ค่าเสียหายประเภทอื่น ๆ

นอกจากค่าเสียหายจากการขาดรายได้ ค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิแล้ว โจทก์มักจะเรียกค่าเสียหายส่วนอื่น ๆ อีก เช่น ค่าเสียหายอันที่เกิดจากค่าใช้จ่ายในการโฆษณาและประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งโจทก์มักจะกล่าวอ้างถึงตัวเลขค่าใช้จ่ายที่ตนได้จ่ายไปเพื่อการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานตนเป็นมูลค่าของความเสียหายด้วย เห็นได้จาก ในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544[22] ที่โจทก์ในคดีนี้ได้เรียกให้จำเลยต้องชำระ ค่าเสียหายจากการที่โจทก์ต้องใช้เงินสำหรับลงทุนเพื่อการประชาสัมพันธ์ให้ผลงานของโจทก์ได้แพร่หลายและเป็นที่รู้จักของประชาชน รวมถึงการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าเพราะโสตทัศนวัสดุ (วีดีโอเทป) ที่จำเลยทำซ้ำออกให้เช่านั้น ปรากฏว่าภาพไม่คม เสียงไม่ชัด เป็นเงิน 100,000 บาท โดยให้เหตุผลว่า การที่โจทก์ได้จ่ายค่าโฆษณางานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเพื่อทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมีชื่อเสียงและสามารถหารายได้นั้น นอกจากจะได้สร้างประโยชน์โดยตรงให้แก่โจทก์แล้ว ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ยังได้ก่อให้เกิดประโยชน์ให้แก่จำเลยด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาในคดีนี้วินิจฉัยว่า ค่าใช้จ่ายในกรณีโฆษณาประชาสัมพันธ์งานของโจทก์นี้ ถือเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์กระทำเพื่อตนเองอยู่แล้วและขึ้นอยู่กับความพอใจของโจทก์ด้วย การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ถือว่าทำให้โจทก์ต้องสูญเสียประโยชน์ในส่วนนี้

4.3 แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้วิจัยจะศึกษาและนำเสนอข้อมูลซึ่งสรุปจากการสัมภาษณ์บุคคลากรด้านกฎหมาย

---

[21] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7457/2550 ระหว่าง บริษัท ซีบูราญ่า โปรดัคชั่นส์ จำกัด โจทก์ และบริษัท ซีบูราญ่า ไชโย จำกัด กับพวก จำเลย.

[22] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.**

ที่ปฏิบัติงานในองค์กรธุรกิจเกี่ยวกับการแพร่เสียงแพร่ภาพในประเทศไทย ในที่นี้ คือ คุณเอกรัฐ คงมี หัวหน้าสายงานกฎหมายธุรกิจ บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด (สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7 หรือ ช่อง 7HD) (การสื่อสารส่วนบุคคล, 4 กันยายน 2562) โดยข้อมูลที่นำเสนอนี้ เป็นการแสดงความคิดเห็นทางวิชาการในฐานะส่วนตัวของคุณเอกรัฐ เกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ผู้วิจัยจะนำเสนอในรูปแบบการถามและตอบ ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังต่อไปนี้

คำถาม: เมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว โจทก์ในฐานะผู้เสียหายมีหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเอากับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไร

คำตอบ: หลักคิดและคำนวณในการเรียกค่าเสียหาย มีข้อพิจารณาและหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหาย ดังต่อไปนี้

1) พิจารณาต้นทุนการได้มาซึ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์แต่ละประเภทรายการ เช่น

ก. รายการละครโทรทัศน์ จะมีต้นทุนในการจ้างผลิต

ข. งานถ่ายทอดสดกีฬาที่เป็นที่นิยมที่ต้องมีการลงทุนซื้อสิทธิ์ในการถ่ายทอดทางโทรทัศน์และช่องทางอื่น ๆ

ค. รายการวาไรตี้ เกมส์โชว์ต่าง ๆ ที่ต้องมีการลงทุนผลิตขึ้น

เมื่อทราบต้นทุนในแต่ละประเภทรายการแล้ว ในทางปฏิบัติมักจะเรียกค่าเสียหายโดยคำนวณค่าเสียหายตามต้นทุนโดยอาจจะเรียกทั้งหมดหรือตามสัดส่วนของต้นทุนขึ้นอยู่กับการพิจารณาเป็นรายกรณีไป

2) พิจารณาด้านการขาดประโยชน์หรือขาดรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยมีหลักคิดว่า หากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว มูลค่าในการที่เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพรายการโทรทัศน์ จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากรายการโทรทัศน์นั้น จะถูกกำหนดราคาไว้ที่อัตราหนึ่ง แต่เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำสัญญาณการแพร่เสียงแพร่ภาพรายการโทรทัศน์ของสถานีโทรทัศน์ไปแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำในช่องทาง (Platform) อื่น เช่น ทางอินเทอร์เน็ตและทำให้สาธารณชนเข้าถึงเป็นจำนวนมากนั้น เป็นผลให้ไม่มีบุคคลใดสนใจที่จะมาขออนุญาตใช้สิทธิ์จากเจ้าของลิขสิทธิ์ ทำให้มูลค่าราคาในการอนุญาตให้ใช้สิทธิลดลง อันเป็นการขาดประโยชน์ในส่วนนี้ไปเป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้วนั้น ศาลมักจะไม่ได้วินิจฉัยให้ได้ค่าเสียหายเต็มตามจำนวนที่โจทก์ฟ้อง อีกทั้ง คดีส่วนใหญ่จะยุติโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ศาลส่งผลให้การที่จะได้นำสืบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่เรียกร้องตามที่ฟ้องร้องดำเนินคดีมิได้ถูกพิจารณาโดยศาล

3) พิจารณาจากผลประโยชน์หรือกำไรที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับจากการละเมิด กล่าวคือ หากสถานีในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ละเมิดได้รับประโยชน์หรือกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น รายได้เพิ่มขึ้น เรตติ้งเพิ่มขึ้น (ยอดจำนวนผู้เข้าชมเพิ่มขึ้น) อันนำมาซึ่งรายได้ที่เพิ่มขึ้นของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ประเด็นนี้ก็จะเป็นข้อพิจารณาหนึ่งที่ใช้เป็นหลักคิดในการเรียกเอาค่าเสียหายจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายจะยังไม่เปิดช่องให้มีการเรียกเอาผลประโยชน์หรือกำไรของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

4) พิจารณาด้านผลกระทบด้านความนิยม (เรตติ้ง) กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การแพร่ภาพซ้ำในช่องทาง (Platform) อื่นหรือช่องทางเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น การรับชมสดหรือย้อนหลังได้ตลอดเวลาผ่านอินเทอร์เน็ต เป็นผลให้ความนิยมในรายการ (เรตติ้ง) ในช่องทางปกติของผู้ประกอบการโทรทัศน์ถูกลดคุณค่าหรือความสนใจลง หรือกระทบเรตติ้งของช่องทาง (Platform) ทางอินเทอร์เน็ตของเจ้าของงานลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพเนื่องจากเป็นการแย่งจำนวนผู้รับชมของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในช่องทางเดียวกัน อันนำมาซึ่งอัตราความนิยมในรายการโทรทัศน์ (เรตติ้ง) ตกต่ำลง ซึ่งจะเป็นผลต่อเนื่องถึงการกำหนดอัตราโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ในทั้งช่องทางปกติและช่องทางอินเทอร์เน็ต แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น ก็ขึ้นอยู่กับการนำเสนอข้อมูลต่อศาลซึ่งเป็นภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ของโจทก์ต่อไป ซึ่งยังยากในทางปฏิบัติ

5) พิจารณาด้านการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า กล่าวคือ กรณีหากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น เป็นไปในลักษณะไม่มีคุณภาพ เช่น การตัดต่อสัญญาณภาพสัญญานเสียง หรือทำให้คุณภาพด้อยลง จนเป็นผลให้ประชาชนสับสนหลงผิดว่าเป็นการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายด้านชื่อเสียงทางการค้า ประเด็นนี้ก็จะเป็นข้อพิจารณาหนึ่งที่ใช้เป็นหลักคิดในการเรียกเอาค่าเสียหายจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพเช่นกัน อนึ่งในทางปฏิบัติ บางกรณีมีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการปลอมหรือใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ไปพร้อมกับการฟ้องร้องดำเนินคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป

6) พิจารณาด้านค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับใช้สิทธิ เช่น ค่าเตรียมการเก็บหลักฐาน ค่าบอกกล่าวทวงถาม ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อันเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำเสนอข้อมูลส่วนนี้ต่อศาล ต้องมีเอกสารและรายละเอียดชัดเจนถูกต้องเหมาะสม เช่น ใบเสร็จรับเงิน เป็นต้น

7) พิจารณาจากมูลค่าและค่าใช้จ่ายในการปกป้องรักษาสิทธิของรายการโทรทัศน์ที่แพร่เสียงแพร่ภาพที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์แต่ละประเภท เพราะรายการโทรทัศน์บางประเภท เช่น รายการถ่ายทอดสดกีฬาที่มีชื่อเสียงที่ได้รับอนุญาตมาจากเจ้าของลิขสิทธิ์ มีมูลค่าลิขสิทธิ์สูงและมีเงื่อนไขการอนุญาตค่อนข้างเข้มงวด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องช่องทาง (Platform) และพื้นที่ในการ

แพร่เสียงแพร่ภาพ โดยกำหนดให้สถานีโทรทัศน์ต้องมีมาตรการในการควบคุมการแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การจำกัดพื้นที่ของผู้รับชมโดยใช้เทคโนโลยี Geo-blocking[23] เพื่อจำกัดช่องทางและจำกัดพื้นที่การรับชม ซึ่งหากสถานีโทรทัศน์ในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ์เพิกเฉยหรือไม่ดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ สถานีโทรทัศน์อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีฐานผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ได้ ซึ่งถือเป็นข้อสัญญาที่สถานีโทรทัศน์ต้องปฏิบัติตามและมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งสิ้น ซึ่งมูลค่าของการได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ์และค่าใช้จ่ายในการปกป้องรักษาสิทธิตามสัญญาเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายได้อีกทางหนึ่งด้วย

คำถาม: เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยมีการเรียกร้องค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายที่ได้ตอบมาแล้วข้างต้น หลักเกณฑ์การพิจารณาในการคิดค่าเสียหายดังกล่าว ศาลได้พิจารณาสั่งให้จำเลยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จ่ายค่าเสียหายตามที่เรียกร้องหรือไม่

คำตอบ: คดีที่มีการฟ้องร้องส่วนใหญ่ มีการเรียกค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่ได้กล่าวข้างต้น แต่ในขั้นตอนทางปฏิบัติในการดำเนินคดีนั้น คดีส่วนใหญ่มักจะยุติการดำเนินคดีก่อนการสืบพยานหรือก่อนศาลจะมีคำพิพากษา เนื่องมาจากการเจรจาไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความกันของทั้งโจทก์และจำเลย ซึ่งอาจจะเกิดจากการคำนึงถึงความคุ้มค่าในการดำเนินคดีหรือต่อสู้คดีของคู่ความ ว่าหากยุติคดีด้วยการไกล่เกลี่ยจะคุ้มค่าทั้งทางด้านค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ชื่อเสียงและความสัมพันธ์ด้านธุรกิจ มากกว่าที่จะต่อสู้คดีกันต่อไปเป็นต้น ซึ่งเมื่อคดียุติด้วยเหตุดังกล่าวแล้ว ทำให้โจทก์มิได้มีโอกาสนำสืบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ศาลได้พิจารณา อย่างไรก็ตาม มีบางคดีที่คู่ความไม่สามารถประนีประนอมยอมความกันได้ จึงมีการนำสืบพิสูจน์ถึงค่าเสียหายให้ศาลได้พิจารณา ซึ่งเมื่อศาลพิจารณาแล้ว ก็ได้สั่งให้จำเลยชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์แต่เพียงบางส่วน ซึ่งส่วนใหญ่มักจะไม่ได้รับค่าเสียหายเต็มตามที่โจทก์เรียกร้องแต่อย่างใด

คำถาม: ในฐานะที่เป็นนักกฎหมายและเป็นผู้มีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับธุรกิจด้านงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ มีมุมมองหรือข้อเสนอแนะใด ๆ เพิ่มเติมหรือไม่

คำตอบ: เกี่ยวกับแนวทางการนำสืบและภาระการพิสูจน์ค่าเสียหาย ทั้งการพิสูจน์ค่าเสียหายตามจริง รวมถึงการพิสูจน์ผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ทำได้ยากและมีอุปสรรคในการพิสูจน์เป็นอย่างมาก และยังยากแก่การนำพิสูจน์อยู่หลายประการ ดังนั้น หากมีข้อกำหนด

---

[23] **ระเบียบเรื่องการปิดกั้นการให้บริการเชิงภูมิศาสตร์ (Geo-Blocking Regulation) ของสหภาพยุโรป โดย เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล สำนักงาน กสทช.** [Online], 12 มิถุนายน 2561. แหล่งที่มา http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2018/06/geo-blocking-regulation_12.html.

เกี่ยวกับค่าเสียหายที่กำหนดอัตราไว้ในกฎหมาย (Statutory Damages) บัญญัติไว้ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายเพื่อใช้เป็นทางเลือกในการเรียกค่าเสียหายที่ตนถูกกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ และหากผู้เสียหายเลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) นี้ได้ โดยไม่ต้องมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ค่าเสียหายมากนัก ก็จะเป็นประโยชน์แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหายอันจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย อีกทั้งจะเป็นการป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ไปในตัวด้วย รวมถึงเห็นด้วยกับแนวทางการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) ตามที่ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 วรรค 2

4.4 ปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและบทวิเคราะห์

แม้ว่า มาตรา 64 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นข้อกำหนดที่วางหลักเกณฑ์และแนวทางให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้เสียหาย อย่างไรก็ดี มาตรา 64 ข้างต้น ก็มิได้แยกแยะประเภทหรือสิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดได้ เป็นแต่เพียงการวางข้อกำหนดอย่างกว้างซึ่งเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย เพื่อให้สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดดังกล่าวก็ได้สร้างภาระและอุปสรรคให้แก่ศาลและผู้เสียหายในการนำสืบและการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายพึงจะได้รับ กล่าวคือ ไม่ว่าโจทก์จะสามารถนำสืบพิสูจน์ว่าตนเองเกิดความเสียหายมากหรือน้อยตามที่โจทก์กล่าวอ้างได้หรือไม่ก็ตาม ศาลก็จะใช้ดุลพินิจพิจารณากำหนดค่าเสียหายแก่โจทก์ตามสมควรเอง ซึ่งในบางกรณีความเสียหายบางประเภทก็มิได้ปรากฏในรูปของความเสียหายโดยตรงหรือไม่อาจปรากฏให้เห็นอย่างชัดแจ้งและเป็นรูปธรรมได้ซึ่งอาจมีผลให้การกำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวไม่อาจเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรมได้

ผู้วิจัยศึกษาและพบว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น สามารถแบ่งออกได้ 2 ส่วนสำคัญ ดังต่อไปนี้

4.4.1 ปัญหาจากข้อกฎหมาย

หลักเกณฑ์ซึ่งปรากฏในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้วางแนวทางให้ศาลใช้ในการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม มาตราดังกล่าวก็ยังมิได้กำหนดหรือวางกรอบการพิจารณาที่ชัดเจนและเป็นการเฉพาะเอาไว้ รวมถึงมีลักษณะเป็นนามธรรม กล่าวคือ

1) กรอบการพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหาย

1.1) ความร้ายแรงของความเสียหายนั้น ควรจะมีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร จะต้องชัดเจนแค่ไหนและเพียงใด จะต้องชัดแจ้งแค่ไหนเพียงใด

บทวิเคราะห์: ในเชิงเศรษฐศาสตร์แล้ว นอกเหนือไปจากความเสียหายทางการเงิน (Monetary Damage) อันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ความเสียหายจากการสูญเสียอำนาจตลาด และความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสในการค้าหากำไรนั้นก็ถือเป็นความเสียหายอีกประการหนึ่งเช่นเดียวกัน ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของศาลประเทศอังกฤษแล้ว จะพบว่าศาลของประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดความเสียหายตามจริง อยู่ 2 เกณฑ์ ได้แก่

หลักเกณฑ์ที่ 1 คือ พิจารณาการสูญเสียกำไร (Loss of Profit) ซึ่งศาลของประเทศอังกฤษยอมรับให้โจทก์สามารถพิสูจน์การสูญเสียกำไรได้โดยไม่จำเป็นพิสูจน์ความถูกต้องโดยละเอียด พิจารณาได้จาก ในคดี Cow v. Cannon Rubber Manufacturer [1961] RPC 236, 240[24] โดยโจทก์ได้คิดคำนวณค่าความเสียหายจากจำนวนชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่จำเลยได้ขายไป เป็นมูลค่าการสูญเสียกำไรของโจทก์ เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่ 2 คือ พิจารณาจากการขาดรายได้จากค่าสิทธิ (Royalty Fee) ที่โจทก์ควรจะได้รับ พิจารณาได้จากในคดี General Tire & Rubber v. Firestone Tyre& Rubber [1976] RPC 197,213[25] ที่ศาลในคดีนี้ วินิจฉัยให้ จำเลยจ่ายค่าเสียหาย โดยคำนวณจากค่าสิทธิในอัตราเดียวกันกับที่ผู้ได้รับอนุญาตคนอื่น ๆ ที่ได้จ่ายให้แก่โจทก์

เกี่ยวกับเรื่องนี้ เมื่อพิจารณา มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของศาลประเทศอังกฤษแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 64 ดังกล่าว ยังไม่มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนเพียงพอ อันเป็นผลให้มุมมองในการพิจารณาค่าเสียหายขึ้นอยู่กับประสบการณ์และแนวคิดด้านเศรษฐศาสตร์ของผู้ตีความแต่ละคนเป็นสำคัญ

ดังนั้น การตีความ คำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจและประสบการณ์ของแต่ละบุคคล ซึ่งการที่กฎหมายมิได้กำหนดกรอบการพิจารณาระดับความร้ายแรงที่ชัดเจนไว้ ส่งผลให้โจทก์ในฐานะผู้เสียหาย ประสบปัญหาในการนำสืบให้ศาลพอใจได้ว่า ความร้ายแรงในระดับใดที่ศาลเห็นว่าเพียงพอที่ศาลจะเชื่อได้ว่า มูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ร้องขอนั้นร้ายแรงพอที่ศาลจะมีคำสั่งให้โจทก์ได้รับการชดใช้เยียวยา เช่นนี้แล้ว แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะคล้ายหรือใกล้เคียงกันอย่างไร แต่ด้วยที่ผู้พิพากษาแต่ละท่านนั้นมีประสบการณ์และแนวคิดทาง

---

[24] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual property law**, (Oxford: Oxford University Press, 2001), 1024.

[25] **The General Tire & Rubber Company v. The Firestone Type and Rubber Company Limited and Others** [Online], 25 March 2020. Available from http://www.jurisdiction.com/gentire.htm#summary.

เศรษฐศาสตร์ทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้พิพากษาแต่ละท่าน อาจพิจารณาและตีความ "ความร้ายแรงของความเสียหาย"แตกต่างกันได้และอาจทำให้ผลของแต่ละคดีแตกต่างกัน

1.2) หลักการตีความ คำว่า "ความร้ายแรงของความเสียหาย"ที่ต้องพิจารณาจากความร้ายแรงของความเสียหายมิใช่ความร้ายแรงของการกระทำละเมิด อาจทำให้การกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ กล่าวคือ ไม่ว่าผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม ผู้ทำละเมิดอาจจะต้องรับผิดในความเสียหายในจำนวนเดียวกันได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่า มาตรา 64 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้มีการเพิ่มหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมแต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคแรก สำหรับกรณีมีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือเจตนาเป็นเหตุให้สาธารณชนเข้าถึงได้อย่างแพร่หลายก็ตาม แต่ก็เป็นการเพิ่มหลักเกณฑ์ที่จะต้องมีการกระทำที่ต้องครบองค์ประกอบให้ครบถ้วนเสียก่อน กล่าวคือ จะต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการจงใจหรือเจตนาและ การกระทำดังกล่าวต้องเป็นเหตุให้สาธารณชนเข้าถึงได้อย่างแพร่หลายด้วย ศาลจึงจะมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ ซึ่งบางกรณีที่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ทำละเมิดมีแรงจูงใจเป็นผลประโยชน์หรือกำไรในจำนวนที่สูงกว่ารายได้หรือผลกำไรของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอัตราที่สูงเกินกว่าสองเท่าแล้ว แม้ว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมแล้วก็ตาม จำนวนค่าเสียหายที่กำหนดดังกล่าวอาจจะไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็ได้

บทวิเคราะห์: ตามแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542[26] ที่วางหลักไว้ว่า ผลกำไรที่จะเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายนั้นต้องหักต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายออกเสียก่อน ศาลจะคำนวณค่าเสียหายในส่วนนี้ โดยคำนวณจากราคาขายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์หักด้วยค่าใช้จ่ายในการผลิต (ต้นทุน) ของโจทก์ ส่วนต่างที่คงเหลือถือเป็นผลกำไรจากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งโจทก์ต้องเสียหายไป จากนั้นศาลจะนำส่วนต่างที่คำนวณได้ดังกล่าวไปคูณกับจำนวนชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดของจำเลย ผลลัพธ์ที่ได้จะถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิจะได้รับจากผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ผลของแนวทางการตัดสินตามแนวทางของคดีนี้ ผู้กระทำละเมิดอาจยังคงได้รับประโยชน์จากผลต่างของกำไรจากการขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์และค่าเสียหายที่ตนต้องจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ดังตัวอย่าง เช่นผลกำไรที่โจทก์ต้องเสียหายไป (หลังหักต้นทุนการผลิตของโจทก์) คูณกับจำนวนชิ้นของสินค้าที่จำเลยกระทำละเมิด เท่ากับ 100,000 บาท แต่ผลกำไรของจำเลยที่ได้จากการละเมิดลิขสิทธิ์ (หลังหักต้นทุนการผลิตของจำเลย) เท่ากับ 400,000 บาท (เหตุที่

---

[26] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ระหว่าง บริษัท อาร์.เอส.โปรโมชั่น 1992 จำกัด โจทก์ และนายสมยศ เอี่ยมสุทธิ์ จำเลย.

อัตราผลกำไรที่จำเลยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีกำไรที่สูง เพราะมีต้นทุนการผลิตที่ต่ำและค่าใช้จ่ายในการขายต่ำกว่าโจทก์ผู้เสียหาย)

ดังนั้น จากตัวอย่างข้างต้น ค่าเสียหายจากค่าขาดกำไรที่ศาลจะสั่งให้จำเลยชดใช้ตาม มาตรา 64 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ เท่ากับ 100,000 บาท และหากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าเป็นละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือเจตนาเป็นเหตุให้สาธารณชนเข้าถึงได้อย่างแพร่หลายก็ตาม ศาลก็มีอำนาจกำหนดเพิ่มขึ้นอีกไม่เกิน 2 เท่าของวรรคแรก ตามตัวอย่างนี้ คือ ไม่เกิน 200,000 บาท แต่กำไรของจำเลยผู้ละเมิดได้จำนวนมากถึง 400,000 บาท ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้ว่า มาตรา 64 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้มีการเพิ่มหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมแต่ไม่เกินสองเท่าแล้วก็ตาม แต่บางกรณีอาจจะยังไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ รวมถึงไม่อาจลดแรงจูงใจของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้เหตุ เพราะผู้ละเมิดยังได้รับผลประโยชน์ที่คุ้มค่ามากกว่าเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระแก่โจทก์

ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษแล้ว จะพบว่าการคิดบัญชีผลกำไร (Account of Profits) ของจำเลยก็เป็นทางเลือกหนึ่ง ในการเยียวยาความเสียหายของโจทก์ผู้เสียหายได้ โดยโจทก์ผู้เสียหายต้องเลือกว่าจะรับการเยียวยาความเสียหายโดยให้จำเลยชดใช้ตามค่าเสียหายตามจริงหรือจากบัญชีกำไรของจำเลยผู้ทำละเมิดหากโจทก์เลือกที่จะรับค่าเสียหายจากบัญชีกำไรแล้ว ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรสุทธิของจำเลยผู้ทำละเมิด กล่าวคือ เป็นผลกำไรหลังจากหักต้นทุนต่าง ๆ แล้ว เช่น ในคดี Potton v. Yorkclose. FSR 11, (1990)[27] ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้รับ ซึ่งคำนวณโดยนำค่าใช้จ่ายที่จำเป็นของจำเลย เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกิจการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ รวมไปถึงนำภาษีมาหักจากรายได้ที่ได้รับซึ่งเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยรูปแบบการคิดคำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โอกาสที่จำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์จะได้รับกำไรหรือได้รับผลประโยชน์ที่คุ้มค่ามากกว่าการจ่ายค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระแก่โจทก์นั้นมีน้อยมาก เหตุเพราะการคิดคำนวณค่าเสียหายดังกล่าว เป็นการคิดคำนวณจากกำไรและต้นทุนของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เองโดยตรง

2) กรอบการพิจารณาการสูญเสียประโยชน์

2.1) ความไม่ชัดเจนของการตีความคำว่า “การสูญเสียประโยชน์” กล่าวคือ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้วางหลักเกณฑ์ย่อยในการพิจารณานำสืบพิสูจน์ถึงการสูญเสียประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ โจทก์

---

[27] Garnett, K., Rayner, J., & Davies, G., **Copinger and Skone James on copyright volume 1**, (London: Sweet & Maxwell, 1991), 1062.

ต้องสูญเสียถึงระดับใด จึงจะถือได้ว่าโจทก์สมควรได้รับการเยียวยา ซึ่งภาระหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์ดังกล่าวเป็นภาระหน้าที่ของโจทก์

บทวิเคราะห์: จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544[28] ได้วางหลักเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในกรณีโฆษณาประชาสัมพันธ์งานของโจทก์ถือเป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์กระทำเพื่อตนเองอยู่แล้ว อีกทั้งยังขึ้นอยู่กับความพอใจของโจทก์ด้วย การละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ถือว่าทำให้โจทก์ต้อง "สูญเสียประโยชน์" ในส่วนนี้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศเยอรมนี ที่มีแนวคิดเกี่ยวกับการสูญเสียประโยชน์ของผู้เสียหายจากการละเมิด ที่ได้วางหลักว่า การสูญเสียประโยชน์ เป็นค่าเสียหายอย่างหนึ่งที่คิดคำนวณจากการขาดโอกาสที่ทรัพย์สินจะเพิ่มพูนขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ค่าเสียหายที่ผู้ถูกกระทำละเมิดควรจะได้รับผลประโยชน์ที่ควรได้ (Lucrum Cessans หรือ The "Loss-of-bargain" Rule) สำหรับในประเทศเยอรมนี เรียกทฤษฎีนี้ว่า "Differenztheorie"[29] หากนำข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 มาปรับใช้กับแนวคิดนี้แล้ว สามารถพิจารณาได้ว่า โจทก์ผู้เสียหายได้สูญเสียประโยชน์จากการที่โจทก์ควรจะได้รับรายได้ที่เกิดจากการประชาสัมพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ให้เป็นที่รู้จักของสาธารณชนในวงกว้างแล้ว กล่าวคือ เมื่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักแล้ว อันเนื่องมาจากการประชาสัมพันธ์ของโจทก์ด้วยวิธีการใดก็ตาม ก็จะนำมาซึ่งรายได้ของโจทก์ ซึ่งการประชาสัมพันธ์ดังกล่าวของโจทก์นั้น ย่อมมีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการดำเนินการทั้งสิ้น อีกทั้งโดยส่วนใหญ่แล้วงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์มักจะเกิดขึ้นกับงานที่มีชื่อเสียงหรือเป็นที่รู้จักจากสาธารณชน ซึ่งการที่จำเลยได้ผลกำไรหรือผลประโยชน์จากกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ก็เป็นการได้ประโยชน์จากการมีชื่อเสียงหรือเป็นที่รู้จักของสาธารณชนในส่วนนี้ด้วย

ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่าโจทก์ผู้เสียหายได้สูญเสียประโยชน์ที่ควรจะได้ในส่วนนี้ไป ดังนั้น ด้วยความเคารพต่อศาล ผู้วิจัยขอวิเคราะห์ว่า การที่ศาลในคดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544 ข้างต้น ได้วางแนวการวินิจฉัยไว้เช่นนั้น อาจเกิดจากการที่มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้กำหนดกรอบการพิจารณาคำว่า "การสูญเสียประโยชน์" เอาไว้อย่างชัดแจ้ง จึงอาจทำให้ผู้ตีความได้ตีความคำว่า "การสูญเสียประโยชน์" ตามมุมมองประสบการณ์และความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคลรวมถึงทำให้เป็นการยากแก่โจทก์ในการนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการสูญเสียประโยชน์ได้ส่วนนี้ได้

---

[28] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544**.

[29] วงษ์ วีระพงษ์, **คำอธิบายลักษณะละเมิด,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: อักษรสารการพิมพ์, 2514), 378-379, อ้างถึงใน มานิตา รุ่งเรืองตันติสุข, **การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) มาใช้ในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์** [Online], มีนาคม 2554. แหล่งที่มา http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/27318/1/manita_ru.pdf.

2.2) ประเภทของผลประโยชน์ใดบ้างที่ต้องสูญเสีย กล่าวคือ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผลประโยชน์ในลักษณะใดบ้าง ที่จะถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การสูญเสียประโยชน์ในอันที่จะได้รับค่าสิทธิจากการอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ทั้งที่เคยมีการอนุญาตและยังไม่เคยอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนนั้น มีกรอบการพิจารณาอย่างไร เป็นต้น

บทวิเคราะห์: จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2321/2544[30] ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการสูญเสียประโยชน์ในอันที่จะได้รับค่าสิทธิจากการอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไว้ว่า “การที่โจทก์อุทธรณ์ว่า การทำละเมิดของจำเลยทั้งสองครั้งนี้ยังส่งผลถึงความเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคตที่โจทก์สามารถนำงานภาพยนตร์อันเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ของโจทก์ออกอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิทำซ้ำ ทำให้โจทก์ขาดรายได้เป็นการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคต โจทก์จึงขอค่าเสียหายในข้อนี้เป็นเงิน 38,000 บาท นั้น โจทก์มิได้เรียกค่าเสียหายส่วนนี้มาในฟ้องของโจทก์ อุทธรณ์ในข้อนี้จึงไม่ใช่เป็นข้อที่ว่ากล่าวมาแล้วโดยชอบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไม่รับวินิจฉัยให้ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษามานั้นชอบแล้ว อุทธรณ์ของโจทก์ฟังไม่ขึ้น” จากแนววินิจฉัยนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าหากศาลฎีกาในคดีนี้รับวินิจฉัยในประเด็นการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคตของผู้เสียหาย ก็ยังไม่มีความแน่ชัดว่าศาลจะใช้กรอบหรือหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่ผู้เสียหาย

ซึ่งหากพิจารณาว่าการสูญเสียผลประโยชน์จากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในอนาคต เป็นการทำให้โจทก์ขาดรายได้และเป็นการสูญเสียผลประโยชน์ในอนาคตแล้ว หากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายโดยใช้เกณฑ์ค่าสิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีหลักการว่า ค่าเสียหายหากคำนวณเป็นค่าสิทธิจะต้องคำนวณจากราคาตลาดที่เป็นธรรม (Fair Market Value) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาจากค่าสิทธิที่โจทก์ใช้เรียกเก็บจากบุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น พิจารณาและศึกษาได้จาก ในคดี Kleier Advertising Co., Inc. v. James Miller Chevrolet, Inc., 722 F.Supp. 1577, 14 U.S.P.Q. 2d 1061 (N.D. ILL. 1989) ซึ่งศาลในคดีนี้ กำหนดให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากค่าสิทธิที่จำเลยควรจะต้องจ่ายให้แก่โจทก์ในฐานะค่าเสียหายตามจริงและให้โจทก์ได้รับส่วนแบ่งจากการขายรถยนต์ของจำเลยผู้ละเมิดซึ่งเป็นผลมาจาก

---

[30] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.**

การทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโฆษณาด้วย[31] เกี่ยวกับประเด็นนี้ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษา ผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติและแนวทางของประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการสูญเสียผลประโยชน์จากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในอนาคตแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลักการและแนวปฏิบัติที่ชัดเจน กล่าวคือ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวทางในการกำหนดค่าสิทธิ (การสูญเสียผลประโยชน์จากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในอนาคต) โดยศาลจะพิจารณาจาก ค่าสิทธิที่โจทก์ใช้เรียกเก็บจากบุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น และจะอนุญาตให้จำเลยนำพยานหลักฐานต่างๆเข้าสืบพิสูจน์เพื่อหักล้างว่ามูลค่าราคาตลาดที่เป็นธรรมนั้นควรจะเป็นเช่นไร[32]

3) กรอบการพิจารณาค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

กล่าวคือ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ย่อยในการพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับตามสิทธิแต่ละส่วนนั้นควรมีลักษณะอย่างไรแค่ไหน เพียงใด ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560[33] ศาลในคดีนี้วินิจฉัย โดยสรุป ว่า "การที่โจทก์เรียกร้องค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ อันเป็นค่าใช้จ่ายก่อนฟ้องคดีเกี่ยวกับค่าคำปรึกษา ค่านักสืบ และผู้เชี่ยวชาญเพื่อเก็บรวบรวมหลักฐานรวมมากกว่า 10,000,000 บาทนั้น เห็นว่าตามใบเสร็จรับเงิน ซึ่งรวมยอดประมาณ 120,000,000 บาทนั้น โจทก์ไม่ได้นำสืบแยกให้เห็นรายละเอียดว่าได้ใช้จ่ายเป็นค่าอะไรไปบ้าง และส่วนใดเป็นค่าใช้จ่ายเฉพาะการดำเนินการบังคับตามสิทธิในประเทศไทย ดังนั้น เมื่อพิเคราะห์ถึงลักษณะและพฤติการณ์ของการละเมิดตลอดจนลักษณะและวิธีการในการบังคับตามสิทธิของโจทก์แล้ว จึงเห็นควรกำหนดให้โจทก์ได้รับค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ 5,000,000 บาท"

บทวิเคราะห์: การตีความดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 9926/2560 นี้ที่วางหลักไว้ว่าจะต้องเป็นค่าใช้จ่ายเฉพาะการบังคับสิทธิในประเทศไทยนั้น แนวทางดังกล่าวอาจไม่สะท้อนถึงความเป็นจริงในลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน เหตุเพราะ ปัจจุบันเทคโนโลยีด้านการสื่อสาร การขนส่งต่าง ๆ มีความทันสมัยมากขึ้น ดังนั้น การละเมิดลิขสิทธิ์จึงมิได้จำกัดอยู่เพียงการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศไทยเท่านั้น อาจมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยได้ เช่น ผู้ทำละเมิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยส่งสัญญาณภาพและเสียงไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา และมีการค้าหากำไรจากการละเมิด ณ ประเทศ

---

[31] Chisman, D. S., & Jacobs, M. A., **Understanding of intellectual property law**, (New York: Matthew Bender, 1992), 251.

[32] Ibid, 251.

[33] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับ บริษัท ไอพีทีวี จำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

สหรัฐอเมริกา เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายอาจมีค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ เช่น ค่านักสืบและผู้เชี่ยวชาญที่ต่างประเทศ เพื่อใช้ในการเก็บหลักฐาน เป็นต้น ซึ่งหากเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศดังกล่าว จะส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจเรียกร้องค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ได้ เกี่ยวกับประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โจทก์ควรจะต้องนำเสนอเอกสารหลักฐานให้ศาลได้ทราบและเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยที่เกิดขึ้นต่อเนื่องและเกี่ยวข้องกันทั้งในประเทศไทยและนอกประเทศไทย และอธิบายขั้นตอนและกระบวนการในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ ว่ามีความจำเป็นอย่างไร ในกระบวนการและวิธีการบังคับตามสิทธิ ซึ่งหากโจทก์ไม่ดำเนินการเช่นนั้นแล้ว ก็ไม่อาจนำหลักฐานมาเสนอต่อศาลได้ เช่น การเก็บหลักฐานทั้งในและต่างประเทศ การว่าจ้างนักสืบทั้งในและนอกประเทศ สำหรับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวเนื่องกันในคดี โดยการนำเสนอเอกสารหลักฐานการว่าจ้างที่ระบุรายละเอียดให้ได้มากที่สุด

4.4.2 ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของผู้เสียหาย

ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าเสียหายของผู้เสียหาย (โจทก์) จากการละเมิดลิขสิทธิ์ สามารถจำแนกเป็น 2 ข้อสำคัญ ดังนี้

1) ปัญหาภาระการนำสืบพิสูจน์

ปัญหาการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของโจทก์ภายใต้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งของการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ เมื่อโจทก์ได้อ้างว่างานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเองถูกละเมิดลิขสิทธิ์และเกิดความเสียหายขึ้น เช่นนี้แล้ว หน้าที่และภาระการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานต่าง ๆ (Burden of Proof) ที่เกี่ยวกับค่าเสียหายที่โจทก์กล่าวอ้างจึงตกอยู่ที่ฝ่ายโจทก์โดยการนำสืบพิสูจน์ความเสียหายนั้น โจทก์ต้องแสดงให้ศาลเห็นถึง

1.1) หลักการคิดคำนวณเงินค่าเสียหายว่าคิดคำนวณอยู่บนฐานใด

1.2) ความร้ายแรงของความเสียหายที่โจทก์ได้รับ

1.3) ผลประโยชน์ที่โจทก์ต้องเสียไปจากการกระทำละเมิด

1.4) ความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่โจทก์หรือผู้เสียหายต้องจ่ายไปเพื่อติดตามและบังคับตามสิทธิของตน

นอกจากนี้ หากโจทก์กล่าวอ้างต่อศาลว่า ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นผลประโยชน์ที่โจทก์ต้องสูญเสียไป การที่โจทก์จะนำสืบว่าจำเลยได้รับผลประโยชน์จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มากน้อยเพียงใดนั้น ก็เป็นอุปสรรคสำหรับโจทก์ที่จะเข้าถึงข้อมูลของจำเลยได้ เหตุเพราะส่วนใหญ่แล้ว ข้อมูลอยู่ในความครอบครองหรือการดูแลของฝ่ายจำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์แทบทั้งสิ้น ซึ่งย่อมทำให้โจทก์ไม่อาจเข้าถึงพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ ดังนั้น การวางกฎเกณฑ์ที่กำหนดหน้าที่ในการนำสืบเรื่องค่าเสียหายที่ตกอยู่ที่โจทก์แต่เพียงฝ่ายเดียวนั้น

เป็นการทำให้เกิดภาระหน้าที่อย่างหนักอันทำให้โจทก์ต้องประสบกับอุปสรรคและข้อขัดข้องเป็นอันมาก เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า นอกเหนือไปจากภาระการพิสูจน์ค่าเสียหายของโจทก์แล้ว ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายเพื่อกำหนดให้ภาระการนำสืบให้แก่จำเลยในการพิสูจน์เพื่อหักล้าง ดังจะได้เสนอและอธิบายในบทวิเคราะห์ต่อไป

บทวิเคราะห์: ในปัจจุบันการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง[34] ซึ่งแนวคิดทางกฎหมายอาญาถือว่าอาชญากรรมทางธุรกิจเป็นอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนสูงและมีพยานหลักฐานเพียงเล็กน้อยที่จะสามารถเอาผิดกับผู้กระทำได้ กอปรกับเป็นการยากที่โจทก์ผู้เสียหายจะรู้ถึงรายละเอียด ข้อเท็จจริง ข้อมูล การกระทำละเมิดของจำเลย อีกทั้งข้อเท็จจริงและข้อมูลข้างต้นก็อยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของจำเลยผู้กระทำละเมิด[35] เช่นนี้แล้ว หากภาระการนำสืบพิสูจน์ (Burden of Proof) ยังตกอยู่แก่โจทก์แล้ว การที่โจทก์นำพยานหลักฐานจำนวนน้อยนั้นมานำเสนอต่อศาล ก็มีความเป็นไปได้ว่า ศาลอาจพิจารณากำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนที่น้อยหากเปรียบเทียบกับมูลค่าของความเสียหายที่โจทก์ได้รับหรืออาจไม่กำหนดค่าเสียหายให้เลยก็เป็นได้

ดังนั้น เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่คู่ความและเป็นประโยชน์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายแก่ศาลผู้วิจัยมีความเห็นว่า การนำสืบความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ควรกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ความเสียหายในคดีตกแก่จำเลย (Reverse Burden of Proof) กล่าวคือ ผลักภาระการนำสืบจำนวนค่าเสียหายไปให้แก่จำเลยโดยการนำสืบพิสูจน์แบบ Reverse Burden of Proof เช่น ให้จำเลยพิสูจน์ว่ารายได้ที่จำเลยได้รับนั้นมิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่โจทก์กล่าวอ้าง หรือรายได้ของจำเลยมิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่เพียงอย่างเดียว หรือจำเลยมีต้นทุนในการดำเนินงานเพื่อนำไปหักล้างข้อกล่าวอ้างของโจทก์เกี่ยวกับการอ้างผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าโจทก์จะไม่มีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ใด ๆ ในคดี แต่โจทก์มีหน้าที่เพียงนำสืบให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายเท่านั้น หลังจากนั้นควรเป็นหน้าที่ของจำเลยในการพิสูจน์หักล้าง

---

[34] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **อาชญากรรมทางเศรษฐกิจข้ามชาติ** [Online], 17 กันยายน 2562. แหล่งที่มา https://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebbas/b50591_crime.pdf.

[35] มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551: ที่บัญญัติว่า

"ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น".

2) ปัญหาและอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายแต่ละประเภทของโจทก์ในศาล

ก. ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

จากการศึกษาและพิจารณาคำพิพากษาที่ผ่านมา ในทางปฏิบัติ โจทก์มักจะคิดคำนวณและเรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้หรือขาดกำไรเป็นลำดับแรกเกี่ยวกับเรื่องนี้ เมื่อโจทก์เรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรและโจทก์ได้นำสืบพยานหลักฐานต่อศาลแล้วศาลไทยจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยมีแนวทางการคิดคำนวณค่าเสียหายกล่าวคือ ศาลจะนำเอาราคาขายของสินค้าโจทก์ หักลบด้วยต้นทุนค่าใช้จ่ายส่วนต่าง ๆ ของโจทก์ ซึ่งส่วนต่างที่เหลือหลังจากหักลบดังกล่าว คือ “กำไร” ที่โจทก์ควรได้รับ โดยกำไร (ส่วนต่างนี้) ศาลจะนำมาคูณกับจำนวนชิ้นงานที่จำเลยได้กระทำละเมิด ซึ่งผลลัพธ์ที่ได้ คือ จำนวนค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยชดใช้ได้ ตามแนวทางในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542[36] ที่ศาลได้วางแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายจากการขาดรายได้ (ผลกำไร) โดยศาลจะคำนวณจากราคาขายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามลิขสิทธิ์หักด้วยค่าใช้จ่ายในการผลิต (ต้นทุน) ของโจทก์ ส่วนต่างที่คงเหลือจะถือเป็นผลกำไรจากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งโจทก์ต้องเสียหายไปจากนั้นศาลจะนำส่วนต่างที่คำนวณได้ดังกล่าวไปคูณกับจำนวนชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดของจำเลย ผลลัพธ์ที่ได้จะถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิจะได้รับจากผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์

บทวิเคราะห์: จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ผู้วิจัยพบว่า ศาลจะกำหนดค่าเสียหาย โดยพิจารณาจากผลกระทบโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์อันมีผลต่อความสามารถในการหาประโยชน์ของโจทก์ (รายได้หรือผลกำไร) แต่ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาล ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ศาลนำเอาราคาที่โจทก์ขายงานอันมีลิขสิทธิ์มาคิดคำนวณโดยนำต้นทุนการผลิตของโจทก์มาหักออกจากราคาขายของโจทก์ข้างต้น อาจจะเป็นวิธีการคิดคำนวณที่บางกรณียังไม่สะท้อนความเสียหายที่แท้จริงของโจทก์ รวมถึงไม่อาจทำให้จำเลยผู้กระทำละเมิดเกรงกลัวและเข็ดหลาบ เหตุเพราะ ต้นทุนการผลิตของโจทก์และจำเลยย่อมมีต้นทุนที่ต่างกัน (ต้นทุนจำเลยย่อมต่ำกว่าของโจทก์) ดังนั้น แม้จำเลยจะต้องจ่ายค่าขาดรายได้ (ขาดกำไร) ที่เกิดจากการคำนวณกำไรโดยการหักต้นทุนของโจทก์แล้วนำส่วนต่างดังกล่าวคูณจำนวนชิ้นงานที่เกิดจากการละเมิดของจำเลยให้แก่โจทก์ผู้เสียหาย แต่จำเลยยังคงได้รับผลประโยชน์ (กำไร) มากกว่าค่าเสียหายที่ศาลกำหนดเพราะจำเลยมีกำไรต่อชิ้นในอัตราที่สูงกว่ากำไรต่อชิ้นของโจทก์

---

[36] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ระหว่าง บริษัท อาร์.เอส.โปรโมชั่น 1992 จำกัด โจทก์ และนายสมยศ เอี่ยมสุทธิ์ จำเลย.

ข. ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

จากการพิจารณาคำพิพากษาที่ผ่านมา ศาลมักจะไม่กำหนดค่าเสียหายประเภทนี้หรือกำหนดให้ในจำนวนที่น้อย พิจารณาได้จาก ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544 ที่ศาลในคดีนี้ ให้เหตุผลว่า โจทก์ไม่ได้นำสืบจนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า สินค้าที่ผลิตโดยละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีคุณภาพไม่ดีอย่างไร อีกทั้งไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนเข้าใจผิดคิดว่าสินค้าที่จำเลยผลิตขึ้นมานั้นเป็นสินค้าของโจทก์ และโจทก์ไม่ได้เบิกความพยานผู้เชี่ยวชาญ จึงยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าคุณภาพของสินค้าของจำเลยมีคุณภาพไม่ดี หรือไม่ได้มาตรฐานอย่างไร และจะส่งผลเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์อย่างไร[37]

บทวิเคราะห์: ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียงชื่อเสียงทางการค้านั้น ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่โจทก์แสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำเสนอต่อศาลให้ศาลเห็นเป็นจำนวนเงินได้ เหตุเพราะ ค่าเสียหายประเภทนี้ที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้อย่างแน่นอน อีกทั้ง โจทก์ต้องนำสืบถึงประเด็นการรับรู้ของประชาชนด้วยว่าประชาชนเกิดความสับสนหลงผิดและไม่ทราบว่าเป็นงานที่เกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เมื่อผู้วิจัยศึกษาเทียบเคียงกับหลักการของเครื่องหมายทางการค้าแล้ว จะพิจารณาได้ว่า ในความเป็นจริง แม้ประชาชนจะทราบว่าสินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่ผลิตจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าก็ตาม แต่ประชาชนก็ยังตัดสินใจซื้องานที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าอยู่ ซึ่งอาจเป็นเพราะประชาชนรับรู้หรือคาดหมายได้ว่าสินค้าที่ซื้อมานั้นอาจมีปัญหาเรื่องของคุณภาพอยู่บ้าง มิใช่ตัดสินใจเพราะสับสนหลงผิด

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เมื่อนำประเด็นเดียวกันนี้เทียบเคียงกับหลักการของเครื่องหมายการค้า จะพิจารณาได้ว่า แม้ประชาชนจะไม่ได้ตัดสินใจซื้อเพราะสับสนหลงผิดก็ตาม แต่โจทก์ในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ได้รับความเสียหายแล้ว เหตุเพราะ สินค้าที่เกิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าของจำเลยนั้น ทำให้เกิดความเสื่อมทอนโดยการทำให้ขุ่นมัว (Dilution by Blurring) กับสินค้าของโจทก์แล้ว เพราะสินค้าที่เกิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้านั้นเกิดขึ้นจากความคล้ายกันระหว่างสินค้าของโจทก์ (ที่มีชื่อเสียงและลักษณะเฉพาะ) และสินค้าของจำเลยผู้กระทำละเมิด ทำให้เกิดความเสียหายแก่เครื่องหมายการค้าที่ผลิตอย่างถูกต้องของโจทก์แล้ว[38] โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านชื่อเสียง ซึ่งเมื่อเกิดความเสียหายด้านชื่อเสียงแล้ว ย่อมเรียกร้องค่าเสียหายได้ โดยโจทก์อาจมีวิธีการนำสืบและพิสูจน์ เช่น การนำผลวิจัยของมูลค่าของยี่ห้อ (แบรนด์)

---

[37] สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.**

[38] เสถียรภาพ นาหลวง, **การคุ้มครองเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายในประเทศจีน** [Online], สิงหาคม 2555. แหล่งที่มา https://repository.au.edu/bitstream/handle/6623004553/15293/au-lawj-abstract-15293.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 67.

ของสินค้าโจทก์จากบุคคลหรือสถาบันที่น่าเชื่อถือ อาทิ ข้อมูลการสำรวจของ BrandZ ซึ่งจัดทำโดย WPP บริษัทโฆษณารายใหญ่ ที่ได้จัดอันดับแบรนด์ที่มีมูลค่าสูงที่สุดในโลก 100 อันดับประจำปี 2019[39] รวมถึงพยานผู้เชี่ยวชาญ มานำสืบและเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณา เป็นต้น

ค. ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

จากการศึกษาคำพิพากษาที่ผ่านมา ผู้วิจัยพบว่าส่วนใหญ่โจทก์จะนำสืบและอ้างว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้น ส่งผลให้โจทก์ขาดประโยชน์ไม่ได้รับค่าสิทธิจากการอนุญาต เกี่ยวกับเรื่องนี้ ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555 ที่วินิจฉัยและมีความเห็นว่า การที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้น ไม่เป็นเหตุถึงขนาดทำให้ไม่มีบุคคลใดมาขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์ของโจทก์[40]

อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2560 ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้โดยสรุป กล่าวคือ จำเลยเคยได้รับอนุญาตช่วงในการใช้ลิขสิทธิ์ของรายการข่าวในประเทศและรายการละครโทรทัศน์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าในพื้นที่เฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาโจทก์ไม่ได้ต่ออายุสัญญาให้แก่จำเลย แต่จำเลยกลับได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพของโจทก์ โดยการทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ รวมถึงการแพร่ภาพซ้ำสัญญาณรายการโทรทัศน์ของโจทก์ ทั้งในพื้นที่สหรัฐอเมริกา และทวีปยุโรป และออสเตรเลีย (จำนวน 3 พื้นที่) ต่อมาโจทก์ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวต่อศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา และศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายชดใช้แก่โจทก์ สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน 242 รายการ (Items) เป็นเงินทั้งสิ้น 7,018,000 ดอลลาห์สหรัฐ คิดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์รายการละ 29,000 ดอลลาห์สหรัฐ

ต่อมาโจทก์ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์และความผิดเกี่ยวกับเครื่องหมายบริการกับจำเลยและพวก (จำเลยบางคนเป็นบุคคลเดียวกับคดีที่ฟ้องร้อง ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา) ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง โดยโจทก์ได้เรียกร้องค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยคิดค่าเสียหายในอัตราเหมาจ่ายพื้นที่ละ 45,000 ดอลลาห์สหรัฐต่อเดือน ซึ่งในทางนำสืบโจทก์ได้นำสืบถึงอัตราค่าตอบแทนตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ที่โจทก์ได้เคยอนุญาตแก่ผู้รับอนุญาตและผู้รับอนุญาตดังกล่าวได้อนุญาตช่วงให้แก่จำเลย มาใช้ในการนำสืบและเป็นฐานในการคิดคำนวณ

---

[39] CNBC, **Amazon beats Apple and Google to become the world's most valuable brand** [Online], 11 June 2019. Available from https://www.cnbc.com/2019/06/11/amazon-beats-apple-and-google-to-become-the-worlds-most-valuable-brand.html.

[40] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555 ระหว่าง นายสมนึก ทองมา หรือนายชลธี ธารทอง โจทก์ กับ บริษัท เสียงสยามแผ่นเสียง-เทป จำกัด จำเลย.

ค่าเสียหายส่วนนี้ รวมถึงนำสืบถึงจำนวนผู้รับชมที่สมัครสมาชิกเพื่อรับชมรายการของจำเลยในแต่ละพื้นที่ด้วย

ศาลฎีกาในคดีนี้ วินิจฉัยโดยมีสาระสำคัญว่า “ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายบริการของโจทก์นั้น ศาลย่อมมีอำนาจใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ชดใช้โดยคำนึงถึงลักษณะและผลของการกระทำ ตลอดจนจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์จะพึงได้รับและบังคับเอาจากทรัพย์สินของจำเลยที่ 6 ถึง 8 ทั้งที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยได้” จากหลักการดังกล่าว ศาลฎีกาในคดีนี้ ได้นำอัตราค่าตอบแทนการอนุญาตการใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ที่โจทก์นำสืบ สัดส่วนและรูปแบบการอนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ และเงินสินไหมทดแทนตามคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา มาใช้ประกอบในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ โดยกำหนดค่าเสียหายให้จำเลยชดใช้รวมทั้ง 3 พื้นที่เดือนละ 15,000 ดอลลาห์สหรัฐ[41] ซึ่งผู้วิจัยจะขอนำคำพิพากษาฉบับดังกล่าวมาสรุปและวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

บทวิเคราะห์: จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 พิจารณาได้ว่าศาลไทยยอมรับในเกณฑ์การพิจารณาเรียกค่าเสียหายของโจทก์ โดยยอมรับให้โจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่โจทก์เคยได้อนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิ ทั้งนี้ โจทก์ต้องนำหลักฐานมาแสดงต่อศาลและแสดงถึงวิธีการคำนวณค่าเสียหายประเภทนี้ เช่น การนำสืบถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ได้เคยอนุญาตให้จำเลย อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า กรณีที่โจทก์ไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาตให้ผู้ใดหรือจำเลยใช้สิทธิมาก่อน ศาลจะอนุญาตให้โจทก์เรียกค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิหรือไม่ ทั้งนี้ หากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคำนวณค่าเสียหายจากการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing) ของประเทศเยอรมนี ที่ศาลใช้หลักการคำนวณจากหลักความยุติธรรม (Equitable Principle) ในการประเมินค่าเสียหายจากเกณฑ์ค่าสิทธิให้แก่โจทก์ โดยศาลเห็นว่าค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เหมาะสม ควรพิจารณาจากค่าสิทธิที่ถูกกำหนดในธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน[42]

ง. ผลกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profit) ของผู้กระทำละเมิด

จากการศึกษามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พบว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้มีถ้อยคำที่ชัดเจนในการกำหนดให้ศาลพิจารณาผลกำไรของผู้กระทำละเมิด

---

[41] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับบริษัท ไอพีทีวี จำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

[42] Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349 – NJW 58, 827.

ลิขสิทธิ์มาใช้เป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลไทยที่ผ่านมา ผู้วิจัยพบว่าศาลไทยได้ยอมรับการคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหาย เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 ที่วินิจฉัยโดยมีสาระสำคัญว่า "การที่จำเลยทั้งสามกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ด้วยการทำซ้ำและดัดแปลงงานดนตรีกรรมของโจทก์เพื่อแสวงหากำไรจากการขายซีดีและวีซีดี ซึ่งมีเพลงที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์และได้กำไรจากการอนุญาตให้ผู้อื่นนำเพลงไปให้บริการริงก์โทนแก่บุคคลทั่วไป เป็นผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจำเลยทั้งสามไม่ต้องจ่ายเงินค่าแห่งลิขสิทธิ์ในการขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์แก่โจทก์ และไม่ต้องแบ่งผลกำไรที่ได้รับให้แก่โจทก์ ถือเป็นการแสวงหากำไรจากการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยไม่สุจริต มีผลเสียหายต่อการตลาดของโจทก์ ย่อมมีเหตุผลสมควรที่จะถือว่าผลประโยชน์ที่เป็นกำไรซึ่งจำเลยทั้งสามได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นจำนวนค่าเสียหายที่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการที่จำเลยทั้งสามร่วมกันละเมิดลิขสิทธิ์ในเพลงหนุ่มดอยของโจทก์"[43]

บทวิเคราะห์:โดยทั่วไปการที่โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายโดยการนำเอาผลกำไรของจำเลยมาใช้เป็นฐานในการคำนวณเพื่อกำหนดค่าเสียหายนั้น โจทก์จะต้องนำสืบถึงผลรวมของรายได้ของจำเลยจากจำนวนสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ที่จำเลยจำหน่ายได้คูณกับราคาขายของสินค้าดังกล่าว และหักต้นทุนการผลิตของสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้น อย่างไรก็ตาม หากลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์และการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยไม่ได้มีการบันทึกบัญชีกำไรไว้ตามปกติ ก็จะเป็นปัญหาด้านการนำสืบพยานหลักฐานของโจทก์ เพราะโจทก์มิใช่เป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมกิจการหรือไม่มีโอกาสได้รับรู้ข้อมูลรายละเอียดการทำกิจการของจำเลยแต่อย่างใด อีกทั้งรายละเอียดการทำกิจการของจำเลยข้างต้นก็อยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของจำเลยผู้กระทำละเมิด จึงเป็นข้อขัดข้องที่โจทก์จะสามารถนำพยานหลักฐานนี้เสนอต่อศาลได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า มีประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติของโจทก์ อันได้แก่ การนำค่าใช้จ่าย (ต้นทุน) นำมาหักออกจากยอดรายได้ทั้งหมดของจำเลยนั้น ควรเป็นค่าใช้จ่ายแบบใดหรือลักษณะใดจึงจะสามารถหักได้ เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติหรือกำหนดรายละเอียดไว้ว่าต้องเป็นค่าใช้จ่ายในลักษณะใดได้บ้างจึงจะสามารถนำมาหักได้ ซึ่งในทางกลับกัน ในทางต่อสู้คดีของจำเลย จำเลยจะต้องนำสืบถึงพยานหลักฐานที่สามารถอ้างอิงได้เพื่อนำเสนอให้ศาลเห็นและยอมรับว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเลยต้องเสียไปจริง ๆ และสามารถที่จะหักออกจากกำไรหรือรายได้รวมของจำเลยตามที่โจทก์กล่าวอ้างได้ สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การพิสูจน์กำไรอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้น ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม

---

[43] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2544 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัท ป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

บทบัญญัติของกฎหมายโดยกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่เพียงพิสูจน์รายได้อันเกิดจากกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเท่านั้น โดยที่จำเลยมีหน้าที่ในการสืบพิสูจน์หักล้างโจทก์และนำเสนอต้นทุนค่าใช้จ่ายเพื่อนำมาหักเอากับรายได้ของจำเลยที่โจทก์นำเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาในคดี

จ. ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักไว้ว่า ให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายบนฐานของค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งจากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาคำพิพากษาของศาลไทยนั้น จะพบว่า โจทก์มักจะเรียกค่าใช้จ่ายดังต่อไปนี้เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ได้แก่ ค่านักสืบ ค่าที่ปรึกษา ค่าผู้เชี่ยวชาญในการเก็บหลักฐาน ค่ารางวัลนำจับ ค่าลงประกาศหนังสือพิมพ์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะกำหนดให้มากหรือน้อยเพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับการนำสืบพยานหลักฐานของโจทก์เป็นสำคัญว่าสามารถนำสืบให้ศาลเห็นและน่าเชื่อถือเพียงใดด้วย

บทวิเคราะห์: จากการศึกษาคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ผู้วิจัยพบว่าส่วนใหญ่ การเรียกร้องค่าเสียหายส่วนนี้ของโจทก์ โจทก์มิได้แสดงพยานหลักฐานประกอบการเรียกร้องว่าค่าใช้จ่ายแต่ละรายการนั้น มีความจำเป็นต่อการบังคับสิทธิอย่างไร เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว เป็นผลให้คำพิพากษาวินิจฉัยส่วนใหญ่ของศาลในส่วนนี้ ศาลจะกำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้แก่โจทก์น้อยกว่าที่โจทก์ได้เรียกร้องมาเสมอ อาทิ ตามนัยของคำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 ที่ศาลในคดีนี้ วินิจฉัยโดยสรุปว่า “เพียงแค่ใบขอเบิกค่าใช้จ่ายโดยไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินตามใบขอเบิกดังกล่าวยังไม่ถือว่าค่าใช้จ่ายที่ปรากฏในใบขอเบิกเงินนั้นมีความจำเป็นต่อการบังคับตามสิทธิ”[44] จากคำวินิจฉัยข้างต้นต้องยอมรับว่า การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับสิทธิต่ำกว่าที่โจทก์เรียกร้องมานั้น เกิดจากความผิดพลาดหรือการไม่ให้ความสำคัญในการนำสืบพยานหลักฐานของโจทก์เองแล้ว อีกสาเหตุหนึ่งคือ กฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ย่อยในการวางกรอบหรือแนวทางเพื่อแสดงถึงค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิที่โจทก์จะสามารถมีสิทธิเรียกได้แก่อะไรบ้าง หรือวางแนวทางให้แก่โจทก์ว่าค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องมานั้น โจทก์ต้องนำสืบถึงความจำเป็นแต่ละรายการเหล่านั้นอย่างไร

---

[44] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542 ระหว่าง บริษัท อาร์.เอส.โปรโมชั่น 1992 จำกัด โจทก์ และนายสมยศ เอี่ยมสุทธิ์ จำเลย.

4.5 ปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะขอนำเสนอปัญหาการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ โดยจะศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นต่างๆ จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560[45] ดังจะกล่าวต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560

ข้อเท็จจริงโดยสรุปของคดีนี้ คือ จำเลยที่ 6 7 8 ในคดีนี้ เคยได้รับอนุญาตช่วงจากบริษัทในกลุ่มของโจทก์ ในการใช้ลิขสิทธิ์ของรายการข่าวในประเทศและรายการละครโทรทัศน์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าในพื้นที่เฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์รายการข่าวและรายการละครโทรทัศน์จากโจทก์ ต่อมาเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการอนุญาตช่วงดังกล่าวแล้ว โจทก์ก็ไม่ได้ต่ออายุสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ให้แก่จำเลยแต่อย่างใด แต่จำเลยกลับได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพของโจทก์ โดยการทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ รวมถึงการแพร่ภาพซ้ำสัญญาณรายการโทรทัศน์ของโจทก์ โดยนำไปแสวงหาประโยชน์ทั้งในพื้นที่สหรัฐอเมริกา และยุโรป และพื้นที่อื่น ๆ ซึ่งขั้นตอนและกระบวนการละเมิดลิขสิทธิ์นี้มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวเนื่องกันจากทั้งในประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาโจทก์ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์กับจำเลย (จำเลยที่ 6 7 8 ในคดีนี้) เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวต่อศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา และศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายชดใช้แก่โจทก์ สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน 242 รายการ (Items) เป็นเงินทั้งสิ้น 7,018,000 ดอลลาห์สหรัฐ คิดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์รายการละ 29,000 ดอลลาห์สหรัฐ ในส่วนของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย โจทก์ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพและปลอมเครื่องหมายการค้า (บริการ) ในคดีนี้ และเรียกค่าเสียหายจากจำเลยจากการที่จำเลยและพวกรวม 8 คน (จำเลยที่ 6 7 8 ในคดีนี้ เป็นจำเลยคนเดียวกันกับคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกา)

ทั้งนี้ ในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ตอนหนึ่ง ศาลได้วางแนวทางในการวินิจฉัยกำหนดค่าเสียหายไว้โดยสรุปว่า “การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นมีหลายส่วนและเป็นผลได้ทั้งในประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาหรือพื้นที่อื่น ๆ ในเวลาเดียวกันและต่อเนื่องกันตามลักษณะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพและกิจการที่ทำ ดังนั้น ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายบริการของโจทก์นั้น ศาลย่อมมีอำนาจใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ชดใช้ โดยคำนึงถึงลักษณะและผลของการกระทำ ตลอดจนจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่

---

[45] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับ บริษัท ไอพีทีวี จำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

โจทก์จะพึงได้รับและบังคับเอาจากทรัพย์สินของจำเลยที่ 6 ถึง 8 ทั้งที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยได้”

ในส่วนของการเรียกร้องค่าเสียหายของโจทก์และผลการพิจารณากำหนดค่าเสียหายของศาล สามารถสรุปสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้ หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ดังนี้

1.1) ค่าเสียหายสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเนื่องมากจากการที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการแพร่เสียงแพร่ภาพสด (Live) ไปยัง 3 พื้นที่บนโลก หรือตลาดต่างประเทศ (สหรัฐอเมริกา ยุโรป และตลาดอื่น ๆ)

โจทก์คิดค่าเสียหาย: พื้นที่ละ 45,000 ดอลลาห์สหรัฐต่อเดือน เป็นระยะเวลา 2 เดือนครึ่ง โดยโจทก์มีหลักคิดคำนวณจากค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ที่โจทก์พึงจะได้รับ รวมเป็นเงิน 112,500 ดอลลาห์สหรัฐต่อพื้นที่ รวม 3 พื้นที่เป็นเงินทั้งสิ้น 337,500 ดอลลาห์สหรัฐ

ศาลพิจารณากำหนด: ในส่วนนี้ ศาลพิจารณากำหนดให้ค่าเสียหายรวม 3 พื้นที่ จำนวน 15,000 ดอลลาห์สหรัฐต่อพื้นที่ต่อเดือน เป็นระยะเวลา 2 เดือนครึ่ง เป็นเงินทั้งสิ้น 37,500 ดอลลห์สหรัฐ โดยศาลพิจารณาจากปัจจัยและข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้

ก. การเปรียบเทียบอัตราค่าใช้สิทธิที่โจทก์เคยอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (บริษัทในกลุ่มของโจทก์) ในอัตราเดือนละ 17,083.33 ดอลลาห์สหรัฐ กับอัตราค่าใช้สิทธิที่บริษัทในกลุ่มของโจทก์ได้อนุญาตช่วงให้จำเลยใช้สิทธิดังกล่าว (เดือนละ 18,333.33 ดอลลาห์สหรัฐ)

ข. ขอบเขตและสัดส่วนของการอนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ค่าอนุญาตตามสัญญาทั้งหมดตามสัญญา เป็นค่าสิทธิสำหรับการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ในหลายรูปแบบที่มิได้จำกัดเพียงการแพร่เสียงแพร่ภาพสด (Live) เท่านั้น ซึ่งยังมีวิธีการแสวงหาประโยชน์อีกหลายรูปแบบ รวมไปถึง การทำโสตทัศนวัสดุออกจำหน่ายในรูปแบบ วีดิโอซีดี ดีวีดีด้วย ซึ่งโจทก์ไม่ได้ฟ้องและเรียกร้องส่วนนี้มา ดังนั้น ที่โจทก์คิดค่าเสียหายในส่วนนี้มา จึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของรูปแบบการแสวงหาประโยชน์ที่อนุญาตเท่านั้น

ค. ค่าเสียหายที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาพิพากษาให้โจทก์ได้รับชดใช้โดยแสดงถึงค่าเฉลี่ยของสินไหมต่อรายการที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ (รายการละ 29,000 ดอลลาห์)

ง. ค่าใช้สิทธิที่จำเลยเคยได้เสนอให้โจทก์ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยตรง (เดือนละ 24,000 ดอลลาห์สหรัฐ) และข้อเสนอของโจทก์ที่เสนอต่อ

จำเลยในช่วงการเจรจาต่อสัญญาที่เสนออนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ในรูปแบบการให้สิทธิจัดทำเฉพาะวีดิโอเทป วิดีโอซีดี ดีวีดี เพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า (เดือนละ 18,333.33 ดอลลาห์สหรัฐ)

จ. จำนวนคนไทยซึ่งอาศัยอยู่ในพื้นที่ประเทศใน 3 พื้นที่ เนื่องจากโดยพฤติการณ์การละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีนี้ เป็นการส่งสัญญาณเพื่อให้คนไทยในต่างประเทศได้รับชม โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าชาวต่างประเทศที่ไม่รู้ภาษาไทยจะรับชมได้ด้วยหรือไม่

1.2) ค่าเสียหายสำหรับภาพยนตร์ (ละครโทรทัศน์) ที่ให้บริการแบบชมย้อนหลังได้ (Video on Demand)

โจทก์คิดค่าเสียหาย: คิดค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้ หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตแบบเหมาจ่ายในอัตรา 34,000 ดอลลาห์สหรัฐต่อละครโทรทัศน์ 1 เรื่อง เป็นจำนวน 169 เรื่อง รวมทั้งสิ้น 5,746,000 ดอลลาห์สหรัฐ โดยอ้างถึงรายชื่อละครโทรทัศน์แนบท้ายสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์

ศาลพิจารณากำหนด: ศาลกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้โดยเฉลี่ยสำหรับละครโทรทัศน์จำนวน 153 เรื่อง ที่จำเลยไม่มีสิทธิแสวงหาประโยชน์ได้ไม่ว่าจะในพื้นที่ใดในอัตราเรื่องละ 10,000 ดอลลาห์สหรัฐ และอีก 16 เรื่อง ที่จำเลยไม่มีสิทธิแสวงหาประโยชน์นอกประเทศสหรัฐอเมริกาในอัตราเรื่องละ 5,000 ดอลลาห์สหรัฐ รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 1,610,000 ดอลลาห์สหรัฐ โดยศาลพิจารณาจากปัจจัย ดังต่อไปนี้

ก. ความเก่าและความใหม่ของละครโทรทัศน์ที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์

ข. จำนวนตอนของละครโทรทัศน์แต่ละเรื่องมีความมากน้อยแตกต่างกัน

1.3) ค่าเสียหายสำหรับการถ่ายทอดรายการต่างๆที่ไม่ได้ตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นรายการที่โจทก์แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นรายการวาไรตี้

โจทก์คิดค่าเสียหาย: สำหรับรายการวาไรตี้ โจทก์คิดค่าเสียหายตอนละ 200 ดอลลห์สหรัฐ เป็นจำนวน 2,187 ตอน เป็นเงินทั้งสิ้น 437,400 ดอลลาห์สหรัฐ และรายการพิเศษเกี่ยวกับการประกวดความงาม จำนวน 4 ตอน โจทก์คิดค่าเสียหายตอนละ 1,800 ดอลลาห์สหรัฐ รวม 7,200 ดอลลาห์สหรัฐ

ศาลพิจารณากำหนด: ศาลให้เหตุผลว่า โจทก์ไม่ได้นำสืบให้เห็นถึงที่มาหรือหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณค่าเสียหายที่เรียกมาในแต่ละตอนว่ามีมาอย่างไร ค่าเสียหายดังกล่าวจึงสูงเกินไป เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว จึงสมควรกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้รวม 222,300 ดอลลาห์สหรัฐ

2) ค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ

โจทก์คิดค่าเสียหาย: เป็นเงินจำนวน 10,000,000 บาท ซึ่งโจทก์นำสืบโดยการให้ถ้อยคำตามบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงว่าโจทก์จ่ายเงินให้บริษัทที่ให้บริการด้านกฎหมายเป็นค่าใช้จ่ายก่อนฟ้องคดี เกี่ยวกับค่าคำปรึกษา ค่านักสืบ และผู้เชี่ยวชาญเพื่อเก็บรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีมากกว่า 10,000,000 บาท โดยมีการนำส่งใบเสร็จรับเงินซึ่งมียอดรวมกันมากกว่า 120,000,000 บาท

ศาลพิจารณากำหนด: ศาลวินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 นั้น ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ หมายถึง ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่โจทก์เสียไปก่อนการใช้สิทธิทางศาลหรือระหว่างการใช้สิทธิทางศาล และศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปว่าตามเอกสารใบเสร็จที่โจทก์นำสืบนั้น ไม่ได้แยกให้เห็นรายละเอียดว่าได้ใช้จ่ายเป็นค่าอะไรไปบ้าง และส่วนใดเป็นค่าใช้จ่ายเฉพาะในการดำเนินการบังคับตามสิทธิในประเทศไทย ดังนั้น เมื่อพิเคราะห์ถึงลักษณะและพฤติการณ์ของการละเมิดตลอดจนลักษณะและวิธีการในการบังคับตามสิทธิของโจทก์แล้ว จึงเห็นสมควรให้โจทก์ได้รับค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ 5,000,000 บาท

3) ค่าเสียหายที่เป็นค่าเสียหายต่อชื่อเสียงและค่าความนิยมในเครื่องหมายบริการ

โจทก์คิดค่าเสียหาย: โจทก์คิดค่าเสียหายในส่วนนี้ จำนวน 5,000,000 บาท

ศาลพิจารณากำหนด: ศาลวินิจฉัยว่าเมื่อการกระทำตามฟ้องไม่เป็นการละเมิดต่อเครื่องหมายบริการของโจทก์ จึงไม่มีการทำให้เกิดการเสียชื่อเสียงหรือเสียค่าความนิยมและถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลย

วิเคราะห์ประเด็นที่น่าสนใจของคำพิพากษาฎีกานี้ มีดังต่อไปนี้

1) ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเนื่องมากจากการที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการแพร่เสียงแพร่ภาพสด (Live) ไปยัง 3 พื้นที่หรือตลาด (สหรัฐอเมริกา ยุโรป และตลาดอื่น ๆ) ศาลฎีกาในคดีนี้พิจารณากำหนดค่าเสียหายส่วนนี้โดยใช้ข้อมูลและข้อเท็จจริงในหลายส่วนประกอบการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย อันได้แก่ ขอบเขตของสัญญาการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ อัตราค่าตอบแทนการอนุญาตของสัญญาที่เกิดจากที่โจทก์เคยได้อนุญาตหรืออนุญาตช่วงแก่จำเลย ข้อเสนอการขออนุญาตใช้สิทธิของจำเลยที่เคยเสนอต่อโจทก์ ข้อเสนอของโจทก์ที่เคยเสนอต่อจำเลย จำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เคยพิพากษาให้จำเลยชดใช้ และจำนวนผู้รับชม (เข้าถึง) งานที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าศึกษาต่อไปว่า หากข้อเท็จจริงในคดีนี้ เปลี่ยนเป็นกรณีที่หากโจทก์และจำเลยไม่เคยมีการเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แก่กันมาก่อน และไม่เคยทำสัญญา

อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กับบุคคลอื่นในลักษณะเดียวกันกับจำเลยมาก่อน การที่โจทก์จะเรียกร้องค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ในส่วนนี้ โจทก์จะมีแนวทางใด หรือนำเสนอหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณค่าเสียหายแบบใด รวมถึงศาลจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่โจทก์ เพราะหากไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กันแล้ว การที่จะนำเพียงจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยพิพากษาให้จำเลยชดใช้ กับจำนวนผู้รับชมงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ มาประกอบการพิจารณานั้นจะเพียงพอในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้หรือไม่เพียงใด

ทั้งนี้หากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคำนวณค่าเสียหายจากการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing) ของประเทศเยอรมนี ที่ศาลใช้หลักการคำนวณจากหลักความยุติธรรม (Equitable Principle) เช่น ในคดี Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349-NJW 58, 827 ที่ศาลในคดีนี้เห็นว่าค่าเสียหาย ควรเป็นค่าเสียหายจากการที่โจทก์จะต้องได้รับค่าสิทธิจากจำเลย โดยในการประเมินค่าเสียหายจากเกณฑ์ค่าสิทธิให้แก่โจทก์ในคดี ศาลเห็นว่าค่าสิทธิที่เหมาะสมสำหรับกรณีควรพิจารณาจากธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน[46]

2) ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า หากมีหลักเกณฑ์ย่อยหรือข้อพิจารณาทางกฎหมายอันเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ เช่น การกำหนดไว้ในกฎกระทรวง โดยอาศัยอานาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยกำหนดให้ผู้เสียหายต้องนำสืบโดยนำส่งเอกสารสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์แก่ศาล (หากมี) และหากไม่มีหรือไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าว ให้โจทก์สามารถนำสืบถึงมูลค่าของต้นทุนการผลิต (การสร้างสรรค์งาน) หรือต้นทุนการได้มาซึ่งสิทธิหรือลิขสิทธิ์ อัตราค่าสิทธิ (Royaly Fee) โดยการประเมินมูลค่าจากความต้องการของตลาดในธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน ราคาตลาด ข้อมูลอื่น ๆ ด้านการตลาดที่เกี่ยวข้องในการกำหนดค่าสิทธิ และจำนวนผู้เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ละเมิดของจำเลย โดยให้สามารถนำเสนอทั้งเอกสารและการนำพยานผู้เชี่ยวชาญนำเสนอต่อศาลได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะช่วยให้โจทก์ทราบแนวทางที่ชัดเจนในการพิสูจน์ และศาลเองก็มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและครอบคลุมที่จะใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ได้ดียิ่งขึ้นเป็นที่น่าสังเกตว่าในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาต

---

[46] Stewart, S. M., **International copyright and neighbouring rights,** 2nd ed. (London: Butterworths, 1989), 396.

ให้ใช้สิทธิ อันเนื่องมากจากการที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับภาพยนตร์ (ละครโทรทัศน์) ที่ให้บริการแบบชมย้อนหลังได้ (Video on Demand) นั้น ศาลนำความเก่าใหม่ รวมถึงจำนวนตอนของละครโทรทัศน์แต่ละเรื่องนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วย ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาล ผู้วิจัยเห็นว่า หากศาลมีแนวทางในการนำความเก่าใหม่ของรายการโทรทัศน์ (งานแพร่เสียงแพร่ภาพ) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเฉพาะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว ควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ย่อยหรือข้อพิจารณาทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนอันจะเป็นการช่วยให้ทั้งโจทก์ทราบแนวทางที่ชัดเจนในการพิสูจน์และศาลเองก็มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและครอบคลุมที่จะใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ได้ดียิ่งขึ้น

3) ในส่วนค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิที่ศาลในคดีนี้กำหนดให้เฉพาะค่าใช้จ่ายในการดำเนินการบังคับตามสิทธิในประเทศไทยเท่านั้น ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาล ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีนี้ เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นหลายส่วนและเป็นผลได้ทั้งในประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาหรือพื้นที่อื่น ๆ ในเวลาเดียวกันและต่อเนื่องกันตามลักษณะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพและกิจการที่ทำดังนั้น การที่โจทก์ผู้เสียหายจะดำเนินการบังคับตามสิทธิของตนในพื้นที่อื่น ๆ นอกจากประเทศไทย ก็ย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่ง อาทิ การจ้างนักสืบไปสืบเพื่อเก็บหลักฐานในต่างประเทศ (ที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกัน) การจ้างผู้เชี่ยวชาญในต่างประเทศในการเก็บหลักฐาน เป็นต้น ซึ่งการบังคับสิทธิดังกล่าวย่อมมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าการบังคับสิทธิในประเทศไทย รวมถึงการแจกแจงรายละเอียดของกระบวนการและค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ในต่างประเทศนั้นย่อมมีความยากลำบากมากกว่าการดำเนินการในประเทศไทย

เกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่ศาลในคดีนี้พิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์เฉพาะที่เกิดในประเทศไทยนั้น ยังไม่อาจสะท้อนถึงค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ที่เกิดขึ้นจริงได้ และด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาล ผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสะท้อนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามจริงของโจทก์ เห็นควรที่ศาลจะต้องวินิจฉัยให้ค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ในต่างประเทศเป็นค่าเสียหายที่โจทก์จักต้องได้รับด้วย เพราะกรณีนี้เป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีพื้นที่ในการกระทำละเมิดเกี่ยวเนื่องกันหลายประเทศ การบังคับตามสิทธิของโจทก์ย่อมจะต้องเกิดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการบังคับตามสิทธิในทุกพื้นที่ที่เกิดการละเมิดเกิดขึ้น

4) เป็นที่น่าสังเกตว่า การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพของจำเลยในคดีนี้ เป็นการกระทำที่จงใจหรือมีเจตนาทำให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างแพร่หลาย ซึ่งหากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังที่มีการแก้ไข

เพิ่มเติม พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ซึ่งมีการวางแนวทางให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์จ่ายค่าเสียหายที่มากขึ้นแต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคแรก (ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) (มาตรา 64 วรรคสอง) กรณีเช่นนี้ ศาลในคดีนี้ จักมีเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้อย่างไร เพียงใด เหตุเพราะงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สาธารณชนเข้าถึงได้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (ตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)[47] ลักษณะใดบ้างที่ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นนี้ ผู้วิจัย เห็นว่า ไม่ว่าจำเลยจะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วยลักษณะใดก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นตาม (1),(2) หรือ (3) หากมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นการกระทำที่จงใจหรือเจตนาให้สาธารณชนเข้าถึงอย่างแพร่หลายแล้ว ศาลก็สามารถใช้ดุลยพินิจสั่งให้จำเลยชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ได้ทุกกรณี ทั้งนี้ กรอบการพิจารณาคำว่า “เข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย” นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า จำเป็นจะต้องมีหลักเกณฑ์ย่อยหรือข้อพิจารณาทางกฎหมายอันเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เช่น การพิจารณาจากจำนวนผู้เข้าถึงหรือผู้ใช้งาน หรือจำนวนครั้งในการรับชมของประชาชน เป็นต้น โดยการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางดังกล่าวไว้ในกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นต้น

หลังจากได้วิเคราะห์ประเด็นของคำพิพากษาของศาลไทยอันเกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว ทำให้พบว่ายังมีประเด็นที่ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งผู้วิจัยจะมีข้อเสนอแนะในบทต่อไป

---

[47] มาตรา 29 การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า.

บทที่ 5
บทสรุป และข้อเสนอแนะ

ตามที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาจากบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ที่ผ่านมานั้น ผู้วิจัยได้รับความรู้อันเกิดจากการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยผู้วิจัยใช้ความรู้ที่ได้จากการศึกษาถึงแนวความคิด เหตุผลทฤษฎีของงานอันมีลิขสิทธิ์ สิทธิข้างเคียง และทฤษฎีทางด้านเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (หัวข้อที่ 2.1 ถึง 2.5 ของบทที่ 2) รวมไปถึงข้อมูลพื้นฐานและข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมด้านกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทย (หัวข้อที่ 2.6 ของบทที่ 2) อีกทั้งได้ศึกษาวิเคราะห์ทฤษฎีและแนวคิดทั้งด้านกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมนี มาจัดทำเป็นบทสรุปและจัดทำข้อเสนอแนะของผู้วิจัย ดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นบทบัญญัติที่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งให้แก่โจทก์ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 64 นี้ ได้วางแนวทางให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายจาก

(1) ความร้ายแรงของความเสียหาย

(2) การสูญเสียประโยชน์ และ

(3) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

มาตรา 64 ยังเป็นแนวทางที่จะช่วยให้โจทก์ผู้เสียหายใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการเรียกเอาค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์

อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าว มีลักษณะกว้างขวาง ไม่ได้วางกรอบเอาไว้และเป็นนามธรรมอย่างยิ่ง ทำให้เป็นปัญหาในการตีความตัวบทและปัญหาในการนำสืบปริมาณหรือมูลค่าของค่าเสียหาย เป็นผลให้ทั้งโจทก์ผู้เสียหาย จำเลยผู้ทำละเมิด และศาล เกิดปัญหาและอุปสรรคในทางปฏิบัติและการปรับใช้ตัวบทในหลายประเด็น ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้แยกแยะหรือกำหนดกรอบของการพิจารณาเนื้อหาสาระของกฎหมายเอาไว้ ผู้วิจัย ขอสรุปและจำแนกปัญหาที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้

5.1.1 ปัญหาจากข้อกฎหมาย

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้จำแนกลักษณะของค่าเสียหายที่โจทก์อาจเรียกจากผู้ละเมิดได้ ทำให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายประสบปัญหาในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ที่จะเรียกร้องเอากับจำเลยผู้กระทำละเมิด อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวไม่มี

กรอบหรือหลักเกณฑ์ของการพิจารณาจำนวนของค่าเสียหายที่ชัดเจนเพียงพอให้ศาลใช้เป็นแนวทางได้ ส่งผลให้ศาลอาจตีความและพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีต่าง ๆ ที่แม้ว่าเนื้อหาสาระของคดีความจะมีความคล้ายหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่งก็ตาม แต่อาจมีผลการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าว เกิดจากการที่บทบัญญัติมาตรา 64 นี้ ไม่มีกรอบการพิจารณาที่ชัดเจนในเรื่อง ดังต่อไปนี้

1) กรอบการพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหาย กล่าวคือ หลักการตีความคำว่า “ความร้ายแรงของความเสียหาย” นั้นจะต้องพิจารณาจากความร้ายแรงของความเสียหายมิใช่ความร้ายแรงของการกระทำละเมิด ซึ่งหากไม่มีกรอบการพิจารณาเช่นนั้นแล้ว อาจทำให้การกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ สามารถอธิบายได้ คือ โดยหลักทั่วไปแล้ว ในคดีละเมิดทั่วไปนั้น ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุที่ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายด้วย เพราะหากผู้ทำละเมิดจงใจกระทำละเมิดแล้วทำให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ผู้กระทำละเมิดก็สมควรที่จะต้องชดใช้ความเสียหายเป็นมูลค่าที่สูงกว่ากรณีที่ผู้ทำละเมิดกระทำการโดยประมาท แต่สำหรับกรณีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ศาลพิจารณาถึงความร้ายแรงของความเสียหายเพียงอย่างเดียวโดยมิได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ให้ศาลสามารถพิจารณาพฤติการณ์หรือเจตนาของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ประกอบการพิจารณากำหนดมูลค่าของความเสียหายด้วยได้ ซึ่งอาจจะตีความได้ว่า หากโจทก์ในฐานะผู้เสียหายได้พิสูจน์ถึงความเสียหายแล้ว แต่ศาลเห็นว่าความเสียหายนั้นไม่ร้ายแรงหรือร้ายแรงไม่ถึงขนาด ศาลอาจจะกำหนดมูลค่าของค่าเสียหายโดยไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็ได้ ซึ่งทำให้พิจารณาได้ว่าไม่ว่าผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์จะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม ก็อาจเป็นไปได้ว่าผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสองกรณีดังกล่าวมีโอกาสที่ต้องรับผิดในความเสียหายในจำนวนเดียวกันหรือมูลค่าความเสียหายที่เท่ากันได้

2) กรอบการพิจารณาค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ย่อยในการพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิแต่ละส่วนนั้น ควรมีลักษณะอย่างไร แค่ไหน เพียงใดรวมถึงประเด็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับใช้สิทธิที่เกิดขึ้นทั้งในและนอกราชอาณาจักรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวเนื่องกันนั้น จะถือเป็นค่าใช้จ่ายที่ศาลจะพิจารณากำหนดให้หรือไม่ และมากน้อยเพียงใด

3) กรอบการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ กล่าวคือ แม้ว่ามาตรา 64 วรรค สอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง (ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) สำหรับการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชน

ได้อย่างแพร่หลายก็ตาม แต่ยังไม่มีหลักเกณฑ์ย่อยในการพิจารณาว่าการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาที่เป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลายนั้น ศาลจะปรับใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทใดบ้าง เพียงใด เหตุเพราะงานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภท อาทิ งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น เป็นงานสร้างสรรค์ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สาธารณชนเข้าถึงได้อยู่แล้ว

5.1.2 ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของผู้เสียหาย

ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าเสียหายของผู้เสียหาย (โจทก์) จากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยขอสรุปและจำแนกเป็น 2 ข้อสำคัญ ดังนี้

1) ปัญหาภาระการนำสืบพิสูจน์ กล่าวคือ ภายใต้ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยหลักทั่วไปแล้ว เมื่อโจทก์ได้กล่าวอ้างว่าโจทก์ถูกละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนและเกิดความเสียหายขึ้น เช่นนี้แล้ว ภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ (Burden of Proof) ที่เกี่ยวกับค่าเสียหาย เช่น ข้อมูลรายได้ กำไร รวมถึงค่าใช้จ่ายในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ก็ตกอยู่ที่ฝ่ายโจทก์ฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นอุปสรรคสำหรับโจทก์เป็นอย่างยิ่งที่จะเข้าถึงข้อมูลของจำเลยได้ เหตุเพราะส่วนใหญ่แล้ว ข้อมูลอยู่ในความครอบครองหรือรู้เห็นของฝ่ายจำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์แทบทั้งสิ้น

2) ปัญหาอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายแต่ละประเภทของโจทก์ในศาล

ตามหลักของกฎหมายลักษณะพยาน ที่ได้วางหลักเกี่ยวกับภาระการนำสืบ ที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ" ที่ได้มีการวางหลักไว้ใน มาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง[1] ไว้แล้วนั้น เมื่อนำมาใช้ในการนำสืบพยานเพื่อเสนอต่อศาลสำหรับคดีละเมิดลิขสิทธิ์ โจทก์ในฐานะผู้เสียหายต้องเป็นผู้นำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์ โดยแสดงให้ศาลเห็นถึง ความร้ายแรงของความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์และความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ ซึ่งความไม่ชัดเจนและการไม่มีกรอบการพิจารณาตัวบทกฎหมาย ทำให้โจทก์จะต้องเผชิญกับอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ความเสียหาย อันทำให้โจทก์ไม่อาจทราบได้ว่าโจทก์นั้นจะต้องพิสูจน์มากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล

---

[1] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความ ฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็น ซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์ จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว".

2.1) ปัญหาและอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

ตามที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ที่ผ่านมา ผู้วิจัยได้รับความรู้และสามารถสรุปได้ว่า เมื่อโจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์ถูกละเมิดจากจำเลยผู้กระทำละเมิด โจทก์มักจะเรียกค่าเสียหายจากการขาดรายได้ หรือกำไร เป็นลำดับแรก เนื่องจากค่าเสียหายส่วนนี้ ถือว่าเป็นค่าเสียหายในลักษณะที่ทำให้โจทก์สูญเสียโอกาสหรือขาดประโยชน์ที่โจทก์ควรจะได้รับ เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาและพิจารณาตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (1) แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าค่าเสียหายจากการขาดรายได้ (การสูญเสียโอกาสหรือขาดประโยชน์) นี้ ถือเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (1) แล้วโดยความตกลง TRIPs ข้อ 45 (1) ได้วางหลักไว้ว่า การกำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้เป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลของแต่ละประเทศภาคีสมาชิก ทั้งนี้ ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้เสียหายนั้น จะต้องเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ ทั้งนี้ผู้กระทำละเมิดจะต้องได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้เสียก่อนด้วย[2]

ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายของค่าขาดรายได้หรือค่าขาดกำไรของโจทก์ โดยศาลจะพิจารณาถึงฐานะของทั้งโจทก์และจำเลยว่ามีฐานะเท่าเทียมกันหรือไม่ และศาลจะพิจารณาต่อว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนั้น เป็นการค้าแข่งขันกันกับโจทก์หรือไม่[3] ถ้าหากศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่าจำเลยได้กระทำการมีลักษณะของการแข่งขันทางการค้ากับโจทก์ ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นให้เท่ากับจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับ สำหรับในกรณีที่โจทก์และจำเลยไม่ได้ทำกิจการเพื่อแข่งขันกันทางการค้ากัน การคิดค่าเสียหายจะคิดจากราคาตลาดที่เป็นธรรม (Fair Market Value) แทน ทั้งนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

เมื่อผู้วิจัยได้มาศึกษาประเด็นเดียวกันนี้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศไทย ผู้วิจัยพอจะสรุปได้ว่า ศาลจะนำเอาราคาที่โจทก์ขายงานอันมีลิขสิทธิ์มาคิดคำนวณโดยนำต้นทุนการผลิตของโจทก์มาหักออกจากราคาขายของโจทก์ ส่วนที่เหลือคือกำไรที่โจทก์ควรได้รับ โดยส่วนต่างนี้จะนำมาคูณกับจำนวนชิ้นงานที่จำเลยได้กระทำละเมิด

---

[2] Article 45 of TRIPs

Damages

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

[3] คดี RSO Records, Inc. v. Peri, 596 F. Supp. 849 (S.D.N.Y. 1984) และคดี Taylor v. Meirck, 712 F. 2d 112, 219 U.S.P.Q. 420 (7th Cir. 1983).

ผลลัพธ์ที่ได้คือจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยชดใช้ได้[4] ซึ่งแนวทางของศาลไทยดังกล่าวก็สอดคล้องกับหลักการของความตกลง TRIPs ตามที่กล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม วิธีการคิดคำนวณค่าเสียหายข้างต้นอาจจะยังไม่สะท้อนความเสียหายที่โจทก์เรียกร้องได้อย่างเพียงพอ หากว่าเป็นกรณีที่ต้นทุนการผลิตของโจทก์และจำเลยมีความต่างกันอย่างมาก (ต้นทุนจำเลยต่ำกว่าโจทก์มาก) อันจะทำให้จำเลยยังคงได้รับผลประโยชน์ (กำไร) มากกว่าค่าเสียหายที่ศาลกำหนด เพราะจำเลยมีกำไรต่อชิ้นในอัตราที่สูงกว่ากำไรต่อชิ้นของโจทก์ อันเป็นผลทำให้จำเลยผู้กระทำละเมิดไม่เกรงกลัวและเข็ดหลาบในการกระทำความผิด

เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า หากประเทศไทยนำหลักการที่เป็นแนวทางเดียวกับศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้นมาประยุกต์และปรับใช้ กล่าวคือ ให้นำปัจจัยเรื่องการแข่งขันทางการค้าระหว่างจำเลยและโจทก์มาพิจารณาร่วมด้วย หากพิจารณาแล้วพบว่า จำเลยได้กระทำการอันเป็นการค้าแข่งขันกับโจทก์ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงให้เท่ากับจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับ อันจะเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์และอำนวยความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี

2.2) ปัญหาและอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า

จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ที่ผ่านมา ผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่า เกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า สำหรับคดีที่เกิดขึ้นของประเทศสหรัฐอเมริกา การที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ได้ ศาลจะพิจารณาจากการกระทำของจำเลยที่ได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้วทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายและโจทก์สามารถคำนวณความเสียหายนั้นเป็นตัวเงินต่อเนื่องมาจากความเสียหายสำหรับค่านิยมที่ลดลงโดยเป็นผลจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ซึ่งการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสื่อมเสียงชื่อเสียงแล้วยังทำให้ยอดขายสินค้าลดหรือตกลง เพราะลูกค้าไม่มาซื้อสินค้าของโจทก์ ซึ่งถือว่าความเสียหายนี้เป็นการถดถอยหรือลดลงของรายได้จากการขายสินค้า

อีกทั้งผู้วิจัยได้ศึกษาในประเด็นเดียวกันนี้โดยศึกษาเทียบเคียงกับหลักความเสื่อมทอนโดยการทำให้ขุ่นมัว (Dilution by Blurring) เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าประชาชนจะไม่ได้ตัดสินใจซื้อเพราะสับสนหลงผิดก็ตาม แต่โจทก์ในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ได้รับความเสียหายแล้ว เพราะสินค้าที่เกิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าของจำเลยนั้นจำเลยได้ทำให้เกิดความเสื่อมทอนโดยการทำให้ขุ่นมัว (Dilution by Blurring) กับสินค้าของโจทก์แล้ว เพราะสินค้าที่เกิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้านั้น เกิดขึ้นจากความคล้ายกันระหว่างสินค้า

---

[4] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542.

ของโจทก์ (ที่มีชื่อเสียงและลักษณะเฉพาะ) และสินค้าของจำเลยผู้กระทำละเมิด ทำให้เกิดความเสียหายแก่เครื่องหมายการค้าที่ผลิตอย่างถูกต้องของโจทก์แล้ว[5] โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านชื่อเสียง ซึ่งเมื่อเกิดความเสียหายด้านชื่อเสียงแล้ว ย่อมเรียกร้องค่าเสียหายได้

เมื่อผู้วิจัยได้มาศึกษาประเด็นเดียวกันนี้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศไทยผู้วิจัยพอจะสรุปได้ว่า การที่ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้าได้นั้น โจทก์จะต้องนำสืบพยานหลักฐานให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าผลิตภัณฑ์ (สินค้า) ที่จำเลยได้ผลิตจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีคุณภาพไม่ดีอย่างไรและต้องมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนเข้าใจผิดว่าสินค้าที่จำเลยผลิตขึ้นเป็นสินค้าของโจทก์ รวมถึงโจทก์ต้องเบิกความนำพยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความต่อศาลเพื่อพิสูจน์ว่าคุณภาพของสินค้าของจำเลยมีคุณภาพไม่ดีหรือไม่ได้มาตรฐานอย่างไรและจะส่งผลเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์อย่างไร[6]

และจากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษา พอจะสรุปได้ว่า ที่ผ่านมาส่วนมาก ศาลมักจะไม่พิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทนี้หรือกำหนดให้ในจำนวนที่น้อย ทั้งนี้ เป็นไปได้ว่า เกิดจากการที่โจทก์มักจะเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้จากการประมาณการหรือคาดเดาเอาเองของโจทก์ ซึ่งยากต่อการนำเสนอวิธีการคิดคำนวณทางคณิตศาสตร์ อันเป็นผลทำให้ศาลไม่อาจกำหนดค่าเสียหายส่วนที่โจทก์ร้องขอได้รวมถึงการที่โจทก์ไม่ได้พิสูจน์ ให้ศาลเห็นได้ว่า การกระทำละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์เสียหายต่อชื่อเสียง อย่างไร และการกระทำละเมิดของจำเลยทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นผลงานของโจทก์และลดความน่าเชื่อถือที่มีต่อโจทก์ อีกทั้ง การที่โจทก์ไม่มีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิสูจน์ว่าคุณภาพของสินค้าของจำเลยมีคุณภาพไม่ดีหรือไม่ได้มาตรฐานอย่างไร

2.3) ปัญหาและอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากค่าตอบแทนการใช้สิทธิ

จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ที่ผ่านมา ผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่า ปัจจุบันศาลไทยยอมรับให้โจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่โจทก์เคยได้อนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิ[7] ทั้งนี้ โจทก์ต้องนำหลักฐานมาแสดงต่อศาลและแสดงถึงวิธีการคำนวณค่าเสียหายประเภทนี้ อย่างไรก็ตาม ยังเป็นที่น่าศึกษาต่อไปว่า กรณีที่โจทก์ไม่เคยมีการทำ

---

[5] เสถียรภาพ นาหลวง, **การคุ้มครองเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายในประเทศจีน** [Online], สิงหาคม 2555. แหล่งที่มา https://repository.au.edu/bitstream/handle/6623004553/15293/au-lawj-abstract-15293.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[6] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.

[7] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับบริษัท ไอพีทีวี จำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

สัญญาอนุญาตให้ผู้ใดหรือจำเลยใช้สิทธิมาก่อน ศาลจะอนุญาตให้โจทก์เรียกค่าเสียหายบนฐานค่าตอบแทนการใช้สิทธิได้หรือไม่ และใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาและพอสรุปได้ว่า หากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคำนวณค่าเสียหายจากการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing) ของประเทศเยอรมนี ศาลเยอรมนีจะพิจารณาจากค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เหมาะสม โดยจะพิจารณาจากค่าสิทธิที่ถูกกำหนดในธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน[8] ทั้งนี้ หากประเทศไทยนำหลักการที่เป็นแนวทางเดียวกับศาลของประเทศเยอรมนีข้างต้นมาประยุกต์และปรับใช้ ผู้วิจัยเห็นว่า น่าจะเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์และอำนวยความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีได้เป็นอย่างดี

2.4) ปัญหาและอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากผลกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (Account of Profits) ของผู้กระทำละเมิด

จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ที่ผ่านมา ผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่าแม้ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนในการกำหนดให้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นฐานในการคิดคำนวณค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ปัจจุบัน ศาลไทยก็ได้ยอมรับการคิดผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหายแล้ว[9] อย่างไรก็ตาม ในการนำสืบพยานหลักฐานซึ่งเป็นภาระของโจทก์แต่เพียงผู้เดียวที่จะต้องนำสืบให้ศาลทราบถึงผลกำไรของจำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ก็ยังเป็นอุปสรรคของโจทก์อยู่ อันเนื่องมากจากพยานหลักฐานและรายละเอียดต่าง ๆ ในการทำกิจการของจำเลยผู้กระทำละเมิดอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของจำเลยผู้กระทำละเมิด

ดังนั้น การที่โจทก์จะนำเสนอหลักฐานในส่วนนี้ได้จึงเป็นข้อขัดข้องหรืออุปสรรคเป็นอย่างมากเกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายโดยกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่เพียงพิสูจน์รายได้อันเกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยเท่านั้น ในขณะที่จำเลยมีหน้าที่ในการสืบพิสูจน์หักล้างโจทก์และนำเสนอต้นทุนค่าใช้จ่ายเพื่อนำมาหักเอากับรายได้ของจำเลยที่โจทก์นำเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาในคดี

2.5) ปัญหาและอุปสรรคในการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ

---

[8] Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349–NJW 58, 827.

[9] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ขุขันธิน โจทก์ และบริษัท ป่องทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ที่ผ่านมา ผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มีการกำหนดขอบเขตไว้อย่างกว้างทำให้การเรียกร้องค่าเสียหายส่วนนี้ของโจทก์ ส่วนใหญ่ โจทก์มิได้นำสืบเพื่อแสดงพยานและหลักฐานประกอบการเรียกร้อง เพื่อให้ศาลเห็นถึงค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับสิทธิว่าแต่ละรายการใช้จ่ายนั้นมีความจำเป็นอย่างไร ทำให้ส่วนใหญ่ศาลจะกำหนดค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิให้แก่โจทก์น้อยกว่าที่โจทก์ได้เรียกร้องมาใน ขณะที่ความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ได้วางหลักโดยสรุปว่า ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ชดใช้ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งอาจหมายความรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสมให้แก่ผู้เสียหาย[10] เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าหากประเทศไทยนำหลักการที่เป็นแนวทางของความตกลง TRIPs ข้างต้นมาประยุกต์และปรับใช้ กล่าวคือ มีการบัญญัติประเภทหรือรายการค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิไว้ในบทบัญญัติให้ชัดเจน รวมถึงกำหนดให้ค่าธรรมเนียมทนายความเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิด้วยจะเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์และอำนวยความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี

นอกจากปัญหาด้านข้อกฎหมาย และปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายของผู้เสียหาย ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การพิจารณากำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นก็ตกอยู่ภายใต้การตีความและปรับใช้ ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วยเช่นกัน ซึ่งเมื่อนำมาตรา 64 นี้ มาปรับใช้และตีความกับกรณีการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560[11] แล้ว ผู้วิจัย สามารถสรุปและจำแนกประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

1) เกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย สำหรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการแพร่เสียงแพร่ภาพสด (Live) การที่ศาลฎีกาในคดีนี้ พิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยใช้ข้อมูลและข้อเท็จจริงใน

---

[10] Article 45 of TRIPs

Damages

(2) The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney's fees. In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity.

[11] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับบริษัท ไอพีทีวี จำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

หลายส่วนประกอบการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย อาทิ ขอบเขตของสัญญาการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ อัตราค่าตอบแทนการอนุญาตของสัญญาที่เกิดจากที่โจทก์เคยได้อนุญาตหรืออนุญาตช่วงแก่จำเลย และจำนวนผู้รับชม (เข้าถึง) งานที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นที่น่าศึกษาต่อไปว่า หากเป็นกรณีที่โจทก์และจำเลยไม่เคยมีการเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แก่กันมาก่อน และไม่เคยทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กับบุคคลอื่นในลักษณะเดียวกันกับจำเลยมาก่อน การที่โจทก์จะเรียกร้องค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ในส่วนนี้ โจทก์จะมีแนวทางใด ในการเรียกร้อง และศาลจะมีแนวทางใดในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ รวมถึงประเด็นการนำจำนวนผู้รับชม (เข้าถึง) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วยนั้น โจทก์จะต้องนำสืบพิสูจน์จากข้อมูลใดได้บ้าง ที่ศาลจะสามารถรับฟังได้ ซึ่งในอุตสาหกรรมการแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้น มีองค์กรหรือสถาบันที่ทำการสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์ (เรตติ้ง) อยู่แล้ว โจทก์จะสามารถนำข้อมูลเรตติ้งนี้ประกอบการคิดคำนวณค่าเสียหายและนำเสนอต่อศาลได้หรือไม่ เพียงใด และศาลจะรับฟังข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด

2) เกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย สำหรับกรณีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพสำหรับภาพยนตร์ (ละครโทรทัศน์) ที่ให้บริการแบบชมย้อนหลังได้ (Video on Demand) นั้น ศาลในคดีนี้ได้นำความเก่าใหม่ รวมถึงจำนวนตอนของละครโทรทัศน์แต่ละเรื่องนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วย ผู้วิจัยเห็นว่า หากศาลมีแนวทางในการนำความเก่าใหม่ของรายการโทรทัศน์ (งานแพร่เสียงแพร่ภาพ) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเฉพาะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว ควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ย่อยหรือข้อพิจารณาทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนอันจะเป็นการช่วยให้ทั้งโจทก์ทราบแนวทางที่ชัดเจนในการพิสูจน์และศาลเองก็มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและครอบคลุมที่จะใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ได้ดียิ่งขึ้น

3) เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับตามสิทธิที่ศาลในคดีนี้ กำหนดให้เฉพาะค่าใช้จ่ายในการดำเนินการบังคับตามสิทธิในประเทศไทยเท่านั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในคดีนี้ เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นหลายส่วนและเป็นผลได้ทั้งในประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาหรือพื้นที่อื่น ๆ ในเวลาเดียวกันและต่อเนื่องกันตามลักษณะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพและกิจการที่ทำ ผู้วิจัยเห็นว่า เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสะท้อนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามจริงของโจทก์ ค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ในต่างประเทศควรเป็นค่าเสียหายที่โจทก์จักต้องได้รับด้วย เพราะกรณีนี้เป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีพื้นที่ในการกระทำละเมิดเกี่ยวเนื่องกันหลายประเทศ การบังคับตามสิทธิของโจทก์ย่อมจะต้องเกิดค่าใช้จ่ายต่างๆในการบังคับตามสิทธิในทุกพื้นที่ที่เกิดการละเมิดเกิดขึ้น

4) เกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ตามตามมาตรา 64 วรรค สอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ลักษณะใดบ้าง ที่ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เหตุเพราะ งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สาธารณชนเข้าถึงได้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ลักษณะใดบ้าง ที่ศาลจะพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้วิจัยได้นำเสนอถึงปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและบทวิเคราะห์ (หัวข้อ 4.4 ของบทที่ 4) และปัญหาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (หัวข้อ 4.5 ของบทที่ 4) โดยมีการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลของต่างประเทศ อาทิ เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ผู้วิจัย มีความเห็นว่า เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังมีความไม่ชัดเจนในตัวบท ซึ่งก่อปัญหาในทางปฏิบัติแก่ผู้ใช้ทั้งโจทก์ผู้เสียหาย จำเลยผู้ทำละเมิด และศาลผู้พิจารณาวินิจฉัยกำหนดค่าเสียหาย รวมถึงปัญหาการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ด้วย ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวซึ่งเป็นผลมาจากการศึกษาของผู้วิจัย ดังนี้

5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ผู้วิจัยเห็นว่า

1) เนื้อหาสาระของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ควรได้รับการแก้ไข เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าว มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งเพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย อาทิ โจทก์ผู้เสียหาย จำเลยผู้ทำละเมิด และศาล สามารถเข้าใจได้ถึงบทบาทหน้าที่ของแต่ละฝ่ายในการพิจารณาและพิสูจน์มูลค่าของค่าเสียหายได้ง่ายขึ้น

2) ควรมีการกำหนดค่าเสียหายอันเป็นผลกำไรของผู้ทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์มาบัญญัติไว้ใน มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม ที่ได้วางหลักว่า “ผู้กระทำละเมิดไม่ควรได้รับผลกำไรหรือผลประโยชน์ใด ๆ จากการที่ตนได้กระทำความผิด” ดังนั้น หากเมื่อมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้กระทำละเมิดได้รับผลกำไรหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งมา การรับผลกำไรหรือผลประโยชน์

นั้นถือได้ว่า การได้มานั้นไม่มีมูลจะอ้างตามกฎหมายได้ จึงสมควรที่ผู้ละเมิดจะต้องคืนผลกำไรหรือผลประโยชน์ทั้งหมดนั้นให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์[12]

3) การนำสืบพิสูจน์รายได้ของจำเลยผู้ทำละเมิด นั้น เป็นอุปสรรคอย่างยิ่งของโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายที่จะรู้ถึงรายละเอียด ข้อเท็จจริง ข้อมูล การกระทำละเมิดของจำเลย อีกทั้งข้อเท็จจริงและข้อมูลข้างต้นก็อยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของจำเลยผู้ทำละเมิด ดังนั้น ผู้วิจัย เห็นว่าควรกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ความเสียหายในคดีตกแก่จำเลย (Reverse Burden of Proof) กล่าวคือ ให้จำเลยพิสูจน์ว่ารายได้ที่จำเลยได้รับนั้น มิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่โจทก์กล่าวอ้าง หรือรายได้ของจำเลยมิได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่เพียงอย่างเดียว โดยโจทก์มีหน้าที่เพียงนำสืบให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายเท่านั้น หลังจากนั้นควรเป็นหน้าที่ของจำเลยในการพิสูจน์หักล้าง[13]

4) เกี่ยวกับ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ผู้วิจัย เห็นว่าควรกำหนดให้ค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐานที่จำเป็น ทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายในและภายนอกราชอาณาจักรอันเกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวเนื่องกัน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้น อาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนาย[14] เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

5) เกี่ยวกับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือเจตนาเป็นเหตุให้สาธารณชนเข้าถึงได้อย่างแพร่หลาย ตามมาตรา 64 วรรค สอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้วิจัย เห็นว่า การจำกัดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่จำกัดไว้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคแรกนั้น บางกรณีอาจจะยังไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ รวมถึงไม่อาจลดแรงจูงใจของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เหตุเพราะผู้ละเมิดยัง

---

[12] สอดคล้องกับแนวความคิด เรื่อง การได้ผลประโยชน์โดยมิชอบของผู้กระทำผิด ของตามแนวทางของศาลและกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมนี ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ใน บทที่ 3 ข้อ 3.3 และคดี Potton v. Yorkclose. FSR 11, (1990) ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ในบทที่ 3 และสอดคล้องกับหลักการตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ที่ได้บัญญัติให้ประเทศภาคีสมาชิกให้มีการชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.1.3.

[13] สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 504 (a) และ 504 (b) ของ Copyright Act of 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.7.

[14] สอดคล้องกับหลักการตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ที่ได้วางหลักโดยสรุปว่า ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ชดใช้ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งอาจหมายความรวมถึง ค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสมให้แก่ผู้เสียหายที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.1.2.

ได้รับผลประโยชน์ที่คุ้มค่ามากกว่าเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระแก่โจทก์[15] ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเสนอให้แก้ไขให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ ในจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่น้อยกว่าสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง แทนการจำกัดไว้เพียงสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคแรก เพื่อเป็นการลงโทษทำให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกรงกลัวและเข็ดหลาบต่อการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์[16]

ด้วยเหตุผลที่ผู้วิจัยได้กล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอให้แก้ไข มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นดังนี้

มาตรา 64 “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงโดยให้ศาลพิจารณาถึง ความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์โดยผู้ละเมิดจะต้องรับผิดในค่าเสียหาย ดังต่อไปนี้

(1) จำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปจากการกระทำของผู้ทำละเมิด

(2) ผลกำไรใด ๆ อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง โดยเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงผู้เสียหาย พึงต้องพิสูจน์ถึงยอดรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ละเมิดมีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างยอดรวมรายได้ดังกล่าว

(3) จำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ

(4) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้และให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐานที่จำเป็น ทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายในและภายนอกราชอาณาจักรอันเกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวเนื่องกัน ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้น อาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายตามวรรค หนึ่ง ได้ในจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง

แนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายของศาลและการตีความกฎหมาย ตามมาตรานี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

5.2.2 การออกแนวทางการตีความกฎหมาย มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อใช้เป็นบททั่วไป

---

[15] ยกตัวอย่างในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.1 ในส่วนบทวิเคราะห์.

[16] สอดคล้องกับทฤษฎีค่าเสียหายเชิงลงโทษ ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.5.2.

เพื่อให้การตีความมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของศาลเป็นไปในทิศทางและมาตรฐานเดียวกันและเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดี จึงสมควรที่ภาครัฐจะต้องพิจารณาออกแนวทางการตีความกฎหมายมาตราดังกล่าว โดยผู้วิจัย ขอเสนอว่า แนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าว ควรออกมาใช้บังคับในลักษณะของกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537[17] ควรมีลักษณะ ดังนี้

"แนวทางการตีความและพิจารณาปรับใช้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้

1) หลักเกณฑ์การพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์ ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1.1) เกี่ยวกับผลผลิตจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ศาลพิจารณาว่า ผลผลิตจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นผลผลิตที่อยู่ในตลาดหรือกลุ่มลูกค้าหรือพื้นที่เดียวกันกับผลผลิตที่เกิดจากการผลิตที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือไม่ มาประกอบการพิจารณา[18]

1.2) เกี่ยวกับการขาดรายได้หรือผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ให้ศาลคำนึงถึง ต้นทุน รายได้ ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์มาประกอบการพิจารณา

1.3) เกี่ยวกับจำนวนความเสียหาย อันเกิดจากการขาดประโยชน์จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิรวมถึงจากการใช้สิทธิตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลควรคำนึงถึงอัตราค่าสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้เรียกเก็บจากบุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ กรณีไม่มีหรือไม่ปรากฏว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้กำหนดอัตราค่าสิทธิไว้ ให้ศาลพิจารณาจากค่าอัตราค่าสิทธิที่ถูกกำหนดในธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน มาประกอบการพิจารณาประกอบ[19]

---

[17] มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้.

[18] สอดคล้องกับหลักการที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากหลักเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า ในคดี Taylor v. Meirck, 712 F. 2d 112, 219 U.S.P.Q. 420 (7th Cir. 1983) ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ใน บทที่ 2 หัวข้อ 2.1.1.

[19] สอดคล้องกับหลักการที่ศาลของประเทศเยอรมนี ได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากมาตรา 97 (2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) ที่ได้วางหลักในการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ ซึ่งที่มาของการคำนวณจะคำนวณจากหลักความยุติธรรม (Equitable Principle) เช่น ในคดี Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349 – NJW 58, 827 ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ใน บทที่ 3 หัวข้อ 3.7.3.

1.4) เกี่ยวกับการพิจารณาผลกำไรของผู้ทำละเมิด ให้ศาลกำหนดให้โจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องนำสืบถึงยอดรวมรายได้ทั้งหมดของจำเลยผู้ทำละเมิด และกำหนดให้จำเลยผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์ถึงรายละเอียดของรายได้และที่มาของรายได้เช่นว่านั้น หากจำเลยผู้ทำละเมิดนำสืบพิสูจน์แล้ว และรายได้ของจำเลยผู้ทำละเมิดส่วนใดที่ศาลเห็นว่าไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ศาลหักจำนวนของรายได้ดังกล่าวออกจากยอดรวมรายได้ที่โจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์นำสืบ และให้ศาลสั่งให้โจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหาย เท่ากับผลกำไรของจำเลยผู้ทำละเมิด โดยคำนวณจากยอดรวมรายได้คงเหลือหลังจากการหักส่วนต่าง ๆ ที่กล่าวถึงออก [20]

2) การพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ

การพิจารณาค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธินั้น ให้ศาลพิจารณาถึงความสมเหตุสมผล และความจำเป็นของค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายในและภายนอกราชอาณาจักรจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวเนื่องกัน ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้นอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายและให้ถือว่าค่าใช้จ่าย ดังจะระบุต่อไปนี้ เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิในอัตราที่ศาลเห็นสมควร

2.1) ค่าว่าจ้างนักสืบ

2.2) ค่านำจับ

2.3) ค่าที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญในการเก็บหลักฐาน

2.4) ค่ารางวัลนำจับ

2.5) ค่าลงประกาศหนังสือพิมพ์

2.6) ค่าใช้จ่ายด้านการสื่อสารที่จำเป็น อาทิ ค่าโทรศัพท์ ค่าอินเทอร์เน็ต ค่าจัดส่งเอกสาร

2.7) ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความ เฉพาะที่โจทก์ได้ร้องขอเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ มิใช่การเรียกค่าฤชาธรรมเนียมทนายความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

---

[20] สอดคล้องกับหลักการตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ที่ได้วางหลักโดยสรุปว่า ให้มีการชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ใน บทที่ 3 หัวข้อ 3.1.3 และสอดคล้องกับหลักการคิดบัญชีผลกำไร (Account of Profits) ของหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และเยอรมนี ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและนำเสนอไว้ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.7.

3) การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

การพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษ นั้น ให้ศาลพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.1) ความชัดแจ้งของหลักฐานของการละเมิดลิขสิทธิ์และ

3.2) การทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาและ

3.3) เป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ การพิจารณาการเข้าถึงโดยสาธารณชนอย่างแพร่หลาย ให้ศาลพึงคำนึงถึง ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สาธารณชนเข้าถึง รวมถึงจำนวนประชาชนที่เข้าถึง มาประกอบการพิจารณา

หากศาลพิจารณาแล้ว มีความเห็นว่าการทำละเมิดจำเลยครบองค์ประกอบดังกล่าวแล้ว ให้ศาลพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวโดยเคร่งครัด และสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 64 วรรค สอง”

5.2.3 การออกแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ เฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีความเหมาะสมแก่กรณี โดยเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ผู้วิจัยขอเสนอให้มีการกำหนดแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย ในลักษณะของกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยควรมีลักษณะ ดังนี้

“เพื่อให้ การพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของศาลเป็นไปในทิศทางและมาตรฐานเดียวกันและสอดคล้องกับสภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์และอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง จึงสมควรที่จะกำหนดแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ตามลักษณะแห่งการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่มีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ โดยการจัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า ค่าเสียหายกรณีนี้ ควรพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1.1) ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์

1.1.1) หากเจ้าของลิขสิทธิ์มีการประกอบธุรกิจจำหน่ายโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง จากงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นอยู่แล้ว สามารถคำนวณได้ดังนี้

$$D = (P - C) \times U$$

โดยที่

D (Damages)	=	จำนวนค่าเสียหาย
P (Price)	=	ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้าหนึ่งหน่วย
C (Cost)	=	ต้นทุนการผลิตต่อชิ้นงานของเจ้าของลิขสิทธิ์
U (Unit)	=	จำนวนชิ้นงานที่ผลิตขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ (ไม่ว่าจะจำหน่ายได้แล้วหรือไม่)

1.1.2) หากเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้ประกอบธุรกิจจำหน่าย โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง จากงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ให้ศาลพึงพิจารณาค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(1) สำหรับกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เคยจัดเก็บค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับการใช้ประโยชน์ในลักษณะเดียวกับการที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีนี้ ศาลอาจพิจารณาได้จากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เคยจัดทำหรือปฏิบัติกันมาก็ได้

(2) สำหรับกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่เคยจัดเก็บค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับการใช้ประโยชน์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพของตนในลักษณะใด ๆ เช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์มาก่อน ศาลอาจพิจารณาเปรียบเทียบอัตราค่าตอบแทนการใช้สิทธิกับบุคคลหรือองค์กรอื่นในธุรกิจเดียวกัน

(3) หากในธุรกิจเดียวกันไม่เคยมีการจัดเก็บค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิจากการใช้ประโยชน์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมาก่อน ศาลอาจพิจารณาจำนวนอัตราค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เหมาะสมได้โดยการคาดเดาราคาซึ่งพิจารณาจากพยานหลักฐานในคดีประกอบกับต้นทุนราคาของลิขสิทธิ์ประกอบการพิจารณา

2) กรณีที่มีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ โดยการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพ และแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ค่าเสียหายกรณีนี้ควรพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1) กรณีเจ้าของลิขสิทธิ์ นำสืบถึงค่าเสียหายอันเป็นการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้ประเภทต่าง ๆ ของกิจการโทรทัศน์ ให้ศาลพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1.1) กรณีขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้จากค่าโฆษณาสามารถคำนวณได้ ดังนี้

$$D = \frac{(\text{Rt ผู้ทำละเมิด}) \times P \times T}{\text{Rt เจ้าของลิขสิทธิ์}}$$

โดยที่

D (Damages) = จำนวนค่าเสียหาย

Rt (Rating) = เรตติ้งรายการโทรทัศน์

P (Price) = ราคาขายโฆษณาต่อนาที

T (Time) = จำนวนนาทีที่โฆษณาได้ตลอดเวลาการละเมิดลิขสิทธิ์

ทั้งนี้ กรณีที่โจทก์ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์เรตติ้งรายการโทรทัศน์ของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ให้ศาลกำหนดให้โจทก์สามารถสืบพิสูจน์เรตติ้งรายการโทรทัศน์ที่ลดลงของโจทก์หลังการถูกละเมิดลิขสิทธิ์สามารถคำนวณได้ดังนี้

$$D = \frac{(\text{Rt เจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนถูกละเมิด} - \text{Rt เจ้าของลิขสิทธิ์หลังถูกละเมิด}) \times P \times T}{\text{Rt เจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนถูกละเมิด}}$$

2.1.2) กรณีขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้จากจากค่าสมาชิกจากผู้รับชมที่จ่ายให้สถานีโทรทัศน์สามารถคำนวณได้ ดังนี้

$$D = P \times U$$

โดยที่

D (Damages) = จำนวนค่าเสียหาย

P (Price) = ราคาอัตราค่าสมาชิกจากผู้รับชมที่จ่ายให้สถานีโทรทัศน์ต่อคน

U (Unit) = จำนวนคน/ สมาชิกที่เกิดจากการรับชมจากช่องทางการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ทำละเมิด

2.1.3) กรณีขาดประโยชน์ไม่ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ ให้ศาลปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในข้อ 1.1.2 ของแนวทางฉบับนี้ โดยอนุโลมทั้งนี้ ให้ศาลนำปัจจัย ดังต่อไปนี้ ประกอบการพิจารณาด้วย[21]

(1) ช่องทาง (Platform) และพื้นที่ (Territory) ในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ทำละเมิด กล่าวคือ หากผู้ทำละเมิดทำละเมิดลิขสิทธิ์ ในช่องทาง (Platform) หรือพื้นที่ (Territory) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่ประกอบกิจการ ให้ศาลปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในข้อ 1.1.2 ของแนวทางฉบับนี้ โดยอนุโลม แต่หากผู้ทำละเมิดได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในช่องทาง (Platform) หรือพื้นที่ (Territory) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกิจการอยู่แล้ว ให้ศาลปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในข้อ 2.1.1 หรือ 2.1.2 ของแนวทางฉบับนี้ โดยอนุโลม

(2) ประเภทของงานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือรายการโทรทัศน์เช่น รายการวาไรตี้ รายการกีฬา รายการละครโทรทัศน์

(3) ความเก่าใหม่ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือรายการโทรทัศน์

(4) จำนวนตอนของงานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือรายการโทรทัศน์

(5) อัตราความนิยม (เรตติ้ง) ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือรายการโทรทัศน์ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์

2.2) กรณีเจ้าของลิขสิทธิ์ นำสืบถึงค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า ให้ศาลพิจารณาจากปัจจัย ดังต่อไปนี้

2.2.1) ข้อมูลมูลค่าชื่อเสียงทางการค้าของโจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์จากบุคคลหรือสถาบันที่น่าเชื่อถือ

2.2.2) พยานผู้เชี่ยวชาญที่นำสืบถึงผลกระทบต่อชื่อเสียงทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์

3) กรณีที่มีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยการจัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า

ให้ศาลกำหนดให้โจทก์ต้องนำสืบถึงยอดรวมรายได้ทั้งหมดของผู้ทำละเมิด และกำหนดให้ ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์ถึงรายละเอียดของรายได้และที่มาของรายได้

---

[21] เป็นข้อเสนอแนะที่ผู้วิจัยได้ศึกษาวิเคราะห์และต่อยอดจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 และได้นำเสนอไว้แล้วใน บทที่ 4 หัวข้อ 4.5.

หากผู้ทำละเมิดนำสืบพิสูจน์แล้ว และรายได้ของผู้ทำละเมิดส่วนใดที่ศาลเห็นว่าไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ศาลหักจำนวนของรายได้ดังกล่าวออกจากยอดรวมรายได้ที่โจทก์นำสืบ และให้ศาลสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหาย เท่ากับผลกำไรของผู้ทำละเมิด โดยคำนวณจากยอดรวมรายได้คงเหลือหลังจากการหักส่วนต่าง ๆ ที่กล่าวถึงออก

4) การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ตามมาตรา 64 วรรค สอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 สำหรับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้น ให้ศาลพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

4.1) ความชัดแจ้งของหลักฐานของการละเมิดลิขสิทธิ์และ

4.2) การทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาและ

4.3) เป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์สามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย

ทั้งนี้ การพิจารณาการเข้าถึงโดยสาธารณชนอย่างแพร่หลายของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ให้ศาลพึงคำนึงถึง จำนวนของประชาชนที่เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมีจำนวนมากพอสมควรตามสภาพของงานนั้น

ภายใต้มาตรา 64 วรรค สอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หากศาลพิจารณาแล้ว มีความเห็นว่าการทำละเมิดของจำเลยครบองค์ประกอบดังกล่าวแล้ว ให้ศาลพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวโดยเคร่งครัด และสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นในจำนวนที่ศาลเห็นสมควร”

บรรณานุกรม

กสทช. ถอย ยกร่างกำกับ OTT ใหม่ เลื่อนเดดไลน์ สุภิญญาหวั่นกำกับสื่อออนไลน์แบบนี้ยุ่งยาก. (2560, 7 พฤษภาคม). *ประชาไท*. สืบค้นจาก https://prachatai.com/journal/2017/07/72274.

กฤษณา พิษณุโกศล. (2531). *ค่าเสียหายเชิงลงโทษ*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กัญญธิดา โบสุวรรณ. (2552). *พัฒนาการทางกฎหมายในการกาหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (ม.ป.ป.). *กฎหมายลิขสิทธิ์-ประเทศเยอรมนี*. สืบค้นจาก https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_german_4_copyright.pdf.

กรมประชาสัมพันธ์ จังหวัดขอนแก่น. (2553). *อัตราค่าใช้จ่าย เช่าเวลา-อุปกรณ์ คำสั่ง กปส. ที่ 280/2553*. สืบค้นจาก http://tv11.prd.go.th/khonkaen/download/list/RT%20SAT%20new.pdf.

ขาดทุนระนาวเหตุโฆษณาไม่เข้าเป้า/ ช่องเนชั่นสวนกระแส ทีวีดิจิตอล Q1 บักโกรก. (2558, 22 พฤษภาคม). *ฐานเศรษฐกิจ*. สืบค้นจาก https://work.listedcompany.com/newsroom/20150521-work-thansettakij01.pdf.

คณะเจ้าหน้าที่ บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน). (2552). *ประวัติ อ.ส.ม.ท. องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย*. สืบค้นจาก http://dtv.mcot.net/mcot_one.php?dateone=1243329758.

คนึง ฦๅไชย. (2528). *หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ ในหลักกฎหมายบางเรื่อง*. กรุงเทพฯ: ป.สัมพันธ์พาณิชย์.

ควีนอังกฤษทรงเตือนเรื่องปาปาราซซี. (2552, 7 ธันวาคม). *คมชัดลึก*. สืบค้นจาก http://www.komchadluek.net/news/foreign/40184.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2526). ค่าเสียหายในคดีละเมิด. *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 7*(2), 29-30.

จณัญญา เฉลิมวิวัฒน์กิจ. (2542). *ข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จรัญ ภักดีธนากุล. (2547). รายงานพิเศษ Product liability law: กลไกใหม่ยกระดับมาตรฐานสังคมไทย. *วารสารข่าวกฎหมายใหม่, 9*, 32.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2543). แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา. *วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช, 13*(1), 113.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2545). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จิตติ ติงศภัทิย์. (2526). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. (2526). *นิติกรรมและหนี้*. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. (2545). *กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล. (2561). *ระเบียบเรื่องการปิดกั้นการให้บริการเชิงภูมิศาสตร์ (Geo-blocking regulation) ของสหภาพยุโรป*. สืบค้นจาก http://chalermchai-nbtc.blogspot.com /2018/06 /geo-blocking-regulation_12.html.

ชนินธร โพธิอ่อน. (2551). *การศึกษาปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเลือกใช้บริการไอพีทีวี (IPTV) ของผู้บริโภคในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชาติชาย กิติสารศักดิ. (2532). *การให้ความคุ้มครองสิทธิข้างเคียง*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

‘ช่อง 3’ ยุติแพร่ภาพ ‘ทีวีแอนะล็อก’ แล้ว. (2563, 26 มีนาคม). *สยามรัฐออนไลน์*. สืบค้นจาก https://siamrath.co.th/n/141889.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2548). *ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาครียะ. (2559 ก). *เนื้อหารายการโทรทัศน์ภายใต้วิวัฒนาการของห่วงโซ่การประกอบกิจการ (ตอนที่ 1) (Television content in value chain)*. สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/doc/2559_09_2.pdf.

ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาครียะ. (2559 ข). *สิทธิในการแพร่ภาพและเสียงรายการกีฬา (Sports broadcasting rights)*. สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/ doc/2559_08_4.pdf.

ดิลก เสริมวิริยะกุล. (2553). *การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. สืบค้นจาก http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/2553-28.pdf.

ดุจแข ค้ำชู. (2549). *มาตรการบังคับสิทธิทางแพ่งเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาการละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ทรูวิชั่นส์สปีดเพิ่มลูกค้าใหม่ ทุ่มสุดตัวประมูลพรีเมียร์ลีก. (2562, 19 กุมภาพันธ์). *ประชาชาติธุรกิจออนไลน์*. สืบค้นจาก https://www.prachachat.net/marketing/news-292113.

ทำไม กสทช. ต้องกำกับ OTT (Cyber weekend). (2560, 10 มิถุนายน). *Manager Online*. สืบค้นจาก https://mgronline.com/cyberbiz/detail/9600000059094.

ธัชชัย ศุภผลศิริ. (2544). *กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ธัชริน บุญฤทธิ์รุ่งโรจน์. (2552). *ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองสัญญาณรายการเข้ารหัสที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียม*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นีลเส็น เผยเม็ดเงินโฆษณา 2562 โต 3% แตะ 1.24 แสนล้าน. (2563, 15 มกราคม). *ฐานเศรษฐกิจ*. สืบค้นจาก https://www.thansettakij.com/content/business/418900.

เนติมา คงแคล้ว. (2557). *การเปิดเสรีการค้าบริการกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทยในยุคการหลอมรวมเทคโนโลยี: ศึกษากรณีการเข้าสู่ตลาดและมาตรการการกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บัญญัติ สุชีวะ. (2559). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

ปรัชญนันท์ นิลสุข. (2541). *ทฤษฎีและการทำงานเครื่องรับโทรทัศน์เบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดยูเคชั่น.

ปิยะนันท์ พันธุ์ชนะวานิช. (2531). *ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เปิด “PEACE TV” ออนไลน์ “นปช.” ไม่หยุดท้าชน “คสช.”. (2558, 12 พฤษภาคม). *Manager Online*. สืบค้นจาก https://mgronline.com/politics/detail/9580000053845.

พัลภา ชัยอาญา. (2545). *การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า: วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พจน์ ปุษปาคม. (2525). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ภัทรภร จารุหิรัญสกุล. (ม.ป.ป.). *อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของวิธีการวัดอัตราความนิยม รายการ Past present and future of rating measuring methods*. สืบค้นจาก https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/epaper/july_dec2005/pataraporn.pdf.

ภัสรา ปิตยานนท์. (ม.ป.ป.). *OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์.* สืบค้นจาก http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv-อนาคตแห่งการชมโทรทัศน/.

มณิศรา เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2553). *การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีสิ่งแวดล้อม.* วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

มานิตา รุ่งเรืองตันติสุข. (2554). *การนำหลักค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory damages) มาใช้ในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์.* สืบค้นจาก http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/27318/1/manita_ru.pdf.

มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ. (2559). *โครงการศึกษาแนวทางในการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (Audience measurement).* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/581000000001.pdf.

เมธาวี สาระไทย. (2546). *ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ: ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดี และวีซีดี.* วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ยรรยง พวงราช. (2541). ทรัพย์สินทางปัญญา: ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ. *บทบัณฑิตย์,* 54.

ยืน ภู่วรวรรณ. (ม.ป.ป.). *เทคโนโลยีมัลติมีเดีย.* สืบค้นจาก https://web.ku.ac.th/schoolnet/snet1/network/multimediea.html.

รัตติยา อังกุลานนท์. (2560, 21 มิถุนายน). ยุติทีวีอนาล็อก มุ่งแต้มต่อออนไลน์. *กรุงเทพธุรกิจ.* สืบค้นจาก http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641670.

วัส ติงสมิตร. (2551). *ลิขสิทธิ์ ตัวบทพร้อมข้อสังเกต เรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

วาทินี รจิตบูรณะกุล. (2539). *การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ.* วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

วารี อัศวเกียรติรักษา. (2542). *การทำหน้าที่ของรายการสารคดีและเทคโนโลยีทางโทรทัศน์.* วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. (2551). *คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ศักดา ธนิตกุล. (2544). *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ศักดา ธนิตกุล. (2555). *การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย*. สืบค้นจาก http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/59336/1/Sakda%20Th_Res_2555.pdf.

ศรีราชา เจริญพานิช. (2553). *กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. (2558). *ทีวีออนไลน์เติบโตต่อเนื่อง...ดันมูลค่าตลาดผลิตรายการปี 58 ทะลุ 600 ล้านบาท*. สืบค้นจาก https://www.kasikornresearch.com/InfoGraphic/Documents/2652_update.pdf.

สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน). (2559). *ทีวีชุมชนขยับแล้ว ! กสทช.อนุมัติ 3 โครงการนำร่อง เริ่มที่พะเยา-อุบลฯ-อันดามัน*. สืบค้นจาก https://ref.codi.or.th/public-relations/news/15165-3-7.

สปริงนิวส์ขายหุ้นลื่นปรื๊ด. (2561, 25 กันยายน). *ไทยรัฐ*. สืบค้นจาก https://www.thairath.co.th/content/1383266.

สมพันธ์ จารุมิลินท. (2547). *ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และผลกระทบของโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกในประเทศไทย*. ม.ป.ท.: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง.

สิริภา วงศ์จิรัตน์สกุล. (2552). *ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษและการเรียกเอาผลกำไรจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์*. การค้นคว้าอิสระปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.

สุรชัย พ่วงชูศักดิ์. (2549). ค่าเสียหายเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย. *ดุลพาห, 53*(2), 90-113.

สุษม ศุภนิตย์. (2543). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

ส่องมูลค่าโฆษณาปี 62 วิทยุรุ่ง-เคเบิลทีวีร่วง. (2563, 15 กุมภาพันธ์). *ประชาชาติธุรกิจ*. สืบค้นจาก https://www.prachachat.net/ict/news-421704.

สนธิ วอนประชาชนช่วย ASTV ด้วยการรับข่าวผ่านมือถือ 200 บาท/ด. (ระบบ dtac, ais, true move และ hutch). (2551, 4 กันยายน). *Manager Online*. สืบค้นจาก https://mgronline.com/politics/detail/9510000104597.

โสภณ รัตนากร. (2542). *หนี้*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2560 ก). *สื่อวิทยุ-โทรทัศน์มีรายได้จากอะไรบ้าง*. สืบค้นจาก http://bcp.nbtc.go.th/en/detail/2017-01-25-15-58-52.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2560 ข). *สรุปเนื้อหาการประชุมเพื่อเตรียมความพร้อมในการเป็นผู้ให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ OTT และการเป็นผู้ให้บริการโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ OTT "โดยพันเอก ดร.นที ศุกลรัตน์"*. สืบค้นจาก https://www.nbtc.go.th/News/Press-Center/สรุปเนื้อหาการประชุมเพื่อเตรียมความพร้อมในการเป็นผ.aspx.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2561). *รายงานการวิเคราะห์สภาพอุตสาหกรรมและตลาดกิจการโทรทัศน์ไทย.* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/610300000001.pdf.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2562 ก). *ผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์สำหรับการให้บริการโทรทัศน์ในระบบดิจิตอล.* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/tvwave/tvdigitallic.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2562 ข). *เปิดรายได้จริง ปีที่ 5 (2561) ทีวีดิจิตอลภาคธุรกิจ 22 ช่อง รายได้รวมกว่า 2 หมื่นล้านบาท เพิ่มขึ้น 17.9%.* สืบค้นจาก https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/620700000007.pdf.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2550). *อาชญากรรมทางเศรษฐกิจข้ามชาติ.* สืบค้นจาก https://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebbas/b50591_crime.pdf.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ. (2537). *รายงานการสำรวจเกี่ยวกับสื่อมวลชนด้านวิทยุ พ.ศ. 2537.* กรุงเทพฯ: สำนักนายกรัฐมนตรี (กองคลังข้อมูลและสนเทศสถิติสำนักงานสถิติแห่งชาติ).

อรพรรณ พนัสพัฒนา. (2547). ประเด็นใหม่เรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกา. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 7*(7), 201.

อรพรรณ พนัสพัฒนา. (2548). การให้ความคุ้มครองแก่สัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียม. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 8*(8), 144-146.

อรพรรณ พนัสพัฒนา. (2557). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

อุบลรัตน์ ศิริยุวศักดิ์. (2550). *สื่อสารมวลชนเบื้องต้น สื่อมวลชน วัฒนธรรม และสังคม.* กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

อุษณีย์ ศิริสุนทรไพบูลย์. (2552). *หลักการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์.* กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, 86 F. Supp. 399 (S.D.N.Y. 1949). (1949). Retrieved from https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/86/399/2354397/.

Amazon beats Apple and Google to become the world's most valuable brand. (2019, June 11). *CNBC*. Retrieved from https://www.cnbc.com/2019/06/11/amazon-beats-apple-and-google-to-become-the-worlds-most-valuable-brand.html.

Atlantic Monthly Co. v. Post Pub. Co., 27 F.2d 556 (D. Mass. 1928). (1928). Retrieved from https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/F2/27/556/1550948/.

Bainbride, D. (1996). *Intellectual property*. London: Pitman.

Bently, L., & Sherman, B. (2001). *Intellectual property law*. Oxford: Oxford University Press.

Boston Consulting Group. (2016). *The value of content*. Retrieved from https://www.libertyglobal.com/pdf/public-policy/The-Value-of-Content-Digital.pdf.

Business Trends Analysts Inc. v. The Freedonia Group Inc., 887 F. 2d 399 12 U.S.P.Q. 2d1457 (2d Cir. 1988). (1988). Retrieved from https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/700/1213/1453087/.

Cable television. (2010). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-cable-television-CATV-system.html.

Chisman, D. S., & Jacobs, M. A. (1992). *Understanding of intellectual property law*. New York: Mathew Bender.

Cohm, E. J. (1968). *Mannual of German law V. 1*. New York: Ocean.

Cooke, J. (2001). *Law of tort*. Essex: Longman.

Cornish, W. R. (1999). *Intellecutal property: Patent, copyright, trade mark and allied rights*. London: Sweet & Maxwell.

Cross & Smith. (2017). *A brief look at Alabama personal injury damages.* Retrieved from https://www.crossandsmith.com/personal-injury/brief-look-alabama-personal-injury-damages/.

Derek Andrew v. Poof Apparel. (n.d.). Retrieved from https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1024776.html.

Dobbs, D. B. (1973). *Remedies: Damages-equity-restitution*. Minnesota: West.

Einhorn, M. A. (2008). *Damages valuation in music copyright.* Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1611219.

Elliote, C., & Quinn, F. (2001). *Tort law*. Essex: Longman.

Felder, F. (1978). *An introduction to the mass media*. New York: Harcourt Brace Jovanoch.

Flow of TV radio waves. (n.d.). Retrieved from https://www.nec.com/en/global/about/mitatv/04/index.html.

Garnett, K., Rayner, J., & Davies, G. (1991). *Copinger and skone james and copyright V. 1*. London: Sweet & Maxwell.

Goldstein, P. (2001). *International intellectual property: Cases and materials*. New York: Foundation Press.

Harrison, J. L. (1995). *Law and economics in a nutshell*. Minnesota: West.

Heuston, R. F. V., & Buckley, R. A. (1996). *Salmond and Heuston on the law of torts*. London: Sweet & Maxwell.

House Report Rep. No. 94–1476, 94th Cong., 2d, Sess, 143-44 (1976), at 161. (1976). Retrieved from https://law.resource.org/pub/us/compendium/ibr/clrev_94-1476.pdf.

Internet-TV-system. (n.d.). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-Internet-TV-System.html.

IPTV-system. (2010). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-IPTV-system.html.

Joyce, C., Leaffer, M., Jaszi, P., & Ochoa, T. (2006). *Copyright law* (7th ed.). New York: Lexis Nexis.

Judgments - Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary. (2001). Retrieved from https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm.

Kociubinski, B. (2007). *Assessing the moral legitimacy of statutory damages in copyright*. Boston: Boston University School of Law.

Lawson, F. H. (1980). *Remedies of English law*. London: Butterworths.

Leaffer, M. (1995). *Understanding copyright law*. New York: Matthew Bender.

Law Teacher. (2013). *Re polemis and furness, withy & co*. Retrieved from https://www.lawteacher.net/cases/re-polemis-and-furness-withy.php?vref=1.

Lone, D. E., & D'Amato, A. (2000). *Coursebook in international intellectual property*. Minnesota: West.

Markesinis, B. S. (1994). *German law of tort*. Oxford: Clarenon Press.

Mobile-television-system. (2010). Retrieved from http://www.althos.com/tutorial/TV-advertising-tutorial-mobile-television-system.html.

Motta, M., & Polo, M. (1997). *Concentration and public policies in the broadcasting industry: The future of television*. Retrieved from https://academic.oup.com/economicpolicy/article/12/25/294/2366333.

Nielsen. (2560). *นีลเส็นเปิดตัวการให้บริการ การวัดเรตติ้งโฆษณา รวมออนไลน์และออฟไลน์ หรือ Total Ad ratings ในประเทศไทย*. สืบค้นจาก https://www.nielsen.com/th/th/press-room/2017/nielsen-total-ad-ratings.html.

Norman, J. (n.d.). *The statute of Anne: The first copyright statute 1709*. Retrieved from http://www.historyofinformation.com/detail.php?entryid=3389.

O'Driscoll, G. (2007). *Next generation IPTV services and technologies*. Hoboken, New Jersey: Wiley-Interscience.

Phillips, J., & Firth, A. (1989). *Introduction to intellectual property* (2nd ed.). London: Butterworths.

Positioning. (2562 ก). *เปิดเม็ดเงินโฆษณาทีวีดิจิทัลปี 61 มูลค่า 67,936 หมื่นล้าน โต 8% ช่อง 3, ช่อง 7 เวิร์คพอยท์ โกยมากสุด*. สืบค้นจาก https://positioningmag.com/?p=1206758.

Positioning. (2562 ข). *เม็ดเงินโฆษณาละคร 2 หมื่นล้าน "ทีวีดิจิทัล" เปิดศึกชิงเค้กไพรม์ไทม์ครึ่งปีหลัง*. สืบค้นจาก https://positioningmag.com/1234800.

Posner, R. A. (1992). *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown.

Satellite reception. (n.d.). Retrieved from http://repairfaq.cis.upenn.edu/sam/Icets/satellte.htm.

SiamLeaks.com. (2555). *สถานีโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม Bluesky Channel แนวรบทางด้านสื่อโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมของประชาธิปัตย์*. สืบค้นจาก http://www.siamleaks.com/top-news/2012/49.html.

Siamsport. (2561). *พีพีทีวี เปิดฤดูกาลยิงสดบอลพรีเมียร์ลีกและกีฬาระดับโลกตลอดปี*. สืบค้นจาก http://www.siamsport.co.th/newspr/other/view/80900.

Stewart, S. M. (1983). *International copyright and neighbouring rights*. London: Butterworths.

Stim, R. (2001). *Intellectual property: Patent, trade mark and copyright*. New York: West Thomson.

Street, H. (1962). *Principles of the law of damages*. London: Sweet & Maxwell.

The general tire & Rubber Company v. The firestone type and Rubber Company limited and others. (2019). Retrieved from http://www.jurisdiction.com/gentire.htm#summary.

Watt, R. (2000). *Copyright and economics theory: Friend or foes?* Chineham: Edward Elgar.

World Intellectual Property Organization. (n.d.). *Summary of the berne convention for the protection of literary and artistic works (1886)*. Retrieved from https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html.

Youngs, R. (1998). *English French and German: Comparative law*. London: Cavendish.

ประวัติเจ้าของผลงาน

ชื่อ-นามสกุล: นายณณฐ สอนสะอาด

อีเมล: nanat.son@gmail.com

ประวัติการศึกษา:

ปี พ.ศ. 2549	ประกาศนียบัตร หลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ ในพระบรมราชูปถัมภ์ รุ่นที่ 27
ปี พ.ศ. 2548	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปี พ.ศ. 2543	มัธยมศึกษาตอนปลาย จากโรงเรียนพระโขนงพิทยาลัย

ประสบการณ์การทำงาน:

ปี พ.ศ. 2556-ปัจจุบัน	บริษัท แม็ทชิ่ง แม็กซิไมซ์ โซลูชั่น จำกัด (มหาชน) ตำแหน่ง ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายและเลขานุการบริษัท
ปี พ.ศ. 2554-2556	บริษัท คันนา จำกัด (บริษัทในกลุ่ม บมจ.ดับเบิ้ลเอ 1991) ตำแหน่งผู้จัดการส่วนบริหารสัญญา
ปี พ.ศ. 2552-2554	บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด (สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7) ตำแหน่ง นิติกร
ปี พ.ศ. 2550-2552	บริษัท ฟูจิตสึซีสเต็ม บีสซีเนส (ประเทศไทย) จำกัด ตำแหน่ง Legal Counsel
ปี พ.ศ. 2548-2550	บริษัท อีซูซุมอเตอร์ (ประเทศไทย) จำกัด ตำแหน่ง Legal Officer

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในวิทยานิพนธ์/สารนิพนธ์

วันที่ 23 เดือน มิถุนายน พ.ศ. 2563

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) ณณฐ สอนสะอาด อยู่บ้านเลขที่ 153/149
ซอย - ถนน - ตำบล/แขวง บ้านกลาง
อำเภอ/เขต เมืองปทุมธานี จังหวัด ปทุมธานี รหัสไปรษณีย์ 12000
เป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ รหัสประจำตัว 7570400072

ระดับปริญญา ☐ ตรี ☑ โท ☐ เอก
หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา - คณะ นิติศาสตร์
ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า **"ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ"** ฝ่ายหนึ่ง และ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ตั้งอยู่เลขที่ 9/1 หมู่ 5 ถนนพหลโยธิน ตำบลคลองหนึ่ง อำเภอคลองหลวง จังหวัดปทุมธานี 12120 ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า **"ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ"** อีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลงทำสัญญากันโดยมีข้อความดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิขอรับรองว่าเป็นผู้สร้างสรรค์และมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ หัวข้อ ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์: ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ (ต่อไปนี้เรียกว่า **"สารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์"**)

ข้อ 2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ใช้สิทธิโดยปราศจากค่าตอบแทนและไม่มีกำหนดระยะเวลา ในการนำสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางาน ให้ประโยชน์ในสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ แก่ผู้อื่น อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน

ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในวิทยานิพนธ์/สารนิพนธ์ ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตลอดไป โดยข้าพเจ้าในฐานะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลงยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทำการจัดเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวของข้าพเจ้าได้

ข้อ 3. หากกรณีมีข้อขัดแย้งในปัญหาลิขสิทธิ์ในสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือมีเหตุขัดข้องอื่นๆ เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ อันเป็นเหตุให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถนำงานนั้นออกทำซ้ำ เผยแพร่ หรือโฆษณาได้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยินยอมรับผิดและชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสิ้น

สัญญานี้ทำขึ้นสองฉบับ มีข้อความถูกต้องตรงกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจข้อความในสัญญานี้โดยตลอดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานเป็นสำคัญ และเก็บไว้ฝ่ายละฉบับ

ลงชื่อ [redacted] ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

(นายณณฐ สอนสะอาด)

ลงชื่อ [redacted] ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(ดร.อัฏฐิภา จุลพิสิฐ)

ผู้อำนวยการสำนักหอสมุดและพื้นที่การเรียนรู้

ลงชื่อ [redacted] พยาน

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริชัย มงคลเกียรติศรี)

ผู้อำนวยการหลักสูตร/ผู้รับผิดชอบหลักสูตร

ลงชื่อ [redacted] พยาน

(อาจารย์วิรัตน์ รัตตากร)

คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย