

**ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์  
: ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์**  
**Legal Consideration Relating to Broadcasting Work in Television Business:  
A Study of Damages Determination in Copyright Infringement Cases**

ณณฐ สอนสะอาด

วรรณวิภา พัวศิริ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ เลขที่ 9/1 หมู่ที่ 5 ถนนพหลโยธิน ตำบลคลองหนึ่ง อำเภอ  
คลองหลวง จังหวัดปทุมธานี 12120

Nanat Sonsa-ad

Wanwipar Puasiri

School of Law, Bangkok University, No.9/1 Moo.5, Phaholyothin Road, Khlong  
Nueng, Khlong Luang District, Pathumthani, 12120

E-mail : nanat.son@gmail.com

## บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์หัวข้อ “ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์: ศึกษาเฉพาะการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์” มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาและวิจัยถึงค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ อันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ซึ่งมีความสำคัญทางเศรษฐกิจและสังคม และด้วยปัจจุบัน เทคโนโลยีด้านการสื่อสารได้พัฒนาและก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์เกิดขึ้นได้ง่าย รวดเร็ว และครอบคลุมพื้นที่ทั่วโลก อาทิ การนำสัญญาณไปแพร่เสียงแพร่ภาพต่อ หรือแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำในระบบอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

จากการศึกษา มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้วิจัย พบว่าหลักเกณฑ์และแนวทางของมาตรา 64 ยังไม่มีความชัดเจน ไม่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยได้ ในขณะที่กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีบทบัญญัติและแนวปฏิบัติที่ชัดเจนกว่ากฎหมายไทย เช่น หลักการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้กระทำละเมิด ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด ค่าเสียหายเชิงลงโทษ รวมถึง การกำหนดการระงับการนำสืบ ให้จำเลยมีภาระการนำสืบพิสูจน์หักล้างในบางกรณี เป็นต้น



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

**คำสำคัญ :** การกำหนดค่าเสียหาย การละเมิดลิขสิทธิ์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ

### Abstract

This research article is a part of the thesis “Legal Consideration Relating to Broadcasting Work in Television Business: A Study of Damages Determination in Copyright Infringement Cases”. The purpose of this research is to study varied types of damages that may cause by Copyright infringement of Broadcasting works in television business, which is very important for economy and society and worthy for economic value. 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) has unclear rules and process for determining damages. Section 64 could not be used as norm for determining the value of the damages for copyright infringement in Thailand. On the other hand, the copyright laws of the United Kingdom, the United States of America, and Federal Republic of Germany have clearer provisions and guidelines than Thai law. For examples, their laws have regulations specially for compensation from account of profits offenders, statutory damages, and punitive damages including the determination of the burden of proof. A defendant sometimes has the burden of proof for refute.

From the research, the researcher proposes the amendment of Section 64 of the Copyright Act B.E. 2537 (1994) and the issue of guidelines for determining the value of damages in cases of copyright infringement in television broadcasting business in the Ministerial Regulations. The determination of value of damages must taking factors relating to television programs in to account

such as platform of infringement, territories of infringement, type of TV programs, old-new episodes of TV programs, number of episodes, popularity rate (rating) of 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.

**Keywords:** Determination of Damages, Copyright Infringement, Broadcasting

## บทนำ

ในปัจจุบันนี้ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ<sup>1</sup> ที่สำคัญประเภทหนึ่ง คือ งานแพร่ภาพแพร่เสียงในกิจการโทรทัศน์ ซึ่งเป็นกิจการที่มีความสำคัญกับสังคม อีกทั้งความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้การแพร่เสียงแพร่ภาพออกสู่สาธารณชนได้กว้างและไกลมากขึ้นครอบคลุมทุกพื้นที่ในโลก ซึ่งนอกจากจะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างมากแล้ว ยังมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจระหว่างประเทศด้วย

การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์เกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย รวดเร็ว และครอบคลุมพื้นที่การแพร่เสียงแพร่ภาพทั่วโลกอย่างกว้างขวางและยากต่อการยับยั้ง อันจะส่งผลกระทบต่อรายได้และผลประโยชน์ของผู้ประกอบการองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

เมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น การให้ความคุ้มครองและการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเหมาะสม เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีขึ้นด้วย ซึ่งแนวทางในการพิสูจน์ค่าเสียหายนั้น ผู้เสียหายก็มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ค่าเสียหาย ตามมาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบทบัญญัติข้างต้น ไม่ได้แยกแยะค่าเสียหายที่เจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพพึงจะเรียกได้ ส่วนการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหายยังคงประสบปัญหาในแนวทางการนำสืบอยู่ อันเนื่องมาจากตัวบทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายข้างต้นนั้น ยังไม่มีความชัดเจนและไม่มีกรอบการพิจารณาตัวบทที่แน่ชัด อีกทั้งกฎหมายยังมีเนื้อหาสาระในลักษณะที่เป็นนามธรรม<sup>2</sup> ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษ<sup>3</sup> มาใช้ลงโทษกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ว่าจะพิจารณาคิดค่าเสียหายอย่างไร ซึ่งโดยลักษณะทั่วไป

<sup>1</sup> มาตรา 4, พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

<sup>2</sup> เมธาวิ สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ: ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดิทัศน์ ซีดี และวีซีดี (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546) 231.

<sup>3</sup> ตามมาตรา 64 วรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 วางหลักว่า “ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง”.



ของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้น เป็นงานที่สาธารณชนเข้าถึงได้อย่างแพร่หลายอยู่แล้ว จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาในการตีความอีกเช่นกันว่า หากเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ศาลควรจะใช้แนวทางหรือหลักเกณฑ์ใดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษทุกกรณีหรือไม่ เพียงใด

### วัตถุประสงค์ของการศึกษา

เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ แนวคิด ทฤษฎี หลักการ คำพิพากษาศาลเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย และอนุสัญญาระหว่างประเทศ

เพื่อเสนอแนะวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นเพื่อใช้เป็นมาตรฐานและแนวทางสำหรับศาลและเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ เพื่อสร้างความเป็นธรรมและเหมาะสมทั้งกับเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ละเมิดในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

### สมมติฐานของการศึกษา

ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ศาลไทยมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นแนวทางเยียวยาความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์และผู้ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์นั้นอยู่แล้ว แต่ในทางปฏิบัติยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและชัดเจนเกี่ยวกับประเภทของค่าเสียหายที่พึงได้รับ วิธีการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเป็นตัวแทน รวมทั้งวิธีการและแนวทางการพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายอื่นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวางแนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอื่นอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมถึงการเสนอให้มีการกำหนดบรรทัดฐานและแนวทางในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายอื่นอันจำเป็นที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์โดยเฉพาะ

### ขอบเขตของการศึกษา

เป็นการศึกษาและวิจัยในเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าข้อมูลจากหนังสือ บทความ เอกสาร อินเทอร์เน็ต ตัวบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

และคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงตามหลักการของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs) และแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์ และศึกษาประเภทของกิจการโทรทัศน์ การหารายได้ การสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์ มูลค่าทางเศรษฐกิจของกิจการโทรทัศน์

### ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้รับความรู้เกี่ยวกับแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ ลักษณะที่สำคัญของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ประเภทของกิจการโทรทัศน์ ตลอดจนการหารายได้ของกิจการโทรทัศน์ รายการโทรทัศน์ และการสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์
2. ได้ทราบถึงค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ แนวทางของศาลทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศ รวมถึงแนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์
3. ทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นอันอาจเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์

### วิธีดำเนินงานวิจัย

ใช้วิธีการดำเนินการวิจัยโดยศึกษาค้นคว้าจาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs) และแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย รวมทั้งข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจการโทรทัศน์ซึ่งมีประสบการณ์เกี่ยวกับการดำเนินคดี เพื่อทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ เพื่อหาข้อบกพร่องของกฎหมายและวิธีดำเนินคดีของประเทศไทย และเพื่อทำคำแนะนำสำหรับกฎหมายไทย ในส่วนตอนท้ายจะนำแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาช่วยในการวิเคราะห์และสนับสนุน จนเกิดเป็นข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางในการพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เหมาะสมและชัดเจน ซึ่งนำมาสู่ข้อเสนอแนะให้ปรับปรุง แก้ไข และเพิ่มเติมในมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

### ผลการวิจัย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาการวิจัยภายใต้วิธีการและขอบเขตการศึกษาที่ผู้วิจัยได้กำหนดไว้ ณ เบื้องต้น ผู้วิจัยจะได้อภิปรายผลการศึกษา ดังต่อไปนี้



## 1. ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ คือ งานที่นำออกสู่สาธารณชน โดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน<sup>4</sup> โดยงานแพร่เสียงและแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ (Television Broadcasting) มีลักษณะที่สำคัญ คือ การถ่ายทอดสัญญาณเสียงและภาพไปพร้อมกันจากที่หนึ่งไปยังอุปกรณ์เครื่องรับที่ปลายทาง อาทิ เครื่องรับโทรทัศน์ หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่พัฒนาไปตามเทคโนโลยีการผลิตและเทคโนโลยีการสื่อสาร เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ เป็นต้น ทั้งนี้กิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย สามารถแบ่งประเภทกิจการได้ ดังนี้

1) กิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ เช่น ผู้ประกอบการกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลช่องต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่ จาก คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เช่น ช่อง 7 HD เป็นต้น

2) กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ คือ กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่จาก กสทช. เช่น True Vision เป็นต้น

3) กิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์ กล่าวคือ ปัจจุบันมีกิจการหลายประเภทที่อาจมีลักษณะเข้าข่ายกิจการทำนองเดียวกับกิจการโทรทัศน์ เช่น การให้บริการกระจายเสียงหรือบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ (Over The Top : OTT)<sup>5</sup> ซึ่งเป็นบริการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุน โครงข่ายสัญญาณเอง โดยระบบ OTT นี้ทำให้ผู้บริโภคมีช่องทางในการเลือกรับชมรายการได้ตามที่ต้องการ<sup>6</sup> ส่วนมากจะอยู่ในรูปแบบของเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน อาทิ Netflix, Hulu, Line TV, YouTube, Facebook เป็นต้น

### 1.1 รายได้ที่สำคัญของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์<sup>7</sup>

ที่มาของรายได้ที่สำคัญของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ มีดังต่อไปนี้

1) รายได้จากการให้เช่าช่วงเวลาออกอากาศ

<sup>4</sup> มาตรา 4, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

<sup>5</sup> ภัสรา ปิทยานนท์, OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์ (11 กุมภาพันธ์ 2562) timeconsulting <<http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv-อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์/>>.

<sup>6</sup> กุลเดช สุทธิวรชัย และวริยา ล้ำเลิศ, “การศึกษากำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT” (2562) 10:1 วารสารคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 63, 67.

<sup>7</sup> สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, สื่อวิทยุ-โทรทัศน์มีรายได้จากอะไรบ้าง (4 กุมภาพันธ์ 2562) กสทช. <<http://bcp.nbtc.go.th/en/detail/2017-01-25-15-58-52>>.

2) รายได้จากค่าโฆษณาซึ่งเป็นแหล่งรายได้หลักของกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย ในปี พ.ศ. 2562 มูลค่าการโฆษณาของช่องรายการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน มียอดรวมประมาณ 68,030.53 ล้านบาท<sup>8</sup> ทั้งนี้ กิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการในทางธุรกิจ เช่น ช่อง 7HD จะมีเวลาในการโฆษณาและการบริการธุรกิจ ได้ไม่เกินชั่วโมงละ 12 นาที 30 วินาที โดยเมื่อรวมเวลาโฆษณาตลอดทั้งวัน เฉลี่ยแล้วต้องไม่เกินชั่วโมงละ 10 นาที<sup>9</sup> ในขณะที่กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการในทางธุรกิจที่มีการบอกรับสมาชิกหรือเรียกเก็บค่าบริการอื่น อาทิ True vision, ผู้ประกอบการเคเบิลทีวี มีเวลาในการโฆษณาและการบริการธุรกิจได้ไม่เกินชั่วโมงละ 6 นาที โดยเมื่อรวมเวลาโฆษณาและการบริการธุรกิจตลอดทั้งวันเฉลี่ยแล้วต้องไม่เกินชั่วโมงละ 5 นาที<sup>10</sup> ทั้งนี้ ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ประเภทนี้อาจมีรายได้จากการจัดเก็บค่าสมาชิก เป็นรายเดือนหรือรายปีแล้วแต่โปรแกรมทางการตลาดที่สมาชิกเลือกใช้บริการด้วยก็ได้

## 1.2 การสำรวจความนิยมของรายการโทรทัศน์

อัตราความนิยมของรายการโทรทัศน์ หรือที่เรียกกันเป็นการทั่วไปในชื่อของ “เรตติ้ง” (rating) นั้นเป็นตัวเลขที่แสดงถึงความนิยมที่ประชาชนมีต่อรายการโทรทัศน์รายการใดรายการหนึ่ง<sup>11</sup> หากรายการโทรทัศน์รายการใดได้รับความนิยมสูง (เรตติ้งสูง) รายได้จากอัตราค่าโฆษณาต่อวินาทีก็จะสูงขึ้นไปด้วย หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในรายการโทรทัศน์รายการใดที่มีเรตติ้งที่สูง และไม่อยู่ในระบบการวัด เรตติ้งที่ถูกต้องแล้ว ก็ย่อมจะหมายถึงการที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพรายการนั้นได้รับความเสียหาย สูญเสียโอกาสมากขึ้นตามไปด้วย

## 1.3 การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ได้แก่ การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักไว้ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

(1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

<sup>8</sup> ประชาชาติธุรกิจ, *ส่องมูลค่าโฆษณาปี 62 วิทูรย์-เคเบิลทีวีร่วง* (15 กุมภาพันธ์ 2563) ประชาชาติธุรกิจ < <https://www.prachachat.net/ict/news-421704> >.

<sup>9</sup> มาตรา 23, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

<sup>10</sup> มาตรา 28, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

<sup>11</sup> ภัทรกร จารุหิรัญสกุล, *อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของวิธีการวัดอัตราความนิยมรายการ Past Present and Future of Rating Measuring Methods* (4 กุมภาพันธ์ 2562) มหาวิทยาลัยกรุงเทพ < [https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/epaper/july\\_dec2005/pataraporn.pdf](https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/epaper/july_dec2005/pataraporn.pdf) >.



(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์  
อย่างอื่นในทางการค้า

## 2. เกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศและศาลต่างประเทศ

### 2.1 การเยียวยาความเสียหายตามข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade -Related Aspects of Intellectual Property Rights) (TRIPs)

**2.1.1 ค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages)** ตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (1)<sup>12</sup> ที่วางหลักไว้ว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอต่อความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับ

**2.1.2 ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Expense)** ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ (Expense) อันเกี่ยวเนื่องกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงค่าฤชาธรรมเนียมทนายความ (Attorney's fees) ที่เหมาะสมแก่เจ้าของสิทธิ<sup>13</sup>

**2.1.3 ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด (Account of Prots)** ตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ได้วางบทบัญญัติให้มีการชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ

### 2.2 ค่าเสียหายและเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของศาลต่างประเทศ

#### 2.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเภทของค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหายได้กำหนดไว้ใน Title 17 of the United States Code: The Copyright Act, 1976 ดังนี้

**ประเภทที่ 1** ค่าเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) กล่าวคือ มาตรา 504 (a)<sup>14</sup> ได้วางหลักให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบสำหรับ 1.1) ค่าเสียหายตามจริง (Actual Damages) โดยจะต้องเป็นมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปและเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>15</sup> เช่น ในคดี RSO Records, Inc. v. Peri, 596 F. Supp. 849 (S.D.N.Y. 1984)<sup>16</sup> ที่ศาลในคดีนี้ วินิจฉัยว่า สำเนาทุกสำเนาที่ทำซ้ำจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ผู้เสียหายนั้น มีมูลค่าเท่ากับการสูญเสีย

<sup>12</sup> Article 45 (1), TRIPs Agreement.

<sup>13</sup> Article 45 (2), TRIPs Agreement.

<sup>14</sup> 17 U.S. Code 504 (a) "In General."

<sup>15</sup> Doris Estelle Lone and Anthony D'Amato, *Coursebook in International Intellectual Property* (Minnesota: West Group, 2000) 439-440.

<sup>16</sup> Donald S. Chisman and Michael A. Jacobs, *Understanding of Intellectual Property Law* (New York: Matthew Bender & Company Inc., 1992) 247.

เสียรายได้จากการขายของโจทก์แล้ว และ 1.2) ผลกำไรของผู้กระทำละเมิด (Account of Profits) โดยจะต้องเป็นผลกำไรในส่วนที่ยังมิได้รวมพิจารณาเป็นค่าเสียหายตามจริงไปแล้ว สำหรับภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายนั้น มาตรา 504 (b) ได้วางหลักสำคัญ โดยสรุป คือ “โจทก์ผู้เสียหาย มีหน้าที่ในการพิสูจน์เพียงผลรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น (gross revenue) โดยที่โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงผลกำไรสุทธิของจำเลยแต่อย่างใด ในขณะที่จำเลยนั้นมีภาระการพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปเพื่อนำไปหักล้างออกจากผลรวมรายได้ของตนที่โจทก์ได้นำสืบแล้ว”<sup>17</sup>

**ประเภทที่ 2** ค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages) กล่าวคือ มาตรา 504 (c)<sup>18</sup> ได้ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการเลือกที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแทนได้ ซึ่งผู้เสียหายสามารถกระทำได้ทุกเวลาก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด โดยที่ผู้เสียหายไม่ต้องมีภาระในการพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งค่าเสียหายตามกฎหมายกำหนด (Statutory Damages) จะต้องเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐ<sup>19</sup> และต้องเป็นจำนวนไม่เกิน 30,000 เหรียญสหรัฐ<sup>20</sup> แล้วแต่ศาลจะพิจารณาเห็นสมควร ทั้งนี้ หากผู้ทำละเมิดจงใจกระทำละเมิด ค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดนี้อาจขยายขึ้นไปได้ถึง 150,000 เหรียญสหรัฐ<sup>21</sup>

การเลือกใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย โจทก์จะต้องเลือกว่าจะเรียกร้อง ค่าเสียหายโดยตรง (Compensatory Damages) หรือ ค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages) อย่างใดอย่างหนึ่ง ณ เวลาใด ๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

## 2.2.2 ประเทศสหราชอาณาจักร

ประเภทของค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหายได้กำหนดไว้ใน The Copyright, Designs and Patents Act, 1988 โดยสรุป ดังนี้

**ประเภทที่ 1** ค่าเสียหายตามจริง (Actual Damages) กล่าวคือ มาตรา 96 และ มาตรา 97<sup>19</sup> ได้วางหลักให้ โจทก์ผู้เสียหายจะคำนวณค่าเสียหายจากการสูญเสียที่เกิดขึ้น อันได้แก่ 1) การสูญเสียรายได้ (กำไร) พิจารณาได้จาก ในคดี Cow v. Cannon Rubber Manufacturer [1961] RPC 236, 240<sup>20</sup> ที่โจทก์ได้คิดคำนวณค่าความเสียหายจากจำนวนชิ้นงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่จำเลยได้ขายไป เป็นมูลค่าการสูญเสียกำไรของโจทก์ และ 2) ค่าสิทธิ พิจารณาได้จากในคดี General Tire & Rubber v. Firestone Tyre & Rubber [1976] RPC 197,213<sup>21</sup> ศาลในคดีนี้ วินิจฉัยให้ จำเลยจ่ายค่าเสียหายโดยคำนวณจากค่าสิทธิในอัตราเดียวกันกับที่ผู้ได้รับอนุญาตคนอื่น ๆ ได้จ่ายให้แก่โจทก์

<sup>17</sup> 17 U.S. Code 504 (b) “Actual Damages and Profits.”

<sup>18</sup> 17 U.S. Code 504 (c) “Statutory Damages”.

<sup>19</sup> มาตรา 96 และ 97, The Copyright, Designs and Patents Act 1988.

<sup>20</sup> Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) 1024.

<sup>21</sup> Ibid, 1025.



**ประเภทที่ 2** บัญชีผลกำไรของผู้กระทำละเมิด (Account of Prots) กล่าวคือ การคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยเป็นทางเลือกหนึ่ง ในการเยียวยาความเสียหายของโจทก์ผู้เสียหายเห็นได้จากในคดี *Potton v. Yorkclose*. FSR 11, (1990) ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้รับ

การเลือกใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย โจทก์จะต้องเลือกว่าจะเรียกร้องค่าเสียหายตามจริง (Actual Damages) หรือ บัญชีผลกำไรของผู้กระทำละเมิด (Account of Prots) อย่างใดอย่างหนึ่ง ณ เวลาใด ๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

### 2.2.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเภทของค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหายได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (Urheberrechtsgesetz, UrhG) โดยมาตรา 97 ของ UrhG<sup>22</sup> นั้น เป็นบทบัญญัติสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหาย ดังต่อไปนี้

**ประเภทที่ 1** ค่าเสียหายตามความเป็นจริง (Actual Damages) กล่าวคือ ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะใช้ 1) เกณฑ์การพิจารณาคดีละเมิดทั่วไป โดยศาลจะนำหลักการในมาตรา 249 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>23</sup> มาปรับใช้ โดยบทบัญญัติทั้งสองมาตราระบุเน้นในการชดเชยและเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น รวมถึงใช้ 2) เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing) โดยศาลจะพิจารณาจากหลักความยุติธรรม (equitable principle) เช่น ในคดี *Bundesgerichtshof* (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349 – NJW 58, 827 ศาลเห็นว่าโจทก์ต้องสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้รับหากได้อนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิอย่างถูกต้อง และ 3) ใช้หลักกลาภมิควรได้ ผ่านมาตรา 812 ของประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้<sup>24</sup>

**ประเภทที่ 2** ผลกำไรของผู้กระทำละเมิด (Account of Prots) กล่าวคือ มาตรา 97 (2) ของ UrhG ให้สิทธิแก่โจทก์ผู้เสียหาย เลือกที่จะรับผลกำไรของจำเลยที่เป็นผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์แทนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง โดยกฎหมายอนุญาตให้โจทก์แสดงรายละเอียดและวิธีการคำนวณผลกำไร และเรียกให้จำเลยแสดงรายการเกี่ยวกับบัญชีเพื่อพิสูจน์หาจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลจะให้ผู้เชี่ยวชาญ เช่น ผู้ตรวจสอบบัญชี เข้ามาเป็นคนกลางในการคำนวณหาผลกำไรดังกล่าว

<sup>22</sup> UrhG 97 Right to require cessation of infringement and to damages.

<sup>23</sup> Paul Goldstein, *International Intellectual Property: Cases and Materials* (New York: Foundation Press, 2001) 256.

<sup>24</sup> Section 812, *German Civil Code*.

### 3. ค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพของประเทศไทย

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ถือได้ว่าเป็นมาตราหลักในการกำหนดกรอบและวงหลักเกณฑ์ให้ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เสียหาย โดย กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยศาลจะต้องคำนึงถึง 1) ความร้ายแรงของความเสียหาย 2) การสูญเสียประโยชน์ 3) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ 4) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (มาตรา 64 วรรคสอง) สำหรับ กรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์สามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย

#### 3.1 หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพของประเทศไทย

การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ก็ตกอยู่ภายใต้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เฉกเช่นเดียวกันกับการละเมิดลิขสิทธิ์งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาและสรุปหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560<sup>25</sup> ที่ศาลได้วินิจฉัยและวางแนวทางของการกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการ โทรทัศน์ ไว้ กอปรกับการที่ผู้วิจัยศึกษาเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาอื่น ๆ ผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่า ศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์และปัจจัย ดังต่อไปนี้

**3.1.1 ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้หรือ ค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ**<sup>26</sup> จะต้องเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยโจทก์ต้องนำเสนอและอธิบายถึงปัจจัย ดังต่อไปนี้ ให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย ได้แก่ 1) ประเภทกิจการโทรทัศน์ของโจทก์ ที่มาของรายได้ของโจทก์ 2) ประเภทรายการโทรทัศน์ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ 3) ลักษณะการแพร่เสียงแพร่ภาพของรายการโทรทัศน์ที่ถูกละเมิด เช่น การแพร่เสียงแพร่ภาพสด (Live) หรือรายการโทรทัศน์ที่สามารถรับชมย้อนหลังได้ (Video on Demand) 4) ช่องทาง (Platform) และพื้นที่ (Territory) ในการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น แพร่ภาพทางอินเทอร์เน็ตหรือส่งสัญญาณผ่านดาวเทียม หรือเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร หรือในหลายพื้นที่ที่เกี่ยวเนื่องกันตามลักษณะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ 5) หากเคยจัดทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โจทก์จะต้องนำเสนอถึงเอกสารสัญญา ข้อตกลง ขอบเขตและสัดส่วนของการอนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ อัตราค่าสิทธิที่เคยได้อนุญาตแก่จำเลย (ถ้ามี) 6) ค่าเสียหายที่ศาลในต่างประเทศได้พิพากษาให้โจทก์ได้รับชดเชยสำหรับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น

<sup>25</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560 ระหว่าง บริษัทกรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด โจทก์ กับ บริษัท ไอพีทีวีจำกัด กับพวก รวม 8 คน จำเลย.

<sup>26</sup> เทียบเคียงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18527/2555 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560.



และเกี่ยวเนื่องกันทั้งในและนอกราชอาณาจักร 7) จำนวนของผู้รับชมรายการโทรทัศน์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในพื้นที่  
การละเมิด 8) ความเก่าและความใหม่ และ 9) จำนวนตอนของรายการโทรทัศน์ที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์

**3.1.2 ค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า**<sup>27</sup> กล่าวคือ จะต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์  
งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมถึงการจัดทำงานแพร่  
เสียงแพร่ภาพดังกล่าวไปในทางด้อยคุณภาพ ไม่ได้มาตรฐาน เช่น ความคมชัดของสัญญาณภาพไม่ดี ระบบ  
เสียงไม่ได้มาตรฐาน เป็นต้น จนทำให้ผู้รับชมหรือรับฟัง เข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง  
นำมาซึ่งความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้าของเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

**3.1.3 ค่าเสียหายจากผลกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้กระทำละเมิด**<sup>28</sup> กล่าว  
คือ แม้มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดที่  
ชัดเจนในการกำหนดให้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาผลกำไรของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นฐานในการ  
คิดคำนวณค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ปัจจุบัน ศาลไทยก็ได้ยอมรับการคิดผลกำไรของ  
ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหายแล้ว พิเคราะห์ได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่  
9602/2554<sup>29</sup> ดังนั้น หากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพมีผลกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิด  
ลิขสิทธิ์ โจทก์ผู้เสียหายก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้ได้

**3.1.4 ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ** กล่าวคือ โจทก์จะต้องนำสืบให้ศาลเห็น  
ถึงความจำเป็นของค่าใช้จ่ายแต่ละรายการที่โจทก์ได้เสียไปในการติดตามและบังคับตามสิทธิที่โจทก์มี เช่น  
เงินรางวัลในการแจ้งเบาะแสการละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความในการดำเนินคดีและค่า  
จ้างนักสืบ เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่โจทก์เสียไปก่อนการใช้สิทธิทางศาลหรือระหว่าง  
การใช้สิทธิทางศาล และต้องเป็นค่าใช้จ่ายเฉพาะในการดำเนินการบังคับตามสิทธิในประเทศไทย<sup>30</sup>

**3.1.5 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ**<sup>31</sup> กล่าวคือ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่  
เกินสองเท่าของค่าเสียหายในมาตรา 64 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ หากการ  
ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำที่จงใจหรือมีเจตนาทำให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันเกิดจากการ  
ละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างแพร่หลาย

<sup>27</sup> เทียบเคียงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544.

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 ระหว่าง นายวีระศักดิ์ ชุณินธิ โจทก์ และ บริษัทป้องกันทรัพย์ จำกัด (มหาชน) กับพวก จำเลย.

<sup>29</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>30</sup> ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560.

<sup>31</sup> มาตรา 64 วรรคสอง, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

**3.1.6 จำนวนของค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับในคดีอาญา**<sup>32</sup> กล่าวคือ มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 วางหลักว่า “ค่าปรับที่โจทก์ได้รับหรือมีสิทธิที่จะได้รับในคดีอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายทางแพ่ง”

### **3.2 แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์**<sup>33</sup>

ผู้ประกอบการโทรทัศน์ในประเทศไทย มีหลักคิดและแนวปฏิบัติ เกี่ยวกับการพิจารณา กำหนดค่าเสียหายเอาจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจะพิจารณาจากปัจจัย ดังต่อไปนี้ ได้แก่ 1) ต้นทุนการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์รายการที่ถูกละเมิด 2) การขาดประโยชน์หรือขาดรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ 3) กำไรที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับจากการละเมิด แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายยังไม่มีการบัญญัติที่ชัดเจนให้มีการเรียกเอากำไรของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ก็ตาม 4) ผลกระทบด้านความนิยม (เรตติ้ง) ของรายการโทรทัศน์ที่ถูกละเมิด ซึ่งยังยากในทางปฏิบัติ 5) การเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า 6) ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับใช้สิทธิ และค่าใช้จ่ายสำหรับปกป้องรักษาสิทธิของรายการโทรทัศน์ ที่สถานีโทรทัศน์ต้องจัดให้มีการจำกัดพื้นที่ของ ผู้รับชมโดยใช้เทคโนโลยี Geo-blocking<sup>34</sup> ซึ่งหากสถานีโทรทัศน์ในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเพิกเฉย หรือไม่ดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ สถานีโทรทัศน์อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีฐานผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ ซึ่งถือเป็นข้อสัญญาที่สถานีโทรทัศน์ต้องปฏิบัติตามและมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งสิ้น

ทั้งนี้ คดีที่มีการฟ้องร้องส่วนใหญ่ มีการเรียกค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายที่ได้กล่าวข้างต้น แต่ในขั้นตอนทางปฏิบัติในการดำเนินคดีนั้น คดีส่วนใหญ่มักจะยุติการดำเนินคดี ก่อนการสืบพยานหรือก่อนศาลจะมีคำพิพากษา เนื่องมาจากการเจรจาไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความกันของทั้งโจทก์และจำเลย ทำให้โจทก์มิได้มีโอกาสนำสืบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ศาลได้พิจารณา

### **3.3 ปัญหาของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**

ส่วนที่ 1 ปัญหาจากข้อกฎหมาย กล่าวคือ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังมิได้กำหนดหรือวางกรอบการพิจารณา ที่ชัดเจนและเป็นการเฉพาะเอาไว้ เช่น กรอบความร้ายแรงของความเสียหาย ความไม่ชัดเจนของการตีความคำว่า “การสูญเสียประโยชน์” กรอบการพิจารณาค่าใช้จ่าย

<sup>32</sup> มาตรา 76, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

<sup>33</sup> สัมภาษณ์: คุณเอกรัฐ กงมี หัวหน้าสำนักงานกฎหมายธุรกิจ บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิพยู จำกัด (ช่อง 7HD) (แสดงความคิดเห็นทางวิชาการในฐานะส่วนตัว).

<sup>34</sup> Geo-blocking คือ การปิดกั้นการให้บริการเชิงภูมิศาสตร์ กล่าวคือ เทคโนโลยีที่จำกัดการเข้าถึงเนื้อหาอินเทอร์เน็ตโดยขึ้นอยู่กับตำแหน่งทางภูมิศาสตร์ของผู้ใช้, โดย เฉลิมชัย ถักเกียรติกุล, *ระเบียบเรื่องการปิดกั้นการให้บริการเชิงภูมิศาสตร์ (Geo-Blocking Regulation) ของสหภาพยุโรป*, (12 มิถุนายน 2561) chalemchai-nbtc < HYPERLINK “http://chalemchai-nbtc.blogspot.com/2018/06/geo-blocking-regulation\_12.html” http://chalemchai-nbtc.blogspot.com/2018/06/geo-blocking-regulation\_12.html>.



อันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ, กรอบการพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษ ควรจะมีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร จะต้องชัดเจนแค่ไหนและเพียงใด ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของศาลประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว จะพบว่าศาลของประเทศข้างต้นนี้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดความเสียหายที่ชัดเจนกว่าประเทศไทย

**ส่วนที่ 2** ปัญหาจากการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหาย กล่าวคือ ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดภาระการนำสืบพิสูจน์ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ภาระการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานต่าง ๆ (burden of proof) ที่เกี่ยวกับค่าเสียหายที่โจทก์กล่าวอ้างจึงตกอยู่ที่ฝ่ายโจทก์ฝ่ายเดียวตามหลักทั่วไปที่กำหนดไว้ใน มาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>35</sup> ซึ่งในบางกรณีที่โจทก์จะนำสืบว่าจำเลยได้รับผลประโยชน์จากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มากนักน้อยเพียงใดนั้น ก็เป็นอุปสรรคสำหรับโจทก์ที่จะเข้าถึงข้อมูลของจำเลยได้ เหตุเพราะส่วนใหญ่แล้ว ข้อเท็จจริงและข้อมูลข้างต้นก็อยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของจำเลยผู้กระทำละเมิด ซึ่งย่อมทำให้โจทก์ไม่อาจเข้าถึงพยานหลักฐานเหล่านั้นได้

## บทสรุป

มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นบทบัญญัติที่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายทางแพ่งให้แก่โจทก์ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำในบทบัญญัตินี้กล่าว มีลักษณะกว้าง ไม่ได้วางกรอบเอาไว้จึงมีลักษณะที่เป็นนามธรรมอย่างยิ่ง ทำให้เป็นปัญหาในการตีความตัวบทและปัญหาในการนำสืบปริมาณหรือมูลค่าของค่าเสียหาย เป็นผลให้ทั้งโจทก์ผู้เสียหาย จำเลยผู้ทำละเมิด และศาล เกิดปัญหาและอุปสรรคในทางปฏิบัติและการปรับใช้ตัวบทในหลายประเด็น ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัตินี้ไม่ได้แยกแยะหรือกำหนดกรอบของการพิจารณาเนื้อหาสาระของกฎหมายเอาไว้ ในขณะที่แนวทางและหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าเสียหายของต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงข้อตกลง TRIPs มีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางที่ชัดเจนกว่าประเทศไทย ผู้วิจัยจึงเห็นว่า หากประเทศไทยมีการนำหลักเกณฑ์และแนวทางของต่างประเทศข้างต้น รวมถึงนำข้อพิจารณาและปัจจัยต่าง ๆ จากคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 9926/2560 มาประยุกต์และปรับใช้สำหรับการกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ มากำหนดเป็นหลักเกณฑ์อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม ผู้วิจัยเห็นว่า น่าจะเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์และอำนวยความสะดวกแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีได้เป็นอย่างดี

<sup>35</sup> มาตรา 84/1, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

“คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำกล่าวของตนให้คู่ความ ฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น...”

## ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

**ประการแรก:** เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นดังนี้

มาตรา 64 “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง โดยให้ศาลพิจารณาถึง ความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ โดยผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหาย ดังต่อไปนี้

(1) จำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียไปจากการกระทำของผู้ทำละเมิด

(2) ผลกำไรใด ๆ อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง โดยเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงผู้เสียหาย พึงต้องพิสูจน์ถึงยอดรวมรายได้ของผู้ทำละเมิดเท่านั้น ส่วนผู้ละเมิดมีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างยอดรวมรายได้ดังกล่าว

(3) จำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับจากการใช้สิทธิตามปกติ

(4) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้และให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐานที่จำเป็น ทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายในและภายนอกราชอาณาจักรอันเกิดจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องเนื่องกัน ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้น อาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนายด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชน ได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง ได้ในจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง

แนวทางการพิจารณากำหนดค่าเสียหายของศาลและการตีความกฎหมาย ตามมาตรานี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

**ประการที่สอง:** เสนอให้มีการออกแนวทางการตีความกฎหมาย มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในกฎกระทรวงเพื่อใช้เป็นบททั่วไป โดยผู้วิจัย ขอเสนอว่า แนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าว ควรออกมาใช้บังคับในลักษณะของกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>36</sup> ควรมีลักษณะ ดังนี้

<sup>36</sup> มาตรา 5, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

“ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”.



“แนวทางการตีความและพิจารณาปรับใช้มาตรา มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้

หลักเกณฑ์การพิจารณาความร้ายแรงของความเสียหายและการสูญเสียประโยชน์ ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ศาลพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1.1 เกี่ยวกับ ผลผลิตจากการทำเลเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะปรากฏในลักษณะใดก็ตาม ให้ศาลพิจารณาว่า ผลผลิตจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นผลผลิตที่อยู่ในตลาดหรือกลุ่มลูกค้าหรือพื้นที่เดียวกันกับ ผลผลิตที่เกิดจากการผลิตที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือไม่ มาประกอบการพิจารณา<sup>37</sup>

1.2 เกี่ยวกับ การขาดรายได้หรือผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ศาลคำนึงถึงต้นทุน รายได้ ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์มาประกอบการพิจารณา

1.3 เกี่ยวกับ จำนวนความเสียหาย อันเกิดจากการขาดประโยชน์จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ รวมถึง จากการใช้สิทธิตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลควรคำนึงถึงอัตราค่าสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้เรียกเก็บจาก บุคคลผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ กรณีไม่มีหรือไม่ปรากฏว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้กำหนดอัตราค่าสิทธิไว้ ให้ศาลพิจารณาจากอัตราค่าสิทธิที่ถูกกำหนดในธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน มาประกอบการพิจารณา ประกอบ<sup>38</sup>

1.4 เกี่ยวกับ การพิจารณาผลกำไรของผู้ทำเลเมิด ให้ศาลกำหนดให้โจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์ต้อง นำสืบถึงยอดรวมรายได้ทั้งหมดของจำเลยผู้ทำเลเมิด และกำหนดให้จำเลยผู้ทำเลเมิดมีหน้าที่ในการนำ สืบพิสูจน์ถึงรายละเอียดของรายได้และที่มาของรายได้เช่นว่านั้น หากจำเลยผู้ทำเลเมิดนำสืบพิสูจน์แล้ว และรายได้ของจำเลยผู้ทำเลเมิดส่วนใดที่ศาลเห็นว่าไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการทำเลเมิดลิขสิทธิ์ ให้ศาล หักจำนวนของรายได้ดังกล่าวออกจากยอดรวมรายได้ที่โจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์นำสืบ และให้ศาลสั่งให้โจทก์ เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหาย เท่ากับผลกำไรของจำเลยผู้ทำเลเมิด โดยคำนวณจากยอดรวมรายได้คงเหลือ หลังจากการหักส่วนต่าง ๆ ที่กล่าวถึงออก<sup>39</sup>

<sup>37</sup> สอดคล้องกับหลักการที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากหลักเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า ในคดี Taylor v. Meirck, 712 F. 2d 112, 219 U.S.P.Q. 420 (7th Cir. 1983).

<sup>38</sup> สอดคล้องกับหลักการที่ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้พิจารณากำหนดค่าเสียหายจากมาตรา 97 (2) กฎหมายลิขสิทธิ์ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (UrHG) ที่ได้วางหลักในการใช้เกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ ซึ่งที่มาของการคำนวณจะคำนวณจาก หลักความยุติธรรม (equitable principle) เช่น ในคดี Bundesgerichtshof (First Civil Division) 14th February 1958 BGHZ 26, 349 – NJW 58, 827.

<sup>39</sup> สอดคล้องกับหลักการตามความตกลง TRIPs ข้อ 45 (2) ที่ได้วางหลักโดยสรุปว่า ให้มีการชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้ หรือกำไรจากการทำเลเมิด แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ และสอดคล้องกับหลักการคิดบัญชีผลกำไร (Account of Profits) ของหลัก กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงการกำหนดหน้าที่นำสืบให้แก่ จำเลยในบางกรณีนั้นก็สอดคล้องหลักการเดียวกับ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

2. การพิจารณาความจำเป็นของค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ ให้ศาลพิจารณาถึงความสมเหตุสมผล และความจำเป็นของค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรวบรวม แสวงหาหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ทั้งที่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายในและภายนอกราชอาณาจักรจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้นอาจรวมถึงค่าธรรมเนียมทนาย และให้ถือว่าค่าใช้จ่าย ดังจะระบุต่อไปนี้ ได้แก่ ค่าจ้างนักสืบ ค่านำจับ ค่าที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญในการเก็บหลักฐาน ค่ารางวัลนำจับ ค่าลงประกาศ หนังสือพิมพ์ ค่าใช้จ่ายด้านการสื่อสารที่จำเป็น และค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความ (เฉพาะที่โจทก์ได้ร้องขอเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ มิใช่การเรียกค่าชดเชยค่าธรรมเนียมทนายความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิในอัตราที่ศาลเห็นสมควร

3. การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ให้ศาลพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.1 ความขัดแย้งของหลักฐานของการละเมิดลิขสิทธิ์ และ

3.2 การทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนา และ

3.3 เป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย

ทั้งนี้ การพิจารณาการเข้าถึงโดยสาธารณชนอย่างแพร่หลาย ให้ศาลพึงคำนึงถึง ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สาธารณชนเข้าถึง รวมถึงจำนวนประชาชนที่เข้าถึง มาประกอบการพิจารณา หากศาลพิจารณาแล้ว มีความเห็นว่าการทำละเมิดของจำเลยครบองค์ประกอบดังกล่าวแล้ว ให้ศาลพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวโดยเคร่งครัด และสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 64 วรรค สอง”

**ประการสุดท้าย:** เสนอให้มีการออกแนวทางการตีความกฎหมาย มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในกฎกระทรวง เฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยควรมีลักษณะ ดังนี้

กรณีที่มีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการจัดทำสื่อดิจิทัล ทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง โดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า ควรพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

### 1.1 ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์

1.1.1 หากเจ้าของลิขสิทธิ์มีการประกอบธุรกิจจำหน่ายสื่อดิจิทัล ทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นอยู่แล้ว สามารถคำนวณได้ จากสมการ  $D = (P - C) \times U$  โดยที่  $D$  (Damages) คือ จำนวนค่าเสียหาย  $P$  (Price) คือ ราคาขายของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อสินค้าหนึ่งหน่วย  $C$  (Cost) คือ ต้นทุนการผลิตชิ้นงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ  $U$  (Unit) คือ จำนวนชิ้นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ (ไม่ว่าจะจำหน่ายได้แล้วหรือไม่)



ตัวอย่าง เจ้าของลิขสิทธิ์จำหน่าย โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง ออกอากาศ รายการโทรทัศน์ ในราคาชิ้นละ 100 บาท มีต้นทุนการผลิตที่ 40 บาทต่อชิ้น โดยที่ผู้กระทำละเมิดได้ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวน 5,000 ชิ้น จะคำนวณค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ ดังนี้

ค่าเสียหาย เท่ากับ  $(100 - 40) \times 5,000 = 300,000$  บาท

1.1.2 หากเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้ประกอบธุรกิจตามข้อ 1.1.1 ให้ศาลพึงพิจารณาค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ไม่ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

1) กรณีเจ้าของลิขสิทธิ์เคยจัดเก็บค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะเดียวกับการที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ ให้พิจารณาจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เคยจัดทำหรือปฏิบัติกันมาก็ได้

2) กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่เคยจัดเก็บค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะใด ๆ เช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์มาก่อน ให้เปรียบเทียบอัตราค่าตอบแทนการใช้สิทธิกับบุคคลหรือองค์กรอื่นในธุรกิจเดียวกัน

3) หากในธุรกิจเดียวกันไม่เคยมีการจัดเก็บค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมาก่อน ให้พิจารณาจำนวนอัตราค่าตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เหมาะสมโดยการคาดเดาราคาซึ่งพิจารณาจากพยานหลักฐานในคดีประกอบกับต้นทุนราคาของลิขสิทธิ์ประกอบการพิจารณา

2. กรณีที่มีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพ และ แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ค่าเสียหายกรณีนี้ ควรพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1 ค่าเสียหายอันเป็นการขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้ประเภทต่าง ๆ ของกิจการโทรทัศน์ ให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1.1 กรณีขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้จากค่าโฆษณา สามารถคำนวณได้ ดังนี้

$$D = \frac{(Rt \text{ ผู้ทำละเมิด}) \times P \times T}{Rt \text{ เจ้าของลิขสิทธิ์}}$$

โดยที่ D (Damages) คือ จำนวนค่าเสียหาย Rt (Rating) คือ เรตติ้งรายการโทรทัศน์ P (Price) คือ ราคาขายโฆษณาต่อวินาที T (Time) คือ จำนวนเวลาที่โฆษณาได้ตลอดเวลาการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ กรณีที่โจทก์ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์เรตติ้งรายการโทรทัศน์ของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ให้โจทก์สามารถสืบพิสูจน์เรตติ้งรายการโทรทัศน์ที่ลดลงของโจทก์หลังการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ สามารถคำนวณได้ ดังนี้

$$D = \frac{(Rt \text{ เจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนถูกละเมิด} - Rt \text{ เจ้าของลิขสิทธิ์หลังถูกละเมิด}) \times P \times T}{Rt \text{ เจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนถูกละเมิด}}$$

Rt เจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนถูกละเมิด

ตัวอย่าง เจ้าของลิขสิทธิ์รายการโทรทัศน์ มีเวลาในการโฆษณา 12 นาทีครึ่งต่อหนึ่ง ชั่วโมง โดยขายโฆษณาในอัตรานาทีละ 300,000 บาท มีเรตติ้งก่อนถูกละเมิดที่ 4.291 และมีเรตติ้งหลังถูกละเมิดลิขสิทธิ์เท่ากับ 3.699 โดยเรตติ้งของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์เท่ากับ 0.7435

กรณีที่สามารถวัดเรตติ้งผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้

$$\text{ค่าเสียหายเท่ากับ } \frac{(0.7435) \times 300,000 \times 12.50}{4.291} = 649,761.12$$

กรณีที่ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์เรตติ้งของผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้

$$\text{ค่าเสียหายเท่ากับ } \frac{(4.291 - 3.699) \times 300,000 \times 12.50}{4.291} = 517,361.92$$

2.1.2 กรณีขาดประโยชน์ไม่ได้รับรายได้จากจากค่าสมาชิกจากผู้รับชมที่จ่ายให้สถานีโทรทัศน์ สามารถคำนวณได้ จากสมการ  $D = P \times U$  โดยที่ D (Damages) คือ จำนวนค่าเสียหาย P (Price) คือ ราคาอัตราค่าสมาชิกจากผู้รับชมที่จ่ายให้สถานีโทรทัศน์ต่อคน U (Unit) คือ จำนวนคน/สมาชิกที่เกิดจากการรับชมจากช่องทางการละเมิดลิขสิทธิ์

ตัวอย่าง เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ คิดค่าสมาชิกแก่ลูกค้าในอัตราเดือนละ 900 บาทต่อหนึ่งคน(สมาชิก) และมีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยให้บริการแก่สมาชิกจำนวน 600 ราย

$$\text{ค่าเสียหายเท่ากับ } 900 \times 600 = 540,000 \text{ บาท ต่อเดือน}$$

2.1.3 กรณีขาดประโยชน์ไม่ได้รับคำตอบแทนสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ให้ศาลปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในข้อ 1.1.2 โดยอนุโลม ทั้งนี้ ให้นำปัจจัย ดังต่อไปนี้ ประกอบการพิจารณาด้วย<sup>40</sup> ได้แก่ 1) ช่องทาง (Platform) และพื้นที่ (Territory) ในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ทำละเมิด กล่าวคือ หากผู้ทำละเมิดทำละเมิดลิขสิทธิ์ ในช่องทาง(Platform) หรือพื้นที่ (Territory) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่เคยประกอบกิจการ ให้ปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในข้อ 1.1.2 โดยอนุโลม แต่หากผู้ทำละเมิดได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในช่องทาง (Platform)หรือพื้นที่ (Territory) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกิจการอยู่แล้ว ให้ปรับใช้แนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในข้อ 2.1.1 หรือ 2.1.2 ของแนวทางฉบับนี้ โดยอนุโลม 2) ประเภทของรายการโทรทัศน์ 3) ความเก่าใหม่ของรายการโทรทัศน์ 4) จำนวนตอนของรายการโทรทัศน์ และ 5) อัตราความนิยม (เรตติ้ง) ของรายการโทรทัศน์

2.2 ค่าเสียหายต่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางการค้า ให้พิจารณาจากข้อมูลมูลค่าชื่อเสียงทางการค้าจากบุคคลหรือสถาบันที่น่าเชื่อถือ และพยานผู้เชี่ยวชาญ

<sup>40</sup> เป็นข้อเสนอแนะที่ผู้วิจัยได้ศึกษาวิเคราะห์และต่อยอด จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9926/2560.



3. กรณีที่มีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการจัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อื่นในทางการค้า ให้ศาลกำหนดให้โจทก์ต้องนำสืบถึงยอดรวมรายได้ทั้งหมดของผู้ทำละเมิด และกำหนดให้จำเลยผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ในการนำสืบพิสูจน์ถึงรายละเอียดของรายได้และที่มาของรายได้ของจำเลยเพื่อหักล้าง และให้ศาลสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหาย เท่ากับผลกำไรของ ผู้ทำละเมิด โดยคำนวณจากยอดรวมรายได้คงเหลือหลังจากการหักส่วนต่าง ๆ ที่กล่าวถึงออก

4. การพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ให้ศาลพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ได้แก่ ความชัดเจนของหลักฐานของการละเมิดลิขสิทธิ์ และการทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือ มีเจตนา และเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์สามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ การพิจารณา การเข้าถึงรายการโดยสาธารณชนอย่างแพร่หลายของงานแพร่เสียงแพร่ภาพในกิจการโทรทัศน์ ให้ศาล พิจารณาคำนึงถึง จำนวนของประชาชนที่เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมีจำนวนมากพอสมควรตามสภาพ ของงานนั้น ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 64 วรรค สอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หากศาลพิจารณา แล้ว มีความเห็นว่าการทำละเมิดของจำเลยครบองค์ประกอบดังกล่าวแล้ว ให้ศาลพิจารณากำหนดจำนวน ค่าเสียหายดังกล่าวโดยเคร่งครัด และสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นในจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

## บรรณานุกรม

- กุลเดช สุทธิวรชัย และ วริยา ลำเลิศ, “การศึกษาการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT” (2562) 10:1 วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.
- ภัทรพร จารุหิรัญสกุล, อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของวิธีการวัดอัตราความนิยมรายการ *Past Present and Future of Rating Measuring Methods* (4 กุมภาพันธ์ 2562) มหาวิทยาลัยกรุงเทพ [https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/epaper/july\\_dec2005/pataraporn.pdf](https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/epaper/july_dec2005/pataraporn.pdf) .
- ภัสรา ปิตยานนท์, OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์ (11 กุมภาพันธ์ 2562) timeconsulting <<http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv-อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์/>>.
- ประชาชาติธุรกิจ, ส่องมูลค่าโฆษณาปี’62 วิษุรัง-เคเบิลทีวีร่วง (15 กุมภาพันธ์ 2563) ประชาชาติธุรกิจ <<https://www.prachachat.net/ict/news-421704>>.
- เมธาวี สาระไทย, ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุ: ศึกษาเฉพาะกรณีเทปบันทึกเสียง วีดีทัศน์ ซีดีและ วีซีดี (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546).
- เฉลิมชัย กักเกียรติกุล, ระเบียบเรื่องการปิดกั้นการให้บริการเชิงภูมิศาสตร์ (*Geo-Blocking Regulation*) ของสหภาพยุโรป (12 มิถุนายน 2561) chalermchai-nbtc <[http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2018/06/geo-blocking-regulation\\_12.html](http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2018/06/geo-blocking-regulation_12.html)>.
- สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, สื่อวิทยุ-โทรทัศน์มีรายได้จากอะไรบ้าง (4 กุมภาพันธ์ 2562) กสทช <<http://bcp.nbtc.go.th/en/detail/2017-01-25-15-58-52>>.
- Bently, Lionel and Shermon, Brad, *Intellectual Property Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001),
- Chisman, Donald S. and Jacobs, Michael A, *Understanding of Intellectual Property Law* (NewYork: Matthew Bender & Company Inc.,1992).
- Goldstein, Paul, *International Intellectual Property: Cases and Materials* (New York: Foundation Press, 2001).
- Lone, Doris Estelle and D’Amato, Anthony, *Coursebook in International Intellectual Property* (Minnesota: West Group, 2000).

