

บทที่ 2

เหตุผล ทฤษฎี วิจารณ์การพัฒนาการของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และหลักทั่วไปเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

การสร้างสรรคงานที่มีคุณภาพมาให้สาธารณชนได้บริโภคนั้น ได้เกิดจากความทุ่มเท สติปัญญาอย่างยิ่งยวด หากผู้สร้างสรรค์ได้รับค่าตอบแทนที่เพียงพอ ยึดเป็นอาชีพและสามารถดำรงชีพได้ โดยสามารถจำหน่ายได้ยาวนาน ก็จะมีการสร้างสรรคงานที่คุณภาพออกมาให้บริโภคอย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างเช่น ภาพยนตร์ต่างประเทศเรื่อง แฮร์รี่พอร์ตเตอร์ สตาร์วอร์ส ซึ่งเป็นภาพยนตร์หลายภาคที่หลายคนให้ความนิยม และเป็นภาพยนตร์ต้องใช้เทคโนโลยีสเปเชียลเอฟเฟกต์ขั้นสูงและใช้ทุนสร้างมหาศาล ควรได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในทุกประเทศ หากมีการทำซ้ำ และถูกจำหน่ายเผยแพร่ในราคาต่ำกว่าฉบับจริงหลายเท่า ผู้ประกอบการก็จะไม่สามารถประกอบการต่อไปได้ แล้วก็จะไม่ผลิตผลงานที่มีคุณภาพออกมา ซึ่งก็จะทำให้งานลิขสิทธิ์ไม่มีทางพัฒนาไปได้นั้นเพื่อเป็นการหาแนวทางสำหรับการคุ้มครองลิขสิทธิ์วิธีใหม่ที่เหมาะสม สารนิพนธ์ฉบับนี้ก็จะนำเสนอเกี่ยวกับเหตุผล ทฤษฎี และวิจารณ์การพัฒนาการเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาเกี่ยวกับการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไป

2.1 เหตุผล ทฤษฎี และวิจารณ์การพัฒนาการเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ถ้าจะถามว่ามีความสำคัญอย่างไรที่ต้องให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ควรที่จะต้องศึกษาเหตุผลในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ดังมีรายละเอียด ดังนี้

2.1.1 เหตุผลในการคุ้มครองลิขสิทธิ์¹

การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองโดยกฎหมายเพื่อให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิในการควบคุม (Right to control) งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนและได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตนตามที่ควรจะได้รับ โดยมีเหตุผลแห่งการคุ้มครองดังนี้

¹ จักรพันธ์ ทองอำ. (2542). *บทบาทรัฐในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 13-14.

1) เหตุผลแห่งความยุติธรรมของสังคม

ผู้สร้างสรรค์สมควรจะได้รับประโยชน์ซึ่งเป็นผลผลิตจากแรงงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างขึ้น ซึ่งประโยชน์ที่จะได้รับอยู่ภายใต้เงื่อนไขแห่งค่าตอบแทนการใช้งานสร้างสรรค์นั้น

2) เหตุผลบนพื้นฐานทางเศรษฐกิจ

การลงทุนบางครั้งมีความจำเป็นต่อการสร้างสรรค์งาน เช่น การสร้างภาพยนตร์ การสร้างงานสถาปัตยกรรม การจัดพิมพ์หนังสือ การผลิตสิ่งบันเทิงเสียง จะได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่เมื่อมีการคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้ และจะเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศด้วย

3) เหตุผลทางด้านศีลธรรม

งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นการแสดงออกซึ่งภูมิปัญญาของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จึงควรที่จะได้รับความเคารพนับถือ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีสิทธิที่จะตัดสินใจว่า เมื่อใดและอย่างไรที่งานของเขาจะนำออกทำซ้ำ หรือนำออกเล่นแสดงในที่สาธารณะ หรือมีสิทธิที่จะห้าม หากมีผู้ร่วมงานของผู้สร้างสรรค์ไปใช้ตัดแปลงจนเป็นที่เสียหาย ซึ่งสิทธิประเภทนี้เรียกว่า "ธรรมสิทธิ"² (Moral Right)

4) เหตุผลทางความเจริญก้าวหน้าของวัฒนธรรม

เมื่อผู้สร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครอง ผลตอบแทนที่ได้รับจากงานของผู้สร้างสรรค์ที่ได้ผลิตขึ้นนั้นนำความเจริญให้เกิดแก่งานวรรณคดี นาฏกรรม ดนตรีและอื่นๆ และขยายต่อไปถึงหนังสือเรียน ตำราเรียน ของประเทศชาติ อันเป็นการพัฒนาวัฒนธรรมของชาติอีกทางหนึ่ง

5) เหตุผลทางชื่อเสียงและเกียรติคุณของประเทศชาติ

เมื่อพิจารณาถึงสภาพการณ์ทั่วไปแล้ว เมื่อเป็นงานของผู้สร้างสรรค์ของประเทศใดก็ย่อมแสดงถึงปรัชญาหรือคุณลักษณะของคนในชาตินั้น ตลอดทั้งเผยแพร่ขนบธรรมเนียมประเพณีให้กระจายไปเป็นที่รู้จักกันทั่วโลก หากปราศจากการคุ้มครองแก่งานดังกล่าว มรดกทางวัฒนธรรมของชาตินั้นย่อมจะต้องลดน้อยลง ศิลปะ วิทยาการต่างๆ ก็จะไม่ก้าวหน้าไปเท่าที่ควร

จากที่กล่าวมาทั้ง 5 ประการนี้เอง จึงเป็นเหตุผลให้มีการประกาศใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย

2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม แต่ก็สามารถสรุปได้อยู่ 3 ทฤษฎี ดังนี้

² ธรรมสิทธิ คือ สิทธิของผู้สร้างสรรค์ที่จะปกป้องชื่อเสียงเกียรติคุณอันเนื่องมาจากงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น

1) ทฤษฎีเสรีนิยม³

แนวความคิดของทฤษฎีนี้เห็นว่าบรรดาสິงนิพนธ์จากคามนึกคิดของมนุษย์สมควรให้สาธารณชนโดยทั่วไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี เพื่อเป็นการผลักดันและส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของวัฒนธรรมของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากผลงานอันเกิดจากคามนึกคิดของมนุษย์ไม่ควรที่จะถือว่าเป็นสิงที่นิพนธ์อย่างแท้จริงได้ เพราะว่คามนึกคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมอาศัยจากการได้รับความคลใจจากคามนึกคิดของบรรดาบรรพบุรุษไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม คามนึกคิดอันเป็นคามริเริ่มอย่างแท้จริงโดยเอกเทศเป็นสิงที่ไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสิงนิพนธ์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งความจริงเป็นผลิตผลทางสังคม ดังนั้น ประโยชน์อันเกิดจากสิงนิพนธ์ดังกล่าวจึงสมควรตกเป็นของสังคม ซึ่งคามนึกคิดของมนุษย์นับได้ว่าเป็นทรัพย์สินของมนุษยชาติที่มีคุณค่าสูงสุด อันควรแก่การยอมรับนับถือของสาธารณชน การใช้ประโยชน์จากคามนึกคิดของมนุษย์จึงสมควรปล่อยให้เป็นของสาธารณชนอย่างเสรีซึ่งก็หมายความว่า บรรดางานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ตกเป็นสมบัติของสาธารณะมิใช่สมบัติของผู้ผลิตแต่อย่างใด

2) ทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน⁴

แนวความคิดของทฤษฎีนี้ เห็นว่าลิขสิทธิ์สมควรได้รับความคุ้มครองป้องกันเช่นเดียวกับสิทธิในทางแพ่งโดยทั่วไปและอ้างว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่ใช้ชนบุคคลทั่วไป อย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษโดยมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เห็นว่าชีวิตในส่วนจิตใจและสติปัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสภาพบุคคล (Personality) เมื่อสภาพบุคคลได้รับความคุ้มครอง (Protection of One's Personality) การแสดงออกทางคามนึกคิดอันเป็นรูปธรรมก็เป็นส่วนหนึ่งแห่งสภาพบุคคลซึ่งน่าจะได้รับความคุ้มครองด้วย จากเหตุผลสนับสนุนนี้ทำให้ลิขสิทธิ์มีความโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในสภาพบุคคล (Right of Personality)

ประการที่สอง เห็นว่สิงนิพนธ์ (งานสร้างสรรค์) อันเป็นผลงานของบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมตกเป็นของบุคคลนั้นแต่ผู้เดียว ถ้าสิงนั้นมีคุณค่าทางเศรษฐกิจก็ย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลนั้น หรืออย่างน้อยที่สุดก็สมควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์ของบุคคลนั้น ซึ่งจากเหตุผลสนับสนุนนี้ เป็นที่มาของแนวความคิดที่ว่ลิขสิทธิ์เป็นกรรมสิทธิ์และเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Right of Incorporeal Property)

³ มิตรชาย กำทอง. (2550). *ปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 11.

⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 12.

จากทฤษฎีคุ้มครองป้องกันนี้หากจะเปรียบเทียบกับทฤษฎีเสรีนิยมแล้ว ก็จะเห็นได้ว่าย่อมจะเกิดผลในทางส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมมากกว่าเสียอีก เพราะจากผลแห่งการคุ้มครองที่ได้รับตามทฤษฎีคุ้มครองป้องกันจะเป็นเหตุให้บุคคลมีความเพียรพยายามสร้างสรรค์งานมากยิ่งขึ้น ปรากฏว่าทฤษฎีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ทั้งสองทฤษฎีนี้ ในทางปฏิบัติกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศต่างๆ ได้ยึดถือตามทฤษฎีคุ้มครองป้องกันเป็นสาระสำคัญแต่รากฐานอันเป็นที่มาของลิขสิทธิ์โดยแท้จริงแล้วยังไม่มีความไม่แน่นอนและมีการโต้เถียงกันอยู่ แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบันแล้ว จะเห็นว่าลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองสิทธิในสภาพบุคคลของผู้สร้างสรรค์ตามความเหมาะสม นอกจากนั้นเมื่องานสร้างสรรค์นั้นอาจใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้ ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองแก่ประโยชน์ในทางทรัพย์สินด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวิวัฒนาการของเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างไม่หยุดยั้ง ได้มีงานสร้างสรรค์แบบใหม่ๆ เช่น สิ่งบันทึกเสียงหรือบันทึกภาพ ภาพยนตร์ การแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุหรือวิทยุโทรทัศน์ หรือแม้กระทั่งระบบข้อมูลของคอมพิวเตอร์(Computer Software) การแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ในทางทรัพย์สิน จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง

3) ทฤษฎีสายกลาง⁵

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่าทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน หากจะเปรียบเทียบกับทฤษฎีเสรีนิยมแล้วนั้น ต่างมีจุดติดต่อยู่ในตัวเอง กล่าวคือ หากการคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นไปอย่างไม่มีขีดจำกัดอย่างทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน ย่อมเป็นสิ่งที่ขัดต่อการพัฒนาทางภูมิปัญญาของสังคมเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากลิขสิทธิ์ของงานสร้างสรรค์ใดๆ ต่างตกอยู่กับคนเฉพาะกลุ่ม ย่อมยากที่คนในสังคมจะใช้ความรู้เหล่านั้นมาเป็นพื้นฐานต่อการสร้างองค์ความรู้ใหม่ให้กับสังคมได้ต่อไป แต่หากไม่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์เสียเลยตามทฤษฎีเสรีนิยม ก็ย่อมจะทำให้ผู้สร้างสรรค์งานขาดแรงจูงใจที่จะคิดสร้างสรรค์งานใดๆ ขึ้น เนื่องจากเมื่อสร้างสรรค์ออกมาแล้วก็ตกเป็นของสาธารณชนหมด โดยไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์เหล่านี้ได้เลย

ด้วยเหตุดังนี้ จึงเกิดแนวคิดทฤษฎีสายกลาง โดยนำเอาแนวคิดข้างต้นทั้ง 2 ทฤษฎีนี้มารวมเข้าด้วยกัน โดยมีความเห็นว่างานทางวรรณกรรมใดๆ ไม่น่าจะเกิดขึ้นมาได้โดยตัวของมันเอง ดังนั้นมนุษย์จึงน่าจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการสร้างสรรค์งานวรรณกรรมนั้นๆ ขึ้น แต่ในขณะเดียวกันโดยตัวของมนุษย์เองก็ไม่น่าที่จะสร้างสรรค์ริเริ่มแนวคิดใดๆ ได้อย่างแท้จริงอีกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพราะมนุษย์เป็นหน่วยหนึ่งของสังคม ดังนั้น แนวคิดริเริ่มของมนุษย์จึงน่าจะได้รับมาจากสภาวะทางสังคม รวมถึงการถ่ายทอดความนึกคิดที่สะสม มาจากบรรพบุรุษ

⁵ นรินทร์ นำเจริญ. *การละเมิดลิขสิทธิ์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://mail.chiangmai.ac.th/~narinn/_private/mc_400/mc400_23.html.

ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามความรับรู้ของแต่ละบุคคล ด้วยเหตุนี้งานวรรณกรรมใดๆ จึงน่าจะเกิดขึ้นโดยการผสมผสานและพึ่งพิงกันระหว่างความคิดสร้างสรรค์ของแต่ละบุคคลและการกำหนดขึ้นของสถานะแวดล้อม จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งมิได้ ดังนั้นงานวรรณกรรมจึงเป็นทั้งสมบัติของผู้สร้างสรรค์ และเป็นทั้งสมบัติของสาธารณชนด้วย

จากพื้นฐานแนวคิดของทฤษฎีนี้ นำมาสู่แนวคิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ โดยเสนอว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นสมควรที่จะมีอยู่ แต่ควรมีอยู่อย่างจำกัด โดยการกำหนดระยะเวลาให้ผู้สร้างสรรค์หรือทายาทสามารถทำประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตนเองได้ในระยะเวลาหนึ่ง เมื่อพ้นจากระยะเวลาดังกล่าวแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นๆ จะตกเป็นของสาธารณชน

จากทั้ง 3 ทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่าในปัจจุบัน ประเทศในทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยด้วยได้ยึดกันตามทฤษฎีสายกลางเป็นสาระสำคัญ

2.1.3 ความหมายและลักษณะของลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใดๆ เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น โดยการแสดงออกตามประเภทงานลิขสิทธิ์ต่างๆ เป็นผลงานที่เกิดจากการใช้สติปัญญา ความรู้ความสามารถและความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานให้เกิดขึ้น ซึ่งถือว่าเป็น “ทรัพย์สินทางปัญญา” ประเภทหนึ่งที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ ดังนั้นเจ้าของผลงานทางลิขสิทธิ์จึงควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อีกทั้งทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินประเภทที่สามารถซื้อ ขาย หรือโอนสิทธิกันได้ ทั้งทางมรดก หรือโดยวิธีอื่นๆ ซึ่งอาจสรุปลักษณะโดยทั่วไป ของลิขสิทธิ์ ดังนี้ คือ

1) ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สิน⁶

เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์หรือได้ลิขสิทธิ์มาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น มีสิทธิที่จะโอนหรือจำหน่ายแจกผลงานของตนได้ทุกรูปแบบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกฎหมายจะบัญญัติขอบเขตคุ้มครองการกระทำหรือการใช้ที่ไม่เหมาะสมตามบรรทัดฐานของสังคม จึงทำให้ถือได้ว่าลิขสิทธิ์เป็นรูปแบบหนึ่งของทรัพย์สิน คือเป็นทรัพย์สินที่ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขและข้อจำกัดของกฎหมาย แม้ว่าลิขสิทธิ์จะมีลักษณะไม่เหมือนกับทรัพย์สินไปเสียทีเดียวก็ตาม ซึ่งความแตกต่างระหว่างลิขสิทธิ์กับทรัพย์สินคือ งานอันมีลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสื่อความหมายของงานเข้าสู่จิตใจของผู้อื่น ซึ่งไม่สามารถจับต้องได้ในทางกายภาพ อีกทั้งลิขสิทธิ์มีเงื่อนไขเฉพาะในเรื่องระยะเวลาการทำซ้ำเผยแพร่

⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2550). *ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์*. รายงานผลการวิจัย ทนวิชัยรัชดาภิเษกสม โภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 28.

2) ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว⁷

ลิขสิทธิ์ประกอบด้วยสิทธิในทางประการอันเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว สิทธิเหล่านี้คือ สิทธิซึ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในการห้ามผู้อื่นมิให้กระทำการในสิ่งซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ มีสิทธิทำ ในทางทฤษฎีลิขสิทธิ์จึงเป็นสิทธิในทางนิเสธ เพราะมิได้ยืนยันว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ ทำประการใดแก่งานของเขา แต่ให้อำนาจเจ้าของลิขสิทธิ์ในการห้ามผู้อื่นจากการกระทำบางอย่าง ต่องานสร้างสรรค์ แต่ลิขสิทธิ์ก็ไม่ใช่สิทธิผูกขาด กฎหมายมิได้ให้สิทธิเพียงเจ้าของลิขสิทธิ์ใน การสร้างสรรค์งาน บุคคลอื่นก็สามารถสร้างสรรค์งานอย่างเดียวกันได้ หากมิได้ลอกเลียนงานอื่น หลักการนี้แตกต่างจากสิทธิบัตรซึ่งบุคคลไม่สามารถสร้างหรือใช้การประดิษฐ์ซึ่งจดทะเบียน สิทธิบัตรไว้แล้ว ไม่ว่าจะรู้หรือไม่ก็ตาม

3) ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่มีเวลาจำกัด⁸

แม้ว่าลิขสิทธิ์จะเป็นสิ่งตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ต้อง คำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนด้วย ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของ ลิขสิทธิ์มีสิทธิในงานสร้างสรรค์ของตนเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง ส่วนระยะเวลานั้นจะเป็นเท่าใดก็ ต้องขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สำหรับภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กฎหมายได้วางแนวทางเรื่องระยะเวลาในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ หลายประการ เช่น ในกรณีทั่วไป กฎหมายจะให้การคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเวลาตลอดอายุ ของผู้สร้างสรรค์และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 19) ในขณะที่งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทสิ่งบันทึกเสียง หรือ สดทัศน์วีสดูจะได้รับการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปี นับแต่ที่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 21)

4) ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิต่างหากจากกรรมสิทธิ์⁹

ทั้งนี้เนื่องจากว่ากรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิที่เป็น ทรัพย์สินและติดกับตัวทรัพย์สินนั้นไปเสมอ เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อใช้สอยจำหน่าย ใ้รับดอกผลหรือติดตามเอาคืน ในขณะที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างหนึ่ง

⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา และโครงการเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของวิสาหกิจไทย – เยอรมัน (GTZ). (มกราคม-มิถุนายน 2551). *วิวัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทย*. วารสารสถาบันวัฒนธรรม และศิลปมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ปีที่ 9, หน้า 20 -21.

⁸ เมธาวิ สาระไทย. (2546). *คำเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันทึกเสียงและงาน สดทัศน์วีสดู*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8.

⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 8.

ในอันที่จะหวงกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาใช้สิทธิที่มีเหนืองานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์จึงอาจเป็นคนละคนกับผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เหนืองานดังกล่าวก็ได้

2.1.4 วิวัฒนาการของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทย¹⁰

รากฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทยมีพื้นฐานจากประกาศหอพระสมุควชิรญาณ ในปี พ.ศ. 2435 (ค.ศ.1892) ในสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งราชวงศ์จักรี ซึ่งยังเป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช หอพระสมุควชิรญาณตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2424 (ค.ศ.1881) และมีคณะกรรมการเป็นผู้บริหาร กรรมการสัมปาทิกสภามีมติว่าการตีพิมพ์บางส่วนหรือทั้งหมดของหนังสือวชิรญาณพิเศษจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากกรรมการสัมปาทิกสภา พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นด้วยกับมติดังกล่าวจึงได้ประกาศหอพระสมุควชิรญาณขึ้น และภายใต้ระบบกฎหมายและการปกครองในยุคนั้น ประกาศหอพระสมุควชิรญาณจึงมีผลเสมือนหนึ่งกฎหมาย เพราะประกาศดังกล่าวเป็นพระราชโองการซึ่งมีผลใช้บังคับกับบุคคลทุกคน ประกาศนี้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของประเทศไทย เพราะเนื้อหาซึ่งให้คณะกรรมการมีอำนาจให้อุญาตในการทำซ้ำหนังสืออื่นนั้น เป็นหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการอนุญาต ให้ทำซ้ำ คัดแปลง หรือโฆษณางานนั่นเอง แต่เมื่อเวลาผ่านไปพบว่านอกจากหนังสือวชิรญาณพิเศษแล้วนั้น ประกาศดังกล่าวไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่หนังสืออื่นได้เลย ความจำเป็นในการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์หนังสือเล่มอื่นๆ ด้วย จึงเป็นที่มาของการตรากฎหมายที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2444” (ค.ศ.1901)

จากการวิเคราะห์หลักการและเหตุผลตลอดจนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าว แสดงว่าพระราชบัญญัตินี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายควีนแอนนี ค.ศ.1709 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในวรรณกรรม ค.ศ.1842 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในประเทศอังกฤษในสมัยนั้น นอกจากนี้ยังเชื่อกันว่า พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ซึ่งเป็นพระราชโอรสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ทรงสำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษ เป็นผู้ทรงแนะนำกฎหมายใหม่นี้มาสู่ประเทศไทย พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือนี้ใช้บังคับต่อมาอีกมากกว่า 10 ปี จึงได้มีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2457 (ค.ศ.1914) การแก้ไขใหม่นี้รวมถึงการขยายนิยามของคำว่า “หนังสือ” ให้ครอบคลุมมากกว่างานเขียน แต่อย่างไรก็ตามงานสร้างสรรค์ชนิดอื่นๆ ของลิขสิทธิ์ก็ยังคงอยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายนี้

¹⁰ กรมทรัพย์สินทางปัญญา และโครงการเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของวิสาหกิจไทย – เยอรมัน (GTZ). อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 7. หน้า 9 - 12.

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยก้าวไปสู่ขั้นระดับระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2474 (ค.ศ.1931) เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาเบิร์นเพื่อคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ.1886 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) แก้ไขเพิ่มเติมที่กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ.1914 พันธกรณีสำคัญในฐานะภาคีก็คือ การตรากฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบิร์น ดังนั้นในปี พ.ศ.2474 ที่ไทยเข้าเป็นภาคีนี้เอง ประเทศไทยก็ได้ตรากฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศที่มีหลักการเกี่ยวกับ ลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบิร์น กฎหมายนี้มีชื่อว่า “ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 ” โดยที่ยกเลิกพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ.2444 โดยปริยาย และพระราชบัญญัตินี้ได้ยอมรับเอาหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ¹¹ หลักสิทธิขั้นต่ำ และหลักการคุ้มครองโดยทันทีโดยปราศจากแบบ¹² มาใช้ นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีองค์ประกอบสำคัญอื่นอีก เช่น ขยายนิยามของงานลิขสิทธิ์ การให้ความคุ้มครองแก่งานต่างชาติ การลงโทษทางแพ่งและอาญา ฯลฯ

พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 ใช้บังคับมา 47 ปี โดยปราศจากการแก้ไขเพิ่มเติม จนกระทั่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 (ค.ศ.1978) เหตุผลในการออกกฎหมายใหม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติปี พ.ศ.2474 ถ้าสมมุติบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองยังไม่เพียงพอ ตลอดจนการลงโทษในทางอาญาเกี่ยวกับการละเมิด ลิขสิทธิ์ยังไม่มีประสิทธิภาพ โดยมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ 4 แห่งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 คือ การขยายขอบเขตของงานอันมีลิขสิทธิ์ ปรับปรุงฐานความผิดทางอาญาและโทษที่สูงขึ้น ปรับปรุงความรับผิดทางแพ่ง ปรับปรุงระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ์และกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ โดยการให้ออกพระราชกฤษฎีการะบุเงื่อนไขแห่งการคุ้มครองในรายละเอียด ดังนั้น พระราชกฤษฎีกาเพื่อคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ.2526 (ค.ศ.1983) จึงตราขึ้นเพื่อวางเงื่อนไขตามอนุสัญญาเบิร์นและข้อสงวนซึ่งประเทศไทยได้วางไว้ แต่ต่อมาพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ก็ถูกยกเลิกโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครอง

¹¹ คือ หลักการที่ทำให้เกิดความเสมอภาคกับสินค้าประเภทเดียวกันที่นำเข้าจากประเทศภาคีของ WTO โดยเมื่อนำเข้ามาในประเทศแล้วจะได้รับผลปฏิบัติเช่นเดียวกับสินค้าประเภทเดียวกันที่มีแหล่งกำเนิดในประเทศนั้น ทั้งในเรื่องกฎหมาย ภาษีอากร เป็นต้น

¹² คือ หลักสากลว่าลิขสิทธิ์จะเกิดขึ้นทันทีที่ได้สร้างสรรค์งาน โดยปราศจากเงื่อนไข ประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาเบิร์น จึงต้องยอมรับหลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติและปราศจากแบบ กฎหมายไทยยอมรับหลักการนี้ โดยไม่กำหนดแบบในการให้ได้ว่าซึ่งการคุ้มครอง ฉะนั้นการจดทะเบียนอันมีลิขสิทธิ์ที่ปฏิบัติกันในประเทศไทยนั้น ไม่ใช่เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ.2536 (ค.ศ.1993) เนื่องจากเงื่อนไขต่างๆ ถูกเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศในขณะนั้น ตัวอย่างเช่น หลักการคุ้มครองโดยอิสระ ซึ่งประเทศไทยตั้งข้อสงวนไว้ 6 ข้อ (ภาคผนวก) ไม่ยอมรับในการภาคยานุวัติ¹³ กับอนุสัญญาเบิร์น

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 นี้มีผลใช้บังคับโดยไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมจนกระทั่งปี พ.ศ.2537(ค.ศ.1994) มีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อแทนที่กฎหมายเดิมและวางบทบัญญัติใหม่ๆ หลายประการ วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายนี้เพื่อยกระดับกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับเพื่อประโยชน์ของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการค้าและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ วัตถุประสงค์นี้ปรากฏอยู่ในหลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัตินี้ที่ว่า “ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศ ที่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ สมควรที่จะ ได้มีการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ ”

การยกร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ทำขึ้นในระหว่างที่มีการเจรจา ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) เนื่องจากเป็นนโยบายของรัฐบาลที่จะปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ผู้ร่างจึงมุ่งเน้นถึงผลของการเจรจา เมื่อการเจรจา TRIPs มาถึงขั้นสุดท้าย คณะกรรมการยกร่างคาดเดาผลสรุปของ TRIPs ในส่วนที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ซึ่งประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องผูกพันตามในไม่ช้า คณะกรรมการยกร่างจึงใช้กลยุทธ์ในการรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ภายใต้ TRIPs ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับใหม่ เพื่อป้องกันมิให้ประเทศไทยถูกกล่าวหาจากประเทศคู่ค้าว่าขาดมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ อันอาจทำให้ประเทศไทยได้รับการตอบโต้ทางการค้าเช่นที่เคยประสบมา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 มีนาคม พ.ศ.2538(ค.ศ.1995) เรื่อยมาจนปัจจุบัน และยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้สอดคล้องกับความตกลง TRIPs แล้วตั้งแต่ขณะที่มีการตรากฎหมายนี้

กล่าวโดยสรุปก็คือ วิวัฒนาการของงานลิขสิทธิ์ของไทยเริ่มแต่ปี พ.ศ.2435 (ค.ศ.1892) โดยผ่านประกาศหอพระสมุทวชิรญาณ แม้ว่าประกาศนี้จะเป็นเรื่องภายในประเทศ แต่ประกาศนี้

¹³ การเข้าเป็นภาคีในสัญญาหลายฝ่ายหรือพหุภาคี หรือในสนธิสัญญาระหว่างชาติ

ถือว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีเนื้อหาสอดคล้องกับแนวความคิดของลิขสิทธิ์ ในยุคถัดมาจะพบหลักลิขสิทธิ์ของประเทศสหราชอาณาจักรในระบบกฎหมายไทยใน พระราชบัญญัติ พ.ศ. 2444 (ค.ศ.1901) ยุคต่อมาคือการยอมรับกฎเกณฑ์ของลิขสิทธิ์ระหว่าง ประเทศภายใต้อนุสัญญาเบิร์น โดยพระราชบัญญัติปี พ.ศ.2474 (ค.ศ.1931) และสุดท้ายประเทศไทยได้ยอมรับมาตรฐานของความตกลง TRIPs มาใช้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กฎหมายลิขสิทธิ์ต่างๆ ของไทยนั้นล้วนแล้วแต่เกิดจากพันธกรณีของไทยภายใต้ อนุสัญญาและความตกลงต่างๆ ที่ไทยได้เป็นภาคีไว้ตามแต่ช่วงระยะเวลา ซึ่งในยุคต้นนั้นไทย เลือกว่าที่จะผูกพันตามอนุสัญญาเบิร์นฯ แก้ไขเพิ่มเติม ที่กรุงเบอร์ลิน ค.ศ.1908 และพิธีสารเพิ่มเติม ปี ค.ศ.1914 ทั้งในบทบัญญัติด้านสารบัญญัติและการบริหาร โดยมีข้อสงวน 6 ข้อ ซึ่งพันธกรณี ด้านสารบัญญัติได้สะท้อนให้เห็นในพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 นั้นเอง ยุคถัดมาไทยได้ประกาศต่อองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ว่าการผูกพันด้านการ บริหารจะเปลี่ยนแปลงไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญาเบิร์นฯ แก้ไขเพิ่มเติมที่กรุงปารีส ค.ศ. 1971 และแก้ไขในปี ค.ศ. 1979 พันธกรณีนี้มีผลเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2523 (ค.ศ.1980) แต่ไม่ได้ ทำให้ไทยต้องแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้อยู่ในขณะนั้น เนื่องจากพันธกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการ จัดการด้านบริหารระหว่างประเทศไทยและ WIPO เท่านั้น

ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติปี พ.ศ.2521 ได้เข้ามาแทนที่พระราชบัญญัติปี พ.ศ.2474 ประเทศไทยยังไม่ได้เปลี่ยนพันธกรณี แต่เนื้อหาของบางส่วนของพระราชบัญญัติปี พ.ศ. 2521 เป็นไป ตามบทบัญญัติในด้านสารบัญญัติของอนุสัญญาเบิร์นที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 ซึ่งได้รับการ ยอมรับในฐานะมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยพันธกรณีตามอนุสัญญาเบิร์นเปลี่ยนแปลงครั้ง สำคัญเมื่อประเทศไทยประกาศต่อ WIPO ว่าพันธกรณีของตนคือการขยายมาตรา 1 ถึง 21 (ด้านสารบัญญัติ) ของพิธีสารกรุงปารีส ค.ศ.1971 แทนการยอมรับบทบัญญัติเดิมของตราสารกรุง เบอร์ลิน ค.ศ. 1908 พันธกรณีใหม่นี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1995 แต่ยังไม่มีความ จำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้กล่าว สอดคล้องกับพิธีสารกรุงปารีส ค.ศ.1971 แล้ว และปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาเบิร์น และพิธีสารกรุงปารีส ค.ศ.1971 ทั้งในด้านสารบัญญัติและการบริหาร เหตุนี้ทำให้ประเทศไทย ในฐานะประเทศที่กำลังพัฒนามีสิทธิใช้ มาตรา 2 ข้อจำกัดสิทธิในการแปลของภาคผนวกแห่งพิธี สารกรุงปารีส ค.ศ.1971 (1)

สำหรับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ ได้วางหลัก พื้นฐานว่า งานลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ของประเทศซึ่งเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครอง ลิขสิทธิ์ หรืองานอันมีลิขสิทธิ์ขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีจะได้รับการ

คุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติ¹⁴ ซึ่งบทบัญญัตินั้นนอกจากจะไม่ระบุเฉพาะเจาะจงถึงเงื่อนไขในการคุ้มครองยังเป็นการยอมรับหลักปฏิบัติเชิงคนชาติอีกด้วย เพราะให้หลักประกันว่างานของชาวต่างชาติจะได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติเช่นเดียวกันกับงานของคนชาติ เพื่อเป็นการเพิ่มเติมหลักของอนุสัญญาเบิร์น

2.1.5 องค์ประกอบของ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537¹⁴

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้เพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ในปัจจุบันของประเทศไทย ซึ่งได้กำหนดงานที่ได้รับความคุ้มครอง อันได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างไร ซึ่งการคุ้มครองงานสร้างสรรค์เหล่านี้จะเกิดขึ้นทันทีเมื่อสร้างขึ้น และไม่จำเป็นต้องมีการเผยแพร่ผลงานสู่สาธารณชนก่อน หากผู้ใดทำละเมิดนำงานไปเผยแพร่ คัดลอก ดัดแปลง ไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด จักต้องรับโทษอาญาและชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งแก่ผู้สร้างสรรค์งานชิ้นนั้น ส่วนการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ที่กระทำกับกรมทรัพย์สินทางปัญญานั้น มิใช่การจดทะเบียนลิขสิทธิ์ แต่เป็นการเผยแพร่ชื่องานลิขสิทธิ์ของตนแก่บุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ในการค้นหาติดต่อกับเจ้าของชิ้นงาน อันเป็นความช่วยเหลือของทางการในการเป็นแหล่งข้อมูลแก่เอกชนที่สนใจ สำหรับองค์ประกอบของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

1) ขอบเขตการคุ้มครองงานสร้างสรรค์

กฎหมายได้กำหนดขอบเขตของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ดังต่อไปนี้

- 1.1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- 1.2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- 1.3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง
- 1.4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น
- 1.5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิดังกล่าวข้างต้น โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

¹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ:นิติธรรม. หน้า 24-28.

เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจกระทำทั้ง 5 ข้อ ผู้ใดที่ทำการละเมิดสิทธิของเจ้าของงานซึ่งกฎหมายคุ้มครองไว้ จะต้องรับโทษอาญาและจ่ายค่าเสียหายทางแพ่งแก่เจ้าของงาน การคุ้มครองสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ช่วยส่งเสริมให้คนไทยมีกำลังใจในการสร้างสรรค์งานใหม่ มิใช่การคัดลอก คัดแปลง งานของผู้อื่น

2) ลิขสิทธิ์ของลูกจ้าง

ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นผู้สร้างสรรค์งานจะเป็นเจ้าของชิ้นงานทันที ที่สร้างมัน บางกรณีอาจมีข้อสงสัยว่า ถ้าเจ้านายสั่งให้พนักงานสร้างงานขึ้น เช่น บรรณาธิการให้ลูกน้องเขียนบทความใส่หนังสือของตนเอง ใครจะเป็นเจ้าของงานเขียนชิ้นนั้น เป็นต้น กฎหมายกำหนดไว้ว่า งานที่สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็นของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธิในงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์ของการจ้างแรงงาน ดังนั้น ถ้ามิได้ตกลงกันไว้แตกต่างจากกฎหมายและต้องทำเป็นหนังสือชัดเจน ลูกจ้างซึ่งเขียนบทความย่อมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่บรรณาธิการมีสิทธิในงานเขียนนั้นไปใช้ในกิจการของตนซึ่งผู้เขียนเป็นลูกจ้างอยู่ได้ ด้วยหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ด้านความเป็นเจ้าของชิ้นงานของลูกจ้าง จึงทำให้นายจ้างบางคนทำข้อตกลงระหว่างตนกับลูกจ้างไว้ว่า ถ้าผลิตชิ้นงานในขณะที่เป็นลูกจ้าง นายจ้างจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ มิใช่แค่มีสิทธิในงานออกเผยแพร่เท่านั้น ผู้สร้างสรรค์งานจึงต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิตามกฎหมายกับข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างว่า สิ่งใดมีประโยชน์สูงสุดต่อตนหรือต่อสังคม

3) งานอันไม่มีลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดงานที่ถือว่าไม่มีลิขสิทธิ์ไว้ด้วย หมายความว่าทุกคนสามารถนำชิ้นงานทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือส่วนรวมได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือจ่ายค่าตอบแทนก่อน อันได้แก่ ข่าวประจำวัน และข้อเท็จจริงต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นเพียงข่าวสารอันมิใช่ในงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ รัฐธรรมนูญ และ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง คำชี้แจง และหนังสือโต้ตอบของกระทรวง ทบวง กรม หรือ หน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่น คำพิพากษา คำสั่ง คำวินิจฉัย และรายงานของทางราชการ คำแปลและการรวบรวมสิ่งต่างๆตาม ข้อ 1 ถึง 4 ที่กระทรวง ทบวง กรม หรือ หน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่นจัดทำขึ้น

4) การละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดพฤติกรรมใดว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานของผู้อื่นไว้ชัดเจน ได้แก่ การทำซ้ำหรือคัดแปลง เผยแพร่งานต่อสาธารณชน ซึ่งงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต ส่วนงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้เพิ่มการกระทำละเมิดอีกอย่างหนึ่งไว้ได้แก่

การให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนา งาน หากผู้ใดกระทำการดังกล่าว ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องรับโทษอาญาและจ่ายค่าเสียหายแก่เจ้าของงานด้วย หากผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิด ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำการต่อไปนี้แก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ได้แก่

4.1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่า
ชื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน

4.2) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์นำหรือ
ตั้งเข้ามาในราชอาณาจักร

การละเมิดงานลิขสิทธิ์ไปหาทำไร โดยรู้หรือมีเหตุควรรู้ได้ จะใช้ลงโทษ เจ้าของ
ร้านค้า ผู้จัดการ ลูกจ้างที่รู้ชัดหรือมีเหตุควรรู้ว่า กำลังขาย เผยแพร่ นำเข้า งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น
ร้านค้าโดยขายแผ่นซีดีเพลงหรือภาพยนตร์ หนังสือ ซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ที่ต้องรับโทษในคดี
ประเภทนี้ คือ เจ้าของร้าน ผู้จัดการ ลูกจ้างขายของ ซึ่งต้องรู้หรือควรรู้ว่ากำลังจำหน่ายงานละเมิด
ลิขสิทธิ์ด้วย พวกเขาจึงรับโทษอาญาหรือจ่ายค่าเสียหายแก่เจ้าของงาน กรณีสำนักพิมพ์ผลิตหนังสือ
ที่ละเมิดลิขสิทธิ์งานของผู้อื่น นอกจากนักเขียนที่ลอกหรือคัดแปลงงานนั้นต้องรับโทษอาญาแล้ว
หากสำนักพิมพ์ทราบว่าผลิตงาน โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของงานก่อนแล้วยังออกจำหน่ายอีก
จะต้องรับโทษร่วมกับผู้ที่คัดลอกด้วย ซึ่งการกระทำที่เห็นแก่การค้าหากำไรนั้น ผู้กระทำจะรับโทษ
จำคุกสูงขึ้นและปรับมากขึ้นเป็นกรณีพิเศษ ดังนั้น การผลิตงานเผยแพร่จึงต้องระวังเป็นพิเศษ
โดยเฉพาะเมื่อมีการแจ้งเตือนให้พิจารณาว่าละเมิดงานลิขสิทธิ์ ต้องรีบตรวจสอบทันที และงด
เผยแพร่งานเพื่อมิให้ต้องรับโทษอาญาร่วมกับนักคัดลอกด้วย แต่สำนักพิมพ์มิได้เสียสิทธิในการ
เรียกค่าเสียหายจากนักคัดลอกที่สร้างความเสียหายแก่องค์กรของตน หากมีการเรียกร้องค่าเสียหาย
จากนักคัดลอกเหล่านั้นจะเป็นการปรามนักคัดลอกต่อไป มิให้ยึดเป็นเยี่ยงอย่างด้วยและลด
ความเสียหายของตนลงได้

5) โทษของการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ แล้วกำหนดโทษแก่ผู้ทำ
ละเมิดไว้ชัดเจน การละเมิดต่องานของผู้สร้างสรรค์ทั้งทำซ้ำ คัดแปลงงาน เผยแพร่ต่อสาธารณชน
โดยไม่ได้รับความยินยอมตามกฎหมาย ต้องมีโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท
หากพฤติกรรมทำละเมิดดังกล่าวเพื่อการค้า ผู้กระทำจะมีโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือ
ปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น เมื่อผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับ
โทษอาญาแล้ว ผู้นำงานอันละเมิดดังกล่าวไปหาประโยชน์ทางการค้าจากรับโทษอาญาในส่วน
ความผิดของตนอีกด้วย และถ้าเคยโดนลงโทษฐานความผิดละเมิดลิขสิทธิ์มาแล้ว ยังกระทำ

ความผิดเดียวกันนี้อีกภายในห้าปี เขาจะถูกลงโทษหนักเป็นสองเท่าของโทษที่พิจารณาคดีในเวลานั้นฐานไม่เจ็ดหลายอีกด้วย ฉะนั้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องต้องห้ามอย่างยิ่ง

6) เวลาคุ้มครองงาน

กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ด้วย โดยในกรณีทั่วไปจะคุ้มครองเป็นเวลาตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 19) ในขณะที่งานประเภทสิ่งบันทึกเสียงหรือโสตทัศนวัสดุจะได้รับการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปี นับแต่ที่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 21) เมื่อพ้นห้าสิบปีแล้ว งานชิ้นนี้จะตกเป็นสมบัติของแผ่นดิน คนไทยสามารถนำไปตีพิมพ์ เผยแพร่งานต่อสาธารณชนได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าลิขสิทธิ์แก่ทายาทผู้สร้างสรรค์ อีกต่อไปอันถือเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน

2.2 ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด

2.2.1 ความหมายและลักษณะการทำละเมิด¹⁵

ละเมิด (TORTS) คือ การกระทำใดๆ ของบุคคลหรือการกระทำที่อยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ผู้ได้รับความเสียหายนั้นชอบที่จะได้รับการเยียวยา โดยการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือเรียกร้อง ให้ผู้ละเมิดปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติในลักษณะอื่นๆ แล้วแต่กรณี เช่น นายแดงขับรถโดยประมาทเลนเล่อชนนายฟ้า หรือ นายแดงจงใจทำร้าย นายฟ้า เช่นนี้นายฟ้าได้รับความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือร่างกาย ย่อมเรียกให้นายแดงชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการกระทำละเมิดมีลักษณะกล่าวได้ดังนี้

1) จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ฉะนั้นถ้าเป็นการกระทำละเมิดที่ระวางเต็มที่แล้วแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอีกก็ไม่ต้องรับผิด เช่น พนักงานเสิร์ฟอาหารในภัตตาคารกำลังยกอาหารร้อนจัดไปให้ลูกค้าด้วยความระมัดระวังเต็มที่ ขณะนั้นลูกค้าคนหนึ่งรีบเดินเข้ามาไม่ทันเห็นจึงชนชามซุปรหกเลาบนขาของลูกค้าได้รับบาดเจ็บ เช่นนี้ลูกค้าจะเรียกร้องฐานละเมิดไม่ได้

2) ผิดกฎหมาย โดยปกติกฎหมายได้คุ้มครองชีวิตร่างกาย ชื่อเสียง และทรัพย์สินของบุคคลไว้อยู่แล้ว การกระทำต่อสิ่งเหล่านี้โดยไม่มีอำนาจถือว่าเป็นผิดกฎหมาย

3) กระทำต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง คือ ชีวิตร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้ากระทำต่อสิ่งอื่นนอกจากนี้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิด

¹⁵ สุรศักดิ์ มณีศร. *ละเมิด* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก www.moj.go.th/upload/sub2_km/uploadfiles/4225_3936.pdf.

4) เกิดความเสียหาย ละเมิดนั้นต้องการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ถ้าไม่มีความเสียหายก็ไม่มีอะไรต้องเยียวยา เช่น คนที่รถจักรยานประมาทเลนเล่อ พุ่งเข้าชนรถบรรทุก รถจักรยานพัง และผู้ขี่ได้ รับผิดชอบต่อรถบรรทุกไม่เสียหายใดๆ ลักษณะเช่นนี้เจ้าของรถบรรทุกไม่มีสิทธิฟ้องฐานละเมิด เพราะตนเองไม่มีความเสียหาย

5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องสามารถคาดเห็นได้ ความเสียหายอื่นๆ ที่ผิดปกติกฎหมายไม่รับรองที่จะเยียวยาได้

6) ความรับผิดชอบเพื่อกระทำของบุคคลอื่น กรณีนี้เป็นนโยบายทางกฎหมายที่กำหนดให้ผู้นั้นผู้ใดต้องรับผิดชอบแม้ว่าตนเองมิใช่เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรง เพราะผู้นั้นเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากกิจการงานของผู้กระทำละเมิด หรือผู้นั้นมีหน้าที่ดูแลผู้กระทำละเมิด คือ

- ก) นายจ้างต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้าง
- ข) ตัวการต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดของตัวเอง
- ค) ผู้ว่าจ้างทำของ “ไม่ต้องรับผิดชอบ” ต่อการละเมิดของผู้รับจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างทำของผิดในส่วนงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้
- ง) บิดามารดา หรือผู้อนุบาล ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้เยาว์
- จ) ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือผู้รับดูแล ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้เยาว์ หรือบุคคลไร้ความสามารถ

7) ความรับผิดชอบเพราะการมีทรัพย์สินบางประเภทไว้ในครอบครอง ทรัพย์สินบางประเภทมีลักษณะที่เป็นอันตรายหรือมีอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่นได้ โดยไม่สามารถ รู้ว่าเกิดขึ้นอย่างไร ฉะนั้นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ คือผู้ครอบครองย่อมมีภาระที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆ ที่เกิดจากทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งมีกรณีดังต่อไปนี้

- ก) ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ เจ้าของหรือผู้รับเลี้ยงรักษาต้องรับผิดชอบ
- ข) ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะ โรงเรียน หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ก่อสร้างไว้ชำรุดบกพร่อง หรือบำรุงรักษาไม่เพียงพอ ผู้ครอบครองต้องรับผิดชอบ
- ค) ความเสียหายเกิดเพราะยานพาหนะ รถยนต์ ทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายโดยสภาพ เช่น เครื่องจักร วัตถุระเบิด เป็นต้น ผู้ครอบครองหรือควบคุมต้องรับผิดชอบ

8) ในส่วนของการเยียวยาความเสียหาย มีวิธีการตามกฎหมายดังนี้

- ก) ให้กระทำการ เช่น การเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่น ในลักษณะบุกรุกศาลสามารถสั่งให้ออกไปจากที่ดังกล่าวได้ การกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทผู้อื่น ศาลอาจสั่งให้ผู้ละเมิดประกาศคำขอโทษลงในหนังสือพิมพ์รายวัน

ข) งดเว้นกระทำการ เช่น การใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาประกอบธุรกิจ โดยไม่มีอำนาจ การเปิดวิทยุเสียงดัง รบกวนเพื่อนบ้านข้างเคียง ศาลอาจสั่งให้ผู้ละเมิดงดเว้นการกระทำดังกล่าว

ค) เรียกค่าสินไหมทดแทน เช่น การเรียกให้ผู้ละเมิดชำระเงินเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะดังนี้

a) ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ความสามารถเรียกค่ารักษาพยาบาล ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการรักษาพยาบาล เช่น ค่าเดินทาง ค่าขาดรายได้จากการประกอบอาชีพขณะบาดเจ็บ ค่าเสียหายทางจิตใจ กรณีถูกกระแทกกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรง หรือสูญเสียอวัยวะ กรณีตายสามารถเรียกค่าทำศพ ค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณได้แน่นอน เช่น การละเมิดต่อเสรีภาพ ชื่อเสียง ศาลก็จะคำนวณตามพฤติการณ์และความร้ายแรง

b) ความเสียหายต่อทรัพย์สิน เรียกค่าซ่อมแซมตามที่จำเป็นถ้าสูญเสียหมดสิ้นไปก็เรียกให้ชำระราคาทั้งหมดได้

9) อายุความในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกละเมิดต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ที่จะฟ้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด

2.2.2 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิด

1) ทฤษฎีรับภัย¹⁶

ทฤษฎีนี้มีความมุ่งหมายให้ผู้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดใช้ค่าเสียหายโดยมิได้คำนึงว่าผู้ละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วย เป็นทฤษฎีที่ถือว่า อาจมีความรับผิดชอบได้แม้ได้มีความผิดก็ตาม (Liability Without Fault) เพื่อให้ผู้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดใช้ค่าเสียหาย แนวคิดนี้มีพื้นฐานจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ทฤษฎีนี้จะไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้ละเมิด ทั้งนี้เพราะถือว่าความผิดของมนุษย์อันเป็นองค์ประกอบภายในด้านจิตใจไม่อาจถูกพิจารณาได้ กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น และรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้ก่อความเสียหายขึ้น ก็เพียงพอที่จะถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิดแล้ว ไม่ว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายจะผิดหรือถูกต้องก็ตาม เพราะถือว่ามนุษย์เราเมื่อได้กระทำการใดๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจมีผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ดังนั้นผู้กระทำก็ต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น โดยมีเหตุผลทางทฤษฎีอยู่ 2 ประการ คือ

¹⁶ มิตรชาย ก่ำทอง, *อ่าวแล้ว เริงอรรถที่ 3*, หน้า 31.

ประการแรก เหตุผลทางกฎหมาย ผลแห่งความรับผิดชอบทางละเมิดคือการบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายมิใช่เป็นการลงโทษอย่างความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้น กฎเกณฑ์เรื่องละเมิดไม่ควรคำนึงถึงความผิดเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ทางอาญา เพียงแต่เป็นผู้ก่อความเสียหายก็ควรถือเป็นการละเมิดแล้ว

ประการสอง เหตุผลทางพฤติการณ์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้จะหาผู้รับผิดชอบได้ก็ไม่ควรจะให้ผู้เสียหายเป็นผู้รับเคราะห์โดยที่ความเสียหายมิได้เกิดจากการกระทำของเขา เพียงแต่พิเคราะห์ว่าภัยนั้นเป็นผลเพราะเหตุใด และเหตุนั้นใครเป็นผู้ก่อผู้ใดนั้นต้องเป็นผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

2) ทฤษฎีความรับผิด¹⁷

เป็นแนวคิดที่ถือหลักว่า ไม่มีความรับผิดที่ปราศจากความผิด (Liability as a Result of Fault) ซึ่งเป็นการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องละเมิดไปอีกขั้นหนึ่ง ซึ่งต่างกับทฤษฎีรับภัยโดยทฤษฎีความรับผิดนี้มีแนวคิดที่ว่าความเสียหายที่จะมีผู้รับผิดชอบใช้เยียวยาได้นั้น ต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลซึ่งได้จงใจกระทำหรือกระทำลงโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น เนื่องจากแนวคิดนี้มีพื้นฐานมาจากหลักคุ้มครองเสรีภาพของผู้กระทำมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย โดยจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ประการคือ ประการแรก ครอบงำประกอบภายนอกคือเป็นความผิดโดยผลทางกฎหมายและทำให้บุคคลอื่นเสียหาย ส่วนประการที่สองครอบงำประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำ ได้แก่ การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่

3) ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (absolute liability)

ปัจจุบันโลกเจริญก้าวหน้ามากขึ้น การขยายตัวทางด้านการค้าและอุตสาหกรรม ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นไปอย่างรวดเร็ว ความเป็นอยู่ก็เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายจากการบริโภคสินค้าและบริการได้มากขึ้น การที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำละเมิดจึงเป็นไปได้ยาก ในปัจจุบันจึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาในทางละเมิดที่เรียกว่า ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด คือไม่จำเป็นต้องอาศัยหรือพิจารณาว่าการกระทำเป็นความผิดทางกฎหมายหรือไม่ และไม่ต้องอาศัยหรือพิจารณาว่ากระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เพียงแต่โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายว่าเนื่องมาจากต้นเหตุนั้นได้ก็เพียงพอแล้ว ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการของโรงงานหรือเตาปฏิกรณ์นิวเคลียร์¹⁸ ต้องรับผิดโดยเด็ดขาดสำหรับความเสียหายต่อบุคคลที่สาม

¹⁷ มิตรชาย ก้าทอง, *อรรถกถา เจียงจรรณที่ 3*, หน้า 32.

¹⁸ วิสูตร ตูยานนท์, (มกราคม-ธันวาคม 2554), *ความรับผิดระหว่างประเทศและระบอบความรับผิดสำหรับโรงไฟฟ้านิวเคลียร์*, วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม ปีที่ 4, หน้า 24.

ที่เกิดจากเหตุการณ์ทางนิวเคลียร์อันเกิดขึ้นที่โรงงานหรือเตาปฏิกรณ์ ทั้งนี้เนื่องจากการปฏิบัติการโรงงานหรือเครื่องปฏิกรณ์นิวเคลียร์แม้จะมีใช้สิ่งที่มีผิดกฎหมาย และไม่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นการกระทำที่มีความเสี่ยงอันตรายและเสี่ยงภัยมากผิดปกติ ทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดจึงถูกนำมาใช้และทำให้ผู้เรียกร้องค่าเสียหายหมดภาระที่ต้องพิสูจน์ความผิดหรือความประมาทของโรงงาน และบังคับให้มีความรับผิดชอบและพันธกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่ได้รับเพียงเมื่อมีข้อพิสูจน์ของความเกี่ยวเนื่องของความเป็นสาเหตุ ระหว่างความเสียหายและอุบัติเหตุทางนิวเคลียร์ที่เป็นปัญหาเท่านั้น เพราะแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่ผู้เรียกร้องค่าเสียหายจะมีความรู้ที่จำเป็นต้องมีในเรื่องที่เกี่ยวกับสิ่งที่เกิดขึ้นในโรงงานนิวเคลียร์ ในขณะที่เกิดอุบัติเหตุขึ้น ความรับผิดชอบเด็ดขาดจึงทำให้เกิดความเป็นธรรมอย่างมากสำหรับผู้เสียหาย

2.3 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

2.3.1 วิวัฒนาการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹⁹

ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีอยู่ในประวัติศาสตร์ทางกฎหมายมายาวนานตั้งแต่ประมาณ 2,000 ปีก่อนคริสต์ศักราช โดยในสมัยก่อนนั้นจะยังไม่รู้จักกันในชื่อที่เรียกว่า “Punitive Damages”²⁰ แต่บรรพบุรุษในสมัยก่อนจะรู้จักในฐานะของค่าเสียหายที่มีจำนวนหลายเท่าตัว (Multiple Damages) ซึ่งค่าเสียหายชนิดนี้ได้ถูกบัญญัติขึ้นมาตั้งแต่ในยุคของกฎหมายบาบิโลเนียน (Babylonian) โดยบัญญัติในประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (The Code of Hammurabi) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่มีความเก่าแก่ที่สุด ค่าเสียหายชนิดนี้จะถูกคำนวณ โดยการทวีคูณความเสียหายที่เกิดขึ้นไปตามสัดส่วนที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าตามการกระทำของผู้กระทำละเมิด โดยให้ชดใช้ตั้งแต่ 3 เท่า จนถึง 30 เท่าของราคาวัตถุที่ถูกทำให้เสียหาย ตัวอย่างเช่น หากผู้ใดลักโค 1 ตัวจากวัดหรือจากพระราชวัง ประมวลกฎหมายฮัมมูราบี²¹ บัญญัติว่าต้องถูกตัดสินให้ชดใช้โคเป็นจำนวน 30 ตัว ดังนั้นถ้าลักโคไปเป็นจำนวนเท่าใด การชดใช้ก็จะเพิ่มเป็นทวีคูณตามจำนวนที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น ต่อมาค่าเสียหายชนิดนี้ได้ถูกยอมรับเข้ามาอยู่ในกฎหมายของ Hittite ซึ่งเป็นชนชาติหนึ่งในเอเชีย

¹⁹ ปริญญาวัน ชมเสวก. (2550). *ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21.

²⁰ ประเทศอังกฤษจะนิยมใช้คำว่า Exemplary Damages มากกว่าคำว่า Punitive Damages

²¹ เป็นประมวลกฎหมายที่กษัตริย์ฮัมมูราบี แห่งอาณาจักรบาบิโลเนีย เป็นผู้ให้เขียนขึ้นเมื่อประมาณ 1792-1750 ก่อนปีคริสตศักราช ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ สังคม และจริยธรรมแห่งชีวิต ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือ เพื่อผลคุณความดีธรรมให้คงอยู่ในแผ่นดิน ทำลายคนชั่วและคนร้าย ป้องกันคนแข็งแรงข่มเหงคนที่อ่อนแอกว่า และเพื่อพัฒนาสวัสดิการสำหรับประชาชน

สมัยโบราณ และก็ได้ปรากฏขึ้นอีกครั้งในประมวลข้อตกลงฮีบรูของกฎหมายโมเสก (The Hebrew Covenant Code of Mosaic Law) และในประมวลกฎหมายฮินดูขอมนู (The Hindu Code of Manu) ในช่วง 1,200 และ 200 ปี ก่อนคริสต์ศักราชตามลำดับ ต่อจากนั้นหลักค่าเสียหายที่มีจำนวนหลายเท่าตัวก็ได้มีวิวัฒนาการต่อเนื่องเรื่อยมาจนกระทั่งกลายเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ หรือค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างดังเช่นที่รู้จักในปัจจุบัน

2.3.2 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษ²² (Punitive Damages) หมายถึงค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นที่เพิ่มเติม นอกเหนือจากค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนตามปกติ และมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติกรรมน่าตำหนิให้เข็ดหลาบจนไม่หวนกลับมาทำพฤติกรรมเช่นเดิมอีก และยังมีมุ่งป้องปรามมิให้ผู้อื่นมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันอีกในภายภาคหน้า โดยค่าเสียหายชนิดนี้จะกำหนดขึ้นได้ก็ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้ทำละเมิด เช่น ในกรณีที่ผู้ละเมิดได้กระทำโดยจงใจ (Willful) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) ขาดความยับยั้ง (Wanton) สะเพร่าไม่ใช้ความไตร่ตรองและไม่คำนึงถึงผลที่ตามมา (Reckless) มีเจตนาชั่วร้ายต้องการให้ผู้อื่นได้รับอันตราย (Malicious) หรือใช้วิธีการกดขี่ข่มเหงผู้อื่น (Oppressive) เป็นต้น

สำหรับลักษณะโดยทั่วไปของค่าเสียหายเชิงลงโทษ²³ มีดังนี้

1) เป็นค่าเสียหายที่กำหนดลงโทษตอบแทนผู้ถูกระทำ เพื่อปรามมิให้กระทำมิชอบเช่นนั้นอีก และขณะเดียวกันยังเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำตามด้วย

2) ฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายส่วนนี้ เพราะศาลจะพิจารณากำหนดเองตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งการละเมิด และปริมาณความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ตลอดจนฐานะทางเศรษฐกิจของจำเลย

3) เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่ชดใช้ทดแทนความเสียหายจริง แต่ในบางคดีอาจไม่ปรากฏค่าเสียหายจริง ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างเดียวกันก็ได้

4) ศาลจะกำหนดให้เฉพาะกรณีละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรงอันมีลักษณะของการละเมิดเป็นความผิดทางอาญา เช่น การใช้กำลังทำร้าย ข่มขู่หลอกลวง น้อฉล ซึ่งผู้กระทำละเมิดมุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อร่างกายจิตใจของผู้เสียหาย หรือทำให้รู้สึกอับอาย ถูกดูถูกและเหยียดหยาม เป็นต้น

²² อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง Exemplary Damages

²³ กฤษณ ทองคำแท้. (2550). *ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน: ศึกษาเฉพาะกรณีค่าเสียหายเชิงลงโทษ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 44.

2.3.3 วัตถุประสงค์ทั่วไปของค่าเสียหายเชิงลงโทษ²⁴

1) เพื่อลงโทษจำเลยผู้กระทำละเมิดให้มีความเจ็บปวด

วัตถุประสงค์ในข้อนี้ถือเป็นส่วนสำคัญสำหรับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะเมื่อผู้ใดกระทำละเมิดโดยมีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายภายในจิตใจ โดยไม่แยแสใส่ใจถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้อื่น และไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเป็นจำนวนมาก หรือน้อยเพียงใด ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะถูกกำหนดเพิ่มเติมขึ้นอีกส่วนหนึ่งจากค่าเสียหายที่โจทก์ พิสูจน์ได้ เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดให้มีความเจ็บปวดจนไม่หวนกลับมาทำพฤติกรรม เช่นเดิมอีก โดยมีข้อสังเกตว่าในบางกรณีหากให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดได้เจ็บปวดยิ่งกว่าการให้ผู้กระทำละเมิดรับบทลงโทษทางร่างกาย ด้วยซ้ำกล่าวคือ ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดนำสินค้าที่ชำรุดบกพร่องออกวางขายในท้องตลาด จนเป็นเหตุให้ผู้บริโภคได้รับอันตรายจากการใช้สอยสินค้านั้น หากผู้กระทำละเมิดได้รับบทลงโทษทางอาญาเช่น ถูกจำคุกผู้นั้นอาจไม่เจ็บปวดเท่ากับการให้ผู้นั้นรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นเพื่อเป็นการลงโทษ ซึ่งแน่นอนว่าเงินที่นำมาใช้รับผิดชอบหนี้ไม่พังกำไรที่ผู้กระทำละเมิดได้รับมาจากการกระทำละเมิดนั่นเอง หรืออาจกล่าวได้เป็นวิธีการลงโทษแบบหนามยอกเอาหนามบ่งนั่นเอง

2) การป้องปรามมิให้ผู้กระทำผิดมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันในภายภาคหน้า

การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นการป้องปรามผู้ที่มีความคิดจะกระทำพฤติกรรม เช่นนั้นให้ได้เห็นผลของคำตัดสิน และเกิดความเกรงกลัวจนต้องยับยั้งพฤติกรรมดังกล่าวมิให้เกิดขึ้นได้อีกด้วย ซึ่งศาลและนักวิจารณ์ส่วนใหญ่เห็นว่าวัตถุประสงค์นี้มีอิทธิพลเหนือการลงโทษ เพราะเป็นวิธีการป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบ โดยพฤติกรรมที่ต้องการป้องปรามจะถูกส่งตรงไปยังผู้ที่คิดจะกระทำละเมิดให้เห็นเป็นเยี่ยงอย่าง โดยรับรู้ได้เป็นวงกว้างในสังคม อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ข้อนี้จะสามารถนำไปใช้ให้เกิดประสิทธิภาพได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าสามารถนำตัวผู้กระทำละเมิดมาตัดสินให้รับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษได้หรือไม่ หรือผู้เสียหายได้นำคดีมาฟ้องร้องทางแพ่งหรือไม่ มิฉะนั้นก็จะไม่สามารถตัดสินค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นวิธีการเชือดไก่ให้ลิงดู

3) รักษาความสงบสุข

เมื่อผู้ใดจงใจกระทำการอันมิชอบจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้เสียหายอาจต้องการแก้แค้นให้ผู้นั้นได้รับความเสียหายในทำนองเดียวกันกลับคืน ซึ่งอาจนำไปสู่การทำสงครามระหว่างเอกชนและทำให้เกิดความไม่สงบในสังคมได้ ดังนั้นค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็น

²⁴ ปริญญาวัน ชมเสวก. *อั่งแล้ว เชิงอรรถที่ 19*. หน้า 23.

มาตรการปราศจากความรุนแรงซึ่งสามารถระงับความโกรธแค้นของผู้เสียหายได้อีกทางหนึ่ง เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษจะตกเป็นของผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายจะได้รับไว้ทั้งหมดหรือไม่ นั่นสุดแล้วแต่ว่ากฎหมายในพื้นที่ที่ทำการละเมิดเกิดขึ้นจะกำหนดไว้อย่างไร

4) จูงใจให้มีการนำคดีมาฟ้องร้อง

ในกรณีเมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นและมีความเสียหายเพียงเล็กน้อย ผู้ที่ได้รับ ความเสียหายจากการละเมิดนั้นมักจะไม่นำคดีมาฟ้องร้องเนื่องจากค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้จะเป็น จำนวนน้อยไม่คุ้มค่ากับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องที่สูง จึงเป็นเหตุที่ทำให้ไม่มีการนำคดีมา ฟ้องร้อง และผู้กระทำละเมิดก็ยังคงดำเนินพฤติกรรมที่น่าตำหนินั้นต่อไป แต่เมื่อมีการกำหนด ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ค่าเสียหายชนิดนี้จะทำหน้าที่เป็นสิ่งจูงใจให้ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิด นำคดีมาฟ้องร้อง และเมื่อมีผู้นำคดีมาฟ้องร้องก็จะส่งผลให้ผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติกรรมชั่วร้าย น่าตำหนิต้องรับผิดชอบใช้ทั้งในส่วนค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้และค่าเสียหายเชิงลงโทษ

5) ชดเชยความเสียหายที่ไม่สามารถชดเชยได้

บุคคลเรามีสิทธิอยู่สองประเภทคือสิทธิอันอยู่ในกองทัพสัน กับสิทธิที่อยู่ นอกเหนือกองทัพสัน ความเสียหายทั้งหลายที่เกิดขึ้นโดยละเมิดนั้นส่วนใหญ่จะทำลายสิทธิ ในกองทัพสันซึ่งก็จะสามารถชดเชยได้ด้วยค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ แต่สำหรับสิทธิที่อยู่นอกเหนือ กองทัพสันหรือที่เรียกว่าความเสียหายในทางศีลธรรม เช่น ค่าเสียหายที่ต้องเศร้าโศกเสียใจ ความพินาศทุกข์ทรมาน หรือความอับอายขายหน้า นั้น กลับมีปัญหาในเรื่องการพิสูจน์เป็นมูลค่าของ ความเสียหาย เพราะไม่สามารถตีราคาเป็นเงินได้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงสามารถเข้ามาทำหน้าที่ ชดเชยความเสียหายที่ไม่สามารถตีราคาได้ แม้จะไม่สามารถทำให้กลับมาเป็นปกติได้ก็ตามแต่ เรียกว่าดีที่สุดที่จะสามารถชดเชยได้แล้ว

6) ชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของโจทก์

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของโจทก์ อันรวมไปถึงค่าทนายความของโจทก์นั้น แม้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะไม่มีหน้าที่ในการชดเชยความเสียหาย แต่ก็ยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่าเข้ามาใช้ ในการพิจารณาตัดสินใจกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าค่าเสียหาย เชิงลงโทษทำหน้าที่ในการชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของโจทก์ด้วย

2.3.4 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

1) พฤติกรรมจำเลยที่สมควรแก่การถูกกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ²⁵ นั้น สามารถแยก พิจารณาได้ดังนี้

²⁵ ปริญญาวัน ชมเสวก. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, หน้า 27.

1.1) การกระทำละเมิดโดยจงใจ

การกระทำละเมิดโดยจงใจนั้นมีความหมายแตกต่างไปจากการกระทำผิดโดยเจตนาในทางกฎหมายอาญา เพราะคำว่า “จงใจ” ที่ใช้อยู่ในกฎหมายละเมิดนั้น หมายความว่าเจตนาทำให้เขาเสียหาย ไม่ว่าจะในขณะที่ทำให้กระทำผู้กระทำจะรู้หรือไม่ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมากน้อยเพียงใด เพียงแค่ในขณะกระทำผู้กระทำรู้สำนึกว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นก็ถือเป็นการเพียงพอแล้ว แต่สำหรับ “เจตนา” ตามกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีความมุ่งหมายที่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลที่จะเกิดขึ้นนั้นด้วย เช่น คำทำร้ายแดงถึงตาย ถ้าคำทำร้ายโดยเจตนาและเล็งเห็นผลว่าแดงจะตาย ในทางอาญาก็เป็นการกระทำที่ตายโดยเจตนา แต่ถ้าคำไม่เล็งเห็นผลนั้นแต่ความตายเป็นผลโดยตรงจากการที่คำได้ทำร้ายแดงโดยเจตนา คำจะมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา²⁶ แต่ในทางละเมิดเมื่อคำรู้ว่าการกระทำของตนจะทำให้แดงได้รับความเสียหาย แม้ว่าจะรู้แค่เพียงทำให้แดงได้รับบาดเจ็บ แต่ผลที่เกิดขึ้นทำให้แดงถึงแก่ความตายก็ตาม ก็ถือเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจแล้ว

สำหรับการกระทำละเมิดโดยจงใจ ควรพิจารณาจากความชั่วร้ายภายในจิตใจของจำเลยเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากจำเลยรู้ที่อยู่แก่ใจว่าเมื่อตนได้กระทำหรืองดเว้นกระทำการใดๆ ไปจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่โจทก์ แต่ทั้งนี้จำเลยกลับมิได้แยแสหรือใส่ใจกับผลที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด ทั้งยังมุ่งหน้ากระทำการนั้นต่อไปเพื่อให้โจทก์ได้รับความเดือดร้อน รำคาญ ทำให้ได้รับความเสียหาย หรือเพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์จากการกระทำนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น โรงงานผลิตยาฆ่าแมลงจงใจทิ้งสารเคมีลงสู่แม่น้ำเพื่อประหยัดงบประมาณจากการกำจัดกากสารเคมี โดยทั้งที่รู้ว่ามีชาวบ้านมากมายใช้ประโยชน์จากแม่น้ำสายนี้ แต่ก็มิได้ยับยั้งหรือละเลิกการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้ชาวบ้านที่อาศัยในบริเวณนั้นได้รับอันตรายจากสารพิษจนล้มป่วยเป็นจำนวนมาก

1.2) การกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา (Negligence)

ปกติแล้วการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อนี้หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำมิได้ตั้งใจทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย แต่เกิดจากการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในระดับที่สมควรจะใช้จึงทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นขึ้น แต่ความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดานั้นมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องคือ บุคคลหนึ่งต้องมีหน้าที่ทางกฎหมายต่อผู้อื่น และบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทางกฎหมายนั้น และความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ เช่น การขับรถด้วยความเร็วขณะฝนตก , เจ้าของรถยนต์พบว่าห้ามล้อมีความชำรุดบกพร่องแต่กลับงดเว้นไม่จัดการซ่อมแซม อีกทั้งยังนำรถคันดังกล่าวออกมาใช้งานจนเป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุ เป็นต้น

²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์. (2526). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 179.

ซึ่งในต่างประเทศนั้นมักเห็นพ้องต้องกันว่า กรณีที่ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา นั้น ยังไม่เพียงพอต่อการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เนื่องจากการประมาทเลินเล่อในระดับนี้ จะยังไม่ถือว่าเป็นผู้ประมาทที่มีความประพฤติกู้ร้ายเท่าใดนัก เพียงแต่เป็นการขาดความระมัดระวังไปชั่วขณะใดขณะหนึ่งเท่านั้น

1.3) การกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือการกระทำที่ผู้กระทำมิได้คำนึงถึงความปลอดภัย ของบุคคลหรือทรัพย์สินใดๆทั้งสิ้น ซึ่งความประมาทในระดับนี้ดูเหมือนจะวิงเวียนเส้นของการกระทำละเมิดโดยมิได้ตั้งใจมาไกล จนแทบจะไปอยู่กับการจงใจทำให้ผู้อื่นได้รับความไม่ปลอดภัยแล้ว เพียงแต่การกระทำนั้นๆ อาจจะยังไม่ถือว่าเป็นการจงใจทำให้เกิดความเสียหายโดยมีเจตนาชั่วร้ายภายในจิตใจเท่านั้น โดยองค์ประกอบของความประมาทเลินเล่อร้ายแรงจะประกอบด้วยประการแรก พฤติกรรมของผู้กระทำต้องอยู่ในระดับความเสี่ยงที่สูงมาก โดยพิจารณาจากขนาดความร้ายแรง และความเป็นไปได้ของอันตรายที่เกิดขึ้น ประการต่อมา ผู้กระทำได้รับความเสี่ยงสูงที่อันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นแล้ว แต่ก็ยังดำเนินปฏิบัติต่อไปโดยไม่แยแสว่าจะเกิดอันตรายขึ้นกับสิทธิความปลอดภัย หรือสวัสดิภาพของผู้อื่น โดยระดับความเสี่ยงสูงนั้นต้องมีมาตรฐานที่เสี่ยงสูงกว่าระดับของวิญญูชน

ดังนั้นผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยมิสาเหตุมาจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น จึงสมควรถูกกำหนดให้รับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพื่อเป็นเครื่องเตือนใจให้กับตนเองและเป็นเยี่ยงอย่างให้ผู้อื่นใช้ความระมัดระวังในการกระทำการใดๆ โดยจำเป็นต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นสำคัญ

2) การกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด²⁷

ส่วนใหญ่ในประเทศที่นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษไปใช้จะให้ลูกขุนเป็นผู้ตัดสินทั้งความรับผิดชอบจำเลยและการประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ในระยะหลังมีแนวโน้มว่าจะมีการโอนอำนาจในการตัดสินค่าเสียหายเชิงลงโทษจากลูกขุนไปสู่ผู้พิพากษา ด้วยเหตุที่ค่าและวลีต่างๆ ที่นำมาบรรยายการกระทำของจำเลยมีมากมาย เช่น การกระทำละเมิดโดยจงใจ (Willful), การกระทำที่ขาดความยับยั้ง (Wanton), การกระทำด้วยความสะเพร่า (Reckless), การกระทำละเมิดโดยมีสติ (Conscious) เป็นต้น ซึ่งแต่ละคำจะมีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน ผู้ตัดสินจึงควรเป็นผู้ที่มีทักษะในการแยกแยะได้ชำนาญ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้มีประสบการณ์ในการตัดสินมายาวนานจึงสามารถเข้าใจความหมายของคำและวลีเหล่านั้นได้ดีทั้งในความหมายแบบตรงตัวและความหมายที่นอกเหนือไปจากความหมายปกติ

²⁷ ปริญญาวัน ชมเสวก. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, หน้า 39.

อย่างไรก็ตามฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการโอนอำนาจการตัดสินใจไปสู่ผู้พิพากษาได้โต้แย้งว่าการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษควรให้ลูกขุนเป็นผู้ตัดสิน เนื่องจากลูกขุนได้ใช้ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคมมาเป็นบรรทัดฐานในการตัดสิน อีกทั้งการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจำเป็นต้องประเมินจำนวนให้มีความสมเหตุสมผลพอเหมาะกับการป้องปรามพฤติกรรมที่น่าตำหนินั้นๆ จึงกล่าวได้ว่าการให้ลูกขุนเป็นผู้ตัดสินค่าเสียหายเชิงลงโทษก็เท่ากับเป็นการส่งตัวแทนของสังคมมาเป็นปากเป็นเสียงพิจารณาความประพฤติของจำเลยนั่นเอง การตัดสินว่าโจทก์ควรได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่นั้น ในแต่ละประเทศจะมีหลักเกณฑ์ในการตัดสินที่แตกต่างกัน แต่โดยพื้นฐานทั่วไปแล้วต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ได้แก่ ระดับความประพฤติของจำเลย โดยผู้ตัดสินต้องพิจารณาว่าความประพฤติของจำเลยเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ ชั่วร้ายเพียงใด , ระยะเวลาที่ความประพฤติเกิดขึ้น รวมถึงระดับของการขาดความระมัดระวังของจำเลยที่ทำให้เป็นอันตรายแก่โจทก์ , ทศนคติ และความประพฤติของจำเลยที่อยู่นอกเหนือความประพฤติที่ชั่วร้ายนั้น รวมทั้งการกระทำบางอย่างที่จำเลยได้ปฏิบัติเพื่อเยียวยาผลที่เกิดจากการกระทำละเมิดของจำเลย , เคยกระทำละเมิดซึ่งมีพฤติกรรมที่น่าตำหนิในลักษณะคล้ายกันในอดีตและปัจจุบันยังคงเกิดขึ้นอยู่ และบ่อยครั้งหรือไม่

เมื่อมีการตัดสินว่าควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่จำเลยแล้ว ลำดับถัดมาจะเป็นขั้นตอนของการประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่จำเลย โดยตามหลักทฤษฎีในเรื่องนี้ จะเป็นเรื่องง่ายที่จะกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษให้มีความเหมาะสม แต่ในทางปฏิบัติการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องมีความยืดหยุ่นสามารถปรับเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ในแต่ละคดีได้ โดยปัจจัยที่นำมาใช้ในการประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ได้แก่

2.1) พฤติกรรมที่ชั่วร้ายของจำเลย

ในการตัดสินค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นปัจจัยสำคัญอย่างแรกที่นำมาใช้ในการพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ พฤติกรรมที่ชั่วร้ายของจำเลย โดยโจทก์ต้องนำพยานหลักฐานมาแสดงว่าจำเลยกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยไม่แยแสว่าจะเกิดอันตราย ขึ้นกับผู้อื่น ซึ่งความประพฤติของจำเลยจะต้องเป็นความประพฤติที่ไม่เหมาะสม มีลักษณะน่าตำหนิ หรือน่าประนาม เป็นความประพฤติที่สังคมเห็นว่าไม่ควรให้ผู้อื่นถือเป็นเยี่ยงอย่าง เป็นต้น หากผู้ตัดสินเห็นว่าความประพฤติของจำเลยมีความชั่วร้ายเพียงใด จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษก็อาจมากขึ้นตามนั้น แต่ทั้งนี้จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเพียงพอ กับจำเลยหรือไม่ยังต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นๆ ด้วย

2.2) อันตรายที่เกิดขึ้นกับ โจทก์และสังคม

ในการกระทำละเมิดบางกรณีนั้นความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดขึ้นกับ โจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมอันชั่วร้ายซึ่งจำเลยกระทำต่อโจทก์อย่างชัดเจน เช่นกรณีที่นายจ้างมอบหมายงานปิดฝุ่นแร่ใยหินให้ลูกจ้างทำเป็นระยะเวลานานหลายปี โดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยในการให้อุปกรณ์ป้องกันฝุ่นแก่ลูกจ้างจึงส่งผลให้ลูกจ้างพิการ ทางสายตา เนื่องจากได้รับเชื้อโรคจากฝุ่นใยหินเป็นเวลาหลายปี จะเห็นได้ว่าอันตรายที่เกิดขึ้นกับ โจทก์จนได้รับความพิการทางสายตานั้นได้สะท้อนให้เห็นว่าจำเลยมิได้แยแสใส่ใจในสุขอนามัยของโจทก์แต่ประการใด ในกรณีเช่นนี้จึงสมควรนำอันตรายที่เกิดขึ้นกับ โจทก์มาใช้เป็นปัจจัยประเมินค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย

2.3) ผลกำไรจากการกระทำละเมิดของจำเลย

เนื่องจากในกรณีที่จำเลยถูกฟ้องร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจำเลยก็อาจยังคงได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้นๆ อยู่ ซึ่งกรณีเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมของจำเลยเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยไม่แยแสใส่ใจว่า ผู้ใดจะได้รับความกระทบกระเทือนจากการกระทำของจำเลยนั้นเลย แต่หวังเพียงผลประโยชน์ทางการเงินที่ตนจะได้รับเท่านั้น ด้วยเหตุนี้การลงโทษจำเลยให้เข็ดหลาบและป้องปรามมิให้จำเลยกลับไปมีพฤติกรรมเช่นเดิมได้ดีที่สุด จึงควรนำผลกำไรที่จำเลยได้รับมาประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย

2.4) สถานะทางการเงินของจำเลย

ตามหลักทั่วไปในการประเมินค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ สถานะทางการเงินของจำเลยจะไม่นำมาเกี่ยวข้องเพราะคู่ความแต่ละฝ่ายควรอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันและไม่ควรเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบต่อกันในการชดใช้ค่าเสียหาย เนื่องจากผู้ใดกระทำละเมิดแล้วเกิดความเสียหายเป็นจำนวนเท่าใดก็ต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่านั้น แต่สำหรับการประเมินค่าเสียหายเชิงลงโทษ สถานะทางการเงินของจำเลยจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่ามาใช้พิจารณา เนื่องจากบางกรณีค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจไม่มีความเหมาะสมกับฐานะทางการเงินของจำเลย เช่น กรณีที่จำเลยมีฐานะทางการเงินที่ร่ำรวย มีทรัพย์สินมากมายหลายสิบล้าน หากกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงแค่มไม่กี่พันบาทอาจไม่ได้สร้างความกระทบกระเทือนให้กับจำเลยและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามพฤติกรรมที่ชั่วร้ายนั้นๆ ได้

2.5) ความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้

นอกจากปัจจัยต่างๆ ที่กล่าวไปข้างต้นจะสามารถนำมาใช้ประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษได้แล้ว บ่อยครั้งก็ได้มีการนำความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้กับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการประเมินด้วยอีกวิธีหนึ่ง การนำค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้มาเป็นจุดเริ่มต้นของการประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ใช้วิธีการเอาค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้มา

เป็นฐานแล้วหาเพดานสูงสุดของค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยเอามาคูณกับจำนวนที่มีการกำหนดขึ้น ซึ่งจำนวนที่กำหนดไว้นั้นจะไม่แน่นอนตายตัวแต่จะต้องพิจารณาไปตามพฤติการณ์ความร้ายแรงของแต่ละคดี ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่จำเลยมีความประพฤติที่ชั่วร้ายมาเป็นเวลานานและไม่มีทางที่จะเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมได้ ผู้ตัดสินอาจใช้ตัวคูณเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ แต่ถ้าจำเลยมีความประพฤติที่ไม่ได้ชั่วร้ายมากและมีความเป็นไปได้ว่าจะสามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมตัวเองได้ถึงแม้ว่าไม่ถูกตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษตัวคูณเป็นแค่ 1 - 2 เท่าเพียงเท่านั้น

3) การควบคุมจำนวนเงินของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

สาเหตุที่ต้องมีการควบคุมจำนวนเงินของค่าเสียหายเชิงลงโทษก็เนื่องมาจากโดยทั่วไปการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจะอยู่ในดุลพินิจของคณะลูกขุนหรือผู้พากษาแล้วแต่กรณี จึงทำให้เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น จะมีความชัดเจนหรือไม่ หรือจำนวนที่ตัดสินอาจจะเป็นไปตามความรู้สึกหรืออารมณ์ที่ลูกขุนหรือผู้พากษามีต่อจำเลยเท่านั้น ดังนั้นค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงควรถูกควบคุมไว้ไม่ให้เกินจำนวนที่มาก และไม่ควรถูกกำหนดขึ้นบ่อยครั้งจนเกินความเหมาะสม เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นอาจทำให้บริษัทหรือกิจการห้างร้านต่างๆ กลัวการถูกตัดสินในค่าเสียหายเชิงลงโทษจนไม่กล้าทำธุรกิจและทำให้เกิดปัญหาขาดสภาพคล่องทางเศรษฐกิจขึ้นได้ ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้รับการควบคุมอาจทำให้ค่าเสียหายชนิดนี้กลายเป็นจำนวนเงินมหาศาล โดยไม่สามารถคาดการณ์ได้และอยู่นอกเหนือการควบคุม จนทำให้กลายเป็นสิ่งจูงใจให้โจทก์และทนายความสร้างคดีขึ้นและนำมาฟ้องร้องเพื่อหวังจะได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษก็เป็นได้

ซึ่งหลักเกณฑ์ในการควบคุมจำนวนเงินของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ควรนำมาใช้ก็คือ การพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลัก ทั้ง 2 ประการของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นคือ เพื่อลงโทษจำเลยให้เจ็บปวดและป้องปรามมิให้เกิดพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้อีก และในการตัดสินต้องหลีกเลี่ยงการใช้อคติเป็นที่ตั้งในการประเมินจำนวนค่าเสียหายชนิดนี้ อีกทั้งยังควรหาเพดานสูงสุดในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยการนำค่าตัดสินที่มีการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้อย่างสมเหตุสมผลมาเป็นบรรทัดฐานเทียบเคียงเพื่อใช้เป็นแนวทางการตัดสินในภายภาคหน้าและที่สำคัญก็คือจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดขึ้นนั้นต้องไม่เป็นจำนวนที่มากเกินไปจนเกินความเหมาะสมและควรมีสัดส่วนที่สัมพันธ์กับค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ด้วย อีกทั้งยังไม่ควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีซึ่งค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้เป็นจำนวนที่เพียงพอต่อการลงโทษจำเลยให้เจ็บปวดแล้ว