

บทที่ 4

วิเคราะห์เหตุผล และปัญหาในการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษ มาใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของไทย

4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์กับโทษทางอาญาและแพ่ง

กฎหมายไทยนั้นได้ให้ความสำคัญคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยกำหนดโทษทางอาญา และความรับผิดชอบในทางแพ่งเอาไว้ในกรณีที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ สำหรับโทษในทางอาญานั้น มีปรากฏเฉพาะในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เท่านั้น สาเหตุที่ต้องมีโทษทางอาญานั้นก็เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์มีส่วนกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของสาธารณะ และเพื่อเป็นมาตรการจูงใจให้ละเว้นและยับยั้งการกระทำผิด มีทั้งโทษจำคุก โทษปรับ ซึ่งกำหนดขอบเขตของอัตราโทษไว้ชัดเจน เช่น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 69 บัญญัติว่า

“ ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ”

สำหรับความรับผิดชอบในทางแพ่งนั้น ปรากฏรายละเอียดในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 คือ ในกรณีการขอให้ศาลแก้ไขความเสียหายกรณีกำลังกระทำละเมิด ได้แก่ การขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการที่หาว่าเป็นละเมิดลิขสิทธิ์นั้นชั่วคราว โดยวิธีนี้เมื่อศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวแล้ว ในระหว่างการพิจารณาของศาลจำเลยจะต้องหยุดกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดนั้น อย่างไรก็ตามโดยปกติแล้วศาลจะไม่ออกคำสั่งดังกล่าวจนกว่าจะได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงในคดีเสียก่อนว่าสมควรที่จะออกคำสั่งดังกล่าว เว้นแต่ถ้าเป็นที่พอใจของศาลว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นแก่โจทก์โดยไม่อาจแก้ไขให้คืนดีได้ด้วยการชดเชยค่าเสียหาย

และในกรณีการขอให้ศาลแก้ไขความเสียหายเมื่อกระทำละเมิดแล้ว ซึ่งกระทำได้หลายกรณี เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดขึ้นตามปกติ ซึ่งได้แก่ค่าทดแทนความเสียหายที่เขาได้รับตามความเป็นจริงโดยผลจากการละเมิด ที่ในบางประเทศเช่น สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายพิเศษ ถ้าเห็นว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยจงใจกระทำเช่นนั้น ,

การยึดสำเนาจำลองงานที่ได้กระทำขึ้นโดยละเมิด การยึดแม่พิมพ์ทั้งหมดหรือเครื่องมือที่ได้ใช้ในการทำสำเนาจำลองงานอันละเมิดนั้น , การคิดบัญชีจำนวนกำไรทั้งหมดซึ่งจำเลยได้รับมาจากการกระทำละเมิด , การขอให้ศาลมีคำสั่งเด็ดขาดห้ามจำเลยกระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดนั้นซ้ำอีกต่อไปในภายหน้าโดยไม่ได้รับการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เสียก่อน หากจำเลยฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลดังกล่าวนี้ย่อมมีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

ความรับผิดชอบทางแพ่งยังปรากฏและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ

ในกรณีกำลังกระทำละเมิด พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้บัญญัติวิธีการแก้ไขไว้เป็นการเฉพาะ แต่โจทก์อาจขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือมีคำสั่งศาลเป็นอย่างอื่น ตามหลักเกณฑ์เรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคสี่ ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา

หรือในกรณีกระทำละเมิดแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์มีทางขอให้ศาลแก้ไขความเสียหายได้โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำละเมิดต่อไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคสี่ ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาและเรียกค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ซึ่งในส่วน of ค่าเสียหายนั้น อาจถือได้ว่าเป็นโทษในทางแพ่งอย่างหนึ่ง เพราะในทางปฏิบัติของต่างประเทศศาลอาจบังคับให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายในลักษณะป้องปรามหรือที่เรียกว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือเกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ที่ใช้วิธีนี้ในการป้องปรามการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมิได้เฉพาะการลงโทษในทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งต่างจากการลงโทษฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายละเมิดตรงที่ว่า จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายตามความเสียหายที่แท้จริงและที่ผู้เสียหายนำสืบหรือพิสูจน์ได้ว่าเสียหายอย่างไรคิดเป็นมูลค่าเท่าไร ศาลก็จะพิจารณาให้ชดเชยค่าเสียหายตามที่พิสูจน์ได้จริง

สำหรับสภาพปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันนั้นถือว่ามีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวมเป็นอย่างมากเนื่องจากประเทศมหาอำนาจให้ความสนใจและถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ และปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ก็มีความรุนแรงและมีมูลค่ามหาศาล ตัวอย่างเช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์เรื่องอวตาร ซึ่งใช้ต้นทุนการสร้างภาพยนตร์เรื่องนี้ 237 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และสามารถทำรายได้ทั่วโลกถึง 2,782,275,172 ดอลลาร์สหรัฐ¹ ถ้าหากมีการทำละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์เรื่องนี้ เช่น ทำซ้ำแผ่นดีวีดี ซึ่งขายราคาถูกมากและสะดวกในการดูมากกว่าเพราะไม่ต้องไปดูที่โรงภาพยนตร์และจะดูก็คนที่ได้ ก็ครั้งก็ได้ ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

¹ วิกีพีเดีย. *อวตาร* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก [th.wikipedia.org/wiki/อวตาร_\(ภาพยนตร์\)](http://th.wikipedia.org/wiki/อวตาร_(ภาพยนตร์))

เพิ่มเติม ซึ่งนั่นย่อมจะทำให้คนไปดูภาพยนตร์ที่โรงภาพยนตร์น้อยลง ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหาย ซึ่งถ้าวิเคราะห์แล้วรายได้ของภาพยนตร์เรื่องอวตารแล้วนั้น ถ้าประเมินว่าการทำละเมิดทำให้รายได้หรือยอดการดูภาพยนตร์ภายในโรงภาพยนตร์หายไปร้อยละ 10 ก็จะทำให้รายได้ประมาณ 278 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ตกไปอยู่กับผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นมูลค่าที่สูงมาก แต่เมื่อเปรียบเทียบกับโทษทางอาญาที่เป็นโทษปรับซึ่งไม่สูงมากนัก และโทษจำคุกในสภาพความเป็นจริงแล้วยังไม่ปรากฏว่ามีการลงโทษจำคุกผู้กระทำละเมิดเลย ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จึงไม่เกรงกลัวกฎหมาย ก่อให้เกิดการทำละเมิดอย่างกว้างขวาง และนอกจากนั้นเมื่อถูกจับตัวได้มาลงโทษมักเป็นผู้ค้าปลีกซึ่งขายบริเวณริมทางเท้า และก็เป็นชาวบ้านที่มีรายได้ต่ำ จะลงโทษทางแพ่งอย่างรุนแรงมากๆ ก็ไม่มีเงินเพียงพอที่จะชำระให้

แต่ถ้าเป็นกรณีที่ร้านค้าชื่อดังขนาดใหญ่ อาทิ บริษัทที่มีการให้เช่าและจำหน่ายซีดี ภาพยนตร์เป็นธุรกิจ เช่น ร้านแมงป่อง เป็นต้น ก็จะเป็นที่ทราบกันดีว่าราคาขายหน้าร้านจะเป็นราคาหนึ่งซึ่งค่อนข้างจะเป็นราคาสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นการขายซีดีที่ทางบริษัทซื้อลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องก็จะมีราคาค่อนข้างสูง แต่หากเป็นกรณีที่ตัวแทนจำหน่ายลักลอบขายกันโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยไปคัดลอกทำซีดีเถื่อนขึ้นมาแต่ไม่ได้วางแสดงขายหน้าร้าน ก็ทำให้การปราบปรามต่างๆ ไม่ได้ผลเท่าที่ควรเพราะว่ามักจะพิสูจน์ไม่ได้ และก็ยังทำให้ยากในการที่จะหาตัวนายทุนที่อยู่เบื้องหลังหรือผู้ที่ค้าซีดีเถื่อน ผู้ที่ทำละเมิดลิขสิทธิ์จริงๆ มักจะไม่เปิดเผยตัวแล้ว ก็หาตัวไม่ค่อยได้ จะได้แต่ผู้ขายปลีก ซึ่งตราบไต่ที่ยังจับกุมผู้ที่อยู่เบื้องหลังไม่ได้ก็ไม่สามารถลงโทษได้ ซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้การจำหน่ายซีดีละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นภาพยนตร์หรือเพลง ได้ถูกละเมิดกันอย่างแพร่หลายมาก เพราะมีราคาถูกเนื่องจากต้นทุนต่ำ โดยซีดีเปล่าขายในราคาไม่เกินแผ่นละ 10 บาท เมื่อมีการทำซ้ำภาพยนตร์แล้วนำมาวางขายแผ่นละ 120 บาท ก็ได้กำไรถึง 10 เท่าตัว จึงมีผู้ที่นิยมลักลอบผลิตหรือจำหน่ายแผ่นซีดีที่ไม่ได้เสียค่าลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมาก เมื่อถูกจับและเป็นผู้ค้ารายย่อยศาลก็จะไม่ลงโทษจำคุก และลงโทษเพียงแค่เสียค่าปรับ แต่ค่าปรับก็ไม่สูงมากพอที่จะทำให้มีจลาจลเกรงกลัว และค่าปรับก็ตกเป็นของรัฐในส่วนของสินบนนำจับและเป็นของผู้เสียหายแค่เพียงบางส่วน จึงเป็นปัญหาเรื้อรังที่ยังไม่สามารถแก้ไขได้ และยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดูแลให้ทั่วถึงและหาตัวผู้ละเมิดรายใหญ่ๆ ได้ เพราะกลุ่มผู้ละเมิดรายใหญ่พวกนี้จะหลบซ่อนการผลิตในสถานที่ลับที่สุดที่ไม่มีใครรู้จัก ถ้าจะจับได้ก็จับได้เพียงไม่กี่รายและจับได้ก็เพราะว่าได้รับความร่วมมือจากชาวบ้านในละแวกเดียวกับสถานที่ที่ผลิต ซึ่งในสภาวะปัจจุบันชาวบ้านก็ไม่ค่อยจะกล้าไปยุ่งเกี่ยว เพราะจะเป็นศัตรูกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ เท่าที่ทำได้ก็คือการให้สินบนนำจับ และต้องเป็นผู้ที่ช่างสังเกตจริงๆ เช่น มีพฤติกรรมที่ผิดปกติโดยมีผู้คน

พลุกพล่านเข้าออกเป็นประจำในจำนวนที่ไม่น่าจะเกิด มีการลักลอบขนสินค้ากันในยามวิกาล และยังสามารถได้ยินเสียงที่ดังอยู่ใต้ดินบ้าง มีการมีรถเข้ามาขนของแบบลับๆตอนกลางคืน หรือรถตู้ที่ปิดฟิล์มสีที่บเข้าออกตลอด และในสถานะปัจจุบันนั้นในระดับอุตสาหกรรมก็มีการผลิตซีดีเถื่อนอย่างกว้างขวางเป็นจำนวนมาก ทำในห้องใต้ดิน ทำทั้งกลางวันกลางคืน ทำเป็นหมื่นเป็นแสนแผ่น และยากต่อการที่จะสืบทราบถึงการละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหลังนี้มีเทคโนโลยีสมัยใหม่ ได้แก่ บิททอเรนต์(BitTorrent)² เข้ามาซึ่งทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ปราบปรามได้ยาก ถ้าเป็นการบีบซีดีมันยังมีเสียงเครื่องจักรเครื่องยนต์อยู่ถึงจะทำอยู่ใต้ดินก็ยังมีเสียงเรีรถรอดออกมาได้ แต่พอมามีบิททอเรนต์ ซึ่งใช้ระบบคอมพิวเตอร์ และยังสามารถละเมิดได้อย่างกว้างขวางช่วงเวลาเพียงน้อยนิดก็สามารถส่งข้อมูลกันได้ทั่วโลกแล้ว ทำให้การที่จะไปจับตัวผู้กระทำความผิดนั้นเป็นไปได้ยากมาก และการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ก็แผ่ขยายกว้างขวางยิ่งขึ้นทุกวัน

และเหตุนี้เองก็ยิ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมหรือแทบจะไม่ได้รับเลย ถ้าจะประเมินว่าหากจับกุมผู้กระทำละเมิดได้ เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับค่าเสียหายเท่าไร ก็จะเห็นว่ามันได้ไม่คุ้มค้ำกับต้นทุนที่ผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์ออกมา แล้วเมื่อจับได้เฉพาะพ่อค้ารายย่อย และในการเสียดำปรับก็เสียเพียงเล็กน้อยเท่านั้นและยังไม่คิดคุกอีกถึงผิดไปแล้วก็สามารถกระทำความผิดซ้ำได้ แต่ถ้าจะลงโทษทางอาญา ก็จะไม่ค่อยสมเหตุสมผลเพราะเขาเป็นเพียงพ่อค้ารายย่อย จะลงโทษอะไรก็ได้ผลเท่าที่ควร ดังนั้นหนทางที่จะจัดการกับเรื่องนี้ได้ ต้องจัดการกับต้นตอผู้กระทำความผิดที่ผลิตและจำหน่ายให้แก่พ่อค้ารายย่อย จะเอาผิดในลักษณะกฎหมายละเมิดเท่านั้นก็ไม่เพียงพอ จึงมีแนวคิดที่จะต้องมีการลงโทษในเชิงลักษณะค่าเสียหายเชิงลงโทษ(Punitive Damages) คือเรียกค่าเสียหายสูงกว่าค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ แต่ในประเทศไทยยังไม่มีการใช้มาตรการดังกล่าวในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในต่างประเทศอย่างประเทศมหาอำนาจได้ใช้มาตรการในลักษณะนี้แล้ว และหนทางเดียวในการแก้ไขปัญหานี้สำหรับประเทศไทยคือการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ ถ้าไม่แก้กฎหมาย เจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะเรียกร้องให้ประเทศของตนกดดันประเทศไทย ซึ่งประเทศต่างๆ ที่เป็นประเทศเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะมาบีบบังคับประเทศไทยในหลายๆด้าน เช่น ด้านกฎหมายก็มีการกดดันให้ประเทศไทยระบุความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นี้เป็นความผิดต่อแผ่นดิน และสำหรับด้านเศรษฐกิจ อาจทำให้

² BitTorrent เป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วยกัน โดยตรง ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต มีต้นกำเนิดมาจากนายเบรม โคเฮน (Bram Cohen) โดย BitTorrent ต้องใช้งานผ่านโปรแกรมที่เรียกว่า ทอร์เรนต์ไคลเอนต์ จึงจะสามารถดาวน์โหลดไฟล์จากเว็บไซต์ BitTorrent ได้

สหรัฐอเมริกาถึงกับใช้กฎหมายพิเศษทางการค้า ม.301³ ที่เริ่มต้นด้วยการตัด GSP⁴ และบีบบังคับให้ WTO⁵ ลงโทษทางการค้า ถึงขนาดที่ว่าห้ามนำเข้าสินค้าที่มาจากประเทศไทยเลยก็ได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะเกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจประเทศไทยอย่างรุนแรง

4.2 เหตุผลที่ควรนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของไทย

4.2.1 การละเมิดลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสภาพเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดร้ายแรงชั่วร้ายผิดธรรมดา

ศาลไทยได้ยึดถือทฤษฎีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามหลักของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาตลอด โดยศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพื่อให้ผู้ที่ถูกละเมิดได้กลับคืนสู่สภาพปกติหรือใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำละเมิดสามารถนำสืบให้ศาลเห็นถึงปริมาณความเสียหายที่ตนได้รับ แต่ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นถึงจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ศาลอาจพิจารณาค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ได้บัญญัติไว้ แต่โดยปกติจำนวนค่าเสียหายที่ศาลประเมินและกำหนดให้แก่โจทก์ผู้ถูกละเมิดนั้นไม่เป็นจำนวนที่เกินไปจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่าใดนัก เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการกำหนดค่าสินไหมทดแทน คือเพื่อเป็นการชดเชยความเสียหาย และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้โจทก์และทนายความใช้การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเป็นเครื่องมือในการหาผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

³ มาตรา 301 พิเศษ หรือ Special 301 Provision of the Trade Act of 1974 บทบัญญัติหนึ่งในกฎหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights: IPRs) โดยมีสำนักงานผู้แทนทางการค้าของสหรัฐอเมริกา (The office of U.S. Trade Representative: USTR) จัดทำบัญชีรายชื่อของประเทศคู่ค้าที่ทำการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรายปี

⁴ คือ Generalized System of Preferences หมายถึง ระบบการให้สิทธิ พิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปที่ประเทศที่พัฒนาแล้วให้แก่สินค้าที่มีแหล่งกำเนิดในประเทศที่กำลังพัฒนา โดยลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้าแก่สินค้าที่มีอยู่ในข่ายได้รับสิทธิ พิเศษทางการค้าทั้งนี้ประเทศผู้ให้สิทธิพิเศษๆ จะเป็นผู้ให้แต่เพียงฝ่ายเดียวไม่หวังผลตอบแทนใดๆทั้งสิ้น

⁵ คือ องค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ทำหน้าที่ดูแล และเป็นเวทีสำหรับการเจรจาต่อรอง ตกลง และขจัดข้อขัดแย้งระหว่างชาติในเรื่องที่เกี่ยวกับ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร (GATT) ที่ดำเนินการมาก่อนหน้านี้, ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และ ความตกลงว่าด้วยการค้าที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPS)

เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าหลักการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ประเทศไทยยึดถืออยู่นั้น เป็นหลักที่สร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี เนื่องจากหากผู้ใดเป็นตัวการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเป็นจำนวนเท่าใดก็ควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำละเมิด เมื่อได้รับการชดเชยจนสามารถกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ก็ถือว่าเพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายแล้วเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามคงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าหลักการดังกล่าวยังไม่แข็งแกร่งพอที่จะทำให้ผู้กระทำละเมิดเกิดความเข็ดหลาบ เนื่องจากอาจมีบางกรณีที่ไม่เพียงแต่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้อื่นเท่านั้นแต่พฤติกรรมของผู้กระทำละเมิดมีความชั่วร้ายมาก โดยเป็นการจงใจกระทำละเมิดต่างๆ ที่รู้ว่าหากกระทำไปจะก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็มิได้แยแสใส่ใจกับผลของการกระทำที่จะเกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ไม่ว่าปริมาณความเสียหายจากพฤติกรรมที่ชั่วร้ายนั้นจะเกิดขึ้นเพียงใด ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่านั้น แม้บางกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีปริมาณเพียงเล็กน้อยก็ตาม ทั้งนี้จากกรณีดังกล่าวจะส่งผลให้ผู้กระทำละเมิดไม่รู้สึกระส่ำระसानกับคำตัดสิน และในที่สุดก็จะหวนกลับมากระทำละเมิดด้วยพฤติกรรมเช่นเดิมอีก ยิ่งไปกว่านั้น อาจกลายเป็นเยี่ยงอย่างให้คนในสังคมถือปฏิบัติตามและนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคมได้อีกด้วย

จะเห็นได้ว่า หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของไทยนั้นยังต้องการมาตรการที่จะนำมาเสริมสร้างกฎหมายละเมิดให้มีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการรักษาความสงบสุขในสังคม ดังนั้นรัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลรักษาสังคมจึงไม่ควรวางเฉยกับปัญหาที่เกิดขึ้นควรนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาเสริมหลักการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายละเมิด เพราะนอกจากการกำหนดค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้เพื่อทำหน้าที่ชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้กระทำละเมิดแล้ว กรณีพฤติกรรมของจำเลยมีความชั่วร้ายมากศาลยังสามารถกำหนดค่าเสียหายอีกชนิดหนึ่ง ซึ่งได้แก่ค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพื่อทำหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำละเมิดให้มีความเข็ดหลาบ จนไม่หวนกลับมาทำพฤติกรรมเช่นเดิมอีก และยังมีมุ่งป้องปรามมิให้ผู้ใดในสังคมมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้อีกในภายภาคหน้าด้วย

แม้โดยพื้นฐานกฎหมายละเมิดของไทยจะมีได้นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับการกำหนดค่าเสียหาย แต่เมื่อสภาพเศรษฐกิจ และสังคมเปลี่ยนแปลงไป การละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคปัจจุบันได้ก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสภาพเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดร้ายแรงชั่วร้ายผิดธรรมดา เพราะทำให้ประเทศชาติสูญเสียรายได้มหาศาล และอาจถูกนานาชาติลดสิทธิพิเศษทางการค้า จึงถือได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคปัจจุบันนั้นเป็นการละเมิดร้ายแรงชั่วร้ายผิดธรรมดา จึงต้องมีการพัฒนากฎหมายให้เท่าทันเพื่อทำให้พฤติกรรมที่ชั่วร้ายเหล่านั้นหมดไปจากสังคม ด้วยเหตุนี้หลักค่าเสียหายเชิงลงโทษ จึงควรถูก

นำมาใช้ในฐานะเป็นมาตรการเสริมความแข็งแกร่งให้กับกฎหมายลิขสิทธิ์และเติมเต็มกฎหมายให้มีความสมบูรณ์ขึ้น เพื่อเป็นการขยายขอบเขตการนำมาใช้ให้กว้างขวางและครอบคลุมพฤติกรรมที่สมควรได้รับการป้องปรามอย่างทั่วถึง

4.2.2 การกำหนดโทษปรับทางอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของศาลไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีนัยที่ทำให้แนวโน้มการละเมิดลิขสิทธิ์ลดลง

เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา คือ จำคุก ปรับ ริบทรัพย์สิน แต่ในทางปฏิบัติปรากฏผลคำพิพากษาเป็นส่วนใหญ่ว่าโทษจำคุกที่จำเลยได้รับตามคำพิพากษา คงให้รอการลงอาญาไว้ก่อน ทำให้จำเลยไม่ต้องถูกส่งตัวไปเรือนจำ และจำเลยก็ย้อนกลับมากระทำผิดซ้ำอีก เพราะเกิดความรู้สึกไม่เกรงขามต่อคำพิพากษาของศาล และอีกส่วนหนึ่งก็คือค่าปรับตามคำพิพากษาก็เป็นจำนวนที่ไม่สูง ซึ่งในบางกรณีจำเลยก็ไม่มีจ่าย ต้องกักขังแทนค่าปรับ ทำให้ส่งผลกระทบต่อเงินที่โจทก์จะได้รับจากค่าปรับของจำเลยเป็นจำนวนกึ่งหนึ่งตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76 ซึ่งบัญญัติว่า

“ ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง สำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น ”

ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วการที่ให้โจทก์ได้รับค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งก็เพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้กับโจทก์ และขจัดปัญหาความยากในการพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง แต่จำนวนค่าปรับกึ่งหนึ่งคงไม่ได้มีจำนวนมากพอที่ทำให้ผู้เสียหายพอใจไปเสียทุกคดี และอาจไม่คุ้มค่าต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์

ฉะนั้นศาลควรพิพากษาลงโทษให้จำเลยต้องโทษจำคุกและปรับในอัตราสูงสุดตามกฎหมาย เพื่อจะป้องปรามและให้ผู้กระทำรู้สึกเกิดความเข็ดหลาบ ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง หรือศาลควรพิพากษาโดยนำเอาหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับจำเลยอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม

4.2.3 มีกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับละเมิดได้นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้แล้ว

นอกจากการกระทำละเมิดที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วยังมีกฎหมายอื่นอันเป็นมูลฐานแห่งความรับผิดชอบทางละเมิด ที่ได้บัญญัติพิเศษขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้ถูกระทำละเมิดที่ได้รับความเสียหายจากการใดการหนึ่งภายใต้กฎหมายฉบับนั้น ซึ่งหากการกระทำละเมิดเข้าข่ายตามกฎหมายพิเศษฉบับใดแล้ว การฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายพิเศษฉบับนั้น

ซึ่งในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติหลักเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษเอาไว้ในมาตรา 13 (3) ดังนี้

“...(3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่า การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถั่นแกล้ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2) ...”

และในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษเอาไว้เช่นกัน ในมาตรา 11 ดังนี้

“... นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกายสุขภาพหรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามิ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับค่าเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือเมื่อรู้ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้าหรือขายสินค้านั้นแล้ว ไม่ดำเนินการใดๆตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ...”

จากกฎหมายพิเศษข้างต้นทั้งสองฉบับได้นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้แล้วอย่างเป็นทางการ และเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ ได้ดังนี้

ก) การนำเอาหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้เป็นค่าเสียหายอีกส่วนหนึ่งแยกออกมาจากค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจำเลยและป้องปรามมิให้คนในสังคมถือเอาพฤติกรรมนั้นเป็นเยี่ยงอย่าง

ข) ในคดีที่ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ต้องเป็นกรณีที่พฤติกรรมของจำเลยมีความชั่วร้าย โดยเป็นการจงใจกระทำละเมิดต่างๆ ที่รู้ว่าหากกระทำไปจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และส่งผลเสียหายร้ายแรง แต่ก็มีได้แก่ผลเสียใจกับผลของการกระทำนั้น

ค) ศาลจะใช้ดุลยพินิจประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เช่น พฤติกรรมที่ชั่วร้ายของจำเลย ระยะเวลาของการกระทำละเมิด ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการกระทำละเมิด ฐานะทางการเงินของจำเลย การที่จำเลยได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อความเสียหายด้วย

ง) หลักในการควบคุมจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเป็นการนำหลักความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้มาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยนำค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้กำหนดขึ้นในคดีนั้นมาคูณกับจำนวนเท่าที่เหมาะสม เพื่อหาอัตราสูงสุดของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งศาลจะกำหนดจำนวนค่าเสียหายชนิดนี้เป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ แต่ต้องไม่เกินอัตราสูงสุดที่ได้กำหนดไว้

เนื่องจากสภาพสังคมปัจจุบันลิขสิทธิ์อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งได้ถูกยกมาเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้าและการเจรจาระหว่างประเทศ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อโดยรวมต่อประเทศในด้านเศรษฐกิจ สังคมและความเป็นอยู่ของประชาชนในชาติ จึงอาจกล่าวได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดชั่วร้ายการ และเหมาะสมอย่างยิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะนำหลักในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์

4.2.4 ในระดับนานาชาติมีการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้คดีละเมิดลิขสิทธิ์

จากการที่ได้ศึกษาหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการความเป็นมาอันยาวนานในการของการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยประเทศอังกฤษซึ่งได้ชื่อว่าเป็นประเทศแรกที่มีการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิด ก็ยังวางหลักให้ศาลสามารถนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ โดยบัญญัติไว้ตามมาตรา 97(2)⁶ แห่ง Copyright, Design and Patents Act 1988 ดังนี้

⁶ เมธาวิ สาระไทย. (2546). *ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมงานสิ่งบันเทิงเสียงและงานโสตทัศนะวัสดุ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 132 , 145.

“...(2) หากมีกรณีดังต่อไปนี้เกิดขึ้น ศาลอาจจะสั่งให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเพิ่มเติม

(ก) การทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นที่ชัดเจน และ

(ข) มีผลประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้นจากการทำอันเป็นละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลย...”

และสำหรับชาติมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีบทบาทและมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อเศรษฐกิจของไทยและหลายประเทศทั่วโลก ก็ได้วางหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 504 (ค) แห่ง Copyright Act 1976⁷ ดังนี้

“... (ค) ค่าเสียหายตามกฎหมาย

(1) เว้นแต่จะได้อำนาจไว้ใน (2) แห่งอนุมาตรานี้ ณ เวลาใดๆ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกที่จะได้รับการชดเชยเยียวยาจากค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้แทนที่จะเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงหรือกำไร ค่าเสียหายตามกฎหมายนี้ใช้กับการทำละเมิดต่องานหนึ่งงานซึ่งผู้ทำละเมิดหนึ่งคนต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว หรือผู้ละเมิดสองคนหรือมากกว่านั้นต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในจำนวนเงินไม่น้อยกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ หรือต้องไม่เกินกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ตามที่ศาลเห็นสมควรและเพื่อประโยชน์แห่งอนุมาตรานี้ ส่วนต่าง ๆ ทั้งหมดของงานที่ได้มาจากการรวบรวมหรืองานที่ได้รับมาจากงานอื่นให้ถือว่าประกอบเป็นงานเดียว

(2) ในกรณีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับภาระการพิสูจน์ และศาลเห็นว่าการละเมิดได้กระทำโดยจงใจ ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดเพิ่มจำนวนเงินค่าเสียหายตามกฎหมายเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนไม่เกิน 150,000 ดอลลาร์สหรัฐฯ ในกรณีที่ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์และศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ละเมิดนั้นกระทำโดยมิได้รู้หรือไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปรับลดค่าเสียหายกฎหมายลงให้เหลือเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 200 ดอลลาร์สหรัฐฯ ก็ได้ นอกจากนี้ศาลอาจจะสั่งยกเลิกค่าเสียหายตามกฎหมายในกรณีใดๆ ซึ่งผู้ทำละเมิดเชื่อและมีเหตุผลอันสมควรที่จะเชื่อเช่นนั้นว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการใช้โดยชอบภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 107 หากผู้ละเมิดเป็น (1) ลูกจ้างหรือตัวแทนของสถาบันการศึกษาที่ได้มุ่งหวังผลกำไร ห้องสมุดหรือในการรวบรวมภายในขอบเขตของการจ้างซึ่งนายจ้างละเมิดโดยทำซ้ำซึ่งงานอันเป็นสำเนาจำลองหรือการบันทึกเสียง หรือ (2) ในรูปแบบการเผยแพร่ต่อสาธารณะที่เป็นกระทำตามปกติโดยมิได้มุ่งค้าหากำไร ...”

⁷ เมธาวิ สาระไทย. เรื่องเดียวกัน. หน้า 114.

ยอมแสดงให้เห็นว่าทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษยอมรับเอาหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์แล้วอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม ทั้งนี้ก็มีความเป็นไปได้เช่นกันที่ประเทศไทยจะนำเอาหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

4.3 ประโยชน์ที่จะได้รับ

4.3.1 ป้องปรามผู้กระทำละเมิดและผู้ที่มีความคิดจะมีพฤติกรรมเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุที่การลงโทษตามกฎหมายอาญาได้บัญญัติอัตราต่ำสุดและอัตราสูงสุดไว้ ซึ่งศาลต้องตัดสินลงโทษให้อยู่ภายในขอบเขตดังกล่าว จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าอาจมีกรณีที่อาชญากรได้ศึกษาบทลงโทษตามกฎหมายอาญาไว้ก่อนลงมือกระทำความผิด โดยไม่เกรงกลัวความผิดตามกฎหมายแต่สำหรับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น นอกจากจะมีการนำพฤติกรรมของจำเลยมาพิจารณาแล้วยังนำปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง เช่น ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการกระทำละเมิดฐานะทางการเงินของจำเลยมาใช้พิจารณาด้วย เพื่อให้การลงโทษนี้มีความเหมาะสมกับจำเลยมากที่สุด เพราะเมื่อจำเลยต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างสาสมแล้ว ก็จะทำให้จำเลยเกิดความเข็ดหลาบไม่หวนกลับมากระทำละเมิดอีก และยังเป็นการป้องปรามผู้ที่มีความคิดจะมีพฤติกรรมแบบเดียวกันให้ยับยั้งการกระทำละเมิดเช่นนั้นได้อีกด้วย ส่งผลให้การลักลอบนำเข้าสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์น้อยลง ทำให้ผู้ผลิตสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในต่างประเทศไม่กล้านำเข้ามาในประเทศไทย และจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในต่างประเทศมีความพอใจ ประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา ก็จะเข้มงวดกับไทยน้อยลง เนื่องจากปัจจุบันไทยถูกจัดให้อยู่ในประเทศที่ต้องจับตามองในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจทำให้ฐานะของไทยดีขึ้นและหากเป็นเช่นนั้นก็จะส่งผลให้การเจรจาระหว่างประเทศมีบรรยากาศที่ดีขึ้น ทำให้เศรษฐกิจไทยมีพัฒนาการที่ดีขึ้น และประชาชนก็จะได้รับประโยชน์คือได้บริโภคงานที่มีคุณภาพ

4.3.2 เป็นการเสริมบทลงโทษทางอาญา

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เป็นบทกฎหมายที่มีโทษอาทางอาญา ซึ่งวัตถุประสงค์ของโทษทางอาญาก็เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด แต่ทั้งนี้หลักของกฎหมายอาญาได้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของจำเลยเพื่อป้องกันมิให้มีการลงโทษผู้บริสุทธิ์ ด้วยเหตุนี้จำเลยในคดีอาญาจึงมีโอกาสหลุดรอดจากการลงโทษทางอาญาได้ เช่น ในกรณีที่พยานหลักฐานมีน้ำหนักไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลปราศจากความสงสัยได้ ดังนั้นหากจำเลยได้กระทำผิดจริงคงไม่มีความเป็นธรรมหากไม่ได้รับโทษ แต่กระบวนการทางกฎหมายก็ยังไม่จบสิ้นเพียงแค่นั้น โจทก์ยังสามารถนำคดีมาฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยได้อีกทางหนึ่ง

โดยในกรณีนี้ศาลควรใช้ดุลยพินิจไตร่ตรองว่าสมควรตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายอีกส่วนหนึ่งนอกเหนือจากค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยหรือไม่ เนื่องจากระดับมาตรฐานการพิสูจน์ว่าฝ่ายใดมีพยานหลักที่น่าเชื่อถือกว่ากันเท่านั้น หากโจทก์พิสูจน์จนศาลเชื่อถือว่าจำเลยได้จงใจกระทำละเมิดโดยมีพฤติกรรมที่ชั่วร้ายและเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายจริง ศาลจะตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอีกจำนวนหนึ่งด้วย อันเป็นการเสริมกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีความแข็งแกร่งยิ่งขึ้น

4.3.3 เป็นสิ่งจูงใจให้โจทก์นำคดีมาฟ้องร้อง

คำสินไหมทดแทนนั้นตามปกติศาลจะใช้ดุลยพินิจพิจารณาตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงโดยให้โจทก์มีภาระในการพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีนั้นๆอย่างไรก็ตามในบางกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีปริมาณเพียงเล็กน้อยแต่พฤติกรรมของจำเลยกลับแสดงให้เห็นถึงการจงใจละเมิดโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่น หากศาลยึดหลักกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น อาจทำให้ผู้ได้รับความเสียหายไม่นำคดีมาฟ้องร้องเนื่องจากเล็งเห็นว่าคงไม่เกิดความคุ้มค่าหากต้องเสียทั้งค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ และเสียเวลาเพื่อแลกกับค่าเสียหายจำนวนไม่มาก ยิ่งไปกว่านั้นหากผู้ถูกระทำละเมิดวางเฉยไม่นำคดีมาฟ้องร้อง จะทำให้ผู้กระทำละเมิดยังคงมีพฤติกรรมเช่นเดิมต่อไปและอาจไปก่อความเสียหายเช่นนั้นต่อผู้อื่นอีก ดังนั้นหากศาลนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายโดยพฤติกรรมของจำเลยมาพิจารณาเป็นปัจจัยหนึ่งของการตัดสิน จะทำให้ผู้ได้รับความเสียหายมีมูลเหตุจูงใจในการนำคดีมาฟ้องร้องมากขึ้น และยังส่งผลให้ผู้กระทำละเมิดได้รับการป้องปรามและยับยั้งพฤติกรรมเช่นนั้น มิให้เกิดขึ้นอีกต่อไปในภายภาคหน้า

4.3.4 ยับยั้งการแก้แค้นของผู้ถูกระทำละเมิด

ในคดีละเมิดบางกรณีผู้กระทำละเมิดไม่ได้ก่อให้เกิดเพียงความเสียหายที่เป็นตัวเงินให้กับผู้ถูกระทำละเมิดเท่านั้น แต่อาจส่งผลถึงความเสียหายทางธุรกิจ อันส่งผลต่อชีวิตครอบครัว จนทำให้ผู้ถูกระทำละเมิดได้รับความโกรธแค้นด้วย แม้ว่าผู้กระทำอาจจะถูกดำเนินคดี และได้รับโทษตามกฎหมายอาญาแล้วก็ตาม แต่อาจกล่าวได้ว่าโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 อาจไม่สามารถทำให้ผู้ได้รับความเสียหายพึงพอใจได้ ยกตัวอย่างเช่น จำเลยได้รับการตัดสินให้รอลงอาญา หรือได้รับโทษปรับซึ่งเงินค่าปรับตกเป็นของรัฐมิใช่ของผู้เสียหาย กรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้ได้รับความเสียหายหาวิธีการแก้แค้นผู้กระทำละเมิดด้วยตนเอง จึงกล่าวได้ว่าหากนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายจะทำให้ผู้ถูกระทำละเมิดมีความพึงพอใจมากกว่า เนื่องจากได้รู้สึกว่าการกระทำละเมิด ได้รับการลงโทษ และตนยังได้รับค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดนั้นด้วย

4.4 ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเมื่อใช้หลักค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดลิขสิทธิ์

4.4.1 โจทก์และทนายความอาจหาทำไ้จากการฟ้องคดี

เมื่อมีการนำหลักของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ นั่น จะมีการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเพิ่มขึ้นอีกส่วนหนึ่งนอกเหนือจากค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ จึงเป็นไปได้ว่าอาจมีกรณีที่โจทก์หวังผลประโยชน์จากการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายและทนายความอาจรับจ้างว่าความโดยขอส่วนแบ่งจากค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับก็เป็นได้ และอาจส่งผลให้มีการนำคดีมาฟ้องร้องมากจนเกินไป เนื่องจากผู้ได้รับความเสียหายต่างมุ่งหวังหาประโยชน์จากการเรียกร้องค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วยกันทั้งสิ้น

4.4.2 การใช้ดุลยพินิจของศาลอาจไม่แน่นอน

ผลกระทบนี้มักเป็นที่ถกเถียงกันมากในประเทศที่มีการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ชัดเจนแน่นอน จึงเป็นที่เกรงว่าหากนำหลักดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายละเมิดไทย อาจทำให้คำตัดสินของศาลไม่มีความแน่นอน เนื่องจากการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจะขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และปัจจัยที่นำมาพิจารณา แต่ละคดีอีกทั้งศาลยังเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษตามความเหมาะสมของคดีนั้นๆ ด้วย

ซึ่งจากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษางานวิจัยเรื่องการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในประเทศไทย พบว่าได้มีการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในสหรัฐอเมริกาในช่วงที่ผ่านมา ซึ่งสรุปผลการศึกษาออกมาว่า ประมาณการค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมของคดีละเมิดทั่วไปของสหรัฐ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้หลักการเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษกันอย่างกว้างขวางและเป็นเวลาหลายทศวรรษแล้ว อยู่ที่ 0.86 - 1.7⁸ เท่าของค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้

4.4.3 อาจขัดกับรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญจะมีหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของจำเลย เช่น ห้ามลงโทษจำเลยซ้ำสองครั้งในความผิดเดียวกัน ด้วยเหตุนี้จึงเกิดข้อถกเถียงขึ้นว่าในกรณีที่จำเลยได้รับการตัดสินโทษตามกฎหมายอาญาแล้ว ถ้าหากจำเลยถูกตัดสินให้รับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษอีก ค่าเสียหาย

⁸ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, ธราธร รัตนนฤมิตร, ปกรณ์ นิลประพันธ์, ทรงพล สงวนจิตร, ภัฏฐนิษา เอนกสมบูรณ์ผล และ ปราณี ไชยพุด. (2553). รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การพัฒนากฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในประเทศไทย. มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา ประเทศไทย. หน้า 22.

ชนิดนี้อาจกลายเป็นการลงโทษซ้ำครั้งที่ 2 ของจำเลย ซึ่งอาจทำให้ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ แต่ก็มีแนวความคิดของกลุ่มวิชาการบางกลุ่ม ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ใช่โทษทางอาญาไปเสียทีเดียว จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการลงโทษซ้ำได้

4.4.4 อาจเกิดปัญหากรณีจำเลยไม่มีเงินชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษ

เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นกรณีที่ศาลพิพากษากำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริง จึงมีความเป็นไปได้ที่จำเลยจะไม่มีเงินชำระ ยิ่งในเฉพาะผู้ละเมิดรายย่อยจึงอาจเกิดปัญหาตามมาว่าจะมีวิธีปฏิบัติอย่างไร หากจำเลยไม่มีเงินชำระ ซึ่งจำเป็นจะต้องกำหนดแนวทางหรือวิธีปฏิบัติต่อไป เช่น ศาลอาจสั่งบังคับเอาทรัพย์สินของจำเลยจนกว่าจะครบตามจำนวน หรือให้ศาลสั่งให้กักขังแทนค่าเสียหายเชิงลงโทษก็จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับต่อไป เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ใช่ค่าปรับตามกฎหมายอาญา ที่สามารถเปลี่ยนเป็นโทษกักขังแทนค่าปรับได้

4.4.5 ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจเป็นการซ้ำเติมจำเลยมากเกินไปในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานประเภทที่เกี่ยวกับภาพยนตร์และวีดิทัศน์

หากเป็นกรณีที่กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน จำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์ ประเภทภาพยนตร์⁹ และวีดิทัศน์¹⁰ ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการจากนายทะเบียน¹¹ เสียก่อน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จำเลยจักต้องมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ด้วย ซึ่งมีโทษปรับที่สูงมาก เช่นกรณีตัวอย่างในคดีที่พนักงานอัยการฝ่ายคดีอาญาเป็นโจทก์ฟ้องนายสุรนต์ มณีนพรัตน์สุดา จำเลย¹² ซึ่งเป็นลูกจ้างประจำงานเก็บขยะมูลฝอย เขตสะพานสูง กรุงเทพฯ ในความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรค 1¹³ ประกอบมาตรา 79¹⁴

⁹ ภาพยนตร์ หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์

¹⁰ วีดิทัศน์ หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹¹ นายทะเบียน หมายความว่า นายทะเบียนกลางหรือนายทะเบียนประจำจังหวัด

¹² Matichon online. ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนปรับคนเก็บขยะ 2 แสนบาท คดีขายซีดี(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1341900886&grpid=03&catid=&subcatid=

¹³ มาตรา 38 วรรค 1 ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

พฤติการณ์แห่งคดีคือเป็นกรณีที่จำเลยตั้งแพ่งจำหน่ายซีดีเพลง 13 แผ่น และ แผ่นวีซีดี ภาพยนตร์ 83 แผ่น โดยไม่มีใบอนุญาตจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ตามพระราชบัญญัติ ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ศาลชั้นต้นพิพากษาปรับเป็นเงินจำนวน 2 แสนบาท จำเลยให้ การรับสารภาพ จึงลดอัตราโทษปรับให้ คงปรับจำเลยเป็นเงินจำนวน 133,400 บาท หากไม่ชำระ ค่าปรับให้กักขังแทนค่าปรับแต่ไม่เกิน 1 ปี ต่อมากรมคุ้มครองสิทธิ กระทรวงยุติธรรม ได้เข้าให้ ความช่วยเหลือจำเลย โดยประกันตัวระหว่างอุทธรณ์คดีปรากฏว่าศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ตามศาลชั้นต้น

เมื่อผู้วิจัยได้พิจารณาถึงพฤติการณ์และผลคำพิพากษาแล้วนั้น หากศาลพิพากษา กำหนดให้ต้องชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษอีกก็จะเป็นการซ้ำเติมจำเลย เสมือนไม่เปิดโอกาสให้ จำเลยได้กลับตัวกลับใจเป็นคนดีของสังคมต่อไป จึงเห็นว่าไม่ควรที่จะนำเอาค่าเสียหายมาใช้ใน กรณีนี้ ซึ่งผู้วิจัยก็ขอวางข้อสังเกตไว้ว่า หากเป็นกรณีที่จำเลยซื้อซีดีภาพยนตร์ ที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง เพื่อมาดูที่บ้าน แล้วคุณรู้สึกเบื่อแล้วไม่อยากจะเก็บแผ่นไว้ โดยนำไปวางจำหน่ายทั่วไปโดยไม่มี ใบอนุญาตประกอบกิจการเทปวีดีโอ โทรทัศน์ แม้การกระทำของจำเลยจะไม่ใช่ความผิดตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่ก็ยังคงเป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และ วีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งต่างจากกรณีที่หากเปลี่ยนจากการซื้อซีดีที่มีลิขสิทธิ์ เป็นหนังสือที่มีลิขสิทธิ์ ถูกต้อง ย่อมมีสิทธิ์ที่จะขายหนังสือเล่มนั้น โดยไม่ต้องขออนุญาตใดๆ เพราะหนังสือไม่ใช่ ภาพยนตร์ และวีดิทัศน์ จึงอาจวิเคราะห์ได้ว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2551 ได้เข้ามามี บทบาทช่วยป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีอันเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ และวีดิทัศน์ แต่ทั้งนี้เมื่อมองในมุมของคนที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องมาขาย ก็คงจะรู้สึกไม่ได้รับความเป็น ธรรมจากพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2551 เป็นแน่

¹⁴ มาตรา 79 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรค 1 มาตรา 38 วรรค 1 หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือ ถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละ หนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่