



ปัญหาและแนวทางแก้ไขในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางแพ่ง

จากการศึกษาการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของไทยในบทที่ 2 จะพบว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยได้บัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิมีโอกาสเลือกที่จะนำมาตราการทางแพ่งหรืออาญาใช้ในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ผู้ทรงสิทธิย่อมพิจารณาข้อดีและข้อเสียของการบังคับสิทธิทางแพ่งและอาญาเพื่อประกอบการตัดสินใจ การศึกษาวิจัยครั้งนี้ มุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นกรณีการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางแพ่งว่ามีปัญหาในการบังคับสิทธิเช่นไร รวมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาต่อไป

1. ปัญหาในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางแพ่ง

คดีทรัพย์สินทางปัญญาเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ มีวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างจากคดีทั่วไป เช่น การนั่งพิจารณาคดีติดต่อกัน โดยไม่เลื่อนคดีจนกว่าจะเสร็จการพิจารณา การเสนอบันทึกถ้อยคำในการสืบพยานบุคคล การขอให้มีคำสั่งห้ามกระทำ (Injunction) และการขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Order) มีผู้พิพากษาและผู้พิพากษาสมทบที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นหลักการที่ดีในการส่งเสริมการดำเนินคดีทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ให้เป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และยุติธรรม เป็นต้น แต่หากพิจารณาจากสถิติคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ จะพบว่า กรณีละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า นั้น ผู้ทรงสิทธิมุ่งเยียวยาความเสียหายทางอาญามากกว่าทางแพ่ง ปรากฏตามตารางสถิติคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ในระหว่างปี พ.ศ. 2540-2547

ตารางแสดงจำนวนคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ระหว่างปี พุทธศักราช 2540 -2547

ชนิดคดี / ปี	2540 - 2542	2543	2544	2545	2546	2547
ความแพ่ง (คดี)	31	54	46	53	48	25
ความอาญา (คดี)	1138	920	1421	1445	2103	3076

ตารางแสดงจำนวนคดีการละเมิดเครื่องหมายการค้าระหว่างปี พุทธศักราช 2540 -2547

ชนิดคดี / ปี	2540 - 2542	2543	2544	2545	2546	2547
ความแพ่ง (คดี)	108	74	112	97	84	75
ความอาญา (คดี)	2361	1374	2005	2431	2222	2666

จากที่กล่าวข้างต้นมีข้อที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับทางปฏิบัติในการดำเนินคดีทรัพย์สินทางปัญญาทางแพ่ง 5 ประเด็น ได้แก่ การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั่วไป มาตรการชั่วคราว การพิสูจน์ความเสียหาย การกำหนดค่าเสียหาย และการจัดการสินค้าละเมิด

1.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั่วไป

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ข้อ 26 บัญญัติว่า “กระบวนการพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และข้อกำหนดตามมาตรา 30 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลม” จึงเห็นได้ว่า ในกรณีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลฯ มิได้บัญญัติวิธีพิจารณาทางแพ่งไว้ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม จึงมีข้อพิจารณาว่า กระบวนการพิจารณาทางแพ่ง ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้เกิดปัญหาต่อการนำมาตราการทางแพ่งมาใช้ในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนได้ศึกษาโดยการสัมภาษณ์ผู้ที่เกี่ยวข้องในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ เจ้าพนักงานตำรวจ ทนายความ และผู้ทรงสิทธิ ผลการสัมภาษณ์พบว่าบุคคลดังกล่าวมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนี้

1.1.1 การฟ้องคดีและการบังคับคดี

การเริ่มต้นคดีเริ่มจากโจทก์ฟ้องผู้กระทำละเมิดเป็นจำเลยต่อศาล คำฟ้องดังกล่าว นอกจากจะต้องมีรายละเอียดและข้อเท็จจริงในการกระทำของจำเลยครบถ้วนแล้ว (ข้อกำหนดฯ ข้อ 6) คำฟ้องของโจทก์จะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อศาล หมายเลขคดี ชื่อคู่ความ ใจความและเหตุผลเกี่ยวกับคำคู่ความ วันเดือนปีของคำคู่ความ และลายมือชื่อของผู้ยื่นคำฟ้อง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 30 ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ มาตรา 67 อีกทั้งการดำเนินคดีจะต้องมีการส่งสำเนาคำฟ้องและเอกสารให้แก่จำเลยในคดี ณ ภูมิลำเนา หรือ สำนักงานทำการงานของบุคคลนั้น (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 30 ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ มาตรา 74(2) และมาตรา 173) ดังนั้น สิ่งสำคัญในเบื้องต้นก่อนเริ่มคดี โจทก์จะต้องทราบถึงชื่อ ที่อยู่ ของจำเลยเสียก่อน เพื่อที่จะได้ดำเนินคดีต่อไป หากโจทก์ไม่สามารถระบุชื่อหรือภูมิลำเนาของจำเลยได้ ศาลย่อมมีอำนาจไม่รับคำคู่ความหรือคำฟ้องของโจทก์ (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 30 ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18) นอกจากนี้ หากปรากฏว่า โจทก์ชนะคดี ศาลจะมีคำสั่งให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษา หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา โจทก์จะบังคับคดีแก่จำเลยให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่อไป (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 30 ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ มาตรา 271 และ 272) โจทก์จึงจำเป็นต้องรู้ถึงชื่อและที่อยู่ของจำเลยเพื่อใช้ในการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาล

จากการศึกษา พบว่า ผู้กระทำผิดรายย่อย โดยส่วนใหญ่ไม่มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ที่แน่นอน จึงทำให้ยากต่อการดำเนินคดี อีกทั้ง การบังคับคดีกับทรัพย์สินของจำเลยเป็นไปได้ยาก เนื่องจากประเทศไทยไม่มีระบบการตรวจสอบทรัพย์สินที่ดีว่าทรัพย์สินของจำเลยที่ถูกพิพากษาให้ชดใช้ชำระหนี้อยู่ที่ไหน เพื่อสามารถจะยึดทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้อย่างเพียงพอ และการดำเนินคดีใช้เวลานาน แม้ว่าสามารถบังคับคดีได้ก็ไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้ทันเวลาและเพียงพอกับความเสียหาย¹ สอดคล้องกับความเห็นของผู้ทรงสิทธิที่ว่า โดยส่วนใหญ่สถานที่ขายสินค้าละเมิดเป็นสถานที่เช่า และไม่สามารถตรวจสอบไปถึงผู้เช่าได้² จากความเห็นดังกล่าว ทำให้สรุปได้ว่า การดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดมีความเป็นไปได้ยาก เนื่องจากไม่

¹ สัมภาษณ์ อัยกานต์ เชี่ยวธาดา อัยการพิเศษฝ่ายคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ กลาง 2, 23 มกราคม 2550.

² สัมภาษณ์ เทียนชัย ปิ่นวิเศษ Executive Director Motion Picture Association (Thailand) Ltd., 7 กุมภาพันธ์ 2550.

สามารถทราบชื่อและที่อยู่ของผู้กระทำละเมิด หรือแม้ว่าจะสามารถดำเนินคดีได้อาจไม่สามารถบังคับคดีกับทรัพย์สินของผู้กระทำละเมิดได้ เนื่องจากผู้กระทำละเมิดเป็นเพียงรายย่อย ซึ่งอาจไม่มีทรัพย์สินมากเพียงพอในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น จากข้อขัดข้องข้างต้นจึงทำให้น่าเชื่อว่า ข้อขัดข้องดังกล่าวมีผลให้การบังคับใช้สิทธิทางแพ่งไม่ถูกนำมาใช้เท่าที่ควร เห็นได้จากสถิติคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นคดีอาญาทั้งสิ้น

นอกจากนั้น สถิติคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ยังแสดงให้เห็นว่า ปริมาณการดำเนินคดีทางอาญาสะท้อนถึงประเภทของผู้กระทำละเมิดด้วย กล่าวคือ การดำเนินคดีทางอาญาเป็นจำนวนมากย่อมมีผลมาจากการจับกุมผู้กระทำละเมิดเป็นจำนวนมากเช่นกัน ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำผิดเป็นรายย่อย อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีทางอาญาเพื่อมุ่งหวังให้ผู้กระทำผิดมีความเข็ดหลาบยังไม่บรรลุผล เนื่องจากปริมาณการดำเนินคดีทางอาญายังคงมีจำนวนมาก ซึ่งในกรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า โดยส่วนใหญ่ ผู้กระทำผิดที่ถูกดำเนินคดีเป็นผู้ประกอบการรายย่อยหรือลูกจ้าง เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่มีประสิทธิภาพ ทำให้ไม่สามารถขยายผลไปยังผู้กระทำผิดรายใหญ่ได้³ แต่หากเปรียบเทียบการดำเนินคดีทางอาญาและทางแพ่งแล้ว การดำเนินคดีทางอาญาผ่านเจ้าพนักงานตำรวจและพนักงานอัยการนั้น เจ้าพนักงานตำรวจสามารถจับกุมผู้กระทำผิด ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้กระทำผิดรายย่อยได้ โดยไม่ต้องขอหมายจากศาล ในกรณีที่เป็นการผิดซึ่งหน้า กล่าวคือ เจ้าพนักงานตำรวจสามารถจับกุมขณะที่กำลังกระทำความผิดได้ และส่งตัวผู้ต้องหาเพื่อให้พนักงานอัยการสั่งฟ้องได้ จึงทำให้การดำเนินคดีทางอาญามีความสะดวกมากกว่าการดำเนินคดีทางแพ่ง

1.1.2 ระยะเวลาในการดำเนินคดี

เนื่องจากศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เป็นศาลชำนาญพิเศษจึงได้กำหนดวิธีพิจารณาความไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ศาลจะนั่งพิจารณาคดีติดต่อกัน โดยไม่เลื่อนคดีจนกว่าจะเสร็จการพิจารณา เว้นแต่จะมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำวล่วงเสียได้ นอกจากนี้ เมื่อศาลอ่านคำพิพากษาแล้ว คู่ความสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ไปยังศาลฎีกาได้ โดยไม่ต้องผ่านศาลอุทธรณ์ (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 27 และ 28) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติใดที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็ควรนำวิธีพิจารณาความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้เช่นกัน (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 30) แสดงว่า โดยหลักการแล้ว การดำเนินคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เป็นไป

³ สัมภาษณ์ วันเพ็ญ โมมัยอุคม อัยการฝ่ายคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 29 มกราคม 2550.

โดยเร็ว ในกรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า การดำเนินคดีโดยใช้มาตรการทางแพ่งเป็นมาตรการที่ใช้เวลานาน ในขณะที่มาตรการทางอาญาเป็นมาตรการที่รวดเร็ว⁴ เนื่องจากปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ หากพิจารณาถึงการกำหนดคดีพิจารณาคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญา จะพบว่า ทางปฏิบัติหลังจากศาลทรัพย์สินทางปัญญามีคำสั่งรับฟ้องแล้ว ศาลทรัพย์สินทางปัญญา จะกำหนดนัดพร้อมเพื่อกำหนดนัดสืบพยาน โจทก์และจำเลยตามลำดับก่อนหลัง⁵ ดังนั้น ปัญหาจึงอยู่ที่การนัดพิจารณาตามลำดับคดี มิใช่อยู่ที่ระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาล

1.2 มาตรการชั่วคราว

มาตรการชั่วคราว เป็นมาตรการหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ ได้แก่ การขอให้มีการสั่งห้ามกระทำ (Injunction) และการขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Order) ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญา นำรูปแบบมาจากศาลอังกฤษ อย่างไรก็ตาม มาตรการชั่วคราวดังกล่าวข้างต้น ไม่เป็นที่นิยมใช้ในทางปฏิบัติ

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ผู้ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้พิพากษา และ ทนายความ จากการสัมภาษณ์ปรากฏว่าผู้ที่เกี่ยวข้องได้ให้ความเห็นเป็น 3 ฝ่าย ดังนี้

ความเห็นฝ่ายแรก เห็นว่า มาตรการชั่วคราวยังไม่ค่อยมีการนำมาใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากความไม่พร้อมของศาลและคู่ความ⁶ โดยพบว่า ในปี พ.ศ. 2548 มีผู้ยื่นคำร้องขอให้มีการสั่งห้ามกระทำก่อนการฟ้องคดีต่อศาล (Preventive Injunction) ในคดีทรัพย์สินทางปัญญา เป็นจำนวนทั้งสิ้น 5 คดี ซึ่งศาลมีคำสั่งรับฟ้องเพียง 1 คดีเท่านั้น และในปี พ.ศ. 2549 ไม่มีผู้ยื่นคำร้องขอให้มีการสั่งห้ามกระทำก่อนการฟ้องคดีต่อศาลเลย⁷

⁴ สัมภาษณ์ ไชยยศ วรรณนทีศิริ รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ , 29 มกราคม 2550.

⁵ บุญรอด ดันประเสริฐ, “การพิจารณาคดีต่อเนื่อง,” ; วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 2 (ธันวาคม 2542) : 371.

⁶ สัมภาษณ์ ไชยยศ วรรณนทีศิริ รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ , 29 มกราคม 2550.

⁷ แหล่งที่มา : ระบบบริหารสำนวนคดี ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง.

ความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่า มาตรการชั่วคราวไม่ค่อยมีการนำมาใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากศาลค่อนข้างเคร่งครัดในการออกคำสั่ง โดยคู่ความต้องแสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอให้ศาลเชื่อได้ว่าคดีมีมูล ประกอบกับ การชั่งน้ำหนักความเสียหายของผู้ร้องและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งหากศาลผ่อนคลายความเคร่งครัดในการออกคำสั่ง ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าคดีมีมูล และให้ผู้ร้องวางหลักประกันความเสียหายที่อาจเกิดแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามจำนวนสมควร ย่อมส่งผลให้มีการนำมาตรการชั่วคราวมาใช้ในทางปฏิบัติมากขึ้น⁸

ความเห็นฝ่ายที่สาม เห็นว่า มาตรการชั่วคราวเป็นมาตรการที่นำไปใช้ได้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ผู้ทรงสิทธิจะนำมาตรการชั่วคราวมาใช้ในการดำเนินคดีทางอาญามากกว่าการดำเนินคดีทางแพ่ง ดังนั้น มาตรการชั่วคราวจึงดำเนินการโดยเจ้าพนักงานตำรวจ กล่าวคือ เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาล อย่างไรก็ตาม เจ้าพนักงานตำรวจไม่ทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าละเมิดอย่างดีพอที่จะทำการยืนยันข้อเท็จจริงตามคำขอได้ ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถออกคำสั่งตามคำขอได้ เนื่องจากในการออกคำสั่งจะต้องพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเป็นสำคัญ เพื่อมิให้เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น⁹

นอกเหนือจากความเห็นดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การมีคำสั่งอนุญาตให้นำมาตรการชั่วคราวมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งหากพิจารณาถึงกรณีคำสั่งห้ามกระทำการก่อนการฟ้องคดีต่อศาล (Preventive Injunction) จะพบว่า ในการมีคำสั่งอนุญาต ศาลย่อมพิจารณาว่ามีเหตุฟ้องผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยหรือไม่ หรือมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอหรือไม่ ตามข้อกำหนดฯ ข้อ 13 โดยศาลจะรับฟังพยานหลักฐานโดยเคร่งครัด เนื่องจากการมีคำสั่งดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ ดังนั้น ผู้ขอจึงมีหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักในการรับฟังมาแสดงศาลให้เชื่อได้ว่า มีเหตุเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาต ซึ่งในกรณีที่เป็นการละเมิดในปริมาณมากจะมีความเชื่อมโยงกับผู้มีอิทธิพลทำให้พยานบุคคลมีความเกรงกลัวในการเบิกความเป็นพยานต่อศาล ส่งผลให้ผู้ขอขาดพยานหลักฐานสำคัญที่แสดงให้เห็นได้ว่าศาลควรมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ เนื่องจากกรณีละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น นอกจากพยานเอกสารหรือพยานวัตถุจะมีความสำคัญแล้ว พยาน

⁸ สัมภาษณ์ บุญมา เศรษฐวิชัย เรื่องยศ นาสารี และเฉลิมพงษ์ จิตต์ขันติวงศ์ ทนายความบริษัทดำเนิน สมเกียรติ และบุญมา จำกัด, 2 กุมภาพันธ์ 2550.

⁹ สัมภาษณ์ เทียนชัย ปิ่นวิเศษ Executive Director Motion Picture Association (Thailand) Ltd., 7 กุมภาพันธ์ 2550.

⁹ สัมภาษณ์ สุรพล คงลาภ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, 16 กุมภาพันธ์ 2550.

บุคคลก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน หรืออาจกล่าวได้ว่า พยานบุคคลอาจมีความสำคัญมากกว่าพยานเอกสารหรือพยานวัตถุในบางครั้ง เนื่องจากโดยลักษณะการกระทำความผิดแล้ว การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญาด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติแทบจะไม่มีการจัดทำพยานเอกสารไว้ ส่วนพยานวัตถุ ซึ่งหมายความถึง สินค้าละเมิด ตลอดจนวัสดุ อุปกรณ์ที่ใช้ในการทำสินค้าละเมิด สามารถใช้วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในการทำลายพยานหลักฐานดังกล่าวได้อย่างรวดเร็ว หรือในปัจจุบันได้มีการปรับรูปแบบการละเมิด โดยไม่มีการจัดทำพยานวัตถุเก็บไว้ หรือ เป็นการละเมิดผ่านทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีความยุ่งยากในการแสวงหาพยานหลักฐาน เนื่องจากอาจมีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง กอปรกับ เป็นกรณีที่ต้องอาศัยความร่วมมือจากหน่วยงานหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง จึงเห็นได้ว่า สาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิไม่นิยมใช้มาตรการชั่วคราวในทางปฏิบัติ คือ ความยุ่งยากในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยเฉพาะการนำพยานบุคคลมาเบิกความต่อศาลให้เห็นถึงการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งหากการกระทำละเมิดมีความเกี่ยวข้องกับเครือข่ายอิทธิพล ย่อมทำให้พยานบุคคลตกอยู่ในภาวะอันตรายและสมควรได้รับความคุ้มครอง

นอกจากนั้น หากพิจารณาถึงสถิติการยื่นคำร้องขอให้มีการสั่งห้ามกระทำก่อนการฟ้องคดีต่อศาล จะพบว่า มีการนำมาใช้ในทางปฏิบัติน้อยมาก ทำให้ผู้ให้ความสนใจไม่มีกรณีศึกษาถึงแนวทางในการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเช่นการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาล โดยเฉพาะการแสวงหาพยานหลักฐานให้เพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาต เนื่องจากข้อกำหนดฯ ข้อ 16 และข้อ 17 ได้กำหนดให้ผู้ขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องได้ หากศาลเห็นว่า การที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตเป็นไปโดยคิดหลงว่ามีเหตุฟ้องผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลย หรือมีเหตุเพียงพอที่จะมีคำสั่งอนุญาต หรือหากผู้ขอไม่ฟ้องคดีภายในเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งอนุญาต

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ในการนำมาตราการชั่วคราว ซึ่งเป็นรูปแบบมาจากศาลอังกฤษมาใช้ในประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ โดยเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนการฟ้องคดีต่อศาล ดังจะเห็นได้จาก กรณีการขอให้มีการสั่งห้ามกระทำ (Injunction) และการขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Order) ซึ่งผู้ทรงสิทธิสามารถยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งได้ก่อนฟ้องคดีต่อศาล อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ หากการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีจะสามารถบังคับชำระหนี้จากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้หรือไม่ ซึ่งในปัจจุบัน ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ได้นำมาตรการชั่วคราว ซึ่งเป็นรูปแบบมาจากศาลอังกฤษเช่นกัน เรียกว่า Mareva Injunction มาใช้ในการดำเนินคดีทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254(2) มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เยียวยาความเสียหายทางแพ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิ โดยการมีคำสั่ง

ห้ามมิให้ผู้กระทำละเมิดเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิสามารถเยียวยาความเสียหายโดยใช้มาตรการดังกล่าวได้เฉพาะกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิจึงไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดทำการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินก่อนที่ผู้ทรงสิทธิจะฟ้องคดีต่อศาล

1.3 การพิสูจน์ความเสียหาย

การดำเนินคดีทางแพ่ง โจทก์มีหน้าที่ในการนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นและ โจทก์ได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใด การนำสืบจะอาศัยเพียงคำเบิกความลอย ๆ โดยไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนไม่ได้ และค่าเสียหายที่คาดคะเน โดยอาศัยประสบการณ์ของพยาน ศาลจะไม่รับฟัง อย่างไรก็ตาม ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ต่อไปนี้

คดีหมายเลขแดงที่ 86/2546 ความเสียหายเหล่านั้น ซึ่งศาลเชื่อว่ามิได้อยู่จริง กลับมิได้รับการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลโดยโจทก์เลย ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้โจทก์เอง

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.79/2546 โจทก์กล่าวอ้างว่า โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงมีหน้าที่นำสืบ เพียงคำกล่าวอ้างลอย ๆ ของพยานบุคคล โดยปราศจากพยานหลักฐานอื่นที่มีน้ำหนักมาสนับสนุนให้เห็นจริงดังที่กล่าวอ้าง จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายตามจำนวนที่เรียกร้องมา ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดให้จำเลยผู้ทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์อันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด ตลอดจน ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.25/2544 ส่วนค่าเสียหายจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ย่อมเป็นอำนาจของศาลที่จะกำหนดให้เป็นจำนวนตามสมควร ซึ่ง โจทก์ขอมา ... ศาลเห็นว่าเป็นจำนวนที่สูงเกินสมควรแก่พฤติการณ์ในคดีนี้ ประกอบกับ โจทก์ก็มีได้นำสืบเกี่ยวกับวิธีการคำนวณกำหนดค่าเสียหายนี้ รวมทั้งมีหลักเกณฑ์อันสมควรอย่างไรที่โจทก์ควรได้ค่าเสียหายถึงเพียงนี้ เหตุนี้เมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ในคดีนี้แล้ว เห็นควรกำหนดค่าเสียหายให้จำเลยชดเชย...

จากคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลมักกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร เนื่องจากโจทก์ไม่สามารถ นำสืบให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์ควรได้รับค่าเสียหายตามจำนวนที่เรียกร้อง ซึ่งในประเด็นนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า การพิสูจน์ความเสียหายในกรณีละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปได้ยาก เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งมีความแตกต่างจากทรัพย์สิน โดยทั่วไป จึงทำให้พิสูจน์ความเสียหายได้ยากหรือไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายได้ในบางกรณี เช่น ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการพิสูจน์ให้เห็นถึงปริมาณการละเมิดที่แท้จริง ดังเช่นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต หรือ กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถ แสดงวิธีการคำนวณความเสียหายต่อชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า (Goodwill) เป็นต้น¹⁰ อีกทั้ง ในบางครั้ง การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความเสียหายทำได้ยาก เนื่องจากผู้กระทำความผิดมีวิธีการทำลายพยานหลักฐานที่รวดเร็ว โดยใช้กรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์และเครื่องมือที่ทันสมัย เช่น กรณีละเมิดลิขสิทธิ์สินค้าที่เป็นวัสดุแผ่นซีดี หรือ ดีวีดี ใช้กรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ โดยใช้สารเคมีทำลายข้อมูลที่บรรจุในวัสดุแผ่นซีดี หรือ ดีวีดี หรือ ใช้เครื่องมือที่ทันสมัยในการทำลายวัสดุแผ่นซีดี หรือ ดีวีดี เป็นต้น¹¹ ดังนั้น เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ในเชิงคดีของผู้ทรงสิทธิแล้ว ผู้ทรงสิทธิจำเป็นต้องดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานก่อนที่พยานหลักฐานจะถูกทำลาย ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการติดตามแสวงหาพยานหลักฐาน นอกจากนี้ ค่าใช้จ่ายในการแสวงหาพยานหลักฐานมานำสืบต่อศาล เช่น การล่อซื้อสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า นั้น บางครั้งต้องมีการสั่งซื้อสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ตและต้องทำการสั่งซื้อ ณ ต่างประเทศ¹² หรือในกรณีความผิดที่เกี่ยวพันกับเทคโนโลยี ทำให้มีค่าใช้จ่ายสูงเช่นเดียวกัน จึงทำให้คู่ความประสบปัญหาในการนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลและค่าเสียหายมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการค่อนข้างสูง จึงทำให้โจทก์ประสบปัญหาในการนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล

¹⁰ สัมภาษณ์ บุญมา เศรษฐนิช เรืองยศ นาสารี และเฉลิมพงษ์ จิตต์ขันติวงศ์ ทนายความบริษัทดำเนิน สมเกียรติ และบุญมา จำกัด, 2 กุมภาพันธ์ 2550.

¹¹ สัมภาษณ์ ยงยุทธ ศรีสัตยาชน ผู้บัญชาการสำนักคดีทรัพย์สินทางปัญญา กรมสอบสวนคดีพิเศษ, 23 มกราคม 2550.

¹² สัมภาษณ์ มาลา ตั้งประเสริฐ กรรมการผู้จัดการ บริษัท ซีเล็คทีฟ เทคมาร์ค ยูเนี่ยน (ประเทศไทย) จำกัด, 20 กุมภาพันธ์ 2550.

1.4 การกำหนดค่าเสียหาย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย” จะเห็นได้ว่า ค่าเสียหายในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิด ค่าสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง

ในส่วนของการกำหนดค่าเสียหายนั้น คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป.5/2546 วางหลักไว้ว่า โจทก์ย่อมได้รับความเสียหายแก่ลิขสิทธิ์หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จำเลยจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการทำละเมิดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ปัญหาต่อไปว่า ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใด เห็นว่า นอกจากศาลจะวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 อันเป็นบททั่วไปแล้ว ศาลยังมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 บัญญัติเพิ่มเติมไว้โดยเฉพาะได้อีกด้วย จึงแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยหลักตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ประกอบกับหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด กล่าวคือ ศาลวินิจฉัยตามความร้ายแรงของความเสียหายประกอบกับพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ในกรณีนี้ ศาลจะต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย ไม่ใช่ความร้ายแรงแห่งการทำละเมิดดังคดีแห่งทั่วไป (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคหนึ่ง)¹³

ส่วนพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 นั้น มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายไว้ จึงต้องนำประมวล

¹³ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7206/2542

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด มาตรา 438 มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁴ ดังคำพิพากษา ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป.20/2542 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่แก้ไขแล้วมิได้บัญญัติให้สามารถเรียกค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายในการบังคับตามสิทธิ ได้โดยเฉพาะ เหมือนเช่นที่บัญญัติให้เรียกได้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ดังนั้น จึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ ซึ่งการกระทำของจำเลยถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติในลักษณะ 5 ว่าด้วย ละเมิด ซึ่งโดยปกติค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกได้ต้องเป็นค่าเสียหายที่เป็นผล โดยตรงจากการกระทำ ของจำเลย หรือมิฉะนั้นก็ต้องเป็นผลที่มีความใกล้ชิดกับเหตุ

จากข้อความดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติเครื่องหมาย การค้า พ.ศ. 2534 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มิได้บัญญัติถึงการกำหนดค่าเสียหายจาก การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้แต่อย่างใด เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะนำหลักการ กำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 คือ การกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด มาปรับใช้ในการกำหนด ค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ

ดังนั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายใน กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ และ กรณีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า จะพบว่า ศาลนำหลักทั่วไปใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด ตามมาตรา 438 มาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายใน กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ และ กรณีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นไปในแนวเดียวกัน คือ การ วินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด นั่นเอง จึงมีข้อพิจารณาว่า การ กำหนดค่าเสียหายทำให้เกิดปัญหาต่อการนำมาตราการทางแพ่งมาใช้ในการบังคับสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาหรือไม่ ในประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า ปัจจุบัน การกำหนดค่าเสียหายของศาล อาจไม่ตรงกับทัศนนะของผู้ทรงสิทธิ อีกทั้ง การดำเนินคดีที่ใช้เวลานานอาจทำให้การกำหนด ค่าเสียหายของศาลไม่เป็นธรรมต่อผู้ทรงสิทธิ¹⁵

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความสะดวกอย่างไร ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

¹⁵ สัมภาษณ์ ไชยศ วรรณศิริ รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง ประเทศ, 29 มกราคม 2550.

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ได้วางแนววินิจฉัยเรื่องการกำหนดค่าเสียหาย
ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และกรณีละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้

1. กรณีละเมิดลิขสิทธิ์

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.5/2546 ... เกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ว่า หากจำเลย
ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ อาจแปลได้ว่า ผู้ซื้อจะมาซื้อสินค้าของโจทก์แทนยอมทำให้ลูกค้าของโจทก์มี
จำนวนเพิ่มมากขึ้น แม้เป็นนัยที่ฟังขึ้น แต่เป็นเรื่องที่ยังไม่สามารถพิสูจน์ได้แน่นอน...

ส่วนเกณฑ์ที่โจทก์ใช้คำนวณค่าเสียหาย คือ กำไรสุทธินั้น ... หากไม่
มีสินค้าของจำเลยวางจำหน่ายอยู่เลย คงมีเพียงสินค้าของโจทก์เพียงรายเดียวในท้องตลาด กรณีก็ยังไม่
อาจสรุปได้ว่า สินค้าของโจทก์จะจำหน่ายได้ในลักษณะเดียวกับหรือเท่ากับกรณีสินค้าของจำเลย
เพราะสินค้าของโจทก์กำหนดราคาไว้สูงกว่าของจำเลย

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.81/2544 ... ศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่า เงินที่
โจทก์ต้องใช้ไปในด้านการโฆษณาประชาสัมพันธ์งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงตามฟ้องนี้ ถือเป็น
เป็นค่าใช้จ่ายเพื่อผลงานของโจทก์ ผลประโยชน์ที่เกิดจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์มีมาน้อย
เพียงใดยอมจะตกแก่โจทก์โดยตรง การที่จำเลยทั้งสองกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์
ไม่มีผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ของโจทก์แต่อย่างใด เพราะค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่
โจทก์ต้องจ่ายไปตามความจำเป็นและพอใจของโจทก์เอง หากเป็นกรณีที่โจทก์ต้องสูญเสีย
ผลประโยชน์ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ถือว่าเป็นค่าเสียหายที่โจทก์
จะมาเรียกร้องจากจำเลยได้ไม่ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2544 โจทก์จึงไม่อาจเรียก
ค่าเสียหายในส่วนนี้ได้

ความเสียหายจากการขาดรายได้ที่โจทก์จะได้รับเมื่อจำเลยกระทำการ
ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำสิ่งบันทึกเสียงที่มีผู้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ออกจำหน่ายยอมเป็น
ความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับผลกำไรจากการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออก
จำหน่ายเท่านั้น หากใช้ความเสียหายที่คิดคำนวณจากราคาจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงแต่ละม้วนซึ่งได้รวม
ต้นทุนการผลิตเอาไว้ด้วยแต่อย่างใดไม่

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.41/2544 ... ส่วนค่าเสื่อมเสียชื่อเสียง
ทางการค้านั้น จำเลยชาย เสนอชาย หรือมีไว้เพื่อขายซึ่งเพลงในเทปคาสเซ็ทของโจทก์ที่มีชื่อบริษัท

และอักษรย่อ อาร์.เอส. (R.S.) ของโจทก์ปรากฏอยู่ย่อมจะทำให้สาธารณชนผู้ซื้อสินค้าสับสนหลงผิดว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าของโจทก์ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายส่วนนี้ให้โจทก์

สำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานจ่ายเงินรางวัลแก่ผู้แจ้งเบาะแสและค่าจ้างนักกฎหมายหรือทนายความเพื่อปกป้องรักษาสิทธิของโจทก์นั้น ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 64 ซึ่งจำเลยจะต้องรับผิดชอบตามความร้ายแรงของความเสียหาย ไม่เหมือนกับการชดใช้ค่าเสียหายในคดีแพ่งทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ที่ให้คำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

2. กรณีละเมิดเครื่องหมายการค้า

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.118/2547 ศาลเห็นว่า แม้โจทก์จะมีรายได้จากค่าสินค้าที่ส่งเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย แต่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าสิ่งที่จำเลยนำสินค้าอภิรายหนึ่งเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทยด้วยนั้น มีพฤติการณ์ลวงขายอย่างไร และมีผลทำให้โจทก์ขาดรายได้เพียงใด ประกอบกับแม้หากจะไม่มีผลกระทบของจำเลยแล้ว กรณีก็ยังไม่แน่นอนว่าโจทก์จะมีรายได้จากผู้ซื้อเพิ่มขึ้น เพราะรายได้รายรับจากการซื้อขายสินค้าเป็นไปตามกลไกการตลาด อีกทั้ง สินค้าคุณภาพในท้องตลาดมีผู้ผลิต ผู้จำหน่ายหลายราย ผู้บริโภคอาจจะเลือกซื้อหรือไม่ซื้อสินค้าของโจทก์ก็ได้ ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง ข้อเท็จจริงยังฟังไม่ได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการลวงขายและทำให้โจทก์เสียหายตามฟ้อง

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.127/2546 การที่จำเลยผลิตกางเกงยีนส์โดยใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ที่โจทก์พึงได้รับจากการจำหน่ายกางเกงยีนส์จริง แต่ที่โจทก์อ้างว่าจะได้รับผลกำไรร้อยละ 30 จากราคาขาย จึงใช้อัตราดังกล่าวเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายนั้น ไม่ปรากฏว่าโจทก์มีหลักฐานอื่นใดมาสนับสนุนว่าใช้อัตราดังกล่าวอย่างแท้จริง อีกทั้ง กำไรที่โจทก์ได้รับจริงอาจน้อยกว่าอัตราดังกล่าวได้ เช่น กรณีที่ลดราคาสินค้าเพื่อส่งเสริมการขาย เป็นต้น

สำหรับค่าจ้างนักสืบที่โจทก์ต้องจ่ายไป เป็นค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องจ่ายเพื่อรักษาประโยชน์ในการดำเนินกิจการของโจทก์เท่านั้น มิใช่ค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดของจำเลย จึงไม่กำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้

ส่วนค่าเสียหายต่อชื่อเสียง แม้ว่าจะทำให้ผู้ซื้อเข้าใจผิด แต่หากผู้บริโภคสังเกตสินค้าแล้วยอมรับได้ เพราะมีคุณภาพแตกต่างกัน และไม่กระทบต่อชื่อเสียงอันดี

ของโจทก์ หรือทำให้ภาพลักษณ์ของสินค้าโจทก์กลายเป็นสินค้าไม่มีคุณภาพไป ข้อเท็จจริงไม่พอรับฟัง ไม่กำหนดค่าเสียหายส่วนนี้

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.86/2546 ค่าเสียหายที่โจทก์ฟ้องได้นั้น ศาลต้องพิเคราะห์ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ค่าเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของจำเลย ค่าที่โจทก์อ้างว่าจ้างคณะบุคคลเพื่อติดตามรวบรวมพยานหลักฐานแห่งคดีนั้น มิใช่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด แต่เป็นค่าใช้จ่ายในการบังคับคดีหรือบังคับสิทธิโจทก์ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้บัญญัติดังเช่นมาตรา 64 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ให้เรียกค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ ศาลจึงไม่ให้ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้

ค่าเสียหายที่โจทก์เรียกในส่วนต่อไป คือ ค่าเสียหายที่จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้จากการขายสินค้าปลอม ข้อเรียกร้องของโจทก์ไม่มีฐานที่จะอ้างกฎหมายได้ การเรียกให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการทำละเมิดต้องมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น มาตรา 13(1) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กรณีจึงไม่อาจให้ได้เช่นกัน

ค่าเสียหายจากโอกาสที่จำเลยอาจสร้างความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของโจทก์ด้วยฉลาก เป็นความเสียหายในอนาคตที่ยังไม่เกิดขึ้น จำนวนค่าเสียหายที่ศาลเห็นว่าโจทก์ควรได้รับจากจำเลย คือ ความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นแล้วจากการทำละเมิดของจำเลย คือ จำนวนยอดขายของโจทก์ที่ตกต่ำลง การโฆษณาของโจทก์ที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นกว่าปกติ และค่าเสียหายต่อชื่อเสียงที่ผู้บริโภคอาจเข้าใจผิดว่าสินค้าปลอมนั้นเป็นสินค้าของโจทก์

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.79/2546 โจทก์ไม่ได้นำสืบให้เห็นว่ายอดขายลดลงอย่างผิดปกติ และการแย่งส่วนแบ่งตลาดไปจากโจทก์จำนวนมากถึงขนาดดังที่โจทก์กล่าวอ้างจริงหรือไม่

การจ้างนักสืบและทนายความเพื่อปกป้องรักษาผลประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญาของโจทก์ ถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ ... ในคำพิพากษาศาลต้องสั่งให้ผู้แพ้คดีใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความแทนโจทก์อยู่แล้ว โดยพิจารณาถึงความยากง่ายแห่งคดี กับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องว่าความคดีนี้ในศาลและความสามารถของทนายความกำหนดให้ชัดใช้ค่าเสียหายเฉพาะส่วนที่เป็นค่าจ้างนำสืบและค่าทนายความที่ต้องปฏิบัตินอกศาล

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.53/2545 บริษัทมีแผนโฆษณาทุกปีอยู่แล้ว และรับผิดชอบค่าโฆษณาทั้งหมด อีกทั้ง การโฆษณามีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อจะแข่งขันกับสินค้าอื่น

ส่วนค่าเสื่อมความนิยมในเรื่องหมายการค้าตามบันทึกก็คิดคำนวณ อ้างอิงจากค่าโฆษณาโดยไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นว่า การละเมิดของจำเลยทำให้สาธารณชนเสื่อมความนิยมในเรื่องหมายการค้าของโจทก์จริงหรือไม่ เพียงใดจำเลยจึงไม่ควรที่จะต้องรับผิดชอบในค่าโฆษณาและค่าเสื่อมความนิยม

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.68/2543 พยานของโจทก์ไม่ได้ชี้ชัด โดยเฉพาะเจาะจงให้ฟังได้ว่า โจทก์ต้องสูญเสียผลประโยชน์จากการกระทำของจำเลย เพราะยังมีปัจจัยอื่นที่อาจทำให้ยอดขายสินค้าของโจทก์ลดลง หรือ เพิ่มขึ้นได้ เช่น วิกฤติเศรษฐกิจ ที่เกิดขึ้นทั้งในและต่างประเทศที่ทำให้กำลังซื้อของผู้บริโภคลดลง หรือ แม้แต่ปัจจัยที่เกิดจากการกระทำของโจทก์เอง

ในส่วนความเสียหายต่อชื่อเสียงของโจทก์ โจทก์กล่าวอ้างแต่เพียงลอย ๆ โดยไม่มีพยานหลักฐานมาสนับสนุนและหากจะกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้ยอดขายสินค้าของโจทก์ลดลง ก็ยังรับฟังไม่ได้แน่ชัด

สำหรับค่าโฆษณาที่โจทก์อ้างว่าต้องจ่ายเพิ่มขึ้นนั้น เห็นว่า การโฆษณาสินค้าเพื่อให้สินค้าของโจทก์ได้รับความนิยม หรือ เพื่อให้สินค้าของโจทก์ขายได้มากขึ้น เป็นสิ่งที่โจทก์ต้องกระทำเป็นประจำอยู่แล้ว ดังนั้น ค่าใช้จ่ายดังกล่าวจึงไม่ใช่ค่าเสียหาย หรือ การสูญเสียประโยชน์ แต่หากโจทก์จะต้องจ่ายค่าโฆษณาเพิ่มขึ้นมากกว่าปกติเนื่องจากการกระทำของจำเลย ก็เป็นพฤติการณ์พิเศษที่โจทก์จะต้องนำสืบให้ปรากฏ แต่โจทก์นำสืบไม่ได้ว่า จำเลยได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความเสียหายนั้น ทั้งโจทก์ก็นำสืบไม่ได้แน่ชัดด้วยว่า การกระทำของจำเลยเป็นเหตุให้โจทก์ต้องจ่ายค่าโฆษณาเพิ่มขึ้น ถ้าวินิจฉัยว่าโจทก์นำสืบไม่ได้แน่ชัดว่าโจทก์เสียหายเพียงใด และจำเลยนำสืบไม่ได้ว่าค่าเสียหายควรเป็นเท่าใด แต่โจทก์มีความเสียหาย จึงเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ตามจำนวนที่เห็นสมควร

การที่สินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของโจทก์ปลอม มีคุณภาพไม่ดี เหมือนสินค้าแท้ของโจทก์ย่อมทำให้ผู้ซื้อสินค้าไปใช้เสื่อมความนิยมในสินค้าแท้ของโจทก์ และอาจมีการบอกเล่าให้บุคคลอื่นฟังต่อเนื่องไปอีก ความเสียหายของโจทก์จึงขยายออกไปเป็นวงกว้าง โดยโจทก์ไม่สามารถโฆษณาเพื่อจูงใจให้ผู้ซื้อสินค้ากับผู้ที่ได้รับฟังคำบอกเล่าหันกลับมาซื้อสินค้า

แท้ของโจทก์ได้อีก โจทก์ยอมสูญเสียผลประโยชน์อันควรได้รับ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายจึงต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย

คดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2543 ค่าเสียหายจากผลกำไรที่โจทก์ควรได้จากการจำหน่าย มิได้นำสถิติมาแสดงต่อศาล อีกทั้ง ยอดจำหน่ายก็เป็นเพียงประมาณการเท่านั้น

บัญชียอดจำหน่ายเป็นเอกสารที่ฝ่ายโจทก์จัดทำขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว มิได้มีลูกค้าหรือบุคคลภายนอกรับรองหรือรับรู้ด้วย พยานหลักฐานของโจทก์จึงไม่น่าหนักให้เชื่อได้ว่ายอดจำหน่ายกำไรหรือขาดทุนอย่างไร

จากคำพิพากษาศาลทวิชั้นทางปัญญาฯ ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ผู้ทรงสิทธิให้ความสำคัญกับการเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะประโยชน์ที่ผู้กระทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิด เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากผู้ทรงสิทธิพึงได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนของตน กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเป็นผู้ลงทุน แต่ผู้ได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นผู้กระทำละเมิด ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อผู้ทรงสิทธิ

หากพิจารณาถึงกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ จะพบว่า ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ 3 ประเภท คือ ค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายในการบังคับสิทธิ ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้บัญญัติถึงค่าเสียหายลักษณะประโยชน์ที่ผู้กระทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิด อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลทวิชั้นทางปัญญาฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป.35/2544 ได้วินิจฉัยว่า “... ข้อเรียกร้องของโจทก์เป็นกรณีเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะของประโยชน์ที่จำเลยได้รับการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ ศาลเห็นว่า โจทก์มิได้เรียกร้องค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์จากผลงานของโจทก์ที่ได้วางจำหน่ายทั่วไป แต่เรียกร้องรายได้หรือผลกำไร (Account of Profit) ในงานที่จำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นค่าเสียหายลักษณะหนึ่งที่โจทก์พึงเรียกร้องได้ หากไม่อาจแสดงให้เห็นได้ว่า โจทก์เสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ได้เพียงใด หากคำนวณสัดส่วนแล้ว คิดได้ร้อยละ 20 ของเนื้อหาตามหนังสือ ... ควรกำหนดค่าเสียหาย...” ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิจึงสามารถเรียกร้องค่าเสียหายลักษณะประโยชน์ที่ผู้กระทำละเมิดได้รับการกระทำละเมิดได้ โดยถือเป็นค่าเสียหายลักษณะหนึ่งที่ผู้ทรงสิทธิพึงได้รับ

ส่วนกรณีละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบกับ มาตรา 438 ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลทวิชั้นทางปัญญาฯ คดีหมายเลขแดงที่ 86/2546 “ค่าเสียหายที่โจทก์เรียกใน

ส่วนต่อไป คือ ค่าเสียหายที่จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้จากการขายสินค้าปลอม ชื่อเรียกร้องของโจทก์ไม่มีฐานที่จะอ้างกฎหมายได้ การเรียกให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการทำละเมิดต้องมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น มาตรา 13(1) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กรณีจึงไม่อาจให้ได้เช่นกัน” กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายลักษณะประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการกระทำละเมิดได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อผู้ทรงสิทธิ

นอกจากนั้น คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ที่กล่าวมาข้างต้น ยังแสดงให้เห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายของศาลเป็นเรื่องของดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบต่อศาล โดยเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลรับฟังได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลย่อมไม่กำหนดค่าเสียหายให้ หรือ หากโจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลรับฟังได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย แต่พยานหลักฐานไม่อาจรับฟังได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายตามจำนวนที่เรียกร้องมา ศาลย่อมใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เอง อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มิได้กล่าวถึงหลักในการคำนวณค่าเสียหายไว้แต่อย่างใดสำหรับกรณีที่ศาลรับฟังไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายตามจำนวนที่เรียกร้อง

สำหรับการกำหนดค่าเสียหาย มีผู้ให้มีความเห็นว่า ศาลมีแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมีได้พิจารณาถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น (Actual Damages) และมีได้นำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) มาใช้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงสถานการณ์ละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน จะพบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์กระทำได้โดยสะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากการนำเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น กรณีละเมิดลิขสิทธิ์งานภาพยนตร์ มีการละเมิดผ่านทางอินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะงานภาพยนตร์ใหม่ทำให้เกิดผลกระทบต่อธุรกิจภาพยนตร์ทั่วโลก เนื่องจากเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้ว ย่อมทำให้ความต้องการของผู้บริโภคในงานอันมีลิขสิทธิ์ลดน้อยลง ส่งผลให้มูลค่าของงานภาพยนตร์ลดน้อยลงด้วย เช่น เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ ย่อมทำให้ผู้ทรงสิทธิสูญเสียรายได้จากการจำหน่ายบัตรภาพยนตร์ ซึ่งเป็นรายได้ที่เกิดขึ้นเพียงช่วงเวลาใดช่วงเวลานึงเท่านั้น เนื่องมาจากมูลค่าของงานภาพยนตร์ย่อมลดน้อยลงตามกาลเวลาที่ล่วงเลยไป¹⁶

¹⁶ สัมภาษณ์ เทียนชัย ปิ่นวิเศษ Executive Director Motion Picture Association (Thailand) Ltd., 7 กุมภาพันธ์ 2550.

จากความเห็นดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า การกำหนดค่าเสียหายของศาลย่อมต้องพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมาย คือ กฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งพบว่า กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้เพียง 3 ประเภท คือ ค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายในการบังคับสิทธิ เท่านั้น โดยมีได้บัญญัติถึงค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น จะพบว่า กฎหมายความลับทางการค้าได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเจ้าของความลับทางการค้าสามารถเรียกร้องค่าเสียหายในเชิงลงโทษจากผู้กระทำละเมิดได้ ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถกำหนดค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้ทรงสิทธิได้

1.5 การจัดการกับสินค้าละเมิด

สำหรับมาตรการทางแพ่งแล้ว การเยียวยาความเสียหายทางการเงินถือเป็นมาตรการหลักในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ แต่การเยียวยาความเสียหายอื่น ๆ ก็มีความสำคัญเช่นกัน โดยเฉพาะมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อการหยุดการกระทำละเมิด ได้แก่ การจัดการสินค้าละเมิด ซึ่งหมายความรวมถึง เครื่องมือ อุปกรณ์ ที่ใช้ในการกระทำละเมิดด้วย

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการจัดการสินค้าละเมิด ตลอดจน เครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำละเมิด เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิ คงมีแต่เพียงมาตรการทางอาญาเท่านั้นที่กฎหมายบัญญัติให้สินค้าละเมิด ลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 75) และให้สินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าตกเป็นของแผ่นดิน (พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543 มาตรา 115)

หากพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการทางแพ่งและมาตรการทางอาญา จะเห็นได้ว่า มาตรการทางอาญาสามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิได้ตรงตามความประสงค์หลักของผู้ทรงสิทธิมากกว่ามาตรการทางแพ่ง กล่าวคือ มาตรการทางอาญาสามารถหยุดการกระทำละเมิดและจัดการสินค้าละเมิดมิให้กลับเข้าสู่ช่องทางในเชิงพาณิชย์อีก¹⁷

¹⁷ สัมภาษณ์ มาลา ตั้งประเสริฐ กรรมการผู้จัดการ บริษัท ซีเอสทีพี เทคมาร์ค ยูเนี่ยน (ประเทศไทย) จำกัด, 20 กุมภาพันธ์ 2550.

สัมภาษณ์ ยงศักดิ์ เอกปรัชญาสกุล กรรมการผู้จัดการหน่วยธุรกิจการขายและการตลาด บริษัท จีเอ็มเอ็ม แกรมมี่ จำกัด (มหาชน) 21 กุมภาพันธ์ 2550.

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเลือกใช้มาตรการทางแพ่งในการเยียวยาความเสียหาย ผู้ทรงสิทธิย่อมไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการกระทำละเมิดยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง อันเป็นผลมาจากมาตรการทางแพ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถขอให้ศาลมีคำสั่งจัดการสินค้าละเมิด รวมทั้ง เครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำละเมิดได้ แม้ว่าผู้ทรงสิทธิจะได้รับการเยียวยาความเสียหายทางการเงินย่อมไม่เพียงพอสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นและไม่เป็นการหยุดการกระทำละเมิดในท้ายที่สุด

2. แนวทางแก้ไขปัญหาในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางแพ่ง

วัตถุประสงค์หลักของผู้ทรงสิทธิ คือ การปราบปรามสินค้าละเมิดให้หมดสิ้นไปจากท้องตลาด การบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นการนำมาตรการทางอาญามาใช้ เพื่อให้ผู้กระทำละเมิดมีความเข็ดหลาบ โดยมุ่งหวังให้ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในอัตราโทษชั้นสูงที่กฎหมายกำหนด และมีให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายทางการเงินตามมาตรการทางแพ่ง¹⁸ อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงมาตรการทางแพ่ง ได้แก่ มาตรการชั่วคราว คือ การขอให้ศาลมีคำสั่งห้าม (Injunction) และการขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Order) ซึ่งเป็นมาตรการยุติการละเมิดที่เฉียบพลัน ส่งผลให้การดำเนินคดีทางแพ่งมีความน่าสนใจหากแต่ผู้ทรงสิทธิเลือกที่จะนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการบังคับสิทธิมากกว่ามาตรการทางแพ่ง เนื่องจากเหตุผลหลายประการ จึงต้องศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยใช้มาตรการทางแพ่ง เพื่อเป็นการสร้างโอกาสให้แก่ผู้ทรงสิทธิในการบังคับสิทธิให้เหมาะสมกับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละกรณีต่อไป

จากปัญหาดังที่กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่า การบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยใช้มาตรการทางแพ่งมีปัญหามากหลายประการด้วยกัน ได้แก่ กระบวนพิจารณาทางแพ่ง มาตรการชั่วคราว การพิสูจน์ความเสียหาย การกำหนดค่าเสียหาย และการจัดการสินค้าละเมิด ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหา โดยแบ่งออกเป็น 5 ประเด็น ได้แก่ การดำเนินกระบวนพิจารณา

¹⁸ สัมภาษณ์ เทียนชัย ปิ่นวิเศษ Executive Director Motion Picture Association (Thailand) Ltd., 7 กุมภาพันธ์ 2550.

สัมภาษณ์ มาลา ตั้งประเสริฐ กรรมการผู้จัดการ บริษัท ซีเล็คทีฟ เทรดมาร์ค ยูเนี่ยน (ประเทศไทย) จำกัด, 20 กุมภาพันธ์ 2550.

สัมภาษณ์ ยงศักดิ์ เอกปรัชญาสกุล กรรมการผู้จัดการหน่วยธุรกิจการขายและการตลาด บริษัท จีเอ็มเอ็ม แกรมมี่ จำกัด (มหาชน) 21 กุมภาพันธ์ 2550.

ทั่วไป มาตรการชั่วคราว การพิสูจน์ความเสียหาย การกำหนดค่าเสียหาย และการจัดการกับสินค้าที่ละเมิด

2.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั่วไป

เป้าหมายของโจทก์ในการดำเนินคดีทางแพ่ง คือ การบังคับคดีกับทรัพย์สินของจำเลยเพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน รวมถึง การขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และ การหยุดการกระทำละเมิดของจำเลย ดังนั้น การบังคับคดีจึงเป็นส่วนหนึ่งในการตัดสินใจดำเนินคดีทางแพ่งของผู้ทรงสิทธิ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิจะพิจารณาถึงความสามารถในการบังคับคดีกับทรัพย์สินของผู้กระทำละเมิดเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เป็นฝ่ายชนะคดี

จากการศึกษาปัญหา พบว่า ผู้กระทำละเมิดเป็นเพียงผู้ประกอบการรายย่อยหรือลูกจ้าง และไม่สามารถขยายผลไปยังผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ จึงมีข้อนำพิจารณาว่า ในกรณีที่เป็นผู้กระทำละเมิดรายใหญ่ โดยเฉพาะองค์กรอาชญากรรม ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศ ควรมิบบัญญัติกฎหมายให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิทราบเกี่ยวกับบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ละเมิด รวมทั้ง ช่องทางในการจำหน่าย ตามความตกลง TRIPs ข้อ 47 หรือไม่ ซึ่งหากมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติยอมทำให้สามารถขยายผลจากผู้ประกอบการรายย่อยไปยังผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ ทั้งนี้ ควรดำเนินการควบคู่ไปกับการยึดทรัพย์สินของผู้กระทำละเมิดตามกฎหมายฟอกเงินเพื่อให้เกิดความเช็ดหลาบและหยุดการกระทำละเมิดต่อไป อย่างไรก็ตาม หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 33 วรรคหนึ่ง “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ล้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา” จะพบว่า การที่ศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิทราบเกี่ยวกับบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ละเมิด รวมทั้ง ช่องทางในการจำหน่าย จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 33 หรือไม่

นอกจากนั้น ปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่งอีกประการ คือ การบังคับคดี เนื่องจากผู้กระทำละเมิดโดยส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการรายย่อยหรือลูกจ้าง ซึ่งไม่มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ที่แน่นอน จึงทำให้การบังคับคดีกับทรัพย์สินของผู้กระทำละเมิดเป็นไปได้อย่างยาก ในกรณีนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า ควรมิมาตรการควบคุมผู้ประกอบการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา โดยการจดทะเบียนผู้ประกอบการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา และ/หรือ มีการกำหนดทุนจดทะเบียนด้วย เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของผู้ประกอบการ ซึ่งจะช่วยให้ผู้ทรงสิทธิสามารถฟ้องร้องผู้กระทำผิดรายย่อยได้ อีกทั้ง ยังเป็นการยกระดับผู้ประกอบการทางด้าน

ทรัพย์สินทางปัญญา อันส่งผลต่อการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย¹⁹ โดยเฉพาะการจำหน่ายสินค้าที่มีจุดบกพร่องบางในการละเมิด และกำหนดสถานที่จำหน่ายสินค้าเฉพาะในห้างสรรพสินค้าเท่านั้น²⁰

2.2 มาตรการชั่วคราว

จากการศึกษาปัญหาในการนำมาตราการชั่วคราวมาใช้ในประเทศไทย จะพบว่า แม้ว่าศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ จะนำรูปแบบมาตรการชั่วคราวมาจากศาลอังกฤษ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งที่ได้รับความนิยมจากผู้ทรงสิทธิ แต่เมื่อมีการนำมาตราการดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทยกลับไม่เป็นที่นิยมของผู้ทรงสิทธิ หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างมาตรการชั่วคราวที่นำมาใช้ในประเทศไทยและประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่าในประเทศอังกฤษนำมาตราการชั่วคราวมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยซึ่งนำมาตราการชั่วคราวมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายทั้งในทางแพ่งและทางอาญา อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวอาจไม่มีผลในภาพรวมของการนำมาตราการชั่วคราวมาใช้ในปัจจุบัน เนื่องจากการนำมาตราการชั่วคราวมาใช้มีในปริมาณน้อยเกินกว่าที่จะสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาที่แท้จริงที่เกิดจากการนำมาตราการชั่วคราวมาใช้ หากแต่เป็นความจำเป็นในการส่งเสริมให้นำมาตรการชั่วคราวมาใช้ให้มากยิ่งขึ้น เพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวทางแก้ไข อันจะนำไปสู่การพัฒนาต่อไป ดังนั้น ระยะเวลาแรก ควรมีแนวทาง หรือ ข้อพิจารณาเบื้องต้นในการมีคำสั่งของศาล เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิได้รับทราบถึงหลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาล ซึ่งจากการสัมภาษณ์นายความคดีทรัพย์สินทางปัญญา ได้ให้ความเห็นไว้ว่า มาตรการชั่วคราวเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งอย่างเคร่งครัด จึงเป็นหน้าที่ของนายความในการเตรียมพยานหลักฐานอย่างเพียงพอในการมีคำสั่งของศาล หากแต่เป็นการยากต่อนายความในการทราบว่าพยานหลักฐานมากน้อยเพียงใดจึงจะเพียงพอในการมีคำสั่งอนุญาต เนื่องจากมาตรการชั่วคราวเป็นหลักการใหม่ และยังไม่มีแนวทางของคำสั่งให้ศึกษา จึงมีความเห็นว่า หากมีแนวทางหรือข้อพิจารณาในการมีคำสั่งของศาล น่าจะทำให้ผู้ทรงสิทธิให้ความสนใจในการนำมาตราการชั่วคราวมาใช้มากขึ้น²¹

¹⁹ สัมภาษณ์ อัยฎงค์ เชื้อวธาดา อัยการพิเศษฝ่ายคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ กลาง 2, 23 มกราคม 2550.

²⁰ สัมภาษณ์ เทียนชัย ปิ่นวิเศษ Executive Director Motion Picture Association (Thailand) Ltd., 7 กุมภาพันธ์ 2550.

²¹ สัมภาษณ์ บุญมา เตชะวณิช เรืองยศ นาสารี และเฉลิมพงษ์ จิตต์ขันติวงศ์ นายความบริษัทดำเนิน สมเกียรติ และบุญมา จำกัด, 2 กุมภาพันธ์ 2550.

นอกจากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ยังพบว่า การนำมามาตรการชั่วคราวมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิ ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติที่ให้ผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้กระทำละเมิดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล (Mareva Injunction) ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ประเทศไทยนำรูปแบบมาจากประเทศอังกฤษเช่นเดียวกับมาตรการชั่วคราวอื่น หากแต่มีความแตกต่างกันที่ ในประเทศอังกฤษ ผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามกระทำการดังกล่าวได้ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาล และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการชั่วคราวอื่นที่มีการนำรูปแบบมาจากประเทศอังกฤษและนำมาใช้ในประเทศไทย จะพบว่า มาตรการเหล่านั้น ล้วนแต่บัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามกระทำการดังกล่าวได้ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลทั้งสิ้น อาทิ การขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Order) ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว ในประเทศอังกฤษ ผู้ทรงสิทธิจะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน ควบคู่กับ การร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้กระทำละเมิดเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน จึงควรมีบทบัญญัติที่ให้ความกับผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้กระทำละเมิดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาลได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำละเมิดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินอันเป็นเหตุให้หลุดพ้นจากการบังคับชำระหนี้ได้เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ทรงสิทธิเป็นฝ่ายชนะคดี

2.3 การพิสูจน์ความเสียหาย

ในการฟ้องร้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายนั้น ข้อมเป็นหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิในการพิสูจน์ความเสียหายให้ศาลเชื่อว่า ผู้ทรงสิทธิพึงได้รับการเยียวยาความเสียหายตามจำนวนที่เรียกร้องไว้ ซึ่งในคดีทรัพย์สินทางปัญญาจะมีปัญหาสำคัญในการคำนวณค่าเสียหาย กล่าวคือ หากผู้ทรงสิทธิไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อได้ว่า ผู้ทรงสิทธิได้รับความเสียหายตามจำนวนที่เรียกร้อง ศาลย่อมใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้ผู้ทรงสิทธิเอง ซึ่งแน่นอน เมื่อไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายไว้ ย่อมก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องความไม่เป็นธรรม หรือ การได้รับค่าเสียหายที่ไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายที่เสียไป

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความตกลง TRIPs ข้อ 45(2) จะพบว่า ความตกลงดังกล่าวได้วางมาตรการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งไว้ โดยให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายที่กำหนดไว้แน่นอนในกฎหมาย (Pre-Established Damages) ได้ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับที่ประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายที่เรียกว่า Statutory Damages เพื่อลดภาระการพิสูจน์ความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ โดยนำไปใช้ทั้งในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิที่ประสงค์จะเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นผู้จดทะเบียนไว้แล้วเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ค่าเสียหายที่กำหนดไว้แน่นอนในกฎหมาย (Pre-Establish Damages หรือ Statutory Damages) เป็นอีกทางเลือกหนึ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิเพื่อลดภาระการพิสูจน์ความเสียหาย กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิมีภาระการพิสูจน์เพียงว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นและการกระทำละเมิดดังกล่าวทำให้ผู้ทรงสิทธิได้รับความเสียหาย โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงขนาดว่าผู้ทรงสิทธิได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใด เนื่องจากศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิตามค่าเสียหายล่วงหน้าตามกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งจะมีอัตราต่ำสุดและอัตราสูงสุด และอัตราค่าเสียหายย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะความผิดแต่ละกรณีไปด้วย เช่น การกระทำละเมิดโดยจงใจ ย่อมมีอัตราค่าเสียหายที่มากกว่าอัตราค่าเสียหายในกรณีปกติ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของผู้ทรงสิทธิและเป็นการลดภาระการคำนวณค่าเสียหายของศาล

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า เป็นข้อดีต่อผู้ทรงสิทธิในการตัดสินใจเลือกดำเนินคดีทางแพ่งหรือการดำเนินคดีทางอาญา เนื่องจากผู้ทรงสิทธิสามารถคำนวณค่าเสียหายที่ตนเองจะได้รับในเบื้องต้นได้ และทำให้ภาระการพิสูจน์ความเสียหายลดลง

2.4 การกำหนดค่าเสียหาย

2.4.1 ค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages)

ค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดโดยตรง และเป็นค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิเรียกร้องในการดำเนินคดีทางแพ่งเป็นเบื้องต้น จากการศึกษาปัญหาในการกำหนดค่าเสียหาย พบว่า ไม่มีการกำหนดหลักในการคำนวณค่าเสียหายไว้ จึงเป็นการยากต่อโจทก์ในการพิสูจน์ความเสียหาย และเป็นการยากต่อศาลในการกำหนดค่าเสียหายให้ตรงตามความเสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งจะมีหลายปัจจัยที่ส่งผลต่อมูลค่าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จึงต้องอาศัยผู้ที่มีความเชี่ยวชาญและมีความรู้ความเข้าใจในการประเมินมูลค่าให้เป็นมาตรฐานยอมรับ โดยทั่วไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่า ประเทศญี่ปุ่น ได้มีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจศาลในการแต่งตั้งผู้ประเมินราคาเพื่อทำหน้าที่คำนวณค่าเสียหายโดยพิเคราะห์จากพยานหลักฐานของคู่ความ ซึ่งกรณีนี้สอดคล้องกับ

ความเห็นของทนายความ ที่ว่า การมีหน่วยงานกลางในการประเมินราคาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลในการกำหนดค่าเสียหายเป็นแนวคิดที่น่าสนใจ²²

ดังนั้น การมีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการกำหนดราคาประเมินสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ การมีผู้ประเมินราคาที่ขึ้นทะเบียนไว้เพื่อทำหน้าที่ประเมินราคาในการพิจารณาคดีของศาล น่าจะเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาได้ ทั้งนี้ หน่วยงานกลางควรมีการปรับปรุงข้อมูลให้ตรงตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย อีกทั้ง การดำเนินงานควรอยู่ในรูปของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และผู้ทรงสิทธิ เพื่อให้ราคาประเมินมีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไป

2.4.2 ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด

(Account of Profits)

ค่าเสียหายในลักษณะของประโยชน์ที่ผู้กระทำละเมิดได้รับจากการกระทำละเมิด หรือเทียบได้กับ ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด (Account of Profit) ตามบทบัญญัติในความตกลง TRIPs ข้อ 45(2) เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่มีผู้ทรงสิทธิให้ความสำคัญในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง ซึ่งจากการศึกษาปัญหาในการกำหนดค่าเสียหาย พบว่า ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดได้ หากแต่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ได้ตีความว่า ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดเป็นค่าเสียหายลักษณะหนึ่งอันผู้ทรงสิทธิพึงเรียกร้องได้ ซึ่งหมายความว่า ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด เป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่แท้จริง ตามความเห็นของศาล ส่วนกรณีละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้เป็นค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิพึงเรียกร้องได้

หากพิจารณาถึงค่าเสียหายในต่างประเทศ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น จะพบว่า กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดได้ โดยถือเป็น

²² สัมภาษณ์ บุญมา เตชะวณิช เรื่องยศ นาสารี และเฉลิมพงษ์ จิตต์ขันตวิงศ์ ทนายความบริษัทดำเนินสมเกียรติ และบุญมา จำกัด, 2 กุมภาพันธ์ 2550.

ค่าเสียหายเพิ่มเติมนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง นอกจากนั้น กฎหมายยังได้บัญญัติถึงวิธีการคำนวณรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดไว้ด้วย ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติให้ถือว่ารายได้ขั้นต้น (Gross Revenue) เป็นค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด โดยให้ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานหักล้างในส่วนของค่าใช้จ่ายหรือกำไรที่ได้จากกรณีอื่น หรือกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้บัญญัติให้ถือว่ายอดจำหน่ายสินค้าของผู้กระทำละเมิดเป็นค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด โดยให้ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานหักล้างในส่วนของค่าใช้จ่าย เป็นต้น

หากพิจารณาถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น จะพบว่า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13(1) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เจ้าของความลับทางการค้าสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดได้ หรือเรียกว่า ค่าเสียหายในส่วนของผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการละเมิด เช่นเดียวกับที่กฎหมายต่างประเทศบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องได้

ดังนั้น ในกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าศาลจะตีความให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดได้ หากแต่เพื่อให้แนววินิจฉัยของศาลเป็นไปในแนวเดียวกัน จึงควรมีบทบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดไว้อย่างชัดเจน ส่วนกรณีละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดได้ หากพิจารณาถึงความเป็นธรรมให้แก่ผู้ทรงสิทธิแล้ว จึงควรมีบทบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าว

2.4.3 ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages / Exemplary Damages)

จากปัญหาที่กล่าวไว้ข้างต้น มีข้อนำพิจารณาว่า ระบบกฎหมายไทยควรยึดถือหลักค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายที่แท้จริง (Actual Damages) ดังเช่นในปัจจุบัน หรือ ควรนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) มาใช้ในการลงโทษทางแพ่งเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

ผู้เขียนขอแยกพิจารณาเป็น 2 ประเด็น ได้แก่ ระบบกฎหมาย และ บทบัญญัติกฎหมาย

ประเด็นแรก คือ ระบบกฎหมาย ซึ่งจะพบว่า ระบบกฎหมายไทย เป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) ซึ่งมุ่งหมายให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามทฤษฎีว่าด้วยหนี้ โดยให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ตามความเสียหายที่แท้จริง ด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้เสียหายไม่ควรแสวงหาผลประโยชน์เกินกว่าผลประโยชน์ที่ตนเองพึงจะได้รับจากความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งมุ่งหมายให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นตามแนวความคิดในทางอาญา โดยให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเพิ่มเติมนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริงเพื่อเป็นการลงโทษ²³

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และญี่ปุ่น พบว่า ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ หากแต่กฎหมายได้วางบทบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด ซึ่งเป็นค่าเสียหายเพิ่มเติม นอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีคำวินิจฉัยของศาล กล่าวถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่ผู้ทรงสิทธิในกรณีที่มีการกระทำละเมิดโดยจงใจ และผู้ทรงสิทธิไม่สามารถเลือกเยียวยาความเสียหายทางแพ่งเป็นค่าเสียหายตามที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย (Statutory Damages) ทำให้ผู้ทรงสิทธิมีภาระการพิสูจน์พยานหลักฐานต่อศาลให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด

ประเด็นที่สอง คือ บทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งในเรื่องนี้มีข้อพิจารณาว่า ในปัจจุบัน กฎหมายไทยมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิด หากแต่มีเพียงการตีความของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ โดยให้ถือว่าค่าเสียหายอันเนื่องมาจากรายได้หรือกำไรจากการกระทำละเมิดเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่แท้จริงในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หลักในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายความลับทางการค้า กล่าวคือ ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายความลับทางการค้า แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะ ในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ค่าสินไหมทดแทนเพื่อผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการละเมิด และค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ ดังนั้น เจ้าของความลับทางการค้าสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้เพิ่มเติมนอกเหนือจากค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง เพื่อเป็นการลงโทษทางแพ่งแก่ผู้กระทำความผิด

²³ กฤษณา พิชญ โภทศ, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 12-13.

โดยจงใจหรือมีเจตนากลั่นแกล้งเจ้าของความลับทางการค้าให้ได้รับความเสียหาย (พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 8 และ 13) ซึ่งจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้ยอมรับหลักในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ โดยมุ่งถึงการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิ แม้ว่าตามความตกลง TRIPs จะมีได้บัญญัติให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งโดยการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่ผู้ทรงสิทธิก็ตาม

หากพิจารณาเปรียบเทียบความลับทางการค้าและลิขสิทธิ์ จะพบว่า เมื่อมีการละเมิดความลับทางการค้า การเป็นความลับทางการค้าย่อมหมดสิ้นลง เจ้าของความลับทางการค้าย่อมสูญเสียโอกาสในการใช้สิทธิในความลับทางการค้าอีกต่อไป ดังนั้น เจ้าของความลับทางการค้าจึงควรได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจากผู้กระทำละเมิดการความลับทางการค้าอย่างเหมาะสม ส่วนลิขสิทธิ์นั้น แม้ว่าเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ทรงสิทธิยังคงสามารถใช้สิทธิของตนได้ เช่น การทำซ้ำ เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องมาจากการเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์มิได้หมดสิ้นลงจากการกระทำละเมิดเฉกเช่นความลับทางการค้า อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากสถานการณ์ละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน จะพบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ในบางกรณี เช่น งานภาพยนตร์ ย่อมทำให้ผู้ทรงสิทธิสูญเสียรายได้จากการจำหน่ายบัตรภาพยนตร์ ซึ่งเป็นรายได้ที่เกิดขึ้นเพียงช่วงเวลาใดช่วงเวลานึงเท่านั้น เนื่องมาจากมูลค่าของงานภาพยนตร์ย่อมลดน้อยลงตามกาลเวลาที่ล่วงเลยไป จึงเห็นได้ว่า เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ย่อมทำให้ผู้ทรงสิทธิสูญเสียโอกาสในการใช้สิทธิอีกต่อไป ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับความลับทางการค้า อีกทั้ง การละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการละเมิดในปริมาณมาก เนื่องจากมีการนำเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องในการละเมิด

ดังนั้น ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในปริมาณมาก และการละเมิดทำให้ผู้ทรงสิทธิสูญเสียโอกาสในการใช้สิทธิของตนในช่วงเวลาใดช่วงเวลานึง ซึ่งหากล่วงพ้นช่วงเวลาดังกล่าวแล้ว ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อีกต่อไป ควรมีบทบัญญัติกฎหมายให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องค่าเสียหายในเชิงลงโทษในกรณีดังกล่าวได้

2.5 การจัดการกับสินค้าที่ละเมิด

จากการศึกษาปัญหาในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง พบว่า ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งจัดการกับสินค้าที่ละเมิดในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้กรณีดังกล่าวเป็นการเยียวยาความเสียหายทางอาญาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้มีการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งในกรณีการ

เยียวยาความเสียหายทางการเงิน คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด เท่านั้น ไม่รวมถึงการเยียวยาความเสียหายในกรณีอื่น เช่น การจัดการกับสินค้าที่ละเมิด

จึงมีข้อนำพิจารณาว่า ควรมิบบทบัญญัติให้การจัดการกับสินค้าที่ละเมิดเป็นส่วนหนึ่งในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งหรือไม่ ดังเช่นตามความตกลง TRIPs ข้อ 46 ซึ่งบัญญัติให้การจัดการกับสินค้าที่ละเมิดถือเป็นมาตรการในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งประการหนึ่งในการจัดการกับสินค้าที่ละเมิดมิให้เข้าสู่ช่องทางในเชิงพาณิชย์ได้ ตลอดจน การทำลายสินค้าละเมิด รวมถึง วัสดุ อุปกรณ์ ที่มีส่วนสำคัญในการผลิตสินค้าละเมิด หรือตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ซึ่งบัญญัติให้ผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งยึดหรือทำลายสินค้าละเมิด รวมถึง วัสดุ อุปกรณ์ ที่ใช้ในการกระทำละเมิดได้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ของการส่งเสริมให้มีการนำมาตรการทางแพ่งมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิมากขึ้น โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องมีประสิทธิภาพในการหยุดการกระทำละเมิดได้ดังเช่นในมาตรการทางอาญาดำเนินแล้ว การบัญญัติกฎหมายให้การจัดการกับสินค้าละเมิดเป็นส่วนหนึ่งในมาตรการทางแพ่งในการป้องกันการกระทำละเมิดในอนาคต ย่อมเป็นการสอดคล้องกับความประสงค์หลักของผู้ทรงสิทธิในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการปราบปรามสินค้าละเมิดให้หมดสิ้นไปจากท้องตลาด รวมทั้ง การจัดการกับสินค้าที่ละเมิดแล้ว เครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำละเมิด เพื่อเป็นการตัดช่องทางในการกระทำละเมิดต่อไป อีกทั้ง ยังเป็นการสอดคล้องกับความตกลง TRIPs ข้อ 46 ด้วย

จากการศึกษาปัญหาและแนวทางแก้ไขในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางแพ่ง จะพบว่า ปัญหาในการบังคับสิทธิทางแพ่ง คือ การเยียวยาความเสียหายทางการเงิน ซึ่งขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย อาทิ การกำหนดค่าเสียหายของศาล การพิสูจน์ความเสียหายต่อศาล นอกจากนั้น ปัญหาอีกประการ คือ การมีคำสั่งห้ามกระทำ ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจในการมีคำสั่งของศาล ผู้เขียนได้ทำการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ เจ้าพนักงานตำรวจ ทนายความ และผู้ทรงสิทธิ พบว่า แต่ละบุคคลมีแนวคิดที่เหมือนและ/หรือแตกต่างกัน ในการแก้ปัญหาในการบังคับสิทธิทางแพ่ง กล่าวคือ ผู้พิพากษามีแนวคิดว่า ในหลักการแล้ว มาตรการทางแพ่งไม่มีปัญหา หากแต่ในทางปฏิบัติ ผู้ทรงสิทธิไม่นิยมนำมาตรการทางแพ่งมาใช้ เนื่องจากศาลมีดุลพินิจในการมีคำสั่งอย่างเคร่งครัด และ คู่ความมีความยุ่งยากในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจของศาล ส่วนพนักงานอัยการและเจ้าพนักงานตำรวจมีแนวคิดว่า สังคมไทยยังไม่พร้อมที่จะนำมาตรการทางแพ่งมาใช้ เนื่องจากในปัจจุบันสังคมไทยยังไม่มีการเคารพในสิทธิของผู้อื่น ดังจะเห็นได้จากสถานการณ์ละเมิดในปัจจุบันที่ไม่มีแนวโน้มลดลง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของผู้ทรงสิทธิที่มีความประสงค์ใน

การยุติการละเมิด โดยนำมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อให้ผู้กระทำละเมิดเจ็บตราบ โดยไม่ให้ความสำคัญกับมาตรการทางแพ่ง ส่วนทนายความมีแนวคิดว่าการนำมาตรการทางแพ่งหรือมาตรการทางอาญามาใช้ ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ซึ่งหากมาตรการทางแพ่งมีประสิทธิภาพ ย่อมเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการดำเนินคดีของผู้ทรงสิทธิ อย่างไรก็ตาม แต่ละบุคคลมีแนวคิดที่เหมือนกันที่ว่า มาตรการทางแพ่งจะมีประสิทธิภาพในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิให้ได้รับความเป็นธรรมมากน้อยเพียงใด ย่อมต้องอาศัยความร่วมมือของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง