



บทที่ 4

การวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดค่าเสียหาย กรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าและแนวทางแก้ไขปัญหา

4.1 การวิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิใน เครื่องหมายการค้าตามกฎหมายและศาลไทยกับตามกฎหมาย และศาล ต่างประเทศ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าในเรื่องการกำหนดค่าเสียหาย กรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนตามมาตรา 44 และเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน - เบี่ยนแต่มีกรณีล่วงชายเกิดขึ้นตามมาตรา 46 ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำความผิด แต่ตามคำบรรยายฟ้องไม่ปรากฏว่ามีการล่วงชาย ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4030-4031/2534 ได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า "...ฟ้องแย้งของจำเลยก็มีได้บรรยายให้ปรากฏว่าโจทก์ทั้งสองเอาสินค้าของโจทก์ทั้งสองไปล่วงชายว่าเป็นสินค้าของจำเลย กรณีจึงไม่มีประเด็นในเรื่องการล่วงชายที่จะต้องวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474 มาตรา 29 บรรณสองจำเลยจึงไม่มีอำนาจฟ้องแย้งให้ศาลบังคับตามคำขออื่นดังกล่าวตามฟ้องแย้งของจำเลย..." และตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่าคำว่า "สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มีความหมายครอบคลุมหรือรวมถึงสิทธิในเครื่องหมายการค้าด้วย และตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการ การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

บทบัญญัติมาตรา 438 วรรคแรก เป็นหลักทั่วไปที่ให้อำนาจศาลเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยให้เป็นไปตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ไม่ว่าจะให้ใช้โดยสถานใดและเพียงใดก็ตาม

บทบัญญัติมาตรา 438 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติทั่วไปในการวางหลักเรื่องค่าสินไหมทดแทนได้แก่

1. การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด
2. การใช้ราคาทรัพย์สินนั้น
3. ค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้น

แต่ในเรื่องการกำหนดค่าเสียหาย กรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เช่น ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ได้วางหลักเกณฑ์และมีบทบัญญัติไว้ในเรื่องนี้โดยเฉพาะโดยหลักกฎหมายของอังกฤษมีหลักเกณฑ์พอสรุปได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. ตามหลักกฎหมายของอังกฤษ ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายหรือผลกำไรที่ควรจะได้รับได้อย่างใดอย่างหนึ่ง ค่าเสียหายหรือผลกำไรที่ควรจะได้รับนั้น ศาลจะใช้ดุลพินิจให้ตามความเป็นธรรม และสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือผลกำไรที่ควรได้รับดังกล่าว ผู้เสียหายไม่สามารถเรียกร้องได้ทั้งสองอย่างพร้อมกัน และการฟ้องเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายนั้นขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายส่วนผลกำไรนั้น เรียกร้องได้ตามหลักเอ็คควิตี้ (หลักความยุติธรรม)

2. ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ค่าเสียหายในคดีการลวงขายนั้น จะกำหนดให้โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงของการลวงลวงสาธารณชน ต่อผลผลิตของใจท์ก์ ค่าเสียหายที่กำหนดให้ในศาล เอ็คควิตี้จะกำหนดให้ตามบทบัญญัติของ

Lord Cairnes' Act ค.ศ. 1858 กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจศาลที่จะให้ค่าเสียหายแทนที่หรือเพิ่มเติมจากการเยียวยาทางเอ็คควิตี้ได้ การลงขายเป็นการกระทำผิดและสามารถฟ้องร้องได้ และในการฟ้องร้องดังกล่าวมีข้อสันนิษฐานว่า ความเสียหายมีอยู่เมื่อมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงการลงขายได้ และมีการกำหนดค่าเสียหายตามข้อสันนิษฐานดังกล่าว

3. ตามหลักเอ็คควิตี้ได้มีการให้สิทธิแก่เจ้าของทรัพย์สินที่จะยึดทรัพย์สิน หรือฟ้องเรียกร้องจำนวนเงินตามมูลค่าทรัพย์สินของเขาที่ได้เปลี่ยนมือไปดังกล่าวนั้น จากยอดรวมของเงินทั้งหมด หรือจากสิ่งที่ได้รับเอาไว้แทนทรัพย์สินนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้นำไปใช้กับกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างด้วย สิทธิเรียกร้องโดยเจาะจงให้ใช้คืนผลิตภัณฑ์ ผลประโยชน์และสิ่งอื่นที่ได้รับมาจากการรบกวนขัดสิทธิอันมิชอบต่อทรัพย์สินดังกล่าว อาจเกิดขึ้นโดยตรงจากสิทธิที่ถูกละเมิดนั้น

4. ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้วางหลักเกณฑ์การเยียวยาในทางหลักเลี่ยงความเสียหาย ในกรณีข้อเท็จจริงปรากฏให้เห็นชัดเจนว่า กำลังจะมีการก่อความเสียหายให้แก่สิทธิของเจ้าของ โดยใช้วิธีให้ศาลออกคำสั่งโดยใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความเหมาะสม ซึ่งเรียกว่าการออกคำสั่งห้ามหรือการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการกระทำหรือให้กระทำการบางอย่าง คำสั่งห้ามดังกล่าวนี้ ถ้าเป็นคำสั่งชนิดถาวรหรือเด็ดขาด จะเป็นการกำหนดความคุ้มครองที่แน่นอนแก่สิทธิของโจทก์ แต่ถ้าเป็นคำสั่งห้ามชั่วคราว จะเป็นเพียงคำสั่งที่ออกในระหว่างการพิจารณาคดี เพื่อที่จะดำรงรักษาสถานะเดิมเอาไว้ จนกว่าศาลจะได้พิพากษาคดี ตามกฎเกณฑ์ในกฎหมายของอังกฤษถือว่าการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองนั้น เป็นหลักฐานเพียงพอที่ศาลจะออกคำสั่งห้ามได้ การออกคำสั่งห้ามหรือการคุ้มครองชั่วคราวนี้ มักกระทำในคดีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือในกรณีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ The Trade Marks Act ค.ศ. 1938 ได้วางมาตรการในการร้องขอวิธีการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยได้กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้จดทะเบียน ในการยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะกรรมการศาลและการและสรรพสามิตว่า ตนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า และมีการนำเข้าสู่สินค้าที่ติดเครื่อง

หมายการค้าที่อาจเป็นการละเมิดสิทธิแต่ผู้เดียวของตนในการใช้เครื่องหมายการค้า และร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายศุลกากรดำเนินการกับสินค้านั้นเช่นเดียวกับสินค้าต้องห้ามตามกฎหมายทั้งหลายที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักร

ส่วนหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาตามที่ได้บัญญัติไว้ใน The Lanham Act ได้กำหนดให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิด โดยวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในประเด็นของเงินค่าไถ่ ค่าเสียหาย ค่าใช้จ่าย ตลอดจนจนถึงค่าทนายความและค่าดอกเบี้ย ไว้ดังนี้

1. ในส่วนของเงินค่าไถ่ โจทก์มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงยอดขายของจำเลยเท่านั้น และจำเลยมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงส่วนต่าง ๆ ที่เป็นค่าใช้จ่าย หรือการหักลบจำนวนใด ๆ ที่จำเลยประสงค์จะขอหักออกจากยอดจำนวนเงินค่าไถ่

2. ในส่วนของเงินค่าเสียหาย ศาลอาจมีคำสั่งใด ๆ ตามรูปคดีและกำหนดจำนวนเงินที่จะเป็นค่าเสียหาย ในจำนวนที่สูงกว่าค่าเสียหายอันแท้จริงที่ศาลเห็นก็ได้ แต่จำนวนเงินค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้นี้ จะต้องไม่เกินสามเท่าของค่าเสียหายอันแท้จริงที่ศาลเห็น แต่อย่างไรก็ดี ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่น้อยกว่าจำนวนเงินค่าเสียหายอันแท้จริงที่โจทก์ได้รับ หากศาลพิจารณาเห็นว่า จำนวนเงินดังกล่าวเป็นจำนวนที่เป็นธรรม

3. ในส่วนของเงินค่าดอกเบี้ย ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจ กำหนดอัตราดอกเบี้ยก่อนมีคำพิพากษาในจำนวนเงินทั้งปวงที่จะกำหนดให้แก่โจทก์ โดยให้คิดอัตราดอกเบี้ยเป็นรายปี จำนวนเงินดอกเบี้ยที่ศาลกำหนดไว้ ให้เริ่มคิดคำนวณนับจากวันที่โจทก์ยื่นคำร้องขอให้ศาลทำการกำหนดดอกเบี้ยเป็นต้นไป จนถึงวันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือภายในระยะเวลาที่สั้นกว่านั้นตามที่ศาลจะเห็นสมควรกำหนด

4. ในส่วนของจำนวนเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี เมื่อโจทก์ได้ทำการพิสูจน์ให้เห็นถึงการละเมิดสิทธิของจำเลยได้แล้ว โจทก์ก็มีสิทธิที่จะได้รับค่า

ใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามหลักกฎหมายเอ็คควิตี้ด้วย

5. ในส่วนของจำนวนเงินค่าทนายความ ในกรณีที่มีการละเมิดโดยจงใจที่จะใช้เครื่องหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการขาย การเสนอขายหรือการจัดจำหน่ายซึ่งสินค้าหรือการบริการ โดยรู้ยู่่ว่า เครื่องหมายดังกล่าวนั้นเป็นเครื่องหมายปลอม ในกรณีเช่นนี้ ศาลจะต้องมีคำพิพากษากำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่าของผลกำไรหรือความเสียหาย แล้วแต่จำนวนไหนจะสูงกว่า และกำหนดค่าทนายความในจำนวนที่สมควร

ส่วนหลักกฎหมายของผู้ป่วน ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในประเด็นของเงินกำไร ค่าเสียหายตลอดจนวิธีการคุ้มครองชั่วคราวแก่สิทธิในเครื่องหมายการค้า พอสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

1. ในส่วนของเงินกำไร หลักเกณฑ์ของผู้ป่วนให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทาละเมิดได้รับผลกำไรจำนวนใด ๆ ของผู้ทาละเมิดที่ได้รับจากการทาละเมิด โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำนวนเงินกำไรดังกล่าวเป็นความเสียหายที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธินั้นได้รับ

2. ในส่วนของเงินค่าเสียหาย หลักเกณฑ์ของผู้ป่วนให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทาละเมิด ได้รับจำนวนเงินที่ตนควรจะได้รับโดยปกติจากการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของตน แทนความเสียหายซึ่งตนได้รับแต่อย่างใดก็ดี หากศาลเห็นว่าผู้ทาละเมิดไม่มีเจตนาหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทาละเมิด ให้ศาลนำข้อเท็จจริง เช่นนี้มาใช้พิจารณาในการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายด้วย

3. ในส่วนของวิธีการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า หลักเกณฑ์ของผู้ป่วนให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทาละเมิด มีสิทธิขอให้ระงับหรือหยุดการทาละเมิด เช่นนั้น ขอให้มีการทำลายวัตถุซึ่งก่อให้เกิดการทาละเมิด เช่นนั้น ขอให้มีการถอดถอนสิ่งอำนวยความสะดวกทั้งหลาย ที่ใช้ในการทาละเมิด เช่นนั้น

ขอให้มีการกำหนดวิธีการใด ๆ อันจำเป็น เพื่อป้องกันการละเมิดนั้น และขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ทาละเมิดกระทำวิธีการใด ๆ อันจำเป็น เพื่อเป็นการเยียวยาชื่อเสียงในทางธุรกิจ แทนการชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายหรือทั้งสองอย่างก็ได้

ส่วนหลักกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี ตามที่ผู้เขียนได้สรุปหลักเกณฑ์ไว้ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในประเด็นของเงินกำไร ค่าเสียหาย ตลอดจนวิธีการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้ามีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายญี่ปุ่น ซึ่งสามารถสรุปหลักดังกล่าวได้ดังนี้

1. ในส่วนของเงินกำไร หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทาละเมิดได้รับผลกำไรจำนวนใด ๆ ของผู้ทาละเมิดที่ได้รับจากการทาละเมิด โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำนวนเงินกำไรดังกล่าวเป็นความเสียหายที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธินั้นได้รับ

2. ในส่วนของเงินค่าเสียหาย หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทาละเมิด ได้รับจำนวนเงินที่ตนควรจะได้รับโดยปกติ จากการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของตนแทนความเสียหายซึ่งตนได้รับ แต่อย่างไรก็ดี หากศาลเห็นว่าผู้ทาละเมิดไม่มีเจตนาหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทาละเมิด ให้ศาลนำข้อเท็จจริง เช่นนี้มาใช้พิจารณาในการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายด้วย

3. ในส่วนของวิธีการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทาละเมิด มีสิทธิขอให้หยุดกระทำหรือให้ป้องกันการละเมิดเช่นนั้น ขอให้มีการระงับการใช้สิ่งของซึ่งเป็นเหตุแห่งการละเมิดนั้น หรือขอให้ทำการเคลื่อนย้ายอุปกรณ์ที่มีอยู่เพื่อการละเมิดนั้นและดำเนินการใด ๆ อันจำเป็น เพื่อป้องกันการละเมิดเช่นนั้น ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ทาละเมิดกระทำวิธีการใด ๆ อันจำเป็น เพื่อเป็นการเยียวยาความเชื่อถือในทางธุรกิจของตนแทนการชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายหรือทั้งสองอย่างก็ได้

จากการศึกษาถึงบทสรุปของกฎหมายแต่ละประเทศข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศมีข้อที่เหมือนกัน คือ เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิด แต่วิธีการที่นำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์อาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง โดยกรณีของกฎหมายไทยได้ให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ส่วนกฎหมายของต่างประเทศที่ได้นามากล่าวแล้ว โดยส่วนใหญ่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่แน่นอนไว้ในกฎหมาย และให้ศาลใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมจากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษาไว้ข้างต้นต่างก็มีข้อดีในตัวเอง ดุลพินิจที่กฎหมายไทยให้ไว้แก่ศาลไทยตามมาตรา 438 มีผลดีที่สามารถปรับใช้ได้ทุกลักษณะคดี โดยพิจารณาและคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเป็นเกณฑ์ ส่วนดุลพินิจที่กฎหมายต่างประเทศให้ไว้แก่ศาลก็มีผลดีที่มีการวางหลักเกณฑ์และวิธีการที่แน่นอนไว้ก่อนแล้วจึงให้ศาลใช้ดุลพินิจในแนวที่ได้กำหนดไว้ หากตั้งเป็นคำถามว่ากฎหมายใด เป็นกฎหมายที่ดีที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า เพื่อให้เป็นแนวเดียวกันที่จะสามารถนำไปปรับใช้ได้ในทุกประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักกฎหมายที่ศึกษาไว้ข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 438 ของไทยหรือหลักกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นหรือสาธารณรัฐเกาหลี ล้วนแต่มีข้อดีในแต่ละส่วน แต่เมื่อเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าของตนได้ทั่วโลก การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า เช่นนั้นในกรณีมีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้น น่าจะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคุ้มครองในแนวเดียวกันซึ่งสามารถยอมรับได้ในทุกประเทศ จากความคิดเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์และวิธีการของกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองในลักษณะที่จะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้นี้ควรเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผสมผสานกัน โดยนำข้อดีของกฎหมายแต่ละประเทศมาร่วมกันกำหนด เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการที่แน่นอนและชัดเจน จากนั้นจึงให้อำนาจแก่ศาลที่จะใช้ดุลพินิจในขั้นสุดท้ายในขอบเขตและเจตนารมณ์ของหลักเกณฑ์และวิธีการที่ได้กำหนดขึ้นนั้น ในความคิดเช่นนี้

ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อกฎหมายทั้งปวงที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น และเห็นว่า ข้อกฎหมายที่ดีที่ควรถือเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า อย่างน้อยควรรีองค์ประกอบ

ดังต่อไปนี้

1. ควรมีบทบัญญัติที่ทำให้มีการชดเชยค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นจากการละเมิดนั้น โดยอย่างน้อยให้มีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

ก. ข้อพิจารณาที่ว่า ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้อง ค่าเสียหายหรือผลกำไรที่ควรจะได้รับได้อย่างใดอย่างหนึ่ง

ข. ข้อพิจารณาที่ว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกทำละเมิดมีสิทธิได้รับจำนวนเงินที่ตนควรจะได้รับโดยปกติจากการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของตนแทนความเสียหายซึ่งตนได้รับ

ค. ข้อพิจารณาที่ว่า ค่าเสียหายในคดีการลวงขาย ควรมีการกำหนดให้โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงของการลวงลวงสาธารณะชนต่อผลผลิตของโจทก์

2. ควรมีบทบัญญัติที่ทำให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยพิจารณาจากส่วนของเงินกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิดโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำนวนเงินกำไรดังกล่าว เป็นความเสียหายที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธินั้นได้รับ

3. ควรมีบทบัญญัติที่ทำให้มีวิธีการเยียวยา ในทางหลักเลี้ยงความเสียหายในกรณีข้อเท็จจริงปรากฏให้เห็นชัดเจนว่ากำลังจะมีการก่อความเสียหายให้แก่สิทธิของเจ้าของ โดยใช้วิธีให้ศาลออกคำสั่งในลักษณะที่เป็นการออกคำสั่งห้ามหรือการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งอาจให้ระงับการกระทำหรือให้กระทำการบางอย่าง เช่น ขอให้มีการทำลายวัตถุซึ่งอาจก่อให้เกิดการทำละเมิดเช่นนั้น ขอให้มีการถอดถอนสิ่งอำนวยความสะดวกทั้งหลายที่อาจใช้ในการทำละเมิดเช่นนั้น ขอให้มีการกำหนดวิธีการใด ๆ อันจำเป็นเพื่อป้องกันการละเมิดนั้น

4. ควรมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาล ในการกำหนดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและค่าทนายความ เมื่อโจทก์ได้ทำการพิสูจน์ให้เห็นถึงการละเมิดสิทธิของจำเลยได้แล้ว

5. ควรมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาล ในการกำหนดเงินค่าดอกเบี้ย โดยให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดอัตราดอกเบี้ยก่อนมีคำพิพากษาในจำนวนเงินทั้งปวงที่จะกำหนดให้แก่โจทก์ โดยให้คิดอัตราดอกเบี้ยเป็นรายปี จำนวนเงินดอกเบี้ยที่ศาลกำหนดไว้ ให้เริ่มคิดคำนวณนับจากวันที่โจทก์ยื่นคำร้องขอให้ศาลทำการกำหนดดอกเบี้ยเป็นต้นไป จนถึงวันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือภายในระยะเวลาที่สั้นกว่านั้นตามที่ศาลจะเห็นสมควรกำหนด

หากการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้ามีหลักเกณฑ์ และวิธีการตามองค์ประกอบข้างต้น คดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่มีการเรียกร้องค่าเสียหายเป็นประเด็นแห่งคดีอยู่ด้วย ก็จะมีการวินิจฉัยไปในแนวเดียวกัน ความคุ้มครองที่ให้แก่สิทธิในเครื่องหมายการค้าก็จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันทั่วโลก แต่อย่างไรก็ดีองค์ประกอบของหลักเกณฑ์และวิธีการข้างต้น เป็นเพียงสิ่งที่ผู้เขียนได้เสนอแนะโดยมีความคิดมาจากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบข้อกฎหมายทั้งหลายที่ได้ศึกษามาข้างต้นเท่านั้น ดังนั้น การที่จะทราบว่าจะข้อเสนอแนะดังกล่าวจะสามารถนำไปปฏิบัติในความเป็นจริง ได้หรือไม่นั้น ควรจะต้องพิจารณาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยและศาลต่างประเทศที่ได้มีคำพิพากษาไว้ว่า สอดคล้องกับองค์ประกอบหลักเกณฑ์และวิธีการที่เสนอแนะ หรือไม่อย่างไร และเมื่อสรุปแนวคำพิพากษาของศาลไทยกรณีดังกล่าวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ศึกษาไว้ในบทที่ 2 แล้วจะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาของศาลไทยได้วินิจฉัยไว้พอสรุปได้ดังนี้

ก. แม้โจทก์จะนำสืบเรื่องค่าเสียหายไม่ชัดเจนว่าโจทก์เสียหายเท่าใดแน่ ศาลก็มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามความเหมาะสม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2521) (คดีนี้โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 50,000 บาท ศาลชั้นต้น, ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา กำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เป็นเงิน 10,000 บาท) ค่าประกาศหนังสือพิมพ์ เป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายที่โจทก์สามารถเรียกร้องเอาได้

ส่วนค่าจ้างนักสืบ เห็นว่าเป็นค่าเสียหายที่ไกลกว่าเหตุไม่สมควรแก่พฤติการณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2608/2528) และค่าโฆษณาเพื่อให้สินค้าเป็นที่รู้จักและอยู่ในความนิยมของประชาชน, ค่าจ้างเจ้าหน้าที่ออกสืบเสาะหาสินค้าที่จำเลยจำหน่าย, ค่าเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณและค่าเจ้าหน้าที่ชี้แจงเพื่อชื่อเสียงกลับคืนดี ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า โจทก์เรียกร้องเอาไม่ได้ (ค่าเสียหายเหล่านี้ไม่เป็นประเด็นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา) (คำพิพากษาฎีกาที่ 481/2526)

ข. ค่าขาดกำไรที่ขายน้ำมันก๊าดลดลงไปเดือนละ 20,000 ปิบ ปิบละ 1 บาท เพราะจำเลยเปลี่ยนเครื่องหมายการค้า ค่าขาดกำไรดังกล่าวนี้เป็นค่าเสียหายที่โจทก์พึงได้รับ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2595/2517)

ค. ค่าจ้างทนายความ และค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีไม่ใช่ค่าเสียหายที่โจทก์พึงเรียกร้องเอาได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 905/2480) แต่อย่างไรก็ดี ค่าทนายความเป็นส่วนหนึ่งของค่าฤชาธรรมเนียม ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดไว้และอยู่ระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงดังที่ระบุไว้ในตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2534)

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ได้พิเคราะห์ถึงจำนวนเงินค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องในคดีต่าง ๆ ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลไทยได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 มาปรับใช้ ทำให้การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปตามกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไป กล่าวคือ ต้องอาศัยพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเป็นเกณฑ์กำหนด บทบัญญัติมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นหลักการเยียวยาชดใช้ความเสียหายซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เสียหายคืนสู่สภาพเดิมก่อนการละเมิด จากแนววินิจฉัยของศาลไทยที่นำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปมาปรับใช้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิดทั่วไปนั้นมีความสัมพันธ์กับพฤติการณ์ของผู้กระทำ และความร้ายแรงแห่งความเสียหาย ที่โจทก์ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ได้ความด้วยว่า การกระทำของจำเลยเป็นเหตุแห่งความเสียหาย (Causation) ซึ่งหมายความว่าต้องเป็นการกระทำอันเป็นละเมิดตามกฎหมาย หรือมีความรับผิดชอบตามกฎ-

เมื่อมีการกระทำละเมิดแล้ว โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้และศาลเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดชอบ โดยพิจารณาจากลักษณะแห่งการกระทำของจำเลยและผลเสียหายเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งขึ้นอยู่กับคำบรรยายฟ้องของโจทก์ ข้อเท็จจริงที่โจทก์นำสืบประกอบคำบรรยายฟ้องและอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจ

นอกจากนี้ จากการวิเคราะห์แนววินิจฉัยของศาลฎีกายังพบอีกว่า การปรับใช้มาตรา 438 ไม่เอื้ออำนวยให้มีการใช้ การกำหนดค่าเสียหายในลักษณะที่เป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษหรือเพื่อให้เป็นตัวอย่าง เพื่อจะได้เป็นการป้องปรามการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าและจะทำให้บรรลู่วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าด้วย

ส่วนแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการสรุปไว้ดังนี้

ก. การให้ชำระค่าเสียหายเป็นการชดเชยโจทก์ สำหรับความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลย โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความสูญหายหรือความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เพื่อการเรียกร้องค่าเสียหาย เช่นนั้น จำนวนเงินที่ศาลจะกำหนดให้นั้นอาจมีจำนวนมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับความเสียหายอันแท้จริงที่โจทก์ได้รับตาม "พฤติการณ์" ของแต่ละคดี : คดี Electronic Corp. of Am. v. Honeywell, Inc. U , 358 F.Supp 1230 (Mass.) Aff'd 487 F.2d 513 (1st Cir. 1973), (cert. denied) และศาลจะมีคำสั่งให้มีการเยียวยาค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินตามหลักกฎหมายอิเล็กทรอนิกส์ ประเภทของค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินรวมไปถึงผลกำไรที่จำเลยได้รับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ (ซึ่งอาจเป็นจำนวนสามเท่าได้) ค่าสินไหมทดแทนในการโฆษณาแก้ไข ค่าฤชาธรรมเนียม และค่าทนายความ และศาลจะมีคำสั่งให้กำหนดผลกำไรของจำเลยให้แก่โจทก์ ในกรณีที่เห็นว่าจำเลยมีเจตนาละเมิดสิทธิของโจทก์โดยศาลจะกำหนดผลกำไรดังกล่าวโดยใช้ทฤษฎี "ผลกำไรที่ได้มาโดยไม่เป็นธรรม": คดี W.E. Bassett Co. v. Revlon 435 F.2d 656 (2d Cir. 1970) ซึ่งโดยปกติแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้กำหนดผลกำไรของจำเลยให้แก่โจทก์ในกรณีที่เห็นว่า จำเลยมีเจตนาละเมิดสิทธิของโจทก์โดยศาลจะกำหนดผล

กาไรดังกล่าว เมื่อเห็นว่า ผลลัพธ์ของจำเลยเป็นตัวเบี่ยงเบนให้โจทก์ขาดจากผลกำไรเช่นนั้น : คดี Raxton Corp. v. Anania Assoc.s, 668 F. 2d 622 (1st Cir. 1982)

ข. ศาลอาจพิจารณาว่า การมีคำสั่งให้นำวิธีการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวของโจทก์ในระหว่างพิจารณา อาจจะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เพียงพอโดยไม่ต้องกำหนดจำนวนเงินค่าชดเชยให้แก่โจทก์ ทั้งนี้ เนื่องจากการกำหนดจำนวนเงินนั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่ต้องมีการพิจารณาในวงกว้าง : คดี Otis Clapp & Sons v. Filmore Vitamin Co., 754 F.2d 738 (Ill. 1985) ในคดีระหว่าง Playboy Enterprises v. Chuckleberry Pub., Inc., 511 F.Supp. 486 (1981) ศาลเห็นว่าโจทก์ไม่ได้ร้องขอหรือพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงจำนวนเงินค่าเสียหายโดยโจทก์เพียงแต่ขอค่าเสียหายในเชิงลงโทษ จำนวน 100,000.00 เหรียญสหรัฐ และขอให้ศาลนำวิธีการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวมาใช้บังคับเท่านั้น ศาลได้วินิจฉัยว่า The Lanham Act ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้ แต่ได้บัญญัติในกรณีการกำหนดค่าเสียหายจำนวนสามเท่าไว้ โดยให้ถือเป็นจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทน และไม่ให้ถือเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ศาลจึงมีคำสั่งให้นำวิธีการคุ้มครองประโยชน์ของโจทก์มาใช้บังคับโดยห้ามจำเลยมิให้ใช้ชื่อ Playmen ในวารสารของจำเลย และยกคำร้องของโจทก์ที่ขอค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

ค. ศาลอาจจะมีคำสั่ง ให้มีการกำหนดค่าทำนายความได้ ในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษซึ่งอยู่ภายใต้ดุลพินิจของศาล แต่ศาลก็ถืออำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธไม่กำหนดค่าทำนายความให้แก่คู่ความ แม้ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคดีมีพฤติการณ์พิเศษเกิดขึ้นก็ตาม: คดี Neva Inc. v. Christians Duplication Intern., Inc., 743 F.Supp. 1533 (FL. 1990) ในกรณีที่จำเลยมีเจตนาใช้เครื่องหมาย โดยรู้อยู่ว่าเครื่องหมายนั้นเป็นเครื่องหมายปลอมโดยนำเครื่องหมายปลอมนั้นไปใช้กับการขาย การเสนอขาย หรือการให้บริการ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายจำนวนสามเท่าของผลกำไรหรือความเสียหายให้แก่โจทก์ แล้วแต่ว่าจำนวนใดจะมากกว่ารวมทั้งจะกำหนดค่าทำนายความให้แก่ฝ่ายโจทก์ด้วย ศาลจะต้องมีคำสั่งตามบทบัญญัติดังกล่าว เว้นแต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามิ

เหตุบรรเทาโทษจำเลยได้ อาทิเช่น การออกคำสั่ง เช่นว่านั้นจะทำให้จำเลยไม่สามารถเลี้ยงดูครอบครัวของตนได้ เป็นต้น : คดี Louis Vitton S.A. v. Lee 875 F. 2d 584 (Ill. 1989)

ง. เมื่อมีการฟ้องคดีที่มีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าและมีการเรียกค่าเสียหาย ศาลจะสั่งห้ามจำเลยมิให้ใช้เครื่องหมายอันเป็นการละเมิดต่อไป และวินิจฉัยว่าจำนวนค่าเสียหายที่จะกำหนดให้ จะต้องกำหนดโดยอาศัยบทบัญญัติทางวิธีพิจารณาความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กระบวนการพิจารณานี้เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบบัญชีของจำเลย โดยศาลจะดำเนินการให้เพื่อจะวินิจฉัยราคาสินค้าที่ถูกละเมิดสิทธิ ปริมาณการจำหน่ายและกำไรที่ได้รับ เพื่อกำหนดประมาณค่าเสียหาย และอาจมีการตรวจสอบบัญชีของโจทก์ด้วยเช่นกัน แต่ทั้งนี้ก็เพื่อตั้งฐานที่สุ่มจนถึงจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะกำหนดให้โดยคำนึงถึงกำไร การตรวจสอบบัญชีของโจทก์ไม่ใช่เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย แต่เป็นเพียงส่วนช่วยในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเท่านั้น ในกระบวนการดังกล่าวได้มีประเพณีถือปฏิบัติว่าการกำหนดความเสียหายเท่ากับการขายสินค้าที่เป็นการละเมิดสิทธิ ลบต้นทุนการผลิต ลบภาษี ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นความเสียหายที่ไม่เต็มใจจะให้¹

4.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากแนวคำวินิจฉัยของศาล ทั้งไทยและต่างประเทศที่ผู้เขียนได้สรุปไว้

¹Henry K Sherrill, "Damages in trademark Infringement Cases in Brazil", Rio & Co. Publishing House, 1989, p. 1.

ข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ศาลไทยบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่จำกัดครัดเคร่ง และไม่ปรากฏแนวบรรทัดฐานชัดเจนในการกำหนดค่าเสียหายเพราะไม่ปรากฏเหตุผลที่ชัดเจนว่าพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการละเมิดของแต่ละคดีเป็นอย่างไร พอที่จะนำมาจัดกลุ่มเป็นแนวทางการวินิจฉัยในการกำหนดค่าเสียหายได้ และไม่ชัดเจนว่าเหตุใดจึง "สมควร" ให้ค่าเสียหายเท่านั้นเท่านี้เป็นต้น แต่ต่างประเทศแม้จะใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างกันก็ตาม แต่คำพิพากษาของศาลทั้งหลายของศาลต่างประเทศมีแนวการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน และตรงกับลักษณะขององค์ประกอบของหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้เขียนได้เสนอแนะไว้ข้างต้นเหตุที่เป็นเช่นนี้เป็นเพราะองค์ประกอบดังกล่าวเป็นสิ่งที่ได้มาจากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั้งหลายในเรื่องนี้โดยเฉพาะนั่นเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ที่มีอยู่ในองค์ประกอบข้างต้น น่าจะนำมาปรับใช้กับกรณีของไทยได้ แต่ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาถึงก็คือ ควรนำหลักเกณฑ์และวิธีการเช่นนี้ในส่วนที่มาตรา 438 ไม่ได้บัญญัติไว้ ไปบัญญัติเพิ่มเติมไว้ที่ใด ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นนี้ มาตรา 438 เป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งใช้กับกรณีการละเมิดสิทธิทั่วไป หากบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการข้างต้นลงไว้ในมาตรา 438 ก็จะไม่เป็นการเหมาะสม เนื่องจากหลักเกณฑ์และวิธีการนี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นกรณีเฉพาะ ทางเลือกอื่นที่ผู้เขียนเห็น คือ เมื่อเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นกรณีเฉพาะ ควรจะได้ทำในกฎหมายเฉพาะของเรื่องนั้น ๆ เอง และในกรณีในเรื่องนี้ คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผู้เขียนเห็นว่า ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ควรมีประเด็นดังกล่าวต่อไปนี้ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

1. ในประเด็นของหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผู้เขียนเห็นว่า ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

(ก) ควรมีความให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน หรือผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่จดทะเบียนซึ่งมีกรณีการลวงขาย สามารถเรียกร้องต่อผู้ทำการละเมิด เพื่อให้ชำระค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากผู้ทำละเมิด หากผู้ทำละเมิดได้รับผลกำไรจำนวนใด ๆ จากการทำละเมิด ก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำนวนเงินกำไรดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธินั้นได้รับ เจ้าของสิทธิดังกล่าวสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือผลกำไรได้อย่างใดอย่างหนึ่ง

(ข) ควรมีความให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้ทำการละเมิดต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของตน เพื่อจำนวนเงินที่ตนควรจะได้รับโดยปกติจากการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของตนแทนความเสียหายซึ่งตนได้รับ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีที่ค่าเสียหายที่เรียกร้องมีจำนวนเงินสูงกว่าจำนวนเงินที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้รับ โดยปกติจากการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนในกรณีเช่นนั้น หากบุคคลซึ่งได้ทำการละเมิดต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ไม่มีเจตนาหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทำละเมิด ควรให้ศาลนำข้อเท็จจริง เช่นนี้มาใช้พิจารณาในการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายด้วย

(ค) ในการกำหนดจำนวนเงินกำไร ควรมีความให้โจทก์มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงยอดขายของจำเลยเท่านั้นและให้จำเลยมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงส่วนต่าง ๆ ที่เป็นค่าใช้จ่ายหรือการหักลบจำนวนใด ๆ ที่จำเลยประสงค์จะขอหักออกจากยอดจำนวนเงินกำไร และในกรณีที่ศาลเห็นว่า จำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ใช้ฐานของผลกำไรของจำเลยในการพิจารณา มีจำนวนที่ต่ำเกินไปหรือสูงเกินไป ให้ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวนเงินที่ศาลเห็นว่า เป็นธรรมตามรูปคดีได้

ส่วนค่าจ้างทนายความเป็นส่วนหนึ่งของค่าฤชาธรรมเนียม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและค่าดอกเบี้ยก็มีกำหนดไว้แล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับให้อำนาจศาลกำหนดมากขึ้นได้ตามประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้ง ไม่มีเหตุผลพิเศษใดที่จะบัญญัติค่าเสียหายทั้งสองกรณีนี้ไว้ โดยเฉพาะอีก

2. ในประเด็นของหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการเยียวยาในทางหลัก เลี้ยงความเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผู้เขียนเห็นว่ากรณี นี้ยัง ไม่มีบทบัญญัติของไทยที่บังคับใช้ เพราะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการนำคดี มาสู่ศาล ส่วนกรณีที่เป็นวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นศาลนั้น ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 ถึงมาตรา 264 ได้มีบัญญัติไว้อยู่แล้ว ประกอบ กับเป็นบทบัญญัติวิธีพิจารณาที่ใช้แก่คดีแพ่งทั่ว ๆ ไป จึงไม่มีแนวคิดหรือแนววินิจฉัย ในการมีคำสั่งในลักษณะพิเศษในคดีกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ทำ ให้ไม่ได้ผลเป็นการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าเท่าใดนัก จึงเป็นบทบัญญัติ ที่ไม่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้แก่คดีกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 132 ให้อำนาจพนักงานสอบสวน- สอนตรวจ ค้น เรียกให้ส่ง และยึดซึ่งสิ่งของได้ แต่ก็กระทำไปเพื่อรวบรวมพยาน หลักฐาน ไม่มีผลในการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าเท่าใดนัก ส่วนกรณี ที่คล้ายคลึงกันที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 116 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 116 เป็นบทบัญญัติในเรื่องที่ผู้เป็นเจ้าของ สิทธิในเครื่องหมายการค้าขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลผู้กระทำหรือกำลังกระทำการ บลอม เลียน นำเข้ามาในราชอาณาจักร จำหน่าย เสนอจำหน่าย และมีไว้เพื่อ จำหน่ายซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า ระบุหรือละเว้นการกระทำดังกล่าว นั้น บทบัญญัติของมาตรา 116 ยังไม่ครอบคลุมถึงการป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งไม่ถึงขนาดเป็นความผิดมิโทษทางอาญาดังกล่าว จึงไม่ได้ผลใน การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าอย่างเต็มที่ นอกจากนี้ มาตรการคุ้มครอง สิทธิในเครื่องหมายการค้าตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการส่งสินค้าออก ไปนอก และการนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2530 ก็ยังมีข้อจำกัด เฉพาะกรณีมีเหตุสงสัยว่าจะมีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมาย การค้าและองค์การตรวจสอบสินค้านำเข้าส่งออก คือพนักงานศุลกากรไม่อาจชี้ขาดได้ กรณีมีปัญหว่า สินค้ามีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าผู้อื่น หรือไม่ ต้องส่งเรื่องให้นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าชี้ขาด มีหลายขั้นตอนอาจ ต้องใช้เวลามาก ทำให้ไม่ได้ผลในการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าเช่น

เดียวกัน ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติในเรื่องการร้องขอวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ควรมีข้อความให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน หรือผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่จดทะเบียนในกรณีมีการลวงขาย ซึ่งเห็นว่าการลวงขาย จะมีการก่อความเสียหายแก่สิทธิของตน ผู้นั้นมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งในลักษณะที่เป็นการออกคำสั่งห้ามหรือการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งอาจให้ระงับการกระทำหรือให้ทำการบางอย่าง เช่นขอให้มีการทำลายวัตถุซึ่งอาจก่อให้เกิดการทะเลาะเบาะแว้งเช่นนั้น ขอให้มีการถอดถอนสิ่งอำนวยความสะดวกทั้งหลายที่อาจใช้ในการทะเลาะเบาะแว้งเช่นนั้น หรือขอให้มีการกำหนดวิธีการใด ๆ อันจำเป็นเพื่อป้องกันการละเมิดนั้น เป็นต้น

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย และศาลไทยกับตามกฎหมายและศาลต่างประเทศพร้อมแสดงเหตุผลเพื่อให้เห็นว่า ไม่ว่าจะกฎหมายคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ และแนววินิจฉัยของศาลในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดค่าเสียหายที่คล้ายคลึงกันหรือแตกต่างกันอย่างไร มีข้อดีหรือเหมาะสมและข้อไม่ดีหรือไม่เหมาะสมอย่างไร เพื่อจะได้มีส่วนที่ดีมีประโยชน์หรือเหมาะสมมาเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาให้มีหลักเกณฑ์ และวิธีการกำหนดค่าเสียหายให้เหมาะสมแน่นอนชัดเจนยิ่งขึ้น แล้วจะได้จัดทำบทสรุปและข้อเสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป