

บทที่ 2

ขอบเขตของกระบวนการในการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

งานต่างๆ ที่บุคคลใดก็ตามได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ออกมาให้เป็นประโยชน์ต่อตนเองหรือสังคม ไม่ว่าจะมียุคสมัยในด้านนามธรรมและรูปธรรม ทั้งในด้านศิลปกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม วรรณกรรม หรือ วิทยาการต่างๆ ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้บุคคลผู้สร้างสรรค์ผลงานย่อมต้องใช้ความรู้ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะ โดยในการสร้างสรรค์ผลงานแต่ละชิ้น ผู้สร้างสรรค์ผลงานย่อมต้องการให้สังคมเห็นถึงคุณค่าของงานต่าง ๆ เหล่านี้ และยอมรับในความรู้ความสามารถของตนเอง ยิ่งไปกว่านั้นผู้สร้างสรรค์งานบางคนอาจจะต้องการผลตอบแทนคืนในรูปแบบของเงินตรา ซึ่งเป็นค่าตอบแทนในทางเศรษฐกิจ เพื่อนำมาดำรงชีวิตของตนเองต่อไปในอนาคต นอกจากนี้จะเห็นได้ว่างานที่ถูกสร้างสรรค์ดังกล่าวข้างต้นนั้น มักจะมีราคาที่สูง เนื่องจากผู้สร้างสรรค์งานนั้นจะต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการคิดค้นที่สูงมาก ดังนั้น จึงทำให้ต้นทุนในการผลิตงานเหล่านั้นสูงขึ้นอันมีผลกระทบต่อราคา ด้วยเหตุนี้เอง หากมิได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์งานโดยให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาผลประโยชน์จากผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยปล่อยบุคคลอื่นลอกเลียนแบบ ไม่ว่าจะโดยวิธีการทำซ้ำ หรือ คัดแปลงผลงานของผู้สร้างสรรค์ อันส่งผลให้ต้นทุนในงานที่ลอกเลียนแบบมามีราคาถูกลง เนื่องจากผู้ลอกเลียนแบบมิต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการคิดค้น อีกทั้งยังอาจจะทำให้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นมานั้นผิดเจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ดั้งเดิมในการสร้างสรรค์ ซึ่งยังอาจจะกระทบไปถึงสถานภาพทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ กล่าวคือ ผู้สร้างสรรค์เหล่านั้นก็จะไม่มีรายได้ที่จะมาจุนเจือตนเองและครอบครัว รวมทั้งเกิดความรู้สึกที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากสังคม ทำให้ขาดขวัญและกำลังใจที่สร้างสรรค์งานอีกต่อไป ซึ่งในที่สุดแล้วก็จะไม่มีใครโดยอมคิดค้นสร้างสรรค์งานให้เป็นประโยชน์แก่สังคม ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์เหล่านี้ ดังที่เรียกกันว่ากฎหมายความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ลิขสิทธิ์ (copyright) ประเภทหนึ่ง กับอีกประเภทหนึ่งได้แก่สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรม (industrial property) อันได้แก่การให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ (patent) เครื่องหมายการค้า

mark) ชื่อทางการค้า (trade name, commercial name) เครื่องหมายบริการ (service mark) ความลับทางการค้า (trade secret) กรรมวิธีทางการค้า (know-how) การออกแบบทางด้านอุตสาหกรรม (industrial designs) อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะมีประสิทธิภาพนั้นขึ้นอยู่กับกระบวนการในการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Enforcement of Intellectual Property Right) อันเป็นการเยียวยาหรือวิธีการบรรเทาความเสียหายให้กับเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีอยู่หลายวิธีด้วยกันแต่ก็มีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ การจัดการการลักลอบทำซ้ำในงานที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา ในกฎหมายธุรกิจส่วนใหญ่แล้วจะมุ่งเน้นการเอื้ออำนวยความสะดวก โดยเน้นวิธีการจัดการที่มีประสิทธิภาพและคำนึงถึงระหว่างความเป็นส่วนบุคคล กับการจำกัดอิสระในการทำสัญญา ยกเว้นเรื่องของนโยบายของรัฐที่จำกัดสิทธิของบุคคล จากที่กล่าวมาในข้างต้นนี้ ในกฎหมายธุรกิจจะมีขอบข่ายความปลอดภัย (Safety-Net) ในการปฏิบัติตามสัญญา ขอบข่ายดังกล่าวจะมีความจำเป็นในการจัดการคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยวิธีการ “เรียกชดเชยค่าเสียหายโดยพึ่งพาตนเอง” (Self-help remedy) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็ใช้พื้นฐานของการจัดการสัญญาเช่นเดียวกัน แต่สาระสำคัญของสิทธิดังกล่าวขึ้นอยู่กับอำนาจของสิทธิในการบังคับบุคคลผู้ซึ่งไม่มีความสัมพันธ์กับเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิดังกล่าวจะต้องมีไว้ป้องกันความเสียหาย และป้องปรามในการกระทำอันเป็นละเมิดอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด รวดเร็วที่สุด และเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด ในการบังคับใช้สิทธิ อย่างไรก็ตามวิธีการหรือกระบวนการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีวิธีการในการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวอยู่หลายวิธี ดังนี้ มาตรการทางแพ่ง, มาตรการทางอาญา และ กระบวนการบริหาร โดยในแต่ละกระบวนการนั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹

2.1 มาตรการในการบังคับใช้สิทธิทางแพ่ง (Civil Cause of Action)²

ในการที่มีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ การกระทำอันเป็นการล่วงล้ำสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อาทิเช่น การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ การลอกเลียนแบบ เป็นต้น บุคคลโดยผู้มีสิทธิในการเรียกร้อง หรือฟ้องร้องค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าว และบุคคลใดที่จะเป็นผู้ถูกเรียกร้องหรือถูกฟ้องร้องค่าเสียหาย จากการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ หรือล่วงล้ำสิทธิดังกล่าวข้างต้น รวมทั้งการพิจารณาเรียกร้องค่าเสียหาย เพื่อชดเชยค่า

¹ Cornish W.R. , *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trademark and Allied Rights*, (London : Sweet & Maxwell, 1989) PP.28

² Ibid., pp.1-29

เสียหายในทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการช่วยเหลือโจทก์ ผู้ซึ่งมิได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ ซึ่งในส่วนนี้ผู้มีอำนาจในการดำเนินการ ผู้ที่จะถูกเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหาย รวมทั้งเหตุที่ทำให้ผู้มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเรียกร้องให้อีกฝ่ายชดเชยความเสียหายดังต่อไปนี้

2.1.1 บุคคลผู้มีสิทธิในการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา³

บุคคลผู้ที่จะดำเนินการต่อการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง จะต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิหรือได้สิทธินั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือบุคคลผู้ซึ่งมีสิทธิเทียบเท่า (ภายใต้การครอบครอง หรือโดยกฎหมายบังคับเป็นพิเศษ) อันได้แก่ เจ้าของ หรือผู้ได้รับอนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาก็จะมีสิทธิดำเนินการในการฟ้องร้องหรือเรียกร้องค่าเสียหาย แต่ทั้งนี้ ในกรณีของผู้ได้รับอนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องกระทำร่วมกับกับเจ้าของสิทธิที่แท้จริงซึ่งเป็นโจทก์ในคดี

ในการพิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา บางประเทศนั้นได้กำหนดไว้ว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องยื่นขออนุญาตต่อรัฐบาล หรือหน่วยงานที่รัฐบาลกำหนดให้รับผิดชอบ ดังนั้น เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องตรวจสอบว่าตนได้จดทะเบียนสิทธิดังกล่าวถูกต้องครบถ้วนแล้วหรือไม่ เนื่องจากหากมิได้จดทะเบียนก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรือไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่ศาล

กรณีที่สิทธิบัตร, ลิขสิทธิ์ และสิทธิในสถาปัตยกรรมที่เจ้าของสิทธิมิได้ดำเนินการจดทะเบียน ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมดำเนินคดีในฐานะโจทก์ร่วม แต่ทั้งนี้ผู้ได้รับอนุญาตอาจจะถูกเรียกดำเนินการในฐานะจำเลยร่วม ส่วนในกรณีของเครื่องหมายการค้า ผู้จดทะเบียนการใช้ประโยชน์สามารถเรียกให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดำเนินคดีหากมีการละเมิดเกิดขึ้น และหากพ้นกำหนดระยะเวลาไปช่วงหนึ่งแล้วแต่ตามที่กฎหมายภายในของประเทศจะกำหนด ผู้จดทะเบียนการใช้ประโยชน์สามารถเข้าดำเนินคดีเองได้ทันที อย่างไรก็ตามทรัพย์สินทางปัญญาที่มีได้กล่าวถึงในข้างต้น ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถดำเนินการฟ้องร้องคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาได้เอง

2.1.2 จำเลยในคดีทรัพย์สินทางปัญญา⁴

³ Ibid.

ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทนั้นได้กำหนดลักษณะสภาพของสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ (Exclusive Right) และกิจกรรมทางธุรกิจไว้ อาทิเช่น สิ่งประดิษฐ์ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิบัตรจะมีการกำหนดการชดใช้ค่าเสียหายไว้โดยเฉพาะ หากเกิดการละเมิดสิทธิในสิทธิบัตรไม่ว่าจะโดยการทำซ้ำ, ขายหรือใช้สิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวในวิธีการต่าง ๆ อันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยบุคคลใดก็ตามผู้มิได้เป็นเจ้าของ หรือได้รับอนุญาตให้ใช้จากเจ้าของ รวมทั้งบุคคลที่ร่วมกระทำการละเมิดซึ่งจะต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะจำเลยร่วม ส่วนในกรณีของนิติบุคคล กรรมการผู้จัดการของบริษัทจะต้องรับผิดชอบหากตนได้ดำเนินการละเมิดโดยใช้อำนาจโดยมิชอบ

นอกจากนี้ ประเด็นความรับผิดของนายจ้างในกรณีของการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะเกิดขึ้นหากปรากฏว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นกระทำในทางการที่จ้าง ซึ่งแตกต่างจากในกรณีของผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิดร่วมกับผู้รับจ้างในระหว่างการทำงานที่จ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ ดังนั้นการแยกแยะประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความสำคัญและเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการพิสูจน์ความละเมิด นักเขียน ผู้ประพันธ์เพลง และศิลปิน รวมทั้งนักประดิษฐ์โดยส่วนมากแล้วจะทำงานโดยความอิสระในการสร้างสรรค์ผลงานและเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากความคิดของพวกเขา ในกรณีที่ไม่ปรากฏความรับผิดในละเมิดลิขสิทธิ์ฐานนายจ้าง (Vicarious Liability) การเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวนี้ก็จะกระทำโดยวิธีการอื่น คือ ดูว่าใครเป็นผู้กระทำการละเมิดก็เรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลนั้นโดยตรงเลย

จากประเด็นในเรื่องของการละเมิดในฐานความรับผิดฐานนายจ้าง เป็นสิ่งที่ยากต่อการแบ่งแยกว่าบุคคลผู้ก่อการละเมิดนั้นถูกว่าจ้างหรือไม่ หรือบุคคลนั้นกระทำภายในขอบเขตของอำนาจการจ้างงานหรือไม่ และการว่าจ้างดังกล่าวเป็นการจ้างแบบเต็มเวลา หรือไม่เต็มเวลา ซึ่งสภาพโดยทั่วไปแล้ว ในการควบคุมงานนายจ้างจะเป็นผู้ควบคุมรายละเอียดของงาน แต่ในงานบางประเภท ลูกจ้างจะเป็นผู้ปฏิบัติโดยความชำนาญ หรือโดยทักษะของตนเอง และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมงานของนายจ้าง ลูกจ้างผู้ซึ่งทำงานในทางการที่จ้างจะต้องพิจารณาว่าอะไรคืองานที่เขากระทำ และนายจ้างอาจจะไม่อยู่ในขอบเขตของความรับผิดในทางการที่จ้าง หากปรากฏว่าลูก

ข้างผู้นั้นได้กระทำการนอกเหนือคำสั่งที่ให้ไว้ ดังนั้นสิ่งที่จะต้องพิจารณานั้นจะต้องดูความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและงานที่ทำ

2.1.3 ความเสียหายทั่วไปที่ครอบคลุมความสูญเสียทางเศรษฐกิจ⁵

ในกรณีที่มีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นสิ่งที่จะต้องกระทำอันดับแรกคือการจัดอันดับของบุคคลผู้ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย หรือมีวัตถุประสงค์ในการก่อการละเมิด นอกจากนี้ ยังมีข้อโต้แย้งว่า การกระทำใดเป็นละเมิดที่อยู่เหนือกฎหมายในเรื่องของโจทก์ และจำเลยดังกล่าวข้างต้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หลักการคือ จำเลยจะต้องกระทำการละเมิดโดยมีเจตนา หรือโดยตั้งใจ และโจทก์จะต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตาม มีพื้นฐานบางอย่างที่เปิดโอกาสหรือเอื้อประโยชน์ในการกระทำผิดดังต่อไปนี้

2.1.3.1 การสนับสนุน

เป็นการร่วมกันทำละเมิด หรือ กระทำผิดกฎหมายในเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญา ในกรณีที่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนสนับสนุนการกระทำอันเป็นการละเมิด หรือ บุคคลที่สามถูกชักชวนในกระทำละเมิด ในกรณีเช่นนี้ ผู้สนับสนุน หรือผู้ชักชวนก็ถือว่าเป็นตัวกระทำละเมิดด้วยเช่นกัน

2.1.3.2 การชักชวน หรือ หลอกลวงให้ผิดสัญญา

ความผิดฐานนี้เกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาถูกบุคคลอื่นชักชวนให้กระทำการนอกเหนือจากขอบเขตที่ได้รับอนุญาต และกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการกำหนดรูปแบบของความรับผิดไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการได้รับข้อมูลอันเป็นความลับ

2.1.3.3 การเข้าแทรกแซงความสัมพันธ์ทางธุรกิจโดยผิดกฎหมาย

⁵ Ibid.

ความผิดฐานนี้ได้แยกมาจากการพัฒนาฐานความผิดละเมิดโดยการทำชวน หรือหลอกลวงในผิดสัญญาตามข้อ 2.1.1.3.2 โดยครอบคลุมในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งถูกชักชวนให้กระทำการบางอย่างที่ตรงกันข้ามกับความต้องการของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถนำมาปรับใช้กับในกรณีของเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ทางสัญญา เช่น จำเลยได้บิดเบือนข้อเท็จจริง โดยการหลอกลวงให้บุคคลที่สามารถกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่สิ่งที่จำเป็นอย่างในการที่จะให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของจำเลย ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเจตนาพิเศษ ในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีสัมพันธ์โดยตรงต่อการกระทำ และไม่จำเป็นต้องปรากฏว่าการหลอกลวง หรือการกระทำอย่างอื่นต่อบุคคลที่สามนั้นจะต้องมีการละเมิดอย่างสมบูรณ์

นอกจากเรื่องในการหลอกลวงหรือชักชวนให้บุคคลอื่นกระทำการแล้ว การเข้าแทรกแซง ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานละเมิดอีกอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ในทางแพ่งซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ในชั้นศาลจะต้องมีการปรับขึ้นในการพิจารณาอยู่อีกมาก

2.1.3.4 การยุยงหรือส่งเสริมให้กระทำการอันเป็นละเมิด

เป็นความผิดละเมิดในฐานใหม่ โดยผู้ที่กระทำการยุยงหรือส่งเสริมให้มีการกระทำการอันเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ หรือมีการกระทำที่แสดงให้เห็น นอกเหนือจากการอำนาจความสะดวกให้แก่จำเลย บุคคลผู้กระทำการดังกล่าว นั้น จะต้องเข้ารับผิดฐานละเมิดในฐานจำเลยร่วม

2.1.3.5 การข่มขู่

บุคคลผู้ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในฐานนี้ หากปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวนี้ได้ชักชวนให้บุคคลอื่นกระทำการบางสิ่งก่อกำให้เกิดความเสียหายให้แก่โจทก์ นอกจากนี้ ยังได้รวมถึงการข่มขู่ให้บุคคลอื่นสัญญาหรือให้คำมั่นว่าจะกระทำการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

2.1.3.6 หน้าที่ในการดูแลรักษา

ในเรื่องของการกระทำอันเป็นละเมิดทางเศรษฐกิจ การกระทำอันเป็นละเมิดในทรัพย์สินทางปัญญาอันเกิดจากความประมาทยังขาดประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำดังกล่าว ในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง มีหน้าที่ต้องดูแลป้องกันการกระทำของบุคคลอื่นโดยรอบคอบ แต่ไม่กระทำและหากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่โจทก์ ไม่ว่าจะโดยกายภาพ หรือทางเศรษฐกิจ อันก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่โจทก์ และจะต้องปรากฏว่ามีเหตุอันควรจะเป็นการกระทำโดยตรงและไม่มีสิ่งอื่นใดมาเป็นส่วนประกอบ บุคคลผู้มีหน้าที่จะต้องดูแลรักษาป้องกันจะต้องรับผิดชอบ โจทก์ผู้ได้รับความเสียหาย

2.1.4 หลักเกณฑ์ในการบังคับใช้สิทธิในทางแพ่ง⁶

ในกรณีที่มีการกระทำอันเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาแล้วผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิในการบังคับใช้สิทธิในทางแพ่งได้โดยในแต่ละกลุ่มประเทศจะมีวิธีการในการบังคับใช้สิทธิที่แตกต่างกันออกไปดังรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.4.1 หลักเกณฑ์ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์⁷

ตามหลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์แล้วในกรณีที่มีการละเมิดจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายในทางธุรกิจการค้าแล้ว ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิในการเลือกวิธีการบังคับใช้สิทธิเพื่อเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น สอง ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก ค่าเสียหาย (damage) เมื่อผู้เสียหายซึ่งได้รับความเสียหายแก่ผลประโยชน์ในทางธุรกิจการค้าได้ฟ้องคดีตามหลักกฎหมายหรือตามหลักเอกควิตีเรียกร้องชดใช้ซึ่งรายได้ที่สูญเสียไป ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายว่าได้เกิดขึ้นจริงและมีจำนวนมากเพียงใด หากพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ ศาลก็จะเยียวยาความเสียหายให้ไม่ว่าจะเป็นความสูญเสียผลกำไรที่ควรจะได้จากการประกอบธุรกิจนั้น หรือ การสูญเสียลูกค้า ความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการ

⁶ Ibid.

⁷ Pierre-Dominique Ollier , Jean-Pierre Le Gall , “Various Damages ,” *International Encyclopedia of Comparative Law* , Volume XI , Chapter 10 (1977) :118-120

ค่า รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่จะต้องจ่ายไปเนื่องจากการก่อความเสียหายนั้น เช่นค่าใช้จ่ายที่จำต้องเสียไปเพราะต้องเปลี่ยนสัญลักษณ์ทางการค้าที่ไม่ได้รับความไว้วางใจ เป็นต้น

หลักการที่แน่ชัดและยึดถือกันทั่วไปมีอยู่ว่าการประเมินความเสียหายย่อมเป็นการยากที่จะกระทำได้อย่างถูกต้องแม่นยำเสมอไป แต่ทั้งนี้ ความยากในการประเมินดังกล่าวจะต้องอาศัยมาตรการในการประเมินความเสียหายเพื่อให้โจทก์ได้รับการทดแทนความเสียหายตามความยุติธรรมเท่าที่จะกระทำได้ การประเมินความเสียหายในบางกรณีอาจกระทำได้ง่ายขึ้นและสามารถหลีกเลี่ยงปัญหาความยากดังกล่าวได้ เช่น กรณีจำเลยได้กระทำละเมิดด้วยเจตนาร้ายอย่างชัดแจ้ง ศาลอาจตัดสินให้ค่าเสียหายในจำนวนที่มากกว่าความเสียหายตามความเป็นจริงที่ควรได้รับเรียกค่าเสียหายชนิดนี้ว่าค่าเสียหายที่เป็นโทษหรือเป็นเยี่ยงอย่าง (punitive or exemplary damage)

ประการที่สอง การคิดบัญชีผลกำไร (Account of profit) การคิดบัญชีผลกำไรของจำเลยก็เพื่อจะทราบว่าจำเลยได้รับผลกำไรจากการกระทำละเมิดต่อสิทธิของโจทก์เพียงใด เพื่อที่โจทก์จะได้รับชดเชยค่าเสียหายที่ถูกต้องแท้จริง มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเรื่องนี้อยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก จะคำนวณจำนวนผลกำไรอย่างไร ข้อนี้นิยมเป็นไปตามวิธีการเดียวกันกับการที่ผู้ผลิตคิดบัญชีผลกำไรในการค้าของตน เช่น โดยการนำเอาเงินทั้งหมดที่ได้รับมาจากการดำเนินกิจการ หักด้วยค่าใช้จ่ายดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ขึ้นมากโดยเฉพาะในประเทศอเมริกามีคำพิพากษาของศาลวินิจัยในเรื่องนี้เป็นจำนวนมาก ประการที่สอง ใครเป็นผู้ที่ต้องพิสูจน์ผลกำไรเหล่านี้ ตามปกติแล้วภาระการพิสูจน์จำนวนเงินที่ได้รับมาจากการดำเนินธุรกิจการค้าของจำเลยตกอยู่แก่โจทก์ ส่วนภาระการพิสูจน์ค่าใช้จ่ายที่จะนำมาหักได้ตกอยู่แก่จำเลย อย่างไรก็ตามศาลจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือโจทก์ในเรื่องนี้เนื่องจากการยากแก่โจทก์ที่จะพิสูจน์เช่นนั้นได้ ดังนั้น เมื่อโจทก์เรียกร้องศาลอาจจะสั่งให้จำเลยนำเอาสมุดบัญชีหรือเอกสารต่างๆ มาให้ตรวจสอบ หรือ จะอนุญาตให้โจทก์ตรวจตราคัดลอกสมุดบัญชีหรือเอกสารดังกล่าวได้

2.1.4.2 หลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศฝ่ายซีวิลลอว์⁸

⁸ Ibid., pp.120-123

ในประเทศฝ่ายซีวิลลอว์ทั้งหลายผู้เสียหายซึ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจการ
 ค่าของตนถูกทำให้เสียหายนั้น อาจได้รับการทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตน โดยการแข่ง
 ชันอันไม่เป็นธรรม แต่การทำให้คืนดังเดิมด้วยวิธีการชดใช้ด้วยผลกำไรที่จำเลยได้รับเนื่องจาก
 การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นยังไม่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป บางประเทศปฏิเสธอย่างเด็ด
 ขาดที่จะอนุญาตให้คืนผลกำไรที่จำเลยได้รับนั้นให้แก่ผู้เสียหาย เช่นตามหลักเกณฑ์กฎหมายของ
 ประเทศออสเตรเลียและประเทศสวิสเซอร์แลนด์จะพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับรวมทั้ง
 ค่าทดแทนสำหรับผลกำไรที่ผู้เสียหายได้สูญเสียไป แต่จะไม่พิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้
 รับรวมทั้งค่าทดแทนสำหรับผลกำไรที่ผู้เสียหายได้สูญเสียไป แต่จะไม่พิจารณาถึงฐานะทางฝ่าย
 จำเลย ส่วนในประเทศฝรั่งเศสหลักเกณฑ์แตกต่างจาก 2 ประเทศดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือยอมให้
 ชดใช้ผลกำไรที่จำเลยได้รับมาจากการกระทำละเมิดให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งผิดจากขอบเขตแห่งความรับ
 ผิดชอบทางแพ่งที่ถือว่าการชดใช้ความเสียหายจะต้องมีจำนวนเท่ากับความเสียหายที่ได้รับไม่มาก
 ไม่น้อยไปกว่านั้น อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์นี้จำกัดอยู่เฉพาะในกรณีละเมิดทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรม
 เท่านั้น ในประเทศอื่นๆ การเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นเรื่องปกติธรรมดา
 เช่น ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศตุรกี มาตรา 58 วรรค 1 ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดค่า
 เสียหายให้แก่ผู้เสียหายซึ่ง “จำนวนเท่ากับสิ่งที่จำเลยอาจจะได้รับโดยผลแห่งการแข่งชันอันไม่เป็น
 ธรรม”

2.1.4.2.1 ชนิดของค่าเสียหาย(Head of damages) ขอบเขตการชดใช้ค่า
 เสียหายมีความแตกต่างกันในระหว่างประเทศฝ่ายซีวิลลอว์ ในกลุ่มประเทศที่ยอมรับหลักการ
 ชดใช้คืนผลกำไรที่จำเลยได้รับมาโดยการกระทำละเมิด โจทก์ย่อมเรียกร้องให้ชดใช้ผลกำไรที่จำเลย
 ได้รับมาดังกล่าวได้ ส่วนค่าเสียหายอื่น ๆ ที่เรียกร้องได้ให้แก่ค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไร
 ทั้งนี้เนื่องจากการแข่งชันอันไม่เป็นธรรมของจำเลยมีผลทำให้ผู้เสียหายสูญเสียลูกค่าไป ดังนั้น
 จึงทำให้สูญเสียผลกำไรที่ได้จากการประกอบธุรกิจนั้นด้วย นอกจากนั้นอาจมีความเสียหายอย่างอื่น
 อีก เช่นความเสียหายจากการที่ต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อป้องกันค่านิยมแห่งธุรกิจหรือที่จะปิดเป่า
 ลบล้างความเสียหายที่ได้รับอยู่หรือซึ่งคุกคามต่อธุรกิจการค้านั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่า
 ใช้จ่ายในการติดต่อสอบถาม ค่าใช้จ่ายในการปรึกษากฎหมายและค่าทนายความเป็นต้น

ค่าเสียหายในรูปแบบอื่นได้แก่ความเสียหายจากการทำให้ลดลง
 ซึ่งค่านิยมอันเป็นผลจากการกระทำละเมิดดังกล่าว ค่าเสียหายชนิดนี้เป็นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกัน

ทั้งความเสียหายทางศีลธรรมและทางวัตถุ ทั้งนี้เนื่องจากสามารถกล่าวได้ว่าชื่อเสียงของนักธุรกิจที่ ถูกทำให้เสียหายไปโดยผลแห่งความไม่เชื่อถือที่มีผลมาจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นเป็นการ ทำให้เสียหายในลักษณะเป็นความเสียหายทางศีลธรรม แต่ขณะเดียวกันก็กล่าวได้ว่าเป็นการกระทำ ให้เขาต้องเสียหายในทางวัตถุด้วยเช่นกัน ดังตัวอย่างเช่นการที่ราคาหุ้นของกิจการแห่งหนึ่งต้องตกต่ำลงไปอย่างมาก เนื่องจากถูกคู่แข่งทางการค้ากล่าวหากิจการดังกล่าวในลักษณะหมิ่นประมาท และทำการค้าแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม เป็นเหตุให้ผู้ประกอบกิจการดังกล่าวต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อ กอบกู้ชื่อเสียงและสถานะกิจการให้กลับคืนคืนดั้งเดิม เช่นค่าใช้จ่ายในการบอกให้ลูกค้าได้ทราบและ ค่าใช้จ่ายในการโฆษณา เป็นต้น

2.1.4.2.2 การประเมินค่าเสียหาย (Assessment of damages) เมื่อได้ พิสูจน์ให้เห็นว่ามีความเสียหายแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็คือการประเมินค่าเสียหายซึ่งเป็นเรื่องยาก ระบบกฎหมายหลัก ๆ ได้พยายามวางกฎเกณฑ์เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังนี้

วิธีแรก ประกอบด้วยการกำหนดให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่ง อนุญาตให้กรณีที่มีการร้องขอให้สืบหาข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการเรียกร้องให้ชดเชยซึ่งผลกำไร ที่จำเลยได้รับไว้ซึ่งรวมทั้งการขอให้สืบสวนเพื่อค้นหาสมุดบัญชี บัญชี และเอกสารต่าง ๆ ของ จำเลยด้วย ประเทศที่ยอมให้ใช้วิธีนี้เช่นประเทศเยอรมันตะวันตก และประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

วิธีที่สอง ประกอบด้วยการใช้วิธีประเมินของผู้เชี่ยวชาญ

วิธีที่สาม เป็นวิธีที่แตกต่างออกไปจากปกติ พบในระบบ กฎหมายของประเทศอาร์เจนตินาและประเทศกรีซ ซึ่งอนุญาตให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายสาบานตนยืนยันถึง ความเสียหายตามที่เชื่อว่าตนได้รับ และศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายให้

เท่าที่ปรากฏให้เห็น ประเทศในฝ่ายซิวิลลอว์ได้ยึดถือหลักการ ประเมินโดยอาศัยประสบการณ์และการสังเกตมิใช่อาศัยทฤษฎีหรือเหตุผล เป็นสาระสำคัญในการ ประเมินความเสียหาย ในกรณีที่จำนวนค่าเสียหายไม่แน่นอนและมีข้อสงสัย ศาลจะใช้ดุลพินิจ พิจารณา ซึ่งมีแนวโน้มที่แสดงให้เห็นว่าศาลกำหนดค่าเสียหายให้ในจำนวนปานกลางและบางครั้ง ก็กำหนดให้เพียงพอเป็นพิธี

2.1.5 การเยียวยาในทางหลีกเลี่ยงความเสียหาย (Remedies to Obviate Injury)

หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นการเยียวยาในกรณีที่ได้มีการละเมิดสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไปแล้ว อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏให้เห็นชัดเจนว่ากำลังจะมีการก่อความเสียหายให้แก่สิทธิของเจ้าของสิทธิ การเยียวยาในทางป้องกันย่อมจะได้ผลดีกว่าที่จะรอให้ความเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อนแล้วจึงมาเยียวยาแก้ไขความเสียหายในภายหลัง อาจเปรียบเทียบให้เป็นได้โดยง่าย เช่นหากมีคนกำลังจะตัดฟันต้นไม้ในเขตที่ดินของเจ้าของที่ดินโดยได้มี การเครื่องหมายอย่างใดอย่างหนึ่งบนต้นไม้เหล่านั้นและเตรียมเครื่องมือเครื่องใช้ตลอดจนคนงานเอาไว้แล้ว การป้องกันความเสียหายมิให้เกิดขึ้นด้วยมาตรการที่จะไม่ให้มีการตัดฟันต้นไม้เหล่านั้นย่อมดีกว่าปล่อยให้มีการตัดฟันต้นไม้เหล่านั้นเสียก่อนแล้วจึงเยียวยาโดยการให้ผู้ตัดฟันต้นไม้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าของต้นไม้ วิธีการเยียวยาในทางป้องกันมีปรากฏอยู่ในบางระบบกฎหมาย ซึ่งแต่ละประเทศก็มีหลักเกณฑ์และข้อจำกัดที่แตกต่างกันไป จะได้กล่าวให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้พอสังเขป ดังนี้

2.1.5.1 หลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศฝ่ายคอมมอนลอว์⁹

หลักเกณฑ์การเยียวยาในทางป้องกันของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ใช้วิธีที่ศาลออกคำสั่งโดยใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความเหมาะสมซึ่งเรียกว่าการออกคำสั่งห้าม (injunction) การเยียวยาโดยวิธีนี้เป็นการเยียวยาตามความยุติธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรเทาผลร้ายการรบกวนขัดสิทธิที่ผิดกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวอาจจะถูกกำหนดโดยคำสั่งศาลที่จะระงับการกระทำ (prohibitive restrictive or negative injunction) หรือที่จะให้กระทำการบางอย่าง (mandatory injunction) คำสั่งห้ามดังกล่าวนี้ถ้าเป็นคำสั่งชนิดถาวรหรือเด็ดขาด (perpetual or final injunction) จะเป็นการกำหนดความคุ้มครองที่แน่นอนแก่สิทธิของโจทก์ แต่ถ้าเป็นคำสั่งห้ามชั่วคราว (interlocutory injunction) จะเป็นเพียงคำสั่งที่ออกในระหว่างการพิจารณาคดีเพื่อที่จะดำรงรักษาสถานะเดิมเอาไว้จนกว่าศาลจะพิพากษาคดี

⁹ Hans Stoll, "Consequences of Liability : Remedies" International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI, Chapter 8(1974):8.

ตามปกติศาลจะออกคำสั่งห้าม (injunction) ภายหลังจากที่ได้มีการก่อความเสียหายแล้วเพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อไปหรือที่จะทำความเสียหายซ้ำอีก อย่างไรก็ตามคำสั่งห้ามนี้อาจอนุญาตเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการทำความเสียหายที่ใกล้จะถึงได้ด้วยโดยไม่ต้องรอให้เกิดความเสียหายขึ้นก่อน (Quittimet injunction) และเพื่อที่จะให้ศาลออกคำสั่งห้ามดังกล่าวนี้ โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่จะสั่งห้ามนั้นจะก่อเป็นการละเมิด ปัญหาความยากในเรื่องนี้ก็คือโจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายพิเศษหรือความเสียหายตามความเป็นจริงไม่ว่าจะได้ออกให้เกิดขึ้นแล้วหรือซึ่งคาดหมายล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษถือว่าการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองนั้นเป็นหลักฐานเพียงพอที่จะออกคำสั่งห้ามได้ ฉะนั้นเมื่อไรก็ตามที่การละเมิดที่ก่อขึ้นสามารถฟ้องได้ในตัวเอง (actionable per se) เช่นการบุกรุก (trespass) และหมิ่นประมาท (libel) แม้โดยข้อเท็จจริงถึงแม้เมื่อศาลพิจารณาแล้วจะไม่อนุญาตให้ออกคำสั่งห้ามเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยไว้สารก็จะตามก็ถือว่าเป็นหลักฐานที่เพียงพอดังกล่าวแล้ว ในทางตรงกันข้ามกรณีซึ่งความเสียหายพิเศษนั้นเป็นมูลฐานของละเมิด เช่นในบางกรณีของการกล่าวดูหมิ่น (slander) และการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ศาลอนุญาตให้ออกคำสั่งห้ามเพียงเฉพาะกรณีที่ความเสียหายตามความเป็นจริงหรือความเสียหายพิเศษได้ก่อให้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนกรณีความเสียหายที่เป็นการน่ากลัวว่าจะเกิดขึ้นในภายหน้านั้นถือว่าเป็นสิ่งที่เป็นเพียงความคาดหมายเท่านั้น สำหรับศาลของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าศาลสามารถออกคำสั่งห้ามได้โดยโจทก์ไม่ต้องแสดงให้เห็นถึงความเสียหายพิเศษ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ทั้งของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้นนั้นยังไม่มีกรับรองตามกฎหมาย

การออกคำสั่งห้าม (injunction) นี้มักกระทำในคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือละเมิดสิทธิบัตร การเปิดเผยความลับทางการค้า การละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือในกรณีแข่งขันอันไม่เป็นธรรม เป็นต้น

2.1.5.2 หลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศฝ่ายซีวิลลอว์¹⁰

¹⁰ Ibid.

ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันตกและระบบกฎหมายของประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันตกได้มีหลักเกณฑ์การฟ้องคดีเพื่อป้องกันความเสียหายที่ทำให้น่ากลัวว่าจะเกิดขึ้น (action to prevent threatened injury) ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันตะวันตกมีหลายสาเหตุที่แสดงให้เห็นว่าความคุ้มครองโดยคำสั่งห้ามของศาลที่มีอยู่แก่การครอบครองทรัพย์สินหรือสิทธิในทางทรัพย์สินรวมทั้งสิทธิส่วนตัว รวมถึงการฟ้องคดีเพื่อที่จะป้องกันความผิดที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าด้วย แม้ว่าการใช้ถ้อยคำแห่งบทบัญญัติเหล่านี้จะทำให้คิดเห็นได้ว่าจำเลยต้องกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายบางประการแล้วเสียก่อน อย่างไรก็ตามข้อจำกัดนี้ได้รับการปฏิเสธทั้งโดยศาลและนักกฎหมาย โดยศาลและนักกฎหมายมีความเห็นว่าเป็นการเพียงพอที่โจทก์จะพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่ร้ายแรงแห่งการที่จะถูกทำให้เสียหายโดยผิดกฎหมายในเวลาภายหน้า นอกเหนือจากนั้นจากบรรดาบทบัญญัติที่ได้ออกเป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีในทางป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าซึ่งมีกระจัดกระจายอยู่นั้น ได้ช่วยส่งผลให้มีการจัดตั้งเป็นหลักทั่วไปแห่งการฟ้องคดีในลักษณะที่ได้กล่าวมาแล้วนี้ การฟ้องคดีดังกล่าวนี้ย่อมกระทำได้ในเมื่อไรก็ตามที่สิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์ซึ่งกฎหมายลักษณะละเมิดให้ความคุ้มครองถูกคุกคามให้น่ากลัวอย่างร้ายแรงด้วยการรบกวนขัดสิทธิอันมิชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจำเลยจะยังปราศจากความผิดก็ตาม และโดยไม่ต้องคำนึงด้วยการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้จะสามารถลงโทษทางอาญาได้หรือไม่ และเมื่อศาลได้มีคำสั่งห้ามการกระทำหรือการเข้าซึ่งการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้แล้วโจทก์ย่อมจะร้องขอให้บังคับตามคำสั่งนั้นได้โดยทันที หากจำเลยฝ่าฝืนก็อาจได้รับโทษ

หลักกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันตกที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ได้ถูกยึดถือตามโดยกฎหมายของประเทศสวีเดน ประเทศออสเตรีย ประเทศโปรตุเกส และแม้กระทั่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฮังการี ประเทศโปแลนด์และประเทศเชกโกสโลวะเกีย ก็ได้รับหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มาใช้เป็นการตรงกันข้ามกับหลักกฎหมายของประเทศสหภาพโซเวียต

2.2 กระบวนการในทางอาญา

มาตรการด้านอาญา (Criminal sanctions) ในเกือบทุกประเทศจะมีมาตรการด้านอาญาในการป้องกันและปราบปรามสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา มาตรการด้านอาญานี้มักจะปรากฏในรูปของ

(1) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาหรือบทบัญญัติในกฎหมายอื่นแต่มีบทกำหนดโทษทางอาญา หรือ

(2) การลงโทษทางอาญาฐานละเมิดคำสั่งศาล (Criminal Court Contempt)

ลักษณะความแตกต่างพิเศษของระบบการพิจารณาคดีในทางแพ่งและอาญาของการชดใช้ความเสียหายนั้นแยกจากกันโดยต่างหาก ในเรื่องของผลประโยชน์ การเรียกร้องโดยส่วนใหญ่มักจะใช้วิธีการในทางแพ่ง เนื่องจากเทคนิคและสภาพของวิธีการนั้นเหมาะสมการกล่าวอ้างสิทธิของสิทธิในทรัพย์สินเอกชนในกลุ่มนักธุรกิจ และบางส่วน เนื่องจากชนิดของการเรียกร้องค่าเสียหาย อาทิเช่น คำสั่งศาลให้จำเลยระงับการกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งตามคำขอของโจทก์ (วิธีการชั่วคราว หรือคำสั่งให้การกระทำการ) และความเสียหาย อาทิเช่น การชดใช้มากกว่าการลงโทษในนามของรัฐ

แต่สำหรับอำนาจต่าง ๆ ที่การชดใช้ความเสียหายทางแพ่ง โดยทั่วไปมีเหตุผลบางประการให้ระงับการเทียบเคียงสิทธิในทางแพ่ง เนื่องจากมีกิจกรรมบางประเภทที่อยู่นอกเหนือของเกณฑ์ในทางแพ่ง ซึ่งความสัมพันธ์ของสถานภาพนั้นเป็นเรื่องเฉพาะมาตรการทางอาญาเท่านั้น สิ่งนี้เป็นความจริงของความรับผิดชอบของผู้แสดงในการบันทึกเสียงหรือภาพ แพร่เสียงแพร่ภาพ โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจในการแสดง และ มันยังคงเป็นสิ่งที่ถูกต้องของรูปแบบต่าง ๆ ของการโฆษณาในรายละเอียดที่ผิด ๆ หรือ การคิดฉลากที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่แข่ง เช่นเดียวกันกับผู้บริโภค ในกรณีเช่นนี้ ได้มีการกำหนดกระบวนการทางอาญา กำหนดให้ผู้แข่งขันผู้ซึ่งมีวัตถุประสงค์ไม่เปิดเผยรายละเอียดในการแข่งขันจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดี อาจจะเป็นผู้บริโภค เจ้าพนักงานตำรวจ เป็นต้น

มีข้อต่อสู้ทางอาญาบางอย่างที่ครอบคลุมสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในกรณีของผู้เป็นเจ้าของสิทธิ มักจะใช้วิธีการในทางแพ่ง ด้วยเหตุผลของประการดังต่อไปนี้

(1) ไม่มีความเป็นไปได้ในกระบวนการทางอาญาในเรื่องความเชื่อมั่นของคำสั่งระหว่างการ เพื่อให้ยกเลิกการกระทำระหว่างการดำเนินคดี (ซึ่งในเวลา 1 สัปดาห์ หรือ นานเป็นเดือน) หรือไม่ ในเรื่องกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี อาทิเช่น ในเรื่องของเอกสารซึ่งมีความสำคัญต่อการต่อสู้คดีของฝ่ายตรงข้าม การถอนข้อมูลข่าวสารจากจำเลย

(2) ภาระการพิสูจน์ การดำเนินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายในกระบวนการทางอาญา จำเลยต้องถูกให้แสดงให้เป็นความผิด โดยไม่มีข้อสงสัยหรือคลุมเครือในความสมมูลย์ ในภาระการพิสูจน์บางส่วนนั้นเป็นการยากที่จะสาธิต หากว่าประเภทของข้อต่อนั้นเรียกร้องให้พิสูจน์เจตนา (Mens rea) ของจำเลย

2.2.1 ข้อต่อสู้โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

สิ่งสำคัญที่สุดในสาขาของลิขสิทธิ์ ที่เราเห็นนั้นมีประวัติศาสตร์ของการเจรจา โดยเฉพาะในความสัมพันธ์ของการเรียกร้องค่าเสียหาย จากการลักลอบพิมพ์ข้อความโดยมิได้รับอนุญาต ต่อมาได้มีการสร้างประเภทของข้อต่อสู้อันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยย่อ และได้รวมถึงขอบเขตของการละเมิดลำดับสอง (Secondary Infringement) ในลิขสิทธิ์เอาไว้ด้วย และในกรณีของความรุนแรงมาก เช่นการฟ้องร้องดำเนินคดีทั้งโดยย่อและในการฟ้องร้อง¹¹

ในขณะที่เราไม่สามารถครอบคลุมได้ทุกสิ่ง ในเรื่องของการกระทำอันเป็นละเมิดในการดำเนินคดีทางแพ่งนั้นมีขอบเขตที่กว้างมากกว่าจะใช้สิ่งอื่นกับสิทธิบัตร, เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน หรือ การออกแบบที่ได้จดทะเบียน จนกระทั่ง รูปแบบทั้งหมดของการคุ้มครองมีความจำเป็นขึ้นอยู่กับการอนุญาต หรือ การจดทะเบียนของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีข้อต่อสู้ที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองด้วย ในแต่ละกรณีข้อต่อสู้ของความผิดมุ่งประเด็นที่การจดทะเบียน และทำให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการใช้โดยไม่มีอำนาจของสิทธิ แต่ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาต่อผู้เป็นพิเศษในกิจกรรมของการละเมิดในฐานะที่เท่ากับกรณีของสิทธิใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนโดยไม่ได้รับอนุญาต

2.2.2 การร่วมกันถือโอง

¹¹ Cornish W.R., pp.32

ขอบเขตบางประการ ซึ่งมีการตั้งข้อสังเกตและถูกเติมไว้ในอาญาทั่วไปในเรื่อง การร่วมกันฉ้อโกง สิ่งนี้อาจจะถูกสั่งให้ทำไปโดยการตกลงร่วมกัน เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินทาง ปัญญาโดยมิชอบ และยักรวมถึง เมื่อมีการพยายามใช้ข้อได้เปรียบทางการเงิน หรือ พยายามใช้ อุบายให้บุคคลกระทำหน้าที่ตามสัญญา ในการร่วมกันฉ้อโกง เจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์โดยการ ตัดสินบนลูกจ้างในโรงภาพยนตร์ขโมยฟิล์มภาพยนตร์ออกมา และได้ลอบคัดลอกและนำกลับไป คิ่นที่เดิม ศาลได้ยืนยันว่าผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ถูกฉ้อโกงโดยการกระทำความผิดกล่าว แม้ว่าไม่มีใคร ถูกหลอกโดยการปฏิบัติดังกล่าว การตัดสินดังกล่าวมิได้ขึ้นอยู่กับความจริงนี้ การกระทำคัด ลอกโดยตัวของมันเอง ข้อต่อสู้โดยสรุป จะนำมาปรับใช้หากประเด็นหลักเป็นทรัพย์สินทางปัญญา แบบอื่น นอกจากลิขสิทธิ์

มีการตั้งข้อสงสัยบางประการในประเด็นหลักที่เป็นข้อมูลอันเป็นความลับ (Confidential Information) ซึ่งจำเลยร่วมได้ชักชวนเจ้าหน้าที่ธนาคารในการจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับ ลูกค้าของธนาคารโดยการแสดงตนเป็นธนาคารอื่น เพื่อสนับสนุนข้อมูลให้แก่ลูกค้าของตน การก ระทำนี้ต้องรับผิดชอบในฐานะการร่วมกันฉ้อโกง หรือในกรณีถ้าข้อมูลได้ถูกทำโดยตนเองเป็น ความลับเพียงพอกับทรัพย์สิน หรือในเรื่องของบุคคลใดก็ตามได้กระทำการหลอกลวงให้หยุด กระทำการ แต่มันไม่ชัดเจนกับในกรณีหลังที่ขยายไปถึงการหลอกลวงเจ้าพนักงานของรัฐ และ ครอบคลุมการหลอกลวงสถาบันเอกชน เช่น ธนาคาร เป็นต้น¹²

2.2.3 การเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งและทางอาญา (Crimes and Civil Relief)

ความจริงบางอย่างที่บุคคลผู้เป็นเหยื่อของอาชญากรรมไม่มีสิทธิในการร้องขอ การเยียวยาในทางแพ่ง เพื่อชดใช้ความเสียหาย หรือข้อคำสั่งศาลให้จำเลยระงับการกระทำสิ่งใดสิ่ง หนึ่งตามคำขอของโจทก์ โดยต้องแสดงว่าตนสาเหตุของการกระทำอย่างแท้จริง ในส่วนของผล ประโยชน์ของทรัพย์สินทางปัญญา ศาลมักจะไม่ได้เต็มใจที่จะติดตามวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ซึ่งมีผลใน การบังคับในความรับผิดชอบทางแพ่ง มันเป็นการยากที่จะทำให้การบังคับความรับผิดชอบทางอาญาให้เป็น ที่น่าเชื่อถือ รัฐสภามีเจตนาว่าผู้กระทำความเสียหายควรมีหน้าที่ในทางแพ่งต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย จนกระทั่งมีปัญหาการบังคับใช้ ในการให้ความคุ้มครองนักแสดงต่อการลักลอบ

¹² Ibid., pp.33

บันทึกการแสดงสด ในขณะที่การบังคับใช้มาตรการลงโทษทางอาญา ในการโฆษณา หรือการให้รายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าและบริการที่ผิด ไม่มีผลบังคับโดยตัวของมันเองในการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบสำหรับผู้บริโภค หรือคู่แข่งทางการค้าอย่างเช่นการดำเนินคดีในทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม ลอร์ด ดัฟฟล็อก ได้สนับสนุนการตัดสินคดีในส่วนของกฎหมายอาญาให้มีขอบเขตเท่าเทียมกับที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่ง อาทิเช่น การขยายขอบเขตของการกระทำละเมิด

หากข้อต่อสู้ในคดีอาญาถูกตั้งประเด็นให้เทียบเท่ากับ สิทธิสาธารณะ (Public Right) อัยการอาจจะทำให้ความแน่นอนในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลให้จำเลยระงับการกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งตามคำขอของโจทก์ เพื่อจำกัดการกระทำละเมิด สิ่งต่าง ๆ ที่เป็นเหตุแทรกแซงระหว่างการอาจจะไม่ได้รับการตรวจสอบโดยรอบคอบ และศาลก็มิได้พิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวถึงความแตกต่าง แต่ก็ได้หมายความว่าอัยการจะพิจารณาคดีโดยขึ้นอยู่กับคำขอวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่ผู้ขอ หรือความสัมพันธ์ของบางบุคคลที่น่าสนใจ เขาอาจจะปฏิเสธการเข้าแทรกกลางเพื่อเข้าคุ้มครองผลประโยชน์ของนักแสดง ซึ่งมีบทบัญญัติคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยทั่วไป โอกาสของการนำเอาการร่วมมือของอัยการอาจจะเป็นส่วนสำคัญหากผู้เกี่ยวข้องเป็นผู้แข่งขันซึ่งมีส่วนได้เสีย

2.3 กระบวนการบริหาร (Administrative Procedures)

ข้อจำกัดในด้านศุลกากรเป็นการจัดกระบวนการพิเศษในการยับยั้งการนำเข้า ณ จุดผ่านแดนเพื่อเข้าสู่ประเทศ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิจะต้องแจ้งไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งโดยทั่วไปแล้วได้แก่ กรมศุลกากร ถึงสิทธิของตนเองที่มีอยู่และร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ๆ จำกัดการนำเข้าของสินค้าหรือบริการบางประเภท การนำเข้าในที่นี้แบ่งได้เป็นหลายกรณี อาทิเช่น ในกรณีของลิขสิทธิ์นั้นจะหมายถึง สินค้าหรือบริการ ที่ทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการคัดลอกหรือสำเนา นิยาย ละคร หรืองานทางดนตรี รวมทั้ง เทป หรือภาพยนตร์ที่ทำการลอกเลียนแบบ ส่วนในกรณีของเครื่องหมายทางการค้า เฉพาะการละเมิดโดยการใช้เครื่องหมายทางการค้าที่เกี่ยวข้องในแต่ละประเทศ เจ้าหน้าที่ศุลกากรจะแยกสินค้าที่มีลักษณะตามที่เจ้าของสิทธิได้แจ้งไว้ แต่เจ้าของสิทธิจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการนี้เองทั้งสิ้น แต่ดูเหมือนมาตรการนี้ยังคงไม่เป็นที่นิยมในการปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม สินค้าที่ติดเครื่องหมายทางการค้าปลอมจะถูกยึดได้ตามกฎหมายของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

ในระบบดังกล่าวมิได้นำมาใช้กับเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น แต่ในทางปฏิบัติถูกนำมาใช้โดยเจ้าพนักงานศุลกากรในการตรวจค้น การละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในบันทึกของศุลกากร มาตรการดังกล่าวเกี่ยวกับการละเมิดการนำเข้าที่กล่าวในข้างต้นก็อาจนำมาปรับใช้ได้

มาตรการด้านบริหารที่ใช้ในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิทรัพย์สินทางปัญญามีหลายประเภท อาทิ

- (1) การห้ามนำเข้าสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา
- (2) การอายัดไม่ให้นำสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาออกจากด่านศุลกากร
- (3) การห้ามไม่ให้ผู้ที่ครอบครองสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งผ่านศุลกากรมาแล้วขายสินค้านั้น หรือส่งนำเข้าสินค้านั้นต่อไป และ
- (4) การส่งสินค้าปลอมแปลง หรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญากลับคืนไปยังต้นทางในสภาพที่ไม่เปลี่ยนแปลง

2.3.1 การห้ามนำเข้าสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา

หลายประเทศที่กฎหมายห้ามนำเข้าสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ สหรัฐฯ Section 337 Tariff Act ค.ศ. 1930 ให้อำนาจคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ International Trade Commission (ITC) ที่จะทำการสืบสวนว่ามีการนำเข้า ขาย เสนอขาย หรือจำหน่ายจ่ายแจกสินค้าใดบ้างที่ปลอมแปลง หรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการรับรองในสหรัฐฯ หากพบว่าสินค้านั้น ITC มีอำนาจที่จะสั่งห้ามไม่ให้นำเข้า อายัดหรือยึดสินค้านั้นได้ มาตรการนี้ค่อนข้างที่จะมีประสิทธิภาพ เพราะ ITC สามารถดำเนินการสืบสวนและออก

คำสั่งได้รวดเร็ว แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีผลกระทบในทางลบต่อผู้ส่งออกจากต่างประเทศค่อนข้างมาก¹³

2.3.2 การอายัดไม่ให้นำสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาออกจากร้านสุลการ

การอายัดไม่ให้นำสินค้าปลอมแปลง หรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาออกจากร้านสุลการ อาจทำได้หลายวิธี กล่าวคือ

2.3.2.1 กำหนดให้การนำเข้าดังกล่าวเป็นความผิดทางสุลการ ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหน้าที่สุลการมีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้ดุลยพินิจอายัดสินค้าที่ต้องสงสัยได้เอง แต่วิธีนี้มักจะมีปัญหา เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่สุลการไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในด้านทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งบางกรณีเป็นเรื่องทางเทคนิคมาก ทำให้เจ้าหน้าที่สุลการไม่สามารถตัดสินได้ว่าสินค้าที่ต้องสงสัยปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ อนึ่งวิธีนี้เป็นวิธีที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่สุลการค่อนข้างมาก จึงเป็นวิธีที่ค่อนข้างรุนแรงหากเจ้าหน้าที่สุลการใช้อำนาจโดยไม่ถูกหรือใช้อำนาจไปในทางที่ผิด ซึ่งเป็นผลทำให้ผู้ต้องสงสัยได้รับความเสียหายมากหากกรณีไม่มีมูล

2.3.2.2 กำหนดให้เจ้าหน้าที่สุลการมีอำนาจที่จะหน่วยงานเวียนสินค้าที่ต้องสงสัยว่าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาไว้ชั่วคราว โดยในระหว่างนี้ผู้ทรงสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการสั่งให้เจ้าหน้าที่สุลการอายัดสินค้าดังกล่าวไว้ต่อไปหากประสงค์เช่นนั้น ไม่เช่นนั้นเจ้าหน้าที่สุลการจะต้องปล่อยสินค้านั้นออกไป หรือ

2.3.2.3 กำหนดเป็นหลักการให้เจ้าหน้าที่สุลการ ปล่อยสินค้าที่ต้องสงสัยว่าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาออกไปเสมอ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่สุลการหน่วยงานเวียนหรืออายัดสินค้าดังกล่าว ซึ่งเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาน้อยที่สุด

¹³ GATT Panel Report on United States-Imports of Certain Automotive Spring

ฝรั่งเศส ซึ่งให้ความสำคัญกับมาตรการนี้มากได้เลือกใช้วิธีที่ 2¹⁴ กล่าวคือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ศุลกากรพบสินค้าที่ต้องสงสัยว่าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา เจ้าหน้าที่ศุลกากรจะต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจคือ Regional Directorate ทาง Regional Directorate จะแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องให้ไปตรวจสอบสินค้าที่ต้องสงสัยฯ ภายใน 2 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจาก Regional Directorate ถ้าผู้ทรงสิทธิพบว่ามีภาระละเมิดจริง หากประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรอายัดสินค้านั้นไว้ผู้ทรงสิทธิฯ จะต้องไปร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรยึดสินค้านั้นไว้ต่อไป ถ้าผู้ทรงสิทธิฯ ไม่ดำเนินการเช่นนี้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ศุลกากรจะต้องปล่อยสินค้านั้นออกไป อย่างไรก็ตามมาตรการนี้ไม่ใช่บังคับกับสินค้าจำนวนน้อยที่ติดมาในกระเป๋าเดินทางของนักท่องเที่ยว หรือที่ส่งข้ามประเทศในลักษณะที่มีใช้เป็นการค้าเป็นจำนวนน้อย¹⁵ นอกจากนี้ยังให้สิทธิเจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอำนาจยึดสินค้าดังกล่าวได้ด้วยดุลยพินิจของตนเอง

2.3.3 การห้ามไม่ให้ผู้ที่ครอบครองสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งผ่านด่านศุลกากรมาแล้ว ขยายสินค้านั้นหรือส่งนำเข้าสินค้านั้นต่อไป

ในกรณีที่ปรากฏว่ามีความพลั้งเผลอหรือด้วยเหตุผลประการหนึ่งประการใดเป็นเหตุให้สินค้าปลอมแปลง หรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาสามารถผ่านด่านศุลกากรมาแพร่หลายอยู่ในตลาดได้

2.3.4 การส่งสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญากลับคืนไปยังต้นทางในสถานที่ไม่เปลี่ยนแปลง

ในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเช่นพนักงานศุลกากรสามารถที่จะส่งสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญากลับคืนไปยังต้นทางในสภาพที่ไม่เปลี่ยนแปลง (unaltered state)

¹⁴ Renoue, Jean-Claude, "The Contribution of the French Customs Authorities to the Fight Against Counterfeiting" *Supra* note 7., pp.144-145

¹⁵ *Ibid.*, pp.148

2.4 วิธีการดำเนินคดีในทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้ในกรณีที่ปรากฏเหตุการณ์ละเมิดแล้ว ตามปกติศาลของประเทศต่าง ๆ มักจะเรียกร้องให้โจทก์พิสูจน์ให้ได้ว่า

1. มีมูลคดีเกิดขึ้นจริง (prima facie case) และ
2. โจทก์มีโอกาสที่จะชนะคดีค่อนข้างมาก (likelihood of success)

นอกจากนี้ แม้ว่าโจทก์จะสามารถพิสูจน์ตาม (1) และ (2) ได้แล้วก็ตาม ศาลก็ยังต้องพิจารณาต่อไปว่า การออกคำสั่งดังกล่าวเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือกำลังจะเกิดขึ้นกับโจทก์หรือก่อให้เกิดพันธกรณีหรือความเสียหายแก่จำเลยจนเกินสมควรหรือไม่ โดยใช้หลักความสมดุลแห่งความเสียหายและพันธกรณีของโจทก์และจำเลย (balance of convenience) จากการออกคำสั่งดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา อนึ่ง ศาลจะพิจารณาด้วยว่าการออกคำสั่งดังกล่าวจะมีผลกระทบในทางลบต่อประชาชนโดยทั่วไป (effect on public interest) จนเกินสมควรหรือไม่¹⁶ ในเกือบทุกกรณีศาลจะเรียกร้องให้โจทก์วางเงินประกัน (bond) ไว้เพื่อเป็นค่าเสียหายแก่จำเลย ในกรณีที่ปรากฏภายหลังต่อมาว่าจำเลยไม่ได้ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของโจทก์และเป็นฝ่ายชนะคดี และในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วว่าจำเลยมีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ในกรณีที่โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี ศาลก็มักจะไม้ออกคำสั่งดังกล่าว

ในบางกรณี โดยเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าศาลมักจะออกคำสั่งดังกล่าวง่ายกว่ากรณีการละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ทั้งนี้เป็นไปได้ว่าการละเมิดใน

¹⁶ Markey, Howard T., "Enforcement of Industrial Property Rights In the United States" ใน Symposium on the Effective Protection of Industrial Property Rights จัดโดย WIPO, กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ระหว่างวันที่ 15-16 มิถุนายน ค.ศ.1987.,pp.8

กรณีทั้งสองสามารถเห็นได้ง่ายโดยไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์อย่างละเอียดลึกซึ้ง และใช้เวลานาน เช่น ในกรณีสิทธิบัตร¹⁷

ในหลายกรณี ศาลอาจออกคำสั่งดังกล่าวโดยมีคำขอของโจทก์แต่เพียงฝ่ายเดียว (ex parte request) ซึ่งการดำเนินการของศาลดังกล่าวนี้ กล่าวกันว่ามีประสิทธิภาพในการป้องกันความเสียหายแก่ฝ่ายโจทก์ และป้องปรามการกระทำอันเป็นละเมิดของจำเลยที่มีประสิทธิภาพที่สุด และรวดเร็วที่สุด อย่างไรก็ตามการดำเนินการของศาลดังกล่าวนี้ ก็มีอันตรายมากที่สุดเช่นเดียวกัน เพราะอาจตกอยู่ภายใต้ภาวะการนำไปใช้ในทางที่ไม่สุจริต (abuse) ได้โดยง่าย และอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่จำเลย ซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์และประชาชนโดยทั่วไปจนเกิดสมควรถกและแก้ไขให้คืนดียากในภายหลัง ดังนั้น ศาลในประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น อินเดีย และญี่ปุ่น จึงมักที่จะออกคำสั่งนี้จากคำขอเพียงฝ่ายเดียวของโจทก์ และมักที่จะเรียกจำเลยมาให้การก่อนออกคำสั่งนี้เสมอ ยกเว้นแต่ในกรณีที่การกระทำเช่นว่าของศาลจะทำให้จุดประสงค์ของการออกคำสั่งไร้ผลโดยสิ้นเชิง เช่น ความเสียหายได้เกิดขึ้นจนไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนดีได้ในภายหลัง แม้จะด้วยวิธีการชดใช้ค่าเสียหายก็ตาม

ศูนย์วิทยพัทธยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁷ Kline, Robert C., "Enforcement of Industrial Property Rights In the United States" ใน *Symposium on the Effective Protection of Industrial Property Rights* จัดโดย WIPO, กรุงเทพมหานคร ประเทศสวีเดนระหว่างวันที่ 15-16 มิถุนายน ค.ศ.1987.,pp.169-170