

บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นว่าประเทศไทยได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right หรือ TRIPs) ซึ่งเป็นความตกลงเกี่ยวกับการค้าและทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นความตกลงย่อยของ WTO ที่ประเทศสมาชิกจะต้องนำความตกลงดังกล่าวมาทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว แต่ทั้งนี้แม้ไทยจะได้ทำให้ความตกลง TRIPs มีผลทำให้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องมีความสอดคล้องโดยส่วนใหญ่ก็ตาม แต่กระบวนการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ทรงสิทธิกลับไม่สามารถที่จะดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีลักษณะไม่ส่งเสริมให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ทรงสิทธิดำเนินการบังคับสิทธิในทางแพ่งเพื่อเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับอันจะเห็นได้จากสถิติการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในปีพ.ศ. 2556 ที่มีถึง 5,149 คดี ส่วนในคดีแพ่งมีเพียง 65 คดี²⁸⁰ ซึ่งมีลักษณะไม่สอดคล้องกับเป้าประสงค์ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs ซึ่งให้การรับรองว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิเอกชนการบังคับสิทธิจึงควรที่จะมุ่งเน้นเป็นคดีแพ่งมากกว่าคดีอาญา ด้วยเหตุดังกล่าวในบทนี้จะทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาของมาตรการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของไทยโดยการเปรียบเทียบกับข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs ในฐานะที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของโลก และความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์เศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก (Trans-Pacific Partnership Agreement หรือ TPP) ในฐานะที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าต่างๆรวมถึงการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ทั่วโลกกล่าวว่ามีมาตรฐานความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงที่สุดในโลกในปี พ.ศ.2557 และมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา

²⁸⁰ ตัวเลขเป็นยอดรวมคดีที่เกี่ยวกับการบังคับสิทธิในกรณีเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตรรวมกัน โดยในคดีส่วนอาญา เป็นคดีเครื่องหมายการค้า 4,137 คดี ลิขสิทธิ์ 1,001 คดี และสิทธิบัตร 11 คดี ส่วนในคดีแพ่งเป็นคดีเครื่องหมายการค้า 15 คดี ลิขสิทธิ์ 47 คดี และสิทธิบัตร 3 คดี

ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ในฐานะที่เป็นประเทศกลุ่มสมาชิกเอเปกและความตกลง TPP ซึ่งเป็นประเทศของคู่ค้าที่สำคัญของไทยในอนาคตที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงพัฒนามาตรการกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของไทยให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลต่อไป

4.1 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับสิทธิทางแพ่ง

ในกรณีมาตรการบังคับสิทธิทางแพ่ง ความตกลง TPP กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองที่มากกว่าที่ความตกลง TRIPs กำหนด ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของศาล กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิพึงได้รับค่าไถ่จากการกระทำละเมิดของผู้ละเมิด การกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด การกำหนดสิทธิในข้อสนเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิด การกำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการตามมาตรการชั่วคราว เป็นต้น มาตรการเหล่านี้ในแต่ละประเทศมีการกำหนดไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันซึ่งอาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

4.1.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

ตามความตกลง TRIPs กำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาไว้อย่างกว้างๆ กล่าวคือ กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลจะมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอที่จะชดเชยความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้นั้น โดยผู้ละเมิดได้กระทำการละเมิดโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ ปัญหาจึงเกิดขึ้นคือค่าเสียหายอย่างเพียงพอที่ศาลจะสั่งให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิอันเนื่องจากการกระทำละเมิดนั้นมีค่าเสียหายประเภทใดบ้างและพิจารณาจากสิ่งใด เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ มูลค่าทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินทางปัญญานั้นประกอบด้วยปัจจัยในหลายๆด้าน อาทิเช่น คุณภาพของตัวสินค้า ชื่อเสียงของทรัพย์สินทางปัญญานั้นซึ่งขึ้นอยู่กับระยะเวลา และความนิยมชมชอบของประชาชน และการที่จะสร้างความนิยมชมชอบของประชาชนในตัวสินค้าภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญานั้นนอกจากตัวคุณภาพแล้วอาจจะขึ้นอยู่กับการลงทุนทางเทคโนโลยีในการค้นคว้า รวมถึงการลงทุนโฆษณา เป็นต้น ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่ามูลค่าทางเศรษฐกิจของตัวทรัพย์สินทางปัญญานั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยในหลายด้านด้วยกัน การกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิในหลายด้านด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเสื่อมเสียชื่อเสียงจากคุณภาพของสินค้าที่ได้มีการทำปลอมขึ้นเนื่องจากเป็นสินค้าที่ด้อยคุณภาพกว่า การขาดกำไรของผู้ทรงสิทธิจากการที่ประชาชนหันไปซื้อสินค้าปลอมมากกว่าซื้อ

สินค้าจริงของผู้ทรงสิทธิ เป็นต้น การคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ศาลจะพิจารณาจากสิ่งใดเนื่องจากสินค้าภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาของจริงมีมูลค่าที่สูงกว่าสินค้าของปลอมที่มีคุณภาพที่ด้อยกว่าซึ่งบางครั้งราคาอาจจะต่างกันเกือบหลายสิบเท่าด้วยกัน โดยศาลจะพิจารณาจากราคาของสินค้าของจริงซึ่งมีมูลค่าสูงในการคำนวณค่าขาดกำไรของผู้ทรงสิทธิ หรือพิจารณาจากราคาของสินค้าของปลอมซึ่งมีราคาที่ต่ำกว่าในการพิจารณาค่าเสียหายของผู้ทรงสิทธิ การใช้หลักพิจารณาที่ต่างกันนี้ย่อมส่งผลต่อค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับย่อมมีมูลค่าที่ต่างกันด้วย ซึ่งหากค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับไม่คุ้มกับมูลค่าของความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับจากการกระทำละเมิด หรือในบางครั้งอาจไม่คุ้มต่อการที่ผู้ทรงสิทธิเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการบังคับสิทธิทางแพ่ง ย่อมจะทำให้กระบวนการบังคับสิทธิทางแพ่งไม่ได้รับความนิยมนจากผู้ทรงสิทธิและยังส่งผลให้ผู้ทรงสิทธิหันไปดำเนินการบังคับสิทธิทางอาญาแทนซึ่งจะเห็นได้จากสถิติการดำเนินคดีที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ ซึ่งการบังคับสิทธิทางอาญามีวัตถุประสงค์เป็นการยับยั้งผู้กระทำละเมิดให้ต้องได้รับโทษทางอาญา ซึ่งมาตรการบังคับสิทธิทางอาญานั้นมิได้มุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาผู้ทรงสิทธิจากความเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเหมือนอย่างการบังคับสิทธิทางแพ่ง หากเป็นเช่นนี้ต่อไปผู้ทรงสิทธิย่อมขาดกำลังใจที่จะมุ่งมั่นคว้าสร้างสรรค์นวัตกรรมเทคโนโลยีใหม่ๆ ในอันที่จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมทั่วไป เนื่องจากเมื่อได้คิดค้นงานออกมาย่อมอาจโดนละเมิดและไม่ได้รับการเยียวยาตามความเป็นจริงที่ผู้ทรงสิทธิควรได้รับ อันจะส่งผลกระทบต่อสังคมที่จะมีความก้าวหน้าทางนวัตกรรมเทคโนโลยีในจำนวนที่น้อยลงตามไปด้วย

โดยความตกลง TPP ข้อ 12 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหายในการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายโดยให้พิจารณาจากราคาของสินค้าหรือบริการที่ละเมิด อัตราขายปลีก หรืออัตรามูลค่าที่แท้จริงที่นำเสนอโดยผู้ทรงสิทธิ และนอกจากนี้ยังกำหนดให้อย่างน้อยสุดในการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียง และกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้า ถ้าไรที่ผู้ละเมิดได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดให้ถือเป็นค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิพึงได้รับ และจำนวนดังกล่าวจะไม่ถูกนำมารวมคำนวณกับค่าเสียหายที่กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้²⁸¹ และในท้ายสุด

²⁸¹ ในกรณีที่ว่าด้วยเรื่องกำไรของผู้กระทำละเมิดนั้นมาจากแนวคิดที่ว่า ผู้กระทำละเมิดไม่ควรได้กำไรจากการที่ตนได้กระทำความผิด เพราะถือว่าเมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิผูกขาดที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากงานที่เกิดจากความคิดของตน การกระทำของบุคคลใดที่ทำการแสวงหาประโยชน์ในงานชิ้นนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาก็ถือว่าผลประโยชน์ของผู้กระทำละเมิดที่ได้รับเป็นการอาศัยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลประโยชน์เช่นนั้นควรที่จะคืนให้แก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้น

ในกรณีสิทธิบัตร ค่าเสียหายจากการละเมิดสิทธิบัตรที่ศาลสั่งจะต้องไม่น้อยกว่า “ค่าสิทธิที่สมเหตุสมผล” ด้วย

กรณีของสหรัฐอเมริกาบัญญัติเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และสิทธิบัตร ต่างก็มิได้กำหนดหลักการพิจารณาค่าเสียหายที่แท้จริงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (อาจปรากฏได้จากหลักการพิจารณาค่าเสียหายจากศาล) การพิจารณาค่าเสียหายที่แท้จริงอันเกิดจากการละเมิดเป็นไปตามหลักผู้ใดกล่าวอ้างภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้นั้น ในส่วนของกำไรใดๆที่ผู้กระทำละเมิดได้รับการกระทำละเมิดที่ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิได้รับนั้น กฎหมายกำหนดหลักการพิจารณาเอาไว้ โดยกำหนดให้นำหลักการพิสูจน์มาใช้ กล่าวคือ 17 U.S.Code § 504 กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิผู้กระทำละเมิดได้รับรายได้ขั้นต่ำเพียงใดส่วนผู้กระทำละเมิดเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบหักล้างในส่วนของการใช้จ่ายและกำไรในส่วนอื่นที่จะได้รับมาจากเหตุอื่นซึ่งนอกเหนือจากการกระทำละเมิดนั้น โดยกำไรในส่วนนี้จะต้องไม่รวมอยู่ในการคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงนั้น ซึ่งมาตรา 119 แห่ง Copyright Act (chapter 63) มาตรา 31 แห่ง Trademark Act (chapter 46) หรือมาตรา 67 แห่ง Patent Act (chapter 221) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างก็กำหนดในลักษณะเป็นอย่างเดียวกับรัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกาโดยเพียงกำหนดว่าผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นพึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากค่าเสียหายที่แท้จริง กำไรของผู้กระทำละเมิดที่ได้รับจากการกระทำละเมิด และค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

ในส่วนการพิจารณาค่าเสียหายในคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของญี่ปุ่นไม่ว่าจะเป็นกรณีลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิบัตรต่างก็มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ฟ้องอยู่ภายใต้พื้นฐานตามกฎหมายแพ่ง แต่หลักการพิจารณาพิจารณาค่าเสียหายการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานี้อยู่ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเภทเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ว่ากรณีลิขสิทธิ์มาตรา 114 แห่ง Copyright Act 1970 กรณีเครื่องหมายการค้ามาตรา 38 แห่ง Trademark Act 1959 หรือกรณีสิทธิบัตรมาตรา 102 Patent Act 1959 ต่างก็กำหนดในลักษณะเป็นอย่างเดียวกันคือ กำหนดในลักษณะของข้อสันนิษฐานของค่าเสียหายโดยให้พิจารณาถึงจำนวนสินค้าที่ถูกทำขึ้นโดยผิดกฎหมายคูณกับกำไรที่ผู้ทรงสิทธิพึงได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิดนั้น ทั้งนี้ค่าเสียหายดังกล่าวต้องไม่เกินกว่าความสามารถของผู้ทรงสิทธิในการขาย เมื่อนำมารวมคำนวณดังกล่าวก็จะได้เท่ากับค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์พึงได้รับ

การพิจารณาเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายไทยมีการกำหนดไว้โดยเฉพาะแต่กรณีลิขสิทธิ์มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และกรณีสิทธิบัตรมาตรา 77 ตรี แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ซึ่งต่างกำหนดไว้ในลักษณะเดียวกัน คือ ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิตามจำนวนที่ศาล

เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่าย อันจำเป็นในการบังคับสิทธิของผู้ทรงสิทธิตามที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งเป็นการกำหนดให้โจทก์เรียก ค่าเสียหายได้อย่างกว้างและกำหนดให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาค่าเสียหายที่ศาล จะมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ให้แก่โจทก์นั้นคำนึงจากพฤติการณ์แห่งคดีเป็นสำคัญ ซึ่งมีได้กำหนด หลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลว่าจะพิจารณาจากสิ่งใด อีกทั้งในกระบวนการดำเนินคดีทางแพ่ง ของศาลไทยเป็นระบบกล่าวหา ศาลไม่มีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริง หากโจทก์พิสูจน์ไม่ได้หรือ จำนวนค่าเสียหายดังกล่าวมีจำนวนที่สูงเกินไปศาลย่อมสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวน ค่าเสียหายดังกล่าวได้เองโดยคำนึงจากพฤติการณ์แห่งคดีดังกล่าวก็ได้²⁸²

ในส่วนกรณีของเครื่องหมายการค้าเมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ของไทยมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่จะถือว่าเป็นการละเมิดเพียงแต่กำหนดว่าสิทธิของเจ้าของ เครื่องหมายการค้ามีประการใดตามมาตรา 44 ดังนั้นการพิจารณาค่าเสียหายของกรณีเครื่องหมาย การค้าของศาลไทยนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้แก่คดี โดยการกระทำที่จะเป็นการ ละเมิดตามหลักทั่วไปจะต้องเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พานิชย์ “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย... แก่ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ถือว่าผู้นั้นจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” และ เมื่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิด เครื่องหมายการค้าเหมือนอย่างกรณีลิขสิทธิ์ กับกรณีสิทธิบัตร ในทางปฏิบัติศาลไทยได้นำ หลักเกณฑ์และบทบัญญัติเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพานิชย์มาตรา 438²⁸³ มาปรับใช้ในการพิจารณาและพิพากษาคดีแทน ซึ่งเพื่อพิจารณาจาก คำพิพากษาจะพบว่า การกำหนดค่าเสียหายของศาล เป็นการกำหนดค่าเสียหายโดยรวมๆมิได้มีการ จำแนกเป็นการเฉพาะเจาะจงว่า เงินที่โจทก์เรียกมาหรือเป็นกรณีที่ศาลกำหนดให้ แยกเป็นค่าไร ค่าใช้จ่าย หรือค่าขาดประโยชน์ต่างๆ เพราะในคำพิพากษาของศาลมักกำหนดจำนวนเงินในฐานะที่ เป็นค่าเสียหาย ซึ่งมีความหมายครอบคลุมจำนวนเงินใดๆที่โจทก์ร้องขอมาทั้งหมด²⁸⁴ แม้โจทก์จะ นำสืบเรื่องค่าเสียหายไม่ชัดแจ้งว่าเสียหายเท่าไรแน่ ศาลก็มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามความ

²⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554, 3085/2553, 5469/2552

²⁸³ มาตรา 438 “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่ พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนได้แก่..ค่าเสียหายอันพึงบังคับใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อขึ้นด้วย”

²⁸⁴ แหล่งเดิม. (น.97).

เหมาะสม²⁸⁵ และค่าเสียหายควรจะเป็นจำนวนเท่าใด ศาลย่อมวินิจฉัยให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438²⁸⁶

หากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับค่าเสียหายที่เกี่ยวกับคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในหลายๆกรณีแล้วจะพบว่าสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของไทยขึ้นอยู่กับ การพิสูจน์ของโจทก์และดุลพินิจของศาลเป็นสำคัญ โดยในแต่ละคดีจะไม่มีหลักเกณฑ์ที่ตายตัวว่าพิจารณาจากสิ่งใด ทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิจารณาค่าเสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นกรณีลิขสิทธิ์และกรณีสิทธิบัตร รวมถึงกรณีเครื่องหมายการค้าที่ศาลใช้มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้แก่คดี ก็ล้วนแต่ให้อำนาจศาลในกาใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเป็นรายกรณีไปได้ ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวจะส่งผลเสียแก่โจทก์อยู่หลายประการไม่ว่าจะเป็นในแง่กระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่โจทก์มีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเพียงใด ซึ่งอย่างที่กล่าวไว้แล้วว่าการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในหลายด้านด้วยกัน ซึ่งมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจเหล่านี้เป็นที่ชัดเจนในแง่ทางการตลาด หรือทางเศรษฐศาสตร์ อาทิ ค่าขาดโอกาสในการลงทุน เป็นต้น ซึ่งค่าเสียหายเหล่านี้ไม่ค่อยจะได้รับการพิจารณาในแง่กฎหมายในชั้นพิจารณาของศาลไทย อีกทั้งในการพิสูจน์ค่าเสียหายของโจทก์จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านของทนายความ ซึ่งในค่าเสียหายในทรัพย์สินทางปัญญา ทนายโจทก์จำเป็นต้องมีความรู้เกี่ยวกับหลักเศรษฐศาสตร์ในระดับหนึ่งเพราะอย่างที่กล่าวมาแล้วความเสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาอาจก่อให้เกิดความเสียหายในหลายๆด้าน เช่น ความเสียหายจากขาดรายได้ที่ควรได้รับการประกอบธุรกิจ ความเสียหายจากขาดรายได้ที่ควรจะได้ ความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดของจำเลย ความเสียหายต่อสถานะความน่าเชื่อถือต่อการประกอบการลงทุนในอนาคต เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนมีความเกี่ยวข้องกับหลักวิชาทางเศรษฐศาสตร์จำเป็นต้องอาศัยผู้มีความรู้ในด้านนี้ในการที่จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายและพิสูจน์เพื่อให้ศาลเห็นถึงความเสียหายดังกล่าว²⁸⁷ หากโจทก์ไม่สามารถ

²⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2521

²⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 481/2526

²⁸⁷ ระบบการพิจารณาคดีแพ่งของไทยเป็นระบบกล่าวหาศาลไม่มีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริง หากผู้เสียหายไม่สามารถนำพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือมาแสดงหรือไม่ได้นำสืบพยานหลักฐาน ย่อมส่งผลให้ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสม

พิสูจน์ได้ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจไม่ให้ค่าเสียหายในส่วนดังกล่าวได้²⁸⁸ อีกทั้งบทบัญญัติที่กล่าวมาเหล่านี้มิได้กำหนดกรณีกำไรของผู้กระทำละเมิดที่โจทก์พึงได้รับนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริงเหมือนอย่างกรณีความตกลง TPP สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งประเทศต่างๆ เหล่านี้ล้วนกำหนดให้กำไรของผู้กระทำละเมิดถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์พึงได้รับด้วย²⁸⁹

การที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดว่าพิจารณาจากสิ่งใดจึงทำให้ในบางครั้งศาลได้ใช้หลักพิจารณาค่าเสียหายในแต่ละคดีแตกต่างกันออกไป ส่งผลให้ค่าเสียหายที่ศาลมีคำสั่งมักจะกำหนดเป็นจำนวนที่น้อยกว่าความเป็นจริงที่โจทก์ได้รับผลกระทบจากการกระทำละเมิดนั้น ซึ่งส่งผลให้ความนิยมที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจะดำเนินการมาตรการบังคับสิทธิทางแพ่งมีจำนวนที่ลดลงไปด้วย เนื่องจากค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิได้รับชดเชยตามคำสั่งศาลนี้มีจำนวนน้อยกว่าที่ผู้ทรงสิทธิได้รับผลกระทบ อีกทั้งผู้ทรงสิทธิยังต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการบังคับสิทธิทางแพ่งซึ่งมีจำนวนค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่มากกว่าการเปรียบเทียบกับการบังคับสิทธิทางอาญา เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมส่งผลให้ผู้ทรงสิทธิหันไปนิยมดำเนินการกระบวนการบังคับสิทธิทางอาญาแทน เนื่องจากเสียค่าใช้จ่ายที่น้อยเพราะการบังคับสิทธิทางอาญาเป็นกระบวนการที่ผลกระทบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้ตกอยู่แก่รัฐ เพราะลักษณะการดำเนินคดีอาญาในไทยนับตั้งแต่ผู้เสียหายร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อดำเนินการจับกุมผู้กระทำผิด ภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตกอยู่แก่รัฐทั้งสิ้น การที่ระบบการบังคับสิทธิทางแพ่งในคดีทรัพย์สินทางปัญญามีมูลค่าสูงและไม่มีประสิทธิภาพในเรื่องระยะเวลาในการดำเนินการรวมถึงจำนวนค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับมีจำนวนน้อยหากเทียบกับความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิพึงได้รับจากการกระทำละเมิด ย่อมทำให้การเข้าถึงการบังคับสิทธิทางแพ่งในคดีทรัพย์สินทางปัญญานั้นลดน้อยไปในตัว

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐสิงคโปร์ ญี่ปุ่น และประเทศไทย จะพบว่ามิเพียงแต่ประเทศญี่ปุ่นเท่านั้นที่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคำนวณค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า ซึ่งกำหนดในลักษณะข้อสันนิษฐานทางกฎหมายโดยนอกจากประเทศญี่ปุ่นแล้วประเทศอื่นๆต่างกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิเท่านั้นเป็นผู้มี

²⁸⁸ โดยในการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดที่ศาลจะมีคำสั่งให้จำเลยชดเชยให้แก่โจทก์นั้น ศาลจะพิจารณาจากการกระทำของจำเลยว่าเป็นเหตุทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเพียงใด การกระทำละเมิดของจำเลยทำให้ยอดจำหน่ายสินค้าของโจทก์ลดลงอันทำให้โจทก์พึงได้รับความเสียหายเพียงใด

²⁸⁹ แม้จะมีคำพิพากษาฎีกาที่ 9602/2554 ในกรณีของลิขสิทธิ์ที่ศาลตัดสินในลักษณะให้ถือว่าผลประโยชน์ที่เป็นกำไรซึ่งจำเลยได้รับจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ดังกล่าว เป็นจำนวนค่าเสียหายที่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

หน้าที่พิสูจน์ความเสียหายที่ตนได้รับจากการละเมิด การที่ความตกลง TPP ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดให้ศาลพิจารณาค่าเสียหายจากราคาของสินค้าหรือบริการที่ละเมิด อัตราขายปลีก หรืออัตรามูลค่าที่แท้จริงที่เสนอโดยผู้ทรงสิทธิ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้จะทำให้มีความชัดเจนระดับหนึ่งในการที่โจทก์จะนำพยานหลักฐานเข้าสืบถึงความเสียหายที่โจทก์พึงได้รับ แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาค่าเสียหายโดยใช้หลักเกณฑ์แต่มูลค่าของสินค้าที่ทำละเมิดอาจจะมิได้สะท้อนค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์พึงได้รับ ตัวอย่างเช่น หากสินค้าที่จำเลยทำขึ้นโดยละเมิดมีจำนวนมากซึ่งหากคำนวณมูลค่าสินค้าที่ทำละเมิดกับจำนวนสินค้านั้นอาจจะได้จำนวนค่าเสียหายที่มากกว่าจำนวนความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับ (มูลค่าทางเศรษฐกิจที่โจทก์พึงได้รับโดยปกติจากการหาประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญาของตนหากมิได้มีการละเมิดเกิดขึ้น) และในท้ายที่สุดในการนี้ของสิทธิบัตร ความตกลง TPP กำหนดให้ค่าเสียหายนั้นอย่างน้อยที่สุดจะต้องไม่ต่ำกว่าค่าสิทธิที่สมเหตุสมผลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรอาจได้ประโยชน์จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรนั้น

ดังนั้นแม้ความตกลง TPP จะกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของศาลในอันที่จะสร้างความชัดเจนในการนำสืบและกำหนดค่าเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าเสียหายดังกล่าวตามความตกลง TPP ก็ควรที่จะไม่เกินความเสียหายที่โจทก์พึงได้รับจริงด้วย ซึ่งหากไทยจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายจากการละเมิดเพื่อสร้างความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าข้อสันนิษฐานของการพิจารณาค่าเสียหายของญี่ปุ่นน่าจะเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถกำหนดค่าเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความสอดคล้องกับที่ความตกลง TPP กำหนด

4.1.2 ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด

ความตกลง TPP ข้อ 12 กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้กระบวนการยุติธรรมแพ่งอย่างน้อยที่สุดในการกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิข้างเคียงจะก่อตั้งหรือจัดทำระบบที่เกี่ยวกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory damages) ซึ่งเจ้าของสิทธิสามารถเลือกได้ โดยค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดจะต้องมีจำนวนที่เพียงพอต่อการที่จะยับยั้งการกระทำละเมิดในอนาคต และชดเชยแก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอต่อการกระทำละเมิด ในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิบัตรประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิ่มค่าเสียหายที่เป็นที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจำนวนในที่นี่ให้เพิ่มถึงสามเท่าของจำนวนค่าเสียหายที่ได้รับ หรือประเมินได้

หลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดที่ความตกลง TPP มิได้กำหนดว่า จะต้องพิจารณาจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้นี้จากสิ่งใด เพียงแต่กำหนดว่าค่าเสียหายที่

กฎหมายกำหนดจะต้องเพียงพอต่อการที่จะยับยั้งการกระทำละเมิดในอนาคต และชดใช้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอต่อการกระทำละเมิดเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับการเยียวยาอย่างเพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันสืบเนื่องมาจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาความเสียหายเท่านั้นหาได้มีเป้าหมายที่จะยับยั้งการกระทำละเมิดที่จะมีขึ้นในอนาคตอย่างค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไม่

ความตกลง TRIPs ได้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นเดียวกันแต่กำหนดในลักษณะที่มีได้บังคับให้ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม โดยข้อ 45 แห่งความตกลง TRIPs กำหนดว่า “....ในกรณีที่เหมาะสมประเทศสมาชิกอาจอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลมีอำนาจที่จะสั่งผู้ละเมิดจ่ายคืนกำไรและ/หรือให้จ่ายค่าเสียหายซึ่งเป็นที่ยอมรับอยู่ก่อนแล้ว แม้ว่าผู้ละเมิดจะมีได้กระทำการละเมิดโดยรู้หรือมีเหตุอันควรได้รู้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าความตกลง TRIPs มิได้กำหนดในลักษณะบังคับและมีได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิจะสามารถเลือกรับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้แทนค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอย่างความตกลง TPP จำเลยในการกระทำละเมิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจงใจกระทำละเมิด ซึ่งศาลอาจกำหนดให้ในอัตราขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดก็ได้หากโจทก์สามารถนำสืบได้ถึงลักษณะความจงใจแห่งการกระทำของจำเลยดังกล่าว และหากปรากฏแก่ศาลว่าจำเลยมิได้มีความจงใจที่จะกระทำละเมิดศาลก็อาจใช้ดุลพินิจกำหนดอัตราค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดลงเหลืออัตราขั้นต่ำสุดก็ได้ แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดของสหรัฐอเมริกาในกรณีลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่แตกต่างกันเล็กน้อยคือ เฉพาะในกรณีของเครื่องหมายการค้าเมื่อศาลกำหนดอัตราค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแล้วกฎหมายกำหนดให้นำอัตราดังกล่าวไปคูณกับจำนวนสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าจึงจะได้เท่ากับจำนวนค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดที่จำเลยพึงต้องชดใช้แก่โจทก์ ซึ่งในกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐสิงคโปร์เองต่างก็กำหนดหลักเกณฑ์ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้มีลักษณะอย่างเดียวกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดตามรัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว

กรณีของประเทศญี่ปุ่นนั้นไม่มีการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดอย่างสหรัฐอเมริกามีแต่การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าเสียหายที่แท้จริงโดยใช้หลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายโดยพิจารณาจากยอดขายสินค้าของผู้กระทำละเมิด กล่าวคือ กำหนดให้ค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับพิจารณาจากยอดขายสินค้าของผู้กระทำละเมิดเป็นสำคัญ

หลักเกณฑ์การคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงกับหลักเกณฑ์ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้ว่ามีหลักการพิจารณาที่ต่างกัน ตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์การคำนวณค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดของสหรัฐอเมริกา มิได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับในการกำหนด

ค่าเสียหายดังกล่าว แต่จะใช้พหุติการณแห่งการกระทำละเมิดของจำเลยในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวโดยจะเห็นได้จากที่ 15 U.S.Code § 504 กำหนดในลักษณะที่ให้อำนาจศาลในการเพิ่มค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดกว่าอัตราปกติได้ถึง 150,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา หากโจทก์สามารถนำสืบได้ถึงลักษณะแห่งการกระทำของจำเลยในการกระทำละเมิดมีลักษณะเป็นการจงใจกระทำละเมิด หรือหากปรากฏแก่ศาลว่าจำเลยมิได้มีความจงใจที่จะกระทำละเมิดดังกล่าวก็ให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดลดค่าเสียหายลงเหลือไม่เกิน 200 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาก็ได้ และเมื่อค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้มีได้กำหนดโดยพิจารณาจากความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับการที่ศาลกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวแก่คดีโดยยึดตามอัตราที่กฎหมายได้กำหนดดังกล่าวไว้อาจเกิดกรณีที่ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดดังกล่าวมีจำนวนที่สูงเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับได้ ตัวอย่างเช่น ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่จำเลยกระทำละเมิดอาจมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำละเมิดดังกล่าวไม่ถึง 750 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ซึ่งอัตราดังกล่าวเป็นอัตราขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดสำหรับค่าเสียหายดังกล่าว เช่นนี้หากโจทก์สามารถพิสูจน์ความจงใจแห่งการกระทำละเมิดของจำเลยได้ ศาลย่อมจะต้องกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวตั้งแต่ 750 ถึง 150,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง เป็นต้น ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้เป็นการกำหนดเกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับ ถือได้ว่าค่าเสียหายลักษณะดังกล่าวเป็นค่าเสียหายในลักษณะลงโทษจำเลยในทางหนึ่งเช่นเดียวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ศาลพิจารณาโดยกำหนดค่าเสียหายที่จำเลยจะต้องชดใช้ให้แก่โจทก์มีจำนวนที่มากกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง โดยการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเป็นการพิจารณาจากพหุติการณความรุนแรงแห่งการกระทำของจำเลยเป็นสำคัญ โดยค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษจำเลยด้วยค่าเสียหายทางแพ่ง

เมื่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดในประเทศไทย ค่าเสียหายที่ผู้ทรงสิทธินั้นพึงได้รับก็มีเพียงแต่ค่าเสียหายที่แท้จริงที่การกำหนดค่าเสียหายว่ามีจำนวนเท่าใดขึ้นอยู่กับดุลพินิจศาล โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายรวมทั้งการสูญเสียผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายในการบังคับสิทธิของผู้ทรงสิทธิ อีกทั้งจำต้องอาศัยความสามารถของทนายความผู้ชำนาญในการทำหน้าที่นำหลักฐานมาพิสูจน์อีกทั้งความสามารถในการนำเสนอถึงความเสียหาย ซึ่งค่าเสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถเชิงเศรษฐศาสตร์ในการพิสูจน์ค่าเสียหายดังกล่าว โดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ค่าเสียหายที่กฎหมายเอาไว้มิเพียงแต่กำหนดให้อำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย

รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้ทรงสิทธิ การที่ความตกลง TPP กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้อย่างน้อยที่สุดในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียง ประเทศสมาชิกจะต้องก่อตั้งหรือจัดทำระบบที่เกี่ยวกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดซึ่งเจ้าของสิทธิสามารถเลือกได้ หากไทยจะต้องเข้าร่วมความตกลง TPP ดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าจำต้องทำการค้นคว้าเพิ่มเติมถึงหลักเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดดังกล่าว อย่างไรก็ตามอัตราค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้จะมิอัตราเท่าใดจึงจะเหมาะสมกับสังคมไทยที่จะทำให้ค่าเสียหายดังกล่าวสามารถทำหน้าที่ป้องปรามการกระทำละเมิดในอนาคตและยังช่วยให้ผู้ทรงสิทธิซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างมีประสิทธิภาพทั้งจำนวนค่าเสียหายและระยะเวลาของการบังคับสิทธิจำเป็นที่จะต้องพิจารณาโดยละเอียดต่อไป

หากพิจารณาถึงผลดีผลเสียของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวก็อาจถือได้ว่าผลดีอาจจะตกแก่ฝั่งเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ทรงสิทธิที่จะสามารถเลือกรับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้เพื่อเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับแทนค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งอาศัยความรู้ความชำนาญของทนายความในการนำพยานหลักฐานเข้าสู่ถึงความเสียหายดังกล่าว หากไม่สามารถพิสูจน์ได้หรือศาลเห็นว่าไม่สมควรตามพฤติการณ์แห่งคดีก็อาจจะกำหนดจำนวนค่าเสียหายตามที่ดุลพินิจของศาลเห็นสมควร อีกทั้งเพื่อเป็นการตอบสนองการเยียวยาได้อย่างพอเพียง การกำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนี้จึงอาจจะช่วยลดภาระการพิสูจน์ของโจทก์ลงได้รวมทั้งยังผลให้เกิดการป้องปรามการละเมิดขึ้นอีกด้วย²⁹⁰ ซึ่งค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดที่มีอัตราที่แน่นอนชัดเจนโจทก์สามารถคาดเดาได้ว่าจำนวนค่าเสียหายที่ตนจะได้รับจากค่าเสียหายที่แท้จริงกับค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด จำนวนใดจะสามารถเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่ากันหากเทียบกับภาระการพิสูจน์ที่ตนมีหน้าที่พิสูจน์²⁹¹

แต่อย่างไรก็ตามได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 โดยกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอำนาจศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงชดใช้ค่าเสียหายเพิ่มเติมขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหาย โดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

²⁹⁰ World Intellectual Property Organization., *Which kind of damages are available in IP disputes?*. สืบค้น 8 กุมภาพันธ์ 2557, จาก <http://www.wipo.int/enforcement/en/faq/judiciary/faq08.html#pre>

²⁹¹ กรณีค่าเสียหายที่แท้จริงโจทก์มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมานำสืบถึงความเสียหายที่ตนได้รับจากการกระทำละเมิดของจำเลย แต่ในส่วนกรณีค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดโจทก์มีหน้าที่พิสูจน์เฉพาะแต่ความจงใจในการกระทำละเมิดของจำเลย

(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 ดังกล่าว กำหนดให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

“ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์ของนักแสดงสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง”

การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 กำหนดแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่ศาลได้สั่งให้จำเลยชดเชยให้แก่โจทก์นี้ ถือได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการที่กฎหมายลิขสิทธิ์นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็นหลักกฎหมายในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์มาใช้แก่กรณีกฎหมายลิขสิทธิ์²⁹² ซึ่งหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้มีปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เป็นต้น

4.1.3 การเยียวยาความเสียหายอื่น

การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีได้มีเฉพาะแต่การเยียวยาด้วยค่าเสียหายและการเยียวยาตามมาตรการชั่วคราวโดยศาลเท่านั้น เนื่องจากการกระทำละเมิดหนึ่งๆ ประกอบด้วยหลายส่วน ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ทรงสิทธิควรพึงได้รับหากไม่มีการกระทำละเมิด หรือความเสียหายจากสิ่งของที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นสินค้าที่ถูกทำขึ้นมาโดยละเมิด วัสดุหรืออุปกรณ์ที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในการกระทำละเมิด เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นวัตถุที่สร้างความเสียหายแก่ตัวเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผู้ทรงสิทธิทั้งสิ้น ซึ่งในความตกลง TRIPS ได้มีการกำหนดไว้ในส่วนที่สอง ว่าด้วยการกระบวนและการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งและทางบริหารในข้อ 46 การเยียวยาความเสียหายอื่นๆ โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้จำหน่ายทั้งนอกช่องทางพาณิชย์ซึ่งสินค้าที่ตนพบว่ามีการละเมิด โดยไม่มีการชดเชยค่าเสียหายไม่ว่าในรูปใด ในลักษณะที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายใดๆ ที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ทรงสิทธิหรือหากการกระทำดังกล่าวข้างต้นขัดต่อข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ก็ให้ทำลายสินค้านั้น โดย

²⁹² ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์กล่าวว่า การกำหนดค่าเสียหายให้เท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงไม่สามารถจูงใจให้เกิดการใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสมได้ ในการจูงใจให้เกิดการใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสม ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายให้สูงกว่ามูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อให้ค่าเสียหายครอบคลุมถึงอรรถประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับจากการใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่ำกว่าระดับที่เหมาะสมด้วย (แหล่งเดิม. (น. 2-15)

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลจะมีอำนาจที่จะสั่งจำหน่ายทั้งนอกช่องทางเชิงพาณิชย์ซึ่งวัสดุและอุปกรณ์ที่มีส่วนสำคัญในการผลิตสินค้าละเมิดโดยไม่มีการชดเชยค่าเสียหายไม่ว่าในรูปใดในลักษณะที่จะลดการเสี่ยงในการเกิดการละเมิดครั้งต่อไปให้เหลือน้อยที่สุด ซึ่งความตกลง TRIPs กำหนดให้กระบวนการดังกล่าวเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องยื่นคำร้องขอให้มีการจำหน่ายทั้งนอกช่องทางพาณิชย์ ทำลาย หรือดำเนินการอื่นใดตามที่กำหนด อันจะเห็นได้จากความตกลง TRIPs กำหนดให้การพิจารณาคำขอดังกล่าว ให้คำนึงถึงความจำเป็นที่จะต้องรักษาสัดส่วนระหว่างความร้ายแรงของการละเมิดกับการเยียวยาความเสียหายที่สั่งให้ใช้ รวมทั้งผลประโยชน์ของบุคคลที่สามด้วย นอกจากนี้ความตกลง TRIPs ยังกำหนดกรณีขึ้นต่อกันด้วยซึ่งได้แก่กรณีสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าปลอม การกระทำแต่เพียงลบเครื่องหมายการค้าที่ติดไว้โดยผิดกฎหมายไม่เป็นการเพียงพอที่จะอนุญาตให้ปล่อยสินค้าดังกล่าวเข้าสู่ช่องทางเชิงพาณิชย์ เว้นแต่ในกรณีที่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นพิเศษ ซึ่งเห็นได้ว่ากรณีการทำลาย หรือการจำหน่ายทั้งนอกช่องทางพาณิชย์ ความตกลง TRIPs ถือเป็นกระบวนการเยียวยาความเสียหายอื่นๆ ประการหนึ่งนอกจากการเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหาย

ตามความตกลง TPP ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจในการ ทำลาย หรือ จำหน่ายทั้งนอกช่องทางพาณิชย์ของศาลข้อ 12 กำหนดหลักเกณฑ์การทำลาย หรือจำหน่ายทั้งนอกช่องทางพาณิชย์ไว้สองกรณี กล่าวคือ กรณีพบสินค้าปลอมแปลงหรือที่ละเมิดลิขสิทธิ์ กับกรณีพบวัสดุ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการสร้างหรือทำต่อสินค้าปลอมแปลงหรือที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยในกรณีพบสินค้าปลอม หรือละเมิดลิขสิทธิ์ตามความตกลง TPP กำหนดแต่เพียงกรณีเดียวคือให้ทำลายซึ่งสินค้านั้น เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นกำหนดไว้เป็นพิเศษ การกระทำแต่เพียงลบเครื่องหมายการค้าที่ติดไว้โดยผิดกฎหมาย ไม่เป็นการเพียงพอที่จะอนุญาตให้ปล่อยสินค้าดังกล่าวเข้าสู่ช่องทางพาณิชย์ และในกรณีของวัสดุหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการสร้างหรือทำต่อสินค้าปลอมแปลง หรือละเมิดลิขสิทธิ์ กำหนดเพิ่มในกรณีการทำลายโดยให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งทำลาย หรือจะมีคำสั่งจำหน่ายทั้งนอกช่องทางพาณิชย์ โดยมีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นการกระทำในลักษณะที่จะต้องลดความเสี่ยงในการเกิดการละเมิดครั้งต่อไปให้เหลือน้อยที่สุด

รัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดให้อำนาจศาลที่จะมีคำสั่งในการให้ส่งมอบ ยึด และทำลายซึ่งสินค้า สำเนางานหรือสิ่งบันทึกเสียง และรวมตลอดถึงสิ่งที่จะใช้ในการผลิตสิ่งดังกล่าวข้างต้น โดยในส่วนเกี่ยวกับมาตรการในการจัดการกับตัวสินค้า สำเนางานหรือสิ่งบันทึกเสียง และรวมตลอดถึงสิ่งที่จะใช้ในการผลิตสิ่งดังกล่าวข้างต้น 17 U.S.Code § 503 กำหนดกรณีของลิขสิทธิ์ให้ศาลอาจพิพากษาเกี่ยวกับสำเนางานหรือวัสดุที่เป็นการละเมิดหรือใช้ในการกระทำละเมิดได้สองประการคือ ศาลอาจมีคำพิพากษาให้ทำลายหรือจัดการโดยวิธีอันสมควร

ในการที่จะควบคุมซึ่งสิ่งดังกล่าวข้างต้นก็ได้ ในส่วนของเครื่องหมายการค้า 15 U.S.Code § 1118 กำหนดการจัดการเกี่ยวกับสิ่งใดๆที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ให้ศาลอาจมีคำสั่งให้ทำลาย ซึ่งสิ่งดังกล่าวได้โดยมิได้มีการกำหนดวิธีการอื่นอันสมควรในการจัดการสิ่งของที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าขึ้นอย่างกรณีของลิขสิทธิ์ แต่ในส่วนของสิทธิบัตรแม้กฎหมายจะมีได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการสิ่งของที่ละเมิดสิทธิบัตรไว้เป็นการเฉพาะ แต่ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้จัดการสิ่งของที่ละเมิดนั้นได้ไม่ว่าจะเป็นการทำลาย การทำให้ใช้การไม่ได้ หรือการส่งออกไปนอกประเทศ สำหรับกรณีของญี่ปุ่นไม่ว่าจะเป็นกรณีลิขสิทธิ์มาตรา 112 กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ.1970 กรณีสิทธิบัตรมาตรา 100 กฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ.1959 หรือกรณีเครื่องหมายการค้ามาตรา 36 กฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1959 ต่างก็กำหนดในลักษณะให้ผู้ทรงสิทธิสามารถที่จะร้องขอให้ศาลมีมาตรการที่จำเป็นในการที่จะขัดขวางการกระทำที่เป็นการละเมิดนั้น ซึ่งมาตรการที่จำเป็นดังกล่าวรวมถึงการทำลายสิ่งของซึ่งเป็นการละเมิดนั้นและวัตถุดิบที่ใช้ในการกระทำผิดด้วย

กฎหมายลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีการกำหนดมาตรการเยียวยาความเสียหายอื่นนอกจากการเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหาย ถ้าใครที่ผู้ละเมิดได้รับเนื่องจากการละเมิด ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด หรือมาตรการชั่วคราวโดยคำสั่งศาล นั่นก็คือ มาตรการคำสั่งศาลให้มีการส่งสิ่งของที่กระทำขึ้นเป็นการละเมิดที่อยู่ในความครอบครองของจำเลย หรืออยู่ในอำนาจศาลเพื่อจัดส่งให้แก่โจทก์หรือบุคคลที่สามตามที่ศาลเห็นสมควรซึ่งกำหนดอยู่ในมาตรา 120 และมาตรา 120A แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (ตอนที่63) นอกจากนี้ภายหลังจากที่ศาลให้มีคำสั่งจัดส่งดังกล่าว โจทก์อาจมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งทำลายหรือจัดการด้วยวิธีการอื่นใดตามที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นการป้องกันผลประโยชน์ของโจทก์และจะต้องไม่ส่งผลเสียต่อโจทก์ด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการสิ่งของที่ทำขึ้นโดยละเมิดในกระบวนการทางแพ่งอย่างชัดเจน และนอกจากนี้ในกรณีเครื่องหมายการค้ากฎหมายเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐสิงคโปร์มาตรา 32 แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า (ตอนที่46) ยังกำหนดให้อำนาจศาลในการที่จะมีคำสั่งให้ลบ เอาออก หรือจำกัด ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายออกจากตัวสินค้า วัสดุ หรือสิ่งอื่นใดที่มีเครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายดังกล่าวปรากฏอยู่ก็ได้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสอดคล้องกับลักษณะความเสียหายจากการละเมิดเครื่องหมายการค้า เนื่องจากความเสียหายจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าเกิดจากการใช้ตัวเครื่องหมายการค้าโดยมิได้รับอนุญาตเป็นสำคัญหาได้เกิดจากสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายเป็นหลัก อย่างไรก็ตามการที่ความตกลง TRIPs หรือความตกลง TPP ต่างมีบทกำหนดเกี่ยวกับการจัดการสิ่งของที่มี

เครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายนั้นก็เพื่อที่จะทำให้สินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายไม่สามารถกลับเข้าสู่ช่องทางพาณิชย์อันสร้างความเสียหายแก่ใจท์ก็ได้ อีก และโดยทั่วไปสินค้าปลอมแปลงภายใต้เครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายก็มักจะใช้วัตถุดิบที่ด้อยคุณภาพกว่าสินค้าที่เป็นของจริง การปล่อยให้สินค้าดังกล่าวอยู่ในช่องทางพาณิชย์ย่อมส่งผลเสียต่อผู้บริโภคซึ่งต้องบริโภคสินค้าที่ด้อยคุณภาพนั้น ดังนั้นการลบแต่เพียงเครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายจึงไม่เป็นการเพียงพอที่จะอนุญาตให้สินค้านั้นเข้าสู่ช่องทางพาณิชย์ได้อีก เช่นนี้มาตรการกฎหมายดังกล่าวของสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงน่าจะไม่สอดคล้องกับความตกลง TPP ที่กำหนดให้กรณีสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องถูกทำลาย ซึ่งการลบเครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายไม่เป็นการเพียงพอที่จะอนุญาตให้ปล่อยสินค้านั้นเข้าสู่ช่องทางพาณิชย์

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้นไม่พบว่ามีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยฉบับใดที่กำหนดให้อำนาจศาลในคดีแพ่งดำเนินการจัดการ ธิบ หรือทำลายบรรดาสิ่งที่ทำขึ้นโดยผิดกฎหมายนั้น ซึ่งหากพิจารณาบทกฎหมายของไทยเกี่ยวกับการมาตรการในการจัดการทรัพย์สินที่เกิดจากการกระทำละเมิดในทางแพ่งแล้วจะพบว่าบทบัญญัติทั้งหลายล้วนกำหนดไว้แต่ในส่วนของคดีอาญา เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2522 ที่กำหนดอยู่ในหมวดที่ 5 ว่าด้วยบทเบ็ดเตล็ด มาตรา 77 จัตวา ซึ่งบทบัญญัติใช้คำว่า “ธิบ” ซึ่งการธิบถือได้ว่าเป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา หรือแม้แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 นั้นต่างก็บัญญัติไว้ในหมวดทางอาญา โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กำหนดไว้ในหมวด 8 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ มาตรา 75 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ถูกกำหนดในหมวด 6 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ มาตรา 115 เช่นนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่าบทกฎหมายของไทยมิได้มีการกำหนดให้อำนาจศาลที่จะมีอำนาจสั่งธิบและมีคำสั่งจัดการเป็นประการใดในสิ่งของที่ทำขึ้นหรือนำเข้ามาโดยละเมิด หรือมีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดดังกล่าวแต่อย่างใด หรือแม้จะพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีการคุ้มครองตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 ก็มีเพียงการกำหนดให้ศาลอาจมีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาทเท่านั้น มิได้มีการกำหนดถึงวิธีการจัดการเกี่ยวกับบรรดาสิ่งของที่ทำขึ้นโดยผิดกฎหมายนั้น อีกทั้งยังเกิดผลประหลาดในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเลือกที่จะดำเนินคดีเฉพาะแต่กระบวนการทางแพ่ง เมื่อศาลมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิแล้ว กรณีสินค้าที่ทำขึ้นหรือวัสดุที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ทรงสิทธิ ศาลไม่มีมาตรการกฎหมายในการให้อำนาจจัดการต่อสินค้าหรือวัสดุ อุปกรณ์ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยอาจมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPs และความตกลง TPP จำเป็นที่ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์

ดังกล่าวเพิ่มเติมในคดีส่วนแพ่ง เพื่อให้มาตรการบังคับสิทธิทางแพ่งของไทยกรณีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามีความเป็นมาตรฐานสากล สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศ ยังผลให้สามารถเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิและป้องปรามการละเมิดที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

4.1.4 สิทธิในข้อสนเทศ

การกระทำการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีหนึ่งจะประกอบด้วยการกระทำหลายขั้นตอน และบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายคนด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นแรงงานผู้ผลิต ผู้ขนส่ง ผู้ค้า ผู้ให้บริการ ผู้ดูแล เป็นต้น มิได้จำกัดแต่ผู้ค้าหรือผู้นำเข้าซึ่งสินค้าที่ละเมิดเท่านั้น ข้อมูลเกี่ยวกับกระทำละเมิดนั้นจึงมีความสำคัญต่อผู้ทรงสิทธิในอันที่จะดำเนินมาตรการบังคับสิทธิที่กฎหมายกำหนดยับยั้งการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ และจะเป็นการลดการกระทำละเมิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไปได้อีกทางหนึ่ง

การบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดมกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง ความตกลง TPP ข้อ 12 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิทราบเกี่ยวกับการกระทำที่ผู้ละเมิดได้ครอบครอง หรือควบคุมเกี่ยวกับบุคคล หรือหน่วยงานใดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดและกระบวนการผลิต หรือการกระจายสินค้า หรือบริการ ผ่านช่องทางต่างๆ รวมถึงข้อมูลของบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิต และจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ละเมิด หรือช่องทางในการจำหน่ายด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดอำนาจศาลในส่วนที่ว่าด้วยข้อสนเทศที่เกี่ยวกับการกระทำละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นบทบาทการใช้อำนาจศาลในอันที่จะดำเนินมาตรการในการที่จะสามารถยับยั้งการกระทำละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เพิ่มเติมนอกเหนือจาก ความตกลง TRIPS ข้อ 47 ที่กำหนดในลักษณะให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการที่จะเลือกกำหนดในกฎหมายของประเทศสมาชิกเองโดยความตกลง TRIPS ใช้คำว่า “อาจจะ” โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ละเมิดแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิทราบเฉพาะแต่ข้อมูลเกี่ยวกับตัวบุคคลที่สามที่ร่วมในการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ละเมิด รวมทั้งช่องทางในการจำหน่ายด้วย เว้นแต่จะเกินกว่าความร้ายแรงของการละเมิด

มาตรการตามความตกลง TPP พยายามที่จะกำหนดให้การบังคับสิทธิทางแพ่งในส่วนสิทธิในข้อสนเทศของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีบทบาทในการป้องปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามากขึ้น โดยขยายขอบเขตซึ่งข้อมูลที่ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดแจ้งข้อมูลที่กำหนดแก่ผู้ทรงสิทธิ โดยกำหนดขยายให้ครอบคลุมไปถึงในทุกส่วนของการกระทำละเมิดนั้นๆ ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการผลิตรวมตลอดไปถึงการบริหารจัดการบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการผลิต และช่องทางการจำหน่ายสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยละเมิดนั้น และนอกจากนี้การที่ความตกลง TPP

กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้อำนาจศาลในการสั่งผู้กระทำละเมิดแจ้งในข้อสนเทศดังกล่าวและตัดในส่วนข้อยกเว้นว่าด้วยการให้ข้อสนเทศที่จะเป็นการเกินกว่าความร้ายแรงของการกระทำละเมิดนั้น ซึ่งการก้าวล่วงเช่นนี้จำเป็นต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงแห่งการละเมิดว่ามีความร้ายแรงมากกว่าความร้ายแรงของศาลในอันที่จะก้าวล่วงข้อมูลที่มีได้เกี่ยวกับตัวคู่กรณีโดยตรงหรือไม่ เพราะมิเช่นนั้นแล้วการกระทำดังกล่าวของศาลก็อาจเป็นการใช้บทบาทอำนาจของตนในการที่จะละเมิดสิทธิในข้อมูลข่าวสารของปัจเจกชนทั่วไป และหากคำนึงถึงลักษณะเนื้อหาแห่งคดีทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้ดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งนั้นเป็นเรื่องระหว่างฝ่ายผู้เสียหายกับผู้ละเมิดเท่านั้น การที่จะไปดำเนินการใดอันเป็นการส่งผลร้ายต่อบุคคลที่สามที่มีได้เกี่ยวกับคดีย่อมเป็นการขัดต่อหลักแห่งกระบวนการพิจารณาคดีแห่งประการหนึ่งด้วย ดังนั้นความตกลง TRIPs จึงกำหนดให้มีข้อยกเว้นการใช้อำนาจของศาลในข้อสนเทศดังกล่าวหากเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนเกินกว่าความร้ายแรงของการละเมิดการกระทำนั้นก็จะกระทำมิได้ เช่นนี้การที่ความตกลง TPP ตัดข้อยกเว้นดังกล่าวออกไปจึงย่อมเป็นการให้อำนาจศาลโดยมิได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว เป็นการส่งผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปเกินสมควร

กรณีสหรัฐอเมริกาข้อกำหนดเกี่ยวกับข้อสนเทศมิได้ที่การกำหนดไว้ อีกทั้งการกำหนดดังกล่าวไม่น่าจะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางพยานหลักฐาน (Evidentiary privileges) รวมถึงกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ระดับรัฐ และระเบียบกลางว่าด้วยพยานหลักฐาน (Federal Rules of Evidences) และในส่วนของประเทศญี่ปุ่นก็มิได้มีการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ โดยสำหรับมาตรการทางกฎหมายของไทยและสาธารณรัฐสิงคโปร์เองก็มิได้มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวไว้เช่นกัน

มาตรการทางกฎหมายของไทยในส่วนสิทธิในข้อสนเทศดังกล่าวมิได้กำหนดให้อำนาจศาลการจะสั่งอย่างกรณีดังกล่าว การที่ไทยจะกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้ศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิทราบถึงข้อสนเทศที่เกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวจำเป็นที่ไทยจะต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วน เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนอย่างกว้างขวาง หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการนำคดีมาฟังบารมีศาลของโจทก์เพียงเพื่อให้จำเลยหยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดและเยียวยาความเสียหายนั้น ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับผลกระทบที่สาธารณชนที่จะได้รับจากการคุกคามสิทธิที่ประชาชนพึงมีตามธรรมชาติและรองรับโดยรัฐธรรมนูญ จำเป็นที่จะต้องชั่งน้ำหนัก ผลประโยชน์ที่จะได้รับกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนดให้อำนาจในลักษณะดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดในลักษณะดังกล่าวของความตกลง TPP โดยตัดข้อยกเว้นที่ว่าด้วยการให้ข้อสนเทศดังกล่าวเกินกว่า

ความร้ายแรงของการละเมิดดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มากเกินไปอันเป็นการสร้างภาระและผลกระทบที่จะเกิดแก่สาธารณะชนมากเกินไป

4.1.5 กระบวนยุติธรรมทางแพ่งที่เกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองทางเทคโนโลยี และข้อมูลการบริหารสิทธิ

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเรื่องมาตรการคุ้มครองทางเทคโนโลยี และข้อมูลการบริหารสิทธินั้นถือเป็นเรื่องใหม่ที่มีได้มีการกำหนดไว้ในความตกลง TRIPs คงเริ่มปรากฏเป็นครั้งแรกตามสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก²⁹³ (WIPO copyright Treaty หรือ WCT) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องมีมาตรการเยียวยาต่อกรณีที่เกี่ยวข้องมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพและข้อมูลการบริหารสิทธิ ซึ่งมาตรการเยียวยาดังกล่าวจะต้องมีอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ จากกรณีนี้ประเทศสมาชิกของสนธิสัญญา WCT จึงได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ให้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญา WCT ไว้ในกฎหมายของตนเอง นอกจากนี้ความตกลง TPP ข้อ 1 กำหนดให้หากประเทศใดเข้าร่วมเป็นภาคีกับความตกลง TPP แล้วประเทศดังกล่าวจะต้องเข้าเป็นภาคีสมาชิกกับอนุสัญญาต่างๆที่ความตกลง TPP กำหนดด้วย²⁹⁴ ซึ่งสนธิสัญญา WCT

²⁹³ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty) มาตรา 11 และ 12 แห่งสนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการเยียวยาต่อกรณีที่เกี่ยวข้องมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพและข้อมูลการบริหารสิทธิ ซึ่งมาตรการเยียวยาดังกล่าวจะต้องมีอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ

²⁹⁴ 1. อนุสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร ค.ศ.1970 ฉบับปรับปรุง ค.ศ.1979 (Patent Cooperation Treaty 1970)

2. อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม ค.ศ.1967 (Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1967)

3. อนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ.1971 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1971)

4. อนุสัญญาเกี่ยวกับการแพร่ภาพการโดยสัญญาณที่ส่งมาจากดาวเทียม ค.ศ.1974 (Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite 1974)

5. ความตกลงมาดริดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1989 (Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks 1989)

6. สนธิสัญญานูดาเปสว่าด้วยการรับฝากเก็บจุลชีพสากลเพื่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการสิทธิบัตร ค.ศ.1977 ฉบับปรับปรุง ค.ศ.1980 (Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure 1977)

7. อนุสัญญาว่าด้วยสหภาพระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ค.ศ.1991 (International Convention for the Protection of New Varieties of Plants 1991)

ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ประเทศสมาชิกความตกลง TPP จำต้องเข้าร่วมด้วย ในส่วนมาตรการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ความตกลง TPP ข้อ 12 กำหนดให้กรณีการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีและข้อมูลการบริหารสิทธิโดยในแง่ของการบังคับสิทธิทางแพ่ง โดยความตกลง TPP กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้อำนาจศาลในคดีส่วนแพ่งที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี หรือข้อมูลการบริหารซึ่งสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวในการเยียวยาความเสียหาย กำหนดให้สามารถเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายในค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory damages) หรือกรณีสั่งให้ทำลายซึ่งผลิตภัณฑ์ หรืออุปกรณ์ที่พบว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น เป็นต้น แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าความตกลง TPP กำหนดเฉพาะแต่มาตรการบังคับสิทธิทางแพ่งเท่านั้นที่ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องไปกำหนดกฎหมายภายในให้สอดคล้อง

โดยการคุ้มครองซึ่งข้อมูลการบริหารสิทธิ และการคุ้มครองที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีการกำหนดไว้อยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ญี่ปุ่น โดยในส่วนของ การคุ้มครองซึ่งข้อมูลการบริหารสิทธินั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หากมีบุคคลกระทำการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิย่อมสามารถดำเนินการบังคับสิทธิตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ญี่ปุ่นกำหนด ในส่วนการคุ้มครองที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นแม้จะมีการกำหนดนิยามไว้ในมาตรา 261(C) สำหรับกรณีมาตรการทางเทคโนโลยี และมาตรา 258 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (ตอนที่63) และกำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนไว้ แต่การดำเนินคดีทางแพ่งก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมญี่ปุ่น (Japan Anti Unfair Competition Law หรือ JAUCL) ซึ่งกำหนดกรณีเกี่ยวกับการละเมิดมาตรการคุ้มครองทางเทคโนโลยีไว้อยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง อนุมาตรา 11 ในอันที่จะสามารถดำเนินการฟ้องร้องขอคำสั่งศาลเพื่อระงับหรือป้องกันการละเมิดดังกล่าวเป็นคดีแพ่งตามมาตรา 3 แห่งกฎหมายดังกล่าวต่อไป

กรณีของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างก็มีการให้ความคุ้มครองกรณีมาตรการทางเทคโนโลยีและข้อมูลการบริหารสิทธิไว้ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งในส่วนดังกล่าวได้รับการทำให้มีผลตามสนธิสัญญา WCT เช่นเดียวกัน โดยกำหนดลักษณะแห่งการกระทำที่เป็น

8. สนธิสัญญาสิงคโปร์ด้านเครื่องหมายการค้า ค.ศ.2006 (Singapore Treaty on the Law of Trademarks 2006)

9. อนุสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ค.ศ.1996(WIPO Copyright Treaty 1996)

10. อนุสัญญาเกี่ยวกับการแสดงและสิ่งบันทึกเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ค.ศ.1996 (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996)

การละเมิด มาตรการเยียวยาทางแพ่ง และมาตรการทางอาญาไว้อยู่ใน 17 U.S.Code § 1201 ถึง 1204 ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และมาตรา 258 ถึงมาตรา 261G แห่ง Copyright Act (chapter 63) สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นอย่างเดียวกับมาตรการบังคับสิทธิในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไปซึ่งครอบคลุมถึงค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด และอำนาจศาลในการที่จะมีคำสั่งยึด หรือทำลายซึ่งซึ่งผลิตภัณฑ์ หรืออุปกรณ์ที่พบว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดนั้น

ในส่วนของประเทศไทยนั้นแต่เดิมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้มีการกำหนดเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองซึ่งข้อมูลการบริหารซึ่งสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ต่อมาได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลิขสิทธิ์โดยออกมาเป็นพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 โดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับข้อมูลการบริหารซึ่งสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยีเอาไว้ โดยในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้เพิ่มบทนิยามคำว่าข้อมูลการบริหารสิทธิ มาตรการทางเทคโนโลยี และการหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยมีความหมายดังต่อไปนี้²⁹⁵

“ข้อมูลการบริหารสิทธิ” หมายความว่า ข้อมูลที่บ่งชี้ถึงผู้สร้างสรรค์ นักแสดง การแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์ หรือระยะเวลาและเงื่อนไขของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ ตลอดจนตัวเลข หรือรหัสแทนข้อมูลดังกล่าว โดยข้อมูลเช่นนี้ติดอยู่หรือปรากฏเกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบันทึกการแสดง

“มาตรการทางเทคโนโลยี” หมายความว่า เทคโนโลยีที่ออกแบบมาเพื่อป้องกันการทำซ้ำหรือควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งบันทึกการแสดง โดยเทคโนโลยีเช่นนี้ได้นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งบันทึกการแสดงนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ

“การหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี” หมายความว่า การกระทำด้วยประการใดๆ ที่ทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีไม่เกิดผล

นอกจากนี้ได้เพิ่มเนื้อหาสาระของการคุ้มครอง ข้อยกเว้นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยีไว้เป็นหมวด 2/1 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้มาตรา 53/1 การลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิ โดยรู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิด ก่อให้เกิด ให้ความสะดวก หรือปกปิดการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดง ให้ถือว่าเป็นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิ

²⁹⁵ “การหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หมายความว่า การกระทำด้วยประการใดๆ ที่ทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีไม่เกิดผล”

มาตรา 53/2 ผู้ใดรู้อยู่แล้วว่างานหรือสำนักงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้มีการลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิ ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิด้วยถ้าได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นดังต่อไปนี้

(1) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

มาตรา 53/3 การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิ

(1) การลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิโดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือวัตถุประสงค์อื่นในทำนองเดียวกัน

(2) การลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิโดยสถาบันการศึกษา หอจดหมายเหตุ ห้องสมุด หรือองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพสาธารณะ ที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร

(3) การเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานหรือสำนักงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีการลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิ โดยสถาบันการศึกษา หอจดหมายเหตุ ห้องสมุด หรือองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพสาธารณะ ที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร

มาตรา 53/4 การหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีหรือการให้บริการเพื่อก่อให้เกิดการหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยรู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นอาจจงใจหรือก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ให้ถือว่าเป็นการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากการเพิ่มบทนิยามและสาระว่าด้วยการคุ้มครองและข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องข้อมูลการบริหารสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยี พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ยังได้แก้ไขชื่อหมวด 6 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็น “หมวด 6 คดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ สิทธิของนักแสดง ข้อมูลการบริหารสิทธิ และมาตรการทางเทคโนโลยี” เพื่อให้มาตรการบังคับสิทธิครอบคลุมเรื่องการบริหารสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยี โดยการกำหนดดังกล่าวมีผลให้บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับสิทธิในคดีละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธิของนักแสดงนำมาใช้บังคับกับกรณีการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิและการหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย

หากพิจารณาถึงเนื้อหาสาระตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ดังกล่าวที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเนื้อหาสาระสำคัญเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลการบริหารสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยี ก็จะพบว่าการแก้ไขดังกล่าวยังขาดกรณีเกี่ยวกับการให้สิทธิผู้เสียหายในอันที่จะสามารถเลือกรับการเยียวยาค่าเสียหายประเภทค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด และยังขาดกรณีอำนาจศาลในอันที่จะมีคำสั่งออกมาตรการชั่วคราวไม่ว่าจะเป็นยึด รับ หรือทำลายในส่วนของ

คดีแพ่งที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับสิทธิในกรณีการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีและข้อมูลการบริหารสิทธิ ดังนั้นการแก้ไขดังกล่าวจึงยังไม่เป็นการสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ความตกลง TPP กำหนด

4.1.6 มาตรการชั่วคราวตามคำสั่งศาล

ความตกลง TPP ข้อ 13 ได้กำหนดกรณีที่เจ้าหน้าที่ศาลใช้อำนาจดำเนินการตามคำขอ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวกรณีดำเนินโดยไม่ต้องรับฟังคู่กรณีอีกฝ่าย ซึ่งความตกลง TPP กำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวจะต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว โดยได้กำหนดกรอบเวลาในการดำเนินการไว้ในกรณีทั่วไปจะต้องดำเนินการภายในสิบวัน เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษ ซึ่งเป็นสิ่งที่เพิ่มเติมจากความตกลง TRIPS ซึ่งมีได้กำหนดกรอบระยะเวลาการดำเนินการดังกล่าวอย่างความตกลง TPP โดยข้อ 50 แห่งความตกลง TRIPS เป็นแต่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางศาลจะมีอำนาจที่จะสั่งใช้มาตรการชั่วคราวที่ทันการและมีประสิทธิภาพเท่านั้น ในส่วน มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามคำสั่งศาลของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้น ต่างก็มิได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาของการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวเหมือนอย่างไทย เช่นเดียวกัน

ในส่วนของไทยนั้นไม่ว่าจะเป็นการขอให้ศาลมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็มิได้มีการกำหนดกรอบเวลาที่ศาลจะต้องดำเนินการภายใต้กรอบเวลาใด หรือแม้แต่กรณีเหตุที่มีคำขอในเหตุฉุกเฉินตามหมวด 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 267 ก็กำหนดเพียงแค่ให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วนเท่านั้น ซึ่งการกำหนดกรอบระยะเวลาดังกล่าวน่าจะส่งผลดีต่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเนื่องจากกระบวนการยุติธรรมรวดเร็วย่อมส่งผลดีต่อการที่จะป้องปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาและยังเป็นการลดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย แต่ทั้งนี้ก็ต้องเป็นกระบวนการภายใต้ความรัดกุมของพยานหลักฐานที่โจทก์จะต้องนำมาพิสูจน์ถึงความจำเป็นอันสมควรที่จำต้องขอให้ศาลดำเนินมาตรการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามที่โจทก์ร้องขอ เพื่อมิให้มีการอาศัยกระบวนการทางศาลในการออกคำสั่งดังกล่าวโดยไม่สุจริตอันส่งผลกระทบต่อผู้ที่จะต้องอยู่ภายใต้คำสั่งของศาลดังกล่าว

4.2 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับสิทธิทางอาญา

มาตรการทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับบังคับสิทธิทางอาญาตามความตกลง TPP ได้กำหนดเนื้อหาเพิ่มเติมจากความตกลง TRIPs ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนิยามเพิ่มเติมของคำว่า “ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” ซึ่งเป็นเงื่อนไขเริ่มต้นในการที่จะดำเนินคดีอาญาในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ กำหนดความรับผิดทางอาญาเพิ่มเติมไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการจำหน่ายฉลากเอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ที่มีลักษณะผิดกฎหมาย ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการแอบถ่ายในโรงภาพยนตร์ มาตรการยึด รับ และทำลายซึ่งสินค้า วัสดุ รวมถึงอุปกรณ์ที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในการกระทำละเมิด เป็นต้น มาตรการเหล่านี้ในแต่ละประเทศมีการกำหนดไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันซึ่งอาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

4.2.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดทางอาญา

ตามความตกลง TRIPs ซึ่งเป็นความตกลงที่กำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ประเทศต่างๆที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือ WTO ซึ่งได้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการทางอาญาในการที่จะป้องปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญา และการลงโทษอย่างน้อยที่สุดในคดีปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าโดยเจตนา หรือละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์ การกำหนดความรับผิดทางอาญาในด้านการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของไทยก็ได้รับอิทธิพลในการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของไทยให้มีความสอดคล้องกันเนื่องจากไทยเป็นสมาชิก WTO ซึ่งความตกลง TRIPs เป็นความตกลงหนึ่งที่ประเทศสมาชิกความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งองค์การการค้าโลกจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยในแต่ละประเภทมีการกำหนดความรับผิดทางอาญาแทบทุกฉบับด้วยกัน โดยในส่วนความรับผิดทางอาญาละเมิดลิขสิทธิ์ของไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กำหนดความรับผิดทางอาญาโดยแยกเป็น 2 ลักษณะ คือ การละเมิดลิขสิทธิ์ทางตรงกับการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอ้อม และซึ่งไม่ว่าจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทางตรงหรือทางอ้อมก็มีการแบ่งชั้นความผิดของการกระทำออกเป็น 2 ประเภทคือ การกระทำละเมิดที่ไม่มีลักษณะในทางการค้ากับการกระทำละเมิดที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางการค้า ซึ่งการแยกประเภทของการกระทำดังกล่าวมีผลต่อบทลงโทษที่ต่างกันด้วย โดยการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางการค้าจะมีบทลงโทษที่หนักกว่าการกระทำผิดที่ไม่มีลักษณะในทางการค้า

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ของไทยจะมีการแบ่งประเภทความรับผิดของการกระทำละเมิดโดยใช้ลักษณะของการกระทำในทางการค้าในอันที่มีความสอดคล้องกับความตกลง TRIPs ก็ตาม แต่หากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

กำหนดให้การกระทำตามที่กฎหมายถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์แม้ลักษณะการกระทำจะมีได้เป็นการกระทำในทางการค้าก็ย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญาต้องได้รับโทษตามกฎหมายมาตรา 69 วรรคแรก หรือมาตรา 70 วรรคแรก แล้วแต่กรณี ซึ่งจะพบว่าข้อกำหนดดังกล่าวของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เป็นการเริ่มต้นคดีอาญาในกรณีลิขสิทธิ์ไว้สูงกว่าที่ความตกลง TRIPs กำหนด เนื่องจากความตกลง TRIPs กำหนดเป็นมาตรฐานขั้นต่ำให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาในกรณีลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์เท่านั้น

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อมาก็คือการกระทำเพื่อการค้าที่จะได้รับโทษบทหนักตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กับกระทำความผิดที่มีปริมาณเชิงพาณิชย์ตามความตกลง TRIPs มีความเหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร ซึ่งหากพิจารณาคำว่า “การกระทำเพื่อการค้า” ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ของไทยอาจตีความได้ว่าการกระทำเพียงจำหน่ายงานที่ทำขึ้นอันละเมิดลิขสิทธิ์เพียงหนึ่งชิ้นก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อการค้าแล้ว ส่วนคำว่า “การกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” ตามความตกลง TRIPs นั้นมิได้มีการกำหนดนิยามเอาไว้แต่อย่างใด แต่หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs ข้อ 61 ที่ยืนยันถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็นสิทธิเอกชน ดังนั้นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs อยู่บนพื้นฐานที่ว่าด้วยความสมดุลแห่งผลประโยชน์ระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับประโยชน์ของสาธารณะ การที่ความตกลง TRIPs จะนำมาตรการทางอาญามากำหนดให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงกำหนดเฉพาะทรัพย์สินทางปัญญาที่พบว่าการละเมิดอย่างกว้างและสร้างความเสียหายจำนวนมากเท่านั้น ดังนั้นความตกลง TRIPs จึงกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาต่อการละเมิดเฉพาะกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยเจตนากับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์เท่านั้น ปัญหาที่มีต่อไปว่า “การกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” มีความหมายเพียงใดถึงจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์อันจะถูกดำเนินกระบวนการทางอาญา ซึ่งพบว่าในแต่ละประเทศมีการตีความคำดังกล่าวที่แตกต่างกันออกไปจนเกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศถึงการกล่าวหาว่าประเทศใดประเทศหนึ่งมิได้ปฏิบัติตามความตกลง TRIPs อันทำให้มีการนำความขัดแย้งดังกล่าวไปสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศของ WTO อย่างกรณีความขัดแย้งระหว่างสาธารณรัฐประชาชนจีนกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งในกรณีนี้สหรัฐอเมริกากล่าวหาจีนว่ามิได้ปฏิบัติตามความตกลง TRIPs ข้อ 61 ว่าด้วยเรื่องกระบวนการทางอาญาที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาและการลงโทษอย่างน้อยที่สุดในการกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มี

ปริมาณในเชิงพาณิชย์²⁹⁶ ซึ่งจีนตีความคำว่าปริมาณในเชิงพาณิชย์ดังกล่าวที่จะต้องได้รับโทษทางอาญาหมายความว่ากระทำความผิดดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นการสร้างความเสียหายอย่างกว้างเป็นการกระทำเชิงอุตสาหกรรมขนาดใหญ่เท่านั้น ซึ่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่าคำดังกล่าวมิได้มีความหมายเช่นนั้น ซึ่งผลการตัดสินโดยคณะพิจารณา (Panel)²⁹⁷ พบว่าข้อกล่าวหาที่ว่ามาตรการทางอาญาของจีนในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้าอันเป็นความรับผิดชอบทางอาญาที่มีลักษณะแห่งการกระทำที่ต่ำกว่าเกณฑ์การเริ่มต้นที่ความตกลง TRIPs กำหนด ซึ่งการดังกล่าวจะถูกคำนวณจากกำไรการขายสำเนาสินค้าที่มีการละเมิดนั้น ซึ่งข้อมูลเหล่านี้ที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างยังไม่เพียงพอที่จะบอกว่าการกระทำของจีนมีความขัดแย้งกับบทบัญญัติความตกลง TRIPs ข้อ 61 วรรคแรก เพราะข้อ 61 แห่งความตกลง TRIPs มิได้บังคับให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีความรับผิดชอบทางอาญาในทุกๆ การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม คณะผู้พิจารณาพบว่า “การกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” ในข้อ 61 หมายถึง “ขนาดหรือขอบเขตกิจกรรมในเชิงพาณิชย์ทั่วไปหรือที่เป็นปกติซึ่งเกี่ยวกับการกำหนดกลุ่มผลิตภัณฑ์ต่อการกำหนดกลุ่มตลาด”²⁹⁸

การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์อันจะต้องมีโทษทางอาญาตามข้อ 61 แห่งความตกลง TRIPs จะต้องเป็นการกระทำละเมิดที่มีลักษณะส่งผลในเชิงพาณิชย์ต่อตลาดสินค้าที่มีการละเมิดนั้นๆ ตัวอย่างเช่น การจำหน่ายกระเป๋ามีลวดลายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อันจะมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงพาณิชย์ที่จะมีโทษทางอาญา จะต้องเป็นการจำหน่ายกระเป๋าละเมิดมีจำนวนพอสมควรถึงขนาดส่งผลต่อความเสียหายทางด้านการตลาดที่มีการจำหน่ายสินค้าประเภทกระเป๋านั้น เป็นต้น จากปัญหาดังกล่าวนำไปสู่ความพยายามที่จะแก้ไขโดยการกำหนดนิยามเพิ่มเติมคำว่า “การกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” ซึ่งความตกลง TPP มีการกำหนดเพิ่มเติมนิยามความหมายของคำว่า “การกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” โดยความตกลง TPP ข้อ 15 กำหนดให้การกระทำที่มีปริมาณใน

²⁹⁶ สหรัฐอเมริกามองว่า “การกระทำที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์” ควรพิจารณาจากผลกระทบต่อนวัตกรรมทางเทคโนโลยี ซึ่งได้รับการกระทำละเมิดนั้นๆ ตัวอย่างการกระทำละเมิดในระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งมีลักษณะแห่งการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยง่าย

²⁹⁷ เป็นคณะผู้พิจารณาตามกลไกระงับข้อพิพาทของ WTO (Dispute Settlement in the World Trade Organization หรือ DSU) เปรียบเสมือนศาลการค้าระหว่างประเทศ ทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศสมาชิก WTO (ข้อมูลจาก thaifita.com “ลำดับขั้นการฟ้องร้องคดีใน WTO เป็นอย่างไร?”)

²⁹⁸ คำตัดสินที่ WT/DS362/R 26 January 2001

เชิงพาณิชย์ให้หมายความรวมถึง “การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และสิทธิข้างเคียง”²⁹⁹ อย่างมีนัยสำคัญ (Significant) โดยการนั้นเป็นการกระทำโดยมีแรงจูงใจในผลประโยชน์ทางการเงิน ที่ได้รับไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ของการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือผลประโยชน์ทางการเงินที่จะได้รับเป็นการส่วนตัว” เช่นนี้จากนิยามดังกล่าวจึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียง หากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำละเมิดได้ประโยชน์แม้จะไม่ได้รับโดยตรงเป็นตัวเงิน แต่หากพึงคาดหมายว่าจะได้รับโดยทางอื่น ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียงนั้น ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์อันจะต้องเข้าสู่กระบวนการทางอาญารับโทษตามกฎหมายที่กำหนดต่อไป ซึ่งการให้นิยามดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยรัฐบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา 17 U.S.Code§506(a)(1) กำหนดการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทางการค้า (Commercial advantage) หรือเพื่อประโยชน์ทางการเงิน (Private financial gain) และกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีได้มีลักษณะทางการค้าแต่มีจำนวนสิ่งของที่ทำขึ้นโดยผิดกฎหมายเป็นจำนวนตามที่กฎหมายกำหนด

ความรับผิดทางอาญาละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของญี่ปุ่นมาตรา 119 ถึง 120 กฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ.1970 และมาตรา 136 กฎหมายลิขสิทธิ์(ตอนที่63) แห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ ต่างก็กำหนดฐานความรับผิดในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไปโดยแยกความรับผิดทางอาญาออกเป็นสองลักษณะด้วยกันคือ การกระทำละเมิดที่เป็นไปในทางการค้าหรือในเชิงพาณิชย์ กับการกระทำละเมิดตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นมีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับอุปกรณ์ที่ถูกออกแบบมาเพื่อใช้หรือใช้ในการกระทำความผิด โดยบุคคลดังกล่าวได้จัดทำหรือมีไว้ซึ่งอุปกรณ์ดังกล่าวก็มีความรับผิดทางอาญาด้วย และนอกจากนี้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ยังกำหนดข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองซึ่งตำแหน่งงานที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกำหนดให้บุคคลใดซึ่งครอบครองตำแหน่งงานหรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะใกล้เคียงกันตั้งแต่จำนวน 5 ชิ้นหรือมากกว่านั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการครอบครองเพื่อขาย หรือเป็นการครอบครองโดยมิใช่เพื่อส่วนตัว ซึ่งการกำหนดดังกล่าวเป็นการผลักภาระการพิสูจน์จากโจทก์ซึ่งต้องเป็นผู้มีหน้าที่พิสูจน์การกระทำอันเป็นความผิดของจำเลย โดยให้จำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์การครอบครองตำแหน่งงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดนี้เป็นการครอบครองเพื่อส่วนตัว หรือมีไว้เพื่อใช้ในครัวเรือนหรือมิได้

²⁹⁹ เพิ่มเติมให้รวมถึงกรณีการละเมิดสิทธิข้างเคียงด้วย ซึ่งในความตกลง TRIPs กำหนดเฉพาะกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น

เป็นการครอบครองที่มีไว้เพื่อขาย และในกรณีของเครื่องหมายการค้ามีการกำหนดข้อยกเว้น ความรับผิดชอบละเมิดเครื่องหมายการค้า หากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ ทำลงโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

การนำมาตราทางกฎหมายในกระบวนการทางอาญามายังบังคับใช้เพื่อป้องกันการละเมิดย่อมจำเป็นที่จะต้องพิจารณาความเหมาะสมของการนำมาตราทางกฎหมายดังกล่าวมา บังคับใช้โดยคำนึงเจตนารมณ์ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทนั้นๆเป็นสำคัญ อาทิ ใน กรณีของลิขสิทธิ์มีเจตนารมณ์ของการคุ้มครองเพื่อคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงาน ออกมาไม่ว่างานดังกล่าวจะมีคุณค่าหรือไม่ก็ตาม หากผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ผลงานตามชนิด ประเภทและภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวย่อมถือว่าผู้สร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครอง ในผลงานดังกล่าวในอันที่จะได้รับสิทธิหวงก้นบุคคลอื่นในการแสวงหาประโยชน์ในผลงานนั้น โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์ ซึ่งอาจก้าวล่วงไปถึงธรรมชาติของสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาที่ถือว่าเป็นสิทธิไม่มีรูปร่างที่ผู้คิดค้นย่อมมีสิทธิใช้ แสวงหาประโยชน์ หรือกระทำการใดๆ ต่อผลงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของตน หากเพียงแต่การที่กฎหมายเข้ามาคุ้มครองก็เพื่อ สร้างหลักเกณฑ์ของการคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าว และแม้จะไม่มีการกฎหมายดังกล่าวก็ หาดัดสิทธิในการใช้แสวงหาประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ไม่ ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้สิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาดังกล่าวเป็นสิทธิในทางเอกชนเหมือนสิทธิเอกชนอื่นๆทั่วไป การเกิดข้อพิพาทใดๆควร ที่จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางแพ่งดังที่ความตกลง TRIPS ยืนยันในสิทธิของ ทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็นสิทธิทางเอกชน การนำมาตราทางอาญามายังบังคับใช้เพื่อป้องกันการ ละเมิดในสิทธิเอกชนควรจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมอย่างละเอียดถี่ถ้วน เพราะในเรื่อง กระบวนการทางอาญาเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของสาธารณะชนเป็นวงกว้างมีผลเป็นการจำกัด สิทธิของบุคคล ดังนั้นการนำมาตราทางอาญามาใช้แก่การคุ้มครองสิทธิเอกชนจะต้องเป็นเรื่องที่ ต้องมีความจำเป็นจริงๆ จะต้องเป็นกรณีที่เกิดละเมิดสร้างความเสียหายอย่างเป็นวงกว้าง และถึงแม้ มีการกำหนดให้นำมาตราทางกฎหมายทางอาญามายังบังคับใช้ก็ต้องกำหนดให้มีความเหมาะสมกับ วัตถุประสงค์ในการป้องกันการละเมิดด้วยกระบวนการทางอาญาอีกด้วย

แม้จะกล่าวได้ว่าการที่ความตกลง TPP กำหนดความหมายเพิ่มเติมของคำว่า “การ กระทำที่มีปริมาณพาณิชย์” เช่นนี้ มีลักษณะขยายขอบเขตแห่งการกระทำที่จะต้องรับโทษทางอาญา เพิ่มขึ้นและมีลักษณะที่สอดคล้องกับการกระทำที่มีความผิดต้องรับโทษทางอาญาตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แล้ว ซึ่งหากพิจารณาตราทางอาญาของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐสิงคโปร์ก็จะพบว่าประเทศเหล่านี้ต่างก็กำหนดในลักษณะเป็นไปในทางเดียวกันคือ แยกความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เป็น 2 ลักษณะ คือการกระทำละเมิดที่เป็นไป

ในทางการค้าหรือในเชิงพาณิชย์ กับการกระทำละเมิดตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งมีความสอดคล้องกับไทย อย่างไรก็ตามในกรณีการละเมิดสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างมิได้กำหนดความรับผิดทางอาญาละเมิดสิทธิบัตรเอาไว้แต่ประการใดคงให้การบังคับสิทธิในดำเนินตามกระบวนการทางแพ่งแต่ประการเดียว ซึ่งเป็นการแตกต่างกับญี่ปุ่นและไทยซึ่งต่างกำหนดความรับผิดทางอาญาละเมิดสิทธิบัตรไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของตน ทั้งนี้เป็นที่น่าตั้งข้อสังเกตว่าการกำหนดกระบวนการทางอาญาในกรณีการละเมิดสิทธิบัตรนี้จะสามารถยังผลเป็นการป้องปรามการละเมิดสิทธิบัตรได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่หากเทียบกับผลกระทบที่จะเกิดจากการดำเนินคดีอาญา เนื่องจากการพิสูจน์ถึงการละเมิดสิทธิบัตรจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ชำนาญการในวิทยาการเฉพาะด้านในสิทธิบัตรนั้นๆ ซึ่งไม่อาจพิสูจน์ทราบในเบื้องต้นได้โดยง่ายในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นชั้นเริ่มต้นแห่งคดี อันเป็นการแตกต่างกับกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้าที่ลักษณะแห่งการกระทำละเมิดสามารถเห็นได้ง่ายกว่ากรณีสิทธิบัตร ดังนั้นการกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาละเมิดสิทธิบัตรนั้นจึงอาจส่งผลกระทบต่อสาธารณชนมากเกินไปจนสมควรจากการที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้สิทธิในกระบวนการทางอาญาของผู้ทรงสิทธิบัตรเมื่อเทียบกับการพิสูจน์ความผิดฐานละเมิดสิทธิบัตรที่กระทำได้ยากในชั้นเริ่มต้นแห่งคดี

4.2.2 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการจำหน่ายฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ ที่มีลักษณะผิดกฎหมาย

ความหมายของเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 เครื่องหมายการค้า หมายถึง เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้ เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งหากพิจารณาจากนิยามดังกล่าวเครื่องหมายการค้ามีวัตถุประสงค์ในแง่ของผู้ประกอบการในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่จำแนกสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งจากสินค้าของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง เพื่อให้ลูกค้าสามารถตัดสินใจได้ว่าจะเลือกซื้อสินค้าของผู้ประกอบการรายใด³⁰⁰ ในแง่ของผู้บริโภคเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่สามารถทำให้ผู้บริโภคสามารถทราบได้ถึงแหล่งผลิตของผู้ผลิต สินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเครื่องหมายการค้าถูกทำหน้าที่เป็นสิ่งที่ใช้จำแนกสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวว่ามีความแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าประกอบด้วยตัวผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ป้าย เอกสารบรรยายเกี่ยวกับตัวผลิตภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้า ประกอบกันเป็นหนึ่งหน่วยสินค้า หากสินค้า

³⁰⁰ แหล่งเดิม. (น.8).

ดังกล่าวเป็นสินค้าจำพวกเดียวกันกับสินค้าที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้จดทะเบียนไว้กับเครื่องหมายการค้า การใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นกับสินค้าดังกล่าวย่อมเป็นความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 แล้วแต่กรณี แต่หากเป็นกรณีที่ตัวผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ป้าย เอกสารบรรยายเกี่ยวกับตัวผลิตภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้านั้น มีการผลิตกันคนละสถานที่ หรือมีการทำปลอมโดยการแยกส่วนแยกเวลากันแต่มาประกอบเป็นผลิตภัณฑ์ในภายหลัง เช่นนี้กรณีบรรจุภัณฑ์ ป้าย เอกสารบรรยายเกี่ยวกับตัวผลิตภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้านั้นจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 หรือไม่ เพราะหากพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดฐานปลอมหรือเลียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 108 และมาตรา 109 แล้วจะเห็นได้ว่า การที่จะเป็นความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าได้นั้นต้องเป็นกรณีปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วในราชอาณาจักร กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีได้ใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นกับสินค้าจำพวกเดียวกันโดยอาจทำให้เกิดการสับสนกับเครื่องหมายของผู้อื่น หากเป็นกรณีที่ผู้ใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายจดทะเบียนของผู้อื่นแต่มิได้เป็นการใช้เครื่องหมายดังกล่าวกับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือประเภทเดียวกันกับสินค้าที่เจ้าของเครื่องหมายนั้นได้จดทะเบียนไว้ ก็ย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้กับตัวบรรจุภัณฑ์ ป้าย เอกสารบรรยายเกี่ยวกับตัวผลิตภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้า การกระทำที่มีลักษณะปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้ากับตัวบรรจุภัณฑ์ ป้าย เอกสารบรรยายเกี่ยวกับตัวผลิตภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้า ก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 แม้การกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้เกิดความสับสนถึงความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ตาม

ความตกลง TPP ข้อ 15 ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาบทใหม่ขึ้นมาที่มีได้มีการกำหนดในความตกลง TRIPs นั่นก็คือ ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการจำหน่ายฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ ที่มีลักษณะผิดกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้บรรดาประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาและบทลงโทษแก่กรณีการจำหน่ายฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ ที่มีลักษณะผิดกฎหมาย โดยความตกลง TPP กำหนดเอาหลักความรับรู้หรือควรได้รู้ของผู้กระทำมาเป็นตัวพิจารณาฐานความผิดดังกล่าว โดยความรับผิดชอบทางอาญานี้มุ่งประสงค์ในสิ่งเกี่ยวกับการจำหน่ายฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ ที่มีลักษณะผิดกฎหมายตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้

โดยฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ ผู้ขายได้รู้ถึงการมีการละเมิดเครื่องหมายการค้าปรากฏอยู่บนฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์นั้น โดยฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะการใช้เพื่อทำให้สับสน ผิดหลง หรือหลอกลวง และลักษณะแห่งการกระทำได้นำฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ที่ผิดกฎหมายนั้นติด ห่อหุ้ม หรือที่เพิ่มเข้ามา หรือออกแบบมาเพื่อติด ล้อมรอบ หรือกำกับ ในงานที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นสำนักงานประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืองานวรรณกรรม สำนักงานภาพยนตร์ หรืองานโสตทัศนวัสดุอื่น เป็นต้น นอกจากนี้ความตกลง TPP ยังได้กำหนดความหมายของคำว่า “ฉลากที่ผิดกฎหมาย” เพิ่มเติมว่ามีความอย่างไรอีกด้วย

หากพิจารณากฎหมายของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐสิงคโปร์ และญี่ปุ่นก็จะพบว่าต่างมีการกำหนดความรับผิดทางอาญารัฐฐานดังกล่าวด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นในสหรัฐอเมริกา กำหนดอยู่ในความผิดฐานขายแผ่นป้ายปลอม (Trafficking in Counterfeit Labels) 18 U.S.Code § 2318 และ 18 U.S.Code § 2320 หรือในกรณีของสาธารณรัฐสิงคโปร์มาตรา 7 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์(ตอนที่63) กำหนดให้ฉลาก หีบห่อ บรรจุภัณฑ์ ฯลฯ จัดอยู่ในความหมายของคำว่าอุปกรณ์ (Accessory) ซึ่งอุปกรณ์เช่นว่านี้มีงานอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายติดอยู่และการกระทำความผิดดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อทางการค้า การนำเข้ามายก ให้เช่า หรือในทางการค้าลักษณะอื่นเกี่ยวกับอุปกรณ์ดังกล่าวย่อมมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายลิขสิทธิ์สิงคโปร์ ในส่วนของญี่ปุ่นนั้นแม้จะมีได้มีการบัญญัติความรับผิดทางอาญารัฐฐานดังกล่าวไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตามแต่ก็สามารถบังคับใช้ตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในกรณีดังกล่าวได้ โดยในส่วนของกฎหมายไทยเองไม่มีการกำหนดความรับผิดทางอาญารัฐฐานจำหน่ายฉลาก เอกสาร หรือบรรจุภัณฑ์ ที่มีลักษณะผิดกฎหมายดังกล่าวแต่ประการใด แต่ทั้งนี้ยังสามารถปรับใช้กับความรับผิดทางอาญารัฐฐานรูปรอยประดิษฐ์ตามมาตรา 272 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเมื่อเกิดกรณีการนำเอาเครื่องหมายการค้าไปใช้กับหีบห่อบรรจุภัณฑ์ดังกล่าวซึ่งความผิดฐานรูปรอยประดิษฐ์ตามมาตรา 272 เป็นความผิดอันยอมความได้จำเป็นต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษก่อน หากไทยจำเป็นต้องเข้าเป็นสมาชิกในความตกลง TPP ไทยจำเป็นต้องบัญญัติเพิ่มเติมในฐานความผิดดังกล่าวต่อไป

4.2.3 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการแอบถ่ายในโรงภาพยนตร์

ความรับผิดทางอาญารัฐฐานแอบถ่ายในโรงภาพยนตร์นั้นถือว่าเป็นบทใหม่ที่ไม่เคยปรากฏในความตกลง TRIPs มาก่อน ซึ่งความรับผิดดังกล่าวมีความเชื่อมโยงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็คืองานภาพยนตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองงานภาพยนตร์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ไม่อาจที่จะสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อการกระทำรูปแบบใหม่ในงานที่จะละเมิดงานภาพยนตร์ดังกล่าว ซึ่งการกระทำละเมิดต่องานภาพยนตร์ที่มีปัญหานี้ก็คือการลักลอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์

โดยมิได้รับอนุญาต โดยรูปแบบของการกระทำละเมิดก็คือการใช้อุปกรณ์บันทึกภาพ หรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียง บันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์แล้วนำมาเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยการเผยแพร่ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตบ้าง ทางแผ่นซีดี ดีวีดีบ้าง โดยการกระทำดังกล่าวส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางการค้า โดยการกระทำดังกล่าวสร้างความเสียหายอย่างมหาศาลต่อวงการอุตสาหกรรมภาพยนตร์อันส่งผลต่อการลดแรงจูงใจในการที่จะลงทุนสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ออกมาเผยแพร่โดยสภาพ ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการลักลอบบันทึกภาพยนตร์จึงถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหานี้ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานลักลอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ในแต่ละประเทศก็มีการบัญญัติไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันซึ่งสามารถแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ประการแรกกำหนดให้การใช้อุปกรณ์หรือพยายามใช้อุปกรณ์ในการบันทึกภาพ หรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียง ในโรงภาพยนตร์เป็นความผิดทางอาญาโดยแยกบทลงโทษออกจากกฎหมายลิขสิทธิ์โดยประเทศที่ใช้หลักเกณฑ์นี้ได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น และประการที่สองกำหนดไว้ในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์โดยกำหนดเพิ่มเติมลักษณะแห่งการกระทำที่จะถือว่าการลักลอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์โดยมิได้รับอนุญาตเป็นความผิด ซึ่งมีบทลงโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยการกระทำดังกล่าวมีข้อพิพาทว่าการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไปคือจะไม่สามารถยกข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นข้อกล่าวอ้างให้ตัวเองพ้นผิดไปได้ซึ่งประเทศที่ใช้หลักเกณฑ์นี้ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

การให้ความคุ้มครองที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์โดยมิได้รับอนุญาตของสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่นนั้นต่างก็ให้ความคุ้มครองในงานภาพยนตร์ที่ฉายในโรงภาพยนตร์แต่เฉพาะในประเทศญี่ปุ่นได้ให้ความคุ้มครองตัวอย่างภาพยนตร์ที่ได้นำออกฉายในโรงภาพยนตร์ด้วย ในส่วนการกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดในสหรัฐอเมริกาคำหนดให้การใช้อุปกรณ์ในการบันทึกภาพและเสียงในโรงภาพยนตร์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นความผิด แต่ในส่วนของญี่ปุ่นกำหนดให้การลักลอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นความผิด

สำหรับวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแอบถ่ายในโรงภาพยนตร์ในสหรัฐอเมริกานั้นมิได้กำหนดไว้ เพียงแต่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา 18 U.S.Code § 2319 กำหนดให้การได้ใช้หรือพยายามใช้อุปกรณ์บันทึกภาพและเสียงของภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ต้องรับผิดอย่างเคร่งครัด กฎหมายพิจารณาจากการใช้อุปกรณ์บันทึกภาพและเสียงเป็นหลักโดยมิได้พิจารณาว่าต้องเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์อย่างไร เพราะหลักกฎหมายเฉพาะนี้อยู่ในส่วนของกฎหมายอาญาซึ่งแยกต่างหากจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีหลักการใช้สิทธิที่ไม่เป็นธรรม (Fair Use) และซึ่งในกฎหมายว่าด้วยการป้องปรามการ

ล็กกรอบบันทึกภาพยนตร์ ค.ศ.2007 ของญี่ปุ่นจะไม่นำหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อบุคคลในครอบครัวหรือญาติสนิทมาใช้บังคับหากได้กระทำความผิดในช่วงระยะเวลาแปดเดือนนับจากมีการนำภาพยนตร์เรื่องนั้นออกฉายครั้งแรก นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังได้กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าของโรงภาพยนตร์หรือผู้เช่าโรงภาพยนตร์รวมไปถึงลูกจ้างหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายของบุคคลเหล่านั้นในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดระหว่างรอเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยบุคคลเหล่านั้นมีต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือทางอาญาหากการควบคุมนั้นได้ได้กระทำอย่างเหมาะสม ซึ่งแตกต่างจากญี่ปุ่นที่กำหนดให้ผู้สนับสนุนการฉายภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์และบริษัทอื่นใดที่เกี่ยวข้องอุตสาหกรรมในโรงภาพยนตร์ เป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการป้องปรามการกระทำละเมิดโดยการดำเนินการบังคับสิทธิ์ใดๆ ในอันที่จะป้องปรามการล็กกรอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ดังกล่าว ในส่วนบทลงโทษนั้นสหรัฐอเมริกาได้กำหนดบทลงโทษโดยแยกออกจากความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในส่วนของผู้ญี่ปุ่นนั้นกำหนดบทลงโทษฐานล็กกรอบบันทึก ภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตให้มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามในกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์กลับไม่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบแอบถ่ายโรงภาพยนตร์แต่ประการใด

ปัจจุบันได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2558 กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดที่เกี่ยวข้องการล็กกรอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ โดยเหตุผลของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวคือ “เนื่องจากปัจจุบันมีปัญหาการทำซ้ำโดยการบันทึกเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพจากภาพยนตร์ในระหว่างการฉายในโรงภาพยนตร์ทั้งภาพยนตร์ไทยและภาพยนตร์ต่างประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาต แล้วนำไปทำซ้ำในสื่อต่างๆ เช่น แผ่นซีดี แผ่นดีวีดี เป็นต้น ออกจำหน่าย สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจต่ออุตสาหกรรมภาพยนตร์และธุรกิจที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และอาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน โดยอ้างว่าเป็นการทำซ้ำเพื่อประโยชน์ของตนเอง จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 โดยกำหนดให้การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดเฉพาะและมีอัตราโทษเช่นเดียวกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า...”

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2558 นี้อย่างที่ได้กล่าวเอาไว้ในเหตุผลของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวว่าเป็นการกำหนดให้การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดเฉพาะและมีอัตราโทษเช่นเดียวกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า ซึ่งความในพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการล็กกรอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ มาตรา 28/1 ได้กำหนดให้การทำซ้ำโดยการบันทึกเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพจากภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์

ตามพระราชบัญญัตินี้ ในโรงภาพยนตร์ตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยไม่ได้รับอนุญาต ในระหว่างการฉายในโรงภาพยนตร์ ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และมีให้นำข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าด้วยการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนและบุคคลอื่นในครอบครัว หรือญาติสนิทมาใช้อย่างบังคับ นอกจากนี้ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว โดยกำหนดให้ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวนี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 69/1

การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558 มีลักษณะคล้ายกับหลักเกณฑ์การป้องกันการลักลอบบันทึกภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ของญี่ปุ่นที่ถือว่าการกระทำการลักลอบบันทึกดังกล่าวถือว่าเป็นการทำซ้ำตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประการหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ความตกลง TPP ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการแอบถ่ายในโรงภาพยนตร์เช่นเดียวกัน แต่กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาโดยใช้หลักเกณฑ์ลงโทษแก่บุคคลที่รู้ถึงการใช้อุปกรณ์ที่จะใช้อุปกรณ์บันทึกภาพและเสียง ทำการบันทึกซึ่งงานภาพยนตร์ งานโสตทัศนวัสดุอื่น หรือสิ่งใดๆจากงานดังกล่าว ในสถานที่ที่ได้จัดงานแสดงดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องในงานภาพยนตร์หรืองานโสตทัศนวัสดุอื่น ซึ่งเห็นได้ว่าความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการแอบถ่ายในโรงภาพยนตร์ที่ความตกลง TPP กำหนดเป็นการพิจารณาจากการใช้อุปกรณ์บันทึกภาพและเสียงเป็นสำคัญ

4.2.4 มาตรการในการยึด รับ และการทำลายซึ่งสินค้าที่ละเมิดและวัสดุใดๆรวมทั้งอุปกรณ์ที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในการกระทำความผิด

ความตกลง TRIPs ข้อ 61 กำหนดการเยียวยาความเสียหายในทางอาญาโดยให้รวมถึงการยึด การรับ และการทำลาย โดยกำหนดสิ่งที่จะตกอยู่ภายใต้การเยียวยาดังกล่าวได้แก่ สินค้าที่ละเมิดและวัสดุใดๆรวมทั้งอุปกรณ์ที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในการกระทำความผิด ซึ่งตามความตกลง TPP กำหนดเพิ่มเติมสิ่งที่จะตกอยู่ใต้กระบวนการยึดของศาลให้รวมถึงทรัพย์สินที่ได้จากกิจกรรมที่ผิดกฎหมายโดยจะต้องมีมูลค่าที่สอดคล้องกับกิจกรรมที่ผิดกฎหมายนั้นๆ และพยานเอกสารใดๆซึ่งเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย และยังกำหนดต่อไปถึงกรณีขั้นต่ำที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการรับ หรือมีมาตรการอย่างอื่น ซึ่งทรัพย์สินที่ได้จากกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอย่างน้อยที่สุดกรณีละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยมูลค่าต้องสอดคล้องกับกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอีกด้วย ส่วนในกิจกรรมว่าการจัดการสิ่งของที่ได้พึงรับนั้นความตกลง TRIPs และความตกลง TPP กำหนดไว้มีลักษณะอย่างเดียวกัน เพียงแต่ความตกลง TPP ข้อ 15 กำหนดให้มีข้อยกเว้นตามที่ได้กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษได้ และในท้ายที่สุดความตกลง TPP ยังกำหนดต่อไปใน

การให้อำนาจศาลในอันที่จะมีคำสั่งให้เก็บรักษา และยกเว้นการทำลายซึ่งสินค้าหรือวัตถุที่ต้องทำลายเพื่อการพิจารณาคำเนินคดีส่วนแพ่ง

รัฐบาลนิติของสหรัฐอเมริกากำหนดให้การริบและการทำลายซึ่งสิ่งทีกฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเป็นสำเนาหรือสิ่งบันทึกเสียงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ตลอดจน สิ่งทีอาจใช้ในการผลิตสิ่งดังกล่าวข้างต้น เช่น แม่พิมพ์ ด้นแบบ เทป फिल्मที่กลับสีดำเป็นสีขาว หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน สินค้าทีละเมิดไม่ว่าจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ฉลาก สัญลักษณ์ สิ่งพิมพ์ หีบห่อ บรรจุภัณฑ์ และสื่อโฆษณาของจำเลย และคำ ข้อความ ชื่อ อุปกรณ์ หรือการรวมกันของสิ่งทีกล่าวมาข้างต้น ตลอดจน แม่พิมพ์ ด้นแบบ หรือสิ่งทีมีลักษณะเดียวกัน ซึ่งการมีสิ่งดังกล่าวจะมีความผิดตามกฎหมาย บรรดาสิ่งของเหล่านี้จะต้องถูกริบ และดำเนินกระบวนการทำลาย หรือจัดการด้วยวิธีการอื่นทีกฎหมายกำหนด ตามมาตรา 18 U.S.Code § 2323 และมาตรา 15 U.S.Code § 1118 แล้วแต่กรณี

การริบและการทำลายซึ่งสินค้าทีละเมิดหรือสิ่งของทีเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมายของญี่ปุ่นนั้น เป็นไปตามกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Penal Code) มาตรา 19 ซึ่งกำหนดให้สิ่งของประเภททีเกี่ยวข้องกับความผิดทีกฎหมายกำหนดให้มีความผิดทางอาญา เป็นสิ่งทีใช้หรือเจตนาทีจะใช้ในการกระทำความผิดอาญาเป็นสิ่งที่ผลิตขึ้นหรือได้มาจากกระทำความผิดตามกฎหมาย หรือได้มาเป็นการตอบแทนจากการกระทำความผิดทางอาญา หรือเป็นการได้รับมาจากการแลกเปลี่ยนในกรณีต่างๆทีได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติต่างๆของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นเกี่ยวกับการริบและการจัดการซึ่งสินค้าทีทำขึ้นโดยละเมิดหรือสิ่งของทีมีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิด มีความครอบคลุมถึงบรรดากรณีต่างๆทีความตกลง TPP กำหนด

กรณีของสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นไม่ว่าจะเป็นกรณีลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้าต่างมีบทบัญญัติกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการจัดการซึ่งสิ่งของทีทำขึ้นหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน คือกำหนดให้อำนาจศาลในการทีจะมีคำสั่งให้ส่งสิ่งของเหล่านั้นซึ่งอยู่ในความครอบครองของจำเลยหรืออยู่ในอำนาจของศาล ให้แก่โจทก์ รวมทั้งอาจมีคำสั่งให้ทำลายซึ่งสิ่งของเหล่านั้นก็ได้ สำหรับกรณีของไทยการจัดการเกี่ยวกับสิ่งทีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในคดีนั้นได้กำหนดไว้เฉพาะแต่ในคดีอาญาเท่านั้นโดยลักษณะกำหนดทีแตกต่างกันอาทิ ในส่วนของสิทธิบัตรถูกกำหนดอยู่ในหมวด 5 บทเบ็ดเตล็ด มาตรา 77 จัตุวา หรือในกรณีเครื่องหมายการค้ากำหนดอยู่ในหมวด 6 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ มาตรา 115 และกรณีลิขสิทธิ์กำหนดอยู่ในหมวด 8 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ มาตรา 75 ซึ่งล้วนกำหนดในลักษณะให้ศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งริบสิ่งของทีเกี่ยวกับการละเมิดนั้นโดยการริบดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะแต่กรณีสินค้าทีมีการละเมิดเท่านั้น โดยในกรณีเครื่องหมายการค้า มาตรา 115 กำหนดให้บรรดาสินค้าทีนำเข้ามาเพื่อจำหน่าย หรือมีไว้เพื่อจำหน่ายอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 เป็นสินค้าทีศาลจะต้อง

ริบไม่ว่าจะมีผู้ตกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ หรือในกรณีของสิทธิบัตรกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งริบสินค้าที่อยู่ในความครอบครองผู้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนสิทธิตามกฎหมายของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรตามมาตรา 77 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

การจัดการสิ่งของที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาภายหลังจากศาลได้มีคำสั่งริบนั้น กรณีลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า แม้จะไม่มีข้อกำหนดถึงการจัดการสินค้าที่ถูกริบว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรเหมือนอย่างกรณีสิทธิบัตรที่กำหนดไว้ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรอาจมีคำสั่งให้ทำลายสินค้าดังกล่าวหรือดำเนินการอย่างอื่นเพื่อป้องกันมิให้มีการนำเอาสินค้าดังกล่าว ออกจำหน่ายอีกก็ได้ การจัดการเกี่ยวกับสินค้าที่ริบนั้นจึงต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายอาญากล่าวคือ สินค้าที่ริบนั้นให้ตกเป็นของแผ่นดินโดยทั้งนี้ศาลอาจพิพากษาให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้ หรือให้ทำลายทรัพย์สินนั้นก็ได้ ซึ่งย่อมมีลักษณะคล้ายกันกับมาตรา 77 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ที่ให้อำนาจศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งทำลายสินค้า หรือดำเนินการอย่างอื่นเพื่อป้องกันมิให้มีการนำเอาสินค้าดังกล่าวออกจำหน่ายได้อีกหากศาลเห็นสมควร

ปัญหาต่อไปเกิดมีว่าในกรณีของวัสดุ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดนั้นไม่ว่าจะเป็นในกรณีของสิทธิบัตรมีการกำหนดอำนาจของศาลในการมีคำสั่งให้ทำลายสินค้าหรือดำเนินการอย่างอื่นเพื่อมิให้มีการนำเอาสินค้ามาออกจำหน่ายได้อีก แต่ก็มิได้มีการกำหนดให้รวมไปถึงกรณีของวัสดุ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิบัตรว่าศาลจะมีอำนาจสั่งเป็นเช่นใด หรือในกรณีเครื่องหมายการค้าที่ไม่มิบัพัญญัติกรณีดังกล่าว หรือถึงแม้จะมีการกำหนดในกรณีของลิขสิทธิ์ที่แม้จะมีการกำหนดให้สิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้ริบเสียทั้งสิ้น แต่ก็มิได้กำหนดต่อไปถึงการให้อำนาจศาลที่จะสั่งทำลายหรือจัดการด้วยวิธีอื่นใดเพื่อมิให้มีการนำออกจำหน่ายได้ซึ่งสินค้าหรือวัสดุ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดว่าจะต้องทำอะไร เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ ต้องถือว่า กรณีวัสดุ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดนั้นเป็นทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ศาลมีอำนาจสั่งริบวัสดุ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับละเมิดนั้นและการจัดการทรัพย์สินที่ถูกริบดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายอาญากล่าวคือ ทรัพย์สินซึ่งศาลพิพากษาให้ริบตกเป็นของแผ่นดิน โดยศาลจะพิพากษาให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นก็ได้

แต่อย่างไรก็ตามได้มีการดำเนินการแก้ไขกฎหมายในส่วนของลิขสิทธิ์เกี่ยวกับอำนาจของศาลในการสั่งริบ และการจัดการซึ่งบรรดาสิ่งที่ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง และบรรดาสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งจากเดิมที่กฎหมายกำหนดให้บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง และยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิดให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์

โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 ได้ยกเลิกความในมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “มาตรา 75 บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง และสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ริบเสียทั้งสิ้น หรือในกรณีที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้ทำสิ่งนั้นใช้ไม่ได้ หรือจะสั่งทำลายซึ่งสิ่งนั้นก็ได้ โดยให้ผู้กระทำความผิดเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น” ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมกรณีเกี่ยวกับสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กำหนดแต่กรณีบรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเท่านั้น

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 นี้ ได้มีการกำหนดระยะเวลาของมีผลในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการรับและการทำลายซึ่งบรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวตามความในมาตรา 75 นั้น ให้ผลย้อนหลังด้วยโดยกำหนดในลักษณะเป็นบทเฉพาะกาลในความตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 กำหนดให้ “บรรดาคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่มีการฟ้องคดีอาญาไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับและยังไม่ถึงที่สุด ให้ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับกับสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง” ดังนั้นการกำหนดดังกล่าวมีข้อสังเกตว่าการกำหนดเช่นนี้จะถือว่าเป็นการกำหนดกฎหมายให้มีผลย้อนหลังซึ่งโทษทางอาญาหรือไม่ เพราะการรับถือเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ดีหากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างมาตรการจัดการสิ่งของที่ทำขึ้นโดยละเมิดให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กับมาตรการริบเสียทั้งสิ้นซึ่งสิ่งของที่ทำขึ้นโดยละเมิดตามมาตรา 75 ที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 ได้แก้ไขเพิ่มเติม อันจะเห็นได้ว่าจำเลยมิได้รับผลอันเป็นโทษจากมาตรการดังกล่าวแต่ประการใด การแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรการที่จะกระทำต่อสิ่งของที่ละเมิดดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนจากการให้สิ่งของที่ทำขึ้นโดยละเมิดตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นกรรมสิทธิ์ตกอยู่แก่รัฐผ่านกระบวนการรับโดยคำสั่งศาล ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงย่อมไม่ถือว่ากฎหมายใหม่กำหนดให้มีผลย้อนหลังซึ่งโทษทางอาญา

4.3 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการ ณ จุดผ่านแดนของศุลกากร

มาตรการ ณ จุดผ่านแดนของศุลกากร ตามความตกลง TPP กำหนดเนื้อหาของมาตรการที่มากกว่าที่ความตกลง TRIPs กำหนด ไม่ว่าจะเป็นกำหนดประเภทสินค้าที่อาจยื่นขอถักสินค้า กำหนดระยะเวลาความมีผลของคำขอรับความคุ้มครอง ณ จุดผ่านแดนของศุลกากร กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากร และกำหนดกรณีการนำเข้าที่มีปริมาณเล็กน้อย เป็นต้น มาตรการเหล่านี้ในแต่ละประเทศมีการกำหนดไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันซึ่งอาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

4.3.1 ประเภทสินค้าที่อาจยื่นขอถักสินค้า

ความตกลง TPP ข้อ 14 กำหนดประเภทสินค้าที่มีทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ในขอบเขตของคำขอของผู้ทรงสิทธิในอันที่จะให้มีการถักสินค้าโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากรนั้นไว้อยู่ 3 ประเภทด้วยกัน คือ สินค้าที่ต้องสงสัยว่าเป็นสินค้าปลอม สินค้าที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นสินค้าที่ทำให้สับสนหลงผิดในตัวเครื่องหมายการค้า และสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความตกลง TPP ได้กำหนดประเภทของสินค้าที่อยู่ในขอบเขตของการถักสินค้าโดยศุลกากรเพิ่มเติมจากความตกลง TRIPs ในส่วนที่เป็นสินค้าที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นสินค้าที่ทำให้สับสนหลงผิดในตัวเครื่องหมายการค้า แม้ความตกลง TPP จะได้กำหนดนิยามของคำว่าสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า และสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างเดียวกับความตกลง TRIPs แต่ความตกลง TPP ก็หาได้กำหนดนิยามของคำว่าสินค้าที่ทำให้สับสนหลงผิดในตัวเครื่องหมายการค้าว่ามีความหมายประการใดหากพิจารณา มาตรการ ณ จุดผ่านแดนของไทยที่กำหนดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าของไถยนั้นตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการส่งสินค้าออกไปนอกและการนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2530 ข้อ 4 กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดส่งออกไปนอกหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น ซึ่งขอบเขตของคำว่าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายของไถยน่าจะมีความหมายครอบคลุมถึงกรณีสินค้าที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นสินค้าที่ทำให้สับสนหลงผิดในตัวเครื่องหมายการค้าตามที่ความตกลง TPP กำหนดแล้ว

รัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกา 19 CFR § 133.21 ถึง 19 CFR § 133.23 กำหนดในกรณีเครื่องหมายการค้า มีการระบุแยกย่อยไปอีก 3 ประเภทคือ กรณีที่เป็นเครื่องหมายการค้าปลอม กรณีที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่ลอกเลียนหรือทำให้เหมือนซึ่งเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่ได้มีการจดแจ้งไว้ และกรณีสินค้าในตลาดมืด เช่นนี้อาจกล่าวได้ว่ามาตรการทางศุลกากรของสหรัฐอเมริกา ให้ความคุ้มครองถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนลักษณะที่เป็นชื่อทางการค้า โดยให้ความคุ้มครองในลักษณะป้องกันการลวงขายในความเป็นเจ้าของในตัวเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่มีผู้นำเข้ามาซึ่งสินค้าที่ลอกเลียนหรือทำให้เหมือน กับเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้กับศุลกากรจนทำให้สาธารณชนคิดว่าสินค้า

ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วนั้น นอกจากนี้ในส่วนของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน มาตรการทางศุลกากร ณ จุดขายแดนของไทยให้ความคุ้มครองในกรณีปลอมและเลียนซึ่งเครื่องหมายการค้า แต่ทั้งนี้เครื่องหมายดังกล่าวที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรการศุลกากรของไทยนั้นจะต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้มีการจดทะเบียนไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม ซึ่งในสหรัฐอเมริกาเองให้ความคุ้มครองในกรณีเครื่องหมายการค้าเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

มาตรการทางศุลกากร ณ ชายแดนของสหรัฐอเมริกาออกเหนือจากกรณีเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์แล้ว มีการกำหนดกรณีของสิทธิบัตรซึ่งอาจจะถูกมาตรการ ณ จุดผ่านแดนของศุลกากรอีกด้วย โดยกำหนดในลักษณะที่ศุลกากรสหรัฐอเมริกา มีอำนาจตามข้อ 337 แห่งกฎหมายศุลกากร ค.ศ. 1930 ในอันที่จะปฏิบัติตามคำสั่งที่ออกโดยหน่วยงานด้านการค้าระหว่างสหรัฐอเมริกา (The U.S. International Trade Commission หรือ ITC) ซึ่งเห็นว่าการนำเข้าสินค้าดังกล่าวมาในสหรัฐอเมริกาเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา อันมีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งสินค้าที่ละเมิดสิทธิบัตรดังกล่าวอาจถูกกักโดยศุลกากรมิให้มีการนำเข้ามาในสหรัฐอเมริกาต่อไป ส่วนในกรณีของสาธารณรัฐสิงคโปร์กำหนดเพียงแค่สองกรณีเท่านั้นคือกรณีลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า และในกรณีของเครื่องหมายการค้ามิได้จำกัดเฉพาะแต่ตัวสินค้าที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่รวมถึงบรรจุภัณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าด้วย และในท้ายสุดประเภทสินค้าที่มีทรัพย์สินทางปัญญาที่อาจถูกกักโดยศุลกากรของญี่ปุ่นนั้น กำหนดในขอบเขตที่กว้างที่สุดกล่าวคือ กำหนดให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาผ่านมาตรการทางศุลกากร ณ ชายแดนในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทไม่จำกัดแต่เพียงกรณีลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิบัตร

4.3.2 ระยะเวลาความมีผลของคำขอ

ความตกลง TPP กำหนดให้ระยะเวลาความมีผลของคำขอให้มีการกักสินค้าโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากรนั้นให้มีผลบังคับใช้เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับจากวันที่มีคำขอ หรือระยะเวลาซึ่งสินค้านั้นถูกคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้านั้นได้รับการจดทะเบียน แล้วแต่ว่าเวลาใดจะสั้นกว่า ซึ่งหมายความว่าในกรณีที่การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือเครื่องหมายการค้ามีระยะเวลาการคุ้มครองเหลือน้อยกว่าหนึ่งปีก็ให้ถือระยะเวลาความคุ้มครองในระยะที่สั้นกว่า หรือกล่าวได้ว่าในกรณีที่ระยะเวลาการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า มีระยะเวลาความคุ้มครองที่มากกว่าหนึ่งปีก็ต้องถือเอาตามระยะเวลาที่มากกว่า โดยพิจารณาจากคำว่า “ให้มีผลบังคับใช้เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับ

จากวันที่มีคำขอ...” ซึ่งหากพิจารณาตามความตกลง TRIPs และตามกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องก็
จะไม่พบว่ามีการกำหนดระยะเวลาความมีผลซึ่งคำขอให้มีการกักสินค้าโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากร
ดังกล่าวแต่ประการใด แต่อย่างไรก็ตามในกรณีของไทยหากเจ้าหน้าที่ศุลกากรพบว่าของที่นำเข้า
หรือส่งออกนอกราชอาณาจักร เจ้าหน้าที่ศุลกากรจะต้องพิจารณาถึงเอกสารความมีผลทางทะเบียน
ในกรณีเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกัน

มาตรการศุลกากรของสหรัฐอเมริกามีรัฐบัญญัติ 19 CFR § 133.34 ในกรณีลิขสิทธิ์ และ
รัฐบัญญัติ 19 CFR § 133.4 ในกรณีเครื่องหมายการค้ากำหนดให้การจดทะเบียนต่อศุลกากรเพื่อที่จะให้
กักสินค้าของผู้ทรงสิทธิให้มีผลใช้บังคับอยู่ 20 ปี โดยอายุการใช้บังคับซึ่งคำขอจดทะเบียนนี้ขึ้นอยู่กับ
ความเป็นไปของตัวเครื่องหมายการค้าหรือลิขสิทธิ์ด้วย หากตัวเครื่องหมายการค้าสิ้นอายุ ถูกเพิก
ถอน หรือตัวระยะเวลาความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์สิ้นอายุไปก่อน ผลของการบังคับใช้ซึ่ง
คำขอจดทะเบียนดังกล่าวย่อมสิ้นตามไปด้วย แต่ทั้งนี้หากปรากฏว่าตัวเครื่องหมายการค้ามีการต่ออายุ
ต่อไปและซึ่งระยะเวลาซึ่งคำขอจดทะเบียนดังกล่าวจะสิ้นสุดไปก่อน หรือระยะเวลาซึ่งคำขอจดทะเบียนจะ
สิ้นสุดไปก่อนระยะเวลาความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ รัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกาคำหนดให้ผู้
ทำการยื่นจดทะเบียนคำขอจะต้องยื่นขอต่ออายุจะต้องยื่นคำขอต่ออายุภายใน 3 เดือนก่อนการจดทะเบียนจะ
สิ้นสุดบังคับ และในส่วนของมาตรการศุลกากรของญี่ปุ่นกำหนดระยะเวลาในการบังคับตามคำ
ขอให้กักสินค้าของผู้ทรงสิทธิดังกล่าว โดยกำหนดไว้เป็นเวลา 2 ปี ทั้งนี้ อาจมีการขยายระยะเวลา
ในการควบคุมดูแลติดตามซึ่งสินค้าดังกล่าวได้ตามแต่ที่จะได้รับอนุญาต และสำหรับสาธารณรัฐ
สิงคโปร์กรณีลิขสิทธิ์มาตรา 140B แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (ตอนที่63) กรณีเครื่องหมายการค้ามาตรา
85 แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า (ตอนที่46) กำหนดให้คำขอมีผลใช้บังคับเป็นระยะเวลา 60 วัน

4.3.3 อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากร

ความตกลง TPP กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากรเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ความ
ตกลง TRIPs กำหนด ไม่ว่าจะเป็นกำหนดกรณีการดำเนินการ โดยอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่
ศุลกากรให้ครอบคลุมถึงกรณีการถ่ายสำ และในเขตปลอดภาษี กำหนดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากร
ในการแจ้งข้อสันเทศเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าที่ละเมิดแก่ผู้ทรงสิทธิ กำหนดอำนาจในการจัดการแก
สิ่งของที่นำเข้ามาโดยละเมิดของเจ้าหน้าที่ศุลกากร เป็นต้น

4.3.3.1 การดำเนินการด้วยอำนาจหน้าที่³⁰¹

การดำเนินการด้วยอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากร (Ex Officio) นั้น ความตกลง
TPP ข้อ 14 กำหนดในลักษณะให้ประเทศภาคีจะต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอำนาจ

³⁰¹ Ex officio หมายถึง การที่กฎหมายกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดำเนินการภายใต้
ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยมีจำเป็นต้องมีการดำเนินการยื่นคำร้องขอให้มีการดำเนินการก่อนแต่อย่างใด

ดำเนินการโดยการริเริ่มของตัวเองนอกเหนือไปจากการร้องขอจากผู้ทรงสิทธิ แต่ในความตกลง TRIPs มิได้กำหนดเช่นนั้น โดยความตกลง TRIPs ข้อ 58 กำหนดว่าประเทศสมาชิกหากกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการโดยการริเริ่มของตัวเองไว้ในกฎหมายของตนเอง เจื่อนใจในการดำเนินการดังกล่าวจะต้องเป็นไปในลักษณะที่ความตกลง TRIPs ได้กำหนดไว้หากเจ้าหน้าที่ศุลกากรมีข้อสันนิษฐานว่ามีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นสามารถดำเนินการโดยการริเริ่มของตัวเองและอาจให้ระงับการปล่อยสินค้านั้นได้ กล่าวในอีกความหมายหนึ่งคือหากประเทศสมาชิกไม่ได้กำหนดการดำเนินการโดยอำนาจหน้าที่ก็ไม่จำเป็นต้องใช้หลักเกณฑ์ตามความตกลง TRIPs กำหนด อันเป็นการแตกต่างกับความตกลง TPP ซึ่งกำหนดให้เป็นสิ่งที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถดำเนินการโดยการริเริ่มของตัวเองได้

ความตกลง TPP กำหนดขอบเขตแห่งอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพิ่มขึ้น โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถริเริ่มดำเนินการโดยอำนาจหน้าที่ด้วยตัวเองที่เกี่ยวกับสินค้าที่นำเข้า หรือส่งออก หรือสินค้าในระหว่างการขนส่ง หรือสินค้าในเขตปลอดภาษี ที่เป็นสินค้าที่ปลอม หรือที่ทำให้สับสนในเครื่องหมายการค้า หรือละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งความตกลง TRIPs มิได้กำหนดไว้อย่างความตกลง TPP

ในส่วนของการดำเนินการโดยอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากรของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ และไทยนั้น มีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือมีแต่ในสหรัฐอเมริกาที่รัฐบัญญัติ 19 CFR § 162.51 และมาตรา 140M แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (ตอนที่63) และมาตรา 94 แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า (ตอนที่46) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่มีการกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการโดยอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากรไว้ในกฎหมาย ส่วนในประเทศญี่ปุ่นนั้นมิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการในอำนาจหน้าที่ไว้ แต่เจ้าหน้าที่ศุลกากรญี่ปุ่นมีอำนาจที่จะดำเนินการโดยอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่จะปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะต่อสินค้าที่ต้องสงสัยว่าจะมีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าจะเป็นการละเมิดนั้น ในกรณีของไทยเองก็มิได้มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 มาตรา 24 ที่กำหนดให้สิ่งใดๆ อันจะพึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว พนักงานศุลกากร พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ มีอำนาจยึดในเวลาใดๆ และ ณ ที่ใดๆ ก็ได้ ซึ่งสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าและละเมิดลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นสินค้าอันพึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 นี้ เช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 ของไทยก็ได้มีการกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ศุลกากรในอันที่จะสามารถดำเนินการโดยอำนาจหน้าที่ได้เองต่อสินค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า หรือที่ละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายก็ได้

แต่อย่างไรก็ดีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าแม้จะมีการกำหนดถึงอำนาจของเจ้าหน้าที่ศุลกากรในอันที่จะดำเนินการต่อสิ่งอันพึงต้องรับตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากรดังกล่าวมีอำนาจครอบคลุมถึงกรณี สินค้าในระหว่างการขนส่ง และสินค้าในเขตปลอดภาษี หรือไม่ ซึ่งตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 ไม่มีการกำหนดถึงนิยามของคำว่าสินค้าในระหว่างการขนส่งและสินค้าในเขตปลอดภาษีไว้ อย่างไรก็ตามได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 โดยพระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2557³⁰² ได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 โดยกำหนดหลักเกณฑ์การนำเข้าเพื่อการผ่านแดน หรือการถ่ายลำออกนอกราชอาณาจักร และอำนาจของพนักงานศุลกากรในการตรวจสอบ ตรวจสอบค้นของผ่านแดน หรือของถ่ายลำ โดยเพิ่มบทนิยามคำว่า “การผ่านแดน” และ “การถ่ายลำ” โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้³⁰³

“การผ่านแดน หมายความว่า การปฏิบัติพิธีการศุลกากรเพื่อขนส่งของผ่านราชอาณาจักร จากท่าหรือที่แห่งหนึ่งที่ขนส่งของออกไปภายใต้การควบคุมของศุลกากร โดยมีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการขนส่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าการขนส่งนั้นจะมีการขนถ่ายของเพื่อเปลี่ยนยานพาหนะ การเก็บรักษาของในคลังสินค้า การเปลี่ยนภาชนะบรรจุของเพื่อประโยชน์ในการขนส่ง หรือการเปลี่ยนรูปแบบของการขนส่งของด้วยหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ จะต้องไม่มีการใช้ประโยชน์ใดๆ ซึ่งของนั้นในราชอาณาจักร”

“การถ่ายลำ หมายความว่า การปฏิบัติพิธีการศุลกากรเพื่อลำเลียงถ่ายของจากยานพาหนะหนึ่งที่ขนส่งของเข้ามาไปยังอีกยานพาหนะหนึ่งที่ขนส่งของออกไปภายในท่าหรือที่แห่งเดียวกัน ภายใต้การควบคุมของศุลกากร โดยมีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการขนส่งอยู่นอกราชอาณาจักร”

³⁰² เหตุผลของการแก้ไขเพิ่มเติมของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยศุลกากรยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์การนำเข้าเพื่อการผ่านแดนหรือการถ่ายลำออกนอกราชอาณาจักร ทำให้การศุลกากรของประเทศไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลและยังไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยพิธีการศุลกากรที่เรียบง่ายและสอดคล้องกัน (The International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures) และเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการในการประเมินค่าภาษีและการเสียภาษี สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การนำเข้าเพื่อการผ่านแดน หรือการถ่ายลำออกนอกราชอาณาจักร และการยื่นคำร้องขอต่ออธิบดีกรมศุลกากรเพื่อพิจารณากำหนดราคาของนำเข้า กำหนดถิ่นกำเนิดของของที่จะนำเข้าและตีความพิกัดอัตราศุลกากร เพื่อจำแนกประเภทของของในพิกัดอัตราศุลกากรตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรเป็นการล่วงหน้า ก่อนที่จะนำของเข้ามาในราชอาณาจักร ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการศุลกากรได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

³⁰³ มาตรา 2 และมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2557

มาตรา 58/1 ให้พนักงานศุลกากรมีอำนาจตรวจสอบ ตรวจค้นของที่นำเข้าเพื่อการผ่านแดนหรือการถ่ายลำที่อยู่ในยานพาหนะ คอนเทนเนอร์ หรือหีบห่ออย่างอื่น ตามที่อธิบดีกำหนด โดยไม่ต้องมีหมายค้น หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า

(1) ของนั้นเกี่ยวเนื่องหรือมีไว้เพื่อใช้สำหรับการก่อการร้าย

(2) ชนิดของของหรือการขนส่ง หรือการขนถ่ายของดังกล่าว เป็นไปในทางฝ่าฝืนความมั่นคง สันติภาพและความปลอดภัยระหว่างประเทศ

(3) ของนั้นเป็นของที่มีการแสดงกำเนิดเป็นเท็จหรือเป็นของที่ผิดกฎหมาย

ในกรณีที่มีหลักฐานชัดเจนว่าเป็นของตามวรรคหนึ่งให้รีบเสียคืน โดยมีพิกัดค่านึงว่าบุคคลใดจะต้องรับโทษหรือไม่ และอธิบดีอาจสั่งให้ทำลายเสียโดยวิธีการที่ปลอดภัยต่อบุคคล สัตว์ พืช ทรัพย์สิน และสิ่งแวดล้อม หรือให้ส่งกลับออกไปโดยพลัน หรืออาจสั่งให้ดำเนินการใดๆ ตามสมควรเพื่อให้เป็นของไร้โทษทุจริตก็ได้ โดยนายเรือหรือผู้ควบคุมยานพาหนะหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการนั้น”

หากพิจารณาถึงการแก้ไขเพิ่มเติมของพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว อาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2557 กำหนดให้อำนาจศุลกากรครอบคลุมไปถึงสินค้าในระหว่างการขนส่งตามความตกลง TPP กำหนดแล้ว แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดแก้ไขเพิ่มเติมถึงกรณีสินค้าในเขตปลอดภาษีอากรด้วย

4.3.3.2 อำนาจในการดำเนินมาตรการภายหลังการกัก

ในเรื่องนี้ความตกลง TPP ข้อ 14 กำหนดในลักษณะที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้สินค้าที่ถูกกำหนดว่าเป็นสินค้าที่ปลอม หรือละเมิดลิขสิทธิ์โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องถูกทำลายโดยตัดกรณีการจำหน่ายทิ้งซึ่งสินค้าที่ละเมิดอย่างข้อ 59 ความตกลง TRIPs ออก และได้กำหนดเพิ่มเติมให้มีกรณีที่อาจมีข้อยกเว้นไว้เป็นกรณีพิเศษก็ได้ อีกทั้งความตกลง TPP ยังกำหนดเพิ่มเติมอีกว่า ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้า การกระทำเพียงแต่ลบเครื่องหมายการค้าที่ติดอยู่ไว้โดยผิดกฎหมายจะไม่เพียงพอที่จะอนุญาตให้ปล่อยสินค้านี้เข้าสู่ช่องทางพาณิชย์ ซึ่งในส่วนของไทยนั้นมิได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้ แต่หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 มาตรา 25 กำหนดให้ “บรรดาของอาชญากรรมที่ขโมยได้ ตามพระราชบัญญัตินี้ ฎาบทกฎหมายอื่นอันเกี่ยวแก่ศุลกากรนั้น ให้จำหน่ายตามแต่อธิบดีสั่ง” ซึ่งในความหมายของคำว่าจำหน่ายตามที่มาตรา 25 กำหนดนี้ น่าจะมีความหมายไม่ครอบคลุมถึงกรณีการทำลาย อีกทั้งความตกลง TPP ได้ตัดกรณีการจำหน่ายทิ้งออกให้คงแต่การดำเนินการเพื่อการทำลายเท่านั้น แต่สำหรับสาธารณรัฐสิงคโปร์มีมาตรการทางกฎหมายกำหนดให้กรณีที่ศาลมีคำสั่งให้รับสิ่งของตกเป็นของรัฐบาลแล้ว นอกจากนี้ยังกำหนดให้สินค้านี้จะต้องถูกกำจัดหรือกรณีที่ไม้อาจดำเนินการกำจัดได้ให้เป็นหน้าที่ของ

อธิบดีศุลกากรเป็นผู้ดำเนินการต่อไป สำหรับประเทศญี่ปุ่นในส่วนของวัสดุหรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาญี่ปุ่นในแต่ละประเภทนั้นๆ และกรณีของสหรัฐอเมริกากำหนดให้เฉพาะแต่ในกรณีสินค้าที่ติดเครื่องหมายปลอมจะต้องถูกทำลาย นอกจากจะมีการพิจารณาว่าสินค้านั้นกล่าวไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ก็อาจจะมีการดำเนินการส่งมอบสินค้านั้นแก่รัฐบาล สถาบันการกุศล หรือประมูลให้แก่สาธารณชนเมื่อผ่านเวลา 90 วันนับแต่ที่มีการริบแล้วแต่กรณี ในส่วนกรณีสินค้าที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องถูกทำลายเท่านั้นตามรัฐบัญญัติ 19 CFR § 133.52 ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าไทยได้มีการบัญญัติมาตรการภายหลังกักสินค้าโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากรไว้แล้วแต่มาตรการดังกล่าวยังคงไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติระหว่างประเทศจึงเห็นควรที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้มาตรการภายหลังการกักสินค้าของไทยมีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

4.3.3.3 การบอกกล่าวการยึดและแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าส่งออก

ความตกลง TPP ข้อ 14 กำหนดให้เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ยึดสินค้าปลอม หรือละเมิดลิขสิทธิ์ ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้ยึดสินค้านั้น โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องแจ้งชื่อและที่อยู่ของผู้ส่งสินค้า ผู้ส่งออก ผู้รับ หรือผู้นำเข้า รายละเอียดเกี่ยวกับตัวสินค้า ปริมาณสินค้า และถ้าทราบถึงประเทศแหล่งกำเนิดตัวสินค้านั้นก็ต้องแจ้งให้ทราบด้วย ซึ่งในความตกลง TRIPS มิได้กำหนดระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องแจ้งให้ทราบแก่ผู้ทรงสิทธิเหมือนอย่างความตกลง TPP เพียงแต่กำหนดในลักษณะให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องแจ้งให้ทราบผู้นำเข้าและผู้ขอระงับการปล่อยสินค้าในทันทีเมื่อได้ดำเนินการระงับการปล่อยสินค้าตามความตกลง TRIPS ข้อ 51 และในส่วนที่ว่าด้วยข้อสนเทศความตกลง TRIPS ข้อ 57 กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาจจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบถึงชื่อและที่อยู่ของผู้ส่งสินค้า ผู้นำเข้าและผู้รับสินค้า รวมทั้งปริมาณของสินค้านั้นแตกต่างจากความตกลง TPP ข้อ 14 ที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องแจ้งให้ทราบถึงข้อสนเทศดังกล่าว และกำหนดเพิ่มเติมถึงข้อสนเทศที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องแจ้งผู้ทรงสิทธิทราบถึงรายละเอียดของตัวสินค้า และประเทศที่สินค้านั้นกำเนิดหากทราบ ซึ่งในความตกลง TRIPS มิได้มีกำหนด สำหรับกรณีของไทยนั้นอาจเห็นได้จากประกาศกรมศุลกากรที่ 28/2536 ข้อ 3 ซึ่งกำหนดในลักษณะเป็นเพียงสิทธิของผู้ขอหักในอันที่จะสอบถามหรือขอจดแจ้งซึ่งบรรดาข้อมูลเกี่ยวกับชื่อที่อยู่ของผู้ส่งออก หรือผู้นำเข้าและจำนวนสินค้าจากเจ้าหน้าที่ศุลกากรเท่านั้น หากเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ศุลกากรในอันจะต้องแจ้งข้อสนเทศดังกล่าวแก่ผู้ขอหักและตรวจสอบสินค้าอย่างที่มีความตกลง TRIPS และความตกลง TPP กำหนด ในส่วนของสหรัฐอเมริการัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกา 19 CFR § 133.21 กำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้อง

แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าขึ้นแก่ผู้ทรงสิทธิเช่นกัน สำหรับญี่ปุ่นมาตรา 69-15 แห่งกฎหมายศุลกากรญี่ปุ่น กำหนดให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรจะต้องแจ้งข้อมูลแก่ผู้ทรงสิทธิและผู้ตัวผู้นำเข้าสินค้าซึ่งข้อมูลของผู้ทรงสิทธินั้นด้วย สำหรับสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นไม่มีการกำหนดกรณีดังกล่าวไว้แต่ประการใด

4.3.4 กรณีการนำเข้าที่มีปริมาณเล็กน้อย

กรณีของการนำเข้าที่มีปริมาณเล็กน้อยอันจะได้รับการยกเว้นบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับมาตรการ ณ จุดผ่านแดนข้างต้น ความตกลง TPP ข้อ 14 กำหนดเฉพาะกรณีที่สินค้ามีปริมาณน้อย และไม่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์ที่ได้บรรจุอยู่ในสัมภาระส่วนตัวของผู้เดินทาง โดยตัดในการของการส่งของที่มีปริมาณเล็กน้อยออกที่เป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นไว้ในความตกลง TRIPs ข้อ 60 ซึ่งหากพิจารณามาตรการ ณ จุดผ่านแดนของสหรัฐอเมริกาและไทย จะเห็นว่าล้วนแต่กำหนดยกเว้นมาตรการ ณ จุดผ่านแดนดังกล่าวเฉพาะกรณีการนำเข้ามาพร้อมกับตัวนักท่องเที่ยวซึ่งมีปริมาณเล็กน้อยและไม่มีลักษณะในเชิงการค้าทั้งสิ้นซึ่งเป็นการสอดคล้องกับความตกลง TPP ในส่วนสาธารณรัฐสิงคโปร์และญี่ปุ่นนั้นไม่มีการกำหนดกรณีเกี่ยวกับการนำเข้าที่มีปริมาณเล็กน้อยเอาไว้ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาญี่ปุ่นกำหนดการกระทำที่จะเป็นการละเมิดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาคือการผลิต ใช้อย่าง หรือการกระทำอย่างอื่นที่กฎหมายกำหนดในลักษณะเฉพาะที่เป็นการกระทำในทางธุรกิจหรือในเชิงพาณิชย์เท่านั้นอันจะมีความผิดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาญี่ปุ่น ดังนั้นกรณีการนำเข้าในปริมาณเล็กน้อยนี้ในทางปฏิบัติจึงถือว่ามีความผิดตามกฎหมายญี่ปุ่นอยู่แล้ว

4.4 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับสิทธิบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

ปัจจุบันการดำเนินชีวิตทุกอย่างล้วนอยู่ในลักษณะโลกไร้พรมแดนมีสถานะเครือข่ายการสื่อสารแบบออนไลน์หรือเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่าเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรมทางการเงินซึ่งกระทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ การซื้อขายสินค้าผ่านเว็บไซต์ การสื่อสารซึ่งข้อความ รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว รวมทั้งเสียงผ่านแอปพลิเคชันออนไลน์ เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้บริการจำเป็นต้องกระทำผ่านตัวกลางทางเทคโนโลยีเพื่อส่งข้อมูลเหล่านั้นไปยังผู้รับข้อมูลปลายทาง ซึ่งรวมถึงการเรียกข้อมูลของผู้ใช้บริการจากผู้อยู่ปลายทางส่งข้อมูลกลับมาผ่านผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet services provider หรือ ISP) กลับมายังผู้ให้บริการ ทั้งนี้การกระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ยังรวมถึงการที่ผู้ให้บริการทำกิจกรรมฟลักโหลด เชื่อมโยง ค้นหาซึ่งข้อมูลต่างๆ จากผู้ให้บริการตามแต่ประเภทกิจกรรมนั้นๆ และยังรวมถึงการที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำซ้ำทางเทคโนโลยีซึ่งข้อมูลดังกล่าวซึ่งเป็นการกระทำทางเทคนิคเพื่อให้ข้อมูลนั้นปรากฏ คงอยู่ และสามารถส่งผ่านไปได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากิจกรรมต่างๆ ใน

เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเหล่านี้ประกอบด้วยการกระทำในหลายลักษณะและถูกกระทำโดยหลายบุคคลด้วย ปัญหาเกิดมีว่าหากข้อมูลที่มีการกระทำทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นข้อมูลที่มีลิขสิทธิ์คุ้มครองการกระทำต่างๆดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแก่ข้อมูลซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต บุคคลดังกล่าวเหล่านั้นจะถือว่ามีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำ คัดแปลง หรือเผยแพร่สู่สาธารณะแก่งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้หากเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็น่าจะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เช่นกัน

เมื่อการสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นการกระทำทางข้อมูลที่มีลักษณะการส่งผ่านข้อมูลอย่างมหาศาลในเสี้ยววินาที ผู้ให้บริการต่างๆไม่อาจทราบได้ว่าข้อมูลที่มีการส่งผ่านต่อนั้นเป็นข้อมูลที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ หากปรากฏว่าข้อมูลที่มีการส่งผ่านต่อนั้นเป็นข้อมูลที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์การกระทำของผู้ให้บริการในการทำซ้ำทางเทคโนโลยีและส่งผ่านซึ่งข้อมูลนั้น หรือการรับฝาก โหลด หรือค้นหาข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เช่นนี้ย่อมทำให้ผู้ให้บริการซึ่งเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญทางการสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอาจเกิดความหวาดวิตกถึงความรับผิดชอบดังกล่าวที่ตนอาจมีส่วนต้องรับผิดชอบในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว จนเป็นเหตุให้ระบบการสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอาจจะต้องสะดุดหยุดลงเนื่องจากผู้ให้บริการเหล่านั้นก็ต้องตรวจสอบในทุกๆข้อมูลที่ส่งผ่านนั้น ซึ่งแทบจะไม่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติและอาจมีส่วนทำให้ผู้ให้บริการเหล่านั้นต้องล้มเลิกการให้บริการเนื่องจากตนจะต้องรับภาระเกินสมควรกว่าที่ตนได้รับประโยชน์หากพิจารณาถึงภาระที่ตนต้องแบกรับนั้น และสิ่งเหล่านี้จะเป็นการสร้างผลกระทบต่อการพัฒนาทางเทคโนโลยีต่างๆที่ปัจจุบันอาศัยการความเร็วทางการสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนี้ก็ต้องสะดุดตามไปด้วย ดังนั้นหากโครงสร้างความปลอดภัยละเมิดลิขสิทธิ์ยังคงเป็นอยู่ดังเช่นปัจจุบันย่อมจะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้ให้บริการในฐานะตัวกลางในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้มีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบข้อมูลต่างๆที่อยู่ในความดูแลของผู้ให้บริการนั้น ซึ่งการบังคับให้ผู้ให้บริการออนไลน์มีภาระต้องรับผิดชอบดังกล่าวในทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่กระทำได้ยากหรือแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย เนื่องจากในทุกๆเสี้ยววินาทีมีจำนวนข้อมูลมหาศาลแล่นผ่านเส้นทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการนี้ การที่จะให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อมูลในทุกรายละเอียดนั้นจึงย่อมไม่สามารถที่จะทำได้โดยง่ายเมื่อเทียบกับการให้บริการในราคาถูกลงหรือฟรี อีกทั้งโครงสร้างความปลอดภัยละเมิด

ลิขสิทธิ์ยังอาจถูกนำไปใช้ในการคุกคามการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และนวัตกรรมทางเทคโนโลยีต่างๆที่อาศัยโลกออนไลน์นี้ในการช่วยการวิจัยคิดค้น จากตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เอง เนื่องจากโครงสร้างการรับผิดชอบดังกล่าวเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะบังคับสิทธิได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญาแก่ผู้ให้บริการในฐานะตัวกลางผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ถูกกล่าวหา นั้นได้

การสร้างภาระการรับผิดชอบดังกล่าวให้แก่ผู้ให้บริการในฐานะตัวกลางในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะส่งผลกระทบต่อการใช้งานซึ่งข้อมูลของสาธารณะ เป็นการบั่นทอนการส่งเสริมให้มีการพัฒนาทางด้านนวัตกรรมทางเทคโนโลยีต่างๆ และยังเป็นคุกคามเสรีภาพในการแสดงออกในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอีกทางหนึ่งด้วย เนื่องจากผู้ให้บริการจะต้องเปลี่ยนบทบาทจากการเป็นตัวกลางทางเทคโนโลยีในโลกออนไลน์มาเป็นผู้คัดกรองซึ่งเนื้อหาที่เข้ามาในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอันส่งผลกระทบต่อประเด็นเรื่องความเป็นส่วนตัวซึ่งข้อมูลนั้น เนื่องจากผู้ให้บริการจำต้องเข้าไปตรวจสอบข้อมูลของผู้ใช้บริการเหล่านั้นว่ามีการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อการเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้บริการในอันที่จะปิดกั้นเนื้อหาใดๆที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นการละเมิดจนเกินพอดี โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงเนื้อหาของเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีความเคลือบคลุมไม่ชัดเจน และในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ให้บริการไม่สามารถตัดสินได้โดยง่ายว่าเนื้อหาประเภทใดเป็นเนื้อหาที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งโดยปกติการที่จะตัดสินว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับศาลในอันที่จะพิจารณาว่างานดังกล่าวเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์อันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ การกระทำตามข้อพิพาทเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น

ในแง่ผลกระทบต่อนวัตกรรมและการพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้น การที่ผู้ให้บริการมีภาระการรับผิดชอบดังกล่าวเป็นการลดแรงจูงใจในการสร้างนวัตกรรมในทางเทคโนโลยีด้านต่างๆ ซึ่งความเสี่ยงต่อภาระการรับผิดชอบดังกล่าวเป็นการปิดช่องการเข้าสู่ตลาดของบริษัทรายย่อยที่ไม่สามารถจ่ายเงินจำนวนมากเพื่อที่จะจ้างพนักงานมาคอยตรวจสอบเนื้อหาต่างๆในความรับผิดชอบของตนดังกล่าวได้ บริษัทจำนวนมากอาจเลือกที่จะมาลงทุนเปิดทำการในประเทศที่ผู้ให้บริการในฐานะตัวกลางในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้รับความคุ้มครองจากภาระการรับผิดชอบดังกล่าวมีจำนวนการลงทุนจากต่างประเทศในประเด็นดังกล่าวมีจำนวนน้อย อีกทั้งการดังกล่าวอาจส่งผลให้เกิดการกีดกันการพัฒนาเศรษฐกิจและการเจริญเติบโตโดยรวมอีกด้วย เนื่องจากตลาดที่มีประสิทธิภาพขึ้นอยู่กับ การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางเศรษฐกิจระหว่างบริษัทและลูกค้าอย่างเสรี ตัวกลางผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนช่วยทำให้การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจโดยตรงในหลายด้านโดยอินเทอร์เน็ตจะเพิ่มจำนวนสารสนเทศทางเศรษฐกิจให้กับทั้งบริษัทเอกชนต่างๆและในด้านตัวลูกค้าเอง และยังเป็น

การลดต้นทุนในการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอย่างอเมซอนหรืออีเบย์ช่วยผลักดันให้ต้นทุนในการทำธุรกรรมต่ำลง สร้างช่องทางในการกระจายสินค้า เพิ่มการแข่งขันทำให้วัตถุดิบหรือตัวสินค้ามีราคาต่ำลงซึ่งเป็นผลดีต่อตัวผู้บริโภค และยังเป็นการเชื่อมต่อกับตลาดโลก เช่นนี้ภาระความรับผิดชอบของผู้ให้บริการดังกล่าวจะเป็นการสร้างกำแพงต่อการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและขีดขวางประโยชน์ดังที่กล่าวมาแล้ว

เมื่อโครงสร้างความรับผิดชอบของการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่สอดคล้องกับการกระทำกิจกรรมสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนี้จึงได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ต่างๆ เหล่านี้โดยกำหนดในลักษณะการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ หรือที่เรียกว่า “Safe Harbors” หากผู้ให้บริการออนไลน์นั้นได้กระทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายนั้นกำหนดผู้ให้บริการออนไลน์นั้นจะไม่มี ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว และโดยที่มาตรการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ถือเป็นมาตรการหนึ่งในการส่งเสริมการป้องปรามการละเมิดในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เนื่องจากมาตรการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ที่เหมาะสมจะเป็นส่วนช่วยให้ผู้ให้บริการออนไลน์ให้ความร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนด้วย

เพื่อให้การบังคับสิทธิต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มาตรการทางแพ่งและทางอาญาสามารถที่จะเยียวยาในการที่จะขัดขวางการกระทำละเมิดด้วยความรวดเร็ว และจะต้องเป็นการที่จะสามารถยับยั้งการกระทำละเมิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งเป็นสิ่งที่ความตกลง TPP ได้กำหนดเอาไว้ ความตกลง TPP ข้อ 16 จึงได้กำหนดเงื่อนไข 2 ประการ เพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผลโดยเงื่อนไขประการแรกระบุให้ประเทศสมาชิกจะต้องมีกฎหมายที่จะกระตุ้นให้ผู้ให้บริการออนไลน์ต่างๆ ให้ความร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะยับยั้งการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำขึ้นในระบบที่ตนมีความรับผิดชอบเกี่ยวข้อง ส่วนในเงื่อนไขประการที่สองกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องมีกฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดชอบของฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ

โดยกฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์นี้ความตกลง TPP ข้อ 16 กำหนดให้ลักษณะคุณสมบัติของผู้ให้บริการออนไลน์ที่จะได้รับการจำกัดความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว โดยกำหนดการกระทำของผู้ให้บริการออนไลน์ที่ได้กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่จะได้รับการจำกัดความรับผิดชอบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เป็น 4 กรณีคือ การกระทำในลักษณะเป็นแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการ (Transmission) (ซึ่งมีลักษณะเป็นสื่อกลางเพียงนำส่งข้อมูลเท่านั้น) การกระทำในลักษณะจัดเก็บข้อมูลผ่านกระบวนการทางเทคนิคที่เป็นไปโดยอัตโนมัติ (Caching) การกระทำใน

ลักษณะการจัดเก็บข้อมูลที่ใช้บริการเป็นผู้เลือกให้อยู่ในระบบหรือเครือข่ายแต่การนั้นถูกควบคุมหรือปฏิบัติการโดยหรือสำหรับผู้ให้บริการ (Hosting) และสุดท้ายการกระทำในลักษณะการอ้างอิงหรือเชื่อมโยงซึ่งเนื้อหาต่างๆ (Referring, Linking and Hyperlinks) หากผู้ให้บริการเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่ความตกลง TPP กำหนด ผู้ให้บริการออนไลน์ก็จะได้รับความคุ้มครองในการจำกัดความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์โดยทันที

นอกจากนี้ความตกลง TPP ยังได้กำหนดกระบวนการยื่นคำขอให้ปิดกั้นและคำโต้แย้งของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการลบหรือการปิดกั้นดังกล่าว และซึ่งหากผู้ให้บริการออนไลน์ได้ลบหรือการปิดกั้น (Removal or Takedown) อันกระทำด้วยความสุจริตบนพื้นฐานของคำขอของเจ้าของลิขสิทธิ์และลักษณะแห่งการละเมิดมีความชัดเจนผู้ให้บริการออนไลน์ย่อมได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว กำหนดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะสามารถรับรู้ข้อมูลของผู้กระทำละเมิด ที่อยู่ ซึ่งเป็นข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของผู้ให้บริการออนไลน์ในการที่จะสามารถดำเนินคดีดังกล่าวต่อไปได้ และยังกำหนดเนื้อหาของหนังสือแห่งคำขอหรือคำโต้แย้งของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับผลกระทบจากกระบวนการลบหรือการปิดกั้นนั้นไว้ในตอนท้ายสุดอีกด้วย

สำหรับกรณีของสหรัฐอเมริกา มีกฎหมาย 2 ฉบับที่เกี่ยวข้องกับภาระความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร มาตรา 230 และรัฐบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล (DMCA) 17 U.S. Code § 512 โดยจุดประสงค์ของการมีการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร มาตรา 230 ก็เพื่อสนับสนุนการพัฒนานวัตกรรมอินเทอร์เน็ตและสื่อปฏิสัมพันธ์อื่นให้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว สร้างแรงจูงใจให้ผู้ให้บริการทำการกรองเนื้อหาด้วยความสมัครใจ และส่งเสริมการพัฒนาเครื่องมือเพื่อส่งเสริมการควบคุมข้อมูลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยผู้ใช้อย่างมากที่สุด ในส่วนของการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ในความรับผิดชอบเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล (DMCA) ถูกกำหนดในหมวดของกฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ (The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act หรือ OCILLA) เป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดเงื่อนไขว่าด้วย Safe harbor³⁰⁴ ที่เกี่ยวกับผู้ให้บริการออนไลน์ (โดยในกลุ่มนี้รวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต internet service providers หรือ ISP) และผู้ให้บริการออนไลน์เป็นสื่อกลางอื่นๆ โดยกฎหมายดังกล่าวจะ

³⁰⁴ Safe harbor เป็นการคุ้มครองผู้ให้บริการจากความรับผิดในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการซึ่งได้กระทำในพื้นที่รับผิดชอบของผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

เป็นการป้องกันการบุกรุกเหล่านี้จากการกระทำทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ที่มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายจากการกระทำทางเทคโนโลยีและการกระทำของผู้ให้บริการ

โดย OCILLA เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย DMCA ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่าเนื้อหาสาระสำคัญของการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์ระหว่าง DMCA กับความตกลง TPP มีลักษณะเหมือนกัน กล่าวคือ มีการกำหนดการกระทำของผู้ให้บริการออนไลน์ที่ได้กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่จะได้รับการจำกัดความรับผิดตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเป็นสี่ประเภทเหมือนกันซึ่งมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันกับการแบ่งประเภทของความตกลง TPP ซึ่งเป็นการใช้หลักการเดียวกันในการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์ในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการนั้น กล่าวคือกำหนดเงื่อนไขแห่งการกระทำของผู้ให้บริการออนไลน์ในลักษณะ “การกระทำที่ได้รับการยกเว้นการละเมิด” หรือ “Safe Harbors” โดยแยกออกตามประเภทของการกระทำตามที่ได้แยกประเภทลักษณะแห่งการกระทำของผู้ให้บริการออนไลน์เอาไว้ หากผู้ให้บริการออนไลน์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ดังกล่าวผู้ให้บริการออนไลน์ก็จะได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว และนอกจากนี้ OCILLA ยังมีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการแจ้งข้อมูลการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อผู้ให้บริการออนไลน์เพื่อที่จะดำเนินการลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงซึ่งการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่อยู่ความดูแลของผู้ให้บริการออนไลน์นั้นๆ ซึ่งในส่วนของกฎหมายของสิงคโปร์มาตรา 193A แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (ตอนที่63) ก็กำหนดในลักษณะเป็นอย่างเดียวกันกับรัฐธรรมนูญว่าด้วยลิขสิทธิ์ดิจิทัลของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือมีการแบ่งประเภทของการกระทำของผู้ให้บริการออนไลน์ที่ได้กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่จะได้รับการจำกัดความรับผิดตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในแต่ละการกระทำออกจากกัน โดยมีเงื่อนไขของการจำกัดของผู้ให้บริการในแต่ละลักษณะที่คล้ายกัน โดยการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการของสาธารณรัฐสิงคโปร์กำหนดไว้เป็นหมวดหนึ่งในกฎหมายลิขสิทธิ์

กรณีของประเทศญี่ปุ่นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์มิได้จำกัดเฉพาะกรณีประเภทของผู้ให้บริการออนไลน์เท่านั้น แต่กำหนดในลักษณะผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมและหมายความรวมถึงผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้อง โดยมีได้กำหนดขอบเขตเฉพาะแต่การกระทำที่เป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำที่เป็นการกระจายข้อมูลผ่านกระบวนการสื่อสารโทรคมนาคมอันเป็นการก่อให้เกิดการละเมิดบุคคลใดๆด้วย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดกำหนดเงื่อนไขการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมไว้โดยผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมจะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่มี

การละเมิดในพื้นที่รับผิดชอบของตน และผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมได้ทำการระงับข้อมูลการละเมิดทันทีเมื่อได้พบหรือได้รับคำร้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของญี่ปุ่นมิได้มีการแยกประเภทตามลักษณะการกระทำซึ่งได้กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอันเป็นเงื่อนไขในการจำกัดความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการเหมือนอย่างรัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดกระบวนการเกี่ยวกับการยื่นคำขอเพื่อให้ปิดกั้นข้อมูลอันเป็นการละเมิดของผู้ถูกละเมิดและกระบวนการยื่นคำโต้แย้งของผู้จะถูกปิดกั้นข้อมูลนั้นระหว่างผู้ให้บริการ บุคคลผู้อ้างว่าถูกละเมิด และบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งปิดกั้นของผู้ให้บริการ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวของญี่ปุ่นยังได้กำหนดกระบวนการเปิดเผยข้อมูลของผู้กระทำละเมิดอีกด้วย

เมื่อปรากฏว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งได้กระทำในในขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์แล้ว หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เดิมอาจตีความได้ว่าผู้ให้บริการออนไลน์อาจมีส่วนที่จะต้องรับผิดชอบทั้งในฐานะผู้กระทำละเมิดเองอาทิในกรณีที่เป็นการทำซ้ำทางเทคโนโลยี (Caching) และในฐานะผู้สนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายซึ่งการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ปรากฏอยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 กำหนดให้เฉพาะกรณีการทำซ้ำที่จำเป็นในระบบคอมพิวเตอร์มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เท่านั้น โดยในส่วนกรณีอื่นนอกเหนือจากการทำซ้ำที่จำเป็นในระบบคอมพิวเตอร์ ผู้ให้บริการออนไลน์จะได้รับการจำกัดความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งได้กระทำในระบบคอมพิวเตอร์ของตนก็ต่อเมื่อเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

โดยนอกจากการกำหนดให้กรณีการทำซ้ำที่จำเป็นในระบบคอมพิวเตอร์มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดกระบวนการขอรับความคุ้มครองการละเมิดลิขสิทธิ์ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของเจ้าของลิขสิทธิ์ การกำหนดนิยามของผู้ให้บริการออนไลน์ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการออนไลน์ที่จะได้รับประโยชน์จากจำกัดความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ การจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการแก่การลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลซึ่งละเมิดตามคำสั่งศาล และการกำหนดให้นำข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีการทำซ้ำที่จำเป็นในระบบคอมพิวเตอร์มาใช้บังคับกับกรณีสิทธิของนักแสดงด้วยโดยอนุโลม เป็นต้น โดยเนื้อหาสาระที่พระราชบัญญัติได้ทำการแก้ไข พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าวได้กำหนดให้เพิ่มมาตรา 32/2 และมาตรา 32/3 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

“มาตรา 32/2 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ทำหรือได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายในระบบคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นการทำซ้ำที่จะเป็นต้องมีสำหรับการนำมาใช้เพื่อให้อุปกรณ์ที่ใช้ในระบบคอมพิวเตอร์หรือกระบวนการส่งงานอันมีลิขสิทธิ์ทางระบบคอมพิวเตอร์ทำงานได้ตามปกติ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 32/3 ในกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ผู้ให้บริการ หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยอ่านระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น
คำร้องตามวรรคหนึ่ง ต้องมีรายละเอียดโดยชัดเจนซึ่งข้อมูล หลักฐาน และคำขอบังคับดังต่อไปนี้

(1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้บริการ
(2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์
(3) งานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์
(4) กระบวนการสืบทราบ วันและเวลาที่พบการกระทำ และการกระทำหรือพฤติกรรมตลอดทั้งหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

(5) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
(6) คำขอบังคับให้ผู้ให้บริการนำงานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีอื่นใด

เมื่อศาลได้รับคำร้องตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลทำการไต่สวน หากศาลเห็นว่าคำร้องมีรายละเอียดครบถ้วนตามวรรคสาม และมีเหตุจำเป็นที่ศาลสมควรจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องนั้น ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด โดยคำสั่งศาลให้บังคับผู้ให้บริการได้ทันที แล้วแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ให้บริการทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีเช่นนี้ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดย

ละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนางานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ในกรณีที่ผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการนั้นได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่แล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่ง และหลังจากคำสั่งศาลเป็นอันสิ้นสุดแล้ว

ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่”

มาตรา 6 ให้ยกเลิกความในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 53 ให้นำมาตรา 32 มาตรา 32/2 มาตรา 32/3 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 36 มาตรา 42 และมาตรา 43 มาใช้บังคับแก่สิทธิของนักแสดงโดยอนุโลม”

จากการพิจารณาเนื้อหาสาระที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่2) พ.ศ. 2558 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการบังคับสิทธิการละเมิดลิขสิทธิ์ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของเจ้าของลิขสิทธิ์ จะเห็นได้ว่ากำหนดในลักษณะให้ดำเนินการผ่านกระบวนการทางศาลเท่านั้น กล่าวคือเจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งเป็นการแตกต่างจากความตกลง TPP ที่กำหนดให้การเยียวยาการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถดำเนินการผ่านกระบวนการแจ้งเตือนการละเมิดของผู้ให้บริการโดยอาศัยการดำเนินการดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการจำกัดความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งได้กระทำในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ ซึ่งในบางกรณีความตกลง TPP กำหนดให้ผู้ให้บริการออนไลน์จะต้องมีกระบวนการรับการแจ้งเตือนการละเมิดที่มีประสิทธิภาพอันถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการที่ผู้ให้บริการออนไลน์นั้นได้รับประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดชอบเงื่อนไขที่ความตกลง TPP กำหนด การกำหนดให้การเยียวยาการละเมิดลิขสิทธิ์เครือข่ายอินเทอร์เน็ตผ่านกระบวนการยื่นคำร้องต่อผู้ให้บริการของความตกลง TPP เช่นนี้จะช่วยส่งเสริมให้ผู้ให้บริการออนไลน์หันมาใส่ใจแก่บรรดาข้อมูลต่างๆที่อยู่ในระบบของผู้ให้บริการออนไลน์ที่มีลักษณะเป็นการสร้างความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้น ทั้งยังเป็นการลดการละเมิดต่างๆที่จะเกิดแก่ศาลหากกำหนดให้กระบวนการดังกล่าวเป็นหน้าที่ศาลในการออกคำสั่งระงับการเข้าถึงหรือนำออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการอย่างที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่2) พ.ศ.2558 ได้กำหนดไว้ ซึ่งการกำหนดให้การเยียวยาดังกล่าวจะต้องผ่านกระบวนการทางศาลย่อมจะส่งผลกระทบตามมาอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นจำนวนคำร้องที่จะ

ตกเป็นภาระแก่ศาลซึ่งอย่างที่ได้เกริ่นนำไปแล้วว่าจำนวนข้อมูลที่มีการสื่อสารระหว่างกันผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีจำนวนมหาศาล การกำหนดให้ศาลมีหน้าที่พิจารณาคำร้องดังกล่าวของเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมไม่ทันต่อลักษณะการสื่อสารของโลกยุคดิจิทัลสารสนเทศในปัจจุบันและถึงแม้จะมีการสั่งตามคำร้องของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้กระทำละเมิดก็ย่อมสามารถนำข้อมูลที่มีการสั่งให้ระงับหรือนำออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ได้ใหม่ผ่านรหัสที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวของผู้กระทำละเมิดสามารถกระทำได้เพียงเสี้ยววินาทีตามเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลาในปัจจุบัน เช่นนี้กระบวนการเยียวยาดังกล่าวผ่านการยื่นคำร้องต่อศาลย่อมไม่อาจที่จะสามารถป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้อย่างแท้จริงและยังเป็นการสร้างภาระแก่กระบวนการยุติธรรมทางศาลดังเหตุผลที่กล่าวมา

หากพิจารณาถึงกระบวนการที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ที่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินคดีต่อผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับภายในระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนางานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ในทางปฏิบัติเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจทราบได้ว่าผู้ให้บริการที่อ้างว่ากระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ใด ซึ่งข้อมูลเหล่านี้ล้วนตกอยู่ในความรู้เห็นของผู้ให้บริการ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่ทราบข้อมูลของผู้ให้บริการดังกล่าวจากผู้ให้บริการในทันทีที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถดำเนินคดีกับผู้ให้บริการดังกล่าวได้ต่อไป อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดสภาพบังคับให้ผู้ให้บริการต้องให้ความร่วมมือแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ถึงการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ซึ่งในข้อนี้เป็นการแตกต่างกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นซึ่งต่างมีการกำหนดกระบวนการที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะรับทราบข้อมูลเบื้องต้นดังกล่าวของผู้ให้บริการจากผู้ให้บริการได้ ส่วนในสาธารณรัฐสิงคโปร์ไม่มีการกำหนดเอาไว้ นอกจากนี้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ไม่มีการกำหนดกรณีหากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ดำเนินคดีภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดผลจะเป็นอย่างไร และที่สำคัญพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้กำหนดกระบวนการโต้แย้งสิทธิของผู้ให้บริการที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการระงับการเข้าถึงหรือการนำออกสู่ระบบของผู้ให้บริการภายใต้คำสั่งศาล ซึ่งเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้ให้ความสำคัญถึงความสมดุลระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวอาจส่งผลให้มีการยื่นคำร้องต่อศาลให้มีการระงับหรือเอาออกจากระบบคอมพิวเตอร์จำนวนมากขึ้น โดยมีได้มีการกำหนดกระบวนการโต้แย้งสิทธิเบื้องต้นอย่างที่มีความตกลง TPP รัฐบาลของสหรัฐอเมริกา กฎหมายของญี่ปุ่นและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ต่างก็มีการกำหนดกระบวนการเกี่ยวกับการร้องเรียนของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อผู้

ให้บริการว่ามีการละเมิดในระบบ เพื่อดำเนินการปิดกั้นหรือเอาข้อมูลที่อ้างว่าละเมิดออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และกระบวนการโต้แย้งสิทธิของผู้ใช้บริการก่อนที่จะมีการดำเนินการสู่กระบวนการยุติธรรมในชั้นศาล ย่อมเป็นการส่งผลให้มีจำนวนคำร้องเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาลจากข้อมูลที่มีมหาศาลในยุคดิจิทัลสารสนเทศอย่างแน่นอน

ในด้านประเภทของผู้ให้บริการออนไลน์ที่อยู่ภายใต้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมการบังคับสิทธิในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนี้กำหนดประเภทของผู้ให้บริการโดยกำหนดในลักษณะกำหนดนิยามของคำว่าผู้ให้บริการในแต่ละประเภทว่าหมายถึงบุคคลประเภทใดเพื่อให้เกิดความชัดเจนตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการเยียวยาการละเมิดที่กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องยื่นคำขอให้ระงับการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อศาลเท่านั้น ซึ่งต่างกับความตกลง TPP รัฐบัญญัติเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ดิจิทัลของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่กำหนดบทนิยามของผู้ให้บริการออนไลน์หมายถึงบุคคลประเภทใดและการกำหนดดังกล่าวยังเป็นการกำหนดให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์แห่งเงื่อนไขของผู้ให้บริการออนไลน์ที่จะได้รับประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดชอบตามเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งเงื่อนไขเช่นนี้มีการแยกประเภทออกจากกันตามลักษณะแห่งการกระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยการแยกประเภทนี้ผู้ให้บริการออนไลน์จะได้รับประโยชน์แห่งเงื่อนไขก็ต่อเมื่อเป็นผู้ให้บริการออนไลน์ตามที่กฎหมายกำหนด มีลักษณะแห่งการกระทำของผู้ให้บริการออนไลน์ที่ได้กระทำในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตตามที่กฎหมายกำหนด และผู้ให้บริการออนไลน์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว และเมื่อผู้ให้บริการออนไลน์ได้ปฏิบัติตามที่กล่าวมานี้อย่างครบถ้วนผู้ให้บริการออนไลน์ก็จะได้รับการคุ้มครองทันที กล่าวคือจะได้รับการจำกัดความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งได้มีการกระทำในระบบคอมพิวเตอร์ของตนตามหลัก “Safe Harbors”

ดังนั้นจึงอาจกล่าว ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 เกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์นั้น กำหนดลักษณะคล้ายกับกฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ หากผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการนั้นได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนั้น แต่ในกฎหมายของญี่ปุ่นกำหนดให้บุคคลผู้ถูกละเมิดอาจดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ปิดกั้นหรือลบข้อมูลอันเป็นการละเมิดนั้น โดยมีจำต้องดำเนินการผ่านกระบวนการทางศาลเหมือนอย่างกรณีของไทย ซึ่งกรณีดังกล่าวของไทยและญี่ปุ่นต่างมิได้กำหนดเงื่อนไขการจำกัดความรับผิดชอบ

ของผู้ให้บริการโดยแยกประเภทตามลักษณะแห่งการกระทำเหมือนอย่างความตกลง TPP รัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ในส่วนกระบวนการบังคับสิทธิเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งได้กระทำในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อดำเนินการลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงซึ่งการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของไทยใช้กระบวนการซึ่งผ่านกระบวนการทางศาลเท่านั้น ซึ่งตามความตกลง TPP รัฐบัญญัติเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ดิจิทัลของสหรัฐอเมริกา กฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของญี่ปุ่น และกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ต่างมิได้กำหนดว่าจะต้องดำเนินการกระบวนการดังกล่าวผ่านทางศาลเท่านั้น แต่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจดำเนินการได้ผ่านทางผู้ให้บริการออนไลน์เองโดยอาศัยเงื่อนไขการจำกัดความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการออนไลน์ตามที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ และความตกลง TPP รัฐบัญญัติเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ดิจิทัลของสหรัฐอเมริกา กฎหมายว่าด้วยการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของญี่ปุ่น และกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ก็มีการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการออนไลน์ที่จะต้องให้ความร่วมมือแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่ช่วยการป้องกันหรือยับยั้งการกระทำที่เป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตผ่านวิธีการที่ผู้ให้บริการจะต้องให้ความร่วมมือในการเปิดเผยข้อมูลของผู้ใช้บริการที่กระทำละเมิดนั้นไม่ว่าจะเป็นชื่อหรือที่อยู่ เป็นต้น ซึ่งไม่ปรากฏถึงกระบวนการดังกล่าวในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 แต่อย่างใด จึงเห็นว่าไทยควรมีการกำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนกระบวนการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการออนไลน์โดยแยกประเภทลักษณะแห่งการกระทำทางเทคนิคซึ่งได้กระทำในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการออนไลน์ กระบวนการที่จะเป็นการส่งเสริมให้ผู้ให้บริการออนไลน์ให้ความร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมายต่อผู้กระทำละเมิดได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีมาตรการที่เป็นสากลต่อไป