

## บทที่ 4

# ศึกษาวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก่อนฟ้องมาบังคับใช้กับคดีละเมิดในประเทศไทย

### 4.1 ปัญหาและอุปสรรคในการนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมาใช้กับคดีละเมิด

เนื่องจากในปัจจุบันสภาพเศรษฐกิจทางสังคมได้มีวิวัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และการดำเนินชีวิตในปัจจุบันมีการกระทำละเมิดก่อให้เกิดข้อพิพาททางคดีเกิดขึ้นได้โดยง่าย ส่งผลต่อการดำเนินคดีเรียกร้อยค่าสินไหมทดแทนเป็นการเยียวยาแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุด ประชาชนจำเป็นต้องพึ่งพากฎหมายเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมในทุกกรณี แต่บางกรณีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจึงไม่คุ้มค่ากับสิ่งที่ต้องสูญเสียไป ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายด้านชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน อนามัย และชื่อเสียง เพราะการดำเนินคดีไปยังศาลเพื่อที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนมีขั้นตอนวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ต้องใช้ระยะเวลาอันพอสมควร ทั้งเป็นการยุ่งยากในการเตรียมรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี จนกว่าศาลมีคำพิพากษาคัดสินคดี

ตามสภาพปัญหาในบทที่ 1 การกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน เช่น ที่ดินข้างเคียงเตรียมอุปกรณ์เพื่อทำการก่อสร้าง โดยใช้เครื่องจักรที่มีขนาดใหญ่ทำการตอกเสาเข็มลงในที่ดินเพื่อก่อสร้างตึก แม้การกระทำดังกล่าว ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นแต่เมื่อใดก็ตามที่ลงมือก่อสร้าง และตอกเสาเข็มย่อมส่งผลให้เกิดการสั่นสะเทือนอย่างรุนแรงเป็นเหตุทำให้บ้านที่อยู่ติดกัน ผนัง เสาหินแตกร้าว และทรุดตัวลงได้เพราะมาจากแรงกระแทกที่ใช้ในการตอกเสาเข็ม อันเป็นเหตุแห่งการกระทำละเมิดย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือในการก่อสร้างตึกสูงต้องขุดดินลงไปลึก เพื่อทำการตอกเสาเข็มและเทรากฐานของตึก และการขุดดินก่อสร้างทำในบริเวณ ใกล้ตึกที่ตั้งอยู่บนพื้นที่ดิน โคลน และการขุดเจาะดินลงลึกย่อมทำให้น้ำไหลลงไปใบบ่อลึกที่ขุดเจาะอาจทำให้ดิน โคลนและน้ำซึ่งอุ้มตัวตึก ไม่มีอยู่อีกต่อไปทำให้ตึกที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงนั้นยุบเอียงและทรุดตัวลงได้โดยแน่นอน กรณีตามปัญหาดังกล่าวเห็นได้ว่าหากผู้เสียหายเนื่องจากการกระทำละเมิดยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดหยุดทำการตอกเสาเข็ม มิให้กระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปอันเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (2) โดยทำเป็นคำร้องมาพร้อมคำฟ้องเท่านั้น เมื่อยื่นแล้วศาลต้องพิจารณาเพื่อเห็นสมควรอนุญาตตามคำขอหรือไม่โดยศาลใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 255 คำฟ้องจะต้องมีมูล คือจะต้องมีการวินิจฉัยพยานหลักฐานด้วย ดังนั้น โจทก์ผู้ยื่นคำร้องตามมาตรา 254 จะต้องนำพยานหลักฐานมาไต่สวนเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็น ในประเด็นแรกว่าคดีของตนมีมูล ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกรณีที่ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งตามมาตรา 254 (2) ต้องให้เป็นที่พอใจของศาลว่าจำเลยตั้งใจจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด การผิดสัญญา และโจทก์จะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลยและในระหว่างที่ศาลพิจารณาไต่สวนคำร้องจนกระทั่งศาลมีคำสั่ง ขณะเดียวกันจำเลยยังคงทำการตอกเสาเข็มต่อไป ก่อให้เกิดการละเมิดอย่างต่อเนื่องส่งผลให้เกิดความเสียหายเพิ่มมากขึ้นตลอดเวลาจนกว่าจะมีการหยุดการตอกเสาเข็มหรือระงับการกระทำนั้น ความเสียหายยากแก่การเยียวยาแก้ไขได้ หากเป็นกรณีจำเป็นหรือเร่งด่วนในการคุ้มครองชั่วคราวคือการยื่นคำร้องขอในเหตุฉุกเฉินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 266 ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นคำร้องในเหตุฉุกเฉิน 1 ฉบับ และคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมาพร้อมคำฟ้องเช่นเดียวกัน จึงเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยนั้น ต้องมีการยื่นฟ้องก่อนถึงจะสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยไม่สามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องยื่นฟ้องก่อน ดังกฎหมายในต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และราชอาณาจักรสวีเดน เพราะการคุ้มครองชั่วคราวนั้นจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นการด่วนให้ทันท่วงที หากเกิดความล่าช้าความเสียหายยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นอันยากแก่การแก้ไขได้

กรณีการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง เช่น ในคดีหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423<sup>1</sup> เช่น ผู้กระทำละเมิดได้กระทำต่อผู้เสียหาย โดยได้ใช้วิธีการตัดต่อรูปภาพทางคอมพิวเตอร์ ตัดต่อสีระของผู้เสียหายไปต่อแทนสีระของหญิงอื่น ในภาพที่หญิงอื่นแสดงท่าเปลือยไม่ใส่เสื้อฝ่านอนอยู่กับชายต่างชาติ แล้วนำออกเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตไปทั่วโลกตลอดเวลาทุกๆ วัน อันเป็นการกระทำละเมิดอย่างต่อเนื่อง โดยบุคคลทั่วไปสามารถเปิดดูสามารถพิมพ์ออกเป็นภาพได้โดยง่าย และกระทำเผยแพร่ภาพดังกล่าวอย่างต่อเนื่องตลอดมาและยังจงใจกระทำต่อไปอีก ในกรณีดังกล่าวหากปล่อยให้มีการกระทำละเมิดอีกต่อไปเรื่อยๆ จะทำให้คนทั่วไปเห็นภาพลามกและข้อมูลอันเป็นเท็จเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ทุกวัน ผู้เสียหายย่อมได้รับ

<sup>1</sup> มาตรา 423 ผู้ใดกล่าว หรือ ไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อคนมิได้รู้ว่าจะข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะรู้ได้.

ความเสียหายเพิ่มขึ้นยากแก่การเยียวยาได้ ดังนั้น จึงควรที่จะให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องเสียหาย ให้ผู้กระทำละเมิดหยุดกระทำการเผยแพร่ภาพที่ตัดต่อทางอินเทอร์เน็ตและให้ส่งมอบภาพทั้งหมด ทุกประเภทที่อยู่ในความครอบครองให้แก่ผู้เสียหาย มิให้กระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด อันเป็นการระงับ ยับยั้ง หรือวิธีการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว มิให้ขยายวงกว้าง ออกไป ซึ่งการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายได้แก่การคุ้มครองชั่วคราว ในกรณีนี้เหตุที่ศาลต้องสั่งใช้ วิธีการคุ้มครองชั่วคราว เพราะในความเป็นจริงการที่เผยแพร่ภาพ หรือข้อความที่มีลักษณะเป็นการ หมิ่นประมาทนี้ มักจะก่อให้เกิดข่าวลือเสื่อมเสียอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าถูกนำมา เผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตที่สามารถกระจายได้อย่างกว้างขวางรวดเร็วมาก ทำให้สาธารณชนเข้าใจผิด เป็นอันมากและต้องใช้เวลาานมากกว่าจะดำเนินคดีถึงที่สุด ซึ่งกว่าศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการ หมิ่นประมาทในระหว่างการพิจารณาคดีความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมสูงชันมาก และการที่จะออกมา แดงข่าวเพื่อแก้ข่าว เวลาที่เป็นข่าวในทางที่ไม่ดีสำหรับผู้ที่มิชื่อเสียงโด่งดังมาก เช่น ดารา นักร้อง นักธุรกิจ นักการเมือง ฯลฯ สื่อมวลชนถือว่าเป็นข่าวใหญ่ มักเป็นข่าวหน้าหนึ่ง ลงพาดหัวข่าวเป็น ตัวหนาขนาดใหญ่อย่างกว้างขวางทุกฉบับ แต่เวลาแก้ข่าวจะลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์เป็น คอลัมน์ขนาดเล็ก ไม่สะดุดตา ลงเพียงบางฉบับเท่านั้น และไม่ลงเป็นข่าวใหญ่ไม่เป็นที่น่าสนใจ ของประชาชน ก่อให้เกิดผลเสียโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่เป็บบุคคลสำคัญ นักธุรกิจ นักการเมือง นักร้องดาราที่มีชื่อเสียงมากๆ ย่อมได้รับผลกระทบกระเทือนเป็นอย่างมาก เช่น มีภาพพจน์ที่ดู เลวร้ายต่อประชาชน เสื่อมเสียชื่อเสียง หากมีการดำเนินคดีกว่าคดีจึงที่สุดต้องใช้เวลาานมาก ผลเสียหายมากกว่าที่จะเยียวยาให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ และในบางรายอาจกลายเป็นเรื่องใหญ่โต จนกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น นางแบบซูเปอร์โมเดล ซึ่งจะเดินทางไปโฆษณาเสื้อชั้นใน ที่ถูกใส่ร้ายว่าไปให้สัมภพณ์ต่อสื่อมวลชนว่านครวัดของกัมพูชา ความจริง เป็นของประเทศไทย ทำให้เกิดการโกรธแค้นเกลียดชังอย่างมากถึงขั้นทำให้ชาวกำพูชาเผาสถานทูตไทย และทำร้ายนักธุรกิจไทยในกัมพูชา กลายเป็นเรื่องลูกกลมใหญ่โต ดังนั้นการใช้มาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวก่อนฟ้องในลักษณะนี้ หากจะสามารถกระทำให้รวดเร็วเท่าไรก็จะทำให้ผลเสียหายไม่ ลูกกลมใหญ่โตเป็นอันมาก

กรณีการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายอนามัย และเสรีภาพ เช่น การกระทำละเมิดได้เกิดขึ้น โดยส่งผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวม หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ บุคคลเป็นจำนวนมาก เช่น การที่โรงงานหรือผู้ประกอบการต่างๆ ทำการปล่อยของเสียโดยไม่บำบัด เช่น กากน้ำตาล น้ำเสีย ตะกั่ว ปรอท แคดเมียมลงสู่แม่น้ำลำคลอง แม้กระทั่งการปล่อย สารพิษต่างๆ สู่บรรยากาศ เช่น ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ กัมมันตภาพรังสี<sup>2</sup> เป็นต้น ย่อมทำให้เกิดความเสียหาย

<sup>2</sup> ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, หม่อมหลวง. (2557, 17 มีนาคม). ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา. สัมภาษณ์.

และส่งผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย ต่อชีวิตร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชนและสิ่งแวดล้อม หากมีความเสียหายเกิดขึ้นสิ่งแรกที่ประชาชนต้องการคือให้ได้รับการเยียวยาโดยเร็ว ซึ่งส่งผลให้ประชาชนต้องไปเรียกร้องค่าเสียหายจากบรรดาผู้กระทำละเมิดจากเจ้าของโรงงานหรือผู้ประกอบการต่างๆ ซึ่งกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้เกิดการละเมิด โดยสิทธิที่จะสามารถเรียกร้องได้ คือ การการดำเนินคดีฟ้องร้องไปยังศาลเพื่อที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทน ซึ่งบางกรณีการใช้ค่าสินไหมทดแทนอาจจะไม่คุ้มเท่ากับสิ่งที่ต้องสูญเสียไปเท่าใด

ดังตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบัน มีการร้องเรียนของชาวบ้านโดยผ่านทางสื่อมวลชน พบหลักฐานว่าได้มีรถขนสารเคมีที่บริการรับน้ำเสียหรือกากของเสียอันตรายที่เป็นของเหลวจากโรงงานอุตสาหกรรมเพื่อการกำจัดหรือบำบัดได้ลักลอบทิ้งบริเวณที่ว่างร้างและที่สาธารณะในหลายจุดด้วยกัน อาทิ สมุทรปราการ ระยอง ชลบุรี และรวมถึง กรุงเทพมหานครบริเวณที่ทิ้งขยะอ่อนนุชซึ่งมีการกระทำเป็นขบวนการ คือ ตั้งแต่การรับกำจัดกากของเสียอันตรายจากโรงงานการขนย้ายไปสู่บริษัทผู้รับบำบัดเพื่อออกใบอนุญาตขนย้าย และการนำออกไปทิ้งบริเวณสถานที่ภายนอกที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือสถานที่สาธารณะแทนการบำบัด หรือกำจัดจริง และในบางกรณียังพบที่มีการขนย้ายและทิ้ง โดยตรงจากโรงงานผู้ก่อให้เกิดกากอุตสาหกรรมเอง ธุรกิจผิดกฎหมายนี้สามารถสร้างเม็ดเงินกำไรจำนวนมหาศาลจากรายได้ของแต่ละโรงงานจ่ายให้กับบริษัทผู้รับบำบัดสำหรับบริการกำจัดหรือบำบัด แต่บริษัทผู้รับบำบัดกลับนำไปทิ้งโดยที่ไม่ต้องมีการลงทุนค่าบำบัดใดๆ ซึ่งทำให้คุณภาพสิ่งแวดล้อมแหล่งน้ำและผืนดินอันบริสุทธิ์ที่เป็นสมบัติสาธารณะของทุกคนจะต้องถูกส่งเวไปกับการกระทำที่ไร้ความรับผิดชอบ ทำให้ประชาชนจำนวนมากตื่นตัวและติดตามเหตุการณ์อย่างใกล้ชิดและสามารถเป็นแรงกระตุ้นให้หน่วยงานมากมายที่เกี่ยวข้องต้องออกมาปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบและหาผู้กระทำผิดมาลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นผู้ว่าราชการจังหวัด กรมโรงงานอุตสาหกรรม กรมควบคุมมลพิษ กรมสืบสวนคดีพิเศษและคณะกรรมการที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้นแม้เหตุการณ์ผ่านมานับเดือน แม้กระบวนการลักลอบทิ้งกากอุตสาหกรรมได้มีการกระทำมาอย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลาหลายปีของการพัฒนาอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไร้ข้อสรุปจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นยังคงเป็น “อาชญากรรมสิ่งแวดล้อมที่ไม่มีอาชญากร” ยังไม่มีการค้นหาเปิดโปงขบวนการผู้กระทำผิดและที่สำคัญยังไม่มีข้อเสนอ โยนบาย และมาตรการเชิงรุกที่จะสามารถนำมาใช้ป้องกันเหตุในอนาคตได้ มีแต่เพียงข้อเสนอแบบการแก้ปัญหาที่ปลายทางซึ่งเป็นหน้าที่ของแต่ละหน่วยงานอยู่แล้ว เช่น การตรวจสอบหลังเกิดเหตุ นำระบบกำกับการณ์ขนส่งของเสียอันตรายมาใช้ตามกฎหมาย และการเปิดใช้ระบบน้ำเสียรวมขนาดใหญ่คลองด่านที่มีปัญหาหาคอร์ปชั้นและสามารถส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อระบบนิเวศทางทะเล มีการระบุว่า ขบวนการดังกล่าวได้มีการทำมาอย่างต่อเนื่อง

ยาวนาน โดยจุดที่มีการลักลอบทิ้งเป็นประจำ คือ ปากท่อน้ำเสีย ซึ่งมีทุก 200 เมตรและไม่มีฝาปิด บริเวณริมถนนสุขุมวิทสายเก่า โครงข่ายท่อน้ำเสียนี้มีความลึกใต้พื้น 20 เมตร เชื่อมต่อไปยังบ่อบำบัดน้ำเสียรวมคลองด่านสามารถปล่อยทิ้งน้ำเสียได้โดยง่ายและไหลออกสู่อ่าวไทย

ผลการวิเคราะห์ตัวอย่าง คือ การตรวจวิเคราะห์ที่เลือกเฉพาะสารเคมีบางชนิดที่มีความเป็นอันตราย เช่น สารเคมีในกลุ่มโลหะหนักบางชนิด (นิกเกิล สังกะสี แคดเมียม ตะกั่ว โครเมียม เหล็ก) และกลุ่มสารอินทรีย์ระเหยง่าย ในขณะที่อาจมีสารเคมีอันตรายชนิดอื่นๆ อีกมากมายที่อาจอยู่ในตัวอย่างแต่ไม่ได้ทำการตรวจสอบผลการวิเคราะห์จึงไม่สามารถชี้ชัดประเภทและปริมาณสารเคมีได้ครบทุกชนิด แต่เพียงเป็นตัวชี้วัดเบื้องต้นที่บ่งชี้ว่าน้ำบริเวณดังกล่าวมีแนวโน้มที่ได้รับการปนเปื้อนจากสารเคมีอันตรายที่มาจากอุตสาหกรรมหรือไม่ผลจากการตรวจหาสารเคมีอันตรายทำให้แน่ใจถึงขบวนการลักลอบทิ้งกากอุตสาหกรรมที่เป็นอันตรายประเภท ลักษณะเป็นของเสียเหลวออกจากกระบวนการผลิต เนื่องจากมีการพบสารเคมีอันตรายหลายชนิดในตัวอย่างน้ำและตะกอนดิน เช่น พบโลหะหนักบางชนิดในปริมาณสูง และสารอินทรีย์ระเหยง่าย (VoCs) ที่ล้วนเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสารเคมีที่ไม่ได้มีตามธรรมชาติ ผลการตรวจวิเคราะห์ตัวอย่างพบว่าโลหะหนักบางชนิดในตัวอย่างน้ำ เช่น นิกเกิลและเหล็ก และพบสารอินทรีย์ระเหยง่าย ไคคลอโรมีเทน ซึ่งเป็นสารก่อมะเร็งและทำลายระบบประสาท และมีการสะสมของโลหะหนักในตะกอนดินในปริมาณสูง เช่น นิกเกิล สังกะสี เหล็กและโครเมียม ซึ่งแสดงถึงการปนเปื้อนสะสมเป็นระยะเวลานาน ผลตรวจวิเคราะห์ยืนยันว่ากากอุตสาหกรรมประเภทของเหลวที่มีความเป็นอันตราย อาจเป็นสารเคมีที่เหลือทิ้งจากกระบวนการผลิต โดยพบว่ามีสารปนเปื้อนโลหะหนักหลายชนิดในปริมาณที่สูงมากเกินมาตรฐานหลายสิบถึงร้อยเท่า เช่น นิกเกิล สังกะสี ตะกั่ว โครเมียม และเหล็ก นอกจากนี้ ยังพบสารอินทรีย์ระเหยง่ายปริมาณสูง เช่นเดียวกัน คือ เบนซีนทราเนอ 1-2 ไคคลอโรเอทิลีน ไคคลอโรมีเทน เอทิลเบนซีน สไตรีนเตตระคลอโรเอทิลีน โทลูอิน ไคคลอโรเอทิลีน และไซลีน ส่วนตัวอย่างน้ำและตะกอนดินพบโลหะหนักในปริมาณสูงเกินมาตรฐานแหล่งน้ำผิวดิน 2-10 เท่า เช่น นิกเกิล สังกะสี ตะกั่วเหล็ก โครเมียม ซึ่งแสดงถึงการปนเปื้อนสะสมเป็นระยะเวลานาน<sup>3</sup>

ปัญหาดังกล่าวย่อมส่งผลให้เกิดผลเสียหลายประการด้วยกัน เช่น การสาธารณสุข น้ำเสียย่อมเป็นแหล่งแพร่เชื้อโรค ก่อให้เกิดโรคระบาด เช่น อหิวาตกโรค ในด้านการประมง เมื่อน้ำเสียย่อมส่งผลทำให้สัตว์น้ำมีปริมาณลดลง น้ำเสียจากสารเคมีอาจทำให้ปลาตายในทันที รวมทั้งสัตว์น้ำ

<sup>3</sup> หน่วยเฝ้าศึกษามลพิษทางน้ำ กรีนพีซ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้. (2555). *กรณีศึกษา “ขบวนการลักลอบทิ้งกากอุตสาหกรรม”*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.greenpeace.org/seasia/th/press/reports/Illegal-Waste-Dumping/>. [2557, กุมภาพันธ์ 19].

ขนาดเล็กที่เป็นอาหารของปลาย่อมลดปริมาณลงเช่นกัน ประการที่สำคัญทำให้ระบบนิเวศถูกทำลาย หรือเสื่อมคุณภาพจนไม่เหมาะที่จะมีชีวิตรอดได้ แหล่งน้ำเน่าเสีย มีสารพิษปนเปื้อนส่งผลกระทบต่อ การดำรงชีวิตของมนุษย์และสัตว์ รวมทั้งส่งผลกระทบต่อทัศนียภาพในสิ่งแวดล้อมและการท่องเที่ยว และสิ่งที่น่าวิตกที่สุด ในปัจจุบันแหล่งน้ำที่ใหญ่ที่สุด ได้แก่ มหาสมุทรและทะเล ได้กลายเป็นแหล่ง สะสมสารพิษทางน้ำเกือบทุกชนิด เมื่อมีการสะสมมากขึ้นเรื่อยๆ มนุษย์ย่อมได้รับผลกระทบที่เป็น อันตรายทั้งทางตรงและทางอ้อมที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและในอนาคต ดังนั้น เห็นว่าการคุ้มครอง ชั่วคราวก่อนฟ้องคดีจึงเป็นมาตรการอีกชั้นหนึ่งในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ โดยผู้ที่เสียหาย สามารถยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดหยุดกระทำการ หรือละเว้น การกระทำละเมิดไว้ก่อนฟ้องคดีได้ เพราะเมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นจึงต้องอาศัยความรวดเร็ว ในการแก้ไขปัญหา เพื่อยับยั้ง หรือระงับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเร็ว เพราะหากปล่อยให้เนิ่นช้า อาจต้องได้รับความเสียหายเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งไม่มีหนทางที่จะทำการแก้ไข หรือเยียวยาได้ เพราะฉะนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องได้รับการคุ้มครองให้ทันท่วงที โดยการป้องกันมิให้เกิดละเมิด สามารถกระทำได้ด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนฟ้อง เพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิด ในอันที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่อาจได้รับต่อไป เนื่องจากการกระทำละเมิด

เจตนารมณ์ของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีนี้ มุ่งป้องกันและยับยั้งไม่ให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดเป็นสำคัญ เป็นการห้ามบุคคลเพื่อไม่ให้กระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด หรือผิดสัญญา ซึ่งการกระทำที่มีขอบเท่านั้น เพราะหากผู้ละเมิดยังสามารถกระทำต่อไปได้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ร้องย่อมเยียวยาไม่ได้ ในกรณีที่ผู้ร้องต้องการ ได้รับการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินสามารถคิดคำนวณเป็นค่าเสียหายที่แน่นอนได้ เป็นการให้ ความเป็นธรรมแก่ผู้ร้องซึ่งได้รับความเดือดร้อนเสียหายมากกว่าการที่ศาลสั่งให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่า สินไหมทดแทนแก่ผู้ร้อง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง เป็นมาตรการพิเศษ ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกัน และยับยั้งความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด เพราะสามารถ นำมาตรการนี้มาใช้โดยไม่ต้องฟ้องคดีก่อนในกรณีจำเป็นเร่งด่วน เนื่องจากการฟ้องคดีอาจเกิด ความล่าช้าในการรวบรวมพยานหลักฐานในการเตรียมคำฟ้องและสร้างความยุ่งยาก เมื่อมีการ ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ในกรณีมีการกำลังกระทำการ หรือกำลังจะกระทำการ อย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการกระทำละเมิด และผู้ซึ่งจะถูกฟ้องเป็นจำเลยยินยอมระงับ หรือละเว้น การกระทำของตนตามคำสั่งศาลก็สามารถให้ความคุ้มครองชั่วคราวได้ทันท่วงที แต่หากผู้ที่จะ ถูกฟ้องเป็นจำเลยไม่ยอมหยุดการกระทำของตนอันถือเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของศาล จนกระทั่งมีการ ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ผู้ที่ยื่นฟ้องก็สามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้เช่นกัน ซึ่งคำร้องขอ

คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีนั้น ทำให้ศาลสามารถออกคำสั่งเพื่อเป็นการป้องกัน หรือระงับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้

ปัญหาที่จะต้องพิจารณามีว่า กรณีใดที่สิทธิของตนกำลังถูกละเมิด หรือการกระทำละเมิดใกล้จะเกิดขึ้น อันจะทำให้ศาลมีอำนาจที่จะนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีมาใช้ได้ โดยคำสั่งดังกล่าวอยู่ในรูปแบบคำสั่งห้ามกระทำการ หรือคำสั่งห้ามก่อนที่ได้รับผลร้ายจะเกิดขึ้น กล่าวคือ เพื่อนำเอามาตรการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Interim Injunction) ตามหลักความเป็นธรรม (Equity) ของศาลในระบบจารีตประเพณี (Common Law) มาใช้เป็นมาตรการป้องกันความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด หรือผิดสัญญา คำว่า “การกำลังกระทำการ หรือกำลังจะกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด” อันจะถือว่าสิทธิของตนกำลังถูกละเมิด หรือการละเมิดใกล้จะเกิดขึ้นว่ามีข้อโต้แย้งสิทธิของบุคคลเกิดขึ้นเมื่อใด ที่สามารถยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้กระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิด หรือผิดสัญญาดังกล่าวได้ จึงต้องพิจารณาว่า การที่บุคคลจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น ย่อมเป็นการกระทำถึงขั้นลงมือ หรือ เตรียมการ คือ ยังไม่เป็นการแสดงออกที่น่าเชื่อถือได้อย่างเพียงพอถึงจิตใจของผู้คนที่จะเป็นอาชญากรอย่างแน่นอน<sup>4</sup> จึงยังไม่เป็นความสำเร็จผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา สำหรับในทางแพ่งการจะเป็นการละเมิดตามกฎหมายต้องพิจารณาว่า แม้จะมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย แต่เมื่อความเสียหายยังไม่เกิดขึ้น ก็ยังไม่เป็นละเมิด การที่จะเป็นละเมิดก็ต่อเมื่อการที่ได้กระทำลงนั้นมีผลให้เกิดความเสียหาย และต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง กล่าวคือ ความเสียหายที่มีอยู่ หรือ ใ้คมีอยู่แล้ว ในขณะที่จะฟ้องร้องให้รับผิดชอบ ไม่ใช่เพียงแต่น่าจะเป็นอันตราย หรือน่าจะเกิดน่าจะมี ความเสียหาย อย่างเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาบางลักษณะความผิดเท่านั้น กล่าวคือ กรณีที่เพียงคาดว่าจะเกิดขึ้น ยังไม่ถือว่ามีความเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 การที่ศาลจะมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งมิให้กระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด หรือผิดสัญญาดังกล่าวนั้นไว้ หรือจะสามารถนำคดีมาสู่ศาลได้หรือไม่ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้” การที่จะพิจารณาว่ามีข้อโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ต้องดูขณะที่ฟ้องว่ามีการกระทำของจำเลยที่ถือว่าโต้แย้งสิทธิของโจทก์แล้วหรือไม่ การที่ถือว่าล่วงล้ำเข้ามาในขอบเขตแห่งสิทธิอันถือว่าเป็นการโต้แย้งสิทธินั้นต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่า ในเรื่องนั้นๆ มีกฎหมายรับรองสิทธิแค่ไหน เพียงใด

<sup>4</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2538). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 358.

และการโต้แย้งสิทธิดังกล่าวจะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว จึงจะเสนอคดีต่อศาลได้ ถ้ายังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น ตามแนวคำพิพากษาของไทยถือว่ากรณีดังกล่าวไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้

ปัญหาจึงมีว่า กรณีที่ความเสียหายยังไม่เกิดแต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะเกิดความเสียหาย ขึ้นในภายหน้า ศาลควรรับฟ้องในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ในกรณีดังกล่าว ถ้อยคำในประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 มิได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนว่า การโต้แย้ง สิทธิระหว่างบุคคล อันจะมีอำนาจฟ้องคดีนั้นต้องเป็นการโต้แย้งสิทธิที่จำเป็นต้องมีความเสียหาย เกิดขึ้นแล้ว เพียงแต่บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจฟ้องไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งถ้อยคำในกฎหมาย เป็นเรื่องเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจการตีความในเรื่องอำนาจฟ้องภายใต้กรอบแห่งบทบัญญัติ มาตรา 55 ได้ แต่ศาลฎีกากลับใช้ดุลยพินิจตีความ มาตรา 55 อย่างแคบ ซึ่งขัดกับบทบัญญัติกฎหมายที่ กล่าวอ้างเรื่องอำนาจฟ้อง คดีแพ่งเอาไว้อย่างกว้าง เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจ การตีความที่เหมาะสม กับสภาพแวดล้อมและข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง<sup>5</sup>

ในอดีตได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 128/2468<sup>6</sup> ซึ่งตีความมาตรา 55 โดยถือว่าการโต้แย้งสิทธิ นั้นแม้ยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น แต่หากศาลเห็นว่าโดยวิสัยและพฤติการณ์แล้วอาจเกิดความเสียหายขึ้นในภายหน้าได้ ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการรับฟ้องคดีดังกล่าวได้ ในเรื่องนี้พระยา ลัดพลีธรรมปัลลภ ท่านผู้พิพากษาได้หมายเหตุท้ายฎีกาดังกล่าวไว้ว่า การที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจรับฟ้อง ในเรื่องดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับการข้างหน้าพระยาลัดพลีธรรมปัลลภ “คดีโจทก์ ฟ้องขอให้ศาลแสดงว่าโจทก์ไม่ได้เป็นหนี้จำเลยต่อผู้ว่าโจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องร้อง ดังเช่นนี้เป็นปัญหา กฎหมายในกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นอย่างดี ไม่ต้องสงสัยคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ จะเป็น ประโยชน์ได้มากในการข้างหน้าต่อไป...” การที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจรับฟ้องในเรื่องดังกล่าวนี้จะเป็น ประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับการข้างหน้า ในการที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการตีความด้วยบทกฎหมายใน

<sup>5</sup> ธีรญา วัฒนะชีวกุล. (2540). *การนำหลักคำพิพากษาแสดงสิทธิของบุคคลมาใช้ในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติ ศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 140.

<sup>6</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 128/2468 โจทก์ฟ้องว่า เดิมโจทก์เป็นหนี้ค่าซื้อขามลายครามกับผู้จัดการมรดกของ ส. ซึ่ง ถึงแก่กรรม เป็นจำนวนเงิน 2,400 บาท และได้หักหนี้กันเสร็จแล้วกับผู้จัดการมรดกของ ส. จำเลยซึ่งเป็นบุตรของ ส. ยังคงทวงให้โจทก์ใช้หนี้เงินรายนี้อีกหลายคราว โจทก์ไม่ยอมใช้ จำเลยขู่ว่าจะฟ้องร้องแต่ยังไม่ฟ้อง โจทก์จึง ขอให้ศาลแสดงว่าโจทก์ไม่ใช่อุทหนี่จำเลยทั้งในส่วนตัว หรือในหน้าที่ผู้จัดการทรัพย์มรดกของ ส. ในทางพิจารณา ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หนี้รายนี้หักกันเสร็จแล้วดังโจทก์อ้าง ศาลแพ่งจึงพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีตามที่ขอมาใน ฟ้อง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลยอมทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะทำคำพิพากษาแสดงอำนาจไว้ตามแต่จะเห็นสมควร คือ คำ พิพากษาในความเป็นไปแห่งเรื่อง แม้ยังไม่เกิดข้อวิวาทกันขึ้น แต่อำนาจนี้ยอมใช้ด้วยความระมัดระวัง เมื่อไม่มี เหตุควรเป็นคดีศาลจะไม่ใช้อำนาจดังกล่าวมานี้ แต่ในคดีนี้จำเลยได้ขู่โจทก์ว่าจะฟ้องหลายครั้ง และเลื่อนเวลา ฟ้องร้องไป โดยไม่มีกำหนดเป็นการเดือดร้อนรำคาญแก่โจทก์ จึงพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ยืนตามศาลล่าง.



เรื่องอำนาจฟ้องคดีแพ่ง โดยศาลใช้ดุลยพินิจในการตีความประกอบข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง ซึ่งจะเป็นผลสำคัญที่ทำให้กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมีพัฒนาการที่ก้าวหน้าทันสมัยที่เหมาะสมต่อสภาพสังคม

เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง” ศาลไทยมักตีความว่า การโต้แย้งสิทธิต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น และความเสียหายนั้นจะต้องสามารถเรียกร้องได้เป็นจำนวนทุนทรัพย์ไม่ว่าจากมูลละเมิด สัญญา หรือสามารถเรียกร้องให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ในคดีไม่มีทุนทรัพย์ ดังนั้น จึงเห็นว่า กรณีที่กำลังจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยที่ยังไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น แต่มีเหตุอันควรจะคาดได้ว่าความเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน ถ้าปล่อยให้ฝ่ายหนึ่งกระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไป อันจะส่งผลให้เกิดความเสียหายในทรัพย์สิน หรือสิทธิต่างๆ ขึ้นในอนาคตอย่างแน่นอน

#### 4.2 เหตุผลที่ควรนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมาใช้กับคดีละเมิด

เนื่องจากในปัจจุบันบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย คือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา เป็นวิธีการคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มความในระหว่างพิจารณา เพื่อให้กลุ่มความที่ได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหายมาร้องขอรับความคุ้มครองจากศาลโดยด่วน เพื่อขจัดความเสียหายนั้นๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา จึงเห็นได้ว่าในปัจจุบันการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (2) ของประเทศไทยยังไม่อาจคุ้มครองความเสียหาย หรือยับยั้งความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดได้ทั่วถึงทุกกรณี กล่าวคือ เป็นการให้ความคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาเท่านั้น โดยศาลสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้รวดเร็วที่สุด คือ การคุ้มครองในเหตุฉุกเฉินตามมาตรา 254 (2) ประกอบมาตรา 266 ถึง มาตรา 270 โดยมีเงื่อนไขจำกัดสิทธิว่าโจทก์ต้องยื่นคำร้องมาพร้อมกับคำฟ้องตามมาตรา 55 และหากเป็นกรณีที่โจทก์ต้องการขอให้ศาลไต่สวนคำร้องให้เป็นการด่วน โจทก์ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลไต่สวนกรณีฉุกเฉินและต้องให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าคำฟ้องโจทก์มีมูลและมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองตามที่ขอมาใช้ หรือมีเหตุฉุกเฉินขึ้นจริงที่ศาลควรสั่งให้มีการคุ้มครองตามที่ขอเป็นการด่วน จึงทำให้เกิดความล่าช้าในการคุ้มครองชั่วคราว เพราะไม่ได้คุ้มครองถึงกรณีการให้ความคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ขณะที่มีการกระทำ หรือกำลังกระทำการหรือก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด หลักเกณฑ์การคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉิน ดังนี้

1) กรณียื่นคำขอในเหตุฉุกเฉิน โจทก์ยื่นคำขอตามมาตรา 254 (2) โดยทำเป็นคำร้องมาพร้อมกับคำฟ้องและคำร้องขอในเหตุฉุกเฉินตามมาตรา 266 อีก 1 ฉบับ

2) คำร้องขอในเหตุฉุกเฉินต้องแสดงเหตุผลให้ศาลเห็นว่ามีการณีเหตุจำเป็นที่ต้องคุ้มครองเป็นการด่วน เมื่อศาลเห็นว่ามีการเหตุฉุกเฉินและเหตุอันสมควรศาลก็มีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ

3) คำขอในเหตุฉุกเฉินมีผลบังคับได้ทันทีโดยไม่ต้องทำคำสั่งให้จำเลยทราบ

4) ถ้าศาลมีคำสั่งยกเลิกคำขอในเหตุฉุกเฉินคำสั่งนั้นเป็นที่สุด แต่โจทก์ยังสามารถยื่นคำร้องขอในกรณีธรรมดาตามมาตรา 254 (2) ได้

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (2) ของประเทศไทย มีความแตกต่างจากการคุ้มครองชั่วคราวของกฎหมายต่างประเทศ เพราะกฎหมายในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และราชอาณาจักรสวีเดนนั้น สามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้แม้ยังไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล สำหรับประเทศไทยต้องยื่นฟ้องก่อนจึงสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และราชอาณาจักรสวีเดน มีการให้ความคุ้มครองในกรณีที่ประชาชนได้รับความเสียหาย หรือ คาดว่าจะได้รับความเสียหาย หรือคู่กรณีจะกระทำการบางอย่างอันก่อให้เกิดความเสียหายได้ แม้ในชั้นก่อนมีการฟ้องคดี ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวเป็นการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาความเสียหายหรือเยียวยาความเสียหายในรูปแบบ Interim Injunction เป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายโดยสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้มีการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวในกรณีมีเหตุฉุกเฉินและศาลสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแก่ผู้ยื่นคำร้องได้ แม้ยังไม่มีการฟ้องคดี และลักษณะที่สำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องจึงถือว่ามีประสิทธิภาพที่สุด เพราะเป็นการบังคับบุคคลไม่ได้มุ่งบังคับต่อทรัพย์สิน ถือเป็นมาตรการที่มองเห็นผลในปัจจุบันและอนาคต เพราะมุ่งที่จะคุ้มครองไม่ให้ผลร้ายเกิดขึ้นแก่ผู้ร้องในขณะนั้นและในอนาคต ไม่ได้มุ่งเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต รูปแบบของคำสั่งค่อนข้างยืดหยุ่นและให้ความคุ้มครองบุคคลได้ดี หลักเกณฑ์มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง Interim Injunction ดังนี้

1) คำขอต้องแสดงรายละเอียดแสดงสิทธิของผู้ยื่นคำร้องให้ปรากฏต่อศาลและเหตุที่จะฟ้องผู้กระทำผิดเป็นจำเลยต่อศาล

2) ต้องมีการกระทำ หรือกำลังจะกระทำการอันเป็นการก่อความเสียหายแก่ผู้ยื่นคำร้อง

3) ผู้ยื่นคำร้องต้องแสดงเหตุที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมเนื่องจากความล่าช้าจากการกระทำของบุคคลอื่นที่เกิดขึ้นก่อนจะมีการฟังความจากคู่ความทั้งสองฝ่าย

4) คู่ความฝ่ายตรงข้ามสามารถได้รับชดเชยความเสียหายหากปรากฏว่าในภายหลังเห็นว่าการไม่สมควรออกคำสั่งดังกล่าว

5) ศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใดจะได้รับความเสียหายมากกว่ากัน (Balance of Convenience)

ตัวอย่าง เช่น ศาลของประเทศอังกฤษจะประเมินความสูญเสียในรูปตัวเงินและไม่ใช้ตัวเงินว่าผู้เช่าจะเดือดร้อนถ้าต้องออกไปจากบ้านเช่าจนกว่าจะมีการพิจารณาคดี เปรียบเทียบความสูญเสียที่เจ้าของบ้านเช่าจะได้รับ ถ้าต้องอนุญาตให้ผู้เช่ากลับเข้าอาศัยต่อไปจนกว่าจะมีการพิจารณาคดี ถ้าผู้เช่าจะได้รับความสูญเสียมากกว่าเจ้าของบ้านเช่า และผู้เช่าเป็นผู้ยื่นคำขอ ศาลก็ออกคำสั่งให้แต่ถ้าเจ้าของบ้านเช่าได้รับความสูญเสียมากกว่า ศาลก็จะไม่ให้คำสั่งแก่ผู้เช่า โดยที่การพิจารณาเหล่านี้ศาลจะไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของคดี เพราะเป็นสิ่งที่ทำในชั้นการพิจารณาคดี<sup>7</sup>

ในปัจจุบันแนวคิดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีได้ปรากฏในกฎหมายต่างๆ ในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น เช่น พระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

การคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมีการนำมาบัญญัติตามพระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. 2534 มีเหตุผลอันเนื่องมาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 มีหลักเกณฑ์การยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวนั้นต้องเป็นการยื่นในระหว่างการพิจารณาคดี คือ ศาลต้องมีการรับฟ้องก่อน หลังจากนั้นจึงพิจารณาคำขอ แสดงว่าจะยื่นคำขอ โดยไม่ฟ้องไม่ได้ และอย่างรวดเร็วที่สุดที่จะยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราว โดยขอให้ศาลได้สวนอย่างฉุกเฉินต้องยื่นพร้อมกับคำฟ้องเท่านั้น แต่การกักเรือนั้นควรจะทำโดยเร็วที่สุด ถ้าเสียเวลาจะไม่ทันการเนื่องจากเรืออาจเดินทางออกไปแล้ว ดังนั้น จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. 2534 ขึ้น ซึ่งเป็นกระบวนการที่รวดเร็วและก่อประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่มากกว่าวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หลักเกณฑ์มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามพระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. 2534 มาตรา 4

1) ก่อนฟ้องคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐสิทธิเรียกร้องยื่นคำร้องฝ่ายเดียวขอให้กักเรือต่อศาลที่เรือขอให้สังกัดหรือจะเข้ามาอยู่ในเขตศาล

2) คำร้องควรระบุข้อเท็จจริง สภาพแห่งสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้เกี่ยวกับเรือ

3) ศาลจะทำการได้สวนฝ่ายเดียวจากพยานหลักฐานว่าสิทธิเรียกร้องมีมูลหรือไม่จึงทำให้เจ้าหน้าที่นำหลักประกันความเสียหายมาวางต่อศาล

<sup>7</sup> อนุญาต เฉลิมวิวัฒน์กิจ. อ้างถึงใน Jonathan Clore. (n.d.). *Civil Litigation*. n.p.. pp.206-208.

4) ศาลมีคำสั่งระงับการปล่อยเรือ เจ้าหนี้ต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลภายใน 30 วันนับแต่วันปิดหมายกักเรือ

วัตถุประสงค์หลักที่สำคัญ คือ เป็นการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ในราชอาณาจักรไม่ให้เสียเปรียบลูกหนี้ หรือเจ้าของเรือ หรือผู้ใช้ประโยชน์จากเรือที่ได้ก่อกำขึ้น โดยเจ้าหนี้สามารถยื่นคำร้องฝ่ายเดียวต่อศาล ขอให้ศาลสั่งกักเรือลำหนึ่งลำใดที่เป็นของลูกหนี้ หรือลูกหนี้เป็นผู้ครอบครอง เพื่อให้เพียงพอที่จะเป็นประกัน การชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือขึ้น การกักเรือไว้ก็เพื่อรอไว้จนกว่าจะมีการระงับข้อพิพาท หรือจนกว่าจะมีการวางหลักประกันสำหรับหนี้ที่ได้รับการเรียกร้อง เจตนาารมณ์ของการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็เพื่อให้สามารถดำเนินการกักเรือของลูกหนี้ได้ทันเวลาก่อนที่เรือของลูกหนี้ออกไปนอกราชอาณาจักรจึงให้เจ้าหนี้สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อสั่งให้กักเรือของลูกหนี้ไว้ชั่วคราวก่อนฟ้องคดีได้ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันในการชำระหนี้ อันเป็นมูลมาจากสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือนั้น ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งการกักเรือดังกล่าวนอกจากจะทำให้ลูกหนี้ปรากฏตัวขึ้นมาแล้วยังทำให้เจ้าหนี้มีหลักประกันสำหรับการชำระหนี้ภายหลังขณะคดีแล้ว แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่สามารถทำได้ก่อนฟ้องคดีแต่มีข้อจำกัดเป็นคำสั่งห้ามที่ใช้เฉพาะกับเรือเดินสมุทร โดยมีมูลหนี้มาจากสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือเท่านั้น จึงไม่สามารถนำไปใช้กับกรณีอื่นๆ ได้ เช่น คดีละเมิด หรือผิดสัญญา

การคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก ซึ่งมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติกฎหมายภายในประเทศให้มีความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลง (TRIPS) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีมาตรการชั่วคราวเพื่อป้องกันมิให้มีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น ปัจจุบันรัฐบาลสนับสนุนการป้องปรามการละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเป็นนโยบายหลักของประเทศ โดยให้ทุกกระทรวงที่เกี่ยวข้องใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เปิดโอกาสให้เอกชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถเข้าสู่กระบวนการทางแพ่ง เพื่อป้องกันสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ และเอกชนสามารถร้องขอต่อศาล โดยยื่นคำร้องขอให้ออกคำสั่งระงับการกระทำที่ละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิ (Injunction Relief) และการชดใช้ค่าเสียหายไว้เพื่อป้องกันและหยุดยั้งการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้

มาตรการที่ศาลต่างประเทศใช้ในการแก้ปัญหาที่เป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีเนื่องจากผู้เสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญามักประสบปัญหาไม่สามารถระงับ หรือหยุดกระทำการที่เป็น การละเมิดในทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้ทันกาล ทำให้ได้รับความเสียหายอย่างมาก ศาลในระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ จึงใช้มาตรการที่เรียกว่า “Injunction” มาช่วยแก้ปัญหา

ดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตรการ ที่ใช้แก้ปัญหาอันเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีทางแพ่ง เป็นมาตรการที่ ใช้ระงับ หรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิ โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ได้รวดเร็วยิ่งขึ้น มาตรการที่กล่าวถึงนี้ คือ “Interim Injunction” และ “Anton Piller Injunction” ซึ่งข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็วและเที่ยงธรรม

สำหรับประเทศไทยกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. 2534 มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 77 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 และมาตรา 116 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 จะได้บัญญัติ เนื้อหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีแก่ผู้ทรงสิทธิที่ถูกบุคคลอื่นละเมิดไว้แล้ว แต่ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความรองรับเรื่องนี้ไว้เป็นกรณีเฉพาะ กล่าวคือ ตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิสามารถขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดระงับกระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ แต่เนื่องจากไม่มีวิธีพิจารณาความกำหนดว่าในกรณี จุกเงินให้ศาลต้องออกคำสั่งชั่วคราว โดยให้ศาลดำเนินคดีอย่างรวดเร็วเป็นการเฉพาะส่งผลให้ผู้ถูกละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่ประสงค์จะใช้มาตรการดังกล่าวระงับความเสียหายต้องอาศัยวิธีพิจารณาโดยทั่วไป คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาและคำสั่งเป็นเครื่องมือ ซึ่งบทบัญญัติในภาค 4 ของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้คู่ความที่ประสงค์จะขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาต้องยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลเสียก่อน หรืออย่างเร็วที่สุด ก็ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่ง คุ้มครองชั่วคราวพร้อมกับคำฟ้อง ทั้งนี้มาตรา 253 มาตรา 254 และมาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่งผลให้มาตรการเรื่องการให้ความคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี ตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถนำไปปฏิบัติได้จริงดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย<sup>8</sup>

ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา การคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมีผลถึงกับขยายการตีความ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ที่ว่า เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือ หน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง ศาลฎีกาตีความว่าการโต้แย้งสิทธิต้องมีการกระทำละเมิดแล้ว แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 65 บัญญัติว่าในกรณีที่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าบุคคลใด กระทำการหรือกำลังจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของ นักแสดงอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลดังกล่าวระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวนั้น ได้ กฎหมายในลักษณะนี้จะทำให้ศาลมีบทบาทต่อไปในการป้องกันไม่ให้เกิดละเมิด แทนที่จะต้องมารอ

<sup>8</sup> วิชัย อริษะนันทกะ. (2535). “สรุปผลการสัมมนาปัญหาการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์และหลักการใหม่ใน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534”. *บทบัญญัติ* 48, หน้า 139.

การเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดโดยการให้คำสั่งห้ามชั่วคราวเป็นการชั่วคราว (Interim Injunction) ของศาลนี้จะเป็นอำนาจที่สำคัญของศาลต่อไป ที่สมควรนำมาคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องเสียหายหรืออาจต้องเสียหายในกรณีละเมิดให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นได้

การขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องเกี่ยวกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์และการคุ้มครองสิทธิภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) วิธีการชั่วคราวก่อนฟ้องคดี หมายถึง วิธีการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวของผู้ทรงสิทธิหรือผู้ที่มีส่วนได้เสียซึ่งอาจต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์จากผู้ซึ่งอาจจะถูกฟ้องเป็นจำเลยก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางหรือศาลอื่นๆ ที่มีเขตอำนาจในการดำเนินคดี ทั้งนี้เพราะเหตุว่าหากมีข้อพิพาทหรือข้อพิพาทกำลังจะเกิดขึ้น ผู้ทรงสิทธิหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจต้องได้รับความเสียหายย้อนนำมาซึ่งความเสียหายในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินหรือในด้านอื่นๆ แก่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย เช่น ผู้ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องอาจเกิดความเสียหายหากรอให้มีการร่างคำฟ้องและความยุ่งยากของการจัดเรียงคำฟ้องและเอกสารท้ายคำฟ้องเพราะทำให้เกิดความล่าช้า ในกรณีผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยกระทำละเมิดต่อผู้ทรงสิทธิ หรือผู้มีส่วนได้เสียตลอดเวลาความเสียหายก็เกิดขึ้นและทับถมทวีขึ้นทุกวันหากผู้ที่จะกระทำผิดไม่ระงับการกระทำละเมิดนั้น ในบางกรณีผู้ทรงสิทธิที่ได้รับความเสียหายหรือกำลังจะได้รับความเสียหายอาจไม่สามารถบังคับคดีต่อผู้กระทำละเมิดได้ เพราะผู้กระทำละเมิดโอนขาย หรือจำหน่ายทรัพย์สินของตนเสียทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก่อนมีการดำเนินคดีต่อศาล และหากผู้ทรงสิทธิหรือผู้มีส่วนได้เสียฟ้องคดีและชนะคดีในที่สุดผู้ทรงสิทธิหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจไม่ได้รับการบรรเทาความเสียหาย

หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

1) ประเภทของคดีที่ขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องได้ คือ คดีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าและคดีที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบัญญัติไว้

2) การบรรยายคำร้องคำขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งสิทธิของผู้เสียหายก่อนฟ้องต้องบรรยายข้อเท็จจริงที่แสดงว่ามีเหตุที่จะฟ้องบุคคลอื่นเป็นจำเลย มีเหตุเพียงพอที่ศาลสมควรจะมีคำสั่งอนุญาตตามขอ และต้องมีบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของผู้เห็นเหตุแห่งการขอประกอบคำขอเพื่อสนับสนุนข้ออ้างดังกล่าวตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาฯ พ.ศ. 2540 ข้อ 12 และข้อ 13

3) ศาลต้องพิจารณาคำขอนั้นว่ามีเหตุสมควร และเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตโดยวินิจฉัยความเสียหายของผู้ขอว่าไม่สามารถได้รับชดใช้เป็นตัวเงิน หรือทดแทนด้วยสิ่งอื่นได้ หรือผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยไม่อยู่ในฐานะที่จะชดใช้ หรือทดแทนความเสียหายแก่ผู้ขอ หรือเป็นการยากที่จะบังคับคดีเอาแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยนั้น ได้ภายหลัง โดยชั่งน้ำหนักระหว่างความ

เสียหายที่ผู้ยื่นคำขอจะ ได้รับเปรียบเทียบกับอีกฝ่ายหนึ่งว่าฝ่ายใดจะได้รับความเสียหายมากกว่ากัน เพียงใดเป็นสำคัญ และศาลต้องพิจารณาเป็นความลับ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดทราบแล้ว หลบหนี หรือทำลายพยานหลักฐาน

4) เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องของผู้ร้องให้ศาลแจ้งคำสั่งให้ผู้ที่จะถูกฟ้องทราบ โดยไม่ชักช้าและคำสั่งมีผลบังคับแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยได้ทันที จะถูกฟ้องเป็นจำเลยจะยังมีได้รับแจ้งคำสั่งเช่นว่านี้

5) ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ขอวางเงิน หรือหาประกันมาวางศาล เพื่อป้องกันความเสียหาย ที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลย

6) การขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลย (ผู้คัดค้าน) ยื่นคำขอให้ ศาลยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งดังกล่าวได้ รวมทั้งขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แก่ตนได้

7) เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาต ผู้ร้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลภายในกำหนด กล่าวคือ ถ้าผู้ร้องขอมิได้ฟ้องคดีเกี่ยวกับคำขอที่มีคำสั่งอนุญาตภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง หรือ ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดให้ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็น จำเลยหากจะมีการยื่นคำร้องต่อศาลสำหรับคำชดใช้ค่าเสียหายนั้นต้องยื่นภายใน 30 วันนับแต่วันที่ ถือว่าคำสั่งเป็นอันยกเลิก ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตน โดยศาลจะต้อง มีคำสั่งให้ผู้ร้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรและถ้าผู้ร้องไม่ปฏิบัติตาม คำสั่ง ศาลมีอำนาจบังคับผู้ร้องเสมือนหนึ่งว่าเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้

8) ถ้าผู้ขอฟ้องคดีเกี่ยวกับคำขอที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตภายใน 15 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้คำสั่งอนุญาตหรือที่ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงมีผลใช้บังคับ ต่อไป เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งตามคำขอของจำเลยให้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น และให้นำ มาตรา 260 มาตรา 261 และมาตรา 263 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ โดยอนุโลม

ดังนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงถึงในการคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คือ เจตนารมณ์ของการใช้คำสั่ง ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปว่ามาตรการเยียวยานั้นนอกเหนือจากเพื่อให้การเยียวยาแก่บุคคล ผู้ได้รับความเสียหาย และเพื่อป้องกัน มิให้บุคคลดังกล่าวต้องได้รับความเสียหายมากขึ้นไปกว่า ที่เป็นอยู่แล้ว มาตรการเยียวยายังสามารถใช้เพื่อป้องปรามมิให้การกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ ที่เกิดขึ้นด้วย ดังนั้นการพิจารณาอนุญาตคำสั่งระงับหรือละเว้นการกระทำนี้ จึงควรพิจารณาจาก เจตนารมณ์ดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม ความเป็นธรรมจะเกิดขึ้นได้ในสังคมก็ต่อเมื่อทุกฝ่าย ได้รับการปฏิบัติที่ทัดเทียมกัน จากการพิจารณาคำขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ตามข้อกำหนด

ของคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 แล้ว เห็นได้ว่า สาระสำคัญส่วนใหญ่ ไม่แตกต่างไปจาก Interim Injunction ของประเทศอังกฤษไม่ว่าจะเป็นลักษณะของคำขอที่จะใช้ยื่น ต่อศาล หลักเกณฑ์ที่ศาลต้องใช้ในการพิจารณาว่าสมควรจะออกคำสั่งนี้ให้แก่ผู้ยื่นคำขอหรือไม่ เช่น ผู้ขอ ไม่สามารถจะได้รับความเสียหายเป็นตัวเงินหรือสิ่งอื่นทดแทนได้ ผู้กระทำละเมิดสิทธิ ไม่สามารถชดเชย หรือทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ยื่นคำขอได้ ศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายที่ผู้ยื่นคำขอจะได้รับเปรียบเทียบกับอีกฝ่ายหนึ่งว่าฝ่ายใดจะได้รับความเสียหายมากกว่ากัน เพียงใด เพราะฉะนั้น ข้อดีของการขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อกำหนด คดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นมาตรการทางศาลที่บัญญัติขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง TRIPs ข้อ 44.1 ประกอบกับข้อ 50.1 (เอ) โดยให้เจ้าของสิทธิ ผู้ได้รับความเสียหายสามารถขอให้ศาลมีคำสั่งใช้มาตรการชั่วคราวที่ทันกาลและมีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกัน ไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยขอกล่าวเฉพาะกรณีละเมิด ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

มาตรา 65 บัญญัติ “ในกรณีมีหลักฐาน โดยชัดแจ้งว่าบุคคลกระทำการ หรือกำลังจะ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิ ของนักแสดง อาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลดังกล่าวระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวนี้ได้

คำสั่งศาลตามวรรคหนึ่ง ไม่ตัดสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดงในการเรียกร้อง ค่าเสียหายตามมาตรา 64”

ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ เปิดโอกาสให้เจ้าของลิขสิทธิ์ยื่นคำร้องขอให้ศาล มีคำสั่งบังคับบุคคลอื่นให้ระงับ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของตนได้ ผู้เขียนเห็นว่า เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาก็เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง TRIPs ข้อ 50.3 ซึ่งบัญญัติว่า ให้เจ้าพนักงานตุลาการมีอำนาจที่จะกำหนดให้ผู้ร้องจัดหาพยานหลักฐานที่หาได้ตาม สมควรใดๆ เพื่อที่จะให้เป็นที่น่าพอใจแก่เจ้าพนักงานตุลาการนั้นเองว่า มีความแน่นอนที่เพียงพอว่า ผู้ขอเป็นผู้ทรงสิทธิและสิทธิของตนกำลังถูกละเมิด หรือว่าการละเมิดเช่นนั้นกำลังจะเกิดขึ้น อันทำให้เจ้าพนักงานตุลาการมีอำนาจที่จะรับเอามาตรการมาใช้บังคับ โดยไม่ต้องถาม โดยดูความ เหมาะสมมาใช้เยียวยาแก่ผู้ทรงสิทธิได้ ข้อตกลง TRIPs เป็นการรวบรวมมาตรการทางแพ่งของ ระบบกฎหมาย Common Law มาใช้เป็นส่วนใหญ่ เช่น มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ซึ่งถือเป็น มาตรการที่มีประสิทธิผลและการป้องกันที่รวดเร็ว มาตรการดังกล่าวต่างจากมาตรการใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถยกมาตรการตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่ออ้างว่าประเทศไทยมีมาตรการบังคับสิทธิที่เป็นไปตามข้อตกลง



TRIPs แล้ว เช่น มาตรการป้องกันการละเมิดสิทธิที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพไม่ต้องรอการกระทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 จึงจะถือว่ามีการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง หรือการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 มาตรา 254 (2) ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิดก็สามารถยื่นได้อย่างเร็วที่สุด คือ พร้อมคำฟ้อง ซึ่งกรณีดังกล่าวข้อตกลง TRIPs ยังถือว่าไม่รวดเร็วพอ มาตรการของข้อตกลง TRIPs คือ ประสงค์ให้ยื่นคำขอคุ้มครองห้ามมิให้ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ตั้งแต่มีการเตรียมการ ไม่ใช่ลงมือกระทำผิดหรือมีการโต้แย้งสิทธิก่อน และการยื่นขอคุ้มครองชั่วคราวต้องยื่นได้โดยไม่ต้องยื่นคำฟ้องหรือขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง<sup>9</sup> ซึ่งเจตนารมณ์ของความตกลง TRIPs ก็เพื่อต้องการให้สิทธิแก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในการยื่นคำขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี โดยคำสั่งดังกล่าวอยู่ในรูปแบบของคำสั่งห้ามกระทำการ (Prohibitory Injunction) และคำสั่งห้ามก่อนผลร้ายจะเกิดขึ้น (Quia Timet Injunction) เหมือนกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เพื่อให้ผู้นำเอามาตรการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Interim Injunction) ตามหลักความเป็นธรรม ของศาลในระบบจารีตประเพณี (Common Law) มาใช้ในคดีทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยและยังมีข้อดีที่สามารถเห็นได้ชัดคือ ยังไม่ต้องรอให้มีความเสียหายเกิดขึ้นก็สามารถคุ้มครองชั่วคราวได้

ถ้ามองคดีพิพาททางพาณิชย์ที่ได้รับความสนใจมากที่สุดในโลกขณะนี้คงเป็นคดีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่าง Apple กับ Samsung เป็นความพยายามของทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะฝ่ายแรกก็กันไม่ให้อีกฝ่ายหนึ่งนำผลิตภัณฑ์ใหม่เข้าสู่ตลาด (Market Access) ในรูปแบบของการคุ้มครองชั่วคราวห้ามมิให้นำออกจำหน่าย (Interim Injunction) ซึ่งหากสำเร็จก็จะเป็นการกีดกันผลิตภัณฑ์พิพาทเข้าสู่ตลาดในเวลาที่สำคัญที่สุด จะเห็นว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายสู้กันในศาลหรือเวทีที่เชื่อว่าเชี่ยวชาญที่สุดในด้านทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ศาลสหรัฐฯ อังกฤษ เยอรมนี ออสเตรเลีย เป็นต้น<sup>10</sup> จากการศึกษาจึงเห็นว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องเป็นมาตรการพิเศษ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันและยับยั้งการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเจ้าของสิทธิสามารถนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้โดยไม่ต้องฟ้องคดีก่อนสำหรับกรณีที่เป็นเร่งด่วน เพราะการฟ้องคดีเป็นการสร้างความยุ่งยากแก่เจ้าของสิทธิ เมื่อยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องแล้วผู้จะถูกฟ้องเป็นจำเลยยินยอมหรือละเว้นการกระทำตามศาลสั่ง มาตรการนี้สามารถคุ้มครองเจ้าของสิทธิโดยไม่ต้องฟ้องคดี เมื่อผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยไม่ยอมหยุดการกระทำของตน

<sup>9</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2555). “15 ปี ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง”. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง*, หน้า 43.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

อันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งศาลก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้เสมอเนื่องจากเจตนาารมณ์ของการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี มุ่งป้องกันและยับยั้งไม่ให้เกิดการทำละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น และรูปแบบของคำสั่งเป็นการห้ามบุคคลเพื่อไม่ให้กระทำการ หรือเพื่อหยุดการกระทำต่อไป อันเป็นการกระทำที่มีขอบเท่านั้น โดยขอให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ออกคำสั่งระงับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาลก่อน

ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาแขนงหนึ่ง ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เพื่อให้ความคุ้มครองข้อมูลทางการค้าบางประเภท ซึ่งเงื่อนไขที่ข้อมูลทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องปรากฏว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลทางการค้า ซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือเข้าถึงไม่ได้โดยหมุ่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าว มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับและเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาความลับดังกล่าว ความลับทางการค้านั้นจึงอาจเป็นข้อมูลทางอุตสาหกรรมหรือข้อมูลทางพาณิชย์ก็ได้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับประโยชน์ในความลับทางการค้าโดยมิชอบ (Trade secrets misappropriation) ผู้เสียหายมักจะยื่นคำขอรับการคุ้มครองชั่วคราวจากศาล (Injunction) หากมีแนวโน้มจะเกิดการเปิดเผยข้อมูลอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการเปลี่ยนสถานที่ทำงานและจำเป็นต้องนำความรู้ที่มีอยู่ไปใช้ในการประกอบอาชีพ เพื่อเป็นการป้องกันและจำกัดขอบเขตความเสียหายไม่ให้เกิดขึ้น โดยศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าการขอรับความคุ้มครองชั่วคราวจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ขอมากน้อยเพียงใด สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่เพียงพอกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ นอกจากนี้ต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างการเยียวยากับหลักประกันที่วางต่อศาล บางกรณีการขอรับความคุ้มครองชั่วคราวจากศาลไม่อาจเกิดผล เพราะโดยธรรมชาติของความลับทางการค้าเมื่อใดที่มีการเปิดเผยหรือกลายเป็นข้อมูลที่ถูกกันทั่วไปแล้วจะสูญเสียคุณค่าในสถานการณ์เป็นความลับทางการค้าและไม่อาจแก้ไขให้ความลับทางการค้านั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนที่มีการเปิดเผยได้

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 บทบัญญัติในมาตรา 8 เมื่อมีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าผู้ใดละเมิด หรือกำลังจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกหรือกำลังจะถูกละเมิดสิทธิมีสิทธิ สามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับ หรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นการชั่วคราว และฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้เป็นการให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี โดยมีความมุ่งหมายให้ความคุ้มครองแก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าพิเศษ ทำให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าสามารถใช้สิทธิคุ้มครองชั่วคราวได้อย่างรวดเร็ว โดยไม่ต้องฟ้อง

คดีก่อน นอกจากนั้น บทบัญญัติดังกล่าวยังมุ่งให้ความคุ้มครองแม้กรณีที่ยังไม่มีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าอย่างแท้จริงหากแต่มีหลักฐานว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งกำลังจะกระทำการอันเป็นละเมิดสิทธิความลับทางการค้า ก็เพียงพอที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าจะขอให้ศาลคุ้มครองชั่วคราวตามบทบัญญัตินี้ได้ อันเป็นวิธีที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การเยียวยาการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าโดยวิธีชั่วคราวก่อนฟ้องคดีนี้ ถือได้ว่าเป็นวิธีการเยียวยาที่น่าจะมีประสิทธิภาพที่สุด และเหมาะสมกับสภาพที่สิทธิที่ถูกละเมิด กล่าวคือ การห้ามมิให้มีการละเมิดสิทธิ เพราะกรณีความลับทางการค้านั้นแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น เพราะการละเมิดอาจเป็นเหตุให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพทางความลับทางการค้าไปได้โดยง่าย

หลักเกณฑ์วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

- 1) คำขอที่ยื่น มีเหตุผลอันสมควรและสาเหตุเพียงพอที่ศาลจะสั่งอนุญาตตามคำขอได้ และ
- 2) สภาพแห่งความเสียหายของผู้ขอไม่สามารถที่จะชดใช้เป็นตัวเงินหรือทดแทนเป็นสิ่งที่อื่นใดได้ ในกรณีที่ผู้ละเมิดไม่อยู่ในฐานะที่จะชดใช้หรือทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ขอหรือเป็นการยากที่จะบังคับคดีเอาแก่ผู้ละเมิดได้ภายหลัง ก็เป็นเหตุที่ศาลจะออกคำสั่งอนุญาตได้
- 3) การที่จะออกคำสั่งดังกล่าว ศาลจะต้องคำนึงถึงความเสียหายว่าจะเกิดขึ้นแก่ฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งมากกว่ากันเพียงใดเป็นสำคัญด้วย หากศาลเห็นว่า การอนุญาตให้คุ้มครองชั่วคราว อาจทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย ศาลมักจะให้ฝ่ายที่ขอคุ้มครองวางเงินประกันความเสียหายไว้ต่อศาล
- 4) ในกรณีที่ศาลยกคำขอ คำสั่งศาลเป็นที่สุด ผู้ขอไม่สิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อไปอีก
- 5) ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้คุ้มครองชั่วคราวตามขอ ศาลจะต้องแจ้งคำสั่งให้ผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยทราบโดยไม่ชักช้า
- 6) ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ผู้ขออนุญาตจะต้องฟ้องคดีต่อศาลภายใน 15 วันนับแต่ศาลที่คำสั่งอนุญาต หรือภายในกำหนดเวลาที่ศาลกำหนดไว้ มิเช่นนั้น คำสั่งอนุญาตให้ใช้วิธีการชั่วคราวดังกล่าวข้างต้นจะถือว่าเป็นอันยกเลิกนับแต่พ้นระยะเวลา 15 วัน หรือเวลาที่ศาลกำหนด ไว้ในทันที
- 7) ในกรณีที่ผู้ขอได้ฟ้องคดีต่อศาลภายในเวลาดังกล่าว คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องนั้นจะคงมีผลบังคับใช้ต่อไป เว้นแต่ว่าจำเลยจะขอให้ศาลยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น และศาลได้มีคำสั่งยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิม ซึ่งในกรณีนี้ ข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินฯ กำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 260 ถึง 233 มาใช้โดยอนุโลม

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ที่ได้มีการนำมาใช้ในประเศไทยล่าสุด ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 มาตรา 56 บัญญัติว่า ก่อนยื่นฟ้องคดีผู้บริ โภคหาก มีเหตุเช่นเดียวกับกรณีที่จะทำให้โจทก์มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งจัดให้มีวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ก่อนพิพากษตามมาตรา 254 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือมีความจำเป็นต้อง ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริ โภคเป็นส่วนรวม ผู้ที่จะเป็น โจทก์อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียว โดยทำเป็น คำร้องเพื่อขอให้ใช้วิธีการชั่วคราวดังกล่าวก่อนฟ้องได้ เหตุผลที่ได้มีการนำมาใช้เนื่องจากบทบัญญัติ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 1 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษามาตรา 253 ถึงมาตรา 270 ใช้บังคับอยู่ในคดีมิใช่คดีผู้บริ โภคจึงไม่มีผลเพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิของคู่ความ ในคดีและผู้บริ โภค โดยส่วนรวมได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดี ผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 หมวด 5 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาบัญญัติขึ้นเพื่อเพิ่มเติมให้มีมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีผู้บริ โภคและภายหลังยื่นฟ้องคดีผู้บริ โภคด้วย

หลักเกณฑ์การคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค ดังนี้

1) ก่อนยื่นฟ้องคดีผู้บริ โภค ผู้ที่เป็นโจทก์อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียว โดยทำเป็นคำร้องเมื่อ มีเหตุเช่นเดียวกับกรณีที่ทำให้โจทก์มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งจัดให้มีวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ก่อนพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254 (2) และ

2) มีความจำเป็นเร่งด่วนขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำการ หรือ งดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริ โภคเป็นการส่วนรวม การออกคำสั่ง ห้ามชั่วคราวต้องบรรยายข้อเท็จจริงว่ามีความจำเป็นที่ หากล่าช้าไปอาจเกิดอันตรายหรือไม่ปลอดภัย แก่ผู้บริ โภครายอื่นๆ และมาตรการที่นำมาใช้ต้องเป็นเรื่องที่มองเห็นว่าจะเป็นการประโยชน์ต่อผู้บริ โภค โดยส่วนรวม

3) โจทก์เท่านั้นเป็นผู้ที่มีสิทธิยื่นคำขอและอยู่ในฐานะเป็นผู้บริ โภคด้วย ผู้ประกอบธุรกิจ จะใช้สิทธิได้เมื่อยื่นฟ้องผู้บริ โภคเป็นคดีเท่านั้น

4) วิธีการยื่นคำขอ ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง และถ้าเป็นกรณีมีเหตุคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 254 (2) สามารถนำมาตรา 256 มาใช้บังคับอนุ โลม และกรณีมีเหตุฉุกเฉินผู้ที่จะเป็น โจทก์ ยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วนศาลก็อาจทำการไต่สวนไปฝ่ายเดียว โดยนำมาตรา 266 ถึงมาตรา 270 มาใช้บังคับอนุ โลม

5) คำขอต้องบรรยายข้อเท็จจริงมูลเหตุที่จะฟ้องผู้ประกอบธุรกิจพร้อมเหตุผลที่ศาล สมควรมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ และแนบบันทึกคำขอยื่นยื่นข้อเท็จจริงผู้รู้เหตุการณ์แห่งการขอมาด้วย

6) การพิจารณาคำขอศาลจะมีคำสั่งอนุญาตคำขอใช้วิธีการชั่วคราวก่อนฟ้องศาลต้องทำการไต่สวนก่อนว่าคำขอที่ยื่นมีเหตุอันสมควร และมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะอนุญาตตามคำขอว่าจะเกิดความเสียหายในลักษณะที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลังเพราะสภาพความเสียหายของผู้ขอไม่สามารถที่จะได้รับชดเชยเป็นตัวแทนด้วยสิ่งใดได้ และผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยไม่อยู่ในฐานะที่จะทดแทนความเสียหายแก่ผู้ขอทั้งเป็นการยากที่จะบังคับเอาแก่ผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยในภายหลัง

7) คำสั่งอนุญาตคำขอตามมาตรา 254 (2) ศาลต้องใช้ดุลยพินิจกำหนดวิธีการที่เหมาะสมเท่าที่จำเป็นแก่กรณี

8) คำสั่งให้ยกเลิกคำขอให้เป็นที่สุด ผู้ยื่นคำขอจะอุทธรณ์คำสั่งนั้นไม่ได้แต่ผู้ยื่นคำขออาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวใหม่ได้

9) ผลของการมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอใช้วิธีการชั่วคราวก่อนฟ้อง คำสั่งดังกล่าวแจ้งไปยังจำเลยโดยไม่ชักช้า และมีผลทันทีนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

10) ศาลมีคำสั่งอนุญาต ให้ศาลวิเคราะห์ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลย โดยสั่งให้ขอวางเงินประกันเพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยตามเห็นสมควร โดยศาลจะกำหนดระยะเวลาในการวางเงินหาประกันกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดควบคู่ไปด้วย

11) การขอให้ศาลยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำขอให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลยสามารถยื่นคำขอยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ เมื่อศาลไต่สวนอาจมีคำสั่งยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำสั่งเดิม คำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด การยกเลิกคำขอของผู้จะถูกฟ้องเป็นจำเลยกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าเป็นที่สุด ดังนั้น ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยมีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้

12) เมื่อศาลมีคำสั่งยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำขอศาลมีคำสั่งให้ผู้ยื่นคำขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลย ค่าสินไหมทดแทนศาลมีอำนาจกำหนดตามเห็นสมควร หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลมีอำนาจบังคับผู้ขอเสมือนเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา

13) เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาต และผู้ขอไม่ฟ้องคดีภายในกำหนดถือว่าคำสั่งอนุญาตให้ใช้วิธีการชั่วคราวก่อนฟ้องเป็นอันยกเลิกและผู้ขออาจถูกศาลสั่งให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลย หากมีการฟ้องคดีภายในกำหนดให้มีผลบังคับต่อไปจนกว่าจะมีคำสั่งตามคำขอให้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งอื่น

14) ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอของโจทก์ตามมาตรา 254 (2) คำสั่งมีผลบังคับจำเลยได้ทันที หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล โจทก์อาจขอให้ศาลจับกุม กักขังเพื่อให้จำเลยปฏิบัติตามคำสั่งศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 297 ประกอบมาตรา 259

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณา คดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค และสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้บริโภค เพื่อไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ และผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เสีย ค่าใช้จ่ายน้อย มุ่งคุ้มครองให้ทุกฝ่ายได้รับความเสมอภาคกันสามารถแก้ปัญหาที่เป็นอุปสรรค ในการดำเนินคดีให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยสามารถได้รับความคุ้มครองชั่วคราวได้ แม้กระทั่งยัง ไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 นี้ มีหลักเกณฑ์คล้ายคลึง กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามกฎหมายของต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และราชอาณาจักรสวีเดน รวมทั้งได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สั้นกะทัดรัด เพื่อความ สะดวกรวดเร็วในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามกฎหมาย ต่างประเทศและประเทศไทยพบว่า กฎหมายในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครอง ประชาชนที่ได้รับความเสียหายอย่างครอบคลุมในทุกกรณีทั้งก่อนฟ้องคดีและขณะที่ฟ้องคดีแล้ว เพื่อเป็นการบรรเทาและเยียวยาความเสียหายให้แก่ประชาชนให้ได้รับความเป็นธรรมมากที่สุด เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพใช้ได้ผลดี มุ่งคุ้มครองไม่ให้เกิดผลร้ายในขณะนั้นและในอนาคต ไม่ได้มุ่งเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตและในขณะเดียวกันประเทศไทยได้เล็งเห็น ความสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีด้วย จึงได้นำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมา บัญญัติไว้ในกฎหมายต่างๆ ในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น ได้แก่ พระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. 2534 โดยมีจุดประสงค์ที่สำคัญในการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องเพื่อเป็นการสร้างหลักประกันในการ ชำระหนี้อันมีมูลมาจากสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งการกักเรือดังกล่าวนอกจากจะ ทำให้ลูกหนี้ต้องปรากฏตัวขึ้นมาแล้วยังทำให้เจ้าหนี้มีหลักประกันการชำระหนี้ภายหลังชนะคดีแล้ว ยังมีสิทธิเรียกร้องที่ขอให้กักเรือได้ และเรือที่ถูกกักได้สามารถดำเนินการกักเรือลูกหนี้ได้ทันเวลา ก่อนที่เรือของลูกหนี้ออกไปนอกราชอาณาจักร จึงสามารถร้องขอให้ศาลสั่งกักเรือของลูกหนี้ไว้ ชั่วคราวก่อนฟ้องคดีได้ ส่วนในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 เหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งที่ได้นำหลักมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวก่อนฟ้องมาบังคับใช้ เนื่องจากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมสมาชิกองค์การการค้าโลกที่ ต้องให้มีกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับความตกลง (TRIPs) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิก ต้องมีมาตรการชั่วคราวเพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น โดยกำหนดให้ ทุกกระทรวงที่เกี่ยวข้องใช้กฎหมายเป็นมาตรการปราบปรามการละเมิดสิทธิ และเปิดโอกาสให้

เอกชนผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของสิทธิสามารถเข้าสู่กระบวนการทางแพ่งเพื่อป้องกันสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ ซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องถือได้ว่าเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพและยังสามารถป้องกันได้อย่างรวดเร็ว โดยไม่ต้องรอให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นก่อนก็สามารถคุ้มครองชั่วคราวได้ ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีวิธีพิจารณาความที่มีลักษณะพิเศษและเป็นสากลเพื่อให้การดำเนินคดีเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรม ทำให้ผู้เสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาสามารถระงับ หรือหยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้ทันกาลโดยนำวิธีการที่เรียกว่า “Injunction” ซึ่งเป็นมาตรการที่ศาลในต่างประเทศใช้แก้ปัญหานั้นเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีทางแพ่ง ซึ่งได้แก่มาตรการที่ใช้ระงับหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิ โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รวดเร็วยิ่งขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องพร้อมกับคำฟ้อง และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้นำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมาบังคับใช้ล่าสุด และให้เห็นความสำคัญในการคุ้มครองในคดีผู้บริโภคมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคและสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้บริโภคเพื่อไม่ให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการและให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เสียค่าใช้จ่ายน้อย มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม มุ่งคุ้มครองให้ทุกฝ่ายได้รับความเสมอภาคกันและสามารถแก้ปัญหาที่เป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีให้มีประสิทธิภาพในการคุ้มครอง ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลที่สำคัญที่ในการนำมามาตรการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้ในคดีละเมิด เพื่อให้การคุ้มครองชั่วคราวมีลักษณะเป็นแนวเดียวกันและสอดคล้องกันกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายอื่นๆ ที่บังคับใช้แล้วในประเทศไทยอย่างเป็นระบบมากขึ้น

#### 4.3 แนวทางที่เหมาะสมและวิธีการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมาใช้กับคดีละเมิด

##### 4.3.1 หลักเกณฑ์ในการยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราว

1) ประเภทของคดีที่ขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องได้ คือ คดีที่มีลักษณะตามมาตรา 254 (2) คือ คดีละเมิด หรือผิดสัญญา ลักษณะของการกระทำละเมิดคือเป็นการกระทำละเมิดอย่างต่อเนื่อง เป็นการกระทำละเมิดครั้งเดียวส่งผลให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นต่อเนื่องตลอดมา และส่งผลก่อให้เกิดความเสียหายเพิ่มขึ้นทุกวันจนกว่าจะหยุดหรือระงับการกระทำละเมิดนั้น เช่น การกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน เช่น การตอกเสาเข็มลงในที่ดินเพื่อก่อสร้างตึกทำให้บ้านที่อยู่ติดกัน ผนัง เสาหินแตกร้าว และทรุดตัวลงได้เพราะการตอกเสาเข็ม หรือกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง เช่น ในคดีหมิ่นประมาท หรือกรณีการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายอนามัย และเสรีภาพ เช่น โรงงานหรือผู้ประกอบการต่างๆ ทำการปล่อยของเสียโดยไม่บำบัด เช่น กากน้ำตาล น้ำเสีย ตะกั่ว ปรอท แคดเมียมลงสู่แม่น้ำ หรือ

ทะเลแม้กระทั่งการปล่อย สารพิษต่างๆ สู่บรรยากาศ เช่น ก๊าซคาร์บอน ไดออกไซด์ กัมมันตภาพรังสี เป็นต้น

2) ก่อนยื่นฟ้องคดีผู้ที่จะเป็นโจทก์สามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว เมื่อมีเหตุจำเป็น ที่ต้องได้รับความคุ้มครองเป็นการด่วน ในกรณีผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยตั้งใจกระทำซ้ำ หรือกระทำ ต่อไปซึ่งการละเมิด หรือผิดสัญญา กรณีมีเหตุคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 (2) ต้องมีการกระทำ หรือกำลังจะกระทำการอันเป็นการก่อความเสียหายแก่ผู้ยื่นคำร้อง กรณีมีเหตุฉุกเฉินผู้ที่จะเป็น โจทก์ยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วนศาลก็อาจทำการไต่สวน ไปฝ่ายเดียว โดยนำ มาตรา 266 ถึงมาตรา 270 มาใช้บังคับ

3) คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ต้องทำเป็นคำขอฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด เพราะ เนื่องจากมาตรการเช่นนี้ต้องกระทำด้วยความรวดเร็วและไม่ให้อีกฝ่ายหนึ่งรู้ตัวก่อน ดังนั้น การไต่สวนคำสั่งต้องเป็นการฟังจากคู่ความเพียงฝ่ายเดียวจึงต้องระมัดระวังเป็นอย่างมากในการ พิจารณาคำสั่ง เพื่อเป็นการป้องกันความผิดพลาดเกิดขึ้นได้ กรณีที่ต้องยื่นเป็นคำขอฝ่ายเดียวเพราะ ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยยังไม่อยู่ในฐานะจำเลย และศาลต้องไต่สวนอย่างเข้มงวดก่อนมีคำสั่ง หากทำเป็นคำร้อง ศาลต้องทำการไต่สวนคู่ความทั้งสองฝ่ายและต้องมีการส่งสำเนาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง และทำการไต่สวนต่อไป<sup>11</sup>

4) คำขอต้องบรรยายข้อเท็จจริงมูลเหตุที่จะฟ้องผู้ที่จะเป็นจำเลยพร้อมเหตุผลที่ศาล สมควรมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ และแนบบันทึกคำขอยื่นยันข้อเท็จจริงผู้รู้เหตุการณ์แห่งการขอมาด้วย เพื่อเป็นการยืนยันน้ำหนักพยานหลักฐาน ให้มีความน่าเชื่อถือมากขึ้น

#### 4.3.2 ดุลยพินิจในการพิจารณาอนุญาตคำขอคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อได้รับคำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ในการพิจารณาอนุญาตตามคำขอต้องมีการ ไต่สวนคำขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 21 (4)<sup>12</sup> คำว่า “ไต่สวน” หมายถึง การที่คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานมาแสดงประกอบคำขอ แต่เนื่องจากคำขอคุ้มครอง ชั่วคราวก่อนฟ้องเป็นคำขอฝ่ายเดียวพยานหลักฐานที่นำมาพิจารณาจึงเป็นของผู้ยื่นคำขอเพียง ฝ่ายเดียวเท่านั้น และเป็นการพิจารณาเป็นการด่วนเพื่อให้ศาลออกคำสั่งให้บุคคลหยุดกระทำการ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิด ในการไต่สวนคำขอนั้นผู้ร้องขอต้องนำพยานหลักฐาน มาแสดงให้ศาลเห็น โดยชัดเจนว่า ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยกำลังกระทำการ หรือจะกระทำการ

<sup>11</sup> ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, หม่อมหลวง. (2557, 17 มีนาคม). *ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา*. สัมภาษณ์.

<sup>12</sup> มาตรา 21 บัญญัติว่า เมื่อความฝ่ายใดเสนอคำขอหรือคำแถลงต่อศาล

(4) ถ้าประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้ว่าศาลต้องออกคำสั่งอนุญาตตามคำขอที่ได้เสนอต่อศาลนั้น โดย ไม่ต้องทำการไต่สวนแล้ว ก็ให้ศาลมีอำนาจทำการไต่สวนได้ตามที่เห็นสมควรก่อนมีคำสั่งตามคำขอนั้น.



อย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด และต้องนำพยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์การกระทำที่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้ออ้างของคนอันเป็นการกระทำละเมิดมาสืบประกอบบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของตนด้วย เพื่อให้การนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลมีเหตุอันสมควร และน่าเชื่อถือมากขึ้น

ในการชั่งน้ำหนักความเหมาะสมว่าศาลควรออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องให้แก่ผู้ร้องขอหรือไม่นั้นจะทำให้คู่ความฝ่ายใดเสียประโยชน์มากกว่ากันเพียงใด ศาลควรใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอ ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตคำขอใช้วิธีการชั่วคราวก่อนฟ้อง กล่าวคือ

1) ศาลต้องทำการไต่สวนก่อนว่าคำขอที่ยื่นมีเหตุอันสมควร และมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะอนุญาตตามคำขอ

2) สภาพแห่งความเสียหายว่าจะเกิดความเสียหายในลักษณะที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง เพราะสภาพความเสียหายของผู้ขอไม่สามารถที่จะได้รับชดเชยเป็นตัวเงิน หรือทดแทนด้วยสิ่งใดได้ และผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยไม่อยู่ในฐานะที่จะทดแทนความเสียหายแก่ผู้ขอ ทั้งเป็นการยากที่จะบังคับเอาแก่ผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยในภายหลัง

#### 4.3.3 การสั่งให้ผู้ขอวางเงิน หรือหาประกัน

การสั่งให้ผู้ร้องวางเงิน หรือหาประกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามซึ่งอาจจะได้รับความเสียหายจากการใช้คำสั่งโดยมิชอบ ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่าผู้ร้องขอไม่ได้มีเจตนาที่จะมาใช้สิทธิในการยื่นคำขอเพื่อกลั่นแกล้งผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลย เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง อาจจะเป็นการทำลายธุรกิจของฝ่ายตรงข้ามได้ ในการพิจารณาเพื่อกำหนดจำนวนเงินประกันความเสียหายเป็นดุลยพินิจของศาลในการกำหนดตามที่เห็นสมควร ศาลควรให้ผู้ร้องนำประกันมาวางศาลภายใต้เงื่อนไขและระยะเวลาตามความเหมาะสมด้วย

#### 4.3.4 การบังคับคดีตามคำสั่ง

1) เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอตามมาตรา 254 (2) คำสั่งมีผลบังคับจำเลยได้ทันที จนกว่าจะมีคำสั่งยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำขอหรือในกรณีศาลมีคำสั่งอนุญาตคำขอเป็นไปโดยหลงผิดเพราะเหตุฉ้อฉล และหากผู้ยื่นคำขอกระทำการไม่สุจริตกระทำไปเพื่อกลั่นแกล้งอีกฝ่าย หรือไม่ยื่นฟ้องคดีภายในกำหนด 30 วัน (พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริ โภคกำหนดให้ยื่นฟ้องคดีภายใน 15 วัน เนื่องจากคดีผู้บริ โภคเป็นคดีเล็กน้อยไม่มีความซับซ้อน ไม่ต้องใช้เวลาในการรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าวไป ซึ่งเป็นคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนกว่าและต้องอาศัยเวลานานในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงจึงให้มีกำหนดระยะเวลาให้ยื่นฟ้องคดีภายใน 30 วัน) ถือว่าคำสั่งอนุญาตให้ใช้วิธีการชั่วคราวก่อนฟ้องเป็นอันยกเลิก และผู้ขอ

อาจถูกศาลสั่งให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยและให้ถือว่าเป็นหนี้ตามคำพิพากษา โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องยื่นฟ้องเป็นคดีอีกเรื่องหนึ่ง<sup>13</sup> หากมีการฟ้องคดีภายในกำหนดให้มีผลบังคับต่อไปจนกว่าจะมีคำสั่งตามคำขอให้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งอื่น

2) กรณีผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยได้รับคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องแล้วฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลผู้ร้องขอสามารถยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุม และกักขัง ผู้ซึ่งจะถูกฟ้องเป็นจำเลยที่จงใจฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 259 และมาตรา 297 โดยศาลสามารถสั่งกักขังจำเลยจนกว่ายินยอมปฏิบัติตามคำสั่งศาล หรือจนกว่าจำเลยจะหาหลักประกันมาวางต่อ

3) การขอให้ศาลยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำขอให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลยสามารถยื่นคำขอยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ เมื่อศาลไต่สวนอาจมีคำสั่งยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำสั่งเดิม คำสั่งดังกล่าวเป็นที่ยุติ การยกเลิกคำขอของผู้จะถูกฟ้องเป็นจำเลยกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าเป็นที่ยุติ ดังนั้นผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยมีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้ เมื่อศาลมีคำสั่งยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตคำขอศาลมีคำสั่งให้ผู้ยื่นคำขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลย ค่าสินไหมทดแทนศาลมีอำนาจกำหนดตามเห็นสมควร หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลมีอำนาจบังคับผู้ขอเสมือนเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา

จากการศึกษาในครั้งนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องสมควรนำมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดในทุกกรณีไม่จำกัดเฉพาะการกระทำละเมิดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และผู้เสียหายในคดีผู้บริโภคดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น และได้รับความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของตน แม้กระทั่งในชั้นก่อนฟ้องคดี เพื่อตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองคู่ความทุกฝ่ายให้ได้รับความเสมอภาคกัน ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรมีการบัญญัติกฎหมาย เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่ได้รับ หรืออาจจะได้รับความเสียหาย สามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้ก่อนมีการฟ้องคดี เพื่อใช้เป็นมาตรการป้องกันความเสียหายจากการกระทำละเมิด ในรูปแบบและหลักเกณฑ์ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 อันถือว่าเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุด เพราะมีหลักเกณฑ์ในการยื่นคำร้องขอที่สั้นกะทัดรัด ขั้นตอนไม่ยุ่งยากซับซ้อน และสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายที่ถูกทำละเมิดให้ได้รับการคุ้มครอง ทุกกรณี ทั้งการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีและการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาคดีที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลระงับ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิด ทำให้ศาลมีบทบาทสำคัญต่อไปในการป้องกัน (Prevention) ไม่ให้เกิดการละเมิดแทนที่ต้องมารอการเยียวยา (Remedy)

<sup>13</sup> ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, หม่อมหลวง. (2557, 17 มีนาคม). *ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา*. สัมภาษณ์.

ความเสียหายจากการละเมิดโดยการให้คำสิทธิใหม่ทดแทน ซึ่งมาตรการการมีคำสั่งห้ามกระทำที่เป็น หรือจะเป็นละเมิด (Injunction) ของศาลนี้จะเป็นอำนาจที่สำคัญของศาลต่อไป ทั้งนี้ เพื่อให้หลัก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมีลักษณะเป็นแนวเดียวกันและสอดคล้องกันกับมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามกฎหมายอื่นๆ ในประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศอย่างเป็นระบบ เพื่อเป็นมาตรการที่สำคัญในการป้องกันความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดให้มี ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น