


ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต



นางสาวหทัยรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS ON SEARCH ENGINE MARKETING ON INTERNET

Miss Hatairat Chokechoowattanaalert

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2007

Copyright of Chulalongkorn University

หทัยรัตน์ โชคชุกวัฒนาเลิศ : ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต. (LEGAL PROBLEMS ON SEARCH ENGINE MARKETING ON INTERNET) อ. ที่ปรึกษา : ผศ.อิทธิพล ศรีเสาวลักษณ์, 190 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษา วิเคราะห์ เปรียบเทียบ เพื่อหาแนวทางกฎหมายที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองปัญหาจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ใน 2 กรณี ได้แก่ 1) ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta tag ของเว็บไซต์ และ 2) ปัญหาการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา ในการศึกษาวิจัยจะทำการศึกษาค้นคว้าจากบทบัญญัติทางกฎหมาย หนังสือ เอกสารและบทความทางวิชาการ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ โดยเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก

ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องชื่อทางการค้า สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดจากการที่มีบุคคลอื่นนำไปใช้ในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบได้ โดยการปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องละเมิด มาตรา 420 และมาตรา 421 และหลักสุจริต มาตรา 5 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาพิจารณาประกอบ และสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เรื่องการควบคุมโฆษณา หากเป็นการใช้คีย์เวิร์ดในการโฆษณาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย แต่กฎหมายข้างต้นยังคงมีข้อจำกัดบางประการทำให้คุ้มครองได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น อีกทั้งวิธีการนำคีย์เวิร์ดไปใช้กับโปรแกรมค้นหาทั้งสองกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นการกระทำความผิดโดยตรง การวินิจฉัยปัญหาจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจศาลของในการตีความและปรับใช้กฎหมาย ทำให้เจ้าของคีย์เวิร์ดอาจไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะให้มีกำหนดแนวทางการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายที่ชัดเจนว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และการนำไปใช้ในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา ก็สามารถกระทำได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการนำไปใช้ที่เหมาะสมและโดยชอบด้วยกฎหมาย

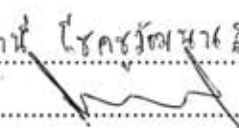
สาขาวิชา..... นิติศาสตร์.....

ปีการศึกษา 2550

ลายมือชื่อนิสิต.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

หทัยรัตน์ โชคชุกวัฒนาเลิศ



4886295934 : MAJOR LAWS

KEY WORD: SEARCH ENGINE MARKETING / TRADEMARK / TRADE NAME / META TAG / TRIGGER AD
 HATAIRAT CHOKECHOOWATTANALERT : LEGAL PROBLEMS ON SEARCH
 ENGINE MARKETING ON INTERNET. THESIS ADVISOR : ASST. PROF. EATHIPOL
 SRISAWALUCK, 190 pp.

The purpose of this research is a comparative study on legislative provisions on search engine marketing on internet. The study concentrates in two areas; 1) Problem of using of trademark, trade name, and domain name as a keyword in meta tag in websites and 2) Problem of selling trademark as keyword trigger ad. The research is based mostly on Thai and foreign existing legislations and all sources of academic papers and articles as well as various court precedents by comparing mainly to United States of America.

The research shows current Thai legislations, which are Trademark Act B.E. 2534 in regard to trademark protection and Civil and Commercial Code in regard to trade name protection, are able to provide coverage for rights of keyword owner in regard to keyword being used by others for search engine marketing. By adapting section 420, section 421 and section 5 of Civil and Commercial Code, as well as Consumer Protection Act B.E. 2522 in regard to advertising controls. Nevertheless, these legislations seem to have restrictions that result in limitation of full protection and lack clear definition of direct wrong doing. The courts must use judicial discretion for decisions which keyword owner may not be fully protected.

This study has proposed clearer definition of legislations to extend protection coverage and allows the use of keywords in search engine marketing under justified purposes and within scopes of legal fair use.

Field of study..... LAWS Student's signature..... Hatairat Chokechowanalert
 Academic year..... 2007 Advisor's signature..... Eathipol Srisawaluck

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ หากไม่ได้รับความเมตตาจากผู้ช่วยศาสตราจารย์อิทธิพล ศรีเสาวลักษณ์ ที่มอบโอกาสและกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาของผู้วิจัย ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงที่ให้คำแนะนำ ชี้แนะแนวทางและให้ข้อคิดอันเป็นประโยชน์อย่างมากในการจัดทำวิทยานิพนธ์มาตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งแล้วเสร็จ ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์สุชม ศุภนิติย์ เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และกรุณาสละเวลาให้คำแนะนำอันมีค่าในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ด้วยความเมตตา ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์อรพวรรณ พันธุ์พัฒนา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร อาจารย์ปัจฉิมา ธนสันติ และอาจารย์สิพิม วิวัฒน์วัฒนา ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และทำการตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คำแนะนำ ข้อคิดเห็น และประสบการณ์ของกรรมการสอบทุกท่าน ถือเป็นข้อแนะนำอันเป็นประโยชน์และมีคุณค่าอย่างยิ่งในทางวิชาการที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ อดีตผู้บังคับบัญชาทุกท่าน และขอขอบพระคุณ คุณบุญรัตน์ วิญญูพานนท์ และคุณภาวดี มุสิกศิริ ผู้บังคับบัญชาที่เข้าใจและให้การสนับสนุนด้านการศึกษาแก่ผู้วิจัยเป็นอย่างดี ขอขอบคุณ คุณณัฐนิศา ธีระบัญชา ทั้งในฐานะเพื่อนและเพื่อนร่วมงานสำหรับความเอื้อเฟื้อและความมีน้ำใจคอยช่วยเหลือแบ่งเบาภาระ

ขอขอบคุณ คุณวิวัฒนพงษ์ มุสิกะพงษ์ สำหรับคำแนะนำและความช่วยเหลืออย่างเต็มที่จนผู้วิจัยสามารถฟันฝ่าอุปสรรคมาได้ ขอขอบคุณ คุณรุ่งโรจน์ โอวรจริยาพิทักษ์ สำหรับกำลังใจและการดูแลเอาใจใส่ ขอขอบคุณ คุณพรพัชร์ สถิตเวโรจน์ สำหรับความปรารถนาดีในทุกๆ เรื่อง และขอขอบคุณเพื่อนร่วมศึกษาทุกท่านสำหรับความมีน้ำใจไมตรีที่มีให้กับผู้วิจัยเสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ ขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาผู้ให้กำเนิดและน้องสาวทั้งสองที่คอยให้การสนับสนุนดูแลห่วงใยและเป็นกำลังใจอย่างดีเยี่ยมให้แก่ผู้วิจัยตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้วิจัยขอขอบพระคุณดีทั้งหมดให้แก่ บิดามารดา คณาจารย์ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ และผู้มีพระคุณต่อผู้วิจัยทุกท่าน แต่หากมีความผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	5
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	5
1.4 สมมุติฐานของการศึกษา.....	6
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
1.6 วิธีดำเนินการวิจัย.....	6
บทที่ 2 การทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา.....	7
2.1 ความหมายของโปรแกรมค้นหา.....	7
2.2 ประวัติความเป็นมาของโปรแกรมค้นหา.....	9
2.3 ประเภทของโปรแกรมค้นหา.....	10
2.3.1 แบบอาศัยการจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก.....	11
2.3.2 แบบสารบัญเว็บไซต์.....	12
2.3.3 แบบอ้างอิงคำสั่งในเมตตะ.....	12
2.4 หลักการทำงานของโปรแกรมค้นหา.....	12
2.5 วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต.....	15
2.5.1 การทำการตลาดโดยการจัดอันดับเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหา.....	19
2.5.2 การทำการตลาดโดยการลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา.....	22
2.6 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต.....	25
2.6.1 ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา.....	25
2.6.2 ผู้ให้ข้อมูลหรือเจ้าของเว็บไซต์.....	25

2.6.3 ผู้ใช้งาน.....	26
2.7 ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต.....	27
2.7.1 ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อ โดเมนของผู้อื่นมาใช้ใน Meta Tag ของเว็บไซต์.....	27
2.7.2 ปัญหาการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลง โฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา.....	32
2.8 ความเสียหายและผลกระทบจากปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต.....	35
2.8.1 ความเสียหายและผลกระทบทางเศรษฐกิจ.....	35
2.8.2 ความเสียหายและผลกระทบต่อชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือ.....	36
2.8.3 ความเสียหายและผลกระทบต่อความสามารถในการเข้าถึงข้อมูล.....	36
2.8.4 ความเสียหายและผลกระทบในเรื่องอื่นๆ.....	37
บทที่ 3 ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครองการทำการตลาดผ่านโปรแกรม ค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศ.....	39
3.1 กรณีนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของ ผู้อื่นมาใช้ใน Meta Tag ของเว็บไซต์.....	39
3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	42
(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า.....	44
(2) การเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า.....	52
(3) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรม.....	59
(4) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น.....	61
3.1.2 ประเทศอังกฤษ.....	71
(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า.....	73
(2) การลงขาย.....	75
(3) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น.....	77

3.2 กรณีขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บไซต์ โปรแกรมค้นหา.....	78
3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	78
(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า.....	78
(2) การเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า.....	80
(3) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรม.....	81
(4) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น.....	82
3.2.2 ประเทศอังกฤษ.....	89
(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า.....	89
(2) การลวงขาย.....	90
(3) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น.....	90

บทที่ 4 บทวิเคราะห์ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครองการทำการตลาดผ่าน

โปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย.....	97
4.1 กรณีนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมน ของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์.....	97
4.1.1 การคุ้มครองทางแพ่ง.....	98
(1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	98
1.1 การละเมิดสิทธิในชื่อทางการค้า (มาตรา 18 และมาตรา 67).....	99
(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.....	107
2.1 การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (มาตรา 44 และ มาตรา 47).....	111
2.2 การลวงขาย (มาตรา 46 วรรคสอง).....	120
4.1.2 การคุ้มครองทางอาญา.....	125
(1) ประมวลกฎหมายอาญา.....	125
1.1 การเอาชื่อในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ (มาตรา 272 (1)).....	125
1.2 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 273).....	128

1.3 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 274).....	130
(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.....	131
2.1 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 108).....	131
2.2 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 109).....	132
4.2 กรณีขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บไซต์ โปรแกรมค้นหา.....	133
4.2.1 การคุ้มครองทางแพ่ง.....	133
(1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	133
(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.....	134
2.1 การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (มาตรา 44 และมาตรา 47).....	134
2.2 การลงขาย (มาตรา 46 วรรคสอง).....	137
4.2.2 การคุ้มครองทางอาญา.....	138
(1) ประมวลกฎหมายอาญา.....	138
1.1 การเอาชื่อในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ (มาตรา 272 (1)).....	138
1.2 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 273).....	140
1.3 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 274).....	141
(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.....	142
2.1 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 108).....	142
2.2 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 109).....	143
4.3 การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง.....	145
4.3.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (มาตรา 29).....	145
4.3.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (มาตรา 22 (2)).....	149
4.3.3 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545.....	160
4.4 สรุปผลการวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อให้ความคุ้มครอง.....	161
4.4.1 ผลการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครอง.....	161
4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อให้ความคุ้มครอง.....	166

(1) การแก้ไขความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติทางกฎหมาย.....	166
(2) การสร้างความรู้ความเข้าใจในการบังคับใช้และการตีความ กฎหมาย.....	171
(3) การกำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาาร่วมกันของภาครัฐ.....	172
(4) การแก้ไขโดยอาศัยการดำเนินการของภาคเอกชน.....	173
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	175
5.1 บทสรุป.....	175
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	178
รายการอ้างอิง.....	181
บรรณานุกรม.....	188
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	190

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“โปรแกรมค้นหา” หรือ Search Engine เป็นโปรแกรมที่ถูกออกแบบมาให้เป็นตัวช่วยเหลือในการค้นหาข้อมูลที่เก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ เช่น ระบบ World Wide Web (WWW) บนอินเทอร์เน็ต โดยระบบของโปรแกรมค้นหาเป็นระบบที่ผู้ใช้งานทุกคนสามารถเข้าไปใช้งานเพื่อค้นหาข้อมูลได้ด้วยตนเอง เพียงแค่ผู้ใช้งานกรอกคำหลักหรือคีย์เวิร์ด (Keyword) หรือประโยคสั้นๆ (Phrase) ที่ต้องการลงในช่องค้นหา (Search Box) หลังจากนั้นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดนั้น ๆ จะแสดงเป็นผลการค้นหาแบบเรียงอันดับ (Search Results) บนหน้าจอทันที โดยผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหาจะแสดงผ่านทางข้อมูลที่เกี่ยวข้องหรือคล้ายคลึง (Relevance) กับคำที่ใช้ค้นหาด้วย ทั้งนี้ การระบุคีย์เวิร์ดโดยการสลับตำแหน่งของพยางค์ (Keyword phrase) แต่ละตำแหน่ง เช่น “โปรโมท เว็บไซต์” หรือ “เว็บไซต์ โปรโมท” จะทำให้ผลการค้นหาที่ได้ออกมาแตกต่างกัน เนื่องจากผลการค้นหาที่แสดงออกมานั้น จะถูกจัดเรียงอันดับตามหลักการประมวลผลการค้นหาและการจัดอันดับ (อัลกอริทึม) ที่แตกต่างกันไปตามโปรแกรมค้นหาแต่ละแห่ง นอกจากนี้ คำว่าโปรแกรมค้นหายังเป็นคำที่ใช้เรียกเว็บโปรแกรมค้นหา (Web Search Engine) ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่รวบรวมข้อมูลจากเว็บไซต์ต่างๆ ทั่วโลก รวบรวมเป็นฐานข้อมูลเก็บไว้เพื่อให้ผู้ใช้งานได้ค้นหาข้อมูลที่ต้องการด้วย¹

ด้วยความชาญฉลาดของเทคโนโลยีโปรแกรมค้นหาที่ทำให้ผู้คนในสังคมอินเทอร์เน็ตเกิดความสะดวกรวดสบาย สามารถค้นหาข้อมูลได้อย่างไร้ขีดจำกัด ประกอบกับการเติบโตของบริการอินเทอร์เน็ตที่เพิ่มสูงขึ้น ส่งผลให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็วจนได้รับความนิยมและเป็นที่แพร่หลายทั่วโลกในปัจจุบัน และจากความสามารถในการเข้าถึงผู้ใช้งานทางอินเทอร์เน็ตจำนวนมากนี้เอง ผู้ประกอบการจึงใช้โปรแกรมค้นหาเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการทำตลาดเพื่อเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคหรือกลุ่มเป้าหมายผ่านสื่อการตลาดออนไลน์ หรือที่เรียกว่าการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine Marketing) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต² โดย

¹ สรุปลงมาจาก จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0 (กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพการพิมพ์และสตีวดีโอ, 2549), หน้า 6. และ อรรถพล ยุตตะภรณ์, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ, (กรุงเทพมหานคร: กรังด์ปรีซ์ อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล, 2549), หน้า 18-19.

² จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 27-28.

การทำให้เว็บไซต์ของตนอยู่ในอันดับของการแสดงผลการค้นหา (Rank) แต่แต่ละครั้งในลำดับต้นๆ เพราะนั่นย่อมหมายถึงโอกาสที่ผู้ใช้งานจะแวะเข้ามาเยี่ยมชมเว็บไซต์ดังกล่าวมีจำนวนมากขึ้น และเป็นการเยี่ยมชมตลอดเวลามากจากทั่วโลก เป็นการเพิ่มโอกาสในการเปลี่ยนสถานะให้ผู้ค้นหาหรือเข้าชมเว็บไซต์เหล่านั้นกลายมาเป็นลูกค้าหรือผู้ใช้บริการของเว็บไซต์ หรือที่เรียกว่า Turn Traffic to Customer ได้มากขึ้น ตลอดจนเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับตราสินค้า (Brand) การบริการ (Service) และภาพรวมของเว็บไซต์ได้อีกทางหนึ่ง³

โดยทั่วไปแล้ว การทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาสามารถกระทำได้ 2 รูปแบบได้แก่ การทำการตลาดโดยการจัดอันดับเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหาหรือที่เรียกว่า Search Engine Optimization (SEO) ซึ่งเป็นวิธีการปรับปรุงเว็บไซต์ด้วยเทคนิคต่างๆ รวมถึงการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อให้เว็บไซต์ติดอันดับต้นๆ ในส่วนผลลัพธ์ธรรมชาติ (Natural Results) ทางด้านซ้ายมือ และการทำการตลาดโดยการลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา (Advertising) โดยการซื้อคีย์เวิร์ดที่ต้องการใช้สำหรับแสดงโฆษณา (trigger ads) เพื่อให้ปรากฏโฆษณาในส่วนผลลัพธ์ด้านบน ด้านล่างหรือด้านขวามือของเว็บโปรแกรมค้นหา เมื่อผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ด (Keywords) ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่ต้องการ⁴

เพื่อให้เข้าใจวิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาข้างขึ้น ในที่นี้อาจเปรียบเทียบเว็บโปรแกรมค้นหากับสมุดหน้าเหลืองอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ สมุดหน้าเหลืองโดยทั่วไปจะมีการรวบรวมข้อมูลของบริษัทต่างๆ หรือบุคคลธรรมดาแล้วนำมารวบรวมเป็นรูปเล่ม มีวิธีการสืบค้นโดยการลำดับคำที่ใช้ในการค้นหา และการจัดแบ่งข้อมูลเป็นประเภทหมวดหมู่ ซึ่งการลงข้อมูลในสมุดหน้าเหลืองจะมีทั้งการลงข้อมูลโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและการลงข้อมูลโดยเสียค่าใช้จ่าย โดยในกรณีหลังผู้ลงโฆษณาสามารถจ่ายค่าโฆษณาเพื่อซื้อพื้นที่โฆษณาในสมุดหน้าเหลือง ตลอดจนสามารถกำหนดรูปแบบ ขนาดพื้นที่ ขนาดตัวอักษร ตำแหน่งที่จัดวางโฆษณาให้อยู่ในตำแหน่งที่ต้องการ โดยมุ่งหวังที่จะเข้าถึงลูกค้าหรือกลุ่มเป้าหมายของตนให้มองเห็นและสนใจข้อมูลโฆษณาดังกล่าว รวมทั้งเป็นการเพิ่มโอกาสให้ผู้ค้นหาทำการติดต่อกลับไปยังผู้ลงโฆษณามากยิ่งขึ้น

ในขณะที่การทำหน้าที่สมุดหน้าเหลืองอิเล็กทรอนิกส์ของเว็บโปรแกรมค้นหาเป็นการรวบรวมข้อมูลและเป็นเครื่องมือในการค้นหารายชื่อเว็บไซต์ต่างๆ ตลอดจนสินค้าหรือบริการอื่นใดที่ผู้ค้นหาต้องการ โดยสามารถเข้าถึงกลุ่มผู้ใช้งานได้ทั่วโลก รวมทั้งสามารถแนะนำผู้ใช้งาน

³ อรรถพล ยุตตะภรณ์, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ, หน้า 40-41.

⁴ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 75.

เหล่านั้นให้รู้จักกับเว็บไซต์ต่างๆ ผ่านโปรแกรมค้นหา ไม่ว่าจะโดยการแสดงผลการค้นหาข้อมูลแบบเรียงลำดับ (Search Results) ทางด้านซ้ายมือ หรือการแสดงผลโฆษณาผ่านทางเว็บโปรแกรมค้นหาในส่วนของ Sponsored Links ที่อยู่ด้านบน ด้านล่างหรือด้านขวามือ

การทำการตลาดทั้ง 2 วิธีข้างต้น นอกจากจะช่วยทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้าถึงกลุ่มลูกค้าที่ต้องการได้โดยตรงแล้ว ในขณะเดียวกันก็เป็นวิธีการสร้างรายได้ให้กับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องการทำให้โฆษณาเว็บไซต์ของตนปรากฏสู่สายตาของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลก

แม้โปรแกรมค้นหาจะมีประโยชน์มากมายมหาศาลทำให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงแหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตได้อย่างไร้ขีดจำกัด แต่ในปัจจุบันจะพบว่าผู้ประกอบธุรกิจบางแห่งใช้วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าในทางที่ไม่ถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาทางกฎหมายจากการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อจัดอันดับเว็บไซต์โดยการนำเอาคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag* ของเว็บไซต์ และปัญหาการขายคีย์เวิร์ด (Keyword Advertising) ที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

กรณีแรก: ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการนำคีย์เวิร์ดของผู้อื่นที่ประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกับตนมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ เพื่อให้ในหน้าผลการค้นหาทางด้านซ้ายมือปรากฏรายชื่อเว็บไซต์หรือเว็บเพจของตน เป็นการเพิ่มโอกาสในการทำการโฆษณาสินค้าหรือบริการให้ปรากฏต่อสายตาของผู้ใช้งานมากขึ้นโดยมุ่งหวังให้ผู้ใช้งานที่ต้องการค้นหาข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนนั้นเข้าไปยังเว็บไซต์ของตนเองแทนเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ด จึงเป็นการนำไปใช้โดยปราศจากเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นการแสวงหาประโยชน์จากค่าความนิยมหรือความมีชื่อเสียงของผู้อื่นเพื่อนำมาซึ่งประโยชน์ในทางการค้าของตน ในขณะเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดความสับสนกับผู้ใช้งานว่าเว็บไซต์ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดหรือทำให้เข้าใจว่าเว็บไซต์ดังกล่าวเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดนั้นได้ในบางกรณี

* Meta Tag (เมต้าแท็ก) หมายถึง ป้ายระบุหรือแท็กใน HTML ที่ใช้สำหรับประกาศคีย์เวิร์ด (keyword) หรือหัวข้อของเรื่องราวที่ปรากฏในเว็บเพจนั้น กลไกสืบค้น (search engine) ใช้ข้อมูลนี้ช่วยในการค้นหาด้วย (กิดานันท์ มลิทอง. อธิบายศัพท์ คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต มัลติมีเดีย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.)

ปัญหาทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาในกรณีนี้คือ ตามบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมน จะถือว่าการนำเอาคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใช้ใน Meta Tag ของเว็บไซต์เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เจ้าของชื่อทางการค้า หรือเจ้าของชื่อโดเมนตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

กรณีที่ 2: ปัญหาการขายคีย์เวิร์ด (Keyword Advertising) ของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณา บนเว็บโปรแกรมค้นหา เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาทำการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าให้กับผู้ลงโฆษณาซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว ทำให้การแสดงผลการค้นหาปรากฏทั้งข้อมูลเว็บไซต์ของผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า (ทางด้านซ้ายมือ) ควบคู่ไปกับข้อมูลเว็บไซต์ของผู้ลงโฆษณาซึ่งเป็นคู่แข่ง (ทางด้านบน ด้านล่าง หรือด้านขวามือ) กรณีนี้นอกจากผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งจะได้ประโยชน์จากการเข้าถึงผู้ใช้งานเช่นเดียวกับกรณีแรกแล้ว ในส่วนของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา ก็ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเป็นรายได้จากขายคีย์เวิร์ดให้กับผู้ลงโฆษณาด้วยเช่นกัน

ปัญหาทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาคือ กรณีที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาทำการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าให้กับผู้ลงโฆษณา และกรณีที่ผู้ลงโฆษณาซื้อคีย์เวิร์ดดังกล่าว ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือไม่ อย่างไร

ปัจจุบันปัญหาการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาที่เกิดขึ้นได้สร้างความเสียหายและก่อให้เกิดผลกระทบในวงกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบในทางเศรษฐกิจของผู้ที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ด ทั้งนี้ หากปล่อยให้มีการกระทำในลักษณะดังกล่าวโดยไม่มีแนวทางการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและชัดเจน ย่อมกลายเป็นช่องทางให้เกิดการเอาเปรียบและก่อให้เกิดปัญหาการละเมิดสิทธิในเรื่องอื่นๆ ตามมา มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากปัญหาการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาอาจมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันอันเนื่องมาจากความสามารถและประสิทธิภาพในการสืบค้นข้อมูลบนโลกอินเทอร์เน็ต ยิ่งไปกว่านั้นการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบให้การเติบโตของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) ในอนาคตมีส่วนที่ลดน้อยถอยลงเนื่องจากผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเว็บไซต์ไม่มั่นใจหรือขาดความเชื่อมั่นที่จะใช้วิธีการทำตลาดเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของตนผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหากได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจากการกระทำที่เกิดขึ้นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตน้อยกว่าการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายกรณีทั่วไป

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

(1) เพื่อศึกษาความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับโปรแกรมค้นหา (Search Engine) ตั้งแต่ความหมาย และประวัติความเป็นมาของโปรแกรมค้นหา ประเภทของโปรแกรมค้นหา หลักการทำงานของโปรแกรมค้นหา วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง

(2) เพื่อศึกษาปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

(3) เพื่อศึกษาแนวทางการให้ความคุ้มครองและการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา ได้แก่ ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ และปัญหาการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา โดยศึกษาเปรียบเทียบระหว่างแนวทางของต่างประเทศกับของไทย ตลอดจนศึกษาตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น

(4) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับผู้ประกอบการไทยที่ใช้วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาต่อไป

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหากฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต 2 กรณีปัญหาได้แก่ การให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า สิทธิในชื่อทางการค้า และสิทธิในชื่อโดเมน จากการนำไปใช้เป็นคีย์เวิร์ด (Keyword) ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ และการให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าจากการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา โดยจะทำการศึกษากฎหมายสารบัญญัติและจากคำพิพากษาของศาลเพื่อให้ทราบถึงแนวทางการปรับใช้กฎหมายกับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้น ในส่วนกฎหมายต่างประเทศจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก เนื่องจากเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทั้งทางเทคโนโลยีและทางกฎหมาย ประกอบกับเป็นประเทศที่มีการให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงสุดในปัจจุบัน

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

แนวทางการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน สามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาได้ในระดับหนึ่ง แต่ยังมีข้อจำกัดบางประการ ทำให้ไม่อาจให้ความคุ้มครองได้เท่าที่ควร

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) ทำให้ทราบถึงความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับโปรแกรมค้นหา (Search Engine) ตั้งแต่ความหมายและประวัติความเป็นมาของโปรแกรมค้นหา ประเภทของโปรแกรมค้นหา หลักการทำงานของโปรแกรมค้นหา วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง

(2) ทำให้ทราบถึงปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

(3) ทำให้ทราบแนวทางการให้ความคุ้มครองและการปรับใช้กฎหมายเพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาเกี่ยวกับ ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ และปัญหาการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหาตามกฎหมายของต่างประเทศกับของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน

(4) ทำให้ทราบแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับผู้ประกอบการไทยที่ใช้วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาต่อไป

1.6 วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษา ค้นคว้า รวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานราชการหรือหน่วยงานเอกชนต่างๆ รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย เอกสารประกอบการสัมมนาอบรมต่างๆ วิทยานิพนธ์ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต คำพิพากษาของศาล ตลอดจนกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ

บทที่ 2

การทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine Marketing)

เนื้อหาในบทนี้อาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน ในส่วนแรกเป็นการกล่าวถึงภาพรวมของการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยให้ข้อมูลพื้นฐานในทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาซึ่งประกอบด้วย การอธิบายความหมายและประวัติความเป็นมาของโปรแกรมค้นหา ประเภทของโปรแกรมค้นหา หลักการทำงานของโปรแกรมค้นหา วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง จากนั้นในส่วนที่ 2 จึงเข้าสู่การอธิบายปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา รวมทั้งความเสียหายและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาดังกล่าวซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการประยุกต์เอาวิธีการประมวลผลของโปรแกรมค้นหา มาปรับใช้กับการทำการตลาดบนอินเทอร์เน็ต เพื่อเป็นพื้นฐานความเข้าใจเบื้องต้นก่อนที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายในบทต่อไป

2.1 ความหมายของโปรแกรมค้นหา

“โปรแกรมค้นหา”¹ หรือที่คนส่วนใหญ่นิยมเรียกว่า เสิร์ชเอนจิน (Search Engine) เป็นโปรแกรมการสืบค้นข้อมูลที่ช่วยทำให้ผู้ใช้งาน (User) สามารถทำการค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตได้ด้วยตนเอง² ด้วยรูปแบบของบริการที่หลากหลายตลอดจนความสามารถในการสืบค้นข้อมูลที่ได้รับการพัฒนาเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาข้อความ รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว เพลง ซอฟต์แวร์ แผนที่ ข้อมูลบุคคล กลุ่มข่าว และอื่นๆ เพียงแค่ผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ดที่ต้องการค้นหาลงไป โปรแกรมค้นหา ก็จะแสดงข้อมูลเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องทำให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงเว็บไซต์เหล่านั้นได้ทันทีจากการใช้คีย์เวิร์ดเท่านั้น³ โปรแกรมค้นหาจึงกลายมาเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้การใช้งานบนอินเทอร์เน็ตสามารถทำได้สะดวกและง่ายดาย

¹ ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (นนทบุรี: สหมิตรพริ้นต์, 2546)

² อรรถพล ยุตตะकरण, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ (กรุงเทพมหานคร: กรังด์ปรีซ์ อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล, 2549), หน้า 18.

³ เรื่องเดียวกัน.

ปัจจุบันโปรแกรมค้นหายังเป็นคำที่ใช้เรียกเว็บไซต์โปรแกรมค้นหาบนอินเทอร์เน็ตหรือเว็บไซต์เสิร์ชเอนจิน (Web Search Engine) ซึ่งเป็นเว็บที่รวบรวมข้อมูลจากเว็บไซต์ทั่วไปเป็นฐานข้อมูลเก็บไว้เพื่อให้ผู้ใช้งานได้ค้นหาข้อมูลของตนเองที่ต้องการ⁴ โดยการกรอกคีย์เวิร์ดหรือคำหลัก (Keywords) * ที่ต้องการลงในช่องค้นหา (Search Box) จากนั้นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดนั้นๆ จะแสดงผลการค้นหาแบบเรียงลำดับ (Search Results) เป็นรายชื่อเว็บไซต์หรือข้อมูลที่ตรงตามเงื่อนไขที่ต้องการบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้งานทันที⁵

ในที่นี้อาจสรุปความหมายของโปรแกรมค้นหาได้ว่า “โปรแกรมค้นหา” (Search Engine) หมายถึง โปรแกรมที่ถูกออกแบบมาเพื่อช่วยให้การค้นหาข้อมูลข่าวสารทำได้อย่างรวดเร็ว ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาข้อมูลบนเครือข่ายขององค์กร บนคอมพิวเตอร์ส่วนตัว บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ และบนอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลขนาดใหญ่จากทั่วทุกมุมโลก เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อผู้ใช้งานทุกคนทั้งในแง่เวลาที่ใช้ในการค้นหาและปริมาณของข้อมูลที่ได้รับ เนื่องจากผลลัพธ์ที่ได้จะแสดงเฉพาะข้อมูลที่ผ่านการคัดกรองจากโปรแกรมแล้วว่ามีความเกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงกับสิ่งที่ผู้ใช้งานต้องการค้นหา โดยผู้ใช้งานสามารถเข้าไปทำการค้นหาข้อมูลได้ด้วยตนเอง

⁴ จตุพล ทานาถทัย, Search Engine Marketing 2.0 (กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพ การพิมพ์และสตีวดี โอ, 2549), หน้า 6.

* “Keyword” หมายถึง

(1) คำหลัก (ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ)

(2) คำ วลี ตัวเลข หรือรหัส ที่โปรแกรมใช้ในการเรียงลำดับเรื่องในรายการหรือการใช้ในการค้นหารายการ นอกจากนี้ ยังหมายถึง คำหรือวลีในภาษาโปรแกรม (รวมถึงภาษาคำสั่งซอฟต์แวร์ด้วย) ที่บรรยายถึงการกระทำหรือปฏิบัติการที่คอมพิวเตอร์รู้จักและกระทำการตามคีย์เวิร์ดนั้น (กิดานันท์ มลิทอง, อธิบายศัพท์คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต มัลติมีเดีย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.))

(3) คีย์เวิร์ด, คำสำคัญ, คำที่มีความหมายพิเศษในภาษาโปรแกรม บางครั้งเรียกว่า คำสงวน เช่น คำว่า CALL เป็นคำหลักในภาษาเบสิก คำว่า IF เป็นคำสำคัญในภาษาปาสคาล สำหรับเวิร์ดโปรเซสเซอร์ คำสำคัญคือ คำที่คุณใช้ค้นหาในข้อความ คำเหล่านี้จะทำให้เกิดคำในภาษาโปรแกรม หรือชุดของคำสั่งและโปรแกรมเอื้อประโยชน์ของระบบปฏิบัติการ (ทักษิณา สนวนานนท์ และ สุวนิศรา เกียรติบารมี, พจนานุกรมศัพท์คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต, พิมพ์ครั้งที่ 10 (ฉบับปรับปรุงใหม่ตลอดเล่ม) (กรุงเทพมหานคร: วี.ที.ซี. คอมมิวนิเคชั่น.)

⁵ อรรคพล ยุตตะकरण, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ, หน้า 18.

สำหรับรูปแบบของโปรแกรมค้นหาอันเป็นที่มาของปัญหากฎหมายที่จะทำการศึกษาวิจัยต่อไปนั้นได้แก่ เว็บไซต์โปรแกรมค้นหาบนอินเทอร์เน็ตหรือเว็บไซต์เสิร์ชเอนจิน (Web Search Engine) ซึ่งต่อไปผู้วิจัยจะเรียกว่า “โปรแกรมค้นหา” แทนความหมายเว็บไซต์ผู้ให้บริการดังกล่าว

2.2 ประวัติความเป็นมาของโปรแกรมค้นหา⁶

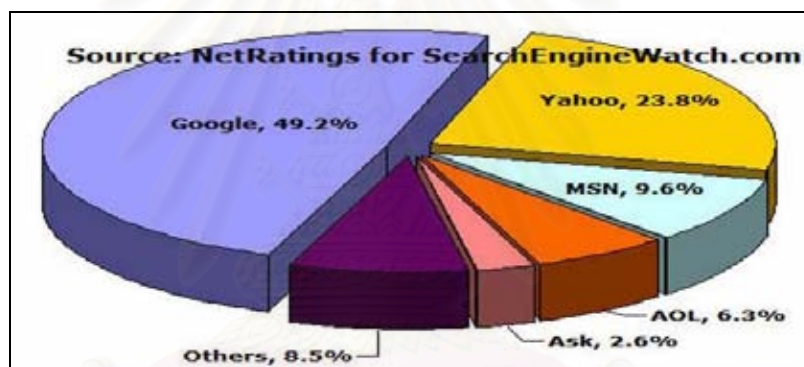
โปรแกรมค้นหากำเนิดขึ้นครั้งแรกในปี 1990 โดยนาย Alan Emtage นักศึกษามหาวิทยาลัย McGill University จากเมืองมอนทรีออล ประเทศแคนาดา Alan ได้สร้างเครื่องมือสืบค้นข้อมูลผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตเป็นครั้งแรกโดยเรียกชื่อโปรแกรมค้นหานี้ว่า Archie (ย่อมาจาก Archives) โปรแกรมนี้มีระบบการทำงานโดยเริ่มต้นจากการดาวน์โหลดข้อมูลของไฟล์ต่างๆ ในเครื่องคอมพิวเตอร์มาเก็บไว้เป็นฐานข้อมูลที่สามารถทำการค้นหาต่อไป ต่อมาในปี 1991 นาย Mark McCahill นักศึกษามหาวิทยาลัย Minnesota ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พัฒนาและประดิษฐ์โปรแกรม Gopher ขึ้น เพื่อใช้ในการดาวน์โหลดและเก็บข้อมูลไฟล์ในส่วนที่เป็นตัวเนื้อหา (Text) ซึ่งต่อมามีส่วนนี้ได้พัฒนาขึ้นเป็นระบบ World Wide Web (WWW) ในปัจจุบัน หลังจากนั้นเป็นต้นมาก็ได้มีการพัฒนาระบบโปรแกรมค้นหา (Search Engine Program) เพิ่มมากขึ้น ได้แก่ Veronica และ Jughead ซึ่งแสดงผลการค้นหาโดยใช้คีย์เวิร์ดแสดงออกมาเป็นหัวข้อของไฟล์ต่างๆ ก่อกำเนิดขึ้นได้แก่

จนกระทั่งเดือนมิถุนายน ปี 1993 เว็บไซต์โปรแกรมค้นหา (Web Search Engine) อันแรกได้ถูกพัฒนาขึ้นคือ WWW Wanderer (หรือที่รู้จักในชื่อของ Wandax) เป็นโปรแกรมค้นหาที่ทำงานโดยการเก็บรวบรวมข้อมูลจากเว็บไซต์ต่างๆ พัฒนาขึ้นโดยนาย Matthew Gray จากสถาบัน MIT ต่อมา เว็บไซต์โปรแกรมค้นหาที่มีระบบค้นหาข้อมูลพื้นฐานในรูปแบบเนื้อหาครั้งแรกของโลกก็ได้เกิดขึ้นในปี 1994 มีชื่อเรียกว่า WebCrawler โดยให้ผู้ใช้สามารถใส่คีย์เวิร์ดค้นหาข้อมูลจากฐานข้อมูลของโปรแกรมที่เก็บรวบรวมไว้ และระบบจะทำการประมวลผลแล้วแสดงผลเป็นหน้าเว็บต่างๆ ที่มีค่าที่ตรงกับคีย์เวิร์ดที่ผู้ใช้งานต้องการค้นหา ซึ่งต่อมาระบบนี้ได้กลายเป็นระบบพื้นฐานของโปรแกรมค้นหาชั้นนำต่างๆ ในปัจจุบัน

⁶ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 6-7. และ History of Search Engines: From 1945 to Google 2007[Online]. Available from: <http://www.searchenginehistory.com>. [2007, August 23]

โปรแกรมค้นหาที่ได้รับความนิยมในยุคแรกๆ มีชื่อว่า LYCOS ต่อมาเมื่อโปรแกรมค้นหาเกิดขึ้นตามมาได้แก่ Excite, Infoseek, Inktomi, Northern Light และ AltaVista จนภายหลังโปรแกรมค้นหาใหม่ๆ อย่าง Yahoo, Google รวมถึง MSN Search ที่ได้รับการพัฒนาให้มีระบบปฏิบัติการและประมวลผลที่มีประสิทธิภาพทำให้ได้รับความนิยมและมีผู้ใช้งานแพร่หลายทั่วโลก จนกลายเป็นโปรแกรมค้นหาชั้นนำในโลกธุรกิจออนไลน์ปัจจุบัน

หากพิจารณาส่วนแบ่งการตลาด (Market Share) ของโปรแกรมค้นหาจะพบว่า Google, Yahoo! Search, MSN Search ได้รับความนิยมมาเป็นลำดับต้นๆ โดยจากผลสำรวจของ NetRatings ในเดือนกรกฎาคม ปี 2006 พบว่า Google ได้รับความนิยมสูงสุดโดยมีส่วนแบ่งทางการตลาดสูงถึง 49.2% รองลงมาคือ Yahoo! Search และ MSN Search ในสัดส่วน 23.8% และ 9.6% ตามลำดับ (รูปที่ 1)



รูปที่ 1: ส่วนแบ่งการตลาดของโปรแกรมค้นหา (Web Search Engine)⁷

2.3 ประเภทของโปรแกรมค้นหา

หากพิจารณาจากลักษณะการทำงานของโปรแกรมค้นหา สามารถแบ่งโปรแกรมค้นหาออกเป็น 3 ประเภท ตามลักษณะการค้นหาข้อมูล ดังนี้⁸

⁷ Nielsen NetRatings Search Engine Ratings (USA). Cited in Jatupol Tanaruthai, *Search Engine Optimization (SEO)* [Online]. Globet Co., Ltd., 2007. Available From: <http://www.globet.com> [2007, May]

⁸ อรรถพล ยุตตะกรณ, *Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ*, หน้า 19-23.

2.3.1 แบบอาศัยการจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก หรือ Crawler-Base Search Engine

Crawler-Base Search Engine เป็นการค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตแบบอาศัยการบันทึกและจัดเก็บข้อมูลเป็นหลักโดยใช้โปรแกรมช่วยในการค้นหาอัตโนมัติ

หลักการทำงานประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วนได้แก่ (1) ส่วนที่เป็นฐานข้อมูลของตนเองที่มีระบบการประมวลผลและจัดอันดับการค้นหา และ (2) ส่วนที่เป็นระบบซอฟต์แวร์หรือโปรแกรมตรวจสอบเว็บ (Web Crawler) หรือบางครั้งอาจเรียกโปรแกรมนี้อีกว่า Spider หรือ Robot โดย Spider (ภาษาไทยจะเรียกง่ายๆ ว่า “แมงมุม”) จะทำหน้าที่จะเข้าไปตรวจและเก็บรวบรวมและสำเนาข้อมูลเว็บไซต์ใหม่ๆ เนื้อหาใหม่ๆ เว็บเพจใหม่ๆ หรือเว็บเพจเดิมที่มีการปรับปรุงเนื้อหาใหม่ (Update Content) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยอัตโนมัติ โปรแกรมเหล่านี้จะจัดเก็บข้อมูลภายในเว็บไซต์ ตั้งแต่หน้าแรกและไล่ไปตามลิงก์ (link) ต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในหน้าเว็บนั้นๆ ลงไปที่ละส่วน เมื่อ spider เข้าไปตรวจสอบข้อมูลทั้งหมดของเว็บไซต์แล้ว จะทำการสำเนาข้อมูลต่างๆ ไว้ในลักษณะตัวหนังสือหรือตัวอักษรที่เป็นเนื้อหาทั้งหมดของหน้าเว็บ (โปรแกรมตรวจสอบเว็บปัจจุบันสามารถเข้าเก็บข้อมูลได้ในเฉพาะส่วนของตัวหนังสือเท่านั้น) แล้วส่งกลับไปยังฐานข้อมูลของโปรแกรมค้นหาเพื่อทำการบันทึก (Page Index) และจัดเข้าหมวดหมู่อย่างเป็นระเบียบบนเซิร์ฟเวอร์ฐานข้อมูล (Search Engine Index Server) สำหรับการค้นหาของผู้ใช้งานต่อไป เมื่อใดที่ผู้ใช้งานพิมพ์คำหรือข้อความ (keywords) ที่ต้องการค้นหาลงไปในส่วนช่องค้นหา Search Engine Server จะทำการประมวลผลหาข้อมูลจากเนื้อหาของเว็บไซต์ที่เก็บไว้ในฐานข้อมูลที่มีอยู่และแสดงผลการค้นหาออกมา⁹

ปัจจุบัน Crawler-Base Search Engine หรือ Search Engine Spider หรือ Search Engine Robots นับเป็นโปรแกรมค้นหาที่ได้รับความนิยมสูงสุด เนื่องจากมีข้อดีคือผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหาจะมีความแม่นยำสูง ครอบคลุมและมีความละเอียดมากกว่า เหมาะสำหรับการค้นหาข้อมูลที่มีความเจาะจงมากๆ อีกทั้งการประมวลผลการค้นหาสามารถทำได้ภายในระยะเวลาอันรวดเร็วโดยใช้เวลาเพียงแค่เสี้ยววินาทีต่อการค้นหา 1 ครั้ง เท่านั้น จึงเป็นโปรแกรมค้นหาที่มีบทบาทสำคัญต่อวงการอินเทอร์เน็ตในยุคปัจจุบัน

⁹ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 8-9.

2.3.2 แบบสารบัญเว็บไซต์ หรือ Web Directory

สารบัญเว็บไซต์ หรือ Web Directory เป็นการค้นหาข้อมูลที่ใช้คนในการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับเว็บไซต์ในอินเทอร์เน็ต ซึ่งในแต่ละเว็บไซต์จะถูกรวบรวมและจัดหมวดหมู่ที่เหมาะสมเอาไว้¹⁰ โดยใช้คนทำ (ไม่ใช่ Spider หรือ Robot เหมือนประเภทแรก) โดยจะแยกหมวดหมู่ใหญ่ ออกมาก่อนจากนั้นจึงค่อยๆ แยกย่อยเป็นหมวดเล็กๆ ตามมา

หลักการทำงานของสารบัญเว็บไซต์จะอาศัยหลักการเช่นเดียวกับการใช้งานสมุดหน้าเหลืองคือ จะมีหน้าดัชนีและมีการระบุหมวดหมู่ที่ถูกจัดเรียงไว้อย่างชัดเจน โปรแกรมค้นหาประเภทนี้จึงให้ความสำคัญกับความถูกต้องของหมวดหมู่ของเว็บไซต์ต่างๆ มากที่สุด

ข้อดีของสารบัญเว็บไซต์คือ ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงข้อมูลเว็บไซต์ทั้งหมดที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกันและตรงตามที่ต้องการของหมวดหมู่นั้นๆ ในปริมาณมากเพียงแต่ผู้ใช้งานเลือกหมวดหมู่รายการเว็บไซต์ที่แสดงไว้ในลิสต์ ผลลัพธ์ที่ได้จากโปรแกรมค้นหาประเภทนี้จึงสอดคล้องและตรงตามความต้องการของผู้ใช้งานมากกว่า โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ใช้งานต้องการค้นหาข้อมูลที่เป็นหมวดหมู่ๆ ใดๆก็ตาม เนื่องจากสารบัญเว็บไซต์เป็นการค้นหาข้อมูลเข้าสู่ฐานข้อมูลโดยใช้คน ดังนั้น ปริมาณข้อมูลที่มีจึงอาจไม่ครอบคลุมทุกเว็บไซต์ที่มีอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต¹¹

2.3.3 แบบอ้างอิงคำสั่งในเมตา หรือ Meta Search Engine

โปรแกรมค้นหาประเภทนี้เป็นประเภทที่ไม่มีระบบฐานข้อมูลของตนเองแต่จะอาศัยข้อมูลจาก Search Engine Index Server จากที่อื่นๆ นำเอามาประมวลผลรวมกันทำให้เกิดผลการค้นหาที่หลากหลาย

2.4 หลักการทำงานของโปรแกรมค้นหา

โปรแกรมค้นหานับเป็นบริการอย่างหนึ่งที่ช่วยให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงแหล่งข้อมูลสาธารณะที่มีจำนวนมากศาลบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โปรแกรมค้นหาจึงมีบทบาทสำคัญในการจับคู่ระหว่างผู้ใช้งาน (Users) กับบรรดาเว็บไซต์ (Providers) ซึ่งมีเนื้อหาข้อมูลตรงตามความ

¹⁰ ดุลยวิทย์ เลาทองดี, “การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อโฆษณาออนไลน์ Search Engineและวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาการบริหารโทรคมนาคม คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 9.

¹¹ พันจันทร์ ธนวัฒน์เสถียร, การตลาดบนอินเทอร์เน็ต (กรุงเทพมหานคร: ชัดชัด มีเดีย), หน้า 52.

ต้องการของผู้ใช้งานในขณะนั้น ในที่นี้สามารถสรุปกระบวนการทำงานของโปรแกรมค้นหา ออกเป็น 4 ขั้นตอนดังนี้¹²

(1) กระบวนการที่โปรแกรมค้นหารวบรวมข้อมูลจากแหล่งข้อมูล (The search engine gathers content) เป็นระบบการทำงานของโปรแกรมค้นหาที่จะค้นหาและรวบรวมข้อมูลเพื่อจัดเก็บข้อมูลเอกสาร (Index Server) เมื่อผู้ใช้งานใช้โปรแกรมค้นหาเพื่อทำการสืบค้นข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต โปรแกรมค้นหาจะทำการค้นหารวบรวมข้อมูลจากแหล่งข้อมูลที่มีอยู่ซึ่งโดยทั่วไปจะใช้วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยอาศัยโปรแกรมตรวจสอบเว็บอัตโนมัติที่เรียกว่า Crawler, Spider หรือ Robot เพื่อสำรวจเว็บไซต์และค้นหาเนื้อหาในแต่ละเว็บเพจ โดยการเรียกดูเว็บเพจจากฐานข้อมูลแล้วดูว่าหน้าเพจเหล่านั้นมีเนื้อหาอะไรบ้าง

นอกจากวิธีการในการเก็บรวบรวมข้อมูลข้างต้น โปรแกรมค้นหาบางแห่งจะใช้วิธีนำฐานข้อมูลที่มีอยู่เดิมมาจัดหมวดหมู่ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น หรืออาจใช้วิธีรวบรวมข้อมูลจากเว็บไซต์ที่มาลงทะเบียนและจ่ายเงินให้กับโปรแกรมค้นหาต่างๆ วิธีนี้เจ้าของเว็บไซต์จะต้องจ่ายเงินและจัดส่งข้อมูลเนื้อหา (Contents) ของตนให้กับโปรแกรมค้นหาเพื่อแลกกับการรวบรวม (Index) เนื้อหาทั้งหมดที่ลงทะเบียนไว้เข้าไปยังฐานข้อมูลของโปรแกรมค้นหา เรียกวิธีการนี้ว่า Paid inclusion¹³ โดยบริการลงทะเบียนดังกล่าวสามารถรับรองได้ว่าเว็บไซต์หรือเว็บเพจนั้นจะถูก Index ข้อมูลไว้บนฐานข้อมูลของโปรแกรมค้นหาอย่างแน่นอน

(2) กระบวนการที่ผู้ใช้งานค้นหาข้อมูลในโปรแกรมค้นหา (A user queries the search engine) โปรแกรมค้นหาส่วนใหญ่จะให้ผู้ใช้งานกำหนดคำ (keyword) 2-3 คำ หรือประโยคสั้นๆ (short phrase) สำหรับใช้ทำการค้นหา ในขณะที่โปรแกรมค้นหาบางแห่งจะไม่ใช้คำในการค้นหา แต่ยอมให้ผู้ใช้งานสามารถใช้สิ่งอื่นทำการค้นหาแทน เช่น การค้นหาโดยใช้รูปภาพ¹⁴ เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาแบบใด ข้อมูลของสิ่งที่ต้องการค้นหาไม่ควรกำหนดให้กว้างจนเกินไป

¹² James Grimmelmann. The Structure of Search Engine Law [Online]. New York Law School Legal Studies Research Paper: Social Science Research Network. Available From: <http://ssrn.com/abstract=979568> [2007, June]. pp. 4-8.

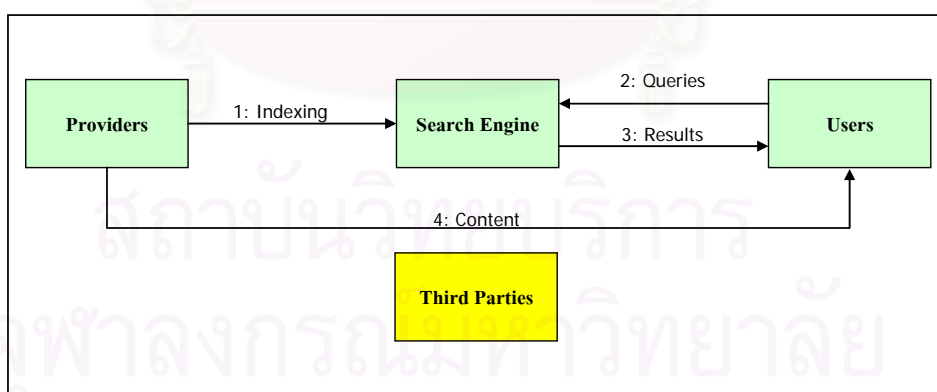
¹³ ดูเพิ่มเติมใน http://en.wikipedia.org/wiki/Paid_inclusion และ Danny Sullivan, The Evolution of Paid Inclusion [Online]. Search Engine Watch, 2001. Available from: <http://searchenginewatch.com/showPage.html?page=2163971> [2007, September 30]

¹⁴ ดูเพิ่มเติมใน <http://www.become.com/>

เนื่องจากคำบางคำอาจมีได้หลายความหมาย เพื่อให้ได้ผลการค้นหาที่ตรงหรือใกล้เคียงกับความ ต้องการของผู้ใช้งานมากที่สุด

(3) กระบวนการที่โปรแกรมค้นหาแสดงผลลัพธ์จากการค้นหา (The search engine provides the user with results) เมื่อผู้ใช้งานทำการค้นหาข้อมูลในโปรแกรมค้นหาแล้ว โปรแกรม ค้นหาจะทำการรวบรวมและประมวลผลหาข้อมูลจากเนื้อหาที่มีอยู่ในฐานข้อมูลซึ่งตรงหรือ ใกล้เคียงกับสิ่งที่ผู้ใช้งานต้องการค้นหา (query) และแสดงผลออกมา โดยทั่วไปโปรแกรมค้นหาจะ แสดงผลลัพธ์จากการค้นหาเรียงตามลำดับ 10 อันดับต่อ 1 หน้า เริ่มจากข้อมูลที่ตรงกับผลการ ค้นหามากที่สุดไปถึน้อยที่สุด ซึ่งโปรแกรมค้นหาแต่ละแห่งจะมีวิธีการจัดเรียงอันดับผลการค้นหา แตกต่างกันหลากหลายแบบ รวมทั้งมีการพัฒนาปรับปรุงและคิดค้นเทคนิคใหม่ๆ เพิ่มมากขึ้น ตลอดเวลา¹⁵

(4) กระบวนการในการนำผลลัพธ์ที่ได้ไปใช้งาน (The user obtains the content) ใน การค้นหาผ่านโปรแกรมค้นหาบนอินเทอร์เน็ต บรรดาข้อมูลเนื้อหา (content) ถือเป็นสิ่งสำคัญ ที่สุดที่ผู้ใช้งานให้ความสำคัญและคำนึงถึง มีบ่อยครั้งที่ผู้ใช้งานจะนำเอาข้อมูลที่ได้จากผลการ ค้นหาเพื่อใช้ติดต่อไปยังเว็บไซต์ของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของข้อมูลเหล่านั้น ผู้ใช้งานอาจทำ การสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ หรืออาจตัดสินใจไม่ซื้อก็ได้หากผู้ใช้งานพิจารณาแล้วยังรู้สึกไม่พอใจ ในตัวสินค้าหรือบริการของเว็บไซต์ดังกล่าว



รูปที่ 2: กระบวนการทำงานของโปรแกรมค้นหา

¹⁵ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 9.

อย่างไรก็ตาม แม้โปรแกรมค้นหาจะมีกระบวนการทำงานในภาพรวมเป็นไปตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กระบวนการทำงานในส่วนที่เป็นรายละเอียดของโปรแกรมค้นหาแต่ละแห่งยังคงมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง เนื่องจากข้อมูลในอินเทอร์เน็ตนั้นมีเป็นจำนวนมากจึงไม่มีโปรแกรมค้นหาใดที่มีฐานข้อมูลเว็บไซต์ทั่วโลก โปรแกรมค้นหาแต่ละแห่งจึงพยายามคิดค้นและพัฒนาโปรแกรมค้นหาของตนเองให้สามารถค้นหาและแสดงผลการค้นหาข้อมูลได้ตรงตามความต้องการของผู้ใช้งานมากที่สุด

2.5 วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีประกอบกับความแพร่หลายของบริการอินเทอร์เน็ตที่นับวันจะทวีความสำคัญจนกลายเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของใครหลายๆ คน ทำให้ทุกวันนี้สื่ออินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทสำคัญทำให้การสื่อสารสามารถทำได้โดยง่ายและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ประกอบธุรกิจต่างพยายามเสนอข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของตนไปยังผู้บริโภค ขณะเดียวกันผู้บริโภคก็สามารถรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าและบริการได้ง่ายในจำนวนที่มากขึ้นเช่นกัน โดยเหตุนี้ อินเทอร์เน็ตจึงกลายเป็นช่องทางการจัดจำหน่ายในการทำการตลาดที่สำคัญบนโลกธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce หรือ E-Commerce) ก่อให้เกิดการเชื่อมโยงติดต่อกันระหว่างธุรกิจด้วยกัน (แบบ B to B หรือ Business to Business) ระหว่างธุรกิจกับลูกค้า (แบบ B to C หรือ Business to Consumer) และระหว่างลูกค้าผู้บริโภคร่วมกันเอง (แบบ C to C หรือ Consumer to Consumer) โดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเวลาและสถานที่ สามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายได้โดยตรงทั่วโลก ช่วยลดต้นทุนและช่วยอำนวยความสะดวกในการรับส่งข่าวสาร ก่อให้เกิดการประสานธุรกิจหรือกิจกรรมต่างๆ เข้าด้วยกันอันนำไปสู่การซื้อขายในท้ายที่สุด เรียกได้ว่าผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตสามารถเชื่อมโยงและติดต่อกับธุรกิจต่างๆ เพื่อศึกษารวบรวมข้อมูล ประเมินทางเลือกหรือกำหนดคุณสมบัติของสินค้าที่ตนเองต้องการมากที่สุด จนกระทั่งทำการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการผ่านอินเทอร์เน็ตได้ทันที¹⁶

จากการเจริญเติบโตของธุรกิจออนไลน์และสื่อโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต¹⁷ ประกอบกับจำนวนเว็บไซต์ที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ได้ส่งผลให้โปรแกรมค้นหาก้าวเข้ามามีบทบาทสำคัญในการ

¹⁶ Mohanbir Sawhney, “รูปแบบใหม่ของคนกลางในธุรกิจเครือข่าย”, การตลาดในศตวรรษที่ 21, แปลโดย ชื่นจิตต์ แจ่มเจนิจ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เอ.อาร์. บีซิเนส เพรส, 2544), หน้า 440.

¹⁷ Team Register, US sees record jump in e-ad revenues [Online]. April 2006. Available From: http://theregister.co.uk/2006/04/21/net_advertising/ [2006, May 24]

ทำการตลาดบนอินเทอร์เน็ตหรือการตลาดออนไลน์ (Online Marketing หรือ Internet marketing)* ตั้งแต่ช่วงต้นทศวรรษที่ 90 จนกระทั่งปัจจุบันได้กลายเป็นสื่อออนไลน์ที่ได้รับความนิยมสูงสุดและเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อการทำธุรกิจอีคอมเมิร์ซมากขึ้นเรื่อยๆ วิธีการทำการตลาดโดยใช้โปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือนี้เรียกว่า “การทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา”

การทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine Marketing หรือ SEM) คือ การทำการตลาดออนไลน์รูปแบบหนึ่งเพื่อทำการประชาสัมพันธ์เว็บไซต์ให้เป็นที่รู้จักโดยใช้วิธีเพิ่มการปรากฏของเว็บไซต์ในหน้าผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหา (Search Engine Results Pages หรือ SERPs)¹⁸ บรรดานักลงทุนและผู้ประกอบการตั้งแต่อยุคจนถึงรายย่อยทั่วโลกตลอดจนเจ้าของเว็บไซต์ต่างให้การยอมรับและมีความเห็นตรงกันว่า โปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดที่ทำให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงเว็บไซต์ได้ หากได้รับการจัดอันดับรายชื่อเว็บไซต์ในหน้าผลการค้นหา (search results)¹⁹ หรือได้ทำการลงโฆษณาผ่านโปรแกรมค้นหา (advertising on search engine) เอาไว้ เรียกได้ว่าเป็นเครื่องมือช่วยประชาสัมพันธ์เว็บไซต์ของธุรกิจต่างๆ ให้เป็นที่รู้จักได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และให้ผลตอบแทนการลงทุนทางธุรกิจ (Return on Investment หรือ ROI) ที่คุ้มค่ามากที่สุด มีค่าใช้จ่ายในการโฆษณาถูกกว่าสื่อออนไลน์แบบดั้งเดิม (Traditional Media) แต่สามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายได้ในวงกว้าง ช่วยส่งผลให้การทำธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายสินค้าหรือบริการบรรลุจุดมุ่งหมายสู่ความสำเร็จได้อย่างที่ตั้งใจไว้²⁰

* Online Marketing หรือ Internet marketing (หรือเรียกอีกอย่างว่า E-marketing) เป็นวิธีการทำการตลาดโดยใช้สื่ออินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือเพื่อโปรโมทองค์กรธุรกิจ บางครั้งรวมถึงการให้ข้อมูลทางด้านการบริหารจัดการ การประชาสัมพันธ์ การช่วยเหลือผู้บริโภค และการค้าขาย ในที่นี้การตลาดออนไลน์จึงไม่ได้มีความหมายแค่เพียงการ “การสร้างเว็บไซต์” หรือ “การโปรโมทเว็บไซต์” เท่านั้น

ทั้งนี้ กลยุทธ์ของการตลาดออนไลน์ยังมีความหมายรวมถึง การใช้วิธีการทุกรูปแบบของการโฆษณาทางอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาสินค้าหรือบริการตลอดจนเว็บไซต์ รวมไปถึงการใช้ Search Engine Marketing, public relations, social media, market research, email marketing, และ direct sales เพื่อให้ได้รับความสนใจจากผู้ชม (ดูเพิ่มเติมใน http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_Marketing)

¹⁸ ดูเพิ่มเติมใน http://en.wikipedia.org/wiki/Search_engine_marketing#_note-se1

¹⁹ ดุลยวิทย์ เลาทองดี, “การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อโฆษณาออนไลน์ Search Engine และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก,” หน้า 1.

²⁰ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 37-42.

จากผลการสำรวจข้อมูลของสถาบันต่างๆ ทั่วโลกเกี่ยวกับการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา เช่น ผลการสำรวจจาก Georgia Institute of Technology พบว่า 85% ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตใช้โปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือในการเข้าถึงเว็บไซต์เพื่อค้นหาข้อมูลของสินค้าหรือบริการ (รูปที่ 3) และเมื่อเปรียบเทียบวิธีการประชาสัมพันธ์เว็บไซต์ผ่านโปรแกรมค้นหากับสื่อโฆษณาออนไลน์วิธีอื่นไม่ว่าจะเป็น Button & Links, Online Promotion/Press Releases, Reciprocal Ads & Links, Affiliate Programs และ Paid Banner Ads พบว่าการทำการตลาดโดยใช้โปรแกรมค้นหา (Search Engine/Directories) เป็นวิธีการโฆษณาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดคือ 65.40% เมื่อเทียบกับการโฆษณาด้วยวิธีอื่นๆ บนอินเทอร์เน็ต* (รูปที่ 4)

* Search Engine/Directories เป็นการค้นหาเว็บไซต์ผ่านโปรแกรมค้นหา โดย Search Engine จะแสดงรายชื่อเว็บไซต์ที่เจอจากคำที่ผู้ใช้งานพิมพ์ลงไป หรือจะเป็นการค้นหาในลักษณะ Directories ที่จะแบ่งเว็บไซต์ออกเป็นหมวดหมู่ย่อยๆ

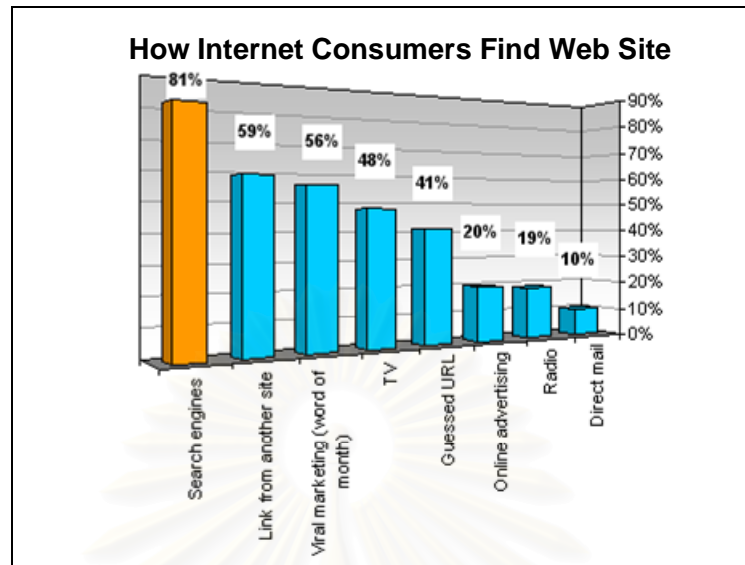
Button & Links เป็นการสร้างปุ่มหรือข้อความที่สามารถนำผู้ที่คลิกเข้าไปยังเว็บไซต์เป้าหมายได้ สามารถพบได้บนเว็บไซต์ทั่วไป

Online Promotion/Press Releases การสร้างข่าวสารหรือรายการพิเศษเพื่อให้นักสนใจและเข้าไปยังเว็บไซต์ดังกล่าว

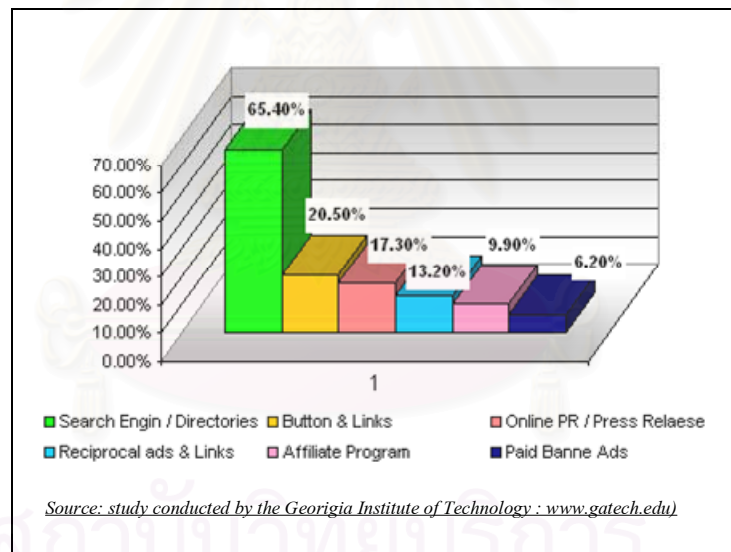
Reciprocal Ads & Links เป็นการนำคนเข้าเว็บไซต์ผ่านโฆษณาที่ส่งมาให้ผู้รับดู โดยที่มีลิงก์โยงเข้าสู่เว็บไซต์ไว้เรียบร้อยแล้ว

Affiliate Programs เป็นการทำความตกลงกันระหว่างเว็บไซต์เพื่อทำการแลกเปลี่ยนลิงก์โยงเข้าสู่เว็บไซต์ของตน เช่น การแลกเปลี่ยนแบนเนอร์กัน

Paid Banner Ads เป็นแผ่นป้ายโฆษณาที่อยู่บนเว็บเพจโดยมีเนื้อหาและข้อความที่น่าสนใจทำให้คนที่เห็นคลิกเข้าไปในเว็บไซต่นั้นๆ แบนเนอร์ที่ได้ผลมากมักจะอยู่ในเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียง



รูปที่ 3: สถิติการเข้าถึงเว็บไซต์ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตผ่านสื่อโฆษณาแต่ละประเภท²¹



รูปที่ 4: ตารางเปรียบเทียบวิธีการโปรโมทเว็บไซต์ผ่านสื่อโฆษณาออนไลน์แต่ละประเภท²²

สำหรับวิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาสามารถกระทำได้ 2 รูปแบบคือ การทำการตลาดโดยการจัดอันดับเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหา (Search Engine Optimization หรือ SEO)

²¹ แหล่งที่มา: http://www.readyplanet.com/product_web_promotion/ [23 August 2007]

²² เรื่องเดียวกัน.

และการทำการตลาดโดยการลงโฆษณาบนเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหา (Search Engine Advertising) โดยมีรายละเอียดของการทำการตลาดแต่ละรูปแบบ ดังนี้

2.5.1 การทำการตลาดโดยการจัดอันดับเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหา

การทำการตลาดโดยการจัดอันดับเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหา (Search Engine Optimization หรือ SEO) คือ วิธีการปรับปรุงเว็บไซต์ (Optimize) ด้วยเทคนิคต่างๆ เพื่อให้เว็บไซต์ติดอันดับต้นๆ ในหน้าผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหา ในส่วนผลลัพธ์ทางด้านซ้ายมือหรือส่วนผลลัพธ์ธรรมชาติ (Natural Search Results หรือ Organic Search Results) ตามสูตรการจัดเรียง (Algorithm) * ของโปรแกรมค้นหาแต่ละแห่ง เมื่อผู้ใช้งานเข้ามาค้นหาข้อมูลในเว็บไซต์ โปรแกรมค้นหาด้วยการพิมพ์คีย์เวิร์ดที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของเว็บไซต์นั้นๆ²³

สาเหตุที่ต้องมีการทำ SEO เพื่อให้เว็บไซต์ติดอันดับต้นๆ ในหน้าผลการค้นหานี้สืบเนื่องมาจากอันดับของเว็บไซต์ในการแสดงผล (Rank) จะส่งผลสำคัญต่ออัตราการเข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์ (Traffic) จากผู้ใช้โปรแกรมค้นหาเป็นอย่างมากเรียกได้ว่าสองสิ่งนี้เป็นปัจจัยที่สัมพันธ์กัน กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วผู้ใช้งานจะให้ความสนใจกับอันดับผลการค้นหาในอันดับที่ 1-20 ของการแสดงผล โดย 3 อันดับแรก (TOP 3 Page Results) จะได้รับความนิยมสูงสุด เพราะผู้ใช้งานเชื่อว่าเป็นผลการค้นหาที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องหรือตรงตามความต้องการมากที่สุด และเห็นว่าอันดับรองลงมาคือผลการค้นหาที่มีความเกี่ยวข้องลดน้อยลงไปตามลำดับ ดังนั้น ยิ่งเว็บไซต์อยู่ในอันดับที่สูงเท่าไร อัตราการคลิกเข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์ (Drive Traffic) ก็ย่อมสูงขึ้นตามไปด้วย ทำให้เว็บไซต์นั้นกลายเป็นที่รู้จักและก่อให้เกิดการกระตุ่นยอดขายเพิ่มขึ้นจากความเป็นที่รู้จักนั้น

* Search Engine Algorithm คือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีมากมายของโปรแกรมค้นหาที่ใช้ในการประมวลผลเพื่อจัดอันดับเว็บเพจต่างๆ ของโปรแกรมค้นหาแต่ละแห่งเพื่อให้ได้ผลลัพธ์ออกมาตรงหรือใกล้เคียง (Relevance) กับคีย์เวิร์ดที่ผู้ใช้งานค้นหาในโปรแกรมค้นหา แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ

1. On-Page Factors คือ องค์ประกอบต่างๆ ที่อยู่บนเว็บเพจของเราเองที่มีอยู่มากมาย ซึ่งเจ้าของเว็บสามารถกำหนดและปรับเปลี่ยนได้ด้วยตนเอง

2. Off-Page Factors คือองค์ประกอบต่างๆ ที่อยู่ภายนอกเว็บเพจหรือเว็บไซต์ของเรา โดยองค์ประกอบเหล่านี้เจ้าของเว็บไม่สามารถกำหนดและปรับเปลี่ยนได้ด้วยตัวเอง หรือได้บ้างแต่น้อยมาก เช่น Page Rank ของเว็บเพจ หรือจำนวนของเว็บไซต์ที่ได้รับความเชื่อถือจากโปรแกรมค้นหา (Authority Site) ที่ทำการลิงก์มาหาเจ้าของเว็บ เป็นต้น (จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 78-79.)

²³ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 75.

ตามลำดับ (Turn Traffic to Customer)* ด้วยเหตุนี้เอง อันดับผลการค้นหาจึงเป็นสิ่งที่บรรดาผู้ประกอบการหรือเจ้าของเว็บไซต์ (Providers) ต่างให้ความสำคัญและคำนึงถึง โดยผู้ลงโฆษณา (advertisers) ได้นำเอาวิธีการดังกล่าวมาเป็นกลยุทธ์ในการทำการตลาดเนื่องจากสามารถส่งผลต่อความสำเร็จในการเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายหรือกลุ่มลูกค้าที่ต้องการทำการตลาดได้โดยตรง ปัจจุบันมีธุรกิจหลายประเภทด้วยกันที่นิยมทำ SEO เช่น ธุรกิจท่องเที่ยว ธุรกิจบริการ ธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าอุปโภคบริโภค ธุรกิจส่งออกและกลุ่มเป้าหมายต่างประเทศ ฯลฯ²⁴

การเลือกคีย์เวิร์ดนับว่าเป็นสิ่งสำคัญมากในการทำ SEO เนื่องจากการจัดอันดับเว็บไซต์ของโปรแกรมค้นหาส่วนใหญ่จะให้ความสำคัญกับคำที่ใช้ในการค้นหาหรือคีย์เวิร์ดมากที่สุด²⁵ การเลือกคีย์เวิร์ดจึงเป็นการเลือกกลุ่มเป้าหมายที่ต้องการโฆษณาไปในขณะเดียวกัน²⁶

วิธีการปรับแต่งเว็บไซต์โดยใช้คีย์เวิร์ดนั้นสามารถกระทำได้ในส่วนที่เรียกว่า On-Page Factors ซึ่งเป็นองค์ประกอบต่างๆ บนเว็บเพจที่มีอยู่ด้วยกันหลายส่วน ในที่นี้จะขอกล่าวถึงภาพรวมขององค์ประกอบแต่ละส่วนบนเว็บเพจอย่างย่อเพื่อให้เห็นวิธีการนำคีย์เวิร์ดไปใช้ดังนี้²⁷

1. Domain Name เป็นคีย์เวิร์ดที่อยู่ในชื่อโดเมนของเว็บไซต์ โดยชื่อโดเมนนามสกุล .com .net .org .co.th หรืออื่นๆ Top-Level Domain Name โปรแกรมค้นหาจะมองไม่ต่างกัน เช่น abctravel.com
2. Subdomain โปรแกรมค้นหาจะพิจารณาว่าส่วนนี้เหมือนกันกับชื่อโดเมนและจะให้นำหนักเท่าๆ กัน เช่น abctravel.abc.com
3. Web Page File Name เป็นชื่อไฟล์ของเว็บเพจหน้าที่ต้องการทำ SEO เช่น <http://www.abc.com/defg.html> (ชื่อไฟล์คือ defg.html)

* Turn Traffic to Customer เป็นผลมาจากการมีอันดับผลการค้นหาที่ดีในหน้าการแสดงผล ซึ่งช่วยเพิ่มโอกาสในการเปลี่ยนจากผู้เข้าชมเว็บไซต์ให้กลายเป็นลูกค้าหรือผู้ใช้บริการของเว็บไซต์ได้มากขึ้น (อรรถพล ยุตตะภรณ์, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ, หน้า 40-41.)

²⁴ Jatupol Tanaruthai, Search Engine Optimization (SEO) [Online]. Globet Co., Ltd., 2007. Available From: <http://www.globet.com> [May 2007]

²⁵ ดุลยวิทย์ เลาทองดี, “การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อโฆษณาออนไลน์ Search Engine และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อทำให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก,” หน้า 24, 125-127.

²⁶ ประสิทธิ์ วรรณตราภณ, Marketing dotcom, พิมพ์ครั้งที่ 1 (ด้านสหภาพการพิมพ์: 2bepro.com, 2543), หน้า 331-333.

²⁷ ดูเพิ่มเติมใน จตุพล ทานาฤทัย. Search Engine Marketing 2.0. หน้า 113-128.

4. Web Page Directory Name เป็นชื่อของไดเรกทอรีที่ไฟล์ของเว็บเพจหน้าที่จะทำ SEO ฝังตัวอยู่เช่น <http://www.abc.com/defg/hijk.html> (ชื่อไดเรกทอรีคือ defg) หรือ <http://www.abc.com/defg/hijk/lmno.html> (ชื่อไดเรกทอรีคือ defg และ hijk)

จากข้อ 1-4 รวมเรียกว่า URL ของเว็บเพจ

5. Title Tag คือหัวเรื่องของเว็บเพจ หรือข้อความที่ใส่เข้าไปในแท็ก `<title>...</title>` ที่อยู่ระหว่าง `<head>...</head>` ของ Hyper Text Markup Language (HTML) Code โดยเขียนอธิบายหัวเรื่องของเว็บเพจด้วยข้อความที่สั้น กระชับและได้ใจความ

6. Meta Description Tag เป็นส่วนที่บรรยายรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาของเว็บเพจ โดยจะอยู่ระหว่าง `<head>...</head>` ใน HTML Code คือ `<meta name="description" content="เนื้อหาของเว็บเพจ อย่างย่อ">`

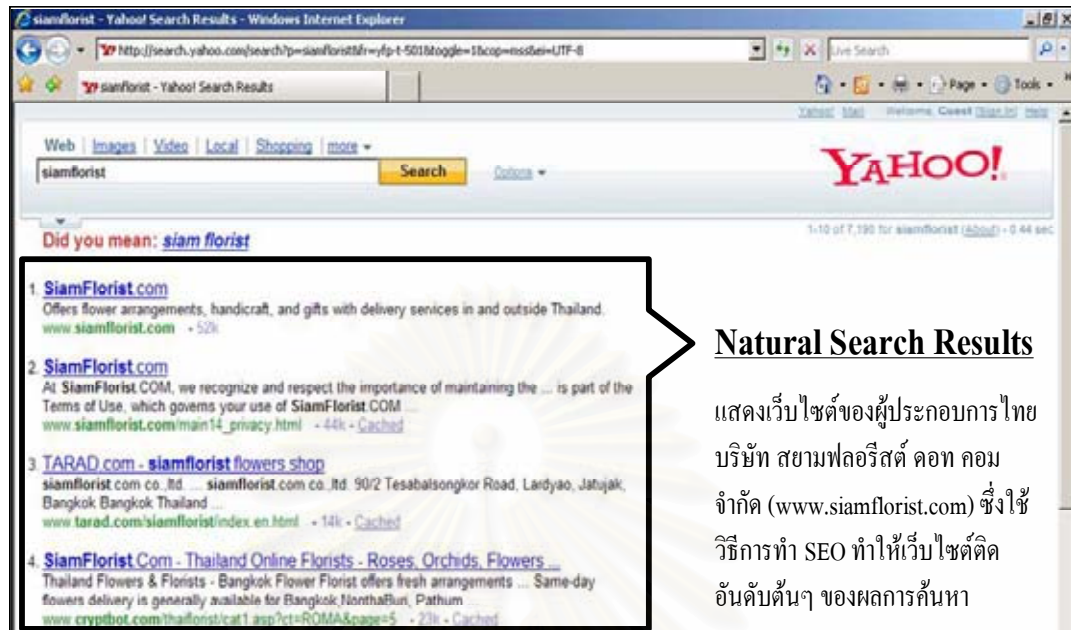
7. Meta Keywords Tag เป็นส่วนที่บอกคีย์เวิร์ดที่สำคัญเกี่ยวกับเนื้อหาของเว็บเพจ โดยจะอยู่ระหว่าง `<head>...</head>` ใน HTML Code คือ `<meta name="keywords" content="คีย์เวิร์ด1, คีย์เวิร์ด2,...">`

Meta Description Tag และ Meta Keywords Tag รวมเรียกว่า Meta Tags

แม้ว่าการทำ SEO จะสามารถทำให้เว็บไซต์ติดอันดับต้นๆ ของผลการค้นหาโดยไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายให้กับโปรแกรมค้นหา แต่วิธีการดังกล่าวต้องใช้เวลาและความชำนาญอย่างสูง เนื่องจากเจ้าของเว็บไซต์จำเป็นต้องศึกษา Algorithm ของโปรแกรมค้นหาแต่ละแห่งซึ่งกำหนดปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการจัดอันดับเว็บไซต์แตกต่างกันออกไป ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา²⁸ ทำให้ต้องอาศัยการติดตามความเคลื่อนไหวและการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดต่างๆ อย่างต่อเนื่อง (Search Engine Update) รวมไปถึงระยะเวลาในการขึ้นอันดับที่ไม่สามารถควบคุมได้²⁹

²⁸Rand Fisher and Jeff Pollard. Search Engine Ranking Factor V2 [Online]. SEOMOZ.org, 2007. Available From: <http://www.seomoz.org/article/search-ranking-factors> [24 May 2007]

²⁹ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 76.



รูปที่ 5: ตัวอย่างเว็บไซต์ที่ใช้วิธีการทำ SEO เพื่อให้เว็บไซต์ติดอันดับในส่วนผลลัพธ์ทางด้านซ้ายมือ หรือ Natural Search Results ของ www.yahoo.com³⁰

2.5.2 การทำการตลาดโดยการลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

การทำการตลาดโดยการลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา หรือ Search Engine Advertising คือการจ่ายเงินค่าโฆษณาให้แก่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาเพื่อให้ลงโฆษณาเว็บไซต์ที่กำหนด วิธีการนี้สามารถรับประกันได้ว่าเว็บไซต์ของผู้ลงโฆษณาจะติดอันดับต่างๆ ของหน้าผลการค้นหาเมื่อมีผู้ใช้งานพิมพ์คำค้นหา (keywords) ที่ระบุและช่วยทำให้เว็บไซต์ดังกล่าวเข้าไปอยู่ในความสนใจของผู้ใช้งานได้โดยไม่ต้องเสียเวลารอขึ้นอันดับอย่างกรณีของ SEO³¹

โปรแกรมค้นหาส่วนใหญ่จะแสดงหน้าผลการค้นหาโดยแยกระหว่างส่วนที่เป็นโฆษณาออกจากส่วนผลการค้นหาตามปกติ โดยการจัดตำแหน่งโฆษณาไว้ในส่วนต่างๆ ของหน้าจอ เช่น บริเวณด้านบน ด้านล่าง หรือด้านขวามือของหน้าเว็บ นอกจากนี้ยังอาจใช้สีที่แตกต่างกันและอาจแสดงข้อความเหนือโฆษณาเหล่านั้นเพื่อแสดงให้ผู้ใช้งานรู้ว่าเป็นส่วนของการโฆษณา เช่น คำว่า

³⁰ แหล่งที่มา: www.yahoo.com. [23 October 2007]

³¹ จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0, หน้า 28.

“sponsored links” หรือ “sponsored ads” เป็นต้น ปัจจุบันมีโปรแกรมค้นหาเพียงบางแห่งเท่านั้นที่ไม่ได้ให้บริการด้านการโฆษณาในลักษณะนี้³²



รูปที่ 6: ตัวอย่างการลงโฆษณาใน www.google.com ผ่านบริการ Google Adwords ซึ่งปรากฏผลการค้นหาในส่วนผลลัพธ์ทางด้านขวามือและด้านบนของหน้าเว็บ³³

โดยทั่วไปการเรียกเก็บค่าลงโฆษณาสามารถแบ่งออกเป็น 3 วิธีได้แก่³⁴

(1) จ่ายเมื่อแสดง หรือ Pay Per Impression หรือ Cost Per Impression (CPM) คือ การคิดค่าโฆษณาก็ต่อเมื่อมีการแสดงโฆษณาผ่านสายตาของผู้ใช้งาน โดยจะคิดค่าโฆษณาตามจำนวนครั้งของการแสดงโฆษณา เช่น แสดงโฆษณา 1,000 ครั้งต่อการจ่ายค่าโฆษณาจำนวนหนึ่งตามที่ตกลงกัน หรือที่เรียกว่า Cost Per Thousand Impressions

(2) จ่ายเมื่อคลิก หรือ Pay Per Click (PPC) หรือ Cost Per Click (CPC) คือ การคิดค่าโฆษณาก็ต่อเมื่อมีผู้ใช้งานคลิกที่โฆษณาในหน้าเว็บไซต์เท่านั้น ดังนั้น แม้การโฆษณาของเว็บไซต์โปรแกรมค้นหาจะผ่านสายตาของผู้ใช้งานในเว็บไซต์ ก็ไม่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายใดๆ วิธีนี้เป็นวิธีที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในปัจจุบัน

³² James Grimmelmann, The Structure of Search Engine Law, p. 8.

³³ แหล่งที่มา: www.google.com. [26 June 2007]

³⁴ James Grimmelmann, The Structure of Search Engine Law. p. 9.

(3) จ่ายเมื่อมีการกระทำ หรือ Pay Per Action หรือ Pay Per Performance คือ การคิดค่าโฆษณาที่ต่อเมื่อมีการทำธุรกรรมผ่านเว็บไซต์ของผู้ลงโฆษณาแล้วเท่านั้น เช่น เมื่อมีการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ หรือเมื่อมีการกระทำในทำนองเดียวกันซึ่งชี้ให้เห็นว่าผู้ใช้งานสนใจในตัวเว็บไซต์โฆษณานั้นจริงๆ

รูปแบบการลงโฆษณาข้างต้นนอกจากจะนำมาใช้กับบริการโปรแกรมค้นหาแล้วยังมีการนำไปใช้กับเว็บไซต์ที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการจับคู่ระหว่างผู้ลงโฆษณา (Advertisers) กับผู้ใช้งาน (Users) เช่นกัน³⁵ โดยทุกกรณีผู้ลงโฆษณาจะเป็นผู้จ่ายเงินให้กับคนกลางหรือโปรแกรมค้นหาเพื่อให้โฆษณาของตนเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายที่ต้องการนั่นเอง³⁶



รูปที่ 7: ภาพรวมการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine Marketing)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁵ เรียกการตลาดแบบนี้ว่า การตลาดแบบ Affiliate ซึ่งประกอบไปด้วยการเชิญชวนเว็บต่างๆ ให้มาสมัครเป็นตัวแทนจำหน่ายของเว็บไซต์ และจะจ่ายค่าตอบแทนในรูปของค่าคอมมิชชั่นให้กับเว็บไซต์ที่ทำให้เกิดยอดขายด้วย ตัวอย่างเว็บไซต์ที่ใช้วิธีนี้ เช่น Amazon.com (พันจันท์ ธนวัฒน์เสถียร, การตลาดบนอินเทอร์เน็ต, หน้า 25-28.)

³⁶ James Grimmelmann, The Structure of Search Engine Law. p. 8.

2.6 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

จากรูปแบบการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาข้างต้น เมื่อพิจารณาในแง่ของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาจะประกอบไปด้วยบุคคล 3 ฝ่าย ได้แก่

2.6.1 ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (Web Search Engine)

ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาเป็นบุคคลที่เป็นสื่อกลางที่ทำให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตสามารถค้นหาข้อมูลและเข้าถึงเว็บไซต์ซึ่งมีหัวเรื่องตรงกับที่ผู้ใช้งานให้ความสนใจได้จากทั่วทุกมุมโลกเพียงแค่พิมพ์คีย์เวิร์ดเกี่ยวกับสิ่งที่ผู้ใช้งานต้องการค้นหาลงไปในช่วงค้นหาเท่านั้น ขณะเดียวกันก็ทำให้เว็บไซต์ของผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายที่ต้องการเสนอขายผลิตภัณฑ์ของตนเช่นกัน จึงเป็นที่มาของการนำเอาบริการค้นหาข้อมูลมาใช้ร่วมกับบริการโฆษณาผ่านโปรแกรมค้นหาในปัจจุบัน

รูปแบบการทำธุรกิจของโปรแกรมค้นหาเช่นนี้สามารถสร้างรายได้ให้กับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาเป็นจำนวนมหาศาลต่อปี แต่ในทางกลับกันก็ได้ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายระหว่างผู้ที่มีผลประโยชน์ได้เสียจากการทำการตลาดออนไลน์ผ่านโปรแกรมค้นหาและมีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นตามมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการหารายได้ของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจากบริการโฆษณาบนเว็บไซต์ สำหรับรายละเอียดผู้วิจัยจะกล่าวถึงในหัวข้อปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

2.6.2 ผู้ให้ข้อมูลหรือเจ้าของเว็บไซต์ (Providers)

บุคคลที่เป็นเจ้าของเว็บไซต์บนอินเทอร์เน็ตถือเป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาโดยตรง เนื่องจากการมีรายชื่อเว็บไซต์หรือเว็บเพจของตนปรากฏต่อสายตาผู้ใช้งานมากเท่าใดย่อมทำให้โอกาสที่ผู้ใช้งานจะเข้าชมเว็บไซต์หรือเว็บเพจดังกล่าวมากขึ้นตามไปด้วย ส่งผลให้เว็บไซต์นั้นเป็นที่รู้จักและกระตุ้นให้เกิดการซื้อขายสินค้าเพิ่มขึ้นตามมา และไม่ว่าจะมีการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการภายหลังการเข้าชมเว็บไซต์หรือไม่ อย่างน้อยที่สุดผู้ใช้งานก็ได้รู้จักเว็บไซต์นั้นและรู้ว่าสินค้าหรือบริการที่ขายคืออะไร นั่นหมายถึงว่าผู้ประกอบการรายนั้นได้เข้าไปอยู่ในความรับรู้ของผู้บริโภคแล้วซึ่งไม่ว่าในอนาคตอาจจะกลายเป็นลูกค้าของผู้ประกอบการดังกล่าวก็ได้ เรียกได้ว่าผลจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรม

ค้นหาเป็นการเพิ่มโอกาสในการขายสินค้าออนไลน์ สร้าง Brand awareness ช่วยเพิ่มยอดขายทั้งทางออนไลน์และออฟไลน์ รวมทั้งช่วยดึงดูดให้มีจำนวนลูกค้าเข้าชมสินค้าทางหน้าร้านเพิ่มขึ้นด้วย³⁷

ด้วยเหตุนี้ เจ้าของเว็บไซต์จึงหันมาใช้วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหากับเว็บไซต์ของตน ไม่ว่าจะเป็นการใช้เทคนิคปรับปรุงเว็บไซต์เพื่อทำการจัดอันดับผลการค้นหาโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายให้กับโปรแกรมค้นหา (SEO) หรือการใช้วิธีลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหาซึ่งเจ้าของเว็บไซต์ผู้ลงโฆษณา (Advertiser) จะต้องเสียค่าโฆษณาตามอัตราและวิธีการเรียกเก็บที่โปรแกรมค้นหาแต่ละแห่งกำหนด (Advertising)

ผลจากความนิยมที่มีต่อวิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาข้างต้น ปัจจุบันได้มีธุรกิจการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการทำการตลาดออนไลน์ผ่านโปรแกรมค้นหา ถือเป็นบริการรูปแบบใหม่เพื่อสนองความต้องการของตลาดที่เพิ่มขึ้นได้แก่ บริการประชาสัมพันธ์เว็บไซต์ผ่านโปรแกรมค้นหา (Agency) ไม่ว่าจะเป็นการทำ SEO หรือการทำ Advertising ให้กับเว็บไซต์ที่มาขอรับบริการ สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มและความสำคัญของการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาในหมู่ผู้ประกอบการธุรกิจได้เป็นอย่างดี

2.6.3 ผู้ใช้งาน (Users)

เมื่อพิจารณาในแง่ของผู้ใช้งานหรือผู้ใช้อินเทอร์เน็ต การให้บริการค้นหาข้อมูลและบริการโฆษณาของโปรแกรมค้นหานับเป็นบริการที่ให้ประโยชน์กับผู้ใช้งานเป็นอย่างมากช่วยให้การเข้าถึงแหล่งข้อมูลสินค้าหรือบริการจากเว็บไซต์ของผู้ประกอบการทั่วโลกทำได้ง่ายดาย ผู้ใช้งานไม่จำเป็นต้องเสียเวลาเข้าไปค้นหาข้อมูลในเว็บไซต์แต่ละแห่ง เพราะรายชื่อเว็บไซต์ที่ปรากฏในหน้าผลการค้นหาเป็นข้อมูลที่ได้รับจากการกลั่นกรองในเบื้องต้นแล้วว่าเป็นเว็บไซต์หรือเว็บเพจที่มีความสัมพันธ์กับคีย์เวิร์ดของผู้ใช้งาน กลไกการประมวลผลของโปรแกรมค้นหาจะทำหน้าที่รวบรวมและแสดงผลการค้นหาเฉพาะรายชื่อเว็บไซต์ที่ตรงตามความสนใจของผู้ใช้งานในขณะนั้น โดยพิจารณาจากคีย์เวิร์ด ข้อมูลที่ได้รับจึงหลากหลายและครอบคลุมเพียงพอที่ผู้ใช้งานจะใช้ในการพิจารณาเปรียบเทียบตัวสินค้าหรือบริการ ตลอดจนข้อเสนอและเงื่อนไขของผู้ประกอบการแต่ละแห่งเพื่อคัดเลือกสิ่งที่ดีที่สุด ตรงตามความต้องการของผู้ใช้งานมากที่สุดต่อไป

³⁷ SEMPO. 2007. Search Marketing Efforts Across France, Italy, & Spain [Online]. Jupiter Research, February 2007. Available From: www.sempo.org [10 March 2007]

2.7 ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

แม้ว่าโปรแกรมค้นหาจะช่วยอำนวยความสะดวกให้กับผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในการเข้าถึงแหล่งข้อมูลที่ต้องการได้เป็นอย่างมาก แต่ในอีกด้านหนึ่งบริการโปรแกรมค้นหาได้ส่งผลกระทบต่อและก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ที่มีผลประโยชน์ได้เสียในทางธุรกิจที่ต่างก็ต้องการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นช่องทางในการเพิ่มยอดขายสินค้าหรือบริการ และทำการประชาสัมพันธ์ธุรกิจของตน ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นสามารถแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นปัญหาดังนี้

1. ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์

2. ปัญหาการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

ปัญหาทางกฎหมายทั้ง 2 ประการ เป็นปัญหาอันสืบเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจอาศัยช่องทางในการทำการตลาดบนอินเทอร์เน็ต โดยต้องการหันเหหรือเบี่ยงเบนความสนใจของผู้ใช้งานหรือผู้บริโภคโดยใช้คีย์เวิร์ดของผู้อื่น เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจ (turn user attention into profit) ของตน ปัจจุบันมีผู้เรียกวิธีการในการทำธุรกิจเช่นนี้ว่า Parasitic Business Practices³⁸ ซึ่งเป็นลักษณะของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยใช้ประโยชน์จากความสำเร็จของผู้อื่นประเภทหนึ่ง³⁹ และวิธีการดังกล่าวยังเข้าลักษณะการกระทำอันเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงหรือค่าความนิยมของผู้อื่น อันเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง (Abuse) ในการประกอบธุรกิจ ซึ่งก่อให้เกิดการกระทบสิทธิและสร้างความเสียหายให้กับบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตามมา

2.7.1 ปัญหาการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการเลือกคีย์เวิร์ดนับเป็นสิ่งที่สำคัญมากในการทำ SEO ดังนั้นเจ้าของเว็บไซต์จึงเลือกใช้คีย์เวิร์ดใดก็ตามที่ตนเห็นว่าสามารถใช้ในการเจาะกลุ่มลูกค้าเป้าหมาย

³⁸ James Grimmelman, *The Structure of Search Engine Law*. p. 11.

³⁹ นลินธร ชาติศิริ, “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 97.

และใช้สำหรับอธิบายให้ผู้ใช้งานทราบว่าสินค้าและบริการของเว็บไซต์ดังกล่าวคืออะไร คีย์เวิร์ดที่เลือกใช้จึงเป็นคำที่คนทั่วไปนิยมใช้ในการค้นหาบ่อยๆ และเป็นคำที่สามารถอธิบายหรือสื่อความหมาย (expresses or represents) ได้ตรงและครอบคลุมตามที่ต้องการได้เป็นอย่างดี (“enough and as good”) เพื่อให้เจ้าของเว็บไซต์สามารถเข้าถึงและสื่อสารกับผู้ใช้งานที่ต้องการทำการตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ (to effectively communicate what the metatagger wishes to represent)⁴⁰

Meta Tag เป็นรหัสอย่างหนึ่งที่ติดอยู่ใน HTML Code ที่ใช้ในการสร้างเว็บไซต์ ซึ่งจะไม่ปรากฏให้ผู้ใช้งานเห็นบนหน้าเว็บเพจ แต่จะใช้สำหรับอธิบายข้อมูลของเว็บเพจให้โปรแกรมค้นหา โดยเฉพาะกับ Crawler-Base Search Engine เพื่อทำการ index เว็บเพจดังกล่าว โดยทั่วไปการใช้ชื่อสินค้าหรือบริการที่ตนเองขาย หรือการใช้ชื่อทางการค้าหรือชื่อโดเมนของตนเองเป็นคีย์เวิร์ดใน Meta Tag ของเว็บไซต์ ถือเป็นการใช้โดยชอบธรรมและไม่ใช้การใช้ในทางที่ผิด เพราะเป็นเพียงวิธีการปรับปรุงเว็บไซต์อย่างหนึ่งที่สามารถส่งผลต่อผลการจัดอันดับเว็บไซต์ของโปรแกรมค้นหาเท่านั้น

สาเหตุที่ทำให้มีการฟ้องร้องกันนั้นเกิดขึ้นจากกรณีที่เจ้าของเว็บไซต์นำเอาคีย์เวิร์ดซึ่งเป็นคำเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของบุคคลที่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกัน (คู่แข่งทางธุรกิจ) ไปใช้กับเว็บไซต์ของตน เพื่อที่ว่าเมื่อผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ดดังกล่าวจะปรากฏรายชื่อเว็บไซต์หรือเว็บเพจของตนขึ้นมาในหน้าผลการค้นหาด้วยโดยอัตโนมัติ⁴¹ วิธีนี้จึงช่วยทำให้เจ้าของเว็บไซต์ซึ่งเป็นคู่แข่งมั่นใจได้ว่าสินค้าของตนจะเข้าไปอยู่ในความสนใจของผู้ใช้งานหรือกลุ่มเป้าหมายซึ่งกำลังหาข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดเหล่านั้น โดยอาศัยกระบวนการจัดอันดับผลการค้นหาอัตโนมัติของโปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือ

⁴⁰ William Romanos, “Internet Accuracy Wars: How Trademarks Used in Deceptive Metatagging should be Dealt with to Increase Economic Efficiency ,” University of Baltimore Intellectual Property Law Journal 79 (Fall, 1998): 8-9.

และ จตุพล ทานานุกิตย. Search Engine Marketing 2.0. หน้า 104-105.

⁴¹ Benjamin F. Sidbury, “Comparative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads,” North Carolina Journal of Law & Technology [Online] Volume 3, Issue 1 (FALL 2001): 38-39. Available From: <http://www.jolt.unc.edu/vol3/Sidbury.pdf> [2007, August 31]

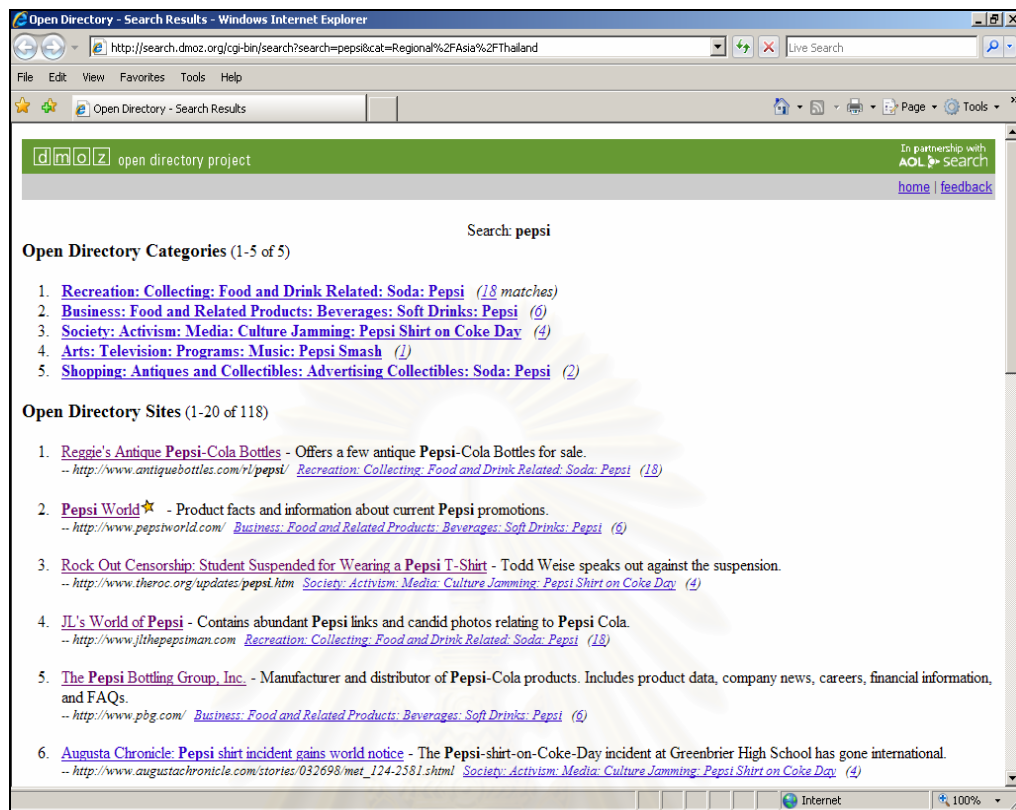
การใช้คีย์เวิร์ดในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดให้ผู้ใช้งานที่ต้องการค้นหาข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนนั้นเข้าไปยังเว็บไซต์ของตนเองแทนเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดเพื่อหวังประโยชน์ในทางการค้า เพราะว่าในหน้าผลการค้นหาส่วนที่เป็น natural result (ทางซ้ายมือ) จะปรากฏทั้งรายชื่อเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดและเว็บไซต์ของคู่แข่ง ปัจจุบันมีการเรียกรวมการกระทำเพื่อใช้ดึงดูดผู้ค้นหาให้มาที่เว็บซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดที่ใช้ค้นหา (query) หลายชื่อด้วยกัน เช่น “cyberstuffings” และ “spamdexing”⁴² วิธีการดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มโอกาสในการโฆษณาเว็บไซต์ของคู่แข่งให้ปรากฏต่อสายตาของผู้ใช้งานมากขึ้นและเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well known) หรือค่าความนิยม (Goodwill) ของคีย์เวิร์ดที่ใช้โดยก่อให้เกิดความสับสนกับผู้ใช้งานว่าเว็บไซต์ดังกล่าวเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ด หรือทำให้เข้าใจว่ามีความเกี่ยวข้องกับเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดนั้น

ทั้งนี้ ปัญหาของการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการใช้คีย์เวิร์ดใน Meta Tag ก็คือจำเลยมักจะยกข้อต่อสู้ในประเด็นว่าการใช้คีย์เวิร์ดของบุคคลอื่นใน Meta Tag เป็นการละเมิดในลักษณะที่ไม่อาจเห็นได้ (Invisible Infringement)⁴³ ทำให้ขาดความเชื่อมโยงระหว่างคำที่ใช้ในการค้นหากับตัวสินค้าหรือบริการ⁴⁴ และไม่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนจากการใช้คีย์เวิร์ดโดยนัยยะแฝงดังกล่าว (invisible) คีย์เวิร์ดที่ใช้จึงเป็นการใช้อย่างคำธรรมเนียมทั่วไปที่เจ้าของคีย์เวิร์ดไม่อาจหวังกันหรืออ้างสิทธิในการนำไปใช้ได้

⁴² Jefferson F. Scher and Carr & Ferrell LLP, “Searching for Answers: Trademark Issues for Search Engine and Portals,” *International Trademark Association Trademarks in Cyberspace 2000* [Online]. Boston: Oct. 16-17, 2000. Available From: <http://www.carrferrell.com/pubs/scher-inta.pdf> [2007, September 10], p. 6.

⁴³ Meeka Jun, “Meta Tags: The Case of the Invisible Infringer,” *The New York Law Journal* [Online], (October 24, 1997). Available From: <http://cyber.law.harvard.edu/property00/metatags/meta3.html> [August 30, 2007]

⁴⁴ Elizabeth Gardner, “Trademark Battles Simmer Behind Sites,” *Web Week*, (August 25, 1997), อ้างถึงใน ธีฎสุดา ดิสสะมาน, “แนวทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองโดเมนเนมในอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 19.



รูปที่ 8: ตัวอย่างการจัดอันดับผลการค้นหาของเว็บโปรแกรมค้นหา DMOZ.org
เมื่อมีการพิมพ์คีย์เวิร์ดคำว่า “pepsi”⁴⁵

กรณีตามรูปที่ 8 เป็นการแสดงตัวอย่างผลการค้นหาเว็บไซต์จากการพิมพ์คีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าคำว่า “pepsi” ปรากฏว่าผลการจัดอันดับเว็บไซต์ 5 อันดับแรก เว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะแสดงอยู่ในลำดับที่ 2 และ 5 ของหน้าเว็บโปรแกรมค้นหา ส่วนลำดับอื่นๆ แม้จะมีข้อความคำว่า “pepsi” อยู่ในลิงก์ แต่ก็ไม่ใช่เว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

⁴⁵ แหล่งที่มา: www.dmoz.org. [22 August 2007]



รูปที่ 9: รายชื่อลิงก์ผลการค้นหาอันดับที่ 4 ของเว็บโปรแกรมค้นหา DMOZ.org (รูปที่ 8)⁴⁶

กรณีตามรูปที่ 9 เป็นหน้าเว็บไซต์ที่ปรากฏอยู่ในรายชื่อผลการค้นหาลำดับที่ 4 ในรูปที่ 8 เมื่อทำการคลิกไปที่ลิงก์เว็บไซต์ดังกล่าวจะปรากฏหน้าเว็บไซต์ <http://www.jlthepepsiman.com> ซึ่งเจ้าของเว็บไซต์ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องใดๆ กับเจ้าของเครื่องหมายการค้า “pepsi” และเมื่อกดเข้าไปดูใน source code ของเว็บเพจ ก็จะมีพบคีย์เวิร์ดของผู้ประกอบการทั้งในส่วนของ title และ meta tag ของเว็บเพจ ตามรายละเอียดในรูปที่ 10

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁶ แหล่งที่มา: <http://www.jlthepepsiman.com/> [22 August 2007]

```

<HTML>
<HEAD>
<TITLE>JL's World of Pepsi: promoting Pepsi Cola and Pensacola Christian College.</TITLE>
<META HTTP-EQUIV="Content-Type" CONTENT="text/html; charset=iso-8859-1">
<meta name="description" content="A Pepsi inspired site that graphic designer, Jeremy Ladiges, uses to promote Pensacola Christian College and interests such as politics, skiing, PC gaming, and the Baptist faith.">
<meta name="keywords" content="Pepsi Cola, Pensacola Christian College, Graphic Design Pepsi collectables Eugene Web Design Conservative Republican Politics pepsi-co Jeremy Ladiges jlthepepsiman pepsi-man diet Bible colleges designs official homepage pepsi-cola pictures download wallpapers screensavers.">
<META NAME="Author" CONTENT="Jeremy Ladiges">
<META NAME="Copyright" CONTENT="Copyrighted 2000">
<META NAME="Distribution" CONTENT="Global">
<META NAME="Rating" CONTENT="General">
<META NAME="Robots" CONTENT="All">
<META NAME="Revisit-After" CONTENT="30 Days">
<META HTTP-EQUIV="Expires" CONTENT="Mon, 11 March 2001 01:00:00 GMT">
<LINK REV=made href="mailto:webmaster@jlthepepsiman.com">
<LINK REL="SHORTCUT ICON" HREF="http://www.jlthepepsiman.com/JLicon.ico">
<style type="text/css">

```

รูปที่ 10: แสดง HTML Code ของเว็บไซต์ <http://www.jlthepepsiman.com/> ในรูปที่ 9 โดยใช้คีย์เวิร์ดคำว่า “pepsi” ใน meta tag ของเว็บเพจ

2.7.2 ปัญหาการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

ปัญหาการขายคีย์เวิร์ด (Keyword Advertising) ที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา เป็นกรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด) ทำการขายคีย์เวิร์ด (สินค้า) ให้กับผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด) เพื่อให้มีการแสดงผลการโฆษณา (trigger ads) ในหน้าผลการค้นหาเป็นข้อความสั้นๆ ทางด้านบน ด้านขวา หรือด้านล่างของเว็บเพจ เคียงข้างกับผลลัพธ์จากการค้นหาตามธรรมชาติ (natural result) ที่อยู่ทางด้านซ้าย ซึ่งเป็นการโฆษณาแบบเจาะจงกลุ่มเป้าหมาย เมื่อผู้ใช้งานพิมพ์คำค้นหาลงในช่องค้นหา โปรแกรมค้นหาจะแสดงผลการโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดที่ผู้ลงโฆษณาซื้อไป⁴⁷ คีย์เวิร์ดที่ซื้อจึงเป็นคีย์เวิร์ดที่ผู้ลงโฆษณาคาดว่าผู้ใช้งานจะใช้ในการค้นหามากที่สุดและคิดว่าตรงกับกลุ่มเป้าหมายของตัวเองมากที่สุดเช่นกัน

⁴⁷ สุชนิษฐ์ เทพอนันต์ และ พงษ์ระพี เตชพาพพงษ์, เจาะตำนาน รวยฟ้าผ่า! GOOGLE, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท มายด์ คอนเน็คชั่น จำกัด), หน้า 40.

ยกตัวอย่างเช่น กรณี Google จัดให้มีบริการโฆษณาที่ชื่อว่า Google Adwords ซึ่งเป็นโปรแกรมโฆษณาให้กับผู้ที่ประสงค์จะลงโฆษณาผ่านเว็บไซต์ของ Google วิธีการซื้อขายก็คือผู้ลงโฆษณาจะต้องเข้าไปประมูล (Bid) คีย์เวิร์ดหรือคำที่ใช้ค้นหาแข่งขันกันก่อน เมื่อเลือกคีย์เวิร์ดได้แล้ว หากภายหลังมีคนค้นหาด้วยคีย์เวิร์ดที่ผู้ลงโฆษณาซื้อไว้ โฆษณาของผู้ลงโฆษณาจะแสดงทันทีในหน้าแสดงผลการค้นหาในส่วน Sponsored Links (หรือผู้สนับสนุน) เป็นข้อความสั้นๆ ทางด้านขวาของเว็บเพจ เคียงข้างกับผลการค้นหาที่อยู่ทางด้านซ้าย (รูปที่ 11) และเมื่อมีการคลิกบนโฆษณาเกิดขึ้น โปรแกรมค้นหาก็จะได้ค่าโฆษณาจากผู้ลงโฆษณาตามราคาประมูลเอาไว้⁴⁸

บริการโฆษณาโดยใช้คีย์เวิร์ดข้างต้นได้ก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาททางกฎหมายในกรณีที่คีย์เวิร์ดที่ทำการซื้อขายกันเป็นคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและผู้ที่ยื่นคีย์เวิร์ดดังกล่าวเป็นเว็บไซต์คู่แข่งทางธุรกิจกับเจ้าของเครื่องหมายการค้า กรณีนี้ผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงเกิดความไม่พอใจเพราะทุกครั้งที่ผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ดของตนลงในช่องค้นหา ก็จะปรากฏรายชื่อเว็บไซต์ของผู้ประกอบการคู่แข่งเคียงข้างกับรายชื่อเว็บไซต์ของตน เท่ากับว่าโปรแกรมค้นหายอมให้เว็บไซต์คู่แข่งใช้เครื่องหมายการค้าของตนเป็นช่องทางในการเข้าถึงกลุ่มลูกค้าเป้าหมายกลุ่มเดียวกันอย่างไม่เป็นธรรมและเห็นว่าเฉพาะแต่เว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้นที่สมควรยอมให้มีการโฆษณาเมื่อมีการค้นหาโดยใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าว

คำถามที่เกิดขึ้นคือ การหารายได้และการแสวงหาประโยชน์จากการใช้คีย์เวิร์ดของผู้อื่นในลักษณะเช่นนี้ ถือเป็นละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือไม่ ในการฟ้องคดีเจ้าของเครื่องหมายการค้ามักจะอ้างว่าการซื้อขายคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าของตนเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อเป็นตัวนำไปสู่การแสดงผลโฆษณา (trigger ads) ได้ก่อให้เกิดความสับสนกับผู้บริโภคว่าเว็บไซต์โฆษณาที่ปรากฏเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเป็นเว็บไซต์ที่มีความเกี่ยวข้องกับเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า และทำให้เกิดความเสียหายขึ้นไม่ว่าจะเป็นการสูญเสียโอกาสในการเข้าถึงผู้ใช้งานเป็นคนแรกและประโยชน์อื่นใดอันอาจเกิดขึ้นตามมาเป็นต้นว่ารายได้จากการขายสินค้าหรือบริการ หรือรายได้อันอาจเกิดขึ้นจากการลงโฆษณาต่างๆ ในเว็บไซต์ของตน นอกจากนี้ อาจก่อให้เกิดการเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือทำให้เสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าจากการนำไปใช้กับเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมอีกด้วย

⁴⁸ จตุพล ทานาถุทัย. *Search Engine Marketing 2.0*. หน้า 202-204.

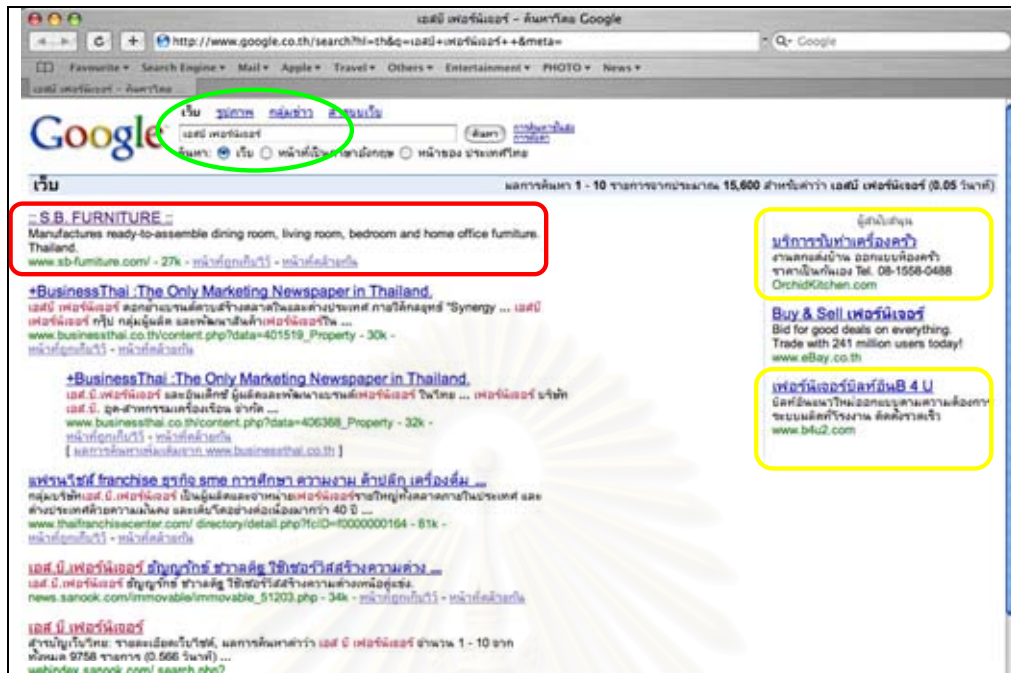
ส่วนผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาและผู้ลงโฆษณาที่มักจะอ้างว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายเนื่องจากคีย์เวิร์ดที่ใช้เป็นเพียงคำธรรมดาเท่านั้นไม่ได้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและไม่ได้เป็นการนำเครื่องหมายไปใช้กับสินค้าหรือบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นอื่นๆ อีก เช่น ประเด็นเรื่องการสับสนหลงผิด (likelihood of confusion) หรือประเด็นเรื่องการเสื่อมทอนคุณค่า (dilution)⁴⁹ เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า คดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศส่วนใหญ่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามักจะทำ การฟ้องผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาซึ่งทำการ “ขาย” คำเครื่องหมายการค้าให้กับผู้ลงโฆษณาเป็นหลัก เนื่องจากเห็นว่าสามารถทำได้ง่ายกว่าและมีค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่าการฟ้องเว็บไซต์ผู้ลง โฆษณาทุกรายซึ่งเป็นคู่แข่งกันที่มีอยู่มากมายบนอินเทอร์เน็ต ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุอีกด้วย แต่การฟ้องคดีกับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาก็มีข้อจำกัดเช่นกันเนื่องจากอาจเกิดปัญหา ข้อโต้แย้งทางกฎหมายได้มากกว่าจากการที่บริการค้นหาข้อมูลของเว็บโปรแกรมค้นหามีลักษณะ เป็นทั้งบริการทางสาธารณะและบริการทางธุรกิจประกอบกัน ซึ่งโดยปกติแล้วไม่อาจถือเป็นคู่แข่งกันทางธุรกิจกับเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้นอกจากผู้ให้บริการเว็บโปรแกรม การค้นหาด้วยกัน⁵⁰ นอกจากนี้ ในส่วนของวิธีการใช้คีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของกลไกหรือเทคโนโลยีการค้นหาเพื่อให้มีการแสดงลิงก์โฆษณาที่กำหนด ก็อาจนำมายกเป็นข้อ ต่อสู้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ว่าการใช้คีย์เวิร์ดดังกล่าวไม่ได้เป็นการใช้อย่างเครื่องหมาย การค้าและไม่ใช้การใช้กับสินค้าอันก่อให้เกิดการกระทบสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁹ Jefferson F. Scher, Carr & Ferrell LLP, “Searching for Answers: Trademark Issues for Search Engine and Portals,” , p. 19.

⁵⁰ ธัญลักษณ์ ฮันตระกูล, “ปัญหากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณี Deep Linking,” (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 74.



รูปที่ 11: หน้าผลการค้นหาของเว็บโปรแกรมค้นหา Google ที่มีการขายคีย์เวิร์ด เครื่องหมายการค้า “เสปปี เฟอร์นิเจอร์” ให้กับผู้ลงโฆษณาซึ่งประกอบธุรกิจ ประเภทเดียวกัน โดยจะแสดงเว็บโฆษณาทางด้านขวามือ⁵¹

2.8 ความเสียหายและผลกระทบจากปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

จากปัญหาที่เกิดขึ้นได้สร้างความเสียหายและผลกระทบแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องในหลายๆ ด้าน ดังนี้

2.8.1 ความเสียหายและผลกระทบทางเศรษฐกิจ

ในประเด็นนี้ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดถือเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรง เนื่องจากเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดต้องสูญเสียโอกาสในการเข้าถึงผู้ใช้งานหรือกลุ่มลูกค้าเป้าหมายของตนในลำดับแรก ทั้งๆ ที่เว็บไซต์ดังกล่าวสมควรที่จะได้รับประโยชน์ตอบแทนมากกว่าเว็บไซต์รายอื่นๆ เพื่อเป็นรางวัลจากความพยายามอุตสาหะในการสร้างสมควมมีชื่อเสียงจนกลายเป็นที่รู้จักในหมู่ผู้บริโภค การนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในลักษณะเดียวกันย่อมทำให้ผลตอบแทนในเชิงรายได้หรือในเชิงเศรษฐกิจรูปแบบอื่นอันพึงมีพึงได้ของเจ้าของคีย์เวิร์ดอาจไม่ได้

⁵¹ แหล่งที่มา: <http://www.google.co.th/> [22 August 2007]

รับการตอบสนองอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย ค่าเสียโอกาสทางธุรกิจที่เกิดขึ้นจึงเป็นมูลค่าความเสียหายอันยากที่จะประเมินได้ ในขณะที่บุคคลอื่น เช่น เว็บไซต์คู่แข่งหรือ 0 ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (กรณีขายคีย์เวิร์ด) สามารถตรวจจับและเบียดบัง (pirate) ผลประโยชน์จากการใช้คีย์เวิร์ดของผู้อื่นได้อย่างง่ายดายโดยไม่ต้องลงทุนหรือใช้ความพยายามอะไรมากนัก

นอกจากนี้ กรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag เพื่อโกงอันดับ ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา ก็สามารถเป็นผู้ได้รับความเสียหายได้เช่นกัน โดยจะต้องสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเพื่อคอยตรวจสอบและหาทางป้องกันวิธีการโกงอันดับผลการค้นหาที่เว็บไซต์ต่างๆ พยายามหลอกลวงและหาช่องทางใหม่ๆ ตลอดเวลา ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มจำนวนพนักงานเพื่อมาคอยตรวจสอบ รวมถึงการคิดหาวิธีการพัฒนาปรับปรุงกลไกการประมวลผลของตนให้สามารถจัดอันดับการแสดงผลการค้นหาได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ไม่ให้เว็บไซต์ที่ไม่เกี่ยวข้องของหลุดรอดโปรแกรมการตรวจสอบไปได้โดยพยายามคงไว้ซึ่งความพึงพอใจของผู้ใช้บริการโปรแกรมค้นหาของตน

2.8.2 ความเสียหายและผลกระทบต่อชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือ

ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหานอกจากจะได้รับ ความเสียหายและผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการทำ SEO ที่ไม่ถูกต้องหรือการหลอกลวงการจัดลำดับเว็บไซต์แล้ว กรณีนี้ยังส่งผลให้การให้บริการค้นหาข้อมูลของโปรแกรมค้นหามีประสิทธิภาพลดลงและทำให้ผู้ใช้งานไม่เชื่อถือผลลัพธ์ (Results) ที่ได้จากการค้นหาของเว็บโปรแกรมค้นหานั้น อันอาจส่งผลให้ความนิยมของผู้ใช้บริการที่มีต่อโปรแกรมค้นหาดังกล่าวลดน้อยลงจนอาจถึงขั้นเลิกใช้บริการเว็บโปรแกรมค้นหานั้นในที่สุด แต่ความเสียหายและผลกระทบในข้อนี้อาจไม่สามารถเห็นได้ชัดเจน โดยเฉพาะกับเว็บโปรแกรมค้นหาที่ใหญ่ๆ ซึ่งมีเงินทุนจำนวนมาก เมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดซึ่งนอกจากจะได้รับ ความเสียหายและผลกระทบในทางเศรษฐกิจแล้ว ยังอาจจะต้องเสียชื่อเสียงหรือค่าความนิยมหากมีการนำคีย์เวิร์ดของตนไปใช้ในลักษณะที่ไม่เหมาะสมอีกด้วย

2.8.3 ความเสียหายและผลกระทบต่อความสามารถในการเข้าถึงข้อมูล

ผลจากการใช้วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาโดยไม่ถูกต้องย่อมเป็นการสิ้นเปลืองเวลาของผู้ใช้งานซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคข้อมูลข่าวสารเพราะผู้ใช้งานต้องสุมเข้าไปในเว็บไซต์แต่ละแห่งเพื่อพิจารณาข้อมูลของแต่ละเว็บไซต์ว่ามีเนื้อหาตรงกับความต้องการของผู้ใช้งานหรือไม่ด้วยตนเองเนื่องจากไม่อาจเชื่อถือผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหาผ่านโปรแกรมค้นหานี้ได้ ในทางกลับกันหากผลลัพธ์จากการค้นหาแสดงเฉพาะรายชื่อเว็บไซต์ที่สัมพันธ์กับคีย์เวิร์ดที่

ใช้โดยสามารถเรียงลำดับผลการค้นหาได้อย่างถูกต้อง ผู้ใช้งานก็จะใช้เวลาในการสืบค้นข้อมูลน้อยลงและได้รับข้อมูลที่ต้องการอย่างเพียงพอและช่วยให้การตัดสินใจทำได้ง่ายขึ้น เท่ากับเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้ถูกหลอกลวงได้อีกทางหนึ่งเนื่องจากผู้ใช้งานแต่ละรายอาจมีความสามารถและความละเอียดรอบคอบในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่ได้รับไม่เท่ากันขึ้นอยู่กับประสบการณ์และระดับความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคล หากไม่ระมัดระวังก็อาจตกเป็นเหยื่อของผู้ประกอบธุรกิจที่คอยเอาเปรียบผู้บริโภคได้ง่าย ทั้งยังช่วยลดความเสี่ยงไม่ให้ผู้ใช้งานหลงเข้าไปยังเว็บไซต์ที่ไม่มีความน่าเชื่อถือซึ่งมักจะแฝงตัวเข้ามาในหน้าผลการค้นหา เพื่อส่งไวรัสหรือส่งสแปมหรือโปรแกรมอื่นใดเพื่อดึงข้อมูลส่วนตัวจากผู้ใช้งานไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือเพื่อสร้างความเสียหายหรือความรำคาญให้กับผู้ใช้งานไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดในภายหลัง

2.8.4 ความเสียหายและผลกระทบในเรื่องอื่นๆ

นอกจากความเสียหายและผลกระทบข้างต้น หากยังปล่อยให้มีการกระทำในลักษณะที่ก่อให้เกิดการกระทบสิทธิของบุคคลอื่นอย่างไม่เป็นธรรมจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาโดยไม่ดำเนินการหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายและผลกระทบในเรื่องอื่นๆ ตามมาอีกหลายประการ เช่น อาจเป็นช่องทางของผู้ประกอบธุรกิจที่มีเจตนาไม่สุจริตในการหลอกลวงกฎหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่สุจริตต้องถูกเอาเปรียบจากพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจให้ความคุ้มครองได้อย่างเหมาะสมและเท่าทันกับรูปแบบการทำธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตที่มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วตามความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี จนในท้ายที่สุดย่อมส่งผลกระทบต่อการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในภาพรวมซึ่งเป็นการเสียหายในวงกว้าง

โดยสรุปแล้ว โปรแกรมค้นหานับเป็นเครื่องมือที่สร้างประโยชน์ให้กับสังคมอย่างมหาศาลช่วยให้ผู้ใช้งานสามารถค้นหาข้อมูลเว็บไซต์ต่างๆ จากทั่วทุกมุมโลกภายในเวลาไม่กี่วินาที เป็นการลดต้นทุนของการติดต่อ ทั้งยังช่วยให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อกันได้อย่างง่ายดาย จากความสามารถของโปรแกรมค้นหาประกอบกับความแพร่หลายในหมู่ผู้ใช้งานทั่วโลกที่นิยมค้นหาข้อมูลผ่านเว็บโปรแกรมค้นหาจึงเป็นที่มาของการนำไปใช้เป็นช่องทางในการทำการตลาดบนอินเทอร์เน็ต โดยอาศัยวิธีการจับคู่ระหว่างผู้ใช้งานกับบรรดาเว็บไซต์ผู้ประกอบการเพื่อประโยชน์ในการโฆษณาและเพิ่มโอกาสในการขายสินค้าและบริการของตน แต่ทว่าในอีกแง่หนึ่งบริการโปรแกรมค้นหาก็คือสามารถเป็นเครื่องมือที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้เช่นกันจากการนำไปใช้โดยไม่ถูกต้อง (misuse) เพื่อดึงดู

ความสนใจของผู้บริโภคและทำการแสวงหาประโยชน์จากควมมีชื่อเสียงหรือค่าความนิยมของผู้อื่นในทางธุรกิจ อันเป็นที่มาของปัญหาการฟ้องร้องคดีในลักษณะต่างๆ ที่เกิดขึ้นและกำลังสร้างปัญหากฎหมายให้กับศาลในการตัดสินคดีเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

สำหรับในบทต่อไป ผู้วิจัยจะทำการศึกษาแนวทางกฎหมายของต่างประเทศซึ่งต้องประสบปัญหาในการให้ความคุ้มครองการใช้ศักยภาพในการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาศาลของประเทศดังกล่าวจะมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาเป็นเช่นไร จะถือว่ามีผลกระทบอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนได้หรือไม่



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครองการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศ

หลังจากทราบถึงภาพรวมของการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนอินเทอร์เน็ตและสภาพปัญหาที่เกิดจากการทำการตลาดออนไลน์ในรูปแบบต่างๆ ในบทก่อนแล้ว เนื้อหาในบทนี้จะกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายของต่างประเทศในปัจจุบันว่ามีบทบัญญัติกฎหมายหรือหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแต่ละเรื่องอย่างไร พร้อมทั้งยกตัวอย่างกรณีศึกษาหรือคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าว โดยเน้นการศึกษาระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักเนื่องจากเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีความเจริญก้าวหน้าทั้งทางด้านเทคโนโลยีและทางกฎหมาย ประกอบกับบริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่ได้รับความนิยมทั่วโลกในปัจจุบันเป็นการให้บริการโดยผู้ประกอบการในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้ต้องประสบปัญหาจากการให้บริการดังกล่าวมากที่สุด จึงมีการพัฒนากฎหมายในการให้ความคุ้มครองการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ชัดเจนที่สุดในปัจจุบัน และควรนำมาศึกษาเป็นตัวอย่างแนวทางการแก้ไขปัญหากฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทยต่อไป

การแบ่งหัวข้อการศึกษา ผู้วิจัยจะทำการพิจารณาตามประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นได้แก่ กรณีนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใช้ ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ และกรณีการซื้อขายคำเครื่องหมายการค้าเพื่อนำมาใช้เป็นคีย์เวิร์ดในเว็บโปรแกรมค้นหา โดยแสดงให้เห็นถึงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องและตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายของศาลในต่างประเทศ จากนั้นในบทที่ 4 จึงเข้าสู่การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองของประเทศไทยต่อไป

3.1 กรณีนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใช้ใน Meta Tag ของเว็บไซต์

กรณีตามปัญหาเป็นการพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองคีย์เวิร์ดซึ่งได้แก่ เครื่องหมายการค้า (Trademark) ชื่อทางการค้า (Trade Name) และชื่อโดเมน (Domain Name) อันเป็นส่วนสำคัญในการประกอบธุรกิจการค้าไม่ว่าจะเป็นประกอบธุรกิจทางพาณิชย์ตามปกติหรือการประกอบธุรกิจทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) โดยปัจจุบันคีย์เวิร์ดทั้ง 3 ประเภทต่างก็เป็นที่ยอมรับกันในทางสากลว่าเป็นสิ่งมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ

สามารถสร้างรายได้และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นใดทั้งในทางการค้าและทางอุตสาหกรรมได้อย่างมหาศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นคีย์เวิร์ดมีชื่อเสียงแพร่หลายหรือเป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชน

สำหรับเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า ในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จัดเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ในประเภทของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property)¹ โดยทั้งสองสิ่งมีความคล้ายคลึงกันแต่ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน กล่าวคือ

เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อจำแนกสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งจากสินค้าของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง (Distinguish Function) โดยบอกแหล่งที่มาของสินค้า (Origin Function) เพื่อให้ลูกค้าสามารถตัดสินใจได้ว่าจะเลือกซื้อสินค้าของผู้ประกอบการรายใด ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าบนตัวสินค้าหรือบนภาชนะบรรจุหรือหีบห่อสินค้า

ในขณะที่ชื่อทางการค้าเป็นสิ่งที่มีความหมายหรือราคาโดยตัวของมันเองซึ่งนอกจากสามารถบ่งชี้หรือแสดงถึงกิจการค้าของสถานประกอบการได้โดยตรง (identify businesses) ยังแสดงให้เห็นถึงคุณภาพหรือมาตรฐานของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ (Quality Function) และสามารถใช้เพื่อส่งเสริมการขายหรือดึงดูดใจผู้บริโภคให้หันมาสนใจสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการดังกล่าว (Economic Function) ได้อีกด้วย ชื่อทางการค้าจะได้รับความคุ้มครองภายในขอบเขตของประเภทหรือชนิดของกิจการที่ได้ดำเนินการอยู่ก่อนและภายในอาณาเขตพื้นที่ที่ได้มีการใช้ชื่อนั้นประกอบกิจการค้าอยู่²

สำหรับชื่อโดเมนถึงแม้ลักษณะที่แท้จริงจะเป็นเพียงชื่อที่ใช้ในการอ้างอิงแทนตัวเลข IP Address* ที่ช่วยให้คอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องสามารถเชื่อมต่อและติดต่อสื่อสารถึงกันได้บนระบบ

¹ Article 1 of Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883

² Joseph S. Beckman. Is it a trademark or a trade name?[Online]. Available From: <http://www.intellectlawgroup.com/articles/trademarkortradename.html> [2007, December 15]

* IP Address คือชื่อเครื่องคอมพิวเตอร์ในรูปของชื่อโดเมนช่วยให้ผู้ใช้งานจดจำและเรียกใช้งานได้สะดวก แต่ในการติดต่อสื่อสารที่เกิดขึ้นจริง คอมพิวเตอร์จำเป็นต้องใช้เลขที่อยู่ประจำเครื่องในรูปของรหัสตัวเลขโฮสต์ (Host) ทุกเครื่องที่ต่อเชื่อมเข้ากับอินเทอร์เน็ตจึงต้องมีหมายเลขประจำตัวที่ไม่ซ้ำกับเครื่องอื่นใด เช่น 203.144.44.0 (ที่มบรรณาธิการหนังสือคอมพิวเตอร์. พจนานุกรมคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต. กรุงเทพมหานคร : ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2546.)

เครือข่ายอินเทอร์เน็ต* และแนวทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองของแต่ละประเทศก็ยังคงขาดความชัดเจน แต่ทว่าชื่อโดเมนก็สามารถทำหน้าที่บ่งบอกถึงลักษณะของธุรกิจที่ใช้ชื่อโดเมนนั้น ตลอดจนสามารถเป็นชื่อหรือสิ่งบ่งชี้ให้แก่ผู้บริโภคเพื่อแยกแยะความแตกต่างระหว่างผู้ประกอบการรายหนึ่งกับผู้ประกอบการรายอื่น³ รวมทั้งมีส่วนสำคัญที่จะช่วยดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคให้เข้ามาเยี่ยมชมเว็บไซต์ได้ทำนองเดียวกับเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า โดยปัญหาส่วนใหญ่ก็มักเกิดจากการใช้ชื่อโดเมนที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของผู้อื่นเป็นหลัก⁴ไม่ว่าจะเป็นปัญหา Cybersquatting** หรือปัญหา Cyberpirate*** ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการใช้ชื่อเว็บไซต์ที่เป็นชื่อโดเมนใน meta tag ที่จะกล่าวถึงในลำดับต่อไปนั้นจึงอาศัยบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้ามาพิจารณาโดยเทียบเคียงเนื่องจากมีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิดในประเด็นนี้

* อินเทอร์เน็ตเป็นระบบที่ประกอบด้วยเครือข่ายย่อยจำนวนมากที่เชื่อมต่อกันและอาศัยโพรโตคอล ทีซีพี/ไอพี (TCP/IP: Transmission Control Protocol / Internet Protocol) เพื่อการสื่อสาร (ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, รายงานผลการศึกษานโยบายการจดทะเบียนชื่อโดเมนสำหรับประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายนโยบายและกฎหมาย ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2547), หน้า 13.)

³ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม, ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง”, (อศตยา มิเลนเนียม: สวัสดิการศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, ธันวาคม 2545), หน้า 289-290.

⁴ สรพงษ์ อุนนาภิรักษ์, สารานุกรมเกี่ยวกับชื่อโดเมน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (พิมพ์งาม: ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ โดยสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, 2544), หน้า 107-108.

** Cybersquatting คือการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการจดทะเบียนชื่อโดเมน โดยผู้จดทะเบียนตั้งใจที่จะจดทะเบียนชื่อโดเมนให้เหมือนหรือคล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของบุคคลหรือองค์กร หรือเว็บไซต์ที่ตนเองไม่มีสิทธิหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย แล้วนำชื่อโดเมนนั้นไปขายต่อให้กับเจ้าของสิทธิในราคาที่สูงหรือขายต่อให้กับบุคคลอื่น

*** Cyberpirate คือการอาศัยชื่อเสียงของบุคคล องค์กร ชื่อผลิตภัณฑ์ บริการ ชื่อเครื่องหมายการค้า หรือชื่อเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียง เพื่อลวงคนให้เข้ามาเยี่ยมชมเว็บไซต์ของตนซึ่งจดชื่อโดเมนไว้ให้เหมือนหรือคล้ายคลึงกับชื่อเหล่านั้นทำให้เจ้าของเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงที่แท้จริงต้องสูญเสียจำนวนยอดผู้เข้าชมซึ่งอาจรวมถึงรายได้อื่นๆ เช่น รายได้จากค่าโฆษณาที่แปรตามจำนวนครั้งที่เว็บเพจแต่ละหน้าถูกเรียกขึ้นมาแสดงผล (hit) ที่ติดไว้ในเว็บไซต์นั้นๆ

3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายสำคัญที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า ได้แก่ กฎหมาย Lanham Act of 1946 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ใช้กับทุกมลรัฐ (Federal Law) ปรากฏอยู่ในหัวข้อที่ 15 (Title 15) ของกฎหมายได้แก่ 15 U.S.C มาตรา 1051-1127

กรณีเครื่องหมายการค้า โดยทั่วไปคำว่า “เครื่องหมาย” จะหมายความรวมถึง คำ ชื่อ หรือสัญลักษณ์ หรือสิ่งเหล่านี้โดยอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน⁵ ซึ่งในกฎหมาย Lanham Act มาตรา 1127 มีการให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” และ “เครื่องหมายการค้า” เอาไว้ว่า

“มาตรา 1127 คำว่า “เครื่องหมาย” หมายความรวมถึง เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายร่วม หรือเครื่องหมายรับรอง

คำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความรวมถึง คำ ชื่อ หรือสัญลักษณ์ รูปประดิษฐ์ หรือสิ่งเหล่านี้โดยอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันซึ่ง

- (1) ใช้โดยบุคคล หรือ
- (2) สิ่งซึ่งบุคคลมีเจตนาโดยสุจริตที่จะใช้ในทางการค้า และใช้ยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหลักตามกฎหมายส่วนนี้

เพื่อใช้ระบุและแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของตน รวมถึงสินค้าที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งแยกแยะความแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตและจำหน่ายโดยบุคคลอื่น และชี้ให้เห็นถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า แม้ว่าแหล่งกำเนิดดังกล่าวจะไม่ใช่ที่รู้จักก็ตาม”⁶

⁵ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายเครื่องหมายการค้า – ประเทศสหรัฐอเมริกา[Online]. 2547. แหล่งที่มา: <http://www. www.ipthailand.org> [21 กันยายน 2550]

⁶ Section 1127 – Definitions

The term “mark” includes any trademark, service mark, collective mark, or certification mark.

The term “trademark” includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof -

- (1) used by a person, or
- (2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter,

ในส่วนชื่อทางการค้า โดยทั่วไปจะหมายถึง ชื่อ คำ หรือวลี ซึ่งถูกนำไปใช้เกี่ยวข้องกับธุรกิจ เพื่อบ่งชี้ถึงผลิตภัณฑ์ ธุรกิจ หรือการให้บริการ ทั้งยังเป็นสัญลักษณ์ที่บ่งบอกถึงความมีชื่อเสียงที่ดีในทางการค้า โดยกฎหมายดังกล่าวได้มีการให้ความหมายของคำว่าชื่อทางการค้าเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับความหมายของคำว่าเครื่องหมายการค้าดังนี้

“มาตรา 1127 คำว่า ชื่อทางการค้า (trade name) และชื่อทางธุรกิจ (commercial name) หมายถึง ชื่อที่บุคคลนำไปใช้เพื่อบ่งชี้ถึงธุรกิจหรืออาชีพงานของบุคคลดังกล่าว”⁷

จะเห็นว่าชื่อทางการค้าสามารถเป็นได้ทั้งชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคล (personal names) ชื่อกิจการห้างร้าน ชื่อบริษัท ชื่อที่ประดิษฐ์หรือคิดค้นขึ้นซึ่งใช้โดยผู้ผลิต ผู้ประกอบอุตสาหกรรม และถ้าหากชื่อทางการค้าดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะ (distinctive) หรือมีการนำมาใช้จนมีลักษณะบ่งเฉพาะซึ่งสามารถบ่งบอกถึงความแตกต่างระหว่างสินค้าของตนกับของผู้ประกอบการรายอื่นดังเช่นเครื่องหมายการค้าแล้ว* ชื่อทางการค้าก็สามารถมีสถานะเป็นได้ทั้งชื่อทางการค้า และเครื่องหมายการค้า ทำให้สามารถนำมาจดทะเบียนในฐานะเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าและได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าด้วย

เมื่อพิจารณาได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าแล้วบุคคลที่เป็นเจ้าของชื่อหรือเครื่องหมายดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง โดยสามารถแบ่งการพิจารณาเป็น 3 หัวข้อดังนี้

1. การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (trademark infringement) ตามมาตรา 1114(1) ซึ่งให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าที่ล่วงถึงแหล่งที่มาหรืออาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน

to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.

⁷ Section 1127 The terms “trade name” and “commercial name” mean any name used by a person to identify his or her business or vocation.

* การมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าย่อมขึ้นอยู่กับความเข้าใจของสาธารณชนที่มีต่อเครื่องหมายดังกล่าว ยิ่งเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะมากเท่าไรก็ยิ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากขึ้นตามไปด้วย

2. การทำให้เสื่อมทอนคุณค่า (dilution) ตามมาตรา 1125(c) ซึ่งให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (famous mark) จากการกระทำอันอาจก่อให้เกิดการเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายดังกล่าวแม้ว่าจะไม่มีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นก็ตาม

3. การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (unfair competition) ตามมาตรา 1125(a)(1) ซึ่งให้ความคุ้มครองได้ทั้งเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและที่ไม่ได้จดทะเบียน รวมถึงชื่อทางการค้าจากการกระทำอันไม่ถูกต้องในการประกอบธุรกิจเพื่อก่อให้เกิดการแข่งขันที่ยุติธรรมปราศจากการเอาเปรียบระหว่างคู่แข่ง

(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement)

เป็นการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าที่ลวงถึงแหล่งที่มาหรืออาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน (Likelihood of confusion) โดยกำหนดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ดังนี้

”มาตรา 1114 (1) บุคคลใดก็ตามผู้ซึ่งโดยปราศจากความยินยอมของผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

(a) ใช้โดยการทำซ้ำ ปลอมแปลง ทำสำเนา หรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนเพื่อใช้ในทางการค้า ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการใด ซึ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและการใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง...ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในการชดเชยความเสียหายตามที่ระบุไว้ท้ายนี้...”⁸

⁸ Section 32, 15 U.S.C. § 1114 (1) Any person who shall, without the consent of the registrant -

(a) use in commerce any reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation of a registered mark in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive...shall be liable in a civil action by the registrant for the remedies hereinafter provided.

บทบัญญัติข้างต้นได้กำหนดลักษณะการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนของเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้แก่ การ “ใช้” โดยทำซ้ำ ปลอมแปลง ทำสำเนา หรือเลียนแบบเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น โดยโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่า

1. เครื่องหมายดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน
2. จำเลยได้ใช้เครื่องหมายนั้นในทางการค้า
3. การใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (likely to cause confusion) หรือทำให้เข้าใจผิด (cause mistake) หรือเป็นการหลอกลวง (deceive) ผู้บริโภคที่เกี่ยวข้อง⁹

ดังนั้นการพิจารณาปัญหาว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ (infringe) หรือไม่ สามารถแบ่งการพิจารณาตามลำดับได้ดังนี้

1. การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า
2. การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Cause of Confusion)
3. การใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม (Fair Use)

1.1 การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า

สิทธิในการ “ใช้” เครื่องหมายการค้า (trademark use) นับเป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นแต่เพียงผู้เดียวเพื่อการแสวงหาประโยชน์ทางการค้า ดังนั้นหากมีบุคคลใดนำเอาเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นไปใช้โดยปราศจากความยินยอม และการใช้เครื่องหมายนั้นเป็นการ “ใช้ในทางการค้า” (use in commerce) ตามความหมายของบทนิยามศัพท์มาตรา 1127 หมายถึง การใช้เครื่องหมายในทางการค้าโดยสุจริตและการใช้นั้นจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิในเครื่องหมาย ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องหมายในทางการค้ากับสินค้า เช่น การใช้เครื่องหมายติดบนตัวสินค้าหรือหีบห่อที่บรรจุสินค้า (on the goods or their containers) บนป้ายหรือฉลาก (on the tags or labels affixed) หรือบนเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือการขายสินค้านั้น (on documents associated with the goods or their sale) หรือการใช้หรือแสดง

⁹ Benjamin F. Sidbury, “Comparative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads,” *North Carolina Journal of Law & Technology* [Online] Volume 3, Issue 1 (FALL 2001): 44. Available From: <http://www.jolt.unc.edu/vol3/Sidbury.pdf> [31 August 2007]

เครื่องหมายในการขายหรือการโฆษณาบริการ (used or displayed in the sale or advertising of services) เป็นต้น¹⁰ หากเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าในกรณีดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าเช่นนั้นได้¹¹

ในการวินิจฉัยว่าการนำเอาคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใส่ใน meta tag ของเว็บไซต์ เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในทางการค้าได้หรือไม่นั้น หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของเจ้าของเว็บไซต์คู่แข่งที่ต้องการทำให้เว็บไซต์ของตนปรากฏในหน้าผลการค้นหาในลำดับต้นๆ เพื่อเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงกลุ่มลูกค้าที่กำลังค้นหาสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าว โดยหวังว่าจะมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคลิกเข้าไปที่เว็บไซต์และอาจมีการซื้อขายเกิดขึ้นตามมา ย่อมเข้าลักษณะเป็นการใช้เพื่อการหาประโยชน์ทางธุรกิจรูปแบบหนึ่ง แม้จะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าโดยนัยยะแฝง (hidden trademark use) ก็ตาม วิธีการใช้เครื่องหมายในกรณีนี้น่าจะถือว่าการใช้ประกอบความผิดทางกฎหมายว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าได้เช่นกัน แม้ว่าอาจจะไม่ได้ใช้เครื่องหมายนั้นติดหรือแสดงบนตัวสินค้าที่บุคคลทั่วไปสามารถมองเห็นได้ก็ตาม

¹⁰ Section 1127 – Definitions

The word "commerce" means all commerce which may lawfully be regulated by Congress.

The term "use in commerce" means the bona fide use of a mark in the ordinary course of trade, and not made merely to reserve a right in a mark. For purposes of this chapter, a mark shall be deemed to be in use in commerce -

(1) on goods when -

(A) it is placed in any manner on the goods or their containers or the displays associated therewith or on the tags or labels affixed thereto, or if the nature of the goods makes such placement impracticable, then on documents associated with the goods or their sale, and

(B) the goods are sold or transported in commerce, and

(2) on services when it is used or displayed in the sale or advertising of services and the services are rendered in commerce, or the services are rendered in more than one State or in the United States and a foreign country and the person rendering the services is engaged in commerce in connection with the services

¹¹ Uli Widmaier, "Use, liability, and the structure of trademark law," *Hofstra Law Review* 33, 603 (2005): 618-622.

1.2 การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Cause of Confusion)

ในการพิจารณาเรื่องความสับสนหลงผิดที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภคนั้น ศาลของสหรัฐอเมริกามีการแบ่งช่วงเวลาของการเกิดความสับสนหลงผิดออกเป็น 3 กรณี และทุกกรณีสามารถเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องคดีของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ทั้งสิ้น¹²

1. ความสับสนหลงผิดขณะทำการซื้อขาย (point-of-sale confusion) เป็นความสับสนหลงผิดของผู้ซื้อที่มีต่อสินค้าหรือบริการในขณะเวลาที่ทำการซื้อขาย (at the time of purchase) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปที่ใช้ในการพิจารณาว่ามีการละเมิดเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้น ตัวอย่างของการละเมิดในลักษณะนี้เกิดขึ้นเมื่อมีการใช้เครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันกับสินค้าที่คล้ายกันโดยวางจำหน่ายสินค้าทั้งสองเอาไว้ข้างๆ กัน

2. ความสับสนหลงผิดก่อนทำการซื้อขาย (pre-sale confusion) หรือที่เรียกว่า ความสับสนหลงผิดในเบื้องต้น (Initial Interest Confusion หรือ IIC)* เกิดขึ้นเมื่อการใช้โดยละเมิดเครื่องหมายการค้าที่น่าจะดึงดูดความสนใจของกลุ่มลูกค้าเป้าหมายโดยอาศัยความมีชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้าถือเป็นความสับสนที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการละเมิดเครื่องหมายการค้า แม้ในขณะทำการซื้อขายผู้บริโภคจะทราบดีว่ากำลังซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งก็ตาม เช่น ในคดี Blockbuster Entertainment v. Laylco ศาลได้อธิบายไว้ในคำพิพากษาตอนหนึ่งว่า

[t]he fact that a customer would recognize that Video Busters is not connected to Blockbuster after entry into a Video Buster store is unimportant. The critical issue is the degree to which Video Busters might

¹² Jeffrey R. Kuester, and Peter A. Nieves. "Hyperlinks, Frames and Meta-tags: An Intellectual Property Analysis,"[Online]. *Journal of Law and Technology* 243 (1998): p. 6. Available from: <http://www.patentperfect.com/idea.htm>[August 2007] และ Brian D. Kaiser, "Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation," *Journal of Technology Law & Policy* (2002): 5-6.

* เป็นการขยายความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้กว้างขึ้นกว่าแต่ก่อนโดยไม่จำกัดว่าผู้บริโภคต้องเกิดความสับสนหลงผิดในขณะที่ทำการซื้อขายเท่านั้น โดยศาลอุทธรณ์ที่ 2 ได้วางหลักขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี *Grotrian v. Steinway & Sons.*, 365 F. Supp. 707, 716-17 (S.D.N.Y. 1973)

attract potential customers based on the similarity to the Blockbuster name.¹³

3. ความสับสนหลงผิดภายหลังจากการซื้อขาย (post-sale confusion) เกิดขึ้นเมื่อสาธารณชนเห็นว่าสินค้าหรือบริการที่ซื้อจากจำเลยนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของโจทก์ โดยไม่คำนึงว่าผู้ซื้อจะเกิดความสับสนหลงผิดในการซื้อสินค้าหรือบริการนั้นหรือไม่

ในการพิสูจน์ว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของจำเลยน่าจะเป็นสาเหตุของความสับสนหลงผิดกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลของสหรัฐอเมริกาแต่ละแห่งมีการกำหนดปัจจัยสำหรับพิจารณาที่แตกต่างกัน* ซึ่งปกติแล้วมีอยู่ด้วยกันหลายปัจจัยและศาลได้วางหลักเอาไว้ในหลายคดี¹⁴ ตัวอย่างคดีสำคัญที่ศาลวางหลักเอาไว้ได้แก่ คดี Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp. ซึ่งกำหนดปัจจัยในการพิจารณารวม 8 ประการดังนี้

- 1) การเป็นที่ยอมรับของเครื่องหมายของโจทก์ (คือเมื่อเทียบกับเครื่องหมายอื่นแล้ว ผู้บริโภคจะจดจำเครื่องหมายอันไหนได้ดีกว่ากัน)
- 2) ระดับความเหมือนคล้ายระหว่างเครื่องหมายของโจทก์กับเครื่องหมายของจำเลย
- 3) ความใกล้เคียงของสินค้า
- 4) ความเป็นไปได้ที่โจทก์จะขยายช่องทางการตลาดของสินค้า
- 5) หลักฐานว่ามีความสับสนเกิดขึ้น
- 6) ความสุจริตของจำเลยในการเลือกใช้เครื่องหมายดังกล่าว
- 7) คุณภาพของสินค้าของจำเลย และ

¹³ 869 F. Supp. 505, 33 U.S.P.Q.2d (BNA) 1581, 1586-87.

* ศาลบางแห่งอาจจะพิจารณาโดยรวมหลายๆ ปัจจัยเข้าไว้ด้วยกัน ในขณะที่ศาลบางแห่งอาจเห็นว่าเฉพาะปัจจัยหลักเพียงข้อเดียวหรือปัจจัยย่อยที่กำหนดเท่านั้นที่เป็นปัจจัยสำคัญและมีน้ำหนักในการพิจารณา เช่น คดี Libman Co. v. Vining Indus., 69 F.3d 1360 (7th Cir. 1995) (finding the absence of actual confusion to be determinative of a lack of infringement.)

¹⁴ ดู AMF, Inc. v. Sleekcraft Boats, 599 F.2d 341, 348-49 (9th Cir. 1979), Interpace Corp. v. Lapp, Inc., 721 F.2d 460, 462-63 (3^d Cir. 1983), and Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp., 287 F.2d 492, 495 (2^d Cir. 1961).

8) การชักจูงใจผู้ซื้อสินค้า¹⁵

ปัญหาทางกฎหมายที่ต้องทำการพิจารณาในกรณีนี้คือ ลำพังแค่เพียงการแสดงรายชื่อผลการค้นหาผ่านโปรแกรมค้นหาดังกล่าว สามารถก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งที่มาหรือในความเป็นเจ้าของสินค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายได้หรือไม่

การวินิจฉัยในประเด็นนี้ ศาลจะทำการพิจารณาว่าผู้บริโภคโดยทั่วไปมีความเข้าใจต่อความเกี่ยวข้องของระหว่างรายชื่อเว็บไซต์ที่ปรากฏกับคีย์เวิร์ดที่ใช้ในการค้นหามากน้อยเพียงไร ซึ่งในปัจจุบันศาลบางแห่งของสหรัฐอเมริกาได้นำหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นมาปรับใช้ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต¹⁶ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag และปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงโฆษณา โดยอาศัยปัจจัยที่ใช้ในการพิสูจน์เรื่องความสับสนหลงผิดหลายๆ ปัจจัยประกอบกัน อาทิเช่น จำเลยได้พยายามดึงดูดหรือเบี่ยงเบนลูกค้าของโจทก์ไป มีการเอาไปโดยมิชอบซึ่งค่าความนิยมของบุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือจำเลยได้กระทำการโดยมีเจตนาไม่สุจริต เป็นต้น เพราะโดยลักษณะของการใช้เครื่องหมายการค้าในกรณีนี้แม้ไม่ได้นำไปใช้กับสินค้าหรือบริการแต่ก็สามารถส่งผลโดยตรงต่อความสนใจหรือการดึงดูดใจของผู้บริโภคที่กำลังค้นหาข้อมูลเกี่ยวกับคีย์เวิร์ดที่ใช้ นั้น ทำให้มีการคลิกเข้าไปเยี่ยมชมที่เว็บไซต์ดังกล่าว (divert potential consumers) อันเป็นวิธีการตลาดบนโลกอินเทอร์เน็ตรูปแบบหนึ่ง (โปรดดูตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลวินิจฉัยตามหลัก IIC ในข้อ (4) ลำดับที่ 2.)

¹⁵ ดู Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 287 F.2d 492, 495 (2d Cir. 1961) (The test for determining likelihood of confusion involves a weighing of factors, including: (1) the strength of the plaintiff's mark; (2) the degree of similarity between plaintiff's and defendant's marks; (3) the proximity of the products; (4) the likelihood that plaintiff will bridge the gap; (5) actual confusion; (6) defendant's good faith in adopting the mark; (7) the quality of defendant's product; and (8) the sophistication of the buyers)

¹⁶ ดู Eli Lilly & Co. v. Natural Answers, Inc., 233 F.3d 456, 464 (7th Cir. 2000); Bihari v. Gross, 119 F. Supp. 2d 309, 319 (S.D.N.Y. 2000) (an example of a district court case from the Second Circuit); PACCAR, Inc. v. TeleScan Techs., L.L.C., 115 F. Supp. 2d 772, 775 (E.D. Mich. 2000) (an example of a district court case from the Sixth Circuit); Brookfield Communications, Inc. v. W. Coast Entertainment Corp., 174 F.3d 1036, 1044 (9th Cir. 1999) (an example of a case from the Ninth Circuit)

แต่ในการพิสูจน์เรื่องความสับสนหลงผิดตามประเด็นปัญหาที่กำลังทำการศึกษาอยู่นี้ พบว่ามีความยุ่งยากในการวินิจฉัยคดีและการปรับใช้กฎหมายในหลายประเด็น อันนำไปสู่ปัญหาโต้แย้งในทางวิชาการกล่าวคือ การนำคีย์เวิร์ดไปใส่ใน meta tag เป็นลักษณะของการใช้เครื่องหมายการค้าโดยนัยยะแฝง (hidden trademark use) ซึ่งระบุอยู่ในรหัส HTML ของเว็บเพจ โดยที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่สามารถมองเห็นคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าที่ซ่อนอยู่ในเว็บไซต์ดังกล่าว จึงขาดความเชื่อมโยงระหว่างคีย์เวิร์ดที่ใช้ในการค้นหาคำหรือบริการ¹⁷ ผู้บริโภคจึงไม่น่าจะเกิดความสับสนหลงผิดจากการใช้คีย์เวิร์ด แต่เป็นโปรแกรมค้นหาต่างหากที่มองเห็นและเข้ามาอ่านข้อมูลดังกล่าวและเกิดความสับสนขึ้น¹⁸ เมื่อพิจารณาได้ดังนี้การใช้ที่ก่อให้เกิดความสับสนกับโปรแกรมค้นหาจะถือว่าการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้อย่างไร เนื่องจากเป็นความสับสนที่แตกต่างกับความสับสนของผู้บริโภค¹⁹ และไม่ว่าจะมีความเห็นเป็นประการใดในทางปฏิบัติแล้วผู้บริโภคพึงตระหนักดีว่าผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหาผ่านโปรแกรมค้นหาย่อมมีรายชื่อเว็บไซต์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ผู้บริโภคต้องการปะปนอยู่ด้วยทำให้ไม่อาจมีความสับสนเกิดขึ้นไม่ว่าในกรณีใด²⁰

อันที่จริงแล้วการนำคีย์เวิร์ดของผู้อื่นไปใส่ในรหัส HTML ที่ซ่อนอยู่ในเว็บไซต์ไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมายโดยตัวเอง (unlawful per se)²¹ และเป็นวิธีการที่ใครก็สามารถทำได้เพราะเป็นแค่เพียงเทคนิคในการเขียนเว็บไซต์อย่างหนึ่งเท่านั้น แต่วิธีการที่เจ้าของเว็บไซต์นำไปใช้ในกรณีนี้เห็น

¹⁷ Brian D. Kaiser, "Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation," *Journal of Technology Law & Policy* (2002): p. 6.

¹⁸ Scott Shipman, "Trademark and Unfair Competition in Cyberspace: Can These Laws Deter 'Baiting' Practices on Web Sites?," *Santa Clara Law Review* (1998)

¹⁹ Stephen J. Davidson, and Laurie J. Dechery. *Trademark as Navigator: Legal Implications of Trademark Use in Website Metatags and Advertising*[Online]. Available from: <http://www.s davidson.com/documents/Trademark%20as%20Navigator.doc> [2007, December 31]: p. 11.

²⁰ Brian D. Kaiser, "Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation," *Journal of Technology Law & Policy* (2002): p. 6.

²¹ Stephen J. Davidson, and Laurie J. Dechery. *Trademark as Navigator: Legal Implications of Trademark Use in Website Metatags and Advertising*[Online]. Available from: <http://www.s davidson.com/documents/Trademark%20as%20Navigator.doc> [2007, December 31]: p. 7.

ว่าเป็นกรณีที่แตกต่างกันออกไปเพราะการที่ผู้ประกอบการธุรกิจคู่แข่งเจตนาเอาคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์กับธุรกิจการค้าของตน โดยอาศัยโปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือ เช่น การใช้เพื่อดึงดูดความสนใจเพื่อให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเข้าไปยังเว็บไซต์ของตนโดยทำการคัดลอก meta tag ของเว็บไซต์ของผู้อื่นทั้งหมด หรือนำชื่อสินค้าหรือเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นคำที่ไม่เกี่ยวข้องกับเว็บไซต์หรือผลิตภัณฑ์ของตนเองแต่อย่างใดไปใส่ใน meta tag²² แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้การนำไปใช้ในโปรแกรมเป็นความผิดโดยตรง แต่การกระทำดังกล่าวก็อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมาย Lanham Act ได้ หากผลจากการใช้เครื่องหมายเช่นนั้นอาจทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดและโจทก์สามารถพิสูจน์องค์ประกอบความผิดประการอื่นให้ศาลเห็นได้

1.3 การใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม (Fair Use)

แม้โจทก์จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้ใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของโจทก์ในทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตและการใช้ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนตามองค์ประกอบความผิดของกฎหมายข้างต้น จำเลยก็อาจจะยกข้อต่อสู้เรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม (Fair use) ซึ่งเป็นหลักที่อนุญาตให้คู่แข่งหรือบุคคลทั่วไปใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในทางที่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ไม่เป็นการหลอกลวงได้²³ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์

ตัวอย่างการใช้ในลักษณะ Fair use เช่น²⁴ การใช้เพื่อการเปรียบเทียบ (comparative non-trademark use)²⁵ หรือการใช้เพื่อการอธิบายถึงตัวเครื่องหมายการค้า (descriptive use) ในกรณีที่คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าดังกล่าวอาจเป็นคำที่ใช้เรียกตาม

²² ดู คดี Niton Corporation v. Radiation Monitoring Devices, Inc., 27 F. Supp. 2d 102 (D. Mass. 1998)

²³ ดู คดี Venetianaire Corp. of Am. v. A&P Import Co., 429 F.2d 1079,1081-82 (2d Cir. 1970)

²⁴ Economic Commission for Europe and World Health Organization Regional Office for Europe, Clearing House on Transport, Environment and Health (THE PEP Clearing House), Legal Considerations in the Development of THE PEP Clearing House[Online]. Project Proposal by the WHO/Euro and UNECE secretariat, 2003. ECE/AC.21/2004/3 – EUR/04/5045236/3. [October 2007]. p. 11.

²⁵ ดู Smith v. Chanel, Inc., 402 F.2d 562, 563 (9th Cir. 1968) (allowing trademarks to be used in comparative advertising).

ความหมายพจนานุกรมทั่วไปซึ่งไม่ใช่ในความหมายอย่างคำที่เป็นเครื่องหมายการค้า (non-trademark sense)²⁶ หรือการใช้เพื่ออธิบายถึงสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าหรือแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นโดยทั่วไป (nominative use)²⁷ เป็นต้น²⁸

ตามหลักการข้างต้นจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลยอมรับให้มีการนำหลักการ Fair use เป็นข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเอาไว้อย่างชัดเจน หากกรณีดังกล่าวเป็นการใช้ที่มีเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรวมไปถึงการนำเครื่องหมายการค้าไปใช้บนอินเทอร์เน็ต เช่น ในกรณีที่เจ้าของเว็บไซต์มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเคยร่วมงานกับเจ้าของคีย์เวิร์ดและต้องการใช้คีย์เวิร์ดนั้นใน meta tag เพื่ออธิบายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวตามสมควร (โปรดดูตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลวินิจฉัยตามหลัก fair use ในข้อ (4) ลำดับที่ 4.)

(2) การเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า (Trademark Dilution)

นอกจากการให้ความคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 1114(1) แล้ว กฎหมาย Lanham Act ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายที่เรียกว่า The Federal Trademark Dilution Act of 1995 (FTDA) และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่งเมื่อไม่นานมานี้ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2006 โดยกฎหมายที่เรียกว่า The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) ยังให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นที่รู้จักและมีชื่อเสียงแพร่หลาย (well recognized and famous mark) จากการทำให้เครื่องหมายเสื่อมทอนคุณค่าอีกด้วย โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 1125(c) ของกฎหมาย Lanham Act

การเสื่อมทอนคุณค่า (Dilution) นับเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่งอันเข้าลักษณะการแสวงหาประโยชน์จากความสำเร็จของบุคคลอื่นโดยมิชอบ (Taking Undue Advantage of Another's Achievement "Free Riding") ซึ่งเป็นการกระทำของคู่แข่งในตลาด

²⁶ ดู Soweco, Inc. v. Shell Oil Co., 617 F.2d 1178, 1185 (5th Cir. 1980).

²⁷ ดู New Kids on the Block v. News Am. Publ'g, 971 F.2d 302, 308 (9th Cir. 1991) (holding that the defense of "nominative use" protects defendants using a mark merely to identify the product of the trademark owner)

²⁸ F. Gregory Lastowka, "Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?," Virginia Law Review 86, 4 (May 2000): 842.

ที่มีเจตนาจะแสวงหาประโยชน์โดยตรงจากความสำเร็จทางด้านอุตสาหกรรมหรือทางพาณิชย์ของบุคคลอื่นมาใช้กับธุรกิจของตน โดยไม่ปรากฏว่ามีความพยายามหรือกระทำการอันใดที่จะทำให้แตกต่างจากสินค้าหรือบริการที่เอามาแสวงหาประโยชน์อย่างเพียงพอ²⁹ จุดมุ่งหมายของการคุ้มครองจึงมีขึ้นเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเครื่องหมายที่มีความโดดเด่นแตกต่างจากเครื่องหมายอื่น (uniqueness) อันคงไว้ซึ่งคุณค่าของเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่และหน้าที่ในการบ่งชี้ถึงตัวสินค้า คุณภาพของสินค้า ตลอดจนหน้าที่ในการโฆษณาและดึงดูดผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง 2 ทฤษฎีคือ³⁰

(1) ทฤษฎีการนำไปใช้อันอาจก่อให้เกิดการเสื่อมทอน (Dilution Doctrine)

กล่าวคือเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (famous mark) มีสิทธิห้ามบุคคลอื่นไม่ให้กระทำใดๆ ก็ตามที่ทำให้เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเสื่อมทอนคุณค่า (dilute) จากเดิม แม้จะเป็นการนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการคนละประเภทกันและไม่ปรากฏว่ามีความสับสนหลงผิดในความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าก็ตาม

(2) ทฤษฎีการขยายขอบเขตความน่าจะเป็นที่สับสนหลงผิด (Likelihood of Expansion)

เป็นการขยายความคุ้มครองให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในการปกป้องสิทธิของตนในธุรกิจหรือการค้าใดๆ ที่สาธารณชนอาจจะนึกเกี่ยวข้องเข้ากับธุรกิจของเจ้าของเครื่องหมายการค้า การขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองจะขึ้นอยู่กับความคาดหมายของผู้บริโภคซึ่งเป็นวิญญูชน (reasonable consumer) ว่าสามารถคาดเดาได้หรือไม่ว่าผู้ผลิตอาจจะเกี่ยวข้องในธุรกิจนั้นๆ และหากคาดหมายได้ก็ย่อมได้รับสิทธิในการขยายความคุ้มครอง

2.1 เครื่องหมายที่ได้รับ ความคุ้มครอง

ดังที่กล่าวมาข้างแล้วกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ความคุ้มครองเฉพาะเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (famous mark) เท่านั้นและเครื่องหมายดังกล่าวจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ (distinctive) ไม่ว่าจะ เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่ได้มาในภายหลังหรือที่เรียกว่า secondary meaning ซึ่งเป็นเครื่องหมายที่ขาดคุณสมบัติในการแยกแยะหรือการบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าในครั้งแรกแต่เมื่อมีการใช้เครื่องหมาย

²⁹ นลินทร ชาติศิริ. “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม,” หน้า 86-90.

³⁰ ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาลย์. “การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 110-111.

นั้นมาเป็นเวลานานจึงเกิดคุณสมบัติในการแยกแยะอันเนื่องมาจากการใช้³¹ กรณีนี้ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นกัน (มาตรา 1125(c)(1))^{32*}

การพิจารณาว่าเครื่องหมายใดเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (famous mark) อันพึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้น นับเป็นปัญหาในการดำเนินคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องประสบมาตั้งแต่เริ่มใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว ที่ผ่านมาการตีความของศาลส่วนใหญ่จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี³³ โดยศาลจะพิจารณาความมีชื่อเสียงในประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ส่วนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความมีชื่อเสียงแพร่หลายในประเทศอื่นจะไม่มีผลต่อการตัดสินแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามกฎหมาย TDRA ที่บัญญัติขึ้นใหม่ได้กำหนดคุณสมบัติของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเอาไว้ ในมาตรา 1125 (c)(2)(A)³⁴ โดยกำหนดว่าจะต้องเป็นที่

³¹ นลินทร ชาติศิริ. “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม,” หน้า 56.

³² Section 1125 (c)(1) Subject to the principles of equity, the owner of a famous mark that is distinctive, inherently or through acquired distinctiveness, shall be entitled to an injunction against another person...

* แต่เดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายในปี 2006 การตัดสินคดีของศาล Circuits ในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้กฎหมาย FTDA ต้องประสบปัญหาในการปรับใช้กฎหมายเพื่อตัดสินคดี โดยพบว่าศาล Circuits บางแห่งได้กำหนดเงื่อนไขให้เครื่องหมายที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองดังเช่นในคดี Compare Savin Corp. v. Savin Group, 391 F.3d 439, 449 (2d Cir. 2004) (“In this Circuit, to sustain a claim under the FTDA . . . a plaintiff must show that the senior mark possesses both a “significant degree of inherent distinctiveness” and fame) ในขณะที่ศาล Circuits บางแห่งจะแยกพิจารณาระหว่างความชื่อเสียงกับความบ่งเฉพาะออกจากกัน เช่น คดี Times Mirror Magazines Inc. v. Las Vegas Sports News, 212 F.3d 157, 167 (3d Cir. 2000) (“we are not persuaded that a mark be subject to separate tests for fame and distinctive[ness]”)

³³ ไพบูลย์ อมรวิญญูเกียรติ, “การคุ้มครองทางกฎหมายของชื่อโดเมนบนอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 64-65.

³⁴ Section 1125 (c)(2)(A) For purposes of paragraph (1), a mark is famous if it is widely recognized by the general consuming public of the United States as a designation of source of the goods or services of the mark’s owner. In determining whether a mark possesses the requisite degree of recognition, the court may consider all relevant factors, including the following:

รู้จักกันอย่างกว้างขวางในหมู่สาธารณชนผู้บริโภคโดยทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกา (“general consuming public”) โดยสามารถระบุถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายนั้นได้³⁵ ดังนั้นคำพิงค์แค่เพียงความมีชื่อเสียงในหมู่ผู้บริโภคสินค้าดังกล่าว (Niche market fame) จึงไม่เข้าลักษณะเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายแต่อย่างใด³⁶

ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายดังกล่าวมีระดับของการรับรู้ที่จำเป็นหรือไม่นั้น กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ด้วยว่าศาลอาจพิจารณาจากปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องซึ่งรวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ระยะเวลา ขอบเขต และเขตพื้นที่ของการโฆษณาและการแสดงเครื่องหมายต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาหรือเผยแพร่โดยเจ้าของเครื่องหมายหรือโดยบุคคลที่สามก็ตาม
- 2) จำนวน ปริมาตร และเขตพื้นที่ของการขายสินค้าหรือการเสนอขายบริการภายใต้เครื่องหมายนั้น
- 3) ขอบเขตของการรับรู้เครื่องหมายที่แท้จริง
- 4) เครื่องหมายนั้นมีการจดทะเบียนไว้ในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่

2.2 ประเภทของการกระทำที่เป็นการเสื่อมทอนคุณค่า

กฎหมาย TDRA กำหนดการกระทำที่เป็นการเสื่อมทอนคุณค่าเป็น 2 กรณีได้แก่

(i) The duration, extent, and geographic reach of advertising and publicity of the mark, whether advertised or publicized by the owner or third parties.

(ii) The amount, volume, and geographic extent of sales of goods or services offered under the mark.

(iii) The extent of actual recognition of the mark.

(iv) Whether the mark was registered under the Act of March 3, 1881, or the Act of February 20, 1905, or on the principal register.

³⁵ เทียบ: คดี Times Mirror Magazines Inc., 212 F.3d at 164 (“We are persuaded that a mark not famous to the general public is nevertheless entitled to protection from dilution where both the plaintiff and defendant are operating in the same or related markets, so long as the plaintiff's mark possesses a high degree of fame in its niche market”)

³⁶ Ladas & Parry LLP. Trademark Dilution Revision Act Becomes Law [Online]. Available from: <http://www.ladas.com/BULLETINS/2006/FederalDilutionRevisionAct.shtml> [2007, December 10]

1. การเสื่อมทอนโดยทำให้ไม่ชัดเจน (Dilution by blurring) ตามมาตรา 1125 (c)(2)(B) คือความเกี่ยวเนื่องอันเกิดขึ้นจากความเหมือนคล้ายกันระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้ากับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย โดยเครื่องหมายที่ทำให้เสื่อมทอนนั้นได้ทำให้ลักษณะอันบ่งเฉพาะของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายต้องถูกทำลายลง

ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมทอนโดยทำให้ไม่ชัดเจนหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องซึ่งรวมถึงกรณีดังต่อไปนี้³⁷

- 1) ระดับของความเหมือนคล้ายระหว่างเครื่องหมายที่ทำให้เสื่อมทอนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย
- 2) ระดับของความมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย
- 3) ขอบเขตที่เจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายมีสิทธิในการใช้เครื่องหมายนั้นแต่เพียงผู้เดียว
- 4) ระดับของการรับรู้เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย
- 5) บุคคลที่ใช้เครื่องหมายที่ทำให้เสื่อมทอนนั้นจงใจสร้างความเกี่ยวเนื่องระหว่างเครื่องหมายดังกล่าวกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ และ
- 6) ความเกี่ยวเนื่องที่แท้จริงระหว่างเครื่องหมายที่ทำให้เสื่อมคุณค่ากับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

³⁷ Section 1125 (c)(2)(B) For purposes of paragraph (1), 'dilution by blurring' is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that impairs the distinctiveness of the famous mark. In determining whether a mark or trade name is likely to cause dilution by blurring, the court may consider all relevant factors, including the following:

- (i) The degree of similarity between the mark or trade name and the famous mark.
- (ii) The degree of inherent or acquired distinctiveness of the famous mark.
- (iii) The extent to which the owner of the famous mark is engaging in substantially exclusive use of the mark.
- (iv) The degree of recognition of the famous mark.
- (v) Whether the user of the mark or trade name intended to create an association with the famous mark.
- (vi) Any actual association between the mark or trade name and the famous mark.

2. การเสื่อมทอนโดยทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง (Dilution by tarnishment) ตามมาตรา 1125 (c)(2)(C) คือความเกี่ยวเนื่องอันเกิดขึ้นจากความเหมือนคล้ายกันระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้า กับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย โดยเครื่องหมายที่ทำให้เสื่อมทอนนั้นทำให้เกิดความเสียหายต่อความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายดังกล่าว แต่ในกรณีนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดปัจจัยสำหรับใช้ในการพิจารณาเรื่องการนำจะทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเอาไว้แต่อย่างใด³⁸

2.3 การพิสูจน์ถึงการเสื่อมทอนคุณค่า

มาตรา 1125(c)(1) ได้กำหนดให้บุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะทั้งที่เป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือที่เป็นลักษณะบ่งเฉพาะที่ได้มาในภายหลัง มีสิทธิที่จะใช้วิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาได้ โดยโจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า

1. เครื่องหมายนั้นมีชื่อเสียงแพร่หลาย
2. จำเลยเริ่มใช้ไม่ว่าในเวลาใดภายหลังที่เครื่องหมายนั้นมีชื่อเสียงแพร่หลาย
3. จำเลยใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้า ในทางการค้า และ
4. การใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงโดยทำให้ไม่ชัดเจนหรือโดยทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง โดยไม่ต้องคำนึงถึงความมีอยู่หรือความไม่มีอยู่ของการเกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด การแข่งขัน หรือความเสียหายทางเศรษฐกิจที่แท้จริง³⁹

บทบัญญัติที่ถูกรื้อแก้ไขใหม่ซึ่งช่วยแก้ปัญหาในแง่ภาระการพิสูจน์ของโจทก์ตามกฎหมาย FTDA เดิมที่ว่าเครื่องหมายของจำเลยนั้นทำให้เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายของ

³⁸ Section 1125 (c)(2)(C) For purposes of paragraph (1), 'dilution by tarnishment' is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that harms the reputation of the famous mark.

³⁹ Section 1125 (c)(1) Subject to the principles of equity, the owner of a famous mark that is distinctive, inherently or through acquired distinctiveness, shall be entitled to an injunction against another person who, at any time after the owner's mark has become famous, commences use of a mark or trade name in commerce that is likely to cause dilution by blurring or dilution by tarnishment of the famous mark, regardless of the presence or absence of actual or likely confusion, of competition, or of actual economic injury.

โจทก์เสื่อมทอนคุณค่าลง (burden of proving actual dilution)* ซึ่งยากต่อการพิสูจน์ในทางปฏิบัติ กฎหมาย TDRA จึงให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายแม้ว่าจะเป็นเพียงการนำจะก่อให้เกิดการเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายนั้นก็ตาม ทำให้โจทก์สามารถได้รับความคุ้มครองก่อนที่คุณค่าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายของโจทก์จะถูกทำลายลง⁴⁰

2.4 ข้อยกเว้นของการเสื่อมทอนคุณค่า

ในมาตรา 1125 (c)(3) มีการกำหนดข้อยกเว้นเฉพาะในเรื่องการทำให้เสื่อมทอนคุณค่าที่ทำให้การกระทำบางอย่างไม่ถือว่าเป็นการเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายได้แก่⁴¹

1. การใช้อย่างเป็นธรรม (fair use) ในกรณีใดๆ รวมทั้งการใช้แบบ nominative fair use หรือแบบ descriptive fair use หรือเพื่อความสะดวกของการใช้อย่างเป็นธรรม, ของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายโดยบุคคลอื่น นอกเหนือจากการนำไปใช้เพื่อระบุถึงแหล่งที่มาสำหรับสินค้าหรือการให้บริการของบุคคลที่นำเครื่องหมายไปใช้ ซึ่งรวมไปถึงการใช้ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับ

* ตามกฎหมาย FTDA ฉบับเดิมโจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงการเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้านั้นว่า 1) โจทก์เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย และ 2) เครื่องหมายการค้าของจำเลยทำให้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายของโจทก์เสื่อมทอนคุณค่าลง (actual dilution) โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความสับสนหลงผิดของสาธารณชนหรือการแข่งขันทางการค้าของโจทก์และจำเลยในคดีแต่อย่างใด (ดูคดี Moseley v. Secret Catalogue, Inc., 537 U.S. 418 (2003))

⁴⁰ Kaye Scholer. The Trademark Dilution Revision Act of 2006: A Major Overhaul of Federal Trademark Dilution Law[Online]. Intellectual Property Update, 2006. Available from: <http://www.kayescholer.com/>[2007, December 10]

⁴¹ Section 1125 (c)(3) The following shall not be actionable as dilution by blurring or dilution by tarnishment under this subsection:

(A) Any fair use, including a nominative or descriptive fair use, or facilitation of such fair use, of a famous mark by another person other than as a designation of source for the person's own goods or services, including use in connection with—

(i) advertising or promotion that permits consumers to compare goods or services; or

(ii) identifying and parodying, criticizing, or commenting upon the famous mark owner or the goods or services of the famous mark owner.

(B) All forms of news reporting and news commentary

(C) Any noncommercial use of a mark

1.1 การโฆษณาหรือการส่งเสริมการขายซึ่งยินยอมให้ผู้บริโภคเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการ หรือ

1.2 การบ่งชี้และการล้อเลียน การวิจารณ์ หรือการแสดงความเห็นที่มีต่อเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย หรือสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

2. การรายงานหรือการวิจารณ์ข่าวในรูปแบบต่างๆ

3. การใช้เครื่องหมายที่ไม่ใช่ในทางการค้า (Noncommercial use of a mark) เช่น การเปิดให้บริการผ่านเว็บไซต์โดยไม่คิดเงิน

จากหลักการข้างต้นจะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงใน meta tag นั้น หากไม่เข้าหลักการกระทำอันเป็นการทำให้เสื่อมทอนทั้งการกระทำโดยไม่ชัดเจน ตามมาตรา 1125 (c)(2)(B) หรือการทำให้เสื่อมชื่อเสียง ตามมาตรา 1125 (c)(2)(C) โดยตรง ก็อาจเป็นการยากที่ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นความผิด หากคำที่ใช้ใน meta tag นั้น แสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริง หรือใช้เพื่อการเปรียบเทียบ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นอย่างมาก

หากเป็นกรณีที่เจ้าของเว็บไซต์คู่แข่งนำไปใช้ในลักษณะที่ไม่เหมาะสมและไม่เข้าข่ายยกเว้นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด เช่น นำไปใช้กับเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาล่อแหลมหรือเว็บขายสินค้าด้วยคุณภาพซึ่งอาจทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเจ้าของเครื่องหมายมีความเกี่ยวข้องกับเว็บไซต์ดังกล่าว กรณีนี้เห็นว่าศาลก็สามารถวินิจฉัยว่าการใช้เครื่องหมายของผู้อื่นใน meta tag เป็นการกระทำความผิดในข้อหาทำให้เครื่องหมายเสื่อมทอนคุณค่าตามมาตรานี้ได้เช่นกัน เพราะกฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการหรือเงื่อนไขการนำเครื่องหมายไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์แต่มุ่งหมายที่จะคุ้มครองตัวเครื่องหมายเป็นสำคัญ

(3) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition)

กฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมถือเป็นกฎหมายที่มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวางครอบคลุมการกระทำในทางการค้าที่เกิดขึ้นได้ทุกรูปแบบ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความสำคัญคุ้มครองโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลร่วมกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมาย Lanham Act มาตรา 1125 (a)(1) หรือที่รู้จักโดยทั่วไปคือ มาตรา 43 (a) เรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) หรือหลักการเอาไปโดยไม่สุจริต (Misappropriation) ที่ให้ความสำคัญคุ้มครองทั้งเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและที่ไม่ได้จด

ทะเบียน⁴² รวมทั้งสิทธิเรียกร้องอื่นๆ ที่มีพื้นฐานทางเศรษฐกิจเหมือนกับการกระทำผิดต่อเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนซึ่งก็คือชื่อทางการค้า

“มาตรา 1125 (a)(1) บุคคลใดใช้ในทางการค้าเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ หรือบรรจุภัณฑ์สำหรับสินค้า โดยใช้คำ ข้อความ ชื่อ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือสิ่งประดิษฐ์ หรืออย่างใดอย่างหนึ่งที่กล่าวมานี้รวมกัน หรือแสดงข้อความเท็จเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดของสินค้า หรือบรรยายความเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง หรือทำให้เข้าใจผิดจากการแสดงข้อเท็จจริง ซึ่ง

(1) น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือน่าจะทำให้เข้าใจผิด หรือน่าจะหลอกลวงว่าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวเนื่องกันในทางใดทางหนึ่งกับบุคคลอื่น มีแหล่งกำเนิดเดียวกับบุคคลอื่น ได้รับการสนับสนุนจากบุคคลอื่น หรือสินค้าหรือบริการหรือกิจกรรมทางการค้าของตนได้รับความเห็นชอบจากบุคคลอื่น

จะต้องมีความรับผิดในทางแพ่งต่อบุคคลซึ่งได้รับหรือน่าจะได้รับความเสียหายจากการนั้น”⁴³

การพิจารณาการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายข้างต้น โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า

1. จำเลยใช้ชื่อหรือเครื่องหมายของโจทก์ในทางการค้า
2. โดยการแสดงแหล่งกำเนิดอันเป็นเท็จ (false designation of origin) หรือโดยการหลอกลวงหรือทำให้เกิดการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง (false or misleading description of fact) หรือโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (false representation) และ

⁴² ดู Coach Leatherware Co. v. AnnTaylor, Inc., 933 F.2d 162, 168, 18 U.S.P.Q.2d (BNA) 1907, 1912 (2d Cir. 1991).

⁴³ Section 43 (a) of the Lanham Act 15 U.S.C. § 1125(a) Civil action

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which-

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

3. การใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือน่าจะทำให้เข้าใจผิด หรือน่าจะหลอกลวงว่าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวเนื่องกันในทางใดทางหนึ่งกับบุคคลอื่น มีแหล่งกำเนิดเดียวกับบุคคลอื่น (origin) ได้รับการสนับสนุนจากบุคคลอื่น (sponsorship) หรือสินค้าหรือบริการหรือกิจกรรมทางการค้าของตนได้รับความเห็นชอบจากบุคคลอื่น

จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองตามหลักกฎหมายข้างต้นสามารถครอบคลุมการกระทำ ความผิดได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้นในการฟ้องร้องคดีเรื่องการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ศาลจึงสามารถนำหลักกฎหมายเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมาปรับใช้กับการนำคีย์เวิร์ดไปใช้ในการหาประโยชน์ทางการค้าอย่างการใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์ได้ด้วย

ในส่วนองค์ประกอบทางกฎหมายจะพบว่าการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาค่าคล้ายคลึงกับการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าหลายประการ ทั้งในเรื่องการใช้ในทางการค้าและการพิจารณาเรื่องที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดที่ศาลสามารถนำหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นรวมทั้งปัจจัยในการพิสูจน์มาปรับใช้ในกรณีนี้ได้เช่นกัน⁴⁴ รายละเอียดเนื้อหาในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงไม่นำมากล่าวซ้ำอีก (รายละเอียดโปรดดูในหัวข้อ 3.1.1 (1) ข้อ 1.1 และ 1.2)

(4) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น

หลังจากได้ทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องในหัวข้อก่อนแล้ว ในที่นี้จะยกตัวอย่างคดีเพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลสหรัฐอเมริกาเพื่อวินิจฉัยความผิดกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์ ได้แก่ 1) คดี Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label 2) คดี Brookfield Communications, Inc. v. W. Coast Entertainment Corp. 3) คดี Union L.L.C. v. Credit Research, Inc. และ 4) คดี Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles โดย 2 คดีแรก เป็นกรณีที่ศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้คีย์เวิร์ดใน meta Tag ของเว็บไซต์ เข้าข่ายการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมาย ส่วน 2 คดีหลังเป็นตัวอย่างคดีที่ศาลตัดสินว่าเป็นกรณีที่เจ้าของเว็บไซต์สามารถนำมาใช้เป็นคีย์เวิร์ดใน meta tag ได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย

⁴⁴ ดู Ross Bicycles, Inc. v. Cycles USA, Inc., 765 F.2d 1502, 1503-04 (11th Cir. 1985) (stating that in a claim for unfair competition under section 43(a), the relevant factors “are identical to the factors relevant to establishing a likelihood of confusion with respect to trademark infringement under 15 U.S.C. § 1114”)

1. คดี Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label⁴⁵

คดีนี้โจทก์คือ Playboy Enterprises Inc. (PEI) ได้ยื่นฟ้องจำเลยคือ Calvin Designer Label, Calvin Fuller และ Calvin Merit ที่ใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของโจทก์คำว่า “PLAYBOY” และ “PLAYMATE” ใน meta tag โดยไม่ได้รับอนุญาตและจำเลยยังทำการสแปมหน้าเพจโดยใช้คำว่า “PLAYBOY” และ “PLAYMATE” เป็นจำนวนหลายร้อยครั้งซึ่งช่วยส่งผลให้เว็บไซต์ของจำเลยปรากฏอยู่ในอันดับต้นๆ ของผลการค้นหาบนเว็บโปรแกรมค้นหาบางแห่งเมื่อพิมพ์คำค้นหาดังกล่าวอันเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์เพื่อจุดประสงค์ในการดึงดูดผู้ใช้อินเทอร์เน็ตให้เข้ามายังเว็บไซต์ของจำเลย โจทก์จึงยื่นฟ้องในข้อหาละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ข้อหาการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามหลักเรื่องการแสดงแหล่งกำเนิดอันเป็นเท็จ (false designation of origin) และการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (false representation)

ในการตัดสินคดีศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการใช้เครื่องหมายในทางการค้าและการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ใน meta tag ของเว็บไซต์ก็มีผลทำให้บุคคลทั่วไปที่พิมพ์คำค้นหาโดยใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์สามารถเข้าถึงเว็บไซต์ของจำเลยได้อันก่อให้เกิดความสับสนว่าเว็บไซต์ของจำเลยมีความเกี่ยวข้องกับโจทก์หรือเป็นเว็บไซต์ของโจทก์ แต่เนื่องจากการใช้ใน meta tag เป็นการใช้ในลักษณะที่ไม่ปรากฏให้เห็นภายนอก ทำให้ไม่สามารถปรับเข้ากับหลักกฎหมายเรื่องการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้* ศาล (U.S. District Court of San Francisco) จึงอาศัยกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมาปรับใช้กับคดีนี้โดยก็ถือว่าเป็นการแข่งขันในทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมกับโจทก์โดยมีคำสั่งก่อนการชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) ห้ามจำเลยใช้คำว่า “PLAYMATE” หรือ “PLAYBOY” ตามคำขอของโจทก์

2. คดี Brookfield Communications, Inc. v. W. Coast Entertainment Corp.⁴⁶

คดีนี้โจทก์คือ Brookfield Communications, Inc. (Brookfield) เป็นผู้ประกอบธุรกิจรวบรวมและขายข้อมูลเกี่ยวกับอุตสาหกรรมบันเทิง (entertainment industry) มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1987 ต่อมาในปี 1993 ได้ขยายการให้บริการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะฐานข้อมูลการค้นหา (searchable database) ภาพยนตร์ ไปยังตลาดผู้บริโภคภายใต้เครื่องหมายการค้าและ

⁴⁵ No. C-97-3204 (N.D. Cal., Sept. 8, 1997)

* คดีนี้เป็นการตัดสินคดีก่อนที่ศาลอุทธรณ์ที่ 9 จะวางหลัก IIC ในคดี Brookfield

⁴⁶ 174 F.3d 1036, 1044 (9th Cir. 1999)

เครื่องหมายบริการ “MOVIEBUFF” โดยในปี 1996 Brookfield พยายามจะจดทะเบียนชื่อโดเมน “moviebuff.com” แต่ปรากฏว่าจำเลยคือ West Coast Entertainment Corp. (West Coast) ซึ่งเป็นหนึ่งในร้านเช่า video ที่ใหญ่ที่สุดได้จดทะเบียนชื่อโดเมนดังกล่าวไปแล้วโดยอ้างว่าคำว่า “Movie buff” เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายบริการของตนคือ “The Movie Buff’s Movie Store” ซึ่งมีการจดทะเบียนเครื่องหมายกลางไว้ในปี 1991 อีกทั้ง West Coast ยังใช้คำว่า “movie buff” ในการโฆษณาอีกด้วย เมื่อใช้ชื่อ “moviebuff.com” ไม่ได้ Brookfield จึงเปลี่ยนมาใช้ชื่อโดเมนว่า “brookfieldcomm.com” และ “moviebuffonline.com” สำหรับขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์และเข้าสู่ (access) ฐานข้อมูลแทน ต่อมาในปี 1998 Brookfield ทราบว่า West Coast ต้องการทำเว็บไซต์สำหรับทำฐานข้อมูลการค้นหาภาพยนตร์คล้ายกับของ Brookfield โดยใช้ชื่อ “moviebuff.com” Brookfield จึงส่งจดหมายแจ้งให้ West Coast หยุดและเลิกการกระทำดังกล่าว แต่วันต่อมา West Coast กลับทำการเปิดตัวเว็บไซต์นั้น

Brookfield จึงยื่นฟ้อง West Coast โดยอ้างว่าการทำฐานข้อมูลภาพยนตร์โดยใช้ชื่อ “moviebuff.com” เป็นชื่อโดเมนและการใช้คำว่า “moviebuff” ใน meta tag ของเว็บไซต์เพื่อใช้ทำฐานข้อมูลที่คล้ายกับของ Brookfield เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 1114 (1) และเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 1125 (a) ของกฎหมาย Lanham Act* เนื่องจากทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิด (confuse) และเป็นการเบี่ยงเบน (divert) ความสนใจของผู้บริโภค

ในการพิจารณาคดีศาลเห็นว่าแม้บทบัญญัติทั้ง 2 มาตราจะอาศัยมูลความผิดที่แตกต่างกัน แต่การวิเคราะห์หาความผิดมีความคล้ายคลึงกันมากจึงวินิจฉัยข้อกล่าวหาตามคำฟ้องของโจทก์ทั้ง 2 กรณีว่าเป็นการ “ละเมิดสิทธิ” (infringement) ภายใต้กฎหมาย Lanham Act โดยโจทก์ต้องพิสูจน์องค์ประกอบความผิดฐานละเมิดเครื่องหมายการค้าและการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมให้ศาลเห็นว่า

1) เครื่องหมายของโจทก์เป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน

* คดีนี้โจทก์ไม่ได้กล่าวอ้างเรื่องการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมทอนคุณค่า (trademark dilution) มาตั้งแต่ต้น ศาลจึงถูกจำกัดให้วินิจฉัยเฉพาะประเด็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าและการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเท่านั้น แต่มีการตั้งข้อสังเกตว่าสาเหตุที่โจทก์ขอความคุ้มครองโดยอ้างเรื่องการละเมิดเครื่องหมายการค้าและการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยไม่กล่าวถึงการทำให้เสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 1125 (c) ของกฎหมาย FTDA อาจเป็นเพราะโจทก์เห็นว่าการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดเรื่องเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง (famous mark) พิสูจน์ให้เห็นได้ยากก็เป็นได้

2) จำเลยได้กระทำในทางการค้าโดยการใช้เครื่องหมายของโจทก์ในทางการค้า และ

3) การใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

ประเด็นแรกศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีปรากฏชัดว่าจำเลยได้ใช้เครื่องหมาย “MOVIEBUFF” ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของโจทก์ในทางการค้าเพื่อใช้ในการทำธุรกิจเว็บไซต์ของจำเลย และประเด็นต่อมาได้ทำการวิเคราะห์เรื่องการน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดโดยอาศัยปัจจัย 8 ประการที่ศาลอุทธรณ์ที่ 9 เคยวางหลักเอาไว้ในคดีอื่นๆ สำหรับพิจารณาดีที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต โดยเห็นว่าแม้การใช้คำว่า “moviebuff” ใน meta tag ของเว็บไซต์จะเป็นวิธีการทำให้เว็บไซต์ของจำเลยปรากฏอยู่บนรายชื่อผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหาเคียงข้างกับเว็บไซต์ของโจทก์ แต่ก็ยากที่จะมีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นเพราะผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสามารถดูรายชื่อผลการค้นหาและเลือกเข้าไปยังลิงก์ของเว็บไซต์ที่ต้องการได้ รวมทั้งยังสามารถรู้ได้ว่าเว็บไซต์ที่คลิกเข้าไปนั้นไม่ใช่เว็บไซต์ของโจทก์โดยดูจากชื่อโดเมนบนหน้าเว็บ อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มี ความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นแต่การใช้คำว่า “moviebuff” ใน meta tag ก็ทำให้จำเลยได้รับประโยชน์จากค่าความนิยม (goodwill) ในเครื่องหมาย “MOVIEBUFF” ของโจทก์ การที่ผู้บริโภคค้นหาเว็บไซต์ของโจทก์แล้วเลือกที่จะเข้าไปดูเว็บไซต์ของจำเลยแทนย่อมก่อให้เกิดความสับสนในเบื้องต้น (initial interest confusion) เพียงพอที่จะถือเป็นการละเมิดสิทธิ (infringement) ได้

ทั้งนี้ผู้พิพากษา Diarmuid O’Scannlain ได้อธิบายเปรียบเทียบการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นใน meta tag ของเว็บไซต์ว่าเหมือนกับการตั้งป้ายโฆษณา โดยสมมุติว่า Blockbuster ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งของ West Coast ตั้งป้ายโฆษณาไว้ข้างถนนทางด่วน (misleading highway billboard) โดยเขียนข้อความโฆษณาว่า “West Coast Video ตั้งอยู่ที่ทางออกถัดไป” แต่เมื่อขับไปถึงทางออกแล้วกลับพบว่าเป็นร้านของ Blockbuster ที่ตั้งอยู่ ผู้บริโภคที่เห็นว่าไม่คุ้มหรือไม่อยากขับรถไปหาต่อจึงตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าจาก Blockbuster ซึ่งเป็นร้านที่ใกล้ที่สุดแทน กรณีนี้จะเห็นได้ว่าในขณะที่ทำการซื้อขายผู้บริโภคทราบดีว่าร้านดังกล่าวไม่ใช่ร้านของ West Coast ที่ตั้งใจไว้แต่แรก แต่การกระทำของ Blockbuster เป็นการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในเบื้องต้น โดยการเอาไปโดยมิชอบซึ่งค่าความนิยมของ West Coast และเบี่ยงเบน (ลวง) เอาลูกค้าของ West Coast ไป (misappropriating West Coast’s goodwill and diverting their potential customers)

ตอนท้ายของคำพิพากษาศาลได้สรุปเอาไว้ด้วยว่าการสับสนหลงผิดที่เกิดขึ้นนี้จัดว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม (fundamentally unfair) ซึ่งเป็นความสับสนหลงผิดที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าต้องการให้ความคุ้มครอง (“exactly what the trademark laws are designed to prevent.”)⁴⁷

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า แม้ผลการตัดสินของทั้งสองคดี (1) และ (2)) ศาลจะสามารถตัดสินว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นใน meta tag เป็นความผิดได้เหมือนกัน แต่กฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีจะมีข้อแตกต่างกัน โดยใน คดี Playboy ศาลตัดสินให้ผิดตามกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ในขณะที่คดี Brookfield ถือเป็นการผิดทั้งกฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ข้อแตกต่างข้างต้นเกิดขึ้นเนื่องจากปัญหาในการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดทางกฎหมายเรื่องการพิจารณาหาความสับสนหลงผิดที่แม้ว่าหลักกฎหมายทั้ง 2 เรื่อง จะมีองค์ประกอบคล้ายคลึงกันคือ การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด แต่การพิจารณาว่ามีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้าใน meta tag นั้นยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าการใช้เครื่องหมายการค้าโดยนัยยะแฝง (invisible) ที่ไม่ได้นำไปใช้กับสินค้าโดยตรง จะทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนได้อย่างไร ทำให้การตัดสินใน คดี Playboy ศาลไม่อาจนำกฎหมายเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้ได้และต้องหาทางออกโดยการปรับใช้หลักกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมว่าเป็นการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมต่อใจทุก

แต่ทว่าใน คดี Brookfield ปัญหาการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดดังกล่าวได้รับการแก้ไขโดยศาลได้นำหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้น หรือ IIC มาปรับใช้ในการพิจารณาองค์ประกอบเรื่องความสับสนหลงผิดว่ามีความสับสนเกิดขึ้นจากการใช้ดังกล่าว ทำให้ศาลสามารถให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ และนับเป็นคดีสำคัญคดีแรกที่มีการนำหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นมาปรับใช้ในการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตในประเด็นเรื่องการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการใช้คีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าใน meta tag ของเว็บไซต์

⁴⁷ Zachary J. Zweihorn, “Searching for Confusion: The Initial Interest Confusion Doctrine and Its Misapplication to Search Engine Sponsored Links,” *Cornell Law Review* 91, 1343 (September, 2006): pp. 6-7. และ Peter H. Burkard, “Remedies Against Unlawful Domain Name: A Comparison of Recent Developments under US and German Law,” *The West Virginia Journal of Law and Technology* (December 1, 2000): pp. 10-12.

ถึงแม้ว่าคดี Brookfield จะเป็นการวางแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตที่ตามมาอีกหลายคดี แต่กลับพบว่าศาลบางแห่งรวมทั้งนักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจำนวนหนึ่ง ไม่เห็นด้วยที่จะใช้หลัก IIC ไปขยายความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการนำไปใช้บนอินเทอร์เน็ต โดยเห็นว่าความสับสนที่เกิดขึ้นเป็นเพียงการสร้างความลำบากให้กับผู้บริโภคที่จะต้องทำการค้นหาใหม่เท่านั้น ซึ่งในท้ายที่สุดผู้บริโภคก็จะพบเว็บไซต์ของผู้ประกอบการที่ต้องการ⁴⁸ ความเสียหายและผลกระทบที่เกิดขึ้นจึงยังไม่ถึงขั้นร้ายแรงจนเป็นการทำลายหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งแตกต่างกับคดีออฟไลน์หากว่าผู้บริโภคเริ่มสนใจสินค้าจากความสับสนเกี่ยวกับชื่อเสียงของสินค้าดังกล่าว แต่ในท้ายที่สุดก็ตัดสินใจไม่ซื้อเมื่อรู้ว่าไม่ใช่สินค้าที่ต้องการ ทำให้ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายไปกับการค้นหาข้อมูลผู้ประกอบการที่ต้องการอีกครั้งหนึ่ง และถึงแม้ว่าผู้บริโภคจะซื้อสิ่งที่รู้ก็ตาม การซื้อนั้นก็อาจเป็นเพราะไม่ต้องการที่จะเสียเวลาหาข้อมูลเพิ่มเติมอีกกรณีนี้จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะขยายความคุ้มครองให้เป็นไปตามกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁴⁹

แต่ก็มีผู้ที่เห็นว่าหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้น (IIC) เป็นหลักสำคัญสำหรับให้ความคุ้มครองการประกอบธุรกิจบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หากไม่มีการปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต ประโยชน์จูงใจที่ทำให้ผู้ประกอบการหันมาทำธุรกิจออนไลน์ก็จะลดลงเพราะถ้าหากผู้บริโภคหาเว็บไซต์ของผู้ประกอบการรายหนึ่งแล้วปรากฏว่าไปเจอเว็บไซต์ของผู้ประกอบการอีกรายที่เป็นคู่แข่งแทนจากการใช้วิธีการดึงดูดความสนใจโดยทำให้เกิดความสับสนในเบื้องต้น และในท้ายที่สุดผู้บริโภคก็ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าจากคู่แข่งดังกล่าว กรณีนี้ผลประโยชน์อันพึงได้รับจากการลงทุนของผู้ประกอบการเจ้าของเว็บไซต์ในการทำธุรกิจออนไลน์ย่อมลดลงเนื่องจากต้องสูญเสียลูกค้าจากการขาดการควบคุมโดยหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้น จนอาจทำให้ผู้ประกอบการเหล่านี้ขาดแรงจูงใจ และเปลี่ยนความตั้งใจจากการทำธุรกิจร้านค้าออนไลน์แล้วหันไปให้ความสำคัญกับการตั้งร้านค้าออฟไลน์แทน หลัก IIC จึงสามารถให้ความคุ้มครองเจ้าของ

⁴⁸ Stacey L. Dogan, and Mark A. Lemley, "Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet," *Houston Law Review* (2004) (arguing that expansive trademark protection on the Internet is counter to trademark law's goal of reducing consumer search costs)

⁴⁹ Zachary J. Zweihorn, "Searching for Confusion: The Initial Interest Confusion Doctrine and Its Misapplication to Search Engine Sponsored Links," *Cornell Law Review* 91, 1343: pp. 5-6.

สิทธิที่ได้รับผลกระทบได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵⁰ เนื่องจากเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีได้ง่าย แม้จะเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อนอย่างเช่นการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ต

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจจุบันการนำหลัก IIC มาปรับใช้กับคดีบนอินเทอร์เน็ตจะยังคงเป็นปัญหาที่มีการถกเถียงกันในทางวิชาการอยู่ แต่จนถึงขณะนี้ศาลของสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ก็ยังคงอ้างถึงคดี Brookfield สำหรับใช้ในวิเคราะห์หาความผิดในคดีที่มีความยุ่งยากในการวินิจฉัยถึงแม้หลาย ๆ คดีศาลจะตัดสินให้โจทก์แพ้เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นในขณะที่ทำการซื้อขาย⁵¹ แต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธหลักการดังกล่าวเอาไว้โดยตรง และในปัจจุบันศาลอุทธรณ์ส่วนใหญ่ซึ่งเคยตั้งข้อสงสัยในหลักดังกล่าวก็หันมายอมรับและนำมาปรับใช้เป็นการทั่วไปเพื่อให้ความคุ้มครอง⁵²

ตามความเห็นของผู้วิจัยเกี่ยวกับความจำเป็นของการนำหลัก IIC มาปรับใช้คดีออนไลน์นั้น เห็นว่าการป้องกันแข่งขันที่เป็นธรรมในทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการทั้งทางออนไลน์หรือออฟไลน์ ถือเป็นสิ่งสำคัญที่กฎหมายควรจะทำให้ความคุ้มครองและคงรักษาไว้ไม่ว่าวิธีการหรือรูปแบบในการแข่งขันจะเปลี่ยนแปลงไปตามความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นประการใด และในเมื่อการดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคทางออนไลน์ โดยการทำให้สับสนหลงผิดในเบื้องต้นสามารถเกิดขึ้นได้แม้จะเป็นแค่เพียงการแสดงข้อมูลในหน้าผลการค้นหา การกระทำของผู้ประกอบการคู่แข่งที่พยายามเบี่ยงเบนความสนใจของผู้บริโภคโดยอาศัยความมีชื่อเสียง หรือค่าความนิยมของเจ้าของเครื่องหมายดังกล่าว เพื่อเพิ่มโอกาสในแสวงหาประโยชน์จากการเข้าถึงผู้บริโภคในลำดับต่อไปนั้น ก็น่าจะมีเหตุผลสมควรเพียงพอที่จะถือว่ามี การกระทำอันเป็นการกระทบสิทธิเกิดขึ้นและกฎหมายควรที่จะเข้ามาให้ความคุ้มครองเจ้าของสิทธิในกรณีนี้เช่นกัน

⁵⁰ “Confusion in Cyberspace: Defending and Recalibrating the Initial Interest Confusion Doctrine,” *Harvard Law Review* 41, 3 (2004), cited in Zachary J. Zweihorn, “Searching for Confusion: The Initial Interest Confusion Doctrine and Its Misapplication to Search Engine Sponsored Links,” *Cornell Law Review* 91, 1343: pp. 5-6.

⁵¹ คดี Wells Fargo & Co. v. WhenU.com., 293 F. Supp. 2d 734, 762 (E.D. Mich. 2003)

⁵² Zachary J. Zweihorn, “Searching for Confusion: The Initial Interest Confusion Doctrine and Its Misapplication to Search Engine Sponsored Links,” *Cornell Law Review* 91, 1343: pp. 8-9.

สำหรับประเด็นเรื่องจำนวนความเสียหายในกรณีที่ผู้บริโภคต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายไปกับการหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตและในกรณีผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายดังกล่าวที่ต้องสูญเสียโอกาสทางธุรกิจของตนที่มีต่อผู้บริโภค เห็นว่าควรแยกพิจารณาเป็นคนละประเด็น และไม่ควรรนำมาใช้เป็นเหตุขัดขวางแนวคิดในการรักษาความเป็นธรรมในการประกอบการค้าตามหลักการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม การที่ศาลของสหรัฐอเมริกาสามารถสร้างหลักเกณฑ์เฉพาะ (IIC) ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวแม้จะเป็นหลักที่ขยายการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายออกไปเพื่อให้ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายในการวินิจฉัยปัญหาและให้ความคุ้มครองได้ง่ายขึ้น ก็น่าจะถือเป็นอีกหนทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหาที่ได้ผลเร็ว และสามารถกระทำได้หากมีระบบกฎหมายที่เอื้ออำนวย

3. คดี Union L.L.C. v. Credit Research, Inc.⁵³

คดีนี้ศาลตัดสินว่าจำเลยมีสิทธิที่จะใช้ชื่อทางการค้าของ Trans Union ใน meta tag ของเว็บไซต์ได้เนื่องจากธุรกิจ credit bureau ของจำเลยเป็นธุรกิจที่อาศัยฐานข้อมูลจาก Trans Union จริงๆ จึงไม่เป็นการแสดงข้อความเท็จอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแต่อย่างใด

4. คดี Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles⁵⁴

คดีนี้เป็นคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม (Fair use) ซึ่งแม้จะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า Terri Welles (Welles) เป็นอดีตนางแบบของ Playboy Enterprises, Inc. (PEI) เคยขึ้นปกนิตยสาร Playboy ในปี 1981 และได้รับเลือกเป็น Playboy playmate of the year ประจำปี 1981 Welles ได้ใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของ PEI คำว่า “Playboy” “Playmate” ใน meta tags ของเว็บไซต์ตัวเองคือ terrywelles.com ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่เสนอข้อมูลและรูปภาพของ Welles โดยผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสามารถเข้าไปดาวน์โหลดได้โดยไม่มีค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังมีโฆษณาขายรูปภาพและโฆษณาสมาชิกชมรมถ่ายภาพรวมถึงประชาสัมพันธ์การให้บริการเป็นพิธีกร และในประวัติส่วนตัวของ Welles ได้มีการบรรยายว่า Welles ได้รับเลือกให้เป็น playmate of the year ในปี 1981 และปีอื่นๆ ที่เป็นนางแบบให้กับ PEI

⁵³ 142 F. Supp. 2d 1029 (N.D. 111. 2001)

⁵⁴ No. C-97-3204 (N.D. Cal., Sept. 8, 1997) (U.S. 9th Cir. 2002)

PEI ยื่นฟ้อง Welles ว่าทำการหลอกลวงผู้บริโภคให้ไปที่เว็บไซต์ของ Welles แทนเว็บไซต์ของ PEI จากการใช้เครื่องหมายการค้าของ PEI ในชื่อหาละเมิดเครื่องหมายการค้า ชื่อหาการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในเรื่องการแสดงแหล่งกำเนิดอันเป็นเท็จ (false designation of origin) และชื่อหาการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมทอนคุณค่า แต่ศาลชั้นต้น (U.S. District Court for the Southern District of California) พิพากษายกฟ้อง PEI ซึ่งต่อมา PEI ได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลในชื่อหาละเมิดเครื่องหมายการค้าและชื่อหาทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมทอนคุณค่า

ในการวินิจฉัยอุทธรณ์ศาลได้นำหลัก nominative use มาใช้ในการตัดสินคดีซึ่งมีองค์ประกอบรวม 3 ประการคือ

ประการที่หนึ่ง สินค้าหรือบริการนั้นไม่สามารถหาคำอื่นใดเพื่อใช้ระบุถึงสินค้าหรือบริการดังกล่าวนอกจากจะใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้า

ประการที่สอง ต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อปกป้องถึงสินค้าหรือบริการเท่านั้น จำเป็นตามสมควรเท่านั้น

ประการที่สาม ต้องไม่ใช่เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่ดูเหมือนว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนหรือรับรองให้ใช้เครื่องหมายนั้นได้

ในการวินิจฉัยประเด็นการใช้คำว่า “Playboy” และ “Playmate” ของ PEI ใน meta tags ของเว็บไซต์ ศาลเห็นว่า meta tag เป็นการอธิบายเนื้อหาของเว็บไซต์โดยใช้คีย์เวิร์ดซึ่งโปรแกรมค้นหาบางแห่งจะใช้ meta tag เพื่อระบุถึงเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องกับการค้นหา ดังนั้น เมื่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตพิมพ์คำว่า “Playboy” และ “Playmate” ลงไป เว็บไซต์ของ Welles ก็จะไปปรากฏในหน้าผลการค้นหาด้วย แต่เนื่องจาก Welles ไม่ได้ใช้คำดังกล่าวบ่อยครั้งจึงทำให้เว็บไซต์ของ Welles ไม่ได้อยู่ในอันดับต้นๆ ของผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหา

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบทั้ง 3 ประการตามหลัก nominative use ศาลให้ความเห็นว่า Welles ไม่สามารถอธิบายถึงข้อมูลของตัวเองใน meta tag ได้โดยไม่ใช้เครื่องหมายการค้าของ PEI อีกทั้งเนื้อหาในเว็บไซต์ส่วนใหญ่เป็นการเขียนถึงการร่วมงานของ Welles กับ PEI ในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมา การใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าจึงเป็นการอธิบายถึงเนื้อหาของเว็บไซต์ได้ชัดเจนที่สุดเพราะถ้าจะบังคับให้ Welles ต้องหาคำหรือประโยคอื่นมาใช้แทนเพื่อระบุถึง Welles ย่อมเป็นการไม่เหมาะสม เนื่องจากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอาจต้องใช้เวลามากขึ้นเพื่อค้นหาเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องและคงยากที่จะมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคนใดสามารถจดจำคำค้นหายาวๆ ได้ถูกต้องเช่น คำ

ว่า “the nude model selected by Mr. Hefner’s organization. . . .” และถ้าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจำชื่อและประวัติของ Welles ไม่ได้ ก็คงต้องเดาประโยคให้ถูกต้องเพื่อใช้ในการค้นหาเว็บไซต์นั้น

จากเหตุผลข้างต้นศาลอุทธรณ์ที่ 9 จึงตัดสินให้ Welles เป็นฝ่ายชนะคดี โดยเห็นว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของ PEI ใน Meta Tags ของเว็บไซต์เป็นการใช้แบบ nominative use ซึ่งมีเหตุผลที่จะใช้ได้ตามกฎหมายกล่าวคือเพื่อให้อธิบายเกี่ยวกับตัวเองและเนื้อหาในเว็บไซต์โดยสื่อถึงผลงานและความสำเร็จด้านการงานของ Welles คือการเป็นอดีต Playmate of the year ของ PEI โดยมีได้มีการทำให้ผู้ใช้งานสับสนหรือเข้าใจผิด (mislead) ว่าเว็บไซต์ terrywelles.com ได้รับการสนับสนุนหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับ PEI แต่อย่างใด ศาลจึงปฏิเสธคำขอของ PEI ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ Welles หยุดใช้เครื่องหมายการค้าของ PEI ในชื่อหาละเมิดเครื่องหมายการค้า

ในส่วนข้อหาทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมทอนคุณค่าเนื่องจากการใช้เครื่องหมายในกรณีนี้เป็นการใช้แบบ nominative use จึงไม่ได้ทำให้ความหมายหรือคุณค่าของเครื่องหมายการค้าของ PEI เปลี่ยนไปหรือลดลงแต่อย่างใดเพราะในอดีต Welles เคยเป็นนางแบบของ PEI จริงๆ จึงเป็นเรื่องปกติที่บุคคลจะกล่าวอ้างถึงเกียรติคุณหรือชื่อเสียงที่ตนได้รับเพื่อปกป้องถึงตัวเอง เว้นเสียแต่ว่าจะมีการระบุนามเอาไว้ในสัญญา ดังนั้นตราบใดที่ใช้เครื่องหมายการค้ายังเป็นการใช้แบบ nominative use บุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ไม่อาจอ้างความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ ศาลจึงตัดสินว่าการใช้เครื่องหมายการค้าใน Meta Tags ดังกล่าวไม่เป็นการทำให้เครื่องหมายการค้าของ PEI เสื่อมทอนคุณค่าแต่อย่างใด*

ตามตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในข้อ 3) และ 4) จะเห็นได้ว่า ข้อยกเว้นเรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม (Fair use) สามารถนำมาปรับใช้กับการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นบนอินเทอร์เน็ตได้เช่นเดียวกัน ถึงแม้ทั้ง 2 คดีจะเป็นการใช้ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการใช้โดยผิดกฎหมายเสมอไป หากมีเหตุผลที่ดีในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยอยู่บนพื้นฐานของเรื่องจริงและวิธีการนำไปใช้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรมตามหลักกฎหมาย กรณีนี้ก็ย่อมเป็นการใช้อย่างถูกต้องและไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของคีย์เวิร์ดแต่อย่างใด ซึ่งเป็นแนวคิดที่ผู้วิจัยเห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะมีฉะนั้นจะกลายเป็นว่าเจ้าของคีย์เวิร์ดสามารถอ้างสิทธิผูกขาดในชื่อหรือเครื่องหมายได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งไม่น่าจะถูกต้องนัก

* คำพิพากษาคดีนี้เป็นตัดสินตามกฎหมาย FTDA ซึ่งผลการตัดสินดังกล่าวยังคงสอดคล้องกับกฎหมาย TDRA ที่มีการแก้ไข

โดยสรุปแล้ว ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสามารถให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดจากการที่มีบุคคลอื่นนำไปใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์ได้ โดยถือว่ามีผลกระทบต่ออันเป็นความผิดตามกฎหมายเกิดขึ้นในกรณีนี้ ซึ่งโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ครบตามองค์ประกอบความผิดของกฎหมายในแต่ละเรื่อง แต่การนำไปใช้ดังกล่าวจะถือเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่นั้น การพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกาจะขึ้นอยู่กับเหตุผลและวิธีการนำไปใช้ของผู้ใช้เป็นหลัก แม้จะนำไปใช้กับเว็บไซต์ทางการค้าก็สามารถกระทำได้เช่นกัน

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายสำคัญที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้แก่ กฎหมาย Trade Marks Act of 1994 ซึ่งให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนกับสำนักสิทธิบัตรอังกฤษ (U.K. Patent Office) ในประเทศอังกฤษ หรือถ้าหากเครื่องหมายดังกล่าวได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็น Community trade mark (C.T.M.) ก็จะได้รับคุ้มครองทั่วทั้งสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมาย Council Regulation 40/94 on the Community Trade Mark ด้วย⁵⁵ แต่ถ้าเป็นชื่อหรือเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนจะอาศัยความคุ้มครองตามหลักกฎหมายเรื่องลวงขาย (passing off) ซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (common law) เป็นสำคัญ⁵⁶

กรณีเครื่องหมายการค้า ในมาตรา 1 (1) กฎหมาย Trade Marks Act 1994 ได้กำหนดความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” เอาไว้ว่า

“เครื่องหมายการค้า หมายถึง เครื่องหมายใดๆ ที่สามารถแสดงออกมาเป็นภาพวาดหรือการเขียน (Graphic) ที่สามารถใช้แบ่งแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากรายอื่นได้

เครื่องหมายการค้าอาจประกอบด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) แบบผลิตภัณฑ์ ตัวหนังสือ ตัวเลข หรือรูปร่างของสินค้าหรือหีบห่อของสินค้า”⁵⁷

⁵⁵ Elizabeth Susan Singleton, *eCommerce: a practical guide to the law* (Great Britain: Gower, 2001), pp. 15-16.

⁵⁶ Micheal Chissick, and Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, Second edition (London: Sweet & Maxwell, 2000), pp. 142-143.

⁵⁷ Section 1 (1) In this Act a “trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

จากคำนิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขของเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นเครื่องหมายที่สามารถใช้แยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของธุรกิจหนึ่งออกจากธุรกิจอื่นได้⁵⁸ ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดขึ้นในภายหลังโดยการใช้ ซึ่งเป็นหน้าที่สำคัญของเครื่องหมายการค้า

สำหรับชื่อทางการค้า แม้ประเทศอังกฤษจะมีการตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับชื่อทางการค้าหลายฉบับเป็นต้นว่า กฎหมาย Business Names Act 1985 กฎหมาย Companies Act 1985 ซึ่งวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ชื่อทางการค้าของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลว่าการใช้ชื่อทางการค้านั้นต้องอยู่ในขอบเขตอย่างไร หรือกฎหมาย Enterprise Names Act 2002 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อแก้ไขกฎหมายเดิมที่เกี่ยวข้องกับชื่อทางการค้าหรือชื่อทางธุรกิจฉบับต่าง ๆ⁵⁹ แต่กฎหมายทั้งหมดที่กล่าวถึงนี้ ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่ก่อตั้งสิทธิในชื่อทางการค้าหรือกำหนดให้สิทธิในชื่อทางการค้าต้องได้มาโดยการจดทะเบียน สิ่งสำคัญนั้นอยู่ตรงที่หากมีการใช้ชื่อนั้นในการประกอบการค้า บุคคลดังกล่าวย่อมได้สิทธิในการใช้ชื่อทางการค้าและได้รับความคุ้มครองตามหลักกฎหมายเรื่องฉ้อโกง (passing off) ทำนองเดียวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน⁶⁰

กฎหมาย Trade Marks Act 1994 จึงเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ซึ่งการจดทะเบียนนับว่าเป็นวิธีที่ดีที่สุดสำหรับคุ้มครองชื่อทางการค้า (trade name) โดยไม่ได้ส่งผลกระทบต่อประการใดต่อการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เพราะเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนคือการจดทะเบียนเครื่องหมายเพื่อใช้กับจำพวกของสินค้าหรือบริการที่ระบุเอาไว้เท่านั้น ในขณะที่กฎหมายเรื่องฉ้อโกงจะทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองชื่อหรือเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จด

A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the shape of goods or their packaging.

⁵⁸ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายเครื่องหมายการค้า – ประเทศสหราชอาณาจักร[Online]. 2547. แหล่งที่มา: <http://www.ipthailand.org> [21 กันยายน 2550]

⁵⁹ Advokatfirmaet Grette DA. 2005. Amendment of the "Trade Names Act" to the "Enterprise Names Act"[Online] Available from: http://www.legal500.com/index.php?option=com_content&task=view&id=341 [2008, January 14]

⁶⁰ Elizabeth Susan Singleton, eCommerce: a practical guide to the law, p. 15.

ทะเบียนจากการกระทำโดยมิชอบของคู่แข่งชั้นแม้ว่าจะเป็นสินค้าต่างจำพวกกัน หากเป็นชื่อหรือเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง (reputation) หรือค่าความนิยม (goodwill)⁶¹

(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement)

กฎหมาย Trade Marks Act 1994 ได้กำหนดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนอยู่ในมาตรา 10 (1)-(6) เป็นการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจากการใช้ในทางการค้า (uses in the course of trade) ทุกรูปแบบโดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้านั้นอย่างเครื่องหมายการค้า⁶²

สำหรับอนุมาตราที่เห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกับกรณีการใช้เครื่องหมายเป็นคีย์เวิร์ดได้แก่⁶³

⁶¹ Ibid.

⁶² Steve White, Liability of internet search engines and their users for trade mark infringement arising from keyword advertising[Online] White SW Computer Law: Intellectual Property, Information Technology & Telecommunications Lawyers, 2006. Available from: www.computerlaw.com.au[2007, December 15]

⁶³ Section 10. Infringement of registered trade mark.

(2) A person infringes a registered trade mark if he uses in the course of trade a sign where because--

(a) the sign is identical with the trade mark and is used in relation to goods or services similar to those for which the trade mark is registered, or

(b) the sign is similar to the trade mark and is used in relation to goods or services identical with or similar to those for which the trade mark is registered, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the trade mark.

(3) A person infringes a registered trade mark if he uses in the course of trade a sign which--

(a) is identical with or similar to the trade mark, and

(b) is used in relation to goods or services which are not similar to those for which the trade mark is registered,

where the trade mark has a reputation in the United Kingdom and the use of the sign, being without due cause, takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.

(4) For the purposes of this section a person uses a sign if, in particular, he--

(1) มาตรา 10 (2) กรณีใช้เครื่องหมายในทางการค้าโดยที่เครื่องหมายนั้นเหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่จดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกัน (มาตรา 10 (2)(a)) หรือเครื่องหมายนั้นคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่จดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าหรือบริการที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน (มาตรา 10 (2)(b)) ในกรณีนี้โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนรวมถึงทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเครื่องหมายดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้แล้ว

(2) มาตรา 10 (3) กรณีใช้เครื่องหมายในทางการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนที่มีชื่อเสียง (Well Known Mark) ในอังกฤษ แม้จะเป็นการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวสำหรับสินค้าหรือบริการที่ไม่ได้คล้ายคลึงกับสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายการค้านั้นได้จดทะเบียนไว้ก็ถือว่าเป็นการละเมิด หากการใช้เครื่องหมายดังกล่าวเป็นไปโดยปราศจากเหตุอันควร หรือทำให้เกิดข้อเสียเปรียบ หรือก่อให้เกิดความเสียหายกับชื่อเสียงหรือลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

(3) มาตรา 10 (6) กรณีใช้เครื่องหมายเพื่อบ่งบอกความเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ โดยเป็นการใช้ในลักษณะอื่นๆ ที่ไม่ได้เป็นการใช้โดยสุจริตในทางอุตสาหกรรมหรือในทางพาณิชย์ และการใช้นั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุอันควร หรือทำให้เกิดข้อเสียเปรียบหรือความเสียหายต่อ

(a) affixes it to goods or the packaging thereof;

(b) offers or exposes goods for sale, puts them on the market or stocks them for those purposes under the sign, or offers or supplies services under the sign;

(c) imports or exports goods under the sign; or

(d) uses the sign on business papers or in advertising.

(6) Nothing in the preceding provisions of this section shall be construed as preventing the use of a registered trade mark by any person for the purpose of identifying goods or services as those of the proprietor or a licensee.

But any such use otherwise than in accordance with honest practices in industrial or commercial matters shall be treated as infringing the registered trade mark if the use without due case takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or repute of the trade mark.

ชื่อเสียงหรือต่อลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายที่จดทะเบียน อันเป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันการโฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) ที่เกินขอบเขตอันสมควร⁶⁴

นอกจากนี้ในอนุมาตรา (4) ยังได้กำหนดลักษณะของการ “ใช้” เครื่องหมายอันเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรา 10 โดยให้หมายความถึง

- 1) การติดเครื่องหมายกับสินค้าหรือหีบห่อของสินค้า
- 2) การเสนอหรือนำเสนอสินค้าที่มีเครื่องหมายดังกล่าวออกจำหน่าย หรือวางจำหน่ายสินค้านั้นในท้องตลาด หรือมีสินค้าไว้เพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้น หรือเสนอ หรือจัดหาบริการภายใต้เครื่องหมายดังกล่าว
- 3) นำเข้าหรือส่งออกสินค้าภายใต้เครื่องหมายดังกล่าว หรือ
- 4) ใช้เครื่องหมายดังกล่าวกับเอกสารทางธุรกิจหรือการโฆษณา

(2) การลงขาย (Passing off)

สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์จะไม่มีหลักทั่วไปว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม หรือการเอาไปโดยมิชอบซึ่งคุณค่าทางการค้า แต่จะให้ความคุ้มครองตามหลักกฎหมายเรื่องการลงขาย (Passing off) ซึ่งได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลมาตั้งแต่ยุคต้นของระบบอุตสาหกรรมก่อนที่จะมีระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับคุ้มครองการแข่งขัน ทำให้ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ⁶⁵ หลักกฎหมายเรื่องการลงขายถือเป็นทฤษฎีทางกฎหมายในเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งมีอยู่อย่างยาวนาน มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่กว้างขวางและเกี่ยวพันกับธุรกรรมอื่นๆ อีกหลายประเภท⁶⁶ สามารถนำปรับใช้ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้าได้ทุกกรณีทำนองเดียวกับกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาโดยมีองค์ประกอบในการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน

⁶⁴ W.R. Cornish, *Intellectual Property*, 3rd edition. (London: Sweet & Maxwell, 1996), pp. 616-617. อ้างถึงใน บรรเทิง สุธรรมพร, “การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 40-41.

⁶⁵ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม,” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1*, นันทน อินทนนท์. (จักรวิชาการพิมพ์: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ตุลาคม 2547), หน้า 287-288.

⁶⁶ บรรเทิง สุธรรมพร, “การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” หน้า 36.

โดยทั่วไปการลวงขายอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทได้แก่⁶⁷

1. การแสดงข้อความอันเป็นเท็จโดยตรง (Direct false representation) คือ กรณีที่ผู้กระทำตั้งใจแสดงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการให้บิดเบือนไปจากความเป็นจริง ตัวอย่างเช่น การแสดงต่อผู้บริโภคว่าสินค้าหรือบริการของตนมาจากแหล่งผลิตสินค้าหรือบริการที่มีชื่อเสียงหรือกรณีที่ผู้บริโภคต้องการสินค้าหรือบริการที่มาจากแหล่งผลิตหนึ่งแต่ผู้กระทำซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดกลับนำเอาสินค้าหรือบริการที่มาจากแหล่งผลิตอื่นมาให้แทนโดยไม่แจ้งผู้บริโภคว่ามีการสับเปลี่ยน เป็นต้น

2. การแสดงข้อความอันเป็นเท็จโดยทางอ้อม (Indirect false representation) คือ กรณีที่ผู้กระทำแสดงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการอันเป็นเท็จโดยการลอกเลียนหรือปลอมแปลงเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หีบห่อ ชื่อทางการค้า หรือการขายสินค้าของตนเองโดยใช้ตัวอย่างสินค้าหรือรูปภาพตัวอย่างของบุคคลอื่น

3. การสนับสนุนให้มีการลวงขาย (Contributory passing off) คือ กรณีที่คู่แข่งชั้นทางการค้าสนับสนุนให้เกิดการลวงขายโดยปรากฏชัดถึงเจตนาในการชักชวนหรือแนะนำให้ผู้ขายรายย่อยลวงผู้บริโภคว่าสินค้าหรือบริการของตนเป็นของคู่แข่งชั้นรายอื่น

ตามหลักการลวงขายจะถือว่ามีกระทำละเมิดก็ต่อเมื่อมีการแสดงออกให้สาธารณชนเข้าใจว่าสินค้าหรือกิจการของบุคคลหนึ่งเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กับสินค้าหรือกิจการของบุคคลอื่น โดยอาศัยความมีชื่อเสียงหรือค่าความนิยมของบุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายนั้นเป็นสำคัญ⁶⁸ โดยศาลสูงสุดของอังกฤษได้มีการวางหลักเรื่องการลวงขายเอาไว้อย่างชัดเจนในคดี Erven Warnink Belsloten V. Townend & Sons (Hull) Ltd⁶⁹ ซึ่งสรุปได้ว่า

1. มีการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ
2. โดยผู้ประกอบการในทางการค้า
3. กระทำต่อลูกค้าหรือผู้บริโภค

⁶⁷ Margareth Barrett, *Intellectual Property*, (New York: 1991), p. 107. อ้างถึงใน นลินทร ชาติศิริ, “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม,” หน้า 60.

⁶⁸ Micheal Chissick, and Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, p. 143.

⁶⁹ [1979] 2 All E.R. 927.

4. ในประการที่เห็นได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจ (business) หรือชื่อเสียงทางการค้า (goodwill) ของบุคคลอื่น และ

5. ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง (actual damage) หรือน่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย เช่นว่านั้นหากศาลมีคำสั่งห้ามเสียก่อน⁷⁰

ในการพิจารณาโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความมีชื่อเสียงหรือค่าความนิยมที่มีอยู่ในชื่อหรือเครื่องหมายดังกล่าว ทั้งยังต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการที่บุคคลหนึ่งนำไปใช้หรือการแสดงออกซึ่งชื่อ เครื่องหมาย สัญลักษณ์ หรือลักษณะอื่นใดในสินค้าหรือกิจการค้าประเภทเดียวกันนั้นเป็นการหลอกลวงในการประกอบธุรกิจว่าสินค้าหรือกิจการค้าดังกล่าวเป็นของบุคคลที่เป็นเจ้าของชื่อหรือเครื่องหมายนั้น อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือค่าความนิยมโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อประชาชนผู้บริโภค แม้ว่าเครื่องหมายของจำเลยจะไม่เหมือนกับเครื่องหมายของโจทก์ก็ตาม⁷¹

(3) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยทำการพิจารณาโดยเทียบเคียงจากคำพิพากษาของศาลใน คดี Reed Executive PLC v. Reed Business Information Limited [2004] RPC 40 ซึ่งเป็นการตัดสินคดีระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันในประเด็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเป็นคีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงโฆษณา (trigger ad) (รายละเอียดคดีนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงในหัวข้อ 3.2.2 (3)) แม้ศาลจะตัดสินให้โจทก์แพ้คดีเนื่องจากเห็นว่าไม่มีความสับสนหลงผิด แต่เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์ซึ่งคล้ายกันกับการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อให้เห็นโฆษณา ก็ทำให้ตีความไปได้ว่าการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag สามารถเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าตามกฎหมายเช่นกัน

เมื่อการนำเครื่องหมายของผู้อื่นไปใช้เป็นคีย์เวิร์ดสามารถเป็นการใช้เครื่องหมายในทางการค้าได้ (uses in the course of trade) (เทียบคดี Reed Executive PLC) ดังนั้น หากมีการฟ้องคดีเรื่องการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ก็มีความเป็นไปได้ที่ศาลอังกฤษจะวินิจฉัยว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายตาม กฎหมาย Trade Marks Act 1994 ได้เช่นกัน

⁷⁰ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม,” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, นันทน อินทนนท์., หน้า 287.

⁷¹ Micheal Chissick, and Alistair Kelman, Electronic Commerce: Law and Practice, p. 143.

หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ตามองค์ประกอบความผิด เช่น กรณีเจ้าของเว็บไซต์ซึ่งเป็นคู่แข่งนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจของตน ก็อาจเข้าลักษณะเป็นการใช้อย่างไม่สุจริตในทางพาณิชย์ ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 10 (6) ของกฎหมาย Trade Marks Act 1994 เป็นต้น และตามหลักกฎหมายเรื่องการลงขายของประเทศอังกฤษนั้น ก็เห็นว่าอาจนำมาปรับใช้กับปัญหาการใช้เครื่องหมายใน meta tag ได้ด้วย หากนำมาใช้ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด จากการที่เจ้าของเว็บไซต์ได้นำเครื่องหมายของผู้อื่นมาใช้โดยแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะบิดเบือนแหล่งที่มาของสินค้าหรือการบริการ เนื่องจากคีย์เวิร์ดที่ระบุอยู่ใน meta tag นั้น อาจนำไปใช้เป็นตัวเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ซึ่งไม่ได้มีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดที่กำลังค้นหาเลย

3.2 กรณีขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บไซต์โปรแกรมค้นหา

การศึกษาปัญหาในกรณีนี้จะอาศัยหลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเป็นหลักซึ่งมีรายละเอียดบทบัญญัติเช่นเดียวกับที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 3.1.1 ดังนั้นในส่วนเนื้อหาที่มีความซ้ำซ้อนกัน ผู้วิจัยจะกล่าวถึงแค่เพียงในภาพรวมและเข้าสู่การวิเคราะห์ประเด็นการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับกรณีการซื้อขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อใช้ในการโฆษณาตามลำดับ

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement)

ในมาตรา 1114 (1) ของกฎหมาย Lanham Act ได้กำหนดให้การใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ ถ้าเป็นการใช้ในทางการค้าอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด ทำให้เข้าใจผิด หรือหลอกลวงผู้บริโภคที่เกี่ยวข้อง (รายละเอียดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าโปรดดู 3.1.1 (1))

ดังนั้นในการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นจากการขายคีย์เวิร์ด เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็อาจเลือกดำเนินคดีกับผู้ลงโฆษณาซึ่งเป็นคู่แข่งหรือกับผู้ให้บริการเว็บไซต์โปรแกรมค้นหาก็ได้ แต่ไม่ว่าจะเลือกดำเนินคดีกับใคร ศาลจะวินิจฉัยว่าการใช้คีย์เวิร์ดในกรณีนี้เป็น การละเมิดสิทธิการใช้ของโจทก์ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการใช้

เครื่องหมายของจำเลย อาจทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาหรือในความเป็นเจ้าของสินค้าเท่านั้น

1.1 การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า

องค์ประกอบความผิดในข้อนี้ เมื่อนำมาปรับใช้กับการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่หารายได้จาก การ “ขาย” คีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยขายให้กับผู้ลงโฆษณาคู่แข่งที่ทำการ “ซื้อ” คีย์เวิร์ด (purchase keywords) เพื่อใช้สำหรับกระตุ้นตัวโฆษณาให้ปรากฏบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหา จะเห็นได้ว่าการใช้เครื่องหมายดังกล่าวเป็นการ “ใช้ในทางการค้า” (use in commerce) ตามความหมายของบทนิยามศัพท์มาตรา 1127 ของกฎหมาย Lanham Act ได้เช่นกัน (used or displayed in the sale or advertising of services) อาจสรุปได้ว่าการซื้อขายคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าที่กระทำโดยผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาและผู้ลงโฆษณาเข้าลักษณะเป็นการใช้ในทางการค้า

1.2 การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

ในประเด็นนี้ศาลของสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งช่วงเวลาของการเกิดความสับสนหลงผิดออกเป็น 3 กรณีได้แก่ ความสับสนหลงผิดก่อน ขณะ และหลังทำการซื้อขาย ประกอบกับปัจจัยในการพิจารณาหาความสับสนหลงผิดที่ศาลเคยวางหลักเอาไว้ เมื่อนำมาพิจารณากับปัญหาการขายคีย์เวิร์ด จะเห็นได้ว่าโดยหลักเบื้องต้นแล้ว ขณะที่มีการซื้อขายคีย์เวิร์ดนั้น ไม่สามารถก่อให้เกิดการสับสนกับบุคคลใดได้ เนื่องจากเป็นการซื้อขายโดยที่ไม่มีผู้ใดเห็น แต่ก็ยังถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายในทางการค้าตามที่กฎหมายระบุอยู่ กรณีนี้ความสับสนจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อตัวโฆษณาที่ปรากฏหลังจากที่มีการพิมพ์คีย์เวิร์ดลงไป ทำให้ผู้ใช้งานไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างของข้อมูลที่กำลังค้นหากับข้อมูลที่แสดงออกมาได้ ดังนั้นในการวินิจฉัยว่ามีความสับสนเกิดขึ้นจากการใช้ในกรณีนี้ได้หรือไม่นั้น เห็นว่าต้องพิจารณาจากลักษณะข้อมูลที่ปรากฏจากการขายคีย์เวิร์ดเป็นสำคัญ

1.3 การใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม

ข้อยกเว้นความผิดในกรณีนี้ สามารถนำมาปรับใช้ในกรณีการขายคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน แต่ก็เหมือนกับกรณีการพิจารณาหาความสับสนหลงผิด หากดูที่การกระทำแค่เพียงอย่างเดียวก็ยากที่จะให้ความเห็นไปในทำนองว่าการขายคีย์เวิร์ดของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาเพื่อหวังรายได้จากค่าลงโฆษณาของเจ้าของเว็บไซต์ หรือการซื้อคีย์เวิร์ดของ

ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งเพื่อหวังจะเข้าถึงผู้ใช้งานที่กำลังค้นหาข้อมูลของเจ้าของคีย์เวิร์ด เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างชอบธรรม

ดังนั้นสิ่งที่จะบ่งบอกถึงเจตนาของผู้กระทำได้อย่างชัดเจนคงต้องพิจารณาถึงเรื่องอื่นๆ ประกอบเป็นต้นว่า ลักษณะข้อมูลที่ปรากฏบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหาภายหลังจากมีการพิมพ์คีย์เวิร์ดเข้าไป เช่น ตัวแบนเนอร์โฆษณาหรือลิงก์ต่างๆ หากข้อมูลเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงการใช้เพื่อเพิ่มเติมข้อมูล เพื่อการเปรียบเทียบ หรือเพื่อการอธิบายถึงตัวเครื่องหมายการค้าตามความเป็นจริงตามหลักการใช้เครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรม หรือมีการกระทำใดๆ อันแสดงให้เห็นถึงความพยายามของผู้ใช้คีย์เวิร์ดที่จะป้องกันความสับสนที่อาจเกิดขึ้นจากการแสดงโฆษณาดังกล่าว และมีน้ำหนักเพียงพอที่จะนำมาใช้เป็นเหตุผลข้ออ้างให้ศาลคล้อยตามได้ การกระทำของผู้ซื้อและผู้ขายคีย์เวิร์ดก็อาจเข้าลักษณะเป็นการใช้โดยชอบธรรมได้เช่นกัน

(2) การเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า (Trademark Dilution)

โดยหลักแล้วเครื่องหมายการค้าที่ใช้เป็นคีย์เวิร์ดนั้นจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทำนองเดียวกับเครื่องหมายการค้าทั่วไปเนื่องจากคำที่ใช้มีคุณสมบัติในการแยกแยะหรือการบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าได้

ประเด็นที่น่าสนใจคือ จะสามารถแยกแยะระหว่างคีย์เวิร์ดที่มีชื่อเสียงกับคำธรรมดาทั่วไปได้อย่างไร และมีความเป็นไปได้มากน้อยแค่ไหนที่คนทั่วไปจะรู้ว่าคีย์เวิร์ดที่พิมพ์เข้าป้อนนั้นเป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย เช่น คำว่า “Apple” ซึ่งหมายถึงลูกแอปเปิ้ล หรือหมายถึง เครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าคอมพิวเตอร์ที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลาย กรณีนี้เห็นว่าควรต้องนำปัจจัยอื่นมาใช้ในการพิจารณาประกอบกัน เช่น ผู้ลงโฆษณาที่ซื้อคำว่า “Apple” นั้นประกอบธุรกิจประเภทใด และหากพบว่าผู้ซื้อประกอบธุรกิจที่ใกล้เคียงกัน การเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าก็อาจเกิดขึ้นได้

เมื่อสามารถแยกแยะประเภทธุรกิจของคีย์เวิร์ดได้แล้ว ปัจจัยที่จะนำมาพิสูจน์ถึงการเสื่อมทอนคุณค่าในกรณีนี้นั้นเห็นว่าจะขึ้นอยู่กับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดว่าทำให้คุณค่าของเครื่องหมายเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือไม่ชัดเจนหรือไม่ ข้อมูลนั้นอาจจะปรากฏในตัวลิงก์หรือตัวโฆษณบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหา แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ลิงก์ข้อมูลที่ปรากฏอาจจะเพียงข้อความสั้นๆ เช่น “Apple sucks” หรือ “Apple ห่วยแตก” ซึ่งความเป็นจริงนั้นยังไม่ปรากฏให้เห็นว่า Apple นั้นไม่ดีเช่นไร แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติใหม่ของกฎหมาย TDRA ที่ให้ความ

คุ้มครองต่อชื่อเสียงของเครื่องหมายจากการกระทำอันน่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมทอนคุณค่า จึงมีความเป็นไปได้ที่โจทก์จะได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้เช่นกันภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ตามกฎหมาย TRDA มาตรา 1125 (c)(3) ยังได้ระบุถึงการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเป็นธรรมเอาไว้ด้วย เช่น การใช้ในเชิงเปรียบเทียบสินค้า ดังนั้นในกรณีที่ศิษย์เวิร์ดถูกนำไปใช้ในการเชื่อมโยงตัวโฆษณา การวินิจฉัยว่าเป็นความผิดหรือไม่ก็ต้องพิจารณาถึงข้อมูลที่ปรากฏในตัวโฆษณานั้นด้วย เช่น ผู้ที่ซื้อศิษย์เวิร์ดคำว่า “Apple” นั้น มีเว็บซึ่งให้ข้อมูลตามความจริงเพื่อใช้ในการเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างคอมพิวเตอร์ Apple และ คอมพิวเตอร์ของบริษัทอื่น เมื่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตพิมพ์คำว่า “Apple” ลิงก์ที่ปรากฏอาจจะเป็นข้อความที่เขียนไว้ว่า “Apple คอมพิวเตอร์หนักกว่าคอมพิวเตอร์อื่นถึง 5 kg” หากข้อความที่ปรากฏนี้เป็นความจริง ผู้ใช้ก็น่าจะมีสิทธิที่จะใช้ศิษย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าได้ตามที่กฎหมายระบุไว้

(3) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition)

การซื้อขายศิษย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าเพื่อใช้ในการแสดงตัวโฆษณาสามารถเข้าข่ายการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน หากตัวข้อมูลโฆษณาที่ปรากฏนั้นไม่เป็นความจริงหรือบิดเบือนแหล่งที่มาของศิษย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้านั้นๆ เช่น เมื่อพิมพ์คำว่า “Apple Computer” ลิงก์ที่ปรากฏจะโยงไปถึงข้อมูลของบริษัท Dell Computer ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่ง ซึ่งศาลอาจจะเห็นว่าการซื้อขายเครื่องหมายการค้าในลักษณะดังกล่าวเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม เอาเปรียบบริษัท Apple ทั้งยังแสดงความเท็จถึงแหล่งที่มาของ Apple ทำให้ผู้ใช้งานเกิดความสับสน ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1125 (a)(1) ว่า “...โดยใช้คำ ข้อความ ชื่อ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือสิ่งประดิษฐ์ หรืออย่างใดอย่างหนึ่งที่กล่าวมานี้รวมกัน หรือแสดงข้อความเท็จเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดของสินค้า หรือบรรยายความเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง หรือทำให้เข้าใจผิดจากการแสดงข้อเท็จจริง” อย่างไรก็ตามศาลควรต้องคำนึงถึงหลักการใช้เครื่องหมายอย่างเป็นธรรมในการตัดสินด้วย

(4) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น

4.1 คดีระหว่างผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหากับเจ้าของเครื่องหมายการค้า

1. คดี Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.⁷²

คดีนี้เริ่มในปี 1999 โดย Playboy Enterprises, Inc. (PEI) เป็นโจทก์ฟ้อง Netscape และ Excite ซึ่งเป็นเว็บโปรแกรมค้นหารายใหญ่ในข้อหาละเมิดเครื่องหมายการค้าจากการที่จำเลยขายคำเครื่องหมายการค้าให้กับบุคคลอื่นเพื่อใช้เป็นตัวนำไปสู่การแสดงผลโฆษณา โดยเมื่อมีการพิมพ์คำว่า “Playboy” และ “Playmate” เข้าไปในเว็บโปรแกรมค้นหา ผลไม่เพียงปรากฏแต่เว็บไซต์ของ PEI เท่านั้นแต่กลับแสดงรายการเว็บไซต์อื่นๆ ที่เกี่ยวกับเซ็กส์มากมายด้วย

ผลการตัดสินของศาลชั้นต้น (U.S. District Court for the Central District of California) ได้มีคำสั่งปฏิเสธคำขอของ PEI ที่ขอให้ศาลสั่งห้ามจำเลยทั้งสองใช้คำดังกล่าวและพิพากษายกฟ้อง โดยเห็นว่าเครื่องหมายการค้าของ PEI ไม่ได้ถูกละเมิดแต่อย่างใด

ต่อมาในวันที่ 14 มกราคม ปี 2004 ศาลอุทธรณ์ที่ 9 ได้กลับคำตัดสินใหม่โดยมีคำสั่งให้ย้อนสำนวนกลับไปให้ District Court พิจารณาตัดสินคดีใหม่เนื่องจากศาลอุทธรณ์เห็นว่า PEI มีพยานหลักฐานมากพอที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในชั้นพิจารณาคดีของศาล (trial) เพื่อพิสูจน์ในประเด็นว่าการใช้คีย์เวิร์ดโฆษณา (keyword advertising) ของจำเลยทั้งสองน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดในข้อหาละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยเห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะมีการละเมิดเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นจากการที่โปรแกรมค้นหาขายคำว่า “Playboy” และ “Playmate” เพื่อให้มีการแสดงโฆษณา

ในการพิจารณาว่าเป็นการใช้ในทางการค้าหรือไม่นั้น ศาลอุทธรณ์ที่ 9 มีความเห็นว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการใช้เครื่องหมายของ PEI ในทางการค้าจากการโฆษณาโดยการขายคีย์เวิร์ดให้กับคู่แข่งของ PEI หรือจากการใช้เครื่องหมายการค้าในการประมวลผลเพื่อให้มีการแสดงโฆษณาที่ต้องการออกมา⁷³ จากคำอธิบายดังกล่าวทำให้ดูเหมือนว่าศาลเห็นว่าการใช้เครื่องหมายทั้งสองของ PEI เป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า

⁷² 354 F. 3d 1020 (9th Cir. 2004)

⁷³ “PEI clearly holds the marks in question and defendants used the marks in commerce without PEI’s permission.”

สำหรับประเด็นการพิสูจน์เรื่องการนำจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด PEI อ้างว่า

1. Netscape และ Excite รวมทั้งผู้ลงโฆษณา ได้เอาไปโดยมิชอบซึ่งค่าความนิยมของเครื่องหมายของ PEI โดยนำพาผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเข้าไปยังเว็บไซต์ของคู่แข่งจากการเชื่อมโยงตัวโฆษณากับเครื่องหมายการค้าของ PEI เอาไว้ด้วยกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นขึ้น

2. ตัวโฆษณาดังกล่าวไม่ได้มีการระบุถึงแหล่งที่มาว่ามาจากใคร เพียงแต่ปรากฏหลังจากที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตพิมพ์เครื่องหมายของ PEI ลงไปในช่องค้นหา (search field) ของโปรแกรมค้นหา จึงอาจทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตบางคนคิดว่า (initially believe) ตัวโฆษณาที่ไม่มีการระบุถึงแหล่งที่มา นั้นจะนำไปสู่เว็บไซต์ของ PEI หรือเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้อง (affiliated) กับ PEI *

3. โฆษณาส่วนใหญ่จะใช้คำว่า “click here” เพื่อให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทำตาม จากความสับสนที่เกิดขึ้นนี้เองผู้ใช้อินเทอร์เน็ตก็อาจจะกดที่ตัวโฆษณาตามคำสั่งดังกล่าวเพราะเชื่อว่าจะเชื่อมไปยังเว็บไซต์ของ PEI และเมื่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทำตามคำสั่งและเข้าไปที่เว็บไซต์นั้น กรณีนี้ความผิย่อมเกิดขึ้นถึงแม้ว่าผู้ใช้งานจะทราบในทันทีที่เข้าไป (“immediately upon accessing”) ว่าเป็นเว็บไซต์ของคู่แข่งซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับ PEI แต่อย่างใด (“wholly unrelated to”) และผู้ใช้งานบางคนพอใจที่จะอยู่ดูเว็บไซต์นั้นก็ตาม จึงถือได้ว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของ PEI ทำให้มีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเข้าชมเว็บไซต์ของคู่แข่งของ PEI และผู้ประกอบการคู่แข่งของ PEI ก็ได้ผู้ชมเว็บไซต์จากการนำเอาค่าความนิยมของเครื่องหมายการค้าของ PEI ไปใช้โดยมิชอบ (misappropriating the goodwill)

ศาลอุทธรณ์ที่ 9 ได้นำหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นมาใช้ในการพิจารณาหลักฐานตามข้ออ้างของ PEI และนำเอาปัจจัยที่ใช้ในการวิเคราะห์เรื่องความสับสนหลงผิดซึ่งใช้กับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในกรณีปกติทั้ง 8 ปัจจัยมาปรับใช้กับกรณีบนอินเทอร์เน็ต โดยมีปัจจัยสำคัญที่ศาลนำมาเป็นหลักในการวินิจฉัยก็คือหลักฐานที่ว่ามีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นอันได้แก่

* ในประเด็นนี้ ศาลมีการให้ข้อสังเกตว่าหากแบนเนอร์โฆษณาที่ปรากฏมีการระบุชัดเจนถึงแหล่งที่มา หรือมีการเปรียบเทียบสินค้าของ PEI กับของผู้ลงโฆษณาโดยเปิดเผย กรณีนี้ย่อมไม่เกิดความสับสนหลงผิดในเบื้องต้น

รายงานข้อมูลของผู้เชี่ยวชาญ (expert study) ที่ PEI รวบรวมขึ้น* เพื่อใช้ในการหาความลับสนหลงผิดในเบื้องต้น

นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาเจตนาของจำเลยทั้ง 2 ประกอบ ถึงแม้ว่าศาลจะไม่สามารถหาหลักฐานได้ว่าจำเลยทั้งสองจงใจทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเกิดความลับสนแต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏเพียงพอที่จะสรุปได้ถึงเจตนาของจำเลยที่ว่าจำเลยไม่ได้พยายามกระทำการใดๆ เลยเพื่อหยุดยั้งการกดคลิกซึ่งเกิดขึ้นจากความลับสนของผู้ใช้งาน อีกทั้งยังได้ผลกำไรจากการที่ผู้ใช้งานกดคลิกที่โฆษณาดังกล่าวด้วย ในประเด็นนี้ PEI ได้อ้างหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยทั้งสองเป็นผู้ควบคุมการแสดงผลโฆษณาและสามารถลดความลับสนที่อาจเกิดขึ้นโดยการแสดงให้ผู้ใช้งานรู้ว่าเป็นส่วนที่ทำให้มีการแสดงผลโฆษณาโดยใช้คีย์เวิร์ด แต่จำเลยทั้งสองก็ไม่ทำเพราะจะทำให้จำนวนการคลิกที่โฆษณาลดลง โดยศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยทั้งสองเคยปฏิเสธคำขอของ PEI ให้เอาคำว่า “Playboy” และ “Playmate” ออกจากรายการคีย์เวิร์ดที่จะขายให้แก่ผู้ลงโฆษณา การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการใช้เครื่องหมายเพื่อการค้าโดยอาศัยค่าความนิยมของ PEI อย่างไรก็ตาม คดีนี้ได้ยุติลงด้วยการตกลงกันก่อนที่จะมีการตัดสินคดีโดย District Court⁷⁴

2. คดี 800-JR Cigar, Inc. v. GoTo.com, Inc.⁷⁵

800-JR Cigar, Inc. (JR Cigar) เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน 6 เครื่องหมายเพื่อใช้กับชื่อ “JR” หรือ “JR Cigar” ส่วน GoTo.com, Inc. (GoTo.com) เป็นผู้ให้บริการโปรแกรมค้นหาประเภท pay-for-priority search engine ซึ่งมีรายได้จากการประมูลขายคำค้นหา (bids for term) ให้แก่ผู้ลงโฆษณาเพื่อให้มีการแสดงรายชื่อลิงก์เว็บไซต์ของผู้ลงโฆษณาบนหน้าผลการค้นหา เมื่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตค้นหาคำดังกล่าว ลิงก์เว็บไซต์จะเรียงลำดับตามราคาข้อเสนอประมูล ซึ่ง GoTo.com จะได้ค่าโฆษณาทุกครั้งที่มีการคลิกที่ลิงก์ตามราคาประมูล แต่

* สำหรับปัจจัยอื่นๆ ที่ศาลนำมาพิจารณาประกอบในคดีนี้คือ ความเป็นที่ยอมรับของเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ความเหมือนคล้ายระหว่างเครื่องหมายของโจทก์กับเครื่องหมายของจำเลย ความใกล้เคียงของสินค้า และการสรุปว่ามีผู้บริโภคจำนวนมากที่จะใช้ความระมัดระวังในการค้นหา

⁷⁴ Rohan Higgins, “Internet Keyword Advertising and Trade Mark Infringement - Searching for Trouble,” [Online]. *New South Wales Society for Computers and the Law Journal* (June, 2004). Available from: <http://nswscl.org.au> [2007, December 16]

⁷⁵ 437 F. Supp. 2d 273 (D.N.J. 2006)

ปรากฏว่า GoTo.com ได้ขายคำว่า “JR Cigar” และคำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องให้กับบรรดาคู่แข่งของ JR Cigar ซึ่งทำให้ลิงก์เว็บไซต์ของคู่แข่งปรากฏอยู่ในผลการค้นหาลำดับต้น (generate priority search results) JR Cigar จึงฟ้อง GoTo.com ในข้อหาละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ข้อหาการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และข้อหาทำให้เครื่องหมายเสื่อมทอนคุณค่าตามกฎหมาย Lanham Act รวมทั้งข้อหาอื่นๆ ตามกฎหมายมลรัฐและกฎหมายคอมมอนลอว์

แม้ว่าคดีนี้ศาล (District court) จะมีคำสั่งยกฟ้องของ JR Cigar เนื่องจาก JR Cigar ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าการที่ GoTo.com ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะทำให้ลูกค้าของ JR Cigar เกิดความสับสนหลงผิด แต่ศาลก็ได้วางหลักเอาไว้ว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของ GoTo.com เป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าและเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของ JR Cigar ในทางการค้าอีกด้วยซึ่งเป็นใช้ใน 3 ลักษณะได้แก่

- 1) การยอมให้มีการประมูลซื้อคำเพื่อแลกกับการแสดงถึงกิมิษณาในตำแหน่งที่ได้เปรียบ (prominent display) ในหน้าผลการค้นหา
- 2) มีการจัดอันดับให้บรรดาผู้ลงโฆษณายู่ก่อนผลการค้นหาตามธรรมชาติอื่นๆ (natural search results) และ
- 3) มีการใช้โปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือในการค้นหาคำต่างๆ ที่เป็นเครื่องหมายการค้าของ JR Cigar และนำเอาคำเหล่านั้นมาใช้สำหรับการตลาด (marketing) ให้กับคู่แข่งของ JR Cigar

4.2 คดีระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้ลงโฆษณา

1. คดี J.G. Wentworth, S.S.C. Limited Partnership v. Settlement Funding LLC⁷⁶

คดีนี้เป็นคดีที่ศาล (Federal district court for the Eastern District of Pennsylvania) ได้มีการตัดสินเมื่อไม่นานมานี้เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งในลักษณะที่มองไม่เห็นเพื่อเพิ่มผลการจัดอันดับเว็บไซต์ในรายชื่อผลการค้นหาผ่านโปรแกรมค้นหา ไม่ว่าจะเป็นการใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์หรือการใช้เพื่อให้มีการแสดงโฆษณา

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า โจทก์คือ J.G. Wentworth, S.S.C. (J.G.) เป็นบริษัทผู้นำในด้านธุรกิจการเงินซึ่งให้บริการเงินสดทันที เพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิในการเป็นผู้รับผิดชอบด้านบัญชีรายจ่ายต่างๆ ของลูกค้า โจทก์ใช้ชื่อของบริษัทเป็นชื่อเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนเพื่อทำการ

⁷⁶ No. 06-0597 (E.D. Pa. Jan. 4. 2007)

โฆษณาในด้านต่างๆ ทั้งทางโทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต รวมถึงการโฆษณาและให้บริการผ่านเว็บไซต์ “www.jgwfunding.com” และ “www.jgwentworth.com” จนเป็นที่รู้จักในวงการธุรกิจและในหมู่ผู้บริโภค

ส่วน จำเลยคือ Peachtree Settlement Funding เป็นผู้ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับโจทก์ โดยมีบริการผ่านทางเว็บไซต์ “www.settlementfunders.com”, “www.settlementfunding.com” และ “www.peachtreeselementfunding.com” ซึ่งเป็นคู่แข่งกันทางธุรกิจโดยตรง

ในการฟ้องร้องคดีโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์โดยการนำใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์คำว่า “J.G. Wentworth” และ “Wentworth” ใน 2 กรณีคือ

1. การใช้บริการโปรแกรม Google’s Adwords ซึ่งเป็นบริการโฆษณาของเว็บไซต์โปรแกรมค้นหาคือ Google ที่ให้ผู้ลงโฆษณาประมูลซื้อคีย์เวิร์ดที่ต้องการเพื่อให้มีการแสดงโฆษณารายชื่อผลการค้นหาในส่วน “Sponsored Links” จากการพิมพ์คีย์เวิร์ดดังกล่าว โจทก์เห็นว่าการเข้าใช้บริการโปรแกรดังกล่าวทำให้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์เพิ่มขึ้นเพราะยังมีเว็บไซต์อย่างน้อยอีก 8 เว็บไซต์ที่ใช้ฐานข้อมูลของ Google และจะแสดงลิงก์ (link) เชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ของจำเลยเมื่อใช้คำดังกล่าว

2. การใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์จำเลย รวม 14 หน้า ซึ่งส่งผลให้ลิงก์เว็บไซต์ของจำเลยปรากฏอยู่ในหน้าผลการค้นหาเมื่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตค้นหาคำดังกล่าว โดยจะปรากฏชื่อเว็บไซต์ของจำเลยในหน้าผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหาอื่นๆ อีก 10 แห่ง ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับ Google แต่อย่างใด

โจทก์เห็นว่าการที่จำเลยใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ทั้ง 2 กรณีข้างต้นเป็นการจงใจสร้างความสับสนให้กับผู้บริโภคและเป็นการแย่งลูกค้าไปจากเว็บไซต์ของโจทก์ รวมทั้งเป็นการทำให้เครื่องหมายของโจทก์ต้องสูญเสียลักษณะอันบ่งเฉพาะจนเป็นเหตุให้โจทก์ต้องสูญเสียรายได้ (loss of profits) และอ้างถึงพฤติการณ์ของจำเลยที่ยอมหยุดใช้เครื่องหมายของโจทก์ในบางช่วงตามที่ได้รับร้องขอจากโจทก์ว่าการที่จำเลยยอมปฏิบัติตามคำขอเช่นนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่าจำเลยรู้ถึงการทำละเมิดที่เกิดขึ้น จึงยื่นฟ้องในข้อหาละเมิดเครื่องหมายการค้า ข้อหาการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเรื่องการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (false representation) ตามมาตรา 1114 (1) และมาตรา 1125 (a)(1) ของกฎหมาย Lanham Act และตามกฎหมายมลรัฐเพนซิลวาเนีย

คดีนี้จำเลยยกข้อต่อสู้โดยอ้างว่าโจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า

1. จำเลยใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวเพื่อใช้กับสินค้าหรือบริการของจำเลย และ

2. การใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ

ในการตัดสินประเด็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการ ศาลเห็นว่าการใช้คือยี่เวิร์ตเพื่อให้มีการแสดงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า (“use in commerce”) ตามกฎหมาย Lanham Act จากการใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับ ความคุ้มครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือโฆษณา สินค้าหรือบริการ (“in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services”) หรือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ (“in connection with any goods or services”) แม้จำเลยจะยกข้อต่อสู้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าภายใน (internal use of trademark) ในลักษณะของกลไกการเชื่อมโยงเท่านั้น (“pure machine-linking function”) โดยไม่มีการสื่อถึงเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปยังสาธารณชนแต่อย่างใด (invisible to potential consumers) * แต่ศาลได้ตีความความหมายกฎหมายเรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า ให้อย่างกว้างโดยไม่ได้จำกัดขอบเขตว่าจะต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อระบุถึงสินค้าหรือบริการเท่านั้น การใช้ในกรณีนี้จึงเทียบไม่ได้ว่าเป็นการใช้แบบ “an individual’s private thoughts” เพราะการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อเปิดโอกาสในการหาผลประโยชน์ย่อมเปลี่ยนจากการใช้ส่วนตัวไปเป็นการใช้ในทางการค้าตามกฎหมาย Lanham Act แล้ว ** ดังที่ศาลได้กล่าวสรุปไว้ในคำพิพากษาว่า

By establishing an opportunity to reach consumers via alleged purchase and/or use of a protected trademark, defendant has crossed the line from internal use to use in commerce under the Lanham Act.

* จำเลยได้ยกตัวอย่างคดีอื่นเพื่อสนับสนุนข้อต่อสู้ของจำเลยเกี่ยวกับประเด็นการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าเพื่อโต้แย้งว่าการใช้ของจำเลยในกรณีนี้ไม่เป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าได้แก่ คดี 1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com, Inc., 414 F.3d 400 (2d Cir. 2005); Wells Fargo & Co. v. WhenU.com, Inc., 293 F. Supp. 2d 734 (E.D. Mich. 2003); U-Haul Int’l, Inc. v. WhenU.com, Inc., 279 F. Supp. 2d 723 (E.D. Va. 2003).

** ก่อนมีคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ ศาล (U.S. District Court for the District of New Jersey) ได้มีการตัดสินปัญหาการใช้โปรแกรม Google’s AdWords ไว้ทำนองเดียวกันในคดี Buying for the Home, LLC v. Humble Abode, LLC, (2006 WL 3000459 (D.N.J. Oct. 20, 2006)).

ในประเด็นการนำจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ ศาลเห็นว่าไม่มีข้อเท็จจริงในคดีที่จะแสดงให้เห็นว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ในโปรแกรม Google's Adwords หรือใน meta tag ของเว็บไซต์จำเลยน่าจะก่อให้เกิดความสับสนในหมู่ผู้บริโภค แม้ว่าโจทก์จะอ้างถึงความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นที่เกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้าทั้ง 2 กรณี แต่ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของโจทก์ โดยเห็นว่าโปรแกรมค้นหาไม่ได้เป็นตัวทำให้ผู้บริโภคเข้าไปยังเว็บไซต์ของจำเลยแต่เป็นเพราะลิงก์เว็บไซต์ของจำเลยที่ปรากฏขึ้นมาบนหน้าผลการค้นหาต่างหากที่เป็นทางเลือกให้กับผู้บริโภคโดยไม่เกี่ยวกับโปรแกรม Google's Adwords หรือการใช้ใน meta tag แต่อย่างใด นอกจากนี้ ลิงก์ผลการค้นหาหรือโฆษณาของจำเลยที่ปรากฏก็ไม่เห็นว่ามี การแสดงเครื่องหมายการค้าของโจทก์ในลักษณะที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตหรือผู้บริโภคสามารถมองเห็นได้อีกด้วย ทำให้ลิงก์เว็บไซต์ในหน้าผลการค้นหาต่างๆ มีความแตกต่างและมีลักษณะเฉพาะของข้อมูลจนทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้า การให้บริการ การโฆษณา ลิงก์ และเว็บไซต์ต่างๆ ของจำเลยกับของโจทก์ได้⁷⁷ ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ ผลการตัดสินคดีโจทก์จึงเป็นฝ่ายแพ้คดี

2. คดี Boston Duck Tours, LP v. Super Duck Tours, LLC.⁷⁸

โจทก์คือ Boston Duck Tours (BDT) เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการคำว่า "duck tours" โดยใช้เกี่ยวกับการให้บริการทัวร์เที่ยวชมสถานที่ต่างๆ ในเขตบอสตัน ได้ยื่นฟ้อง Super Duck Tours (SDT) ซึ่งเป็นคู่แข่งทางธุรกิจเป็นจำเลยในข้อหาละเมิดเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย Lanham Act จากการที่จำเลยซื้อคีย์เวิร์ดคำว่า "boston duck tours" เพื่อให้มีการแสดงโฆษณาเว็บไซต์ของจำเลยในหน้าผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหา โจทก์จึงขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยใช้คำดังกล่าว

คดีนี้ศาลเห็นว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ซึ่งเป็นคู่แข่งเพื่อให้มีการแสดงโฆษณาเว็บไซต์ของจำเลยนั้น ถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ในทางการค้าเนื่องจากการแสดงลิงก์โฆษณาในส่วนผู้สนับสนุน (sponsored linking) ต้องใช้เครื่องหมายของโจทก์เป็นส่วนหนึ่ง

⁷⁷ "...Due to the separate and distinct nature of the links created on any of the search results pages in question, potential consumers have no opportunity to confuse defendant's services, goods, advertisements, links or websites for those of plaintiff."

⁷⁸ F.Supp. 2d , 2007 WL 4465464 (D. Mass. Dec. 05, 2007)

ของกลไกในการแสดงโฆษณาจึงเป็นการ “ใช้” ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย Lanham Act⁷⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะเห็นว่าการใช้คำว่า "boston duck tours" เป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าและเป็นการใช้ในทางการค้าแต่เนื่องจากการใช้ในลักษณะดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนกับผู้บริโภค ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์เพื่อทำให้มีการแสดงโฆษณาของจำเลยการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย Lanham Act⁸⁰

จากตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา การขายคีย์เวิร์ดของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาและการซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อให้เห็นโฆษณาของผู้ลงโฆษณาทั้ง 2 กรณีอาจเป็นความผิดตามกฎหมายได้เช่นกัน หากโจทก์สามารถพิสูจน์องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายได้ครบถ้วน ถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับโปรแกรมค้นหาก็ตาม

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

(1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement)

ในประเทศอังกฤษ ศาลมีความเห็นว่าผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหานั้นไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า เนื่องจากการให้บริการซื้อขายคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าและการใช้ระบบคอมพิวเตอร์เป็นตัวประมวลผลการโฆษณานั้น เป็นกระทำโดยที่บุคคลภายนอกไม่ได้มีส่วนรับรู้ และไม่ได้ถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าตามที่เข้าใจทั่วไป ความรับผิดชอบต่อการใช้เครื่องหมายจะตกอยู่กับผู้ลงโฆษณาซึ่งเป็นผู้ประกอบการคู่แข่งที่มีเจตนาเลือกซื้อและนำคำเครื่องหมายการค้ามาใช้เพื่อแสดงตัวโฆษณาของตนมากกว่า

ถึงกระนั้นก็ตาม ในมาตรา 10 (2) ของกฎหมาย Trade Mark Act ได้ระบุถึงการละเมิดสิทธิในการใช้ไว้ว่า จะต้องมีการสับสนหลงผิดเกิดขึ้น และการที่จะหาว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเกิดการสับสนขึ้นหรือไม่นั้น ก็เป็นการยากต่อการพิสูจน์ ดังนั้นในกรณีซื้อขายคีย์เวิร์ดเพื่อการโฆษณาในเว็บโปรแกรมค้นหา หากไม่สามารถหาหลักฐานการกระทำผิดตามกฎหมายได้อย่างแน่

⁷⁹ “Because sponsored linking necessarily entails the “use” of the plaintiff’s mark as part of a mechanism of advertising, it is “use” for Lanham Act purposes.”

⁸⁰ Eric Goldman, *Keyword Advertising is TM Use in Commerce But Doesn't Violate Injunction--Boston Duck Tours v. Super Duck Tours*[Online], December 2007. Available from: http://blog.ericgoldman.org/archives/2007/12/keyword_adverti_1.htm [2008, January 12]

ชัดแล้ว ศาลในประเทศอังกฤษก็มีแนวโน้มที่จะตัดสินว่าไม่มีการละเมิดสิทธิการใช้เครื่องหมายการค้า

(2) การลวงขาย (Passing Off)

ศาลในประเทศอังกฤษมีความเห็นต่อการลวงขายในกรณีการขายคีย์เวิร์ดไว้เช่นเดียวกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าคือ เป็นการกระทำที่อยู่ในฉกเบื้องหลังเนื่องจากการใช้ระบบภายในของคอมพิวเตอร์ในการประมวลเลือกตัวโฆษณาให้ปรากฏขึ้นบนหน้าจอ ซึ่งการดำเนินงานของระบบนั้นไม่มีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคนใดได้รับทราบและรู้เห็นว่ามีการใช้เกิดขึ้น และในเมื่อไม่มีผู้ใดเห็นข้อมูล การหลอกลวง ปลอมแปลง หรือความเสียหายแก่ธุรกิจ หรือชื่อเสียงทางการค้าตามหลักกฎหมายเรื่องการลวงขาย จึงไม่สามารถเกิดขึ้นได้

(3) ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น

3.1 คดีระหว่างผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหากับเจ้าของเครื่องหมายการค้า

สำหรับการฟ้องคดีละเมิดเครื่องหมายการค้ากับผู้ให้บริการโปรแกรมค้นหาที่ทำการขายคีย์เวิร์ดโฆษณาให้กับผู้ลงโฆษณาซึ่งเป็นคู่แข่ง ขณะนี้ศาลสูงสุดของอังกฤษได้วางหลักคำตัดสินไว้ในคดี Wilson v. Yahoo! UK Ltd., Overturn Services Ltd. [2008] EWHC 361 (Ch) ซึ่งเป็นการตัดสินคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน (Community trademark) ภายใต้กฎหมาย the Community Trade Mark Regulations⁸¹

⁸¹ Article 9 of Council Regulation EC No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark

1. A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the Community trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the Community trade mark is registered;

(b) any sign where, because of its identity with or similarity to the Community trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the Community trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark;

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่จำเลยขายคีย์เวิร์ดคำว่า “spicy” ซึ่งคล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนคำว่า “Mr. Spicy” ของโจทก์ให้กับผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยผู้พิพากษา Justice Morgan ได้ตัดสินว่า ผู้ที่ใช้เครื่องหมายคำว่า “Mr. Spicy” กรณีนี้คือผู้ใช้อินเทอร์เน็ต (browser) ที่เป็นคนพิมพ์คำค้นหาดังกล่าว (third party use) ไม่ใช่จำเลย และยังให้ความเห็นต่อไปอีกว่า แม้จะถือจำเลยเป็นผู้ใช้คำว่า “Mr. Spicy” ศาลก็ไม่เห็นว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอีกเช่นกัน โดยถือเป็นเพียงคำภาษาอังกฤษธรรมดาทั่วไปเท่านั้น⁸²

นอกจากนี้ คำที่จำเลยใช้ในการประมวลผลคือคำว่า “spicy” ไม่ใช่ “Mr. Spicy” และจำเลยก็นำคำดังกล่าวไปใช้ในการค้นหาคำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำว่า “spicy” อีกทีซึ่งรวมถึงคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์ โดยถือเป็นเพียงเทคโนโลยีการจับคู่คีย์เวิร์ดที่ใช้ในการค้นหาเพื่อให้แสดงลิงก์โฆษณาของผู้ลงโฆษณา กรณีนี้จึงไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้า และไม่มีการใช้

(c) any sign which is identical with or similar to the Community trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the Community trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Community and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the Community trade mark.

2. The following, *inter alia*, may be prohibited under paragraph 1:

(a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;

(b) offering the goods, putting them on the market or stocking them for these purposes

under that sign, or offering or supplying services thereunder;

(c) importing or exporting the goods under that sign;

(d) using the sign on business papers and in advertising.

⁸² “I can put my conclusions really quite concisely, and in my own words, as follows: The trade mark in this case is not used by anyone other than the browser who enters the phrase “Mr. Spicy” as a search query in the defendants’ search engine. In particular, the trade mark is not used by the defendants. The response of the defendants to the use of the trade mark by the browser is not use of the trade mark by the defendants. That is enough to decide the case in the defendants’ favour. But the matter does not stop there. If, by some process of reasoning, one were to hold that the search engine’s response to the words used by the browser was, itself, use by the defendants, in my judgment, it is not use of the mark “Mr. Spicy”. What, instead, is being used is the English word “spicy” as it appears in that phrase.”

ในลักษณะที่เข้าข่ายการกระทำละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนตามกฎหมาย⁸³ แต่อย่างไร

ผลการวินิจฉัยคดีนี้จะแตกต่างกับคดี Reed Executive ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป ที่ศาลเห็นว่าการที่ผู้ลงโฆษณาทำการประมูลซื้อคีย์เวิร์ดโฆษณาของโจทก์อาจถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นได้

3.2 คดีระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้ลงโฆษณา

ในคดี Reed Executive PLC v. Reed Business Information Limited [2004] RPC 40 เป็นการฟ้องคดีระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันเกี่ยวกับการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงโฆษณา เนื่องจากศาลเห็นว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตย่อมทราบดีว่าผลที่ได้จากการค้นหาผ่านโปรแกรมค้นหานั้นไม่แน่นอนและอาจมีผลการค้นหาที่ไม่เกี่ยวข้องปะปนอยู่ด้วย ทำให้โอกาสที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจะเกิดความสับสนว่าโฆษณาเว็บไซต์ของผู้ลงโฆษณาที่ปรากฏ มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงกับบุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นไปได้ยาก แต่ถ้าหากมีการคลิกเข้าไปที่โฆษณาที่ปรากฏแล้วพบว่าเนื้อหาข้อมูลในเว็บไซต่นั้น น่าจะทำให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือทำให้เข้าใจผิด ศาลก็เห็นว่าอาจพิจารณาว่ามีการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือมีการฉวยโอกาสเกิดขึ้นได้

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่า แนวโน้มการตัดสินคดีของศาลอังกฤษในกรณีการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า นั้น ศาลมีความเห็นต่อการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด) กับการกระทำของผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด) แตกต่างกัน กรณีที่เป็นการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด) ศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าไม่มีความผิด โดยมองว่าการใช้คีย์เวิร์ดดังกล่าวไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในขณะที่กรณีของผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด) ศาลกลับมีแนวโน้มที่จะ

⁸³ “what has happened here is that there has been use by the defendants of the keyword “spicy” then that is not an identical sign to “Mr. Spicy” and it is not in relation to identical goods and services and there is no likelihood of confusion. Finally, it is pleaded that use of keywords in the way described within search engine technology is not “trade mark” use and, as such, is not a use relevant to infringement under Article 9 of the Council Regulation.”

⁸⁴ UK High Court clarified rules on keyword advertising [Online]. Managing Intellectual Property. Weekly News – March 04, 2008. Available From: <http://www.managingip.com/> [2008, March 7]

ตัดสินว่าอาจเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ หากสามารถพิสูจน์องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายได้ครบถ้วน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาทั้ง 2 คดีข้างต้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าศาลของประเทศอังกฤษมีมุมมองต่อปัญหาที่เกิดขึ้นค่อนข้างแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าแม้จะเป็นการให้บริการของเว็บโปรแกรมค้นหา ก็อาจมีความรับผิดชอบต่อเจ้าของคีย์เวิร์ดได้เช่นกัน ทำให้ดูเหมือนว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความสำคัญกับปัญหาที่เกิดขึ้นมากกว่า เพราะถ้าดูจากบทบัญญัติกฎหมายของอังกฤษจะเห็นว่ามีผลคล้ายคลึงกับกฎหมาย Lanham Act ของสหรัฐอเมริกาที่วางหลักเกณฑ์เรื่องการใช้เครื่องหมายเอาไว้กว้างๆ หรือหลักกฎหมายเรื่องฉ้อโกงก็คล้ายคลึงกับกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน ทำให้การตัดสินคดีขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นหลัก แต่ทว่าความเห็นของผู้พิพากษาในคดี Wilson ก็ตัดสินให้การกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาไม่เป็นความผิด

โดยสรุปแล้ว แนวทางการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดจากการนำไปใช้ในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ต้องประสบปัญหาในการพิจารณาหาความผิดจากการปรับใช้บทบัญญัติที่มีอยู่ เนื่องจากในหลายกรณีศาลไม่สามารถปรับข้อเท็จจริงเข้ากับองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้โดยตรง

ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมาย Lanham Act นับเป็นบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองปัญหาที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตได้ค่อนข้างหลากหลายและครอบคลุมการกระทำผิดใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจากการนำไปใช้ในทางการค้าทุกรูปแบบ ภายใต้หลักกฎหมายเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน (มาตรา 1114 (1)) จากการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (cause of confusion) การทำให้เข้าใจผิด (cause of mistake) หรือการหลอกลวง (deceive) หรือการคุ้มครองตามกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (มาตรา 1125 (a)(1)) ที่ให้ความคุ้มครองได้ทั้งเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและไม่ได้จดทะเบียน โดยขยายความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงการแสดงแหล่งกำเนิดอันเป็นเท็จ (false representation of origin) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (false representation) หรือการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือการทำให้เข้าใจผิด นอกจากนี้ ยังให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

(famous mark) ตามหลักการคุ้มครองการเสื่อมทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า (trademark dilution) (มาตรา 1125 (c)) แม้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดก็ตาม

สำหรับชื่อทางการค้านอกจากจะบัญญัติรับรองสิทธิในชื่อทางการค้าโดยกำหนดคำนิยามระบุไว้ในกฎหมาย Lanham Act อย่างชัดเจนแล้ว เจ้าของชื่อทางการค้ายังได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าวจากการนำไปใช้ในทางการค้าโดยอาศัยการปรับใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าควบคู่ไปกับกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้ด้วย

ส่วนการให้ความคุ้มครองชื่อโดเมน แม้ปัจจุบันจะยังไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนแต่ก็อาศัยการปรับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าได้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า เรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม หรือเรื่องการทำให้เสื่อมทอนคุณค่า

แม้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่กล่าวมาข้างต้นจะมีบทบัญญัติที่ช่วยให้ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายตามแนวทางดังกล่าวได้สะดวก แต่การจัดการกับปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหายังคงพบว่าศาลต้องประสบปัญหาในการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในการวินิจฉัยว่าการใช้คีย์เวิร์ดเป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าและเป็นการใช้ในทางการค้าได้หรือไม่ ถึงแม้ว่าในระยะหลังศาลส่วนใหญ่จะให้การยอมรับว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งและเป็นการใช้ในทางการค้าตามกฎหมาย⁸⁵ แต่ก็ยังไม่เคยมีคำพิพากษาของศาลสูงวางหลักในเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจน

ปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือการวินิจฉัยประเด็นเรื่องความสับสนหลงผิดจากการใช้คีย์เวิร์ดทั้งในกรณีของ meta tag และ trigger ads ที่ยากต่อการพิสูจน์ว่ามีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้น การปรับใช้กฎหมายในระยะแรกศาลจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า คงอาศัยการปรับใช้กฎหมายเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมาพิจารณาตัดสินคดีเท่านั้น แต่ก็จัดการได้เฉพาะกรณีการฟ้องร้องระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันทั้งในกรณีของ meta tag และ trigger ads โดยเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม (unfair) ซึ่งไม่รวมถึงการฟ้องร้องคดีต่อผู้ให้บริการโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด) ที่การปรับใช้

⁸⁵ "Use of Proprietor's Trademark in Search Engine Constitutes Trademark Use," IPL Newsletter 25, 4 (Summer 2007): 34. Available from: <http://www.abanet.org/intelprop/newsletter/IPLSummer07.pdf>[2007, December 31]

กฎหมายยังขาดความชัดเจนในช่วงแรก จนกระทั่งภายหลังที่ศาลได้พัฒนาหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นซึ่งเป็นการคุ้มครองความสับสนที่เกิดขึ้นก่อนทำการซื้อขายเพื่อขยายการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าและนำมาปรับใช้กับปัญหาการใช้เครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต (คดีออนไลน์) ซึ่งรวมถึงการใช้ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนใน meta tag และการใช้เพื่อ trigger ads ทำให้การวินิจฉัยความผิดของศาลสามารถทำได้ง่ายขึ้น และในขณะนี้ศาลสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ก็เริ่มนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้เป็นการทั่วไป

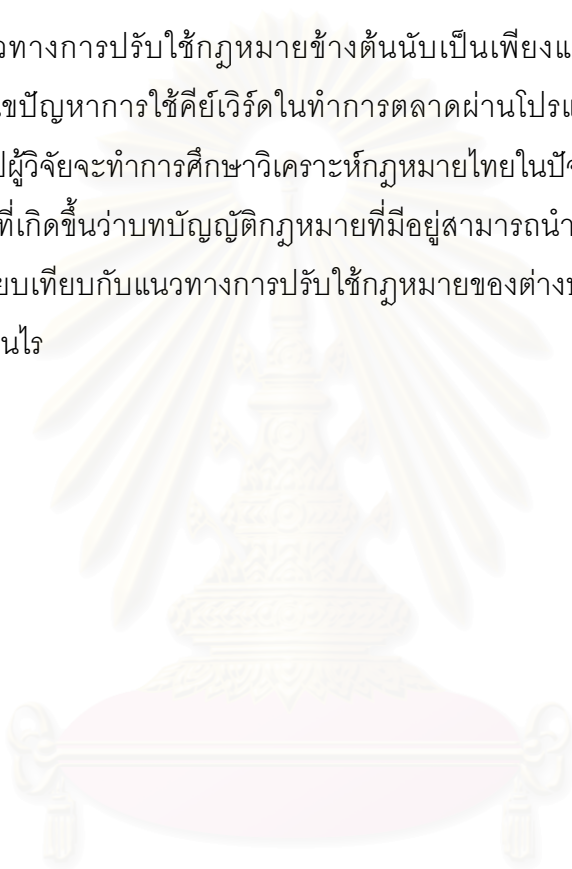
อย่างไรก็ดี ใ้ว่าการนำคดีเวิร์ดไปใช้ทุกกรณีจะพิจารณาว่าเป็นความผิดตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาเสมอไปแต่จะขึ้นอยู่กับลักษณะและเหตุผลของการนำไปใช้ประกอบด้วย ข้อยกเว้นของการนำไปใช้หลายกรณีก็มีการบัญญัติในกฎหมายให้เห็นอย่างชัดเจน เช่น ข้อยกเว้นของการเสื่อมทอนคุณค่าตามมาตรา 1125 (c)(3) เช่น กรณีที่ไม่ได้เป็นการใช้ในทางการค้า การใช้ในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือการใช้แบบ fair use เป็นต้น

สำหรับประเทศอังกฤษ มีกฎหมาย Trade Marks Act 1994 ที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่องลงขายที่มีองค์ประกอบในการพิจารณาค้ายคลึงกับกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาและสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองคดีเวิร์ดทุกประเภท ไม่จำกัดเฉพาะเครื่องหมายการค้าเท่านั้น

หากพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอังกฤษ กฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองจะมีแนวทางการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน แต่สิ่งที่ต่างกันค่อนข้างชัดเจนก็คือมุมมองของศาลที่มีต่อปัญหาที่เกิดขึ้นดังจะเห็นได้จากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของอังกฤษที่ไม่มีการพัฒนาหลักความสับสนหลงผิดในเบื้องต้นมาปรับใช้กับคดียบนอินเทอร์เน็ตเหมือนกับศาลของสหรัฐอเมริกา ทำให้ผลการวินิจฉัยคดีของศาลอังกฤษที่มีต่อปัญหาการใช้คดีเวิร์ดเพื่อ trigger ads และการใช้คดีเวิร์ดใน meta tag (เมื่อพิจารณาโดยเทียบเคียง) หากเป็นการกระทำโดยผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งหรือผู้ลงโฆษณา แม้ศาลจะเห็นว่าเป็นการใช้เครื่องหมายของผู้อื่นในทางการค้า แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่ามี การละเมิดสิทธิต่อเจ้าของเครื่องหมายและไม่ถือว่าเป็นการใช้ที่ทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดตามหลักการลงขาย ส่วนกรณีการขายคดีเวิร์ดของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาศาลมีความเห็นต่างกับกรณีแรกโดยเห็นว่าไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้า จึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

แม้ผลการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษจะแตกต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในเรื่องข้อยกเว้นของการใช้ศึยเวิร์ดทั้งสองประเทศนั้นว่ามีความคล้ายคลึงกัน โดยกฎหมายยอมรับให้บุคคลอื่นสามารถนำไปใช้ได้เพื่อสร้างความสมดุลย์และป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดสิทธิอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในทางการค้า เช่น การกำหนดให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นเพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบได้ เป็นต้น

ทั้งนี้ แนวทางการปรับใช้กฎหมายข้างต้นนับเป็นเพียงแนวทางหนึ่งของการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาคำศึยเวิร์ดในทางการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาของต่างประเทศ ดังนั้น ในบทต่อไปผู้วิจัยจะทำการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายไทยในปัจจุบันที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นว่าบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่สามารถนำมาปรับใช้ได้ประการใดบ้าง โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศว่ามีความคล้ายคลึงหรือแตกต่างกันเช่นไร



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครองการทำการตลาด ผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย

การศึกษาในบทนี้เป็นการวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ ความคุ้มครองปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยทำการพิจารณาว่าภายใต้การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายไทยในปัจจุบันจะมีแนวทางการ วินิจฉัยปัญหาประการใด พร้อมทั้งทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบตัวอย่างผลการศึกษาในบทก่อน เกี่ยวกับแนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นของต่างประเทศกับกฎหมายไทยที่มี อยู่เพื่อพิจารณาหาแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการกับปัญหากฎหมายที่อาจเกิดขึ้นกับประเทศไทย ต่อไป

สำหรับประเทศไทยหากพิจารณาการให้ความคุ้มครองตามคีย์เวิร์ดแต่ละประเภทจะ พบว่ามีกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องหลายส่วนได้แก่ กรณีเครื่องหมายการค้าสามารถพิจารณาได้ จากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมาย การค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า ทั้งเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน

ในขณะที่กรณีชื่อทางการค้าแม้จะไม่มีกรออกกฎหมายเฉพาะ (sui generic law) เพื่อ คุ้มครองเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า แต่แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมาก็ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าสิทธิในชื่อทางการค้าเป็นสิทธิที่กฎหมายให้การคุ้มครองและสามารถนำ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องชื่อบุคคล ชื่อนิติบุคคล และหลักกฎหมาย ลักษณะละเมิดมาปรับใช้ในการพิจารณา

ส่วนกรณีชื่อโดเมน แม้จะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าสิทธิในชื่อโดเมนเป็นสิ่งที่ควรได้รับ ความคุ้มครอง แต่ก็ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดแนวทางในการให้ความคุ้มครองที่ชัดเจนเอาไว้ โดยตรงจึงต้องอาศัยการเทียบเคียงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากับชื่อทางการค้า มาปรับใช้หากเป็นการใช้ชื่อโดเมนในฐานะที่เป็นเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าแล้วแต่กรณี เนื่องจากปัญหาชื่อโดเมนส่วนใหญ่เกิดจากการนำชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้เป็น ชื่อโดเมนโดยไม่มีสิทธิเป็นหลัก แต่การปรับใช้กฎหมายในประเด็นนี้ก็ยังคงขาดความชัดเจนเช่นกัน

นอกจากหลักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นกรณีนี้อาจนำบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดทางการค้ามาพิจารณาได้อีกประการหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี เนื่องจากกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นมิได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตแต่เป็นกฎหมายที่มีอยู่เดิมที่ศาลนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องจากการกระทำอันก่อให้เกิดการกระทบสิทธิในกรณีปกติ การนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตย่อมไม่อาจแน่ใจได้ถึงควมมีประสิทธิภาพของกฎหมายว่าจะสามารถให้ความคุ้มครองการกระทำที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาได้มากน้อยเพียงใด ประกอบกับปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหานับเป็นประเด็นปัญหาที่ค่อนข้างใหม่ ที่มุมมองในการวินิจฉัยปัญหาอาจเป็นไปได้หลายทาง และยังไม่เคยมีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นในประเทศไทยดังเช่นที่ศาลต่างประเทศกำลังประสบปัญหาอยู่ จึงยากที่จะคาดเดาได้ว่าในอนาคตหากมีการฟ้องร้องกันเป็นคดีความในศาลไทย ศาลจะมีแนวทางในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นไปในทิศทางใด จะเกิดปัญหาการปรับใช้กฎหมายในการให้ความคุ้มครองขึ้นหรือไม่

ในการวิเคราะห์ปัญหาจะแยกพิจารณาตามประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกับการศึกษาในบทก่อน โดยจะหยิบยกเฉพาะบทมาตราที่เกี่ยวข้องหรือเห็นว่าน่าจะนำมาพิจารณาปรับใช้กับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหานั้นหรือข่ายอินเทอร์เน็ต

4.1 กรณีนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใช้ใน Meta Tag ของเว็บไซต์

4.1.1 การคุ้มครองทางแพ่ง

(1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักกฎหมายที่จะกล่าวถึงดังต่อไปนี้ เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นตามกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักการคุ้มครองสิทธิในการใช้นามของบุคคลตามมาตรา 18 และกรณีที่เป็นนิติบุคคลมาตรา 67 ที่สามารถนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองชื่อทางการค้า โดยมีหลักกฎหมายเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของสิทธิที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นและให้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดได้

1.1 การละเมิดสิทธิในชื่อทางการค้า (มาตรา 18 และมาตรา 67)

“มาตรา 18 สิทธิของบุคคลในการจะใช้ชื่อนามอันชอบที่จะใช้ได้นั้น ถ้ามีบุคคลอื่นได้แย่งกิติ หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของชื่อนามนั้น ต้องเสื่อมเสียประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้ชื่อนามเดียวกันโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้กิติ บุคคลผู้เป็นเจ้าของชื่อนามจะเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าเป็นที่พึงวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไปจะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้”

“มาตรา 67 ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น”

ชื่อทางการค้าจะเป็นชื่ออะไรก็ได้ที่ผู้ประกอบการค้านำมาใช้ในการประกอบธุรกิจการค้าของตน ไม่ว่าจะเป็นชื่อทางการค้าที่มีที่มาจาก ชื่อตัว ชื่อสกุล ชื่อห้างหุ้นส่วน ชื่อนิติบุคคล ชื่อที่เป็นคำสามัญทั่วไป หรือชื่อที่คิดประดิษฐ์ขึ้นใหม่ก็ตาม

ในการให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อทางการค้าของประเทศไทยศาลฎีกาได้นำเอา มาตรา 18 ป.พ.พ. ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคลเป็นการทั่วไปมาตีความเพื่อความคุ้มครองสิทธิในชื่อทางการค้า โดยการตีความคำว่า “บุคคล” ให้หมายรวมถึงบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล และตีความคำว่า “นาม” ของบุคคลให้รวมถึงชื่อที่บุคคลใช้ในการประกอบธุรกิจการค้าด้วย¹ สิทธิในชื่อทางการค้าจึงเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน (property right) ที่กฎหมายให้การรับรองคุ้มครอง เป็นสิทธิที่มีมูลค่ามีราคาและอาจโอนขายแก่กันได้ ทั้งยังสามารถแสดงถึงความมีชื่อเสียงที่ดีของกิจการที่ใช้ชื่อทางการค้าดังกล่าว และเมื่อเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอย่างหนึ่งการคุ้มครองจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายละเมิดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์² โดยมีรายละเอียดดังนี้

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ จรัญ ภักดีธนากุล, “ชื่อทางการค้า (Trade name),” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1*, นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ. (จักรัการพิมพ์: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ตุลาคม 2547), หน้า 405-406.

² วรวิทย์ ชันทอง. “ปัญหาการคุ้มครองชื่อทางการค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 61-65.

ก. หลักกฎหมายเรื่องละเมิด (มาตรา 420)

“มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

องค์ประกอบตามมาตรา 420 อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย
2. กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. มีความเสียหาย
4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1. มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย

การกระทำในทางละเมิดนั้น หมายถึง การกระทำของบุคคลซึ่งรวมทั้งการงดเว้นกระทำแล้วเกิดความเสียหาย³

ส่วนการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้นหมายความว่า กระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือโดยไม่มีสิทธิหรือทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawfully) ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้กระทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำเช่นนั้นก็เป็นละเมิดได้ เช่น ก. จงใจขึ้นไปนั่งบนหน้าหม้อรถยนต์ของ ข. แม้ความเสียหายไม่เกิดขึ้นจนเห็นประจักษ์ แต่การกระทำของ ก. ก็เป็นละเมิดได้ ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดเป็นเรื่องที่จะต้องนำสืบและไม่ใช่ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด แต่ถ้าหากเป็นกรณีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอย่างชัดแจ้ง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา การกระทำผิดกฎหมายนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายในตัว⁴

2. กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจนั้นหมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็นการเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่มิได้เลยไปถึงว่าต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น

³ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2550), หน้า 13.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

โดยเฉพาะ อย่างเช่น การกระทำโดยเจตนาในทางอาญา ฉะนั้นการกระทำโดยเจตนาในทางอาญา จึงเป็นการกระทำโดยจงใจในความหมายของมาตรา 420 เสมอ เพราะจงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนา⁵

สำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติบทนิยามเอาไว้ แต่ก็ควรจะหมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงขนาดของความระมัดระวังของผู้กระทำ โดยเทียบกับบุคคลในวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำว่าปกติบุคคลเช่นว่านั้นจะใช้ความระมัดระวังได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหากปรากฏว่าบุคคลธรรมดาที่เป็นมาตรฐานเทียบเคียงนั้น อยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกันกับผู้กระทำจะใช้ความระมัดระวังมากกว่าผู้กระทำและความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ก็ต้องถือว่าผู้กระทำประมาท⁶ กรณีนี้จึงต่างจากในทางอาญาที่จะถือว่าผู้กระทำได้ประมาทเลินเล่อหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำประกอบด้วยสถานะของบุคคลทั่วไปที่ตกอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำด้วย

3. มีความเสียหาย

การกระทำที่จะถือว่าเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียหายนั้นต้องเป็นการทำให้เสียหายต่อประโยชน์ หรือสิทธิตามกฎหมาย หรือสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองเท่านั้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 “สิทธิ” ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพแล้ว ประโยชน์นั้นก็จะเป็นสิทธิ กล่าวคือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 386/2509 การกระทำละเมิดนั้นต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายต่อสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่ตามกฎหมายเมื่อไม่มีกฎหมายคุ้มครองประโยชน์ที่โจทก์ต้องการ จึงไม่เป็นสิทธิที่มีตามกฎหมาย หากอาจบังคับเหนือคนทั่วไปได้ไม่ การกระทำของจำเลยที่ผลิตไฟฉายรูปกระบอกเป็นเกลียวอย่างเดียวกับสินค้าไฟฉายของโจทก์หาเป็นการละเมิดต่อโจทก์ไม่

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18.

การพิสูจน์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการละเมิดจึงถือเป็นสิ่งสำคัญ และความเสียหายดังกล่าวนี้จะต้องแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นมูลให้เกิดการชดใช้ทดแทนกันได้ ไม่ใช่แค่เพียงความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดหรือน่าจะเกิดขึ้น* ที่ว่าต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนนี้ มิได้หมายความว่าต้องคำนวณได้เป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้ แต่หมายความว่าเกิดความเสียหายขึ้นจริงๆ ส่วนจะเรียกร้องให้ชดใช้กันเป็นจำนวนมากเท่าใด อย่างไรก็ดี เป็นอีกเรื่องที่ต้องว่ากันอีกส่วนหนึ่งตามหลักเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน⁷

4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล⁸

แม้ว่าจะมีการกระทำอันเป็นละเมิดครบตามองค์ประกอบที่กล่าวมาข้างต้น แต่ถ้าหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลจากการกระทำของจำเลย ก็ย่อมเอาผิดจำเลยไม่ได้**

ข. การใช้สิทธิไม่สุจริตและหลักสุจริต

“มาตรา 421 การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่ผู้อื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

ตามมาตรา 421 เป็นบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิที่มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Right) อันหมายถึงว่า แม้จะเป็นการใช้สิทธิ (อันกฎหมายรับรอง) แล้วก็ตาม แต่ถ้าทำไปโดยประสงค์ในความเสียหายของผู้อื่น หรือทำให้บุคคลอื่นต้องเสื่อมเสียประโยชน์ การใช้สิทธินั้นย่อมเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน บทบัญญัติ

* ความเสียหายที่กฎหมายไทยยอมให้มีการเรียกร้องกันได้อาจเป็นความเสียหายในอนาคตก็ได้ เช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 444 หรือเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินก็ได้ในมาตรา 446 หรือความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณในมาตรา 447

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51-53.

** ปัจจุบันทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์และผลที่ใช้กัน มี 2 ทฤษฎีคือ

1. ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีผลโดยตรง ถือว่าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งผลย่อมไม่เกิดขึ้น ดังนั้นถ้ามีการกระทำหลายอย่างอันเป็นเหตุแห่งผลก็ถือว่า เหตุทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันที่จะก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้นผู้ก่อเหตุต้องรับผิดชอบ

2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมหรือทฤษฎีผลธรรมดา ถือว่าเฉพาะการกระทำที่เป็นเหตุสำคัญซึ่งจะส่งผลตามธรรมดาหรือเป็นเหตุเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดขึ้นเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะต้องรับผิดชอบ

มาตรานี้จึงเป็นบทขยายความของคำว่า “ผิดกฎหมาย” ในมาตรา 420 ออกไปอีกชั้นหนึ่ง การกำหนดความรับผิดตามมาตรา 420 จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 421 ประกอบด้วย

“มาตรา 5 ในการจะใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต”

นอกจากหลักกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ยังมีหลักสุจริต (bona fides) หรือการใช้สิทธิโดยสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) ที่กำหนดให้บุคคลทุกคนจะต้องกระทำการโดยสุจริตจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยหลักกฎหมายข้างต้นปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ซึ่งเป็นบททั่วไปและเป็นการกำหนดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิโดยมีหลักว่าการใช้สิทธิต้องใช้โดยสุจริต⁹

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายเรื่องละเมิดประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 18 ที่ศาลนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของชื่อทางการค้า กรณีนี้สามารถสรุปได้ว่าเมื่อผู้ใดเป็นเจ้าของชื่อทางการค้าแล้ว ก็มีสิทธิที่จะใช้ชื่อนั้นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชื่อนั้นได้ หากปรากฏว่ามีบุคคลใดนำชื่อทางการค้าของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบและทำให้เจ้าของชื่อทางการค้านั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์ เจ้าของชื่อทางการค้าย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้ผู้ทำละเมิดใช้ชื่อของตนต่อไปตามมาตรา 18 และมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดนั้นได้อีกด้วย โดยถือว่าการใช้ชื่อทางการค้าของบุคคลอื่นโดยมิชอบนั้นเป็นการใช้สิทธิที่มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตาม ป.พ.พ. มาตรา 421 ซึ่งเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและเป็นการละเมิดตามมาตรา 420¹⁰

คำพิพากษาของศาลฎีกาไทยที่ถือเป็นบรรทัดฐานในเรื่องนี้คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2350/2531 โดยใช้หลักในมาตรา 5 เรื่องการใช้สิทธิโดยสุจริต ประกอบมาตรา 421 เรื่องการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และมาตรา 18 เรื่องสิทธิของเจ้าของชื่อในการที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นนำชื่อของตนไปใช้โดยมิได้รับอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการวินิจฉัยความผิดเรื่องการใช้ชื่อทางการค้าที่เหมือนกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิด อีกทั้งยังได้วางหลักเพิ่มเติมไว้ว่าการนำมาใช้ในลักษณะที่อาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิดนั้น

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.

¹⁰ จรัญ ภัคดีธนากุล, “ชื่อทางการค้า (Trade name),” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ., หน้า 405-406.

ต้องเป็นกิจการประเภทเดียวกันหรือเกี่ยวเนื่องใกล้เคียงกัน หากกิจการของโจทก์และกิจการของจำเลยไม่มีความเกี่ยวเนื่องใกล้เคียงกัน ประชาชนย่อมไม่เกิดความสับสนหลงผิด และความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น¹¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2350/2531 บริษัทจำเลยที่ 1 ดำเนินธุรกิจโรงแรมเช่นเดียวกับโจทก์ แต่ชื่อของบริษัทจำเลยที่ 1 มีคำว่า “ฮิลตัน” “ไฮเต็ล” และ “บางกอก” พ้องกับชื่อโรงแรมฮิลตันที่โจทก์ใช้ในการดำเนินกิจการโรงแรมทั่วโลกจนมีชื่อเสียงมานาน ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดได้ว่า จำเลยที่ 1 คือโจทก์ และกิจการของจำเลยที่ 1 คือกิจการของโจทก์ จำเลยจึงนำเอาชื่อฮิลตันของโจทก์มาใช้โดยไม่สุจริต ย่อมทำให้โจทก์เสียหายเพราะโจทก์กับจำเลยที่ 1 ดำเนินธุรกิจอยู่ในกรุงเทพมหานครเช่นเดียวกัน การที่มีบริษัทอื่นอีกมากมายนำชื่อฮิลตันของโจทก์ไปตั้งเป็นชื่อกิจการของตนหาได้ทำให้จำเลยที่ 1 มีสิทธิขึ้นไม่ และหากไม่ห้ามจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 1 อาจเปลี่ยนชื่อโรงแรมของจำเลยมาใช้ชื่อฮิลตันของโจทก์อีกเมื่อใดก็ได้ โจทก์จึงมีสิทธิขอให้ห้ามจำเลยใช้ชื่อ “ฮิลตัน” เป็นชื่อของบริษัทหรือโรงแรมของจำเลย

ดังนั้นการพิจารณาปัญหาการนำคีย์เวิร์ดไปใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์ว่าเข้าข่ายการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิตามบทบัญญัติข้างต้นหรือไม่นั้น จะต้องมืองค์ประกอบครบ 3 ประการดังต่อไปนี้¹²

1. มีการนำเอาชื่อหรือคำที่คล้ายกับชื่อของผู้อื่นไปใช้ในการประกอบธุรกิจการค้าของตนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ และไม่มีอำนาจที่จะใช้ได้โดยชอบโดยประการอื่น
2. การใช้ชื่อของผู้อื่นโดยไม่ชอบนั้น เป็นการใช้โดยไม่สุจริต มีเจตนาแสวงหาประโยชน์จากชื่อของผู้อื่นโดยไม่ชอบ และ
3. ทำให้ผู้เป็นเจ้าของชื่อต้องเสื่อมเสียประโยชน์ หรือต้องเสียหายในทางใดทางหนึ่ง

¹¹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม,” ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, (อศตยา มิเลนเนียม: สวัสดิการศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, ธันวาคม 2545), หน้า 148.

¹² จรัญ ภัคดีธนากุล, “ชื่อทางการค้า (Trade name),” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ., หน้า 406-423.

บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

องค์ประกอบประการแรก คือการพิจารณาว่ากรณีเจ้าของเว็บไซต์ใช้คีย์เวิร์ดที่เหมือนหรือคล้ายกับชื่อของโจทก์ใน meta tag เว็บไซต์ โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจการค้าหรือไม่

ในประเด็นนี้เห็นว่าแม้ว่าวิธีการใช้เป็นคีย์เวิร์ดใน meta tag จะเป็นการใช้ชื่อของผู้อื่นกับเว็บไซต์ซึ่งไม่ใช่การนำไปใช้เป็นชื่อในการประกอบธุรกิจของตนโดยตรง แต่หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้คือเพื่อทำให้เว็บไซต์ของตนเองได้รับการจัดอันดับผลการค้นหาในลำดับต้นๆ ทุกครั้งที่ผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ด ประกอบกับผลลัพธ์ที่ผู้ใช้คีย์เวิร์ดคาดหวังก็คือเพื่อทำการประชาสัมพันธ์ธุรกิจ สินค้าหรือบริการของตนผ่านทางเว็บไซต์โดยมุ่งหวังผลทางการตลาด แม้จะเป็นเพียงการแสดงรายชื่อผลการค้นหาผ่านบริการโปรแกรมค้นหาบนอินเทอร์เน็ต ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้ชื่อของผู้อื่นในการประกอบธุรกิจการค้าอย่างหนึ่งเช่นกัน

องค์ประกอบประการที่สอง คือการพิจารณาถึงความสุจริตของการนำชื่อของผู้อื่นไปใช้เป็นคีย์เวิร์ดใน meta tag ว่าเป็นการใช้โดยไม่สุจริตโดยมีเจตนาแสวงหาประโยชน์จากชื่อของผู้อื่นโดยไม่ชอบ

สำหรับการวิเคราะห์ในประเด็นนี้เป็นการพิจารณาเจตนาของเจ้าของเว็บไซต์ว่ารู้หรือไม่ว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้เหมือนหรือคล้ายกับชื่อของบุคคลอื่นและต้องการนำมาใส่ในเว็บไซต์ของตนโดยรู้ว่าตนเองไม่มีสิทธิหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ จนถึงขนาดที่อาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดว่ากิจการค้าของตนเป็นส่วนหนึ่งของกิจการค้าของผู้ที่เป็นเจ้าของชื่อ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7209/2537, 1516/2540, 2104/2540 และ 4260/2540) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอาจดูจากหลายๆ ปัจจัยประกอบกัน เช่น 1) ชนิดและประเภทของธุรกิจว่าเป็นธุรกิจเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกันหรือไม่ 2) ชื่อเสียงหรือความเป็นที่รู้จักในหมู่ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการด้วยกัน 3) ชนิดของคำและความหมายที่ใช้ เช่น ใช้คำทั่วไปในความหมายทั่วไป 4) ความเกี่ยวข้องระหว่างคีย์เวิร์ดที่ใช้ใน meta tag กับเนื้อหาที่ระบุในเว็บไซต์ เป็นต้น

กรณีตามปัญหาหากเจ้าของเว็บไซต์ได้รู้อยู่แล้วว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้เหมือนหรือคล้ายกับชื่อของบุคคลอื่นและเว็บไซต์ทั้งสองแห่งก็เป็นธุรกิจประเภทเดียวกันหรือเกี่ยวเนื่องกัน กรณีนี้ก็อาจทำให้ผู้บริโภคที่กำลังค้นหาข้อมูลเกิดความเข้าใจผิดว่าเว็บไซต์ที่ปรากฏเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของชื่อหรือเป็นส่วนหนึ่งของกิจการค้าของผู้ที่เป็นเจ้าของชื่อนั้น และถึงแม้ว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจบน

อินเทอร์เน็ตก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นเขตพื้นที่ทางการค้าหรือตลาดการค้าเดียวกันกับธุรกิจของเจ้าของชื่อ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นชื่อทางการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายโดยเทียบเคียงจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3070/2522, 321/2526 และ 6442/2537 ที่ศาลสามารถให้ความคุ้มครองได้แม้ว่าเจ้าของชื่อจะไม่เคยเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยก็ตาม ดังนั้นเมื่อการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag เป็นการใช้โดยมีเจตนาที่จะพยายามดึงดูดความสนใจของผู้ใช้งานให้เข้าไปยังลิงก์เว็บไซต์ของตนเองโดยอาศัยผลการจัดอันดับเว็บไซต์เพื่อเพิ่ม traffic ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาอันไม่สุจริตของเจ้าของเว็บไซต์ที่ต้องการแสวงหาประโยชน์จากชื่อทางการค้าของผู้อื่นในทางการค้าโดยมิชอบแล้ว

องค์ประกอบประการสุดท้าย คือการพิจารณาถึงประเด็นความเสียหายหรือการเสื่อมเสียประโยชน์ที่เจ้าของชื่อทางการค้าจะได้รับจากการใช้คีย์เวิร์ดของเจ้าของเว็บไซต์ดังกล่าว

กรณีนี้เห็นว่ามี ความเสียหายเพียงพอที่จะถือว่าเจ้าของชื่อทางการค้าได้รับความเสียหายหรือต้องเสื่อมเสียประโยชน์แล้ว เพราะลำดับผลการค้นหาที่ปรากฏย่อมส่งผลโดยตรงต่อโอกาสในการเข้าถึงเว็บไซต์ของผู้ใช้งาน เมื่อผู้ใช้งานหันไปให้ความสนใจกับเว็บไซต์ของบุคคลอื่นและคลิกเข้าไปยังเว็บไซต์ดังกล่าวแทน การเพิ่ม traffic เว็บไซต์ของคู่แข่งในกรณีนี้ย่อมมีผลต่อจำนวน traffic เว็บไซต์ของเจ้าของชื่อดังกล่าว ทำให้ต้องสูญเสียรายได้หรือประโยชน์อื่นใดที่ควรจะได้รับหรือที่อาจเกิดขึ้นตามมา เป็นต้นว่าโอกาสในการเพิ่มปริมาณรายได้จากการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ หรือรายได้อันอาจเกิดขึ้นจากการลงโฆษณาต่างๆ ในเว็บไซต์ของตน หรือโอกาสในการสื่อสารหรือทำการประชาสัมพันธ์ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการค้าของเจ้าของชื่อทางการค้าไปยังผู้บริโภค รวมถึงผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือหรือความนิยมต่อเว็บไซต์ของตนที่จะต้องถูกกระทบกระเทือนไปด้วย และผลประโยชน์ต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นอาจตกไปอยู่กับเว็บไซต์ของผู้ประกอบการคู่แข่งแทน

ด้วยเหตุนี้ ความเสียหายหรือการเสื่อมเสียประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของชื่อทางการค้าจึงเป็นความเสียหายอันพึงคาดหมายได้แน่นอน ทำให้สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาปรับเข้ากับลักษณะการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของชื่อทางการค้าจากการใช้เป็นคีย์เวิร์ดใน meta tag เว็บไซต์ได้ ตามมาตรา 5 มาตรา 18 และมาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี ในการนำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนำชื่อทางการค้าไปใช้เป็นคีย์เวิร์ดในเว็บไซต์ เนื่องจากโดยลักษณะของการทำธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตจะไม่มีขอบเขตพื้นที่

ในการประกอบกิจการที่ชัดเจนแน่นอน ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจึงยากที่จะกำหนดได้แน่นอนและขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่วินิจฉัยว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ หากโจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ว่าการที่จำเลยใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายในลักษณะใด เช่น มีรายได้ลดลงหรือสูญเสียประโยชน์อย่างไร โจทก์ก็ไม่อาจฟ้องขอคุ้มครองสิทธิได้ตาม ป.พ.พ. (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 37/2541)

กรณีนี้สรุปได้ว่า แม้ผู้วิจัยจะเห็นว่าหลักกฎหมายข้างต้นอาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดได้ แต่ในทางปฏิบัติเจ้าของคีย์เวิร์ดจะสามารถได้รับความคุ้มครองโดยนำสืบให้เห็นได้แค่ไหน เพียงใดยังคงเป็นเรื่องที่น่าคิด

(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ดังที่ได้เกริ่นมาแล้วในตอนต้น ประเทศไทยมีกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่สำคัญได้แก่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าเป็นพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญของการให้คุ้มครองตามกฎหมายก็คือเพื่อป้องกันมิให้มีการนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน รวมทั้งเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือค่าความนิยมของบุคคลอื่นโดยไม่สุจริตซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองทั้งในส่วนของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ

บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มีการให้คำนิยามศัพท์ของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” เอาไว้ดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้โดยอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”

จากบทบัญญัติข้างต้น เครื่องหมายที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าอันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการโดยครบถ้วนคือ

- 1) ต้องเป็นเครื่องหมายตามมาตรา 4 พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า
- 2) เป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า
- 3) เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าานั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

1) ต้องเป็นเครื่องหมายตามมาตรา 4 พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า

สิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายไทยได้จะต้องเป็นเครื่องหมายอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า “เครื่องหมาย” หมายถึง สิ่งใดก็ได้ที่ใช้เป็นที่หมายของสินค้าไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด ซึ่งกฎหมายระบุถ้อยคำไว้ชัดเจนว่าเครื่องหมายที่เป็น คำ ชื่อ ตัวหนังสือ หรือตัวเลข อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน เช่น คำมากกว่า 1 คำ หรือชื่อนิติบุคคลกับคำรวมกัน เป็นต้น ก็สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้

2) เป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า

กล่าวคือเครื่องหมายที่จะถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าจะต้องเป็นเครื่องหมายที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าอยู่ก่อนแล้ว หรือหากยังไม่ได้ใช้แต่ก็มีเจตนาที่จะใช้ในอนาคตก็ได้ ทั้งนี้ บุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีการใช้หรือตั้งใจที่จะใช้เครื่องหมายที่ตนอ้างความเป็นเจ้าของกับสินค้าโดยเจตนาที่จะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าโดยสุจริต กรณีที่จะถือว่าเป็นการใช้หรือจะใช้เครื่องหมายการค้าเป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เช่น การติดเครื่องหมายการค้าลงบนบรรจุภัณฑ์ของสินค้า หรือประทับไว้ที่ตัวสินค้า เป็นต้น

3) เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าานั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

หลักเกณฑ์ในข้อนี้เป็นการกำหนดองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าว่าต้องเป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า กล่าวคือต้องเป็นเครื่องหมายอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าานั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น เพื่อป้องกันการสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง¹³ ดังนั้น หากมีการนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่าง

¹³ วิชัย อริยะนันทกะ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม,” ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, หน้า 114-115.

อื่นที่ไม่ใช่เพื่อการระบุและแยกแยะว่าสินค้าของตนแตกต่างจากสินค้าของบุคคลอื่นอย่างไร เช่น นำไปตั้งเป็นชื่อบริษัท หรือเพียงแต่ระบุว่าสามารถนำไปใช้กับสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าใด กรณีนี้ก็ไม้อาจพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1257-1258/2536 และ 547/2538)

สำหรับระดับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยจะมีระดับการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าแต่ละประเภทแตกต่างกันกล่าวคือ กรณีเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในประเทศไทย มาตรา 44 แห่งพ.ร.บ.เครื่องหมายการค้าฯ ได้บัญญัติรับรองสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้และให้มีสิทธิห้ามบุคคลอื่นใช้ชื่อตัว ชื่อสกุล ชื่อสำนักงานการค้า คำบรรยายลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าที่กระทำโดยไม่สุจริตได้ตามมาตรา 47¹⁴ แต่ถึงแม้ว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะยังไม่ได้จดทะเบียน เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็มีสิทธิในการฟ้องคดีต่อบุคคลอื่นซึ่งกระทำการอันเป็นการลวงขายสินค้าตามมาตรา 46 วรรคสอง¹⁵ หรือหากพิจารณาได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (well-known mark) ไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนไว้หรือไม่ กฎหมายยังให้สิทธิได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้นเป็นพิเศษเกี่ยวกับการจดทะเบียน นอกจากสิทธิทั่วไปเช่นเดียวกับของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน แล้วแต่ว่าจะจดทะเบียนหรือไม่ได้จดทะเบียนอีกด้วย (มาตรา 8 (10) พ.ร.บ.เครื่องหมายการค้าฯ¹⁶ และประกาศกระทรวง

¹⁴ “มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

“มาตรา 47 การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตนหรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน”

¹⁵ “มาตรา 46 บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนหรือเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว ไม่ได้

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น”

¹⁶ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน...

พาณิชย์เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2547)¹⁷ ในกรณีนี้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจึงเป็นการทำให้ความคุ้มครองทางกฎหมายมีผลสมบูรณ์ขึ้นเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 884-885/2536)

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะ เป็นเครื่องหมายการค้าประเภทใดหลักการหรือเจตนารมณ์สำคัญในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายทั่วโลกก็คือ

1. เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าให้ได้ใช้เครื่องหมายการค้าในการค้าขายสินค้าเพื่อการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม และมีหน้าที่ในทางเศรษฐกิจเพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายที่ใช้ในกิจการ ตลอดจนชื่อเสียงในทางการค้าหรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “ค่าความนิยม” หรือ “กู๊ดวิลล์” (goodwill)^{*} ของผู้เป็นเจ้าของ¹⁸
2. เพื่อคุ้มครองสาธารณชนหรือผู้บริโภคโดยการให้เครื่องหมายค้านั้นในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าได้โดยไม่สับสนหรือหลงผิด
3. เพื่อคุ้มครองผู้สุจริตให้สามารถใช้สิทธิของตนโดยสุจริต และไม่ให้ผู้ไม่สุจริตได้รับประโยชน์ในลักษณะที่เอาเปรียบผู้สุจริตได้

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม”

¹⁷ ประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2547 “ข้อ 2 การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการดังต่อไปนี้

(1) สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นจะต้องมีการจำหน่ายหรือมีการใช้หรือมีการโฆษณา หรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใดๆ เช่น ใช้เป็นเครื่องหมายของทีมฟุตบอล เป็นต้น อย่างแพร่หลายตามปกติโดยสุจริต ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้นไม่ว่าในประเทศหรือต่างประเทศ จนทำให้สาธารณชนทั่วไป หรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักเป็นอย่างดี

(2) เครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภค”

^{*} Goodwill หมายถึง ความมีชื่อเสียงเกียรติคุณหรือค่าความนิยม อันเป็นส่วนที่ทำให้กิจการสามารถหากำไรได้สูงกว่าระดับปกติ สำหรับกิจการประเภทเดียวกัน

¹⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548), หน้า 289.

ดังนั้น หากมีการนำบทกฎหมายมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาแต่ละเรื่องและพบว่าบทกฎหมายบางมาตรามีข้อความที่ดูเหมือนไม่เอื้ออำนวยที่จะนำมาใช้เยียวยาแก้ไขปัญหา การปรับใช้และการตีความบทบัญญัติกฎหมายเช่นว่านั้นจะต้องคำนึงถึงหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวและคำนึงถึงความยุติธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ¹⁹

2.1 การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (มาตรา 44 และมาตรา 47)

“มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มียุติแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

“มาตรา 47 การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตนหรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน”

“มาตรา 46 วรรคแรก บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้”

บทบัญญัติมาตรา 44 พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ ถือเป็นบทสันนิษฐานทางกฎหมายว่า ผู้ที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มียุติแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้และเป็นการรับรองสิทธิของผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอันมีผลให้ผู้จดทะเบียนเป็นผู้มียุติแต่เพียงผู้เดียวหรือมีสิทธิเด็ดขาดที่จะใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนนั้น หรือจะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิของตนแทนก็ได้ (Licensing)

ดังนั้น การที่มีบุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หากไม่ใช่กรณีตามมาตรา 27 ซึ่งเป็นกรณีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายโดยมีพฤติการณ์พิเศษ (คำพิพากษาฎีกาที่ 5083/2543) หรือกรณีตามมาตรา 68 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว มีสิทธิทำสัญญาอนุญาตให้บุคคล

¹⁹ รัชพันธ์ ประพุทธินิติสาร, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1*, นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ. (จิรัชการพิมพ์: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ตุลาคม 2547), หน้า 218-219.

อื่นที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือบางอย่าง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2121/2544) กรณีนี้บุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนมีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดและเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามนัยยะของมาตรา 46 วรรคแรก ตาม พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7391/2542 และ 2817/2543)

อย่างไรก็ดี เนื่องจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าข้างต้นไม่ได้มีการบัญญัติหรือให้คำอธิบายว่าการกระทำอย่างไรจึงเป็นการ “ใช้” เครื่องหมายการค้า รวมทั้งไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรบ้างที่เป็นการ “ละเมิดสิทธิ” (infringement) การใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งแตกต่างจากการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายไทยในเรื่องอื่นๆ เช่น การคุ้มครองลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือการคุ้มครองสิทธิบัตรตาม พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และยังแตกต่างกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศเช่น กฎหมาย Lanham Act ของสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย Trade Marks Act ของอังกฤษ ที่ต่างก็มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดขอบเขตแห่งสิทธิและการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิเอาไว้อย่างชัดเจน²⁰ (รายละเอียดโปรดดูในหัวข้อ 3.1.1 (1) และ 3.1.2 (1) ของบทที่ 3)

ดังนั้นการพิจารณาการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า ศาลไทยได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นหลักทั่วไปทางแพ่ง ได้แก่ หลักการกฎหมายลักษณะละเมิดตาม(มาตรา 420 หรือ มาตรา 421) และหลักการใช้สิทธิโดยสุจริต (มาตรา 5) มาพิจารณาประกอบ²¹ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2844/2516 และ 733/2507) โดยถือว่าการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าคือการละเมิดสิทธิที่กฎหมายรับรองอย่างหนึ่ง จึงอาจเทียบเคียงได้ว่าการที่บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำโดยผิดกฎหมายทำให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหาย บุคคลนั้นเป็นผู้ละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า²² ส่วนการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

²⁰ มาตรา 27-31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542), มาตรา 1114 (1) แห่งกฎหมาย Lanham Act 1946 และ มาตรา 10 แห่งกฎหมาย Trade Marks Act 1994

²¹ วัช ดิงสมิทธิ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2545), หน้า 95-96.

²² บรรเทิง สุธรรมพร, “การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” หน้า 58-60.

เมื่อไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษใน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า กรณีนี้จึงต้องพิจารณาตาม ป.พ.พ. มาตรา 438²³ อีกเช่นกัน²⁴

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่ผ่านมาสามารถแยกองค์ประกอบการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนเป็น 2 ประการ ดังนี้²⁵

1) มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต

ตามองค์ประกอบข้อนี้ประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือไม่ก็คือเป็นการใช้เครื่องหมายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า หากเป็นการใช้เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของย่อมเป็นการละเมิดที่ชัดเจน แต่หากเครื่องหมายที่ใช้ไม่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของ กรณีนี้ศาลฎีกาได้วางแนวทางเอาไว้ว่าถ้ามีความคล้ายคลึงกันจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดสินค้า ก็ถือเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน²⁶

2) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นกับสินค้าจำพวกหรือชนิดที่ได้จดทะเบียนไว้เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 712/2500)

แม้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 44 จะให้ความคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในอันที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นมาใช้เครื่องหมายการค้าของตนกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ แต่ตาม พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า ก็มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้สุจริตเป็นสำคัญจึงบัญญัติมาตรา 47 เพื่อเป็นการรับรองหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปไว้

²³ “มาตรา 438 ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด ฤ็ใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความสะดวกอย่างไรก็ดี อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

²⁴ รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536), หน้า 174-175.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

²⁶ วัส ดิงสมิทธ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 97-98.

เป็นลายลักษณ์อักษร²⁷ในกฎหมายฉบับนี้และถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นการคุ้มครองสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าด้วยเช่นกัน

“มาตรา 47 การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตนหรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน”

เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า หากเป็นกรณีที่มีบุคคลอื่นนำเครื่องหมายของตนไปใช้ซึ่งไม่ได้เป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า เช่น การใช้ชื่อ หรือคำบรรยาย กรณีดังกล่าวเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ไม่น่าจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้นเมื่อมีบุคคลอื่นใช้ชื่อตัว ชื่อสกุล ชื่อสำนักงานการค้า คำบรรยายลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยสุจริต การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า²⁸ ตามหลักการคุ้มครองผู้สุจริต เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 693/2538 นามหรือชื่อและเครื่องหมายการค้าเป็นคนละเรื่องกัน กรณีนี้ชื่อทางการค้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในนามหรือชื่อของนิติบุคคลตาม ป.พ.พ. มาตรา 18 เมื่อคำว่า “บริษัทราม่าลาย จำกัด” ซึ่งเป็นนามหรือชื่อของจำเลยไม่ได้ซ้ำกับนามหรือชื่อของโจทก์ซึ่งใช้ชื่อว่า “บริษัทชุมศิลป์โลหาร จำกัด” แม้จำเลยตั้งชื่อบริษัทตรงกับคำในเครื่องหมายการค้า “ราม่าลาย” ซึ่งเครื่องหมายการค้าดังกล่าวโจทก์ และ ว. กรรมการของจำเลยเป็นเจ้าของร่วมกัน ก็มีใช่เป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ในการที่จะใช้นามหรือชื่อ หรือทำให้โจทก์ผู้เป็นเจ้าของนามหรือชื่อนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์ อีกทั้งยังไม่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7335/2538 คำว่า “CPAC” กับ “SEAPAC” วิจัยชยทำนองเดียวกัน)

แต่ถ้าหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นการนำไปใช้เป็นชื่อนิติบุคคลหรือชื่อทางการค้าโดยไม่สุจริต ในลักษณะที่จะทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดว่าสินค้าหรือบริการของจำเลยเป็นสินค้าหรือบริการของโจทก์ และทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด กรณีนี้ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8779/2542 คำว่า “BMW” ของโจทก์กับ

²⁷ ธัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 123.

²⁸ วัศ ดิงสมิทธิ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 124-125.

คำว่า “บีเอ็มดับบลิว” ของจำเลย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 542/2546 คำว่า “SONY” หรือ “โซนี่” ของโจทก์กับคำว่า “SONY IMPEX CO., LTD.” ของจำเลย)

บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

เมื่อนำหลักกฎหมายข้างต้นมาปรับใช้กับกรณีที่เจ้าของเว็บไซต์คู่แข่งนำคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายดังกล่าว สามารถแบ่งการพิจารณาตามองค์ประกอบความผิดเป็น 3 หัวข้อดังนี้

- (1) มีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต
- (2) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า
- (3) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจก่อให้เกิดความ

สับสนหลงผิด

องค์ประกอบประการแรก คือมีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต กรณีนี้มีปัญหากฎหมายที่ต้องพิจารณาแยกเป็น 2 ประเด็นย่อยคือ

- ก) คีย์เวิร์ดสามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่

ประเด็นนี้เห็นว่าเมื่อเครื่องหมายที่ใช้ มีลักษณะครบ 3 ประการของการเป็นเครื่องหมายการค้า (มาตรา 4)²⁹ แล้ว แม้จะมีบุคคลนำเครื่องหมายไปใช้เป็นคีย์เวิร์ดบนอินเทอร์เน็ตเพื่อใช้กับโปรแกรมค้นหา คีย์เวิร์ดดังกล่าวก็ยังคงเป็นเครื่องหมายการค้าอยู่เช่นเดิม เพราะคีย์เวิร์ดก็คือเครื่องหมายอย่างหนึ่งและกฎหมายก็บัญญัติถ้อยคำเอาไวกว้างๆ แต่เพียงว่า “ที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า” ทั้งเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ใน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า ทั้งฉบับก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นความเกี่ยวข้องกับสินค้าในลักษณะหรือรูปแบบใด แม้ว่าวิธีการใช้จะอยู่ในรูปของคีย์เวิร์ดก็ควรจะนับว่าเป็นการใช้ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าได้และยังคงมีลักษณะบ่งเฉพาะและสามารถทำหน้าที่ในการ

²⁹ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้โดยอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”

ระบุถึงแหล่งที่มาของสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคใช้ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าได้โดยไม่สับสนหลงผิด เพราะถ้าถือว่าการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคีย์เวิร์ดบนอินเทอร์เน็ตจะทำให้ขาดคุณสมบัติของการมีลักษณะบ่งเฉพาะแต่เพราะเหตุใดเจ้าของเว็บไซต์ทั้งหลายจึงจะจงเลือกใช้คีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าดังกล่าวใน meta tag ของเว็บไซต์ตนเอง ในขณะที่ผู้ใช้งานก็นิยมพิมพ์คีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าเพื่อหาเว็บไซต์หรือข้อมูลสินค้าบริการผ่านโปรแกรมค้นหา เมื่อไม่มีกฎหมายจำกัดขอบเขตของการเป็นเครื่องหมายการค้าเอาไว้โดยตรง กรณีนี้ก็สามารถพิจารณาได้ว่าคีย์เวิร์ดสามารถเป็นเครื่องหมายการค้าที่ยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นกัน

ข) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่

ดังที่เคยกล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติมาตรา 44 ไม่ได้กำหนดความหมายของการ “ใช้” เครื่องหมายการค้าเอาไว้ในกฎหมาย ทำให้การพิจารณาของศาลที่ผ่านมาต้องอาศัยการตีความความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ในมาตรา 4 เมื่อนำหลักกฎหมายข้างต้นมาปรับใช้กับกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์ สามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวความเห็น กล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า ไม่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า เพราะเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ว่าต้องเป็นเครื่องหมาย “ที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า” การตีความกฎหมายที่ผ่านมาศาลจะพิจารณาว่าการใช้เครื่องหมายการค้าหมายถึงการนำเครื่องหมายการค้าไปติดกับสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า รวมถึงการใช้กับวัสดุ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้าและการส่งเสริมการจำหน่าย ซึ่งเป็นการ “ใช้” เครื่องหมายการค้าโดยตรงในลักษณะที่ผู้บริโภคสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2539) ตามความเห็นนี้ คีย์เวิร์ดที่ใช้ใน meta tag จึงเป็นเพียงคำหรือตัวอักษรธรรมดาสำหรับให้โปรแกรมค้นหาเข้ามาอ่านข้อมูลแล้วนำไปจัดเรียงอันดับผลการค้นหาในลำดับต่อไปเท่านั้น โดยอาจเทียบเคียงได้กับกรณีตามมาตรา 47 พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ ที่กำหนดว่าการใช้ชื่อหรือใช้คำบรรยายลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยสุจริต ไม่ถือว่าเป็นการใช้ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าอันเป็นการโต้แย้งสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งจะต้องอาศัยการตีความกฎหมายกล่าวคือ แม้โดยลักษณะของนำคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าไปใช้ใน meta tag ซึ่งเป็นชุดคำสั่งที่ซ่อนอยู่ภายในหน้าเว็บไซต์โดยที่ผู้ใช้งานก็ไม่รู้ว่าลิงก์เว็บไซต์ที่ปรากฏนั้นเกิดจากการ

กระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่นำเอาเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้โดยนัยยะแฝง (invisible use) เป็นการนำสิ่งหนึ่งเพื่อนำไปสู่อีกสิ่งหนึ่ง เพราะความมุ่งหมายที่แท้จริงของการใช้คือยี่ห้อในกรณีนี้มีไว้เพื่อให้โปรแกรมค้นหาเข้ามาอ่านข้อมูลและประมวลผลออกมาเป็นรายชื่อเว็บไซต์เพื่อให้ผู้ใช้งานเห็นถึงข้อมูลเว็บไซต์ของตนอีกทีซึ่งอาจทำให้ผู้ใช้งานเข้าใจว่าคือยี่ห้อของเจ้าของสินค้าที่กำลังค้นหากับข้อมูลเว็บไซต์ที่ปรากฏมีความเกี่ยวข้องกัน อันเข้าลักษณะเป็นการใช้เครื่องหมายสำหรับบ่งถึงสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า จึงเท่ากับว่าแม้จะเป็นเพียงการใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์ก็อาจถือได้ว่าการ “ใช้” เครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นแล้ว แม้จะเป็นแค่เพียงการใช้เครื่องหมายการค้าโดยนัยยะแฝง (Invisible Trademark) ซึ่งไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้าโดยตรงก็ตาม โดยผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นในข้อนี้

องค์ประกอบประการที่สอง คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า

เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยในคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ผ่านมาศาลได้วางแนวทางเอาไว้โดยชัดเจนตลอดมาว่าต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าจริงๆ เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 712/2500) ประกอบกับ คำว่า “สินค้า” เมื่อพิจารณาตามความหมายโดยทั่วไปก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าหมายถึงตัวสินค้าที่ทำการซื้อขายกัน ซึ่งไม่อาจรวมถึงการใช้กับเว็บไซต์ที่ใช้เป็นช่องทางในการจำหน่ายสินค้าบนอินเทอร์เน็ต หรือความหมายในกฎหมายฉบับอื่น เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ก็มีการให้คำจำกัดความไว้ทำนองเดียวกัน³⁰ เมื่อจำกัดกรอบแนวคิดตามความหมายเช่นนี้ การใช้เครื่องหมายการค้าเป็นยี่ห้อใน meta tag แม้จะใช้กับเว็บไซต์ของผู้ประกอบการที่ขายสินค้าจำพวกเดียวกันกับสินค้าที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้จดทะเบียนไว้จึงไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าตามความหมายของ พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า

องค์ประกอบประการที่สาม คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

กรณีนี้เป็นการวิเคราะห์ว่าการที่เจ้าของเว็บไซต์ใช้ยี่ห้อที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายใน meta tag โดยทำให้เว็บไซต์นั้นได้รับการจัดอันดับและมีการแสดงรายชื่อในอันดับต้นๆ ของหน้าผลการค้นหาเมื่อผู้ใช้งานพิมพ์ยี่ห้อดังกล่าว เป็น

³⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย”

การใช้เครื่องหมายอันอาจก่อให้เกิดความสับสนกับสาธารณชนหรือไม่นั้น การพิจารณาเกี่ยวกับความเหมือนคล้ายและความสับสนหลงผิดจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการตัดสินคดีโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีและความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 97/2512 และ 2528/2538) ทั้งนี้หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาส่วนใหญ่เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นสำหรับปัญหาการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่สามารถมองเห็นได้โดยชัดเจน ทำให้ยากที่จะคาดเดาว่าศาลไทยจะมีความเห็นหรือมีแนวทางในการวินิจฉัยต่อปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นประการใด

อย่างไรก็ดี การพิจารณาปัญหาคำนี้สามารถแบ่งออกเป็น 2 แนวความเห็นกล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า ไม่มีความสับสนหลงผิดเพราะการที่มีรายชื่อเว็บไซต์ของผู้ที่ใช้เครื่องหมายกับของผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายปะปนกันในหน้าผลการค้นหา ยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้ใช้งานเกิดความสับสนระหว่างผู้ใช้เครื่องหมายกับผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายนั้นเพราะเมื่อผู้ใช้งานคลิกเข้าไปยังหน้าเว็บไซต์ดังกล่าว ผู้ใช้งานก็สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการหรือการโฆษณาของเว็บไซต์ต่างๆ ได้อยู่แน่นอน ทั้งนี้หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่เคยวางหลักเอาไว้ผู้วิจัยเห็นว่าศาลไทยมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยตามความเห็นนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อภาระการพิสูจน์ประเด็นนี้ตกอยู่กับโจทก์ ถ้าหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ ศาลย่อมวินิจฉัยไปในทางที่ว่าไม่มีความสับสนเกิดขึ้นกับสาธารณชน แม้ว่าในความเป็นจริงการแสดงผลการค้นหาของโปรแกรมค้นหาจะสามารถก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้ก็ตาม

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า มีความสับสนหลงผิดเพราะเมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้บริโภคที่กำลังมองหาสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตโดยใช้โปรแกรมค้นหาจะต้องกำหนดคำค้นหาขึ้นมาหนึ่งคำหรือมากกว่าที่เชื่อว่าจะเป็นประโยชน์ในการระบุถึงที่อยู่เว็บไซต์ที่มีสินค้าหรือบริการตรงกับที่กำลังค้นหาในขณะนั้นมากที่สุด การที่ผู้บริโภคใช้คำค้นหาที่เฉพาะเจาะจงจึงเป็นการใช้เพื่อทำให้รายชื่อผลการค้นหาที่ได้รับมีขอบเขตที่แคบลงและให้ปรากฏเฉพาะเว็บไซต์ของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ต้องการโดยตรงเท่านั้น ดังนั้น ในทันทีที่ผู้บริโภคตัดสินใจคลิกเข้าไปดูที่เว็บไซต์ดังกล่าวก็น่าจะเพียงพอที่จะถือว่าข้อมูลที่ปรากฏตรงหน้ามีผลต่อความเข้าใจของผู้บริโภคจนทำให้เชื่อว่าคำค้นหาที่พิมพ์ลงไปกับลิงก์เว็บไซต์ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันและมี

ความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นแล้วทันทีที่คลิก แม้ภายหลังจะรู้ว่าไม่ใช่สินค้าของผู้ประกอบการที่กำลังค้นหาอยู่แล้วกดย้อนกลับไปก็เดิมก็ตาม³¹

การวิเคราะห์ปัญหาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรเลือกพิจารณาตามแนวความเห็นที่ 2 ที่แม้ว่าการใช้ใน meta tag จะไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าโดยตรงแต่การแสดงผลการค้นหาจากการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ก็อาจทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนว่ารายชื่อเว็บไซต์ที่ปรากฏเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเป็นเว็บที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้ เพราะบุคคลทั่วไปมักเข้าใจว่าโปรแกรมค้นหาจะทำการประมวลผลและแสดงเฉพาะข้อมูลเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องกับคำที่ใช้ในการค้นหาเท่านั้น และบางครั้งก็เกิดจากความตั้งใจทำให้ดูคล้ายกันเพื่อใช้ดึงดูดความสนใจของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่ส่วนใหญ่มักจะไม่ได้สังเกตรายละเอียดที่ปรากฏในหน้าผลการค้นหา แต่จะให้ความสนใจกับลำดับหรือตำแหน่งของข้อมูลที่ปรากฏมากกว่า

เมื่อพิจารณาแนวทางการให้ความคุ้มครองเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยในปัจจุบัน กรณีนี้สามารถสรุปได้ว่าศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้าของเว็บไซต์ที่นำคีย์เวิร์ดที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นไปใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์โดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เนื่องจากไม่ได้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นกับสินค้าและยากที่จะพิสูจน์ว่ามีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นจากการใช้ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีประกอบธุรกิจของเจ้าของเว็บไซต์คู่แข่งที่จงใจเอาคีย์เวิร์ดที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้เพื่อให้เว็บไซต์ของตนอยู่ในอันดับต้นๆ ของผลการค้นหาเพื่อดึงดูดความสนใจและเพิ่มโอกาสในการหาประโยชน์จากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา นับว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของคีย์เวิร์ดอันก่อให้เกิดการกระทบสิทธิแล้วในกรณีนี้ จากการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงต้องสูญเสียโอกาสที่จะเข้าถึงผู้ใช้งานเป็นคนแรกและประโยชน์อื่นใดอันอาจเกิดขึ้นตามมาเป็นต้นว่ารายได้จากการขายสินค้าหรือบริการ หรือรายได้อันอาจเกิดขึ้นจากการลงโฆษณาต่างๆ ในเว็บไซต์ของตนต้องถูกระทบกระเทือน และเป็นความเสียหายอันพึงคาดหมายได้แน่นอน

³¹ โปรดดูเปรียบเทียบ คดี Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp., 354 F. 3d 1020 (9th Cir. 2004)

ดังนั้นเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของคีย์เวิร์ดมิให้บุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้าไปใช้เพื่อจุดประสงค์อื่นโดยไม่ชอบ จึงเห็นควรให้นำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 ป.พ.พ. และหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 มาปรับใช้ประกอบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เพื่อให้ความคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงและความนิยมในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ดจากการนำไปใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์ โดยพิจารณาถึงเจตนาของเจ้าของเว็บไซต์เป็นหลัก โดยศาลสามารถตีความกฎหมายว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้ถือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ดังนั้นแม้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า จะไม่ได้กำหนดให้การใช้เครื่องหมายการค้าใน meta tag เป็นความผิด แต่ในเมื่อเจ้าของเว็บไซต์รู้หรือควรจะรู้ว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น และเป็นการใช้เพื่อจุดประสงค์ในการดึงดูดผู้ใช้งานซึ่งกำลังค้นหาข้อมูลของเจ้าของเครื่องหมายการค้าให้เข้าไปยังเว็บไซต์ของตนซึ่งเป็นคู่แข่งแทน ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และเข้าข่ายการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ ตามมาตรา 421 ประกอบมาตรา 420 และมาตรา 5 ป.พ.พ.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 814/2487 โจทก์เอาเครื่องหมายการค้ามาจากจำเลยทั้งๆ ที่โจทก์รู้ว่าจำเลยได้คิดไว้เพื่อที่จะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าของตน ในเวลานั้นโจทก์เป็นผู้จัดการร้านของจำเลย เช่นนี้แล้วจะว่าโจทก์สุจริตอย่างไรได้ ก็เมื่อโจทก์กระทำการอันไม่สุจริตอันเป็นการขัดต่อมาตรา 5 แล้ว โจทก์ก็อ้างสิทธิที่ว่าได้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นก่อนจำเลยยื่นแก่จำเลยซึ่งเป็นผู้ประดิษฐ์ขึ้นและภายหลังได้นำมาใช้โดยสุจริตและได้นำไปจดทะเบียนแล้วไม่ได้ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 จะมุ่งประสงค์อย่างไรก็ตามแต่ แต่เป็นสิ่งที่แน่นอนว่าไม่ประสงค์จะช่วยคนไม่สุจริต

2.2 การลวงขาย (มาตรา 46 วรรคสอง)

“มาตรา 46 วรรคสอง บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น”

แม้บทบัญญัติมาตรา 46 วรรคสอง จะไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลวงขาย” เอาไว้แต่น่าจะเข้าใจได้ว่าหมายถึง การที่บุคคลหนึ่งใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นกับสินค้าของตน และเสนอขายในลักษณะที่ทำให้ผู้ซื้อหรือสาธารณชนสับสนหลงผิดคิดว่าสินค้าของบุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องหรือเป็นสินค้าของบุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง นับเป็นแนวคิด

นำมาจากหลัก Passing Off ของประเทศอังกฤษที่ค้ำประกันว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถทำให้เกิดค่าความนิยมติดอยู่กับเครื่องหมายการค้านั้นแม้จะนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าอย่างอื่น ก็สามารถทำให้ผู้บริโภคที่นึกถึงค่าความนิยมนั้นเกิดความนิยมในสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นได้ การที่ผู้อื่นนำไปใช้เพื่อลวงขายสินค้าย่อมเท่ากับเป็นการอาศัยชื่อเสียงเกียรติคุณหรือค่าความนิยมของเจ้าของเครื่องหมายการค้า³² (รายละเอียดหลักกฎหมายเรื่องลวงขายของประเทศอังกฤษโปรดดู 3.1.2 (2) ของบทที่ 3)

บทบัญญัติกฎหมายข้างต้นได้ให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนในการฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้ากรณีที่มีบุคคลอื่นกระทำการอันเป็นการลวงขายสินค้าได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 733/2507 ที่วินิจฉัยว่าการลวงขายเป็นละเมิด แม้เครื่องหมายการค้าทั้งของโจทก์และของจำเลยจะยังไม่ได้จดทะเบียน แต่เมื่อมีการลวงขายเกิดขึ้นศาลก็พิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายและงดใช้เครื่องหมายการค้าพิพาทได้ ในทางกลับกันหากปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวไม่เข้าการกระทำอันเป็นการลวงขายต่อสาธารณชนแล้วเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้นจะไปฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิหรือฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายไม่ได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 วรรคแรก พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1835/2545) นอกจากนี้เครื่องหมายการค้าที่ใช้ไม่จำเป็นจะต้องเหมือนกับเครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เพียงแต่ใช้เครื่องหมายที่คล้ายกันก็เข้าข่ายการลวงขายได้เช่นกัน³³

ถึงแม้จะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนก็สามารถอ้างสิทธิการฟ้องคดีในข้อหาลวงขายได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2844/2516) เพราะโดยทั่วไปแล้วสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนจะจำกัดเฉพาะการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าจำพวกเดียวกันกับที่ได้จดทะเบียนไว้ หรือหากเป็นสินค้าต่างจำพวกกันก็จะได้รับความคุ้มครองอย่างมากเฉพาะกับสินค้าต่างจำพวกที่มีลักษณะอย่างเดียวกันเท่านั้น แต่หากใช้หลักการลวงขายจะสามารถฟ้องคดีเพื่อป้องกันการลวงขายได้แม้จะเป็นการกระทำต่อสินค้าต่างจำพวกที่ไม่มีลักษณะอย่างเดียวกันก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 343/2503 และ 649/2521) จึงสามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้อย่างกว้างขวางโดยไม่จำกัดจำพวกสินค้า³⁴

³² รัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ., หน้า 207-208.

³³ วัส ดิงสมิทธ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 108.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 107-108.

อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิฟ้องคดีตามหลักการลงขายต้องอาศัยบทบัญญัติเรื่องละเมิดตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 และมาตรา 421 มาปรับใช้ ในการพิจารณาเช่นเดียวกับเรื่องการละเมิดสิทธิ ในเครื่องหมายการค้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2844/2516 และ 733/2507) เนื่องจากกฎหมาย ไม่ได้กำหนดลักษณะของการกระทำเอาไว้เป็นการเฉพาะ

ประเด็นสำคัญของการพิจารณาตามมาตรานี้จึงอยู่ที่ว่าการกระทำเช่นไรที่ถือว่ามีลักษณะ เป็นการเอาสินค้าไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งจะต้องนำเอา ข้อเท็จจริงมาใช้ในการวินิจฉัยข้อกฎหมายตามพฤติการณ์แต่ละเรื่อง และเมื่อพิจารณาจากแนวคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา สามารถสรุปได้ว่าโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการกระทำอันเป็น การลงขายในสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1) สินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องเป็นที่รู้จักแพร่หลายแก่สาธารณชน* อันเป็น แรงจูงใจให้ผู้กระทำละเมิดทำการลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2503 นำเครื่องหมายการค้าคำว่า “FAB” (แฟ็บ) ที่ใช้กับผงซักฟอกไป ใช้กับสินค้าแปรงสีฟันของจำเลย, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 649/2521 และ 1100/2537)

2) การกระทำอันเป็นการลงขายจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยมิได้แสดงไว้ที่สินค้า อย่างเด่นชัดว่าเป็นสินค้าของจำเลยเอง เพราะหากจำเลยแสดงว่าเป็นสินค้าของจำเลยโดยเด่นชัด แล้ว ก็ไม่อาจพิจารณาว่าจำเลยมีเจตนาลงขายได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1422/2524 และ 4154/2532)

3) ในการบรรยายคำฟ้องของโจทก์จะต้องอ้างว่าจำเลยได้เอาสินค้าของจำเลยมาลงขาย ว่าเป็นสินค้าของโจทก์ เพื่อให้เป็นประเด็นแห่งคดี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2518, 5571/2538 และ 7291/2538)

4) โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดและความเป็นเจ้าของ สินค้าเกิดขึ้น เพราะถ้าหากปรากฏว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของจำเลยไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดและความเป็นเจ้าของสินค้าของประชาชนแล้ว จึง

* หลักเกณฑ์ความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าในประเด็นนี้ ตามความเห็นของท่านอาจารย์วัช ติง สมิทธิเห็นว่า น่าจะไม่ต้องถึงขั้นเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (well-known marks) ตามมาตรา 8 (10) พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม แม้แนวทางการพิจารณาในประเด็นนี้ของไทยยังไม่ชัดเจนนัก แต่การฟ้องคดีลงขายที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ก็มักเกิดกับกรณีเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปอยู่ เสมอ

ไม่มีประเด็นเรื่องวงขายและศาลก็ไม่อาจพิจารณาให้ความคุ้มครองได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 659/2495, 1140/2501, 712/2500 และ 1238/2503)

สำหรับบทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเรื่องวงขายที่จะกล่าวถึงในลำดับต่อไปนั้น เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจะคล้ายคลึงกับเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าในหัวข้อ 2.1 ดังนั้น ในส่วนรายละเอียดการวิเคราะห์ที่ซ้ำซ้อนกันผู้วิจัยจะขอนำมากล่าวถึงโดยย่อเท่านั้น

บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

การวิเคราะห์ปัญหาตามหลักกฎหมายเรื่องวงขายสามารถแบ่งการพิจารณาตามองค์ประกอบความผิดเป็น 3 หัวข้อดังนี้

- (1) มีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น
- (2) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า
- (3) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

องค์ประกอบประการแรก คือมีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

การปรับใช้กฎหมายในประเด็นนี้จะคล้ายคลึงกับเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าในหัวข้อ 2.1 ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า

ก) การที่บุคคลนำไปใช้เป็นศิษย์เวิร์ดควรจะถือได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นกัน แม้ว่าการใช้เครื่องหมายการค้าใน meta tag ของเว็บไซต์ จะแตกต่างกับการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าก็ตาม เนื่องจากไม่มีกฎหมายจำกัดขอบเขตของการเป็นเครื่องหมายการค้าเอาไว้โดยเฉพาะ

ข) การพิจารณาว่าเป็นการ “ใช้” เครื่องหมายการค้าตามหลักการวงขาย มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า โดยสามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวความเห็นกล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า ไม่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ทั้งนี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลในปัจจุบัน เนื่องจากไม่ได้มีการแสดงเครื่องหมายการค้าดังกล่าวให้ผู้ใช้งานมองเห็นอย่าง

ในกรณีของการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า แต่เป็นการใช้ที่แฝงอยู่ภายในภาษาที่ใช้ในการสร้างเว็บไซต์เท่านั้น จึงไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้าโดยตรง

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งจะต้องอาศัยการตีความกฎหมายว่าแม้จะเป็นการนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้โดยนัยยะแฝง (invisible use) ก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งเช่นกัน และเห็นว่าการพิจารณาตามแนวความเห็นน่าจะมีความเหมาะสมมากกว่า

องค์ประกอบประการที่สอง คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า

แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดว่าการกระทำอย่างไรเป็นการ “ลวงขาย” (Passing off) ตาม พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ แต่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมาได้วางเอาหลักเอาไว้ว่าการลวงขายก็คือการเอาสินค้าไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1422/2524 และ 4154/2532) ไม่ว่าจะเป็นการลวงในวัตถุหรือการลวงในความเป็นเจ้าของก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 343/2503 และ 649/2521) จากแนวคำพิพากษาข้างต้นแม้หลักการลวงขายจะให้ความคุ้มครองได้อย่างกว้างขวางโดยไม่จำกัดประเภทหรือชนิดของสินค้า แต่กรณีนี้ก็อาจปรับใช้กฎหมายเรื่องลวงขายกับปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ได้ เพราะขอบเขตของการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเฉพาะการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าเท่านั้น

องค์ประกอบประการที่สาม คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

ในประเด็นนี้เห็นว่าแม้การลวงขายจะไม่ได้กระทำที่ตัวสินค้าเช่นเดียวกับการลวงขายในกรณีปกติ แต่การใช้เป็นคีย์เวิร์ดเพื่อให้โปรแกรมค้นหาทำการจัดอันดับเว็บไซต์ อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการลวงให้สาธารณชนคิดว่าคีย์เวิร์ดที่พิมพ์ลงในช่องค้นหามีส่วนเกี่ยวข้องกับรายชื่อเว็บไซต์ที่ปรากฏในหน้าผลการค้นหาดังกล่าวเช่นกัน เพราะการแสดงผลจากคีย์เวิร์ดที่ใช้ อาจทำให้ผู้ใช้งานเข้าใจหรือหลงคิดไปว่ามีความเกี่ยวข้องกัน อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้คีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าดังกล่าว จึงอาจตีความได้ว่าเข้าลักษณะเป็นการใช้เครื่องหมายสำหรับบ่งถึงสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

ดังนั้น เมื่อสรุปการวิเคราะห์ตามแนวคำพิพากษาของศาลในปัจจุบัน ผลการพิจารณาจะเป็นเช่นเดียวกับหัวข้อ 2.1 ที่ศาลมีแนวโน้มในการตัดสินว่าการใช้คีย์เวิร์ดใน meta

tag ไม่อาจถือว่าเป็นการลวงขายสินค้าแต่อย่างใด และหากจะอาศัยการปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง ศาลจะต้องตีความคำว่าเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ประกอบว่าคือเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วในประเทศไทย (มาตรา 108 และมาตรา 109) และประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการค้าเรื่องการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในต่างประเทศและไม่ได้นำมาจดทะเบียนในประเทศไทย (มาตรา 273 และมาตรา 274) นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 (1) ยังให้ความคุ้มครองการเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้โดยกระทำการหลอกลวงในลักษณะลวงขายทางอาญา³⁵ อีกด้วย

4.1.2 การคุ้มครองทางอาญา

ในการให้ความคุ้มครองทางอาญา บทบัญญัติที่อาจนำมาพิจารณาในที่นี้ได้แก่การกำหนดความผิดและลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เรื่องการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วประเทศไทย (มาตรา 108 และมาตรา 109) และประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการค้าเรื่องการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในต่างประเทศและไม่ได้นำมาจดทะเบียนในประเทศไทย (มาตรา 273 และมาตรา 274) นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 (1) ยังให้ความคุ้มครองการเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้โดยกระทำการหลอกลวงในลักษณะลวงขายทางอาญา³⁵ อีกด้วย

(1) ประมวลกฎหมายอาญา

1.1 การเอาชื่อในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ (มาตรา 272 (1))

“มาตรา 272 (1) ผู้ใดเอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์หรือข้อความใดๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม แจ็งความ รายการราคา จดหมาย เกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด

³⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), หน้า 26-27.

2. เอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์หรือข้อความใดๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม แฉ่งความ รายการราคา จดหมายเกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน

ข. องค์ประกอบภายใน

1. มีเจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นชื่อหรือข้อความ ในการประกอบการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการใช้หรือทำให้ปรากฏที่สินค้าหรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน และ
2. มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น

มาตรานี้เป็นการคุ้มครองความผิดฐานเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของบุคคลอื่นมาใช้อันอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น จนอาจเรียกได้ว่าเป็นการคุ้มครองการลงขายในทางอาญา แม้ถ้อยคำตามบทบัญญัติจะไม่มีกำหนดคำนิยามว่าสามารถใช้กับกรณีเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าได้ แต่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมาศาลได้ตีความและยอมรับมาตลอดว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้โดยถือว่าคำว่า “ชื่อ” และ “ข้อความใดๆ” ตามมาตรานี้เป็นเครื่องหมายการค้าตาม พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า³⁶ และคำว่า “ชื่อ” ในที่นี้อาจหมายถึงชื่อบริษัท ชื่อบ้านหรือชื่อทางการค้าได้อีกด้วย³⁷ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8779/2542) ดังนั้นบุคคลที่เป็นเจ้าของชื่อหรือเครื่องหมายการค้าจึงสามารถได้รับความคุ้มครองในทางอาญามีให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากชื่อเสียงหรือค่าความนิยมของตนโดยมิชอบได้

หลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องเป็นการนำชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้โดยตรงเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1236/2517) โดยการเอาเครื่องหมายที่เหมือนกับของผู้อื่นมาใช้ หรือการปลอมเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นขึ้นตรงตามลักษณะเดิมซึ่งมิใช่เป็นแต่เพียงการเลียนแบบ เช่น เอาเครื่องหมายการค้าคำว่า “BMW” มาติดไว้ที่หน้าร้านและพิมพ์ลงในนามบัตรร้านโดยไม่มีอำนาจ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1591/2513) หรือเอาตราหรือชื่อปลอมปิดลงไปบนสินค้าที่แท้จริง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่

³⁶มาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้โดยหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”

³⁷ วัส ดิงสมิทธ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 140-141.

481/2507) และถึงแม้จะเป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนไว้ก็เป็นความผิดตาม มาตรานี้ได้เช่นกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782-783/2508) ดังนั้น หากไม่ได้เป็นการนำ เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้โดยตรง ศาลย่อมพิจารณาว่าไม่มีความผิด³⁸ เช่น จำเลยใช้ คำว่า “MITA” ของโจทก์ร่วมแต่ไม่ได้ใช้อย่างเครื่องหมายการค้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1257-1258/2536, 1651/2537 และ 547/2538)

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

ในการวิเคราะห์ปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag หากจำกัดการพิจารณาตามแนวคำ พิพากษาศาลฎีกาดังที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น ศาลมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่าไม่เข้าการกระทำอัน เป็นความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าวเนื่องจากโดยลักษณะแล้ว meta tag เป็นชุดคำสั่งที่ระบุอยู่ ในภาษาที่ใช้สร้างเว็บเพจบนอินเทอร์เน็ต (html) โดยระบุอยู่ภายในหน้าเว็บเพจซึ่งโปรแกรมค้นหา จะเป็นผู้อ่านข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่ผู้ใช้งานทั่วไป ซึ่งต่างไปจากข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาที่ปรากฏ ในแต่ละคดีที่จำเลยนำชื่อหรือเครื่องหมายของผู้อื่นไปใช้กับสินค้าหรือการค้าโดยตรงและสามารถ ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 272 (1) จะเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่เปิด โอกาสให้ศาลตีความได้อย่างกว้างขวาง ทำให้ศาลอาจตีความกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้กับกรณี การใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ได้ดังนี้

(ก) ในส่วนองค์ประกอบความผิดภายนอกที่กำหนดลักษณะของการกระทำคือการเอาชื่อ หรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้าหรือสิ่งอื่นทำนอง เดียวกัน อาจพิจารณาได้ว่าการนำคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของบุคคล อื่นมาใช้ใน meta tag น่าจะถือได้ว่าเป็นการเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมา ใช้กับเว็บไซต์ทางการค้าเพื่อขายหรือประชาสัมพันธ์สินค้าหรือการประกอบธุรกิจของตนบน อินเทอร์เน็ต และการกระทำดังกล่าวทำให้โปรแกรมค้นหาประมวลผลผิดพลาดและแสดงข้อมูลผล การค้นหาเป็นลิงก์เว็บไซต์ในหน้าผลการค้นหาว่าเป็นสิ่งอื่นในทำนองเดียวกันตามที่กฎหมาย บัญญัติไว้ โดยเทียบเคียงได้กับการเอาชื่อหรือเครื่องหมายของผู้อื่นมาติดไว้ที่หน้าร้านซึ่งในที่นี้คือ ลิงก์ผลการค้นหาที่เชื่อมไปสู่เว็บไซต์ของตน (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1591/2513)

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 140-143.

(ข) มีองค์ประกอบภายในคือ เจตนาของเจ้าของเว็บไซต์คู่แข่งที่รู้และต้องการที่จะใช้ชื่อหรือเครื่องหมายดังกล่าวโดยมุ่งหวังผลทางการค้า โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้ผู้ใช้งานซึ่งเป็นผู้รับข้อมูลจากโปรแกรมค้นหาอีกทีหนึ่งหลงเชื่อว่าเว็บไซต์ของผู้กระทำผิดเป็นเว็บไซต์ที่ใช้ในการประกอบการค้าของเจ้าของคือยี่ห้อดังกล่าว

อย่างไรก็ดี แม้ศาลจะสามารถตีความบทบัญญัติเพื่อปรับใช้กฎหมายกับกรณีการใช้คือยี่ห้อใน meta tag เพื่อมิให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย แต่การปรับใช้กฎหมายตามมาตรานี้ศาลอาจจะต้องประสบปัญหาในการให้ความคุ้มครองเนื่องจากหลักการพิจารณาความผิดในทางอาญาศาลจะต้องตีความโดยเคร่งครัด (Nullum Crimen, Nulla Poena Signe Lege) และปัญหาในการพิสูจน์ตามหลักในคดีอาญาที่โจทก์จะต้องพิสูจน์องค์ประกอบความผิดทั้งหมดข้างต้นต่อศาลจนปราศจากข้อสงสัย

1.2 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 273)

“มาตรา 273 ผู้ใดปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. ปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว

ข. องค์ประกอบภายใน

1. มีเจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการปลอมเครื่องหมายการค้า

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อความคุ้มครอง

การพิจารณาว่าคือยี่ห้อถือเป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ในมาตรา 4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งได้ทำการวิเคราะห์และให้ความเห็นไปก่อนหน้านี้แล้ว โดยเห็นว่าคือยี่ห้อที่ใช้ใน meta tag สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้นการ

พิจารณาความผิดทางอาญาในประเด็นนี้ จึงต้องทำการตีความกฎหมายว่ากรณีตามปัญหาเป็น “ปลอม” เครื่องหมายการค้าตามองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำอันเป็นความผิดหรือไม่

คำว่า “ปลอม” แม้บทบัญญัติในกฎหมายจะไม่ได้กำหนดคำนิยามเอาไว้ แต่ก็น่าจะหมายถึงว่า การปลอมคือการทำให้เหมือนของจริงขึ้น³⁹ ตรงตามลักษณะเดิม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782-783/2508) โดยอาศัยหลักเกณฑ์การพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันของเครื่องหมายการค้าในทางแพ่งมาใช้พิจารณาเรื่องปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน เพียงแต่ต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดทางอาญาเท่านั้น⁴⁰

เมื่อพิจารณาจากวิธีการและลักษณะของใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์ ซึ่งเป็นการใช้เครื่องหมายโดยนัยยะแฝง จะเห็นได้ว่ากฎหมายข้างต้นไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กรณีนี้เนื่องจากคำพ้องแค่เพียงการพิมพ์คีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใส่ใน meta tag ของเว็บไซต์ ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเจ้าของเว็บไซต์คู่แข่งทำการปลอมเครื่องหมายการค้าแม้จะเขียนตัวสะกดเหมือนกันทุกประการ เพราะการวินิจฉัยว่ามีการปลอมเกิดขึ้น ควรจะต้องหาให้ได้เสียก่อนว่าสิ่งที่อ้างว่าเป็นเครื่องหมายปลอมอยู่ตรงไหน มีลักษณะเป็นเช่นไร เพื่อใจท์จะใช้กล่าวอ้างต่อไปว่าเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแล้วเหมือนกับเครื่องหมายการค้าพิพาทจนถึงขนาดเป็นการปลอมอย่างไร แต่โดยสภาพปัญหาแล้วการหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์เช่นนั้นคงไม่สามารถหาได้ในกรณีนี้และไม่อาจตีความถ้อยคำกฎหมายเกินเลยเพื่อขยายความจนถึงขนาดว่าแค่พิมพ์คีย์เวิร์ดที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าในเว็บไซต์เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งต้องรับโทษในทางอาญาอันขัดกับหลักการตีความกฎหมายที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” หาก “กรณีเป็นสิ่งที่สงสัย” อาจตีความได้เป็นหลายนัย ศาลจะตีความตามนัยที่เป็นประโยชน์หรือเป็นผลดีแก่จำเลย⁴¹

นอกจากนี้การพิสูจน์ให้ได้ถึงองค์ประกอบความผิดในส่วนเจตนาของผู้กระทำที่ว่าผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและผู้กระทำต้องการปลอมเครื่องหมายการค้า

³⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2531), หน้า 1945 อ้างถึงใน วุฒิสถิต, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 128.

⁴⁰ วุฒิสถิต, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 128 และ 132.

⁴¹ กุสุมา เมฆเมฆา และ อานาจ เนตยสุภา, “การตีความกฎหมายอาญา1,” (เอกสารประกอบในงานวิชาการรำลึก 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2551), หน้า 7.

ก็ทำได้ยากเช่นกัน⁴² เนื่องจากการดำเนินคดีอาญากฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำ ความผิดจึงต้องมีวิธีการพิจารณาคดีและการพิสูจน์พยานหลักฐานที่แน่นแฟ้นคงถึงจะลงโทษ ผู้กระทำผิดได้ การฟ้องคดีโดยไม่มีพยานหลักฐานที่มั่นคงก็อาจจะถูกศาลสั่งยกฟ้องได้ง่าย⁴³ ในขณะที่การกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิทางแพ่งที่กฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครองเครื่องหมาย การค้าจากการนำไป “ใช้” ซึ่งกินความหมายอย่างกว้าง ทำให้ศาลสามารถตีความบทบัญญัติ เพื่อให้ความคุ้มครองได้ง่ายแม้จะเป็นการใช้โดยแอบแฝงในลักษณะที่มองไม่เห็นก็ตาม อีกทั้งการ ดำเนินคดีทางแพ่งก็อาศัยหลักการซึ่งนำหนักพยานหลักฐานเท่านั้น ฝ่ายใดมีหลักฐานดีกว่าก็เป็น ฝ่ายชนะ ทำให้มีโอกาสชนะคดีได้ง่ายกว่า⁴⁴

1.3 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 274)

“มาตรา 274 ผู้ใดเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. เลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว

ข. องค์ประกอบภายใน

1. มีเจตนาทั่วไปคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และ ผู้กระทำต้องการเลียนเครื่องหมายการค้านั้น และ
2. มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น

⁴² ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ, “การคุ้มครองทางกฎหมายของชื่อโดเมนบนอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 90-92.

⁴³ ธัชพันธ์ ประพุทธินิติสาร, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, หน้า 237-240.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 240.

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

การปรับใช้กฎหมายในกรณีจะคล้ายคลึงกับกรณีความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าข้างต้น แม้คำว่า “เลียน” จะไม่มีกฎหมายกำหนดคำนิยามเอาไว้ แต่ก็น่าจะหมายความว่ามีได้มีเจตนาปลอมแต่เป็นเพียงทำให้คล้ายคลึงกับของแท้ โดยอาจทำให้ประชาชนทั่วไปหลงเชื่อว่าเป็นของแท้⁴⁵ แต่ในเมื่อวิธีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ที่ลักษณะของการกระทำเป็นแค่พิมพ์คำที่ต้องการใช้ลงไปในช่วงคำสั่งของเว็บไซต์ จึงไม่อาจปรับเข้ากับการกระทำความผิดโดยการเลียนเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน

แม้เจ้าของเว็บไซต์จะรู้ว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้นั้นคล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น แต่ไม่ได้ต้องการจะเลียนเครื่องหมายโดยมุ่งหวังให้ผู้ใช้งานทั่วไปเชื่อว่าคีย์เวิร์ดดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้า เพราะเจตนาในการใช้คีย์เวิร์ดที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นใน meta tag ก็เพื่อใช้สำหรับจัดอันดับผลการค้นหาเว็บไซต์ของโปรแกรมค้นหาเท่านั้น ทำให้ไม่อาจตีความว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตราที่ตามหลักความรับผิดในทางอาญา ดังเหตุผลเช่นเดียวกับหัวข้อ 1.1

(2) **พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534**

2.1 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 108)

“มาตรา 108 บุคคลใดปลอมเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. บุคคลใด
2. ปลอมเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วใน

ราชอาณาจักร

⁴⁵ จิตติ ดิงศภิษฐ์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 1947 อ้างถึงใน วัส ดิงสมิทธิ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 132.

ข. องค์ประกอบภายใน

1. เจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการปลอมเครื่องหมายการค้านั้น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

การปรับใช้กฎหมายมาตรานี้ก็เช่นเดียวกับในข้อ 1.2 โดยเจ้าของเว็บไซต์จะต้องรับผิดชอบเมื่อพิจารณาได้ว่าการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด แต่เมื่อการพิมพ์คีย์เวิร์ดใส่ใน meta tag แม้จะใช้คำหรือข้อความเหมือนกันทุกตัวอักษร ก็ไม่อาจตีความกฎหมายว่าการพิมพ์คีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นลงไป meta tag เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา แม้จะกระทำโดยมีเจตนาที่จะใช้คีย์เวิร์ดให้เหมือนกับคำเครื่องหมายการค้าก็ตาม ดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว

2.2 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 109)

“มาตรา 109 บุคคลใดเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. บุคคลใด
2. เลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร

ข. องค์ประกอบภายใน

1. เจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการเลียนเครื่องหมายการค้านั้น
2. มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

การปรับใช้กฎหมายตามมาตรานี้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาองค์ประกอบความผิด เช่นเดียวกับในหัวข้อ 1.3 ดังนั้นศาลจึงไม่อาจตีความกฎหมายได้ว่าการพิมพ์คีย์เวิร์ดที่คล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นใน meta tag ของเว็บไซต์สำหรับใช้จัดอันดับการแสดงผลการค้นหาบนเว็บโปรแกรมค้นหาเพื่อดึงดูดความสนใจจากผู้ใช้งาน เป็นการทำเลียนเครื่องหมายการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด อันเป็นความผิดตามบทมาตรานี้ เนื่องจากไม่เข้าองค์ประกอบความผิดภายนอกเรื่องการทำเลียนเครื่องหมายการค้าและองค์ประกอบความผิดภายในส่วนมูลเหตุชักจูงใจ

4.2 กรณีขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

4.2.1 การคุ้มครองทางแพ่ง

(1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติที่นำมาพิจารณาในประเด็นนี้จะคล้ายคลึงกับกรณีการนำคีย์เวิร์ดไปใช้ใน meta tag ของเว็บไซต์ตามหัวข้อ 4.1.1 (1) ได้แก่ หลักกฎหมายเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 และมาตรา 421 ที่คุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักสูจริต มาตรา 5 ที่บัญญัติให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่กระทำการโดยสุจริต โดยจะนำมาปรับใช้ในการพิจารณาการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 รายละเอียดหลักกฎหมายข้างต้นผู้วิจัยจะไม่นำมาอธิบายซ้ำอีก

บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

ในการปรับใช้กฎหมายกับกรณีการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าต้องอาศัยการตีความกฎหมายว่าคีย์เวิร์ดเป็นเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอันได้แก่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เมื่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิที่กฎหมายให้การรับรองคุ้มครอง หากมีบุคคลอื่นนำคีย์เวิร์ดของตนไปใช้โดยไม่ชอบ โดยมีเจตนาไม่สุจริต และการกระทำดังกล่าวทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องเสื่อมเสียสิทธิหรือได้รับความเสียหายทางใดทางหนึ่ง เช่น สิทธิในทางการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็อาจดำเนินการทางกฎหมายเพื่อให้ตนได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิเช่นว่านั้นได้ตามมาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่า

จะเป็นการดำเนินคดีกับเจ้าของเว็บไซต์ (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด) หรือผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

2.1 การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (มาตรา 44 และมาตรา 47)

หลักกฎหมายตามมาตรา 44 เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ โดยมีมาตรา 47 เป็นข้อยกเว้นให้การนำไปใช้เป็นชื่อหรือคำบรรยายโดยสุจริตในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด สามารถกระทำได้ เมื่อนำหลักกฎหมายข้างต้นมาปรับใช้กับกรณีการขายคีย์เวิร์ดสามารถแบ่งการพิจารณาตามองค์ประกอบได้ดังนี้

- (1) มีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต
- (2) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า
- (3) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

ผิด

บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

1. กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

องค์ประกอบประการแรก คือมีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต

เมื่ออาศัยการตีความกฎหมายว่าคีย์เวิร์ดถือเป็นเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย การพิจารณาว่าการกระทำของผู้ให้บริการโปรแกรมค้นหาที่ขายคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าให้กับผู้ลงโฆษณา เพื่อใช้เป็นตัวกระตุ้นให้มีการแสดงโฆษณาเมื่อผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ดดังกล่าว ถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวความเห็นกล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า ไม่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ตามความเห็นนี้เมื่อคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าถูกนำมาใช้สำหรับ trigger โฆษณา (ข้อมูล) ที่ระบุ เครื่องหมายดังกล่าวจึงทำหน้าที่เป็นเพียงกลไกเชื่อมโยงการทำงานของโปรแกรม (machine-linking function) ภายในเว็บไซต์เท่านั้นซึ่งผู้ใช้งานไม่สามารถมองเห็นคำดังกล่าว และไม่มีการสื่อความหมาย หรือก่อให้เกิดความเชื่อมโยงไปยังสาธารณชนหรือผู้บริโภคได้ว่าผู้ใช้คีย์เวิร์ดประสงค์ที่จะใช้

เครื่องหมายการค้านั้นเป็นที่หมายเกี่ยวกับสินค้า ดังนั้น การซื้อขายคีย์เวิร์ดระหว่างผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด) กับ เว็บไซต์ผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด) จึงอาจเทียบเคียงได้กับการตกลงทำสัญญาขายพื้นที่โฆษณาระหว่างกันว่าผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจะแสดงลิงก์โฆษณาสินค้าหรือบริการของผู้ลงโฆษณาเมื่อมีการอ้างอิงถึงคีย์เวิร์ด (เครื่องหมายการค้า) ที่ระบุไว้เท่านั้น ซึ่งไม่ใช่การนำไปใช้อย่างเครื่องหมายการค้า เมื่อการขายคีย์เวิร์ดไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า การซื้อคีย์เวิร์ดดังกล่าวก็ไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าเช่นกัน

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ตามความเห็นนี้แม้การใช้คีย์เวิร์ดกับโปรแกรมค้นหาจะไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าโดยตรง แต่เป็นการใช้โดยนัยยะแฝงที่ใช้ร่วมกับกลไกเชื่อมโยงการทำงานของโปรแกรมก็ตาม แม้จะไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าที่เห็นได้ชัดเจน ก็ควรจะถือได้ว่าเป็นการใช้ในกรณีนี้

องค์ประกอบประการที่สอง คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า

กรณีนี้เห็นว่าการขายคีย์เวิร์ดไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า แต่สิ่งที่ผู้ให้บริการโปรแกรมค้นหาขายให้กับผู้ลงโฆษณานั้นเป็นการขายบริการโฆษณาให้กับเจ้าของเว็บไซต์ต่างๆ ที่ต้องการลงโฆษณาหรือแสดงลิงก์ข้อมูลบนเว็บโปรแกรมค้นหา โดยใช้คีย์เวิร์ดเป็นตัวกำหนดให้โปรแกรมทำงานและแสดงข้อมูลที่ระบุไว้เท่านั้น

องค์ประกอบประการที่สาม คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

กรณีนี้เห็นว่าแม้ลักษณะของการขายคีย์เวิร์ดโดยตัวของมันเองจะไม่ได้ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่บุคคลอื่น แต่ผลจากการนำคีย์เวิร์ดที่ขายไปใช้เพื่อให้มีการแสดงโฆษณาต่างหากที่สามารถก่อให้เกิดความสับสนต่อสาธารณชนได้ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะและวิธีการแสดงลิงก์ข้อมูลบนหน้าเว็บ เช่น มีการกำหนดแบ่งพื้นที่ มีการระบุข้อความหรือสัญลักษณ์ให้ผู้ใช้งานทั่วไปทราบอย่างชัดเจน ก็ไม่น่าจะมีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นจากการใช้คีย์เวิร์ดดังกล่าว แต่ถ้าไม่กระทำการใดๆ เพื่อทำให้ผู้ใช้งานสามารถแยกแยะความแตกต่างของแหล่งที่มาของข้อมูลแต่ละแห่งก็อาจก่อให้เกิดความสับสนได้

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าปัญหาจะพิจารณาว่าเป็นประการใด ก็ควรจะถือได้ว่าการขายคีย์เวิร์ดให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งเป็นการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิในทางการค้าอัน

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของคีย์เวิร์ดดังกล่าว และสามารถนำหลักกฎหมายละเมิดมาตรา 420 และ 421 และหลักสุจริตมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้เช่นกัน

2. กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

องค์ประกอบประการแรก คือมีการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต เมื่อคีย์เวิร์ดที่ใช้ถือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย การซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อใช้สำหรับทำให้มีการโฆษณา โดยอาศัยกลไกการทำงานของโปรแกรมค้นหาเป็นเครื่องมือก็เป็นการใช้อย่างหนึ่งเช่นกัน เพราะการใช้สิ่งหนึ่งเพื่อนำไปสู่อีกสิ่งหนึ่งก็เท่ากับว่ามีการใช้เกิดขึ้นแล้ว แม้ว่า จะไม่ได้เอาไปใช้โดยตรงก็ตาม

องค์ประกอบประการที่สอง คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า

แม้จะเป็นการใช้ แต่สิ่งที่เอาไปใช้ด้วยกรณีนี้ไม่ได้ใช้กับตัวสินค้าที่จดทะเบียนไว้ จึงไม่เข้า องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบประการที่สาม คือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจน อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

การพิจารณาว่าเกิดความสับสนหรือไม่ต้องดูจากหลายๆ ปัจจัยประกอบกัน เช่น เนื้อหา หรือข้อความที่ใช้แสดงบนลิงก์โฆษณา

โดยสรุปแล้ว ศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าการขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นทั้งฝ่ายผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาและฝ่ายผู้ลงโฆษณา ไม่เป็นการละเมิดสิทธิใน เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เนื่องจากไม่ได้เป็นการนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าโดยตรง แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้ใช้คีย์เวิร์ด (ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาหรือผู้ลงโฆษณา) มีเจตนาไม่สุจริตเพื่อแย่งผลประโยชน์อย่าง เดียวกัน ในลักษณะที่เป็นการใช้เครื่องหมายของผู้อื่นโดยไม่ชอบอันก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ เจ้าของคีย์เวิร์ด ศาลก็สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดและหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อให้ความ คุ้มครองแก่เจ้าของคีย์เวิร์ดได้ แต่ในการฟ้องคดีละเมิดอาจมีปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.2 การลงขาย (มาตรา 46 วรรคสอง)

หลักกฎหมายเรื่องลงขายตามมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในการฟ้องคดี หากมีการนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าโดยไม่จำกัดจำพวกเพื่อลงให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิด ศาลสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการขายคีย์เวิร์ดได้ดังนี้

บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

(1) กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

การวิเคราะห์ในประเด็นนี้เช่นเดียวกับเรื่องการลงขาย โดยมีความเห็นว่าคีย์เวิร์ดที่ขายถือเป็นเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่ง การขายคีย์เวิร์ดจึงเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าร่วมกับโปรแกรมประมวลผล แต่เนื่องจากเป็นการใช้เพื่อเชื่อมโยงการทำงานของโปรแกรมภายในจึงไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าตามที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง แม้ผลจากการใช้อาจก่อให้เกิดความสับสนกับผู้ใช้งานที่ดูรายชื่อผลการค้นหาได้เช่นกัน ดังนั้นการพิจารณาว่าผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับว่าเป็นการใช้โดยสุจริตหรือไม่ หากไม่สุจริตศาลก็อาจนำหลักกฎหมายละเมิดและหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของสิทธิที่ได้รับความสะดวกเสียหาย

(2) กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

แม้จะอาศัยการตีความกฎหมายว่าการซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงโฆษณาเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่ง แต่การซื้อคีย์เวิร์ดไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า เนื่องจากผู้ลงโฆษณาต้องการใช้เครื่องหมายเพื่อให้มีการแสดงเว็บไซต์ โดยหวังที่จะสร้างความสนใจและเพิ่มโอกาสในทางการค้าของตน ดังนั้นหากลิงก์เว็บไซต์หรือข้อความที่ปรากฏอาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ใช้งานเกี่ยวกับสินค้าหรือการประกอบธุรกิจ ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่สุจริต เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอันเป็นละเมิดตามกฎหมาย กรณีนี้เจ้าของคีย์เวิร์ดก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นกัน

4.2.2 การคุ้มครองทางอาญา

(1) ประมวลกฎหมายอาญา

1.1 การเอาชื่อในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ (มาตรา 272 (1))

“มาตรา 272 (1) ผู้ใดเอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์หรือข้อความใดๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม แจ้างความ รายการราคา จดหมายเกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. เอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์หรือข้อความใดๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม แจ้างความ รายการราคา จดหมายเกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน

ข. องค์ประกอบภายใน

1. มีเจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นชื่อหรือข้อความ ในการประกอบการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการใช้หรือทำให้ปรากฏที่สินค้าหรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน และ
2. มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อความคุ้มครอง

2.1 กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

เมื่อพิจารณาการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา จะเห็นได้ว่าการขายคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาเพื่อนำไปใช้กับโปรแกรมประมวลผล ถือเป็น การเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นไปใช้และอาจตีความได้ว่าเป็นการใช้หรือทำให้ปรากฏที่สิ่งอื่นตามกฎหมายอันได้แก่หน้าเว็บโปรแกรมค้นหา เนื่องจากคีย์เวิร์ดจะเป็นตัวระบุให้โปรแกรมแสดงถึงข้อมูลที่ต้องการบนหน้าเว็บ

แต่การพิจารณาในส่วนหนึ่งของเจตนาว่าเป็นการใช้เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่นหรือไม่นั้น แม้การขายคีย์เวิร์ดจะเป็นการทำธุรกิจเพื่อแลกกับค่าโฆษณา

แต่ควรจะพิจารณาการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาประกอบด้วยโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี กล่าวคือ

ก) หากข้อความที่ปรากฏบนหน้าเว็บจากการพิมพ์คีย์เวิร์ดดังกล่าว มีการแบ่งพื้นที่ มีการใช้สัญลักษณ์หรือระบุข้อความที่ทำให้ประชาชนทั่วไปทราบหรือสังเกตได้ชัดเจนว่าไม่ใช่สินค้าหรือการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด ก็อาจพิจารณาว่าผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาขาดเจตนาในข้อนี้และน่าจะถือว่าเป็นความผิด

ข) แต่ถ้าหากการแสดงข้อมูลจากการขายคีย์เวิร์ดดังกล่าว ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาไม่ได้กระทำการใดๆ อันแสดงถึงความพยายามที่จะป้องกันความสับสนจากการแสดงข้อมูลดังกล่าว เช่น ไม่มีการระบุสัญลักษณ์และใช้สีตัวอักษรที่ทำให้เห็นความแตกต่างหรือแสดงข้อความปะปนกัน ก็อาจทำให้เข้าใจได้ว่าผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหามีเจตนาเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าลิงก์เว็บไซต์ที่แสดงเป็นเว็บเกี่ยวกับการค้าของผู้อื่น เพราะผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาก็ได้รายได้จากการที่มีผู้ใช้งานคลิกที่โฆษณานั้นด้วย จึงต้องรับผิดชอบตามมาตรา

2.2 กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

สำหรับการซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อให้ปรากฏโฆษณาทุกครั้งที่มีผู้ใช้งานพิมพ์คำค้นหาดังกล่าว การปรับใช้กฎหมายในประเด็นนี้ก็เช่นเดียวกับกรณี 2.1 โดยเห็นว่าเป็นการเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นไปใช้เช่นกัน แม้จะเป็นการใช้กับโปรแกรมเพื่อกระตุ้นให้มีการแสดงโฆษณาบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหา ก็ถือได้ว่าเป็นการใช้หรือทำให้ปรากฏที่สิ่งอื่นในทำนองเดียวกัน

ส่วนการพิจารณาองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนา ควรจะต้องพิจารณาจากการกระทำของผู้ลงโฆษณาประกอบด้วย เช่น คำอธิบายข้อความที่ผู้ลงโฆษณาใช้กับลิงก์เว็บไซต์ของตน หากมีเนื้อความที่อาจทำให้ผู้ใช้งานเข้าใจผิดว่าเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ด ก็อาจพิจารณาได้ว่าเหตุที่ซื้อคีย์เวิร์ดนั้นก็เพื่อให้ผู้ใช้งานเห็นลิงก์เว็บไซต์ของตนและหลงเชื่อว่าเป็นเว็บเกี่ยวกับการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด จึงต้องรับผิดชอบตามกฎหมายในกรณีนี้ ในทางกลับกันหากมีการแสดงออกอย่างชัดเจนว่าไม่มีความเกี่ยวข้องกัน ก็เห็นว่าผู้ลงโฆษณาอาจไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากขาดองค์ประกอบในส่วนเจตนาพิเศษ

1.2 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 273)

“มาตรา 273 ผู้ใดปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. ปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว

ข. องค์ประกอบภายใน

1. มีเจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการปลอมเครื่องหมายการค้านั้น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

2.1 กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

สำหรับการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่ทำการขายคีย์เวิร์ดให้กับผู้ลงโฆษณา เนื่องจากคีย์เวิร์ดดังกล่าวทำหน้าที่เป็นตัวกระตุ้นให้มีการแสดงลิงก์โฆษณาที่กำหนดในลักษณะเป็นตัวเชื่อมโยงระหว่างฐานข้อมูลเว็บไซต์ที่มีอยู่กับคำที่ผู้ใช้งานพิมพ์ในช่องค้นหา แม้จะมีความเห็นว่าวิธีการใช้คีย์เวิร์ดกับการทำงานของโปรแกรมค้นหาเข้าลักษณะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งแต่ไม่ใช่การปลอมเครื่องหมายการค้า เพราะลักษณะของการปลอมโดยสภาพย่อมเกิดกับสิ่งของหรือวัตถุมีรูปร่างที่บุคคลทั่วไปสามารถมองเห็นแล้วนำมาเปรียบเทียบได้ว่าสิ่งใดเป็นของจริงสิ่งใดเป็นของปลอม ซึ่งต่างกันอย่างมากกับการขายคีย์เวิร์ดเพื่อกระตุ้นให้โปรแกรมค้นหาประมวลผลแล้วแสดงลิงก์โฆษณา ดังนั้นแม้คีย์เวิร์ดที่ขายจะเขียนตัวสะกดเหมือนกับคำเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายทุกประการ แต่ก็ไม่ใช่การปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามมาตรา

2.2 กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

ผลการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ก็เช่นเดียวกับกรณีแรก โดยไม่อาจตีความกฎหมายว่าเจ้าของเว็บไซต์ที่ซื้อคีย์เวิร์ดเป็นผู้ปลอมเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

แม้ว่าผู้ลงโฆษณาจะสามารถแสวงหาผลประโยชน์จากการใช้คีย์เวิร์ดกระตุ้นให้มีการแสดงโฆษณาได้ก็ตาม เมื่อการปลอมเครื่องหมายการค้าในโปรแกรมค้นหาไม่สามารถเกิดขึ้นได้ การซื้อคีย์เวิร์ดก็ย่อมไม่เป็นความผิดในข้อหาปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเช่นกัน

นอกจากจะเห็นว่าไม่เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าทั้งในฝั่งของผู้ซื้อและผู้ขายคีย์เวิร์ดแล้ว ผู้วิจัยยังมีความเห็นต่อไปด้วยว่ากรณีนี้ไม่อาจถือว่าผู้ใช้งานที่พิมพ์คำค้นหาบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหาเป็นผู้ปลอมเครื่องหมายการค้าด้วยเช่นกัน แม้ผู้ใช้งานจะเป็นเหมือนผู้พิมพ์คำสั่งเป็นคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าให้โปรแกรมค้นหาประมวลผล แล้วแสดงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคีย์เวิร์ดนั้นตอบกลับมาก็ตาม

1.3 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 274)

“มาตรา 274 ผู้ใดเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. เลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว

ข. องค์ประกอบภายใน

1. มีเจตนาทั่วไปคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการเลียนเครื่องหมายการค้านั้น และ

2. มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อความคุ้มครอง

2.1 กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

แม้การเลียนเครื่องหมายการค้าจะไม่ต้องถึงขนาดเหมือนกับเครื่องหมายจริงอย่างกรณีปลอมเครื่องหมายการค้า ทำให้ใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะเป็นคีย์เวิร์ดอาจปรับเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้ได้ง่าย แต่เมื่อโดยสภาพของการกระทำที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหานำไปใช้กับกลไกการทำงานของโปรแกรมภายในระบบ จึงไม่มีสิ่งที่จะนำมาใช้ใน

การพิจารณาว่าคีย์เวิร์ดดังกล่าวเป็นคีย์เวิร์ดที่เลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำ และการขายคีย์เวิร์ดก็เป็นการให้บริการโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหาเพื่อหารายได้จากการลงโฆษณาของเจ้าของเว็บไซต์ต่างๆ เท่านั้น โดยที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาไม่มีเจตนาที่จะเลียนเครื่องหมายการค้าและไม่ได้กระทำเพื่อให้ผู้ใช้งานทั่วไปเชื่อว่าคีย์เวิร์ดที่ซื้อขายดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ทำเลียนขึ้นมาให้คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของจริง ทำให้ไม่เข้าองค์ประกอบภายในตามมาตรา ๒๕๓(๑) เช่นกัน

2.2 กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

กรณีนี้ก็เช่นกัน ศาลไม่อาจพิจารณาได้ว่าการซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อใช้ระบุให้มีการแสดงเว็บไซต์ของตนเป็นการเลียนเครื่องหมายการค้า และเมื่อพิจารณาถึงเจตนาของการซื้อคีย์เวิร์ดที่ต้องการเข้าถึงกลุ่มลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน ก็ไม่ได้ทำเพื่อให้ผู้ใช้งานทั่วไปเชื่อว่าคีย์เวิร์ดที่ซื้อเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ทำเลียนขึ้น แต่เป็นเพราะต้องการให้มีการแสดงเว็บไซต์เพื่อสร้างโอกาสในการหาประโยชน์ทางการค้าจากการใช้คีย์เวิร์ดดังกล่าวในภายหลัง

จึงสรุปได้ว่าการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการซื้อขายคีย์เวิร์ดทั้งสองฝ่าย ไม่สามารถนำไปปรับใช้กับการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๕๓(๑)

(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

2.1 การปลอมเครื่องหมายการค้า (มาตรา 108)

“มาตรา 108 บุคคลใดปลอมเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. บุคคลใด

2. ปลอมเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วใน

ราชอาณาจักร

ข. องค์ประกอบภายใน

1. เจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการปลอมเครื่องหมายการค้านั้น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง

กรณีนี้สามารถวินิจฉัยได้เช่นเดียวกับกรณีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญฐานปลอมเครื่องหมายการค้าในหัวข้อ 1.2 กล่าวคือ

2.1 กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

เมื่อคีย์เวิร์ดที่ขายเป็นการใช้กับโปรแกรมประมวลผลเพื่อกำหนดข้อมูลเว็บไซต์ที่จะแสดงให้ผู้ใช้งานเห็นบนหน้าผลการค้นหาและการปลอมเครื่องหมายการค้าในโปรแกรมก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยสภาพ เพราะไม่มีตัววัตถุที่จะนำมาใช้เปรียบเทียบระหว่างคีย์เวิร์ดที่ใช้กับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น จึงทำให้ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

2.2 กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

การซื้อคีย์เวิร์ดที่เหมือนกับคำเครื่องหมายการค้ากรณีนี้ อาจเปรียบได้กับการระบุคำสั่งให้กับตัวโปรแกรมค้นหาทำงานว่าผู้ลงโฆษณาต้องการให้แสดงเว็บไซต์ของตนเมื่อมีผู้ใช้งานพิมพ์คำสั่งดังกล่าว ซึ่งเป็นการใช้งานในระบบโปรแกรมโฆษณาของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาเท่านั้น แม้จะเป็นการใช้คีย์เวิร์ดของผู้อื่นเพื่อหาประโยชน์ในทางธุรกิจ แต่ก็ไม่ใช่การปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งเป็นความผิด

ในประเด็นนี้สามารถสรุปได้ว่า วิธีที่ผู้ลงโฆษณาซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อให้โปรแกรมค้นหาแสดงโฆษณาเว็บไซต์ และวิธีการขายคีย์เวิร์ดโฆษณาให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา ไม่สามารถอาศัยการตีความบทบัญญัติว่าการซื้อคีย์เวิร์ดที่ใช้สำหรับ trigger ads เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

2.2 การเลียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 109)

“มาตรา 109 บุคคลใดเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อ

ว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

1. บุคคลใด
2. เลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วใน

ราชอาณาจักร

ข. องค์ประกอบภายใน

1. เจตนาคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการเลียนเครื่องหมายการค้านั้น
2. มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

(2) บทวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายเพื่อความคุ้มครอง

การปรับใช้กฎหมายตามมาตรานี้สามารถสรุปผลได้ทำนองเดียวกับกรณีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญฐานเลียนเครื่องหมายการค้าในหัวข้อ 1.3 ดังนี้

2.1 กรณีผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา (ผู้ขายคีย์เวิร์ด)

แม้ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ได้ แต่เมื่อการขายคีย์เวิร์ดดังกล่าวไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และการให้บริการของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาคำนี้ก็ไม่ได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะทำให้บุคคลใดหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้า นอกจากต้องการหารายได้เท่านั้น ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจึงไม่ต้องรับผิด

2.2 กรณีผู้ลงโฆษณา (ผู้ซื้อคีย์เวิร์ด)

เห็นว่าการซื้อคีย์เวิร์ดเพื่อให้เห็นโฆษณา ไม่เป็นการเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และผู้ลงโฆษณาก็ไม่ได้ซื้อเพื่อทำให้ผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นคีย์เวิร์ดที่ซื้อมานั้นเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดและไม่ต้องรับผิดตามมาตรานี้

4.3 การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

นอกจากบทบัญญัติกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อน หากพิจารณาระบบการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายของไทยในภาพกว้างจะพบว่ายังมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอีกหลายฉบับที่มีความเชื่อมโยงกับปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และสามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองควบคู่กันหรือใช้เป็นมาตรการเสริมได้อีกทางหนึ่ง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (มาตรา 29)

ปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมาย 2 ประการคือ 1) เพื่อส่งเสริมให้ธุรกิจมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม 2) เพื่อป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้า⁴⁶ โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องที่อาจนำมาปรับใช้กับปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาได้แก่ กรณีตามมาตรา 29 เรื่องการกระทำที่ไม่ใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ธุรกิจ” หมายความว่า กิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการในธุรกิจ

“สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่อาจใช้ในการอุปโภคหรือบริโภค รวมทั้งเอกสารแสดงสิทธิในสิ่งของ

⁴⁶ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการ จ้างแรงงาน”

“มาตรา 29 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็น ธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบริการให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

ในการพิจารณาว่าปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์และปัญหาการซื้อขาย คีย์เวิร์ดโฆษณา เข้าข่ายการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการ ทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ด อัน เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้หรือไม่นั้น จะแบ่งการพิจารณาตามองค์ประกอบ ความผิดได้ดังนี้

1. ผู้ประกอบธุรกิจ (มาตรา 3)
2. กระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และ
3. มีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบริการให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

(1) กรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์เพื่อให้มีการแสดงผลการค้นหา

ตามองค์ประกอบความผิดข้อแรก (ก) บุคคลที่เป็นเจ้าของเว็บไซต์ที่ใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag เพื่อทำการตลาดให้กับเว็บไซต์ ธุรกิจหรือสินค้าบริการของตน สามารถเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ตามความหมายในมาตรา 3 ได้ทั้งสิ้น หากว่าบุคคลนั้นทำธุรกิจในลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือ ให้บริการไม่ว่าอยู่ในประเภทหรือสาขาธุรกิจใดและไม่ว่าสามารถทำการซื้อขายผ่านทางเว็บไซต์ นั้นได้ด้วยหรือไม่ เช่น เป็นเว็บไซต์ประชาสัมพันธ์ให้ข้อมูลเพื่อช่วยส่งเสริมการขายสินค้าและ บริการสำหรับร้านค้าปกติ คำว่าผู้ประกอบธุรกิจจึงกินความหมายได้กว้าง แต่ถ้าหากเป็นเว็บไซต์ ส่วนตัวที่ไม่ได้ใช้เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจก็จะไม่อยู่ในความหมายของผู้ประกอบธุรกิจแต่ อย่างไม่ (ข) สำหรับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา แม้การให้บริการจะยอมให้ผู้ใช้งานทั่วไปเข้าใช้ บริการได้โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเป็นลักษณะบริการสาธารณะแต่ขณะเดียวกันก็มีลักษณะเป็นการ ให้บริการทางธุรกิจอันนำมาซึ่งผลประโยชน์ตอบแทนจากการให้บริการสืบค้นข้อมูลทั้งทางตรงและ ทางอ้อม ซึ่งอยู่ในความหมายของผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายเช่นกัน

องค์ประกอบความผิดประการที่สอง เรื่องการกระทำใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม เป็นถ้อยคำตามกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้อย่างกว้างๆ เมื่อปรับข้อเท็จจริงเข้ากับ วิธีการที่เจ้าของเว็บไซต์นำคีย์เวิร์ดของผู้อื่นซึ่งประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกัน ไปใส่ใน meta tag ของเว็บไซต์ เนื่องจากเป็นการนำชื่อหรือเครื่องหมายผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้รับ อนุญาตเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากผลการจัดอันดับเว็บไซต์ดังกล่าว โดยไม่คำนึงถึง ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของคีย์เวิร์ดไม่ว่าจะเป็นโอกาสทางธุรกิจ ผลประโยชน์ในเชิง รายได้ตลอดจนภาพพจน์หรือชื่อเสียงของเจ้าของคีย์เวิร์ดหากนำไปใช้โดยไม่เหมาะสม

องค์ประกอบความผิดประการสุดท้ายคือ ผลจากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ในประเด็นนี้จะ เห็นได้ชัดเจนว่าเจ้าของเว็บไซต์มีเจตนาที่จะดูแคลงและเบียดเบียนความสนใจของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต สินค้าหรือบริการของตนแทน ซึ่งผลจากการใช้คีย์เวิร์ดโดยไม่ถูกต้องกรณีนี้สามารถส่งผลกระทบต่อจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์ รวมถึงส่วนแบ่งทางการตลาด (market share) ที่อาจจะลดลงจากการ แย่งชิงกลุ่มลูกค้าเดียวกัน อันนับได้ว่าเป็นการชัดขวาง กีดกัน และจำกัดการประกอบธุรกิจของ เจ้าของคีย์เวิร์ดแล้ว

(2) กรณีการซื้อขายคีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

องค์ประกอบความผิดข้อแรก สามารถพิจารณาได้ว่าทั้ง (ก) ผู้ลงโฆษณาที่ซื้อคีย์เวิร์ด และ (ข) ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา นับเป็นผู้ประกอบธุรกิจ เช่นเดียวกับกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ (1)

องค์ประกอบความผิดประการที่สอง เรื่องการกระทำใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม กรณีนี้เห็นว่าวิธีที่ผู้ลงโฆษณาและผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาทำการซื้อขายคีย์ เวิร์ดของผู้ประกอบการรายอื่นเข้าลักษณะเป็นการกระทำโดยไม่เป็นธรรมทั้ง 2 กรณีดังนี้

(ก) กรณีผู้ลงโฆษณา จะเห็นได้ว่าสาเหตุที่ผู้ลงโฆษณาซื้อคีย์เวิร์ดดังกล่าวก็ เพราะต้องการให้มีลิงก์โฆษณาข้อมูลสินค้าหรือบริการของตนปรากฏอยู่ในหน้าผลการค้นหาหน้า เดียวกันกับลิงก์เว็บไซต์ของเจ้าของคีย์เวิร์ดซึ่งเป็นคู่แข่ง โดยพยายามเบียดเบียนหรือดูแคลงความ สนใจของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตให้คลิกเข้าไปชมเว็บไซต์ของตนเพื่อเพิ่มโอกาสในการหาลูกค้าเพิ่มขึ้น

แม้ว่าการแข่งขันในการเสนอขายสินค้าหรือบริการจะเป็นเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ⁴⁷ แต่การที่ผู้ลงโฆษณาใช้ศักยภาพของผู้ประกอบการแข่งขันซึ่งผลประโยชน์จากผู้ประกอบการ โดยทั้งสองฝ่ายต่างก็มีเป้าหมายทางธุรกิจอย่างเดียวกัน การกระทำเช่นนี้ย่อมเข้าข่ายการกระทำอันเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมได้

(ข) สำหรับบริการโฆษณาของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาโดยขายศักยภาพให้ผู้ลงโฆษณาคู่แข่ง แม้ผลกระทบทางธุรกิจที่เกิดขึ้นกับเจ้าของศักยภาพจะไม่ได้เกิดจากการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาโดยตรงเพราะผู้ที่นำศักยภาพไปใช้แสวงหาประโยชน์กรณีนี้ก็คือผู้ลงโฆษณาและโดยลักษณะของการประกอบธุรกิจผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งทางการค้ากับเจ้าของศักยภาพ อย่างไรก็ตามแม้ว่าการประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่เจ้าของศักยภาพจะแตกต่างกัน แต่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่ยังสามารถหารายได้จากบริการโฆษณาขายศักยภาพของเจ้าของศักยภาพได้ ในขณะที่เจ้าของศักยภาพอาจจะต้องสูญเสียรายได้หรือสูญเสียลูกค้าให้กับผู้ลงโฆษณาที่เป็นคู่แข่ง การขายศักยภาพจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการนำไปใช้อย่างไม่เป็นธรรมในภายหลังอันส่งผลกระทบต่อธุรกิจของผู้ประกอบการเจ้าของศักยภาพจนนับได้ว่าผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วและก็ควรมีส่วนร่วมรับผิดชอบในกรณีนี้ด้วย

แต่ถ้าหากการขายศักยภาพให้ผู้ลงโฆษณาเป็นกรณีที่ผู้ลงโฆษณานำศักยภาพไปใช้อย่างเป็นธรรม เช่น การใช้ตามความหมายปกติทั่วไปหรือศักยภาพที่ใช้เกี่ยวข้องกับธุรกิจของผู้ลงโฆษณาเช่นกัน กรณีนี้เจ้าของศักยภาพก็ไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการใช้วิธีการประกอบธุรกิจโดยไม่เป็นธรรมแต่เข้าลักษณะเป็นการแข่งขันตามปกติหรือโดยธรรมชาติเท่านั้น⁴⁸ ย่อมไม่ได้รับผลกระทบหรือต้องเสียประโยชน์และไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้วิธีการประกอบธุรกิจโดยไม่ชอบแต่อย่างใด ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่ไม่อาจมีความผิดได้ในกรณีนี้

องค์ประกอบความผิดประการสุดท้ายคือ ผลจากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น กรณีนี้เห็นว่สิ่ง

⁴⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์ ม.ว.ม., ป.ช., พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2549), หน้า 30.

⁴⁸ จันท์ทอง เจริญทรัพย์, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ธุรกิจ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 73.

สำคัญในการพิจารณาคือต้องดูที่จุดประสงค์ของการซื้อคีย์เวิร์ด และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับเจ้าของคีย์เวิร์ดนั้น ถ้าการนำไปใช้ได้ก่อให้เกิดผลเสียหายทางธุรกิจกับเจ้าของคีย์เวิร์ด ทั้งผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาและผู้ลงโฆษณา ก็ต้องรับผิดชอบจากการกระทำอันเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมของตน แต่ถ้าการใช้ที่ไม่ส่งผลกระทบหรือสร้างความเสียหายกับเจ้าของคีย์เวิร์ดก็ไม่ควรจะต้องมีผู้รับผิดชอบในกรณีนี้

สรุปได้ว่า กฎหมายการแข่งขันไม่เป็นธรรมสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีตามปัญหาทั้งกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag และกรณีการซื้อขายคีย์เวิร์ด เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ประกอบการเจ้าของคีย์เวิร์ดเมื่อมีการนำคีย์เวิร์ดไปใช้โดยไม่มีสิทธิหรือโดยไม่ได้รับอนุญาตได้ หากเจ้าของเว็บไซต์และผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการที่มีใช่เป็นการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีและอย่างเป็นธรรมและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจของเจ้าของคีย์เวิร์ด อันเป็นความผิดตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ กรณีนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจตามมาตรา 31 ที่จะสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้⁴⁹ นอกจากนี้ตามมาตรา 40 กฎหมายยังกำหนดให้เจ้าของคีย์เวิร์ดมีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายได้อีกด้วย⁵⁰

4.3.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

บทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาในที่นี้เป็นเรื่องการควบคุมโฆษณาตามมาตรา 22-29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ

⁴⁹ “มาตรา 31 ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบการฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือมาตรา 29 ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ ในการนี้คณะกรรมการจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ในคำสั่งด้วยก็ได้

ผู้ประกอบการซึ่งได้รับคำสั่งตามวรรคหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 46

ผู้ประกอบการจะเรียกร้องค่าเสียหายจากคณะกรรมการเพราะเหตุที่คณะกรรมการมีคำสั่งตามวรรคหนึ่งมิได้”

⁵⁰ “มาตรา 40 ให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือมาตรา 29 มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้นได้

ในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคหรือสมาชิกของสมาคมได้แล้วแต่กรณี”

คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 เป็นระบบการกำกับดูแลโดยตรวจติดตามภายหลังจากมีการโฆษณาสินค้าและบริการทุกชนิดทุกประเภทในทุกสื่อไปแล้ว โดยกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาทำหน้าที่ในการควบคุมโฆษณาให้เป็นไปตามบทบัญญัติข้างต้น⁵¹ หากเป็นกรณีที่ยังไม่มีองค์กรหรือกฎหมายอื่นบัญญัติควบคุมไว้เป็นการเฉพาะ⁵²

เหตุที่ผู้วิจัยนำมากล่าวถึงในที่นี้เนื่องจากการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาสามารถนำมาปรับใช้ควบคู่กับการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดได้เป็นอย่างดีและมีความเกี่ยวข้องกับปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างใกล้ชิด เพราะนอกจากกฎหมายเรื่องการควบคุมโฆษณาจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคจากการใช้โฆษณาที่อาจทำให้เกิดความเข้าใจผิด ความไม่ปลอดภัย หรือทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแล้ว ในส่วนการแข่งขันในทางการค้ายังเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจจากการใช้โฆษณาที่ก่อให้เกิดความเสียหายในทางการค้าระหว่างคู่แข่งกันจากการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในทางการค้าได้อีกด้วย (Unfair Trade Practices)⁵³

(1) ความหมายของการโฆษณา

ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่า การแสดงรายชื่อลิงก์ของเว็บไซต์ผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อันเกิดจากการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์และการซื้อขายคีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงโฆษณา เข้าลักษณะเป็นการ “โฆษณา” ผ่าน “สื่อโฆษณา” ตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้หรือไม่

มาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

“ข้อความ” หมายความว่ารวมถึงการกระทำที่ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

“โฆษณา” หมายความว่าถึงกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

⁵¹ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2550), หน้า 20-21.

⁵² มาตรา 21 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

⁵³ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, หน้า 10-11.

“สื่อโฆษณา” หมายความว่า สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลขโทรศัพท์ หรือป้าย”

จากความหมายของคำนิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่า “โฆษณา” สามารถกระทำโดยใช้วิธีใดก็ได้ในการทำให้ประชาชนได้เห็นหรือทราบข้อความดังกล่าว สิ่งสำคัญจึงอยู่ตรงที่ว่าหากข้อความที่ปรากฏนั้นสามารถทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจความหมายได้และความมุ่งหมายของผู้โฆษณาเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ก็สามารถเป็นโฆษณาได้ทั้งสิ้น

สำหรับคำว่า “สื่อโฆษณา” แม้ตามบทบัญญัติจะไม่ได้ระบุให้รวมถึงสื่ออินเทอร์เน็ตแต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่กำหนดให้หมายถึงสื่ออะไรก็ได้ที่ใช้ในการโฆษณาที่ประชาชนสามารถเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า สื่ออินเทอร์เน็ตจึงเป็นสื่อโฆษณาอย่างหนึ่งตามความหมายข้างต้นเช่นกัน

เมื่อนำหลักเกณฑ์มาปรับใช้กับวิธีการทำการตลาดเพื่อประชาสัมพันธ์เว็บไซต์และสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ต ผู้วิจัยเห็นว่าการพิจารณาปัญหาว่าเป็น “โฆษณา” ตามความหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่นั้น กฎหมายมิได้คำนึงว่ารายชื่อบริษัทของเว็บไซต์ที่แสดงในหน้าผลการค้นหาจะเกิดจากวิธีการเช่นใด เช่น เกิดจากข้อมูลที่พบสัมพันธ์กับคีย์เวิร์ดที่ใช้ค้นหาจริงๆ หรือเกิดจากเจ้าของเว็บไซต์ใส่คีย์เวิร์ดลงในภาษาที่ใช้ในการสร้างเว็บหรือเกิดจากผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาใช้โปรแกรมเชื่อมโยงข้อมูลที่กำหนดกับคีย์เวิร์ดที่ใช้ค้นหาในเมื่อผลลัพธ์ที่ได้จากการประมวลผลทำให้ปรากฏถึงข้อความสั้นๆ ผ่านหน้าจอคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของเจ้าของเว็บไซต์ ทั้งยังสามารถเชื่อมโยงเว็บไซต์ของผู้ประกอบการได้ทันทีด้วย ดังนั้นข้อความหรือลิงก์ของเว็บไซต์ที่ปรากฏบนหน้าผลการค้นหาของเว็บโปรแกรมค้นหาจึงเป็นการ “โฆษณา” ผ่าน “สื่อโฆษณา” ตามความในมาตรา 3 ของกฎหมาย ซึ่งผู้โฆษณาจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายฉบับนี้ รวมถึง กฎกระทรวง และประกาศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

(2) สถานะทางกฎหมายของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณา

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาก็คือ ในแง่ของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับวิธีการทำโฆษณาผ่านโปรแกรมค้นหาซึ่งประกอบด้วย 1) ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา 2) เจ้าของเว็บไซต์ และ 3) ผู้ใช้งาน (รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 2 หัวข้อ 2.6) แต่ละฝ่ายมีสถานะเป็นบุคคลใดตามคำนิยามในกฎหมายฉบับนี้ ใครเป็น “เจ้าของสื่อโฆษณา” “ผู้ประกอบการ” “ผู้บริโภค”

ในธุรกิจโฆษณา ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาที่เข้ามาเกี่ยวข้องมีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วนได้แก่⁵⁴

ก. ผู้โฆษณา (Advertiser) หมายถึง ผู้ที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการหรือผู้ที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการโฆษณา ผลิตภัณฑ์ บริการหรือข่าวสารใดๆ ที่ตนต้องการเพื่อส่งไปยังผู้รับข่าวสาร ซึ่งเป็นกลุ่มผู้บริโภค⁵⁵

ข. ตัวแทนโฆษณา (Advertising Agency) หมายถึง ธุรกิจที่ให้บริการด้านการโฆษณาแก่ลูกค้าที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ (ผู้โฆษณา) โดยได้รับค่าตอบแทนทางตรงหรือทางอ้อมจากผู้โฆษณา⁵⁶

ค. เจ้าของสื่อโฆษณา (Media Owner) หมายถึง หน่วยงานที่ผู้เป็นเจ้าของและหรือผู้ดำเนินการที่มีหน้าที่เป็นพาหนะนำพาข้อความโฆษณาเกี่ยวกับเรื่องราวของสินค้า บริการ และความคิด ตลอดจนสถานบันของผู้โฆษณาไปสู่ผู้บริโภคทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้บริโภค รับทราบและสนใจให้เห็นพ้องตาม ยอมรับ ตลอดจนปฏิบัติตามความต้องการของผู้โฆษณานั้นๆ ซึ่งได้รับค่าจ้างจากผู้โฆษณาหรือตัวแทนโฆษณาก่อนการตอบแทน⁵⁷

ในการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของบุคคลต่างๆ ข้างต้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ซื้อ” หมายความว่ารวมถึง เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

“ขาย” หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดทำให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

⁵⁴ ปมูข ศุภสาร, เอกสารการสอนชุดวิชา ธุรกิจการโฆษณา หน่วยที่ 1-5

(มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์, 2531), หน้า 195-267. อ้างถึงใน สุภรณ์ อรุณวิวัฒนา, “ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 10-11.

⁵⁵ สุภรณ์ อรุณวิวัฒนา, “ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา,” หน้า 11.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

“สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรางาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้ หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

“ผลิต” หมายความว่า ทำ ผสม ปู รัง ประกอบ ประดิษฐ์ หรือแปรสภาพและหมายความรวมถึงการเปลี่ยนรูป การตัดแปลง การคัดเลือก หรือการแบ่งบรรจุ

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

“ผู้ประกอบการ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย

เมื่อพิจารณาตามความหมายข้างต้น สามารถสรุปผลการวิเคราะห์ได้ดังนี้

2.1) ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา

การให้บริการสืบค้นข้อมูลเว็บไซต์ผ่านโปรแกรมค้นหากรณีนี้ แม้ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจะให้บริการแก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต (ผู้ใช้งาน) โดยไม่มีค่าใช้จ่ายและไม่ได้กระทำเพื่อขายหรือชักชวนให้ผู้ใช้งานซื้อสินค้าหรือบริการของตนโดยตรง แต่หวังจะได้รับค่าตอบแทนจากค่าเจ้าของเว็บไซต์ (ผู้ลงโฆษณา) ที่ต้องการให้โปรแกรมค้นหาเข้ามารวบรวมและแสดงข้อมูลเว็บไซต์ของตนกลับไปยังผู้ใช้งาน อันเป็นประโยชน์ตอบแทนที่สืบเนื่องมาจากความนิยมชมชอบและความพึงพอใจของผู้ใช้งานในที่มีต่อบริการโปรแกรมค้นหาของตน ผู้วิจัยเห็นว่าวิธีการให้บริการโฆษณาของโปรแกรมค้นหากรณีนี้ มีลักษณะเป็น “ผู้ประกอบการโฆษณา” ค่อนข้างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากกรณีการขายคีย์เวิร์ดเพื่อแลกกับการแสดงผลข้อมูล อันเข้าลักษณะเป็นการให้บริการโฆษณาในเชิงธุรกิจ ทำให้ไม่ได้มีบทบาทเป็นแค่เพียง “เจ้าของสื่อโฆษณา” ที่ทำให้โฆษณาเว็บไซต์ของผู้โฆษณาสามารถส่งผ่านไปยังผู้บริโภคได้ทำนองเดียวกับหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ ฯลฯ เท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่กำหนด จัดวางรูปแบบการแสดงผลการค้นหาผ่านหน้าเว็บของตัวเองว่าจะให้ตัวโฆษณาปรากฏบริเวณใดบ้างของหน้าเพจและกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยอื่นๆ เช่น แบบ ขนาดหรือสีสันตัวอักษร ที่จะแสดงให้ผู้ใช้งานเห็นผ่านทางหน้าเว็บ ถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ตามมาตรา 4 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเช่นเดียวกัน

2.2) เจ้าของเว็บไซต์

สำหรับเจ้าของเว็บไซต์ทั้งที่เป็นเจ้าของเว็บไซต์ใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag และเจ้าของเว็บไซต์ที่ใช้คีย์เวิร์ดเพื่อลงโฆษณา หากเป็นเว็บไซต์ที่ใช้เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจที่มีการซื้อขายผ่านทางออนไลน์ หรือเป็นเว็บสำหรับให้ข้อมูลเพื่อประชาสัมพันธ์ธุรกิจหรือชักชวนให้ผู้ใช้งานบริโภคสินค้าหรือรับบริการเท่านั้น กรณีนี้เจ้าของเว็บไซต์หรือผู้โฆษณาย่อมมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามบทบัญญัติข้างต้น ซึ่งมีความรับผิดชอบมากกว่า “ผู้ประกอบการกิจการโฆษณา” และ “เจ้าของสื่อโฆษณา”⁵⁸

2.3) ผู้ใช้งาน

ผู้ใช้งานหรือผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่ทำการค้นหาข้อมูลเว็บไซต์ผ่านโปรแกรมค้นหาของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหานับเป็นบุคคลสำคัญที่ผู้โฆษณาต้องการส่งข่าวสารและเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของตนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า อันถือได้ว่าเป็น “ผู้บริโภค” ตามความหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นสำคัญ (มาตรา 4)⁵⁹

(3) การโฆษณาโดยทำให้เกิดความเข้าใจผิด (Misleading) (มาตรา 22 (2))

สำหรับบทบัญญัติทางกฎหมายที่เห็นว่าใกล้เคียงและอาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของคีย์เวิร์ดได้ชัดเจนที่สุดในกรณีนี้ได้แก่ กรณีตามมาตรา 22 (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เรื่องการโฆษณาโดยทำให้เกิดความเข้าใจผิด (Misleading) ที่บัญญัติว่า

⁵⁸ มาตรา 50 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

⁵⁹ มาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

“ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
- (4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา
- (5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย...”

“มาตรา 22 การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม”

“มาตรา 27 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืน มาตรา 22 มาตรา 24 (1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

- (1) ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา
- (2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- (3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา
- (4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้ว

ในการออกคำสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา”

หลักกฎหมายข้างต้นได้กำหนดห้ามมิให้ผู้โฆษณาใช้ข้อความโฆษณาใดๆ ที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ก) โดยวิธีการใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง หรือ ข) โดยวิธีการใดๆ ก็ตาม⁶⁰ นับเป็นบทบัญญัติที่ให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงที่อ้างในการโฆษณา เพราะตราบใดที่เป็นความจริงผู้บริโภคย่อมได้รับความเป็นธรรม⁶¹

⁶⁰ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 180.

⁶¹ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, หน้า 71.

ผู้วิจัยเห็นว่าจุดมุ่งหมายของการคุ้มครองตามมาตรา 22 (2) คือความเข้าใจโดยถูกต้องแท้จริงของผู้บริโภคที่มีต่อสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดยวิธีการใดๆ ก็ตาม ซึ่งกินความหมายกว้างไปถึงวิธีการเสนอข้อมูลในลักษณะที่สามารถเชื่อมโยงความคิด ความเข้าใจของผู้บริโภคและสามารถดึงดูดความสนใจ จูงใจหรือชักชวนให้เกิดความรู้สึกนึกคิดไปในทางใดทางหนึ่งอันอาจส่งผลต่อพฤติกรรมการบริโภคสินค้าและบริการของผู้บริโภคในลำดับต่อไป

เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับมาตรา 47 วรรคแรก ที่กฎหมายได้อธิบายขยายความรวมถึงการคุ้มครองความเข้าใจของผู้บริโภคที่มีต่อแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ กรณีนี้ก็อาจตีความได้ว่าสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการตามความในอนุมาตรา (2) มีความหมายรวมถึงความเข้าใจที่ถูกต้องของผู้บริโภคในความสัมพันธ์ของสัมพันธ์กันของแหล่งที่มาของข้อมูล (เว็บไซต์) เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ระหว่าง 1) คีย์เวิร์ดที่ใช้ในการค้นหา 2) รายชื่อลิงก์เว็บไซต์ (ข้อความ) ที่ปรากฏในหน้าผลการค้นหา และ 3) ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคคาดว่าจะได้รับเมื่อคลิกเข้าไปที่ลิงก์ดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อปรับข้อเท็จจริงตามกรณีปัญหากับหลักกฎหมายข้างต้นสามารถสรุปการวิเคราะห์ได้ว่า

3.1 กรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์เพื่อให้มีการแสดงผลการค้นหา

การที่ผู้โฆษณา (เจ้าของเว็บไซต์คู่แข่ง) นำเอาคีย์เวิร์ดผู้อื่นไปใส่ในรหัส html ของเว็บเพจเพื่อให้โปรแกรมค้นหาเข้ามาอ่านข้อมูลและแสดงรายชื่อเว็บไซต์ของตนเองในหน้าผลการค้นหาอันดับต้นๆ หากผู้โฆษณาระบุข้อความชัดเจนว่าเป็นลิงก์โฆษณาที่นำไปสู่เว็บไซต์ของตนอันเป็นความจริง การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 22 (2) กรณีที่เข้าข่ายเป็นการโฆษณาโดยทำให้เข้าใจผิดจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อข้อความที่ผู้ประกอบธุรกิจทำให้ปรากฏบนลิงก์ดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่า เมื่อผู้บริโภคคลิกเข้าไปที่ลิงก์นั้นก็จะพบกับเว็บไซต์ของเจ้าคีย์เวิร์ดที่ขายสินค้าหรือบริการที่กำลังค้นหา แต่ในความเป็นจริงกลับไปพบสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาที่ต้องการขายหรือชักชวนให้ซื้อสินค้าหรือบริการของตนแทน กรณีเช่นนี้ก็ถือได้ว่าผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจได้ใช้ข้อความโฆษณาหลอกลวงหรือทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการตามความในมาตรา 22 (2) แล้ว

ในส่วนของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาซึ่งเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” และเป็น “เจ้าของสื่อโฆษณา” แม้จะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกำหนดข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด เนื่องจากเป็นเพียงผู้ทำหน้าที่รวบรวมข้อมูลเว็บไซต์มาประมวลผลและแสดงผลลัพธ์ไปยังผู้บริโภคเท่านั้น แต่ในเมื่อข้อความโฆษณาที่ปรากฏเป็นข้อความตามมาตรา 22 (2) ก็อาจจะต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบในกรณีนี้เช่นกัน

3.2 กรณีการซื้อขายคีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

การพิจารณากรณีนี้อาจคล้ายคลึงกับกรณีแรก แม้ว่าบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหาจะมีการแบ่งพื้นที่แสดงผลการค้นหาระหว่างผลการค้นหาตามปกติกับผลการค้นหาจากการลงโฆษณาแยกออกจากกันอย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม ถ้าหากถึงกับข้อความโฆษณาที่ปรากฏผู้โฆษณาได้ระบุเนื้อหาหรือใช้ข้อความอันอาจทำให้ผู้ใช้งานเข้าใจผิดไปว่าเป็นเว็บโฆษณาที่ขายสินค้าหรือบริการของเจ้าของคีย์เวิร์ดอันไม่เป็นความจริง ผู้โฆษณาที่เป็นผู้ประกอบการก็ย่อมเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 22

ในส่วนการกระทำของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่เข้าไปเกี่ยวข้องโดยการขายคีย์เวิร์ดให้กับผู้โฆษณา กรณีนี้เห็นว่ามิใช่สถานะทางกฎหมายคล้ายคลึงกับกรณีแรก เนื่องจากธุรกิจขายคีย์เวิร์ดของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาถือเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้มีการแสดงลิงก์โฆษณาเกิดขึ้น แม้ผู้ที่กำหนดข้อความโฆษณานบนลิงก์เว็บไซต์จะเป็นการกระทำของผู้โฆษณา ในกรณีนี้ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาซึ่งเป็นผู้ประกอบการก็จะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยเช่นกัน

จากกรณีข้างต้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการใช้ข้อความโฆษณาอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิดตามมาตรา 22 (2) กรณีนี้ผู้ประกอบการเจ้าของคีย์เวิร์ดที่เห็นว่าธุรกิจของตนได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบการที่นำคีย์เวิร์ดของตนไปใช้โฆษณาในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดกับผู้บริโภค ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้ ทั้งในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาตรวจพบการกระทำความผิดของผู้โฆษณาเอง หรือผู้ประกอบการที่ได้รับความเสียหายเสนอเรื่องให้คณะกรรมการฯ พิจารณาหรือมีผู้บริโภคมายื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาให้ดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาตรวจพบหรือได้รับคำร้องเรียนแล้ว หากตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วพิจารณาได้ว่า ข้อความโฆษณาของเจ้าของเว็บไซต์เข้ากรณีตามมาตรา 22 คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาก็มีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้โฆษณาระงับ แก้ไข ตลอดจนห้ามทำการ

โฆษณาหรือใช้วิธีการนั้นในการโฆษณานั้นได้ตามบทบัญญัติมาตรา 27 โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของศาล ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial power) อันกระทบถึงพฤติกรรมของผู้โฆษณาโดยตรง

นอกจากนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้โฆษณาเจตนาหลอกลวง เป็นโฆษณาเท็จ (มาตรา 47, 49 และมาตรา 50)⁶² คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาสามารถดำเนินคดีอาญาไปพร้อมกับการสั่งตามมาตรา 27 ได้⁶³

โดยสรุปแล้ว แม้ผู้ประกอบการเจ้าของศิษย์เวิร์ดจะไม่ใช่อำนาจตามกฎหมายในความหมายในพระราชบัญญัตินี้ แต่ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าวโดยอาศัยระบบการกำกับดูแลเรื่องของการโฆษณาโดยไม่เป็นธรรมซึ่งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในลักษณะเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการกระหนาบสิทธิในทางการค้าของตนภายใต้กฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใด

(4) การโฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising)

การโฆษณาเปรียบเทียบ หมายถึง การโฆษณาสินค้าหรือบริการซึ่งนำเอารายละเอียดของสินค้าหรือบริการต่างๆ มาเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นว่าสินค้าหรือบริการของตนดีกว่า

⁶² “มาตรา 47 ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะ เป็นของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกระทำความผิดซ้ำอีก ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

“มาตรา 49 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

“มาตรา 50 ถ้าการกระทำตามมาตรา 47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 เป็นการกระทำของเจ้าของสื่อโฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁶³ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, หน้า 54-55.

กรณีนี้มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ ผู้ประกอบธุรกิจเจ้าของเว็บไซต์จะยกข้อต่อสู้ได้หรือไม่ว่าการนำคีย์เวิร์ดไปใช้เพื่อการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาของตนเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในการโฆษณาเปรียบเทียบและสามารถยกเว้นความรับผิดของตนโดยถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม (Fair use) หากข้อความที่ใช้ในการโฆษณาไม่มีลักษณะต้องห้ามตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่เป็นข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง และไม่ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ เป็นต้น (มาตรา 22 (1), (2) ตามพ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค)⁶⁴ ศาลจะพิจารณาได้หรือไม่ว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเป็นการประกอบธุรกิจการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายไม่ได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้โดยชัดเจนว่าการใช้เพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบถือเป็นข้อยกเว้นสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมน เมื่อเปรียบเทียบกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายไทยในกรณีอื่นที่มีการระบุเอาไว้ เช่น ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32-43 แห่งพ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ประเด็นการโฆษณาเปรียบเทียบตามหลักกฎหมายไทยในปัจจุบัน เมื่อไม่ได้มีบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการโฆษณาเปรียบเทียบเอาไว้ จึงทำให้อาจตีความไปได้ว่ากรณีนี้สามารถทำได้เช่นกันหากข้อความที่ใช้เป็นเรื่องจริง⁶⁵ แต่ปัญหาที่ว่าสามารถทำได้แค่ไหนเพียงใด สามารถเป็นข้อยกเว้นสิทธิในทางทำมาหาได้ หรือสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากค่าความนิยม ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นถึงขนาดนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้เจ้าของคีย์เวิร์ดได้หรือไม่นั้น กรณีดังกล่าวเห็นว่ายังคงขาดความชัดเจน ในอดีตที่ผ่านมาผู้เสียหายจะฟ้องคดีละเมิดตามมาตรา 420 และ 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเรียกค่าเสียหาย ซึ่งทำให้เป็นคดีพิพาทตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้นจึงควรจะต้องทำการศึกษาเพิ่มเติมถึงความเป็นไปได้

⁶⁴ “มาตรา 22 การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิดสภาพ คุณภาพหรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ข้อความดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
 (2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม ”

⁶⁵ สุขุม ศุภนิมิตต์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, หน้า 68-71.

ในการกำหนดแนวทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งใน ส่วนของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจต่อไป

4.3.3 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

นอกจากการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว กรณีตามปัญหาอาจนำ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาพิจารณาได้อีกประการหนึ่ง โดยถือว่าการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตเป็นการประกอบธุรกิจ “ตลาดแบบตรง” ตามความหมายใน มาตรา 3 ของ พ.ร.บ. ขายตรงและตลาดแบบตรงฯ และต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายดังกล่าวด้วย เช่นกัน ดังนั้นการโฆษณาหรือให้ข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งรวมถึงการทำตลาด ผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตก็จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 29 แห่ง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งบัญญัติให้นำบทบัญญัติในส่วนที่ เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณามาใช้บังคับ

“มาตรา 3 ตลาดแบบตรง หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและ มุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง นั้น”

“มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการ ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงตามพระราชบัญญัตินี้”

“มาตรา 28 ข้อความในการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบ ธุรกิจตลาดแบบตรง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

“มาตรา 29 ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณามาใช้บังคับแก่การสื่อสารข้อมูล เพื่อเสนอขายสินค้าหรือ บริการของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงโดยอนุโลม โดยให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ คุ้มครองผู้บริโภคเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรี และให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่า ด้วยการโฆษณาเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ”

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณามบทบัญญัติกฎหมายประกอบกับวัตถุประสงค์ในการ ประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ที่ให้ความคุ้มครองวิธีการทำการตลาดแบบตรงของผู้ประกอบธุรกิจใน

ลักษณะที่ผู้บริโภคสามารถแสดงเจตนาตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้⁶⁶ การปรับใช้กฎหมายกับวิธีการทำการตลาดโดยการแสดงรายชื่อผลการค้นหาบนหน้าเว็บไซต์ของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาอาจไม่เข้าลักษณะเป็นการตลาดแบบตรงโดยทันที กรณีอันเข้าลักษณะเป็นการตลาดแบบตรงได้จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปว่าบนหน้าเว็บไซต์ดังกล่าวผู้บริโภคสามารถแสดงตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการของเจ้าของเว็บไซต์ได้เลย หากเป็นเพียงลิงก์เว็บไซต์ที่เชื่อมโยงไปยังหน้าเว็บของผู้ประกอบการอีกทีหนึ่งจึงยังไม่ใช่การตลาดแบบตรง ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของไซต์เวิร์ดก็ไม่สามารถอาศัยความคุ้มครองตามกฎหมายเรื่องการตลาดแบบตรงได้ในชั้นนี้

4.4 สรุปผลการวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อให้ความคุ้มครอง

4.4.1 ผลการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครอง

เมื่อทำการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาตามกฎหมายไทยที่มีอยู่ สามารถสรุปผลได้ว่าแนวทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองของประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของไซต์เวิร์ดจากการที่มีบุคคลอื่นนำไปใช้ในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาได้ดังนี้

(1) กรณีนำไซต์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใช้ใน Meta Tag ของเว็บไซต์

(ก) การคุ้มครองทางแพ่ง ศาลสามารถให้ความคุ้มครองเจ้าของไซต์เวิร์ดเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้าหรือชื่อโดเมนจากการที่มีบุคคลอื่นนำไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์ โดยการ

⁶⁶ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือบริการในปัจจุบันได้ใช้วิธีการทำการตลาดในลักษณะที่เข้าถึงผู้บริโภค โดยการเสนอขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัย หรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของบุคคลอื่น หรือสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ...นอกจากนี้ ยังมีการประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภค เช่น โดยอาศัยสื่อสิ่งพิมพ์และสื่อ อิเล็กทรอนิกส์ โดยมุ่งหวังให้ผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางแสดงเจตนาตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการดังกล่าว นั้น ซึ่งในกรณีนี้สินค้าหรือบริการดังกล่าวอาจไม่ตรงกับคำกล่าวอ้างตามที่ได้โฆษณาไว้ ... การทำการตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการขายแบบเชิงรุกดังกล่าว ทำให้ประชาชนโดยทั่วไปในฐานะผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างเพียงพอ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ปรับใช้หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปเรื่องละเมิด มาตรา 420 และ 421 และหลักสุจริต มาตรา 5 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาประกอบ เพื่อให้เจ้าของคีย์เวิร์ดมีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนดังนี้

1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ศาลสามารถปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา 18 ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อทางการค้าเพื่อวินิจฉัยว่าการที่เจ้าของเว็บไซต์คู่แข่ง รู้อยู่แล้วว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้เป็นชื่อทางการค้าของผู้อื่น แต่ก็ยังนำไปใช้ในการจัดอันดับเว็บไซต์โดยมีเจตนาที่จะดึงดูดความสนใจของผู้ใช้งานให้คลิกเข้าไปที่เว็บไซต์ของตนเพื่อหวังประโยชน์ทางการค้า เท่ากับเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตและทำให้เจ้าของคีย์เวิร์ดต้องเสื่อมเสียสิทธิหรือได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากชื่อทางการค้าของตน ย่อมเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 421 ถือเป็น การกระทำโดยไม่ชอบและเป็น การกระทำละเมิดตามมาตรา 420

1.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดลักษณะของการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิเอาไว้ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมาทั้งในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 และคดีลงขายตามมาตรา 46 วรรคสอง จะให้ความคุ้มครองเฉพาะการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าเท่านั้น ไม่รวมถึงการนำไปใช้ในภาษาที่ใช้สำหรับสร้างเว็บไซต์เพื่อการโฆษณาสินค้า แต่ศาลสามารถอาศัยการตีความกฎหมายโดยให้ถือว่าคีย์เวิร์ดดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคีย์เวิร์ดใน meta tag ก็เป็นการ “ใช้” เครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเช่นกัน เมื่อการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครอง ดังนั้นการที่เจ้าของเว็บไซต์รู้อยู่แล้วแต่ก็ยังนำไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริตอันก่อให้เกิดการกระทบสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า จึงเป็นการละเมิดสิทธิตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะสามารถนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองได้ในกรณีนี้ แต่ก็ไม่อาจให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เพราะเป็นการสร้างภาระให้แก่โจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาจงใจของผู้กระทำผิดตลอดจนต้องแสดงให้เห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริงอันเนื่องมาจากการใช้คีย์เวิร์ดของจำเลยซึ่งโดยสภาพของการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตอาจมองไม่เห็นอย่างชัดเจนเมื่อเทียบกับความ

เสียหายหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการนำคีย์เวิร์ดชื่อหรือเครื่องหมายการค้าไปใช้ที่ตัวสินค้าหรือการค้าโดยตรง แม้ว่าจะเป็นความเสียหายอันพึงคาดหมายได้ก็ตาม

(ข) การคุ้มครองทางอาญา

1.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ในเรื่องการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามมาตรา 273 และ 274 แม้การใช้ใน meta tag จะเห็นว่าเป็นการใช้เครื่องหมายอย่างหนึ่ง แต่การพิมพ์คีย์เวิร์ดดังกล่าวในรหัส HTML เพื่อให้โปรแกรมค้นหาเข้ามาอ่านข้อมูล โดยสภาพแล้วไม่มีอะไรที่จะนำมาใช้พิจารณาเปรียบเทียบระหว่างเครื่องหมายจริงกับเครื่องหมายที่ปลอมหรือเลียนขึ้น อีกทั้งบุคคลทั่วไปก็มองไม่เห็นคีย์เวิร์ดที่ใช้ จึงไม่เป็นการกระทำความผิดตามมาตรานี้

สำหรับบทบัญญัติมาตรา 272 (1) เรื่องการเอาชื่อในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ กรณีนี้เห็นว่าศาลอาจตีความกฎหมายโดยวินิจฉัยว่าการใช้คีย์เวิร์ดชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้าใน meta tag ของเว็บไซต์เพื่อทำการจัดอันดับการแสดงผลการค้นหาบนเว็บโปรแกรมค้นหา เป็นการเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้หรือทำให้ปรากฏบนสิ่งอื่นทำนองเดียวกันตามความหมายของกฎหมาย เพื่อให้ผู้ใช้งานหลงเชื่อว่าเป็นการค้าของผู้อื่น แต่การปรับใช้กฎหมายในกรณีนี้ก็อาจทำได้ไม่ถนัดนัก เพราะโดยหลักแล้วความรับผิดในทางอาญาศาลจะต้องตีความบทบัญญัติโดยเคร่งครัด จะตีความไปในทางขยายความเพื่อให้บุคคลต้องรับผิดเพิ่มขึ้นไม่ได้

1.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เช่นเดียวกับความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมีความเห็นว่าศาลไม่อาจตีความกฎหมายว่าการกระทำของเจ้าของเว็บไซต์เป็นการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามมาตรา 108 และ 109

(2) กรณีขายคีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้กับผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหา

(ก) การคุ้มครองทางแพ่ง

2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผลการวิเคราะห์ในประเด็นนี้จะคล้ายคลึงกับกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ที่ศาลสามารถนำหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปเรื่องละเมิด มาตรา 420 และมาตรา 421 และหลักสุจริต

ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ โดยอาศัยการตีความกฎหมายว่า สิทธิของเจ้าของคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอันได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

2.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เมื่อพิจารณาได้ว่าคีย์เวิร์ดที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองแล้ว

ก) การที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาขายคีย์เวิร์ดให้กับผู้ลงโฆษณา คู่แข่ง แม้จะมีเจตนาใช้กับโปรแกรมค้นหาเพื่อหารายได้จากบริการโฆษณาและเป็นธุรกิจคนละประเภทกับเจ้าของคีย์เวิร์ด แต่การขายดังกล่าวสร้างความเดือดร้อนเสียหายให้กับธุรกิจของเจ้าของคีย์เวิร์ดโดยมิชอบ หรือ

ข) การที่เจ้าของเว็บไซต์ รู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นแต่ก็ยังซื้อคีย์เวิร์ดดังกล่าวเพื่อใช้กระตุ้นให้มีการแสดงโฆษณาทุกครั้งที่มีผู้ใช้งานพิมพ์คีย์เวิร์ดที่กำหนดโดยมีเจตนาเพื่อดึงดูดความสนใจของผู้ใช้งานที่กำลังค้นหาข้อมูลสินค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด

หากเป็นการนำไปใช้ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ใช้งานและผลจากการใช้ทำให้เจ้าของคีย์เวิร์ดได้รับความเสียหายทางการค้า แม้จะไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าก็ตาม ศาลก็สามารถวินิจฉัยได้ว่าการใช้คีย์เวิร์ดกรณีนี้เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอันเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายและมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แต่ในกรณีนี้ยังคงเห็นว่าการนำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดมาปรับใช้ก็ไม่อาจให้ความคุ้มครองได้อย่างเหมาะสมเช่นกัน

(ข) การคุ้มครองทางอาญา

2.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ในเรื่องการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามมาตรา 273 และ 274 การตีความกฎหมายในกรณีนี้มีความเห็นเช่นเดียวกับกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ที่ไม่อาจถือว่าการซื้อขายคีย์เวิร์ดเพื่อใช้เป็นตัวกระตุ้นการแสดงผลโฆษณาส่งถึงผู้ลงโฆษณาเป็นการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพราะโดยสภาพควรจะทำกับสิ่งของหรือวัตถุมีรูปร่างที่บุคคลทั่วไปมองเห็นได้ ไม่ใช่การใช้กับโปรแกรมค้นหา

ถึงแม้จะไม่ใช่การปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น แต่ก็มีบทบัญญัติใน 272 (1) ที่ศาลอาจปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองได้ โดยทำการพิจารณาว่าการที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาและผู้ลงโฆษณาทำการซื้อขายคีย์เวิร์ดเพื่อเชื่อมโยงการทำงานของ

โปรแกรมให้มีการแสดงลิงก์โฆษณาที่กำหนดบนหน้าเว็บ เป็นการเอาชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นไปใช้ได้เช่นกัน หากผู้ใช้มีเจตนาเพื่อทำให้ผู้ใช้งานหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด ก็อาจจะต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้ได้ แต่กรณีนี้ก็อาจจะต้องประสบปัญหาในการตีความกฎหมายตามหลักความรับผิดชอบในทางอาญาเช่นกัน

2.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

กรณีนี้เห็นว่าศาลไม่อาจพิจารณาว่าการซื้อขายคีย์เวิร์ดเป็นการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามมาตรา 108 และ 109 ดังเหตุผลเช่นเดียวกับข้อ 2.1

(3) การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

การปรับใช้กฎหมายเรื่องการกระทำที่ไม่ใช่การแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมตามมาตรา 29 นั้น แม้จะอาศัยการตีความบทบัญญัติที่สามารถเข้าข่ายการกระทำความผิดตามกฎหมายข้างต้น แต่เห็นว่าปัจจุบันมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรและองค์ประกอบในการพิจารณาความผิดในกฎหมายก็กำหนดไว้กว้างมาก ทำให้การวินิจฉัยปัญหาสามารถเป็นไปได้หลายแนวทาง ซึ่งในความเป็นจริงยังไม่แน่ว่าเจ้าของคีย์เวิร์ดจะได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้หรือไม่

3.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ในการปรับใช้กฎหมายเรื่องการโฆษณาโดยทำให้เกิดความเข้าใจผิดตามมาตรา 22 (1) ศาลสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อการโฆษณาโดยผิดกฎหมายได้โดยตรง แต่กรณีนี้เป็นการให้ความคุ้มครองภายหลังจากที่มีการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อการโฆษณาเกิดขึ้นแล้ว (post censor) และเจ้าของคีย์เวิร์ดก็ไม่สามารถใช้สิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในทางการค้าที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวตามกฎหมายฉบับนี้ได้ หากต้องการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายก็จะต้องทำการฟ้องคดีแพ่งเรื่องละเมิดเป็นคดีต่างหาก

3.3 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

แม้จะนำมาปรับใช้กับการทำการตลาดที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตได้ แต่เป็นการให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดจากการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังจากการคลิกเข้าไปที่ลิงก์โฆษณาบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหาดังกล่าว เนื่องจากปัญหากฎหมายที่ทำการศึกษาในชั้นนี้เป็นเรื่องการ

ใช้คีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงผลถึงข้อมูลบนหน้าเว็บโปรแกรมค้นหา ซึ่งเกิดขึ้นก่อนช่วงของการกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายดังกล่าว

4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อให้ความคุ้มครอง

หากพิจารณาลักษณะของการใช้คีย์เวิร์ดในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาทั้ง 2 กรณี คงเป็นการยากที่จะกำหนดเส้นแบ่งของการกระทำว่ากรณีใดควรจะถูกระงับหรือควรจะผิด เพราะถ้าจะระบุชี้ชัดลงไปว่าการหาประโยชน์จากคีย์เวิร์ดของผู้อื่นถือเป็นความผิดเสมอ ก็คงไม่ใช่ความคิดที่ถูกต้องนัก เพราะการใช้คีย์เวิร์ดกับบริการโปรแกรมค้นหานับเป็นสิ่งที่อยู่คู่กัน ซึ่งโดยตัวของมันเองแล้วไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย สิ่งที่ไม่ถูกต้องจึงเกิดจากวิธีการและเหตุผลของการนำไปใช้ เพราะผู้ใช้คีย์เวิร์ดต้องการหาผลประโยชน์ทางธุรกิจ หากเป็นประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน วิธีการในการมองปัญหาก็ควรจะมองต่างกันออกไปด้วยตามเหตุผลของการนำไปใช้ในแต่ละเรื่อง

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่ผ่านมา ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของสิทธิไม่ให้เกิดเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรมจากการที่บุคคลอื่นอาศัยช่องว่างในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตที่ต้องการความคล่องตัวและการแข่งขันอย่างเสรี โดยหลักการแล้วควรกำหนดให้การใช้คีย์เวิร์ดบนอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ผู้ประกอบการยังสามารถนำคีย์เวิร์ดไปใช้ในการประกอบธุรกิจได้ โดยอยู่ภายใต้กรอบแนวทางทางกฎหมายที่ว่าจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน หรือทำให้คีย์เวิร์ดที่มีชื่อเสียงแพร่หลายต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือเสื่อมทอนคุณค่า

โดยมีข้อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาแบ่งเป็น 4 ประการ เรียงลำดับตามความสำคัญได้ดังนี้

(1) การแก้ไขความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติทางกฎหมาย

แม้ผลที่ได้จากศึกษากฎหมายของประเทศไทยจะแสดงให้เห็นว่า ศาลสามารถนำกฎหมายที่มีอยู่อันได้แก่ หลักกฎหมายเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายเรื่องการควบคุมโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาปรับใช้กับปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดในการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา เพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดได้ก็ตาม แต่ทั้ง 2 กรณี ผู้วิจัยมีความเห็นว่ายังมีข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองในตัวเอง ทำให้เจ้าของคีย์เวิร์ดไม่อาจได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการกระทำ

พิสูจน์ของโจทก์ตามหลักกฎหมายละเมิด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเจตนาของจำเลยและความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันเป็นองค์ประกอบในการฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือการคุ้มครองตามกฎหมายเรื่องการโฆษณาที่สามารถแก้ไขปัญหานั้นได้แต่ก็ไม่สามารถชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น

ดังนั้นเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของคีย์เวิร์ดโดยสนับสนุนให้สามารถดำเนินการฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิได้ด้วยตนเอง จากกรณีที่มีบุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากชื่อเสียงหรือค่าความนิยมของตน และช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายมีกรอบแนวทางที่ชัดเจน ครอบคลุมปัญหาการนำคีย์เวิร์ดของผู้อื่นไปใช้ในการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตในทุกรูปแบบ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติทางกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) กรณีเครื่องหมายการค้า เนื่องจาก พ.ร.บ.เครื่องหมายการค้าฯ ของไทยสามารถให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้ค่อนข้างครอบคลุมอยู่แล้วทำให้ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายเฉพาะ (Sui generis) เพื่อรองรับปัญหาที่เกิดขึ้นอีก แต่ควรอาศัยการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่อย่างเหมาะสมเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหานั้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เป็นรายละเอียดของบทบัญญัติบางมาตราในกฎหมายดังกล่าวควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกว่าที่เป็นอยู่เพื่อให้เกิดความชัดเจนและง่ายต่อการบังคับใช้กฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องได้แก่

1.1 ควรแก้ไขบทบัญญัติโดยกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าลักษณะของการ “ใช้” เครื่องหมายการค้ากรณีใดบ้างถือเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนตาม มาตรา 44 และการกระทำใดที่เข้าลักษณะการลงขายตาม มาตรา 46 วรรคสอง พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ โดยแก้ไขถ้อยคำในมาตราดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการนำไปใช้ “ในทางการค้า” ทุกรูปแบบ แม้ว่าจะไม่ใช่การใช้กับสินค้าโดยตรง เช่น “การใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้า” เป็นต้น รวมถึงให้ความคุ้มครองการนำไปใช้ในลักษณะที่ น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและน่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีความเสียหายเกิดขึ้น เพราะโดยลักษณะของการทำกิจกรรมการค้าบนอินเทอร์เน็ตสามารถก่อให้เกิดผลกระทบได้ในวงกว้างโดยสภาพของการทำธุรกิจไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อม กฎหมายจึงควรใช้มาตรการในการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมากกว่าการใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายอย่างกรณีละเมิด

1.2 ควรแก้ไขบทบัญญัติใน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า โดยเพิ่มเติมหลักการให้ความคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์จากค่าความนิยมหรือชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเรื่องการทำให้เสื่อมทอนคุณค่า (dilute) ของเครื่องหมายการค้า เช่นเดียวกับมาตรา 1125 (c) ของกฎหมาย The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าการใช้เครื่องหมายดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนก็ตาม เนื่องจากปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเกิดกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นหลัก หากนำมาปรับใช้กับประเทศไทยก็จะช่วยลดปัญหาหรือช่องว่างทางกฎหมายหรือข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งรวมไปถึงปัญหาการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียนและใช้ชื่อโดเมนอีกด้วย

ตามข้อ 1.1 และ 1.2 สามารถสรุปการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเป็นดังนี้

“มาตรา 44/1 บุคคลได้ใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า ให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า หากเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งดังนี้

(1) การใช้ในทางการค้า ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้า ซึ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดต่อสาธารณชนในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า หรือในความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าว

(2) การใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปที่มีลักษณะบ่งเฉพาะอันอาจก่อให้เกิดความเสื่อมเสียหรือเสื่อมทอนลักษณะบ่งเฉพาะ ชื่อเสียง เกียรติคุณ ภาพพจน์ หรือค่าความนิยมในเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นธรรมหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะกระทำโดยบุคคลที่มีได้เป็นคู่แข่งกันหากบุคคลนั้นได้รู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรจะรู้ว่ามี การกระทำอันเป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายเช่นนั้น

(3) การใช้ไม่ว่าโดยวิธีการหรือรูปแบบใดโดยไม่สุจริตในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปอย่างไม่เป็นธรรม และให้หมายความรวมถึงการนำไปใช้โดยการจดทะเบียนและใช้ หรือจะใช้เป็นส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของชื่อโดเมน

โดยรู้อยู่แล้วหรือควรจะรู้ว่าไม่มีสิทธิหรือหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในทางอื่นใดอันอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าของสิทธิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

(ก) ขาย ให้เช่า หรือโอนชื่อโดเมน เพื่อเรียกเอาเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดยไม่สุจริต

(ข) จงใจทำลายชื่อเสียง เกียรติคุณ ภาพพจน์ หรือค่าความนิยมของบุคคลอื่น

(ค) ดึงดูดหรือเบี่ยงเบนความสนใจของสาธารณชนหรือผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า หรือมีส่วนเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในทางใดทางหนึ่ง เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าโดยมิชอบ

กรณีนี้ศาลอาจมีคำสั่งห้ามบุคคลดังกล่าวใช้ชื่อโดเมน สั่งปรับ ระวัง เพิกถอน หรือโอนย้ายชื่อโดเมนคืนแก่เจ้าของเครื่องหมาย สั่งให้ชดเชยค่าเสียหายหรือมีคำสั่งอื่นใดตามที่เห็นสมควร”

(2) กรณีชื่อทางการค้า

2.1 ควรบัญญัติรองรับสถานะทางกฎหมายของชื่อทางการค้าและกำหนดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อทางการค้าไว้ในกฎหมายเพื่อความชัดเจน พร้อมทั้งนำแนวคิดในการให้ความคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์จากค่าความนิยมหรือชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามหลักความคุ้มครองการทำให้เสื่อมทอนคุณค่า (dilute) ในมาตรา 1125 (c) ของกฎหมาย The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) ประเทศสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้กับกรณีชื่อทางการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเช่นกัน โดยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2 ควรลดความเข้มงวดของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องละเมิดที่นำมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองชื่อทางการค้า ทั้งในการพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำผิดและการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยกำหนดให้การนำไปใช้ในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นมูลเหตุเพียงที่จะทำให้ได้รับความคุ้มครองจากศาลได้ และให้ความสำคัญกับประเด็นการพิจารณาเรื่องความสุจริตของการนำไปใช้เป็นหลัก เพื่อให้ครอบคลุมถึงการนำไปใช้ “ในทางการค้า” ทุกรูปแบบ ในลักษณะของการป้องกันการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ตามข้อ 2.1 และ 2.2 สามารถสรุปการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเป็นดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“มาตรา 18/1 สิทธิในชื่อทางการค้าอันบุคคลได้ใช้โดยสุจริตหรือได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยประการอื่นย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย แม้ว่าชื่อทางการค้าดังกล่าวจะได้จดทะเบียนไว้หรือไม่ก็ตาม

เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ บุคคลใดใช้ชื่อ เครื่องหมายหรือข้อความใดเหมือนหรือคล้ายกับชื่อทางการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่สุจริตอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน หรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือประโยชน์ของเจ้าของสิทธิในลักษณะการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบทางการค้า บุคคลนั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลให้มีคำสั่งห้ามการกระทำอันเป็นการกระทบสิทธิเช่นว่านั้นได้”

(3) กรณีชื่อโดเมน เนื่องจากปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับชื่อโดเมนส่วนใหญ่จะเกิดจากการนำเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าไปใช้ แนวทางการแก้ไขปัญหานี้จึงอาจเทียบเคียงเอาสองแนวทางข้างต้นมาปรับใช้ กล่าวคือ

3.1 ควรมีบทบัญญัติรับรองสิทธิในชื่อโดเมนให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า และยอมรับให้ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับชื่อโดเมนที่เกิดจากการนำเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของผู้อื่นมาจดทะเบียนโดยไม่สุจริต ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้านั้นสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าได้เช่นกัน เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากค่าความนิยมหรือชื่อเสียงของผู้อื่นโดยไม่ชอบ โดยอาศัยแนวทางการแก้ไขการตามข้อ 1.2 และ 2.2 ประกอบกัน

3.2 ควรกำหนดแนวทางในการแก้ไขข้อพิพาทเกี่ยวกับชื่อโดเมนให้ชัดเจน โดยอาจนำมาบัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในส่วนนี้และยังเป็นช่องว่างอยู่ หากนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยก็จะช่วยลดปัญหาการตีความและเป็นการวางแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาลได้เป็นอย่างดี

(4) ควรกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อยกเว้นของการนำคีย์เวิร์ดไปใช้ให้ชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่กฎหมายยอมรับให้สามารถกระทำได้ เพื่อป้องกันปัญหาการผูกขาดสิทธิในการใช้และส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ โดยอาจนำแนวคิดเรื่องการใช้โดยชอบธรรม (fair use) มาปรับใช้และบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น แก้ไขบทบัญญัติใน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ หรือแก้ไขบทบัญญัติใน พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค ของไทย โดยกำหนดให้การใช้ชื่อหรือเครื่องหมายใดๆ ของผู้อื่นซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หากเป็นการใช้ในลักษณะที่ไม่

ก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจ หรือขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติ และไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของชื่อหรือเจ้าของเครื่องหมายเกินสมควร สามารถกระทำได้ หากกระทำโดยสุจริตและมีเหตุอันสมควรแม้จะเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของบุคคล ดังกล่าวก็ตาม หรือการใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการอื่นอันไม่เกี่ยวกับการค้า (Noncommercial use of mark) หรือการใช้เพื่อประโยชน์ในการโฆษณาเปรียบเทียบ⁶⁷ โดยไม่ก่อให้เกิดผลการกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณหรือค่าความนิยมในทางการค้าของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม และไม่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่นที่บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อสร้างความชัดเจนให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนและช่วยลดปัญหาความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

(2) การสร้างความรู้ความเข้าใจในการบังคับใช้และการตีความกฎหมาย

นอกเหนือจากการแก้ไขบทบัญญัติให้มีความชัดเจนและครอบคลุมปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นแล้ว สิ่งสำคัญที่สุดอีกประการหนึ่งของแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ก็คือ ความรู้ความเข้าใจของผู้ใช้กฎหมายที่มีต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเพราะเป็นปัจจัยที่ส่งผลโดยตรงต่อการบังคับใช้และการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างที่ยังไม่มีการออกหลักเกณฑ์การแก้ไขปัญหาคัดเจนตามแนวทางข้างต้น การปรับใช้กฎหมายซึ่งร่างขึ้นเป็นเวลานานแล้วกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์นับเป็นความท้าทายที่ศาลจะต้องเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ที่เกิดในโลกของการทำธุรกิจบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอันไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และหากจะรอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเสียก่อนย่อมไม่อาจแก้ไขปัญหาคณะหน้าได้ทันทั่วทั้งที่เนื่องจากกระบวนการในการออกกฎหมายต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนานและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก

โดยเหตุนี้ ในระหว่างที่ยังไม่มีการกำหนดแนวทางหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย การวินิจฉัยคดีของศาลจึงควรพิจารณาถึงเจตนาของการนำไปใช้โดยดูจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดีเป็นสำคัญ หากข้อเท็จจริงที่ปรากฏแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำไปโดยเจตนาที่จะแสวงหาประโยชน์โดยการหลอกลวง หรือโดยมีเจตนาไม่สุจริต (bad

⁶⁷ Benjamin F. Sidbury, "Comparative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads," *North Carolina Journal of Law & Technology* [Online] Volume 3, Issue 1 (FALL 2001): 52-56. Available From: <http://www.jolt.unc.edu/vol3/Sidbury.pdf> [2007, August 31]

faith) ศาลก็ควรตัดสินให้โจทก์ก็ได้รับการเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายจากการนำไปใช้ใน meta tag หรือการใช้ trigger ads ได้ เช่นเดียวกับที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครอง แม้ว่าการใช้คีย์เวิร์ดในกรณีนี้จะไม่ใช่การนำไปใช้กับสินค้าโดยตรงและไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนขึ้นในขณะที่ผู้บริโภคทำการซื้อขายผ่านเว็บไซต์ดังกล่าวก็ตาม การวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นโดยพิจารณาจากเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญนี้น่าจะเป็นอีกหนทางหนึ่งในการเชื่อมโยงการวิเคราะห์ปัญหาการละเมิดสิทธิในกรณีปกติกับเทคโนโลยีในปัจจุบันเอาไว้ด้วยกัน

(3) การกำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาพร้อมกันของภาครัฐ

เนื่องจากปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดในการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตสามารถส่งผลกระทบต่อทั้งในแง่ของการประกอบธุรกิจและในแง่ของการคุ้มครองผู้บริโภค การแก้ไขปัญหาในภาพรวมจึงต้องอาศัยความร่วมมือจากหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องในทุกภาคส่วนอันได้แก่ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ กับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยหันมาทำการศึกษาปัญหาร่วมกันและกำหนดมาตรการหรือแนวทางดำเนินการที่เหมาะสมและชัดเจนบนพื้นฐานของหลักการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ การแข่งขันในตลาด และประโยชน์ของสาธารณชน ได้แก่

1. การออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำกับดูแลอุตสาหกรรมการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (search marketing)

2. การวางกฎเกณฑ์ (Guideline) และมาตรฐานทางจริยธรรม (ethical standards) ในการทำการตลาดสำหรับธุรกิจ SEO และธุรกิจการให้บริการโปรแกรมค้นหา⁶⁸

3. การเข้ามาทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการเจรจาต่อรองหรือการดำเนินการระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ หรือระหว่างผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหากับผู้ประกอบการธุรกิจที่จะทำให้คู่กรณีทุกฝ่ายได้รับประโยชน์ร่วมกัน เช่น สร้างความร่วมมือกับผู้ให้บริการโปรแกรมค้นหาในการกำหนดให้เจ้าของคีย์เวิร์ดได้รับสิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษบางประการมากกว่าเว็บไซต์อื่นๆ เช่น หากผู้ประกอบการรายใดต้องการซื้อคีย์เวิร์ดของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพื่อ trigger ads

⁶⁸ Chris Sherman and Heather Lloyd-Martin. 2002. *Search Engine Standards, Please!* [Online]. และ Alan Perkins. 2005. *Ethical Search Engine Optimization Explained* [Online] และ Grant Crowell. 2006. *Search Marketing in Regulated Industries* [Online]. Search Engine Watch, Available from: <http://www.searchenginewatch.com> [2007, December 25]

กรณีนี้ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาควรจะยอมให้สิทธิแก่เจ้าของคีย์เวิร์ดที่จะได้รับส่วนแบ่งรายได้จากการขาย (คลิก) ที่ลิงก์โฆษณาดังกล่าวได้ หรือผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาต้องยอมให้เว็บไซต์ของเจ้าคีย์เวิร์ดอยู่ในตำแหน่งที่ดีที่สุดหรืออย่างน้อยในหน้าแรกของผลการค้นหา เพื่อให้ผู้บริโภคเห็นได้ชัดเจนกว่าลิงก์เว็บไซต์อื่นๆ เป็นต้น

4. ส่งเสริมให้มีการนำแนวทางการระงับข้อพิพาทนอกจากการใช้วิธีการทางศาล มาปรับใช้กับปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา ผู้ร้องเรียนอาจยื่นคำร้องไปยังผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาว่ามีการใช้คีย์เวิร์ดโดยไม่ถูกต้อง (misuse of keyword) เมื่อมีการร้องเรียนหรือมีการอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของในคีย์เวิร์ดดังกล่าว ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาต้องรีบดำเนินการตรวจสอบข้อร้องเรียนและเข้ามาดำเนินการแก้ไขปัญหาในเบื้องต้น เช่น ระงับการแสดงผลโฆษณาจากคีย์เวิร์ดดังกล่าวชั่วคราวระหว่างการตรวจสอบ หรือยอมให้เจ้าของคีย์เวิร์ดที่มีหลักฐานแสดงสิทธิในคีย์เวิร์ดนั้นชื่อคีย์เวิร์ดดังกล่าวไปแทน เป็นต้น

(4) การแก้ไขโดยอาศัยการดำเนินการของภาคเอกชน

สำหรับการดำเนินการของภาคเอกชน บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงและมีบทบาทสำคัญในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นในที่นี้ได้แก่ ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหามีส่วนช่วยในการออกมาตรการการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ทำให้สามารถแก้ไขปัญหาได้ดีในระดับหนึ่ง ที่เห็นได้อย่างชัดเจนก็คือการใช้วิธีการพัฒนาปรับปรุงปรุงกลไกการประมวลผลของตนโดยเฉพาะในกรณีของปัญหาการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อจัดอันดับเว็บไซต์ในทางที่ไม่ถูกต้อง (misuse of keywords) เช่น การนำไปใช้ใน meta tag ที่กระทำโดยเจ้าของเว็บไซต์ โดยเว็บโปรแกรมค้นหาหลายแห่งใช้วิธีแก้ปัญหานี้โดยให้ความสำคัญกับคีย์เวิร์ดที่ปรากฏในส่วนดังกล่าวน้อยลงและหันไปให้ความสำคัญกับปัจจัยอื่นแทนทำให้ความรุนแรงของปัญหาความขัดแย้งจากการนำไปใช้ใน meta tag ลดน้อยลงตามไปด้วย

แต่สำหรับปัญหาการซื้อขายคีย์เวิร์ดเนื่องจากประเด็นนี้มีผลต่อรายได้ของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาโดยตรง การแก้ไขปัญหากรณีนี้มักจะทำแค่เพียงการออกนโยบายการบริการโฆษณาเพื่อพยายามหลีกเลี่ยงข้อกล่าวหาว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิจากการใช้คีย์เวิร์ดในการโฆษณาเท่านั้น และยากที่จะคาดหวังความร่วมมือหรือการแก้ไขปัญหาจากผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมได้อย่างจริงจัง จากการศึกษาข้อมูลพบว่าการตอบสนองหรือความกระตือรือร้นในการแก้ไขปัญหาของผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาในแต่ละประเทศมีระดับที่แตกต่างกันไป หากเป็นประเทศที่มีนโยบายทางกฎหมายเข้มงวดและให้ความสำคัญกับสิทธิใน

การแสวงหาประโยชน์ทางการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ด ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาจะให้ความระมัดระวังในการตรวจสอบข้อมูลที่ปรากฏบนหน้าผลการค้นหามากกว่าประเทศที่ไม่มีนโยบายทางกฎหมายเข้มงวดนัก ทำให้การฟ้องร้องคดีในประเด็นนี้ยังคงปรากฏให้เห็นอย่างต่อเนื่อง กรณีดังกล่าวจึงต้องอาศัยความช่วยเหลือจากการออกมาตรการกำกับดูแลของหน่วยงานทางภาครัฐควบคู่กันเพื่อให้เกิดผลบังคับใช้ได้จริงในระหว่างผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย

แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้เป็นเพียงตัวอย่างแนวความคิดที่ผู้วิจัยเชื่อว่าอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต หากภาครัฐหันมาให้ความสำคัญกับปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างจริงจัง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การเกิดขึ้นของเทคโนโลยีเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่เพียงแต่จะช่วยอำนวยความสะดวกและสร้างประโยชน์ในทางธุรกิจให้เกิดขึ้นอย่างมหาศาลโดยการทำหน้าที่เป็นช่องทางสำคัญในการติดต่อสื่อสารและในการทำธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แล้ว เมื่อรวมเอาประโยชน์ที่ได้จากประสิทธิภาพในการทำงานของโปรแกรมค้นหาในการสืบค้นข้อมูลและเข้าถึงเว็บไซต์ต่างๆ ที่มีอยู่มากมายหลายล้านเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตทำให้โปรแกรมค้นหาเป็นบริการที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในหมู่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตทั่วโลกและกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของพฤติกรรมในการค้นหาข้อมูลบนโลกอินเทอร์เน็ตอย่างแยกไม่ออก

จากความสามารถและความมีประสิทธิภาพในการเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการนำเอาบริการโปรแกรมค้นหามาประยุกต์ใช้เป็นช่องทางในการทำตลาดของผู้ประกอบธุรกิจอีกช่องทางหนึ่งซึ่งเรียกว่า การทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine Marketing) ซึ่งเป็นวิธีเพิ่มการปรากฏของเว็บไซต์ในหน้าผลการค้นหา (search result) โดยการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อจัดอันดับเว็บไซต์อย่างการใช้ใน meta tag ซึ่งเป็นรหัส HTML ที่ใช้ในการสร้างเว็บไซต์และการใช้คีย์เวิร์ดเพื่อให้มีการแสดงโฆษณา (trigger ads) ในหน้าผลการค้นหาเมื่อมีการพิมพ์คำค้นหาดังกล่าว คีย์เวิร์ดที่นำมาใช้จึงมักจะเป็นคีย์เวิร์ดที่เป็นที่รู้จักกันดีในหมู่ผู้บริโภคได้แก่ คีย์เวิร์ดที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากสามารถดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี

ผลจากการนำเอาคีย์เวิร์ดซึ่งเป็นคำที่ได้รับความนิยมคุ้มครองตามกฎหมายของบุคคลอื่นไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจข้างต้น ได้สร้างความไม่พอใจให้กับผู้ที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดดังกล่าวโดยเห็นว่าสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือชื่อโดเมนของตนได้รับความกระทบกระเทือนจากการที่มีบุคคลอื่นนำไปใช้โดยไม่ชอบ และเป็นที่มาของปัญหาการฟ้องร้องคดีในประเด็นที่ว่าลักษณะหรือวิธีการนำไปใช้กับบริการโปรแกรมค้นหาในกรณีนี้เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลที่เป็นเจ้าของคีย์เวิร์ดเหล่านั้นตามกฎหมายหรือไม่ประการใด ซึ่งนับวันปัญหาการฟ้องร้องคดีอันเนื่องมาจากการใช้คีย์เวิร์ดในการทำตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาที่มีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ และยิ่งทวีความสำคัญตามความนิยมที่มีต่อบริการ

โปรแกรมค้นหาตามลำดับ ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องคดีระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง หรือระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา

แม้จะมีความพยายามในการนำบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของคีย์เวิร์ดข้างต้น แต่จากการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหามาจากต่างประเทศพบว่า แม้หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในการพิจารณาจะมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน แต่ผลการตัดสินคดีของศาลยังคงมีความแตกต่างกัน เนื่องจากกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นยังคงเป็นกฎหมายเดิมที่ศาลนำไปปรับใช้กับกรณีปกติ ทำให้การตีความกฎหมายขึ้นอยู่กับมุมมองของศาลที่มีต่อปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นหลัก และยังคงต้องประสบปัญหาในปรับข้อเท็จจริงเข้ากับองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาเรื่องความสับสนหลงผิด ซึ่งยากต่อการพิสูจน์โดยสามารถสรุปได้ว่า

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสามารถวินิจฉัยว่าการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag และการใช้เพื่อ trigger ads เป็นความผิดได้ ทั้งในการฟ้องคดีระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน และคดีระหว่างเจ้าของคีย์เวิร์ดกับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหา โดยนำหลักกฎหมายเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า กฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและเรื่องการทำให้เสื่อมทอนคุณค่ามาปรับใช้ โดยมีเงื่อนไขในการพิสูจน์ของการกระทำผิดคือ ต้องเป็นการใช้คีย์เวิร์ดในทางการค้าอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดกับสาธารณชน หรือการใช้คีย์เวิร์ดนั้นทำให้คีย์เวิร์ดที่มีชื่อเสียงเสื่อมทอนคุณค่าลง แม้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดความสับสนขึ้นก็ตาม

ในประเทศอังกฤษ หากเป็นการฟ้องร้องคดีระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ทั้งในกรณีการใช้คีย์เวิร์ดใน meta tag ของเว็บไซต์และการใช้เพื่อ trigger ads ศาลมีแนวโน้มที่จะตัดสินเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาว่าเป็นความผิด โดยอาศัยกฎหมายเครื่องหมายการค้าและหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่องลงขายมาปรับใช้ โดยคู่ความมีเงื่อนไขในการพิสูจน์ให้ได้เช่นกันว่าเป็นการใช้คีย์เวิร์ดในทางการค้าอันอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด ซึ่งตรงกันข้ามกับการฟ้องร้องคดีระหว่างเจ้าของคีย์เวิร์ดกับผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาที่ทำการขายคีย์เวิร์ด ศาลมีแนวโน้มที่จะถือว่าการที่ผู้ให้บริการเว็บโปรแกรมค้นหาใช้คีย์เวิร์ดเพื่อ trigger ads ไม่เป็นความผิดเพราะถือเป็นเพียงค่าธรรมเนียมทั่วไปที่ใช้ในการเชื่อมระบบการทำงานของโปรแกรมเท่านั้น ไม่ใช่การใช้ตัวอย่างเครื่องหมายการค้า จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษจะมีแนวโน้มในการตัดสินคดีต่างกันอยู่บ้างในบางประเด็น แต่ผลที่ได้จากการศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาของทั้งสองประเทศ ก็แสดงให้เห็น

เห็นถึงการตระหนักรู้ถึงความสำคัญของสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากรูปแบบและวิธีการแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปตามการพัฒนาของเทคโนโลยี และอย่างน้อยที่สุดทั้งสองประเทศก็มีความเห็นตรงกันว่าภาระของเจ้าของเว็บไซต์หรือผู้ลงโฆษณาในการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงหรือค่าความนิยมของผู้อื่นในกรณีนี้เป็นสิ่งที่สมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่แตกต่างกับการนำไปใช้เพื่อการแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจในกรณีปกติ

สำหรับประเทศไทย แม้จะยังไม่เคยมีปัญหาการฟ้องร้องคดีดังเช่นที่เกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าปัญหาดังกล่าวจะไม่มีโอกาสเกิดขึ้นในประเทศไทย เพราะในความเป็นจริงแล้วปัจจุบันมีผู้ประกอบการธุรกิจของไทยหลายรายที่หันมาใช้วิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine Marketing) และวิธีการดังกล่าวก็เริ่มเป็นที่รู้จักมากขึ้นและถูกนำมาใช้ในการประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการผ่านเว็บไซต์ของผู้ประกอบการเพิ่มขึ้นตามลำดับ และคงไม่ใช่เรื่องแปลกหากสภาพปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นในต่างประเทศจะเกิดขึ้นกับสังคมไทยเช่นเดียวกันในอนาคตอันใกล้

หากพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองปัญหาการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาของประเทศไทยตามที่ได้ทำการวิเคราะห์มาตรฐานทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องชื่อทางการค้าตามมาตรา 18 หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 และ 421 หลักสูจจริตตามมาตรา 5 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 การคุ้มครองทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดทางการค้า มาตรา 272(1) หรือการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้กฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นศาลอาจทำการตีความบทบัญญัติเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของเจ้าของคีย์เวิร์ดครอบคลุมถึงวิธีการใช้คีย์เวิร์ดในทำการตลาดบนอินเทอร์เน็ตและสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีโดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายเฉพาะหรือมีการนำแนวคิดทางกฎหมายเพื่อขยายขอบเขตการคุ้มครองดังเช่นกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ผลจากการอาศัยการตีความและการใช้ดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวย่อมทำให้สิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบไม่มีแนวทางในการให้ความคุ้มครองที่ชัดเจนและขาดความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย อันอาจส่งผลให้การตัดสินใจของศาลในประเด็นปัญหาเดียวกันกลับได้ผลของคดีที่แตกต่างกัน

ในทางปฏิบัติ จึงเป็นการยากที่จะคาดหวังถึงควมมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นเพราะต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจของผู้บังคับใช้กฎหมายในการตีความบทบัญญัติและให้ความคุ้มครองสิทธิในทางการค้าของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม ซึ่งในบางสถานการณ์ก็ยากที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายควรจะให้คุ้มครองฝ่ายใดมากกว่ากันหากไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิไว้อย่างชัดเจน กลายเป็นการสร้างควมลำบากใจให้กับผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะต้องใช้ดุลพินิจเมื่อจะต้องวินิจฉัยปัญหาไปในทางใดทางหนึ่งและอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้เป็นช่องทางในการหาประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่นที่ต้องลงทุนลงแรงใช้ความพยายามวิริยะอุตสาหะสร้างสมควมมีชื่อเสียงจนเป็นที่ยอมรับ

5.2 ข้อเสนอแนะ

แม้การใช้คีย์เวิร์ดเพื่อการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาในกรณีนี้ เจ้าของคีย์เวิร์ดสามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ การนำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดและหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้าและชื่อโดเมน จากการที่บุคคลอื่นนำไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบได้ และสามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเรื่องการควบคุมโฆษณา แต่ผลจากการวิเคราะห์หลักกฎหมายดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่าแนวทางกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่เอื้ออำนวยต่อการให้ความคุ้มครองเจ้าของคีย์เวิร์ดเท่าที่ควร ประกอบกับความตื่นตัวและความเข้าใจถึงความสำคัญของปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีในประเทศไทยยังอยู่ในระดับที่จำกัด เมื่อเปรียบเทียบกับควมพร้อมทางด้านกฎหมายของต่างประเทศ

ดังนั้นข้อเสนอแนะที่ให้มีการแก้ไขกฎหมายให้มีความครอบคลุมและชัดเจนยิ่งขึ้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เรื่องการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเฉพาะ แทนการปรับใช้หลักกฎหมายละเมิดทั่วไป การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยบัญญัติรองรับสถานะทางกฎหมายของชื่อทางการค้าและกำหนดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อทางการค้าไว้ในกฎหมาย และการบัญญัติรองรับสิทธิในชื่อโดเมนรวมทั้งการยอมรับให้นำหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้ามาปรับใช้ได้ จึงยังมีความจำเป็นและจะช่วยให้การตัดสินใจของศาลเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับปัญหาจากการใช้คีย์เวิร์ดในการทำการตลาดที่ผลการตัดสินใจอาจเป็นไปได้หลายทาง ถึงแม้ว่าการพิจารณาแก้ไขกฎหมายจะทำได้ไม่ถ่วงนั้และต้องใช้เวลามากในการศึกษาข้อดีข้อเสียของมาตรการแต่ละอย่างที่จะนำมาปรับใช้ แต่ก็ป็นวิธีการในการจัดการ

ปัญหาที่เห็นผลชัดเจนและให้ความคุ้มครองสิทธิในทางการค้าของเจ้าของคีย์เวิร์ดจากการนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตได้ดีที่สุด ทั้งยังช่วยลดความคลุมเครือและความไม่แน่นอนจากการบังคับใช้กฎหมายได้เป็นอย่างดี

จากการวิจัยจึงเห็นได้ว่าแม้การให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของคีย์เวิร์ดจะเป็นสิ่งสำคัญที่สมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่การยอมให้บุคคลอื่นสามารถนำไปใช้ได้ภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมก็เป็นแนวทางหนึ่ง ที่ควรได้รับการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเช่นกัน เพราะน่าจะเป็นผลดีต่อการกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาการแข่งขันในตลาด ในขณะที่เดียวกันผู้บริโภคก็ได้รับประโยชน์หากมีทางเลือกหรือมีข้อมูลประกอบการตัดสินใจอย่างเพียงพอ

อย่างไรก็ดี เนื่องจากขอบเขตของศึกษาวิจัยฉบับนี้มุ่งแสดงให้เห็นถึงปัญหากฎหมายในการปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองวิธีการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหาทางด้านของผู้ประกอบธุรกิจเป็นหลัก ซึ่งปัญหาดังกล่าวยังมีความเชื่อมโยงหรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในเรื่องอื่น และสมควรนำมาพิจารณาประกอบเพื่อกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหานั้นที่เหมาะสมต่อไป โดยมีข้อเสนอแนะแนวทางที่ควรทำการศึกษาเพิ่มเติมดังนี้

1. ศึกษาข้อยกเว้นการนำไปใช้โดยชอบธรรม (Fair use) เช่น แนวคิดเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับการโฆษณาได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ชัดเจนว่าการนำใช้ในลักษณะใดบ้างที่ไม่ถือว่าการละเมิดสิทธิตามกฎหมายของเจ้าของชื่อหรือเจ้าของเครื่องหมาย เช่น การใช้เพื่อการอ้างอิงหรือเพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบ หรือการใช้เพื่อส่งเสริมการขายในเชิงพาณิชย์ หากไม่ได้กระทำในลักษณะที่อาจทำให้สาธารณชนเกิดความเข้าใจผิดหรือสับสนหลงผิด หรือภายใต้เงื่อนไขอื่นใดที่กฎหมายกำหนด ข้อดีของการกำหนดแนวทางกฎหมายที่ชัดเจนนอกจากจะช่วยให้การตัดสินใจของศาลสามารถทำได้ง่ายและเป็นไปในทิศทางเดียวกันแล้ว ในส่วนของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องจะได้ทราบถึงขอบเขตของการใช้สิทธิของตนและหน้าที่ตามกฎหมายที่ตนจะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่นเพื่อเป็นการลดปัญหาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และยังเป็นการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณชนไปในขณะเดียวกัน

2. ศึกษาปัญหาเรื่องเขตอำนาจรัฐในการคุ้มครองสิทธิและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามหลักดินแดนกับสภาพของการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจมีข้อขัดแย้งจากการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทำให้การได้สิทธิตามกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมีผลบังคับเฉพาะในประเทศนั้นเท่านั้น ไม่สามารถนำมาอ้าง

สิทธิให้ได้รับความคุ้มครองในอีกประเทศหนึ่งได้ เว้นแต่จะเข้าหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของประเทศดังกล่าว โอกาสที่จะมีการกล่าวอ้างสิทธิในการใช้ที่ซ้ำซ้อนกันย่อมเกิดขึ้นได้

นับจากนี้ไป ศาลคงต้องเผชิญกับปัญหาที่มีความยุ่งยากยากซับซ้อนเช่นนี้เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ การหันมาให้ความสำคัญและเริ่มต้นทำศึกษาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความครบถ้วนสมบูรณ์กว่าที่เป็นอยู่ นอกจากจะช่วยลดปัญหาข้อพิพาทในการฟ้องร้องคดีต่อศาลแล้ว สิ่งเหล่านี้จะเป็นส่วนสำคัญเพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงที่ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องได้รับการปรับปรุงอย่างเหมาะสมและรอบคอบเพื่อให้สามารถรองรับกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นตลอดเวลา ซึ่งจะเป็นผลดีต่อการดำเนินการของภาคธุรกิจในภาพรวมให้เกิดความเชื่อมั่นในการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ทั้งยังเป็นการส่งเสริมกลไกการแข่งขันทางการค้าในตลาดให้เป็นอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายเครื่องหมายการค้า – ประเทศสหรัฐอเมริกา[Online]. 2547.
แหล่งที่มา: <http://www.ipthailand.org>[21 กันยายน 2550]
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายเครื่องหมายการค้า – ประเทศสหราชอาณาจักร[Online].
2547. แหล่งที่มา: <http://www.ipthailand.org>[21 กันยายน 2550]
- กิดานันท์ มลิทอง. อธิบายศัพท์ คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต มัลติมีเดีย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- กฤษณา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา. การตีความกฎหมายอาญา 1. เอกสารประกอบในงาน
วิชาการรำลึก 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, 2551.
- จตุพล ทานาถทัย. Search Engine Marketing 2.0. กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพการพิมพ์และ
สตูดิโอ, 2549.
- จรัญ ภัคดีธนากุล. ชื่อทางการค้า (Trade name). ใน นันทน อินทนนท์(บรรณาธิการ), ทรัพย์สิน
ทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, จีระวิชาการพิมพ์: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา, ตุลาคม 2547.
- จันทร์ทอง เจริญศิริชัยยศ. สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ธุรกิจ คณะเศรษฐศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2543.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). พิมพ์ครั้งที่
ที่ 5. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548.
- ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาลย์. การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญา
โทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538.
- ดุจดวิทย์ เลาทองดี. การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อโฆษณาออนไลน์ Search Engine และ
วิเคราะห์หาวิธีการเพื่อให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขา
การบริหารโทรคมนาคม คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2546.

- ทักษิณา สนวนานท์ และ สุานิศรา เกียรติบารมี. พจนานุกรมศัพท์คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต. พิมพ์ครั้งที่ 10 (ฉบับปรับปรุงใหม่ตลอดเล่ม). กรุงเทพมหานคร: วี.ที.ซี. คอมมิวนิเคชั่น, (ม.ป.ป.).
- ทีมบรรณาธิการหนังสือคอมพิวเตอร์. พจนานุกรมคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต. กรุงเทพมหานคร : ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2546.)
- ธัชชัย ศุภผลศิริ. คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.
- ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร. ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า. ใน นันทน อินทนนท์ (บรรณาธิการ), ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1, จีระวิชาการพิมพ์: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ตุลาคม 2547.
- ธัญลักษณ์ อ้นตระกูล. ปัญหากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณี Deep Linking. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2548.
- ธัญสุดา ดิสสะมาน. แนวทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองโดเมนเนมในอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2543.
- นลินธร ชาตศิริ. การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2539.
- บวรเทิง สุธรรมพร. การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2544.
- ประสิทธิ์ วรรณตราวิช. Marketing dotcom. พิมพ์ครั้งที่ 1. ด้านสุทธาการพิมพ์: 2bepro.com, 2543.
- พันจันทร์ ธนวัฒน์เสถียร. การตลาดบนอินเทอร์เน็ต. กรุงเทพมหานคร: ซัคเซส มีเดีย, (ม.ป.ป.).
- ไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติ. การคุ้มครองทางกฎหมายของชื่อโดเมนบนอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.
- โมแฮนด์เบอ ซอนีย์. รูปแบบใหม่ของคนกลางในธุรกิจเครือข่าย. การตลาดในศตวรรษที่ 21, แปลโดย ชื่นจิตต์ แจ่มเจนนิก, กรุงเทพมหานคร: เอ.อาร์. บีซิเนส เพรส, 2544.

ราชบัณฑิตยสถาน. ศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 6. นนทบุรี: สห
มิตรพรินติ้ง, 2546.

วัชรวิ ชันทอง. ปัญหาการคุ้มครองชื่อทางการค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2536.

วัช ดิงสมิตร. คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม,
2545.

วิชัย อริยะนันท์ทกะ. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการ
การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม. ใน นันทน อินทนนท์(บรรณาธิการ), ทรัพย์สินทางปัญญาในยุค
โลกาภิวัตน์ เล่ม 1, จีระวิชาการพิมพ์: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,
ตุลาคม 2547.

ศุภชัยเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ. รายงานผลการศึกษานโยบายการจด
ทะเบียนชื่อโดเมนสำหรับประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายนโยบาย
และกฎหมาย ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2547.

สรพงษ์ อุนนาภิรักษ์. สาระน่ารู้เกี่ยวกับชื่อโดเมน. พิมพ์ครั้งที่ 1. พิมพ์งาม: ศูนย์เทคโนโลยี
อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ โดยสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการ
เทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, 2544.

สุภนิติศย์ เทพอนันต์ และ พงษ์ระพี เตชพาหพงษ์. เจาะตำนาน รวยฟ้าผ่า! GOOGLE. พิมพ์ครั้งที่
1. กรุงเทพมหานคร: มายด์ คอนเน็กซ์, (ม.ป.ป.).

สุธีร์ ศุภนิติศย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, ที่
ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิติศย์ ม.ว.ม., ป.ช.. พิมพ์ครั้งแรก.
กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2549.

สุภรณ์ อรุณีวัฒนา. ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต,
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536.

สุขุม ศุภนิติศย์. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: นิติ
บรรณาการ, 2550.

สุขุม ศุภนิติศย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 6.

กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2550.

อรรคพล ยุตตะภรณ์. Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ.

กรุงเทพมหานคร: กรังด์ปรีซ์ อินเทอร์เน็ตชั้นนำ, 2549.

ภาษาอังกฤษ

Advokatfirmaet Grette DA. Amendment of the "Trade Names Act" to the "Enterprise

Names Act"[Online]. 2005. Available from:

http://www.legal500.com/index.php?option=com_content&task=view&id=341

[2008, January 14]

Beckman, J. S. Is it a trademark or a trade name?[Online]. Available From:

<http://www.intellectlawgroup.com/articles/trademarkortradename.html> [2007,

December 15]

Burkard, H. Remedies Against Unlawful Domain Name: A Comparison of Recent

Developments under US and German Law. The West Virginia Journal of Law

and Technology. (2000, December)

Chissick, M., and Kelman, A. Electronic Commerce: Law and Practice. Second edition.

London: Sweet & Maxwell, 2000.

Crowell, G. Search Marketing in Regulated Industries [Online]. Search Engine Watch,

2006. Available from: <http://www.searchenginewatch.com> [2007, December 25]

Davidson, S. J., and Dechery, L. J. Trademark as Navigator: Legal Implications of

Trademark Use in Website Metatags and Advertising[Online]. Available from:

<http://www.s davidson.com/documents/Trademark%20as%20Navigator.doc>[2007

, December 31]

Dogan, S. L., and Lemley, M. A. Trademarks and Consumer Search Costs on the

Internet. Houston Law Review 41, 3(2004)

- Fisher, R., and Pollard, J. Search Engine Ranking Factor V2 [Online]. SEOMAZ.org. 2007. Available From: <http://www.seomoz.org/article/search-ranking-factors>[2007,May 24]
- Gardner, E. Trademark Battles Simmer Behind Sites. Web Week (1997, August 25)
- Goldman, E. Keyword Advertising is TM Use in Commerce But Doesn't Violate Injunction--Boston Duck Tours v. Super Duck Tours[Online]. 2007. Available from: http://blog.ericgoldman.org/archives/2007/12/keyword_adverti_1.htm [2008, January 12]
- Grimmelmann, J. The Structure of Search Engine Law [Online]. New York Law School Legal Studies Research Paper: Social Science Research Network. Available From: <http://ssrn.com/abstract=979568>[2007, June]
- Higgins, R. Internet Keyword Advertising and Trade Mark Infringement - Searching for Trouble[Online]. New South Wales Society for Computers and the Law Journal , 2004. Available from: <http://nswscl.org.au> [2007, December 16]
- History of Search Engines: From 1945 to Google 2007[Online]. Available from: <http://www.searchenginehistory.com>. [2007, August 23]
- Jun, M. Meta Tags: The Case of the Invisible Infringer [Online]. The New York Law Journal (1997) Available From: <http://cyber.law.harvard.edu/property00/metatags/meta3.html>[2007,August 30]
- Kaiser, B. D. Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation. Journal of Technology Law & Policy (2002): p. 5-6.
- Kuester, J. R., and Nieves, P. A. Hyperlinks, Frames and Meta-tags: An Intellectual Property Analysis[Online]. Journal of Law and Technology 243 (1998) Available from: <http://www.patentperfect.com/idea.htm>[2007]
- Ladas & Parry LLP. Trademark Dilution Revision Act Becomes Law [Online]. Available from: <http://www.ladas.com/BULLETINS/2006/FederalDilutionRevisionAct.shtml>[2007, December 10]

- Lastowka, F. G. Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?. Virginia Law Review 86, 4 (May 2000)
- Perkins, A. Ethical Search Engine Optimization Explained [Online]. Search Engine Watch, 2005. Available from: <http://www.searchenginewatch.com>[2007, December 25]
- Romanos, W. Internet Accuracy Wars: How Trademarks Used in Deceptive Metatagging should be Dealt with to Increase Economic Efficiency. University of Baltimore Intellectual Property Law Journal 79 (1998)
- Scher, J. F., and Carr & Ferrell LLP. Searching for Answers: Trademark Issues for Search Engine and Portals [Online]. International Trademark Association Trademarks in Cyberspace 2000. Boston, 2000. Available From: <http://www.carrferrell.com/pubs/scher-inta.pdf> [2007, September 10]
- Scholer, K. The Trademark Dilution Revision Act of 2006: A Major Overhaul of Federal Trademark Dilution Law[Online]. Intellectual Property Update, 2006. Available from: <http://www.kayescholer.com/>[2007, December 10]
- SEMPO. Search Marketing Efforts Across France, Italy, & Spain [Online]. Jupiter Research, 2007. Available From: www.sempo.org[2007, March 10]
- Sherman, C., and Heather Lloyd-Martin. Search Engine Standards, Please! [Online]. Search Engine Watch, 2002. Available from: <http://www.searchenginewatch.com>[2007, December 25]
- Shipman, S. Trademark and Unfair Competition in Cyberspace: Can These Laws Deter 'Baiting' Practices on Web Sites?. Santa Clara Law Review (1998)
- Sidbury, B. F. Comparative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads[Online]. North Carolina Journal of Law & Technology 3, 1 (FALL 2001). Available From: <http://www.jolt.unc.edu/vol3/Sidbury.pdf> [2007, August 31]
- Singleton, E. S. eCommerce: a practical guide to the law. Great Britain: Gower, 2001.

- Sullivan, D. The Evolution of Paid Inclusion [Online]. Search Engine Watch, 2001.
Available from: <http://searchenginewatch.com/showPage.html?page=2163971>
[2007, September 30]
- Tanaruthai, J. Search Engine Optimization (SEO) [Online]. Globet, 2007. Available
From: <http://www.globet.com>[2007, May]
- Team Register. US sees record jump in e-ad revenues [Online]. 2006. Available From:
http://theregister.co.uk/2006/04/21/net_advertising/[2006, May 24]
- UK High Court clarified rules on keyword advertising [Online]. Managing Intellectual
Property. Weekly News – March 04, 2008. Available From:
<http://www.managingip.com/>[2008, March 7]
- Use of Proprietor's Trademark in Search Engine Constitutes Trademark Use. IPL
Newsletter 25, 4 (Summer 2007): 34. Available from:
<http://www.abanet.org/intelprop/newsletter/IPLSummer07.pdf>[2007, December
31]
- White, S. Liability of internet search engines and their users for trade mark infringement
arising from keyword advertising[Online]. White SW Computer Law: Intellectual
Property, Information Technology & Telecommunications Lawyers. 2006.
Available from: www.computerlaw.com.au [2007, December 15]
- Widmaier, U. Use, liability, and the structure of trademark law. Hofstra Law Review 33,
603 (2005)
- Zweihorn, Z. J. Searching for Confusion: The Initial Interest Confusion Doctrine and Its
Misapplication to Search Engine Sponsored Links. Cornell Law Review 91, 1343
(September 2006)

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- จุมพล ภิญญะสินวัฒน์. รวมคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคดีทรัพย์สินทางปัญญา: ฉบับพิเศษ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ไชคทวิทรัพย์, 2547.
- ชลธิชา สมสะอาด. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2542.
- ชวลิต อรรถศาสตร์ และคณะ. กฎหมายไซเบอร์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป, 2545.
- ชัยยุทธ ลีมาวัลย์. เว็บมาสเตอร์กับการจัดการเว็บไซต์. สาร NECTEC 6, 28 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2542)
- ชาญชัย ศิลาจารุ. เครื่องหมายการค้ากับการลงโฆษณาชวน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2534.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.
- พิบูล ต้นสุภผล. การแจ้งเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป. กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2548. แหล่งที่มา: <http://www.ipthailand.org>[26 พฤศจิกายน 2550]
- ศศิมา ศรีพจน์ธรรม. มาตรการทางกฎหมายเพื่อการจัดการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้รับไม่พึงประสงค์ (SPAM MAIL). วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2548.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.
- สรพงษ์ อุนนาภิรักษ์. ผลกระทบจากการจดทะเบียนชื่อโดเมนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาการบริหารโทรคมนาคม คณะวิทยาศาสตร์ วิทยาลัยนวัตกรรมการศึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.
- สุขุม ศุภินิตย์. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการตลาด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547.

ภาษาอังกฤษ

- Bristows. The Internet: Can Concealing Your Competitor's Trade Mark Be an Infringement?[Online]. Available from: <http://www.leginet.com/>[2007, December]
- Bruno de Vuyst, and Bodard, K. Meta Tag Litigation: An Overview And Some Policy Conclusions. Murdoch University Electronic Journal of Law 9, 2 (June 2002). http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n2/devuyst92_text.html[2007, December 25]
- Doherty, D. Website Optimisation - Bringing Trade Mark Infringers to Book[Online]. 2005. Available from: http://www.lawdit.co.uk/reading_room[2007, December 12]
- Handy, J. Why the Initially Confused Should Get a Clue: The Battle Between Trademark Infringement and Consumer Choice Online. Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal 16 (2006) Available from: <http://law.fordham.edu/publications/articles/200flspub5909.pdf>[2007]
- Ira S. Nathenson. Internet Infoglut and Invisible Ink: Spamdexing Search Engines with Meta Tags. Harvard Journal of Law & Technology 12, 1 (Fall 1998)
- Prager, E. A. The Federal Trademark Dilution Act of 1995: Substantial Likelihood of Confusion. Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal 7 (1996)
- Suillivan, D. Meta Tag Lawsuits[Online]. Search Engine Watch. 2004. Available from: <http://searchenginewatch.com/showPage.html?page=2156551> [2007, May 5]

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวหทัยรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ เกิดเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน พ.ศ. 2524 กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2545 หลังจากนั้นได้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2548 ปัจจุบันทำงานในตำแหน่ง นิติกรประจำบริษัท กลุ่มเหล็กสหวิริยา จำกัด



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย