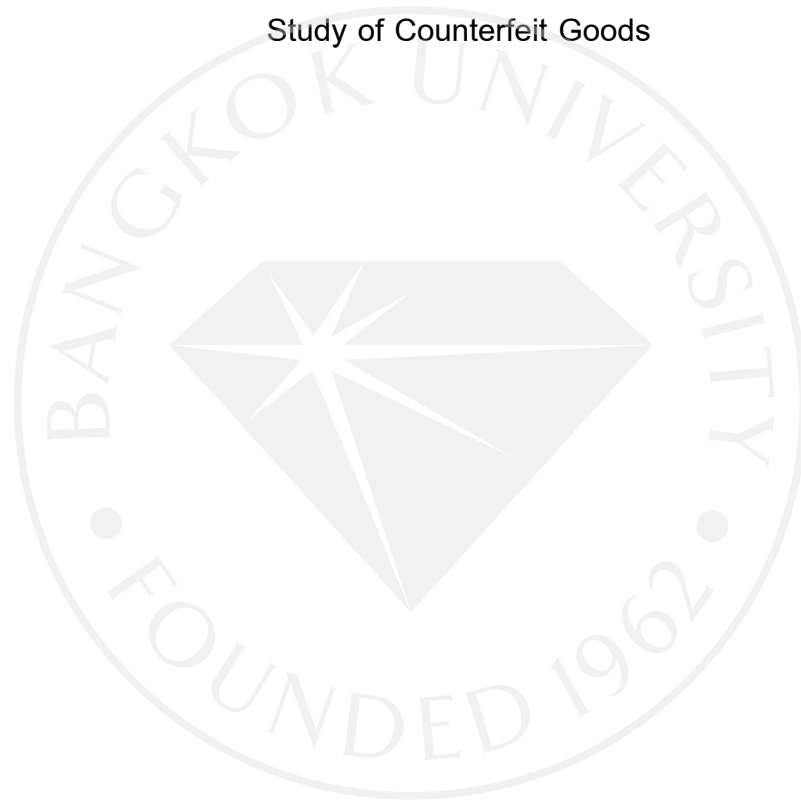


แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์:
ศึกษากรณีเฉพาะสินค้าลอกเลียนแบบ

The Concept of Internet Service Provider (ISP) Liability of Webmaster: A Case
Study of Counterfeit Goods



สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

พ.ศ. 2551

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: ศึกษากรณี
เฉพาะสินค้าลอกเลียนแบบ

The Concept of Internet Service Provider (ISP) Liability of Webmaster: A Case Study of
Counterfeit Goods

นางสาวอริศรา ธนะสิทธิชัย

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

พ.ศ. 2551

บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สารนิพนธ์

โดย

นางสาวอริศรา ฐนะสิทธิชัย

เรื่อง

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: ศึกษา
เฉพาะกรณีสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

(อาจารย์ตุล เมฆยงค์)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(อาจารย์นทล กิติกำรา)

บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สารนิพนธ์

โดย

นางสาวอริศรา ธนะสิทธิชัย

เรื่อง

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์:
ศึกษากรณีเฉพาะสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา

[Redacted Signature]

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

[Redacted Signature]

(อาจารย์ตุล เมฆยงค์)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

[Redacted Signature]

(อาจารย์นทล กิติกัมรา)

ชื่องานวิจัย : แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบการ
พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: ศึกษาเฉพาะกรณีสินค้าละเมิดเครื่องหมาย
การค้า

ชื่อผู้วิจัย : นางสาวอริศรา ธนะสิทธิชัย

ชื่อคณะและสถาบัน : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สาขา : กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

รายชื่อที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อรรยา สิงห์สงบ

ปีการศึกษา : 2551

คำสำคัญ ผู้ให้บริการ เว็บไซต์ อินเทอร์เน็ต

บทคัดย่อ

การศึกษาเรื่อง “แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการประเภทเว็บไซต์ของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: ศึกษาเฉพาะกรณีสินค้าลอกเลียนแบบ” มีความมุ่งหมายที่จะศึกษาถึงความจำเป็นที่จะกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ เพื่อที่จะให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการป้องกันการกระทำละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ให้บริการของเว็บไซต์ที่มักจะนำสินค้าปลอมแปลงนำมาขายบนเว็บไซต์ โดยที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ไม่มีความรับผิดชอบใดๆต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือบุคคลอื่นที่ได้รับความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการใช้เครือข่ายของผู้ให้บริการเว็บไซต์ ดังนั้นในสารนิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเว็บไซต์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อวิเคราะห์หาความรับผิดชอบแก่ผู้ให้บริการเว็บไซต์อันเนื่องมาจากความผิดที่เกิดขึ้นในขอบเขตการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ รวมถึงทำการศึกษากฎหมายของประเทศไทยว่ามีความเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้เครือข่ายของผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือไม่ ทั้งนี้เพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหน้าที่ และความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ในประเทศไทยต่อไป

ซึ่งจากการศึกษาพบว่า เนื่องจากปัจจุบันการนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงซึ่งเป็นผู้ให้บริการของเว็บไซต์ โดยเฉพาะผู้ที่ให้บริการของเว็บไซต์มักจะทำการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะป็นสินค้าปลอมแปลง เพื่อนำมาลงโทษยังติดขัดด้วยปัญหาหลายประการทั้งตามกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดังนั้น จึงมีแนวคิดในการ

นำผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ (Webmaster) ซึ่งเป็นผู้ที่ยอมรับเห็นถึงการกระทำละเมิดของผู้ใช้บริการของเว็บไซต์ เพราะเป็นผู้ได้ประโยชน์จากธุรกิจอินเทอร์เน็ตโดยตรงเข้ามาร่วมรับผิดชอบในความผิดที่เกิดขึ้นร่วมกับผู้ให้บริการของเว็บไซต์ด้วย ซึ่งอาจจำแนกแนวคิดทฤษฎี และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องออกได้ 4 ประเภท คือ 1. ความรับผิดชอบร่วมกันในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Contributory Liability) 2. ความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) 3. ความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (Manufacturer and Distributor Relationships) 4. ความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของพื้นที่ให้เช่าและผู้เช่า (Landlord Relationships) โดยแนวความคิด ทฤษฎี และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์เหล่านี้จะนำไปสู่หลักการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ

สำหรับประเทศไทย จากการวิจัยนี้ พบว่ากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของไทย ไม่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของสิทธิอย่างเพียงพอ และไม่ชัดเจน ดังนั้น ข้อเสนอแนะที่ได้ในสารนิพนธ์ก็คือ การกำหนดหน้าที่ ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ให้ชัดเจน กล่าวคือให้มีหน้าที่ในการถอดถอนหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลที่เป็นการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือออกกฎหมายเฉพาะที่นำมาเพื่อใช้ในการกำหนดลักษณะถือว่าการกระทำความผิด หน้าที่ ความรับผิดชอบ และบทกำหนดโทษแก่ผู้ให้บริการประเภทเว็บไซต์ที่รู้ หรือมีเหตุควรรู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อเครื่องหมายการค้าในพื้นที่ให้บริการของเว็บไซต์

Title : The Concept of the Internet Service Provider (ISP) Liability: A Case Study of Counterfeit Goods.

Author : Miss Arisara Thanasittichai

School : Law, Bangkok University

Major : International Business and Electronic Transaction

Advisor : Asst. Prof. Dr. Aunya Singsangob

Academic Year : 2551

Keywords: Server Provider, Website, Internet

Abstract

The study of 'The Concept of the Internet Service Provider (ISP) Liability: A Case Study of Counterfeit Goods' is to take into account on the responsibility of ISP in order to get cooperation from all ISP in preventing the infringement of intellectual property from users; especially trademark infringement. Due to the fact that ISP has ignored the responsibility from allowing users to sell counterfeit goods on websites, this study then has been focused on the concept, theory and the responsibility of ISP in the United States of America with the aim of analyzing the ISP liabilities. The study has also been emphasized on the effectiveness of trade mark protection law in Thailand as well as the decrease in damage happened from the use of service provided. It is hoped that ISP will gain benefits from understanding their responsibilities and rights in providing service to users.

From the study, it has been shown there are some barriers in adjective law and substantive law in punishing offenders from selling counterfeit goods through the website. Therefore, it has brought about the contribute liability between users and ISP who is the one who gain advantages from the action in users. The concept, theory and liability of ISP have been divided into 4 types. The first one is Contributory Liability. The second one is Vicarious Liability. The third one is the Trademark Liability of Manufacturer and Distributor Relationships and the last one is the Trade Mark Liability of Landlord and Talent Relationships. It is assured that these theories will enhance the understanding ISP responsibility and liability.

In Thailand, it has been found that there are many trademark laws that protecting the infringement; however, there is not enough clear provision for owner rights. Accordingly, the suggestion in this study would be to create vivid responsibility and liability for ISP. In another word, clear responsibility and liability has been enhanced the limit of information access of trade mark infringement in users and ISP.



กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสำเร็จได้ดังที่ปรากฏ ผู้เขียนได้รับความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก ดร.อรรยา สิงห์สงบ และอาจารย์ตุล เมฆยงค์ ที่รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาพร้อมทั้งให้คำแนะนำด้านต่าง ๆ ทั้งแนวคิด หลักการและทฤษฎีในการศึกษาวิจัย ประเด็นและแง่มุมใหม่ๆ รวมทั้งแนะนำ หนังสือ บทความของต่างประเทศ และข้อมูลจากเว็บไซต์ต่างๆที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งให้กับผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนมีแนวทางในการศึกษาและมองปัญหาที่จะค้นคว้าวิจัยครบถ้วนมากยิ่งขึ้น ซึ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์นทล กิติกำรา ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์ และชี้แนะประเด็นสำคัญต่างๆ เพื่อให้ผู้เขียนนำกลับไปแก้ไขให้สมบูรณ์ครบถ้วนมากขึ้น

ขอขอบคุณ คุณอาณัติ ธนะสิทธิชัย น้องชายที่สละเวลาให้คำแนะนำ และช่วยเหลือในการแปลบทความต่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอินเทอร์เน็ตจนทำให้ผู้เขียนเกิดความเข้าใจและสามารถนำมาวิเคราะห์กับกฎหมายของไทยได้ และขอขอบคุณ คุณมณฑิตา กุมาลย์วิสัย และ คุณเมย์ราณี แสงโสภา เพื่อนผู้คอยเอื้อเฟื้อและคอยดำเนินการต่างๆ ในระดับปริญญาโทให้ผู้เขียนตลอดมา รวมทั้งคอยให้ความช่วยเหลือทุกอย่างจนผู้เขียนทำเล่มสารนิพนธ์ได้จนสำเร็จ ลุล่วง

ท้ายสุดนี้ขอขอบความสำเร็จในการศึกษาครั้งนี้แก่ครอบครัวของผู้เขียน ทั้งคุณพ่อ คุณแม่ น้องชาย และน้องสาวที่ให้การสนับสนุน และคอยเป็นกำลังให้ผู้เขียนตลอดมา

อริศรา ธนะสิทธิชัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.4 คำถามวิจัย.....	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	4
1.6 นิยามคำศัพท์.....	5
บทที่ 2 การขายทอดตลาดสินค้าโดยวิธีการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และปัญหา เกี่ยวกับการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต.....	7
2.1 ความหมาย หน้าที่ และรูปแบบการให้บริการของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต.....	8
2.2 ภาพรวมของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์.....	9
2.2.1 ประเภทของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในเชิงพาณิชย์....	11
2.2.2 ความหมายของการประมูลและการขายทอดตลาด.....	12
2.2.3 รูปแบบและลักษณะของการขายทอดตลาดสินค้าออนไลน์ กรณีศึกษา บริษัท eBay.....	13

2.2.4	ปัญหาจากการประกาศขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายทางการค้าบนเว็บไซต์ การศึกษา คดี Tiffany v. eBay.....	18
บทที่ 3	แนวคิด ทฤษฎี และความรับผิดชอบด้านกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	22
3.1	แนวคิด ทฤษฎี และความรับผิดชอบผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	22
3.1.1	ความรับผิดชอบร่วมกันในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Contributory Liability).....	23
3.1.1.1	คดี Inwood Labs., Inc v. Ives Labs., Inc.....	23
3.1.1.2	คดี Lockheed Martin Corp. V. Network Solutions, Inc.....	24
3.1.1.3	คดี Gucci America, Inc. V. Hall & Assocs. And Mindspring Enter, Inc.....	24
3.1.2	ความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Vicarious Liability).....	25
3.1.2.1	คดี Fonovisa, Inc., v. Cheery Auction, Inc.....	26
3.1.2.2	คดี Hard Rock Cafe Licensing Corp. V. Concession Serves., Inc.....	28
3.2	แนวคิดและหลักการในการแก้ไขปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต.....	29
3.2.1	หลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (Manufacturer/Distributor Relationships).....	29
3.2.2	หลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของพื้นที่ให้เช่า และผู้เช่า (Landlord Relationships).....	31

3.2.3	แนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต.....	32
3.2.3.1	ปัญหาจากในคดี Lockheed v. Network Solutions.....	35
3.2.3.2	ปัญหาจากในคดี Fare Deals v. World Choice Travel.com.....	36
3.2.4	ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อเปลี่ยนแปลงหลักการตัดสินความรับผิดชอบร่วมต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าและนำไปใช้ในอินเทอร์เน็ต.....	36
3.2.4.1	ความล้มเหลวที่จะป้องกันการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าสู่เว็บไซต์ (Internet Traffic) โดยผ่านทางความสัมพันธ์ในรูปแบบการให้ค่าโฆษณา.....	37
3.2.4.2	ปัญหาที่เกิดจากการลดประสิทธิภาพที่จะตรวจสอบเว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยบทบัญญัติทางกฎหมาย.....	38
3.2.4.2.1	กฎหมายเรื่องการหมิ่นประมาท (Defamation Law).....	39
3.2.4.2.2	กฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ (Copyright Law).....	40
3.2.4.2.3	กฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า (Trademark Law).....	41
3.2.5	ปัญหาที่เกิดจากข้อโต้แย้งว่าการควบคุมและตรวจสอบเป็นหลักการที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า.....	42

3.2.5.1	การขยายขอบเขตหลักความคุ้มครองหรือตรวจสอบและความ จงใจที่จะไม่รับรู้ (Willful Blindness) ว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น.....	42
3.2.5.2	ความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ต่างมีต้นกำเนิดมาจากกฎหมาย Common Law ว่า ด้วยการละเมิด.....	43
3.2.6	ข้อเสนออื่นๆ.....	45
3.2.6.1	การปฏิบัติต่อเว็บไซต์เหมือนกับพื้นที่เช่าภายใต้ ความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่า (Landlord Relationships).....	46
3.2.6.2	การขยายขอบเขตหลักการโน้มน้ำหนักหรือชักจูงให้กระทำ ผิดของคำตัดสินในคดี Inwood หรือหลักความรับผิดชอบใน ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (Manufacturer/Distributor Relationships).....	47
3.2.7	บทสรุป.....	48
3.3	บทบัญญัติกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า.....	49
3.3.1	พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.....	50
3.3.2	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องชื่อบุคคลและนิติ บุคคล.....	51
3.3.3	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	52
3.4	เปรียบเทียบข้อจำกัดความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP).....	55
3.4.1	Digital Millennium Copyright Act 1998.....	56

	3.4.2 The Communication Decency Act 1996.....	57
บทที่ 4	แนวทางการกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดของ	
	ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	63
4.1	การกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดย การวิเคราะห์คดี Tiffany v. eBay เพื่อนำทฤษฎี และแนวคิดความรับผิด ต่างๆมาปรับใช้.....	63
4.2	การปรับใช้หลักกฎหมายละเมิดทั่วไปของสหรัฐอเมริกากับความรับผิด ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	82
4.3	การปรับใช้กฎหมายที่ต่อต้านสิ่งปลอมแปลง (Anti-Counterfeiting Statutes) ของสหรัฐอเมริกากับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	87
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	90
5.1	แนวทางการกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต.....	90
5.2	ข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายของไทยที่เกี่ยวกับภาระหน้าที่ และ ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	94
	บรรณานุกรม.....	97
	ประวัติผู้วิจัย.....	99

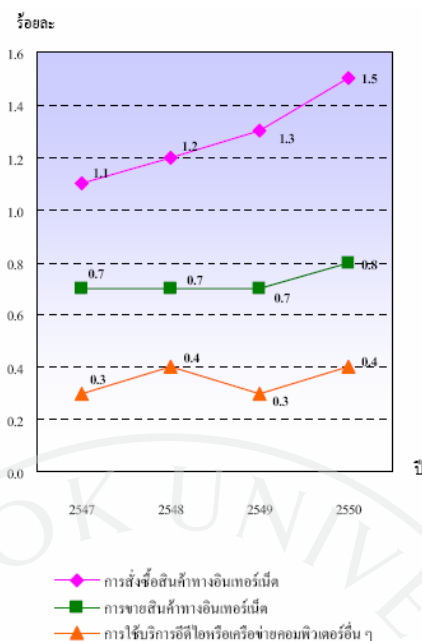
บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในโลกยุคปัจจุบัน เมื่อเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์มีความเจริญก้าวหน้าขึ้น นำไปสู่การยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน ทั้งนี้การใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ จากสถิติผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยเปรียบเทียบกับผู้บริการอินเทอร์เน็ตทั่วโลกแล้ว พบว่าในทวีปเอเชียมีอัตราการเจริญเติบโตที่มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นประเทศญี่ปุ่น หรือเกาหลี จากการสำรวจการใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ในปี พ.ศ. 2550 พบว่า มีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นจากปี พ.ศ. 2549 คือมีการใช้เพิ่มขึ้นจากเดิมถึงร้อยละ 13.0 โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อการค้นหาข้อมูลทั่วไปสูงสุดถึงร้อยละ 90.0 รองลงมา ได้แก่ รับ ส่ง ข้อมูลทางอีเมล และสั่งซื้อสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ต ตามลำดับ แต่ในโดยการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ตนั้น พบว่ามีผู้ใช้บริการร้อยละ 1.5 สำหรับการขายสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ต มีการใช้เพียงเล็กน้อย ร้อยละ 0.8 และการใช้บริการอีดีไอหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์อื่นๆ (ที่นอกเหนือจากอินเทอร์เน็ต) พบว่า มีการใช้เพียงร้อยละ 0.4 เท่านั้น¹

¹ ข้อมูลจากสำนักงานสถิติแห่งชาติ



แผนภูมิ 1 ร้อยละของผู้ใช้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่มีการสั่งซื้อและขายหรือบริการทางอินเทอร์เน็ตและการใช้อีไอ ปีพ.ศ. 2547-พ.ศ. 2550

สาเหตุหลักที่ทำให้การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) ในส่วนของการซื้อขายสินค้าและบริการทางอินเทอร์เน็ตยังไม่เป็นที่แพร่หลาย เพราะความเกรงกลัวว่าจะถูกโกงมากที่สุด โดยจากการสำรวจความคิดเห็น พบว่าร้อยละ 70 ของลูกค้าที่ซื้อของบนอินเทอร์เน็ตเนื่องจากไม่เห็นผู้ขายสินค้าด้วยตัวเอง และกลัวจะไม่ได้สินค้าตามที่สั่งไว้ รองลงมาคือ 60 เปอร์เซ็นต์ คือลูกค้าไม่มีความมั่นใจจากภาพลักษณ์ของเว็บไซต์ที่ไม่ได้มาตรฐาน และกว่า 49 เปอร์เซ็นต์ ไม่มีความเชื่อมั่นในระบบการชำระเงินค่าสินค้า และอีก 36 เปอร์เซ็นต์ที่ต้องการเห็นตัวผู้ขายสินค้ามากกว่าเห็นแค่สินค้าบนเว็บไซต์เท่านั้น²

ในขณะที่ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีโทรคมนาคมและสารสนเทศไม่ว่าจะเป็นการจัดเก็บข้อมูลโดยระบบดิจิทัล หรือการส่งข้อมูลผ่านดาวเทียมผ่านไฟเบอร์ออปติก ได้ช่วยเผยแพร่ข้อมูลความรู้ไปยังทุกมุมโลกอินเทอร์เน็ตเป็นเทคโนโลยีส่งผ่านข้อมูลที่มีอัตราการเติบโตสูงสุด จากที่มีอยู่ 200 เว็บไซต์ ในปี 1993 จำนวนเว็บไซต์ได้เพิ่มขึ้นเป็นกว่า 20 ล้านเว็บไซต์ ในปี 2000 UNDP คาดการณ์ว่าจำนวน ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลกจะเพิ่มเป็นหนึ่ง

² ดูรายละเอียดได้ที่ www.smethailandclub.com

พันล้านคนในปี ค.ศ. 2005 ยิ่งสื่ออินเทอร์เน็ตได้รับความนิยมมากขึ้นเท่าใด การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ในสื่อดังกล่าวก็จะยิ่งมีความจำเป็นมากขึ้นเท่านั้น เนื่องจากในปัจจุบันอินเทอร์เน็ตถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดซึ่งมีหลายรูปแบบและหลากหลาย กระทำได้ง่าย รวดเร็วและนับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อินเทอร์เน็ตในการทำธุรกรรมพาณิชย์ เช่น การซื้อขายสินค้าและบริการทางอินเทอร์เน็ต โดยผ่านทางเว็บไซต์ที่ให้บริการพื้นที่บนเว็บไซต์ เช่น www. ebay.com ที่ถือว่าเป็น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือ ISP ที่ใหญ่ที่สุดในตอนนี้ โดยนำเสนอขายสินค้าด้วยวิธีประมูลออนไลน์ ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายนำสินค้าที่ต้องการจะขายมาประกาศบนเว็บไซต์ พร้อมทั้งตั้งราคาเริ่มต้นของการประมูลไว้ และกำหนดระยะเวลาในการประมูล จนกระทั่งครบกำหนดวันและเวลาที่กำหนดไว้ ใครเป็นผู้ให้ราคาสูงสุดในขณะนั้น ก็จะเป็นผู้ที่ชนะการประมูลและได้สินค้าไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นขั้นตอนที่สามารถกระทำได้ง่าย ในเวลาอันรวดเร็ว แต่มักจะมีปัญหาที่ตามมาคือ ได้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยการนำสินค้าปลอม หรือลอกเลียนแบบ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก เพราะผู้ซื้อยอมไปซื้อสินค้าปลอม หรือสินค้าลอกเลียนแบบ เนื่องจากมีราคาถูกกว่า จนเป็นเหตุให้ไม่มีใครต้องการซื้อสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ตามข้อมูลล่าสุดของสำนักงานผู้แทนการค้าสหรัฐ (USTR) ได้ปรับสถานะของประเทศไทยจากประเทศที่ถูกจับตามอง (WL: Watch List) ไปขึ้นอยู่บัญชีจับตามองเป็นพิเศษ (PWL: Priority Watch List) ด้วยเหตุผลที่ประเทศไทยให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่ประเทศสหรัฐอเมริกา "ยังไม่พอใจ" และปัญหาที่พบมากที่สุด คือ การนิยมบริโภคสินค้าปลอมแปลงของคนไทยที่มีอยู่สูง นอกจากนี้ยังพบว่าความไม่ทันสมัยของตัวบทกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้กลายมาเป็นประเด็นทางกฎหมาย คือ ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสำหรับการกระทำความผิดของบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้ระบบเครือข่ายของตน ซึ่งในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ ดังนั้นหากมีประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เกิดขึ้น จึงต้องนำกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดชอบดังกล่าว ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและข้อโต้แย้งระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กับผู้ได้รับความเสียหายได้ ดังนั้นในรายงานฉบับนี้จึงมุ่งวิเคราะห์เพื่อหาประเด็นกรอบความรับผิดชอบ

ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในกรณีเกิดความเสียหายที่บุคคลอื่นก่อให้เกิดขึ้นจากการใช้เครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือกรณีความเสียหายที่บุคคลอื่นได้รับ เพราะการละเลยหรืองดเว้นกระทำการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เช่นการตรวจสอบความถูกต้องของสินค้าที่ให้ผู้ให้บริการนำมาขาย และความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม หรือผู้ให้บริการรายอื่นเพื่อที่จะปรับปรุงและพัฒนากฎหมายต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การวิจัยนี้จะครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ที่มีความสำคัญดังต่อไปนี้

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

1.2.3 เพื่อศึกษาทฤษฎีความรับผิดชอบร่วมกันในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Contributory Liability) และความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Vicarious Liability)

1.2.4 เพื่อศึกษาข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ภายใต้กฎหมาย Digital Millennium Copyright Act 1998 และ The Communications Decency Act 1996

1.2.5 เพื่อวิเคราะห์ความรับผิดทางกฎหมาย ภาระและหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เพื่อเป็นแนวทางในการออกกฎหมายเฉพาะที่นำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยมุ่งเน้นที่จะสร้างความรู้ที่ใช้ประโยชน์ได้จริงในการกำหนดนโยบายด้านความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กรณีเฉพาะสินค้าลอกเลียนแบบ วิธีการวิจัยจะเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความวารสาร รายงานและงานวิจัยของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา และเว็บไซต์ทางอินเทอร์เน็ต

1.4 คำถามของการวิจัย

1.4.1 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการมีภาระและหน้าที่สอดคล้องกับสภาวการณ์ปัจจุบันหรือไม่

1.4.2 แนวทางแก้ไขปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ตมีความเป็นไปได้หรือไม่

1.4.3 แนวคิดและทฤษฎีความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตครอบคลุมกับสภาพปัจจุบันมากน้อยอย่างไร

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 เพื่อกำหนดภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในลักษณะใดที่มีความเหมาะสมและเป็นไปได้

1.5.2 เพื่อเป็นแนวทางในการออกกฎหมายเฉพาะที่นำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

1.6 นิยามศัพท์เฉพาะ

“ธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง กิจกรรมทางการพาณิชย์ เช่น การซื้อขายสินค้า หรือบริการผ่านทางอินเทอร์เน็ต

“Internet service Provider (ISP)” หมายถึง ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

“ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต” (USER) หมายถึง ผู้ซื้อ ผู้ขายหรือผู้ได้รับบริการในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยชำระค่าตอบแทน

“สินค้า” หมายถึง สิ่งของที่เสนอขาย หรือมีไว้เพื่อขาย

“บริการ” หมายถึง การรับจัดทำกรงาน การให้ใช้สิทธิใดๆ หรือการให้ใช้ประโยชน์หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทน

“ซื้อ” หมายถึง การให้ใช้สิทธิใดๆ หรือได้ไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

“ขาย” หมายถึง การให้สิทธิหรือจัดทำให้ไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นตลอดจนการเสนอหรือชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

“Contributory Liability” หมายถึง ความรับผิดชอบร่วมกันในการทำละเมิดของผู้อื่น

“Vicarious Liability” หมายถึง ความรับผิดชอบแทนในการกระทำละเมิดของผู้อื่น

“Escrow” หมายถึง เป็นขั้นตอนที่ให้บุคคลที่สาม ซึ่งเป็นคนกลางถือเงินที่ลูกค้าจ่ายค่าสินค้าไว้ จนกว่าคนซื้อจะได้รับสินค้าแล้วถึงจะส่งเงินให้กับผู้ขาย ระบบนี้เหมาะสำหรับการซื้อขายสินค้าที่มีราคาสูง เพื่อที่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะได้สบายใจทั้งคู่ อีเบย์จึงแนะนำบริการของ www.escrow.com แก่ผู้ใช้บริการที่ต้องการความปลอดภัย

“Feedback Score” หมายถึง แต้มคะแนนที่ได้รับจากคู่ซื้อขาย หลังจากการซื้อขาย โดยปกติถ้าแต้มคะแนนมากก็หมายความว่าคนๆนั้นซื้อขายมากจนมีความน่าเชื่อถือสูง

บทที่ 2

การขายทอดตลาดสินค้าโดยวิธีการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และปัญหาเกี่ยวกับการ กระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต

ในปัจจุบัน เว็บไซต์ประมูลออนไลน์ หรือตลาดกลางออนไลน์ (e-marketplace) ได้กลายมาเป็นที่นิยม เช่น eBay เนื่องจากเว็บไซต์เหล่านั้นได้ให้บริการพื้นที่ในการซื้อ หรือขายสินค้าและบริการ โดยมีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet service Provider หรือ ISP) ทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการพื้นที่บนเว็บไซต์ โดยส่วนใหญ่แล้วการเสนอขายสินค้าบนเว็บไซต์เป็นสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการเพิ่มขึ้นของสินค้าปลอมที่ถูกเสนอขายผ่านเว็บไซต์ดังกล่าวได้สร้างความเสียหายให้กับเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โดยรูปแบบการขายที่หลากหลายเป็นเหตุให้เกิดความสับสน และความเสียหายแก่ผู้บริโภค เนื่องจากสินค้าปลอมที่กระจายผ่านทางเว็บไซต์เป็นสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน และไม่ได้การรับประกันจากผู้ผลิต อีกทั้งยังไม่สามารถที่จะส่ง หรือคืนสินค้าแก่ผู้ผลิตเพื่อซ่อม เนื่องจากลูกค้าซื้อสินค้าที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น ดังนั้นจึงไม่น่าแปลกใจที่บ่อยครั้งผู้ซื้อไม่สามารถรู้ถึงที่ตั้ง หรือที่อยู่ของผู้ขายเพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์ไม่สามารถใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์ หรือทำให้ได้รับความบาดเจ็บจากการใช้งาน ดังนั้น การต่อต้านการขายสินค้าปลอมบนเว็บไซต์ประมูลออนไลน์ กลายมาเป็นสิทธิพิเศษสำหรับเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา และเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย รวมถึงผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการหละหลวมของการให้บริการของ ISP ในทางปฏิบัติเพื่อเป็นการจำกัดความรับผิด โดยปกติแล้วเว็บไซต์ประมูลออนไลน์ มักจะกำหนดเงื่อนไขและข้อตกลงสำหรับผู้ต้องการขายสินค้าบนเว็บไซต์ รวมถึงข้อห้ามในการขายสินค้าปลอมแปลงอีกด้วย¹ ทั้งนี้เว็บไซต์ประมูลออนไลน์ต่างๆและตลาดกลางออนไลน์ยังมีมาตรการเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ในการที่จะถอดถอนซึ่งรายการสินค้าที่ต้องสงสัยว่าละเมิดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา เช่น โปรแกรม VeRo ของ eBay² หรือบางเว็บไซต์มีมาตรการที่ เรียกว่า buyer-feedback เป็นมาตรการที่ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเช็คประวัติของ

¹ eBay User Agreement

² ดูรายละเอียดได้ที่ <www.tabberone.com/Trademarks/Vero/vero.shtml>

กันและกันได้ แต่อย่างไรก็ตามโดยปกติเว็บไซต์ประมูลออนไลน์ ก็ไม่ได้มีการตรวจตราว่าผู้ขายได้ปฏิบัติตามข้อตกลงและเงื่อนไขของเว็บไซต์หรือไม่ ดังนั้น เพื่อเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ในบทนี้ได้แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 5 หัวข้อประกอบด้วย (1) ภาพรวมของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งรวมถึงความหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และความหมายหน้าที่ และรูปแบบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (2) ประเภทของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในเชิงพาณิชย์ (3) ความหมายของการประมูลและการทอดตลาด (4) รูปแบบและลักษณะของเว็บไซต์ประมูลออนไลน์หรือ ตลาดกลางออนไลน์ (eBay) (5) ลักษณะคดีเกี่ยวกับการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต

2.1. ความหมาย หน้าที่ และรูปแบบการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ความหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือที่เรียกว่า ISP (Internet Service Provider) ตามหนังสือศัพท์คอมพิวเตอร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พิมพ์ครั้งที่ 4 ได้รับความหมายว่าหมายถึง “ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต” ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการให้ความหมายที่กว้างมากๆ เพราะในปัจจุบันการให้บริการอินเทอร์เน็ต มีหลายรูปแบบ โดยแต่รูปแบบก็มีการบริการที่แตกต่างกันด้วย เช่น ผู้ให้บริการสร้างเว็บไซต์ ผู้ให้บริการเช่าพื้นที่บนเว็บไซต์ ผู้ให้บริการอีเมลล์ ผู้ให้บริการเช่าซอฟต์แวร์เพื่อการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ ผู้ให้บริการดูแลและรักษาเว็บไซต์ เหล่านี้เป็นต้น

หน้าที่ของ ISP เป็นที่ทราบกันแต่แรกว่าคำว่า ISP มีหลายความหมาย และหลายบทบาท ซึ่งแต่ละบทบาทนั้นความรับผิดชอบก็จะแตกต่างกันออกไป โดยงานวิจัยนี้จะขอกกล่าวถึงในความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป คือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยจะรวมไปถึงบริการ Webhosting ซึ่งหมายถึงบริการให้เช่าพื้นที่ Website และผู้ที่ทำหน้าที่ดูแล Webboard สาธารณะ โดยอาจรวมถึง Webmaster³ ที่มีความรับผิดชอบโดยตรงกับข้อมูลที่ปรากฏบนเว็บไซต์ด้วย

³ Webmaster มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงกับการทำงานวันต่อวันของ Web Server และโครงสร้างของข่าวสารข้อมูลบนเครื่องเซิร์ฟเวอร์ ซึ่งหน้าที่นี้อาจได้รับความช่วยเหลือจาก Getkeeper และ Docmaster ซึ่ง

ซึ่งเดิมหน้าที่หลักของ ISP ก็คือการทำบริการอินเทอร์เน็ต โดยเมื่อก่อนถูกเข้าใจว่า ISP หมายความว่าเฉพาะพวกที่ขายชั่วโมงอินเทอร์เน็ต อย่างเช่น Click2net หรือ CS Internet เป็นต้น แต่ในปัจจุบันได้รวมถึงการดูแลเว็บไซต์ (Website) โดย Webmaster ที่จะทำการตรวจสอบข้อมูลที่จะผ่านออกไปลงในเว็บไซต์ด้วย

2.2 ภาพรวมของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวกับการขายทอดตลาดสินค้าออนไลน์ (e-auction)

จากการสำรวจของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และผู้ขายทอดตลาดสินค้าออนไลน์ (e-auction) ส่วนใหญ่พบว่า มีเว็บไซต์ อีเมลล์ และมีการดำเนินธุรกิจโดยใช้เว็บไซต์ในการทำการซื้อขาย และแลกเปลี่ยนข้อมูล เป็นสัดส่วนที่เพิ่มมากขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับ การสำรวจในรายงานของศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2550 โดยในการสำรวจครั้งนี้ มีจำนวนเว็บไซต์ที่สามารถทำการซื้อขายได้เพิ่มขึ้นมากกว่า ร้อยละ 61 โดยรูปแบบในการดำเนินธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ส่วนใหญ่พบว่าจำนวนของธุรกิจ ในลักษณะของด้านธุรกิจกับผู้บริโภค (B2C) ยังมีจำนวนมากกว่าด้านธุรกิจกับธุรกิจ (B2B) อย่างไรก็ตาม จำนวนของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในลักษณะของด้านธุรกิจกับธุรกิจ เริ่มสูงขึ้นมาก

นอกจากนี้ยังพบว่า มีลักษณะการดำเนินธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในรูปแบบผสม คือมีทั้งการดำเนินธุรกิจผ่านอินเทอร์เน็ตและมีหน้าร้านทางกายภาพด้วย (Click and Mortar Company) ซึ่งมีปริมาณที่มากกว่าการดำเนินธุรกิจผ่านอินเทอร์เน็ตเพียงอย่างเดียว (Pure Internet Company) เมื่อศึกษาถึงรูปแบบในการสร้างรายได้จากธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ พบว่า ทั้งธุรกิจ B2B และ B2C ยังมีรายได้จากการขายสินค้าและบริการเป็นหลัก โดยในภาพรวม มีธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างรายได้จากช่องทางอื่นๆ อีกด้วย อาทิ เช่น ค่าบริการจากการเป็นนายหน้า (Brokerage fees) ค่าบริการระบบ (Hosting fees) ค่าธรรมเนียมรายการค้า (Transaction fees) และค่าโฆษณา (Advertising fees) และเมื่อพิจารณาถึงลักษณะการจ่ายเงิน จะพบว่าเป็นลักษณะของการจ่ายเงินแบบออฟไลน์ เช่น การโอนเงินผ่านบัญชีธนาคาร เป็นส่วนมาก โดยที่การจ่ายเงินออนไลน์จะเป็นในรูปแบบของการจ่ายผ่านบัตรเครดิต ซึ่งสอดคล้องกับการศึกษาของศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และ

คอยให้ความช่วยเหลือในการจัดแปลงข้อความต่างๆ และร่วมรับผิดชอบในการบำรุงรักษาและข้อมูลที่เปลี่ยนแปลงอยู่ประจำ

คอมพิวเตอร์แห่งชาติ ปี พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตามแม้ว่าการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาที่ตามมาก็คือ

ปัญหาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

การพัฒนาการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยยังมีอุปสรรคและปัญหาอยู่มาก อันเนื่องมาจากปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาด้านความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรม อันได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ จะเห็นได้ว่าจะมีข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์จำนวนมากเกี่ยวกับการกระทำผิดในการละเมิดสิทธิและอาชญากรรมอื่น ๆ บนอินเทอร์เน็ต เช่น เวลาสั่งซื้อสินค้าจะต้องใช้หมายเลขบัตรเครดิต และการบันทึกข้อมูลส่วนตัวไว้ แต่หากเจ้าของไม่ได้สั่งซื้อสินค้าหรือสั่งซื้อไปเพียงรายการเดียวแต่มีการโจรกรรมข้อมูลบัตรเครดิตไปซื้อของแล้วมีใบเรียกชำระเงินจำนวนมาก หรือชำระเงินแล้วจะได้สินค้าหรือไม่ เป็นต้น
2. พฤติกรรมการซื้อสินค้าของผู้บริโภคของไทย ยังต้องการที่จะเห็นและจับต้องสินค้าก่อนที่จะจ่ายเงินมากกว่าที่จะเห็นในภาพแล้วตัดสินใจซื้อทำให้การสั่งซื้อสินค้าบนอินเทอร์เน็ตยังไม่เป็นที่นิยมมากนัก
3. การชำระเงินโดยส่วนใหญ่จะต้องใช้บัตรเครดิต ซึ่งจำนวนประชากรที่มีบัตรเครดิตในประเทศไทยยังนับว่าน้อยอยู่ทำให้การแข่งขันและการลงทุนในด้านพาณิชย์ยังไม่มีจำนวนมากเท่าที่ควร
4. ปัญหาด้านโครงสร้างพื้นฐานของเทคโนโลยี การเข้าถึงเทคโนโลยีของประชาชนยังไม่เพียงพอ
5. ปัญหาด้านกฎหมาย และความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด และอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายที่รองรับการทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยยังต้องมีการพัฒนาและให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการซื้อขายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่กำลังเป็นปัญหาอยู่ในขณะนี้ โดยจะเห็นได้จากการที่สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา (USPTO) และกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐฯ ได้จัดการประชุมในประเทศไทยเพื่อพัฒนาเครือข่ายปราบปรามอาชญากรรมทรัพย์สิน

ทางปัญญา (IPCEN) โดยมีวัตถุประสงค์ของการประชุมดังกล่าว เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ผ่านการจัดตั้งเครือข่ายดังกล่าว ทั้งนี้ เครือข่ายปราบปรามอาชญากรรมทรัพย์สินทางปัญญา โดยทำการแลกเปลี่ยนประสบการณ์และเทคนิคในการสืบสวน การปราบปราม และการดำเนินคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในอินเทอร์เน็ต การผลิตและจำหน่ายสินค้าปลอม⁴ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ตได้กลายมาเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญอยู่ในขณะนี้

เนื่องจากความสะดวก และรวดเร็วของการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ประกอบกับราคาอุปกรณ์ต่างๆ ที่เริ่มมีราคาถูกลงกว่าเดิมทำให้ปัจจุบันเริ่มมีการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายอื่นๆกันอย่างแพร่หลาย รวมทั้งมีการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น ทั้งนี้คำว่า “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์”⁵ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เป็นคำที่มีความหมายกว้าง กล่าวคือ นอกจากหมายถึง กิจกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังรวมถึงการดำเนินของรัฐด้วย โดยอาจแบ่งประเภทของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 ประเภทของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในเชิงพาณิชย์

การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนของกระทำที่เป็นการพาณิชย์ หรือที่เรียกว่าเป็นการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น หมายความว่า การทำพาณิชย์ที่อาศัยระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อกลางในการดำเนินการ ดังนั้น การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ (E-commerce) มีรูปแบบตามลักษณะของคู่กรณีในธุรกรรมที่เกิดขึ้น⁶ ดังนี้

(1) ระหว่างธุรกิจกับธุรกิจ (Business to Business หรือ B2B)

เป็นการดำเนินการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ระหว่างองค์กรที่ทำการค้าร่วมกัน ซึ่งอาจจะเป็นการค้าขายสินค้าในปริมาณมาก ๆ และมูลค่าจำนวนสูงๆ ตัวอย่างของธุรกิจประเภทนี้ได้แก่ www.freemarket.com, www.foodmarketexchange.com

⁴ดูรายละเอียดได้ที่ <http://www.thaiinsider.info/portal/content/view/4110/12/>

⁵มาตรา 4 “ธุรกรรม” หมายความว่า การกระทำที่เกี่ยวกับกิจกรรมในทางแพ่ง ในทางพาณิชย์ ในการดำเนินการของรัฐ หรือการดำเนินการใดๆที่เกี่ยวข้อง”

⁶ยี่น ภูสุวรรณ, *บนเส้นทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*, (กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2543), 33.

(2) ระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภค (Business to Consumer หรือ B2C)

เป็นรูปแบบการดำเนินการพาณิชย์ ระหว่างผู้ประกอบการทางธุรกิจกับบุคคลที่เป็นผู้บริโภครายย่อย อย่างเช่นการสั่งซื้อหนังสือ เทปเพลง หรือสินค้าที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Digitized Goods) ผ่านทางระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ตัวอย่างของธุรกิจประเภทนี้ ได้แก่ www.amazon.com, www.tohome.com

(3) ระหว่างธุรกิจกับภาครัฐบาล (Business to Government หรือ B2G)

เป็นรูปแบบการดำเนินการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างเอกชนที่ประกอบธุรกิจ กับหน่วยงานภาครัฐบาล เช่น การได้สัมปทาน การยื่นซองประมูลงาน เป็นต้น ตัวอย่างของธุรกิจประเภทนี้ ได้แก่ www.gprocurement.go.th

(4) ระหว่างผู้บริโภคกับผู้บริโภค (Consumer to Consumer หรือ C2C)

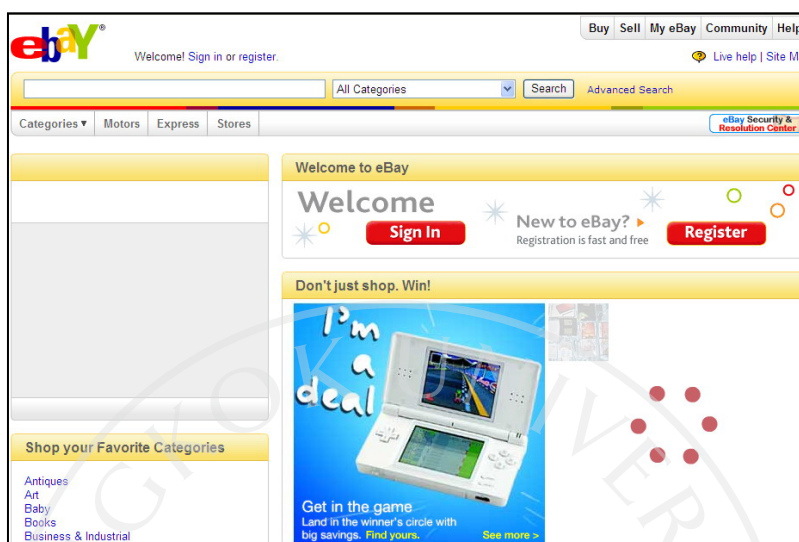
เป็นรูปแบบการดำเนินการพาณิชย์ระหว่างผู้บริโภค หรือระหว่างผู้ใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วยกันเอง ซึ่งมักจะเป็นการค้าส่วนบุคคลให้กับบุคคลที่ผู้สนใจผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยมากมักอยู่ในรูปแบบของการประมูลสินค้า (e-auction) การประกาศซื้อขายสินค้า (e-classified) การแลกเปลี่ยนสินค้านี้ระหว่างผู้บริโภคด้วยกันซึ่งมักมีตัวกลางที่สร้างเว็บไซต์เพื่อใช้ทำหน้าที่กระจายข่าวหรือโฆษณา ตัวอย่างของธุรกิจประเภทนี้ ได้แก่ www.ebay.com, www.thaisecondhand.com

2.2.2 ความหมายของการประมูลและการขายทอดตลาด

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายคำว่า “ประมูล” หมายถึง การเสนอราคาแข่งขันในการซื้อหรือขาย ทรัพย์สิน เป็นต้น และคำว่า “ขายทอดตลาด” หมายถึง การขายทรัพย์สินที่กระทำโดยเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปด้วยวิธีเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อสุ่มราคา กัน ผู้ใดให้ราคาสูงสุดและผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้หรือด้วยกริยาอย่างอื่น ตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด ผู้นั้นเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การซื้อขายสินค้าด้วยวิธีประมูลบนอินเทอร์เน็ตนั้นมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการประมูลนั้นควบคุม 2 ฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องการขายทอดตลาด ในมาตรา 509 ถึง 517 และพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า พ.ศ. 2474⁷

⁷ชวลิต อรรถศาสตร์ และคนอื่นๆ, กฎหมายไซเบอร์: กฎหมายกับอินเทอร์เน็ต, (กรุงเทพฯ: โปรวิชั่น, 2544), 69.

2.2.3 รูปแบบและลักษณะของเว็บไซต์ประมูลออนไลน์: กรณีศึกษา บริษัท eBay



eBay เริ่มก่อตั้งใน ปี 1995 (www.ebay.com) เป็นบริษัทที่เป็นตัวกลางในการประมูลซื้อขายสินค้าระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้บริโภค (C-to-C Auction) หรือระหว่างบุคคลกับบุคคล (P-to-P Auction) โดยกำหนดให้ผู้ขายที่ต้องการนำสินค้ามาเสนอขายใน eBay ต้องลงทะเบียนสมัครเป็นสมาชิกกับทางเว็บไซต์ เพื่อเปิดบัญชีของผู้ใช้ (User Account Name) และรหัสผ่าน (Password) โดยทั้งนี้ผู้ใช้ต้องบอกหมายเลขสินค้าให้แก่ eBay เพื่อให้ eBay คิดค่าบริการต่างๆ เช่น ค่าวางสินค้า (Insertion Fee) ซึ่งอยู่ระหว่าง 0.15-4 ดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 10-160 บาท) ขึ้นอยู่กับราคาเสนอขายตั้งต้น (Opening Bid) ดังที่แสดงในตารางที่ 1⁸ ค่าธรรมเนียมซึ่งคำนวณจากราคาที่มีการซื้อขายกันจริง ซึ่งอยู่ระหว่างร้อยละ 1.25-5.0 ของราคาที่มีการซื้อขายกันจริง (Final Sale Price) และ ค่าธรรมเนียมจากการให้บริการ Escrow Account ซึ่งป้องกันการฉ้อโกงในการประมูล เป็นต้น

⁸<http://pages.ebay.com/sell/update08/overview/>

ตารางที่ 1 ค่าวางสินค้า

Insertion Fees for Auction-style listings		
Starting or Reserve Price	Current Insertion Fee	Insertion Fee (effective 02/20/2008)
\$0.01 - \$0.99	\$0.20	\$0.15 <i>Lower fee!</i>
\$1.00 - \$9.99	\$0.40	\$0.35 <i>Lower fee!</i>
\$10.00 - \$24.99	\$0.60	\$0.55 <i>Lower fee!</i>
\$25.00 - \$49.99	\$1.20	\$1.00 <i>Lower fee!</i>
\$50.00 - \$199.99	\$2.40	\$2.00 <i>Lower fee!</i>
\$200.00 - \$499.99	\$3.60	\$3.00 <i>Lower fee!</i>
\$500.00 or more	\$4.80	\$4.00 <i>Lower fee!</i>

ที่มา: Ebay, กุมภาพันธ์ 2551

ทั้งนี้ วิธีการประมูลออนไลน์บน eBay นั้น มีลักษณะคล้ายกับวิธีการขายทอดตลาดสินค้าแบบทั่วไป คือ มีการแข่งขันกันในเรื่องราคา แต่มีส่วนที่แตกต่างกัน คือ การประมูลออนไลน์จะมีการกำหนดระยะเวลาให้ผู้เข้าร่วมประมูลเสนอราคาแข่งขันกันแทนการเคาะด้วยไม้ตามวิธีการปกติ โดยผู้ขายจะกำหนดราคาขั้นต่ำ (Minimum Price) สำหรับการเริ่มประมูล และราคาต่ำสุดที่ยินยอมขาย (Reserve Price) ซึ่งไม่เปิดเผยให้ผู้เข้าประมูลทราบ และกำหนดระยะเวลาในการประมูลระหว่าง 3-7 วัน เมื่อการประมูลสิ้นสุดลง ผู้ขายจะต้องติดต่อผู้ที่ประมูลได้ภายใน 3 วันทำการ เพื่อยืนยันราคาขายและวิธีในการชำระเงิน โดยส่วนใหญ่แล้ว คือ การชำระเงินผ่าน Paypal ซึ่งเป็นที่นิยมกันมากใน Ebay สำหรับการจัดส่งสินค้า ผู้ขายจะส่งสินค้าโดยตรงให้แก่ผู้ที่ประมูลได้โดยไม่ผ่าน Ebay

เนื่องจากการซื้อขายออนไลน์ใน eBay มีลักษณะสำคัญที่ผู้ซื้อและผู้ขายอาจจะไม่เคยเห็นหน้ากัน หรือไม่เคยรู้จักกันมาก่อน ดังนั้น การทำธุรกรรมในลักษณะนี้ต้องอาศัยความ

เชื่อถือและเชื่อมั่นกันระหว่างคู่ค้า แต่อย่างไรก็ตามในบางครั้งก็มีการฉ้อโกงเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ดังนั้น eBay จึงมีระบบป้องกันการฉ้อโกง⁹

ดังนั้น เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ใช้บริการ คือ (1) Feedback Forum คือ การให้บริการ ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเช็คประวัติระหว่างกันได้ โดย eBay จะให้ผู้ซื้อและผู้ขายในอดีตสามารถให้คะแนนกันและกันตามบริการที่ได้รับได้ เช่น ผู้ขายจำหน่ายสินค้าที่มีคุณภาพตรงตามโฆษณาหรือไม่ ผู้ซื้อชำระเงินตรงตามเวลาหรือไม่ เป็นต้น นอกจากนี้จะช่วยสร้างความไว้วางใจให้แก่ผู้ประมวลแล้ว ผู้ขายที่ประวัติดีสามารถมีสิทธิพิเศษต่างๆ เช่น ได้รับการแสดงสินค้าอย่างเด่นชัดกว่า กลไกเหล่านี้ช่วยให้ (2) Standard Purchase Protection Program คือ การรับประกันที่ให้ความคุ้มครองผู้ใช้บริการก่อนทำการซื้อขาย โดย eBay จะทำการชำระเงินคืนสูงสุดที่ 105 ดอลลาร์สหรัฐ ในกรณีที่ ผู้ซื้อจ่ายเงินแล้วแต่ไม่ได้สินค้า หรือได้สินค้าที่มูลค่าต่ำกว่าที่ควรจะได้ เช่น ประมูลชนะได้รับสร้อยคอทองคำแต่สินค้าที่ส่งมาเป็นสร้อยคอที่ทำจากทองแดง เป็นต้น (3) บริการ Escrow ที่เรียก I-Escrow ซึ่งจะเป็นตัวกลางที่จะเก็บเงินจากผู้ซื้อไว้ก่อน จนกว่าผู้ซื้อจะได้รับสินค้าจากผู้ขายและมั่นใจว่าไม่มีปัญหาเกิดขึ้น บริการดังกล่าวยังช่วยให้ผู้ซื้อไม่ต้องบอกหมายเลขบัตรเครดิตของตนให้แก่ผู้ขายซึ่งตนไม่รู้จัก โดยทั้งนี้ Ebay จะคิดค่าบริการ Escrow ตามมูลค่าของธุรกรรม

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงมาตรการป้องกันปัญหาฉ้อโกงจากการขายทอดตลาดสินค้าออนไลน์โดยทั่วไปของ eBay แต่ในกรณีของการให้ความคุ้มครองทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาของ eBay ก็จะมีมาตรการป้องกันที่เรียกว่า eBay's Verified Rights Owner (VeRO)¹⁰ เป็นโปรแกรมที่สร้างความมั่นใจแก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาว่ารายการสินค้าที่ทำการซื้อขายบนเว็บไซต์ของ eBay ไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิอื่นใดของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โดยโปรแกรม VeRo จะมีส่วนร่วมที่สามารถระบุและ กำหนดข้อเรียกร้องในการถอดออกซึ่งสินค้าและข้อมูลที่ถูกกล่าวหาว่ามีการละเมิด โปรแกรมนี้จะมีลักษณะพิเศษที่ให้สิทธิแก่บริษัท หรือผู้ครองสิทธิในการในการถอดออกซึ่งสินค้าและข้อมูลที่ถูกสงสัยว่าเป็นการละเมิด

⁹Gu, J. 'An overview of eBay's consumer protection regime: Towards a sound protections of eBayer', 21 st BILETA Conference: Globalisation and Harmonisation in Technology Law, Malta.

¹⁰ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับโปรแกรมVeROดูรายละเอียดได้ที่
(<http://pages.ebay.com/help/community/veroprogram>.)

ถึงแม้ว่า eBay มีมาตรการที่ป้องกันปัญหาที่เกิดจากการฉ้อโกง แต่ก็มักที่จะเกิดปัญหาบ่อยครั้งระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในปัญหาการฉ้อโกง ซึ่งโดยหลักแล้วเว็บไซต์ที่ให้บริการประมูลหรือขายทอดตลาดสินค้า มักจะมีข้อจำกัดในความรับผิดชอบกับปัญหาที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น eBay User Agreement หรือในกรณีความรับผิดชอบทางทรัพย์สินทางปัญญาผู้ให้บริการเว็บไซต์ มักจะมีข้อจำกัดความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน ตามตารางต่อไปนี้จะสรุปลักษณะการดำเนินการทางนโยบายของเว็บไซต์เพื่อป้องกันตนเองจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ให้บริการเว็บไซต์

ตารางที่ 2 นโยบายต่อสินค้าปลอมแปลงของ eBay¹¹

เว็บไซต์ ประมูล สินค้า	การกระทำซึ่งถูกห้าม โดยเฉพาะ	การดำเนินการเมื่อ ได้รับการเตือน	ความพยายาม เลี่ยงความรับผิด
eBay	นโยบายสินค้า ลอกเลียนแบบและ ปลอมแปลง ระบุว่า “ห้ามทำรายชื่อสินค้า ปลอมแปลง สำเนาที่ไม่ได้ รับอนุญาต หรือสินค้า ลอกเลียนแบบอื่นซึ่งไม่ได้ รับอนุญาต (เช่น นาฬิกา กระเป๋าถือ หรือ เครื่องประดับ) บน เว็บไซต์ของ eBay”	นโยบายในรายการ สินค้าของผู้ขาย (Seller Guide eBay) ระบุว่า “รายการสินค้าที่ละเมิด นโยบายของ eBay's อาจ ส่งผลให้มีการลงโทษทาง วินัย ซึ่งได้แก่ การเตือน อย่างเป็นทางการ การยุติ รายการสินค้าที่ละเมิด หรือ การระงับบัญชีผู้ใช้ ชั่วคราว	ข้อตกลงผู้ใช้ (User Agreement) ระบุว่า “eBayไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง ในการซื้อขายระหว่างผู้ซื้อ และผู้ขาย” ผลที่ตามมาคือ eBayไม่มีอำนาจควบคุม เหนือคุณภาพ ความ ปลอดภัย หรือความ ถูกต้องตามกฎหมายของ สินค้าที่ลงโฆษณา ความ จริงและความถูกต้องของ

¹¹eBay เป็นผู้นำในเว็บไซต์ประมูลสินค้า โดยมีรายการสินค้ามากถึง 4 ล้านรายการในรายการสินค้าที่เสนอขายบนเว็บไซต์ โดยมี Yahoo Auctions และ Amazon.com Auction มาเป็นอันดับ 2 และ 3 โดยมี 2 ล้านรายการสินค้า และ 4 แสนรายการสินค้า ตามลำดับ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่
<<http://www.auctionwatch.com/awdaily/features/holiday/2.html>>

	<p>นโยบาย (Authenticity Disclaimer) ระบุว่า “ผู้ขายไม่อาจจะบอกปิดหรือปฏิเสธการรู้หรือความรับผิดชอบต่อหรือความน่าเชื่อถือหรือถูกต้องตามกฎหมายของสินค้าที่เสนอในรายการของตน”</p> <p>นโยบายการใช้เครื่องหมายสินค้าไปในทางที่ผิดวิธี (Brand Name Misuse Policy) ระบุว่า ต้องไม่มีตราสินค้าหรือโลโก้ของบริษัทในรายการสินค้าอยู่ในรายการสินค้าของผู้ขายรวมถึงตราสินค้าเฉพาะที่บริษัทใช้ในการผลิตสินค้า</p> <p>ข้อตกลงผู้ใช้ (User Agreement) ระบุว่า “ข้อมูลของคุณ (หรือสินค้าในรายการ) และการใช้งานบนเว็บต้อง (ก) ไม่ใช่ของปลอม ถูกต้อง หรือชักนำไปในทางที่ผิด (ข) ไม่ฉ้อฉลหรือมีส่วนในการ</p>	<p>นโยบายสินค้าลอกเลียนแบบและสินค้าปลอมแปลง (Replica and Counterfeit Items Policy) ระบุว่า “รายการที่เป็นสินค้าลอกเลียนแบบปลอมแปลง หรือสินค้าอื่นใดก็ตามที่ไม่ได้รับอนุญาตต้องยุติลงโดยเร็ว การละเมิดนโยบายสินค้าลอกเลียนแบบและสินค้าปลอมแปลงอยู่อย่างซ้ำซาก มีผลให้ชื่อบัญชีของผู้ถูกใช้ต้องถูกระงับการใช้งาน ผู้ใช้และเจ้าของสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาโดยผ่านโปรแกรม VeRO ของ eBay สามารถรายงานการละเมิดไปยัง eBay และ eBay มีหน้าที่ต้องถอดถอนสินค้าที่ละเมิดหรือไม่ได้รับอนุญาตออกไปจากเว็บไซต์ หรือเมื่อตัวแทนผู้รับมอบ</p>	<p>รายการสินค้า หรือความสามารถของผู้ขายในการขายสินค้า หรือความสามารถของผู้ซื้อในการซื้อสินค้า เนื่องจาก eBay เป็นเพียงสถานที่ซึ่งทำให้ผู้ใช้สามารถซื้อขายกับผู้ใช้คนอื่นๆหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท กรรมการบริษัท ตัวแทนสาขา ผู้ร่วมลงทุน และพนักงาน ซึ่งผู้ใช้ต้องสละสิทธิ์จากการเรียกร้อง และความเสียหาย (ความเสียหายที่แท้จริง และความเสียหายที่ตามมา) ของทุก ๆ เรื่องราว ทั้งที่รู้และไม่รู้ ทั้งที่ต้องสงสัยและไม่ต้องสงสัย ทั้งปิดและเปิดเผย ซึ่งเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่ว่าโดยวิธีใด</p> <p>ข้อตกลงผู้ใช้ (User Agreement) ปฏิเสธการรับประกันของการละเมิด ระบุว่า “ไม่ว่าในเหตุการณ์</p>
--	--	--	---

	<p>ขายสินค้าปลอมแปลงหรือของที่ขโมยมา (ค) ต้องไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า หรือกรรมสิทธิ์ของบุคคลที่สาม (ง) ต้องไม่ละเมิดกฎหมายข้อกำหนด คำสั่ง หรือข้อบังคับ (รวมถึงการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือการโฆษณาหลอกลวง)”</p>	<p>อำนาจของเจ้าของสิทธิ์ รายงานการละเมิดไปยัง eBay” ที่อยู่อีเมลสำหรับการแจ้งการละเมิด infringement@ebay.com</p>	<p>โต eBayและบริษัทสาขา พนักงาน หรือผู้จัดหาจะไม่รับผิดชอบต่อการขาดทุน หรือความเสียหาย อันเกิดจากการใช้งานบนเว็บไซต์ หรือเกิดเกี่ยวเนื่องกับบริการหรือข้อตกลงนี้ (รวมถึงการละเลยหรือประมาท)”</p>
--	--	---	--

2.2.4 ปัญหาจากการประกาศขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนเว็บไซต์

กรณีศึกษา คดี Tiffany v. eBay (04 Civ. 4607(RJS))

ในปี ค.ศ. 2004 บริษัท ทิฟฟานี จำกัด ได้มีการนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อ บริษัท อีเบย์ จำกัด ในความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า (Contributory Trademark Infringement) ซึ่งในปัจจุบันนี้ คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาในศาลแขวงรัฐแมนฮัตตัน ซึ่งถ้าหากมีคำตัดสินออกมาผลของคำตัดสินในคดีนี้จะมีผลกระทบต่อเว็บไซต์ที่ให้บริการในการประมูลอย่างมาก อันเนื่องมาจากถ้า บริษัท ทิฟฟานี จำกัดชนะในคดีนี้จะส่งผลต่อคดีอีกนับร้อยที่ต่อต้าน บริษัทอีเบย์ ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ รายจ่ายของอีเบย์ที่เพิ่มขึ้นในการตรวจสอบการให้เหมาะสมกับทำงานของเว็บไซต์ สำหรับหัวข้อนี้จะขอขยายเกี่ยวกับรายละเอียดของคดี ดังนี้

บริษัท อีเบย์ เริ่มก่อตั้งในปี ค.ศ. 1995 โดยเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการขายทอดตลาดออนไลน์ หรือประมูลออนไลน์ ซึ่งมีความเติบโตอย่างรวดเร็ว ในช่วง 3 เดือนแรกของปีค.ศ. 2007 บริษัท อีเบย์มีสินค้ากว่า 588 ล้านชิ้นในรายการสินค้า และยังสามารถทำรายได้จากการขายสินค้าได้ 2,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อวินาที โดยในช่วงไตรมาสแรกของ ปีค.ศ. 2007

บริษัท อีเบย์มีรายได้รวมทั้งหมด 52 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ อย่างไรก็ตามในการประสบความสำเร็จของบริษัทครั้งนี้ ก่อให้เกิดผลกระทบกับผู้จัดจำหน่ายและบริษัททีฟฟานี่ ซึ่งโต้แย้งว่าบริษัท อีเบย์ไม่มีระบบตรวจสอบป้องกันการละเมิดเครื่องหมายของสินค้าที่ขายในเว็บไซต์ที่เหมาะสม ดังนั้น บริษัททีฟฟานี่จึงยื่นคำฟ้องต่อบริษัทอีเบย์ในฐานะเป็นผู้สนับสนุนให้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยอนุญาตให้สินค้าปลอมเหล่านี้มาขายในเว็บไซต์ของบริษัทอีเบย์ซึ่งสามารถสรุปข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่ายได้ ดังนี้

ข้อโต้แย้งของบริษัททีฟฟานี่

บริษัททีฟฟานี่กล่าวหาอีเบย์ว่า ให้ความช่วยเหลือและความสะดวกแก่ผู้ขายในความพยายามที่จะขายสินค้าปลอมแปลง และได้ผลประโยชน์จากการขายสินค้าปลอมแปลงเหล่านั้น โดยบริษัททีฟฟานี่เรียกร้องให้บริษัทอีเบย์ดำเนินการที่จะหยุดการขายสินค้าปลอมแปลง ดังนั้นบริษัททีฟฟานี่จึงเรียกร้องให้อีเบย์เพิ่มความพยายามในการป้องกันการละเมิดสินค้าปลอมแปลงให้มีมากกว่ามาตรการที่ใช้อยู่ คือการแจ้งและการถอดถอน (Notice and Take down)¹² นอกจากนี้ บริษัททีฟฟานี่ได้โต้แย้งเพิ่มเติมอีกว่าภายใต้กฎหมายที่ควบคุมความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้า ซึ่งอีเบย์มีแนวโน้มที่จะต้องรับผิดชอบ ถ้าอีเบย์ยังคงดำเนินการให้ความสะดวกและอนุญาตให้มีการขายสินค้าปลอมแปลงบนเว็บไซต์ของอีเบย์ต่อไป จากคดีทางกฎหมายที่ตรงกับประเด็นนี้ยืนยันได้ว่าหลักการเรื่องความรู้ในการกระทำละเมิดไม่ได้เป็นข้อเรียกร้องที่สำคัญในการพิจารณาหาความรับผิดชอบของอีเบย์ ดังนั้น จากข้อเท็จจริงยืนยันว่า ร้อยละ 75 ของสินค้าจำพวกเครื่องประดับภายใต้เครื่องหมายการค้าของทีฟฟานี่ที่ขายบนเว็บไซต์ของอีเบย์นั้นเป็นสินค้าปลอมแปลง ซึ่งถือว่าเพียงพอแล้วสำหรับความรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในการทำความผิด

¹²ดูรายละเอียดได้ที่ <www.portfolio.com/views/blogs/daily-brief/2007/11/20/internet-lawsuit-its-the-real-thing>

ข้อโต้แย้งของบริษัทอีเบย์¹³

บริษัทอีเบย์อ้างว่าตนเป็นเพียงสถานที่สำหรับให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาเจอกันและไม่เคยเห็นสินค้าที่ถูกเสนอขาย ดังนั้นการที่บริษัททิฟฟานีจะนำข้อเรียกร้องของกฎหมายมาปรับใช้นั้นจะต้องพิสูจน์ได้ว่า (1) อีเบย์รู้หรือมีเหตุควรรู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิด (2) อีเบย์ล้มเหลวต่อการเยียวยาแก้ไขการกระทำอันเป็นการละเมิด ในข้อพิจารณาแรกอีเบย์โต้แย้งว่าตัวบริษัทอีเบย์ไม่ได้มีมาตรการที่กำหนด หรือบังคับตนเองให้กระทำการที่หยุดการกระทำละเมิดนั้น หากรู้ว่าการกระทำละเมิดเป็นการรู้แบบกว้างๆไม่เฉพาะเจาะจงถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่กำลังถูกทำละเมิด ส่วนในประเด็นที่สองอีเบย์โต้แย้งว่าได้มีมาตรการที่ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอย่างเพียงพอและตอบสนองทุกๆการกล่าวอ้างถึงการกระทำละเมิดของทิฟฟานี ซึ่งก็เป็นการยืนยันได้ว่าถ้าอีเบย์มีการตรวจสอบทุกรายการสินค้าที่ขายอยู่บนเว็บไซต์ ก็จะทำให้อีเบย์ไม่ถูกบังคับให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดบนเว็บไซต์ของตน

ในการตัดสินในคดีนี้ผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นได้นำทฤษฎีความรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดในคดี *Inwood Laboratories v. Ives Laboratories*.¹⁴ มาประยุกต์ใช้ในการหาคำตัดสิน ซึ่งจะได้มีการนำเสนอทฤษฎี *Inwood* ในบทต่อไป

ข้อพิพาทอื่นๆของอีเบย์¹⁵

สถานการณ์ปัจจุบันที่เกิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าของเว็บไซต์ประมูลออนไลน์อื่นๆ เช่น ในกลุ่มผู้ประกอบการในประเทศฝรั่งเศส ที่มีชื่อว่า “France’s Union of Manufactures” หรือ Unifab เตรียมยื่นฟ้องอีเบย์ (eBay Inc.) ในข้อกล่าวหาว่าเป็นผู้จำหน่ายสินค้าเลียนแบบบนเว็บไซต์ พร้อมกันนี้ยังยื่นคำร้องต่อศาลถึงการที่เว็บไซต์ต่างๆนำสินค้าลอกเลียนแบบแบรนด์เนมชื่อดัง (Brand name) ออกขายทางอินเทอร์เน็ต โดยตรวจพบสินค้าดังกล่าวในหลายๆเว็บไซต์ อาทิ eBay.com, iOffer.com, [Yahoo Inc.](http://Yahoo Inc) และ [Japan’s Rakuten Inc.](http://Japan’s Rakuten Inc) ซึ่งทางอีเบย์ได้ออกมาโต้แย้งว่าทางบริษัทได้ทำการตรวจเช็คสินค้าปลอมอยู่แล้ว โดยจะ

¹³ดูรายละเอียดได้ที่ <www.portfolio.com/views/blogs/daily-brief/2007/11/20/internet-lawsuit-its-the-real-thing>

¹⁴*Inwood Laboratories v. Ives Laboratories*,
<<http://supreme.justia.com/us/456/844/case.html#F13>>

¹⁵news.yahoo.com, 28 August 2006.

ดำเนินการกำจัดรายการสินค้าปลอมแปลงออกไปจากเว็บไซต์ทันทีที่ทำการตรวจพบ เพราะถือว่าการกระทำที่ผิดไปจากข้อตกลงและเงื่อนไข และยังเป็นกระทำที่ผิดกฎหมายอีกด้วย แต่จากข้อเท็จจริงสำหรับสินค้าปลอมที่ Unifab ตรวจพบในอีเบย์ มีมากกว่า 235,000 รายการ รวมทั้งสินค้าที่แบรนด์เนมชื่อดังอย่างเช่น หลุยส์วิตตอง (Louis Vitton) ที่เป็นของเลียนแบบได้ ถูกพบเป็นจำนวนมากที่สุด จากเหตุผลข้างต้น บริษัทหลุยส์วิตตอง (Louis Vitton) จึงดำเนินการฟ้องร้องอีเบย์ต่อศาลกรุงปารีส ซึ่งตัวบริษัทเองก็คาดหวังว่าจะได้รับความเป็นธรรม ในการนำคดีขึ้นพิจารณาที่ศาลในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีกฎหมายต่อต้านสินค้าปลอมแปลงอย่างเข้มงวด โดยกำหนดโทษแก่ผู้ที่มีสินค้าลอกเลียนแบบของหลุยส์วิตตอง (Louis Vitton) ไว้ในครอบครองจะถูกลงโทษด้วยการปรับเป็นเงินสองเท่าของมูลค่าของสินค้าที่เป็นของแท้ และสาเหตุอีกประการหนึ่งที่บริษัทหลุยส์วิตตองมั่นใจว่าตนเองจะชนะในคดีนี้ก็คือ คำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่ได้ตัดสินยืนตามคำตัดสินของศาลชั้นต้นด้วยการสั่งให้ กูเกิล อิงค์ (google) จ่ายเงิน 400,000 ดอลลาร์ เพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่บริษัทหลุยส์วิตตอง เพราะเว็บไซต์ค้นหาข้อมูลชื่อดังแห่งนี้ได้โฆษณาจำหน่ายสินค้าปลอมแปลงของหลุยส์วิตตองหลายชิ้น และชัยชนะครั้งนี้เองทำให้บริษัทหลุยส์วิตตองมั่นใจว่าการฟ้องร้องอีเบย์ครั้งนี้จะทำให้บริษัทชนะคดีได้เงินค่าเสียหายตามที่เรียกร้องไปจำนวน 50 ล้านดอลลาร์

จากคดีฟ้องร้องระหว่าง Tiffany v. eBay ซึ่งยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล และคดีอื่นๆที่ต่อต้านผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ได้กลายมาเป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะขอกล่าวถึงแนวคิด ทฤษฎีและความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในบทถัดไป

บทที่ 3

แนวคิด ทฤษฎีและความรับผิดชอบด้านกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ในปัจจุบันนี้ การกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ขายสินค้าบนอินเทอร์เน็ตในตลาดออนไลน์ (e-marketplace) ได้กลายมาเป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้ขายสินค้าปลอมแปลงบนอินเทอร์เน็ต รวมถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าด้วยเช่นกัน ดังนั้น ในบทนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ผู้วิจัยได้ศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิด และการกระทำความผิดต่อเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่ในประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการนำมาปรับใช้โดยการเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เพื่อชี้ให้เห็นถึงแนวทางในการกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบที่เหมาะสมให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยในบทต่อไป

3.1 แนวคิด ทฤษฎี และความรับผิดชอบผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมาย Lanham Act¹ ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นในเรื่องการกระทำละเมิดร่วมกัน (Contributory Infringement) และความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของผู้อื่นไว้² (Vicarious liability) แต่ศาลได้นำแนวคิดในเรื่องผู้ทำละเมิดทางอ้อม (Indirect Infringer) ของกฎหมาย Common Law มาปรับใช้ โดยกำหนดให้ความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า และการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยให้ขยายครอบคลุมไปถึงผู้ที่ซึ่งรู้ว่าสินค้าที่ตนขายนั้นละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น รวมถึงผู้ซึ่งรู้ถึงการร่วมในการกระทำละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย³ ดังนั้น จึงมีอยู่ 2 ทฤษฎีความรับผิดชอบที่มักจะนำมาปรับใช้กับการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต ดังนี้

¹ Lanham Act เป็นกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

² ดู 15 U.S.C. § 1051, 1994

³ J. Thomas McCarthy, McCarthy On Trademark and Unfair Competition (2002) §§ 25:17, 18, referencing Warner & Co. v. Eli Lilly & Co., 265 U.S. 526 (1924).

3.1.1 ความรับผิดชอบร่วมกันในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Contributory Infringement Liability) หมายถึงการแสดงเจตนาของจำเลยที่จะชักจูง หรือโน้มน้าวผู้อื่นให้กระทำการละเมิดเครื่องหมาย หรือยังคงดำเนินการผลิต หรือจัดจำหน่ายสินค้าโดยรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่ากำลังกระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งศาลฎีกาได้อธิบายถึงข้อกำหนดที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ของความรับผิดชอบ ดังนี้

3.1.1.1 คดี *Inwood Labs., Inc. v. Ives Laboratories., Inc.*,⁴ วางหลักว่า ผู้ที่มีความตั้งใจที่จะชักจูง หรือโน้มน้าวให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า หรือยังคงจัดหาสินค้าให้แก่ผู้อื่นโดยรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่ากำลังกระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้า ต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการหลอกลวง

ในคดีของ *Inwood Laboratories v. Ives Laboratories* ศาลฎีกาตัดสินว่า ถ้าผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายสินค้า ซึ่งมีเจตนาชักจูงแนะนำผู้อื่นให้ทำการล่วงละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือดำเนินการจัดหาสินค้าให้แก่บุคคลผู้ซึ่งรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่ายสินค้าต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่มีเจตนาหลอกลวง

ข้อเท็จจริงในคดี *Inwood* เป็นบริษัทผลิตยาทางชีววิทยา⁵ ซึ่ง *Inwood* ได้ผลิตยาขึ้นตามสิทธิบัตรของ *Ives* หลังจากสิทธิในสิทธิบัตรสิ้นสุดไปแล้ว แต่อย่างไรก็ตามเมื่อยาที่ *Inwood* ได้ผลิตขึ้นมานั้นมีลักษณะเหมือนกับเมื่อยาที่ *Ives* ผลิตขึ้นมาเป็นอย่างมาก ศาลฎีกาของอเมริกาวางหลักเกณฑ์ว่าอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบร่วมได้ ถ้า *Inwood* รู้จักวิธีปรุงยาซึ่งเป็นการได้เปรียบในข้อเท็จจริงว่าเมื่อยาที่ *Inwood* ผลิตเหมือนกับเมื่อยาที่ผลิตโดย *Ives* และมีราคาที่ถูกกว่ามาก⁶ ดังนั้น ในการกำหนดถึงการทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า หรือทฤษฎีความรับผิดชอบของ *Inwood* มีข้อกำหนดว่าผู้ทำละเมิดต้องรู้ หรือมีเหตุควรรู้ จึงจะเข้าลักษณะของความผิดร่วมในการทำละเมิดของผู้อื่น

⁴ *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844,855 (1982).

⁵ ดู id.846-49.

⁶ ดูคดี *Inwood*, 456 U.S. at 854-59.

3.1.1.2 ในคดี Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.⁷ ศาลได้นำหลักทฤษฎีของคดีInwood โดยศาลได้ปฏิเสธการกล่าวอ้างสิทธิของโจทก์ในความรับผิดชอบร่วมกันในการทำละเมิดของจำเลย โดยศาลตัดสินในคดีนี้ว่า จำเลยเป็นเพียงบริษัทผู้จดทะเบียนชื่อโดเมน (Domainname) ที่เชื่อมโยงชื่อโดเมนกับ IP address และไม่ได้ใช้ไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าของตน ดังนั้น จึงเป็นการยากต่อจำเลยที่จะทำการถอดถอนการกระทำละเมิดบนชื่อโดเมนที่รับจดทะเบียนนั้น ฉะนั้น จำเลยจึงไม่มีหน้าที่ควบคุมผู้จดทะเบียนชื่อโดเมนจากใช้ชื่อโดเมนในการละเมิดเครื่องหมายการค้า ศาลยังอธิบายเพิ่มเติมไปถึงการนำทฤษฎีของความรับผิดชอบร่วมในการทำละเมิดมาปรับใช้กับคดีนี้ว่า จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นว่า จำเลยต้องมีการชักจูงผู้อื่นให้ปฏิบัติ หรือดำเนินการจัดหาผลิตภัณฑ์ ภายหลังจากที่จำเลย รู้หรือ มีเหตุควรรู้ว่า กำลังทำให้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ด้อยค่า หรือเสื่อมค่าลง แต่ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า การกระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ไม่ได้เกิดขึ้นตอนที่จำเลยรับจดทะเบียนชื่อโดเมน เป็นแต่เพียงการนำชื่อโดเมนมาใช้ในการซื้อขายสินค้าและบริการบนเว็บไซต์ของผู้จดทะเบียนชื่อโดเมน ดังนั้น จำเลยผู้ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงไม่ต้องรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดของผู้อื่น

3.1.1.3 คดี Gucci America, Inc. v. Hall & Assocs. and Mindspring Enter., Inc.⁸

โจทก์เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีชื่อว่า Gucci ได้ดำเนินการฟ้องต่อเจ้าของเว็บไซต์ที่ขายสินค้า Gucci บนพื้นที่ให้บริการของเว็บไซต์อย่างผิดกฎหมาย รวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) อย่างเช่น Mindspring ด้วย ต่อมา Mindspring ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอยกฟ้องคำฟ้องของศาลในคดี Lockheed เพื่อขยายความรับผิดชอบต่อการใช้ชื่อโดเมนที่ผิดไปยังผู้จดทะเบียนชื่อโดเมน อย่างไรก็ตาม ศาลปฏิเสธคำร้องโดยให้เหตุผลว่า บทบาทของผู้จดทะเบียนโดเมนแตกต่างจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผู้ซึ่งใช้คอมพิวเตอร์เก็บ

⁷Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 985 F. Supp.949 (C.D. Cal. 1997), aff'd, 194 F.3d 980 (9 th Cir. 1999).

⁸Gucci America, Inc. v. Hall & Assocs. and Mindspring Enter., Inc.,135 F. Supp,2d 409 (S.D.N.Y, 2001).

ข้อมูล และการติดต่อระหว่างกันถึงข้อมูลที่ละเมิด แต่สามารถนำมาเปรียบเทียบได้กับผู้ขายสินค้าปลอมแปลงในตลาดนัด เช่นในคดีของ Fonovisa⁹ และ Hard Rock¹⁰

ดังนั้น ในคดี Gucci ศาลแสดงถึงประเด็นที่สำคัญสำหรับคำพิพากษาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) จะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุม และตรวจสอบการกระทำละเมิดของคู่กรณี ซึ่งในคดีGucci ศาลพบว่า Mindspring เป็นผู้ให้บริการที่ไม่เหมือนกับผู้รับจดทะเบียนชื่อโดเมน แต่จะคล้ายกับผู้ประกอบการตลาดนัด เนื่องจากเป็นผู้ให้บริการพื้นที่ในการเก็บข้อมูล และระบบสื่อสารที่มีละเมิดอยู่จริง เช่นเดียวกับผู้ประกอบการตลาดนัดที่ให้บริการพื้นที่ในการขายแก่ผู้ขายที่ทำการซื้อขายสินค้าปลอมแปลง ดังนั้น ผู้ประกอบการตลาดนัดกลางแจ้งสามารถป้องกันการขายสินค้าปลอมแปลงได้โดยสั่งห้ามผู้ขายไม่ให้ขายสินค้า หรือไม่ให้ผู้ขายเข้ามาในพื้นที่ที่ให้บริการ ดังนั้น ศาลในคดี Gucci จึงเห็นด้วยว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถป้องกันการกระทำละเมิดได้โดยการควบคุมพื้นที่ที่ให้บริการของเว็บไซต์ หรือยุติการให้บริการที่ผู้ใช้บริการถูกกล่าวหาว่าขายสินค้าปลอมโดยผิดกฎหมาย ดังนั้นในคดีนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น

3.1.2 ความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Infringement Liability)

ในการกำหนดความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น จะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการ หรือผู้ดำเนินการ (1) มีสิทธิและความสามารถที่จะควบคุมผู้ใช้ และ (2) ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการอนุญาตให้กระทำละเมิด ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงและเงื่อนไขของผู้ใช้อาจจะใช้เป็นหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือผู้ใช้ หรือ ผลประโยชน์ทางการเงินอาจหมายถึง ค่าธรรมเนียมในการสมัครเป็นสมาชิก รายได้จากการโฆษณา หรือการแลกเปลี่ยนงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น ภายใต้ทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่นผู้ประกอบการก็สามารถมีความรับผิดชอบได้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการจะไม่ได้รู้ถึงการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นบนเว็บไซต์ของตน ดังเช่นในคดีต่อไปนี้

3.1.2.1 คดี Fonovisa, Inc., v. Cheery Auction, Inc.¹¹ จำเลยเป็นผู้ประกอบการของตลาดแลกเปลี่ยน ซึ่งอนุญาตให้ผู้ขายทำการขายสิ่งบันเทิงเสียงปลอมแปลงที่

⁹ Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

¹⁰ Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Servs. Inc, 955 F.2d 1143 (7th Cir.1992).

¹¹ 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

ละเมิดสิทธิลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ดังนั้น โจทก์จึงยื่นฟ้องจำเลยสำหรับการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งคำตัดสินในคดีนี้ศาลชั้นต้นได้สั่งยกฟ้องในความรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง ตามความรับผิดในกฎหมาย Federal Rules of Civil Procedure Section 12(a)(b) ดังนั้น โจทก์จึงยื่นอุทธรณ์เพื่อฟ้องจำเลยสำหรับการละเมิดร่วมในลิขสิทธิ์ และการละเมิดในการกระทำผิดของบุคคลอื่น และการละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้าภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์มาตรา 17 U.S.C.S. § 101 et seq. สำหรับความรับผิดในการกระทำผิดของบุคคลอื่น ศาลให้ความเห็นว่ายังต้องมีความรับผิดอยู่ เพราะจำเลยมีอำนาจที่จะควบคุมผู้กระทำละเมิดโดยตรง และได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดนั้น ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้พบว่าผู้ที่ต้องการจะขายสินค้าในตลาดแลกเปลี่ยนได้จ่ายค่าเช่าที่ให้กับจำเลยเพื่อแลกกับที่ว่างในตลาดแลกเปลี่ยน และจำเลยยังเป็นผู้จัดหาสถานที่จอดรถให้กับลูกค้า รวมถึงจัดทำโฆษณา และยังรักษาสิทธิของตนที่จะไล่ผู้เช่าออกจากพื้นที่ให้เช่าไม่ว่าเหตุผลใด ๆ ก็ตาม พร้อมกันนั้นยังได้รับค่าธรรมเนียมจากลูกค้าที่เข้ามาใช้บริการอีกด้วย และศาลยังคงเห็นด้วยกับความรับผิดร่วมในการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากจำเลยเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดโดยจัดหาพื้นที่ในเว็บไซต์ให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นท้ายที่สุดศาลยังคงให้ความสนับสนุนสำหรับความรับผิดร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า เพราะจำเลยมีเจตนาที่แสดงให้เห็นว่าตนไม่รู้ว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น (Willful blindness) และยังคงดำเนินการให้มีการกระทำละเมิดต่อไป

หลักความรับผิดจากการกระทำละเมิดของผู้อื่นนี้ ได้ถูกพัฒนาขึ้นมาจากคดี Shapiro Bernstein and Co. v. H.L. Green Co.¹² ในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ ภาค 2 (Second Circuit) นี้เป็นผลพลอยที่ทำให้เกิดหลักความรับผิดในกฎหมายแพ่งในลักษณะละเมิดที่นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง หรืออีกนัยหนึ่งคือ Respondeat Superior โดยมีสาระสำคัญว่าตัวการจะต้องรับผิดในการกระทำความผิดของตัวแทนซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของตนและได้กระทำการไปภายในขอบเขตของงานที่จ้างด้วย (Scope of Employment) กล่าวโดยสรุป ตามหลักนายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง Respondeat Superior คดีที่น่าเป็นข้อสังเกตและเป็นคดีสำคัญของหลักความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น เพื่อขายสิ่ง

¹²316 F. 2d 304 (2nd Cir. 1963).

บันทึกเสียงถูกปลอมแปลงขึ้น คือ *Shapiro Bernstein and Co. v. H.L. Green Co.*¹³ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลต้องเผชิญปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นการฟ้องร้องเพื่อต่อต้านการดำเนินการของเจ้าของห้างสรรพสินค้าที่ซึ่งยอมขายให้ขายสิ่งบันทึกเสียงที่ถูกปลอมแปลงขึ้นซึ่งโดยปกติทั่วไปของหลักกฎหมายลักษณะตัวแทน ไม่มีหลักความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์จากการกระทำของลูกจ้าง โดยในคดีนี้ศาลจึงพิจารณาสองประเด็นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้คดีมีความชัดเจน กล่าวคือ

ในประเด็นแรกนั้น เป็นกรณีของผู้ให้เช่ากับผู้เช่าซึ่งในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่าเจ้าของหรือผู้ให้เช่าผู้ไม่รู้ถึงการกระทำละเมิดของผู้เช่า และไม่สามารถควบคุมการกระทำ ความผิดของผู้เช่าดังกล่าว ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการขายสินค้าที่ละเมิดโดยผู้เช่า

ในกรณีประเด็นที่สอง เรียกว่า คดีของสถานที่จัดงาน (dance hall cases) โดยผู้ดำเนินการเป็นผู้ดูแลสถานที่จัดงานที่จัดงานการแสดงจะป้องกันการละเมิดงานแสดงก็ต่อเมื่อ (1) ผู้ดำเนินการเป็นผู้ดูแลและควบคุมสถานที่ (2) ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากผู้รับชมการแสดงที่เป็นการกระทำละเมิด¹⁴

จากสองกรณีข้างต้น ศาลในคดี *Shapiro* ตัดสินว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของร้านค้า (Store owner) และผู้ได้รับความยินยอมให้ขายสินค้า (Concessionaire) จะมีลักษณะใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ของผู้ดำเนินการในสถานที่จัดงาน (Dance hall) มากกว่าเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบของผู้ให้เช่ากับผู้เช่า เพราะการกำหนดโทษจากการกระทำละเมิดของผู้อื่นแก่จำเลยผู้ซึ่งไม่ได้ทราบถึงการกระทำละเมิดมาก่อน ซึ่งศาลในคดี *Shapiro* ลงความเห็นว่า การกำหนดโทษของความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นต่อจำเลยนั้นไม่เป็นการกระทำที่รุนแรงและยุติธรรม เพราะเจ้าของร้านค้ามีอำนาจที่จะยุติการกระทำของผู้ได้รับความยินยอมได้ และยังเห็นได้ชัดว่าเจ้าของร้านค้าได้รับผลประโยชน์จากการกระทำละเมิดโดยตรง ดังนั้น จากคดีตัวอย่างที่กล่าวมานี้ เห็นได้ชัดถึงความรับผิดในความสัมพันธ์รูปแบบของผู้ให้เช่ากับผู้เช่า โดยนำมาเปรียบเทียบกับความรับผิดในลักษณะของนายจ้างและลูกจ้าง กล่าวคือ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ถ้าพิสูจน์ได้ว่านายจ้างมี (1) สิทธิและความสามารถที่จะ

¹³316 F. 2d 304 (2ndCir. 1963).

¹⁴ดูคดี *Shapiro*, 316 F.2d at 307; 2 Paul Goldstein, "Copyright" *Principles, Law and Practice* § 6.2 (2000).

ควบคุมการกระทำที่เป็นการละเมิด และ (2) ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการอนุญาตให้กระทำละเมิด จะเห็นได้ว่า ผู้ดำเนินการในตลาดแลกเปลี่ยน หรือผู้ให้เช่ามีความสามารถที่จะควบคุมดูแลการกระทำในพื้นที่เช่าของผู้เช่า และยังสามารถได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากการกระทำละเมิดของผู้เช่า

3.1.2.2 คดี Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Serves., Inc.¹⁵

ในคดีนี้โจทก์กล่าวหา ผู้ดำเนินการของตลาดนัดเพื่อหารับผิดร่วมในการกระทำละเมิด จากที่ให้จำเลยเช่าพื้นที่ในการขายสินค้าที่ละเมิด ซึ่งศาลในคดีนี้เห็นด้วยว่าผู้ดำเนินการของตลาดนัด (Flea market operator) มีลักษณะคล้ายกับผู้ให้เช่า (Landlord) ซึ่งศาลอุทธรณ์ภาค 7 (Seventh Circuit) ได้ นำหลักความรับผิดชอบในการกระทำละเมิด (Inwood test) มาปรับใช้สำหรับความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยถ้าจำเลย (1) มีเจตนาจงใจ หรือชักจูงผู้อื่นให้กระทำละเมิดบนเครื่องหมายการค้า (2) ดำเนินการจัดหาผลผลิต โดยรู้ว่ากำลังใช้ผลผลิตนั้นในการกระทำละเมิด ซึ่งในหลักความรับผิดชอบอยู่ในความสัมพันธ์ในรูปแบบผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย แต่ศาลได้ขยายหลักการไปยังผู้ประกอบการตลาดขายสินค้ามือสองกรณีความรับผิดชอบละเมิดเครื่องหมายการค้า ศาลระบุว่าเจ้าของตลาดขายสินค้ามือสองและผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบต่อการขายสินค้าปลอมแปลงโดยผู้ค้าในตลาด หากเจ้าของรู้เห็นมีเหตุผลที่จะรู้ หรือตั้งใจทำมองไม่เห็น หรือไม่รับรู้ (Willful blindness) ถึงการขายสินค้าปลอมแปลง

ดังนั้นจะเห็นได้ถึงถึงความคล้ายคลึงของความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) และผู้ให้เช่าพื้นที่บริการ (Landlord) โดยทั้งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และผู้ให้เช่าพื้นที่บริการ ต่างก็มีหน้าที่ที่ต้องควบคุมพื้นที่ที่ให้บริการของตน หรือในกรณีของ ISP ก็ต้องดูแลการเก็บข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ของตน และต่างฝ่ายต่างก็ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินแก่ผู้ใช้บริการเช่นเดียวกัน

¹⁵ Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc, 955 F.2d 1143.

3.2. แนวคิดและหลักการในการแก้ไขปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบน

อินเทอร์เน็ต

การพัฒนาของความรับผิดชอบร่วมในเครื่องหมายการค้า เริ่มต้นจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย ซึ่งต่อมานำไปใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่า และต่อมาได้นำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ในธุรกิจบนอินเทอร์เน็ต โดยความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้า หมายถึง คำ วลี สัญลักษณ์ หรือการออกแบบที่ทำให้สิ่งนั้นโดดเด่นขึ้นมา และสามารถบ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของสินค้านั้น ซึ่งต่างจากเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น¹⁶ เช่นเดียวกับมาตรา 32 ของ Lanham Act ของสหรัฐอเมริกาที่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายหากมีการนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ในการขาย เสนอขาย แจกจ่าย หรือโฆษณาสินค้า หรือบริการเพื่อให้เกิดความสับสน เข้าใจผิด หรือการลวงขาย โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า¹⁷ ดังนั้น หากมีผู้ใดใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้กับสินค้าเพื่อให้เกิดความสับสนต่อสาธารณชนถึงแหล่งที่มา เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถเรียกร้องค่าเสียหาย และให้หยุดการกระทำละเมิดนั้นได้¹⁸ จะสังเกตเห็นได้ว่าความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นสามารถใช้บังคับได้กับบุคคลอื่น ๆ ที่ร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ละเมิดโดยตรง เพื่อให้รับผิดชอบร่วมกันสำหรับการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น

3.2.1 หลักความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์

ระหว่างผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่าย (Manufacturer/ Distributor Relationships)

หลักการในการพิจารณาหาความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้านี้ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่าย โดยมีหลักว่าผู้ใดที่ให้คำแนะนำให้อีกฝ่ายกระทำการละเมิด และจัดจำหน่ายสินค้า หรือจัดผลิตภัณฑ์ให้กับบุคคลเหล่านั้นเพื่อให้เกิดผลประโยชน์ จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบการกระทำละเมิดนั้นด้วยตนเอง ดังเช่นในคดีของ Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratorise, Inc. ที่ศาลฎีการะบุถึงความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าจะบังคับใช้กับผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่ายที่ (1) มีเจตนาที่จะชักชวน โน้มน้าว หรือจูงใจให้อีกฝ่ายกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า หรือ (2) เมื่อรู้ว่าอีกฝ่ายหนึ่ง

¹⁶ ข้อมูลจาก United States Patent and Trademark office, Trademark, copyright or patent

<http://www.uspto.gov/web/offices/tac/doc/basic/trade_defin.htm>

¹⁷ 15 U.S.C. §1114(1) (2000).

¹⁸ 15 U.S.C. §1114 (2000).

กระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือมีเหตุควรรู้ แต่ก็ยังคงขายสินค้าต่อไป¹⁹ หรืออีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการนำหลักความรับผิดชอบมาปรับใช้ ดังเช่น ในคดีของ William R. Warner & Co. VS Eli Lilly & Co. ซึ่งศาลฎีกาตัดสินให้บริษัทผลิตยาต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นจากการกระทำของร้านขายยา²⁰ เนื่องจากศาลพบว่าจำเลย (บริษัทผลิตยา) ได้ทำการหลอกล่อ ชักชวน โหม้มน้าว ทั้งทางตรงและทางอ้อมให้ร้านขายยาจำหน่ายแต่ยาของบริษัทของจำเลย โดยทำการลงขายว่าเป็นผลิตภัณฑ์ของโจทก์

ต่อมาในปี ค.ศ .1982 ศาลฎีกาในคดี Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs²¹ ได้ขยายหลักความรับผิดชอบนี้เพิ่มเติม โดยยังคงหลักการเดิมที่ว่า หากบริษัทมีเจตนาชักจูง โหม้มน้าวให้ผู้อื่นกระทำละเมิด หรือยังคงจัดหาสินค้าให้แก่คนที่กระทำละเมิดต่อไป โดยรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่าบุคคลนั้นจะกระทำละเมิด บริษัทก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดนั้น แต่ส่วนที่เพิ่มเติมมานี้ใช้บังคับในกรณีที่ไม่มีมีการโหม้มน้าว หรือไม่สามารรู้ถึงการกระทำละเมิดที่ชัดเจน แต่มีการได้รับผลประโยชน์จากการกระทำละเมิดนั้น ก็ถือได้ว่าต้องร่วมรับผิดชอบตามหลักการนี้เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ในคดีของ Inwood Laboratories เป็นผู้ผลิตยาภายใต้ชื่อว่า “Cyclandelate” ซึ่งมีเจตนาจงใจที่จะลอกเลียนแบบลักษณะและรูปแบบยาชนิดเดียวกันที่ขายดีมากของ บริษัท Ives โดยใช้ชื่อว่า “Cyclospasmol”²² เป็นเหตุให้บริษัท Ives ยื่นฟ้องต่อศาล โดยอ้างว่าบริษัท Inwood จงใจเลียนแบบรูปแบบของแคปซูล รูปในแคตตาล็อก ราคา และสีของยา ทำให้ผู้ขายยาเกิดความเข้าใจผิดคิดว่ายาของบริษัท Inwood ชนิดนี้ เป็นยาชนิดเดียวกันกับของบริษัท Ives ที่ชื่อว่า “Cyclospasmol”²³ แต่เนื่องจากศาลชั้นต้นพบว่า บริษัท Inwood ไม่ได้มีเจตนาที่จะหลอกล่อ หรือโหม้มน้าวให้ผู้ขายยาเข้าใจผิดในการสั่งซื้อตัวยานี้ ยิ่งไปกว่านั้นบริษัท Inwood ยังหยุดขายยาของตนเองเมื่อรู้ว่าผู้ขายยาไม่ได้ต้องการจะซื้อยาในเครื่องหมายทางการค้าของบริษัท Inwood แต่ต้องการตัวยานของบริษัท Ives แทน เช่นเดียวกับคำตัดสินของศาลฎีกาที่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลชั้นต้น²⁴

¹⁹ Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., 456 U.S. 844, 853-54 (1982).

²⁰ Warner & Co. v. Eli Lilly & Co., 265 U.S. 526 (1924)

²¹ Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., 456 U.S. 844, 853-54 (1982).

²² Ibid at 847

²³ Ibid at 850

²⁴ Ibid at 855

3.2.2 หลักความรับผิดในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของพื้นที่ให้เช่า และผู้เช่า (Landlord Relationships)

ในปี ค.ศ. 1992 ศาลอุทธรณ์ภาค 7 ในคดี Hard Rock Café Licensing Corp. กับ Concession Services, Inc.²⁵ ได้ขยายขอบเขตของความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้ามาใช้ นอกเหนือจากความสัมพันธ์แบบผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย โดยได้นำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ให้เช่ากับผู้เช่าด้วย ดังเช่นในคดีนี้ Concession Services ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของพื้นที่ให้เช่า และเป็นผู้ดำเนินการในตลาดนัด ที่ซึ่งมีการละเมิดเครื่องหมายการค้าของ Hard Rock's โดยหนึ่งในผู้เช่าพื้นที่ ศาลกล่าวอ้างในคดีนี้ว่า เจ้าของพื้นที่ให้เช่า หรือผู้อนุญาตให้ใช้พื้นที่ จะต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นภายในพื้นที่เช่าของตน หากรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าการกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้น นอกจากนี้ ศาลยังขยายการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยนำกฎหมาย common law และกฎหมายละเมิด มาใช้โดยกำหนดความรับผิดให้ฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นต่อการละเมิดของผู้ได้รับอนุญาตจากตน โดยรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิ หรืออาจจะก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้อื่น²⁶ อีกตัวอย่างหนึ่งที่มีการนำคำตัดสินในเรื่องความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าของคดี Hard Rock's มาปรับใช้กับในคดี Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.²⁷ โดย Cherry Auction ได้เปิดดำเนินการให้มีการแลกเปลี่ยนสิ่งบันเทิงเสียงในสถานที่ซึ่งผู้ขายเกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าจำนวนมากผ่านทาง การขายแผ่นเสียง หรือเทปเพลงที่เป็นของปลอม จากข้อเท็จจริงศาลพบว่า Cherry Auction ไม่ได้มีการขายในรูปแบบของสินค้า เพราะเป็นการให้เช่าพื้นที่ จึงไม่มีลักษณะเป็นการขายสินค้า ดังนั้นศาลมีความเห็นที่ไม่สามารถนำคำตัดสินในคดี Inwood มาปรับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าการประยุกต์ใช้คำตัดสินในคดี Hard Rock Café's สามารถนำมาอธิบายและใช้ตัดสินความรับผิดในการละเมิดที่เกิดขึ้นได้ โดยศาลพบว่า Cherry Auction จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายจากการละเมิดที่เกิดขึ้นในพื้นที่ให้เช่าของตนซึ่งรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่าการละเมิดเกิดขึ้น

²⁵ 955 F.2d 1143 (7th Cir.1992).

²⁶ Restatement (Second) of Torts § 877(c) (1979)

²⁷ 76 F. 3d 259 (9th Cir. 1996).

จะเห็นได้ว่าทั้งคดี Hard Rock และ Fonovisa ได้มีการนำหลักความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าไปปรับใช้ในความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่าพื้นที่กับผู้เช่า โดยยังคงหลักการเดิมที่ใช้ในการพิจารณาหาความรับผิดชอบโดยพิจารณาจากการรู้ หรือมีเหตุควรรู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิด และยังคงจัดหาหรือดำเนินการใดๆ เพื่อให้มีการทำละเมิดต่อไป ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น

3.2.3 แนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต

อันเนื่องมาจากความนิยมในการใช้อินเทอร์เน็ตที่มีเพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ทำให้เป็นความท้าทายที่จะต้องมีการปรับหลักกฎหมายต่างๆ ให้สามารถนำไปปรับใช้กับในคดีบนอินเทอร์เน็ต²⁸ ดังนั้นการทำธุรกรรมบนอินเทอร์เน็ตบางครั้งก็เปรียบได้กับการติดต่อสื่อสารที่มีอยู่ทั่วไป เช่น การติดต่อทางโทรศัพท์ การสื่อสารทางโทรทัศน หรือการให้บริการเกี่ยวกับไปรษณีย์²⁹ เช่นเดียวกันในยุคอิเล็กทรอนิกส์ของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตก็เปรียบได้กับสถานที่ที่ให้บริการซื้อขายจริง ตัวอย่างเช่น ในคดี Intel Corp. v. Hamidi³⁰ ที่ซึ่งศาลฎีกาของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้นำคำแนะนำของ ศาสตราจารย์ Richard Esptein ซึ่งเป็นผู้ให้คำปรึกษาแก่ศาลโดยสมัครใจ (amicus curiae) ระบุว่าหลักเกณฑ์ของการละเมิดในทรัพย์สินควรจะขยายขอบเขต เพื่อนำมาใช้กับสถานการณ์ต่างๆ ที่มีอินเทอร์เน็ตเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย โดยพยายามเปลี่ยนมุมมองในการมองอินเทอร์เน็ตให้เป็นเหมือนสถานที่หนึ่ง

เนื่องจากอินเทอร์เน็ตทำให้เกิดแนวทางใหม่ในการติดต่อสื่อสารที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าสูงขึ้น ซึ่งผู้ที่ทำการละเมิดก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรงอย่างมากผ่านทางอินเทอร์เน็ตเพราะว่ามีผู้ใช้บริการเป็นจำนวนมากที่สามารถเข้าไปดูการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้ที่ทำการละเมิดได้รับผลประโยชน์มากจากการลอกขายนสินค้าให้ผู้ซื้อที่เข้ามาดูในเว็บไซต์ที่ขายสินค้าปลอมแปลง ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อเครื่องหมายการค้ามากด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการเจริญเติบโตของธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในปี ค.ศ. 2007

²⁸ Brian D. Kaiser, Note, **Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation**, (2002), 65-66.

²⁹ คดี Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 194 F.3d 980 (9 th Cir. 1999) เปรียบเทียบกับผู้รับจดทะเบียนโดเมนกับผู้ให้บริการทางไปรษณีย์

³⁰ 71 P.3d 296, 309 (Cal.2003).

ของสหรัฐอเมริกาที่เพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 20 และภายในปี ค.ศ. 2011 จะมีมูลค่ารวมทั้งหมดถึง 2.25 แลบล้านเหรียญสหรัฐ³¹

ในขณะที่ต้นทุนของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการที่จะดำเนินการต่อเว็บไซต์ที่ปล่อยให้มีการละเมิดนั้นมีมูลค่าที่สูงมากเช่นกัน ดังนั้นจึงนำไปสู่ความพยายามที่จะนำหลักความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้ในข้อพิพาทที่เกิดบนอินเทอร์เน็ต แต่ก็มักจะพบความยากลำบากในการนำไปปรับใช้เสมอ เนื่องจากความสัมพันธ์ในรูปแบบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตไม่ได้มีความสัมพันธ์แบบผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย หรือผู้ให้เช่าพื้นที่กับผู้เช่า โดยบ่อยครั้งที่รูปแบบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ตมักจะเป็นแบบที่อนุญาตให้บุคคลที่สามติดต่อสื่อสารกันเอง เช่น เว็บไซต์ประมูล³² เว็บไซต์หาคู่³³ เว็บไซต์ให้บริการกระดานสนทนา³⁴ หรือเว็บไซต์แลกเปลี่ยนสิ่งบันเทิงเสียง³⁵ ซึ่งโดยปกติแล้วมักจะพบอยู่ในรูปแบบของการใช้อินเทอร์เน็ตจากเว็บไซต์หนึ่งไปสู่อี้อีกหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการเข้าสู่เว็บไซต์นั้นโดยตรง หรือว่าผ่านทางอ้อมจากลิงค์โฆษณาที่โพสต์อยู่ในเว็บไซต์อื่น ได้กลายเป็นสิ่งที่มีมูลค่าที่สามารถนำไปขายให้เว็บไซต์อื่นๆ ได้ โดยจ่ายเงินแก่เว็บไซต์ปลายทางให้ทำการโฆษณา หรือที่เรียกว่า “Affiliate Program”³⁶ เพื่อให้มีผู้ใช้บริการเข้าสู่เว็บไซต์ตนมากๆ ตัวอย่างเช่น ในคดี Fare Deals, Ltd. V. world Choice Travel.com, Inc.³⁷ พบว่าเว็บไซต์ของจำเลยจ่ายค่าโฆษณาที่โพสต์อยู่ในเว็บไซต์อื่นที่อนุญาตให้ผู้ใช้ได้ใช้เป็นทางผ่านเข้าสู่เว็บไซต์ของจำเลย ในบางครั้งบริษัทยอมที่จะจ่ายเงินทุกๆ 40 เซ็นต์ต่อการเข้าสู่เว็บไซต์ปลายทางของผู้ใช้ในแต่ละครั้ง³⁸ หรือแม้กระทั่งเว็บไซต์ที่ใช้ในการค้นหา หรือที่เรียกว่า Search Engine เช่น Google และ Yahoo ก็เป็นอีกรูปแบบธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดออนไลน์ของเว็บไซต์ต่างๆ ดังนั้นจึงไม่สามารถนำคำตัดสินในหลักความรับผิดชอบ

³¹ ดู www.smethailandclub.com

³² ตัวอย่างเช่น www.ebay.com

³³ ตัวอย่างเช่น www.jdate.com, www.matchmaker.com, และ www.friendster.com

³⁴ ตัวอย่างเช่น www.pantip.com เป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการพื้นที่ในการสนทนาอันเป็นที่นิยม

³⁵ ตัวอย่างเช่น www.kazaa.com และ www.bittorrent.com

³⁶ “Affiliate Program” เป็นการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าสู่เว็บไซต์ที่ตนต้องการ โดยผ่านทางเว็บไซต์ของผู้อื่น และได้มีการกำหนดค่าตอบแทนในการเข้าสู่เว็บไซต์ของผู้ให้บริการไว้ด้วย โดยจะคิดจากจำนวนผู้ใช้บริการต่อการเข้าถึงระบบในแต่ละครั้ง

³⁷ 180 F. Supp, 2d 678 (D. Md. 2001)

³⁸ Olson Elizabeth, **Profits in Missed Exits on Information Highway**, (New York Times, 2003)

ร่วมในคดี Inwood ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในรูปแบบของผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย หรือคำตัดสินในคดี Hard Rock และ Fonovisa ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในรูปแบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่า มาใช้อธิบาย หรือหาคำตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้นในอินเทอร์เน็ตได้อย่างเพียงพอ

แต่ขณะที่ในคดี Hard Rock ที่ศาลนำเอาหลักความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้กับความสัมพันธ์ในรูปแบบของผู้ให้เช่ากับผู้เช่า โดยไม่ได้เปลี่ยนหลักวิธีการตัดสินความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการละเมิด ในกรณีของอินเทอร์เน็ตก็เช่นเดียวกัน ศาลไม่ควรเปลี่ยนแปลงหลักวิธีตัดสินในการพิจารณาหาความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้า แต่อย่างไรก็ดีศาลไม่เพียงนำหลักความรับผิดชอบร่วมในการทำละเมิดเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้ในรูปแบบความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต แต่ยังเปลี่ยนแปลงหลักวิธีการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้นด้วย โดยนำหลักการควบคุมและตรวจสอบมาเป็นปัจจัยในการหาความรับผิดชอบในการทำละเมิด ซึ่งการเปลี่ยนหลักการตัดสินนี้นำไปสู่ปัญหาในที่สุด

เนื่องจากความพยายามที่จะนำเอาหลักการเรื่องความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า มาปรับใช้กับคดีบนอินเทอร์เน็ตนั้น ศาลได้ทำการปรับเปลี่ยนหลักการที่จะตัดสินหาความรับผิดชอบที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากแทนที่ศาลจะใช้หลักการเดิม ซึ่งก็คือพิจารณาที่ความรับรู้ในการละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นปัจจัยหลัก(Inwood test) แต่ศาลกลับเปลี่ยนมาใช้ในการตรวจสอบและควบคุมของจำเลย(Direct control and monitoring test) เป็นวิธีตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น โดยปกติแล้วการขยายขอบเขตมักจะให้ผลลัพธ์ที่ดี แต่ศาลกลับไปเปลี่ยนหลักการในการตัดสินหาความรับผิดชอบในการละเมิด โดยปราศจากวัตถุประสงค์ในการเปลี่ยนแปลงโดยสิ้นเชิง ดังเช่นที่ศาลเคยประยุกต์ใช้หลักความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเดิม (Manufacturer/Distributor Relationships) มาปรับใช้ด้วยการเพิ่มขยายขอบเขตโดยใช้ความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่า (Landlord relationships) มาใช้ในคดี Hard Rock และ Fonovisa แต่ในการเปลี่ยนหลักการในการตัดสินหาความรับผิดชอบในการละเมิด ที่ศาลได้นำหลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ให้เช่า และผู้เช่า (Landlord relationships) มาปรับใช้ แต่ได้ใช้ในส่วนที่ผิดไปจากหลักการเดิม โดยนำหลักการควบคุมและตรวจสอบเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาหาความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า แต่โดยแท้จริงแล้วหลักการนี้เหมาะสมกับการใช้ในการพิจารณาหาความรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดในทางลิขสิทธิ์ มากกว่าที่จะนำมาใช้กับความรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดในทาง

เครื่องหมายการค้า ดังนั้นการที่ศาลนำหลักความรับผิดในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ให้เช่า และผู้เช่าจึงทำให้การตัดสินออกมาผิดพลาด และไม่ครอบคลุม ดังเช่นปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป³⁹

3.2.3.1 ปัญหาจากในคดี Lockheed V. Network Solutions⁴⁰

คดีนี้เป็นคดีแรกที่น่าเอาการประยุกต์ใช้ความสัมพันธ์แบบผู้เช่ากับผู้ให้เช่าของคดี Hard Rock มาใช้ในข้อพิพาทบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งศาลสรุปคำตัดสินว่า Network Solutions ในฐานะที่เป็นผู้ให้บริการจดทะเบียนชื่อเว็บไซต์ในอินเทอร์เน็ต ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้น แม้ว่าบุคคลที่สามที่เป็นผู้จดทะเบียนเว็บไซต์จะเป็นผู้ที่กระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าของ Lockheed ก็ตาม โดยศาลพบว่า Network Solutions ไม่ได้ขาย “สินค้า” เหมือนในคดี Inwood จึงหันมาใช้หลักการตัดสินความรับผิดชอบที่มองความสัมพันธ์เป็นแบบผู้ให้เช่าพื้นที่กับผู้เช่า อย่างในคดี Hard Rock กับ Fonovisa เพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับปัญหา แต่ศาลกลับนำหลักการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของบุคคลที่สามมาปรับใช้เป็นวิธีตัดสินเพื่อหาความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งหลักการตรวจสอบและตรวจสอบนี้ไม่เหมาะสมที่นำมาใช้ในการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น ดังเช่น คดี Hard Rock หรือ Fonovisa เพราะ ความเห็นของศาลชั้นต้นของทั้งสองคดีข้างต้นอ้างว่า ในคดี Fonovisa ซึ่งเป็นผู้ดูแลตลาดนัด และเป็นผู้จัดหาสถานที่ให้ รวมถึงยังมีความเกี่ยวข้องอย่างมากในธุรกิจของผู้เช่าพื้นที่ที่ทำการละเมิด⁴¹ แต่ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องนี้เป็นการกล่าวถึงถึงความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดในทางลิขสิทธิ์ ไม่ใช่การละเมิดในเครื่องหมายการค้า ดังนั้นการนำเอาหลักการควบคุมและตรวจสอบ ที่พิจารณาถึงความเกี่ยวข้องของจำเลยในธุรกิจของผู้เช่าพื้นที่มาใช้ในการวิเคราะห์เพื่อตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าไม่ได้ เพราะในคดี Fonovisa ต้องการพิจารณาแค่จำเลยอนุญาตให้ผู้ละเมิดกระทำละเมิดในพื้นที่ของตน โดยที่รู้หรือมีเหตุให้รู้ว่าการละเมิดนั้นเกิดขึ้น ถึงจะเป็นการตัดสินความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่นำเอาความเห็นของศาลชั้นต้นที่ยังมีส่วนไม่ชัดเจนและกำกวมในเรื่องของความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า และนำเอา

³⁹ Kessler, J., 2006, **Correcting the Standard for Contributory Trademark Liability over the Internet.**

⁴⁰ Lockheed Martin Corp v. Network Solutions, Inc, 985 F. Supp, 949, 962 (C.D. Cal. 1997)

⁴¹ Id. (citing Fonovisa, Inc v. Cherry Auction, Inc, 76 F. 3d, 259, 264 (9th Cir. 1996)

หลักการตัดสินที่ผิดมาประยุกต์ใช้ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการอย่างไม่เหมาะสม และไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง

3.2.3.2 ปัญหาจากในคดี Fare Deals v. World Choice Travel.com⁴²

หลายๆ คดี หลังจากคดี Lockheed ได้นำเอาลักษณะความสัมพันธ์แบบคดี Hard Rock ในรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้เข้ากับผู้เข้ามาประยุกต์ใช้ แต่ก็ได้ใช้หลักการตัดสินตามแบบคดี Lockheed ซึ่งเป็นวิธีที่ไม่ถูกต้องสำหรับการตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งจะเห็นได้จากคดีนี้ โดยศาลพบว่าจำเลย)World Choice Travel.com (ไม่ได้ขายสินค้า ภายใต้ลักษณะความสัมพันธ์แบบผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย จึงใช้ความสัมพันธ์แบบคดี Hard Rock มาปรับใช้ และนำหลักการควบคุมและตรวจสอบเพื่อตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้ด้วยเช่นกัน จากข้อเท็จจริง โจทก์ (Fare Deals) ต้องการที่จะพัฒนาเว็บไซต์ของตนแต่พบว่าเว็บไซต์ที่จะใช้ชื่อโดเมนนั้นคือ www.faredeals.com มีผู้จดทะเบียนไปแล้วและมีลิงค์เว็บโฆษณาไปสู่เว็บไซต์ของจำเลยซึ่งเป็นคู่แข่งของโจทก์ด้วย โดยเจ้าของเว็บไซต์ www.faredeals.com จะได้รับค่าตอบแทนจาก Affiliate Program โดยได้รับเป็นค่าคอมมิชชั่นขึ้นกับจำนวนของผู้ที่คลิกผ่านลิงค์โฆษณาใน เว็บไซต์ www.faredeals.com เพื่อเข้าสู่เว็บไซต์หลักของจำเลย

เนื่องจากจำเลยไม่ได้ขายสินค้าให้กับเจ้าของเว็บไซต์ www.faredeals.com และไม่ได้มีการควบคุมหรือตรวจสอบโดยตรงกับเว็บไซต์นั้น เพราะเว็บไซต์ www.faredeals.com มีบุคคลที่ 3 เป็นผู้จดทะเบียน ดังนั้นศาลจึงสรุปได้ว่า จำเลยไม่มีความผิดจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาถึงการให้ความสนับสนุนเพื่อให้เกิดการละเมิด ซึ่งปัจจัยนี้ไม่ได้เป็นปัจจัยที่ใช้ตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าทั้งในคดี Inwood หรือ คดี Hard Rock เลย

3.2.4 ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อเปลี่ยนแปลงหลักการตัดสินความรับผิดชอบร่วมต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า และนำไปใช้ในอินเทอร์เน็ต

ดังที่กล่าวไปแล้วในส่วนของความพยายามที่จะประยุกต์วิธีการตัดสินคดี Hard Rock มาใช้ในอินเทอร์เน็ต ศาลได้ปรับเปลี่ยนหลักการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยพิจารณาถึงการควบคุมและตรวจสอบโดยตรง ซึ่งหลักการนี้ไม่

⁴²180 F. Supp. 2d 678 (D.Md. 2001).

เหมาะสมที่จะนำไปปรับใช้กับปัญหาข้อพิพาทบนอินเทอร์เน็ต และก่อให้เกิดปัญหาเมื่อนำไปใช้เนื่องจาก

1. ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยอมที่จะจ่ายเงิน และทำกำไรจาก Internet Traffic ซึ่งมาจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าของลิงค์เว็บโฆษณาในเว็บไซต์อื่นๆ
2. ลดประสิทธิภาพของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่จะควบคุมและตรวจสอบเว็บไซต์เพื่อหาการละเมิดที่เกิดขึ้น

จากประเด็นปัญหาสองกรณีที่กล่าวมาข้างต้น เป็นมูลเหตุที่ก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมของการเปลี่ยนแปลงหลักการตัดสินหาความรับผิดชอบของเจ้าของเว็บไซต์เดิม มาเป็นหลักการใหม่ที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง ดังที่จะยกตัวอย่างให้เห็น ดังต่อไปนี้

3.2.4.1 ความล้มเหลวที่จะป้องกันการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าสู่เว็บไซต์ (Internet Traffic) โดยผ่านทางความสัมพันธ์ในรูปแบบการให้ค่าโฆษณา

Internet Traffic เป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับเจ้าของเว็บไซต์ ยังมีคนเข้าเว็บไซต์มากเท่าไร โอกาสที่จะมีรายได้จากค่าโฆษณา หรือขายสินค้าและบริการ เพื่อสร้างกำไรก็จะมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้นเจ้าของเว็บไซต์มีความเต็มใจที่จะจ่ายเงินเพื่อเป็นการเพิ่ม Internet Traffic โดยการจ่ายเงินให้เว็บไซต์อื่นๆ ให้ลิงค์โฆษณาเว็บไซต์ตัวเอง เพื่อให้คนที่เล่นอินเทอร์เน็ตสามารถผ่านเข้าเว็บไซต์หลักโดยคลิกที่ลิงค์โฆษณาจากเว็บไซต์นั้น⁴³ โดยอาจจะจ่ายค่าตอบแทนตามจำนวนครั้งที่ผู้ใช้บริการคลิกผ่านจากลิงค์เว็บโฆษณา (เว็บไซต์ต้นทาง) ไปสู่เว็บไซต์หลัก (เว็บไซต์ปลายทาง) หรือจ่ายเป็นค่าตอบแทนเมื่อมีการซื้อสินค้าและบริการจากเว็บไซต์ปลายทางนั้น ทำให้เว็บไซต์ต้นทางที่รับค่าโฆษณาจากเว็บไซต์ปลายทางมีแรงจูงใจที่จะเพิ่มจำนวนคนที่คลิกผ่านลิงค์โฆษณา)หรือ Internet Traffic เช่นเดียวกัน ซึ่งบ่อยครั้งที่เว็บไซต์ต้นทางเหล่านี้ทำการละเมิดเครื่องหมายการค้า เพื่อที่จะเพิ่มจำนวนผู้เข้าเว็บไซต์ที่จะคลิกลิงค์โฆษณาไปสู่เว็บไซต์ปลายทาง ซึ่งภายใต้หลักการควบคุมและตรวจสอบโดยตรงที่ใช้กับในคดี Lockheed และคดีอื่นๆที่ตามมา ทำให้เว็บไซต์ปลายทางได้กำไรจากการละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยไม่มีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้นแม้จะรู้ว่าการละเมิดนั้น

⁴³ ตัวอย่างเช่น, Amazon.com ยอมจ่ายค่าตอบแทนเป็นจำนวนเงินถึงร้อยละ 10 แก่เว็บไซต์ที่ยอมให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตใช้เป็นทางผ่านเพื่อเข้าสู่เว็บไซต์ของ Amazon.com

เกิดขึ้นก็ตาม และยังคงจ่ายเงินให้แก่เว็บไซต์ต้นทางต่อไป เพราะศาลใช้หลักการควบคุมและตรวจสอบ เป็นหลักในการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่าเว็บไซต์ปลายทางที่ได้รับ Internet Traffic จากลิงค์เว็บไซต์โฆษณา ไม่สามารถควบคุมหรือมีความสามารถที่จะตรวจสอบเว็บไซต์ต้นทางนั้นๆ ดังนั้นจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น หากใช้หลักการตรวจสอบและดูแลเป็นหลักในการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้น

ดังนั้นหลักการควบคุมและการตรวจสอบโดยตรงก่อให้เกิดผลที่ไม่เหมาะสม เพราะอนุญาตให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถจ่ายเงินและทำกำไรจากการเพิ่ม Internet Traffic ที่ก่อให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยเว็บไซต์ต้นทาง แต่หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่รู้และยังปล่อยให้ Internet Traffic ที่เกิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าก็ควรจะต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นเช่นเดียวกับผู้ผลิตยาที่ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของเภสัชกร แต่กระนั้นก็ยังคงจัดหายากที่ก่อให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าแก่เภสัชกร ซึ่งผลของการรับผิดชอบของผู้ผลิตตามตัวอย่างข้อหลังนี้ ในภายใต้หลักความรับผิดชอบของ Inwood และจากตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ควรจะมีผลใช้บังคับแก่ความรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกัน

3.2.4.2 ปัญหาที่เกิดจากการลดประสิทธิภาพที่จะตรวจสอบเว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยบทบัญญัติทางกฎหมาย

ตามหลักแล้วผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตควรมีหน้าที่ดูแล หรือตรวจสอบเว็บไซต์ต่างๆ ที่มีการละเมิด โดยการกระทำของบุคคลที่สาม แต่ตราบไต่ที่ความรับผิดชอบต่อการละเมิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีเพิ่มขึ้นมากขึ้น ทำให้ต้องมีการตรวจสอบและการควบคุมที่เพิ่มขึ้นด้วยเช่นกัน⁴⁴ ผลที่ตามมาคือทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อยากจะทำตามกฎ ข้อบังคับที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะไม่ต้องการที่จะรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้น

⁴⁴Wright S. Charles, (2002) **Comment, Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement Into the Digital Millennium Copyright Act of 1998**

สิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาในเรื่องการลดประสิทธิภาพในการตรวจสอบเว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต⁴⁵ ได้แก่ 1. กฎหมายเรื่องการหมิ่นประมาท (Defamation Law) 2. กฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ (Copyright Law) แต่อย่างไรก็ดี รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายเพื่อจัดปัญหาข้างต้นนี้ ดังเช่น ที่การนำเอาหลักการควบคุมและตรวจสอบ(Direct control and monitoring test) สำหรับความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้ามาใช้กับคดีที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม และไม่สามารถแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตได้อย่างแท้จริง

3.2.4.2.1 กฎหมายเรื่องการหมิ่นประมาท (Defamation Law)

แรงจูงใจในการควบคุมและตรวจสอบข้อมูลต่างๆ ในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการได้ลดลง ศาลเริ่มมองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นเหมือนกับ “สำนักพิมพ์” แทนที่จะมองเป็นผู้จัดจำหน่าย ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีความเสี่ยงที่จะละเมิดกฎหมายว่าด้วยเรื่องหมิ่นประมาท จึงมีแรงจูงใจที่จะลดการควบคุมตรวจสอบเว็บไซต์ของตน

ในปี ค.ศ. 1991 เกี่ยวกับคดีการหมิ่นประมาท ในคดี *Cubby v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp, 135 (S.D.N.Y, 1991) ศาลแขวงได้พิจารณาว่าจำเลย (CompuServe) เป็นผู้จัดจำหน่ายหัวข้อในเว็บไซต์แทนที่จะมองเป็นเหมือนสำนักพิมพ์⁴⁶ ซึ่ง CompuServe เป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีการเขียนหัวข้อต่างๆ โดยบุคคลที่สาม ซึ่งศาลพิจารณาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นเพียงผู้จัดจำหน่าย ดังนั้น จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น แต่ถ้าหากศาลพิจารณาว่าจำเลยเป็นสำนักพิมพ์ ก็ทำให้ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าจะไม่รู้โดยตรงว่ามีการละเมิดก็ตาม

ค.ศ. 1995 ในคดีของ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*,⁴⁷ ศาลที่นิวยอร์กสรุปคำตัดสินว่า จำเลย (Prodigy) ได้มีการจัดทำบรรณาธิการที่ได้แสดงเจตนาธรรมที่จะควบคุมเนื้อหาที่ถูกเขียนในเว็บไซต์โดยบุคคลที่สาม ดังนั้นภายใต้การพิจารณาว่าจำเลยเหมือนเป็นสำนักพิมพ์ ทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบต่อการละเมิด แม้ว่าไม่รู้โดยตรง

⁴⁵ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน, The Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. § 230 (2002); Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (2002)

⁴⁶*Cubby v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp, 135 (S.D.N.Y, 1991)

⁴⁷*Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Service Co.*, No. 31063/94, 1995- WL323710, N.Y. Supp, Ct. (May 24 1995)

ว่ามีการหมิ่นประมาทนั้นเกิดขึ้น ซึ่งการตัดสินเหมือนในคดี Stratton Oakmont นี้ เพิ่มความเสี่ยงของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น ทำให้ลดประสิทธิภาพในการควบคุมและตรวจสอบเนื้อหาในเว็บไซต์ของตนน้อยลง เพราะการควบคุมอย่างการเขียนบทบรรณาธิการนั้น อาจทำให้ผู้ให้บริการเว็บไซต์ต้องรับผิดชอบนั่นเอง ดังนั้นการที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลดประสิทธิภาพในการควบคุมเนื้อหาต่างๆ อย่างเช่น ภาพลามกอนาจาร จัดว่าเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น ทำให้รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ออกพระราชบัญญัติ Communication Decency Act (CDA) ในปี ค.ศ. 1996 ซึ่งระบุว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะไม่ถูกมองเป็น “สำนักพิมพ์” ของเนื้อหา หรือข้อมูลต่างๆ ที่ถูกโพสต์ลงในเว็บไซต์ ส่งผลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่เสี่ยงต่อความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะเพิ่มการควบคุมดูแลเนื้อหาต่างๆ ในเว็บไซต์ก็ตาม

3.2.4.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ (Copyright Law)

หลักการตัดสินความรับผิดชอบแทนผู้อื่น (Vicarious Liability) ในการละเมิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์นั้นพิจารณาจากสิทธิและความสามารถที่จะควบคุมพฤติกรรมละเมิดนั้นๆ ดังนั้นผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตก็จะมีแนวโน้มที่จะลดแรงจูงใจในการควบคุมดูแลการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งผลกระทบเรื่องการควบคุมดูแลของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถบรรเทาได้จาก พระราชบัญญัติ Communication Decency Act (CDA) เพราะพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้จำกัดความรับผิดไปจนถึง ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาเลย⁴⁸

ทำให้มีการออกพระราชบัญญัติ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ขึ้นมา เพื่อป้องกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยตรง ความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น และ ความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่อาจเกิดขึ้นได้ และยังเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อควบคุมและตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในอินเทอร์เน็ต โดย DMCA⁴⁹ ได้สร้าง Safe Harbors ขึ้นมาเพื่อป้องกันความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จาก

⁴⁸ Section 230(e)(2) (2002)

⁴⁹ 17 U.S.C. § 512 (2002)

ความรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำการละเมิดอันมีลิขสิทธิ์ โดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ถอดถอนงานอันมีลิขสิทธิ์ออกจากเว็บไซต์หลังจากได้รับคำเตือน⁵⁰

แต่ก็ยังมีคำถามเกิดขึ้นว่า พระราชบัญญัติ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) เพียงพอไหมที่จะป้องกันการลดแรงประสิทธิภาพที่จะตรวจสอบเว็บไซต์ โดยมีข้อควรระวังคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะพยายามป้องกันตัวเอง โดยหาบุคคลที่สามที่จะมาวางระบบเพื่อแสดงว่าตนเองนั้น ไม่ได้รับประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีสิทธิ และความสามารถในการควบคุมการละเมิด ในที่สุดก็จะกลับมาเป็นเหมือนตอนแรกที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีแรงจูงใจที่จะตรวจสอบหาการกระทำละเมิด

อย่างไรก็ตามการใช้หลักสิทธิและความสามารถในการควบคุมที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) นั้นไม่ควรนำมาใช้เหมือนกับแนวคิดของการควบคุมที่ใช้ในหลักการตัดสินความรับผิดชอบแทนในการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังเช่นในคดี Hendrickson v. eBay, Inc., ซึ่งศาลแขวงพบว่าสิทธิ และความสามารถในการควบคุม (Right and Ability to Control) ดังเช่นที่ใช้ใน DMCA ไม่ได้หมายถึงความสามารถของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะถอดถอน หรือสกัดกั้นการเข้าถึงซึ่งข้อมูลที่ถูกประกาศในเว็บไซต์ หรือข้อมูลถูกเก็บไว้ระบบ

3.2.4.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า (Trademark Law)

ความด้อยประสิทธิภาพในการตรวจสอบเว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เกิดจากกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท ได้ถูกแก้ไขโดยการนำเอา พระราชบัญญัติ Communication Decency Act 1996 (CDA) เช่นเดียวกับในกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้ถูกแก้ไขโดยการนำเอาพระราชบัญญัติ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) มาเพิ่มความมั่นใจให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะไม่ต้องรับผิดชอบในเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ของตน หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้มีการถอดถอนข้อมูล (Notice and Takedown) ที่เป็นการละเมิดภายในระยะเวลาที่ได้รับแจ้ง แต่ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ทั้ง CDA และ DMCA ไม่มีความจำเป็นในการนำมาใช้ และไม่ทำให้ประสิทธิภาพที่จะตรวจสอบ

⁵⁰ 17 U.S.C. § 512 ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย DMCA มีข้อกำหนดเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของ "Internet-Provider" ไว้โดยเฉพาะอีกด้วย หรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่า "Safe Harbors"

เว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลดลง เพราะความรับผิดชอบในหลักของคดี Inwood และคดี Hard Rock ได้ให้นำเอาหลักการรับรู้การละเมิดมาใช้ในการพิจารณา แทนที่จะดูการตรวจสอบและควบคุม

ดังนั้น เพื่อป้องกันการลดประสิทธิภาพในการตรวจสอบเว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากหลักการควบคุมและตรวจสอบ(Direct control and monitoring test) ต้องเปลี่ยนไปใช้หลักการตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ทันสมัย จึงจะเหมาะสมกับการนำไปใช้ในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตอีกด้วย และยังคงไม่เปลี่ยนแปลงหลักทฤษฎีความรับผิดชอบเดิม (Inwood Test)

3.2.5 ปัญหาที่เกิดจากข้อโต้แย้งว่า การควบคุมและตรวจสอบเป็นหลักการที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า

ซึ่งข้อโต้แย้งมีแนวคิดมาจาก

1. แนวความคิดที่จะขยายขอบเขตของหลักการควบคุมและตรวจสอบมาเป็นปัจจัยสำคัญในการประเมินว่าจำเลยตั้งใจจะเป็นมองไม่เห็น (Willfully Blind) การละเมิดจริงหรือไม่
2. หลักการตัดสินความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าก็ควรจะเหมือนกับการกระทำละเมิดในลิขสิทธิ์ด้วย เพราะทั้งคู่ต่างก็มีพื้นฐานเดียวกันกับกฎหมาย Common Law ว่าด้วยความละเมิดเหมือนกัน

อย่างไรก็ดี ข้อโต้แย้งเหล่านี้ยังไม่มีความน่าเชื่อถือพอ เนื่องจาก

3.2.5.1 การขยายขอบเขตหลักควบคุมหรือตรวจสอบ และความจงใจที่จะไม่รับรู้ (Willful Blindness) ว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น

องค์ประกอบของการรับรู้ของหลักการตัดสินความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า สามารถถูกกำหนดให้มีความหมายเช่นเดียวกันกับการไม่รู้ถึงการละเมิดที่เกิดขึ้นได้ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการจงใจไม่รับรู้ว่าการละเมิดเกิดขึ้น⁵¹ ดังนั้น การขยายขอบเขตของการตรวจสอบของจำเลยหรือควบคุมเหนือการกระทำละเมิดนั้นก็ถือว่าเป็นการจงใจไม่รับรู้ว่าการละเมิดเกิดขึ้นได้เช่นกัน

⁵¹ ดูคดี Hard Rock Café Licensing Corp v. Concession Servs, Inc, 955 F.2d, 1143,1149 (7th Cir.1992) ซึ่งให้ความเห็นว่า “การจงใจไม่รับรู้ (Willful blindness) มีความหมายเหมือนกับหลักการรับรู้ ตามกฎหมาย Lamham Act”

ดังเช่นที่ศาลแขวงในคดี Hard Rock ได้แย้งว่าการที่จำเลยล้มเหลวในการควบคุม ดูแลตรวจตราไม่ให้มีการขายสินค้าปลอม มีค่าเท่ากับการจงใจไม่รู้ว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น ดังนั้น จึงมีโอกาที่จำเลยผู้ให้เช่าอาจจะไม่ระวัง หรือพลาดที่จะป้องกันการละเมิดที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งก็ถือว่าเป็นการจงใจที่จะไม่รับรู้การละเมิดที่เกิดขึ้นได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลที่ศาลแขวงอธิบาย เพราะดูแล้วค่อนข้างไม่สมเหตุสมผลที่จะให้คำอธิบายในลักษณะนั้น โดยศาลอุทธรณ์อธิบายว่า การที่บุคคลจะจงใจที่จะไม่รับรู้ว่ามีการละเมิดนั้น ต้องมีความสงสัยว่ามีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้น แต่ตั้งใจที่จะทำเป็นตรวจสอบไม่พบ ศาลอุทธรณ์ยังเห็นอีกว่า ควรพิจารณาที่ความคิดแรกสุดของจำเลย ไม่ใช่มาพิจารณาที่สภาพแวดล้อมรอบข้างที่แนะนำให้จำเลยรับรู้หรือไม่

แต่ศาลแขวงไม่ได้กล่าวถึงความคิดของจำเลยแต่เน้นที่ความผิดพลาดในการป้องกันการละเมิดแทน หากจำเลยเห็นชัดว่าสินค้านี้เป็นของปลอม แต่มีเจตนาที่จะไม่ถามว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าปลอมหรือไม่ ก็แสดงว่าจำเลยมีเจตนาจงใจไม่รับรู้ถึงการกระทำละเมิดนั้น

ในทางตรงกันข้าม หากจำเลยตรวจสอบกิจกรรมต่างๆ ในตลาดนัด แต่ตรวจไม่เจอการกระทำละเมิดของผู้ขาย จำเลยไม่ถือว่าจงใจที่จะไม่รับรู้ว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น ดังนั้น การจงใจที่จะไม่รับรู้ (Willful Blindness) ต้องขึ้นกับความคิดแรกจริงๆ ของจำเลย ไม่ใช่พิจารณาที่การควบคุม หรือตรวจสอบแล้วว่ามี การกระทำละเมิดหรือไม่

3.2.5.2 ความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ต่างก็มีต้นกำเนิดมาจากกฎหมาย Common Law ว่าด้วยการละเมิด

อันเนื่องมาจากแนวความคิดเดิมที่เห็นว่า ความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าและในลิขสิทธิ์ ต่างก็มีหลักฐานมาจากกฎหมาย Common Law ว่าด้วยการละเมิดเหมือนกัน ดังนั้นควรใช้หลักการเดียวกันในการตัดสินเพื่อดูความรับผิดชอบในการละเมิด

อย่างไรก็ตามว่าจะมีรากฐานมาจากที่เดียวกันก็ได้หมายความว่าควรจะใช้หลักเดียวกันในการตัดสินหาความรับผิดชอบในการละเมิดที่เกิดขึ้น เพราะในทางปฏิบัติศาลยังคงใช้วิธีวิเคราะห์เฉพาะ และแยกกันโดยขึ้นกับว่าอันไหนเป็นเรื่องของลิขสิทธิ์ อันไหนเป็นเรื่องของเครื่องหมายการค้า

ดังเช่น ในคดี Sony Corporation of American VS Universal City Studios, Inc.,⁵² ศาลฎีกาได้ระบุไว้ชัดเจนว่าให้แยกหลักการตัดสินความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดของเครื่องหมายการค้ากับลิขสิทธิ์ออกจากกัน แม้ว่าจะมีรากฐานเหมือนกันก็ตาม โดยระบุว่าหลักการตัดสินความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดของเครื่องหมายการค้าจะแคบกว่าของลิขสิทธิ์⁵³

นอกจากนี้หลักความรับผิดชอบร่วมในเครื่องหมายการค้า และหลักความรับผิดชอบร่วมในลิขสิทธิ์ ไม่ควรจะนำมาพิจารณาให้มีความหมายเหมือนกัน เพราะความแตกต่างระหว่างกฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งมีที่มาของการพัฒนาหลักความรับผิดชอบที่แยกออกจากกัน⁵⁴ ยังจะเห็นได้จากตัวอย่างของศาลแขวงในคดี Lockheed ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า จึงปฏิเสธคำร้องขอของโจทก์ที่ระบุเกี่ยวกับการละเมิดในลิขสิทธิ์ โดยเห็นว่ามี ความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายทั้งสองบทนี้

ขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิของกฎหมายเครื่องหมายการค้า นั้นแคบกว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ระบุให้เจ้าของมีสิทธิที่จะป้องกัน หรือยับยั้งการลอกเลียนแบบทุกอย่าง แต่ในทางกลับกันกฎหมายเครื่องหมายการค้ายอมให้ผู้ใช้ที่ไม่ได้ละเมิดใช้คำซึ่งเหมือนหรือคล้ายได้อย่างแพร่หลาย⁵⁵

ความแตกต่างที่สำคัญเมื่อต้องมาพิจารณาว่า จะนำกฎหมายเครื่องหมายการค้า หรือกฎหมายลิขสิทธิ์มาใช้ในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น ก็คือระดับความยากที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดโดยตรง เมื่อเวลาผ่านไปใช้กฎหมายแต่ละอย่าง จะเห็นว่าเป็นเรื่องง่ายที่จะถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าละเมิดเครื่องหมายการค้า เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์มีขอบเขตที่กว้างกว่า

การละเมิดในเครื่องหมายการค้าต้องเกี่ยวข้องกับสินค้า หรือบริการที่มีการแข่งขันกันหรืออย่างน้อยกับสินค้า หรือบริการที่ซึ่งได้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว หรือใช้ในทางธุรกิจ โดยการละเมิดเครื่องหมายการค้า นั้นมักจะก่อให้เกิดความสับสน ซึ่งจะ

⁵² Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc, 464 U.S. 417, 439 n.19 (1984)

⁵³ Cubby v. Compuserve.Inc, 776 F. Supp, 135 (S.D.N.Y,1991)

⁵⁴ Kaiser D. Brian, **Correcting the Standard for Contributory Trademark Liability over the Internet**, 44.

⁵⁵ ibid, 52.

ขึ้นกับตัวแปรหลายๆ ตัวเช่น ความเหมือนกันของเครื่องหมายการค้า, ช่องทางการตลาดที่ใช้, ชนิดของสินค้า, ระดับความใส่ใจของผู้ซื้อ, เจตนาของจำเลย และความคล้ายของการขยายตัวของสายการผลิต

ในขณะที่ความสับสนในความเหมือนของสินค้าจะต้องคำนึงถึงหลายๆ ปัจจัย และต้องตรวจสอบโดยการนำเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้หลายๆ รูปแบบเพื่อที่จะระบุว่าละเมิดหรือไม่ จึงทำให้กระทำไต่สวนจากการสังเกตเพียงแคผิวเผิน ยิ่งไปกว่านี้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้บุคคลหลายๆ กลุ่มใช้สัญลักษณ์แบบเดียวกันได้ หากนำไปใช้ในสินค้าที่ต่างชนิดกัน และต่างสถานที่ตั้งกัน ซึ่งจะทำให้ยิ่งเพิ่มความยากในการระบุว่ามีการละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่

นอกจากนี้สิทธิในเครื่องหมายการค้า ไม่จำเป็นที่จะอยู่กับเจ้าของตลอดกาล หากเครื่องหมายการค้านั้นถูกละทิ้ง หรือกลายเป็นสิ่งที่ธรรมดาสามัญอยู่ทั่วไป ขอบเขต และสิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นจะลดลงหรือถูกกำจัดหายไปเลย

3.2.6 ข้อเสนออื่นๆ

หลักการตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า ไม่ควรเปลี่ยนไปเป็นการควบคุมและตรวจสอบ แต่ควรเพิ่มหลักการที่ใช้ในอินเทอร์เน็ต โดยไม่เปลี่ยนหลักการเดิมที่ใช้อยู่

มีข้อเสนอ 2 ข้อที่แสดงรูปแบบซึ่งขยายส่วนของความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่าและผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่ายในสถานการณ์ที่เกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตโดยไม่เปลี่ยนแปลงหลักการตัดสินเดิม ดังนี้

1. เว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้ถือว่าเป็นพื้นที่เช่าของผู้ให้เช่า เหมือนในคดี Hard Rock
2. เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจ่ายเงินเพื่อเพิ่ม Internet Traffic ซึ่งเกิดมาจากการละเมิดเครื่องหมายการค้า จะนับว่าเป็นการโน้มน้าว หรือชักจูงให้กระทำการละเมิดตามคดี Inwood

ข้อเสนอเหล่านี้จะช่วยให้ในการอธิบายหลักการตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าสอดคล้องกับหลักการเดิมโดยปราศจากการสร้างแรงจูงใจที่ไม่ดี หรือผลลัพธ์ที่ไม่ดี

3.2.6.1 การปฏิบัติต่อเว็บไซต์เหมือนกับพื้นที่เช่าภายใต้ความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่า (Landlord Relationship)

เมื่อศาลในคดี Hard Rock กับ Fonovisa เพิ่มขอบเขตความสัมพันธ์เพื่อใช้กับกรณีที่ไม่ใช่ผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย โดยเปลี่ยนไปเป็นความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่า หากมีการละเมิดเกิดขึ้นในพื้นที่และผู้ให้เช่าหรือมีเหตุให้รู้ว่ามี การละเมิดเกิดขึ้น จะต้องมีความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า

การปรับใช้หลักตัดสินความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าในอินเทอร์เน็ตให้เหมาะสมนั้น เว็บไซต์ควรถูกมองเป็นพื้นที่ภายใต้ความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่า ส่วนหลักการตัดสินนั้นยังคงใช้หลักเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ดังเช่นในคดี Hard Rock กับ Fonovisa ที่ยังคงใช้หลักเดิมแต่แค่เปลี่ยนขอบเขตของตัวแสดงแทน

การมองเว็บไซต์เป็นพื้นที่เช่านั้นให้ผลลัพธ์ที่น่าพอใจ ยกตัวอย่างเช่น eBay จะไม่มีการลดจำนวนการตรวจสอบเพื่อหาการกระทำละเมิดและไม่สามารถที่จะทำเป็นไม่รับรู้ ในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น เพราะบริษัทต้องหันมาสนใจเครื่องหมายการค้าของผู้ถือครองแต่ละคนในเว็บไซต์ ซึ่งทำให้ลดจำนวนการละเมิดลง และเพิ่มมูลค่าของเครื่องหมายการค้าของลูกค้าอีกด้วย

นอกจากนี้การใช้หลักการรับรู้ (Knowledge) เพื่อดูความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น จะช่วยหลีกเลี่ยงภาระที่ไม่จำเป็นในการตรวจสอบข้อความหรือเนื้อหา ล่วงหน้าของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต การบังคับให้มีการตรวจสอบข้อความหรือเนื้อหา ก่อน เพื่อป้องกันการละเมิด อาจส่งผลเสียต่อการมีอยู่ของธุรกิจอินเทอร์เน็ตจำนวนมาก และขัดขวาง การเติบโตของบริการออนไลน์ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อสังคม

ดังนั้น การมองเว็บไซต์เป็นเหมือนพื้นที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงไม่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบในปัจจุบันของผู้ให้จดทะเบียน Domain Name เช่น Network Solutions เพราะการละเมิดมักเกิดจากการใช้เครื่องหมายการค้าที่ผิดใน Domain Name ที่เว็บไซต์ของผู้จดทะเบียนไม่ใช่ผู้ที่ให้จดทะเบียน ดังนั้นการละเมิดต่างๆ จะไม่เกิดในพื้นที่ผู้จดทะเบียน Domain Name เพียงแต่ให้บริการ Domain Name ด้วย Internet Protocol (IP) หรือเลข IP ของ Domain Server

จากข้อดีเหล่านี้ทำให้ศาลในคดี Lockheed ยังสามารถได้ผลลัพธ์ตามที่ต้องการ โดยปล่อยให้ Domain Name ของผู้ให้จดทะเบียนปลอดจากความรับผิดชอบ และไม่ไปเกี่ยวข้องกับหลักการดูความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าเดิม ดังนั้น จากคำตัดสินในคดี Lockheed ศาลก็ยังคงอยู่ข้างฝ่ายจำเลยผู้ซึ่งเป็นผู้รับจดทะเบียนโดเมน

3.2.6.2 การขยายขอบเขตหลักการโน้มน้าวหรือชักจูงให้กระทำความผิดของคำตัดสินในคดี Inwood หรือหลักความรับผิดชอบในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (Manufacturer/Distributor Relationships)

คำตัดสินในคดี Inwood ใช้บังคับกับความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้าของความสัมพันธ์แบบผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่ายว่า (1) ผู้ใดที่ตั้งใจหลอกล่อหรือโน้มน้าวให้อีกฝ่ายทำการละเมิด หรือ (2) เมื่อรู้ว่ามี การละเมิดหรือมีเหตุให้รู้ว่ามี การละเมิด แต่ก็ยังคงขายสินค้าให้ต่อไป จะต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น

ซึ่งการโน้มน้าวในคดี Inwood นี้ควรจะขยายไปสู่ความสัมพันธ์ทางธุรกิจเหนือข้อพิพาทบนอินเทอร์เน็ตด้วย ดังนั้น เมื่อเจ้าของเว็บไซต์จ่ายเงินให้บุคคลกลุ่มหนึ่งเพื่อเพิ่ม Internet Traffic โดยรู้ว่ากลุ่มคนเหล่านี้เกี่ยวข้องกับ การละเมิดเครื่องหมายการค้าเพื่อเพิ่ม Internet Traffic นั้น แต่ยังคงจ่ายเงินให้คนกลุ่มนี้ต่อไป จะถือว่าเข้าหลักการชักจูง หรือโน้มน้าว ตามคำตัดสินในคดี Inwood และต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น

ยกตัวอย่าง เช่นในคดี Fare Deals เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งถูกละเมิด โดยอ้างว่ามีเว็บไซต์แห่งหนึ่ง ซึ่งเป็นเว็บไซต์โฆษณาของเว็บไซต์นั้นได้ทำการละเมิด โดยโจทก์ (Fare Deal) อยู่ในธุรกิจที่จัดหาบริการท่องเที่ยว และเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า “Fare Deals Ltd.” และในปี ค.ศ. 1996 เมื่อบริษัทจะพัฒนาเว็บไซต์ของตนก็พบว่าเว็บไซต์ www.faredeals.com ได้ถูกจดทะเบียนแล้ว

จำเลย(Netholdings) เป็นเจ้าของเว็บไซต์ www.faredeals.com และในปี ค.ศ. 2001 ได้สร้างเว็บไซต์ซึ่งมีลิงค์โฆษณาไปยังเว็บไซต์ของจำเลย คือ Hotwire และ Hotel Reservation Network ซึ่งเว็บไซต์สองแห่งนี้ต่างก็ขายบริการการท่องเที่ยวเหมือนกัน และนับเป็นคู่แข่งของโจทก์(Fare Deals) ทั้งเว็บไซต์ของ Hotwire และ Hotel Reservation Network ต่างก็จ่ายเงินเพื่อเพิ่ม Internet Traffic ผ่านทาง Affiliate Program ให้แก่

ออกมา เช่น ตัดสินใจที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดต่างๆ ที่ไม่ควรตัดสินแบบนั้นหรือในทางกลับกัน ตัดสินใจไม่ต้องให้ความสำคัญรับผิดชอบต่อการละเมิดต่างๆ ที่ควรรับผิดชอบ ดังเช่นในคดีคดี Fare Deals เป็นต้น

ดังนั้น หลักการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า ในปัจจุบันจึงไม่เพียงพอที่จะนำไปใช้ในข้อพิพาทอินเทอร์เน็ต โดยคำตัดสินคดี Inwood ที่วางหลักให้คู่กรณีอยู่ในความสัมพันธ์แบบผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย โดยพิจารณาจากการรู้ หรือมีเหตุควรรู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิด ในขณะที่คำตัดสินในคดี Hard Rock ที่วางหลักให้พื้นที่ในเว็บไซต์เปรียบเสมือนกับพื้นที่ให้เช่า ดังนั้นผู้ให้เช่าก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดของผู้เช่าในพื้นที่ให้เช่าของตนด้วย

ฉะนั้นจึงต้องหาหลักการที่เหมาะสมในการตัดสินความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่ใช้ในอินเทอร์เน็ตโดยควรยึดหลักเดิมที่ใช้ในคดี Inwood กับ Hard Rock ซึ่งก็คือต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้น เมื่อนำหลักการรับรู้เรื่องการละเมิดมาใช้ และเพื่อนำไปปรับใช้ในอินเทอร์เน็ตอย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องมองเว็บไซต์เป็นเหมือนพื้นที่เช่าของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายใต้คำตัดสินคดี Hard Rock และเมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจ่ายเงินเพื่อ Internet Traffic ที่มาจากการละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยที่รู้แต่ยังคงจ่ายเงินต่อไป จะถือว่าเป็นการโน้มน้าวเหมือนคำตัดสินคดี Inwood

ข้อเสนอใหม่นี้ยังคงใช้หลักการรับรู้การละเมิด และหลีกเลี่ยงการลดประสิทธิภาพของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะตรวจสอบและดูแล ที่อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไม่ดีในการปฏิบัติ ดังนั้นความพยายามที่จะใช้หลักการเดิมมาใช้ในอินเทอร์เน็ตไม่ใช่เรื่องใหม่ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะใช้กฎหมายแง่ใด ควรจะเป็นหลีกเลี่ยงการที่จะรับนำหลักการที่เพิ่งปรับและยังไม่ดีพอไปใช้ในอินเทอร์เน็ต ซึ่งต้องระมัดระวัง และใช้อย่างมีเหตุมีผล เห็นได้จากในคดี Lockheed ซึ่งไม่ได้ระมัดระวัง และไม่ใช้เหตุและผล ทำให้ผลลัพธ์ไม่ถูกต้อง และมีปัญหาในทางปฏิบัติ

3.3 บทบัญญัติกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่กำหนดถึงความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นหากมีประเด็นหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เกิดขึ้น จึงต้อง

นากฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดชอบดังกล่าว ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ ประมวลกฎหมายอาญา⁵⁷

ในกรณีการกระทำละเมิดเกี่ยวกับสิทธิในเครื่องหมายการค้า ได้มีบทกฎหมายที่รองรับไว้ให้มีผลในทางแพ่ง เพื่อเป็นการแสดงถึงการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ดังนั้นในบทต่อไปนี้จะกล่าวถึงบทกำหนดโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ รวมถึงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายด้วย กล่าวคือ ความผิดฐานปลอม เลียนเครื่องหมาย เป็นต้น

3.3.1 กรณีตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เนื่องจาก พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติถึงการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และยิ่งแตกต่างจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาที่ซึ่งกำหนดรายละเอียดของการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิไว้ในกฎหมาย เช่น บัญญัติห้ามทำซ้ำ ปลอมลอกเลียนเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตอันเกี่ยวกับการขาย เสนอขาย หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการ รวมถึงการห้ามติดเครื่องหมายดังกล่าวที่สินค้าหรือบรรจุภัณฑ์หรือนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมาย⁵⁸

ดังนั้น เมื่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย ไม่ได้มีการกล่าวถึงว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าเมื่อคู่ความนำคดีมาฟ้องต่อศาล เมื่อต้องพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า จึงต้องใช้มาตรา 44 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534⁵⁹ ซึ่งกำหนดให้ความคุ้มครองแก่บุคคลหรือผู้ประกอบการโดยทั่วไปที่นำชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้าของตน ไปจดทะเบียนกับกรม

⁵⁶ สุพิศ ปราณีตพล, คดีเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: อทตยา มิเลนเนียม, 2547), 183.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, 184.

⁵⁸ บรรเทิง สุธรรมพร, การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), 32-57.

⁵⁹ มาตรา 44 “ เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้วผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มิสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านี้สำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

ทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเมื่อเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้รับการจดทะเบียนก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้

อย่างไรก็ดี ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ฉบับนี้ ยังคงมีบทบัญญัติที่กำหนดบทลงโทษแก่ผู้ผู้นำเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 108 มาตรา 109 และมาตรา 110 ดังต่อไปนี้

มาตรา 108 บุคคลใดปลอมเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 109 บุคคลใดเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 110 บัญญัติว่า บุคคลใด นำเข้ามาในราชอาณาจักร จำหน่าย เสนอจำหน่าย หรือมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมปลอมตามมาตรา 108 หรือที่เลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นตามมาตรา 109 ให้บริการหรือเสนอให้บริการที่ใช้เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมปลอมตามมาตรา 108 หรือที่เลียนเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองหรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นตามมาตรา 109

ซึ่งจากความรับผิดตามมาตรา 108 มาตรา 109 และมาตรา 110 เป็นความรับผิดจากการกระทำที่เกิดจากการที่ผู้ใช้เครื่องหมายการค้าปลอม หรือเลียนเครื่องหมายการค้าโดยติดไปกับตัวสินค้า เพื่อเสนอขาย หรือจำหน่ายเท่านั้น จึงจะเข้าลักษณะความผิดตามมาตรา 110 ในขณะที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้เป็นผู้ที่ใช้เครื่องหมายการค้าปลอม หรือเลียนเครื่องหมายการค้าเพื่อใช้ไปในการเสนอขาย หรือจำหน่ายสินค้า ดังนั้นจึงไม่เข้าข่ายลักษณะความผิดตามมาตรา 110

3.3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องชื่อบุคคลและนิติบุคคล⁶⁰

มาตรา 18 วางบัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้นั้น ถ้ามีบุคคลอื่นโต้แย้งก็ดี หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้ได้ก็ดี บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลนั้น ระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและเป็นที่ยังวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้”

มาตรา 67 “ภายใต้บังคับมาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นไปได้อันเฉพาะแก่บุคคลเท่านั้น”

มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากข้อกำหนดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองเจ้าของนามหรือชื่อในกรณีที่มีผู้นำไปใช้ให้เป็นที่เสื่อมเสียประโยชน์ หรือโดยไม่ได้รับอนุญาต สามารถฟ้องร้องให้ระงับได้เกี่ยวกับชื่อหรือนามซึ่งอาจจะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าก็ได้ หรืออาจจะเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมในกฎหมายเรื่องละเมิดได้

3.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ตามมาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต หมายความว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือ ให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นและผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือ ในนาม หรือ เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น รวมถึงผู้เก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ส่วนผู้ใช้บริการ หมายความว่า ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะต้องเสียค่าบริการหรือไม่ก็ตาม⁶¹

⁶⁰ ชาวลิต อรรถศาสตร์ และคนอื่นๆ, กฎหมายไซเบอร์: กฎหมายกับอินเทอร์เน็ต, 117.

⁶¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน: พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในมาตรา 3 มาตรา 14 และ มาตรา 15.

โดยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการไว้ ที่ มาตรา 15 บัญญัติว่า ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุน หรือ ยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 ที่กล่าวมาทั้งหมด

ซึ่งการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ได้แก่ (1) นำข้อมูลปลอมไม่ว่าทั้งหมด บางส่วน หรือ ข้อมูลเท็จ ที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน (2) ข้อมูลเท็จที่ว่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือ ก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน (3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา (4) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามก และข้อมูลนั้นประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึง (5) เผยแพร่ หรือ ส่งต่อ ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่า เป็นข้อมูล คอมพิวเตอร์ตามข้อ 1, 2, 3 หรือ 4 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

จากกฎหมายทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดโดยตรงแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไว้ คงมีเพียงแต่กฎหมายทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ในกรณีปัญหาที่เกิดขึ้น หรือ แม้กระทั่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่ออกมาบังคับใช้ในปัจจุบันก็ไม่ได้มีบทกำหนดความรับผิดโดยตรงแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่อนุญาตให้ผู้ให้บริการในระบบของตน ทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยการประกาศขายสินค้าที่มีการปลอม หรือลอกเลียนแบบขึ้น เพราะใจความสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ มุ่งเน้นที่จะให้ความคุ้มครองในการกระทำความผิดต่อคอมพิวเตอร์ เช่น การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตาม มาตรา 5⁶² หรือ การล่วงรู้มาตรการการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตาม มาตรา 6⁶³ หรือ การเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิ

⁶²มาตรา 5 “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ มาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶³มาตรา 6 “ผู้ใดล่วงรู้มาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะ ถ้านำมาตรการดังกล่าวไปเปิดเผยโดยมิชอบในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ชอบตามมาตรา 7⁶⁴ หรือ การดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามมาตรา 8⁶⁵ หรือ การรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามมาตรา 9⁶⁶ หรือ การรบกวนระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามมาตรา 10⁶⁷ หรือการส่ง Spam mail ตาม มาตรา 11⁶⁸ หรือ การจำหน่าย หรือเผยแพร่ชุดคำสั่งเพื่อใช้กระทำความผิดตามมาตรา 13⁶⁹ เป็นต้น

จากข้อกำหนดดังกล่าวจะสังเกตเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งเน้นที่จะลงโทษผู้ใช้ที่กระทำความผิดต่อคอมพิวเตอร์และใช้คอมพิวเตอร์ในกระทำความผิด เช่น Hacker⁷⁰ ผู้ส่ง Virus Worm⁷¹ และ Trojan Horses⁷² หรือ ผู้ส่ง Spam mail⁷³ เพื่อขัดขวางระบบการทำงาน

⁶⁴ มาตรา 7 “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

⁶⁵ มาตรา 8 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁶ มาตรา 9 “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁷ มาตรา 10 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดโดยมิชอบ เพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวนจนไม่สามารถทำงานตามปกติได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁸ มาตรา 11 “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิด หรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท”

⁶⁹ มาตรา 13 “ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือ มาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

⁷⁰ Hacker คือ ผู้เชี่ยวชาญทางด้านการใช้ การเขียน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่างๆเป็นอย่างมากจนถึงระดับที่สามารถถอด หรือเจาะรหัสระบบรักษาความปลอดภัยของเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นได้

⁷¹ Virus Worm คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่กระจายตัวเช่นเดียวกับไวรัส โดยการแพร่กระจาย จากคอมพิวเตอร์สู่คอมพิวเตอร์อื่นๆ โดยผ่านอีเมลล์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

⁷² Trojan Horses คือ โปรแกรมที่ถูกเขียนขึ้นมาให้เหมือนว่าเป็นโปรแกรมธรรมดาทั่วไป เพื่อหลอกล่อผู้ใช้ให้ทำการเรียกขึ้นมาทำงาน เมื่อถูกเรียกขึ้นมาแล้ว ก็จะเริ่มทำลายตามที่โปรแกรมมาทันที เพื่อเข้าไปทำอันตรายต่อข้อมูลที่มีอยู่ในเครื่อง หรือมีจุดประสงค์เพื่อที่จะล้างเอาความลับของระบบคอมพิวเตอร์

คอมพิวเตอร์ของผู้อื่น รวมถึงผู้ที่ทำการตัดต่อภาพ เป็นเหตุให้ผู้อื่นถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าบทกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ไม่ได้มีกำหนดเฉพาะไว้ ดังนั้น เมื่อมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นจึงต้องกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับใช้นั้น ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนและข้อโต้แย้งระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) กับผู้ได้รับความเสียหายได้

3.4 เปรียบเทียบข้อจำกัดความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวคิดเดิมในเรื่องความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เห็นว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ทำหน้าที่คล้ายกับบุรุษไปรษณีย์ กล่าวคือ ทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ส่งผ่าน (Conduit) ข้อมูลข่าวสาร โดยปราศจากอำนาจในการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารนั้น ดังนั้นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) จึงไม่ควรมีความรับผิดใดใดเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารนั้น เพราะการกำหนดความรับผิดทางกฎหมายให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ในข้อมูลข่าวสารที่ตนเป็นเพียงผู้ส่งผ่าน จะไม่เป็นธรรมและไม่สมเหตุสมผล ตลอดจนในทางปฏิบัติ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถที่จะตรวจสอบข้อมูลที่ส่งผ่านมายังระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของตนได้ นอกจากนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหลายแห่งทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการเช่าพื้นที่บนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Web hosting) ด้วย ซึ่งทำให้มีเว็บไซต์ (Websites) จำนวนมากถูกนำมาฝากไว้ เพื่อให้ไปปรากฏอยู่บนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ดังนั้นการกำหนดภาระหน้าที่ในความรับผิดชอบให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในการตรวจสอบข้อมูลทุกอย่างบนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของตนจึงเป็นเรื่องยากในทางปฏิบัติ และอาจเป็นอุปสรรคขัดขวางอิสระการติดต่อสื่อสารบนอินเทอร์เน็ต⁷⁴

⁷³Spam mail คือ การส่งอีเมลจำนวนมากๆในครั้งหนึ่ง หรือการทยอยส่ง แต่ส่งจำนวนมากนับ เพื่อทำให้ระบบการทำงานของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตทำงานช้าลง นอกจากนี้ยังเป็นตัวการให้การจราจร (Traffic) ของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเกิดการติดขัด จนถึงขนาดไม่สามารถใช้งานได้เลย

⁷⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 37 “ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

ในขณะเดียวกัน แนวคิดเดิมที่ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ส่งผ่านข้อมูลข่าวสารถูกโต้แย้งด้วยเหตุผลที่ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เป็นเส้นทางไปสู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ตลอดจนข้อมูลในเว็บไซต์ต่างๆ ดังนั้นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จึงอยู่ในฐานะที่เหมาะสมในการสกัดกั้นและกั้นกรองข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเมิดสิทธิของผู้อื่นออกจากระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ฉะนั้นกฎหมายที่ซึ่งกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในการที่จะตรวจสอบข้อมูลในระบบเครือข่ายของตนที่เชื่อมต่อระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงมีความสำคัญมาก เพราะกฎหมายดังกล่าวจะทำให้ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นระบบที่ปราศจากการกระทำที่ผิดกฎหมายและละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยความรับผิดชอบกฎหมายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต แยกพิจารณาเป็นประเด็นได้ดังนี้

3.4.1 Digital Millennium Copyright Act 1998 เป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ได้บัญญัติหลักการแจ้งและถอดถอน (notice and take down) โดยกำหนดหน้าที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในกรณีข้อมูลอันละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ได้รับแจ้งจากผู้กล่าวอ้างว่า มีข้อมูลอันละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต มีหน้าที่ต้องรีบถอดถอนหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา แล้วแจ้งผู้กล่าวอ้างภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับการแจ้ง หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ต้องนำกลับคืนหรือทำให้เข้าถึงได้ดังเดิมซึ่งข้อมูลที่ได้ถอดถอนหรือระงับการเข้าถึงนั้น⁷⁵

โดยกำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย DMCA มี 4 ประเภทดังนี้

(1) ผู้ส่งผ่านการติดต่อสื่อสาร รวมถึงการส่งต่อ และเส้นทางของข้อมูล เช่น อีเมลล์ หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเก็บข้อมูลไว้ในหน่วยความจำขณะชั่วคราวบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต⁷⁶

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งที่เป็นสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่มีบุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

⁷⁵ 17 U.S.C. § 512 (Supp. IV 1998).

⁷⁶ Section 512 (a)

(2) ผู้ทำซ้ำของระบบที่เกี่ยวข้องถึงสำเนาของข้อมูลชั่วคราวที่ทำโดยผู้ให้บริการในการให้บริการที่หลากหลาย ซึ่งเรียกร้องให้มีการทำสำเนา ทำซ้ำ เพื่อที่จะส่งต่อข้อมูล⁷⁷

(3) ผู้เก็บข้อมูลของระบบที่เกี่ยวข้องถึงการให้บริการ ที่อนุญาตให้ผู้ผู้ใช้ข้อมูลที่จัดเก็บไว้ในหน่วยความจำบนระบบเครือข่าย⁷⁸ ตัวอย่างเช่น ผู้ให้บริการเช่าพื้นที่บนระบบเครือข่าย อินเทอร์เน็ต (Web hosting) หรือ ผู้ให้บริการห้องสนทนา (Chat room)

(4) ผู้ใช้ข้อมูลเป็นเครื่องมือในการหาข้อมูลในการระบุที่ตั้งที่เกี่ยวข้องถึงการให้บริการ ตัวอย่างเช่น บริการสืบค้น (Search engines) บริการแนะนำ หรือ หน้าเว็บเพจที่แนะนำ เว็บไซต์ต่างๆซึ่งเชื่อมโยงไปถึงข้อมูลที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิด⁷⁹

อย่างไรก็ดี ในส่วนของความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายเครื่องหมายการค้า และไม่มีข้อจำกัดความรับผิดดังเช่น ในกฎหมาย DMCA ดังนั้น ในการที่จะพิจารณาหาความรับผิดร่วมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการละเมิดเครื่องหมายการค้าจะต้องนำหลักความรับผิดร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า (Contributory infringement) มาปรับใช้โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้ (1) รู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยผ่านระบบเครือข่ายของตน (2) ให้การสนับสนุนและช่วยเหลือบุคคลที่สาม หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้ทำการละเมิด หรือนำหลักความรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious infringement) ก็เป็นหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่น่ามาปรับใช้ ดังนี้ (1) ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ใช้บริการ (2) สามารถที่จะดูแลรักษาระบบของตนสำหรับการกระทำละเมิด โดยการระงับการเข้าสู่เว็บไซต์ของผู้กระทำละเมิด และถอดถอดเนื้อหาที่เป็นการละเมิดออกจากระบบ

3.4.2 The Communications Decency Act of 1996 (CDA) เป็นข้อจำกัดความรับผิดที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอีกประการหนึ่ง โดยภายใต้มาตรา 230 ของ CDA กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสำหรับความรับผิดจากการลงประกาศสำหรับข้อความที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยบุคคลที่สาม⁸⁰ ซึ่งให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตครอบคลุมจากความรับผิดทางแพ่งสำหรับข้อเรียกร้องทุกอย่าง ยกเว้นแต่

⁷⁷ Section 512 (b)

⁷⁸ Section 512 (c)

⁷⁹ Section 512 (d)

⁸⁰ 47 U.S.C. § 230 (C) (Supp. V 1999)

การกระทำละเมิดทางทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งกฎหมาย CDA ไม่ได้ให้ความคุ้มครอง⁸¹ แต่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะเป็นผู้จัดพิมพ์หรือผู้เผยแพร่ (Publishers) ในข้อมูลอันเป็นการหมิ่นประมาทโดยบุคคลที่สาม ซึ่งในแต่ก่อนมีกฎหมายฉบับนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอยู่ในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายหรือผู้แจกจ่าย (distributors) ดังนั้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ก็ต้องพิจารณาจากการรู้ หรือมีเหตุควรรู้ ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แทนที่จะใช้หลักความรับผิดอย่างเคร่งครัดให้ปฏิบัติต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อย่างเช่น ผู้จัดพิมพ์หรือผู้เผยแพร่ เพราะถ้าปฏิบัติต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ดังเช่น ผู้จัดจำหน่ายหรือผู้แจกจ่าย ก็ไม่ต้องมีความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่รู้ หรือไม่มีเหตุควรรู้ของตน⁸²

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ถูกยกเว้นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ ตามมาตรา 230 (e) ของ CDA แต่อย่างไรก็ตามก็มีคดีมากมายที่เกี่ยวข้องกับการนำกฎหมาย CDA มาปรับใช้กับคดีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต ดังนี้

(1) ในคดี *Gucci America v. Hall Associates*⁸³ ในคดีนี้โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ภายใต้ชื่อทางการค้าว่า Gucci ที่ใช้สำหรับเครื่องประดับและเครื่องแต่งกาย โดยมี Mindspring ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยให้บริการใช้พื้นที่แก่จำเลยซึ่งก็คือบริษัท Hall ในชื่อของเว็บไซต์ว่า <http://www.goldhaus.com> ซึ่งจากข้อเท็จจริงโจทก์ได้แจ้งไปยัง Mindspring ถึง 2 ครั้งว่าเว็บไซต์ของ goldhaus ก่อให้เกิดการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า และการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยการโฆษณาสินค้า Gucci ปลอมแปลงบนเว็บไซต์⁸⁴ ยิ่งไปกว่านั้น โจทก์ได้กล่าวหาว่า Mindspring ยังคงอนุญาตให้ Hall ใช้พื้นที่ในเว็บไซต์ โดยรู้เห็น และขาดความเอาใจใส่ในการละเมิดเครื่องหมายการค้า⁸⁵

⁸¹Section 230(e)(2)

⁸²Page W., Keeton, et al., **Prosser and Keeton on the Law of Torts § 113**, at 811 (5th ed. 1984) (noting that distributors cannot be liable “in the absence of proof that they knew or had reason to know of the existence of defamatory matter contained in matter published”)

⁸³*Gucci America, Inc. v. Hall & Associates*, 135 F. Supp. 2d 409 (S.D.N.Y. 2001)

⁸⁴ibid

⁸⁵ibid

Gucci ยืนยันข้อกล่าวหาว่า Mindspring ว่าละเมิดเครื่องหมายการค้าทั้งทางตรง และร่วมกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐ⁸⁶ (Lanham Act) มาตรา 32 รวมถึงโจทก์ยังอ้างถึงการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า มาตรา 43(a) ว่าด้วยการเรียกชื่อให้ผิดไปจากต้นแบบ และการนำเสนอ รายละเอียดของสินค้าที่ไม่ถูกต้องซึ่งเปรียบเสมือนการละเมิดเครื่องหมายการค้า และการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมภายใต้กฎหมาย Common law ของรัฐ New York⁸⁷

อย่างไรก็ดี Mindspring ได้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลยกฟ้องโดยมี 2 ประเด็นหลัก ดังนี้ (1) ความคุ้มกันภายใต้กฎหมาย CDA จากความรับผิดในข้อมูลที่อยู่บนเว็บไซต์ของ Hall (2) ความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (First Amendment) ที่ขัดกับบทบัญญัติการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ แม้ว่า กฎหมายเครื่องหมายการค้า (Lanham Act) จะไม่ได้กำหนดถึงภาระหน้าที่ตามกฎหมายสำหรับความรับผิดร่วม หรือความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่นในการกระทำละเมิด แต่ศาลนำหลักกฎหมาย Common law มาปรับใช้กับผู้กระทำละเมิดทางอ้อม⁸⁸ (Indirect Infringer) ซึ่งศาลในคดี Gucci ปฏิเสธคำร้องของ Mindspring เพื่อให้ยกฟ้องในทฤษฎีความรับผิด และศาลตัดสินว่าไม่ให้นำกฎหมาย CDA มาคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) จากข้อเรียกร้องในการกระทำละเมิด⁸⁹

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ของ CDA ในคดี Gucci มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญต่างๆ ดังนี้

ข้อบัญญัติทางกฎหมาย

การพิจารณาในประเด็นความคุ้มกันของ CDA จากความรับผิดร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า ประการแรกที่ศาลพิจารณาคือบทบัญญัติทางกฎหมายที่ Mindspring โต้แย้งว่า มาตรา 230 (C) ของ CDA ให้ความคุ้มกันจากความรับผิดร่วมในการทำละเมิด โดย Mindspring อ้างว่าตนเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Interactive computer service) เป็นผู้

⁸⁶ ดู 15 U.S.C. § 1114(1)

⁸⁷ Gucci, 135 F.Supp. 2d at 411. ดู 15 U.S.C. § 1125(a)

⁸⁸ Wong A. Nicole, et al., **Online Content Liability Issues**, 711 PLI/Pat 813,944 (July 2002)

⁸⁹ ดูคดี Gucci, 135 F. Supp. 2d 409.

ให้บริการข้อมูล ระบบ หรือ ผู้ให้บริการเข้าสู่ระบบโปรแกรม⁹⁰ ซึ่งสามารถให้ผู้ให้บริการเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ตามคำจำกัดความของมาตรา 230 (f)(2) ในเรื่องนี้ศาลให้ความเห็นว่า ตามมาตรา 230(e)(2) กล่าวว่า ข้อจำกัดของความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามกฎหมาย CDA นี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นศาลไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของจำเลย (Mindspring) สำหรับความคุ้มกันตามกฎหมาย CDA

คดีที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ศาลพบว่าบทบัญญัติ ตามมาตรา 230(e)(2) มีความจำเป็นในการวิเคราะห์ข้อโต้แย้งข้ออื่น ๆ ของจำเลย(Mindspring) ตัวอย่างของคดีที่แสดงถึงการอธิบายมาตรา 230 ของ CDA ดังเช่นตัวอย่างในคดี (1) Zeran v. America Online, Inc.⁹¹ ซึ่ง Zeran ยกข้ออ้างตามมาตรา 230 เพื่อป้องกันคำตัดสินของศาลจากความรับผิดของผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ โดยให้ถือว่าตนอยู่ในฐานะบทบาทของผู้จัดพิมพ์ หรือผู้เผยแพร่ ซึ่งได้รับความคุ้มกันตามกฎหมาย CDA โดยศาลในคดี Gucci ได้แบ่งประเด็นในคดี Zeran ออกเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้อื่นในการหมิ่นประมาท ทำให้เสียชื่อเสียง (Defamation) และการกระทำละเมิดในรูปแบบอื่น ๆ ของความรับผิดในการกระทำละเมิด แต่ทว่า Gucci อ้างข้อเรียกร้องในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น มาตรา 230 จึงไม่ถูกนำมาใช้ในคดีนี้

ต่อมา Mindspring ยังได้ยกคดี Lockheed Martin v. Network Solutions⁹² มาเป็นข้อโต้แย้งในการปฏิเสธในความรับผิดร่วมในการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งศาลในคดี Gucci ก็เห็นด้วยกับการกระทำของโจทก์ (Lockheed) ไม่ขัดต่อหลักความรับผิดร่วมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ในการละเมิดเครื่องหมายการค้า แต่ให้ถือว่าการจัด

⁹⁰Gucci, 135 F. Supp. 2d 412. ศักขารายละเอียดเพิ่มเติม: 47 U.S.C. §230(f)(2) (“The term ‘interactive computer service’ means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server”)

⁹¹Zeran v. America Online Inc, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) ซึ่งศาลให้คำตัดสินว่า กฎหมายCDA ให้ความคุ้มกันแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากข้อกล่าวหาในความล้มเหลวที่จะถอดถอนข้อความหมิ่นประมาท ที่ถูกประกาศไว้โดยบุคคลที่สาม

⁹²Lockheed Martin Corp v. Network Solutions Inc, 985 F. Supp 949 (C.D.Cal.1997), aff’d, 194 F.3d 980 (9th Cir.1999) ซึ่งศาลให้คำตัดสินว่า ผู้รับจดทะเบียนชื่อโดเมนไม่ต้องรับผิดสำหรับความรับผิดร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า ที่ซึ่งเครื่องหมายการค้าถูกกระทำละเมิดจากผู้จดทะเบียนชื่อโดเมนโดยบุคคลที่สาม

ทะเบียนชื่อโดเมนนั้น (Domain name) ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ซึ่งภายใต้กฎหมาย Lanham Act ถือว่าเป็นข้อกำหนดสำหรับการกระทำละเมิด ดังนั้นในการพิจารณาหาความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า จึงต้องนำหลักทฤษฎีความรับผิดชอบของ Inwood มาปรับใช้ ดังนี้

ถ้าผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่ายซึ่งมีเจตนาโน้มน้าวชักจูงผู้อื่นให้ละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือยังคงดำเนินการจัดหาผลิตภัณฑ์แก่ผู้อื่น โดยรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังนั้นผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่ายก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆอันเกิดเนื่องจากการกระทำที่มีเจตนาหลอกลวง⁹³ แต่จากข้อเท็จจริงในคดี Lockheed Martin ศาลพบว่าไม่มีพยาน หรือหลักฐานใดๆที่แสดงถึงการจงใจให้มีการกระทำละเมิดร่วมทางการค้า ถึงแม้ว่าตามหลักทฤษฎีของ Inwood⁹⁴ ถือว่าผู้รับจดทะเบียนโดเมน (Domain name) มีส่วนรู้เห็นในการกระทำละเมิด แต่ศาลในคดี Lockheed Martin พบว่าผู้รับจดทะเบียนโดเมน (Domain name) ไม่รู้ถึงการกระทำละเมิดในคดี⁹⁵ ในคำอุทธรณ์ของศาลก็ยืนยันตามคำตัดสินของศาลชั้นต้น และปฏิเสธที่จะขยายความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าในคดีของ Hard Rock Cafe และ Fonovisa ซึ่งเป็นการนำหลักความรับผิดชอบในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่า (Landlord relationship) นำมากำหนดความรับผิดชอบระหว่างผู้ดำเนินการตลาดกลางแจ้ง และผู้ขาย⁹⁶

อย่างไรก็ดีในคดี Gucci ได้แบ่งแยกการขอจดทะเบียนชื่อโดเมน (Domain name) จากการใช้บริการพื้นที่ของข้อมูล ซึ่งศาลได้ชี้แจงถึงคดี Lockheed โดยเปรียบเทียบบทบาทของผู้จดทะเบียนโดเมน (Domain name) กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ดังนั้นจึงเป็นการเกี่ยวข้อสัมพันธ์กันระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และพื้นที่บริการเว็บไซต์ จะมีลักษณะคล้ายกับผู้รับจดทะเบียนโดเมน และชื่อที่ถูกจดทะเบียนโดเมน

(2) ในคดี Stoner v. eBay, Inc.⁹⁷ เป็นตัวอย่างอีกคดีหนึ่งที่นำกฎหมาย CDA มาใช้ในการตัดสิน ดังนี้ ศาลชั้นต้นของแคลิฟอร์เนียตัดสินว่า ไม่ได้มีการกล่าวถึงในอดีตที่ห้ามมิให้นำ

⁹³ Inwood Laboratories Inc, v. Ives laboratories Inc, 456 U.S. 844,854 (1982)

⁹⁴ Lockheed Martin, 985 F. Supp.at 961.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Hard Rock Café, 955 F.2d at 1148; Fonovisa, 76 F.3d at 256.

⁹⁷ No.305666, 2000 Extra LEXIS 156 (Cal. Super.Ct. Nov. 7,2002)

มาตรา 230 ของ CDA นำมาปรับใช้กับข้อกล่าวหาในการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม⁹⁸ (Unfair business practices) โดยเว็บไซต์ประมวลออนไลน์อย่างอีเบย์ถูกยื่นฟ้องในข้อกล่าวหาในการให้บริการสิ่งบันทึกเสียงผิดกฎหมายบนเว็บไซต์ ทั้งนี้โจทก์กล่าวอ้างถึงการกระทำละเมิดในการขายสิ่งบันทึกเสียงโดยผิดกฎหมายของจำเลยว่ามีความผิดตามกฎหมายแพ่ง และกฎหมายอาญาของรัฐแคลิฟอร์เนีย เนื่องจากอีเบย์มีการทำธุรกิจต่อสาธารณชน และผู้ใช้บริการของตนในการหลอกลวง และนำไปสู่การกระทำที่ผิด⁹⁹

ดังนั้น เมื่อศาลนำมาตรา 230 มาปรับใช้กับปัญหาข้อเท็จจริงก็พบว่า อีเบย์เป็นเพียงผู้ให้บริการข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งบันทึกเสียงที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น อีเบย์จึงได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 230 อย่างไรก็ตามในคดีนี้ก็ยังมีข้อสังเกตว่าโจทก์ยื่นฟ้องในความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ก็อาจจะจะทำให้ผลของคำตัดสินที่แตกต่างออกไป เพราะกฎหมาย CDA ไม่ได้บัญญัติให้นำมาปรับใช้ได้¹⁰⁰

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า กฎหมาย CDA ไม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังเช่น มาตรา 230 (e) กำหนดไม่ได้ให้ความคุ้มครองให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสำหรับข้อเรียกร้องทางทรัพย์สินทางปัญญา และโดยหลักของกฎหมาย CDA ตามมาตรา 230 (c) กำหนดให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากการหมิ่นประมาทสำหรับข้อความที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยบุคคลที่สามเท่านั้น และจากกฎหมายต่างๆที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Section 230(e)

บทที่ 4

แนวทางการกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ในบทนี้จะทำการวิเคราะห์ถึงแนวคิด และทฤษฎีที่จะนำมากำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในความผิดฐานละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยจะมุ่งเน้นที่ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า เพราะมีส่วนเกี่ยวข้องกับ ความผิด หรือผู้กระทำความผิด ดังเช่น คดี Tiffany v. eBay ที่จะนำมาวิเคราะห์ต่อไป

4.1 การกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยการวิเคราะห์คดี Tiffany v. eBay เพื่อนำทฤษฎี และแนวคิดความรับผิดต่าง ๆ มาปรับใช้

ปัญหาข้อเท็จจริง

โจทก์ (Tiffany) ได้นำเสนอบันทึกข้อความหลังการตัดสินคดี (Post-Trial Memorandum) เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงประเด็นต่างๆ ของคดี และบันทึกคำพูดที่เกี่ยวกับหลักฐานข้อเท็จจริงที่พบโดยศาล โดยโจทก์ได้นำหลักกฎหมายและข้อเท็จจริงมาวิเคราะห์ เพื่อนำมาใช้ในข้อกล่าวอ้างในของโจทก์ (Tiffany) สำหรับการกระทำละเมิด การแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม และการทำให้เครื่องหมายการค้าของโจทก์เสื่อมค่าลงภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา (Lanham Act) กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก และกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) นอกจากนี้โจทก์ยังได้รวบรวมข้อถกเถียง และบทวิเคราะห์ที่เกี่ยวกับข้อกล่าวอ้างของโจทก์ และข้อโต้แย้งของจำเลย (eBay) จากหลักฐานข้อเท็จจริงที่โจทก์ค้นพบ และข้อสรุปเกี่ยวกับกฎหมาย

จากข้อกล่าวอ้างของโจทก์ กล่าวว่า อีเบย์ (eBay) ได้สร้างรูปแบบธุรกิจช่องทางใหม่ โดยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นหลัก ซึ่งเจตนาดั้งเดิมของอีเบย์ตั้งใจให้เว็บไซต์นี้เป็นสถานที่ที่ให้ผู้ใช้บริการ (User) ทำการเสนอซื้อขายสินค้าที่ไม่เป็นประโยชน์ภายในบ้าน แต่การเสนอซื้อขายนี้กลับขยายไปเป็นตลาดซื้อขายสินค้า (Marketplace) ขนาดใหญ่ที่ผู้ขายนิรนามคนอื่นๆ (anonymous) เสนอขายสินค้าที่ผู้ซื้อไม่สามารถเห็น หรือตรวจสอบสินค้าได้ อันเนื่องจากระยะทางที่ห่างกันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ค้าขายสินค้าปลอมแปลง และผู้ที่ได้ผลประโยชน์มาจากการหลอกลวงที่จะสามารถทำประโยชน์จาก

เว็บไซต์ โดยปราศจากความรับผิดชอบใดๆ ซึ่งทางอีเบย์ทำได้แค่เพียงระงับการใช้ ID เท่านั้นที่เป็น การลงโทษที่หนักที่สุดของผู้ขายสินค้าปลอมแปลงเหล่านั้น

ต่อมาอีเบย์ยังสร้างระบบ VeRo ที่อนุญาตให้ผู้ขายกระทำการละเมิดโดยปราศจาก ความรับผิดชอบในการขายสินค้าปลอมแปลงที่ผิดกฎหมาย ด้วยข้อเท็จจริงที่ Tiffany พบรวมถึง หลักฐานจำนวนมากที่เกี่ยวกับการขายสินค้าปลอมแปลงของ Tiffany ภายใต้การใช้ VeRo Program นอกจากนี้ อีเบย์ (eBay) ยังรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่ามีการใช้ระบบ VeRo Program อย่าง ผิดๆ เพื่อให้มีการขายสินค้าปลอมแปลงของ Tiffany ซึ่งถึงเวลาแล้วที่ eBay ต้องตระหนักได้ แล้วว่ามีการปล่อยให้มีการขายสินค้าปลอมแปลงเกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย ซึ่งไม่เพียงแต่ Tiffany เท่านั้นที่คัดค้าน eBay แต่ยังคงมีผู้ที่คัดค้านมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเห็นได้จากในปี ค.ศ. 2003 มีจำนวน NOCI's เท่ากับ 212,817 ราย และถึงในปี ค.ศ. 2005 มีจำนวน NOCI's 417,235 ราย ซึ่งเพิ่มขึ้นกว่า 60เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ eBay ยังคงเพิกเฉยต่อคำเตือน แม้ว่า eBayสามารถใช้ข้อบังคับทางกฎหมายเพื่อที่จะตรวจสอบหากมีการยืนยันว่ามีการกระทำละเมิด เกิดขึ้น และทำการถอดถอนรายการสินค้าปลอมแปลงนั้น แต่ eBay ก็ไม่ได้ทำการตรวจสอบ ใดๆ เพียงแต่ยืนยันว่าเป็นความรับผิดชอบของ Tiffany ที่ต้องหาทางแก้ไขผ่านทาง VeRo Program

หลักความรับผิด Inwood Test

การนำหลักความรับผิดร่วมกันในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Contributory Liability) หรือที่เรียกว่า Inwood test มาปรับใช้ โดยได้มีการพัฒนาหลักความรับผิดในเรื่องการละเมิด เพื่อใช้กับรูปแบบธุรกิจของ eBay ซึ่งทำกำไรจากการขายสินค้าผิดกฎหมาย ดังนั้น จึงมีการ พัฒนาหลักความรับผิดที่ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย เพื่อนำมาขยายหลัก ความรับผิดในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ให้เช่ากับผู้เช่า ที่ให้มีการแลกเปลี่ยนสินค้า (swap meet) หรือตลาดซื้อขายสินค้า (Flea market) เพื่อนำมาใช้กับการซื้อขายผ่านทางอินเทอร์เน็ต หรือ ตลาดออนไลน์ (e-marketplace) ที่มีการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าอีกด้วย ดังนั้นจึงมีหลัก ความรับผิดร่วมสำหรับการกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า (Contributory Trademark infringement) กำหนดให้ผู้ที่มีภาระหน้าที่ต้องรับผิดชอบ ถ้าบุคคลนั้นยังคงดำเนินการเสนอการ ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิด โดยที่รู้ หรือมีเหตุให้รู้ว่ามี การกระทำละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งในกรณีนี้ Tiffany ได้พบหลักฐานมากมายที่แสดงว่า eBay รู้และมีเหตุให้รู้มีการใช้เว็บไซต์ใน

การสินค้าปลอมในชื่อทางการค้าของ Tiffany นอกจากนี้ยังพบอีกว่า eBay ไม่เพียงแต่มีความสามารถในการควบคุมการใช้เว็บไซต์ของผู้ขายได้ แต่ยังให้ความช่วยเหลือ และสนับสนุนผู้ขายเหล่านั้นอีกด้วย ท้ายที่สุดแม้ว่าหลักฐานจะพบว่า eBay รับรู้ถึงการกระทำละเมิด และสามารถที่จะควบคุมการใช้เว็บไซต์ของผู้ให้บริการได้ แต่ก็ไม่ทำให้ eBay ทำตามข้อบังคับทางกฎหมายเพื่อที่จะตรวจสอบหรือเยียวยาแก้ไขปัญหา

จากการหลบเลี่ยงผลที่ตามมาจากหลักฐานข้างต้นของ eBay มักจะอ้างว่าตนอยู่ในสถานะที่ไม่รับรู้ถึงการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น เว้นเสียแต่ว่าจะมีสัญญาณบ่งชี้ถึงการปลอมแปลงสินค้าจาก VeRo Program ซึ่งจะส่งผลให้ eBay ลงมือกระทำการบางอย่างเพื่อป้องกันการกระทำละเมิด จากข้อสรุปจะเห็นได้ว่ามุมมองของ eBay ที่มีต่อกฎหมายนั้นผิดมาก ๆ นอกจากนี้ยังไม่มีมาตรการบังคับใช้เครื่องหมายการค้าที่สนับสนุนการกระทำของ eBay อีกด้วย ดังนั้นศาลฎีกาจึงต้องนำคำตัดสินในคดีของ Inwood มาปรับใช้ในการกระทำความผิดที่มีการไตร่ตรองไว้ก่อนแล้ว นอกจากนี้ยังได้ขยายความรับผิดชอบไปถึงการซื้อขายสินค้าตามตลาดนัด (Flat market) ที่ผู้ให้เช่าพื้นที่ยอมรับรู้ถึงการกระทำละเมิดของผู้ขายสินค้าปลอมในพื้นที่ที่ตนให้เช่า

จากข้อเท็จจริงกล่าวได้ว่า eBay รู้หรือมีเหตุให้รู้ว่าผู้กระทำผิดในเว็บไซต์ของตน และยังคงให้บริการต่อไป ดังนั้นศาลควรตัดสินให้ eBay ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้า การโฆษณาหลอกลวง การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมมูลค่าลง ภายใต้กฎหมายของรัฐ และบังคับให้ eBay ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นต่อ Tiffany นอกจากนี้ยังต้องให้ eBay ยืนยันที่จะหาวิธีการที่เป็นไปได้ที่จะป้องกันการขายสินค้าปลอมของ Tiffany ในเว็บไซต์ และถอดถอนรายการขายสินค้าปลอมแปลงที่ปรากฏอยู่บนเว็บไซต์ของ eBay

หลักฐานที่พบในคดีที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงต่อไปนี้ (Statement of Facts)

1. เครื่องหมายการค้าของทิฟฟานี (Tiffany's Trademarks)

กว่า 170 ปีที่ผ่านมา Tiffany ประสบความสำเร็จจากการขายสินค้าจำพวกฟุ่มเฟือย เช่น เครื่องเพชร นาฬิกา และเครื่องประดับต่างๆ ภายใต้เครื่องหมายการค้า Tiffany ซึ่งเครื่องหมายการค้าของ Tiffany เป็นทรัพย์สินที่มีเอกลักษณ์ และมีมูลค่าที่ไม่อาจคำนวณเป็นมูลค่าได้ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องสำคัญสำหรับความสำเร็จของ Tiffany ในฐานะที่เป็นผู้จัดจำหน่าย

สินค้าฟุ่มเฟือยที่จะต้องได้รับการคุ้มครองในเรื่องของคุณภาพและเครื่องหมายการค้า เพราะการขาดความสามารถที่จะทำการป้องกันการละเมิดเครื่องหมายการค้าจะนำไปสู่การสูญเสียความน่าเชื่อถือ และความไว้วางใจจากลูกค้า ดังนั้นเพื่อที่จะทำการรักษาคุณภาพ และชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นผลให้ Tiffany ต้องควบคุมและจำกัดการกระจายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน จนเป็นเหตุให้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000 สินค้าตัวใหม่ของ Tiffany จึงมีจำหน่ายแค่ในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น โดยจะจำหน่ายผ่านทางหน้าร้านค้าของ Tiffany และในรายการสินค้า หรือในเว็บไซต์ของ Tiffany (www.tiffany.com) และที่สุดท้ายสามารถหาซื้อสินค้าได้จากฝ่ายขายของ Tiffany เท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น Tiffany ยังไม่เคยใช้วิธีขายสินค้าแบบล้างสต็อก ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า Tiffany ได้ให้ความสำคัญกับชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของตนเป็นอย่างมาก ซึ่งการกระทำละเมิดโดยการขายสินค้าปลอมแปลงบนเว็บไซต์ของ eBay ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ Tiffany เป็นอย่างมาก

2. ความสัมพันธ์แบบเอื้อประโยชน์ต่อกันระหว่างกัน eBay กับ ผู้ขาย (eBay's Symbiotic Relationship with Its Seller Community)

eBay เป็นผู้สร้าง และดำเนินการจัดการตลาดสินค้าออนไลน์ (e-marketplace) ที่ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดี และประกอบไปด้วยสมาชิกผู้ต้องการขายสินค้า โดยความช่วยเหลือจาก eBay ที่สร้างรายการเสนอขายสินค้าสำหรับสมาชิกผู้ที่ต้องการซื้อสินค้า ในรูปแบบของการประมูล หรือกำหนดราคาขายไปเลย (Buy It Now) ยิ่งไปกว่านั้น eBay ยังมีการควบคุมผู้ใช้บริการผู้ซึ่งอาจจะซื้อ หรืออาจจะไม่ซื้อสินค้าในเว็บไซต์ ด้วยการให้ผู้ที่ต้องการใช้บริการบนเว็บไซต์จะต้องสมัครเป็นสมาชิก และยินยอมทำตามเงื่อนไขและข้อตกลงของ eBay ดังนั้นหากสมาชิกคนใดทำการละเมิดเงื่อนไขที่ตกลงไว้ eBay ก็อาจจะมีบทลงโทษ โดยการยกเลิกรายการขายสินค้าของสมาชิกคนนั้น ซึ่งรวมไปถึงการตัดเตือน หรืออาจจะระงับการเป็นสมาชิกทันที อย่างไรก็ตาม eBay ก็มีการควบคุมสินค้าที่ถูกขายอยู่ในเว็บไซต์ เช่น การห้ามขายสินค้าจำพวก ยา อาวุธ และสินค้ามีนเมา ซึ่งจะถูกลบออกจากรายการสินค้าที่ขายทันทีที่ถูกพบ นอกจากนี้ eBay ยังควบคุมการใช้ "Fraud engine" ที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อระบุสินค้าที่ต้องสงสัยว่าจะละเมิดกฎของ eBay ซึ่งรวมไปถึงการห้ามขายสินค้าปลอมแปลงที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของบริษัทอื่นๆ เช่น Tiffany เป็นต้น

เป็นเวลามากหลายปีที่ eBay ใช้วิธีเหล่านี้เพื่อขจัดปัญหาข้างต้น และยังคงมีการตรวจสอบจำนวนและราคาของสินค้าที่จะถูกขายอีกด้วย ซึ่งเมื่อโปรแกรมได้ตรวจสอบเจอการขายที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นกรกระทำละเมิด เจ้าหน้าที่ของ eBay หรือที่รู้จักกันว่า “CSRs” จะทำการตรวจสอบเพื่อตัดสินใจว่าจะถอดรายการขายสินค้าที่ต้องสงสัยออกจากเว็บไซต์หรือไม่ นอกจากนี้ eBay ยังช่วยให้ข้อมูลสำคัญๆแก่ผู้ขายอีกด้วย ดังที่จะเห็นจากรายได้ของ eBay ขึ้นอยู่กับการเติบโตของการขายสินค้าของผู้ขายในเว็บไซต์ เมื่อผู้ขายลงรายการสินค้าที่ต้องการจะขายในเว็บไซต์ โดย eBay จะคิดค่าบริการกับผู้ขายซึ่งค่าธรรมเนียม (Fee) จะอยู่ระหว่าง \$ 0.2-4.8 เหรียญดอลลาร์ ขึ้นอยู่กับราคาเริ่มต้น และจะคิดค่าธรรมเนียมอีกครั้งตอนสุดท้ายซึ่งจะอยู่ระหว่าง 5.25 ถึง 10 เปอร์เซ็นต์ของราคาสุดท้ายที่ประมูลได้ นอกจากนี้ยังมีรายงานจากฝ่ายการตลาดของ eBay พบว่าในปี ค.ศ. 2006 เกือบ 33 เปอร์เซ็นต์ของรายได้ของ eBay ในแถบอเมริกาเหนือมาจากค่าธรรมเนียมในส่วนแรก และอีก 45 เปอร์เซ็นต์ของรายได้มาจากค่าธรรมเนียมในส่วนสุดท้าย ยิ่งไปกว่านั้น eBay ยังได้กำไรจากการคิดค่าบริการในการใช้ paypal เพื่อที่จะใช้เป็นตัวกลางในการชำระเงินระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย โดย paypal จะคิดค่าบริการจากผู้ขายระหว่าง 1.9-2.9 เปอร์เซ็นต์ของยอดขายบวกเพิ่มอีก \$ 0.30 เหรียญดอลลาร์ ซึ่งรายได้หลักและการเติบโตของ eBay ขึ้นอยู่กับกิจกรรมการซื้อขายสินค้าบนเว็บไซต์ นอกจากนี้ eBay ยังให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ขายโดยการจัดสัมมนา การให้ข้อมูลต่างๆ ว่าผู้ซื้อต้องการอะไร สนใจสินค้าประเภทไหน พร้อมทั้งให้คำแนะนำทางการตลาดเพื่อที่จะจัดรายการสินค้าที่ดีเพื่อดึงดูดความสนใจของผู้ซื้อ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ขายจนประสบความสำเร็จในการขายสินค้าบนเว็บไซต์ของ eBay

นอกจากนี้ eBay มีการเสนอโปรแกรม “Advance Selling” ที่ให้ข้อมูลและผลการวิจัยเพื่อเพิ่มช่องทางการขายกับผู้ขาย โดยจัดทำเป็นปฏิทินทางการตลาดเพื่อให้ผู้ขายทำรายการสินค้าให้ตรงกับโปรโมชั่นของ eBay ทั้งนี้ยังเสนอให้ผู้ขายได้ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการเติบโตของธุรกิจอีกด้วย พร้อมทั้งอำนวยความสะดวกแก่ผู้ขายในการเจรจาแก่เจ้าหน้าที่ของภาครัฐในเรื่องของกฎหมายต่างๆที่กระทบต่อธุรกิจของตน และ eBay

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ขายที่มียอดขายสูง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “PowerSeller” จะได้รับความช่วยเหลือ และผลประโยชน์ที่มากขึ้นเป็นพิเศษ ยิ่งผู้ขายรายใหญ่มากเท่าไร ก็จะได้รับความช่วยเหลือมากขึ้นเท่านั้น เช่น PowerSeller จะได้รับความช่วยเหลือทางด้านบัญชี

และได้รับข่าวสารที่บอกข้อมูลโปรโมชั่น และยังได้รับความรู้เกี่ยวกับทักษะในการขาย ยิ่งกว่านี้ eBay ยังเสนอความช่วยเหลือในการโฆษณารายการสินค้าซึ่งคิดค่าโฆษณาเพียง 25 เซ็นต์ของค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังให้สิทธิประโยชน์ทางด้านสุขภาพ และหลักประกันในทางธุรกิจ พร้อมทั้งเครดิตในการชำระเงินด้วย รวมถึงยังมีทีมบริหารของ eBay เป็นผู้รับผิดชอบดูแลการเติบโตของการขายสินค้าในเว็บไซต์ในแต่ละชนิดของสินค้า เช่น เครื่องประดับ และนาฬิกา โดยทีมบริหารที่ดูแลการขายเครื่องประดับ และนาฬิกาจะให้ความช่วยเหลือทางด้านการวางแผนการขาย รวมถึงให้คำปรึกษาในเรื่องการประมูลแก่ผู้ขายรายใหญ่ 20 อันดับแรก โดยจะมีโปรแกรมที่ให้ข้อมูลกับผู้ขายเกี่ยวกับคำสำคัญ (Keywords) ที่ผู้ซื้อมักใช้ในการค้นหาสินค้า ซึ่งรวมไปถึงคำสำคัญที่อาจนำไปสู่ผลตอบแทนสูงในการลงทุน โดย eBay ระบุว่า Tiffany ซึ่งเป็นหนึ่งในคำฮิตที่ถูกค้นหามากที่สุด เมื่อผู้ขายได้รับข้อมูลเช่นนั้น ก็จะเป็นการกระตุ้นให้ผู้ขายใส่คำว่า Tiffany ลงในรายการขายสินค้าของตน ซึ่งทีมงานที่ดูแลในส่วนของการเครื่องประดับ และนาฬิกาก็ไม่ได้ให้ความเห็นใดๆ ว่าสินค้าที่ขายนั้นจะเป็นสินค้าปลอมหรือไม่

ดังนั้น เพื่อเป็นการเพิ่มยอดขายของผู้ขาย eBay ยังคงให้แนะนำแก่ผู้ขายเพื่อให้ได้รับผลประโยชน์จากความต้องการซื้อสินค้า Tiffany ซึ่งเป็นความพยายามที่จะเพิ่มการเติบโตในการจำหน่ายสินค้าประเภทเครื่องประดับ และนาฬิกา ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2004 ข่าวสารของ PowerSeller ที่เกี่ยวกับการขายเครื่องประดับได้มีการแนะนำให้ใช้คำสำคัญ (Keywords) เพื่อเพิ่มยอดขาย ซึ่งหนึ่งในคำนั้นก็คือ "Tiffany & Co." นอกจากนี้ยังเห็นได้ว่า eBay ให้ข้อมูลอื่นๆ แก่ผู้ให้บริการ เช่น รายการสินค้ายอดฮิต (Hot Categories) โดยในรายละเอียดของรายการสินค้านั้นจะระบุว่าสินค้าชนิดใดที่มีอัตราการประมูลที่สูง และมีความต้องการที่สูงมาก เช่น ในปี ค.ศ. 2006 eBay ได้ตีพิมพ์ในรายงานในส่วนของการขายในเว็บไซต์ โดยระบุว่า Tiffany เป็นหนึ่งในคำฮิตที่ผู้ซื้อใช้ในการค้นหาในหมวดของเครื่องประดับ และนาฬิกา มากไปกว่านี้ eBay ยังจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าขายดีในช่วงเทศกาล (Holiday Hot List) ซึ่งจะระบุว่าสินค้าของ Tiffany เป็นสินค้าที่ขายดีที่สุด ทั้งนี้ยังกระตุ้นผู้ขายให้ตรวจสอบเว็บเพจของตนเองเพื่อดูแนวโน้มความต้องการของผู้ซื้อในส่วนของ "ค้นหามากที่สุด" "เลือกมากที่สุด" และ "ดูมากที่สุด" โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 2007 eBay ได้แนะนำแก่ผู้ขายว่า คำว่า "Tiffany" และ "Tiffany & Co." เป็นคำสำคัญที่ใช้ในการค้นหามากที่สุด

eBay รู้ว่าผู้ซื้อมักจะให้ความสนใจในสินค้าที่มียี่ห้อ ดังนั้นเพื่อที่จะเป็นการดึงดูดผู้ซื้อให้เข้ามาในเว็บไซต์ของ eBay จึงทุ่มเทที่จะช่วยเหลืออย่างมากเพื่อเพิ่มการเติบโตของผู้ขายในหมวดสินค้าเครื่องประดับ และนาฬิกา โดยแท้จริงแล้ว eBay พิจารณาตัวเองในฐานะคู่แข่งของ Tiffany และยังเป็นแหล่งสำคัญในการขายสินค้าของ eBay เพราะ eBay มักจะจัดโปรโมชั่นเพื่อเพิ่มการประมูลสินค้า และยอดขายในสินค้าฟุ่มเฟือยของ Tiffany นอกจากนี้ก่อนที่ eBay จะได้รับจดหมายเตือนจาก Tiffany ซึ่ง eBay ได้ทำการโฆษณาขายสินค้าของ Tiffany โดยแสดงเครื่องหมายการค้าของ Tiffany ในเว็บไซต์ของตน ทั้งนี้ eBay ยังจ่ายค่าโฆษณาลงในเว็บไซต์ของ Yahoo และ Google ซึ่งระบุว่ามีการขายสินค้าของ Tiffany ในเว็บไซต์ของ eBay จนทำให้ Tiffany ต้องออกมาคัดค้านการกระทำของ eBay จนในที่สุด eBay จึงหยุดการโฆษณาตามเว็บไซต์บน Yahoo และ Google

จากการให้ความช่วยเหลือ สนับสนุนของ eBay ต่อผู้ใช้บริการ (User) ก่อให้เกิดผลที่ตามมาก็คือ eBay สามารถสร้างกำไรได้อย่างมหาศาลจากการขายสินค้าของ Tiffany โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000 – 2005 เป็นต้นมามียอดขายกว่า 456,551 ครั้งที่เป็นการขายสินค้าของ Tiffany โดยเฉพาะในส่วนของเครื่องประดับ และนาฬิกา eBay ดัชนีรายได้กว่า 4.1 ล้านเหรียญสหรัฐจากการขายสินค้าของ Tiffany

3. eBay รู้ว่าตนเป็นแหล่งจำหน่ายรายใหญ่สินค้าปลอมแปลงของ Tiffany

ในช่วงปี ค.ศ. 2003 Tiffany พบว่าตลาดออนไลน์ที่ค้าขายของเลียนแบบสินค้าของตนที่ใหญ่ที่สุด ก็คือ eBay จึงได้ดำเนินการทางกฎหมายต่อผู้ขายใน eBay ซึ่งในขณะนี้มี การติดตามคดีอยู่กว่า 600 ราย แต่ในขณะที่จำนวนการขายสินค้าปลอมของ Tiffany มีอัตราที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้ Tiffany เล็งเห็นว่าไม่คุ้มที่จะดำเนินการตามกฎหมายกับผู้ที่ยังขายสินค้าปลอมบนเว็บไซต์ของ eBay ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขที่ต้นเหตุของปัญหาที่เกิด Tiffany จึงเริ่มดำเนินการทางกฎหมายกับ eBay ในปี ค.ศ. 2003 Tiffany ได้เขียนจดหมายร้องเรียนไปหา eBay โดยตรงเพื่อที่จะให้ eBay ร่วมมือที่จะหยุดการกระทำละเมิดกฎหมายเหล่านั้น โดยในเนื้อหาของจดหมายแนะนำว่าไม่ควรให้บุคคลที่สามผู้ซึ่งไม่มีอำนาจที่จะขายสินค้าของ Tiffany ไม่ว่าสินค้านั้นจะเป็นของจริง หรือของปลอม ซึ่งเห็นได้ชัดว่าในเว็บไซต์ของ eBay มีผู้ขายจำนวนมากขายสินค้าปลอมของ Tiffany แต่ในทางตรงกันข้าม eBay กับสนับสนุนให้ Tiffany ใช้โปรแกรม “Ranger Online” เพื่อที่จะตรวจสอบสินค้าปลอมใน eBay เป็นการแก้ไขปัญหามาป้องกัน

กระทำละเมิด และ eBay ได้บอกปฏิเสธคำร้องของ Tiffany ที่จะให้จัดรายการสินค้าของ Tiffany ที่มีขายอยู่

Tiffany พยายามที่จะตัดปัญหาการกระทำละเมิด โดยการเข้าร่วม VeRo Program ของ eBay โดยจะมีเจ้าหน้าที่ของ Tiffany คอยตรวจสอบบนเว็บไซต์ของ eBay และยื่นคำเตือน (Notices of Claimed Infringement หรือ NOCI's) เมื่อพบว่ามีกรกระทำละเมิดเกิดขึ้น เพื่อแจ้งต่อ eBay แต่ทาง eBay ก็ทำได้แต่เพียงถอดรายการสินค้าที่ละเมิด ที่ทาง Tiffany แจ้งไว้เท่านั้น และก็ไม่ได้มีการแก้ไขปัญหาที่มากกว่านั้น นอกจากนี้ eBay ก็ทำได้เพียงแค่ระงับ ID ของผู้ขายชั่วคราวแต่ไม่ได้ระงับเป็นการถาวร เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าเท่านั้น

ถึงแม้ว่าการเข้าร่วม VeRo Program ของ Tiffany จะเป็นไปเพื่อการป้องกันการกระทำละเมิด แต่ในความเป็นจริงแล้ว จำนวนรายการสินค้าปลอมของ Tiffany กลับเพิ่มขึ้น เห็นได้จากในปี ค.ศ. 2003 – ค.ศ. 2004 มีการแจ้งว่ามีการละเมิดมากกว่า 46,252 ครั้ง แต่ eBay ยังปฏิเสธที่จะยับยั้งผู้ขายที่เสนอขายสินค้าของ Tiffany ตั้งแต่ 5 รายการขึ้นไป จากข้อมูลอื่นๆ พบว่า ในเดือนสิงหาคมของปี ค.ศ. 2003 Tiffany กลายมาเป็นหนึ่งในบริษัทที่ถูกละเมิดมากที่สุด แม้ว่าจะมีการใช้ VeRo Program ก็ตาม และเนื่องจากสินค้าปลอมของ Tiffany ส่วนใหญ่ที่ขายใน eBay เป็นสินค้าที่มีคุณภาพต่ำทำให้ Tiffany เสียชื่อเสียงในหมู่ผู้ซื้อสินค้าโดยได้รับคำร้องเรียนจากผู้ซื้อใน eBay เป็นจำนวนมาก ระหว่างเดือน เม.ย.ปี ค.ศ. 2003 – ต.ค. ปี ค.ศ. 2007 ฝ่ายบริการลูกค้าของ Tiffany ได้รับ e-mail กว่า 3,900 ฉบับที่แจ้งถึงสินค้าของ Tiffany บนเว็บไซต์ของ eBay โดยในเนื้อหาของ e-mail ส่วนใหญ่มักจะถามว่า Tiffany รู้หรือไม่ว่าสินค้าที่มีขายอยู่เป็นของปลอมและรู้ปัญหาที่เกิดขึ้นหรือไม่ จากการที่มีคนจำนวนมากพบของปลอมเหล่านี้ ทำให้เครื่องหมายการค้าของ Tiffany ได้รับความเสียหาย และชื่อเสียงของบริษัทถูกลดต่ำลง

ต้นปี ค.ศ. 2004 Tiffany ทำการสำรวจเพื่อที่จะประเมินขอบเขตของปัญหา โดยการสุ่มซื้อสินค้าจากใน eBay ที่แจ้งว่าเป็นสินค้าของ Tiffany ในส่วนที่เกี่ยวกับ Mantis Protocol บริษัทกฎหมายของ Tiffany ได้ทำการสำรวจและซื้อสินค้ากว่า 186 รายการ ที่ระบุว่าเป็นสินค้าของ Tiffany เพื่อนำมาให้ฝ่ายตรวจสอบคุณภาพประเมินสินค้า พบว่ากว่า 136 รายการ (73.1 เปอร์เซ็นต์) เป็นของปลอม เพียง 5 เปอร์เซ็นต์เท่านั้นที่เป็นของจริง ส่วนอีก 21.9 เปอร์เซ็นต์เป็นการทำเลียนแบบ ในปี 2004 ผลการตรวจสอบที่พบว่ามีกรขายสินค้าปลอมมากขึ้น ทำให้

Tiffany แจงไปยัง eBay เพื่อให้ทำอะไรบางอย่าง แต่ eBay ไม่ได้มีการตอบสนองต่อข้อมูลแต่อย่างใด

ต่อมา Tiffany ยังคงใช้ VeRo Program และแนะนำ รวมถึงแจง eBay เกี่ยวกับการขายสินค้าปลอมที่พบ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 – ค.ศ. 2006 Tiffany ได้แจงว่ามีรายการสินค้าปลอมใน eBay เพิ่มมากขึ้นในทุกๆปี โดยปี ค.ศ. 2003 พบว่ามีการกระทำละเมิดถึง 20,915 ราย ในปี ค.ศ. 2004 พบว่ามีการกระทำละเมิดถึง 45,242 ราย ในปี ค.ศ. 2005 พบว่ามีการกระทำละเมิดถึง 59,012 ราย และสุดท้ายในปี ค.ศ. 2006 พบว่ามีการกระทำละเมิดมากที่สุดถึง 134,779 ราย

นอกจากนี้ไม่เพียงแต่ Tiffany ที่ร้องเรียนต่อ eBay แต่ยังคงมีผู้ซื้อที่ทำการร้องเรียน เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในเดือน พ.ย. ปี 2005 Elizabeth Badart ซื้อสร้อยข้อมือและต่างหูที่เชื่อว่าเป็นของ Tiffany จากผู้ขายใน eBay เมื่อได้รับสินค้าก็พบว่า เป็นของปลอม ทำให้เธอร้องเรียนไปยัง paypal และใช้เวลา นานกว่าเดือนที่ทาง paypal จะทำการคืนเงินให้

จากการรายงานผ่าน VeRo Program ต้องพบกับความยากลำบาก และไม่เป็นที่น่าพอใจ เพราะ Tiffany ไม่สามารถตรวจสอบสินค้าที่จะขายนั้นว่าเป็นสินค้าจริงหรือสินค้าปลอมแปลงได้ทัน เนื่องจากสินค้ามักถูกขายออกไปแล้วก่อนที่จะเข้าไปตรวจสอบ ยิ่งไปกว่านั้นยังมีสินค้าปลอมของ Tiffany ถูกขายอยู่เป็นจำนวนมาก และจากต้นปี ค.ศ. 2003 ถึง ค.ศ. 2006 ถ้าค้นหาคำว่า “Tiffany” และ “Silver” จะพบกว่า 1,000 รายการ เนื่องจาก eBay ต้องการคำยืนยันจากทางเจ้าของเครื่องหมายการค้าว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น ดังนั้น Tiffany จะต้องคอยเช็ครายการสินค้า เพื่อที่จะส่งรายชื่อการละเมิดให้ eBay แต่ Tiffany ไม่สามารถที่จะทำได้ทุกๆวัน ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่ว่าแต่ละวันจะมีรายการถูกเพิ่มขึ้นไปจนไม่สามารถตรวจสอบได้ทัน

4. eBay ไม่สามารถที่จะหยุดรายการสินค้าปลอมของ Tiffany

eBay ต้องใช้ VeRo Program เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าทาง eBay ได้มีความสนใจต่อการละเมิดที่เกิดขึ้นและเสนอโปรแกรมโดยผลักภาระความรับผิดชอบให้กับเจ้าของเครื่องหมายการค้าอย่างเช่น Tiffany ซึ่งทำให้ eBay สามารถทำกำไรกับการขายสินค้าปลอมได้ เว้นเสียแต่ว่าทางเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะยืนยัน NOCI's ต่อ eBay ในสินค้านั้นๆ ก่อนที่จะถูกขายออกไป เมื่อ Tiffany ยืนยัน NOCI's ทาง eBay ก็จะถอดรายการนั้นออกไปจากเว็บไซต์ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่มีหลักฐานว่า eBay ได้มีแผนการป้องกันการขายของปลอมในระยะยาว ไม่ว่า

จะเป็นการระงับ ID ผู้ขาย และไม่ตรวจสอบข้อร้องเรียนของลูกค้า หรือ Tiffany ว่าเป็นจริงหรือไม่

นอกจากนี้ Tiffany พบว่าการใช้ VeRo Program ที่จะกำจัดรายการสินค้าปลอมนั้น ไม่เพียงพอ และไม่ดีพอที่จะทำให้ปัญหาลดลง และไม่ทำให้ปัญหาถูกขจัดไปได้ เห็นได้จากข้อมูลของ eBay ระหว่างปี ค.ศ. 2000 – ค.ศ. 2005 สินค้ากว่า 456,551 ชิ้น ได้ถูกขายทั้งหมดที่ทุกรายการเป็น NOCI's ที่ Tiffany ยืนยันแล้ว แต่ในขณะที่ eBay โต้แย้งว่าได้ใช้โปรแกรม “Fraud engine” เพื่อที่จะตรวจดูรายการสินค้าของ Tiffany แล้ว และนำรายการออกล่วงหน้าก่อนที่จะได้รับการแจ้งจาก Tiffany แต่อย่างไรก็ตาม eBay ไม่มีหลักฐานที่อ้างถึงว่าจำนวนรายการสินค้าที่ถูกถอดออกเลย และไม่มีหลักฐานของตัวอย่างรายการที่ถูกถอดออกก่อนที่จะได้รับการแจ้งจาก Tiffany อีกด้วย ดังนั้นจึงอาจเห็นได้ว่า โปรแกรมที่ใช้ตรวจหาสินค้าปลอมของ eBay ไม่ดีพอที่จะทำหน้าที่คอยกรอง และตรวจดูสินค้านั้นว่าเป็นสินค้าปลอม นอกจากนี้โปรแกรมชนิดนี้ยังไม่สามารถตรวจจับรายการที่อ้างว่าเป็นสินค้าใหม่และจริงได้

ต่อมาในเดือน ส.ค. ปี ค.ศ. 2003 Tiffany เป็นสินค้าที่ถูกรายงานภายใต้ VeRo Program ว่าถูกละเมิดมากมาเป็นอันดับสองแต่ eBay โต้ว่าได้มีมาตรการที่จะแก้ปัญหาแล้ว โดยวางแผนที่จะนำโปรแกรมที่ดีกว่านี้มาตรวจจับการขายสินค้าปลอม แต่ eBay ไม่เคยนำโปรแกรมที่ว่าออกมาใช้เลย นอกจากโปรแกรมเดิมที่ใช้อยู่ และไร้ประสิทธิภาพ อันจะเห็นได้จากความล้มเหลวได้จากการเพิ่มจำนวนของ NOCI's ที่ Tiffany แจ้งทุกๆปี

ดังนั้น เพื่อที่กำหนดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบของ eBay ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลให้บริการตลาดออนไลน์ จึงต้องนำหลักความรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า (Inwood test) มาปรับใช้ กับหลักฐานที่พบในข้อเท็จจริงข้างต้นดังนี้

“บุคคลใดๆ จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า ถ้าหาก (1) มีเจตนาที่จะชักจูง หรือชักชวนให้ผู้อื่นกระทำละเมิดต่อเครื่องหมายการค้า หรือ (2) ยังคงดำเนินการให้บริการผู้อื่นต่อไป โดยรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น” ดังเช่น ในคดีของ Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.

จากข้อเท็จจริงในคดีสามารถแบ่งแยกเป็นประเด็นต่างๆได้ดังนี้

ประเด็นที่ 1 Tiffany พิสูจน์ว่าหลักและทฤษฎีของ Inwood สามารถนำมาปรับใช้ได้

มีหลักฐานจากข้อเท็จจริงแสดงว่า eBay รู้ถึงการขายสินค้าปลอมของ Tiffany ในเว็บไซต์ของตน ยิ่งไปกว่านั้นยังรู้ถึงการขายสินค้าปลอมของ Tiffany โดยผู้ขายที่ใช้บริการจากเว็บไซต์ จะเห็นได้ว่า eBay มีเหตุให้รู้ว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น แต่ในทางกลับกัน eBay โต้แย้งว่าไม่ได้รู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดจนกระทั่งได้รับการแจ้งจาก Tiffany ว่ามีการละเมิดเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้น ซึ่งการอ้างว่าตนขาดการรับรู้ถึงการกระทำละเมิด จากข้อกำหนดในทฤษฎีของ Inwood นั้น eBay มีข้อโต้แย้งว่า หลักการรับรู้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ จนกว่าจำเลยจะรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่าสิ่งที่ตนกำลังเสนอขายนั้นเป็นสินค้าปลอมแปลง ดังนั้นเพื่อเป็นการลบล้างข้อโต้แย้งของ eBay ศาลจึงต้องนำหลักการรับรู้ (Knowledge) มาปรับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นในตลาดออนไลน์ (e-marketplace) ซึ่งสถานการณ์ของ eBay ในปัจจุบันที่เกี่ยวกับการขายสินค้าปลอมพบทั้งหลักฐานเล็กและใหญ่ ที่ระบุได้ว่าการสินค้าส่วนใหญ่ของ Tiffany ใน eBay นั้นเป็นสินค้าปลอม ดังนั้น หลักการรับรู้จึงสามารถนำมาใช้ได้ หาก eBay รู้ว่ามีการขายสินค้าปลอมเกิดขึ้น และไม่จำเป็นว่า eBay จะรู้ว่าผู้ขายแต่ละรายมีการกระทำละเมิด เพราะถือว่า eBay รู้ถึงการกระทำละเมิดทั้งหมด โดยที่ไม่ได้รู้แค่เป็นตัวบุคคล หรือรายเดียว เพื่อที่จะทำการชดเชยต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

หลักความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดตามทฤษฎีของ Inwood มีลักษณะที่สำคัญ คือ จะต้องมี การรับรู้ถึงการกระทำละเมิด ซึ่งถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ได้ถึงการรับรู้ของจำเลย ดังนั้น จากการวิเคราะห์ของโจทก์พบว่า eBay รู้ หรือ มีเหตุควรรู้ว่ามีการขายสินค้าปลอมบนเว็บไซต์ของตน ดังต่อไปนี้

1.1 หลักการรับรู้ที่จำเป็น เมื่อบุคคลกลุ่มใด กลุ่มหนึ่ง รู้ หรือมีเหตุให้รู้ว่าตลาดออนไลน์นี้มีการขายสินค้าปลอมแปลง

มุมมองของ eBay ต่อกฎหมายนั้นผิด และถูกจำกัดเฉพาะกฎตามคำตัดสินในคดี Inwood เพราะไม่เพียงแต่นำหลักทฤษฎีมาวิเคราะห์ แต่ยังมีคดีทางกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับหลักการรับรู้มาใช้ ดังเช่น

(1) หลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่าย (Inwood Test)

ในคดี Snow Crest เกี่ยวข้องกับหลักฐานต่างๆ ซึ่งนำเอาหลักความรับผิดชอบของการกระทำละเมิดมาปรับใช้ กับผู้ขายซึ่งขายสินค้าต่อไปเรื่อยๆตามลำดับ และสินค้านั้นเป็นสินค้าที่เกิดจากการกระทำละเมิดของจำเลย ดังนั้น ศาลจึงกำหนดคุณลักษณะของหลักฐาน โดยพิจารณาถึง ไม่ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่ว่าผู้ขายนั้นใช้สินค้าของจำเลยที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ซึ่งจะคล้ายกับในคดี Inwood ที่จำเลยยังคงขายสินค้าในทางเชื่อเชิญ หรืออำนวยความสะดวกผู้ซื้อเพื่อให้เกิดการละเมิดขึ้น และภายใต้หลักการในคดี Inwood โจทก์ซึ่งก็คือ Tiffany มาพร้อมกับหลักฐานที่มีจำนวนมากระบุว่า จำเลย(eBay) รู้ หรือมีเหตุให้รู้ว่าการทำผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ในตลาดออนไลน์ หรือในเว็บไซต์ของตน ต่อมาศาลได้นำหลัก Inwood ไปขยายใช้กับ (2) หลักการรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของและผู้เช่า ดังเช่น ในคดี Habeeba's Dance of the Arts, Ltd. v. Knoblauch ที่ศาลได้นำเอาหลักความรับผิดชอบในการทำละเมิดมาปรับใช้กับกรณีเจ้าของพื้นที่ให้เช่าที่ถูกใช้สถานที่เป็นที่ทำการกระทำละเมิด ซึ่งศาลได้พิจารณาข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับการทำละเมิดในพื้นที่ของเจ้าของที่โดยผู้กระทำละเมิด และศาลก็รับคำร้องเพราะจำเลยรู้ว่าการละเมิดเกิดขึ้น และจำเลยยังสามารถควบคุมการใช้อุปกรณ์ และสถานที่ที่ถูกใช้เพื่อการละเมิด หรือตัวอย่างอื่นๆ ในการประยุกต์ใช้คดี Inwood กับการกระทำละเมิดในพื้นที่เช่าในตลาดนัด (Flea market) ดังเช่น ในคดี Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc. และคดี Hard Rock ซึ่งการนำเอาคดี Inwood มาปรับใช้นั้นมีความเหมาะสม เพราะตลาดนัด(Flea market) หรือร้านค้าที่มีหน้าร้าน (Brick and Mortar) มีลักษณะคล้ายคลึงกับตลาดออนไลน์ที่เสมือนจริงที่ถูกก่อตั้งขึ้นและดำเนินการโดย eBay

จากคำตัดสินในคดี Hard Rock ซึ่งศาลอุทธรณ์ ภาค 7 ตัดสินว่า ผู้ดำเนินการในตลาดนัดมีความรู้ในการกระทำละเมิดได้ หากมีการสงสัยว่าจะมีการกระทำที่ผิดปกติ และล้มเหลวที่จะทำการตรวจสอบหาการกระทำผิดนั้น จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ถึงแม้ว่าจะไม่มีหลักฐานผู้ดำเนินการตลาดนัดจะรู้เห็นว่าการละเมิดในเครื่องหมายการค้าของโจทก์ (Hard Rock) ในการขายเสื้อที่มีเครื่องหมายการค้าของโจทก์ติดอยู่ แต่ถ้าเมื่อพิจารณาจากสภาพของเสื้อผ้า และราคา ผู้ดำเนินการตลาดนัดกลับไม่ถามว่าเป็นสินค้าปลอมหรือไม่ และเลือกที่จะไม่ทำการตรวจสอบ เพราะสงสัยอยู่แล้วว่าสินค้าที่ขายในพื้นที่ให้เช่าของตนนั้นเป็นสินค้าปลอมอยู่แล้ว

หรือตัวอย่าง ในคดี Fonovisa ซึ่งศาลอุทธรณ์ ภาค 9 ได้กลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นที่ตัดสินยกคำฟ้องในข้อกล่าวอ้างที่ต่อสู้กับตลาดแลกเปลี่ยนที่เกี่ยวกับการขายแผ่นเสียงปลอม ในคดีนี้ศาลต้องเผชิญหน้ากับสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ที่มีการขายสินค้าละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งมีหลักฐานการแพร่กระจายของแผ่นเสียงปลอมโดยผู้ขายในตลาดจำนวนมากเหล่านั้นขายในพื้นที่ที่อยู่ในความควบคุมดูแลแบบผู้จัดการ ดังนั้น โจทก์จึงได้ทำการฟ้องเพื่อบังคับให้จำเลยดูแลตลาดแลกเปลี่ยนให้เป็นระเบียบ และลดการขายสินค้าปลอมให้น้อยลง

จากคดี Fonovisa Inc., v.Cherry Auction Inc., มีการประยุกต์เอาคดี Hard Rock มาปรับใช้ซึ่ง ศาลอุทธรณ์ ภาค 9 พบว่าผู้ดำเนินการตลาดแลกเปลี่ยน ไม่สามารถเพิกเฉยต่อการละเมิดของผู้ขายที่มีใจจ้อง โดยไม่มีการลงโทษ ดังนั้น เมื่อนำหลักความรับผิดชอบต้นมาปรับใช้ในข้อเท็จจริงในคดีของ eBay จะเห็นได้ชัดว่า eBay รู้ และมีเหตุควรรู้ว่าการกระทำละเมิดบนเว็บไซต์ของตน และยังคงให้บริการแก่ผู้กระทำละเมิดต่อไป ซึ่งเป็นข้อกำหนดของความรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดตามหลักความรับผิดชอบระหว่างผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่าย รวมถึงต้องรับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดตามหลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ให้เช่า และผู้เช่า เนื่องจาก eBay เป็นผู้ให้บริการพื้นที่ในเว็บไซต์ที่ปล่อยให้ผู้ใช้บริการ (ผู้ขาย) กระทำละเมิดโดยการขายสินค้าปลอมบนพื้นที่ในเว็บไซต์ ทั้งนี้ eBay ยังได้รับค่าธรรมเนียมจากการขายสินค้า ซึ่งเปรียบเสมือนได้กับเป็นการได้รับค่าเช่าพื้นที่จากผู้ให้เช่า

1.2 มีหลักฐานมากมายระบุว่า eBay รู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าการขายสินค้าปลอมของ Tiffany อย่างแพร่หลาย โดยที่ผู้ขายอ้างว่าเป็นสินค้าจริง และสินค้าใหม่

จากรายการสินค้าจำนวนกว่าพันรายการที่ Tiffany ส่งให้ทุกเดือน และคำร้องเรียนของลูกค้า ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่ eBay จะปฏิเสธว่าตนไม่รู้ถึงการขายสินค้าปลอมอย่างแพร่หลายจากหลักฐานการแพร่กระจายของรายการสินค้ายังเป็นการตอกย้ำถึงหลักฐานที่กล่าวว่า eBay เป็นสถานที่ที่มีการขายสินค้าละเมิดเกิดขึ้น เช่นเดียวกับในคดี Fonovisa ซึ่งจากข้อมูลจำนวนมากนี้ก็เพียงพอแล้ว eBay รู้ว่าการละเมิด และสามารถนำหลัก Inwood มาปรับใช้ได้ โดยจากข้อเท็จจริง ในช่วงปี ค.ศ. 2003 – ค.ศ. 2004 ที่ Tiffany ส่งจดหมายเตือนถึง eBay โดยให้ข้อมูลแก่ eBay ที่เกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งทาง eBay ไม่สามารถจัดการตามความต้องการในจดหมายเตือนได้

ต่อมาในปี ค.ศ. 2004 ในจดหมายเตือนของ Tiffany ได้แจ้งกับ eBay ว่า 73.1 เปอร์เซ็นต์ของสินค้า Tiffany ที่ขายเป็นสินค้าปลอม แต่ทว่า eBay ก็โต้แย้งว่าไม่เคยได้รับข้อมูลเช่นนั้นมาก่อน นอกจากนี้ eBay ยังเพิกเฉยต่อจดหมายเตือน และไม่ได้ตอบสนอง หรือตรวจสอบใดๆเลย

ในปี ค.ศ. 2003 Tiffany ได้แจ้งต่อ eBay ว่าไม่มีบุคคลที่สาม ใดๆที่ได้รับอนุญาตให้ขายสินค้าของ Tiffany และเห็นได้ชัดว่าใน eBay มีผู้ขายสินค้าของ Tiffany อย่างน้อย 5 ชั้นขึ้นไป ซึ่งสินค้าส่วนใหญ่เป็นสินค้าปลอมทั้งสิ้น ยิ่งไปกว่านั้น eBay ยังอนุญาตผู้ขายเสนอขายสินค้าเป็นร้อยเป็นพันชิ้นของ Tiffany ในเวลานั้น ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2005 Sheila Sharp ได้รับรู้ว่ามีบุคคลลักลอบเข้ามาใช้ ID ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต และประกาศขายสินค้าปลอมของ Tiffany เป็นจำนวนมาก ซึ่ง eBay ก็อนุญาตให้ผู้ลักลอบเข้าระบบขายสินค้ากว่า 300 รายการของ Tiffany ผ่านทาง ID ของ Sharp จนในที่สุดต้องระงับการขายสินค้ากว่า 800 รายการสินค้าของ Tiffany ที่ถูกประกาศขายลงไป

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาทั้งหมด eBay รู้หรือมีเหตุให้รู้ว่ามี การขยายตัวเพิ่มขึ้นของสินค้าที่มีการละเมิดในเว็บไซต์โดยดูจากจำนวน NOCI's ที่เพิ่มขึ้นในทุกๆ เดือน ซึ่งทาง eBay จะจัดทำรายงานประจำเดือนที่ระบุจำนวน NOCI's ในแต่ละรายการ ซึ่งจำนวน NOCI's จะถูกส่งเป็นรายงานประจำเดือนตั้งแต่ ตุลาคม ถึง ธันวาคม ค.ศ. 2002 พบการกระทำละเมิดถึง 48,272 ราย และ ในปี ค.ศ. 2003 พบการกระทำละเมิดถึง 252,817 ราย และในปี ค.ศ. 2004 พบการกระทำละเมิดถึง 315,774 ราย ท้ายสุดในปี ค.ศ. 2005 พบการกระทำละเมิดถึง 417,235 ราย ส่วนใหญ่ตัวเลขเหล่านี้จะประเมินไว้ต่ำกว่าเนื่องจากความผิดพลาดของการรายงาน

กว่า 3 ปีที่ชนิดของสินค้าในรายงานประจำเดือน 10 อันดับแรกของ NOCI's มีมากกว่า 1 ล้านรายการ เห็นได้ชัดว่าหลักฐานจำนวนมากเหล่านี้ แสดงให้เห็นถึงสถานที่ที่มีการกระทำละเมิด แต่ก็ไม่มีหลักฐานของ eBay ว่ามีการตรวจสอบหรือใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพเลย เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาหรือป้องกันการละเมิด นอกจากนี้ eBay ยังรู้ว่ามี การขายสินค้าปลอมของ Tiffany เป็นจำนวนมากจากคำร้องเรียนของผู้ซื้อที่ถูกหลอกให้ซื้อสินค้า ระหว่าง 11 ต.ค. 2004 ถึง 31 ธ.ค. 2004 โดยผู้ซื้อได้ส่งคำร้องเรียนกว่า 125 ฉบับ ระบุว่าได้ซื้อสินค้าปลอม ซึ่งจำนวน 4 ฉบับนั้นระบุถึงผู้ขายที่ทาง Tiffany เคยแจ้งทาง eBay มาก่อนแล้ว

ประเด็นที่ 2 Tiffany พิสูจน์ได้ว่า eBay มีความเกี่ยวข้องอย่างมากกับการขายสินค้าปลอมของ Tiffany

eBay มีความพยายามที่จะสร้างระยะห่างในความสัมพันธ์ กับผู้ขาย โดย eBay กล่าวว่า ตนเป็นเพียงผู้ให้บริการในการโฆษณาเท่านั้น อย่างไรก็ตามมีหลักฐานจำนวนมากระบุว่า eBay มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำของผู้ขาย รวมถึงมีการแนะนำ และช่วยเหลือในการส่งเสริมการขายสินค้าปลอมใน eBay ดังนั้นศาลจึงสรุปว่า eBay มีความสามารถในการควบคุมและมีส่วนร่วมในการกระทำของผู้ขาย

ดังเช่น ในคดี Hard Rock และ Fonovisa ซึ่งแสดงให้เห็นว่า เมื่อมีการวัดหรือชั่งน้ำหนักของรูปแบบข้อเท็จจริงในเรื่องของการละเมิดร่วม โดยไม่ได้ให้ความช่วยเหลือในการกระทำละเมิดในรูปแบบของสินค้า ดังเช่นในคดี Inwood แต่เป็นการให้ความช่วยเหลือในรูปแบบของพื้นที่ให้เช่า โดยจะพิจารณาถึงการควบคุมบุคคลที่ 3 ของจำเลยเป็นวิธีการดูการละเมิด ดังเช่น ในคดี Lockheed Martin Corp. VS Network Solution Inc. พิจารณาถึงการควบคุมดูแลโดยตรงต่อบุคคลที่สามที่ทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ โดยได้รับการอนุญาตให้มีการขยายเอาคำตัดสินคดี Inwood ในเรื่องการเสนอขายสินค้า มาใช้เป็นปัจจัยในการหาความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดด้วย

ยกตัวอย่าง ในคดี Hard Rock ศาลอุทธรณ์ ภาค 7 ตัดสินว่า ผู้ดำเนินการตลาดนัดไม่เพียงแต่เป็นเจ้าของพื้นที่ แต่ยังโฆษณาและสนับสนุนกิจการต่างๆ บนพื้นที่ของตน เช่น การขายบัตรให้แก่ผู้ซื้อ และแนะนำพื้นที่ขายสินค้าให้ ดังนั้นจึงควรรับผิดชอบต่อการละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า

ส่วนในคดี Fonovisa ศาลอุทธรณ์ ภาค 9 ตัดสินว่า การเก็บเงินค่าเช่าพื้นที่ในแต่ละวันกับผู้ขายสำหรับพื้นที่ว่าง การให้บริการที่จอดรถ การจัดการโฆษณา รวมถึงมีอำนาจในการขับไล่ผู้ขาย เมื่อพบว่ามี การกระทำละเมิดสิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า หรือมีอำนาจในการเก็บค่าเช่าสำหรับผู้ซื้อ จะเห็นได้ว่าจำเลยจัดหาสิ่งจำเป็นเพื่อการขายสินค้าที่ละเมิดในจำนวนมากมาย ดังนั้น ความพยายามที่จะยกฟ้องข้อกล่าวอ้างในเรื่องการละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า จากคดี Adidas America, Inc. v. Kmart Corp.¹ ให้ถอนออกไปไม่เป็นผล เพราะจำเลย

¹ Adidas America, Inc v. Kmart Corp, No. 05-CV-120-ST,2007 WL 2915594 (D.Or. Oct. 3,2007)

เป็นผู้จัดหาพื้นที่สำหรับการละเมิด ซึ่งเป็นสถานที่ที่ก่อให้เกิดการขายของละเมิดสินค้า และได้รับรายได้รวมจากการขายสินค้าปลอมนั้น

เมื่อพิจารณาถึงตลาดออนไลน์ (e-marketplace) ของ eBay มีความคล้ายคลึงกับตลาดใน Hard Rock และ Fonovisa โดย eBay เป็นผู้จัดหาและควบคุมปัจจัยสำคัญของสถานที่เพื่อให้มีการกระทำละเมิด นอกจากนี้ eBay ยังมีรูปแบบของการดำเนินการทางธุรกิจอินเทอร์เน็ตเหมือนกับรูปแบบของการดำเนินการของตลาดการแลกเปลี่ยนแบบทั่วไป กล่าวคือเป็นที่ที่ผู้ขายจ่ายเงินเพื่อใช้พื้นที่ในการขายสินค้า และเป็นเหมือนสถานที่ประมูลที่ผู้ซื้อให้ราคาประมูลสูงสุดเป็นผู้ได้ซื้อของไป

เช่นเดียวกับผู้ดำเนินการตลาดนัด (Flea market) ที่ eBay ก็มีความสามารถในการควบคุมผู้ขายว่าใครสามารถขายของในพื้นที่ของตน และสินค้าชนิดใดที่ถูกขายได้ และขายไม่ได้ในพื้นที่ที่ตนดูแลอยู่ เช่น ห้ามรายการสินค้าประเภท ยา, อาวุธ และสินค้ามีนเมา เมื่อพบรายการสินค้าเหล่านี้ จะถอดออกไม่ให้มีขายอยู่ในตลาดของตน

แต่เมื่อพิจารณาถึงผลประโยชน์ทางการเงินของ eBay ที่ได้รับค่อนข้างใกล้ชิดกับผู้ขายมากกว่าในคดี Hard Rock กับ Fonovisa โดย eBay จะทำการเก็บค่าเช่า หรือที่เรียกว่า Listing Fee (ค่าเช่าในการลงสินค้า) นอกจากนี้ eBay ยังได้รับเปอร์เซ็นต์จากการขายสินค้าของราคาขายในทุกๆ กิจกรรมการขายที่จบไปแล้ว ยิ่งไปกว่านั้น eBay ยังได้รับส่วนเพิ่มเป็นเปอร์เซ็นต์ ของราคาขาย หากมีการซื้อขายสินค้าผ่านระบบ paypal

เพื่อเป็นการเพิ่มยอดขายในหมวดของเครื่องเพชร และเครื่องประดับ รวมถึงสินค้า Tiffany ด้วย ดังนั้น eBay จึงได้สนับสนุนการขายสินค้าของ Tiffany โดยผ่านลิงค์เว็บโฆษณาในเว็บ Google & Yahoo! และมีการจ่ายค่าเว็บโฆษณาบน Google ซึ่งทาง eBay ยังโฆษณาอีกว่ามีผู้ขายสินค้า Tiffany ในเว็บไซต์ของตน

ต่อมาในปี ค.ศ. 2006 eBay ยังคงมีคำค้นหายอดนิยม (Popular Searches) คือคำว่า Tiffany ในหมวดเครื่องประดับ และนาฬิกา นอกจากนี้ eBay ยังสนับสนุนผู้ขายให้ขายสินค้าของ Tiffany โดยแนะนำให้ผู้ขายลงคำว่า Tiffany ในรายการสินค้า เพราะเป็นคำที่สามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการขายได้ และเป็นหนึ่งในไม่กี่คำที่สร้างรายได้จากการลงทุนมากที่สุด โดยข้อมูลจาก ในข่าวสารของ eBay ให้แก่ผู้ขายเครื่องประดับ และนาฬิกา ในส่วนของการรวาง

แผนการเติบโต และการเพิ่มยอดขาย โดย eBay ได้แนะนำให้ผู้ขายของตนใช้คำว่า “เพื่อส่งเสริมยอดขาย” และ “Tiffany & Co.” เป็น 1 ใน 10 คำที่ถูกระบุว่ามีส่วนช่วยเพิ่มยอดขาย

นอกจากนี้ eBay ยังให้การปฏิบัติต่อผู้ขายรายใหญ่ ซึ่งแตกต่างจากผู้ขายรายเล็ก ทั่วๆไป โดยจะให้ระดับชั้นพิเศษ หรือที่เรียกว่า PowerSellers พร้อมทั้งยังให้สิทธิประโยชน์ และความช่วยเหลือหลาย ๆ อย่าง โดยที่จริงแล้ว eBay ได้ใช้ตำแหน่ง PowerSellers ในการแสดงถึงคนที่ประสบความสำเร็จในการขาย และเป็นผู้ขายที่มีความน่าเชื่อถือ ซึ่งเป็นจำนวนถึง 98เปอร์เซ็นต์ ที่ได้รับผลตอบแทนที่ดี นอกจากนี้ eBay ยังอนุญาตให้ PowerSellers ใช้สิทธิในการลงประกาศขายสินค้ารายการสินค้าปลอมของ Tiffany เป็นจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2006 Tiffany ได้ส่งคำเตือนถึง PowerSellers ที่ใช้ชื่อว่า The firstman_vip ซึ่งได้รับคะแนนตอบรับที่ดีถึง 271 คะแนน แต่อย่างไรก็ตาม eBay ก็ยังคงอนุญาตให้ลงประกาศขายสินค้าปลอมของ Tiffany ได้ โดยที่ไม่ได้มีการดำเนินการใดๆเพื่อแก้ไขปัญหา

จากที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่า ระดับของการให้ความสนับสนุนในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการ หรือผู้ดูแลเว็บไซต์ มีมากกว่าผู้ดำเนินการในการกระทำกิจการของ Fonovisa และ Hard Rock อยู่มากๆ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า eBay เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องอย่างมากกับการขายสินค้าปลอมของ Tiffany โดยการให้ความสนับสนุน และความช่วยเหลือต่างๆมากมายแก่ผู้ใช้บริการในเว็บไซต์ของตน เพื่อให้ความสะดวกแก่ผู้ขายในการขายสินค้าปลอมของ Tiffany

ประเด็นที่ 3 Tiffany พิสูจน์ได้ว่า eBay ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ที่ต้องกำจัดรายการสินค้าปลอมออกจากเว็บไซต์ของตน

eBay ยังคงยืนยันว่า VeRo Program เพียงพอแล้วที่จะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าตามที่ตามกฎหมายที่จะบังคับใช้ในรายการสินค้าปลอมของ Tiffany แต่โดยความเป็นจริงแล้ว VeRo Program ไม่อาจจะใช้ในการบังคับตามกฎหมาย และ eBay ก็ไม่สามารถระบุถึงการตัดสินใจใดๆในเครื่องหมายการค้า หรือข้อโต้แย้งในการสนับสนุนของผู้มีสิทธิในเครื่องหมายการค้า นอกจากนี้ eBay ยังต้องหาทางป้องกันรายการสินค้าเพื่อไม่ให้มีสินค้าปลอมอยู่ในรายการสินค้าที่จะขายในเว็บไซต์ แต่ทว่า eBay ไม่สามารถทำตามหน้าที่ตามกฎหมายที่จะกำจัดสินค้าปลอมที่อยู่บนเว็บไซต์ แต่กลับโยนภาระให้ Tiffany และจะไม่ดำเนินการใดๆ จนกว่าจะได้รับการระบุถึงรายการสินค้าปลอมผ่านทางรายงาน NOCI's ซึ่งเป็น

การแจ้งเมื่อพบว่ามีกรกระทำละเมิด ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ของ eBay ที่จะต้องให้ความมั่นใจว่าจะไม่มีการขาย หรือเสนอขายสินค้าปลอมผ่านทางเว็บไซต์ของตน

จากการเผชิญหน้ากับจดหมายเตือนของ Tiffany และหลักฐานอื่นๆที่ระบุปัญหาที่เกิดขึ้น แต่ทว่า eBay ก็ไม่ได้ดำเนินการใดๆที่จะทำการตรวจสอบถึงการเพิ่มขึ้นของการขายสินค้าปลอมของ Tiffany บนเว็บไซต์ รวมทั้งไม่มีการวิเคราะห์ถึงข้อมูลที่ได้มา และยังไม่มีการวิจัย หรือประเมินจำนวนรายการสินค้าของ Tiffany ที่ถูกถอดออกจากเว็บไซต์ รวมถึงยังไม่มีการติดตามจำนวนผู้ขายที่น่าสงสัย เพราะคนเหล่านี้ได้ประกาศขายสินค้าปลอมในเครื่องหมายการค้าของ Tiffany และเห็นได้ว่า eBay ปฏิเสธที่จะตรวจสอบการขายสินค้าปลอมบนเว็บไซต์ ซึ่งเป็นการแสดงถึงการละเมิดหน้าที่ของตนด้วย

นอกจากนี้ eBay ยังไม่หามาตรการที่จะป้องกันการเสนอขายสินค้าปลอมของ Tiffany บนเว็บไซต์ ตามหน้าที่ที่ควรจะต้องกระทำ ทั้งๆที่มีความสามารถที่จะกระทำได้ แต่ในขณะที่ eBay ยังคงใช้โปรแกรม “Fraud engine” เพื่อคัดแยกหารายการสินค้าปลอมของ Tiffany จนเมื่อกระทั่ง ปีค.ศ. 2006 ในขณะที่คดีอยู่ระหว่างรอการพิพากษาคดี eBay จึงตัดสินใจเริ่มใช้โปรแกรมใหม่ที่ใช้คัดแยกเฉพาะรายการสินค้าที่ผู้ขายถูกแจ้งว่าขายสินค้าปลอม หรือเป็นสินค้าที่ทำเลียนแบบขึ้น

ในตัวอย่าง ก่อนหน้านี้ ในต้นปี ค.ศ. 2004 eBay มีความสามารถในการยืดเวลาในการตั้งรายการสินค้า รวมถึงสินค้าของ Tiffany ด้วย และยังคงใช้เครื่องมืออีกหลายตัวที่จะระบุถึงรายการสินค้าที่เสนอขายสินค้าเป็นจำนวนมากๆ ซึ่ง eBay มีอำนาจในการเก็บข้อมูล และวิเคราะห์ในระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อที่จะหาตัวผู้ขายที่ทำการละเมิด แต่ eBay ก็ล้มเหลวที่จะดำเนินการใดๆ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า VeRo Program นั้นไม่เพียงพอต่อการตอบสนอง และไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาทั้งหมด เนื่องจากโปรแกรมนี้ไม่ได้ป้องกันปัญหาจากการถูกเสนอขาย เพราะ Tiffany ไม่สามารถสังเกต และรายงานสินค้าที่ต้องสงสัยว่าจะมีการกระทำละเมิดนั้นก่อนที่จะถูกขาย ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว สินค้าปลอมเหล่านั้นมักจะถูกขายก่อนที่ Tiffany จะรายงานต่อ eBay ซึ่งปัญหานี้เกิดจากการที่มีสินค้าจำนวนมากที่เป็นสินค้าปลอมของ Tiffany มากเกินกว่าที่จะตรวจสอบสินค้าทุกชิ้นได้ทั้งหมด

จากความไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของ VeRo Program ที่มีจำนวนผู้ต่อต้านมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากที่ eBay ปล่อยให้มีการขายสินค้าปลอมมากขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น Tiffany เป็น 1 ใน 10 ของรายการสินค้าที่มีรายการที่ถูกละเมิดมากที่สุดอย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ยังมีโปรแกรมที่ให้ความคุ้มครองผู้ซื้อ อย่างเช่น Paypal แต่ก็ไม่สามารถบรรเทาปัญหา เพราะโปรแกรมนี้ไม่สามารถหยุดให้มีสินค้าปลอมในรายการสินค้าได้ โปรแกรมนี้ทำได้แค่เพียงชดเชยผู้ซื้อที่ได้รับความเสียหาย แต่ความเสียหายที่ Tiffany ได้รับไม่ได้รับการป้องกัน และบรรเทา ยิ่งไปกว่านั้นโปรแกรมนี้ต้องประเมินราคาสินค้าของ Tiffany จากบุคคลที่ 3 เพื่อที่จะได้รับเงินคืน ซึ่งเป็นการผลักภาระไปสู่ผู้บริโภค นอกจากนี้ยังสร้างภาระให้แก่ Tiffany เช่นเดียวกัน เพราะผู้ซื้อที่ถูกหลอกอาจจะร้องขอให้ Tiffany ทำการตรวจสอบสินค้าว่าเป็นของจริงหรือไม่ ซึ่งภาระเช่นนี้อาจจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่าง Tiffany และผู้บริโภคให้เสียหายได้

จากการแสดงผล ในปี ค.ศ. 2004 และ ค.ศ. 2005 พบว่ามีการขายสินค้าปลอมของ Tiffany เป็นเปอร์เซ็นต์ที่สูงมาก ซึ่งทาง eBay ก็ไม่ได้เสนออะไรเพิ่มเติม คงมีเพียงแต่คำยืนยันเล็กๆน้อยๆ ว่าจะเริ่มหามาตรการป้องกันปัญหานี้ ในปี ค.ศ. 2006

ประเด็นที่ 4 ศาลควรสรุปถึงความเสียหายหลังจากการตัดสินว่า eBay ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า และต้องชดเชยค่าเสียหาย

โจทก์ได้ทำการค้นหาผลกำไรของ eBay และผลประโยชน์ที่ถูกคาดหมายไว้ล่วงหน้า ตามมาตรา 15 U.S.C. § 1117 (a) และ (b) หรือ ค่าเสียหายที่ได้รับตามกฎหมาย ตามมาตรา § 1117(c)(2) ตั้งแต่ข้อมูลที่ Tiffany ได้รับเกี่ยวกับผลประโยชน์ของ eBay จากการขายสินค้าของ Tiffany ในหมวดสินค้าเครื่องประดับ และนาฬิกา ซึ่งทำให้ Tiffany ยังต้องค้นหาต่อไปในประเด็นของตัวเลขที่แสดงถึงผลกำไร เพื่อที่จะเลือกรับค่าชดเชยที่ eBay เสนอให้ แทนที่จะหาผลกำไรจากเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมาย มาตรา 15 U.S.C. § 1117 (c) ซึ่งโจทก์จะต้องทำการเลือกที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนที่จะตัดสินคดีโดยศาล เพราะผลกำไรของจำเลยมีความเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในการชดเชยค่าเสียหายของศาล ดังนั้น การที่จะเลือกรับค่าชดเชยในความเสียหาย โจทก์ควรที่จะต้องรอผลสรุปของกำไร ซึ่งจะเกิดขึ้นต่อเมื่อ

โจทก์ได้รับข้อมูลเพียงพอที่จะทำการเลือกอย่างเป็นเหตุเป็นผล โดยจะเลือกระหว่างดูที่ผลกำไร หรือ ดูที่ความเสียหาย

บทสรุป

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้น ศาลจึงสรุปได้ว่า eBay ได้กระทำการละเมิดกฎหมายเครื่องหมายการค้า (Lanham Act) กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก (New York Law) และกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์ (Tiffany) และควรเสนอค่าชดเชยความเสียหายให้แก่โจทก์ พร้อมทั้งกำหนดให้ eBay ต้องดำเนินการเพื่อหามาตรการที่จะคัดแยก และป้องกันรายการสินค้าปลอมของโจทก์บนเว็บไซต์ประมูลออนไลน์ของ eBay รวมถึงให้มีการถอดออกซึ่งรายการสินค้าปลอมที่ปรากฏอยู่บนเว็บไซต์ของ eBay ด้วย

นอกจากนี้ โจทก์ได้ร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมของทนายความให้รวมอยู่กับค่าเสียหายด้วย จนกระทั่งหลังจากที่มีคำพิพากษาแล้ว

4.2 การปรับใช้หลักกฎหมายละเมิดทั่วไปของสหรัฐอเมริกากับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และกฎหมายละเมิดทั่วไปของไทย

ประเทศสหรัฐอเมริกา

การกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า โดยบุคคลที่สาม มักจะอยู่ในรูปแบบของการกระทำละเมิดโดยอ้อม (Indirect Infringement) ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากชักจูง และ โน้มน้าว (Inducing Infringement) รวมถึงความล้มเหลวในการป้องกันการกระทำละเมิด

ในส่วนของความรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดโดยอ้อมนั้น โดยทั่วไปแล้วมักจะมีข้อกำหนดบางประเภทของการแสดงถึงเจตนา และการรับรู้ของบุคคลที่สาม หรือการควบคุมซึ่งสัมพันธ์กับการกระทำละเมิดโดยตรง

ลักษณะโดยทั่วไปของการกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า มักจะเกิดขึ้นจากการขายสินค้าที่ผู้ขายปลีกลำเครื่องหมายการค้าปลอมติดเข้ากับสินค้าที่ปราศจากฉลากสินค้าก่อนที่จะนำออกขายให้แก่ผู้บริโภค ความรับผิดในการกระทำละเมิดลักษณะนี้มักจะถูกกำหนดภายใต้

หัวข้อของการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำละเมิดทั่วไปตามกฎหมายละเมิด ตามมาตรา 876 (b)² และ 877(a)³

ตัวอย่างเช่น ในคดี William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co.⁴ ซึ่งในคดีนี้โจทก์ผู้ผลิตยาภายใต้ชื่อทางการค้าว่า “Coco-Quinine” และจำเลยผู้ซึ่งเป็นผู้ผลิตยาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับโจทก์ ที่ซึ่งขายโดยเภสัชกร ภายใต้ชื่อทางการค้าว่า “Quin-Coco” ที่มีราคาสูงกว่ายาที่ผลิตโดยโจทก์มาก และมักจะถูกขายเพื่อใช้เป็นของทดแทนยาที่ผลิตโดยโจทก์ ในการจ่ายยาให้แก่ผู้บริโภค จากคำอ้างอิงของศาลในคดีนี้ พบว่า ผู้ซึ่งชักจูงผู้อื่นให้กระทำความผิด และหลอกลวง หรือจัดให้ซึ่งสิ่งที่เป็นในการกระทำความผิดนั้น ก็เท่ากับว่าเป็นความผิด และต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าคำตัดสินในคดีนี้ ศาลได้นำกฎหมายละเมิดมาตรา 876 (b) และ 877(a) มาปรับใช้

อย่างไรก็ดี ยังคงมีกฎหมายละเมิดอยู่ 3 ลักษณะมาตรา ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า (1) มาตรา 713 กำหนดถึง การซื้อขายในตลาดที่โน้มน้าวให้มีการหลอกลวง โดยการแสดงเจตนาชักจูงให้ผู้อื่นซื้อแต่เฉพาะสินค้าของตน ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี William R. Warner case ก็เป็นคดีตัวอย่างที่อธิบายถึงมาตรา 713 ได้เช่นเดียวกัน

(2) มาตรา 738 กำหนดถึง การชักจูง โน้มน้าว หรือให้ความช่วยเหลือผู้จัดซื้อที่ทำละเมิดในการขายซ้ำอีกครั้ง โดยบุคคลผู้ซึ่งชักจูง หรือช่วยเหลือบุคคลผู้ซื้อสินค้าไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อม โดยจัดการให้ผู้ซื้อสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้าของผู้อื่น สุดท้าย

(3) มาตรา 739 กำหนดถึง การกระทำละเมิดร่วม โดยผู้ซึ่งจัดเตรียม ฉลากสินค้า เครื่องหมาย กระดาษห่อ หรือกล่องบรรจุภัณฑ์ ที่มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ หรืออาจจะก่อให้เกิดความสับสน คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น หรือชื่อทางการค้าของผู้อื่น บุคคลผู้นั้นจะต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดในเงื่อนไขเช่นเดียวกับบุคคลที่สาม ผู้ใช้ฉลากสินค้า เครื่องหมาย กระดาษห่อ หรือกล่องบรรจุภัณฑ์ ที่ก่อให้เกิดการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

² มาตรา 876 (b)(1979) กำหนดว่า สำหรับความเสียหายที่มีต่อบุคคลที่สาม จากการกระทำละเมิดของผู้อื่น ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดแก่บุคคลผู้ซึ่ง (b) รู้ว่าการกระทำของผู้อื่นก่อให้เกิดการละเมิดในหน้าที่ และการให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุนผู้อื่นในการกระทำเช่นว่านั้น

³ มาตรา 877 (a)(1979) กำหนดว่า สำหรับความเสียหายที่มีต่อบุคคลที่สาม จากการกระทำละเมิดของผู้อื่น ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดแก่บุคคลผู้ซึ่ง (a) ส่ง หรือโน้มน้าวในการกระทำที่ผู้กระทำผิดรู้ หรือควรรู้ในสภาวะการณ์ว่าการกระทำนั้นอาจจะก่อให้เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิด

⁴ 256 U.S. 526 (1924).

ดังเช่น ตัวอย่างในคดี *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*⁵ ก็เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงถึงการพัฒนาของหลักกฎหมายสำหรับการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้แก่ โจทก์ในฐานะที่เป็นผู้ผลิตยา และขายสิทธิบัตรไบสังยา ในรูปแบบของยาแคปซูล (Color Capsules) ที่จดทะเบียนภายใต้เครื่องหมายการค้า หลังจากที่สิทธิบัตรยาหมดอายุแล้ว บริษัทผลิตยาทั่วไปก็ได้เริ่มต้นการผลิตยา และขายยาชนิดนั้นโดยมีลักษณะเหมือนกับยาที่ผลิตโดยโจทก์ ดังนั้น โจทก์จึงกล่าวอ้างว่าเภสัชกรได้จำหน่ายยาที่ปราศจากฉลากสินค้าติดต่อกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วของโจทก์ แต่เนื่องจากศาลชั้นต้นเห็นว่าโจทก์ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงหลักฐานที่เพียงพอที่ถูกเรียกร้องสำหรับการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า และศาลฎีกาก็พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น ซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

หากผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่ายมีเจตนาที่จะชักจูง หรือโน้มน้าวผู้อื่นให้ทำละเมิด หรือดำเนินการต่อไปที่จะจัดหาผลผลิตแก่บุคคลผู้ซึ่งรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่า จะกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า” ซึ่งมีผลให้ผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่ายต้องร่วมรับผิดชอบความเสียหายที่มีผลมาจากการกระทำอันเป็นการหลอกลวง

อย่างไรก็ดี ยังคงมีคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบร่วมในการละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยเจ้าของ และผู้ดำเนินการของตลาดนัด (Flea markets) ในคดีของ *Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*⁶ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้อ้างถึงกฎหมายลักษณะละเมิด(แก้ไขครั้งที่ 2) มาตรา 877(C)⁷ ซึ่งกำหนดถึงความรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับการอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำการใดๆบนสถานที่ของจำเลย หรือได้ใช้เครื่องมือของจำเลย โดยรู้ หรือ มีเหตุควรรู้ว่า มีบุคคลทำละเมิด หรือกำลังจะกระทำละเมิด ซึ่งศาลในคดีนี้ได้บันทึกไว้ว่า มาตรา 877(c) กำหนดหน้าที่ และความรับผิดเช่นเดียวกับเจ้าของที่ และผู้ให้อนุญาต ดังที่ศาลฎีกาบังคับใช้มาตรานี้กับผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่ายในคดี *Inwood* ดังนั้น ตามที่ศาลได้นำเอาทฤษฎี

⁵ 456 U.S. 844 (1982).

⁶ 955 F.2d 1143 (7th Cir. 1992).

⁷ มาตรา 877 (c)(1979) กำหนดว่า สำหรับความเสียหายที่มีต่อบุคคลที่ 3 จากการกระทำละเมิดของผู้อื่น ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดแก่บุคคลผู้ซึ่งอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำการใดตามที่ได้รับอนุญาต หรือใช้ทรัพย์สินของที่ได้รับอนุญาตเป็นเครื่องมือ โดยรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่า การกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิด

Inwood มาปรับใช้กับการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้าโดยเจ้าของที่ และผู้ดำเนินการตลาดนัด ซึ่งผู้หนึ่งต้องรู้ หรือมีเหตุที่ควรจะต้องรู้ถึงการกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า โดยผู้ขายสินค้าในตลาด แต่นี้ก็เพียงพอแล้วที่จำเลยต้องร่วมรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์

อีกตัวอย่างหนึ่งที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 เห็นชอบให้นำเอาคำตัดสินในคดี Hard Rock มาปรับใช้ในคดี Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., ที่ซึ่งเกี่ยวพันกับการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า โดยผู้ดำเนินการตลาดแลกเปลี่ยน (Swap meet) ซึ่งศาลในคดี Fonovisa ได้อ้างถึงกฎหมายลักษณะละเมิด(แก้ไขครั้งที่ 2) มาตรา 877(C) และนำหลักทฤษฎีของ Inwood มาปรับใช้กับการกระทำละเมิดในตลาดแลกเปลี่ยน เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ การกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้ายังคงมีลักษณะของความรับผิดชอบที่ใกล้เคียงกับกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปของการให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน และชักจูงให้มีการกระทำละเมิด ในตามมาตรา 876(b) และ มาตรา 877(a) ซึ่งเมื่อนำทฤษฎี Inwood มาวิเคราะห์เพื่อนำกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไป มาปรับใช้ดังนี้

ในประเด็นแรกของทฤษฎี Inwood ได้กำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบแก่ผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่าย ผู้ซึ่งมีเจตนาชักจูง หรือโน้มน้าวผู้อื่นให้กระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า ซึ่งในส่วนแรกของทฤษฎีนี้มีเนื้อหาเหมือนกับข้อบัญญัติในกฎหมายสำหรับการชักจูงให้มีการกระทำละเมิด ตามมาตรา 877 (a)

ในส่วนของประเด็นที่สองของทฤษฎี Inwood ได้กำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบแก่ผู้ผลิต หรือผู้จัดจำหน่าย ที่ดำเนินการจัดหาผลผลิตแก่บุคคลผู้ซึ่งรู้ หรือมีเหตุควรรู้ว่า จะกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งในส่วนที่สองของทฤษฎีนี้มีเนื้อหาทำนองเดียวกับการให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน และชักจูงให้มีการกระทำละเมิด ในตามมาตรา 876(b)

จากประเด็นที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการนำกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปมาปรับใช้กับทฤษฎี Inwood ซึ่งเป็นหลักการในการพิจารณาหาความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้า ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่าย

นอกจากนี้ยังมีประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการตลาดนัด และตลาดแลกเปลี่ยนสำหรับการกระทำละเมิดร่วมในเครื่องหมายการค้า ที่ซึ่งสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปมาปรับใช้ได้ เพราะจากคำตัดสินทั้งในสองคดีนี้มีสาระสำคัญ เช่นเดียวกับ

กฎหมายลักษณะละเมิด ตามมาตรา 877 (c) ซึ่งกำหนดถึงความรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับการอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำการใด ๆ บนสถานที่ของจำเลย หรือได้ใช้เครื่องมือของจำเลย โดยรู้ หรือ มีเหตุควรรู้ว่ามิบุคคลทำละเมิด หรือกำลังจะกระทำละเมิด

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า มาตรา 877 (c) สามารถนำมาปรับใช้ เพื่อกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่อนุญาตผู้อื่นให้ใช้เว็บไซต์ของตน โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รู้ หรือมีเหตุที่ควรจะรู้ของการกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า โดยผู้ให้บริการจากเว็บไซต์

ประเทศไทย

ตามมาตรา 432 วรรค 2 จะเห็นได้ว่าการยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการกระทำละเมิด มิใช่การร่วมกันกระทำละเมิด แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการร่วมกันทำละเมิด ฉะนั้นจึงกลายเป็นผู้กระทำความผิดร่วมกันโดยโยงไปบังคับกันตามมาตรา 423 วรรคแรกอยู่แล้ว ดังนั้น บุคคลผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการกระทำละเมิด มีความหมายเทียบได้กับผู้ใช้ในการกระทำผิด และผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84, 85 และ 86⁸ แม้เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือ ซึ่งเทียบได้กับผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันในผลแห่งการละเมิดเช่นเดียวกัน⁹

บทสรุป

จากกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่ามีลักษณะที่เหมือนกับแนวคิดและทฤษฎีความรับผิดที่นำมาปรับใช้กับการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ต ดังนี้มาตรา 876 และมาตรา 877 ถูกครอบคลุมด้วยกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปที่ถูกพัฒนาเพื่อควบคุมดูแลความรับผิดของบุคคลที่สาม สำหรับการกระทำของผู้อื่น

มาตรา 876 (b) กำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือ หรือผู้ยุยงส่งเสริม ซึ่งเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือ หรือความสนับสนุนในสิ่งที่จำเป็นแก่ผู้อื่นในการกระทำละเมิด โดยการรู้ว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น

⁸ซึ่งผู้ใช้มิใช่ตัวการ แต่ต้องรับโทษเสมือนตัวการเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 วรรค 2.

⁹ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, (พิมพ์ครั้งที่ 9, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2544), 61.

มาตรา 877 (c) กำหนดความรับผิดซึ่งกำหนดถึงความรับผิดทางละเมิดสำหรับการอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำการใด ๆ บนสถานที่ของจำเลย หรือได้ใช้เครื่องมือของจำเลย โดยรู้ หรือ มีเหตุควรรู้ว่ามิบุคคลทำละเมิด หรือกำลังจะกระทำละเมิด แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการร่วมกันทำละเมิด

ในขณะที่กฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปของไทย ตามมาตรา 432 วรรค 2 ก็ได้กำหนดให้ผู้ยุงส่งเสริม หรือให้ความช่วยเหลือในการกระทำละเมิด ถึงแม้ว่าจะไม่ได้กระทำละเมิดร่วมกันกับผู้กระทำละเมิด ก็ถือว่าได้ว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันแล้ว ซึ่งต้องรับผิดตามกฎหมายแพ่งในการชดเชยค่าเสียหาย

4.3 การปรับใช้กฎหมายที่ต่อต้านสินค้าปลอมแปลง (Anti-Counterfeiting Statutes) ของสหรัฐอเมริกากับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

มลรัฐส่วนมากในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้กฎหมายต่อต้านการปลอมแปลง เช่นเดียวกัน ดังเช่น ในรัฐนิวยอร์ก เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องเผชิญปัญหาเกี่ยวกับเจ้าของที่ (Landlord) ผู้ซึ่งอนุญาตให้มีการกระทำการปลอมแปลงโดยผู้เช่าในพื้นที่เช่าของตน ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายอสังหาริมทรัพย์ (Real Property Law) ของรัฐนิวยอร์ก มาตรา 231 กำหนดว่า เจ้าของบ้านเช่าอาจต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมละเมิดสำหรับการกระทำผิดกฎหมายของผู้เช่าบ้าน และต้องร่วมรับผิดกับผู้เช่าบ้านสำหรับทุก ๆ ความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁰

ภายใต้กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก โจทก์ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิที่เพิ่มเติมอีกเป็นจำนวนมากในทางกฎหมาย ซึ่งยังไม่ได้ถูกรับรองสิทธินี้ในระบบของการประมวล

¹⁰ กฎหมายอสังหาริมทรัพย์มลรัฐนิวยอร์ก § 231 ระบุว่า การให้เช่า เมื่อเป็นโมฆะ ความรับผิดชอบของเจ้าของบ้านสำหรับอาคารที่ถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย จะเกิดขึ้นเมื่อ

1. เมื่อผู้เช่าหรือผู้ครอบครองที่ไม่ใช่เจ้าของอาคารสถานที่ ต้องใช้หรือครอบครองพื้นที่เดียวกันใด ๆ สำหรับประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมาย การให้เช่าหรือสัญญาให้เช่าอาคารสถานที่ดังกล่าว หรือส่วนใด ๆ ของอาคารสถานที่ จะถือเป็นโมฆะ และเจ้าของบ้านเช่า อาจเข้าไปในอาคารสถานที่ให้เช่านั้นได้

2. เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ทราบการให้เช่าหรือให้ครอบครองอาคารสถานที่ที่จะถูกนำมาใช้ทั้งหมด หรือเป็นบางส่วนเพื่อประกอบการธุรกิจที่ผิดกฎหมาย และอนุญาตให้ใช้อาคารสถานที่นั้น จะต้องรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ต่าง ๆ ร่วมกับผู้เช่าหรือผู้ครอบครองสำหรับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการใช้อาคารสถานที่ประกอบการธุรกิจที่ผิดกฎหมาย N.Y. Real Prop. Law § 231 (McKinney 1989)

ออนไลน์ ดังเช่น ในคดี 1165 Broadway Corp. v. Dayana of N.Y. Sportswear, Inc¹¹ ศาลแพ่งของรัฐนิวยอร์กกล่าวถึงปัญหาว่าการครอบครองและการขายสินค้าปลอมแปลงเป็นการใช้ที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ตาม RPL มาตรา 231 หรือในทางตรงกันข้าม เจ้าของบ้านเช่าสามารถเป็นผู้รับผิดชอบร่วมในการกระทำละเมิดของผู้เช่า หรือไม่ ถึงแม้ว่า ตาม RPL มาตรา 231 ก่อนหน้านี้จะไม่ได้ทำหน้าที่เป็นหลักการในการฟ้องขับไล่การกระทำปลอมแปลงสินค้าที่ผิดกฎหมาย

12

อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่า RPL มาตรา 231 “รวมถึงธุรกิจที่ละเมิดกฎหมายอาญาด้วย” และให้รวมถึงการใช้อาคารพาณิชย์ในการกระทำละเมิด ซึ่งถือว่าการละเมิดกฎหมายอาญา ตามมาตรา 165.72 และเป็นที่ยืนยันว่า เป็นการปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าในระดับรอง¹³ (Second Degree) ดังนั้น ภายใต้กฎหมาย RPL มาตรา 231(2) กำหนดว่า หากเจ้าของบ้านรู้ว่าอาคารสถานที่ถูกนำไปใช้เพื่อการค้า การประกอบธุรกิจ และการผลิตที่ผิดกฎหมาย เช่น การปลอมแปลง เจ้าของบ้านต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้เช่าสำหรับความเสียหายที่เป็นผลจากการละเมิดเครื่องหมายการค้า

ดังนั้น ภายใต้กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก เจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจเรียกร้องค่าเสียหายจากเว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ได้ และจำเป็นต้องเอาชนะต่อมาตรฐานที่เข้มงวดของการเรียกร้องค่าเสียหายการละเมิดเครื่องหมายการค้าลำดับสอง ในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์การปลอมแปลงได้ แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันยังไม่มีคดีที่นำมาปรับใช้กับ กฎหมาย RPL มาตรา

¹¹ 663 N.Y.S. 2d 724 (N.Y.C. Civ. Ct. Oct. 4, 1995).

¹² เจ้าของบ้านสามารถนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อขับไล่ผู้เช่าออกจากสถานที่ ซึ่งถูกนำไปใช้ประกอบธุรกิจผิดกฎหมายซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพ สวัสดิภาพ ความปลอดภัยของประชาชน หากอาคารสถานที่ถูกนำไปใช้เพื่อ (1) จัดเก็บหรือจำหน่ายยาเสพติด ดอกไม้ไฟที่ผิดกฎหมาย หรือสื่อลามก (2) การประกอบการที่ผิดกฎหมายในบ้าน (3) การใช้อาคารสถานที่เป็นช่องโสเภณี (4) การใช้อาคารสถานที่เป็นบ่อนการพนัน และ (5) ขายสุราต้องห้าม

¹³ ตามกฎหมาย 633 N.Y.S.2d at 726 มาตรา 165.72 กำหนดว่า การปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าในระดับรอง บุคคลมีความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าลำดับรอง เมื่อบุคคลมีเจตนาหลอกลวง ฉ้อโกง บุคคลอื่น หรือมีเจตนาละเมิดข้อกำหนดของกฎหมายการค้าขาย การขายต่อ การเสนอขาย การจำหน่ายสินค้า บุคคลหรือผู้ผลิต จำหน่าย ขาย เสนอขายสินค้าซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าปลอม หรือครอบครองทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าปลอมเพื่อเพิ่มมูลค่าสินค้าปลอมแปลงดังกล่าว มูลค่าเกิน 1,000 ดอลลาร์ N.Y. Penal Law § 165.72 (McKinney 1997)

231 กับกิจกรรมออนไลน์ และยังคงถูกมองว่า เว็บไซต์ประมวลสินค้านี้จะเป็น “เจ้าของพื้นที่” (Landlord) ตามภายใต้กฎหมาย RPL มาตรา 231 หรือไม่



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

5.1 แนวทางการกำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ในปัจจุบัน การกระทำความผิดบนเว็บไซต์ ได้กลายมาเป็นปัญหาสำคัญต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ทั้งนี้เพราะกระทำได้ง่าย รวดเร็ว และที่สำคัญผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่มักจะรอดพ้นจากการดำเนินคดี ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจเป็นอย่างมากและสังคมโดยรวมแล้ว ยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่ขัดขวางการพัฒนาของอินเทอร์เน็ตด้วย และที่สำคัญยังเป็นการสกัดกั้นการเข้าถึงซึ่งข้อมูลของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยประเภทความผิดที่กำลังก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า และเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วในเครือข่าย อีกทั้งยังสร้างความเสียหายที่เป็นรูปธรรมจนเกิดการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายขึ้นหลายคดีในต่างประเทศ ทั้งนี้ยังมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นในประเทศไทยอีกด้วย คือ ความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นความรับผิดในฐานะที่เป็นผู้กระทำละเมิดร่วม (Contributory Infringement) โดยเฉพาะการกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตไม่มีวิธีการ และขั้นตอนการกระทำที่ง่าย และสามารถทำได้กับบริการพื้นฐานเกือบทุกประเภทของอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ บริการสนทนาออนไลน์ กระดานข่าว และโดยเฉพาะที่สำคัญเว็บไซต์ต่างๆ เพราะเนื่องจากบริการเหล่านี้ล้วนแต่ได้รับความนิยมจากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลก ดังนั้นอินเทอร์เน็ตจึงกลายมาเป็นเครื่องมืออย่างดีที่จะช่วยแพร่กระจายความเสียหายออกไปในวงกว้างมากกว่าการกระทำความผิดในสังคมธรรมดา

ถึงแม้ว่านานาประเทศกำลังเร่งหามาตรการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว แต่ด้วยสภาพปัญหา และข้อขัดข้องในหลายประการจึงทำให้การแก้ไขปัญหาไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพราะความไม่พร้อมของกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดถึงความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการ (ISP) อินเทอร์เน็ตไว้ ดังนั้นหากมีประเด็นหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

(ISP) เกิดขึ้น จึงต้องนำกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดดังกล่าว ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจน และข้อโต้แย้งระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกับผู้ได้รับความเสียหายได้ และที่สำคัญยังขาดกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เอื้อต่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคอมพิวเตอร์ที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ดังนั้น ในระยะหลังที่ผ่านมาประเทศต่างๆ จึงเริ่มแสวงหาความร่วมมือจากเอกชนผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ต เพื่อให้เข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นบนเว็บไซต์ หรือพื้นที่ที่ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต รวมทั้งอาจต้องมีความรับผิดชอบด้วยหากการกระทำความผิดเกิดขึ้นในขอบเขตการให้บริการของเขา

เหตุผลของแนวความคิดนี้เกิดจากข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากกิจกรรมทางอินเทอร์เน็ตโดยตรง ดังนั้นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงควรต้องมีจิตสำนึกและมีภาระหน้าที่ช่วยกันดูแล และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากแก่ทางเศรษฐกิจ และสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นอกจากนี้ด้วยความรู้ ความสามารถในทางเทคนิค อีกทั้งยังเป็นบุคคลแรกๆ ที่มีโอกาสรับรู้ถึงความผิดเหล่านั้น ดังนั้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงเป็นตัวละครสำคัญที่จะสอดส่องดูแลและป้องกันการกระทำความผิด

หลังจากการศึกษาแนวคิด และทฤษฎีความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งโดยสรุปแล้วพบแนวคิด และทฤษฎีเพื่อหาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ดังนี้ คือ

(1) ความรับผิดร่วมกันในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Contributory Liability) หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎี Inwood โดยจะพิจารณาหาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากหลักการรับรู้ (Knowledge) ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่ารู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น

(2) ความรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) โดยจะพิจารณาหาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการ หรือผู้ดำเนินการมีสิทธิและความสามารถที่จะควบคุมผู้ใช้ และได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการอนุญาตให้กระทำละเมิด

(3) หลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (Manufacturer and Distributor Relationships) โดยมีหลักการในการพิจารณาหาความรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้านี้ ต่อเมื่อมีเจตนาที่จะชักชวน โน้มน้าว หรือจูงใจให้อีกฝ่ายกระทำละเมิดในเครื่องหมายการค้า หรือเมื่อรู้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือมีเหตุควรรู้ แต่ก็ยังคงขายสินค้าต่อไป

(4) หลักความรับผิดชอบในเครื่องหมายการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของพื้นที่ให้เช่าและผู้เช่า (Landlord Relationships) โดยจะพิจารณาจากการรับรู้ของเจ้าของพื้นที่ให้เช่า หรือผู้อนุญาตให้ใช้พื้นที่ จะต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นภายในพื้นที่เช่าของตน หากรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่ามี การกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้น

จากแนวความคิด ทฤษฎี และหลักความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่กล่าวมาข้างต้น จะสังเกตเห็นได้ว่า จะเป็นความรับผิดในฐานะที่ตนเป็นผู้ร่วมกระทำละเมิด หรือมีลักษณะคล้ายกับเป็นผู้กระทำความผิดโดยอ้อม (Indirect Infringement) ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากชักจูง และโน้มน้าว (Inducing Infringement) รวมถึงการล้มเหลวในการป้องกันการกระทำละเมิด

อย่างไรก็ดี ในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งในบทความนี้จะขอกล่าว รวมถึงผู้ให้บริการเว็บไซต์ประมูลออนไลน์ หรือ eBay ก็ยังคงมีผู้สนับสนุน และผู้ที่คัดค้านกับการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการเว็บไซต์ต่างๆ ในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุน (Second Infringement) สำหรับการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนเว็บไซต์ของตน ดังนี้

เงื่อนไขของการให้เว็บไซต์ประมูลออนไลน์ ไม่ต้องร่วมรับผิดกับผู้ให้บริการในการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้า ได้แก่

(1) ถ้าเว็บไซต์ประมูลออนไลน์ลบข้อความ หรือถอดออกซึ่งข้อความที่ต้องสงสัยออกโดยทันที ก็จะทำให้ เว็บไซต์ประมูลออนไลน์อยู่ในสถานะที่ดีกว่าในข้อโต้แย้งว่าควรยกฟ้องการเรียกร้องความรับผิดชอบ

(2) มีปัญหาเกี่ยวกับการประเมินการเรียกร้องสิทธิความเป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ซึ่งจะต้องตัดสินใจว่าต้องลบข้อความที่ลงประกาศทางออนไลน์ทิ้งหรือไม่ เพราะมีข้อเรียกร้องให้ผู้ใช้งานเว็บไซต์ประมูลสินค้าจะต้องพิสูจน์ถึงความแท้จริงของสินค้าในเครื่องหมาย

การค้ำก่อนที่ตนจะประกาศขาย ซึ่งเป็นการกระตุ้นให้เว็บไซต์ประมูลสินค้า เรียกร้องหลักฐาน เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนก่อนทำการประมูลสินค้า

(3) มีการฝึกอบรมพิเศษเพื่อจำแนกสินค้าปลอมแปลงออกจากสินค้าแท้ ซึ่งเจ้าของ เครื่องหมายการค้าเองก็อยู่ในสถานะที่ดีที่สุด ในการระบุว่ารายการสินค้าใดที่ละเมิดสิทธิของตน

(4) เนื่องจากต้องใช้เวลาค่อนข้างมาก ค่าใช้จ่ายสูงและไม่ค่อยได้ผลในทางปฏิบัติ ในการควบคุมรายการทุกรายการที่อาจมีเนื้อเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า และผู้ประกอบการ เว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์อาจไม่มีความรู้ที่แท้จริง หรือศาลอาจไม่ได้กำหนดให้มีความรู้ใน เนื้อหาที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า

(5) ผลที่ตามมา ถ้ามีคำตัดสินออกมาว่าเว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ต้องรับผิดชอบ ต่อการละเมิดของผู้ใช้ ก็จะทำให้เพิ่มค่าใช้จ่ายของการใช้เว็บไซต์ดังกล่าว และค่าใช้จ่ายจะตก อยู่กับผู้ใช้ เว็บไซต์ประมูลสินค้ารายเล็กที่ไม่สามารถแบกรับความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบ การละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ และอาจต้องถูกบีบให้หลุดออกจากวงจรธุรกิจ

(6) มาตรฐานที่เข้มงวดของความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict liability) อาจจำกัดข้อดีของการ เทคโนโลยีข่าวสารใหม่ ๆ ความสะดวกและความง่ายของตลาดสินค้าออนไลน์ (Marketplace)

ในทางตรงกันข้าม ก็ยังมีปัจจัยสนับสนุนให้เว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ ควรมีความ รับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ขาย ข้อดีที่สุดในการสนับสนุนเว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ ใน การรับผิดชอบต่อกิจกรรมการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ใช้งาน คือ

(1) เว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการขาย สินค้าละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยผ่านการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม กล่าวคือ เว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ได้รับผลกำไรจากการเสนอขาย และในบางกรณี ก็ได้เปอร์เซ็นต์ จากราคาขายขั้นสุดท้าย

(2) เว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์บางแห่ง อย่างที่เห็นได้ชัดคือ eBay ที่ป้องกันการ ละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยผ่านทาง VeRo Program ซึ่งเป็นการแสดงความสามาถที่จะ ควบคุมเว็บไซต์ของตน

(3) ในขณะที่เว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ ได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อ การกระทำละเมิด แต่เมื่อไม่นานมานี้ พบว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อ การร่วม ละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งอาจใช้เป็นแบบอย่างให้กับการประมูลในลักษณะเดียวกัน

(4) การกำหนดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบ อาจทำหน้าที่เป็นตัวยับยั้งกิจกรรมการละเมิดในอนาคต ซึ่งจะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงนโยบายของเว็บไซต์ประมูลสินค้าออนไลน์ ไปเป็นนโยบายที่ดีที่จะคุ้มครองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า

(5) เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหายอย่างชัดเจนจากสินค้าปลอมแปลงที่เสนอขายผ่านทางเว็บไซต์ เนื่องจากไม่เพียงแต่เป็นการลวงขาย หรือสร้างความสับสน และผิดหวังให้แก่ผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังทำให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานคุณภาพของสินค้าแท้ และไม่ได้รับการรับประกันจากผู้ผลิต

ข้อเสนอแนะ

5.2. ข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

เนื่องจากการวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาในประเด็นเรื่อง แนวคิด ทฤษฎีและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้นข้อเสนอแนะจากงานวิจัยนี้ จึงเป็นข้อเสนอแนะที่เป็นแนวทางในการกำหนดภาระหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทางกฎหมาย เพื่อให้มีความเหมาะสมและสามารถปรับใช้ได้กับสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนี้

1. กำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้มีความเหมาะสม ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการเติบโตของตลาดพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือตลาดออนไลน์ด้วย ดังนั้น **ประการแรก** ควรกำหนดบทบัญญัติยกเว้นหน้าที่ตรวจสอบโดยทั่วไปของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เพื่อเป็นหลักประกันจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) **ประการที่สอง** ควรมีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) จากการเป็นเพียงผู้ส่งผ่านข้อมูล ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ไม่สามารถรู้ล่วงหน้าได้ถึง การกระทำอันเป็นการละเมิดของบุคคลที่สาม **ประการที่สาม** ควรมีบทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) จากการบันทึกข้อมูลที่ส่งผ่านโดยอัตโนมัติอย่างชั่วคราว ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต **ประการที่สี่** ควรมีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ในกรณีที่มีผู้แจ้งต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ว่าได้มีข้อมูลอันขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีระบบเครือข่ายในการให้บริการของตน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องรีบ

ถอดถอนหรือระงับการเข้าถึง แล้วรายงานผู้แจ้ง และหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ตรวจสอบเพื่อสอบสวนหาตัวผู้เป็นเจ้าของมูลนั้น **ประการสุดท้าย** ควรมีบทบัญญัติ กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ในกรณีที่มีข้อมูลที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาหรือละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในระบบเครือข่ายในการให้บริการของตน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องรีบถอดถอนหรือระงับการเข้าถึง แล้วรายงานผู้แจ้ง หลังจากนั้นผู้แจ้งต้องขอยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอคุ้มครองชั่วคราว นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง หากพ้นกำหนดดังกล่าว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ต้องนำกลับคืนหรือทำให้เข้าถึงได้ดังเดิมซึ่งข้อมูลที่ได้ถอดถอนหรือระงับการเข้าถึงนั้น

จากข้อเสนอที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการนำเอาหลักกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) และ Communications Decency Act 1996 (CDA) นำมาเป็นแนวทางกำหนดหน้าที่ให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยในการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ISP) ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการสนับสนุนให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพิ่มประสิทธิภาพที่จะตรวจสอบและควบคุมข้อมูลที่เป็นการกระทำละเมิดต่างๆที่ปรากฏอยู่ในระบบเครือข่ายของตน เพราะถ้าไม่มีการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเลย ผลเสียที่จะตามมาก็คือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็จะกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไข กับผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต (User) เพื่อจำกัดความรับผิดของตนในทุกๆกรณี ดังนั้นเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็มักจะหลุดพ้นจากความรับผิด

2. ควรกำหนดแนวทางในการออกกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เนื่องกฎหมายที่มีอยู่ในตอนนี้ไม่เหมาะสมและไม่ทันสมัย เช่น ความรับผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดบทลงโทษเฉพาะแก่ผู้ใช้เครื่องหมายการค้าปลอม หรือเลียนเครื่องหมายการค้าโดยใช้กับตัวสินค้าเท่านั้นที่จะได้รับโทษ ซึ่งจากปัญหาข้อเท็จจริงบนอินเทอร์เน็ตพบว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้เป็นผู้ที่กระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง

ในส่วนของความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งกำหนดความรับผิดทางแพ่งแก่ผู้ที่กระทำละเมิดในสิทธิของผู้อื่นเท่านั้น โดยจะพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำละเมิดว่าจงใจ หรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ แต่ทว่าในปัญหาข้อพิพาทบนอินเทอร์เน็ตนั้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีลักษณะเป็นเพียงผู้กระทำความผิดทางอ้อม กล่าวคือ เป็นเพียงผู้ให้บริการพื้นที่ขายสินค้าบนเว็บไซต์ ซึ่งจากปัญหาข้อเท็จจริงผู้ให้บริการเองก็ไม่ทราบว่าเป็นสินค้า

ที่ผู้ให้บริการนำมาขายเป็นสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะพิจารณาถึงเจตนาจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรจะเป็นหน้าที่ของศาลในการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้ให้บริการ โดยอาจจะพิจารณาถึงการรับรู้ หรือมีเหตุควรรู้ของผู้ให้บริการต่อการปล่อยให้มีการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนเว็บไซต์ของตน ซึ่งถ้าผู้ให้บริการรู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิด ก็อาจจะถือได้ว่ามีเจตนาที่จงใจในการกระทำละเมิดแล้ว

ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็มุ่งเน้นที่จะลงโทษแก่ผู้ใช้ที่กระทำความผิดต่อคอมพิวเตอร์ และใช้คอมพิวเตอร์ในการกระทำความผิดเท่านั้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ไม่ได้กำหนดถึงความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะ ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาใช้กับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ง่ายและสะดวกต่อการดำเนินคดี และง่ายต่อการพิจารณาคดี โดยทั้งนี้ควรกำหนดลักษณะของความผิด ฐานความผิด และบทลงโทษให้ชัดเจน

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- ชวลิต อรรถศาสตร์, ไพบุลย์ อมรรักญญเกียรติ, พัชรินทร์ ฉัตรวชิระกุล และ อิทินันท์ สุวรรณ
จุฑะ. (2544). **Cyber** กฎหมายกับอินเทอร์เน็ต. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ:
โปรวิชั่น.
- ยีน ภูสุวรรณ, (2543). **บนเส้นทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์**. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดยูเคชั่น.
- วัส ดิงสมิตร, (2545). **คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า**. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ:
นิติธรรม.
- สุพิศ ปราณีตพลกรัง, (2547). **คดีเครื่องหมายการค้า**. กรุงเทพฯ: อทตยา มิเลนเนียม.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์, (2544). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด
และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย**.
(พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์, (2546). **คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวล
กฎหมายนานาประเทศ**. (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขและเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, (2545). **e-commerce ในธุรกิจจริง
เรียนรู้จากกรณีศึกษาเด่นทั่วโลก**. กรุงเทพฯ: เดือนตุลาคม.

บทความภาษาอังกฤษ

- Gu, J,(2006). An overview of eBay's consumer protection regime: **Towards a sound
protections of eBayer**, 21 st BILETA Conference: Globalisation and
Harmonisation in Technology Law, Malta
- Kaiser D. Brian, (2002). Contributory Trademark Infringement by Internet Service
Providers: **An Argument for Limitation**, 65-66.
- Kessler, J. (2006). Correcting the Standard for Contributory Trademark Liability over the
Internet.
- McCarthy J. Thomas, (2002). **McCarthy On Trademark and Unfair Competition** §§
25:17, 18, referencing Warner & Co. v. Eli Lilly & Co., 265 U.S. 526 (1924)
- Olson Elizabeth, (2003). Profits in Missed Exits on Information Highway. **New York
Times**.
- Page W. Keeton et al, (1984). **Prosser and Keeton on the Law of Torts** § 113. at 811
(5th ed.).

Wong A. Nicole et al, (2002). **Online Content Liability Issues**. 711 PLI/Pat 813,944
Wright S. Charles, (2002). Comment, Actual Versus Legal Control: **Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998**.

วิทยานิพนธ์

บรรเทิง สุธรรมพร, (2544). การนำสืบพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

World Wide Web

<http://www.nso.go.th>

<http://www.smethailandclub.com>.

www.tabberone.com/Trademarks/Vero/vero.shtml

<http://www.thaiinsider.info/portal/content/view/4110/12/>

<http://pages.ebay.com/help/community/verorprogram>.

<http://www.auctionwatch.com/awdaily/features/holiday/2.html>

<http://supreme.justia.com/us/456/844/case.html#F13>.

news.yahoo.com, 28 August 2006.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – สกุล : นางสาวอริศรา ณะสิทธิชัย
วัน เดือน ปี : 5 มิถุนายน พ.ศ. 2522
วุฒิการศึกษา : ปี 2545 นิติศาสตรบัณฑิต, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปี 2541 มัธยมศึกษาตอนปลาย, โรงเรียนทิวไผ่งาม
ประสบการณ์การทำงาน : ปี 2548 ถึงปัจจุบัน ผู้จัดการฝ่ายคลังสินค้า,
บริษัท บี เอ เอส แมนูแฟคเจอร์ริง จำกัด

