

ปัญหาและความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า :
ศึกษากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ

Problems and Liability of Search Engine relating to Trademark Infringement:
A Case Study of Keyword Advertising

นางสาวทิพากร ลีมสถิรานันท์

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
พ.ศ.2551

บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สารนิพนธ์

โดย

นางสาวทิพากร ลีมสกีรานันท์


เรื่อง

ปัญหาและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเกี่ยวกับ
การละเมิดเครื่องหมายการค้า : ศึกษากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ
ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม


(อาจารย์วิชัย อริยะนันท์ทะกะ)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ


(อาจารย์ตุล เมฆยงค์)

ชื่องานวิจัย : ปัญหาและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า : ศึกษากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ

ชื่อผู้วิจัย : นางสาวทิพากร ลีมสถิราพันธ์

ชื่อคณะและสถาบัน : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สาขา : กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ

รายชื่อที่ปรึกษา : 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ
2. อาจารย์วิชัย อริยะนันท์กะ

ปีการศึกษา : 2551

คำสำคัญ : ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา เครื่องหมายการค้า การโฆษณา

บทคัดย่อ

การโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาหรือที่เรียกว่า “การโฆษณาโดยคำสำคัญ” เป็นการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตรูปแบบหนึ่งที่ผู้ประกอบการให้ความสนใจเนื่องจากมีค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่าการโฆษณาแบบอื่น ๆ และเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคหรือลูกค้าได้เป็นจำนวนมาก การโฆษณาโดยคำสำคัญ คือการใช้คำสำคัญเพื่อให้โฆษณาปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเมื่อมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาค้นหาด้วยคำสำคัญที่ตรงกับที่ผู้โฆษณาได้เลือกไว้ ปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นเนื่องจากผู้โฆษณาได้เลือกคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อให้โฆษณาปรากฏหรือบางครั้งก็มีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นปรากฏอยู่ในข้อความโฆษณาด้วย

สารนิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจากการโฆษณาโดยคำสำคัญ ทั้งนี้ได้ศึกษาหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา บทความและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่มีคำตอบชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ หรือถ้าการกระทำของผู้โฆษณาเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้โฆษณาหรือไม่ และการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่าหรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี และการนำเสนอพยานหลักฐาน

ของแต่ละฝ่ายต่อศาลเพื่อประกอบข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ของตน สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มิได้บัญญัติการกระทำที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าและข้อยกเว้นของการละเมิดเครื่องหมายการค้า เช่น การใช้โดยชอบธรรม ไว้อย่างชัดเจนดังเช่นกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ยังไม่มีแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายกรณีเครื่องหมายการค้าถูกทำให้เสื่อมค่า ดังนั้น สภานิติบัญญัติฉบับนี้จึงได้เสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้มีความชัดเจนเพื่อแก้ไขปัญหาการตีความกฎหมายหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการโฆษณาโดยสำคัญเกิดขึ้น



Title: Problems and Liability of Search Engine relating to Trademark Infringement: A Case Study of Keyword Advertising

Author: Miss Tipakorn Limsathiranan

School: Law, Bangkok University

Major: Intellectual Property Law and Information Technology

Advisor: 1. Asst.Prof.Dr. Aunya Singsangob
2. Mr. Vichai Ariyanuntaka

Academic year: 2551

Keywords: Search Engine, Trademark, Advertising

Abstract

Advertising on search engine or “Keyword Advertising” is one kind of advertising on the internet which the owners of business or the advertisers are interested in because of less expenses and more consumers. Keyword advertising uses keyword to trigger advertising on search results of search engine when a consumer enters a particular search term or keyword. Legal problems occur when the advertisers use other trademarks as keywords or use other trademarks in the text of the advertisements.

The purpose of this research is to study and analyze the legal problems relating to trademark infringement and liability of search engine on keyword advertising. This research also studied Trademark Act of the United States of America, articles and the judgment of the United States Court as the guidelines for Thailand in analysis liability of search engine according to the Trademark Act B.E.2534 and other relevant acts.

From the study, it was found that the problem on keyword advertising in the United States is unclear whether search engine is liable for direct trademark infringement, contributory infringement and trademark dilution. The liability of search engine depends on matter of fact, evidences of the case and defenses. In Thailand, the Trademark Act B.E.2534 does not enact the action that causes trademark infringement and exemption clause of trademark infringement such as fair use. In addition, the Trademark Act B.E.2534 has no concept about trademark dilution. This research

recommends that the Trademark Act should be amended for interpreting the legal problem on keyword advertising dispute.



กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความสามารถช่วยเหลืออย่างดียิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรษา สิงห์สงบ อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ อาจารย์วิชัย อริยนั้นทกะ อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ซึ่งอาจารย์ได้ให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็น และข้อมูลต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้เขียน ตลอดจนตรวจสอบและแก้ไขร่างสารนิพนธ์จนกระทั่งสารนิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ และอาจารย์ตุล เมฆยงค์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำปรึกษาแนะนำสารนิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอขอบคุณห้องสมุดมหาวิทยาลัยต่าง ๆ และห้องสมุดศาลฎีกาซึ่งเป็นแหล่งรวบรวมข้อมูลความรู้ต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ในการค้นคว้าหาข้อมูลทำสารนิพนธ์ รวมทั้งอินเทอร์เน็ตและฐานข้อมูลออนไลน์ต่าง ๆ ที่ทำให้การค้นคว้าหาข้อมูลเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่ให้ความสนับสนุนในการศึกษาคอยให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา ขอขอบคุณพี่โจ๊กที่ช่วยหาข้อมูลและช่วยถ่ายเอกสารหนังสือต่าง ๆ และขอบคุณพี่ ๆ เพื่อน ๆ นักศึกษาปริญญาโทที่คอยให้คำแนะนำ ช่วยเหลือ เป็นกำลังใจให้กันตลอดมา

(ทิพากร ลีมสทิรานันท์)

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	3
1.4 สมมติฐานการวิจัย	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	4
1.6 นิยามศัพท์	4
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 ระบบการทำงานของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) และ	
 การโฆษณาโดยคำสำคัญ	6
2.1 การทำงานและลักษณะของเครื่องมือค้นหา (Search Engine)	6
2.2 ประเภทของเครื่องมือค้นหา (Search Engine)	8
2.2.1 Crawler – Based Search Engine	8
2.2.2 Web Directory	9
2.2.3 Meta Search Engine	10
2.3 สถิติการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine)	11
2.4 การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising)	14
2.4.1 รูปแบบการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine)	
และตัวอย่างรายได้จากการโฆษณาของ Google	14
2.4.2 การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising) คืออะไร	15
2.4.3 ประโยชน์ของการโฆษณาโดยคำสำคัญ	17
2.4.4 หลักการโฆษณาโดยคำสำคัญของ Google AdWords และ	
Yahoo! Search Marketing	18

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.4.4.1 รูปแบบโดยทั่วไปของการโฆษณากับผู้ให้บริการ เครื่องมือค้นหา (Search Engine)	18
2.4.4.2 ระบบการโฆษณาโดยคำสำคัญ	19
2.4.4.3 ส่วนประกอบของข้อความโฆษณาที่ปรากฏ	20
2.4.4.4 การจัดอันดับโฆษณา	21
2.4.4.5 เนื้อที่หรือบริเวณที่ปรากฏงานโฆษณา	22
บทที่ 3 แนวความคิดในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและปัญหาเกี่ยวกับ	
การละเมิดเครื่องหมายการค้ากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ	24
3.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	24
3.2 แนวความคิดในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	27
3.2.1 หน้าที่ในการบ่งชี้และแยกแยะตัวสินค้า	28
3.2.2 หน้าที่ในการบอกแหล่งที่มาของสินค้า	28
3.2.3 หน้าที่ในการบ่งบอกคุณภาพของสินค้า	28
3.2.4 หน้าที่ในการโฆษณาสินค้า ส่งเสริมการตลาดและการขายสินค้า และบริการ	29
3.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า	30
3.4 ระบบการได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย	31
3.4.1 ระบบการได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยการใช้	31
3.4.2 ระบบการได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน ...	33
3.5 ปัญหาด้านกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญ	34
บทที่ 4 วิเคราะห์ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา	
(Search Engine) เกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญ	37
4.1 ความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ ในประเทศสหรัฐอเมริกา	37
4.1.1 หลักการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้ The Lanham Act..	37
4.1.2 การละเมิดเครื่องหมายการค้าภายใต้ The Lanham Act	38

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.1.2.1 ปัญหาการโฆษณาโดยคำสำคัญกับกรณีการใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use) ภายใต้ The Lanham Act	42
4.1.2.2 ปัญหาการโฆษณาคำสำคัญกับกรณีการก่อให้เกิดความสับสน หลงผิด (Likelihood of Confusion)	44
4.1.3 การทำให้เสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้า (Trademark Dilution)	44
4.1.4 ข้อยกเว้นในการละเมิดเครื่องหมายการค้า	49
4.1.5 หลักการร่วมรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า (Contributory Infringement)	50
4.2 ความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญตามกฎหมายไทย	52
4.2.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534	52
4.2.1.1 การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า	54
4.2.1.2 ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า	64
4.2.1.3 ปัญหาการโฆษณาโดยคำสำคัญกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534	67
4.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	70
4.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา	71
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	73
5.1 บทสรุป	73
5.2 ข้อเสนอแนะ	75
บรรณานุกรม	77
ประวัติผู้เขียน	82

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 สถิติการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ที่ได้รับความนิยม 10 อันดับ ..	12
2 สถิติการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ ได้รับความนิยม 5 อันดับ เปรียบเทียบระหว่างเดือนกุมภาพันธ์และ มีนาคม ปี 2008 (พ.ศ.2551)	13



สารบัญภาพประกอบ

หน้า

ภาพที่ 1 ตัวอย่างหน้าเว็บไซต์ของ Google	9
2 ตัวอย่างหน้าเว็บไซต์ของ ODP (Open Directory Project) ที่มีการแบ่งเป็น หมวดหมู่	10
3 ตัวอย่างหน้าเว็บไซต์ของ Dogpile	11
4 ตัวอย่างโฆษณาที่ปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วน Sponsored Links ของ Google	16
5 ตัวอย่างส่วนประกอบของข้อความโฆษณาที่ปรากฏบน Google โดยใส่คำสำคัญ ว่า Bangkok Hotel	20
6 ตัวอย่างโฆษณาที่ปรากฏในเว็บไซต์ sanook.com	22
7 ตัวอย่างโฆษณาที่ปรากฏในเว็บไซต์ Bangkokpost.com	23

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ อินเทอร์เน็ตมีบทบาทสำคัญในสังคมปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการติดต่อสื่อสารหรือสืบค้นสารสนเทศจากเครือข่ายต่างๆทั่วโลก ดังนั้นอินเทอร์เน็ตจึงเป็นแหล่งรวมข้อมูลสารสนเทศจากทุกมุมโลก ทุกสาขาวิชา ทั้งด้านบันเทิงและวิชาการ ปัจจุบันมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลกเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากจากสถิติในเดือนธันวาคม 2550 มีจำนวนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลกจำนวน 1.3 พันล้านคน¹ คิดเป็นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในทวีปเอเชีย 38.7% ทวีปยุโรป 26.4% ทวีปอเมริกาเหนือ 18% เป็นต้น ด้วยเหตุที่อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อที่สามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายได้รวดเร็วและจำนวนมาก ใช้ต้นทุนในการลงทุนต่ำ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆได้ปรับรูปแบบของการโฆษณาจากการโฆษณาผ่านสื่อวิทยุ โทรทัศน์ หรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ เช่น ใบปลิว แผ่นพับ หนังสือพิมพ์ เป็นต้น มาเป็นการโฆษณาผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตซึ่งการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตก็มีหลากหลายวิธีด้วยกัน เช่น การสร้างเว็บไซต์ของตนเองเพื่อโฆษณาสินค้าหรือบริการ การลงโฆษณาบนหน้าเว็บไซต์ของผู้อื่น การโฆษณาผ่านอีเมล การโฆษณาในหน้าผลลัพธ์ของการค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) หรือที่เรียกว่า Sponsored Links เป็นต้น ปัจจุบันผู้ประกอบการนิยมหันมาโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เนื่องจากมีผู้นิยมใช้เครื่องมือค้นหาในการหาข้อมูลต่างๆเป็นจำนวนมาก จากผลสำรวจกลุ่มผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทยประจำปี 2550 ของศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (เนคเทค) พบว่า กิจกรรมของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่เป็นที่นิยมมากที่สุด คือ การค้นหาข้อมูล 22.9% รองลงมาคือการใช้อีเมล 20.5%² เว็บไซต์ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาที่ให้บริการในปัจจุบันมีมากมาย เว็บไซต์ที่เป็นที่นิยมและเป็นที่รู้จัก ได้แก่ Google, Yahoo! เป็นต้น

¹internetworldstats.com, **World Internet Users December 2007** [online], March 2008. Available from <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>

²ฝ่ายวิจัยกลยุทธ์และดัชนีอุตสาหกรรม ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, รายงานผลการสำรวจกลุ่มผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทยประจำปี 2550 [Online], ตุลาคม 2550. แหล่งที่มา http://pld.nectec.or.th/websrii/images/stories/documents/books/internetuser_2007.pdf

เนื่องจากมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหา (Search Engine) เพื่อค้นหาข้อมูลจำนวนมากทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนิยมลงโฆษณากับผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาเพื่อให้โฆษณาของตนปรากฏอยู่ในหน้าผลลัพธ์ของการค้นหาโดยหวังว่าเมื่อผู้ใช้เครื่องมือค้นหาเห็นโฆษณาแล้วจะคลิกเข้ามายังเว็บไซต์และมีโอกาสที่จะซื้อสินค้าหรือบริการของตน การโฆษณาในลักษณะดังกล่าวเป็นการโฆษณาโดยสำคัญกับผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหา กล่าวคือ ผู้โฆษณาจะทำการลงทะเบียนในโปรแกรมการโฆษณาโดยคำสำคัญของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา เช่น Google AdWords, Yahoo! Search Marketing เป็นต้น โดยมีการเลือกคำสำคัญ (Keywords) เพื่อให้โฆษณาของผู้โฆษณาปรากฏเมื่อมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาค้นหาด้วยคำที่ตรงกับคำสำคัญที่ผู้โฆษณาเลือกไว้โดยโฆษณานี้จะปรากฏอยู่เหนือหรือด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาปกติ (Natural Search Results) ผู้โฆษณาจะจ่ายค่าโฆษณาต่อเมื่อมีผู้คลิกเว็บไซต์ของผู้โฆษณา หรือที่เรียกว่า Pay Per Click หรือ Cost Per Click การโฆษณาโดยคำสำคัญนี้สร้างรายได้ให้กับผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาอย่างมหาศาล

ในการโฆษณาโดยคำสำคัญ การเลือกคำสำคัญ (Keywords) เพื่อให้โฆษณาปรากฏจึงมีความสำคัญ ผู้โฆษณาจึงต้องเลือกคำสำคัญที่ตรงกับสินค้าหรือบริการของตน เพื่อให้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหามีโอกาสเห็นโฆษณาและคลิกเข้ามาเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการที่ผู้ใช้เครื่องมือค้นหา กำลังต้องการอยู่ ถ้าเลือกคำสำคัญที่ไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการก็จะทำให้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหาอาจคลิกเข้ามาที่โฆษณาโดยไม่จำเป็น ทำให้ต้องเสียค่าโฆษณาโดยเปล่าประโยชน์ แต่ปัญหาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้น เนื่องจากผู้โฆษณาได้เลือกใช้คำสำคัญที่เป็นชื่อเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อให้โฆษณาของตนปรากฏขึ้น ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่พอใจที่ผู้โฆษณาอาศัยความมีชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามาเพิ่มโอกาสการซื้อขายสินค้าและบริการให้กับธุรกิจของตนและอาจทำให้ผู้เห็นโฆษณาเข้าใจผิดว่า ผู้โฆษณาได้รับอนุญาตหรืออยู่ในเครือหรือได้รับการสนับสนุนโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า จึงทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าฟ้องผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาหลายคดีด้วยกัน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้น เช่น Government Employees Insurance Co. ฟ้อง Google, Inc., American Airlines ฟ้อง Google, Inc. เป็นต้น ในเรื่องนี้คดีต่างๆที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา คำตัดสินของศาลก็ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าการโฆษณาโดยคำสำคัญเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use) หรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Likelihood of Confusion) อันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ หรือเป็นการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่าหรือไม่ และผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาจะต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวหรือไม่

สำหรับประเทศไทย การโฆษณาโดยคำสำคัญยังไม่เคยมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจึงเป็นเรื่องที่ต้องมีการวิเคราะห์ตีความว่ากรณีดังกล่าวผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 หรือไม่ ทั้งนี้ไม่ว่าจะตีความไปในแนวทางใดก็ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์และหลักในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเป็นสำคัญ

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงระบบการทำงานและประเภทของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาซึ่งเครื่องมือค้นหาเป็นแหล่งค้นหาข้อมูลที่สำคัญ
2. เพื่อศึกษาวิธีการการโฆษณาโดยคำสำคัญจากผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา
3. เพื่อศึกษาปัญหาของการโฆษณาโดยคำสำคัญจากผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาที่มีต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า
4. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายและตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้ากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ
5. เพื่อวิเคราะห์ความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญตามกฎหมายไทยหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นจากการโฆษณาโดยคำสำคัญของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา หลักกฎหมายเครื่องหมายการค้า คำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับปัญหาความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้ากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights: TRIPs) ในเรื่องข้อยกเว้นในการละเมิดเครื่องหมายการค้า ในส่วนของกฎหมายไทยจะศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา

1.4 สมมติฐานการวิจัย

การโฆษณาโดยใช้คำสำคัญของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจากผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวกล่าวหาผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาว่า ละเมิดเครื่องหมายการค้าดังตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น กรณีดังกล่าวหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในประเทศไทยอาจถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบธรรม (Fair Use) ของผู้โฆษณาและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาอันเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ใช้วิธีการศึกษาจากการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ วารสาร ตีพิมพ์ บทความ คำพิพากษาของศาล บทความ และฐานข้อมูลในเว็บไซต์ต่างๆ

1.6 นิยามศัพท์

เครื่องมือค้นหา (Search Engine) คือ โปรแกรมที่ช่วยในการสืบค้นหาข้อมูล โดยเฉพาะข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต โดยครอบคลุมทั้งข้อความ รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว เพลง แผนที่ ข้อมูลบุคคล กลุ่มข่าว เป็นต้น ซึ่งแตกต่างกันไปแล้วแต่ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาแต่ละราย

ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา เช่น กูเกิล (Google) ยาฮูเสิร์ช (Yahoo! Search) เอ็มเอสเอ็นเสิร์ช (MSN Search) เป็นต้น

โปรแกรมการโฆษณาโดยคำสำคัญของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา เช่น Google AdWords, Yahoo! Search Marketing และMicrosoft adCenter เป็นต้น

คำสำคัญหรือคีย์เวิร์ด (Keywords) คือ คำหลักที่ใช้ในการค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตในเครื่องมือค้นหา เมื่อผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาพิมพ์คำสำคัญหรือคีย์เวิร์ดเข้าไป เครื่องมือค้นหาจะทำการค้นหาข้อมูลจากนั้นก็แสดงรายการผลลัพธ์การค้นหาขึ้นมา

การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising) คือ การซื้อขายคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นระหว่างผู้โฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเพื่อให้โฆษณาหรือเว็บไซต์ของตนปรากฏขึ้นในส่วนผู้สนับสนุน (Sponsored Links) เมื่อผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาพิมพ์คำสำคัญนั้น

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงระบบการทำงานและประเภทของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาซึ่งเครื่องมือค้นหาเป็นแหล่งค้นหาข้อมูลที่สำคัญ
2. ทำให้ทราบวิธีการโฆษณาโดยคำสำคัญจากผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาซึ่งเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา
3. ทำให้ทราบปัญหาของการโฆษณาโดยการซื้อคำสำคัญจากผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาที่มีต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า
4. ทำให้ทราบหลักกฎหมายและตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้ากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ
5. ทำให้ทราบแนวทางในการวิเคราะห์ความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญตามกฎหมายไทยหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในประเทศไทย

บทที่ 2

ระบบการทำงานของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) และการโฆษณาโดยคำสำคัญ

อินเทอร์เน็ตเป็นแหล่งข้อมูลที่สามารถค้นหาข้อมูลได้อย่างที่ต้องการ เมื่อเทียบกับการค้นหาความรู้ที่จะต้องไปสืบค้นข้อมูลตามห้องสมุดต่างๆซึ่งบางครั้งก็หาไม่เจอหรือต้องรวบรวมจากหลายๆเล่มเพื่อที่จะได้เรื่องที่ต้องการ เมื่อมีระบบอินเทอร์เน็ตเข้ามาก็สามารถทำให้การค้นหาข้อมูลได้ง่ายขึ้น แต่เนื่องจากข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตมีจำนวนมากจึงจำเป็นต้องมีระบบการจัดการข้อมูลเพื่อให้ทำการค้นหาได้ง่ายและเที่ยงตรง ซึ่งเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เป็นโปรแกรมที่เข้ามาแก้ปัญหาดังกล่าว

เครื่องมือค้นหา (Search Engine) เป็นที่นิยมในการใช้งานของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งเครื่องมือค้นหาที่ได้รับความนิยมมากคือ Google, Yahoo และ MSN อาจเป็นเพราะเครื่องมือค้นหาเหล่านี้สามารถทำการค้นหาข้อมูลที่เราต้องการได้อย่างรวดเร็ว ใช้งานง่าย ใช้ระยะเวลาการค้นหาเพียงไม่กี่เสี้ยววินาที ผลลัพธ์ของการค้นหาที่ต้องการก็จะปรากฏแสดงบนหน้าจอทันที นอกจากนี้ เครื่องมือค้นหา ยังถือว่าเป็นสื่อออนไลน์ที่สามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายบนอินเทอร์เน็ตได้มากที่สุดเมื่อเทียบกับสื่อโฆษณาอื่นๆ เช่น ป้ายโฆษณา (Banner) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) และสื่อออฟไลน์อย่างเช่น วิทยุ โทรทัศน์ ป้ายโฆษณาริมทางด่วน เป็นต้น ในแง่ของการแสดงผลและจำนวนผู้ที่จะได้เห็นโฆษณาเหล่านั้น เครื่องมือค้นหามีค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่าหลายเท่าตัว และที่สำคัญสามารถควบคุมค่าใช้จ่ายด้วยตัวเองได้โดยไม่ต้องไปจ้างบุคลากรเพิ่มเติม ลูกค้านั้นได้ตลอดเวลาที่เข้าชมเว็บไซต์ ดังนั้นธุรกิจต่างๆจึงพยายามหาวิธีให้เว็บไซต์ของตนปรากฏอยู่ในหน้าแรกของการแสดงผลการค้นหา (Page Results) ของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เพื่อให้ผู้ใช้งานเครื่องมือค้นหาคลิกเข้าไปในเว็บไซต์ของตน

2.1 การทำงานและลักษณะของเครื่องมือค้นหา (Search Engine)

เครื่องมือค้นหา (Search Engine) คือ โปรแกรมที่ช่วยในการสืบค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต โดยเมื่อต้องการค้นหาข้อมูลก็ใส่คำสำคัญหรือคีย์เวิร์ด (Keyword) ในช่องค้นหา ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำสำคัญหรือคีย์เวิร์ดก็จะปรากฏในหน้าผลลัพธ์ของการค้นหา (Search Results)

เครื่องมือค้นหา (Search Engine) แบ่งส่วนสำคัญออกได้ 4 ส่วนหลัก¹ คือ

2.1.1 ส่วนของ Spider หรืออาจเรียกในชื่ออื่นว่า Robot หรือ Crawler ทำหน้าที่ท่องไปในเว็บเพื่อเก็บข้อมูลเกี่ยวกับเว็บไซต์ที่เกิดขึ้นใหม่โดยอัตโนมัติ แล้วสร้างคิวของเว็บเพจที่ต้องการทำดัชนีและทำการตรวจสอบลิงค์เพื่อเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ต่าง ๆ เว็บเพจที่อ่านได้จะถูกส่งไปยัง Indexer ต่อไป Spider จะกลับมาอ่านเว็บเพจเดิมซ้ำว่ามีการเปลี่ยนแปลงหรือไม่ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ Spider ของเครื่องมือค้นหาแต่ละตัวจะท่องไปในเว็บไม่เหมือนกัน และนี่คือเหตุผลที่ทำให้ผลลัพธ์ที่ได้จากเครื่องมือค้นหาแต่ละตัวจึงต่างกัน

2.1.2 ส่วนของ Indexer โปรแกรมทำดัชนีข้อมูลที่ Spider หามาได้ เครื่องมือค้นหาบางตัวจะทำดัชนีของคำที่อยู่ในลิงค์ด้วย ซึ่งข้อแตกต่างในการทำดัชนีที่ต่างกันเป็นเหตุผลในการอธิบายว่าทำไมเว็บเพจที่เกี่ยวข้องกันอาจจะไม่ได้อยู่ในผลลัพธ์ชุดเดียวกันในบางครั้ง ขั้นตอนการทำงานของ Indexer แบ่งออกได้ 3 ขั้นตอน² คือ

2.1.2.1 กรองคำด้วยฟิลเตอร์ เนื่องจากไฟล์ที่ทำดัชนีอาจไม่เป็น html ดังนั้นฟิลเตอร์จะตรวจสอบไฟล์ที่ได้ว่าเป็นไฟล์ชนิดใด สามารถนำมาทำดัชนีได้หรือไม่ ถ้าได้ก็จะส่งต่อสู่ภาคการแยกคำต่อไป เครื่องมือค้นหาบางตัวสามารถทำดัชนีไฟล์อื่น ๆ นอกเหนือจากไฟล์ html ได้ด้วย เช่น Index Server ของไมโครซอฟท์นั้นทำดัชนีของแฟ้มเวิร์ดหรือเอ็กเซลได้

2.1.2.2 แยกคำ ขั้นตอนนี้จะรับสายอักขระมาจากฟิลเตอร์ แล้วตัดแบ่งสายอักขระนั้น ๆ ออกเป็นคำๆ เพื่อทำการตรวจสอบต่อไปว่าควรจะนำคำนั้นมาทำดัชนีหรือไม่

2.1.2.3 จัดทำดัชนี จะทำหน้าที่ในการตรวจสอบคำศัพท์แต่ละคำที่ได้มาจากการแยกคำแล้วพิจารณาคำศัพท์นั้นว่าสมควรที่จะนำมาทำดัชนีหรือไม่ เช่น ตัดคำทิ้งบ้างที่ไม่มีประโยชน์ในการค้นหา เช่น a, an, the เป็นต้น โปรแกรมการค้นหาข้อมูลบางตัวสามารถกำหนดได้ว่าจะทำดัชนีกับคำศัพท์เหล่านี้หรือไม่

จากนั้นจะจัดส่งข้อมูลเข้ามาเก็บไว้ในฐานข้อมูล ดังนั้นขณะที่สั่งให้เครื่องมือค้นหาทำงานจะเข้าไปค้นหาข้อมูลจากฐานข้อมูลที่ได้จัดรวบรวมไว้ล่วงหน้าแล้วแทนการค้นหาจากเว็บไซต์ต่างๆโดยตรง

¹จระ จริจจิตร และวัชรินทร์ ธนภัทร, **Search Engine** ค้นหาข้อมูลอย่างไร?...ไม่ให้หลุดมือ, (กรุงเทพฯ: Soft Express & Publishing, 2543), 9.

²ดุลยวิทย์ เลาทองดี, การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อโฆษณาออนไลน์ **Search Engine** และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อทำให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก, (วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต วิทยาลัยนวัตกรรมอุดมศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), 10-11.

2.1.3 ส่วนของ Retrieval Engine คือ โปรแกรมที่รับคำค้นหาที่ใส่เข้ามาและค้นหาคำดังกล่าวในฐานข้อมูลด้วยอัลกอริทึม³ที่ใช้สืบค้นข้อมูล แล้วแสดงข้อมูลดังกล่าวสู่ผู้ใช้

2.1.4 ส่วนของ Graphic Interface ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ใช้กับ Retrieval Engine ของเครื่องมือค้นหาโดยเป็นตัวรวบรวมคำและเงื่อนไขที่ผู้ใช้ต้องการสืบค้นและส่งต่อไปให้กับส่วนที่ทำหน้าที่ค้นหา

2.2 ประเภทของเครื่องมือค้นหา (Search Engine)

ประเภทของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) แบ่งตามลักษณะการทำงานได้ 3 ประเภท⁴ ดังนี้

2.2.1 Crawler – Based Search Engine

Crawler – Based Search Engine คือ เครื่องมือค้นหาค้นหาบนอินเทอร์เน็ตแบบอาศัยการบันทึกและจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก โดยหลักการทำงานจะอาศัยองค์ประกอบหลัก 2 ส่วน คือ ฐานข้อมูลของตนเองที่มีระบบการประมวลผลและจัดอันดับการค้นหา และส่วนที่สอง คือ ระบบซอฟต์แวร์ที่จะอาศัยโปรแกรมตัวเล็กๆของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) นั้นๆ โดยใช้ในการเก็บหรือสำเนาข้อมูลหน้าเพจใหม่ๆซึ่งโดยทั่วไปมักเรียกว่า Web Crawler หรือ Spider หรือ Search Engine Robots⁵ โดย Spider จะมองหาเว็บไซต์ใหม่ๆเนื้อหาใหม่ๆหรือหน้าเว็บเพจเดิมที่มีการปรับปรุงเนื้อหาใหม่(Update content) ซึ่ง Spider จะวิ่งไปตามลิงค์ต่างๆของหน้าเพจที่กำลังตรวจสอบอยู่ เครื่องมือค้นหาที่ทำงานในลักษณะนี้จะตรวจสอบข้อมูลโดยอัตโนมัติทั้งหมด เช่น ข้อมูลที่ Title Tag, Meta Tag หรือคำในส่วนแรกๆที่ปรากฏบนเว็บเพจ และจะทำการสำเนาข้อมูลของหน้าเพจนั้นๆทั้งหมด (ยกเว้นไฟล์เอกสารในตระกูลFLASH เช่น .swf) แล้วจึงส่งกลับไปยัง Server ของตนเองเพื่อทำการบันทึก (Pages Index) ลงสู่ฐานข้อมูล ข้อมูลที่ได้รับการสำเนานั้น จะได้รับการจัดเก็บอย่างเป็นระเบียบบนเซิร์ฟเวอร์ฐานข้อมูลหรือ Search Engine Index Server เมื่อใดก็ตามที่ทำการค้นหา Search Engine Server จะเริ่มทำการ

³อัลกอริทึม(Algorithm) หมายถึง หน่วยประมวลผลการค้นหาและจัดลำดับความถูกต้องในการแสดงผล ซึ่งเครื่องมือค้นหา (Search engine) แต่ละแห่งก็มีระบบการประมวลผลการค้นหาและการจัดอันดับแสดงผลที่ไม่เหมือนกัน

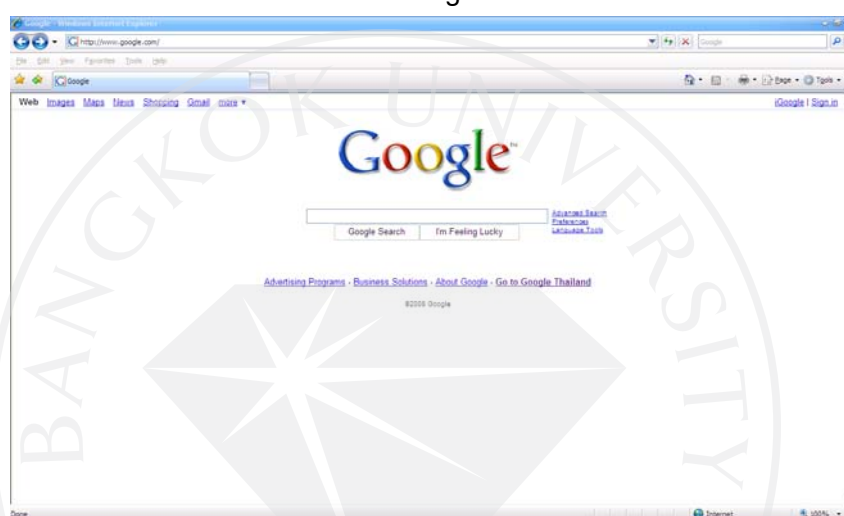
⁴สันติ ศรีลาศักดิ์ และเกษมณี เทียงธรรม, **Search Engine: เปิดประตูสู่โลกของ Search Engine**, (นนทบุรี: บริษัท ออฟเซ็ท เพรส จำกัด, 2545), 20.

⁵อรรถพล ยุตตะकरण, **Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุดๆ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: บริษัท ตลาด ดอท คอม จำกัด, 2549), 19.

ประมวลผลจากฐานข้อมูลของคนที่ถืออยู่ และแสดงผลการค้นหาค้นหาออกมา กล่าวคือ ผลการค้นหาก่อเกิดจากการประมวลผลของหน้าเพจบนเซิร์ฟเวอร์โดยอ้างอิงข้อมูลจากหน้าเพจที่ Spider ได้เข้ามาสำเนาข้อมูลไว้แล้วนั้นเป็นตัวประมวลผล

เครื่องมือค้นหา (Search Engine) ประเภทนี้จะได้ผลการค้นหาที่แม่นยำสูง และการประมวลผลการค้นหาสามารถทำได้ภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว ตัวอย่างของเครื่องมือค้นหาประเภท Crawler – Based search engine ได้แก่ Google, AltaVista, Yahoo, MSN เป็นต้น

ภาพที่ 1: ตัวอย่างหน้าเว็บไซต์ของ Google



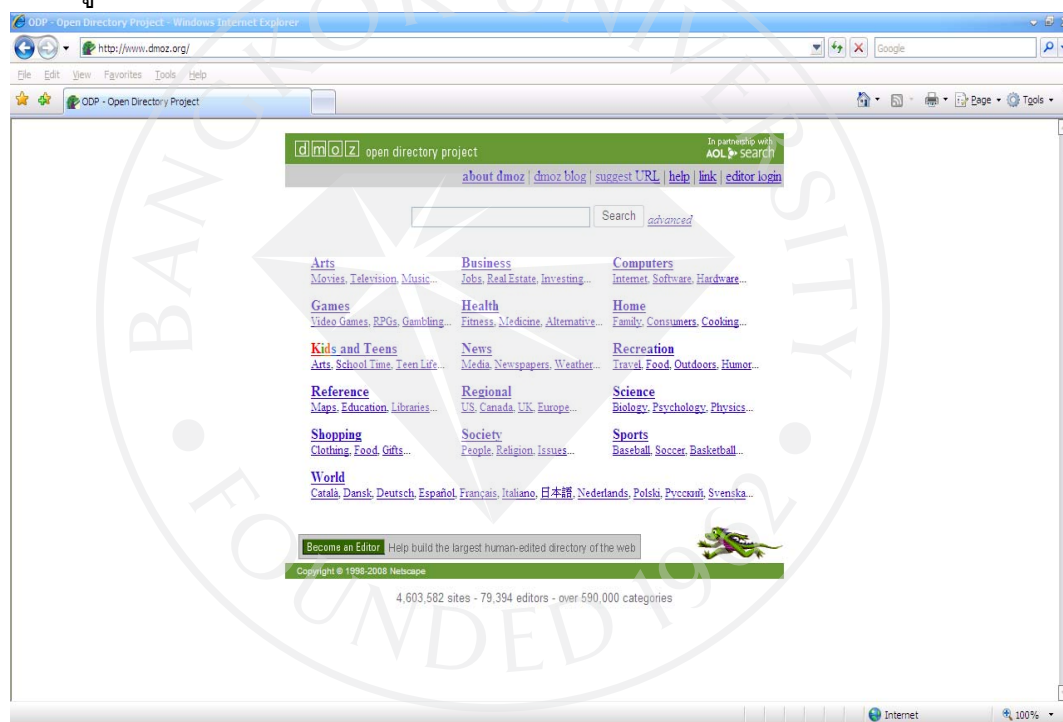
2.2.2 Web Directory

Web Directory หรือสารบัญเว็บไซต์ จะอาศัยหลักการเกี่ยวกับการใช้งานสมุดหน้าเหลือง คือจะมีดัชนี มีการระบุหมวดหมู่ที่ถูกจัดเรียงไว้ชัดเจน เครื่องมือค้นหาประเภทนี้จะใช้วิธีการจัดเก็บเว็บไซต์ต่างๆรวบรวมเข้าเป็นหมวดหมู่โดยใช้คนเข้ามาช่วยจัดเรียงข้อมูลบนฐานข้อมูลในแต่ละ Directory โดยไม่ได้ใช้โปรแกรม Spider ทำให้ระยะเวลาที่ข้อมูลจะถูกเก็บไว้บนฐานข้อมูลใช้เวลานานกว่าการจัดเก็บโดยใช้คอมพิวเตอร์ เจ้าหน้าที่ผู้ดูแล Web Directory (โดยทั่วไปเรียกว่า Editor) จะต้องคอยแก้ไขหรือเพิ่มเติมหมวดหมู่เว็บไซต์ใหม่ๆตลอดเวลา นอกจากนั้นเจ้าของเว็บไซต์สามารถลงทะเบียนเว็บไซต์ลงสู่ระบบได้ โดยการกรอกรายละเอียดที่จำเป็นเกี่ยวกับเว็บไซต์ ไม่ว่าจะเป็น ชื่อเว็บไซต์ URL รายละเอียดอย่างย่อ หมวดหมู่ของเว็บไซต์ที่เหมาะสมกับเว็บไซต์ เป็นต้น จากนั้นข้อมูลจะถูกส่งไปยังเจ้าหน้าที่ผู้ดูแล Web Directory หากกรอกรายละเอียดครบถ้วนและเลือกหมวดหมู่ได้ถูกต้องกับเนื้อหาของเว็บไซต์

แล้ว ทางเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลจะอนุมัติข้อมูลในการลงทะเบียนนั้น ลงสู่ฐานข้อมูลของของ Web Directory หรือสารบัญเว็บไซต์

เครื่องมือค้นหาประเภทนี้มีข้อดีคือ สามารถเข้าไปดูข้อมูลของเว็บไซต์ทั้งหมดที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกัน ตรงตามที่เราต้องการค้นหาของหมวดหมู่นั้นๆ ในปริมาณมากๆ และสามารถนำเอาข้อมูลเหล่านั้นมาดูเปรียบเทียบกับเว็บไซต์อื่นๆ ได้เลย ตัวอย่างของเครื่องมือค้นหาประเภท Web Directory ได้แก่ ODP (Open Directory Project) (<http://www.dmoz.org>), สารบัญเว็บไซต์ของสนุกดอทคอม (<http://webindex.sanook.com>) เป็นต้น

ภาพที่ 2: ตัวอย่างหน้าเว็บไซต์ของ ODP (Open Directory Project) ที่มีการแบ่งเป็นหมวดหมู่



2.2.3 Meta Search Engine

เครื่องมือค้นหาประเภทนี้จะไม่มีฐานข้อมูลเป็นของตนเอง แต่จะอาศัยฐานข้อมูลจากเครื่องมือค้นหาอื่นๆ หลายแห่งมาแสดงผล⁶ ทำให้เกิดผลการค้นหาที่หลากหลายแต่มักได้ผลลัพธ์ออกมาไม่เที่ยงตรงเท่าที่ควร

⁶ จตุพล ทานาฤทัย, บัณฑิต บุญประคอง และ ธิติพงษ์ เอกโชติ. **To be No.1 in e-Business by WEB PROMOTION**, (กรุงเทพฯ: SUM System Company Limited, 2543), 8.

ตัวอย่างของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ประเภท Meta Search Engine ได้แก่ Dogpile (<http://www.dogpile.com>), Meta Crawler (<http://metacrawler.com>), ixquick (<http://us.ixquick.com>) เป็นต้น

ภาพที่ 3: ตัวอย่างหน้าเว็บไซต์ของ Dogpile



2.3 สถิติการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine)

การสำรวจข้อมูลความนิยมในการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine) แสดงให้เห็นความแตกต่างของอัตราส่วนแบ่งการตลาดโดยรวมของเครื่องมือค้นหาทั่วโลก บ่งบอกถึงค่านิยมของผู้ใช้งานส่วนใหญ่ที่มีต่อเครื่องมือค้นหาในแต่ละราย จากตารางที่ 1 ผลการสำรวจในเดือนธันวาคม ปี 2007 (พ.ศ.2550) เครื่องมือค้นหาที่มีอัตราส่วนแบ่งการตลาดมากที่สุด คือ Google ถืออัตราส่วนแบ่งการตลาดถึง 62.4% รองลงมา คือ Yahoo 12.8%, Baidu 5.2% และ Microsoft 2.9% ตามลำดับ

ตารางที่ 1: สถิติการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ที่ได้รับความนิยม 10 อันดับ⁷

Worldwide Search Top 10 December 2007 Total World Age 15+, Home and Work Locations* Source: comScore qSearch 2.0		
	Searches (MM)	Share of Searches
Total Internet	66,221	100.0
Google Sites	41,345	62.4
Yahoo! Sites	8,505	12.8
Baidu.com Inc.	3,428	5.2
Microsoft Sites	1,940	2.9
NHN Corporation	1,572	2.4
eBay	1,428	2.2
Time Warner Network	1,062	1.6
Ask Network	728	1.1
Yandex	566	0.9
Alibaba.com Corporation	531	0.8

* Excludes traffic from public computers such as Internet cafes or access from mobile phones or PDAs.

สำหรับในประเทศไทยสหรัฐอเมริกาอัตราส่วนแบ่งการตลาดโดยรวมของเครื่องมือค้นหา (Search Engine) จากตารางที่ 2 ผลการสำรวจในเดือนมีนาคม ปี 2008 (พ.ศ.2551) เครื่องมือค้นหาที่มีอัตราส่วนแบ่งการตลาดมากที่สุด คือ Google ถืออัตราส่วนแบ่งการตลาดถึง 59.8% เพิ่มขึ้นจากเดือนกุมภาพันธ์ 0.6% รองลงมาคือ Yahoo! 21.3%, Microsoft 9.4%, AOL LLC 4.8% และ Ask Network 4.7% ตามลำดับ

⁷comscore.com, **Worldwide Search Top 10** [online], 24 January 2008. Available from <http://www.comscore.com/press/release.asp?press=2018>

ตารางที่ 2: สถิติการใช้งานเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับ
ความนิยม 5 อันดับ เปรียบเทียบระหว่างเดือนกุมภาพันธ์และ มีนาคม ปี 2008 (พ.ศ.
2551)⁸

comScore Core Search Report*			
March 2008 vs. February 2008			
Total U.S. – Home/Work/University Locations			
Source: comScore qSearch 2.0			
Core Search Entity	Share of Searches (%)		Point Change Mar-08 vs. Feb-08
	Feb-08	Mar-08	
<i>Total Core Search</i>	100.0%	100.0%	0.0
Google Sites	59.2%	59.8%	0.6
Yahoo! Sites	21.6%	21.3%	-0.3
Microsoft Sites	9.6%	9.4%	-0.2
AOL LLC	4.9%	4.8%	-0.1
Ask Network	4.6%	4.7%	0.1

* Based on the five major search engines including partner searches and cross-channel searches. Searches for mapping, local directory, and user-generated video sites that are not on the core domain of the five search engines are not included in the core search numbers.

ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ที่ได้รับความนิยมมาก ผู้ประกอบธุรกิจมักจะเลือกที่จะโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหานั้นเพื่อให้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหามีโอกาสเข้าไปยังเว็บไซต์ของตนเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการมากขึ้น และการโฆษณากับเครื่องมือค้นหาที่เสียค่าใช้จ่ายในการโฆษณาน้อยกว่าการโฆษณากับสื่ออื่นๆ เช่น วิทยุ โทรทัศน์ เป็นต้น

⁸ comscore.com, **comScore Releases March 2008 U.S. Search Engine Rankings** [online], 15 April 2008. Available from <http://www.comscore.com/press/release.asp?press=2185>

2.4 การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising)

2.4.1 รูปแบบการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) และตัวอย่างรายได้จากการโฆษณาของ Google

การทำตลาดบนอินเทอร์เน็ตหรือที่เรียกกันว่า e-marketing หรือการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต (Internet Advertising) มีข้อดีเหนือกว่าการทำตลาดโฆษณานสื่ออื่นๆแบบเดิมหลายประการ เช่น การที่สามารถเข้าถึงคนได้จำนวนมากมายมหาศาล ในขณะที่ตัวกันสื่อเองก็สามารถปรับเปลี่ยนข้อความให้เหมาะกับผู้รับแต่ละรายได้อีกด้วย (Mass Customization) กล่าวคือ การโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตจะรวมข้อดีของสื่อที่เข้าถึงคนได้จำนวนมากทั่วไป เช่น โทรทัศน์ วิทยุ แต่ในขณะที่ตัวกันสื่อเองก็ได้ประโยชน์ของการตลาดแบบถึงตัวหรือการขายตรง (Direct Marketing) ไปด้วยคือสามารถเข้าถึงและปรับเปลี่ยนการตลาดให้ตรงใจลูกค้าแต่ละคนมากยิ่งขึ้น⁹ ในอินเทอร์เน็ตนั้นผู้บริโภคเป็นผู้ค้นหาข้อมูลข่าวสารนั่นเอง เมื่อผู้บริโภคหรือกลุ่มเป้าหมายต้องการข้อมูลข่าวสารดังกล่าวดังนั้น การใช้อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อนั้นก็จึงนับได้ว่าสามารถเจาะเข้าไปถึงกลุ่มเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าสื่ออื่นๆ

เนื่องจากมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาในการค้นหาข้อมูลต่างๆเป็นจำนวนมาก ดังนั้นการโฆษณาในหน้าผลลัพธ์การค้นหา (Search Results Page) ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ก็เป็นการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตที่ได้รับความนิยมวิธีหนึ่ง โดยทั่วไปผู้ใช้งานเครื่องมือค้นหามักจะคลิกที่อันดับต้นๆของผลลัพธ์การค้นหาและมักจะสนใจหน้าแรกของผลลัพธ์การค้นหา เนื่องจากผู้ใช้เครื่องมือค้นหาส่วนใหญ่มักเชื่อว่า หากคลิกเข้าไปดูผลการค้นหาที่ลึกกว่านี้หรือในหน้าอื่นๆคงจะไม่ใช่ผลการค้นหาที่ต้องการหรืออาจจะไม่แม่นยำเท่าผลลัพธ์การค้นหาในอันดับต้นๆ เพราะฉะนั้นอันดับของเว็บไซต์ในการแสดงผลการค้นหาจึงมีความสำคัญ ดังนั้นผู้ประกอบการที่ต้องการโฆษณาธุรกิจของตนในหน้าผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจึงหาวิธีเพื่อให้เว็บไซต์ของตนปรากฏอยู่หน้าแรกของผลลัพธ์การค้นหาเพื่อให้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหาคลิกเข้ามายังเว็บไซต์ของตนซึ่งวิธีให้เว็บไซต์ปรากฏอยู่ในหน้าแรกของผลลัพธ์การค้นหามีอยู่ 2 วิธี¹⁰ คือ

⁹ จันทวุฒิ พิษผล และปิยพงศ์ เผ่าวณิช, **Search อย่างเซียนด้วย Google และอื่นๆ**, (กรุงเทพฯ: บริษัท โปรวิชั่น จำกัด, 2550), 238.

¹⁰ Jonathan D. Frieden & Sean Patrick, "E-Commerce: Legal Issues of Online Retailer in Virginia," **Richmond Journal of Law and Technology**, (Fall 2006): 3. Available from <http://www.westlawinternational.com>

1) Search Engine Optimization เป็นการปรับแต่ง และแก้ไขรวมไปถึงการออกแบบโครงสร้างเว็บไซต์เพื่อให้ทำอันดับในการแสดงผลการค้นหาออกมาให้สูงที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยอาศัยคำสำคัญ (Keyword) ที่ต้องการทำอันดับเป็นตัวแปรหลักในการดำเนินการ¹¹ วิธีนี้เว็บไซต์จะปรากฏอยู่ในส่วนผลลัพธ์การค้นหาปกติ (Natural Search Results) ในการผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา

2) การโฆษณาโดยคำสำคัญ (keyword Advertising) ผู้โฆษณาจะต้องเสนอราคาและซื้อ (bid on and purchase) คำสำคัญกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เพื่อให้เว็บไซต์ของผู้โฆษณาปรากฏเหนือหรือด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาปกติ (Natural Search Results) เมื่อมีผู้ทำการค้นหาด้วยคำสำคัญ (Keyword) เดียวกับที่ผู้โฆษณาได้กำหนดไว้

เพราะฉะนั้นรายได้ส่วนใหญ่ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) จึงได้มาจากโปรแกรมการโฆษณาโดยคำสำคัญ เช่น โปรแกรม Google AdWords ของ Google เป็นต้น ซึ่งรายได้ทั้งหมดของ Google ในปี 2007¹² (พ.ศ.2550) จำนวน US\$ 16.593 พันล้าน เป็นรายได้จากการโฆษณาจำนวน US\$ 16.412 พันล้าน แบ่งเป็น

- รายได้จากการโฆษณาของเว็บไซต์ Google จำนวน US\$ 10.624 พันล้าน คิดเป็น 64% ของรายได้ทั้งหมด
- รายได้จากการโฆษณาของเว็บไซต์เครือข่ายของ Google จำนวน US\$ 5.787 พันล้าน คิดเป็น 35% ของรายได้ทั้งหมด

2.4.2 การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising) คืออะไร

การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising) คือการโฆษณาที่ใช้คำสำคัญเพื่อเรียกใช้โฆษณา โดยปกติผู้โฆษณาจะเลือกชุดของคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์หรือบริการที่ต้องการโฆษณา จากนั้นโฆษณาจะมีการแสดงในตำแหน่งที่เกี่ยวข้องตามคำสำคัญต่างๆ เช่น Google จับคู่คำสำคัญที่ผู้โฆษณาเลือกไว้กับคำที่ผู้ใช้ค้นหาในเว็บของ Google.com เพื่อแสดงโฆษณาที่เกี่ยวข้อง¹³ การโฆษณาโดยคำสำคัญเป็นระบบที่เรียกว่า Pay Per Click (PPC) หรือ Cost Per Click (CPC) คือผู้โฆษณาจะเสียค่าโฆษณาก็ต่อเมื่อมีผู้ทำการคลิกผ่านโฆษณาเข้าไป

¹¹ อรรถพล ยุตตะภรณ์, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุด ๆ, 243.

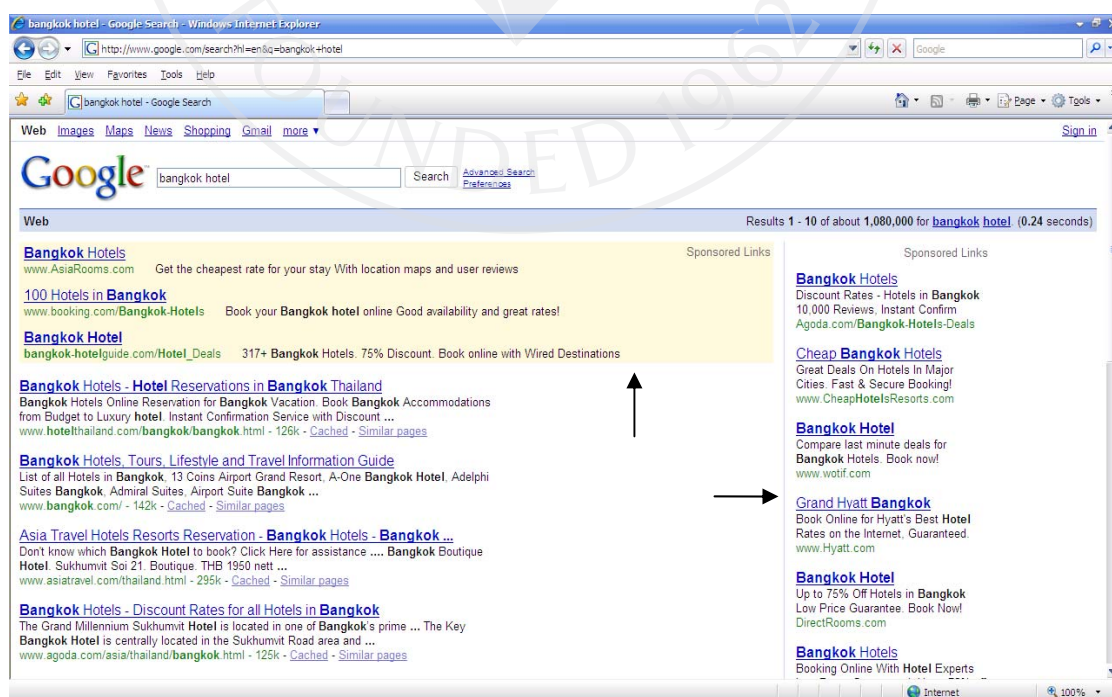
¹² Google.com, Google Announces Fourth Quarter And Fiscal Year 2007 Results [online], 31 January 2008. Available from http://www.google.com/intl/en/press/pressrel/revenues_q407.html

¹³ Google.com, อภิธานศัพท์ [online]. แหล่งที่มา <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=10949&topic=29>

ยังเว็บไซต์โฆษณาอื่นๆ หากไม่มีใครคลิกเว็บไซต์ที่โฆษณาก็ยังไม่ต้องเสียค่าโฆษณาให้กับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ถึงแม้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหาจะเห็นโฆษณาก็ตาม

สำหรับโปรแกรมของ Google ในการโฆษณาโดยคำสำคัญเรียกว่า Google AdWords เว็บไซต์ของผู้โฆษณาจะปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วนผู้สนับสนุนหรือ Sponsored Links สำหรับโปรแกรมของ Yahoo! ในการโฆษณาโดยคำสำคัญเรียกว่า Yahoo! Search Marketing เว็บไซต์ของผู้โฆษณาจะปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วน Sponsor Results สำหรับโปรแกรมของ Microsoft ในการโฆษณาโดยคำสำคัญเรียกว่า Microsoft adCenter เป็นต้น เว็บไซต์ของผู้โฆษณาจะปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วน Sponsored sites เป็นต้น การโฆษณาโดยคำสำคัญนั้นเว็บไซต์ของผู้โฆษณาบางส่วนจะปรากฏอยู่เหนือผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ (Natural Results หรือ Organic Results) โดยมีสีพื้นหลังที่ต่างกับผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ และบางส่วนจะปรากฏอยู่ทางด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ ดังตัวอย่างในภาพที่ 4 เมื่อพิมพ์คำว่า bangkok hotel ลงในช่องใส่คำค้นหาของ Google เว็บไซต์ของผู้โฆษณาที่ทำการโฆษณากับ Google ด้วยโปรแกรม Google AdWords ซึ่งเลือกคำสำคัญ (Keyword) ว่า bangkok hotel ไว้ก็จะปรากฏมีทั้งในส่วนที่อยู่เหนือผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ และอยู่ทางด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ

ภาพที่ 4: ตัวอย่างโฆษณาที่ปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วน Sponsored Links ของ Google



ความแตกต่างระหว่างผลลัพธ์จากการค้นหากับการโฆษณาโดยคำสำคัญ คือผลลัพธ์จากการค้นหาได้มาจากการวิเคราะห์ข้อมูลทั้งหมดในเว็บเพจโดยดูลิงค์ที่มีชื่อเสียง และพิจารณาปัจจัยต่างๆ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีที่สุด แต่การโฆษณาโดยคำสำคัญไม่ต้องมีการวิเคราะห์ข้อมูลทั้งหมด ผู้โฆษณาเพียงแต่ทำการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search engine) เมื่อผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาใส่คำสำคัญที่ตรงกับที่ผู้โฆษณาเลือกไว้ โฆษณานั้นก็จะปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาด้วยทันที

2.4.3 ประโยชน์ของการโฆษณาโดยคำสำคัญ

1. เข้าถึงกลุ่มผู้ใช้อินเทอร์เน็ตได้ทั่วโลก เนื่องจากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจำนวนมากใช้เครื่องมือค้นหา (Search Engine) ในการหาข้อมูลจึงทำให้การโฆษณาประเภทนี้มีโอกาสเข้าถึงผู้ใช้อินเทอร์เน็ตได้ทั่วโลก

2. เข้าถึงกลุ่มลูกค้าเป้าหมายได้อย่างแม่นยำ¹⁴ และสามารถประหยัดเงินค่าโฆษณาที่ต้องจ่ายให้กับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาได้อีกด้วยเนื่องจากการโฆษณาโดยคำสำคัญสามารถเลือกภาษา สถานที่ และประเทศในการแสดงโฆษณาได้ กล่าวคือ เมื่อจะทำการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) สามารถระบุได้ว่าจะให้โฆษณาปรากฏในประเทศใด เพราะฉะนั้นถ้าคนในประเทศที่ระบุไว้ทำการค้นหาด้วยคำสำคัญ (Keyword) ที่เรากำหนด ก็จะได้เห็นโฆษณาปรากฏขึ้นมาบนหน้าผลการค้นหานั้น แต่สำหรับประเทศอื่นนอกจากที่ระบุไว้แม้จะทำการค้นหาในคำสำคัญ (Keyword) เดียวกันก็ตามก็จะไม่เห็นโฆษณานั้นซึ่งทำให้ไม่ต้องเสียค่าโฆษณาเมื่อมีผู้ใช้บริการคลิกเข้าไปในประเทศที่ผู้โฆษณาไม่ต้องการขายสินค้าในประเทศนั้น

3. ผู้โฆษณาสามารถเปลี่ยนแปลงและแก้ไขโฆษณาได้ง่ายเพื่อให้ข้อความโฆษณามีประสิทธิภาพมากที่สุด ผู้โฆษณาสามารถเปลี่ยนแปลงข้อความโฆษณา คำสำคัญ (Keyword) หรือประเทศที่ต้องการให้โฆษณาปรากฏได้ตลอดเวลา และผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) จะทำการลงโฆษณาที่แก้ไขได้ทันที

4. ผู้โฆษณาจะจ่ายค่าโฆษณาต่อเมื่อมีคนคลิกที่โฆษณาแล้วเท่านั้น หากผู้ที่ไม่เห็นโฆษณาไม่ได้คลิกเข้าไปในเว็บไซด์ที่โฆษณาก็ไม่ต้องเสียค่าโฆษณาให้กับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ทำให้ช่วยประหยัดต้นทุนและมั่นใจได้ว่ามีผู้ใช้บริการคลิกเข้ามาเว็บไซด์แน่นอน

5. กำหนดงบประมาณค่าโฆษณาได้ เพราะผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ไม่มีการกำหนดงบประมาณค่าโฆษณาขั้นต่ำไว้ นอกจากนี้ยังสามารถตั้งค่า Daily

¹⁴ ทรูวูทซ์ เหลืองสมบูรณ์, **Google AdWords โปรโมทเว็บ (ไซด์) ให้ดังศาสตร์**, (กรุงเทพฯ: บริษัท ตลาด ดอท คอม จำกัด, 2550), 7.

Budget ได้ว่าจะจ่ายเงินค่าโฆษณาต่อวันให้กับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเป็นจำนวนเงินสูงที่สุดเท่าไร เมื่อค่าโฆษณาถึงจำนวนที่กำหนดไว้ ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search engine) ก็จะหยุดโฆษณาในวันนั้นทันทีแล้วค่อยนำโฆษณานั้นมาแสดงในวันถัดไป ทำให้สามารถจัดสรรเงินค่าโฆษณาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

6. ผู้ลงโฆษณาสามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้าได้ตรงตามจุดประสงค์ได้มากที่สุด กล่าวคือ เมื่อลูกค้าสนใจข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งใดก็จะใส่คำสำคัญ (Keyword) นั้นในการค้นหา เมื่อพบโฆษณาที่เกี่ยวข้องก็มีโอกาสที่จะคลิกโฆษณาเพื่อเข้าไปยังเว็บไซต์เพื่อซื้อสินค้าหรือบริการได้

7. สามารถเลือก URL จุดหมายปลายทางได้ เมื่อลูกค้าคลิกโฆษณาจะไปยังหน้าเว็บไซต์นั้นได้ทันที เช่น ถ้าเว็บไซต์ขายมือถือหลายยี่ห้อ หลายรุ่น ก็สามารถส่งลูกค้าไปยังหน้าเว็บไซต์ที่ลูกค้าต้องการได้ ซึ่งต่างจากผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ (Natural Search) ที่ไม่สามารถเชื่อมต่อไปยังหน้าอื่นได้¹⁵

8. วัดผลโฆษณาได้ง่ายและรวดเร็ว โดยสามารถเข้าไปดูสถิติต่าง ๆ ของโฆษณาที่ทำไว้ได้ตลอดเวลา เช่น ภายในช่วงเวลาที่กำหนดมีคนเห็นโฆษณาจำนวนเท่าใด มีคนคลิกโฆษณาเท่าใด อันดับโฆษณาอยู่ในตำแหน่งใด ค่าโฆษณาเป็นเท่าไร เป็นต้น นอกจากนี้ยังติดตามผลได้ด้วยว่า ในแต่ละวันมีคนเข้ามาซื้อสินค้าหรือบริการบนเว็บไซต์จากการโฆษณากี่คน และมีค่าใช้จ่ายในการโฆษณาต่อลูกค้าหนึ่งคนเป็นกี่บาท

การโฆษณาโดยคำสำคัญมีประโยชน์มากมายจึงทำให้เว็บไซต์จำนวนมากหันมาโฆษณาโดยวิธีดังกล่าวกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาต่าง ๆ

2.4.4 หลักการโฆษณาโดยคำสำคัญของ Google AdWords และ Yahoo! Search

Marketing

2.4.4.1 รูปแบบโดยทั่วไปของการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine)

รูปแบบการโฆษณา¹⁶

1) การโฆษณาแบบข้อความ ส่วนใหญ่ที่พบเห็นจะเป็นการโฆษณาแบบข้อความ เช่น ปรากฏอยู่ในหน้าผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาในส่วนของผู้สนับสนุนหรือ Sponsored Links เป็นต้น

2) การโฆษณารูปภาพ (Image Ads) สามารถเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว Flash หรือ Animation ก็ได้ ชนิดของไฟล์รูปภาพต้องเป็น gif, jpg, png หรือ swf และมีขนาดไฟล์ไม่

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 9.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, 198-203.

เกิน 50k เท่านั้น ตัวอย่างขนาดภาพที่ Google ให้ทำโฆษณา คือ 468x60, 728x90, 250x250, 200x200, 336x280, 120x600, 160x600 ความยาวของเนื้อเรื่องไม่ควรเกิน 15 วินาที โฆษณารูปภาพจะแสดงบนเว็บไซต์พันธมิตรแบบเครือข่ายเนื้อหา(Content Network)

3) การโฆษณาธุรกิจท้องถิ่น (Local Business Ads) ตอนนี้ Google เปิดให้บริการบางประเทศเท่านั้นที่สามารถใช้งานโฆษณาแบบธุรกิจท้องถิ่นได้ เช่น ประเทศแคนาดา ญี่ปุ่น เนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา เยอรมัน สเปน สหราชอาณาจักร และอิตาลี เป็นต้น โฆษณาแบบนี้จะต้องใส่ชื่อบริษัทและสถานที่ตั้ง และโฆษณาจะปรากฏบน Google Map ซึ่งเป็นบริการแผนที่อิเล็กทรอนิกส์ รายละเอียดของโฆษณาจะมีชื่อธุรกิจ ที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์เท่านั้น จึงไม่จำเป็นต้องมีเว็บไซต์ก็สามารถลงโฆษณาได้ เมื่อคลิกที่โฆษณาก็จะแสดงที่ตั้งของธุรกิจบนแผนที่อย่างชัดเจน การโฆษณาแบบนี้ Google ไม่คิดค่าใช้จ่ายในการโฆษณา

4) การโฆษณาแบบวิดีโอ (Video Business Ads) มีอยู่ 2 รูปแบบ คือ แบบที่หนึ่งเป็นการโฆษณาวิดีโอแบบสตรีม (Streaming Video) เป็นแบบล่าสุดที่ Google เพิ่งเปิดให้ใช้งาน วิดีโอโฆษณาจะถูกเล่นระหว่างการเล่นวิดีโออื่นบนเว็บไซต์เครือข่ายเนื้อหาแบบวิดีโอ เปรียบเหมือนกับการโฆษณาวิดีโอเป็นโฆษณาค้นรายการโทรทัศน์ แบบที่สองเป็นการโฆษณาวิดีโอแบบคลิกเพื่อแสดง (Click to Play) โฆษณาจะปรากฏเป็นภาพนิ่งบนเว็บไซต์ที่อยู่ในเครือข่ายเนื้อหาจนเมื่อมีคนคลิกภาพนิ่งนั้น วิดีโอจึงจะแสดง ขนาดไฟล์ไม่เกิน 50 กิโลไบต์ และระยะเวลาแสดงวิดีโอไม่เกิน 2 นาที

2.4.4.2 ระบบการโฆษณาโดยคำสำคัญ

1) สร้างโฆษณาด้วยการเลือกคำสำคัญ (Keywords) ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ เมื่อมีผู้ใช้คำสำคัญนั้นในการค้นหาเครื่องมือค้นหา (Search Engine) โฆษณาก็จะปรากฏอยู่เหนือหรือด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาปกติ

2) การกำหนดราคาแบบ Pay Per Click (PPC) หรือ Cost Per Click (CPC) ผู้โฆษณาจะเสียค่าโฆษณาก็ต่อเมื่อมีผู้ทำการคลิกผ่านโฆษณาเข้าไปยังเว็บไซต์โฆษณานั้นๆ ในราคาที่คุณโฆษณากำหนด

3) การกำหนดราคาแบบ Cost per Impression (CPM) สำหรับผู้โฆษณาที่มุ่งเน้นแต่ละเว็บไซต์เนื้อหาเลือกลงโฆษณาแบบกำหนดไซต์เป้าหมาย (Sited-Targeted) คือสามารถเลือกเว็บไซต์ที่จะลงโฆษณาและจ่ายค่าโฆษณาต่อการแสดงผล

4) สามารถกำหนดงบประมาณรายวัน กำหนดตารางการโฆษณาตามวันและเวลาที่ต้องการได้ สามารถแก้ไขโฆษณาและปรับงบประมาณได้ นอกจากนั้นยังสามารถตั้งภาษาและพื้นที่เป้าหมายของกลุ่มลูกค้าเฉพาะสำหรับตัวโฆษณาได้

5) รายงานประสิทธิภาพบัญชีแบบออนไลน์ได้ตลอดเวลา เช่น ดูสถิติการแสดงผลโฆษณา จำนวนคนคลิกโฆษณา เป็นต้น

2.4.4.3 ส่วนประกอบของข้อความโฆษณาที่ปรากฏ

ภาพที่ 5: ตัวอย่างส่วนประกอบของข้อความโฆษณาที่ปรากฏบน Google โดยใส่คำสำคัญว่า Bangkok hotel

Sponsored Links

Bangkok Hotels
Discount Rates - Hotels in Bangkok
10,000 Reviews, Instant Confirm
[Agoda.com/Bangkok-Hotels-Deals](https://www.agoda.com/Bangkok-Hotels-Deals)

พื้นที่ในการโฆษณาแบ่งออกเป็น 4 ส่วนด้วยกัน¹⁷ คือ

1) หัวข้อโฆษณา (Headline)

หัวข้อโฆษณาเปรียบได้กับการพาดหัวข่าวเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของโฆษณาเพราะเป็นส่วนแรกที่ใช้เครื่องมือค้นหาหรือลูกค้าอ่านและให้ความสนใจ ถ้าหัวข้อโฆษณาไม่ตรงกับสิ่งที่ลูกค้ากำลังค้นหาหรือไม่ดึงดูดใจเพียงพอ ลูกค้าก็จะแค่อ่านผ่านๆแล้วไปดูโฆษณาอื่นต่อไป ถ้าเป็นไปได้ควรมีคำสำคัญ (Keywords) หรือคำใดคำหนึ่งในคำสำคัญอยู่ในหัวข้อโฆษณาด้วยเพื่อที่จะทำให้คนที่เห็นโฆษณาของเรา รู้สึกว่าจะได้ในสิ่งที่กำลังค้นหาอยู่ หัวข้อโฆษณาจะจำกัดอยู่ที่ 25 ตัวอักษร

2) รายละเอียดโฆษณาบรรทัดที่ 1 (Description Line 1)

รายละเอียดของสินค้าหรือบริการจะต้องเป็นประโยชน์ที่ลูกค้าจะได้จากการใช้สินค้าหรือบริการหรือเป็นคุณสมบัติที่โดดเด่นของสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้ประโยชน์ต่างๆควรอ้างอิงจากคำสำคัญที่อยู่ใน Ad Group ที่จะเขียนข้อความโฆษณาเป็นหลักด้วยว่าใช้คำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการในแง่มุมใด รายละเอียดของสินค้าหรือบริการในบรรทัดแรกจะจำกัดอยู่ที่ 35 ตัวอักษร

3) รายละเอียดโฆษณาบรรทัดที่ 2 (Description Line 2)

รายละเอียดในบรรทัดที่ 2 นี้ควรใส่คุณสมบัติอื่นๆที่เหลือของสินค้าหรือบริการลงไป ในกฎการเขียนโฆษณาของ Google จะห้ามใช้ call to action ที่สั่งให้คนคลิกโฆษณา เช่น คำว่า คลิกที่นี่ คลิกเลย เป็นต้น ในความเป็นจริงแล้วความสำคัญของรายละเอียดในบรรทัดที่สองในการที่จะทำให้ผู้ที่เห็นโฆษณาตัดสินใจคลิกนั้นมีน้อยมาก รายละเอียดในบรรทัดที่ 2 จะจำกัดอยู่ที่ 35 ตัวอักษร

4) URL หรือชื่อเว็บไซต์ (Display URL)

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, 98-103.

บรรทัดสุดท้ายของโฆษณา คือบรรทัดที่ให้ใส่ชื่อเว็บไซต์ลงไปเพื่อให้ทุกคนที่เห็นโฆษณาทราบก่อนที่จะคลิกโฆษณาว่า เมื่อคลิกแล้วจะเข้าไปยังเว็บไซต์ใด URL ที่แสดงจะจำกัดอยู่ที่ 35 ตัวอักษร

2.4.4.4 การจัดอันดับโฆษณา

การจัดอันดับโฆษณาไม่ได้ดูแค่ค่าโฆษณาสูงสุดต่อคลิกที่ผู้โฆษณากำหนดไว้เท่านั้นแต่ยังนำเอาคุณภาพของโฆษณามาคิดด้วย วิธีการจัดอันดับโฆษณามีวิธีในการคำนวณ ดังนี้

$$\text{Ranking Number} = \text{Max CPC} \times \text{Quality Scores}$$

$$\text{อันดับโฆษณา} = \text{ค่าโฆษณาสูงสุดต่อคลิก} \times \text{ค่าคะแนนคุณภาพ}$$

โฆษณาที่มี Ranking Number หรืออันดับโฆษณามากกว่าก็จะได้อยู่อันดับที่ดีกว่า

ปัจจัยในการคำนวณค่าคะแนนคุณภาพ (Quality Scores) มี 5 อย่าง¹⁸ คือ

1) Historical Data Performance

ประวัติการทำโฆษณาที่ผ่านมาดีแค่ไหน และประวัติการทำโฆษณาของคนอื่นๆ ในคำสำคัญ (Keywords) เดียวกันและที่ใกล้เคียงกันดีแค่ไหน

2) Keyword to AdText Match

ข้อความโฆษณามีความเกี่ยวข้องและมีความสัมพันธ์กับคำสำคัญ (Keywords) มากน้อยแค่ไหน

3) CTR (Click through Rate)

อัตราในการคลิกผ่านโฆษณาของผู้โฆษณาเป็นเท่าไร มีวิธีในการคำนวณ คือ

$$\text{CTR} = (\text{Clicks/Imp} \times 100\% = (\text{คลิก/การแสดงผล}) \times 100\%$$

จะทำให้ทราบว่าใน 100 คนที่เห็นโฆษณาจะมีคนคลิกโฆษณากี่คน ยิ่ง CTR สูงแสดงว่าโฆษณาต้องมีคุณภาพดีคนจึงคลิกเยอะจึงนำมาใช้เป็นปัจจัยหลักในการคิดค่าคะแนนคุณภาพ เช่น โฆษณามี CTR 10% แสดงว่า ทุก 100 คนจะมีคนคลิกโฆษณาอยู่ 10 คน

4) Landing Page

Landing Page คือ หน้าเว็บไซต์แรกๆ ที่เห็นเมื่อมีการคลิกที่โฆษณา หน้าเว็บไซต์ที่เป็น Landing Page เกี่ยวข้องกับคำสำคัญ (Keywords) และข้อความโฆษณามากน้อยแค่ไหน และมีรูปร่างหน้าตาที่เป็นมาตรฐานมากน้อยเพียงใด เช่น มีโครงสร้างเว็บไซต์ที่ชัดเจน มีการนำเสนอข้อมูลและรูปภาพของผลิตภัณฑ์ และข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อลูกค้า เป็นต้น

5) Other Relevancy Factors

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, 62-63.

ปัจจัยอื่นๆที่ใช้ในการคำนวณค่าคะแนนคุณภาพที่ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่เปิดเผยให้ทราบ

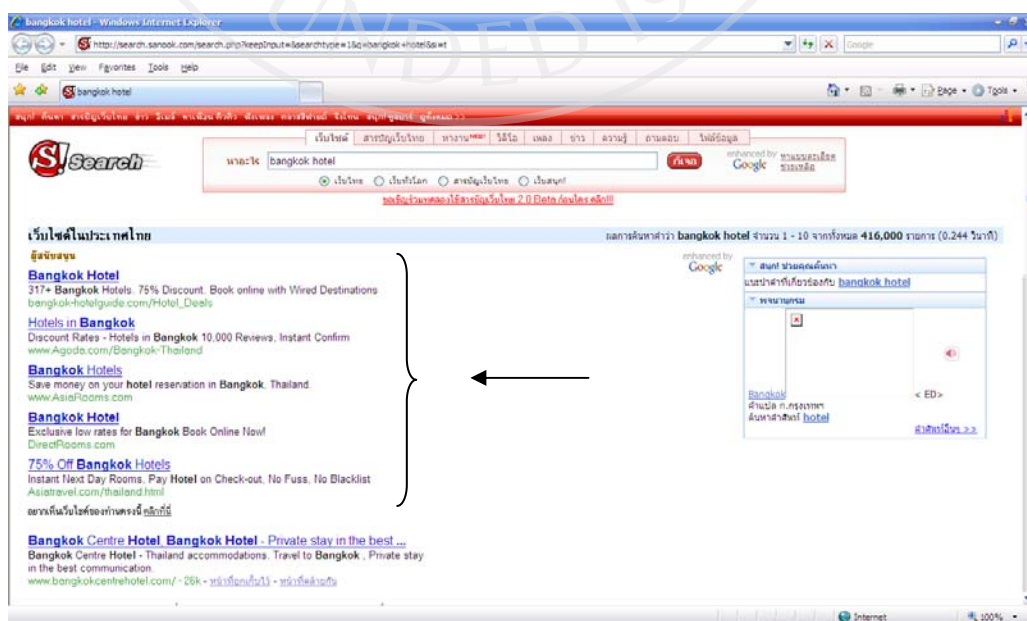
2.4.4.5 เนื้อที่หรือบริเวณที่ปรากฏงานโฆษณา

1) โฆษณาปรากฏอยู่ที่เว็บไซต์ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ในหน้าผลลัพธ์การค้นหา เช่น google.com เป็นต้น

2) โฆษณาจะปรากฏอยู่ที่สินค้าหรือบริการอื่นๆของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เช่น Google มีการให้บริการ Gmail, YouTube เป็นต้น ทางผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search engine) จะทำการเลือกโฆษณาที่มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ลูกค้ากำลังสนใจอยู่

3) โฆษณาจะปรากฏอยู่ที่เครือข่ายค้นหาข้อมูล (Search Network) ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เพราะว่าผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาหลายแห่งไม่มีโปรแกรมการโฆษณาเป็นของตนเองจึงได้เข้าร่วมเป็นพันธมิตรกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาที่มีโปรแกรมการโฆษณาเพื่อให้นำโฆษณามาแสดงไว้ที่ผลลัพธ์การค้นหาบนเว็บไซต์ของตนได้ และถ้าหากว่ามีคนคลิกผ่านโฆษณาเหล่านั้น เว็บไซต์ที่เป็นเครือข่ายก็จะได้รับส่วนแบ่งค่าโฆษณาด้วย เช่น เครือข่ายค้นหาข้อมูลของ Google ที่โฆษณาจะปรากฏ เช่น AOL.com, ask.com, sanook.com เป็นต้น โฆษณาจะไปแสดงบนเว็บไซต์เครือข่ายของ Google ก็ต่อเมื่ออันดับโฆษณาอยู่ประมาณอันดับที่ 1-4 และโฆษณาผ่านการอนุมัติจากทางเว็บไซต์เครือข่ายหรือพันธมิตรด้วย

ภาพที่ 6: ตัวอย่างโฆษณาที่ปรากฏในเว็บไซต์ sanook.com



4) โฆษณาจะปรากฏอยู่ที่เครือข่ายเนื้อหา (Content Network) ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) โดยที่เว็บไซต์เครือข่ายแบบเนื้อหาจะเป็นเว็บไซต์ที่ให้ข้อมูลข่าวสารต่างๆ ไม่ได้เป็นเครื่องมือค้นหาเหมือนกับเครือข่ายหรือพันธมิตรค้นหา (Search Network) ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะเป็นผู้เลือกโฆษณาไปแสดงบนเว็บไซต์เหล่านั้นที่เกี่ยวข้องกับโฆษณา ตัวอย่างเครือข่ายเนื้อหาของ Google เช่น About.com, Shopping.com, Bangkokpost.com เป็นต้น โฆษณาที่ปรากฏบนเว็บไซต์เหล่านี้ไม่ได้แสดงให้กับผู้ที่กำลังค้นหาบนเครื่องมือค้นหาแต่จะแสดงให้กับผู้ที่กำลังอ่านเนื้อหาที่ใกล้เคียงกับโฆษณาอยู่เท่านั้น ดังนั้นการโฆษณาบนเครือข่ายเนื้อหาจะเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายได้แม่นยำน้อยกว่าแบบเครือข่ายค้นหา

ภาพที่ 7: ตัวอย่างโฆษณาที่ปรากฏในเว็บไซต์ Bangkokpost.com



ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อทำการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) โฆษณาจะไปปรากฏอยู่หลายที่ด้วยกัน นอกจากนี้ผู้โฆษณายังสามารถเลือกได้ด้วยตนเองว่าจะให้โฆษณาไปปรากฏอยู่ที่ใดบ้าง และสามารถโฆษณาโดยกำหนดไซต์เป้าหมาย (Site-Targeted) เพื่อให้ผู้ลงโฆษณาสามารถเลือกเว็บไซต์ที่จะลงโฆษณาได้ด้วยตนเองโดยเลือกในเครือข่ายเนื้อหาของ Google ที่ต้องการให้โฆษณาปรากฏและระบุมูลค่าสูงสุดที่จะจ่ายสำหรับแต่ละหนึ่งพันหน้าของการชม (CPM หรือ Cost Per Thousand Impression) บนไซต์นั้นผู้โฆษณาจะเสียเงินต่อเมื่อโฆษณาปรากฏครบหนึ่งพันครั้งแม้ว่าจะไม่มีคนคลิกโฆษณาเลยก็ตาม

บทที่ 3

แนวความคิดในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและ ปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้ากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญ

3.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

สมัยอาณาจักรโรมัน ช่างฝีมือได้ใช้สัญลักษณ์ต่างๆในการกำหนดและแยกแยะสินค้าของตนจากสินค้าของคู่แข่งทางการค้า ดังนั้นหน้าที่เริ่มแรกของเครื่องหมายการค้าคือการแสดงแหล่งที่มาแห่งสินค้าว่ามาจากที่ใดเท่านั้น เพราะไม่ปรากฏหลักฐานอื่นใดว่ามีการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด¹ แม้แต่พ่อค้าในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงและตะวันออกเฉียงต่างก็ใช้สัญลักษณ์ต่างๆเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน ต่อมาในยุคกลาง (medieval period) การใช้เครื่องหมายการค้าได้เกิดขึ้นในเหล่าสมาชิกของสมาคมอาชีพด้วยการติดเครื่องหมายการค้าของสมาคมอาชีพไว้ที่สินค้าของสมาชิกที่นำออกจำหน่ายแก่สาธารณชน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่ออกมาใช้บังคับโดยเหล่าผู้ปกครองในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13 มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสาธารณชนจากการจำหน่ายสินค้าซึ่งไม่ได้แสดงแหล่งที่มาใดๆ อันทำให้ไม่ทราบคุณภาพของสินค้านั้นมากกว่าการกำหนดให้คุ้มครองเพื่อผลประโยชน์ของพ่อค้าและผู้ผลิตซึ่งใช้เครื่องหมายการค้า ด้วยเหตุนี้วัตถุประสงค์ของการใช้เครื่องหมายของสมาคมอาชีพที่สินค้าของเหล่าสมาชิกของสมาคมในยุคกลางที่กล่าวมาก็คือการควบคุมคุณภาพของสินค้าในกลุ่มของตน เพื่อเป็นการปกป้องชื่อเสียงทางการค้าของกลุ่ม

ในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม การผลิตผลิตภัณฑ์ในลักษณะจำนวนมากและจัดจำหน่ายกระจายไปตามท้องถิ่นต่างๆได้เกิดขึ้น ผู้ผลิตจึงต้องถูกบังคับโดยปริยายให้ต้องพึงเครื่องหมายในการแสดงแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์สินค้าเพราะผู้ผลิตไม่อาจติดต่อกับผู้บริโภคได้โดยตรงตลอดจนผู้บริโภคจะต้องอาศัยประสบการณ์มากขึ้นในการจำแนกเพื่อซื้อผลิตภัณฑ์ เนื่องจากผลของการแข่งขันทางการค้าทำให้มีผลิตภัณฑ์ในลักษณะคล้ายหรือประเภทเดียวกันของผู้ผลิตต่างรายกันในท้องตลาดเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะเมื่อมีการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น ผู้ผลิตซึ่งส่งออกไปยังประเทศต่างๆย่อมต้องพึงพาเครื่องหมายการค้าของตนเพื่อการแสดงแหล่งที่มาอันก่อให้เกิดความมั่นใจในคุณภาพของสินค้า สิ่งที่มาตามมาได้แก่การลอกเลียนเครื่องหมายการค้าและผลิตภัณฑ์สินค้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทั้งผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมาย

¹สิริรัตน์ ศุภรักษ์, การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), 1-2.

การค้าและผู้บริโภคซึ่งซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่ลอกเลียน จึงเกิดคดีความเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า แต่ในช่วงระยะเวลาสั้น บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้ายังไม่ปรากฏ²

ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศแรกที่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม โดยก่อนมีการประกาศใช้กฎหมายศาลอังกฤษได้ใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์แก้คดีต่างๆที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าแต่มีปัญหาของการดำเนินคดีในเรื่องความยากลำบากในการพิสูจน์สิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งขึ้นอยู่กับความมีชื่อเสียงทางการค้าประกอบกับเครื่องหมายการค้าจึงมีแนวความคิดที่ต้องมีกฎหมายเพื่อกำหนดให้ใช้ระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อตัดปัญหาภาระการพิสูจน์ดังกล่าว จึงได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าฉบับแรกคือ The Trade Marks Registration Act 1875 โดยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะและเมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วถือเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่เพียงผู้เดียว ต่อมาในปี 1883 ได้ออกกฎหมาย Designs and Trade Marks Act ซึ่งใช้บังคับแทน The Trade Marks Registration Act 1875 ต่อมาปี ค.ศ.1905 ได้ออกกฎหมาย The Trademark Act โดยวางหลักการเกี่ยวกับหลักฐานการพิสูจน์สิทธิการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายการค้า และวางบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วแต่ไม่มีการใช้หรือกรณีเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะภายใน 7 ปี ซึ่งได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ.1919 จนกระทั่งปี ค.ศ.1938 ได้มีการประกาศใช้ The Trademark Act และได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ.1984 เพื่อให้ใช้กับเครื่องหมายบริการด้วย ภายหลังได้มีการประกาศใช้ The Trademark Act ในปี ค.ศ.1994 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน³ ซึ่งหลักการของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษได้รับการยอมรับให้เป็นแม่แบบแก่กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของประเทศต่างๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย รวมทั้งประเทศไทยด้วย

²ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: พื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า เซมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืชใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550), 292-293.

³รัตนุช ก้าวหน้าชัยมงคล, ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าในรูปร่างรูปทรงของวัตถุ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 7-8.

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำเอาหลักการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยเอาแนวทางมาจากประเทศอังกฤษ และมีการบันทึกว่าคดีแรกเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าตัดสินโดยศาลมลรัฐแมตซาชูเซตส์ ต่อมาในปี 1870 สภาคองเกรสได้ออกกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรกคือ Federal Trademark Statute เพื่อใช้บังคับ และในปี ค.ศ. 1881 ได้ออกกฎหมายฉบับใหม่และถูกยกเลิกโดยกฎหมายที่ออกในปี ค.ศ.1946 โดยออกเป็นกฎหมาย Trademark Act (Lanham Act) ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 5 มิถุนายน 1947 โดยกำหนดเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับการจดทะเบียนและการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าด้วย⁴ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาปี 1995 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองในเรื่องการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมคุณค่า (Dilution) ที่เรียกว่า The Federal Trademark Dilution Act of 1995 (FTDA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 16 มกราคม 1996 โดยกฎหมายในส่วนนี้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายโดยห้ามมิให้กระทำการใด ๆ ก็ตามที่ทำให้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเสื่อมค่า ต่อมากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่านี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 6 ตุลาคม 2006

สำหรับประเทศไทย การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเริ่มขึ้นในปี พ.ศ.2452 เมื่อปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้า รวมทั้งความผิดในการนำเข้าและจำหน่ายสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าปลอมและเลียนภายใต้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ต่อมาในปี พ.ศ.2453 ได้มีการจัดตั้งหอทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และในปี พ.ศ.2457 ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าและยี่ห้อ พ.ศ.2457 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจดทะเบียนตลอดจนสิทธิในเครื่องหมายการค้า อันเป็นผลให้มีการจัดตั้งกรมทะเบียนการค้าในการดำเนินงานทางด้านเครื่องหมายการค้าขึ้นในปี พ.ศ.2466 ต่อมาได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474 อันมีหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์มากขึ้นซึ่งได้ออกมาใช้แทนพระราชบัญญัติฉบับเดิม จนถึงปีพ.ศ.2534 เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474 ได้ใช้บังคับมานาน บทบัญญัติต่าง ๆ จึงล้าสมัยและไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้อย่างเพียงพอ จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 แทนอันเป็นกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน นอกจากนี้ ในส่วนความผิดทางอาญาอันเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้านั้นก็ยังคงมีการบัญญัติในหมวดความผิดเกี่ยวกับการค้า

⁴ เรื่องเดียวกัน, 8.

ของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ซึ่งบังคับใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จนถึงปัจจุบัน⁵

ต่อมาเมื่อข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือทริปส์ (Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights : TRIPs) เริ่มเข้ามามีบทบาทต่อพัฒนาการทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของบรรดาประเทศภาคีสมาชิกรวมทั้งประเทศไทยด้วยนั้น จึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆที่ใช้บังคับอยู่เพื่อให้หลักเกณฑ์ของกฎหมายเป็นไปตามแนวทางมาตรฐานเดียวกันกับหลักการที่ระบุไว้ในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือทริปส์จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางเรื่องในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 เช่น ความหมายของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่ห้ามมิให้จดทะเบียน คุณสมบัติของผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า หลักเกณฑ์การยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

3.2 แนวความคิดในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ใช้ในการพาณิชย์ของผู้ประกอบการกิจการต่างๆโดยหน้าที่ทางเศรษฐกิจของเครื่องหมายการค้า คือการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ใช้ในกิจการ ตลอดจนชื่อเสียงในทางการค้าหรือที่เรียกว่า goodwill ของผู้เป็นเจ้าของขึ้นอยู่กับความสามารถของเครื่องหมายการค้าในการจำแนกผลิตภัณฑ์ของตนจากสินค้าของคู่แข่งในทางการค้า นอกจากนี้เครื่องหมายการค้ายังเป็นสิ่งที่คุ้มครองผู้บริโภคด้วยการแสดงข้อมูลอันเกี่ยวกับตัวสินค้าต่างๆโดยผู้บริโภคสามารถเลือกผลิตภัณฑ์ที่ตนต้องการซื้อจากการพิจารณาที่เครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่ที่สินค้านั้น ผลที่ตามมาคือสามารถหาผู้รับผิดชอบในความบกพร่องของผลิตภัณฑ์สินค้านั้นได้ กล่าว เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงต้องพยายามรักษาคุณภาพของสินค้าไว้

⁵ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: พื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า เซมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืชใหม่, 295.

เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่โดยทั่วไปอยู่ 4 ประการ⁶ คือ

3.2.1 หน้าที่ในการบ่งชี้และแยกแยะตัวสินค้า

เครื่องหมายการค้าย่อมทำหน้าที่ในการบ่งชี้ (identify) ตัวสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นและแยกแยะสินค้านั้นจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น หน้าที่นี้เป็นประโยชน์ โดยตรงต่อเจ้าของสินค้าที่จะทำการค้าขายสินค้าและต่อผู้ซื้อที่จะสามารถซื้อหาสินค้าที่ต้องการ ได้โดยสะดวกโดยดูจากเครื่องหมายการค้าของสินค้านั้นเอง ดังนั้นจึงทำให้เกิดหลักในกฎหมาย เครื่องหมายการค้าว่า เครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ (distinctiveness) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งแตกต่างจากสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของ บุคคลอื่น เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจทำให้ผู้ซื้อ เกิดความสับสนในตัวสินค้า เช่น เครื่องหมายการค้าที่ใช้กับเบหมิกิ่งสำเร็จรูป เช่น มามา ไวไว ยำยำ เป็นต้น ผู้บริโภคเห็นเครื่องหมายการค้าแล้วยอมรับว่าเบหมิกิ่งสำเร็จรูปภายใต้ เครื่องหมายการค้าหนึ่งแตกต่างกับเบหมิกิ่งสำเร็จรูปภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่นอย่างไร ทำ ให้สามารถเลือกซื้อสินค้าได้สะดวกและถูกต้อง

3.2.2 หน้าที่ในการบอกแหล่งที่มาของสินค้า

หน้าที่ในการบอกแหล่งที่มาของสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นของ เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่นั้นซึ่งสามารถป้องกันมิให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าและ ผลิตภัณฑ์ของผู้อื่น การบ่งบอกถึงแหล่งที่มาของสินค้าไม่ถึงขนาดว่าเครื่องหมายการค้าที่นั้นจะ บอกข้อมูลที่ชัดเจนแก่ผู้ซื้อได้เสมอไปว่าใครเป็นผู้ผลิตสินค้าหรือเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น แต่เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ในแง่ที่สามารถสื่อสารให้ผู้ซื้อเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้ เครื่องหมายการค้าเดียวกันนั้นย่อมจะมาจากแหล่งเดียวกัน ซึ่งอาจมีความหมายอย่างแคบว่า มาจากผู้ผลิตและเจ้าของเครื่องหมายการค้าเดียวกัน หรือมีความหมายอย่างกว้างว่ามีที่มาจาก ผู้ผลิตรายอื่นที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการผลิตและใช้เครื่องหมายการค้าที่นั้นด้วย

3.2.3 หน้าที่ในการบ่งบอกคุณภาพของสินค้า

เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ในการบ่งบอกคุณภาพของสินค้าในลักษณะที่ทำให้ผู้ซื้อรับรู้ ได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่นั้นน่าจะมีคุณภาพที่ไม่แตกต่างไปจากสินค้าอื่น ๆ ที่ใช้ เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ดังนั้น ไม่ว่าผู้ซื้อจะซื้อสินค้านั้นจากร้านใดหรือ ณ เวลาใด ก็จะได้

⁶World Intellectual Property Organization, **Background Reading Material on Intellectual Property**, (n.p.: WIPO Publication, 1988), 148-151, อ้างถึงใน รัชชัย สุขผลศิริ, คำอธิบายกฎหมาย เครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), 8-11.

สินค้าที่มีคุณภาพเหมือนกัน แต่หน้าที่นี้ไม่ใช่หน้าที่ในการประกันคุณภาพสินค้าว่ามีคุณภาพดี หรือมีมาตรฐานอย่างไร (ซึ่งจะเป็นหน้าที่ของเครื่องหมายรับรอง Certification Mark) อย่างไรก็ตาม ใดก็ได้หมายความว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้ผลิตจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าหนึ่งมาก่อนได้ แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงในด้านคุณภาพหรือรูปลักษณ์ของสินค้านั้น เครื่องหมายการค้าก็ยังคงทำหน้าที่นี้อยู่ว่า ผู้ซื้อจะยังคงมีความเชื่อมั่นว่า สินค้าที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นจะยังคงเป็นสินค้าที่มีคุณภาพสม่ำเสมออยู่ต่อไป เช่นเดียวกับสินค้าดั้งเดิมที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันนั้นนั่นเอง

การที่สินค้าที่ผลิตขึ้นมาจะได้รับความนิยมน้อย่างกว้างขวางนั้นก็จำเป็นอยู่เองที่จะต้องอาศัย goodwill ที่เคยมีมาก่อน ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงมักจะต้องอนุญาตให้ผู้ผลิตสามารถใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่ได้สิทธิผลิตนั้นด้วย และเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะถือสิทธิในการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ได้รับสิทธิผลิตอย่างเข้มงวดซึ่งเป็นผลดีแก่ผู้บริโภคที่จะได้ใช้สินค้าที่มีคุณภาพที่คาดหวังจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้านั้น กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าที่แม้จะผลิตโดยผู้ผลิตต่างรายก็ยังคงสามารถทำหน้าที่บ่งบอกคุณภาพได้ จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งช่วยสร้างเสริม goodwill ของตัวสินค้าได้อีกด้วย

3.2.4 หน้าที่ในการโฆษณาสินค้า ส่งเสริมการตลาดและการขายสินค้าและบริการ

หน้าที่ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือผลิตภัณฑ์รวมทั้งเจ้าของเครื่องหมายการค้า ทำให้ผู้บริโภครู้จักสินค้าได้ในระยะเวลาอันรวดเร็วและกระตุ้นให้ซื้อสินค้านั้นไปใช้ และโดยความคุ้นเคยในเครื่องหมายการค้าของผู้บริโภคเป็นสิ่งที่ช่วยให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถกระตุ้นและดำรงความต้องการของผู้บริโภคไว้ จึงเป็นที่ยอมรับว่าเครื่องหมายการค้าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญยิ่งในการโฆษณา เพราะการโฆษณานั้นมีวัตถุประสงค์ให้ผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายได้รู้จักสินค้า ทั้งยังกระตุ้นให้เกิดอุปสงค์ในสินค้านั้นๆ เพื่อเป้าหมายที่ต้องการคือการซื้อสินค้า ดังนั้นจึงจำเป็นอยู่เองที่สื่อโฆษณาจะต้องทำให้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าปรากฏแก่กลุ่มเป้าหมายอย่างชัดเจนให้รับรู้และจดจำได้

โดยเหตุที่ปัจจุบันซึ่งเป็นสังคมผู้บริโภค แนวปฏิบัติทางการค้าได้เปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณา วิธีการผลิต จัดจำหน่าย และซื้อขายสินค้า รวมทั้งปริมาณในการซื้อสินค้ามาใช้ เปลี่ยนแปลงไปจากอดีตมาก จึงมีผู้เห็นว่าเครื่องหมายการค้าไม่ได้ทำหน้าที่บอกความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าอีกต่อไปแล้ว แต่ทำหน้าที่ก่อให้เกิดขึ้นและคงไว้ซึ่งการซื้อ

สินค้าในแต่ละโอกาสหรือสถานการณ์ “เครื่องหมาย” จึงทำหน้าที่ “ขาย” สินค้า (the mark sells the goods)⁷ เครื่องหมายการค้าจึงมีพลังในการขายสินค้าและมีมูลค่าสูงมาก

3.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า

โดยปกติ กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีวัตถุประสงค์อยู่สองประการ คือ ประการที่หนึ่ง เพื่อจัดระเบียบข้อมูลการเป็นเจ้าของและการใช้เครื่องหมายการค้า และประการที่สอง เพื่อให้ความคุ้มครองของสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภคสินค้า⁸ ข้อมูลการเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและการคุ้มครองสิทธินั้นจะมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ การจะให้ความคุ้มครองมากน้อยเพียงใดก็มักจะขึ้นอยู่กับว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้แจ้งข้อมูลการเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามวิธีที่กฎหมายกำหนดโดยถูกต้องแล้วหรือไม่ แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าจะไม่คุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หากแต่อาจได้รับความคุ้มครองลดหลั่นลงไปด้วยหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน การคุ้มครองสิทธิอาจอยู่ในรูปของการบังคับทางแพ่งหรือทางอาญาต่อผู้ที่ล่วงละเมิดสิทธิ การคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ารายหนึ่งจากการที่มีผู้อื่นนำเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมมีผลเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคด้วย เพราะเมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถใช้สภาพบังคับต่อผู้ล่วงละเมิดได้ ความสับสนของผู้บริโภคในสินค้าจากต่างแหล่งที่มาที่ใช้เครื่องหมายการค้าเหมือนกันก็จะถูกขจัดไปในที่สุด ดังนั้น วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่เห็นได้ชัดเจนที่สุด ก็คือ การปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภคในตลาดสินค้าหนึ่งๆนั่นเอง

นอกเหนือไปจากการจัดสรรความเป็นธรรมทางการค้าแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภคภายในประเทศอันเป็นวัตถุประสงค์แต่ดั้งเดิมของกฎหมายเครื่องหมายการค้าแล้ว กฎหมายเครื่องหมายการค้าในปัจจุบันยังมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาเศรษฐกิจควบคู่ไปด้วย ทั้งนี้เพราะระบบเครื่องหมายการค้าที่มีประสิทธิภาพจะจูงใจให้มีการเสนอสินค้าที่มีคุณภาพเข้าสู่ตลาดมากขึ้นอันจะนำมาซึ่งการผลิตและการจ้างงานเพิ่มขึ้นด้วย ทั้งสำหรับการผลิตสินค้าสำเร็จและการผลิตวัตถุดิบสำหรับการผลิตสินค้าสำเร็จต่อไป ผลของการเพิ่มขึ้นของการผลิตภายในประเทศนี้ นอกจากจะช่วยยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนที่จะได้ใช้สินค้าที่มีคุณภาพแล้ว ยังก่อประโยชน์ทางการสร้างรายได้ให้กับประชาชนและประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่

⁷Ruth E. Annand & Helen E. Norman, **Blackstone's Guide to the Trade Marks Act 1994**, (London: Blackstone Press Limited, 1994), 14 อ้างถึงใน วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), 3-4.

⁸ยรรยง พวงราช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้าคุ้มครองใคร?,” วารสารนิติศาสตร์ 15, 2(2528): 1-7.

ประเทศโดยส่วนรวมด้วย นอกจากนี้ประโยชน์ในแง่การเพิ่มผลผลิตและความหลากหลายของสินค้าในตลาดแล้ว ระบบเครื่องหมายการค้าที่ดีจะช่วยให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างสินค้าต่างประเทศจากแหล่งต่างๆด้วยกัน และระหว่างสินค้าต่างประเทศกับสินค้าภายในประเทศ การแข่งขันทางการค้านี้ย่อมอำนวยประโยชน์แก่ผู้บริโภคในที่สุด

สรุปได้ว่า กฎหมายเครื่องหมายการค้าในปัจจุบันจะมีวัตถุประสงค์อยู่ 4 ประการใหญ่⁹ คือ

1. เพื่อจัดระเบียบข้อมูลการเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและการใช้เครื่องหมายการค้า
2. เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภคสินค้า
3. เพื่อเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการแข่งขัน
4. เพื่อรักษาผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศ ส่วนการจะให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ข้อใดมากน้อยนั้นย่อมแล้วแต่นโยบายและความต้องการของแต่ละประเทศ

3.4 ระบบการได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย

การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายอาจแยกออกได้เป็น 2 ระบบ คือ

3.4.1 ระบบการได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยการใช้เครื่องหมายการค้า

การได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ คือการที่บุคคลใดได้นำเครื่องหมายการค้าของตนออกใช้กับสินค้าของตนก่อนบุคคลอื่นอันเป็นผลให้บุคคลผู้ใช้เครื่องหมายการค้าก่อนดังกล่าวมีสิทธิดีกว่าบุคคลอื่นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกันในภายหลังด้วยการห้ามการใช้อันถือเป็นการละเมิดสิทธิของตน¹⁰ ระบบนี้เป็นพื้นฐานของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เนื่องจากการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า เมื่อเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ย่อมมีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าของตน แต่อย่างไรก็ตาม ระบบนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการอ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของเนื่องจากผู้อ้างสิทธิต้องพิสูจน์ว่าใครใช้เครื่องหมายการค้ามาก่อนกัน ด้วยเหตุที่ว่าภายใต้ระบบนี้การใช้ของเจ้าของคนหนึ่งยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่ศาลยังไม่ได้ตัดสินชี้ขาดข้อ

⁹รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), 8.

¹⁰ประเทือง ศรีรอดบาง, "สิทธิเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า", ใน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2532), 167.

พิพาทในสิทธิแต่เพียงผู้เดียว และโอกาสที่จะเกิดการขัดแย้งสิทธิในระหว่างเครื่องหมายการค้าก็ย่อมมีขึ้นได้เสมอในอนาคต¹¹ เพราะฉะนั้นแทบทุกประเทศได้กำหนดให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอันได้จดทะเบียนไว้เป็นหลักพื้นฐาน ส่วนการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียนแต่เจ้าของได้ใช้กับสินค้าของตนเป็นทางเลือกรองลงมาเพื่อมุ่งป้องกันการกระทำอันมีลักษณะฉ้อโกงและหลอกลวงผู้บริโภคในแหล่งที่มาของสินค้าซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของสินค้าที่ติดเครื่องหมายการค้า

การใช้เครื่องหมายการค้า โดยทั่วไปสามารถพิจารณาได้ใน 5 ลักษณะ¹² คือ

1) การเสนอขายสินค้า กล่าวคือเป็นการเสนอขายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า เป็นการใช้ในความสัมพันธ์กับสินค้า เป็นการใช้ในทางกายภาพกับสินค้า

2) การโฆษณา ปัจจุบันยังมีปัญหาว่าลำพังเพียงการโฆษณาจะถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เพียงพอต่อการที่จะไม่ถูกเพิกถอนด้วยเหตุที่ว่าไม่ใช้เครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม หากไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่แท้จริงนั้นด้วยอาจถือว่าการโฆษณานั้นไม่ได้ใช้ในทางการค้า (in the course of trade)

3) ขอบเขตและจำนวน ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้ามักจะไม่ได้กำหนดขอบเขตหรือจำนวนในการใช้เครื่องหมายการค้า แต่ในการจดทะเบียนที่ต้องพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะนั้น จำนวนการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นหลักฐานอย่างหนึ่งในการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า

4) การใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อบ่งชี้แหล่งกำเนิด บทบาทของเครื่องหมายการค้าในการบ่งชี้แหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ ดังนั้นการติดเครื่องหมายการค้าลงบนสินค้าก็แสดงถึงการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างแท้จริง

5) การใช้โดยผ่านคนกลาง เมื่อสินค้าได้เข้าสู่ตลาดผ่านผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีกหลายราย แต่กลไกทางกฎหมายก็ยังคงแสดงให้เห็นว่าการใช้เครื่องหมายการค้านั้นยังคงมีต่อเนื่องกันอยู่ แม้ว่าเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าจะไม่ได้เป็นผู้ใช้ในขณะนั้นก็ตาม

¹¹ Jeremy Phillips & Elanah Simon, **Trade Mark Use**, (London: Oxford, 2005), 155.

¹² World Intellectual Property Organization, **Background Reading Material on Intellectual Property**, 162, อ้างถึงใน สิริรัตน์ สุภรักษ์, การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), 11.

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ได้กำหนดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการใช้เครื่องหมายการค้าของตนกับสินค้าที่นำออกจำหน่ายในท้องตลาดแม้ว่าจะไม่ได้ทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของตนไว้ก็ตาม โดยในมาตรา 46 วรรคสอง บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลใดซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น นอกจากนี้ ผลของการใช้เครื่องหมายการค้าอาจก่อให้เกิดสิทธิในอันที่จะขอจดทะเบียนชั้นสำหรับเครื่องหมายการค้าดังกล่าวก็ได้ ในกรณีที่มีใช้เครื่องหมายการค้าของตนมาโดยสุจริตแต่เครื่องหมายการค้าไปเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่จดทะเบียนไว้แล้วหรือกำลังขอจดทะเบียน ตามมาตรา 27

3.4.2 ระบบการได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน

การได้มาซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน คือการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้นำเครื่องหมายการค้าของตนไปจดทะเบียนกับหน่วยงานของทางรัฐบาล เมื่อได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าของตนตามที่กฎหมายรับรองสิทธิไว้ หากบุคคลใดนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้ก็ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดสิทธินั้น¹³ ประเทศส่วนใหญ่กำหนดการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าด้วยการจดทะเบียนตามหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ด้วยเหตุที่ระบบนี้สะดวกในการตรวจสอบเนื่องจากการจดทะเบียนเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่พิสูจน์ว่าผู้ยื่นคำขอเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงโดยกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศต่างๆจะยอมรับหลักที่ว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจได้มาซึ่งสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) ในเครื่องหมายการค้าเมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยถูกต้องแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศต่างๆก็ยังคงมีความแตกต่างกันในเรื่องของการใช้เครื่องหมายการค้าก่อนจดทะเบียน ความแตกต่างนี้อาจจำแนกได้สามระบบใหญ่¹⁴ คือ

ระบบที่หนึ่ง ระบบนี้วางเงื่อนไขว่าเครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนได้ต้องมีการใช้จริงกับสินค้านำมาก่อน ระบบนี้ให้ความสำคัญกับการใช้เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง และเพื่อป้องกันมิให้เกิดการโต้แย้งถึงสิทธิที่ดีกว่ากันในภายหลังเมื่อจดทะเบียนไปแล้วและยังช่วยอำนวยความสะดวกในการให้การแก้ไขความเสียหาย (Remedies) แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าบางประการด้วย ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและฟิลิปปินส์ เป็นต้น

¹³ ประเทือง ศรีรอดบาง, "สิทธิเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า", ใน *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*, 167.

¹⁴ World Intellectual Property Organization, **Background Reading Material on Intellectual Property**, 161-162, อ้างถึงใน รัชชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), 11-12.

ระบบที่สอง ระบบนี้วางเงื่อนไขว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องรับรองว่าตนมีความจำนงจะใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าว แต่ไม่ต้องแสดงว่าได้เคยใช้เครื่องหมายการค้ามาก่อนกับสินค้า ระบบนี้จะมีสภาพบังคับสำหรับการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจริงเมื่อล่วงพ้นช่วงเวลาหนึ่งไปแล้ว เช่น การเพิกถอนทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ประเทศอังกฤษและประเทศที่เดินตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้ยอมรับระบบนี้ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของตน

ระบบที่สาม ระบบนี้ให้สิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยไม่มีเงื่อนไขว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องใช้มาก่อนหรือจะต้องรับรองว่ามีความจำนงจะใช้จริง หากแต่มีเงื่อนไขว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องใช้เครื่องหมายการค้าในระยะเวลาหนึ่ง มิฉะนั้น สิทธิในเครื่องหมายการค้าอาจถูกตัดรอนไป เช่น กฎหมายอาจจะกำหนดว่าจะต้องมีการใช้เครื่องหมายการค้าภายในห้าปีที่ผ่านมาด้วย เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงจะใช้สิทธิฟ้องคดีล่วงสิทธิ (Infringement) ได้ เป็นต้น

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ได้บัญญัติถึงการได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียนไว้ โดยเมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) ในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ ตามมาตรา 44 และเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถฟ้องร้องหรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนนั้นตามมาตรา 46 วรรคแรก เป็นต้น

3.5 ปัญหาด้านกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญ

การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising) เป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เพราะการโฆษณาโดยคำสำคัญเป็นวิธีการโฆษณาที่ง่ายสะดวก รวดเร็ว และสามารถเข้าถึงกลุ่มลูกค้าได้จำนวนมาก ทำให้มีผู้ประกอบการจำนวนมากนิยมใช้ระบบการโฆษณาโดยคำสำคัญจากโปรแกรมการโฆษณาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาต่างๆ เช่น Google AdWords, Yahoo! Search Marketing และ Microsoft adCenter เป็นต้น

ปัญหาจากการโฆษณาโดยคำสำคัญ เช่น ปัญหาคลิกโกง (Click Fraud) ปัญหาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ปัญหาคลิกโกง คือมีการคลิกจำนวนมากจากที่อยู่อินเทอร์เน็ตเดียวกันและไม่มีคลิกใดที่นำไปสู่การทำธุรกิจ หรือมีคนหรือธุรกิจหรือซอฟต์แวร์อัตโนมัติกำลังคลิกบนโฆษณาทำให้ค่าโฆษณาเพิ่มขึ้นอย่างผิดปกติโดยไม่มีการซื้อสินค้าหรือบริการใดจากผู้ประกอบการที่ลงโฆษณา

ปัญหาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นเนื่องจากการที่โปรแกรมการโฆษณาโดยคำสำคัญอนุญาตให้ผู้โฆษณาเลือกคำสำคัญ (Keywords) ที่จะให้โฆษณาแสดงเมื่อมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาใส่คำสำคัญ (Keywords) เหล่านั้นลงไปในช่วงค้นหา ถ้าเป็นการใช้คำสามัญทั่วไป (Generic Terms) เป็นคำสำคัญ (Keywords) ที่จะให้โฆษณาแสดงก็คงไม่มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้น ปัญหาเกิดขึ้นจากการที่ผู้โฆษณาที่เลือกใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเป็นคำสำคัญ (Keywords) เมื่อผู้ใช้เครื่องมือค้นหาใส่คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นลงไปในช่วงค้นหา แล้วกดค้นหา โฆษณาของผู้ที่ทำการโฆษณากับโปรแกรมโฆษณาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ไร้อะไรก็ปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาด้วยแต่จะอยู่ในส่วนผู้สนับสนุนหรือ Sponsored Links ซึ่งในบางครั้งข้อความโฆษณาที่ปรากฏก็มีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าด้วย ผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหาที่มีโอกาสที่จะคลิกเข้าไปยังเว็บไซต์ของผู้โฆษณาแทนที่จะเข้าเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงและอาจมีการซื้อขายสินค้าหรือบริการเกิดขึ้น ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่พอใจและเกิดความเสียหายได้กับการกระทำดังกล่าวโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้ากล่าวหาว่าเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า เพราะทำให้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหาสืบสวนว่า ผู้โฆษณาในส่วนผู้สนับสนุนหรือ Sponsored Links ได้รับอนุญาตหรืออยู่ในเครือหรือได้รับการสนับสนุนโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า¹⁵

เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงมีการฟ้องคดีต่อผู้โฆษณาและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติในการฟ้องคดีต่อผู้โฆษณาจะมีปัญหาว่ามีผู้โฆษณาเป็นจำนวนมากและอยู่ในที่ต่างๆ ของประเทศหรือของโลก ทำให้ไม่สะดวกและเสียค่าใช้จ่ายมากในการค้นหาที่อยู่ของผู้โฆษณา ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงฟ้องผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา และเป็นการป้องกันหรือขัดขวางสิ่งที่เส้นทางผ่านของการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อไปด้วย¹⁶ แต่ในการฟ้องคดีกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาที่มีปัญหาในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งภายใต้ The Lanham Act ความรับผิดชอบของการละเมิดเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement) ก็ต่อเมื่อมีการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าและมีความเป็นไปได้ที่ผู้ซื้อจะสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า ในกรณีของการโฆษณาโดยคำสำคัญจะถือว่ามีผู้ใช้เครื่องหมายการค้าแล้วหรือไม่ และผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาทำการซื้อสินค้าหรือบริการจากเว็บไซต์คู่แข่งของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพราะว่าเกิดความสับสนหลงผิดหรือดำเนินการซื้อสินค้าหรือบริการเพราะว่าตรงกับความต้องการของผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหา กรณีแบบนี้จะเป็นการสับสนหลงผิดหรือไม่ นอกจากนั้นผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search

¹⁵Deborah Wilcox, **Keyword Advertisers win some, lose some** [online], 6 December 2006. <http://wistechology.com/printarticle.php?id=3047>

¹⁶Perry Viscounty & Jordan Kushner, "Order to Confusion: Trademarks Infringement Liability for Search Engine Keying Ads," **Hastings Business Law Journal**, (May 2005): 2. Available from <http://www.westlawinternational.com>

Engine) และผู้โฆษณาไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าในความหมายแบบเดิมโดยการการติดฉลากผลิตภัณฑ์ด้วยเครื่องหมายการค้าหรือการใช้เครื่องหมายการค้ากับตัวสินค้าหรือบริการเพื่อระบุแหล่งที่มาว่าเป็นสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้าใด ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาและผู้โฆษณาช้อนการใช้เครื่องหมายการค้าภายในรหัสคอมพิวเตอร์ซึ่งจะตอบสนองต่อเมื่อโฆษณาปรากฏขึ้น ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความเห็นที่แตกต่างกันไปในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นว่ากรณีนี้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าและทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดอันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ และผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะมีความรับผิดชอบในประเด็นดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังให้ความสำคัญคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงจากการทำให้เสื่อมค่าด้วย (Trademark Dilution) ตาม The Federal Trademark Dilution Act of 1995 (FTDA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 16 มกราคม 1996 มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 6 ตุลาคม 2006 ซึ่งการโฆษณาโดยคำสำคัญเจ้าของเครื่องหมายการค้านอกจากจะกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าแล้ว ยังกล่าวหาว่าเป็นการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่าภายใต้กฎหมายดังกล่าวอีกด้วย

กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องค่อนข้างใหม่สำหรับประเทศไทย หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นการกระทำดังกล่าวจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 หรือไม่ ซึ่งจะวิเคราะห์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) กรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญในบทต่อไป

บทที่ 4

วิเคราะห์ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญ

4.1 ความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากรณีการโฆษณาโดยการคำสำคัญใน ประเทศสหรัฐอเมริกา

4.1.1 หลักการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้ The Lanham Act

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือ The Lanham Act มีการประกาศใช้ครั้งแรกเมื่อวันที่ 22 มกราคม 1945 (พ.ศ.2488) โดยวุฒิสมาชิกรัฐ Texas นาย Fritz Lanham เป็นผู้เสนอกฎหมายกลางที่ใช้กับทุกมลรัฐ (Federal Law) The Lanham Act เป็นกฎหมายที่อยู่ในหัวข้อที่ 15 (Title 15) ของกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (15 U.S.C § 1051-1128) โดยเนื้อหาในกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับนี้มีการระบุและกำหนดเรื่องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและสิทธิในเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าที่กฎหมาย The Lanham Act ให้ความคุ้มครองมี 4 ประเภท คือ

- 1) เครื่องหมายการค้า (Trademark)
- 2) เครื่องหมายบริการ (Service Mark)
- 3) เครื่องหมายรับรอง (Certification Mark)
- 4) เครื่องหมายร่วม (Collective Mark)

หน่วยงานที่ดำเนินการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า คือสำนักงานเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Patent and Trademark Office – USPTO) วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายฉบับนี้ต้องการคุ้มครองมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าที่ลวงถึงแหล่งที่มาหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน คุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและให้มาตรการในการคุ้มครองสิทธิและชดเชยความเสียหายให้แก่เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และการค้าที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็น 2 ระบบ คือ

- 1) ระบบให้คุ้มครองตามกฎหมายมลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐจะมีกฎหมายเครื่องหมายการค้าของตนเอง

2) ระบบให้ความคุ้มครองตามกฎหมายของสหพันธรัฐ (Federal State) ตามกฎหมาย The Lanham Act

กฎหมายหลักที่จะนำมาวิเคราะห์คือกฎหมาย The Lanham Act

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาปี 1995 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองในเรื่องการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมคุณค่า (Dilution) ที่เรียกว่า The Federal Trademark Dilution Act of 1995 (FTDA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 16 มกราคม 1996 โดยกฎหมายในส่วนนี้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายโดยห้ามมิให้กระทำการใดๆก็ตามที่ทำให้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเสื่อมค่า ต่อมากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่านี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 6 ตุลาคม 2006 เพราะฉะนั้นกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงให้ความคุ้มครอง 2 ส่วนใหญ่คือ การเรียกร้องค่าเสียหายจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าในเรื่องความสับสนหลงผิดของสาธารณชน (Likelihood of Confusion) และการเรียกร้องค่าเสียหายจากการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่า (Dilution) คือทำให้คุณค่าเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการใช้กับสินค้าและบริการลดลง

4.1.2 การละเมิดเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement) ภายใต้ The Lanham Act

จากบทบัญญัติของ The Lanham Act มาตราที่เกี่ยวข้องที่จะนำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในการโฆษณาโดยการซื้อคำสำคัญ คือ

15 U.S.C. § 1127 (Section 45)¹ นิยามศัพท์ คำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายถึง คำ ชื่อ สัญลักษณ์ รูปประดิษฐ์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสิ่งดังกล่าวข้างต้นซึ่ง

¹15 U.S.C. § 1127 (Section 45) Construction and definitions; intent of chapter

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

(1) used by a person, or

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

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

(1) ใช้โดยบุคคล หรือ

(2) สิ่งซึ่งบุคคลมีเจตนาโดยสุจริตที่จะใช้ในทางการค้า และใช้ยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามหลักกฎหมายในส่วนนี้

เพื่อใช้ระบุและแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของตน รวมถึงสินค้าที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งแยกแยะความแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตและจำหน่ายโดยบุคคลอื่น และชี้ให้เห็นถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า แม้ว่าแหล่งกำเนิดดังกล่าวจะไม่ใช่ที่รู้จักก็ตาม

15 U.S.C. § 1114 (Section 32)² การชดเชยความเสียหายและการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

(1) บุคคลใดก็ตามโดยปราศจากความยินยอมของผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

(ก) ใช้ในทางการค้าโดยการทำซ้ำ ปลอมแปลง ทำสำเนา หรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการใด หรือการใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือ

(ข) ทำซ้ำ ปลอมแปลง ทำสำเนา หรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและนำเอาการทำซ้ำ การปลอมแปลง การทำสำเนา หรือการเลียนแบบเครื่องหมายการค้าไปใช้กับฉลาก ป้าย สิ่งพิมพ์ หีบห่อ บรรจุภัณฑ์ ภาชนะ หรือใช้ในการโฆษณาโดยมีเจตนาเพื่อใช้ในทางการค้าหรือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการใด หรือการใช้ดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด หรือทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวง

ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในการชดเชยความเสียหาย

²15 U.S.C. § 1114 (Section 32) Remedies; infringement

(1) Any person who shall, without the consent of the registrant -

(a) use in commerce any reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation of a registered mark in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive; or

(b) reproduce, counterfeit, copy, or colorably imitate a registered mark and apply such reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation to labels, signs, prints, packages, wrappers, receptacles or advertisements intended to be used in commerce upon or in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive, shall be liable in a civil action by the registrant for the remedies hereinafter provided.

การละเมิดเครื่องหมายการค้าภายใต้ The Lanham Act จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า³

1) มีการใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use) โดยจำเลยคือมีการใช้เครื่องหมายในทางการค้า (Use in Commerce) และใช้ในการขาย เสนอขาย จำหน่าย หรือการโฆษณา สินค้าหรือบริการ

2) เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องพิสูจน์ องค์ประกอบ 3 อย่างในการเรียกร้องสิทธิจากการละเมิดเครื่องหมายการค้า คือ

2.1) เป็นเครื่องหมายการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย (Valid Trademark) คือ เครื่องหมายที่ใช้โดยบุคคลเพื่อระบุและแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของตน รวมถึงสินค้าที่มีลักษณะเฉพาะ จากสินค้าที่ผลิตและจำหน่ายโดยบุคคลอื่น และชี้ให้เห็นถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า แม้ว่าแหล่งกำเนิดดังกล่าวจะไม่ใช่ที่รู้จักก็ตาม⁴

2.2) ความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า (Ownership of Trademark) โดยแสดงให้เห็นว่ามีการใช้ในทางการค้าโดยสุจริตก่อนการใช้ของจำเลยในเครื่องหมายที่ถูกกล่าวหาว่ามีการละเมิด

2.3) ความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Likelihood of Confusion) ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป ความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Likelihood of Confusion) มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 8 ปัจจัย⁵ ด้วยกัน คือ

(ก) ความเข้มแข็งของเครื่องหมาย (strength of the mark)

(ข) ความใกล้เคียงของสินค้า (proximity of the goods)

(ค) ความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันของเครื่องหมาย (similarity of the marks)

(ง) พยานหลักฐานของการสับสนหลงผิดที่แท้จริง (evidence of actual confusion)

(จ) วิธีการทางตลาดที่ใช้ (marketing channels used)

(ฉ) ชนิดของสินค้าและระดับความระมัดระวังที่ผู้ซื้อได้ใช้ (type of goods and the degree of care likely to be exercised by the purchaser)

(ช) ความจงใจของจำเลยในการเลือกเครื่องหมาย (defendant's intent in selecting the mark) และ

³Lauren Troxclair, "Search Engine and Internet advertising: Just one click away from Trademark Infringement," **Washington and Lee Law Review**, (Summer 2005): 1393. Available from <http://www.westlawinternational.com>

⁴15 U.S.C. § 1127

⁵Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp., 354 F.3d 1020, 1026 (9th Cir.2004)

(ซ) ความเป็นไปได้ในการขยายประเภทของผลิตภัณฑ์ (likelihood of expansion of the product lines)

ในบริบทของอินเทอร์เน็ตในการพิจารณาของศาลจะต้องมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ในแต่ละปัจจัย บางข้ออาจไม่นำมาปรับใช้เลยหรือบางข้ออาจมีความสำคัญมากกว่าข้ออื่นก็เป็นได้

การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Likelihood of Confusion) มีความสำคัญในการพิจารณาว่าเป็นการใช้เครื่องหมายที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ แม้ผู้บริโภคมีโอกาสเพียงน้อยนิดที่จะเกิดความสับสนเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการก็ตาม เช่น ถ้าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเข้าไปยังเว็บไซต์ของกลุ่มของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยไม่รู้ ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจะพบความผิดพลาดนี้ได้อย่างรวดเร็วและผู้ใช้อินเทอร์เน็ตก็สามารถกลับออกมาจากหน้าเว็บไซต์นั้น จากกรณีข้างต้น ศาลก็ตัดสินว่าเป็นความสับสนหลงผิดแรกเริ่ม (Initial Confusion) เกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการก็เพียงพอที่จะกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดเครื่องหมายการค้าแล้ว เช่น

คดี Brookfield Communications v. West Coast Entertainment⁷

West Coast Entertainment จดทะเบียนชื่อโดเมน (Domain Name) คำว่า moviebuff.com ทั้งที่ความจริงแล้ว Brookfield ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับอุตสาหกรรมผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ “MovieBuff” ซึ่งศาลอุทธรณ์ภาค 9 ของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า แม้ว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเข้ามาที่เว็บไซต์ moviebuff.com ของ West Coast จะทราบว่าเว็บไซต์ดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับซอฟต์แวร์ MovieBuff ของ Brookfield ความสับสนหลงผิดแรกเริ่ม (Initial Interest Confusion) โดยการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในตอนแรกแม้ว่าจะไม่มีการซื้อขายเกิดขึ้น ก็ก่อให้เกิดการใช้เครื่องหมายที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อ Brookfield

คำตัดสินนี้แสดงให้เห็นว่าการกระทำใดๆ ที่ลวงหรือชักจูงความสนใจของผู้บริโภคต่อผลิตภัณฑ์ของบุคคลหนึ่งโดยใช้ชื่อหรือความมีชื่อเสียงของผลิตภัณฑ์ของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ของตนเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังนั้นการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้ถูกต้องความอย่างกว้างในการป้องกันประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

⁶ Ibid.

⁷ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp., 174 F.3d 1036 (9th Cir.1999)

4.1.2.1 ปัญหาการโฆษณาโดยคำสำคัญกับกรณีการใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use) ภายใต้ The Lanham Act

ในเรื่องนี้ศาลในสหรัฐอเมริกายังมีความเห็นที่แตกต่างกัน ในบางคดีศาลตัดสินว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ตัวอย่างเช่น

คดี Merck & Co., Inc. v. Mediplan Health Consulting, Inc.⁸

Merck เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า Zocor ฟ้องร้านขายยาออนไลน์เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายและโลโก้ Zocor ในการระบุสินค้าที่เป็นยาสามัญของยา Zocor ในเว็บไซต์ และซื้อคำสำคัญคำว่า zocor ในการโฆษณาโดยคำสำคัญกับ Google และ Yahoo ศาลตัดสินว่าจำเลยละเมิดเครื่องหมายการค้าเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายดังกล่าวในเว็บไซต์ แต่ปฏิเสธข้อกล่าวหาของโจทก์ที่ว่า การซื้อคำสำคัญก่อให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าเนื่องจากว่า จำเลยไม่ได้ใช้เครื่องหมาย zocor บนสินค้า บรรจุภัณฑ์ แสดง หรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง และไม่ได้ใช้เพื่อระบุแหล่งที่มาหรือผู้สนับสนุน เครื่องหมาย zocor ได้ถูกใช้ในการค้นหาของผู้ใช้คอมพิวเตอร์ในคำสำคัญว่า zocor เพื่อให้โฆษณาเว็บไซต์ของจำเลยแสดงในส่วน Sponsored Links การใช้ในระบบภายใน (Internal Use) ของคำว่า zocor เพื่อให้โฆษณาปรากฏไม่ใช้การใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use) นอกจากนี้จำเลยยังมีการขาย Zocor ซึ่งผลิตโดยบริษัทเครือข่ายของ Merck ในแคนาดา การซื้อคำสำคัญยังไม่เพียงพอที่จะระบุได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use)

คดี Rescuecom Corp. v. Google, Inc.⁹

โจทก์เป็นธุรกิจเฟรนไชส์ (franchising) การให้บริการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มีกว่า 67 สาขาให้บริการซ่อม ปรึกษา ติดตั้งเครือข่าย ให้บริการอินเทอร์เน็ต โจทก์เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า Rescuecom อนุญาตให้สาขาใช้เครื่องหมายการค้าและระบบธุรกิจ โจทก์ฟ้องผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา Google ว่าการให้ผู้โฆษณาเสนอราคาหรือซื้อคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์ในการแสดงโฆษณาเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ศาลชั้นต้นในรัฐนิวยอร์กตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวไม่ใช่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Use) เนื่องจากการใช้เครื่องหมายการค้าต้องเป็นการระบุแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิด เช่น การใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการเพื่อลงขายว่าเป็นสินค้าจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า นอกจากนี้ การพิมพ์เครื่องหมายการค้าในผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ไม่ได้เป็นการลงผู้ค้นหาจากเว็บไซต์ของโจทก์ เพราะคำสำคัญนั้นจะนำไปสู่การแสดงผลทั้งในส่วนของ Sponsored Links และผลลัพธ์การ

⁸Merck & Co., Inc. v. Mediplan Health Consulting, Inc., 425 F.Supp.2d 402 (S.D.N.Y.2006)

⁹Rescuecom Corp. v. Google, Inc., 456 F.Supp.2d 393 (N.D.N.Y. 2006)

ค้นหาปกติที่เกี่ยวข้องรวมทั้งเว็บไซต์ของโจทก์ด้วย การกระทำของจำเลยไม่ได้มีผลต่อการแสดงหรือปรากฏของเว็บไซต์ของโจทก์ เมื่อผู้ใช้พิมพ์เครื่องหมายการค้าว่า Rescuecom ใน Google ก็ยังสามารถคลิกไปยังเว็บไซต์ของโจทก์ในผลลัพธ์การค้นหาปกติได้ และโจทก์ก็ไม่ได้กล่าวหาว่าเครื่องหมายการค้าได้ถูกแสดงอยู่ในส่วนของ Sponsored Links ศาลยังตัดสินว่า การใช้เครื่องหมายการค้าในระบบภายใน (Internal Use) ไม่ได้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้า เพราะว่าการใช้ในระบบภายในไม่ได้ใช้เครื่องหมายกับสินค้า บรรจุภัณฑ์ แสดง หรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง และการใช้ดังกล่าวไม่ได้ปรากฏสู่สาธารณะ

กรณีตัวอย่างคดีข้างต้นเครื่องหมายการค้าของโจทก์ไม่ได้ปรากฏหรือแสดงในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วน Sponsored Links ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา

แต่บางคดีก็ตัดสินว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ตัวอย่างเช่น

คดี Government Employees Insurance Company v. Google, Inc.¹⁰

โจทก์กล่าวหาจำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาว่าใช้เครื่องหมายการค้าคำว่า GEICO ในการขายโฆษณาโดยคำสำคัญเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ศาลกล่าวว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์โดยผู้โฆษณาในหัวข้อหรือข้อความของโฆษณาที่ปรากฏเมื่อผู้ใช้เครื่องมือค้นหาใส่คำว่า GEICO เป็นการใช้ในทางการค้า แต่คดียุติก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยจะต้องร่วมรับผิดชอบสำหรับการโฆษณาที่ปรากฏเครื่องหมายการค้าของโจทก์ในหัวข้อหรือข้อความโฆษณาหรือไม่ เพราะโจทก์ไม่ได้ฟ้องผู้โฆษณาเป็นคู่ความในคดีนี้ด้วย

คดี Edina Realty, Inc. v. TheMLSONline.com¹¹

โจทก์เป็นบริษัทนายหน้าเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ใหญ่ที่สุดในบริเวณภาคตะวันตกกลางของประเทศและเป็นบริษัทที่ใหญ่เป็นอันดับสามของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า Edina Realty จำเลยเป็นบริษัทนายหน้าเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นคู่แข่งกับโจทก์ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยใช้เครื่องหมายโดยการซื้อคำสำคัญกับ Google และ Yahoo! ใช้เครื่องหมายในข้อความโฆษณาซึ่งปรากฏบน Google และ Yahoo! และการใช้เครื่องหมายในการเชื่อมโยงและข้อความที่ถูกซ่อนอยู่บนเว็บไซต์ของจำเลย ศาลตัดสินว่า จำเลยซื้อคำค้นหาซึ่งรวมเครื่องหมาย Edina Realty เพื่อให้แสดงโฆษณาในส่วน Sponsored Link เป็นการใช้ในทางการค้าของเครื่องหมายการค้า

¹⁰Government Employees Insurance Company v. Google, Inc., 330 F.Supp.2d 700 (E.D. Va. 2004)

¹¹Edina Realty, Inc. v. TheMLSONline.com, (Not Reported in F.Supp.2d) No. Civ.04-4371 JRTFLN, 2006 WL 737064 (D.Minn. 2006)

4.1.2.2 ปัญหาการโฆษณาสำคัญกับกรณีการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Likelihood of Confusion)

สำหรับกรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญจะก่อให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับแหล่งที่มาหรือไม่ การโฆษณาที่ไม่ได้ระบุแหล่งที่มาที่แท้จริงของโฆษณารวมถึงการโฆษณาที่ระบุแหล่งที่มาโดย หลอกลวงว่าเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและการไม่ระบุแหล่งที่มาของโฆษณาย่อม ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้ ถ้ามีความแน่นอนเกี่ยวกับแหล่งที่มาของโฆษณาก็ไม่ก่อให้เกิด ความสับสนหลงผิด¹² ในการโฆษณาโดยคำสำคัญเมื่อผู้ใช้เครื่องมือค้นหา (Search Engine) ใส่ คำค้นหาที่ตรงกับคำสำคัญที่ผู้โฆษณาเลือกไว้ โฆษณาก็จะปรากฏต่างจากผลลัพธ์การค้นหา โดยปกติโดยจะอยู่ด้านบนหรือด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาปกติและในกรอบมีคำว่า “ผู้สนับสนุน” หรือ “Sponsored Links” แสดงให้เห็นว่าการโฆษณาไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของ ผลลัพธ์การค้นหาปกติ นอกจากนี้ที่โฆษณามีการบอกชื่อโดเมน (Domain Name) หรือชื่อ เว็บไซต์ในบรรทัดสุดท้ายซึ่งแตกต่างจากชื่อเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้ใช้ อินเทอร์เน็ตโดยส่วนมากจะสามารถแยกแยะความแตกต่างได้และส่วนใหญ่ก็ไม่สนใจ โฆษณาเหล่านั้นและหันไปดูที่ผลลัพธ์การค้นหาปกติทำให้เกิดความสับสนหลงผิดแรกเริ่ม (Initial Interest Confusion) น้อยมาก แม้ว่าการโฆษณาจะมีการปิดบังแหล่งที่มาโดยเจตนาซึ่งจะทำให้ เกิดความสับสนหลงผิดได้แต่ตำแหน่งของโฆษณาและความเข้าใจของผู้บริโภคหรือผู้ใช้ อินเทอร์เน็ตทำให้เกิดความสับสนหลงผิดลดน้อยลง¹³

4.1.3 การทำให้เสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้า (Trademark Dilution)

The Federal Trademark Dilution Act of 1995 (FTDA) ก่อนมีการแก้ไขในปี 2006 ได้ นิยาม คำว่า การทำให้เสื่อมค่า (Dilution)¹⁴ หมายถึง การลดทอนคุณค่าในเครื่องหมายที่มี ชื่อเสียงในการระบุและแยกแยะสินค้าหรือบริการ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีการแข่งขันทางการค้า ระหว่างเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงกับบุคคลอื่นหรือไม่ หรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด ความเข้าใจผิด หรือการหลอกลวงหรือไม่

¹²Benjamin Aitken, “Keyword-linked Advertising, Trademark Infringement, and Google’s Contributory Liability,” *Duke Law & Technology Review*, 21 (2005): 5. Available from <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2005dltr0021.html>

¹³Ibid, 5-6.

¹⁴15 U.S.C. § 1127 The term “dilution” means the lessening of the capacity of a famous mark to identify and distinguish goods or services, regardless of the presence or absence of -
(1) competition between the owner of the famous mark and other parties, or
(2) likelihood of confusion, mistake, or deception.

เครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองจากการถูกทำให้เสื่อมค่า คือเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง (Famous Mark)

เงื่อนไขในการพิจารณาความเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงตาม The Federal Trademark Dilution Act 1995 15 U.S.C. § 1125 (c)(1)¹⁵ ได้แก่

- (ก) ระดับของลักษณะบ่งเฉพาะที่มีอยู่ของเครื่องหมาย
- (ข) ระยะเวลาและขอบเขตในการใช้เครื่องหมายกับสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้น
- (ค) ระยะเวลาและขอบเขตของการโฆษณาและการประกาศโฆษณาของเครื่องหมาย
- (ง) ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ของพื้นที่ทางการค้าซึ่งมีการใช้เครื่องหมายนั้น
- (จ) วิธีการค้าสินค้าหรือบริการซึ่งใช้เครื่องหมายนั้น
- (ฉ) ระดับของการรับรู้ถึงเครื่องหมายในพื้นที่ทางการค้าและวิธีการค้าของเจ้าของเครื่องหมายและผู้ที่ได้รับคำสั่งห้าม
- (ช) ลักษณะและขอบเขตของการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกันโดยบุคคลที่สาม และ
- (ซ) เครื่องหมายการค้านั้นจดทะเบียนในประเทศสหรัฐอเมริกาไว้หรือไม่

ต่อมา The Federal Trademark Dilution Act 1995 (FTDA) ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (TDRA) มีผลใช้บังคับเมื่อ 6 ตุลาคม 2006 ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามบุคคลอื่นจากการใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าในทางการค้าที่น่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมค่า (Likely to Cause

¹⁵(FTDA) 15 U.S.C. § 1125 (c)(1) ...In determining whether a mark is distinctive and famous, a court may consider factors such as, but not limited to -

- (A) the degree of inherent or acquired distinctiveness of the mark;
- (B) the duration and extent of use of the mark in connection with the goods or services with which the mark is used;
- (C) the duration and extent of advertising and publicity of the mark;
- (D) the geographical extent of the trading area in which the mark is used;
- (E) the channels of trade for the goods or services with which the mark is used;
- (F) the degree of recognition of the mark in the trading areas and channels of trade used by the marks' owner and the person against whom the injunction is sought;
- (G) the nature and extent of use of the same or similar marks by third parties; and
- (H) whether the mark was registered under the Act of March 3, 1881, or the Act of February 20, 1905, or on the principal register.

Dilution) โดยไม่คำนึงถึงว่าเกิดหรือน่าจะเกิดความสับสนหลงผิด มีการแข่งขัน หรือเกิดความเสียหายที่แท้จริงหรือไม่ก็ตาม¹⁶ เพราะฉะนั้นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงเพียงแต่พิสูจน์ว่าน่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้า ไม่ต้องพิสูจน์ว่ามีการเสื่อมค่าที่แท้จริง (Actual Dilution) ดังที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้ในคดี Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.¹⁷ ว่าโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีการเสื่อมค่าที่แท้จริงภายใต้ The Federal Trademark Dilution Act เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงจะต้องเป็นที่รู้จักต่อสาธารณะที่บริโภคโดยทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะที่แสดงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมาย โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังนี้¹⁸

(ก) ระยะเวลา ขอบเขต และระยะทางทางภูมิศาสตร์ของการโฆษณาและการประกาศโฆษณาของเครื่องหมาย ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาหรือการประกาศโฆษณาโดยเจ้าของหรือบุคคลที่สามก็ตาม

(ข) จำนวน ปริมาณ และขอบเขตทางภูมิศาสตร์ของการขายสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายนั้น

(ค) ขอบเขตของการรับรู้ที่แท้จริงของเครื่องหมาย

(ง) เครื่องหมายการค้านั้นจดทะเบียนในประเทศสหรัฐอเมริกาไว้หรือไม่

¹⁶(TDRA) 15 U.S.C. § 1125 (c)(1) Injunctive relief

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

¹⁷Moseley v. V Secret Catalogue, Inc, 537 U.S. 418 (2003)

¹⁸(TDRA) 15 U.S.C. § 1125 (c)(2)(A) For purposes of paragraph (1), a mark is famous if it is widely recognized by the general consuming public of the United States as a designation of source of the goods or services of the mark's owner. In determining whether a mark possesses the requisite degree of recognition, the court may consider all relevant factors, including the following:

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

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

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

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

The Federal Trademark Dilution Act 1995 ไม่ได้แบ่งประเภทการทำให้เสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อมีการแก้ไขใน The Trademark Dilution Revision Act 2006 การทำให้เสื่อมค่าแบ่งออกได้ 2 กรณี คือ

1) การเสื่อมค่าโดยทำให้ไม่ชัดเจน¹⁹ (Dilution by Blurring) เกิดขึ้นจากความเหมือนหรือคล้ายกันระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้ากับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงซึ่งทำให้เสียหายหรือทำให้คุณค่าลดน้อยลงต่อลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง สิ่งที่จะนำมาพิจารณาว่าเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าน่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมค่าโดยทำให้ไม่ชัดเจน ได้แก่

- (ก) ระดับของความเหมือนหรือคล้ายกันระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้ากับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง
- (ข) ระดับของลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง
- (ค) ขอบเขตที่เจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงรับรองการใช้แต่เพียงผู้เดียวของเครื่องหมาย
- (ง) ระดับของการรับรู้เครื่องหมายที่มีชื่อเสียง
- (จ) ผู้ใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าจงใจสร้างให้มีความเชื่อมโยงกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง
- (ฉ) การเชื่อมโยงที่แท้จริงระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าและเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง

¹⁹(TDRA) 15 U.S.C. § 1125 (c)(2)(B) For purposes of paragraph (1), “dilution by blurring” is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that impairs the distinctiveness of the famous mark. In determining whether a mark or trade name is likely to cause dilution by blurring, the court may consider all relevant factors, including the following:

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

2) การเสื่อมค่าโดยทำให้เสื่อมเสีย²⁰ (Dilution by Tarnishment) เกิดขึ้นจากความเหมือนหรือคล้ายกันระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้ากับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง

สำหรับกรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญเมื่อมีผู้ใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเป็นคำสำคัญ (Keywords) เพื่อให้โฆษณาปรากฏและในโฆษณาก็ปรากฏคำที่เป็นเครื่องหมายการค้านั้นในข้อความโฆษณาด้วย เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะอ้างว่าเป็นการทำให้เสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้าของตนก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป การกระทำของจำเลยอาจก่อให้เกิดการเสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอย่างไรโดยไม่ต้องคำนึงว่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือไม่ เป็นต้น

แต่ก็มีข้อยกเว้นของการทำให้เสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้าตาม The Trademark Dilution Revision Act 2006 ใน 15 U.S.C. § 1125 (c)(3)²¹ คือ

(1) การใช้โดยชอบธรรมใดๆ รวมถึงการใช้โดยชอบธรรมในการบรรยายหรือการทำให้สะดวกแก่การใช้โดยชอบธรรมของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงโดยบุคคลอื่นยิ่งกว่าการระบุแหล่งที่มาของเจ้าของสินค้าหรือบริการ รวมถึงการใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ

(ก) การโฆษณาหรือการส่งเสริมที่ให้ผู้บริโภคเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการ หรือ

(ข) การระบุและการล้อเลียน การวิพากษ์วิจารณ์ หรือข้อคิดเห็นต่อเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงหรือสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง

(2) ทุกรูปแบบของการรายงานข่าวและการวิจารณ์ข่าว

²⁰(TDRA) 15 U.S.C. § 1125 (c)(2)(C) For purposes of paragraph (1), “dilution by tarnishment” is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that harms the reputation of the famous mark.

²¹(TDRA) 15 U.S.C. § 1125 (3) Exclusions

The following shall not be actionable as dilution by blurring or dilution by tarnishment under this subsection:

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

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

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

(B) All forms of news reporting and news commentary.

(C) Any noncommercial use of a mark.

(3) การใช้เครื่องหมายที่มีใช้ในทางการค้า

4.1.4 ข้อยกเว้นในการละเมิดเครื่องหมายการค้า

The Lanham Act ได้กำหนดกรณีที่ไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ ตาม 15 U.S.C. § 1125 (c)(4) (Section 43 (c)(4))²² คือ

(ก) การใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) ในเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงโดยบุคคลอื่นในการโฆษณาเปรียบเทียบในทางการค้าหรือการส่งเสริมที่ระบุสินค้าหรือบริการที่มีการแข่งขันของเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง

(ข) การใช้เครื่องหมายที่มีใช้ในทางการค้า

(ค) ทุกรูปแบบของการรายงานข่าวและการวิจารณ์ข่าว

การใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) เช่น การใช้เครื่องหมายการค้าโดยคู่ความเจตนาที่จะบรรยายผลิตภัณฑ์ไม่เพียงแต่ผลิตภัณฑ์ของตนแต่ยังรวมถึงผลิตภัณฑ์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า การใช้ที่นำไปสู่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประวัติบุคคลที่สัมพันธ์กับสินค้าหรือบริการที่มีเครื่องหมายการค้าหรือการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งกับยี่ห้อที่มีเครื่องหมายการค้า ตัวอย่างคดีเช่น *Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles*²³ จำเลยได้รับตำแหน่งในเพลย์บอย เพลย์เมทมาก่อนได้บรรยายประวัติตนเองลงในเว็บไซต์ส่วนตัว Playboy ประเมินว่า การใช้เครื่องหมายคำว่า Playboy และ Playmate อาจทำให้ผู้เข้าเว็บไซต์ของจำเลยเข้าใจผิดว่าเว็บไซต์ดังกล่าวสนับสนุนโดย Playboy ศาลมีคำตัดสินว่าการใช้เครื่องหมายของ Playboy ทั้งบนเว็บไซต์และในเมตาแท็กส์²⁴ (meta tags) เป็นการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use)

สำหรับกรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญกรณีที่จะถือว่าเป็นการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) เช่น การโฆษณาสำหรับการให้บริการที่เป็นส่วนเสริมผลิตภัณฑ์หรือบริการที่มี

²²15 U.S.C. § 1125

(4) The following shall not be actionable under this section:

(A) Fair use of a famous mark by another person in comparative commercial advertising or promotion to identify the competing goods or services of the owner of the famous mark.

(B) Noncommercial use of a mark.

(C) All forms of news reporting and news commentary.

²³*Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles*, 279 F.3d 796 (9th Cir.2002)

²⁴เมตาแท็กส์ เป็นรหัสที่มองไม่เห็นที่อยู่ใน hypertext markup language (HTML) ซึ่งใช้ในการสร้างเว็บไซต์

เครื่องหมายการค้า (เช่น รับซอม BMW) และการโฆษณาที่มีการเปรียบเทียบสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้ากับสินค้าของคู่แข่ง²⁵

4.1.5 หลักการร่วมรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า (Contributory Infringement)

ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ได้กระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง หลักการร่วมรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้าจึงจะนำมาพิจารณาในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าพิสูจน์ได้ว่า ผู้โฆษณาได้กระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าและไม่เข้าข้อยกเว้นความรับผิดชอบจึงจะพิจารณาต่อไปว่า ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้โฆษณาด้วยหรือไม่ หลักการร่วมรับผิดชอบในการละเมิดไม่ได้มีบัญญัติไว้ใน The Lanham Act แต่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้มีการนำหลักการร่วมรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้ามาใช้ เช่น

คดี Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.²⁶

หลักที่ศาลนำมาพิจารณาคือ การกระทำที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการละเมิดเครื่องหมายการค้า คือ ถ้าผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายชักจูงบุคคลอื่นโดยจงใจในการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือถ้าเป็นผู้จัดหาผลิตภัณฑ์แก่บุคคลอื่นโดยรู้หรือควรจะรู้ว่าเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายจะต้องร่วมรับผิดชอบสำหรับความเสียหายใดๆที่เป็นผลมาจากการหลอกลวง

คดี Hard Rock Café Licensing Corp v. Concessions Services, Inc.²⁷

ผู้ดูแลตลาดกลางแจ้ง (Flea Market) ถูกฟ้องจากการกระทำของผู้ปลอมแปลงในการขายสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นจากหนึ่งในแผงลอยของตลาดกลางแจ้ง ศาลนำกฎหมายละเมิดมาปรับใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ดูแลซึ่งรู้หรือควรจะรู้ว่าการละเมิดเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้น แม้ว่าจำเลยในคดีนี้จะไม่มีความรับผิดชอบต่อเมื่อรู้หรือควรจะรู้ว่าการละเมิดเกิดขึ้นแต่ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะกำหนดให้ตลาดกลางแจ้งควบคุมป้องกันการกระทำดังกล่าว

คดี Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.²⁸

โจทก์เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าฟองผู้รับจดทะเบียนโดเมนเนม (domain name registrar) ในการขายสิทธิในโดเมนเนม skunkworks.com, skunkwrks.com และ skunkwerks.com แม้ว่าโจทก์จะเป็นเจ้าของเครื่องหมายบริการ SKUNK WORKS ศาลกล่าวว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ละเมิดกับผู้รับจดทะเบียนต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่า

²⁵ Benjamin Aitken, "Keyword-linked Advertising, Trademark Infringement, and Google's Contributory Liability," 8.

²⁶ Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc., 456 U.S. 844 (1982)

²⁷ Hard Rock Café Licensing Corp v. Concessions Services, Inc., 955 F.2d 1143 (7th Cir.1992)

²⁸ Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 194 F.3d 980 (9th Cir.1999)

ให้คดี Hard Rock ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ละเมิดกับผู้รับจดทะเบียนสินค้าลงตั้งแต่ที่ได้รับจดทะเบียน ถ้าผู้รับจดทะเบียนไม่สามารถก่อให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ และถ้านำหลักในคดี Inwood มาปรับใช้กับผู้รับจดทะเบียนโดเมนเนมก็เป็นการยากที่จะตรวจสอบหรือควบคุมในระบบอินเทอร์เน็ตทั้งหมด

ถ้านำหลักในคดี Inwood มาพิจารณากับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ในการโฆษณาโดยคำสำคัญ ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะมีความรับผิดชอบถ้าชักจูงบุคคลอื่นโดยจงใจในการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือถ้าเป็นผู้จัดหาผลิตภัณฑ์แก่บุคคลอื่น โดยรู้หรือควรจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาต้องแสดงให้เห็นว่าไม่ได้มีการชักจูงให้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้า ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาอาจพิสูจน์ว่า ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่ได้เป็นผู้เลือกคำสำคัญ (Keywords) ที่เกี่ยวข้องกับโฆษณา ผู้โฆษณาเป็นผู้เลือกคำสำคัญ (Keywords) และเป็นผู้รับผิดชอบเพียงผู้เดียวต่อตัวเลือกและคำสำคัญในการกำหนดเป้าหมายโฆษณาและเนื้อหาหรือข้อความที่โฆษณาทั้งหมด ข้อมูลโฆษณาและ URL ของโฆษณาตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของ Adwords²⁹ นอกจากนี้ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาอาจจะกล่าวอ้างว่าตนจะนำคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าออกจากกระบวนการเสนอราคาถ้ามีคำร้องที่สมเหตุสมผลของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามกระบวนการพิจารณาคำร้องเครื่องหมายการค้า กรณีการให้บริการการโฆษณาโดยคำสำคัญของ Google เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้ายื่นคำร้องเข้ามาจะมีการตรวจสอบอย่างจำกัดและจะพิจารณาคำร้องที่สมเหตุสมผลในการเอาคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าออกจากกระบวนการเสนอราคาที่เรียกว่า Trademark Complaint Procedure³⁰ โดยสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ถ้าผู้โฆษณาใช้เครื่องหมายการค้าในข้อความโฆษณาทาง Google จะให้ผู้โฆษณานำคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าออกจากข้อความที่โฆษณาแต่จะไม่นำคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่ใช้เพื่อให้โฆษณาปรากฏออก สำหรับประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสหรัฐอเมริกาและแคนาดา จะนำคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าออกทั้งในส่วนที่เป็นข้อความโฆษณาและคำสำคัญที่ใช้เพื่อให้โฆษณาปรากฏด้วย สำหรับ Yahoo จะจำกัดการขายโฆษณาคำสำคัญโดยจะอนุญาตให้ผู้โฆษณาใช้คำสำคัญที่มีเครื่องหมายการค้าต่อเมื่อเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือมี

²⁹Google.com, **Adwords Terms and Conditions** [online]. 12 July 2006. Available from <http://adwords.google.com/select/TsAndCsFinder?country=TH>

³⁰Google.com, **Trademark Complaint Procedure** [online]. 8 March 2008. Available from http://google.com/tm_complaint_adwords.html

พฤติการณ์ที่ใช้อย่างเป็นธรรมโดยปราศจากการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือเป็นการบรรยายลักษณะของสินค้าเท่านั้น³¹

ถ้าเปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากับผู้โฆษณายังคงมีต่อไปเรื่อยๆหลังจากที่มีการทำการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาแล้วซึ่งต่างจากคดี Lockheed การโฆษณายังคงปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาที่มีการเก็บข้อมูลอยู่ในฐานข้อมูลและมีการควบคุมโดยผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา

4.2 ความรับผิดของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหากรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญตามกฎหมายไทย

4.2.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

มาตรา 4 ได้ให้คำนิยาม คำว่า เครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายบริการ ดังนี้

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

“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น แตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

“เครื่องหมายบริการ” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับบริการ เพื่อแสดงว่าบริการที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายบริการนั้น แตกต่างกับบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการแยกความแตกต่างของสินค้า สาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าอาจแยกได้เป็น 3 ข้อ คือ

- 1) เป็นเครื่องหมาย พิจารณาจากความหมายของเครื่องหมายในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง
- 2) เป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นเครื่องหมายการค้า กล่าวคือเป็นเครื่องหมายที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าอยู่ก่อนแล้ว หรือหากไม่ได้ใช้ก่อนแล้วก็มีเจตนาที่จะใช้ในอนาคต เจตนาที่จะใช้เป็นเครื่องหมายการค้านี้แม้ตัวบทไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าจะต้องมีเจตนาโดย

³¹Yahoo.com, Trademarks: Raising Trademarks Concerns about Sponsored Search Listings [online]. 8 March 2008. Available from http://searchmarketing.yahoo.com/en_SG/legal/trademarks.php

สุจริตที่จะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าก็น่าจะตีความโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติให้การใช้สิทธิแห่งตน บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยรู้อยู่แล้วว่า เครื่องหมายนั้นมีผู้อื่นมีสิทธิอยู่ก่อนแล้วหรือขอจดทะเบียนเพียงเพื่อป้องกันไม่ให้คู่แข่งทางการค้ามาใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ตนได้จดทะเบียนไว้ ถือได้ว่ามีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่สุจริต³²

3) เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งกับสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่น ซึ่งก็คือการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า หากนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น เช่น นำไปตั้งเป็นชื่อบริษัท หรือเพียงแต่ระบุว่าอะไหล่ นั้นสามารถใช้กับสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าใดก็ไม่น่าจะถือว่าเป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าที่ต่างกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7808/2549 ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 4 เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นเครื่องหมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น เครื่องหมายการค้าจึงทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าและบอกความแตกต่างระหว่างสินค้า ซึ่งหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้านั้น จะมีนัยสำคัญเกี่ยวกับการประกันคุณภาพของสินค้าด้วย กล่าวคือนอกจากจะเป็นการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับเจ้าของสินค้าแล้ว จะต้องเป็นการประกันคุณภาพของสินค้านั้นให้แก่ผู้บริโภคด้วย นาง ว. พยานจำเลยใช้คำว่า บั้วกระต่าย กุหลาบไฟ กุหลาบไฟใหญ่ และสะเก็ดดาว เพื่อความสะดวกในการเรียกสินค้าดอกไม้ไฟและเป็นการแสดงความแตกต่างระหว่างชนิดและประเภทของดอกไม้ไฟที่นาง ว. จำหน่ายมากกว่าจะแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้าดอกไม้ไฟของนาง ว. กับของบุคคลอื่น เพราะเมื่อโจทก์ที่ 1 นำสินค้าดอกไม้ไฟในลักษณะเดียวกันเข้ามาจำหน่าย นาง ว. ก็ซื้อสินค้าดอกไม้ไฟจากโจทก์ที่ 1 และใช้คำว่า บั้วกระต่าย กุหลาบไฟ กุหลาบไฟใหญ่ และสะเก็ดดาว กับสินค้าดอกไม้ไฟเหล่านั้นอีก คำดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างสินค้าดอกไม้ไฟที่โจทก์ที่ 1 จำหน่ายให้นาง ว. กับสินค้าที่โจทก์ที่ 1 จำหน่ายเองหรือจำหน่ายให้บุคคลอื่นแต่อย่างใด ทั้งไม่ปรากฏด้วยว่าการที่ นาง ว. ซื้อสินค้าดอกไม้ไฟเหล่านั้นมาจำหน่าย นาง ว. สามารถควบคุมดูแลคุณภาพของสินค้าดอกไม้ไฟที่ตนจำหน่ายได้อย่างไร เพราะนาง ว. เป็นเพียงผู้ซื้อสินค้าดอกไม้ไฟเหล่านั้นจากแหล่งต่างๆ ตามความสะดวกของตนมาจำหน่ายให้แก่ลูกค้าอีกทอดหนึ่ง โดยไม่ปรากฏว่านาง ว. เกี่ยวข้องในการผลิตสินค้าดอกไม้ไฟหรือไม่ อย่างไร ทั้งสินค้าดอกไม้ไฟประเภทและชนิดต่างๆ ที่ผลิตใน

³² วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), 6.

สาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น ก็อาจจะมาจากแหล่งผลิตที่แตกต่างกันด้วย คำว่า บั๊กกระต่าย กุหลาบไฟ กุหลาบไฟใหญ่ และสะเก็ดดาว ที่นาง ว. ใช้จึงไม่มีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้า ตามกฎหมาย แม้คดีจะรับฟังได้ตามอุทธรณ์ของจำเลยทั้งสองว่า นาง ว. เป็นผู้คิดคำว่า บั๊กกระต่าย กุหลาบไฟ กุหลาบไฟใหญ่ และสะเก็ดดาว จำเลยที่ 1 ก็ไม่อาจอ้างสิทธิเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าในคำดังกล่าวนับแต่เวลาที่นาง ว. ใช้ได้

ในกรณีที่เป็นเครื่องหมายคำ แม้จะได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ก็ไม่ได้หมายความว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นจะสามารถมีสิทธิผูกขาดใช้คำนั้นแต่เพียงผู้เดียว เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิเพียงห้ามการใช้คำที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันอย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แม้จะเป็นคำที่ประดิษฐ์ขึ้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็มีสิทธิภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น³³ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7331/2544 เครื่องหมายการค้าของโจทก์คือเครื่องหมายการค้า คำว่า Kinder Em-eukal (คินเดอร์ เอ็มยูคอล และรูปประดิษฐ์การ์ตูนเด็กผู้ชาย ส่วนเครื่องหมายการค้าของจำเลยคือเครื่องหมายการค้าคำว่า KINDER อ่านว่า คินเดอร์หรือไคเดอร์ และเครื่องหมายการค้าที่มีคำว่า KINDER ประกอบอยู่ด้วย เครื่องหมายการค้าของจำเลยจึงไม่มีรูปประดิษฐ์การ์ตูนเด็กผู้ชายซึ่งเป็นส่วนที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด แม้คำว่า Kinder ในเครื่องหมายการค้าของโจทก์จะเป็นคำเดียวกับคำว่า KINDER ในเครื่องหมายการค้าของจำเลย ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในภาษาเยอรมันก็ตาม แต่คำนี้มีความหมายตามพจนานุกรมว่าเด็กหลายคน ย่อมเป็นคำที่คนทั่วไปสามารถนำมาใช้ได้เป็นปกติอยู่แล้ว จำเลยจึงไม่มีสิทธิหวงกันไม่ให้ผู้อื่นใช้คำนี้โดยเด็ดขาด เพียงแต่ผู้ที่นำคำว่า KINDER ไปใช้เป็นส่วนประกอบเครื่องหมายการค้าของตน ในภายหลังจะต้องทำให้เครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของจำเลยและไม่ทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่า คำที่ใช้กันโดยทั่วไปก็สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ แต่ผู้ที่ใช้ก่อนไม่มีสิทธิหวงกันไม่ให้ผู้อื่นใช้คำดังกล่าวโดยเด็ดขาด จะห้ามผู้อื่นใช้เฉพาะเมื่อเขียนในลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจทำให้สับสนหลงผิดได้เท่านั้น

4.2.1.1 การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติถึงการกระทำใดบ้างที่เป็น การละเมิด (Infringement) สิทธิในเครื่องหมายการค้า ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 27 ถึงมาตรา 31 และแตกต่างจากกฎหมาย

³³ เรื่องเดียวกัน, 82.

ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีรายละเอียดของการกระทำที่เป็นการละเมิดไว้ในกฎหมาย 15 U.S.C. § 1114 (1) (Section 32) คงมีแต่ในมาตรา 44 และมาตรา 46 เท่านั้นที่บัญญัติว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิอย่างใดบ้าง เพราะฉะนั้นจึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าเมื่อคู่ความมาฟ้องคดีต่อศาล การที่ศาลจะนำหลักกฎหมายใดมาปรับใช้แก่คดี จึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง ไม่ให้ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า

มาตรา 44 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

ภายใต้บังคับมาตรา 27 คือนายทะเบียนได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าแหล่งกำเนิดของสินค้าให้แก่เจ้าของหลายคน ซึ่งต่างคนต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกันโดยสุจริตหรือเพราะมีพฤติการณ์พิเศษ โดยอาจมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดที่นายทะเบียนเห็นสมควร และในกรณีมาตรา 68 คือการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ในสองกรณีนี้ผู้ที่ได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้อาจจะไม่ได้เป็นผู้มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านั้นแต่ผู้เดียวก็ได้ เพราะผู้ที่ได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันตามมาตรา 27 หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรา 68 ก็จะมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านั้นด้วยภายในขอบเขตของคำสั่งของนายทะเบียนหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

ลักษณะการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า³⁴

1) มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน

หากมีบุคคลใดใช้เครื่องหมายการค้าเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44

การกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติไว้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยต่อไปอย่างไรก็ตามการนำเครื่องหมายการค้าไปติดอยู่กับสินค้าและหีบห่อหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า

³⁴ รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), 175-177.

นับเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจนและเป็นการกระทำที่มีการฟ้องร้องกันอยู่เป็นส่วนใหญ่

ตัวอย่างการใช้เครื่องหมายการค้า เช่น การใช้เครื่องหมายการค้าที่ตัวสินค้าหรือบนบรรจุภัณฑ์ของสินค้า การนำสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนมาจำหน่าย การนำป้ายเครื่องหมายการค้าไปวางไว้บริเวณแผงขายสินค้าหรือกองสินค้าก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าได้³⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5113/2548 พยานโจทก์ยืนยันว่า จำเลยใช้คำว่า “อินเทล” และ “INTEL” บนผลิตภัณฑ์ที่จำเลยเป็นผู้ผลิตขึ้น โดยจำเลยไม่ได้นำสีบโต้แย้งข้อเท็จจริงดังกล่าว อีกทั้งพยานจำเลยยอมรับว่า คำว่า “INTEL CARD” บนบัตรพลาสติกต่าง ๆ นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบว่าเป็นผลิตภัณฑ์ซึ่งจำเลยเป็นผู้ผลิตขึ้น จึงเป็นการใช้คำว่า “อินเทล” และ “INTEL” ตามวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการในแต่ละกรณีแล้ว เพราะเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการนั้น มีวัตถุประสงค์ในการระบุว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือบริการนั้น ๆ ด้วย หากไม่มีวัตถุประสงค์แต่เพียงเพื่อแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้าไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2539 การที่จำเลยรู้อยู่แล้วยังจำหน่ายสินค้าเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีเครื่องหมายการค้าคำว่า “ONIX” ซึ่งเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนคำว่า “UNIX” ที่ใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ของโจทก์ที่ผลิตออกจำหน่ายจนถึงนับได้ว่าเป็นการลวงสาธารณชนให้สับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายดังกล่าวซึ่งติดมากับสินค้านั้นอยู่ในตัว ดังนี้ แม้จำเลยจะมีใช้ผู้ผลิตสินค้านั้นและคิดประดิษฐ์เครื่องหมายการค้าคำว่า “ONIX” การกระทำของจำเลยก็เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าโดยละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนคำว่า “UNIX” ของโจทก์แล้ว

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจำเลยไม่ได้เป็นผู้นำเครื่องหมายการค้าไปติดกับสินค้า แต่เป็นผู้นำสินค้าที่มีผู้อื่นผลิตและติดเครื่องหมายการค้าพิพาทมาจำหน่าย ศาลฎีกาเห็นว่าถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าพิพาทแล้ว

³⁵ รัชพันธ์ ประพุทธนิตินสาร, “การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า,” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2544), 58.

สิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นการนำเครื่องหมายการค้านั้นมาใช้อย่างเครื่องหมายการค้า³⁶ หากเพียงแต่ระบุว่าสินค้าเป็นอุปกรณ์ที่จะนำไปใช้กับสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ได้ การกระทำของจำเลยยังไม่ถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอันจะเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 547/2538, 1257/2536)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 547/2538 แม้ที่กล่องบรรจุสินค้าผงหมึกและฉลากปิดข้างขวดบรรจุสินค้าผงเหล็กที่จำเลยที่ 1 นำเข้ามาจำหน่ายจะมีคำว่า MITA ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 ที่ได้จดทะเบียนไว้ในประเทศไทยสำหรับสินค้าเครื่องถ่ายเอกสารแต่จำเลยทั้งห้ามิได้นำคำดังกล่าวมาใช้อย่างเครื่องหมายการค้า กล่าวคือสินค้าผงหมึกและผงเหล็กที่จำเลยที่ 1 นำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่ายมิได้ระบุว่าเป็นผงหมึกและผงเหล็กภายใต้เครื่องหมายการค้าคำว่า mita ของโจทก์ที่ 1 สินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่ไม่มีเครื่องหมายการค้าระบุหรือติดไว้ที่กล่องหรือขวดบรรจุสินค้า สิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของโจทก์ที่ 1 เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวเพื่อใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกที่ได้จดทะเบียนไว้เพื่อระบุว่าสินค้านั้นเป็นของโจทก์ที่ 1 และแยกแยะให้เห็นว่าสินค้าของโจทก์ที่ 1 แตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตอื่นเท่านั้น หาได้รวมถึงสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะผลิตสินค้า ขายหรือมีไว้เพื่อขายซึ่งสินค้าที่ผลิตขึ้นนั้นอันเป็นสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรการประดิษฐ์ไม่ ประกอบกับกล่องและขวดบรรจุผงหมึกและผงเหล็กที่จำเลยที่ 1 นำเข้ามาจำหน่ายก็มีได้เขียนคำว่า MITA ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะว่า mita เช่นเดียวกับของโจทก์ที่ 1 มิได้ระบุชื่อบริษัทโจทก์ที่ 1 ว่าเป็นผู้ผลิตผงหมึกและผงเหล็กที่จำเลยที่ 1 นำเข้ามาจำหน่าย กล่องและขวดสินค้าผงหมึกและผงเหล็กที่จำเลยที่ 1 นำเข้ามาจำหน่ายกับของโจทก์ที่ 1 มีความแตกต่างอย่างชัดเจน และจากข้อความที่ระบุข้างกล่องและขวดบรรจุสินค้า เขียนว่า FOR USE IN MITA ซึ่งหมายถึงสินค้าที่ใช้กับเครื่องถ่ายเอกสาร มีคำประชาชนผู้ต้องใช้สินค้าผงหมึกและผงเหล็กดังกล่าวย่อมทราบดีว่าสินค้าที่จำเลยทั้งห้าจำหน่ายมิใช่สินค้าของโจทก์ที่ 1 เพียงแต่เป็นสินค้าที่อาจใช้แทนกันได้เท่านั้น ประชาชนจึงไม่สับสนหรือหลงผิดว่าสินค้าที่จำเลยทั้งห้าจำหน่ายเป็นสินค้าของโจทก์ที่ 1 ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยทั้งห้าได้จำหน่าย เสนอจำหน่ายสินค้าโดยใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 และข้อความในการประกอบการค้าของโจทก์ทั้งสองเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของโจทก์ที่ 1 การกระทำของจำเลยทั้งห้าจึงยังไม่เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าคำว่า mita ของโจทก์ที่ 1

³⁶ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, 85.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1257/2536 การที่จำเลยที่ 1 พนักงานบริษัทของจำเลยที่ 2 ซึ่งมีจำเลยที่ 3 เป็นกรรมการผู้จัดการได้นำสินค้าผงหมึกพิกาทไปเสนอจำหน่ายต่อทางราชการ โดยระบุในใบเสนอราคาว่าเป็นอุปกรณ์สำหรับใช้กับเครื่องถ่ายเอกสาร MITA รุ่น DC-313Z เป็นการเสนอราคาสินค้าตรงตามความประสงค์ของทางราชการซึ่งมิได้ระบุว่าต้องการผงหมึกเฉพาะที่มีเครื่องหมายการค้า MITA เท่านั้น กล่องสินค้าของจำเลยทั้งสามมีข้อความระบุชัดว่าเป็นสินค้าผงหมึก (TONER) ที่ใช้กับเครื่องถ่ายเอกสาร MITA (FOR USE IN MITA) แม้ที่กล่องสินค้าดังกล่าวจะมีคำว่า MITA ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์ร่วมที่ได้จดทะเบียนไว้สำหรับใช้กับสินค้าเครื่องถ่ายเอกสาร แต่จำเลยทั้งสามก็มีนำคำดังกล่าวมาใช้อย่างเครื่องหมายการค้า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2546 แม้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 44 จะให้การคุ้มครองสิทธิของโจทก์ที่ 1 ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าคำว่า "WAHL" ตามที่จดทะเบียนไว้ก็ตามก็เป็นเพียงคุ้มครองให้โจทก์ที่ 1 เพียงผู้เดียวที่จะใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้าปัดตะเลี่ยนตามที่จดทะเบียนไว้ และมีสิทธิหวงกันไม่ให้ผู้อื่นนำเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 ไปใช้โดยมิชอบเท่านั้น และเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดให้เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น อันมีวัตถุประสงค์เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับสินค้าของผู้อื่นและเพื่อระบุว่าเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอันเป็นประโยชน์ในการจำหน่ายสินค้าของตน ซึ่งการที่มีผู้อื่นนำสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพื่อนำไปจำหน่ายต่อไปก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาในการประกอบการค้า ดังนั้น เมื่อโจทก์ที่ 1 ได้จำหน่ายสินค้าปัดตะเลี่ยนนอกลของตนไปในครั้งแรกซึ่งเป็นการใช้สิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า โดยโจทก์ที่ 1 ได้รับประโยชน์จากการใช้เครื่องหมายการค้าจากราคาสินค้าปัดตะเลี่ยนนอกลที่จำหน่ายไปเสร็จสิ้นแล้ว โจทก์ที่ 1 จึงไม่มีสิทธิหวงกันไม่ให้ผู้อื่นนำสินค้าปัดตะเลี่ยนนอกลซึ่งประกอบการค้าตามปกตินำสินค้าดังกล่าวที่ซื้อออกมาจำหน่ายต่อไปอีก แม้กล่องบรรจุสินค้าของโจทก์ที่ 1 ที่จำเลยซื้อจากผู้ขายซึ่งเป็นตัวแทนของโจทก์ที่ 1 ในประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์และนำมาจำหน่ายจะมีซองกระดาษที่มีเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 ห่อหุ้มกล่อง กับข้อความว่า "ของแท้ต้องมีใบรับประกัน 1 ปี" และมีใบรับประกันที่มีเครื่องหมายการค้าเดียวกันระบุชื่อที่อยู่ของบริษัท พ. ว่าเป็นศูนย์บริการ ก็ยังคงแสดงว่า สินค้าปัดตะเลี่ยนที่อยู่ในกล่องนั้นเป็นของโจทก์ที่ 1 อยู่นั่นเอง โดยบริษัท พ. เป็นเพียงผู้ให้บริการรับซ่อมปัดตะเลี่ยนเท่านั้นมิได้มีลักษณะเป็นการใช้ข้อความหรือเครื่องหมายที่แสดงว่าสินค้าดังกล่าวเป็นของบริษัท พ. หรือเป็นของจำเลยผู้นำมาจำหน่ายแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยที่ซื้อสินค้าปัดตะเลี่ยนนอกลของโจทก์ที่ 1 จากตัวแทนของโจทก์ที่ 1 ในประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ นำเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย โดย

ไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ที่ 1 จึงไม่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอันเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2817/2543 แม้กล่องบรรจุสินค้าปิดตะเลี่ยนซึ่งมีเครื่องหมายการค้าคำว่า “WAHL” จะมีช่องกระดาษที่มีเครื่องหมายการค้าเดียวกันห่อหุ้มกล่องและมีใบรับประกันที่มีเครื่องหมายการค้าเดียวกันระบุชื่อที่อยู่ของจำเลยว่าเป็นศูนย์บริการ ก็เป็นเครื่องหมายการค้าที่แสดงว่าสินค้าปิดตะเลี่ยนในกล่องหรือหีบห่อนั้นเป็นสินค้าของโจทก์ที่ 1 จำเลยเพียงแต่เป็นผู้ให้บริการรับซ่อมปิดตะเลี่ยนให้เท่านั้น มิใช่แสดงว่าจำเลยเป็นเจ้าของหรือผู้มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 การกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าว่า “WAHL” ของโจทก์ที่ 1

การพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ในกรณีที่บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าเหมือนกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของ การละเมิดย่อมเกิดขึ้นเห็นได้ชัดเจน แต่หากเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นใช้ไม่เหมือนกับของเจ้าของเครื่องหมายการค้า มาตรา 44 ไม่ได้บัญญัติบัญญัติไว้จึงน่าจะต้องพิจารณานำหลักเกณฑ์ของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 13 และความผิดอาญาฐานเลียนเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 109 มาใช้ภายในขอบเขตของความรับผิดชอบทางแพ่ง กล่าวคือแม้เครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นใช้จะไม่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของเจ้าของที่แท้จริง แต่มีความคล้ายจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ก็ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า³⁷ นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาถึงตัวสินค้า หีบห่อ หรือบรรจุภัณฑ์ และลักษณะการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย

2) เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นกับสินค้า

สินค้าที่บุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้จะต้องเป็นสินค้าจำพวกเดียวกับที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้จดทะเบียนไว้ หรือต่างจำพวกกันแต่มีลักษณะอย่างเดียวกันก็ได้ กล่าวคือหากมีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าชนิดเดียวกัน หรือหากใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าจำพวกเดียวกัน แม้จะเป็นคนละรายการกัน หรือใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าคนละจำพวกแต่มีลักษณะอย่างเดียวกัน ก็ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิใน

³⁷ เรืองเดียวกัน, 97-99.

เครื่องหมายการค้าได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5422/2539, 2108/2538, 98/2538, 4786/2534, 3030/2533)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5422/2539 เครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นรูปมงกุฎในลักษณะประดิษฐ์ห้ายอดมีปีกประกอบทั้งด้านซ้ายและขวาและมีอักษรไทยประดิษฐ์คำว่า "ตรา มงกุฎบิน" อยู่ข้างล่างทั้งหมดอยู่ภายในกรอบสี่เหลี่ยมจตุรัสสองชั้นที่ป็นของจดทะเบียนใช้กับสินค้าจำพวก 1 รายการสินค้า น้ำยาเคมีผสมปูนซีเมนต์ ส่วนเครื่องหมายการค้าของโจทก์เป็นรูป มงกุฎในลักษณะประดิษฐ์ห้ายอดอยู่ในกรอบวงกลมสองชั้น โดยมีอักษรไทยคำว่า SIAMCITYCEMENTCO.,LTD. วางอยู่ระหว่างวงกลมชั้นนอกและชั้นในยื่นของจดทะเบียนใช้กับ สินค้าจำพวก 17 ชนิดสินค้าปูนซีเมนต์ เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นได้ว่าเครื่องหมายการค้า ของจำเลยและของโจทก์มีสาระสำคัญอยู่ที่มงกุฎห้ายอดประชาชนผู้ซื้อสินค้าอาจเรียกขานว่า ตรา มงกุฎ แม้จะมีข้อแตกต่างอยู่บ้างตรงที่รูปเครื่องหมายการค้าของจำเลยมีรูปปีกอยู่ข้างมงกุฎ ทั้งสองด้านก็เป็นเพียงส่วนประกอบที่ไม่สำคัญมากนัก ส่วนอักษรไทยคำว่า ตรา มงกุฎ บิน ก็มี ขนาดเล็กไม่ใช่ลักษณะเด่นไม่เป็นสาระสำคัญแก่การสังเกตประกอบกับเครื่องหมายการค้าของ จำเลยไม่ปรากฏข้อความหรือเครื่องหมายที่แสดงให้เห็นเด่นชัดว่าสินค้าน้ำยาเคมีใช้ผสม ปูนซีเมนต์นั้นเป็นของจำเลย แม้จำเลยจะใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าน้ำยาเคมีผสม ปูนซีเมนต์ซึ่งเป็นสินค้าในจำพวก 1 ต่างกับสินค้าปูนซีเมนต์ของโจทก์ซึ่งเป็นสินค้าในจำพวก 17 แต่ก็ป็นวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างและเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าปูนซีเมนต์ของโจทก์ นอกจากนี้โจทก์ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ตรา มงกุฎ มานานจำเลยเพิ่งยื่นคำขอจด ทะเบียนเครื่องหมายการค้าหลังจากที่โจทก์ได้จดทะเบียนมาแล้ว 20 ปี จำเลยเคยยื่นคำขอจด ทะเบียนเครื่องหมายการค้า รูปนกอินทรี เช่นเดียวกับรูปนกอินทรีตามเครื่องหมายการค้าของ โจทก์แต่ นายทะเบียนไม่รับจดทะเบียนให้ และจำเลยเคยใช้เครื่องหมายการค้า รูปนกอินทรี เช่นเดียวกับรูปนกอินทรีของโจทก์กับสินค้าของจำเลย จนถูกฟ้องในข้อหาเลียนเครื่องหมาย การค้า และถูกศาลลงโทษไปแล้ว เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในรูปนกอินทรีรูปเพชร และรูปสิงโตใช้กับสินค้าปูนซีเมนต์ก็ปรากฏว่าจำเลยได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในรูปนกอินทรีเพชรมีปีกและสิงโตคู่เหยียบลูกโลกใช้กับสินค้าน้ำยาเคมีผสมปูนซีเมนต์ซึ่งอยู่ใน ระหว่างการดำเนินคดีแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของโจทก์ โดยทำให้เครื่องหมายการค้าของจำเลยคล้ายกับของโจทก์เป็นคู่ๆ โดยมุ่งหมายที่จะอาศัยแอบ อ้างชื่อเสียงจากเครื่องหมายการค้าของโจทก์จนอาจทำให้สาธารณชนกับสับสนหลงผิดว่า เครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จำเลยจึงไม่มีสิทธิขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 98/2538 คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของจำเลยมีข้อจำกัดไม่ให้สิทธิผู้จดทะเบียนแต่ผู้เดียวที่จะใช้คำว่า "ใช้งานหนักอย่างมั่นใจ" และคำว่า "คือคุณภาพ" ดังนั้น เครื่องหมายการค้าของจำเลยที่ยื่นขอจดทะเบียนจึงมีสาระสำคัญอยู่ที่รูปข้างยี่นอยู่ในกรอบรูปหกเหลี่ยมและคำว่า "ตราช้าง" เมื่อเครื่องหมายการค้ารูปข้างของโจทก์ที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนมีลักษณะเด่นอยู่ที่ตัวข้างยี่นหันหน้าไปทางซ้ายยกเข่าหน้าซ้ายงอเล็กน้อยลดวงลงยี่นอยู่ในกรอบรูปหกเหลี่ยมมีเส้นไขว้ตัดกันรอบตัวข้างส่วนเครื่องหมายการค้ารูปข้างของจำเลยที่ขอจดทะเบียนมีลักษณะเด่นอยู่ที่ตัวข้างยี่นหันหน้าไปทางซ้ายยกเท้าหน้าซ้ายเหยียบถึงขวงขึ้นเหนือศีรษะอยู่ในกรอบรูปหกเหลี่ยมมีเส้นโค้งลากจากมุมหนึ่งไปยังอีกมุมหนึ่งของรูปหกเหลี่ยมเหมือนดาวรอบตัวข้างเครื่องหมายการค้ารูปข้างของโจทก์และจำเลยจึงมีลักษณะสำคัญอยู่ที่ตัวข้างยี่นหันหน้าไปทางซ้ายในกรอบรูปหกเหลี่ยมเหมือนกันส่วนรูปข้างของจำเลยที่ยื่นยกเท้าหน้าซ้ายเหยียบถึงขวงขึ้นและเท้าทั้งสองคู้หน้าหลังยี่นแยกออกจากกันเป็นข้อแตกต่างในรายละเอียดของลักษณะการยี่นและการวางวงของรูปข้างในเครื่องหมายการค้าของโจทก์เพียงเล็กน้อยเท่านั้นแม้จำเลยจะใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้าจำพวก 50 ชนิดสินค้ากระเปาะถือปูนถึงพลาสติกใส่ปูนเกรียงฉาบปูนต่างจำพวกกับสินค้าของโจทก์แต่ก็เป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าวัสดุก่อสร้างของโจทก์ในจำพวกที่ 17 ซึ่งโจทก์ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของโจทก์ไว้ และได้โฆษณาทางสื่อมวลชนจนเป็นที่รู้จักแพร่หลายในหมู่ผู้รับเหมาก่อสร้างเรียกขานสินค้าของโจทก์ว่าตราช้างมาตั้งแต่ พ.ศ.2517 ก่อนจำเลยยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและคำว่าตราช้างดังกล่าวใน พ.ศ.2529 ถึง 10 ปีเศษเครื่องหมายการค้ารูปข้างและคำว่าตราช้างของจำเลยจึงเป็นการเลียนแบบเครื่องหมายการค้ารูปข้างของโจทก์จนอาจทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดว่าเครื่องหมายการค้าและสินค้าของจำเลยเป็นของโจทก์โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนจึงมีสิทธิตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2477 ที่จะฟ้องขอให้ห้ามจำเลยใช้เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนและให้เพิกถอนคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวของจำเลยได้

หากนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าคนละจำพวกที่ไม่มีลักษณะอย่างเดียวกันกับสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นสินค้าที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 (10) หรือนำสินค้าไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น ตามมาตรา 46 วรรคสอง

มาตรา 46 “บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว ไม่ได้

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า”

การลงขาย หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งเอาสินค้าของตนไปขายโดยกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อลวงผู้ซื้อว่าเป็นสินค้าของบุคคลอื่น เช่น การขายสินค้าของตนโดยการนำเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้กับสินค้านั้นเพื่อให้ผู้ซื้อหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของบุคคลอื่นซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวนั้น หากการลงขายอันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมถือว่าเป็นการละเมิดทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิด

แม้ข้อความในมาตรา 46 วรรคสองจะบัญญัติเกี่ยวกับการลงขายว่าเป็นกรณีเกี่ยวกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วก็มีสิทธิฟ้องฐานลวงขายได้ กล่าวคือโดยปกติการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนจะจำกัดเฉพาะการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าจำพวกเดียวกันกับที่ได้จดทะเบียนไว้ หรือหากเป็นสินค้าต่างจำพวกกันก็ได้รับความคุ้มครองเฉพาะกับสินค้าต่างจำพวกที่มีลักษณะอย่างเดียวกันเท่านั้น แต่หากใช้หลักลงขายก็จะได้รับความคุ้มครองโดยไม่จำกัดจำพวกสินค้า³⁸

หลักเกณฑ์ของการกระทำอันเป็นการลงขายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) สินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องเป็นที่รู้จักแพร่หลายแก่สาธารณชนอันเป็นแรงจูงใจให้ผู้กระทำละเมิดทำการลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 995/2550, 4747/2549, 1100/2537, 694/2521)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 995/2550 โจทก์นำสืบไม่ได้ว่าได้มีการส่งสินค้าของโจทก์มาจำหน่ายอย่างแพร่หลายในประเทศไทย การลงขายจะต้องเป็นเรื่องการขายหรือจำหน่ายสินค้าโดยใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิหรือใช้เครื่องหมายการค้าปลอม เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง เมื่อโจทก์ยังนำสืบไม่ได้ถึงความแพร่หลายของสินค้าโจทก์ภายใต้เครื่องหมายการค้าพิพาท MDI ในประเทศไทย การกระทำของจำเลยที่ใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ซึ่งจำเลยนำสืบว่านำเข้าจากผู้ผลิตในต่างประเทศจึงไม่ถือว่าเป็นการลงขาย

³⁸ เรื่องเดียวกัน, 107-108.

คำพิพากษาศาลฎีกา 1100/2537 เครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลยมีเลข 7 อารบิก เป็นส่วนสำคัญเพราะเลข 7 มีขนาดใหญ่กว่าตัวอักษรมากสามารถเห็นได้เด่นชัด แม้เลข 7 ของจำเลยมีลายเส้นซ้อนกัน 4 ตัว ต่างกับของโจทก์ซึ่งมีลักษณะทึบเพียงตัวเดียวก็เป็นเพียงรายละเอียดไม่น่าจะเป็นที่สนใจของผู้พบเห็น ส่วนอักษร ELEVEN ของโจทก์ และ BIGSEVEN ของจำเลยเป็นตัวพิมพ์เหมือนกันโดยเฉพาะอักษร 4 ตัวท้ายเขียนเหมือนกันและอักษรตัว n ท้ายสุดเป็นตัวพิมพ์เล็กเช่นเดียวกัน ลักษณะการวางรูปแบบเครื่องหมายการค้าเหมือนกันคือ อักษรพาดกลางตัวเลข เมื่อคำนึงว่าสาธารณชนจำนวนมากมิได้มีความรู้ภาษาอังกฤษหรือตัวอักษรโรมันดีพอที่จะแยกได้ว่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลยต่างกัน และโจทก์ได้ใช้เครื่องหมายการค้ามาก่อนจำเลยจนเป็นที่แพร่หลายไปทั่วโลกรวมทั้งในประเทศไทยการที่จำเลยประกอบกิจการค้าเช่นเดียวกับโจทก์และใช้เครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับของโจทก์เห็นได้ว่าจำเลยเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของโจทก์อันอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดว่า กิจการค้าของจำเลยเป็นกิจการค้าของโจทก์ จึงเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตอันเป็นการลวงสาธารณชนและเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์

2) การกระทำอันเป็นการลวงขายจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ละเมิดไม่ได้แสดงไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นสินค้าของผู้ละเมิด อันจะถือว่าลักษณะของการกระทำที่เจตนาในการหลอกลวงผู้ซื้อ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1422/2544, 4154/2532)

3) คำฟ้องของเจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องมีการอ้างว่าผู้ละเมิดได้เอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นเป็นการฟ้องให้เป็นประเด็นแห่งคดีตามบทบัญญัติของกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7291/2538, 5571/2538, 2079/2518)

4) การลวงขาย ไม่เพียงแต่ลวงในวัตถุแต่ลวงความเป็นเจ้าของด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 343/2503)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 343/2503 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรค 2 ไม่ใช่แต่เพียงเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคแรกหากแต่เป็นบทบัญญัติที่มีผลทั่วไปด้วยว่า หากมีการลวงขายเกิดขึ้นแล้วทางแก้ของผู้เสียหายจะพึงมีอยู่อย่างใด อาทิเช่น ในมูลกรณีละเมิดก็พึงมีอยู่อย่างนั้น มิพักต้องคำนึงว่าผู้ใดจดทะเบียนไว้หรือไม่ หรือจดทะเบียนก่อนหลังกันอย่างไร ความหมายคำว่า “ลวงขาย” ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรคสอง มิได้จำกัดเฉพาะสินค้าชนิดเดียวกันหรือประเภทเดียวกันเท่านั้น หากแต่มีความหมายกว้างครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ ซึ่งจำเลยเอาสินค้าของจำเลยไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของผู้อื่นซึ่งมีความหมายได้ว่า ไม่ใช่เป็นการลวงในวัตถุเท่านั้น หากแต่เป็นการลวงในความเป็นเจ้าของด้วย ฉะนั้นเมื่อจำเลยเอาคำว่า ‘แฟ็บ’(FAB) ในลักษณะและสีเช่นเดียวกับของโจทก์ไปใช้กับสินค้าของจำเลย ก็ย่อมเป็นการลวงขายผิดกฎหมายเรื่องละเมิด

5) ในการลงขาย เครื่องหมายการค้าที่จำหน่ายไปใช้ไม่จำเป็นต้องเหมือนกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์ เพียงแต่คล้ายก็เป็นการลงขายได้ นอกจากนี้ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อื่นๆประกอบด้วยว่า จะมีส่วนทำให้ผู้ซื้อสินค้าเข้าใจว่าสินค้าที่ตนซื้อเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ตนประสงค์จะซื้อหรือไม่ เช่น รูปลักษณะภายนอกของสินค้าหรือหีบห่อบรรจุภัณฑ์มีส่วนคล้ายกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าจนอาจทำให้ประชาชนเกิดความสับสนในความเป็นเจ้าของสินค้าได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6401/2547, 5269/2542, 7425/2537, 677/2532)

ความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

มาตรา 108 “บุคคลใดปลอมเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 109 “บุคคลใดเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับหลักการคุ้มครองการเสื่อมค่าของเครื่องหมายการค้าไม่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ดังเช่นใน The Trademark Dilution Revision Act of 2006 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหลักเรื่องการเสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกานี้จะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงเพียงแต่พิสูจน์ว่าน่าจะก่อให้เกิดการเสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้า ไม่ต้องพิสูจน์ว่ามีการเสื่อมค่าที่แท้จริง (Actual Dilution) โดยไม่คำนึงถึงว่าน่าจะเกิดความสับสนหลงผิดแก่ประชาชน มีการแข่งขัน หรือเกิดความเสียหายที่แท้จริงหรือไม่ก็ตาม การนำหลักเรื่องการเสื่อมค่าในเครื่องหมายการค้ามาใช้จะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในกรณีที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์การละเมิดเครื่องหมายการค้า

4.2.1.2 ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ การที่บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าโดยมิได้รับอนุญาตก็อาจเป็นการละเมิดในทางแพ่ง หรือหากเข้าองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าก็เป็นความผิด

ทางอาญาต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรานั้นๆได้ แต่ก็อาจมีกรณีที่เข้าหลักยกเว้นความรับผิดในการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนดังเช่นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 คงมีมาตราที่ต้องพิจารณาในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 คือมาตรา 47

มาตรา 47 “การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตนหรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน”

เมื่อพิจารณาในเนื้อหาแล้วจะเห็นได้ว่าการใช้ชื่อหรือคำบรรยายของบุคคลอื่นนั้นไม่ได้ใช้อย่างเครื่องหมายการค้า ซึ่งตามหลักสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า³⁹ เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วมีสิทธิห้ามมิให้บุคคลอื่นมาใช้เครื่องหมายการค้า³⁹ นั้นอย่างเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 เมื่อบุคคลอื่นมิได้ใช้เครื่องหมายการค้า³⁹ นั้นอย่างเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วจึงไม่น่าจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าอีก อย่างไรก็ตามหากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ก็อาจจะก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดจากการใช้ชื่อหรือคำบรรยายดังกล่าวได้

ในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือทริปส์ (TRIPs) ได้ระบุข้อยกเว้นความรับผิดในการใช้เครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 17⁴⁰ ว่า รัฐภาคีอาจกำหนดข้อยกเว้นที่จำกัดสำหรับสิทธิในเครื่องหมายการค้า เช่น การใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) เพื่อแสดงถึงลักษณะของสินค้า ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและสิทธิของบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มิได้บัญญัติถึงกรณีการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) เอาไว้ ดังนั้นจะสามารถกล่าวอ้างข้อตกลงทริปส์ในศาลไทยได้หรือไม่ จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ในกรณีนี้ศาลอาจอ้างการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมาย

³⁹ เรื่องเดียวกัน, 124-125.

⁴⁰ TRIPs Agreement Article 17 Exceptions “Members may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties.”

การค้าตามข้อตกลงทริปส์ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เพราะประเทศไทยเป็นประเทศภาคีสมาชิกประเทศหนึ่งในข้อตกลงทริปส์ซึ่งโดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศประเทศไทยมีพันธกรณีต้องผูกพันตามข้อตกลงทริปส์อันเป็นความตกลงระหว่างประเทศนั้นด้วย จึงอาจนำมาใช้ในกรณีที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มิได้บัญญัติเรื่องการใช้โดยชอบธรรมไว้ได้ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 ซึ่งเป็นตัวอย่างการอ้างข้อตกลงทริปส์เพื่ออธิบายหรือแสวงหาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ โดยศาลฎีกาอ้างข้อตกลงทริปส์ ข้อ 16 (2) และอนุสัญญากรุงปารีส ข้อ 6 ทวิ เพื่ออธิบายความหมายของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (Well-Known Mark)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8(11) เป็นบทบัญญัติห้ามนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยเด็ดขาดมิให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้นจะได้รับจดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าจำพวกหรือชนิดใดแล้วหรือไม่ และห้ามนายทะเบียนโดยเด็ดขาดมิให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าแม้ว่าเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้นจะยังไม่ได้รับการจดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าจำพวกหรือชนิดเดียวกันหรือที่มีลักษณะอย่างเดียวกันกับสินค้าที่ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่า "เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป" เอาไว้ด้วย เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกตามข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ารวมทั้งที่เกี่ยวกับการค้าสินค้าปลอมหรือที่เรียกกันโดยย่อว่า ข้อตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) อยู่ด้วยซึ่งในข้อ 16(2) แห่งข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวให้ใช้บทบัญญัติในข้อ 6 ทวิ แห่งอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (1967) บังคับแก่เครื่องหมายบริการโดยอนุโลม ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปหรือไม่ ให้พิจารณาถึงความเป็นที่รู้จักของเครื่องหมายการค้าในในกลุ่มของสาธารณชนที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งความเป็นที่รู้จักกันในประเทศภาคีสมาชิคนั้นอันเป็นผลเนื่องมาจากการส่งเสริมเครื่องหมายการค้าดังกล่าวด้วยอนุสัญญากรุงปารีส ข้อ 6 ทวิ (1) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า ประเทศภาคีสมาชิกตกลงไม่รับจดทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียนและห้ามมิให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่เกิดจากการทำซ้ำเลียนหรือแปลเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศที่จดทะเบียนหรือใช้เครื่องหมายนั้นจนเกิดความสับสนกับเครื่องหมายดังกล่าวซึ่งเป็นของบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ และได้ใช้สำหรับสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยอำนาจตามกฎหมายของเจ้าพนักงาน

หรือโดยการร้องขอของผู้มีส่วนได้เสียบทบัญญัติดังกล่าวนี้บังคับกับกรณีในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายเป็นการทำซ้ำ ซึ่งเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป หรือเป็นการเลียนเครื่องหมายนั้นจนเกิดความสับสนหลงผิดด้วยแม้ว่าประเทศไทยไม่ได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกในอนุสัญญากรุงปารีส แต่ประเทศไทยก็ได้ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และประเทศไทยเป็นประเทศภาคีสมาชิกประเทศหนึ่งในข้อตกลงทริปส์ ซึ่งโดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศประเทศไทยมีพันธกรณีต้องผูกพันตามข้อตกลงทริปส์อันเป็นความตกลงระหว่างประเทศนั้นด้วย ดังนี้ ความหมายหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปดังที่กำหนดไว้ในข้อ 16(2) แห่งข้อตกลงทริปส์ จึงอาจนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการตีความหรือแปลความหมายของคำว่า "เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป" ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8(11) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้

การใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยมิได้รับอนุญาตเพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งในปัจจุบันผู้บริโภคมีความสนใจศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ต้องการซื้อก่อนการตัดสินใจมากขึ้น การโฆษณาเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการที่มีได้เป็นการฉ้อฉลย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคและการแข่งขันในตลาดการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงต้องยอมให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนในการโฆษณาเปรียบเทียบโดยชอบในฐานะการใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นธรรม (Fair Use of Trademark)⁴¹ ซึ่งในเรื่องนี้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ ก็มีได้มีบัญญัติไว้เช่นกัน

4.2.1.3 ปัญหาของการโฆษณาโดยคำสำคัญกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

การที่ผู้โฆษณาทำการโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) โดยการเลือกคำสำคัญ (Keyword) ที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อให้โฆษณาปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาโดยโฆษณาที่ปรากฏจะอยู่ด้านบนหรือด้านขวาของผลการค้นหาตามปกติในส่วนที่เรียกว่า ผู้สนับสนุน หรือ Sponsored Links และผู้โฆษณาจะจ่ายค่าโฆษณาให้กับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาก็ต่อเมื่อมีผู้คลิกที่โฆษณาดังกล่าว การกระทำดังกล่าวของผู้โฆษณาและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ ผู้เขียนจะแบ่งการพิจารณา ดังนี้

⁴¹วิชัย อริยะนันทกะ, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม," ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1*, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2547), 303.

1) การเลือกใช้คำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อให้โฆษณาปรากฏเมื่อมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาใส่คำค้นหาตรงกับคำสำคัญนั้น

การเลือกคำสำคัญเพื่อให้โฆษณาปรากฏเป็นขั้นตอนหนึ่งในระบบการโฆษณาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ผู้เขียนเห็นว่าในขั้นตอนนี้ยังไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเครื่องหมายการค้า เนื่องจากว่า สิทธิในเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 44 เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวเพื่อใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าจำพวกที่ได้จดทะเบียนไว้เพื่อระบุว่าสินค้านั้นเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้า และแยกแยะให้เห็นว่าสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตอื่น การที่ผู้โฆษณาเลือกคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นจึงยังไม่มีลักษณะที่ใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเครื่องหมายการค้าที่จะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ และกฎหมายเครื่องหมายการค้ามิได้ห้ามบุคคลอื่นในการใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าแม้ไม่ได้ใช้กับสินค้าแต่อย่างใด

2) ข้อความโฆษณาที่ปรากฏในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วนของผู้สนับสนุน หรือ Sponsored links ซึ่งจะปรากฏอยู่ด้านบนหรือด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาปกติ

- กรณีที่ข้อความโฆษณาไม่มีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นปรากฏอยู่ เมื่อผู้ใช้เครื่องมือค้นหาพิมพ์คำค้นหาที่เป็นชื่อเครื่องหมายการค้าแล้ว ในหน้าผลลัพธ์ของการค้นหาก็จะปรากฏโฆษณาของผู้โฆษณาด้วยเนื่องจากผู้โฆษณาได้เลือกคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในการแสดงผลของโฆษณา แต่ในกรณีนี้ข้อความที่โฆษณาไม่ว่าจะเป็นส่วนหัวข้อหรือเนื้อความของโฆษณาไม่มีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นปรากฏอยู่ ทำให้ไม่มีการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้น เพราะผู้โฆษณาไม่ได้นำคำที่เป็นเครื่องหมายการค้ามาใช้ในลักษณะที่จะทำให้ผู้ใช้เครื่องมือค้นหาเกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เพราะฉะนั้นในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าทั้งผู้โฆษณาและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดการละเมิดในเครื่องหมายการค้า

- กรณีที่ข้อความโฆษณามีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นปรากฏอยู่ กรณีนี้จะถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ จากที่กล่าวไปแล้วว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 44 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าลักษณะใดบ้างจึงจะถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา การโฆษณาก็ถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า การโฆษณาในหน้าผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาถือได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าแล้ว เพราะเมื่อผู้ใช้เครื่องมือค้นหาพิมพ์คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าลงไป เมื่อผลลัพธ์การค้นหาปรากฏขึ้นผู้ใช้เครื่องมือค้นหาที่ย่อมคาดหวังว่าจะมีเว็บไซต์ที่ขายสินค้าหรือบริการที่มีเครื่องหมายการค้า นั้น การ

โฆษณาที่มีเครื่องหมายการค้าปรากฏผู้เห็นโฆษณาดังกล่าวย่อมจะเข้าใจว่าเว็บไซต์ดังกล่าวมีสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นขายอยู่ ดังนั้นการโฆษณาในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในส่วนของผู้สนับสนุนหรือ Sponsored Links จึงอาจเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายที่จดทะเบียนได้เนื่องจากการใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้โฆษณาเป็นผู้คิดข้อความโฆษณาเพราะฉะนั้นผู้โฆษณาจึงเป็นผู้ละเมิดโดยตรง แต่ถ้าเป็นคำสามัญที่ใช้กันอยู่ทั่วไปก็ไม่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ส่วนผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) เป็นเจ้าของโปรแกรมโฆษณาที่ให้ผู้โฆษณาทำการลงโฆษณากับตน ไม่ได้เป็นผู้เลือกข้อความโฆษณาที่เป็นคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น แม้ว่าผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเป็นผู้ทำให้โฆษณานั้นปรากฏเมื่อมีผู้พิมพ์คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าในการค้นหาก็ตาม ก็เป็นระบบประมวลผลของคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ ไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าในการโฆษณา ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจึงไม่ได้เป็นผู้ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง

แต่ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวของผู้โฆษณาอาจเข้าข่ายกเว้นของการละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 47 คือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตน หรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน นอกจากนั้นในการโฆษณาสินค้าหรือบริการต่างๆ จำเป็นที่จะต้องมีการกล่าวถึงยี่ห้อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ผู้โฆษณาทำการขายหรือให้บริการ เช่น การรับซ่อมสินค้า เป็นต้น หรือเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบสินค้าของตนกับสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอื่น การใช้เครื่องหมายการค้าในกรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) ที่จะกระทำการดังกล่าวได้ และไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของเพราะผู้โฆษณาก็ขายสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง ถ้าผู้บริโภคหรือผู้ที่ใช้เครื่องมือค้นหาต้องการซื้อสินค้าหรือบริการจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยตรงก็สามารถดูชื่อเว็บไซต์ในหน้าผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาได้ ไม่ได้ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าเกิดความเสียหายแต่อย่างใดเพราะเว็บไซต์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ยังปรากฏอยู่ในหน้าผลลัพธ์การค้นหาของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา ผู้ใช้เครื่องมือค้นหาสามารถแยกแยะได้ว่าส่วนใดเป็นส่วนที่โฆษณา ส่วนใดเป็นส่วนของผลลัพธ์การค้นหาตามปกติ นอกจากนั้นยังเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับข้อมูลข่าวสารเพื่อเป็นประโยชน์ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการด้วยตนเอง

สำหรับเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนจะมีสิทธิฟ้องผู้ละเมิดได้โดยการลงขาย ตามมาตรา 46 วรรคสอง⁴² เท่านั้น ซึ่งการลงขาย หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งเอาสินค้าของตนไปขายโดยกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อลวงผู้ซื้อว่าเป็นสินค้าของบุคคลอื่น เพราะฉะนั้นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนไม่มีสิทธิห้ามผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่เป็นการลงขายไม่ได้ จากกรณีการโฆษณาดังกล่าวถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้าพิสูจน์ได้ว่าเป็นการลงขาย ผู้ที่ต้องรับผิดชอบคือผู้ที่กระทำการลงขายนั้น ส่วนผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ที่ให้บริการโฆษณาในระบบดังกล่าวย่อมไม่อาจทราบได้ว่าการโฆษณานั้นมีการกระทำที่เป็นการลงขายเกิดขึ้นและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่ได้เป็นผู้กระทำการลงขายจึงไม่มีความผิดตามมาตราดังกล่าว

4.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรา 421 “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การโฆษณาดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เช่น การนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้โดยมิชอบทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดคิดว่าสินค้าหรือบริการของผู้ละเมิดเป็นสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งก็ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในลักษณะลงขาย และเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 5 ซึ่งผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดคือผู้โฆษณา มิใช่ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine)

⁴²พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 46 วรรคสอง “บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า”

4.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 272 “ผู้ใด

(1) เอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์หรือข้อความใดๆในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม แฉงความ รายการแสดงราคา จดหมายเกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่นนั้น

(2) ...

(3) ...

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอันยอมความได้”

มาตรา 273 “ผู้ใดปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะจดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 274 “ผู้ใดเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วในประเทศไทยจะพิจารณาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 108 และ 109 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว เพราะฉะนั้นการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนในต่างประเทศจะพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 273 และ 274

จากกรณีการโฆษณาโดยคำสำคัญกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา ไม่ใช่การปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เป็นการนำคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้เป็นคำสำคัญเพื่อให้โฆษณาปรากฏขึ้น และบางกรณีอาจมีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าปรากฏอยู่ในข้อความโฆษณา ผู้โฆษณาและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาได้มีเจตนาในการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า จึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 273 และมาตรา 274 และสำหรับกรณีความผิดตามมาตรา 272 การเอาชื่อ หรือข้อความใดๆในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม แฉงความ รายการแสดงราคา จดหมายเกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น จะเห็นได้ว่า การโฆษณาโดยคำสำคัญที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และมีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นปรากฏที่ข้อความโฆษณาในหน้าผลลัพธ์การค้นหาเป็นการนำชื่อในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ ถ้าเป็นการกระทำเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของผู้อื่น ก็อาจจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 ได้ ถ้าผู้

โฆษณาที่มีความผิดตามมาตราดังกล่าว ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) จะมีความรับผิดชอบหรือไม่ ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่ได้มีเจตนาเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดกับผู้โฆษณาจึงไม่เป็นการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 และไม่ใช่ผู้สนับสนุนตาม มาตรา 86 เพราะไม่ได้มีเจตนาสนับสนุนให้ผู้โฆษณากระทำความผิด



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัจจุบันเทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของผู้คนมากขึ้น เทคโนโลยีช่วยอำนวยความสะดวกให้กับมนุษย์ในทุกๆด้าน ในยุคแห่งข้อมูลข่าวสารนี้ อินเทอร์เน็ตนับว่าเป็นเทคโนโลยีที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะการใช้ในการค้นหาข้อมูลต่างๆ เพราะฉะนั้นผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) จึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในการช่วยให้ค้นหาข้อมูลต่างๆ ได้ง่าย สะดวก และรวดเร็ว ดังนั้นเครื่องมือค้นหาจึงเป็นที่นิยมในการใช้งานของผู้ใช้ อินเทอร์เน็ตทั่วโลก ด้วยเหตุที่อินเทอร์เน็ตและเครื่องมือค้นหา มีบทบาทสำคัญในสังคมปัจจุบัน ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆ ได้ปรับรูปแบบของการโฆษณาจากการโฆษณาผ่านสื่อวิทยุ โทรทัศน์ หรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ มาเป็นการโฆษณาผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตเพราะมีค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่า และสามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายบนอินเทอร์เน็ตได้มาก เพราะฉะนั้นผู้ประกอบการจึงหันมาโฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาซึ่งมีระบบโปรแกรมการโฆษณาโดยคำสำคัญ เช่น Google AdWords, Yahoo! Search Marketing เป็นต้น ประโยชน์ของการโฆษณาโดยวิธีนี้ เช่น ผู้โฆษณาสามารถเปลี่ยนแปลงและแก้ไขโฆษณาได้ง่ายเพื่อให้ข้อความโฆษณามีประสิทธิภาพมากที่สุด จะจ่ายค่าโฆษณาต่อเมื่อมีคนคลิกที่โฆษณาแล้วเท่านั้น หรือที่เรียกว่า Pay Per Click หรือ Cost Per Click กำหนดงบประมาณค่าโฆษณาได้ เข้าถึงกลุ่มผู้ใช้อินเทอร์เน็ตได้ทั่วโลก เป็นต้น การโฆษณาโดยคำสำคัญ (Keyword Advertising) จึงเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา

การโฆษณาโดยคำสำคัญกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะมีการเลือกคำสำคัญ (Keywords) เพื่อให้โฆษณาของผู้โฆษณาปรากฏ เมื่อมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาค้นหาด้วยคำที่ตรงกับคำสำคัญที่ผู้โฆษณาเลือกไว้โฆษณานี้ก็จะปรากฏอยู่บนหรือด้านขวาของผลลัพธ์การค้นหาปกติ (Natural Search Results) ปัญหาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้น เนื่องจากผู้โฆษณาได้เลือกใช้คำสำคัญที่เป็นชื่อเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อให้โฆษณาของตนปรากฏขึ้น ซึ่งในบางกรณีข้อความโฆษณาก็มีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าปรากฏอยู่ด้วย ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่พอใจที่ผู้โฆษณาอาศัยความมีชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามาเพิ่มโอกาสการซื้อขายสินค้าและบริการให้กับธุรกิจของตนและอาจทำให้ผู้เห็นโฆษณาเข้าใจผิดว่า ผู้โฆษณาได้รับอนุญาตหรืออยู่ในเครือหรือได้รับการสนับสนุนโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงฟ้องผู้โฆษณาและผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาโดยกล่าวหาว่า

การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า (Trademark Infringement) และทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่า (Trademark Dilution)

ปัญหาดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่มีความชัดเจนว่า การกระทำดังกล่าวของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ หรือถ้าการกระทำของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่ได้เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง (Direct Trademark Infringement) แต่การกระทำของผู้โฆษณาเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าแล้วไม่สามารถพิสูจน์ให้เข้าข้อยกเว้นของการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะต้องร่วมรับผิดชอบ (Contributory Infringement) กับผู้โฆษณาหรือไม่ และการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำให้เครื่องหมายการค้าเสื่อมค่าหรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี และการนำเสนอพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายต่อศาลเพื่อประกอบข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ของตน

สำหรับประเทศไทยนั้น ปัจจุบันยังไม่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล จึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการตีความปัญหาในเรื่องดังกล่าวว่าจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ และผู้โฆษณากับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะมีความรับผิดชอบหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 44 เกี่ยวกับสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ จากมาตราดังกล่าวการกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ก็ไม่ได้บัญญัติไว้ ปัญหาว่าการโฆษณาในลักษณะดังกล่าวกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าอันจะเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าแล้วในกรณีที่ข้อความโฆษณามีคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นปรากฏอยู่ด้วยและเครื่องหมายการค้านั้นไม่ได้เป็นคำสามัญที่ใช้กันอยู่ทั่วไป เพราะฉะนั้นการกระทำของผู้โฆษณาอาจเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายที่จดทะเบียนได้ แต่ผู้โฆษณาอาจพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนเป็นการเข้าข้อยกเว้นของการละเมิดเครื่องหมายการค้า เช่น เป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 47 การใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) เป็นต้น ซึ่งจำเป็นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ส่วนผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเป็นเจ้าของโปรแกรมโฆษณาที่ให้ผู้โฆษณาทำการลงโฆษณากับตน ไม่ได้เป็นผู้เลือกข้อความโฆษณาที่เป็นคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น แม้ว่าผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาเป็นผู้ทำให้โฆษณานั้นปรากฏเมื่อมีผู้พิมพ์คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าในการค้นหาก็ตาม

ก็เป็นระบบประมวลผลของคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ ไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าในการโฆษณาโดยตรง ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาจึงไม่ได้เป็นผู้ละเมิดเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด และผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาไม่ได้เป็นผู้กระทำการลงขายจึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 46 วรรคสองต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียน ซึ่งในเรื่องนี้สุดท้ายแล้วจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับกรณีความตบถกฎหมายของศาลและการพิสูจน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. ในด้านของผู้โฆษณาโดยสำคัญกับผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ในการเลือกคำสำคัญ (Keywords) เพื่อให้โฆษณาปรากฏเมื่อมีผู้ใช้เครื่องมือค้นหาใช้คำค้นหาที่ตรงกับคำสำคัญ และการเลือกข้อความที่จะลงโฆษณาทั้งในส่วนที่เป็นหัวข้อและเนื้อความโฆษณา ถ้าผู้โฆษณาไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่มีเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ก็ไม่ควรที่จะใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อหลีกเลี่ยงข้อพิพาททางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นได้

2. ในด้านของผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา (Search Engine) ควรจะมีการตรวจสอบในเบื้องต้นด้วยว่า คำสำคัญ (Keywords) ที่ผู้โฆษณาเลือกเพื่อให้โฆษณาปรากฏ และข้อความโฆษณาที่ผู้โฆษณากำหนดมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาหรือไม่ เพื่อป้องกันผู้ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยมิชอบ

3. เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าเห็นว่าผู้ใช้คำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของตนโดยมิชอบและอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถแจ้งไปยังผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหา เช่น Google มีระบบ Trademark Complaint Procedure เพื่อให้ผู้ให้บริการเครื่องมือค้นหาทำการตรวจสอบและนำคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นออกจากข้อความโฆษณาดังกล่าว อันเป็นการแก้ไขปัญหาในเบื้องต้นก่อนนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล

4. พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า การกระทำใดเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าคงมีแต่ในมาตรา 44 และมาตรา 46 เท่านั้นที่บัญญัติว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิอย่างไรบ้าง เพราะฉะนั้นจึงควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นดังเช่น the Lanham Act ของประเทศสหรัฐอเมริกาใน 15 U.S.C. § 1114 (1) (Section 32) ซึ่งกำหนดการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ และข้อยกเว้นของการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าก็ไม่ได้มีความชัดเจนซึ่งในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือทรัพย์สิน (TRIPs) ได้ระบุข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการใช้เครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 17 ว่า รัฐภาคีอาจกำหนดข้อยกเว้นที่

จำกัดสำหรับสิทธิในเครื่องหมายการค้า เช่น การใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) เพื่อแสดงถึงลักษณะของสินค้า ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและสิทธิของบุคคลที่สาม ซึ่งในเรื่องการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ก็มีได้มีบทบัญญัติไว้ ควรมีการแก้ไขเพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่ากรณีใดบ้างจะเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า นอกจากนั้นควรมีการเพิ่มเติมหลักการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในกรณีที่มีการทำให้เสื่อมค่าของเครื่องหมายการค้าเพื่อมิให้มีการอาศัยประโยชน์จากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

5. ในเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญ ในรัฐ Utah ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการออก Trademark Protection Act, S.B. 236 เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2550 ได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Registration Marks) ถ้ามีการนำเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว (Registered Trademarks) ใช้เป็นคำสำคัญหรือใช้คำสำคัญเพื่อโฆษณาปรากฏและก่อให้เกิดความสับสนในเครื่องหมาย การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีการห้ามการใช้เครื่องหมายที่มีการจดทะเบียนอิเล็กทรอนิกส์ในการโฆษณาโดยคำสำคัญ สำหรับประเทศไทยหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการโฆษณาโดยคำสำคัญเกิดขึ้นและกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้เพียงพออาจมีการนำหลักการในกฎหมายของรัฐ Utah มาพิจารณาเพื่อแก้ไขกฎหมายให้ขยายความรับผิดชอบไปถึงกรณีดังกล่าวด้วย

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- จตุพล ทานาถทัย, บัณฑิต บุญประครอง และ ธิตีพงษ์ เอกโชติ. (2543). **To be No.1 in e-Business by WEB PROMOTION**. กรุงเทพฯ: SUM System Company Limited.
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2545). **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า**. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- จิระ จริงจิตร และ วัชรินทร์ ธนภัทร. (2543). **Search Engine ค้นหาข้อมูลอย่างไร?...ไม่ให้หลุดมือ**. กรุงเทพฯ: Soft Express & Publishing.
- ฉันทวุฒิ พีชผล และ ปิยพงศ์ เผ่าวณิช. (2550). **Search อย่างเซียนด้วย Google และอื่น ๆ**. กรุงเทพฯ: บริษัท โปรวิชั่น จำกัด.
- ชวลิต อรรถศาสตร์, ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, พัทธินันท์ ฉัตรวชิระกุล และ อิทินันท์ สุวรรณจุฑะ. (2545). **รอบรู้เรื่องกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตกฎหมายไซเบอร์ (Cyber Laws)**. กรุงเทพฯ: บริษัท เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป จำกัด (มหาชน).
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2550). **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: พื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า เซมิคอนดักเตอร์ ชิป พันธุ์พืชใหม่**. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ดุสิตวิทย์ เลาทองดี. (2546). **การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อโฆษณาออนไลน์ Search Engine และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ตราวุทธิ์ เหลืองสมบูรณ์. (2550). **Google AdWords โปรโมทเว็บ (ไซด์) ให้ดังศาสตร์**. กรุงเทพฯ: บริษัท ตลาด ดอท คอม จำกัด.
- รัชชัย ศุภผลศิริ. (2534). **การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและแหล่งกำเนิดสินค้า**. บทบัณฑิตย. 47(3), 85-114.
- รัชชัย ศุภผลศิริ. (2536). **คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- รัชพันธ์ ประพุทธนิตินสาร. (2544). **การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า**. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ประเทือง ศรีรอดบาง. (2532). **สิทธิเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า**. ใน **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม.

- ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2548). กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 4 – 14. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ปริญญา ดีผดุง. (2534). ความคิดพื้นฐานของกฎหมายเครื่องหมายการค้า. *บทบัณฑิตย*. 47(2), 113-127.
- มานะ พิทยาภรณ์. (2533). คำอธิบายพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์.
- มานะ พิทยาภรณ์. (2535). การลงขาย (Passing-Off). *บทบัณฑิตย*. 48(3), 57-65.
- ยรรยง พวงราช. (2528). กฎหมายเครื่องหมายการค้าคุ้มครองใคร?. *วารสารนิติศาสตร์*. 15(2), 1-7.
- รติณัฐ ก้าวหน้าชัยมงคล. (2545). ปัญหากฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าในรูปร่างรูปทรงของวัตถุ. *วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*.
- วิธ ดิงสมิตร. (2545). คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วิชัย อริยะนันท์. (2547). ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม. ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์*. (เล่ม 1). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา. 241-323.
- วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. (2543). สารสำคัญในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง*. 140-147.
- ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ. ฝ่ายวิจัยกลยุทธ์และดัชนีอุตสาหกรรม. (2550). รายงานผลการสำรวจกลุ่มผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ประจำปี 2550. ค้นเมื่อ 8 มีนาคม 2551, จาก http://pld.nectec.or.th/websrii/images/stories/documents/books/internetuser_2007.pdf
- ศูนย์วิชาการ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง (ผู้รวบรวมและเรียบเรียง). (2551). *รวมคำพิพากษาศาลฎีกาคดีเครื่องหมายการค้า* (2 เล่ม). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดจรัสวิชาการพิมพ์.
- สกล หาญสุทธีวารินทร์. (2543). คดีเครื่องหมายการค้ากับชื่อของห้างหุ้นส่วนและบริษัท. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง*. 86-98.
- สมบูรณ์ บุญภินนท์. (2535). ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีเครื่องหมายการค้า. *บทบัณฑิตย*. 48(1). 67-89.

- สันติ ศรีลาศักดิ์ และ เกศมณี เทียงธรรม. (2545). **Search Engine: เปิดประตูสู่โลกของ Search Engine**. นนทบุรี: บริษัท ออฟเซ็ท เพรส จำกัด.
- สิริรัตน์ ศุภรักษ์. (2540). การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุพิศ ปราณิตพลกรัง. (2549). **คดีเครื่องหมายการค้า**. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: บริษัทอชตตยา มิเลนเนียม จำกัด.
- อรรคพล ยุตตะภรณ์. (2549). **Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ ให้ดังสุด ๆ**. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: บริษัท ตลาด ดอท คอม จำกัด.

ภาษาอังกฤษ

- Aitken, B. (2005). Keyword-linked Advertising, Trademark Infringement, and Google's Contributory Liability. **Duke Law & Technology Review**. Retrieved February 3, 2008, from <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2005dltr0021.html>
- Bartholomew, M. (2005). Making a Mark in the Internet Economy: A Trademark Analysis of Search Engine Advertising. **Oklahoma Law Review**. Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Brinson, J. D. & Radcliffe, M. F. (2000). **Internet Law and business handbook**. U.S.A.: Quality Books Inc.
- Burgunder, L. B. (2001). **Legal Aspects of Managing Technology**. (2rd ed.). Canada: Webcom
- Cohen, E. H. & Huffnagle, H. (2008, January/February). Inconsistent Rulings Continue to Plague Keyword Advertising. **Maryland Bar Journal**. Retrieved March 8, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Comscore.com. (2008). **Worldwide Search Top 10**. Retrieved March 15, 2008, from <http://www.comscore.com/press/release.asp?press=2018>
- Comscore.com. (2008). **Comscore Releases March 2008 U.S. Search Engine Rankings**. Retrieved April 19, 2008, from <http://www.comscore.com/press/release.asp?press=2185>
- Darrell, K. B. (2006). **Issues In Internet Law**. U.S.A.: Amber Book Company
- Ferrera, G. R., Lichtenstein, S. D., Reder, M. E., August, R. & Schiano, W. Y. (2001). **Cyber Law: Text and Cases**. U.S.A.: Quebecor World

- Fishman, I. A. (2006). Why are Competitor's Advertising Links Displayed When I Google My Product? An Analysis of Internet Search Engine Liability for Trademark Infringement. **John Marshall Review of Intellectual Property Law**. Retrieved February 3, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Frieden, J. D. & Patrick S. (2006). E-Commerce: Legal Issues of Online Retailer in Virginia. **Richmond Journal of Law and Technology**. Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Goldman, E. (2006, October 10). **Trademark Dilution Revision Act of 2006**. Retrieved May 27, 2008, from http://blog.ericgoldman.org/archives/2006/10/trademark_dilut_3.htm
- Google.com. (2006). **Adwords Terms and Conditions**. Retrieved March 8, 2008, from <http://adwords.google.com/select/TsAndCsFinder?country=TH>
- Google.com. (2008). **Glossary**. Retrieved March 15, 2008, from <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=10949&topic=29>
- Google.com. (2008). **Google Announces Fourth Quarter And Fiscal Year 2007 Results**. Retrieved February 2, 2008, from http://www.google.com/intl/en/press/pressrel/revenues_q407.html
- Google.com. (2008). **Trademark Complaint Procedure**. Retrieved March 8, 2008, from http://google.com/tm_complaint_adwords.html
- Harvard College. (2005, Spring). Making Your Mark On Google. **Harvard Journal of Law and Technology**. Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Internetworldstats.com. (2008). **World Internet Users December 2007**. Retrieved March 8, 2008, from <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>
- Klein, S. H. & Huffnagle, H. (2007, December). Split Decisions: The Issue of "Use" in the Context of Search Engine Keyword-Triggered Advertising. **Intellectual Property & Technology Law Journal**. Retrieved March 8, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Lim, S. Y. (2007). Can Google be Liable for Trademark Infringement? A Look at the "Trademark Use" Requirement as Applied to Google Adwords. **UCLA Entertainment Law Review**. Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>

- Nevins, P. F. (2007, November). Is Google Doing Evil With Trademarks?.
Connecticut Law Review. Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Phillips, J. & Simon, E. (2005). **Trade Mark Use.** London: Oxford.
- Scholer, K. (2006). **Trademark Dilution Revision Act of 2006: A Major Overhaul of Federal Trademark Dilution Law.** Retrieved May 27, 2008, from <http://www.kayescholar.com/web.nsf/openDocument?OpenAgent&ID=EFC4A1A04B73300E852571F8005841D2>
- Troxclair, L. (2005). Search Engine and Internet Advertising: Just One Click Away From Trademark Infringement. **Washington and Lee Law Review.** Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Viscounty, P. & Kushner, J. (2005). Order to Confusion: Trademarks Infringement Liability for Search Engine Keying Ads. **Hastings Business Law Journal.** Retrieved February 2, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>
- Wilcox, D. (2006, December 6). **Keyword Advertisers win some, lose some.** Retrieved February 3, 2008, from <http://wistechnology.com/printarticle.php?id=3047>
- Yahoo.com. (2008). **Trademarks: Raising Trademarks Concerns about Sponsored Search Listings.** Retrieved March 8, 2008, from http://searchmarketing.yahoo.com/en_SG/legal/trademarks.php
- Zweihorn, Z. J. (2006, September). Searching for Confusion: The Initial Confusion Doctrine and Its Misapplication to Search Engine Sponsored Links. **Cornell Law Review.** Retrieved February 3, 2008, from <http://www.westlawinternational.com>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – สกุล : นางสาวทิพากร ลีมสธิรานันท์

วัน เดือน ปี : 30 ธันวาคม 2526

วุฒิการศึกษา :

ปี 2549 - เนติบัณฑิต สมัยที่ 58

ปี 2548 - นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประสบการณ์การทำงาน

ปี 2548 - ปัจจุบัน - นิติกร ศาลฎีกา

