



ความรับผิดทางแพ่งของอีมาร์เก็ตเพลสจากกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิด เครื่องหมายการค้า

Civil Liability of E-Marketplace in the Case of Trademark Infringement

ธีราภา ภูมิวิทย์*
กฤษฎาภกร ว่องวุฒิภูกุล**

บทคัดย่อ


ในปัจจุบันมีการนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสอย่างแพร่หลาย สร้างความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก ในพหุกรณีนี้อีมาร์เก็ตเพลสไม่ได้เป็นผู้ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง เป็นแต่เพียงผู้ที่อนุญาตให้ผู้ขายนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจัดแสดงบนพื้นที่ออนไลน์ของตนเท่านั้นหรือที่เรียกว่าเป็นผู้ละเมิดลำดับรอง ผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถเยียวยาความเสียหายได้โดยเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่ การฟ้องร้องเป็นคดีแพ่ง แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดของประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดต่อการกระทำในลักษณะดังกล่าวเอาไว้โดยตรงและศาลไทยยังไม่เคยตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นว่านี้มาก่อนที่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานได้

การศึกษาในครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงสภาพปัญหาของการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าผ่านช่องทางอีมาร์เก็ตเพลส และลักษณะทั่วไปของอีมาร์เก็ตเพลส รวมถึงทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลสจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น และเพื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอีมาร์เก็ตเพลสของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าที่กระทำผ่านอีมาร์เก็ตเพลส ทั้งนี้ เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้า นำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่า การที่จะให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบละเมิดและต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น ในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นในเชิงทฤษฎีหรือบรรทัดฐานที่ศาลต่างประเทศได้วางเอาไว้

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



ยอมรับว่ามีฐานในทางกฎหมายที่จะเรียกให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในทางแพ่งได้ในฐานะที่เป็นผู้ละเมิดลำดับรอง (secondary infringer) ซึ่งแตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่าความรับผิดแบบมีส่วนร่วม (contributory liability) ส่วนศาลเยอรมันและฝรั่งเศสปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวินิจฉัยถึงการกระทำของจำเลยที่เป็นเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะเพื่อแก้ปัญหาแต่สำหรับประเทศไทยแนวทางที่เป็นไปได้และเหมาะสมที่สุดคือการปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องความรับผิดเพื่อการละเมิด สำหรับการกระทำของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสเองตามแนวทางของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยศาลอาจปรับใช้มาตรา 420 โดยพิจารณาประกอบกับพฤติการณ์อื่น ๆ เพื่อกำหนดความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลส ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเพื่อส่งเสริมให้มีการดำเนินธุรกิจออนไลน์โดยอยู่บนพื้นฐานของการเคารพกฎหมาย

คำสำคัญ : อีมาร์เก็ตเพลส การละเมิดเครื่องหมายการค้า ความรับผิดทางแพ่ง

Abstract

Nowadays, counterfeit goods have been widely sold on E-marketplace which cause serious damage to trademark holders. In this circumstance, E-marketplaces do not directly infringe trademark but they merely allow sellers to trade goods on their online places which has been described as secondary infringement. Trademark holders may seek remedy over a trademark infringement and the most important mechanism is to sue E-marketplace for civil lawsuit for the wrongful act. However, under Thai Tort law does not provide ways in which trademark holders may claim damages from such infringement. So far, there have been no judicial decisions in this regard since no cases have ever been brought before any Thai courts. Consequently, there is no jurisprudence which can be used as stare decisis to make the ruling. If there are no clear approach to address this problem and such a situation persisted, online businesses will face a serious problem as well as the country's reputation and image.

This article is aimed at portraying the problem associated with the selling of counterfeit goods on E-marketplaces as well as general characteristics of E-marketplaces, legal theories relevant to the secondary liability of E-marketplace. In addition, the thesis studied legal principles and cases which are relevant to the infringement of goods on E-marketplaces in Thailand and foreign countries with a view to analysing Thai laws so as to find criteria of liability of E-marketplaces which are suitable for Thai legal system.

The research found that there is a legal basis, either in theory or in jurisprudence rendered by courts, for holding E-marketplaces liable for any damage and pay compensation as secondary infringer which may differ from country to country. In the United States of America, the courts have developed legal principles which is so called contributory liability. For the German and French courts, they apply civil code by considering whether E-marketplace has acted intentionally or negligently. In China, the solution was to enact new laws. The most appropriate way for Thailand would be the application of Article 420 of the Civil and Commercial Code which is general principle for holding E-marketplaces liable for any damage in the same way as German and French courts have done. This is because Thailand is the civil law country so that the existing provisions have to be applied and relevant circumstances need to be considered.

Keyword : E-marketplaces, Trademark Infringement, Civil liability

บทนำ

ในปัจจุบันเว็บไซต์ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-marketplace (Electronic Marketplace)¹ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า อีมาร์เก็ตเพลส) เป็นช่องทางการซื้อขายสินค้าที่ได้รับความนิยมมาก ซึ่งอีมาร์เก็ตเพลส หมายถึง เว็บไซต์ที่ทำหน้าที่เป็นตลาดกลางรวบรวมสินค้าและร้านค้าจำนวนมาก เพื่อเป็นสื่อกลางในการซื้อขายสินค้าทั้งแบบค้าปลีกและค้าส่งที่ทำขึ้นระหว่างภาคเอกชนที่เป็นผู้ประกอบการกับภาคประชาชนที่เป็นผู้บริโภค

บริโภคสินค้า หรือที่เราเรียกว่าการค้าเงินธุรกิจแบบ Business to Consumer (B2C) โดยบุคคลทั้งสองฝ่ายมีเจตนาในการซื้อขายสินค้าระหว่างกัน ซึ่งลักษณะของการดำเนินธุรกิจบนอีมาร์เก็ตเพลสนี้ มีลักษณะเฉพาะอยู่ที่การมีบุคคลในฐานะตัวกลางในการขายสินค้าที่อยู่ในรูปแบบ เว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชัน² แม้ว่าการจำหน่ายสินค้านี้จะได้รับความนิยมเพราะมีความสะดวกสบายในการซื้อขายสินค้าในแง่รูปแบบต่าง ๆ แต่บางกรณีผู้ขายได้นำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายซึ่งจะทำให้เกิดปัญหา

¹ ในปัจจุบัน คำนิยามของ E-marketplace ยังไม่มีผู้ใดที่ให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นนิยามโดยทั่วไปหรือนิยามในทางกฎหมายและมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป เช่น e - hubs, Exchanges, Market - Makers, Portals, Inter - Organisational Systems, Communities, Electronic Platforms, Meeting Places, Virtual Locations, Infrastructure, Portal แต่สามารถกล่าวโดยสรุปว่า E-marketplace เป็นเว็บไซต์ที่ถูกออกแบบมาเพื่อเป็นสถานที่ในโลกออนไลน์ที่เปรียบเสมือนตลาดนัดที่รวบรวมร้านค้าและสินค้าที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะสามารถซื้อขายสินค้าและทำธุรกรรมผ่านวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ ดู S. Wang and N. P. Archer, "Electronic Marketplace Denition and Classification: Literature Review and Clarications," (2007) 1:1 *Enterprise Information Systems* 89, 91.

² ในปัจจุบันสามารถพบเห็นการขายสินค้าบน E - marketplace ที่อยู่ในรูปแบบของเว็บไซต์ และแอปพลิเคชัน ยกตัวอย่างเช่น แพลตฟอร์มยักษ์ใหญ่จากต่างประเทศ อาทิ Alibaba จากประเทศจีน ebay Amazon จากสหรัฐอเมริกา Lazada จากประเทศเยอรมนี Shopee จากประเทศสิงคโปร์ 11street.com จากประเทศเกาหลีใต้ และ Weloveshopping หรือ Thaitrade.com ของประเทศไทย เป็นต้น สินค้าที่จำหน่ายอยู่บน E-marketplace มีอยู่หลากหลายประเภทด้วยกันตั้งแต่สินค้ากลุ่มความงาม เครื่องประดับ เครื่องใช้ภายในบ้าน อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ อุปกรณ์กีฬา อุปกรณ์เกี่ยวกับสัตว์เลี้ยง

ในทางกฎหมายขึ้น โดยหลักแล้วการที่ผู้ขายกระทำการเช่นนี้ย่อมมีความผิดในฐานะเป็นผู้กระทำละเมิดต่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผู้ขายอาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งและคดีอาญาได้

ประเด็นปัญหาคือ เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสซึ่งเป็นผู้ให้บริการพื้นที่ตลาดออนไลน์ให้กับผู้ขายจะต้องรับผิดชอบโดยจะต้องชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งด้วยหรือไม่ เพราะหากพิจารณาจากพฤติการณ์แล้วเจ้าของ อิมาร์เก็ตเพลสไม่ได้เป็นผู้ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง เป็นแต่เพียงผู้ที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้ขายในอันที่จะนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจัดจำหน่ายบนพื้นที่ของตนเท่านั้น ในระบบกฎหมายไทยนั้นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องมากที่สุดคือ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ประเด็นมีว่ามาตรา 420 นี้เป็นความรับผิดชอบของบุคคลในกระทำการของตนเอง ที่จะต้องมีการกระทำที่เป็นความผิด (fault) ซึ่งได้แก่ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า คำถามที่ตามมาคือ การกระทำของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้นมาตรา 420 จะสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่ผู้ขายได้ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนพื้นที่ออนไลน์ของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้หรือไม่เพียงใดนั้นจึงเป็นประเด็นที่บทความฉบับนี้ให้ความสนใจ

ผู้เขียนได้ตั้งประเด็นในการศึกษาว่าหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางแพ่งของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้าได้นำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอิมาร์เก็ตเพลสที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยนั้นควรเป็นอย่างไร โดยค้นหาคำตอบจากการศึกษาทฤษฎีกฎหมายลักษณะละเมิดที่เกี่ยวข้อง และการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ โดยได้ศึกษากฎหมายและบรรทัดฐานของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอิมาร์เก็ตเพลส ซึ่งผู้เขียนได้เลือกศึกษาตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายของศาลใน 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ผลและจัดทำเป็นข้อเสนอแนะดังจะได้กล่าวต่อไป

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อเข้าใจถึงสภาพปัญหาของการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเภทเครื่องหมายการค้าผ่านช่องทางอิมาร์เก็ตเพลส
2. เพื่อเข้าใจถึงลักษณะทั่วไปของอิมาร์เก็ตเพลสรวมถึงทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของอิมาร์เก็ตเพลสจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น
3. เพื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอิมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และสาธารณรัฐประชาชนจีน

4. เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าที่กระทำผ่านอีมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีน

5. เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้านำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันมีการนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสอย่างแพร่หลายจนสร้างความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก การขายในลักษณะนี้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส ไม่ได้เป็นผู้ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง เป็นแต่เพียงผู้ที่อนุญาตให้ผู้ขายนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจัดแสดงบนพื้นที่ออนไลน์ของตนเท่านั้นหรือที่เรียกว่าเป็นผู้ละเมิดลำดับรอง ผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถเยียวยาความเสียหายได้โดยเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ การฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสที่แม้จะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการกระทำในลักษณะดังกล่าวเอาไว้โดยตรงและศาลไทยยังไม่เคยตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นว่านี้มาก่อนที่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานได้ หากยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการจัดการกับปัญหา อาจสร้างความเสียหายให้กับผู้ประกอบการธุรกิจบน

โลกออนไลน์ได้ รวมทั้งภาพลักษณ์ในด้านความน่าเชื่อถือของประเทศ ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ปัญหาในเรื่องนี้โดยปรับใช้กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดตามแนวทางการแก้ปัญหาของกฎหมายของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส โดยวิธีการของประเทศไทยนั้นจะต้องปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเป็นฐานในการเรียกร้องให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส รับผิดชอบในฐานะที่เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าของเครื่องหมายการค้า หากปรากฏพฤติการณ์ว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส นั้นได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า

ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาในเรื่อง ความรับผิดชอบในทางแพ่งเท่านั้น โดยศึกษากฎหมายของประเทศไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 มาตรา 432 ประกอบมาตรา 44 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และกฎหมายของต่างประเทศ อัน ได้แก่ กฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเด็นที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของบทความฉบับนี้ คือ ความรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งได้แก่ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในมาตรา 108 – 110 และการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 20

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจถึงสภาพปัญหาของการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเภทเครื่องหมายการค้าผ่านช่องทางอีมาร์เก็ตเพลส

2. เข้าใจถึงลักษณะทั่วไปของอีมาร์เก็ตเพลสและทราบถึงทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลสจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น

3. ทราบถึงหลักกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอีมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และสาธารณรัฐประชาชนจีน

4. เข้าใจถึงหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าที่กระทำผ่านอีมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีน

5. สามารถวิเคราะห์รูปแบบและแนวทางสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้านำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสเพื่อนำมาสร้างมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

วิธีดำเนินงานวิจัย

การดำเนินการศึกษาวินิจฉัยในครั้งนี้ได้ทำการศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพซึ่งจะค้นคว้าจาก

ข้อมูลเอกสาร (documentary research) เป็นสำคัญผ่านการรวบรวมและศึกษาข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ ด้วยทฤษฎีหมาย คำรา ผลงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องบทความ สิ่งตีพิมพ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดทางแพ่งให้กับอีมาร์เก็ตเพลสจากกรณีที่มีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า รวมทั้งข้อมูลจากเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลเอกสารชั้นปฐมภูมิ (primary source) ข้อมูลเอกสารชั้นทุติยภูมิ (secondary source) โดยนำข้อมูลเหล่านั้นมาประกอบการศึกษาและทำความเข้าใจ เพื่อประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

ผลการวิจัย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาข้างต้น ผู้วิจัยสามารถอภิปรายผลการวิจัยได้ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศเพื่อแก้ปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลส

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลสศาลเป็นผู้ที่วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเพราะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่องและมีวิวัฒนาการผ่านคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน ๆ โดยในระยะเริ่มแรกศาลได้วางหลักไว้ว่าในคดีที่มีบริบทของการค้าขายในตลาดทางกายภาพที่มีผู้ซื้อและผู้ขายพบปะซื้อขายสินค้ากัน อย่างเช่น ในคดี In-

wood Laboratories v. Ives Laboratories³ ก่อนที่จะขยายขอบเขตของการปรับใช้ไปสู่การค้าขายในโลกออนไลน์ ในขณะที่กลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งได้แก่ ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่าการปรับใช้กฎหมายนั้นจะกระทำโดยการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด เพราะทั้งสองประเทศเป็นประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีกฎหมายลักษณะละเมิดบัญญัติเป็นการเฉพาะอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อวินิจฉัยบรรดคดี โดยประเทศเยอรมนีนั้นศาลได้ปรับใช้มาตรา 823 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง⁴ ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นได้ปรับใช้มาตรา 1382 และมาตรา 1383⁵ ประเทศสุดท้ายที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคือประเทศจีนซึ่งเป็นประเทศที่ส่งเสริมส่งเสริมอุตสาหกรรมการค้าออนไลน์ที่เป็นการสร้างรายได้ให้กับประเทศเป็นจำนวนมากมหาศาล แม้สาธารณรัฐประเทศจีนนั้นเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส แต่สาธารณรัฐประเทศจีนได้เลือกวิธีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับใช้เป็นการเฉพาะ โดยกฎหมายจีนได้มีการปรับแก้กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดซึ่งผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อเพิ่มเติมเนื้อหา

ให้มีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่ระบบนิเวศน์ออนไลน์ (online ecosystem) ที่ได้มีพัฒนาการก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว โดยกฎหมายที่ประเทศจีนนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้แก่ กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (Trademark Law of the People's Republic of China (2001))⁶

แนวคิดทางกฎหมายที่แต่ละประเทศใช้นั้นก็มีความแตกต่างกัน สำหรับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาและเป็นที่ยอมรับว่า อิมาร์เก็ตเพลสสามารถมีความรับผิดชอบทางแพ่งได้ โดยหลักคิดในเรื่องนี้คือ ผู้กระทำความผิดไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรง (Direct Infringer) แต่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุที่เป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดจึงทำให้เกิดทฤษฎีความรับผิดชอบมีส่วนร่วม (Contributory Liability) โดยอาศัยฐานความคิดในเรื่องความรับผิดชอบความรับผิดชอบลำดับรอง (Secondary infringer) ที่ถูกวางหลักไว้ใน Restatement (Second) of Torts มาตรา 877(c) ที่ว่า “บุคคลต้องรับผิดชอบหากได้อนุญาตให้บุคคลที่สามกระทำการที่ใช้ตนเป็นเครื่องมือ (Instrumentalities) โดยรู้ (knowing) หรือมีเหตุอันควรรู้ (having reason to know) ว่าบุคคลนั้นกำลังกระทำหรือจะกระทำละเมิด”⁷

³ Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc., 456 U.S. 844 (1982).

⁴ Art. 823 (1), *German Civil Code*.

⁵ Art. 1382 and Art. 1383, *French Civil Code*.

⁶ Trademark Law of the People's Republic of China.

⁷ Section 877 (c), *Restatement (Second) of Torts*.

ซึ่งจะเห็นได้จากการกำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลผู้ซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรง ตัวอย่างเช่นในคดี *Inwood Laboratories v. Ives Laboratories* ที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลใดผู้ซึ่งรู้ถึงการกระทำผิดและตนมีส่วนช่วยให้เกิดการกระทำผิด โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีที่มาจากความเชื่อที่ว่าแม้บุคคลหนึ่งจะมีได้เป็นผู้กระทำผิดโดยตรง แต่ยังคงต้องรับผิดในภัยหรือความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ตนมีส่วนช่วยให้เกิดขึ้น แม้หลักดังกล่าวจะเกิดขึ้นในบริบทของการค้าขายบนโลกแห่งความเป็นจริง แต่ศาลในคดีหลังยังคงนำหลักนี้มาปรับใช้ในบริบทของการค้าขายบนโลกออนไลน์ได้ ในบริบทของการละเมิดเครื่องหมายการค้านั้นเป็นการที่ผู้ละเมิดลำดับรอง (secondary infringer) ซึ่งในที่นี้ ได้แก่ อีมาร์เก็ตเพลสที่ได้เห็นยวนำ ชักจูง ช่วยเหลือ อำนาจความสะดวก ให้กับการกระทำต่าง ๆ ที่กระทำลงโดยผู้กระทำละเมิดลำดับแรก (primary infringer) โดยผู้กระทำละเมิดลำดับแรกนี้เองเป็นผู้ที่นำสินค้ามาขายในอีมาร์เก็ตเพลส ซึ่งภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกความรับผิดเช่นนี้ว่า “contributory liability”⁸ ซึ่งต่อมาแนววินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลส ในฐานะของคนกลางในการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูกนำมาปรับใช้กับตลาดแห่งความเป็นจริง (brick and

mortar) ที่มีการค้าขายกันโดยทั่วไปในเบื้องต้น และค่อย ๆ ขยายการปรับใช้หลักเกณฑ์ไปยังตลาดในโลกออนไลน์⁹

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดให้อีมาร์เก็ตเพลสที่อยู่บนฐานของความรับผิดลำดับรองในกรณีที่มีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้านี้เองได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เช่นเดียวกัน เพียงแต่ทั้งสองประเทศนี้มิได้กำหนดความรับผิดให้อีมาร์เก็ตเพลส โดยพัฒนาหลักกฎหมายจากตลาดแห่งความเป็นจริงไปสู่ตลาดออนไลน์ดังเช่นแนววินิจฉัยของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อสังเกตคือแม้ทั้งสองประเทศจะมีแนวความคิดเรื่องความรับผิดลำดับรองก็ตาม แต่ความรู้ของศาลก็ยังไม่ได้ก้าวไปไกลไปถึงแนวความคิดในทางกฎหมายเรื่องทฤษฎีความรับผิดแบบมีส่วนร่วม (Contributory Liability) ดังที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีจุดเริ่มต้นมากจากระบบจารีตประเพณี สำหรับประเทศเยอรมนีแล้วการกำหนดความรับผิดทางแพ่งให้อีมาร์เก็ตเพลสของประเทศเยอรมนีอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาสถานะของ อีมาร์เก็ตเพลสว่าเป็นบุคคลผู้กระทำละเมิดโดยตรง โดยแยกว่าพฤติการณ์ใดจะถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจ (intentional act) หรือพฤติการณ์ใดจะถือว่า

⁸ *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010) 98, *Hard Rock Caf Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc.*, 955 F.2d 1143 (7th Cir 1992) 1148, John T. Cross, “Contributory Infringement and Related Theories of Secondary Liability for Trademark Infringement,” (1994-1995) 80:2 *Iowa Law Review* 101, 104.

⁹ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, “The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Second Trademark Infringement in the United States and Europe,” (2011) 32:1 *Northwestern Journal of International Law and Business* 37, 48.

เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligent act) ส่วนประเทศฝรั่งเศส แม้จะเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนีแต่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้เท่านั้น ซึ่งไม่เหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี ที่คุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าทั้งที่จดทะเบียนและไม่ได้อื่น และในกรณีที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ตแพลตฟอร์มสามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (General Tort Law) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นใจความหลักมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งแก่เจ้าของอินเทอร์เน็ตแพลตฟอร์มได้เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี เพียงแต่ข้อความคิดทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลของประเทศฝรั่งเศสนั้น จะยึดโยงอยู่กับเรื่อง “ความผิด” (faute) ซึ่งมีความหมายไม่เหมือนกับคำว่า “จงใจ” ในกฎหมายเยอรมัน ในประเด็นที่เกี่ยวกับความรับผิดลำดับรอง ศาลของประเทศฝรั่งเศสยอมรับให้ปรับใช้หลักการนี้ได้โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไป แต่จะต้องพิสูจน์ว่ามีความผิดของผู้ที่กระทำละเมิดโดยอ้อม (indirect infringer) และมีความเสียหายเกิดขึ้น¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศเยอรมนีได้สร้างบรรทัดฐานเพื่อทำให้ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้รับการปกป้องอย่างเพียงพอขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยศาลได้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า กล่าวคือศาลได้มีการ

คิดค้นหลักกฎหมายเรื่อง “ผู้รบกวน” (Störerhaftung Disquietor Liability หรือ Disturber Liability) ขึ้นเพื่อมาช่วยขยายหลักกฎหมายละเมิดทั่วไปที่ยังไม่ครอบคลุมไปถึง แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลที่เรียกว่า “ผู้รบกวน” อันเป็นหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยการตีความโดยอนุโลมจากมาตรา 823(1) ที่กำหนดให้ ผู้ใดก็ตามซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงหรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิด แต่ตั้งใจสนับสนุนในสาระสำคัญของการกระทำละเมิดและบุคคลนั้นอยู่ในฐานะที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำละเมิดนั้นได้จำต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนั้น โดยบุคคลดังกล่าวสามารถถูกฟ้องร้องได้ในฐานะที่เป็นผู้รบกวน ความรับผิดดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้แม้จะไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของการมีความรับผิดในลักษณะนี้ก็เพื่อมุ่งให้เป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (injunctive relief) แก่ผู้ทรงสิทธิที่ยื่นคำร้องเท่านั้น แต่ไม่ได้ใช้เป็นฐานเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งแต่อย่างใด¹¹

สำหรับกฎหมายของประเทศจีนนั้น ก็มีข้อความเรื่องการละเมิดโดยอ้อมด้วยเช่นกันกับประเทศข้างต้น เพียงแต่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในตัวแทนกฎหมาย โดยยึดโยงกับการให้ความสะดวกแก่ผู้ที่กระทำละเมิด ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ใน 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 52 (5) ได้ระบุไว้ว่าการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิแต่

¹⁰ Ibid, 48.

¹¹ Ibid, 58.

เพียงผู้เดียวของผู้อื่นในการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนจะถือว่าเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามกฎหมาย Trademark Law of the People's Republic of China (2001) ฉบับเดิม ประกอบด้วย มาตรา 50 (2) แห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า ปี 2014 ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติม¹² ซึ่งเป็นเรื่องของการจงใจในการอำนวยความสะดวก เช่น การจัดเก็บ การขนส่ง การส่งจดหมายการปิด ฯลฯ เพื่อจุดประสงค์ในการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของบุคคลอื่นในการใช้เครื่องหมายการค้า โดยกฎหมายในมาตรานี้เองที่โจทก์สามารถใช้เป็นฐานในการฟ้องร้องให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายโดยอ้อม (Indirect) ได้ในฐานะที่เป็นบุคคลใด ซึ่งเป็นผู้ที่ให้พื้นที่บนตลาดออนไลน์

ที่ถือได้ว่าเป็นการให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำการละเมิด ในการกระทำที่เป็นการกระทบซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่มีอยู่ในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ซึ่งในประเด็นนี้ส่งผลให้ศาลสามารถที่จะมีเครื่องมือที่ใช้ประกอบการพิจารณาคดี โดยการตีความการกระทำของเว็บไซต์ที่มีการให้ใช้พื้นที่ในเว็บไซต์ซื้อขายออนไลน์ ให้ถือเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ค้าออนไลน์ รวมไปถึงการกระทำในโลกออนไลน์อื่น ๆ ที่กระทำไปเพื่อการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิเหนือเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดแก่แพลตฟอร์มได้ นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมบทบัญญัติการห้ามการกระทำโดย

เจตนาที่จะอำนวยความสะดวกบุคคลอื่นในการกระทำละเมิดในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ได้รับการจดทะเบียนไว้แล้ว ในลักษณะที่เป็นการช่วยเหลือให้บุคคลใดที่ได้ทำการละเมิดต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่มีอยู่เหนือเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 57 (6) Trademark Law of the People's Republic of China (2013) รวมทั้งได้ขยายความการกระทำที่เป็นการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกที่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าต่อไปอีกว่าการกระทำ เช่น การจัดเก็บ การขนส่ง การส่งจดหมาย การพิมพ์ การปิดธุรกิจ หรือแพลตฟอร์มการซื้อขายสินค้าออนไลน์ เป็นต้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 75 แห่งกฎหมาย Regulations for the Implementation of Trademark Law of the People's Republic of China (2014)¹³ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ได้บัญญัติเพื่อรองรับการกระทำละเมิดที่มีหลากหลายรูปแบบโดยมิได้จำกัดเฉพาะความรับผิดชอบการละเมิดเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่ได้มีบทบัญญัติพิเศษที่ให้ความคุ้มครองสิทธิทางแพ่งของพลเมืองทั่วไปจากการกระทำความผิดผ่านผู้ให้บริการในโลกออนไลน์ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นบทกฎหมายปิดปากให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดจากการกระทำละเมิดของตนได้ รวมถึงเป็นบทสันนิษฐานความผิดหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น

¹² Section 50 (2), *Regulations for the Implementation of Trademark Law of the People's Republic of China 2002*.

¹³ Michele Ferrant, "E-commerce Platform: Liability for Trade Mark Infringement Reaction on Chinese Courts' Practice and Remedies against the Sale of Counterfeits on the Internet," (2015) 10:4 *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 255, 260.

ไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหยุดยั้งการละเมิด กล่าวคือ หลังได้รับการแจ้งเตือนจากผู้เสียหาย จากการละเมิดโดยเป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นแล้วผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ละเมิดของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 36 ของกฎหมายลักษณะละเมิด (Tort Law of the People's Republic of China (2009))¹⁴

บทสรุปจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ พบว่า กฎหมายของทั้ง 4 ประเทศนั้นรับรู้ถึงข้อเท็จจริงของการมีอยู่ของการกระทำละเมิดของบุคคล ผู้ซึ่งกระทำความผิดโดยตรงบนแพลตฟอร์มออนไลน์ ซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่ว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสจะต้องมีความรับผิดชอบหรือไม่ จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรดังเช่นประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส และจีนเองต่างก็มีความพยายามที่จะค้นหาวิธีการในทางกฎหมายเพื่อจัดการกับปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลส โดยอาศัยฐานคิดที่แตกต่างกันออกไป 3 แนวทาง คือ 1) การคิดค้นและพัฒนาหลักในเรื่องความรับผิดแบบมีส่วนร่วมดังเช่นศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา 2) การตีความหลักกฎหมายลักษณะละเมิดดังเช่นกรณีของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส และ 3) การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะดังเช่นประเทศจีน ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไป

ว่าประเทศไทยจะใช้แนวทางใดเพื่อให้เกิดช่องทางการเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งได้ในกรณีที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลส แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางที่ 3 กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะดังเช่นประเทศจีนนั้น ไม่เหมาะสมกับประเทศไทยนัก เพราะอาจไม่ครอบคลุมการกระทำที่เป็นความรับผิดชอบลำดับรองในรูปแบบอื่น ๆ เนื่องจากเทคโนโลยีในยุคปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และมีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง ซึ่งก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจในรูปแบบใหม่ ๆ ตลอดเวลา ดังนั้นการกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดเฉพาะการกระทำซึ่งปรากฏอยู่แล้วในปัจจุบัน จึงไม่อาจแก้ปัญหาการละเมิดได้อย่างแท้จริงและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต หากเลือกแนวทางที่ 1 แล้วก็จะเกิดความยุ่งยาก เพราะกฎหมายไทยไม่มีข้อความคิดทางกฎหมายเรื่องความรับผิดแบบมีส่วนร่วมดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาที่อยู่เลย ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะให้ศาลพัฒนาต่อยอดแนวความคิดนี้ แนวทางที่เป็นไปได้และเหมาะสมที่สุดคือการถือการปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องความรับผิดเพื่อการละเมิดสำหรับการกระทำของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสเอง ตามแนวทางของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแก้ปัญหาจึงกระทำได้โดยการปรับใช้บทบัญญัติที่มีอยู่แล้ว โดยให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในการกระทำ

¹⁴ นัฐราชย์ รัตนกิจยนต์, “ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่” (2562) 9:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 46, 53

ของตนเอง ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าศาลจะปรับใช้มาตรา 420 แก่กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบน อีมาร์เก็ตเพลสที่ กระทำลงโดยผู้ขายได้อย่างไร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

2. วิเคราะห์ประเด็นการปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อกำหนดความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นไปได้ที่จะสามารถหยิบยกเพื่อนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์ม อีมาร์เก็ตเพลส คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกฎหมายลักษณะละเมิดมาตรา 420 ที่สามารถนำมาปรับใช้ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการละเมิดโดยตรง (direct infringement) และมาตรา 432 โดยพิจารณานำมาปรับใช้ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าแบบมีส่วนร่วมในการกระทำละเมิด ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

2.1 วิเคราะห์เรื่องการกระทำของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส

ในทางคำรามีคำอธิบายว่าคุณจะต้องรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ในกรณีที่มีการกระทำของบุคคล โดยศาสตราจารย์ ศันท์กรณ์อธิบายว่า การกระทำนั้นมีทั้งด้านบวก (positive) และด้านลบ (negative) โดยในด้านบวกนั้นหมายถึงการลงมือกระทำโดยรู้สำนึก ในขณะที่ด้านลบหมายถึงการไม่กระทำหรืออยู่เฉย ๆ หรือจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การงดเว้น” ดังนั้น การ

ที่จะให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบตามมาตรา 420 ได้ นั้น จะต้องปรากฏว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือการงดเว้นไม่กระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่ง จากการศึกษาของกลุ่มของแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะพบว่าเมื่อศาลวินิจฉัยเรื่องความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส ศาลมักจะพิเคราะห์จากพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบการวินิจฉัย ซึ่งมีทั้งพฤติการณ์ที่เป็นการกระทำและงดเว้นการกระทำ¹⁵

พฤติการณ์ที่เป็นการกระทำ (action) ได้แก่ การเหนี่ยวนำ ชักจูง ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก ให้กับการกระทำต่าง ๆ ที่กระทำลงโดยผู้กระทำละเมิดลำดับแรกให้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้า ให้มีการขายสินค้าเลียนแบบบนเว็บไซต์ของตน ซึ่งเป็นแนวทางที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางเอาไว้ในคดี Inwood นอกจากนั้นหากยังปรากฏว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสยังก่อให้เกิดการแก่ผู้ขายต่อไปโดยที่เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสนั้น ได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ขายกำลังมีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิด พฤติการณ์ที่เป็นการงดเว้นหรือการอยู่เฉย ๆ (omission) ได้แก่ ไม่หยุดการให้บริการแก่ผู้กระทำละเมิดลำดับแรกที่เป็นร้านค้าออนไลน์หากอีมาร์เก็ตเพลสนั้นได้รู้ หรือ มีเหตุอันควรรู้ว่าร้านค้าออนไลน์กำลังละเมิดเครื่องหมายการค้า ประเด็นเรื่องการงดเว้นตามกฎหมายเยอรมันจะเน้นเรื่องหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)¹⁶ และในกรณีของการงดเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเว้นไม่ปฏิบัติจะถือว่าเป็นผิดกฎหมาย

¹⁵ ศันท์กรณ์ โสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2560) 66.

¹⁶ Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law* (Oxon: Routledge, 3rd ed, 2014) 124.

หากมีหน้าที่เฉพาะในการใช้ความระมัดระวัง หรือ มีหน้าที่เฉพาะในการดูแล ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศส เน้นเรื่องการทำหน้าที่ที่จะต้องกระทำ (duty to act) แต่ไม่ได้กระทำ ก็ถือได้ว่าเป็นการงดเว้นเช่นกัน ในเรื่องของการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า บนแพลตฟอร์มออนไลน์และจำเลยมีพฤติการณ์ที่ ถือได้ว่าเป็นการงดเว้น มีตัวอย่างคำพิพากษาของ ศาลฎีกาเยอรมันในคดี Internet – Versteigerung¹⁷ ศาลเน้นย้ำว่าต้องมีการละเมิดหน้าที่ในการตรวจตรา (Monitoring Obligations) โดยให้พิจารณาจาก ลักษณะ (nature) และระดับ (degree) ของหน้าที่ ในการตรวจตรานั้น ศาลพิจารณาประกอบกับ ความเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจและความเป็นไปได้ ทางเทคนิคที่สามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสม ผลจากผู้ที่มีหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งนั่นหมายความว่า ความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเจ้าของ อีมาร์เก็ตเพลสละเลยไม่ตรวจตราการกระทำที่ละเมิด เครื่องหมายการค้า¹⁸ จากแนวคำพิพากษาของศาล เยอรมันในคดี Internet-Versteigerung พบว่า เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องตรวจสอบสินค้าทุกรายการที่วางขายอยู่บนเว็บไซต์ ของตน ศาลได้พิจารณาแล้วตัดสินว่าจะเกิดความ ไม่สมเหตุสมผลขึ้นได้หากจะให้เจ้าของเว็บไซต์

ตรวจตราสินค้าทุกรายการเพื่อหาความเป็นไปได้ในการ ละเมิดเครื่องหมายการค้าก่อนนำมาขายบนเว็บไซต์ แต่อย่างน้อยเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสจะต้องกลั่นกรอง และลบรายการเสนอขายที่เป็นละเมิด ซึ่งระบบกลั่น กรองจะมีความเข้มข้นมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับ ความเป็นไปได้ทางเทคนิค และความสมเหตุสมผลที่ พอจะทำได้ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่าศาลเยอรมันได้ กล่าวถึงความเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจและความเป็น ไปได้ทางเทคนิคของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส ส่วน ผู้ที่จะประเมินว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสได้ปฏิบัติ อย่างถูกต้องแล้วหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของ ศาลเป็นหลัก ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงบริบททางด้านการ พัฒนาทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁹ หาก พิจารณาเปรียบเทียบกับคดีที่เกิดขึ้นในประเทศ สหรัฐอเมริกาที่จำเลยมักเป็นบริษัทที่มีขนาดใหญ่ และมีทรัพยากรที่จำเป็นที่ใช้ในการตรวจตราสอด ส่องการละเมิดเครื่องหมายการค้า²⁰

2.2 วิเคราะห์เรื่องความจงใจหรือประมาท เลินเล่อของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส

โดยหลักแล้วการที่จะมีความรับผิดชอบเรื่อง ละเมิดได้ต้องมีความผิด (fault) เสียก่อน²¹ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่ามี

¹⁷ Internet-Versteigerung I; 173, 188 Tz. 42 - Jugend-gefährdende Medien bei eBay; BGH, Urt. v. 19.4.2007-I ZR 35/04, GRUR 2007, 708 Tz. 45 = WRP 2007, 964.

¹⁸ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, above n 8, 67.

¹⁹ Internet-Versteigerung I, above n 14, 964.

²⁰ ยกตัวอย่างเช่น คดี Tiffany (NJ) Inc. v. eBay ซึ่งเป็นกรณีที่ eBay ได้ใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ในการเฝ้าระวังสินค้าที่ละเมิด เครื่องหมายการค้า เช่น การพัฒนาซอฟต์แวร์ที่เรียกว่า “Fraud Engine” เพื่อค้นหาสินค้าเลียนแบบ หรือการใช้ระบบ Verified Rights Owner Program (VeRO) ซึ่งเป็นระบบการแจ้งเตือนให้ลบเนื้อหา (Notice and Takedown) Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010) at 98.

²¹ อนันต์ จันทร์โอภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด” ใน สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), *รวมบทความในโอกาส ครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์* (กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินติ้งเฮาส์, 2531) 95, 98.

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ประเด็นจึงอยู่ที่ว่าการกระทำใดบ้างของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ที่จะถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องได้รับความเสียหาย ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ทั้งในทางทฤษฎีกฎหมายและในทางปฏิบัติว่าพฤติการณ์แบบใดของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในทางตำราแล้วการกระทำโดยจงใจนั้น ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้อธิบายว่า “จงใจหมายถึงรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าจะเกิดผลหรือความเสียหายแก่เขาแล้ว ก็เป็นจงใจ”²² ศาสตราจารย์ศันันท์กร โสคติพันธ์ อธิบายว่า “การกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึงบุคคลที่ทาละเมิดนั้นมุ่งหมายที่จะก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นด้วยการกระทำของตน”²³ ดังนั้นหากจะให้เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบ จำเลยจะต้องนำเสนอให้ศาลเห็นว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ซึ่งในกรณีนี้คือจะต้องรู้ว่าการให้ผู้ขายใช้แพลตฟอร์มของตนจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าจะทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหายหรือเป็นการเสื่อมสิทธิที่มีอยู่ในเครื่องหมายการค้า หรือเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมุ่งหมายที่จะก่อความเสียหายให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมีความมุ่งหมายให้เจ้าของ

เครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหายหรือเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสคาดหมายได้ว่าการอนุญาตให้ผู้ขายใช้แพลตฟอร์มของตนในการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าจะเกิดผลเสียหายขึ้นกับเจ้าของเครื่องหมายการค้า

ความรู้หรือไม่รู้ของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ในคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา รวมถึงการตีความของศาลเยอรมันซึ่งได้กล่าวถึงเรื่องนี้เอาไว้อย่างชัดเจน แนววินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกานั้นจำเลยจะรับผิดชอบเมื่อ “รู้ หรือ มีเหตุอันควรรู้” ว่ากำลังละเมิดเครื่องหมายการค้าและโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ผู้ขายรายใดกำลังขายสินค้าลอกเลียนแบบ หรือจำเลยมีพฤติการณ์ที่จงใจไม่รับรู้อันถึงการกระทำละเมิด (willful blindness)²⁴ สำหรับประเทศเยอรมันนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงการกระทำโดยจงใจ (Intentional Act) หรือการกระทำโดยประมาท (Negligent Act) เช่นเดียวกับกฎหมายไทย ความรับผิดชอบลำดับรองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยบุคคลที่สามและจะต้องประกอบไปด้วยเจตนาของผู้กระทำละเมิดโดยอ้อมซึ่งได้แก่ อิมาร์เก็ตเพลสที่รู้และประสงค์ถึงองค์ประกอบของการกระทำละเมิด “ความรู้” ในที่นี้เป็นความรู้ถึงว่าสิ่งที่กระทำนั้น เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือหน้าที่ ส่วนคำว่า “จงใจ”

²² ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2553) 8.

²³ ศันันท์กรณ์ โสคติพันธ์, อ้างแล้ว 12, 74-75.

²⁴ ศาลาฎีกาไต้หวันคดี Hard Rock Caf Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc., 955 F.2d 1143 (7th Cir 1992).

ตามกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นพฤติกรรมที่ไม่ปกติ (abnormal behaviour) หรือบุคคลไม่ได้กระทำการบางอย่างที่ควรจะต้องกระทำ²⁵ การยกมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแรกเริ่มนั้นได้ยกขึ้นมาเป็นภาษาอังกฤษ จึงสมควรที่จะใช้ข้อพิจารณาทางประวัติศาสตร์ประกอบการวิเคราะห์ด้วย ศาสตราจารย์ศันันท์กรณ์ ได้กล่าวไว้ “ความจริงในการยกมาตราครั้งแรกผู้ร่างใช้คำว่า intentionally²⁶ ซึ่งหมายถึงความ “ตั้งใจ” แต่ต่อมาเปลี่ยนเป็น wilfully คือ “จงใจ” ด้วยความมุ่งหมายจะให้กว้างกว่าตั้งใจเป็นสำคัญ” ดังนั้น คำว่าจงใจในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงถูกแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “wilfully” ซึ่งกรณีอาจเทียบเคียงได้กับแนววินิจฉัยของศาลเรื่องการจงใจไม่รู้ถึงการกระทำความผิด (willful blindness) ในคดี Hard Rock Caf Licensing v. Concession Services ที่เจ้าของพื้นที่จงใจไม่รับรู้ถึงการกระทำอันเป็นการเลียนแบบที่เกิดขึ้นในบริเวณตลาดที่ตนดำเนินการอยู่ อีกทั้งยังเป็นผู้ประชาสัมพันธ์และร่วมสนับสนุนกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในบริเวณตลาด หรืออาจเป็นกรณีที่มีความสงสัยว่าได้มีการกระทำละเมิดและเจ้าของพื้นที่จงใจไม่ตรวจสอบการกระทำละเมิด

สำหรับกรณีของประมาทเลินเล่ออันประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 276 (2) ว่าบุคคลจะกระทำโดยประมาทหากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร “A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care”²⁷ ส่วนประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติเรื่องประมาทไว้ในมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ที่บัญญัติว่า “Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence”²⁸ คำว่า imprudence ในที่นี้สามารถแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ไม่รอบคอบหรือขาดความระมัดระวัง” Kurt M. Saunders และ Gerlinde Berger-Walliser เห็นว่าประมาทตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น มีความหมายที่ต่างกัน เพราะการใช้ระมัดระวังตามสมควรมีระดับความเข้มข้นที่น้อยกว่าหากเทียบกับความไม่รอบคอบหรือไม่ระมัดระวัง²⁹ ในทางตำรากฎหมายไทยนั้น ศาสตราจารย์ศันันท์กรณ์ โสคติพันธุ์ กล่าวถึงเรื่องประมาทในทางแพ่งไว้ว่า “หมายถึงบุคคลนั้นมิได้ตั้งใจหรือมุ่งหมายให้เขาเสียหาย คือมิได้ตั้งใจต่อผลหรือไม่เล็งเห็นผล แต่ทำไปโดยขาดความระมัดระวัง” โดยต้องเป็น “การไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์”³⁰ ดังนั้น หากต้องการให้เจ้าของอิมาร์เก็ต

²⁵ Art. 1241, *French Civil Code*.

²⁶ ศันันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว 12, 74.

²⁷ Art. 276 (2), *German Civil Code*.

²⁸ Art. 1383, *French Civil Code*.

²⁹ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, above n 8, 62.

³⁰ ศันันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว 12, 78.

เพลสรับผิดฐานละเมิด จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าการอนุญาตให้มีการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มของตนโดยผู้ขายนั้น เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ประเด็นคำถามคือ เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสควรจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างไรในฐานะที่ตนเป็นเจ้าของพื้นที่บนโลกออนไลน์ที่จะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่า อะไรคือวิสัยและพฤติการณ์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ตามกฎหมายไทยการพิจารณาเรื่องประมาทเลินเล่อใช้หลักเดียวกับความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายอาญา ซึ่งมีการอธิบายเพิ่มเติมจากประเด็นเรื่องวิสัยและพฤติการณ์ว่า “ผู้นั้นอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่”³¹ ประเด็นคือพฤติการณ์ใดที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสพึงกระทำเมื่อพบว่าบนแพลตฟอร์มของตนนั้นได้ถูกใช้เป็นพื้นที่สำหรับการละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จากการศึกษาคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศพบว่าพฤติการณ์แห่งคดีที่มีการฟ้องร้องต่อศาลนั้นมีหลากหลายรูปแบบ ซึ่งหากเกิดคดีขึ้นในประเทศไทย ศาลจะต้องพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยส่วนใหญ่แล้วข้อพิพาทที่พบในต่างประเทศมักมีข้อเท็จจริงที่สามารถสรุปได้ ดังนี้

1) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสและเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้รับการแจ้งว่ามีการละเมิดแต่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ระงับการเข้าถึงสินค้าที่เสนอขายหรือลบรายการเสนอขายที่เป็นละเมิด

2) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสแต่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ได้ตรวจตราการละเมิดเครื่องหมายการค้า

3) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสและเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้รับการแจ้งว่ามีการละเมิด เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมีโปรแกรมหรือกระบวนการตรวจสอบสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า

4) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสและเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้รับการแจ้งว่ามีการละเมิด แต่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสยังคงมีบทบาทที่สำคัญในการจำหน่ายสินค้าโดยการจัดหาเครื่องมือทางการตลาดหรือการบริการจัดส่งสินค้าให้ลูกค้าของผู้ขาย และยังคงกระทำการดังกล่าวอย่างต่อเนื่องแม้จะได้รับการแจ้งเตือนจากโจทก์

จากการศึกษาไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาไทยที่เกี่ยวข้องกับความประมาทเลินเล่อของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสโดยตรง มีแต่แนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสที่วินิจฉัยว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสกระทำการโดยประมาทในคดี LVMH v. eBay ซึ่งพฤติการณ์แห่งคดีคือ³²

1) eBay ได้มีส่วนช่วยเหลืออย่างมากในการจำหน่ายและทำการตลาดสำหรับสินค้าลอกเลียนแบบ

2) eBay ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อที่จะทำให้แน่ใจว่าธุรกิจของตนนั้นจะไม่ใช่การประกอบกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอันเป็นการละเมิดสิทธิของบริษัทอื่น

³¹ มาตรา 59, ประมวลกฎหมายอาญา.

³² Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, above n 8, 76.

3) eBay ปฏิเสธที่จะใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อต่อสู้กับการละเมิดเครื่องหมายการค้า

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าศาลไทยมักพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่อโดยยึดโยงอยู่กับสถานะของจำเลย กล่าวคือศาลจะพิจารณาว่าจำเลยคือใครเสียก่อน หากมีกรณีฟ้องร้องกันขึ้นศาลอาจจะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสคือใคร และมีหน้าที่อย่างไร ศาลต่างประเทศมีมุมมองต่อประเด็นเรื่องสถานะของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส เช่น ประเทศฝรั่งเศสมองว่าอิมาร์เก็ตเพลส เป็นมากกว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อย่างเช่นคดี *Herms v. eBay* ที่ศาลฝรั่งเศสเห็นว่า eBay³³ เป็นมากกว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) เพราะยังเป็นผู้ขายทอดตลาดออนไลน์ในเวลาเดียวกัน ซึ่งทำให้ eBay มีหน้าที่ที่จะต้องไม่ให้เว็บไซต์ของตนเป็นพื้นที่สำหรับใช้ไปในทางที่ผิดกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือจะต้องไม่มีสินค้าลอกเลียนแบบขายอยู่บนเว็บไซต์ของตน หน้าที่ของอิมาร์เก็ตเพลสย่อมมีมากกว่าการนำข้อมูลที่เป็นการละเมิดออกจากพื้นที่ให้บริการของตนเมื่อได้รับการแจ้งเตือน แต่ยังคงรวมถึงหน้าที่ในการที่จะทำให้แน่ใจว่าในพื้นที่ให้บริการของตนนั้นจะต้องไม่ถูกใช้ไปในวัตถุประสงค์ที่เป็นการละเมิด กล่าวคือ จะต้องไม่ปล่อยให้ผู้ใช้บริการที่เป็นเจ้าของร้านค้าบนแพลตฟอร์มของตนจำหน่ายสินค้าที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ในทำนองเดียวกับศาลจีนที่วินิจฉัยว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่รู้ (know) หรือควรจะได้รู้ (should have known) ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ได้กระทำการอันใดที่เป็นการละเมิดสิทธิทางแพ่งของบุคคลอื่นต้องใช้มาตรการที่จำเป็นในการป้องกันการกระทำละเมิด ซึ่งหากมิได้ใช้มาตรการที่จำเป็น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรวมถึง อิมาร์เก็ตเพลส อาจต้องร่วมกันรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่เป็นละเมิดที่เกิดจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นด้วย

จากการศึกษาแนววินิจฉัยของศาลต่างประเทศพบว่า อย่างน้อยที่สุดเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส จะต้องดำเนินการบางอย่างเมื่อมีการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มของตนเอง เพราะหากพิจารณาจากลักษณะของการดำเนินธุรกิจจะเห็นได้ว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส เป็นเจ้าของพื้นที่บนโลกออนไลน์ที่เป็นเว็บไซต์ สินค้าต่าง ๆ นั้นถูกนำมาเสนอขายโดยผู้ให้บริการ แม้เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสจะไม่สามารถจับต้องสินค้าได้ทางกายภาพ แต่แพลตฟอร์มนี้ได้รับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการจำหน่ายสินค้าของผู้ให้บริการของตนด้วยการหักส่วนแบ่งจากยอดขายสินค้าทุกชิ้นที่ถูกจำหน่ายอยู่บนแพลตฟอร์ม และขณะเดียวกันตนเองก็ได้เป็นผู้ที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย ประชาสัมพันธ์ แพลตฟอร์มให้เป็นที่รู้จักและเสนอขายสินค้าให้แพร่หลายไปยังผู้ซื้อ ดังนั้น จึงมีหน้าที่ดำเนินการอย่างเหมาะสม โดยมีอาจนิ่งเฉยหรือปล่อยปละละเลยให้มีการกระทำละเมิดต่อเครื่องหมายการค้าได้ต่อไป และจากการศึกษานโยบายที่แพลตฟอร์มได้ประกาศไว้บนหน้าเว็บไซต์พบว่าอิมาร์เก็ตเพลสมักจะกำหนดนโยบายการประกอบธุรกิจว่าตนไม่

³³ Ibid, 79.

สนับสนุนการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายต่าง ๆ รวมถึงการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า และยังได้สร้างกฎเกณฑ์เพื่อให้ผู้ขายที่สมัครเข้าใช้บริการขายสินค้าทราบว่าแพลตฟอร์มไม่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า แต่นั่นก็เป็นเพียงการแสดงออกด้วยลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ในแง่ของการปฏิบัติแพลตฟอร์มจะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะเป็นการลบสินค้าออกจากรายการเสนอขาย ถูกจำกัดการได้รับสิทธิพิเศษของบัญชี บัญชีถูกระงับและยกเลิก หรือแม้แต่ถูกดำเนินคดีทางกฎหมาย แต่นั่นก็เป็นเพียงการปฏิบัติ หลังจากได้รับการแจ้งจากผู้ให้บริการแล้วเท่านั้น จึงอาจไม่เพียงพอที่จะยับยั้งการละเมิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และยังเป็นผลกระทบให้กับเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการที่จะต้องค้นหาการละเมิดด้วยตนเอง ทั้งที่สภาพแวดล้อมของการจำหน่ายสินค้าบน แพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลสนั้นมีผู้ขายสินค้าและจำนวนสินค้าจำนวนมาก

ศาลไทยก็จะต้องมีมโนทัศน์ในทางกฎหมายในแบบเดียวกันนี้ เพียงแต่ในกรณีของประมาทเลินเล่อ นั้นมักเกี่ยวข้องกับมาตรฐานการใช้ความระมัดระวัง มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่ง กรณีของประมาทเลินเล่อ นั้นใช้มาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) ศาลไทยจึงอาจวินิจฉัยโดยใช้มาตรฐานตามอย่างของประเทศเยอรมนีได้ โดยพิจารณาถึงมาตรการที่จำเลยใช้ในการป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าและมาตรการที่ใช้นั้นเพียงพอจนถึงระดับที่ถือว่าจำเลยได้ใช้ความ

ระมัดระวังตามสมควรแล้วหรือไม่ ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาล โดยแท้ที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่

บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า การที่จะให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในฐานะละเมิดและต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น ในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นในเชิงทฤษฎีหรือบรรทัดฐานที่ศาลต่างประเทศได้วางเอาไว้ย่อมรับว่ามีฐานในทางกฎหมายที่จะเรียกให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในทางแพ่งได้ในฐานะที่เป็นผู้ละเมิดลำดับรอง (secondary infringer) เพียงแต่ฐานในทางกฎหมายมีความแตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า ความรับผิดชอบมีส่วนร่วม (contributory liability) ส่วนประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ศาลได้ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อวินิจฉัยถึงการกระทำของจำเลยที่เป็นเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประเทศจีนนั้นบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะเพื่อแก้ปัญหา มีการกำหนดให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสต้องรับผิดชอบหากจงใจให้การอำนวยความสะดวกในการจัดเก็บ ขนส่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์ จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่าสำหรับประเทศไทยแล้ว การพัฒนาหลักความรับผิดชอบมีส่วนร่วมตามอย่างสหรัฐอเมริกาหรือการบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะไม่ใช่แนวทางที่เหมาะสม เนื่องจากเหตุผล

ประการแรกคือกฎหมายไทยไม่มีข้อความคิดทางกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบมีส่วนร่วมนี้อยู่เลยจึงเป็นการยากที่จะให้ศาลพัฒนาต่อขยายแนวคิดนี้หรือการบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะตามอย่างประเทศจีนก็จะเกิดปัญหาเรื่องการคัดเลือกกฎหมายที่จะนำมาแก้ไข แนวทางที่เป็นไปได้และเหมาะสมที่สุดคือการคือ การปรับใช้มาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดสำหรับการกระทำของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสเอง ตามแนวทางของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแก้ปัญหาก็ทำได้โดยการปรับใช้บทบัญญัติที่มีอยู่แล้ว โดยให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าจะปรับใช้มาตรา 420 แก่กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอีมาร์เก็ตเพลสที่กระทำโดยผู้ขายได้อย่างไร

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการปรับใช้มาตรา 420 ในกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้ คำว่า “ผู้ใด” ตามมาตรา 420 ในที่นี้ให้หมายความถึง เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสซึ่งโดยมากแล้วเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนประกอบธุรกิจ คำว่า “จงใจ” ตามมาตรา 420 นี้ อาจหมายถึงพฤติการณ์ในกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้

พฤติการณ์ที่เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสได้ช่วย โฆษณาสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มของตนเองและได้ขยายการโฆษณาสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าไปยังแพลตฟอร์มอื่น ๆ เพื่อเพิ่มจำนวนผู้พบเห็นสินค้า เช่น facebook, Instagram, google โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ละเมิดต่อเครื่องหมายการค้า ซึ่งความรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ในที่นี้ อีมาร์เก็ตเพลสพิจารณาจากราคาสินค้าแบรนด์เนมส์ที่มีราคาต่ำกว่าราคาสินค้าจริงเป็นอย่างมาก เช่น ราคาสินค้าจริงอยู่ที่ 50,000 บาทแต่ราคาสินค้าลอกเลียนแบบอาจอยู่ที่ 2,000 บาท ซึ่งไม่อาจเป็นไปได้เลยว่าจะเป็นสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้การจงใจอาจหมายความรวมถึงเมื่อได้รู้ว่าผู้ค้ารายใดได้มีการจำหน่ายสินค้าที่เป็นสินค้าปลอมที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นจากการร้องเรียนจากผู้ทรงสิทธิเองหรือ

ผู้ซื้อสินค้า แต่เมื่อได้รู้เช่นนั้นแล้วอีมาร์เก็ตเพลสกลับมิได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพียงพอที่จะเป็นการขจัดสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าเพื่อไม่ให้เกิดการจำหน่ายบนแพลตฟอร์มอีกต่อไป รวมไปถึงการที่เมื่ออีมาร์เก็ตเพลสนั้น ได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าบนแพลตฟอร์มของตนนั้นมีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยผู้ขายแล้ว

แต่มิได้มีการตรวจสอบตราสอดส่องพฤติการณ์ในทำนองเดียวกันนี้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อระงับเหตุการณ์ละเมิดนั้น ก็ให้ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องดูแลมิให้แพลตฟอร์มของตนถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำละเมิด เป็นต้น

คำว่า “ประมาทเลินเล่อ” ตามมาตรา 420 ในที่นี้ให้หมายความถึงวิสัยและพฤติกรรมที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง เช่น เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส จัดให้มีกิจกรรมส่งเสริมการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า

การอนุญาตให้ร้านค้าที่จำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าเข้าร่วมกิจกรรมส่งเสริมการขายต่าง ๆ โดยไม่พิจารณาว่าสินค้าเหล่านั้นของผู้ขายเป็นสินค้าที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือไม่ รวมไปถึงถึงพฤติกรรมที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ได้เรียกให้ผู้ขายแสดงหนังสือรับรองความถูกต้องแท้จริงของสินค้าที่นำมาจำหน่ายตั้งแต่ขั้นสมัครเข้าใช้บริการแพลตฟอร์ม เพื่อให้แน่ใจว่าแพลตฟอร์มของตนนั้นจะมีได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการละเมิดเครื่องหมายการค้า

คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” กฎหมายในกรณีนี้คือกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดกฎหมาย ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 หรือมาตรา 108 - 111 ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแน่นอนว่าย่อมมีความเสียหายแก่บุคคลอื่น และบุคคลอื่นในกรณีนี้ก็คือ ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้น ๆ ทั้งที่เป็นผู้ได้รับสิทธิในการจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียวหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิด ทั้งนี้ ศาลอาจพิจารณาจากพฤติกรรมอื่น ๆ ประกอบ โดยต้องมีการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลให้ทันต่อยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งส่งผลให้มีรูปแบบการกระทำละเมิดที่แตกต่าง และหลากหลายมากกว่าในอดีต และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเพื่อส่งเสริมให้มีการดำเนินธุรกิจออนไลน์โดยอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย กล่าวคือ การดำเนินธุรกิจที่เคารพต่อสิทธิที่กฎหมายรับรองของบุคคลอื่น

บรรณานุกรม

- นัฐรัฐย์ รัตนกิจยนต์, “ความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่” (2562) 9:2 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2553).
- ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวได้* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2560).
- อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด” ใน สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เภษมทรัพย์* (กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531).
- Cross, John T, “Contributory Infringement and Related Theories of Secondary Liability for Trademark Infringement,” (1994-1995) 80:2 *Iowa Law Review* 101.
- Michele Ferrant, “E-commerce Platform: Liability for Trade Mark Infringement Reaction on Chinese Courts’ Practice and Remedies against the Sale of Counterfeits on the Internet,” (2015) 10:4 *Journal of Intellectual Property Law and Practice*.
- Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law* (Oxon: Routledge, 3rd ed, 2014).
- Saunders, Kurt M. and Berger-Walliser, Gerlinde, “The Liability of Online Markets for Counterfeit
- Goods: A Comparative Analysis of Second Trademark Infringement in the United States and Europe,” (2011) 32:1 *Northwestern Journal of International Law and Business*.
- S. Wang and N. P. Archer, “Electronic Marketplace Denition and Classication: Literature Review and Clarications,” (2007) 1:1 *Enterprise Information Systems*.

