

บทที่ 5

รูปแบบกฎหมายในการคุ้มครองโดเมนเนมและองค์กรในการกำกับดูแล

1. หลักในกฎหมายไทยที่อาจนำมาพิจารณา

ปัจจุบันในหลายประเทศได้มีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อินเดีย สิงคโปร์ เกาหลีใต้ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น สำหรับประเทศไทยกำลังอยู่ในคณะกรรมการร่างกฎหมายและจะประกาศเป็นกฎหมายในอีกไม่นานซึ่งมีบางฉบับก็ได้ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของไทยตามโครงการของรัฐบาลมีอยู่ 6 ฉบับ ได้แก่¹

1. ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
2. ร่างพระราชบัญญัติลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์
3. กฎหมายว่าด้วยเรื่องอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์
4. กฎหมายว่าด้วยเรื่องการเงินทางอิเล็กทรอนิกส์
5. กฎหมายว่าด้วยเรื่องคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
6. ลำดับของรัฐธรรมนูญมาตรา 78

อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ยังไม่มีขอบเขตที่ครอบคลุมถึงเรื่องโดเมนเนม ดังนั้นการพิจารณาถึงแนวทางกฎหมายในเรื่องนี้จึงอาจต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่มีอยู่เดิมที่อาจเกี่ยวข้องและสามารถเป็นรากฐานสำหรับการวางหลักในเรื่องโดเมนเนมได้ หลักในกฎหมายไทยที่น่านำมาพิจารณาในส่วนนี้ได้แก่

1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18

บทบัญญัติในมาตรา 18 เป็นเรื่องสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคล ซึ่งวางหลักว่า หากมีบุคคลอื่นโต้แย้งหรือผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียผลประโยชน์เพราะมีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดยไม่ได้รับอำนาจให้ใช้ ผู้เป็นเจ้าของนามอาจเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายหรืออาจร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามได้

คำว่า "การใช้ชื่ออันชอบที่จะใช้ได้" จะหมายถึงการใช้นามในลักษณะใดนั้น ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาที่ 950/2525 โดยศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่าไว้ว่า "สิทธิของเจ้าของนามที่จะใช้นามตามมาตรา 18 นั้น หมายความว่า นามหรือชื่อของบุคคลที่มีชื่อตามสภาพบุคคล เช่น ชื่อตัว ชื่อสกุล ตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505 อันเป็นสิทธิตามสภาพบุคคล เพื่อจำแนกบุคคล

¹ "กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ," Internet Magazine, ปีที่ 5 ฉบับที่ 7(49) (กรกฎาคม 2543) : หน้า 44-45.

อันเป็นสิทธิในครอบครัวยุติธรรมอันอาจโอนกันได้ เป็นคนละเรื่องกับสิทธิในกองทรัพย์สิน เช่น สิทธิในชื่อทางการค้า นามปากกา อันอาจโอนกันได้ จำหน่ายได้ มาตรา 18 อยู่ในลักษณะบุคคลธรรมดา แต่ถ้าเป็นปัญหาเกี่ยวกับชื่อนิติบุคคลว่าเป็นนิติบุคคลใด ก็คงอนุโลมใช้มาตรา 18 นี้ได้ กฎหมายเยอรมันอนุโลมใช้บทบัญญัติทำนองมาตรา 18 นี้แก่นิติบุคคล"

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาในมาตรา 67 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงได้เฉพาะแก่นบุคคลธรรมดาเท่านั้น"

ดังนั้น การใช้มาตรา 18 จึงน่าจะตีความโดยกว้างว่า ใช้ได้ทั้งกรณีชื่อบุคคลธรรมดา ชื่อนิติบุคคลและชื่อทางการค้า ไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม หากมีบุคคลอื่นมาใช้ชื่อนั้นโดยไม่มีสิทธิจะใช้ ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ ผู้เป็นเจ้าของชื่อก็สามารถโต้แย้งสิทธิได้ทันที²

ส่วนการนำชื่อของบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลไปจดทะเบียนโดเมนเนมนั้น อาจถือได้ว่าเป็นการใช้ชื่อนามในรูปแบบหนึ่ง เช่นเดียวกับการใช้เป็นชื่อทางการค้าหรือการใช้ในลักษณะอื่น ๆ การดำเนินคดีต่อผู้นำชื่อบุคคลอื่นมาจดทะเบียนโดเมนเนมจึงอาจอยู่ในขอบเขตของมาตรา 18 ได้

เนื่องจากตามมาตรา 18 นี้ต้องเป็นการเสื่อมเสียประโยชน์เพราะมีผู้อื่นมาใช้ชื่อนามเดียวกัน ดังนั้น ฝ่ายโจทก์ผู้กล่าวหาจึงมีภาระจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การใช้ชื่อนามดังกล่าวทำให้ตนต้องเสื่อมเสียประโยชน์ โดยการเสื่อมเสียดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายที่เป็นเงินทอง เพียงแต่เป็นการเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือเกียรติคุณก็พอ³

การนำมาตรา 18 มาปรับใช้กับปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมจึงอาจแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้คือ

1. การจดทะเบียนโดเมนเนมโดยใช้ชื่อบุคคลธรรมดา ชื่อนิติบุคคลหรือชื่อทางการค้าไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนหรือไม่ หากก่อให้เกิดการเสื่อมเสียประโยชน์แก่เจ้าของนาม ก็อาจนำมาตรา 18 มาใช้ได้โดยตรงหากมีการตีความถึงขอบเขตของมาตรา 18 ดังที่ได้ยกมา ส่วนการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสื่อมเสียนั้น อาจเป็นการเสนอขายสินค้าบริการภายใต้โดเมนเนมหรือนำเสนอเนื้อหาที่เป็นการเสื่อมเสียต่อเจ้าของชื่อก็ได้

2. การจดทะเบียนโดเมนเนมที่ไม่ใช่ชื่อบุคคลธรรมดา ชื่อนิติบุคคลหรือชื่อทางการค้า เช่น ชื่อความในการประกอบการค้าหรือเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้สร้างขึ้นจากชื่อของบุคคล กรณีดัง

² อรรถพรณ พนัสพัฒนา, "การให้ความคุ้มครองชื่อทางการค้า (Tradename) ในประเทศไทย," บททัศนคติฯ เล่ม 52 ตอน 3 (กันยายน 2539) : หน้า 118.

³ อ้างถึงใน จักรพงษ์ เล็กสกุลไทย, "ฎีกาวิเคราะห์ : การเลียนแบบชื่อทางการค้า (มาตรา 18) ละเมิดใช้สิทธิให้เกิดความเสียหาย," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 2 : หน้า 195-196.

กล่าวนี้จะไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 18 เนื่องจากมาตรา 18 เป็นการให้ความคุ้มครองถึง "สิทธิในการใช้ชื่อ" ดังนั้น เมื่อนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทโดเมนเนมจึงควรตีความโดยหลักเดียวกัน

ข้อสังเกตคือ กรณีการจดทะเบียนโดเมนเนมโดยใช้เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้สร้างจากชื่อบุคคลหรือชื่อทางการค้า แม้จะไม่อยู่ในขอบข่ายของมาตรา 18 แต่ก็อาจได้รับความคุ้มครองตามหลักในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ประกอบกับการใช้หลักเชื่อมโยงได้

ดังนั้น จึงอาจนำหลักในมาตรา 18 มาปรับใช้กับปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมที่เป็นกรณีการใช้ชื่อของบุคคลหรือชื่อทางการค้าเป็นโดเมนเนมได้

1.2 หลักกฎหมายเรื่องละเมิด

โดยทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดที่ถือเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 จะประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการคือ

- 1) เป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย
- 2) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 3) การกระทำนั้นเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียหาย

นอกจากนี้ การกระทำที่จะถือว่าเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียหายนั้น ต้องเป็นการทำให้เสียหายต่อประโยชน์ หรือสิทธิตามกฎหมาย หรือสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองเท่านั้น หลักดังกล่าวนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 386/2539 ตัดสินเป็นแนวทางไว้ว่า การกระทำละเมิดนั้นต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายต่อสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่ตามกฎหมาย เมื่อไม่มีกฎหมายคุ้มครองประโยชน์ที่โจทก์ต้องการ จึงไม่เป็นสิทธิที่มีตามกฎหมาย หากอัยการบังคับเหนือคนทั่วไปได้ไม่ การกระทำของจำเลยที่ผลิตไฟฉายรูปกระบอกเป็นเกลียวอย่างเดียวกับสินค้าไฟฉายของโจทก์หาเป็นการละเมิดต่อโจทก์ไม่⁴

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของหลักละเมิดในมาตรานี้ หากจะนำมาปรับใช้กับการจดทะเบียนโดเมนเนมจะมีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ⁵

1.การจดทะเบียนโดเมนเนมหรือการใช้โดเมนเนมดังกล่าว ถือเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยใช้โดเมนเนมในฐานะที่เป็นชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้าหรือไม่ และ

⁴ ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, "การคุ้มครองทางกฎหมายของโดเมนเนม (Domain Name) บนอินเทอร์เน็ต," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2542) : หน้า 34.

⁵ เรื่องเดียวกัน.

2. การจดทะเบียนหรือการใช้โดเมนเนมดังกล่าวทั้งของผู้ยื่นจดทะเบียนและผู้รับจดทะเบียน เป็นการละเมิดสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองหรือไม่

การใช้มาตรา 420 เพื่อแก้ปัญหาโดเมนเนมนั้น หลักสำคัญอยู่ที่ว่า ต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครอง จึงจะถือเป็นการละเมิดอันอยู่ในความคุ้มครองตามมาตรา 420 นี้ ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาในการใช้มาตรา 420 ประกอบกับหลักเรื่องอื่น ๆ ด้วยเสมอ

สำหรับกรณีการใช้มาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 18 หลักในมาตรา 18 เป็นการคุ้มครอง "สิทธิในการใช้ชื่อ" ของบุคคลธรรมดา ชื่อนิติบุคคลและชื่อทางการค้า ดังนั้น การฟ้องร้องผู้จดทะเบียนโดเมนเนมเนื่องจากการละเมิดสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับคุ้มครองตามมาตรา 18 นี้ จึงอาจที่จะกระทำได้

ส่วนการพิจารณาถึง "สิทธิในเครื่องหมายการค้า" นั้น เนื่องจากสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิที่มีการรับรองคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะเรื่องอยู่แล้ว นั่นคือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ดังนั้นจึงไม่นำหลักละเมิดซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาใช้อีก

อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีการฟ้องร้องในเรื่องละเมิดสิทธิในชื่อทางการค้านั้น หากพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวข้างต้นเป็นละเมิดได้จริง การที่จะฟ้องร้องให้หน่วยงานที่รับจดทะเบียนคือ InterNIC หรือ THNIC เป็นผู้รับผิดชอบและใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิด ก็ต้องพิสูจน์ว่าหน่วยงานทั้งสองจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องร้องเป็นสำคัญ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะเป็นไปได้ยาก เนื่องจากหน่วยงานทั้งสองไม่ใช่ผู้ทำละเมิดโดยตรง ซึ่งเทียบเคียงได้จากคดีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นที่สหรัฐอเมริกาในคดีระหว่าง Lockheed Martin Corporation และ NSI⁶ ที่ศาลวางหลักว่า ผู้รับจดทะเบียนโดเมนเนมไม่ใช่ผู้มีส่วนร่วมในการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า เนื่องจากการละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการใช้ในลักษณะที่เป็นการละเมิดจริง ๆ เท่านั้น

การฟ้องร้องต่อผู้จดทะเบียนโดเมนเนมซึ่งเป็นผู้นำชื่อทางการค้ามาใช้ จึงมีความเป็นไปได้มากกว่าการฟ้องร้องผู้รับจดทะเบียน

ดังนั้น การจะนำหลักเรื่องละเมิดมาปรับใช้กับข้อพิพาทโดเมนเนมจึงสามารถกระทำได้ในกรณีการใช้ชื่อทางการค้าของบุคคลเป็นโดเมนเนม และสำหรับกรณีการใช้ชื่อเครื่องหมายการค้าเป็นโดเมนเนมก็อาจนำมาปรับใช้ได้เช่นเดียวกันหากศาลไทยได้กำหนดถึงจุดเชื่อมโยงในการพิจารณาให้ถือเป็นการใช้เสมือนเป็นเครื่องหมายการค้าอย่างกรณีศาลสหรัฐอเมริกา

⁶ ดู Lockheed Martin Corporation Plaintiff-Counter-Defendant-Appellant, D.C.No. 9756734 V. Network Solutions, Inc., Defendant-Counter-Claimant-Appellee.

อย่างไรก็ตาม หากศาลได้นำหลักในมาตรา 420 มาปรับใช้แก่กรณี ก็อาจมีปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ของฝ่ายโจทก์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งในทางปฏิบัติน่าจะยากพอสมควร

1.3 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272

ฐานความผิดเรื่องการลวงขายนี้ เป็นการนำเอาชื่อ รูป รอยประติษฐ์ หรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้หรือทำให้ปรากฏเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น การนำความผิดในฐานนี้มาใช้จึงขึ้นอยู่กับการศึกษาว่า โดเมนเนมที่จดทะเบียนเป็นชื่อทางการค้าหรือข้อความที่ใช้ประกอบการค้าตามนัยแห่งมาตรานี้หรือไม่

เรื่องชื่อทางการค้านี้มีความใกล้ชิดกับชื่อนิติบุคคลพอสมควร ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2535 ของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้กล่าวถึงชื่อนิติบุคคลและชื่อทางการค้าไว้ว่า “ชื่อนิติบุคคลแตกต่างจากชื่อในทางการค้า เนื่องจากชื่อนิติบุคคลอาจไม่ใช่ชื่อในทางการค้าก็ได้ และชื่อในทางการค้าก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ”

ชื่อนิติบุคคลเป็นชื่อของบุคคลที่ก่อตั้งโดยผลของกฎหมาย ซึ่งมักจะมีคำที่บ่งบอกถึงนิติฐานะของนิติบุคคลนั้นอยู่ด้วย และชื่อนิติบุคคลนี้อาจนำมาใช้ในการประกอบการค้าด้วยก็ได้ ดังนั้นก็จะมีฐานะเป็นชื่อทางการค้าด้วย

ชื่อทางการค้านั้นมีความหมายได้ 2 นัยคือ ความหมายอย่างแคบและความหมายอย่างกว้าง นัยความหมายอย่างแคบจะรวมอยู่ในกฎหมายเครื่องหมายการค้า คือเป็นชื่อของกิจการหรือชื่อของบริษัท นัยความหมายอย่างแคบนี้ นอกจากจะปรากฏอยู่ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้วยังปรากฏรวมอยู่ในกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ด้วย เช่น กฎหมายบริษัทจำกัด เป็นต้น ส่วนนัยความหมายอย่างกว้างจะคุ้มครองชื่อทางการค้าโดยรวมถึงประโยชน์อันเกิดขึ้นหรือพึงมีพึงได้จากการใช้ชื่อทางการค้าหรือในธุรกิจ หลักสำคัญในการคุ้มครองคือ ชื่อดังกล่าวต้องมีการใช้มาแล้วจนเป็นที่แพร่หลายในกิจการนั้น ๆ⁷

สำหรับประเทศไทยไม่มีกฎหมายคุ้มครองชื่อทางการค้าโดยเฉพาะ แต่จะให้ความคุ้มครองตามมาตรา 272 นี้ และเนื่องจากเป็นกฎหมายอาญา ดังนั้น การตีความด้วยทฤษฎีกฎหมายจึงต้องกระทำอย่างเคร่งครัด (Nullum Crimen, Nulla Poena Signe Lege) การจะตีความให้โดเมนเนมซึ่งเป็นเพียงระบบในการแปลงข้อมูลจากระบบตัวเลขโรมันมาเป็นตัวอักษรโรมันเพื่อใช้ในการติดต่อ

⁷ สุรธรรม อยู่ในธรรม, “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชื่อทางการค้า,” วารสารกฎหมาย ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 : หน้า 185-186.

สื่อสารบนอินเทอร์เน็ตมาเป็นชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือชื่อทางการค้าจึงไม่น่าจะกระทำได้ เว้นแต่จะมีการใช้ในลักษณะที่เข้าข่ายตามที่กฎหมายกำหนด^๘

อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่า แม้ไม่อาจถือได้โดยตรงว่าโดเมนเนมเป็นชื่อทางการค้า แต่ตามมาตรา 272 นี้เป็นการคุ้มครองถึงการ "เอาชื่อหรือข้อความใด ๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้...เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น" ดังนั้น การนำชื่อทางการค้าของบุคคลอื่นมาใช้ในส่วน URL address ของเว็บไซต์ จึงน่าจะถือเป็นการใช้ชื่อทางการค้าตามความหมายของมาตรานี้ได้

ส่วนการใช้ดังกล่าวจะเป็นกรณีที่อยู่ในความคุ้มครองของมาตรา 272 หรือไม่ จะแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีคือ

1. การนำชื่อทางการค้าหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาจดทะเบียนโดเมนเนมเพื่อใช้ในทางการค้า เช่น นำมาใช้กับเว็บไซต์ที่ดำเนินธุรกิจ เช่นนี้ย่อมเป็นกรณีที่อาจนำมาตรา 272 มาปรับใช้ได้โดยตรงเนื่องจากการใช้ที่ทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น

2. การนำชื่อทางการค้าหรือข้อความในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาจดทะเบียนโดเมนเนมเพื่อใช้ในทางอื่นที่ไม่ใช่ทางการค้า เช่น การใช้กับเว็บไซต์ที่เป็นภาพหรือการนำเสนอเรื่องใดๆ ที่ไม่เกี่ยวกับธุรกิจ การใช้ในลักษณะดังกล่าวจะไม่อยู่ในขอบข่ายของมาตรา 272 เนื่องจากความผิดตามมาตรานี้จะต้องเป็นการใช้ในทางการค้าเท่านั้น

ดังนั้น กรณีพิพาทโดเมนเนมที่เกิดจากการนำชื่อทางการค้าของบุคคลอื่นมาใช้จึงอาจอาศัยการคุ้มครองตามหลักในมาตรา 272 ได้หากเป็นการใช้ในทางการค้า

1.4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 108, 109

เป็นการกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร ประเด็นในการพิจารณาตามความผิดส่วนนี้คือ การนำเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นไปจดทะเบียนโดเมนเนมจะถือเป็นการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายนี้หรือไม่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพิจารณาว่า โดเมนเนมเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่

ความแตกต่างระหว่างเครื่องหมายการค้าและโดเมนเนมในจุดที่สำคัญมีดังนี้^๙

^๘ ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, "การคุ้มครองทางกฎหมายของโดเมนเนม (Domain Name) บนอินเทอร์เน็ต," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2542) : หน้า 37.

^๙ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-39.

1) เครื่องหมายการค้าจะใช้กับสินค้าเพื่อทำหน้าที่บ่งชี้แยกแยะให้กับผู้บริโภค แต่โดเมนเนมไม่ได้ใช้กับสินค้า เพราะเป็นเพียงระบบการจดทะเบียนซึ่งใช้ทำหน้าที่เป็น IP address มิได้สร้างขึ้นเพื่อให้ใช้บ่งชี้แหล่งกำเนิดของสินค้าบริการแต่อย่างใด

2) ความคุ้มครองของเครื่องหมายการค้า โดยหลักจะขึ้นอยู่กับการจดทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ ส่วนความคุ้มครองโดเมนเนมขึ้นอยู่กับการจดทะเบียนกับหน่วยงานของเอกชน ซึ่งไม่มีความคุ้มครองทางกฎหมายแต่อย่างใด ระบบจดทะเบียนที่แยกกันนี้ ก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้นเนื่องจากเกิดช่องว่างในการนำเครื่องหมายการค้าไปจดทะเบียนโดเมนเนม ซึ่งยังไม่มีหลักที่แน่ชัดในการกำหนดความผิด

3) ระบบการจดทะเบียนของเครื่องหมายการค้ามีหลักเกณฑ์พิจารณาหลายประการ เช่น ในเรื่องความเหมือนคล้าย ลักษณะบ่งเฉพาะ การสละสิทธิในคำสามัญ เป็นต้น ขณะที่ระบบการจดทะเบียนโดเมนเนมไม่มีหลักเกณฑ์เหล่านี้เลย

4) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอาจเป็นได้ทั้งรูปภาพหรือคำ ตัวเลขที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ จึงมีความกว้างขวางกว่าการจดทะเบียนโดเมนเนม ซึ่งจะมีได้ในรูปแบบตัวอักษรเท่านั้น

หากเปรียบเทียบลักษณะของโดเมนเนมกับเครื่องหมายการค้า ก็อาจสรุปได้อย่างชัดเจนว่า โดเมนเนมไม่เป็นเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ การใช้โดเมนเนมไม่ใช่เรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่ได้มีการนำไปติดกับสินค้าโดยตรง จึงไม่ใช่การทำละเมิดต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้า เว้นแต่ศาลไทยจะวางแนวทางในการวินิจฉัยว่า การใช้โดเมนเนมในลักษณะใดจะถือเป็นการใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าเช่นกรณีศาลสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ฟ้องผู้จดทะเบียนโดเมนเนมในเรื่องละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าจึงอาจไม่ได้รับประโยชน์จากสองมาตรานี้หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดไว้โดยตรง

ศาลในสหรัฐอเมริกาได้แก้ปัญหานี้โดยหาจุดเชื่อมโยงในการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้ากรณีตัวอย่างที่ได้ยกมาในบทที่ 3 นั่นคือ กำหนดลักษณะการใช้โดเมนเนมที่ถือเป็นการใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าโดยไม่จำเป็นต้องมีการนำเครื่องหมายไปติดกับสินค้าโดยตรง และเมื่อข้อเท็จจริงเข้าหลักเป็นการใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าแล้ว จึงนำกฎหมายเครื่องหมายการค้ามาใช้กับกรณีพิพาท

ดังนั้น หากศาลไทยจะนำพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาใช้ในการแก้ปัญหาข้อพิพาท โดเมนเนมกรณีที่มีการนำชื่อเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการมาใช้จึงอาจที่จะกระทำได้ หากใช้ประกอบกับจุดเชื่อมโยงตามแนวทางของศาลสหรัฐอเมริกา

2. หลักสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายกำกับดูแล

2.1 หลักสุจริต

หลักสุจริต หมายถึงความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี หลักนี้เป็นหลักดั้งเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายโรมัน ซึ่งปัจจุบันได้เป็นหลักสามัญที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยถือว่า ในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่บุคคลจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน

จากการพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่า หลักสุจริตมีการนำไปใช้ในความหมายที่แตกต่างกันเป็น 2 ประการ คือ¹⁰

1) หลักสุจริตทั่วไป

หลักสุจริตทั่วไปมีอยู่ในหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 ที่ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนจะต้องกระทำโดยสุจริต” คำว่า “สุจริต” ในที่นี้มีความหมายทั่วไปกว้าง ๆ เป็นมาตรฐานที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของบุคคลในกรณีต่าง ๆ ว่าพฤติกรรมเหล่านั้นอยู่ในขอบข่ายที่กฎหมายจะสนับสนุนหรือไม่

ความหมายของคำว่าสุจริตจึงกว้างขวางมาก ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของแต่ละข้อเท็จจริง จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะต้องตีความ ใช้ดุลพินิจในการใคร่ครวญเพื่อให้ได้ผลที่ถูกต้องและเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีและต่อสังคมด้วย การที่กฎหมายยุติธรรมมีเนื้อความไม่ชัดเจน ไม่สามารถให้ความหมายชัดเจนไว้ล่วงหน้าได้ก็เนื่องจากต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้น แล้วจึงอาศัยวิจรรณญาณดุลพินิจของผู้ตัดสินประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น นำไปวินิจฉัยขอบเขตของหลักสุจริตนั่นเอง

จึงเห็นได้ว่าเรื่องความสุจริตของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในทางกฎหมาย เมื่อมีการบัญญัติไว้ดังนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า หลักสุจริตเป็นหลักที่เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายแพ่งของทุกประเทศ ความสุจริตของบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรู้และมีการพิจารณาให้ความคุ้มครองได้

2) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง

หลักสุจริตเฉพาะเรื่องเป็นหลักที่แยกย่อยมาจากหลักสุจริตทั่วไป หลักนี้มีแทรกอยู่ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งอาศัยกรณีแวดล้อมที่ต่างกันออกไป

หลักสุจริตนี้จึงอาจมีอยู่ในกฎหมายแพ่งต่าง ๆ นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้กฎหมายนั้นสามารถคำนวณความยุติธรรมได้อย่างทั่วถึงโดยอาศัยข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ตัดสินที่ต่างกันไป

¹⁰ สมยศ เชื้อไทย, วิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปตามแนวคำสอนของดร.ปรีดี เภมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2534), หน้า 122.

2.2 หลักกฎหมายรูปแบบเฉพาะ (Sui Generis)

เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของไทยในปัจจุบันในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่โดเมนเนมยังไม่ปรากฏแน่ชัด แต่หากให้มีการคุ้มครองภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือกฎหมายอื่นๆ ที่มีอยู่อาจไม่เหมาะสมเท่าที่ควร เนื่องจากเรื่องโดเมนเนมเป็นปัญหาที่มีลักษณะแตกต่างไปจากปัญหากฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งเห็นได้ชัดในเรื่องเขตอำนาจศาล ดังนั้นจึงควรมีกฎหมายรูปแบบเฉพาะใช้กับกรณีนี้โดยตรง

นอกจากนี้ หากใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่กับปัญหาเหล่านี้ อาจเป็นการทำให้หลักเดิมที่มีอยู่ต้องบิดเบือนไป อย่างไรก็ตาม การนำหลักเกณฑ์บางประการของกฎหมายเหล่านี้มาเป็นหลักในกฎหมายใหม่เป็นสิ่งที่น่าพิจารณา เนื่องจากโดเมนเนมและเครื่องหมายการค้ามีลักษณะบางประการที่ใกล้เคียงกันซึ่งทำให้สามารถใช้หลักบางเรื่องร่วมกันได้

การนำกฎหมายรูปแบบเฉพาะมาใช้ในกรณีนี้จึงเป็นการนำหลักที่มีอยู่เดิมและหลักใหม่ มารวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่เพื่อใช้สำหรับการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนม รายละเอียดของหลักแต่ละหลักที่นำมาใช้ ได้แสดงไว้ในส่วนบทที่ 6 ของวิทยานิพนธ์นี้

2.3 หลักการปกป้องคุ้มครองสิทธิในอินเทอร์เน็ต

จากการอภิปรายในเวทีสากลได้มีการพิจารณาประเด็นที่ว่า จะสามารถวางหลักกำกับเนื้อหาสาระต่าง ๆ บนอินเทอร์เน็ตได้หรือไม่ และทำได้เพียงใด ได้มีการกำหนดขอบข่ายในการคุ้มครองทั้งในเรื่องสิทธิ ผลประโยชน์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตและของสาธารณชนในหัวข้อดังนี้

1. หลักการของสหภาพยุโรป (European Community)¹¹

สหภาพยุโรปได้เสนอแผนการดำเนินการ (Action Plan) ในการส่งเสริมการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างปลอดภัย ได้มีการมุ่งประเด็นพิจารณาในหัวข้อเรื่องดังต่อไปนี้

- 1) ความปลอดภัยของชาติ (National Security) เช่น ในเรื่องวิธีการทำระเบิด การผลิตยาที่ผิดกฎหมาย ความเคลื่อนไหวของผู้ก่อการร้าย
- 2) การคุ้มครองผู้เยาว์ (Protection of minor) เช่น การหาประโยชน์ทางการตลาด การใช้ความรุนแรง การถ่ายภาพอนาจาร
- 3) การคุ้มครองศักดิ์ศรีของมนุษย์ (Protection of human dignity) ได้แก่ การยุยงให้เกิดความเกลียดชังระหว่างชนชาติหรือการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับชนชาติ
- 4) ความปลอดภัยทางเศรษฐกิจ (Economic security) ได้แก่ การฉ้อโกง การลักลอบใช้บัตรเครดิต

¹¹ Charles Clark, "Net Law : A Cyberspace Agenda for Publishers : NETLAW FIVE," The Journal of World Intellectual Property, vol.3 no.1 (January 2000) : pp.113-114.

- 5) ความปลอดภัยด้านข้อมูลข่าวสาร (Information security) เช่น การ hacking ข้อมูล
- 6) การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว (Protection of Privacy) เช่น การให้ข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต การคุกคามผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์
- 7) การคุ้มครองชื่อเสียง (Protection of reputation) เช่น เรื่องการหมิ่นประมาท การโฆษณาเปรียบเทียบโดยผิดกฎหมาย
- 8) ประเด็นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา

และจากการรับรองในเรื่องข้อข้อยกเว้นของแผนการดำเนินการดังกล่าวเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 1998 ในฐานะเป็น Council of Decision ได้มีการเสนอมาตรการที่ใช้เป็นแนวทางสำหรับช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม มกราคม 1999 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2002 โดยมีหลักดังนี้

1) สร้างความปลอดภัยสำหรับกฎเกณฑ์กำกับดูแลตนเองของภาคอุตสาหกรรม (Creating a safe environment through industry self-regulation)

โดยการส่งเสริมความคิดริเริ่มในการสร้างกฎเกณฑ์สำหรับตนเองและประมวลทางปฏิบัติ (Code of conduct) ซึ่งได้พบว่า การใช้โทรศัพท์สายตรง (hotline) เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการรวบรวมเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ข้อมูลที่รวบรวมได้นี้จะนำไปใช้ป้องกันการแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้ อาจออกกฎหมายบังคับใช้เรื่องการจัดตั้งเครือข่ายโทรศัพท์สายตรง

2) พัฒนาระบบการกลั่นกรองและจัดอันดับ (Filtering and rating systems)

มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ผู้ใช้มีเครื่องมือในการปกป้องตนเองจากเนื้อหาสาระที่ไม่ต้องการ การดำเนินงานจะเน้นที่ความถูกต้องตามกฎหมายของระบบจัดอันดับในส่วนที่สัมพันธ์กับผู้จัดทำเนื้อหาสาระ การรวบรวมการจัดอันดับเข้าสู่กระบวนการสร้างเนื้อหาและประโยชน์ การแก้ปัญหาทางเทคนิคและการจัดการระบบจัดอันดับของบุคคลที่สาม และเพื่อให้การแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพจะใช้แนวคิดใหม่ ๆ ในการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับระบบจัดอันดับ

3) ส่งเสริมการสร้างจิตสำนึก (Encouraging awareness action)

โดยการวางรากฐานการสร้างจิตสำนึกขึ้นในรัฐสมาชิก โดยจะระดมหน่วยงาน แนวทาง สื่อและเนื้อหาที่เหมาะสมที่สุดในการเข้าถึงผู้ใช้ ให้มีการกำหนดเนื้อหาพื้นฐานและปรับเปลี่ยนให้เข้ากับเฉพาะทางภาษาและวัฒนธรรม ในการส่งเสริมแบบเต็มรูปแบบจะกระทำโดยการวางโครงสร้างขึ้นเพื่อให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตาม

4) ใช้วิธีการเสริม (Support action)

เนื่องจากไม่มีวิธีการใดวิธีเดียวที่จะมีประสิทธิภาพในการปรับปรุงความสามารถในการปกป้องตนเองและบรรลุวัตถุประสงค์ตามแผน จึงต้องมีวิธีการพิเศษเพื่อประเมินผลกระทบของมาตรการ ประเมินการบังคับใช้กฎหมายและการใช้แนวคิดในทางสากลที่คล้ายคลึงกัน

2. หลักการของ Bertelsmann Foundation และแนวคิดของ INCORE¹²

ในเดือนกันยายน 1999 กองทุน Bertelsmann ได้ร่วมกับ INCORE จัดการประชุมขึ้นที่เมืองมิวนิค ประเทศเยอรมนี ได้ข้อสรุปว่า การจัดการปัญหาที่ซับซ้อนนี้ไม่อาจกระทำได้โดยลำพัง แต่จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างกัน ดังนั้น จึงมีการจัดทำ Self-Regulation of Internet Content ซึ่งมีที่มาจากกรอบการอภิปรายของผู้ชำนาญการเครือข่าย (Expert network) และจัดทำเอกสารที่มีที่มาจากการทำงานรายงานใน 4 เรื่องคือ

- 1) แนวคิดเรื่องกฎเกณฑ์กำกับดูแลตนเองและอินเทอร์เน็ต
- 2) การกลั่นกรองสื่ออินเทอร์เน็ต
- 3) ประเด็นเรื่องโทรศัพท์สายตรง
- 4) กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและกฎเกณฑ์กำกับดูแลตนเอง

กองทุน Bertelsmann และ INCORE ยังได้กำหนดวาระการประชุมสำหรับขั้นตอนนี้ของนโยบายการร่วมมือด้วย โดยยึดถือแนวคิดในการดำเนินงานที่ว่า ไม่มีวิธีการใดวิธีเดียวที่จะเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาได้ วิธีการที่ใช้จะต้องเป็นระบบ สามารถปรับเปลี่ยนได้และตอบรับต่อความต้องการของสาธารณชนและประเทศต่าง ๆ โดยอยู่ในกรอบที่ยังคงส่งเสริมเรื่องการสื่อสารสิ่งที่ต้องคำนึงก็คือ การใช้วิธีการดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือในระดับนานาชาติด้วย

การใช้วิธีการที่เป็นระบบในลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์กำกับดูแลตนเองเป็นทางเลือกที่น่าพิจารณา เนื่องจากเหมาะกับนานาประเทศซึ่งมีความแตกต่างกันในเรื่องระบบกฎหมาย

จึงกล่าวได้ว่า การปกป้องคุ้มครองสิทธิบนอินเทอร์เน็ตมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอยู่หลายประเด็นรวมทั้งเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาดด้วย จุดสำคัญที่ต้องคำนึงในการจะวางหลักใด ๆ ก็ตามลงไปก็คือ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลกับการเข้ามาควบคุมของรัฐที่อาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะ การหาจุดสมดุลระหว่างสองสิ่งนี้เป็นสิ่งที่ค่อนข้างยาก เนื่องจากไม่มีมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่สามารถชี้ชัดลงไปได้แน่นอนว่า จุดใดเป็นจุดที่เหมาะสม โดยเฉพาะในแต่ละสังคมอาจมีมาตรฐานในเรื่องเดียวในมุมมองที่ต่างกันไป แม้แต่คำจำกัดความของคำว่า "ประโยชน์สาธารณะของรัฐ" ซึ่งจะนำเข้ามาอ้างในการควบคุมนั้นยังมีข้อแตกต่างกันไปตามสภาวะแวดล้อม บุคสมัยหรือค่านิยมความเชื่อของสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ ด้วย¹³

¹² Ibid, pp.114-115.

¹³ อานาจ เนตยสุภา, "กฎหมายกับอินเทอร์เน็ต," บทบัญญัติ เล่มที่ 54 ตอน 1 (มีนาคม 2541) : 157-158.

3. รูปแบบของกฎหมายกำกับดูแลโดเมนเนม

3.1 หลักที่นำมาใช้ในทางสารบัญญัติ

หลักเกณฑ์สำคัญที่อาจนำมาปรับใช้สำหรับปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมอาจพิจารณาถึงหลักในกฎหมายเครื่องหมายการค้า หลักในกฎหมายอื่นที่อาจนำมาใช้ได้ รวมทั้งหลักของหน่วยงานระหว่างประเทศดังนี้

3.1.1 หลักเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

ในส่วนปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมนี้ สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าสหรัฐอเมริกา (USPTO) ได้วางหลักในการตรวจสอบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อใช้เป็นโดเมนเนมในอินเทอร์เน็ต โดยจะใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในกรณีทั่วไป

ในการพิจารณาประเด็นการใช้โดเมนเนมในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้า นั้น จะต้องมีการใช้โดเมนเนมดังกล่าวอย่างเด่นชัดในการระบุถึงที่มา แหล่งกำเนิด การให้ความสนับสนุนหรือเป็นสาขาต่อกิจการของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

ปัจจัย 3 ประการที่ใช้พิจารณาว่า เป็นใช้โดเมนเนมในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ ซึ่งอาจนำมาเป็นจุดเชื่อมโยงในการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ คือ¹⁴

1. พิจารณาที่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น การระบุหรือแยกแยะสินค้าของผู้ขายออกจากสินค้าของผู้อื่นได้

2. พิจารณาที่ลักษณะการใช้ เช่น การยอมรับและการใช้สัญลักษณ์จริง ๆ ของผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าและบริการ และ

3. พิจารณาถึงสัญลักษณ์ที่จับต้องได้ เช่น คำ ชื่อ สัญลักษณ์ คำประติพจน์หรือการผสมคำใดๆ นอกจากนี้ ในส่วนของเครื่องหมายการค้าเองจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะเพียงพอที่จะทำหน้าที่ในการระบุและแยกแยะสินค้าบริการที่ใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวด้วย

ในเบื้องต้น หากปรากฏข้อเท็จจริงในการใช้คำหรือสัญลักษณ์เป็นเครื่องหมายการค้าตามหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าแล้ว จากนั้น หากมีการใช้ชื่อเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นโดเมนเนมโดยพิจารณาจากปัจจัย 3 ประการดังกล่าวมา และการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความน่าจะสับสน (Likelihood of confusion) แก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต ดังนี้ ก็อาจปรับเข้าหลักเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้

¹⁴ G. Peter Albert, Jr., "Right on the Mark: Defining the Nexus Between Trademarks and Internet Domain Names," The John Marshall Journal of Computer and Information Law, vol.15 no.2 (winter 1997) : p.283.

ในส่วนการพิจารณาประเด็นการก่อให้เกิดความสับสน อาจเปรียบเทียบเครื่องหมายการค้าของโจทก์และโดเมนเนมของจำเลยในประเด็นดังต่อไปนี้¹⁵

1. ความชัดเจนของเครื่องหมายของโจทก์และความคล้ายคลึงกันกับเครื่องหมายอื่น
2. หลักฐานแสดงการเกิดความสับสน
3. วิธีการทางตลาดที่ใช้
4. ประเภทของสินค้าหรือระดับความระมัดระวังที่ผู้บริโภคได้ใช้
5. เจตนาของจำเลยในการเลือกเครื่องหมายนั้น และ
6. ความเป็นไปได้ในการขยายประเภทของผลิตภัณฑ์

ข้อสังเกตคือ ตามความเห็นของ USPTO นั้น การเพียงแต่ใช้ชื่อเครื่องหมายการค้าเป็นชื่อเว็บไซต์ ยังไม่อาจถือเป็นการเสนอขายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่มีการเสนอขายสินค้าในลักษณะที่จับต้องได้แก่ผู้ใช้ แต่จะต้องมีการใช้โดเมนเนมในลักษณะที่ระบุและแยกแยะถึงที่มาของสินค้าจริงๆ หรือมีการใช้ในลักษณะพิเศษ เช่น โฆษณาหรือใช้ในส่วนอื่นๆ ของเว็บไซต์อื่นนอกจากการใช้เป็นชื่อเว็บไซต์

อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นที่ต่างออกไปว่า การใช้เว็บไซต์เสนอขายสินค้านั้นก็ยังไม่อาจถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า แต่น่าจะเป็นเรื่องบริการมากกว่า กล่าวคือ ถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นโดเมนเนมที่ระบุถึงบริการในการให้ข้อมูลประเภทต่าง ๆ ตาม class 35-42 ของ Lanham Act ¹⁶ อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยว่าเป็นการใช้กับสินค้าหรือใช้กับบริการนี้เป็นดุลพินิจของศาลที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

ดังนั้น ในการจะปรับใช้หลักเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าสำหรับประเทศไทย จึงอาจกระทำโดยการนำเกณฑ์เรื่องจุดเชื่อมโยงมาใช้ แล้วจึงปรับเข้ากับหลักในกฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยไม่จำเป็นต้องตีความให้เป็นเรื่องบริการอย่างสหรัฐอเมริกา แต่ให้ถือเป็นการใช้เครื่องหมายกับสินค้าได้แม้ไม่มีการนำไปติดกับสินค้าจริง ๆ

3.1.2 หลักการคุ้มครองชื่อทางการค้า

รูปแบบของชื่อทางการค้าที่จะนำมาพิจารณาในการให้ความคุ้มครองมีอยู่ 2 รูปแบบคือ¹⁷

¹⁵ Jonathan Rosenoer, "Famous Trademark," CyberLaw : pp.3-4.

¹⁶ G. Peter Albert, Jr., "Right on the Mark: Defining the Nexus Between Trademarks and Internet Domain Names," The John Marshall Journal of Computer and Information Law, vol.15 no.2 (winter 1997) : p.284.

¹⁷ สุรธรรม อยู่ในธรรม, "หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชื่อทางการค้า," วารสารกฎหมาย ปีที่ 15 ฉบับที่ 2 : 185-186.

1.ชื่อทางการค้าตามความหมายอย่างแคบ ได้แก่ชื่อทางการค้าที่เป็นชื่อของกิจการหรือชื่อของบริษัท เป็นชื่อทางการค้าที่สามารถนำมาจดทะเบียนโดเมนเนมได้ในลักษณะเดียวกับชื่อเครื่องหมายการค้า

2.ชื่อทางการค้าตามความหมายอย่างกว้างในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันไม่เป็นธรรม จะหมายรวมถึงประโยชน์อันเกิดขึ้นหรือพึงมีพึงได้จากการใช้ชื่อในทางการค้าหรือในธุรกิจโดยชื่อดังกล่าวจะต้องได้ใช้มาแล้วในทางการค้าจนเป็นที่แพร่หลายในกิจการนั้น ๆ ตามหลัก Common Field Doctrine ของสหรัฐอเมริกา

กรณีของประเทศไทยนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายคุ้มครองชื่อทางการค้าโดยตรง แต่ก็มีการบัญญัติหลักรับรองที่สอดคล้องกับมาตรฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้มีการยอมรับให้มีการคุ้มครองชื่อทางการค้าในความหมายอย่างแคบแล้ว อย่างไรก็ตามการนำหลักในเชิงป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมมาใช้ก็เป็นสิ่งที่น่าพิจารณาเช่นกัน¹⁸

การให้ความคุ้มครองแก่ชื่อทางการค้าที่มีการนำไปจดทะเบียนโดเมนเนมจึงควรต้องพิจารณาจากหลักในการคุ้มครองชื่อทางการค้าที่มีอยู่เดิมก่อน หากเป็นชื่อทางการค้าที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไม่ว่าจะอยู่ภายใต้หลักใด ก็สมควรได้รับความคุ้มครองไม่ให้ผู้อื่นนำไปจดทะเบียนโดเมนเนมโดยไม่สุจริตด้วยเช่นกัน

ดังนั้น จึงอาจพิจารณาใช้หลักในการคุ้มครองที่ต่างกันไปดังนี้

1.กรณีการนำชื่อทางการค้าที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าด้วยมาจดทะเบียนโดเมนเนม เจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าอาจใช้หลักกฎหมายเรื่องการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าประกอบกับจุดเชื่อมโยงมาปรับใช้ได้

2.กรณีการนำชื่อทางการค้าที่ไม่มีการนำไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามาจดทะเบียนโดเมนเนม อาจพิจารณาให้ความคุ้มครองตามรายละเอียดของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปดังนี้

ก.กรณีการนำชื่อทางการค้าของผู้อื่นมาจดทะเบียนโดเมนเนมโดยใช้ในทางการค้า เจ้าของชื่ออาจอาศัยการคุ้มครองตามหลักในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 272 ได้

ข.กรณีการนำชื่อทางการค้าของผู้อื่นมาจดทะเบียนโดเมนเนมโดยไม่ได้ใช้ทางการค้าและการใช้ชื่อดังกล่าวเป็นเหตุให้เจ้าของต้องเสื่อมเสียประโยชน์ในด้านใด ๆ เจ้าของชื่ออาจอาศัยการคุ้มครองตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 ได้

ข้อสังเกตคือ หลักในมาตรา 18 นี้ยังอาจใช้คุ้มครองการนำชื่อบุคคลมาจดทะเบียนโดเมนเนมได้อีกด้วย

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

3.1.3 หลักการคุ้มครองการเสื่อมทอนเครื่องหมายการค้า

การคุ้มครองเรื่องการเสื่อมทอนเครื่องหมายการค้าเป็นหลักที่ไม่มีในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย อย่างไรก็ตาม ศาลของสหรัฐอเมริกาได้หยิบยกหลักนี้ขึ้นมาใช้ประโยชน์ในการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมบางกรณีได้เป็นอย่างดี เนื่องจากสามารถให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในจุดที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้

หลักการคุ้มครองในเรื่องนี้หากพิจารณาตามกฎหมายสหรัฐอเมริกามืออยู่ในกฎหมายที่สำคัญ 2 ฉบับคือ

- 1.กฎหมาย Federal Trademark Dilution Act และ
- 2.หลักกฎหมาย Anti-Dilution Laws ใน Model State Trademark Bill

หลักการคุ้มครองตาม Federal Trademark Dilution Act จะให้การคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะและมีชื่อเสียง (Well-known mark) ดังนั้น ก่อนจะใช้หลักนี้จึงต้องพิจารณาก่อนว่า เครื่องหมายนั้นผ่านเกณฑ์ในเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะและเป็นเครื่องหมายมีชื่อเสียงหรือไม่ โดยจะพิจารณาจากองค์ประกอบในเรื่องดังนี้¹⁹

- 1.ระดับของลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายที่ได้รับมาหรือได้จากการใช้
 - 2.ระยะเวลาและความกว้างขวางของการใช้เครื่องหมายกับสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายนั้น
 - 3.ระยะเวลาและความกว้างขวางของการโฆษณาและการนำเสนอเครื่องหมายต่อสาธารณะ
 - 4.ปัจจัยทางด้านภูมิศาสตร์ของพื้นที่การค้าที่มีการใช้เครื่องหมาย
 - 5.วิธีในการค้าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้น
 - 6.ระดับในการรับรู้ถึงความมีอยู่ของเครื่องหมายในพื้นที่การค้าและวิธีการค้าของเจ้าของเครื่องหมายและคู่กรณีอีกฝ่าย
 - 7.ลักษณะและความกว้างขวางในการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกันของบุคคลที่สาม และ
 - 8.เครื่องหมายนั้นมีการจดทะเบียนภายใต้กฎหมายใด
- หากเครื่องหมายการค้าของโจทก์ผ่านหลักเกณฑ์ในการเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง ก็มีสิทธิได้รับการคุ้มครองอีกชั้นตามหลักเรื่องการเสื่อมทอน
- และเมื่อนำหลักดังกล่าวมาใช้กับข้อพิพาทโดเมนเนม จึงมีผลเป็นการคุ้มครองในอีกชั้นเช่นกัน

¹⁹ ดู Lanham Act sec.43(c), 15 U.S.C.A. sec.1125 (c) (West Supp.1996).

ลักษณะพิเศษของหลักเรื่องการเสื่อมทอนที่ช่วยให้สามารถนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทบางกรณีที่ไม่อาจนำหลักเรื่องการละเมิดในเครื่องหมายการค้าได้คือ²⁰

1. หลักการนี้จะไม่พิจารณาว่า ปรากฏซึ่งการแข่งขันระหว่างเจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงและคู่กรณีอีกฝ่ายหรือไม่

2. ไม่พิจารณาในประเด็นเรื่องความน่าจะเป็นที่จะสับสน การทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวง ดังนั้นจึงไม่พิจารณาถึงสินค้าหรือบริการที่ระบุภายใต้โดเมนเนมนั้นเช่นกัน

ข้อยกเว้นกรณีที่ไม่ถือเป็นการเสื่อมทอนคือ การใช้อย่างเป็นธรรม (Fair use) การใช้ที่ไม่ใช่ในทางการค้า ใช้เพื่อรายงานข่าวและแสดงความคิดเห็น

ตัวอย่างในการใช้หลักเรื่องการเสื่อมทอนกับข้อพิพาทโดเมนเนมในกรณีที่ไม่อาจใช้หลักการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้คือ การนำชื่อเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงของบุคคลอื่นมาใช้เป็นชื่อเว็บไซต์ที่แสดงภาพอนาจารหรือนำเสนอในลักษณะที่ทำให้การทำหน้าที่ของเครื่องหมายต้องเสื่อมลง ซึ่งไม่ใช่การใช้ในทางการค้าแต่อย่างใด

การนำหลักเรื่องการเสื่อมทอนเครื่องหมายการค้ามาใช้แก้ปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมจึงให้ประโยชน์ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในกรณีที่ไม่มีการใช้โดเมนเนมในทางการค้า เนื่องจากการนำชื่อเครื่องหมายการค้ามาจดทะเบียนโดเมนเนมอาจไม่เข้าหลักเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าหากไม่ได้มีการทำธุรกิจบนเว็บไซต์

3.1.4 หลักเรื่องฉ้อโกง

การนำหลักเรื่องฉ้อโกง (Fraud) มาใช้มีตัวอย่างให้เห็นจากการที่รัฐจอร์เจีย ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้ควบคุมการกระทำบนอินเทอร์เน็ต กฎหมายจอร์เจียได้นำแนวคิดดั้งเดิมของกฎหมายว่าด้วยเรื่องฉ้อโกงและกฎหมายลิขสิทธิ์มาใช้กับเนื้อหาสาระบนอินเทอร์เน็ต แม้กฎหมายฉบับนี้จะได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและไม่มีผลนำมาใช้บังคับในท้ายที่สุด แต่การพิจารณานำหลักดั้งเดิมที่มีอยู่มาใช้ ก็เป็นแนวทางที่น่าสนใจซึ่งจำเป็นต้องมีการศึกษาและทำความเข้าใจถึงลักษณะและความซับซ้อนของอินเทอร์เน็ตให้ดียิ่งขึ้น

วัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายนี้มี 2 ประการคือ²¹

²⁰ G. Peter Albert, Jr., "Right on the Mark: Defining the Nexus Between Trademarks and Internet Domain Names," The John Marshall Journal of Computer and Information Law, vol.15 no.2 (winter 1997) : p.301.

²¹ Joseph S. Faber, "Regulation on the Internet : A Lesson in Reaching Too Far," Davis Wright Tremaine LLP, CyberLaw : p.2.

1. เพื่อป้องกันการฉ้อโกง โดยการห้ามบุคคลในการใช้ชื่อปลอม นามแฝงหรือสื่อสารบนอินเทอร์เน็ตโดยไม่เปิดเผยตน และ

2. เพื่อปกป้องเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการใช้ชื่อและสัญลักษณ์ที่จดทะเบียนอย่างไม่ถูกต้อง

หลักการที่กฎหมายจอร์เจียได้กำหนดขึ้นคือ²²

1. ห้ามบุคคลโอนข้อมูลโดยไม่ระบุตนเอง และ

2. ห้ามการใช้ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้าจดทะเบียน โลโก้ ตราทางกฎหมายหรือทางราชการหรือสัญลักษณ์ที่มีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของในกรณีที่จะต้องขออนุญาตก่อน

สาเหตุที่กฎหมายดังกล่าวไม่ผ่านออกมาใช้บังคับเนื่องจาก มีการห้ามในกิจกรรมที่ได้รับ ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การกระทำที่กฎหมายได้กำหนดให้เป็น อาชญากรรมนั้นเป็นรูปแบบการแสดงคำพูดและการสมาคมกันตามที่รัฐธรรมนูญยอมรับ

ประเด็นที่ไม่อาจนำกฎหมายจอร์เจียมาใช้แก้ปัญหาที่เกิดจากสื่ออินเทอร์เน็ตได้คือ

1. การกำหนดให้การแสดงคำพูดโดยไม่เปิดเผยตนเองใด ๆ เป็นอาชญากรรมโดยไม่คำนึง ว่าได้มีความพยายามในการหลอกลวงหรือฉ้อโกงด้วยหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น เหตุผลของผู้ส่งสารในการปิดบังตนเองก็เป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน

2. แม้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับ แต่การคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจะต้องไม่นำมาใช้ขัดขวางการติดต่อสื่อสารที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย

การนำเสนอกฎหมายดังกล่าวนี้ เป็นข้อเสนอแนะในการนำหลักในกฎหมายอาญาเรื่องฉ้อโกง มาปรับใช้กับปัญหาบนอินเทอร์เน็ต และได้ชี้ให้เห็นจุดบกพร่องของผู้บัญญัติกฎหมายที่ยังขาดความเข้าใจอย่างลึกซึ้งในเรื่องอินเทอร์เน็ต ซึ่งทำให้ไม่อาจคาดได้ว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอย่างไร

สำหรับประเทศไทยนั้น หลักเรื่องฉ้อโกงมีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341-348 หลักที่ใกล้เคียงที่สุดที่อาจนำมาพิจารณาได้คือ มาตรา 341 ซึ่งมีองค์ประกอบคือ

1. โดยทุจริต

2. หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง

3. การกระทำความดังกล่าวทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือเป็นเหตุให้มีการทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ

²² Ibid.

การจดทะเบียนโดเมนเนมโดยใช้ชื่อบุคคล ชื่อทางการค้าหรือชื่อเครื่องหมายการค้าจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ นั่นคือ

1. เว็บไซต์ดังกล่าวมีการทำธุรกรรมหรือได้ประโยชน์ทางทรัพย์สินจากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตหรือไม่

2. การตั้งชื่อเว็บไซต์ซึ่งต้องปรากฏในช่อง URL address จะถือเป็นการแสดงข้อความตามความหมายของมาตรฐานนี้ได้หรือไม่

การนำหลักเรื่องฉ้อโกงมาปรับใช้จึงขึ้นอยู่กับลักษณะการใช้เว็บไซต์และการตีความของศาลเป็นสำคัญ

3.1.5 หลักในกฎหมายคุ้มครองการจดทะเบียนโดเมนเนมเพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบ

หลักการในกฎหมาย Anticybersquatting Consumer Protection Act ของสหรัฐอเมริกาที่อาจนำมาใช้ในการแก้ปัญหาคือพิพาทโดเมนเนมคือ หลักในการพิจารณาถึง "เจตนาทุจริต" และกรณีที่ "ไม่ถือว่ามีเจตนาทุจริต" การนำปัจจัยในการบ่งชี้ถึงเจตนาในกฎหมายนี้มาใช้ จะช่วยให้ศาลสามารถแยกแยะผู้จดทะเบียนโดเมนเนมโดยสุจริตออกจากผู้จดทะเบียนโดเมนเนมเพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (cybersquatter) ได้

หลักการตามกฎหมายนี้จะจำกัดการคุ้มครองเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่การใช้กฎหมายนี้ไม่จำเป็นต้องมีการใช้โดเมนเนมในการเสนอขายสินค้าบนเว็บไซต์เช่นกรณีการปรับใช้หลักการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

การกำหนดมูลฟ้องขึ้นเฉพาะในเรื่อง Anticybersquatting จะช่วยให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถดำเนินคดีต่อผู้จดทะเบียนโดเมนเนมได้ง่ายขึ้น เนื่องจากได้วางแนวทางในการพิจารณาถึงเจตนาทุจริตไว้กว้างขวางหลายกรณี แต่กฎหมายนี้ก็ให้ความสำคัญกับความสุจริตของบุคคล โดยได้มีการกำหนดแนวทางในการพิจารณาถึงกรณีที่ไม่เข้าข่ายในการมีเจตนาทุจริตไว้เช่นกัน

3.1.6 หลักเกณฑ์และแนวทางของ WIPO

ตามแผนการประชุมของ WIPO เรื่องโดเมนเนมระดับประเทศ (WIPO Conference on Intellectual Property Question Relating to the ccTLDs) ที่จัดขึ้นที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในวันที่

20 กุมภาพันธ์ 2001 เป็นเรื่องประเด็นปัญหาที่ยังอยู่นอกขอบข่ายของ WIPO Internet Domain Name Process ฉบับแรก ซึ่งได้แก่ เรื่องการใช้โดยไม่สุจริตหรือไม่เป็นธรรมซึ่ง²³

1. ชื่อส่วนบุคคล

2. ชื่อที่ไม่มีเจ้าของในทางสากล (International Nonproprietary Names) ที่เป็นส่วนประกอบของตัวยาหรือตามที่องค์การอนามัยโลกได้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ป่วยทั่วโลก

3. ชื่อหน่วยงานระหว่างประเทศที่ไม่เป็นของรัฐใด เช่น องค์การสหประชาชาติ เป็นต้น

4. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คำแสดงสิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดหรือภูมิศาสตร์

5. ชื่อทางการค้า

ดังนั้นการประชุมดังกล่าวนี้จึงพิจารณาเรื่องสำคัญ 2 เรื่องคือ²⁴

1. การคุ้มครองสัญลักษณ์อื่นนอกจากเครื่องหมายการค้าจากการจดทะเบียนโดเมนเนมที่ไม่ชอบ ซึ่งจะจัดอยู่ใน Second WIPO Internet Domain Name Process

2. การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในส่วน TLD ระดับประเทศ ซึ่งจะอยู่ในส่วนของ WIPO ccTLD Program

ccTLD Program มีจุดเริ่มต้นจากการโอนการดำเนินงานให้แก่ผู้บริหาร ccTLD ในประเทศต่าง ๆ ซึ่ง WIPO ได้ให้ความช่วยเหลือ ดังนั้น ccTLD จำนวนหนึ่งจึงขึ้นอยู่กับข้อเสนอแนะของ WIPO ในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องโดเมนเนม (WIPO's advice for the purpose of managing intellectual property in their domain) และยังมีข้อพิพาท ccTLD อีกส่วนหนึ่งที่ยังอยู่ในส่วนของ WIPO Arbitration and Mediation Center

ดังนั้น WIPO จึงได้จัดทำ ccTLD Program ขึ้นโดยมีเป้าหมายในการดำเนินการเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริหาร ccTLD ในเรื่องดังนี้

1. ออกแบบทางปฏิบัติในการจดทะเบียนโดเมนเนมที่เหมาะสม โดยมุ่งที่การป้องกันความขัดแย้งระหว่างสิทธิในโดเมนเนมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

2. ออกแบบกระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เหมาะสม เพื่อให้การดำเนินคดีทางศาลมีความสมบูรณ์ขึ้น โดยเน้นกระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่รวดเร็วและประหยัด และ

3. วางบทบัญญัติในเรื่องบริการในการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดย WIPO Arbitration and Mediation Center สำหรับผู้บริหาร ccTLD ที่ประสงค์

ในปัจจุบัน ศูนย์บริการดังกล่าวมีการร่วมมือกับหน่วยงานที่มีความชำนาญเฉพาะด้านและคณะผู้เชี่ยวชาญอื่น ๆ อีก ได้แก่ Application Service Provider Industry Consortium, Consultative Commission และ WIPO Arbitration Council ซึ่งจะร่วมมือกันพัฒนาแนวทางและทาง

²³ ข้อมูลจาก <http://wipo2.wipo.int/process2/>

²⁴ ข้อมูลจาก <http://ecommerce.wipo.int/domains/>

ปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับการแก้ปัญหาและการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทระหว่างประเทศ นอกจากนี้อาจมีการพิจารณาจัดทำความตกลงร่วมกันเฉพาะเรื่องร่วมกับสถาบันอื่นๆอีก²⁵

3.2 หลักเกณฑ์ทางวิธีสบัญญัติ

ในกรณีที่จำเลยในคดีข้อพิพาท โดเมนเนมมีภูมิลำเนาอยู่นอกเขตอำนาจศาล หากจะมีการนำตัวจำเลยเข้ามาดำเนินคดีโดยอาศัยหลักเขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (Personal jurisdiction) ในทางปฏิบัติของศาลสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาถึงหลักในเรื่องดังนี้²⁶

1.หลัก Long-arm statute ของรัฐนั่นเอง (เนื่องจากการยอมรับหลักในเรื่องนี้จะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ) หลักนี้ช่วยให้ศาลสามารถใช้อำนาจนอกเขตและสามารถนำตัวจำเลยที่ไม่ได้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจศาลเข้ามาดำเนินคดีได้

2.หลักในรัฐธรรมนูญ (Traditional constitutional due process requirement) หลัก due process จะทำหน้าที่ตรวจสอบอำนาจของรัฐในการใช้หลัก long-arm statute โดยจะกำหนดให้จำเลยผู้ไม่มีภูมิลำเนาดังกล่าวจะต้องมี "การติดต่อดังกล่าว" (Minimum contact) ที่พอเพียงกับรัฐนั้น โดยจำเลยสามารถคาดหมายอย่างมีเหตุผลได้ว่า อาจถูกนำตัวขึ้นศาลที่นั่นได้

เขตอำนาจศาลทั่วไป (General jurisdiction) จะมีขึ้นได้เมื่อจำเลยมีการติดต่อกับรัฐนั้นอย่างต่อเนื่องเป็นระบบและเป็นหลักฐานพอสมควร แต่เขตอำนาจศาลเฉพาะ (Specific jurisdiction) จะเกิดขึ้นเมื่อข้อหาอันเป็นผลโดยตรงจากการติดต่อของจำเลยกับรัฐนั้น

ดังนั้น ในการจะใช้เขตอำนาจศาลจึงต้องปรากฏว่าจำเลยได้ตั้งใจใช้กฎหมายของรัฐนั้นให้เป็นประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการเฉพาะเจาะจงโดยมีกิจกรรมที่มีเป้าหมายในรัฐนั้นหรือเป็นกรณีทั่ว ๆ ไปโดยมีกิจกรรมขั้นต่ำที่ปรากฏแก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในรัฐดังกล่าวก็ตาม

ในการใช้เขตอำนาจศาลนี้ ศาลของสหรัฐอเมริกาได้จัดกลุ่มข้อพิพาทออกเป็น 3 ประเภทตามลักษณะของกิจกรรมคือ²⁷

1.กรณีที่จำเลยดำเนินธุรกิจกับลูกค้าทางอินเทอร์เน็ตอย่างชัดเจน โดยลูกค้าอยู่ในเขตอำนาจศาลเขตใดเขตหนึ่ง เช่น การติดต่อทำสัญญาที่ต้องอาศัยการตอบรับผ่านทางอินเทอร์เน็ต กรณีนี้เป็นการหาผลประโยชน์อย่างมีเป้าหมาย จึงเป็นการง่ายที่จะกำหนดเขตอำนาจศาล

²⁵ ข้อมูลจาก <http://arbiter.wipo.int/center/>

²⁶ Robert L. Hoegle and Christopher P. Boam, "The Internet and Jurisdiction: International Principles Emerge but Confrontation Looms," *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 3 no.1 (January 2000) : p.32.

²⁷ Ibid, p.33.

2. กรณีที่มีการสร้างเว็บไซต์ที่สามารถถ่ายข้อมูลได้สองทาง นั่นคือ ผู้ใช้สามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลกับโฮสคอมพิวเตอร์ได้

3. กรณีการสร้างเว็บไซต์ที่ไม่สามารถถ่ายข้อมูลได้ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นเว็บไซต์ที่ไม่สามารถทำการใด ๆ ได้มากนักนอกจากนำเสนอข้อมูลแก่ผู้ที่สนใจ

โดยทั่วไปแล้ว เขตอำนาจศาลเหนือบุคคลจะไม่อาจนำมาใช้เหนือกิจกรรมในประเภทที่สามได้ โดยจะนำมาใช้ได้ประเภทแรกเท่านั้นและใช้ได้เฉพาะบางกรณีสำหรับกิจกรรมประเภทที่สอง

ในการพิจารณาว่าจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนือบุคคลได้เพียงใดจึงขึ้นอยู่กับระดับของการถ่ายข้อมูลระหว่างเครื่องกับผู้ใช้และการแลกเปลี่ยนข้อมูลในทางการค้า (Level of interactivity and commercial nature of the exchange of information) ที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต

จากกรณีที่เกิดขึ้นศาลของสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลเป็นจำนวนมากใช้ข้อแตกต่างในเรื่อง "Interactive-Passive" เมื่อจะต้องใช้เขตอำนาจศาลเหนือบุคคลแก่ผู้ดำเนินการเว็บไซต์ โดยทั่วไปศาลจะสร้างหลักเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลขึ้นในกรณีที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตระหว่างกันภายในรัฐหรือการติดต่อที่มีการถ่ายข้อมูลระหว่างเครื่องกับผู้ใช้ที่ทำให้เกิดการสื่อสารแบบไป-กลับ ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางธุรกิจ ขณะที่การติดต่อแบบอยู่นิ่งเฉย (passive) นั้น ถือเป็นเพียงการเตรียมข้อมูลไว้สำหรับผู้สนใจ

กรณีที่จะถือว่าเว็บไซต์มีการติดต่อแบบสองทางก็คือ มีการทำธุรกรรมบนอินเทอร์เน็ตหรือมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ใช้โดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ ในการแยกแยะระหว่างการติดต่อที่มีการถ่ายข้อมูลและการติดต่อแบบเป็นฝ่ายรับ จึงพิจารณาที่ลักษณะในเชิงพาณิชย์ (Commercial nature) และระดับของการถ่ายข้อมูลต่อเว็บไซต์นั้น หากยังมีมากเท่าใด ก็จะถือว่าผู้ดำเนินการเว็บไซต์นำเสนอตนเองโดยมีวัตถุประสงค์ต่อเขตอำนาจศาลของรัฐนั้น²⁸

เมื่อพิจารณาถึงข้อจำกัดในการใช้หลักเขตอำนาจศาลแบบดั้งเดิม จึงมีการเสนอแนวคิดในการประยุกต์ใช้หลักดังกล่าวให้สามารถรองรับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวางหลักในเรื่องดังนี้²⁹

3.2.1 หลักเขตอำนาจศาลตามแหล่งที่รับจดทะเบียน

สำหรับกรณีจดทะเบียนแบบ national TLD การใช้ TLD ดังกล่าวน่าจะบ่งชี้ได้ชัดว่าอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด เช่น www.abc.co.th ก็เป็นการบ่งชี้ว่าอยู่ในเขตอำนาจของศาลไทย เว้นแต่กรณีที่มีจุดเกาะเกี่ยวกันหลายชาติ เช่น คนอเมริกันยื่นจดกับ THNIC แล้วเกิดข้อพิพาทกันคนอังกฤษ ในจุดนี้อาจพิจารณาใช้วิธีระงับข้อพิพาทของหน่วยงานระหว่างประเทศได้

²⁸ Christopher Wolf, "Internet Jurisdiction," Proskauer Rose LLP : p.1.

²⁹ Christopher Heath, "Domain Name Dispute," Max-Planck-Institute, Munich, pp.4-6.

แต่สำหรับกรณีจดทะเบียนแบบ gTLD (ของสหรัฐอเมริกา) อาจเกิดปัญหาหากใช้หลักนี้เพียงหลักเดียว เนื่องจากโดเมนนาม .com ไม่เป็นการบ่งชี้ถึงเขตอำนาจศาล โจทก์จึงอาจอ้างว่า เป็นการเสนอขายสินค้าบริการทั่วโลก ซึ่งมีผลให้สามารถฟ้องศาลใด ๆ ได้ทั่วโลกเพราะไม่มีการระบุถึง forum หากมองในแง่นี้ก็จะเป็นการขยายผลการละเมิดเพียงเพราะความสามารถของสื่ออินเทอร์เน็ตในการเข้าถึง forum อื่นได้อีก

หากถือหลักนี้เพียงหลักเดียว ก็จะมีผลให้การใช้หลักเขตอำนาจศาลตามแหล่งที่รับจดทะเบียนสำหรับกรณีจดทะเบียนแบบ national TLD หดความสำคัญ เนื่องจากไม่ว่าจะเป็นการใช้ national TLD ของประเทศใด ก็ล้วนสามารถเข้าถึงเชื่อมต่อกันได้หมดทั่วโลกเหมือนการใช้ gTLD ดังนั้น จึงควรต้องใช้หลักดังกล่าวนี้ประกอบด้วยคือ

3.2.2 หลักเขตอำนาจศาลตามแหล่งที่ทำการกิจกรรมเป็นพิเศษ

หลักนี้จะใช้กำกับทั้งกรณีการใช้ national TLD และการใช้ gTLD โดยมีหลักว่า เพียงการพิจารณาแค่ความสามารถของ TLD ทั้งสองประเภทในการเข้าถึง forum ต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะยืนยันถึงเขตอำนาจศาล แต่จะต้องมีกิจกรรมหรือสิ่งบ่งชี้เป็นพิเศษปรากฏด้วย อย่างเช่น การที่บุคคลมีโฮมเพจที่ใช้สกุล .com นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะยืนยันเขตอำนาจศาลในประเทศอื่นนอกจากสหรัฐอเมริกา

แต่มุมมองในการพิจารณาจะเปลี่ยนไป หากจำเลยมุ่งหมายจะทำธุรกิจในพื้นที่ที่แน่นอน ซึ่งจะทำให้เกิดความเชื่อมโยงกับ forum นั้นได้ เช่น การมีกิจกรรมขาย และการเชื่อมโยงจะยิ่งชัดเจนมากขึ้นหากจำเลยเข้าถึงโจทก์เพื่อจะขายชื่อให้ ทั้งนี้ เนื่องจากกิจกรรมต่าง ๆ ที่จำเลยกระทำได้มุ่งในที่ที่โจทก์ประกอบธุรกิจอยู่ จึงอาจเป็นการยืนยันในเรื่องเขตอำนาจศาลได้

3.2.3 วิธีการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์และแนวทางของ WIPO

จากการพิจารณาตาม ccTLD Program ซึ่งจะทำหน้าที่เสมือนเป็นเวทีสำหรับประเทศต่างๆ ในการพบปะและแลกเปลี่ยนความเห็นในหัวข้อต่าง ๆ การหารือดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่บ่งชี้ถึง³⁰

1. แนวโน้มในอนาคตในเรื่องโดเมนเนมระดับประเทศ
2. การจัดการเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศในเรื่องโดเมนเนมระดับประเทศจากภูมิภาคต่าง ๆ ในโลก และ
3. วิธีการที่ผู้ทรงสิทธิจะปรับตัวเข้ากับข้อขัดแย้ง

ในการจัดการกับปัญหาระหว่างประเทศเหล่านี้จะใช้ทางปฏิบัติที่ดีที่สุดที่ WIPO ได้เสนอขึ้น (Proposed WIPO ccTLD Best Practices) และแนวทางที่ได้กำหนดขึ้นโดยสมัครใจสำหรับผู้

³⁰ ข้อมูลจาก <http://ecommerce.wipo.int/meetings/2001/ccTlds/>

บริหารโดเมนเนมระดับประเทศ (Voluntary set of intellectual property guidelines for the benefit of ccTLD administrators)

ดังนั้น ในกรณีที่ไม้อาจหาข้อยุติในเรื่องเขตอำนาจศาลได้ การใช้วิธีการระงับพิพาทที่ WIPO ได้จัดหาไว้ก็น่าจะให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้

4.องค์กรกำกับดูแลเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

4.1 หลักพิจารณาในการกำหนดรูปแบบขององค์กรในการกำกับดูแล

ในปัจจุบันเครือข่ายอินเทอร์เน็ตถูกควบคุมด้วยสถาบันต่าง ๆ มากมาย ทั้ง ISOC, IETF, IANA, หน่วยงานรับจดทะเบียนที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตระดับภูมิภาคต่างๆ ซึ่งได้แก่ InterNIC, RIPE-NCC และ APNIC นอกจากนี้ยังรวมถึงหน่วยงานจดทะเบียนโดเมนเนมในประเทศต่าง ๆ อีก

เมื่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีการขยายจากระบบของเอกชนไปสู่การเป็นสาธารณูปโภคที่สำคัญในระดับประเทศ ก็อาจจำเป็นต้องมีการกำกับดูแลในระดับหนึ่งเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

หลักการกำกับดูแลตนเองเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับชุมชนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะในเรื่องวิธีการเยียวยาปัญหาข้อพิพาทโดเมนเนมโดยวิธีการเพิกถอนนั้น การจะใช้สภาพบังคับทางสากลได้จะต้องสร้างองค์ประกอบหลักใน 3 เรื่องคือ

- 1.หลักเรื่องเขตอำนาจศาลที่มีการกำหนดไว้
- 2.หลักในการตัดสินใจเรื่องเขตอำนาจศาล และ
- 3.หลักที่เป็นหลักประกันในการบังคับตามคำตัดสินที่เป็นที่สุดที่ทำให้มีการเพิกถอนโดเมนเนมนั้น

การใช้หลักดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นในการกำหนดมาตรฐานที่สำคัญและการตัดสินใจชี้ขาดซึ่งจะก่อให้เกิดสภาพบังคับแก่ระบบโดเมนเนมได้ หากมาตรฐานที่สำคัญและการตัดสินใจชี้ขาดมาจากองค์กรในระดับสากล การกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลก็ควรต้องพิจารณาจากเอกสารในการก่อตั้งนั้นคือสนธิสัญญา

การวางกรอบในรูปของสัญญาเป็นรูปแบบที่เป็นไปได้ในทางกฎหมาย โดยได้เคยมีกรณีตัวอย่างการกำกับดูแลตนเองเกิดขึ้นในบางส่วนของอินเทอร์เน็ต ซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของการรวมกลุ่มกันของเอกชน

การสร้างระบบในการกำกับดูแลตนเองบนอินเทอร์เน็ตจำเป็นต้องกำหนดในเรื่องเครือข่ายทางสัญญา การป้องกันการผูกขาดและป้องกันการละเมิดตามแนวคิดและหลักใหม่ ๆ สำหรับ

ระบบที่เป็นไปโดยตัวเอง (established doctrine and newly articulated criteria for autonomy) แนวทางที่ได้เสนอแนะมีดังนี้³¹

4.1.1 การสร้างเครือข่ายทางสัญญา (Completing the contractual web)

แนวทางในการดำเนินงานคือ

1) พัฒนาระบบมาตรฐานสำหรับชุมชนอิเล็กทรอนิกส์ (Developing norms for electronic communities)

หลักในการกำกับดูแลตนเองสำหรับชุมชนจำเป็นต้องมีสถาบันเพื่อทำหน้าที่ในการเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย สถาบันที่ทำหน้าที่กำหนดคกกฎเกณฑ์ในไซเบอร์สเปซจำเป็นต้องอยู่เหนือพร้อมทั้งคู่ขนานไปกับสถาบันที่มีขอบเขตทางภูมิศาสตร์อย่าง ศาล องค์กรที่กำหนดหลักในทางสากลและองค์กรที่ตัดสินข้อพิพาทไปพร้อม ๆ กัน

นอกจากนี้ ชุมชนอินเทอร์เน็ตยังอาจใช้วิธีตั้งผู้เชี่ยวชาญในการกำหนดมาตรฐานการกระทำบนอินเทอร์เน็ตเป็นผู้กำหนดคกกฎเกณฑ์ก็ได้

2) การกำหนดถึงสมาชิกภาพและขอบข่าย (Defining membership and boundaries)

วิธีการที่ได้ผลที่สุดน่าจะเป็นการใช้กฎหมายในเรื่องสัญญา การแบ่งประเภทของคู่กรณีในสัญญาจะเป็นการจำกัดขอบเขตของชุมชนนั้นไปในตัว ปัญหา มักเกิดขึ้นเมื่อเมื่อมีการฟ้องร้องให้บังคับตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ หรือการฟ้องเพิกถอนคดีโดยอ้างว่าคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลเนื่องจากเป็นแค่คำตัดสินในเบื้องต้นเท่านั้น กรณีดังกล่าวศาลก็ต้องพิจารณาประเด็นที่ว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้เคยมีการยอมรับถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการมาก่อนหรือไม่

ในการกำหนดรูปแบบใด ๆ ในการกำกับดูแลตนเองควรเป็นไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยน้อยที่สุดว่าครอบคลุมถึงผู้ใดและมีขอบเขตในการใช้แค่ไหน

3) การออกกฎหมายบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่ชุมชนได้กำหนดขึ้น (Legalizing coercive enforcement of community rules)

ในการบังคับตามคำตัดสินของชุมชนนั้นมีกลไกอยู่ 2 ประการคือ

ก. บังคับในส่วนสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เช่น หน้าที่ออกโดยสมาชิกชุมชนเครือข่ายหรือทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ไว้ การจะใช้วิธีนี้ได้ ชุมชนเครือข่ายจะต้องได้กำหนดเงื่อนไขในการวางหลักทรัพย์ไว้ก่อนสำหรับการเข้าเป็นสมาชิก แต่ข้อจำกัดของวิธีนี้ก็คือ กรณีที่ชุมชนดังกล่าวมีการเปิดกว้างสำหรับการทำธุรกรรมทางการค้าทั่วเครือข่าย

³¹ Henry H. Perritt, Jr., "Cyberspace Self-Government : Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism ?," Berkeley Technology Law Journal, vol.12:2 (1997) : pp.464-476.

ข. ใช้วิธีการให้ออกหรือกันออกจากชุมชน วิธีการดังกล่าวนี้เป็นวิธีที่ค่อนข้างมีประสิทธิภาพในการบังคับ มีรูปแบบการกำกับดูแลตนเองหลายรูปแบบที่ใช้วิธีการนี้

4.1.2 ความคุ้มกันและขอบเขตของชุมชน (Immunities and community boundaries)

กฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลตนเองในไซเบอร์สเปซจะเกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีความรับผิดชอบตามหลักธรรมดาด้วย เช่น ความรับผิดชอบในเรื่อง antitrust อาจเป็นผลมาจากกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับผู้แข่งขันทางการค้า และความรับผิดชอบทางละเมิดก็อาจเป็นผลมาจากการกล่าวหาและคำให้การในกระบวนการตัดสินที่กำหนดขึ้น ดังนั้น กฎเกณฑ์การกำกับดูแลตนเองที่ค้ำจุนขึ้นอยู่กับการตระหนักถึงความคุ้มกันในเรื่องละเมิดและ antitrust อย่างเหมาะสมด้วย

หลักที่ต้องคำนึงมีดังนี้

1) การใช้มาตรการบังคับโดยไม่ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Imposing sanctions without violating the antitrust law)

เพื่อให้การใช้กฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลตนเองเป็นไปด้วยความสะดวก จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างความคุ้มกันในเรื่อง antitrust อย่างกว้างขวาง โดยอันดับแรก หากพิสูจน์ได้ว่าการสร้างมาตรฐานมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะไม่สามารถมีความคุ้มกันได้ เฉพาะในส่วนที่มีคำตัดสินว่าเป็นการกำกับที่ชอบกฎหมายเท่านั้นจึงจะมีความคุ้มกันได้ อย่างเช่น การกำกับดูแลที่เสนอโดย IAHC นั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในการจำกัดการแข่งขันแต่แท้จริงแล้วมีเป้าหมายในเพิ่มการแข่งขันในบริการบริหารโดเมนเนม นอกจากนี้การใช้ Due Process ควบคู่ไปกับการออกกฎ การใช้กฎและการบังคับใช้ก็เป็นสิ่งที่เหมาะสม

2) ความคุ้มกันในเรื่องละเมิด (Tort immunity)

การมีความคุ้มกันในประเด็นดังกล่าวจะมีผลให้การกล่าวหาและการค้นหาความจริงเป็นไปโดยปราศจากความรับผิดชอบในเรื่องการทำให้เสียชื่อเสียง (defamation) การกำหนดเอกสิทธิ์ใน Restatement (second) of Torts³² ตามหลักในกฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบันมีแนวโน้มจะกว้างขวางพอที่จะให้มีการกำหนดสิทธิพิเศษในเรื่องละเมิดได้

อย่างไรก็ตาม หลักของคอมมอนลอว์ก็มีความไม่แน่นอนเพราะคำแถลงฉบับนี้เพียงแต่มีวัตถุประสงค์ในการสังเคราะห์กฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบัน ดังนั้น หากแสดงข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ชัดเจนในข้อตกลงระหว่างประเทศก็น่าจะอำนวยความสะดวกได้มากกว่า

³² See RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, §§ 585-590 (absolute privilege to make accusations as a part of legal proceedings) See generally PERRITT, INFORMATION SUPERHIGHWAY, supra note 12 (discussing tort privileges).

3) การประนีประนอมในเรื่องวิธีการปกครองกับหลัก Due Process (Reconciling "conversation" modes of governance with Due Process)

ความเป็นไปได้ในการใช้กฎหมายกำกับดูแลตนเองในอินเทอร์เน็ตขึ้นอยู่กับความเติบโตในการใช้เทคโนโลยีดิจิทัลในด้านต่าง ๆ กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ยังคงกำหนดรูปแบบในเรื่องต่าง ๆ เช่น ลายมือชื่อและลายลักษณ์อักษรในการทำสัญญา แต่เทคโนโลยีดิจิทัลได้ลดข้อยุ่งยากในเรื่องดังกล่าวออกไปมาก ดังนั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือจะสามารถลดข้อกำหนดเหล่านี้ลงได้บ้างหรือไม่ หรือหากข้อกำหนดเหล่านี้ยังจำเป็นต้องมีอยู่ จะสามารถหาวิธีการเฉพาะขึ้นใช้กับเทคโนโลยีนี้ได้หรือไม่

4.1.3 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Treaty)

จากความจำเป็นในเรื่องเอกสิทธิ์ในเรื่องละเมิดและกฎหมายป้องกันการผูกขาด ประเทศต่าง ๆ จึงควรมีการเจรจาเพื่อความเข้าใจในระดับระหว่างประเทศในการหากรอบสำหรับหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลอินเทอร์เน็ตของเอกชนอย่างโปร่งใส โอกาสในการมีส่วนร่วมของเอกชนและประเด็นเรื่อง Due Process ในการออกกฎ การตัดสินใจและการบังคับใช้

เมื่อมีการกำหนดหลักที่แน่ชัดแล้ว ประเทศผู้ลงนามจะต้องมีการกำกับดูแลที่เหมาะสมภายในกรอบที่กำหนด ซึ่งจะมิผลให้มี ความคุ้มกันจากความรับผิดชอบในละเมิดและกฎหมายป้องกันการผูกขาดภายใต้กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศได้

สรุปแล้ว หลักการที่เสนอให้ใช้กับผู้กำหนดหลักการกำกับดูแลตนเอง รัฐบาลผู้รับผิดชอบกำหนดนโยบายและผู้พิพากษาที่ต้องพิพากษาในคำตัดสินของคณะผู้ตัดสินในหน่วยงานกำกับดูแลตนเอง ควรมีหลักการทั้งหมดดังนี้³³

1.ระบบเอกชนในการบริหารโดเมนเนมในอินเทอร์เน็ตและการกำกับดูแลตนเองใด ๆ จะต้องเป็นไปอย่างโปร่งใสโดยที่

- มีการพิมพ์และเผยแพร่กฎหมายและข้อตกลงต่าง ๆ บนเครือข่ายในรูปแบบที่สมบูรณ์และเข้าใจได้
- ขั้นตอนในการแก้ไขและกำหนดกฎหมายต้องเป็นไปอย่างเปิดเผย
- การกำหนดและแก้ไขกฎหมายต้องเป็นไปในกำหนดเวลา

³³ ดู Criteria for Autonomy ในการกำหนดขอบข่ายระหว่างการกำกับดูแลตนเองบนอินเทอร์เน็ตและรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ซึ่งผู้ใช้อินเทอร์เน็ตได้ร่วมกันจัดทำขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อ 8 ตุลาคม 1997.

- การเริ่มต้นและผลการตัดสินข้อพิพาทต้องเป็นไปโดยเปิดเผย รวมทั้งหลักกฎหมายและหลักข้อเท็จจริงที่ใช้ในการตัดสินด้วย
- การตัดสินและขั้นตอนการบังคับต้องเป็นไปโดยเปิดเผย
- ต้องเปิดเผยถึงผู้ตัดสินและวิธีการที่เลือกใช้ด้วย

2. การกำหนดกฎเกณฑ์และการวินิจฉัยข้อพิพาทภายในหน่วยงานปกครองของเอกชน ต้องเป็นไปตามหลัก Due Process โดยที่

- คำตัดสินต้องทำเป็นทั้งลายลักษณ์อักษร โดยชัดเจนและรูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์
- ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ต้องมีการรับฟังข้อเท็จจริงอย่างเหมาะสม รวมทั้งคำนึงถึงผลประโยชน์ที่มีการได้เสียด้วย
- คำตัดสินดังกล่าวต้องตรวจสอบได้ แต่จำกัดเฉพาะกรณีที่ไม่มีการใช้ Due Process ในส่วนความถูกต้องของคำตัดสินเท่านั้น ข้อจำกัดในการตรวจสอบนี้จะสงวนไว้ไม่ใช้กับกรณีที่เกี่ยวข้องกับหลักในการป้องกัน

3. การบริหารระบบโดเมนเนมในอินเทอร์เน็ตของเอกชนต้องมีการรายงาน

- ผู้รับจดทะเบียนและหน่วยทะเบียนจำนวนมากจะต้องเสนอนโยบายและเงื่อนไขอย่างหลากหลายให้ผู้จดทะเบียนสามารถเลือกได้อย่างเสรี
- ต้องสร้างความน่าเชื่อถือในการทำงานของอินเทอร์เน็ต
- ควรวางนโยบายเฉพาะที่จำเป็น อย่างเช่น นโยบายในการร่วมมือหรือดำเนินการร่วมกัน
- ผู้รับจดทะเบียนแต่ละรายมีข้อผูกพันตามข้อความในสัญญาจดทะเบียน โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้รับจดทะเบียนต้องไม่มีการถือ โกง
- ประเทศต่าง ๆ อาจกำหนดการกระทำตามกฎหมายภายในหรือให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายหรือนโยบายที่กำหนดขึ้นโดยรัฐบาลประเทศนั้นหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ ความสัมพันธ์ระหว่าง ccTLD ของประเทศนั้นและกฎหมายหรือสถาบันใดๆ ของประเทศนั้นเองต้องมีการเปิดเผยแก่ผู้จดทะเบียนเพื่อให้มีอิสระในการเลือกทำสัญญาจดทะเบียนโดเมนเนม
- หน่วยทะเบียนที่กำหนดนโยบายสำหรับโดเมนเนมใด ๆ และกลุ่มผู้รับจดทะเบียนต้องมีการทำสัญญาในการบังคับตามนโยบายโดยเป็นที่เชื่อถือแก่กันได้
- หน่วยทะเบียน บุคคลทั่วไปและกลุ่มต่าง ๆ ต้องแต่งตั้งหรือเลือกคณะบุคคลที่เหมาะสมในการแก้ปัญหาข้อพิพาทและสร้างกฎเกณฑ์สำหรับการจดทะเบียนภายในโดเมนเนมของตน

- หน่วยงานที่เป็นองค์กรสมาชิกหรือองค์กรที่ไม่แสวงกำไร หากการเข้าเป็นสมาชิกต้องเสียค่าธรรมเนียม องค์กรเหล่านั้นต้องได้กำหนดหรือดูแลนโยบายสำหรับโดเมนเนมต่าง ๆ
- หน่วยงานที่ดูแลโดเมนเนมหนึ่ง ๆ อาจแต่งตั้งหรือเลือกหน่วยงานศูนย์กลางเพื่อร่วมดำเนินการและ/หรือมีบทบาทในส่วนของงานที่ IANA ได้เคยปฏิบัติ
- คำตัดสินของหน่วยงานที่กำหนดนโยบายเรื่องโดเมนเนมอาจนำมาให้ศาลภายในประเทศปฏิบัติได้ภายใต้หลักที่คล้ายคลึงกับคำพิพากษาในเรื่องธุรกิจและภายใต้หลักที่เอกสารนี้ได้แสดงไว้
- ตราบเท้าที่มีการเลือกเจ้าหน้าที่หรือทรัสต์ของหน่วยงานที่ใช้นโยบายดูแลโดเมนเนมเป็นสมาชิกหรือเข้าถือหุ้น บุคคลธรรมดาหรือบริษัทนั้นจะ ไม่ได้รับอนุญาตให้ลงคะแนนในเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ในการมีกรรมสิทธิ์หรือเป็นสมาชิก การเป็นสมาชิกหรือผลประโยชน์ในการถือหุ้นต้องแบ่งเป็นประเภทต่าง ๆ

4.ต้องเปิดโอกาสให้แก่ผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดในการเข้ามีส่วนร่วม

- การเปิดโอกาสต้องกระทำเป็น 4 ระดับคือ
 - 1) ความตกลงร่วมกันระหว่างประเทศ (สนธิสัญญา)
 - 2) องค์กรประกอบและการจัดวางของหน่วยงานดูแลนโยบาย
 - 3) เสรีภาพในการเข้าเป็นผู้รับจดทะเบียน (รูปแบบธุรกิจที่หลากหลาย)
 - 4) ทางเลือกของผู้บริโภค
- เสรีภาพในการเข้าเป็นหน่วยทะเบียนต้องอยู่ในกรอบที่ว่า
 - 1) ต้องให้การรับรองในเรื่องความต่อเนื่องและถูกต้องในการแก้ปัญหาเรื่องโดเมนเนมโดยวิธีการใช้ฐานข้อมูลร่วมกัน
 - 2) ต้องให้การรับรองในกรณีเกิดความล้มเหลวในการดำเนินการว่าจะไม่ก่อความเสียหายกับระบบ โดยใช้ surety bonds และการดูแลเซิร์ฟเวอร์
- ผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตต้องให้เงินอุดหนุนสาธารณูปโภคของเซิร์ฟเวอร์หลัก

5.ต้องมีหลักอันเป็นที่ยอมรับเพื่อใช้ในกรณีทีนอกเหนือสัญญาและเพื่อคุ้มครองทรัพย์สิน

ทางสัญญาและประโยชน์ของบุคคลที่สาม โดยที่

- สัญญาร่วมของผู้จดทะเบียนต้องรับรู้ถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
- ต้องมีการยอมรับในเรื่องอำนาจอธิปไตยของประเทศได้
- นโยบายแก้ปัญหาข้อพิพาทต้องไม่มีที่มาจากผู้รับจดทะเบียน
- ผู้รับจดทะเบียนทั้งหมดควรใช้นโยบายแก้ปัญหาข้อพิพาทแบบเดียวกัน
- ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทควรมีอำนาจในการกำหนดถึงส่วนที่นอกเหนือสัญญา โดยให้คำจำกัดความอย่างระมัดระวัง

- ต้องทราบรายละเอียดเจ้าของโดเมนเนมเสมอ ไม่มีการอนุญาตให้ปกปิดชื่อ
- ควรมีข้อเสนอแนะสำหรับประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล

4.2 การกำกับดูแลในระดับต่าง ๆ

หลักในการกำกับดูแลในเบื้องต้นที่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดเป็นแนวทางจะมีอยู่ใน A Framework for Global Electronic Commerce³⁴ ซึ่งวางหลักไว้ว่า

- 1.ภาคเอกชนจะมีบทบาทสำคัญในเรื่องการกำกับดูแล
- 2.ภาครัฐจะต้องหลีกเลี่ยงการควบคุมในเรื่องพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เกินความจำเป็น
- 3.กรณีที่ภาครัฐจำเป็นต้องเกี่ยวข้อง ต้องมีเป้าหมายในการส่งเสริมและก่อให้เกิดหลักกฎหมายที่มีการควบคุมให้น้อยที่สุด สามารถคาดหมายได้และมีความแน่นอน

4.ภาครัฐจะต้องตระหนักถึงคุณลักษณะเฉพาะตัวของอินเทอร์เน็ต

5.การค้าผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์บนอินเทอร์เน็ตต้องเป็นไปตามหลักสากล

สำหรับเรื่องระบบโดเมนเนมซึ่งเป็นเรื่องแยกย่อยลงไปอีกนั้น ได้มีการอภิปรายในเรื่องการปรับปรุงการจัดการทางเทคนิคของระบบโดเมนเนมในอินเทอร์เน็ต (A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Address Discussion Draft 1/30/98)³⁵ ที่กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกาได้จัดทำขึ้น มีหลักการร่วมกัน (Shared principles) ที่นำเสนอให้ใช้สำหรับการกำกับดูแล โดยให้ความสำคัญในเรื่องของ

1.ความมีเสถียรภาพ (Stability)

การสร้างควมมีเสถียรภาพให้แก่อินเทอร์เน็ตในเบื้องต้นนั้น รัฐบาลสหรัฐอเมริกาคงต้องยุติบทบาทในเรื่องระบบโดเมนเนมอย่างมีเหตุผล ในปัจจุบัน การทำหน้าที่ของอินเทอร์เน็ตเป็นไปได้คืออยู่แล้ว แต่ยังมีปัญหาในเรื่องการจัดการทางเทคนิคในระยะยาว การจัดการระบบใหม่นี้จะต้องไม่กระทบต่อการดำเนินการในปัจจุบันหรือสร้างระบบรากฐานในลักษณะที่แข่งขันกัน

2.การแข่งขัน (Competition)

ระบบอินเทอร์เน็ตประสบความสำเร็จเพราะเป็นระบบที่ไม่มีศูนย์กลางซึ่งก่อให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ และให้เสรีภาพแก่บุคคล ในส่วนการบริหารทางเทคนิคอาจเป็นไปได้ที่จะมีการพิจารณาใช้กลไกตลาดเพื่อให้เกิดการแข่งขัน มีการคิดค้นใหม่ ๆ ก่อให้เกิดความหลากหลายและมีตัวเลือกให้ผู้บริโภคตามความพอใจ

3.การดำเนินงานในส่วนเอกชนและการร่วมมือกัน (Private, Bottom-up Coordination)

³⁴ "Administration Releases Report on Global Information Infrastructure," World Intellectual Property Report, vol.11 no.8 (August 1997) : p.280.

³⁵ ข้อมูลจาก <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/dnsdrft.htm>

การบริหารในทางเทคนิคจำเป็นต้องมีการร่วมมือกัน โดยการใช้หน่วยงานเอกชนที่มีความรับผิดชอบน่าจะเหมาะสมกว่าการให้ภาครัฐเป็นผู้ควบคุม และการใช้กระบวนการร่วมมือกันระหว่างเอกชนก็必将มีความยืดหยุ่นมากกว่าภาครัฐและสามารถรับมือกับความต้องการที่เปลี่ยนแปลงของอินเทอร์เน็ตและผู้ใช้ได้ดีกว่าด้วย

4. การแสดงถึงส่วนต่าง ๆ (Representation)

การบริหารอินเทอร์เน็ตทางด้านเทคนิคควรจะสะท้อนถึงความหลากหลายของผู้ใช้และความต้องการ ควรมีการสร้างกลไกต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการตัดสินใจ

อาจกล่าวได้ว่า ในการปฏิบัติตามหลักที่ได้มีการเสนอแนะนี้ อาจแบ่งงานในระบบการจัดสรรชื่อและหมายเลขได้เป็น 2 กลุ่มคือ³⁶

1. ส่วนที่มีการร่วมมือกัน (The Coordinated Functions)

ในการจัดการเรื่องที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตนั้น การร่วมมือกันเป็นวิธีการที่ดีที่สุด เนื่องจากเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ อาจจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงในระบบจัดสรรหมายเลข ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้จำเป็นต้องดำเนินงานโดยร่วมมือกัน

เช่นเดียวกัน การร่วมมือกันในเรื่องเครือข่ายของเซิร์ฟเวอร์หลักก็เป็นสิ่งจำเป็น หากต้องการให้ระบบทั้งหมดทำงานได้โดยไม่มีปัญหา ในเรื่องการบริหารประจำวัน อย่างเช่น การรักษาระบบเซิร์ฟเวอร์หลัก อาจดำเนินการในลักษณะทำสัญญาได้ แต่ในเรื่องนโยบายเสนอแนะและการควบคุม TLDs และระบบเวิร์ฟเวอร์หลักของอินเทอร์เน็ตทั้งหมดนั้น จำเป็นต้องมีการจัดการโดยองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะในลักษณะที่เป็นตัวแทนของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั้งหมด

นอกจากนี้ โปรโตคอลพารามิเตอร์สำหรับที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่และรักษาโดยร่วมมือกันจะสามารถรักษาเสถียรภาพและการเชื่อมต่อระหว่างกันได้ดีที่สุด

2. ส่วนที่มีการแข่งขัน (The Competitive Functions)

การจดทะเบียน SLDs และการจัดการระบบทะเบียนของ TLD เป็นส่วนที่ควรมีการแข่งขันและใช้กลไกตลาด ในส่วนนี้จะต้องแยกระบบทะเบียนและผู้รับจดทะเบียนออกจากกัน กล่าวคือหน่วยทะเบียน (Registry) เป็นส่วนที่มีความรับผิดชอบในการดูแลรักษาแฟ้มข้อมูลของ TLD ซึ่งบรรจุ SLD และ SLD แต่ละตัวก็จะตรงกับ IP number แต่ละหมายเลข ซึ่งภายใต้ระบบอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันนี้ TLD หนึ่ง ๆ จะไม่สามารถมีหน่วยทะเบียนได้มากกว่าหนึ่งแห่ง

ส่วนผู้รับจดทะเบียน (Registrar) จะเป็นเหมือนสิ่งที่อยู่ระหว่างเจ้าของโดเมนเนมและหน่วยทะเบียน โดยให้บริการในการจดทะเบียนและคิดมูลค่า ผู้รับจดทะเบียนจะส่งแฟ้มข้อมูลพื้นที่ (Zone file information) และข้อมูลอื่น ๆ รวมทั้งข้อมูลในการติดต่อสำหรับ TLD หนึ่ง ๆ ของลูกค้า

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

แต่ละคนไปยัง หน่วยทะเบียน ซึ่งที่ผ่านมา นั้น บริษัท Network Solution ได้ดำเนินการเป็นทั้งหน่วยทะเบียนและผู้รับจดทะเบียนสำหรับ TLD .com, .net, .org และ .edu โดยได้รับสิทธิเฉพาะตัว

ทั้งหน้าที่ของหน่วยทะเบียนและการรับจดทะเบียนสามารถจัดการภายใต้หลักการแข่งขันได้ โดยบริษัทหนึ่งอาจดูแลงานทะเบียนสำหรับโดเมนเนม .com, .net และ .org และให้อีกบริษัทดูแลในส่วนโดเมนเนม .vend และ .store เป็นต้น ส่วนผู้รับจดทะเบียนก็สามารถแบ่งการให้บริการจดทะเบียนโดเมนเนมประเภทต่าง ๆ กันได้ เช่น บริษัทที่รับออกแบบเว็บไซต์สำหรับลูกค้าอาจมีบริการเพิ่มเติมในการรับจดทะเบียนโดเมนเนม หรือบริษัทอื่น ๆ อาจทำธุรกิจรับจดทะเบียนเพียงอย่างเดียวก็ได้

ข้อดีของการให้แข่งขันกันระหว่างหน่วยทะเบียนคือ ผู้รับจดทะเบียนจะสามารถเลือก TLD ที่ต้องการรับจดทะเบียนได้ นอกจากนี้การให้มีการแข่งขันกันยังก่อให้เกิดประสิทธิภาพที่สูงขึ้น ราคาต่ำลงและอาจมีบริการพิเศษอื่น ๆ ที่ทำให้บริการของแต่ละรายแตกต่างกันซึ่งเป็นผลดีในการพัฒนาประสิทธิภาพของระบบ

อย่างไรก็ตาม มีการเสนอแนะในอีกแง่ว่า แม้จะมีหน่วยทะเบียนหลายหน่วย ก็ยังคงควรดำเนินการตามหลักไม่แสวงกำไร เพราะหากให้มีการแสวงกำไร ผู้ประกอบการก็จะพยายามดึงลูกค้าเอาไว้โดยอาจมีการเสนอราคาต่ำสุด แต่เมื่อทราบว่าลูกค้ากำลังจะย้ายไปใช้บริการของผู้ประกอบการรายอื่นก็อาจมีการเร่งเพิ่มราคาขึ้น ซึ่งก็จะเป็นผลเสียกับผู้ใช้ในที่สุด แต่หากพิจารณาในแง่บวก กลไกของตลาดก็อาจช่วยไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นได้

ในการหารูปแบบหน่วยงานในการกำกับดูแลเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงอาจต้องมีการศึกษาในหลาย ๆ รูปแบบเนื่องจากไม่มีรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง โดยเฉพาะที่จะเหมาะสมสำหรับอินเทอร์เน็ตทั้งระบบได้ ดังนั้น จึงต้องเปรียบเทียบถึงข้อดีของหน่วยงานทั้ง 3 รูปแบบดังต่อไปนี้

4.2.1 การกำกับดูแลโดยหน่วยงานสากล

การกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ เพื่อให้หน่วยงานในอินเทอร์เน็ตใช้บังคับในขณะนี้ มีความเป็นไปได้มากกว่าการอาศัยหลักเกณฑ์ปกติที่มีอยู่หรือการตัดสินใจทางศาล ข้อที่ควรตระหนักก็คือ วัตถุประสงค์ในการออกแบบและความมีประสิทธิภาพในการดำเนินงานของเครือข่าย ฝ่ายที่มีความคุ้นเคยกับเครือข่ายที่สุดย่อมเข้าใจการปฏิบัติงานมากที่สุด

ดังนั้น หากมีการควบคุมเครือข่ายในลักษณะที่ต่างกันไปในแต่ละประเทศ ก็จะเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายในการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือขาดความกลมกลืนในการพัฒนาเครือข่ายระดับโลก³⁷

³⁷ Mark Gould, "An Island in The Net : Domain Naming and English Administrative Law," The John Marshall Journal of Computer and Information Law, vol.15 (spring 1997) :p.502.

4.2.2 การกำกับดูแลโดยหน่วยงานระดับประเทศ

หากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้ว เครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีความเหมาะสมที่สุดที่จะกำกับดูแลโดยสถาบันที่มีลักษณะเป็นศูนย์กลาง แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ระบบอินเทอร์เน็ตไม่มีกลไกกำกับที่เฉพาะเจาะจง สถาบันระดับประเทศน่าจะเป็นสิ่งที่เติมเต็มช่องว่างตรงจุดนี้ได้

ในกรณีที่ไม่มีกลไกแก้ปัญหาข้อพิพาทกำหนดไว้ในโครงสร้างอินเทอร์เน็ต ผู้เริ่มข้อพิพาทก็มักหันเข้าหาศาลในประเทศ ในการแก้ปัญหาข้อพิพาทเหล่านั้นก็มักเกี่ยวข้องกับปัญหาการจดทะเบียนโดเมนเนมที่ขัดแย้งกับสิทธิในเครื่องหมายการค้า

โดยเฉพาะกรณีที่การจดทะเบียนโดเมนเนมมีความเกี่ยวข้องกับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ การพิจารณาให้หน่วยงานระดับประเทศเป็นผู้ดูแลหรือใช้เขตอำนาจศาลภายในดินแดนนั้นเป็นหลักในการตัดสินน่าจะเกิดข้อโต้แย้งได้น้อยกว่า³⁸

4.2.3 การกำกับดูแลโดยหน่วยงานเอกชน

การที่หน่วยงานจดทะเบียนโดเมนเนมรับจดทะเบียนโดเมนเนมนั้น จะถือว่าเป็นการปฏิบัติงานในทางเอกชนภายในระบบเครือข่ายที่เป็นของเอกชนได้หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นจริง ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาความเป็นไปได้ในการใช้กฎเกณฑ์ภายนอก แต่หากการจดทะเบียนโดเมนเนมถือเป็นหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ในทางสาธารณะในเครือข่ายซึ่งมีอยู่ทั่วไป เช่นนี้ จำเป็นจะต้องมีการควบคุมจากภายนอกหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้อแตกต่างที่แน่ชัดระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ในทางสาธารณะหรือหน้าที่ในทางเอกชน และอาจไม่จำเป็นเสมอไปที่การปฏิบัติหน้าที่ในทางสาธารณะจะต้องมีการควบคุมโดยหน่วยงานภายนอกจึงจะเป็นหลักประกันที่ดีต่อส่วนรวม เพราะหน่วยงานบางแห่งก็สามารถดำเนินงานได้เฉพาะในขอบเขตตามอำนาจที่จัดตั้งอยู่แล้ว³⁹

4.3 ตัวอย่างการกำกับดูแลในบางรูปแบบ

การกำกับดูแลตนเองในไซเบอร์สเปซได้มีขึ้นในหลายรูปแบบ โดยมีตั้งแต่การปกครองแบบมีสำนักงานเป็นศูนย์กลางอย่าง America Online (AOL) และ Compuserve จนถึงการวางกติกามารยาทอย่างหลวม ๆ (netiquette) ของ Internet Newsgroups

ตัวอย่างรูปแบบในการกำกับดูแลตนเองที่จะยกมานี้ แม้เป็นตัวอย่างที่ได้เกิดขึ้นมาแล้วแต่ก็เป็นกรณีที่น่าศึกษาเนื่องจากเคยใช้ได้ผล เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับขั้นเด็ดขาดกับผู้ละเมิดกฎ นั่นคือ AOL ใช้วิธียกเลิกการให้บริการ และ a.c.e.n.a. ใช้วิธีลบข้อความออกโดยตรง การ

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., pp.499-500.

ใช้กรอบดังกล่าวเป็นไปในรูปของสัญญาโดยเป็นการแสดงออกอย่างแจ่มชัดในกรณีของ America Online และเป็นการแสดงออกโดยปริยายในกรณีของ a.c.e.n.a. กรอบทางกฎหมายที่ได้วางขึ้นนี้ครอบคลุมครบทุกส่วนทั้งการออกกฎ การวินิจฉัยกรณีและการบังคับใช้ ส่วนรูปแบบที่สองมีลักษณะเป็นการใช้อาศัยหลักกรรมสิทธิของเอกชน

รายละเอียดของตัวอย่างทั้งสองมีดังนี้

4.3.1 The Newsgroup, alt.current-events.net-abuse (a.c.e.n.a.)

A.c.e.n.a. เป็นกลไกในทางประชาธิปไตยในการบังคับกฎหมายสำหรับการส่งข้อความที่ไม่ต้องการหรือที่เรียกว่า "spam" a.c.e.n.a. newsgroup ก็เป็นเช่นเดียวกับการสนทนาอื่น ๆ ที่อยู่บนระบบแลกเปลี่ยนและติดต่อทั่วโลกที่เรียกว่า USENET* โดยกลุ่มข่าวแต่ละกลุ่มจะมีหัวข้อข่าวเฉพาะ USENET ได้พัฒนาหลักที่เป็นที่ยอมรับของผู้ใช้ส่วนใหญ่ที่เรียกว่า netiquette** โดยจะถือว่าการโฆษณาทางการค้าเป็นการละเมิด netiquette และเป็นการเบี่ยงเบนเจตนาของ USENET ในการให้การสื่อสารในกลุ่มหัวข้อเฉพาะ

แม้จะมีกฎดังกล่าวกำหนดไว้ แต่ก็ยังมีผู้ละเมิดในกฎนี้ จากกรณีของบริษัท Phoenix-based law firm of Cantor & Seigel (C&S) ซึ่งได้โพสข้อความโฆษณาบริการทางกฎหมายของบริษัทในกลุ่มข่าวต่าง ๆ ผลก็คือ ได้มีปฏิกิริยาจากผู้ใช้งานจำนวนมากเปิดการอภิปรายในกลุ่มข่าวบางกลุ่ม ซึ่งการโฆษณานี้ได้สร้างความไม่พอใจกับสมาชิก USENET เป็นอย่างมาก A.c.e.n.a. จึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดการกับปัญหานี้ ผู้ที่ดำเนินการแก้ปัญหาเรื่อง spam ที่โดดเด่นก็คือ Cancelmoose (TM) สมาชิกที่ไม่ระบุชื่อรายหนึ่ง

Cancelmoose ได้ขจัดข้อความที่เป็นการรบกวนออกไปโดยใช้ข้อความในการระงับ (cancelbots) ทุกครั้งที่มีข้อความนั้นขึ้น นอกจากนี้ข้อความดังกล่าวยังถูกส่งกลับไปยัง spammer ผู้ส่งพร้อมทั้งแจ้งถึงเหตุผลในการส่งกลับและขั้นตอนต่อไปที่จะกระทำหากเกิดเหตุการณ์ขึ้นอีก

จำนวนผู้อ่านทั้งหมดของ a.c.e.n.a. ประกอบด้วยผู้บริหารข่าวสารซึ่งทำหน้าที่สร้างเครื่องมือในการกลั่นกรองเพื่อควบคุมข้อความที่ผ่านเข้าไปยังเว็บไซต์ ข้อความในการระงับของ

* USENET เป็นกลุ่มของการสนทนาจำนวนหลายกลุ่มที่เรียกว่า "newsgroups" โดยเป็นระบบเฉพาะในการร่วมดำเนินงานของ Internet Nodes แต่ก็ไม่ใช่ทุก Internet Nodes ที่จะมีส่วนร่วมใน USENET ผู้เข้าร่วมใน USENET จะให้ข้อความข่าวแก่กันและกัน ดังนั้นผู้ใช้จึงสามารถให้ความเห็นแก่ newsgroup ได้โดยการโพสข้อความจากคอมพิวเตอร์ของตนแล้วระบบของ USENET จะทำหน้าที่เผยแพร่ข่าวนั้นไปทั่วอินเทอร์เน็ตในเวลาไม่นาน

** กฎของความประพฤติที่ไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับผู้ใช้อินเทอร์เน็ต

Cancelmoose ประกอบด้วยสัญญาในการตรวจจับที่ทำให้ผู้บริหารเว็บไซต์สามารถถล่มโครงการ
ระงับได้เมื่อต้องการ วิธีการดังกล่าวได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในกลุ่มข่าว

วิธีดำเนินการในการกำกับดูแลในไซเบอร์สเปซของ A.c.e.n.a. เป็นประเด็นที่น่าสนใจ
เนื่องจากได้แสดงถึงการควบคุมใน 3 จุดคือ⁴⁰

1. สร้างกฎเกณฑ์ โดยการกำหนดถึงบรรทัดฐานที่ผู้เยี่ยมชมรับ
2. วินิจฉัยกรณีปัญหา โดยตัดสินว่าข้อความดังกล่าวละเมิดบรรทัดฐานหรือไม่ และ
3. กำหนดสภาพบังคับ โดยการระงับข้อความที่ละเมิดบรรทัดฐาน

ประเด็นที่น่าพิจารณาคือ⁴¹

1.A.c.e.n.a. มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ในการกำหนดกฎเกณฑ์ และการที่ผู้ใช้ส่วน
หนึ่งได้ร่วมอภิปรายถึงปัญหานั้น ยังไม่อาจสรุปได้ว่า เป็นการสะท้อนถึงความเห็นของทุกคนที่อยู่
ภายใต้กฎเกณฑ์

คำอธิบายในเรื่องนี้ก็คือ กลุ่มข่าวนี้อาจมีการเข้าถึงได้โดยผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทุกคนและผู้
ที่ผูกพันตามกฎเกณฑ์นี้ก็คือ ผู้ที่ใช้อินเทอร์เน็ตเท่านั้น นั่นคือ ผู้ที่ต้องผูกพันนั้นสามารถที่จะเข้า
ร่วมหรือล้มเลิกก็ได้ แต่หากจะเข้าร่วมก็ไม่มีข้ออ้างในการจะไม่อยู่ใต้กฎเกณฑ์

2. การวินิจฉัยปัญหาของ A.c.e.n.a. เป็นไปอย่างชอบธรรมหรือไม่

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีวินิจฉัยข้อพิพาทในระบบกฎหมายจะเห็นได้ว่า ระบบ
กฎหมายใช้วิธีรวบรวมกลุ่มบุคคลที่มีความรู้ในเรื่องนั้น ๆ ให้มาตัดสินว่าการกระทำเช่นนั้นสมควร
ได้รับโทษหรือไม่ วิธีการในลักษณะเดียวกันนี้ได้ถูกนำมาใช้กรณีของ A.c.e.n.a. ซึ่งผู้ที่ได้เข้าร่วม
ในการอภิปรายในปัญหานั้นก็เป็นผู้ที่ได้เห็นข้อความที่เป็นการละเมิดกฎดังกล่าว

3. การใช้สภาพบังคับของ A.c.e.n.a. ถือเป็น การล่วงเกินสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่

ปกติแล้วคำตัดสินที่มาจากระบบของเอกชนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ หากไม่มี
สภาพบังคับ แต่ในกรณีนี้อาจต้องพิจารณาถึงบทบาทของบุคคลในการปกป้องทรัพย์สินของตนเอง
และบุคคลก็มีหน้าที่ในทางสังคมในการร่วมกันป้องกันการทำผิด ซึ่งเห็นได้จากหลักกฎหมาย
ในประเทศต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมและการจับโดยเอกชน⁴²

ดังนั้น การกระทำของ Cancelmoose จึงเป็นไปโดยฉันทามติของผู้เข้าร่วมใน A.c.e.n.a.
ฉันทามติที่กำหนดขึ้นโดย a.c.e.n.a. จึงเป็นเสมือนคำตัดสินของศาล Cancelmoose จึงเป็นเสมือนผู้

⁴⁰ Henry H. Perritt, Jr., "Cyberspace Self-Government : Town Hall Democracy or
Rediscovered Royalism ?," Berkeley Technology Law Journal, vol.12 :2, (1997) : p.440.

⁴¹ Ibid, pp.440-442.

⁴² See BASSIOUNI, supra note 68, at 87-95 (providing an index of state citizen's
arreststatutes).

ดำเนินการตามคำสั่งศาล หากใช้หลักเทียบเคียงดังกล่าวนี้ การใช้สภาพบังคับของ a.c.e.n.a. ก็เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาในอีกแง่หนึ่ง Cancelmoose ก็ไม่ได้อยู่ในฐานะเทียบเท่าผู้มีอำนาจของหน่วยงานรัฐ เนื่องจากการแต่งตั้งตนเองขึ้น ทั้งการที่ a.c.e.n.a. ให้อนุญาต Cancelmoose ก็ไม่ได้มีขั้นตอนอย่างเป็นทางการเหมือนขั้นตอนในทางกฎหมาย ดังนั้น หากพิจารณาในแง่นี้ก็เห็นได้ว่า การกระทำของ a.c.e.n.a.เป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

4.3.2 Economic royalism: proprietary power

รูปแบบการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ (Proprietary forms) เป็นการกำกับดูแลของเอกชนที่พบได้ในหลายส่วนของไซเบอร์สเปซ ตัวอย่างเช่น America Online หรือ Compuserve ซึ่งใช้วิธีการบังคับหลักที่เป็นที่ยอมรับกัน โดยการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้ที่ละเมิดกฎ

ผู้ให้บริการส่วนใหญ่จะแสดงข้อกำหนดในการให้บริการไว้ การละเมิดกฎจะถือเป็นการเข้ามาโดยบุกรุกและอาจมีการพิจารณายกเลิกการให้บริการภายใต้สัญญา⁴³ ผู้ให้บริการบางรายก็ใช้เครื่องมือซอฟต์แวร์ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎ การใช้บริการโดยการคัดค้านของเจ้าของถือเป็นการต้องห้ามและเป็นการบุกรุกเช่นกัน⁴⁴

ศาลของสหรัฐอเมริกาได้แสดงเหตุผลไว้ต่อข้อโต้แย้งที่ว่า ผู้ให้บริการต้องจัดการเข้าสู่บริการแก่ผู้ใช้ตามหลักในรัฐธรรมนูญ (First Amendment of the United States Constitution) หรือหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยวางหลักไว้ว่า รัฐในกรณีนี้ต้องต้องอยู่ภายใต้หลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน⁴⁵

แม้จะเป็นเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ในการกำกับดูแล การให้บริการของเอกชนในส่วนนี้ก็ไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญที่ใช้กับองค์กรของรัฐทั่วไป อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการวางขอบเขตการใช้อำนาจไว้ตามสัญญา ผู้ให้บริการก็สามารถดำเนินการตามหลักที่ได้วางขึ้นได้ การเยียวยาทางกฎหมายสำหรับผู้เสียหายจากวิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาทของเอกชนจะมีอยู่กรณีเดียวคือ กรณีที่มีการผิดสัญญา

⁴³ ดู Cyber Promotions, Inc. v. Apex Global Info.Servs, Inc, No. CivA 97-5931, 1997 WL 634384, at *3 (E.D. Pa Sept.30, 1997) (recognizing general rule, but enjoining termination of service before expiration of 30-day contractual notice).

⁴⁴ ดู Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F. Supp. 1015, 1017 (S.D. Ohio 1997) (granting injunction on trespass theory).

⁴⁵ "Cyberspace Self-Government," Berkeley Technology Law Journal, vol.12 : 2 (1997) : p.450.

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้เคยวางหลักในคดีระหว่าง Flag Brothers และ Brooks ไว้ว่า การกระทำของเอกชนภายในกรอบที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายยังไม่เพียงพอสำหรับการที่รัฐจะใช้อำนาจกระทำแทน การใช้อำนาจแทนของรัฐจะมีขึ้นได้เฉพาะกรณีที่อำนาจบังคับของรัฐนั้นถูกใช้โดยหน่วยงานของเอกชน ดังนั้น ผู้ออกแบบกลไกกำกับดูแลทางอิเล็กทรอนิกส์จึงมีความเป็นอิสระในตัวเองที่จะกำหนดไว้ในรูปของสัญญา ซึ่งจะไม่อาจมิได้หากเป็นกรณีที่การใช้กลไกนั้นเกินไปโดยอาศัยอำนาจรัฐ⁴⁶

สรุปแล้วการใช้อำนาจของ a.c.e.n.a. มีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุด แต่มีแนวโน้มที่จะมีความสับสนเนื่องจากไม่มีรูปแบบของสถาบันและมีการกระจายตัวของอำนาจบังคับ ส่วนกรณีของรูปแบบการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์นั้นไม่มีปัญหาดังกล่าว แต่เป็นการรวมอำนาจอยู่ในมือของฝ่ายหนึ่งและให้ตัวเลือกที่น้อยในการแก้ปัญหา

⁴⁶ Ibid.