

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR) เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2558  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Problems on Consumer Protection Law about Advertisting by Google AdWords Program

Miss Angkana Yuyeunyong



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2015

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการ
	โฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords
โดย	นางสาวอังคณา อู่ยืนยง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	อาจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(อาจารย์สรวิศ ลิ้มปรีงชัย)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(อาจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี)

.....กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์)

อังคณา อยู่ยืนยง : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่าน  
ทางโปรแกรม Google AdWords (Problems on Consumer Protection Law about  
Advertising by Google AdWords Program) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.สุรัช  
ดา รีศรี, 186 หน้า.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการศึกษาแนวทางกฎหมายเกี่ยวกับคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาบน  
อินเทอร์เน็ตผ่านทางโปรแกรม Google AdWords เพื่อค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหาของการแสดงผล  
การค้นหาข้อมูลโฆษณาที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิด หรือถูกหลอกลวงในสินค้าหรือบริการจาก  
โปรแกรมที่ตนสร้าง อย่างไรก็ตาม โฆษณาเหล่านี้ถูกบรรจุเนื้อหาโดยผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สาม  
และผู้โฆษณาเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาสำหรับลิงค์โฆษณาที่ได้จัดทำให้ ด้วย  
เหตุนี้ ผู้ให้บริการลงโฆษณาควรต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคหรือไม่ และหากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับแจ้ง  
เรื่องร้องเรียนเหล่านี้ ผลทางกฎหมายจะเปลี่ยนไปหรือไม่

สำหรับวิธีการศึกษานั้นได้จากการค้นคว้าจากหนังสือ เอกสารทางวิชาการ เอกสารอื่น ตั  
บบัญญัติกฎหมายและคำพิพากษา ทั้งกฎหมายของประเทศไทย กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย  
กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายสหภาพยุโรป จากผลการศึกษาพบว่า มีกฎหมายที่  
สำคัญ ได้แก่ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติคุ้มครอง  
ผู้บริโภค พ.ศ. 2522 อย่างไรก็ตามภายใต้กฎหมายดังกล่าวยังไม่ชัดเจน อีกทั้งพระราชบัญญัติ  
คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาบน  
อินเทอร์เน็ต ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย กฎหมายของประเทศ  
สหรัฐอเมริกาและกฎหมายสหภาพยุโรป นอกจากนี้การวินิจฉัยปัญหาจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล  
และการตีความกฎหมาย ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการคุ้มครองผู้บริโภค

ดังนั้น การศึกษาวิจัยนี้เสนอแนะว่า ควรมีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนและควรมีกฎหมาย  
ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม  
แก่ผู้บริโภค

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5686039734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CONSUMER PROTECTION FOR ONLINE ADVERTISING / GOOGLE ADWORDS  
/ ADVERTISING SERVICE PROVIDER / MISLEAD AND DECEIVE / SPONSERED LINK

ANGKANA YUYEUNYONG: Problems on Consumer Protection Law about  
Advertisting by Google AdWords Program. ADVISOR: AJARN. DR.SURUTCHADA  
REEKIE, 186 pp.

The purpose of this thesis is to study the guidelines of legislative provisions about consumer protection for online advertising by Google AdWords. The study seeks the solutions to the problem concerning an advertising service provider who presents the content of advertisement which misleads and deceives consumers regarding the goods and services. However, the content of such advertisement is provided by an advertiser who is a third party and who pays remuneration for a sponsored link. For this reason, a question arises whether an advertising service provider should be liable. Moreover, once the provider receives a complaint, would this change the outcome of the law? The method of study is to research into text-books, academic articles, other documents, legislation and judgments of relevant courts in Thailand, Australia, the United States of America and the European Union.

The result of the study shows that important pieces of legislation in Thailand are section 420 of the Civil and Commercial Code and the Consumer Protection B.E. 2522. However, these law are not clear and the Consumer Protection B.E. 2522 is not a specific legislation about consumer protection on advertising. This is different from the position in Australia, the U.S.A. and the European Union. Moreover, the outcome of this problem depends on judicial discretion and the interpretation of relevant laws which may render consumer protection unfair.

Therefore this study proposes that there should be clear legal provisions on the issue, and there should also be a specific legislation on consumer protection regarding online advertisement in order to create greater fairness for consumers.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2015

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้ เนื่องจากผู้เขียนได้รับความกรุณาอย่างยิ่งจาก อาจารย์ ดร. สุรัชดา ธีศรี ที่รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา อาจารย์สรวิศ ลิ้มปริงชี ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และอาจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำแนะนำและแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนช่วยตรวจสอบเนื้อหาเพื่อให้วิทยานิพนธ์นี้สมบูรณ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ และศาสตราจารย์ศันท์ภรณ์ โสถถินันท์ สำหรับความกรุณาให้ความช่วยเหลือเมื่อผู้เขียนประสบปัญหา และให้กำลังใจจนกระทั่งผู้เขียนสามารถเสนอสอบเล่มวิทยานิพนธ์นี้ได้จนสำเร็จ

ขอขอบพระคุณบิดามารดา และคุณยาย ที่ให้ความช่วยเหลือในการศึกษาและคอยให้กำลังใจเสมอมา นอกจากนี้ขอขอบคุณน้องสาวและเพื่อนร่วมรุ่น สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ที่ให้กำลังใจ ช่วยเหลือแบ่งปันจนกระทั่งสำเร็จการศึกษา

ท้ายสุดนี้ ขอมอบความสำเร็จนี้ให้แก่สถาบันการศึกษาและครอบครัว ที่ให้การสนับสนุน และช่วยเหลือเสมอมา

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา.....	7
1.3 ขอบเขตการศึกษา.....	7
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย.....	8
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	8
บทที่ 2 ภาพรวมของปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อ ผู้บริโภค .....	11
2.1 ข้อมูลทั่วไปของโปรแกรม Google AdWords.....	12
2.1.1 ความหมายของโปรแกรม Google AdWords.....	12
2.1.2 ลักษณะทั่วไปและการทำงานของโปรแกรม Google AdWords.....	13
2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords.....	20
2.2.1 ผู้ให้บริการโฆษณา.....	20
2.2.2 ผู้โฆษณา.....	22
2.2.3 ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการ.....	22
2.3 ปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อผู้บริโภค.....	22

2.4 เหตุผลการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords .....	32
บทที่ 3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทาง โปรแกรม Google AdWords ในต่างประเทศ .....	37
3.1 ความนำ .....	37
3.2 ประเทศออสเตรเลีย .....	38
3.2.1 ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค .....	38
3.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords .....	41
3.2.3 กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง .....	49
3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา .....	52
3.3.1 ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค .....	52
3.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords .....	55
3.3.3 กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง .....	61
3.4 สหภาพยุโรป .....	70
3.4.1 ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค .....	70
3.4.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords .....	71
3.4.3 กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง .....	75
บทที่ 4 ความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทาง โปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทย .....	82
4.1 ความนำ .....	82
4.2 กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือ หลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณา .....	82



4.2.1 การคุ้มครองทางแพ่ง .....	82
1) ความรับผิดเพื่อละเมิด .....	82
2) ความคลุมเครือในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการโฆษณา .....	90
4.2.2 การคุ้มครองภายใต้กฎหมายพิเศษ.....	92
1) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค .....	92
2) ความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่นำไปปรับใช้ .....	99
4.3 กรณีผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ ....	101
4.3.1 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาประกอบการวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการโฆษณา....	101
4.3.2 ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	106
4.3.3 ข้อจำกัดทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้.....	114
บทที่ 5 วิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทาง โปรแกรม Google AdWords .....	120
5.1 ความนำ.....	120
5.2 วิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทย.....	120
5.2.1 กฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับละเมิด .....	121
5.2.2 กฎหมายพิเศษ.....	122
5.2.3 สรุปผลการวิเคราะห์.....	128
5.3 วิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในต่างประเทศ .....	131
5.3.1 กฎหมายว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้บริโภค .....	132
5.3.2 การจัดลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	133
5.3.3 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต .....	134

5.3.4	ข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายหรือการตีความของศาล .....	143
5.3.5	สรุปผลการวิเคราะห์ .....	152
5.4	แนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาในต่างประเทศ .....	154
5.5	สรุปผลการวิเคราะห์ .....	166
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	168
6.1	บทสรุป .....	168
6.2	ข้อเสนอแนะ .....	171
	รายการอ้างอิง .....	180
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	186



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันเทคโนโลยีการสื่อสารก้าวหน้าเป็นอันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อินเทอร์เน็ตที่เชื่อมโยงผู้คนในสังคมต่าง ๆ ทุกมุมโลก ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ นักลงทุน ตลอดจนผู้ใช้บริการทั้งหลายซึ่งไม่จำกัดเพศ อายุ เชื้อชาติ สัญชาติต่างก็สามารถใช้บริการผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ ด้วยเหตุนี้ผู้ใช้บริการสืบค้นข้อมูลจึงอาศัยโอกาสนี้ในการดำเนินธุรกิจ โดยการพัฒนาโปรแกรมสืบค้นข้อมูล หรือที่เรียกว่า Search Engine<sup>1</sup> ไว้ให้บริการ

ผู้ใช้บริการสืบค้นข้อมูลบนเว็บไซต์รายใหญ่ของโลก คือ บริษัทกูเกิล จำกัด (Google Company Limited) ที่มีเครื่องมือที่เรียกว่า Google's Search Engine ซึ่งเป็นที่นิยมจำนวนมากในปัจจุบัน โดยผลลัพธ์จากการสืบค้นข้อมูลนี้จะแสดงผลเป็นสองส่วน คือ ผลลัพธ์ตามปกติที่ได้จากการค้นหา (Natural Search Results) และลิงค์โฆษณา (Sponsored Link)<sup>2</sup> สำหรับลิงค์โฆษณานั้นเกิดจากกระบวนการทำงานของโปรแกรมที่เรียกว่า "Google AdWords" ซึ่งเป็นโปรแกรมที่บรรจุค่าหรือข้อความจากผู้โฆษณาได้โดยตรง อีกทั้งยังสามารถกำหนดกลุ่มเป้าหมายได้ไม่ว่าจะเป็นประเภทของผู้ใช้บริการ การกำหนดท้องที่และเวลาในการค้นหาโฆษณา

นอกจากนี้รูปแบบของการแสดงผลลัพธ์ของลิงค์โฆษณาก็มีหลากหลาย จึงทำให้เป็นช่องทางธุรกิจที่สำคัญช่องทางหนึ่งซึ่งเปิดโอกาสทางธุรกิจให้เข้าถึงผู้ใช้บริการได้ง่ายขึ้น อีกทั้งรูปแบบการเสียค่าโฆษณาให้กับผู้ใช้บริการลงโฆษณาเป็นการคิดตามจำนวนครั้งที่คลิก คือ ผู้โฆษณาจะต้องจ่ายเงินในแต่ละครั้งที่มีการคลิกให้แก่ผู้ใช้บริการลงโฆษณาซึ่งเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการโฆษณาที่ดีกว่าแบบ

---

<sup>1</sup> จตุพล ทานาถทัย, Search Engine Marketing 2.0 (กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพ การพิมพ์ และสตูดิโอ, 2549), หน้า 18.

<sup>2</sup> ดุลยวิทย์ เลาทองดี, "การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อออนไลน์ Search Engine และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อทำให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาการบริหารโทรคมนาคม คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) หน้า 1.

การเสนอราคาต้นทุนต่อการแสดงผลพัทธ์พันครั้ง (Cost Per 1,000 Impression) ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่สนใจของผู้โฆษณาที่มาใช้บริการผ่านโปรแกรมดังกล่าว<sup>3</sup>

การลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords จึงเป็นอีกหนึ่งช่องทางในการโฆษณาสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาซึ่งสามารถกระทำได้โดยเสรีและสามารถทำสัญญาการใช้บริการกับผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อย่างไรก็ตาม หากผู้โฆษณาอาศัยช่องทางนี้ในการเลือกคำหรือข้อความโฆษณาในลักษณะเหมือนหรือคล้ายธุรกิจคู่แข่ง หรือพฤติกรรมอื่นอันทำให้ผู้บริโภคที่ได้ใช้บริการสืบค้นข้อมูลสับสนหลงผิดจนทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงขึ้น เป็นเหตุให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาแสดงผลการค้นหาโฆษณาเหล่านั้นให้แก่ผู้บริโภคที่ได้ใช้บริการสืบค้นข้อมูล ซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่าสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการค้นหานั้นสามารถพบได้ผ่านทางเว็บไซต์ของผู้โฆษณา หรือสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณามีความเกี่ยวข้องกันกับตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการค้นหา ปัจจุบันพบการกระทำในลักษณะเช่นนี้เป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ยังมีรูปแบบการหลอกลวงในกรณีอื่นซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคทั้งสิ้น<sup>4</sup>

ผู้เสียหายที่ได้ซื้อสินค้าและบริการมักร้องเรียนไปยังเจ้าของเว็บไซต์ หรือร้องเรียนไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ก็ยังพบปัญหาเหล่านี้เกิดขึ้นอยู่ตลอด เหตุผลหนึ่งที่สำคัญ คือ แม้ว่าผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้เสียหายควรที่จะเรียกร้องเอาจากผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้กระทำผิดโดยตรง แต่เนื่องจากสภาพในปัจจุบันจะพบว่า การซื้อขายบนอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่กระทำต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง มิได้กระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า<sup>5</sup>

นอกจากนี้ผู้ซื้อสินค้าและบริการส่วนใหญ่ก็ไม่ทราบว่าเป็นผู้ใด หรือเป็นบุคคลที่มีตัวตนอย่างแท้จริงหรือไม่ เพราะธุรกิจโฆษณาออนไลน์ส่วนใหญ่มักไม่มีหน้าร้านเป็นของตนเองหรืออาจไม่มีเว็บไซต์ของตัวเองโดยตรง ในบางกรณีผู้โฆษณาอาจให้หมายเลขโทรศัพท์ไว้สำหรับติดต่อ ให้ส่ง

<sup>3</sup> Google (Thailand) Company Limited. How costs are calculated in AdWords[Online]. Available from : <https://support.google.com/adwords/answer/1704424?hl=en> [2015, February 10]

<sup>4</sup> กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2557 (กรุงเทพฯ: สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, 2557), หน้า 56-59.

<sup>5</sup> ศุภยนิติกานต์ คณานติกานต์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “รู้เท่าเข้าใจ ปัญหาซื้อขายออนไลน์” เสนอที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ 20 มีนาคม 2558. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) หน้า 1.

จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) โต้ตอบ หรือให้เลขบัญชีธนาคารไว้เท่านั้น กรณีเหล่านี้ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการติดตามค้นหาตัวผู้โฆษณาเพื่อนำมาดำเนินคดีในทางกฎหมายต่อไป นอกจากนี้ผู้โฆษณาบางรายมักหลบหนี หรือเปลี่ยนชื่อเว็บไซต์ใหม่ ทำให้เป็นภาระอย่างยิ่งแก่ผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้ ผู้บริโภคจึงทำได้แต่เพียงร้องเรียนไปยังหน่วยงานราชการ<sup>6</sup> หรือมาขอคำปรึกษาในเชิงปรับทุกข์มากกว่าที่จะฟ้องร้องเพื่อดำเนินคดีทางกฎหมาย เนื่องจากราคาสินค้าและบริการที่ถูกหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิดนั้นมีราคาไม่สูงมาก ย่อมไม่คุ้มค่าต่อการดำเนินคดีทางกฎหมาย เพราะเป็นการสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายและเสียเวลาในการดำเนินคดีทางกฎหมาย นอกจากนี้ผู้บริโภคยังไม่ทราบแน่ชัดว่า จะสามารถเรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการลงโฆษณาในฐานะเป็นผู้เผยแพร่โฆษณาได้หรือไม่<sup>7</sup>

จากสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปนั้น กฎหมายที่ใช้อยู่ในอดีตจึงเริ่มมีช่องว่างหรือไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน เพราะกฎหมายในอดีตบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาของสังคมและป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเหล่านั้นเกิดขึ้นอีก เช่น กรณีสัญญาซื้อขายมีหลักผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat Emptor) ซึ่งเหมาะกับสภาพการผลิตและการบริโภคที่ไม่ซับซ้อน แต่เมื่อเทียบกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่มีกระบวนการผลิตและการบริโภคที่แตกต่างจากเดิมมาก หากพิจารณาหลักความรับผิดชอบตามความสัมพันธ์ในทางสัญญา จะมีเพียงผู้ซื้อและผู้ขายซึ่งเป็นคู่กรณีในทางสัญญาเท่านั้นที่มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ส่วนผู้เสียหายที่มีคู่สัญญาย่อมไม่ได้ชดใช้เยียวยา นอกจากนี้ในปัจจุบันผู้ที่มีคู่สัญญาได้บริโภคสินค้าหรือบริการเป็นจำนวนมาก<sup>8</sup>

เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการบริโภค ผู้บริโภทย่อมไม่สามารถอาศัยกฎหมายลักษณะซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการลงโฆษณา เพราะผู้บริโภคไม่มีความผูกพันกันทางสัญญาซื้อขายกับผู้ให้บริการลงโฆษณาเหมือนอย่างผู้โฆษณา คงเหลือแต่การฟ้องร้องเอาจากผู้ให้บริการลงโฆษณาเพื่อได้รับผิดในทางละเมิด ซึ่งก็มีประเด็นปัญหาต่อไปว่า ผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นจะต้องรับผิดทางละเมิดต่อผู้บริโภคหรือไม่ เนื่องจากการโฆษณาที่ทำให้เกิด

<sup>6</sup> กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2557, หน้า 68.

<sup>7</sup> ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “รู้เท่า เข้าใจ ปัญหาซื้อขายออนไลน์”, หน้า 1.

<sup>8</sup> สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า ก-ข.

ความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงนั้นเป็นการกระทำของผู้โฆษณาโดยตรงต่อผู้บริโภค เช่นนี้ เมื่อการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณามีช่องว่างและอาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันนี้ หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงเปลี่ยนไปจากอดีต คือ ไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา เพราะผู้บริโภคอาจไม่ใช่คู่กรณีในทางสัญญา<sup>9</sup>

ภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาคำโฆษณาให้แก่ผู้บริโภค โดยมีข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงนั้น มีประเด็นน่าพิจารณาว่า ผู้บริโภคจะได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายจากการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาได้หรือไม่ และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันสามารถคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาจากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้อย่างชัดเจนหรือไม่ ทั้งการคุ้มครองทางแพ่งและการคุ้มครองภายใต้กฎหมายพิเศษ

นอกจากนี้ประเด็นน่าพิจารณาอีกว่า ในการใช้บริการลงโฆษณาของผู้โฆษณากับผู้ให้บริการลงโฆษณาในแต่ละครั้ง ผู้ให้บริการลงโฆษณามีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงหรือไม่ อีกทั้งการตรวจสอบก่อนและหลังการอนุมัติสำหรับการให้บริการลงโฆษณาแก่ผู้โฆษณามีขอบเขตของพฤติกรรมมากน้อยเพียงใด ที่จะทำให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาจำต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และหากผู้บริโภคได้แจ้งเรื่องร้องเรียนให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาแล้ว แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาคำโฆษณาให้แก่ผู้บริโภคต่อไป โดยไม่ได้ดำเนินการใด หรือจัดการแก้ไขปัญหาของโฆษณาเหล่านั้น เช่นนี้ การคุ้มครองผู้โฆษณาในการโฆษณาจากการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาภายใต้กฎหมายไทยในกรณีเช่นนี้ จะมีความชัดเจนเพียงพอในผลทางกฎหมายหรือไม่

หากเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศ เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศไทย ออสเตรเลียได้ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง ผ่านทางบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2553 (The Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) แต่ขณะเดียวกันภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังให้สิทธิยกข้อต่อสู้ให้แก่ผู้ให้บริการลง

---

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ค.

โฆษณา อีกทั้งมีหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ คือ หลักความเป็นสื่อกลาง (A Mere Conduit Principle) มาใช้ในประกอบการพิจารณาของศาลด้วย

อย่างไรก็ตามเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ประเทศออสเตรเลียก็มีบทบัญญัติกฎหมายที่ทำให้ผู้ให้บริการโฆษณาไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ผู้ให้บริการโฆษณาได้กระทำไปในลักษณะเป็นการช่วยเหลือ (Aid) ยุยง (Abet) ให้คำปรึกษา (Counsel) ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมให้ผู้โฆษณากระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2553 (The Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) เพื่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งในทางปฏิบัติศาลสูงประเทศออสเตรเลียได้มีการพิจารณาคดีที่น่าสนใจในคดี Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013]<sup>10</sup> ซึ่งได้ตัดสินไว้ในปี พ.ศ. 2556 ที่ผ่านมา ซึ่งจะอธิบายในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.2 ต่อไป

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การคุ้มครองผู้บริโภคในทางโฆษณาที่มีลักษณะหลอกลวงจะต้องเป็นกรณีที่ได้แสดงข้อความที่ผิดไปในสาระสำคัญ<sup>11</sup> ซึ่งจะคล้ายกับของสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The European Unfair Commercial Practices Directive”<sup>12</sup> กฎหมายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองผู้บริโภคทางด้านโฆษณาผ่านทางสื่ออินเทอร์เน็ตจากการกระทำของผู้ให้บริการโฆษณาภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The Communication Decency Act (CDA)” กฎหมายฉบับนี้ นอกจากการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาทางการค้าทั่วไปแล้ว ยังมีเป้าหมายคุ้มครองผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จากการชักจูงของสื่อสารมวลชนทางอินเทอร์เน็ตอีกด้วย<sup>13</sup> สำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคโดยทั่วไปภายใต้กฎหมายดังกล่าว ผู้ให้บริการโฆษณาจะได้รับความคุ้มกัน (Immunity) ผ่านทางหลักการที่ชื่อว่า “Good Samaritan” ซึ่งเป็นหลักการที่มีฐานมาจากหลักความสุจริต (Good Faith) แต่ผู้ให้บริการโฆษณาก็อาจไม่ได้รับความคุ้มกัน (Immunity) ทางกฎหมายหรือข้อยกเว้นภายใต้กฎหมายดังกล่าวในหลายกรณี โดยเฉพาะ

<sup>10</sup> Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1, 6 February 2013.

<sup>11</sup> In re International Harvester Co. [1984] 104 FTC 949: 1056.

<sup>12</sup> Howells Geraint, Ramsay Iain, Wilhelmsson Thomas et al, Handbook of Research on International Consumer Law (Northampton: Edward Elgar Publishing), p. 109.

<sup>13</sup> Black, Sharon K, Telecommunications Law in the internet age (US: Morgan Kaufmann), p 422.

อย่างยิ่ง ความไม่สุจริต (Bad Faith) โดยการสนับสนุนหรือส่งเสริมให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการตั้งใจให้บุคคลที่สามใช้ระบบการให้บริการทางคอมพิวเตอร์ไปในทางที่ผิดกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นในกฎหมายปิดปากด้วยการให้คำมั่นสัญญาว่า จะดำเนินการลบข้อความ เหล่านั้นออกภายใต้หลักการที่ชื่อว่า “Promissory Estoppel”<sup>14</sup> ซึ่งจะอธิบายในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.3.3 ต่อไป

ส่วนกฎหมายในสหภาพยุโรปนั้น ในกรณีการโฆษณาผ่านทางสื่อบนอินเทอร์เน็ต จะปรากฏ อยู่ในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เรียกว่า Directive 2000/31/EC of The European Parliament and of The Council หรือที่รู้จักในนาม “The Electronic Commerce Directive 2000/31/EC” ซึ่งได้นำหลักความเป็นสื่อกลาง (A Mere Conduit Principle) มาบัญญัติไว้ด้วย<sup>15</sup> นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเก็บข้อมูลที่มีความผิดไว้ชั่วคราว (Caching)<sup>16</sup> และการให้เช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)<sup>17</sup> และนอกนี้ยังได้บัญญัติข้อยกเว้นที่ผู้ ให้บริการโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุนี้เองวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงมุ่งศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทาง โปรแกรม Google AdWords ทั้งภายใต้กฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อ ศึกษาว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยมีประสิทธิภาพและมีความชัดเจนหรือไม่ เพียงใด เพราะหากมีช่องว่างถึงความไม่มีประสิทธิภาพหรือความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อ การคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้การศึกษากฎหมายต่างประเทศย่อมเป็นประโยชน์ในการ ใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยต่อไปในอนาคต เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

---

<sup>14</sup> Sevanian, Andrew M, “Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law Without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan”,” UCLA Entertainment Law Review 21 (2014): 121-145.

<sup>15</sup> มาตรา 12 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive)

<sup>16</sup> มาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive)

<sup>17</sup> มาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)



## 1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาภาพรวมของปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อผู้บริโภค
- 2) เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในต่างประเทศ
- 3) เพื่อศึกษาถึงความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทย
- 4) เพื่อวิเคราะห์แนวทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ของแนวทางการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยในอนาคตต่อไป

## 1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีขอบเขตการศึกษาในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลลัพธ์การค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลจากการบรรจุคำหรือข้อความของผู้โฆษณาให้แก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ผู้บริโภคได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกซื้อสินค้าและบริการตามสมควรแล้ว สำหรับการศึกษากฎหมายในต่างประเทศนั้นมีขอบเขตการศึกษาแต่เฉพาะในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป โดยมุ่งเน้นศึกษากฎหมายกลางเป็นสำคัญ

## 1.4 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณายังไม่มีหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณาอย่างชัดเจน แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ในกรณีที่แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณา

### 1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาวิจัยโดยมีวิธีการศึกษาแบบวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลักโดยศึกษาค้นคว้าจากหนังสือที่เกี่ยวข้อง บทความทางวิชาการทั้งที่เป็นภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ ความเห็นทางวิชาการ สื่ออินเทอร์เน็ต และสถิติจากหน่วยงานภาครัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศ ข้อมูลที่ได้มาจะรวบรวมและจัดระบบ วิเคราะห์แนวทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ของแนวทางการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทยในอนาคตต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- 1) ทราบถึงภาพรวมของปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อผู้บริโภค
- 2) ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในต่างประเทศ
- 3) ทราบถึงความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทยศึกษาความเป็นไปได้ของแนวทางการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทยในอนาคต
- 4) ทราบถึงผลการวิเคราะห์แนวทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ของแนวทางการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทยในอนาคตต่อไป

### 1.7 ทบทวนวรรณกรรม

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่มีชื่อและเนื้อหาที่ใช้ในการศึกษาใกล้เคียงกับวิทยานิพนธ์และบทความดังต่อไปนี้

- 1) วิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต” โดยนางสาวหทัยรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2550

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะแตกต่างจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต” ในประเด็นที่ทำการศึกษาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต” จะศึกษาในปัญหาที่สำคัญ 2 ประเด็น คือ ปัญหาเกี่ยวกับการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยการนำคีย์เวิร์ด (Keywords) ที่เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และชื่อโดเมนของผู้อื่นมาใส่ใน Meta Tag ของเว็บไซต์ และปัญหาการขายคีย์เวิร์ด (Keywords) เฉพาะที่เป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นให้แก่ผู้ลงโฆษณาบนเว็บโปรแกรมค้นหาเพื่อประโยชน์ในการทำตลาด โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการศึกษาเล่มนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้าและตลาดแบบตรง และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค

แต่วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง จากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามให้แก่ผู้บริโภคผ่านโปรแกรม Google AdWords ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ใช้เฉพาะการจัดทำลิงค์โฆษณาในการทำตลาดด้วยการลงโฆษณาบนเว็บไซต์ (Search Engine Advertising) เท่านั้น ซึ่งจะแตกต่างจากอีกเล่มหนึ่งที่มุ่งเน้นศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการทำตลาดโดยการจัดอันดับเว็บไซต์ของโปรแกรมค้นหา (Search Engine Optimization (SEO) ซึ่งเป็นอีกรูปแบบของการทำตลาดอีกชนิดหนึ่ง

นอกจากนี้วิทยานิพนธ์เล่มนี้ก็มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในทางแพ่งที่สำคัญกับปัญหาการหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการจากการแสดงผลการโฆษณาให้แก่ผู้บริโภค ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งจะแตกต่างจากอีกเล่มที่มุ่งเน้นศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาในการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่น เพื่อประโยชน์ในการทำตลาดทั้งทางแพ่งและทางอาญา

2) บทความเรื่อง “ผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต กรณี “Google AdWord” ในประเด็นการแข่งขันทางการค้าและเครื่องหมายการค้า Search Results provided by Internet Search Engine : “Google AdWords” Case on the Issue of Trade Competition and

Trademark” ของบทบัญญัติ นิติสารของเนติบัณฑิตยสภาเล่มที่ 70 ตอน 2 (มิถุนายน 2557) โดย นายวุฒิ ศรีระวิศาลและนายเอกรินทร์ วิริโยเป็นผู้แต่ง

สำหรับบทความนี้จะแตกต่างจะวิทยานิพนธ์เล่มนี้ในเรื่องมุมมองทางกฎหมายที่ศึกษากล่าวคือ บทความดังกล่าวจะเป็นเรื่องของประเด็นปัญหาทางกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีเครื่องหมายการค้า ส่วนวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นมุมมองในกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ



## บทที่ 2

### ภาพรวมของปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อผู้บริโภค

ปัจจุบันเทคโนโลยีก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ตลอดจนข้อมูลข่าวสารสามารถเข้าถึงได้ง่ายและสะดวกโดยไม่มีจำกัดเวลา ด้วยเหตุนี้เองจึงเป็นช่องทางธุรกิจที่เปิดโอกาสให้บรรดาธุรกิจทั้งหลายอาศัยช่องทางนี้ได้ทำการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อดึงดูดความสนใจจากลูกค้าและสร้างยอดขายให้แก่ตนเอง ทำให้ในปัจจุบันผู้โฆษณาหลายคนอาศัยโอกาสนี้ได้ทำการหลอกลวงผู้บริโภคให้ซื้อสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตทำให้ผู้บริโภคจำนวนมากได้รับความเสียหาย แม้แต่การโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ก็เป็นอีกหนึ่งรูปแบบของการหลอกลวงที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบันผ่านการสืบค้นข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต

สำหรับการค้นหาข้อมูลผ่านเครื่องมือสืบค้นที่นิยมมากในปัจจุบัน คือ เครื่องมือสืบค้นข้อมูลที่เรียกว่า “Google’s Internet Search Engine” ซึ่ง Google ก็ได้พัฒนาขึ้น โดยผลลัพธ์จากการสืบค้นข้อมูลนี้จะแสดงผลเป็นสองส่วน คือ ผลลัพธ์ตามปกติที่ได้จากการค้นหา (Natural Search Results) และลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) โดยลิงค์โฆษณานี้เกิดจากการบรรจุข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาและประมวลผลผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ซึ่งผู้โฆษณาสามารถกำหนดกลุ่มเป้าหมายได้ไม่ว่าจะเป็นประเภทของผู้ใช้บริการ การกำหนดท้องที่และเวลาในการค้นหาโฆษณา พบ ส่วนรูปแบบของการแสดงผลของลิงค์โฆษณาก็มีหลากหลายที่เปิดโอกาสให้กับช่องทางธุรกิจให้เข้าถึงแก่ผู้ใช้บริการได้ง่ายขึ้น อีกทั้งการเสียค่าโฆษณาให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ประหยัดกว่ากรณีการแสดงผลแบบปกติ

แม้การโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords จะมีประโยชน์ต่อผู้โฆษณาในด้านธุรกิจ แต่ขณะเดียวกันก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งในการหลอกลวงสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ต โดยมีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาดังกล่าว 3 ฝ่ายที่สำคัญ คือ ผู้ให้บริการลงโฆษณา ผู้โฆษณา และผู้บริโภค ซึ่งมีรูปแบบของปัญหาที่สำคัญหลายกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ หรือมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการนั้น

บทนี้จะศึกษาถึงรายละเอียดเกี่ยวกับภาพรวมของปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในแต่ละรูปแบบของปัญหาดังกล่าว เพื่อนำมาพิจารณาในประเด็นปัญหาต่อไปว่า กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณามีหลักเกณฑ์กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาอย่างชัดเจนสำหรับรูปแบบการหลอกลวงผู้บริโภคผ่านการโฆษณาเหล่านั้นหรือไม่

## 2.1 ข้อมูลทั่วไปของโปรแกรม Google AdWords

### 2.1.1 ความหมายของโปรแกรม Google AdWords

โปรแกรมค้นหาข้อมูล Google AdWords นั้นเป็นโปรแกรมค้นหาข้อมูลโฆษณารูปแบบหนึ่ง<sup>1</sup> ที่ผู้ใช้งานสามารถสืบค้นข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตได้โดยตรง<sup>2</sup> ซึ่งผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงข้อมูลได้ง่ายและตลอดเวลา และทันทีที่พิมพ์คำหรือข้อความลงไปโปรแกรมค้นหา ซึ่งโปรแกรมหากล่าวจะเก็บและรวบรวมข้อมูลเว็บไซต์ต่าง ๆ ไว้<sup>3</sup> นอกจากนี้การใช้บริการโฆษณาผ่านระบบ “Google Advertising” เป็นวิธีการโฆษณาทางออนไลน์โดยคิดค่าลงโฆษณาเมื่อคลิก (Pay Per Click หรือ PPC) ซึ่งจะคิดค่าลงโฆษณาอย่างไรนั้นจะอธิบายในหัวข้อเกี่ยวกับการคิดค่าลงโฆษณาต่อไป<sup>4</sup>

สำหรับผลลัพธ์จากจากคันทานั้นจะแสดงผลออกมาเป็นข้อมูลเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องกับคำหรือข้อความที่พิมพ์ลงนั้นในลักษณะลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) เมื่อผู้ใช้บริการคลิกเข้าไปยังลิงค์โฆษณาที่ตนสนใจนั้นก็จะปรากฏข้อมูลของธุรกิจตามลิงค์โฆษณาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้เองจึงสามารถสรุปความหมายของโปรแกรมค้นหาข้อมูล Google AdWords ได้ว่าเป็นโปรแกรมค้นหาข้อมูลโดยการแสดงผลในลักษณะของลิงค์โฆษณา (Sponsored Link)

<sup>1</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ ครั้งที่ 6 (นนทบุรี: สหมิตรพรินติ้ง, 2546)

<sup>2</sup> อรรถพล ยุตตะภรณ์, Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดังสุด ๆ (กรุงเทพมหานคร: กรังด์ปี้ซ์ อินเทอร์เน็ตซันแนล, 2549), หน้า 18.

<sup>3</sup> จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0 (กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพ การพิมพ์ และสตูดิโอ, 2549), หน้า 6.

<sup>4</sup> Google (Thailand) Company Limited. Google AdWord[Online]. Available from : <http://www.google.co.th/adwords /costs/?channel=ha&subid=th-en-ha-rh-bkhp0~55346305567> [2015, February 10]

## 2.1.2 ลักษณะทั่วไปและการทำงานของโปรแกรม Google AdWords

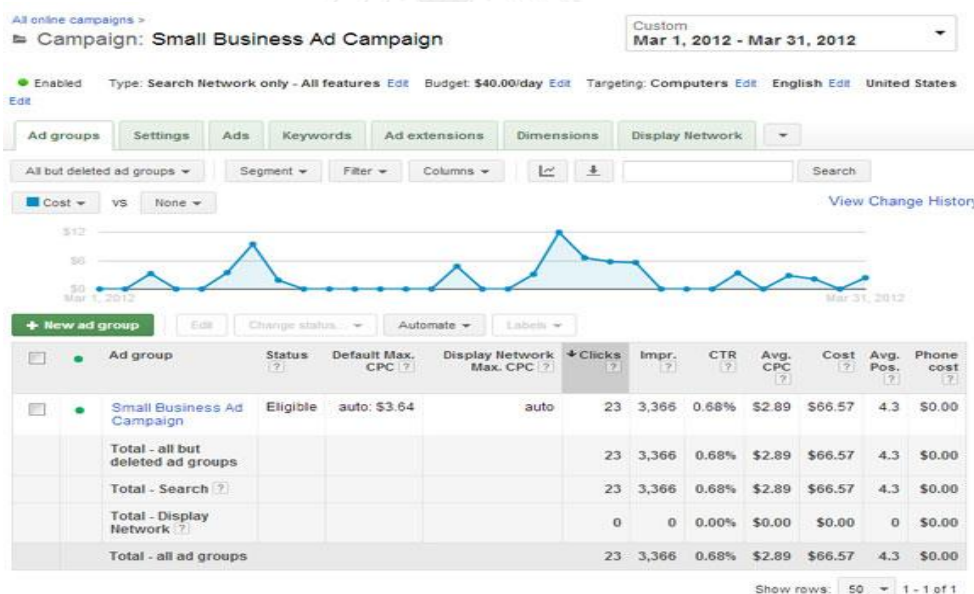
การทำงานของโปรแกรม Google AdWords เริ่มต้นจากการลงโฆษณาของผู้โฆษณาซึ่งสามารถทำได้โดยง่ายโดยเข้าไปยังเว็บไซต์ หรือหน้าเว็บไซต์ค้นหาข้อมูลทั่วไป<sup>5</sup> ซึ่งจะปรากฏลิงค์ข้อความว่า “โปรแกรมโฆษณา” ซึ่งปกติจะปรากฏอยู่ด้านล่างของหน้าเว็บไซต์ค้นหาข้อมูลทั่วไป ผู้โฆษณาสามารถคลิกเข้าไปใช้บริการลงโฆษณาผ่านลิงค์ดังกล่าว เพื่อเข้าไปกรอกข้อมูลส่วนตัวเพื่อขอเปิดใช้บริการลงโฆษณา เมื่อถึงขั้นตอนการกรอกข้อความโฆษณาที่ผู้โฆษณาต้องการให้ปรากฏเป็นลิงค์โฆษณา หน้าต่างของโปรแกรม Google AdWords จะปรากฏรายละเอียดให้ผู้โฆษณากรอก โดยผู้โฆษณาจะต้องกรอกชื่อหัวข้อโฆษณาในช่อง “พาดหัว” พร้อมคำอธิบายโฆษณาในช่อง “บรรทัดคำอธิบาย 1 และ 2” และให้กรอกที่อยู่ของเว็บไซต์ที่ต้องการให้แสดงในหน้าค้นหาในช่อง “URL ที่แสดง” นอกจากนี้ผู้โฆษณาจะต้องกรอกที่อยู่ของเว็บไซต์ที่ต้องการให้ปรากฏเมื่อผู้ใช้งานคลิกโฆษณาแล้วในช่อง “หน้า Landing Page” ดังปรากฏในรูปด้านล่าง

รูปที่ 3 : หน้าต่างโปรแกรมสำหรับกรอกรายละเอียดของข้อความโฆษณาที่ต้องการให้ปรากฏ<sup>6</sup>

<sup>5</sup> สามารถเข้าไปได้ที่ <https://www.google.co.th/> [20 มีนาคม 2559]

<sup>6</sup> สามารถเข้าไปดูตัวอย่างลงโฆษณาได้ที่ <https://www.google.co.th/int/en/ads/?fg=1> [20 มีนาคม 2559]

เมื่อรกรายละเอียดต่าง ๆ ของข้อความโฆษณาแล้ว ในหน้าต่างของโปรแกรมจะปรากฏตัวอย่างโฆษณาที่ผู้โฆษณาได้กรกรายละเอียดไว้ เพื่อแสดงให้ผู้โฆษณาดูเป็นตัวอย่าง หากยังไม่พอใจก็สามารถแก้ไขข้อความโฆษณาใหม่ภายใต้หน้าต่างของโปรแกรมนี้ได้ เมื่อเป็นที่พอใจของผู้โฆษณาแล้วก็ทำการบันทึกข้อมูล แล้วดำเนินขั้นตอนอื่น ๆ ของโปรแกรม ซึ่งโปรแกรมนี้อาจมีหน้าต่างที่สำคัญอีกหน้าต่าง คือ หน้าต่างที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับค่าเสริม ซึ่งจะมีรายละเอียดของกลุ่มโฆษณาที่ผู้โฆษณาต้องการเลือก การตั้งค่า ค่าเสริม โดยเฉพาะค่าเสริมนั้นจะมีรายละเอียดของค่าต่าง ๆ ที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มโฆษณาที่ผู้โฆษณาได้เลือกไว้ และให้ข้อมูลเกี่ยวกับอัตราการคลิกผ่าน (CTR) เพื่อให้ผู้โฆษณาทราบว่าในแต่ละค่าเสริมที่ได้แนะนำมานั้น มีอัตราของผู้ใช้งานโดยเฉลี่ยที่คลิกไปยังข้อความโฆษณาที่ปรากฏค่าเหล่านี้โดยเฉลี่ยเท่าใด เพื่อประกอบการตัดสินใจในการเลือกใช้ค่าเหล่านี้เป็นข้อความโฆษณา นอกจากนี้จะมีราคาประมูลในแต่ละค่าให้ผู้โฆษณาตัดสินใจเสนอราคาประมูลให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณา ดังตัวอย่างในภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 4 : ตัวอย่างหน้าต่างของการตั้งค่ากลุ่มโฆษณา และการเลือกค่าเสริม<sup>7</sup>

<sup>7</sup> สามารถเข้าไปดูตัวอย่างลงโฆษณาได้ที่ <https://www.google.co.th/intl/en/ads/?fg=1> [20 มีนาคม 2559]



นอกจากนี้โปรแกรม Google AdWords มีลักษณะโดดเด่นในเรื่องของการกำหนดเป้าหมายของผู้ใช้งานได้เฉพาะเจาะจง คือ ผู้โฆษณาสามารถตั้งค่ากลุ่มเป้าหมายหรือลูกค้าที่ต้องการ ตลอดจนเวลาและขอบเขตสถานที่ของผู้ใช้งานที่ต้องการสืบค้นข้อมูลโฆษณาพบ ซึ่งสามารถตั้งค่าย่อยในแต่ละรายละเอียดลงไปได้อีก เช่น เวลาที่ต้องการให้ผู้ใช้งานสืบค้นพบโฆษณานั้น โปรแกรมนี้จะมีรายละเอียดให้เลือกถึงช่วงเวลา ไม่ว่าจะเป็นจันทร์ถึงวันอาทิตย์ ทั้งวันหรือครึ่งวัน เช้าหรือเย็น หรือขอบเขตสถานที่ของผู้ใช้งานที่ต้องการสืบค้นข้อมูลโฆษณาพบ ก็จะมีให้เลือกประเทศที่ต้องการให้ค้นพบ สถานที่ย่อยลงมาซึ่งอาจเป็นจังหวัด อำเภอ ตลอดจนรหัสมีของสถานที่ก็ตาม<sup>8</sup> ซึ่งความโดดเด่นในเรื่องนี้เองจึงเป็นข้อได้เปรียบของการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรมนี้เหนือคู่แข่งรายอื่น

ลักษณะการทำงานของโปรแกรมค้นหาข้อมูล Google AdWords นั้นเกิดจากแนวคิดที่ว่าทุกครั้งที่โฆษณา โปรแกรมจะปรากฏโฆษณานั้นเพื่อเข้าสู่กระบวนการที่เราเรียกว่า “การประมูลเพื่อแสดงโฆษณา” เพื่อกำหนดว่าจะแสดงโฆษณาใดและให้อยู่ในลำดับใด<sup>9</sup> โปรแกรมค้นหาข้อมูลจะใช้วิธีการค้นหาหากผู้ใช้บริการสืบค้นข้อมูลต้องการค้นคำว่า “น้ำ” โฆษณาบางรายการจะถูกคัดออก ระบบจะค้นหาโฆษณาทั้งหมดที่มีคำหลักตรงกับคำว่า “น้ำ” ที่ใกล้เคียงเท่าที่สามารถหาได้ และจะคัดโฆษณาบางรายการออกเพิ่มอีก สำหรับชุดของโฆษณาที่ตรงกัน ระบบจะคัดโฆษณาที่ไม่มีสิทธิ์ออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โฆษณาที่ไม่ได้รับการอนุมัติหรือโฆษณาที่กำหนดเป้าหมายไปยังประเทศอื่น เมื่อคัดโฆษณาที่ไม่มีสิทธิ์ออกไปแล้ว โปรแกรมจะเรียงลำดับการวางตำแหน่งของโฆษณาบนหน้าเว็บไซต์ตามสูตรที่เรียกว่า “ลำดับโฆษณา”<sup>\*</sup> แล้วจึงปรากฏโฆษณาที่เกี่ยวข้องออกมา<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Google . How to plan your Display campaign[Online]. Available from : [https://support.google.com/adwords/answer/3056115?hl=en&ref\\_topic=3121941](https://support.google.com/adwords/answer/3056115?hl=en&ref_topic=3121941) [2015, April 5]

<sup>9</sup> Google (Thailand) Company Limited. The ad auction[Online]. Available from : <https://support.google.com/adword/s/answer/1704431?hl=en> [2015, February 10]

<sup>\*</sup> ลำดับโฆษณาคำนวณระหว่างราคาเสนอ คุณภาพของโฆษณาและหน้า “Landing Page” กับผลที่คาดว่าจะได้รับจากส่วนขยายและรูปแบบโฆษณาอื่นๆ อ้างอิงจาก Google (Thailand) Company Limited. The ad auction[Online]. Available from : <https://support.google.com/adwords/answer/1704431?hl=en> [2015, February 10]

<sup>10</sup> Ibid.

โปรแกรม Google AdWords ใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลจากผู้โฆษณาซึ่งเป็นเจ้าของเว็บไซต์ที่ได้ลงทะเบียนขอใช้บริการลงโฆษณาหรือที่เรียกว่า “Paid Inclusion” โดยการบรรจุเนื้อหาข้อความโฆษณาของตนผ่านทางโปรแกรมดังกล่าวและจ่ายค่าบริการลงโฆษณาให้ เพื่อให้ Google รวบรวมเนื้อหาทั้งหมดที่ลงทะเบียนไว้เข้าไปยังฐานข้อมูลของโปรแกรม ซึ่งการลงทะเบียนขอใช้บริการลงโฆษณาดังกล่าวเป็นการรับประกันว่าเว็บไซต์ของผู้โฆษณาจะถูกรวบรวมเพื่อจัดเก็บข้อมูลเอกสาร (Index Server) ไว้บนฐานข้อมูลของโปรแกรมค้นหาข้อมูลอย่างแน่นอน และเมื่อผู้ใช้งานพิมพ์คำหรือข้อความ (Keywords) ลงในช่องค้นหาข้อมูล (Search Box) โปรแกรมก็จะแสดงผลการค้นหาข้อมูลโฆษณาของผู้โฆษณาไว้เป็นอันดับต้นของหน้าแสดงผลการค้นหาข้อมูลให้แก่ผู้ใช้งาน ซึ่งกรณีจะเป็นประโยชน์อย่างมากในการทำการตลาดลงโฆษณาบนโปรแกรมค้นหาที่เรียกว่า “Search Engine Advertising”<sup>11</sup>

โปรแกรม Google AdWords จึงใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลที่แตกต่างจากโปรแกรมค้นหาข้อมูลอื่น ไม่ว่าจะเป็นโปรแกรมค้นหาข้อมูลโดยการจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก (Crawler-Base Search Engine) โปรแกรมค้นหาข้อมูลแบบสารบัญเว็บไซต์ (Web Directory) หรือโปรแกรมค้นหาข้อมูลแบบเมตา (Meta Search Engine) กล่าวคือ โปรแกรมค้นหาข้อมูลโดยการจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก หรือที่รู้จักในชื่อว่า “Search Engine Spider” หรือ “Search Engine Robot” ซึ่งเป็นการบันทึกโดยอาศัยโปรแกรมในการค้นหาโดยอัตโนมัติ ซึ่งมีหลักการทำงานสองส่วนคือ ส่วนที่เป็นฐานข้อมูลของตนเองที่มีระบบการประมวลผลและการจัดอันดับการค้นหา และส่วนที่เป็นโปรแกรมตรวจสอบเว็บ (Web Crawler) ซึ่งจะคอยตรวจสอบและรวบรวมข้อมูล ตลอดจนสำเนาข้อมูลเว็บไซต์ใหม่ หรือเว็บไซต์เดิมที่ได้ปรับปรุงเนื้อหาให้ทันสมัยแล้วบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยมี Meta Tag ซึ่งเป็นรหัสอย่างหนึ่งที่ใช้สร้างสำหรับเว็บไซต์ซึ่งติดมาพร้อมกับ HTML Code ช่วยในการอธิบายข้อมูลของเว็บไซต์ให้แก่โปรแกรมดังกล่าว<sup>\*</sup>

<sup>11</sup> Sinclair Andrew, “Regulation of paid listings in the internet search engine: A proposal for FTC action,” *Boston University Journal of Science & Technology Law* 10,2 (2004): 1-2.

<sup>\*</sup> โดยจะจัดเก็บและรวบรวมข้อมูลตั้งแต่นำแรกของเว็บไซต์แล้วไล่ลงมาทีละส่วน เพื่อสำเนาข้อมูลต่าง ๆ ไว้เป็นตัวอักษร แล้วส่งกลับไปยังฐานข้อมูลเพื่อทำการบันทึก (Page Index) และจัดหมวดหมู่ข้อมูลเหล่านั้นให้เป็นระเบียบไว้บนเซิร์ฟเวอร์ฐานข้อมูล (Search Engine Index Server) เมื่อผู้ใช้งานพิมพ์ข้อความที่ต้องการจะค้นหาในช่องค้นหา โปรแกรมก็จะประมวลผลข้อมูลจากหน้าเว็บไซต์ที่ได้จัดเก็บไว้ในฐานข้อมูลที่มีอยู่ และแสดงผลการ

ส่วนโปรแกรมค้นหาข้อมูลแบบสารบัญเว็บไซต์ (Web Directory) จะใช้วิธีการรวบรวมข้อมูล โดยอาศัยคนเป็นผู้รวบรวมเว็บไซต์และจัดหมวดหมู่ โดยมีหน้าดัชนีและมีการระบุเกี่ยวกับหมวดหมู่ที่ได้จัดเก็บไว้อย่างถูกต้อง<sup>12</sup> ส่วนโปรแกรมค้นหาข้อมูลแบบเมตา (Meta Search Engine) เป็นโปรแกรมค้นหาที่อาศัยฐานข้อมูลจากเซิร์ฟเวอร์อื่น ๆ (Search Engine Index Server) เช่น โปรแกรมค้นหาข้อมูลโดยการจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก (Crawler-Base Search Engine) และโปรแกรมค้นหาข้อมูลแบบสารบัญเว็บไซต์ (Web Directory) เพราะไม่มีระบบข้อมูลเป็นของตนเอง แล้วนำมาประมวลผลรวมกัน\*

สำหรับการคิดค่าบริการลงโฆษณาโดยทั่วไปแล้ว สามารถแบ่งรูปแบบได้เป็น 3 วิธี คือ

- 1) **คิดค่าบริการลงโฆษณาเมื่อแสดงผล** หรือที่รู้จักในชื่อว่า Pay Per Impression หรือ Cost Per Impression (CPM) เป็นการคิดค่าบริการลงโฆษณาต่อเมื่อได้แสดงผลต่อผู้ใช้งาน ซึ่งจะคิดค่าบริการตามจำนวนครั้งของการแสดงผล โดยทั่วไปมักใช้การแสดงผล 1,000 ครั้งต่อการคิดค่าบริการ<sup>13</sup>
- 2) **คิดค่าบริการลงโฆษณาเมื่อคลิก** หรือที่รู้จักในชื่อว่า Pay Per Click หรือ Cost Per Click (CPC) เป็นการคิดค่าบริการลงโฆษณาต่อเมื่อผู้ใช้งานได้คลิกไปยังโฆษณาเท่านั้น<sup>14</sup>

---

ค้นหาให้แก่ผู้ใช้งาน สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก จตุพล ทานาฤทัย, Search Engine Marketing 2.0 (กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพ การพิมพ์ และสตีวดีโอ, 2549), หน้า 8-9. หรือ Enjoyday.Net. Head Section[Online]. Available from : [http://www.enjoyday.net/webtutorial/html/html\\_chapter04.html](http://www.enjoyday.net/webtutorial/html/html_chapter04.html) [2016, June 28]

<sup>12</sup> ศึกษาเพิ่มเติมได้จาก ดุลยวิทย์ เลาทองดี, “การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อออนไลน์ Search Engine และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารโทคมนาคม คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 9.

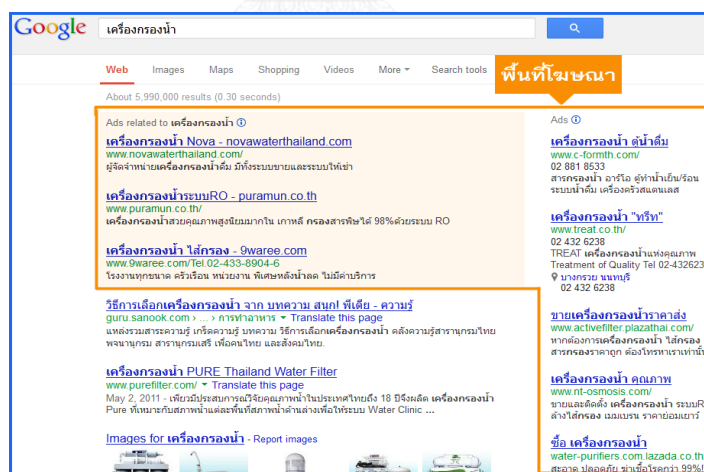
\* ตัวอย่างเช่น Metacrawler (<http://www.metacrawler.com>) Dogpile (<http://www.dogpile.com>) ProFusion (<http://www.profusion.com>) Ixquick (<http://www.ixquick.com>) Beaucoup Search Engines (<http://www.Beaucoup.com/engines.html>) AskJeeves (<http://askjeeves.com>) เป็นต้น สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่ สมาน ลอยฟ้า. Meta Search Engine: เครื่องมือช่วยค้นหาข้อมูลบนเว็บ[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://thaimisc.pukpik.com/freewebboard/php/vreply.php?user=sata1&topic=972> [28 มิถุนายน 2559]

<sup>13</sup> หทัยรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ, “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารโทคมนาคม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 23.

3) คิดค่าบริการลงโฆษณาเมื่อมีการกระทำ หรือที่รู้จักในชื่อว่า Pay Per Action หรือ Pay Per Performance เป็นการคิดค่าบริการลงโฆษณาต่อเมื่อผู้ใช้งานได้ทำธุรกรรมกับผู้โฆษณาแล้วเท่านั้น<sup>15</sup>

กรณีการคิดค่าบริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้น จะคิดค่าบริการลงโฆษณาในรูปแบบที่สอง คือ คิดค่าบริการลงโฆษณาเมื่อคลิก หรือที่รู้จักในชื่อว่า Pay Per Click หรือ Cost Per Click (CPC) ซึ่งจะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายของผู้โฆษณามากกว่าแบบแรก กล่าวคือ แม้จะมีการแสดงผลโฆษณาต่อผู้ใช้งาน แต่หากผู้ใช้งานไม่ได้คลิกไปยังโฆษณา ผู้โฆษณาก็ไม่ต้องจ่ายค่าบริการลงโฆษณาให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาแต่อย่างใด<sup>16</sup>

เมื่อผู้ให้บริการลงโฆษณาอนุมัติการใช้บริการลงโฆษณาแก่ผู้โฆษณาแล้ว ข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาจะถูกจัดเก็บรวบรวมในโปรแกรม Google AdWords トラブใดที่มีผู้ใช้บริการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาข้อมูลทีเรียกว่า “Google’s Internet Search Engine” ก็จะปรากฏผลลัพธ์การค้นหาออกมาเป็นข้อความโฆษณาที่มีความใกล้เคียงกับคำหรือข้อความที่ผู้ใช้บริการสืบค้นข้อมูล ต้องการค้นหา สำหรับผลลัพธ์ของการค้นหาโดยทั่วไปจะปรากฏเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ผลลัพธ์ตามปกติที่ได้จากการค้นหา (Natural Search Results) และลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ดังปรากฏในภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 5 : ตัวอย่างผลลัพธ์ของการค้นหาข้อมูลของ www.google.com<sup>17</sup>

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

<sup>16</sup> Google (Thailand) Company Limited. Cost[Online]. Available from: <https://www.google.com/intl/en/adwords/cost/> [2015, April 5]

<sup>17</sup> แหล่งที่มา : <https://www.google.com> [5 กุมภาพันธ์ 2558]

1) **ผลลัพธ์ตามปกติที่ได้จากการค้นหา (Natural Search Results)** คือ ภาพซ้ายด้านล่างสุดซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่แสดงลิงค์ที่เชื่อมโยงกับเว็บไซต์ซึ่งเกี่ยวข้องกับคำหรือข้อความที่ต้องการค้นหา โดยคำหรือข้อความเหล่านั้นจะจัดเรียงลำดับลิงค์โดยเรียงลำดับก่อนและหลัง โดยลำดับเหนือกว่าจะตรงและเกี่ยวข้องกับคำหรือข้อความที่มีการค้นหามากที่สุดผ่านกระบวนการจัดลำดับ (Algorithm)<sup>18</sup> ซึ่งกระบวนการดังกล่าวสามารถเรียกได้ในชื่อหนึ่งว่า “การจัดลำดับเว็บไซต์บนโปรแกรมค้นหา (Search Engine Optimization: SEO)”<sup>19</sup> ผลของการจัดลำดับนั้น ทำให้ลำดับเว็บไซต์ที่ติดลำดับต้นที่เกิดจากการค้นหาข้อมูลผ่านทางเครื่องมือการสืบค้นมีผลต่ออัตราการเยี่ยมชมจากผู้ใช้บริการมากขึ้น โดยสามอันดับแรกจะได้รับความนิยมสูงสุด เพราะผู้ใช้บริการเชื่อว่าตรงกับสิ่งที่ตนค้นหามากที่สุด ทำให้กระตุ้นยอดขายและผู้ใช้บริการเข้าถึงธุรกิจจนได้มากตามไปด้วย<sup>20</sup>

2) **ลิงค์โฆษณา (Sponsored Link)** คือ ภาพในกรอบด้านบนสุดและกรอบด้านขวามือสุด ลิงค์โฆษณานั้นเป็นพื้นที่สำหรับการโฆษณา ลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) เกิดจากการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรมค้นหาที่เรียกว่า “Search Engine Advertising” ซึ่งเป็นส่วนที่แยกต่างหากจากการแสดงผลตามปกติที่ได้จากการค้นหา (Natural Search Results) เมื่อผู้ใช้บริการพิมพ์คำที่ต้องการค้นหาแล้วคลิกปุ่มค้นหาจะปรากฏผลลัพธ์ผลออกมาเป็นลิงค์โฆษณาตามกรอบในภาพดังกล่าว เพื่อใช้โฆษณาสินค้าและบริการ ตลอดจนเว็บไซต์ของผู้โฆษณา เพื่อให้เป็นที่รู้จักและเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายของตนได้มากขึ้น ทั้งนี้ ผู้โฆษณาจะต้องเสียค่าใช้จ่ายให้กับผู้ให้บริการ Google ที่ได้จัดทำ “Sponsored Link” ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วก่อนหน้านี้

โปรแกรม Google AdWords มีโปรแกรมป้อนคำหรือข้อความเพื่อบรรจุไว้ในลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ซึ่งจะเป็นตัวทำให้มีการสืบค้นข้อมูลเป็นลิงค์โฆษณาเจอตามสิ่งที่ผู้ใช้บริการป้อนลงไปในเรื่องการค้นหา โดยการบรรจุหรือเพิ่มเติมคำหรือข้อความซึ่งโดยทั่วไปมี 3 ลักษณะ คือ ลักษณะที่ให้ค้นพบคำหรือข้อความที่เหมือนกัน (Exact Match) ลักษณะที่ให้ค้นพบคำหรือข้อความที่

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 78-79.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

<sup>20</sup> Jatupol Tanaruthai, Search Engine Optimization (SEO)[Online]. GlobetCo.,Ltd, 2007 Available From: <http://www.globet.com> [2015, February 10]

มีความยืดหยุ่นกว่า (Phrase Match) และลักษณะที่ให้ค้นพบคำหรือข้อความที่มีลักษณะกว้าง (Broad Match)<sup>21</sup>

ส่วนองค์ประกอบของลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) นั้นประกอบด้วย 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นชื่อหัวข้อ (Headline) ซึ่งเชื่อมโยงกับเว็บไซต์และปรากฏเป็นอักษรสีฟ้า ส่วนที่สองคือ ชื่อเว็บไซต์ (Address of the Web Pages) ซึ่งจะปรากฏเป็นอักษรสีเขียว และส่วนสุดท้ายคือ ข้อความการโฆษณาโดยย่อ (Brief Advertising Text) ซึ่งจะปรากฏเป็นอักษรสีดำ<sup>22</sup> ดังตัวอย่างในรูปที่ 5 เช่น ลิงค์โฆษณาของเครื่องกรองน้ำ Nova-novawaterthailand.com ในลิงค์โฆษณาแรกซึ่งอยู่บนสุดของผลลัพธ์การค้นหา ซึ่งอักษรสีฟ้าบนสุดของข้อความโฆษณาคือ ชื่อหัวข้อ ถัดลงมาเป็นอักษรสีเขียวจะเป็นที่อยู่เว็บไซต์ของสินค้ากรองน้ำในโฆษณานี้ นั่นก็คือ www.novawaterthailand.com และข้อความสีดำถัดลงมาเป็นข้อความการโฆษณาโดยย่อ ในกรณีนี้คือ ข้อความว่า “ผู้จัดจำหน่ายเครื่องกรองน้ำ มีทั้งระบบขายและระบบให้เช่า”

## 2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้น มีบุคคลที่เกี่ยวข้องที่สำคัญอันนำมาสู่ปัญหาและการพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณามี 3 ฝ่าย ได้แก่

### 2.2.1 ผู้ให้บริการลงโฆษณา

ผู้ให้บริการลงโฆษณาเป็นบุคคลสื่อกลางระหว่างผู้โฆษณากับผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ต โดยทำให้ผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงเว็บไซต์ต่าง ๆ ของผู้โฆษณาที่ใกล้เคียงหรือตรงตามที่ผู้ใช้งานได้สืบค้นข้อมูลผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูลของผู้ให้บริการลงโฆษณา ในขณะเดียวกันผู้ให้บริการลงโฆษณาก็เป็นสื่อกลางให้ผู้โฆษณาได้บรรจุข้อความโฆษณา เพื่อให้ปรากฏเป็นลิงค์โฆษณาเมื่อผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ตได้ค้นหาข้อมูลที่มีความใกล้เคียงหรือตรงกับข้อความโฆษณาของตน สำหรับผู้ให้บริการลงโฆษณาในกรณีศึกษา นี้ คือ ผู้ให้บริการการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ซึ่งบริษัท Google เป็นผู้พัฒนาโปรแกรมดังกล่าว

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน.

อนึ่ง ผู้ให้บริการลงโฆษณาจัดเป็นผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ต (Internet Service Providers (ISPs)) ประเภทหนึ่ง โดยจะเชื่อมโยงกลุ่มบุคคลและเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตเข้าด้วยกัน<sup>23</sup> ซึ่งโดยทั่วไป ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีหลากหลายรูปแบบที่สำคัญ กล่าวคือ รูปแบบแรกเป็นการให้บริการในลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ซึ่งจะเชื่อมโยงพื้นฐานระหว่างบุคคลและอินเทอร์เน็ตเข้าด้วยกัน และอนุญาตให้ดาวน์โหลด (Download) ข้อมูลหรือการอัปโหลดข้อมูล (Upload)<sup>24</sup> รูปแบบที่สองเป็นการให้บริการส่วนใหญ่บนอินเทอร์เน็ต คือ การให้บริการในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ซึ่งเป็นการให้บริการโดยการฝากเว็บไซต์กับผู้ให้บริการแม่ข่าย (Hosting Service Provider (HSP)) เพื่อให้เว็บไซต์ของตนปรากฏอยู่บนอินเทอร์เน็ตตลอดเวลา<sup>25</sup> ส่วนรูปแบบที่สามเป็นรูปแบบการให้บริการโดยการสร้าง คัดลอกวัตถุไว้ชั่วคราว เพื่อให้สามารถเข้าถึงได้ง่ายขึ้นและรวดเร็วมากขึ้นเมื่อต้องการเรียกใช้อีกในเวลาต่อมา ซึ่งมักจะเป็นข้อมูลที่ต้องการใช้งานเป็นประจำ และในหน้าเว็บไซต์จะประกอบไปด้วยรายละเอียดมากมาย โดยปกติจะมีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดอยู่ตลอด โดยจะเปลี่ยนในส่วนเนื้อหาของเท่านั้น แต่ในส่วนของกรอบ ชื่อสัญลักษณ์ของผู้เผยแพร่และส่วนอื่นยังคงเหมือนเดิม ซึ่งการให้บริการในรูปแบบที่สามนี้จะเรียกว่า แคชซิง (Caching)<sup>26</sup> และอีกรูปแบบที่สี่เป็นการให้บริการค้นหาซึ่งผู้ใช้งานสามารถหาข้อมูลที่ต้องการผ่านเครื่องมือการสืบค้นข้อมูล (Search Engines)<sup>27</sup>

สำหรับการให้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords มีรูปแบบหนึ่งของการให้บริการที่มีความซับซ้อนทางเทคโนโลยีและผสมผสานรูปแบบของการให้บริการที่หลากหลายเข้าด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการโดยการเชื่อมโยงกลุ่มบุคคลและเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต การให้บริการฝากเว็บไซต์ในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) และการให้บริการค้นข้อมูลโฆษณาผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engines)

<sup>23</sup> Bayer Judit, “Liability of internet Service providers for third party content,” *Victoria University Wellington Working Paper Series 1* (2008): 1.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid., p. 2.

### 2.2.2 ผู้โฆษณา

ผู้โฆษณาคือผู้ประกอบการที่สนใจลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ของผู้ให้บริการลงโฆษณา เพื่ออาศัยช่องทางนี้ในสร้างรายได้ และเพิ่มยอดขายทางการตลาด โดยมีความมุ่งหมายให้ผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ตที่ได้ใช้บริการสืบค้นข้อมูลผ่านเครื่องมือสืบค้นของผู้ให้บริการลงโฆษณาค้นพบโฆษณาของตน และตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณา

### 2.2.3 ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการ

ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการ คือ ผู้บริโภคที่ได้ใช้บริการทางอินเทอร์เน็ต โดยการสืบค้นข้อมูลที่ตนต้องการผ่านเครื่องมือค้นหาของผู้ให้บริการลงโฆษณา เมื่อผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาเป็นลิงค์โฆษณาของผู้โฆษณาที่ได้บรรจุข้อความโฆษณาไว้กับตน ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการก็จะคลิกเข้าชมเว็บไซต์ผ่านลิงค์โฆษณาที่เกิดจากโปรแกรม Google AdWords เหล่านั้น และได้ตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการผ่านเว็บไซต์ของผู้โฆษณาที่ได้เชื่อมโยงไว้

## 2.3 ปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อผู้บริโภค

ปัจจุบันเป็นยุคของข้อมูลสารสนเทศและความรู้ (Information and Knowledge Society) ซึ่งการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวสามารถทำได้ง่ายผ่านเครือข่ายทางอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการซื้อสินค้าหรือบริการจากการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตผ่านโปรแกรม Google AdWords แต่ในขณะเดียวกันกลับเป็นช่องทางที่เปิดโอกาสให้เกิดการหลอกลวงจากการซื้อขายสินค้าและบริการเพิ่มสูงขึ้นอันส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคเป็นจำนวนมาก

สืบเนื่องจากสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงเทคโนโลยีและสารสนเทศและการสื่อสาร ได้สำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทยปี 2557 (Thailand Internet User Profile 2014) ซึ่งเป็นการสำรวจเป็นครั้งที่สองถัดจากปี 2556 ในการสำรวจครั้งนี้มีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสนใจเข้ามาตอบแบบสำรวจทั้งสิ้น 16,596 คน โดยการรวบรวมข้อมูลพฤติกรรมของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต และคำถามพิเศษประจำปีเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อุปกรณ์เคลื่อนที่หมายรวมถึง โทรศัพท์เคลื่อนที่ สมาร์ทโฟนและแท็บเล็ตคอมพิวเตอร์ ซึ่งจะมุ่งเน้นประเด็นที่เกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้งานที่สุ่มเสี่ยงต่อการเกิดภัยบนอินเทอร์เน็ต จากการสำรวจพบว่า ปัญหาสามอันดับ



แรก คือ ปัญหาการล่อกลวงบนอินเทอร์เน็ต ปัญหาการระบาดของไวรัสคอมพิวเตอร์ และปัญหาความเร็วของการสื่อสาร ตามลำดับ\*

สำหรับปัญหาการล่อกลวงบนอินเทอร์เน็ตที่สำคัญ คือ ปัญหาการล่อกลวงจากการการซื้อขายสินค้าและบริการจากการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต แม้ว่าผู้ซื้อสินค้าและบริการจะสามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นได้ตลอดเวลาและทำให้การซื้อสินค้าหรือบริการง่ายขึ้น แต่การซื้อขายบนอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่จะกระทำต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง มิได้กระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า<sup>28</sup> ทำให้ผู้ซื้อไม่เห็นสินค้าหรือทดลองสินค้าเหล่านั้นก่อนตัดสินใจซื้อ<sup>29</sup> และจากการสำรวจกรณีการซื้อขายสินค้าและบริการบนอินเทอร์เน็ตผ่านอุปกรณ์เคลื่อนที่มักเป็นการซื้อขายเครื่องประดับ เสื้อผ้า รองและซื้อตัวโดยสาร\*\* ทำให้กลุ่มเป้าหมายของสินค้าและบริการเหล่านี้ได้รับความเสี่ยงต่อการพฤติกรรมการณ์การล่อกลวงจากโฆษณาสินค้าและบริการ อีกทั้งค่าเฉลี่ยของการใช้อินเทอร์เน็ตต่อสัปดาห์เพิ่มสูงขึ้นจากปี 2556 อันเป็นการเพิ่มโอกาสเสี่ยงต่อผู้บริโภคในการซื้อขายสินค้าและบริการบนอินเทอร์เน็ต\*\*\*

\* การล่อกลวงบนอินเทอร์เน็ตเป็นปัญหาคิดเป็นร้อยละ 42.0 อันดับ 2 คือปัญหาเรื่องการระบาดของไวรัสคอมพิวเตอร์เป็นปัญหาคิดเป็นร้อยละ 33.3 และอันดับ 3 คือความเร็วของการสื่อสาร (Speed) เป็นปัญหาคิดเป็นร้อยละ 30.2 อ้างอิงเรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

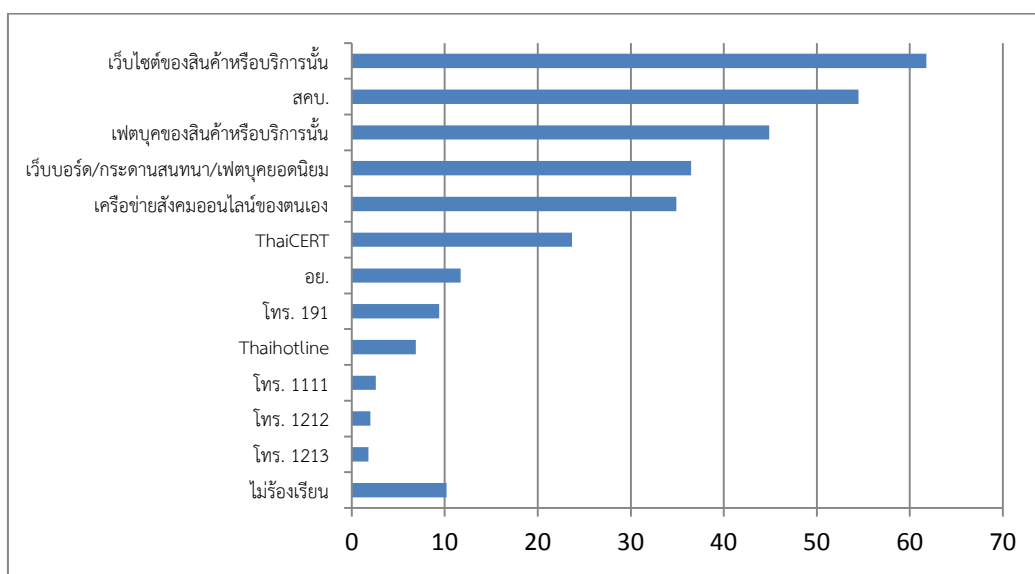
<sup>28</sup> ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “รู้เท่าเข้าใจ ปัญหาซื้อขายออนไลน์” เสนอที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ 20 มีนาคม 2558. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) หน้า 1.

<sup>29</sup> สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2557, หน้า 56.

\*\* สัดส่วนผู้ใช้อุปกรณ์เคลื่อนที่ซื้อสินค้าและบริการคิดเป็นร้อยละ 38.8 โดยมีจำนวน 1 – 2 ครั้งร้อยละ 52.2 ในขณะที่ผู้ที่ซื้อตั้งแต่ 6 ครั้งขึ้นไปมีเพียงร้อยละ 13.9 เท่านั้น นอกจากนี้คนกล้าที่จะซื้อสินค้าและบริการในมูลค่าสูงสุดถึง 4,000 บาทต่อครั้ง และร้อยละ 42.0 ของคนกลุ่มนี้จะซื้อสินค้าและบริการที่มีมูลค่าสูงสุดไม่เกิน 1,000 บาทต่อครั้ง ส่วนการชำระค่าสินค้าและบริการนั้น พบว่า ผู้ที่ใช้อุปกรณ์เคลื่อนที่ซื้อสินค้าและบริการจะชำระเงินค่าสินค้าและบริการด้วยการโอนเงินผ่านธนาคารเป็นส่วนใหญ่ รองลงมาคือชำระเงินผ่านบัตรเครดิตคิดและ บัตรเงินสด และบัตรเติมเงิน ตามลำดับ โดยที่มูลค่าสูงสุดของการชำระเงินที่มากกว่า 3,000 บาทต่อครั้งจะใช้ช่องทางผ่านบัตรเครดิตคิดมากกว่าการโอนเงินผ่านธนาคาร ในทางกลับกันมูลค่าสูงสุดของการชำระเงินที่ไม่เกิน 3,000 บาทต่อครั้ง ผู้บริโภคส่วนใหญ่มักใช้วิธีการโอนเงินผ่านธนาคารมากกว่าการชำระเงินผ่านบัตรเครดิต อ้างอิงจากเรื่องเดียวกัน, หน้า 79-82.

\*\*\* เป็น 50.4 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ หรือใช้เวลาโดยประมาณ 7.2 ชั่วโมงต่อวัน โดยผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตผ่านอุปกรณ์เคลื่อนที่ใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อวัตถุประสงค์ด้านความบันเทิงและการติดต่อสื่อสารโดยวัตถุประสงค์ 3 อันดับแรก ได้แก่ เพื่อการพูดคุยผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ เพื่ออ่านข่าวหรือหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ และเพื่อค้นหาข้อมูล ในขณะที่

เมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการหลอกลวงจากการซื้อสินค้าและบริการบนอินเทอร์เน็ตหรือไม่ได้รับความเป็นธรรม ผู้บริโภคนิยมร้องเรียนผ่านเว็บไซต์ของสินค้าและบริการนั้น รองลงมาคือการร้องเรียนผ่านสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) หรือเข้าไปโพสต์ข้อความบนเฟซบุ๊ก (Facebook) ของสินค้าและบริการนั้น และการบอกกล่าวถึงปัญหาเหล่านี้ผ่านทางเว็บบอร์ดกระดานสนทนาของเว็บไซต์ที่คนนิยมเข้าไป รวมไปถึงการพูดคุยผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ของตนเอง อย่างไรก็ตามผู้ใช้อินเทอร์เน็ตบางส่วนตัดสินใจไม่ร้องเรียน เพราะผู้บริโภคไม่ทราบว่าจะต้องไปร้องเรียนได้ที่ไหนและต้องทำอะไร ดังแสดงในรูปด้านล่างนี้



รูปที่ 6 : ร้อยละของผู้บริโภคเปรียบเทียบตามช่องทางการร้องเรียนและแสดงความคิดเห็น\*

ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตผ่านคอมพิวเตอร์มีวัตถุประสงค์ 3 อันดับแรก ได้แก่ เพื่อรับและส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อค้นหาข้อมูลและอ่านข่าวหรือหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ยังพบว่า การใช้งานทางอินเทอร์เน็ตมีแนวโน้มต่อวันเพิ่มสูงขึ้น โดยมีบ้านหรือสถานที่ทำงานเป็นสถานที่หลักของการเชื่อมโยงทางอินเทอร์เน็ตอันสะท้อนให้เห็นถึงความสำเร็จของการขยายโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่มุ่งเน้นให้มีบริการอินเทอร์เน็ตครอบคลุมเกือบได้ทุกพื้นที่ ซึ่งสอดคล้องกับแผนแม่บทเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ฉบับที่ 3) ของประเทศไทย อ้างอิงจากเรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22, 47.

\* ผู้บริโภคนิยมที่จะร้องเรียนผ่านเว็บไซต์ของสินค้าและบริการนั้นคิดเป็นร้อยละ 61.8 รองลงมาคือการร้องเรียนผ่านสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คิดเป็นร้อยละ 54.5 หรือเข้าไปโพสต์ข้อความบนเฟซบุ๊ก (Facebook) ของสินค้าและบริการนั้นคิดเป็นร้อยละ 45.0 และการบอกต่อถึงปัญหาเหล่านั้นผ่านทางเว็บบอร์ดกระดานสนทนาของเว็บไซต์ที่คนนิยมเข้าไปเช่น Pantip.com Sanook.com เป็นต้น รวมถึงการพูดคุยผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ของตนเอง คิดเป็นร้อยละ 36.6 และ 34.9 ตามลำดับ อย่างไรก็ตามมีผู้บริโภคร้อยละ 10 ตัดสินใจไม่ร้องเรียน

จากเหตุร้องเรียนดังกล่าวเป็นข้อพิสูจน์ในเบื้องต้นได้ว่า ธุรกิจบางรายมักอาศัยช่องทางในการแสวงหาประโยชน์เพื่อให้ตนได้ประโยชน์มากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านทางช่องทางออนไลน์ ธุรกิจบางรายมักอาศัยช่องทางนี้เพื่อดึงดูดลูกค้ามากที่สุดผ่านทางกลยุทธ์ทางตลาดซึ่งช่องทางที่นิยมและสามารถทำให้ประชาชนเข้าถึงรวดเร็วและสะดวกนั้นคือ การโฆษณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรมที่เรียกว่า “Google AdWords”

ในต่างประเทศก็มีปัญหาการซื้อขายที่เกิดจากการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตเช่นกัน ซึ่งสหภาพยุโรปได้มีการจัดทำแนวปฏิบัติทางพาณิชย์เกี่ยวกับการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดไว้ใน The Unfair Commercial Practices Directive (UCPD) ซึ่งประเทศสมาชิกได้นำมาใช้ โดยได้สำรวจและพิจารณาแบ่งแยกเกี่ยวกับปัญหาการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดบนอินเทอร์เน็ตไว้เป็น 3 ลักษณะใหญ่ที่สำคัญ คือ ลักษณะของโฆษณาที่ถูกซ่อนไว้ (Hidden Advertisement) ลักษณะโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับฉลากคุณภาพ (Misleading Advertising and Quality Labels) และลักษณะที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับรายละเอียดของราคาและกรณีเสนอไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายบนอินเทอร์เน็ต (Misleading Pricing Information and “Free” Offers on the Internet) \* ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน นอกจากนี้ในสหรัฐอเมริกา การเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตทำให้มีผู้ใช้งานเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้ผู้เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตจึงไม่สามารถตรวจทานเบื้องต้นได้ทุกกรณีก่อนเผยแพร่สู่สาธารณะ ทำให้บางกรณีเกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคที่เข้ามาใช้งาน เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นทำให้มีประเด็นทางกฎหมายฟ้องร้องผู้เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต

---

สาเหตุหลักคือไม่ทราบว่าจะต้องไปร้องเรียนที่ไหนและต้องทำอะไร นอกจากนี้ผู้บริโภคมีความเห็นว่า ลักษณะของศูนย์รับเรื่องร้องเรียนจากปัญหาการถูกฉ้อโกงหรือได้รับความไม่เป็นธรรมจากการทำธุรกรรมออนไลน์ควรจะเป็นหน่วยงานที่เป็นศูนย์กลางในการเชื่อมโยงกับหน่วยงานรับเรื่องร้องเรียนต่าง ๆ ที่มีอยู่ เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับผู้มารับบริการสามารถติดต่องานได้แบบเบ็ดเสร็จในจุดเดียว (One Stop Services) หรือศูนย์รับเรื่องร้องเรียนดังกล่าวควรจะเป็นหน่วยงานรับเรื่องร้องเรียนที่มีการบริหารจัดการแบบรวมศูนย์เพียงหนึ่งเดียว (Centralized) นอกจากนี้บางส่วนเห็นว่าศูนย์รับเรื่องร้องเรียนดังกล่าวควรเป็นหน่วยงานรับเรื่องร้องเรียนที่แยกออกไปตามประเภทหรือลักษณะของแต่ละปัญหา อ้างอิงเรื่องเดียวกัน, หน้า 68-69.

\* สามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับปัญหาการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดบนอินเทอร์เน็ต ได้จากเอกสาร European Parliament Study – Directorate general for internal policies - Policy Department A: Economic and Scientific policy about Misleading Advertising on the internet

โดยมีหลากหลายเหตุผลที่ต้องการดำเนินคดีเอาากับผู้เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต เช่น ผู้เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตมีอำนาจมากกว่า มีฐานะทางการเงินในทางธุรกิจที่มากกว่า สามารถดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ (Class Action) เป็นต้น ซึ่งมีประเด็นทางกฎหมายชั้นศาลเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตมากกว่าสิบปีที่ผ่านมา<sup>30</sup>

อนึ่ง กรณีการซื้อขายสินค้าและบริการผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้นถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการซื้อขายสินค้าและบริการบนอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นที่นิยมเป็นจำนวนมาก พบว่าในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปต่างก็มีปัญหาจากการให้บริการผ่านทางโปรแกรมดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โฆษณาที่ทำให้เกิดความความใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าและบริการที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาอย่าง Google ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาของบุคคลสามแก่ผู้บริโภค

สำหรับปัญหาอันเนื่องมาจากการซื้อสินค้าหรือบริการจากการโฆษณาผ่านโปรแกรม Google AdWords นั้น ปัจจุบันสามารถรวบรวมและจัดกลุ่มที่น่าสนใจได้ 3 รูปแบบที่สำคัญ โดยแต่ละรูปแบบเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์แห่งปัญหาเหล่านั้น จะพบว่า ผู้บริโภคในบางกรณีได้รับความคุ้มครองจากการโฆษณาสินค้าหรือบริการผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

### 1) การโฆษณาที่ทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวงในตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการค้นหา

การโฆษณาที่ทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวงในตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ ว่ามีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาให้แก่ผู้บริโภค การหลอกลวงในกรณีนี้เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นเป็นส่วนใหญ่ โดยอาศัยความสำคัญของตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ หรืออาศัยความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการนั้น ซึ่งมักจะเกิดขึ้นกับกรณีสินค้าหรือบริการที่มีชื่อเสียง ผู้โฆษณาซึ่งเป็นธุรกิจอื่นที่มีลักษณะของธุรกิจเดียวกันกับธุรกิจที่มีชื่อเสียงเหล่านั้นจึงอาศัยช่องทางนี้ โดยการนำชื่อสินค้าหรือบริการของธุรกิจที่มีชื่อเสียง หรือชื่อทางการค้าอันเป็นธุรกิจของผู้อื่น ไม่ว่าจะป็นชื่อห้างหุ้นส่วน บริษัท ชื่อเจ้าของธุรกิจมาเป็นส่วนประกอบ

<sup>30</sup> Morley Samuel, "How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?," The Florida Bar Journal 84 (February, 2010): 8.

ในข้อความโฆษณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชื่อหัวข้อ หรือชื่อที่อยู่เว็บไซต์ที่ต้องการให้ปรากฏในผลลัพธ์การค้นหา ซึ่งการนำชื่อหรือข้อความที่มีส่วนเกี่ยวข้องนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นชื่อในเครื่องหมายการค้าก็ได้

ปัญหามักจะเกิดขึ้นเมื่อผู้บริโภคต้องการซื้อสินค้าและบริการจึงได้ค้นหาข้อมูลผ่านเครื่องมือสืบค้น (Search Engines) โดยผู้บริโภคต้องการค้นหาสินค้าและบริการของบุคคลคนหนึ่ง แต่ Google กลับแสดงผลการค้นหาสินค้าหรือบริการของบุคคลคนหนึ่งซึ่งไม่ได้เป็นไปตามเจตนาของผู้บริโภคอันส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่าเป็นสินค้าหรือบริการของบุคคลที่ตนค้นหาหรือมีความเกี่ยวข้องทางการค้ากับบุคคลที่ตนค้นหาจึงได้ซื้อสินค้าและใช้บริการของบุคคลที่ Google เป็นผู้แสดงผลการค้นหาดังกล่าว

ในต่างประเทศอย่างเช่นประเทศออสเตรเลียได้มีคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงที่เกิดจากรูปแบบของปัญหาในลักษณะนี้<sup>31</sup> กล่าวคือ ในประเทศออสเตรเลียได้มีประเด็นทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอันเนื่องมาจากการพฤติกรรมของ Google ซึ่งเป็นผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาของผู้โฆษณา โดยไม่เป็นไปตามเจตนาของผู้บริโภคที่ต้องการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่ง แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณากลับแสดงผลการค้นหาโฆษณาของอีกบุคคลหนึ่ง จนทำให้เกิดความเข้าใจหรือหลงกลวงหรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจหรือหลงกลวงว่า เป็นสินค้าหรือบริการของบุคคลที่ผู้บริโภคต้องการค้นหาอันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย เช่น ผู้บริโภคต้องการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาของบริษัทท่องเที่ยวแห่งหนึ่งซึ่งมีชื่อว่า “Harvey World Travel” ผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search engines) ของ Google ซึ่งเป็นผู้ให้บริการลงโฆษณา แต่ Google กลับแสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาของบริษัท STA Travel ซึ่งเป็นบริษัทท่องเที่ยวอื่นแทนที่จะเป็นคำหรือข้อความโฆษณาของ Harvey World Travel ผู้บริโภคจึงได้ตกลงใช้บริการของบริษัท STA Travel เพราะเข้าใจผิดคิดว่าเป็นการใช้บริการของ Harvey World Travel หรือมีความเกี่ยวข้องทางการค้ากับบริษัทดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีปัญหาในลักษณะทำนองเดียวกันอันเกิดกับการซื้อขายรถยนต์ของบริษัทฮอนด้า (Honda Australia Pty Ltd.) การซื้อขายนิตยสารชื่อดังของบริษัทแห่งหนึ่ง และการให้บริการสำหรับธุรกิจฝึกสุนัข

<sup>31</sup> Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1, 6 February 2013.

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)) จึงฟ้อง Google ที่ได้แสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงหรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงดังกล่าว เช่นนี้ ผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นใด Google จะปฏิเสธความรับผิดชอบต่อบริโภคด้วยเหตุที่ได้แสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาที่ผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามได้ลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ได้หรือไม่ ซึ่งรายละเอียดและผลทางกฎหมายจะได้ศึกษาต่อไปในบทถัดไป

สำหรับสหภาพยุโรปได้มีคดีหนึ่งที่สำคัญซึ่งมีลักษณะปัญหาค้ำกับข้อเท็จจริงทำนองนี้เกิดขึ้นกับบริษัทจำหน่ายกระเป๋าชื่อดังอย่าง “Louis Vuitton”<sup>32</sup> และเจ้าของเครื่องหมายการค้าอื่นอีกสองรายอย่าง “Bourse des Vols”<sup>33</sup> และ “Eurochallenges”<sup>34</sup> โดย Google ได้แสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดหลงเชื่อว่าเป็นโฆษณาของเจ้าของสินค้าที่แท้จริงจึงได้ตกลงซื้อสินค้าหรือใช้บริการกับบริษัทที่ Google ได้แสดงผลการค้นหาดังกล่าว ซึ่งคดีที่เกิดขึ้นเหล่านี้ได้มีการรวมการพิจารณาเนื่องจากแต่ละคดีมีปัญหาข้อกฎหมายในลักษณะทำนองเดียวกันโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปซึ่งได้ส่งมาจากศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส ผลแห่งวินิจฉัยจะเป็นเช่นใด Google ในฐานะผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC Directive) หรือไม่ ซึ่งจะศึกษาในรายละเอียดในบทต่อไปเช่นกัน

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ปัญหาอันเกิดจากการให้บริการผ่านทางโปรแกรม Google AdWords มีปัญหาทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่มีประเด็นข้อกฎหมายที่มีลักษณะคล้ายกัน อันเนื่องจากการ Google ได้แสดงผลการค้นหาคำหรือข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามให้แก่ผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดหรือหลงเชื่อว่าเป็นการให้บริการดาวน์โหลดเพลงที่ไม่

<sup>32</sup> Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier (C-236/08)

<sup>33</sup> Google France v Viaticum Luteciel (C-237/08)

<sup>34</sup> Google France v Centre national de recherché en relations humaines (CNRRH) (C-238/08)

เสียค่าบริการ (Free) ตามข้อความโฆษณาที่ Google ได้แสดงผลการค้นหาให้ไว้ เป็นเหตุให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าบริการโหลดเพลงดังกล่าว<sup>35</sup>

รูปแบบของปัญหาเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคที่เข้ามาสืบค้นข้อมูลและได้ตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการผ่านการคลิกลิงค์โฆษณาที่ Google ได้แสดงผลการค้นหาข้อมูลเหล่านี้ ความเสียหายที่ได้รับคือ สินค้าหรือบริการที่ตนต้องการซื้อหรือใช้บริการนั้นไม่ตรงกับสิ่งที่ตนต้องการค้นหาอย่างแท้จริง ทำให้ผู้บริโภคชำระค่าสินค้าหรือบริการไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริง ทำให้ผู้บริโภคบางรายต้องหาซื้อสินค้าหรือใช้บริการใหม่กับธุรกิจที่ตนต้องการซื้อสินค้าหรือใช้บริการนั้นอีกครั้ง ส่งผลให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น หรือผู้บริโภคบางรายก็จำใจที่จะสูญเสียเงินเหล่านั้นไปกับสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณา เพราะไม่มีเงินเพียงพอในการหาซื้อสินค้าหรือบริการใหม่ที่ตรงตามความต้องการของตน นอกจากนี้การได้มาซึ่งสินค้าของผู้โฆษณาที่ไม่ต้องตามความต้องการของผู้บริโภคนั้นอาจได้รับสินค้าที่ไม่มีคุณภาพ หรือดีกว่าสินค้าของธุรกิจของผู้อื่นที่ผู้บริโภคต้องการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สินค้าของธุรกิจที่มีชื่อเสียง

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ที่สำคัญ ได้แก่ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จากความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จะพบว่า กรณีผู้โฆษณาได้โฆษณาสินค้าหรือบริการโดยทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวงในตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าและบริการ หรือทำให้เข้าใจผิดคิดว่ามี ความเกี่ยวข้องกันกับสินค้าหรือบริการของเจ้าของสินค้าและบริการที่แท้จริงก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้โฆษณา ย่อมต้องรับผิดเพื่อละเมิดต่อผู้บริโภคภายใต้บทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายภายใต้กฎหมายทั่วไป

อย่างไรก็ตามเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและรัดกุมมากขึ้น เพราะในบางครั้งผู้บริโภคไม่อาจสืบทราบหรือติดตามตัวบุคคลที่สามที่ได้แสดงข้อความโฆษณาเหล่านั้นได้ หรือเป็นภาระเกินควรในการติดตามเอา กับบุคคลเหล่านั้นได้ เนื่องด้วยจากสภาพโดยทั่วไปของการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ต ผู้บริโภคไม่ได้ติดต่อกับผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการที่แท้จริงโดยเห็นตัวบุคคลอันจะสามารถง่ายต่อการตรวจสอบ หรือไม่ทำให้เกิดความความใจผิดในสินค้าหรือบริการ ผู้ให้บริการลงโฆษณาอย่าง Google ซึ่งเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่และเป็นผู้นำ

<sup>35</sup> Goddard v. Google, Inc., 640 F. Supp. 2d 1193 (N.D. Cal. Jul. 30, 2009)

โฆษณาเหล่านั้นมาจัดทำเป็นลิงค์โฆษณาเผยแพร่และได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาต่อผู้บริโภคซึ่งมีจำนวนมากที่มาใช้บริการสืบค้นหาข้อมูลกับตน เช่นนี้ Google จะต้องเข้ามาร่วมรับผิดชอบผู้บริโภคหรือยกข้อต่อสู้คดีเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบจากการกระทำของตนได้หรือไม่ เพื่อให้คุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพขึ้น

ในมุมมองของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ห้ามมิให้โฆษณาโดยมีข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมเป็นส่วนรวม โดยมีข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอันไม่เป็นความจริง กรณีเช่นนี้จะหมายรวมถึงผู้ให้บริการลงโฆษณาที่เผยแพร่ข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาด้วยหรือไม่

นอกจากนี้ภายใต้กฎหมายดังกล่าวยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ เช่นนี้ ผู้ให้บริการลงโฆษณาควรมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความโฆษณาที่เผยแพร่ หรือจัดการกับปัญหาเหล่านั้นหลังจากที่ได้รับการแจ้งเตือนจากผู้ซื้อสินค้าหรือบริการแล้วหรือไม่ เมื่อยังไม่มีบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตต่อผู้บริโภคไว้โดยเฉพาะ การคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพและคุ้มครองผู้บริโภคในอย่างเป็นธรรมในกรณีการซื้อขายสินค้าและบริการบนอินเทอร์เน็ตหรือไม่ ซึ่งปัญหาในรูปแบบการโฆษณานี้จะนำมาศึกษาถึงรายละเอียดต่อไป

## 2) การหลอกลวงให้ซื้อสินค้าหรือบริการ แต่ผู้บริโภคไม่ได้รับสินค้าหรือใช้บริการเหล่านั้น

รูปแบบนี้เป็นอีกรูปแบบการหลอกลวงลักษณะหนึ่ง ซึ่งในประเทศไทยก็มีข้อเท็จจริงลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นแต่เป็นการร้องเรียนจากการโฆษณาในกรณีทั่วไปบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งได้มีการร้องเรียนไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นจำนวนมาก โดยเป็นกรณีหลอกลวงให้ซื้อสินค้าหรือบริการกับธุรกิจผู้โฆษณา เมื่อผู้บริโภคหลงเชื่อข้อความโฆษณาเหล่านั้นและได้ตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการกับผู้บริโภค กลับปรากฏว่าผู้บริโภคไม่ได้รับสินค้าหรือบริการทั้งที่ได้ชำระค่าสินค้าหรือบริการไว้ล่วงหน้าแล้ว ทำให้ผู้บริโภคสูญเสียเงินทั้งหมดที่ได้ชำระค่าสินค้าหรือบริการเหล่านั้น โดยไม่ได้รับสินค้าหรือบริการเหล่านั้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหารูปแบบนี้ที่สำคัญ คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้และสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเอกเทศสัญญาว่าด้วยซื้อขาย การทำสัญญาซื้อขายนั้นเป็นสัญญาต่าง



ตอบแทน โดยผู้ซื้อและผู้ขายมีหน้าที่ต่อกันคือ ผู้ซื้อมีหน้าที่ที่ต้องชำระราคาสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ขายให้ถูกต้องครบถ้วน ในขณะที่เดียวกันผู้ขายก็มีหน้าที่ที่ต้องส่งมอบสินค้าหรือให้ใช้บริการของตนให้แก่ผู้ซื้อ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการได้ชำระหนี้ของตนให้แก่ผู้โฆษณาแล้ว ผู้โฆษณาย่อมมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนให้แก่ผู้บริโภค โดยการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้แก่ผู้ซื้อซึ่งเป็นหน้าที่สำคัญของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย ดังจะเห็นได้จากมาตรา 461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าหรือให้บริการซึ่งเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการที่ได้ชำระค่าสินค้าหรือบริการแล้วนั้น การกระทำของผู้โฆษณาย่อมเป็นการผิดสัญญาซื้อขายหรือผิดสัญญาให้บริการเหล่านั้นต่อผู้บริโภค ผู้โฆษณาย่อมต้องรับผิดชอบต่อบริโภคในทางสัญญา ซึ่งรูปแบบของปัญหานี้ผู้บริโภคจะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผู้โฆษณาได้อย่างชัดเจน

### 3) การหลอกลวงให้ซื้อสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่ง แต่ผู้บริโภคกลับได้รับสินค้าหรือบริการอีกอย่างหนึ่ง

สำหรับรูปแบบสุดท้ายนี้ เป็นการหลอกลวงผ่านข้อความโฆษณาเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือใช้บริการของตน เมื่อผู้บริโภคหลงเชื่อข้อความโฆษณาเหล่านั้นและได้ตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการกับผู้บริโภค ปรากฏว่าสินค้าหรือบริการที่ตนได้รับกลับเป็นอีกอย่างหนึ่ง เช่น ผู้บริโภคต้องการสั่งซื้อเสื้อของบริษัทเอ แต่เมื่อผู้บริโภคชำระค่าเสื้อแล้วกลับได้รับเสื้อของบริษัทบี หรือผู้บริโภคต้องการใช้บริการกำจัดยุง แต่เมื่อผู้บริโภคได้ชำระค่าบริการแล้วกลับได้รับบริการกำจัดปลวกแทน ซึ่งความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับที่สำคัญคือ การชำระค่าสินค้าหรือบริการและได้รับสินค้าหรือบริการที่ไม่ต้องตามประสงค์ที่ผู้บริโภคต้องการ ทำให้ผู้บริโภคบางรายต้องหาสินค้าหรือบริการรายใหม่และสูญเสียเงินในการหาซื้อสินค้าหรือบริการใหม่อีกครั้ง

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหารูปแบบนี้ที่สำคัญ คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้และสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเอกเทศสัญญาว่าด้วยซื้อขาย เนื่องด้วยการทำสัญญาซื้อขายนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยผู้ซื้อและผู้ขายมีหน้าที่ต่อกัน แต่กรณีนี้จะแตกต่างจากกับรูปแบบก่อนหน้าคือ กรณีผู้บริโภคได้รับการชำระหนี้ตามสัญญา แต่สิ่งที่ผู้บริโภคได้รับนั้นเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ในสัญญาที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ นั้น เช่นนี้ แม้ว่าผู้โฆษณาย่อมได้ส่งมอบสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้บริโภคที่ได้ชำระค่าสินค้าหรือบริการเหล่านั้นแล้ว แต่เมื่อผู้โฆษณาซึ่งเป็น

ผู้ขายหรือผู้ให้บริการกลับส่งมอบสินค้าผิดไปจากที่ตกลงไว้ในสัญญาหรือให้บริการผิดแผกแตกต่างไปจากเจตนาหรือข้อตกลงในสัญญา ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งรูปแบบของปัญหานี้ ผู้บริโภคจะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผู้โฆษณาได้อย่างชัดเจน

จากรูปแบบของปัญหาที่สำคัญอันเกิดขึ้นจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้น จะเห็นได้ว่า สองรูปแบบสุดท้ายนั้น ผู้บริโภคจะได้รับการเยียวยาจากผู้โฆษณาได้อย่างชัดเจนภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้และสัญญา ในขณะที่รูปแบบแรก นั้นคือ การโฆษณาที่ทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวงในตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ ว่ามีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาให้แก่ผู้บริโภค รูปแบบนี้ยังไม่มี ความชัดเจนในทางกฎหมายว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องมีส่วนรับผิดชอบต่อผู้บริโภคด้วยหรือไม่ ซึ่งรูปแบบของปัญหาในกรณีแรกนี้จะ เป็นปัญหาหลักอันนำมาสู่การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ต่อไป เพื่อพิจารณาว่าในข้อเท็จจริงตามรูปแบบดังกล่าว ภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณามีหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ให้บริการโฆษณาต่อผู้บริโภคได้อย่างชัดเจนและเป็นธรรมต่อผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้วหรือไม่

## 2.4 เหตุผลการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords

เนื่องด้วยการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยทั่วไป ผู้ซื้อและผู้ขายต่างมีหน้าที่ซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้ซื้อ ส่วนผู้ซื้อก็มีหน้าที่ต้องชำระค่าสินค้าหรือบริการตอบแทน นอกจากนี้ผู้ซื้อยังมีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบสินค้าหรือบริการก่อนตกลงซื้อขายสินค้าหรือขอใช้บริการทุกครั้ง ซึ่งกรณีนี้ผู้ซื้อสามารถตรวจสอบได้โดยง่าย เนื่องจากการซื้อขายสินค้าหรือบริการได้กระทำต่อบุคคลโดยเฉพาะหน้า หากสินค้าหรือบริการไม่ถูกต้องตรงตามเจตนา ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่รับสินค้าหรือไม่ชำระราคาสินค้าหรือบริการได้

แต่หากเป็นการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ต ผู้ซื้อไม่สามารถตรวจสอบสินค้าหรือบริการได้โดยง่ายหรือไม่อาจตรวจสอบสินค้าหรือบริการได้เลย เนื่องจากสภาพของการซื้อขายบนอินเทอร์เน็ตไม่เอื้ออำนวย กล่าวคือ การซื้อขายสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตมักกระทำต่อบุคคลที่

อยู่ห่างโดยระยะทาง มิได้กระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า<sup>36</sup> ทำให้ผู้ซื้อไม่เห็นสินค้าหรือทดลองสินค้าเหล่านั้นก่อนตัดสินใจซื้อ<sup>37</sup> และโดยทั่วไปผู้ซื้อมักสังเกตเอาจากรูปภาพโฆษณาหรือข้อความโฆษณาชวนเชื่อแทนที่จะได้เห็นหรือสัมผัสสินค้าของจริง

นอกจากนี้การโฆษณาผ่านลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ซึ่งจะเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ของผู้โฆษณาที่เป็นผู้ขายสินค้าหรือให้บริการ ในบางครั้งก็ยากต่อการตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเจ้าของเว็บไซต์ที่โฆษณาสินค้านั้น เพราะมีความเป็นไปได้ที่ผู้โฆษณาซึ่งเป็นเจ้าของเว็บไซต์อาจปลอมหรือเลียนแบบเว็บไซต์เจ้าของที่แท้จริง ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดคิดว่าเป็นเว็บไซต์ของเจ้าของที่แท้จริง อีกทั้งผู้บริโภคส่วนใหญ่ มักไม่ทราบหรือยากต่อการจดจำเกี่ยวกับที่อยู่ของเว็บไซต์ (URL) จึงทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดหรือถูกหลอกลวงได้ง่ายกว่าการซื้อสินค้าหรือบริการทั่วไป นอกจากนี้ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการไม่สามารถเรียกร้องเอาจากผู้ขายหรือยากในการติดตามตัวมาดำเนินคดีในทางแพ่ง เนื่องจากผู้ขายสินค้าหรือบริการนั้นอาจไม่มีหน้าร้านทางกายภาพ หรือผู้ขายสินค้าหรือบริการใช้นามแฝงแทนชื่อที่แท้จริง จึงทำให้ผู้บริโภคส่วนใหญ่ต้องยอมสูญเสียเงินที่ได้ชำระไป หรือรับสินค้าหรือบริการที่ไม่ถูกต้องตรงตามเจตนาอันไว้ เพราะไม่ทราบว่าติดตามตัวผู้ขายได้อย่างไร อีกทั้งมูลค่าการสูญเสียอาจไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ด้วยเหตุนี้ในหลายประเทศ ผู้บริโภคจึงเรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่โฆษณาให้แก่ตนดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 2.3

อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่เนื้อหาโฆษณาของบุคคลที่สามไปยังผู้บริโภคเป็นการกระทำในฐานะตัวกลาง โดยทั่วไปย่อมไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริโภค ดังจะเห็นได้จากแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการส่งข้อมูลเบื้องต้นของกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งมีแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในฐานะสื่อกลาง (Conduit Liability) โดยแยกออกจากความรับผิดชอบของผู้เผยแพร่ (Publisher Liability) และความรับผิดชอบของผู้จัดจำหน่าย (Distributor Liability) เพราะให้ความสำคัญกับการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี ความเจริญก้าวหน้าและประโยชน์อื่นอันสืบเนื่องจากการพัฒนาทางด้านอินเทอร์เน็ต โดยเห็นว่าผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตนั้นไม่ควรถูกปิดกั้นจากความกลัวที่จะถูกดำเนินคดีอันเนื่องมาจากการเผยแพร่เนื้อหาของบุคคลที่สาม อันเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศ

<sup>36</sup> ศุนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “รู้เท่าเข้าใจ ปัญหาซื้อขายออนไลน์” เสนอที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ 20 มีนาคม 2558. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) หน้า 1.

<sup>37</sup> สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2557, หน้า 56.

เพราะการพัฒนาทางอินเทอร์เน็ตที่รวดเร็วจะทำให้แหล่งการศึกษาและข้อมูลข่าวสารมีความก้าวหน้า และทันสมัยอันเป็นประโยชน์ต่อพลเมือง อีกทั้งมีความหลากหลายในวาทกรรมทางการเมือง เปิดโอกาสทางวัฒนธรรมและช่องทางที่หลากหลายของกิจกรรมทางปัญญา ทำให้เกิดผลกำไรและความเจริญรุ่งเรืองแก่พลเมือง<sup>38</sup>

สำหรับแนวความคิดในเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดในการส่งข้อมูลเบื้องต้นภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ได้จำแนกเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดของผู้พูดเริ่มแรก (Primary Speaker Liability) และความรับผิดของตัวกลาง (Intermediaries) ซึ่งมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องที่สำคัญแยกเป็น 3 ประเภท คือ ความรับผิดของผู้เผยแพร่ (Publisher Liability) ความรับผิดของผู้จัดจำหน่าย (Distributor Liability) และความรับผิดในฐานะสื่อกลาง (Conduit Liability)<sup>39</sup> ซึ่งสามารถอธิบายได้ต่อไปนี้

สำหรับความรับผิดของผู้พูดเริ่มแรก (Primary Speaker Liability) นั้นจะเกี่ยวข้องกับแหล่งเริ่มแรกของข้อมูลที่ทำให้เกิดอันตราย ซึ่งผู้พูดอาจต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้พูดเริ่มแรก (Primary Speaker) ทั้งนี้ ความรับผิดสามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้ทฤษฎีทางกฎหมายที่แตกต่าง ซึ่งหลักฐานแห่งความผิดที่เกิดขึ้นอย่างน้อยผู้กระทำจะต้องผิดฐานประมาทเลินเล่อให้ผู้อื่นได้รับอันตราย และข้อความดังกล่าวส่งผลให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่นจากการเผยแพร่ข้อความเหล่านั้น\*

ส่วนความรับผิดของตัวกลาง (Intermediaries) ประเภทแรกนั้นคือ ความรับผิดของผู้เผยแพร่ (Publisher Liability) บุคคลที่เผยแพร่ข้อความไปยังอีกบุคคลหนึ่งอาจต้องรับผิดเช่นเดียวกันราวกับบุคคลนั้นเป็นผู้พูดเริ่มแรก (Primary Speaker)<sup>40</sup> หากรู้ถึงเนื้อหาที่เผยแพร่ หรือมีความสามารถในการควบคุมเนื้อหาที่เผยแพร่<sup>41</sup> เช่นนี้ผู้เผยแพร่เกี่ยวกับหนังสือพิมพ์อาจต้องรับผิดในสิ่งที่ปรากฏในหน้ากระดาษที่ตนได้เผยแพร่<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Morley Samuel, "How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?," *The Florida Bar Journal* 84 (February, 2010): 8.

<sup>39</sup> Ardia, David S., "Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity under Section 230 of the Communications Decency Act," *Loyola of Los Angeles Law Review* 43, Rev. 373 (2010): 396.

\* แต่ส่วนมากมักเป็นกรณีของการฟ้องร้องฐานหมิ่นประมาท ไม่ว่าจะเป็นการดูหมิ่น หมิ่นประมาท การใส่ร้ายผู้อื่น บุคคลหรือนิติบุคคลก็อาจต้องรับผิดสำหรับความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ หากผู้นั้นเป็นผู้กล่าวข้อความที่ทำให้เสียชื่อเสียงหรือไม่ถูกต้องเกี่ยวกับผู้อื่นไปยังบุคคลที่สาม อ้างอิงเรื่องเดียวกัน, หน้า 395.

<sup>40</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 581 cmt. g (1977).

<sup>41</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 581 cmt. c (1977); W. PAGE KEETON, ET AL., PROSSER & KEETON, THE LAW OF TORTS § 113, at 810 (5th ed. 1984); Loftus E. Becker Jr., The Liability of

สำหรับผู้จัดจำหน่าย (Distributors) อย่างห้องสมุด ร้านจำหน่ายหนังสือพิมพ์ทั่วไป หรือร้านขายหนังสืออาจต้องรับผิดในฐานะผู้จัดจำหน่าย (Distributor Liability) แต่เป็นความรับผิดที่จำกัดอย่างมาก กล่าวคือ ผู้จัดจำหน่ายโดยทั่วไปไม่ต้องรับผิดสำหรับเนื้อหาที่ตนจัดจำหน่าย เพราะโดยทั่วไปผู้จัดจำหน่ายมักไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบสิ่งที่เผยแพร่ เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดอันเป็นสาระสำคัญหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย\* หรือการสื่อสารไปยังผู้อื่นนั้นได้กระทำไปในลักษณะที่มีอำนาจครอบงำหรือควบคุมในเนื้อหา<sup>43</sup>

ส่วนความรับผิดในฐานะสื่อกลาง (Conduit Liability) นั้นจะน้อยกว่าความรับผิดของผู้จัดจำหน่าย (Distributor Liability) ซึ่งตัวกลางในฐานะสื่อกลางนี้ต้องมีหน้าที่ต่อสาธารณะในการยอมรับหรือการส่งผ่านข้อความจากบุคคลหนึ่งที่เป็นผู้ให้เนื้อหาการเผยแพร่ไปยังอีกบุคคลหนึ่งอย่างเช่น บริษัทที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจการทางโทรศัพท์หรือโทรสาร โดยปกติแล้วสื่อกลางกรณีนี้ไม่ต้องรับผิดในความผิดและความไม่รู้ นอกจากนี้การรู้เพียงฝ่ายเดียวยังไม่เพียงพอที่จะทำให้สื่อกลางเหล่านี้ต้องรับผิด\*\* อย่างไรก็ตามสื่อกลางนี้หากไม่มีหน้าที่ต่อสาธารณะในการส่งผ่านข้อมูลก็ไม่อาจได้รับสิทธิพิเศษในการปกป้องความรับผิดที่เกิดขึ้น แต่สื่อกลางดังกล่าวอาจต้องไปพิจารณาความรับผิดในฐานะความรับผิดของผู้จัดจำหน่ายซึ่งจะขึ้นกับการรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้น<sup>44</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลาง ย่อมทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมักยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดต่อผู้บริโภคในทุกกรณี เช่นนี้ ย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนรู้เห็นกับการกระทำของบุคคลที่สาม ทำให้ผู้บริโภคต้องแบกรับภาระอันเกินสมควร อีกทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจแพร่กระจายเป็นวงกว้างจนกว่าจะมีการระงับ ถอนข้อมูลเหล่านั้นออกจากระบบอินเทอร์เน็ตเช่นนี้

---

Computer Bulletin Board Operators or Defamation Posted by Others, 22 CONN. L. REV. 203, 222 (1989).

<sup>42</sup> Ibid, p. 397.

\* ตัวอย่างในคดี Tacket v. General Motors Corp., 836 F.2d 1042, 1046-47 (7th Cir. 1987); RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 581(1) (1977). คดีนี้ศาลตัดสินให้ห้องสมุดไม่ต้องรับผิดในความผิด

<sup>43</sup> Ibid, pp. 397-398.

\*\* เพื่อป้องกันอัตรประโยชน์สาธารณะจากการส่งผ่านข้อความ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 612 (2) cmt. g (1977). ซึ่งใช้กับการส่งผ่านทั่วไป (Common Carriers)

<sup>44</sup> Ibid., pp. 398-401.

จึงสมควรกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือไม่ เพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ได้รับประโยชน์จากผู้บริโภคที่นิยมมาใช้บริการ แม้จะไม่คิดค่าบริการเท่ากับผู้บริโภค แต่ผลประโยชน์ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับส่วนใหญ่มาจากรายได้และผลกำไรจากการให้เช่าพื้นที่โฆษณาให้แก่ผู้โฆษณาที่อาศัยค่านิยมของผู้บริโภค ในทางกลับกัน หากไม่มีผู้บริโภคที่มาใช้บริการหรือมีจำนวนน้อย ผู้โฆษณาย่อมไม่นิยมหรือตกลงทำสัญญาขอใช้บริการเช่าพื้นที่โฆษณาและให้จัดทำโฆษณา ส่งผลให้รายได้ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมน้อยลง

ด้วยเหตุผลเหล่านี้เองจึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณา เพื่อความเป็นธรรมและไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยกกล่าวอ้างได้ทุกกรณีเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยเริ่มเห็นความสำคัญต่อปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เริ่มมีการจัดสัมมนาทางวิชาการเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าบนอินเทอร์เน็ต ตลอดจนกระแสสังคมและมุมมองความคิดต่อความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในเนื้อหาของบุคคลที่สามที่ได้กระทำผิดกฎหมายต่อผู้อื่น\* ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันจะสามารถแก้ปัญหาดังกล่าวและให้ความคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรมและชัดเจนในผลของกฎหมายเพียงใดนั้นจะศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

\* ไทยได้มีการจัดงานสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “รู้เท่า เข้าใจ ปัญหาซื้อขายออนไลน์” จัดที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ วันที่ 20 มีนาคม 2558 นอกจากนี้ไทยเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้แสดงเนื้อหาของบุคคลที่สามต่อผู้ให้บริการผ่านพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งหลังจากมีคำพิพากษาได้มีกระแสวิพากษ์วิจารณ์และแสดงความคิดเห็นต่อผลแห่งคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในสังคมไทยซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงกับความรับผิดในกรณีการซื้อขายบนอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นตัวอย่างรูปแบบหนึ่งของการกระทำผิดกฎหมายเช่นกัน โดยอาศัยช่องทางการให้บริการบนอินเทอร์เน็ต

### บทที่ 3

## กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทาง โปรแกรม Google AdWords ในต่างประเทศ

### 3.1 ความนำ

ในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาที่คล้ายกัน เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากผู้โฆษณา แต่หากข้อความโฆษณาเหล่านั้นเป็นการเผยแพร่ข้อมูลโฆษณาบนสื่ออินเทอร์เน็ตโดยมีผู้ให้บริการลงโฆษณาเป็นสื่อกลางในการส่งผ่านข้อมูลจากผู้โฆษณาไปยังผู้บริโภค เช่นนี้ ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องมีส่วนรับผิดชอบต่อผู้บริโภคในการแสดงผลการค้นหาโฆษณาจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้บริโภคหรือไม่

โดยภาพรวมแล้วประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปต่างให้ความสำคัญคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีนี้น้อยกว่ากรณีเรียกร้องเอาจากผู้โฆษณาโดยตรง กล่าวคือ ประเทศออสเตรเลียจะให้สิทธิผู้ให้บริการลงโฆษณาในการยกข้อต่อสู้ในฐานะผู้เผยแพร่ (Publisher) เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค หรือในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการคุ้มครองกันในฐานะผู้ให้บริการเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต หรือแม้แต่สหภาพยุโรปก็ให้ความสำคัญคุ้มครองผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ส่งผ่านข้อมูลจากบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลโดย เช่นกัน ด้วยเหตุผลและแนวความคิดเกี่ยวกับคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาของผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อนหน้า

อย่างไรก็ตามเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรม กฎหมายในต่างประเทศต่างก็มีข้อยกเว้นหรือทำให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคได้ เช่น กฎหมายแห่งประเทศออสเตรเลียจะบัญญัติความรับผิดแบบเสริมมารองรับความผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณา ส่วนในสหรัฐอเมริกานั้นก็มีข้อยกเว้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อยกเว้นอันเกิดจากการตีความของศาล ส่วนกฎหมายในสหภาพยุโรปนั้นจะแตกต่างออกไปจากกฎหมายแห่งประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ สหภาพยุโรปจะใช้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ในการคุ้มครองผู้บริโภคบนสื่ออินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายจะจัดแบ่งลักษณะ

ของผู้ให้บริการบนสื่ออินเทอร์เน็ต โดยในแต่ละลักษณะจะมีข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าวซึ่งรายละเอียดทั้งหมดเหล่านี้จะกล่าวต่อไปในบทนี้

สำหรับขอบเขตการศึกษาในบทนี้จะศึกษาในรายละเอียดของกฎหมายของประเทศเฉพาะ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป ซึ่งในแต่ละประเทศจะศึกษาภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการโฆษณาต่อผู้บริโภค และกรณีผู้ให้บริการโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง

## 3.2 ประเทศออสเตรเลีย

### 3.2.1 ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตผ่านทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่ชื่อว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (The Competition and Consumer Act 2010 (Cth))<sup>\*</sup> โดยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นจะบัญญัติไว้ในตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2554 เป็นต้นไป<sup>1</sup>

<sup>\*</sup> สำหรับแนวคิดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลียโดยทั่วไปนั้น เห็นว่า การโฆษณาเป็นพฤติกรรมในทางธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคไปพร้อมกับผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งทางการค้า ดังนั้นการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาจึงไม่ได้คุ้มครองผู้บริโภคเพียงอย่างเดียว แต่ยังคงคุ้มครองผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งทางการค้าไปด้วย อ้างอิงจากสุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 170. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นจะคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งผู้บริโภคนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ อย่างไรก็ตามในบางบทบัญญัติก็อาจจำกัดนิยามของคำว่า “ผู้บริโภค (Consumers)” ซึ่งจำกัดเฉพาะผู้บริโภคสินค้าหรือบริการเท่านั้น ไม่รวมกรณีทำธุรกรรมทางพาณิชย์ อนึ่ง ภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลียจะครอบคลุมไปถึงบทบัญญัติหลักในการคุ้มครองผู้บริโภค การห้ามพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง พฤติกรรมที่ไม่สมเหตุสมผล ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนความปลอดภัยในสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ อ้างอิงจาก Australia government, The Australia Consumer Law : A guide to provisions (Australia: Attorney General’s Department, 2010), p. 4.

<sup>1</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : An Introduction (Australia: Attorney General’s Department, 2010), p. 14.



ก่อนการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประเทศออสเตรเลียมีพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (The Trade Practice Act 1974 (Cth)) บังคับใช้ ซึ่งได้ถูกยกเลิกไปในเวลาต่อมา<sup>2</sup> อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาของเดิมได้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายใหม่ฉบับนี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับหลังนี้ใช้บังคับกับคนในชาติ และนำมาใช้กับคนในแต่ละรัฐของออสเตรเลีย พื้นที่อาณาเขตและเครื่องจักรภาพแห่งประเทศไทยด้วย โดยบังคับของกฎหมายผ่านทางศาล และมีอำนาจบริหารที่สำคัญผ่านทางคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศไทย (The Australian Competition and Consumer Commission (ACCC))<sup>3</sup>

สำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการที่ผู้ให้บริการโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาข้อมูลโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง โดยการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามนั้น ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งการศึกษาแนวการวินิจฉัยของศาลอาชญาศึกษาเทียบเคียงกับกฎหมายเดิมผ่านบทบัญญัติมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 52 of The Trade Practice Act 1974 (Cth)) เนื่องด้วยตัวบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้คล้ายกันและใช้หลักการเดียวกัน เพียงแต่คำที่ใช้ในกฎหมายใหม่คำว่า “บุคคล (Person)” จะอ้างอิงรวมถึงคำว่า “นิติบุคคล (Corporations)” ในกฎหมายเดิมด้วยเท่านั้น<sup>4</sup> นอกจากนี้กฎหมายใหม่ยังคงให้ความคุ้มครองที่กว้างเหมือนอย่างในกฎหมายเดิม<sup>5</sup> อนึ่ง ศาลได้นำเอาแนวคิดและหลักการทางทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการเป็นสื่อกลาง (A

<sup>2</sup> วุฒิ ศรีระวิศาล, เอกรินทร์ วิริโย, “ผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต กรณี “Google AdWords” ในประเด็นการแข่งขันทางการค้าและเครื่องหมายการค้า Search results provided by Internet Search Engine: “Google AdWords” Case on the Issue of Trade Competition and Trademark,” บทบัญญัติ นิติสารของเนติบัณฑิตยสภา: 150.

<sup>3</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : A framework overview (Australia: The Australian Government the Treasury, 2013), p. 1.

<sup>4</sup> Ibid., p. 4.

<sup>5</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : An Introduction, p. 5.

Mere Conduit Principle) มาใช้ประกอบการวินิจฉัยความผิดของผู้ประกอบธุรกิจเผยแพร่โฆษณาด้วย แม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตาม<sup>6</sup>

นอกจากนี้กฎหมายหมายคุ้มครองผู้บริโภคยังให้สิทธิแก่ผู้ให้บริการโฆษณาในการยกข้อต่อสู้ผู้บริโภคเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ ทั้งนี้ ต้องพิสูจน์ให้ครบเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิเสธสิทธิยกข้อต่อสู้ของผู้ให้บริการโฆษณา โดยการกำหนดความรับผิดแบบเสริมซึ่งเรียกว่า “Accessorial Liability” ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้เช่นกัน อันมีผลให้ผู้ให้บริการโฆษณาอาจต้องรับผิดต่อผู้บริโภคได้ ซึ่งรายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

ในทางปฏิบัติศาลแห่งประเทศไทยเคยพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดอันเนื่องมาจากการโฆษณาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงผ่าน โดยการบรรจุข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords\* อันเป็นเหตุให้ผู้บริโภคตกลงซื้อสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นที่ตนไม่ได้ต้องการค้นหาจากเครื่องมือการสืบค้นข้อมูลของผู้ให้บริการ ในคดี Google Inc v Australian

<sup>6</sup> Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1, 165

\* ก่อนหน้านี้ศาลแห่งประเทศไทยเคยพิจารณาความผิดของผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตในคดีหมิ่นประมาท (Defamation) วัคคดี Dow Jones & Company Inc. v Gutnick (2002) 194 ALR 433 ซึ่งศาลสูงได้เปลี่ยนแนวกฎเกณฑ์ทางกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ถือกันมาตลอด โดยเฉพาะแนวความคิดของกฎหมายแห่งประเทศไทย สหรัฐอเมริกาที่เห็นว่า สถานที่ที่เผยแพร่อันเป็นสถานที่กระทำละเมิดนั้นมีแห่งเดียว (Single Publication Rule) เปลี่ยนมาเป็นสถานที่ที่เผยแพร่อันเป็นสถานที่กระทำละเมิดนั้นสามารถมีหลายแห่ง (Multiple Publication Rule) นอกจากนี้กฎหมายแห่งประเทศไทยให้สิทธิแก่โจทก์มากกว่ากฎหมายแห่งประเทศไทย โดยให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่จำเลยที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่าวัตถุนั้นเป็นของจริง คดีนี้แสดงให้เห็นถึงปัญหาในยุคที่เริ่มมีการพัฒนาในด้านข้อมูลข่าวสารและเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากกว่าแต่ก่อน และเมื่อมีการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่ซับซ้อนมากขึ้น สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก Beyer Anna, Dip Grad, “Defamation on the Internet: Joesph Gutnick v Dow Jones” Murdoch University Electronic Journal of Law 11 (September 2004): 2, Garnett Richard, “case notes Dow Jones & company Inc v Gutnick an adequate response to transnational internet defamation?,” Melbourne Journal of International Law Vol. 4 (2003): 1-2.

Competition and Consumer Commission [2013]<sup>7</sup> ซึ่งเป็นคดีที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา ผลของคำวินิจฉัยจะเป็นเช่นใดนั้นจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

### 3.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords

สำหรับการวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาต่อผู้บริโภคในกรณีที่ได้แสดงผลการ ค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงมีบทบัญญัติมาตราที่เกี่ยวข้องที่สำคัญ คือ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งกำหนดห้ามมิให้บุคคลกระทำการค้า หรือพาณิชย์ที่มีพฤติกรรมที่ทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เข้าใจผิดหรือ เป็นการหลอกลวง<sup>8</sup>

ศาลแห่งประเทศออสเตรเลียยังคงเดินตามแนวคำวินิจฉัยเดิมมาโดยตลอด<sup>9</sup> คือ ห้ามมิให้ บุคคลที่ดำเนินธุรกิจทางการค้าหรือพาณิชย์มีพฤติกรรมที่ทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง หรือมี แนวโน้มทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง ซึ่งการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) นี้ เพียงแต่บุคคลมีพฤติกรรมที่มีแนวโน้มที่จะทำ ให้เกิดความเข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวงก็เพียงพอแล้ว (“likely to mislead or deceive”)<sup>10</sup> โดยศาลจะต้องพิจารณาว่าพฤติกรรมของบุคคลเป็นสาเหตุให้สมาชิกของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องเกิด

<sup>7</sup> Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1, 165

<sup>8</sup> **Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth) : Misleading or deceptive conduct**

“(1) A person must not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive.”

<sup>9</sup> สามารถศึกษาตัวอย่างได้จากคดี Taco Company of Australia Inc v Taco Bell Pty Ltd (“Taco Bell”) (1982) 42 ALR 177 at 202 per Deane and Fitzgerald JJ. คดี Campomar Sociedad Limitada v Nike International Ltd (2000) 202 CLR 45 at 85 [102]; [2000] HCA 12 หรือคดี Hornsby Building Information Centre Pty Ltd v Sydney Building Information Centre Ltd (1978) 140 CLR 216 at 228 per Stephen J: [1978] HCA 11

<sup>10</sup> Taco Company of Australia Inc v Taco Bell Pty Ltd (“Taco Bell”) (1982) 42 ALR 177 at 202 per Deane and Fitzgerald JJ.

ความเข้าใจผิดหรือถูกหลอกลวงเช่นนั้นหรือไม่<sup>11</sup> นอกจากนี้ความผิดตามภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวไม่จำกัดเฉพาะพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวงเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการกระทำที่ไม่ได้กระทำไปอย่างเปิดเผยเป็นผลและกระทำไปโดยไม่สุจริต<sup>12</sup> อีกทั้งพฤติกรรมที่เป็นเหตุทำให้เกิดความสับสนและสะท้อนใจไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาในคดี *Yorke v Lucas* (1985) ได้ตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษาในคดีนี้ว่า ลำพังเพียงแต่การส่งผ่านข้อมูลที่ได้รับมาเผยแพร่ ไม่ใช่จะต้องเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงเสมอไป เพียงแต่บุคคลนั้นต้องไม่ได้เป็นแหล่งข้อมูลและไม่ได้ยอมรับความถูกต้องหรือความผิดพลาดในข้อมูลนั้น โดยได้กระทำไปเพื่อการส่งผ่านเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง<sup>14</sup>

อนึ่ง ผู้ให้บริการโฆษณาซึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจเผยแพร่การโฆษณาสามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) หรือตามแนวคำวินิจฉัยของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแต่เดิมซึ่งอยู่ในมาตรา 85 (3) แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า

<sup>11</sup> *Campomar Sociedad Limitada v Nike International Ltd* (2000) 202 CLR 45 at 85 [102]: [2000] HCA 12

<sup>12</sup> *Hornsby Building Information Centre Pty Ltd v Sydney Building Information Centre Ltd* (1978) 140 CLR 216 at 228 per Stephen J: [1978] HCA 11

<sup>13</sup> *Campomar Sociedad Limitada v Nike International Ltd* (2000) 202 CLR 45 at 85 [102]: [2000] HCA 12

<sup>14</sup> *Yorke v Lucas* (1985) 158 CLR 661 at 666 : Mason ACJ, Wilson, Deane and Dawson JJ observed in this case “That does not ... mean that a corporation which purports to do no more than pass on information supplied by another must nevertheless be engaging in misleading or deceptive conduct if the information turns out to be false. If the circumstances are such as to make it apparent that the corporation is not the source of the information and that it expressly or impliedly disclaims any belief in its truth or falsity, merely passing it on for what it is worth, we very much doubt that the corporation can properly be said to be itself engaging in conduct that is misleading or deceptive.”

พ.ศ. 2517 (Section 85 (3) of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) ซึ่งกำหนดว่า ในคดีความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่โฆษณา สามารถยกข้อต่อสู้ได้กรณีที่ผู้กระทำผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

- (1) ได้ประกอบธุรกิจที่เป็นการเผยแพร่หรือจัดการเกี่ยวกับการเผยแพร่การโฆษณา
- (2) ได้รับโฆษณานั้นเพื่อนำมาเผยแพร่ในการประกอบธุรกิจของตนตามปกติ และ
- (3) ไม่รู้และไม่มีเหตุผลที่จะสงสัยว่าการเผยแพร่ดังกล่าวเป็นการขัดต่อบทบัญญัตินี้<sup>15</sup>

บทบัญญัติในกฎหมายเดิมและกฎหมายใหม่จะบัญญัติคล้ายกัน และแนวคำวินิจฉัยความศาลแห่งประเทศออสเตรเลียตัดสินเป็นแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ บุคคลที่ทำหน้าที่เสมือนตัวกลางหรือท่อนำค๋อยส่งผ่านข้อมูลที่จัดทำขึ้นโดยบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง โดยตนไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวงด้วย หรือไม่ได้รับรองหรือยอมรับในเนื้อหาที่ส่งไปนั้นและได้กระทำไปโดยสุจริต บุคคลซึ่งเสมือนตัวกลางหรือท่อนำค๋อยนั้นย่อมมีสิทธิยกข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคได้ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว<sup>16</sup> เช่น กรณีการฟ้องร้องของสถานีโทรทัศน์ที่ได้ถ่ายทอดโฆษณาซึ่งได้รับมาจากผู้โฆษณา โดยโฆษณานี้มีข้อความที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับราคา

<sup>15</sup> **Section 85 (3) of the Trade Practice Act 1974 (Cth)** “In a proceeding under this Part in relation to a contravention of a provision of Part V committed by the publication of an advertisement, it is a defence if the defendant establishes that he is a person whose business it is to publish or arrange for the publication of advertisements and that he received the advertisement for publication in the ordinary course of business and did not know and had no reason to suspect that its publication would amount to a contravention of a provision of that Part.”

<sup>16</sup> นอกจากนี้ยังปรากฏในคดี *Global Sportsman Pty Ltd v Mirror Newspapers Pty Ltd* (1984) 2 FCR 82, *Gardam v George Will & Co Ltd* (1988) 82 ALR 415, *ACCC v Channel Seven Brisbane Pty Ltd & Others* [2009] HCA 19, *Australian Ocean Line Pty Ltd v West Australian Newspapers Ltd* (1983) 47 ALR 497, *Saints Gallery Pty Ltd v Plummer* (1988) 80 ALR 525, *Dalton v Lawson Hill Estate Pty Ltd* (2005) ATPR 42-079. 63, *Eric Preston Pty Ltd v Euroz Securities Ltd* [2009] FCA 240, *Dib Group Pty Ltd v Coolabah Tree Aust-Wide Pty Ltd* - [2011] FCAFC 57, *The Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales, Abigroup Contractors Pty Ltd v Sydney Catchment Authority* [2004] NSWCA 270, *Orix Australia Corporation Ltd v Moody Kiddell & Partners Pty Ltd* [2006], *Borzismythe Pty Ltd v Campbell Holdings (NSW) Pty Ltd* [2008] NSWCA 233.

รถยนต์ สถานีโทรทัศน์สามารถอ้างข้อต่อสู้ขึ้นกล่าวอ้างได้ อีกทั้งผู้ที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดนั้นไม่ใช่สถานีโทรทัศน์ แต่เป็นผู้โฆษณาที่ได้ทำโฆษณานั้น<sup>17</sup> หรือกรณีการนำผลสำรวจที่มีข้อผิดพลาดมาแสดงในแผ่นพับโฆษณาจำหน่ายบ้าน ผู้ที่นำผลสำรวจดังกล่าวมาแสดงในโบชัวร์ไม่กระทำผิดเนื่องจากเป็นเพียงการสื่อสารถึงผลสำรวจที่สร้างขึ้นโดยบุคคลอื่นเท่านั้น โดยไม่ยอมรับหรือให้การรับรองในผลสำรวจแต่อย่างใด<sup>18</sup> นอกจากนี้ความแตกต่างระหว่างการจัดทำข้อมูลและการส่งผ่านข้อมูลดังกล่าว และการส่งผ่านข้อมูลที่จัดทำขึ้นโดยบุคคลอื่นผู้ส่งผ่านไม่จำเป็นจะต้องยอมรับหรือให้การรับรองในข้อมูลดังกล่าวด้วย แต่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมด เนื้อหาโฆษณา ก่อนจะวินิจฉัยต่อไปว่าผู้นำมาเผยแพร่หรือผู้ส่งผ่านข้อมูลเป็นตัวกลางที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวงหรือไม่<sup>19</sup>

จะเห็นได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว หากผู้ให้บริการโฆษณาสามารถพิสูจน์ได้ตามมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ผู้ให้บริการโฆษณาย่อมไม่มีความผิดในกรณีที่ได้เผยแพร่โฆษณาต่อผู้บริโภค

สำหรับประเด็นปัญหาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคดีที่น่าสนใจ คือ คดี **Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1**<sup>\*</sup> ซึ่งสามารถอธิบายรายละเอียดแห่งคดีที่สำคัญพอสังเขปได้ต่อไปนี้

คดีนี้มีประเด็นแห่งปัญหาเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากผู้บริโภคได้เข้าไปใช้งานการค้นหาข้อมูลโฆษณาผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล เพื่อหาข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการ เมื่อผู้บริโภคค้นหาคำหรือข้อความเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของบุคคลคนหนึ่ง แต่ผู้ให้บริการโฆษณา (Google) กลับแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการพร้อมกับลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ของอีกบุคคลหนึ่งให้ ซึ่งเนื้อหาโฆษณาเกิดจากการบรรจุข้อความโดยผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามผ่านโปรแกรม Google AdWords อันเป็นเหตุให้ผู้บริโภคตกลงซื้อขายสินค้าหรือบริการกับบุคคลที่

<sup>17</sup> Universal Telecasters (Qld) Ltd v Guthrie (1978) 18 ALR 82

<sup>18</sup> Butcher v Lachlan Elder Realty Pty Ltd (2004) 218 CLR 592

<sup>19</sup> Global Sportsman Pty Ltd v Mirror Newspapers Pty Ltd (1984) 2 FCR 82

<sup>\*</sup> Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1, 6 February 2013. คดีนี้สืบเนื่องมาจากการพิจารณาคดีของศาลรัฐบาลกลาง (The Federal Court) ในปี 2550 ซึ่งมีผู้พิพากษานายเดียว (ในคดี Australian Competition and Consumer Commission v Trading Post Australia Pty Ltd (“ACCV v Trading Post”) (2011) 197 FCR 498) ต่อมาได้มีการยื่นอุทธรณ์ไปยังคณะใหญ่ของศาลรัฐบาลกลาง

Google ได้แสดงผลการค้นหาค้นหาให้ เนื่องจากผู้บริโภคมุ่งเป้าใจผิดหรือถูกหลอกลวงว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่ตนต้องการค้นหา หรือมีความเกี่ยวข้องกันทางการค้า กรณีนี้จะทำให้ Google มีพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 52 (1) แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553) ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)) ได้กล่าวอ้างหรือไม่

ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับข้อความโฆษณาบนลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ของผู้โฆษณาสี่ราย กล่าวคือ กรณีโฆษณารายแรกสืบเนื่องจากผู้บริโภคต้องการใช้บริการนำเที่ยวของบริษัท Harvey World Travel ซึ่งเป็นบริษัทนำเที่ยวที่มีชื่อเสียงในประเทศออสเตรเลีย ผู้บริโภคจึงค้นหาข้อความว่า “Harvey Travel” และ “Harvey World Travel” ผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล Google กลับแสดงผลค้นหาข้อความบนลิงค์โฆษณาของบริษัท STA Travel ซึ่งเป็นบริษัทนำเที่ยวอีกแห่งหนึ่ง ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่าบริษัท STA Travel มีความเกี่ยวข้องทางการค้ากับ Harvey World Travel หรือเข้าใจว่าข้อมูลการให้บริการนำเที่ยวของบริษัท Harvey World Travel สามารถค้นพบได้จากลิงค์โฆษณาที่ Google แสดงผลการค้นหาค้นหาให้

ส่วนโฆษณารายที่สองนั้น ผู้บริโภคต้องการซื้อรถยนต์ของบริษัทฮอนด้า (Honda Australia Pty Ltd.) ผู้บริโภคจึงค้นหาข้อความว่า “honda.com.au” ผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล Google กลับแสดงผลค้นหาข้อความบนลิงค์โฆษณาของบริษัท Carsales ซึ่งเป็นบริษัทขายรถยนต์อีกแห่งหนึ่ง ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่าบริษัท Carsales มีความเกี่ยวข้องทางการค้ากับบริษัทฮอนด้า หรือเข้าใจผิดคิดว่าข้อมูลเกี่ยวกับรถยนต์ของบริษัทฮอนด้า สามารถค้นพบได้จากลิงค์โฆษณาที่ Google แสดงผลการค้นหาค้นหาให้ ทำนองเดียวกับโฆษณารายที่สาม ผู้บริโภคต้องการใช้บริการฝึกสุนัขกับบริษัท Alpha Dog ซึ่งมีชื่อเว็บไซต์ว่า “www.alphadogtraining.com.au” ผู้บริโภคจึงได้ค้นหาข้อความว่า “Alpha Dog Training” ผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล Google กลับแสดงผลค้นหาข้อความบนลิงค์โฆษณาของบริษัท Ausdog ซึ่งเป็นบริษัทฝึกสุนัขอีกแห่งหนึ่งซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องอันใดกับบริษัท Alpha Dog ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดและตกลงใช้บริการกับบริษัท Ausdog และโฆษณารายสุดท้าย ผู้บริโภคต้องการซื้อนิตยสาร “Just 4X4 magazine” ซึ่งเป็นนิตยสารของบริษัท Just Magazines Pty Ltd. จึงได้ค้นหาข้อความว่า “Just 4X4 magazine” Google กลับแสดงผลค้นหาข้อความบนลิงค์โฆษณาของบริษัท Trading Post Australia Pty Ltd ซึ่งเป็นบริษัทนิตยสารอีกแห่งหนึ่งซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องอันใดกัน ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดและตกลงซื้อนิตยสารกับบริษัท Trading Post Australia Pty Ltd.

ในการพิจารณาของศาลรัฐบาลกลางโดยผู้พิพากษานายเดี่ยว (The Federal Court of Australia) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)) ได้กล่าวอ้าง 2 ประเด็นที่สำคัญ คือ ประเด็นแรก Google มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง อันเนื่องมาจากความล้มเหลวจากการแยกผลการค้นหาที่เป็นผลลัพธ์ธรรมดากับลิงค์โฆษณาออกจากกัน ในประเด็นนี้ ผู้พิพากษาท่านหนึ่งชื่อว่า Nicholas J วินิจฉัยว่า คำกล่าวอ้างนี้ไม่อาจยอมรับได้ เพราะโดยปกติและเหตุผลอันธรรมดาของบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นเชื่อได้ว่า ลิงค์โฆษณาสามารถปรากฏได้ทั้งบนซ้ายหรือบนขวา ซึ่งไม่ได้ทำให้แตกต่างไปจากผลการค้นหาปกติ ส่วนประเด็นสุดท้ายนั้นได้กล่าวอ้างว่า Google ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง โดยแสดงลิงค์โฆษณาของผู้โฆษณาทั้งสี่ราย ประเด็นนี้ศาลเห็นว่า แม้โฆษณาทั้งหมดต่างทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง ผู้กระทำที่แท้จริงคือผู้โฆษณา ไม่ใช่ Google อีกทั้ง Google เองก็สามารถยกข้อต่อสู้มาตรา 85 (3) แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 ขึ้นปฏิเสธความรับผิดได้ (มาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553) ศาลจึงตัดสินว่า Google ไม่ได้กระทำความผิด เพราะ Google ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าผู้โฆษณาได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว

แต่ศาลรัฐบาลกลางโดยคณะใหญ่ (A Full Court of the Federal Court)\* กลับตัดสินว่า Google มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง โดยการแสดงผลเกี่ยวกับที่อยู่เว็บไซต์ (URL) ของผู้โฆษณาในลิงค์โฆษณาซึ่งประกอบด้วยชื่อคู่แข่งของผู้โฆษณา พฤติกรรมนี้เป็นการแสดงที่บิดเบือนความจริงทางการค้าระหว่างผู้โฆษณาและคู่แข่งโดยการแสดงที่อยู่เว็บไซต์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลของคู่แข่งของผู้โฆษณา เช่น กรณี “Harvey World Travel Sponsored Link” ผู้ใช้งานค้นหาคำนี้เพราะต้องการค้นหาข้อมูลของคำนี้เท่านั้น สิ่งที่ควรได้รับคือที่อยู่เว็บไซต์ (URL) เพียงหนึ่งเดียวของธุรกิจ Harvey World Travel เมื่อ Google ตอบผู้บริโภคเกี่ยวกับที่อยู่เว็บไซต์ (URL) จึงเป็นผู้กระทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิด อีกทั้ง Google เป็นผู้สร้างโปรแกรมดังกล่าว และได้ตรวจสอบลำดับของลิงค์โฆษณาและข้อมูลที่ต้องผ่านกระบวนการ

---

\* คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลียได้อุทธรณ์ไปยังศาลรัฐบาลกลางโดยคณะใหญ่ โดยกล่าวหาว่า Google มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง แต่ Google กลับปฏิเสธว่า ตนไม่ได้ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 และไม่ต้องรับผิด เพราะได้กระทำไปเสมือนตัวกลางของผู้โฆษณา



ควบคุมของ Google ซึ่งกระทำราวกับเป็นตัวการ ไม่ใช่ตัวกลางโฆษณา ศาลจึงปฏิเสธมิให้ Google ยกข้อต่อสู้บทบัญญัติมาตรา 85 (B) แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 85 (B) of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) และตัดสินให้ Google เป็นฝ่ายแพคดี เพราะกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 52 of the Trade Practice Act 1974 (Cth))

อย่างไรก็ตามเมื่อคดีขึ้นมายังศาลสูง (High Court)\* ศาลได้กลับคำวินิจฉัยของศาลรัฐบาลกลางโดยคณะใหญ่และยืนตามศาลรัฐบาลกลางโดยผู้พิพากษานายเดียว โดยศาลสูงได้พิจารณาคดีภายใต้มาตรฐานที่เรียกว่า “มาตรฐานของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้อง (Relevant Class)” ซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปและเป็นเหตุเป็นผลในการพิจารณาว่า พฤติกรรมของ Google ทำให้บุคคลดังกล่าวเกิดความเข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวงหรือไม่\*\*

ศาลสูงพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้อง (Relevant Class) ล้วนเข้าใจว่า ลิงค์โฆษณาเป็นเพียงการโฆษณาและไม่ได้มองว่า Google มีพฤติกรรมทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากเผยแพร่โฆษณาดังกล่าว นอกจากนี้ Google ไม่ได้เป็นผู้แต่งหรือเขียนคำหรือข้อความเหล่านั้น แต่เป็นเพียงผู้บรรจุคำหรือข้อความตามที่ผู้โฆษณาประสงค์ เช่นนี้ Google จึงเป็นเพียงตัวกลางและไม่ได้แต่งหรือเขียนข้อความโฆษณาดังกล่าว ศาลจึงวินิจฉัยว่า การกระทำของ Google เป็นเพียงการเผยแพร่หรือการแสดงผลเท่านั้น ไม่ได้ยอมรับหรือรับรองให้ใช้ข้อความที่ทำให้เกิดความ

\* Google ยื่นฎีกาคำพิพากษาต่อศาลสูงว่าตนไม่ได้แสดงลิงค์โฆษณาของผู้โฆษณาทั้งสี่รายที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง และไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าว ส่วนคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศไทยได้ต่อสู้ว่า ผลการค้นหาของ Google ในระหว่างปี 2548-2551 ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงเกี่ยวกับโฆษณาของผู้โฆษณาทั้งสี่ราย อีกทั้ง Google ได้สร้างลิงค์โฆษณาดังกล่าวขึ้นโดยได้รับคำตอบแทนจากผู้โฆษณา เพื่อให้ผู้ใช้งานเข้าไปยังเว็บไซต์ของผู้โฆษณาที่เลือกไว้แล้ว

\*\* คำว่า “บุคคลที่เกี่ยวข้อง (Relevant Class)” หมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้

- 1) บุคคลที่สามารถเข้าถึงคอมพิวเตอร์ซึ่งเชื่อมโยงกับอินเทอร์เน็ตได้
- 2) บุคคลที่มีความรู้และความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เว็บไซต์และเครื่องมือค้นหา รวมถึงเครื่องมือสืบค้นข้อมูล
- 3) บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องมีความคุ้นเคยกับเครื่องมือค้นหา แต่จะต้องมีความเข้าใจเบื้องต้นว่า เครื่องมือค้นหานี้ทำงานได้อย่างไร
- 4) บุคคลนั้นเข้าใจว่า Google เป็นธุรกิจทางการค้า และมีรายได้จากการเผยแพร่หรือแสดงโฆษณาของผู้โฆษณาในเครื่องมือสืบค้นข้อมูล

บุคคลเข้าใจว่าลิงค์โฆษณาเป็นการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ Google เพื่อให้โฆษณาปรากฏเป็นผลลัพธ์ของการค้นหา

เข้าใจผิดหรือหลอกลวง และไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าว กล่าวคือ ไม่ได้เป็นผู้ควบคุม คำหรือข้อความที่ผู้โฆษณาประสงค์จะให้บรรจุคำหรือข้อความเหล่านั้นในลิงค์โฆษณา อีกทั้งการใช้คำ หรือข้อความ เป็นเพียงตัวเลือกของผู้โฆษณา แม้ว่า Google จะเป็นผู้บรรจุคำหรือข้อความเหล่านั้น Google ก็ไม่ได้เป็นผู้แต่งหรือเขียนคำหรือข้อความดังกล่าว และเป็นเพียงการเผยแพร่และแสดง ข้อมูลการโฆษณาเท่านั้น อีกทั้ง Google ไม่ได้ปฏิบัติแตกต่างไปจากตัวกลางส่งผ่านอื่น ๆ เช่น นักสื่อ พิมพ์ ผู้พิมพ์สิ่งพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ เป็นต้น นอกจากนี้โปรแกรมไม่ได้บรรจุในสิ่งที่ผู้ใช้งานค้นหา แต่ บรรจุคำที่ผู้โฆษณาได้เลือกไว้ซึ่งรวมไปถึงหัวข้อ (Headline) ของโฆษณา ส่วนคำนั้นอาจเหมือน หรือไม่เหมือนกับสิ่งที่ถามก็ได้ และไม่จำเป็นต้องได้รับผลลัพธ์เป็นพิเศษ

จากผลคำวินิจฉัยของศาลสูงทำให้ Google เป็นฝ่ายชนะคดี อย่างไรก็ตามตั้งเป็นข้อสังเกต เบื้องต้นว่า คดีนี้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย ไม่ได้ยกต่อสู้ในประเด็นตามมาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Practice Act 1974 (Cth)) ที่กำหนดความผิดสำหรับการให้ความช่วยเหลือ ให้ คำปรึกษา หรือยุยง ให้ผู้อื่นกระทำความผิดในบทบัญญัติต่าง ๆ รวมทั้งมาตรา 52 แห่ง พระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 52 of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) หากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทยยกข้อ ต่อสู้ตามมาตราดังกล่าว ผลคำวินิจฉัยของศาลสูงจะเปลี่ยนไปหรือไม่ ซึ่งหลักการภายใต้มาตรา 75(B) แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Practice Act 1974 (Cth)) จะศึกษาในหัวข้อถัดไป

นอกจากนี้หัวหน้าคณะผู้พิพากษาประเทศฝรั่งเศส (French J) ท่านหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับศาล แห่งประเทศออสเตรเลียที่ไม่นำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้กับกฎหมายด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักที่ชื่อว่า “ผู้หลีกเลี่ยงต้นทุนได้ต่ำที่สุด (Cheapest Cost Avoider)” โดยเห็นว่า กฎหมายแห่ง ประเทศออสเตรเลียในอนาคตที่ควรจะเป็นนั้น กฎหมายควรอธิบายด้วยบรรทัดฐานของพฤติกรรม ทางพาณิชย์ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะอย่างมหาศาลไปพร้อมกับปัจเจกชน และระหว่าง ผู้ค้าทั้งหลายเหล่านั้นด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ควรบัญญัติมาตรฐานสำหรับพฤติกรรมเกี่ยวกับ

ประโยชน์สาธารณะขั้นต่อสู้อื่นในเชิงการค้าและพาณิชย์\* กรณีนี้จึงแตกต่างจากศาลแห่งประเทศออสเตรเลียที่ไม่ได้สร้างบรรทัดฐานเหล่านี้ในคดี Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission<sup>20</sup> ที่ให้เกิดการเรียกร้องมาตรฐานทางวัฒนธรรมของการหลอกลวงหรือการแสดงข้อมูลที่ไม่ถูกต้องโดยประมาทเลินเล่อในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย

### 3.2.3 กรณีผู้ให้บริการโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง

แม้กฎหมายหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาจะให้สิทธิแก่ผู้ให้บริการโฆษณายกข้อต่อสู้ภายใต้มาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) มาต่อสู้ผู้บริโภคเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ก็ตาม แต่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกันได้กำหนดข้อยกเว้นมิให้ผู้ให้บริการโฆษณายกข้อต่อสู้ดังกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดต่อผู้บริโภค ดังปรากฏอยู่ในตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 หรือมาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) ที่กำหนดความผิดสำหรับบุคคลที่มีส่วนรวมในการฝ่าฝืนบทบัญญัติในการคุ้มครองผู้บริโภคการโฆษณาในกรณีต่อไปนี้

- (1) ให้ความช่วยเหลือ ยุยง ให้คำปรึกษา หรือจัดหาให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ
- (2) ชักจูง กระทำการอันใด หรือคำมั่น หรือกรณีอื่นใดให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ
- (3) กระทำไม่ว่ากระทำการตรงหรือทางอ้อม มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเข้าร่วมให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ
- (4) มีส่วนรู้เห็นกับบุคคลอื่นอันเป็นผลให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ<sup>21</sup>

\* ‘...the setting of standards for the conduct of public debate in trade or commerce’ อ้างอิงจาก Richardson, Megan, “Why Policy Matters: Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission,” *Sydney Law Review* 34(2012): 587-596.

<sup>20</sup> Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1

<sup>21</sup> **Section 75B of the Practice Act 1974 (Cth): Interpretation**

“(1) A reference in this Part to a person involved in a contravention of a provision of Part IV, IVA, IVB, V or VC, or of section 75AU or 75AYA, shall be read as a reference to a person who:

- (a) has aided, abetted, counselled or procured the contravention;

ความรับผิดภายใต้มาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) หรือตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 นั้นเป็นความรับผิดแบบเสริม (Accessorial Liability) ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 145 แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้าของวิกตอเรีย พ.ศ. 2542 ได้จำลองแบบมาจากมาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) ด้วยเช่นกัน<sup>\*</sup>

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการนำแนวความคิดในกฎหมายอาญาเข้ามาใช้ ดังนั้นในการพิสูจน์ความผิดภายใต้บทบัญญัตินี้จึงเป็นเรื่องเจตนา กล่าวคือ บุคคลที่ต้องรับผิดภายใต้บทบัญญัตินี้ต้องแสดงให้เห็นว่า บุคคลนั้นมีเจตนาเข้าไปมีส่วนร่วมในการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวและรู้ถึงข้อเท็จจริงในการฝ่าฝืนบทบัญญัติด้วย<sup>\*\*</sup> นอกจากนี้ผู้พิพากษาในคดี *Yorke v Lucas* ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า พฤติกรรมที่เข้าไปมีส่วนร่วมโดยการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) โดยการทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงนั้น กรณีจะต้องตระหนักได้ถึงถึงการแสดงออกเหล่านั้น เช่น เขาต้องรู้ถึงความผิดพลาดและไม่มีเหตุผลอันควรรู้ได้ว่า ตั้งใจที่จะมีส่วนร่วมในการฝ่าฝืนบทบัญญัติ<sup>\*\*\*</sup>

สำหรับบุคคลที่มีเจตนาตามมาตรานี้ต้องเป็นมีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องรู้เห็น (“Knowingly Concerned”) ในการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ เช่น ผู้เผยแพร่ข่าวทางหนังสือพิมพ์ได้มีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้อง

- 
- (b) has induced, whether by threats or promises or otherwise, the contravention;  
 (c) has been in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention; or  
 (d) has conspired with others to effect the contravention.”

<sup>\*</sup> โดยศาลสูงในรัฐวิกตอเรียได้เคยตัดสินไว้ในคดี *Houghton v Arms* (2006) 225 CLR 553 ในปี 2549 โดยเดินตามแนวคำวินิจฉัยในคดี *Yorke v Lucas* (1985) 158 CLR 661 อ้างอิงจาก *Victorian Bar, O' Bryan SC, Norman, Truong, Cam. Accessorial and Vicarious Liability under the Trade Practices Act*[Online]. Available from: [http://www.camtruongbarrister.com.au/papers\\_and\\_publications.html](http://www.camtruongbarrister.com.au/papers_and_publications.html) [2015, April 10]

<sup>\*\*</sup> สามารถศึกษาตัวอย่างได้ในคดี *Quinlivan v ACCC* (2004) ATPR 42-010 *Yorke v Lucas* (1985) 158 CLR 661 *Caple v All Fasteners (WA) (a firm)* [2005] FCA 1558 *Yorke v Lucas* (1983) 49 ALR 672

<sup>\*\*\*</sup> โดยผู้พิพากษาชื่อ *Mason ACJ Wilson Deane Dawson JJ* และ *Whilst Lucas* ในคดี *Yorke v Lucas* (1985)

รู้เห็นในโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด<sup>22</sup> กรณีผู้บริหารของบริษัทเข้าไปมีส่วนในการแสดงข้อความที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดใน<sup>23</sup> หรือกรณีผู้จัดการหรือลูกจ้างของบริษัทมีส่วนเกี่ยวข้องรู้เห็นในการแสดงให้เกิดความเข้าใจผิดต่อผู้ได้รับสิทธิแฟรนไชส์<sup>24</sup>

เมื่อบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) และไม่อาจยกข้อต่อสู้ใดเพื่อปฏิเสธความรับผิดต่อผู้บริโภคอาจต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้บริโภค โดยทั่วไปภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 นี้จะนำวิธีการชดเชยเยียวยาในทางแพ่งมาใช้\* เนื่องด้วยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่แก้ไขใหม่นี้ไม่ได้กำหนดให้นำมาตรการลงโทษในทางแพ่งและทางอาญามาใช้กับบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัตินี้ เพราะขอบเขตของมาตรานี้กว้างมาก อีกทั้งมาตรานี้ได้สร้างบรรทัดฐานของพฤติกรรมทางธุรกิจ ตลอดจนให้สิทธิบุคคลที่จะสามารถเรียกร้องเยียวยาความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากกระทำที่ผิดไปจากบรรทัดฐานมากกว่าให้ใช้มาตรการเชิงลงโทษ หากมีการ

<sup>22</sup> Australian Society of Accountants v Federation of Australian Accountants Inc (1987) ATPR 40-796

<sup>23</sup> Sellars v Adelaide Petroleum NL (1994)

<sup>24</sup> Bell v Australasian Recyclers (WA) Pty Ltd (1986) ATPR 40-644

\* สำหรับการชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภคนั้นมีหลายวิธี เช่น คำสั่งศาล (Injunction) ใช้ค่าเสียหาย (Damages) และค่าชดเชย (Compensatory Order) ซึ่งกำหนดไว้ในบทที่ 5 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ สำหรับคำสั่งศาลเป็นการใช้อำนาจในการออกคำสั่งภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้ค่อนข้างกว้าง และอาจใช้ในการยับยั้งบุคคลจากการกระทำบางสิ่งบางอย่าง หรือเรียกร้องให้บุคคลทำบางอย่างโดยเฉพาะเจาะจง (Part 5-2: Division 2 of the ACL) ซึ่งรูปแบบของการออกคำสั่งสามารถกระทำได้หลายรูปแบบดังปรากฏในมาตรา 232 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 232 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ส่วนการเรียกร้องค่าเสียหาย กฎหมายได้ให้สิทธิบุคคลที่ใช้สิทธิในทางศาลในกรณีเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายหรือความสูญเสียอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกฎหมายใหม่นี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 236 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 232 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) จะบัญญัติให้สิทธิเช่นเดียวกับกฎหมายเก่า (TPA) และกรณีการใช้ค่าชดเชย บุคคลอาจใช้สิทธิในทางศาลเรียกร้องค่าชดเชยสำหรับชดเชยความเสียหายหรือความสูญเสีย หรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นกรทุพพิกขน์อันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Part 5-2: Division 4 Subdivision A of the ACL) ซึ่งคำสั่งนั้นอาจเป็นกรณีให้ชดเชยด้วยเงิน ให้คืนทรัพย์สิน หรือจำค่าสินไหมทดแทนก็ได้ อ้างอิงเรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กรณีนี้จะต่างจากข้อห้ามอื่นที่อาจมีการใช้มาตรการลงโทษโดยเฉพาะเจาะจงและมาตรการทางอาญามาใช้บังคับ<sup>25</sup>

### 3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.3.1 ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการการค้า ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง (Section 5 of the Federal Trade Commission Act (The FTC Act)) ซึ่งเป็นบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคจากการกระทำหรือทางการค้าที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรม โดยคณะกรรมการจะตรวจสอบถึงสิ่งที่ได้แสดง ละเว้นการกระทำ หรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวง นอกจากนี้ต้องเป็นคำที่สำคัญที่ถึงขนาดให้ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะซื้อสินค้าหรือใช้สินค้าเหล่านั้น รวมไปถึงการอ้างถึงต้นราคาของสินค้า บริการ เป้าหมาย ความปลอดภัย ประสิทธิภาพ การประกันภัยในสินค้า หรือคุณภาพด้วย<sup>26</sup>

กฎทั่วไปในการใช้โฆษณาทางอินเทอร์เน็ตคือการเปิดเผยในเนื้อหาของโฆษณา คือ โฆษณาทางอินเทอร์เน็ตและสื่อวัฒนธรรมทางโฆษณาต้องเปิดเผยโดยแสดงให้เห็นชัดเจนและไม่คลุมเครือ เช่น การเปิดเผยถึงคุณสมบัติ สิ่งที่ต้องเปิดเผย หากข้อความยาวเกินไปต้องกล่าวซ้ำ ส่วนภาษาที่ใช้ต้องสามารถสื่อเข้าใจได้ง่าย นอกจากนี้ยังมีแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดของคณะกรรมการการค้า (The Federal Trade Commission) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณิลิงค์ (Hyper Link) ที่ใช้เชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ของผู้โฆษณา ต้องสามารถสังเกตได้ง่าย ฉลากของลิงค์ต้องเหมาะสมในการสื่อถึงความสำคัญ ลักษณะ ความเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่น่าไปสู่ผู้บริโภค ตำแหน่งของลิงค์ต้องใกล้เคียงกับข้อมูลหรือทำให้สังเกตได้ และการเข้าถึงได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>27</sup>

สำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคในทางโฆษณาผ่านทางสื่ออินเทอร์เน็ตปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ชื่อว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (The Communication Decency

<sup>25</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : A guide to provisions, p. 3.

<sup>26</sup> Coteanu, Critina, Cyber consumer law and unfair trading practices (Markets and the law) (England: Ashgate Publishing Limited, 2005), p. 143.

<sup>27</sup> Howells Geraint, Ramsay Iain, Wilhelmsson Thomas et al, Handbook of Research on International Consumer law, pp. 336-338.

Act 1996 (CDA)<sup>\*</sup> ซึ่งกฎหมายฉบับนี้นอกจากการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาทางการค้าทั่วไปแล้ว ยังมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จากการชักจูงของสื่อทางอินเทอร์เน็ตอีกด้วย<sup>28</sup> สำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยได้รับเนื้อหาจากบุคคลที่สามปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) หรือ “The Good Samaritan Provision”<sup>29</sup> ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต โดยการยกเว้นจากการเรียกร้องอันเนื่องมาจากการเผยแพร่เนื้อหาของบุคคลที่สาม<sup>30</sup> ทั้งนี้ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการหรือผู้ใช้งานจากการบริการทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ถูกเรียกร้องจากการให้ข้อมูลซึ่งได้รับมาจากผู้อื่น และการเรียกร้องนั้นกระทำต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือจำเลยอื่นราวกับบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้เผยแพร่หรือผู้พูดข้อมูลดังกล่าวเสียเอง<sup>31</sup>

นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสมยังให้ความคุ้มครองความรับผิดของการให้บริการเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Interactive Computer Service)<sup>32</sup> ด้วย ทั้งกรณีผู้จัดจำหน่าย (Distributor) และผู้เผยแพร่ (Publisher) สำหรับขอบเขตของการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 ไม่ได้จำกัดแต่เพียงกรณีการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการซื้อขายสินค้าหรือบริการ<sup>33</sup> แต่ยังรวมไปถึงในกรณีอื่นอย่างความผิดฐานหมิ่นประมาท (Defamation)<sup>34</sup> กรณีฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ<sup>35</sup> การฉ้อโกง<sup>36</sup> การเผยแพร่ข้อมูลสู่สาธารณะโดยทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสีย<sup>37</sup> การเผยแพร่

<sup>28</sup> Black, Sharon K, *Telecommunications Law in the internet age* (US: Morgan Kaufmann), p. 422.

<sup>29</sup> O Medenica, “The Immutable Tort of Cyber-Defamation,” *Journal of Internet Law* 11 (Jan 2008): 3.

<sup>30</sup> Materna G., Mark, “protecting Generation Z: A Brief Policy Argument Advocating Vicarious Liability for Internet Service Providers,” *University of San Francisco Law Review* 47 (2012-2013): 3.

<sup>31</sup> *Universal Comm. Sys. v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413, 418 (1st Cir. 2007)

<sup>32</sup> Section 230 (f) (2) of the Communications Decency Act

<sup>33</sup> *Jenna Goddard v. Google, Inc.*, 640 F. Supp. 2d 1193 (N.D. Cal. Jul. 30, 2009)

<sup>34</sup> See, e.g., *Carafano*, 339 F.3d 1119; *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003); *Roomates*, 521 F.3d at 1163; see also *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 331 (4th Cir. 1997).

<sup>35</sup> *Fair House. Council of San Fernando Valley v. Roomates.com, LLC*, 521 F.3D 1157, 1161-62, 1169-1171 (9TH Cir. 2008)

<sup>36</sup> *Doe v. MySpace, Inc.*, 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 600

โฆษณาสู่สาธารณะโดยประมาทเลินเล่ออันเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อบุคคลที่สาม<sup>38</sup> หรือการประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตที่ไม่อาจปกป้องคุ้มครองเด็กจากผู้ล่อลวงทางเพศได้<sup>39</sup> เป็นต้น สำหรับการศึกษาความรับผิดของผู้ให้บริการโฆษณาในกรณีที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกหลวงแก่ผู้บริโภค โดยได้รับการบรรจุข้อความจากผู้โฆษณาในบพนี้ จะศึกษาเทียบเคียงความรับผิดของผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตในความผิดกรณีอื่นที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 ด้วย เนื่องจากมีหลักการเดียวกัน และประเด็นปัญหาที่กำลังศึกษานี้มีจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลน้อย ซึ่งจะศึกษาในหัวข้อถัดไป

นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรานี้ยังครอบคลุมไปกรณีเว็บไซต์เชิงพาณิชย์ เครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engines) บอร์ดสนทนา (Message Boards) และการให้บริการอื่นที่สามารถทำให้เข้าถึงซึ่งเนื้อหาสาธารณะที่บุคคลที่สามเป็นผู้เสนอให้ด้วย<sup>40</sup> สำหรับบุคคลที่ได้รับเอกสิทธิ์ความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) นั้นไม่ได้มีแต่เพียงผู้เผยแพร่เริ่มต้น (A Primary Publishers)\* เท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้เผยแพร่ลำดับรอง (Secondary Publishers) หรือผู้จัดจำหน่าย (Disseminators) ด้วย โดยผู้เผยแพร่เริ่มต้นนั้นจะรับผิดแบบเคร่งครัด (Strict Liability) ในขณะที่ผู้เผยแพร่ลำดับรองจะรับผิดต่อความเสียหายจากการเผยแพร่ต่อเมื่อได้กระทำหรือรู้ถึงการกระทำผิดดังกล่าว<sup>41</sup> ซึ่งผู้เผยแพร่ลำดับรองจะกลายมาเป็นผู้จัดจำหน่าย (Distributor)<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Flowers v. Carville, 310 F. 3d 1118 (9th Cir. 2009)

<sup>38</sup> Braun v. Soldier of Fortune Magazine, Inc., 968 F. 2d 1110 (11th Cir. 1992)

<sup>39</sup> Ibid., p. 4.

<sup>40</sup> Samsan Matin. Communications Decency Act - Internet Library of Law and Court Decisions[Online]. Available from: [http://www.internetlibrary.com/topics/comm\\_decency\\_act.cfm](http://www.internetlibrary.com/topics/comm_decency_act.cfm) [2015, November 10]

\* ในคดี Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co. 23 Media L. Rep. (BNA) 1798 (N.Y. Sup. Ct. 1995). ศาลเห็นว่า ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีแต่เพียงผู้เผยแพร่เริ่มต้น (A Primary Publisher) ไม่รวมถึงผู้จัดจำหน่าย (Distributor) แต่ในคดี Zeran ศาลอุทธรณ์ (4th Cir.) ได้กลับแนวคำพิพากษาของคดีนี้ โดยเห็นว่า ความรับผิดของผู้จัดจำหน่าย (Distributor Liability) เป็นส่วนย่อยของความรับผิดผู้เผยแพร่ (A Subset of Publisher Liability) และอ้างอิงในบันทึกของศาลในคดี Cecilia L. Barnes v. Yahoo, Inc.

<sup>41</sup> See, e.g., Prosser & Keaton, § 113 at 803, 810-811, citing in Cecilia L. Barnes v. Yahoo, Inc., 576 F. 3d 560 (9th Cir. May 7, 2009) at 5327.

<sup>42</sup> See, e.g., Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc., 776 F. Supp. 135, 139 (S.D.N.Y. 1991).



ดังนั้นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมเป็นบุคคลผู้ที่ได้รับเอกสิทธิ์ความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้เช่นกัน

ในทางปฏิบัติศาลมักตีความบทบัญญัติ 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) อย่างกว้างเพื่อครอบคลุมการกระทำผิดอันเนื่องมาจากเนื้อหาของบุคคลที่สาม แต่ก็มีบางกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เนื่องด้วยในระยะเวลาหลังศาลได้ตีความบทบัญญัติมาตรานี้ให้แคบลงเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น และหลีกเลี่ยงมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างว่าได้กระทำไปในฐานะผู้เผยแพร่ข้อมูลในทุกสถานการณ์ที่ได้แสดงเนื้อหาของบุคคลที่สามต่อผู้บริโภค ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าในบางกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตควรเข้ามาดูแลเป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่มาใช้บริการของตน<sup>43</sup> ซึ่งข้อยกเว้นของบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 ในกรณีหลังนี้เป็นการตีความของศาล นอกจากข้อยกเว้นตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีจะมีอะไรบ้างนั้นจะศึกษาต่อไป

### 3.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords

สำหรับการคุ้มครองด้านโฆษณาจากการให้บริการบนอินเทอร์เน็ตนั้นจะปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ซึ่งบัญญัติว่า “จะไม่มีผู้ให้เนื้อหาหรือผู้ใช้งานการให้บริการทางคอมพิวเตอร์ผู้ใด ซึ่งจะได้รับการปฏิบัติราวกับว่าเป็นผู้เผยแพร่หรือผู้พูดข้อมูลที่จัดโดยผู้ให้เนื้อหาข้อมูลอีกคนหนึ่ง”<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Morley Samuel, “How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?,” *The Florida Bar Journal* 84 (February, 2010): 8.

<sup>44</sup> **Section 230 of the Communications Decency Act**

“(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.”

ซึ่งนำมาใช้กับทุกบริการที่เป็นการให้บริการทางคอมพิวเตอร์ (Interactive Computer Service (ICS)) เพื่อพยายามให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับความคุ้มกันสำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) ในกรณีได้แสดงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายของบุคคลที่สาม<sup>45</sup>

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารซึ่งผู้อื่นเป็นผู้ให้ข้อมูลดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องพิสูจน์ 3 ประการ คือ ประการแรก ต้องพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นเพียงผู้ให้บริการหรือผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ต (Provider or User of an Interactive Computer Service)<sup>\*</sup> ประการที่สอง การกระทำของบุคคลดังกล่าวจะต้องมีลักษณะราวกับผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าวข้อมูล (Publisher or Speaker) ของบุคคลที่สาม และประการที่สาม ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต้องได้รับมาจากบุคคลที่สาม (Another Information Content Provider) ซึ่งบุคคลที่สามนี้อาจเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลที่รับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับการสร้างหรือพัฒนาข้อมูลข่าวสารผ่านทางอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตอื่น<sup>\*\*</sup>

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) มีแนวความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตของเงื่อนไขการให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่แตกต่างกัน 2 แนว คือ แนวแรกเห็นว่าเป็นการให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบไม่มีเงื่อนไข (Unconditional ICS Immunity) และแนวที่สองเห็นว่าเป็นการให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบมีเงื่อนไข (Conditional ICS Immunity)

<sup>45</sup> Sevanian, Andrew M., “Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law Without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan”,” *Entertainment Law Review* 21 Rev.121 (2014): 121.

<sup>\*</sup> ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 ได้ให้นิยามคำว่า “Interactive Computer Service” หมายถึง การให้บริการข้อมูลข่าวสาร ระบบ การเข้าถึงซึ่งการให้บริการที่จัดให้ผู้ใช้งานจำนวนมากเข้าใช้คอมพิวเตอร์เซิร์ฟเวอร์ รวมถึงการให้บริการหรือระบบที่ให้เข้าถึงอินเทอร์เน็ตและระบบปฏิบัติการหรือการให้บริการจากห้องสมุดหรือสถาบันทางการศึกษาต่าง ๆ

<sup>\*\*</sup> ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ได้ให้นิยามคำว่า “Information Content Provider” ว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งจะต้องรับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับการสร้างหรือการพัฒนาข้อมูลที่กระทำผ่านไปยังอินเทอร์เน็ตหรือการบริการทางคอมพิวเตอร์

สำหรับแนวความเห็นแรก เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) นี้ ให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบไม่มีเงื่อนไข (Unconditional ICS Immunity) กล่าวคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับคุ้มกันผ่านบทบัญญัติมาตรานี้ โดยไม่ต้องถูกเรียกร้องอย่างใดก่อนในกรณี แสดงเนื้อหาของบุคคลที่สามที่มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะรุนแรง\*

ส่วนแนวความเห็นที่สอง เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบมีเงื่อนไข (Conditional ICS Immunity) คือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มกันผ่านบทบัญญัตินี้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับตัวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่า ได้กระทำการกับเป็นตัวกลางหรือไม่ เช่น ได้สกัดหรือตรวจทานเว็บไซต์ว่ามีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือรุนแรงก่อนที่จะแสดงเนื้อหาบนเว็บไซต์ของตน หรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือรุนแรงดังกล่าว หรือรู้เห็นเป็นใจให้บุคคลที่สามแสดงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นหรือไม่ ความเห็นนี้มีศาลในบางคดี<sup>46</sup> และความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ เพราะการยอมให้บทบัญญัติมาตรานี้เป็นความคุ้มกันความรับผิดแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบไม่มีเงื่อนไข

\* ดังจะเห็นได้จากคดี Zeran v. America Online, Inc. 129 F.3d at 330. ศาลอุทธรณ์เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ให้ความคุ้มกันความรับผิดแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบไม่มีเงื่อนไข (Unconditional ICS Immunity) สำหรับเนื้อหาที่ผิดกฎหมายที่ได้รับมาจากบุคคลที่สาม หรือการให้บริการโดยไม่ต้องได้รับการเรียกร้อง ให้แก้ไขหรือคัดกรองเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นก่อน นอกจากนี้ศาลอื่นต่างเห็นว่าบทบัญญัติมาตรานี้ตีความ ค่อนข้างกว้าง ทำให้มีคดีอื่นเดินตามแนวคำพิพากษานี้ เช่น ในคดี Barrett v. Rosenthal, 40 Cal. 4th at 48, 55 (2006) ศาลฎีกาประจำรัฐแคลิฟอร์เนีย (The Supreme Court of California) เห็นว่า การได้รับความคุ้มกันผ่าน บทบัญญัติมาตรา 230 นี้ไม่มีเงื่อนไขก่อนว่าเว็บไซต์นั้นได้แก้ไขเนื้อหาแล้วจึงจะได้รับความคุ้มกัน หรือในคดี Doe v. America Online, Inc. 783 SO.2d 1010, 1015, 1017 (2011) ศาลฎีกาประจำรัฐฟลอริดา (The Supreme Court of Florida) เห็นว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับความคุ้มกันโดยไม่มีเงื่อนไขก่อน และกฎหมาย ยังอาจเรียกร้องมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 230 ดังกล่าวก็ได้ นอกจากนี้ยังมีคดีอื่นที่เดินตาม เช่น Univ.Commc'n. Sys. v. Lycos, Inc., 478 F. 3d 413, 415 (1<sup>st</sup> Cir. 2007) Green v. Am. Online, 318 F.3d.465,470 (3d Cir. 2003), Ben Ezra, Weinstein & Co. v. Am. Online, Inc. 206 F.3d 986 (10<sup>th</sup> Cir. 2000)

<sup>46</sup> Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under the law, Inc. v. Craigslist, Inc., 519 F.3d at 670.

(Unconditional ICS Immunity) อาจขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของรัฐสภาในการร่างบทบัญญัติดังกล่าว<sup>47</sup> นอกจากนี้การบริการทางคอมพิวเตอร์อาจไม่ได้รับการคุ้มครอง หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตั้งใจที่จะปล่อยให้เนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะรุนแรงบนเว็บไซต์โดยไม่รู้ถึงตัวผู้ให้เนื้อหาเริ่มแรกไม่ได้<sup>48</sup> มิฉะนั้นอาจเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้<sup>49</sup>

อนึ่ง ศาลส่วนใหญ่มักจะตีความอย่างกว้างเพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต สำหรับเนื้อหาที่ผิดกฎหมายจากการแสดงเนื้อหาเหล่านั้น รวมถึงการทำให้เข้าถึงเนื้อหาดังกล่าว\* จากแนวคำพิพากษาที่ผ่านมา มีข้อเท็จจริงในลักษณะต่อไปนีที่ศาลให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ได้แก่<sup>50</sup>

**1) การเข้าพื้นที่เพื่อบรรจุเนื้อหาของบุคคลที่สามบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต**<sup>51</sup> ซึ่งการเข้าพื้นที่ในกรณีนี้ยังรวมถึงกรณีจัดทำลิงค์ (Links) ไปยังเนื้อหาของบุคคลที่สามด้วย ไม่ว่าจะเป็นการแสดง

<sup>47</sup> Ibid., p. 137.

<sup>48</sup> Ibid., p. 138.

<sup>49</sup> Barrett, 40 Cal. 4<sup>th</sup> at 68 (citing Brian C. McManus, “Rethinking Defamation Liability for Internet Service Providers” SUFFOLK U. L. 35 Rev., 647,668 (2001)).

\* ตั้งแต่มีคดี Zeran v. America Online, Inc. (AOL) และคดี Doe v. America Online เกิดขึ้น ศาลมักตีความมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) อย่างกว้างดังเช่นในคดี Blumenthal v. Drudge ศาลชั้นต้นแห่งรัฐโคลัมเบีย (Columbia) โดยเห็นว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (AOL) ไม่ต้องรับผิด แม้มีความสัมพันธ์ทางสัญญา กับบุคคลที่สามซึ่งได้แสดงความคิดเห็นที่ทำให้เสียชื่อเสียงบนกระดานแสดงความคิดเห็นของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อีกทั้งมีผู้จัดการที่ทำหน้าที่ดูแลและแก้ไขเนื้อหาที่ผิดกฎหมายบนกระดานความคิดเห็นดังกล่าว อ้างอิงจาก Sevanian, Andrew M., “Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law Without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan”,” Entertainment Law Review 21: 136.

<sup>50</sup> Morley Samuel, “How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?,” The Florida Bar Journal 84 (February, 2010): 2.

<sup>51</sup> ศึกษาตัวอย่างคดี Universal Comm’n Sys., Inc. v. Lycos, Inc., 478 F.3d 413, 419-420 (1st Cir. 2007); Parker v. Google, Inc., 422 F. Supp.2d 492, 501 (E.D. Pa. 2006), aff’d 242 Fed. Appx. 833 (3d Cir. 2007), cert. den., 552 U.S. 1156 (2008).

ข้อความบนกระดานข่าวและข้อความทั่วไป โดยทั่วไปการให้เข้าพื้นที่ดังกล่าวมักได้รับอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง

2) **การแสดงซ้ำซึ่งเนื้อหาของบุคคลที่สาม** ในบางครั้งผู้ดำเนินการของบางเว็บไซต์อาจนำข้อความหรือประวัติของผู้ใช้งานไปแสดงบนเว็บไซต์อื่น โดยมีการแก้ไขเพียงเล็กน้อยในรูปแบบของสื่อตัวอย่างหรือโฆษณาให้ชม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ดำเนินการเว็บไซต์ยังได้รับความคุ้มครองผ่านบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ทั้งนี้ ต้องขึ้นอยู่กับแหล่งข้อมูลในเนื้อหาข้อความนั้นด้วย<sup>52</sup>

3) **การตรวจสอบเบื้องต้นก่อนเผยแพร่สู่สาธารณะ** โดยทั่วไปผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมักมีนโยบายหรือข้อตกลงในสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการที่กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องมีหน้าที่หรือรับผิดชอบกับเนื้อหาที่สร้างโดยบุคคลที่สาม<sup>53</sup> อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจไม่ได้รับความคุ้มครองจากการไม่ตรวจสอบเบื้องต้นก่อนเผยแพร่สู่สาธารณะในบางกรณีได้ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

4) **หน้าที่ทั่วไปในการแก้ไขหรือควบคุมเนื้อหา** ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังคงไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคแม้จะสงวนสิทธิในการแก้ไขเนื้อหาข้อความ<sup>54</sup> หากเป็นธรรมเนียมทั่วไปที่สามารถแก้ไขเนื้อหาได้ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขคำหรือข้อความให้ถูกต้อง การปรับความยาวของข้อความของบุคคลที่สามให้เหมาะสม การถอนออกซึ่งข้อความหรือการเปลี่ยนข้อความ<sup>55</sup> นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีความผิดพลาดจากการตรวจสอบความถูกต้องของรายการ<sup>56</sup> หรือความผิดพลาดจากการไม่เอาออกซึ่งข้อมูลหรือประวัติที่ไม่ได้รับอนุญาต<sup>57</sup> ทั้งนี้ สิทธิในการแก้ไขเนื้อหาข้อความดังกล่าวจะยังคงได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสมตราบเท่าที่ยังไม่มีการแก้ไขในสาระสำคัญ

<sup>52</sup> Doe v. Friendfinder Network, Inv., 540 F. Supp. 2d 288, 295 (D.N.H. 2008).

<sup>53</sup> Goddard I, 2008 U.S. Dist LEXIS 101890 at 18-20; Green v. Am. Online, 318 F.3d at 471-472.

<sup>54</sup> Schneider v. Amazon.com, Inc., 108 Wn. App. 454, 31, P.3d 37, 43 (Wash. Ct. App. 2001).

<sup>55</sup> Roommates.com, 521 F.3d at 1170.

<sup>56</sup> Prickett v. infoUSA, Inc., 561 F. Supp. 2d 646, 651 (E.D. Tex., 2006).

<sup>57</sup> Bames v. Yahoo!, Inc., 565 F.3d 560, 567 (9th Cir. May 7, 2009) (amended opinion 2009 U.S. App. LEXIS 20053 (June 22, 2009)).

ของเนื้อหาข้อความซึ่งจะทำให้ความหมายของเนื้อหาต้นฉบับเปลี่ยนไปจากเดิม และต้องไม่เกิดความผิดพลาดในการป้องกันหรือความผิดพลาดจากการประมาทเลินเล่อในการใช้มาตรการควบคุมดูแล<sup>58</sup>

**5) การจัดหาอุปกรณ์ที่เป็นกลาง (Neutral Tools) ในการสร้างเนื้อหา** ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจมีอุปกรณ์ที่เป็นกลางไว้สำหรับผู้ใช้งาน เช่น เครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engines) ฐานงาน (Platforms) สำหรับสร้างประวัติผู้ใช้งาน เครื่องเล่นเพลงหรือดาวน์โหลดเพลง ห้องสนทนา ที่ใช้ในการสร้างเนื้อหาเว็บไซต์เหล่านี้ โดยทั่วไปแล้วศาลเห็นว่าอุปกรณ์เหล่านี้ถือว่าเป็นกลาง (Neutral) ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มครอง เว้นแต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือได้ยอมรับให้บุคคลที่สามใช้อุปกรณ์เหล่านี้ในการสร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย<sup>59</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำของบุคคลที่สาม เมื่อรู้ว่าบุคคลที่สามได้ใช้อุปกรณ์ที่มีลักษณะเป็นกลาง (Neutral Tools) นั้นในการสร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย<sup>60</sup>

**6) กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาที่มีลักษณะผิดกฎหมายหลังจากได้รับการบอกกล่าว หรือรู้ว่าเนื้อหาข้อความของบุคคลที่สามมีลักษณะที่ผิดกฎหมาย** ศาลมองว่าการได้รับการบอกกล่าวแล้วไม่ดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ ไม่น่าจะเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องเข้ามารับผิดชอบในฐานะผู้เผยแพร่<sup>61</sup> นอกจากนี้ศาลบางแห่งเห็นว่า ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จะนำมาใช้กับผู้แต่งที่แท้จริงที่ต้องการให้ลบหรือถอดถอนเนื้อหาดังกล่าวออกเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลที่สาม<sup>62</sup>

**7) เว็บไซต์ที่กระตุ้นให้เกิดกำไรหรือมีการจ่ายเงินสำหรับเนื้อหาของบุคคลที่สาม** การกระทำของเว็บไซต์ในกรณีนี้อาจเกิดจากการชักชวน หรือกระตุ้นสำหรับเนื้อหาของบุคคลที่สาม ซึ่งผู้ให้บริการเว็บไซต์อินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะจะได้เข้ามามีส่วนรวมในเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย<sup>63</sup> เช่น

<sup>58</sup> Doe v. MySpace, Inc., 528 F.3d 413, 419-20 (5th Cir. 2008), cert. den., 77 U.S.L.W. 3295 (2008); Bames v. Yahoo!, Inc., No. Civ. 05-926-AA, 2005 U.S. Dist. LEXIS 28061 at 4, 10-11 (D. Ore. Nov. 8, 2005), aff'd in part, rev'd in part, 565 F.3d 560 (9th Cir. 2009).

<sup>59</sup> Roommates.com, 521 F.3d at 1169 ns. 24, 37; Dart v. Craigslist, Inc., No. 09 C 1385, 2009 U.S. Dist. LEXIS 97596 at 25-26 (N.D. Ill. Oct. 20, 2009).

<sup>60</sup> Carafano v. Metrosplash.com, Inc., 339 F.3d 1116 (9th Cir. 2003).

<sup>61</sup> Zeran, 129 F.3d at 333; Universal Comm'n Sys., Inc. v. Lycos, 478 F.3d at 420.

<sup>62</sup> Global Royalties, Ltd. v. Xcentric Ventures, LLC, 544 F. Supp. 2d 929, 932 (D. Ariz. 2008).

<sup>63</sup> Roommates.com at 1174.

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้แสดงข้อมูลที่มีลักษณะฉ้อโกงแก่ผู้บริโภคก็ยังคงได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) แม้ว่าจะได้รับเงินค่าธรรมเนียมสำหรับการประมวลก็ตาม หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพียงแค่ชักชวนหรือมีการจ่ายเงินในช่องทางออนไลน์ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าว<sup>64</sup> ทั้งนี้ สิ่งสำคัญผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเพื่อแสดงต่อผู้บริโภค<sup>65</sup>

### 3.3.3 กรณีผู้ให้บริการโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) มีข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง 2 กรณี คือ กรณีข้อยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการตีความของศาล ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

กรณีข้อยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย บทบัญญัติมาตรา 230 นี้ได้บัญญัติให้มีผลกับกฎหมายอาญา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร และกฎหมายแห่งรัฐ\*

<sup>64</sup> Blumenthal v. Drudge 992 F. Supp. 44 at 51-52.

<sup>65</sup> Global Royalties, Ltd. v. Xcentric Ventures, LLC, 544 F. Supp. 2d 929, 932 (D. Ariz. 2008).

\* ดังปรากฏใน Section 230 (e) (1) - (4) of the Communications Decency Act 1996 : Section 230 (e) (1) of the Communications Decency Act 1996 กรณีไม่นำมาใช้บังคับกับความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับภาพสื่อลามก ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศของเด็ก และพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางอาญาอื่น เนื่องด้วยนโยบายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการประกันการบังคับใช้กฎหมายอาญาได้อย่างแท้จริงเพื่อยับยั้งและลงโทษผู้กระทำผิด ในกรณีการค้ำนุษย์ที่เกี่ยวกับการลามกอนาจาร การคุกคามและการล่วงละเมิดผ่านทางคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้สามารถป้องกันความรับผิดในการกล่าวหาผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกรณีการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาในกรณีอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ได้ สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก Tungate Allison, “Bare necessities: the argument for a “revenge porn” exception in Section 230 immunity” *Journal of Information & Communications Technology Law* 23, (2014): 177. อีกทั้งไม่มีผลกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Section 230 (e) (2) of the Communications Decency Act 1996) แต่การให้ความคุ้มครองจากการกระทำอันล่วงละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตผ่านกฎหมายที่ชื่อว่า “Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA)” กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เมื่อได้รับการแจ้งและถอดถอน (Notice and Take Down) หากมีข้อมูลซึ่งละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

ส่วนกรณีข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการตีความของศาล ศาลได้ตีความบทบัญญัติมาตรา 230 ให้แคบลงเพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้ามาดูแลเป็นพิเศษในการแสดงเนื้อหาเหล่านี้ ขณะเดียวกัน เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น จากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมาสามารถสรุปกรณีข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้ในกรณีต่อไปนี้

**1) ความไม่สุจริต (Bad Faith)** \* ด้วยการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง ส่งเสริม เชิญชวน ในการสร้างหรือพัฒนาเนื้อหาของบุคคลที่สามซึ่งผิดกฎหมายหรือมีลักษณะรุนแรงบนหน้าเว็บไซต์<sup>66</sup> ดังจะเห็นได้จากบันทึกในคดี *Blumenthal v Drudge* ว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิด หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีบทบาทในการสร้างหรือพัฒนาเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะที่รุนแรงบนเว็บไซต์<sup>67</sup>

---

สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก Stalla-Bourdillon, Sophie, “Making Intermediary Internet Service providers participate in the regulatory process through tort law: A comparative analysis” *International Review of Law, Computers & Technology* Routledge 23, Nos. 1-2 (March-July 2009): 4. หรืออริศรา ธนะสิทธิชัย, “แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: ศึกษากรณีเฉพาะสินค้าลอกเลียนแบบ,” (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2551), หน้า 57-58. นอกจากนี้กรณีนี้ไม่มีผลต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2529 (the Electronic Communications Privacy Act of 1986) ตลอดจนกฎหมายแห่งรัฐที่คล้ายคลึงกันหรือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม (Section 230 (e) (4)) of the Communications Decency Act 1996 และไม่มีผลต่อกฎหมายแห่งรัฐ (Section 230 (e) (3) of the Communications Decency Act 1996)

\* ได้มีบันทึกความเห็นในคดี *Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc.* 2009 WL1796746 (9th Cir. June 25, 2009). โดยผู้พิพากษาท่านหนึ่งในทำนองว่า แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (The Communications Decency Act 1996) จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างกว้างอันเนื่องมาจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้คอยป้องกันระบบเพียงฝ่ายเดียวในการแพร่กระจายวัตถุที่ผิดกฎหมายหรือไม่เหมาะสม แต่ผู้ให้บริการก็อาจนำความคุ้มครองดังกล่าวไปใช้ในทางที่ผิดกฎหมายโดยการสกัดกั้นเนื้อหาของคู่แข่งทางธุรกิจโดยปราศจากการรู้เห็นของผู้ใช้งาน กรณีจึงเห็นว่าแม้จะมีบทบัญญัติมาตรา 230 (C) (2) แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) กำหนดข้อเรียกร้องในการได้รับความคุ้มครองอันเนื่องมาจากได้กระทำไปโดยสุจริต แต่ความคุ้มครองดังกล่าวก็อาจขยายรวมถึงพฤติกรรมที่รัฐสภาไม่ได้มีเจตนาป้องกันด้วยได้

<sup>66</sup> Sevian Andrew, “Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law Without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan”,” *Entertainment Law Review* 21 Rev.121 (2014): 131-133.

<sup>67</sup> *Blumenthal v. Drudge* 992 F. Supp. at 50.



สำหรับการกระทำโดยไม่สุจริตของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ เช่น การสนับสนุนในเกิดการพัฒนาเนื้อหาที่ผิดกฎหมายด้วยการขายบันทึกโทรศัพท์อันเป็นความลับของลูกค้าโดยปราศจากอำนาจผ่านทางเว็บไซต์ไปยังบุคคลที่สาม\* หรือการออกแบบเว็บไซต์ให้มีรายการเลือกแบบดิ่งลง (Drop-Down Menus) หรือมีแบบสอบถามเพื่อให้ผู้ใช้งานป้อนเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ก็ถือเป็นการส่งเสริมหรือชักชวนให้มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอันเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริต\*\* เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ออกแบบเว็บไซต์ให้มีรายการรายการเลือกแบบดิ่งลง หรือมีแบบสอบถามเพื่อให้ผู้ใช้งานป้อนข้อมูลเกี่ยวกับบรรณนิยมาทางเพศ เพศ สถานะทางครอบครัวเพื่อจัดหาคู่นอนให้ การให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายอันเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาหรือการกระทำที่ไม่ดี\*\*\* หรือกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนร่วมใน

\* คดี FTC v. Accusearch, Inc. ศาลอุทธรณ์ พบว่า จำเลยได้กระทำผิดกฎหมายในการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจากการบรรจุ ขายบันทึกโทรศัพท์อันเป็นความลับของลูกค้าโดยปราศจากอำนาจ จำเลย (Abika.com) ได้เตรียมเงินไว้สำหรับบันทึกดังกล่าวให้แก่ผู้ขายซึ่งเป็นบุคคลที่สาม โดยการขายผ่านทางเว็บไซต์ไปยังบุคคลที่สาม ศาลเห็นว่าผู้ขายได้กระทำผิดกฎหมายโดยจำเลยย่อมรู้ถึงการกระทำดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ศาลจึงปฏิเสธข้ออ้างของจำเลยที่ยกบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 เพื่อคุ้มครองจำเลยจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งจำเลยได้พยายามอ้างบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้ตนยังอยู่ในกรอบของกฎหมายดังกล่าว โดยเห็นว่าตนได้เป็นผู้ให้บริการในลักษณะของแคชชิ่ง (Caching) ที่คล้ายกับเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engine) ที่ได้ใส่ข้อมูลเหล่านี้ในการค้นหาการซื้อขายบันทึกโทรศัพท์เพื่อติดต่อกับผู้วิจัย (Researchers) แต่กรณีข้อเท็จจริงคดีนี้ศาลกลับปฏิเสธ เพราะเห็นว่าข้ออ้างของจำเลยนั้นไม่ได้เป็นกระทำราวกับผู้เผยแพร่ข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าว อีกทั้งการซื้อขายและการขายข้อมูลส่วนบุคคลไปยังบุคคลที่สามโดยปราศจากความยินยอมของลูกค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย บทบาทของจำเลยจึงเป็นเหตุให้เกิดการกระทำดังกล่าว จำเลยจึงมีส่วนร่วมในการสร้างหรือการพัฒนาข้อมูลย่อมไม่ได้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าว จำเลยจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในฐานะผู้เผยแพร่ได้ย่อมต้องรับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับการโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับบันทึกโทรศัพท์ กระตุ้นให้เกิดการสั่งซื้อ การซื้อขายบันทึกดังกล่าวจากบุคคลที่สามสำหรับค่าธรรมเนียมและการขายไปยังลูกค้าคนสุดท้าย นอกจากนี้สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก Feiler Lukas, “Website Blocking injunction under EU and U.S. Copyright- Slow Death of the Global Internet or Emergence of the Rule” TILF Working Paper 13 (US: Stanford Law School and the University of Vienna School of Law), p. 15.

\*\* ดังเช่นในคดี GM Equity LLC v. Xcentric Ventures L.L.C. ศาลได้บันทึกไว้ว่า การที่มีคำถามจากรายการเลือกแบบดิ่งลง (Drop-down menus) โดยปกติจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเผยแพร่จากการให้ตอบคำถาม เว้นแต่ได้ตอบคำถามที่แสดงหรือให้เลือกคำตอบที่เป็นการสร้างหรือการพัฒนาเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอ้างอิงจาก Morley Samuel, “How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?,” *The Florida Bar Journal* 84 (February, 2010): 5-6.

\*\*\* กรณีนี้ศาลได้เคยตัดสินไว้ในคดี Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC ซึ่งคดีนี้จำเลยเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ให้ความช่วยเหลือหาคู่นอนที่เข้ากันผ่านเว็บไซต์ของตน เมื่อ

สาระสำคัญ (Materially Contributing) ในการขายตัวเข้าชมการแข่งขันฟุตบอลโดยไม่ได้รับอนุญาต และฝ่าฝืนนโยบายของผู้อื่น เพื่อหวังกำไรตอบแทน ซึ่งมีหลักฐานที่บ่งชี้ให้เห็นว่าจำเลยมีส่วนร่วมในสาระสำคัญดังกล่าวคือ ตัวที่ขายหวังกำไรนั่นเอง<sup>68</sup> หรือการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดถ้าระบบของผู้ให้เนื้อหาได้ออกแบบไว้เพื่อช่วยเหลือบุคคลในการขโมยเพลงหรือวัตถุอื่นที่มีลิขสิทธิ์<sup>69</sup> นอกจากนี้การแสดงข้อมูลเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารหรือภาพที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอม หรือที่รู้จักในนามว่า “Revenge Porn” ก็ถือเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตเช่นกัน<sup>70</sup>

2) การกระทำโดยจงใจให้เครื่องมือในระบบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องตรวจทานสำหรับการระบุตัวบุคคลของผู้ใช้งานที่ได้แสดงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะที่รุนแรงบนเว็บไซต์<sup>71</sup> หากอุปกรณ์ในระบบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้ตั้งใจ ให้ไม่ต้องตรวจทานสำหรับการระบุตัวบุคคลของผู้ใช้งานซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่ได้แสดงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะที่รุนแรงบน

---

ผู้ใช้งานลงทะเบียนเข้าใช้งานในระบบ จำเลยจะสร้างข้อมูลโดยการให้ตอบคำถามในแต่ละรายการซึ่งประกอบไปด้วยเพศ รสนิยมทางเพศ และเด็กที่อาจจะอาศัยอยู่ด้วยจากรายการเลือกแบบดิ่งลง (Drop-Down Menu) และรายการให้เลือกแบบกล่อง (Select-a-Box Menus) นอกจากนี้จะมีส่วนเกี่ยวกับความเห็นเพิ่มเติม (Additional Comments) ซึ่งส่วนนี้จะไม่มีการสอบถามแต่จะให้ผู้ใช้งานอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับค่านอนที่ตนต้องการ ผู้ใช้งานจะได้ออกคำถามตามรายการเกี่ยวกับลักษณะความต้องการบุคลิกลักษณะของคู่ที่จะนอนด้วย โดยประกอบไปด้วยเพศ รสนิยมทางเพศ และสถานะของครอบครัว นอกจากนี้ผู้ใช้งานสามารถสร้างข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Profile) ค้นหาค่านอนที่เข้ากันได้จากรายการค้นหา และสามารถส่งข้อความไปยังสมาชิกคนอื่นได้ ส่วนจำเลยจะเป็นผู้จัดทำค่านอนที่เข้ากันได้ให้ โจทก์จึงฟ้องจำเลยต่อศาลอุทธรณ์ (The Ninth Circuit) กล่าวหาว่า จำเลยมีแบบสอบถามทางเว็บไซต์ซึ่งมีลักษณะอันเป็นการละเมิดต่อพระราชบัญญัติบ้านที่เป็นธรรม (The Fair Housing Act (FHA)) และพระราชบัญญัติการจ้างงานและบ้านที่เป็นธรรมแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย (The California Fair Employment and Housing Act (FEHA))

<sup>68</sup> NPS, LLC v. StubHub, Inc., 2009 MASS. Super. LEXIS 97, No. 06-4874-BLS1 at 37 (January 22, 2009)

<sup>69</sup> MGM, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)

<sup>70</sup> Tungate Allison, “Bare necessities: the argument for a “revenge porn” exception in Section 230 immunity,” Journal of Information & Communications Technology Law 23, (2014): 185.

<sup>71</sup> Freivogel, supra note 63, at 45 (quoting The Hon. Alex Kozinski, Remarks at the 22<sup>nd</sup> Annual Media and Law Conference, Kansas City, Mo. (Apr. 17, 2009)).

เว็บไซต์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในคดี Blumenthal<sup>72</sup> เนื่องด้วยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (AOL) มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับ Drudge อย่างเปิดเผยและการแสดงบทบรรณาธิการในรายงาน (the Drudge Report) ก็มีหลากหลายในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (AOL)<sup>73</sup>

**3) การใช้ในลักษณะผสม (Mixed Used)** คือ การเปลี่ยนสาระสำคัญของเนื้อหาที่บุคคลที่สามเป็นผู้ให้ กล่าวคือ ถ้าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้เปลี่ยนเนื้อหาแห่งวัตถุที่บุคคลที่สามเป็นผู้แสดงหรือนำมาผสมเข้าด้วยกันกับของตนเอง กรณีนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจกลายเป็นผู้ให้เนื้อหา “Content Provider” เสียเอง ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากความไม่สุจริตจึงต่างจากกรณีการใช้ลักษณะผสม (Mixed Use) ตรงที่ว่า เนื้อหาที่แสดงเกิดจากบุคคลที่สามเป็นผู้ส่งข้อมูลโดยที่ผู้ให้บริการไม่ได้ป้อนหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลแต่อย่างใด<sup>74</sup>

สำหรับตัวอย่างการใช้ในลักษณะผสมนี้อาจเป็นไปได้หลายลักษณะ ได้แก่ กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้สร้างความเห็นด้วยตัวเองและเขียนข้อความหมิ่นประมาทไปพร้อมกับเนื้อหาประวัติของบุคคลที่สามบนเว็บไซต์<sup>75</sup> หรือการแก้ไขในสาระสำคัญในเชิงมีบทบาทหรืออำนาจเหนือสถานะของผู้เผยแพร่ทั่วไป หรือการเข้าไปมีบทบาทในการสร้างหรือการพัฒนาเนื้อหาที่แสดงออกมา<sup>76</sup> เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้ย้ายคำตัวใดตัวหนึ่งในข้อความที่ได้รับจากบุคคลที่สามส่งผลให้สาระสำคัญแห่งเนื้อหาในข้อความนั้นมีความหมายเปลี่ยนไป เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย้ายคำว่า “ไม่ได้” ออกจากข้อความที่ว่า “เงินไม่ได้เป็นผู้ขโมยเพชร” ทำให้ความหมายเปลี่ยนไปเป็น “เงินเป็นผู้ขโมยเพชร” เช่นนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา

<sup>72</sup> Sevanian Andrew, “Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law Without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan”,” *Entertainment Law Review* 21: 139, 142.

<sup>73</sup> Blumenthal, 992 F. Supp. at 47-48.

<sup>74</sup> Morley Samuel, “How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?,” *The Florida Bar Journal* 84 (February, 2010): 5.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> MCW, Inc. v. Badbusinessbureau.com, LLC, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6678, No. 3:02-CV-2727-G at 26 (N.D. Tex. April 19, 2004).

ดังกล่าว<sup>77</sup> นอกจากนี้กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการแยกหัวข้อหรือชื่อที่  
ได้แสดงไว้เพื่อให้กระทำการที่ผิดกฎหมายก็ถือเป็นกรณีการใช้ในลักษณะผสม (Mixed Use)<sup>\*</sup>

สำหรับเว็บบล็อก (Blog) ซึ่งเป็นรูปแบบเว็บไซต์ลักษณะหนึ่งที่มีหน้าตาคล้ายกับบันทึก  
ส่วนตัว หากเว็บบล็อก (Blog) มีรูปแบบ (Platform) ที่ยอมให้มีการใช้ในลักษณะผสมค่าบางอย่างได้  
หลากหลาย ผู้บล็อก (Blogger) ก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ใช้และผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ โดยจะเป็นผู้ใช้หาก  
ได้มีการสร้างหรือแก้ไขบล็อกผ่านไปยังผู้ให้บริการ และจะเป็นผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์หากอนุญาตให้  
บุคคลที่สามารถเพิ่มเติมความเห็นหรือแสดงเนื้อหาได้ โดยผู้บล็อก (Blogger) หรือผู้ให้เนื้อหาจะ  
ไม่ได้รับการคุ้มครองหากเข้าไปมีส่วนในการสร้างเนื้อหาบางอย่างหรือทั้งหมด<sup>\*\*</sup>

<sup>77</sup> Roommates.com, 521 F.3d at 1169.

<sup>\*</sup> ดังเช่นในคดี MCW, Inc. v. Badbusinessbureau.com, L.L.C. ซึ่งโจทก์เป็นบริษัทให้คำปรึกษาด้านอาชีพซึ่งมี  
เครื่องหมายการค้าของบริษัทที่ชื่อว่า “Bernard Haldane” ได้ฟ้องจำเลย (Badbusinessbureau.com, LLC  
(BBB)) และ Edward Magedson ต่อศาลอุทธรณ์แห่งรัฐเท็กซัส (Texas Federal Court) กล่าวหาว่า จำเลยมี  
พฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และได้โฆษณาที่ไม่เป็นความจริงอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย  
ประเด็นในคดีนี้เกี่ยวข้องกับรายงานในเชิงลบที่เกี่ยวกับการให้บริการของ Bernard Haldane ผ่านเว็บไซต์ (the  
Ripoff Report Website) ซึ่งให้ผู้บริโภคสามารถกล่าวหาบริษัทและบุคคลที่มีพฤติกรรมทางธุรกิจที่ไม่ดี และ  
ให้บริการเพื่อตำหนิแค้นส่วนบุคคลได้ (Rip-Off Revenge Services) ได้โดยตรง รายงานดังกล่าวมีเนื้อหา  
ข้อความที่ไม่เป็นความจริงส่งผลให้ธุรกิจของโจทก์เสียหาย โดยจำเลยเป็นผู้สร้างชื่อ หัวข้อ ความเห็นบรรณาธิการ  
และได้ใช้เครื่องหมายการค้าของบริษัทโจทก์เพื่อเชื่อมโยงไปยังคำแนะนำและขายของโฆษณา การให้บริการของบุคคล  
ที่สาม และการให้บริการเพื่อตำหนิแค้นส่วนบุคคลได้ (Rip-Off Revenge services) ศาลเห็นว่า จำเลยมีการ  
สร้างชื่อ หัวข้อของรายงานและเนื้อหาบรรณาธิการที่ไม่เป็นความจริงและทำให้เสียชื่อเสียงแก่ผู้อื่นอันเป็นการใช้  
แบบผสม (Mixed Use) คำกล่าวอ้างของโจทก์ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากรูปแบบของชื่อและ  
หัวข้อต่างทั้งหลาย ซึ่งไม่ได้แสดงโดยบุคคลที่สาม ดังนั้นจำเลยจึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรา 230 แห่ง  
พระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency  
Act 1996) เช่นเดียวกับคดี Hy Cite Corp. v. Badbusinessbureau.com, L.L.C. 418 F. Supp. 2d 1142,  
1149 (D. Ariz. 2005). อ้างอิงจาก Morley Samuel, “How Broad Is Web Publisher Immunity Under  
§230 of the Communications Decency Act of 1996?,” The Florida Bar Journal 84 (February, 2010):  
5.

<sup>\*\*</sup> สามารถศึกษาตัวอย่างได้จากคดี Doe v. City of New York, 583 F. Supp. 2d 444, 449 (S.D.N.Y. 2008).  
หรือในคดี Best Western Int’l, Inc. v. Furber, 2008 U.S. Dist. LEXIS 70552, No. CV-06-1537-PHX-DGC

4) สัญญาหรือให้คำมั่นว่าจะลบข้อความหรือเนื้อหาที่ผิดกฎหมายออกจากเว็บไซต์ แต่ไม่  
 กระทำ<sup>78</sup> กรณีนี้เป็นเรื่องกฎหมายปิดปากในเรื่องของคำมั่นสัญญา (Promissory Estoppel) เข้ามา  
 เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นการก่อกำหนดตามกฎหมายที่ให้กระทำการหรือละเว้นมิให้กระทำการบางอย่างต่อผู้รับ  
 คำมั่นสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงอย่างขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คำมั่นสัญญานั้นไม่ได้มาจากพฤติกรรมการ  
 การเผยแพร่ข้อมูลของจำเลย แต่มาจากการแสดงเจตนาที่เพื่อกำหนดการบางอย่างขึ้นอันเป็นหนี้  
 ตามกฎหมาย นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้ห้ามมิให้กล่าวอ้างกฎหมายปิดปากในเรื่องของคำมั่น  
 สัญญาแต่อย่างใด กรณีจึงอยู่นอกกรอบของความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่ง  
 พระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications  
 Decency Act 1996) ดังตัวอย่างในคดี Cecilia L. Barnes v. Yahoo, Inc., 570F. 3d 1096 (9th  
 Cir. 2009)<sup>\*</sup>

---

at 32-33 (D.C. Ariz. Sept. 5, 2008) หรือ Roommates.com, 521 F.3d at 1167 จำเลยต้องรับผิดชอบในบางส่วนที่  
 เป็นผลร่วมกัน “Collaborative Effort”

<sup>78</sup> Sevanian Andrew, “Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law  
 Without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan,” Entertainment Law Review 21  
 Rev.121: 139.

\* คดีนี้โจทก์ (Cecilia L. Barnes) ได้ฟ้องจำเลย (Yahoo, Inc.) เนื่องจากประมาทเลินเล่อที่ไม่ดำเนินการลบข้อมูล  
 ประจำตัวที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเว็บไซต์ของจำเลยอย่างรวดเร็ว ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายจากข้อมูลประจำตัวที่  
 ไม่เป็นความจริง เนื่องมาจากอดีตแฟนหนุ่มแสดงรูปภาพประจำตัวของโจทก์บนเว็บไซต์ของ Yahoo! โดยไม่รับ  
 อนุญาตจากโจทก์ก่อน รูปภาพประจำตัวนั้นมีลักษณะเป็นภาพเปลือย (Nude) และภาพไม่เหมาะสมระหว่างโจทก์  
 กับอดีตแฟนหนุ่ม ซึ่งนำมาใช้ในห้องสนทนา เพื่อติดต่อผู้ชายโดยตรงด้วยการหลอกลวงว่าเป็นโจทก์ และรูป  
 ประจำตัวดังกล่าวยังประกอบไปด้วยที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์ที่ทำงานของโจทก์ ทำให้มีผู้ชายที่โจทก์ไม่รู้จักติดต่อมา  
 หาโจทก์เป็นจำนวนมากด้วย โจทก์ได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) แจ้งเรื่องร้องเรียนไปยังจำเลย  
 เพื่อปฏิเสธว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับรูปประจำตัวดังกล่าวและขอเรียกร้องให้จำเลยดำเนินการลบข้อมูลเหล่านั้นออกไป หนึ่ง  
 เดือนต่อมาจำเลยกลับไม่ได้ลบข้อมูลดังกล่าวออก โจทก์จึงร้องขอให้จำเลยลบข้อมูลดังกล่าวอีกครั้ง แต่กลับไม่มีการ  
 ดำเนินการอันใดเช่นเดิม เดือนต่อมาโจทก์ได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) อีกสองฉบับ ผู้จัดการ  
 ด้านการสื่อสารของจำเลยจึงได้โทรหาโจทก์และขอให้โจทก์ส่งโทรสาร (Fax) เกี่ยวกับข้อมูลก่อนหน้าที่ได้ส่งจดหมาย  
 อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) มา ผู้จัดการด้านการสื่อสารของจำเลยบอกโจทก์ว่า จะรับผิดชอบสำหรับการ  
 หักข้อมูลประจำตัวที่ไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าวและจะดูแลเรื่องดังกล่าวให้ (“Take Care of It”) อย่างไรก็ตาม  
 โจทก์ยังได้รับอันตรายจากชายแปลกหน้าอยู่ โจทก์จึงอ้างว่า เมื่อจำเลยได้ติดต่อมายังโจทก์เพื่อมาดูแลเรื่อง  
 ดังกล่าวแล้ว จำเลยกลับล้มเหลวจากการลบข้อมูลประจำตัวออกจากการแสดงยังเว็บไซต์อีกครั้ง จำเลยย่อมต้องรับ  
 ผิดต่อโจทก์ ศาลอุทธรณ์ เห็นว่า คำมั่นสัญญานั้นไม่ได้มาจากพฤติกรรมการเผยแพร่ของจำเลย แต่มาจากการแสดง

5) ความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเองจากการกำหนดไว้ภายใต้กฎหมายแห่งรัฐที่สอดคล้องกันกับมาตรา 230 (Section 230-Consistent State Laws) ข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้รับหลักการมาจากคดี Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights Under the Law , Inc.<sup>79</sup> ศาลได้บันทึกไว้ว่า บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) เป็นการคุ้มกันแบบมีเงื่อนไขที่เรียกร้องเอากับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะเป็นตัวกลาง (Intermediaries) มากกว่าในฐานะผู้เผยแพร่เนื้อหาของบุคคลที่สาม โดยกฎหมายแห่งรัฐต้องการเรียกร้องเอากับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับดูแลตนเองเพื่อให้ได้รับการป้องกันภายใต้หลักการที่เรียกว่า "Good Samaritan" ของบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) กล่าวคือ กฎหมายแห่งรัฐต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตคอยสกัดกั้นและตรวจทานเนื้อหาของบุคคลที่สามว่ามีลักษณะที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะรุนแรงหรือไม่ด้วยจึงจะได้รับการคุ้มกัน ฉะนั้นเมื่อใดที่ผู้รู้ว่ามีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายและได้รับแจ้งการบอกกล่าวจากผู้สร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมายนั้นเพื่อให้ลบเนื้อหาออกไป และอำนาจควบคุมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีอยู่เหนือรายงานที่เผยแพร่ก็ควรสกัดกั้นหรือแก้ไขเนื้อหาที่ผิดกฎหมายก่อนจึงจะได้รับความคุ้มกัน ภายใต้มาตราดังกล่าว อย่างไรก็ตามกฎหมายในการกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISC Self-Regulation) จะมีอยู่เท่าที่กฎหมายแห่งรัฐสอดคล้องกับมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996)

---

เจตนาที่กระทำบางอย่างขึ้นอันเป็นหนี้ตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้การกระทำของจำเลยจึงอยู่นอกกรอบความคุ้มกันแห่งบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) นอกจากนี้บทบัญญัตินี้ไม่ได้ห้ามโจทก์มีให้กล่าวอ้างกฎหมายปิดปากในเรื่องของคำมั่นสัญญาต่อจำเลย ด้วยเหตุนี้ศาลอุทธรณ์จึงกลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้จำเลยรับผิดชอบต่อโจทก์บนพื้นฐานของกฎหมายปิดปากในเรื่องของคำมั่นสัญญา (Promissory Estoppel)

<sup>79</sup> Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights Under the Law , Inc. v. Craigslist, Inc., 519 F. 3d at 670.

#### 6) ข้อยกเว้นในกรณีของการไม่ตรวจทานเนื้อหา ก่อนเผยแพร่สู่สาธารณะ

โดยทั่วไปแล้วกรณีนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ดังที่อธิบายไว้ในหัวข้อก่อน แต่ก็มีบางกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อาจยกเอกลิทธิความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวมาต่อสู้ผู้บริโภค เช่น เว็บไซต์ได้กำหนดมาตรฐานไว้สูง หรือมีการสัญญาว่าจะดำเนินการลบล้างเนื้อหาที่ไม่ได้รับอนุญาตออกจากระบบ หรือการแสดงเจตนายืนยันแน่นอนเกี่ยวกับสินค้าหรือการบริการบนเว็บไซต์อย่างในกรณีการประมูลขายสินค้าว่าเป็นสินค้าปลอดภัยหรือในกรณีมีความเกี่ยวข้องกับผู้ชนะประมูล<sup>80</sup> สิ่งเหล่านี้ล้วนสร้างความคาดหวังที่เกี่ยวกับพฤติกรรมและการดำเนินการในการให้บริการ<sup>81</sup>

7) ข้อยกเว้นในหน้าที่ทั่วไปในการแก้ไขหรือควบคุมเนื้อหา<sup>82</sup> โดยทั่วไปแล้วผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบในหน้าที่ทั่วไปในการแก้ไขหรือควบคุมเนื้อหาเหล่านี้ เว้นแต่มีการแก้ไขในสาระสำคัญของเนื้อหาข้อความซึ่งจะทำให้ความหมายของเนื้อหาต้นฉบับเปลี่ยนไปจากเดิม หรือกรณีเกิดความบกพร่องในหน้าที่แก้ไขหรือควบคุมเนื้อหาทั่วไปโดยเจตนาได้กล่าวหาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความล้มเหลวในการป้องกัน (Failure to Protect) หรือล้มเหลวในมาตรฐานการดูแล (Failure to Take Safety Measures)<sup>83</sup>

นอกจากนี้จากตัวอย่างข้อเว้นที่กล่าวมาแล้วนั้น การบรรยายฟ้องก็เป็นสิ่งสำคัญ แม้ข้อเท็จจริงอาจเข้าองค์ประกอบของมาตรา 230 (c) (1) แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสาร พ.ศ. 2539 (Section 230 (c) (1) of the Communications Decency Act) ก็ตาม แต่หากในคำฟ้องไม่ได้ตระหนักซึ่งทฤษฎีทางกฎหมายและข้อเท็จจริงไม่เพียงพอภายใต้ทฤษฎีทางกฎหมาย ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจไม่ได้รับความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ.

<sup>80</sup> Morley Samuel, "How Broad Is Web Publisher Immunity Under §230 of the Communications Decency Act of 1996?" *The Florida Bar Journal* 84 (February, 2010): 3-4.

<sup>81</sup> *Mazur v. eBay, Inc.*, No. C 07-03967 MHP, 2008 U.S. Dist. LEXIS 16561 at 37-38 (N.D. Cal. Mar. 3, 2008).

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>83</sup> *Doe v. MySpace, Inc.*, 528 F3d 413, 419-20 (5th Cir. 2008), cert. den., 77 U.S.L.W. 3295 (2008); *Barnes v. Yahoo!, Inc.*, No. Civ. 05-926-AA, 2005 U.S. Dist LEXIS 28061 at 4, 10-11 (D. Ore. Nov. 8, 2005), aff'd in part, rev'd in part, 565 F3d 560 (9th Cir. 2009).

2539<sup>84</sup> อีกทั้งข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญของข้อกล่าวอ้างในคำฟ้องต้องเป็นจริงในคดี<sup>85</sup> สิ่งเหล่านี้ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคได้

### 3.4 สหภาพยุโรป

#### 3.4.1 ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค

กฎหมายในสหภาพยุโรปให้การคุ้มครองผู้บริโภคบนสื่ออินเทอร์เน็ตนั้น ผ่านทางกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เรียกว่า “Directive 2000/31/EC of The European Parliament and of The Council” หรือที่รู้จักในนาม “The Electronic Commerce Directive” กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นเพื่อให้กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของบรรดาประเทศสมาชิกในตลาดร่วมมีทิศทางที่สอดคล้องกัน และเพื่อให้กฎหมายดังกล่าวและหลักความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีการปรับใช้กฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องนำหลักการภายใต้กฎหมายฉบับนี้ไปใช้เพื่อออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายในประเทศสมาชิกของตนด้วย โดยต้องกระทำภายในวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2543 และกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2543 เป็นต้นไป<sup>86</sup>

กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) มีขอบเขตและวัตถุประสงค์ใช้กับผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service Provider) โดยคำว่า “ผู้ให้บริการ (Service Provider)” คือ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ให้บริการสังคมสารสนเทศ ส่วนคำว่า “บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service Providers (ISSPs))” คือ การให้บริการโดยทั่วไปทางอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ตามคำเรียกร้องของผู้รับซึ่งไม่ได้อยู่เฉพาะหน้าโดยมี

<sup>84</sup> Robertson v. Dean Witter Reynolds, Inc., 749 F. 2d 530, 533-534 (9th Cir. 1984).

<sup>85</sup> Clegg v. Cult Awareness Network, 18 F. 3d 752, 754 (9th Cir. 1994), Goddard v. Google, Inc., 640 F. Supp. 2d 1193 (N.D. Cal. Jul. 30, 2009)

<sup>86</sup> รพีพร วัฒนชะชีวะกุล, “ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะ “ตัวกลาง” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550,” ผลงานการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2557: 20.



ค่าตอบแทน ฉะนั้นผู้ให้บริการลงโฆษณาซึ่งเป็นผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตลักษณะหนึ่งย่อมเป็นผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศตามนัยกฎหมายฉบับนี้<sup>87</sup>

สำหรับความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศนั้น มีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 4 ว่าด้วยเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Liability of Intermediary Service Providers) ซึ่งแบ่งประเภทของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศออกเป็น 3 ลักษณะ คือ ลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ลักษณะแคชชิ่ง (Caching) และลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)<sup>88</sup> โดยผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายจึงจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งรายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

### 3.4.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords

ภายใต้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service Provider) โดยมีหลักเกณฑ์ภายใต้ความรับผิดของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Liability of Intermediary Service Providers) ซึ่งจะแบ่งลักษณะความรับผิดตามประเภทของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศออกเป็น 3 ลักษณะ คือ ลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit)<sup>89</sup> ลักษณะแคชชิ่ง (Caching)<sup>90</sup> และลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)<sup>91</sup> ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศทั้งสามลักษณะสามารถอธิบายถึงลักษณะการทำงานและความรับผิดของผู้ให้บริการในแต่ละลักษณะได้ต่อไป

ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะแรกคือ ผู้ให้บริการที่มีลักษณะสื่อกลางการให้บริการ (Intermediary Service Providers) ในการส่งผ่านข้อมูลจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง หรือเรียกลักษณะนี้ว่า “สื่อกลาง (Mere Conduit)” ซึ่งมีหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 12 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive) ซึ่งวางหลักว่า ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ

<sup>87</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>88</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>89</sup> มาตรา 12 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive)

<sup>90</sup> มาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive)

<sup>91</sup> มาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)

(Information Society Service) ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการส่งผ่านซึ่งข้อมูลสารสนเทศ ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ ไม่ได้เป็นผู้เริ่มต้นในการส่ง ไม่ได้เลือกผู้รับในการส่งข้อมูล และไม่ได้เลือกหรือตัดแปลงข้อมูลในการส่งไปนั้น เพื่อคุ้มครองผู้เป็นพาหนะนำส่งข้อมูลเหล่านั้นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไปยังผู้อื่น<sup>92</sup>

ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะที่สองคือ ผู้ให้บริการลักษณะแคชชิ่ง (Caching) ลักษณะนี้จะให้บริการโดยการจัดเก็บข้อมูลสารสนเทศไว้ชั่วคราว กล่าวคือ ผู้ให้บริการจะสร้างหรือคัดลอกไว้ชั่วคราว เพื่อให้สามารถเข้าถึงได้ง่ายขึ้นและรวดเร็วมากขึ้นเมื่อต้องการเรียกใช้อีกในเวลาต่อมา ซึ่งมักจะเป็นข้อมูลที่ต้องการใช้งานเป็นประจำ และในหน้าเว็บไซต์จะประกอบไปด้วยรายละเอียดมากมายและมักมีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดอยู่เสมอที่ตั้งใจไว้แล้วในบทก่อนหน้า<sup>93</sup> สำหรับหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive) ซึ่งวางหลักว่า ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service) ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับข้อมูล

<sup>92</sup> Article 12 of the Electronic Commerce Directive : Mere conduit

“1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

- (a) does not initiate the transmission;
- (b) does not select the receiver of the transmission; and
- (c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.”

<sup>93</sup> Bayer Judit, “Liability of internet Service providers for third party content” Victoria University Wellington Working Paper Series 1 (2008), 1.

สารสนเทศที่จัดเก็บไว้ชั่วคราว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งต่อซึ่งข้อมูลไปยังผู้รับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 5 ประการ ดังนี้

- 1) ผู้ให้บริการไม่ได้แก้ไขข้อมูลสารสนเทศ
- 2) ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศ
- 3) ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการปรับปรุงข้อมูลให้ทันสมัย
- 4) ผู้ให้บริการต้องไม่แทรกแซงเกี่ยวกับประโยชน์ในการใช้เทคโนโลยี การนำมาใช้ใน

อุตสาหกรรม การบรรจุข้อมูลในการใช้ข้อมูลข่าวสาร

5) ผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการลบหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงซึ่งข้อมูลสารสนเทศซึ่งได้ถูกจัดเก็บไว้ เมื่อรู้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นแหล่งเริ่มต้นของการส่งต่อที่ถูกถอนออกจากระบบเครือข่ายหรือไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้อีกต่อไปหรือ ศาลหรือฝ่ายปกครองมีคำสั่งให้ถอนหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงซึ่งข้อมูลเหล่านั้นได้อีก<sup>94</sup>

ส่วนผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ซึ่งเป็นการให้บริการโดยการฝากเว็บไซต์กับผู้ให้บริการแม่ข่าย (Hosting Service Provider (HSP))

<sup>94</sup> **Article 13 of the Electronic Commerce Directive : "Caching"**

"1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

- (a) the provider does not modify the information;
- (b) the provider complies with conditions on access to the information;
- (c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;
- (d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and
- (e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement."

เพื่อให้เว็บไซต์ของตนปรากฏอยู่บนอินเทอร์เน็ตตลอดเวลา<sup>95</sup> ผู้ให้บริการลักษณะนี้มีหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ซึ่งวางหลักไว้ว่า ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service (ISSPs)) ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับข้อมูลข่าวสารสารสนเทศที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้รับบริการ โดยมีเงื่อนไข 2 ประการ คือ ผู้ให้บริการไม่ได้รับการแจ้งอย่างแท้จริงเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูล และในกรณีมีการเรียกร้องค่าเสียหาย ผู้ให้บริการไม่ได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูลที่ชัดเจนนั้น หรือเมื่อได้รับแจ้งข้อมูลหรือรับรู้ถึงข้อมูลดังกล่าว ผู้ให้บริการได้ดำเนินการลบหรือทำให้เข้าไม่ถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้ไม่สามารถปรับใช้ได้ หากผู้รับบริการได้กระทำการภายใต้อำนาจหรือการควบคุมของผู้ให้บริการ<sup>96</sup>

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) มีหลักกฎหมายที่เรียกว่า “Safe Harbour” ซึ่งเป็นหลักยกเว้น

<sup>95</sup> Bayer Judit, “Liability of internet Service providers for third party content” Victoria University Wellington Working Paper Series 1 (2008), 1.

<sup>96</sup> **Article 14 of the Electronic Commerce Directive : Hosting**

“1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.”

ความรับผิดจากการให้บริการพื้นที่จัดเก็บ โดยหลักการนี้นำมาปรับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ให้บริการมีความรับผิดจากการที่ผู้โฆษณาเลือกคำที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดไปยังเว็บไซต์ของตน<sup>97</sup> เมื่อพิจารณา ลักษณะของการให้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords<sup>98</sup> จึงจัดได้ว่ามีลักษณะของผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ด้วย เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้เก็บข้อมูลที่ได้จากการเลือกคำและให้บริการซึ่งได้แสดงให้เห็นถึงคำโฆษณาไปยังเว็บไซต์ต่าง ๆ รวมถึงข้อความโฆษณาและที่อยู่เว็บไซต์ของผู้โฆษณาด้วย<sup>99</sup>

### 3.4.3 กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง

แม้โดยทั่วไปผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย ดังที่อธิบายไว้แล้วในหัวข้อก่อนหน้า แต่การให้ความคุ้มครองนั้นก็มิชอบเขตหรือเงื่อนไขที่จำกัดสิทธิในการให้ความคุ้มครอง หากผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศได้กระทำไปนอกขอบเขตหรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศก็อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง

เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นขึ้นอยู่กับแต่ละลักษณะของผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศ กล่าวคือ หากผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศลักษณะแรกคือ ผู้ให้บริการที่มีลักษณะสื่อกลางในการส่งผ่านข้อมูลจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกคนหนึ่ง (Mere Conduit) มีกรณีผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศไม่อาจได้รับความคุ้มครอง หากไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการ คือ ผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศเป็นผู้เริ่มต้นในการส่งและได้เลือกผู้รับที่จะส่งข้อมูลไปให้ อีกทั้งยังเป็นผู้เลือกหรือตัดแปลงข้อมูลที่ได้ส่งไปนั้น ดังปรากฏในมาตรา 12 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive)

สำหรับผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศลักษณะที่สองคือ ผู้ให้บริการลักษณะแคชชิ่ง (Caching) มีเงื่อนไขที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive) 5 ประการ อันได้แก่ ผู้ให้บริการได้แก้ไขข้อมูลสารสนเทศ ผู้ให้บริการไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูล

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Google France v Centre nation de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30, para. 106.

<sup>99</sup> Ibid, para. 111.

สารสนเทศ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวกับการปรับปรุงข้อมูลให้ทันสมัย ผู้ให้บริการได้แทรกแซงเกี่ยวกับประโยชน์ในการใช้เทคโนโลยี การนำมาใช้ในอุตสาหกรรม และการบรรจุข้อมูลในการใช้ข้อมูลข่าวสาร นอกจากนี้เมื่อผู้ให้บริการส่งสารสนเทศได้รู้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นแหล่งเริ่มต้นในการส่งถูกถอนออกจากระบบเครือข่ายแล้วหรือรู้ว่าไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้อีก หรือศาลหรือฝ่ายปกครองมีคำสั่งให้ถอนหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงซึ่งข้อมูลเหล่านั้นได้อีก แต่ผู้ให้บริการกลับไม่ดำเนินการลบหรือยังทำให้สามารถเข้าถึงซึ่งข้อมูลสารสนเทศซึ่งได้ถูกจัดเก็บไว้นั้นอีก

ส่วนผู้ให้บริการส่งสารสนเทศลักษณะสุดท้ายคือ ผู้ให้บริการในการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ผู้ให้บริการส่งสารสนเทศอาจไม่ได้รับความคุ้มครองหากรู้อย่างแท้จริงเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูลข่าวสาร และในกรณีมีการเรียกร้องค่าเสียหาย ผู้ให้บริการได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูลที่ชัดเจน หรือเมื่อได้รับแจ้งข้อมูลหรือการรับรู้ถึงข้อมูลดังกล่าว ผู้ให้บริการไม่ได้ลบหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

สำหรับกรณีการให้บริการลงโฆษณาผ่านโปรแกรม Google AdWords กับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสำหรับการให้บริการเช่าพื้นที่เก็บข้อมูลบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) มีคดีที่น่าสนใจคือ

- 1) Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier (C-236/08)
- 2) Google France v Viaticum Luteciel (C-237/08) และ
- 3) Google France v Centre national de recherché en relations humaines (CNRRH) (C-238/08)

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินรวมกันทั้งสามคดีดังกล่าว ซึ่งได้ส่งมาจากศาลสูงสุดฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2553 ซึ่งหนึ่งในประเด็นที่ส่งขึ้นมายังศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปคือ มี 2 ประเด็นใหญ่ที่สำคัญ คือ ประเด็นข้อกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายทางการค้า (Trade Mark Directive)<sup>\*</sup> และประเด็นข้อกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 14 ของกฎหมาย

---

<sup>\*</sup> สำหรับประเด็นข้อกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายทางการค้า (Trade Mark Directive) นั้น มี 2 ประเด็นสำคัญ คือ ประเด็นแรกนั้น บทบัญญัติมาตรา 5 (1)(a)(b) ของ Trade Mark Directive และมาตรา 9 (1)(a)(b) ของ CTM

อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) และยังพิจารณาความรับผิดชอบของผู้โฆษณาที่ได้เลือกคำหรือข้อความที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือไม่<sup>100</sup> สำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีสามารถอธิบายพอสังเขปได้ดังนี้

---

Regulation สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำของผู้ให้บริการสืบค้นหาคำหรือข้อความและเป็นผู้ทำให้เกิดลิงค์โฆษณา ซึ่งมีค่าที่ได้ลอกเลียนหรือดัดแปลงมาจากเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ และเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะป้องกันไม่ให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าของตนได้หรือไม่ และประเด็นที่สอง การที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้สร้างเป็นลิงค์โฆษณา ไปยังเว็บไซต์ผู้อื่นซึ่งได้ขายสินค้าเลียนแบบหรือปลอมจากการเลือกคำของผู้โฆษณา โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาจะเป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือไม่

ในประเด็นแรกนั้น ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปพิจารณาว่า บทบัญญัติมาตรา 5 (1)(a)(b) ของ Trade Mark Directive และมาตรา 9 (1)(a)(b) ของ CTM Regulation จะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ เครื่องหมายการค้านั้นได้ใช้ (Use) ในเชิงการค้าหรือไม่ด้วย กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่จะใช้ในเชิงการค้านั้นต้องใช้ในการซื้อขายในแง่ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการใช้เครื่องหมายการค้านั้นต้องมีใช้เพื่อการส่วนตัว ศาลจึงเห็นว่าผู้ให้บริการค้นหาคำหรือข้อความเป็นการให้บริการในเชิงการค้าเพื่อประโยชน์แก่ธุรกิจ เพราะผู้ให้บริการดังกล่าวได้อนุญาตให้ผู้โฆษณาเป็นผู้เลือกเครื่องหมายที่มีค่าเหมือนกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น อีกทั้งผู้ให้บริการยังเป็นผู้จัดเก็บค่าเหล่านั้นให้ปรากฏเป็นโฆษณาด้วย แต่เนื่องจากผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามเป็นผู้เลือกคำเพื่อจะใช้ในการโฆษณา จึงถือไม่ได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาเป็นผู้ใช้คำดังกล่าวโดยตนเองตามนัยมาตรา 5 (1)(a)(b) ของ Trade Mark Directive และมาตรา 9 (1)(a)(b) ของ CTM Regulation No 40/94

ศาลจึงพิพากษาว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้า แม้จะจัดให้มีลิงค์โฆษณาตามคำที่มีเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อแลกกับค่าบริการลงโฆษณา ดังนั้นผู้ให้บริการลงโฆษณาจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก Morcom Christopher, “Trade marks and the Internet: where are now?” *European Intellectual Property Review* 34 (2012), pp. 40-53, 42. Blakeney Simone, “Google AdWords: dearching for more answers” *Computer and Telecommunications Law Review* 16, No. 6 (2010): pp. 152-155. และโปรดดู Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier, Google France v Viaticum Luteciel and Google France v Centre national de recherché en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08), para. 32, 37, 41, 51-57, 121.

<sup>100</sup> Cornthwaite Jonathan, “To key or not key The judgment of the European Court of Justice in the Google France AdWords cases,” *European Intellectual Property Review* 32 No. 7 (2010): pp. 352-359.

ในคดี Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier โจทก์ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในสหภาพยุโรปในชื่อว่า “VUITTON” และในประเทศฝรั่งเศสในชื่อว่า “Louis Vuitton” และ “LV” ซึ่งมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักแพร่หลาย โจทก์ทราบว่ามีการใช้งานบนอินเทอร์เน็ตใส่คำค้นหาซึ่งมีเครื่องหมายการค้าของโจทก์ผ่านเครื่องมือการค้นหาข้อมูลของจำเลย ผลจากการค้นหาทำให้เกิดลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ไปยังเว็บไซต์ซึ่งขายสินค้าปลอมและลอกเลียนแบบของโจทก์ โดยจำเลยเป็นผู้ให้บริการด้วยการเลือกคำสำคัญซึ่งมีเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนหรือให้เลือกคำที่ผสมระหว่างคำสำคัญกับคำว่า “ลอกเลียน (Imitation)” หรือ “คัดลอก (Copy)” แก่ผู้โฆษณา เป็นเหตุให้โจทก์ฟ้องจำเลยว่าละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์และกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ทำนองเดียวกันกับคดี Google France v Viaticum Luteciel โจทก์ที่ 1 (Viaticum) ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้สามเครื่องหมายในประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ “Bourse des Vols” “Bourse des Voyages” และ “BDV” โดยมีโจทก์ที่ 2 (Luteciel) เป็นผู้ดูแลและเผยแพร่เว็บไซต์ของโจทก์ที่ 1 โจทก์ทั้งสองทราบว่ามีการใช้งานบนอินเทอร์เน็ตได้ค้นหาคำซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 ทำให้เกิดเป็นลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ซึ่งเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์อื่นซึ่งเป็นของบริษัทคู่แข่ง โดยได้ซื้อคำดังกล่าวจากจำเลย (Google France) โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ก่อน โจทก์จึงฟ้องจำเลย

เช่นเดียวกับคดี Google France v Centre national de recherche en relations humaines\* โจทก์ทั้งสองเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ชื่อว่า “Eurochallenges” ทราบว่ามีผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ตใส่คำค้นหาซึ่งมีเครื่องหมายการค้าของโจทก์ผ่านเครื่องมือการค้นหาข้อมูลของจำเลย ผลจากการค้นหาทำให้เกิดลิงค์โฆษณาไปยังเว็บไซต์อื่นซึ่งเป็นของบริษัทคู่แข่ง โดยได้ซื้อคำดังกล่าวจากจำเลย และโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ก่อน

---

\* ศาลชั้นต้น (Tribunal de grande instance de Nanterre (Regional Court, Nanterre) ได้พิพากษาคดีพิพาทกันในเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2547 ว่า จำเลยและผู้ให้บริการผ่านโปรแกรม Google AdWords กระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ต่อมาจำเลยได้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel de Versailles (Court of Appeal, Versailles)) และศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2549 จำเลยจึงฎีกาไปยังศาลสูงสุดของฝรั่งเศส แต่ศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้ส่งเรื่องไปให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตีความในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายก่อน



สำหรับประเด็นความรับผิดของผู้ให้บริการโฆษณาภายใต้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พิจารณาว่า แม้ผู้ให้บริการโฆษณา Google จะไม่ต้องรับผิดฐานละเมิดเครื่องหมายการค้าแต่ก็มีได้หมายความว่าไม่มีความผิดเลย เพราะต้องนำหลักนิติธรรม (Rule of Law) มาปรับใช้ และเห็นว่า การให้บริการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords เป็นการเก็บข้อมูลโดยการเลือกคำและทำให้เกิดลิงค์โฆษณาซึ่งมีค่าหรือข้อความโฆษณา และที่อยู่เว็บไซต์ของผู้โฆษณาปรากฏรวมอยู่ด้วย ผู้ให้บริการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords จึงเป็นผู้ให้บริการส่งคมนาคมสารสนเทศลักษณะการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ดังนั้น Google จึงไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) เพราะเป็นเพียงผู้ให้บริการทางด้านเทคนิค (A Mere Technical) ในลักษณะเชิงรับ (Passive Nature) และโดยอัตโนมัติ (Automatic) อีกทั้งผู้โฆษณาเป็นผู้เลือกคำเหล่านั้น Google ไม่ได้ทราบหรือเข้ามาควบคุมคำที่ใช้ในการส่งผ่านหรือจัดเก็บ<sup>101</sup>

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้เน้นย้ำว่า ตราบใดที่ผู้ให้บริการโฆษณาไม่รู้หรือเข้ามาควบคุมเนื้อหาโฆษณาหรือข้อมูลที่จัดเก็บ ตราบนั้นผู้ให้บริการโฆษณาก็ไม่ต้องรับผิดสำหรับข้อมูลโฆษณาเหล่านั้น ในทางกลับกัน หากผู้ให้บริการโฆษณารู้ถึงข้อมูลซึ่งผิดกฎหมายเหล่านั้นแล้ว ไม่ดำเนินการลบ ถอนออกหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลภายในเวลาที่กำหนดตามกฎหมาย ผู้ให้บริการโฆษณาก็ต้องรับผิดตามมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)<sup>102</sup> นอกจากนี้หากผู้ให้บริการโฆษณาได้รับการแจ้งว่ามีการใช้คำที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือมีการซื้อคำที่เชื่อมโยงผ่านลิงค์โฆษณาไปเว็บไซต์ที่มีการละเมิดสิทธิผู้อื่น เมื่อผู้ให้บริการโฆษณาทราบแล้วไม่ลบคำหรือลิงค์โฆษณา หรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงได้อย่างรวดเร็ว ผู้ให้บริการโฆษณาก็ต้องรับผิดตามมาตรา 14

---

<sup>101</sup> Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier, Google France v Viaticum Luteciel and Google France v Centre national de recherché en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30., paras. 112-113, 117.

<sup>102</sup> Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier, Google France v Viaticum Luteciel and Google France v Centre national de recherché en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30., para. 120.

ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วยเช่นกัน (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)<sup>103</sup>

## สรุป

จากการศึกษากฎหมายแห่งประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปต่างให้ความสำคัญคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านทางบทบัญญัติของกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาล อย่างไรก็ตามภายใต้บทบัญญัติกฎหมายนั้นเองก็จำกัดขอบเขตหรือเงื่อนไขการให้ความสำคัญคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการไม่อาจได้รับความคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักสุจริต ที่สะท้อนผ่านบทบัญญัติของกฎหมายหรือการตีความของศาล หลักสุจริตนี้เป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายแห่งประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างมีเหมือนกัน ซึ่งแสดงออกโดยเจตนาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือสิ่งที่บ่งชี้ให้เห็นถึงการกระทำในลักษณะที่มีส่วนรวมในเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น เช่น การสนับสนุน ส่งเสริม เชิญชวนในการสร้างหรือพัฒนาเนื้อหาของบุคคลที่สามซึ่งมีลักษณะผิดกฎหมาย กรณีตั้งใจให้ไม่ต้องตรวจทานเพื่อระบุตัวบุคคลของผู้ใช้งานที่ได้แสดงเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย กรณีการใช้คำหรือข้อความที่มีลักษณะผสมโดยเปลี่ยนสาระสำคัญของเนื้อหาของบุคคลที่สาม เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะกระทำโดยสุจริตในการเผยแพร่ข้อมูลสู่สาธารณะ กฎหมายก็มีมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคให้มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม โดยการผลักภาระให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้ามาตรวจสอบหรือดูแลโฆษณาเหล่านี้ด้วย ดังจะเห็นได้ชัดเจนในกฎหมายของสหภาพยุโรปผ่านบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ที่ผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการลบเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น หรือปิดการเข้าถึงข้อมูลอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เมื่อได้รับการแจ้งถึงการกระทำผิดดังกล่าว

นอกจากนี้ในระยยะหลังประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลกลับตีความบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) แคบลงเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคและเพื่อให้บทบัญญัตินี้มี

<sup>103</sup> Staub Sylvain, "The words are key, Case Comment," *European Lawyer* 96 (2010): 42-43.

ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น การตีความของศาลในระยะหลังนี้นำมาสู่ข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

อนึ่ง แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความผิดในกรณีอื่นซึ่งหากนำมาเทียบเคียงกับปัญหากรณีการให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาแก่ผู้บริโภครวมถึงทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง โดยการบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณาผ่านโปรแกรม Google AdWords จะพบว่า มีข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ได้แก่ กรณีสัญญาหรือให้คำมั่นว่าจะดำเนินการลบข้อความที่มีเนื้อหาผิดกฎหมาย แต่กลับไม่ดำเนินการให้หรือไม่รับดำเนินการภายในเวลาอันสมควร ความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเองจากการพยายามสกัดกั้นหรือแก้ไขเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น และกรณีไม่ตรวจสอบเนื้อหาก่อนเผยแพร่สู่สาธารณะ หรือแก้ไขและควบคุมเนื้อหา เมื่อได้กำหนดมาตรฐานการตรวจสอบไว้สูง ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้จะนำไปวิเคราะห์และเทียบเคียงกับกฎหมายไทย เพื่อศึกษาผลทางกฎหมายของปัญหาและแนวทางการปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพอีกครั้งในบทถัดไปของเล่มนี้



## บทที่ 4

# ความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทย

### 4.1 ความนำ

สำหรับบทนี้เป็นการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทย ซึ่งยังขาดความชัดเจนทางกฎหมายถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง โดยการบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในทางแพ่งที่สำคัญ คือ กฎหมายละเมิดและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ

การศึกษาถึงปัญหาในบทนี้จะแยกศึกษา 2 ช่วงเวลาของการกระทำของผู้ให้บริการโฆษณา คือ กรณีที่ผู้ให้บริการโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้โฆษณา และกรณีภายหลังที่ได้แสดงผลการค้นหาดังกล่าว ผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ แต่ผู้ให้บริการโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาโฆษณาให้ผู้บริโภคต่อไปโดยไม่ดำเนินการใด เพื่อศึกษาถึงผลทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการโฆษณานั้นมีความชัดเจนเพียงพอ และเป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือไม่ โดยพิจารณาจากนโยบายและเงื่อนไขการให้บริการโฆษณาของ Google ซึ่งเป็นผู้ให้บริการโฆษณา รวมถึงการอนุมัติให้บริการโฆษณาผ่านโปรแกรม Google AdWords ประกอบการศึกษาในบทนี้ด้วย

### 4.2 กรณีผู้ให้บริการโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณา

#### 4.2.1 การคุ้มครองทางแพ่ง

##### 1) ความรับผิดเพื่อละเมิด

กรณีผู้ให้บริการโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณานั้น ผู้ให้บริการโฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้ความรับผิดเพื่อละเมิดหรือไม่นั้น สามารถอธิบายและพิจารณาได้ดังนี้

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะบัญญัติความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งเป็นความรับผิดในทางแพ่ง โดยทั่วไปแล้วอาจแบ่งส่วนลักษณะความรับผิดเพื่อละเมิดได้เป็น 3 ส่วน คือ ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของผู้อื่น และความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากทรัพย์สิน<sup>1</sup>

การกระทำใดที่จะเป็นละเมิดนั้น มีบทบัญญัติทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัติทั่วไปดังกล่าวพอสรุปได้ว่า การกระทำใดจะเป็นละเมิดนั้นต้องเป็นการกระทำผิดกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น กล่าวคือ ละเมิดจะต้องเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกระทำละเมิด เช่นนี้ หากมีการกระทำผิดกฎหมาย แต่ไม่เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแต่การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ย่อมไม่เป็นละเมิดแต่อย่างใด<sup>2</sup>

สำหรับหลักเกณฑ์การกระทำอันเป็นละเมิดนั้น โดยทั่วไปอาจเป็นได้ 3 ประการสำคัญ คือ การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำละเมิด อนึ่ง มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหลักเกณฑ์การกระทำอันเป็นละเมิดอาจแบ่งเป็น 4 ประการ ดังนี้

- 1) ผู้ใดกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 2) กระทำนั้นได้กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย
- 3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

<sup>1</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 5.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

#### 4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลแห่งการกระทำนั้น<sup>3</sup>

การกระทำของผู้ให้บริการโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณานั้น จะเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่นั้น ภายใต้หลักเกณฑ์บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

สำหรับหลักเกณฑ์แรก “ผู้ใดกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ” พิจารณาเบื้องต้นได้ว่า ผู้ให้บริการโฆษณาต้องเป็นบุคคลผู้กระทำละเมิด ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรืออาจเป็นนิติบุคคลก็ได้\* แต่ต้องกระทำไปโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวของตนด้วย เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ พบว่าการกระทำของ Google ผู้ให้บริการโฆษณาเป็นบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลอันเข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ของคำว่า “ผู้ใด” ภายใต้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว

<sup>3</sup> วารีนาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งล้าสมัย (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2503), หน้า 16.

\* แม้กระทั่งเด็กไร้เดียงสาก็อาจกระทำละเมิดได้เพราะเป็นบุคคลเช่นกัน นอกจากนี้ยังสามารถศึกษาตัวอย่างเพิ่มเติมได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 761/2518 เทศบาลกรุงเทพจําเลยมีหน้าที่ซ่อมแซมถนน จําเลยไม่ทราบว่ามีทางเท้าเป็นหลุมขนาดใหญ่มาก 2 ปี จําเลยไม่ซ่อมเป็นเหตุให้โจทก์เดินตกลงไปซึ่งโจทก์คาดหมายได้ว่าทางสาธารณะจะไม่มีหลุมเช่นนั้น จําเลยประมาทเลินเล่อฝ่ายเดียว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 41/2520 บริษัท สุระชัยขนส่ง จํากัดจําเลยเดินรถยนต์รับส่งคนโดยสารทับเส้นทางสัมปทาน เป็นละเมิดต้องใช้ค่าเสียหายทุกวันตามจำนวนที่รายได้ของฝ่ายที่เสียหายตกต่ำลง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 186/2521 การที่บริษัท ทิวส์เศรษฐกิจ จํากัดจําเลยนำรถยนต์มาวิ่งรับคนโดยสารและเก็บค่าโดยสารเป็นการทับเส้นทางรถประจำทางในสัมปทานของโจทก์จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติการขนส่ง พ.ศ. 2497 มาตรา 14 ย่อมถือว่าเป็นลักษณะของการแข่งขัน โดยไม่จำเป็นว่าจะมีการรับและเก็บค่าโดยสารเป็นรายตัวตามรายทางอย่างเดียว กับโจทก์หรือไม่ และสถานที่ประกอบกิจการรับผู้โดยสารของจําเลยจะตั้งอยู่อย่างไร เมื่อจําเลยประกอบการขนส่งด้วยรถยนต์อันเป็นการแข่งขันกับโจทก์ผู้มีสิทธิทำ การขนส่งประจำทางในเส้นทางที่โจทก์ได้รับอนุญาตจึงเป็นการละเมิดต่อโจทก์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2359/2522 การรถไฟแห่งประเทศไทยจําเลย ชุดคูรับน้ำที่ลำรางจักร มีคราบน้ำมันเครื่องปนไหลออกมาเป็นฝ้าเต็มคู มีคนจุดไฟไหม้กองขยะที่คนเอาไปทิ้งริมคู ความร้อนของไฟทำให้คราบน้ำมันลุกไหม้รถยนต์แล้วไหม้บ้านโจทก์ที่อยู่คนละ ฝั่งคู จําเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์

แต่ Google ผู้กระทำจะได้กระทำการอันเป็นละเมิดหรือไม่นั้นต้องพิจารณาก่อนว่า กรณีที่ผู้ให้บริการโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาเป็นการกระทำโดยจงใจหรือไม่ ซึ่งการกระทำที่จะเป็นการกระทำละเมิดได้นั้น โดยทั่วไปไม่ได้ทั้งกรณีเป็นการกระทำและการงดเว้นกระทำ<sup>4</sup>

การกระทำโดยทั่วไปแล้ว หมายถึง การเคลื่อนไหวของร่างกายซึ่งกระทำโดยรู้สำนึก ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจมนุษย์ ดังนั้นการเคลื่อนไหวในขณะนอนหลับ ตอนละเมอหรือตอนไม่รู้สึกร่างกายอื่น เช่น กรณีวิกลจริต เด็กที่ไม่รู้เตียงสา เมาสุราจนไม่รู้ตัว เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ไม่ใช่การกระทำตามความหมายแห่งกฎหมาย<sup>5</sup>

ส่วนการกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้าผู้กระทำรู้ว่าได้กระทำไปแล้วจะส่งผลให้เกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วยอมถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นจากการกระทำเหล่านั้นมากน้อยเพียงใดก็ไม่สำคัญ<sup>6</sup> อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำโดยรู้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นอกจากนี้หากพิจารณาจากความหมายของการกระทำโดยจงใจเทียบกับการกระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การกระทำโดยจงใจจะมีความหมายกว้างกว่า เนื่องจากการกระทำโดยเจตนา ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำด้วย แต่การกระทำละเมิดโดยจงใจ ผู้กระทำต้องรู้สำนึกถึงผลเสียที่จะเกิดจากการกระทำของตน แม้ว่าผู้กระทำจะไม่ทราบถึงความเสียหายที่จะตามมาอย่างน้อยเพียงใด ฉะนั้น การกระทำโดยเจตนาจึงเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่การกระทำโดยจงใจอาจไม่ใช่การกระทำโดยเจตนาเสมอไป<sup>7</sup>

เมื่อพิจารณาจากการกระทำของ Google ที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณานั้น พิจารณาได้ว่า Google เป็นบริษัทที่

<sup>4</sup> ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 7.

<sup>5</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 470

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 470.

<sup>7</sup> ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 18.

ดำเนินธุรกิจอื่นนอกจากจะให้บริการค้นหาข้อมูลแล้ว ยังมีธุรกิจเกี่ยวเนื่องที่สำคัญของบริษัทคือ ธุรกิจให้บริการลงโฆษณาผ่านโปรแกรม Google AdWords โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ การให้บริการลงโฆษณาและคิดค่าบริการลงโฆษณากับผู้โฆษณา โดยมีเงื่อนไขของค่าบริการดังกล่าวจากจำนวนครั้งที่ผู้ใช้งานการสืบค้นซึ่งเป็นผู้โภคคลิกเข้าชมลิงค์โฆษณาดังกล่าว เมื่อผู้ใช้งานสืบค้นข้อมูลโฆษณา ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็จะแสดงผลการค้นหาโฆษณาจากบรรจุข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาให้แก่ผู้ใช้งานสืบค้นข้อมูลโฆษณา แสดงให้เห็นว่า การกระทำของ Google ที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาย่อมมิใช่การกระทำโดยจงใจ เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้กระทำไปโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตนต่อผู้ใช้งานการค้นหา แม้ผลเสียหายนั้นจะมีมากน้อยเพียงใดก็ตาม กล่าวอีกนัยหนึ่ง Google ซึ่งเป็นผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ แสดงผลการค้นหาโฆษณาให้แก่ผู้ใช้งานนั้น แม้การกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้ใช้งาน การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาก็มิใช่การกระทำโดยจงใจ เช่นนี้ จำต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำดังกล่าวของ Google ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่

โดยหลักแล้ว การกระทำโดยประมาทเลินเล่อมีความหมายในลักษณะทำนองเดียวกับ การกระทำโดยประมาทในทางอาญา ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่<sup>8</sup>

ส่วนการใช้ความระมัดระวังเพียงใดนั้น พิจารณาตามวิสัยและพฤติการณ์ สำหรับวิสัยนั้น หมายถึง สภาพเกี่ยวกับตัวบุคคลของผู้กระทำ เช่น ผู้กระทำเป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย เป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ หรือคนชรา เป็นต้น ส่วนพฤติการณ์จะหมายถึง เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น ในขณะที่เกิดเหตุเป็นเวลาเที่ยงสงบหรือมีผู้คนพลุกพล่าน หรือขณะเกิดเหตุเป็นเวลากลางวันหรือกลางคืน หรือขณะเกิด

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.



เหตุเป็นคืนเดือนมืดหรือคืนพระจันทร์เต็มดวง เป็นต้น เพราะแต่ละพฤติกรรมนั้นอาจทำให้ผู้กระทำใช้ระดับความระมัดระวังที่แตกต่างกันออกไปได้<sup>9</sup>

สำหรับสภาพของบุคคลผู้กระทำนั้น ต้องสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบ ซึ่งบุคคลที่สมมติขึ้นนั้นต้องมีสภาพของร่างกายเช่นเดียวกับผู้กระทำ ส่วนสภาพทางจิตใจถือระดับทั่วไปของบุคคลในสภาพร่างกายอย่างเดียวกันนั้น อีกทั้งต้องอยู่ในพฤติกรรมภายนอกอย่างเดียวกับผู้กระทำด้วย หากเปรียบเทียบกันแล้ว พบว่า บุคคลที่สมมติขึ้นมานั้นจะไม่กระทำโดยขาดความระมัดระวังเหมือนอย่าง ที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อแล้ว ในทางกลับกัน หากบุคคลที่สมมติได้กระทำเช่นเดียวกับการกระทำของผู้กระทำไปแล้วนั้นถือมิได้ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ<sup>10</sup>

เมื่อพิจารณาจากการกระทำของ Google ที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณานั้นมิใช่การกระทำโดยจงใจ แต่การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น สามารถเทียบเคียงตัวอย่างของผู้ให้บริการลงโฆษณาคล้ายกับการให้บริการลงโฆษณาของ Google อย่างเช่น บริษัทยาฮู (Yahoo Inc.) ซึ่งเป็นบริษัทให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตและมีโปรแกรมการลงโฆษณาคล้ายกับโปรแกรม Google AdWords ผ่านทางโปรแกรม Yahoo! Bing Network\* นอกจากนี้ยังมีบริษัทให้บริการลงโฆษณาบน

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน.

\* โปรแกรม Yahoo! Bing Network เป็นระบบโฆษณาสินค้าหรือบริการผ่านระบบสืบค้นข้อมูล (Search Engine) ของยาฮู (Yahoo) และบิงค์ (Bing) ซึ่งเป็นระบบค้นข้อมูลของบริษัทไมโครซอฟท์ (Microsoft Corporation) โปรแกรม Yahoo! Bing Network สามารถเลือกที่จะลงโฆษณาผ่านทางเว็บไซต์ของยาฮู (Yahoo) ซึ่งมีโดเมนเนม (Domain Name) ว่า yahoo.com หรือเลือกที่ลงโฆษณาผ่านทางเว็บไซต์ของบิงค์ (Bing) ซึ่งมีโดเมนเนม (Domain name) ว่า bing.com ก็ได้ สำหรับการคิดค่าลงโฆษณานั้น จะมีลักษณะคิดค่าบริการลงโฆษณาตามจำนวนครั้งที่คลิก "Pay Per Click (PPC)" เช่นเดียวกับการคิดค่าบริการลงโฆษณาผ่านโปรแกรม Google Adwords เพียงแต่จะแตกต่างกันตรงที่โปรแกรม Yahoo! Bing Network จะมีเป้าหมายทำการตลาดกับลูกค้าตัวเองและกลุ่มคนที่มิได้ใช้บริการสืบค้นข้อมูล (Search Engine) ของบริษัทกูเกิล (Google Inc.) ก่อนบริษัทยาฮู (Yahoo Inc.) และบริษัทไมโครซอฟท์ (Microsoft Corporation) จะร่วมมือกันพัฒนาระบบ Yahoo! Bing Network บริษัทยาฮู (Yahoo) และบริษัทไมโครซอฟท์ (Microsoft Corporation) จะร่วมมือกันพัฒนาระบบ Yahoo! Bing Network บริษัทยาฮู (Yahoo Inc.) มีโฆษณาของตัวเองที่มีชื่อว่า "Yahoo Advertising" ส่วนบริษัทไมโครซอฟท์ (Microsoft) มีโฆษณาของตัวเองที่มีชื่อว่า Bing.com ซึ่งหรือเรียกว่า "Bing Ads" อ้างอิงจาก เชียงใหม่

อินเทอร์เน็ตอื่นเช่น ASK AOL.COM WOW DuckDuckGo เป็นต้น เมื่อพิจารณาจากวิสัยและพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตนั้น จะพบว่า โดยทั่วไปการใช้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรมลงโฆษณาของผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นมีจำนวนมาก การตรวจสอบในเชิงลึกว่าผู้โฆษณาในแต่ละรายที่มาขอใช้บริการนั้น บรรจุข้อความโฆษณาที่ทำให้ผู้ใช้งานการสืบค้นข้อมูลโฆษณาเข้าใจผิดและถูกหลอกลวงขึ้นนั้นย่อมเป็นการยาก เพราะต้องใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายที่สูงสำหรับการจ้างบุคคลมาตรวจสอบในเชิงลึกของผู้โฆษณาแต่ละรายที่มาขอใช้บริการลงโฆษณา ด้วยเหตุนี้ในกรณีของการแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ต้องอาศัยการตรวจสอบข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาในเชิงลึกก่อนนั้น ไม่ถือว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ

อย่างไรก็ตามมีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปว่า หากการแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่สามารถตรวจสอบข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาได้โดยง่าย เช่นนี้จะถือว่าการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ เพราะแม้จะเป็นกรณีที่สามารถตรวจสอบข้อความได้โดยง่าย แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณามีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความโฆษณาในแต่ละรายที่มาขอใช้บริการลงโฆษณาเหล่านั้นอันจะทำให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องมีส่วนรับผิดชอบกับการละเลยในหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบข้อความโฆษณาต่อผู้บริโภคที่ใช้งานการสืบค้นข้อมูลเหล่านี้หรือไม่

เมื่อพิจารณาในเรื่องหน้าที่ของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตภายใต้กฎหมายไทยนั้น จะไม่ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตในการตรวจสอบการขอใช้บริการลงโฆษณาไว้แต่อย่างใด ดังนั้นผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการตรวจสอบข้อความโฆษณาก่อนการแสดงผลการค้นหาให้แก่ผู้ใช้งานการสืบค้น จึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ด้วยเหตุที่ละเลยหน้าที่ตามกฎหมายสำหรับการตรวจสอบข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาก่อนแต่อย่างใด

หากพิจารณาหน้าที่ตามสัญญาในการตรวจสอบข้อความโฆษณาก่อนการแสดงผลนั้น พิจารณาเบื้องต้นได้ว่า การขอใช้บริการลงโฆษณากับผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นจะมีเงื่อนไขการขอใช้บริการลงโฆษณา ซึ่งผู้ให้บริการลงโฆษณาจะไม่อนุมัติโฆษณาที่ฝ่าฝืนนโยบายการโฆษณาของ

ผู้ให้บริการลงโฆษณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการใช้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้นห้ามบรรจุข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณา Google จะมีการตรวจสอบข้อความโฆษณาในเบื้องต้นก่อนที่จะอนุมัติขอใช้บริการลงโฆษณา<sup>11</sup> ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้จะอธิบายในหัวข้อต่อไป

หากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ตรวจสอบในเบื้องต้นแล้วหรือไม่ได้ตรวจสอบข้อความโฆษณาก่อน จะถือว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อที่ได้แสดงผลการค้นโฆษณาแก่ผู้บริโภคที่ใช้งานการสืบค้นหรือไม่ แม้การตรวจสอบจะเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการอนุมัติขอใช้บริการลงโฆษณาของผู้โฆษณา แต่การตรวจสอบดังกล่าวก็เป็นเงื่อนไขที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการลงโฆษณากับผู้โฆษณาที่ขอใช้บริการลงโฆษณา มิใช่เงื่อนไขที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการลงโฆษณากับผู้บริโภคที่ใช้งานการสืบค้นโฆษณา อีกทั้งการตรวจสอบดังกล่าวเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์ของผู้ให้บริการลงโฆษณาโดยตรง มิใช่เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค กล่าวคือ การตรวจสอบข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาก่อนการอนุมัติการขอใช้บริการลงโฆษณาของผู้โฆษณานั้น เพื่อเป็นไปตามนโยบายการโฆษณาของผู้ให้บริการโฆษณาเป็นหลัก เนื่องจากผู้ให้บริการลงโฆษณาเคยพบผู้โฆษณาที่ได้ละเมิดข้อกำหนดและข้อบังคับในท้องถิ่น ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจแจ้งให้ผู้โฆษณาทราบและดำเนินการเพื่อหยุดการโฆษณาที่มีปัญหา

นอกจากนี้ภายใต้ข้อกำหนดการแสดงผลโฆษณา ผู้โฆษณาทุกคนที่มาขอใช้บริการลงโฆษณาต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง รวมถึงนโยบายของบริษัทผู้ให้บริการลงโฆษณา โดยเป็นหน้าที่ของผู้โฆษณาที่ต้องรับผิดชอบในการตรวจสอบว่าตนได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ที่ผู้โฆษณาแสดง และนโยบายการโฆษณาของผู้ให้บริการลงโฆษณา<sup>12</sup> อีกทั้งการตรวจสอบข้อความโฆษณาก่อนก็เป็นประโยชน์ในภายภาคหน้าที่ป้องกันมิให้เกิดการฟ้องคดีเอาผิดกับผู้ให้บริการลงโฆษณา และการตรวจสอบเบื้องต้นก่อนย่อมเป็นภาพลักษณ์ที่ดีของ

<sup>11</sup> Google (Thailand) Company Limited. Advertising Policies[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/answer/6316?hl=en> [2015, May 10]

<sup>12</sup> Google (Thailand) Company Limited. Legal requirements & serving limitations[Online]. Available from: <http://Support.google.com/adwordspolicy/answer/6023676> [2015, May 10]

ผู้ให้บริการลงโฆษณาอันเป็นเหตุทำให้มีจำนวนผู้ใช้งานการสืบค้นข้อมูลโฆษณามากขึ้นและส่งผลกระทบต่อจำนวนผู้โฆษณาที่มาขอใช้บริการลงโฆษณาของตนด้วยเหตุที่โอกาสผู้ใช้งานการสืบค้นโฆษณาจะสามารถเข้าถึงข้อมูลและซื้อสินค้าหรือบริการกับตนมากยิ่งขึ้น<sup>13</sup> ด้วยเหตุนี้การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงไม่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ด้วยเหตุที่ละเลยหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ให้บริการลงโฆษณากับผู้โฆษณาสำหรับการตรวจสอบข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาก่อนการอนุมัติหรือแสดงผลการค้นหาโฆษณาให้แก่ผู้บริโภคที่ใช้งานการสืบค้นแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี มีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปว่า แม้ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบเหล่านี้โดยตรง ถ้าผู้บริโภคได้ร้องเรียนแจ้งเหตุถึงปัญหาจากการสืบค้นข้อมูลโฆษณาที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาแล้ว เช่นนี้จะถือว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออันทำให้เป็นละเมิดต่อผู้บริโภคหรือไม่ หรือมีประเด็นทางกฎหมายใดที่จะสามารถคุ้มครองผู้บริโภคจากการกระทำดังกล่าวเช่นนี้ได้ ซึ่งจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อสุดท้ายของบทนี้

## 2) ความคลุมเครือในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการโฆษณา

เมื่อพิจารณาในภาพรวมภายใต้บทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่า แม้ผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคที่ได้ใช้งานการสืบค้นโฆษณา อันเป็นเหตุให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดและหลงเชื่อในข้อความโฆษณา และได้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้โฆษณาทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย เช่น ต้องสูญเสียเงินที่ได้ชำระทั้งหมดหรือบางส่วนไปจากการซื้อสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้โฆษณา หรือไม่ได้รับสินค้าหรือใช้บริการดังที่ได้อธิบายในเบื้องต้นในบทที่ 2 แล้วนั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อที่ได้แสดงผลโฆษณาดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภค

<sup>13</sup> Google (Thailand) Company Limited. About our Policies[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/answer/6316?hl=en> [2015, May 10]

แต่หากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ผู้บริโภคได้ร้องเรียนแจ้งเหตุถึงปัญหาจากการสืบค้นข้อมูลโฆษณาที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาแล้ว เช่นนี้จะถือว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาให้แก่ผู้บริโภคโดยจงใจหรือไม่ เนื่องด้วยผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ทราบถึงปัญหาเหล่านั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ย่อมรู้ดีว่าจะเกิดผลเสียหายแก่ผู้บริโภคได้อีก หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาโฆษณาเช่นนั้นต่อไป เช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำอันเป็นละเมิดต่อผู้บริโภคนับแต่รู้ถึงปัญหาเหล่านั้นแล้วยังแสดงโฆษณาที่มีข้อความที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงต่อไปแก่ผู้บริโภค

อย่างไรก็ดี ก็มีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปอีกว่า แม้ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะรู้ว่าจะเกิดผลเสียหายแก่ผู้บริโภคได้อีก หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาโฆษณาเช่นนั้นต่อไป แต่การรู้ปัญหาดังกล่าวจะถึงขนาดให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในทันทีที่ได้รับการแจ้งเรื่องร้องเรียน หรือหลังจากที่ได้มีการตรวจสอบในเบื้องต้นหรือไม่ เพราะการรับแจ้งเรื่องร้องเรียนในแต่ละครั้ง โดยปกติแล้วสิ่งที่ได้รับแจ้งมาอาจเป็นจริงตามที่แจ้งมาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่จำเป็นต้องดำเนินการใดต่อโฆษณาของผู้โฆษณาที่เป็นเหตุให้ได้รับการแจ้งเรื่องร้องเรียนเหล่านั้นมา<sup>14</sup>

นอกจากนี้มีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปอีกว่า แม้ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะทราบถึงผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้บริโภค แต่การทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงนั้นจะถือว่าเป็นการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ต้องมีส่วนร่วมในการรับผิดชอบต่อผู้บริโภคหรือไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการลงโฆษณากับผู้โฆษณาแล้ว การแสดงผลลิงค์โฆษณาให้แก่ผู้บริโภคนั้นเกิดขึ้นภายใต้สัญญาการขอใช้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต ที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาหลักเพื่อให้ผู้ให้บริการลงโฆษณานำข้อความโฆษณาที่ผู้โฆษณาได้บรรจุข้อความโฆษณาไว้แสดงผลต่อผู้บริโภคที่ได้ใช้งานการสืบค้นข้อมูล แสดงให้เห็นว่า ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไปเสมือนเป็นตัวกลางส่งต่อข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาให้แก่ผู้บริโภคหรือไม่ การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาย่อมไม่เป็นละเมิดต่อ

<sup>14</sup> Ibid.

ผู้บริโภคในทุกกรณีหรือไม่ ผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายในต่างประเทศที่ได้ศึกษา มาแล้วในบทก่อนหน้าหรือไม่

จากประเด็นพิจารณาทั้งหลายในเบื้องต้นที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ผู้ให้บริการลง โฆษณาไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริโภคในการแสดงผลการคำที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวงใน สินค้าหรือบริการ แต่ก็ยังมีบางประเด็นดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในเบื้องต้นที่ยังคลุมเครือในการวินิจฉัย ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณา ซึ่งส่งผลให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาต้องรับผิดชอบหรือไม่ต่อบริโภคก็ได้ เช่นนี้จึงเป็นเรื่องที่น่าพิจารณาว่า การคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาภายใต้บทบัญญัติ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะให้การคุ้มครองผู้บริโภคได้ครอบคลุมในทุก กรณีหรือไม่

#### 4.2.2 การคุ้มครองภายใต้กฎหมายพิเศษ

##### 1) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

เนื่องด้วยแนวความคิดสำหรับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณานั้นมีว่า การโฆษณาเป็นพฤติกรรมทางธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคไปพร้อมกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง ทางการค้า ดังนั้นการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจคู่แข่งทางการค้าซึ่งย่อมเกิดความไม่ เป็นธรรมต่อบริโภคไปด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ การกระทำที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นความผิดที่ต้องห้ามและมี บทลงโทษ นอกจากนี้การควบคุมการโฆษณาจึงเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ประกอบการด้วย เสมอ กล่าวคือ มิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็นจริงเพียงอย่างเดียว แต่ มุ่งหมายเพื่อขจัดความไม่เป็นธรรมทางการค้าไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้ไม่ได้ปรากฏชัดเจนใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติมาตรา 22-29 พระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณา<sup>15</sup>

กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาลงโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือ หลงกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณานั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค

<sup>15</sup> สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 170-171.

ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หรือไม่นั้น กรณีนี้สามารถแยกประเด็นพิจารณาได้ดังนี้

(1) สถานะทางกฎหมายของผู้ให้บริการลงโฆษณาและผู้บริโภคที่ใช้งานการค้นหาโฆษณาจากผู้ให้บริการลงโฆษณา

(2) การแสดงผลการค้นหาเป็นลิงค์โฆษณาบนสื่ออินเทอร์เน็ต

(3) ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งสามารถอธิบายได้ต่อไปนี้

**(1) สถานะทางกฎหมายของผู้ให้บริการลงโฆษณาและผู้บริโภคที่ใช้งานการค้นหาโฆษณาจากผู้ให้บริการลงโฆษณา**

ผู้ให้บริการลงโฆษณาและผู้บริโภคนั้นมีสถานะทางกฎหมายเช่นใด และอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่นั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### 1.1 ผู้ให้บริการลงโฆษณา

จากนิยามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ให้นิยามต่อไปว่า

“ซื้อ” หมายความว่ารวมถึง เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

“ขาย” หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

“สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

“ผลิต” หมายความว่า ทำ ผสม ปู รุ่ ประกอบ ประดิษฐ์ หรือแปรสภาพและหมายความรวมถึงการเปลี่ยนรูป การดัดแปลง การคัดเลือก หรือการแบ่งบรรจุ

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการ โฆษณาด้วย

ผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นสถานะหนึ่ง คือ เป็นเจ้าของสื่อโฆษณา กล่าวคือ เป็นเจ้าของและ หรือเป็นผู้ดูแลดำเนินการ โดยเป็นพาหนะนำคำหรือข้อความโฆษณาเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของผู้ โฆษณาไปยังผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับทราบและเห็นพ้องต้องตาม และปฏิบัติตามความต้องการ ของผู้โฆษณา โดยได้รับค่าตอบแทนจากผู้โฆษณาหรือผู้แทนโฆษณา<sup>16</sup> แต่ในขณะเดียวกัน ผู้ให้บริการ ลงโฆษณาก็ให้บริการค้นข้อมูลโฆษณาซึ่งมีการทำงานไปพร้อมกับโปรแกรม Google AdWords แม้ จะให้บริการแก่ผู้บริโภคที่ใช้งานการค้นหาโดยไม่มีค่าตอบแทน แต่ก็หวังจะได้โอกาสจากค่าตอบแทน จากผู้โฆษณาที่ต้องการให้โปรแกรมดังกล่าวแสดงการค้นหาโฆษณาของตนให้แก่ผู้บริโภคซึ่งสืบเนื่อง จากความนิยมและความไว้วางใจจากการใช้บริการของผู้บริโภคต่อผู้ให้บริการลงโฆษณา อันเข้า ลักษณะเป็นผู้ประกอบกิจการโฆษณา ซึ่งสามารถกำหนดรูปแบบตำแหน่งโฆษณาได้อีกด้วย<sup>17</sup> เมื่อ ผู้บริการโฆษณาลงโฆษณาเป็นผู้ประกอบกิจการโฆษณาก็ย่อมถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจภายใต้ นิยาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วย

## 1.2 ผู้บริโภคที่ใช้งานการค้นหาโฆษณาจากผู้ให้บริการลงโฆษณา

สืบเนื่องจากผู้ให้บริการลงโฆษณาและผู้บริโภคไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กันโดยตรงในทางสัญญา ซื้อขายหรือให้บริการ เพียงแต่ได้รับบริการในการสืบค้นข้อมูลผ่านทางเครื่องมือการค้นหาข้อมูลของผู้ ให้บริการลงโฆษณา อีกทั้งการให้บริการค้นหาข้อมูล ผู้บริโภคไม่ได้เสียค่าตอบแทนในการใช้บริการ แต่อย่างใด ผู้บริโภคที่ใช้งานการค้นหาโฆษณาจากผู้ให้บริการลงโฆษณาจะถือเป็นผู้บริโภคตามคำ

<sup>16</sup> สุภรณ์ อรุณวิวัฒนา, “ความรับผิดในการประกอบธุรกิจโฆษณา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ 2536), หน้า 18.

<sup>17</sup> ทศรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ, “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์, 2550), หน้า 153.



นิยามของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ สามารถพิจารณาจากนิยามในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ดังนี้

“ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม”

จากนิยามเบื้องต้น พิจารณาได้ว่า ผู้ใช้งานการสืบค้นหาโฆษณาและได้ซื้อสินค้าหรือบริการจากลิงค์โฆษณาที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาแสดงผลการค้นหาลงให้ผู้ใช้งานนั้น ผู้ใช้งานดังกล่าวถือได้ว่าเป็นผู้บริโภค แม้มิได้เสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ตาม

## (2) การแสดงผลการค้นหาลิงค์โฆษณาบนสื่ออินเทอร์เน็ต

การแสดงผลการค้นหาลิงค์โฆษณาบนสื่ออินเทอร์เน็ตนั้นถือเป็นโฆษณาตามคำนิยามของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากนิยามในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ดังนี้

“ข้อความ” หมายความว่ารวมถึงการกระทำที่ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

“โฆษณา” หมายความว่าถึงกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

“สื่อโฆษณา” หมายความว่า สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท์ หรือป้าย

จากนิยามจะเห็นได้ว่า โฆษณา สามารถทำได้ด้วยวิธีใดก็ได้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจถึงความหมายและความมุ่งหมายของผู้โฆษณา ซึ่งกระทำไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้าก็สามารถเป็นโฆษณาได้ทั้งหมด ส่วนสื่อโฆษณานั้น แม้มิได้ระบุไว้ในตัวบทบัญญัติถึง สื่อบนอินเทอร์เน็ต แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแล้ว คำว่า “สื่อโฆษณา” นั้นมุ่งหมายถึงสื่อใด ๆ ก็ตามที่ใช้เป็นในการโฆษณา

อีกทั้ง หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท หรือป้าย เป็นแต่เพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้น สื่อบนอินเทอร์เน็ตย่อมเป็นสื่อโฆษณาด้วยเช่นกัน<sup>18</sup>

ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาลิงค์โฆษณาบนอินเทอร์เน็ต นั้นย่อมเป็นโฆษณา เพราะกฎหมายไม่ได้คำนึงวิธีการของการทำโฆษณา แม้จะเป็นลิงค์โฆษณาที่เกิดจากการการประมวลผลของโปรแกรม Google AdWords หรือการแสดงผลลิงค์โฆษณานั้นอาจจะไม่สัมพันธ์กับสิ่งที่ผู้ใช้งานค้นหาก็ตาม แต่ลิงค์โฆษณาดังกล่าวก็ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ทางการค้า กล่าวคือ ลิงค์โฆษณาเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้าหรือบริการ โดยทำให้ผู้ใช้งานเห็นหรือทราบข้อความบนลิงค์โฆษณา หากผู้ใช้งานสนใจเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการตามโฆษณาก็สามารถเข้าไปยังเว็บไซต์ของผู้โฆษณาผ่านทางลิงค์โฆษณาดังกล่าวได้ ดังนั้นลิงค์โฆษณาที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ แสดงต่อผู้ใช้งานย่อมเรียกได้ว่าเป็นการโฆษณาแล้ว<sup>19</sup>

### **(3) ความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้บริโภค**

การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลโฆษณาได้เกือบทุกประเภท ยกเว้นการโฆษณาเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการในกรณีขายตรง และตลาดแบบตรงอันจะอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรง ดังจะเห็นได้จาก บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545<sup>\*</sup>

กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาภายใต้บทบัญญัติมาตรา 22-29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 สำหรับการพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้บริโภค

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>\*</sup> มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 “คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาเรื่องร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้จำหน่ายอิสระ ตัวแทนขายตรง ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หรือผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

(2) แจ้งหรือโฆษณาข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้บริโภค ในการนี้ จะระบุชื่อสินค้าหรือบริการ หรือชื่อของผู้จำหน่ายอิสระ ตัวแทนขายตรง ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หรือผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงด้วย ก็ได้...”

หรือไม่นั้น กรณีจำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงแก่ผู้บริโภคเป็นข้อความต้องห้ามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ก่อน ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522<sup>20</sup>

**“มาตรา 22** การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

(2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง หรือไม่ก็ตาม

(3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมาย หรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ

(4) ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

(5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1)”

จากบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จะเห็นได้ว่าข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงแก่ผู้บริโภคเป็นข้อความต้องห้ามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ข้อความโฆษณาดังกล่าวต่างเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

<sup>20</sup> สุขุม ศุภินิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, หน้า 171.

สำหรับข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดนั้นเป็นข้อความโฆษณาต้องห้ามตามมาตรา 22 (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 คือ เป็นข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ กรณีนี้ไม่ถึงขนาดเป็นเท็จ อีกทั้งกฎหมายให้ออกาสผู้โฆษณาพิสูจน์ความเป็นจริงถึงรายงานทางวิชาการ สถิติ ตลอดจนผลการรับรองของบุคคลอื่นใดหรือสถาบันต่อคณะกรรมการว่าด้วยด้านโฆษณาได้ ถ้าผู้โฆษณาไม่สามารถพิสูจน์ได้กฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยด้านโฆษณาภายใต้มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการโฆษณา ห้ามการใช้ข้อความบางอย่าง ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา หรือให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้ว โดยอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยด้านโฆษณาในกรณีนี้จะใช้วิธีใดนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี<sup>21</sup>

การแสดงข้อความโฆษณาบนลิงค์โฆษณาที่จะเข้าข่ายเป็นความผิดตามอนุมาตรานี้ได้จะต้องเป็นกรณีที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่า เมื่อผู้บริโภคได้คลิกไปยังลิงค์โฆษณาเพื่อพบเว็บไซต์เจ้าของสินค้าหรือบริการ แต่ในความจริงแล้วกลับเป็นเว็บไซต์ของผู้โฆษณาแทน ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณา ดังนั้นหากลิงค์โฆษณาระบุชัดเจนว่า สินค้าหรือบริการและเว็บไซต์ที่ผู้บริโภคคลิกเข้าชมเป็นของผู้โฆษณากรณีเช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>22</sup>

ส่วนข้อความโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงนั้น เป็นข้อความที่เป็นเท็จตามมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งข้อความโฆษณาหลอกลวงไม่จำกัดคำถึงจำนวนของผู้บริโภคที่หลงเชื่อ เนื่องจากข้อความโฆษณาที่เผยแพร่เป็นการเผยแพร่ต่อประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งย่อมประกอบไปด้วยคนที่มีระดับการศึกษาที่หลากหลาย ตลอดจนความสามารถในการใช้วิจารณญาณที่แตกต่างกัน นอกจากนี้อายุ เพศก็อาจแตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ระดับการใช้วิจารณญาณของเด็กกับผู้ใหญ่ก็ต่างแตกต่างกัน ดังนั้นปัญหาที่ว่าข้อความโฆษณาที่มีลักษณะหลอกลวง

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

<sup>22</sup> หทัยรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ, “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา (Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 156.

นั้นจะใช้เกณฑ์ความสามารถใดหรือระดับภูมิปัญญาระดับใดของประชาชนมาเป็นเกณฑ์วัดที่จะถือว่าข้อความดังกล่าวทำให้ประชาชนหลงเชื่อและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น\*

เมื่อข้อความโฆษณาทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงให้แก่ผู้บริโภคเป็นข้อความต้องห้ามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค โดยหลักแล้วผู้ที่ต้องรับผิดชอบในกรณีคือ ผู้โฆษณาในฐานะเป็นผู้เขียนข้อความโฆษณาดังกล่าวขึ้น ส่วนผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบในกรณีนี้ด้วยหรือไม่ในฐานะผู้จัดทำข้อความโฆษณาจากผู้โฆษณาและแสดงผลการค้นหาข้อความโฆษณาเผยแพร่ให้แก่ผู้บริโภคหรือไม่นั้นจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อถัดไป

## 2) ความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่น่าปรับใช้

เนื่องด้วยบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่า ห้ามบุคคลใดในการใช้ข้อความในการโฆษณาอันต้องห้ามตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว เพียงแต่ระบุครอบคลุมถึงลักษณะของการโฆษณาที่ใช้ข้อความต้องห้ามเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากข้อความตอนต้นที่ว่า “การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม”

กรณีนี้จะไม่มีปัญหาหากเป็นการวินิจฉัยความผิดของผู้โฆษณา เนื่องด้วยเป็นผู้กระทำผิดโดยตรง แต่หากเป็นการวินิจฉัยของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตที่รับจัดทำข้อความโฆษณาและเผยแพร่โฆษณาเหล่านั้น โดยการแสดงผลการค้นหาให้แก่ผู้บริโภคที่มาใช้บริการเครื่องมือสืบค้นข้อมูลของผู้ให้บริการลงโฆษณา เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาดังกล่าวไม่แตกต่างไปจากผู้เผยแพร่

\* สำหรับการพิจารณาถึงข้อความโฆษณาที่มีลักษณะหลอกลวงนั้นมีปรากฏในมาตรา 22 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หากข้อความนั้นบุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ข้อความนั้นย่อมไม่ใช่ข้อความหลอกลวงอันจะต้องห้ามตามอนุ (1) ส่วนข้อความโฆษณาที่ใช้ถ้อยคำแสดงถึงระดับคุณภาพหรือสรรพคุณ เช่น “แห่งแรก” “ดีที่สุด” “100%” เป็นต้น กรณีนี้จะถือเป็น การหลอกลวงหรือเป็นเท็จหรือไม่ กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้โฆษณาพิสูจน์เพื่อยืนยันข้อเท็จจริงเหล่านี้ได้ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เรื่อง การโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยใช้ข้อความที่มีลักษณะเป็นการยืนยันเท็จจริงอันยากแก่การพิสูจน์ สามารถศึกษาเพิ่มเติมจากสุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, หน้า 174-178.

โฆษณาทั่วไป เช่นนี้ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องมีส่วนรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้บริโภคหรือไม่

บทบัญญัติมาตราอื่นนอกเหนือจากมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็ไม่ได้กล่าวถึงกรณีความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต หรือกรณีต้องห้ามกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาไว้แต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่เคยมีประเด็นขึ้นสู่ศาล ทำให้ไม่อาจทราบแน่ชัดว่ากรณีของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาคำขอความโฆษณาทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวงนั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องมีส่วนรับผิดชอบต่อผู้บริโภคหรือไม่ แม้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาจะถือว่าเป็นผู้ประกอบการภายใต้ นิยามแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

การวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นสำคัญ เนื่องด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนั้นมีโทษทางอาญาและการใช้อำนาจทางมหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องอันกระทบต่อตัวบุคคล สำหรับกรณีฝ่าฝืนตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้น อาจมีโทษทางอาญาได้ตามมาตรา 47-51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยโฆษณาเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ<sup>23</sup> ดังนั้นแม้กฎหมายต้องคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณา แต่ขณะเดียวกันก็ไม่อาจละเลยความสำคัญของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาคำโฆษณาให้แก่ผู้โฆษณาเช่นกัน เพราะมีโทษทางอาญาและการใช้อำนาจทางมหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ผู้กระทำโฆษณาจะฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดบทลงโทษในทางแพ่งหรือการชดใช้เยียวยาความเสียหายในทางแพ่งให้แก่ผู้บริโภค มีแต่เพียงบทลงโทษในทางอาญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ด้วยเหตุเหล่านี้เองจึงมีปัญหในเรื่องความชัดเจนของบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ว่ามีเจตนารมณ์รวมไปถึงผู้ให้บริการลงโฆษณาด้วยหรือไม่ ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 219.



ให้บริการของ “Google Asia Pacific Pte. Ltd Advertising Program Term” แทน “Google Ireland Limited Advertising Program Term”\*

ภายใต้ข้อตกลงในการให้บริการลงโฆษณานั้นจะกำหนดให้อำนาจบริษัทกูเกิล จำกัด มีอำนาจในการย้ายตำแหน่งโฆษณาและเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องในเนื้อหา แต่ผู้โฆษณาแต่เพียงผู้เดียวที่ต้องรับผิดชอบในกรณีต่อไปนี้

- 1) การสร้างสรรค์
- 2) โฆษณาเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ หรือการตัดสินใจเกี่ยวกับเป้าหมาย เช่น คำหรือข้อความ
- 3) สิ่งต่าง ๆ ที่นำผู้ใช้งานการค้นหาไปสู่หน้าโฆษณา (Landing Pages) พร้อมกับสิ่งที่เกี่ยวข้องกับชื่อเว็บไซต์และเว็บไซต์ปลายทาง
- 4) บริการและผลิตภัณฑ์ที่โฆษณาไว้ในเว็บไซต์ปลายทาง

บริษัทกูเกิล จำกัด และพันธมิตรของบริษัทอาจปฏิเสธหรือลบโฆษณาของผู้โฆษณาได้ซึ่งจะมีเหตุผลหรือไม่มีเหตุผลก็ได้ อีกทั้งยังสามารถแก้ไขหรือยกเลิกโปรแกรมได้ตลอดเวลา นอกจากนี้ผู้โฆษณาจะต้องไม่อนุญาตให้บุคคลที่สามใช้ในการหลอกลวง

นโยบายของการให้บริการลงโฆษณานั้นจะครอบคลุมในเรื่องเนื้อหาต้องห้าม การปฏิบัติต้องห้าม เนื้อหาที่ถูกจำกัด และบรรณาธิการและเทคนิค สำหรับเนื้อหาต้องห้ามนั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะไม่อนุญาตให้โฆษณาในเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าลอกเลียนแบบ ผลิตภัณฑ์หรือบริการที่เป็นอันตราย ผลิตภัณฑ์หรือบริการที่อำนวยความสะดวกต่อพฤติกรรมที่ไม่ซื่อสัตย์ และเนื้อหาที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจหรือไม่เหมาะสม สำหรับเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าลอกเลียนแบบ สินค้านั้นอาจมีสัญลักษณ์เฉพาะของสินค้า (Logo) หรือเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้า

---

\* สามารถดูตัวอย่างรายละเอียดของ Google Asia Pacific Pte. Ltd Advertising Program Term ได้ผ่านทาง <https://adwords.google.com/select/tsandcsfinder> และ Google Ireland Limited Advertising Program Term ผ่านทาง <https://www.google.com/intl/en/adwords/select/TCAustralia0706.html> [10 พฤษภาคม 2015]



ของสินค้าผู้อื่น หรือมีลักษณะในการลงขายว่าเป็นสินค้าหรือบริการของผู้อื่น ส่วนกรณีผลิตภัณฑ์หรือบริการที่เป็นอันตราย เช่น ยา อาวุธ วัตถุอันตราย โดยเฉพาะระเบิดและดอกไม้ไฟ เป็นต้น<sup>24</sup>

การปฏิบัติต้องห้ามนั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะห้ามมิให้ผู้โฆษณาใช้เครือข่ายในทางที่ผิดสำหรับโฆษณาเว็บไซต์ที่เป็นอันตราย โฆษณาเพื่อสนับสนุนให้คุณค่าโดยไม่ซ้ำใครสำหรับผู้ใช้เพียงเล็กน้อยและมุ่งเน้นในการสร้างยอดเข้าชม หรือธุรกิจโฆษณาที่พยายามหาทางได้เปรียบสำหรับการประมูลในการแสดงโฆษณา และธุรกิจโฆษณาที่พยายามหลีกเลี่ยงหรือข้ามขั้นตอนการตรวจทานของผู้ให้บริการลงโฆษณา เพื่อป้องกันผู้ใช้ที่มีประสบการณ์สูงหลีกเลี่ยงกระบวนการตรวจทานของผู้ให้บริการลงโฆษณา อีกทั้งการนำเสนอตัวเอง ผลิตภัณฑ์หรือบริการโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นจริง และไม่ซื่อสัตย์ก็เป็นสิ่งต้องห้าม นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลอย่างไม่มีมารยาท<sup>25</sup>

สำหรับเนื้อหาที่ถูกจำกัด ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะจำกัดเนื้อหาโฆษณาละเมิดลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า โดยนโยบายนี้จะใช้เฉพาะกับคำที่เป็นเครื่องหมายการค้าซึ่งเจ้าของได้ยื่นเรื่องเพื่อร้องเรียนอย่างสมเหตุสมผลถึงผู้ให้บริการลงโฆษณา และขอให้จำกัดการใช้คำที่มีเครื่องหมายการค้าของตนในโฆษณาแบบข้อความ นอกจากนี้ยังจำกัดในเนื้อหาเกี่ยวกับการพนัน การเมือง การดูแลสุขภาพ และเนื้อหาที่มุ่งเน้นผู้ใหญ่ โดยมุ่งเน้นประเภทที่เกี่ยวกับความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ที่มีใช้ออนไลน์ สินค้าสำหรับผู้ใหญ่ รูปภาพเปลือย เนื้อหาเกี่ยวกับเพศ บริการหาคู่ บริการจัดหาเจ้าสาวระหว่างประเทศ ซึ่งผู้โฆษณาจะต้องไม่ละเมิดกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องของสถานที่ที่โฆษณาถูกกำหนดเป้าหมายไว้ รวมถึงห้ามมิให้กำหนดเป้าหมายไปยังเยาวชน และโฆษณาเนื้อหาเกี่ยวกับเพศ<sup>26</sup>

## 2) การอนุมัติใช้บริการลงโฆษณา

โฆษณาทั้งหมดต้องผ่านกระบวนการอนุมัติจากผู้ให้บริการลงโฆษณา เพื่อปลอดภัยและเหมาะสมสำหรับผู้ใช้ โดยผู้ให้บริการลงโฆษณาจะตรวจทานโฆษณาที่ทำงานอยู่และที่หยุดชั่วคราว

<sup>24</sup> Google (Thailand) Company Limited. Advertising Policies[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/answer/6316?hl=en> [2015, May 10]

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

คำหลักและเว็บไซต์ภายใต้นโยบายการโฆษณาของผู้ให้บริการลงโฆษณา ซึ่งโฆษณาบางรายการจะไม่ทำงานในระหว่างการตรวจทานนี้<sup>27</sup>

โดยปกติผู้ให้บริการลงโฆษณาจะใช้เวลาในการตรวจทาน 1 วันทำการ บางครั้งอาจใช้เวลาในการตรวจทานนานกว่า 1 วันทำการ เพราะโฆษณาบางรายการที่ซับซ้อนมากขึ้น หากโฆษณาของผู้โฆษณาใช้เวลาการตรวจทานนานเกิน 1 วันทำการเต็ม โดยจะตรวจทานตามหลักเกณฑ์การโฆษณา ซึ่งโฆษณาบางรายการอาจทำงานได้อยู่จนกว่าผู้เชี่ยวชาญ AdWords ของผู้ให้บริการลงโฆษณาจะตรวจสอบ<sup>28</sup> ผู้โฆษณาสามารถติดต่อผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ ถ้าพบปัญหาผู้ให้บริการลงโฆษณาจะแจ้งให้ผู้โฆษณาทราบเพิ่มเติมเกี่ยวกับนโยบาย รวมทั้งสิ่งที่ผู้โฆษณาทำได้เพื่อให้โฆษณากลับมาทำงานได้อีกครั้ง เมื่อใดก็ตามที่ผู้โฆษณาได้สร้างโฆษณาขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงโฆษณาที่มีอยู่ ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ตรวจทานโดยอัตโนมัติ<sup>29</sup>

ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะมีกลุ่มงานโฆษณา เพื่อคอยช่วยเหลือหรือมีปัญหา ซึ่งสามารถติดต่อได้ทั้งหมด 5 วิธี คือ ทางโทรศัพท์ สนทนาออนไลน์ซึ่งได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และการพูดคุยกับผู้เชี่ยวชาญ\* นอกจากนี้กรณีสการร้องเรียนเรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นก็สามารถรอกแบบร้องเรียนได้ผ่านทางเว็บไซต์โดยตรง<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Google (Thailand) Company Limited. [About the approval process](http://support.google.com/adwords/answer/1722120?hl=en)[Online]. Available from : <http://support.google.com/adwords/answer/1722120?hl=en> [2015, May 10]

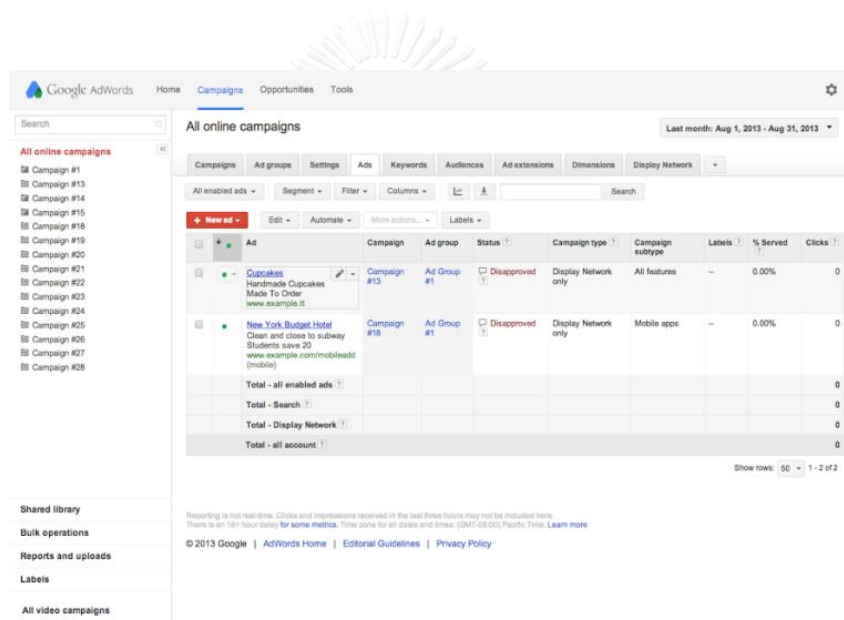
<sup>28</sup> Google (Thailand) Company Limited. [Feedback on AdWords](https://support.google.com/adwords/troubleshooter/4578507?rd=1)[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/troubleshooter/4578507?rd=1> [2015, May 10]

<sup>29</sup> Ibid.

\* กรณีทางโทรศัพท์นั้น สามารถติดต่อสอบถามกับกลุ่มงานดูแลลูกค้าของ Google AdWords ได้ตั้งแต่ วันจันทร์ถึง พุธ 9.00 – 17.30 นาฬิกา วันศุกร์ 9.00 – 15.00 นาฬิกา ส่วนการสนทนาออนไลน์สามารถสนทนาได้ภายในเวลาทำการเช่นเดียวกับการติดต่อทางหมายเลขโทรศัพท์ หรือส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยกรอกแบบติดต่อของผู้ให้บริการลงโฆษณา เพื่อส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มายังผู้ให้บริการลงโฆษณา ซึ่งทางผู้ให้บริการลงโฆษณาจะติดต่อกลับภายใน 24 ชั่วโมง อ้างอิงจาก Google (Thailand) Company Limited. [We're here, and we'd love to help](http://support.google.com/adwords/answer/8206?contact=1&rd=1#contact=1)[Online]. Available from: <http://support.google.com/adwords/answer/8206?contact=1&rd=1#contact=1> [2015, May 10]

<sup>30</sup> Google (Thailand) Company Limited. [Trademark Complaint Form](http://services.google.com/inquiry/aw_tmcomplaint)[Online]. Available from: [http://services.google.com/inquiry/aw\\_tmcomplaint](http://services.google.com/inquiry/aw_tmcomplaint) [2015, May 10]

เมื่อผู้โฆษณาบันทึกโฆษณา โดยทั่วไปโฆษณาจะมีสถานะ “ระหว่างการตรวจทาน” หรือ “มีสิทธิ์” สำหรับโฆษณาที่มีสถานะ “มีสิทธิ์” จะสามารถแสดงบนหน้าเว็บไซต์บางหน้าก่อนที่จะได้รับการอนุมัติ ส่วนโฆษณาที่มีสถานะ “ระหว่างการตรวจทาน” จะไม่สามารถแสดงได้จนกว่าจะได้รับการตรวจทานและได้รับการอนุมัติ เพราะโฆษณาเหล่านี้ต้องได้รับการพิจารณาอย่างละเอียด เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายของผู้ให้บริการลงโฆษณา<sup>31</sup> หากผู้ให้บริการลงโฆษณาตรวจทานแล้วพบว่าผู้โฆษณาได้ละเมิดนโยบายการโฆษณา ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้โฆษณาพร้อมข้อมูลเกี่ยวกับนโยบายการโฆษณานั้น และแจ้งเตือนในบัญชีของของผู้โฆษณาซึ่งสามารถตรวจสอบผลการตรวจทานได้ ดังจะเห็นได้จากอักษรสีแดงในภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 7 : ภาพตัวอย่างสถานะของการอนุมัติโฆษณา<sup>32</sup>

หลังการตรวจทานแล้ว โฆษณาอาจได้รับการทำงานได้หรือไม่ก็ได้ โดยจะปรากฏสถานะในหน้าต่างของโปรแกรม Google AdWords ดังภาพด้านบน กรณีได้รับการอนุมัติผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจแสดงข้อความที่แตกต่างจากผู้โฆษณารายอื่นได้ เช่น “อนุมัติ” หมายถึง โฆษณาสอดคล้องกับนโยบายของการโฆษณาจึงได้รับอนุญาตให้แสดงต่อผู้เข้าชมได้ทั้งหมด “อนุมัติ (จำกัด)” หมายถึง โฆษณาสามารถทำงานได้ในบางกรณี เพราะมีข้อจำกัดด้านนโยบาย อาทิ โฆษณานำ

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้ และโฆษณาเกี่ยวกับการพนัน “อนุมัติ (ไม่เหมาะสมสำหรับเยาวชน)” หมายถึง โฆษณาสามารถทำงานได้ในบางกรณี เพราะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมสำหรับเยาวชน<sup>33</sup>

ส่วนในกรณีที่ไม่สามารถทำงานได้ จะปรากฏสถานะไว้ เช่น “ไม่อนุมัติ” หมายถึง โฆษณาไม่ทำงานได้ในขณะนี้เนื่องจากละเมิดนโยบาย หรือ “ไซต์ถูกระงับ” หมายถึง โฆษณาไม่สามารถทำงานได้เพราะเว็บไซต์ที่โฆษณานั้นละเมิดนโยบาย นอกจากนี้ยังมีสถานะอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการอนุมัติโฆษณา เช่น หยุดชั่วคราว สิ้นสุด และแคมเปญรอดำเนินการ<sup>34</sup>

#### 4.3.2 ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เมื่อผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นโฆษณาต่อไป หรือไม่ดำเนินการใดหลังจากที่ได้รับการแจ้ง เช่นนี้ มีประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจพิจารณาได้ 3 กรณี คือ กรณีความรับผิดเพื่อละเมิด กรณีคำมั่นว่าจะกระทำการ และหลักสุจริต ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

##### 1) กรณีความรับผิดเพื่อละเมิด

กรณีความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น มีประเด็นจำต้องพิจารณาในบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปของของการกระทำละเมิดดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในข้อหัวแรกของบทนี้ ผู้กระทำละเมิดอาจกระทำหรืองดเว้นกระทำในกรณีที่ดินมีหน้าที่ต้องกระทำก็ได้ ดังนั้นการที่ผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นโฆษณาต่อไป หรือไม่ดำเนินการใดหลังจากที่ได้รับการแจ้ง จะถือว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้งดเว้นกระทำอันเป็นละเมิดต่อผู้บริโภคหรือไม่สามารถพิจารณาและอธิบายได้ต่อไปนี้

โดยหลักแล้วการงดเว้นกระทำไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด เช่น ถ้าเห็นบุคคลกำลังจะจมน้ำเสียชีวิตแต่เรายืนอยู่เฉย หรือเราเห็นบุคคลใดกำลังถูกทำร้ายซึ่งเราสามารถช่วยเหลือบุคคลนั้นได้โดยง่ายแต่เรากลับไม่ช่วยเหลือ กรณีเหล่านี้ถือว่าเป็นงดเว้นแล้ว แต่กฎหมายไม่ถือเป็นการกระทำกฎหมายเรื่องละเมิดนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ว่า การกระทำเช่นใดจึงจะเรียกได้ว่า งดเว้นกระทำ ซึ่งแตกต่าง

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

จากในกฎหมายอาญา จะมีบัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้ให้ความหมายของการกระทำ รวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย<sup>35</sup> นอกจากการงดเว้นกระทำในขณะที่บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำ เช่นนี้จึงจะถือว่าการงดเว้นกระทำนั้นเป็นการกระทำ ซึ่งหน้าที่ที่ต้องกระทำสามารถพิจารณาได้ในหลายกรณี เช่น หน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ตามสัญญา หน้าที่ตามวิชาชีพ หรือแม้แต่หน้าที่ตามความสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นแล้ว<sup>36</sup>

เมื่อพิจารณาในเรื่องหน้าที่ของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตภายใต้กฎหมายไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตในการตรวจสอบการขอใช้บริการลงโฆษณา และผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดการหรือดำเนินการยกเลิกหรือระงับโฆษณาที่ผู้โฆษณาขอใช้บริการลงโฆษณา ดังนั้นผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการตรวจสอบข้อความโฆษณาก่อนการแสดงผลการค้นหาให้แก่ผู้ใช้งานการสืบค้น จึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงงวายเป็นการงดเว้นกระทำด้วยเหตุที่ตนมีหน้าที่ตามกฎหมายแต่อย่างใด

สำหรับหน้าที่ตามวิชาชีพนั้น โดยปกตินั้นมักจะเป็นหน้าที่ตามวิชาชีพแพทย์ซึ่งจะมีสภาวิชาชีพแพทย์และจริยธรรมแพทย์ หรือวิชาชีพบัญชีซึ่งจะมีพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชีและสภาวิชาชีพบัญชีคอยดูแล หรือวิชาชีพทนายซึ่งจะมีพระราชบัญญัติทนายความหรือจริยธรรมผ่านทางข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยมารยาททนายความ เป็นต้น แต่ในกรณีวิชาชีพของผู้ประกอบกิจการเผยแพร่โฆษณายังไม่มีสภาวิชาชีพหรือจริยธรรมวิชาชีพคอยควบคุมอย่างชัดเจนเหมือนอย่างแพทย์ บัญชีหรือทนายความ ดังนั้น การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการงดเว้นกระทำด้วยเหตุที่ตนมีหน้าที่ตามวิชาชีพอันเป็นละเมิดต่อผู้บริโภคแต่อย่างใด

กรณีหน้าที่ตามสัญญานั้น ในกรณีเหล่านี้มีสิ่งที่น่าสนใจมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาซึ่งได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ เมื่อพิจารณาถึงข้อตกลงในการ

<sup>35</sup> สุมาลี วงษ์วิฑิต, “ความเห็นของนักกฎหมายที่มีผลต่อการตีความกฎหมาย เรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตน,” (รายงานการวิจัย สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530-2532), หน้า 64.

<sup>36</sup> ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 7-8.

ให้บริการลงโฆษณาจะพบว่า ผู้โฆษณามีหน้าที่และตรวจสอบเนื้อหาโฆษณาของตนไม่ให้มีการฝ่าฝืนนโยบายการโฆษณาก่อนลงโฆษณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื้อหาข้อความโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวง หรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการ อาทิ การนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตน และผู้ให้บริการโฆษณาสามารถตรวจทานได้ทุกเมื่อและสามารถแก้ไขหรือดำเนินการยกเลิก ระวังชั่วคราวโฆษณาของผู้โฆษณาโดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุผล จะเห็นได้ว่าหน้าที่หลักในการตรวจสอบและรับผิดชอบในเนื้อหาโฆษณาเป็นหน้าที่ของผู้โฆษณาภายใต้ข้อตกลงการให้บริการลงโฆษณา แม้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาจะมีการตรวจทานเนื้อหาโฆษณาก็ตาม ก็เพื่อประโยชน์แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณา กล่าวคือ ผู้ให้บริการลงโฆษณาคำนึงถึงคุณค่า วัฒนธรรมของบริษัท สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานและเทคนิค ตลอดจนธุรกิจของผู้ให้บริการลงโฆษณา<sup>37</sup> ดังนั้น การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการงดเว้นกระทำด้วยเหตุที่ตนมีหน้าที่ตามสัญญาอันเป็นละเมิดต่อผู้บริโภคเช่นกัน

ส่วนหน้าที่ตามความสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นแล้ว หมายถึง เมื่อได้ก่อความสัมพันธ์ขึ้นจนเห็นได้ว่าต้องจัดการต่อไปให้สำเร็จลุล่วง ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้ก่อความสัมพันธ์นั้นที่จำต้องกระทำต่อไปให้ตลอด เช่น นายเอจูงมือคนตาบอดข้ามถนน ถ้านายเอจูงมือคนตาบอดมาถึงกลางถนนแล้วปล่อยให้คนตาบอดเดินต่อไปเอง หากมีรถชนคนตาบอด นายเอต้องรับผิดชอบ<sup>38</sup> ในทางกลับกัน ถ้านายเอไม่จูงมือคนตาบอดแล้วปล่อยให้คนตาบอดเดินข้ามถนนเอง แม้คนตาบอดจะถูกชนชน นายเอก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากนายเอไม่มีหน้าที่ที่ต้องกระทำ<sup>39</sup>

ดังนั้น กรณีผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นโฆษณาต่อไปโดยไม่ดำเนินการใดหลังจากที่ได้รับการแจ้ง เช่น ไม่ตรวจสอบ ระวังชั่วคราวหรือยกเลิกโฆษณา การกระทำของผู้ให้บริการลง

<sup>37</sup> Google (Thailand) Company Limited. About our Policies[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/answer/6316?hl=en> [2015, May 10]

<sup>38</sup> วาริ นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งลาภมิควรได้, หน้า 21.

<sup>39</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 8.

โฆษณาที่ไม่ถือว่าเป็นการงดเว้นกระทำอันเป็นละเมิดต่อผู้บริโภค ผู้ให้บริการโฆษณาจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริโภคในประเด็นนี้

## 2) กรณีคำมั่นว่าจะกระทำการ

การแจ้งเรื่องร้องเรียนถึงปัญหาข้อความโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงไปยังผู้ให้บริการโฆษณานั้น สามารถติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาผ่านช่องทางทั้งหมด 5 วิธี คือ ทางโทรศัพท์ สนทนาออนไลน์ซึ่งได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และการพูดคุยกับผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้อธิบายไว้แล้วในเบื้องต้น แต่วิธีที่ดีที่สุดที่ทางผู้ให้บริการโฆษณาแนะนำคือ อาศัยแบบความเห็นเกี่ยวกับโฆษณาซึ่งเป็นแบบผ่านทางออนไลน์ ผู้แจ้งเรื่องเรียนสามารถเลือกโดยการคลิกตามแบบความเห็นแล้วส่งมายังผู้ให้บริการโฆษณาได้

สำหรับประเด็นทางกฎหมายในกรณีนี้ประกอบช่องทางการติดต่อแจ้งเรื่องร้องเรียนของผู้ให้บริการโฆษณา ในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีนี้สามารถแยกพิจารณา 2 กรณีใหญ่ คือ กรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรงและได้รับการการยืนยันว่าจะดำเนินการแก้ปัญหาให้ และกรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรง แต่ไม่ได้รับการยืนยันชัดเจนว่าจะดำเนินการกับปัญหาให้ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

**(1) กรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรงและได้รับการการยืนยันว่าจะดำเนินการแก้ปัญหาให้** เช่น การติดต่อทางโทรศัพท์ สนทนาออนไลน์ซึ่งได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยได้รับการยืนยันตอบกลับจากผู้ให้บริการโฆษณาแล้ว และการพูดคุยกับผู้เชี่ยวชาญ AdWords ของผู้ให้บริการโฆษณา

กรณีเหล่านี้มีประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้คือ คำมั่นกระทำการ เนื่องจากคำมั่น คือ การแสดงเจตนาของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งยอมผูกพันตนที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง คำมั่นนี้อาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมสองฝ่าย<sup>40</sup> ก็ได้ โดยปกติคำมั่นสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภทที่สำคัญ ได้แก่ ประเภทแรก คือ คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งอาจเกิดได้ 2 กรณี คือ การทำคำมั่นเป็นเอกเทศโดยแยกต่างหาก และการทำคำมั่นไว้ในสัญญา ส่วนประเภทสุดท้าย คือ

<sup>40</sup> ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธ์, “ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างนิติกรรมและหนี้” หนังสือวันรพี ฉบับปี 2555, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 73.

คำมั่นต่อบุคคลทั่วไปหรือต่อประชาชนซึ่งเป็นกรณีบุคคลใดบุคคลหนึ่งยอมผูกพันตนที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์บุคคลใดก็ตามที่อยู่ในสถานการณ์เฉพาะบางอย่าง<sup>41</sup>

การผู้บริโภครู้ได้ติดต่อกับผู้ให้บริการลงโฆษณาโดยตรงและได้รับการการยืนยันว่าจะดำเนินการแก้ปัญหาให้ เช่นนี้ อาจเข้าข่ายกรณีคำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง โดยการทำให้คำมั่นเป็นเอกเทศโดยแยกต่างหากซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนายอมผูกพันตนต่อบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้รับคำมั่นว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากผู้ให้บริการลงโฆษณาให้คำมั่นกับผู้บริโภคแล้วว่าแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นให้ แต่มิได้กระทำการใดเพื่อจัดการกับปัญหานั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจมีส่วนต้องรับผิดชอบกับผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงเจตนายอมผูกพันตนเพื่อจัดการแก้ปัญหาให้กับผู้บริโภคแล้วซึ่งมีผลทางกฎหมายคล้ายกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ศึกษาไปแล้วในบทก่อนหน้า

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาให้คำมั่นในการแก้ปัญหาให้กับผู้บริโภคคนใดคนหนึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคคนอื่นไม่ได้รับประโยชน์ เนื่องจากการให้คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง มิใช่คำมั่นต่อบุคคลทั่วไปที่มีได้เฉพาะเจาะจง ผู้บริโภคอื่นไม่อาจยกประเด็นเรื่องคำมั่นว่าจะกระทำการแก้ปัญหาให้กับตนได้เหมือนอย่างกรณีผู้บริโภคที่ได้รับการยืนยันจากผู้ให้บริการลงโฆษณาโดยตรง อีกทั้งไม่มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากข้อตกลงหรือนโยบายของการโฆษณาของผู้ให้บริการโฆษณาว่า การให้คำมั่นกับการจัดการแก้ปัญหาเรื่องร้องเรียนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้วจะดำเนินการจัดการแก้ปัญหาให้กับบุคคลอื่นที่พบปัญหาในลักษณะเดียวกัน แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจนในทุกกรณี แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้สามารถยกขึ้นต่อสู้ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ทุกสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

**(2) กรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการลงโฆษณาโดยตรง แต่ไม่ได้รับการยืนยันชัดเจนว่าจะดำเนินการกับปัญหาให้** กรณีนี้มักจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการติดต่อกับผู้ให้บริการลงโฆษณาแล้ว แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณาแสดงเจตนาแต่เพียงว่า จะดำเนินการตรวจสอบเบื้องต้นให้เท่านั้น ไม่ได้แสดงเจตนาชัดเจนไปถึงการแก้ไขปัญหาให้ เช่น การร้องเรียนผ่านทางเว็บไซต์ของผู้ให้บริการลงโฆษณา

<sup>41</sup> ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 321-328.



หรือการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ให้บริการโฆษณา แม้ผู้ให้บริการโฆษณาแจ้งเป็นช่องทาง การต่อบุคคลทั่วไปว่าจะติดต่อกลับภายใน 24 ชั่วโมงก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่า ผู้ให้บริการโฆษณาจะแก้ไขปัญหาให้ทุกกรณีที่ได้รับการแจ้งเรื่องร้องเรียนเข้ามา

กรณีร้องเรียนผ่านทางเว็บไซต์ของผู้ให้บริการ เช่น กรณีทั่วไป ผู้ให้บริการโฆษณาจะระบุแจ้งไว้ในเว็บไซต์ของตน ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ระบุว่า “โปรดทราบว่า เราจะอ่านและพิจารณา คำร้องเรียนของคุณแม้ว่าเราไม่ได้ตอบกลับ”<sup>\*</sup> หรือกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้า จากแบบแจ้งเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าซึ่งสามารถรอกข้อมูลผ่านทางเว็บไซต์ของผู้ให้บริการโฆษณาได้โดยตรง ก็มีข้อความระบุไว้ อาทิ “Google จะดำเนินการกล่าวหาเรื่องละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นอย่างจริงจังและตรวจสอบเรื่องที่เกิดขึ้นจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า”<sup>42</sup>

จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการโฆษณาไม่ได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนว่า จะจัดการแก้ไขปัญหาไม่ ว่า ผู้ให้บริการโฆษณาจะตรวจสอบให้ทุกกรณีที่ได้รับการแจ้ง อาจเป็นไปได้ว่าเป็นการรับแจ้งไว้ เบื้องต้นเท่านั้นซึ่งอาจจะตรวจสอบให้หรือไม่ก็ได้ ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากข้อความแรกจะเห็นได้ชัดว่า ผู้ให้บริการโฆษณานั้นเพียงแต่อ่านและพิจารณาให้เท่านั้น อีกทั้งยังไม่แน่ชัดว่าจะดำเนินการ แก้ปัญหาให้ เพราะได้ระบุล่วงหน้าไว้ชัดเจนว่าอาจไม่ติดต่อกลับมายังผู้แจ้งก็ตาม ด้วยเหตุนี้เองจึง ไม่อาจถือได้ว่า การระบุข้อความของผู้ให้บริการโฆษณาเช่นนั้น จะเป็นการให้คำมั่นที่จะดำเนินการ ตรวจสอบหรือจัดการแก้ไขปัญหาให้แก่ผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการโฆษณาไม่ได้แสดงเจตนาชัดเจน เพียงพอที่จะฟังได้ว่าตนยอมผูกพันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้บริโภค กรณีหลังนี้ ผู้บริโภคจึงไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน

<sup>\*</sup> หรือ “Please note that we will read and consider your complaint even if we don't respond.” สามารถดูรายละเอียดเกี่ยวกับการร้องเรียนได้จาก Google (Thailand) Company Limited. [AdWords questions, complaints, and feedback](https://support.google.com/adwords/questions/complaints_and_feedback)[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/answer/176378?hl=en-GB> [2015, May 10]

<sup>42</sup> “Google takes allegations of trademark infringement very seriously and, as a courtesy, we investigate matters raised by trademark owners.” สามารถดูรายละเอียดเกี่ยวกับการร้องเรียนได้จาก Google (Thailand) Company Limited. [Trademark Complaint](http://services.google.com/inquiry/aw_tmcomplaint)[Online]. Available from: [http://services.google.com/inquiry/aw\\_tmcomplaint](http://services.google.com/inquiry/aw_tmcomplaint) [2015, May 10]

(3) **หลักสุจริต** เมื่อผู้บริโภคดีได้แจ้งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นโฆษณาต่อไป หรือไม่ดำเนินการใดหลังจากที่ได้รับการแจ้ง การนำหลักสุจริตมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงนี้ได้หรือไม่ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรม สามารถพิจารณาจากความหมายและหลักทางกฎหมายซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

หลักสุจริต (Good Faith) มีลักษณะเป็นบทกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum)<sup>43</sup> ซึ่งตาม Black's Law Dictionary 18th Edition ให้ความหมายว่า สภาวะทางจิตใจซึ่งประกอบด้วย ความซื่อสัตย์ในความเชื่อหรือวัตถุประสงค์ ความซื่อตรงต่อหน้าที่หรือหนี้ของตน ความสอดคล้องกับมาตรฐานทางการค้าหรือธุรกิจอันชอบด้วยเหตุผล และการไร้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ\*

ส่วนความเห็นของนักกฎหมายที่สำคัญ เช่น ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายไว้ว่า สุจริตเป็นคำที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ในภาษาลาตินเรียกว่า “Bona Fides” ซึ่งแปลว่า ความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี ส่วนภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Treu und Glauben” แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ และในกฎหมายไทยมีบทแม่บทหลักในมาตรา 5 และ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย<sup>44</sup> นอกจากนี้ปรีมาจารย์ด้านกฎหมายเอกชนของประเทศสาธารณรัฐเช็ก ได้ให้ความเห็นไว้ว่า หลักสุจริต คือ ศีลธรรมและคุณงามความดี ทางกฎหมายที่สุภาพตรงไปตรงมาและมีความน่าเชื่อถือไว้วางใจที่วิญญูชนคาดเห็นได้ และมาตรฐานวัดความยุติธรรมในทางกฎหมาย<sup>45</sup>

เมื่อพิจารณาจากความหมายและความเห็นแล้ว พิจารณาได้ว่า เมื่อผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับทราบถึงปัญหาจากการรับเรื่องร้องเรียนของผู้บริโภคแล้ว หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงต่อไป หรือไม่ดำเนินการใดเพื่อ

<sup>43</sup> กมล ตันจินวัฒน์กุล, “หลักสุจริต” วารสารกระบวนการยุติธรรม ปี 5 (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2555) หน้า 1.

\* Black's Law Dictionary 18th Edition “A state of mind consisting in (1) honesty in believe or purpose (2) faithfulness to one's duty or obligation (3) observance of reasonable commercial standard of fair dealing in a given trade or business, or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage”

<sup>44</sup> สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 18. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 153.

<sup>45</sup> กมล ตันจินวัฒน์กุล, “หลักสุจริต” วารสารกระบวนการยุติธรรม, หน้า 1.

ตรวจสอบหรือแก้ไขปัญหา เช่นนี้จะแสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริตของผู้ให้บริการโฆษณาหรือไม่ เนื่องด้วยสิ่งที่แจ้งมาอาจเป็นจริงหรือไม่ก็ได้ หากให้ผู้ให้บริการโฆษณาต้องตรวจสอบในเชิงลึกเพื่อสืบทราบให้ได้ความว่าข้อความโฆษณาเหล่านั้นได้ฝ่าฝืนนโยบายการโฆษณาแล้ว ก็อาจเป็นภาระต่อผู้ให้บริการโฆษณา อีกทั้งไม่ใช่การกระทำของผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรง กรณีนี้อาจไม่เพียงพอรับฟังได้ว่าผู้ให้บริการโฆษณาไม่สุจริต

อย่างไรก็ตาม หากข้อความโฆษณาเหล่านั้นสามารถตรวจสอบได้โดยง่ายและไม่เป็นภาระแก่ผู้ให้บริการโฆษณา เมื่อผู้ให้บริการโฆษณาทราบถึงปัญหาจากการรับแจ้งเรื่องร้องเรียนแล้ว แต่กลับยังคงแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงต่อไป โดยไม่ดำเนินการใดเพื่อจัดการแก้ไขปัญหาตามที่ได้รับการแจ้งมา กรณีหลังนี้อาจถือได้ว่าผู้ให้บริการโฆษณาไม่สุจริตในการประกอบธุรกิจ เนื่องด้วยธุรกิจผู้ให้บริการโฆษณาต้องอาศัยความสัมพันธ์ของผู้โฆษณาที่เป็นลูกค้าเข้ามาใช้บริการลงโฆษณากับตนแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนในการให้พื้นที่โฆษณาและแสดงผลการค้นหาให้แก่ผู้บริโภคที่เข้ามาสืบค้นหาข้อมูล ในขณะที่เดียวกันผู้ให้บริการโฆษณาก็ต้องอาศัยความสัมพันธ์กับผู้บริโภคที่เข้ามาสืบค้นหาข้อมูล เพื่อดึงดูดผู้บริโภคในการเพิ่มโอกาสการเป็นลูกค้าของผู้โฆษณาดังจะเห็นได้จากนโยบายการโฆษณาของผู้ให้บริการ<sup>46</sup> และลักษณะทั่วไปและการทำงานของโปรแกรม Google AdWords ซึ่งอธิบายไว้แล้วในบทที่ 2

ผลทางกฎหมายของกรณีนี้จะคล้ายกับกฎหมายของสหภาพยุโรปในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ผู้ให้บริการได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูลที่ชัดเจน หรือเมื่อได้รับแจ้งข้อมูลหรือการรับรู้ถึงข้อมูลดังกล่าว ผู้ให้บริการไม่ได้ลบหรือปิดการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพอันจะทำให้ผู้ให้บริการส่งผลกระทบต่ออาจไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นผู้ให้บริการสำหรับการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) อย่างไรก็ตามกรณีจะแตกต่างจากการตีความของกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มกัน (Immunity) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายใต้มาตรา 230 แห่งกฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม (Section 230 (c) (1) of the Communication Decency Act (CDA)) แม้จะได้รับการแจ้งหรือรู้เกี่ยวกับโฆษณาที่

<sup>46</sup> Google (Thailand) Company Limited. About our Policies[Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/answer/6316?hl=en> [2015, May 10]

มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่ผู้ให้บริการจะเข้าช้อยกเว้นในกรณีอื่นอย่างการให้คำมั่นสัญญาว่าจะดำเนินการลบหรือถอนข้อความโฆษณาเหล่านั้นออกดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทก่อนหน้า

### 4.3.3 ข้อจำกัดทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้

กรณีผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ หากผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นโฆษณาต่อไปโดยไม่ดำเนินการใดหลังจากที่ได้รับการแจ้ง เช่น ไม่ตรวจสอบ ระบุข้อความหรือยกเลิกโฆษณา การกระทำของผู้ให้บริการโฆษณาก็ไม่ถือว่าเป็นการงดเว้นกระทำการอันเป็นละเมิดต่อผู้บริโภค ผู้ให้บริการโฆษณาจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตราดังกล่าว

แต่เมื่อพิจารณาในประเด็นกฎหมายอื่น ในเรื่องคำมั่นแล้ว พบว่า กรณีสามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณีใหญ่ คือ กรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรงและได้รับการยืนยันว่าจะดำเนินการแก้ปัญหาให้ และกรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรง แต่ไม่ได้รับการยืนยันชัดเจนว่าจะดำเนินการกับปัญหาให้ ทั้งสองกรณีก็ให้การคุ้มครองผู้บริโภคที่แตกต่างกัน หากเป็นกรณีแรก คือ กรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรงและได้รับการยืนยันว่าจะดำเนินการแก้ปัญหาให้ กรณีอาจเข้าข่ายกรณีคำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง โดยการให้คำมั่นเป็นเอกเทศโดยแยกต่างหากซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนายอมผูกพันตนต่อบุคคลอีกคนหนึ่งว่าจะกระทำการบางอย่างหนึ่ง หากผู้ให้บริการโฆษณาให้คำมั่นกับผู้บริโภคแล้วว่าแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นให้ แต่มิได้กระทำการใดเพื่อจัดการกับปัญหานั้น ผู้ให้บริการโฆษณาอาจมีส่วนต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการโฆษณาได้แสดงเจตนายอมผูกพันตนเพื่อจัดการแก้ปัญหาให้กับผู้บริโภคแล้ว

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ให้บริการโฆษณาให้คำมั่นในการแก้ปัญหาให้กับผู้บริโภคคนใดคนหนึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคคนอื่นไม่ได้รับประโยชน์ เนื่องจากเป็นการให้คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง มิใช่คำมั่นต่อบุคคลทั่วไปที่มีได้เฉพาะเจาะจง ผู้บริโภคอื่นไม่อาจยกประเด็นเรื่องคำมั่นขึ้นต่อสู้ผู้ให้บริการโฆษณาได้เหมือนอย่างกรณีผู้บริโภคที่ได้รับการยืนยันจากผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรง อีกทั้งไม่มีข้อตกลงหรือนโยบายของการโฆษณาของผู้ให้บริการโฆษณาว่า การให้คำมั่นกับการจัดการแก้ปัญหาเรื่องร้องเรียนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้วจะดำเนินการจัดการแก้ปัญหาให้กับ

บุคคลอื่นที่พบปัญหาในลักษณะเดียวกัน แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคมักยังไม่ได้รับความคุ้มครองได้อย่างเพียงพอในทุกกรณี แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้สามารถยกขึ้นต่อสู้ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีข้อจำกัดที่ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ทุกสถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภค

ส่วนกรณีผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการโฆษณาโดยตรง แต่ไม่ได้รับการยืนยันชัดเจนว่าจะดำเนินการกับปัญหาให้ เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนว่า จะจัดการแก้ไขปัญหาไม่ว่า ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะตรวจสอบให้ทุกกรณีที่ได้รับการแจ้ง อาจเป็นไปได้ว่าเป็นการรับแจ้งไว้เบื้องต้นเท่านั้นซึ่งอาจจะตรวจสอบให้หรือไม่ก็ได้ ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากข้อความที่ระบุว่า “โปรดทราบว่า เราจะอ่านและพิจารณาคำร้องเรียนของคุณแม้ว่าเราไม่ได้ตอบกลับ” แสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นเพียงแต่อ่านและพิจารณาให้เท่านั้น อีกทั้งยังไม่แน่ชัดว่าจะดำเนินการแก้ไขปัญหาให้ เพราะได้ระบุล่วงหน้าไว้ชัดเจนว่าอาจไม่ติดต่อตอบกลับมายังผู้แจ้งก็ตาม ด้วยเหตุนี้เองจึงไม่อาจถือได้ว่า การระบุข้อความของผู้ให้บริการลงโฆษณาเช่นนั้น จะเป็นการให้คำมั่นที่จะดำเนินการตรวจสอบหรือจัดการแก้ไขปัญหาให้แก่ผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้แสดงเจตนาชัดเจนเพียงพอที่จะฟังได้ว่าตนยอมผูกพันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้บริโภค กรณีหลังนี้ผู้บริโภคจึงไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน

จะเห็นได้ว่า แม้ผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักสุจริต แต่การพิสูจน์ความผิดในเรื่องสุจริตของผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นย่อมเป็นภาระแก่ผู้บริโภคอย่างยิ่ง เนื่องจากการแสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาสุจริตหรือไม่นั้นเป็นเรื่องพิสูจน์ยาก ข้อเท็จจริงอาจจะฟังได้ชัดหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ในเรื่องภาระการพิสูจน์ แม้ว่าการจะเป็นคดีเกี่ยวกับผู้บริโภค แต่หากประเด็นข้อพิพาทเป็นเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดย่อมแตกต่างกับกรณีประเด็นภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องด้วยถ้าเป็นประเด็นข้อพิพาทเป็นเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดภาระการพิสูจน์และกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ก็ต้องเป็นไปตามกระบวนการพิจารณาความแพ่งนั้น ซึ่งผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ผู้บริโภคก็ย่อมมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ ส่วนประเด็นภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้น การฟ้องคดี ตลอดจนกระบวนการพิจารณาบางอย่างจะแตกต่างจากกรณีแรก เนื่องด้วยการดำเนินคดีผู้บริโภคกรณีนี้จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความผู้บริโภค ซึ่งนำระบบไต่สวน

เข้ามาใช้<sup>47</sup> และเป็นระบบการคุ้มครองผู้บริโภคที่ชัดเจนใช้เยียวยาความเสียหายที่สะดวก รวดเร็ว และประหยัด นอกจากนี้ให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียม และกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ที่แตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคดีภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเฉพาะวิธีการฟ้องคดีก็สามารถฟ้องด้วยวาจาก็ได้<sup>48</sup>

ดังนั้น การคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้หลักสุจริต แม้ผลทางกฎหมายภายใต้หลักการดังกล่าวจะสามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้ แต่กระบวนการดำเนินคดีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดี ภาระการพิสูจน์ หรือการพิจารณาคดี อาจแตกต่างกันก็ได้ขึ้นอยู่กับประเด็นข้อพิพาทที่นำมาฟ้องคดีเริ่มต้น นอกจากนี้การพิสูจน์เรื่องความสุจริตเป็นเรื่องยากที่จะชี้ชัดว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่สุจริตต่อผู้บริโภคในการแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลง หรือไม่ดำเนินการใดในการจัดการแก้ไขปัญหาเมื่อได้รับการแจ้งเรื่องร้องเรียนจากผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้เองอาจกล่าวได้ว่า ผู้บริโภคอาจไม่ได้รับการคุ้มครองจากโฆษณาเหล่านี้ได้อย่างสมบูรณ์

ในภาพรวมอาจสรุปได้ว่า แม้ผู้บริโภคได้แจ้งเรื่องร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการลงโฆษณาให้ดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาที่มีข้อขัดแย้งกฎหมายออกจากระบบแล้ว แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้บทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ให้คำมั่นสัญญากับผู้บริภครายนั้นว่าจะดำเนินการลบ หรือถอนข้อมูลออกจากระบบอันจะเข้าข่ายกฎหมายว่าด้วยคำมั่นสัญญา แต่ข้อยกเว้นนี้มีข้อจำกัดทางกฎหมาย กล่าวคือ ผู้บริภครายอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้รับคำมั่นไม่อาจยกประโยชน์ดังกล่าวไ้ยื่นผู้ให้บริการลงโฆษณาได้เหมือนอย่างผู้รับคำมั่น เนื่องจากการให้คำมั่นว่าจะดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาที่มีข้อขัดแย้งกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้คำมั่นกับผู้รับคำมั่นเท่านั้น อันเป็นข้อจำกัดทางกฎหมายประการหนึ่งซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>47</sup> บรรหาร กำลา, “6 เดือนกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริภคกับประชาชนได้อะไร” จุลินิติ (มีนาคม-เมษายน 2552), หน้า 37.

<sup>48</sup> สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายพัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 26-40.

## สรุป

ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคจากการแสดงผลการค้นหาลงโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวงในสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภค โดยการบรรจุข้อความโฆษณาของผู้โฆษณาหรือไม่นั้น พิจารณาเบื้องต้นพบว่า เพียงแต่การแสดงผลค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวงในสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคนั้น ยังพอฟังไม่ได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่ออันเป็นการละเมิดต่อผู้บริโภคตามบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้นไม่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะเหมือนอย่างประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป และหากพิจารณาความรับผิดว่าด้วยการโฆษณาพบว่า แม้การโฆษณาดังกล่าวจะเป็นการโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่แน่ชัด ว่าให้หมายความรวมถึงการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ได้จัดทำโฆษณาของบุคคลที่สามเผยแพร่ต่อผู้บริโภคด้วยหรือไม่ นอกจากนี้แม้การกระทำจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าว กฎหมายก็ไม่ได้ให้สิทธิในการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งแก่ผู้บริโภคภายใต้กฎหมายฉบับนี้ มีแต่เพียงบทลงโทษในทางอาญาเท่านั้น ดังนั้น ผลทางกฎหมายจึงยังไม่ชัดเจนว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาต้องรับผิดในทางแพ่งต่อผู้บริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วยหรือไม่ เพียงใด

อย่างไรก็ตามกรณีผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาทราบถึงปัญหาเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบ แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาลงโฆษณาต่อไป หรือไม่ดำเนินการใดหลังจากที่ได้รับการแจ้ง เช่นนี้ ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้บทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้มีหน้าที่โดยตรงและโดยสัญญาที่จะต้องดำเนินการลบหรือถอนโฆษณาดังกล่าวออกจากระบบ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติอาจเกิดกรณีที่ผู้บริโภคได้ติดต่อกับผู้ให้บริการลงโฆษณาโดยตรงและได้รับการยืนยันว่าจะดำเนินการแก้ปัญหาให้ อาจเข้าข่ายกรณีคำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ในการแสดงเจตนายอมผูกพันตนต่อผู้รับคำมั่นซึ่งเป็นผู้บริโภคว่าจะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นให้ แต่เมื่อมิได้กระทำการใดเพื่อจัดการกับปัญหา ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงเจตนายอมผูกพันตนเพื่อจัดการแก้ปัญหาให้แก่ผู้บริโภคแล้วซึ่งมีผลทางกฎหมายคล้ายกับกรณีช้อยกเว้นอันเนื่องจากการตีความของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในการให้คำมั่นสัญญา อย่างไรก็ตาม การที่

ผู้ให้บริการลงโฆษณาให้คำมั่นในการแก้ปัญหาให้กับผู้บริโภคคนใดคนหนึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคคนอื่นไม่ได้รับประโยชน์ เนื่องจากการให้คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ผู้บริโภคอื่นไม่อาจยกประโยชน์ดังกล่าวเพื่อต่อสู้ผู้ให้บริการลงโฆษณาเหมือนอย่างกรณีผู้บริโภคที่ได้รับการยืนยันจากผู้ให้บริการลงโฆษณาโดยตรงไม่ แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคอาจยังไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจนในทุกกรณี

นอกจากนี้หากนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับทราบถึงปัญหาจากการรับเรื่องร้องเรียนของผู้บริโภคแล้ว แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณายังคงแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงต่อไป หรือไม่ดำเนินการได้เพื่อตรวจสอบหรือแก้ไขปัญหา ก็ยังไม่เพียงพอรับฟังได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่สุจริต เพราะสิ่งที่รับแจ้งอาจเป็นจริงหรือไม่ก็ได้ อีกทั้งเพียงแค่ไม่ได้ไปตรวจสอบหรือดำเนินการใดขั้นยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่ชี้ให้เห็นว่าผู้ให้บริการลงโฆษณากระทำไปโดยไม่สุจริต อย่างไรก็ตาม หากข้อความโฆษณาดังกล่าวสามารถตรวจสอบได้โดยง่ายและไม่เป็นภาระแก่ผู้ให้บริการลงโฆษณา กรณีหลังนี้อาจถือได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่สุจริตในการประกอบธุรกิจ เนื่องด้วยผู้ให้บริการลงโฆษณาสามารถจัดการกับปัญหาได้โดยง่าย และการให้บริการลงโฆษณาดังกล่าวอาจมองได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ประโยชน์ทางธุรกิจในผลของการกระทำของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามด้วย อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ของผู้โฆษณาที่เป็นลูกค้าเข้ามาใช้บริการลงโฆษณากับตนแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนในการให้พื้นที่โฆษณาและแสดงผลการค้นให้แก่ผู้บริโภคที่เข้ามาสืบค้นหาข้อมูล ในขณะที่เดียวกันผู้ให้บริการลงโฆษณาก็ต้องอาศัยความสัมพันธ์กับผู้บริโภคที่เข้ามาสืบค้นหาข้อมูลเพื่อดึงดูดผู้บริโภคในการเพิ่มโอกาสการเป็นลูกค้าของผู้โฆษณา ผลทางกฎหมายของกรณีนี้จะคล้ายกับข้อยกเว้นของกฎหมายของสหภาพยุโรปในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ที่ผู้ให้บริการส่งคัมภีร์สารสนเทศอาจไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นผู้ให้บริการสำหรับการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)

อนึ่ง แม้ผู้บริโภคอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักสุจริต แต่การพิสูจน์ความผิดในเรื่องสุจริตของผู้ให้บริการลงโฆษณานั้นเป็นภาระแก่ผู้บริโภคอย่างยิ่ง เนื่องจากการพิสูจน์ยากข้อเท็จจริงอาจจะฟังได้ชัดหรือไม่ก็ได้ อีกทั้งกระบวนการดำเนินคดี ไม่ว่าจะการฟ้องคดี การระงับการพิสูจน์หรือการพิจารณาคดี อาจแตกต่างกันก็ได้ขึ้นอยู่กับประเด็นข้อพิพาทที่นำมาฟ้อง ด้วยเหตุนี้เองผู้บริโภคอาจไม่ได้รับการคุ้มครองจากโฆษณาเหล่านี้ได้อย่างเป็นธรรม เนื่องจากมีช่องว่างทาง



กฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ อีกทั้งพฤติการณ์บางกรณียังไม่อาจปรับเข้ากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างชัดเจน อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนในผลทางกฎหมายในกรณีนี้ เช่นนี้ ความเป็นไปในการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศจะเป็นเช่นใดนั้น จะศึกษาในบทถัดไป



## บทที่ 5

### วิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทาง โปรแกรม Google AdWords

#### 5.1 ความนำ

สืบเนื่องจากความไม่ชัดเจนทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยซึ่งได้ศึกษาไปแล้วในบทก่อนหน้านี้ ย่อมมีผลกระทบต่อการใช้คุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การซื้อขายสินค้าหรือบริการผ่านทางให้บริการลงโฆษณาโดยโปรแกรม Google AdWords ซึ่งเป็นที่นิยมในปัจจุบัน

การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะเหมือนอย่างในกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปดังได้ศึกษาไปแล้วในบทที่สาม นอกจากนี้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยแม้จะบัญญัติห้ามมิให้โฆษณาสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการ แต่ก็ยังขาดความชัดเจนในตัวบุคคลที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำการโฆษณานั้นหมายรวมถึงกรณีของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีได้บัญญัติมาตรการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งให้แก่ผู้บริโภค มีแต่เพียงบทลงโทษในทางอาญาเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้เนื้อหาในบทนี้จึงศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ของประเทศไทยและแนวทางการปรับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปซึ่งได้ศึกษาในต่อไปนี้

#### 5.2 วิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยในบทก่อนหน้า สามารถวิเคราะห์ในกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับละเมิด และกฎหมายพิเศษได้ดังต่อไปนี้

### 5.2.1 กฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับละเมิด

ในเบื้องต้นจะพบว่า การที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดหรือถูกหลอกลวง โดยการบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามนั้น ยังไม่อาจถือได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณากระทำละเมิดต่อผู้บริโภคตามนัยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่ปรากฏว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไปโดยจงใจให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค เพียงแต่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไป เพราะได้ให้บริการเช่าพื้นที่โฆษณา และรับจัดทำเนื้อหาโฆษณาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามให้เท่านั้น

นอกจากนี้ในเบื้องต้นยังพิจารณาได้ว่า การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ด้วยเหตุที่ไม่ตรวจสอบเนื้อหาของผู้โฆษณาหรือปล่อยให้เนื้อหาที่ผิดกฎหมายเผยแพร่ต่อไป เพราะโดยสภาพการให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตมีผู้ใช้บริการเป็นจำนวนมาก การผลักระงับให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมาตรวจสอบทุกรายย่อมทำได้ไม่เต็มที่ อีกทั้งการที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับการแจ้งเรื่องร้องเรียนจากผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายนั้น ก็ไม่อาจกล่าวได้ชัดเจนว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำไปโดยประมาทที่ยังคงให้มีการเผยแพร่เนื้อหาโฆษณาเหล่านั้นต่อไปแม้ได้รับการบอกกล่าวแล้วก็ตาม เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้มีหน้าที่ในการดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ ไม่ว่าจะหน้าที่ตามสัญญาหรือหน้าที่โดยกฎหมาย อีกทั้งผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาซื้อขายหรือสัญญาการให้บริการกับผู้บริโภค เพราะคู่สัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการที่แท้จริงคือ ผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้ขายหรือให้บริการกับผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ซื้อ การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาจึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออันจะเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

การให้บริการโฆษณาของผู้ให้บริการลงโฆษณาในกรณีนี้ มีลักษณะคล้ายกับการให้เช่าพื้นที่ในการโฆษณาและเผยแพร่เนื้อหาโฆษณาที่ผู้โฆษณาเป็นผู้สร้างเนื้อหาให้แก่ผู้บริโภคเท่านั้น เปรียบเสมือนการให้เช่าพื้นที่ในการขายของทั่วไปตามตลาด หรือการให้เช่าอาคารเพื่อให้เปิดร้านทำธุรกิจค้าขาย เพียงแต่กรณีตามปัญหาที่ศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นกรณีก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคแทนที่จะเป็นการขายของทั่วไป อีกทั้งผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำราวกับเป็นตัวกลางในการรับส่งซึ่งข้อมูลเหล่านั้นจากบุคคลหนึ่งไปอีกบุคคลหนึ่ง การกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาจึงยังไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำละเมิดตามบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ กรณีนี้จึงแตกต่างจากแนวคิดและทฤษฎีความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาในกฎหมายละเมิดในประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำความรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำละเมิดหรือความรับผิดในฐานะผู้กระทำความผิดโดยอ้อม (Indirect Infringement) มาปรับใช้ ซึ่งจะรวมการกระทำที่เกิดจากการโน้มน้าว หรือชักจูง ตลอดจนความล้มเหลวที่มีอาจป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิด นอกเหนือความรับผิดร่วมกันในการกระทำความผิดของผู้อื่น (Contributory Liability) และความรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) นอกจากนี้ในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกายังมีแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของพื้นที่ให้เช่าและผู้เช่า ซึ่งพิจารณาถึงการรับรู้ของเจ้าของพื้นที่ให้เช่าด้วย หากเจ้าของพื้นที่ให้เช่ารู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าได้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในพื้นที่ให้เช่าของตน เจ้าของพื้นที่ให้เช่านั้นอาจต้องรับผิดในการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นด้วย\*

### 5.2.2 กฎหมายพิเศษ

เมื่อภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่อาจให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีนี้ ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงได้อย่างชัดเจน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาในกฎหมายพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งจากผลการศึกษาในบทก่อนหน้า พบว่า ผู้ให้บริการลงโฆษณาและผู้ใช้งานการสืบค้นข้อมูลโฆษณาเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการต่างอยู่ภายใต้นิยามในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งสามารถแยกวิเคราะห์ได้ต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโฆษณา การโฆษณาด้วยการแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง แม้จะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามมิให้โฆษณาภายใต้มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดตามกฎหมายในกรณีนี้ไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ระบุถึงลักษณะของการโฆษณาที่ต้องห้ามมิให้กระทำเท่านั้น

\* สามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวความคิดและทฤษฎีความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำละเมิดต่อผู้อื่น ได้จากอริศรา ธนะสิทธิชัย, “แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: ศึกษากรณีเฉพาะสินค้าลอกเลียนแบบ,” (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2551), หน้า 22-31.

กรณีนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปที่นอกจากจะบัญญัติความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะแล้ว ยังบัญญัติถึงตัวบุคคลที่ต้องห้ามมิให้กระทำการโฆษณาอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายไว้ในตัวบทบัญญัติด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายของสหภาพยุโรปในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ซึ่งนอกจากจะห้ามผู้ให้บริการส่งคัมภีร์สารสนเทศแล้ว ยังได้จำแนกลักษณะของผู้ให้บริการส่งคัมภีร์สารสนเทศและหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ให้บริการส่งคัมภีร์สารสนเทศในแต่ละลักษณะไว้ด้วย ซึ่งจะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 5.3

อย่างไรก็ตามการโฆษณาตามคำนิยามในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีความมุ่งหมายรวมถึงกรณีลึงค์โฆษณาบนอินเทอร์เน็ตด้วย เพราะกฎหมายไม่ได้คำนึงวิธีของการทำโฆษณา ฉะนั้นเมื่อลึงค์โฆษณาที่เกิดจากการการประมวลผลของโปรแกรม Google AdWords ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ทางการค้าก็ย่อมถือว่าเป็นการโฆษณาดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.2 ด้วยเหตุนี้เองเมื่อลึงค์โฆษณาบนอินเทอร์เน็ตมีข้อความที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ จึงเป็นการโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

กรณีนี้แม้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะไม่ได้ระบุถึงตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดตามกฎหมายไว้ แต่หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมต้องการให้บุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นผู้กระทำการโฆษณาใช้ข้อความที่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม จึงย่อมมีความมุ่งหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาด้วย เพียงแต่กรณีนี้อาจมีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณา เพราะมิใช่ผู้กระทำผิดโดยตรงเหมือนอย่างผู้โฆษณา ซึ่งขอบเขตความรับผิดอาจจำกัดหรือน้อยกว่ากรณีผู้โฆษณาก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ได้กระทำการโฆษณาไปโดยสุจริตและได้กระทำไปในฐานะตัวกลางในการเผยแพร่ข้อมูลของบุคคลที่สามเท่านั้น ฉะนั้นการพิจารณาถึงขอบเขตความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาย่อมเป็นดุลพินิจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการออกคำสั่งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาแก้ไขข้อความหรือห้ามการใช้ข้อความบางอย่าง หรือห้ามการโฆษณา หรือให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคโดยคำนึงถึงความสุจริตใจของผู้กระทำการโฆษณาประกอบกับประโยชน์ของผู้บริโภคด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 27 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

อย่างไรก็ตามกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไปโดยสุจริตก็อาจมีปัญหาในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เพราะโดยสภาพทั่วไปของผู้ให้บริการลงโฆษณาอยู่ในฐานะเป็นเพียงตัวกลางในการเผยแพร่โฆษณาของบุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้โฆษณาเท่านั้น คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาอาจไม่ออกคำสั่งให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาแก้ไขข้อความ ห้ามใช้ข้อความ หรือห้ามการโฆษณาก็ได้ กรณีนี้ย่อมอาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เมื่ออาจสืบหาและติดตามตัวผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้ให้เนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายมารับผิดต่อผู้บริโภค จึงทำให้เนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นยังคงมีอยู่ในระบบและอาจแพร่กระจายความเสียหายให้แก่ผู้บริโภครายอื่นที่เข้ามาใช้งานต่อไป กรณีนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายของสหภาพยุโรปในบทบัญญัติมาตรา 13-14 กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13-14 of the Electronic Commerce Directive) ในกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาเข้าถึงข้อความที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือได้รับคำสั่งศาลหรือศาลปกครอง ผู้ให้บริการลงโฆษณาที่ต้องดำเนินการลบหรือถอนข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นออกจากระบบด้วย แม้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาจะได้กระทำไปโดยสุจริต มิฉะนั้นผู้ให้บริการลงโฆษณาก็อาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างรัดกุม และระงับการกระจายความเสียหายจากการโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นออกจากระบบ

ในทางตรงข้ามหากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณา ที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการโดยไม่สุจริต โดยการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของเนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมาย อันทำให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาอยู่ในฐานะเสมือนเป็นผู้ให้เนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นเสียเอง ย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคเพื่อไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในทุกกรณี โดยอ้างว่าตนได้กระทำไปในฐานะผู้เผยแพร่โฆษณาหรือเป็นตัวกลางเท่านั้น กรณีนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อความคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการในลักษณะตัวกลางไว้โดยเฉพาะ ทำให้มีปัญหาในการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และขอบเขตความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาได้อย่างชัดเจน นอกเหนือจากการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กรณีนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

และสหภาพยุโรปที่มีความชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์และขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 5.3

(2) การฝ่าฝืนบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโฆษณา การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้น มีเพียงบทลงโทษในทางอาญาตามตามมาตรา 47-51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และการใช้อำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งเป็นอำนาจกึ่งตุลาการในการกำกับดูแลเท่านั้น<sup>49</sup> ไม่ได้ให้สิทธิในการเยียวยาในทางแพ่งแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด

กรณีนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายแห่งประเทศไทยในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (The Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ที่ให้นำวิธีการชดเชยเยียวยาในทางแพ่งมาใช้ เนื่องด้วยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศไทยที่แก้ไขใหม่นี้ไม่ได้กำหนดให้นำมาตรการลงโทษในทางแพ่งและทางอาญามาใช้บังคับกับบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) เพราะขอบเขตของมาตรานี้กว้างมาก และเพื่อสร้างบรรทัดฐานของพฤติกรรมทางธุรกิจ ตลอดจนให้สิทธิบุคคลที่จะสามารถเรียกร้องเยียวยาความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากกระทำที่ผิดไปจากบรรทัดฐานมากกว่าให้ใช้มาตรการเชิงลงโทษ ดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3<sup>50</sup> จะเห็นได้ว่า การเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งของผู้บริโภคอาจไม่ได้รับความคุ้มครองได้อย่างเพียงพอภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

(3) กรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับการแจ้งถึงเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย แต่ไม่ได้ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาดังกล่าวออกจากระบบ หรือไม่รีบดำเนินการภายในเวลาอันสมควร กรณีนี้ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายไว้ แม้แต่ในกรณี

<sup>49</sup> สุขุม ศุภินิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 219.

<sup>50</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : A guide to provisions (Australia: Attorney General's Department, 2010), p 3..

การโฆษณาทั่วไปที่มีใช้การโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตก็ไม่ได้กล่าวไว้เช่นกัน ย่อมแสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ได้มุ่งประสงค์ให้เรียกร้องเอาผิดกับผู้เผยแพร่โฆษณา แต่อย่างใด และอาจฟังไม่ได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไปโดยไม่สุจริต เพียงเพราะได้รู้หรือ ได้รับแจ้งถึงเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้น เว้นแต่ผู้ให้บริการลงโฆษณามีส่วนเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หรือการกระทำใด ๆ ที่ถึงขนาดได้ว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต

อย่างไรก็ตามในกรณีนี้อาจให้ความคุ้มครองผู้บริโภคคนอื่นที่อาจได้รับความเสียหายจากการเผยแพร่โฆษณาที่มีเนื้อหาที่มีชอบกฎหมายดังกล่าว ด้วยการใช้อำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการสั่งให้ดำเนินการแก้ไขเนื้อหาข้อความ หรือห้ามใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณานั้น หรือห้ามการโฆษณาหรือใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา หรือให้โฆษณาแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่กรณีนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้เห็นเอง หรือได้รับเรื่องร้องเรียนถึงการโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลต่อการคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

อีกทั้งการใช้อำนาจกึ่งตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณานั้นยังไม่อาจให้ความชัดเจนถึงขอบเขตความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาในกรณีนี้ได้ว่า คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะมีอำนาจสั่งผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตดำเนินการแก้ไขเนื้อหาหรือห้ามการโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แทนผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้กระทำผิดโดยตรงได้หรือไม่ เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาเป็นเพียงผู้ให้เข้าพื้นที่โฆษณาและรับจัดทำโฆษณาเผยแพร่ให้แก่ผู้โฆษณาเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ยังมีบางกรณีที่ผู้บริโภคอาจไม่ได้รับความคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ นอกจากนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจแพร่กระจายออกไปได้ เนื่องจากสภาพของสื่อบนอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงได้ตลอดเวลาและไม่จำกัดพื้นที่ หากไม่มีการระงับหรือยับยั้งย่อมส่งผลเสียหายแก่ผู้บริโภคคนอื่นด้วย ซึ่งผู้ที่จะสามารถจัดการกับปัญหาในกรณีได้อย่างดีและรวดเร็วเพื่อระงับและป้องกันการแพร่กระจายความเสียหายนี้ คือ ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต เพราะเป็นผู้จัดทำโฆษณาและเผยแพร่โฆษณาดังกล่าว อีกทั้งสามารถระบุตัวได้แน่นอนกว่าผู้โฆษณา แต่เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติถึงผลของการที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจาก



ระบบ ในกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาหรือมีเหตุอันควรรู้ถึงข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมไม่อาจเรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการลงโฆษณาให้รับผิดชอบต่อผู้บริโภคในกรณีนี้ได้

กรณีนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายสหภาพยุโรปที่กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ มีหน้าที่ต้องดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบภายหลังได้รับการบอกกล่าว หรือรู้ว่า มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นด้วย มิฉะนั้นผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13-14 of the Electronic Commerce Directive) ซึ่งจะวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

อย่างไรก็ตามการที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบดังกล่าว กรณีนี้อาจเข้าข่ายกฎหมายอื่นได้นั้นคือ กฎหมายเกี่ยวกับคำมั่นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ หากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาดังกล่าวออกจากระบบ เมื่อรู้หรือได้รับการแจ้งถึงเนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแล้ว กรณีนี้อาจเข้าข่ายการกระทำที่มีลักษณะเป็นการให้คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ในการแสดงเจตนายอมผูกพันตนต่อผู้รับคำมั่นซึ่งเป็นผู้บริโภคว่าจะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นให้ แต่เมื่อมิได้ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายออกจากระบบ ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงเจตนายอมผูกพันตนเพื่อจัดการแก้ปัญหาดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ซึ่งมีผลทางกฎหมายคล้ายกับกรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกาในเรื่องคำมั่นสัญญาที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องผูกพันตนในคำมั่นสัญญาที่ให้ไว้แก่ผู้บริโภคว่า จะดำเนินการลบหรือถอนออกจากระบบ อันเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตมีอาจยกเอาความคุ้มกัน (Immunity) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ขึ้นต่อสู้ผู้บริโภค

แต่การคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับคำมั่นสัญญามีข้อจำกัดทางกฎหมายคือ เป็นการคุ้มครองแต่เฉพาะผู้รับคำมั่น เพราะการให้คำมั่นสัญญาเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ดังนั้น หากไม่ได้ให้คำมั่นสัญญาต่อกัน ผู้อื่นย่อมไม่ได้รับประโยชน์หรือยกขึ้นกล่าวอ้างเอากับผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ปฏิบัติภาระหน้าที่แก่ตนเหมือนอย่างผู้รับคำมั่น ด้วยเหตุนี้จึงยังไม่อาจกล่าวได้อย่างชัดเจนว่า ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับคำมั่นสัญญาจะสามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างทั่วถึงได้อย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว เพราะโดยสภาพของการโฆษณาบน

อินเทอร์เน็ตยังคงแพร่กระจายความเสียหายได้ตลอดเวลา จนกว่าจะมีการระงับหรือถอนเนื้อหา โฆษณาที่เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหายดังกล่าวออกจากระบบ

### 5.2.3 สรุปผลการวิเคราะห์

จากการวิเคราะห์ในเบื้องต้นนั้น สามารถสรุปผลได้ว่า กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยยังขาดความชัดเจนในทางกฎหมายซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรม และมีช่องว่างที่อาจทำให้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอหรือทันสมัยต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

- 1) ตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายในกรณีที่มีการโฆษณาข้อความที่มีลักษณะทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการตามบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เนื่องจากบทบัญญัติมิได้ระบุไว้ชัดเจน อันทำให้เกิดปัญหาการตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่า หมายถึงรวมถึงกรณีของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่เนื้อหาโฆษณาของบุคคลที่สามด้วยหรือไม่
- 2) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ยังไม่มีการจำแนกลักษณะของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต อันอาจส่งผลกระทบต่อความคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรม เนื่องด้วยผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตมีหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ลักษณะแคชชิ่ง (Caching) หรือลักษณะการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)
- 3) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ อันส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตว่าสมควรต้องรับผิดต่อผู้บริโภคหรือไม่ หรือมีกรณีใดบ้างที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดต่อผู้บริโภค
- 4) ในกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำไปโดยสุจริต แต่หากต่อมาได้รับการแจ้งถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมายอันเกิดจากผู้บริโภคหรือบุคคลอื่นใด โดยมีได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะดำเนินการลบหรือถอนข้อมูลที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น เช่นนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะมีหน้าที่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีขอบด้วยกฎหมายดังกล่าวหรือไม่

นอกจากนี้ประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยในประเด็นปัญหาที่กำลังศึกษานี้โดยตรง ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายและขาดความชัดเจนในผลทางกฎหมายที่อาจจะ

เกิดขึ้น อันส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ความไม่ชัดเจนทางกฎหมายเหล่านี้อาจตั้งคำถามต่อไปว่า ไทยควรที่จะปรับปรุงหรือการแก้ไขถึงความไม่ชัดเจนทางกฎหมายเหล่านี้หรือไม่ นอกจากนี้ยังมีเสียงสะท้อนทางสังคมไทยที่เรียกร้องให้มีปรับปรุงหรือแก้ไขกฎหมายให้ทันสมัยและเป็นธรรมต่อผู้บริโภค ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีหนึ่งที่สำคัญซึ่งฟ้องผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่เนื้อหาข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกิดจากการบรรจุเนื้อหาของบุคคลที่สามภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550<sup>51</sup> ซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงในลักษณะของการกระทำอันเนื่องมาจากการเผยแพร่ข้อมูลที่มีขอบกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

คดีนี้จำเลยเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในการแสดงความคิดเห็นผ่านทาง “กระดานสนทนา” โดยพบว่า มีผู้ตั้งกระทู้แสดงเนื้อหาข้อความที่ผิดกฎหมาย แต่จำเลยไม่ได้ดำเนินการปิดข้อมูลเหล่านั้น แต่กลับปล่อยให้กระทู้ดังกล่าวยังคงปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ของตนต่อไปนานถึง 20 วัน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ต่างพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550\* เนื่องด้วยจำเลยได้ปล่อยให้เนื้อหาข้อความที่ผิดกฎหมายดังกล่าวมานานถึง 20 วัน ซึ่งเกินเวลาอันสมควรที่จำเลยจะรู้ได้จากการตรวจพบ เพื่อนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบซึ่งอยู่ในการควบคุมของตน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการงดเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ให้บริการภายในเวลาอันสมควร อันถือได้ว่า จำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ยินยอมโดยปริยายในการนำข้อมูลที่ผิดกฎหมายดังกล่าวเข้าระบบ

จากผลของคำพิพากษานี้ จะเห็นได้ว่า แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้เป็นผู้สร้างเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมายดังกล่าว แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็อาจต้องรับผิดชอบจากเนื้อหาที่ตนเผยแพร่ นั้น อย่างเช่นในคดีนี้ เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ควรที่จะดำเนินการลบ หรือถอนข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นภายในเวลาอันสมควร มิฉะนั้นแล้วอาจถือได้ว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ยินยอมโดยปริยายให้มีเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นในระบบ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้มิได้วินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการ

<sup>51</sup> คดีอาญาหมายเลขดำที่ 1167/2553 หมายเลขแดงที่ 2091/2555 ของศาลอุทธรณ์

\* จำเลยจึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 ประกอบมาตรา 14 (3)

อินเทอร์เน็ตภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่เป็นคำวินิจฉัยภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งมีโทษทางอาญานั้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในทางแพ่งจะมีผลทางกฎหมายในลักษณะเช่นเดียวกับในทางอาญาหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีความชัดเจนในทางกฎหมาย

นอกจากนี้กระแสวิพากษ์วิจารณ์ทางสังคมจากผลคำพิพากษาดังกล่าวต่างตั้งคำถามและเรียกร้องให้รัฐกำหนดขอบเขตความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้ใช้งานซึ่งเป็นผู้บริโภค ข้อมูลเหล่านั้นให้ได้สัดส่วน ตลอดจนทิศทางและแนวโน้มของกฎหมายไทยที่ควรจะเป็นเพื่อสอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน\* ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุผลอันสนับสนุนประการหนึ่งที่ประเทศไทยควรเร่งรัดแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตไปพร้อมกันด้วย เพื่อให้ทันสมัยและเป็นธรรมกับผู้บริโภค แม้ว่าประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วยการโฆษณาซึ่งเป็นบททั่วไปรองรับเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้เข้าใจผิดหรือถูกหลอกลวงจากการโฆษณา แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่อาจ

---

\* กระแสวิพากษ์วิจารณ์ทางสังคมมีการเรียกร้องให้ประเทศไทยแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ออกแถลงการณ์ทันที เช่น องค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ออกแถลงการณ์ในครั้งนี้ เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเอเชีย (Asian Human Right Commission) ที่ปรึกษาองค์การด้านสิทธิมนุษยชน (Human Right Watch) คณะกรรมการนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists) องค์กรจัดลำดับเสรีภาพสื่อของโลก (Freedom House) นอกจากนี้ยังมีกลุ่มอื่นอีก เช่น ศูนย์เพื่อส่งเสริมประชาธิปไตยและเทคโนโลยี (Center for Democracy & Technology) ตัวแทนสหภาพยุโรปประจำประเทศไทย (Delegation of the European Union to Thailand) องค์กรผู้สื่อข่าวไร้พรมแดน (Reporter without Border) พันธมิตรสื่อในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Southeast Asian Press Alliance (SEAPA)) เป็นต้น สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่ Center for Democracy & Technology. CDT Objects to Conviction of Thai Webmaster as Threat to Free Expression[Online]. Available from:<https://cdt.org/press/cdt-objects-to-conviction-of-thai-webmaster-as-threat-to-free-expression/> [2016, February 5] หรือ Delegation of the European Union to Thailand. Statement from European Union on Chiranuchverdict[Online]. Available from: [http://eeas.europa.eu/delegations/thailand/press\\_corner/all\\_news/news/2012/20120530\\_01\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/thailand/press_corner/all_news/news/2012/20120530_01_en.htm) [February 2016] หรือ Reporter without border. Website editor convicted of lèse-majesté but spared jail time [Online]. Available from: <http://en.rsf.org/thailand-website-editor-convicted-of-lese-30-05-2012,42698.html> [2016, February 5]

แก้ไขปัญหาลักษณะนี้และเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคได้อย่างชัดเจนและเพียงพอตามที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วนั้น

สำหรับแนวทางการแก้ไขความไม่ชัดเจนของกฎหมายไทยดังกล่าวอาจศึกษาได้จากการเทียบเคียงกับกฎหมายออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป ซึ่งจะวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไปนี้

### 5.3 วิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ในต่างประเทศ

สืบเนื่องมาจากปัญหาอันเกิดจากการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ต่อผู้บริโภคในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างประสบปัญหาคล้ายกัน กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคได้สืบค้นหาข้อมูลโฆษณาผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล เพื่อหาข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของบุคคลคนหนึ่ง แต่ผู้ให้บริการลงโฆษณา (Google) กลับแสดงผลการค้นหาโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการพร้อมกับลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ของอีกบุคคลหนึ่งให้ ซึ่งเนื้อหาโฆษณาเกิดจากการบรรจุข้อความโดยผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามผ่านโปรแกรม Google AdWords อันเป็นเหตุให้ผู้บริโภคตกลงซื้อขายสินค้าหรือบริการกับบุคคลที่ Google ได้แสดงผลการค้นหาให้ เนื่องจากผู้บริโภคเข้าใจผิดหรือถูกหลอกหลงว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวเป็นสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการค้นหา

จากปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านี้ทั้งในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างมีแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้บริโภค ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันหรือเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ กฎหมายออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่โฆษณาของบุคคลที่สามต่อผู้บริโภค อันเนื่องจากเหตุผลในเชิงทฤษฎีและเหตุผลอันเนื่องมาจากการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี การเมือง วัฒนธรรม การศึกษา ความบันเทิง ตลอดจนความเจริญรุ่งเรืองของประเทศที่ขึ้นอยู่กับสื่อตัวกลางเหล่านี้ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 แต่การให้ความคุ้มครองดังกล่าวก็จำกัดขอบเขตเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมและได้สัดส่วน เนื่องจากได้เล็งเห็นความสำคัญของปัญหาอันเนื่องมาจากผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตอาจใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบสินค้าก่อนการซื้อขายสินค้าเหล่านั้นได้ไม่เต็มที่ เพราะผู้ซื้อส่วนใหญ่มักแสดงเจตนาซื้อสินค้าหรือบริการกับผู้ขายซึ่งเป็นบุคคลที่

อยู่ห่างโดยระยะทาง มิได้ซื้อขายกับบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า ทำให้ไม่เห็นสินค้าหรือทดลองสินค้าก่อน ตัดสินใจซื้อหรือใช้บริการเหมือนอย่างในกรณีการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยทั่วไป อีกทั้งผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตมีความสามารถตรวจสอบข้อมูลของผู้ขายซึ่งเป็นผู้โฆษณาหรืออยู่ในวิสัยที่สามารถเข้าถึง บุคคลดังกล่าวได้ดีกว่า และได้รับประโยชน์ทางธุรกิจจากการให้บริการเหล่านั้นจากผู้บริโภคด้วยดังที่ ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2

ด้วยเหตุนี้ในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปจึงมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาผ่านทางอินเทอร์เน็ต เพื่อแก้ปัญหาอันเกิดจากผู้ให้บริการลง โฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวงในสินค้าหรือบริการแก่ ผู้บริโภค โดยการบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณา ซึ่งสามารถวิเคราะห์ความคล้ายคลึงกันของกฎหมายและความแตกต่างที่สำคัญ ตลอดจนการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงแห่งปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว โดย สามารถจำแนกได้ 4 ประการ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อ ผู้บริโภค การจัดลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ ให้บริการอินเทอร์เน็ต และข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย หรือการตีความของศาล ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

### 5.3.1 กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้บริโภค

ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพ ยุโรปต่างมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับการให้บริการอินเทอร์เน็ตจากการ โฆษณาไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้บริโภค จากการโฆษณาในประเทศออสเตรเลียปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางค้าและคุ้มครอง ผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (The Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ส่วนสหรัฐอเมริกา ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (The Communication Decency Act 1996 (CDA)) และสหภาพยุโรปปรากฏอยู่ในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายไทยที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความรับ รับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้บริโภคจากการโฆษณาไว้โดยเฉพาะ

### 5.3.2 การจัดลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปนั้น กฎหมายของบางประเทศได้จำแนกลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ แต่บางประเทศเพียงแต่ให้คำนิยามหรือกล่าวถึงบุคคลที่ถูกห้ามมิให้กระทำการโฆษณาที่ผิดกฎหมายไว้อย่างกว้างเท่านั้น กล่าวคือ ในสหภาพยุโรปได้จำแนกลักษณะและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศไว้ 3 ลักษณะในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ด้วย คือ ลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ลักษณะแคชชิ่ง (Caching) และลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศขึ้นอยู่กับแต่ละลักษณะของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ<sup>52</sup>

สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศออสเตรเลียไม่ได้จำแนกลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเหมือนอย่างสหภาพยุโรป กล่าวคือ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีบัญญัติคำนิยามของผู้ให้บริการทางคอมพิวเตอร์และผู้ให้เนื้อหาข้อมูลข่าวสารไว้โดยทั่วไปเท่านั้น ดังปรากฏในคำนิยามบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 (f) (2) (3) of the Communications Decency Act 1996)<sup>\*</sup>

ส่วนกฎหมายของประเทศออสเตรียนั้นไม่ให้คำนิยามไว้อย่างกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพียงแต่บัญญัติคำว่า “บุคคล (Person)” ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งจะอ้างอิงรวมถึงคำว่า “นิติบุคคล (Corporations)” ในกฎหมายเดิมในบทบัญญัติมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า

<sup>52</sup> โปรดดูมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)

<sup>\*</sup> ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 (f) (2) (3) of the Communications Decency Act 1996) ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “Interactive Computer Service” หมายถึง การให้บริการข้อมูลข่าวสาร ระบบ การเข้าถึงซึ่งการให้บริการที่จัดให้ผู้ใช้งานจำนวนมากเข้าใช้คอมพิวเตอร์เซิร์ฟเวอร์ รวมถึงการให้บริการหรือระบบที่ให้เข้าถึงอินเทอร์เน็ตและระบบปฏิบัติการหรือการให้บริการจากห้องสมุดหรือสถาบันทางการศึกษาต่าง ๆ และได้ให้นิยามคำว่า “Information Content Provider” ว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งจะต้องรับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับการสร้างหรือการพัฒนาข้อมูลที่กระทำผ่านไปยังอินเทอร์เน็ตหรือการบริการทางคอมพิวเตอร์

พ.ศ. 2517 (Section 52 of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) ด้วยเท่านั้น<sup>53</sup> ซึ่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคใหม่ของประเทศออสเตรเลียยังคงให้ความคุ้มครองภายใต้หลักการเช่นเดียวกันกับกฎหมายเดิม<sup>54</sup>

### 5.3.3 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

สำหรับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศออสเตรเลีย สหภาพยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ต่อไปนี้

#### (1) ประเทศออสเตรเลีย

บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากการโฆษณาต่อผู้บริโภคในกฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้นจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งกำหนดห้ามมิให้บุคคลกระทำการค้าหรือพาณิชย์ที่มีพฤติกรรมที่ทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการหลอกลวง ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้จะบัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พฤติกรรมที่ต้องห้ามมิให้โฆษณาที่มีลักษณะทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวงแก่ผู้บริโภคนั้น มิได้อธิบายหรือให้รายละเอียดเกี่ยวกับเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่ามีลักษณะเช่นใด แต่ให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลแห่งประเทศออสเตรเลียในการพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละรายคดีไป อันจะแตกต่างจากกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ของสหภาพยุโรปที่กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศขึ้นอยู่กับแต่ละลักษณะของผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศซึ่งให้รายละเอียดที่มากกว่ากฎหมายออสเตรเลียซึ่งจะกล่าวถัดไป

#### (2) สหภาพยุโรป

กฎหมายของสหภาพยุโรปได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศไว้แตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศนั้น ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจาก

<sup>53</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : A framework overview (Australia: The Australian Government the Treasury, 2013), p. 1.

<sup>54</sup> Australia government, The Australia Consumer Law : An Introduction, p. 5.



พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (The Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ของประเทศออสเตรเลีย และพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (The Communications Decency Act 1996) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีได้จำแนกลักษณะความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้แต่อย่างใด

กฎหมายของสหภาพยุโรปได้จำแนกความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศเป็น 3 ลักษณะที่สำคัญไว้ในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) คือ ความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ผู้ให้บริการลักษณะแคชชิ่ง (Caching) และผู้ให้บริการลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)<sup>55</sup> ดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3 นั้น การบัญญัติจำแนกความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศทั้งสามลักษณะนี้ ย่อมทำให้การวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศเป็นไปได้อย่างเป็นธรรม และสอดคล้องกับลักษณะผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศได้ใกล้เคียงที่สุด เพราะผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศมีหลากหลายลักษณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) จึงมีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีได้จำแนกความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศไว้แต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาในบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศในบทบัญญัติมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive) จะพบว่า ในภาพรวมของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) สามารถแยกเป็น 2 กรณีที่สำคัญ คือ กรณีที่กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศเมื่อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กับกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศในกรณีได้รับการแจ้งถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมาย โดยให้ดำเนินการลบหรือถอนข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ซึ่งสามารถอธิบายได้ต่อไปนี้

กรณีที่กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด นั่นคือ เงื่อนไขของการกระทำไปโดยสุจริต (Good Faith) ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 12 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive) ในกรณีผู้ให้บริการ

<sup>55</sup> โปรดดูมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)

สังคมสารสนเทศลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการส่งผ่านข้อมูลไปยังบุคคลอื่น หากไม่ได้เป็นผู้เลือกหรือตัดแปลงข้อมูลในการส่งหรือไม่ได้เลือกผู้รับในการส่งข้อมูล หรือในบทบัญญัติมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive) กรณีผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะแคชชิ่ง (Caching) ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับข้อมูลสารสนเทศที่จัดเก็บไว้ชั่วคราว หากผู้ให้บริการไม่ได้แก้ไขข้อมูลสารสนเทศ ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศ ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการปรับปรุงข้อมูลให้ทันสมัย ผู้ให้บริการต้องไม่แทรกแซงเกี่ยวกับประโยชน์ในการใช้เทคโนโลยี การนำมาใช้ในอุตสาหกรรม การบรรจุข้อมูลในการใช้ข้อมูลข่าวสาร หรือในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับข้อมูลข่าวสารสารสนเทศที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้รับบริการ หากให้บริการไม่ได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูลที่ชัดเจนนั้น

จะเห็นได้ว่า กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ได้นำหลักสุจริต (Good Faith) เข้ามาผนวกภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายด้วย ซึ่งจะง่ายต่อการตีความบทบัญญัติกฎหมาย เพราะจะทำให้บทบัญญัติชัดเจนมากยิ่งขึ้นและหากไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเหล่านี้ไว้ย่อมต้องมาพิจารณาต่อว่า พฤติกรรมใดบ้างของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศที่ควรได้รับการคุ้มครองหรือต้องมารับผิดต่อผู้บริโภค นอกจากนี้ทำให้ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศมีอาจกล่าวอ้างความเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เมื่อตนได้กระทำไปโดยไม่สุจริตด้วยเช่นกัน

ส่วนกรณีที่กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ ในกรณีได้รับการแจ้งถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมาย โดยให้ดำเนินการลบหรือถอนข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ หากผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศไม่ปฏิบัติตาม ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น กรณีนี้จะเห็นได้ว่า ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศอาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายหากไม่ได้ดำเนินการลบ หรือถอนข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบ แม้ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศจะไม่ได้เป็นผู้สร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นก็ตาม เพราะต้องการให้ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศเข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับดูแลตนเองด้วยการตรวจสอบเนื้อหาอีกครั้ง (Re-Examine) เพื่อให้มีการโฆษณาซึ่งข้อมูลที่ถูกต้องหรือที่รู้จักในนามว่า “Truth-in-Advertising” นั่นเอง นอกจากนี้เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศโดยการนำเอาหลักธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อธุรกิจ (Good Governance & Corporate Social Responsibility) เอามาผนวกในบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศด้วย ซึ่งนอกจากจะเป็นหน้าที่ทางสังคมแล้วยังเป็น

หน้าที่ตามกฎหมายที่ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อสังคม แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นสร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นก็ตาม

### (3) ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้จำแนกความผิดในแต่ละลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้เหมือนอย่างกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ของสหภาพยุโรป แต่บัญญัติเป็นบททั่วไปดังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ซึ่งบทบัญญัตินี้จะให้ความคุ้มกัน (Immunity) แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากการแสดงเนื้อหาของบุคคลที่สามต่อผู้บริโภค ทำนองเดียวกับกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ของสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ยังมีแนวความเห็นเชิงวิชาการสำหรับเงื่อนไขการให้ความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ที่แตกต่างกันอยู่ คือ แนวความเห็นแรกเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 230 นี้เป็นการให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบไม่มีเงื่อนไข (Unconditional ICS Immunity) โดยไม่ต้องถูกเรียกร้องอย่างใดก่อนในกรณีแสดงเนื้อหาของบุคคลที่สามที่มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะรุนแรง ส่วนแนวความเห็นที่สองกลับเห็นว่า เป็นการให้ความคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแบบมีเงื่อนไข (Conditional ICS Immunity) ที่ขึ้นอยู่กับตัวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่าได้กระทำราวกับเป็นตัวกลางหรือไม่ ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3

จากความเห็นแนวที่สองนี้ทำให้แนวคำพิพากษาของศาลในระยะหลังที่ผ่านมาตีความบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ที่จำกัดแคบลง โดยเห็นว่า ไม่ใช่ทุกกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัตินี้ ยังมีบางกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถอ้างความคุ้มกันภายใต้กฎหมายดังกล่าว เพื่อปฏิเสธความรับผิดต่อผู้บริโภค

จากการโฆษณาที่ได้เผยแพร่เนื้อหาโฆษณาของบุคคลที่สาม อันเป็นข้อยกเว้นจากการตีความของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความไม่สุจริต (Bad Faith) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจให้เครื่องมือในระบบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องตรวจทาน สำหรับการระบุตัวบุคคลของผู้ใช้งานที่ได้แสดงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะที่รุนแรงบนเว็บไซต์ หรือการใช้ในลักษณะผสม (Mixed Used)

นอกจากนี้ศาลยังนำกฎหมายในเรื่องของคำมั่นสัญญา (Promissory Estoppel) มาปิดปากมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เมื่อได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะลบหรือถอนข้อมูลออกจากระบบ ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะอยู่ภายใต้กรอบความคุ้มกัน (Immunity) ของบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) แต่ก็อาจถูกปิดปากมิให้ยกความคุ้มกันดังกล่าวเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค อันเนื่องมาจากความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเองจากการกำหนดไว้ภายใต้กฎหมายแห่งรัฐที่สอดคล้องกับมาตรา 230 (Section 230-Consistent State Laws) ดังตัวอย่างคดีที่ได้ศึกษาและรวบรวมไว้แล้วในบทที่ 3<sup>\*</sup>

(4) การนำหลักกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป มาเทียบเคียงและปรับใช้กับปัญหาอันเกิดจากผู้ให้บริการโฆษณา (Google) ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงงมงายแก่ผู้บริโภค โดยการบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณา จากการศึกษาเนื้อหากฎหมายกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป เมื่อนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลมาเทียบเคียงกับปัญหาอันเกิดจากผู้ให้บริการโฆษณา (Google) ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ไม่ตรงตามความต้องการของผู้บริโภค ซึ่งได้มาใช้บริการสืบค้นข้อมูลเกี่ยวสินค้าหรือบริการ เป็นเหตุให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดหรือถูกหลอกหลวงจากโฆษณาดังกล่าว โดยเนื้อหาโฆษณาเกิดจากการบรรจุข้อมูลของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามผ่าน

<sup>\*</sup> โปรดดูในหัวข้อ 3.3.3 กรณีผู้ให้บริการโฆษณาไม่อาจได้รับความคุ้มครอง เช่น คดี Cecilia L. Barnes v. Yahoo, Inc. คดี FTC v. Accusearch, Inc. คดี GM Equity LLC v. Xcentric Ventures L.L.C. คดี Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC NPS, LLC v. StubHub, Inc., 2009 MASS. Super. LEXIS 97, No. 06-4874-BLS1 at 37 (January 22, 2009) คดี MGM, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005) คดี MCW, Inc. v. Badbusinessbureau.com, LLC, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6678, No. 3:02-CV-2727-G at 26 (N.D. Tex. April 19, 2004). เป็นต้น

โปรแกรม Google AdWords พบว่า มีบางกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจไม่ต้องรับผิดชอบหรือได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังต่อไปนี้

(ก) กรณีการให้เข้าพื้นที่เพื่อบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามารถบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น ซึ่งรวมไปถึงกรณีการจัดทำลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ให้แก่ผู้โฆษณา โดยหลักผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มครองจากการให้เข้าพื้นที่เพื่อบรรจุเนื้อหาของผู้โฆษณาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงกรณีการจัดทำลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) ให้แก่ผู้โฆษณา แม้ว่าเนื้อหาโฆษณาดังกล่าวจะมีลักษณะผิดกฎหมายและได้รับคำตอบแทนจากผู้โฆษณา ดังเช่นในการตีความของศาลแห่งประเทศออสเตรเลียที่เดินตามกันมาโดยตลอดว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค ตราบเท่าที่ยังไม่ได้ยอมรับหรือให้การรับรองเนื้อหาที่ผิดกฎหมายดังกล่าว

กรณีคล้ายกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำไปโดยสุจริต (Good Faith) และไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องในสาระสำคัญของเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมสนับสนุน เชิญชวนในการสร้างเนื้อหาหรือพัฒนาเนื้อหาของผู้โฆษณาให้ปรากฏบนเว็บไซต์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996)

และทำนองเดียวกับผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ของสหภาพยุโรป เพียงแต่กฎหมายสหภาพยุโรปจะกำหนดเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศที่จำกัดขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่แคบกว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศนั้นไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับข้อมูลโฆษณาที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้โฆษณา ทั้งนี้ ผู้ให้บริการดังกล่าวต้องไม่ได้รับการแจ้งอย่างแท้จริงเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือข้อมูลโฆษณาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น ดังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์

อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)<sup>56</sup> เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ให้บริการส่งคําสารสนเทศมีความรับผิดชอบจากการที่ผู้โฆษณาเลือกคำที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดไปยังเว็บไซต์ของผู้ให้บริการส่งคําสารสนเทศซึ่งได้ให้เข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต<sup>57</sup> เพราะผู้ให้บริการส่งคําสารสนเทศไม่ได้เป็นผู้เลือกหรือควบคุมคำโฆษณาที่ได้จัดเก็บไว้ในพื้นที่ที่ให้เข้าดังกล่าว ย่อมไม่สมควรให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบเพียงเพราะเป็นผู้ให้เข้าพื้นที่โฆษณา

(ข) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีนโยบายหรือข้อตกลงในสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการที่กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องมีหน้าที่หรือรับผิดชอบกับเนื้อหาที่สร้างโดยบุคคลที่สาม ในกรณีนี้กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกายังให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) เว้นแต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กำหนดมาตรฐานไว้สูง หรือมีการสัญญาว่าจะดำเนินการลบเนื้อหาที่ไม่ได้รับอนุญาตออกจากระบบ หรือได้แสดงเจตนายืนยันแน่นอนเกี่ยวกับสินค้าหรือการบริการบนเว็บไซต์ว่าเป็นข้อมูลที่ถูกต้องและปลอดภัย

(ข) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้จัดหาอุปกรณ์หรือโปรแกรม Google AdWords มาใช้ในการสร้างเนื้อหาโฆษณา ตลอดจนการให้บริการค้นหาข้อมูลโฆษณาแก่ผู้บริโภคผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Google's Search Engine) โดยหลักผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังคงได้รับความคุ้มครอง เว้นแต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้หรือได้ยอมรับให้ผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามใช้อุปกรณ์เหล่านี้ในการสร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำของบุคคลที่สาม หากรู้ว่าบุคคลที่สามได้ใช้โปรแกรม Google AdWords ซึ่งมี

<sup>56</sup> ดังตัวอย่างในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier (C-236/08) Google France v Viaticum Luteciel (C-237/08) และ Google France v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-238/08) ซึ่งเห็นว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบจากการให้เข้าพื้นที่จัดเก็บข้อมูลโฆษณาภายใต้การคุ้มครองบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of Electronic Commerce Directive) ดังที่ได้ศึกษาเบื้องต้นไว้แล้วในบทที่ 3

<sup>57</sup> Bayer Judit, "Liability of internet Service providers for third party content" Victoria University Wellington Working Paper Series 1 (2008), 1.

ลักษณะเป็นกลาง (Neutral Tools) ในการสร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ซึ่งผลทางกฎหมายในกรณีนี้จะคล้ายกันทั้งกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป\*

(ค) กรณีการแก้ไขหรือควบคุมเนื้อหาที่เป็นหน้าที่ทั่วไปที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตพึงกระทำได้ ไม่ว่าจะป็นกรณีแก้ไขคำหรือข้อความให้ถูกต้องตามหลักไวยากรณ์ หรือการปรับความยาวของข้อความโฆษณาให้เหมาะสม กรณีนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ยังคงได้รับความคุ้มครองทั้งในกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป ทั้งนี้ สิทธิในการแก้ไขเนื้อหาโฆษณาดังกล่าวจะยังคงได้รับความคุ้มครองเท่าที่ซึ่งไม่มีการแก้ไขในสาระสำคัญของเนื้อหา ซึ่งจะให้ความหมายของเนื้อหาต้นฉบับที่ได้จากผู้โฆษณาเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และต้องไม่เกิดความผิดพลาดในการป้องกันหรือความผิดพลาดจากการประมาทเลินเล่อในการใช้มาตรการควบคุมดูแลด้วย ดังปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลประเทศออสเตรเลียที่ยอมให้ความคุ้มครองผู้เผยแพร่ในกรณีที่ได้กระทำไปโดยสุจริต และไม่ได้ยอมรับหรือรับรองเนื้อหาดังกล่าว\*\* หรือปรากฏในการตีความของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996)\*\*\* และภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในมาตรา 12-13 (Article 12-13 of the Electronic Commerce Directive) ในกฎหมายสหภาพยุโรปดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3

\* ดังตัวอย่างในคำวินิจฉัยของศาลสูงของประเทศออสเตรเลียในคดี Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission [2013] การตีความของศาลในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) และคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier (C-236/08) Google France v Viaticum Luteciel (C-237/08) และ Google France v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-238/08) ซึ่งได้ศึกษาเบื้องต้นไว้แล้วในบทที่ 3

\*\* สามารถศึกษาตัวอย่างได้จากคดี Taco Company of Australia Inc v Taco Bell Pty Ltd (“Taco Bell”) (1982) 42 ALR 177 at 202 per Deane and Fitzgerald JJ. คดี Campomar Sociedad Limitada v Nike International Ltd (2000) 202 CLR 45 at 85 [102]: [2000] HCA 12 หรือคดี Hornsby Building Information Centre Pty Ltd v Sydney Building Information Centre Ltd (1978) 140 CLR 216 at 228 per Stephen J: [1978] HCA 11

\*\*\* ดังตัวอย่างในคดี Schneider v. Amazon.com, Inc., 108 Wn. App. 454, 31, P.3d 37, 43 (Wash. Ct. App. 2001).

(ค) กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีลักษณะผิดกฎหมายหลังจากได้รับการบอกกล่าว หรือรู้ว่าเนื้อหาข้อความของบุคคลที่สามมีลักษณะที่ผิดกฎหมาย ในกฎหมายของประเทศอเมริกาและสหภาพยุโรปจะแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังคงได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ให้คำมั่นสัญญากับผู้บริโภคว่าจะดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นออกจากระบบ ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตถูกปิดปากมิให้ยกเอาความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ขึ้นต่อสู้ผู้บริโภค ดังตัวอย่างในคดี Cecilia L. Barnes v. Yahoo, Inc.

กรณีนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ของกฎหมายสหภาพยุโรป ที่กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศมีหน้าที่ต้องดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีขอบด้วยกฎหมายออกจากระบบภายหลังที่ได้รับการบอกกล่าว หรือรู้ว่าเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นด้วย มิฉะนั้นผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศก็จะได้ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย ดังอธิบายได้ดังนี้

กรณีผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศลักษณะแคชชิ่ง (Caching) มีหน้าที่ในการลบหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงซึ่งข้อมูลโฆษณาที่ผิดกฎหมายที่ได้จัดเก็บไว้ เมื่อรู้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นแหล่งเริ่มต้นของการส่งต่อนั้นถูกถอนออกจากระบบเครือข่ายแล้ว หรือไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลโฆษณาเหล่านั้นได้อีกต่อไป หรือมีคำสั่งศาลหรือฝ่ายปกครองให้ถอนหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงซึ่งข้อมูลเหล่านั้นได้อีก มิฉะนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive) หรือกรณีผู้ให้บริการลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) มีหน้าที่ลบหรือทำให้เข้าไม่ถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เมื่อได้รับแจ้งข้อมูลหรือรู้ถึงข้อมูลโฆษณาที่มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย มิฉะนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)



อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดชอบหรือไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปซึ่งจะวิเคราะห์ในข้อห่วยย่อยถัดไป

#### 5.3.4 ข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายหรือการตีความของศาล

สำหรับข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายหรือข้อยกเว้นจากการตีความของศาลนั้น สามารถวิเคราะห์ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปได้ดังนี้

##### (1) ประเทศออสเตรเลีย สามารถวิเคราะห์ในแต่ละหัวข้อย่อยดังต่อไปนี้

##### (ก) ข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย

กฎหมายของประเทศออสเตรเลียให้ความคุ้มครองผู้บริโภค โดยการกำหนดความรับผิดแบบเสริมขึ้นมาซึ่งเรียกว่า “Accessorial Liability” เพื่อปฏิเสธสิทธิยกข้อต่อสู้ของผู้ให้บริการโฆษณาที่อาศัยบทบัญญัติมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) มาต่อสู้ผู้บริโภค โดยแยกต่างหากจากบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอันเป็นบทหลัก อันแตกต่างจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายสหภาพยุโรปที่อยู่ภายใต้มาตราเดียวกัน

ความรับผิดแบบเสริมนี้จะปรากฏอยู่ในตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 หรือมาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) ที่กำหนดความผิดสำหรับบุคคลที่มีส่วนรวมในการฝ่าฝืนบทบัญญัติในการคุ้มครองผู้บริโภคการโฆษณาในกรณีต่อไปนี้

- (1) ให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา หรือยุยง จัดหาให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ
- (2) ชักจูง กระทำการอันใด หรือคำมั่น หรือกรณีอื่นใดให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ

- (3) กระทำไม่ว่ากระทำการตรงหรือทางอ้อม มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเข้าร่วมให้ฝ่าฝืน  
บทบัญญัติ
- (4) มีส่วนรู้เห็นกับบุคคลอื่นอันเป็นผลให้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดแบบเสริม (Accessorial Liability) นี้ แสดงให้เห็นว่า เพียง  
แค่ผู้ให้บริการลงโฆษณาให้ความช่วยเหลือ หรือให้คำปรึกษาแก่บุคคลที่สามกระทำการฝ่าฝืนต่อ  
กฎหมาย หรือเพียงแค่เป็นการกระทำความผิดโดยอ้อมเท่านั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็อาจต้องรับผิด  
ต่อผู้บริโภค แม้การกระทำของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะไม่ถึงขนาดได้มีส่วนรู้เห็น จงใจ หรือให้  
คำมั่นกับบุคคลที่สามให้กระทำการผิดกฎหมายโดยตรงก็ตาม

(ข) เหตุผลที่จำต้องสร้างบทบัญญัติความรับผิดแบบเสริม

เหตุผลที่กฎหมายของประเทศออสเตรเลียจำต้องสร้างบทบัญญัติความรับผิดแบบ  
เสริม (Accessorial Liability) ขึ้นมา อันเนื่องมาจากบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการลง  
โฆษณาบนอินเทอร์เน็ตในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค  
พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) มีแต่เพียงการ  
ห้ามมิให้บุคคลมีพฤติกรรมในลักษณะที่มีให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือมีแนวโน้มทำให้เกิด  
ความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงเท่านั้น ซึ่งไม่ได้บัญญัติลักษณะของความคุ้มครองผู้ให้บริการลงโฆษณา  
บนอินเทอร์เน็ตเหมือนอย่างมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ.  
2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ในกฎหมายของประเทศ  
สหรัฐอเมริกา และมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the  
Electronic Commerce Directive) ในกฎหมายสหภาพยุโรป แต่กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย  
ให้สิทธิผู้ให้บริการลงโฆษณาในการยกข้อต่อสู้ในฐานะผู้ประกอบการโฆษณานี้ ที่ได้โฆษณา  
โดยปกติและไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลอันสงสัยว่าการเผยแพร่โฆษณาขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดัง  
ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค  
พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) สิทธิในการยก  
ข้อต่อสู้ในฐานะผู้ประกอบการโฆษณานี้ อาจทำให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ต้องรับผิดชอบต่อ  
ผู้บริโภคที่ได้กระทำไปโดยสุจริต ฉะนั้นกฎหมายของประเทศออสเตรเลียจึงเล็งเห็นความสำคัญของ  
ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในกรณีเช่นนี้ จึงได้บัญญัติความรับผิดแบบเสริม (Accessorial Liability)  
เข้ามาช่วย เพื่อมิให้ผู้ให้บริการลงโฆษณาปฏิเสธความรับผิดต่อผู้บริโภคในทุกกรณี

(ค) วิเคราะห์กฎหมายออสเตรเลียเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป

หากวิเคราะห์กฎหมายของประเทศออสเตรเลียเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปแล้ว จะพบว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดบทบัญญัติความรับผิดแบบเสริมในลักษณะที่แยกออกมาจากบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นบทหลัก เพียงแต่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปจะจำกัดสิทธิความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้น โดยมิได้แยกออกจากบทบัญญัติดังกล่าวเหมือนดังกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

นอกจากนี้กฎหมายของประเทศออสเตรเลียยังให้สิทธิผู้ให้บริการลงโฆษณาในการยกข้อต่อสู้ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาที่น้อยกว่ากรณีของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือกฎหมายสหภาพยุโรปที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองแทนที่จะเป็นการให้สิทธิยกข้อต่อสู้ อันต้องอาศัยการกล่าวอ้างของผู้ให้บริการลงโฆษณา ฉะนั้นหากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ใช้สิทธิยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาก็อาจต้องรับผิดตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth))

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงบทบัญญัติความรับผิดแบบเสริม (Accessorial Liability) ในตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 หรือมาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) ของกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย จะพบว่า แท้จริงแล้วความรับผิดแบบเสริมที่กำหนดเพิ่มเติมให้แน่นล้นแล้วแต่เป็นข้อยกเว้นของหลักสุจริต (Good Faith) เช่นเดียวกับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน เพียงแต่กฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจต้องรับผิดต่อผู้บริโภค แม้ได้กระทำไปเพียงแค่การให้คำปรึกษาแก่บุคคลที่สามารถกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือเพียงแค่เป็นการกระทำความผิดโดยอ้อม หรือการกระทำนั้นไม่ถึงขนาดได้มีส่วนรู้เห็น จงใจ หรือให้คำมั่นก็ตาม

สำหรับกรณีผู้ให้บริการโฆษณาได้รับการแจ้งถึงข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายแล้ว กฎหมายของประเทศออสเตรเลียไม่ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการโฆษณา ในการลบหรือถอนเนื้อหาที่ผิดกฎหมายภายในเวลาอันสมควรเหมือนอย่างกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive)<sup>58</sup> อันทำให้ประสิทธิภาพของการคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายของประเทศออสเตรเลียสำหรับกรณีนี้ยังไม่รัดกุมเพียงพอ

## (2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น แม้ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) จะมีข้อยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ก็ก็เป็นเพียงข้อยกเว้นในลักษณะไม่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 230 นี้มีผลใช้บังคับกับกฎหมายในลักษณะอื่นอันได้แก่กฎหมายอาญา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร และกฎหมายแห่งรัฐเท่านั้น<sup>59</sup> อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นจากการตีความของศาลที่สำคัญ 2 ประการ คือ ข้อยกเว้นภายใต้หลักสุจริต (Good Faith) และข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมในการดูแลและกำกับตัวเอง (ISC self-regulation) ดังวิเคราะห์ต่อไปนี้

### (ก) ข้อยกเว้นภายใต้หลักสุจริต (Good Faith)

เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) สิ่งที่ซ่อนอยู่ในความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ คือ หลักสุจริต (Good Faith) ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้เผยแพร่ข้อความโฆษณาซึ่งเป็นเนื้อหาของบุคคลคนหนึ่งไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยสุจริต ย่อมไม่สมควรให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องเข้ามาแบกรับความรับผิดชอบของบุคคลที่สามที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง จนทำให้บทบัญญัตินี้อาจเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า “The Good Samaritan Provision”

<sup>58</sup> มาตรา 13-14 กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13-14 of the Electronic Commerce Directive)

<sup>59</sup> มาตรา 230 (e) (1) - (4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 (e) (1) - (4) of the Communications Decency Act 1996)

ในทางกลับกัน สิ่งที่จะทำให้ความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรา 230 นี้ไม่เกิดผลนั้นคือ ความไม่สุจริต (Bad Faith) ด้วยการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในสาระสำคัญ (“Materially Contributing”) ของเนื้อหาของผู้โฆษณา ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริม เชิญชวน เพื่อสร้างหรือพัฒนา เนื้อหาของผู้โฆษณาซึ่งบุคคลที่สามอันมีลักษณะผิดกฎหมาย หรือการออกแบบเว็บไซต์ที่เอื้อ ประโยชน์ต่อการทำการกระทำผิดกฎหมายโดยตรง เช่น การออกแบบเว็บไซต์ให้มีรายการเลือกแบบ ดิ่งลง (Drop-Down Menus) เพื่อให้ผู้ใช้งานตอบแบบสอบถามหรือเลือกรายการที่เกี่ยวข้องกับสินค้า หรือบริการที่ผิดกฎหมายโดยตรง เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตออกแบบโปรแกรมให้มีรายการสินค้า หรือการให้บริการที่ผิดกฎหมายอย่างสินค้าหนีภาษี สินค้าลอกเลียนแบบ หรือสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สิน ทางปัญญาของผู้อื่นให้แก่ผู้ใช้งานเลือก ตลอดจนการแสดงผลข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดย ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของที่แท้จริง เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาผลประโยชน์ทางธุรกิจ เช่นนี้ ผู้ ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่า ด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ดังนั้น ความไม่สุจริต (Bad Faith) ย่อมเปรียบเสมือนข้อยกเว้นประการหนึ่งที่สำคัญภายใต้ บทบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างของพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายข้อยกเว้นภายใต้หลักสุจริตนั้นคือ การใช้ คำหรือข้อความในลักษณะผสม (Mixed Used) โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้เปลี่ยนเนื้อหาแห่ง วัตถุที่บุคคลที่สามเป็นผู้แสดงหรือนำมาผสมเข้าด้วยกันกับของตนเอง กรณีนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อาจกลายเป็นผู้ให้เนื้อหา (“Content Provider”) เสียเอง หรือการที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าไปมี ส่วนเกี่ยวข้องกับการแยกหัวข้อหรือชื่อที่ได้แสดงไว้เพื่อให้กระทำการที่ผิดกฎหมาย ก็ถือเป็นกรณีการ ใช้ในลักษณะผสม (Mixed Use) เช่นกัน

อนึ่ง แม้ว่าในทางวิชาการจะแยกข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากความไม่สุจริต (Bad Faith) ออก จากข้อยกเว้นในกรณีการใช้ลักษณะผสม (Mixed Use) ดังที่ได้ศึกษาไว้ในบทที่ 3 เนื่องจากมีความ แตกต่างกันในลักษณะของการกระทำ กล่าวคือ ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากความไม่สุจริต (Bad Faith) เกิดจากเนื้อหาที่สร้างขึ้นจากบุคคลที่สามเป็นผู้ส่งข้อมูล โดยที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้ป้อนหรือ เปลี่ยนแปลงข้อมูลดังกล่าว แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำไปโดยไม่สุจริตด้วยการยอมให้มีหรือ เผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นแก่ผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริม สนับสนุน หรือช่วยเหลือ ให้มีการสร้างเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายดังกล่าว แต่หากพิเคราะห์ข้อยกเว้นทั้งสองกรณีนี้แล้ว จะ พบว่า โดยแท้จริงแล้วการใช้ในลักษณะผสม (Mixed Use) ก็คือการกระทำโดยไม่สุจริตในลักษณะ

หนึ่ง เพียงแต่ข้อยกเว้นดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างกันในเรื่องลักษณะของการกระทำซึ่งเป็นเพียงรายละเอียดเท่านั้น

สำหรับตัวอย่างการใช้ในลักษณะผสม (Mixed Use) เช่น ในกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้แก้ไขในสาระสำคัญในเชิงมีบทบาทหรืออำนาจเหนือสถานะของผู้เผยแพร่ทั่วไป หรือการเข้าไปมีบทบาทในการสร้างหรือการพัฒนาเนื้อหาที่แสดงออกมา โดยการย้ายคำใดตัวหนึ่งในข้อความที่ได้รับจากบุคคลที่สามส่งผลให้สาระสำคัญแห่งเนื้อหาในข้อความนั้นมีความหมายเปลี่ยนไป เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย้ายคำว่า “คล้าย” ออกจากข้อความที่ว่า “กระเป่ารุ่นนี้คล้ายของจริงแท้แน่นอน” ทำให้ความหมายเปลี่ยนไปเป็น “กระเป่ารุ่นนี้ของจริงแท้แน่นอน” ผลของการย้ายคำดังกล่าวทำให้สื่อความหมายที่ต่างกัน กล่าวคือ หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้ย้ายคำว่า “คล้าย” ของจากข้อความเดิม ผู้บริโภคย่อมเข้าใจว่าสินค้าตามโฆษณา นั้นไม่ใช่สินค้าที่เป็นของแท้แน่นอน เพียงแต่เป็นสินค้าที่มีลักษณะลอกเลียนแบบหรือคล้ายคลึงกันเท่านั้น แต่เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ย้ายคำว่า “คล้าย” ของจากข้อความเดิม ย่อมทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่า กระเป่ารุ่นนี้ของจริงแท้แน่นอน ไม่ใช่สินค้าที่มีลักษณะลอกเลียนแบบหรือคล้ายคลึงกันเหมือนอย่างในกรณีแรก หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำไปในลักษณะหลังนี้ย่อมส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการจากโฆษณาที่ปรากฏ จนเป็นเหตุให้ผู้บริโภคตกลงทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการที่ตนไม่ต้องการหรือเข้าใจผิดดังกล่าว เช่นนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

วิเคราะห์ข้อยกเว้นภายใต้หลักสุจริตในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาเทียบกับกฎหมายประเทศออสเตรเลียและสหภาพยุโรป

ข้อยกเว้นภายใต้หลักสุจริตของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานี้คล้ายกันกับผลทางกฎหมายของประเทศออสเตรเลียในตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 หรือมาตรา 75B แห่งพระราชบัญญัติกิจการทางการค้า พ.ศ. 2517 (Section 75B of the Trade Practice Act 1974 (Cth)) เพียงแต่กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย นั้น แม้ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำเพียงแค่ให้คำปรึกษา โดยไม่ถึงขนาดมีส่วนร่วมเกี่ยวกับ

เนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมาย ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็อาจต้องรับผิดชอบภายใต้ความรับผิดแบบเสริม (Accessorial Liability) แล้ว ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 5.3.4 (1)

นอกจากนี้ผลทางกฎหมายของสหภาพยุโรปก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำไปโดยไม่สุจริตก็ย่อมไม่ให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น มาตรา 12 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive) ที่ผู้ให้บริการส่งคมนาคมสารสนเทศลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง หากการส่งผ่านซึ่งข้อมูลโฆษณาได้กระทำไปโดยเป็นผู้เริ่มต้นในการส่ง เป็นเลิกผู้รับในการส่งข้อมูล และได้เลือกหรือตัดแปลงข้อมูลดังกล่าวในการส่งไปให้ผู้บริโภค หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะแคชชิ่ง (Caching) อาจไม่ได้รับความคุ้มครองสำหรับข้อมูลสารสนเทศที่จัดเก็บไว้ชั่วคราว หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้แก้ไขข้อมูลสารสนเทศ หรือไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศ หรือได้แทรกแซงเกี่ยวกับประโยชน์ในการใช้เทคโนโลยีหรือการบรรจุข้อมูลโฆษณา ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive)

หรือกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) อาจไม่ได้รับความคุ้มครองสำหรับข้อมูลข่าวสารสารสนเทศที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้รับบริการ หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้น ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)

(ข) ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมในการดูแลและกำกับตัวเอง (ISC self-regulation)

ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการตีความของศาลในกรณีอื่นที่สำคัญ คือ ความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเอง โดยศาลเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) เป็นการคุ้มครองแบบมีเงื่อนไข (Conditional ICS Immunity) ที่เรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะเป็นตัวกลาง (Intermediary) มากกว่าในฐานะผู้เผยแพร่เนื้อหาของบุคคลที่สาม เพราะกฎหมายต้องการเรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการ

อินเทอร์เน็ตให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับดูแลตนเองด้วย เพื่อให้ได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักการของบทบัญญัติมาตรา 230 นี้

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตค่อยสกัดกั้นและตรวจทานเนื้อหาของบุคคลที่สามว่ามีลักษณะที่ผิดกฎหมายหรือมีลักษณะรุนแรงหรือไม่ด้วยจึงจะได้รับการคุ้มครอง ฉะนั้นเมื่อใดที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้ว่าเนื้อหาที่ผิดกฎหมายและได้รับแจ้งการบอกกล่าวจากผู้สร้างเนื้อหาที่ผิดกฎหมายนั้นเพื่อให้ลบเนื้อหาออกไป และอำนาจควบคุมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังมีอยู่เหนือเนื้อหาโฆษณาที่เผยแพร่ นั้น ก็ควรสกัดกั้นหรือแก้ไขเนื้อหาที่ผิดกฎหมายก่อน อย่างไรก็ตามกฎหมายในการกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISC self-regulation) จะมิอยู่ตรงเท่าที่กฎหมายแห่งรัฐสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ดังจะเห็นได้จากกฎหมายปิดปากในเรื่องของคำมั่นสัญญา (Promissory Estoppel)

ในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับคำมั่นสัญญานั้น สามารถนำมาปรับใช้เพื่อมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยกข้อต่อสู้อันเนื่องมาจากได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) มาปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคอันเป็นข้อยกเว้นของการตีความของศาล เนื่องด้วยศาลเห็นว่า การให้คำมั่นสัญญาคือ การก่อกำหนดกฎหมายที่ให้กระทำการหรือละเว้นมิให้กระทำการบางอย่างต่อผู้รับคำมั่นสัญญาโดยเฉพาะเจาะ เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งถึงข้อมูลโฆษณาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นและได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ย่อมมีหนี้ตามกฎหมายที่กระทำการลบหรือถอนเนื้อหาดังกล่าว จึงมีสมควรให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยกเอาความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ขึ้นต่อสู้ผู้บริโภคและเพื่อปฏิเสธไม่ต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตนได้ให้คำมั่นสัญญา มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถปฏิเสธความรับผิดชอบได้ในทุกกรณีในฐานะเป็นตัวกลางบนอินเทอร์เน็ต แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้ให้คำมั่นสัญญาต่อผู้บริโภคว่าจะดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาที่ผิดกฎหมายออกจากระบบก็ตาม อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the



Communications Decency Act 1996) ไม่ได้ห้ามมิให้กล่าวอ้างกฎหมายปิดปากในเรื่องของคำมั่นสัญญาแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งว่ามีเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายและได้ให้คำมั่นสัญญากับผู้บริโภคว่าจะดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกลับไม่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาออกจากระบบหรือไม่ดำเนินการภายในเวลาอันสมควร ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมไม่อาจยกความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ขึ้นมาปกป้องตัวเองได้\*

วิเคราะห์ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการมีส่วนร่วมในการดูแลและกำกับตัวเอง (ISC Self-Regulation) ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเทียบกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลียและสหภาพยุโรป

ข้อยกเว้นของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในกรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งมีกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ที่ได้เรียกร้องเอาจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้เข้ามามีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเองด้วย โดยจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการส่งคสมสารสนเทศมีหน้าที่ต้องดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายออกจากระบบภายหลังที่ได้รับการบอกกล่าวหรือรู้ว่ามีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นด้วย มิฉะนั้นผู้ให้บริการส่งคสมสารสนเทศก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการส่งคสมสารสนเทศลักษณะแคชซิง (Caching) ตามนัยมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive) หรือผู้ให้บริการลักษณะการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ตามนัยมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ซึ่งได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 5.2.3 (2)

การเรียกร้องของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้เข้ามามีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเองด้วยนั้น เป็นการเรียกร้องภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยตรง ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีกฎหมายของประเทศ

\* ดังตัวอย่างในคดี Cecilia L. Barnes v. Yahoo, Inc. ซึ่งได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3

สหรัฐอเมริกาที่กระทำผ่านกฎหมายอื่น นั่นคือ กฎหมายในเรื่องคำมั่นสัญญาที่นำมาปิดปากมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยกความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ขึ้นต่อผู้บริโภค กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายสหภาพยุโรปให้การสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้เข้ามามีส่วนร่วมกำกับดูแลตนเองที่มีประสิทธิภาพมากกว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนร่วมในการสกัดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้น อันเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive)

### 5.3.5 สรุปผลการวิเคราะห์

ผลการวิเคราะห์กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาของประเทศออสเตรเลีย ของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป สามารถสรุปได้ว่า แนวทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาของประเทศออสเตรเลีย ของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปนั้นมีลักษณะในการคุ้มครองผู้บริโภคที่คล้ายคลึงกันและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพียงแต่จะแตกต่างกันรายละเอียดบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ แนวทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปนั้นต่างมีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ โดยให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างจำกัดภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมจากเนื้อหาโฆษณาที่เผยแพร่ซึ่งเกิดจากเนื้อหาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สาม

อีกทั้งในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) ได้มีการจำแนกลักษณะของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศไว้เป็น 3 ลักษณะ คือ ลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ลักษณะแคชชิ่ง (Caching) และลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศขึ้นอยู่กับแต่ละลักษณะของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ<sup>60</sup> ทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นและทำให้การปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงแห่งปัญหาที่เกิดขึ้นมีความใกล้เคียงกับลักษณะของการกระทำได้ดีกว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>60</sup> โปรตรศูมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)

สำหรับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจเกิดได้ 2 กรณีที่สำคัญ คือ ความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความไม่สุจริต (Bad Faith) ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ด้วยการมีส่วนร่วมในสาระสำคัญของเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายของบุคคลที่สาม และในกรณีเนื้อหาโฆษณาที่เผยแพร่ไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แต่กฎหมายต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับดูแลตนเองด้วย เพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตคอยสกัดกั้นหรือแก้ไขเนื้อหาที่ผิดกฎหมายและมีส่วนช่วยในการรับผิดชอบต่อสังคมด้วย เมื่อได้รับการแจ้งเตือนจากผู้บริโภคว่ามีเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องดำเนินการลบหรือถอนข้อมูลโฆษณาที่ผิดกฎหมายออกจากระบบ ดังปรากฏในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive)<sup>61</sup> ซึ่งบัญญัติได้รัดกุมมากกว่ากฎหมายสหรัฐของประเทศอเมริกา เนื่องจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำกฎหมายอื่นอย่างกฎหมายในเรื่องคำมั่นสัญญา มาปิดปากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เพื่อมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยกเอาความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ขึ้นต่อสู้ผู้บริโภค แต่กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) มีความรัดกุมมากกว่า โดยบัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการสื่อสารสนเทศ และผลของการงดเว้นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติแล้วโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายอื่นหรือการตีความของศาลอีก ทำให้บทบัญญัติกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) มีความชัดเจนมากขึ้นและให้การคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากกว่า

จะเห็นได้ว่า กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปสะท้อนให้เห็นถึงการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นธรรมและได้สัดส่วน อีกทั้งมีการระงับการกระจายความเสียหายหรือลดปริมาณความเสียหาย ด้วยการเรียกร้องให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้ามามีส่วนร่วมในการปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคในเนื้อหาโฆษณาที่ตนได้เผยแพร่ แม้ว่าเนื้อหาโฆษณาดังกล่าวจะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ตาม อันสามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยที่ยังขาดความชัดเจนในทางกฎหมาย และยังมีช่องว่างอันส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพและการคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรม ซึ่งสามารถวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

<sup>61</sup> มาตรา 13 -14 กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Section 13-14 of the Electronic Commerce Directive)

#### 5.4 แนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาในต่างประเทศ

สืบเนื่องมาจากประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างประสบปัญหากรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณา ที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภคในลักษณะเดียวกัน และได้มีการนำกฎหมายมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยสามารถอาศัยแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกัน โดยการเทียบเคียงและปรับใช้กฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายที่ยังไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในแต่ละปัญหาได้ดังต่อไปนี้

1) ตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายในกรณีโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการตามบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายไว้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางกฎหมายมากยิ่งขึ้น ประเทศไทยควรเพิ่มเติมหรือระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายว่าหมายถึงบุคคลใดบ้างในบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโฆษณาให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย

การระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายในกรณีโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการนั้น อาจเทียบเคียงจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป เพราะได้ระบุถึงบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายในกรณีดังกล่าวไว้ชัดเจนในตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Commerce Directive) ของสหภาพยุโรปที่ระบุชัดเจนไว้ในตัวบทบัญญัติด้วยคำว่า “ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service Provider (ISSPs))”<sup>\*</sup> หรือกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ระบุคำว่า “ผู้ให้บริการทางคอมพิวเตอร์ (“Interactive Computer Service”)” และ “ผู้ให้เนื้อหาข้อมูลข่าวสาร (“Information Content Provider”)” อีกทั้งได้บัญญัติบทบัญญัติถึงตัวบุคคลดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่า

<sup>\*</sup> ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)

ด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996)<sup>\*</sup> อีกด้วย นอกจากนี้ในกฎหมายของประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับบัญญัติคำว่า “บุคคล (Person)” ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) แม้จะมีได้บัญญัติถึงคำนิยามของคำว่า “บุคคล (Person)” ก็ตาม

2) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ อันทำให้มีปัญหาในการตีความด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้อย่างชัดเจน เนื่องจากโดยทั่วไปผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นเพียงตัวกลางในการเผยแพร่เนื้อหาโฆษณาของบุคคลที่สามดังนั้น ประเทศไทยอาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการตราบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นสื่อกลาง (Liability of Intermediary Service Providers) ไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ที่มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการบนสื่ออินเทอร์เน็ตด้วย

อีกทั้งในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ยังไม่ได้ให้สิทธิผู้บริโภคในการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งในกรณีฝ่าฝืนบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ห้ามมิให้โฆษณาสินค้าหรือบริการที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง มีแต่เพียงบทลงโทษทางอาญาและการใช้อำนาจกึ่งตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในทางมหาชนเท่านั้น

นอกจากนี้ควรจำแนกลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในแต่ละความผิดไว้ เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ลักษณะแคชซิง (Caching) และลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ในลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive)<sup>62</sup> เพื่อให้การวินิจฉัย

<sup>\*</sup> ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 (f) (2) (3) of the Communications Decency Act 1996)

<sup>62</sup> บทบัญญัติมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)

ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้อย่างเป็นธรรม และสอดคล้องกับลักษณะผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้ใกล้เคียงที่สุด เพราะผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหลากหลายลักษณะ อีกทั้งกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) มีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีได้จำแนกความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้แต่อย่างใด ดังนั้นประเทศไทยควรปรับใช้ในลักษณะทำนองเดียวกันกับกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) เพื่อให้มีความชัดเจนในทางกฎหมายและลดปัญหาการตีความบทบัญญัติของกฎหมายด้วย

3) หลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต สืบเนื่องจากกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเนื่องมาจากแนวความคิดในเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดในการส่งข้อมูลเบื้องต้นภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรับผิดในฐานะสื่อกลาง (Conduit Liability)\* ที่เล็งเห็นความสำคัญของตัวกลาง (Intermediaries) บนสื่ออินเทอร์เน็ตควบคู่ไปกับการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้สัดส่วนและเป็นธรรม อีกทั้งไม่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาในด้านต่าง ๆ ของประเทศที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีที่ทันสมัยอย่างเช่นโปรแกรม Google AdWords ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ

ในกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างมีบทบัญญัติทั่วไปที่คุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้แห่งบทบัญญัติกฎหมาย อย่างไรก็ตามประเทศไทยควรเทียบเคียงและปรับใช้กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) เพราะภายใต้กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเงื่อนไขการคุ้มครองของผู้ให้บริการส่งสื่อสารสนเทศในแต่ละลักษณะไว้ในบทบัญญัติเป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งจะช่วยให้มีประสิทธิภาพดีกว่าและลดปัญหาการตีความกฎหมายหากเทียบเคียงกับบทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) ของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อาจต้องอาศัยการตีความของศาลในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

\* ดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.4

อีกดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อ 5.3.4 (2) ส่วนกฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้นแม้จะมีบทบัญญัติความรับผิดแบบเสริม (Accessorial Liability) ในตารางที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 แต่ก็เป็นบทบัญญัติที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาในกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตได้ใช้สิทธิยกข้อต่อสู้ในบทบัญญัติมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) และคู่กรณีต้องยกขึ้นต่อสู้ได้ด้วย

สำหรับบทบัญญัติทั่วไปเพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลาง กฎหมายของประเทศไทยอาจจำแนกหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในแต่ละลักษณะ ซึ่งเทียบเคียงจากกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) ดังนี้

ก) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ไม่ต้องรับผิดสำหรับการส่งผ่านซึ่งข้อมูลสาร

ข) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะแคชชิ่ง (Caching) ไม่ต้องรับผิดสำหรับข้อมูลสารที่จัดเก็บไว้ชั่วคราว เพื่อให้การส่งต่อซึ่งข้อมูลไปยังผู้รับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ค) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ไม่ต้องรับผิดสำหรับข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

สำหรับกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายของประเทศไทยอาจกำหนดพฤติกรรมที่มีลักษณะต้องห้ามอันมิอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้ โดยเทียบจากกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป แต่จากการวิเคราะห์ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกฎหมายต่างประเทศในหัวข้อ 5.3.4 จะพบว่า ในกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive)<sup>63</sup> จะมีประสิทธิภาพที่ดีกว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะมีข้อยกเว้นจากการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) อันเป็นข้อยกเว้นทั่วไปที่คล้ายกัน แต่ก็มีข้อยกเว้นจากการงดเว้นหน้าที่ของผู้ให้บริการ

<sup>63</sup> มาตรา 12-14 กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)

อินเทอร์เน็ตที่ไม่ดำเนินการลบ หรือถอนข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายออกจากระบบภายในเวลาอันสมควรและมีประสิทธิภาพด้วย เพื่อให้ความคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรมและรัดกุมมากขึ้น ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

ก) ข้อยกเว้นจากการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยได้ เพราะไทยได้ยอมรับหลักสุจริต (Good Faith) ไม่ว่าจะปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือภายใต้แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็ตาม และแม้แต่ความรับผิดในทางอาญาในมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็มีการนำเอาลักษณะของการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) มาเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดด้วย<sup>64</sup> ซึ่งการกระทำใดจะถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตนั้น สามารถรวบรวมจากการศึกษาในบทที่ 3 ซึ่งมีได้ในกรณีต่อไปนี้

- 1) จงใจให้เกิดการกระทำผิด โดยมีส่วนร่วมหรือส่วนเกี่ยวข้องให้ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย
- 2) มีส่วนรู้เห็นกับบุคคลอื่น หรือยอมรับในเนื้อหาอันเป็นผลให้เกิดการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย
- 3) ชักจูง ให้คำมั่นให้เกิดการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย
- 4) ให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ยุยง หรือจัดทำให้ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย
- 5) การแก้ไข ดัดแปลง หรือเป็นผู้เลือกเนื้อหาข้อมูลซึ่งผิดกฎหมาย
- 6) การใช้ในลักษณะผสม (Mixed Used)
- 7) แทรกแซงเกี่ยวกับประโยชน์ในการใช้เทคโนโลยี
- 8) ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศ
- 9) กรณีการออกแบบอุปกรณ์สื่อกลาง (Neutral Tools) เพื่อมีส่วนร่วมหรือส่วนเกี่ยวข้องให้เกิดการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

ข้อดีของการบัญญัติข้อยกเว้นจากการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) ทำให้มีความชัดเจนในทางกฎหมายมากยิ่งขึ้นซึ่งเป็นการลดปัญหาในการตีความตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และทำให้

<sup>64</sup> บทบัญญัติมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 “ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นอย่างของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”



การพิจารณาวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพราะในบางกรณีอาจขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป อันเนื่องมาจากความซับซ้อนในทางเทคโนโลยีและมีความก้าวหน้าของสื่ออินเทอร์เน็ตที่มักเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

ข) ข้อยกเว้นจากการรงดเว้นหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่ดำเนินการลบ หรือถอนข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบภายในเวลาอันสมควรและมีประสิทธิภาพ เมื่อมีการแจ้งเรื่องร้องเรียนแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เพื่อส่งเสริมให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถดูแลและกำกับตัวเอง โดยการตรวจสอบและคอยสกัดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายด้วย และส่งเสริมให้มีความรับผิดชอบต่อสังคมโดยยึดหลักธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อธุรกิจต่อสังคม (Good Governance & Corporate Social Responsibility) เพราะผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอยู่ในฐานะที่สามารถควบคุม หรือมีอำนาจในการแก้ไขข้อมูลเหล่านั้นได้ดีกว่า ซึ่งสอดคล้องกับหลักทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ชื่อว่า “ผู้หลีกเลี่ยงต้นทุนได้ต่ำที่สุด (Cheapest Cost Avoider)”

นั้นจะคล้ายกับความรับผิดแบบเคร่งครัด (Strict Liability) ที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความผิด (Fault) และภายใต้หลักการดังกล่าวมีหลักการแห่งสมมติฐานความเสี่ยง (Assumption of Risk) ด้วยการให้ผู้ที่อยู่ในฐานะที่รู้ถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องได้ดีกว่า และสามารถหลีกเลี่ยงความเสี่ยงได้ดีกว่าด้วยการเปลี่ยนพฤติกรรมความเสี่ยงนั้นให้ดีขึ้น

นักเศรษฐศาสตร์ได้ชี้ให้เห็นถึงกรณีนี้ว่า ผู้ผลิตและผู้บริโภคมีต้นทุนอยู่ในตำแหน่งที่ดีกว่าเหยื่อ ซึ่งเป็นบุคคลที่สามเมื่อวิเคราะห์ถึงผลกำไรและต้นทุนแล้ว ดังนั้น เหยื่อควรได้รับชดใช้จากผู้ผลิตหรือผู้ใช้ กรณีนี้คล้ายกับความรับผิดของ Google ที่ได้แสดงผลการค้นหาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือ

---

\* สามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักการ “ผู้หลีกเลี่ยงต้นทุนได้ต่ำที่สุด (Cheapest Cost Avoider)” ได้จาก Richardson, Megan, “Why Policy Matters: Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission,” *Sydney Law Review* 34, 587 (2012): 595. หรือ Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk distribution and the Law of Tort,” *Yale Law Journal* 70 (1961) หรือ Guido Calabresi and Jon T Hirschhoff, “Towards a Test for Strict Liability in Torts,” *Yale Law Journal* 81 (1972); Guido

หลอกลวงผ่านโปรแกรม Google AdWords ซึ่งผลิตภัณฑ์ของ Google คือ โปรแกรม Google AdWords ที่ตอบคำถามผู้ใช้งานที่เข้ามาสืบค้นหาข้อมูลแล้วได้ส่งผ่าน “Passing On” ข้อมูลที่ให้ไว้ โดยผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้ใช้ผลิตภัณฑ์โปรแกรม Google AdWords ในการโฆษณาขายสินค้าหรือบริการ และ Google สามารถรู้ถึงข้อมูลเหล่านั้นได้จากตรวจสอบคำขอใช้บริการลงโฆษณาที่ได้บรรจุเนื้อหา โฆษณาดังกล่าว เนื่องจากโปรแกรม Google AdWords ใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลโดยการลงทะเบียนขอใช้บริการลงโฆษณาที่เรียกว่า “Paid Inclusion” ซึ่งมีได้ใช้โปรแกรมตรวจสอบเว็บ (Web Crawler) เหมือนอย่างโปรแกรมค้นหาข้อมูลโดยการจัดเก็บข้อมูลเป็นหลัก (Crawler-Base Search Engine) ดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.1.2

กรณีนี้จึงตั้งสมมติฐานเพื่อทดสอบว่า ระหว่าง Google ผู้โฆษณา และผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง ผู้ใดควรต้องแบกรับภาระการพิสูจน์ ซึ่งความเสี่ยงอันตรายที่เกิดขึ้นจากโฆษณาดังกล่าวด้วยต้นทุนที่ต่ำที่สุด ซึ่งความรับผิดชอบพิจารณาเป็นรายกรณี โดยพิจารณาจากคำนวณภาระการพิสูจน์ความระมัดระวัง (The Burden of Precautions) จะพบว่า ผู้ที่อยู่ในฐานะหลีกเลี่ยงต้นทุนได้ต่ำที่สุด (Cheapest Cost Avoider) นั่นคือ Google ในฐานะผู้ผลิตผลิตภัณฑ์และผู้โฆษณาในฐานะผู้ใช้ผลิตภัณฑ์\*

อนึ่ง ข้อดีของการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกรณีได้รับการแจ้งถึงข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น ทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมมากขึ้น อีกทั้งการกำหนดหน้าที่ในกรณีนี้เปรียบเสมือนการนำหลักการตรวจสอบอีกครั้ง (Re-Examine) อันเกิดจากแนวความคิดเรื่อง “Truth-in-Advertising” มาปรับใช้ จึงเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน

Calabresi and A Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,” *Harvard Law Review* 85 (1972).

\* อาจคำนวณได้จากสูตร  $B < PL$  ซึ่งได้มาจากคดี United States v Carroll Towing Co. 159 F 2d 169 (2d Cir 1947) ถ้าความเป็นไปได้เรียกว่า P ความบาดเจ็บ เรียกว่า L และภาระการพิสูจน์เรียกว่า B ความรับผิดชอบในฐานะหลีกเลี่ยงต้นทุนได้ต่ำที่สุด (Cheapest Cost Avoider) จะขึ้นอยู่กับว่า B น้อยกว่า P คูณกับ L หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ B ต้องน้อยกว่า PL อ้างอิงจาก Richardson, Megan, “Why Policy Matters: Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission,” *Sydney Law Review* 34, 587: 595.

ดังนั้น แนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาในต่างประเทศ เพื่อแก้ไขปัญหาค่าความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายของประเทศไทย อาจส่งผลให้ในบางกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดชอบต่อบริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ในกรณีที่ได้แสดงผลการค้นหาลิงก์โฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำไปโดยไม่สุจริต (Bad Faith) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

4) การวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณา (Google) ที่ได้แสดงผลการค้นหาลิงก์โฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงแก่ผู้บริโภค โดยการบรรจุเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่สามารถซึ่งเป็นผู้โฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords

สำหรับกรณีผู้ให้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords อาจถือได้ว่าเป็นกรณีผู้ให้บริการลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) เนื่องจากลักษณะโดยทั่วไปเป็นการให้บริการที่จัดขึ้นโดยศูนย์ข้อมูลซึ่งสามารถเข้าถึงข้อมูลได้ตลอด 24 ชั่วโมงไปยังพื้นที่จัดเก็บ (A Disk Space) ที่เชื่อมต่อไปยังบุคคลทั่วไปที่สามารถเข้าถึงได้ทางอินเทอร์เน็ต โดยถือเป็นการให้บริการในรูปแบบการให้เช่าพื้นที่ทางเว็บไซต์ (Web Hosting) ซึ่งเป็นรูปแบบส่วนใหญ่ของการให้บริการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)<sup>65</sup>

การวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords อาจเทียบเคียงกับกฎหมายของสหภาพยุโรปในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการส่งคำสั่งสนเทศลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) เนื่องด้วยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเคยวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการ Google ในกรณีที่ได้แสดงผลการค้นหาลิงก์โฆษณาผ่านทางลิงก์โฆษณาของโปรแกรม Google AdWords ให้แก่ผู้บริโภค โดยได้รับการบรรจุข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายจากผู้โฆษณา ดังปรากฏในการรวมพิจารณาคดีของ Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier (C-236/08) Google France v Viaticum Luteciel (C-237/08) และ

<sup>65</sup> Polanski Paul, “Technical, Automatic and Passive Liability of Search Engines for Hosting Infringing Content in the Light of the Google Ruling,” Journal of the International Commercial Law and Technology 6,1 (2011): 46.

Google France v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-238/08) ซึ่งได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3 หัวข้อ 3.4.3

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจะเห็นว่า โปรแกรม Google AdWords ถือเป็นการให้บริการสังคมสารสนเทศอย่างหนึ่ง (Information Society Service)\* และโปรแกรมดังกล่าวจัดเป็นการให้บริการในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) เพราะภายใต้บทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) ได้อธิบายลักษณะของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ว่า หมายถึงกรณีผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศที่มีการให้บริการโดยประกอบด้วยฐานข้อมูลที่จัดเก็บจากผู้ขอรับบริการ\*\* หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การให้บริการในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) เป็นการจัดเก็บข้อมูลที่ได้รับจากผู้ใช้งาน (Users) นั้นเอง

หากพิจารณาลักษณะการทำงานในการรวบรวมข้อมูลของโปรแกรม Google AdWords จะพบว่า โปรแกรม Google AdWords ใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลโดยการลงทะเบียนขอใช้บริการลงโฆษณา (Paid Inclusion) กล่าวคือ ผู้โฆษณาสามารถเข้าไปกรอกข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ เพื่อขอลงทะเบียนขอใช้บริการลงโฆษณา ตลอดจนข้อความโฆษณาที่ต้องการให้ปรากฏและที่อยู่เว็บไซต์ของผู้โฆษณาเสนอไปยังผู้ให้บริการลงโฆษณา Google ผ่านโปรแกรมดังกล่าว เมื่อผู้ให้บริการลงโฆษณาได้อนุมัติตามคำขอของผู้โฆษณา โปรแกรมดังกล่าวก็จะรวบรวมข้อมูลของผู้โฆษณาจัดเก็บไว้ในระบบฐานข้อมูล เพื่อจัดทำลิงค์โฆษณาให้แก่ผู้โฆษณาต่อไปดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.1.2 ฉะนั้นการให้บริการลงโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords จึงถือเป็นให้บริการในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) อย่างหนึ่ง

ส่วนการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณา Google จะต้องรับผิดชอบผู้บริโภคหรือไม่ จะพิจารณาภายใต้เงื่อนไขของบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) กล่าวคือ หากผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้รับการแจ้งอย่าง

---

\* ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 1(2) ของกฎหมายที่ชื่อว่า “Directive 98/34” ที่ให้คำนิยามของการให้บริการสังคมสารสนเทศ (Information Society Service) ว่าหมายถึง “การให้บริการโดยทั่วไปที่จัดขึ้นโดยได้รับค่าตอบแทน หรือโดยตรงหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ และรวมถึงการร้องขอจากผู้ขอใช้บริการ”

\*\* Article 14 of the Electronic Commerce Directive : “Hosting”

“Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service...”

แท้จริงเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูล และในกรณีมีการเรียกร้องค่าเสียหาย ผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือข้อมูลที่ชัดเจนนั้น หรือเมื่อได้รับแจ้งข้อมูลหรือรับรู้ถึงข้อมูลดังกล่าว ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ดำเนินการลบหรือทำให้เข้าไม่ถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ผู้ให้บริการลงโฆษณาดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting)

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ชี้ให้เห็นว่า การให้บริการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้นเป็นเพียงผู้ให้บริการทางด้านเทคนิค (A Mere Technical) ในลักษณะเชิงรับ (Passive Nature) และโดยอัตโนมัติ (Automatic) อีกทั้งผู้โฆษณาเป็นผู้เลือกคำเหล่านั้น โดย Google ไม่ได้ทราบหรือเข้ามาควบคุมเหนือข้อมูลที่ส่งผ่านหรือจัดเก็บไว้ในระบบ<sup>66</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาประกอบบทบัญญัติมาตรา 42 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 42 of the Electronic Commerce Directive)<sup>67</sup> นอกจากนี้ผู้ให้บริการลงโฆษณา Google มีเพียงอำนาจควบคุมการเข้าถึงข้อมูลและเงื่อนไขการจ่ายเงินเท่านั้น\* ฉะนั้นโดยทั่วไปผู้ให้บริการลงโฆษณา

<sup>66</sup> Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier, Google France v Viaticum Luteciel and Google France v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30., paras. 112-114.

<sup>67</sup> **Article 42 of the Electronic Commerce Directive** “The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.”

\* อันเป็นการปฏิเสธหลักการความเป็นกลาง (The Principle of Neutrality) ที่จะต้องตีความอย่างแคบ แต่เพียงกรณีที่มีการจัดเก็บข้อมูลในระบบโดยปราศจากผลประโยชน์ทางการเงินเท่านั้น (A Lack of Financial Interest) อ้างอิงจาก Polanski Paul, “Technical, Automatic and Passive Liability of Search Engines for Hosting Infringing Content in the Light of the Google Ruling,” Journal of the International Commercial Law and Technology 6,1: 49.

Google จึงยังคงได้รับการคุ้มครองภายใต้เงื่อนไขของบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)<sup>68</sup>

อย่างไรก็ตามหากผู้ให้บริการลงโฆษณา Google มีบทบาทสำคัญในการร่างข้อความที่เกี่ยวข้องกับลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) หรือได้จัดทำหรือเลือกคำสำคัญ (Keywords) ผู้ให้บริการลงโฆษณา (Google) ก็ไม่ใช่ตัวกลางในพื้นที่ดังกล่าว อันทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)<sup>69</sup>

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจึงเอานำมาปรับใช้กับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยได้ เพื่อพิจารณาขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณา Google ซึ่งเป็นผู้ให้บริการลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) กล่าวคือ เมื่อใดที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้ทราบหรือเข้ามาควบคุมเหนือข้อมูลที่ส่งผ่านหรือจัดเก็บไว้ในระบบ เช่น ช่วยร่างข้อความที่เกี่ยวข้องกับลิงค์โฆษณา (Sponsored Link) หรือได้จัดทำข้อความโฆษณา หรือเลือกคำสำคัญ (Keywords) ซึ่งไม่ได้กระทำไปโดยทางเทคนิค (A Mere Technical) ในลักษณะเชิงรับ (Passive Nature) และโดยอัตโนมัติ (Automatic) เป็นต้น ผู้ให้บริการลงโฆษณาดังกล่าวอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค เพราะถือว่าได้กระทำไปโดยไม่สุจริตอันทำให้ผู้ให้บริการลงโฆษณากลายเป็นผู้ให้เนื้อหาเช่นเดียวกับผู้โฆษณาเสียเอง เมื่อการโฆษณามีการใช้ข้อความที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการย่อมเป็นการโฆษณาที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปและอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการกำกับดูแล โดยการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลาย

<sup>68</sup> Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier, Google France v Viaticum Luteciel and Google France v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30., paras. 116-117.

<sup>69</sup> Google France and Google Inc v Louis Vuitton Malletier, Google France v Viaticum Luteciel and Google France v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30., para. 118.

อย่างรวมกันให้แก่ไขข้อความหรือวิธีการโฆษณา หรือออกคำสั่งห้ามการใช้ข้อความหรือห้ามการโฆษณา ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522<sup>70</sup>

อย่างไรก็ตามเนื่องด้วยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติความรับผิดในกรณีดังกล่าวจากหน้าที่ในการดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบ เมื่อรู้ถึงข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้น ฉะนั้น เมื่อใดที่ผู้ให้บริการโฆษณา Google ได้กระทำไปโดยสุจริตในฐานะผู้ให้บริการลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) เท่านั้น ผู้ให้บริการโฆษณา Google ก็ไม่มีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบ แม้ผู้ให้บริการโฆษณา Google จะรู้ถึงข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะรู้โดยตนเองหรือได้รับการแจ้งจากผู้บริโภคก็ตาม กรณีนี้จึงอาจทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่รัดกุมเพียงพอ เพราะในบางกรณีไม่อาจสืบหาตัวผู้โฆษณาที่เป็นผู้ให้เนื้อหาโดยตรงมารับผิดต่อผู้บริโภคได้ ทำให้ข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นยังคงอยู่ในระบบอันทำให้มีการแพร่กระจายความเสียหายต่อผู้บริโภคคนอื่นที่เข้ามาใช้งานในการสืบค้นหาข้อมูลโฆษณาดังกล่าวต่อไป

ด้วยเหตุนี้ในอนาคตประเทศไทยอาจเห็นเล็งเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าวที่อาจต้องบัญญัติความรับผิดของผู้ให้บริการโฆษณาในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) โดยการกำหนดหน้าที่ในการดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบด้วย โดยการปรับใช้หรือเทียบเคียงจากกฎหมายสหภาพยุโรปในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive) เพื่อให้ระบบกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยมีความยุติธรรมและรัดกุมมากยิ่งขึ้น

<sup>70</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืนมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 (1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

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

คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนดในการออกคำสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภค ประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา”

## 5.5 สรุปผลการวิเคราะห์

ปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาของประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการโฆษณาอย่างชัดเจน เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งในบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ห้ามมิให้มีการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการนั้น ไม่ได้ระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย นอกจากนี้การฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมิใช่การเฝ้าระวังความเสียหายในทางแพ่ง มีแต่เพียงบทลงโทษทางอาญา และการให้อำนาจกึ่งตุลาการแก่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการสั่งให้แก้ไขหรือห้ามใช้ข้อความโฆษณาเท่านั้นดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ความไม่ชัดเจนของกฎหมายคุ้มครองของประเทศไทยนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตที่ปัจจุบันเป็นที่นิยมเป็นจำนวนมาก ความเสียหายของผู้บริโภคไม่ได้มีแต่เพียงรายเดียวเท่านั้น แต่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นจนกว่าจะนำเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นออกจากระบบ ดังนั้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยในอนาคตอาจต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย โดยอาจเทียบเคียงจากแนวคิดทางกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปมาใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาและบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้บริโภค ฉะนั้นการวินิจฉัยความผิดของผู้ให้บริการโฆษณาในกรณีที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาได้อย่างเป็นธรรมนั้น ผู้ให้บริการโฆษณาจึงอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีที่ได้กระทำไปโดยไม่สุจริต หรือมีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องให้เกิดการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

นอกจากนี้เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรัดกุมมากยิ่งขึ้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยอาจต้องกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นออกจากระบบภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือภายในเวลาอันสมควร เมื่อได้รับการแจ้งเรื่องร้องเรียนว่ามีเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายและสามารถตรวจสอบได้ว่ามีเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมายจริง ดังนั้นกรณีนี้แม้ผู้ให้บริการโฆษณาดังกล่าวจะไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดโดยตรง แต่หากไม่ดำเนินการลบ หรือถอนเนื้อหาที่มีชอบด้วย



ออกจากระบบเมื่อได้รับการแจ้งก็อาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคได้ เพื่อประกันความคุ้มครองให้แก่ผู้บริโภคและส่งเสริมให้ผู้ให้บริการโฆษณาสามารถดูแลและกำกับตัวเอง โดยการค่อยสกัดกั้นเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมายด้วย อีกทั้งเป็นการส่งเสริมนโยบายของรัฐในการผลักดันให้ธุรกิจการให้บริการโฆษณาเหล่านี้มีส่วนรับผิดชอบต่อสังคม เนื่องด้วยผู้ให้บริการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตเองก็ได้รับค่าตอบแทนจากการให้บริการโฆษณา โดยอาศัยค่านิยมหรือการให้บริการแก่ผู้บริโภคจากการให้บริการสืบค้นข้อมูลโฆษณาผ่านเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engine) ด้วยเช่นกัน อีกทั้งผู้ให้บริการโฆษณาอยู่ในฐานะที่ เป็นผู้หลีกเลี่ยงต้นทุนได้ต่ำที่สุด (Cheapest Cost Avoider) จึงควรส่งเสริมให้มีการตรวจสอบเนื้อหาอีกครั้ง (Re-Examine) โดยยึดหลักธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อสังคม (Good Governance & Corporate Social Responsibility) ประกอบด้วย



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

เนื่องด้วยปัจจุบันค่านิยมในการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนอินเทอร์เน็ตได้รับความนิยมเป็นจำนวนมาก แต่เนื่องจากการซื้อขายในลักษณะนี้เป็นการซื้อขายกับบุคคลที่มีได้อยู่โดยเฉพาะหน้า แม้ผู้บริโภคซึ่งมีหน้าที่ต้องตรวจสอบความถูกต้องของสินค้ากับบริการที่ตนต้องการจะซื้อมาก่อนตกลงซื้อก็ไม่อาจทำได้เต็มที่ ด้วยเหตุนี้บุคคลที่สามจึงอาศัยช่องทางการหลอกลวงขายสินค้าหรือให้บริการที่ไม่ตรงกับความต้องการของผู้บริโภคอันก่อความเสียหายต่อผู้บริโภค ซึ่งหนึ่งในตัวอย่างที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นคือ การลงโฆษณาผ่านโปรแกรม Google AdWords เมื่อผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตได้แสดงผลการคำหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงแก่ผู้บริโภค โดยการบรรจุเนื้อหาของบุคคลที่สาม ผู้ให้บริการลงโฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคด้วยหรือไม่ เนื่องจากโดยสภาพของการให้บริการซื้อขายบนอินเทอร์เน็ต ผู้บริโภคไม่อาจสืบทราบตัวบุคคลที่เป็นผู้ขายสินค้าหรือให้บริการได้อย่างแน่นอน หากผู้ขายนั้นไม่มีหน้าร้านทางกายภาพ หรือหลบหนีไปพร้อมกับเงินค่าสินค้าของผู้ซื้อที่ได้ชำระไว้ล่วงหน้าย่อมเป็นภาระในการติดตามตัวผู้ขาย อีกทั้งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอยู่ในฐานะที่สามารถควบคุมเนื้อหาและตรวจสอบเบื้องต้นได้ดีกว่าผู้บริโภค

จากการศึกษาพบว่า ในกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างมีบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะซึ่งแตกต่างจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยที่ไม่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยมีแนวคิดและการให้ความสำคัญคุ้มครองในทิศทางเดียวกันนั้น คือ การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งโดยทั่วไปผู้ให้บริการลงโฆษณาไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคอันเนื่องมาจากการเผยแพร่เนื้อหาของบุคคลที่สามในฐานะตัวกลาง

อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้กำหนดข้อยกเว้นหรือเงื่อนไขความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นกัน และกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต เพื่อค้ำประกันหรือแก้ไขเนื้อหาที่ผิดกฎหมายโดยยึดหลักธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อสังคม (Good Governance & Corporate Social Responsibility) กล่าวคือ กฎหมายของประเทศ

ออสเตรเลียให้ความคุ้มครองผู้บริโภค โดยการกำหนดความรับผิดแบบเสริมขึ้นมาซึ่งเรียกว่า “Accessorial Liability” เพื่อปฏิเสธสิทธิยกข้อต่อสู้ของผู้ให้บริการลงโฆษณาที่อาศัยบทบัญญัติ มาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 251 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) มาต่อสู้ผู้บริโภค โดยแยกต่างหาก จากบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2553 (Section 18 of the Competition and Consumer Act 2010 (Cth)) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่า ด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาอันเป็นบททั่วไป

สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 (Section 230 of the Communications Decency Act 1996) มีข้อยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ให้นำ บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับกับกฎหมายในลักษณะอื่นอันได้แก่ กฎหมายอาญา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการ ติดต่อสื่อสาร และกฎหมายแห่งรัฐ และยังมีข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการตีความของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความไม่สุจริต (Bad Faith) ที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตเข้าไปเกี่ยวข้องกับ สารสำคัญของเนื้อหาโฆษณาที่เผยแพร่ไปยังบุคคลอื่นอันนำมาซึ่งความเสียหายต่อบุคคลดังกล่าว นอกจากนี้หากผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับการแจ้งว่ามีเนื้อหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายและได้ให้คำมั่น สัญญากับผู้บริโภคว่าจะดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ แต่ผู้ให้บริการลง โฆษณาไม่ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาออกจากระบบ หรือไม่ดำเนินการภายในเวลาอันสมควร ผู้ให้บริการลงโฆษณาย่อมไม่อาจยกความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมาปกป้องตัวเองได้ เพื่อ คุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมและเพื่อกำหนดขอบเขตความคุ้มกันภายใต้บทบัญญัติมาตรา 230 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม พ.ศ. 2539 ให้แคบลง

เช่นเดียวกับกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตอาจไม่ได้รับความ คุ้มครอง หากได้กระทำไปโดยไม่สุจริต ดังจะเห็นได้จากเงื่อนไขภายใต้บทบัญญัติมาตรา 12 ของ กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12 of the Electronic Commerce Directive) ที่กำหนด เงื่อนไขให้ผู้ให้บริการส่งคมนาคมสารสนเทศลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ส่งผ่านซึ่งข้อมูลสารสนเทศ ไปยังผู้บริโภค โดยเป็นผู้เริ่มต้นในการส่ง เลือกผู้รับในการส่งข้อมูล และได้เลือกหรือตัดแปลงข้อมูล ดังกล่าว หรือกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะแคชชิ่ง (Caching) อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง

สำหรับข้อมูลสารสนเทศที่จัดเก็บไว้ชั่วคราว หากได้แก้ไขข้อมูลสารสนเทศ หรือไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศ หรือได้แทรกแซงเกี่ยวกับประโยชน์ในการใช้เทคโนโลยีหรือการบรรจุข้อมูลโฆษณาดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 13 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 13 of the Electronic Commerce Directive) หรือกรณีผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศลักษณะการเข้าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) อาจไม่ได้รับความคุ้มครองสำหรับข้อมูลข่าวสารสารสนเทศที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้รับบริการ หากได้รับการแจ้งอย่างแท้จริงเกี่ยวกับการกระทำหรือข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมาย และในกรณีมีการเรียกร้องค่าเสียหาย ผู้ให้บริการส่งมสารสนเทศได้รู้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์แวดล้อมจากการกระทำหรือข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 14 of the Electronic Commerce Directive)

สำหรับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยนั้นยังขาดความชัดเจนในผลทางกฎหมายเนื่องด้วยยังไม่อาจถือได้ว่าผู้ให้บริการลงโฆษณากระทำละเมิดต่อผู้บริโภคตามนัยบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่ปรากฏว่าผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไปโดยจงใจให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค เพียงแต่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้กระทำไป เพราะได้ให้บริการเข้าพื้นที่โฆษณาและรับจัดทำเนื้อหาโฆษณาของผู้โฆษณาซึ่งเป็นบุคคลที่สามให้เท่านั้น อีกทั้งการกระทำของผู้ให้บริการลงโฆษณาจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ศาลจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป เพราะการโฆษณาดังกล่าวอาศัยเทคโนโลยีที่ซับซ้อนและอาจต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาถึงกลไกการทำงานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต

นอกจากนี้กฎหมายพิเศษอย่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็ยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอสำหรับการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการลงโฆษณา เพราะยังไม่มี ความชัดเจนถึงตัวบุคคลที่อาจต้องรับทางกฎหมายในกรณีโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือ หลอกลวงในสินค้าหรือบริการ เนื่องจากตัวบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ระบุถึงลักษณะของการโฆษณาที่ต้องห้ามมิให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงในสินค้าหรือบริการไว้เท่านั้น อีกทั้งการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบัญญัติ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีเพียงบทลงโทษในทางอาญาตาม มาตรา 47-51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และการใช้อำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยโฆษณาซึ่ง

เป็นอำนาจกึ่งตุลาการในการกำกับดูแลเท่านั้น ไม่ได้ให้สิทธิในการเยียวยาในทางแพ่งแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด

ส่วนในกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้รับการแจ้งถึงเนื้อหาที่มีข้อขัดแย้งกฎหมาย แต่ไม่ได้ดำเนินการลบหรือถอนเนื้อหาโฆษณาดังกล่าวออกจากระบบ หรือไม่รับดำเนินการภายในเวลาอันสมควรภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็ไม่ได้กล่าวไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม กรณีนี้อาจเข้าข่ายกฎหมายเกี่ยวกับคำมั่นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจต้องรับผิดชอบต่อบริโภค เพราะได้แสดงเจตนายอมผูกพันตนเพื่อจัดการแก้ปัญหาดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภคแล้ว แต่เป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้คำมั่นกับผู้รับคำมั่นเท่านั้น ผู้อื่นย่อมจึงไม่อาจเรียกร้องเอาแก่ผู้ให้บริการลงโฆษณาให้ปฏิบัติการชำระหนี้แก่ตนเหมือนอย่างผู้รับคำมั่นได้ อันทำให้ไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างทั่วถึง เพราะโดยสภาพของการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตยังคงแพร่กระจายความเสียหายได้ตลอดเวลาจนกว่าจะมีการระงับหรือถอนเนื้อหาโฆษณาที่เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหายออกจากระบบ

ดังนั้น จากการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายจึงอาจสรุปได้ว่า แม้ปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาของไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการโฆษณาอย่างชัดเจน ผู้ให้บริการโฆษณาอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ในกรณีที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลจากการบรรจุข้อความของผู้โฆษณาไปโดยไม่สุจริต (Bad Faith) อันเป็นไปตามสมมติฐานที่ได้ตั้งในบทที่ 1

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาที่ผ่านมา ผู้วิจัยมีความเห็นและขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับกรณีที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลต่อผู้บริโภค โดยเกิดจากการบรรจุเนื้อหาของบุคคลที่สามผ่านโปรแกรม Google AdWords ได้ 3 แนวทางใหญ่ที่สำคัญ คือ แนวทางการแก้ไขความไม่ชัดเจนของกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords แนวทางการแก้ไขปัญหาจากความร่วมมือของภาครัฐ และแนวทางการแก้ไขปัญหาจากความร่วมมือของภาคเอกชน ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

1) แนวทางการแก้ไขความไม่ชัดเจนของกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords ด้วยการปรับใช้กฎหมายประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย ดังนี้

1.1 ควรแก้ไขตัวบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายในกรณีที่ได้โฆษณาสินค้าหรือบริการที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงกลวง เนื่องจากตัวบทบัญญัติดังกล่าวระบุไว้แต่เพียงการโฆษณาที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเท่านั้น มิได้ระบุตัวบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายในกรณีฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ดังนั้นเพื่อให้ตัวบทบัญญัติดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และลดปัญหาในการตีความตัวบทบัญญัติกฎหมายว่าหมายถึงบุคคลใดบ้าง ซึ่งกรณีนี้อาจระบุไว้ว่า

“มาตรา 22 ห้ามมิให้ผู้กระทำการโฆษณาโดยใช้ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

- (1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
  - (2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง หรือไม่ก็ตาม
  - (3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมาย หรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ
  - (4) ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน
  - (5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้ โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1)”

1.2 ควรมีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นตัวกลาง (Liability of Intermediary Service Providers) ไว้โดยเฉพาะ แยกต่างหากจากบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive)

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อใดที่ผู้กระทำการโฆษณาเป็นผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นตัวกลาง การวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตจำเป็นต้องพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นตัวกลางซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่หากผู้กระทำการโฆษณามีใช่ผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นตัวกลาง จะกลับไปพิจารณาภายใต้บทบัญญัติทั่วไปแทน เพื่อมิให้กระทบต่อบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นอกจากนี้สิทธิ หน้าที่และความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาควรที่จะได้รับการพิจารณาที่แตกต่างจากผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้กระทำผิดโดยตรง เพราะผู้ให้บริการลงโฆษณามีฐานะเป็นเพียงตัวกลางเท่านั้น แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะครอบคลุมถึงการโฆษณาบนสื่ออินเทอร์เน็ตด้วยก็ตาม\*

อีกทั้งสื่ออินเทอร์เน็ตถือเป็นตัวกลางที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาและความเจริญก้าวหน้าของประเทศได้อย่างรวดเร็ว ฉะนั้นขอบเขตความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตควรมีความชัดเจนในทางกฎหมาย และควรได้รับการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะต่างหากจากกรณีผู้โฆษณา เพื่อให้ระบบกฎหมายเกิดความเป็นธรรม ดังจะเห็นได้จากเหตุผลการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาบนสื่ออินเทอร์เน็ตในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.4

1.3 ควรจำแนกลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในแต่ละความผิดไว้ เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ลักษณะแคชชิ่ง (Caching) และลักษณะการเข้าพื้นที่

---

\* ดังปรากฏในคำนิยามของคำว่า “สื่อโฆษณา” ในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่หมายถึง สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือป้าย ซึ่งได้วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.2

บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ในลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive)<sup>1</sup>

1.4 การบัญญัติความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้เผยแพร่เนื้อหาโฆษณาที่เกิดจากการบรรจุเนื้อหาของบุคคลที่สามนั้น ควรกำหนดบทบัญญัติทั่วไปหรือบทหลักเพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลาง และข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือเงื่อนไขในการคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลาง เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเป็นธรรมและได้สัดส่วน และเพื่อป้องกันมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิเสธความรับผิดในทุกกรณีโดยอ้างความเป็นตัวกลางในการต่อสู้ผู้บริโภค

สำหรับบทบัญญัติทั่วไปเพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลาง อาจจำแนกหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในแต่ละลักษณะ ซึ่งเทียบเคียงจากกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป (The Electronic Commerce Directive) ดังนี้

ก) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะสื่อกลาง (Mere Conduit) ควรกำหนดข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดสำหรับการส่งผ่านซึ่งข้อมูลสาร

ข) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะแคชซิง (Caching) ควรกำหนดข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดสำหรับข้อมูลสารที่จัดเก็บไว้ชั่วคราว เพื่อให้การส่งต่อซึ่งข้อมูลไปยังผู้รับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ค) กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) ควรกำหนดข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดสำหรับข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดเก็บตามคำร้องขอของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

นอกจากนี้ควรกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสำหรับการนำอุปกรณ์เข้ามาในระบบเพื่อเป็นสื่อกลาง (Neutral Tools) ในการรับ ส่งต่อ หรือจัดเก็บซึ่งข้อมูล ทั้งนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่มีเจตนาที่จะกระทำผิดกฎหมาย หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของเนื้อหาของบุคคลที่สาม มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กระทำความผิดโดยตรงเสียเองหรือมีส่วนร่วมกับบุคคลที่สามในการกระทำความผิดต่อผู้บริโภค

<sup>1</sup> บทบัญญัติมาตรา 12-14 ของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Article 12-14 of the Electronic Commerce Directive)



สำหรับกรณีให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาจกำหนดข้อยกเว้นจากการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) และควรกำหนดหน้าที่ให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดำเนินการลบ หรือถอนข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบภายในเวลาอันสมควร เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้หรือได้รับแจ้งเรื่องร้องเรียนถึงข้อมูลที่มีชอบด้วยกฎหมาย เพื่อส่งเสริมให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถดูแลและกำกับตัวเอง โดยการสกัดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายด้วย

1.5 ควรให้อำนาจแก่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการกำกับดูแลผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการลงโฆษณาอาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้อาจระบุเพิ่มเติมไว้ในบทบัญญัติมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้ครอบคลุมแต่ละมาตราที่เป็นบทเฉพาะว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นตัวกลาง (Liability of Intermediary Service Providers) เนื่องด้วยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยใช้รูปแบบของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการกำกับดูแลในด้านการโฆษณา และเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติทั่วไปในบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีดุลพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการโฆษณา คำสั่งห้ามการใช้ข้อความหรือห้ามการโฆษณา ดังนั้นในกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็ควรให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีดุลพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการโฆษณา คำสั่งห้ามการใช้ข้อความหรือห้ามการโฆษณาด้วยเช่นกัน

1.6 กรณีการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณา Google ที่ได้แสดงผลการค้นหาโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจหรือหลงงงให้แก่ผู้บริโภค โดยการบรรจุเนื้อหาของผู้คนที่สามซึ่งเป็นผู้โฆษณาผ่านทางโปรแกรม Google AdWords นั้น เมื่อมีการบัญญัติความรับผิดของบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับผู้ให้บริการลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะตามแต่ละลักษณะของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามข้อเสนอแนะข้อที่ 1.3 แล้วนั้น การวินิจฉัยความรับผิดของผู้ให้บริการลงโฆษณา Google ควรได้รับการวินิจฉัยภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในลักษณะการเช่าพื้นที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Hosting) เนื่องจากมีการจัดเก็บข้อมูลที่ได้รับจากผู้ใช้งาน (Users) ซึ่งเป็นผู้โฆษณาผ่านการลงทะเบียนขอใช้บริการลงโฆษณา (Paid Inclusion) เพื่อ

ขอใช้บริการเช่าพื้นที่ทางเว็บไซต์ (Web Hosting) ซึ่งผู้โฆษณาสามารถเข้าถึงโปรแกรม Google AdWords ได้ตลอด 24 ชั่วโมงผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 5 หัวข้อที่ 5.3.4

นอกจากนี้หากเมื่อใดที่การกระทำของผู้ให้บริการโฆษณา Google เข้าข่ายข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็ควรอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้แก้ไขข้อความ คำสั่งห้ามการใช้ข้อความหรือห้ามการโฆษณาตามข้อเสนอแนะข้อที่ 1.5

## 2) แนวทางการแก้ไขปัญหามาจากความร่วมมือของภาครัฐ

ประเทศไทยควรกำหนดนโยบายของรัฐเพื่อส่งเสริมให้ปราศจากการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง (A Misleading or Deceptive Advertisement) หรือที่รู้จักในชื่อว่า “Green Washing”<sup>2</sup> ไปพร้อมกับการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ดีขึ้น เพื่อกระตุ้นให้เกิดพฤติกรรมการโฆษณาซึ่งข้อความที่ถูกต้องด้วยการตรวจสอบเนื้อหาอีกครั้ง (Re-Examine)

นอกจากนี้ประเทศไทยควรกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม หรือมาตรฐานในการสร้างรูปแบบการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะผู้เผยแพร่เนื้อหาโฆษณาของบุคคลที่สาม อันทำให้ผู้บริโภคสามารถสังเกตจากตัวอักษรหรือรูปการโฆษณาภายใต้มาตรฐานดังกล่าวได้ง่ายขึ้น เพื่อลดปัญหาที่อาศัยช่องทางการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตเพื่อหลอกลวงในสินค้าหรือบริการได้ในระดับหนึ่ง\*

สำหรับมาตรฐานทางจริยธรรมหรือมาตรฐานในการสร้างรูปแบบการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะนั้น ควรกำหนดให้มีการเปิดเผยในเนื้อหาของโฆษณาที่ต้องแสดงให้ชัดเจนและไม่

<sup>2</sup> ซึ่งเป็นการทำการตลาดในรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะทำให้เกิดความเข้าใจผิด (Misleading Marketing) เกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อมของตัวผลิตภัณฑ์ (Stokes, 2009)

\* นอกเหนือจากประกาศคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เรื่อง การโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยใช้ข้อความที่มีลักษณะเป็นการยืนยันเท็จจริงอันยากแก่การพิสูจน์ หรือการขอความเห็นต่อคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเป็นรายกรณี เพื่อให้พิจารณาว่าข้อความโฆษณาของตนฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือไม่ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หรือนอกเหนือจากแนวทางในการพิสูจน์เพื่อแสดงความเป็นจริงเกี่ยวกับข้อความโฆษณา

คลุมเครือ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเปิดเผยถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการ ซึ่งอาจเทียบเคียงจากแนวทางตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เรื่อง แนวทางการโฆษณาหรือบริการ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาปรับใช้\* โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตัวอักษรบนลิงค์โฆษณาต้องเป็นตัวอักษรที่เห็นและอ่านได้ชัดเจนตัดกับสีพื้นของลิงค์โฆษณา นอกจากนี้อาจวางแนวทางเพิ่มเติมโดยเทียบเคียงจากแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดของคณะกรรมการการค้า (The Federal Trade Commission) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น หากข้อความโดยยาวเกินไปต้องกล่าวซ้ำ ภาษาที่ใช้ต้องสามารถสื่อเข้าใจได้ง่าย ฉลากของลิงค์ต้องเหมาะสมในการสื่อถึงความสำคัญ ลักษณะ ความเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่น่าไปสู่อุบัติการณ์ ตำแหน่งของลิงค์ต้องใกล้เคียงกับข้อมูลหรือทำให้สังเกตได้<sup>3</sup> และการเข้าถึงได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3

นอกจากนี้ประเทศไทยควรให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาหรือหน่วยงานภาครัฐ ในการกำกับดูแลให้เกิดการโฆษณาภายใต้มาตรฐานทางจริยธรรม หรือแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดในการโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตควบคู่ไปด้วย

\* ตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เรื่อง แนวทางการโฆษณาหรือบริการ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้กำหนดแนวทางการโฆษณาที่ใช้ข้อความในการแสดงรายละเอียดเงื่อนไขเพิ่มเติมผ่านทางสื่อโฆษณาดังต่อไปนี้

1. กรณีสื่อหนังสือพิมพ์หรือสื่อสิ่งพิมพ์ ควรใช้ตัวอักษรที่เห็นและอ่านได้อย่างชัดเจน โดยมีขนาดไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของขนาดตัวอักษรสำหรับข้อความที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ต้องไม่เล็กกว่า 2 มิลลิเมตร อีกทั้งข้อความโฆษณาต้องอยู่ใกล้กับข้อความที่เป็นสาระสำคัญนั้น
2. กรณีป้ายโฆษณา ควรใช้ตัวอักษรที่เห็นและอ่านได้ชัดเจนตัดกับสีพื้น โดยมีขนาดตัวอักษรไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของขนาดตัวอักษรสูงสุด
3. กรณีวิทยุกระจายเสียง ควรฟังข้อความโฆษณาได้อย่างชัดเจน โดยมีความเร็วและจังหวะในการพูดเช่นเดียวกับข้อความโฆษณา
4. กรณีวิทยุโทรทัศน์ ควรแสดงอักษรลอย (Super) เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 5 วินาที ด้วยตัวอักษรที่เห็นและอ่านได้อย่างชัดเจนตัดกับสีพื้น และตัวอักษรมีความสูงไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบห้าส่วนของขนาดความสูงจอภาพ

<sup>3</sup> Howells Geraint, Ramsay Iain, Wilhelmsson Thomas et al, Handbook of Research on International Consumer Law, pp. 336-338.

### 3) แนวทางการแก้ไขปัญหาจากความร่วมมือของภาคเอกชน

รัฐควรส่งเสริมหรือแนะนำให้เกิดความร่วมมือของภาคเอกชน โดยยึดหลักธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อสังคม (Good Governance & Corporate Social Responsibility) ซึ่งในปัจจุบันตลาดกลางซื้อขายบนอินเทอร์เน็ตมีมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของที่แท้จริงในสินค้าหรือบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นการหลอกลวงผู้บริโภคในรูปแบบหนึ่ง เพื่อป้องกันมิให้มีการละเมิดสิทธิของผู้อื่นและเพื่อมิให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการ ด้วยเหตุนี้ ในบางเว็บไซต์จึงได้ติดตั้งโปรแกรมที่เรียกว่า “Verified Rights Owner (VeRo)” ซึ่งสามารถระบุและกำหนดข้อเรียกร้อง เพื่อถอนข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น ซึ่งตลาดกลางบนอินเทอร์เน็ตอย่างอีเบย์ (eBay) ก็ได้นำโปรแกรมนี้มาใช้ด้วยเช่นกัน<sup>4</sup>

นอกจากนี้ยังมีระบบที่เรียกว่า “Buyer-Feedback” เป็นระบบที่ให้ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเช็คประวัติกันและกันได้ โดยให้คู่สัญญาซึ่งเคยเป็นผู้ซื้อและผู้ขายกันมาก่อนสามารถให้คะแนนอีกฝ่ายในแต่ละบริการที่ได้รับ เช่น ผู้ซื้อได้รับสินค้าตรงตามโฆษณา ผู้ซื้อได้ชำระค่าสินค้าตรงตามเวลาให้แก่ผู้ขาย การบรรจุสินค้าดีหรือไม่ การส่งสินค้าได้รวดเร็วหรือไม่ การให้บริการที่ดีเยี่ยมหรือไม่<sup>5</sup> การให้คะแนนนั้นอาจให้คะแนนเป็น 3 ระดับ คือ ดีเยี่ยม ไม่ให้คะแนน และบวก โดยผลรวมของคะแนนที่ได้รับอาจได้รับสิทธิพิเศษในการแสดงสินค้าเด่นชัดขึ้น ระบบนี้อีเบย์ (eBay) ได้นำมาใช้ซึ่งจะเรียกว่า “Feedback Forum”<sup>6</sup>

สำหรับมาตรการคุ้มครองผู้ซื้อก่อนตกลงทำสัญญาซื้อขาย ในบางเว็บไซต์อาจติดตั้งโปรแกรมที่เรียกว่า “Standard Purchase Protection Program” เพื่อประกันการได้รับสินค้าเมื่อผู้ซื้อได้ชำระถูกต้องครบถ้วนแล้ว โดยจะจ่ายเงินให้สูงสุดตามที่กำหนดไว้ หากไม่ได้รับสินค้าหรือได้รับสินค้า

<sup>4</sup> สามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ <http://www.tabberone.com/Trademarks/Vero/vero.shtml> [19 มีนาคม 2559]

<sup>5</sup> สามารถศึกษาตัวอย่างรายการให้คะแนนได้ที่ <http://hubpages.com/business/ebay-feedback-examples> [19 มีนาคม 2559]

<sup>6</sup> สามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ <http://pages.ebay.com/help/feedback/howitworks.html> [19 มีนาคม 2559]

ที่มีมูลค่าต่ำกว่า<sup>7</sup> นอกจากนี้ยังมีการให้บริการที่เรียกว่า “I-Escrow” ซึ่งค่อยเป็นสื่อกลางเพื่อเรียกเก็บค่าสินค้าไว้ก่อนจนกว่าผู้ซื้อจะได้รับสินค้าจากผู้ขายและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับสินค้าที่ได้รับ โดยคิดค่าบริการนี้ตามมูลค่าของธุรกรรม ข้อดีของบริการนี้คือ ป้องกันมิให้ผู้ซื้อบอกหมายเลขบัตรเครดิตให้แก่ผู้ขายซึ่งตนไม่รู้จักและป้องกันการฉ้อโกงที่อาจเกิดขึ้นในเบื้องต้นได้<sup>8</sup>

ความร่วมมือของภาคเอกชนในการติดตั้งโปรแกรมเหล่านี้สามารถประกันความคุ้มครองผู้บริโภคได้ดีไปอีกชั้นหนึ่ง แต่ก็มีอาจให้ความคุ้มครองผู้บริโภคได้ดีเท่ากฎหมาย เนื่องด้วยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมักจำกัดความรับผิดชอบของตนไว้ในข้อตกลงการให้บริการ ดังนั้นรัฐควรแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีนี้ให้เป็นธรรมและทันสมัย



<sup>7</sup> สามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ <http://pages.ebay.ph/help/tp/esppp-process.html> [19 มีนาคม 2559]

<sup>8</sup> สามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ <http://pages.ebay.com/help/pay/escrow.html> หรือ <http://www.dummies.com/how-to/content/using-an-escrow-service-on-ebay.html> [19 มีนาคม 2559]

## รายการอ้างอิง

- Ardia, D. S. Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity under Section 230 of the Communications Decency Act. Loyola of Los Angeles Law Review 43 (2010).
- Australia government. The Australia Consumer Law : A Framework Overview. Australia: The Australian Government the Treasury, 2013.
- . The Australia Consumer Law : An Introduction. Australia: Attorney General's Department, 2010.
- Bayer Judit. "Liability of Internet Service Providers for Third Party Content." Victoria University Wellington Working Paper Series, 2008.
- Black, S. K. Telecommunications Law in the Internet Age. US: Morgan Kaufmann.
- Cornthwaite Jonathan. To Key or Not Key the Judgment of the European Court of Justice in the Google France Adwords Cases. European Intellectual Property Review 32 (2010).
- Coteanu, and Critina. Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices (Markets and the Law). England: Ashgate Publishing Limited, 2005.
- Google (Thailand) Company Limited. About the Approval Process [Online]. Available from: [Online]. Available from : สืบ <http://support.google.com/adwords/answer/1722120?hl=en> [2015, May 10]
- . The Ad Auction [Online]. Available from: [Online]. Available from : <https://support.google.com/adwords/answer/1704431?hl=en> [2015, February 10]
- . Advertising Policies [Online]. Available from: [Online]. Available from: <https://support.google.com//adwords/answer/6316?hl=en> [2015, May 10]
- . Cost [Online]. Available from: Available from: <https://www.google.com/intl/en/adwords/cost/> [2015, April 5]
- . Feedback on Adwords [Online]. Available from: [Online]. Available from: <https://support.google.com/adwords/troubleshooter/4578507?rd=1> [2015, May 10]

- . Google Adword [Online]. Available from: [Online]. Available from : <http://www.google.co.th/adwords/costs/?channel=ha&subid=th-en-ha-rh-bkhp0~55346305567> [2015, February 10]
- . How Costs Are Calculated in Adwords [Online]. Available from: [Online]. Available from : <https://support.google.com/adwords/answer/1704424?hl=en> [2015, February 10]
- . How to Plan Your Display Campaign [Online]. Available from: [Online]. Available from : [https://support.google.com/adwords/answer/3056115?hl=en&ref\\_topic=3121941](https://support.google.com/adwords/answer/3056115?hl=en&ref_topic=3121941) [2015, April 5]
- . Interested in Adsense? The Difference between Adwords and Adsense [Online]. Available from: [Online] Available from : <https://support.google.com/adsense/answer/76231?hl=en> [2015, February 10]
- . Legal Requirements & Serving Limitations [Online]. Available from: [Online]. Available from: <http://Support.google.com/adwordspolicy/answer/6023676> [2015, May 10]
- . Trademark Complaint Form [Online]. Available from: [Online]. Available from: [http://services.google.com/inquiry/aw\\_tmcomplaint](http://services.google.com/inquiry/aw_tmcomplaint) [2015, May 10]
- Howells Geraint, R. I., Wilhelmsson Thomas et al, . Handbook of Research on International Consumer Law. Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Jatupol Tanaruthai. Search Engine Optimization (Seo) [Online]. Available from: [Online]. GlobetCo.,Ltd, 2007 Available From: <http://www.globet.com> [2015, February 10]
- Materna G., and Mark. Protecting Generation Z: A Brief Policy Argument Advocating Vicarious Liability for Internet Service Providers. University of San Francisco Law Review 47 (2012-1013).
- Morley Samuel. How Broad Is Web Publisher Immunity under §230 of the Communications Decency Act of 1996? The Florida Bar Journal 84 (February, 2010).

- Polanski Paul. Technical, Automatic and Passive Liability of Search Engines for Hosting Infringing Content in the Light of the Google Ruling. Journal of the International Commercial Law and Technology 6, 10 (2011).
- Samsan Matin. Communications Decency Act - Internet Library of Law and Court Decisions [Online]. Available from: [Online] Available from: [http://www.internetlibrary.com/topics/comm\\_decency\\_act.cfm](http://www.internetlibrary.com/topics/comm_decency_act.cfm) [2015, November 10]
- Sevanian, A. M. Section 230 of the Communications Decency Act: A “Good Samaritan” Law without the Requirement of Acting as a “Good Samaritan”. UCLA Entertainment Law Review 21, 1 (2014).
- Tungate Allison. Bare Necessities: The Argument for a “Revenge Porn” Exception in Section 230 Immunity. Journal of Information & Communications Technology Law 23 (2014).
- กมล ตันจันวิฒนกุล. หลักสุจริต. วารสารกระบวนการยุติธรรม ปี 5 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2555). กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน). รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2557. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, 2557.
- จตุพล ทานาฤทัย. Search Engine Marketing 2.0 กรุงเทพมหานคร: มิตรภาพ การพิมพ์ และ สติวดีโอ, 2549.
- จิตติ ติงศภัทัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2503.
- ดุยวิทย์ เลาทองดี. การศึกษากระบวนการทำงานของสื่อออนไลน์ Search Engine และวิเคราะห์หาวิธีการเพื่อให้เว็บไซต์เป็นที่รู้จัก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาการบริหารโทรคมนาคม คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2546.
- บรรหาร กำลา. 6 เดือนกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภคกับประชาชนได้อะไร. จลนิต (มีนาคม-เมษายน 2552).
- รพีพร วัฒนชะชะกุล. "ปัญหาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะ “ตัวกลาง” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550." ผลงานการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557.



- วารี นาสกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งลามี  
ควรวได้. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2503.
- วุฒิ ศรีระวิศาล, เอกกรินทร์ วิริโย. ผลลัพธ์ที่ได้จากการค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต กรณี “Google  
Adword” ในประเด็นการแข่งขันทางการค้าและเครื่องหมายการค้า Search Results  
Provided by Internet Search Engine : “Google Adwords” Case on the Issue of  
Trade Competition and Trademark. บทบัญญัติ นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา 70  
(มิถุนายน 2557).
- ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วย  
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร: วิญญ  
ชน, 2557.
- . ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างนิติกรรมและหนี้. หนังสือวันรพี ฉบับปี 2555 คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิด  
ทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.  
กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551.
- ศุณย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. "เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ  
เรื่อง รู้เท่า เข้าใจ ปัญหาซื้อขายออนไลน์." เสนอที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์  
(เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), 2558.
- สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร:  
วิญญชน, 2555.
- สุภรณ์ อรุณวัฒนา. ความรับผิดในการประกอบธุรกิจโฆษณา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร  
สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์. 2536.
- สุมาลี วงษ์วิฑิต. "ความเห็นของนักกฎหมายที่มีผลต่อการตีความกฎหมาย เรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด  
อันเกิดจากการกระทำของตน." รายงานการวิจัย สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530-2532.
- สุขุม ศุภนิธย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2557.
- หทัยรัตน์ โชคชูวัฒนาเลิศ. ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำการตลาดผ่านโปรแกรมค้นหา  
(Search Engine) บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต. มหาบัณฑิต, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร  
สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.

อรรคพล ยุตตะภรณ์. Search Engine Optimization ปรับแต่งเว็บไซต์ให้ดีที่สุด ๑  
กรุงเทพมหานคร: กรังด์ปรีซ์ อินเทอร์เน็ตซันแนล, 2549.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอังคณา อยู่ยืนยง เกิดวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2531 จังหวัดเชียงใหม่ สำเร็จ การศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยม จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี การศึกษา 2554 ต่อมาได้รับใบอนุญาตทนายความรุ่นที่ 37 และได้รับวุฒิเนติบัณฑิตไทย สมัย 66 หลังจากนั้นได้เข้าศึกษาต่อระดับปริญญาโท นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและ ธุรกิจ จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปีการศึกษา 2556 ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งนิติกร สังกัด สำนักอำนวยการประจำศาลฎีกา

