

บทที่ 2

แนวความคิดเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและหลักเกณฑ์ในระดับระหว่างประเทศ

1. แนวความคิดเรื่องการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นปรากฏหลักฐานตั้งแต่ยุคโรมันโบราณ โดยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสมัยนั้นเป็นการคุ้มครองในลักษณะของการป้องกันและเยียวยาจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมมากกว่าจะคุ้มครองในทรัพย์สินเหมือนดังปัจจุบัน ดังเช่น การค้นพบหลักฐานว่ามีการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของเครื่องปั้นดินเผาและตะเกียงจากไซปรัสในช่วง 100 ปีก่อนคริสต์ศักราชจนถึงช่วงค.ศ.200 ในรูปแบบของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม¹หรือการคุ้มครองความลับทางการค้าในสมัยโรมันซึ่งมีการประกาศ Digesta 11.3 กำหนดให้นายทาสได้รับการคุ้มครองจากกรณีที่ถูกแข่งขันทางการค้าคิดสินบนทาสให้เปิดเผยความลับ ขโมยรายชื่อลูกค้าหรือเปลี่ยนแปลงรายชื่อลูกค้าจนทำให้นายทาสต้องเสียหาย²

อิทธิพลของกฎหมายโรมันซึ่งรวมถึงความคิดเกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและทรัพย์สินทางปัญญาได้แพร่เข้าไปในยุโรปหลังจากปี ค.ศ. 1500-1570 โดยเริ่มต้นที่เมืองเวนิซและพัฒนาอย่างรวดเร็วไปยังยุโรปเหนือ³ จนสมัยปลายศตวรรษที่ 18 แนวความคิดเรื่องการแข่งขันเสรีหรือLaissez fair⁴ ซึ่งเชื่อว่ารัฐบาลควรจะเข้ายุ่งเกี่ยวกับการแข่งขันในเรื่องธุรกิจให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ได้รับความนิยมนอย่างแพร่หลาย ประเทศต่างๆ ที่เชื่อในแนวความคิดดังกล่าวต่างลดบทบาทในการควบคุมการแข่งขันทางธุรกิจ ซึ่งรวมถึงบทบาทเกี่ยวกับการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่ต่อมาเมื่อประเทศต่าง ๆ จึงเริ่มตระหนักถึงผลเสีย

¹ M. Vukmir, "The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law," IDEA : The Journal of Law and Techonology, 1991, pp. 124-k-125.

² A.A Schiller, "Trade Secrets and the Roman Law : The Actio Servi Corrupti," Columbia Law Review. Vol 30, 1930, pp. 837-845.

³ W.L.BordicK, The Principle of the Roman Law and Their Relation to Modern Law, 1983 pp. 56-57.

⁴ laissez faire เป็นคำในภาษาฝรั่งเศส แปลว่า ปล่อยให้ไป (let it be) หรือ อนุญาตให้กระทำ (allow to act) ซึ่งเป็นแนวความคิดของ Adam Smith ที่เชื่อว่าระบบเศรษฐกิจที่ดีที่สุด คือ ตลาดปัจเจกชนแข่งให้มากที่สุดและปล่อยให้ดำเนินไปตามกลไกของอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply).

ของการปล่อยให้เสรีธุรกิจและการแข่งขันในธุรกิจดำเนินไปด้วยตนเอง เช่น การผูกขาดในการดำเนินธุรกิจอันเนื่องมาจากอำนาจการต่อรองของผู้ประกอบธุรกิจไม่เท่าเทียมกัน เกิดการเอาเปรียบผู้บริโภค ตลอดจนการเอาเปรียบผู้ประกอบการที่สุจริตจากผู้ประกอบธุรกิจที่แสวงหาผลตอบแทนในทางเสรีธุรกิจโดยไม่ใช้ความสามารถของตนเอง เป็นต้น ประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแข่งขันทางธุรกิจเพื่อให้การแข่งขันดำเนินไปอย่างปกติและไม่เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภค

1.1 ความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ตามปกติประเทศต่างๆ จะไม่กำหนดความหมายที่แน่นอนของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากลักษณะของสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา โดยเฉพาะการดำเนินธุรกิจซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วทำให้ลักษณะการแข่งขันเปลี่ยนแปลงรูปแบบไปด้วย⁵

ทั้งนี้จะได้ยกตัวอย่างแนวความคิดเกี่ยวกับการให้ความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้ดังนี้

ศาลอุทธรณ์รัฐแคลิฟอร์เนียได้เคยกล่าวเกี่ยวกับการกำหนดความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้ว่า“..เป็นไปไม่ได้ที่จะกำหนดไว้ล่วงหน้าหรือกล่าวถึงรายละเอียดของการกระทำทั้งหมดว่าเป็นสิ่งที่ห้ามกระทำตามกฎหมายในเมื่อการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือการฉ้อฉลของมนุษย์นั้นมีมากมายหลากหลาย”⁶และเมื่อสภาองเกรสผ่านกฎหมาย Federal Trade Commission Act of 1914 ก็ได้มีการกล่าวไว้ในลักษณะเดียวกัน คือ “เป็นไปไม่ได้ที่จะกำหนดกรอบของการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยการให้คำจำกัดความเนื่องจากความคิดของมนุษย์ในการคิดหาวิธีการใหม่ ๆ นั้นมีไม่สิ้นสุด หากกำหนดว่าการกระทำอย่างไรเป็นการแข่งขันไม่เป็นธรรมเอาไว้ ก็คงต้องเริ่มกำหนดใหม่อีกในวันข้างหน้า”⁷

⁵ WIPO, Protection against unfair competition: analysis of present world situation (Geneva:1994), pp.12.

⁶ จากคดี People ex rel. Mosk v. National Research Co., 201 Cal. App. 2d 765, 20 Cal. Rptr. 516, 133 USPQ 413 (3d Dist. 1962).

⁷ Thomas J. McCarty, Mc Carthy on trademarks and unfair competition (Newyook : Clark Boardman Callaghan, 1995), pp. 1-18.

สำหรับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาหลายแห่งได้กล่าวให้ความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้ในคำตัดสินหลายคดีว่าการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหมายถึงการละเมิดในทางการค้า (commercial tort) โดยครอบคลุมลักษณะการทำละเมิดในทางการค้าหลายลักษณะเอาไว้

นักกฎหมายบางท่านกล่าวว่า การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นใช้อธิบายการดำเนินกิจกรรมทางการค้าซึ่งเป็นคำที่มีลักษณะเป็นนามธรรม หากไม่มีการอ้างอิงตัวอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายและศาลในการพิจารณาว่าอะไรคือการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ซึ่งในการพิจารณาของศาลในสหรัฐอเมริกาว่าการกระทำใดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้น ศาลจะวินิจฉัยจากลักษณะการแข่งขันที่ไม่ดำเนินตามกติกาของการแข่งขันอันเป็นธรรม (the rule of fair play) หรือการกระทำซึ่งตรงข้ามกับการตระหนักในทางที่ดี (contary to good conscience) หรือเป็นวิธีการที่ก่อให้เกิดความตระหนกต่อความรู้สึกของผู้พิพากษา (means which shock judicial sensibilities) เป็นต้น¹⁰

สำหรับประเทศสวิสเซอร์แลนด์ได้กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่ง Federal Law on Unfair Competition Law ว่าหมายถึงการกระทำทางธุรกิจหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการโกหก หลอกลวง (deceptive) หรือ การกระทำโดยวิธีการใดๆ ที่ฝ่าฝืนหลักสุจริต (principle of goodfaith)¹¹

ประเทศฮังการีได้กำหนดความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้ในมาตรา 3(1) ของ Prohibition of Unfair Market Practice ว่าผู้ประกอบการธุรกิจต้องเคารพในอิสระและความยุติธรรมในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ¹²

⁸ คดี Fry V. Layne-Western Co., 282F. 2d97, 126 USPQ 30, 126 USPQ423 (8 th . Cir . 1960); Lockridge v. United States, 218 Ct. CL, 687, 200 USPQ 271, 272 (1978) citd Charles R. Mcmanis., Unfair Trade Parctive in a nutshell.

⁹ J. Thomas Mc Carthy, Mc Carthy on Trademarks and Unfair Competition, pp. 1-17.

¹⁰ Ibid., pp. 1-20.

¹¹ Federal Law on the Unfair Competition of 19, 1986 of Switzerland Article 2 “Any behavior or business practice that is deceptive or that in any other way infringes the principle of good faith and which affects the relationship between competitors or between suppliers and customers shall be deems unfair and unlawful

¹² Prohibition of Unfair Market Practice (Hungary) Article3(1)

“(1) Entrepreneurs shall respect the freedom and fairness of economic Competition

(2) ...

นอกจากนี้แม้แต่อนุสัญญากรุงปารีสก็ได้บัญญัติความหมายของคำว่าการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้อย่างกว้างเช่นกัน โดยกำหนดความหมายของคำว่าการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมว่าหมายถึง การกระทำที่ตรงกันข้ามกับการกระทำที่ซื่อสัตย์¹³

ตัวอย่างการให้ความหมายดังกล่าวข้างต้นเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นว่าจะเป็นการกำหนดความหมายไว้อย่างกว้าง โดยกำหนดในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับหลักความสุจริตหรือการกระทำที่ซื่อสัตย์ รวมตลอดจนถึงการปฏิเสธการกำหนดความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมแต่ใช้การพิจารณาเป็นกรณีไปดังเช่น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

สาเหตุของการไม่กำหนดความหมายของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมดังเช่นศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือกำหนดความหมายเอาไว้อย่างกว้างก็เพราะลักษณะของการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นไม่มีความชัดเจนแน่นอนอยู่ในตัวมันขึ้นอยู่กับมาตรฐานของคำว่า ความซื่อสัตย์ ความสุจริต ซึ่งในแต่ละประเทศหรือแม้แต่ประเทศเดียวกันแต่ละท้องถิ่นก็อาจจะไม่ได้มีมาตรฐานเดียวกัน อันเป็นผลจากลักษณะทางสังคมเศรษฐกิจ ความคิดทางศีลธรรมและจริยธรรมของแต่ละท้องถิ่นซึ่งแตกต่างกัน และเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา แต่ลักษณะร่วมอย่างหนึ่งของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมคือ การกระทำที่เกิดจากความต้องการที่จะประสบความสำเร็จในการแข่งขันทางธุรกิจเหนือคู่แข่งคนอื่น โดยไม่ใช้ความพยายามและความสามารถของตนเองในคุณภาพและราคาของสินค้าหรือบริการแต่อาศัยการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากงานของผู้อื่นหรือทำให้ผู้บริโภคร้องการสินค้าหรือบริการของตน โดยการกล่าวเท็จหรือแสดงเท็จเพื่อให้เกิดความต้องการสินค้าหรือบริการของตน¹⁴

การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอาจพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ซึ่งกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมสมัยใหม่เริ่มต้นจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการในตลาดการค้าแต่ขณะเดียวกันก็ได้ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้บางประเทศยังเน้นความสำคัญไปยังการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ นั่นคือในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็จะพิจารณาไปยังนักธุรกิจว่าการกระทำใดที่นักธุรกิจส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์ หากการกระทำใดที่นักธุรกิจส่วนใหญ่เห็นว่าสามารถยอมรับได้แต่ผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เห็นว่าไม่สมควรเป็นกรณีต้องพิจารณาไปถึงผลประโยชน์ของผู้บริโภคว่าจะต้องไม่

¹³ Article 10 bis (2) of Paris Convention

“(2) Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition. . .”

¹⁴ WIPO, Protection against unfair competition: analysis of present world situation, pp.24.

ได้รับความกระทบกระเทือนโดยไม่จำเป็น ตลอดจนถึงเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศด้วย การพิจารณาความหมายของการกระทำที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในแง่นี้จึงมีลักษณะเป็นการถ่วงดุลย์ทางผลประโยชน์ (balancing of interest) ซึ่งจะแตกต่างกับการพิจารณาการกระทำโดยที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของกลุ่มแข่งขันทางธุรกิจเพียงอย่างเดียว

ทั้งนี้หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมดังกล่าวและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมนั้นพบว่า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมนอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของสิทธิแล้วยังคุ้มครองรวมไปถึงผู้บริโภคและประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนการมุ่งที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมระหว่างคู่แข่งทางการค้า ตัวอย่างเช่น การใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่มีสิทธิกับสินค้าที่แข่งขันกันในตลาดเป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของเครื่องหมายจดทะเบียนโดยมิชอบและยังเป็นการหลอกลวงสาธารณชนในเรื่องแหล่งกำเนิดสินค้าด้วย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมเป็นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง

อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายเฉพาะเรื่องเหล่านี้เพียงอย่างเดียวไม่สามารถก่อให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมในทางการค้าได้ทั้งหมด อันเนื่องมาจากความจำกัดของกฎหมายลักษณะนี้จึงจำเป็นต้องอาศัยรูปแบบการคุ้มครองของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งมีความยืดหยุ่นมากกว่า มาสนับสนุนกฎหมายพิเศษเฉพาะของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมและนอกจากนี้การปฏิบัติในทางการค้ามีความหลากหลายและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาซึ่งในบางเรื่องนั้นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเหล่านี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้เลย เช่นกรณีของการคุ้มครองความลับทางการค้าหรือการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เป็นต้น ซึ่งพิจารณาในแง่กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจึงมีความจำเป็นเพื่อใช้ให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในทางการค้าซึ่งกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมไม่สามารถใช้ได้

1.2 กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและกฎหมายป้องกันการผูกขาด

การผูกขาด (monopoly power) เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับการแข่งขันในทางธุรกิจเพราะลักษณะของการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพก็คือจะต้องไม่มีผู้ขายหรือกลุ่มของผู้ขายร่วมกันมีอำนาจในการกำหนดกำไรจากการผลิตน้อยและเพิ่มราคามากขึ้น กล่าวคือ หลักการของการแข่งขันเสรีก็คือการปลดปล่อยผู้ซื้อจากการผูกขาดโดยให้ผู้ซื้อมีโอกาสเลือกแหล่งที่มา

ของสินค้า¹⁵ในประเทศที่ให้ความสำคัญกับการแข่งขันเสรีทางธุรกิจอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา จะให้ความสำคัญกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาก ดังเช่น ศาลสูงสหรัฐได้กล่าวว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีความสำคัญเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญของสหรัฐ¹⁶

หากเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจะพบแตกต่างกันทั้งในด้านหลักการและสถานการณ์ที่น่ากฎหมายทั้งสองเข้าไปใช้ในการแข่งขันทางธุรกิจ โดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดจะเกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางธุรกิจในกรณีไม่มีการแข่งขันกันมากเพียงพอในขณะที่กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจะเกี่ยวข้องกับการแข่งขันที่มีคู่แข่งมากและเกิดลักษณะการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมแก่คู่แข่งอื่น กล่าวคือ กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี (free competition) โดยการป้องกันและห้ามการลดจำนวนคู่แข่งทางธุรกิจในตลาดลงโดยวิธีการที่มีขอบตลอดจนส่งเสริมให้เกิดกิจกรรมในทางธุรกิจโดยแรงผลักดันของการแข่งขันระหว่างคู่แข่งในทางธุรกิจ

ทั้งนี้หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วอาจจะพบว่าในการใช้วิธีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของคู่แข่งในทางธุรกิจมักมีลักษณะของการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดอยู่ด้วย กล่าวคือ คู่แข่งขันใช้วิธีการอันมิชอบหรือวิธีการไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งเพื่อให้ตนเองมีการเติบโตในตลาดการค้า แต่การกระทำนั้นจะไม่จัดเป็นการทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดเพราะกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกระบวนการแข่งขันทั้งกระบวนการมิใช่การคุ้มครองคู่แข่งรายใดรายหนึ่ง ดังนั้นการใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมแก่บุคคลหนึ่งเพียงเท่านั้นจึงไม่จัดเป็นการทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด การที่บุคคลใดจะกล่าวอ้างว่ามีการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายสามารถแสดงได้ว่าเกิดความเสียหายแก่การแข่งขันโดยทั่วไปทั้งระบบและรวมถึงตนซึ่งเสียหายในฐานะเป็นคู่แข่งผู้หนึ่งในตลาดด้วย หากการกระทำนั้นมีกระทบเฉพาะผู้กล่าวอ้างแล้วการกระทำนั้นไม่จัดเป็นการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดเพราะมิฉะนั้นจะเป็นเรื่องให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายได้หลายต่อ¹⁷

¹⁵ J. Thomas Mc Carthy, Mc Carthy on trademark and unfair competition, pp. 1-9.

¹⁶ Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344, 77 L.Ed. 825, 53 S. Ct. 471 (1993). Cited in Callman Unfair Competition trademarks and monopolies, Chap 1 pp.18

¹⁷ Associate Radio Service Co. v. Page Airways, Inc., 642 F.2d 1342 (5th Cir. 1980), reh.denied, 632 F.2d 894 (5th Cir. 1980), and cert. denied, 450 U.S. 1030, 68 L.Ed. 2d 226, 101 S.Ct. 1740 (1981).

ในบางกรณีอาจเกิดการซ้ำซ้อนระหว่างกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและกฎหมายป้องกันการผูกขาดอันเนื่องมาจากรูปแบบของกฎหมายที่ประเทศต่าง ๆ นำเอาหลักการทั้ง 2 ไปกำหนดไว้ ดังเช่น อาจอยู่ในรูปของหลักกฎหมายละเมิดสัญญา ทรัพย์สิน ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนว่าจะต้องนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้ ทั้งนี้ต้องแบ่งแยกตามวัตถุประสงค์และหน้าที่ของกฎหมายเป็นสำคัญ

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าทั้งกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและกฎหมายป้องกันการผูกขาดต่างก็มีจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการดำเนินกระบวนการทางเศรษฐกิจมีประสิทธิภาพ¹⁸ โดยการควบคุมการแข่งขันในทางธุรกิจ โดยการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมุ่งที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันที่ยุติธรรมขณะที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดมุ่งที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันเสรี จึงมีคำพูดว่า การแข่งขันเสรีในตลาดนั้นต้องได้มาโดยวิธีการที่เป็นการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างคู่แข่ง¹⁹ หรือหากกล่าวเปรียบเทียบความสัมพันธ์ของกฎหมายทั้ง 2 ชนิดก็เปรียบได้กับด้านสองด้านบนเหรียญเดียวกัน (Unfair Competition is the other side of the antitrust coin)²⁰

2. การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

2.1 อนุสัญญากรุงปารีส

2.1.1 ประวัติความเป็นมา

อนุสัญญากรุงปารีส เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the protection of industrial property) ซึ่งในที่นี้จะเรียกว่าอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) เกิดขึ้นจากสาเหตุที่ศตวรรษก่อนนั้น ไม่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในระดับสากล ดังนั้นทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมของคนในประเทศหนึ่งจึงไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในอีกประเทศหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายมี

¹⁸ WIPO, Protection against unfair competition: analysis of the present world situation, pp. 12.

¹⁹ Thomas J. Mc Carthy, Mc Carthy on Trademark and Unfair Competition, pp. 1-45.

²⁰ Hanler, "Sharing in Product Goodwill- A Tort or a Constitution Privilege ?", Col. Law Rev 1183, 1186 (1964), cite by Thomas J. Mc Carthy, Mc Carthy on Trademark and Unfair Competition, pp. 1-45.

ความแตกต่างกันมาก โดยเฉพาะในส่วนของสิทธิบัตร²¹ ซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้เร่งจดทะเบียนสิทธิบัตรให้แก่สิ่งประดิษฐ์ในประเทศตนเพื่อทำลายคุณสมบัติในเรื่องความใหม่ (novelty) ของสิ่งประดิษฐ์ในประเทศอื่น อันเป็นคุณสมบัติที่ยอมรับกันทั่วไปว่าสิ่งประดิษฐ์ที่จะจดทะเบียนสิทธิบัตรได้ต้องมีคุณสมบัตินี้ และในช่วงปลายของศตวรรษที่ 19 เริ่มปรากฏความต้องการในการรวบรวมกฎหมาย กฎหมายและระเบียบเกี่ยวกับทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม และผสมผสานให้เป็นพื้นฐานเดียวกันจากประเทศที่มีการให้คามคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมสูง เนื่องจากเป็นยุคที่มีการล้นไหลของเทคโนโลยีไปยังซีกโลกตะวันออกและประเทศในซีกโลกตะวันออกเริ่มมีบทบาทในการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งปัญหาการขาดความคุ้มครองในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนเมื่อรัฐบาลของประเทศออสเตรีย-ฮังการีได้เชิญประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมแสดงสิ่งประดิษฐ์ในปี 1873 ณ กรุงเวียนนา แต่ไม่มีประเทศอื่นส่งสิ่งประดิษฐ์เข้าร่วมแสดงเลยทำให้ประเทศออสเตรีย-ฮังการีต้องออกกฎหมายมาคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ในงานดังกล่าวและเหตุการณ์นี้เป็นแรงผลักดันให้เกิด the Congress of Vienna for Patent Reform ขึ้นในปีเดียวกันเพื่อวางหลักเกณฑ์สากลที่จำเป็นในการจดทะเบียนสิทธิบัตร และต่อมาปี 1878 the International Congress on Industrial property ซึ่งจัดขึ้นที่กรุงปารีสได้มีข้อสรุปให้จัดการประชุมระดับนานาชาติ (diplomatic conference) ขึ้นเพื่อหารูปแบบกฎหมาย กฎเกณฑ์สากลของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในปี 1880 ซึ่งในที่สุดได้ปรากฏเป็นอนุสัญญากรุงปารีสเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในปี 1883 โดยมีประเทศที่เข้าร่วมให้สัตยาบัน 11 ประเทศ คือ เบลเยียม บราซิล เอลซัลวาดอร์ ฝรั่งเศส กัวเตมาลา อิตาลี เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส เซอร์เบีย สเปน และสวิสเซอร์แลนด์ และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 7 มิถุนายน 1884

อนุสัญญากรุงปารีสมีการแก้ไขหลายครั้งได้แก่ ในปี 1886 ที่กรุงโรม ปี 1890 และ 1891 ที่กรุงมาดริด กรุงบรัสเซลส์ในปี 1897 และ 1900 ปี 1911 ที่กรุงวอชิงตัน ปี 1925 ที่กรุงเฮก ปี 1934 ที่กรุงลอนดอน ปี 1958 ที่กรุงสโตบอนและ ครั้งสุดท้ายที่กรุงสตอกโฮล์มในปี 1967 ซึ่งอนุสัญญากรุงปารีสฉบับแก้ไข ณ กรุงบรัสเซลส์ในปี 1990 และฉบับแก้ไข ณ กรุงวอชิงตัน 1925 ไม่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน

²¹ World Intellectual Property Organization, "The international treaties and conventions administered by WIPO and their enforcement, The Paris Convention for the protection of industrial property," Document prepared by the International Bureau of WIPO to be presented at Colloquium on Border Control of Intellectual Property Rights The EC-ASEAN Patents and Trademarks Program (ECAP) Bangkok, Thailand, November 28 - December 1, 1995.

2.1.2 หลักการของอนุสัญญากรุงปารีส

อนุสัญญากรุงปารีส สมิ วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา²²ประเภททรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ซึ่งตามความหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา1(2) ประกอบด้วย สิ่งประดิษฐ์ แบบผลิตภัณฑ์ เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ชื่อทางการค้า สิ่งชี้เฉพาะ สิ่งบ่งชี้แหล่งที่มา ถิ่นกำเนิด และการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า ซึ่งสิ่งเหล่านี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในความหมายตามตัวอักษรแต่มาจากเหตุผลในด้านการเจรจาชำระอนุสัญญา²³

ประเทศภาคีต้องให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมตามบทบัญญัติของอนุสัญญาแต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมทุกประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรานี้เนื่องจากการประชุม ณ กรุงเฮก ซึ่งเป็นการประชุมที่มีการพิจารณาถึงคำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมนั้นได้มีมติอย่างชัดเจนว่า ประเทศสมาชิกไม่ผูกพันที่จะต้องออกมาตรการทางกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมครอบคลุมทุกประเภท²⁴

อย่างไรก็ตาม โดยผลของเนื้อหาของอนุสัญญาซึ่งกำหนดลักษณะการคุ้มครองไว้เฉพาะเป็นแต่ละเรื่องประกอบกับ มาตรา 25 ซึ่งกำหนดให้ประเทศต่าง ๆ ต้องมีมาตรการทางกฎหมายภายในคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่สำคัญ²⁵ ในทางปฏิบัติรัฐ

²² จากหนังสือ Background reading material on intellectual property ทรัพย์สินทางปัญญาประกอบด้วย 1) ลิขสิทธิ์ 2) สิทธิข้างเคียงและทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม.

²³ G.H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967, (Geneva: WIPO, 1991), pp.23

²⁴ G.H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967, (Geneva: WIPO, 1991), pp. 24.

²⁵ Article 25 “(1) Any country party to this convention undertakes to adopt, in accordance with its constitution, the measures necessary to ensure the application of this Convention.

(2) It is understood that, at the time a country deposits its instrument of ratification or accession, it will be in a position under its domestic law to give effect to the provisions of this Convention.”

ต่าง ๆ จึงมักมีมาตรการทางกฎหมายครอบคลุมทั้งหมดโดยปริยายเพราะมิฉะนั้นอาจถูกพิจารณาว่าไม่ได้้อนุวัติการตามอนุสัญญาอย่างเพียงพอ²⁶

หลักการในอนุสัญญากรุงปารีสแยกออกเป็นประเภทใหญ่ได้ 4 ประเภท²⁷ คือ

- (1) หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment)
- (2) หลักสิทธิได้รับบังคับก่อน (Right of Priority)
- (3) หลักการทั่วไป (Common Rules)
- (4) หลักการที่กำหนดหน้าที่ในเชิงบริหาร

- (1) หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment)

การปฏิบัติอย่างคนชาติเป็นหลักการซึ่งประกันสิทธิพื้นฐานให้แก่ประเทศสมาชิกซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกของอนุสัญญาต้องให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมต่อบุคคล (Nationals) สัญชาติอื่นเช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติตน²⁸

คำว่า บุคคลสัญชาติ (Nationals) หมายถึง บุคคลธรรมดา (natural persons) และนิติบุคคล (legal entities) ซึ่งในส่วนของนิติบุคคลนี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมายของแต่ละประเทศ กล่าวคือหากประเทศภาคีประเทศหนึ่งยอมรับองค์กรใดเป็นนิติบุคคลแล้วประเทศอื่น ๆ ก็ต้องคุ้มครองในฐานะนิติบุคคลเช่นกันนอกจากนี้ยังรวมถึงบุคคลที่มีได้มีสัญชาติของประเทศสมาชิกแต่มีภูมิลำเนาหรือกิจการทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมในประเทศสมาชิกด้วย

หลักการดังกล่าวตัดโอกาสในการเลือกปฏิบัติแก่คนชาติของประเทศสมาชิกและการปฏิบัติโดยยึดถือการต่างตอบแทน (reciprocity of protection) ในระหว่างประเทศสมาชิก

²⁶ G.H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967, pp. 24

²⁷ World Intellectual Property Organization, Background reading material on intellectual property, pp.50

²⁸ Article 2 “(1) Nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of industrial property, enjoy in all the other countries of the Union the advantages that their respective laws now grant, or may hereafter grant, to nationals; all without prejudice to the rights specially provided for by this Convention. Consequently, they shall have the same protection as the latter, and the same legal remedy against any infringement of their rights, provided that the conditions and formalities imposed upon nationals are complied with.”

(2) หลักสิทธิที่ได้รับบังคับก่อน (Right of Priority)²⁹

หลักสิทธิที่ได้รับบังคับก่อนเป็นหลักการพื้นฐานอีกประการหนึ่งของอนุสัญญา ซึ่งหมายถึงการยื่นขอจดทะเบียนทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในประเทศภาคีประเทศใดประเทศหนึ่งและยื่นคำขอดังกล่าวไปยังประเทศอื่นที่เป็นภาคีภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้เช่น 6 เดือน 12 เดือน แล้วแต่ชนิดของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม คำขอที่อื่นนั้นถือว่าได้ยื่นขอจดทะเบียนวันเดียวกับที่ได้ยื่นขอในประเทศแรก

ผลของหลักสิทธิที่ได้รับบังคับก่อนก็คือ เมื่อยื่นขอจดทะเบียนในครั้งหลังกับประเทศอื่นจะได้รับการปฏิบัติเสมือนดังว่าได้ยื่นขอจดทะเบียนตั้งแต่เวลาที่ยื่นครั้งแรกในประเทศอื่น ซึ่งข้อดีในส่วนนี้ก็คือ ในกรณีที่มีการคิดค้น ประดิษฐ์สิ่งใหม่ขึ้นในระหว่างการยื่นขอขึ้นทะเบียนครั้งแรกและก่อนยื่นขอจดทะเบียนครั้งที่ 2 ซึ่งเรียกว่า priority period แล้วถึงนั้นก็จะไม่ทำลายคุณสมบัติของการคิดค้นหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ขึ้นของ priority right ไว้ก่อนแล้ว³⁰ เช่น กรณีของการยื่นขอสิทธิบัตรหากได้รับ priority right แล้วและก่อนได้รับสิทธิบัตรในประเทศที่ 2 ได้มีการเผยแพร่ข้อมูลนั้นต่อสาธารณชน หรือ สาธารณชนได้ใช้สิ่งประดิษฐ์นั้นแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการทำลายคุณสมบัติในเรื่องความใหม่ (novelty) ของสิ่งประดิษฐ์นั้นไป ทั้งนี้ไม่ว่าการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวจะกระทำโดยบุคคลอื่นหรือตัวผู้ยื่นขอสิทธิบัตรเอง

ระยะเวลาของ priority period จะมากน้อยเพียงใดขึ้นกับชนิดของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมว่าเป็นประเภทใดซึ่งระยะเวลาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีสสำหรับสิทธิบัตรและแบบวงจรรวม คือ 12 เดือนและสำหรับการออกแบบผลิตภัณฑ์ (industrial design) และเครื่องหมายการค้า 6 เดือน³¹ ซึ่งการกำหนดระยะเวลา priority period นี้เป็นเรื่องความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้ยื่นจดทะเบียนและบุคคลภายนอกตลอดจนประโยชน์ของสาธารณะจึงได้มีการแก้ไขหลายครั้ง

(3) หลักการทั่วไป (Common Rules)

เป็นหลักการที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการก่อสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลสัญชาติประเทศภาคีรวมทั้งกำหนดหรืออนุญาตให้ประเทศภาคีออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ

²⁹ World Intellectual Property Organization, Background reading material on intellectual property, pp. 52.

³⁰ Article 4B Paris Convention.

³¹ Article 4C Paris Convention.

ในกรณีที่อนุสัญญาไม่ได้มีผลเป็นกฎหมายซึ่งบังคับภายในประเทศนั้น ๆ ได้โดยตรง³²(self-execution) แต่อนุสัญญาก็ปล่อยให้ประเทศภาคีพิจารณาความเหมาะสมในการออกกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของหลักการนี้ ซึ่งรวมถึงว่าประเทศภาคีสามารถให้การคุ้มครองมากกว่า(more extensive protection) ที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาก็ได้³³

(4) หลักการเกี่ยวกับด้านบริหารและการเงินของสหภาพ

เป็นหลักการที่กำหนดเกี่ยวกับสหภาพซึ่งหมายถึงประเทศภาคีของอนุสัญญากรุงปารีส ร่วมกันจัดตั้งขึ้นเป็นสหภาพ โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมร่วมกัน โดยบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้หลักการนี้จะเป็นบทบัญญัติในการจัดตั้งองค์กรต่าง ๆ ของสหภาพ ตลอดจนวิธีการบริหารและการเงินขององค์กรนั้น ๆ

2.1.3 การจำกัดการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

อนุสัญญากรุงปารีสในปี 1883 ไม่มีการบัญญัติถึงหลักการในเรื่องการจำกัดการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมบทบัญญัติในเรื่องนี้เริ่มต้นขึ้นจากการแก้ไขอนุสัญญา ณ กรุงบรัสเซลส์ ในปี 1900 โดยการเสนอของประเทศฝรั่งเศส และบัญญัติไว้ในมาตรา 10 ทวิและมีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้งจนกระทั่งการประชุมแก้ไขอนุสัญญา ณ กรุงลิสบอนในปี 1958 จึงปรากฏเป็นบทบัญญัติดังเช่นปัจจุบัน

บทบัญญัติมาตรา 10 ทวิ(1)³⁴ กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีภาระผูกพันที่จะป้องกันการการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ไม่ได้กำหนดภาระผูกพันในเรื่องวิธีการหรือแนวทางการป้องกันหรือลักษณะมาตรการเอาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีอิสระในการเลือกใช้มาตรการในการป้องกัน³⁵ ดังเช่นอาจใช้กฎหมายแพ่งในประเทศที่มีจารีตประเพณีกฎหมายเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรการใช้คำพิพากษาของ

³² H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967, pp.15.

³³ Ibid., pp. 16.

³⁴ Article 10 bis(1) "The countries of the Union bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition."

³⁵ จากการประชุมแก้ไขอนุสัญญา ณ กรุงวอชิงตันเป็นที่ยอมรับกันว่าประเทศสมาชิกไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องออกกฎหมายพิเศษ ในเรื่องนี้.

ศาลในประเทศที่มีจารีตประเพณีกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ หรือการใช้หลักกฎหมายละเมิดตลอดจนการออกกฎหมายพิเศษ เป็นต้น

มาตรา 10 ทวิ(2)³⁶กำหนดว่า “การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหมายถึง การกระทำที่ไม่สุจริตในทางการค้าและอุตสาหกรรม” โดยมีได้กำหนดลักษณะไว้ว่าการกระทำใดจัดเป็นการไม่สุจริตโดยให้เป็นหน้าที่ของกระบวนการบริหารและกระบวนการยุติธรรมในแต่ละประเทศเป็นผู้พิจารณา สาเหตุของกรไม่กำหนดลักษณะหรือเงื่อนไขไว้ก็เนื่องจากวัตถุประสงค์ซึ่งมุ่งหมายที่จะตอบสนองการแข่งขันในเชิงธุรกิจซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาการบัญญัติไว้อย่างกว้างจึงสามารถครอบคลุมวิธีการแข่งขันในตลาดการค้าทั้งหมดที่เกิดขึ้นในปัจจุบันรวมถึงสิ่งที่จะเกิดในอนาคต และขณะเดียวกันต้องมีความยืดหยุ่นอย่างเพียงพอที่จะปรับเข้าสู่การปฏิบัติใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต³⁷ และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือบรรทัดฐานของคำว่าสุจริตหรือยุติธรรมในแต่ละประเทศหรือแม้แต่ประเทศเดียวกันแต่ละท้องถิ่นนั้นอาจไม่ตรงกันขึ้นอยู่กับสภาพสังคม เศรษฐกิจ ศิลธรรม แนวความคิดเกี่ยวกับจริยธรรมของท้องถิ่นนั้น ๆ

วิธีการที่อนุสัญญากรุงปารีสใช้เป็นแนวทางให้แก่ประเทศภาคีในการพิจารณาว่าการกระทำใดถือว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่สุจริตในทางการค้าและอุตสาหกรรมคือ การยกตัวอย่างการกระทำซึ่งได้กำหนดไว้ 3 ประการ คือ การก่อให้เกิดความสับสน(causing confusion) การให้ร้ายคู่แข่ง(discrediting competitors)และการทำให้เข้าใจผิด(misleading) และการกระทำดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นลักษณะการกระทำอันไม่เป็นธรรมอย่างน้อยที่สุด 3 ประเภทที่ประเทศภาคีต้องมีมาตรการป้องกัน³⁸ กฎหมายที่บังคับได้โดยตรงหรือต้องออกมาตรการทางกฎหมายภายในมารองรับในกรณีในประเทศนั้นไม่ได้ยอมรับอนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในโดยตรง³⁹

ผู้เขียนจะกล่าวถึงลักษณะของตัวอย่างทั้ง 3 ประการที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 ทวิพอสังเขปก่อนที่จะแสดงรายละเอียดอีกครั้งในบทต่อไป

³⁶ Article 10 bis (2) “Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.”

³⁷ World Intellectual Property Organization: Protection against unfair competition, pp. 24.

³⁸ *Ibid.*,

³⁹ G.H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Protection for the protection of industrial property, pp. 145.

1) การก่อให้เกิดความสับสน³⁸ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทุกอย่างที่โดยลักษณะของการกระทำได้ก่อให้เกิดความสับสนขึ้นไม่ว่าโดยวิธีการใด และไม่ว่าจะเกิดขึ้นกับองค์กร สินค้า กิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือทางการค้ากับของกลุ่มแข่งขัน ไม่ว่าผู้กระทำจะกระทำโดยมีเจตนาก่อให้เกิดความสับสนหรือไม่ก็ตาม

การกระทำดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันซึ่งหากเครื่องหมายการค้านั้นไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายในเรื่องการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า หรืออาจเกิดขึ้นกับหีบห่อบรรจุสินค้า หรือ ชื่อทางการค้าก็ได้

2) ตัวอย่างที่สองในมาตรา 10 ทวิ คือการให้ร้ายคู่แข่งกันเป็นกรณีของการกล่าวเท็จในเรื่องสินค้า บริการ กิจกรรม ตลอดจนตัวองค์กร เจ้าของสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันทางธุรกิจ เพื่อทำลายความน่าเชื่อถือหรือความมีชื่อเสียงของกลุ่มแข่งขัน ไม่ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาร้ายหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเงื่อนไขในเรื่องความเป็นเท็จนั้นอนุสัญญาปล่อยให้เป็นที่ของบทบัญญัติภายในที่จะกำหนดว่าต้องเป็นเท็จเพียงใดจึงจะจัดเข้าเป็นกรณีนี้ซึ่งในบางประเทศอาจกำหนดว่าต้องกล่าวเท็จอย่างเข้าวัดจึงจะเข้าตัวอย่างนี้โดยอาจมุ่งไปที่ความเสียหายของผู้แข่งขันที่โดนกล่าวอ้างมากกว่า

3) ตัวอย่างที่สามเป็นกรณีการทำให้เข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคในสินค้าของผู้กระทำ โดยทำให้ผู้บริโภคสับสนในลักษณะ(nature) กระบวนการ (manufacturing process) วัสดุ ประสงค์ในการใช้ หรือจำนวนของสินค้าหรือบริการ³⁹

พิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 10 ทวิ พบว่ามีขอบเขตกว้างมากโดยที่บทบัญญัติว่าการกระทำที่ตรงข้ามกับความสุจริตในทางการค้าหรืออุตสาหกรรม ตลอดจนการยกตัวอย่างทั้ง 3 ลักษณะนั้น สามารถครอบคลุมลักษณะการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมโดยกฎหมายเฉพาะได้ดังเช่น การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า นั้นเพื่อมุ่งป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบจากเครื่องหมายการค้าของกลุ่มที่ไม่สุจริตตลอดจนคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้าใจผิดหรือสับสนจากเครื่องหมายการค้าที่กำกับสินค้าของผู้อื่น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมก็เป็นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเฉพาะเรื่องนั่นเอง ดังนั้นหาก

³⁸ Article 10 bis (3) 1.

³⁹ Actes de Lisbonne, pp. 726, 790. Cited by G.H.C. Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967, pp. 146.

ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมใดไม่มีกฎหมายคุ้มครองไว้เฉพาะจึงสามารถให้การคุ้มครองในลักษณะของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้ ยกตัวอย่างบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงปารีสเช่น

(1) มาตรา 5 เบญจ⁴⁰ กำหนดหลักการให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองแบบผลิตภัณฑ์(industrial design) แต่มิได้กำหนดแนวทางในการคุ้มครองไว้ ดังนั้น ประเทศสมาชิกสามารถให้ความคุ้มครองโดยใช้กฎหมายสิทธิบัตรหรือกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็ได้

(2) มาตรา 8⁴¹ กำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกจะต้องคุ้มครองชื่อทางการค้าโดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนในส่วนของความหมายของคำว่าชื่อทางการค้า(TradeName)และลักษณะของการให้ความคุ้มครองให้ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติภายในของประเทศสมาชิก ซึ่งการคุ้มครองอาจกำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องหรือกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็ได้

(3) มาตรา 10⁴² เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้นำเอาข้อกำหนดในมาตรา 9 มาใช้แก่สิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดที่เป็นเท็จไม่ว่าจะเป็นเท็จโดยตรงหรือทางอ้อม คือกำหนดให้ต้องมีการยึดสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดอันเป็นเท็จ อันประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดอันเป็นเท็จ สิ่งบ่งชี้ลักษณะผู้ผลิตที่เป็นเท็จ กระบวนการผลิต และลักษณะการค้าสินค้าที่เป็นเท็จ ทั้งนี้ สิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดตามมาตรานี้ ได้แก่ แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ (Indication of source) ถิ่นกำเนิดของสินค้า(Appellation of origin) และแหล่งกำเนิดสินค้า(indication of source of goods)

จากบทบัญญัติเหล่านี้เห็นได้ว่าเป็นการกำหนดแนวทางของการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแยกตามลักษณะของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแต่ไม่ได้กำหนดรูปแบบการให้ความคุ้มครองไว้ ดังนั้นจึงอาจให้ความคุ้มครองในรูปแบบการป้องกันการแข่งขันอันเป็นธรรมก็ได้ เนื่องจากการกระทำที่มีชอบตามมาตราเหล่านี้เป็นการกระทำตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 ทวิ อาจกล่าวได้ว่ามาตรา 10 ทวิเป็นแนวทางการทางการคุ้มครอง

⁴⁰ International Bureau of WIPO, "The protection of industrial property under the Paris Convention and the TRIPs Agreement," WIPO ASEAN REGIONAL COLLOQUIUM on intellectual property for the judiciary., pp.23

⁴¹Ibid., pp. 24.

⁴²Ibid.

ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมโดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่มีขอบเป็นหลักแต่มาตราอื่น ๆ นั้นเป็นการกำหนดแนวทางการคุ้มครองโดยแยกตามลักษณะของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ดังนั้นในกรณีที่ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมใดที่อนุสัญญามิได้กำหนดแนวทางการคุ้มครองไว้เป็นพิเศษเฉพาะก็สามารถให้ความคุ้มครองจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามที่ปรากฏในมาตรา 10 ทวิในรูปแบบของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้

สำหรับการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้านั้น อนุสัญญากรุงปารีสได้กำหนดไว้ในมาตรา 10 ตริ ซึ่งได้ถูกนำเข้ามารวมอยู่ในอนุสัญญากรุงปารีสครั้งแรกเมื่อการประชุม ณ กรุงเฮกในปี 1925 และมีการแก้ไขคำที่ใช้ให้เป็นดังที่ปรากฏในปัจจุบันอีกครั้งในปี 1934 เมื่อครั้งการประชุม ณ กรุงลอนดอน (the revision conference of london 1934) ทั้งนี้มาตรา 10 ตริ⁴⁵ นี้ได้กำหนดภาระผูกพันแก่ประเทศภาคีในอันที่จะให้มีการกำหนดกระบวนการเยียวยาความเสียหายแก่บุคคลสัญชาติประเทศภาคีอื่น ๆ จากการกระทำที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 10 ทวิ อันได้แก่การจัดให้มีกระบวนการกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการจำกัดการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้ คือ

(1) การค้าสินค้าซึ่งมีเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่ผิดกฎหมายซึ่งมีการคุ้มครองเรื่องนี้ในประเทศภาคีที่เกี่ยวข้อง

(2) การใช้สิ่งซึ่งเฉพาะถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือ ลักษณะซึ่งเฉพาะของผู้ผลิต, กระบวนการผลิต หรือ การค้าที่เป็นเท็จ

(3) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า

ในมาตรานี้ระบุโดยชัดเจนว่าต้องมีกระบวนการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมซึ่งตามการประชุม ณ กรุงเฮกนั้นเป็นที่ยอมรับว่าเพื่อให้เกิดมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพประเทศสมาชิกอาจกำหนดเงื่อนไขในบทบัญญัติเพื่อการบรรเทาความเสียหาย

⁴⁵ Article 10 ter

“(1) The countries of the Union undertake to assure to nationals of the other countries of the Union appropriate legal remedies effectively to repress all the acts referred to in Articles 9, 10, and 10 bis.

(2) The undertake, further, to provide measures to permit federations and associations representing interested industrialists, producers, or merchants, provided that the law of their countries, to take action I the courts or before the administrative authorities, with a view to the repression of the acts referred to in Article 9, 10, and 10 bis, in so far as the law of the country in which protection is claimed allows such action by federations and associations of that country.”

และเงื่อนไขในบทบัญญัติเพื่อชดใช้ค่าเสียหายนั้นแยกออกจากกัน ดังเช่น การกำหนดให้คำสั่งศาลเพื่อหยุดกระทำแม้ว่าผู้กระทำจะสุจริตแต่อาจไม่สั่งให้ต้องชดใช้ค่าเสียหายก็ได้⁴⁶

สำหรับมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายปรากฏในมาตรา 10 ตรี(2) เป็นการกำหนดภาระผูกพันของประเทศสมาชิกในอันที่จะให้มีกระบวนการทางกฎหมายซึ่งอนุญาตให้จัดตั้งสมาคม(federations and associations) ซึ่งเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของนักอุตสาหกรรม ผู้ผลิต หรือผู้ประกอบการในการดำเนินการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 10ทวิ โดยมีเงื่อนไข 2 ประการคือ การจัดตั้งองค์กรดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อกฎหมายใดๆ ของประเทศนั้นและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนี้อยู่ภายในขอบเขตเท่าที่กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ กำหนดเอาไว้เกี่ยวกับสมาคม

นอกจากนี้มาตรา10 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีการยึดเมื่อมีการนำเข้าประเทศสินค้าที่มีสิ่งบ่งชี้ขึ้นเป็นเท็จเกี่ยวกับตัวสินค้า สิ่งบ่งชี้ตัวผู้ผลิต กระบวนการผลิต ตลอดจนลักษณะการดำเนินการค้าที่เป็นเท็จ

เนื่องจากตามอนุสัญญาปารีส นั้นไม่มีการกำหนดในเชิงบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องดำเนินการเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายภายในเดิมของสมาชิกเท่านั้น ดังนั้นบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงปารีส ที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายจึงเป็นเพียงแนวทางให้แก่สมาชิกเท่านั้น

2.2 ข้อตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า(TRIPs)

2.2.1 สรุปลความเป็นมาของข้อตกลง TRIPs

ข้อตกลงว่าด้วยพิกัตศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade- GATT) มิได้มีการกำหนดเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่อย่างใด เพราะขณะนั้นแนวความคิดทางด้านความเกี่ยวโยงระหว่างความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับการค้า ระหว่างประเทศยังไม่เป็นที่ยอมรับ ประกอบกับความคิดที่ว่า GATT ไม่อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น GATT (1947) จึงไม่ปรากฏบทบัญญัติใดที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะเป็นมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้⁴⁷

⁴⁶ Guid to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967.

⁴⁷ ชัชชัย สุขผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ : 2539), หน้า 48.

เมื่อมีการประชุมใหญ่ของประเทศภาคีแกตต์ในสมัยที่ 40 ในปี 2528 ประเทศภาคีได้ลงมติให้มีการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบใหม่ขึ้นซึ่งการเจรจานี้เกิดขึ้นที่เมืองปูนต้า เดลเอสเต้ ประเทศอูรุกวัย โดยมีวัตถุประสงค์ข้อหนึ่งของการเจรจา คือ การยกเว้นกฎเกณฑ์เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า ซึ่งวัตถุประสงค์ข้อนี้เกิดจากการผลักดันของประเทศพัฒนาพยายามดันให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้า ทั้งนี้ น่าจะมาจากสาเหตุเหล่านี้คือ⁴⁸

1. ความเสียหายของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาอันเกิดจากการคุ้มครองที่ไม่เพียงพอในระดับระหว่างประเทศทำให้มีการละเมิดสิทธิในประเทศต่าง ๆ
2. ประเทศพัฒนาได้ลงทุนไปกับการวิจัยและพัฒนาเป็นจำนวนเงินสูงมาก
3. วิธีการในการลอกเลียนสามารถทำได้ง่ายขึ้น
4. ประเทศพัฒนาบางประเทศมีความโน้มเอียงที่จะสูญเสียการเป็นผู้นำทางด้านเทคโนโลยีเพราะการแข่งขันในสินค้าและบริการที่อิงเทคโนโลยีเป็นไปอย่างรุนแรง
5. ประเทศกำลังพัฒนาได้เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดโลกอย่างรวดเร็ว
6. ธุรกิจในประเทศพัฒนาน่าจะได้ประโยชน์จากระบบกฎหมายที่เป็นเอกภาพทั่วโลกและที่ไม่มีเงื่อนไข การผลิตในประเทศอื่น ๆ
7. แรงกดดัน จากกลุ่มอุตสาหกรรมสำคัญในประเทศพัฒนาที่มีต่อรัฐบาลของตน เช่น กลุ่มอุตสาหกรรมยา, ซอฟต์แวร์และเซมิคอนดักเตอร์ เป็นต้น

ในส่วนของประเทศกำลังพัฒนานั้นเห็นด้วยกับการนำเอาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามาเกี่ยวข้องกับการค้าเนื่องจากสาเหตุอันหนึ่งคือต้องการผ่อนคลายความตึงเครียดและลดแรงกดดันของการค้าของโลก⁴⁹ ดังนั้น ข้อตกลงในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญา

⁴⁸ United Nations, "Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights : Implications for Developing Countries," Trade and Development Report 1991, United Nations Conference on Trade and Development New York, 1991, pp. 179-181 อ้างใน รัชชัย สุขผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 50.

⁴⁹ บัณฑิต หลิมสกุล, ข้อตกลงแกตต์ด้านทรัพย์สินทางปัญญาสู่ทางการปรับศกยภาพการค้าเชิงรุก", จุฬาลงกรณ์ รั้ววิ ปี 7 ฉบับ 27 (เมษายน - มิถุนายน 2538), หน้า 43.

จึงเกิดจากการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ระหว่างประเทศพัฒนา กับประเทศกำลังพัฒนาจนในที่สุดปรากฏเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสุดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา⁴⁸ ซึ่งมีผลผูกพันให้ประเทศสมาชิกต้องปรับเปลี่ยนมาตรการและกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำที่วางไว้⁴⁹

2.2.2 หลักการพื้นฐานของข้อตกลงTRIPs

1. หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Principle of national treatment)⁵⁰ เป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้ประเทศภาคีWTOต้องให้ความคุ้มครองคนชาติของประเทศสมาชิกอื่น เช่นเดียวกับที่ได้ให้การคุ้มครองแก่คนชาติของตน

2. หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Principle of the Most Favored Nation Treatment : MFN) เป็นหลักการใหม่ของข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งไม่เคยปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญามาก่อน ซึ่งตามหลักการในข้อนี้กำหนดไว้ว่า หากประเทศภาคีของWTO ประเทศใดได้

⁴⁸ Akihito Shinohara "GATT TRIPs", IIP bulletin Vol.4(1995) : 86.

⁴⁹ Part I Article 1 Nature and Scope of Obligations

"1 Member shall give effect to the provisions of this Agreement Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice."

⁵⁰ Article 3 National Treatment "Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favorable than that it accords to its own nationals with regard to the protection at intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention and the Treaty of Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. In respect of Performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, this obligation only applies in respect of the rights provided under this Agreement. Any Member availing itself of the possibilities provided in Article 6 of the Bern Convention and paragraph 1(b) of the Article 16 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the council for TRIPs.

ให้สิทธิประโยชน์อย่างใดในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของประเทศใด แล้วประเทศนั้นต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นเดียวกันแก่คนชาติของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ด้วย⁵¹ โดยทันทีและโดยปราศจากเงื่อนไขยกเว้นบางกรณีเท่านั้นที่ไม่นำหลักการนี้มาใช้บังคับ⁵²

2.2.3 ข้อตกลง TRIPs กับการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ข้อตกลง TRIPs ได้แบ่งประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาออกเป็น 8 ประเภทคือ ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า แหล่งกำเนิดสินค้า แบบผลิตภัณฑ์ สิทธิบัตร การคุ้มครองการออกแบบวงจรไฟฟ้าการคุ้มครองความลับทางการค้า และการควบคุมการผูกขาดโดยอาศัยสัญญาการใช้สิทธิ

สาระสำคัญของข้อตกลง TRIPs สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน⁵³คือ

(1) ข้อตกลงให้ประเทศภาคี WTO ใช้ความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่เดิมภายใต้กรอบขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกซึ่งประกอบด้วยอนุสัญญากรุงปารีส ฉบับ ค.ศ. 1967 อนุสัญญากรุงเบอร์น์ ฉบับ ค.ศ. 1971 อนุสัญญาโรมตลอดจนความตกลงกรุง

⁵¹ Article 4 Most-Favored-Nation Treatment “With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favor, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.

Exempted from this obligation are any advantage, favor, privilege or immunity accorded by a member:

(a) deriving from international agreements on judicial assistance and law enforcement of a general nature and not particularly confined to the protection of intellectual property ;

(b) granted in accordance with the provisions of the Berne Convention (1971) or the Rome convention authorizing that the treatment accorded be a function not of national treatment but of the treatment accorded in another country.

(c) in respect of the right of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations not provided under this agreement;

(d) deriving from international agreements related to the protection of intellectual property which entered into force prior to the entry into force of the council for TRIPs and do not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination against nationals of other Members.”

⁵² รัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 54.

⁵³ บัณฑิต หลิมสกุล “ข้อตกลงแกตต์ด้านทรัพย์สินทางปัญญาสู่ทางการปรับศักยภาพการค้าเชิงรุก”, จุฬาลงกรณ์ปริทัศน์ ปีที่ 7 ฉบับที่ 27 (เมษายน - มิถุนายน) ;, หน้า. 43.

วอชิงตัน ว่าด้วยการคุ้มครองแผงวงจรไฟฟ้าโดยกำหนดให้ความตกลงดังกล่าวเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิก WTO

(2) ข้อตกลงใหม่ซึ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่เดิมมิได้กล่าวถึงซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับเทคโนโลยีใหม่ ดังเช่น การคุ้มครองลิขสิทธิ์คอมพิวเตอร์ เป็นต้น

สำหรับการคุ้มครองเกี่ยวกับการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่ในส่วนของข้อ(1) คือ การกำหนดให้นำเอาความตกลงระหว่างประเทศเดิมอันได้แก่อนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ.1967 มาใช้บังคับซึ่งข้อตกลง TRIPs ได้กล่าวไว้ในมาตรา 2 ของส่วนที่ 1 อันเป็นส่วนของบทบัญญัติทั่วไปและหลักการพื้นฐานของข้อตกลง⁵⁴ โดยกำหนดให้ประเทศภาคี WTO นำเอาบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ.1967 ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 12 มาใช้ในภาค 2 ภาค 3 และภาค 4 ของข้อตกลงด้วย ซึ่งหมายความว่าต้องนำหลักเกณฑ์บทบัญญัติในเรื่องการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ทวิ มาใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องซึ่งได้แก่ทรัพย์สินทางปัญญาประเภททรัพย์สินทางอุตสาหกรรมตามความหมายของมาตรา 1 ของอนุสัญญากรุงปารีส ดังนั้นทรัพย์สินทางปัญญาในข้อตกลง TRIPs ที่อยู่ในขอบเขตการคุ้มครองตามมาตรา 10 ทวิจึงได้แก่ เครื่องหมายการค้า แหล่งกำเนิดสินค้า แบบผลิตภัณฑ์สิทธิบัตร การคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผย กล่าวคือทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ต้องได้รับการคุ้มครองจากประเทศสมาชิกในลักษณะของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าในกรณีที่ข้อตกลง TRIPs ไม่ได้กำหนดมาตรการเป็นพิเศษเฉพาะเรื่องเอาไว้ดังนี้

1. เครื่องหมายการค้า

ข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดแนวทางการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการไว้ในส่วนที่ 2 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและกำหนด

⁵⁴ Article 2 Intellectual Property Conventions

“1. In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967).”

2. Nothing in Parts I to IV of this Agreement shall derogate from existing obligations that Members may have to each other under the Paris Convention, the Berne Convention, the Rome Convention and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.”

สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายจดทะเบียน อายุการคุ้มครองของเครื่องหมายจดทะเบียน ข้อจำกัด สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายจดทะเบียน การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายตามมาตรา 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีสและการทำสัญญาอนุญาติให้ใช้สิทธิซึ่งผู้เขียน จะพิจารณาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอันได้แก่ การคุ้มครอง เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงตามมาตรา 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีส⁵⁷

มาตรา 16 วรรค 2⁵⁸ กำหนดให้นำเอาการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายตามมาตรา 6 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้โดยขยายการคุ้มครองไปถึงเครื่องหมายบริการ ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงต้องให้การคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นที่รู้จักกันโดยการปฏิเสธการจดทะเบียนหรือยกเลิกการจดทะเบียนหรือห้ามการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น

นอกจากนี้ มาตรา 6 วรรค 3⁵⁹ ของข้อตกลง TRIPs ยังได้กำหนดให้นำเอามาตรา 6 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีสอนุโลมใช้กับกรณีที่สินค้าที่ไม่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วยหากอยู่ในเงื่อนไขว่าการใช้เครื่องหมายนั้นอาจแสดงถึงความ

⁵⁷ Article 6 bis (1) “ The countries of the union undertake, ex officio if their legislation so permit, or at the request of an interest party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. Theist provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.”

⁵⁸ Article 16 paragraph 2 “ Article 6 bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to services. In determining whether a trademark is well known, Members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the Trademark.”

⁵⁹ Article 16 paragraph 3 “ Article 6 bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to goods or services which are not similar to those in respect of which a trademark is registered, provided that use of that trademark in relation to those goods or services would indicate a connection between those goods or services and the owner of the registered trademark and provided that the interest of the owner of the registered trademark are likely to be damaged by such use.”

เกี่ยวเนื่องกันระหว่างสินค้าหรือบริการเหล่านั้นกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียน และผลประโยชน์เจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจได้รับความเสียหาย

มาตรา 16 เป็นการกำหนดให้คุ้มครองเครื่องหมายจดทะเบียนและเครื่องหมายที่มี ได้จดทะเบียนและมีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นที่รู้จักจากการจดทะเบียนหรือใช้ของเครื่องหมายอื่น ที่เหมือนคล้ายกับเครื่องหมายนั้นในสินค้าที่เหมือนคล้ายหรือแตกต่างกันกับสินค้าที่มีชื่อเสียง แพร่หลาย ทั้งนี้ในส่วน of เครื่องหมายจดทะเบียนนั้นประเทศสมาชิกกำหนดโดยอาศัยรูปแบบ ของกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเครื่องหมายการค้าซึ่งให้สิทธิเด็ดขาด(exclusive right)แก่เจ้าของ เครื่องหมายอยู่แล้ว แต่ในส่วน of เครื่องหมายที่มีได้จดทะเบียนแต่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น รูปแบบการคุ้มครองอาจกำหนดไว้ร่วมกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าหรืออาจอยู่ในรูปแบบ ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม เนื่องจากอาจพิจารณาได้ว่าการคุ้มครองเครื่อง หมายที่มีชื่อเสียงในกรณีนี้ก็เพื่อคุ้มครองมิให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการใช้เครื่องหมายที่ เหมือนหรือคล้ายกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงกับสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันกับสินค้าที่มี เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นอันตรงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการแข่งขัน อันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีส

2. ตามมาตรา 22 ของข้อตกลงTRIPsซึ่งกำหนดเรื่องการคุ้มครองแหล่งกำเนิดทาง ภูมิศาสตร์โดยมาตรา 22 วรรค 2(a) บรรดาสมาชิกต้องป้องกันมิให้มีการใช้วิธีการใด ๆ ในการ กำหนดแหล่งที่มาหรือการนำเสนอสินค้าซึ่งชี้หรือแนะว่าสินค้านั้นกำเนิดจากพื้นที่ ภูมิศาสตร์หนึ่งนอกเหนือจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริงในลักษณะที่ทำให้สาธารณชนหลงผิดเกี่ยวกับ แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า

นอกจากนี้มาตรา 22 วรรค 2 (b) กำหนดว่า “การใช้ใด ๆ ซึ่งก่อให้เกิดการกระทำซึ่ง เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามความหมายของข้อ 10 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีส (ค.ศ. 1967)”

ในมาตรา 22 วรรค 2 (b) เป็นการกำหนดไว้ชัดเจนว่าประเทศสมาชิกจะต้องมี มาตรการในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเรื่องแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ตามความ หมายของมาตรา 10 ทวิ และในส่วน of มาตรา 22 วรรค 2 (a) กำหนดให้มีมาตรการป้องกันการ ใช้วิธีการใดๆ เกี่ยวกับการกำหนดแหล่งที่มาหรือนำเสนอสินค้าในลักษณะที่เป็นการทำให้ สาธารณชนหลงผิด (mislead the public) ซึ่งการก่อให้เกิดการหลงผิดนี้เป็นลักษณะของการแข่ง ขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีสอยู่แล้วการแยกออกมาเป็นข้อต่าง

หากเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นลักษณะของการให้ความสำคัญกับการกระทำในลักษณะนี้มากเป็นพิเศษแต่ในส่วนของความมุ่งหมายแล้วก็คือมุ่งให้สมาชิกป้องกันมิให้เกิดการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมขึ้นนั่นเอง และข้อตกลงเรื่องนี้ไม่ได้กำหนดลักษณะการคุ้มครองไว้เพียงแต่กำหนดแนวทางไว้บ้างเท่านั้น ดังเช่น มาตรา 22 วรรค 3 ให้ปฏิเสธการจดทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวกับสินค้าที่มีได้มีแหล่งกำเนิดในดินแดนที่ระบุไว้และอยู่ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความหลงผิดแก่สาธารณชนเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดที่แท้จริง แต่มิได้จำกัดว่าการคุ้มครองต้องอยู่ในรูปแบบใดดั่งนั้นประเทศสมาชิกอาจให้การคุ้มครองในกฎหมายเฉพาะหรือการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็ได้

3. แบบอุตสาหกรรม (Industrial Design)

ในส่วนที่ 4 ได้กำหนดพันธกรณีให้แก่ประเทศสมาชิกในเรื่องการคุ้มครองแบบอุตสาหกรรมโดยกำหนดลักษณะของแบบอุตสาหกรรมที่ควรได้รับการคุ้มครองว่าต้องประกอบด้วยเงื่อนไขในเรื่องของความเป็นใหม่หรือเป็นต้นฉบับ⁶⁰ โดยกำหนดทางเลือกให้ประเทศสมาชิกกำหนดการคุ้มครองโดยอาศัยกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือ กฎหมายการออกแบบอุตสาหกรรม⁶¹ พร้อมทั้งกำหนดลักษณะการคุ้มครองว่าห้ามทำการลอกเลียนแบบหรือสิ่งที่ประกอบกันแล้วเป็นการลอกเลียนแบบหรือทำในสิ่งที่โดยส่วนใหญ่เป็นการลอกเลียนแบบและรวมถึงห้ามการขายและนำเข้าด้วย หากการกระทำเหล่านั้นทำเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยได้กำหนดระยะเวลาให้การคุ้มครองไว้อย่างน้อย 10 ปี

4. การคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผย

ข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองแก่ข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยไว้ในภาคที่ 2 ข้อ 39 ซึ่งในมาตรานี้ได้กล่าวถึงถึงมาตรา 10 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีสไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้การคุ้มครองแก่ข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 16 ทวิ ซึ่งในส่วน

⁶⁰ Article 25 paragraph 1 “ Member shall provide for the protection of independently created industrial designs that are new or original...”

⁶¹ Article 25 paragraph 2 “Each Member shall ensure that requirements for securing protection for textile designs, in particular in regard to any cost, examination or publication, do not unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection. Members shall be free to meet this obligation through industrial design law or through copyright law.”

มาตรา 10 ทีวีเองนั้นไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเนื่องจากไม่ปรากฏในตัวอย่างที่บทบัญญัติกล่าวถึงไว้แต่ประเทศสมาชิกของอนุสัญญากรุงปารีสได้ให้การคุ้มครองในเรื่องนี้โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมาเป็นเวลานานแล้วและเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตเรื่องหลักการการคุ้มครองซึ่งห้ามการกระทำใด ๆ ที่เป็นการแข่งขันซึ่งตรงข้ามกับการกระทำที่ซื่อสัตย์สุจริตในทางการค้าหรืออุตสาหกรรม ทั้งนี้ข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดลักษณะของข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยและลักษณะของการคุ้มครองไว้ซึ่งเป็นลักษณะของการกำหนดการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมขึ้นเป็นพิเศษเฉพาะ⁶² เป็นแนวทางให้สมาชิกดำเนินมาตรการตามแนวทางนี้ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติว่า⁶³ “เพื่อให้มีความมั่นใจว่ามีการคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยอย่างมีประสิทธิภาพจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในข้อ 10 ทีวี ของอนุสัญญากรุงปารีสบรรดาสมาชิกจะต้องคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยโดยสอดคล้องกับวรรค 2 และคุ้มครองข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐบาลในวรรค 3”

ลักษณะของข้อมูลที่ประเทศสมาชิกต้องให้การคุ้มครองคือข้อมูลที่เป็นความลับที่อยู่ในความควบคุมของบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลหรือนิติบุคคลนั้นได้เก็บรักษาไว้เป็นความลับและคุณค่าในเชิงพาณิชย์ของข้อมูลนั้นเกิดจากการเก็บรักษาไว้เป็นความลับนั้น⁶⁴ ซึ่ง

⁶² “The protection of industrial property under the Paris Convention and the TRIPs Agreement, “ Document prepared by the International Bureau of WIPO to be presented at WIPO Asean regional colloquium on intellectual property for the judiciary, Bangkok, Thailand, November 21 to 23, 1995.

⁶³ Article 39 paragraph 1 “ In the course of ensuring effective protection against Unfair Competition as provided in Article 10 bis of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.”

⁶⁴ Article 39 paragraph 2 “ Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a maner contrary to honest commercial practices so long as such information:

(a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;

(b) has commercial value because it is secret ; and.

(c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

ข้อมูลนั้นบางครั้งเรียกว่า “ความลับทางการค้า” (trade secret) ซึ่งจากเอกสารเตรียมการเจรจาจัดตั้งองค์การการค้าโลกของนาย Arthur Dunkel อดีตเลขาธิการเกตต์นั้นระบุว่าความหมายของข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยตามกฎหมาย 39 นี้ก็คือ ความลับทางการค้านั่นเอง

สำหรับลักษณะการให้ความคุ้มครองนั้นมาตรา 39 กำหนดให้คุ้มครองข้อสนเทศจากการถูกเปิดเผย เอาไป นำไปใช้โดยบุคคลอื่นโดยมิได้รับความยินยอมจากบุคคลหรือนิติบุคคลที่ควบคุมข้อมูลนั้นในลักษณะที่ขัดกับแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่ชื่อตรงต่อกัน โดยที่เชิงอรรถที่ 10 ของมาตรา 39 วรรค 2 ได้ยกตัวอย่างของการกระทำที่จัดเป็นการกระทำที่ขัดกับแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่ชื่อตรงต่อกัน ได้แก่การละเมิดสัญญา การละเมิดความลับและการจงใจให้ละเมิด การใช้ข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยโดยบุคคลที่สามซึ่งรู้หรือโดยประมาทเลินเล่อไม่รู้ถึงการได้มาซึ่งข้อสนเทศเกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติข้างต้น

5. สิทธิบัตร

ข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดแนวทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่ประเทศสมาชิกค่อนข้างละเอียดโดยกำหนดคุณสมบัติของสิ่งซึ่งสามารถขอสิทธิบัตร ได้กำหนดแนวทางการให้สิทธิในลักษณะของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) กำหนดเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตร ข้อยกเว้นของเจ้าของสิทธิบัตร และกรณีการใช้โดยไม่ต้องของอนุญาตผู้ทรงสิทธิ

จากการกำหนดลักษณะการให้ความคุ้มครองตามข้อตกลง TRIPs ในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมพบว่าในเรื่องการคุ้มครองแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์และการคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผยนั้นได้กล่าวถึงการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้โดยตรงพร้อมทั้งกำหนดแนวทางการให้ความคุ้มครองไว้มีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้เป็นพิเศษ ซึ่งแนวทางดังกล่าวสามารถให้ความคุ้มครองในรูปแบบของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือรูปแบบของกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องก็ได้

สำหรับเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตรและแบบอุตสาหกรรมนั้นไม่ได้กล่าวถึงมาตรา 10 ทวิในอนุสัญญากรุงปารีสไว้โดยตรงและได้กำหนดแนวทางการให้คุ้มครองในลักษณะของการให้สิทธิเด็ดขาดซึ่งเป็นรูปแบบของการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยที่กรณีของเครื่องหมายการค้าในส่วนของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นประเทศสมาชิกอาจให้ความคุ้มครองในรูปแบบของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าบทบัญญัติของข้อตกลง TRIPs จะให้แนวทางอันเป็นการกำหนดมาตรการขั้นต่ำสุดที่จะต้องให้ความคุ้มครองไว้โดยเฉพาะแล้วแต่โดยผลของ

มาตรา 2 ซึ่งกำหนดให้นำเอามาตรา 10 ทวิ มาใช้ด้วยนั้น ประเทศสมาชิกย่อมต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิจากการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมด้วย

2.2.4 ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิ

ในส่วนของ การบังคับใช้สิทธิของข้อตกลง TRIPs นั้น ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่จะกำหนดมาตรการต่าง ๆ ทั้งทางแพ่งอาญาและทางบริหาร เพื่อบังคับให้เป็นไปตามสิทธิที่กำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPs ซึ่งผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องให้ใช้มาตรการต่าง ๆ นี้ได้แก่ผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องให้ใช้มาตรการต่าง ๆ นี้ได้แก่ผู้ทรงสิทธิ (right holders) และรวมถึงสมาคมหรือสมาพันธ์ซึ่งอยู่ในฐานะที่จะใช้สิทธิเรียกร้องเหล่านี้ได้ โดยข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดรายละเอียดการบังคับใช้สิทธิไว้หลายประการและประกอบด้วยส่วนที่สำคัญเช่น

(1) ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้จำเลยส่งมอบพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองต่อศาลโดยมีหลักประกันอันสมควรเกี่ยวกับการรักษาความลับของสิ่งเหล่านี้ หากโจทก์สามารถแสดงพยานหลักฐานให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่าจำเลยมีพยานหลักฐานดังกล่าวอยู่ในความครอบครองจริง⁶⁵

(2) ศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยระงับการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาของโจทก์⁶⁶

(3) ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรอายัดสินค้าซึ่งละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาของโจทก์ไว้ที่ด่านศุลกากรเพื่อป้องกันการเข้าสู่ตลาด เว้นแต่จำเลยจะพิสูจน์ได้ว่าได้ส่งสินค้านั้นมาโดยไม่รู้หรือควรไม่รู้ว่าสินค้านั้นละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาของโจทก์

⁶⁵ Article 42 Fair and Equitable Procedures “ Members shall make available to right holder civil judicial procedures concerning the enforcement of any intellectual property right covered by this Agreement. Defendants shall have the right to written notice with is timely and contains sufficient detail, including the basis of the claims. Parties shall be allowed to be represented by in dependent legal counsel, and procedures shall not impose overly burdensome requirements concerning mandatory personal appearances. All parties to such procedures shall be duly entitled to substantiate their claims and to present all relevant evidence. The procedure shall provide a means to identify and protect confidential information, unless this would be contrary to existing constitutional requirement.”

⁶⁶ Article 44 Injunctions “ 1 The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, inter alia to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, . . .”

(4) กรณีที่มีคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ทรงสิทธิให้อายัดสินค้า ซึ่งถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้าเจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอำนาจอายัดสินค้าดังกล่าวไว้ได้ไม่เกิน 10 วัน⁶⁵

(5) ศาลมีอำนาจสั่งให้นำสินค้า วัสดุดิบและเครื่องมือใช้ในการผลิตสินค้า ซึ่งละเมิดสิทธิออกไปจากช่องทางการค้า หรือทำลายสินค้านั้นได้หากการสั่งเช่นนั้นไม่ขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิกนั้น

(6) ในการออกคำสั่งใดๆ ของศาลตามคำขอของโจทก์ศาลมีอำนาจเรียกให้โจทก์วางเงินประกันตามสมควรเพื่อป้องกันความเสียหายแก่จำเลย⁶⁶

(7) การชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ในกรณีที่พบว่ามีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาจะมีขึ้นในกรณีที่จำเลยได้รู้หรือควรรู้ถึงการละเมิดนั้น โดยค่าเสียหายนี้รวมถึงผลกำไรที่โจทก์ควรได้รับและค่าธรรมเนียมทนายความ ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของโจทก์ แต่หากปรากฏในคดีว่าโจทก์ใช้สิทธิไม่สุจริตศาลมีอำนาจสั่งให้โจทก์ชดเชยค่าเสียหายแก่จำเลยอันประกอบด้วยค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และค่าธรรมเนียมทนายความ

(8) กระบวนทางอาญาจะนำมาใช้ด้วยโดยอย่างน้อยที่สุดต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาในเรื่องการปลอมเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์เพื่อการค้าซึ่งการชดเชยค่าเสียหายในส่วนนี้อาจรวมถึงการจำคุกและหรือปรับ ตลอดจนอาจกำหนดให้มีการยึดทำลายสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดด้วย⁶⁷

⁶⁵ Article 51 Suspension of Release by customs Authorities “ Member shall, in conformity with the provisions set out below, adopt procedures to enable a right holder, who has valid grounds for suspecting that the importation of counterfeit trademark or pirated copyright goods may take place, to lodge an application in writing with competent authority, administrative or judicial, for the suspension by the customs authorities of the release into free circulation of such goods. . .”

⁶⁶ Article 53 Security or Equivalent Assurance “ The competent authorities shall have the authority to require an applicant to provide a security or equivalent assurance sufficient to protect the defendant and the competent authorities and to prevent abuse. Such security or equivalent assurance shall not unreasonably deter recourse to these procedure.”

⁶⁷ Article 61 “ Member shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of willful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies shall include imprisonment and / or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also

3. แนวทางการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามบทบัญญัติต้นแบบของ WIPO

บทบัญญัติต้นแบบเกี่ยวกับการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Model Provisions on protection against unfair competition) (ซึ่งต่อไปเพื่อความสะดวกจะเรียกว่า บทบัญญัติต้นแบบ) เกิดขึ้นจากการดำเนินการของ International Bureau of the World Intellectual Property Organization ในปี 1994 - 1995 เพื่อเป็นแนวในการออกบทบัญญัติกฎหมาย ตลอดจนแนวทางในการพิจารณาของกระบวนการยุติธรรมในประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะประเทศภาคีของอนุสัญญากรุงปารีส ซึ่งมีพันธกรณีที่จะดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนี้ตาม Article 10 bis และรวมถึงประเทศภาคีขององค์การการค้าโลกหรือ WTO ซึ่งพันธกรณีตาม Article 2 ของข้อตกลง TRIPs ที่จะต้องนำเอา Article 10 bis ของอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้

ในบทบัญญัติต้นแบบได้ให้แนวทางกำหนดลักษณะการกระทำซึ่งควรจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้ในมาตรา 1 - มาตรา 6 ซึ่งผู้วิจัยจะศึกษาโดยอาศัยเอกสาร Articles and Notes ของ Model Provisions เป็นพื้นฐานและศึกษาเรียงลำดับมาตราดังต่อไปนี้

1) มาตรา 1 บทบัญญัติทั่วไป

บทบัญญัติต้นแบบได้กำหนดให้การกระทำ 5 อย่างในทางการค้าหรืออุตสาหกรรม เป็นการกระทำที่ตรงข้ามการกระทำที่ซื่อสัตย์สุจริตและจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า การกระทำเหล่านั้นประกอบด้วย (1) การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในกิจกรรมขององค์กรของบุคคลอื่น (2) การทำความเสียหายแก่ชื่อเสียงของบุคคลอื่น (3) การทำให้เกิดความเข้าใจผิดแก่สาธารณชน (4) การทำลายความน่าเชื่อถือขององค์กรหรือกิจกรรมของผู้อื่น (5) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นความลับ⁶⁸

include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offense.”

⁶⁸ Article 1 “(1) [General Provision] (a) In addition to the acts and practices referred to in Article 2 to 6, any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that is contrary to honest practices shall constitute an act of unfair competition.

ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าไม่ได้กำหนดเป็นคำนิยามว่าการกระทำทั้ง 5 ประเภทนี้เท่านั้นที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าการกระทำใด ๆ ก็ตามซึ่งตรงข้ามกับการกระทำที่ซื่อสัตย์สุจริตล้วนแต่สามารถจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของกระบวนการยุติธรรมในแต่ละประเทศ แต่ยกเว้นในกรณีของการค้าระหว่างประเทศซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริตหรือไม่นั้นไม่ควรจำกัดขอบเขตของการพิจารณาเฉพาะแนวทางปฏิบัติภายในประเทศที่การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นเท่านั้น แต่ควรคำนึงถึงแนวทางของการค้าระหว่างประเทศด้วย

คำว่า “การกระทำ” ที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะความหมายตามตัวอักษรเท่านั้นแต่รวมถึง “การละเว้นกระทำ” ด้วย ตัวอย่างเช่น การไม่ทำข้อมูลให้ถูกต้องหรือให้เอกสารประกอบซึ่งแสดงผลการทดสอบสินค้าในการตีพิมพ์เรื่องในวารสารผู้บริโภคทำให้เกิดการเข้าใจผิดในคุณภาพของสินค้าในตลาดแก่สาธารณชน หรือกรณีของการไม่ให้ข้อมูลที่พอเพียงเกี่ยวกับการผลข้างเคียงของสินค้า เป็นต้น

สำหรับคำว่า “กิจกรรมในทางการค้าหรืออุตสาหกรรม” ควรพิจารณาในความหมายอย่างกว้างซึ่งนอกจากจะหมายถึงกิจกรรมขององค์กรในการผลิตสินค้าหรือบริการแล้วยังรวมถึงกิจกรรมในเชิงวิชาชีพต่าง ๆ ดังเช่น ทนายความ, เกษัชกร ด้วย

ตามอนุสัญญากรุงปารีส มาตรา 10 ทวิ(2) ได้กล่าวว่าการกระทำในการแข่งขันซึ่งตรงข้ามกับการกระทำที่ซื่อสัตย์สุจริตในทางการค้าหรืออุตสาหกรรมจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า ในขณะที่ มาตรา 1 ไม่ได้กล่าวถึงการแข่งขันไว้เลย จึงหมายความว่า บทบัญญัติต้นแบบได้รวมถึงสถานการณ์ซึ่งอาจไม่มีการแข่งขันโดยตรงระหว่างผู้กระทำการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำนั้นไว้ด้วยซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้จะมีผลต่อการแข่งขันในตลาดโดยเป็นการเพิ่มความสัมพันธ์ในลักษณะของการแข่งขันออกไปยัง

(b) Any natural person or legal entity damaged or likely to be damaged by an act of unfair competition shall be entitled to the remedies referred to in ...,

(2) [Relationship Between Article 1 to 6 and Provisions Protecting Inventions, Industrial Designs, Trademarks, Literary and Artistic Works and Other Intellectual Property Subject Matter] Article 1 to 6 shall apply independently of, and in addition to, any legislative provisions protecting inventions, industrial designs, trademarks, literary and artistic works and other intellectual property subject matter.”

บุคคลอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขัน โดยตรงกับคู่แข่งที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริต ดังเช่น ผู้บริโภค จากมาตรานี้จะแสดงไว้ชัดเจนว่าได้รับการคุ้มครองด้วย

แต่เดิมนั้นจะไม่ปรากฏชัดเจนว่าการคุ้มครองบางเรื่องนั้นผู้บริโภคถือเป็นบุคคลผู้เสียหายที่ต้องได้รับการเยียวยาหรือไม่และแต่ละประเทศก็กำหนดแนวทางของตนเองดังเช่นตามกฎหมายของประเทศกรีกกำหนดไว้ชัดเจนว่าไม่ต้องการความสัมพันธ์ในการแข่งขันในการพิจารณาว่ากระทำใดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในทางโฆษณาซึ่งมีผลต่อผู้บริโภค⁶⁹ ในขณะที่หลักคอมมอนลอว์ของสหรัฐอเมริกาแทบจะไม่ให้การคุ้มครองประชาชนจากการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเลย⁷⁰ เนื่องจากประชาชนไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการแข่งขันกับผู้ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดและคู่แข่งที่สุจริตก็ไม่อาจฟ้องร้องได้เนื่องจากไม่มีการกล่าวพาดพิงถึงตนเอง⁷¹

การกำหนดว่าการกระทำในมาตรา 2 - 6 ตามบทบัญญัติต้นแบบเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าตามมาตรา 1 นี้ การกระทำทั้ง 5 ประการดังกล่าวเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยตัวเองซึ่งไม่จำเป็นต้องอาศัยการพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวตรงกันข้ามกับการกระทำที่ซื่อสัตย์สุจริตอีก กล่าวคือ หากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำทั้ง 5 ประการดังกล่าวก็จัดว่าการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นแล้ว

สำหรับมาตรา 1(1) b นี้เป็นการกำหนดให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายหรือน่าจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอันไม่เป็นธรรม การกระทำอันไม่เป็นธรรมได้รับการชดเชยความเสียหาย ซึ่งบทบัญญัติในข้อนี้เป็นการกำหนดให้มีการบังคับใช้กฎหมายมิได้เป็นเพียงทฤษฎี

คำว่า “ความเสียหาย” (damage) ตามมาตรา 1(1) b นี้เป็นความหมายอย่างกว้างซึ่งรวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ความน่าจะเป็นที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ซึ่งบุคคลที่จะได้รับการชดเชยควรจะรวมถึงผู้บริโภคและสมาคมผู้บริโภคด้วย

⁶⁹ Aristeia Sinanioti “ Advertising and Consumer Protection in Greece,” International Review of Industrial Property and Copyright Law. Vol. 25, 1994, pp. 195-204.

⁷⁰ Margreth Barrett , Intellectual Property, (NewYork : 1991), pp. 118.

⁷¹ American Washboard Co. v. Saginaw Manufacturing Co., 103 F. 281 (6th. Cir. 1900).cited by Margreth Barrett , Intellectual Property, pp. 120

กระบวนการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอาจเป็นกระบวนการทางแพ่ง กระบวนการบริหาร ตลอดจนการชดใช้ความเสียหายให้แก่บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า นอกจากนี้ยังอาจรวมถึงการกำหนดให้มีคำสั่งบังคับของศาล(injunction ordering) ให้บุคคลหรือนิติบุคคลหยุดการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหาย เป็นต้น

มาตรา 1(2) เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ของบทบัญญัติในมาตรา 1 - 6 ของ บทบัญญัติต้นแบบกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆว่าสามารถแยกใช้หรือใช้ร่วมกับบทบัญญัติที่คุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ ผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ศิลปกรรมและวรรณกรรม ตลอดจนทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ

บทบัญญัติข้อนี้เป็นการแสดงอย่างชัดแจ้งถึงบทบาทของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในการเสริมการคุ้มครองให้แก่ทรัพย์สินทางปัญญานอกจากการคุ้มครองโดยบทบัญญัติเฉพาะเรื่อง

2) มาตรา 2⁷⁴การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับองค์กรหรือกิจกรรมขององค์กรผู้อื่น

มาตรา 2 (1) กำหนดให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมและการค้าซึ่งเป็นเหตุให้หรือน่าจะเป็นเหตุให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับองค์กรของบุคคลอื่นหรือกิจกรรมของบุคคลอื่นเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ทั้งนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้สับสนหลงผิดในตัวสินค้าหรือบริการขององค์กรของผู้อื่น

⁷⁴ Article 2 Causing Confusion with respect to Another's or Its Activities

(1) [General Principle] Any act or practice, in the cause of industrial or commercial activities, that causes, or is likely to cause, confusion with respect to another's enterprise or its activities, in particular, the products or services offered by such enterprise, shall constitute an act of unfair competition.

(2) [Examples of Confusion] Confusion may, in particular, be caused with respect to

- (i) a trademark, whether registered or not;
- (ii) a trade name;
- (iii) a business identifier other than a trademark or trade name;
- (iv) the appearance of a product;
- (v) the repression of product or services;
- (vi) a celebrity or a well-known fictional character.

บทบัญญัติในบทบัญญัติต้นแบบนี้แตกต่างกับอนุสัญญากรุงปารีสมาตรา 10 ทวิ(3)1 ตรงที่ในบทบัญญัติของบทบัญญัติต้นแบบใช้คำว่า "เหตุให้" (cause) ขณะที่อนุสัญญากรุงปารีสใช้คำว่า "ก่อให้เกิด"(create) ซึ่งเป็นเพียงความแตกต่างทางด้านตัวอักษรเท่านั้นแต่ความหมายเหมือนกันทุกประการ⁷⁵ และคำว่า "องค์กร"(enterprise) รวมถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

ในการพิจารณาว่ากระทำใดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ทวิ(3) ไม่พิจารณาถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความสับสน ทั้งยังไม่จำเป็นต้องมีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นแล้วจริง ๆ หากการกระทำนั้นน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดก็เพียงพอแล้ว

สำหรับมาตรา 2 (2) เป็นการยกตัวอย่างว่าการก่อให้เกิดความสับสนอาจเกิดขึ้นกับเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม, ชื่อทางการค้า, หรือสิ่งชี้เฉพาะอื่น ๆ สิ่งปรากฏออกมาของสินค้า (appearance of a product) ลักษณะการนำเสนอสินค้าหรือบริการ (Presentation) และลักษณะเฉพาะที่มีชื่อเสียง (celebrity or well-known fictional character) ซึ่งในส่วนของเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้าและสิ่งชี้เฉพาะ อื่น ๆ นั้นเป็นสื่อที่ทำให้ผู้บริโภครู้จักตัวสินค้า ดังนั้นการก่อให้เกิดความสับสนในสิ่งเหล่านี้จึงเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเสมอ แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดเกี่ยวกับการป้องกันการก่อให้เกิดความสับสนไม่ได้จำกัดอยู่กับสิ่งชี้เฉพาะเท่านั้น แต่รวมถึงสิ่งใด ๆ ก็ตามที่สามารถชี้ถึงความสัมพันธ์ในทางธุรกิจได้ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจ 2 ราย ซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันซึ่งกรณีนี้เป็นกรณีการก่อให้เกิดความสับสนประเภท Confiliation หรือ การใช้เครื่องหมายที่คล้ายคลึงกันและผู้บริโภคไม่ได้สันนิษฐานว่าสินค้า 2 ตัวนั้นออกมาจากแหล่งเดียวกัน แต่ก็สันนิษฐานจากความคล้ายของเครื่องหมายการค้าทั้ง 2 ว่า ผู้ผลิตสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าที่น่าสงสัยนั้นได้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยความเห็นชอบของผู้ผลิตสินค้าที่มีชื่อเสียงมากกว่า กรณีนี้เป็นกรณีก่อให้เกิดความสับสนแบบ sponsorship

- การก่อให้เกิดความสับสนในเครื่องหมายการค้า การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในกรณีนี้มักเกี่ยวข้องกับการที่สินค้าหรือบริการต่างประเภทกันและใช้เครื่องหมายเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันซึ่งโดยมากจะเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง (well-known trademark) ซึ่งกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองเครื่องหมายการค้าส่วนมากมักไม่ได้ให้การคุ้มครองในสินค้าหรือบริการต่างประเภทกัน

⁷⁵ International Bureau of WIPO, Model Provisions on Protection Against Unfair Competition : Articles and Notes, pp. 16.

- ชื่อทางการค้า หมายถึง ชื่อที่ใช้แบ่งแยกองค์กรและกิจกรรมขององค์กรจากองค์กรอื่น
- สิ่งชี้เฉพาะอื่น ๆ นอกจากเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า ได้แก่ สัญลักษณ์ของธุรกิจนั้น ๆ (business symbols), โลโก้ (logos) และสโลแกน (slogans)
- ลักษณะที่ปรากฏออกมาของสินค้า (appearance of a products) หมายถึง หีบห่อรูปทรง สี ของสินค้า ซึ่งการคุ้มครองตามมาตรานี้เป็นผลให้การก่อให้เกิดความสับสนในการออกแบบผลิตภัณฑ์เป็นการกระทำตามมาตราแม้ว่าการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นจะได้จดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม
- ลักษณะการเสนอสินค้าหรือบริการ (presentation of product or services) การก่อให้เกิดความสับสนในกรณีนี้มักเกี่ยวข้องกับการโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยที่ความสับสนหลงผิดอาจเกิดขึ้นจากการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการในโฆษณาหรืออาจเกิดจากลักษณะการตกแต่งร้านค้า
- บุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือลักษณะเฉพาะที่มีชื่อเสียง (celebrity or a well-known fictional character) เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “publicity right” ซึ่งเกี่ยวข้องกับนักแสดง นักกีฬาที่มีชื่อเสียงตลอดจนบุคคลผู้มีชื่อเสียงอื่น ๆ และ “merchandising rights” ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับลักษณะเฉพาะในงานศิลปกรรมและวรรณกรรม

การทำให้สับสนหลงผิดในสิทธิทั้ง 2 ประการนี้ กระทำโดยผู้ผลิตสินค้าหรือบริการหวังให้ผู้บริโภคต้องการสินค้าหรือบริการของตนโดยใช้ชื่อของบุคคลผู้มีชื่อเสียง หรือชื่อที่คล้ายคลึงกับบุคคลผู้มีชื่อเสียง ตลอดจนเสียงหรือลักษณะเด่นของผู้มีชื่อเสียงมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต

3) การทำความเสียหายแก่ค่านิยมหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (Damaging Another's Goodwill or Reputation)⁷⁶

⁷⁶ Article 3 Damaging Another's Goodwill or reputation (1) “[General Principle] Any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that damages, or is likely to damage, the goodwill or reputation of another's enterprise shall constitute an act of unfair competition, regardless of whether such act or practice causes confusion.”

การทำให้ลดทอนคุณค่า (dilution) ⁷⁷ หมายถึง การทำให้คุณค่าในการโฆษณาหรือลักษณะแตกต่างของสินค้าหรือบริการลดน้อยลง ซึ่งคุณค่าในการโฆษณา (advertising value) และลักษณะที่แตกต่างของสินค้านี้อาจเป็นอะไรก็ได้ที่ทำให้ผู้ซื้อเห็นความแตกต่างกับสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ⁷⁸ ซึ่งตัวอย่างของสิ่งเหล่านี้ ได้แก่ เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือสิ่งชี้เฉพาะอื่นๆ ตลอดจนคุณลักษณะที่ปรากฏออกมาของสินค้าลักษณะการเสนอสินค้าหรือบริการและการนำลักษณะเด่นที่มีชื่อเสียงมาใช้ในการโฆษณา เป็นต้น เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของการคุ้มครองจากการทำให้เสื่อมทอนนี้ก็คือเพื่อคุ้มครองมิให้คู่แข่งในทางธุรกิจแสวงหาประโยชน์โดยการลดทอนหรือทำลายความแตกต่างของลักษณะที่แตกต่างของสินค้าหรือคุณค่าในการโฆษณาของสินค้าหรือบริการ ซึ่งจะก่อความเสียหายแก่คู่แข่งผู้เป็นเจ้าของ

การลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือ สิ่งชี้เฉพาะอื่น ๆ เกิดขึ้นได้แม้ว่าจะไม่มีการแข่งขันโดยตรงระหว่างเจ้าของธุรกิจที่ใช้สิ่งชี้เฉพาะนั้นๆ กับบุคคลที่ใช้สิ่งเฉพาะนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาตในสินค้าหรือบริการต่างประเภทกันและไม่จำเป็นต้องเกิดความสับสนหลงผิดแก่ผู้บริโภค เพราะหากเกิดความสับสนหลงผิดขึ้นก็จะเป็นกรณีของการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับองค์กรหรือกิจกรรมขององค์กรของผู้อื่น ตามมาตรา 2

⁷⁷ Article 3 Damaging Another's Goodwill or reputation (1)(b) [Definition of "Dilution"] For the purpose of these Model Provisions, "dilution of goodwill or reputation" means the lessening of the distinctive character or advertising value of a trademark, trade name or other business identifier, the appearance of a product or the presentation of products or services or of a celebrity or well-known fictional character."

⁷⁸ Article 3 Damaging Another's Goodwill or reputation (1)(2) [Examples of Damaging Goodwill or Reputation] (a) Damaging another's goodwill or reputation may, in particular, result from the dilution of the goodwill or reputation attached to

- (i) a trademark, whether registered or not;
- (ii) a trade name
- (iii) a business identifier other than a trademark or a trade name;
- (iv) the appearance of a product;
- (v) the presentation of products or services;
- (vi) a celebrity or a well-known fictional character.

ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการทำให้เกิดการลดทอนคุณค่าในสิ่งชี้เฉพาะของบุคคลอื่นหรือไม่นั้น จะพิจารณาจากความคล้ายของสัญลักษณ์(sign)ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมในการใช้สิ่งชี้เฉพาะนั้นของผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตตลอดจนขอบเขตการใช้สิ่งชี้เฉพาะนั้น ประเภทของการทำลายชื่อเสียงหรือค่านิยมของบุคคลอื่น โดยการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายนี้อาจเกิดขึ้นดังนี้

- เครื่องหมายการค้า (อาจจดทะเบียนหรือไม่ก็ได้) ชื่อทางการค้า หรือสิ่งชี้เฉพาะอื่น ๆ

การทำให้ลดทอนคุณค่าในการโฆษณา หรือลักษณะแตกต่างนี้มักเกิดขึ้นกับสินค้าหรือบริการที่มีชื่อเสียงหรือเป็นที่รู้จักสิ่งหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการทำให้สิ่งชี้เฉพาะเหล่านี้ลดทอนลงก็คือ การโฆษณาเปรียบเทียบ ดังนั้นจึงควรกำหนดขอบเขตของการเปรียบเทียบเพียงเท่าที่ไม่เกิดความเสียหายต่อค่านิยมหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

- ลักษณะที่ปรากฏของสินค้า หรือลักษณะการเสนอสินค้าหรือบริการ

การทำให้ลดทอนลักษณะแตกต่างหรือคุณค่าในการโฆษณาในลักษณะที่ปรากฏของสินค้าหรือลักษณะการแสดงสินค้าหรือบริการมักเกิดขึ้นกับสินค้าหรือบริการที่มีชื่อเสียง

เนื่องจากความแตกต่างของสินค้าหรือบริการไม่เกิดจากสิ่งชี้เฉพาะทางเทคนิคเท่านั้น แต่รวมถึงการตกแต่งและความงดงามด้วย การลอกเลียนการตกแต่งหรือรูปแบบของสินค้าจึงเป็นการลดทอนลักษณะแตกต่างของสินค้า ตัวอย่างการทำให้ลดทอนประเภทนี้ เช่น การลอกเลียนกลวิธีในการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจให้บริการรายอื่นซึ่งเดิมสามารถสื่อกับผู้บริโภคได้เป็นอย่างดีว่าหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจให้บริการรายใด การลอกเลียนกลวิธีหรือกระบวนการในการเสนอโฆษณาย่อมเป็นการลดทอนความสามารถในการเชื่อมโยงความคิดหรือความเข้าใจของผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจโฆษณานั้นแม้ว่าผู้บริโภคไม่เกิดความสับสนหลงผิดก็ตาม

- ความมีชื่อเสียงและลักษณะเฉพาะที่มีชื่อเสียง

การอาศัยประโยชน์ในการโฆษณาหรือเสนอสินค้าบริการด้วยการนำเอาบุคลิกลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาใช้ นอกจากจะเป็นการทำลายค่านิยมหรือชื่อเสียงของบริษัทที่ได้รับอนุญาตหรือเป็นคู่สัญญากับบุคคลเหล่านั้นแล้วยังเป็นการทำลายค่านิยมหรือชื่อเสียงของเจ้าของบุคลิกลักษณะนั้น ๆ ด้วย

4) การทำให้เกิดความเข้าใจผิดแก่สาธารณชน⁷⁹

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือการค้าซึ่งก่อให้เกิดความเข้าใจผิดไปหรือน่าจะเกิดความเข้าใจผิดในสินค้า หรือบริการ หรือองค์กรของบุคคลอื่นเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน แต่เป็นกรณีของการทำลายความน่าเชื่อถือขององค์กรหรือกิจกรรมของบุคคลอื่น (Discrediting Another's Enterprise or Its Activities)

ลักษณะของการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดจะต้องเป็นการกล่าวหรือแสดงเกี่ยวกับสิ่งชี้เฉพาะ (indication) ขององค์กร สินค้า หรือบริการ ตลอดจนกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือการค้าใด ๆ ขององค์กร ซึ่งการแสดงหรือกล่าวนั้นไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการกล่าวเท็จโดยตรงเพียงแต่ผลโดยรวมแล้วก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคเท่านั้นก็เพียงพอแล้วเช่น หากการแสดงหรือคำกล่าวนั้นถูกต้องตามตัวอักษรแต่เมื่อผลรวมของการกล่าวนั้นทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดก็เป็นการทำให้เข้าใจผิดแก่สาธารณชน

สิ่งที่นำมากล่าวเกี่ยวกับสินค้า บริการ กิจกรรมขององค์กรนั้นอาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลที่ทำงานในองค์กร ทรัพย์สินขององค์กรระดับความน่าเชื่อถือความสัมพันธ์ในทางธุรกิจตลอดจนการกล่าวถึงสิ่งชี้เฉพาะต่างๆซึ่งผู้ที่กล่าวอาจเป็นคู่แข่งทางธุรกิจหรือบุคคลอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันเลยก็ได้ ดังเช่น วารสาร นิตยสารต่าง ๆ

⁷⁹ Article 4 Misleading the Public

“(1) [General Principle] Any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that misleads, or is likely to mislead, the public with respect to an enterprise or its activities, in particular, the products or services offered by such enterprise, shall constitute an act of unfair competition.

(2) [Examples of Misleading] Misleading may arise out of advertising or promotion and may, in particular, occur with respect to

- (i) the manufacturing process of a product;
- (ii) the suitability of a product or service for a particular purpose;
- (iii) the quality or quantity or other characteristics of products or service;
- (iv) the geographical origin of product or services;
- (v) the conditions on which products or services are offered or provided;
- (vi) the price of products or services or the manner in which it is calculated.”

วิธีการทำให้เข้าใจผิดสามารถทำได้ทุกวิธีการสื่อสาร เช่น การเขียน การพูด การใช้สัญลักษณ์โดยอาจผ่านทางโทรทัศน์, วิทยุ, โปสเตอร์ เป็นต้น ซึ่งการทำให้เกิดความเข้าใจผิดมักกระทำในการโฆษณา หรือส่งเสริมการขายเป็นส่วนใหญ่ เมื่อการกระทำนั้น ๆ ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่สาธารณชนแล้วก็ถือเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามบทบัญญัติต้นแบบแล้วโดยไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำ

ตัวอย่างของการทำให้เข้าใจผิดตาม มาตรา 4(2)

- กระบวนการผลิต เช่น กล่าวให้เข้าใจผิดในกระบวนการผลิตอาจเป็นเรื่องของความปลอดภัยของสินค้า หรือ รายละเอียดทางเทคนิคต่าง ๆ
- ลักษณะการใช้สินค้าหรือบริการ เป็นกรณีของการละเว้นการให้ข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่ถูกต้องหรือให้ข้อมูลไม่เพียงพอทำให้ผู้บริโภคอาจไม่ได้รับสินค้าหรือบริการที่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์
- คุณภาพ หรือปริมาณ หรือลักษณะอื่น ๆ ของสินค้าหรือบริการ เช่น การโฆษณาซึ่งทำให้เข้าใจผิดในคุณภาพของสินค้าอาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับความทนทานของผลิตภัณฑ์ หรือคุณภาพของกระบวนการผลิต ตลอดจนคุณภาพของส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ ดังเช่น การกล่าวให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับส่วนผสมของอาหาร วิธีการผลิตของอาหารโดยอาจจะเป็นการโฆษณาให้เข้าใจผิดว่าผลิตโดยกระบวนการที่ไม่ทำลายธรรมชาติหรือโฆษณาให้เข้าใจผิดว่าสามารถรักษาโรคใดโรคหนึ่งได้ เป็นต้น

ส่วนการทำให้เข้าใจผิดในปริมาณนั้นมักเป็นกรณีการเข้าใจผิดในปริมาณหรือน้ำหนักที่แท้จริงของผลิตภัณฑ์ตลอดจนปริมาณที่แท้จริงของส่วนผสมในผลิตภัณฑ์นั้น และหากเป็นเรื่องการบริการก็มักจะเป็นการทำให้เข้าใจผิดในทักษะ(skill)และความรู้ความสามารถ(know-how) ในการจัดหาบริการให้แก่ผู้บริโภค

สำหรับการทำให้เข้าใจผิดในลักษณะอื่น ๆ นอกจากคุณภาพหรือปริมาณ อาจเกิดขึ้นในลักษณะที่กล่าวว่าเป็นของแท้หรือใหม่ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเป็นของเก่าใช้แล้วหรืออาจจะเป็นเรื่องการให้ข้อมูลของสินค้าหรือบริการ เช่นว่า วันที่ผลิต หรือ ผลของการทดสอบสินค้าหรือบริการ เป็นต้น

- แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการ

แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการจะเกี่ยวข้องกับการใช้ชื่อสัญลักษณ์และสิ่งเฉพาะต่าง ๆ ที่อ้างอิงถึงสถานที่หรือประเทศ และชวนให้เข้าใจว่าสินค้าหรือบริการนั้นมาจากสถานที่หรือประเทศดังกล่าว สิ่งบ่งเฉพาะทางภูมิศาสตร์ (geographical

indication) และเครื่องหมายแหล่งกำเนิด (appellations of origin) เป็นสิ่งบ่งเฉพาะในแหล่งที่มาของสินค้า (indication of source) ประเภทหนึ่ง

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตาม Article 2.1 ของข้อตกลง TRIPs หมายถึงสิ่งบ่งเฉพาะที่ชี้ว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดในอาณาเขตของประเทศภาคีขององค์การการค้าโลก (WTO) หรือภายในตำบลหรือแคว้นภายในอาณาเขตของรัฐภาคีซึ่งด้วยคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะอื่น ๆ นั้นชวนให้นึกถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์

เครื่องหมายแหล่งกำเนิด (appellation of origin) ตาม Article 2(1) ของอนุสัญญากรุงลิสบอน (1958) เพื่อการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิด (the Lisbon Agreement (1958) for the Protection of Appellations of Origin) หมายถึง ชื่อทางภูมิศาสตร์ของประเทศ แคว้น ตำบลหรือสถานที่ที่ก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ซึ่งคุณภาพหรือลักษณะที่เกี่ยวข้องนั้นมีลักษณะพิเศษกว่าของที่อื่น ๆ หรือคุณภาพหรือลักษณะที่เกี่ยวข้องนั้นมีผลโดยตรงจากสภาพแวดล้อมนั้น

การอ้างเท็จหรือการทำให้เข้าใจผิดในสิ่งบ่งเฉพาะ หรือลักษณะต่าง ๆ ที่ชวนให้เข้าใจผิดในแหล่งที่มาทางด้านภูมิศาสตร์ จะเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามข้อนี้

อย่างไรก็ตามการคุ้มครองของประเทศต่าง ๆ อาจเป็นการคุ้มครองภายใต้กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายพิเศษขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ

- เงื่อนไขในการขายสินค้าหรือบริการ

เป็นกรณีเกี่ยวกับเงื่อนไขในการขาย ตัวอย่างเช่น เงื่อนไขที่กำหนดว่าผู้บริโภคต้องหาลูกค้าใหม่ ๆ เข้าซื้อสินค้าหรือบริการ ซึ่งเรียกว่า “pyramid” หรือ “snowball” ซึ่งจะมีผลเป็นการทำให้เข้าใจผิดในกรณีที่ไม่แสดงข้อเท็จจริงในการขายนี้โดยตรงไปตรงมา หรือในกรณีของการขายโดยจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการต่อหนึ่งคน หากในการโฆษณา นั้นไม่ได้แสดงไว้ชัดแจ้งก็จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้การทำให้เข้าใจผิดในเงื่อนไขของการขายสินค้าหรือบริการยังนำมาใช้ในกรณีของการทำสัญญาซื้อขายซึ่งข้อความไม่สมบูรณ์หรือไม่ถูกต้องด้วย โดยอาจจะเป็นในเรื่องเกี่ยวกับการจ่ายเงิน สิทธิของลูกค้าในการยกเลิกสัญญา เป็นต้น

- ราคาของสินค้าหรือบริการ

เนื่องจากราคาของสินค้าหรือบริการเป็นปัจจัยที่สำคัญในการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคดังนั้นการทำให้เข้าใจผิดในข้อมูลเกี่ยวกับราคาของสินค้าหรือบริการจึงเกิดขึ้นเสมอ ตัวอย่างเช่น การโฆษณาว่าเสนอสินค้าราคาลดพิเศษ แต่อันที่จริงแล้วเป็นราคาปกติ เป็นต้น

5) การทำลายความน่าเชื่อถือในองค์กรหรือกิจกรรมของผู้อื่น

บทบัญญัติต้นแบบในมาตรา 5(1)⁸⁰ กำหนดให้การกล่าวอ้างในเรื่องอุตสาหกรรมหรือการค้าที่เป็นเท็จเกี่ยวกับองค์กรหรือกิจกรรมของผู้อื่นโดยเฉพาะในด้านสินค้าหรือบริการเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทการทำลายความน่าเชื่อถือของบุคคลอื่นซึ่งอ้างอิงจากมาตรา 10 ทวิ (3) 2 แต่เพิ่มเติมในเรื่องการกล่าวอ้างที่ไม่สมควร (unjustifiable allegations) เข้ามาไว้ด้วย ซึ่งในเรื่องนี้จะไม่จำกัดว่าต้องเป็นการกล่าวเท็จจริง ๆ เท่านั้น แต่พิจารณาถึงสภาพการณ์แห่งกรณีประกอบด้วย เช่น การโฆษณาโดยใช้คำที่ทำให้เสื่อมเสีย เป็นต้น

การทำลายความน่าเชื่อถือขององค์กรหรือกิจกรรมของบุคคลอื่นมีวัตถุประสงค์ในการชักจูงการตัดสินใจของผู้บริโภคเช่นเดียวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแต่ต่างกันตรงที่การกล่าวอ้างเท็จนั้นเป็นเรื่องของบุคคลอื่นทั้งในเรื่ององค์กรสินค้า บริการ หรือกิจกรรมทางอุตสาหกรรม หรือการเงินต่าง ๆ

การกล่าวเท็จเกี่ยวกับกิจกรรมของกลุ่มแข่งขัน⁸¹ ตลอดจนสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันมักจะเป็นกรณีของการกล่าวเท็จในโฆษณาเปรียบเทียบ โดยอาจกล่าวถึงสินค้าของกลุ่มแข่งขันไม่ปลอดภัยเนื่องจากไม่มีส่วนประกอบที่จำเป็นสำหรับสินค้านั้นหรืออาจกล่าวถึงสินค้าของกลุ่มแข่งขันมีราคาสูงกว่าความเป็นจริง หากเป็นกรณีขององค์กรอาจเป็นการกล่าวถึงทรัพย์สินหรือระดับความน่าเชื่อถือ เป็นต้น

โดยปกติการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทการทำลายความน่าเชื่อถือของกลุ่มแข่งขันนี้มักจะกระทำโดยกลุ่มแข่งขัน หรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขันอยู่บ้างแต่อย่างไรก็ตามการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมลักษณะนี้อาจกระทำโดยสมาคมผู้บริโภค

⁸⁰ Article 5(1) Discrediting Another's Enterprise or Its Activities

"[General Principle] Any false or unjustifiable allegation, in the course of industrial or commercial activities, that discredits, or is likely to discredit, another's enterprise or its activities, in particular, the products or services offered by such enterprise, shall constitute an act of unfair competition."

⁸¹ Article 5(2) Discrediting Another's Enterprise or Its Activities "[Examples of Discrediting]

Discrediting may arise out of advertising or promotion and may, in particular, occur with respect to

- (i) the manufacturing process of a product;
- (ii) the suitability of a product or service for a particular purpose;
- (iii) the quality or quantity or other characteristics of products or services;
- (iv) the conditions on which products or services are offered or provided;
- (v) the price of products or services or the manner in which it is calculated"

(consumer association) หรือ สื่อต่าง ๆ ด้วยหาก ได้กล่าวอ้างข้อความเท็จ หรือข้อความอันไม่สมควรในทางอุตสาหกรรมหรือการค้าเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ หรือกิจกรรมทางธุรกิจของบุคคลอื่น

ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือขององค์กรหรือกิจกรรมของบุคคลอื่นหรือไม่ นั้นจะไม่คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการกระทำนั้น ตลอดจนเจตนาร้าย (bad faith) ของผู้กระทำด้วย และสำหรับวิธีการของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทนี้มักเกิดขึ้นในการโฆษณาหรือส่งเสริมการขายเช่นเดียวกับการทำให้เกิดความเข้าใจผิด ส่วนในวรรค 2 เป็นการกำหนดตัวอย่างของการทำลายความน่าเชื่อถือไว้ว่าจะเกิดจากอะไรบ้างซึ่งคล้ายคลึงกับการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดนั่นเอง เพียงแต่การกล่าวเท็จนั้นเป็นการกล่าวเท็จในเรื่องของบุคคลอื่นเท่านั้นเอง

6) การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อมูลอันเป็นความลับ

มาตรา 6 (1)⁸² กำหนดว่าการกระทำหรือการปฏิบัติในเชิงอุตสาหกรรมหรือการค้าใดๆ ซึ่งมีผลเป็นการเปิดเผย ได้มาหรือใช้ข้อมูลอันเป็นความลับโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่มีสิทธิในข้อมูลนั้นอย่างถูกต้อง (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ผู้มีสิทธิ) และกระทำในลักษณะที่ตรงกันข้ามกับแนวทางปฏิบัติที่ซื่อสัตย์ในทางการค้าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ผู้มีสิทธิในข้อมูลนั้นอย่างถูกต้องอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีสิทธิในข้อมูลนั้นอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

ตัวอย่างของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อมูลอันเป็นความลับมี 5 ประการอันได้แก่

(1) การจารกรรมทางด้านการค้าอุตสาหกรรม การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในลักษณะนี้นอกจากต้องซัดใช้ในกระบวนการทางแพ่งแล้วอาจจะต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วย

(2) การพิดสัญญา สัญญาเกี่ยวกับข้อมูลอันเป็นความลับอาจเกิดจากสัญญาลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจาก็ได้ ซึ่งในกรณีที่ไม่มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรจะอาศัยพิจารณา

⁸² Article 6 Unfair Competition in Respect to Secret Information

(1) [General Principle] Any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that results in the disclosure, acquisition or use by others of secret information without the consent of the person lawful in control of that information (hereinafter referred to as “the rightful holder”) and in a manner contrary to honest commercial practices shall constitute an act of unfair competition.

จากความสัมพันธ์ ดังเช่น การอ้างอิงจากการจ้างงาน การเป็นหุ้นส่วน หรือ การเป็นคู่สัญญา เป็นต้น

(3) การทำลายความไว้วางใจ เป็นกรณีที่ไม่มีการทำสัญญาเพื่อป้องกันข้อมูลอันเป็นความลับ ความลับของข้อมูลจึงขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ในเชิงรักษาความลับต่อกัน ดังเช่น การมีลูกจ้างในบริษัทได้ออกมาตั้งบริษัทของตนเองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการค้าหรืออุตสาหกรรม สาขาเดียวกับนายจ้าง

“การเปิดเผย” (disclosed) ลักษณะการเปิดเผยข้อมูลแก่สาธารณชนจะเป็นลักษณะการเผยแพร่ผ่านกระบวนการสื่อสารต่างๆ เช่นการสื่อสารผ่านสื่อต่าง ๆ หรือ นิทรรศการ เป็นต้น ซึ่งลักษณะการเผยแพร่ไม่สำคัญว่าการสื่อสารเหล่านี้กระทำโดยมีผลตอบแทนหรือไม่ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลไม่ว่าลักษณะใดๆ ก็ตามย่อมก่อให้เกิดการสูญเสียคุณค่าทางเศรษฐกิจตลอดจนคุณค่าของความได้เปรียบในเชิงแข่งขันไป

“การได้มา” (acquisition) การได้มาซึ่งข้อมูลที่มีสิทธิได้มีมาตรการป้องกันการรั่วไหลของข้อมูลอย่างเพียงพอนั้นเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นกรณีที่ลูกจ้างได้รับข้อมูลลับเกี่ยวกับกิจกรรมด้านเศรษฐกิจหรือการค้าของนายจ้างอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้าง และได้รับอนุญาตจากนายจ้าง กรณีเช่นนี้ย่อมไม่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

“การใช้” (use) ในที่นี้หมายถึง การใช้ข้อมูลลับนั้นเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ดังเช่นนำมาใช้ในการผลิตสินค้าของตน หรือนำมาใช้ในกิจกรรมทางการค้าของตน เป็นต้น

บุคคลที่จะเป็นผู้เปิดเผยใช้หรือได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับตามมาตรา 6(1) นี้เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้มีสิทธิ ดังเช่น ลูกจ้างในอดีต ลูกจ้างในปัจจุบัน ผู้ขายสินค้าหรือบริการให้องค์กร เป็นต้น ซึ่งในกรณีของลูกจ้างในอดีตนั้นเขามีสิทธิในข้อมูลที่เป็นความลับนั้นสำหรับการใช้แสวงหาประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำรงชีพ หรือเพราะเป็นทักษะหรือประสบการณ์ ความรู้ที่ได้รับจากการทำงานที่เดิม แต่อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกว่าเป็นทักษะความรู้ที่ได้รับมาจากที่ทำงานเดิมหรือเป็นการเปิดเผยข้อมูลโดยไม่เป็นธรรมนั้นเป็นเรื่องยากมาก เว้นแต่ในกรณีที่มีการทำสัญญาความไว้วางใจ สัญญาเกี่ยวกับการซื้อขายข้อมูลอันเป็นความลับไว้ดังนี้ย่อมชัดเจนว่าผิดสัญญา

ในกรณีที่บุคคลที่ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลนั้นได้รับข้อมูลจากการดำเนินกระบวนการทางธุรกิจอย่างถูกต้องกับผู้มีสิทธิ การเปิดเผยข้อมูลหรือใช้ข้อมูลนั้นโดยไม่ผิดสัญญาที่ทำไว้กับผู้มีสิทธิย่อมไม่ถือเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

(4) ทำให้เกิดการกระทำทั้ง 3 ประการข้างต้น ในบางกรณีผู้ได้มาใช้หรือเปิดเผยซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับอาจทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ดังเช่น คู่แข่งขันอาจชักนำให้ถูกจ้างของผู้มีสิทธิในข้อมูลนั้น เปิดเผยข้อมูลนั้น

(5) การได้ข้อมูลที่เป็นความลับจากบุคคลภายนอก เป็นกรณีการได้ข้อมูลอันเป็นความลับมาจากบุคคลภายนอกผู้ที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำผิดทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น ดังเช่น กรณีที่คู่แข่งขันได้ข้อมูลอันเป็นความลับมาโดยไม่ทราบว่าเป็นการกระทำผิดตาม 4 ประการข้างต้นนั้น เป็นต้น ดังนั้นไม่จัดว่าคู่แข่งขันนั้นได้กระทำการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

เงื่อนไขของการเป็นข้อมูลอันเป็นความลับนั้นประกอบด้วย⁸³

(1) การเป็นความลับ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นความลับโดยสมบูรณ์ ข้อมูลนั้นถือว่าเป็นเสมอตราบเท่าที่ยังไม่เป็นข้อมูลที่รู้กันทั่วไปหรือบุคคลที่อยู่ในวงการณ์นั้น

(2) ข้อมูลนั้นมีคุณค่าทางเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากการเป็นความลับของข้อมูล

(3) ผู้มีสิทธิในข้อมูลนั้นได้เก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้ให้เป็นความลับโดยสมเหตุผลในการพิจารณาว่าผู้มีสิทธิโดยถูกต้องในข้อมูลได้มีมาตรการเก็บรักษาโดยสมเหตุผลหรือไม่นั้น จะพิจารณาถึงความพยายามในการหาข้อมูลนั้นและเงินที่ใช้จ่ายเพื่อให้ได้มาหรือพัฒนาให้ได้ ข้อมูลอันเป็นความลับด้วยและรวมไปถึงสัญญาในเรื่องการเก็บข้อมูลไว้เป็นความลับนั้นก็ช่วยในการพิจารณาถึงเจตนาของผู้มีสิทธิว่าต้องการเก็บข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ลักษณะการกระทำแบบหนึ่งซึ่งจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม⁸⁴

⁸³ Article 6(3) [Definition of Secret Information] For the purposes of this Article, information shall be considered “secret information” if

(i) it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;

(ii) it has commercial value because it is secret; and

(iii) it has been subject to reasonable steps under the circumstances by the rightful holder to keep it secret.

- การใช้ข้อมูลในทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อมูลอันเป็นความลับเกี่ยวกับยาหรือสารเคมีทางการเกษตรซึ่งอยู่ในระหว่างการส่งข้อมูลนั้นเพื่อขออนุญาตจำหน่ายจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

- การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับยาหรือสารเคมีทางการเกษตรซึ่งอยู่ระหว่างการส่งข้อมูลนั้นเพื่อขออนุญาตจำหน่ายจากเจ้าหน้าที่

จากการศึกษาถึงความเป็นมาของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมพบว่ามาตรการในเรื่องนี้ปรากฏตั้งแต่สมัยโรมันโบราณ โดยเป็นมาตรการที่ใช้ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายและลดความสำคัญลงในสมัยที่แนวความคิดเสรีนิยมแพร่หลายแต่ประเทศต่างๆก็ได้กลับมาให้ความสำคัญอีกครั้งเมื่อตระหนักว่าในการแข่งขันเสรีนั้นต้องมีกฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมวิถีทางการแข่งขันให้เป็นไปอย่างเป็นธรรมแก่คู่แข่ง และกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเพิ่มความสำคัญมากเป็นลำดับจนถูกนำมาใช้เป็นมาตรการในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคและประโยชน์สาธารณะด้วย ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดพบว่าต่างเป็นกฎหมายที่มุ่งก่อให้เกิดการดำเนินกระบวนการทางเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพ แต่ในขณะที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดการแข่งขันเสรี กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจะเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดการแข่งขันที่ยุติธรรมปราศจากการเอารัดเอาเปรียบระหว่างคู่แข่งทางธุรกิจ และด้วยเหตุที่กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมีจุดมุ่งหมายดังกล่าวเป็นเหตุให้ขอบเขตของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมีขอบเขตกว้างมาก เนื่องจากต้องสนองต่อการดำเนินธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และหลากหลายรูปแบบ

⁸⁴ Article 6 (4) [Use or Disclosure of Secret Information Submitted for Procedure of Approval of Marketing] Any act or practice; in the course of industrial or commercial activities, shall be considered an act or unfair competition if it consists or results in

(i) an unfair commercial use of secret test or other data, the origination or which involves considerable effort and which have been submitted to a competent authority for the purposes of obtaining approval of the marketing of pharmaceutical or agricultural chemical products which utilize new chemical entities, or

(ii) the disclosure of such data, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.

ในส่วนของอนุสัญญากรุงปารีสซึ่งวางหลักเกณฑ์ในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้กำหนดกรอบในการป้องกันไว้อย่างกว้าง โดยการกำหนดคำนิยามของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมพร้อมทั้งตัวอย่างการกระทำที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไว้เป็นแนวทาง 3 ประการคือ การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด การทำให้เข้าใจผิด และการให้ร้ายคู่แข่ง ซึ่งจัดเป็นลักษณะอย่างน้อยที่สุดที่ประเทศภาคีจะต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันของตนเอง และสำหรับบทบัญญัติต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก(WIPO) นั้นได้บัญญัติลักษณะของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเป็นแนวทางให้แก่ประเทศต่างๆ โดยกำหนดลักษณะการแข่งขันประเภทอื่นเพิ่มเติมจากอนุสัญญากรุงปารีส แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นเพียงหลักเกณฑ์อย่างกว้างที่ให้ประเทศต่างๆ นำไปเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการของตนเองเช่นกัน



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย