

### บทที่ 3

#### การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าลักษณะของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ อันเนื่องมาจากลักษณะของรูปแบบการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในแต่ละสถานที่ ซึ่งแม้แต่อนุสัญญาระหว่างประเทศก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความของลักษณะการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่แน่ชัด เป็นเพียงการให้ความหมายอย่างกว้างและปล่อยให้เป็นที่ของประเทศต่าง ๆ ในอันที่จะกำหนดค่านิยมตลอดจนกระบวนการทางกฎหมายให้เข้ากันสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ

ในบทนี้ผู้วิจัยจะทำการวิจัยถึงลักษณะการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่ปรากฏและเป็นที่ยอมรับทั่วไปในต่างประเทศ โดยผู้วิจัยจะศึกษาลักษณะการกระทำที่องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาของโลก (World Intellectual Property Organization) ได้วิเคราะห์สถานการณ์ของโลกปัจจุบันเอาไว้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม พร้อมทั้งศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่นำมาบังคับใช้กับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเหล่านั้น โดยพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่มีความโดดเด่นในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในแต่ละประเทศ

#### 1. ประเภทของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

##### 1.1 ประเภทของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมแบ่งตามลักษณะของมาตรการทางกฎหมาย

การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้านั้นแต่ละประเทศมีหนทางที่แตกต่างกันไปซึ่งหากแยกออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ จะแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

##### 1) การคุ้มครองโดยอาศัยกฎหมายพิเศษเป็นหลัก

บางประเทศได้ออกกฎหมายพิเศษ (special statutes) ตัวอย่างประเทศเหล่านี้ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น เกาหลี เดนมาร์ก บัลแกเรีย แคนาดา อังการี สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์

ในบางครั้งกฎหมายพิเศษหรือบทบัญญัติพิเศษนี้จะใช้ร่วมกับกฎหมายทั่วไป ดังเช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งกฎหมายทั่วไปนี้มีบทบัญญัติทั่วไปที่เกี่ยวกับการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและสภาพบังคับทางกฎหมายซึ่งโดยมากจะเป็นกระบวนการวิธีทางแพ่ง

มากกว่ากระบวนการวิธีทางอาญา ในขณะที่กฎหมายเฉพาะหรือบทบัญญัติเฉพาะจะกำหนดรายละเอียดรองรับกฎหมายทั่วไปอีกชั้นหนึ่ง

2) การคุ้มครองโดยอาศัยหลักกฎหมายละเมิดและ/หรือหลักกฎหมายเรื่องการลวงขาย และความลับทางการค้า

กลุ่มประเทศที่มีจารีตประเพณีกฎหมายแบบชีวิตล่อว้จะคุ้มครองคู่แข่งชั้นในทางการค้าโดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องละเมิด ในขณะที่ประเทศที่ใช้จารีตประเพณีกฎหมายแบบคอมมอนล่อว้จะใช้หลักการเรื่องการลวงขาย (passing-off) และการลวงละเมิดในเรื่องความลับทางการค้าซึ่งพัฒนาโดยศาลเป็นหลัก ตัวอย่างประเทศที่ใช้หลักกฎหมายละเมิดก็ดังเช่นประเทศฝรั่งเศส อิตาลี และเนเธอร์แลนด์ และประเทศที่ใช้หลักการเรื่องการลวงขายและความลับทางการค้า ยกตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ

3) การคุ้มครองโดยรวม 2 แนวทางข้างต้นเข้าด้วยกัน

หลาย ๆ ประเทศได้ใช้วิธีการคุ้มครองรวมกันระหว่างการใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง, คำพิพากษาของศาล และกฎหมายพิเศษ นอกจากนี้ในประเทศที่มีการปกครองแบบสหพันธรัฐการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายของสหพันธรัฐและกฎหมายของมลรัฐ ต่าง ๆ ก็จะทำให้มีความหลายหลายในเรื่องรูปแบบการคุ้มครองตลอดจนความซับซ้อนในการคุ้มครองมากยิ่งขึ้นไปด้วยในบางประเทศที่มีการปกครองแบบนี้การคุ้มครองตลอดจนความซับซ้อนในการคุ้มครองมากยิ่งขึ้นไปด้วยในบางประเทศที่มีการปกครองแบบนี้ กฎหมายของสหพันธรัฐจะไม่มีเขตอำนาจในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหากเรื่องนั้น ๆ ได้รับการพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลคอมมอนล่อว้ของรัฐ ซึ่งกรณีที่มีการคุ้มครองกระทำโดยรัฐต่าง ๆ จะมีการพัฒนาไปมากกว่าการคุ้มครองโดยสหพันธรัฐทั้งยังมีความซับซ้อนและหลายหลายมากกว่าด้วย ตัวอย่างประเทศที่ใช้แบบนี้ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา

## 1.2 ประเภทของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของผลประโยชน์

การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในระบบกฎหมายต่าง ๆ นั้นค่อนข้างมีความหลากหลาย นอกจากนี้ยังสัมพันธ์กับกฎหมายอื่นซึ่งจะสัมพันธ์กับกฎหมายใดบ้างนั้น ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองของแต่ละประเทศ ซึ่งจากการวิจัยแยกออกได้ดังนี้<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Genhard Schricker, "Twenty Five Years of Protection Against Unfair Competition," *The International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)* Vol. 26 No. 6/1995, pp.782 -800.



### 1) ระบบที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชน

ในระบบกฎหมายที่จากประวัติศาสตร์มีจารีตประเพณีทางกฎหมายเป็นแบบประมวลกฎหมาย การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจะอาศัยหลักกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งโดยบางประเทศในปัจจุบันยังคงใช้หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องละเมิดอยู่ เช่น เดิม ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่บางประเทศได้กำหนดเป็นกฎหมายพิเศษในเรื่องละเมิดขึ้นมาแยกต่างหากออกไป นอกจากนี้มักปรากฏกฎหมายอาญาและกฎหมายของฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอในสัดส่วนที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

โดยผลของการที่มีจุดเริ่มต้นจากการใช้หลักกฎหมายละเมิดการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจึงเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน กล่าวคือ คุ้มครองคู่แข่งจากความเสียหายที่อาจถูกคู่แข่งอื่นก่อให้เกิดความสับสน, การให้ร้าย, การลวงละเมิดความลับในทางธุรกิจ เป็นต้น

### 2) ระบบที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์อื่นร่วมกับปัจเจกชน

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้มีการพัฒนาออกไปนอกเหนือจากการคุ้มครองเพียงประโยชน์ของปัจเจกชน เนื่องจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมบางประเภทยากแก่การพิจารณาว่าคู่แข่งรายใดเป็นผู้ได้รับความเสียหาย ตลอดจนการพิจารณาความสูญเสียของคู่แข่งรายใด ๆ ก็กระทำได้ยาก ดังเช่น กรณีของการทำให้เข้าใจผิด (misleading) ซึ่งเป็นกรณีของการทำให้สาธารณชนเข้าใจผิดไปในสินค้าหรือบริการของผู้กระทำที่ยากแก่การพิสูจน์ว่าคู่แข่งของผู้กระทำรายใดเป็นผู้ที่เกิดความเสียหาย เป็นต้น และหากเป็นไปตามหลักการเดิมคือการคุ้มครองประโยชน์ปัจเจกชนซึ่งต้องมีการพิสูจน์ความเสียหายของคู่แข่ง และคู่แข่งในตลาดทุกคนต้องอนุญาตให้มีการนำคดีขึ้นพิจารณาก็จะเป็นอุปสรรคในการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจหลาย ๆ ประเทศจึงถือว่ากรณีเหล่านี้เป็นเรื่องที่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกชนและเริ่มตระหนักถึงผลประโยชน์ของผู้ซื้อ เป็นผลให้มีการคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคและจากความคิดที่ว่าผู้บริโภคจะไม่มีความสามารถในการป้องกันตนเองจากการกระทำอันไม่เป็นธรรมสิทธิของการคุ้มครองประโยชน์ของตนเองในปัจเจกชน ซึ่งเป็นผู้บริโภคจึงโอนไปยังองค์กรหรือสมาคมที่ดูแลผลประโยชน์สาธารณะเป็นผู้คุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคทั้งหมด

องค์กรสาธารณะ(public authorities) ที่ดูแลผลประโยชน์ของผู้บริโภคนั้นจะพิจารณาถึงประโยชน์ของบุคคลทั่วไปว่าถูกกระทบหรือไม่ กล่าวคือจะพิจารณาถึงผลประโยชน์สาธารณะไปด้วย ประเทศที่ให้ความสำคัญในเรื่องนี้จะปรากฏเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่แข่ง แต่มีการคุ้มครองเป็นพิเศษในส่วนของ การสาธารณสุข, ความปลอดภัย, การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ในประเทศที่คำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มแข่งขันในทางธุรกิจประโยชน์ของผู้บริโภค และประโยชน์สาธารณะก็จะปรากฏกฎหมายเหล่านี้เพื่อควบคุมการดำเนินไปของเศรษฐกิจโดยคำนึงถึงเรื่องความสมดุลของผลประโยชน์ซึ่งแต่ละสถานการณ์ก็จะแตกต่างกันออกไป

หลายประเทศได้รวมการคุ้มครองทั้งหมดเอาไว้ด้วยกัน ดังเช่น ประเทศเบลเยียม, เยอรมัน, สเปน และ กลุ่มประเทศนอร์ดิก เป็นต้น โดยบางประเทศยังคงเป็นลักษณะของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอยู่ ดังเช่น ประเทศเบลเยียมซึ่งกำหนดไว้ใน Law on Business Practices หรือประเทศนอร์เวย์ในกฎหมาย Market Behavior ในขณะที่บางประเทศ เช่น เยอรมัน เป็นการรวมการคุ้มครองเช่นกันแต่ถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องปัจเจกชนและอาศัยการสำรวจตรวจสอบ (collective aspect) แทน

บางประเทศได้ให้การคุ้มครองทั้ง 3 ประการนี้แต่แยกรูปแบบของกฎหมายออกจากกัน ดังเช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งมีหลักการตวงขาย (passing-off) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มแข่งขันในธุรกิจ ในขณะที่การคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคจะอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรบริหารประเทศโดยผ่านทางกฎหมาย the Trade Descriptions Act หรือ ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มแข่งขันทางการค้าโดยใช้หลักกฎหมายละเมิดโดยผ่านทางมาตรา 1382 ของประมวลแพ่ง และคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคโดยผ่านทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น

## 2. การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ

### 2.1 การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (causing confusion)

มาตรา 10 ทวิได้กำหนดให้ประเทศภาคีห้ามมิให้มีการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความสับสนขึ้นไม่ว่าโดยวิธีการใดในสินค้า ผู้ผลิต หรือ กิจกรรมทางการค้าใด ๆ ของคู่แข่ง<sup>2</sup> ซึ่งขอบเขตของข้อนี้กว้างมากโดยครอบคลุมการกระทำทุกอย่างในส่วนของการค้าที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมาย (mark), สัญลักษณ์ (sign), คำขวัญ (slogan), หีบห่อ (packaging), รูปร่าง (shape), สี (color) ของสินค้าหรือบริการหรือสิ่งชี้เฉพาะ (distinctive indication) อื่น ๆ ที่นักธุรกิจใช้ใน

<sup>2</sup> Article 10 bis (3) 1. “all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;”



การดำเนินธุรกิจและยังรวมไปถึงลักษณะทุกอย่างของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏออกมา (the appearance of goods and the presentation of services) ด้วย

การกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความสับสนตามมาตรา 10 ทวิ (3) 1 นี้ ไม่ถือว่าเป็นเจตนา (intent) ที่จะก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้บริโภคสินค้าหรือบริการเป็นองค์ประกอบที่จะนำมาพิจารณาการกระทำเพียงแต่อาจนำมาประกอบการพิจารณาในชั้นของการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ไม่จำเป็นจะต้องเกิดจากความสับสนขึ้นจริงด้วยหากการกระทำนั้นน่าจะก่อให้เกิดความสับสนในสินค้าหรือบริการ (likelihood of confusion) ก็เพียงพอแล้ว และการคุ้มครองในเรื่องนี้ไม่จำกัดระยะเวลา กล่าวคือคุ้มครองตราบเท่าที่ว่าจะเกิดความสับสนขึ้น จนกระทั่งสิ่งซึ่งเฉพาะต่าง ๆ เหล่านั้นได้กลายเป็นสามัญทั่วไป (generic or commonplace) ขาดซึ่งลักษณะการบ่งเฉพาะ (distinctive character) ไป<sup>3</sup>

ความสับสนในสินค้าบริการหรือธุรกิจใด ๆ มักเกิดขึ้นในสิ่งซึ่งเฉพาะถึงแหล่งที่มาของสินค้า (identifications of commercial origin) และ สิ่งที่ปรากฏบนตัวสินค้า<sup>4</sup>

#### 2.1.1 ประเภทของการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

##### ก. การก่อให้เกิดความสับสนในแหล่งที่มาของสินค้า

การสับสนหลงผิดนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากหลายวิธีการแต่ความสับสนหลงผิดโดยปกติแล้วจะเกิดขึ้นในเรื่องแหล่งที่มาของสินค้า (commercial source) หรือบริการหรือธุรกิจใด ๆ อันเนื่องมาจากการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าที่ได้รับความคุ้มครองจนทำให้ผู้บริโภคทั่วไปหลงผิดได้ ซึ่งสิ่งทีนำมาใช้ในการพิจารณาว่าจะเกิดความสับสนขึ้นหรือไม่คือความแตกต่างกับสินค้าที่ได้รับการคุ้มครองชื่อเสียงของเจ้าของสินค้าบริการ หรือธุรกิจนั้น ๆ การชักนำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและที่สำคัญคือความคล้ายคลึงของเครื่องหมายและลักษณะสินค้าบริการ

##### ข. การก่อให้เกิดความสับสนว่ามีความเกี่ยวข้องกับกิจการผู้อื่น

เป็นกรณีที่ผู้แข่งขันในการประกอบธุรกิจใช้เครื่องหมายสัญลักษณ์หรือประดิษฐ์ใด ๆ เหมือนหรือคล้ายกับกิจการที่มีความเข้มแข็งในตลาดสูงกว่าเพื่อให้บุคคลทั่วไปเกิดความรู้สึกว่ามีความเกี่ยวข้องกับกิจการนั้น (affiliation) แต่หากสินค้าหรือบริการหรือ

<sup>3</sup>WIPO, "Protection Against Unfair Competition : Analysis of the Present World Situation," WIPO, pp. 28.

<sup>4</sup>Ibid.

ลักษณะธุรกิจนั้น ๆ มีความแตกต่างกันอย่างมากจนไม่ก่อให้เกิดความสับสนถึงหลังที่มาหรือชวนให้เข้าใจว่ามีความเกี่ยวพันกันในการใช้เครื่องหมายหรือสิ่งบ่งชี้ใด ๆ ก็ไม่อยู่ในขอบเขตของข้อนี้

#### ค. การก่อให้เกิดความสับสนว่ามี การสนับสนุนจากผู้อื่น

การก่อให้เกิดความสับสนประเภทที่ชวนให้เข้าใจว่ามีการสนับสนุน (sponsorship) จากผู้อื่นนี้เป็นกรณีที่ผู้บริโภคมองไม่เกิดความสับสนในแหล่งที่มาของสินค้าและไม่คาดหวังว่าสินค้าหรือบริการนั้น ๆ จะมีความเกี่ยวพันกับกิจการของผู้อื่น แต่เป็นกรณีที่ผู้บริโภคมองพิจารณาความเหมือน คล้าย ของเครื่องหมาย สัญลักษณ์ ตลอดจนลักษณะที่เฉพาะต่าง ๆ กับสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันรายอื่นแล้วคิดว่าได้มีการขออนุญาตใช้โดยมักกำหนดระยะเวลาแน่นอน ซึ่งแนวคิดนี้ปัจจุบันยังอยู่ในระหว่างการพัฒนาโดยยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปเหมือนดัง 2 ประเภทแรก<sup>5</sup> ตัวอย่างของประเทศที่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้คือ สหรัฐอเมริกาโดยกำหนดไว้ใน The Trade Mark Act (Lanham Act) section 43 (a)

การก่อให้เกิดความสับสนว่ามีการขออนุญาตนี้รวมถึงกรณีที่ใช้สัญลักษณ์, ลักษณะบุคลิกภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ดังเช่น ศิลปินผู้มีชื่อเสียง, ผู้มีชื่อเสียงในการเล่นกีฬาต่าง ๆ มาใช้ในการนำเสนอหรือขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งหากไม่มีการขออนุญาตก็จะเป็นกรณีการก่อให้เกิดความสับสนและยังเกี่ยวข้องกับสิทธิในการนำเสนอต่อสาธารณชนด้วย (publicity rights)

สิทธิในการนำเสนอต่อสาธารณชน publicity right<sup>6</sup> หมายถึง ปัจเจกชนมีสิทธิที่จะป้องกันการใช้ลักษณะใด ๆ ของตนนำเสนอต่อสาธารณชน เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าสิทธิดังกล่าวจึงเป็นการคุ้มครองชื่อ, บุคลิกลักษณะ หรือ สิ่งต่าง ๆ ที่บ่งชี้ว่าเป็นบุคคลนั้น จากการแสวงหาประโยชน์ทางการเงินต่าง ๆ ดังเช่น การนำภาพถ่ายของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ประกอบการขายสินค้าของตน

#### ตัวอย่าง

คดีระหว่าง เบท มิทเลอร์ และบริษัทฟอร์ด มอเตอร์<sup>7</sup> เป็นกรณีที่บริษัท ฟอร์ด มอเตอร์ต้องการให้นักร้องผู้มีชื่อเสียงคือ เบท มิทเลอร์ร้องเพลง “Do You Want to Dance“ ของเบท มิทเลอร์เองในการโฆษณารถยนต์ ซึ่งเบท มิทเลอร์ปฏิเสธ บริษัท ฟอร์ด มอเตอร์ จึงให้นัก

<sup>5</sup> Ibid., pp. 29.

<sup>6</sup> Margreth Barrett Intellectual Property, pp. 237.

<sup>7</sup> Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).



ร้องคนอื่นร้องเพลงเลียนน้ำเสียงและลักษณะการร้องของเบท มิทเลอร์ โดยขออนุญาตการใช้เพลงดังกล่าวจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ศาลเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการนำเสนอต่อสาธารณชนของเบท มิทเลอร์ โดยการลอกเลียนแบบน้ำเสียงและลักษณะการร้องให้มีผลออกมาคล้ายคลึงกันที่เบท มิทเลอร์เคยร้องไว้

กรณีนี้เป็นคดีที่แสดงให้เห็นว่านอกจากการนำลักษณะต่าง ๆ มาใช้โดยตรงแล้วการลอกเลียนแบบก็เป็นการละเมิดสิทธิในการนำเสนอต่อสาธารณชนของปัจเจกชนเช่นกัน

### 2.1.2 การก่อให้เกิดความสับสนแบ่งตามลักษณะที่เกิดความสับสนหลงผิด

หากพิจารณาถึงความสับสนของบุคคลทั่วไปเกี่ยวกับสินค้าบริการหรือธุรกิจใด ๆ จะสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ ความสับสนหลงผิดในสิ่งชี้เฉพาะ และความสับสนในรูปลักษณะของสินค้า

#### ก. ความสับสนหลงผิดในสิ่งชี้เฉพาะ\*

การป้องกันการก่อให้เกิดความสับสนในสิ่งชี้เฉพาะโดยปกติประเทศต่าง ๆ จะให้การคุ้มครองไว้ในกฎหมายเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายบริการอยู่แล้ว แต่โดยที่การคุ้มครองเหล่านี้จะอยู่ในรูปของบทบัญญัติกฎหมายดังนั้น จึงมีข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองอันเนื่องมาจากขอบเขตการคุ้มครองที่กำหนดไว้แน่นอนชัดเจนจึงมีข้อจำกัดในการนำมาปรับใช้ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันไม่เป็นธรรมจะเข้ามามีบทบาทในส่วนนี้

กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยปกติจะกำหนดไว้แน่ชัดว่าจะปรับใช้กับสิ่งชี้เฉพาะอะไรบ้าง ดังเช่น สิ่งชี้เฉพาะ, หีบห่อ (trade dress), การตกแต่งภายในร้าน เป็นต้น แต่ในส่วนที่กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงไว้ดังเช่น รูปร่างของขวดบรรจุสินค้าที่มีรูปทรงแปลกออกไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็จะเป็นหน้าที่ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม หรือในกรณีของเครื่องหมายบริการ บางประเทศได้กำหนดให้จดทะเบียนเช่นเดียวกันเครื่องหมายการค้าแต่สำหรับบางประเทศมิได้กำหนดไว้ก็จะเป็นหน้าที่ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน

<sup>8</sup> Margreth Barrett Intellectual Property, pp. 240.

<sup>9</sup> Ibid., pp. 28.

\* สิ่งชี้เฉพาะหมายถึงสัญลักษณ์, เครื่องหมาย, ฉลาก, สโลแกน, หีบห่อ, สี เป็นต้น ที่สื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการนั้น ๆ มาจากแหล่งผลิตใดแม้ว่า จะไม่รู้ถึงชื่อของแหล่งผลิตก็ตาม.

ในส่วนของเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ โดยปกติกฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามักจะให้ความคุ้มครองกับการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายจดทะเบียนแต่โดยเหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองเอาไว้แน่นอนจึงมีขีดจำกัดในการให้ความคุ้มครองดังเช่นกฎหมายกำหนดมิให้ใช้เครื่องหมายเหมือนหรือคล้ายกับสินค้าหรือบริการชนิดที่จดทะเบียนไว้ดังนั้นหากเป็นของการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายในสินค้าหรือบริการประเภทหรือชนิดอื่นก็จะไม่อยู่ในขอบเขตการคุ้มครองของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกับเครื่องหมายบริการซึ่งในบางประเทศไม่ได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนหรือกำหนดการคุ้มครองไว้ในกฎหมายเฉพาะก็จะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน

เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการซึ่งจะได้รับความคุ้มครองจากการก่อให้เกิดความสับสนจะต้องมีคุณสมบัติการชี้เฉพาะอย่างเพียงพอที่จะสามารถแยกสินค้าบริการ หรือกิจกรรมทางธุรกิจออกจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ ซึ่งความสามารถในการขายแยกแยะออกจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจะต้องมีมากน้อยเพียงใดจึงจะได้รับการคุ้มครองนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดไว้ หากประเทศใดมีนโยบายที่ต้องการสนับสนุนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในประเทศนั้นก็กำหนดให้เครื่องหมายที่ได้รับความคุ้มครองต้องมีคุณสมบัติมากยิ่งขึ้นไปกว่าความสามารถในการแยกแยะปกติ ดังเช่น กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดให้สิ่งชี้เฉพาะที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเป็น<sup>11</sup>ที่รู้จักกันอย่างกว้างขวาง

ในบางกรณีแม้เครื่องหมายนั้น ๆ ขาดคุณสมบัติการแยกแยะหรือคุณสมบัติการชี้แหล่งที่มาของสินค้าในครั้งแรก ๆ แต่เมื่อมีการใช้เครื่องหมายนั้นเป็นเวลานานและเกิดคุณสมบัติขึ้นขึ้นจากการใช้ เครื่องหมายนั้นก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน โดยถือว่าเครื่องหมายนั้นมีคุณสมบัติในการแยกแยะอันเนื่องมาจากการใช้ หรือ เรียกว่า secondary meaning<sup>12</sup> ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายของน้ำหอม “4711” ในเยอรมันได้รับการพิจารณาว่ามีคุณสมบัติในการชี้เฉพาะมากเพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองอันเนื่องมาจากการที่ประชาชนสามารถทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าเมื่อเห็นเครื่องหมายดังกล่าว

สิ่งที่จะนำมาพิจารณาว่าเกิดคุณสมบัติในการแยกแยะอันเนื่องมาจากการใช้หรือไม่นั้นพิจารณาจากผู้บริโภคที่ใช้สินค้า บริการหรือกิจกรรมทางธุรกิจนั้น ๆ ตลอดจน

<sup>11</sup> the Unfair Competition Prevention Law of the Republic of Korea Article2(1).

<sup>12</sup> WIPO, “Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation,”



ความสามารถในการชี้ถึงแหล่งที่มาของสินค้า ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วผู้ที่พิจารณาว่าเครื่องหมายนั้น ๆ มีคุณสมบัติดังกล่าวหรือไม่คือศาลซึ่งจะมีแนวทางในการพิจารณาแตกต่างกันออกไป เช่น การใช้แบบสอบถามสำรวจความคิดเห็นจากผู้บริโภคเพื่อเป็นข้อมูลในการพิจารณาซึ่งประเทศที่ใช้วิธีนี้ก็เช่น ประเทศเยอรมัน หรือบางประเทศที่ศาลจะเป็นผู้พิจารณาเองว่าสิ่งชี้เฉพาะนั้น ๆ มีคุณสมบัติในการแยกแยะมากเพียงพอหรือไม่<sup>13</sup>

ในการพิจารณาความสับสนหลงผิดปัจจัยที่นำมาพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายนั้นจะเหมือนกันทั่วโลกอาจแตกต่างกันบ้างในรายละเอียดเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งปัจจัยเหล่านั้นได้แก่ การออกเสียงเรียกขาน ความหมายของคำ การสะกดต่าง ๆ แต่ปัจจัยที่สำคัญที่สุดคือ ความประทับใจโดยรวมต่อสิ่งชี้เฉพาะต่าง ๆ ของผู้บริโภคโดยเฉลี่ย โดยพิจารณาว่าผู้บริโภคคาดหวังว่าสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันนั้นมาจากแหล่งเดียวกันหรือไม่<sup>14</sup>

สำหรับชื่อทางการค้า (trade name) ซึ่งหมายถึง ชื่อที่ใช้แบ่งแยกหรือชี้เฉพาะองค์กร (enterprise) และกิจกรรมทางธุรกิจขององค์กรออกจาก องค์กรอื่น ๆ นั้น แต่ละประเทศมีรูปแบบการคุ้มครองแตกต่างกันโดยอาจเป็นการคุ้มครองในลักษณะของกฎหมายเฉพาะในเรื่องชื่อทางการค้า หรือ กฎหมายเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ตลอดจนการนำกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายพาณิชย์มาใช้ ซึ่งสำหรับประเทศที่ใช้ลักษณะการคุ้มครองโดยใช้หลักการการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นมักจะเป็นการคุ้มครองจากเรื่องการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

ในการพิจารณาว่ามีการก่อให้เกิดความสับสนหรือไม่นั้น โดยทั่ว ๆ ไป นั้นจะไม่คำนึงถึงความเป็นคู่แข่งกันโดยตรงระหว่างผู้ใช้ชื่อทางการค้าเหมือนหรือคล้ายกับชื่อทางการค้าขององค์กรที่มีชื่อเสียง แต่พิจารณาว่าจะก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้บริโภคในการแยกแยะองค์กรเจ้าของสินค้าออกจากกัน หรือก่อให้เกิดความสับสนว่าองค์กรทั้ง 2 มีความสัมพันธ์กันหรือไม่

#### ข. ความสับสนในรูปลักษณะของสินค้า

รูปลักษณะของสินค้า (product shapes) ซึ่งเป็นที่รู้จักของผู้บริโภค สามารถสื่อให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะถึงแหล่งที่มาของสินค้าได้ เช่น ขวดของน้ำอัดลม โคคา-

<sup>13</sup>Ibid., pp. 32.

<sup>14</sup>Ibid., pp. 33.

โคลา เป็นต้น ดังนั้นการก่อให้เกิดความสับสนในรูปลักษณะสินค้าที่เป็นที่มีชื่อเสียงจึงได้รับการคุ้มครองในฐานะที่รูปลักษณะของสินค้าเป็นสิ่งซึ่งเฉพาะอย่างหนึ่ง<sup>15</sup>.

การคุ้มครองรูปลักษณะของสินค้าโดยปกติในหลาย ๆ ประเทศจะให้การคุ้มครองในกฎหมายเฉพาะในเรื่องการออกแบบผลิตภัณฑ์(industrial designs) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแทนที่หรือเสริมกฎหมายลิขสิทธิ์ในการคุ้มครองศิลปประยุกต์ (applied art) ประเทศที่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้ได้แก่ ประเทศเยอรมันซึ่งใช้ the Germany Design Act 1876 กลุ่มประเทศเบนลักซ์ใช้ the Uniform Benelux Designs Act เป็นต้น สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาจะคุ้มครองโดยใช้กฎหมาย Design Patent Law 1842 และบางประเทศใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเข้ามามีบทบาทก็เนื่องจากความจำกัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในการปรับใช้กฎหมายซึ่งต้องมีขอบเขตแน่นอนอน ดังที่ผู้เขียนจะยกตัวอย่างดังนี้

#### ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ the Germany Design Act 1876 ซึ่งปรากฏว่าไม่มีผู้ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้มากนักเนื่องจากผู้ที่ได้รับการคุ้มครองต้องมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีลักษณะของความใหม่(novelty)และความเป็นต้นแบบ (Originality) ซึ่งในความเป็นจริงแล้วการออกแบบในหลาย ๆ ด้าน เช่น เฟอร์นิเจอร์, เครื่องประดับ ฯลฯ ซึ่งเป็นงานที่นักออกแบบจะใช้งานอื่น ๆ เป็นพื้นฐานในการคิดออกแบบของตนนั้นจะขาดคุณสมบัติในข้อนี้เสมอทำให้งานออกแบบส่วนมากไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้<sup>16</sup>

เมื่อลักษณะการออกแบบหรือรูปทรงของสินค้าที่ได้รับการคุ้มครองถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองและความจำกัดของการนำเอากฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีต่าง ๆ เพราะกฎหมายพิเศษเฉพาะจะมีขอบเขตการคุ้มครองที่แน่นอนในขณะที่การออกแบบรูปลักษณะ รูปทรงของสินค้าจะมีการพัฒนาไปเรื่อย ๆ บทบาทของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจึงทวีความสำคัญมากขึ้น ดังเช่น หากกฎหมายเฉพาะคุ้มครองการออกแบบ

<sup>15</sup>Ibid., pp. 35.

<sup>16</sup>Frauke Henning-Bodewig and Heijo E. Ruijsenaars, Iic, "Alternative Protection for Product Designs - A Comparative View of German, Benelux and US Law.," The Internet Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC) No.5/1992 vol 23, pp. 644.



ตกแต่งพื้นผิวของสินค้าชนิดที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายเอาไว้ การป้องกันการใช้ลักษณะการตกแต่งพื้นผิวแบบเดียวกันในสินค้าประเภทอื่นก็จะเป็นหน้าที่ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ทั้งนี้ในประเทศที่ยึดถือระบบการแข่งขันเสรีในบางประเทศ เช่น ประเทศสเปน ถือว่าการลอกเลียนแบบการออกแบบ รูปร่างลักษณะของสินค้าที่มีได้มีการคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบับใด ๆ หรือ กฎหมายเฉพาะอื่น ๆ สามารถกระทำได้ ดังนั้นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็จะไม่มีบทบาทในส่วนนี้

หากการออกแบบหรือรูปทรงหรือลักษณะอื่น ๆ ที่ไม่สำคัญของสินค้านั้นทำให้ผู้บริโภคเชื่อมโยงกับแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้นได้เป็นอย่างดี และสินค้าหรือบริการอื่นมีการออกแบบ, รูปทรง หรือลักษณะอื่น ๆ มาเหมือนคล้ายกับสินค้าหรือบริการ ก็จะเป็นกรณีของการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า (confusion as to the source) โดยใช้หลักการพิจารณาเช่นเดียวกับกรณีการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในสิ่งชี้เฉพาะ ก็ต้องพิจารณาว่าสินค้าหรือบริการที่มีการใช้มาก่อนนั้นได้รับ secondary meaning จากการใช้หรือไม่ และพิจารณาถึงระดับความเหมือนคล้ายของสินค้าหรือบริการจากแหล่งที่มาทั้งสองนั้น ตัวอย่างการคุ้มครองการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในต่างประเทศ

### ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยอาศัยคำพิพากษาของศาล ร่วมกันกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในชั้นนี้ผู้วิจัยจึงแยกลักษณะการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภทดังนี้

#### 1. การคุ้มครองโดยหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีจุดเริ่มต้นในพัฒนากฎหมายป้องกันการแข่งขันไม่เป็นธรรมจากการใช้หลักกฎหมายละเมิดในเรื่องการลวงขาย (passing off หรือ plaming off) ซึ่งสำหรับในเรื่องการก่อให้เกิดความสับสนนั้นหลักการของคอมมอนลอว์ดังกล่าวมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวความคิดในป้องกันเช่นกัน การลวงขาย หมายถึงลักษณะการกระทำหรือการแสดงซึ่งข้อความอันเป็นที่จริงของบุคคลหนึ่ง

การลวงขาย อันเป็นการก่อให้เกิดความสับสน หลงผิด หรือลวงสาธาณชนว่าสินค้าหรือบริการมาจากคู่แข่งที่มีชื่อเสียง<sup>17</sup> ซึ่งการลวงขายแบ่งได้เป็น 3 ประเภท<sup>18</sup>

1. การแสดงข้อความอันเป็นเท็จโดยตรง (A direct intentional false representation) ได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำตั้งใจที่จะแสดงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการให้บิดเบือนไปจากความจริง ยกตัวอย่างเช่น การแสดงต่อผู้บริโภคว่าสินค้าหรือบริการของตนนั้นมาจากแหล่งผลิตสินค้าหรือบริการที่มีชื่อเสียงหรือกรณีที่ผู้บริโภคต้องการสินค้าหรือบริการที่มาจากแหล่งผลิตหนึ่งและคู่แข่งในตลาดให้สินค้าหรือบริการที่มาจากแหล่งผลิตอื่นแต่ไม่บอกผู้บริโภคว่ามีการสับเปลี่ยน เป็นต้น

2. การแสดงข้อความเท็จโดยทางอ้อม (An indirect false representation) ผู้แสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการอันเป็นเท็จอาจกระทำในทางอ้อมโดยการลอกเลียนหรือปลอมแปลงเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หีบห่อ ชื่อทางการค้า\*หรือการขายสินค้าของตนเองโดยใช้ตัวอย่างสินค้าหรือรูปภาพตัวอย่างที่เป็นของบุคคลอื่น

3. การสนับสนุนให้มีการลวงขาย (contributory passing off) ได้แก่กรณีที่คู่แข่งทางการค้าได้สนับสนุนให้เกิดการลวงขายโดยปรากฏชัดถึงเจตนาในการชักชวนหรือแนะนำให้ผู้ขายย่อยลวงผู้บริโภคว่าสินค้าหรือบริการของตนเป็นของคู่แข่งผู้อื่น

ตัวอย่างของการสนับสนุนให้เกิดการลวงขายก็ดังเช่น คดี William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co.<sup>20</sup>

คดีนี้เป็นกรณีที่จำเลยเป็นผู้ผลิตยาได้ผลิตยาให้มีลักษณะและรสชาติเหมือนของโจทก์ตลอดจนใช้รักษาอาการของโรคแบบเดียวกัน ทั้งโจทก์และจำเลยก็ต่างขายยาให้เภสัชกรโดยใส่ขวดใหญ่บรรจุครั้งละหลายเม็ดเช่นกัน โดยในขวดใหญ่นี้ได้แสดงเครื่องหมายการค้าอย่างชัดเจน ดังนั้นเภสัชกรย่อมไม่สับสนในยาของโจทก์และจำเลยอย่างแน่นอน แต่เมื่อเวลาที่เภสัชกรจัดยาตามที่ผู้บริโภคต้องการ โดยตัดจากขวดใหญ่ใส่ลงไปขวดขนาดเล็กกว่า

<sup>17</sup> ชาญชัย ศิลาจารุ, “เครื่องหมายการค้ากับการลวงสาธาณชน,” วิทยานพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534).

<sup>18</sup> Margreth Barrett Intellectual Property, pp.107.

\* ชื่อทางการค้าแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ชื่อทางการค้าในความหมายอย่างกว้างซึ่งเป็น และชื่อทางการค้าในความหมายอย่างแคบอันหมายถึงชื่อที่องค์กร ธุรกิจหนึ่ง ๆ ใช้แทนองค์กรของตนในการค้า ซึ่งชื่อทางการค้าในที่นี้เป็นความหมายอย่างแคบ.

<sup>20</sup> William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co. , 265U.S. 526(1924).



เกสซ์กรจะเป็นผู้เขียนบอกผู้บริโภคว่าเป็นยาอะไร ของใคร เมื่อปรากฏว่าพนักงานขายของจำเลยบางคนแนะนำ<sup>21</sup> ทำให้เกสซ์กรเอายาที่ผลิต โดยจำเลยแบ่งขายให้แก่ผู้บริโภคว่าต้องการยาของโจทก์โดยไม่บอกผู้บริโภค โดยขายราคาขายของโจทก์ซึ่งแพงกว่าและเก็บส่วนต่างของราคายา นั้นไว้เอง และเกสซ์กรบางคนทำตามคำแนะนำดังกล่าว ศาลสูงสหรัฐ (the Supreme Court) พิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบในฐานะผู้มีส่วนร่วมกับการลวงขายของเกสซ์กร

#### เงื่อนไขความรับผิดชอบของการลวงขายตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์สมัยใหม่ประกอบด้วย

(1) การทำเครื่องหมายที่บ่งเฉพาะ (distinctive mark) หรือชื่อทางการค้าเหมือนหรือคล้ายคลึงกับของบุคคลอื่น ทั้งนี้ไม่ว่าเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้านั้นจะมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือได้มาจากการใช้จนเกิดลักษณะบ่งเฉพาะ (secondary meaning) ขึ้นมาภายหลัง

(2) โจทก์สามารถแสดงได้ว่าการทำซ้ำหรือทำให้คล้ายคลึงนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานว่าผู้บริโภคได้เกิดความสับสนขึ้นแล้วจริง

(3) ไม่จำเป็นต้องแสดงถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความสับสนของจำเลย

(4) เฉพาะในกรณีที่เครื่องหมาย ชื่อทางการค้า ฉลาก หีบห่อ ฯลฯ ของผู้ถูกทำซ้ำหรือทำให้คล้ายคลึงนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะอยู่ในตนเองและยังไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะอันเกิดจากการใช้ (secondary meaning) ผู้ถูกทำซ้ำนั้นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะก่อความสับสนหลงผิดให้แก่ผู้บริโภคว่าผู้บริโภคว่าได้เกิดความสับสนหลงผิดขึ้นแล้วจริง

#### การใช้ชื่อบุคคลเป็นเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้า

การคุ้มครองโดยหลักการของคอมมอนลอว์ในเรื่องการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดนี้ จะให้ความสำคัญแก่การที่บุคคลจะใช้ชื่อของตนเองเป็นเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้า โดยในช่วงแรก ๆ ของการใช้หลักคอมมอนลอว์นั้นศาลจะบังคับให้จำเลยเลิกใช้ชื่อของจำเลยเป็นเครื่องหมายก็ต่อเมื่อโจทก์พิสูจน์ได้ว่าการที่จำเลยใช้ชื่อตนเองเป็นเครื่องหมายนั้นเพื่อก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดขึ้นแล้วจริง

<sup>21</sup> Margreth Barrett Intellectual Property, pp. 108.

แต่ในยุคสมัยใหม่ศาลได้บรรเทาความเข้มงวดลงมาโดยหากแต่การกระทำของจำเลย น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดขึ้นศาลก็บังคับให้เช่นเดียวกับกรณีการลงขายทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตามในการออกคำสั่งบังคับของศาลสำหรับการใช้ชื่อตนเองเป็นเครื่องหมายทางการค้านี้ ศาลมักจะออกคำสั่งบังคับ (injunction relief) โดยจะมีแนวโน้มที่จะออกคำสั่งบังคับที่ค่อนข้างแคบมาก เพื่อให้จำเลยสามารถใช้ชื่อของตนเองให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชน

#### หีบห่อของสินค้า (Trade Dress)

ในเรื่องหีบห่อของสินค้า (Trade Dress หรือ Get-up) นั้น ศาลพิจารณาโดยรวมทั้งหมดว่าก่อให้เกิดความสับสนได้หรือไม่โดยไม่แยกพิจารณาทีละส่วน

หีบห่อของสินค้านี้ก็เช่นเดียวกับกรณีการลงขายทั่วไปกล่าวคือหากมีการกระทำให้เหมือนคล้ายในหีบห่อสินค้าที่สาธารณชนรู้จักเป็นอย่างดีหรือที่เรียกว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้หรือตัวหีบห่อนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองอยู่แล้ว และการทำให้เหมือนคล้ายนั้นน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดผู้กระทำต้องรับผิดชอบ แต่หากเป็นกรณีที่หีบห่อของสินค้าเดิมนั้นไม่มีลักษณะเฉพาะในตนเองและไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ในกรณีนี้ต้องพิสูจน์เจตนาการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและสูงันว่าได้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนขึ้นแล้วด้วย

#### การเยียวความเสียหาย

ศาลคอมมอนลอว์จะเยียวความเสียหายให้แก่โจทก์โดยการออกคำสั่งบังคับมิให้จำเลยทำการลงขายต่อไป แต่สำหรับค่าชดเชยความเสียหายเป็นเงินนั้นศาลจะพิจารณาให้ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำโดยมีเจตนาและให้เท่าที่โจทก์เกิดความเสียหายหรือสูญเสียกำไรจากการกระทำของจำเลย

#### การใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าของผู้อื่นเป็นส่วนประกอบ

กรณีหนึ่งที่เกิดขึ้นเสมอได้แก่ การใช้เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของผู้อื่นเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการโดยมิได้รับอนุญาตซึ่งศาลคอมมอนลอว์จะไม่บังคับให้หากปรากฏแก่ศาลว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยสุจริตและไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชน



ทั้งนี้แม้ศาลจะได้วางหลักไว้แล้วแต่ก็ปรากฏว่ามีคดีขึ้นสู่ศาลเสมอเนื่องจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าจะรู้สึกว่าคุณเองได้รับความเสียหายและต้องการให้ศาลบังคับให้แม้ว่าผู้กระทำจะกระทำโดยปราศจากเจตนาทั้ง 2 ประการดังกล่าว ทั้งนี้ขอยกตัวอย่างคดีมาแสดงดังนี้

คดี Champion Spark Plug Co. v. Sanders.<sup>22</sup>

จำเลยได้ซ่อมแซมและประกอบหัวเทียน(spark plug) ของโจทก์อันได้แก่ บริษัท Champion Spark Plug Co. ขึ้นใหม่และจำหน่ายทั่วไปโดยยังคงมีเครื่องหมายของบริษัท Champion Spark Plug ติดอยู่ด้วย แต่จำเลยได้เขียนแสดงไว้ที่ข้างกล่องซึ่งบรรจุหัวเทียนนั้นว่าประกอบขึ้นใหม่โดยจำเลย โจทก์ฟ้องศาลขอให้ตัดสินว่าจำเลยไม่มีสิทธิขายสินค้าโดยมีเครื่องหมายของโจทก์ติดอยู่ด้วย โดยที่โจทก์กล่าวว่าพบความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของจำเลยกล่าวคือ การใช้หัวเทียนอันที่ประกอบขึ้นใหม่นี้จะมีคุณภาพไม่ดีเท่ากับหัวเทียนอันใหม่ที่โจทก์ผลิต หากผู้บริโภคซื้ออันที่นำเอาของเก่ามาประกอบขึ้นใหม่ก็จะไม่ได้รับประโยชน์มากเท่าที่ควรจะเป็น นอกจากนี้จำเลยยังได้รับประโยชน์จากชื่อเสียงของสินค้าและชื่อเสียงของโจทก์ซึ่งมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ซื้อที่ต้องการซื้อหัวเทียนที่นำของเก่ามาประกอบใหม่อย่างแน่นอน

ศาลตัดสินว่าตราบเท่าที่จำเลยแสดงอย่างชัดเจนว่าหัวเทียนที่จำเลยจำหน่ายนั้นไม่ใช่ของใหม่ เมื่อนั้นผู้บริโภคย่อมเข้าใจว่าจำเลยเป็นแหล่งผลิตหัวเทียนที่ประกอบขึ้นใหม่ทันทีซึ่งไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ศาลจึงปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์

คดี Smith v. Channel Inc.,<sup>23</sup>

จำเลยเลียนแบบน้ำหอม Channel No.5 ของโจทก์โดยโฆษณาว่ากลิ่นเหมือนกับน้ำหอม Channel No.5 โจทก์ฟ้องขอให้ศาลบังคับจำเลยหยุดการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ ศาลกล่าวว่าเมื่อจำเลยได้กล่าวความจริงและไม่น่าจะเกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนว่าน้ำหอมของจำเลยนั้น โจทก์เป็นของโจทก์ จำเลยสามารถกระทำได้แม้ว่าจำเลยจะใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์และอาศัยประโยชน์จากความพยายามของโจทก์ในการสร้างให้น้ำ

<sup>22</sup> Champion Spark Plug Co. v. Sanders , 331 U.S. 125 (1947). Cited by Magareth Barrett, Intellectual Property, pp.201

<sup>23</sup> Smith v. Channel , Inc.. 402 F. 2d 562 (9th Cir. 1968). Cited by Magareth Barrett, Intellectual Property, pp.202

หอมChannel No.5 ของโจทก์ให้มีชื่อเสียงและยอมรับของสาธารณชน แต่สาธารณชนเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการที่คู่แข่งกันลอกเลียนแบบสินค้าของบุคคลอื่นและแข่งขันกันในเรื่องราคา

## 2. การคุ้มครองการก่อให้เกิดความสับสนโดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมาย

ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าสหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองเกี่ยวกับการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทั้งในแบบอาศัยหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องละเมิด และบทบัญญัติกฎหมายร่วมกัน โดยมีสาเหตุมาจากรูปแบบการปกครองแบบมลรัฐประการหนึ่ง และความจำกัดในขอบเขตของหลักกฎหมายอีกประการหนึ่ง

(1) The Trademark Act (the Lanham Act) 1988 Section 43(9) (15 U.S.C. S1125(a))<sup>24</sup>

the Lanham Act เป็นกฎหมายของสหพันธรัฐที่ออกโดยอำนาจของสภาคองเกรส ซึ่งไม่มีอำนาจเหนือกว่ากฎหมายของรัฐต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับการรับไปใช้ของรัฐ ทั้งนี้จากการตัดสินใจของศาลสูงสหรัฐ (the Supreme Court) ในคดี Trademark Cases(1879) ว่ากฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของแต่ละรัฐเท่านั้น โดยลักษณะการเยียวยาจะมุ่งที่เอกชน เพื่อบรรเทาช่องว่างของหลักคอมมอนลอว์

ในกรณีของการก่อให้เกิดความสับสนนั้น the Lanham Act ได้กำหนดไว้ในมาตรา 43(a) โดยบัญญัติห้ามมิให้มีการแสดงเท็จในแหล่งที่มาของสินค้า บริการหรือภาชนะ (containers) ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความสับสน เข้าใจผิด หรือหลอกลวงว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยว

<sup>24</sup> Section 43(a) of the Lanham Act

(a) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which

(1) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(2) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.



ชื่อกับบุคคลอื่น มีแหล่งกำเนิดเดียวกับบุคคลอื่น ได้รับการสนับสนุนจากบุคคลอื่น หรือเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการของตนได้รับอนุญาตจากบุคคลอื่น

บทบัญญัตินี้ให้สิทธิแก่เครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียนหรือสิทธิเรียกร้อง อื่น ๆ ที่มีพื้นฐานทางเศรษฐกิจเหมือนกับการกระทำผิดต่อเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนซึ่งก็คือชื่อทางการค้า และหีบห่อของสินค้า

การคุ้มครองตาม มาตรา 43 (a) นี้ผู้ได้รับความคุ้มครองจะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์อื่น ๆ สำหรับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ดังเช่นประโยชน์ในการได้รับสันนิษฐานว่าเครื่องหมายนั้นเป็นเครื่องหมายที่ไม่ขาดอายุ(valid) หรือประโยชน์ในการห้ามบุคคลอื่นโต้แย้งในเครื่องหมายเป็นต้น

นอกจากนี้หลักการของคอมมอนลอว์ในเรื่องของขอบเขตการใช้เครื่องหมายการค้า (geographic boundaries) ต้องนำมาใช้ร่วมด้วย

## (2) Uniform Deceptive Trade Practices Act<sup>25</sup>

<sup>25</sup> the Uniform Deceptive Trade Practices Act.

### “2. Deceptive Trade Practice

(a) A person engages in a deceptive trade practice when, in the course of his business, vocation, or occupation, he:

- (1) passes off goods or services as those of another;
- (2) causes likelihood of confusion or of misunderstanding as to the source, sponsorship, approval, or certification of goods or services;
- (3) causes likelihood of confusion or of misunderstanding as to affiliation, connection or association with, or certification by, another;
- (4) uses deceptive representations or designations of geographic origin in connection with goods or services;
- (5) represents that goods or service have sponsorship, approval, Characteristics, ingredients, uses benefits, or qualities that they do not have or that a person has a sponsorship, approval, status, affiliation or connection that he does not have;

...

(12) engages in any other conduct which similarly creates a likelihood of confusion or of misunderstanding

(b) In order to prevail in an action under this Act, a complainant need not prove competition between the parties or actual confusion or misunderstanding.

the Uniform Deceptive Trade Practices Act นั้นเป็นแบบอย่างกฎหมายที่หลายรัฐนำมาใช้เป็นต้นแบบในกฎหมายของตน

ตาม the Uniform Deceptive Trade Practices Act ได้ถึงการกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดว่าเป็นการกระทำที่หลอกลวงในทางการค้า (Deceptive Trade Practice) หากบุคคลดังกล่าวกระทำธุรกิจหรืออาชีพซึ่งมีลักษณะ

(1) ขายสินค้าหรือบริการโดยลงขายว่าเป็นของบุคคลอื่น

(2) กระทำการที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดในแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ (source), เกี่ยวกับความสนับสนุน (sponsorship), เกี่ยวกับการขออนุญาต (approval) หรือใบรับรอง (certificate)

(3) การก่อให้เกิดความสับสน หลงผิด หรือเข้าใจผิดในความสัมพันธ์ ความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นหรือก่อให้เกิดความสับสนว่าได้รับอนุญาต (certificate) จากบุคคลอื่น

(4) มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำของบุคคลอื่นในการกระทำซึ่งน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือเข้าใจผิด

ซึ่งบทบัญญัตินี้กำหนดไว้ชัดเจนว่าบุคคลที่ร้องเรียนไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าตนเป็นคู่แข่งกัน และไม่จำเป็นว่าจะต้องเกิดความสับสนหลงผิดหรือเข้าใจผิดขึ้นแล้ว

นอกจากนี้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่กระทบต่อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของรัฐอื่น ๆ และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย

### ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ตาม the Unfair Competition Law 1986 กำหนดให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในสินค้า, งาน, การบริการ หรือธุรกิจของผู้อื่นเป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม<sup>26</sup> ซึ่งบุคคลที่เสียหายหรือน่าจะเสียหายจากการเสียลูกค้า เสียความน่าเชื่อถือ หรือเสียชื่อเสียงหรือเสียผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือทางเศรษฐกิจอาจร้องขอให้ศาลสั่งให้

<sup>26</sup> Unfair Competition Law of Swiszerland.

Section 3 “Shall be deemed to have committed an act of unfair competition, anyone who, in particular,

...

(d) takes steps that are such as to cause confusion with the goods, works, services or businesses of other,

...



หยุดการกระทำนั้น ขอให้ศาลประกาศคำพิพากษาแก่บุคคลอื่นหรือสาธารณชนตลอดจนขอให้มีการชดใช้ความเสียหายและความสูญเสียกำไร โดยอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องตัวแทนที่ไม่มีอำนาจ

### ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

ตาม the Law Against Unfair Competition 1993 ได้กำหนดให้การกระทำของบุคคล ตามกฎหมายหรือองค์กรทางธุรกิจอื่น ๆ หรือปัจเจกชนใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าขายสินค้า หรือการบริการที่มุ่งทำกำไรและนำเอาชื่อลักษณะการหีบห่อ (packaging) การตกแต่งสินค้า หรือบริการให้เหมือนหรือคล้ายคลึงกับสินค้าหรือบริการที่เป็นที่รู้จัก โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็น วิธีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งไม่อาจกระทำได้ในการแข่งขันในตลาดการค้าและเป็นสาเหตุ ให้คู่แข่งได้รับความเสียหาย<sup>27</sup>

ในกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตรวจสอบ (the supervising and inspecting authorities) เป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการตรวจตราและตรวจสอบตลอดจน ดำเนินกระบวนการต่าง ๆ ในเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยมีอำนาจในอันที่จะตั้งคำถาม แก่คู่แข่ง ในทางการค้า, บุคคลผู้มีส่วนได้เสีย, พยานและเรียกให้บุคคลดังกล่าวแสดงหลักฐาน หรือข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและมีอำนาจในการทำสำเนา เอกสารของผู้ประกอบการในตลาดการค้าที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมดังเช่น สัญญา, บัญชีเงินฝากธนาคาร, ใบเสร็จรับเงิน, บิล, ใบสั่งซื้อสินค้า, เอกสารบันทึกต่าง ๆ และ เอกสารการโต้ตอบทางธุรกิจต่าง ๆ เป็นต้น

<sup>27</sup> Law Against Unfair Competition of the People's Republic of China.

Section 5 'An operator shall not adopt the following unfair means to carry on transactions in the market and cause damage to competitor;

...

(2) using, without authorization, the name, packaging or decoration peculiar to well-known goods or using a name, packaging or decoration similar to that of well-known goods, so that his goods are confused with the well-known goods of another person, causing buyers to mistake them for the well-known goods of the other person;

(3) using, without authorization, the business name or personal name of the other person on his own goods, leading people to mistake them for the goods of other person;

..."

นอกจากเจ้าหน้าที่ตรวจสอบของรัฐยังมีอำนาจในการสั่งให้ผู้ประกอบการค้าในตลาดที่กำลังอยู่ระหว่างการตรวจสอบในเรื่องแหล่งที่มาของสินค้าหยุดขายสินค้า, หยุดการเคลื่อนย้าย ยกเลิกหรือทำลายสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ได้

ผู้ประกอบการค้าที่ถูกรับว่ากระทำผิดตามบทบัญญัตินี้ต้องชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ประกอบการที่เสียหายจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งในการคำนวณความเสียหายจะใช้ตามความเป็นจริงแต่หากคำนวณได้ยากก็จะพิจารณาควรมีรายได้เท่าใดในช่วงเวลาที่มีการกระทำเช่นนั้น

ในกรณีของการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการใช้ชื่อองค์กร ชื่อบุคคล ที่เหมือนหรือคล้ายบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องถูกลงโทษตามกฎหมายอื่นด้วย อันได้แก่กฎหมาย Trademark Law and the Product Quality Law

แต่หากเป็นกรณีการใช้ชื่อ การหีบห่อ การตกแต่งสินค้าหรือบริการเหมือนหรือคล้ายกับสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นที่มีชื่อเสียง และเจ้าหน้าที่ตรวจสอบของรัฐอาจสั่งให้หยุดการกระทำดังกล่าว และยึดรายได้จากการทำผิดดังกล่าว และหากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่าร้ายแรงอาจสั่งถอนใบอนุญาตประกอบการค้าของผู้ประกอบการรายนั้นด้วยก็ได้

## 2.2 การทำให้เข้าใจผิด(Misleading)

การทำให้เข้าใจผิดหมายถึง การก่อให้เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่ไม่ถูกต้องและผู้แข่งขันที่สุจริตสูญเสียลูกค้าไป ทั้งยังกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมอีกด้วย

นับตั้งแต่อนุสัญญากรุงปารีสได้นำเอาเรื่องการทำให้เข้าใจผิดนี้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญากรุงปารีสมาตรา 10 ทวิ ประเทศภาคีได้นำเรื่องการห้ามการกระทำที่ก่อให้เกิดการเข้าใจผิดนั้นเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของตนหรือออกเป็นกฎหมายพิเศษบังคับใช้โดยที่เนื้อหากฎหมายจะใช้วิธีการที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศเนื่องจากการทำให้เข้าใจผิดนั้นมีผล กระทบโดยตรงต่อผู้บริโภคไม่ใช่คู่แข่งในตลาด ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับว่าแต่ละประเทศจะพิจารณาว่านำเอาวิธีการใดมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งบางประเทศพิจารณาว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเรื่องทางอาญา เช่น ประเทศฝรั่งเศส การบังคับใช้กฎหมายก็จะตกเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐแต่บางประเทศก็ได้นำเอาเรื่องนี้รวมอยู่ในกฎหมายเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในทางการค้าซึ่งการบังคับใช้กฎหมายก็จะเป็นกระบวนการแพ่งประเทศที่ให้



การคุ้มครองในลักษณะนี้ยกตัวอย่าง เช่น ประเทศเยอรมัน<sup>28</sup> อิตาลี<sup>29</sup> สวิตเซอร์แลนด์<sup>30</sup> และ  
 ฮังการี<sup>31</sup> เป็นต้น ซึ่งหากพิจารณาทางด้านรูปแบบแล้วพบว่าทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการทำ  
 ใจผิดนี้มีหลากหลายรูปแบบแตกต่างกันออกไป โดยบางประเทศได้แบ่งออกเป็นกรทำให้  
 ใจผิดทั่วไป และการทำให้ใจผิดในกรณีพิเศษอันได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาร้าย หรือ  
 การทำให้ใจผิดในเรื่องของสุขภาพ, ยา เป็นต้น ซึ่งในประการหลังนี้บางประเทศได้นำเอา  
 กระบวนการทางอาญามาใช้บังคับเพิ่มเติมจากกระบวนการทางแพ่ง นอกจากนี้บางประเทศ  
 ได้กำหนดเฉพาะลงไปถึงรายละเอียดพิเศษ เช่น การให้ของขวัญ, โบนัส<sup>32</sup>, การลดราคาเพื่อให้  
 สินค้าหมด (Clearance Sales)<sup>33</sup>

ความสำคัญของการป้องกันการทำให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคจากการปฏิบัติ  
 ของคู่แข่งนั้นเห็นได้จากการที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ออก Directive On Misleading  
 Advertising 1984 (84/450) เพื่อวางกฎเกณฑ์ขั้นต่ำสุดในการพิจารณาว่าโฆษณาเช่นใดเป็นการ  
 ทำให้เกิดความเข้าใจผิด

### 2.2.1 แนวความคิดเรื่องการทำใจผิด

การทำใจผิดนี้เป็นแนวคิดที่แยกออกจากการก่อให้เกิดความสับสนกัน  
 มานานแล้วโดยลักษณะของการก่อให้เกิดความสับสนจะเกี่ยวข้องกับการหลอกลวงซึ่งเป็นเรื่อง  
 ของการผิดในลักษณะเฉพาะ (identity) ความเข้าใจคลาดเคลื่อนในผู้ผลิตหรือแหล่งที่มาของ  
 สินค้าหรือบริการ ซึ่งมักจะครอบคลุมโดยกฎหมายพิเศษอยู่แล้ว กฎหมายของเยอรมัน<sup>34</sup> จะแบ่ง  
 โดยพิจารณาว่า หากข้อความนั้นเกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาของสินค้าโดยข้อความที่เป็นเท็จหรือ  
 หลอกลวงนั้น บางส่วนได้มีการคุ้มครองโดยกฎหมายพิเศษ โดยกฎหมายเครื่องหมายการค้า ชื่อ  
 ทางการค้าหรือลักษณะรูปลักษณ์หรือหีบห่อของสินค้า (get-up) จะเป็นเรื่องของการก่อให้เกิด  
 ความสับสน ในขณะที่หากข้อความนั้นเกี่ยวข้องกับแหล่งกำเนิดสินค้าโดยการใช้ชื่อทางการค้า

<sup>28</sup> Act Against Unfair Competition 1994, Section 3.

<sup>29</sup> Decree No 74 of January 25, 1992 ออกตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 2598.

<sup>30</sup> Federal Law on Unfair Competition of December 19, 1986 Section 3(g).

<sup>31</sup> Law on Unfair Market Practice Section 11.

<sup>32</sup> เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา คดี United Stations of New Jersey v. Kingsley (1968) และคดี FTC  
 v. R.F. Keppel & Brother, Inc. (1934).

<sup>33</sup> Act Against Unfair Competition 1994, Section 8.

<sup>34</sup> Act against Unfair Competition 1994, pp.37.

หรือเครื่องหมายการค้าโดยมิชอบได้หลอกลวงถึงคุณภาพและลักษณะของสินค้าหรือบริการนั้นด้วยก็จะเป็นเรื่องของการทำให้เข้าใจผิด<sup>35</sup>

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าลักษณะของการทำให้เข้าใจผิดคือ<sup>36</sup>

ก). ถ้อยคำหรือข้อความที่เป็นเท็จในตัวเอง หรือ ถ้อยคำหรือข้อความที่ก่อให้เกิดเข้าใจผิด

ข). ถ้อยคำหรือข้อความดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดผู้รับเข้าใจผิด กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องเกิดความเข้าใจผิดขึ้นจริง แล้วจึงจะเป็นการทำให้เข้าใจผิด

ในการพิจารณาการทำให้เกิดเข้าใจผิดของคู่แข่งทางการค้านี้ประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดว่าไม่พิจารณาถึงเจตนา (intent) ของผู้กระทำแต่จะพิจารณาถึงปฏิกิริยาของผู้รับถ้อยคำหรือข้อความนั้น ซึ่งการกำหนดมาตรฐานปฏิกิริยาของผู้รับถ้อยคำหรือข้อความนั้นว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่เข้าใจผิดหรือไม่นั้นจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศโดยขึ้นอยู่กับกฎหมายในประเทศนั้นมีแนวคิดในทางบริหารอย่างไร กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองบุคคลทั่วไปหรือบุคคลผู้มีการศึกษาน้อยและลักษณะการพิจารณาว่าผู้รับฟังถ้อยคำหรือข้อความนั้นน่าจะเกิดความเข้าใจผิด ใช้วิธีการที่ศาลพิจารณาเองหรืออาจใช้ปัจจัยอื่นในการพิจารณาตลอดจนเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้รับถ้อยคำหรือข้อความที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต้องมีจำนวนเท่าใดจึงจะถือเป็นการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดขึ้น เป็นต้น

ในการพิจารณาว่าข้อความหรือถ้อยคำทำให้ผู้รับเข้าใจผิดหรือไม่นั้นแต่ละประเทศใช้วิธีแตกต่างกันไปดังเช่น

### ประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าเกิดผลเช่นไรกับผู้รับข้อมูลหรือถ้อยคำโดยการพิจารณาของศาลจะประกอบด้วยปัจจัยดังนี้ คือ พิจารณาในฐานะที่เป็นผู้ซื้อสามัญทั่วไป (ordinary purchaser) ว่าจะมีปฏิกิริยาอย่างไร พิจารณาความของคำหรือรูปประโยค การสื่อสารนั้นมุ่งไปยังผู้รับสารกลุ่มใด ตลอดจนมูลค่าของสินค้าและบริการนั้น ๆ<sup>37</sup>

<sup>35</sup> International Review of Industrial Property and Copyright Law “ Law and Practice Relating to Misleading Advertising in the Member States of the EC ” โดย Gerhard Schrickler pp.620-644 (น.นี้ = 621).

<sup>36</sup> WIPO, Protection Against Unfair Competition Analysis of the Present World Situation 1994, pp.39.

<sup>37</sup> Rudolf Callmann, Callmann Unfair Competition, pp. 88.



## ประเทศเยอรมัน

ผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์ยาวนานจะเป็นผู้พิจารณาในฐานะผู้บริโภคซึ่งถูกชักจูงให้เข้าใจผิดได้ โดยง่ายประกอบกับการใช้แบบสำรวจความคิดเห็นว่ามีผู้ถูกหลอกจำนวนเท่าใด<sup>38</sup>

## ประเทศฝรั่งเศส

ศาลจะเป็นผู้พิจารณาค่าเฉลี่ยฐานะผู้บริโภคซึ่งมีระดับสติปัญญาและความเฉลียวฉลาดในระดับปกติ พร้อมทั้งมีความระมัดระวังอยู่เสมอในการใช้จ่ายเงิน<sup>39</sup>

นอกจากนี้ประเทศส่วนใหญ่เห็นพ้องกันว่าไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายที่แน่นอน เพียงแค่น่าจะเกิดความเสียหายขึ้นก็ถือว่าเป็นการทำให้เกิดความเข้าใจผิดแล้ว หรือแม้แต่การไม่กำหนดให้เรื่องเจตนาเป็นองค์ประกอบที่จะนำมาพิจารณา เนื่องจากผู้กระทำทำให้เกิดความเข้าใจผิดส่วนใหญ่แล้วไม่มีเจตนาร้าย (bad faith) แต่การกระทำนั้นก็ส่งผลให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคได้ ยกเว้นในบางประเทศซึ่งมีการคุ้มครองในเรื่องนี้กำหนดไว้เป็นกฎหมายอาญาซึ่งแน่นอนว่าต้องการองค์ประกอบในเรื่องของเจตนาเพื่อพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำ<sup>40</sup>

สำหรับในการพิสูจน์ซึ่งมีความสำคัญมากในการพิจารณาคดีการทำให้เข้าใจผิดนั้น ประเทศส่วนใหญ่ได้กำหนดการให้โจทก์หรืออัยการ หรือองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ โดยเฉพาะในส่วนของการทำให้เข้าใจผิดจากการโฆษณา ยกเว้นในบางกรณี ดังเช่น The EC Directive on Misleading and Advertising ซึ่งกำหนดให้ผู้โฆษณาเป็นผู้รับภาระการพิสูจน์<sup>41</sup>

### 2.2.2 การทำให้เข้าใจผิดจากการโฆษณา

การทำให้เข้าใจผิดในเชิงพาณิชย์โดยปกติมักพบในการโฆษณา ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในรูปของคำพูดหรือสัญลักษณ์เครื่องหมายการค้า ฉลาก แผ่นพับโฆษณา ใบปิดโฆษณา การแพร่ภาพในโทรทัศน์หรือแพร่เสียงในวิทยุ ประเทศต่างๆ จึงมุ่งสนใจให้การคุ้มครองในเรื่องนี้

<sup>38</sup> International Review of Industrial Property and Copyright Law.Vol21(1990)” Law and Practice Relation to Misleading Advertising in the Member States of the EC”, Gerhard Schricker, pp. 630.

<sup>39</sup> Ibid., pp. 630.

<sup>40</sup> เช่น ประเทศฝรั่งเศส เปรู เป็นต้น.

<sup>41</sup> The EC Directive on Misleading and Advertising 1984.

โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบว่าจะเกิดจากการโฆษณาหรือสื่อสารวิธีการใด แต่จะคำนึงถึงผลของผู้รับว่าจะเกิดความเข้าใจผิดหรือไม่ ซึ่งการโฆษณานั้นจะต้องมีผลถึงขนาดสามารถสร้างความรู้สึกออกมาค่อนข้างชัดเจนว่าจริงหรือไม่ การโฆษณาที่เพียงแต่ก่อให้เกิดความรู้สึกในทางบวกเล็กน้อยต่อสินค้านั้นถือว่าไม่อยู่ในขอบข่ายนี้<sup>42</sup>

การโฆษณาที่พูดความจริงครั้งหนึ่งและพูดเท็จอีกครั้งหนึ่งก็เป็นการแสดงเท็จเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น การโฆษณาว่าขนมปังแผ่นนั้นของผู้โฆษณามีแคลอรีต่ำกว่าอันอื่น ซึ่งสาเหตุที่แท้จริงก็คือบางกว่าหรือชิ้นเล็กกว่า เป็นต้น<sup>43</sup> นอกจากนี้การละซึ่งข้อเท็จจริงบางส่วนก็เป็นเหตุให้เกิดความเข้าใจผิดได้เช่นกัน ดังนั้นบางประเทศเช่นประเทศฮังการีและประเทศสเปนจึงห้ามการกระทำดังกล่าวโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการทำให้เกิดความเข้าใจผิด ซึ่งประเทศฮังการีได้กำหนดไว้กฎหมาย Law on Unfair Marketing Practice Chapter II Section 11<sup>44</sup> โดยกำหนดให้การไม่แสดงข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญของลักษณะสินค้าหรือบริการอย่างเพียงพอเป็นการหลอกลวงผู้บริโภค

แต่ในบางประเทศเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมันและเนเธอร์แลนด์นั้น ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าการละซึ่งข้อเท็จจริงบางส่วนเป็นการทำให้เกิดการเข้าใจผิดหรือไม่โดยไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงว่าการละเว้นข้อความบางส่วนเป็นความผิด

### ประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่เดิมนั้นศาลคอมมอนลอว์ยึดถือหลักการที่ว่าผู้ซื้อต้องระวัง (principle of caveat emptor) และขัดขวางการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่เปิดเผยข้อมูลทั้งหมด ซึ่งเป็นไปตามหลักจริยธรรมการค้าในอดีต แต่ศาลคอมมอนลอว์ยอมรับหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลของผู้ขายแม้จะไม่ได้กำหนดให้ผู้ขายต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด หากการไม่เปิดเผยข้อมูลในส่วนนั้น

<sup>42</sup> WIPO, the Protection Against Unfair Competition Analysis of the Present World Situation 1994, pp. 41.

<sup>43</sup> Ibid., pp. 41.

<sup>44</sup> Law on Unfair Marketing Practice Section 11.

(1). It is prohibited to deceive consumer in order to uncrease the demand for goods.

(2). The following in particular constitute consumer deception:

(a). assertion of untrue facts or of true facts in a manner liable to decieve as to the essential characteristics of goods . . . or inadequate information on the essential characteristics of the goods;



ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้ซื้อหลักผู้ซื้อต้องระวังที่จะถูกยกเว้น โดยผู้ขายมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าเมื่อเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดแล้วสามารถอ้างได้หรือไม่ว่า ข้อมูลที่เปิดเผยบางส่วนนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดการเข้าใจผิด ในกรณีนี้จะเป็นกรณีของผู้ขายต้องระวัง (principle of caveat venditor)

ในปัจจุบันกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับของอเมริกาได้บัญญัติหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลของผู้ผลิตในตลาด โดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องยา อาหาร สุขภาพต่างๆ ดังเช่น the Wool Products Labeling Act , the Food Drug and Cosmetic Act of 1983 และ the Federal Alcohol Administration Act ซึ่งกำหนดหน้าที่ไว้เฉพาะเจาะจงว่าผู้ขายต้องแสดงความซื่อสัตย์<sup>45</sup>

สำหรับในส่วนของ the Federal Trade Commission นั้นไม่ได้กำหนดหน้าที่ของคู่แข่งในตลาดว่าจะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดในการโฆษณา แต่หาก the Federal Trade Commission พิจารณาแล้วเห็นว่าการละเว้นการเปิดเผยข้อมูลบางส่วนนั้นก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือมีความคลุมเครือก็อาจพิจารณามีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการทั้งหมด กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของ the Federal Trade Commission ในแต่ละรายไป

#### 1) การคุ้มครองโดยกฎหมายคอมมอนลอว์

การคุ้มครองจากการทำให้เข้าใจผิดตามหลักคอมมอนลอว์นั้นอยู่ในเรื่องการโฆษณาเท็จ ( false advertising cause of action )<sup>46</sup> ซึ่งในตอนแรก ๆ ศาลไม่บังคับให้เนื่องจากเห็นว่าไม่มีความน่าจะสืบสวนหลงผิดในแหล่งกำเนิดสินค้า

ต่อมาศาลคอมมอนลอว์สมัยใหม่ได้ยอมรับความผิดฐานการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากการที่จำเลยตั้งใจแสดงผิดธรรมชาติของสินค้าของตน หากโจทก์สามารถอธิบายได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้โจทก์เสียลูกค้าไปจริง

ตัวอย่าง คดี American Washboard Co.V. Saginaw Manufacturing Co., 103 F.281 (6th Cir.1900)

โจทก์ซึ่งเป็นผู้ขายกระดานซักผ้าทำด้วยอลูมิเนียมเพียงผู้เดียว ฟ้องขอให้ศาลบังคับจำเลยผู้ขายกระดานซักผ้าที่ทำด้วยสังกะสีและลวดประชาชนว่าทำมาจากอลูมิเนียมศาลปฏิเสธการเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์โดยให้เหตุผลว่าจำเลยไม่ได้ก่อให้เกิดผู้บริโภคสืบสวนในแหล่งที่มาของโจทก์ซึ่งขาดหลักฐานในเรื่องการลวงขาย โดยศาลกล่าวว่า ศาลไม่พบว่ามิอะไรที่จะยืนยันว่าจำเลยได้ลอกเลียนแบบเครื่องหมายการค้า หรือ ดวงขายสิทธิ ของจำเลยแก่

<sup>45</sup> Rudolf Callmann , *Callmann Unfair Competition* , Chapter 5-p. 81.

<sup>46</sup> Margreth Barret, pp. 118.

สาธารณชนว่าเป็นสินค้าของโจทก์ แต่เป็นกรณีที่จำเลยขายสินค้าโดยหลอกลวงสาธารณชนว่าสินค้าของตนเป็นอูมิเนียมที่แท้จริง ซึ่งในกรณีนี้ดูเหมือนว่าโจทก์จะมีสิทธิ์บังคับให้จำเลยระงับการหลอกลวงดังกล่าว แต่ในความจริงแล้วเมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยได้พยายามทำให้สาธารณชนคิดว่าเป็นของโจทก์ศาลไม่สามารถอ้างคดีใด ๆ เพื่อเป็นแนวทางที่จะบังคับให้ได้ นอกจากนี้ก็ไม่สามารถสร้างหลักในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน (property rights) ของโจทก์ ซึ่งก็จริงอยู่ว่าในกรณีนี้สาธารณชนถูกหลอกลวงอยู่ด้วยแต่ก็เป็นเพียงการชักจูงให้ซื้อสินค้าซึ่งเป็นเรื่องสิทธิเอกชน<sup>47</sup>

คำพิพากษาในคดีนี้ได้ถูกนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาของศาลหากขาดบทบัญญัติพิเศษเฉพาะเรื่อง หรือ ขาดหลักฐานในเรื่อง disparagement หรือ หลักฐานในเรื่องเจตนาที่จะขับคู่แข่งขึ้นออกจากธุรกิจอยู่เสมอ ครบจนหลังจากมีคำพิพากษาคดี American Washboard Co. v. Saginaw Manufacturing Co. ประมาณ 25 ปีก็ได้มีการวางหลักการเพิ่มเติมโดยปรากฏในคดี Ely-Norris Safe Co. v. Mosler Safe Co.<sup>48</sup>

ข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยย่อมีดังนี้ Mosler Safe เป็นโจทก์ซึ่งขายตู้นิรภัยทนไฟฟองขอให้บังคับ Ely-Norris Safe ซึ่งขายตู้นิรภัยโดยแสดงเท็จแก่ผู้บริโภคว่ามีคุณสมบัติเรื่องการทนไฟเช่นกันซึ่งในความเป็นจริงแล้วไม่มีคุณสมบัติดังกล่าว

ศาลอุทธรณ์พิจารณาว่าจำเลยไม่ได้แสดงเท็จที่น่าจะทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า แต่ศาลเห็นสมควรให้นำเอากฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นการมาใช้เมื่อปรากฏว่าโจทก์สูญเสียลูกค้าจากการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นวิธีการที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำอยู่แล้ว ก็คือการฉ้อฉลหลอกลวง โดยที่โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้บริโภคที่หลงเชื่อและซื้อสินค้าของจำเลยนั้น หากจำเลยพูดข้อความจริงแล้วผู้บริโภคที่หลงเชื่อและซื้อสินค้าของจำเลยนั้นจะไม่ซื้อสินค้าของจำเลยแต่จะซื้อสินค้าจากโจทก์แทนและจำนวนผู้บริโภคที่ว่ามีเท่าใด ซึ่งจะทำให้ทราบถึงจำนวนความเสียหายที่แน่นอนของโจทก์

จากคดี Ely-Norris Safe v. Mosler Safe พิจารณาได้ดังนี้

(1) การวางเงื่อนไขให้โจทก์พิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลยเป็นจำนวนเท่าใดนั้นเป็นเงื่อนไขที่ทำได้ยาก ดังนั้นความผิดฐาน false advertising cause of action จึงเกิดขึ้นได้ยากโดยเฉพาะในกรณีที่มีคู่แข่งขึ้นหลายภายในตลาดเดียวกัน การพิสูจน์ว่าหากไม่มีการหลอกลวงแล้วผู้บริโภคจะหันมาซื้อของตนนั้นเป็นไปได้ยาก

<sup>47</sup> Callmann Chapter5, pp. 3.

<sup>48</sup> Ely-Norris Safe Co. v. Mosler Safe Co., 7 F 2d 603 (CCA 2nd, 1925), revd on other grounds 273 US 132, 71 L Ed578, 47s Ct314(1927);



(2) ศาลในหลายรัฐ ได้กำหนดเพิ่มเติมว่าโจทก์จะต้องพิสูจน์ ได้ว่าสินค้าหรือบริการของโจทก์มีคุณลักษณะดังเช่นที่จำเลยกล่าวอ้างว่ามีในสินค้าหรือบริการของตน

จากภาระการพิสูจน์ที่เข้มงวดทำให้คู่แข่งที่สุจริตยากที่จะได้รับการเยียวยาจากศาลคอมมอนลอว์ก่อให้เกิดแรงผลักดันให้ออกกฎหมายสหพันธรัฐและกฎหมายมลรัฐเพื่อแก้ไขความไม่เหมาะสมในการบรรเทาความเสียหาย

## 2) การคุ้มครองโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

การคุ้มครองโดยอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นเนื่องจากความจำกัดของหลักการคุ้มครองในกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งความจำกัดในการให้การคุ้มครองแบ่งออกเป็น 2 ประการคือ<sup>49</sup>

1. หลักกฎหมายคอมมอนลอว์กำหนดให้เป็นภาระของโจทก์ในการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นจำนวนที่แน่นอนซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวเป็นไปได้ยาก

2. ศาลโดยส่วนใหญ่กำหนดให้โจทก์แสดงให้เห็นว่าสินค้าหรือบริการของโจทก์มีคุณสมบัติหรือลักษณะที่จำเลยแสดงเท็จว่าสินค้าหรือบริการของตนมีคุณสมบัติเหล่านี้

จากความจำกัดดังกล่าวจึงมีโอกาสน้อยมากที่โจทก์ซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดการค้าจะได้รับการคุ้มครองทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐและสหพันธรัฐได้มีการกำหนดเรื่องการทำให้อ้างอิงนี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ ฉบับเพื่อผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักการในกฎหมายคอมมอนลอว์และให้ความคุ้มครองแก่คู่แข่งในตลาดเพิ่มเติมจากหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งในบางฉบับเป็นการคุ้มครองประโยชน์มหาชน

### 1. the Lanham Act

the Lanham Act มุ่งคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่แข่งที่สุจริต(private remedies) โดยกำหนดการคุ้มครองไว้ในมาตรา 43(a) ซึ่งกำหนดห้ามบุคคลมิให้อ้างหรือแสดงซึ่งก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงในทางการโฆษณาหรือส่งเสริมการขายในเชิงพาณิชย์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้อ้างอิงในลักษณะ, คุณภาพ, แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าบริการหรือกิจกรรมทางพาณิชย์ของผู้กระทำ

บทบัญญัติในเรื่องนี้คล้ายคลึงกับหลักการของคอมมอนลอว์ในเรื่องการโฆษณาเท็จ (false advertising) มากแต่มีความซับซ้อนมากกว่า<sup>50</sup> ซึ่งจะแสดงรายละเอียดดังนี้

<sup>49</sup> Margreth Barrett Intellectual Property, pp. 119.

<sup>50</sup> Ibid.

1) ตามมาตรา 43(a) ในการพิสูจน์ต่อศาล โจทก์เพียงแต่แสดงว่าการทำให้เข้าใจผิดนั้นทำให้มีการหันเหความสนใจไปจากสินค้า บริการ หรือกิจกรรมทางการค้าใด ๆ ของโจทก์โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่ามีการบิดเบือนทางการค้าเกิดขึ้นจริงกล่าวคือหากการกระทำดังกล่าวน่าจะป็นผลให้เกิดความเสียหายก็เพียงพอสำหรับการขอออกคำสั่งห้ามจำเลยมิให้กระทำต่อไป

2) โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความเป็นเท็จและพิสูจน์ว่าโจทก์และจำเลยเป็นคู่แข่งกันโดยตรง

3) ในกรณีที่ต้องการการชดใช้ความเสียหายเป็นเงิน โจทก์ต้องมีภาระการพิสูจน์เพิ่มขึ้น คือต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นรูปธรรมให้ศาลเห็นโดยต้องแสดงได้ว่าลูกค้าของตนได้เปลี่ยนการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือบริการของตนไป อันเป็นผลมาจากการแสดงเท็จนั้น

4) โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยทำไปโดยมีเจตนาลวง

5) ในการแสดงเท็จตามมาตรา 43(a) นี้จะต้องเป็นกรณีการแสดงเท็จซึ่งมีผลกระทบต่อการใช้ตัดสินใจเดิมของผู้บริโภค

อย่างไรก็ตามในกรณีที่บทบัญญัติในมาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงและไม่มีแนวคำพิพากษาศาลก็จะนำเอาหลักคอมมอนลอว์มาแปลความหมายและปรับใช้มาตรานี้

## 2. The Uniform Deceptive Trade Practices Act

The Uniform Deceptive Trade Practices Act เป็นกฎหมายที่หลาย ๆ มลรัฐได้รับเอารูปแบบกฎหมายของมลรัฐตนนั้นได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้ในมาตรา 2<sup>51</sup> พร้อมทั้งลดความเข้มงวดของเงื่อนไขการบรรเทาความเสียหายของคู่แข่งกันลง โดยกำหนดให้เพียงแต่น่าจะเกิดความเสียหายขึ้น (“likely to be damaged”) จากการโฆษณาลวงก็เพียงพอแล้วโดยไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายเป็นเงินหรือความสูญเสียกำไร ตลอดจนเจตนาในการหลอกลวงของผู้กระทำศาลก็ออกคำสั่งห้าม(injunction relief) แล้ว

<sup>51</sup> Section 2 “(a) A person engages in a deceptive trade practice when, in the course of his business, vocation, or occupation, he:

...

(4) use deceptive representations or designations of geographic origin in connection with foods or services;

...”



แต่อย่างไรก็ตาม The Uniform Trade Practices Act ไม่ได้กำหนดเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายดังนั้นในส่วนนี้จึงยังคงใช้หลักการของคอมมอนลอว์เช่นเดิม<sup>52</sup>

### 3. การคุ้มครองโดย Federal Trade Commission Act

จากการวิจัยพบว่านอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและบรรเทาความเสียหายตามลักษณะของกฎหมายเอกชนแล้ว ยังมีการให้ความคุ้มครองในรูปแบบของกระบวนการของฝ่ายบริหารซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาหรือบทบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรพิเศษของสหพันธรัฐขึ้นให้มีอำนาจหน้าที่เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้กฎหมายฉบับหนึ่งที่มีบทบาทในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอย่างมากได้แก่ The Federal Trade Commission Act ซึ่งออกโดยสภาองเกรสในปี 1914 ซึ่งบัญญัติห้ามกระบวนการที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในทางการค้า(unfair methods of competition in commerce) ซึ่งต่อมาเมื่อมีการแก้ไขในปี 1938 (Wheeler-Lea Amendment) ได้ขยายขอบเขตรวมไปถึงการห้ามการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือการลวงในทางการค้าด้วย<sup>53</sup>

The Federal Trade Commission Act ได้จัดตั้งและให้อำนาจแก่ The Federal Trade Commission (ในที่นี้จะเรียกว่า คณะกรรมการ FTC) ซึ่งกำหนดจำนวนกรรมการ 5 คน ที่แต่งตั้งโดยตรงจากประธานาธิบดีโดยคำแนะนำและความยินยอมของสภาซีเนท (the Senate<sup>54</sup>) ซึ่งคณะกรรมการ FTC ดังกล่าวนี้อำนาจกว้างขวางในการควบคุมห้ามปรามการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยมุ่งคุ้มครองประโยชน์ทั้งของผู้มีส่วนได้เสียในทางการค้า

<sup>52</sup> Margreth Barrett, Intellectual Property, pp. 120.

<sup>53</sup> Federal Trade Commission Section 45 “(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are declared unlawful.

(2) The Commission is empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, . . . , from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce”.

<sup>54</sup> the Federal Trade Commission Act Section 41 “A commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission Act (hereinafter referred to as the Commission), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate”.

(commercial party) และผู้บริโภค ซึ่งคณะกรรมการจะบรรเทาความเสียหายโดยการออกคำสั่งห้ามแต่ไม่มีอำนาจในเรื่องการชดเชยความเสียหายทางเอกชน (private remedy)

โดยเหตุที่การดำเนินการของคณะกรรมการ FTC เป็นแนวทางการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่แตกต่างไปจากแนวทางการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรและการพิจารณาของศาลตามปกติ ประกอบกับคณะกรรมการ FTC มีบทบาทอย่างสูงในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของสหรัฐ ดังนั้นผู้เขียนจึงได้แสดงรายละเอียดของขั้นตอนการดำเนินงานของคณะกรรมการ FTC ไว้ดังนี้

ตามมาตรา 45 ของ The Federal Trade Commission ได้กำหนดให้กระบวนการที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า และการกระทำที่ไม่เป็นธรรม หรือ การลวงในทางการค้าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายพร้อมทั้งให้อำนาจคณะกรรมการ FTC ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ต้องห้ามดังกล่าว พร้อมทั้งมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งผลจากบทบัญญัตินี้ได้ทำให้คณะกรรมการ FTC มีอำนาจอย่างกว้างขวางในการวินิจฉัยการกระทำในทางการค้าระหว่างคู่แข่งหรือแม้แต่ในกรณีที่มีผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยไม่ปรากฏการแข่งขันระหว่างคู่แข่งอย่างชัดเจนก็ตาม<sup>55</sup>

(1) การตรวจสอบและออกกฎเกณฑ์ (Investigations and Promulgation of rules)

คณะกรรมการ FTC จะรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติของผู้ที่เกี่ยวข้องในการค้าทั้งหมดเอาไว้ และกำหนดรูปแบบการปฏิบัติที่ถือว่าการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือเป็นการลวงและออกประกาศกฎเกณฑ์ห้ามมิให้กระทำซึ่งจัดเป็นกฎหมายฝ่ายบริหารที่มีผลและสภาพบังคับแก่คู่แข่งในทางธุรกิจเหมือนกฎหมายอื่นทุกประการหากคู่แข่งในทางการค้ารายใดปฏิบัติโดยฝ่าฝืนกฎของคณะกรรมการ FTC คณะกรรมการ FTC จะส่งฟ้องไปศาลแขวงของสหพันธรัฐ (the federal district court) เพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายจากคู่แข่งในทางแพ่ง

(2) การออกคำแนะนำ (Advisory opinion)

เมื่อคณะกรรมการ FTC พบว่าคู่แข่งทางการค้ารายใดที่ดำเนินการในทางการค้าผิดไปจากกฎเกณฑ์ที่ตั้งไว้ก็จะออกหนังสือคำแนะนำไปยังคู่แข่งรายนั้น โดยให้ทางเลือก 2 ประการ คือ จะให้การดำเนินการของคู่แข่งรายนั้นมีผลเป็นการทำผิดกฎหมาย หรือยินยอมที่จะทำตามคำสั่งของคณะกรรมการ

(3) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ FTC (Adjudication)

<sup>55</sup> Margreth Barrett, *Intellectual Property*, pp. 115.



นอกจากคณะกรรมการ FTC จะมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ให้คู่แข่งดำเนินการแล้ว หากมีเหตุอันเชื่อได้ว่ามีการละเมิดกฎหมายและกระทบกับประโยชน์สาธารณะ คณะกรรมการ FTC ก็จะจัดให้มีกระบวนการวินิจฉัยซึ่งการวินิจฉัยของคณะกรรมการ FTC จะไม่ถือเป็นการทำหน้าที่แทนศาลคอมมอนลอว์เนื่องจากศาลคอมมอนลอว์จะพิจารณาในเรื่องประโยชน์ของปัจเจกชน ในขณะที่คณะกรรมการ FTC จะมีการวินิจฉัยต่อเมื่อกระทบประโยชน์สาธารณะ

ตัวอย่างเช่น กรณีที่คู่แข่งที่เสียประโยชน์จากการกระทำของกลุ่มคู่แข่งอื่นที่โฆษณาอวดอ้างสามารถฟ้องต่อศาลได้ในฐานะ false advertising ในขณะที่คณะกรรมการ FTC จะใช้กระบวนการวินิจฉัยของตนได้เช่นกัน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนในอันที่จะได้รับข้อมูลที่ถูกต้องแท้จริง

กระบวนการวินิจฉัยของคณะกรรมการ FTC อาจเกิดจากการสืบทราบการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยตนเองหรือผู้บริโภคหรือคู่แข่งก็ได้และคณะกรรมการจะเริ่มกระบวนการวินิจฉัยโดยการออกคำฟ้อง(administrative complaint) ซึ่งแจ้งข้อหาและนัดฟังคำวินิจฉัย(notice of a hearing) ไปยังผู้ที่ถูกกล่าวหา ซึ่งเรียกว่า “the respondent”

ทั้งนี้หาก the respondent ตกลงประนีประนอมกับคณะกรรมการ FTC โดยไม่ใช้การวินิจฉัย FTC จะออก “Consent Order” ซึ่งตีพิมพ์ใน the Federal Register แต่หากทั้ง 2 ฝ่ายไม่ตกลงกันในเรื่องนี้ เรื่องก็จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในทางบริหาร “An Administrative Law Judge (ALJ)” ซึ่งมีกระบวนการในการพิจารณาค้ายคลึงกับศาลเกือบทุกประการ ผู้ที่แพ้ในศาล ALJ สามารถอุทธรณ์ไปยัง the Commissioners of the F.T.C. ซึ่งมีอำนาจตัดสินยื่นตามปรับหรือยกคำวินิจฉัยเดิมของศาล ALJ ได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้กรณีมีสิทธิเลือกอุทธรณ์ไปยัง U.S. Circuit Court of Appeals ได้เช่นกัน แต่ศาลจะถูกจำกัดขอบเขตในการพิจารณาคัดสินในข้อเท็จจริงเท่าที่ the Commissioner เป็นผู้พบหลักฐาน และตัวเลือกในการชดใช้ความเสียหายก็อยู่ในอำนาจของ the Commissioner เช่นกัน

ตาม Federal Trade Commission Act นั้นจะให้การคุ้มครองจากการหลอกลวงหมายรวมถึง ทั้งโฆษณาเท็จหรือแสดงเท็จในสินค้าหรือบริการของตนเองอันได้แก่ กรณีของการก่อให้เกิดความเข้าใจผิด (misleading) และการทำให้เข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นซึ่งเป็นกรณีการให้ร้ายบุคคลอื่น (disparagement) รวมกัน โดยในการพิจารณาการแสดงความจริงหรือการกระทำว่าเป็นการหลอกลวงหรือไม่นั้นจะพิจารณาจากผลกระทบต่อสาธารณชนว่าก่อให้เกิดการเข้าใจผิดหรือไม่ โดยไม่ได้พิจารณาความถูกต้องตามตัวอักษรเท่านั้น

คำว่า “สาธารณชน”<sup>56</sup> (public) นี้แต่เดิมคณะกรรมการ FTC จะหมายถึงความถึงบุคคลจำพวกที่ถูกหลอกลวงได้ง่ายที่สุดในสังคม แต่ต่อมาหลังจากกลางปี 1980 เป็นต้นมา คณะกรรมการ FTC ได้ประกาศว่าหมายถึงบุคคลที่ได้กระทำสมเหตุสมผลในสถานการณ์ นั้น ๆ นอกจากนี้คณะกรรมการ FTC ยังไม่คำนึงว่าสาธารณชนจะต้องเกิดการหลงผิดขึ้นจริงเพียงแต่เห็นว่าคำพูดหรือการกระทำนั้นสามารถก่อให้เกิดความเข้าใจผิดขึ้นได้ก็เพียงพอ ซึ่งการกระทำที่ถือว่าสามารถก่อให้เกิดความเข้าใจผิดได้นั้นมี 3 รูปแบบ<sup>57</sup> ดังนี้

1) การแสดงโดยตรง (directed representation)

ลักษณะการกระทำหรือคำพูดที่แสดงโดยตรงที่สามารถทำให้เข้าใจผิดไปนั้น ดังเช่นการโฆษณาว่า “ใหม่” (“New!”) เป็นต้น ซึ่งเป็นแสดงข้อมูลตรง ๆ ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและในความเป็นจริงนั้นอาจเป็นเท็จหรือจริงก็ได้

2) การแสดงโดยอ้อม (implied representations)

คณะกรรมการ FTC พบว่าในเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หีบห่อ การพรรณนาบรรยายถึงสินค้า, การโฆษณา ซึ่งมีลักษณะการใช้คำพูดโดยอ้อมนั้นล้วนแต่สามารถก่อให้เกิดความเข้าใจผิดได้ทั้งสิ้นจึงสรุปว่า การโฆษณาใด ๆ ก็ตามที่มีการแสดงคำพูดหรือ การกระทำโดยนัยนั้นผู้ร้องมีมูลที่จะร้องโดยไม่ต้องแสดงหลักฐานเพื่อที่จะร้องเรียน<sup>58</sup>

3) การไม่เปิดเผยข้อมูล (material nondisclosures)

การหลอกลวงโดยการไม่เปิดเผยข้อมูล หมายถึง การไม่เปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นซึ่งจะทำให้ไม่เกิดความเข้าใจผิดในคำพูดหรือ การแสดงโดยตรงหรือโดยนัย แต่ทั้งนี้คณะกรรมการ FTC ไม่ได้กำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดในการโฆษณา

ตัวอย่างลักษณะการกระทำซึ่ง The Federal Trade Commission ถือว่าเป็นกรณีของการก่อให้เกิดความสับสน

คดี Charles of the Ritz Distributors Corp. v. F.T.C., 143 F.2d 676C 2d Cir. 1944)

บริษัท Charles of the Ritz Co. ขายเครื่องสำอางค์ประเภทครีมรองพื้นซึ่งมีชื่อว่า “Rejuvenescence” และโฆษณาเท็จว่าจะมีผลให้ผู้ผู้ผิวอ่อนเยาว์ขึ้น ถือเป็นการแสดงเท็จในเมื่อยังไม่ปรากฏว่าครีมรองพื้นใด ๆ จะสามารถทำเช่นนั้นได้

คดี F.T.C. v. Royal Milling Co., 288 U.S. 212(1933)

<sup>56</sup> Ibid., pp. 128.

<sup>57</sup> Chareles R. Mc manis, Unfair Trade Practice in a Nutshell, pp. 369

<sup>58</sup> Ibid., pp. 370.



บริษัท Royal Milling Co., ซึ่งแบ่งจากโรงโม่ซึ่งได้โม่แบ่งให้เรียบร้อยแล้ว บริษัท Royal Milling co., เพียงแต่บรรจุหีบห่อและขาย ซึ่ง the F.T.C. ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการหลอกลวงประชาชน เนื่องจากผู้ซื้อยอมสันนิษฐานว่าแบ่งดังกล่าวโม่มาจาก บริษัท Royal Milling Co., ซึ่งเรื่องนี้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการตัดสินใจซื้อของผู้ซื้อ

### ประเทศสวีตเซอร์แลนด์

กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม(Federal Law on Unfair Competition) ได้กำหนดเรื่องการทำให้เข้าใจผิด (misleading) ไว้ในมาตรา 3<sup>59</sup> โดยกำหนดให้บุคคลใด ๆ ที่แสดงข้อมูลไม่ถูกต้องหรือก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในตัวผู้กระทำ สิ่งที่กระทำ, ชื่อทางการค้า, สินค้า, บริการ ราคา การเก็บสินค้า สภาพทางธุรกิจของผู้กระทำเป็นผู้ที่มีการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า

### ประเทศฮังการี

ประเทศฮังการีกำหนดเรื่องการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดไว้ในมาตรา 5 ของ Prohibition of Unfair Market Practice โดยกำหนดข้อห้ามการหลอกลวงผู้บริโภคเพื่อที่จะเพิ่มปริมาณความต้องการสินค้าของตน โดยกำหนดให้การกระทำ 5 ประเภทต่อไปนี้เป็นการลวงผู้บริโภค

1. การอ้างสิ่งที่ไม่เป็นความจริง หรือ สิ่งที่เป็นความจริงแต่อ้างในลักษณะที่เป็นการลวงในลักษณะที่สำคัญของสินค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของส่วนประกอบของสินค้า การใช้ ผลกระทบของสินค้าต่อสุขภาพ และสภาพแวดล้อม ตลอดจนการดูแลรักษา แหล่งกำเนิด แหล่งที่มาของสินค้า วิธีการที่ทำให้ได้มา ตลอดจนการให้ข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะของสินค้าไม่เพียงพอ

<sup>59</sup> the Feeral Law of Unfair Competiton "Selection 3

Shall be deemed to have committed an act of unfair competition, anyone who, in particular,

...

(b) make incorrect or misleading statements in respect of himself, his undertaking, his trade name, his goods, his works, his services, his prices, his stock or his business circumstances or who, by such Statements, favors one party to the detriment of competitors,

..."

2. เปรียบเทียบสินค้าในลักษณะที่เป็นการหลอกลวงและเผยแพร่การเปรียบเทียบนั้นในการโฆษณาหรือ สื่อในการเผยแพร่ข้อมูลอื่น ๆ
3. ปกปิดข้อเท็จจริงที่ว่าสินค้านั้นไม่ได้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ได้มาตรฐานตามที่กำหนด
4. จัดหาสินค้าโดยลงว่าสามารถใช้ประโยชน์ได้ดังที่ต้องการหรือมีคุณลักษณะอื่น ๆ ดังต้องการ
5. โฆษณาสินค้าที่ไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค

### ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันกำหนดเรื่องการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดไว้ในมาตรา 3 ของ Act Against Unfair Competition โดยกำหนดให้บุคคลใด ที่แสดงเท็จเพื่อวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ ดังเช่น การแสดงเท็จเกี่ยวกับธรรมชาติ หรือแหล่งที่มาของสินค้า, ลักษณะของการผลิต ตลอดจนราคาของ สินค้าหรือบริการ แหล่งที่ได้สินค้านั้นมา หรือ รางวัลรับรองตัวสินค้าหรือบริการ หรือการตอบสนองสินค้าหรือบริการนั้นว่าเพื่อวัตถุประสงค์อันใด ผู้ที่ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่ขายสินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับของบุคคลที่ดำเนินการดังกล่าว และอยู่ในตลาดเดียวกันสามารถฟ้องให้ศาลบังคับให้หยุดการดังกล่าวได้ ในกรณีที่มีการพิสูจน์ได้ว่าผู้ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดนั้นกระทำโดยจงใจผู้กระทำก็จะมีคามผิดทางอาญาด้วย

### 2.3 การให้ร้ายคู่แข่ง (Discredit Competitor)

การให้ร้ายคู่แข่ง หมายถึง การอ้างหรือกล่าวหาในสิ่งที่เป็นเท็จเพื่อทำลายความมีชื่อเสียง (goodwill) ในทางธุรกิจของคู่แข่ง ซึ่งเหมือนกับการทำให้เข้าใจผิดตรงที่ผู้กระทำพยายามทำให้ผู้บริโภคหรือผู้รับข้อความ<sup>60</sup> หรือ ถ้อยคำเข้าใจผิดไปจากความจริง แต่แตกต่างกันตรงที่การทำให้เข้าใจผิดเป็นการอ้างหรือกล่าวเท็จในสินค้าหรือบริการของตัวเอง แต่ขณะที่การให้ร้ายผู้อื่นเป็นการกล่าวอ้างหรือแสดงเท็จซึ่งให้ร้ายเกี่ยวกับคู่แข่งและสินค้าหรือบริการของคู่แข่ง ดังนั้นการให้ร้ายคู่แข่งจึงเป็นการกระทำที่มุ่งไปยังคู่แข่งทางการค้าโดยตรง

<sup>60</sup> WIPO, Protection Against Unfair Competition Analysis of the Present World Situation., pp.



### ลักษณะของการให้ร้ายคู่แข่ง

ลักษณะของการให้ร้ายคู่แข่งสามารถแบ่งพิจารณาออกเป็นหัวข้อดังนี้

ก. ต้องเป็นการกระทำโดยตรงต่อคู่แข่งรายหนึ่ง ๆ หรือจำพวกหนึ่ง ซึ่งการให้ร้ายดังกล่าวไม่จำเป็นต้องระบุชื่อของคู่แข่ง หากผู้รับถ้อยคำหรือข้อความเข้าใจโดยง่ายว่าหมายถึงคู่แข่งรายใดหรือโดยสถานการณ์ตลาดก็รู้ได้ว่าเป็นคู่แข่งรายใด ๆ ก็จัดว่าเข้าลักษณะของการให้ร้ายคู่แข่งแล้ว

ข. การให้ร้ายต้องกระทำต่อคู่แข่งดังที่กำหนดไว้โดยตรงในมาตรา 10 ทวิ (3) 2 ของอนุสัญญากรุงปารีสซึ่งประเทศต่าง ๆ จึงกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลยว่าจะต้องมีลักษณะความสัมพันธ์ในทางที่เป็นคู่แข่งกัน แต่ในบางประเทศเรื่องนี้ไม่ถือเป็นเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองโดยถือว่านอกจากคู่แข่งในทางการค้าแล้ว องค์กรของผู้บริโภคและสื่อต่าง ๆ ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ใช้ข้อความหรือคำพูดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายใด ๆ<sup>61</sup> ประเทศที่ให้การคุ้มครองอย่างกว้างนี้ได้แก่ ประเทศเบลเยียม สวีเดน และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

### ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการวิจัยพบว่า การเยียวยาความเสียหายในกรณีของการทำให้คู่แข่งเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นปรากฏทั้งในหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ และกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวเป็นลำดับดังนี้

1. การคุ้มครองตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์
- การคุ้มครองจากการทำให้คู่แข่งเสื่อมเสียชื่อเสียงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

#### 1.1 Defamation

หลักกฎหมายละเมิดของคอมมอนลอว์ในเรื่อง defamation ให้การคุ้มครองแต่ชื่อเสียงของบุคคลหรือธุรกิจจากการสื่อสารซึ่งมุ่งที่จะทำให้ชื่อเสียงหรือธุรกิจนั้นเสื่อมค่าลงในสายตาของผู้บริโภค

defamation ประกอบด้วยการทำละเมิด 2 ลักษณะ<sup>62</sup> คือ libel และ slander ซึ่ง slander เป็นกรณีของการสบประมาท หรือ ดูหมิ่นโดยที่ข้อความนั้นไม่ติดอยู่ถาวร ซึ่งปกติจะ

<sup>61</sup> Ibid., pp. 46.

<sup>62</sup> Charles R. Mc manis, *Unfair Trade Practices in a Nutshell*, pp. 332.

เกิดจากการพูด ในขณะที่ libel เป็นกรณีการสบประมาทหรือดูหมิ่น โดยการเขียนหรือวิธีการอื่น ๆ ซึ่งปรากฏออกมาค่อนข้างถาวร ทั้งนี้ศาลคอมมอนลอว์สันนิษฐานว่าการทำ libel นั้นสามารถก่อความเสียหายได้มากกว่าจึงไม่ต้องการ การพิสูจน์ความเสียหายเป็นพิเศษ (special damage) ดังเช่น ความเสียหายเป็นตัวเงิน ในขณะที่การทำละเมิดในเรื่อง slander ต้องการการพิสูจน์ความเสียหายเป็นพิเศษยกเว้นเฉพาะในกรณีของการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงในเรื่องธุรกิจของบุคคลอื่นโดยตรง ซึ่งหลักกฎหมายคอมมอนลอว์สันนิษฐานว่าก่อให้เกิดความเสียหายอยู่แล้ว

ในการพิสูจน์การกระทำผิด defamation นั้น ผู้ถูกระทำไม่ต้องพิสูจน์ถึงความเป็นเท็จของการพูดหรือข้อความนั้น แต่ผู้กระทำมีภาระจะต้องพิสูจน์ว่าข้อความที่ตนพูดหรือได้กระทำนั้นเป็นความจริง เชื่อว่าเป็นความจริง ซึ่งหากผู้กระทำพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ได้ก็ต้องรับผิดไม่ว่าผู้ถูกระทำจะเสียหายจริงหรือไม่ หรือกระทำไปเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะก็ตาม กล่าวคือศาลจะบังคับให้แม้ว่าผู้กระทำจะไม่มีเจตนาร้ายก็ตาม

เจตนาร้าย (actual malice) ก็ได้แก่<sup>63</sup> ความตั้งใจให้เกิดความเสียหาย หรือรู้ถึงความเป็นเท็จของข้อความ หรือละเลยไม่คำนึงถึงความเป็นเท็จในข้อความนั้นซึ่ง โดยปกติศาลที่ใช้หลักคอมมอนลอว์จะกำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการรับผิดของจำเลย

สำหรับกรณีการทำ libel หรือ slander ในเรื่องคุณภาพ หรือคุณค่าของสินค้า หรือบริการผู้อื่นนั้น อาจไม่ถือเป็นการทำผิด defamation ในทุกกรณี ศาลจะถือว่าเป็น defamation ต่อเมื่อเกี่ยวข้องกับการดูหมิ่น หรือทำให้เจ้าของสินค้าหรือบริการนั้นเสื่อมเสียชื่อเสียงโดยตรง<sup>64</sup> โดยถือว่าการทำ libel หรือ slander ในเรื่องคุณภาพ หรือ คุณค่าของตัวสินค้า หรือบริการเป็นเพียงประเด็นหนึ่งในการพิจารณาความผิด defamation ต่อชื่อเสียงของเจ้าของสินค้า หรือบริการ ซึ่งกรณีของการทำ libel หรือ slander ในเรื่องคุณภาพ หรือคุณค่าของสินค้า หรือ บริการโดยไม่กระทบต่อชื่อเสียงของผู้ผลิตนั้นจะเป็นกรณีของ disparagement ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

## 1.2 Disparagement

Disparagement เป็นการกล่าวเท็จในคุณภาพ หรือคุณค่าของสินค้า หรือบริการดังได้กล่าวมาแล้วโดยอาจจะเกิดจากวิธีการใด ๆ ก็ได้ เช่น การเขียน การพูด การ กระทำ แต่จะต้องไม่ใช่เป็นเพียงการกล่าวเปรียบเทียบธรรมดา เช่นว่า สินค้าของผู้พูดคุณภาพดีกว่าของบุคคลนำมาอ้างถึง หรือการกล่าวเท็จในสินค้าของผู้อื่นเสื่อมค่าลง โดยไม่รุนแรงซึ่งผู้รับ

<sup>63</sup> ศาลสูงสหรัฐวางหลักไว้ในคดี New Your Times V. Sullivan (1964), 376 U.S. 254 (1964).

<sup>64</sup> Ibid., pp.



สารเป็นส่วนน้อยเท่านั้นที่จะเชื่อถืออย่างจริงจัง แต่ต้องเป็นการให้มุ่งให้ข้อมูลแต่ผู้ฟังหรือมีความหมายโดยนัยจากการพูดหรือแสดงข้อความนั้นว่ามีข้อมูลที่ส่งเสริมข้อกล่าวอ้าง นั้น<sup>65</sup>

ในการกระทำ disparagement ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาร้าย(actual malice) คือจะต้องมุ่งให้ผู้ถูกระทำเสียหายกระทำโดยรู้ว่าจะเกิดความเสียหายหรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นการกระทำโดยไม่ไตร่ตรองว่าจะมีผลกระทบต่อผู้ถูกระทำ และผู้ถูกระทำเกิดความเสียหายเป็นต้น

สำหรับการพิสูจน์ว่าผู้กระทำมีความผิดหรือไม่นั้น ส่วนใหญ่แล้วจะถือว่าโจทก์เป็นผู้มีภาระพิสูจน์ว่าคำพูดหรือการกระทำของจำเลยที่กล่าวอ้างขึ้นนั้นเป็นเท็จตลอดจนพิสูจน์ความเสียหายเป็นพิเศษ ดังเช่น พิสูจน์ว่าตนสูญเสียลูกค้าไปเป็นจำนวนแน่นอนเท่าใดเนื่องจากภาระการพิสูจน์ซึ่งเข้มงวด โจทก์จึงมักไม่ได้รับการชดเชยความเสียหาย ทำให้โจทก์มักพยายามกล่าวอ้างว่าลักษณะการกระทำของจำเลยเป็นกรณีของ defamation

## 2. การคุ้มครองโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

### 1. Lanham Act

มาตรา 43(a) ของ Lanham Act ห้ามมิให้บุคคลอ้าง หรือ แสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ หรือ ทำให้เข้าใจผิดในการโฆษณาหรือส่งเสริมการขายในทางการค้า ในเรื่องของลักษณะ, คุณภาพ, แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า บริการ หรือ กิจกรรมทางการค้าของบุคคลอื่น

บทบัญญัตินี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการคุ้มครองเรื่องการให้ร้ายคู่แข่งชั้นตามหลักการของคอมมอนลอว์อยู่มาก แต่ก็มีลักษณะที่แตกต่างกันดังนี้

1. บทบัญญัตินี้เกี่ยวข้องกับเฉพาะในกรณีของการให้ร้ายผู้อื่นในเชิงการค้าเท่านั้น ในขณะที่ตามหลักการของหลักคอมมอนลอว์จะให้การคุ้มครองรวมไปถึงกรณีของการให้ร้ายบุคคลอื่นทั่ว ๆ ไปด้วย

2. มาตรา 43 (a) ไม่ได้กำหนดให้ต้องแสดงเจตนาของจำเลยในการให้ร้าย

3. การขอให้ศาลออกคำสั่งห้ามการกระทำของจำเลย โจทก์ไม่ต้องแสดงถึงความเสียหายเป็นพิเศษเพียงแต่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นผลมาจากการแสดงเท็จของจำเลยก็เพียงพอแล้ว โจทก์ต้องแสดงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (actual loss) ในกรณีของการคิดค่าชดเชยความเสียหาย

<sup>65</sup> Margreth Barrett, *Intellectual Property*, pp. 121.

ในกรณีที่ศาลซึ่งทำการพิพากษาเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 43(a) นี้ไม่ครอบคลุมในกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างโจทก์กับจำเลยศาลจะนำเอาหลักคอมมอนลอว์มาปรับใช้ร่วมด้วย แต่หลักคอมมอนลอว์ดังกล่าวจะเป็นหลักคอมมอนลอว์ทั่วไปมิใช่หลักคอมมอนลอว์ของรัฐนั้น ๆ

## 2. The Federal Trade Commission Act

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า The Federal Trade Commission เป็นองค์กรของสหพันธรัฐที่มุ่งให้ความคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายแก่มหาชนโดยอาศัยอำนาจของ The Federal Trade Commission Act ซึ่งให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ และตรวจสอบการกระทำอันเป็นเท็จซึ่งมีผลกระทบต่อการค้า และ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหมือนกับกรณีการทำให้เข้าใจผิดทุกประการ

### ประเทศสวีเดน

กำหนดไว้ในมาตรา 3 ของ Federal Law on Unfair Competition<sup>66</sup> ให้การกระทำของบุคคลใด ๆ เป็นการกระทำที่ถือเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหากกระทำทำให้ร้ายบุคคลอื่น สินค้า งาน บริการ ราคา สภาพการณ์ทางธุรกิจของบุคคลอื่น โดยไม่ถูกต้องตามความจริง

ผู้ได้รับความเสียหาย หรือ น่าจะได้รับความเสียหายจากการเสียลูกค้า เสียความน่าเชื่อถือ ตลอดจนชื่อเสียงและผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือเศรษฐกิจสามารถร้องขอต่อศาลให้ห้ามมิให้มีการกระทำนั้นต่อไปและบรรเทาความเสียหายจากการกระทำนั้น เช่นเดียวกับกรณีของการก่อให้เกิดความสับสนและการทำให้เกิดความเข้าใจผิด

### 2.4 การแสวงหาประโยชน์จากความสำเร็จของผู้อื่นโดยมิชอบ (Taking Undue Advantage of Another's Achievement "Free Riding")

การแสวงหาประโยชน์จากความสำเร็จของบุคคลอื่นโดยมิชอบ หมายถึง การกระทำของกลุ่มแข่งขันที่มีเจตนาจะแสวงหาประโยชน์โดยตรงจากความสำเร็จทางด้านอุตสาหกรรม หรือ

<sup>66</sup> the Federal Law on Unfair Competition

Section 3 "Shall be deemed to have committed an act of unfair competition, anyone who, in particular,

(a) disparages another person, his goods, his works, his services, his prices or his business circumstances by incorrect, misleading or needlessly injurious statement,"



ทางพาณิชย์มาใช้กับธุรกิจของตนเองโดยไม่ได้กระทำอะไรให้แตกต่างจากสินค้าหรือบริการที่เอามาแสวงหาประโยชน์อย่างเพียงพอ

สิ่งที่นำมาวัดความสำเร็จในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจก็คือ การเป็นที่รู้จักของผู้บริโภคและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในตลาดทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นผู้ค้าย่อย ผู้ผลิตวัตถุดิบหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ และสิ่งที่ทำให้สินค้าหรือบริการสื่อถึงคนเหล่านี้ได้อย่างรวดเร็วก็คือ สิ่งชี้เฉพาะ (indications) ตลอดจนเทคนิคทางการตลาดต่าง ๆ ดังนั้นสิ่งเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่คู่แข่งในตลาดจะนำมาใช้ประโยชน์ให้กับธุรกิจของตนเองซึ่งเหตุการณ์นี้เป็นเรื่องปกติในตลาดการค้าแบบเสรี แต่หากเมื่อใดที่การนำมาใช้ประโยชน์นั้นไม่ปรากฏว่ามีความพยายามที่จะทำให้แตกต่างจากสินค้า หรือบริการที่ประสบความสำเร็จอย่างเพียงพอ การกระทำนั้นก็อาจถูกจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งในบางครั้งการป้องกันการแสวงหาประโยชน์เหล่านี้อาจอยู่ในรูปแบบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเฉพาะด้านอยู่แล้ว ดังเช่น กฎหมายคุ้มครองการออกแบบผลิตภัณฑ์ เป็นต้น แต่หากเมื่อใดที่กฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์พิเศษใด ๆ อันเนื่องมาจากความจำกัดของบทบัญญัติกฎหมายการใช้หลักการของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็จะเข้ามามีบทบาท<sup>67</sup>

หากพิจารณาจากความหมายดังกล่าวข้างต้น การแสวงหาประโยชน์จากความสำเร็จของบุคคลอื่นโดยมิชอบนั้นจะประกอบด้วยปัจจัยที่สำคัญ 2 ประการ คือ การใช้ความพยายามของตนเองเพื่อให้ธุรกิจของตนเองนั้นต้องแตกต่างจากของบุคคลที่ประสบความสำเร็จ กล่าวคือระดับความแตกต่างของสิ่งชี้เฉพาะและตัวสินค้าการตลาดต่าง ๆ เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณา อีกประการหนึ่งคือต้องเป็นสถานการณ์พิเศษ (specific circumstance) ที่เฉพาะเจาะจงจึงจะถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ซึ่งสถานการณ์พิเศษบางอย่างได้รับการยอมรับทั่วไปว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเสมอ ดังเช่น การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (causing confusion) และการทำให้เข้าใจผิด (misleading)<sup>68</sup> แต่นอกจากนี้แล้วในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากความสำเร็จของผู้อื่นโดยมิชอบมักจะไม่มีกำหนดความหมายของคำว่าสถานการณ์พิเศษเฉพาะเจาะจงไว้แต่ให้ศาลเป็นผู้พิจารณา トラบจนปัจจุบันสถานการณ์เฉพาะบางสถานการณ์ได้พัฒนาจนเป็นที่ยอมรับทั่วไป เช่น การลดทอนการบ่งถึงความแตกต่างด้าน

<sup>67</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition: analysis of the present world situation*, pp. 55.

<sup>68</sup> *Ibid*, pp. 56.

คุณภาพหรือคุณค่าในการโฆษณาของเครื่องหมาย, การแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบ, การเลียนแบบโดยไม่มี การสร้างสรรค์ (Slavish Imitation) ซึ่งจะแสดงเป็นลำดับดังนี้

#### 2.4.1 การลดทอนความแตกต่างของคุณภาพหรือคุณค่าในการโฆษณาของเครื่องหมาย (Dilution of the Distinctive Quality or Advertising Value of a Mark)

โดยปกติการใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการซึ่งจดทะเบียนหรือได้ลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ (secondary meaning) ในสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันสิ้นเชิงและไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนจะไม่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ รวมทั้งไม่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทของการก่อให้เกิดความสับสน (causing confusion) แต่โดยเหตุที่การใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายคลึงในสินค้าหรือบริการซึ่งแม้ว่าจะแตกต่างกันจนไม่เกิดความสับสนขึ้นแต่ก็สามารถที่จะค่อย ๆ เลื่อมทอนความสามารถในการสื่อ (associated) กับผู้บริโภคหรือสาธารณชนทั่วไปของเครื่องหมายจนก่อให้เกิดผลเสียหาย<sup>69</sup> หลายประการทำให้หลายประเทศมีการคุ้มครองในเรื่องนี้ ความเสียหายเหล่านั้นยกตัวอย่างเช่น<sup>70</sup>

- ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายลดลงทีละน้อย

การใช้เครื่องหมายในสินค้าหรือบริการหลาย ๆ อย่างทำให้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายลดลง หรือเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมได้ ดังเช่น ผู้บริโภคคุ้นเคยกับเครื่องหมายซึ่งสื่อถึงคุณภาพที่ดีของสินค้าการที่บุคคลอื่นใช้กับสินค้าอื่นซึ่งคุณภาพไม่ดีอาจทำให้ลักษณะบ่งเฉพาะในการสื่อกับผู้บริโภคนั้นเปลี่ยนแปลงไปหรือก่อให้เกิดความลังเลในการตัดสินใจซื้อว่าจะมีลักษณะบ่งเฉพาะตามที่ต้องการหรือไม่

- การสูญเสียความเป็นเอกลักษณ์ของเครื่องหมาย

โดยปกติเครื่องหมายจะมีเอกลักษณ์หรือลักษณะเด่นซึ่งผู้บริโภคสามารถใช้บ่งถึงเครื่องหมายของสินค้าที่แตกต่างกันได้ การใช้ลักษณะเด่นหรือเอกลักษณ์ของเครื่องหมายของผู้อื่นก็จะก่อให้เกิดการแพร่กระจายของลักษณะเด่นหรือเอกลักษณ์ไป

<sup>69</sup> C.R.M., *Unfair trade practice in a nutshell*, pp. 187.

<sup>70</sup> Miles J. Alexander, "Change in a lifetime seventy-five years to Acceptance of Trademarks as a valuable Intellectual Property Right," (New York : Weiss David Fross Zelnick & Lehrman, p.c., 1988), pp.65.



- การเสื่อมค่าและเสื่อมภาพพจน์ของเครื่องหมาย

หากผู้ใช้เครื่องหมายโดยไม่ได้รับอนุญาตใช้เครื่องหมายกับสินค้าหรือบริการที่ด้อยคุณภาพ เครื่องหมายดังกล่าวย่อมเสื่อมค่าลง ทั้งยังส่งผลกระทบต่อภาพพจน์ที่ดีของเครื่องหมายการค้าในความจดจำของผู้บริโภคด้วย

ความหมายการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายจากลักษณะการก่อให้เกิดความเสียหายข้างต้นอาจสรุปได้ว่าการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายเป็นความเสียหายอันเกิดจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าในทุกกรณีระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้ที่มีใช้คู่แข่งทางการค้า ความเสียหายดังกล่าวจะวัดจากการที่หน้าที่ในการบ่งเฉพาะของเครื่องหมายลดลง (whittling away) หรือลักษณะเด่นเฉพาะของเครื่องหมายการค้ามีการแพร่กระจาย (dispersion) รวมตลอดถึงความเข้าใจของสาธารณชนเกี่ยวกับเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าอันเกิดจากการนำเอาเครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายไปใช้กับสินค้าที่ไม่ได้แข่งขันในตลาดกับสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายโดยตรง โดยยิ่งเครื่องหมายมีลักษณะที่เฉพาะหรือมีความเป็นเอกภาพมากเท่าใดความสำคัญของสาธารณชนเกี่ยวกับเครื่องหมายก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น และมีความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองจากการทำให้เสื่อมค่า (vitiation) หรือการหลุดจากภาพพจน์ (disassociation) ของเครื่องหมายจากสินค้าหรือบริการบางชนิดที่ใช้กับเครื่องหมายก็มากขึ้นตามไปด้วย<sup>71</sup>

จุดมุ่งหมายของการให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ก็คือการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเครื่องหมายที่มีความโดดเด่นแตกต่างจากเครื่องหมายอื่น (uniqueness)<sup>72</sup> เพื่อให้เครื่องหมายสามารถทำหน้าที่ในการบ่งชี้ตัวสินค้าคุณภาพของสินค้าตลอดจนหน้าที่ในการโฆษณาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังแนวคิดในการคุ้มครองเรื่องนี้ประกอบด้วย 2 ทฤษฎีคือ<sup>73</sup>

(1) ทฤษฎีการนำไปใช้อันอาจจะก่อให้เกิดการเสื่อมทอน (Dilution Doctrine)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงหรือเป็นที่รู้จักแพร่หลายโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง มีสิทธิที่จะห้ามบุคคลอื่นมิให้กระทำ

<sup>71</sup> Ibid., pp. 97.

<sup>72</sup> WIPO, *Protection against unfair competition : analysis of present world situation.*, pp. 57.

7 ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาลย์, *วิทยานิพนธ์เรื่องการค้าคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า*, หน้า 110.

การอันจะทำให้เครื่องหมายการค้าของตนต้องเสื่อมลง แม้จะไม่ปรากฏว่ามีความสับสนหลงผิดในความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าก็ตาม

(2) ทฤษฎีการขยายขอบเขตความน่าจะเป็นที่จะเสื่อมลง (Likelihood of Expansion)

ทฤษฎีนี้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในการปกป้องสิทธิของตนจากธุรกิจหรือการค้าใด ๆ ที่สาธารณชนอาจจะนึกเกี่ยวข้องเข้ากับธุรกิจของตน ซึ่งการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองจะขึ้นอยู่กับความคาดหมายของผู้บริโภคซึ่งเป็นวิญญูชนว่าสามารถคาดเดาได้หรือไม่ว่าผู้ผลิตอาจจะเกี่ยวข้องในธุรกิจนั้น ๆ ซึ่งหากคาดหมายได้ก็จะขยายการให้ความคุ้มครอง

การคุ้มครองเครื่องหมายจากการลดทอนนี้มีการพัฒนาามากที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแนวความคิดในการคุ้มครองเกิดขึ้นครั้งแรกโดยการกล่าวของ Frante I Schechter<sup>74</sup> แม้ว่าจะไม่ได้เป็นการกล่าวถึงหัวข้อเรื่องการลดทอน (dilution) โดยตรงก็ตาม<sup>75</sup>

“The preservation of the uniqueness of a trademark should constitute the only rational basis for its protection.”

เหตุผลพื้นฐานเพียงอย่างเดียวในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าควรจะเป็นการรักษาไว้ซึ่งความโดดเด่นเป็นหนึ่งสิ่งเดียวของเครื่องหมาย

จากคำกล่าวของSchechter นี้กลายเป็นแนวคิดที่พัฒนาขึ้นทีละน้อยจนรวมอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตาม the Model State Trademark Act (U.S.T.A. 1965) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 12<sup>76</sup> มีหลักการว่า ในกรณีที่มีความน่าจะเป็นเสียหายในชื่อเสียงของธุรกิจหรือการเสื่อมทอนของลักษณะบ่งเฉพาะของคุณภาพของเครื่องหมายจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้ หรือสิ่งที่ถือว่าเป็นเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ อาจ

<sup>74</sup> แต่ก่อนนั้นศาลไม่ได้ใช้หลักนี้ในการพิจารณาแต่ก็มีศาลจำนวนเล็กน้อยที่ใช้แนวคิดเรื่องการเสื่อมทอนบ้าง แต่ไม่ใช่หลักการนี้โดยตรง เช่นคดี Wall v. Rools-Royes of America, 4F.2d 333 (3dCir.1925), Eastman Photographic Material Co. v. Kodak Cycle. No., 15 R.P.C 105 (1898), คดี Stork Restaurant, Inc. v. Sahati, 166 F.2d348 (9th Cir. 1984).

<sup>75</sup> The Rational Basic of Trademark Protection, 40 Harv. L. Rev. 813 (1927) cited by Beverly W. Pattishall David C. Hilliard and Joseph Nye WelchII, Trademark and Unfair Competition (Matthew Bender & Co., Inc.newyork : 1994), pp. 337

<sup>76</sup> Section 12 “Likelihood of injury to business reputation or of dilution of the distinctive quality of a mark registered under this Act, or a mark valid a common law, or a trade name valid at common law, shall be a ground for injunction relief notwithstanding the absence of competition between the parties of the absence of confusion as to the source of goods or services.”



จะร้องขอให้มีการคุ้มครองความเสียหายได้ แม้ว่าในกรณีเช่นนั้นจะไม่ปรากฏว่ามีการแข่งขันทางการค้าระหว่างทั้ง 2 ฝ่ายหรือไม่ปรากฏว่าการสับสนในแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการก็ตาม

ในอดีตนั้นศาลตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างแคบมากอันเนื่องมาจากการไม่ยอมรับแนวคิดอันนี้และค่อย ๆ ได้รับการยอมรับจนกระทั่งปัจจุบันมตรัฐที่ยอมรับบทบัญญัตินี้มีมาก 3 ใน 5 ของจำนวนมตรัฐทั้งหมดของสหรัฐอเมริกา<sup>77</sup> แต่โดยเหตุที่ศาลมีบทบาทอย่างสูงในการปรับใช้กฎหมายกับคดี ดังนั้นลักษณะของการพิจารณาจึงแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับแนวความคิดของศาลซึ่งแนวความคิดของศาลในเรื่องนี้แบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ<sup>78</sup>

#### 1) การตีความแบบเสรีนิยม (The liberal interpretation)

ตามแนวคิดนี้การมีคำสั่งบรรเทาความเสียหายนั้นจะต้องเป็นเหตุการณ์ที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งคือ (1) การทำให้ความโดดเด่นเป็นหนึ่งเดียว (uniqueness) ของเครื่องหมายลดน้อยลง (2) การทำให้เครื่องหมายเกิดความมัวหมอง (tarnishment) และ (3) การทำให้เครื่องหมายเสื่อมคุณค่าโดยการก่อให้เกิดความสับสน

##### (1) การทำให้ความโดดเด่นเป็นหนึ่งเดียวลดน้อยลง

ในกรณีนี้โจทก์จะต้องมีเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่มีความมั่นคงมาก (strong mark) ซึ่งประชาชนสามารถนึกเชื่อมโยง (associates) ถึงโจทก์ว่าเป็นแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ได้เป็นอย่างดี โดยที่การกระทำของจำเลยนั้นไม่ได้มีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดขึ้นอันเนื่องมาจากการใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้านั้นใช้กับสินค้าหรือบริการที่ไม่คล้ายคลึงกับของโจทก์ กล่าวคือสาธารณชนไม่น่าจะสับสนหลงผิดว่าสินค้าหรือบริการของโจทก์กับจำเลยมีแหล่งที่มาที่เดียวกัน เพียงแต่ได้ทำให้การนึกเชื่อมโยงระหว่างเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้ากับตัวโจทก์ของประชาชนลดน้อยลงหรือถูกเสื่อมทอนลง ศาลก็จะบังคับให้เพื่อบรรเทาการเสื่อมทอนของความแตกต่าง (distinctiveness) ความเป็นหนึ่งเดียวและมีประสิทธิภาพของเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าของโจทก์

##### (2) การทำให้เครื่องหมายเกิดความมัวหมอง

ตามหลักการนี้การใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าที่คล้ายคลึงกับโจทก์นั้นเป็นการใช้ในทางที่ทำให้อาจจะเกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของธุรกิจของโจทก์ได้ ดังเช่น การใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าในทางที่ไม่ดีหรือทำให้ภาพพจน์ว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีคุณภาพดีสูญเสียไป

<sup>77</sup> Beverly W. Pattishall, *Trademarks and Unfair Competition*, pp. 337.

<sup>78</sup> Margreth Barrett, *Intellectual Property*, pp. 113.

ตัวอย่างของการใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าในทางเสื่อมเสียเช่นคดี Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. กับ Pussycat Cinema Ltd.<sup>79</sup> เป็นกรณีที่จำเลยซึ่งเป็นผู้สร้างหนังเรทเอ็กซ์ (X-rated) ได้ให้ผู้แสดงหญิงสวมใส่เสื้อผ้าซึ่งเป็นเครื่องแบบของเชียร์ลีดเดอร์ดัลลัส คาวบอย ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัทเชียร์ลีดเดอร์ดัลลัส คาวบอยเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือดังเช่น คดีระหว่าง Coca-Cola กับ Gemini Rising Inc.<sup>80</sup> ซึ่งจำเลยใช้โปสเตอร์โฆษณาว่า Enjoy Cocaine ของจำเลยใช้ตัวอักษรคล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้า Coca-Cola ของโจทก์มาก ศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยอาจก่อให้เกิดความโน้มน้าวในเชิงตำหนิสินค้าโจทก์และก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงทางธุรกิจของโจทก์

สำหรับตัวอย่างของการทำให้ภาพพจน์ว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีคุณภาพดีต้องเสื่อมเสียไป ตัวอย่างเช่น คดี Steinway & Sons กับ Demars & Friends ซึ่งจำเลยใช้เครื่องหมาย Steinway บนหูหิ้วของกระป๋องเบียร์ โจทก์ซึ่งเป็นผู้ใช้เครื่องหมาย Steinway กับสินค้าเปียโนมาอย่างยาวนานฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้บรรเทาความเสียหายอันเนื่องมาจากจำเลยใช้เครื่องหมายของโจทก์ในสินค้าซึ่งทำให้การบ่งชี้ถึงคุณภาพและความมีเกียรติของเครื่องหมายต้องสูญเสียไป

### (3) การทำให้เครื่องหมายเสื่อมเสียคุณค่าโดยการทำให้เกิดความสับสน

การตีความบทบัญญัติในกรณีที่ 3 นี้เป็นกรณีที่จำเลยได้ใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับโจทก์และเป็นเหตุให้น่าจะเกิดความสับสนหลงผิดแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้าว่ามาจากแหล่งเดียวกัน ซึ่งกรณีนี้มีขอบเขตที่เข้าซ้อนกับความผิดเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า และการลวงขาย (passing off) ตามหลักคอมมอนลอว์และศาลยอมรับการเข้าซ้อนนี้โดยให้เหตุผลว่า เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องการลดทอนคุณค่านั้นมักกำหนดว่าให้มีคำสั่งบรรเทาความเสียหายแม้ว่าจะไม่มีการแข่งขันโดยตรงระหว่างกันและแม้ว่าจะไม่มีการแข่งขันโดยตรงระหว่างกันและแม้ว่าจะไม่ได้เกิดความสับสนหลงผิดขึ้นก็ตาม ดังนั้นเท่ากับชี้ให้เห็นว่าหากมีการแข่งขันระหว่างกันและได้ก่อความสับสนหลงผิดขึ้นก็เป็นเรื่องลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายเช่นกัน

## 2) การตีความแบบอนุรักษ์นิยม (The conservative interpretation)

<sup>79</sup> Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200 (2nd Cir. 1979), 188.

<sup>80</sup> Coca-Cola. v. Gemini Rising, Inc., 346 F.Supp. 11833 (D.C.N.Y. 1972), 188.



ตามแนวคิดนี้การกระทำที่เป็นการเสื่อมทอนจะต้องเป็นการใช้เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าคล้ายคลึงกับของโจทก์อย่างมากในขณะที่ตัวสินค้าหรือบริการแตกต่างกันมากจนไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งที่มา (source) ของสินค้าหรือในเรื่องการสนับสนุน (sponsorship) แต่หากสินค้าหรือบริการนั้น คล้ายคลึงกันมากก็จะนำเรื่องการลวงขาย (passing off) และกฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามาใช้ในการพิจารณา

นอกจากนี้ในการพิจารณาการเยียวยาความเสียหายจากการทำให้เกิดการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายยังอาจมีความแตกต่างในเรื่องความมีชื่อเสียงกล่าวคือ แม้ว่ากฎหมายของรัฐต่าง ๆ จะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะมากเพียงพอหรือมีชื่อเสียง (“strong” or “celebrated”) แต่ผู้พิพากษาจำนวนไม่น้อยเห็นว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้านั้นต้องมีชื่อเสียงพอสมควรจึงจะได้รับการบรรเทาความเสียหาย ยกตัวอย่างเช่น

คดี *Miss Universe, Inc. v. Patriceli*, 753 F. 2d 235 (2d.Cir.1985) ศาลตัดสินว่าเครื่องหมาย Miss U.S.A ไม่มีชื่อเสียงมากเพียงพอที่จะถูกเสื่อมทอนจากเครื่องหมาย Miss VENUS U.S.A.

คดี *Oxford Industries, Inc. v. JBJ Fabrics, Inc.*, 6.U.S.P.O. 2d 1756 (S.D.N.Y. 1988) ศาลพิจารณาว่า คำว่าเครื่องหมาย “JBJ” ไม่มีชื่อเสียงมากเพียงพอที่จะถูกเสื่อมทอนและเช่นเดียวกันถึงแม้ว่าในบทบัญญัติกฎหมายจะมีได้กล่าวถึงการคุ้มครองในสโลแกน (slogan) หรือ โลโก้ (logo) ของสินค้าและบริการแต่ในบางครั้งศาลอาจให้ความคุ้มครองในเรื่องเหล่านี้ด้วย ยกตัวอย่างเช่น

คดี *Chemical Corp. of America v. Anheuser-Bush, Inc.*, 306 F. 2d 433 (5th Cir. 1962), 187 ศาลตัดสินว่าการที่บริษัทผู้ผลิตเวกซ์สำหรับฆ่าแมลงใช้สโลแกนว่า “There’s Life . . . There’s Bugs” คล้ายคลึงกับสโลแกนของเบียร์ Budweiser ซึ่งใช้สโลแกนว่า “Where There’s life . . . There’s Bud.” นั้นเบียร์ Budweiser ได้รับการเยียวยาความเสียหายเนื่องจากสาธารณชนอาจมีการนึกเชื่อมโยงความคิดในทางที่ไม่ดีระหว่างคำว่า “bugs” กับ “Bud”

คดี *American Dairy Queen Corp. v. ROT Inc.*, 16 U.S.P.Q. 2d 1077 (N.D.Ill. 1990) ศาลพิจารณาว่าสโลแกน “WE TREAT YOU RIGHT” ของร้านอาหารแบบบริการด่วนไม่มีชื่อเสียงมากเพียงพอที่ออกคำสั่งบรรเทาความเสียหายก่อนคำพิพากษา (premarily relief) อันเนื่องมาจากการใช้ที่บริษัทผู้ให้เช่าอุปกรณ์ทีวีและเครื่องเสียงใช้สโลแกนเดียวกันนั้นกับกิจการของตน

คดี Ct. Dreyfus Fund v. Royal Bank of Canada, 525 F. Supp. 1108 (S.D.N.Y. 1981) ศาลตัดสินให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้ใช้สัญลักษณ์ (logo) “lion” ที่มีชื่อเสียงได้รับการบรรเทาความเสียหายจากการที่จำเลยใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวในวงการธุรกิจการเงินเหมือนกัน

ร่าง The Restatement of Unfair Competition (No. 2, March 23, 1990)<sup>81</sup> กำหนดเรื่องการคุ้มครองจากการเสื่อมทอนไว้ดังนี้

- (1) One who uses the trademark, trade name, collective mark, or certification mark of another may be subject to liability without proof of a likelihood of confusion only under an applicable antidilution statute. An actor is subject to liability under such a statute if, as a designation to identify its own goods, services, or business, the actor:
  - (a) uses a designation that resembles the highly distinctive trademark, trade name, collective mark, or certification mark of another in a manner likely to cause a reduction in the distinctiveness of the other's mark ; or.
  - (b) uses a designation that resembles the trademark, trade name, collective mark, or certification mark of another and the nature of the actor's goods, services, or business, or the nature of the actor's use, is likely to cause prospective purchasers to associate the actor's and the other's goods, services, businesses, or marks in a manner that disparages the other's goods, services, or business or tarnishes the images associated with the other's mark.
- (2) One who uses a designation that resembles the trademark, trade name, collective mark, or certification mark of another, not as a designation to identify the actor's own goods, services, or business, but instead to comment on, criticize, ridicule, parody, or disparage the other or the other's goods, services, business, or mark, is subject to liability without proof of a likelihood of confusion only if the actor's conduct meets the requirements of a cause of action for defamation, or invasion of privacy, or injurious falsehood.

---

<sup>81</sup> Cited by Beverly W. Pattishall, *Trademarks and Unfair Competition*, pp. 353.



บทบัญญัติของร่างกฎหมายดังกล่าวมีใจความสำคัญดังนี้

(1) บุคคลผู้ที่ใช้เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า เครื่องหมายชุด เครื่องหมายรับรองของบุคคลอื่น ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติในเรื่องการเสื่อมทอนหากว่า

(ก) ได้ใช้สิ่งบ่งเฉพาะเหล่านั้นเหมือนกับเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า เครื่องหมายชุดรับรองของบุคคลอื่นซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะสูงเป็นพิเศษในลักษณะที่อาจจะเป็นเหตุให้ลักษณะบ่งเฉพาะเหล่านั้นลดน้อยลง

(ข) ใช้สิ่งบ่งเฉพาะเหมือนกับเครื่องหมายการค้า, ชื่อทางการค้า เครื่องหมายชุดหรือเครื่องหมายรับรองของบุคคลอื่น และธรรมชาติของสินค้า บริการหรือลักษณะธุรกิจของผู้กระทำตลอดจนลักษณะการใช้สิ่งบ่งเฉพาะเหล่านั้นน่าจะก่อให้เกิดผู้บริโภคเชื่อมโยงสินค้า บริการ ธุรกิจหรือเครื่องหมายของผู้กระทำเข้ากับของผู้อื่นในลักษณะที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงแก่สินค้าหรือบริการหรือธุรกิจของบุคคลอื่น หรือทำให้ภาพพจน์ของเครื่องหมายของบุคคลอื่นมัวหมอง

(2) บุคคลผู้ที่ใช้สิ่งบ่งเฉพาะเหมือนกับเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า เครื่องหมายชุด เครื่องหมายรับรองของผู้อื่นในลักษณะของการนำมาวิจารณ์ ล้อเลียน ทำให้เสียชื่อเสียงโดยมิได้นำมาใช้เป็นสิ่งบ่งเฉพาะของตน ต้องรับผิดชอบโดยไม่จำเป็นต้องมีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้น เพียงแต่การกระทำนั้นครบองค์ประกอบฐาน defamation, invasion of privacy, injurious falsehood.

จากบทบัญญัติเป็นที่น่าสังเกตว่าสำหรับกรณีการทำให้ลักษณะบ่งเฉพาะลดน้อยลงตาม 1(a) นั้นกำหนดเงื่อนไขให้เครื่องหมายของผู้ใช้คนแรกต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะสูงเป็นพิเศษ ในขณะที่การทำให้เสื่อมทอนในลักษณะของการทำให้เสื่อมเสียมัวหมอง ตาม 1(b) นั้นเครื่องหมายของผู้ใช้คนแรกนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว และหากการกระทำใดเป็นการทำผิดฐาน defamation, invasion of privacy, injurious falsehood แล้วย่อมมีความผิดในเรื่องการเสื่อมทอนตามบทบัญญัตินี้ด้วย

สรุป หากพิจารณาแนวความคิดในการป้องกันการเสื่อมทอนของประเทศสหรัฐอเมริกาจากแนวคำพิพากษาของศาลและบทบัญญัติกฎหมายแล้ว จะพบว่ามีปัจจัยที่เกี่ยวข้องหลายประการซึ่งมีลำดับความสำคัญในการพิจารณาให้การคุ้มครองแตกต่างกันไปในแต่ละศาล ปัจจัยเหล่านี้ได้แก่

- 1) ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ และชื่อทางการค้าทั้งที่จดทะเบียนตามบทบัญญัติของกฎหมายและเกิดลักษณะบ่งเฉพาะ (distinctiveness) อันเกิดจากการใช้ (secondary meaning) และในบางกรณีศาลได้ให้การคุ้มครองรวมไปถึงสิ่งอื่น ๆ ที่สามารถบ่งเฉพาะได้เช่น สโลแกน และสัญลักษณ์
- 2) เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ชื่อทางการค้าที่จะได้รับการคุ้มครองต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะอย่างสูง (strong) หรือมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักแพร่หลาย (celebrate)<sup>82</sup>
- 3) การใช้ของผู้ใช้คนหลังก่อให้เกิดความมัวหมองเสื่อมเสียหรือทำให้สูญเสียภาพพจน์ว่ามีคุณภาพดีหรือมีคุณค่าตลอดจนทำให้ความสามารถในการบ่งชี้ลดลงยกเว้นในบางกรณีซึ่งศาลอาจพิจารณาให้ได้รับการเยียวยาความเสียหาย แม้ว่าไม่ได้เกิดความมัวหมองหรือเสื่อมเสียก็ตาม<sup>83</sup>
- 4) การให้ความคุ้มครองจะไม่พิจารณาว่าเกิดความสับสนหลงผิดขึ้นหรืออาจจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดขึ้นหรือไม่

#### 2.4.2. การเลียนแบบความสำเร็จของบุคคลอื่น (Slavish Imitation)

ความคิดเรื่อง Slavish Imitation มีการพัฒนาในหลาย ๆ ประเทศของยุโรปซึ่งเป็นลักษณะของการลอกเลียนแบบที่ไม่น่าจะมีการสับสนหลงผิด (causing confusion) ระหว่างสินค้าหรือบริการของที่มีชื่อเสียงกับสินค้าหรือบริการที่เลียนแบบ ซึ่งอาจมาจากสาเหตุของการขาดการวิจัยค้นคว้าให้ดีเสียก่อน หรือความจำกัดในเรื่องการลงทุน ความคิดสร้างสรรค์ ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ทำให้สินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบกับสินค้าบริการที่เลียนแบบมีความแตกต่างกันพอสมควรทั้งในด้านเทคนิคและความงดงาม

แม้การลอกเลียนแบบนี้จะไม่ก่อให้เกิดความสับสนแก่สาธารณชนแต่การกระทำดังกล่าวถูกจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็เพราะเหตุผลที่ว่าผู้ลอกเลียนแบบอาศัยความสำเร็จของบุคคลอื่นมาใช้ประโยชน์ทั้งที่สามารถเลือกวิธีการอื่นในการแข่งขันได้ ซึ่งในบางครั้งการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทนี้อาจรวมอยู่ในเรื่องการก่อให้เกิดความเสื่อมทอน(dilution) หรือ การแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลอื่น (misappropriation of another's reputation)

<sup>82</sup> ดูคดี Miss Universe, Inc. v. Patriceli , 753F. 2d 235 (2d.Cir. 1985).

ดูคดี Tower Publication Inc. V. M.T.S Inc., 21 U.S.P.Q. 2d 1303, 1305(N.D.Ill.1991).

<sup>83</sup> ดูคดี Mc Donal's Corp. V. Arche Technologies Inc. 17 U.S.P.Q. 2d 1557.

ดูคดี Wedgewood Homes, Inc. V. Lund, 222 U.S.P.Q. 446 (Ore SC 1983).



นอกจากนี้การลอกเลียนแบบสินค้าที่ประสบความสำเร็จในทางธุรกิจนั้นมีความเกี่ยวข้องกันการกระทำที่เรียกว่า วิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) ซึ่งเป็นการวิเคราะห์แยกส่วนสินค้าหรือสิ่งต่าง ๆ เพื่อให้เข้าใจโครงสร้าง ลักษณะการทำงาน ตลอดจนส่วนประกอบและนำเอาสิ่งที่ได้จากการวิเคราะห์ดังกล่าวมาพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือสิ่งต่าง ๆ ซึ่งการทำวิศวกรรมย้อนกลับนี้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยปกติในวงการอุตสาหกรรม ดังนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการพัฒนาจากการทำวิศวกรรมย้อนกลับและการกระทำใดเป็น Slavish Imitation จึงขึ้นอยู่กับการพิจารณาลักษณะการพัฒนาของสินค้าว่ามีเพียงใด ซึ่งหากพบว่าไม่มีการพัฒนาใด ๆ เลยเป็นเพียงการลอกเลียนแบบก็อาจจัดให้เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ซึ่งการพิจารณาในจุดนี้ประเทศที่ให้การคุ้มครองมักจะกำหนดให้ต้องปรากฏสถานการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะจึงจะกำหนดให้เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ตัวอย่างของประเทศที่ให้การคุ้มครองเรื่องนี้อย่างเด่นชัดได้แก่ ประเทศสวีเดนและแลนด์ ซึ่งกำหนดการคุ้มครองไว้ใน มาตรา 5 ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม<sup>84</sup> โดยกำหนดให้บุคคลที่ใช้เทคนิคในกระบวนการผลิตซ้ำกันของผู้อื่น โดยไม่ได้เพิ่มเติมเทคนิคใด ๆ ของตนเองไปและรับผลในทางการตลาดจากการทำงานของผู้อื่นเป็นผู้ที่แข่งขันไม่เป็นธรรม

#### 2.4.3. Parasitic Acts

ลักษณะการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจากใช้ประโยชน์จากความสำเร็จของบุคคลอื่นอีกประเภทหนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับในบางประเทศได้แก่ การกระทำที่เป็นพาราสิต (Parasitic Acts)<sup>85</sup> การกระทำลักษณะนี้จะมีส่วนคล้ายคลึงกับ Slavish Imitation อยู่มาก แต่การลอกเลียนแบบในลักษณะนี้โดยปกติจะถือว่าสามารถกระทำได้ในตลาดการค้าแบบเสรี เพียงแต่ในบางกรณีเท่านั้นที่การลอกเลียนแบบดังกล่าวจะถูกจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมยกตัวอย่างเช่น การลอกเลียนแบบสินค้าซึ่งไม่ได้เป็นสินค้าใหม่หรือเป็นต้นตำรับในตลาดการค้า ซึ่งอาจไม่จัดว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่หากปรากฏว่าสินค้าต้นแบบนั้นเป็นสินค้าที่ประสบความสำเร็จ

<sup>84</sup> Article 5 Federal Laws on Unfair Competition.

Shall be deemed to have committed an act of unfair competition, anyone who, in particular,

(c) by means of technical reproduction processes and without a corresponding effort of his own, takes the marketable results of work of another person and exploits them as such.

<sup>85</sup> WIPO, Protection Against Unfair Competition : analysis of present world situation, pp. 60.

สำเร็จเนื่องจากเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางของผู้บริโภค ผู้ลอกเลียนแบบก็อาจถูกจัดเป็นผู้ที่แข่งขันไม่เป็นธรรมได้

ประเทศที่มีการคุ้มครองเรื่องนี้ส่วนใหญ่เป็นประเทศในทวีปยุโรป เช่น เบลเยียม ฝรั่งเศส อิตาลี เนเธอร์แลนด์ และสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งกำหนดแนวทางในการคุ้มครองจากการกระทำ Parasitic Act โดยพิจารณาว่าการนำเอาลักษณะที่ประสบความสำเร็จของคู่แข่งรายใดรายหนึ่งมาใช้อย่างมีระบบหรือเป็นกระบวนการเป็นประจำเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่ในขณะเดียวกันบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาไม่จัดให้การลอกเลียนแบบสินค้าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะได้ทำอย่างเป็นระบบหรือลอกเลียนแบบสินค้าของคู่แข่งรายใดรายหนึ่ง โดยเฉพาะเว้นแต่ในกรณีที่ลอกเลียนสิ่งที่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือลักษณะบ่งเฉพาะอันเกิดจากการใช้ (secondary meaning)

## 2.5. ความลับทางการค้า (Trade Secrets)

การคุ้มครองความลับทางการค้าปรากฏมานานแล้ว ตั้งแต่สมัยโรมันโบราณซึ่งเป็นลักษณะการคุ้มครองนายทาสที่ถูกคู่แข่งขโมยรู้ความลับในการดำเนินการค้าเนื่องจากการล่อลวงให้ทาสเปิดเผยความลับ โดยถือว่าการกระทำคู่แข่งเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและต้องชดเชยค่าเสียหายแก่นายทาสที่ถูกเปิดเผยความลับ<sup>86</sup> การคุ้มครองเรื่องความลับทางการค้ามีพัฒนาการต่อ ๆ มาพร้อมกับพัฒนาการของการค้าและเทคโนโลยี เนื่องจากพัฒนาการทางด้านการค้าได้ก่อให้เกิดข้อมูลทั้งทางอุตสาหกรรมและการจัดการกิจการทางการค้าซึ่งเป็นประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจต่าง ๆ ตลอดจนการแข่งขันทางการค้าที่รุนแรงขึ้นทุกขณะต่างก็เป็นสาเหตุให้กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้ามีการพัฒนาขึ้น

จวบจนปัจจุบันการคุ้มครองความลับทางการค้ามีความสำคัญมากในประเทศต่าง ๆ เนื่องจากการแข่งขันทางธุรกิจมักขึ้นกับปัจจัยที่สำคัญคือ เทคนิคที่ค้นพบใหม่ (innovative techniques) ร่วมกับความรู้อาณาญา (know-how) ซึ่งสิ่งที่ค้นพบนี้บางครั้งได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายสิทธิบัตรแต่ในบางครั้งไม่ได้รับความคุ้มครองสาเหตุเพราะ<sup>87</sup>

- สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรต้องเป็นการประดิษฐ์คิดค้นทางเทคโนโลยี ซึ่งไม่รวมการคิดค้นในทางธุรกิจ

<sup>86</sup> บวรศักดิ์ สุวรรณโณ และจิตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า.

<sup>87</sup> WIPO, *the Protection of Unfair Competition : analysis of present world situation*, pp. 51.



- สิ่งประดิษฐ์หรือข้อมูลนั้นขาดคุณสมบัติบางประการที่เป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนสิทธิบัตร นอกจากนี้แม้สิ่งประดิษฐ์หรือข้อมูลใหม่ ๆ จะมีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขของการจดทะเบียนสิทธิบัตรแต่ก็มีความจำเป็นที่เก็บสิ่งประดิษฐ์หรือข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับในระหว่างของจดทะเบียนสิทธิบัตร

#### ความหมายของความลับทางการค้า

แม้ว่าความลับทางการค้าจะมีความสำคัญมากในการแข่งขันทางธุรกิจแต่ความหมายของความลับทางการค้าที่แน่นอนก็มิได้การยอมรับเป็นสากลเหมือนดังกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า ยังคงต้องอาศัยการพิจารณาจากกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งให้การคุ้มครองในเรื่องนี้

#### ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ ให้การคุ้มครองแก่บุคคลที่ครอบครองความลับทางธุรกิจ (business secret) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ความลับทางการค้าไว้ในกฎหมาย Prohibition of Unfair Market Practice<sup>88</sup> โดยให้ความหมายว่าหมายถึง ข้อเท็จจริง (facts) ข้อมูล (information) การแก้ปัญหา (solutions) หรือข้อมูล (data) ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลที่มีสิทธิโดยถูกต้องตามกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นความลับ

#### ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน กำหนดการคุ้มครองเรื่องความลับทางการค้าและความหมายไว้ใน Law Against Unfair Competition of the People's Republic of China มาตรา 1 โดยกำหนดความหมายของความลับทางการค้า (trade secret) ว่าหมายถึง ข้อมูลทางเทคนิคและข้อมูลทางการจัดการซึ่งสาธารณชนไม่รู้ โดยเป็นข้อมูลซึ่งสามารถให้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของสิทธิโดยสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทางปฏิบัติได้และเจ้าของสิทธิได้มีมาตรการในการเก็บไว้เป็นความลับ

<sup>88</sup> the Prohibition of Unfair Market Practice Section 5 “(1) It is prohibited to obtain or use a business secret in a dishonest maner or to rereal it to others or publish it without authorization.

(2) ...

(3) For the purposes of this law:

(a) business secret means all facts, information, solutions or data relating to economic activities in the continuing secrecy of which the authorized person has a legitimate interst;”

## ประเทศสหรัฐอเมริกา

### 1) The Uniform of Trade Secrets Act

ความหมายของความลับทางการค้าตาม the Uniform of Trade Secrets Act กำหนดไว้ในมาตรา 1 (4) ว่า ความลับทางการค้าหมายถึงข้อมูลสารสนเทศซึ่งรวมสูตรแบบการรวบรวมโปรแกรม เครื่องมือ วิธีการ เทคนิค หรือกระบวนการซึ่ง

(1) อาจมีคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง เพราะการที่ไม่เป็นที่รู้กันทั่วไปและไม่สามารถจะทราบได้อยู่แล้วโดยวิธีการที่เหมาะสมโดยบุคคลอื่น ซึ่งจะได้คุณค่าทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้นและ ...

(2) เป็นสิ่งซึ่งได้มาด้วยความพยายามพอสมควรภายใต้สถานการณ์ที่จะทำให้สิ่งนั้นยังคงเป็นความลับอยู่<sup>89</sup>

### 2) Restatement of Torts

คำนิยามของความลับทางการค้าซึ่งกำหนดไว้ใน Restatement of Torts<sup>90</sup> ซึ่งหมายถึงว่า ความลับทางการค้าอาจประกอบด้วยสูตร แบบเครื่องมือ หรือการรวบรวมข้อมูลซึ่งใช้ในธุรกิจของบุคคลและซึ่งทำให้บุคคลนั้นมีโอกาสได้ประโยชน์เหนือคู่แข่งไม่รู้หรือใช้สิ่งนั้น

<sup>89</sup> The Uniform of Trade Secrets Act Section 1(4).

(4) Trade secret means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that:

(i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosures or use, and

(ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

<sup>90</sup> Restatement of Torts Section 757 b. Definition of Trade secret. A trade secret may consist of any formula, pattern, device or compilation of information which is used in one's business, and which gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it. It may be a formula for a chemical compound, a process of manufacturing, treating or preserving materials, a pattern for a machine or other device, or a list of customers, It differs from other secret information as to single or ephemeral events in the conduct of the business, as, for example, the amount or other terms of a secret bid for a contract or the salary of certain employees, or the security investments made or contemplated, or the date fixed for the announcement of a new policy or for bringing out a new model or the like. A trade secret is a process or device for continuous use in the operation of the business, Generally it relates to the production of goods, as, for example, a machine or formula for the production of an article. It may, however, relate to the sale of goods or to other operations in the business, such as a code for determining discounts, rebates or other concessions in a price list or catalogue, or a list of specialized customers, or a method of bookkeeping or other office management".



ความลับทางการค้าอาจเป็นสูตร สำหรับส่วนผสมทางเคมีกระบวนการผลิต กระบวนการ  
 กระทำหรือรักษาวัตถุแบบแผน สำหรับเครื่องจักร หรือเครื่องกลอื่นหรือเป็นบัญชีรายชื่อลูกค้า .  
 . . ความลับทางการค้าต้องไม่ใช่ข้อมูลสนเทศที่เกี่ยวกับเหตุการณ์เดียวหรือซึ่งเกิดขึ้นเพียงสั้น ๆ  
 ในการประกอบธุรกิจ. . . ความลับทางการค้าต้องเป็นกระบวนการหรือเครื่องมือที่ใช้โดยสม่ำเสมอ  
 ในการประกอบธุรกิจ ซึ่งโดยปกติจะเกี่ยวกับการผลิตสินค้าเช่นเครื่องจักรหรือสูตร  
 สำหรับการให้ส่วนลด . . . ในแสดงราคาหรือแคตตาล็อก หรือบัญชีรายชื่อลูกค้าเฉพาะหรือวิธี  
 การบัญชีหรือการจัดการสำนักงานด้านอื่น<sup>91</sup>

### ประเทศญี่ปุ่น

The Unfair Competition Prevention Law ได้เริ่มให้ความคุ้มครองในเรื่องความลับ  
 ทางการค้าครั้งแรกในการแก้ไขเมื่อปี 1990 ตามข้อเสนอของ Ministry of International Trade  
 and Industry (MITI) และมีการแก้ไขอีกครั้งในปี 1993 อันเป็นฉบับที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน  
 โดยแต่เดิมนั้นญี่ปุ่นไม่ได้ให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยเฉพาะการ  
 คุ้มครองความลับทางการค้าในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างอันเนื่องมาจากลักษณะ  
 ทางสังคมและวัฒนธรรมที่ใช้ระบบ lifetime employment system ซึ่งลูกจ้างจะทำงานกับบริษัท  
 เพียงบริษัทเดียวตลอดชีวิต แต่เมื่อมีการขยายการลงทุนของบริษัทต่างชาติในญี่ปุ่น และบริษัท  
 ญี่ปุ่นไปลงทุนในต่างประเทศมากขึ้นจึงมีการให้ความสำคัญในเรื่องนี้ สำหรับการคุ้มครอง  
 ความลับทางการค้าโดยทั่วไปนั้นก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็น  
 ธรรมในปี 1990 ก็ไม่มีการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยตรงเช่นกัน แต่ปรากฏการคุ้มครอง  
 ในลักษณะของการขโมยข้อมูล การนำข้อมูลไปใช้โดยไม่ถูกต้อง (misappropriation) หรือการ  
 เปิดเผยข้อมูลลับโดยไม่ได้รับอนุญาต (unauthorized disclosure) ซึ่งแฝงอยู่ในกฎหมายหลายรูป  
 แบบ เช่น หลักสุจริต (Principle of Good Faith) และหลักกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมาย  
 แห่ง

ความหมายของความลับทางการค้าตาม The Unfair Competition Prevention Law  
 1993กำหนดไว้ใน Article 2 (4)<sup>92</sup>ว่าหมายถึงกระบวนการผลิต (manufacturing method),

<sup>91</sup> บวรศักดิ์ สุวรรณโณ และจิตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการ  
 ค้า, (ศูนย์วิจัย และพัฒนากฎหมายคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) พ.ศ. 2533, หน้า 267.

<sup>92</sup> Article 2 (4) "As used in this Law, the term "trade secret" means manufacturing method, sales  
 method or any other technical or business information useful in a commercial activity, which is maintained  
 as a secret and not known to the general public".

กระบวนการในการขาย (sales method) หรือข้อมูลทางธุรกิจทางเทคนิคใด ๆ ที่มีประโยชน์ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งได้รับการรักษาให้เป็นความลับและสาธารณชนไม่รู้เรื่องดังกล่าว

จากคำนิยามของความลับทางการค้าที่กฎหมายของประเทศต่าง ๆ กำหนดไว้ นั้นจะพบว่าเป็นการกล่าวโดยกว้าง ๆ ซึ่งสุดท้ายแล้วต้องอาศัยการพิจารณาสถานการณ์พิเศษแล้วแต่กรณีไปว่าเป็นความลับทางการค้าหรือไม่<sup>93</sup>

อย่างไรก็ตามหากศึกษาการให้คำนิยามและความหมายของความลับทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นอาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะรวม 3 ประการ ซึ่งอาจถือเป็นลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้า อันได้แก่ การเป็นความลับ (secrecy) มีคุณค่า (value) และมีความใหม่ (novelty)

#### 1. เป็นความลับ (secrecy)

สิ่งที่จะเป็นความลับทางการค้าได้นั้นจะต้องเป็นความลับที่มีอยู่จริงซึ่งคู่แข่งไม่รู้หรือไม่สนใจที่จะรู้และเป็นความลับพอสมควร<sup>94</sup> ต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ความลับล่องรู้ไปสู่บุคคลอื่นที่มีได้รับอนุญาตโดยใช้ความระมัดระวังอย่างสมเหตุผล (reasonable precaution) ในอันที่จะรักษาความลับเอาไว้ เช่น มีบุคคลบางคนเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับได้ หรือมีระบบรักษาความปลอดภัยในการรักษาความลับนั้นเอาไว้<sup>95</sup> ซึ่งในบางครั้งอาจพิจารณาถึงค่าใช้จ่ายในการรักษาความปลอดภัยมาประกอบการพิจารณาด้วย

ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังในการรักษาความลับ ได้แก่ คดี E.I. du Pont de Nemours & Co.,Ltd. V. Christopher<sup>96</sup> โจทก์เป็นเจ้าของโรงงานกลั่นน้ำมันซึ่งกำลังสร้างโรงกลั่นใหม่อยู่และคู่แข่งได้ใช้เครื่องบินบินในระยะใกล้และถ่ายรูปความลับในกระบวนการกลั่นน้ำมันของโจทก์ ศาลเห็นว่าโจทก์ได้ใช้มาตรการป้องกันตามสมควรแล้วเนื่องจากโจทก์ไม่สามารถคาดได้ว่าคู่แข่งจะใช้วิธีการดังกล่าวและการสร้างหลังคาเพื่อปิดไม่ให้ผู้อื่นทราบกระบวนการเป็นการสืบเปลืองเกินกว่าปกติที่จะดำเนินการเพื่อรักษาความลับ

#### 2. มีคุณค่า (Value)

<sup>93</sup> WIPO, *the Protection Against Unfair Competition*, pp. 50.

<sup>94</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

<sup>95</sup> พรชัย ด่านวิวัฒน์, เอกสารประกอบการสัมมนาความลับทางการค้า : ประเด็นปัญหาพันธกรณีของไทยตามความตกลง TRIPS ว่าด้วยความลับทางการค้า วันที่ 6-7 กันยายน 2539.

<sup>96</sup> E.I. du Pont de Nemours & Co.,Ltd. V. Christopher, 431 F. 2d. (012(5th Cir)).cert.denied 400 U.S. 1024 (1970).



ตามหลักการของการให้ความคุ้มครองของกฎหมายแก่สิ่งสร้างสรรค์ในทางสติปัญญาแล้ว งานที่ได้รับการคุ้มครองจะต้องเป็นงานที่มีคุณค่าด้วย เพราะการที่รัฐเข้ามาให้ความคุ้มครองก็ย่อมถือว่ารัฐได้ร่วมลงทุนไปกับผู้ที่คิดสร้างสรรค์ด้วยแล้ว หากสิ่งนั้นไม่มีประโยชน์หรือไม่มีคุณค่าแล้วก็ต้องถือว่าเป็นความสูญเปล่าซึ่งสำหรับคุณค่าในเรื่องของความลับทางการค้านั้นก็จะต้องมีประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม และถึงแม้จะไม่มีคุณค่าเป็นตัวเงินแต่หากมีคุณค่าในด้านการใช้ในการดำเนินธุรกิจหรือประกอบการของเจ้าของก็เพียงพอ ทั้งนี้ไม่รวมถึงการมีคุณค่าทางด้านจิตใจแต่เพียงอย่างเดียว

ในการพิจารณาถึงคุณค่าต้องพิจารณาด้วยว่าเจ้าของได้รับรู้ในคุณค่านั้นๆ หรือไม่ ซึ่งการรับรู้นี้อาจจะรับรู้โดยการใช้เวลาหรือการลงทุนคิดค้นประดิษฐ์ขึ้นมา ซึ่งในบางกรณีศาลของสหรัฐอเมริกาถือว่าค่าใช้จ่ายในการให้ได้มาซึ่งข้อมูลเป็นหลักฐานแสดงถึงคุณค่าในทางพาณิชย์และบ่งชี้ความเสียหายด้วย<sup>97</sup> สำหรับกรณีที่มีข้อมูลนั้น ๆ ได้มาโดยบังเอิญซึ่งใช้เวลาหรือการลงทุนทางการเงินจำนวนน้อยแต่ได้ดูแลเอาใจใส่และระมัดระวังความลับเป็นอย่างดีเพื่อมิให้ข้อมูลถูกเปิดเผยหรือล่วงรู้หรือใช้โดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตลอดจนป้องกันการทำวิศวกรรมย้อน (reverse engineering) อย่างพอเพียงก็ถือว่าเจ้าของรับรู้คุณค่าแล้ว

ตัวอย่างคดีในกรณีคุณค่าของการค้นพบโดยบังเอิญ ดังเช่น คดี Earnest Slide Fastener Co.v.Stamberg<sup>98</sup> ซึ่งคนขายยาผู้หนึ่งค้นพบว่าการเอายาแก้ไข้ใส่ลงไปในน้ำในแจกันดอกไม้แล้วจะทำให้ดอกไม้เพิ่มเวลานานซึ่งอีก 3 เท่าของระยะเวลาปกติโดยบังเอิญ และเขาเริ่มทำธุรกิจขายยาโดยปิดฉลากว่า “Flower Freshner” ซึ่งการค้นพบนี้เป็นระยะเวลาสั้น ๆ แตกต่างจากคนอื่น ๆ ศาลนิวยอร์กได้ตัดสินให้การคุ้มครองโดยกล่าวว่า บุคคลผู้ซึ่งสร้างสรรค์ย่อมมีสิทธิในทางทรัพย์สินในทางความลับทางการค้า คนที่กระทำซ้ำทางความคิดไม่มีสิทธิอันนี้

### 3. มีความใหม่ (Novelty)

ลักษณะเรื่องความใหม่นี้ยังเป็นปัญหาโต้เถียงกันอยู่ว่าสิ่งที่จะจัดเป็นความลับทางการค้าต้องมีลักษณะนี้หรือไม่ โดยนักกฎหมายฝ่ายที่ยอมรับเงื่อนไขเรื่องความใหม่นั้นพิจารณาว่า ความใหม่ในที่นี้หมายถึง การที่ไม่มีหรือยังไม่เป็นที่รับรู้ในหมู่คนทั่วไปหรือคู่แข่ง ซึ่งโดยความหมายดังกล่าวนักกฎหมายที่ไม่ยอมรับเงื่อนไขนี้ถือว่าเป็นสิ่งเดียวกันกับความลับ (secrecy) นั่นเอง เนื่องจากการมีลักษณะการเกิด 2 ประการเหมือนกัน คือ กรณีที่ไม่เคยมี

<sup>97</sup> คดี Metallurgical Indus. Inc. V. Fourtek, Inc., 790 F. 2d 1195, 1200, 229 U.S.P.Q. 945, 945 (9th. Cir. 1986).

<sup>98</sup> คดี Earnest Slide Fastener Co.v.Stamberg (120 N.Y.S. 2d 311, 314 96 U.S.P.Q. 353 (Sup. Ct. 1953) อ้างใน พีรพล ศรีสิงห์ วิทยานพนธ์เรื่องการค้าคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 75.

ข้อมูลอันนี้มาก่อนเลยเพิ่มจะพบครั้งแรกและข้อมูลนี้มีอยู่แล้วในปรากฏการณ์ธรรมชาติและเพิ่มถูกค้นพบหรือนำมาใช้เป็นครั้งแรก

ตาม the Restatement of Torts สิ่งที่จะนำมาพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าหรือไม่นั้นจะดูจากปัจจัยเหล่านี้

#### 1. จำนวนคนที่ล่วงรู้ข้อมูลนี้

คนที่ล่วงรู้ข้อมูลนี้ อาจมีทั้งคนในองค์กรของเจ้าของข้อมูลและคนภายนอกองค์กร ซึ่งในกรณีของคนภายในองค์กรได้แก่ลูกจ้างซึ่งจำเป็นต้องล่วงรู้ข้อมูลเพื่อนำไปใช้ในการทำงาน การเปิดเผยข้อมูลแก่ลูกจ้างนี้เจ้าของข้อมูลจะต้องมีมาตรการตามสมควรที่จะให้ลูกจ้างผู้รู้ข้อมูลนั้นเก็บสิ่งที่ล่วงรู้ไว้เป็นความลับ ดังเช่นการทำสัญญาความไว้วางใจ (confidentiality agreement) ตลอดจนควรมีมาตรการที่จะป้องกันไม่ให้ผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องล่วงรู้ในข้อมูลดังกล่าว

สำหรับกรณีของคนภายนอกองค์กรนั้น การจะพิจารณาว่าข้อมูลใดเป็นความลับหรือไม่นั้นไม่จำเป็นว่าบุคคลภายนอกต้องไม่ล่วงรู้ถึงข้อมูลดังกล่าวเลย การที่บุคคลภายนอกได้รับรู้ข้อมูลดังกล่าวไม่ทำให้คุณสมบัติของข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าหมดไปหากทราบได้ที่จำนวนคนที่ล่วงรู้มีไม่มากเกินไป และมีมาตรการที่รักษาให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับ จุดมุ่งหมายที่ศาลพิจารณาเงื่อนไขในข้อนี้ก็คือน่าจะข้อมูลดังกล่าวนั้นเป็นที่รู้กันทั่วไปในสาธารณชนหรือผู้ประกอบการเดียวกันกับเจ้าของข้อมูลนั้นหรือไม่

#### 2. มาตรการรักษาความลับ

เจ้าของข้อมูลควรมีมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อที่จะเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับโดยการคาดเดาถึงวิธีการซึ่งบุคคลอื่นจะใช้เพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลและมีมาตรการที่สมเหตุสมผลในการป้องกันดังเช่น หากสามารถล่วงรู้ความลับได้จากการสำรวจผลิตภัณฑ์ในโรงงาน เจ้าของก็ควรที่จะมีมาตรการในการจำกัดบุคคลที่จะเข้าไปในโรงงาน อย่างไรก็ตามเจ้าของไม่จำเป็นต้องป้องกันความลับโดยเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่สมเหตุผล ดังเช่น คดี E.I Dupont de Nemours & Co. v. Christopher ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น

#### 3. คุณค่าของข้อมูลนั้นต่อเจ้าของและคู่แข่ง

ข้อมูลนั้นจะต้องมีคุณค่าแก่เจ้าของและก่อให้เกิดประโยชน์เหนือคู่แข่งที่ไม่มีข้อมูลดังกล่าว นอกจากนี้คุณค่าดังกล่าวจะต้องเป็นคุณค่าในเชิงพาณิชย์ด้วย การมีคุณค่าเฉพาะในด้านจิตใจอย่างเดียวไม่นับเพียงพอ

#### 4. ความพยายามหรือจำนวนเงินที่นำมาใช้ในการพัฒนาหรือให้ได้มาซึ่งข้อมูลนั้น



ปัจจัยในข้อนี้จะนำไปสู่การพิจารณาคูณค่าของข้อมูลนั้น ๆ ด้วย โดยความพยายามหรือจำนวนเงินที่ใช้ในการพัฒนาหรือให้ได้มาซึ่งข้อมูลจะเป็นคุณค่าที่แท้จริงที่ศาลจะนำมาพิจารณาถึงคุณค่าของข้อมูลนั้น

5. ความยากง่ายต่อการที่บุคคลอื่นใดจะได้มาหรือลอกเลียนข้อมูล

หากข้อมูลนั้นง่ายต่อการล่วงรู้ก็ไม่จัดเป็นความลับทางการค้า ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีการตีพิมพ์ข้อมูลนั้นเผยแพร่ซึ่งบุคคลทั่วไปสามารถเรียนรู้ถึงข้อมูลนั้นได้ หรือกรณีของการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) ซึ่งเป็นการตรวจสอบหรือวิเคราะห์จากผลิตภัณฑ์ในตลาดเพื่อหาข้อมูลเริ่มต้น หากสามารถล่วงรู้ข้อมูลเริ่มต้นได้ง่ายก็จัดว่าไม่มีคุณสมบัติของการเป็นความลับทางการค้า

#### การสูญเสียลักษณะการเป็นความลับทางการค้า

สาเหตุของการที่ข้อมูลจะสูญเสียลักษณะความลับทางการค้า นั้นพอจะสรุปได้ดังนี้

1. ความลับนั้นกลายเป็นความรู้ทั่วไปแล้ว (common knowledge, generally known to public)
2. ความลับนั้นถูกเปิดเผยโดยการค้นพบของผู้อื่นซึ่งเป็นการค้นพบโดยชอบ ซึ่งการค้นพบโดยชอบนี้อาจเกิดจาก การค้นพบโดยบังเอิญในสิ่งเดียวกัน หรือการศึกษาแบบวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) ซึ่งเป็นกรณีการศึกษาผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากความลับนั้นและนำมาศึกษาจนทราบว่าความลับทางการค้าของผลิตภัณฑ์นั้นคืออะไร แต่อย่างไรก็ตาม ทั้ง 2 กรณีนั้นหากผู้ค้นพบความลับทางการค้านี้มิได้เปิดเผยข้อมูลออกไปให้สาธารณชนทราบ ความลับนั้นก็ยังคงสภาพของการเป็นความลับทางการค้าอยู่เช่นเดิม
3. เจ้าของความลับทางการค้าไม่มีมาตรการในการรักษาความลับไว้อย่างเพียงพอ
4. ความลับนั้นถูกเปิดเผยต่อรัฐโดยผลของกฎหมาย
5. เจ้าของความลับทางการค้านำเอาข้อมูลนั้นไปจดทะเบียนสิทธิบัตร
6. เจ้าของความลับทางการค้าเปิดเผยความลับของตนเอง

#### ประเทศสหรัฐอเมริกา

การคุ้มครองเกี่ยวกับความลับทางการค้าของสหรัฐอเมริกาในตอนแรกๆ อาศัยหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งในช่วงแรกหลักคอมมอนลอว์จะพิจารณาการให้ความคุ้มครองโดยอาศัยหลักละเมิดความไว้วางใจ (breach of confidence) ตามแนวทางของอังกฤษ ซึ่งหลักการนี้ให้การคุ้มครองโดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเผยข้อมูล (Confider) และผู้รับข้อมูล

(Confidant) รวมตลอดถึงบุคคลที่สามซึ่งพยายามแทรกแซงความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม กล่าวคืออยู่บนหลักการที่ว่า การละเมิดความสัมพันธ์ที่ทำให้เกิดความไว้วางใจและจึงเปิดเผยข้อมูล เจื่อนใจที่จะนำมาพิจารณาถึงการละเมิดความไว้วางใจมี 3 ประการ<sup>99</sup> คือ

- 1) ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ผู้เปิดเผยต้องแสดงให้เห็นผู้รับทราบข้อมูลทราบว่า ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ หรือถูกเก็บอย่างเป็นความลับซึ่งคนทั่วไปไม่สามารถรู้ได้
- 2) ผู้เปิดเผยข้อมูลต้องระบุให้ผู้รับข้อมูลมีภาระหน้าที่ในการเก็บข้อมูลดังกล่าวให้เป็นความลับซึ่งผู้รับข้อมูลจะนำไปใช้เพื่อประโยชน์ด้านอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ไม่ได้
- 3) ในกรณีที่มีการละเมิดความไว้วางใจเกิดขึ้น ผู้เปิดเผยความลับต้องแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำผิดต่อหน้าที่ของผู้รับข้อมูลซึ่งได้นำเอาข้อมูลดังกล่าวไปแสวงหาผลประโยชน์อื่น นอกจากที่กำหนดไว้ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสอง

ต่อมาศาลในหลาย ๆ มลรัฐได้ยอมรับว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง<sup>100</sup> ซึ่งไม่มีรูปร่างและสามารถถ่ายโอนเปลี่ยนมือ แลกเปลี่ยนในตลาดหลักทรัพย์ได้ ตกทอดเป็นมรดก ตลอดจนทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้เช่นกัน การคุ้มครองตามแนวคิดนี้จะอาศัยหลักกฎหมายละเมิด (tort) โดยถือว่าการใช้หรือเปิดเผยความลับโดยมิชอบเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้อื่น

เนื่องจากแนวทางในการคุ้มครองความลับทางการค้าแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยขึ้นอยู่กับการศึกษาความเหมาะสมของผู้พิพากษาตามหลักคอมมอนลอว์ จึงมีการรวบรวมหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติเพื่อให้เป็นแนวทางในการพิพากษาของศาลคือ

### 1. Restatement of Tort

Restatement of Tort เป็นการรวบรวมกฎหมาย ระเบียบตลอดจนจารีตประเพณีต่าง ๆ เข้าด้วยกันภายใต้หลักกฎหมายละเมิด โดย American Law Institute (ALI) ซึ่งไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายแต่เป็นเพียงการรวบรวมแนวคิดของนักกฎหมายเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันให้แต่ละมลรัฐต้องรับ Restatement of Tort แต่ขึ้นอยู่กับความสมัครใจ แต่ก็ได้ได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ อย่างมาก ปรากฏในการปรับปรุงแก้ไข Restatement of Tort ครั้งที่สองในปี 1979 คณะกรรมการแก้ไขมีความเห็นว่าแนวทางคุ้มครอง

<sup>99</sup> Francis Gurry, Breach of confidence, (Oxford : Clarendon press) 1984, อ้างโดย บวรศักดิ์ สุวรรณโณ และ จิตภัทร์ เจริญวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 3.

<sup>100</sup> Sachs v. Clutter Peabody Co. 1943, NYS 22.853.



ครองความลับทางการค้าได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วจนกลายเป็นกฎหมายเฉพาะของตัวเองซึ่งมิได้ผูกติดกับกฎหมายละเมิดอีกต่อไปจึงได้ตัดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความลับทางการค้าออกไป

อย่างไรก็ตามเนื่องจากบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าใน Restatement of Tort เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏการคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นครั้งแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบกับเป็นหลักการซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายละเมิดซึ่งอาจเป็นประโยชน์ในการพิจารณาวิเคราะห์กับการคุ้มครองของไทยจึงขอยกการคุ้มครองความลับทางการค้าตาม Restatement of Tort มาแสดงดังนี้

1) ความรับผิดในการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของบุคคลอื่นมาตรา 757<sup>101</sup>

บุคคลที่เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของบุคคลอีกคนหนึ่งโดยปราศจากสิทธิในการกระทำดังกล่าวจะต้องรับผิดแก่บุคคลนั้นหาก

(ก) เขาได้ค้นพบความลับโดยวิธีที่มิชอบ

(ข) การเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของเขาเป็นการกระทำผิดข้อกำหนดในการรักษาความลับซึ่งตนมีหน้าที่ต่อบุคคลอื่น เมื่อมีการเปิดเผยความลับให้แก่เขาหรือ

(ค) เขาได้ทราบความลับจากบุคคลภายนอกโดยรู้ข้อมูลที่ข้อมูลนั้นเป็นความลับและบุคคลภายนอกนั้นได้รู้ถึงข้อมูลนั้นโดยวิธีการอันมิชอบหรือรู้ว่าการเปิดเผยความลับนั้นของบุคคลภายนอกเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ของเขามที่มีต่อบุคคลอื่น หรือ

(ง) เขาได้ล่วงรู้ถึงความลับโดยรู้ข้อมูลที่ข้อมูลนั้นเป็นความลับและการเปิดเผยความลับนั้นให้เขาทราบเกิดจากความสำคัญผิด

<sup>101</sup> Restatement of Tort Section 757. Liability for Disclosure or Use of Another's Trade Secret- General Principle.

One who discloses or uses another's trade secret, without a privilege to do so, is liable to the other if

(a) he discovered the secret by improper means, or

(b) his disclosure or use constitutes a breach of confidence reposed in him by the other in disclosing the secret to him, or

(c) he learned the secret from a third person with notice of the facts that it was a secret and that the third person's disclosure of it was otherwise a breach of his duty to the other, or

(d) he learned the secret with notice of the facts that it was a secret and that its disclosure was made to him by mistake.

2) การรู้ความลับทางการค้าโดยสุจริต มาตรา 758<sup>102</sup>

บุคคลที่รู้ความลับทางการค้าของผู้อื่นจากบุคคลอื่น โดยไม่รู้ว่าเป็นความลับและไม่รู้ว่าบุคคลอื่นนั้นเปิดเผยความลับซึ่งเป็นการกระทำผิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น หรือบุคคลที่รู้ความลับจากความผิดพลาด โดยไม่รู้ถึงการเป็นความลับและการผิดพลาดนั้น

(ก) ไม่ต้องรับผิดชอบผู้อื่นในการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าก่อนที่จะรู้ถึงการเป็นความลับของข้อมูลและการกระทำผิดหน้าที่ของบุคคลผู้เปิดเผยความ หรือความผิดพลาดที่ทำให้ได้รู้ความลับนั้น

(ข) ต้องรับผิดชอบต่อผู้อื่นในการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าหลังจากได้รับรู้ถึงการเป็นความลับของข้อมูลและการกระทำผิดหน้าที่ของบุคคลอื่นหรือความผิดพลาดนั้นแล้ว

3) การได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบ มาตรา 759<sup>103</sup>

บุคคลใดที่ได้มาซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยวิธีการอันมิชอบ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ที่เหนือกว่าคู่แข่งต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นอันเนื่องมาจากการครอบครอง เปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น ตัวอย่างเช่นการเป็นคู่แข่งในการประมูล เป็นต้น

คำว่า วิธีการอันมิชอบ (improper means) นั้นคณะกรรมการ American Law Institute ซึ่งเป็นผู้ผลักดันกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความหมายว่า<sup>104</sup> หมายถึง การขโมย ช่มชู้ ให้สินบนหรือการชักนำให้ลูกจ้างหรือบุคคลใด ๆ แสดงข้อความลับโดยละเมิดต่อหน้าที่อันควรกระทำผิดกฎหมายวิธีการต่าง ๆ การลักลอบอัดแถบเสียง ตลอดจนการรับลูกจ้างหรือตัวแทน

<sup>102</sup> Restatement of Tort Section 758 “ One who learn another’ s trade secret from a third person without notice that it is secret and that the third person’s disclosure is a breach of his duty to the other, or who learns the secret through a mistake without notice of the secrecy and the mistake,

(a) is not liable to the other for a disclosure or use of the secret prior to receipt of such notice, and

(b) is liable to the other for a disclosure or use of the secret after the receipt of such notice, useless prior there to he has in good faith paid value for the secret or has so changed his position that to subject him to liability would be inequitable”.

<sup>103</sup> Restatement of Tort Section 759 “ One who, for the purpose of advancing a rival business interest, procures by improper means information about another’s business is liable to the other for the harm caused by his possession, disclosure or use of the information”.

<sup>104</sup> บวรศักดิ์ สุวรรณโณ และจิตรภัทร์ เกรือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 35.



ของบุคคลอื่นเข้าทำงานเป็นลูกจ้างของบุคคลใด ๆ เพื่อหวังผลประโยชน์จากการจารกรรมความลับเป็นต้น

แม้ว่า Restatement of Tort จะได้รับการยอมรับเป็นแนวทางในการคุ้มครองความลับทางการค้าจากรัฐต่าง ๆ มากมาย แต่เมื่อมีการแก้ไข Restatement of Tort ครั้งที่ 2 ก็ไม่ปรากฏแนวทางการคุ้มครองความลับการค้าต่อไปอีกเพราะคณะกรรมการเห็นว่าการคุ้มครองเรื่องนี้มีการพัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งไม่เกี่ยวข้องพันกับกฎหมายละเมิดอีกต่อไป

## 2. Uniform of Trade Secret Act

เกิดขึ้นจากแรงผลักดันของ American Bar Association ในปี 1966 เนื่องจากการอาศัยหลักของ Restatement of Torts มาใช้ในพิจารณาของแต่ละรัฐในเรื่องต่าง ๆ นั้นแตกต่างกัน ประกอบกับต้องการให้มีการประสานแนวทางในการคุ้มครองความลับทางการค้า know-how และข้อมูลที่ไม่เปิดเผยในแต่ละรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน<sup>105</sup> โดยกำหนดหลักการให้มีการออกคำสั่งบรรเทาความเสียหาย (injunctive relief)<sup>106</sup> ในกรณีมีการได้มาโดยมิชอบ (misappropriation) หรือน่าจะมีการได้มาโดยมิชอบในความลับทางการค้าซึ่งเมื่อข้อมูลดังกล่าวหมดสภาพเป็นความลับแล้ว คำสั่งดังกล่าวยังคงมีผลต่อไปอีกระยะเวลาหนึ่งตามสมควรเพื่อทำลายผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นจากการได้มาโดยมิชอบนั้น แต่หากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่มีประโยชน์ที่จะห้ามการใช้ประโยชน์ในอนาคตก็อาจเปลี่ยนให้เป็นการจ่ายค่าชดใช้เป็นเงินแทนได้ ซึ่งผู้เสียหายสามารถร้องขอต่อศาลให้มีการชดใช้ความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบร่วม

<sup>105</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

<sup>106</sup> Article 2 Injunctive Relief “(a) Actual or treated misappropriation may be enjoined. Upon application to the court, an injunction shall be terminated when the trade secret has ceased to exist, but the injunction may be continued for an additional reasonable period of time in order to eliminate commercial advantage that otherwise would be derived from the misappropriation.

(b) If the court determines that it would be unreasonable to prohibit future use, an injunction may condition future use upon payment of a reasonable royalty for no longer than the period of time the use could have been prohibited.

(c) In appropriate circumstances, affirmative acts to protect a trade secret may be compelled by court order”.

กับคำสั่งบรรเทาความเสียหายก็ได้<sup>107</sup>

คำว่า การได้มาโดยมิชอบ (misappropriation) นั้นมาตรา 1<sup>108</sup> กำหนดว่าหมายถึง

(1) การได้มาซึ่งความลับทางการค้าของบุคคลอื่น โดยรู้ หรือควรจะรู้ว่าได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ (improper means) อันรวมถึง การขโมย ช่มชู้ แสดงเท็จ การทำลายความไว้วางใจ หรือหน้าที่จะต้องรักษาความลับ การขโมยโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

(2) การเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยตรงหรือโดยนัยจากบุคคลซึ่ง

(ก) ได้ความลับทางการค้ามาโดยมิชอบ หรือ

---

<sup>107</sup> Article 3 Damages “(a) In addition to or in lieu of injunction relief, a complainant may recover damages for the actual loss caused by misappropriation. A complainant also may recover for the unjust enrichment caused by misappropriation that is not taken into account in computing damages for actual loss.

...”

<sup>108</sup> Article 1 Definitions “As used in this Act, unless the context requires otherwise:

(1) “Improper means” includes theft, bribery, misrepresentation, breach or inducement or a breach of a duty to maintain secrecy, or espionage through electronic or other means;

(2) “Misappropriation” mean:

(i) acquisition of a trade secret of another by a person who knows or has reason to know that the trade secret was acquired by improper means; or

(ii) disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who

(a) used improper means to acquire knowledge or the trade secret; or

(b) at the time of disclosure or use, knew or had reason to know that his knowledge of the trade secret was

(i) derived from or through a person who had utilized improper means to acquire it;

(ii) acquired under circumstances giving to a duty to maintain its secrecy or limit its use; or

(iii) derived from or through a person who owed a duty to the person seeking relief to maintain its secrecy or limit its secrecy or limit its use; or

(c) before a material change of his position, knew or had reason to know that it was a trade secret and that knowledge of its had been acquired by accident or mistake”.



(ข) ในเวลาเปิดเผยข้อมูลนั้นเขา<sup>รู้</sup>หรือควร<sup>จะ</sup>รู้ว่าความลับทางการค้า<sup>นั้น</sup>มาจากบุคคลซึ่งใช้วิธีการอันมิชอบ หรือมาจากการทำลายหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับ หรือมาจากบุคคลที่มีหน้าที่ตามคำสั่งศาลที่จะต้องรักษาความลับหรือจำกัดการใช้ความลับนั้น หรือ

(ค) <sup>รู้</sup>หรือควร<sup>จะ</sup>รู้ว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าและได้มาโดยความผิดพลาดหรือเข้าใจผิด

### ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันบัญญัติเรื่องการคุ้มครองข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าและอุตสาหกรรมรวมไว้ใน กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม Act Against Unfair Competition 1994<sup>109</sup> โดยกำหนดไว้ในมาตรา 17

<sup>109</sup> Against Unfair Competition Section 17 [Disclousre of Trade or Industrisl Secrets]

“(1) A punishment of imprisonment not exceeding three years or a fine shall be imposed upon any employee, workman, or apprentice of a business enterprise who during the term of his employment relationship, without authorization, communicates to a third party a trade or industrial secret that has been confided to him or made available to him by virtue of his employment relationship, if he does so for purposes of competition, for personal gain, or for the benefit of a third party with the intention of damaging the proprietor of the business.

(2) The same punishment shall be imposed upon anyone who, for purposes of competition, for personal gain, for the benefit of a third party, or with the intention of damaging the proprietor of a business.

1. without authorization procures or secures a trade or industrial secret thorough.

- a) the employment of technical means.
- b) the manufacture of an embodied reproduction of the secret, or
- c) the removal of an object in which the secret is embodied, or

2. make unauthorized use of or communicates to a third party a trade or industrial secret which he has gained through one of the forms of communication enumerated in subsection (1) or through his own or another’s act under paragraph 1, or otherwise procured or secured without authorization.

(3) The attempt shall be punishable.

(4) In particularly serious cases the punishment shall be imprisonment not exceeding five year or a fine. A particularly serious case usually arises when the perpetrator, at the time of communication, knows that the secret is to be used in foregin country or if himself makes use of the secret in a foreign country”.

บทบัญญัติมาตรา 17 ได้แบ่งประเภทของผู้กระทำผิดต่อข้อมูลอันเป็นความลับเกี่ยวกับการค้าหรืออุตสาหกรรมออกเป็น 2 จำพวก คือ บุคคลที่มีฐานะเป็นลูกจ้าง ผู้ทำงาน(workman) หรือผู้ฝึกงานในองค์กรธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของความลับทางการค้าหรืออุตสาหกรรมและขณะที่กระทำผิดนั้นยังเป็นลูกจ้าง ผู้ทำงานหรือฝึกงานในองค์กรนั้นอยู่เป็นจำพวกหนึ่ง และบุคคลอื่น ๆ อีกจำพวกหนึ่ง

สำหรับบุคคลจำพวกแรกนั้น การกระทำที่จัดเป็นการกระทำผิดในเรื่องนี้ คือ การบอกข้อมูลอันเป็นความลับที่ตนได้รับจากการทำงานไปบอกแก่บุคคลภายนอกโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของความลับ ซึ่งการบอกความลับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการแข่งขันกับองค์กรธุรกิจนั้นหรือเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะทำลายเจ้าของความลับนั้น

บุคคลอื่น ๆ ที่มีได้ทำงานให้กับเจ้าของความลับและได้ความลับนั้นมาโดยวิธีการใด ๆ ดังต่อไปนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ในการแข่งขันกับเจ้าของความลับแสดงประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น หรือเพื่อต้องการทำลายเจ้าของความลับถือเป็นบุคคลที่ทำความผิดตามมาตรา 17 และต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย ซึ่งวิธีการได้มาซึ่งความลับนั้นอาจจะได้มาจาก

1) การได้หรือเก็บข้อมูลทางการค้าหรืออุตสาหกรรมอันเป็นความลับนั้น โดยมีได้รับอนุญาตโดยวิธีการเกี่ยวกับการจ้างงาน การคัดลอกความลับนั้น

2) ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับหรือบอกข้อมูลลับซึ่งตนได้มาแก่บุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยใช้วิธีการเดียวกับบุคคลที่ทำงานอยู่ในองค์กรธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของ หรือการได้มาหรือเก็บความลับนั้นไว้จากวิธีการเกี่ยวกับการจ้างงานการคัดลอกความลับนั้นหรือเคลื่อนย้ายวัตถุซึ่งรวบรวมข้อมูลอันเป็นความลับนั้น

การกระทำผิดบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้าหรืออุตสาหกรรมนี้มีโทษปรับหรือจำคุก 3 ปี แต่หากเป็นการกระทำผิดร้ายแรงผู้กระทำผิดมีโทษจำคุกมีโทษปรับหรือจำคุก 5 ปี ซึ่งการกระทำผิดร้ายแรงอย่างหนึ่งได้แก่ การบอกความลับแก่บุคคลอื่นโดยรู้ว่าคุณลับนั้นจะถูกนำไปใช้ในต่างประเทศและอีกกรณีหนึ่งซึ่งจัดเป็นการกระทำผิดร้ายแรงเสมอก็คือ ตัวผู้กระทำผิดเองจะใช้ความลับนั้นในต่างประเทศ



### ประเทศจีน

ประเทศจีนให้ความสำคัญคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ในกฎหมายเรื่องการป้องกันการแข่งขันทันไม่เป็นธรรม Law Against Unfair Competition โดยบัญญัติไว้ในข้อ 10<sup>110</sup>

ผู้ละเมิดความลับทางการค้าได้แก่ ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบุคคลตามกฎหมาย องค์กรทางเศรษฐกิจ หรือบุคคลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือบริการที่แสวงหากำไร<sup>111</sup> ซึ่งกระทำการดังต่อไปนี้ คือ

1. ได้ความลับทางการค้ามาจากเจ้าของโดยการขโมย ชู้แจ้งหรือใช้วิธีการที่มีชอบอื่น ๆ
2. เปิดเผย ใช้ หรืออนุญาตให้คนอื่นใช้ความลับทางการค้าที่ได้มาโดยวิธีการในข้อแรก
3. เปิดเผย ใช้ หรืออนุญาตให้คนอื่นใช้ความลับทางการค้าที่ตนเองได้มาจากการทำลายข้อตกลง หรือยุติการทำตามข้อเรียกร้องของเจ้าของสิทธิที่กำหนดให้เก็บข้อมูลไว้เป็นความลับ
4. บุคคลอื่นที่ได้มาใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าโดยรู้หรือควรจะรู้หากได้ใช้ความระมัดระวังว่าความลับทางการค้านั้นได้มาโดยวิธีการดังกล่าวข้างต้น

<sup>110</sup> Law Against Unfair Competition 1993 Article 10 “An operator shall not adopt the following means to infringe trade secrets :

- (1) obtaining trade secrets from the owners of right by stealing, promising of gain, resorting to coercion or other improper means;
- (2) disclosing, using or allowing others to use trade secrets of the owners of obtained by the means mentioned in the preceding item;
- (3) disclosing, using or allowing others to use trade secrets that he has obtained by breaking an engagement or disregarding the requirement of the owners of the rights to maintain the trade secrets in confidence.

Where the third party obtains, uses or discloses the trade secrets of others when he obviously has or should have full awareness of the illegal acts mentioned in the preceding paragraph, he shall be deemed to have infringed the trade secrets of others”.

<sup>111</sup> Article 2 “. . .

Operator in this law means a legal person or other economic organization or individual engaged in the trading of goods or profit making services”.

### ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์กำหนดการคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ในกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม มาตรา 6<sup>112</sup> ซึ่งกำหนดให้บุคคลใดที่แสวงหาผลประโยชน์หรือเปิดเผยกระบวนการผลิตหรือความลับทางการค้า ที่ได้มาจากการค้นพบหรือวิธีการใด ๆ ที่มีชอบถูกจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

แต่ทั้งนี้เนื้อหาในมาตราดังกล่าวเป็นเพียงการยกตัวอย่างของการกระทำเท่านั้น ดังนั้นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอันเกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าจึงมีขอบเขตกว้างมาก หากพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติในมาตรานี้

### 2.6. โฆษณาเปรียบเทียบ

การโฆษณาเปรียบเทียบ เป็นการโฆษณาโดยกล่าวอ้างถึงสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันทางธุรกิจ<sup>113</sup>ไม่ว่าโดยการกล่าวโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งการเปรียบเทียบนี้แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การกล่าวอ้างในเชิงบวก ซึ่งเป็นการโฆษณาว่าสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณานั้นดีเทียบเท่ากับสินค้าหรือบริการของผู้แข่งขันซึ่งเป็นที่รู้จักของสาธารณชน(well known) และประเภทที่ 2 เป็นการกล่าวอ้างในเชิงลบซึ่งเป็นการโฆษณาว่าสินค้าหรือบริการของตนนั้นดีกว่าสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันซึ่งกล่าวอ้างถึง ซึ่งการเปรียบเทียบทั้ง 2 ประเภท มีลักษณะที่เหมือนกันคือ เป็นการกล่าวเรื่องจริงแต่ทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวเปรียบเทียบได้รับความเสียหาย

เมื่อพิจารณาว่าลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกล่าวอ้างสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงเมื่อพิจารณาในแง่มุมมองนี้ การโฆษณาเปรียบเทียบจึงแตกต่างกับการทำให้เข้าใจผิด (misleading) และการให้ร้ายบุคคลอื่น (disparagement) ซึ่งการทำให้เข้าใจผิดเป็นกรณีของการกล่าวอ้างสิ่งที่เป็นเท็จเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างเอง ในขณะที่ให้ร้ายบุคคลอื่นก็เป็นการกล่าวอ้างถึงบุคคลอื่นในสิ่งที่เป็นเท็จเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามการโฆษณาเปรียบเทียบก็เป็นวิธีการโฆษณาที่อาจก่อให้เกิดการเข้าใจผิด และการให้ร้ายต่อบุคคลอื่นได้ง่ายเช่นกัน

<sup>112</sup> Federal Law on Unfair Competition 1986 Article 6 “Shall be deemed to have committed an act of unfair competition, anyone who, in particular, exploits or discloses manufacturing or trading secrets he has discovered or of which he has obtained undue knowledge in some other manner”.

<sup>113</sup> WIPO, *Protection against Unfair Competition : analysis of the Present world situation*, pp. 60.



ยกตัวอย่างเช่นการกล่าวเปรียบเทียบในข้อเท็จจริงแต่กล่าวไม่ครบทั้งหมดและการกล่าวอ้างทั้งหมดโดยรวมก่อให้เกิดการเข้าใจผิดของผู้บริโภค เป็นต้น

สำหรับแนวคิดในการให้ความคุ้มครองคู่แข่งจากการโฆษณาเปรียบเทียบในแต่ละประเทศนั้นจะแตกต่างกันไปแล้วแต่จุดประสงค์ที่มุ่งเน้นคุ้มครองบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศแคนาดา อนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ ตราบเท่าที่สิ่งที่นำมาโฆษณาเปรียบเทียบนั้นเป็นข้อความจริง แต่บางประเทศที่มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองแก่นักธุรกิจที่สุจริตก็จะพิจารณาว่าการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ดังเช่น ประเทศเบลเยียมและลักเซมเบิร์กกำหนดไว้ในกฎหมายว่าการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและบางประเทศแม้จะมีได้กำหนดไว้ในกฎหมายโดยตรงแต่ศาลมักวินิจฉัยความว่าการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำที่ตรงข้ามกับการดำเนินวิถีทางการค้าโดยสุจริต ซึ่งเป็นผลให้ผิดกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไปโดยปริยาย แต่มีบางกรณีเช่นกันที่ศาลจะยกเว้นให้การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นสามารถกระทำได้ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่เป็นสถานการณ์พิเศษ ดังเช่น ประชาชนแสดงออกอย่างชัดเจนว่าต้องการให้เปรียบเทียบหรือการโฆษณาเปรียบเทียบมีความจำเป็นเพื่อใช้อธิบายการพัฒนาทางด้านเทคนิค เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันแนวความคิดนี้เริ่มเปลี่ยนแปลงไป

ทั้งนี้เนื่องจากแนวความคิดที่ถือว่ากฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้น นอกจากจะมุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการที่สุจริตแล้วยังคุ้มครองผู้บริโภคและประโยชน์สาธารณะได้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ ประกอบกับการพิจารณาเห็นถึงประโยชน์ที่ผู้บริโภคจะได้รับจากการเปรียบเทียบจึงมีการยอมรับการโฆษณาเปรียบเทียบมากขึ้นดังเช่นประเทศฝรั่งเศสซึ่งเดิมห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบได้เริ่มอนุญาตให้เปรียบเทียบได้เริ่มอนุญาตให้เปรียบเทียบในเรื่องราคาได้ก่อนและปัจจุบันอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ทุกเรื่อง<sup>114</sup> และประเทศสวิตเซอร์แลนด์และฮังการีซึ่งอนุญาตให้นำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ตั้งแต่ปี 1986 และ ปี 1990 ตามลำดับ โดยประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้

<sup>114</sup> Winfried Tilmann, "Cross-Border Comparative Advertising," International Review of Industrial Property and Copyright Law, pp. 333-343 (Vol.2/1994).

กำหนดห้ามโฆษณาเปรียบเทียบที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกกล่าวอ้างโดยไม่จำเป็น<sup>115</sup> และประเทศอังกฤษกำหนดห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงประชาชน<sup>116</sup>

เนื่องจากลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิด (misleading) หรือให้ร้ายผู้อื่น (disparagement) ได้มากกว่าการโฆษณาลักษณะอื่น หลายประเทศจึงกำหนดในกฎหมายหรือมีคำพิพากษาในแนวทางที่ห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งเป็นการให้ร้ายบุคคลอื่นโดยไม่จำเป็น ดังเช่น Federal Law of Unfair Competition ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ดังที่กล่าวมาแล้ว

หากพิจารณาความสัมพันธ์กับกฎหมายเครื่องหมายการค้า การโฆษณาเปรียบเทียบมักจะต้องมีการอ้างอิงเปรียบเทียบกับเครื่องหมายการค้าของสินค้าหรือบริการที่นำมาเปรียบเทียบด้วยเสมอ ซึ่งในประเทศที่มีการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในฐานะที่เป็นสิ่งชี้เฉพาะถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการเท่านั้น การโฆษณาเปรียบเทียบก็จะไม่จัดอยู่ในการคุ้มครองของกฎหมายเครื่องหมายการค้าแต่บางประเทศซึ่งคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในฐานะที่ทำหน้าที่โฆษณาสินค้า (advertising value of trademarks) ด้วยก็จะถือว่าการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการละเมิดกฎหมายเครื่องหมายการค้าด้วย ดังเช่น Uniform Benelux Trademark Law ในมาตรา 13 A ซึ่งกำหนดการคุ้มครองของคุณค่าทางการโฆษณาของเครื่องหมายการค้าจากการกระทำใด ๆ ซึ่งจะทำให้คุณค่าดังกล่าวเสื่อมลง

ในกรณีที่มีการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการกระทำโดยองค์กรของผู้บริโภคหรือสถาบันมหาชนหรือสถาบันเอกชนต่าง ๆ ดังเช่น หนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ และสื่อต่าง ๆ การเปรียบเทียบนี้จะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้นขึ้น

<sup>115</sup> Federal Law on Unfair Competition 1986 Section 3 “Shall be deemed to have committed an act of unfair competition, anyone who, in particular, . . .”

(e) compares in an incorrect, misleading, needlessly injurious or imitative manner his person, his goods, his works, his services or his prices with those of a competitor or who, by such comparison, favors one party to the detriment of its competitors,”

<sup>116</sup> the Prohibition of Unfair Market Practice 1990 Section 11 “(1) It is prohibited to deceived consumers in order to increase the demand for goods.

(2) The following in particular constitute consumer deception : . . .

(b) comparison of goods in a manner liable to deceive and publication of the comparison in other advertising or information material; . . .”



อยู่กับการพิจารณาคำว่า “คู่แข่งกัน” ในแต่ละประเทศ กล่าวคือในประเทศซึ่งศาลไม่คำนึงความสัมพันธ์ในลักษณะคู่แข่งกันระหว่างโจทก์กับจำเลย องค์กรที่จัดทำารเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการขึ้นต้องตกอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบตามกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมด้วย ตัวอย่างประเทศเหล่านี้ได้แก่ ประเทศเบลเยียม เนเธอร์แลนด์ สวีเดน และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น<sup>117</sup> แต่สำหรับประเทศซึ่งยังคงคำนึงถึงความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขันในการพิจารณาว่าอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ การจัดทำารเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นธรรมขององค์กรเหล่านี้จะอยู่ในขอบเขตของหลักกฎหมายละเมิดตามกฎหมายแพ่ง

การนำเอาผลของการเปรียบเทียบที่จัดทำโดยองค์กรเหล่านี้ไปโฆษณาเปรียบเทียบนั้นขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าอนุญาตให้ทำได้หรือไม่เพียงใดซึ่งแต่ละประเทศกำหนดแนวทางไว้แตกต่างกันไป ดังเช่น ประเทศเยอรมันซึ่งห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบโดยทั่วไป อนุญาตให้โฆษณาเปรียบเทียบในกรณีเช่นนี้ได้ ในขณะที่ประเทศเบลเยียมซึ่งห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบโดยทั่วไปก็ห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบในกรณีนี้โดยชัดแจ้งเช่นกัน หรือประเทศสวิตเซอร์แลนด์อนุญาตให้สามารถเปรียบเทียบในกรณีนี้ได้แต่อยู่ในขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัด เป็นต้น<sup>118</sup>

## 2.7 การกระทำที่อาจจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกระทำใดที่ถูกจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ นั้น เป็นผลจากลักษณะทางสังคม เศรษฐกิจ ตลอดจนแนวความคิดในเรื่องศีลธรรม จริยธรรม ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศซึ่งนอกจากการกระทำที่กล่าวมาข้างต้นอันถือเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่ยอมรับกันเป็นสากลแล้ว ยังมีการกระทำอื่น ๆ ซึ่งหลายประเทศเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริตในทางการค้าและอุตสาหกรรมและจัดให้เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยเหตุที่การกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นตามการพัฒนาทางด้านการค้าและอุตสาหกรรมจึงเห็นควรกล่าวไว้เพื่อเป็นประโยชน์ดังนี้

### 2.7.1 การใช้วิธีการขายซึ่งรบกวนสิทธิของประชาชน

เป็นกรณีของการมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคจากการชักจูงจนเกินควรของผู้แข่งขันในตลาดการค้าซึ่งการพิจารณาว่าการชักจูงผู้บริโภคอย่างไรจึงจัดว่า “เกินควร” และถูกจัดให้เป็น

<sup>117</sup> WIPO, *Proteciton against unfair competition : analysis of present world situation*, pp. 64.

<sup>118</sup> Ibid.

การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นค่อนข้างกระทำได้ยากเนื่องจากการขายสินค้าให้ผู้บริโภคนั้น ต้องมีการชักจูงอยู่เสมอแต่โดยมากแล้วจะเป็นกรณีของการรुकล้าสิทธิส่วนบุคคลของผู้บริโภค หรือการหลอกลวงผู้บริโภคโดยอาศัยเทคนิคของการโฆษณา<sup>119</sup>อันได้แก่ การขายสินค้าหรือ บริการตามบ้าน (door-to-door sales) การขายสินค้าหรือบริการทางโทรศัพท์ เป็นต้น ซึ่งบาง ประเทศถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการรुकล้าสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนในขณะที่บาง ประเทศจะถือว่าสามารถทำได้ครบใดที่ไม่ปรากฏว่ามีการหลอกลวงประชาชน

### 2.7.2 การส่งเสริมการขาย (Sale Promotion)

กลวิธีในการส่งเสริมการขายเพื่อชักจูงให้มีผู้ซื้อสินค้าหรือบริการของคู่แข่งกันใน ตลาดมักเป็นการเสนอรางวัล ของขวัญ การลดราคา ตลอดจนสิ่งจูงใจอื่น ๆ ซึ่งบางประเทศได้ กำหนดให้เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม เนื่องจากเห็นว่าเป็นการใช้สัญญาชาติญาณของมนุษย์ ซึ่งชอบการเสี่ยงโชคหรือโอนของรางวัลมาใช้ แต่การส่งเสริมการขายโดยอาศัยเครื่องชักจูงใจ เหล่านี้ มักจะถูกจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมต่อเมื่อเป็นสถานการณ์พิเศษ

เครื่องชักจูงใจเหล่านี้ได้แก่ การเสี่ยงโชค การพนัน การให้โบนัส การให้ของรางวัล ของขวัญ การลดราคา การเล่นเกมสกี การประกวดต่าง ๆ เป็นต้น บางประเทศได้ห้ามการ กระทำเหล่านี้โดยจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเนื่องจากเห็นว่าการใช้เครื่องชักจูงใจเหล่า นี้เป็นแรงกดดันทางจิตวิทยา (psychological pressure to purchase) ที่ก่อให้เกิดการตัดสินใจซื้อ สินค้าหรือบริการ โดยอาจไม่ได้มีความต้องการในสิ่งนั้นจริง

สำหรับสลากกินแบ่ง (Lotteries) นั้น เนื่องจากเป็นเรื่องของการเสี่ยงโชคโดยแท้ ดัง นั้นโดยปกติจึงถูกห้ามมิให้ใช้การส่งเสริมการขายโดยวิธีนี้หรืออาจจะอนุญาตแต่ถูกจำกัดมาก เนื่องจากถือว่าการส่งเสริมอุปนิสัยการเล่นพนันของประชาชนอย่างหนึ่ง<sup>120</sup>

คำว่า สลากกินแบ่ง (Lotteries) มีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศหรือ แม้แต่คนละมลรัฐในประเทศเดียวกัน ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่หากพิจารณาองค์ ประกอบแล้วจะมีลักษณะทั่วไปที่เหมือนกัน 3 ประการ คือ ค่าตอบแทนในการเสี่ยงโชค (consideration) การเสี่ยงโชค (chance) และของรางวัล (prize) แต่หากในกรณีที่การเสี่ยงโชค นั้นผู้เสี่ยงโชคต้องใช้ทักษะหรือการตัดสินใจของตนเองร่วมด้วยก็จะกลายเป็นลักษณะของการเล่น เกมที่อาศัยโชคประกอบกัน เรียกว่า giveaway หรือ contest ซึ่งโดยปกติจะสามารถทำได้หาก

<sup>119</sup> Ibid, pp.65.

<sup>120</sup> C.R.M., Unfair Trade Practice in nutshell, pp. 389.



ไม่มีการหลอกลวงผู้บริโภคหรือการกดดันทางจิตวิทยาต่อผู้บริโภคที่ทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าหรือบริการนั้นร่วมอยู่ด้วย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐต่าง ๆ ได้ออกกฎหมายป้องกันการขายสินค้าหรือบริการโดยใช้สลากกินแบ่งเป็นเครื่องจูงใจผู้ซื้อ โดยในบางรัฐได้กำหนดให้ความผิดเรื่องนี้เป็นความผิดอาญาและในคดีส่วนมากศาลมักจะอนุญาตให้คู่แข่งที่เสียเปรียบจากการใช้สลากกินแบ่งในการส่งเสริมการขายของกลุ่มคู่แข่ง สามารถฟ้องร้องโดยอาศัยบทบัญญัตินั้น ๆ ในทางแพ่งเพื่อบรรเทาความเสียหายได้อีกด้วยตัวอย่างเช่นคดี United States of New Jersey กับ Kingsley<sup>121</sup>

ศาลอนุญาตให้บรรเทาความเสียหายตามคำฟ้องของผู้ดำเนินการสถานีบริการน้ำมันซึ่งฟ้องบริษัทผู้จำหน่ายน้ำมันรวมทั้งผู้ค้าปลีกซึ่งเป็นคู่แข่งกับผู้ฟ้อง จากการทำผิดบทบัญญัติซึ่งห้ามใช้สลากกินแบ่งและเกมส์อื่น ๆ ที่อาศัยการเสี่ยงโชคควบคู่กับการขายสินค้าหรือบริการ

คดีระหว่างคณะกรรมการ FTC กับ R.F. Keppel & Brother, Inc.<sup>122</sup>

ศาลสูงสหรัฐ (the Supreme Court) ยืนยันคำตัดสินของเจ้าหน้าที่ FTC ในการห้ามการใช้สลากกินแบ่งเพื่อส่งเสริมการขายลูกกวาดให้แก่เด็ก ๆ โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะไม่มีการหลอกลวง (fraud or deception) ร่วมอยู่ด้วยก็ตาม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาศัยประโยชน์จากกลุ่มผู้บริโภคซึ่งไม่สามารถป้องกันตนเองได้และเป็นการกระทำที่หลักกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายอาญาถือว่าขัดต่อนโยบายสาธารณะมานานแล้ว

นอกจากนี้ในการพิจารณาของศาล ศาลมักจะให้ความสำคัญกับเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ซื้อมากกว่าจะต้องมาจากแรงกดดันทางด้านจิตใจทำให้ซื้อ (psychological pressure to purchase) โดยพิจารณาจากกลวิธีที่ใช้และมูลค่าของรางวัลประกอบกัน

### 2.7.3. การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในกรณีที่เป็นการแข่งขันทางการค้าของผู้อื่น

<sup>121</sup> คดี United States of New Jersey กับ Kingsley., 99 N.J. Supre. 574, 240 A. 2d 702 (1968), pp. 389.

<sup>122</sup> คดี FTC V.R.F. Keppel & Brother Inc., 291 U.S. 304, 54 S.Ct.423, 78 L.Ed.814 (1934), pp. 376,389.

นอกจากกรณีต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นแล้วยังมีการกระทำอีกหลายประการที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจกรรมของกลุ่มแข่งขันทั้งที่เป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ตัวอย่างเช่น การทำลายขวดเปล่าของกลุ่มแข่งขันซึ่งผลิตน้ำอัดลมเพื่อมิให้นำขวดนั้นไปเติมน้ำอัดลมเพื่อนำมาจำหน่ายใหม่โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความสามารถในการผลิตเข้าสู่ตลาดของกลุ่มแข่งขัน เช่นนี้เป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคโดยตรง

สำหรับการก่อให้เกิดอุปสรรคทางอ้อมนั้นมักปรากฏในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการผูกขาดอยู่แล้ว เช่น การเลือกปฏิบัติ (discrimination) การกีดกันทางการค้า (boycotting) และการทุ่มตลาด (dumping) แต่กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็อาจเข้ามามีบทบาทในฐานะที่เข้ามาช่วยสนับสนุนในส่วนซึ่งการกระทำผิดนั้นกระทำในลักษณะที่เป็นเรื่องระหว่าง เอกชน (individual scale) ตัวอย่างเช่น การขายสินค้าหรือบริการในราคาต่ำกว่าต้นทุน (sale below-cost prices) การแทรกแซงกิจกรรมทางธุรกิจของกลุ่มแข่งขัน (unreasonable interference with the business activities of competitors) เป็นต้น

ในส่วนของการขายสินค้าหรือบริการราคาต่ำกว่าทุนนั้นบางประเทศก็ให้การคุ้มครองในเชิงกฎหมายมหาชน โดยอาศัยกฎหมายป้องกันการผูกขาดเท่านั้นแต่บางประเทศก็กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งและให้เอกชนสามารถฟ้องร้องเพื่อให้มีกระบวนการทางแพ่งในการชดใช้ความเสียหายได้ เช่น ประเทศสเปน ประเทศสวีเดน สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเรื่องใดอยู่ในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการผูกขาด และเรื่องใดอยู่ในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นศาลสูงสหรัฐอเมริกา (the Supreme Court) ได้เคยวางหลักเอาไว้ในคดี *Munn V. Illinois*<sup>123</sup>

. . . that imposing price regulation on a business not attested with the public interest would constitute an impermissible deprivation of constitutionally protected liberty  
การตั้งราคาในทางธุรกิจที่ไม่มีผลเสียต่อประโยชน์สาธารณะนั้น หากต้องห้ามก็เนื่องจากการมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ

<sup>123</sup> *Munn V. States of Illinois*, 94 U.S. 113, 24 L.Ed.77 (1876), 393 cited by C.R.M., *Unfair trade practices in nutshell*, pp. 393.



จากคำตัดสินดังกล่าวแสดงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าหากเป็นเรื่องที่ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแต่เป็นเรื่องที่ขัดขวางการค้าเสรีของธุรกิจของคู่แข่งอื่นก็จัดเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั่นเอง

#### การขายสินค้าหรือบริการต่ำกว่าต้นทุนในสหรัฐอเมริกา

การคุ้มครองในเรื่องการตั้งราคาเพื่อการแข่งขันในทางธุรกิจของสหรัฐอเมริกานั้นแต่เดิมจะคุ้มครองโดยอาศัยหลักคอมมอนลอว์ในเรื่อง predatory pricing ซึ่งเป็นเรื่องของการที่คู่แข่งใช้ราคาเป็นเครื่องมือในการทำลายคู่แข่งในทางการค้า โดยมีพฤติกรรมการค้าโดยยอมขาดทุนเป็นหลักฐานอย่างหนึ่งในการพิจารณาและต่อมาได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งราคาในทางธุรกิจทั้งโดยสหพันธรัฐและโดยมลรัฐต่าง ๆ หลายฉบับ ดังเช่น The Robinson-Patman Act<sup>124</sup> ที่ออกโดยสหพันธรัฐมีบทบัญญัติเพื่อห้ามการตั้งราคาโดยเลือกปฏิบัติ (price discrimination) และกฎหมาย sale-below-cost ของรัฐต่าง ๆ ซึ่งห้ามการขายส่งและขายปลีกในราคาต่ำกว่าต้นทุน เป็นต้น

ลักษณะการใช้ราคาเป็นเครื่องมือในการกีดกันคู่แข่งในทางการค้าแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>125</sup> คือ

#### ก) การขายตัดราคา (Price Cutting)

การขายตัดราคาเป็นการตั้งราคาเพื่อมุ่งทำความเสียหายให้แก่ธุรกิจของบุคคลอื่นซึ่งถือเป็นความผิดฐาน predatory pricing ตามหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งหากการกระทำนั้นเป็นการมุ่งทำลายหรือกำจัดคู่แข่งก็อาจจะเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วย

การขายตัดราคาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุน (Sale below cost) และการตั้งราคาต่ำโดยไม่มีเหตุผล (Unreasonable Low Prices)

#### - การตั้งราคาขายต่ำกว่าทุน

การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนเป็นการกระทำที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเพราะเป็นวิธีการแข่งขันที่มักก่อให้เกิดการทำสงครามราคาระหว่างผู้ดำเนินธุรกิจ และยังเป็นการกระทำที่อาศัยพฤติกรรมของผู้บริโภคที่หลอ่งง่ายด้วย โดยทำให้ผู้บริโภคคาดหวังว่าสิ่งอื่นมีราคาถูก

<sup>124</sup> แม้ว่าในทางเทคนิคอาจจะจัดเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่เนื่องจากเหตุผลในการร่างกฎหมายมาจากการที่สภาองเกรสต้องการคุ้มครองผู้ค้าปลีกและค้าส่งรายย่อยจากการจำหน่ายตัดราคาขายตามกลุ่มผู้ค้าปลีกหรือส่งทำให้มีลักษณะเป็นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมากกว่า อ้างใน C.R.M. Unfair trade practice a nutshell, pp. 405.

<sup>125</sup> Charles R. Macmanis., Unfair trade practice in nutshell, pp. 399.

เช่นกันซึ่งอาจไม่เป็นความจริง เมื่อผู้บริโภคเห็นว่าสินค้าชนิดหนึ่งในร้านนั้นมีราคาถูกอย่างน่าประหลาดใจก็อาจคิดว่าสินค้าอื่น ๆ ในร้านก็มีราคาถูกเช่นกัน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุน ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับ Sale-below-cost statutes ที่มลรัฐต่าง ๆ ออกมาควบคุมการกำหนดราคา ซึ่งในแต่ละมลรัฐได้กำหนดเนื้อหาไว้แตกต่างกัน โดยบางรัฐพิจารณาถึงเจตนาในการกระทำของผู้กระทำว่าจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการทำลายคู่แข่งกัน บางรัฐพิจารณาจากผลของการกระทำ บางรัฐพิจารณาควบคู่กันไป นอกจากนี้ยังมีขอบเขตการคุ้มครองที่ไม่เท่ากัน กล่าวคือ อาจให้การคุ้มครองเฉพาะกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางอย่างหรืออาจคุ้มครองกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกอย่างก็ได้

สำหรับกระบวนการในการบรรเทาความเสียหายนั้นใช้ทั้งกระบวนการแพ่งและอาญาโดยกฎหมายจะกำหนดให้ผู้ที่ใช้กระบวนการทางแพ่งเป็นผู้ใดก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการทำเช่นนั้น<sup>126</sup> แต่ก็มีศาลบางศาลที่ยังกำหนดเงื่อนไขให้แสดงความสัมพันธ์ในลักษณะการเป็นคู่แข่งกันและได้รับความเสียหายจากการตั้งราคาต่ำกว่าทุนของจำเลย<sup>127</sup> อันเนื่องมาจากการนำเอาหลักการของคอมมอนลอว์เข้ามาใช้ร่วมด้วย

ส่วนกระบวนการทางอาญานั้นกำหนดเงื่อนไขว่าต้องมีวัตถุประสงค์ในการทำ ความเสียหายให้คู่แข่งกันและมักกำหนดการกระทำความผิด โดยมิบทสันนิษฐานว่าจำเลยกระทำโดยมีเจตนาจะทำความเสียหายนั้น หากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีเจตนาในการทำ ความเสียหายให้คู่แข่งกันหรือการกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อหันเหความสนใจของลูกค้าเท่านั้นจำเลยก็จะพ้นความผิด

- การตั้งราคาต่ำโดยไม่มีเหตุผล (Unreasonable Low Prices)

การตั้งราคาต่ำโดยไม่มีเหตุผลนั้นถูกกำหนดไว้ใน the Robinson-Patman Act Section 3 of the Act, 15 U.S.C.A. ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ . . . at unreasonably low prices for the purpose of destroying competition or limitation a competitor. . . ”

ห้ามการขายซึ่งกำหนดราคาขายต่ำกว่าราคาที่สมควร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายคู่แข่งกันหรือจำกัดคู่แข่งกันออกไป

<sup>126</sup> Catalina, Inc. V.P. Zwetchkenbaum & Sons, Inc., 107 R.I. 444, 267 A.2d 702 (1970), Cited by Charles R. Macmanis, Unfair trade Practice in Nutshell., pp. 339.

<sup>127</sup> Heiden V. Ray's Inc., 34 Wis.2d 632, 150 N.W. 2d 467 (1967), Cited by Charles R. Macmanis, Unfair trade Practice in Nutshell., pp. 339.



การตั้งราคาต่ำโดยไม่มีเหตุผลจึงประกอบด้วย 2 องค์ประกอบ คือ (1) การขายโดยตั้งราคาต่ำอย่างไม่สมเหตุผล และ (2) มีวัตถุประสงค์ที่จะทำลายหรือทำความเสียหายให้คู่แข่ง แต่แม้ว่าจะขาดองค์ประกอบใดไปการกระทำนั้นก็ถือเป็นความผิดโดยสมบูรณ์<sup>128</sup>

ข้อแตกต่างกับกฎหมาย sale-below-cost statutes ของมลรัฐต่าง ๆ ข้อหนึ่งก็คือไม่ได้ห้ามการขายต่ำกว่าราคาทุน เพียงห้ามการตั้งราคาที่ไม่สมเหตุผล ซึ่งในบางกรณีการตั้งราคาต่ำกว่าทุนอาจมีเหตุผลสมควรในขณะที่การตั้งราคาแบบมีกำไรเล็กน้อยอาจไม่มีเหตุผลสมควรก็ได้ ขึ้นอยู่กับการพิจารณาราคาที่สมเหตุสมผลว่าคือราคาที่จุดใด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการพิจารณาแต่ละคดีไป

#### ข) การตั้งราคาขายโดยเลือกปฏิบัติ (Price Discrimination)

การตั้งราคาขายโดยเลือกปฏิบัติถูกกำหนดไว้ใน the Robinson-Pattman Act Section 2 จัดเป็นการขายตัดราคาประเภทหนึ่งซึ่งห้ามผู้ขายเลือกการตั้งราคาขายสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกัน คุณภาพในระดับเดียวกันในเวลาเดียวกัน เพื่อก่อให้เกิดการลดการแข่งขันลง ก่อให้เกิดการผูกขาด หรือเกิดความเสียหาย ทำลายหรือป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันกับตนเองขึ้น

การกำหนดในเรื่องการตั้งราคาขายโดยเลือกปฏิบัติของ the Robinson-Pattman Act เป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับหนึ่งคือ the Clayton Act ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับป้องกันการเกิดการผูกขาดเท่านั้น โดยการห้ามการตั้งราคาโดยเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นการทำความเสียหายทำลายหรือป้องกันมิให้มีการแข่งขันกับผู้กระทำ แต่ the Robinson-Pattman Act เป็นข้อกำหนดให้มีการคุ้มครองประโยชน์ของผู้แข่งขันในแต่ละราย (individual competitors) โดยเหตุผลที่ว่าความเสียหายของผู้แข่งขันเมื่อเกิดขึ้นหลายรายก็จะมีผลให้ลดการแข่งขันในตลาดการค้า และอาจนำไปสู่การผูกขาดได้ ซึ่งการคุ้มครองประโยชน์ของผู้แข่งขันแต่ละรายนี้ส่งผลให้กฎหมายฉบับนี้มีบทบาทในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมด้วย

ในส่วนของการบรรเทาความเสียหายให้แก่คู่แข่ง คู่แข่งขันที่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวรวมทั้งคณะกรรมการ FTC (The Federal Trade Commission) สามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ดำเนินกระบวนการทางแพ่ง หรือคณะกรรมการ FTC อาจเป็นผู้พิจารณาเองก็ได้ เนื่องจาก the Robinson-Pattman Act ให้อำนาจในการบรรเทาความเสียหายแก่ศาลและคณะกรรมการ FTC

<sup>128</sup> Charles R. Macmanis, *Unfair trade Practice in Nutshell.*, pp. 403.

การบรรเทาความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวหากเป็นกระบวนการทางแพ่ง อาจเป็นกรณีที่คู่แข่งซึ่งเสียหายจากการกระทำดังกล่าวฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้บรรเทาความเสียหาย หรืออาจเป็นกรณีที่คณะกรรมการ FTC เป็นผู้ฟ้องร้องต่อศาล หากมีผู้เสียหายร้องต่อคณะกรรมการ FTC หรือคณะกรรมการ FTC พบการกระทำดังกล่าวเอง ซึ่งในกรณีที่คณะกรรมการ FTC เป็นผู้ยื่นฟ้องต่อศาลนั้น ศาลมักมีคำสั่งชดเชยตามคณะกรรมการ FTC เสมอทั้งนี้การตั้งราคาโดยเลือกปฏิบัติที่สามารถดำเนินกระบวนการทางอาญาเพื่อบรรเทาความเสียหายได้แก่กรณีของ การตั้งราคาโดยเลือกปฏิบัติซึ่งอาศัยการลอบลดราคา, กั้นเงิน, การจ่ายให้แทน<sup>129</sup>

### ประเทศจีน

กำหนดการคุ้มครองคู่แข่งจากการใช้ราคาเป็นเครื่องมือใน Law Against Unfair Competition มาตรา 11<sup>130</sup> โดยกำหนดให้การตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้คู่แข่งออกไปจากตลาดการค้าขายเกินเพียง 4 ประการเท่านั้นที่ไม่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมแม้ว่าจะขายต่ำกว่าราคาต้นทุนคือ

- (1) การตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุนในการขายสินค้าสดหรือสินค้าที่เป็นสิ่งมีชีวิต
- (2) ขายสินค้าที่กำลังจะหมดอายุหรือสิ้นคลังเก็บสินค้า
- (3) การลดราคาตามฤดูกาล
- (4) เป็นการขายเพื่อชำระหนี้ เปลี่ยนแปลงลักษณะการดำเนินการหรือปิดกิจการ

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Section 11 “An operator shall not sell goods at a price below cost for the purpose of excluding his competitors.

None of the following acts constitute acts of unfair competition :

- (1) selling fresh or live goods;
- (2) disposing of goods the use ful life of which is about to expire or other over stocked price;
- (3) reducing prices seasonably;
- (4) selling goods at reduced prices for paying off debts, changing the line of production or closing the trade”.



### 3. การบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

การบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมีความสำคัญเทียบเท่ากับตัวบทบัญญัติกฎหมายเนื่องจากถ้าไม่มีมาตรการบังคับที่จะหยุดยั้งการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมป้องกันความเสียหายจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมแล้วกฎหมายก็ไม่สามารถหาประโยชน์อันใดได้ ดังนั้นประเทศที่มีบทบัญญัติพิเศษในเรื่องการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจึงมักกำหนดสภาพบังคับของกฎหมายไว้ด้วยซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นการนำเอากระบวนการทางแพ่งหรืออาญาตามปกติมาใช้ แต่ในบางประเทศอาจกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นเป็นพิเศษ เช่น กำหนดตัวบุคคลที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลหรืออายุความการฟ้องร้องเป็นพิเศษจากกระบวนการทางแพ่งหรืออาญาโดยปกติ

นอกจากนี้ในบางประเทศได้กำหนดให้มีมาตรการทางบริหาร(administrative measure) เพื่อให้การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งในบางประเทศกำหนดให้องค์กรที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องพิจารณาการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและฟ้องร้องต่อศาลแต่ในบางประเทศให้อำนาจองค์กรที่กำหนดไว้เฉพาะนั้นมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีการดำเนินคดีในศาลด้วย นอกจากนี้ในบางประเทศองค์กรที่เกิดขึ้นจากการร่วมมือของผู้ประกอบวิชาชีพใดๆ มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำของผู้ที่อยู่ในวิชาชีพเดียวกันด้วยตัวอย่าง เช่น การรวมตัวกันโดยสมัครใจของผู้ทำอุตสาหกรรมโฆษณาในประเทศอังกฤษ เป็นต้น

สภาพบังคับทางกฎหมายของการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจึงแบ่งได้ 3 ประเภท ดังนี้

#### (1) การบังคับใช้กฎหมายโดยศาล

การดำเนินคดีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมจะมีทั้งรูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่งและอาญา ซึ่งการใช้กระบวนการพิจารณาทางอาญาโดยปกติจะจำกัดอยู่เฉพาะบางเรื่อง เช่น กรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคหรือประโยชน์สาธารณะประกอบกับกระบวนการพิจารณาทางแพ่งสามารถเยียวยาความเสียหายได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่าทำให้กระบวนการทางอาญามีบทบาทน้อยมากในทางปฏิบัติ<sup>131</sup>

#### (2) กระบวนการทางด้านบริหาร

<sup>131</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition*, pp. 78.

หลายประเทศได้กำหนดให้มีกระบวนการทางด้านบริหารเพิ่มเติมจากกระบวนการพิจารณาคดีทางแพ่งและอาญาซึ่งวัตถุประสงค์ของการมีมาตรการหลาย ๆ ด้านในการบังคับกฎหมายก็เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายได้รับการคุ้มครอง

ตามปกติกฎหมายจะกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการทางด้านบริหารมีอำนาจในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในบางเรื่องเท่านั้นซึ่งมักเป็นเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์มหาชน แต่ในบางประเทศองค์กรทางด้านบริหารมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย ตลอดจนการกำหนดการเยียวยาความเสียหายอย่างกว้างขวาง ดังเช่น The Federal Trade Commission ของสหรัฐอเมริกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น<sup>132</sup>

### (3) สภาพบังคับจากกลุ่มผู้ประกอบการวิชาชีพ

การรวมตัวโดยสมัครใจของกลุ่มผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งมีกฎเกณฑ์บังคับภายในกลุ่มนั้น หากสามารถดำเนินการอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพจะมีบทบาทในการลดคดีขึ้นสู่ศาลและการวินิจฉัยของฝ่ายบริหารได้อย่างมาก

## 3.1 การบังคับใช้กฎหมายโดยศาล

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นมีการบังคับใช้กฎหมายหลากหลายรูปแบบ แต่การบังคับใช้กฎหมายเพียงไม่กี่รูปแบบเท่านั้นที่ปรากฏในคดีแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

### 3.1.1 คำสั่งศาล (Injunction)

คำสั่งศาลซึ่งโจทก์ร้องขอเพื่อให้บังคับแก่จำเลยนั้นเป็นมาตรการที่สำคัญมากในการดำเนินคดีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม<sup>133</sup> โดยเฉพาะคำสั่งระหว่างการพิจารณานั้นมีบทบาทมากสาเหตุเพราะ เมื่อโจทก์ยื่นคำขอโดยมีพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าจำเลยทำการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ศาลก็สามารถออกคำสั่งเพื่อเยียวยาความเสียหายให้โจทก์ได้ โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของจำเลย กล่าวคือ ไม่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยรู้หรือควรรู้ว่าเป็นการกระทำอันมิชอบหรือไม่ตลอดจนไม่ต้องพิสูจน์ถึงจำนวนความเสียหายที่แน่นอน<sup>134</sup> ทำให้สามารถเยียวยาได้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็วซึ่งหากไม่มีคำสั่งระหว่างพิจารณาอาจเกิดผลเสียต่อโจทก์หลาย

<sup>132</sup> Ibid., pp.79.

<sup>133</sup> Joachim Bornkamm, "An over view of the actions and remedies for dealing with infringement of intellectual property rights," *Intellectual Property in Asia and the Pacific* 47 (1995) :17-27.

<sup>134</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition*, pp. 78



ประการ กล่าวคือ ระยะเวลาที่ใช้ในการเริ่มกระบวนการพิจารณาจนถึงศาลมีคำพิพากษาต้องใช้ระยะเวลาซึ่งความเสียหายของโจทก์อาจเพิ่มมากขึ้นในระหว่างการพิจารณาของศาล หากไม่มีการบรรเทาความเสียหายในระหว่างนั้นดังเช่น การสูญเสียผลกำไรหรือเสียชื่อเสียงอันเนื่องมาจากจำเลยกระทำการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมต่อเนื่องไปจนกระทั่งมีคำพิพากษาหรือในคดีแพ่งจำเลยก็ย้ายถ่ายเททรัพย์สินในระหว่างพิจารณาจนเมื่อศาลมีคำพิพากษาจำเลยไม่มีทรัพย์สินที่จะถูกบังคับตามคำพิพากษา<sup>135</sup> เป็นต้น

3.1.1.1 ประเภทของคำสั่งศาลที่สำคัญในการดำเนินคดีป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมีดังนี้

(1) คำสั่งศาลให้ระงับการกระทำ (Cease and Desist Injunction)

คำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่โจทก์ขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของจำเลยซึ่งโจทก์จะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งนี้ระหว่างการพิจารณาหรือหลังจากมีคำพิพากษาก็ได้แต่โดยปกติแล้วโจทก์จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งนี้ตั้งแต่อยู่ในระหว่างการพิจารณา

คำสั่งให้ระงับการกระทำ ระหว่างพิจารณาคดีมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสถานภาพของกลุ่มไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษา<sup>136</sup> ซึ่งในการร้องขอต่อศาลโจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่ามีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นแล้วหรือกำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ และนอกจากนี้ยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงอื่นอีก กล่าวคือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โจทก์ต้องแสดงต่อศาลว่าคดีมีมูล (prima facie case) โจทก์เป็นฝ่ายที่จะชนะคดี (likelihood of success) และศาลจะวินิจฉัยประกอบกันสมดุลย์ของผลประโยชน์ระหว่างโจทก์และจำเลยตลอดจนผลกระทบต่อสาธารณชนว่าเกินสมควรหรือไม่และสำหรับในประเทศประมวลกฎหมายเช่นประเทศเยอรมัน การพิจารณาในออกคำสั่งของศาลคล้ายคลึงกับศาลคอมมอนลอว์ กล่าวคือ จะพิจารณาสมดุลย์ของผลประโยชน์ระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นหลัก<sup>137</sup>

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของคำสั่งชนิดนี้คือระงับมิให้การกระทำที่มีขอบนั้นดำเนินต่อไป ดังนั้นในบางประเทศเช่นประเทศเยอรมันจึงให้จำเลยมีโอกาสเลือกที่จะทำหนังสือสัญญาว่าจะไม่กระทำการสิ่งที่มีขอบในอนาคตและหากปรากฏว่าจำเลยกระทำผิดสัญญา

<sup>135</sup> WIPO, Background Reading Material an Intellectual Property, pp. 357.

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Joachim Borkmamm, "An overview of the actions and Remedies for dealing with infringement of intellectual property rights," Intellectual Property in Asia and the Pacific, pp. 17-27.

จะจ่ายค่าปรับแก่โจทก์ในจำนวนเงินสูงมากพอที่จะป้องกันการกระทำอันมิชอบอีกต่อไปเพื่อ  
แทนการออกคำสั่งศาล<sup>138</sup>

(2) คำสั่งให้คืนและยึดพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของจำเลย  
(Anton Pillor Order)

คำสั่งให้คืนและยึดพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของจำเลยหรือที่  
เรียกว่า Anton Pillor Order นี้เป็นคำสั่งศาลที่ใช้ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอน  
ลอร์ซึ่งพัฒนาจากศาลอังกฤษโดยเริ่มต้นในปี 1976 จากคดี Anton Pillor V. Manufacturing  
Process Ltd. [1976] ch.55<sup>139</sup>

คำสั่งนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาซึ่งโจทก์ทำคำขอฝ่ายเดียว(ex-party  
request) และแสดงแก่ศาลว่ามีเหตุอันน่าเชื่อว่าจำเลยได้ครอบครองพยานหลักฐานที่โจทก์ใช้ในการ  
พิสูจน์ความผิดของจำเลยได้และหากศาลไม่ออกคำสั่งดังกล่าวโจทก์จะได้รับความเสีย  
หายอย่างรุนแรง และเมื่อศาลออกคำสั่งตามคำขอของโจทก์แล้วโจทก์และเจ้าหน้าที่รัฐจำนวน  
ไม่เกิน 4 คน สามารถเข้าไปยังสถานที่อยู่หรือสถานประกอบธุรกิจของจำเลยเพื่อคืนและยึด  
พยานหลักฐานที่จำเลยใช้กระทำความผิด และอาจรวมถึงขอให้จำเลยเปิดเผยรายชื่อของบุคคลที่  
เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

ประสิทธิภาพของคำสั่งนี้เกิดจากความรวดเร็วในการออกคำสั่งและเนื่องจาก  
เป็นคำขอฝ่ายเดียว (ex-parte request) ทำให้จำเลยไม่มีโอกาสทำลายหรือย้ายถ่ายเทพยาน  
หลักฐานที่โจทก์สามารถใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ แต่ขณะเดียวกันการออกคำสั่งนี้อาจจะ  
ก่อให้เกิดความเสียหายแก่จำเลยสูง ศาลจึงวินิจฉัยคำขอของโจทก์อย่างเข้มงวด

(3) คำสั่งห้ามไม่ให้จำเลยถ่ายเททรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจศาล(Mareva  
Injunction)

คำสั่งห้ามไม่ให้จำเลยถ่ายเททรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจศาลที่เรียกว่า Mareva  
Injunction เกิดจากการพัฒนาของศาลอังกฤษในปี 1980 จากคดี Mareva Compania Naviera SA  
v. International Bulk Carriers SA [1980] All ER 213. คำสั่งศาลชนิดนี้ใช้ป้องกันการถ่ายเท  
ทรัพย์สินของจำเลยออกไปนอกเขตอำนาจศาลซึ่งจะทำให้ไม่สามารถบังคับคดีเอากับจำเลยได้  
เมื่อปรากฏในภายหลังว่าโจทก์ชนะคดีเนื่องจากคำขอของโจทก์ให้คำสั่งนี้มีลักษณะเป็นคำขอ

<sup>138</sup> Ibid.,

<sup>139</sup> Advian Soon Rahim Jalil Tan Siong Thye "Overview of International Property Law and its  
enforcement in Singapore," Paper present at the WIPO ASEAN REGIONAL COLLOQUIUM ON  
INTELLECTUAL PROPERTY FOR THE JUDICIARY, Bangkok, Thailand, 21-23 November 1995.



ฝ่ายเดียว เช่นเดียวกับ Anton Pillor Order และไม่มีการแจ้งให้จำเลยทราบก่อนดังนั้นจำเลยจึงไม่มีโอกาสที่จะถ่ายเททรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจศาล<sup>140</sup>

(4) คำสั่งให้โฆษณาคำพิพากษาและคำสั่งทำให้ถูกต้อง

การบังคับใช้กฎหมายอีกวิธีหนึ่งซึ่งหลายประเทศใช้ในคดีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมคือการมีคำสั่งให้จำเลยโฆษณาคำพิพากษาหรือทำให้ถูกต้อง คำสั่งนี้ศาลมักจะใช้ในกรณีที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทการให้ร้ายผู้อื่น (discredit competitors) หรือการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภค (misleading) ตลอดจนการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในการโฆษณาการออกคำสั่งเหล่านี้ของศาลอาจจะเป็นคำสั่งควบคู่กับการสั่งให้ระงับการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็ได้ซึ่งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามคำสั่งจะแยกการชดใช้ความเสียหายแก่โจทก์<sup>141</sup>

ในการยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งดังกล่าวข้างต้น โจทก์ต้องวางเงินประกัน (bond) ไว้แก่ศาลเพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและเพื่อเป็นค่าเสียหายแก่จำเลยในกรณีที่ต่อมาภายหลังจำเลยเป็นผู้ชนะคดีในส่วนของจำเลยนั้นเมื่อมีคำสั่งศาลแล้วต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามบางประเทศถือว่าเป็นมีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และอังกฤษ และในบางประเทศกำหนดให้จำเลยต้องเสียค่าปรับ (penalty fee) เช่นประเทศเยอรมันกำหนดให้ผู้ละเมิดอำนาจศาลต้องเสียค่าปรับไม่เกิน 500.00 DM<sup>142</sup>

### 3.1.2 สิทธิในการนำคดีสู่การพิจารณาของศาล

เนื่องจากการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมไม่ได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ของผู้ที่เป็นคู่แข่งในทางการค้าเท่านั้นแต่รวมไปถึงประโยชน์ของผู้บริโภคและสาธารณชนดังนั้นสิทธิในการฟ้องร้องคดีในหลาย ๆ ประเทศจึงไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะคู่แข่งทางการค้า

สำหรับประเทศที่หลักกฎหมายละเมิดเป็นพื้นฐานในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมผู้ที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องร้องต่อศาลได้เสมอซึ่งหมายความรวมถึงผู้

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition*, pp. 73.

<sup>142</sup> Joachim Borkmann, "An overview of the actions and Remedies for dealing with infringement of intellectual property rights," *Intellectual Property in Asia and the Pacific*, pp. 17-27.

### สิทธิฟ้องร้องในประเทศอังกฤษ

ผู้ที่มีสิทธิฟ้องร้องในกรณีที่มีการแข่งขันไม่อันเป็นธรรม ได้แก่ ผู้ที่มีส่วนได้เสียในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งในกรณีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นเกี่ยวกับคู่แข่งโดยตรง จะต้องฟ้องคดีต่อศาล หากเป็นกรณีที่การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นมุ่งหลอกลวงผู้บริโภค ผู้ที่มีส่วนได้เสียอาจยื่นฟ้องร้องต่อศาลหรือยื่นคำร้องต่อองค์กรควบคุมการแข่งขันทางการค้า (the competition control body) ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจในการใช้มาตรการทางการบริหารเพื่อควบคุมการแข่งขันในทางการค้าโดยอาศัยอำนาจนาม Prohibition of Unfair Market Practice ซึ่งในกรณีของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่มีลักษณะเป็นการนำสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจ และใช้สิทธิโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจในตลาดการแข่งขันสูงผู้ที่มีส่วนได้เสียจะต้องยื่นคำร้องต่อองค์กรนี้เท่านั้น<sup>144</sup>

### สิทธิฟ้องร้องประเทศสวีเดน

ตามกฎหมาย Federal Law on Unfair Competition ของประเทศสวีเดน ผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นดำเนินคดีในศาลได้แก่<sup>145</sup>

1. บุคคลใด ๆ ซึ่งการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้ก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดความเสียหายจากการเสียลูกค้า เสียความน่าเชื่อถือ ชื่อเสียง หรือประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอื่น ๆ
2. ผู้บริโภคที่สูญเสียผลประโยชน์จากการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม
3. สมาคมการค้าซึ่งดำเนินการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสมาชิก
4. องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภค

ทั้งนี้องค์กรในข้อ 3 และ ข้อ 4 ไม่มีสิทธิที่จะร้องขอให้วินิจฉัยให้ชดเชยความเสียหายจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

#### 3.1.3 การชดเชยความเสียหาย (Damage)

การชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปจะเป็นการชดเชยความเสียหายในทางการเงินแก่โจทก์แต่ในบางประเทศอาจมีการ

<sup>144</sup> Article 28 Chapter VI.

<sup>145</sup> Article 9 and Article 10.



ความเสียหายในทางจริยธรรม (Compensation for moral) ด้วยหากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม นั้นเป็นกรณีของการเผยแพร่ข้อความให้ร้ายบุคคลอื่น

การชดใช้ความเสียหายจะพิจารณาจากเจตนาในการทำผิด ความประมาทหรือ การขาดความระมัดระวังของจำเลยเป็นสำคัญ ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในเครือจักรภพอังกฤษกำหนดให้โจทก์ได้รับการชดใช้ความเสียหายเพิ่มขึ้นจากความเสียหายที่เป็นจริงในคดีหากจำเลยได้กระทำโดยมีเจตนาร้าย (Malice Intent) การชดใช้ความเสียหายในลักษณะนี้ เรียกว่า punitive damage ซึ่งหากเป็นกรณีที่ร้ายแรงโจทก์อาจได้รับการชดใช้ค่าเสียหายสูงเป็น 3 เท่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง สำหรับประเทศอื่นศาลจะใช้เจตนาร้ายของจำเลยเป็นส่วนประกอบในการคำนวณค่าเสียหายให้แก่โจทก์<sup>146</sup>

วิธีการคำนวณความเสียหายโดยปกติจะคำนวณจากการสูญเสียผลกำไร (loss of profits) ของโจทก์ที่เกิดจากลูกค้าไม่เลือกซื้อสินค้าของโจทก์ แต่ในบางประเทศการชดใช้ความเสียหายจะเป็นการพิจารณาผลกำไรที่จำเลยได้รับ (profits gained by the defendant) โดยถือว่าเป็นลาภอันมิควรได้ของจำเลย ประเทศที่ใช้ลักษณะนี้ได้แก่ สวิตเซอร์แลนด์ สเปน และอังกฤษ

หลักพื้นฐานการเยียวยาความเสียหายแก่โจทก์ ก็คือ การทำให้นำโจทก์กลับไปสู่สถานะเดิมไม่มีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามในส่วนของ การชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินนั้นในทางปฏิบัติโจทก์มักจะไม่ได้รับการชดเชยความเสียหายที่ตรงกับจำนวนที่ควรจะได้รับเนื่องจากการกำหนดภาระพิสูจน์ของศาลซึ่งอาจกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ไว้สูง และโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามมาตรฐานดังกล่าว

ตามพันธกรณีของข้อตกลง TRIPs ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเพียงพอแก่ผู้เสียหายในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดได้ทำโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้และอาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าธรรมเนียมนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ แก่ผู้ทรงสิทธิด้วยและในทางกลับกันหากผู้ขอต่อศาลทำโดยมิชอบศาลอาจสั่งให้จ่ายค่าใช้จ่ายใด ๆ ตามความเหมาะสมแก่จำเลยก็ได้

### 3.2 การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหาร

กฎหมายป้องกันกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมบางฉบับได้กำหนดให้มีมาตรการทางด้านบริหารเพิ่มเติมจากมาตรการทางแพ่งและหรืออาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ดำเนิน

<sup>146</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition*, pp. 72.

การตามจำเป็นในกรณีที่เกิดการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในรูปแบบที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งคู่แข่งกันในทางธุรกิจไม่ถือว่าการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมและผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการฟ้องร้องได้<sup>147</sup>

ตามปกติกฎหมายจะกำหนดขอบเขตของสภาพบังคับด้านบริหารไว้เฉพาะการกระทำบางเรื่องที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในกฎหมายบางฉบับก็กำหนดให้ใช้มาตรการด้านนี้อย่างกว้างขวาง ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา

การดำเนินกระบวนการทางบริหารของเจ้าหน้าที่จะประกอบด้วยการสืบสวนบริษัท ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ออกคำสั่งให้ระงับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมหรือใช้มาตรการอื่นเพียงหยุดการกระทำดังกล่าว และนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่ต้องการคำพิพากษาของศาล (final injunction)

### ประเทศฮังการี

ประเทศฮังการีกำหนดให้ผู้ที่ทำผิดกฎหมายป้องกันการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมทางการค้า (The Prohibition of Unfair Market Practice 1990) ที่มีผลกระทบโดยตรงต่อคู่แข่งกันต้องถูกดำเนินกระบวนการทางแพ่งจากการฟ้องร้องของผู้มีส่วนได้เสียในการกระทำดังกล่าว แต่หากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนั้นมีผลกระทบโดยตรงต่อประโยชน์สาธารณะแล้วอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายเป็นอำนาจขององค์กรควบคุมการแข่งขัน (The Competition Control Body) และสภาควบคุมการแข่งขัน (Competition Council) ซึ่งการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประเภทนี้ได้แก่การทำสัญญาจำกัดการแข่งขันธุรกิจ (Agreements Restricting Economic Competition) การใช้สิทธิโดยมิชอบของผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจในตลาดสูง (Abuse of Economic Superiority) และการร่วมมือระหว่างองค์กรธุรกิจ (the Corporate Alliance of Enterprise)<sup>148</sup> ยกเว้นในกรณีของการลวงผู้บริโภค (Consumer Deception) จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น

การดำเนินมาตรการทางบริหารแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน<sup>149</sup> คือ

(1) การสืบสวน

<sup>147</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition*, pp. 79.

<sup>148</sup> Article 28.

<sup>149</sup> Article 35.



การสืบสวนขององค์กรควบคุมการแข่งขันจะเกิดขึ้นจากการยื่นคำร้องของผู้ที่มีส่วนได้เสียในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมอันได้แก่บุคคลที่ได้รับหรือน่าจะได้รับความเสียหายหรือบุคคลที่สิทธิของตนถูกระทบจากการกระทำดังกล่าว หรือผู้ที่ผลประโยชน์ตามกฎหมายถูกระทบ<sup>150</sup>ในการสืบสวนเจ้าหน้าที่มีอำนาจอย่างกว้างขวาง ดังเช่น กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ไปตรวจสอบมีอำนาจการซักถามหรือกำหนดให้ผู้ถูกตรวจสอบเปิดเผยข้อมูลที่ต้องการทั้งหมดหรือเข้าไปพิจารณาการดำเนินการทางธุรกิจ ของผู้ถูกตรวจสอบในทุกด้านตลอดจนถ่ายสำเนาเอกสารของผู้ถูกตรวจสอบ<sup>151</sup>

### 3.3 สภาพบังคับจากกลุ่มผู้ประกอบการวิชาชีพ

ในประเทศอังกฤษและเนเธอร์แลนด์นั้น ได้มีการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบอุตสาหกรรมโฆษณาจัดตั้งเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งก็คือ การคุ้มครองผู้บริโภค โดยที่องค์กรจะกำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันต้องปฏิบัติตามและวินิจฉัยการกระทำที่ได้รับการร้องเรียนจากผู้มีส่วนได้เสียว่ามีการกระทำที่มีขอบเองผู้ทำโฆษณา

เมื่อวินิจฉัยตามคำร้องแล้วองค์กรจะมีอำนาจในการสั่งให้เผยแพร่โฆษณานั้นต่อไป หรือต้องถูกเพิกถอน ตลอดจนอาจกำหนดให้โฆษณาคำวินิจฉัยออกไปแต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดให้มีการชดใช้ความเสียหายสภาพบังคับของคำวินิจฉัยนี้ก็คือผู้ที่ทำอาชีพเผยแพร่ข่าวสารต่าง ๆ ซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มจะปฏิเสธการเผยแพร่โฆษณาซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโฆษณาที่มีขอบ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้โฆษณาไม่ยอมรับคำวินิจฉัยขององค์กร หรือผู้ร้องเรียนไม่พอใจในผลการวินิจฉัยที่ได้รับก็สามารถอุทธรณ์ต่อศาลให้มีการดำเนินการทวงถามทางแพ่งได้

เนื่องจากองค์กรนี้ไม่ได้จำกัดผู้มีสิทธิร้องเรียน ดังนั้น คู่แข่งขัน ผู้มีส่วนร่วมในตลาดผู้บริโภคหรือแม้แต่ผู้บริโภคเพียงรายเดียวก็มีสิทธิร้องให้มีการวินิจฉัยจากองค์กรได้ ประกอบกับการวินิจฉัยไม่มีระเบียบวิธีที่ละเอียดซับซ้อนและใช้เวลาในกระบวนการวินิจฉัยไม่ยาวนาน ทำให้องค์กรนี้มีประสิทธิภาพในการป้องกันการโฆษณาโดยมิชอบอย่างมาก

จากการศึกษาการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในต่างประเทศพบว่าประเทศต่าง ๆ มีแนวทางแตกต่างกันอันมาจากเหตุที่หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศได้ กำหนดกรอบไว้

<sup>150</sup> Article 33.

<sup>151</sup> Article 35.

อย่างกว้างและให้ประเทศต่างๆกำหนดลักษณะการดำเนินธุรกรรมซึ่งจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมพร้อมทั้งกำหนดแนวทางในการป้องกันและเยียวยาความเสียหาย ตลอดจนกระบวนการที่นำมาพิจารณาว่าการกระทำลักษณะใดจะจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในทางการค้าของตนเอง ดังนั้นการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในแต่ละประเทศจึงขึ้นอยู่กับแนวความคิดเกี่ยวกับจริยธรรมทางการค้า ประเพณีทางการค้า ทัศนคติของประชาชนในประเทศหนึ่งๆ ตลอดจนแนวนโยบายของรัฐนั้น และเมื่อพิจารณามาตรการในการป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ ก็สามารถแบ่งลักษณะการกระทำทางการค้าที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมออกได้เป็น 3 ประเภท คือ การป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามอนุสัญญากรุงปารีส การกระทำที่จัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งยอมรับโดยทั่วไป และการกระทำที่หลายประเทศจัดเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ทั้งนี้ในส่วนของมาตรการในการเยียวยาความเสียหายพบว่าประกอบด้วย 3 ลักษณะคือ การดำเนินกระบวนการโดยศาล การดำเนินกระบวนการโดยองค์กรฝ่ายบริหาร และการดำเนินกระบวนการโดยกลุ่มวิชาชีพ ลักษณะการดำเนินกระบวนการเยียวยาความเสียหายโดยศาลเป็นกระบวนการหลักที่ปรากฏทั่วไปและใช้ลักษณะอีกสองประการประกอบเพื่อให้การเยียวยามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งในแต่ละประเทศจะนำมาใช้แตกต่างกันทั้งในส่วนของลักษณะการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้อง และการให้ความสำคัญของแต่ละกระบวนการ

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย