



หลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบ

ในปัจจุบัน การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติหรือข้อกำหนดเพื่อการควบคุมการโฆษณาใดห้ามทำการโฆษณาเปรียบเทียบ ดังนั้น หากการโฆษณาเปรียบเทียบได้กระทำโดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินความจริง หรือก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการหรือเป็นข้อมูลที่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมโดยส่วนรวม การโฆษณานั้นก็น่าจะกระทำได้เหมือนอย่างโฆษณาทั่วไป ตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือกฎหมายเฉพาะอื่นๆ ที่กำหนดเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณา อาทิ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2530 พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. 2518

ทั้งนี้ แต่เดิมเคยมีพระราชบัญญัติวิฤกษ์กระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการโฆษณาทางสื่อวิทยุและโทรทัศน์ ปัจจุบันพระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปและมีการกำหนดกฎหมายใหม่เพื่อการควบคุมสื่อวิทยุและโทรทัศน์ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ตาม หน่วยงานผู้รับผิดชอบและคณะกรรมการบริหารวิฤกษ์กระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ หรือ กบว. ซึ่งขณะนี้ได้ถูกยกเลิกองค์กรนี้ไปแล้วนั้น ได้เคยออกกฎกระทรวงและระเบียบคณะกรรมการบริหารวิฤกษ์กระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ว่าด้วยการโฆษณาสินค้าและบริการธุรกิจทางวิฤกษ์กระจายเสียง พ.ศ. 2521 ซึ่งได้มีการข้อกำหนดห้ามมิให้ทำการโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบ ทั้บหมบุคคลอื่น หรือสินค้าและบริการของอื่น ซึ่งยังคงเป็นหลักเกณฑ์ที่หน่วยงานผู้มีอำนาจรับผิดชอบตรวจสอบงานโฆษณาทางสื่อวิทยุและโทรทัศน์ยึดถือปฏิบัติมาจนถึงปัจจุบัน

อีกทั้งเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาของไทยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบเหมือนอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ หรืออย่างหลายประเทศในยุโรป จึงมักพบกรณีพิพาทเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบโดยเสมอ จากการฟ้องร้องเป็นคดีละเมิด ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกล่าวอ้างว่า การกล่าว

โฆษณาเปรียบเทียบเป็นเหตุให้ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ ดังที่เคยปรากฏในคดีพิพาทจากโฆษณาเปรียบเทียบของบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายยาสีฟันคอลเกต เมื่อปี พ.ศ. 2526 ที่เปรียบเทียบว่า ยาสีฟันคอลเกตมีฟลูออไรด์ช่วยป้องกันฟันผุแต่ยาสีฟันดาร์กไม่มี หรือโฆษณาเปรียบเทียบของบริษัทผลิตภัณฑ์และวัสดุก่อสร้าง จำกัด ผู้ผลิตและจำหน่ายกระเบื้องมุงหลังคา ซีแพคโมเนีย ที่โฆษณาเปรียบเทียบกับกระเบื้องมุงหลังคาวิคคอน ของบริษัท ศิริกรุงธนบุรี จำกัด มีความว่า กระเบื้องมุงหลังคาวิคคอน มีรูปลักษณะและคุณภาพไม่ดีถึง 10 ประการ เช่น บัวตักน้ำเพียง 1 ร่อง ตื่นๆ เฉพาะริมราง ป้องกันพายุฝนในบ้านเราไม่เพียงพอ ไม่มีร่องตักน้ำบริเวณสันกระเบื้องทำให้พายุฝนสาดย้อนได้และอื่น ๆ หรือเมื่อไม่นานมานี้ คือ การโฆษณาเปรียบเทียบระหว่างผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบเว็ลด์โฟน 1800 กับ ระบบดิจิตอล จีเอสเอ็ม 2 วัตต์ ซึ่งบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็สคอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบเว็ลด์โฟน 1800 โฆษณาว่า โทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบดิจิตอล จีเอสเอ็ม 2 วัตต์ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ใช้ ในขณะที่โทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบเว็ลด์โฟน 1800 ไม่มีผลกระทบเช่นนั้น

นอกจากนี้ ปัญหาในการทำโฆษณาเปรียบเทียบยังเกิดจากการตรวจพิจารณางานโฆษณาของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมการโฆษณา เช่น สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ซึ่งได้วางแนวทางพิจารณาที่ดูจะเป็นการจำกัดไม่ให้ผู้ประกอบการทำโฆษณาเปรียบเทียบไม่ว่าจะเป็นการจำกัดการใช้คำหรือข้อความบางคำหรือการห้ามในรูปแบบของการโฆษณา ทำให้ผู้ประกอบการต้องระมัดระวังการใช้ข้อความเพื่อการโฆษณาและหลีกเลี่ยงการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง แม้ว่าโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบดังกล่าวจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือส่วนรวมก็ตาม ทั้งนี้ ผู้เขียนใคร่ขอเสนอข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมาย หลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีอยู่ในปัจจุบัน

4.1 ความเป็นมาของกฎหมายควบคุมการโฆษณา

หากย้อนไปในสมัยก่อนที่จะมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมซึ่งยังไม่มีแนวความคิดในการควบคุมการโฆษณาเกิดขึ้น เพราะการค้าและเศรษฐกิจของโลกในสมัยนั้นมีลักษณะแคบและอยู่ในวงจำกัดเฉพาะในท้องถิ่นหนึ่งหรือเมืองหนึ่งเท่านั้น กระบวนการผลิตและการจำหน่ายสินค้าและบริการเป็นไปในลักษณะง่าย ๆ ไม่มีความสลับซับซ้อนมากนัก ต่อมาในศตวรรษที่ 18-19 เมื่อมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมเกิดขึ้น ผลจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมทำให้มีการนำวิทยาการต่างๆ มาใช้ในกระบวนการผลิตอย่างมากมาย ซึ่งเป็นผลให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก

ทำให้เกิดแนวความคิดใหม่ว่ารัฐควรปล่อยให้เอกชนแต่ละรายสามารถประกอบธุรกิจของตนได้อย่างอิสระแทนการที่รัฐจะเป็นผู้ดำเนินการทางธุรกิจเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งจะทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าและความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจดีขึ้นกว่าเดิม และตรงกับความต้องการของประชาชนมากที่สุด ตามแนวคิดของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม (Laissez Faire) จากการที่ธุรกิจมีความเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว ภายใต้ระบบการค้าแบบเสรีที่มีหลักให้ธุรกิจเปิดการแข่งขันกันทางการตลาดอย่างเต็มที่ และรัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงทางการค้าตามสมมติฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการ จนเกิดหลักเกี่ยวกับการค้าและเศรษฐกิจหลักหนึ่งๆ ที่เรียกตามภาษาโรมันว่า Caveat Emptor หรือ Let the Buyer Beware หรือที่เรียกว่า "หลักผู้ซื้อพึงระวัง"⁴⁵ กล่าวคือ ผู้ซื้อต้องระวังในการเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการ และหากมีความเสียหายใดๆ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันความเสียหายนั้นจะตกเป็นของผู้ซื้อเอง แต่ต่อมาระบบการค้าแบบเสรีตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวได้ถูกพิสูจน์แล้วว่ามิใช่ระบบที่ถูกต้องและสมบูรณ์ตามหลักทฤษฎี เพราะเมื่อการแข่งขันทางการค้าทวีความรุนแรงมากขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจต่างมุ่งหวังที่จะเป็นผู้นำทางการตลาดและมีธุรกิจหลายประเภทที่ก้าวขึ้นสู่ความเป็นผู้นำแต่เพียงผู้เดียวในสินค้าหรือบริการ จนนำไปสู่การค้าที่ไม่มีการแข่งขันหรือเกิดการผูกขาดทางการค้า (Monopoly) และเมื่อโลกมีความเจริญมากขึ้นในด้านวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรม ระบบเศรษฐกิจการค้ามีกระบวนการการผลิตที่ลึกลับซับซ้อนมากขึ้น การผลิตสินค้ามีการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยเกินกว่าความรู้ธรรมดาของผู้บริโภคจะตามได้ทัน และผู้ผลิตต่างหาทางที่จะลดค่าใช้จ่ายในการผลิตและเพิ่มผลกำไรให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ความละเอียดรอบคอบและคุณภาพของสินค้าหรือบริการจึงหย่อนลง ประกอบกับการขยายตัวทางการค้าพาณิชย์กรรมที่กว้างออกไปจากระดับท้องถิ่นไปสู่ระดับโลก ทำให้สินค้าหรือบริการในตลาดมีการแพร่ขยายและเพิ่มประเภท ชนิดและคุณสมบัติมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม หลักที่เคยถือว่า ผู้ซื้อจะต้องระวัง จึงขาดความยุติธรรมในแง่ที่ว่า ผู้ซื้อในฐานะผู้บริโภคไม่อาจรู้เท่าทันหรือปรับตัวให้ทันกับความเจริญทางเทคโนโลยีต่างๆ ได้

ด้วยเหตุผลต่างๆ ที่เกิดขึ้นจึงได้มีแนวคิดในการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคด้านต่างๆ ทั้งในประเทศยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาเป็นหนึ่ง ในข้อกำหนดของกฎหมายดังกล่าว โดยมุ่งหวังให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคในการได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการตามหลักการคุ้มครองสิทธิ

⁴⁵ สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 1.

ของผู้บริโภค นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยการโฆษณายังมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน เพราะการโฆษณาเป็นส่วนสำคัญในการดำเนินธุรกิจ หากปล่อยให้มีการใช้ข้อความที่มีผลเสียหายโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคและทำลายระบบการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมไปด้วย

ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย มาตรา 39 ได้กำหนดรับรองเสรีภาพแก่ประชาชนในการโฆษณา แต่การใช้สิทธิเสรีภาพนั้นต้องกระทำภายใต้ขอบเขตที่กำหนดและต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ดังที่บัญญัติไว้ว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

การสั่งปิดโรงพิมพ์ สถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ เพื่อลดรอนเสรีภาพตามมาตรานี้ จะกระทำมิได้

การให้นำข่าวหรือบทความไปให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการสงครามหรือการรบ แต่ทั้งนี้จะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นตามความในวรรคสอง

เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การให้เงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นอุดหนุนหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นของเอกชน รัฐจะกระทำมิได้”

โดยรัฐได้มีข้อกำหนดและหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการโฆษณา และควบคุมการกระทำบางอย่างที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค เช่น การห้ามกล่าวโฆษณาที่เป็นเท็จหรือกล่าวเกินความจริง ควบคุมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในระบบการค้า และก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคและประโยชน์ของบ้านเมืองเพื่อให้ทุกฝ่ายอยู่ร่วมกันได้อย่าง

ยุติธรรม การควบคุมการโฆษณานี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พระราชบัญญัติยา พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย และพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เป็นต้น

4.2 แนวคิดในการควบคุมโฆษณา

ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการโฆษณาหรือเสนอความคิดเห็นส่วนบุคคล โดยเสรีภาพในการโฆษณาอาจจะถูกจำกัดตัดทอนได้ตามกระบวนการของกฎหมายภายใต้หลักนิติรัฐ เพื่อเหตุผลในการควบคุมธุรกิจการค้าให้มีดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมและคุ้มครองผู้บริโภคผู้รับสื่อโฆษณา โดยการควบคุมการโฆษณาในแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันไปตามประเพณีและวัฒนธรรมของสังคม และเป็นที่ถกเถียงกันมานานถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการควบคุมหรือจำกัดตัดทอนเสรีภาพในการโฆษณาว่าควรจะมีข้อจำกัดหรือขอบเขตมากน้อยเพียงใด เพราะหากมีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์มากก็จะเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อผู้ประกอบการ และจะเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคในการได้รับรู้ข่าวสารโฆษณา หรือผู้ประกอบการจะต้องศึกษาหรือใช้ความรอบคอบอย่างสูงในการทำงานโฆษณาซึ่งจะเป็นการเพิ่มต้นทุนในการผลิตมากขึ้น แต่หากมีการควบคุมดูแลที่เบาบาง ผู้ประกอบการในสังคมที่ขาดสำนึกความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคและสังคมก็จะก่อให้เกิดต่อผู้บริโภคและการแข่งขันในตลาดได้ ทั้งนี้ ได้มีแนวความคิดเพื่อการกำกับดูแลการโฆษณาที่ถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานในการควบคุมการโฆษณาในหลายประเทศ ซึ่งพอสรุปได้เป็น 2 แนวความคิด ดังนี้

4.2.1 แนวคิดที่รัฐควรมีบทบาทเข้าแทรกแซง (State Intervention) กล่าวคือ แนวคิดนี้เชื่อว่า รัฐควรเข้าแทรกแซงเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในการโฆษณาให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบการ เพราะเชื่อว่า หลักเศรษฐศาสตร์ตามทฤษฎีเศรษฐกิจเสรีนั้น ไม่ได้ถูกต้องและสมบูรณ์ทั้งหมด โดยมาตรการที่รัฐนำมาใช้เพื่อการควบคุมการโฆษณาที่สำคัญ ได้แก่

4.2.1.1 มาตรการที่มีลักษณะป้องกัน (Pre-censor) โดยรัฐจะเข้ามากำหนดกฎเกณฑ์ให้มีการตรวจโฆษณาก่อนเผยแพร่ ซึ่งในประเทศไทยได้นำมาตรการนี้มาใช้ในการกำกับดูแลโฆษณาอาหารและยา ดังปรากฏในพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 และพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ.2531 ซึ่งมาตรการนี้ได้ถูกต่อต้านเป็นอย่างมาก เนื่องจาก เกิดปัญหาความขัดแย้งทางความคิดและการปฏิบัติเกี่ยวกับโฆษณาระหว่างรัฐหรือ

หน่วยงานผู้รับผิดชอบกับผู้ประกอบการหรือนักโฆษณา ทำให้โฆษณาหลายชิ้นมีลักษณะบิดเบือน จากวัตถุประสงค์และสื่อไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้ทำโฆษณา ตลอดจนก้าวไปสู่ภาวะของการ เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ ทำให้เกิดความล่าช้าทางธุรกิจ และเป็นการเพิ่มภาระต้นทุนใน สินค้าหรือบริการนั้น แต่ทั้งนี้ หากมองในด้านของตัวผลิตภัณฑ์แล้ว จะพบว่า อาหารและยาเป็น ผลิตภัณฑ์ที่มีทั้งคุณและโทษอย่างมาก หากมีการใช้หรือบริโภคผิดประเภทหรือผิดวิธีอาจส่งผล กระทบต่อชีวิตและร่างกายของผู้บริโภคได้ มาตรการนี้อาจต้องมีการปรับเปลี่ยนทางความคิดของ ทั้งสองฝ่ายเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ที่เอื้อประโยชน์สูงสุดต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบการ

4.2.1.2 มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการค้า กล่าวคือ เป็นการกำกับดูแลทางธุรกิจโดย กำหนดกฎเกณฑ์ทางการค้าในบางเรื่องที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคและการแข่งขัน ทางการค้า เช่น การกำหนดให้ต้องแจ้งข้อมูลบางอย่างที่จำเป็นต่อผู้บริโภค หรือการกำหนดมาตรฐานของสัญญาที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยในการซื้อขาย สินค้าหรือบริการไม่ให้ถูกเอาเปรียบจนเกินควร เป็นต้น

4.2.1.3 มาตรการแก้ไขปัญหา (Post-censor) หรือ มาตรการติดตามตรวจสอบงานโฆษณา (Monitoring) มาตรการนี้จะปรากฏให้เห็นเป็นมาตรการทั่วไปในกฎหมายหลาย ฉบับ โดยจะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์และกระบวนการที่เปิดโอกาสให้รัฐเข้าตรวจสอบงาน โฆษณาที่เผยแพร่สู่สาธารณชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการปฏิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมายและ แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการโฆษณานั้น โดยการจัดระบบขั้นตอนในการฟ้องร้อง การชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการอื่น และการกำหนดกรอบความรับผิดชอบของผู้โฆษณาหรือ การแก้ไขข้อบกพร่องในงานโฆษณา เป็นต้น

4.2.2 แนวคิดที่สนับสนุนให้ผู้ประกอบการควบคุมกันเอง (Self-regulation) แนวคิด ในการควบคุมกันเองเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบการมีความคิดในการมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อ สังคม โดยผลิตรายงานโฆษณาที่ถูกต้อง อีกทั้งเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาข้อโต้แย้งเนื่องจากการตรวจสอบ และถูกระงับการโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยรัฐ โดยการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาตรวจสอบการ โฆษณาที่มีขอบข่ายกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากโฆษณาที่ผิดกฎหมายและคุ้มครองผู้ ประกอบการค้าให้ได้รับความเป็นธรรมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เสรีและเป็น ธรรม

ในประเทศที่การประกอบธุรกิจการโฆษณามีความเจริญอย่างมาก มักจะมีการเรียกร้องและส่งเสริมให้มีการควบคุมกันเอง โดยการควบคุมกันเองนี้จะเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นก่อนการบังคับใช้บรรดาตัวบทกฎหมายต่างๆ ที่ควบคุมการโฆษณา ในแนวความคิดนี้มีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย คือฝ่ายที่เห็นด้วยกับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย

สำหรับฝ่ายที่เห็นด้วยว่าควรมีการควบคุมกันเองมีเหตุผลว่า ในการประกอบธุรกิจการโฆษณานั้นความเชื่อถือไว้วางใจมีความสำคัญต่อผู้ประกอบการธุรกิจ เช่น ในการโฆษณาถ้าปรากฏว่าข้อความที่โฆษณาเป็นข้อความที่เชื่อถือไม่ได้ ผู้บริโภคจะไม่สนใจในโฆษณาและผลร้ายก็จะเกิดขึ้นกับผู้ทำโฆษณา เจ้าของสื่อโฆษณาและผู้ประกอบธุรกิจ และจากข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าการควบคุมโดยกฎหมายในลักษณะของการ Pre-censor เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีความรวดเร็วเพียงพอและไม่เข้าใจในลักษณะของธุรกิจการโฆษณามากพอที่จะใช้กฎหมายควบคุมการโฆษณาให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้ประกอบการได้ ดังนั้น ผู้ที่รู้ถึงความเป็นไปและลักษณะธุรกิจโฆษณานั้นควรที่จะเป็นผู้ควบคุมการโฆษณาด้วยตนเอง โดยจัดตั้งเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยผู้ประกอบการวิชาชีพทางการโฆษณาและคณะกรรมการเฉพาะกิจ (Board of Advertising) เป็นผู้ควบคุมกันเอง

สำหรับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยว่าควรมีการควบคุมกันเองมีความเห็นว่า การควบคุมกันเองนั้นเป็นเรื่องที่ทำได้ยากมาก เพราะการควบคุมกันเองไม่มีมาตรการบังคับที่แน่นอน และมีการดำเนินการอย่างไม่เป็นทางการและอาจเห็นแก่หน้ากันได้ และโดยที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าความเสียหายอันเนื่องมาแต่โฆษณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หาได้มีเฉพาะในวงการผู้ประกอบการเกี่ยวกับโฆษณาเท่านั้นไม่ แต่ความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายต่อสาธารณชนจึงเห็นเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุมโดยข้อกำหนดของกฎหมายเท่านั้น การให้มีความรับผิดชอบตามกฎหมายจึงเป็นการถูกต้องตามหลักการคุ้มครองสังคมมากกว่า⁴⁶

ประเทศที่ส่งเสริมและสนับสนุนแนวคิดให้ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมกันเอง อาทิเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ เป็นต้น สำหรับตัวอย่างองค์กรที่ควบคุมกันเองในทางการโฆษณา เช่น Better Business Bureau หรือ BBB อันเป็นสมาคมการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจที่กระจายอยู่ในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา โดยร่วมกันในการพัฒนาธุรกิจทั่วไปรวมทั้งการรับคำร้องเกี่ยวกับการโฆษณาที่เป็นเท็จด้วย ต่อมาในปี ค.ศ.1971 BBB ได้ร่วมกันจัดตั้ง National Advertising Division (NAD) และมีการกลั่นกรองข้อวินิจฉัยโดย National Advertising Review

⁴⁶ Franle Jefclins, *Advertising Today*. (New York : Horton Press, 1976) : p.149-151.

Board (NARB) ซึ่งทำหน้าที่ในการควบคุมการโฆษณาโดยเฉพาะ โดยเมื่อ BBB ได้รับคำร้องเกี่ยวกับการโฆษณาซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยการร้องขอจากผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาโดยสมัครใจหรืออาจเป็นข้อพิพาทโต้แย้งก็จะส่งมาให้ NAD พิจารณา NAD พิจารณาเป็นเช่นใดแล้วก็จะติดต่อไปยังผู้โฆษณาให้ระงับหรือแก้ไขข้อบกพร่องในโฆษณาตามนั้นได้ แต่ฝ่ายผู้โฆษณาอาจอุทธรณ์ต่อกรรมการพิเศษอีกชุดหนึ่งได้ คือ NARB NARB จะเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่ตนได้ตัดสินและส่งเรื่องให้ Federal Trade Commission (FTC) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐดำเนินการตามกฎหมายต่อไป นอกจากนี้ ยังมีสมาคมตัวแทนโฆษณา American Association of Advertising Agencies (AAAA) อันเป็นสมาคมระดับประเทศที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการพัฒนาวิชาชีพโฆษณาและมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพโฆษณาเพื่อเผยแพร่ให้สมาชิกปฏิบัติตาม สำหรับกลุ่มผู้โฆษณาเองก็มีสมาคมผู้โฆษณาแห่งชาติ หรือ Association of National Advertisers ประกอบด้วยบริษัทธุรกิจใหญ่ๆ มุ่งส่งเสริมโฆษณาและค่านิยมที่ใช้ในการโฆษณา การควบคุมจะมีกรรมการประกอบด้วยผู้โฆษณาและตัวแทนโฆษณาร่วมกันพิจารณา โดยอาจแสดงความไม่เห็นด้วยกับโฆษณาบางประเภทที่ไม่เหมาะสมแม้จะไม่ถึงกับขัดกฎหมายก็ตาม และการระงับโฆษณาก็เป็นไปในรูปของการขอความร่วมมือ และในกลุ่มสื่อโฆษณาก็มีการควบคุมทางจรรยาบรรณโดยไม่ให้รับเผยแพร่โฆษณาที่เป็นเท็จหรือกล่าวเกินความจริง แต่การบังคับก็เป็นไปในรูปของความสมัครใจเช่นเดียวกัน⁴⁷

สำหรับการควบคุมการโฆษณาในประเทศไทย เป็นไปตามแนวคิดที่ว่ารัฐควรเข้าแทรกแซง โดยมีรูปแบบและวิธีการควบคุมแตกต่างกันในรายละเอียดของผลิตภัณฑ์และตามข้อกำหนดแห่งกฎหมายต่างๆ

4.3 หลักเกณฑ์และมาตรการควบคุมการโฆษณาในประเทศไทย

4.3.1 การควบคุมการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค

การพิทักษ์ประโยชน์ของผู้บริโภคเกี่ยวกับการโฆษณาปรากฏให้เห็นชัดเจนครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อประธานาธิบดี จอห์น เอฟ. เคนเนดี (John F. Kennedy) ได้เรียกร้องให้เกิดการพิทักษ์ประโยชน์ของผู้บริโภคในวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ.2505 (ค.ศ.1962) โดยได้แถลง

⁴⁷ สุภรณ์ อรุณวัฒนา, "ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 196-197

ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของผู้บริโภค (Consumer Bill of Rights) ทั้งหมด 7 ประการ โดยเป็นแถลงต่อรัฐสภาอเมริกาว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Advisor Council) ซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาหาทางคุ้มครองผู้บริโภค มีความว่า “ถ้ารัฐบาลจะกระทำให้สมกับควมรับผิดชอบที่มีต่อผู้บริโภคในการใช้สิทธิของเขาเหล่านั้นแล้วต้องมีกฎหมายและการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้น และสิทธิทั้งหลายที่บรรดาผู้บริโภคมีอยู่จะต้องรวมถึง (1) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย (2) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (3) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าและบริการ (4) สิทธิที่จะเรียกร้องนโยบายรัฐ (5) สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหาย (6) สิทธิที่จะอยู่ในสังคมแวดล้อมที่สะอาด (7) สิทธิที่จะได้รับความรู้” ซึ่งปัจจุบันคำกล่าวของประธานาธิบดีจอห์น เอฟ. เคนเนดี ยังคงได้รับการยึดถือเป็นหลักประกันของผู้บริโภคเรื่อยมา

แนวความคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านต่างๆตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของผู้บริโภคของประธานาธิบดีจอห์น เอฟ. เคนเนดี มีอิทธิพลอย่างมากต่อการกำกับดูแลธุรกิจในด้านต่างๆเพื่อก่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศต่างๆทั่วโลก รวมถึงก่อให้เกิดความตื่นตัวด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย ซึ่งเริ่มขึ้นเมื่อประมาณปี พ.ศ.2512 และเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องมีการรวมพลังผู้บริโภคเพื่อต่อต้านการเอาัดเอาเปรียบโดยไม่เป็นธรรม สมาคมสตรีแห่งชาติในพระบรมราชินูปถัมภ์ จึงได้ทำการติดต่อกับสหพันธ์องค์การผู้บริโภคระหว่างประเทศ (International Organization of Consumer Unions หรือ IOCU) และขอเข้าร่วมเป็นสมาชิกของ IOCU ต่อมาสมาคมสตรีแห่งชาติได้ทำการศึกษาวางระบบการคุ้มครองผู้บริโภค โดยยึดแนวทางการพิทักษ์สิทธิพื้นฐานของผู้บริโภคของประธานาธิบดีจอห์น เอฟ. เคนเนดี และได้จัดตั้ง “โครงการสภาสตรีเพื่อส่งเสริมผู้บริโภค” ขึ้นประสานงานกับภาครัฐบาลเรื่อยมา จนในสมัยรัฐบาล ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อ พ.ศ.2519 ได้มีการตั้งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคขึ้น โดยมีรองนายกรัฐมนตรี พลตรีประมาณ อติโรกสาร เป็นประธาน แต่ได้สลายตัวไปเมื่อมีการเปลี่ยนรัฐบาล⁴⁸

มาในสมัยรัฐบาลของ พลเอก เกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ ได้เล็งเห็นความสำคัญของการคุ้มครองผู้บริโภค จึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2521

⁴⁸ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, คู่มือการคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์ จำกัด, 2539), หน้า 5-6

และได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2522 พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดสิทธิของผู้บริโภคไว้ 4 ประการ ในมาตรา 4 คือ

1. สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
2. สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
3. สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
4. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย⁴⁹

และในปี พ.ศ. 2541 รัฐบาลได้กำหนดสิทธิของผู้บริโภคอีก 1 ประการ ซึ่งเป็นสิทธิข้อที่ 5 ของผู้บริโภคคือ "สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา" โดยเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 4 อนุมาตรา 3 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2541

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคได้กำหนดให้มีองค์กรของรัฐเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นเป็นการเฉพาะ เรียกว่า คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง 3 คณะ คือ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา และคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เป็นส่วนหนึ่งแห่งการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค อันเป็นสิทธิประการที่ 1 ตามมาตรา 4 กล่าวคือ สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ดังกล่าวข้างต้น โดยมีการรวบรวมข้อกำหนดและวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเป็นการเฉพาะ และได้กำหนดให้มีองค์กรที่เรียกว่า คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมดูแล และคุ้มครองผู้บริโภคในด้านนี้ (ในทางปฏิบัติคณะกรรมการว่าด้วยโฆษณาจะแต่งตั้งคณะกรรมการที่เรียกว่า คณะอนุกรรมการติดตามสอดส่องและมีหน้าที่รับฟังและรวบรวมข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจเสนอคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา)

อำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจำแนกได้เป็น 3 ประการ คือ

1. หน้าที่โดยทั่วไปในการควบคุมดูแลการโฆษณาสินค้าหรือบริการที่มีได้ถูกควบคุมโฆษณาโดยกฎหมายอื่น โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคได้กำหนดมาตรฐานของข้อความโฆษณาในมาตรา 22 และกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับวิธีการที่ใช้ในการโฆษณาไว้ในมาตรา 23

⁴⁹ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, หน้า 6.

2. หน้าทีในการป้องกันหรือระงับภัยร้ายแรงซึ่งความเสียหายหรืออันตรายอันจะเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคเนื่องจากการโฆษณาสินค้าบางประเภทเป็นการลวงหน้า โดยกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้น หรือห้ามการโฆษณาหรือจำกัดการใช้สื่อโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้น อันเป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งกำหนดตามมาตรา 24 มาตรา 25 และมาตรา 26

3. หน้าทีในการตรวจสอบข้อความโฆษณาที่ผู้ประกอบการธุรกิจขอให้พิจารณาให้ความเห็นก่อนทำการโฆษณาอันเป็นหน้าที่ที่กำหนดตามมาตรา 29 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาไว้หลายมาตราด้วยกัน

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานของข้อความและวิธีการโฆษณา ไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 ว่า การโฆษณาสินค้าหรือบริการจะต้องไม่กระทำในลักษณะดังนี้

1. ใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค กล่าวคือ ต้องไม่เป็นข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ และ
2. ใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ไม่ใช่ข้อความที่ขัดต่อศีลธรรมหรือเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ
3. ใช้วิธีการโฆษณาในลักษณะที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกาย หรือจิตใจ หรืออาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
4. ข้อความโฆษณาอย่างอื่นที่มีกฎกระทรวงกำหนดให้เป็นข้อความโฆษณาอันถือว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรืออาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมส่วนรวม⁵⁰

⁵⁰ มาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค บัญญัติไว้มีความว่า

“มาตรา 22 การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่า ข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำหนดสภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

- (1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
- (2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม
- (3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ
- (4) ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

จากหลักเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานเพื่อการโฆษณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคไม่ได้กำหนดห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบ ดังนั้นหากการโฆษณาเปรียบเทียบได้กระทำโดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินความจริง หรือก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการหรือเป็นข้อมูลที่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมโดยรวม การโฆษณานั้นก็น่าจะกระทำได้เหมือนอย่างโฆษณาทั่วไป ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยข้อความโฆษณาว่า ข้อความที่โฆษณาต้องสามารถพิสูจน์หรือแสดงหลักฐานเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงของโฆษณาได้ว่าถูกต้องเป็นจริง และคณะกรรมการต้องมีแนวทางในการพิจารณาไว้เป็นการภายใน สำหรับกรณี que ผู้โฆษณาได้นำเอาคำว่า “ที่สุด” และคำว่า “กว่า” มาประกอบข้อความโฆษณาไว้ว่า กรณีที่ผู้กระทำการโฆษณาใช้คำว่า “กว่า” หรือ “ที่สุด” ประกอบข้อความโฆษณาโดยที่ถ้อยคำนั้นมีความหมายเฉพาะเจาะจงที่แน่นอน แต่ขึ้นอยู่กับความเข้าใจหรือความรู้สึกของแต่ละบุคคล เช่น สวยที่สุด อร่อยกว่า เป็นต้น กรณีเช่นนี้ให้ถือว่าข้อความโฆษณานั้นไม่มีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอันต้องพิสูจน์แสดงความจริง กรณีที่ผู้กระทำการโฆษณาใช้คำว่า “กว่า” หรือ “ที่สุด” ประกอบข้อความโฆษณาโดยที่ถ้อยคำนั้นมีความหมายเฉพาะเจาะจงที่แน่นอน และเป็นถ้อยคำที่เข้าใจได้ว่ามีความเหนือกว่าในด้านที่มีความหมายเป็นการเปรียบเทียบกับสินค้าในประเภทเดียวกันได้ เช่น นำคำว่า “กว่า” หรือ “ที่สุด” ไปประกอบคำว่า “ยาวนาน” “ประหยัด” “ทน” “เล็ก” เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ให้ถือว่าเป็นข้อความโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์แสดงความจริงเกี่ยวกับข้อความโฆษณานั้น เว้นแต่ว่าในข้อความโฆษณานั้นเองได้มีข้อความอื่นที่ให้เหตุผลหรือแสดงให้เข้าใจได้ว่า การมีคุณภาพว่าหรือที่สุดตามความหมายของถ้อยคำนั้น เชื่อได้ว่า เป็นจริงตามที่ได้โฆษณา กรณีเช่นนี้ถือว่า เป็นข้อความโฆษณาที่ยืนยันข้อเท็จจริงอันไม่ต้องพิสูจน์แสดงความจริง

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้มีประกาศคณะกรรมการว่าด้วยโฆษณา เรื่อง การโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยใช้ข้อความโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอัน

(5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1)”

“มาตรา 23 การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ยากแก่การพิสูจน์⁵¹ เพื่อขอความร่วมมือจากผู้ประกอบการให้หลีกเลี่ยงการจัดทำโฆษณาเปรียบเทียบ โดยให้เหตุผลในทำนองเดียวกันว่าการโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบนั้น เป็นโฆษณาที่พิสูจน์ยืนยันข้อเท็จจริงยาก จึงขอความร่วมมือมิให้ทำการโฆษณาโดยใช้คำหรือข้อความบางอย่างซึ่งนิยมใช้ในการทำโฆษณาเปรียบเทียบ เช่น คำว่า "ที่สุด" "แห่งแรก" "แห่งเดียว" "รายแรก" "ครั้งแรก" "100%" เป็นต้น แต่ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ในการพิจารณาและประกาศของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคข้างต้น ไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอย่างพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ หากเป็นแต่เพียงข้อเสนอแนะแก่ผู้ทำโฆษณาเท่านั้น ดังนั้น ตรวบใดที่ผู้โฆษณาสามารถพิสูจน์ได้ตามที่ยืนยัน การเปรียบเทียบก็สามารถใช้ถ้อยคำเหล่านี้ได้

จึงอาจสรุปได้ว่า ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค หากโฆษณาเปรียบเทียบนั้นถ้าได้กระทำโดยถูกต้อง และเสนอข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าเป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินจริงแล้ว โฆษณาเปรียบเทียบนั้นก็น่าจะสามารถกระทำได้

4.3.2 การควบคุมการโฆษณาตามกฎหมายเฉพาะอื่น

ภายใต้การคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาเป็นส่วนหนึ่งแห่งการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ และเป็นการรวบรวมและวางหลักเกณฑ์ของการโฆษณาเป็นการเฉพาะ โดยก่อนหน้าที่จะได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนั้น การควบคุมการโฆษณามีลักษณะที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายแต่ละเรื่อง เช่น การควบคุมการโฆษณาของสถานประกอบการโรคศิลปะ ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2479 โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมิให้สถานประกอบการโรคศิลปะที่ถูกต้องใบอนุญาต โฆษณาหลอกลวงผู้บริโภคว่าตนสามารถรักษาโรคได้ในขณะที่ตนถูกต้องใบอนุญาต การห้ามนำรายงานวิเคราะห์อาหารสัตว์ของพนักงานเจ้าหน้าที่ไปโฆษณาเพื่อประโยชน์ในการค้า ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2506 การห้ามโฆษณาสรรพคุณอาหารเป็นเท็จหรือเกินความจริงตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหาร พ.ศ. 2507 การห้ามบริษัทประกันชีวิตและบริษัทประกันภัยโฆษณาจูงใจให้ผู้บริโภคเข้ารับบริการโดยใช้ข้อความ

⁵¹ โปรดดูรายละเอียดของประกาศนี้ ในภาคผนวก ข.

เป็นเท็จหรือเกินความจริง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติประกันภัย พ.ศ. 2510 ตามลำดับ เป็นต้น⁵²

อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน นอกจากการควบคุมการโฆษณาตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้กล่าวมา ประเทศไทยยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมโฆษณาเป็นการเฉพาะสำหรับสินค้าหรือบริการบางประเภท ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงลักษณะของผลิตภัณฑ์และสิ่งที่ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการควรได้รับการคุ้มครองดูแลเป็นพิเศษ สำหรับหลักเกณฑ์ในการควบคุมเกี่ยวกับการโฆษณาในประเทศไทยนั้น การควบคุมการโฆษณาโดยทั่วไปจะพิจารณาจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลัก แต่ถ้ามีกฎหมายใดควบคุมหรือกำหนดไว้เป็นการเฉพาะจะต้องบังคับตามกฎหมายเฉพาะนั้น และหากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดเรื่องใดไว้ก็ให้พิจารณาตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายทั่วไป ดังปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 21 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มีความว่า “ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว...” เพราะฉะนั้น ในการทำโฆษณาผู้ประกอบการหรือผู้โฆษณาหรือไม่ว่าผู้ใดที่ต้องการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาจำเป็นจะต้องพิจารณาและศึกษากฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าแต่ละประเภท ซึ่งในประเทศไทยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการโฆษณาไว้เป็นการเฉพาะสำหรับผลิตภัณฑ์บางประเภท อาทิเช่น ผลิตภัณฑ์ประเภทเครื่องสำอาง วัตถุอันตราย อาหาร ยา และวัตถุซึ่งออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท และหากกฎหมายเฉพาะดังกล่าวไม่ได้กำหนดในเรื่องใดไว้ก็ให้ย้อนกลับมาพิจารณากฎหมายทั่วไป อันได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่กำหนดหลักเกณฑ์ของการโฆษณา

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าผลิตภัณฑ์หรือสินค้าและบริการแต่ละประเภทดังกล่าวจะมีลักษณะ คุณสมบัติ หรือส่วนประกอบซึ่งควรจะได้รับ การตรวจสอบอย่างใกล้ชิดจากผู้ชำนาญการและผู้มีความรู้เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เพราะผลิตภัณฑ์แต่ละประเภทมีผลกระทบโดยตรงต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้บริโภคโดยตรง ดังนั้น รัฐจึงได้วางหลักเกณฑ์ให้มีการควบคุม ดูแลเป็นพิเศษ บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาที่ปรากฏในกฎหมายเฉพาะอื่น ซึ่งกำหนดกฎ

⁵² ออมร จันทรสมบูรณ์, คู่มือผู้โฆษณา. (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, 2536) หน้า 8

เกณฑ์ของการโฆษณาอันมีลักษณะเป็นการเฉพาะสำหรับผลิตภัณฑ์บางประเภทที่สำคัญ มีปรากฏ ดังนี้

4.3.2.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. 2522

การโฆษณานั้นเป็นกลวิธีหนึ่งที่จะช่วยนำสินค้านั้นๆ ไปสู่ผู้บริโภคเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งในการส่งเสริมการขายและการตลาดเป็นสื่อกลางระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อ ข้อความ รูป ภาพ รอยประดิษฐ์ เครื่องหมายการค้า ที่ปรากฏในสื่อโฆษณาจะต้องมีความจริง หากผู้ขายมีความซื่อสัตย์ต่อตนเองในการที่จะให้ข้อความจริงต่อผู้บริโภค แต่นั่นก็เป็นเพียงหลักการเท่านั้น ในทางปฏิบัติมักจะปรากฏอยู่เสมอว่า มีการโฆษณาสินค้าที่เกินความจริงหรือเป็นการโอ้อวดเกินจริง นอกจากจะส่อเจตนาไม่ดีของผู้โฆษณาแล้ว ในบางเรื่องก็อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้บริโภคได้อีกด้วย ถ้าสินค้านั้นเป็นอาหาร เช่น เครื่องดื่มที่มีคาเฟอีนและน้ำตาลเป็นส่วนประกอบหลัก ที่รู้จักกันในชื่อที่เรียกทั่วไปว่า เครื่องดื่มชูกำลังหรือเครื่องดื่มบำรุงกำลัง ในระยะหนึ่งเคยมีการโฆษณาในทำนองว่าดื่มแล้วจะเพิ่มพลังเป็นพิเศษ มีความเข้มแข็งสามารถทำงานหนักได้ ทำให้กระชุ่มกระชวย นอกจากนี้ยังบำรุงตับ ป้องกันโรคตับแข็ง ซึ่งข้อเท็จจริงเครื่องดื่มดังกล่าวมิได้มีสรรพคุณตามที่โอ้อวด ดังนั้น เมื่อผู้บริโภคฟังข้อความที่โฆษณาแล้วเชื่อว่าสามารถป้องกันโรคตับแข็งได้ ก็จะซื้อสุรามารับประทานมากยิ่งขึ้น ก็เกิดผลร้าย คือ อาจเป็นโรคตับแข็งเร็วขึ้นและเสียเงินมากขึ้นด้วย หรือถ้าเชื่อว่าเป็นพลังพิเศษ ก็จะซื้อมาทานแล้วก็สามารถทำงานหนักต่อไปได้โดยไม่พักผ่อน ผลสุดท้ายก็อาจจะไม่สบายได้ เพราะการพักผ่อนไม่พอ เป็นต้น⁵³ การโฆษณานั้นเป็นเสมือนหนึ่งคำมั่นสัญญาหรือข้อเท็จจริงของผู้ขายที่ให้กับผู้บริโภค เป็นการให้ผู้บริโภคได้รู้รายละเอียดต่างๆ ในสินค้าของตน ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าทุกคนก็คงจะบอกแต่สิ่งที่ดี มีประโยชน์ สิ่งทีสินค้าของตนมีดีกว่าของผู้อื่น แม้ว่าจะยังไม่อาจพิสูจน์ได้ก็ตาม สิ่งใดที่ด้วยคุณภาพหรือข้อเสียในสินค้าก็จะมีผู้ใดบอกแน่นอน การปล่อยให้มีการโฆษณาในลักษณะดังกล่าวโดยไม่ควบคุมแล้ว อาจทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือขาดประโยชน์เกินควรได้

การควบคุมอาหารนั้น นอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนได้รับอาหารที่ถูกสุขลักษณะ มีคุณภาพหรือมาตรฐาน และได้รับสารอาหารที่เป็นประโยชน์แล้ว ยังมีจุดประสงค์เพื่อ

⁵³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, สาขาวิชาศาสตร์สุขภาพ, เอกสารการสอนวิชากฎหมายสาธารณสุขและนิติเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 11, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช : กรุงเทพมหานคร, 2537), หน้า 413.

ป้องกันมิให้ผู้บริโภคถูกหลอกลวงในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวกับอาหาร เพราะหากมีการโฆษณาที่ไม่เป็นไปตามความเป็นจริงแล้ว นอกจากจะเป็นการหลอกลวงแล้ว กรณีที่สินค้านั้นเป็นอาหารก็อาจจะทำให้เกิดโทษต่อผู้เชื่อในคำโฆษณานั้นๆอีกด้วย ดังนั้น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการควบคุมโฆษณาอาหารทุกชนิด ทุกประเภทที่ผลิตเป็นอุตสาหกรรมไว้ตามมาตรา 40 มาตรา 41 และมาตรา 42 ดังนี้

“มาตรา 40 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จ หรือ เป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร”

“มาตรา 41 ผู้ใดประสงค์จะโฆษณาคุณประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ทางฉายภาพ ภาพยนตร์ หรือทางหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่นหรือด้วยวิธีอื่นใด เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ต้องนำเสียง ภาพ ภาพยนตร์ หรือข้อความที่จะโฆษณาดังกล่าวนั้นให้ผู้อนุญาตตรวจพิจารณาก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงจะโฆษณาได้”

“มาตรา 42 เพื่อพิทักษ์ประโยชน์และความปลอดภัยของผู้บริโภคให้ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

(1) ให้ผู้ผลิต ผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายอาหารหรือผู้ทำการโฆษณา ระงับการโฆษณาอาหารที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนมาตรา 41

(2) ให้ผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จำหน่ายอาหาร หรือผู้ทำการโฆษณาอาหาร ระงับการผลิต การนำเข้า การจำหน่าย หรือ การโฆษณา อาหารที่คณะกรรมการเห็นว่าอาหารดังกล่าวไม่มีคุณประโยชน์ คุณภาพหรือสรรพคุณตามที่โฆษณา”

เนื่องจากอาหารเป็นสิ่งที่ผู้บริโภคได้บริโภคเข้าสู่ร่างกายโดยตรงและมีความเสี่ยงต่ออันตรายมากหากบริโภคอาหารที่เป็นพิษหรือไม่เหมาะสมและเป็นอันตรายต่อมนุษย์ ดังนั้น การโฆษณาสินค้าประเภทอาหารจึงจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ ควบคุมที่เข้มงวด และมีการนำแนวคิดที่ด้วยการแทรกแซงของรัฐโดยมาตรการที่มีลักษณะเป็นการป้องกันมาบังคับใช้กับการควบคุมโฆษณาอาหาร โดยกำหนดให้ผู้ทำโฆษณาส่งโฆษณาให้รัฐทำการตรวจสอบก่อนเผยแพร่ หรือที่เรียกว่า Pre-censor ดังปรากฏตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 ที่กำหนดไว้ในตอนท้ายของมาตรา 41 ดังนั้นการโฆษณาสินค้าประเภทอาหารก่อนทำการโฆษณาได้จะต้องส่งข้อความ เสียง หรือภาพที่จะใช้ในการโฆษณาไปให้ทางเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาตรวจพิจารณา และให้อนุญาตก่อนจึงจะทำการโฆษณาได้ ไม่ว่าการโฆษณานั้นจะ

กระทำด้วยวิธีการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ทางฉายภาพ ภาพยนตร์ ทางหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่นๆ หรือด้วยวิธีอื่นใดเพื่อประโยชน์ทางการค้าซึ่งแนวคิด และข้อกำหนดของกฎหมายดังกล่าวได้สร้างความขัดแย้งต่อผู้ประกอบการธุรกิจและผู้ทำโฆษณา เสมอมา เนื่องจากการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยานั้นก่อให้เกิดข้อขัดแย้ง ทางความคิด อันเป็นอุปสรรคต่อการโฆษณาและการสื่อโฆษณาดังกล่าวด้วยความไม่เข้าใจธุรกิจ โฆษณา การตรวจพิจารณาที่เข้มงวดทางด้านภาษา และการก่อกวนในการพิสูจน์ความจริงของผู้ ประกอบธุรกิจเกินควร ตลอดจนการดำเนินการตามขั้นตอนและระเบียบทางราชการที่ล่าช้า อย่าง ไรก็ตาม หากพิจารณาในด้านผลิตภัณฑ์แล้ว ก็มีเหตุผลอยู่มากมายที่จะต้องมีการควบคุมโฆษณาที่ มากกว่าผลิตภัณฑ์ชนิดอื่น เนื่องจาก การรับสื่อโฆษณาที่ไม่ถูกต้อง มีความบิดเบือนความจริง หรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่ผู้บริโภค อาจนำไปสู่การบริโภคที่ผิดประเภทและผิดวิธีอันจะเป็น ผลร้ายต่อผู้บริโภคในที่สุด จึงมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่า การตรวจพิจารณาทางโฆษณาเป็นการเผยแพร่จะเป็นการป้องกันผลร้ายที่จะเกิดขึ้นได้ แต่ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวอาจต้องมีการปรับเปลี่ยน ทางความคิดของทั้งสองฝ่าย (เจ้าพนักงานและผู้ประกอบการ) เพื่อสร้างมาตรฐานในการตรวจสอบของหน่วยงานรับผิดชอบ และเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ที่เอื้อประโยชน์สูงสุดต่อผู้บริโภคและผู้ ประกอบการ ตลอดจนลดข้อขัดแย้งทางความคิดที่มีมาโดยตลอด

4.3.2.2 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510

การควบคุมการโฆษณายาได้กระทำมาแล้วเป็นเวลานาน โดยได้กำหนดไว้เป็นครั้งแรกใน พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2493 และต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมจนกระทั่ง ปัจจุบันกฎหมายที่ใช้อยู่ คือ พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2530 โดย ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการควบคุมการโฆษณา ยาไว้ใน มาตรา 88 ถึง มาตรา 90 ทวิ โดย กำหนดไว้ดังนี้

“มาตรา 88 การโฆษณายาจะต้อง

- (1) ไม่เป็นการโอ้อวดสรรพคุณยาหรือวัตถุอันเป็นส่วนประกอบของยาว่า สามารถบำบัด บรรเทา รักษา หรือป้องกันโรค หรือความเจ็บปวดได้อย่างศักดิ์สิทธิ์ หรือหายขาด หรือหายขาด หรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายทำนองเดียวกัน
- (2) ไม่แสดงคุณภาพยาอันเป็นเท็จ หรือเกินความจริง
- (3) ไม่ทำให้เข้าใจว่ามีวัตถุใดเป็นตัวยา หรือเป็นส่วนประกอบของยา ซึ่งความจริงไม่มี วัตถุหรือส่วนประกอบนั้นในยา หรือมีแต่ไม่เท่าที่ ทำให้เข้าใจ
- (4) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยา ทำให้แห้งลูก หรือยาขับระดูอย่างแรง

- (5) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาบำรุงกามหรือยาคุมกำเนิด
- (6) ไม่แสดงสรรพคุณยาอันตรายหรือยาควบคุมพิเศษ
- (7) ไม่มีการรับรองหรือยกย่องสรรพคุณยาโดยบุคคลอื่น
- (8) ไม่แสดงสรรพคุณยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรคหรืออาการของโรคที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา 77 (โรคเบาหวาน มะเร็ง อัมพาต วัณโรค โรคเรื้อน โรคหรืออาการของโรค ของลมอง หัวใจ ปอด ตับ ม้าม ไต)

ความใน (5) และ (6) ไม่ใช้บังคับแก่ข้อความในฉลากหรือเอกสารกำกับยา และความใน (1) (4) (5) (6) (7) และ (8) ไม่ใช้บังคับแก่การโฆษณาซึ่งกระทำโดยตรงต่อผู้ประกอบโรคศิลปะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือผู้ประกอบการบำบัดโรคสัตว์”

“มาตรา 88 ทวิ การโฆษณาขายยาทางวิทยุกระจายเสียง เครื่องขยายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ทางฉายภาพหรือภาพยนตร์ หรือทางสิ่งพิมพ์ จะต้อง

- (1) ได้รับอนุมัติข้อความหรือภาพที่ใช้ในการโฆษณาจากผู้อนุญาต
- (2) ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนด”

“มาตรา 89 ห้ามมิให้โฆษณาขายยาโดยไม่สุภาพ หรือโดยการร้องรำทำเพลงหรือแสดงความทุกข์ทรมานของผู้ป่วย”

“มาตรา 90 ห้ามมิให้โฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพกหรือออกสลากรางวัล”

“มาตรา 90 ทวิ เลขานุการคณะกรรมการอาหารและยาที่มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการโฆษณาขายยาที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ได้”

การควบคุมดูแลโฆษณาสินค้าประเภทยา มีหลักเกณฑ์ของการควบคุมดูแลคล้ายกับสินค้าประเภทอาหารมาก กล่าวคือ ก่อนที่ผู้ประกอบการหรือผู้ทำโฆษณาจะเผยแพร่งานโฆษณาจะต้องนำเสนองานโฆษณาต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเพื่อขออนุญาตก่อนทำเป็นโฆษณา (Pre-censor) หากผู้ประกอบการหรือผู้ทำโฆษณาฝ่าฝืนทำโฆษณาโดยไม่ขออนุญาตก่อน ก็อาจต้องรับโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา เนื่องจาก ยาเป็นสินค้าที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิต ยามีคุณอนันต์และโทษมหันต์ แนวในการวินิจฉัยโฆษณายาจึงต้องมีข้อกำหนดที่พิเศษและเข้มงวดมากกว่าการโฆษณาสินค้าทั่วไป เช่น การโฆษณาขายยาต้องไม่แสดงสรรพคุณยาหรือ

ส่วนประกอบของยาว่าสามารถรักษาได้หายขาด นอกจากนั้นยังต้องควบคุมมิให้ประชาชนใช้ยาตามคำโฆษณาที่ชี้แนะในทางที่อาจก่ออันตราย และการโฆษณายาจะใช้วิธีแถมพกรหรือออกสลากไม่ได้ เพราะเท่ากับเป็นการกระตุ้นหรือจูงใจให้บริโภคยาโดยไม่มีเหตุผล อันอาจนำไปสู่อันตรายต่อชีวิตและร่างกายของผู้บริโภคเอง

4.3.2.3 พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531

เครื่องมือแพทย์ ตามความหมายที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ.2531 คือ เครื่องใช้ ผลิตภัณฑ์ หรือวัตถุดิบสำหรับใช้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม การประกอบวิชาชีพพยาบาลและการผดุงครรภ์ การประกอบโรคศิลปะหรือการบำบัดโรคสัตว์ หรือเครื่องใช้ให้เกิดผลแก่สุขภาพ โครงสร้างของร่างกายมนุษย์หรือสัตว์ และยังรวมถึงส่วนประกอบ ส่วนควบ อุปกรณ์หรือชิ้นส่วนของเครื่องใช้ผลิตภัณฑ์เครื่องมือแพทย์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดไว้ในราชกิจจานุเบกษาว่าเป็นเครื่องมือแพทย์

ด้วยการโฆษณานับว่ามีอิทธิพลต่อผู้บริโภคอย่างมาก ดังนั้น จึงได้มีการออกกฎหมายมาเพื่อควบคุมการโฆษณา การโฆษณาเครื่องมือแพทย์ก็เช่นเดียวกัน เนื่องจาก เครื่องมือแพทย์เป็นผลิตภัณฑ์ที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถตามหลักวิชาแพทย์ในการเลือกบริโภคพอสมควร เพื่อให้ผู้บริโภคจะได้เลือกบริโภคได้ถูกต้อง เหมาะสมเป็นกรณีไป เช่น เครื่องช่วยในการได้ยิน คอนแทคเลนส์ หรือถุงยางอนามัย เป็นต้น จึงได้มีการออกกฎหมายควบคุมการโฆษณาเครื่องมือแพทย์ไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ.2531 มาตรา 41 มาตรา 42 และมาตรา 43 มีความดังต่อไปนี้

“มาตรา 41 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณภาพ ประโยชน์ คุณภาพ ปริมาณ มาตรฐานหรือแหล่งกำหนดของเครื่องมือแพทย์อันเป็นเท็จหรือเป็นการหลอกลวง”

“มาตรา 42 การโฆษณาเครื่องมือแพทย์เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ต้องได้รับความเห็นชอบในข้อความ เสียง หรือภาพที่จะใช้โฆษณาจากผู้อนุญาต และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนด”

“มาตรา 43 ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการโฆษณาเครื่องมือแพทย์ที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ได้”

การโฆษณาเครื่องมือแพทย์มีหลักเกณฑ์ของการควบคุมดูแลคล้ายกับสินค้าประเภทอาหารมาก โดยจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 41 มาตรา 42 และมาตรา 43 ตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ เนื่องจาก เครื่องมือแพทย์ต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์พอสมควรในการเลือกบริโภค และเป็นผลิตภัณฑ์ที่อาจส่งผลร้ายต่อการเลือกใช้ที่ผลิตประเภทและการใช้งาน ดังนั้น แนวในการควบคุมโฆษณาเครื่องมือแพทย์จึงได้มีข้อกำหนดที่พิเศษและเข้มงวดมากกว่าการโฆษณาสินค้าทั่วไป โดยก่อนที่ผู้ประกอบการหรือผู้ทำโฆษณาจะเผยแพร่งานโฆษณาจะต้องนำเสนองานโฆษณาต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเพื่อขออนุญาตก่อนทำเป็นโฆษณา (Pre-censor) หากผู้ประกอบการหรือผู้ทำโฆษณาฝ่าฝืนทำโฆษณาโดยไม่ขออนุญาตก่อน ก็อาจต้องรับโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา

4.3.2.4 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535

การโฆษณาเป็นหลักสำคัญในการส่งเสริมการขาย และการโฆษณาส่วนมากจะมุ่งโฆษณาว่าสินค้าของตนมีคุณภาพดีเลิศเพื่อจูงใจผู้บริโภคให้ซื้อสินค้าหรือบริการของตน ผู้ประกอบการบางรายถึงกับโฆษณาเป็นเท็จหรือเกินความจริง สินค้าประเภทเครื่องสำอางก็เช่นเดียวกัน พบอยู่เสมอว่า เจ้าของผลิตภัณฑ์อาจโฆษณาสินค้าเกินความจริงได้ ดังนั้นพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการโฆษณาเครื่องสำอาง ไว้ในมาตรา 37 ว่า

“มาตรา 37 ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณามาใช้บังคับแก่การโฆษณาเครื่องสำอางโดยอนุโลม โดยให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรี และให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ”

เครื่องสำอางเป็นสิ่งประทีนผิวพรรณที่ผู้ใช่มุ่งหวังที่จะเสริมให้เกิดความงามหรือการดูแลผิวพรรณให้ดูดี ซึ่งโดยการควบคุมโฆษณาต้องพิจารณาตามลักษณะของเครื่องสำอางที่กฎหมายกำหนดประเภทของเครื่องสำอางไว้ 3 ประเภท คือ

- 1) เครื่องสำอางควบคุมพิเศษ เช่น ยาสีฟันที่มีส่วนผสมของ ฟลูออไรด์
- 2) เครื่องสำอางควบคุม เช่น ผลิตภัณฑ์ที่มีสารทำให้ผิวขาวขึ้น
- 3) เครื่องสำอางทั่วไป เช่น สบู่ชำระล้าง

เครื่องสำอางบางชนิดอาจส่งผลข้างเคียงหรือก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้ได้ง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องสำอางควบคุมพิเศษ และเครื่องสำอางควบคุม ดังนั้น กฎหมายเครื่องสำอางจึงได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องสำอางให้ผลิตภัณฑ์ทั้งสองประเภทดังกล่าวจะต้องยื่นขอขึ้นทะเบียนผลิตภัณฑ์ ซึ่งในการพิจารณาขึ้นทะเบียนเครื่องสำอาง พนักงานเจ้าหน้าที่จะมีการพิจารณาสูตรและสรรพคุณว่าถูกต้องหรือไม่ ตลอดจนฉลากของผลิตภัณฑ์ว่าถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดและไม่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในการโฆษณาเครื่องสำอาง หากไม่ถูกต้องก็จะแจ้งให้เจ้าของผลิตภัณฑ์แก้ไข หากไม่แก้ไขหรือแก้ไขไม่ถูกต้อง พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะไม่รับขึ้นทะเบียน สำหรับสรรพคุณที่ได้รับอนุญาตแล้ว ข้อมูลที่ได้ยื่นไว้ในการขึ้นทะเบียนผลิตภัณฑ์ถือเป็นแนวทางที่ผู้ประกอบการจะนำไปโฆษณาได้ โดยจะต้องไม่ทำการโฆษณาที่เกินกว่าสรรพคุณที่ได้รับอนุญาตนี้ สำหรับเครื่องสำอางทั่วไป แม้กฎหมายจะไม่ได้บังคับให้ต้องขออนุญาตผลิตหรือขึ้นทะเบียนเครื่องสำอาง แต่เจ้าของผลิตภัณฑ์ก็ต้องโฆษณาให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้ สำหรับการควบคุมโฆษณาเครื่องสำอางจะพบว่า โดยบทบัญญัติของกฎหมายแล้วไม่ได้เข้มงวดอย่างการควบคุมอาหารและยา กล่าวคือไม่มีการกำหนดให้ต้องขออนุญาตก่อนทำเป็นโฆษณา (Pre-censor) และข้อห้ามตามกฎหมายนั้นก็มีลักษณะเป็นการทั่วไปโดยให้นำบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคมาใช้โดยอนุโลม ดังนั้น การโฆษณาเครื่องสำอางจึงให้ใช้ข้อกำหนดเดียวกับโฆษณาทั่วไป กล่าวคือห้ามโฆษณาคุณภาพโดยใช้ข้อความเท็จ หรือเกินความจริง และในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมโฆษณาเครื่องสำอาง เมื่อมีข้อร้องเรียนว่าโฆษณาใดกระทำไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบที่มีการโฆษณาเครื่องสำอางโดยผิดกฎหมายก็มีการดำเนินการตามกฎหมายคือ ให้ผู้โฆษณาระงับการโฆษณา ทำการแก้ไขข้อบกพร่อง หรือบางกรณีอาจมีโทษทางอาญาด้วย

4.3.2.5 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการโฆษณาสินค้าประเภทวัตถุอันตราย ไว้ใน มาตรา 51 ว่า

“มาตรา 51 การควบคุมการโฆษณาวัตถุอันตรายให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และเพื่อประโยชน์ในการควบคุมโฆษณาให้ถือว่าวัตถุอันตรายที่มีการกำหนดฉลาก

ตามมาตรา 20(1) เป็นสินค้าที่มีการควบคุมฉลากโดยคณะกรรมการควบคุมฉลากตามกฎหมายดังกล่าวโดยอนุโลม”

การควบคุมโฆษณาเกี่ยวกับวัตถุอันตรายได้ถูกแบ่งแยกความรับผิดชอบตามลักษณะของผลิตภัณฑ์นั้น เช่น วัตถุอันตรายที่ใช้ในบ้านเรือนจะอยู่ในความรับผิดชอบสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา สำหรับวัตถุอันตรายที่ใช้ในการเกษตร จะอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และผลิตภัณฑ์ที่เป็นวัตถุอันตรายที่ใช้ในการอุตสาหกรรม อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงอุตสาหกรรม ซึ่งการควบคุมโฆษณาจะมีลักษณะเป็นการติดตามตรวจสอบงานโฆษณา (Post Censor) เพื่อให้การโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่เป็นวัตถุอันตรายให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดโดยกฎหมายที่นำมาใช้ในการควบคุมงานโฆษณา คือ บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้น การโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่เป็นวัตถุอันตรายจึงมีลักษณะเหมือนข้อกำหนดของโฆษณาทั่วไป กล่าวคือ ห้ามโฆษณาคุณภาพโดยใช้ข้อความเท็จ หรือเกินความจริง และในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่เป็นวัตถุอันตราย เมื่อมีข้อร้องเรียนว่าโฆษณาใดกระทำไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบที่มีการโฆษณาโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ก็มีการดำเนินการตามกฎหมายคือ ให้ผู้โฆษณาระงับการโฆษณา ทำการแก้ไขข้อบกพร่อง หรือบางกรณีอาจมีโทษทางอาญาด้วย

4.3.2.6 พระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. 2518

พระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. 2518 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการโฆษณาสินค้าประเภทวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ไว้ในมาตรา 48 ว่า

“มาตรา 48 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเพื่อการค้า ซึ่งวัตถุออกฤทธิ์ไว้แต่

- (1) การโฆษณาซึ่งกระทำโดยตรงต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบโรคศิลปะ แผนปัจจุบันชั้นหนึ่งในสาขาทันตกรรม เภสัชกรรม หรือผู้ประกอบกรบำบัดโรคสัตว์ชั้นหนึ่ง หรือ
- (2) เป็นฉลากหรือเอกสารกำกับวัตถุออกฤทธิ์ ที่ภาชนะหรือหีบห่อบรรจุวัตถุออกฤทธิ์”

โดยเหตุที่วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เป็นสินค้าชนิดพิเศษที่อาจมีโทษมหันต์ต่อผู้บริโภคทั่วไปหากไม่รู้จักวิธีใช้ที่ถูกต้อง เนื่องจากตัวสินค้าเองต้องมีการควบคุมการผลิต การจำหน่าย การ

นำเข้า ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้โฆษณาสินค้าประเภทดังกล่าวต้องกระทำต่อผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบัน เภสัชกร หรือผู้ประกอบการบำบัดโรคสัตว์ เท่านั้น ดังนั้นวิธีการควบคุมก็คือ ห้ามโฆษณาต่อสาธารณชนทั่วไป

เมื่อพิจารณาในแง่ของกฎหมายต่างๆ อันเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาที่ได้กล่าวมา จะพบว่า ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายใดที่ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับการโฆษณาที่มีนัยเปรียบเทียบ และไม่มีกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาใดห้ามกระทำการโฆษณาเปรียบเทียบ ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้สำหรับการควบคุมและพิจารณาจัดทำโฆษณาเปรียบเทียบจึงต้องพิจารณาเหมือนอย่างการโฆษณาทั่วไปตามกฎหมายควบคุมการโฆษณา และถ้าการโฆษณาเปรียบเทียบได้กระทำไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย โดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โฆษณาเปรียบเทียบก็น่าจะกระทำได้ แต่ทั้งนี้ก็มีข้อปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งกับการโฆษณาที่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบก่อนทำการโฆษณา (Pre-censor) ได้แก่ โฆษณาเกี่ยวกับอาหาร ยา และเครื่องมือแพทย์ ทั้งนี้ ในการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการควบคุมโฆษณาของกองควบคุมอาหาร กองควบคุมยาและกองควบคุมเครื่องมือแพทย์ หน่วยงานดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ภายในไว้มากมายซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายแม่บทเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาโฆษณา อาทิ การพิสูจน์ข้อความจริงตามการโฆษณา รูปลักษณะของสื่อโฆษณา และคำหรือภาษาที่ใช้ในการโฆษณา และได้มีการกำหนดห้ามใช้คำบางคำในสื่อโฆษณา รวมถึงการห้ามโฆษณาในเชิงพาดพิง เปรียบเทียบ ทับถม ผลิตภัณฑ์อื่น เพราะผู้รับผิดชอบมีความเห็นว่า โฆษณาดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการยกต่อการพิสูจน์หาความจริง หรือเข้าลักษณะเป็นการกล่าวเกินจริง

โดยคำที่ห้ามใช้ในการโฆษณา เช่น

ก. คำที่ไม่อนุญาตให้ใช้ในโฆษณาอาหาร เช่น ยอด ยอดเยี่ยม พิเศษ วิเศษ ดีเลิศ ดีที่สุด เด็ดขาด คักดีลิตี มหัศจรรย์ ปลอดภัยที่สุด เหมาะสมที่สุด เป็นหนึ่ง ที่หนึ่ง บริสุทธิ์ มั่นใจกว่า เหนือกว่า กว่า เป็นต้น⁵⁴

ข. คำที่ไม่อนุญาตให้ใช้ในโฆษณายา เช่น ยอด พิเศษ วิเศษ ดีเลิศ เด็ดขาด หายขาด หายห่วง หันใจ ฉับพลัน คักดีลิตี ปลอดภัยที่สุด ไม่เป็นพิษเลย เหมาะสมที่สุด ไม่ต้องทนราคาแพง เป็นหนึ่งมาตลอด โปรดระวังยาเทียมและเลียนแบบ โอกาสดี ๆ อย่างนี้มีไม่บ่อยนัก เหนือกว่า โปรด

⁵⁴ ไพโรจน์ อัจฉริยา, โฆษณาอย่างไรให้ถูกใจและถูกต้อง. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544). หน้า 90

เรียกใช้ จงจำชื่อ ไม่ทำให้เกิดอาการแพ้ ดีเลิศ ดีที่สุด extremely, excellent, ideal, non-toxic, no side effect, the best, broadest เป็นต้น⁵⁵

ค. คำที่ไม่อนุญาตให้ใช้ในโฆษณาเครื่องมือแพทย์ เช่น ยอด พิเศษ หายขาด เด็ดขาด หายห่วง เหนือกว่า เหนือชั้น มั่นใจกว่า เป็นต้น

บรรดาคำหรือข้อความที่ห้ามใช้ในการโฆษณาอาหารและโฆษณายาข้างต้น หลายคำที่มีความหมายหรือนิยมใช้เพื่อสื่อความหมายในเชิงเปรียบเทียบ และจากประสบการณ์ของผู้เขียนที่เคยติดต่อประสานงานในฐานะผู้ประกอบการขออนุญาต คณะกรรมการควบคุมโฆษณาอาหารและยา เคยให้ความเห็นไว้ว่า โฆษณาเปรียบเทียบเป็นโฆษณาที่พิสูจน์หาความจริงตามการเปรียบเทียบได้ยาก และเพื่อตัดปัญหาในการวินิจฉัยและการถูกร้องเรียนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ สำนักงานจึงห้ามไม่ให้ใช้คำเหล่านี้ในการโฆษณา ทั้งนี้รวมถึง คำที่มีความหมายใกล้เคียงด้วย

นอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ยังได้กำหนดกฎเกณฑ์เป็นการภายในที่ระบุเป็นการชัดแจ้งว่า ห้ามมิให้ทำการโฆษณาในเชิงพาดพิง เปรียบเทียบ ทับถม ผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ดังปรากฏตามข้อมูลในเอกสารทางวิชาการของ ภาว. อารทรา บัญญาปฏิภาณ เรื่อง แนวทางการพิจารณาคำขอโฆษณายาต่อประชาชนทั่วไป มีความว่า “ถึงแม้ว่าข้อห้ามตามพระราชบัญญัติยาจะมีรายละเอียดค่อนข้างมากแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากยาเป็นผลิตภัณฑ์ที่ต้องใช้ด้วยความระมัดระวัง ถ้าได้รับข้อมูลที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน ก็อาจทำให้ผู้ใช้ยานั้นได้รับประโยชน์จากยาไม่เต็มที่ และอาจเกิดโทษตามมาได้อีกด้วย ประกอบกับขณะนี้มีการแข่งขันทางการตลาดอย่างเข้มข้น แน่นนอนว่าแต่ละบริษัทย่อมต้องพยายามจูงใจให้ผู้บริโภคเลือกซื้อผลิตภัณฑ์ยาของตน การโฆษณาจึงมุ่งกระตุ้นให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจ มั่นใจ หรือสร้างความจำเป็นที่จะต้องใช้ยาที่โฆษณามากขึ้น ซึ่งในภาวะเช่นนี้ ข้อห้ามตามพระราชบัญญัติยาซึ่งได้บัญญัติไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2510 ไม่อาจคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอเสียแล้ว แต่เนื่องจากตามมาตรา 88 ทวิ กำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา พิจารณากลับกรองโฆษณาให้ถูกต้องเหมาะสม ก่อนที่จะเผยแพร่ออกสู่สาธารณชน โอกาสนี้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา โดยอนุกรรมการตรวจพิจารณาคำขอโฆษณายาฯ จึงได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการโฆษณายาที่ทันสมัยและสอดคล้องกับสภาวะการณ์ในปัจจุบัน เพื่อให้การโฆษณายาเป็นการให้ข้อมูลที่ชัด

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103-104

เจนและตรงไปตรงมา เป็นข้อมูลพื้นฐานให้ผู้บริโภคใช้ประกอบการตัดสินใจซื้ออย่างสมเหตุสมผล สมประโยชน์ มีความน่าเชื่อถือพอสมควร ไม่ใช่การโฆษณาที่หือหาวา โดดเผน ตลกขบขัน โดยจะ ให้นั้นประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นหลัก ได้แก่

.....

 6.) ห้ามโฆษณาขายยาในเชิงพาดพิง เปรียบเทียบ ทับถม ผลิตภัณฑ์อื่นๆ เพราะเป็นการ ยากแก่การพิสูจน์ความจริง

.....⁵⁶

จากกฎเกณฑ์ของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา รวมถึงทัศนคติของพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้รับผิดชอบในการควบคุมการโฆษณาในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบ เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้ความดูแล รับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาได้ ถูกห้ามไม่ให้กระทำ ภายใต้หลักการและเหตุผลที่จะเป็นการปิดกั้นต่อการปฏิบัติของผู้ประกอบการว่า การโฆษณาในลักษณะเปรียบเทียบเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามโฆษณาว่าเป็น ความจริง ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการกำหนดรูปแบบลักษณะของการโฆษณา ดังนั้น แม้ว่าผู้ ประกอบการสามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อเท็จจริงตามงานโฆษณานั้นจะเป็นความจริงทุกประการ การ โฆษณาเปรียบเทียบก็ไม่สามารถได้รับอนุญาตให้ทำได้

ดังได้กล่าวมา โดยเนื้อหาของข้อกำหนดแห่งกฎหมายควบคุมการโฆษณาแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค หรือกฎหมายเฉพาะอื่น คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2530 พระราชบัญญัติเครื่องมือ แพทย์ พ.ศ. 2531 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. 2518 กฎหมายต่างๆไม่ได้ห้ามทำ การโฆษณาเปรียบเทียบ ดังนั้น หากโฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำโดยถูกต้อง และนำเสนอข้อ เท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าเป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินจริงแล้ว โฆษณาเปรียบเทียบ นั้นก็น่าจะสามารถกระทำได้ และรัฐก็ไม่ควรที่จะปิดกั้นการแสดงออกซึ่งสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลในการกระทำโดยชอบธรรม อย่างไรก็ดี หากการกระทำใดเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือ โดยมีเจตนาทุจริตอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนและส่วนรวมก็เป็นการสมควรที่จะ

⁵⁶ อารทรา ปัญญาปฏิภาณ, เอกสารทางวิชาการเรื่อง แนวทางการพิจารณาคำขอโฆษณายาต่อประชา ชนทั่วไป, กองเผยแพร่และควบคุมการโฆษณา สำนักงานอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุข

ห้ามกระทำ ทั้งนี้ ถ้าเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาการโฆษณาระหว่างสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคกับกฎเกณฑ์ภายในดังกล่าวของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา จะพบความคลี่คลายในการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายอย่างชัดเจน กล่าวคือ หลักเกณฑ์ภายในของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ได้กำหนดห้ามมิให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบ ในขณะที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายที่ออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ใดๆที่มีลักษณะเป็นการห้ามมิให้โฆษณาเปรียบเทียบ จะมีก็เพียงประกาศของสำนักงาน เพื่อขอความร่วมมือเพื่อมิให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบที่ไม่สามารถพิสูจน์หาความจริงได้ หรือเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบที่พิสูจน์ความจริงได้ยาก เช่น การเปรียบเทียบทางความรู้สึก หรือการเปรียบเทียบตามจินตนาการ อาทิ เย็นกว่า หอมกว่า เป็นต้น (โปรดดูรายละเอียดประกาศในภาคผนวก ข.) และหากพิจารณาโดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริง สามารถพิสูจน์ได้และเป็นข้อมูลที่จะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคอย่างมาก ดังนั้น การปิดกั้นไม่ให้กระทำด้วยเหตุผลเพียงเพราะว่าเป็นกรณีที่พิสูจน์หาความจริงได้ยากจึงดูจะเป็นการไม่สมเหตุและผลเท่าที่ควร

อย่างไรก็ตาม นอกจากกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาแล้ว การโฆษณาเปรียบเทียบจำเป็นต้องพิจารณาข้อกำหนดแห่งกฎหมายอื่นประกอบด้วย และที่เป็นปัญหาเกิดขึ้นโดยตลอดเมื่อมีการโฆษณาเปรียบเทียบ คือ กฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

4.4 การโฆษณาเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิด

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า เสรีภาพในการโฆษณาเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการเป็นเสรีภาพที่ประชาชนพึงมีและได้มีการบัญญัติรับรองสิทธินี้ไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ การโฆษณาจะต้องกระทำให้ถูกต้องและเหมาะสมภายใต้กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา การโฆษณาเปรียบเทียบก็เช่นกันไม่ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบโดยตรงหรือการเปรียบเทียบโดยอ้อม หากวิเคราะห์ตามกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาของไทยแล้วจะพบว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาที่ห้ามกระทำ อย่างไรก็ตาม แต่ถ้าพิจารณาถึงผลของการโฆษณาเปรียบเทียบ ซึ่งผู้โฆษณาในลักษณะที่เป็นการเปรียบเทียบต่างมุ่งหวังผลทางการค้า เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และแม้โฆษณานั้นจะกล่าวหรือเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นจริงและไม่ทำให้ประชาชนหลงผิด และทำให้สาธารณชนได้รับประโยชน์จากได้รับรู้จากสื่อโฆษณานั้น ความ

เสียหายเช่นว่านั้นก็ยังคงเกิดแก่คู่แข่งทางการค้าซึ่งถูกกล่าวเปรียบเทียบกับ จึงทำให้เกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบเสมอมา เช่น คดีระหว่างบริษัท บริษัท ฮอลิ์ย์ แอนด์ เฮเซล เคมิคอล โค (เอช.เค.) กับบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด จากโฆษณาเปรียบเทียบของบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด มีความว่า “ยาสีฟันคอลเกตมีฟลูออไรด์ช่วยป้องกันฟันผุแต่ยาสีฟันดาร์กี้ไม่มี” หรือคดีระหว่างบริษัทผลิตภัณฑ์และวัสดุก่อสร้าง จำกัด ผู้ผลิตและจำหน่ายกระเบื้องมุงหลังคา ซีแพคโมเนีย กับ ของบริษัท ศิริกรุงธนบุรี จำกัด ผู้นำเข้าและจำหน่ายกระเบื้องมุงหลังคาวิคคอน จากโฆษณาเปรียบเทียบที่มีความว่า กระเบื้องมุงหลังคาวิคคอนมีรูปลักษณะและคุณภาพไม่ตีถึง 10 ประการ เช่น บัวดักน้ำเพียง 1 ร่อง ตันๆ เฉพาะริมวาง ป้องกันพายุฝนในบ้านเราไม่เพียงพอ ไม่มีร่องดักน้ำบริเวณสันกระเบื้องทำให้พายุฝนสาดย้อนได้และอื่น ๆ หรือคดีระหว่างบริษัท เมกกะโปรดักส์ จำกัด ผู้จัดจำหน่ายอาหารเสริมยี่ห้อ “แนท-ซี” กับบริษัท แบล็คมอร์ส จำกัด ผู้จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์แบบเดียวกันยี่ห้อ “ไบโอ-ซี” จากโฆษณาเปรียบเทียบที่ว่า บรรจุภัณฑ์ที่เหมาะสมต่อการเก็บรักษาวิตามินซีควรเป็นขวดแก้วที่เป็นสีขาวที่มีส่วนผสมของบอโรซิเกทซึ่งเป็นบรรจุภัณฑ์ที่จำเลยใช้อยู่ และอ้างสรรพคุณว่าสามารถป้องกันแสงสว่าง ความชื้น และอากาศได้ดีกว่าบรรจุภัณฑ์ที่เป็นขวดพลาสติกซึ่งเป็นของโจทก์ และจะพบบ่อยครั้งที่ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับได้ใช้สิทธิฟ้องร้องคดีต่อผู้โฆษณาว่ากระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะละเมิด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คดีฟ้องร้องเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบคดีแรกในประวัติศาสตร์ของไทย

สำหรับความรับผิดชอบของการโฆษณาเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิด ในอดีตที่ผ่านมาจะพบว่า การโฆษณาเปรียบเทียบมีหลายครั้งที่น่าไปสู่การฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างผู้โฆษณาและผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับ และโดยส่วนใหญ่คดีความที่เสนอฟ้องต่อศาลจะเป็นการฟ้องร้องคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือมาตรา 421 ประกอบมาตรา 420 โดยการกล่าวอ้างว่า ผู้โฆษณาได้กระทำละเมิดสิทธิของผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับและก่อให้เกิดความเสียหายจากการละเมิดเช่นว่านั้น แต่คดีความส่วนใหญ่มักจะจบลงด้วยการตกลงประนีประนอมยอมความของคู่ความก่อนมีคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ เพื่อรักษาชื่อเสียงและป้องกันความขัดแย้งทางการค้าระหว่างกัน เช่น คดีประวัติศาสตร์และเป็นคดีแรกในประเทศไทยเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ คือ คดีระหว่างบริษัท บริษัท ฮอลิ์ย์ แอนด์ เฮเซล เคมิคอล โค (เอช.เค.) กับบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด จากโฆษณาเปรียบเทียบของบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด มีความว่า “ยาสีฟันคอลเกตมีฟลูออไรด์ช่วยป้องกันฟันผุแต่ยาสีฟันดาร์กี้ไม่มี”

ผู้เขียนขอสรุปประเด็นปัญหาของการโฆษณาเปรียบเทียบที่เคยเกิดขึ้นในอดีตดังปรากฏในคดีหมายเลขดำที่ 8510/2526 ระหว่างบริษัท บริษัท ฮอเลีย แอนด์ เฮเซล เคมิคอล โค (เอช.เค.) กับบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด โดยข้อมูลของคดีนี้ได้มาจากการงานเขียนของคุณสุจินต์ ชัยมังคลานนท์ ในนิตยสารคู่แข่ง เมื่อปี พ.ศ.2526^{57 58} และการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญศาสตราจารย์ มรุธา วัฒนชะชีวะกุล⁵⁹ หัวหน้าที่มทนายความผู้รับผิดชอบคดีนี้ในฐานะทนายความฝ่ายจำเลย (บริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด) ซึ่งคดีนี้โจทก์ได้ตั้งประเด็นการฟ้องจำเลยไว้หลายประเด็น กล่าวคือ ประเด็นการกระทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการละเมิดเครื่องหมายการค้า

คำฟ้องของโจทก์ในคดีนี้ โดยสรุปมีความว่า จำเลยจงใจกระทำละเมิดโดยบังอาจนำเอาเครื่องหมายการค้าดราโก้ของโจทก์ไปโฆษณาขายสินค้าของจำเลย พร้อมทั้งเผยแพร่ข้อความอันไม่เป็นความจริง กล่าวหาสินค้ายาสีฟันของโจทก์ไม่มีประสิทธิภาพในการรักษาฟัน แล้วยังได้ระบุว่าจำเลยได้สมคบกับบุคคลอื่นจัดให้มีการพิมพ์โฆษณาสินค้ายาสีฟันของจำเลย โดยใช้ข้อความกล่าวหา ทำลาย ทั้บถม ว่ายาสีฟันของโจทก์ไม่มีคุณภาพ เป็นการใช้สิทธิที่มีแต่ความเสียหายแก่โจทก์ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยเจตนาไม่สุจริต และมีขอบด้วยกฎหมายทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย

การกระทำของจำเลยตามความข้างต้นทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่า สินค้ายาสีฟันของโจทก์มีเพียงรสเย็นขึ้นปาก แต่เพียงอย่างเดียว ไม่มีประสิทธิภาพในการช่วยป้องกันรักษาฟัน ไม่ให้ผุ และเลิกซื้อสินค้ายาสีฟันของโจทก์เป็นจำนวนมาก เป็นเหตุให้โจทก์ขายสินค้ายาสีฟันได้น้อยลงกว่าเดิม กล่าวคือ โจทก์เคยมีรายได้จากการขายยาสีฟันก่อนที่จำเลยจะกระทำละเมิดโจทก์ เดือนละ 40 ล้านบาท หลังจากที่จำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์แล้ว รายได้จากการขายสินค้าของโจทก์ต้องลดลงเดือนละ 4 ล้านบาท อันเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดของจำเลย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายดังกล่าวให้แก่โจทก์ และยังคงรับผิดชอบไปอีกเดือนละ 4 ล้านบาท

⁵⁷ สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, “วิเคราะห์คดีโฆษณาเปรียบเทียบ คอลเกต VS ดราโก้”, วารสารคู่แข่ง ปีที่ 4 ฉบับที่ 35 (สิงหาคม 2526) : 60-67

⁵⁸ สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, “วิเคราะห์คดีโฆษณาเปรียบเทียบ คอลเกต VS ดราโก้”, วารสารคู่แข่ง ปีที่ 4 ฉบับที่ 38 (พฤศจิกายน 2526) : 60-65

⁵⁹ สัมภาษณ์ มรุธา วัฒนชะชีวะกุล, 19 เมษายน 2545.

จนกว่าจำเลยจะเลิกใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์และเลิกโฆษณาฝ่าฝืนต่อความจริง นอกจากนี้ การที่จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าสินค้ายาสีฟันของโจทก์ไม่ดี ทำให้โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการโฆษณาที่ชื่อเสียงในทางการค้าของโจทก์ให้คืนดีดังเดิมอีกไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท รวมเป็นค่าเสียหายที่จำเลยก่อให้เกิดขึ้นแล้ว 5 ล้านบาท ซึ่งในส่วนของโจทก์ขอคิดเพียง 1 ล้านบาท แต่จำเลยยังคงทำละเมิดต่อโจทก์ต่อไปอีก ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เดือนละ 4 ล้านบาท ต่อไปนับแต่วันฟ้องจนถึงวันคดีสิ้นสุด

ในคำขอท้ายฟ้อง โจทก์ได้ขอให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นเงิน 1 ล้านบาท และให้ใช้ค่าเสียหายอีกเดือนละ 4 ล้านบาท นับแต่วันฟ้องจนถึงที่สุด

นอกจากนี้ คดีนี้โจทก์ยังได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในกรณีฉุกเฉิน โดยได้ระบุว่า จำเลยได้เอาเครื่องหมายการค้าของโจทก์ไปใช้ในการโฆษณาหนังสือพิมพ์รายวัน และทางอื่นทุกวัน เป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ต่อไปอีกเรื่อยๆ ทำให้โจทก์เสียหาย ถ้าหากศาลไม่สั่งห้ามเป็นการด่วน จำเลยจะจ้างหนังสือพิมพ์โฆษณาไปเรื่อยๆ อันเป็นการจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ หากรอจนกว่าคดีถึงที่สุดจะทำให้โจทก์เสียหายหลายสิบล้านบาท

ในส่วนของจำเลยได้ยื่นคำให้การ ซึ่งมีรายละเอียดโต้แย้งคำฟ้องของโจทก์ พอสรุปเป็นประเด็นสาระสำคัญได้ 3 ประเด็นคือ การโฆษณาเปรียบเทียบที่ถูกต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการโฆษณาโดยสุจริตไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อข้อความที่โฆษณายืนยันข้อเท็จจริงที่ตรงกับความเป็นจริง และการโฆษณานั้นไม่เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โดยคำให้การของจำเลยมีความโดยสรุปว่า

การโฆษณาของจำเลยได้กระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ยาสีฟันคอลเกตมีสาร เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ (MFP Fluoride) เป็นส่วนประกอบจริงและสาร เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ มีคุณสมบัติสามารถเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้กับเคลือบฟันจริง และจากผลการศึกษาวิจัยทางการแพทย์ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อังกฤษ เดนมาร์ก ผลชี้ชัดว่าการใช้สาร เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ สามารถลดอัตราการเกิดฟันผุได้เหนือกว่าการที่ไม่ใช้สาร เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ ประมาณ 34 เปอร์เซ็นต์ นอกจากนั้น จำเลยได้มีหนังสือสอบถามถึงคุณสมบัติของสาร เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ ซึ่งเป็นส่วนประกอบของยาสีฟันคอลเกตของจำเลยไปยังทันตแพทย์สมาคมแห่งประเทศไทย เมื่อเดือนเมษายน 2525 ซึ่งทันตแพทย์สมาคมแห่งประเทศไทยได้ตอบยืนยันว่า ยาสีฟันผสมสาร เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ เป็นยาสีฟันที่ให้ฟลูออไรด์ที่สามารถทำปฏิกิริยาได้ (active

fluoride) และสามารถซึมซาบเข้าไปในเคลือบฟันได้ ถ้าได้รับการใช้อย่างถูกต้องเหมาะสม โดยเฉพาะที่ชั้นผิวเคลือบฟันส่วนนอกจะเข้าได้มากที่สุดและค่อยๆ น้อยลงไปในชั้นลึกๆ นอกจากนี้ ทันตแพทย์สมาคมแห่งประเทศไทยได้จัดส่งบทความและบทความคัดย่อผลการวิจัยทางการแพทย์ของต่างประเทศที่ยืนยันคุณสมบัติของ เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ ดังกล่าวนี้มาให้จำเลยพร้อมกับหนังสือตอบข้อหารือดังกล่าวด้วย

ข้อความตามการโฆษณาไม่เป็นการใส่ความด้วยข้อความอันเป็นเท็จต่อยาสีฟันดาร์กี้ของโจทก์แต่อย่างใด เพราะเป็นคำโฆษณาที่ตรงกับความจริงและไม่ได้เจาะจงถึงยาสีฟันดาร์กี้ของโจทก์ว่าเป็นยาสีฟันไม่มีฟลูออไรด์ เป็นแต่เพียงยืนยันยืนยันว่ายาสีฟันคอลเกตที่มี เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ และเอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ คือประสิทธิภาพเดียวที่ยาสีฟันชนิดอื่นๆ ที่ไม่มีฟลูออไรด์ไม่อาจให้ประสิทธิภาพอย่าง เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ได้ ซึ่งก็ย่อมเป็นความจริงว่ายาสีฟันทุกชนิดที่ไม่มี เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ ไม่สามารถให้ประสิทธิภาพของ เอ็ม.เอฟ.พี.ฟลูออไรด์ ได้ ส่วนยาสีฟันอื่นๆ ที่ไม่มีฟลูออไรด์อาจมีประสิทธิภาพอย่างอื่นในการป้องกันรักษาฟันมิให้ผุโดยใช้สารอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะให้ข้อมูลแก่ประชาชนผู้บริโภค ส่วนจำเลยได้ทำหน้าที่ของจำเลยโดยได้โฆษณาให้ความรู้อันตรงต่อความจริง ถูกต้องและเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในการที่จะเลือกใช้สินค้าของจำเลย การกระทำของจำเลยย่อมเป็นการป้องกันสิทธิของประชาชนชาวไทย เนื่องจากสิทธิของประชาชนผู้บริโภคย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย การที่โจทก์ไม่ได้แถลงข้อความจริงอันควรแถลงให้แก่ประชาชนได้ทราบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ยาสีฟันดาร์กี้ของโจทก์ที่จำหน่ายในประเทศไทยไม่มีสารฟลูออไรด์เป็นส่วนประกอบทั้งที่ยาสีฟันดาร์กี้ที่จำหน่ายในประเทศอื่นมีสารฟลูออไรด์เป็นส่วนประกอบนั้น ย่อมเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิของประชาชนชาวไทยผู้บริโภคทั่วประเทศ ซึ่งประชาชนหรือบุคคลใดๆ ย่อมสามารถป้องกันสิทธิดังกล่าวนี้ได้ โดยการให้ข้อมูลที่ถูกต้องตามหลักวิชา การกระทำของจำเลยจึงเป็นการชอบด้วยกฎหมาย

การที่โจทก์กล่าวหาจำเลยเอาเครื่องหมายการค้า "DARKIE" และรูปคนดำสวมหมวกของโจทก์ไปใช้ในการโฆษณาสินค้าของจำเลยนั้น จำเลยขอให้การปฏิเสธว่า การที่จำเลยนำเอารูปภาพกล่องยาสีฟันดาร์กี้ของโจทก์มาปรากฏในการโฆษณาของจำเลยนั้น มิใช่เป็นการเอาโฆษณาสินค้าของจำเลย เพราะไม่ได้เอาชื่อคำว่าดาร์กี้และรูปคนดำสวมหมวกทำให้ปรากฏในสินค้าของจำเลยหรือให้ปรากฏในสิ่งใดๆ อันหมายถึงสินค้าของจำเลยแต่อย่างใด ตรงกันข้ามจำเลยก็ได้นำเอารูปภาพกล่องยาสีฟันดาร์กี้ของโจทก์แยกไว้ต่างหากอยู่ในกรอบสี่เหลี่ยมต่างหากจากรอบสี่เหลี่ยมที่บรรจุภาพยาสีฟันคอลเกตของจำเลยจนเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าสินค้าของโจทก์กับสินค้าของจำเลยมีความแตกต่างกัน และไม่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันแต่ประการใด และไม่ได้มีข้อ

ความตอนใดหรือลักษณะการปรากฏแห่งรูปภาพใดในโฆษณาที่เป็นเท็จอันจะจูงใจให้ประชาชนเลือกใช้แต่สินค้ายาสี่พันคอลเกตของจำเลย และไม่เลือกใช้ยาสี่พันดาร์กี้ของโจทก์ ส่วนข้อความจริงที่ปรากฏในคำโฆษณาของจำเลยนั้นเป็นเพียงข้อมูลอันหนึ่งที่ให้ข้อเท็จจริงอันเป็นประโยชน์แก่ประชาชน ส่วนผู้ใดจะเลือกใช้สินค้ายาสี่พันคอลเกตของจำเลยหรือเลือกใช้ยาสี่พันดาร์กี้ของโจทก์ก็ย่อมจะทำได้ตามใจสมัคร การเสนอข้อเท็จจริงโดยสุจริตต่อประชาชนซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมไม่ใช่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และการนำภาพดังกล่าวมาลงไว้ไม่ทำให้ผู้พบเห็นการโฆษณาเกิดความดูถูกหรือเกลียดชังสินค้าของโจทก์แต่อย่างใด สินค้าที่นำมาลงก็ได้ลงควบคู่ไปกับยาสี่พันยี่ห้ออื่น คือยี่ห้อวาว และยี่ห้อใกล้เคียง อีกทั้ง ชื่อและเครื่องหมายยาสี่พันทุกยี่ห้อที่ปรากฏต่อประชาชนในท้องตลาดย่อมเป็นสิ่งที่บุคคลใดๆมีสิทธิที่จะกล่าวถึงหรือนำมาแสดงต่อบุคคลอื่นได้โดยชอบ

จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเพียงแต่การแสดงต่อประชาชนซึ่งรูปภาพของกล่องยาสี่พันดาร์กี้ของโจทก์และรูปภาพยี่ห้ออื่น ซึ่งเป็นยาสี่พันที่รู้จักแพร่หลายในหมู่ประชาชนผู้บริโภคย่อมไม่ทำให้ประชาชนเข้าใจผิดในคุณสมบัติและประสิทธิภาพอันแท้จริงของยาสี่พันดังกล่าวแต่ประการใด การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยสุจริต และเป็นการระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ในการโฆษณาสินค้าของตนโดยไม่ได้มุ่งหวังให้สินค้าผู้อื่นได้รับความเสียหาย

ในประเด็นค่าเสียหาย จำเลยว่าโจทก์ไม่ได้รับความเสียหาย การโฆษณาของจำเลยเพียงเท่านั้นจะไม่ทำให้ผู้ที่นิยมยาสี่พันดาร์กี้ของโจทก์เปลี่ยนแปลงความนิยมของตนไปได้เลย และถ้าจะเปลี่ยนแปลงความนิยมของประชาชนไปได้คงต้องใช้เวลายาวนานและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการโฆษณามากมาย และความเสียหายที่โจทก์กล่าวอ้างมาในฟ้องก็ไม่ตรงกับความจริง ถ้าหากว่าโจทก์จะได้รับความเสียหายจากการโฆษณานี้ ความเสียหายนี้ก็เพราะโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงคุณภาพและประสิทธิภาพของยาสี่พันดาร์กี้ให้เป็นที่ยอมรับของประชาชนเองและความเสียหายก็จะไม่เกิน 1 หมื่นบาท

ดังได้เรียนไว้ข้างต้นว่า ในคดีนี้คู่ความได้ตกลงประนีประนอมยอมความในชั้นศาล ดังนั้นจึงไม่มีคำพิพากษาดัดสินแต่อย่างใดว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับหรือไม่ แต่ศาลได้ออกคำสั่งห้ามมิให้จำเลยกระทำการโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือโดยวิธีการอื่นๆตามคำฟ้องเป็นการชั่วคราว โดยพิจารณาเห็นว่าเหตุสมควรและเพียงพอที่จะนำวิธีคุ้มครองมาใช้ตามคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในกรณีฉุกเฉินของโจทก์

จากประเด็นปัญหาของการฟ้องร้องคดีตามที่ปรากฏข้างต้น การศึกษาเรื่องความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย จะทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาความรับผิดของผู้โฆษณาได้ดียิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศต่างๆ แล้ว จะพบว่ากฎหมายที่ถูกนำมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาความผิดจากการโฆษณาในเชิงเปรียบเทียบ คือ กฎหมายว่าด้วยการแข่งทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ หรือแม้แต่ในประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบประมวลกฎหมายที่ได้รับการยกย่องเป็นอย่างดีและเป็นต้นแบบในการยกร่างประมวลกฎหมายของไทย ในอดีตที่ผ่านมา ตราบเท่าที่มีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศดังกล่าว ศาลไม่ได้หยิบยกประเด็นของกฎหมายลักษณะละเมิดเพื่อการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบแต่อย่างใด ต่างกับกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่โจทก์ (ผู้ถูกกล่าวหาเปรียบเทียบ) มักจะตั้งเป็นประเด็นแห่งคดีว่า จำเลยกระทำละเมิดโจทก์โดยการโฆษณาเปรียบเทียบทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาใช่การกล่าวอ้างในประเด็นของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาหรือกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเหมือนอย่างประเทศอื่นไม่

สำหรับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 ตั้งแต่มาตรา 420 ถึงมาตรา 452 โดยมีที่มาหรือเทียบเคียงจากกฎหมายลักษณะละเมิดและลักษณะหนี้ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหลายประเทศด้วยกันเป็นต้นว่า ประเทศเยอรมัน ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น โดยทั้งนี้ ท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างบทมาตราดังกล่าวในกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยไว้ว่า “นอกจากหลักเกณฑ์แห่งละเมิดทั่วไปตามมาตรา 420 แล้วกฎหมายยังบัญญัติกรณีเฉพาะเรื่องให้บุคคลต้องรับผิดในฐานต่างๆ โดยวางหลักเกณฑ์แห่งความรับผิด รวมทั้งข้อยกเว้นที่จะปลดเปลื้องความรับผิดไว้นอกเหนือไปจากบทบัญญัติหลักทั่วไปตามมาตรา 420”⁶⁰

⁶⁰ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 172

มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶¹ มีที่มาจากมาตรา 823 และมาตรา 826 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมาตรา 823 ประมวลกฎหมายเยอรมัน บัญญัติไว้ว่า

"บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่นจำต้องชดเช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น

บุคคลใดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอันประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่น ก็เกิดความรับผิดเช่นเดียวกัน ถ้าตามลักษณะของบทบัญญัตินั้น การฝ่าฝืนจะเป็นไปได้โดยไม่ต้องอาศัย "ความผิด" ของผู้กระทำ หน้าที่ในการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนจะมีก็ต่อเมื่อมี "ความผิด" ที่ถือได้ว่าเป็นของผู้นั้น"⁶²

มาตรา 826 บัญญัติไว้ว่า "บุคคลใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีจำต้องชดเช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย"⁶³

⁶¹ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้มีความว่า

"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดเช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

⁶² ด้วยภาษาอังกฤษของมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อ้างใน อนันต์ จันทร์โอภากร, โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด, รวบรวมความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, หน้า 97 มีความว่า ดังนี้

"A person who willfully or negligently without legal right injures the life, body, health, freedom, property or any other right of another is bound to compensate him for any damage arising there from.

A person who infringes a statutory provision intended for the protection of others incurs the same obligation. If, according to the purview of the status, infringement is possible even without any fault on the part of the wrongdoer, the duty to make compensation arises only if some fault can be imputed to him."

⁶³ ด้วยภาษาอังกฤษของมาตรา 826 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อ้างใน อนันต์ จันทร์โอภากร, โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 98 มีความว่า

"A person who willfully causes damage to another in a manner contra bono mores is bound to compensate the other for the damage."

มาตรา 823 วรรคแรก ประมวลกฎหมายเยอรมัน เราได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 420 ส่วน
มาตรา 823 วรรคสอง ประมวลกฎหมายเยอรมันนั้น เรานำมาแยกบัญญัติเป็นอีกมาตราหนึ่งคือ
มาตรา 422 แต่มาตรา 826 ประมวลกฎหมายเยอรมัน เราไม่ได้นำมาบัญญัติไว้โดยตรง

หากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา
823 ประมวลกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายลักษณะละเมิดแล้วจะพบว่า
ความรับผิดทางละเมิดในกรณีทั่วไปมีองค์ประกอบที่สำคัญ 5 ประการ คือ

- 1) มีการกระทำ
- 2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 3) โดยผิดกฎหมาย
- 4) ทำให้เสียหายแก่สิทธิต่างๆ
- 5) ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด

1) การกระทำ

การกระทำ หมายถึงการเคลื่อนไหวอิริยาบถโดยผู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น ถ้าหากเป็น
การเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ นอกจากนี้ การกระทำตามมาตรา 420
ยังหมายรวมถึงการงดเว้นกระทำแล้วเกิดความเสียหายขึ้นด้วย ซึ่งถือเป็นการกระทำอย่างหนึ่ง
ไม่ใช่การกระทำในทางเคลื่อนไหวอิริยาบถ แต่ต้องเป็นการงดเว้นหรือละเว้นไม่กระทำกรที่มีหน้าที่
ที่ต้องทำเพื่อป้องกันผลเสียหาย หน้าที่นั้นอาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น บิดามารดามี
หน้าที่เลี้ยงดูบุตร หน้าที่เกิดจากสัญญา เช่น ก. ตกลงรับเลี้ยงบุตรให้ ข. หรือ หน้าที่เกิดจากความ
สัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เช่น ก. เข้าช่วย ข. ออกมาจากที่เพลิงไหม้แล้ว ข. มี
บาดแผลสาหัส ก. ต้องนำตัว ข. ส่งสถานพยาบาลให้ ข. ได้รับการรักษาพยาบาลเพื่อ ข. จะได้พ้น
อันตราย หน้าที่ต่างๆ เหล่านี้ ถ้าผู้มีหน้าที่ งดเว้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ถือว่ามี
การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย⁶⁴

2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

⁶⁴ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3,
(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2543), หน้า 13

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นองค์ประกอบทางจิตใจ ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่จะแยกความรับผิดในทางละเมิดธรรมดา ออกจากความรับผิดเด็ดขาด เพราะในความรับผิดเด็ดขาดไม่จำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบทางจิตใจข้อนี้

ทั้งนี้ การกระทำใดเป็นการกระทำโดยจงใจนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ นักนิติศาสตร์หลายท่านได้พยายามอธิบายคำว่า “โดยจงใจ” ไว้ เช่น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช กล่าวว่า “ความจงใจ หมายความว่า ความรู้ความตั้งใจของตนเอง อากาการเคลื่อนไหวของบุคคลเกิดแก่ความตั้งใจต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าบุคคลผู้เป็นเจ้าของของอากาการเคลื่อนไหวรู้ความตั้งใจที่จะทำอะไรลงไปแล้ว หากได้ทำลงไปโดยประสงค์ต่อผลใดหรืออาจแลเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ก็ได้อธิบายว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ”⁶⁵

ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ กล่าวว่า “การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ”⁶⁶

ส่วนอาจารย์พจน์ ปุષปาคม เห็นว่าควรเทียบเคียงกับคำว่า “เจตนา” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่ การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกับผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมแลเห็นผลของการกระทำนั้น” พร้อมได้อธิบายไว้ว่า จงใจในทางแพ่งตามความเห็นของนักกฎหมายก็ไม่ต่างกับเจตนาในทางอาญา เพราะต้องประกอบด้วยการกระทำโดยประสงค์ต่อผล คือ ความเสียหายจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน เป็นแต่ว่า การแลเห็นผลจะเชียดกับประมาทได้ ถ้าการแลเห็นนั้นเห็นอยู่แน่ๆ ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นก็เป็นจงใจ ถ้าไม่แน่ว่าความเสียหายจะเกิดหรือไม่ ก็เป็นประมาทเลินเล่อ⁶⁷

⁶⁵ เสณีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479), หน้า 162-163

⁶⁶ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 394 ถึง มาตรา 452. พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 178

⁶⁷ พจน์ ปุષปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2523), หน้า 114-115

โดยสรุป การกระทำโดยจงใจ จึงเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำของตน และต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ถ้ามีแต่เพียงการกระทำ โดยไม่มีความเสียหายย่อมไม่เป็นละเมิด

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น เป็นการกระทำหรือการงดเว้นกระทำโดยมิได้จงใจ แต่ได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้อันควรคาดหมาย ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นพึงต้องระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำนั้น ทั้งนี้ การกระทำแค่นั้นเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร หรือการพิจารณาการกระทำโดยประมาทในทางละเมิดนั้น ต้องพิจารณาขนาดของความระมัดระวังของผู้กระทำ โดยเทียบกับบุคคลในวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำว่า ปกติบุคคลเช่นว่านั้นจะใช้ความระมัดระวังได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหากปรากฏว่า บุคคลธรรมดาที่เป็นมาตรฐานเทียบเคียงนั้นอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกันกับผู้กระทำ จะใช้ความระมัดระวังมากกว่าผู้กระทำและความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น ก็ต้องถือว่าผู้กระทำประมาท⁶⁸

3) โดยผิดกฎหมาย

การกระทำซึ่งจะทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบทางละเมิดจะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งคำว่า โดยผิดกฎหมาย ในมาตรา 420 ทำให้เข้าใจว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วย่อมไม่เป็นละเมิด แท้จริงแล้วคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” นั้น หมายความว่า กระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully)⁶⁹ ดังนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า การกระทำใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่ความรับผิดชอบทางละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ดังเช่นกฎหมายอาญา แต่การกระทำที่เป็นความผิดทางละเมิด คือ การกระทำโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้ ดังนั้น การกระทำโดยมีสิทธิตามกฎหมายหรือตามสัญญา แม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ไม่เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย เช่น สิทธิของบิดามารดาที่จะทำโทษบุตร เพื่อการว่ากล่าวสั่งสอน ครู อาจารย์ที่จะทำโทษศิษย์ เจ้าพนักงานมีอำนาจจับผู้ต้องหาที่กระทำความผิด การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็น

⁶⁸ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 18

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22

การผิดกฎหมาย การใช้สิทธิตามสัญญา เช่น ตกลงเช่าบ้านแล้วเช่าครอบครองบ้านนั้น การเช่าครอบครองบ้านไม่เป็นการบุกรุกเพราะมีสิทธิตามสัญญาที่จะเช่าครอบครองได้โดยชอบ

ถ้าพิจารณาตามที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การกระทำโดยผิดกฎหมายในมาตรา 420 นั้น หมายรวมถึงการกระทำที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจจะทำได้ เพราะถ้าผู้กระทำมีอำนาจกระทำแล้ว แม้จะเกิดความเสียหายหรือเป็นการล่วงสิทธิของบุคคลอื่นผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด ดังนั้นจึงเข้าใจกันว่าถ้าเป็นการใช้สิทธิแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นละเมิดเพราะการใช้สิทธิตามปกติย่อมได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย แต่ก็ปรากฏข้อเท็จจริงหลายกรณีที่ผู้ใช้สิทธินั้นจงใจกลั่นแกล้งบุคคลอื่น หรือใช้สิทธิไม่สุจริต โดยมุ่งแต่ประโยชน์ของตนเองโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น กฎหมายจึงได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁰

4) ทำให้เสียหายแก่สิทธิต่างๆ

มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใช้คำว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี" คำว่า "ทำให้เสียหาย" ในมาตรา 420 ตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า "injure" หมายถึง การทำให้เสียหายแก่สิทธิหรือล่วงสิทธิอันชอบกฎหมายของบุคคลอื่น (To violate the legal right of another or inflict on actionable wrong.)⁷¹ ดังนั้น การวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดของบุคคลอื่น จึงต้องพิจารณาว่าสิทธินั้นเป็นสิทธิที่ระบุไว้ในมาตรา 420 หรือไม่ ส่วนความเสียหายประเภทใดบ้างที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดได้ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นอีกส่วนหนึ่ง คือเป็นเรื่องของหมวด 2 ว่าด้วยสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด การล่วงสิทธิของบุคคลอื่นและสิทธิที่ระบุไว้ในมาตรา 420 นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มด้วยกันคือ

1. สิทธิในบุคคลภาพ ซึ่งได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ
2. สิทธิทางทรัพย์สิน ซึ่งได้แก่ กรรมสิทธิ์ และสิทธิทางทรัพย์สินอื่นๆ
3. สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

⁷⁰ มาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้มีความว่า

"การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย"

⁷¹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*. p.706

จะเห็นได้ว่า สิทธิในบุคคลภาพและสิทธิทางทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้น ล้วนแต่มีลักษณะเป็น สิทธิเด็ดขาด (absolute right) ที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองอันบุคคลทั่วไปต้องเคารพ และเป็นสิทธิที่สามารถใช้ยันกับบุคคลทั่วไปได้ แต่คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 หมายถึงสิทธิอะไรบ้างนั้น จากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 124/2487 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า “พูดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้วก็ได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ก็ต้องแล้วแต่ว่า บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็สิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย ในกฎหมายของเรามีบัญญัติถึงโทษการด่าไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 339 (2) ฉะนั้น จึงต้องถือว่ากฎหมายของเรารับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่า และให้ความคุ้มครองไว้ สำหรับการนั้น ฉะนั้น การที่จำเลยด่าโจทก์จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420”⁷² และโดยหลักของการตีความแล้ว “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” จึงหมายถึง สิทธิที่กฎหมายให้การรับรองคุ้มครองและสามารถใช้ยันบุคคลได้โดยทั่วไป ไม่ใช่สิทธิที่จะใช้ยันบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น เช่น สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ สิทธิในการใช้ชื่อ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในทางทำมาหาได้ สิทธิในการแข่งขันทางการค้า สิทธิในการโฆษณาตามกฎหมาย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 809/2487 ซึ่งได้ศาลได้วินิจฉัยว่าสิทธิในทางทำมาหาได้เป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจากคำพิพากษาดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า การชักจูงให้บุคคลอื่นไม่ให้ซื้อสินค้าของร้านค้าใด หรือการกลั่นแกล้งไม่ให้เขาดำเนินธุรกิจได้ตามปกติก็ต้องถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่ “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 809/2487 วินิจฉัยว่า จำเลยขัดขวางการเล่นมโนราในงานซึ่งโจทก์จัดให้มีขึ้น งานต้องล้มเหลว โจทก์ขาดรายได้จากการเรียกรับจากผู้มาเที่ยวงานเพื่อใช้จ่ายในการกุศล เป็นการทำให้เสียเสรีภาพในการดำเนินงานของวัดตามขอบเขตแห่งกฎหมาย ขาดประโยชน์ที่ควรได้ ประโยชน์ที่ขาดนั้นเป็นค่าเสียหายโดยตรงอยู่แล้ว

- 5) ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด

⁷² มาตรา 339 (2) กฎหมายลักษณะอาญา ตรงกับ มาตรา 393 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีความว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท”

หลักเกณฑ์นี้ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาเห็นว่า บุคคลผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกทำละเมิดหรือไม่ และจะต้องรับผิดชอบเพียงใด เพราะหากความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดแล้ว ก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะต้องให้เขารับผิดชอบต่อความเสียหาย มาตรา 420 นี้เป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำ ดังนั้น ความเสียหายนั้นจะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำของตัวผู้ทำละเมิดเอง

ในทางทฤษฎีมีหลักในการช่วยวินิจฉัยความรับผิดเพื่อละเมิดว่าจะเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้กระทำละเมิดหรือไม่ อยู่ 2 ทฤษฎี คือ

1. ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ หรือทฤษฎีเงื่อนไข ทฤษฎีนี้ถือว่า หากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำดังที่ถูกล่าวหาแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดจากการกระทำที่ถูกล่าวหา ผลอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลายๆประการ ถ้าการกระทำของผู้ถูกล่าวหาเป็นเหตุอันหนึ่งในเหตุหลายๆเหตุนั้นด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับผิด โดยไม่ต้องคำนึงว่ายังมีเหตุอื่นอีกที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าเหตุทุกๆเหตุมีน้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นหาได้ไม่ เพราะถ้าไม่มีเหตุทุกๆประการเหล่านั้นรวมเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมไม่เกิดขึ้นเช่นกัน

2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ทฤษฎีนี้ถือว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้นในแง่ความรับผิดของผู้กระทำการใดๆแล้ว เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำการนั้นจะต้องรับผิดชอบ⁷³

เกี่ยวกับการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล อาจกล่าวได้ว่า ศาลไทยใช้ทั้ง 2 ทฤษฎีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผสมกันโดยใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในเบื้องต้นและใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมในการวินิจฉัยว่าผลสุดท้ายนั้นเป็นผลตามปกติที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำเช่นนั้นหรือไม่ โดยศาลจะใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในเบื้องต้นเพื่อพิจารณาว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการทำละเมิดหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายนั้นจะต้องไม่ไกลกว่าเหตุ กล่าวคือ ไม่มีเหตุแทรกแซงอื่นมาทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลขาดตอนลง⁷⁴

⁷³ จิตติ ตึงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 394 ถึง มาตรา 452, หน้า 212

⁷⁴ คัดลึกลงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2527), หน้า 137

โดยทั้งนี้ หากพิจารณาตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพบว่า การโฆษณาเปรียบเทียบโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปรียบเทียบโดยตรงที่มีการกล่าววิพากษ์วิจารณ์ถึงคู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวเปรียบเทียบในด้านคุณภาพว่าเหนือกว่าหรือราคาถูกกว่าสินค้าหรือบริการของคู่แข่ง ซึ่งการกระทำโดยการโฆษณาให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้บริโภคดังกล่าวก็เพื่อจูงใจผู้บริโภคให้เกิดความเชื่อถือในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาอันจะนำไปสู่การบริโภคต่อไป แต่ขณะเดียวกัน การโฆษณาเปรียบเทียบก็เป็นการให้ข้อมูลที่ทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหายที่สามารถพิสูจน์ได้ กล่าวคือ ยอดขายสินค้าหรือบริการลดลง หรือทำให้ผู้บริโภคลดความเชื่อถือในสินค้าหรือบริการลง การโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวจึงอาจเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดโดยจงใจให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในทางทำมาหาได้ หรือกระทบเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมของบุคคลผู้อื่น อันเป็นการละเมิด "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังปรากฏในอดีตที่ผ่านมา การฟ้องร้องเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบล้วนแต่เป็นการตั้งประเด็นฟ้องโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำการโฆษณาเปรียบเทียบเสมอมา อย่างไรก็ตาม ไม่อาจสรุปได้โดยชัดแจ้งว่า ศาลไทยจะถือว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะถือเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมา โฆษณาเปรียบเทียบมีหลายครั้งที่เป็คดีระหว่างกันและได้มีการเสนอฟ้องต่อศาล โดยกล่าวอ้างว่า เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ แต่ส่วนใหญ่คู่ความมักจะทำความตกลงประนีประนอมยอมความก่อนมีคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ เพื่อรักษาชื่อเสียงและป้องกันความขัดแย้งทางการค้าระหว่างกัน มีหลายคดีในเรื่องนี้ที่น่าพิจารณาว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการใช้สิทธิในการโฆษณาโดยไม่สุจริต อันเป็นการละเมิดหรือไม่ เพราะโดยวัตถุประสงค์ทั่วไปของการทำโฆษณาเปรียบเทียบ แม้ผู้โฆษณาจะมุ่งหวังให้เกิดความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค แต่ในขณะเดียวกันผู้โฆษณาก็มีเจตนาที่จะลดความน่าเชื่อถือของคู่แข่ง ทำลายฐานการตลาดของคู่แข่งและเพิ่มส่วนแบ่งทางการตลาดของตน อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ

ทั้งนี้ ได้เคยมีคำพิพากษาของศาลฎีกาคดีหนึ่งเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2372/2537 ระหว่างบริษัท มงคลภาพยนตร์ จำกัด "โจทก์" กับ บริษัท นนทนนท์ เอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด "จำเลย" ซึ่งมีรายละเอียดของคดีดังนี้

เมื่อเดือนพฤษภาคมและมิถุนายน 2532 จำเลยโฆษณาว่า จำเลยได้ซื้อลิขสิทธิ์ภาพยนตร์จีนชื่อภาษาจีนว่า ฉี่ฉี่ ชื่อภาษาอังกฤษว่า MIRACLE นำแสดงโดยดารายอดนิยมชื่อว่า เฉินหลง จากบริษัท โกลเด้นฮาร์เวสต์ จำกัด เป็นภาพยนตร์บู๊ ตลก อภิมหามันส์ และใช้เงินในการสร้างมหาศาลมากกว่า 64 ล้านเหรียญฮ่องกง โดยไม่รวมค่าตัวของเฉินหลง กำหนดฉายต้นเดือนกรกฎาคม แต่ต่อมาบริษัท โกลเด้นฮาร์เวสต์ จำกัด ได้ขายลิขสิทธิ์ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวแก่โจทก์ ไม่ขายให้แก่จำเลย โจทก์จึงโฆษณากำหนดการฉายของภาพยนตร์ดังกล่าวเมื่อปลายเดือนมิถุนายน 2532 นอกจากนี้โจทก์ยังสามารถขายลิขสิทธิ์ให้แก่สายหลังต่างจังหวัด เพื่อนำไปฉายตามโรงภาพยนตร์ต่างจังหวัดทั่วประเทศ รวม 8 สาย ในราคาสายละ 1,400,000 บาท ต่อมา ระหว่างวันที่ 3-6 กรกฎาคม 2532 จำเลยซึ่งทราบดีว่า โจทก์ได้ซื้อลิขสิทธิ์ภาพยนตร์ดังกล่าว ได้โฆษณามีข้อความสรุปได้ว่า เฉินหลงแสดงภาพยนตร์เรื่อง ฉี่ฉี่ โดยไม่ได้แสดงบทมุกทะเล่ บ้าบิ่น และเสียงอันตรายเป็นของตัวเอง แต่ใช้ตัวแสดงแทน ไม่เหมือนกับเฉินหลงในภาพยนตร์ วังสู้ฟ้า 1 และวังสู้ฟ้า 2 จำเลยจึงดัดชื่อภาพยนตร์เรื่อง ฉี่ฉี่ พร้อมกับการโฆษณา ดังกล่าว จำเลยได้ขายภาพยนตร์เรื่องวังสู้ฟ้า 1 และวังสู้ฟ้า 2 บางตอนให้ดูเป็นการเปรียบเทียบ ด้วยการกระทำดังกล่าวของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายโดยทำให้ภาพยนตร์เรื่อง ฉี่ฉี่ เสื่อมความนิยม มีคนดูน้อยและขายลิขสิทธิ์ให้สายหลังต่างจังหวัดไม่ได้ในราคาสายละ 1,400,000 บาท โดยขายได้เพียงสายละ 1,000,000 บาท รวม 7 สาย โจทก์ขาดประโยชน์รายได้ไปรายละ 400,000 บาท รวมเป็นเงิน 2,800,000 บาท จึงขอบังคับให้จำเลยชำระค่าเสียหายดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเงินให้โจทก์เสร็จ

จำเลยให้การว่า จำเลยทั้งสองไม่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ จำเลยทั้งสองไม่เคยโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ วิทยุ และโทรทัศน์ว่า จำเลยที่ 1 ได้ซื้อลิขสิทธิ์ภาพยนตร์เรื่อง ฉี่ฉี่ เพื่อนำมาฉายในประเทศไทย ในระหว่างเดือนมิถุนายน ถึงเดือนสิงหาคม 2532 โจทก์ได้ออกโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ วิทยุ และโทรทัศน์ สรุปได้ว่า "ลิขสิทธิ์ฉายในประเทศไทยหนังเฉินหลง เปลี่ยนมือจากนนท์ นันท์เป็นม้ามีดอีกค่ายหนึ่ง" "เสียเจียงได้ลิขสิทธิ์หนังฉี่ฉี่" "ยกฉี่ฉี่ให้เสียเจียงฉายก่อนใคร" "หนังฉี่ฉี่พลิกล็อต วงการทุบกระปุกมาช่วยเสียเจียง" "พลิกล็อตถล่มทลาย นนทบุรีพลาตคราวนี้ ใครได้ไปก็โชคดี" อันทำให้ประชาชนทั่วไปเข้าใจว่า จำเลยที่ 1 มีความเสียหายในทางการค้าบริษัท โกลเด้นฮาร์เวสต์ จำกัด จึงไม่ขายภาพยนตร์เรื่อง ฉี่ฉี่ แก่จำเลย และต่อไปโจทก์จะเป็นผู้มีสิทธิซื้อภาพยนตร์จากฮ่องกงแต่เพียงผู้เดียว จำเลยจึงแถลงต่อสื่อมวลชนและโทรทัศน์ชี้แจงเหตุผลว่า จำเลยที่ 1 งดซื้อภาพยนตร์เรื่องล่าสุดของเฉินหลงเพราะไม่ได้เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้ จำเลยไม่เคยโฆษณาว่าภาพยนตร์เรื่องฉี่ฉี่ไม่บ้าบิ่น ไม่มุกทะเล่ ไม่เสียงตายเป็นดังฟ้องโจทก์ โจทก์ไม่เสียหาย ขอให้ยกฟ้อง

คดีนี้ ศาลชั้นต้นได้ทำการพิจารณาเห็นว่า การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการละเมิดต่อโจทก์ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นเงิน 150,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ

ศาลอุทธรณ์ พิจารณาว่า จำเลยกระทำเพื่อป้องกันสิทธิอันชอบธรรมของตน ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่เกินกว่าเหตุ การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นละเมิด จำเลยที่ 1 ไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องจำเลยเสีย

ศาลฎีกา พิจารณาว่า การที่จำเลยได้ตอบเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะพึงเกิดขึ้นแก่จำเลยโดยตรง และเป็นกรกระทำโดยสุจริตเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่จำเลย จึงเป็นการกระทำโดยสุจริตเพื่อป้องกันตนตามคลองธรรม อันไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ พิพากษายืน ให้ยกฟ้องจำเลยเสีย⁷⁵

จากคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีดังกล่าว จะเห็นว่า ศาลไทยไม่ได้มีข้อวินิจฉัยชี้ชัดแจ้งว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับหรือไม่ แต่หากพิจารณาโดยข้อเท็จจริงซึ่งทั้งโจทก์และจำเลยต่างก็ได้มีการกล่าวโจมตีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งโดยลักษณะของการกระทำย่อมส่งผลเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยแน่แท้ ดังนั้น การกระทำของทั้งโจทก์และจำเลยจึงน่าจะเป็นการกระทำละเมิดต่ออีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้วินิจฉัยตามประเด็นวิเคราะห์นี้ และยิ่งไปกว่านั้น กรณีตามคำพิพากษานี้ ศาลวินิจฉัยโดยคำนึงถึงเหตุการกระทำของจำเลย ในทำนองว่า จำเลยทำการกล่าวเปรียบเทียบกับก็เพื่อโต้ตอบการกระทำละเมิดของโจทก์ ศาลถือว่า การที่จำเลยได้ตอบเป็นการป้องกันความเสียหายอันจะพึงเกิดขึ้นแก่จำเลยโดยตรง และเป็นกรกระทำโดยสุจริตเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่จำเลย จึงเป็นการกระทำโดยสุจริตเพื่อป้องกันตนตามคลองธรรม จึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาล ดูเหมือนว่า ศาลได้มีการหยิบยกหลักการป้องกันตามกฎหมายอาญา มาปรับใช้กับกรณีนี้ ซึ่งเป็นคดีความตามกฎหมายแพ่ง ทำให้คำพิพากษาในคดีนี้ไม่ได้มีการแสดงเหตุผลตามกฎหมายละเมิดหรือกฎหมายแพ่งเหมือนอย่างคดีความแพ่งทั่วไป

⁷⁵ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมของคำพิพากษานี้ ในภาคผนวก ค.

ดังนั้น ปัจจุบันการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทยก็ยังคงไม่มีความชัดเจนหรือมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบหรือไม่ ดังนั้น แม้เสรีภาพในการโฆษณาจะเป็นเสรีภาพของบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองและรับรองให้ แต่การโฆษณาเปรียบเทียบก็ยังคงอยู่ในวงวนว่าของการฟ้องร้องคดีละเมิดต่อไป ทั้งนี้ หากการโฆษณาเปรียบเทียบเข้าองค์ประกอบความผิดฐานละเมิด กล่าวคือ ทำให้ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบได้รับความเสียหายจากการโฆษณานั้น ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบก็สามารถเสนอฟ้องต่อศาลตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่เคยเป็นมาในอดีต

นอกจากนี้ ผู้เขียนนำเสนอเป็นอีกกรณีสำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบอันเป็นเท็จหรือกล่าวเกินจริง ซึ่งผู้โฆษณาได้กระทำไปโดยไม่คำนึงถึงความจริงของข้อเท็จจริงในการโฆษณาหรือการกล่าวเกินความจริง ผู้โฆษณาอาจมีความผิดทางละเมิดตามมาตรา 423 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่บัญญัติไว้มีความว่า

“มาตรา 423 ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่เป็นความจริงแต่หากควรจะรู้ได้

ผู้ใดส่งข่าวสาสน์อันตนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากว่าตนเองหรือผู้รับข่าวสาสน์นั้นมิทางได้เสียโดยชอบในการนั้นด้วยแล้ว ท่านว่าเพียงที่ส่งข่าวสาสน์เช่นนั้น หากทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่”

สาระสำคัญตามมาตรา 423 นี้ ก็คือ การทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้ และทางเจริญของบุคคล โดยการกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงจนเป็นที่เสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งเป็นการกระทำนั้น หมายถึง การแสดงข้อความใดๆ ให้บุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกไม่ใช่ผู้ต้องเสียหายนั่นเองได้ทราบ จะเป็นด้วยถ้อยคำพูด การเขียน หรือด้วยกิริยาอาการอื่นใด กล่าวคือ อาจเป็นการกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึก

เสียอย่างอื่น การกระทำโดยการกระจายเสียงหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด และข้อความที่กล่าวนั้นเป็นข้อความที่ไม่ตรงกับความจริง (แต่แม้จะไม่มีใครเชื่อว่าเป็นจริงตามที่กล่าวหรือไขข่าวนั้น ถ้าเป็นข้อความที่ตรงกับความจริงแล้ว ก็ย่อมเป็นการกล่าวที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เพราะถ้าเป็นความจริงในทางแพ่ง ถือว่าไม่เสียหาย) เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 723/2525 วินิจฉัยว่า การนำเรื่องราวชีวิตจริงของโจทก์มาแสดงละครจีนหรือจิว โดยบิดเบือนให้เห็นว่า โจทก์ซึ่งเป็นภริยาน้อยมีนิสัยไม่ดี ขอบริขณาและก่อเรื่องวุ่นวายขึ้นในครอบครัวจนเป็นเหตุให้สามีถูกบุตรสาวใช้ปิ่นยิงถึงแก่ความตาย อันทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง อาจถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการร่วมกันทำละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาในคดีนี้ ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาว่า คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยในทำนองที่ว่าพวกจำเลยได้กระทำการหมิ่นประมาทโจทก์โดยการนำเอาชีวิตจริงในอดีตของโจทก์มาแสดงเป็นจิว แต่บิดเบือนข้อเท็จจริงบางประการ ทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น และถูกเกลียดชัง การกระทำของจำเลยจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในชื่อเสียงและเกียรติคุณของโจทก์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423

ความรับผิดตามมาตรา 423 นี้ ผู้กระทำต้องรับผิดแม้จะไม่ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่ตนควรจะรู้ได้เพื่อป้องกันมิให้เอาข่าวในทางเสียหายที่คนอื่นพูดหรือบอกกล่าวไปพูดต่อ สำหรับข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 423 วรรคสองนั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าไม่จริงและได้กระทำไปเพื่อป้องกันความเสียหายของตนหรือผู้รับข่าวสาสนนั้นไว้ก่อน เช่น บิดาอยู่ต่างจังหวัดทราบข่าวว่าบุตรสาวจะหมั้นกับชายที่ตนทราบว่าเป็นคนไม่ดี จึงเขียนจดหมายบอกความไม่ดีเพื่อตัดเตือนโดยไม่รู้ว่าคุณสมบัติที่บอกไปไม่จริง บิดาไม่ต้องรับผิดต่อชายนั้น ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2519 ที่วินิจฉัยว่า ที่ประชุมสมาชิกสมัชชาธนาคารไทย จำเลยที่ 1 มีมติให้จำเลยที่ 2 ในฐานะเลขาธิการแจ้งให้บรรดาธนาคารสมาชิกทราบว่า มีกลุ่มบุคคลขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตจากธนาคารเพื่อสั่งของเข้ามา โดยวางเงินมัดจำไว้เล็กน้อยแต่ตีราคาของที่สั่งเข้ามาสูง เมื่อของที่สั่งเข้ามาไม่เป็นไปตามเลตเตอร์ออฟเครดิต บุคคลนั้นก็ไม่ได้ติดต่อขอรับเอกสารไปรับของ ธนาคารจะนำเอกสารไปออกของมาขายก็ไม่คุ้ม ทำให้ธนาคารเสียหายเป็นเงินจำนวนมาก โจทก์เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนที่ถูกระบุชื่อในหนังสือเวียนฉบับเฉพาะที่มีไปถึงธนาคารสมาชิก ดังนี้ถือได้ว่าเป็นการแสดงข้อความโดยสุจริตเพื่อความชอบธรรม ป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 เนื่องจากคดีนี้เป็นการฟ้องอาญา แต่ถ้าฟ้องคดีในทางแพ่งจำเลยก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 423 วรรคสอง และไม่ต้องรับผิดฐาน

ละเมิดต่อโจทก์ เนื่องจากจำเลยกระทำไปโดยไม่รู้ว่าจะไม่ใช่ความจริงและกระทำไปเพื่อป้องกันความเสียหายของตนหรือผู้รับข่าวสาสน์นั้นไว้ก่อน

ดังนั้น หากการโฆษณาเปรียบเทียบใดได้กระทำโดยเสนอข้อมูลที่ไม่เป็นความจริงและมีการกล่าวพาดพิงต่อผู้อื่นทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายจากการโฆษณานั้น ผู้โฆษณาอาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 423 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทางหนึ่ง

4.5 การโฆษณาเปรียบเทียบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้า

การโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบจะพบในบางครั้งว่ามีการนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้ประกอบการเปรียบเทียบในโฆษณาดังกล่าวอย่างชัดเจน เช่น โฆษณาของบริษัท แอ็ดวานซ์ อินโฟ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) หรือ "AIS" เพื่อโฆษณาเปรียบเทียบความแตกต่างของค่าบริการและความคุ้มค่าของรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) โดย AIS ได้แสดงเครื่องหมายการค้า "GSM 2 WATTS" ของตน ควบคู่กับเครื่องหมายการค้า "DTAC" ของบริษัท โทเทิล แอดเซส คอมมิวนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้าในการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทย โดยแสดงความแตกต่างของค่าบริการและความคุ้มค่าของรายการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการทั้งสองในตารางเปรียบเทียบ (โปรดดูภาพที่ 7 ในภาคผนวก ก.) หรือภาพยนตร์โฆษณาของ Pepsi ที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีภาพแสดงให้เห็นการแสดงคอนเสิร์ตของวง M.C. Hammer ซึ่งเป็นวงดนตรีนักร้องเพลงแร็ปชื่อดัง โดยขณะที่ทำการร้องเพลงอยู่บนเวที ในช่วงท่อนสร้อยของเพลงซึ่งมีระยะเวลาให้หยุดพักได้ช่วงสั้นๆ คนในวงก็ส่งน้ำอัดลมยี่ห้อ Coca-Cola ให้ Hammer ดื่มน้ำอัดลมทันที เมื่อ Hammer ดื่มน้ำอัดลมได้จบเดียว การแสดงของเขาจากเดิมที่มีทำนองและการแสดงที่สนุกและเร้าใจก็กลับกลายเป็นการร้องเพลงในความรู้สึกเบาๆ นุ่มๆ ผิดไปจากสไตล์ของเขา ทำให้แฟนเพลงจำนวนมากรู้สึกไม่สนุกตาม ทันใดนั้นแฟนเพลงคนหนึ่งก็ได้เปิดน้ำอัดลมยี่ห้อ Pepsi แล้วส่งให้ Hammer และเมื่อ Hammer ได้ดื่มน้ำอัดลมยี่ห้อ Pepsi การแสดงของเขาก็กลับไปสู่สไตล์ของเขาที่เปี่ยมไปด้วยความสดชื่นและสนุกสนาน

จะเห็นได้ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบที่กล่าวมาข้างต้น จะมีการนำเอาเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้ประกอบการโฆษณาเพื่อเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างโดยอาศัยเครื่องหมายการค้าในการบรรยายและนำเสนอข้อมูล ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความกระชับและง่ายต่อการจดจำของผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ควรพิจารณาประกอบการโฆษณาเปรียบเทียบอีกฉบับหนึ่ง คือ กฎหมายเครื่องหมายการค้า ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อการคุ้มครองและรับ

รองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการนั้น หากวิเคราะห์ในเจตนารมณ์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าทั้งที่จดทะเบียนหรือยังไม่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ตลอดจนข้อกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ที่จะละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าแก่ผู้ที่ปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งโทษอาญานั้นก็มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ จะพบว่าวัตถุประสงค์หลักของการคุ้มครองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและการกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับนี้ ก็เพื่อรักษาและดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน ปราศจากการเอาเปรียบผู้อื่น และป้องกันมิให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งกำเนิดหรือที่มาของสินค้าแต่ละยี่ห้อ

ประเทศไทยได้ยกร่างกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474 ซึ่งต่อมาได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวให้ทันสมัยเป็นพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งร่างโดยใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยเป็นต้นแบบ กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าทั้งที่ได้จดทะเบียนแล้วและยังไม่ได้จดทะเบียนไว้ ตลอดจนกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ที่จะละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า หรือเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น เพื่อรับรองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและป้องกันมิให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งกำเนิดหรือที่มาของสินค้าแต่ละยี่ห้อ นั้น รวมถึงการป้องกันการกระทำอันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม สำหรับประเด็นของกฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการโฆษณาในประเทศไทยยังไม่เคยมีปรากฏและไม่มีคำพิพากษาใดที่ได้วินิจฉัยไว้เป็นแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับการโฆษณาที่มีการกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เว้นแต่กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าการปลอมหรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าหรือการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยการลงขาย ซึ่งมีการฟ้องร้องดำเนินคดีในประเด็นดังกล่าวอย่างสม่ำเสมอ และในอดีตแม้จะมีคดีเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบกับผู้อื่นแต่เป็นการตั้งประเด็นฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.5.1 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ได้กำหนดรับรองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้หลายประการ โดยอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน กับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน

4.5.1.1 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน

กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้กำหนดหลักเกณฑ์การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อประกาศและแสดงความเป็นเจ้าของในเครื่องหมายการค้านั้น และเพื่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนภายใต้กฎหมายไทยในปัจจุบัน มีสิทธิ 9 ประการ ดังต่อไปนี้

- ก. สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้า ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 44
- ข. สิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้ทุกสี ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 45
- ค. สิทธิที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 67
- ง. สิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานลงขาย ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 46
- จ. สิทธิที่จะฟ้องห้ามมิให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนโดยไม่สุจริต ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 47
- ฉ. สิทธิฟ้องผู้อื่นฐานเอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์ หรือข้อความใดๆ ในการประกอบการค้าของตนไปใช้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 (1)
- ช. สิทธิที่จะฟ้องผู้อื่นฐานปลอมเครื่องหมายการค้า ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 108 และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 273
- ซ. สิทธิที่จะฟ้องผู้อื่นฐานเลียนเครื่องหมายการค้า ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 109 และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 274
- ฅ. สิทธิฟ้องผู้นำเข้ามาในราชอาณาจักร จำหน่าย หรือเสนอจำหน่ายสินค้าซึ่งเอาเครื่องหมายการค้าของตนไปใช้หรือมีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 110 และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 275

4.5.1.2 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน

สำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน แม้ว่าจะไม่ได้รับรองสิทธิตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ แต่กฎหมายก็กำหนดรับรองและคุ้มครองสิทธิบางประการ ดังนี้คือ

- ก. สิทธิฟ้องผู้อื่นฐานเอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์ หรือข้อความใดๆ ในการประกอบการค้าของตนไปใช้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 (1)

- ข. สิทธิที่ฟ้องผู้นำเข้ามาในราชอาณาจักร จำหน่าย หรือเสนอจำหน่ายสินค้าซึ่งเอาเครื่องหมายการค้าของตนไปใช้หรือมีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 110 และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 275
- ค. สิทธิที่จะอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า โดยฟ้องคดีต่อศาลเพื่อแสดงว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้ขอจดทะเบียนรายอื่น ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 20, มาตรา 21 มาตรา 24 และมาตรา 35 ถึงมาตรา 38
- ง. สิทธิขอให้เพิกถอนทะเบียนเครื่องหมายการค้า หากแสดงได้ว่าตนมีสิทธิในเครื่องหมายการค้าอันดีกว่าผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอันนั้น ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 67
- จ. สิทธิที่จะขอให้เพิกถอนทะเบียนเครื่องหมายการค้า เมื่อแสดงได้ว่า เครื่องหมายการค้าอันนั้นในบัดนี้เป็นสิ่งสามัญในการค้าขาย ดังที่บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 66
- ฉ. สิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานลวงขาย ดังที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 46

จากข้อกำหนดแห่งสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในประเด็นของสิทธิที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการโฆษณาเปรียบเทียบ ผู้โฆษณาคงต้องพิจารณาถึงการละเมิดหรือกระทำการอันล่วงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวข้างต้น ตามมาตรา 44 มาตรา 46 และมาตรา 47 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 รวมถึงข้อกำหนดโทษทางอาญาฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ตามมาตรา 108 ถึงมาตรา 110 และตามประมวลกฎหมายอาญา

ตามมาตรา 44 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติไว้ว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าอันนั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้” มาตรานี้ได้กำหนดสิทธิพื้นฐานอันเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุดแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้ประดิษฐ์คิดใช้เครื่องหมายการค้า ให้มีสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive right) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน ที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ แต่สิทธิดังกล่าวนี้ไม่คุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ถ้าเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนก็จะฟ้องผู้อื่นว่ากระทำการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าอันไม่ได้

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ายังได้บัญญัติรับรองสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในเรื่องการลงขาย ซึ่งมักจะถูกนำมาประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียน หลักการลงขาย ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 46 (พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 เดิมได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29) โดยบัญญัติไว้ว่า "บุคคลใดจะฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้ บทบัญญัติมาตรานี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น"

การลงขาย คือ การเอาสินค้าของตนไปลงขายต่อสาธารณชนว่าเป็นสินค้าของผู้อื่นซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น ซึ่งอาจจะเป็นการหลอกลวงให้เชื่อว่าเป็นสินค้าที่ผลิตโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผลิตจากโรงงานของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น อันเป็นการหลอกลวงในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า และแม้ว่าเป็นการขายสินค้าต่างจำพวกหรือต่างประเภทกับผู้อื่น หากแต่เป็นการทำให้ผู้ซื้อหลงเชื่อว่าสินค้าที่จำหน่ายนั้นผลิตโดยผู้อื่น ก็เป็นการลงขายในความเป็นเจ้าของด้วย หลักเรื่องการลงขายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อกำหนดห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นกับสินค้าของตนหรือเสนอขายสินค้าในลักษณะที่ทำให้ผู้ซื้อสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดหรือที่มาของสินค้านั้น ทั้งนี้ สำหรับประเด็นเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบตามหลักกฎหมายเรื่องการลงขาย ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 คงเกิดขึ้นได้ยากเนื่องจาก การโฆษณาเปรียบเทียบไม่มีลักษณะใดที่จะเป็นการลงขายหรือเป็นการเสนอขายสินค้าของตนโดยทำให้ผู้ซื้อสับสนหลงผิดว่าเป็นสินค้าผู้อื่น ยกตัวอย่างเช่น กรณีของการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ ซึ่งได้มีการตั้งประเด็นเรื่องการลงขายสินค้าในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เช่น คดีระหว่าง Smith v. Chanel Inc. ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อประมาณ พ.ศ.2511 เป็นกรณีที่ Smith ซึ่งได้ทำการคิดค้นและผลิตน้ำหอมที่มีคุณลักษณะเช่นเดียวกับ Chanel No.5 และ Smith ได้ใช้เครื่องหมายการค้า Chanel No.5 ในการโฆษณาเพื่อเปรียบเทียบว่า น้ำหอมของตนมีคุณลักษณะเหมือน Chanel No.5 ในโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวมีการอ้างเครื่องหมายการค้า Chanel No.5 อย่างชัดเจนเพื่อสื่อให้เห็นว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของ Smith มีคุณภาพอย่างเดียวกับน้ำหอมภายใต้เครื่องหมายการค้า Chanel No.5 ของ Chanel Inc. แต่ราคาถูกกว่า ในคดีนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การกระทำของ Smith ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เพราะการนำเครื่องหมายการค้า Chanel No.5 มาประกอบการโฆษณาไม่ทำให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดว่า น้ำหอมของ Smith เป็นน้ำหอมของ Chanel Inc. ศาลสหรัฐอเมริกาได้

วินิจฉัยว่า การโฆษณาในลักษณะดังกล่าวไม่ใช่การลวงขาย⁷⁶ และถ้าพิจารณาจากลักษณะของ โฆษณาดังกล่าวตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 อีกทั้ง จากคำพิพากษาของ ศาลในเรื่องการลวงขายดังกล่าว อาจสรุปแนวการวินิจฉัยของศาล ได้ดังนี้ คือ

1. โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า เครื่องหมายการค้าของตนได้ใช้กับสินค้าจนเป็นที่รู้จักแพร่หลายในหมู่ประชาชน เพราะการลวงขายนั้นต้องเป็นการที่ผู้ลวงขายเอาสินค้าของตนออกลวงขายว่าเป็นสินค้าของผู้อื่น ถ้าประชาชนไม่รู้ว่ามิใช่สินค้าของผู้อื่นอยู่แล้ว ก็ย่อมไม่เป็นการลวงขาย
2. จำเลยใช้เครื่องหมายของโจทก์ หรือแสดงเครื่องหมายการค้าของตนในรูปร่างลักษณะ สี ขนาด รวมถึงรูปร่างลักษณะของบรรจุภัณฑ์ที่เหมือนหรือคล้ายกับของโจทก์ จนถึงขนาดทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้า และ
3. จำเลยกระทำไปโดยไม่สุจริต เพื่อแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียง ค่านิยมในสินค้าของผู้อื่นหรือไม่ โดยทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาควบคู่กับหลักเกณฑ์ในข้อ 2 คือ ต้องมีการแสดงออกซึ่งเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกัน หรือมีรูปร่างลักษณะ สีหรือภาพของเครื่องหมายการค้า และบรรจุภัณฑ์ที่เหมือนกัน

หลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาพิจารณาในการพิจารณาเรื่องการลวงขาย หากจะนำมาปรับกับการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งโดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบทั่วไปเท่าที่เคยปรากฏมานั้น คงเป็นไปได้ยากที่ผู้ซื้อจะสับสนหลงผิดถึงขนาดว่าเป็นการลวงขาย เนื่องจาก โดยทั่วไปการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการบรรยายหรือแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของสินค้าของตนกับผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ โดยมีได้มีการเสนอขายสินค้าในทางที่จะทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นสินค้าอย่างเดียวกัน จึงไม่น่าจะเป็นการลวงขาย ตามมาตรา 46 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 อย่างไรก็ตาม เคยมีกรณีของการโฆษณาขึ้นหนึ่งในประเทศอังกฤษ คือ โฆษณาของ Burger King โดยแสดงข้อความขนาดใหญ่ในโปสเตอร์โฆษณาวอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ของตน ว่า “Not just Big, Mac” ในโฆษณาดังกล่าว Burger King ตั้งใจที่จะสื่อว่า วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ของตนไม่ได้มีขนาดขึ้นที่ใหญ่เท่านั้น หากแต่ยังอุดมด้วยคุณภาพ และกระทบกระเทียบเบอร์เกอร์บิ๊กแมค (Big mac burger) ของ Mc Donald's โฆษณานี้ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่โฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงก็จริง แต่โฆษณานี้ก็มีการอ้างเครื่องหมายการค้า Big Mac ของ Mc Donald's ซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้า และ Mc Donald's ได้ฟ้อง Burger King ว่า โฆษณาดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการหลอกลวงประชาชนให้เกิดความสับสนว่า วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ของ Burger King มีความเกี่ยวข้องกับ เบอร์เกอร์บิ๊ก

⁷⁶ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์, “การโฆษณาเปรียบเทียบ”, คู่แข่งธุรกิจ, ม.ป.พ., ม.ป.ท.

แมค (Big mac burger) ของ Mc Donald's และทำให้ประชาชนเกิดความสับสนว่า วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) มีขายที่ร้าน Mc Donald's เช่นกัน คดีนี้ ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่า โฆษณาของ Burger King เข้าข่ายเป็นการหลอกลวงประชาชนและทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าอันเป็นการลงขาย เพราะไม่มีความชัดเจนของข้อความในโฆษณาว่า วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) แตกต่างอย่างไรกับบิ๊กแมคเบอร์เกอร์ (Big mac burger) และไม่มีความชัดเจนอีกกว่าวอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ดังกล่าวมีขายที่ร้าน Burger King หรือ Mc Donald's แม้ว่า Burger King จะโต้แย้งว่าข้อความในโฆษณาปรากฏชัดเจนว่า Burger King เป็นผู้ผลิตวอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ก็ตาม แต่ศาลถือว่า ผู้บริโภคอาจจะไม่ได้อ่านข้อความที่บอกชื่อของ Burger King ท้ายโปสเตอร์ที่มีขนาดตัวอักษรที่เล็ก ในโฆษณา และข้อความส่วนที่เหลือก็ยังไม่มีความชัดเจน⁷⁷

นอกจากนี้ มาตรา 47 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ยังได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนไว้ว่า “การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตน หรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตน หรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริต ซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน” หากพิจารณารูปแบบและลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยปกติการอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณาก็เพื่อบรรยายหรือแสดงให้เห็นภาพความแตกต่างของสินค้าหรือบริการสองชิ้น อันถือได้ว่า เป็นการกระทำโดยเจตนาที่สุจริตในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการบรรยาย และโดยลักษณะก็ไม่ทำให้ผู้ซื้อสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือไม่ใช้ลักษณะของการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นการปลอมหรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอีกฝ่ายมองว่า กรณีที่จะถือว่าเป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้านี้ จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น โดยมีได้ตั้งใจที่จะอ้างถึงสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นนั้นโดยตรง และการนำเอาเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้ในเชิงเปรียบเทียบกับสินค้าของตนอย่างชัดเจนจึงไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริตตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้ ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่มีกฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายของไทย ได้นำกฎหมาย

⁷⁷ Belinda Mills, “Comparative Advertising – should it be allowed in the United Kingdom?”, *The International Trademark Association*, Volume 86 No. 2 (March – April 1996) : 183.

เครื่องหมายการค้ามาปรับพิจารณากับการโฆษณาเปรียบเทียบโดยมีการอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยในอดีตก่อนปี ค.ศ.1994 หรือก่อนที่จะได้มีการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าศาลอังกฤษได้วางแนวคำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานต่อกรณีดังกล่าวว่า การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างหรือใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงที่มีการกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นจึงถูกห้ามกระทำในประเทศอังกฤษ ยกตัวอย่างเช่น กรณีระหว่าง Smith v. Chanel Inc. ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา หากมีการทำโฆษณาดังกล่าวในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษอาจวินิจฉัยว่า Smith แสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของ Chanel Inc. โดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้เปลี่ยนไปจากอดีตเมื่อได้มีการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยเมื่อ ค.ศ.1994 เพื่อผ่อนปรนให้เกิดการโฆษณาเปรียบเทียบได้ในประเทศไทย หลักเกณฑ์อันเป็นข้อจำกัดในการโฆษณาเปรียบเทียบที่ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเป็นการแสวงหาประโยชน์ในความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นธรรมได้ถูกจำกัดให้มีเพียงบางกรณีเท่านั้น ดังที่ปรากฏในมาตรา 10(6) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ ค.ศ.1994 มีว่า

“มาตรา 10(6) นอกจากมาตรานี้จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้ผู้ใดใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว โดยวัตถุประสงค์เพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการนั้นเป็นสินค้าหรือบริการของผู้ซึ่งจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้น

การใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะใดๆ นอกเหนือไปจากการใช้ตามหลักปฏิบัติอันที่ลัทธิทางด้านอุตสาหกรรมหรือด้านพาณิชย์กรรม ถือเป็นกระทำความผิดเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว หากเป็นการใช้โดยปราศจากสาเหตุที่เหมาะสมเพื่อแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้านั้นก็ดีหรือการใช้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณลักษณะเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น”

การโฆษณาเปรียบเทียบใดที่กระทำโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดพิเศษดังกล่าวตามมาตรา 10 (6) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ ค.ศ.1994 เท่านั้นจึงจะถูกห้ามทำ หลักเกณฑ์ใหม่ของกฎหมายเครื่องหมายการค้านี้ทำให้การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทยได้รับการอนุญาตให้ทำได้ง่ายขึ้นและแพร่หลายอย่างมากในปัจจุบัน ในความเห็นของผู้เขียน เนื่องจากการพิจารณาคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าของไทย ศาลไทยจะนำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและหลักสุจริตมาปรับใช้คู่กันเสมอ ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบในลักษณะดังกล่าวจึงต้อง

พิจารณาตามเจตนาของผู้โฆษณาว่า จงใจใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อการบรรยายหรือไม่ และมีเจตนาสุจริตในการลักษณะเพื่อการใช้เป็นคำบรรยายหรือไม่ ขอยกตัวอย่างคดีระหว่าง Smith v. Chanel Inc. ประกอบ จะเห็นได้ว่า Smith มีได้เจตนาที่จะแสดงว่า เครื่องหมายการค้า Chanel No.5 เป็นเครื่องหมายการค้าของตน แต่เป็นการอ้างประกอบในโฆษณาเพื่อเจตนาบรรยายโฆษณาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า Smith มีน้ำหอมที่มีคุณลักษณะอย่างเดียวกับ Chanel No.5 และราคาถูกกว่า ดังนั้น การนำเอาเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้ในเชิงเปรียบเทียบกับสินค้าของตนอย่างชัดเจน จึงน่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริตตามมาตรา 47 และไม่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

สำหรับประเด็นของความรับผิดและความเสี่ยงของผู้โฆษณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 108 ถึงมาตรา 110 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 อันเป็นบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ซึ่งการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีการนำเอาเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้เพื่อการโฆษณาเชิงเปรียบเทียบ อาจเกิดประเด็นให้คิดในเรื่องการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัตินี้พอสังเขป

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวกับลักษณะโดยทั่วไปของการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในการโฆษณา เช่น การโฆษณาโดยกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของ ก. (ผลิตภัณฑ์ ก.) ในการเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นความแตกต่างบางประการว่า ผลิตภัณฑ์ ข. มีคุณสมบัติเหมือนหรือคล้ายกับผลิตภัณฑ์ ก. แต่มีราคาถูกกว่า หรือใช้ในการโฆษณาว่าผลิตภัณฑ์ ข. มีประสิทธิภาพที่ดีกว่า ผลิตภัณฑ์ ก. จะเห็นว่า จากตัวอย่างการนำเอาเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้ในในการเปรียบเทียบโดยมากเป็นการใช้ในลักษณะเป็นการบรรยายสรรพคุณของสินค้า ลักษณะหรือความแตกต่างบางประการ ซึ่งถ้ามีการอ้างบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นเพื่อฟ้องคดีต่อผู้ทำโฆษณาว่ากระทำการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า ผู้ทำโฆษณาย่อมสามารถต่อสู้ได้ว่า ตนไม่ได้ปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นแต่อย่างใด อีกทั้งลักษณะของการเปรียบเทียบก็ได้ทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในยี่ห้อสินค้า กล่าวคือ สาธารณชนไม่อาจที่จะหลงผิดเข้าใจได้ว่าสินค้าของตนเป็นสินค้าของผู้อื่นภายใต้การแสดงออกซึ่งเครื่องหมายการค้าที่แตกต่างกันดังกล่าว และโดยลักษณะดังกล่าวผู้โฆษณาก็ไม่น่าจะมีความผิดหรือต้องรับโทษทางอาญาตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่เคยมีการฟ้องร้องคดีในประเด็นนี้เกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายการค้า จึงเป็นการยากที่จะสรุปจากการคาดเดาถึงแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยของศาลไทยที่มีต่อการโฆษณาเปรียบเทียบสำหรับกรณีที่มีการกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการเปรียบเทียบว่าเป็นการลวงขายหรือไม่ หรือเป็นใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าตามที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ได้กำหนดไว้หรือไม่ หรือเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นหรือไม่ ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว ถ้าพิจารณาโดยเนื้อหาของการโฆษณาเปรียบเทียบ จะพบว่า การเปรียบเทียบในโฆษณาก็เพื่อให้เกิดความชัดเจนของความแตกต่างในคุณลักษณะ คุณภาพ และประสิทธิภาพของตัวสินค้าหรือบริการ รวมถึงความแตกต่างในเครื่องหมายการค้าของผู้โฆษณากับผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับด้วย ดังนั้น ประเด็นของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยกับการโฆษณาเปรียบเทียบจึงไม่น่าจะเกิดขึ้น หากโฆษณาเปรียบเทียบนั้น ได้กระทำไปโดยสุจริตและเพื่อบรรยาย

4.6 การโฆษณาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า

นอกจากกฎหมายควบคุมการโฆษณา กฎหมายลักษณะละเมิด หรือกฎหมายเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้โฆษณาจำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อกำหนดของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในการทำโฆษณาเปรียบเทียบด้วย ทั้งนี้ หากพิจารณาการควบคุมและพิจารณาการโฆษณาเปรียบเทียบในหลายๆ ประเทศจะพบว่า มีหลายประเทศที่นำกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเข้ามาปรับใช้กับการพิจารณาหรือบังคับใช้ในการอนุญาตหรือห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบ อาทิเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน หรือแม้แต่ประเทศอังกฤษที่นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ควบคู่กับกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยประเทศต่างๆ นี้นยอมรับให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบได้ แต่สามารถกระทำได้ทราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอข้อพิจารณาในการโฆษณาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทยที่มีผลบังคับใช้ปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งได้ยกกว้างขึ้นโดยการปรับปรุงแก้ไขข้อกำหนดของกฎหมายตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 เนื่องจากข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 ไม่สามารถควบคุมให้กลไกตลาดให้สามารถดำเนินไปได้อย่างเสรีและด้วยความเป็นธรรมอย่างแท้จริง และเพื่อแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐ

ธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดไว้ในมาตรา 87 มีความว่า "รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการแทรกแซงและกฏเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค" และด้วยวิวัฒนาการของมาตรการทางการค้าที่ก้าวไกลไปมากเกินกว่าที่จะนำพระราชบัญญัตินี้มาปรับใช้ จึงได้มีการยกร่างกฎหมายใหม่เพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้ตามยุคสมัยและมีความยืดหยุ่นต่อการบังคับใช้ในอนาคต หากมาตรการทางการค้าเปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ก็เพื่อให้บรรลุปรัชญาพื้นฐานของกฎหมายในการสนับสนุนมาตรการและวิธีการป้องกันการผูกขาดที่ดี และเพื่อส่งเสริมระบบการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม รวมทั้งเอื้อและสนับสนุนการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่อันจะทำให้ธุรกิจสามารถสนองตอบความต้องการของตลาดอย่างเพียงพอและทำให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคสูงสุดและเป็นการกำหนดกรอบและกฏเกณฑ์ของการแข่งขันที่สมบูรณ์และเป็นธรรม รวมถึงแนวทางการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำการขัดขวางต่อระบบการแข่งขันทางการค้า โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้รับการประกาศใช้และมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่เดือนมีนาคม พ.ศ.2542 เป็นต้นมา

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้กำหนดลักษณะของพฤติกรรมผูกขาดหรือการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกฎหมายนี้ได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่ห้ามกระทำหรือให้กระทำการได้ภายใต้กฏเกณฑ์ไว้รวม 5 ลักษณะ คือ

1. การใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่กระทำการโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 ในลักษณะต่อไปนี้

- (1) กำหนด หรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขบังคับอย่างไม่เป็นธรรมให้ลูกค้าต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย หรือโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า หรือการได้รับหรือให้บริการ หรือการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการธุรกิจอื่น
- (3) ระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้า ในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลาย ทำให้เสียหาย ซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร

2. การทำการอันเป็นการรวมธุรกิจ ไม่ว่าจะการรวมธุรกิจนั้นจะเป็นการรวมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้นหรือเป็นการรวมโดยการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้นของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายหรือการบริหารธุรกิจ หรือการอำนวยความสะดวก อันก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันตามที่กำหนด เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26

3. การทำการตกลงร่วมกันอันเป็นการผูกขาด การลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ในลักษณะดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 อันได้แก่

- (1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการ
- (2) ทำการตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครองตลาด
- (3) ฮั้วกันในการประมูล
- (4) แบ่งท้องที่หรือลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ โดยผู้อื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการแข่งขัน
- (5) แบ่งท้องที่หรือลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ
- (6) กำหนดปริมาณสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่ายหรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (7) ลดคุณภาพสินค้าหรือบริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- (8) แต่งตั้งให้บุคคลเพียงผู้เดียวจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน
- (9) กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

การกระทำตาม (1) ถึง (9) อาจกระทำได้ ถ้าได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

4. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างกันกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรดำเนินการเพื่อให้บุคคลที่มีภูมิลำเนาในประเทศถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้ามาใช้เองหรือรับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรโดยตรง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา

5. กระทำการอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29

จากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ข้างต้น หากพิจารณาปรับกับการโฆษณาเปรียบเทียบแล้ว มาตรา 25 และมาตรา 29 อาจเป็นอุปสรรคสำคัญในการทำโฆษณาเปรียบเทียบ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาวเคราะห์ศึกษา และมีข้อสังเกตดังนี้

ตามบทบัญญัติตามมาตรา 25 ซึ่งได้กำหนดห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อกระทำการในทางที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร และตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้มีการกำหนดนิยามคำว่า "ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด" ไว้ในมาตรา 3 มีความว่า "ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยพิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย" ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งกระทำโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามมาตรา 25 (1) ถึง (4) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 25 (4) ซึ่งการโฆษณาเปรียบเทียบนั้นอาจเข้าลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าผู้ใดกระทำการโดยฝ่าฝืนมาตรา 25 หรือไม่นั้น ก่อนอื่นต้องพิจารณาคุณสมบัติของผู้นั้นว่า เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดยังคงเป็นปัญหาในปัจจุบัน และยังไม่มีการประกาศจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่กำหนดในเรื่องส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอันจะใช้เป็นเครื่องวัดว่า ผู้ใดเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แม้กรรมการค้าภายใน ซึ่งเป็นผู้ดูแลสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จะได้เสนอร่างหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อพิจารณากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ต่อไป โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด (ตามร่างหลักเกณฑ์) ดังนี้

- 1) ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาด 1 ใน 3

2) ต้องมียอดเงินขาย 1,000 ล้านบาทขึ้นไป⁷⁸

จากร่างหลักเกณฑ์ดังกล่าวคงจะสร้างปัญหาในการตีความเกี่ยวกับความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่มากนักน้อย เช่น คำว่า "ตลาด" หมายถึงอะไร เพราะในแง่ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ไม่ได้หมายถึงสถานที่ที่พ่อค้าแม่ค้าเอาของมาวางขายอย่างตลาดสด แต่หมายถึง ยอดรวมของปริมาณการซื้อขายสินค้าประเภทหนึ่งๆ ซึ่งจะได้มาจากข้อมูลเกี่ยวกับการค้า ปัญหาก็คือ จะจัดแบ่งตลาดอย่างไร สินค้าแต่ละตัวจะอยู่ในตลาดใด เช่น ตลาดของสบู่หอมย้อมเป็นคนละตลาดกับตลาดเสื้อผ้า การพิจารณาแยกตามตลาดสินค้าหรือแยกตามผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละราย ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจอาจทำการค้าขายสบู่หอมและเสื้อผ้าในขณะเดียวกัน นอกจากนี้ สภาพตลาดของประเทศไทย ผู้ประกอบธุรกิจที่มียอดเงินขาย 1,000 ล้านบาทขึ้นไปคงมีไม่มากนัก ดังนั้น การกำหนดว่าผู้ใดเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดยังคงไม่มีข้อสรุปในปัจจุบัน

กระนั้นก็ตาม การโฆษณาเปรียบเทียบจะถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามมาตรา 25 (4) หรือไม่นั้น หากพิจารณาโดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบ ผู้โฆษณาย่อมกระทำไปโดยมุ่งกล่าวแสดงเปรียบเทียบความแตกต่างของสินค้าหรือบริการ แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการค้าของผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ กล่าวคือ อาจกระทบต่อยอดขายการขายสินค้า ก็คงไม่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น เนื่องจากเป็นการใช้สิทธิทางการค้าในการโฆษณา และเป็นการโฆษณาเพื่อการค้าในสินค้าของตน หากได้มีการก้าวล่วงเข้ายุ่งเกี่ยวธุรกิจการค้าของผู้อื่นแต่อย่างใด

สำหรับบทบัญญัติในมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ถือได้ว่าเป็นบททั่วไปที่จะนำมาพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการขัดต่อการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมหรือไม่ รวมถึงการนำมาปรับพิจารณากับการโฆษณาเปรียบเทียบด้วย เพื่อพิจารณาว่าการโฆษณานั้นถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมตามหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ ทั้งนี้ โดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบ ผู้โฆษณาเปรียบเทียบย่อมต้องการเสนอข้อมูลให้เห็นความแตกต่างที่ชัดเจนเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของตนต่อผู้บริโภค เพื่อกระตุ้นการบริโภคอันเป็นการสร้างยอดขายและเพิ่มส่วนแบ่งในตลาด และยังเป็นการแข่งขันทางการตลาดจากคู่แข่งอีก

⁷⁸ คำเนิน ททรัพย์ไพศาล, "ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด", กฎหมายเศรษฐกิจ, หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ วันที่ 14 กรกฎาคม 2543

ทางหนึ่ง ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบอาจถือได้ว่าเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น และการโฆษณาเปรียบเทียบอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ถ้าการกระทำใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการค้า ผู้กระทำสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่า การกระทำนั้นเป็นการใช้เสรีภาพของตนภายใต้การแข่งขันทางการค้า และเป็นการกระทำด้วยความเป็นธรรม ถูกต้องและเหมาะสม ก็สามารถกระทำได้ และเสรีภาพในการโฆษณาและเสรีภาพทางการค้าเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญของไทย อย่างไรก็ตาม ในอดีตที่ผ่านมา คดีความอันเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามีปรากฏน้อยมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีความเกี่ยวกับการโฆษณาตามกฎหมายนี้ไม่เคยปรากฏมาก่อน เราจึงไม่อาจสรุปในความเห็นของศาลที่มีต่อการโฆษณาเปรียบเทียบได้ว่าโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำภายใต้การแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ และศาลจะยึดถือหลักเกณฑ์การพิจารณา อย่างเช่น การพิจารณาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน และประเทศอังกฤษหรือไม่ ซึ่งทั้งสามประเทศมีหลักยึดถือคล้ายกัน การนำหลักว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามาปรับใช้ในการวินิจฉัยความผิดอันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการดำเนินคดีตามบทบัญญัติของมาตรา 29 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าว่า โดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบอาจเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น และโดยผลของการกระทำนี้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ ดังนั้น ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบอาจฟ้องร้องคดีต่อศาล และการกล่าวฟ้องคดีนั้น คงหลีกเลี่ยงไม่พ้นการฟ้องคดีฐานละเมิดว่า การโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อเสรีภาพทางการค้า อันเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น จึงเป็นเครื่องตอกย้ำว่า การโฆษณาเปรียบเทียบอาจนำไปสู่การฟ้องร้องคดีฐานละเมิดได้ และเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในทางการค้าของผู้อื่นด้วยอีกทางหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ก็ได้วางหลักซึ่งสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ คือ ถ้าการโฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำไปภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสรีและกระทำอย่างเป็นธรรม แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการประกอบธุรกิจของผู้อื่น การกระทำนั้นสามารถทำได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

สำหรับการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่เป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งที่ยาก ซึ่งประเด็นนี้ดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการพัฒนาหลักการและเกณฑ์การพิจารณาอีกมาก

สำหรับประเทศไทย ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกเป็นตัวอย่างจากกรณีการพิจารณาคดีตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายในประเทศต่างๆที่ยอมรับการโฆษณาเปรียบเทียบ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ประการหนึ่งไว้ เช่น การโฆษณาที่ผู้นำทางการตลาดหรือผู้ที่มีศักยภาพเหนือกว่า กล่าวเปรียบเทียบผลิตภัณฑ์ของตนว่ามีประสิทธิภาพหรือมีคุณสมบัติที่เหนือกว่าผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการรายย่อย ซึ่งโดยปกติย่อมเห็นความแตกต่างได้อย่างชัดเจน กรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การกำหนดกฎเกณฑ์ให้ทราบว่า การโฆษณาเปรียบเทียบอย่างไรเป็นการกระทำอันเป็นการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมเป็นสิ่งจำเป็น อย่างเช่น ข้อกำหนดอันเป็นหลักเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดย FTC และศาลของสหรัฐอเมริกา หรือกฎเกณฑ์และเงื่อนไขที่ศาลเยอรมันได้สร้างเป็นแนวบรรทัดฐานโดยอาศัยหลักเกณฑ์ของ EC Directive 97/55/EC ของประชาคมยุโรป หรือแม้แต่ข้อกำหนดในการโฆษณาเปรียบเทียบในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ ควรได้รับการศึกษา เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าให้เกิดผลสัมฤทธิ์ และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการยกร่างกฎหมายอย่างแท้จริง

ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอาจสรุปได้ว่า เสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าเป็นเสรีภาพที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ และเป็นเสรีภาพที่ถือได้ว่าเป็น "สิทธิเด็ดขาด" (Absolute right) ที่สามารถยืนยันแสดงต่อบุคคลทั่วไปได้ และเป็นหน้าที่ที่บุคคลอื่นจะต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำการใดๆอันเป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบต่อเสรีภาพดังกล่าว ดังนั้นเมื่อผู้ประกอบการทุกรายในตลาดมีเสรีภาพที่จะแข่งขันทางการค้าได้โดยเสรี หากผู้ประกอบการรายใดก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือทำลายระบบการแข่งขัน ย่อมเป็นการจำกัดหรือทำลายเสรีภาพของผู้ประกอบการอื่นในตลาดด้วย สำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบ หากได้กระทำในลักษณะที่ถูกต้องตามข้อกำหนดของกฎหมาย และได้กระทำโดยนำเสนอข้อมูลที่มีการเปรียบเทียบอย่างเป็นธรรม และไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิผู้อื่นเกินกว่าสิทธิที่ตนสามารถทำได้ แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ ก็ไม่น่าจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ เคยปรากฏคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับเสรีภาพทางการค้า ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1843/2517 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ที่ 2 ได้ร่วมกันข่มขู่หลอกลวงโจทก์ให้จำต้องย้ายตลาดนัดของโจทก์จากบ้านจำเลยที่ 4 ไปเปิดที่อื่น ต่อมาจำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ร่วมกันอนุญาตให้จำเลยที่ 4 เปิดตลาดนัดใหม่ที่บ้านจำเลยที่ 4 โดยจำเลยทั้งสองรู้อยู่แล้วว่าการเปิดตลาดนัดดังกล่าวทำให้กิจการตลาดนัดของโจทก์เสียหาย เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตและไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ต้องขาดประโยชน์อันควรได้นับแต่วันที่จำเลยเปิดตลาดนัดจนถึงวันฟ้อง ดังนี้ แม้โจทก์จะได้รับความเสียหายจากการเปิดตลาดนัดใหม่

มาแข่งขัน ก็หาเป็นเรื่องละเมิดไม่ เพราะการเปิดตลาดนัดใหม่ย่อมเป็นสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ ชอบที่จะดำเนินการขออนุญาตและเปิดได้ตามกฎหมาย ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือข้อบังคับว่าเมื่อใดได้รับอนุญาตให้เปิดตลาดนัดแล้ว จะอนุญาตให้ผู้อื่นเปิดตลาดนัดใกล้เคียงกันหรือในอาณาเขตเดียวกันไม่ได้

นอกจากนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2527 ซึ่งเป็นกรณีความรับผิดชอบเกี่ยวกับมาตราแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นประโยชน์ในการทำความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ากับการโฆษณาเปรียบเทียบได้ดียิ่งขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2527 ยานยนต์เก๋งพวกที่ใช้เครื่องหมายการค้าตราดกเบ็ด โดยมีรูปคนนั่งตกเบ็ดอยู่ภายในรูปอาร์ม ซึ่งโจทก์ถือสิทธิอยู่โดยการรับโอนมาจากบริษัทนั้น โจทก์ได้ยินยอมและทำสัญญาประนีประนอมยอมความให้มารดาของจำเลยมีสิทธิใช้ได้โดยให้ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นใหม่ต่างหาก โดยจะต้องระบุชื่อมารดาของจำเลยให้เห็นชัดเจนในเครื่องหมายการค้าใหม่นั้น และกล่องที่ใช้บรรจุยาจะต้องให้มีสีต่างกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์ด้วย มารดาของจำเลยจึงมีสิทธิใช้และขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้โดยชอบด้วยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474 ทั้งยังมีสิทธิจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์เครื่องหมายการค้านี้ให้แก่จำเลยทั้งสองด้วย จำเลยทั้งสองจึงมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านี้ได้โดยชอบ

กรณีที่จำเลยเพิ่มข้อความบนกล่องบรรจุยา ฉลากยา และสิ่งพิมพ์ที่ใช้โฆษณาสินค้ายาที่จำเลยผลิตจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของจำเลยว่า "ขนานแท้" กิติ "ห้างเก่า" กิติ และ "ระวังยาเลียนแบบ" กิติ เป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม หากเป็นการละเมิดต่อโจทก์แต่ประการใดไม่ส่วนการที่โจทก์ได้ส่งตัวแทนไปบอกร้านขายยาทั่วไปรวมทั้งลูกค้าของจำเลยว่ายานของจำเลยเป็นของปลอมขายไม่ได้ หากขายจะถูกจับฐานขายยาปลอมและถ้าจำเลยต้องแพ้คดีก็ไม่มีสิทธิขายยาที่ผลิตออกจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของจำเลย ทำให้ลูกค้าไม่ยอมซื้อยาของจำเลยเพิ่มเติมและที่ซื้อไปแล้วก็ไม่ยอมชำระ หรือรอให้คดีเสร็จเสียก่อนจึงจะชำระราคานั้น ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการละเมิดต่อจำเลย

คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2527 นี้ ท่านอาจารย์จรัญ ภักดีธนากุล ได้เขียนหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาว่า คดีนี้เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของความเคลื่อนไหวแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ที่นอกเหนือไปจากขอบเขตความคุ้มครองตามพระราช

บัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 ถึงมาตรา 275 กล่าวคือ แม้การกระทำของโจทก์จำเลยในคดีนี้จะไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสาขาใดสาขาหนึ่งดังกล่าวเลย แต่การกระทำของคู่แข่งทางการค้านั้น ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด ซึ่งในคดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่าการกระทำของโจทก์ที่ส่งตัวแทนไปบอกร้านขายยาทั่วไป รวมทั้งลูกค้าของจำเลยว่ายายของโจทก์เป็นของแท้ ยายของจำเลยเป็นของปลอม หากขายจะถูกจับฐานขายยาปลอม ทำให้ลูกค้าไม่ยอมซื้อยายของจำเลยเพิ่ม และที่ซื้อไว้แล้วก็ไม่ยอมชำระราคาให้ นั่นเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันเป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 แต่ส่วนที่จำเลยเขียนข้อความบนกล่องบรรจุยา บนฉลากยา และสิ่งพิมพ์ในการเสนอขายยาของจำเลยว่า “ขนานแท้” กิติ “ห้างเก่า” กิติ และ “ระวังยาเลียนแบบ” กิติ แม้การกระทำของโจทก์จำเลยในคดีนี้จะไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสาขาใดสาขาหนึ่งดังกล่าวเลย แต่การกระทำของคู่แข่งทางการค้านั้น ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด

หากพิจารณาข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แล้วจะเห็นว่า การที่โจทก์ส่งตัวแทนไปบอกร้านขายยาทั่วไป รวมทั้งลูกค้าของจำเลยว่ายายของจำเลยเป็นของปลอมขายไม่ได้ หากขายจะถูกจับฐานขายยาปลอมและถ้าจำเลยต้องแพ้คดีก็ไม่มีสิทธิขายยาที่ผลิตออกจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นการจงใจกระทำ ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติว่าจำเลยมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของตน เพราะเป็นเครื่องหมายการค้าโดยชอบ ตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกา การที่โจทก์ไปกล่าวข้อความเช่นนี้ถือได้ว่า โจทก์กระทำไปโดยไม่มีสิทธิ การกระทำของโจทก์เป็นการล่วงละเมิดสิทธิในการแข่งขันทางการค้าของจำเลย ดังนั้น โจทก์จึงมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำของตนเองดังกล่าวตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมาตราดังกล่าวจะต้องมีลักษณะกระทำการอันล่วงละเมิดสิทธิผู้อื่นโดยตนเองไม่มีสิทธิใดๆ ที่จะกระทำเช่นนั้น แต่มาตรา 421 ตนมีสิทธิกระทำได้ แต่ใช้สิทธิที่มีแต่จะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น⁷⁹ ดังนั้น เหตุที่โจทก์จะใช้สิทธิที่มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยในคดีนี้เป็นกรณีการจงใจกระทำละเมิดต่อเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าของจำเลย เพราะการที่โจทก์ไปกล่าวไขข่าวข้อความเช่นนั้นย่อมเป็นการจงใจกระทำและก่อให้เกิดความเสียหายแก่จำเลยไม่อาจค้าขายแข่งขันตามเสรีภาพของตน

⁷⁹ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2532), หน้า 59

กับโจทก์ได้ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเอง การกระทำเช่นนี้ ศาลเยอรมันวินิจฉัยว่าเป็น การกระทำละเมิดต่อประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 วรรคแรก โดยศาลเยอรมันถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ (Right to an established and operative business) ซึ่งเป็นสิทธิที่ศาลเยอรมันสร้างขึ้นจากคำว่า "สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง" ในมาตรา 823 วรรคแรก โดยศาลตีความถึงความถึงขนาดแม้ว่า จะเป็นข้อความที่จำเลยกล่าวว่าจะเป็นความจริงหากเป็นการก่อความเสียหายให้แก่ธุรกิจของผู้อื่นอันเป็นการกระทำในลักษณะไม่ได้รับอนุญาตและไม่สามารถอ้างเหตุผลได้ด้วยผลประโยชน์แท้จริงใดๆ อีกทั้งการกล่าวข้อความของจำเลยเป็นผลโดยตรงในการทำความเสียหายแก่โจทก์ ก็ถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิชนิดนี้ของโจทก์ ได้ด้วย⁸⁰

โดยสรุป ศาลไทยยอมรับและรับรองว่าทุกคนมีเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้า แต่จะต้องใช้เสรีภาพนี้ในขอบเขตแห่งเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าที่กฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่และไม่กระทำให้เกิดขอบเขตการใช้เสรีภาพการแข่งขันตามปกติจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นต้องเสียหาย ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับเสรีภาพทางการค้า ก็ไม่ได้แตกต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศเยอรมันที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งหากมีการกระทำโดยชัดแจ้งว่าเป็นการขัดขวางการประกอบการแข่งขันของผู้อื่นย่อมมีความรับผิดชอบในลักษณะละเมิดได้ หรือศาลเยอรมันที่ได้ตัดสินว่า การที่จำเลยกล่าวข้อความทำให้โจทก์จะต้องระงับการประกอบธุรกิจของตนเองเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการก่อตั้งและประกอบการของโจทก์

4.7 การโฆษณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญา

การโฆษณาเปรียบเทียบในลักษณะที่เป็นการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง (Directive comparative advertising) หรือการเปรียบเทียบโดยอ้อม (Indirective comparative advertising) อาจเป็นประเด็นทางอาญาว่า การโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา

⁸⁰ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, p.644-645 อ้างใน ผศ.ดร. เจริญเกียรติ, "ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด", วิทยานิพนธ์ ภาคนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีการศึกษา 2539, หน้า 87-88

การโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะของการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่ง เช่น ก. โฆษณาว่า สินค้าหรือบริการของตนดีกว่า หรือมีประสิทธิภาพ ลักษณะที่เหนือกว่าสินค้าหรือบริการของ ข. เป็นต้น โดยลักษณะของการโฆษณาดังกล่าวก็เพื่อมุ่งหวังให้เกิดกระแสในการลดความน่าเชื่อถือในสินค้าหรือบริการ ตลอดจนจนเป็นการทำลายชื่อเสียงของคู่แข่งทางการค้าเอง อันจะส่งผลให้เกิดการปฏิเสธไม่เลือกบริโภคสินค้าหรือบริการของคู่แข่ง และหันมาบริโภคสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาแทน ซึ่งจากลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่งนี้อาจนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายตามมาตรา 326 และมาตรา 328 ประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วยความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังบทบัญญัติมีความว่า

"มาตรา 326 ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

จากมาตรา 326 สามารถพิจารณาแยกตามองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 326 นี้

1. มีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม
2. โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง
3. ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา

จากองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 การกระทำที่จะเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่น จะต้องเกิดจากการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ซึ่งท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำนิยามของคำว่า "ใส่ความ" ตามมาตรา 326 ไว้ว่า "ใส่ความ" หมายถึง การกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงถึงบุคคลหนึ่งจะเท็จหรือจริงก็เป็นการใส่ความทั้งนั้น⁸¹ และการใส่ความนั้นจะต้องเป็นการใส่ความผู้อื่นที่สามารถจะจงตัวได้ว่าผู้กระทำมุ่งใส่ความผู้ใด ทั้งนี้จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และจะต้องเป็นการกล่าวอ้างถึงเหตุหรือสิ่งที่เกิดขึ้นในอดีตหรือที่ดำเนินอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งมีการกล่าวอ้างวิพากษ์วิจารณ์คู่แข่งดังที่ได้ยกตัวอย่างไว้ ซึ่งเป็นการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงในควมมีคุณภาพหรือประสิทธิภาพของสินค้าหรือบริการว่าดีกว่าสินค้าหรือบริการของคู่แข่งที่ถูกกล่าวเปรียบเทียบ การโฆษณาในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการใส่ความผู้อื่นได้ โดยใส่ความคู่แข่งต่อผู้บริโภคผู้รับสื่อโฆษณาดังกล่าว

⁸¹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 242

สำหรับการกระทำนั้นจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประการที่น่าจะทำให้ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากความรู้สึกนึกคิดของบุคคลในสภาพทั่วไปว่า การใส่ความนั้นยังผลอันเป็นธรรมดาที่น่าจะทำให้ผู้อื่นซึ่งถูกใส่ความเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังหรือไม่ นอกจากนี้ หากเกิดปัญหาว่า ผู้โฆษณาได้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น ตามมาตรา 326 ผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบขึ้น ด้วยเหตุที่ว่า การกระทำหมิ่นประมาทนั้น ได้กระทำโดยการโฆษณาตามมาตรา 328 ที่ได้บัญญัติไว้มีความว่า

“มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพหรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

การโฆษณาเปรียบเทียบจึงอาจเป็นการกระทำหมิ่นประมาทผู้อื่นได้ ตามมาตรา 326 หรือมาตรา 328 ประมวลกฎหมายหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 329 และมาตรา 330 ประมวลกฎหมายหมายอาญา ได้กำหนดเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษในการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ ดังมีบทบัญญัติดังต่อไปนี้

“มาตรา 329 ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต

- (1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม
- (2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติกรตามหน้าที่
- (3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ
- (4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

มาตรานี้ให้อำนาจแก่บุคคลที่จะกล่าวโดยแสดงความคิดเห็นของตนโดยสุจริต หรือกล่าวอ้างข้อเท็จจริงได้โดยสุจริต ทั้งนี้ มาตรา 329 เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นความผิดสำหรับการหมิ่นประมาท ดังที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า “ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท” ดังนั้น หากปรากฏ

ว่าผู้กระทำมีอำนาจทำได้ตามมาตรา 329 ผู้ซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา และแม้ผู้กระทำจะมีได้ยกเป็นข้อต่อสู้ในชั้นศาล ศาลก็ต้องยกฟ้องเพราะผู้กระทำมิได้มีความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยมาตรา 329 ได้กำหนดให้อำนาจแก่ผู้กระทำเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบต่อความผิดตามกฎหมาย ถ้าเข้าองค์ประกอบของการกระทำดังต่อไปนี้

1. การกระทำนั้นเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต คือ เป็นความคิดเห็นที่จะผู้กระทำได้อาศัยข้อความที่ผู้กระทำเองเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นความจริง และได้แสดงความคิดเห็นเพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดในอนุมาตรา (1) หรือเข้าลักษณะอนุมาตรา (2) ถึงอนุมาตรา (4) หรือเป็นการแสดงข้อความ คือ เป็นกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงใดๆโดยสุจริต โดยผู้กระทำเชื่อว่าข้อความที่กล่าวเป็นความจริง และ

2. การกระทำนั้นในตัวของมันเอง ก็เข้าลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดในอนุมาตรา (1) ถึง (4)

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตตามมาตรา 329 ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจของผู้กระทำ โดยหลักจากคำพิพากษาของศาลฎีกา ในอนุมาตรา (1) การกระทำเพื่อความชอบธรรม หมายถึงความถึง การกระทำโดยมีมูลเหตุซึ่งใจที่จะแสดงว่า ผู้กล่าวเป็นฝ่ายถูกต้อง รวมถึงการกระทำใดๆที่ได้กระทำตามที่กฎหมายอื่นให้อำนาจไว้ เช่น มีผู้กล่าวหาว่าเราลักทรัพย์ ผู้ถูกกล่าวหาอาจกล่าวได้ว่าควรสงสัยนาย ก. มากกว่าเรา เพราะขณะที่ผู้ถูกกล่าวหาออกจากห้องที่เก็บทรัพย์ นาย ก. ก็อยู่ที่นั่น ถ้าเอาทรัพย์ออกไปจริง นาย ก. ก็คงห้ามปราม แต่ก็ไม่ปรากฏว่า นาย ก. ได้ห้ามปรามไม่ให้เอาทรัพย์ออกไปแต่ประการใด อีกทั้ง ทรัพย์นั้นใหญ่โตมาก ถ้าผู้ถูกกล่าวหาเอาไปจริง นาย ก. คงต้องเห็น ส่วน นาย ก. เป็นผู้ที่อยู่กับทรัพย์แต่ผู้เดียว ภายหลังที่ผู้ถูกกล่าวหาออกจากห้องไปแล้ว จึงน่าสงสัย นาย ก. มากกว่า ดังนี้ ถือเป็นกล่าวแสดงความเห็นโดยสุจริตเพื่อปฏิเสธว่า ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ลักทรัพย์นั้น ซึ่งคำกล่าวอ้างวิพากษ์วิจารณ์นาย ก. นี้ โดยเนื้อแท้ถือเป็นการหมิ่นประมาท นาย ก. ตามมาตรา 326 แต่เป็นการกล่าวเพื่อความชอบธรรม เพื่อแสดงว่าเราเป็นฝ่ายถูก ซึ่งมีอำนาจกระทำได้ตามมาตรา 329 ซึ่งการที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ก็เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลชี้แจงแสดงเหตุผลเพื่อแสดงว่าเขาเป็นฝ่ายถูกได้ นอกจากนี้ การกระทำเพื่อป้องกันตน หรือเพื่อป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม นั้น กฎหมายไม่ได้หมายความถึงกับต้องเข้าองค์ประกอบของการป้องกันตามมาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญา⁸² แต่หมายถึง การป้องกันตนให้พ้นภัยอันตรายในทุก

⁸² มาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้มีความว่า

“มาตรา 68 ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ซึ่งไม่มีความผิด”

กรณี ไม่ว่าภยันตรายที่จะมีต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน รวมตลอดถึงภยันตรายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณด้วย

สำหรับ การกระทำตามอนุมาตรา (3) ในอำนาจของบุคคลเพื่อติชมด้วยความชอบธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำนั้น หมายถึงการกระทำโดยการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยความเที่ยงธรรม เช่น การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับภาพยนตร์ นักแสดง หรือผู้ประพันธ์บทละคร เป็นต้น ดังนั้น หากผู้กระทำได้แสดงความคิดเห็นในการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยความเที่ยงธรรม แม้จะเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่น ผู้กระทำก็ไม่มีผิด

เมื่อปรากฏว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต เข้าลักษณะ 2 ประการข้างต้น แม้อาจกล่าวว่าจะไม่เป็นความจริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าเป็นความจริง การกระทำนั้นก็มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญายังได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำ ความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ในมาตรา 330 ดังบัญญัติไว้มีความว่า

“มาตรา 330 ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกกล่าวหาว่าทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

แต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้น เป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน”

มาตรานี้ไม่ใช่ข้อยกเว้นความผิดจากหลักในความผิดฐานหมิ่นประมาทที่ว่า การใส่ความ แม้เป็นความจริงก็เป็นหมิ่นประมาทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 326 (การใส่ความนั้นจะเป็นเท็จหรือจริงก็ตาม ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 326 ได้) ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 330 ได้กำหนดเงื่อนไขในการยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ ความผิดฐานหมิ่นประมาท หากได้กระทำโดยเข้าลักษณะดังต่อไปนี้

1. ผู้ถูกกล่าวหาว่าทำความผิดพิสูจน์ได้ว่า เรื่องที่ถูกกล่าวหาว่าใส่ความผู้อื่นอันเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น เป็นความจริง และ
2. การใส่ความนั้นไม่ใช่การใส่ความเรื่องส่วนตัว เว้นแต่การใส่ความในเรื่องส่วนตัวนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน เช่น ความประพฤติชั่วร้ายของครู อาจารย์ พระภิกษุ ซึ่งเป็นเรื่องดังตัวอย่างที่ยกมา หากมีการใส่ความบุคคลดังกล่าว ผู้ใส่ความย่อมได้รับสิทธิตามกฎหมายที่จะ

พิสูจน์ให้เห็นถึงความจริง และถ้าพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริงก็เป็นเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้รวบรวมคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 329 และมาตรา 330 ประมวลกฎหมายอาญา ดังกล่าวมาข้างต้น เพื่อประโยชน์ในความเข้าใจของท่านในประเด็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 990/2508 โจทก์ในคดีนี้ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร จำเลยในคดีนี้ได้นำข่าวลงในหนังสือพิมพ์ของจำเลยว่า “อดีตกำนันแนว 5 เป็นลมที่ศาล พยานระบุกลางศาลครบเขมร” และลงเนื้อข่าวต่อไปว่า “กำนันผู้ต้องหาชายชาตินัการเคลื่อนไหวของทางการตำรวจ ทหารไทยไปเปิดเผยให้เขมรเป็นลงฟูกกลางศาล เมื่อถูกพยานปากสำคัญให้การว่า ถูกกำนันใช้ไปติดต่อทหารเขมร...” และดำเนินข่าวต่อไปว่า โจทก์คดีนี้ถูกตำรวจจับกุมและถูกฟ้องต่อศาลทหารกรุงเทพ (ศาลอาญา) ข้อความที่จำเลยลงข่าวนี้ เมื่ออ่านดูข้อความทั้งหมดแล้วเข้าใจได้ว่า เป็นการรายงานข่าวเรื่องที่โจทก์คดีนี้ถูกฟ้องในข้อหาว่ากระทำผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร แม้จะเป็นการเขียนข่าวโดยใช้ถ้อยคำให้ผิดเพี้ยนจากที่โจทก์ถูกฟ้องไปบ้าง เช่น ใช้คำว่า “แนว 5” “คนชายชาติ” ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นถ้อยคำที่มีความหมายทำนองเดียวกับที่โจทก์ถูกฟ้องนั่นเอง ความจริงโจทก์ก็เพียงแต่แถลงต่อศาลว่าปວດສີຣະມາກຈະເປັນລມ ແມ່ນຈຳເລຍຈະໄດ້ແຈ້ງຂ່າວເກີນເລຍລາຍຈິງໄປບ່າງກໍຕາມ ແຕ່ຍັງມີພອທີ່ຈະຖືວ່າຈຳເລຍໄດ້ກະທຳໄປໂດຍມີສຸຈິຣິດ ຈະນັ້ນ ເນື້ອຂ່າວຂອງຈຳເລຍຕອນນີ້ຈຶ່ງຖືໄດ້ວ່າໄດ້ແຈ້ງຂ່າວດ້ວຍລາຍເປັນຮຣຣມເຣື່ອງກາດຳເນີນກອນປີດເຢຍໃນສາລ ຍອມໄດ້ຮັບລາຍຄຸ້ມຄຣອນຕາມມາຕຣາ 329 (4) ແຫ່ງປຣະມວລກຸຢາຍອາຢາ ໄມ່ມີລາຍຜິດຮຸນຢາຍອາຢາ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2798/2516 จำเลยเป็นผู้แทนจำหน่ายหนังสือพิมพ์ของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ของโจทก์ร่วมเป็นทำนองว่า จำเลยค้างชำระหนี้สินเป็นจำนวนมาก เป็นผู้ฉ้อฉลเวลาการชำระเงินและมีมารยาทไม่ดี ซึ่งเป็นข้อความที่เห็นได้ว่า อาจเกิดความเสื่อมเสียแก่ฐานะของจำเลย ซึ่งเป็นพ้อคำได้ จำเลยจึงลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์อื่นได้ตอบมีใจความตอนแรกแสดงถึงจำนวนหนี้สินที่ค้างชำระว่ามีไม่มาก และต่อมาก็มียข้อความว่าโจทก์ร่วม เช่นว่า โจทก์ร่วมมีเจตนาไม่ดี ใช้คำพูดแข็งแแกร่งไร้เหตุผล เป็นบุคคลต่ำต้อยเหยียดหยามขี้ขลาดต่อผู้แทนเป็นคนหน้าเนื้อใจเสือ มีวิธีการเลวทรามต่ำช้าไร้มารยาท และไม่มีจรรยาทางหนังสือพิมพ์ ซึ่งเป็นข้อความที่ตอบโต้เพื่อให้ผู้ที่รู้เห็นเข้าใจว่าผู้ที่กล่าวหาว่าจำเลยเสียหายนั้น เป็นบุคคลที่ไม่ควรเชื่อ

ถือเป็นการกระทำที่ป้องกันความเสียหายของจำเลยโดยตรง และเป็นการโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ เฉพาะในเรื่องที่จำเลยถูกกล่าวหาภายหลังที่โจทก์ร่วมได้โฆษณากล่าวหาจำเลยทางหนังสือพิมพ์ แล้ว จึงเป็นการแสดงข้อความโดยสุจริต เพื่อป้องกันตนตามคลองธรรม ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2520 มาตรา 329 เป็นเรื่องกล่าวโดยสุจริตตามข้อ 1 ถึงข้อ 4 ไม่เป็นความผิด ส่วนมาตรา 330 เป็นเรื่องพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริงและมีใจเรื่องส่วนตัว ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ประชาชน เป็นความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ เมื่อยกเว้นโทษตามมาตรา 330 แล้วไม่ต้องวินิจฉัยว่า ไม่มีความผิดตามมาตรา 329

หนังสือพิมพ์ลงข่าวว่า มีผู้แจ้งตำรวจว่า โจทก์ซึ่งสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทนราษฎรทำผิดอาญา ตำรวจสอบสวนสั่งจับ แต่ได้สอบถามโจทก์ โจทก์ชี้แจงว่า ไม่จริง ดังนี้ ไม่ใช่จำเลยยืนยันข้อเท็จจริงตามข่าวที่ลงในหนังสือพิมพ์ จำเลยนำสืบความจริงได้ว่าการแจ้งความต่อตำรวจจริง จำเลยไม่ต้องรับโทษ ไม่ต้องสืบให้ได้ว่าการทำผิดอาญาตามที่ลงในข่าวนั้น โจทก์ได้ทำผิดจริง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 407/2523 การที่หนังสือพิมพ์ลงข้อความว่า โจทก์จ่ายเช็คหนึ่งล้านบาทแก่ธนาคาร เช็คไม่มีเงิน ธนาคารแจ้งตำรวจจับโจทก์ เป็นที่เข้าใจว่าโจทก์มีฐานะการเงินไม่ดี ไม่น่าเชื่อถือ เป็นหมิ่นประมาทโจทก์ซึ่งเป็นนายกเทศมนตรีและประกอบการค้าเป็นเรื่องส่วนตัว ไม่เกี่ยวกับหน้าที่การงานในตำแหน่งนายกเทศมนตรี อันจะถือได้ว่าเป็นประโยชน์แก่ประชาชน จึงอ้างว่าเป็นความจริงเพื่อมิต้องรับโทษไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 133/2537 เมื่อมีข่าวหนังสือพิมพ์พาดพิงถึงโจทก์จำเลย จำเลยจึงชี้แจงข่าวดังกล่าว เป็นการกระทำเพื่อป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามทำนองคลองธรรม ไม่เป็นหมิ่นประมาท

หนังสือพิมพ์ลงข่าวการให้สัมภาษณ์ของ ส. ว่ามีการทุจริตทำให้ทางราชการเสียหาย ส.จึงได้นำเรื่องไปแจ้งให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทราบ เป็นเหตุให้ ส. กับโจทก์และพวกถูกตั้งกรรมการสอบสวนฐานนำความลับของทางราชการไปเปิดเผยและได้กล่าวพาดพิงถึงจำเลยด้วย จำเลยจึงให้สัมภาษณ์ต่อนักข่าวหนังสือพิมพ์ว่า มีข้าราชการเสนอให้ปลดโจทก์เพราะมีความผิด วินัยอย่างร้ายแรง ถือว่าเป็นการพูดชี้แจงข่าวให้เหตุผลที่จำเลยไม่สามารถปกป้องโจทก์ได้โดยสุจริตใจเพื่อป้องกันตนและส่วนได้เสียของตนที่ถูก ส. พาดพิงถึง เป็นวิสัยของปกติชนย่อมกระทำได้ตาม ป.อ. มาตรา 329 (1) และ (3)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2537 หัวข้อข่าวที่ว่า แอมบาสเดอร์เบียร์ค่าเฟอร์นิเจอร์เป็นถ้อยคำของหนังสือพิมพ์เอง ประชาชนผู้อ่านหนังสือพิมพ์ย่อมเข้าใจได้ว่าโจทก์ทั้งสามไม่ชื่อตรงหรือโก่ง ซึ่งไม่ตรงกับความจริง เมื่อจำเลยลงข่าวแสดงความเห็นเสียเองจึงเป็นการใส่ความโจทก์ทั้งสามในประการที่น่าจะทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท และการลงข่าวเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาล จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตาม ป.อ. มาตรา 329 (4)

โดยสรุป การโฆษณาเปรียบเทียบหากจะได้กระทำการอันเข้าลักษณะของการหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา โดยเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งทางการค้าและไม่เข้าข้อยกเว้นความผิดแล้ว ผู้ทำโฆษณาก็อาจต้องรับโทษฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น แต่ถ้การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำไปโดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริง และเป็นข้อมูลที่จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณชน ผู้ทำโฆษณาก็ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 329 หรือไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 330 ประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบทยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทแก่ผู้กระทำ

4.8 หลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ

ดังจะเห็นแล้วว่า การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง (Direct Comparative Advertising) ซึ่งมีการระบุชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยชัดแจ้ง ผู้ทำโฆษณาเปรียบเทียบอาจถูกฟ้องร้องฐานละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจาก ข้อขัดข้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวและความไม่ชัดเจนของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาบางประการ จากเหตุดังกล่าว จึงส่งผลให้การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทยไม่นิยมปฏิบัติและไม่แพร่หลายอย่างในต่างประเทศ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน หรืออีกหลายประเทศในยุโรป ซึ่งประเทศทั้งหลายเหล่านี้ ได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบและอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้

ทั้งนี้ แต่เดิมประเทศต่าง ๆ เหล่านี้เคยห้ามไม่ให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบ แต่ในปัจจุบันหลักการต่างๆได้เปลี่ยนไป ประเทศเหล่านี้ได้วางข้อกำหนดเป็นกฎหมายโดยชัดแจ้งอนุญาตให้ทำการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับคู่แข่งได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย เพราะเชื่อว่าการ

โฆษณาเปรียบเทียบจะเอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนและเป็นการสิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ เช่น กรณีที่เกิดขึ้นในยุโรป โดยสหภาพยุโรป (European Union) ได้มีประกาศของสภามন্ত্রীแห่งยุโรป หรือ Council Directive เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบ และผลักดันให้มีการอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป เพราะเชื่อว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะเอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนและเป็นการลดข้อจำกัดและอุปสรรคในการนำเข้าและส่งออกสินค้าหรือบริการในระหว่างประเทศสมาชิก กล่าวคือ หากโฆษณาเปรียบเทียบสามารถทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมายในประเทศสมาชิกหนึ่งก็ควรทำได้ในประเทศสมาชิกอื่น หากปล่อยให้มีความแตกต่างของกฎหมายในเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกจะเป็นอุปสรรคต่อการค้าและการเคลื่อนย้ายสินค้าหรือบริการในระหว่างประเทศสมาชิก

ดังนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม ตลอดจนการกำหนดกรอบของกฎหมายเพื่อการควบคุมให้เกิดการโฆษณาเปรียบเทียบที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้บริโภค ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์และเป็นธรรมสำหรับประเทศไทยต่อไป

4.8.1. หลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่ให้สิทธิและเสรีภาพอย่างมากแก่ประชาชนในการที่จะแสดงความคิดเห็นหรือแสดงออกทางความคิดอย่างใดๆ และเสรีภาพดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และสำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งถือว่าเป็นการแสดงออกทางความคิดประการหนึ่งน่าจะกล่าวได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ และยังได้ส่งเสริมให้เกิดการโฆษณาเปรียบเทียบ เพราะเชื่อว่า การโฆษณาเปรียบเทียบมีประโยชน์ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจและเป็นสิ่งผลักดันให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบจึงมีให้เห็นอย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีการกล่าวเปรียบเทียบอย่างชัดเจนและค่อนข้างเข้มข้น ยกตัวอย่างเช่น ภาพยนตร์โฆษณาของ Pepsi ที่มีภาพแสดงให้เห็นการแสดงคอนเสิร์ตของวง M.C. Hammer ซึ่งเป็นวงดนตรีนักร้องเพลงแร็ปชื่อดัง โดยขณะที่ทำการร้องเพลงอยู่บนเวที ในช่วงท่อนสร้อยของเพลงซึ่งมีระยะเวลาให้หยุดพักได้ช่วงสั้นๆ คนในวงก็ส่งน้ำอัดลม

ยี่ห้อ Coca-Cola ให้ Hammer ตีมีดบกระหาย เมื่อ Hammer ตีมีดไปได้จิบเดียว การแสดงของเขา จากเดิมที่มีทำนองและการแสดงที่สนุกและเร้าใจก็กลับกลายเป็นการร้องเพลงในความรู้สึกเบาๆ นุ่มๆ ผิดไปจากสไตล์ของเขา ทำให้แฟนเพลงจำนวนมากรู้สึกไม่สนุกตาม ทันใดนั้นแฟนเพลงคนหนึ่งก็ได้เปิดน้ำอัดลมยี่ห้อ Pepsi แล้วส่งให้ Hammer และเมื่อ Hammer ได้ดื่มน้ำอัดลมยี่ห้อ Pepsi การแสดงของเขาก็กลับไปสู่สไตล์ของเขาที่เปี่ยมไปด้วยความสดชื่นและสนุกสนาน หรือภาพยนตร์โฆษณาขายบรรเทาอาการปวดยี่ห้อ Anacin ซึ่งมีการแสดงถึงยาเบาเทาอาการปวด หลากหลายชนิด และก็มีผู้แสดงหลายคนออกมาแสดงถึงอาการปวดแตกต่างกันไป ต่อมาโฆษก ในโฆษณาก็กล่าวว่า “ร่างกายของคุณรู้ถึงความแตกต่างระหว่างอาการปวดของผู้ป่วยเหล่านี้ (พร้อมแสดงภาพยา Tylenol และยาบรรเทาอาการปวดอื่นๆ) และผู้ซึ่งมีร่างกายแข่งแรงกับยา Anacin” และกล่าวต่อว่า “Anacin ลดการลุกลามที่มักมาพร้อมอาการปวดเร็วที่สุด ในขณะที่ยา Tylenol ทำไม่ได้”⁸³

4.8.1.1 การควบคุมการโฆษณาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ส่งเสริมและสนับสนุนแนวคิดในการกำกับดูแล การโฆษณาโดยให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกันเอง (Self-regulation) โดยเริ่มแรกได้มีการรวมกลุ่ม ของผู้ประกอบการเพื่อจัดตั้งองค์กรควบคุมกันเองในทางการโฆษณา คือ Better Business Bureau (“BBB”) อันเป็นสมาคมการค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่กระจายอยู่ในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกันพัฒนาธุรกิจโดยทั่วไปรวมทั้งการรับคำร้องเกี่ยวกับการโฆษณา ที่เป็นเท็จด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1971 BBB ได้จัดตั้ง National Advertising Division (“NAD”) เพื่อ รับผิดชอบดูแลการโฆษณาที่ไม่ถูกต้องและมีคณะกรรมการพิเศษเพื่อกลั่นกรองคำวินิจฉัยงาน โฆษณาของ NAD อีกชั้นหนึ่ง เรียกว่า National Advertising Review Board (“NARB”) ซึ่งทำ หน้าที่ในการควบคุมการโฆษณาโดยเฉพาะ

โดยทางปฏิบัติ เมื่อ BBB ได้รับคำร้องเกี่ยวกับการโฆษณาซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยคำร้องขอ จากผู้ประกอบการโฆษณาโดยสมัครใจหรืออาจเป็นข้อพิพาทโต้แย้งก็จะส่งเรื่องมาให้ NAD พิจารณา หลังจากนั้น NAD จะทำการพิจารณาตามกฎหมายเกณฑ์ที่กำหนดไว้และได้ความเป็นเช่นใด

⁸³ Jenna D. Beller, “The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World : A Practice Guide for U.S. Lawyers and Their Clients”, *The International Lawyer*, Vol.27, (Winter 1996) : 917-918

แล้วก็จะทำความเข้าใจหรือติดต่อไปยังผู้โฆษณาให้ระงับหรือแก้ไขข้อบกพร่องในโฆษณาตามนั้น ในกรณีที่ฝ่ายผู้โฆษณาไม่เห็นด้วยกับข้อวินิจฉัยของ NAD ผู้โฆษณาอาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยของ NAD ต่อคณะกรรมการพิเศษอีกชุดหนึ่งได้ คือ NARB ต่อจากนั้น NARB จะทำการวินิจฉัยและเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องราวที่ตนได้ตัดสินและส่งเรื่องให้ Federal Trade Commission (“FTC”) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีสมาคมตัวแทนโฆษณา American Association of Advertising Agencies (“AAAA”) อันเป็นสมาคมระดับประเทศที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการพัฒนาวิชาชีพโฆษณา และมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพโฆษณาเพื่อเผยแพร่ให้สมาชิกปฏิบัติตาม สำหรับกลุ่มผู้โฆษณาเองก็มีสมาคมผู้โฆษณาแห่งชาติ หรือ Association of National Advertisers ประกอบด้วยบริษัทธุรกิจใหญ่ๆ มุ่งส่งเสริมโฆษณาและค่านิยมที่ใช้ในการโฆษณา การควบคุมจะมีกรรมการประกอบด้วยผู้โฆษณาและตัวแทนโฆษณาร่วมกันพิจารณา โดยอาจแสดงความไม่เห็นด้วยกับโฆษณาบางประเภทที่ไม่เหมาะสมแม้จะไม่ถึงกับขัดกฎหมายก็ตาม และการระงับโฆษณาก็เป็นไปในรูปของการขอความร่วมมือ และในกลุ่มสื่อโฆษณาก็มีการควบคุมทางจรรยาบรรณโดยไม่ได้รับเผยแพร่โฆษณาที่เป็นเท็จหรือกล่าวเกินความจริง แต่การบังคับก็เป็นไปในรูปของความสมัครใจเช่นเดียวกัน

มาตรการการควบคุมโฆษณาโดยรัฐ

หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ในการควบคุมการโฆษณาของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ Federal Trade Commission (“FTC”) โดยจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1914 เพื่อป้องกันการกระทำแข่งขันทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมหรือขัดขวางต่อการแข่งขันทางการค้า โดยเริ่มแรก FTC มีแนวคิดเพื่อการคุ้มครองทางธุรกิจมากกว่าการคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงไม่มีข้อกำหนดใดๆ เกี่ยวกับการโฆษณา จวบจนในปี ค.ศ.1922 ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยและวางกรอบว่า การโฆษณาอันเป็นเท็จควรจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลของ FTC และควรมีการกำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมการทำฉลากและโฆษณาอันเป็นเท็จ เสมือนหนึ่งเป็นวิธีการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ต่อมาในปี ค.ศ.1938 รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกร่างกฎหมาย Wheeler-Lea Amendment ซึ่งได้กำหนดอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมแก่ FTC เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค โดยกำหนดให้การกระทำหรือปฏิบัติอันไม่เป็นความจริงหรือหลอกลวงผู้บริโภคถือเป็นวิธีการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม โดยข้อกำหนดของ Wheeler-Lea Amendment ได้กำหนดให้อำนาจแก่ FTC ดังนี้

1. ให้สามารถตรวจสอบการกระทำที่ผิดของผู้ประกอบการได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอจากผู้ใด
2. ให้มีอำนาจออกคำสั่งให้หยุดหรือระงับการกระทำบางอย่างที่ไม่ถูกต้อง
3. ให้มีอำนาจปรับหรือลงโทษแก่ผู้ประกอบการที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ FTC

นอกจากนี้ FTC ยังมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมในแง่ที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าตาม พระราชบัญญัติแลนแฮม (Lanham Act) ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวเนื่องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าของคู่แข่งทางการค้าและการละเมิดอันเกี่ยวเนื่องกับการโฆษณาอันเป็นเท็จ⁸⁴

4.8.1.2 หลักเกณฑ์ของการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกา

ข้อพิพาทครั้งแรกเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในปี 1910 ในคดีระหว่าง Saxlehner กับ Wagner⁸⁵ แต่ข้อพิพาทในสมัยนั้นมีไม่มากและไม่ได้รุนแรงเท่าใด และจากข้อมูลที่ปรากฏเมื่อช่วงปี ค.ศ. 1938 การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างว่าผลิตภัณฑ์ของตนเองมีคุณสมบัติหรือคุณภาพดีกว่าผลิตภัณฑ์ของคู่แข่งทางการค้าโดยเจาะจงชื่อของคู่แข่งทางการค้าอย่างชัดแจ้ง หรือที่เรียกว่า “การโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง” (Direct Comparative Advertising) ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดจริยธรรม และเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการซึ่งมีความเคารพต่อตนเองและผู้อื่นไม่ควรเลือกปฏิบัติ⁸⁶ อย่างไรก็ตาม ในสมัยนั้น ก็มีผู้ประกอบการบางกลุ่มที่มีความเห็นแตกต่างออกไปว่า การแข่งขันทางการค้าซึ่งมีลักษณะและเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม เช่น การให้ข้อมูลอันเป็นความจริงต่อผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้า ธุรกิจ หรือนโยบายทางธุรกิจของคู่แข่ง น่าจะสามารถกระทำได้ เว้นแต่ การให้ข้อมูลเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ทางการค้าของผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับหรือสาธารณชน ต่อมากฎหมายและทัศนคติต่อการโฆษณาเปรียบเทียบก็ได้รับการยอมรับมากขึ้น โดยเชื่อว่า การโฆษณาเปรียบเทียบที่กระทำโดยถูกต้อง ชื่อสัตย์ ไม่ทำให้เกิดความลัษนหลงผิดต่อผู้รับสื่อโฆษณาและไม่เป็น

⁸⁴ William Wells John Sandra, *Advertising Principle and Practice*. 1992, pp.52-55

⁸⁵ Belinda Mills, “Comparative Advertising-should it be allowed in the United of Kingdom?”, *The International Trademark Association*. Vol.86, (March-April 1996) : 193

⁸⁶ Jenna D. Beller, “The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World : A Practice Guide for U.S. Lawyers and Their Clients”, p.920

การกล่าวโฆษณาเกินจริงน่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค และเอื้อต่อการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าที่ดี นับแต่นั้นมาหลักกฎหมายจารีตประเพณีตามหลักกฎหมาย Common Law ของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้รับการพัฒนาและแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดต่างๆที่ยังไม่เพียงพอเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ

จวบจนในปี ค.ศ. 1972 ประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบภายใต้การควบคุมของ FTC โดย FTC ได้แถลงนโยบายอย่างชัดเจนเพื่อส่งเสริมให้เกิดการโฆษณาเปรียบเทียบเพราะเชื่อว่า โฆษณาเปรียบเทียบจะทำให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์และยังเป็นการสนับสนุนระบบการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ ดังมีความว่า

“คณะกรรมการเห็นควรสนับสนุนให้มีการกล่าวอ้างยี่ห้อหรือเครื่องหมายทางการค้าเพื่อการเปรียบเทียบ และการเปรียบเทียบนั้นได้กระทำไปโดยได้บรรยายหรือระบุเจาะจงโดยชัดเจน ทั้งนี้ การโฆษณาที่นำเสนอข้อมูลอันเป็นความจริงและไม่มีการกล่าวหลอกลวงจะเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคและช่วยในการตัดสินใจเลือกบริโภค นอกจากนี้ การโฆษณาเปรียบเทียบยังก่อให้เกิดการพัฒนาผลิตภัณฑ์และการริเริ่มสิ่งใหม่ และทำให้ผลิตภัณฑ์ในตลาดมีราคาต่ำลงด้วย”⁸⁷

โดย FTC ได้กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานของการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบไว้ดังนี้

1. ผลิตภัณฑ์ที่ระบุในการโฆษณานั้นต้องมีอยู่จริงและเป็นการกล่าวแข่งขันกับผลิตภัณฑ์อื่น
2. การกล่าวเพื่อการแข่งขันทางการค้าต้องกระทำด้วยความเป็นธรรมและเหมาะสม
3. ผู้โฆษณาจะต้องไม่กระทำการใดๆอันเป็นการลดความน่าเชื่อถือ ทับถม หรือจงใจกระทำโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งทางการค้า ผลิตภัณฑ์อันเป็นคู่แข่ง หรือผู้ประกอบการอื่นๆ
4. การกล่าวอ้างถึงผู้ใดต้องกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการเปรียบเทียบเท่านั้น และจะต้องไม่เป็นการมุ่งหวังเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม
5. การโฆษณาควรเป็นการเปรียบเทียบในผลิตภัณฑ์ที่มีคุณสมบัติคล้ายกัน เกี่ยวเนื่องกัน หรือมีส่วนประกอบอย่างเดียวกัน มิติต่อมิติ คุณลักษณะเฉพาะต่อคุณลักษณะเฉพาะ หรือในสถานใดๆที่มีลักษณะที่เหมือนกัน

⁸⁷ Dean Keith Fieroghe, But the People in Legal Said : a guide to current legal issue in advertising, (Illinois : Dow Jones-Irvin, 1988), p.168

6. คุณลักษณะเพื่อการเปรียบเทียบต้องเป็นสิ่งที่สำคัญอันมีค่าและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค

7. ความแตกต่างในคุณสมบัติซึ่งกล่าวเปรียบเทียบต้องสามารถกำหนดวัดค่าได้และมีคุณลักษณะเฉพาะอันสำคัญ⁸⁸

ทั้งนี้ อาจกล่าวโดยสรุปว่า โฆษณาเปรียบเทียบนั้นจะต้องกระทำโดยนำเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เหมาะสม ชี้อาศัย และมุ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชน ภายใต้หลักการแข่งขันที่เป็นธรรม ซึ่ง FTC จะนำเกณฑ์นี้มาใช้ในการพิจารณาโฆษณาเปรียบเทียบให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ เช่น หากการโฆษณาเปรียบเทียบใดก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Misleading Comparative Advertising) ผู้โฆษณาอาจมีความผิดฐานกล่าวความอันเป็นเท็จเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียหายทางธุรกิจและเป็นการทับถมในคุณลักษณะของสินค้าของผู้อื่นตามหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญซึ่งถูกนำมาใช้ในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ คือ มาตรา 43 (a) พระราชบัญญัติแลนแฮม ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1988 (the Lanham Act) อันเป็นกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายทางการค้าและเกี่ยวเนื่องกับการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า

“บุคคลใดซึ่งอ้างถึงสินค้าหรือบริการใด หรือภาชนะบรรจุสินค้าใด หรือใช้ในทางการค้าซึ่ง คำ คำเฉพาะ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือด้วยวิธีการใด หรือนำมาเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการใด หรือการระบุใดๆถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าในทางที่ผิด หลอกลวง หรือทำให้เกิดความสับสนหลงผิดจากความจริง หรือแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จหรือทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในข้อเท็จจริงซึ่ง

(a) เป็นเหตุให้เกิดความสับสนหรือเกิดความเข้าใจผิด หรือหลอกลวงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ ความเกี่ยวเนื่อง หรือความเกี่ยวข้องกันของบุคคลผู้นั้นกับบุคคลอื่น หรือเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด การริเริ่ม หรือการยอมรับสินค้า บริการหรือกิจการอื่นในทางการค้าของบุคคลผู้นั้นโดยบุคคลอื่นหรือ

(b) การโฆษณาหรือการส่งเสริมการขายในทางการค้า บิดเบือนคุณสมบัติ คุณลักษณะที่เด่นชัด คุณภาพ หรือแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า บริการ หรือกิจการอื่นใดในทางการค้าของบุคคลผู้นั้นหรือบุคคลอื่น

⁸⁸ David W. Nysten, Advertising : planning, implementation & control. 2nd edition, (Ohio : South-Western Publishing Co., 1980), p. 577

ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำเช่นนั้น”⁸⁹

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ผู้ทำโฆษณาเปรียบเทียบอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่ออีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถูกกล่าวเปรียบเทียบซึ่งได้รับความเสียหายอันเกิดจากการบรรยายหรือแสดงสินค้าหรือบริการอย่างผิดๆ ในการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า โฆษณาเปรียบเทียบนั้นมีการนำเสนอข้อมูลที่ผิดหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด และโจทก์จะต้องพิสูจน์อีกว่า

1. ข้อความที่ผิดนั้นก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้ชมโฆษณาในคุณลักษณะอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ หรือเป็นการเปรียบเทียบอันเป็นเท็จระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณา กับสินค้าหรือบริการของผู้อื่น
2. ข้อความที่ผิดนั้นเป็นข้อมูลที่ผู้ชมโฆษณานำมาใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจเลือกบริโภค และ
3. โจทก์ได้รับความเสียหายจากการกล่าวเปรียบเทียบนั้น⁹⁰

บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบที่ผิดอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณีคือ

1. การนำเสนอข้อมูลที่ไม่เป็นความจริง (False claim)
2. การโฆษณาที่มุ่งกล่าวทับถมผลิตภัณฑ์อื่น (Product disparagement)
3. การโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Misleading advertising)

คดีหนึ่งที่ถือเป็นบรรทัดฐานแก่การพิจารณางานโฆษณาเปรียบเทียบคือ คดีระหว่าง American Home Products Corp. กับ Johnson & Johnson⁹¹ อันเกี่ยวกับภาพยนตร์โฆษณายาบรรเทาอาการปวดยี่ห้อ Anacin ซึ่งผลิตโดย American Home Products Corp. โดยโฆษณานี้ได้

⁸⁹ Belinda Mills, “Comparative Advertising-should it be allowed in the United of Kingdom?”, p.194

⁹⁰ Jenna D. Beller, “The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World : A Practice Guide for U.S. Lawyers and Their Clients”, p.923

⁹¹ Belinda Mills, “Comparative Advertising-should it be allowed in the United of Kingdom?”, pp.194-195

มีการแสดงถึงยาบรรเทาอาการปวดหลากหลายชนิด รวมถึงยา Tylenol ซึ่งผลิตโดย McNeil Laboratories และเป็นบริษัทในเครือของ Johnson & Johnson โดยในภาพยนตร์โฆษณาผู้แสดงหลายคนได้ออกมาแสดงถึงอาการปวดแตกต่างกันไป ต่อมาโฆษกในโฆษณาก็กล่าวว่า “ร่างกายของคุณรู้ถึงความแตกต่างระหว่างอาการปวดของผู้ป่วยเหล่านี้(พร้อมแสดงภาพยา Tylenol และยาบรรเทาอาการปวดอื่นๆ) และผู้ซึ่งมีร่างกายแข็งแรงกับยา Anacin” และกล่าวต่อว่า “Anacin ลดการลุกลามที่มักมาพร้อมอาการปวดเร็วที่สุด ในขณะที่ยา Tylenol ทำไม่ได้” เมื่อภาพยนตร์นี้ได้เผยแพร่ออกอากาศ McNeil Laboratories ก็ได้ทำคำร้องไปยังนิตยสารต่างๆ และ NAD เพื่อขอความเป็นธรรมว่า การโฆษณาดังกล่าวเป็นการกล่าวแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หลอกลวงและก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภค ซึ่งส่งผลให้ American Home Products Corp. ยื่นฟ้อง McNeil Laboratories และ Johnson & Johnson ต่อศาลว่า จำเลยกระทำอันไม่เป็นธรรมเป็นการขัดขวางการเผยแพร่งานโฆษณาของโจทก์ แต่จำเลยโต้แย้งว่า โจทก์ทำการโฆษณาอันเป็นเท็จฝ่าฝืนต่อมาตรา 43 (a) พระราชบัญญัติแลนแฮม ซึ่งในคดีนี้ ศาลได้ทำการพิจารณาวินิจฉัยโดยสำรวจความเห็นของผู้บริโภคและหลักฐานทางการแพทย์พบว่า การโฆษณาของโจทก์ไม่เป็นความจริงตามการโฆษณาแต่อย่างใด ศาลจึงมีคำสั่งห้ามมิให้โจทก์ทำการเผยแพร่งานโฆษณาดังกล่าวต่อไป

และถ้าการโฆษณาเปรียบเทียบไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด การโฆษณาเช่นนั้นก็สามารถกระทำได้ เช่น คดีระหว่าง Societe Comptoir de l'Industrie Cotonniere Etablissements Boussac กับ Alexander's Department Stores Inc.⁹² ซึ่งจำเลยรับอนุญาตให้อ้างถึงการปรับเปลี่ยนแบบเสื้อผ้าซึ่งคิดค้นโดย Dior และจำเลยได้ทำการโฆษณาว่า “คิดค้นโดย Christian Dior และให้สิทธิแก่เพียงผู้เดียวแก่ Alexander's Exclusive-Paris ในการปรับเปลี่ยน” ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า การโฆษณาดังกล่าวได้นำเสนอข้อมูลอันเป็นความจริง และไม่ได้หลอกลวงหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแต่ประการใด การโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ การโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมากมักจะเป็นการโฆษณาที่ค่อนข้างดุเดือดรุนแรงโดยมีเป้าหมายสำคัญคือ การเพิ่มส่วนแบ่งทางการตลาดจากคู่แข่งทางการค้า ดังในคดีระหว่าง G.D.Searle กับ Hudson Pharmaceutical

⁹² Ibid., p.195

Corporation⁹³ โดยมีประเด็นแห่งคดีว่า จำเลยได้กล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของโจทก์บนหีบห่อตราสินค้าของจำเลย และโจทก์ก็ได้โต้แย้งว่า จำเลยไม่มีสิทธินำเครื่องหมายการค้าของโจทก์ไปแสดงบนหีบห่อผลิตภัณฑ์ของจำเลย คดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่จำเลยนำเครื่องหมายการค้าของโจทก์ไปแสดงบนหีบห่อบรรจุสินค้าดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของต่อผู้บริโภคได้ จึงมีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยกระทำการดังกล่าว และศาลยังได้วินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ตามข้ออ้างของโจทก์ที่ว่า จำเลยไม่มีสิทธินำเครื่องหมายการค้าของโจทก์ไปแสดงบนหีบห่อผลิตภัณฑ์ของจำเลยนั้น ศาลได้ยืนยันว่าการห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนถูกจำกัดเพียงสถานการณ์ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภคเท่านั้น หรือในสถานการณ์ซึ่งจงใจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

คดีระหว่าง Charles of the Ritz Group Ltd. กับ Quality King Distributors Inc.⁹⁴ โดยจำเลยได้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงบวกว่า น้ำหอม Omni ของจำเลย มีกลิ่นหอมเหมือนกับน้ำหอม Opium ของโจทก์ ซึ่งจำเลยได้แสดงเครื่องหมายการค้า "Opium" ของโจทก์บนกล่องน้ำหอม Omni ของจำเลยในสโลแกนที่ว่า "ถ้าคุณชอบ Opium... คุณจะรัก Omni" ในคดีนี้โจทก์ได้ฟ้องจำเลยบนฐานของการละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 43 (a) พระราชบัญญัติแลนแธม ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่จำเลยกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าในการโฆษณาน้ำหอมของจำเลยไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าหรือแหล่งกำเนิดของผลิตภัณฑ์แก่ผู้บริโภคหรือผู้บริโภคโฆษณาแต่ประการใด การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์

โดยสรุป การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นสิ่งที่ได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมให้สามารถกระทำได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการเปรียบเทียบนั้นจะต้องกระทำไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ทั้งโดยข้อกำหนดของ FTC ที่ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยนำเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เหมาะสม ซื่อสัตย์ และมุ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชน ภายใต้หลักการแข่งขันที่เป็นธรรม และสำหรับการพิจารณาความผิดอันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงหรือโดยอ้อม ศาลจะยึดถือหลักที่ว่า การเปรียบเทียบดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภค และจะต้องเป็น

⁹³ Ibid., p. 195

⁹⁴ Ibid., p. 196

การนำเสนอข้อมูลที่เป็นจริงและไม่เป็นการกล่าวเกินความจริง และจะต้องไม่เป็นการขัดขวางการ
แข่งขันทางการค้า หรือแสวงหาประโยชน์จากการกล่าวเปรียบเทียบโดยไม่เป็นธรรม

4.8.2 หลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษ

การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานนับศตวรรษ แต่ใน
บางครั้งการเปรียบเทียบนั้นก็ส่งผลให้ผู้ทำโฆษณาต้องได้รับผลร้ายด้วยการถูกล้างระงับการ
โฆษณาหรือให้แก้ไขข้อความในโฆษณารวมถึงการชดใช้เยียวยา ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกกล่าวเปรียบ
เทียบ และกฎหมายที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบใน
ประเทศอังกฤษ คือ กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็น
ธรรม กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ ในอดีตการโฆษณา
เปรียบเทียบที่ก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทอย่างมากในประเทศอังกฤษ คือ การโฆษณาเปรียบ
เทียบที่ปรากฏซึ่งชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เนื่องจากมีอุปสรรคสำคัญตาม
กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1938) ดังที่ศาลสูงประเทศ
อังกฤษได้เคยวางหลักไว้ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้เครื่องหมาย
การค้าของผู้อื่นโดยไม่สุจริตและเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของผู้อื่นโดยไม่เป็น
ธรรม นอกจากนี้ ยังมีข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับชื่อกฎหมายอื่นๆ ซึ่งมีเหตุผลมาจากความไม่ชัด
เจนของกฎหมายและโดยส่วนรวมประชาชนในประเทศอังกฤษมีความคิดและรู้สึกต่อต้านการ
โฆษณาเปรียบเทียบ

แต่ในปัจจุบัน การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษกลับกลายเป็นที่ยอมรับว่า การ
โฆษณาเปรียบเทียบที่ได้กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยความซื่อสัตย์ เหมาะสม และมีจิต
สำนึกถึงประโยชน์ที่ผู้บริโภคจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันที่ดี
โดยได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์และบทลงโทษเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบใหม่ เพื่อแก้ไข
ปัญหาและอุปสรรคในการโฆษณาเปรียบเทียบ อันได้แก่ การแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเครื่องหมาย
การค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1994) และมีองค์กรสนับสนุนเพื่อการกำกับดูแล
และการโฆษณาที่มีนัยเปรียบเทียบให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว หน่วยงานที่สำคัญ คือ The
Committee of Advertising Practice หรือ "CAP" และ The Advertising Standards Authority
หรือ "ASA" เป็นผู้รับผิดชอบในการกำกับดูแล ตรวจสอบโฆษณาเปรียบเทียบในรูปแบบของสื่อ
โฆษณาต่างๆ ภายใต้ข้อกำหนดที่วางไว้ตาม the British Code of Advertising ("CAP Code")
และ มีองค์กรหรือคณะกรรมการควบคุมการสื่อสารเอกชน (Private broadcasters) เป็นผู้รับผิดชอบ

ชอบกำกับดูแลการโฆษณาให้เป็นไปโดยถูกต้องและเหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยการสื่อสาร (the Broadcasting Act 1990) โดยมีคณะกรรมการอิสระด้านโทรทัศน์ หรือที่เรียกว่า Independent Television Commission หรือ "ITC" เป็นผู้ควบคุมดูแลการโฆษณาเผยแพร่ทางสื่อโทรทัศน์ และมีคณะกรรมการอิสระด้านวิทยุ หรือที่เรียกว่า Radio Authority หรือ "RA" เป็นผู้ควบคุมดูแลการโฆษณาเผยแพร่ทางสื่อโทรทัศน์ โดยหน่วยงานต่าง ๆ นี้จะดำเนินการเพื่อกำกับดูแลองค์การธุรกิจให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายและป้องกันผลประโยชน์ของสาธารณชนด้วยอีกทางหนึ่ง

4.8.2.1 การควบคุมการโฆษณาในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศหนึ่งที่มีระบบควบคุมการโฆษณาโดยใช้มาตรการการกำกับดูแลกันเองของผู้ประกอบธุรกิจ ที่เรียกว่า "Self-regulation" ซึ่งมาตรการนี้ได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการเป็นศูนย์กลางเพื่อการกำกับดูแลและตรวจสอบให้เกิดการโฆษณาเปรียบเทียบกับที่ถูกต้องและปฏิบัติอย่างเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภค สังคมหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่นๆ โดยโครงสร้างในระบบ Self-regulation ของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันขององค์กรผู้ประกอบการและผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆ เกี่ยวกับธุรกิจการโฆษณา ซึ่งเรียกว่า the Committee of Advertising Practice ("CAP") โดย CAP จะร่วมกันกำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานเพื่อการกำกับดูแลกิจการอันเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมไว้ใน the British Code of Advertising ("the CAP Code") และมี The Advertising Standards Authority ("ASA") ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระปราศจากการควบคุมหรือเกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจหรือภาครัฐใดๆทั้งสิ้น ASA จะเข้ามามีบทบาทหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของการกำกับดูแลตามมาตรการ Self-regulation โดยคณะกรรมการของ ASA ได้รับเลือกมาจากองค์กรทางธุรกิจด้วยตนเอง⁹⁵

ตามมาตรการในระบบ Self-regulation ของประเทศอังกฤษ CAP และ ASA จะร่วมกันบริหารจัดการและบังคับใช้กฎเกณฑ์ต่างๆตามที่กำหนดไว้ใน CAP Code โดย CAP จะรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับข้อร้องเรียนจากผู้ประกอบการต่างๆ ในขณะที่ ASA จะรับผิดชอบเกี่ยวกับข้อร้องเรียนที่ส่งมาจากสาธารณชนทั่วไป ทั้งนี้ ตาม CAP Code ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยมีหลักสำคัญ 3 ประการคือ

⁹⁵ Darren Fitzgerald, "Comparative Advertising in the United Kingdom", *European Intellectual Property Review*, Vol.19 (1997) : 712

1. โฆษณาทุกประเภทจะต้องกระทำไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย เหมาะสม ซื่อสัตย์ และเป็นความจริง
2. โฆษณาทุกประเภทจะต้องจัดทำขึ้นภายใต้จิตสำนึกของความรับผิดชอบต่อผู้มีบริโภคและสังคม
3. โฆษณาทุกประเภทจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักवादด้วยการแข่งขันที่เป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปทางธุรกิจ⁹⁶

นอกจากนี้ ข้อกำหนดตาม CAP Code ยังได้กำหนดกฎเกณฑ์พิเศษอีกหลายข้ออันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยยอมรับให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงและการโฆษณาเปรียบเทียบโดยอ้อม ถ้าการโฆษณานั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ช่วยให้ประชาชนได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น และการเปรียบเทียบได้กระทำโดยแสดงให้เห็นการเปรียบเทียบบนพื้นฐานของข้อมูลที่เป็นความจริงอย่างความชัดเจน และจะต้องไม่เป็นการโจมตีหรือมุ่งลดความน่าเชื่อถือในผลิตภัณฑ์หรือธุรกิจของคู่แข่งโดยไม่เป็นธรรม และจะต้องไม่ทำโฆษณาที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงและสิทธิในเครื่องหมายการค้าของคู่แข่งด้วย ทั้งนี้ สำหรับโฆษณาที่มีการกล่าวอ้างถึงการทดสอบหรือการทดลอง จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการทดสอบจากองค์กรที่เชื่อถือได้และได้รับความยินยอมให้ใช้ผลการทดลองในการกล่าวอ้างในการโฆษณาเปรียบเทียบด้วย ทั้งนี้ ลักษณะและผลของการทดสอบจะต้องมีลักษณะที่เกิดความชัดเจนและทำขึ้นด้วยเจตนาอันดีที่มีเพื่อประกอบการพิสูจน์ว่าการโฆษณาปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของการควบคุมการโฆษณา เช่น การโฆษณาเปรียบเทียบเพื่อแสดงให้เห็นตามข้อกล่าวอ้างว่า "ดีที่สุด" หรือ "ดีกว่า" ที่ใช้ประกอบในการโฆษณาเปรียบเทียบ เช่น การโฆษณาว่า "ดีกว่าระบบคอมพิวเตอร์ที่คุณเคยเห็น" ASA อนุญาตให้ทำได้ เนื่องจากการโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นที่ประจักษ์อย่างชัดเจนและยืนยันได้ว่าเป็นความจริง หรือกรณีที่เคยเกิดขึ้น คือ ข้อกล่าวอ้างในโฆษณาของ Ariel Futur ที่ว่า "ผลิตภัณฑ์ทำความสะอาดของ Ariel Futur สามารถล้างได้สะอาดกว่าผลิตภัณฑ์ของ Sainsbury" ASA ก็ได้อนุญาตให้สามารถทำการโฆษณาในลักษณะดังกล่าวได้ เนื่องจาก Ariel Futur สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าข้อกล่าวอ้างตามโฆษณาของตนเป็นความจริงตามผลการทดลองที่ได้มีมาจากการทดสอบเปรียบเทียบผลิตภัณฑ์ทั้งสอง⁹⁷

⁹⁶ Ibid., p.712

⁹⁷ Ibid., p.713

อย่างไรก็ตาม CAP Code ไม่ใช่บังคับถึงการควบคุมการโฆษณาทางสื่อวิทยุและโทรทัศน์ที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรหรือคณะกรรมการควบคุมการสื่อสารเอกชน (Private broadcasters) ซึ่งองค์กรหรือคณะกรรมการควบคุมการสื่อสารเอกชน (Private broadcasters) จะเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงในการกำกับดูแลการโฆษณาให้เป็นไปโดยถูกต้องและเหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยการสื่อสาร (the Broadcasting Act 1990) และมีคณะกรรมการอิสระด้านโทรทัศน์ หรือที่เรียกว่า Independent Television Commission (ITC) เป็นผู้ควบคุมดูแลการโฆษณาเผยแพร่ทางสื่อโทรทัศน์ และมีคณะกรรมการอิสระด้านวิทยุ หรือที่เรียกว่า Radio Authority (RA) เป็นผู้ควบคุมดูแลการโฆษณาเผยแพร่ทางสื่อโทรทัศน์

นอกจากนี้ ในระบบการกำกับดูแลโฆษณาของประเทศอังกฤษยังมีเลขาธิการของสำนักงานว่าด้วยการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading) ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมการโฆษณาในธุรกิจต่างๆไปและดำเนินการเพื่อให้เกิดผลบังคับตามกฎหมายต่อผู้โฆษณาที่ปฏิบัติฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้โดยมีหน้าที่รับผิดชอบและอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของข้อกำหนดว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) กล่าวคือ ในทางปฏิบัติเมื่อ CAP หรือ ASA ได้รับข้อร้องเรียนแล้วจะทำการพิจารณาวินิจฉัยว่า โฆษณาใดปฏิบัติฝ่าฝืนบทบัญญัติของ CAP Code หากพิจารณาแล้วเห็นว่า โฆษณานั้นปฏิบัติฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของ CAP Code จริง ก็จะมีคำสั่งให้ระงับการโฆษณาหรือแก้ไขโฆษณาให้ถูกต้องและกำหนดความรับผิดชอบตามสมควร และ CAP หรือ ASA จะแจ้งมติดังกล่าวไปยังองค์กรการสื่อสารที่เกี่ยวข้องกับผู้โฆษณาซึ่งปฏิบัติไม่ถูกต้องตามกฎหมายเกณฑ์นั้น เพื่อให้องค์กรการสื่อสารดังกล่าวระงับการเผยแพร่โฆษณานั้นจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องแล้ว และอีกทางหนึ่ง CAP และ ASA จะได้ตีพิมพ์เผยแพร่รายงานการพิจารณารณณีพิพาทต่างๆที่ผ่านมาเพื่อให้สาธารณชนได้ทราบเกี่ยวกับงานโฆษณาที่ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามข้อกำหนดของ CAP Code สำหรับผู้โฆษณาที่มีพฤติกรรมแข็งกร้าวและปฏิบัติฝ่าฝืนข้อกำหนด CAP Code โดยเสมอ ทาง CAP และ ASA จะประสานงานไปยังองค์กรธุรกิจโฆษณาเพื่อตัดหรือยกเลิกความเป็นสมาชิกของผู้โฆษณาดังกล่าวออกจากองค์กรธุรกิจโฆษณานั้น รวมทั้งมีการดำเนินการทางกฎหมายตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) โดยการเสนอเรื่องราวต่อเลขาธิการ สำนักงานว่าด้วยการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading) เพื่อดำเนินการตามกฎหมายต่อไป⁹⁸

⁹⁸ Ibid., p.713

สำหรับการควบคุมโฆษณาของ ITC และ RA นั้น ข้อกำหนดและบทบัญญัติโดยทั่วไปมีความคล้ายคลึงกับ CAP Code รวมถึงบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบด้วย โดยโฆษณานั้นจะต้องกระทำภายใต้พื้นฐานของความถูกต้อง เหมาะสม ซื่อสัตย์ และเป็นความจริง อย่างไรก็ตาม องค์กรหรือคณะกรรมการควบคุมการสื่อสารเอกชน (Private broadcasters) จะพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องของโฆษณาบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ข้างต้น ในบางกรณี หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับโฆษณาที่ออกอากาศแล้ว และมีการร้องเรียนมายัง ITC และ RA ทาง ITC และ RA จะทำการพิจารณาข้อร้องเรียนตามหลักเกณฑ์พื้นฐานของความถูกต้อง เหมาะสม ซื่อสัตย์ และเป็นความจริง ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) และองค์กรที่เกี่ยวข้องดังกล่าวอาจเรียกให้ผู้โฆษณาแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ยืนยันของกล่าวอ้างในโฆษณาคือเป็นความจริง และถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นโฆษณาที่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่ผู้รับสื่อโฆษณา ก็จะมีคำสั่งให้ระงับการออกอากาศ หรือสั่งให้ทำการแก้ไขปรับปรุงให้ถูกต้อง หากองค์กรผู้ถ่ายทอดกระจายเสียงยังคงยอมให้มีการโฆษณาออกอากาศได้ ผู้มีอำนาจอาจสั่งลงโทษของครสื่อสารดังกล่าวโดยมีคำสั่งปรับหรือเพิกถอนใบอนุญาตขององค์กรดังกล่าว⁹⁹

มาตรการการควบคุมโฆษณาโดยรัฐ

นอกจากมาตรการการกำกับดูแลกันเองของผู้ประกอบการ (Self-regulation) ในประเทศอังกฤษยังมีหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบต่อการควบคุมโฆษณา โดยเป็นการปฏิบัติตามอำนาจภายใต้กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายนี้ได้ยึดถือตามข้อกำหนดของ EU Directive 84/450/EEC ว่าด้วยการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด ที่ได้รับการพิจารณาเห็นชอบจากประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป โดยมีสำนักงานว่าด้วยการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading) เป็นผู้มีอำนาจควบคุมการโฆษณาให้ปฏิบัติเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย

ตามข้อ 4 ของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (The Control of Misleading Advertising Regulations 1988) ได้กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลทั่วไป

⁹⁹ Ibid., p.713

สามารถทำคำร้องเสนอต่อเลขาธิการสำนักงานว่าด้วยการการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading) เพื่อให้เลขาธิการใช้อำนาจพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องของโฆษณาหรือเรียกให้ผู้โฆษณาเปิดเผยเอกสารหรือข้อมูลอื่นๆ หากผู้โฆษณาไม่ปฏิบัติตาม เลขาธิการอาจเสนอคำร้องต่อศาลสูงเพื่อมีคำสั่งให้ผู้โฆษณาเปิดเผยข้อมูล และในกรณีที่เลขาธิการได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการเปรียบเทียบหรือข้อกล่าวอ้างตามการโฆษณาก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้รับสื่อโฆษณา เลขาธิการจะเสนอคำร้องขอต่อศาลสูงเพื่อมีคำสั่งใดๆต่อผู้โฆษณาดังกล่าว หลังจากนั้น ศาลสูง จะทำการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท โดยอาจเรียกให้ผู้โฆษณาแสดงหลักฐานเพื่อยืนยันถึงความถูกต้องของข้อเท็จจริงตามคำร้องขอของเลขาธิการ ทั้งนี้ ในการใช้อำนาจของเลขาธิการจะตั้งอยู่บนความสำนึกต่อผลประโยชน์ในทุกด้านที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะผลประโยชน์ของสาธารณชนและความต้องการที่จะให้มีการส่งเสริมการควบคุมการโฆษณาโดยให้องค์กรตั้งกฎของตนเองขึ้นมา ในทางปฏิบัติอำนาจของเลขาธิการจะถูกนำมาใช้ เพียงเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการควบคุมให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์อันเป็นมาตรการกำกับดูแลกันเองของผู้ประกอบการ สำหรับกรณีที่ไม่สามารถบังคับหรือควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจบางรายได้เพียงพอ

4.8.2.2 หลักเกณฑ์ในอดีตของการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษ

การโฆษณาที่อ้างถึงสินค้าหรือบริการของคู่แข่งโดยอาจจะมีการอ้างอย่างชัดเจนหรือโดยนัยก็ได้ และการกล่าวอ้างนั้นอาจจะเป็นการในเชิงบวกที่มีลักษณะเชื่อมโยงเกี่ยวกับความคล้ายคลึง เช่น การกล่าวอ้างว่าผลิตภัณฑ์โคล่าของ ก. ว่ามีรสชาติเหมือนกับ "โคคา-โคล่า" หรือการกล่าวอ้างในเชิงลบซึ่งเป็นการกล่าวเปรียบเทียบในด้านความแตกต่างระหว่างสินค้าสองยี่ห้อ ซึ่งโฆษณานิตินี้มักจะกล่าวถึงความแตกต่างในด้านคุณภาพ ราคา หรือคุณลักษณะอื่นๆของผลิตภัณฑ์หรือบริการของคู่แข่ง และส่วนใหญ่จะมีลักษณะกล่าวเปรียบเทียบโจมตีคู่แข่งโดยเน้นย้ำว่าสินค้าหรือบริการเหนือกว่าสินค้าหรือบริการของคู่แข่ง จากลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นหลักกฎหมายที่ศาลอังกฤษจะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบคือ กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

1) กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1938)

ในอดีตที่ผ่านมา กรณีพิพาทเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบเกิดขึ้นโดยตลอด ทั้งในแง่ของการฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ตามมาตรา 4 (1) (b) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1938 และการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียน ตามหลักเรื่องการลงขาย หรือการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษเกิดขึ้นมานานร่วมศตวรรษ และแต่เดิมถือว่าเป็นการกระทำที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ดังปรากฏหลักฐานในคดีระหว่าง Irving's Yeastvite Ltd. กับ Horsemail¹⁰⁰ เมื่อปี ค.ศ.1934 โดยคดีนี้โจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลว่า จำเลยกระทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ โดยการใช้เครื่องหมายการค้า "Yeast-Vite" ของโจทก์ เพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบและขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยให้หยุดการใช้วิธีที่ว่า "ยาเม็ดของ Yeast สามารถใช้แทนยา Yeast-Vite" ที่ปรากฏอยู่บนฉลากยาของจำเลย ซึ่งโฆษณาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง และจำเลยพยายามที่จะเชื่อมโยงยี่ห้อของเขากับยี่ห้อของคู่แข่งที่วางขายอยู่แล้วในตลาด ซึ่งศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะดังกล่าว และกรณีนี้ไม่ถือเป็น "การใช้เครื่องหมายการค้า" อันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1905

จากคำตัดสินในคดี ระหว่าง Irving's Yeastvite Ltd. กับ Horsemail นี้ ส่งผลให้มีการยกร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ เป็นกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1938 และมีผลบังคับใช้นับแต่ปี ค.ศ.1938 เป็นต้นมา และได้มีหลายกรณีที่เกิดเป็นข้อพิพาทตามมาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การโฆษณาเปรียบเทียบที่ปรากฏซึ่งชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยได้มีการอ้างบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการฟ้องร้องคดีตามมาตรา 4 (1)(b) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1938)¹⁰¹ ที่ได้กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายแต่เพียงผู้เดียวในการใช้

¹⁰⁰ Belinda Mills, "Comparative Advertising-should it be allowed in the United of Kingdom?", p.185

¹⁰¹ ตัวยกมาตรา 4 (1) (b) กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1938) อ้างใน Jennifer Duxbury, "Compaq V Dell : Does it Compute?", European Intellectual Property Review, Vol.14 (1992) : 61 มีความว่า

"4 (1) Subject to the provisions of this section, and of sections seven and eight of this Act, the registration (whether before or after the commencement of this Act) of a person in Part A of the

เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว และกำหนดให้การใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการอ้างถึงสินค้าหรือคุณลักษณะทางการค้าอย่างเดียวกันกับสินค้าหรือคุณลักษณะของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น ถือเป็น การละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังกรณีของการโฆษณาเปรียบเทียบในอดีตที่ศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ ได้เคยวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบ ถือเป็นละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและเป็น การกระทำที่ไม่เป็นธรรม ในคดีระหว่าง Bismag Ltd. กับ Amblins (Chemists) Ltd.¹⁰² ในคดีนี้ จำเลยได้ใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์เพื่อการเปรียบเทียบ โดยแสดงตารางเปรียบเทียบผลิตภัณฑ์ยาของจำเลยว่ามีคุณภาพเหมือนกับผลิตภัณฑ์ยาอันมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับโดยแพร่หลายของผู้ประกอบการรายอื่น รวมถึงผลิตภัณฑ์ยาของโจทก์ด้วย และแสดงความแตกต่างของราคาว่า ราคาของจำเลยจะมีราคาถูกกว่ายาของผู้ประกอบการรายอื่น โดยการเปรียบเทียบนี้ จำเลยได้มีอ้างเครื่องหมายการค้า “Bisrurated” ของโจทก์ในโฆษณาด้วย ซึ่งศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าการที่จำเลยนำเครื่องหมายการค้า “Bisrurated” ของโจทก์ มาใช้เพื่อแสดงความเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับผลิตภัณฑ์ยาของจำเลยในโฆษณานี้ เป็นการใช้ประโยชน์เพื่อการอ้างอิงทางการค้ากับสินค้าของจำเลย (importing a reference) อันถือเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ตามมาตรา 4 (1)(b) กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย (Trademark Act 1938)

register as proprietor of a trade mark (other than a certification trade mark) in respect of any goods shall, if valid, give or be deemed to have given to that person the exclusive right to the use of the trade mark in relation to those goods and, without prejudice to the generality of the foregoing words, that right shall be deemed to be infringed by any person who, not being the proprietor of the trade mark or a registered user thereof using by way of the permitted use, uses a mark identical with it or so nearly resembling it as to be likely to deceive or cause confusion, in the course of trade, in relation to any goods in respect of which it is registered, and in such manner as to render the use of the mark likely to be taken either-

- (a) as being use as a trade mark; or
- (b) in a case in which the use is use upon the goods or in physical relation thereto or in an advertising circular or other advertisement issued to the public as importing a reference to some person having the right either as proprietor or as registered user to use the trade mark or to goods with such a person as aforesaid is connected in the course of trade.

¹⁰² Ibid., p.61

ทั้งนี้ Sir Wilfred Greene ได้เคยกล่าวไว้ใน “The Master of the Rolls” เกี่ยวกับเจตจำนงของรัฐบาลในการกำหนดบทบัญญัติในมาตรา 4 (1)(b) ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1938) ไว้ว่า รัฐบาลได้กำหนดบทบัญญัติของมาตรา 4 (1)(b) ขึ้นมาเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาหรือการบรรยายให้เห็นจุดเด่น ข้อดีของสินค้าหรือบริการของตนเอง เพื่อแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงหรือที่ได้รับความนิยมไว้วางใจในสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น ในอีกแง่หนึ่ง Sir Wilfred Greene เชื่อว่า รัฐบาลยังมีเจตจำนงที่จะป้องกันมิให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม แสวงหาประโยชน์โดยการใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วของผู้อื่นเพื่อการเข้าสู่ตลาดการค้า ดังเช่น การโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงเพื่ออธิบายคุณภาพสินค้ายี่ห้อของตนเอง และเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสวงหาประโยชน์หรือข้อได้เปรียบทางการแข่งขันที่ “ไม่เป็นธรรม”¹⁰³

นอกจากยังมีกรณีคดีระหว่าง Chanel Limited กับ L’Arome (UK) Limited¹⁰⁴ โดยจำเลยได้ใช้เครื่องหมายการค้าหลายตัวของโจทก์ในคู่มือผลิตภัณฑ์สำหรับผู้จำหน่ายของจำเลย โดยแสดงเครื่องหมายการค้าของโจทก์ในตารางเปรียบเทียบเพื่อวัตถุประสงค์ในการเปรียบเทียบพิสูจน์กลิ่นหอมของผลิตภัณฑ์ของจำเลยว่า มีความหอมเหมือนกันกับ Chanel (โจทก์) และศาลในคดีนี้ ได้วินิจฉัยว่า แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้กระทำการเปรียบเทียบในรูปแบบของการโฆษณาต่อสาธารณชนทั่วไป แต่คงถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในลักษณะที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของโจทก์ ตามมาตรา 4 (1)(b)

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตในคดีระหว่าง Duracell International Ltd. กับ Ever Ready Ltd.¹⁰⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่ Ever Ready กล่าวโฆษณาว่า แบตเตอรี่ (ถ่านก้อน) ของ Ever Ready ใช้ได้ยาวนานกว่าแบตเตอรี่ที่ผลิตโดย Duracell และในโฆษณานี้ได้ใช้ชื่อแทนบริษัทของ Duracell ว่า “Duracell Battery Limited” ซึ่งมีใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของ Duracell และมีภาพแบตเตอรี่เป็นสีขาว-ดำ ที่ผู้โฆษณาต้องการสื่อแทนผลิตภัณฑ์ของ Duracell เพราะจะทำให้ผู้รับ

¹⁰³ Belinda Mills, “Comparative Advertising-should it be allowed in the United of Kingdom?”, p. 185

¹⁰⁴ Ibid., p. 186

¹⁰⁵ Ibid., p. 186

สื่อโฆษณาชวนเชื่อถึงโฆษณาชุดหนึ่งที่ตั้งมากของ Duracell ที่ทำแสงสีในโฆษณาออกไปในแนวที่เน้นความมืด ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า Ever Ready มิได้กระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของ Duracell เพราะ ไม่มีการใช้ชื่อบริษัทหรือเครื่องหมายการค้าของ Duracell และเครื่องหมายการค้าที่ Duracell จดทะเบียนไว้ในคำว่า “Duracell” ก็จำกัดไว้เพียงสีทองแดงและสีดำ และเนื่องจากในโฆษณาของ Ever Ready ใช้ภาพแบตเตอรี่เป็นสีขาว-ดำ จึงไม่ถือว่า Ever Ready ละเมิดเครื่องหมายการค้านี้ การเปลี่ยนแปลงนี้เห็นได้ว่า ศาลประเทศอังกฤษมีมุมมองต่อการโฆษณาเปรียบเทียบทางตรงที่พยายามแยกให้เห็นความแตกต่างของสินค้าในแง่ดี แต่ในขณะเดียวกัน การใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงและความเชื่อถือในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ถือเป็น “การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม”

นอกจาก กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่น ตามมาตรา 4 (1)(b) ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (Trademark Act 1938) การโฆษณาเปรียบเทียบอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ทำโฆษณา จากกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนของผู้อื่น อันเข้าข่ายลบลบผลในความเป็นเจ้าของหรือในแหล่งกำเนิดของสินค้าตามความเข้าใจของผู้รับสื่อโฆษณา เช่น ผู้บริโภคอาจถูกหลอกลวงให้เชื่อว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าของโจทก์ การลวงขายนี้สามารถเกิดขึ้นได้ ถ้าตราสินค้าสองยี่ห้อถูกนำมาเปรียบเทียบและผู้บริโภคถูกปล่อยให้สงสัยว่า สองยี่ห้อนั้นมาจากคนเดียวกันหรือไม่

การลวงขาย คือ การเอาสินค้าของตนไปลวงขายต่อสาธารณชนว่าเป็นสินค้าของผู้อื่นซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น ซึ่งอาจจะเป็นการหลอกลวงให้เชื่อว่าเป็นสินค้าที่ผลิตโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผลิตจากโรงงานของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น อันเป็นการหลอกลวงในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า หลักเรื่องการลวงขายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อกำหนดห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นกับสินค้าของตนหรือเสนอขายสินค้าในลักษณะที่ทำให้ผู้ซื้อลบลบผลในแหล่งกำเนิดหรือที่มาของสินค้านั้น

การลวงขายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันผู้ประกอบการจากการแสดงซึ่งไม่เป็นความจริง ซึ่งทำให้ค่านิยมของผู้ประกอบการได้รับความเสียหาย โจทก์ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่า การแสดงที่ไม่เป็นจริงเกิดจากความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ สาระสำคัญของกรการทำที่ว่าเป็น คือ ความลบลบที่เกิดขึ้น ถ้าโจทก์ไม่สามารถแสดงได้ว่า ลูกค้าของโจทก์ได้ถูกทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือสำคัญผิดว่าสินค้าหรือบริการของจำเลยเป็นของโจทก์ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด

เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างจำเลยกับโจทก์ หลักเรื่องการลงขายนี้ ศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษได้นำมาใช้ประกอบเพื่อการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบบางกรณี โดยนำมาประกอบกับหลักเรื่อง “free-ride” อันเป็นการกระทำที่ผู้โฆษณาแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงหรือการลงทุนของเจ้าของเครื่องหมายการค้า อันเป็นการเอาเปรียบจากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้ในการโฆษณา ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนและเป็นอันตรายอย่างยิ่ง อย่างกรณีคดีระหว่าง McDonald's กับ Burger King ซึ่ง Burger King ได้ทำการโฆษณา วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ภายใต้โลโก้ของตนเองว่า “It Not Just Big, Mac” ซึ่งเป็นการกล่าวกำกวมกับชื่อ บิ๊กแมคเบอร์เกอร์ (Big Mac burger) ของ McDonald's ที่เป็นคู่แข่งทางการค้าของ Burger King McDonald's จึงได้ฟ้องต่อศาล โดยกล่าวหาว่า การโฆษณาดังกล่าวเป็นการลงขายโดยการฉวยเอาประโยชน์จากชื่อเสียงของ บิ๊กแมคเบอร์เกอร์ (Big Mac burger) พร้อมทั้งได้แสดงหลักฐานซึ่ง McDonald's ได้สำรวจความเห็นของผู้บริโภค มีหลายคนที่เข้าใจผิดว่า วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) เป็นเบอร์เกอร์ที่สามารถหาซื้อได้ที่ร้าน McDonald's และยังคงคิดว่า บิ๊กแมคเบอร์เกอร์ (Big Mac burger) สามารถหาซื้อได้ที่ร้าน Burger King และในคดีนี้ ศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษก็ได้มีคำพิพากษาว่า โฆษณาของ Burger King เข้าข่ายเป็นการหลอกลวงประชาชนและทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าอันเป็นการลงขาย เพราะไม่มีความชัดเจนของข้อความในโฆษณาว่า วอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) แตกต่างอย่างไรกับบิ๊กแมคเบอร์เกอร์ (Big Mac burger) และไม่มี ความชัดเจนอีกว่าวอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ดังกล่าวมีขายที่ร้าน Burger King หรือ Mc Donald's แม้ว่า Burger King จะโต้แย้งว่าข้อความในโฆษณาปรากฏชัดเจนว่า Burger King เป็นผู้ผลิตวอปเปอร์เบอร์เกอร์ (Whopper burger) ก็ตาม แต่ศาลถือว่า ผู้บริโภค อาจจะไม่ได้อ่านข้อความที่บอกชื่อของ Burger King ทำายโปสเตอร์ที่มีขนาดตัวอักษรที่เล็ก ในโฆษณา และข้อความส่วนที่เหลือก็ยังไม่มีความชัดเจน¹⁰⁶

แต่ทั้งนี้ มีอีกกรณีหนึ่งซึ่งเป็นโฆษณาของ Parke Davis ซึ่งศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษ วินิจฉัยว่าไม่เป็นการลงขาย คือ คดีระหว่าง Ciba Geigy Plc. กับ Parke Davis & Co. Ltd.¹⁰⁷ โดย Parke Davis ได้วางกลยุทธ์เพื่อหลีกเลี่ยงข้อกล่าวหาเรื่องการลงขายได้อย่างแยบยล โดย

¹⁰⁶ Belinda Mills, “Comparative Advertising – should it be allowed in the United Kingdom?”, p.183.

¹⁰⁷ Jenna D. Beller, “The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World : A Practice Guide for U.S. Lawyers and Their Clients”, pp.928-929

Parke Davis ได้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบทางอ้อมและได้มีการเน้นย้ำถึงคุณภาพที่ทัดเทียมกันของสินค้าและราคาที่ถูกลงกว่าของ Parke Davis โดย Parke Davis ได้นำเครื่องหมายของ Ciba Geigy อันได้แก่ ลูกแอปเปิ้ล ที่ใช้ในผลิตภัณฑ์ยา Voltarol ซึ่งเป็นยาที่ต้องออกใบกำกับยาของ Ciba Geigy มาใช้ประกอบในโฆษณาของ Parke Davis โดยการแสดงรูปลูกแอปเปิ้ลที่มีรอยกัดพร้อมกับมีข้อความบรรยายด้านล่างว่า "Diclomax Retard ให้ทุกสิ่งที่คุณหวังที่จะได้รับจาก diclofenac retard (ชื่อเดิมของตัวยา) ด้วยความแตกต่างอย่างยิ่งยวดนั่นก็คือ "ราคา"

การที่ Parke Davis โฆษณาโดยการเปรียบเทียบทางอ้อมโดยนำตรารูปแอปเปิ้ลอันเป็นเครื่องหมายในผลิตภัณฑ์ยาของ Ciba Geigy เข้ามาเกี่ยวข้องดังกล่าว แม้ว่าจะไม่มีการอ้างถึงสิ่งอันเป็นการเฉพาะเจาะจงอย่างชัดแจ้งในชื่อทางการค้าก็ตาม Ciba Geigy ก็ได้พยายามหาทางฟ้องคดีต่อ Parke Davis แต่ทั้งนี้ เนื่องจากรูปแอปเปิ้ลไม่ใช่เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนของ Ciba Geigy ดังนั้นจึงไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าแต่เพียงผู้เดียวภายใต้หลักการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ แต่อย่างไรก็ตาม Ciba Geigy ก็ได้ตั้งประเด็นฟ้องเรื่องการลงขาย โดยการนำรูปลูกแอปเปิ้ล ซึ่งเป็นเครื่องหมายที่ยังมิได้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไปใช้ประกอบการโฆษณาของ Parke Davis คดีนี้ ศาลสูงของประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยชี้ว่า การโฆษณาของ Parke Davis ดังกล่าว ไม่ได้ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับที่มาของยา ยี่ห้อ Diclomax Retard และ Parke Davis ได้ทำให้เกิดความชัดเจนในโฆษณาว่า ยา ยี่ห้อ Diclomax Retard เป็นผลิตภัณฑ์ของ Parke Davis ไม่ใช่ของ Ciba Geigy และศาลได้สรุปไว้ว่า ไม่มีการกล่าวถึง Ciba Geigy และผลิตภัณฑ์ของ Ciba Geigy ในโฆษณา และไม่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลงผิดอีกด้วย ดังนั้น Parke Davis จึงไม่มีความผิดในลักษณะที่เป็นการลงขายแต่อย่างใด

หากพิจารณาจะเห็นได้ว่า หลักเรื่องการลงขายของประเทศอังกฤษมีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยมาก และการเปรียบเทียบใดๆ เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์โดยมีการอ้างหรือใช้เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนของคู่แข่งในโฆษณา และทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์แต่ละชนิดหรือความเป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์นั้น อาจเป็นการกระทำอันเป็นการลงขายได้ และในปัจจุบัน การโฆษณาที่มีลักษณะเปรียบเทียบโดยอ้อมที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์แต่ละชนิดหรือความเป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ในประเทศอังกฤษนั้น ยังคงเป็นประเด็นในเรื่องของการลงขายและยังมีกรณีที่ต้องการการพิจารณาวินิจฉัยจากศาลต่อไป

2) กฎหมายแพ่ง

ก. การหมิ่นประมาทโดยการกล่าวความเท็จ (Injurious falsehood)

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ การโฆษณาเปรียบเทียบโดยกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จอาจมีความผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ ทั้งนี้ การกล่าวโฆษณาเปรียบเทียบที่ฝ่าฝืนต่อความจริงนี้ ไม่ว่าผู้ทำโฆษณาจะมีเจตนากล่าวร้ายหรือมุ่งทำลายชื่อเสียงโจทก์หรือไม่ และแม้ว่าผู้ทำโฆษณาจะเชื่อโดยสุจริตว่า การเปรียบเทียบนั้นเป็นการนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงก็ตาม ถ้าผู้ทำโฆษณาได้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบโดยกล่าวอ้างข้อมูลเช่นนั้นและทำให้ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบได้รับความเสียหาย ผู้ทำโฆษณาก็ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออันทำให้ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบได้รับความเสียหายนั้น ดังตัวอย่างในคดีระหว่าง Reckitt & Colman Products กับ Winthrop ซึ่งจำเลยได้กล่าวอ้างในโฆษณาว่า “จากการทดสอบทางการแพทย์ ด้วยยาของจำเลยเป็นยาที่มีประสิทธิภาพสูงสุด รวมทั้งมีประสิทธิภาพที่เหนือกว่าด้วยยาของโจทก์” โดยคดีนี้ ศาลวินิจฉัยเห็นว่าจำเลยมีความผิดและมีคำสั่งห้ามจำเลยทำการโฆษณาดังกล่าว โดยให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า จำเลยกระทำไปโดยมีเจตนาไม่สุจริต โดยกล่าวอ้างข้อมูลข้อที่ไม่เป็นความจริงและยังเป็นการกล่าวอ้างเพื่อการใส่ร้ายป้ายสีผู้อื่นอย่างเห็นได้ชัด

อย่างไรก็ตาม แม้การโฆษณาใดจะได้นำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริง แต่ได้กระทำไปโดยมีเจตนาไม่สุจริตหรือไม่เหมาะสมและมุ่งหวังที่จะก่อให้เกิดอันตราย ดูถูกเหยียดหยามสินค้าหรือบริการหรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โฆษณาเช่นนั้นก็ไม่สามารถกระทำได้เช่นกัน กระนั้นก็ตาม การพิสูจน์ความไม่สุจริตของผู้กล่าวโฆษณากระทำได้ยาก เนื่องจาก ยากที่จะชี้ชัดถึงความแตกต่างระหว่างการพูดให้ร้ายผู้อื่นหรือสินค้าของผู้อื่นอันเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต กับ การกล่าวชวนเชื่อหรือยกย่องสินค้าหรือบริการของตนเองอันเป็นสิทธิทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ดังเช่นในคดีระหว่าง White กับ Mellin จำเลยเป็นผู้ค้าปลีกรายหนึ่งและได้นำผลิตภัณฑ์ห่อผลิตภัณฑ์ของคุณ้ำไวบีนโฆษณาและแสดงข้อความกำกับไว้ว่า ผลิตภัณฑ์ของจำเลยเป็นผลิตภัณฑ์ที่ “ถูกหลักโภชนาการและมีประโยชน์ต่อร่างกายมากกว่าของผู้อื่น” กรณีนี้ ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า โฆษณาดังกล่าวเป็นแค่เพียงการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ของจำเลยเท่านั้น

อีกกรณีหนึ่งที่เป็นบรรทัดฐานของคำพิพากษาของประเทศอังกฤษ คือ คำพิพากษาของผู้พิพากษา วอลตัน (Walton Judge) ในคดีระหว่าง De Deers Abrasive Products กับ International Co. of New York ซึ่งจำเลยได้ทำการโฆษณาแสดงการเปรียบเทียบผลการทดสอบ

ทางเคมี โดยบ่งชี้ว่าผลิตภัณฑ์ของจำเลยดีเท่ากับหรือดีกว่าโจทก์ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า การโฆษณาดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดโดยการกล่าวดูถูก เหยียดหยามผู้อื่น¹⁰⁸

ข. การใส่ความทำลายชื่อเสียงหรือใส่ร้ายป้ายสีผู้อื่น (Defamation)

การโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะวิพากษ์วิจารณ์สินค้าหรือบริการของคู่แข่งอาจถือเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตหรือทำให้เสียหายแก่สิทธิของผู้อื่น และเป็นความผิดในลักษณะของการกล่าวใส่ความทำลายชื่อเสียงหรือใส่ร้ายป้ายสีผู้อื่น (Defamation) ได้ ดังเช่น คดีระหว่าง Cosgrove Studio กับ Paine ซึ่งโจทก์ได้ทำการโฆษณาส่งเสริมการขายว่า ถ้าผู้ใดนำฟิล์มมาล้างที่สตูดิโอของโจทก์ โจทก์จะแถมฟิล์มให้ฟรีหนึ่งม้วน จำเลยได้นำประเด็นดังกล่าวไปโฆษณาโดยไม่ได้เอ่ยถึงชื่อของโจทก์ แต่กล่าวโฆษณาว่า การกระทำลักษณะดังกล่าวเป็นการหลอกลวงและไม่ซื่อสัตย์ต่อผู้บริโภค ศาลได้วินิจฉัยว่า การโฆษณาของจำเลยเข้าข่ายเป็นการกระทำเพื่อใส่ร้ายป้ายสีผู้อื่น และเป็นการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ข้อมูลอันเป็นเท็จ ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์ว่า จำเลยมีเจตนาใส่ร้ายโจทก์หรือไม่ ดังนั้นจำเลยต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการโฆษณาดังกล่าวของจำเลย

อย่างไรก็ตาม ได้มีผู้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีนี้ไว้ว่าหากจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่า การโฆษณาของจำเลยเป็นการนำเสนอข้อมูลอันเป็นความจริง กล่าวคือ โจทก์ไม่ได้มีการแจกฟิล์มใหม่แก่ผู้นำฟิล์มมาล้างจริง จำเลยก็อาจจะไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีเช่นกัน

3) กฎหมายอาญา

สำหรับการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือการโฆษณาที่เป็นเท็จ อาจทำให้ผู้ทำโฆษณาต้องรับโทษทางอาญา ในประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติบทลงโทษแก่ผู้กระทำไว้ในมาตรา 1 และ มาตรา 14 กฎหมายว่าด้วยการบรรยายทางการค้า (the Trade Descriptions Act 1968) โดยได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดแสดงข้อความหรือการบรรยายทางการค้าที่เป็นเท็จและกล่าวอ้างข้อมูลซึ่งไม่เป็นความจริง ทั้งนี้รวมถึงข้อมูลอันเกี่ยวกับการบริการด้วย และในมาตรา 20 ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (the Consumer Protection Act 1987) ก็ได้กำหนดห้ามมิให้กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับราคาของสินค้าหรือบริการ หรือการทำให้สินค้า

¹⁰⁸ Darren Fitzgerald, "Comparative Advertising in the United Kingdom", p.711-712

หรือบริการของผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียง ซึ่งมีบทบัญญัติดังกล่าวเป็นข้อกำหนดของกฎหมายที่คล้ายกับบทบัญญัติในมาตรา 15 ของกฎหมายว่าด้วยการลักขโมย (the Theft Act) ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกฉบับหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่มีโทษอาญาดังกล่าวข้างต้น มีผลกระทบต่อการใช้โฆษณาเปรียบเทียบน้อยมาก ซึ่งหากการโฆษณาเปรียบเทียบได้มีกระทำไปโดยการนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและสามารถพิสูจน์ยืนยันให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าโฆษณานั้นได้ทำไปโดยถูกต้องตามกฎหมายและเหมาะสมตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏแล้ว ประเด็นการพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาต่อผู้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกับประเด็นกฎหมายแพ่งดังกล่าวข้างต้น¹⁰⁹

โดยสรุป ประเด็นปัญหาของการโฆษณาเปรียบเทียบที่เกิดขึ้นในอดีตของประเทศไทยคือ ประเด็นปัญหาตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ค.ศ. 1938 (Trademark Act 1938) ในมาตรา 4 (1)(b) อันเป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว และผู้อื่นจะนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ไม่ได้ และกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนของผู้อื่นในลักษณะที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์แต่ละชนิดหรือความเป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์นั้น ตามหลักเรื่องการลวงขาย ดังได้กล่าวมาข้างต้น

4.8.2.3 หลักเกณฑ์ในปัจจุบันของการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทย

ในปัจจุบัน การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทยกลับกลายเป็นที่ยอมรับและนิยมกระทำอย่างแพร่หลาย และจากการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย (Trademark Act 1994) ด้วยเหตุเพื่อการแก้ไขข้อกำหนดของกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อตกลงว่าด้วยกฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (Directive 89/104/EEC) ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวได้ส่งผลให้เกิดการผ่อนคลายเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบด้วยอีกทางหนึ่ง

¹⁰⁹ Ibid., p.712

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ ค.ศ.1994 (Trademark Act 1994) ยังคงกำหนดห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นในการโฆษณา แต่ตามมาตรา 10(6) ซึ่งเป็นบทแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 4 (1)(b) แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1938 ได้กำหนดข้อยกเว้นให้สิทธิแก่ผู้ซึ่งไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นได้ ถ้าการใช้นั้นได้กระทำตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ดังมีความว่า

“มาตรา 10(6) นอกจากมาตรานี้จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้ผู้ใดใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว โดยวัตถุประสงค์เพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการนั้นเป็นสินค้าหรือบริการของผู้ซึ่งจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้น

การใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะใดๆ นอกเหนือไปจากการใช้ตามหลักปฏิบัติอันที่ข้อสันติ์ทางด้านอุตสาหกรรมหรือด้านพาณิชย์กรรม ถือเป็นกรละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว หากเป็นการใช้โดยปราศจากสาเหตุที่เหมาะสมเพื่อแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าอันกีดหรือการใช้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณลักษณะเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น”¹¹⁰

โดยจากบทบัญญัติของมาตรา 10(6) จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ซึ่งไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายจดทะเบียนสามารถใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น (คู่แข่งทางการค้า) เพื่อการบรรยายสินค้าหรือบริการของตนเองได้ถ้า

1. การใช้นั้นได้กระทำโดยข้อสันติ์ตามหลักปฏิบัติทางด้านอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม และ
2. การใช้นั้นไม่ได้เป็นการแสวงหาประโยชน์โดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณลักษณะเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า

แม้ว่ามาตรานี้จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งถึงการโฆษณาเปรียบเทียบ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ถูกนำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีอันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีการใช้หรือแสดงเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในการเปรียบเทียบ เช่น ในคดีระหว่าง Barclays Bank กับ RBS Advanta โจทก์ได้ยื่นฟ้องต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งระงับการโฆษณาของจำเลย โดยอ้างว่า จำเลยได้ทำการโฆษณาบัตรเครดิตใหม่ของจำเลย โดยใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นรวมถึงเครื่องหมาย

¹¹⁰ Peter Carey, “Comparative Advertising – European Harmonisation”, *Entertainment Law Review*, Volume 11 Issue 2 (February 2000) : 22.

การค้า “Barclaycard” ของโจทก์ ในตารางเปรียบเทียบเพื่อแสดงว่าการให้บริการบัตรเครดิตของจำเลยดีกว่าบัตรเครดิตของผู้อื่นถึง 15 ประการ รวมถึงโฆษณาเปรียบเทียบอัตราค่าธรรมเนียมรายปีว่า ค่าธรรมเนียมบัตรเครดิตของจำเลยถูกกว่าของโจทก์และผู้อื่น ซึ่งการกระทำดังกล่าวของจำเลยถือเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (Unfair advantage) อันขัดต่อมาตรา 10(6) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1994 (Trademark Act 1994)

คดีนี้ ผู้พิพากษา Laddie (Laddie Judge) แห่งศาลสูงของประเทศอังกฤษ ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่ถือเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ และการโฆษณาเปรียบเทียบสามารถกระทำได้อีกทั้ง การใช้เครื่องหมายการค้าของคู่แข่งทางการค้า ถ้าได้กระทำด้วยความซื่อสัตย์ และไม่ก่อให้เกิดสาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดในคุณลักษณะหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าสินค้าหรือบริการของจำเลยเป็นสินค้าหรือบริการของโจทก์ การโฆษณาเปรียบเทียบย่อมสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

โดย ผู้พิพากษา Laddie (Laddie Judge) ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 10(6) ไว้ 4 ประการดังนี้

1. หน้าที่ในพิสูจน์ความผิดเพื่อแสดงว่า การกระทำใดขัดต่อมาตรา 10(6) หรือไม่ เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์หาความจริงให้ได้
2. การพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 10(6) หากผู้รับสื่อโฆษณา (สาธารณชน) เชื่อว่าผู้โฆษณามีเจตนาสุจริตและเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยซื่อสัตย์ การกระทำดังกล่าวก็ไม่เป็นการละเมิด
3. การใช้นั้นอันเป็นความผิดต่อมาตรา 10(6) ต้องเป็นการกระทำโดยไม่ซื่อสัตย์ทางด้านอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม
4. การใช้นั้นอันเป็นความผิดต่อมาตรา 10(6) ต้องเอื้อประโยชน์แก่จำเลยหรือก่อให้เกิดความเสียหายเกินกว่าปกติธรรมดาต่อคุณลักษณะเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า

111

และคดีระหว่าง Vodafone Group Plc กับ Orange Personal Communications Services Ltd. โดยจำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์ได้โฆษณาเปรียบเทียบค่าบริการว่า

¹¹¹ Ilana Saltzman and Anne-Marie Allgrove, “United Kingdom Law on Comparative Advertising Following the “Orange” Case”, *Entertainment Law Review*, Volume 1 (1997) : 12.

ค่าบริการของจ่าเลยถูกกว่าค่าบริการ Vodafone และ Cellnet ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์ที่เหลืออีกสองรายในประเทศอังกฤษ โดยมีสโลแกนในโฆษณาว่า “On average, Orange users save £20 every month” โจทก์จึงได้เสนอฟ้องต่อศาลว่าจ่าเลยใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 10(6) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 (Trademark Act 1994)

ผู้พิพากษา Jacob (Jacob Judge) ได้ยืนยันตามคำพิพากษาของผู้พิพากษา Laddie (Laddie Judge) ว่า โจทก์มีหน้าที่นำสืบเพื่อแสดงว่า การใช้เครื่องหมายการค้าของจ่าเลยเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 10(6) และต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจ่าเลยกระทำโดยไม่ซื่อสัตย์ รวมทั้งจะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่า การเปรียบเทียบนั้นก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้รับสื่อโฆษณา (สาธารณชน.) โดยคดีนี้ ผู้พิพากษา Jacob (Jacob Judge) ได้วินิจฉัยชี้ว่า สโลแกนในโฆษณาของจ่าเลยไม่ได้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้รับสื่อโฆษณา (สาธารณชน.) เกิดความสับสนหลงผิดแต่อย่างใด ดังนั้น การกระทำของจ่าเลยจึงไม่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ตามมาตรา 10(6) ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 (Trademark Act 1994)¹¹²

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายและคำพิพากษาของศาลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการโฆษณาเปรียบเทียบได้เปลี่ยนไป และผ่องผันให้ผู้ซึ่งไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนสามารถใช้หรืออ้างเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้อื่นเพื่อการเปรียบเทียบได้ หากการใช้เช่นนั้นไม่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับคุณลักษณะหรือความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือบริการนั้น

นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ดังนั้น ข้อกำหนดของ Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป จึงสามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบได้ โดย Directive 97/55/EC ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบไว้ใน ข้อ 3a วรรคแรกของ Directive 97/55/EC ดังปรากฏมีคำว่า

“ข้อ 3a การโฆษณาเปรียบเทียบจะได้รับอนุญาตให้กระทำได้ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้
(a) ไม่เป็นการทำให้เกิดการหลงเข้าใจผิด

¹¹² Ibid., p.12

(b) เป็นการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันหรือที่มุ่งใช้ตามวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน

(c) การเปรียบเทียบเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านวัสดุ ลักษณะที่สำคัญ หรือลักษณะเด่นที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องของสินค้าหรือบริการนั้นได้ ทั้งนี้ รวมถึงการเปรียบเทียบด้านราคา

(d) ไม่ก่อให้เกิดความสับสนในตลาดระหว่างผู้โฆษณาและคู่แข่ง หรือระหว่างเครื่องหมายการค้าของผู้โฆษณา ชื่อทางการค้า เครื่องหมายที่มีลักษณะเด่นอื่นๆ ในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณากับของคู่แข่ง

(e) ไม่ทำให้ผู้บริโภคหมดความเชื่อถือหรือทำให้เสื่อมเสียต่อเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายอันเป็นลักษณะเด่นอื่นๆ เกี่ยวกับสินค้า บริการ กิจกรรม หรือสภาพของคู่แข่ง

(f) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่มีการระบุถึงแหล่งกำเนิดหรือที่มา จะต้องสัมพันธ์กับผลิตภัณฑ์ที่มาจากแหล่งเดียวกันในแต่ละกรณี

(g) ไม่เป็นการถือเอาประโยชน์จากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายที่มีลักษณะโดดเด่นของคู่แข่ง หรือการถือเอาประโยชน์โดยการระบุแหล่งที่มาของสินค้าที่แข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม และ

(h) มิได้มีการแสดงสินค้าหรือบริการในลักษณะเป็นการเลียนแบบหรือจำลองผลงานดั้งเดิมของผู้ผลิตสินค้าหรือบริการที่ได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า"¹¹³

ทั้งนี้ ข้อกำหนดของ Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป ประเทศอังกฤษได้นำมาเป็นแม่บทในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของตน และได้นำมาบัญญัติไว้มีข้อความตรงกันเป็น ข้อ 4a ของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988)¹¹⁴ โดยข้อกำหนดนี้ได้กลายเป็นสิ่งที่ยึดถือเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

¹¹³ Paul Spink and Ross Petty, "Comparative Advertising in the European Union", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 48 Part 4 (October 1998) : 858

¹¹⁴ Peter Carey, "Comparative Advertising – European Harmonisation", p.23

จากข้อกำหนดของกฎหมายดังกล่าว จึงสรุปได้ว่า ปัจจุบันการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นที่ยอมรับให้สามารถกระทำได้ในประเทศอังกฤษ โดยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนตามข้อกำหนดของ Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป ซึ่งเป็นข้อกำหนดอันเป็นหลักสำคัญต่อการพิจารณาความผิดของการโฆษณาเปรียบเทียบ และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) ประกอบกับข้อกำหนดใหม่ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1994 (Trademark Act 1994) ซึ่งเป็นข้อกำหนดสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีการใช้หรือกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณา โดยมีความสรุปอันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบว่า การโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยความซื่อสัตย์และเหมาะสม และจะต้องมีจิตสำนึกต่อประโยชน์ที่ผู้บริโภคจะได้รับ อีกทั้งต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

4.8.3 หลักเกณฑ์และการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมัน

4.8.3.1 หลักเกณฑ์ในอดีตของการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมัน

ในอดีตที่ผ่านมา ตัวแทนโฆษณาและผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเยอรมันพยายามผลักดันให้การโฆษณาเปรียบเทียบสามารถทำได้ และได้มีการแสดงความไม่เห็นด้วยเกี่ยวกับการห้ามมิให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมัน (Gesetz gegen den unlauteren wettbewerb หรือที่เรียกโดยย่อว่า UWG)¹¹⁵ โดยศาลเยอรมันได้นำบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 1 ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และมาตรา 3 ว่าด้วยการโฆษณาหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Misleading

¹¹⁵ ในประเทศเยอรมัน กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นอย่างมาก ในส่วนกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลับไม่ได้นำมาบังคับใช้กับการโฆษณาเปรียบเทียบเหมือนอย่างในประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ แม้ว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะมีการกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในงานโฆษณา ศาลก็จะพิจารณาเพียงว่า ผู้โฆษณามีเจตนาเลียน ปลอมหรือใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเหมือนอย่างเป็นเครื่องหมายการค้าของตนเองหรือไม่ อันเป็นหลักทั่วไปตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าในการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยที่ไม่เป็นธรรม

advertising) ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม (UWG)¹¹⁶ มาปรับใช้กับกรณีการโฆษณาเปรียบเทียบ และตามคำพิพากษาของศาลอันเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีมากจนยากแก่การจัดทำโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมัน

ทั้งนี้ โดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งมีการกล่าวอ้างถึงสินค้าหรือบริการของคู่แข่งกับสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาเพื่อให้เห็นอย่างชัดเจนและตรงประเด็น ศาลจึงได้วางหลักกฎหมายเพื่อเป็นรากฐานตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของสาธารณรัฐ Weimar และหมายเหตุทางกฎหมายอื่น โดยหลักกฎหมายนี้ได้ยึดถือพิจารณาตามคำนิยามของ “การแข่งขันที่เป็นธรรม” ตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันไม่เป็นธรรมและโดยพิจารณาจากการปฏิบัติดำเนินงานเป็นหลักอ้างอิง ตามคำนิยามดังกล่าวและแนวคำพิพากษาของศาลได้วางหลักไว้ว่า การโฆษณานั้นจะถือเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม หากผู้โฆษณาอ้างพาดพิงถึงคู่แข่งทางการค้าโดยการกล่าววิพากษ์วิจารณ์หรือโดยอ้างถึงคุณลักษณะสินค้าของคู่แข่งหรือโดยการใส่คู่แข่งในการแนะนำตัวสินค้าของตนเองเพื่อบรรลุผลสำเร็จตามการโฆษณาและโฆษณาที่มีการกล่าวอ้างถึงคู่แข่งไม่ว่าจะในแง่บวกหรือแง่ลบ ก็ถือว่าเป็นการทำลายเจตนาบริสุทธิ์และกระทบต่อสิทธิโดยชอบธรรมของผู้อื่น และการกล่าวเปรียบเทียบกับคู่แข่งแม้ว่า โฆษณาเปรียบเทียบนั้นจะไม่ได้อ้างชื่อของผู้อื่นหรือเป็นการอ้างถึงคู่แข่งโดยอ้อม แต่สาธารณชนสามารถวิเคราะห์และเข้าใจได้จากเนื้อหาและข้อความของโฆษณาหรือจากความรู้เฉพาะทางจากโฆษณาเปรียบเทียบนั้นว่ากำลังกล่าวอ้างถึงผู้ใด โฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมและจะถูกห้ามกระทำเช่นกัน¹¹⁷

จากหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันในอดีตเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ สามารถแบ่งกลุ่มของการพิจารณาตามรูปแบบของการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีการอ้างถึงคู่แข่งหรือสินค้าของคู่แข่งอย่างเป็นรูปธรรมนั้น สามารถแบ่งแยกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

- 1) การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างถึงลักษณะเฉพาะตัวของคู่แข่ง
- 2) การโฆษณาเปรียบเทียบที่อาศัยความมีชื่อเสียงของคู่แข่ง

¹¹⁶ Brunhilde Steckler and Frank Bachmann, “Comparative Advertising in German with Regard to European Community Law”, *European Intellectual Property Review*, Volume 19 (1997) : 581

¹¹⁷ Ulf Doepner and Frank-Erich Hufnagel, “German Courts Implement the EU Directive 97/55/EC – A Fundamental Shift in the Law on Comparative Advertising?”, *The Trademark Report*, No. 6 (November-December 1998) : 538-539

- 3) การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่ง
- 4) การโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะเป็นนามธรรม
 - 1) การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างถึงลักษณะเฉพาะตัวของคู่แข่ง

การโฆษณาโดยการอ้างถึงลักษณะเฉพาะ หมายความว่า การอ้างใดถึงลักษณะอันเป็นการเฉพาะ ความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงถึงคู่แข่ง และสถานภาพของคู่แข่ง ยกตัวอย่างเช่น การกล่าวอ้างถึงความผิดที่คู่แข่งเคยได้รับหรือถูกลงโทษ วิธีการดำเนินธุรกิจที่ผิดศีลธรรม การขาดความรู้ ความชำนาญของคู่แข่ง การถูกกล่าวหาฟ้องร้องคดี ความเป็นคนต่างด้าว ความสัมพันธ์ของคู่แข่งกับกลุ่มอิทธิพลหรือพรรคการเมือง หรือการกล่าวอ้างถึงความเสียหายของคู่แข่งต่อการล้มละลายทางธุรกิจ เนื่องจากการโฆษณาประเภทนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความพยายามที่จะสร้างความเชื่อถือต่อสาธารณชนบนพื้นฐานของความมีอคติและลำเอียง โดยทั่วไปตามหลักกฎหมายและจากแนวคำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานของศาลถือเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริงก็ตาม อย่างไรก็ตาม การโฆษณาเปรียบเทียบประเภทนี้สามารถกระทำได้หากโฆษณานี้ก่อให้เกิดประโยชน์หรือแสดงให้เกิดส่วนได้เสียที่ถูกต้องเหมาะสมต่อสาธารณชน เช่น การเปิดเผยข้อมูลตามข้อเรียกร้องของสังคม หรือการตอบโต้การโฆษณาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น¹¹⁸

2) การโฆษณาเปรียบเทียบที่อาศัยความมีชื่อเสียงของคู่แข่ง

การโฆษณาเปรียบเทียบที่ดำเนินการทางการค้าบนพื้นฐานของความมีชื่อเสียงของผู้อื่น (คู่แข่ง) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงบวก (Positive Comparative Advertising) เป็นการกล่าวอ้างถึงคุณลักษณะเพื่อเปรียบเทียบกับสินค้าของคู่แข่งในด้านบวก อาทิเช่น การโฆษณาว่า "ดีเหมือนกับ" "ใช้แทนกันได้กับ" เพื่อสื่อความหมายให้ผู้บริโภคหรือผู้รับสื่อโฆษณา ทราบว่า สินค้าของผู้โฆษณามีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่เหมือนกันหรือเท่ากับสินค้าของคู่แข่งซึ่งมีชื่อเสียงในตลาดการค้า ตามหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลเยอรมัน ได้วางหลักไว้ว่า การปฏิบัตินี้จะก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์อันไม่เป็นธรรมจากความมีชื่อเสียงของผู้อื่นหรือเป็นการพยายามเพื่อวัตถุประสงค์ทางการตลาดของผู้โฆษณาอันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็น

¹¹⁸ Ibid., pp.540-541

ธรรม ทั้งนี้ แม้ว่าการเปรียบเทียบในโฆษณาจะได้พิจารณาและพิสูจน์แล้วว่าเป็นความจริงโดยปราศจากความอคติลำเอียงก็ตาม¹¹⁹

3) การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่ง

การโฆษณาโดยการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่ง หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงลบ (Negative Comparative Advertising) โดยผู้โฆษณาจะกล่าวอ้างคุณภาพหรือคุณสมบัติในสินค้าหรือบริการของตนว่า ดีกว่า เด่นกว่า สินค้าหรือบริการของคู่แข่ง และจะพบเสมอว่า การโฆษณาเช่นนี้มีแนวโน้มที่จะบรรยายข้อดีและข้อเสียของสินค้าที่แข่งขันกันเพียงฝ่ายเดียว และข้อมูลตามโฆษณาก็ไม่ได้สมบูรณ์ เนื่องจากผู้โฆษณามักจะมุ่งโฆษณาในคุณสมบัติหรือด้านดีของตนเอง ทั้งนี้ จากหลักกฎหมายตามคำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานของศาลเยอรมัน โฆษณาประเภทนี้ห้ามกระทำโดยถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมถึงแม้คำแถลงหรือข้อมูลในโฆษณาจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริงก็ตาม และการโฆษณาดังกล่าวถูกคัดค้านอย่างมาก โดยจากคำตัดสินของศาล ศาลถือว่าผู้โฆษณากำลังทำตัวเป็นผู้ตัดสินในเรื่องที่ตนเองสร้างขึ้น ไม่มีความยุติธรรม และเต็มไปด้วยความอคติลำเอียง นอกจากนี้ โฆษณาประเภทนี้ยังอาจก่อให้เกิดผลเสียในลักษณะของการก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้บริโภค เพราะโดยปกติ ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบจะลุกขึ้นมาโฆษณาโต้ตอบกลับ ซึ่งอาจจะทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนในข้อมูลที่ได้รับ ไม่นับว่าสิ่งใดถูกและสิ่งใดผิด และศาลเยอรมันมองว่าคู่แข่งทางการค้าทั้งหมดควรจะได้รับคามคุ้มครองจากการตกเป็นเครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์ในความล้มเหลวของผู้โฆษณาเพียงฝ่ายเดียว¹²⁰

4) การโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract forms of Comparative Advertising)

ในขณะที่การกล่าวอ้างถึงคู่แข่งที่เป็นรูปธรรมอย่างรูปแบบการโฆษณาเปรียบเทียบทั้งสามประเภทที่กล่าวมา ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบอย่างชัดเจนได้ทำให้เกิดข้อพิพาทและเป็นปัญหาในการโฆษณาเปรียบเทียบอย่างมากว่าเป็นการก่อให้เกิดการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่โฆษณาเปรียบเทียบที่มีรูปแบบของโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะเป็นนามธรรม เช่น การเปรียบเทียบโดยทั่วไปเกี่ยวกับระบบ ผลิตภัณฑ์ หรือรูปแบบการดำเนินงาน โดยหลักการแล้วสามารถกระทำได้

¹¹⁹ Ibid., p.541

¹²⁰ Ibid., p.541

ในประเทศเยอรมัน ทั้งนี้รูปแบบของการโฆษณาสินค้าประเภทนี้รวมถึงการเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียของรูปแบบทางการตลาดที่แตกต่างกัน (ผู้เชี่ยวชาญ – พ่อค้าทั่วไป) ระบบการผลิต (ด้วยมือ – เครื่องจักร) วิธีการรักษาโรค (ยา- การรักษาด้วยจิตใจ) ประเภทของผลิตภัณฑ์ (เครื่องยนต์ดีเซล – เครื่องยนต์เบนซิน) ประเภทของธุรกิจ (การซื้อขาย – การเช่า) หรือ คุณลักษณะของสินค้า (ไม้ – พลาสติก) และในหลักการแล้ว การเปรียบเทียบในเรื่องทั่วไปนี้สามารถกระทำได้ในธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการผูกขาด และธุรกิจอันเป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่า ผู้โฆษณาเป็นผู้นำในบรรดาผู้ผลิตรายสำคัญ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่มีข้อห้ามสำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีรูปแบบทั่วไปและเป็นนามธรรม แต่โฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะเป็นนามธรรมนี้อาจไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำหรือเผยแพร่ด้วยเหตุว่า โฆษณาดังกล่าวได้กระทำฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ถ้าโฆษณาดังกล่าวทำให้เกิดการหลงผิดหรือเข้าใจผิด ถ่ายทอดเรื่องราวทั้งหมดผิดไปจากความเป็นจริง เนื่องมาจากการบรรยายให้เห็นเพียงด้านเดียว โดยมีได้พิจารณาถึงมุมมองอื่นที่สำคัญ หรือทำให้คู่แข่งหมดความน่าเชื่อถือลง โดยมีการแสดงออกที่ลำเอียงหรือไม่ยุติธรรม¹²¹

การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างถึงลักษณะเฉพาะตัวของคู่แข่ง การโฆษณาเปรียบเทียบที่อาศัยความมีชื่อเสียงของคู่แข่งหรือการโฆษณาเปรียบเทียบโดยการกล่าววิพากษ์วิจารณ์คู่แข่ง จะกระทำไม่ได้ตามแนวบรรทัดฐานของศาลเยอรมันตามหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอันเป็นข้อยกเว้นให้สามารถโฆษณาเปรียบเทียบได้ หากได้กระทำให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. การเปรียบเทียบนั้นได้กระทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการโดยเฉพาะของผู้บริโภค
2. การเปรียบเทียบนั้นมีความจำเป็น เนื่องจากเป็นการเปรียบเทียบเพื่ออธิบายการปรับปรุงทางเทคนิคหรือความแปลกใหม่ของผลิตภัณฑ์
3. การเปรียบเทียบได้กระทำขึ้นเพื่อตอบโต้การโจมตีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของคู่แข่ง
4. การเปรียบเทียบนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางด้านสุขภาพและความปลอดภัยของผู้บริโภค หรือ
5. การเปรียบเทียบได้กระทำขึ้นเพื่อความจำเป็นในการแก้ไขข้อสันนิษฐานที่ผิดของผู้บริโภค

ทั้งนี้ นอกจากผู้โฆษณาจะต้องพิจารณาและปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอันเป็นข้อยกเว้นข้างต้นแล้ว ผู้โฆษณาจะต้องทำโฆษณาให้เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมาย

¹²¹ Ibid., pp.537-538

อื่นๆอีกมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำให้เป็นไปตามข้อกำหนดพื้นฐานของการโฆษณาอันได้แก่

1. โฆษณานั้นจะต้องเป็นความจริง สามารถพิสูจน์ได้ และไม่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิด
2. ข้อความที่ใช้ในโฆษณานั้นจะต้องไม่มีความอคติลำเอียงและไม่ทำให้เกิดความเสื่อมเสียต่อสินค้าหรือบริการของคู่แข่ง และ
3. การกล่าวอ้างถึงคู่แข่งโดยใช้การเปรียบเทียบนั้น ไม่ควรกระทำมากเกินไปกว่าความจำเป็น¹²²

นอกจากนี้ ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้โฆษณาเป็นผู้มีภาระพิสูจน์ว่า การเปรียบเทียบนั้นได้กระทำขึ้นโดยถูกต้องและเหมาะสม โดยภาระการพิสูจน์ดังกล่าวจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ คือ จำเลยต้องแสดงหลักฐานว่า

1. จำเลยมีเหตุผลเพียงพอในการกระทำการเปรียบเทียบนั้น
2. จำเลยได้กระทำตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ศาลได้กำหนดเป็นแนวบรรทัดฐาน ดังกล่าวข้างต้น¹²³

ด้วยข้อกำหนดที่เข้มงวดนี้ ทำให้เกิดอุปสรรคและปัญหาในการทำโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมัน เนื่องจากเป็นการยากที่จะทำการโฆษณาเปรียบเทียบให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ศาลเยอรมันได้วางเป็นแนวบรรทัดฐานนั้น อีกทั้ง ศาลยังมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรมเพื่อการพิจารณาคดีอย่างกว้างขวาง ดังนั้น จึงเป็นปัญหาสำหรับผู้ทำโฆษณาที่จะคาดหมายได้ว่า โฆษณาเปรียบเทียบขึ้นใดจะสามารถกระทำได้จนอาจกล่าวได้ว่า ในอดีตที่ผ่านมาการโฆษณาเปรียบเทียบแทบจะกระทำในประเทศเยอรมัน เป็นเหตุให้รูปแบบของการโฆษณาเชิงเปรียบเทียบได้ถูกลี้มไปจากความคิดของผู้โฆษณา

¹²² ศาลเยอรมันได้หยิบยกข้อกำหนดนี้มาประกอบการพิจารณาเสมอ และบ่อยครั้งที่ศาลไม่อนุญาตให้ทำการกล่าวอ้างถึงชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของคู่แข่งอย่างชัดแจ้งในโฆษณา

¹²³ Ulf Doepner and Frank-Erich Hufnagel, "German Courts Implement the EU Directive 97/55/EC – A Fundamental Shift in the Law on Comparative Advertising?", pp.542-543

4.8.3.2 หลักเกณฑ์ในปัจจุบันของการควบคุมการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมัน

โดยผลของคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2541 และวันที่ 23 เมษายน 2541 ซึ่งได้กลับแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในอดีตอย่างชัดเจน การโฆษณาเปรียบเทียบจึงสามารถกระทำได้นับจากนั้นเป็นต้นมา ทั้งนี้ การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตรงตามข้อกำหนดของ European Directive ที่ EU ได้ตั้งไว้ โดยในคดีพิพาทเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบด้านราคาดีหนึ่ง ศาลได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาไว้ว่า

“ตามที่สภาสูงได้ยึดถือหลักกฎหมายตามคำพิพากษานั้นเป็นบรรทัดฐานและถือเป็นแนวทางการปฏิบัติว่า ในหลักการ การโฆษณาเปรียบเทียบจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่ได้ปฏิบัติโดยถูกต้องตามกฎหมายเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายเกณฑ์และเงื่อนไขอันเป็นข้อยกเว้นดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับการสนับสนุนอีกต่อไป และต่อจากนี้ไป การโฆษณาเปรียบเทียบให้กระทำขึ้นได้ภายใต้หลักการที่ได้ระบุไว้ใน ข้อ 3a วรรค 1 จาก (a) ถึง (h) ของ Directive 97/55/EC”¹²⁴

จากคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมันดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในธุรกิจการโฆษณาของเยอรมันเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาดังกล่าวมิได้มีผลใดๆต่อรูปแบบของการโฆษณาเปรียบเทียบอีก 2 ประเภท คือ

1. การโฆษณาเปรียบเทียบโดยการอ้างถึงลักษณะเฉพาะตัวของคู่แข่ง
2. การโฆษณาเปรียบเทียบที่มีลักษณะเป็นนามธรรม

เนื่องจาก Directive 97/55/EC มิได้ครอบคลุมไปถึงการโฆษณาเปรียบเทียบ 2 ประเภทข้างต้น ดังนั้นการโฆษณาโดยการอ้างถึงลักษณะเฉพาะตัวของคู่แข่งจึงยังคงถูกห้ามกระทำต่อไปในประเทศเยอรมัน แม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งว่าการโฆษณาโดยการอ้างถึงคุณสมบัติเฉพาะตัวอยู่ภายในขอบเขตของ European Directive ก็ตาม เนื่องจาก ศาลตีความโดยเคร่งครัดว่า คำนิยามของคำว่า “การโฆษณาเปรียบเทียบ” (Comparative Advertising) ในข้อ 2 วรรค 2a ของ Directive ดังกล่าว หมายถึง “โฆษณาใดๆที่มีการกล่าวถึงคู่แข่งทางการค้าหรือเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการซึ่ง

¹²⁴ Ibid., p. 543

จัดจำหน่ายโดยคู่แข่งทางการค้าไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย”¹²⁵ จากความหมายของการโฆษณาเปรียบเทียบนี้ ใน Directive กำหนดไว้เพียงการเปรียบเทียบโดยอ้างชื่อคู่แข่งทางการค้าหรือในตัวสินค้าและบริการเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่อนุญาตให้มีการอ้างเปรียบเทียบถึงลักษณะหรือคุณสมบัติเฉพาะตัวที่ไม่ใช่เป็นการกล่าวเปรียบเทียบเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ รวมถึงไม่อนุญาตให้ทำการเปรียบเทียบในลักษณะที่เป็นนามธรรมในโฆษณาเช่นเดียวกัน ตามหลักการเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบที่ถือเอาคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน เพราะตามข้อ 2 วรรค 2a โดยคำนิยามต้องการให้สามารถพิสูจน์ได้ว่าสินค้าหรือบริการที่ถูกกล่าวเปรียบเทียบนั้นเป็นสินค้าหรือบริการของคู่แข่งรายใด การเปรียบเทียบโดยทั่วไปในเรื่องของระบบ ผลิตภัณฑ์ การบริการ รวมทั้งการกล่าวอ้างว่าเป็นการผูกขาด และการกล่าวอ้างเกี่ยวกับสถานะของคนใดคนหนึ่งว่าเป็นผู้ผลิตสินค้าที่อยู่ในอันดับสูงสุด ก็ยังคงได้รับอนุญาตให้กระทำได้โดยจะต้องกระทำให้ตรงกับข้อกำหนดที่ตั้งขึ้นโดยหลักกฎหมายที่ใช้คำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานของประเทศเยอรมัน

สำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบที่อาศัยความมีชื่อเสียงของผู้อื่นหรือการโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงบวกและการโฆษณาเปรียบเทียบโดยการกล่าววิพากษ์วิจารณ์หรือการโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงลบ เป็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเหตุการณ์กลับตาลปัตร โดยการโฆษณาเปรียบเทียบทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวได้รับอนุญาตให้กระทำได้ โดยทั้งนี้ จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องและตรงตามข้อกำหนดของ European Directive ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวไม่ต้องพิจารณาและปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและการแสดงควมมีเหตุผลที่เพียงพอที่เดิมได้กำหนดไว้ตามคำพิพากษาของศาลเยอรมันอีกต่อไป เนื่องจาก บทบัญญัติต่างๆของ Directive เกี่ยวกับข้อจำกัดในเรื่องของการโฆษณาเปรียบเทียบนั้นคล้ายคลึงกับข้อกำหนดที่ศาลเยอรมันได้วางหลักไว้พอสมควร ศาลจึงได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม หลักการที่สำคัญประการหนึ่งไม่ปรากฏว่าเป็นข้อจำกัดใน Directive คือ ข้อกำหนดที่ศาลกำหนดให้การโฆษณาเปรียบเทียบจะสามารถกระทำได้ในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น

นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงหลักการโฆษณาเปรียบเทียบได้ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของประเทศเยอรมันทุกอย่างกลับกลายเป็นตรงกันข้าม ภาระการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์และข้อยกเว้นได้ตกอยู่ที่โจทก์ผู้ฟ้องคดี ที่จะต้องทำให้เห็นว่า กรณีที่ยกขึ้นมากล่าวอ้างเป็นข้อยกเว้นกฎเกณฑ์ที่วางไว้ ถึงแม้ว่าหลักการเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ที่กำหนดไว้ใน Directive อาจจะมีคลุมเครือ

¹²⁵ Ibid., p.544

แต่ก็สามารถสรุปดังกล่าวได้จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐที่เกิดขึ้นใหม่ว่า โจทก์มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่า (1) โฆษณานั้นทำออกมาในลักษณะเป็นการเปรียบเทียบ และการเปรียบเทียบดังกล่าวได้กระทำไปโดยไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Directive และ (2) การโฆษณาดังกล่าวอาจทำให้เกิดการสับสนหลงผิด

สำหรับในทางปฏิบัติ โดยผลของคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน อาจสรุปได้ว่า ผู้ทำโฆษณาในประเทศเยอรมันมีหลักเกณฑ์ใหม่ที่แน่นอนในการพิจารณาตรวจสอบว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะสามารถกระทำได้เพียงใด โดยพิจารณาตามข้อกำหนดของ Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป ทั้งนี้ ข้อกำหนดที่เป็นหัวใจสำคัญในการตรวจสอบ คือ ข้อ 3a วรรคแรก ของ Directive ซึ่งมีความว่า

“ข้อ 3a การโฆษณาเปรียบเทียบจะได้รับอนุญาตให้กระทำได้ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (a) ไม่เป็นการทำให้เกิดการหลงเข้าใจผิด
- (b) เป็นการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันหรือที่มุ่งใช้ตามวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน
- (c) การเปรียบเทียบเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านวัสดุ ลักษณะที่สำคัญ หรือลักษณะเด่นที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องของสินค้าหรือบริการนั้นได้ ทั้งนี้ รวมถึงการเปรียบเทียบด้านราคา
- (d) ไม่ก่อให้เกิดความสับสนในตลาดระหว่างผู้โฆษณาและคู่แข่ง หรือระหว่างเครื่องหมายการค้าของผู้โฆษณา ชื่อทางการค้า เครื่องหมายที่มีลักษณะเด่นอื่นๆ ในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณากับของคู่แข่ง
- (e) ไม่ทำให้ผู้บริโภคหมดความเชื่อถือหรือทำให้เสื่อมเสียต่อเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายอันเป็นลักษณะเด่นอื่นๆเกี่ยวกับสินค้า บริการ กิจกรรม หรือสภาพของคู่แข่ง
- (f) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่มีการระบุถึงแหล่งกำเนิดหรือที่มา จะต้องสัมพันธ์กับผลิตภัณฑ์มาจากแหล่งเดียวกันในแต่ละกรณี
- (g) ไม่เป็นการถือเอาประโยชน์จากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายที่มีลักษณะโดดเด่นของคู่แข่ง หรือการถือเอาประโยชน์โดยการระบุแหล่งที่มาของสินค้าที่แข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม และ

(h) มิได้มีการแสดงสินค้าหรือบริการในลักษณะเป็นการเลียนแบบหรือจำลองผลงานดั้งเดิมของผู้ผลิตสินค้าหรือบริการที่ได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า¹²⁶

Directive นี้มิได้อนุญาตเพียงข้อกล่าวอ้างเปรียบเทียบในแง่บวก เพื่อแสดงความสอดคล้องหรือเหมือนกันของสินค้าหรือบริการสองยี่ห้อเท่านั้น แต่ยังคงอนุญาตให้มีการกล่าวอ้างโฆษณาเปรียบเทียบในแง่ลบที่เป็นการกล่าววิพากษ์วิจารณ์ข้อด้อยของสินค้าหรือบริการของคู่แข่งด้วย และภายใต้กฎหมายเยอรมันไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่า การอ้างใดๆเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของคู่แข่งในแง่ลบเป็นการทำให้เสื่อมเสียภายในความหมายตามข้อ 3a วรรคแรก (e) ของ Directive เนื่องจาก ถ้าการตีความนั้นอย่างเคร่งครัด Directive ก็จะไม่มีการปฏิบัติ

โดยการวางเกณฑ์พื้นฐานของข้อกำหนดในเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบตามบทบัญญัติของ Directive และการปรับเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ให้ไปที่โจทก์ การตัดสินคดีในปัจจุบันของศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐได้ลดหย่อนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบลงอย่างเห็นได้ชัด และยังได้เสนอแนะวิธีการของการโฆษณาเปรียบเทียบให้กับผู้ทำโฆษณา เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่การโฆษณาเปรียบเทียบไม่มีปรากฏให้เห็นในประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบใหม่นี้ได้ถูกนำมาใช้บังคับและเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลเยอรมันต่อมา แต่เนื่องจาก European Directive ยังมีความคลุมเครืออยู่ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเพื่อการพิจารณาปฏิบัติเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ เช่น นิยามของคำว่า “การโฆษณาเปรียบเทียบที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด” หรือการตีความของศัพท์เฉพาะบางคำ เช่น “วัสดุ” “ความตรงประเด็น” “ลักษณะเด่นที่แสดงออกให้เห็นและสามารถตรวจสอบได้” หรือประเด็นที่ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบในแง่ลบอย่างใดที่เป็นการทำให้ความเชื่อถือหรือทำให้เสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของคู่แข่ง และเป็นการยากที่จะคาดการณ์ล่วงหน้าถึงแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลเยอรมันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอยกตัวอย่างซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเร็วๆนี้ ซึ่งจะช่วยให้เกิดความเข้าใจในหลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบของประเทศเยอรมันได้ดียิ่งขึ้น ดังนี้

¹²⁶ Paul Spink and Ross Petty, “Comparative Advertising in the European Union”, p.858.

1) กรณีของการโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงบวก

ตามหลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบของประเทศเยอรมันได้เปิดโอกาสให้สามารถทำการโฆษณาในลักษณะนี้ได้ง่ายขึ้น เช่น กรณีการโฆษณาในปี 2535 ได้มีการโฆษณาเปรียบเทียบของบริษัทยาแห่งหนึ่ง โดยกล่าวอ้างถึงผลิตภัณฑ์ยาของตนเองว่า มีประสิทธิภาพในการรักษาที่มีคุณภาพทัดเทียมกับยาดูอื่นที่ติดตลาดแล้ว โดยการเน้นถึงผลของการศึกษาวิจัยซึ่งจัดทำขึ้นโดยผู้โฆษณา ในขณะที่ศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม โดยให้เหตุผลว่า ไม่มีเหตุผลที่เพียงพอสำหรับการโฆษณาในรูปแบบดังกล่าว แต่ปัจจุบันนี้ตามหลักเกณฑ์ของ Directive ได้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในลักษณะนี้ โดยการโฆษณาเปรียบเทียบนี้ได้รับการอนุญาตให้ทำได้และศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า โฆษณานั้นมีเหตุผลในการจัดทำที่เพียงพอหรือไม่ อีกต่อไป

ในอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์ การโฆษณาเปรียบเทียบกลายเป็นเรื่องธรรมดาไปแล้วสำหรับผู้ผลิตไมโครโปรเซสเซอร์ (microprocessor) และผู้ค้าปลีกในการที่จะแข่งขันกับผู้นำในตลาดอย่าง Intel เพื่อโฆษณาผลิตภัณฑ์ของตนโดยการใช้ "P-rating" ในโฆษณา การใช้การออกแบบผลิตภัณฑ์อย่างเช่น "P150" หรือ "P200+" โดยแสดงให้เห็นถึงรูปแบบการทำงานของไมโครโปรเซสเซอร์ที่มีความคล้ายคลึงหรือเหนือกว่า Pentium microchips ของ Intel และมีการสาธิตให้เห็นโดยอาศัยการสำรวจความเห็นของประชาชนทั่วไปโดยการทำโพลว่า มีผู้บริโภคจำนวนมากพิจารณาเลือกซื้อคอมพิวเตอร์ โดยเอา "P-rating" มาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ Pentium processor ของ Intel ซึ่งในกรณีดังกล่าว ศาลแห่งเมืองมิวนิค (Munich) ได้ออกคำสั่งให้ Intel สามารถคัดค้านการโฆษณาเช่นนั้นได้ ในปัจจุบัน สำหรับกรณีเช่นนี้ยังคงถูกห้ามกระทำภายใต้ Directive ของประชาคมยุโรป เนื่องจาก อาจเข้าใจได้ว่า ผู้โฆษณาได้ถือเอาประโยชน์จากชื่อเสียงของยี่ห้อที่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปอย่าง Intel โดยไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นข้อห้ามตามข้อ 3a วรรคแรก (g) ของ Directive

2) ในส่วนที่เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในเชิงลบ

กรณีการเปรียบเทียบด้านราคา หนึ่งในเดือนก่อนการใช้ Directive แห่งประชาคมยุโรป ศาลอุทธรณ์แห่งแฟรงก์เฟิร์ต (Frankfurt) ได้พิจารณาคดีที่ผู้ผลิตยาได้ประกาศลดราคาลง 18% สำหรับตัวยาใหม่ของบริษัทดังกล่าว และได้เปรียบเทียบราคากับผลิตภัณฑ์ของคู่แข่งทางการค้าของตน โฆษณาดังกล่าวก่อให้เกิดการโต้เถียงกันว่า ประชาชนทั่วไปได้รับประโยชน์จากการที่นายแพทย์ทั้ง

หลายมาบอกเล่าถึงราคาที่แตกต่างกันหรือไม่ เพราะสิ่งนี้ช่วยให้ราคาหรือต้นทุนทางสุขภาพลดต่ำลง ในคดีดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่า การโฆษณาลักษณะดังกล่าวสามารถกระทำได้ ตามหลักเกณฑ์ในปัจจุบันก็ได้กำหนดให้การเปรียบเทียบด้านราคาสามารถกระทำได้ ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องนี้และเป็นการกำหนดขอบเขตที่เปิดกว้างมากขึ้น และศาลอาจอนุญาตให้ผู้โฆษณาใช้ยี่ห้อหรือเครื่องหมายการค้าของคู่แข่งในการโฆษณาเปรียบเทียบได้

หลักจากคำตัดสินใหม่จากศาลสูงแห่งสหพันธรัฐได้ไม่นาน ศาลแห่งเมืองสตูดการ์ต (Stuttgart) ได้นำข้อกำหนดตามข้อ 3a วรรคแรก (b) และ (c) ของ Directive มาปรับใช้ เพื่อการพิจารณาโฆษณาเปรียบเทียบด้านราคาดีหนึ่ง โดยมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ทำการตีพิมพ์เผยแพร่การเปรียบเทียบราคาของสินค้าอุปโภคบริโภคมาตรฐาน 12 อย่าง เช่น ผงซักฟอก ครีมอาบน้ำ ฟิล์มส์ และอื่นๆ และได้กล่าวอ้างถึงหลายยี่ห้อให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนในโฆษณา ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า การโฆษณาดังกล่าวสามารถกระทำได้เพราะเป็นการเปรียบเทียบในลักษณะที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้และไม่มีความอคติลำเอียงใดๆ

นอกเหนือจากการเปรียบเทียบด้านราคา การโฆษณาเปรียบเทียบในด้านอื่นๆ ก็สามารถกระทำได้เช่นกัน ตัวอย่างที่น่าสนใจกรณีหนึ่งคือ โฆษณาของ Mercedes Benz ซึ่งทำโฆษณาออกมา 2 ชิ้นแยกกัน และปรากฏในหน้าหนังสือพิมพ์ยักษ์ใหญ่ในช่วงระยะเวลาเดียวกัน หลังจากคำตัดสินของศาลสูงสหพันธรัฐเพียง 2-3 สัปดาห์ โฆษณาชิ้นแรกเป็นการแสดงถุงลมนิรภัยมีการระบุแสดงปีและยี่ห้อของคู่แข่ง ซึ่งได้มีการแนะนำถุงลมนิรภัยในแต่ละปี โดย Mercedes Benz มุ่งแสดงว่า ตนเป็นผู้ผลิตรถยนต์รายแรกที่ได้แนะนำถุงลมนิรภัย โฆษณาอีกชิ้นหนึ่งที่อยู่ในหน้าถัดไป แสดงเครื่องมือระบบรักษาความปลอดภัยขั้นใหม่ โดยมีข้อความเขียนว่า "ปี 1998 : Mercedes Benz แนะนำเครื่องมือรักษาความปลอดภัยขั้นนี้" ส่วนพื้นที่ที่เหลือได้เว้นไว้ว่างเปล่า โดยไม่ได้เขียนอะไรเลย การอ้างในลักษณะเปรียบเทียบที่ทำอย่างแบบยลนี้ Mercedes Benz ได้มุ่งเน้นย้ำถึงประโยชน์ทางเทคนิคที่มีความเหนือกว่าผู้ผลิตรถยนต์รายอื่นเกี่ยวกับเครื่องมือในระบบรักษาความปลอดภัย หากพิจารณาตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาเดิมของประเทศเยอรมัน การโฆษณาเช่นนั้นอาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม เพราะไม่มีเหตุผลที่เพียงพอสำหรับ Mercedes Benz ที่จะอ้างถึงผู้ผลิตรถยนต์ที่เป็นคู่แข่งรายอื่นๆ แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐ โฆษณาในลักษณะนี้ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ โดยอยู่ภายใต้ขอบเขตของ Directive¹²⁷

¹²⁷ Ibid., pp.548-550

ดังจะเห็นได้ว่า คำตัดสินใหม่ของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมันมีผลต่อทิศทางและเป็น การขยายขอบเขตในอุตสาหกรรมการโฆษณาของประเทศเยอรมัน โดยผ่อนปรนให้สามารถทำการ โฆษณาเปรียบเทียบได้มากขึ้น การโฆษณาเปรียบเทียบคงจะเป็นที่แพร่หลายและมีบทบาทสำคัญ มากขึ้นในประเทศเยอรมันในอนาคต อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการนำเอาหลักเกณฑ์ของ Directive 97/55/EC มาปรับใช้ ซึ่ง Directive นี้ เป็นผลมาจากการประนีประนอมทางการเมืองของประชาคม ยุโรป ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ภายในให้เหมาะสมและสอดคล้องกับ Directive จึงยังไม่มีข้อ ยุติและมีข้อโต้เถียงอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะต้องได้รับการแก้ไขและทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป ในประเทศเยอรมัน