

โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) แข่งขันหรือหลอกลวง?

*สักกพันธุ์ จิตรจง**
*ภัทรพร เย็นบุตร**

บทคัดย่อ

การโฆษณาเปรียบเทียบอันได้แก่การโฆษณาที่นำเสนอข้อมูลให้เห็นว่าสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาเปรียบเทียบดีกว่าสินค้าหรือบริการของผู้อื่น ซึ่งปัจจุบันในประเทศไทยพบว่ายังไม่เป็นที่นิยมมากนัก ทั้งที่ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่งด้วยว่าเป็นเครื่องมือแสดงให้ผู้บริโภครับทราบข้อมูลที่เป็นจริง และสะดวกในการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือบริการที่เหมาะสมกับความต้องการของผู้บริโภค เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในกฎหมายไทย ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๐), พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๓๑, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๓๕, พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายเหล่านี้มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบไว้ หากแต่เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรป พบว่ากฎหมายของประเทศดังกล่าวอนุญาตให้โฆษณาเปรียบเทียบไว้ชัดเจน ในขณะที่ประเทศไทยนอกจากไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแล้ว ยังสร้างขั้นตอนตรวจพิจารณาโฆษณาก่อนถ่ายทำ (Pre Censor) และโฆษณาที่ทำเสร็จแล้วเพื่อเตรียมออกอากาศ (Post Censor) สำหรับโฆษณาบางประเภทอันเป็นอุปสรรคต่อการสร้างสรรค์โฆษณาเปรียบเทียบ

คำสำคัญ: โฆษณาเปรียบเทียบ, ปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม

---

*ผู้พิพากษาประจำสำนักงานศาลยุติธรรม ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี
*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Abstract

The comparative advertising which can refer to someone who aims to advertise his product and service information showing that its product and service are greater than those provided by another manufacturer has not been widely broaden and been more popular in Thailand. However, in the author's view, it might be very useful to provide the comparative advertising because this can significantly support people to make a good decision. Unfortunately, it is found that some related Thai laws have never promoted the comparative advertising such as the Constitution of the Kingdome of Thailand 2550 the Consumer Protection Act 2522, the Food Act 2522, the Medicines Act 2510 (amended 2530), Medical Devices Act 2531, Cosmetics Act 2535, the Dangerous Substances Act 2535, the Civil and Commercial Code and the Criminal Code, the Trademark Act 2534, as amended, and the Competition Act of 2542; meanwhile, the comparative advertising has been effectively promoted in US and EU. In this regard, Thai law is different from other countries because Thailand has established a procedure to check the advertisement before filming known as Pre Censor and advertising done in preparation for broadcast known as Post Censor for certain types of advertisement as a barrier to the creation of comparative advertising.

Keywords: comparative advertising, fair trade practice

บทนำ

ในสังคมปัจจุบันซึ่งเป็นยุคแห่งการสื่อสารไร้พรมแดน และการโฆษณาถือเป็นช่องทางหลักของบรรดาผู้ประกอบการทั้งหลายในการนำเสนอสินค้าหรือบริการไปยังผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็นสื่อทางโทรทัศน์ สื่อสิ่งพิมพ์ รวมถึงสื่อทางอินเตอร์เน็ต ซึ่งนับวันจะมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อผู้ประกอบการมีจำนวนมากขึ้นสินค้าและบริการก็มีออกสู่ท้องตลาดมากขึ้น จึงกลายเป็นภาระของผู้บริโภคที่ต้องตัดสินใจเลือกว่าสินค้าหรือบริการใดที่ดีที่สุดและเหมาะสมกับความต้องการมากที่สุด ลำพังการโฆษณาในรูปแบบเดิมคงไม่สามารถตอบคำถามได้ดีเท่ากับการโฆษณาในรูปแบบการเปรียบเทียบซึ่งเป็นการโฆษณาที่ใช้วิธีการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาว่าแตกต่างหรือมีคุณภาพดีกว่าสินค้าหรือบริการของผู้อื่นโดยอาจเป็นการเปรียบเทียบทางอ้อม คือเปรียบเทียบที่บ่งเป็นนัยถึงสัญลักษณ์ของสินค้าหรือบริการอื่น หรือการเปรียบเทียบโดยตรง โดยระบุหรือแสดง ชื่อตรา เครื่องหมายของสินค้าหรือบริการของคู่แข่งทางการค้าให้เห็นโดยชัดเจน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ยังเป็นประเด็นถกเถียงกันในสังคมว่าสามารถกระทำได้หรือไม่

เมื่อวิเคราะห์ถึงกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาเปรียบเทียบนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๕[๑] ซึ่งได้บัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคลในการโฆษณา การกล่าวหรือเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชน สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนพึงได้รับทราบข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอสำหรับสินค้าและบริการ และเสรีภาพทางการค้า ในการประกอบธุรกิจแข่งขันทางเศรษฐกิจอย่างเสรีและเป็นธรรม ตามหลักแห่งการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยที่หลักการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นรัฐพึงทำหน้าที่คุ้มครองมิให้ถูกแทรกแซงขัดขวางโดยผู้อื่น ซึ่งย่อมหมายรวมถึงการปกป้องสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดความเห็น[๒] จึงสามารถตีความได้ว่าการโฆษณาเปรียบเทียบด้วยเจตนาแสดงข้อมูลที่เป็นความจริง โดยที่ไม่มีเจตนามุ่งทำลายทางทำมาหาได้ของคู่แข่งทางธุรกิจแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว

๒. กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๐), พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๓๑, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๓๕, พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘ โดยกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ห้ามทำการโฆษณาเปรียบเทียบตราบเท่าที่การเปรียบเทียบนั้นได้กระทำโดยถูกต้องและนำเสนอข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าเป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินจริง โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยข้อความโฆษณาว่า ข้อความที่โฆษณาต้องสามารถพิสูจน์หรือแสดงหลักฐานยืนยันข้อเท็จจริงของโฆษณาได้ว่าถูกต้องเป็นจริง

แต่ทั้งนี้มีปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งกับการโฆษณาที่ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบก่อนการทำโฆษณา(Pre censor) เช่น โฆษณาอาหาร ยา และเครื่องมือแพทย์ ได้วางหลักเกณฑ์ภายในไว้เป็นเกณฑ์ในการตรวจพิจารณา เช่น การพิสูจน์ข้อความจริงตามการโฆษณา รูปลักษณะของสื่อ และคำหรือภาษาที่ใช้ในการโฆษณา และห้ามใช้ถ้อยคำบางคำในสื่อโฆษณา รวมถึงการห้ามโฆษณาในเชิงพาดพิง เปรียบเทียบ ทับถมผลิตภัณฑ์อื่น ซึ่งในทางปฏิบัติย่อมเป็นการยากต่อการพิสูจน์ข้อความจริงและเป็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนของการใช้และการตีความหลักเกณฑ์

---

[๑] มาตรา ๔๕ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นการพูดการเขียน การพิมพ์การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

[๒] บรรเจิด สิงคเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๒) ๕๘.

อันเป็นมาตรฐานหรือบรรทัดฐานอีกทั้งยังสร้างภาระที่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบราชการให้แก่วงการโฆษณามากขึ้นด้วย ในขณะที่การใช้โฆษณาเปรียบเทียบเป็นเครื่องมือในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เป็นจริงให้กับประชาชน โดยอาศัยผลกำไรที่เอกชนจะได้รับจากส่วนแบ่งการตลาดเป็นกลจักรล่อให้เอกชนแข่งขันพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการย่อมช่วยลดภาระของภาครัฐในการตรวจสอบข้อมูลโฆษณาได้

๓. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญามีมาตราที่เกี่ยวข้องได้แก่

๓.๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔๒๐[๓] และมาตรา ๔๒๑[๔] ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงการจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำโดยผิดกฎหมาย รวมถึงใช้สิทธิของตนเองทำให้บุคคลอื่นเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น เมื่อพิจารณาถึงการโฆษณาเปรียบเทียบก็เป็นการใช้สิทธิของผู้โฆษณาเพื่อให้ข้อมูลที่ทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหาย เช่น ยอดจำหน่ายสินค้าหรือบริการลดน้อยลง หรือทำให้ผู้บริโภคลดความน่าเชื่อถือในสินค้าหรือบริการลง การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นอาจเป็นการจงใจให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิทำมาหาได้ หรือกระทบเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมของบุคคลอื่นอันเป็นการละเมิดสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด[๕]

๓.๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๖[๖] และมาตรา ๓๒๘[๗] ความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งจะต้องพิจารณาว่าครบองค์ประกอบภายนอกคือเป็นกรณีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม และองค์ประกอบภายในคือมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งทางการค้าและไม่เข้าข้อยกเว้นความผิด แต่ถ้ากระทำไปโดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและเป็นข้อมูลที่จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อ

---

[๓] มาตรา ๔๒๐ ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินห

[๔] มาตรา ๔๒๑ การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย รือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

[๕] คดีระหว่างบริษัทผลิตยาสีฟัน Colgate Vs Darkieจากการเปรียบเทียบของคอลเกตว่า "ยาสีฟันคอลเกตมีฟลูออไรด์ช่วยป้องกันฟันผุแต่ยาสีฟันดาร์กี้ไม่มี" มีการเสนอฟ้องต่อศาลและเป็นคดีระหว่างกันโดยกล่าวอ้างว่า เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ แต่อย่างไรก็ตามคู่ความได้ตกลงประนีประนอมยอมความก่อนมีคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้เพื่อรักษาชื่อเสียง และป้องกันความขัดแย้งทางการค้าระหว่างกัน

[๖] มาตรา ๓๒๖ ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

[๗] มาตรา ๓๒๘ ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

สาธารณชนก็จะเข้าข้อยกเว้นความผิดตามมาตรา ๓๒๙[๘] และมาตรา ๓๓๐[๙]

๔. พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีข้อพิจารณาว่าการอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณาเปรียบเทียบจะเป็นการใช้เพื่อบรรยายหรือแสดงให้เห็นภาพโดยชัดเจนถึงความแตกต่างของสินค้าหรือบริการสองรายหรือหลายราย และไม่มีเจตนานำไปใช้กับสินค้าหรือบริการของตนเอง ไม่ถือว่าทำให้ผู้บริโภคสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหากแต่เป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริต จึงไม่ใช่กรณีปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและไม่ใช่การลวงขาย[๑๐] อีกทั้งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก็มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในทำนองว่าโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม จึงเป็นความผิดด้วย

๕. พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๒๙[๑๑] ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงข้อห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอื่นใดซึ่งไม่ใช่การแข่งขันที่เป็นธรรมโดยเสรี และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจรายอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ อันแสดงให้เห็นว่ารัฐมีหน้าที่ควบคุมมิให้ภาคเอกชนทำลายการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีด้วยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัตินี้ขึ้น และศาลไทยเองก็ได้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งหลายโดยการยอมรับและรับรองว่าทุกคนมีเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้า แต่ต้องใช้ไม่เกินขอบเขตจนเป็นเหตุที่ทำให้ผู้อื่นต้องเสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ แต่เดิมหลายประเทศเคยปฏิเสธไม่ยอมรับและไม่อนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบ อย่างไรก็ตามปัจจุบันนี้

---

[๘] มาตรา ๓๒๙ ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(๑) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(๒) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(๓) ติชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(๔) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุมผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

[๙] มาตรา ๓๓๐ ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษแต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน

[๑๐] มาตรา ๔๖ บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว ไม่ได้

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น

[๑๑] มาตรา ๒๙ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

หลายประเทศได้มีการพัฒนาแนวคิดและกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดแจ้งเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบโดยอนุญาตให้เปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับคู่แข่งได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย อาทิเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน รวมถึงประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เห็นได้จากประกาศของสภามนตรีแห่งยุโรป (Council Directive) เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบ และเป็นการผลักดันให้มีการอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป เพราะเชื่อว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะเอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนและเป็นการลดข้อจำกัดและอุปสรรคในการนำเข้าและส่งออกของประเทศสมาชิก

สำหรับประเทศแรกที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบคือประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดใน มาตรา 43(a) พระราชบัญญัติแลนแฮม ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1988 (the Lanham Act) มีหลักว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ภายให้หลักการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม และต้องไม่ทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด ผู้ทำการโฆษณาอาจต้องรับผิดทางแพ่งต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองได้รับความเสียหายจากการนำเสนอข้อมูลที่ผิดหรือเป็นเท็จ สำหรับในประเทศอังกฤษมีการกำหนดให้การโฆษณาเปรียบเทียบได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามข้อกำหนดของ Council Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป อันเป็นหลักสำคัญต่อการพิจารณาความผิดของการโฆษณาเปรียบเทียบและกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) และข้อกำหนดใหม่ในกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 (Trade-mark Act 1994) โดยมีหลักเกณฑ์ว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วยความซื่อสัตย์และเหมาะสมและจะต้องมีจิตสำนึกต่อผู้บริโภคอีกทั้งต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันที่มีนำข้อกำหนดของ Council Directive 97/55/EC มาใช้ในการตัดสินคดีซึ่งผ่อนปรนให้สามารถทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้มากขึ้นดังจะเห็นได้ว่านานาประเทศต่างให้ความสำคัญของการโฆษณาเปรียบเทียบและคิดว่าการผ่อนปรนอนุญาตให้สามารถทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าจึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อรองรับและเป็นแนวทางในการโฆษณาเปรียบเทียบ

เมื่อพิจารณาว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยจะเห็นว่าสอดคล้องไปในทางเดียวกันว่าการโฆษณาเปรียบเทียบสามารถกระทำได้โดยไม่มีกฎหมายใดห้ามเพียงแต่กฎหมายไทยไม่มีการระบุกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้สาเหตุสำคัญที่ทำให้การโฆษณาเปรียบเทียบที่มองว่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่ได้รับข้อมูลในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ดีที่สุดกลับไม่ได้รับความนิยมเท่ากับในต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น โฆษณาในสหรัฐอเมริกาที่ระบุว่ากว่า ๑ ใน ๔ เป็นรูปแบบโฆษณาเปรียบเทียบ ในทางกลับกันโฆษณา

ในไทยกลับไม่ได้รับความนิยมเนื่องจากหลายสาเหตุ เช่น ถ้าเป็นการโฆษณาสินค้าในกลุ่มอาหาร ยา เครื่องมือแพทย์ ต้องยื่นขออนุญาตจากคณะกรรมการอาหารและยาตามที่กล่าวในข้างต้น และแม้ว่ารัฐบาลจะยุบคณะกรรมการบริหารวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (กบว.) เพื่อเปิดโอกาสให้สื่อดูแลกันเองภายใต้กฎหมาย แต่ถ้าโฆษณาที่เผยแพร่ออกไปผิดกฎหมาย ผู้โฆษณาและเจ้าของสื่อต้องรับผิดชอบ มีการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาการโฆษณาทางวิทยุและโทรทัศน์และส่งตัวแทนมาทำหน้าที่ตรวจพิจารณาโฆษณาก่อนถ่ายทำ (Pre Censor) และโฆษณาที่ทำเสร็จแล้วเพื่อเตรียมออกอากาศ (Post Censor) โดยมีข้อตกลงร่วมกันของทุกสถานีโทรทัศน์ว่าโฆษณาที่จะเผยแพร่ในทุกช่องจะต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการชุดนี้ แต่กรรมการชุดนี้ไม่มีอำนาจทางกฎหมาย หากโฆษณาออกอากาศไปแล้วต่อมาปรากฏว่ามีประชาชนร้องเรียนผ่านสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ถึงความไม่เหมาะสมของโฆษณานั้น กรรมการว่าด้วยการโฆษณาของ สคบ. ก็มีอำนาจสั่งให้หยุดออกอากาศโฆษณาชุดนั้นหรือลงโทษปรับ ๕๐,๐๐๐ บาท หรือจำคุก ๖ เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ แก่ผู้จัดทำโฆษณาและเจ้าของสื่อทำให้เจ้าของสินค้าไม่กล้าที่จะผลิตโฆษณาเปรียบเทียบแม้ว่าบางอย่างจะเป็นความจริงก็ตาม เพราะโฆษณาในแต่ละชิ้นจะต้องใช้เงินลงทุนมหาศาลในการผลิตงานออกมา แต่ได้ออกอากาศเพียงไม่นานก็โดนเสียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสมจนถูกสั่งห้ามออกอากาศทำให้เจ้าของสินค้าเสียหายและไม่กล้าที่ผลิตโฆษณาเปรียบเทียบอีกต่อไป

ทั้งนี้ เมื่อไม่นานมานี้จะมีข่าวว่ารัฐบาลโดยนายกอร์ปศักดิ์ สภาวสุ รองนายกรัฐมนตรีในฐานะประธานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (คคบ.) ได้เน้นย้ำให้มีการสนับสนุนให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบเพราะต้องการให้ผู้บริโภคไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบและมีข้อมูลดีที่สุดเพื่อตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าแต่ละประเภทเช่นเดียวกับต่างประเทศดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน[๑๒] แต่ในทางปฏิบัติจะเกิดปัญหามากมายตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นทำให้การโฆษณาเปรียบเทียบไม่สามารถดำเนินการได้อย่างราบรื่น ทางแก้ปัญหาที่ดีที่สุดคือการกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบให้เกิดความชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรและการวางกรอบแนวทางเพื่อการจัดทำโฆษณาเปรียบเทียบที่ถูกต้องและโดยชัดแจ้ง เพราะเมื่อการโฆษณาเปรียบเทียบได้รับการรับรองให้สามารถกระทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมายจะช่วยแก้ไขปัญหาในการฟ้องร้องคดีได้หากการโฆษณานั้นกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย ภายใต้มูลฐานแห่งความซื่อสัตย์ เหมาะสมและเป็นแหล่งข้อมูลเพื่อการตัดสินใจบริโภคให้เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจและเป็นสิ่งสนับสนุนให้เกิดความพัฒนาทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรมและการแข่งขันทางการค้าที่ชอบธรรม นอกจากนี้ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในโดยองค์กรภาครัฐ เช่น สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาที่ปิดกั้นห้ามไม่ให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบด้วยสาเหตุเพราะว่าเป็นกรณีที่พิสูจน์ความจริงได้ยาก ซึ่งไม่ตรงกับแนวทางปฏิบัติของ สคบ. ทำให้ผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าสับสนและไม่กล้าที่จะใช้

---

[๑๒] สำนักข่าวไทย, กลุ่มวิเคราะห์ข่าวและฐานข้อมูล สำนักโฆษก (๑๔ พฤษภาคม ๒๕๕๖) <http://www.thaigov.go.th>

รูปแบบโฆษณาเปรียบเทียบแม้ว่าสินค้าของตนจะเหนือกว่าสินค้าคู่แข่งจริง

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าที่จะใช้การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นจะต้องตระหนักว่าจะต้องกระทำการโดยถูกต้องและเหมาะสมโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับของผู้บริโภคเป็นหลัก ไม่กระทำการใดๆอันเป็นการลดความน่าเชื่อถือ ทับถมหรือจงใจกระทำโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งทางการค้า โดยความแตกต่างในคุณสมบัติที่นำมาเปรียบเทียบต้องสามารถพิสูจน์หาความจริงได้ และควรเป็นการเปรียบเทียบในระหว่างผู้ประกอบการที่มีขนาดการลงทุน หรือส่วนแบ่งทางการค้าอยู่ในระดับเดียวกัน โดยเป็นการนำหลักการที่บัญญัติในมาตรา ๒๙ ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่ต้องการให้มีระบบการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม มาผนวกกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่เป็นกฎหมายแม่บทในการคุ้มครองผู้บริโภคอันจะทำให้บุคคลทุกฝ่ายได้รับผลประโยชน์ คือผู้ประกอบการจะตื่นตัวในการพัฒนาสินค้าของตนเองเพื่อให้มีคุณภาพให้เหนือกว่าบริษัทคู่แข่ง และผู้บริโภคก็จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์สูงสุดคือได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและได้สินค้าที่มีคุณภาพจากการแข่งขันของผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตามในทางตรงกันข้าม ถ้ากฎหมายที่ควบคุมดูแลเรื่องนี้มีความหละหลวมและไม่มีมาตรการที่ชัดเจน ก็จะกลายเป็นดาบสองคมคือผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าก็จะโฆษณาหลอกลวงประชาชนโดยไม่คำนึงถึงความถูกต้องเพราะไม่มีมาตรการตรวจพิสูจน์ที่ดีพอ ผู้บริโภคก็จะกลายเป็นผู้ได้รับผลร้ายจากความไม่สุจริตของผู้ประกอบการ

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับโฆษณาเปรียบเทียบ ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๐), พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๓๑, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๓๕, พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่าอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ และอนุญาตภายใต้หลักเกณฑ์ขอบเขตอย่างไรบ้างที่จะไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม รวมถึงไม่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องเหมาะสมสำหรับการเลือกสินค้าหรือบริการต่างๆ ทั้งนี้ เป็นประเด็นที่น่าติดตามต่อไปว่าทิศทางการโฆษณาเปรียบเทียบของประเทศไทยในอนาคตจะเป็นอย่างไร โดยที่ผู้กำหนดและควบคุมมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนี้จะเป็นตัวชี้ว่า "โฆษณาเปรียบเทียบนั้น ท้ายสุดเพื่อการแข่งขันที่เป็นธรรม หรือเพื่อการหลอกลวงผู้บริโภคกันแน่?"



บรรณานุกรม

หนังสือหรือตำรา

บรรเจิด สิงคเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๒)

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม ๑ และ ๓* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๘)

สุวรรณี สิริเวชชะพันธ์, *การโฆษณาเปรียบเทียบทำได้หรือไม่ตามกฎหมายไทย* (วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ๒๕๔๙)

สุษม ศุภนิตย์, *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, ๒๕๕๐)

บทความวารสาร

Beller, Jenna D "The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practice Guide for U.S. Lawyer and Their Clients" (27: Winter 1996) *The International Lawyer*

Carey, Peter "Comparative Advertising - European Harmonisation" (11: Feb 2002) *Environment Law Review*

วิทยานิพนธ์

นันทสิทธิ์ บุญทนันท์, *การโฆษณาเปรียบเทียบ: ศึกษาวิเคราะห์ตามกฎหมายไทย* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๔)

ผาสุก เจริญเกียรติ, *ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙)

เว็บไซต์

วิทวัส รุ่งเรืองผล, *กฎหมายที่นักการตลาดควรรู้* (๒๔ตุลาคม ๒๕๕๗) <http://www.marketeer.co.th>