

## บทที่ 1

### บทนำ



#### 1.1 ประวัติความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน การโฆษณากลายเป็นสิ่งที่จำเป็นทางการตลาดในการนำเสนอข่าวสารข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการประเภทต่างๆ เพื่อจูงใจและสร้างความเชื่อมั่นต่อผู้บริโภค อีกทั้งการโฆษณายังเป็นเครื่องมือในการบอกกล่าวข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการให้ผู้บริโภคได้รับรู้อย่างรวดเร็ว และเป็นวิธีที่สามารถกระจายข้อมูลได้อย่างกว้างขวางยิ่งกว่าการเสนอขายสินค้าหรือบริการวิธีอื่น อาทิเช่น การเสนอขายสินค้าในสถานประกอบการหรือการขายตัวต่อตัวโดยใช้พนักงานขาย (Direct sale) การโฆษณาถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินธุรกิจและเป็นที่ขาดเสียมิได้สำหรับธุรกิจหลายประเภท ธุรกิจจะคงอยู่และเจริญเติบโตต่อไปได้จำเป็นต้องมีการพัฒนาสินค้าและบริการ และต้องเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าและบริการให้ผู้บริโภคทราบถึงพัฒนาการของสินค้าหรือบริการอย่างต่อเนื่อง ตลอดจนกระทำการใดๆ เพื่อจูงใจให้ผู้บริโภคเกิดความต้องการบริโภคสินค้าหรือบริการนั้น ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องโฆษณาเพื่อเผยแพร่ข้อมูลให้ผู้บริโภคได้รับทราบข้อมูลอย่างต่อเนื่อง นักการตลาดให้ความสำคัญต่อการโฆษณามาก ทั้งนี้ ดังจะเห็นได้ว่าธุรกิจหลายประเภทใช้งบประมาณในการโฆษณาเป็นจำนวนมาก เพื่อผลักดันให้สินค้าหรือบริการของตนได้รับการตอบรับจากผู้บริโภคตามเป้าหมายที่วางไว้ จากข้อมูลของสมาคมโฆษณาธุรกิจแห่งประเทศไทย พบว่า ธุรกิจต่าง ๆ ใช้งบประมาณในการโฆษณาในปี พ.ศ. 2541 เป็นเงินกว่า 35,480 ล้านบาท ในปี พ.ศ. 2542 เป็นเงินกว่า 41,585 ล้านบาท และในปี พ.ศ. 2543 มีการใช้งบประมาณสำหรับการโฆษณาทางธุรกิจเป็นเงินกว่า 51,065 ล้านบาท<sup>1</sup> ตัวเลขดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ภายใต้ระบบตลาดการค้าในปัจจุบันซึ่งมีการแข่งขันที่รุนแรง ประเภทและปริมาณของสินค้าหรือบริการเพิ่มมากขึ้น การโฆษณาก็เป็นสิ่งที่มีความสำคัญทางการค้ามากขึ้น และยิ่งไปกว่านั้นระบบการค้าในปัจจุบันกำลังก้าวไปสู่การค้าที่เรียกว่า "การค้าไร้พรมแดน" ที่ทุกคนในโลกสามารถติดต่อสื่อสารทางธุรกิจผ่านระบบเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตสมัย มีการซื้อขายสินค้าหรือบริการกับผู้บริโภคหรือคู่ค้าได้จากทุกหนทุกแห่งในโลกนี้ เช่น การดำเนินธุรกิจผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Electronic commerce)

<sup>1</sup> ข้อมูลดังกล่าวได้มาจาก [www.adasso thai.com/html](http://www.adasso thai.com/html)

การโฆษณาผ่านสื่อต่างๆเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในการเผยแพร่และเสนอแนะสินค้าหรือบริการไปยังที่ต่างๆและนับวันการโฆษณาก็ยิ่งทวีความสำคัญมากขึ้นทุกขณะ ทั้งนี้ รูปแบบและวิธีในการทำโฆษณาของผู้ประกอบการหรือตัวแทนโฆษณาก็มีแตกต่างกันไปตามลักษณะการนำเสนอ จุดมุ่งหมายและงบประมาณของผู้ประกอบการ แต่รูปแบบของการโฆษณาแบบหนึ่งที่ได้รับ การวิพากษ์วิจารณ์กันมาก คือ การโฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising)

การโฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) เป็นรูปแบบของการโฆษณาที่ใช้วิธีเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของผู้ทำการโฆษณาว่าแตกต่างหรือมีคุณภาพดีกว่าสินค้าหรือบริการของผู้อื่น (คู่แข่งทางการค้า) โดยอาจใช้วิธีการเปรียบเทียบโดยทางอ้อม คือ การเปรียบเทียบที่บ่งเป็นนัยถึงสัญลักษณ์ของสินค้าหรือบริการอื่น หรือการเปรียบเทียบโดยตรง คือ การโฆษณาเปรียบเทียบโดยระบุหรือแสดง ชื่อ ตรา เครื่องหมายของสินค้าหรือบริการของคู่แข่งทางการค้าให้เห็นโดยชัดเจน อันทำให้ทราบทันทีว่า ผู้ทำโฆษณากำลังเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการใด

ในอดีตที่ผ่านมา การโฆษณาเปรียบเทียบยังมีอุปสรรคต่อการจัดทำ โดยเฉพาะการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง (Direct Comparative Advertising) ที่มีการระบุชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ ผู้ทำโฆษณาเปรียบเทียบอาจถูกฟ้องร้องฐานละเมิดทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายต่อธุรกิจการค้า ชื่อเสียงหรือเกียรติยศ ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะบัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคลในการโฆษณา การกล่าวหรือเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชนก็ตาม แต่เนื่องจาก ข้อขัดข้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวและความไม่ชัดเจนของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาบางประการ จึงมีการฟ้องร้องในประเด็นแห่งกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่มีข้อพิพาทปรากฏให้เห็นอยู่เสมอในปัจจุบัน หรืออาจจะเป็นปัญหาในประเด็นการหมิ่นประมาทผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญาหรืออาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ตามหลัก Unfair competition (อันเป็นหลักกฎหมายหนึ่งในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ) ซึ่งในประเทศอังกฤษเคยถือว่าการโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งแสดงหรือระบุชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณาเปรียบเทียบนั้นเป็นการกระทำอันเป็นการแสวงประโยชน์จากชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นธรรม ดังที่ได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษอย่างมากมายในอดีต นอกจากนี้ อาจจะมีปัญหาจากการยกประเด็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมทางการค้าโดยกล่าวอ้างว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการฝ่า

ฝืนและทำลายหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามที่ได้เคยเกิดขึ้นกับหลายประเทศในอดีต อย่างไรก็ตาม ข้อปัญหาในประเด็นเรื่องการละเมิดเครื่องหมายการค้าและกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมยังไม่เคยมีการฟ้องร้องคดีในประเทศไทย และไม่ปรากฏว่าศาลไทยยอมรับหลัก Unfair Competition มาบังคับใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบเหมือนอย่างประเทศอังกฤษหรือไม่

ปัจจุบัน มีหลายประเทศที่อนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และอีกหลายประเทศในยุโรป ทั้งนี้ แต่เดิมประเทศต่าง ๆ เหล่านี้เคยห้ามไม่ให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบ แต่ในปัจจุบันหลักการต่างๆได้เปลี่ยนไป ประเทศต่างๆเหล่านี้ได้มีการกำหนดเป็นกฎหมายโดยชัดแจ้งอนุญาตให้ทำการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับคู่แข่งได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย และสหภาพยุโรป (European Union) ก็ได้มีประกาศของสภามন্ত্রীแห่งยุโรป หรือ Council Directive<sup>2</sup> เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบ และผลักดันให้มีการอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยเชื่อว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะเอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนและเป็นการลดข้อจำกัดและอุปสรรคในการนำเข้าและส่งออกสินค้าหรือบริการในระหว่างประเทศสมาชิก กล่าวคือ หากโฆษณาเปรียบเทียบสามารถทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมายในประเทศสมาชิกหนึ่งก็ควรทำได้ในประเทศสมาชิกอื่น หากปล่อยให้มีความแตกต่างของกฎหมายในเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกจะเป็นอุปสรรคต่อการค้าและการเคลื่อนย้ายสินค้าหรือบริการในระหว่างประเทศสมาชิก

ดังกล่าวมาข้างต้นจึงเป็นสัญญาณแสดงให้เห็นแล้วว่า ต่อไปนี้การโฆษณาเปรียบเทียบจะรูปแบบหนึ่งของการโฆษณาที่มีความสำคัญมากขึ้นและการโฆษณาเปรียบเทียบน่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าการห้ามกระทำ ดังจะได้กล่าวต่อไปถึงข้อดี ข้อเสียของการโฆษณาเปรียบเทียบและการศึกษาถึงความเหมาะสมของการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทย ตลอดจนการกำหนดกรอบของกฎหมายเพื่อการกำกับดูแลให้เกิดการโฆษณาเปรียบเทียบที่เอื้อต่อการแข่งทางการค้าและสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นจะเป็นผลดีต่อประเทศไทย

<sup>2</sup> Council Directive 84/450/EEC เป็นกฎเกณฑ์ฉบับแรกที่กำหนดข้อตกลงระหว่างประเทศสมาชิกแห่งสหภาพ ยุโรปว่าด้วยการโฆษณา ประกาศใช้มานับแต่ ค.ศ. 1984 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตาม Council Directive 97/55/EC เมื่อปี ค.ศ. 1997 เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมของการโฆษณาเปรียบเทียบ

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการทำวิทยานิพนธ์

วัตถุประสงค์ของผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ

1. ศึกษาการกำกับดูแลการโฆษณาของภาครัฐนั้นว่ามีมาตรฐานอย่างไร และเพียงพอต่อการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบหรือไม่ เพียงใด
2. ศึกษาหลักเกณฑ์หรือกฎหมายในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบของไทยว่ามีอยู่อย่างไร
3. ศึกษาหลักเกณฑ์หรือกฎหมายในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบของต่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงเหตุผลและวิธีการในการควบคุมและเปรียบเทียบความเหมาะสมให้การบังคับใช้กฎหมายเพื่อการกำกับดูแลโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทย
4. ศึกษาเพื่อเสนอแนะแนวทางขจัดปัญหาข้อขัดข้องทางกฎหมายในการโฆษณาเปรียบเทียบ

## 1.3 ขอบเขตของการทำวิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการโฆษณาและสิทธิข้างเคียง กฎระเบียบและการกำกับดูแลการโฆษณาในประเทศไทยมีอย่างไร และเพียงพอต่อการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบหรือไม่ เพียงใด อีกทั้งการโฆษณาเปรียบเทียบจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อภาคธุรกิจและส่วนรวมอย่างไร ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายกำกับดูแล การโฆษณาเปรียบเทียบของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น รวมทั้งเสนอแนะแนวทางเพื่อการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบที่เหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้ตามระบบกฎหมายไทย เพื่อก่อให้เกิดการปฏิบัติตามหลักการของระบบเศรษฐกิจเสรีที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพทางการค้าที่จะประกอบธุรกิจแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมเอื้อประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณชน และสอดคล้องกับวัฒนธรรมประเพณีของไทย

## 1.4 สมมติฐาน ทฤษฎี และแนวความคิด

แม้ว่าการโฆษณาจะเป็นเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย และการโฆษณาโดยใช้วิธีเปรียบเทียบที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความจริงและนำเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้องจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคในการใช้เป็นข้อมูลเบื้องต้นสำหรับการตัดสินใจบริโภคสินค้า

หรือบริการ และเป็นสิ่งที่สนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้า แต่ด้วยเหตุที่ในปัจจุบันนี้ยังไม่มีกฎหมายรองรับและคุ้มครองการโฆษณาเปรียบเทียบอย่างชัดเจน รวมถึงยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ ทำให้เมื่อมีการโฆษณาเปรียบเทียบเกิดขึ้นจึงมักพบกรณีพิพาทโดยการฟ้องร้องคดีฐานละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกล่าวอ้างว่า การโฆษณาเปรียบเทียบทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ ดังนั้นการกำหนดกรอบและแนวทางสำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบ จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบการ อีกทั้งจะเป็นแนวปฏิบัติของการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมต่อไป

ทฤษฎีทางนิติศาสตร์หรือหลักกฎหมายที่จะนำมาศึกษาและกล่าวถึงในวิทยานิพนธ์นี้ คือ

1. ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพของบุคคลและการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ
2. การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักสิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องตามความเป็นจริง
3. การแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม
4. ความรับผิดชอบในทางละเมิด

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดหวังว่าจะได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์

ประโยชน์ที่คาดหวังว่าจะได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ คือ

1. การศึกษาวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ จะช่วยให้ทราบถึงผลดี ผลเสีย ตลอดจนปัญหาอันอาจเกิดขึ้นจากการโฆษณาเปรียบเทียบ
2. การศึกษาวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ จะช่วยให้เกิดองค์ความรู้เพื่อการพิจารณาความเหมาะสมของประเทศไทยกับการยอมรับการโฆษณาเปรียบเทียบ
3. การศึกษาวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ ทำให้ทราบถึงข้อบกพร่องของกฎหมายกำกับดูแลการโฆษณาในปัจจุบัน อันเป็นปัญหาต่อการโฆษณาเปรียบเทียบ
4. การศึกษาวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ จะช่วยวิเคราะห์ความเหมาะสมของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันกับการโฆษณาเปรียบเทียบ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางเพื่อขจัดปัญหาทางกฎหมายดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ในการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบต่อไป