# บทที่ 5

## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในปัจจุบัน การประกอบธุรกิจจำเป็นต้องมีการพัฒนาสินค้าหรือบริการอย่างต่อเนื่อง และต้องมีการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการให้ผู้บริโภคทราบถึงพัฒนาการของสินค้าหรือบริการ การโฆษณาจึงถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินธุรกิจ เพื่อนำเสนอข้อเท็จจริงต่อผู้บริโภคและเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและจูงใจให้ผู้บริโภคเกิดความต้องการบริโภคสินค้าหรือบริการ โดยรูปแบบและแนวทางในการทำโฆษณาที่พบในปัจจุบันมีความหลากหลายและแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการของผู้โฆษณา และรูปแบบหนึ่งของการโฆษณาที่ได้รับความนิยมแพร่หลายในต่างประเทศและได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในประเทศไทย คือ การโฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) ซึ่งเป็นการกล่าวเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของผู้ทำการโฆษณาว่าแตกต่างหรือมีคุณภาพดีกว่าสินค้าหรือบริการของผู้อื่น (คู่แข่งทางการค้า) ไม่ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบโดยทางอ้อม คือ การเปรียบเทียบที่บ่งเป็นนัยถึงสัญลักษณ์ของสินค้าหรือบริการอื่น หรือการเปรียบเทียบโดยตรง คือ การโฆษณาเปรียบเทียบโดยระบุหรือแสดง ชื่อ ตรา เครื่องหมายของสินค้าหรือบริการของคู่แข่งทางการค้าให้เห็นโดยชัดเจน อันทำให้ทราบทันทีว่า ผู้ทำโฆษณากำลังเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการใด

การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทยนับแต่อดีตจวบจนปัจจุบันยังคงมีประเด็นปัญหาในการจัดทำบางประการ โดยเฉพาะการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรง (Direct Comparative Advertising) กล่าวคือ ผู้ทำโฆษณาเปรียบเทียบมักถูกฟ้องร้องฐานละเมิดทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายต่อธุรกิจการค้า ชื่อเสียงและเกียรติยศ ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการศึกษาพบว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคลในการโฆษณา การกล่าวหรือเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชน สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนพึงได้รับทราบข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอสำหรับสินค้าและบริการ และเสรีภาพทางการค้า ในการประกอบธุรกิจแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม ตามหลักแห่งการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในกฎหมายแม่บทของประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้กระทำไปในกรอบแห่งสิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นหรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณ โดยจะไม่ถูกลบล้างโดยการ

กระทำที่มิชอบของรัฐบาล องค์กร หน่วยงานของรัฐต่างๆ หรือจากการกระทำละเมิดจากบุคคลอื่น อีกทั้งการตรากฎหมายใดๆอันเป็นการลบล้างสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการกระทำโดยชอบธรรมที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ตลอดจนรัฐต้องสนับสนุนให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครอง การเมืองและสร้างความเป็นชาติที่มีความมั่นคงทางสังคมและเศรษฐกิจ และการโฆษณาเปรียบเทียบโดยชอบด้วยธรรมเป็นพฤติกรรมทางการค้าและเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประการหนึ่ง ซึ่งพึงได้รับการคุ้มครองและรับรองโดยอยู่ภายใต้กรอบแห่งความถูกต้องและเหมาะสมเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม การแข่งขันที่เป็นธรรม ความมั่นคงแห่งรัฐ และความสงบเรียบร้อยของสังคม

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของไทยพบว่า โดยเนื้อแท้ของข้อกำหนดแห่งกฎหมายว่าด้วยการโฆษณา ซึ่งเป็นข้อกำหนดในการควบคุมโฆษณา ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค หรือกฎหมายเฉพาะอื่น คือ 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 กฎหมายต่างๆไม่ได้ห้ามทำการโฆษณาเปรียบเทียบ ตราบเท่าที่โฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำโดยถูกต้อง และนำเสนอข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าเป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินจริง โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยข้อความโฆษณาว่า ข้อความที่โฆษณาต้องสามารถพิสูจน์หรือแสดงหลักฐานเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงของโฆษณาได้ว่าถูกต้องเป็นจริง แต่ทั้งนี้มีข้อปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งกับการโฆษณาที่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบก่อนทำการโฆษณา เช่น โฆษณาอาหาร ยา และเครื่องมือแพทย์ การตรวจพิจารณาของคณะกรรมการควบคุมโฆษณาของกองควบคุมอาหาร กองควบคุมยาและกองควบคุมเครื่องมือแพทย์ ได้วางหลักเกณฑ์ภายในเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาไว้มากมาย อาทิ การพิสูจน์ข้อความจริงตามการโฆษณา รูปลักษณะของสื่อโฆษณา และคำหรือภาษาที่ใช้ในการโฆษณา และได้มีการกำหนดห้ามใช้คำบางคำในสื่อโฆษณา รวมถึงการห้ามโฆษณาในเชิงพาดพิง เปรียบเทียบ ทับถมผลิตภัณฑ์อื่น โดยผู้รับผิดชอบมีความเห็นว่า โฆษณาดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการยากต่อการพิสูจน์หาความจริงหรือเข้าลักษณะเป็นการกล่าวเกินจริง จนกลายเป็นปัญหาในทางปฏิบัติของผู้ประกอบธุรกิจและผู้โฆษณาอย่างยิ่ง เนื่องจากเกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติ

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่า การโฆษณาเปรียบเทียบโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปรียบเทียบโดยตรงที่มีการกล่าววิพากษ์วิจารณ์ถึงคู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวเปรียบเทียบในด้านคุณ

ภาพว่าเหนือกว่าหรือราคาถูกกว่าสินค้าหรือบริการของคู่แข่ง ซึ่งการกระทำโดยการโฆษณาให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้บริโภคดังกล่าวก็เพื่อจูงใจผู้บริโภคให้เกิดความเชื่อถือในสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาอันจะนำไปสู่การบริโภคต่อไป แต่ขณะเดียวกัน การโฆษณาเปรียบเทียบก็เป็นการให้ข้อมูลที่ทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหาย ซึ่งหากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ถึงความเสียหาย กล่าวคือ ยอดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการลดลง หรือทำให้ผู้บริโภคลดความเชื่อถือในสินค้าหรือบริการลง การโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวอาจเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดโดยจงใจให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในทางทำมาหาได้ หรือกระทบเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมของบุคคลผู้อื่นอันเป็นการละเมิด "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากบทบัญญัติตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพบว่า การโฆษณาเปรียบเทียบไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ ทั้งนี้ แม้ว่าจะเป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงที่เป็นความจริงและสามารถพิสูจน์ถึงความจริงได้ก็ตาม เพราะโดยบทบัญญัติของมาตรา 420 และจากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมา เห็นได้ว่า การกระทำใดๆก็ตามแม้จะได้กระทำตามเสรีภาพที่ตนได้รับการคุ้มครองให้กระทำได้ตามกฎหมาย แต่ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ถือว่าผู้นั้นกระทำละเมิด และในอดีตที่ผ่านมา ในการฟ้องร้องเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบล้วนแต่เป็นการตั้งประเด็นฟ้องโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะละเมิด ในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำการโฆษณาเปรียบเทียบ เช่น คดีระหว่างบริษัท บริษัท ฮอลลี่ย์ แอนด์ เฮเซิล เคมิคอล โค (เอช.เค.) กับ บริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด จากโฆษณาเปรียบเทียบของบริษัท คอลเกต-ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด มีความว่า "ยาสีฟันคอลเกตมีฟลูออไรด์ช่วยป้องกันฟันผุแต่ยาสีฟันดาร์กี้ไม่มี" อย่างไรก็ตาม ไม่อาจสรุปได้โดยชัดแจ้งว่า ศาลไทยจะถือว่าการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมา โฆษณาเปรียบเทียบมีหลายครั้งที่ได้มีการเสนอฟ้องต่อศาลและเป็นคดีระหว่างกันโดยกล่าวอ้างว่า เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ แต่ส่วนใหญ่คู่ความมักจะทำความตกลงประนีประนอมยอมความก่อนมีคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ เพื่อรักษาชื่อเสียง และป้องกันความขัดแย้งทางการค้าระหว่างกัน

สำหรับประเด็นของกฎหมายในความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา หรือละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือประเด็นปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่อาจมีการกล่าวอ้างว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการฝ่าฝืนและทำลายหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ตามที่ได้เคยเกิดขึ้นในหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน เป็นต้น

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้กำหนดสิทธิพื้นฐานอันเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุดแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้ประดิษฐ์คิดใช้เครื่องหมายการค้า ให้มีสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive right) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน ที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่จดทะเบียนไว้ แต่โดยปกติการอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณาเปรียบเทียบจะเป็นการใช้เพื่อบรรยายหรือแสดงให้เห็นภาพโดยชัดเจนถึงความแตกต่างของสินค้าหรือบริการสองชิ้น และไม่มีลักษณะหรือเจตนานำไปใช้กับสินค้าหรือบริการของตนเอง จึงน่าจะถือได้ว่า การใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะของโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำโดยสุจริตในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการบรรยาย และโดยลักษณะดังกล่าวก็ไม่ทำให้ผู้ซื้อสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือไม่ใช่ลักษณะของการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นการปลอมหรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ดังนั้น การนำเอาเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นมาใช้ในเชิงเปรียบเทียบกับสินค้าหรือบริการของตนอย่างชัดเจน จึงน่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริตตามมาตรา 47 และไม่ใช่การปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น สำหรับการพิจารณาในเรื่องการลวงขาย การโฆษณาเปรียบเทียบซึ่งโดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบทั่วไปเท่าที่เคยปรากฏมานั้นคงเป็นไปได้ยากที่ผู้ซื้อจะสับสนหลงผิดถึงขนาดว่าเป็นการลวงขาย เนื่องจาก โดยทั่วไปการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเพื่อการบรรยายหรือแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของสินค้าของตนกับผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบ โดยมิได้มีการเสนอขายสินค้าในทางที่จะทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกัน จึงไม่น่าจะเป็นการลวงขาย ตามมาตรา 46 ดังนั้นการโฆษณาเปรียบเทียบจึงไม่น่าจะเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

ในประเด็นความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น การโฆษณาเปรียบเทียบหากได้กระทำเข้าลักษณะของการหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา โดยเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งทางการค้าและไม่เข้าข้อยกเว้นความผิดแล้ว ผู้ทำโฆษณาก็อาจต้องรับโทษฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น แต่ถ้าการโฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำไปโดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและเป็นข้อมูลที่จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณชน ผู้ทำโฆษณาก็ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 329 หรือไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 330 ประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบทยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทแก่ผู้กระทำ

สำหรับประเด็นของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เป็นที่ชัดเจนว่าศาลไทยยอมรับและรับรองว่าทุกคนมีเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้า แต่จะต้องใช้เสรีภาพนี้ในขอบเขตแห่งเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าที่กฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่และไม่กระทำเกินขอบเขตการใช้เสรีภาพตามปกติจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นต้องเสียหาย และแนวความคิดตามคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับเรื่องเสรีภาพทางการค้าไม่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลของประเทศเยอรมันที่ได้เคยตัดสินไว้ว่า หากมีการกระทำโดยชัดแจ้งว่าเป็นการขัดขวางการประกอบการแข่งขันของผู้อื่นย่อมมีความรับผิดในลักษณะละเมิดได้ และการที่จำเลยกล่าวข้อความทำให้โจทก์จะต้องระงับการประกอบธุรกิจของตนเองเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการก่อตั้งและประกอบการของโจทก์

อย่างไรก็ตาม ข้อปัญหาในประเด็นเรื่องการละเมิดเครื่องหมายการค้าและกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมยังไม่เคยมีการฟ้องร้องคดีโดยชัดแจ้งในประเทศไทย และไม่ปรากฏว่าศาลไทยยอมรับหลักการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) มาบังคับใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบเหมือนอย่างที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่ แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หลักการแข่งขันทางการค้าจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการกำหนดกรอบหรือปรับใช้ในการพิจารณาความผิดของการโฆษณาเปรียบเทียบ เพราะโดยลักษณะของการโฆษณาเปรียบเทียบก็คือการใช้เสรีภาพในทางการค้า เพื่อการแข่งขันทางการค้า การนำแนวคิดและหลักการแข่งขันทางการค้ามาใช้กับการโฆษณาเปรียบเทียบจึงน่าจะเหมาะสมและก่อให้เกิดประโยชน์ในการสร้างความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าให้เกิดขึ้นได้ สำหรับประเทศไทย เมื่อเกิดกรณีพิพาทว่ามีการใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในโฆษณาเปรียบเทียบทำให้คู่แข่งเสียหาย ศาลอาจนำหลักเกณฑ์และข้อกำหนดภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามาปรับใช้ในการพิจารณาคดีตามความเหมาะสมกับกรณี โดยศาลต้องร่วมพัฒนาหลักการในเรื่องการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นข้อกำหนดทั่วไปของกฎหมายดังกล่าว สามารถนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวางและสามารถนำมาปรับใช้ได้กับการโฆษณาเปรียบเทียบ เพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติของการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมทางหนึ่ง ทั้งนี้ในความเห็นของผู้เขียน กรอบหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบควรได้มีการเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคและกำกับดูแลการโฆษณาอยู่ภายใต้หลักการเดียวกัน

สำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ เดิมหลายประเทศเคยปฏิเสธ ไม่ยอมรับและไม่อนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันหลักการต่างๆได้เปลี่ยนไป

ประเทศต่างๆได้มีการพัฒนาแนวคิดและกำหนดหลักเกณฑ์โดยชัดแจ้งเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยอนุญาตให้ทำการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับคู่แข่งได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน รวมถึงประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) ดังที่ได้มีประกาศของสภามนตรีแห่งยุโรป หรือ Council Directive เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบ และเป็นการผลักดันให้มีการอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป เพราะเชื่อว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะเอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนและเป็นการลดข้อจำกัดและอุปสรรคในการนำเข้าและส่งออกสินค้าหรือบริการในระหว่างประเทศสมาชิก

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นประเทศแรกที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ และรัฐก็ให้การสนับสนุนและส่งเสริมให้สามารถกระทำได้ เพราะเชื่อว่าการโฆษณาเปรียบเทียบมีประโยชน์ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจและเป็นสิ่งที่ช่วยเสริมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ ดังนั้น การโฆษณาเปรียบเทียบจึงมีให้เห็นอย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักพื้นฐานว่า การโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยนำเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เหมาะสม ซื่อสัตย์ และมุ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชน ภายใต้หลักการของการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งรัฐโดย Federal Trade Commission ("FTC") ได้นำเกณฑ์นี้มาใช้เพื่อการพิจารณาโฆษณาเปรียบเทียบให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ เช่น การโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Misleading) ต่อผู้บริโภค หากมีการกระทำโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าว ผู้โฆษณาอาจมีความผิดฐานกล่าวความอันเป็นเท็จเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียหายทางธุรกิจและเป็นการทับถมในคุณลักษณะของสินค้าของผู้อื่นตามหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญซึ่งถูกนำมาใช้เพื่อการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ มาตรา 43 (a) พระราชบัญญัติแลนแฮม ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ.1988 (the Lanham Act) อันเป็นกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายทางการค้าและเกี่ยวเนื่องกับการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ผู้ทำโฆษณาเปรียบเทียบอาจต้องรับผิดในทางแพ่งต่ออีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถูกกล่าวเปรียบเทียบและได้รับความเสียหายอันเกิดจากการบรรยายหรือแสดงสินค้าหรือบริการอย่างผิดๆ ในการโฆษณาเปรียบเทียบ ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า โฆษณาเปรียบเทียบนั้นมีการนำเสนอข้อมูลที่ผิดหรือก่อให้เกิด

ความสับสนหลงผิดต่อผู้ชมโฆษณาในคุณลักษณะอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ หรือเป็นการเปรียบเทียบอันเป็นเท็จระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณากับสินค้าหรือบริการของผู้อื่น เป็นข้อมูลที่ผู้ชมโฆษณานำมาใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจเลือกบริโภค และโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกล่าวเปรียบเทียบนั้น

สำหรับการพิจารณาความผิดอันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงหรือโดยอ้อม ศาลจะยึดถือหลักที่ว่า การเปรียบเทียบดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภค และจะต้องเป็นการนำเสนอข้อมูลที่เป็นจริงและไม่เป็นการกล่าวเกินความจริง และจะต้องไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันทางการค้า หรือแสวงหาประโยชน์จากการกล่าวเปรียบเทียบโดยไม่เป็นธรรม

สำหรับการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษ ในอดีตเคยห้ามทำการโฆษณาเปรียบเทียบที่ปรากฏซึ่งชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น จากประเด็นปัญหาของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ ค.ศ.1938 (Trademark Act 1938) มาตรา 4 (1)(b) อันเป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและผู้อื่นจะนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ไม่ได้ และหลักเรื่องการลวงขาย ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนของผู้อื่นในลักษณะที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์แต่ละชนิดหรือความเป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์นั้น ตาม นอกจากนี้ ยังมีข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับข้อกฎหมายอื่นๆ ซึ่งมีเหตุผลมาจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายและโดยส่วนรวมประชาชนในประเทศอังกฤษมีความคิดและรู้สึกต่อต้านการโฆษณาเปรียบเทียบ ดังปรากฏชัดเจนขึ้นเมื่อศาลอังกฤษได้เคยมีคำตัดสินไว้ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบที่ปรากฏซึ่งชื่อ ตรา หรือเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่สุจริตและเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม

แต่ปัจจุบัน การโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษได้รับอนุญาตให้กระทำได้ ทั้งนี้โดยผลจากการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเครื่องหมายการค้า (Trade Mark Act 1994) เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงว่าด้วยกฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (Directive 89/104/EEC) ส่งผลให้เกิดการผ่อนคลายเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น และมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบอีกทางหนึ่ง นอกจากนี้ผลจากการออกประกาศของสภามนตรีแห่งยุโรป หรือ Council Directive คือ Directive 97/55/EC เพื่อ

กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบก็มีส่วนผลักดันให้เกิดการอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษเช่นกัน

ข้อกำหนดตาม CAP Code ยังได้กำหนดกฎเกณฑ์พิเศษอีกหลายข้ออันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยยอมรับให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาเปรียบเทียบโดยตรงและการโฆษณาเปรียบเทียบโดยอ้อม ถ้าการโฆษณานั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ช่วยให้ประชาชนได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น และการเปรียบเทียบนั้นได้กระทำโดยแสดงให้เห็นการเปรียบเทียบบนพื้นฐานของข้อมูลที่เป็นความจริงอย่างชัดเจนและจะต้องไม่เป็นการโจมตีหรือมุ่งลดความน่าเชื่อถือในผลิตภัณฑ์หรือธุรกิจของคู่แข่งโดยไม่เป็นธรรม และจะต้องไม่ทำโฆษณาที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น จากข้อกำหนดของกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น ปัจจุบันการโฆษณาเปรียบเทียบเป็นที่ยอมรับให้สามารถกระทำได้ในประเทศอังกฤษ โดยมีบทบัญญัติที่ชัดแจ้งตามข้อกำหนดของ Council Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป ซึ่งเป็นข้อกำหนดอันเป็นหลักสำคัญต่อการพิจารณาความผิดของการโฆษณาเปรียบเทียบ และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) ประกอบกับข้อกำหนดใหม่ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ.1994 (Trademark Act 1994) ซึ่งเป็นข้อกำหนดสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบที่มีการใช้หรือกล่าวอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณา โดยมีหลักเกณฑ์พื้นฐานว่า การโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยความซื่อสัตย์และเหมาะสม และจะต้องมีจิตสำนึกต่อประโยชน์ที่ผู้บริโภคจะได้รับ อีกทั้งต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

จากประกาศของสภามนตรีแห่งยุโรปคือ Council Directive 97/55/EC ได้ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ของการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมันเช่นเดียวกัน กล่าวคือ โฆษณาเปรียบเทียบได้รับอนุญาตให้สามารถกระทำได้ง่ายขึ้นและมีความหลากหลายในการกระทำมากขึ้นด้วย ซึ่งในอดีตที่ผ่านมา ในประเทศเยอรมัน การโฆษณาเปรียบเทียบได้ถูกจำกัดมิให้กระทำภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมัน (Gesetz gegen den unlauteren wettbewerb หรือที่เรียกโดยย่อว่า UWG) โดยศาลเยอรมันได้นำบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 1 ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และมาตรา 3 ว่าด้วยการโฆษณาหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Misleading advertising) ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม (UWG) มาปรับใช้กับกรณีการโฆษณาเปรียบเทียบ และตามคำ

พิพากษาของศาลได้สร้างบรรทัดฐานมากมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการโฆษณาเปรียบเทียบจนยากแก่การจัดทำโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศเยอรมัน

แต่ผลของคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ซึ่งได้กลับแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในอดีตอย่างชัดเจน การโฆษณาเปรียบเทียบจึงสามารถกระทำได้นับจากนั้นเป็นต้นมา ซึ่งศาลได้มีส่วนผลักดันให้การโฆษณาเปรียบเทียบได้รับการยอมรับและสามารถกระทำได้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยศาลได้หยิบยกเอาข้อกำหนดของ Council Directive 97/55/EC ที่ European Union ได้ประกาศไว้ มาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบด้านราคาคดีหนึ่ง แม้ขณะนั้นจะยังไม่มีข้อกำหนดของกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบภายในประเทศเยอรมัน และศาลได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาไว้ว่า

"ตามที่สภาสูงได้ยึดถือหลักกฎหมายตามคำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานและถือเป็นแนวทางปฏิบัติว่า ในหลักการ การโฆษณาเปรียบเทียบจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่ได้ปฏิบัติโดยถูกต้องตามกฎเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์และเงื่อนไขอันเป็นข้อยกเว้นดังกล่าวจะไม่ได้รับการสนับสนุนอีกต่อไป และต่อจากนี้ไป การโฆษณาเปรียบเทียบให้กระทำขึ้นได้ภายใต้หลักการที่ได้ระบุไว้ใน ข้อ 3a วรรค 1 จาก (a) ถึง (h) ของ Directive 97/55/EC"

จากคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมันดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในธุรกิจการโฆษณาของเยอรมันเป็นอย่างมาก การตัดสินคดีในปัจจุบันของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐได้ลดหย่อนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบลงอย่างเห็นได้ชัด และยังได้เสนอแนะวิธีการของการโฆษณาเปรียบเทียบให้กับผู้ทำโฆษณา เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่การโฆษณาเปรียบเทียบไม่มีปรากฏให้เห็นในประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบใหม่นี้ได้ถูกนำมาใช้บังคับและเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลเยอรมันต่อมา แต่เนื่องจาก European Directive ยังมีความคลุมเครืออยู่ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเพื่อการพิจารณาปฏิบัติเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบและเป็นการยากที่จะคาดการณ์ล่วงหน้าถึงแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลเยอรมันเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในเรื่องดังกล่าว

จากคำตัดสินใหม่ของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้ส่งผลต่อทิศทางและเป็นการขยายขอบเขตในอุตสาหกรรมการโฆษณาของประเทศเยอรมัน โดยผ่อนปรนให้สามารถทำการโฆษณา

เปรียบเทียบได้มากขึ้น การโฆษณาเปรียบเทียบคงจะเป็นที่แพร่หลายและมีบทบาทสำคัญมากขึ้นในประเทศเยอรมันในอนาคต อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการนำเอาหลักเกณฑ์ของ Directive 97/55/EC มาปรับใช้ ซึ่ง Directive นี้ เป็นผลมาจากการประนีประนอมทางการเมืองของประชาคมยุโรป ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ภายในให้เหมาะสมและสอดคล้องกับ Directive จึงยังไม่มีข้อยุติและมีข้อโต้เถียงอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งในอนาคตประเทศเยอรมันอาจจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบเกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

ดังได้กล่าวมาข้างต้น เป็นสัญญาณแสดงให้เห็นแล้วว่า นานาประเทศต่างเห็นความสำคัญของการโฆษณาเปรียบเทียบและคิดว่าการผ่อนปรนอนุญาตให้สามารถทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าจึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อรองรับและเป็นแนวทางในการโฆษณาเปรียบเทียบ และจากผลงานวิจัยและวิทยานิพนธ์ที่ได้มีการจัดทำขึ้นในช่วง 5 ปีที่ผ่านมา เพื่อศึกษาและสำรวจทัศนคติ ความคิดเห็นและการยอมรับของผู้บริโภคและผู้ประกอบการต่อการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศไทย แม้จะเป็นการสำรวจความเห็นจากกลุ่มตัวอย่างซึ่งเป็นผู้มีความรู้และจำกัดอยู่เพียงในเขตปริมณฑล แต่จากผลงานวิจัยดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นโดยชัดเจนว่า กลุ่มตัวอย่างมีทัศนคติที่ดีและยอมรับการโฆษณาเปรียบเทียบ หากการโฆษณาเปรียบเทียบได้กระทำในลักษณะของการนำเสนอข้อมูลที่ถูกต้อง เป็นความจริงและเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค เพราะจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคในการได้รับข้อมูลที่ดีสำหรับประกอบการตัดสินใจบริโภคอุปโภคให้เหมาะสมตามความต้องการและคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาทางด้านความรับผิดชอบของผู้ประกอบการและกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการอย่างต่อเนื่อง โดยการโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำด้วยความเหมาะสมและสอดคล้องกับวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีของไทย

นอกจากนี้ ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งในประเทศสมาชิกขององค์กรการค้าโลก (WTO) และได้เคยมีข้อตกลงร่วมกันว่า ประเทศสมาชิกจะร่วมมือกันทางการค้าและจะไม่ก่อตั้งข้อจำกัดทางการค้าใดๆต่อประเทศสมาชิก การโฆษณาเปรียบเทียบอาจถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นปัญหาในลักษณะที่ว่าเป็นการก่อให้เกิดข้อจำกัดทางการค้าเหมือนอย่างที่เคยเกิดขึ้นในการประชุมความร่วมมือของสหภาพยุโรป จนนำไปสู่การออกประกาศของสภามนตรีแห่งยุโรป หรือ Council Directive 97/55/EC เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบในลักษณะที่เป็นการยอมรับให้การโฆษณาเปรียบเทียบสามารถกระทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบให้เกิดความชัดเจน และการวางกรอบแนวทางเพื่อการจัดทำโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบที่ถูกต้องและโดยชัดแจ้ง จะเป็นทางออกหนึ่งเพื่อการขจัดปัญหาการฟ้องร้องที่เกิดขึ้นตามกฎหมายลักษณะละเมิดดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เพราะผู้เขียนเห็นว่า เมื่อการโฆษณาเปรียบเทียบได้รับการรับรองให้สามารถกระทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมายจะช่วยแก้ไขปัญหาในการฟ้องร้องคดีได้หากการโฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำโดยถูกต้อง และจะเป็นเกณฑ์ที่ชัดเจนให้แก่องค์กรของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย และจะเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อการจัดทำโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ อีกทั้ง การโฆษณาเปรียบเทียบหากได้กระทำขึ้นภายใต้มูลฐานแห่งความถูกต้อง ซื่อสัตย์ เหมาะสมและได้จัดทำขึ้นโดยคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณ จะเป็นสิ่งช่วยคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคและเป็นแหล่งข้อมูลเพื่อการตัดสินใจบริโภคให้เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ และเป็นสิ่งสนับสนุนให้เกิดความพัฒนาทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรมและการแข่งขันทางการค้าที่ชอบธรรม และผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาเป็นการภายในโดยองค์กรภาครัฐ เช่น สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา โดยการปิดกั้นห้ามไม่ให้ทำโฆษณาเปรียบเทียบ ด้วยเหตุผลเพียงเพราะว่าเป็นกรณีที่พิสูจน์หาความจริงได้ยาก ดูจะเป็นการไม่สมเหตุและผลเท่าที่ควร แม้แนวทางปฏิบัติตามกฎหมายแม่บทของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาคล้ายกับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมาก แต่การปฏิบัติงานที่มีความลักลั่นกันก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการปฏิบัติของผู้ประกอบธุรกิจจนกลายเป็นอุปสรรคทางการค้าประการหนึ่ง

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการโฆษณาเปรียบเทียบควรจะมีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อเป็นการรับรองว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการโฆษณาที่กฎหมายกำหนดกรอบให้ทำได้ ซึ่งจะช่วยทำให้เกิดความชัดเจนในปัญหาทางกฎหมาย โดยน่าจะได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในหมวดของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อการควบคุมการโฆษณา เพราะโดยบทบัญญัติที่มีอยู่ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการโฆษณาไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 และหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่ยังคงต้องนำมาใช้กับการโฆษณาเปรียบเทียบ คือ หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติ มาตรา 22 (1) และ (2) ที่ว่า การโฆษณาจะต้องไม่แสดงข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินจริง และจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นจะต้องกระทำโดย

ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และจะต้องนำเสนอข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าเป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินจริง เพราะฉะนั้น การพูดเปรียบเทียบเฉพาะส่วน บางส่วน อันนำไปสู่ความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้าหรือบริการยังคงอยู่ภายใต้มาตรา 22 (2)

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายและประเด็นปัญหาในประเทศไทย ตลอดจนการวิเคราะห์วิจัยกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์หรือกรอบแนวทางการโฆษณาเปรียบเทียบของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน มีเหตุผลที่น่ายึดถือเป็นแนวทางในการนำเสนอเพื่อเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 เพื่อใช้เป็นหลักในการพิจารณาความถูกต้องของการกระทำให้แก่ผู้ประกอบการ นักโฆษณา และพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการโฆษณาธุรกิจในประเทศไทย ดังนั้น ผู้เขียนขอเสนอแนะว่าหลักเกณฑ์ของการโฆษณาเปรียบเทียบตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคควรมีกรอบดังนี้ คือ

1. การโฆษณาเปรียบเทียบต้องเป็นการโฆษณาเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่จริง

2. การเปรียบเทียบควรเป็นการเปรียบเทียบในผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันหรือที่มุ่งใช้ตามวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน หรือมีคุณสมบัติคล้ายกัน เกี่ยวเนื่องกันหรือมีส่วนประกอบอย่างเดียวกัน เช่น มิติต่อมิติ คุณลักษณะเฉพาะต่อคุณลักษณะเฉพาะ หรือการเปรียบเทียบสถานะใดๆที่มีลักษณะที่เหมือนกัน

3. การโฆษณาในลักษณะที่เป็นการเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยถูกต้องและเหมาะสมโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับของผู้บริโภคเป็นหลัก

4. การโฆษณาเปรียบเทียบต้องไม่กระทำในลักษณะใดๆอันเป็นการลดความน่าเชื่อถือทับถม หรือจงใจกระทำโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งทางการค้า ผลิตภัณฑ์อันเป็นคู่แข่งทางการค้าหรือผู้ประกอบการอื่นๆ

5. การกล่าวอ้างถึงผู้ใดต้องกระทำโดยสุจริตเพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรยายหรือเปรียบเทียบคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์ และจะต้องไม่เป็นการมุ่งหวังเพื่อการแสวงหาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรม

6. การเปรียบเทียบนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือส่วนรวม

7. ความแตกต่างในคุณสมบัติซึ่งกล่าวเปรียบเทียบต้องสามารถพิสูจน์หาความจริงได้

8. การเปรียบเทียบควรกระทำในระหว่างผู้ประกอบการซึ่งมีขนาดการลงทุน หรือส่วนแบ่งทางการค้าสำหรับแต่ละผลิตภัณฑ์ หรือแต่ละประเภทธุรกิจอยู่ในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ประกอบการ

รายใหญ่ไม่ควรทำการเปรียบเทียบอันเป็นการเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายย่อย[128]

แนวทางที่ผู้เขียนนำเสนอนี้ ผู้เขียนมีความเชื่อว่าจะสามารถทำให้ระบบการค้าเสรีซึ่งมีการแข่งขันด้วยวิธีการโฆษณาเปรียบเทียบมีความชัดเจนมากขึ้นและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้ การกำหนดกรอบการทำโฆษณาเปรียบเทียบดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ย่อมเป็นการช่วยทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นระดับหนึ่งในการปฏิบัติทางการค้าที่เรียกว่า การแข่งขันที่เป็นธรรม

---

[128] เนื่องจาก การเปิดกว้างให้สามารถทำการเปรียบเทียบในทุกระดับธุรกิจ อาจทำให้ผู้ประกอบการค้ารายย่อย ซึ่งมีเงินลงทุนและความสามารถในการแข่งขันที่จำกัด ถูกผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ใช้เทคนิคของการโฆษณาเปรียบเทียบกำจัดให้พ้นไปจากตลาดหรือต้องเลิกกิจการไป ทั้งนี้ โดยปกติสินค้าหรือบริการที่จำหน่ายในตลาดปัจจุบันของประเทศไทย จะพบว่า โดยมากจะเป็นสินค้าหรือบริการเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคกลุ่มล่าง หรือกลุ่มที่มีกำลังซื้อน้อย เนื่องจากเป็นสินค้าหรือบริการที่มีราคาต่ำกว่าสินค้าหรือบริการที่จำหน่ายโดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ ดังนั้น การปล่อยให้เกิดการเปรียบเทียบในทุกระดับของธุรกิจ อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการค้ารายย่อยดังกล่าวเกินกว่าผลโดยปกติธรรมดาและส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค เพราะอาจเป็นการส่งเสริมให้เกิดการตัดทางเลือกบริโภคของผู้บริโภคอันนำไปสู่การผูกขาดได้