

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค : ศึกษากรณี

ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

นัชชา เวทย์วิไล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2557

**Legal Measures of Consumer Protection Right : A Case Study of  
Cosmetic Clinic Industry**

**Natcha Watewilai**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2014**

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค : ศึกษากรณีธุรกิจคลินิกเสริมความงาม
ชื่อผู้เขียน	นัชชา เวทย์วิไล
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

### บทคัดย่อ

คลินิกเสริมความงามตามที่คุณศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายถึงสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน ให้บริการด้านความสวยงามโดยวิธีการต่างๆ เช่น ให้ยาทา ให้ยารับประทาน เลเซอร์ ฉีดยาหรือสสาร รวมถึงสอควัดใดๆ เข้าไปในร่างกาย เพื่อผลลัพธ์ทางด้านความงาม แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการศัลยกรรมความงามอันเป็นการมุ่งเน้นปรับปรุงโครงสร้างภายนอกของร่างกายโดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจดังกล่าว ได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่3) พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามาตรการทางกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้ารับบริการคลินิกเสริมความงาม โดยในบางเรื่องยังไม่มีกฎหมายควบคุม ในบางเรื่องมีกฎหมายควบคุมแล้วแต่กฎหมายยังมีช่องว่างอยู่ ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจก็ได้อาศัยช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวกระทำการเอาเปรียบผู้บริโภค หรือในบางเรื่องมีกฎหมายควบคุมแล้ว แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายยังไม่มีประสิทธิภาพ บทลงโทษยังไม่รุนแรงเพียงพอ หรือการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน

เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงามแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความจำเป็นและสมควรที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายพร้อมทั้งกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน โดยใคร่ขอเสนอแนะว่าควรกำหนดให้คลินิกเสริมความงามเป็นธุรกิจที่ต้องมีการควบคุมเป็นพิเศษและกำหนดคุณสมบัติของ

แพทย์เอาไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งยังควรกำหนดให้มีการจำแนกประเภทของเครื่องมือแพทย์ตามระดับความร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายของมนุษย์พร้อมกำหนดคุณสมบัติของผู้ใช้เครื่องมือดังกล่าวเอาไว้ด้วย สำหรับในเรื่องการโฆษณา เห็นควรกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานให้มีความชัดเจนและเหมาะสมกับสภาพความร้ายแรงแห่งความผิด และผลักดันให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้มีองค์การคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐ ในเรื่องการเยียวยาความเสียหาย ควรกำหนดให้โครงการตราสัญลักษณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคมีลักษณะเป็นมาตรการประกันภัยภาคบังคับ และให้นำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้กับผู้ได้รับความเสียหายการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม นอกจากนี้ในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม เห็นว่าควรแยกคลินิกเสริมความงามออกจากคลินิกเวชกรรม ทั้งในเรื่องเอกสารการยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการ และในเรื่องระดับความเข้มงวดในการตรวจและอนุญาตให้ประกอบการ พร้อมทั้งกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามรยาทและจรรยาบรรณของพนักงานผู้ให้บริการในธุรกิจดังกล่าวเอาไว้ด้วย

Thesis Title	Legal Measures of Consumer Protection Right : A Case Study of Cosmetic Clinic Industry
Author	Natcha Watewilai
Thesis Advisor	Associate Professor Paitoon Kongsomboon
Department	Law
Academic Year	2013

### ABSTRACT

The definition of a “Cosmetic Clinic” in this research is a sanatorium that does not accept inpatients. It provides any beauty treatments that do not concern surgical procedure or operation that aims to transform a human’s body. This shall include the use of vanishing cream, radiation, the injection of medicine or other matter, the insertion of any matter inside the body for the purposes of beautification.

The study indicates that the laws that are relevant to the cosmetic clinic business in Thailand are Civil and Commercial Code, Civil Procedure Code, Consumer Protection Law B.E. 2522, Consumer Protection Act (Edition 3) B.E. 2556, Consumer Case Procedure Act B.E. 2551, Medical Device Act B.E. 2551, Medical Profession Act B.E. 2525, and Sanatorium Act B.E. 2541. The study also shows that the laws do not suffice for protecting consumers who use cosmetic clinic service. The existing laws do not solve some legal issues. Even if there is the law, there is still a loophole that business owners use to exploit the consumers. It is also discovered that the law enforcement is not strict enough and the authorities do not have a strict measure to judge the punishment. Compared to the international law regarding Consumer Protection for cosmetic clinic consumers, it is necessary for Thailand to amend some law and regulate legal measures to protect consumers who use cosmetic clinic services so that the law is more effective and relevant to the Thai society in this era.

Compared to the international law regarding Consumer Protection for beauty clinic consumers, it is necessary for Thailand to amend some law and regulate legal measures to protect consumers who use beauty clinic services so that the law is more effective and relevant to the Thai society in this era. It is recommended that beauty clinics must be strictly controlled and

physicians working in a beauty clinic must be qualified. Moreover, medical equipments should be classified based on the level of risk that might be dangerous to humans. In terms of advertising, a guideline should be determined for officials in order to use discretion rightfully and appropriately when it comes to legal judgement. Apart from that, a Consumer Protection Act for Independent Entity should be carried forward so that there is a Consumer Protection department that is independent from the government. In regards to compensation, the Consumer Protection logo should be considered as a compulsory insurance measure. The no-fault compensation should be used to cure early-stage injuries for patients who are victimized by illegal beauty clinics. Furthermore, it's being agreed that the beauty clinic should be separated from medical clinic both in terms of business license documentation and levels of strictness to grant the license. An ethical and moral guidelines should also be determined for all stakeholders in the clinical industries.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์จาก รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ รวมทั้งคอยช่วยเหลือให้คำแนะนำและให้แนวคิดในทางวิชาการต่างๆ ตลอดจน ตรวจทานแก้ไข เสนอแนวทางที่เหมาะสมเพื่อความถูกต้องสมบูรณ์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ด้วยความเอาใจใส่เป็นอย่างดีตลอดมา ผู้เขียนจึงใคร่ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ชีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่กรุณาได้รับเป็น ประธานสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ธีรวัฒน์ จันทสมบูรณ์ และอาจารย์สัตยะพล สัจจะเดช ที่กรุณา รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำตลอดจนข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ อย่างยิ่งในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณบิดา มารดา น้องสาว น้องชาย ญาติสนิทของข้าพเจ้า ที่คอยเป็นกำลังใจ สำคัญและให้การสนับสนุนข้าพเจ้าในทุกๆ ด้านจนสามารถสำเร็จการศึกษาในระดับนิติศาสตร มหาบัณฑิต รวมถึงท่านอาจารย์ทุกท่านผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ข้าพเจ้า ขอคุณเจ้าหน้าที่ บัณฑิตศึกษาทุกท่าน และเพื่อนๆ ทุกคนของข้าพเจ้าที่คอยเป็นกำลังใจและให้การช่วยเหลือที่ดีแก่ ข้าพเจ้าตลอดมา

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถก่อให้เกิดความรู้และข้อคิดที่มีประโยชน์อันควร แก่การศึกษาหรือปฏิบัติงาน ผู้เขียนขอมอบความดีครั้งนี้ด้วยความระลึกถึงพระคุณบิดา มารดา ครูบาอาจารย์และผู้มีพระคุณของผู้เขียนทุกท่าน ส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องใดๆ ของ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นัชชา เวทย์วิไล

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญตาราง .....	ฉ
บทที่	
1. บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2. ความหมาย ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิก เสริมความงาม .....	9
2.1 ความหมายของธุรกิจคลินิกเสริมความงาม .....	9
2.1.1 ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ”.....	9
2.1.2 ความหมายของคำว่า “เสริมความงาม” .....	10
2.1.3 ประเภทของธุรกิจเสริมความงาม.....	11
2.1.4 ความหมายของวิชาชีพเวชกรรม .....	12
2.2 ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม.....	14
2.2.1 ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค .....	14
2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความ เสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม .....	34
3. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจ คลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของ ต่างประเทศ .....	44



สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.1	มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้ บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทย ..... 44
3.1.1	มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิก เสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทย..... 44
3.1.2	มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้าน โฆษณาจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมาย ของประเทศไทย..... 64
3.1.3	มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความ เสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของ ประเทศไทย..... 81
3.1.4	มาตรการอื่น ๆ ทางกฎหมาย..... 105
3.2	มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการ ธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายต่างประเทศ..... 106
3.2.1	มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจด้านความงาม ..... 106
3.2.2	มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา..... 110
3.2.3	มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความ เสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ..... 121
4.	ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้ บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ..... 132
4.1	ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิก เสริมความงาม ..... 133
4.2	ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้าน โฆษณาของคลินิกเสริมความงาม ..... 143
4.3	ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความ เสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม..... 149
4.4	ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ..... 161
5.	บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 168
5.1	บทสรุป ..... 168

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	170
5.2.1 มาตรการเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการใน คลินิกเสริมความงาม .....	170
5.2.2 มาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของคลินิก เสริมความงาม .....	171
5.2.3 มาตรการเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงาม .....	171
5.2.4 มาตรการในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม .....	172
บรรณานุกรม .....	173
ภาคผนวก .....	180
ประวัติผู้เขียน .....	184

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 สถิติการร้องเรียนต่อแพทยสภาในปี พ.ศ. 2554-2556 .....	134
4.2 สถิติการลงโทษในความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาการประกอบวิชาชีพ พ.ศ. 2536 – 2556.....	146
4.3 การเปรียบเทียบปรับตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ประกอบประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2546) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล .....	148

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันผู้บริโภคนิยมใช้บริการธุรกิจด้านความงามมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งปรากฏว่าธุรกิจดังกล่าวถูกจัดลำดับให้เป็นหนึ่งในห้าธุรกิจที่กำลังได้รับความนิยมอย่างสูงประจำปี พ.ศ. 2556 ด้วย<sup>1</sup> ทั้งนี้เนื่องมาจากความสวยความงามเป็นอีกหนึ่งความต้องการที่ผู้บริโภคในยุคนี้ให้ความสำคัญ โดยแท้จริงแล้วความสวยความงามนั้นมิใช่เรื่องแปลกใหม่สำหรับสังคมสมัยนี้แต่อย่างใด หากแต่เป็นสิ่งที่อยู่คู่กับผู้หญิงมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว ดังคำพูดที่มักได้ยินกันอยู่บ่อยครั้งว่า “ไก่องามเพราะขน คนงามเพราะแต่ง” อันมีความหมายว่า คนเราจะสวยได้ก็ด้วยการรู้จักแต่งตัว หรือคำพูดที่ว่า “ผู้หญิงอย่าหยุดสวย” ซึ่งความหมายก็แสดงตรงตามตัวอักษรแล้วนั่นเอง

ในสมัยโบราณมนุษย์ได้มีการนำสิ่งต่าง ๆ ที่ได้จากธรรมชาติมาใช้เพื่อประโยชน์ในด้านความงาม เช่น เอาดินโคลน สมุนไพรมาพอกหน้า เป็นต้น ต่อมาก็ได้เกิดความคิดนำสิ่งที่ได้จากธรรมชาติเหล่านั้นมาปรุงแต่งขึ้นเป็นผลิตภัณฑ์เครื่องสำอางสำหรับใช้เสริมความงามด้วย เช่น ทำลิปสติกไว้ใช้ทาปาก ทำแป้งไว้ทาหน้า เป็นต้น จนกระทั่งในปัจจุบันวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีและทางการแพทย์ก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น จากเดิมที่การแพทย์มีไว้เพื่อช่วยชีวิตผู้อื่นให้รอดพ้นจากความตาย ความเจ็บป่วย ปัจจุบันการแพทย์ยังได้เข้ามามีบทบาทในการสร้างเสริมสร้างสุขภาพบนใบหน้าและเรือนร่างของมนุษย์ อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการศัลยกรรมบริเวณส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย เช่น ผ่าตัดเสริมจมูกให้โด่งขึ้น ผ่าตัดเสริมหน้าอก ผ่าตัดตาสองชั้น การบำรุงรักษาผิวพรรณเสริมความงามโดยนวัตกรรมแสงเลเซอร์ รวมไปถึงการฉีดสารต่าง ๆ เข้าสู่ผิวหนัง ผิวกายเพื่อผลลัพธ์ทางด้านความงาม เป็นต้น โดยที่นวัตกรรมกรรมดังกล่าวสามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้อย่างทันท่วงทีและยังยืนกว่าความสวยจากการใช้วัตถุดิบจากธรรมชาติและเครื่องสำอางในรูปแบบเดิม ๆ ที่อยู่เพียงชั่วคราวชั่วคราว ไม่คงทนถาวร เมื่อล้างหน้าออก ความสวย

---

<sup>1</sup> สมาคมศัลยแพทย์ตกแต่งเสริมสวยแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *จับตา 5 ธุรกิจมาแรงปี 56 ธุรกิจความงาม* พลังงานทดแทน กีฬา ที่วีความเทียม และธุรกิจต่อเนื่อง 3 จี. สืบค้นเมื่อ 24 กรกฎาคม 2556, จาก [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=13567706\\_41&grpId=03&catid=03](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=13567706_41&grpId=03&catid=03).

ก็กลับเลื่อนไป ฉะนั้นความต้องการของผู้บริโภคที่ต้องการสวยได้อย่างเนรมิตนี้เอง จึงเป็นสาเหตุให้ธุรกิจด้านความงามเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว

อีกปัจจัยหนึ่งที่กระตุ้นให้ธุรกิจเสริมความงามขยายตัวมากยิ่งขึ้น ได้แก่ยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป วิถีชีวิตของคนยุคใหม่มักมีการติดต่อสื่อสาร พบปะผู้คนมากขึ้นไม่ว่าในเรื่องงานหรือเรื่องส่วนตัวก็ตาม ทำให้คนส่วนใหญ่ต้องการมีรูปร่างหน้าตา ผิวพรรณที่ดี เพื่อเสริมสร้างบุคลิกและความมั่นใจเมื่อยามต้องออกไปพบปะสังคมนอก ประทับกับค่านิยมของคนไทยที่นิยมตามแฟชั่น นักร้อง นักแสดง โดยเฉพาะกระแสความนิยมของละคร นักแสดงและนักร้องเกาหลีที่โด่งดังไปยังหลาย ๆ ประเทศรวมถึงประเทศไทย ได้นำเอาแนวความคิดในการเสริมความงามสไตลเกาหลีที่มองว่ารูปหน้าเรียวยาว ไซ้ จมูก โคง ตาโต เป็นใบหน้าที่สวยงามเข้ามาฝังอยู่ในความคิดของคนไทย โดยเฉพาะในกลุ่มวัยรุ่น ด้วยเหตุนี้ จึงพบว่าในปัจจุบันไม่ใช่เพียงแต่กลุ่มผู้หญิงวัยกลางคนซึ่งมีกำลังซื้อสูงเท่านั้น ที่มีความสนใจด้านความสวยความงาม หากแต่ความต้องการดังกล่าวได้ขยายไปยังกลุ่มวัยรุ่น นักศึกษา ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือชาย มากขึ้นอีกด้วย จากเดิมที่เคยมีความเชื่อกันว่าความสวยความงามเป็นเรื่องของบุญกรรมแต่ชาติปางก่อน บัดนี้วงการแพทย์ได้เปลี่ยนแปลงความเชื่อเหล่านั้นให้กลายเป็นว่าความสวยสามารถสร้างได้ด้วยมือแพทย์ไปแล้ว

จากการศึกษาพบว่าธุรกิจคลินิกเสริมความงามในประเทศไทยยังคงเติบโตอย่างต่อเนื่อง จนมีมูลค่าธุรกิจรวมกว่า 20,000 ล้านบาทในปัจจุบัน (พ.ศ. 2556)<sup>2</sup> และยังมีแนวโน้มจะขยายตัวมากขึ้นเรื่อย ๆ ไม่ว่าจะโดยการเปิดคลินิกโดยผู้ประกอบการรายใหม่ หรือขยายสาขาคลินิกโดยผู้ประกอบการรายเก่าให้เพิ่มมากขึ้นทั้งในกรุงเทพมหานคร ต่างจังหวัด รวมถึงตลอดถึงขยายสาขาไปยังประเทศเพื่อนบ้านด้วย นอกจากนี้ยังสังเกตเห็นได้ว่า ธุรกิจคลินิกเสริมความงามจากเดิมที่เคยเปิดในลักษณะเป็นตึกแถว อาคารเล็ก ๆ ริมข้างถนนนั้น ปัจจุบันได้ขยายตัวเข้าไปเปิดกิจการในห้างสรรพสินค้าอันเป็นแหล่งรวมของประชาชนมากยิ่งขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ธุรกิจคลินิกเสริมความงามเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็วนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการในธุรกิจดังกล่าวต้องเผชิญกับภาวะการแข่งขันทางการตลาดที่ค่อนข้างรุนแรง ทั้งจากคู่แข่งในธุรกิจประเภทเดียวกัน และในธุรกิจอื่น ๆ เช่น โรงพยาบาล ผลิตภัณฑ์ดูแลผิวหน้า

<sup>2</sup> จีราวัฒน์ คงแก้ว. (ม.ป.ป.). *สวยได้เต็ม ปลุกตลาดความงาม 2 หมื่นล้าน*. สืบค้นเมื่อ 24 กรกฎาคม 2556, จาก <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/business/bizweek/20130708/514222/สวยได้เต็ม-ปลุกตลาดความงาม-2-หมื่นล้าน.html>

และเครื่องสำอางตามห้างสรรพสินค้า หรือร้านขายยา เป็นต้น<sup>3</sup> ธุรกิจคลินิกเสริมความงามต่างนำกลยุทธ์ทางการตลาด ไม่ว่าจะเป็นการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาให้บริการ เพื่อตอบสนองความต้องการที่หลากหลายของลูกค้า การขยายกิจการไปตามแหล่งชุมชน ปริมาณ และตามจังหวัดต่าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมกลุ่มลูกค้ามากยิ่งขึ้น การโฆษณาประชาสัมพันธ์ผ่านทางสื่อต่าง ๆ โดยใช้ทั้งสื่อออนไลน์ที่มีชื่อเสียงเป็นฟรีเซ็นเตอร์ บรรยายสรรพคุณของสินค้า บริการ โดยใช้ถ้อยคำอวดอ้างเกินความเป็นจริง โดยไม่มีข้อมูลอ้างอิงทางวิชาการ เพื่อดึงดูดลูกค้าให้เข้ามาใช้บริการในคลินิกของตน ซึ่งการแข่งขันกันทางธุรกิจในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อหวังผลกำไรเป็นสำคัญ โดยไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภค ทั้งยังไม่ให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของผู้บริโภคที่เข้ารับบริการในคลินิกเสริมความงามของตนเท่าที่ควรอีกด้วย ทั้งนี้พบว่าปัจจุบันมีผู้บริโภคจำนวนมากซึ่งได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ สำนักงานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ องค์การอาหารและยา และแพทยสภา เพิ่มมากขึ้น โดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการโฆษณาชักจูงให้ผู้บริโภคเข้าใช้บริการ โดยใช้ถ้อยคำที่มีเนื้อหาอวดอ้างเกินจริง มาตรฐานในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ผู้ปฏิบัติงานในคลินิกเสริมความงาม และในเรื่องการเรียกร้อยค่าเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจที่จะทำการศึกษาลึกลงไปถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม เพื่อให้ผู้บริโภคที่เข้ารับบริการจากธุรกิจดังกล่าวได้รับความคุ้มครองและประโยชน์สูงสุด ซึ่งพอจะสรุปประเด็นปัญหาที่จะทำการศึกษาได้ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม ซึ่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนและการออกใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2548 ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21(3)(จ) และด้วยความเห็นชอบของสภานายกพิเศษตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ว่าต้องเป็นผู้สำเร็จการศึกษาและได้รับใบปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิตจากสถาบันการศึกษาที่แพทยสภารับรอง และผ่านการประเมินทุกขั้นตอนและได้รับใบรับรองจากศูนย์ประเมินและรับรองความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแล้ว (ยกเว้นผู้ที่เคยได้ใบประกอบวิชาชีพเวชกรรมจาก

<sup>3</sup> ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. (ม.ป.ป.). ธุรกิจสถานความงามดูแลผิวหน้าและผิวพรรณ. สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2556, จาก [http://www.derminet.com/images/column\\_1268741231/DrCosmetics\\_01.pdf](http://www.derminet.com/images/column_1268741231/DrCosmetics_01.pdf).

แพทยสภามาก่อน) อีกทั้งกฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ข้อ 1(1) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 14 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ได้กำหนดลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาลกรณีที่เป็นคลินิกเวชกรรมเอาไว้ว่าเป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการที่เป็นเวชปฏิบัติทั่วไปและดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าบุคคลที่ได้รับใบปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิต ก็สามารถขึ้นทะเบียนและขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพอย่างถูกต้อง และมีคุณสมบัติสามารถประกอบวิชาชีพแพทย์ในสาขาใดก็ได้ แม้ไม่ได้ศึกษาต่อเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางในสาขานั้น ๆ ก็ตาม อีกทั้งยังสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามในลักษณะที่เป็นคลินิกเวชกรรมได้ด้วย ยิ่งไปกว่านั้นยังพบว่า คลินิกเสริมความงามบางแห่ง ผู้ให้บริการเป็นพนักงานภายในร้าน ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่มีการให้บริการในลักษณะที่เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม อันขัดต่อพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 34(1) และพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 26 อีกด้วย โดยในปัจจุบันพบว่า มีผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการเข้าใช้บริการคลินิกเสริมความงามเข้าร้องเรียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพิ่มมากขึ้น ซึ่งข้าพเจ้า จะทำการศึกษาว่าข้อบังคับและกฎหมายดังกล่าวเหล่านี้มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้บริโภคที่เข้ารับบริการจากธุรกิจคลินิกเสริมความงามอันจะต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษจากแพทย์อย่างน้อยเพียงใด และสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมในปัจจุบันหรือไม่

2. ปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณาในลักษณะอวดอ้างเกินความจริง แม้ในปัจจุบันจะมีกฎหมายที่กำหนดมาตรการควบคุมทางด้านโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม อาทิ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เป็นต้น แต่เหตุใดจึงยังพบคำโฆษณาซึ่งมีลักษณะโอ้อวดเกินจริง กล่าวถึงแต่ผลลัพธ์ในแง่ดี โดยไม่ชี้ให้เห็นถึงผลเสียและข้อควรระวังจากการเข้ารับบริการให้เห็นอยู่บ่อยครั้ง ไม่ว่าจะเป็นตามแผ่นพับ หนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ หรือทางอินเทอร์เน็ตก็ตาม ฉะนั้นในประเด็นนี้จึงทำการศึกษาว่ากฎหมายดังกล่าวที่มีอยู่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้เพียงใด และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวอย่างไร

3. ปัญหาความรับผิดชอบค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคในกรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม เนื่องด้วยประเด็นปัญหาตามข้อ 1 ที่กฎหมายบัญญัติอนุญาตให้ผู้ที่ได้รับปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิตสามารถประกอบวิชาชีพแพทย์ได้ทุกสาขาวิชา พบว่าปัจจุบันแพทย์ที่จบการศึกษาใหม่ถูกจ้างให้เป็นแพทย์ประจำคลินิกเสริมความงามมากขึ้น

โดยแพทย์กลุ่มนี้จะถูกส่งไปอบรมในด้านฝีมือและความงามซึ่งใช้ระยะเวลาอบรมเพียงไม่กี่เดือน ก็สามารถกลับเข้ารับหน้าที่ปฏิบัติงานในคลินิกเสริมความงามได้ โดยที่ยังไม่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเพียงพอ ประกอบกับประเด็นปัญหาในข้อ 2 เรื่องการโฆษณาอวดอ้างเกินจริง ทั้ง 2 ประเด็นดังกล่าวนี้ส่งผลให้ผู้บริโภคที่เข้ารับบริการจากคลินิกเสริมความงามได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมาก กล่าวคือ 1) แพทย์ที่ไม่มีความรู้ความชำนาญเพียงพอ ทำให้เกิดความผิดพลาดในระหว่างทำหัตถการ และ 2) กรณีโฆษณาอวดอ้างเกินจริง แต่เมื่อผู้บริโภคเข้าใช้บริการแล้วพบว่าไม่ได้ดังจริงดังที่กล่าวอ้าง ผู้เข้ารับบริการซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคจะฟ้องเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดชอบโดยอาศัยมูลเหตุใดได้บ้าง กรณีผู้บริโภคฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามนั้น เป็นคดีผู้บริโภค ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 แต่อย่างไรก็ตามการฟ้องร้องค่าเสียหายโดยอาศัยกระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคนั้นอาจทำให้เกิดความล่าช้าในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ทั้งยังมีความยุ่งยากในเรื่องของภาระการพิสูจน์ หากมีวิธีอื่นที่จะทำให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างรวดเร็วและไม่ต้องพิสูจน์ความผิด อย่างเช่น ระบบชดเชยความเสียหายจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดจะเป็นการแก้ปัญหาที่เหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

4. ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม เนื่องจากการขออนุญาตประกอบกิจการคลินิกรักษาโรคทั่วไป กับ การเสริมความงามนั้น มีหลักเกณฑ์การขออนุญาตเหมือนกัน คือ ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กระทรวงสาธารณสุขสำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร หรือยื่นต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดสำหรับเขตอื่น ๆ นอกกรุงเทพมหานคร ทั้งหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่ออนุญาตให้ประกอบกิจการดังกล่าวเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 และกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่นเดียวกัน แต่ในความเป็นจริง วัตถุประสงค์ของการเปิดคลินิกรักษาโรค กับการเปิดคลินิกเสริมความงามนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ การรักษาโรคนั้นเป็นการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามแนวคิดมาตั้งแต่โบราณว่าแพทย์คือผู้ช่วยชีวิตอันเป็นเรื่องของจิตเมตตากรุณา แต่การเสริมความงามนั้น ไม่ใช่การรักษาโรค ผู้ที่มาใช้บริการคลินิกเสริมความงามมิใช่ผู้เจ็บไข้ได้ป่วย แต่เป็นผู้ที่มาพบแพทย์เนื่องจากความต้องการทางด้านความงาม การเปิดคลินิกเสริมความงามจึงเป็นเรื่องของธุรกิจ ไม่ใช่การช่วยชีวิตผู้ป่วยหรือจิตเมตตาแต่อย่างใด พบว่าปัจจุบันธุรกิจคลินิกความงามเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว และนับวันจะยิ่งพบผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้เพราะผู้ประกอบการคำนึงถึงแต่ผลประโยชน์ทางธุรกิจโดยไม่ดูแลเอาใจใส่ในเรื่องความปลอดภัยของผู้บริโภคเท่าที่ควร ฉะนั้น



รัฐจึงควรให้ความสำคัญกับปัญหาดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น โดยเข้ามากำกับดูแลควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามให้เข้มงวดมากกว่าคลินิกรักษาโรคทั่วไป ซึ่งปัจจุบัน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามโดยรัฐนั้นมีเพียง พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 โดยในประเด็นดังกล่าว ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ได้กำหนดถึงมาตรการในการที่รัฐจะเข้ามาควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามไว้ครอบคลุมเพียงใด และมาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันหรือไม่

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความหมาย ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค จากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายรวมถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม
4. เพื่อเสนอแนะมาตรการและหาแนวทางการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่ใช้อยู่ในปัจจุบันให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การคุ้มครองผู้บริโภคที่เข้ารับบริการจากธุรกิจคลินิกเสริมความงาม มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ โดยแต่ละฉบับก็มีความมุ่งหมายในการบังคับใช้และเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการจัดตั้งและประกอบธุรกิจ กฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการโฆษณา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการเยียวยาความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ประกอบกับปัจจุบันธุรกิจดังกล่าวนี้มีการเติบโตอย่างรวดเร็ว และมีอัตราการแข่งขันทางธุรกิจสูง โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวส่วนใหญ่มักไม่ค่อยให้ความสำคัญในเรื่องความปลอดภัยของผู้บริโภค มีผลให้ผู้บริโภคที่เข้ารับบริการจากธุรกิจคลินิกเสริมความงามได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบริการที่ไม่ปลอดภัยนั้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคที่เข้ารับบริการจากธุรกิจคลินิกเสริมความงามให้ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน รวมทั้งรัฐเอง

ต้องมีมาตรการที่เหมาะสม เพื่อบังคับใช้ให้การประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามไม่สร้างความเสียหายแก่ประชาชนดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันด้วย

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค โดยศึกษาเฉพาะกรณีธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่มีรูปแบบกิจการลักษณะเป็นสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน(คลินิก) ในประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม ประเด็นการโฆษณาเกินจริง และประเด็นความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคในความเสียหายจากการใช้บริการของคลินิกเสริมความงาม รวมถึงมาตรการของรัฐในการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลและคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 นอกจากนี้ยังศึกษาเรื่องนี้โดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายดังกล่าวของประเทศไทยกับกฎหมายของต่างประเทศที่มีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้มากน้อยเพียงใดหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์ที่ผู้บริโภคถูกผู้ประกอบการดังกล่าวละเมิดสิทธิเป็นจำนวนมากในปัจจุบันและเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาค้นคว้าและวิจัยในเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยดำเนินการศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร ตำราวิชาการต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงหนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในเว็บบไซต์ต่าง ๆ ทั้งในส่วนของกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม รวมทั้งสัมภาษณ์ (Interview) และขอข้อมูลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ให้ได้มาซึ่งข้อสรุปและแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความหมาย ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม
4. ทำให้ทราบถึงมาตรการและแนวทางการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางแก้ไขปรับปรุงในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่ใช้อยู่ในปัจจุบันให้มีความเหมาะสมและให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

## บทที่ 2

### ความหมาย ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ

#### ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

เนื่องจากธุรกิจคลินิกเสริมความงามเติบโตอย่างรวดเร็ว และมีอัตราการแข่งขันทางธุรกิจสูง ทั้งยังให้ความสำคัญกับผลกำไรในทางธุรกิจมากกว่าความปลอดภัยของผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมาก ซึ่งในเรื่องของผู้บริโภคนี้เป็นเรื่องที่กระทบต่อบุคคลในวงกว้าง ในเบื้องต้นจึงควรทำการศึกษาถึงความหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงามและการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้ทราบถึงความหมายของธุรกิจคลินิกเสริมความงามว่ามีความหมายครอบคลุมเพียงใด ทั้งเพื่อให้ทราบหลักการพื้นฐานว่า เหตุใดจึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองผู้บริโภค และในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นมีแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญอย่างไร

#### 2.1 ความหมายของธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

สำหรับคำว่า “ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม” นั้นยังมิได้มีผู้ให้ความหมายเอาไว้แน่นอนชัดเจน ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเสียก่อนว่าคำว่า “ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม” มีความหมายว่าอย่างไร

##### 2.1.1 ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ”

ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า การศึกษาทำความเข้าใจ “ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม” จำต้องศึกษาหาความหมายของคำดังกล่าวว่า “ธุรกิจ” ก่อนว่ามีความหมายอย่างไร ครอบคลุมเพียงใด โดยในทางตำรา มีผู้ให้ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” เอาไว้ดังนี้

“ธุรกิจ” หมายถึง ความพยายามที่เป็นแบบแผนของนักธุรกิจในการผลิตและขายสินค้าหรือบริการ เพื่อสนองความต้องการของสังคม โดยมุ่งหวังผลกำไร<sup>1</sup>

<sup>1</sup> จาก ธุรกิจทั่วไป: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ (น. 11), โดย ศิริวรรณ เสรีรัตน์ และคณะ, 2541, กรุงเทพฯ: ชีระฟิล์ม และ ไชเท็กซ์.

“ธุรกิจ” หมายถึง กิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าและบริการ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะแสวงหากำไรจากการประกอบธุรกิจนั้น ๆ<sup>2</sup>

“ธุรกิจ” หมายถึง กิจกรรมใด ๆ ก็ตามที่ทำให้เกิดมีสินค้าหรือบริการขึ้น แล้วมีการแลกเปลี่ยนซื้อขายกันและมีวัตถุประสงค์จะได้ประโยชน์จากการกระทำกิจกรรมนั้น<sup>3</sup>

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” ไว้ว่า “ธุรกิจ” หมายความว่า กิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า “ธุรกิจ” หมายถึง กิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจของมนุษย์ ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต ซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไรจากการกระทำกิจกรรมนั้น

สำหรับจุดมุ่งหมายในการประกอบธุรกิจนั้น โดยมากก็เพื่อเป้าหมายทางด้านเศรษฐกิจ คือ การแสวงหากำไรจากการประกอบการ<sup>4</sup> ดังนั้น ผลกำไรจึงเป็นสิ่งจูงใจให้ดำเนินกิจกรรมต่อไป หากธุรกิจไม่มีผลกำไร ก็จะไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้

#### 2.1.2 ความหมายของคำว่า “เสริมความงาม”

เนื่องจากคำว่า “เสริมความงาม” ไม่มีกฎหมายบัญญัตินิยามเอาไว้โดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องศึกษาหาความหมายโดยอาศัยพจนานุกรมเป็นหลัก

โดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้นิยามความหมายของคำว่า “เสริม” ไว้ว่าหมายถึง เพิ่ม เติม ต่อเติม หนุน เช่น เสริมคันทันน้ำ เสริมกราบเรือให้สูงขึ้น เสริมจมูก

ทั้งได้นิยามความหมายของคำว่า “งาม” ว่าหมายถึง ลักษณะที่เห็นแล้วชวนให้ชื่นชมหรือพึงพอใจ เช่น มารยาทงาม รูปร่างงาม ซึ่งเมื่อเติมคำว่า “ความ” ไว้ข้างหน้า กลายเป็นคำว่า “ความงาม” ลักษณะเป็นคำนาม

<sup>2</sup> จาก การประกอบธุรกิจ (น. 14), โดย สมคิด บางโม, 2539, กรุงเทพฯ: วิทยพัฒน์.

<sup>3</sup> จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ (น. 2), โดย วันทนีย์ ภูมิภัทราคม และคณะ, 2537, กรุงเทพฯ: วิ.เจ พรินติ้ง.

<sup>4</sup> จาก การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต) (น. 10), โดย พงศกร ถิ่นเขาต่อ, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เมื่อนำความหมายของคำว่า “เสริม” และ “ความงาม” มารวมกันแล้วตีความให้เป็นที่เข้าใจในหมู่คนทั่วไปรวมถึงนักกฎหมายนั้น “เสริมความงาม” หมายถึง การกระทำเพื่อเพิ่ม เติมแต่ง เพื่อให้เกิดความสวยงามเป็นที่ชวนให้ชื่นชมหรือพึงพอใจ

### 2.1.3 ประเภทของธุรกิจเสริมความงาม

จากการศึกษาค้นคว้าสามารถสรุปได้ว่าธุรกิจเสริมความงามแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

1) ธุรกิจเสริมความงามที่ไม่เข้าข่ายการประกอบโรคศิลปะตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพอื่นตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทางการแพทย์หรือสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล เช่น ธุรกิจสปาเพื่อสุขภาพ นวดเพื่อสุขภาพ หรือกิจการนวดเพื่อเสริมสวย กิจการดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องกำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานสถานที่ การบริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 พ.ศ. 2551 ธุรกิจประเภทนี้มีความเกี่ยวข้องกับสุขภาพและความสวยงามโดยตรง โดยผู้ให้บริการในธุรกิจดังกล่าวเป็นพนักงานทั่วไป มิใช่แพทย์หรือพยาบาลที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะทาง

2) ธุรกิจเสริมความงามที่มีลักษณะเป็นการประกอบโรคศิลปะ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม อันจะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 เช่น ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ธุรกิจศัลยกรรมความงาม เป็นต้น

“สถานพยาบาล” ตามความหมายของพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 หมายถึง สถานที่รวมตลอดถึงยานพาหนะซึ่งจัดไว้เพื่อการประกอบโรคศิลปะตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม การประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ หรือการประกอบวิชาชีพทันตกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทันตกรรม ทั้งนี้ โดยกระทำเป็นปกติธุระ ไม่ว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงสถานที่ขายยาตามกฎหมายว่าด้วยยา ซึ่งประกอบธุรกิจการขายยาโดยเฉพาะ<sup>5</sup>

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 4.

สถานพยาบาลแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

- 1) สถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน เช่น คลินิกเวชกรรม และคลินิกเวชกรรม เฉพาะทาง
- 2) สถานพยาบาลที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน เช่น โรงพยาบาล สถานพยาบาลเวชกรรม สถานพยาบาลการศัลยกรรม<sup>6</sup>

#### 2.1.4 ความหมายของวิชาชีพเวชกรรม

การขออนุญาตประกอบกิจการสถานพยาบาลนั้น ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบสถานพยาบาลจะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม<sup>7</sup> กล่าวคือ เป็นบุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา โดยแพทยสภาจะรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เฉพาะผู้มีความรู้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น<sup>8</sup>

คำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” (Medicable) พจนานุกรมทางการแพทย์ได้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ศาสตร์และศิลป์อันเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยโรคและการรักษาอาการเจ็บป่วย และการส่งเสริมสุขภาพ<sup>9</sup>

สำหรับความหมายของคำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ตามกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายเอาไว้ดังนี้

“วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การศัลยกรรม การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำ

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 14 และ กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ข้อ 1 และข้อ 4.

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 25 ในการพิจารณาออกใบอนุญาตให้ดำเนินการสถานพยาบาลของผู้อนุญาตจะต้องปรากฏว่าผู้ขอรับใบอนุญาต

(1) เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการศัลยกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการศัลยกรรม หรือผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม แต่บุคคลเช่นว่านั้นจะได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการตามประเภทใด หรือสถานพยาบาลที่ให้บริการทางการแพทย์ใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง.

<sup>8</sup> จาก กฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม (น. 7), โดย อุดมศักดิ์ หุ่นวิจิตร, 2535, ขอนแก่น: มหาวิทยาลัยขอนแก่น.

<sup>9</sup> From *Dorland's Illustrated Medical Dictionary 32 Edition* (p. 1118), by John P. Friel, editor, 2012, Philadelphia: Elsevier Saunders.

ทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการ  
คุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

จากนิยามดังกล่าว พอสรุปได้ว่า การกระทำที่จะเป็นวิชาชีพเวชกรรมได้นั้น  
ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1) เป็นการกระทำต่อมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อผู้อื่นหรือต่อตนเอง และไม่ว่าจะ  
เป็นการกระทำโดยทางตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม

2) เป็นการกระทำเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) การตรวจโรค
- (2) การวินิจฉัยโรค
- (3) การบำบัดโรค
- (4) การป้องกันโรค
- (5) การผดุงครรภ์
- (6) การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส
- (7) การแทงเข็ม หรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก
- (8) การคุมกำเนิด
- (9) การเสริมสวย
- (10) การบำรุงร่างกาย

โดยการกระทำตามข้อ (8) (9) (10) จะต้องเป็นการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี  
การฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย

สำหรับ “การเสริมสวย” นั้น เมื่อวิเคราะห์จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า  
การเสริมสวยอาจกระทำได้โดย การกระทำทางศัลยกรรม (การรักษาโดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก)  
การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า “ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม” หมายถึง ธุรกิจที่  
ประกอบกิจการให้บริการด้านความสวยงาม โดยมีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ดำเนินการ  
รูปแบบของกิจการอยู่ในลักษณะของสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน ตัวอย่างเช่น คลินิก  
รักษาสิว ฝ้า กระ เลเซอร์ผิวพรรณ ฉีดยาหรือสสารเข้าสู่ผิว หรือสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าสู่ร่างกายเพื่อ  
ผลลัพธ์ทางด้านความงาม แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง การศัลยกรรมความงามอันเป็นวิชาชีพเวชกรรมแขนง  
หนึ่งที่มุ่งเน้นในการปรับปรุงโครงสร้างภายนอกของผู้ใช้บริการ โดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก เพื่อ  
ตกแต่ง เสริมความงามแก่ผู้ให้บริการให้ดูอ่อนวัยและดูดียิ่งขึ้น ซึ่งวิชาชีพดังกล่าวจะต้องอาศัย  
แพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน



## 2.2 ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

### 2.2.1 ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค

#### 2.2.1.1 ความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

มนุษย์กับการบริโภคมีความเกี่ยวข้องกันตั้งแต่เกิดจนตาย มนุษย์ทุกคนถือเป็นผู้บริโภคทั้งสิ้น คงไม่มีใครปฏิเสธได้ว่าคนไม่เคยบริโภค เพราะอย่างน้อยมนุษย์ทุกคนย่อมมีความต้องการพื้นฐาน 4 ประการ หรือที่เรียกกันว่าปัจจัย 4 ได้แก่ อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค

ก่อนสังคมยุคอุตสาหกรรม กระบวนการผลิตสินค้าต่าง ๆ ใช้วิธีการทางธรรมชาติ ขั้นตอน วิธีการผลิตยังไม่สลับซับซ้อน กระบวนการผลิตยังมีลักษณะเป็นการผลิตเพื่อใช้ในครอบครัว และมีการแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน จนต่อมาเริ่มพัฒนาเป็นการซื้อขายระหว่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม การค้าในระยะเริ่มแรกนั้น การผลิตสินค้าและบริการยังไม่ได้ใช้เทคโนโลยีมากเหมือนอย่างในปัจจุบัน

ต่อมาเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป โดยในช่วงศตวรรษที่ 18-19 เป็นช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก กล่าวคือ การปฏิวัติอุตสาหกรรม มีการนำเครื่องจักรมาใช้ในกระบวนการผลิต ทำให้สามารถผลิตสินค้าได้มากขึ้นภายในเวลาที่น้อยลง การตลาดขยายตัวเป็นอย่างมากนำไปสู่การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการมากขึ้น แนวคิดปัจเจกนิยมและระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยยอมรับว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการทำสัญญา และสามารถประกอบธุรกิจได้โดยอิสระ การทำสัญญาใด ๆ ต่อกันต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาทุกฝ่าย และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตาม หลักดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจที่จะเลือกบริโภคสินค้าและบริการอย่างเท่าเทียมกัน รัฐไม่ควรเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจการค้าและการประกอบอาชีพของเอกชน แต่รัฐควรมีบทบาทหน้าที่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศและสาธารณชนส่วนรวมเท่านั้น แนวคิดพื้นฐานอันเกิดจากระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่สำคัญ ๆ เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลัก “ซื้อต้องระวัง” และทฤษฎีความรับผิดชอบคู่สัญญา

สำหรับหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายโรมันที่ยึดถือกันหลายประเทศ<sup>10</sup> มีหลักการว่า หากมีความเสียหายใด ๆ แก่ทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน ผู้ซื้อต้องเป็นผู้รับภาระในความเสียหายนั่นเอง ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ผู้ซื้อจะต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะตัวในการตรวจสอบสินค้าที่ซื้อขายกันว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้ได้ผลดีเฉพาะกับการผลิตสินค้า

<sup>10</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. ค), โดย สุขุม สุภนิศย์ ก, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

แบบเดิมที่ไม่มีความความยุ่งยากซับซ้อน แต่เนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป มีการนำเครื่องจักรและเทคโนโลยีมาใช้ในการผลิตสินค้า ขั้นตอน กระบวนการผลิตมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ทั้งงานบริการหลายประเภทก็ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทาง เช่น การซ่อมเครื่องใช้ไฟฟ้า การกำจัดปลวก ฯลฯ ทำให้ความเข้าใจของผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคสินค้าและบริการที่แต่เดิมสามารถใช้ความระมัดระวังในระดับธรรมดาในการตรวจสอบคุณภาพของสินค้านั้นไม่เพียงพออีกต่อไป เพราะในบางครั้ง ความชำรุดบกพร่องในตัวสินค้าไม่อาจพบเห็นได้จากภายนอก กฎหมายเดิมที่ตราขึ้นบนพื้นฐานที่ว่าผู้บริโภคมีความรู้เท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจ จึงไม่มีความเป็นธรรมอีกต่อไป

นอกจากนี้การปฏิวัติอุตสาหกรรมส่งผลให้สภาพการตลาดเปลี่ยนแปลงไป โดยมีการขยายตัวมากขึ้น จากเดิมการซื้อขายสินค้าเป็นการขายตรงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคมีโอกาสได้เห็นสินค้าจริง และได้ตรวจสอบสินค้าก่อนตัดสินใจซื้อ การซื้อขายสามารถเจรจาต่อรองกันได้อย่างเต็มที่ แต่เมื่อการผลิตเปลี่ยนไปเป็นแบบอุตสาหกรรมซึ่งสามารถผลิตสินค้าได้ในจำนวนมาก ๆ ในเวลาอันรวดเร็ว ทำให้ระบบตลาดพัฒนาเป็นการขายสินค้าที่ละมาก ๆ รวมถึงการที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้พบปะกันโดยตรง ทำให้ไม่อาจตรวจสอบสินค้าได้ละเอียดถี่ถ้วนเหมือนแต่ก่อน จึงเป็นการยากที่จะพบความชำรุดบกพร่องของสินค้าในขณะที่ทำการซื้อขายกันประเทศต่าง ๆ จึงหันมาให้ความสำคัญกับสิทธิของผู้บริโภคมากขึ้น โดยมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์จากหลักผู้ซื้อต้องระวัง กลายเป็นหลักที่ผู้ขายต้องเป็นฝ่ายใช้ความระมัดระวัง ตลอดจนมีการกระทำให้สูงชันความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดของการผลิต แทนที่จะตกอยู่กับฝ่ายผู้เสียหายก็กลับให้เป็นภาระของผู้ผลิต หรือมีบทสันนิษฐานความรับผิดชอบในการผลิตขึ้น<sup>11</sup>

นอกจากนี้ในปัจจุบัน โอกาสที่ผู้ที่มีโชคลัญญาจะเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการนั้นมีความเป็นไปได้เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น แม่ซื้อนมให้ลูกกิน แม่เป็นคู่สัญญากับผู้ขายนม แต่ลูกซึ่งเป็นผู้บริโภคนมไม่ใช่คู่สัญญา ฉะนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้นจากการบริโภค โอกาสที่ผู้เสียหายจะอาศัยกฎหมายลักษณะซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันจำเป็นต้องมีความผูกพันทางสัญญาก็หมดไป คงเหลือแต่การฟ้องเรียกค่าเสียหายทางละเมิด ซึ่งถ้าหากความเสียหายเกิดจากข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อน<sup>12</sup> และเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของผู้ขายแต่ฝ่ายเดียว ความลำบากในการพิสูจน์ความเสียหายก็จะตกเป็นภาระแก่ผู้บริโภค ซึ่งในบางกรณีหากไม่สามารถนำสืบให้เห็นถึงความเสียหาย ก็ทำให้หมดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีดังกล่าว หลักเกณฑ์

<sup>11</sup> แหล่งเดิม.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม. (น. ข).

ในการคุ้มครองผู้บริโภคจึงเปลี่ยนแปลงไป โดยอาศัยหลักการไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่าง คู่กรณี เพราะผู้บริโภคที่แท้จริงอาจจะไม่ใช่คู่สัญญาเสมอไป โดยหลักดังกล่าวปรากฏให้เห็นใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ที่ให้นิยามของ “ผู้บริโภค” ว่าหมายถึง “ผู้ซื้อ หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบ ธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจาก ผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า ผู้บริโภค อาจไม่ใช่คู่สัญญาก็ได้

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมานี้ จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครอง ผู้บริโภคมากขึ้น โดยนอกจากจะให้อิสระแก่เอกชนในการประกอบธุรกิจการค้าได้โดยเสรีตามหลัก กฎหมายแพ่งแล้ว ยังนำเอากฎหมายมหาชนเข้ามาใช้ควบคู่ไปด้วย เช่น ในเรื่องของการควบคุม การผลิต ฉลาก และการโฆษณาสินค้าและบริการ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองไม่ให้ผู้บริโภคถูกเอารัด เอาเปรียบ และได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป อเมริกา และ ออสเตรเลียได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่เคยมีอยู่เดิมทั้ง ในแง่ความรับผิดชอบในทางสัญญาละเมิดให้เอื้ออำนวยต่อการเยียวยาผู้ใช้ความเสียหายที่เกิดจากการ บริโภคให้มากขึ้น ทั้งนี้ โดยเน้นทั้งด้านการควบคุมกำกับกิจกรรมทางการผลิตโดยรัฐเพื่อป้องกัน ความเสียหายและการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อผู้บริโภค(ในบางประเทศ)<sup>13</sup>

แต่เดิมสิทธิของผู้บริโภคไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง จนกระทั่งเมื่อมี องค์การอิสระในระดับนานาชาติซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยไม่แสวงหา ผลประโยชน์และไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง คือ สหพันธ์องค์การคุ้มครองผู้บริโภคระหว่างประเทศ (International of Consumer Unions - IOCU) ได้ประกาศสิทธิของผู้บริโภคไว้ 8 ประการ คือ<sup>14</sup>

- (1) สิทธิที่จะได้รับสินค้าและบริการที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่พักอาศัย การดูแลสุขภาพ การศึกษา และการสุขภาพ
- (2) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการโฆษณาสินค้าหรือบริการที่เป็นอันตรายต่อ สุขภาพและชีวิต
- (3) สิทธิที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงและข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจอย่างชาญฉลาด
- (4) สิทธิที่จะเลือกสินค้าและบริการที่พอใจในราคาที่แข่งขันและมีการประกันคุณภาพ

<sup>13</sup> แหล่งเดิม. (น. 3).

<sup>14</sup> จาก การคุ้มครองผู้บริโภคในต่างประเทศ (น. 2), โดย สารี อ่องสมหวัง, 2539, กรุงเทพฯ: พิมพ์ดี.

- (5) สิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นในฐานะตัวแทนผู้บริโภคเพื่อได้รับผลประโยชน์ที่พึงได้ในการตั้งกฎเกณฑ์และการบริหารจัดการตามนโยบายของรัฐ
- (6) สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยในกรณีที่ถูกหลอกลวงให้ได้รับสินค้าหรือบริการที่ไม่มีคุณภาพ
- (7) สิทธิที่จะได้มาซึ่งความรู้และไหวพริบ อันจำเป็นต่อการเป็นผู้บริโภคที่รอบรู้
- (8) สิทธิที่จะดำรงชีวิตและดำเนินกิจกรรมอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีและสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างปลอดภัย

สำหรับประเทศไทยนั้น นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคเน้นที่การป้องกันและปราบปราม โดยออกกฎหมายให้หน่วยงานของรัฐควบคุมกำกับดูแล<sup>15</sup> ซึ่งมาตรการทางกฎหมายมีขึ้นนับตั้งแต่มีการใช้ประมวลกฎหมายอาญา เช่น มาตรา 236 ถึงมาตรา 239 เป็นเรื่องความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน มาตรา 270 ถึงมาตรา 275 ความผิดเกี่ยวกับการค้า มาจนกระทั่งถึงการบัญญัติใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 420 เอกเทศสัญญา เช่น ข้อขายเช่าทรัพย์ จ้างทำของ เป็นต้นและรวมตลอดถึงการออกกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ เพื่อป้องกันความเสียหาย เพื่อให้เกิดความปลอดภัยและเป็นธรรมในการดำรงชีวิตของประชาชน<sup>16</sup> อันมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน แต่กฎหมายดังกล่าวเหล่านี้หาได้มีวิธีการเยียวยาชดใช้ความเสียหายเป็นพิเศษ นอกเหนือไปจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามที่ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้ เอกเทศสัญญาและละเมิดแต่อย่างใดไม่ นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าการแก้ปัญหาต่าง ๆ รัฐบาลจะออกกฎหมายบังคับใช้เป็นกรณี ๆ ไป และให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเป็นผู้รับผิดชอบ โดยยังไม่มีแนวคิดที่จะวางระบบให้มีการรับรองสิทธิทั่วไปของผู้บริโภค และจัดตั้งองค์กรกลาง ขึ้นมาพิทักษ์สิทธิดังกล่าว กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นล้วนมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน อันมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความปลอดภัย เช่น พระราชบัญญัติหางานนม พ.ศ. 2470 พระราชบัญญัติควบคุมการขายยา พ.ศ. 2479 พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติควบคุมอาหาร พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2517 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เป็นต้น กฎหมายดังกล่าวเหล่านี้มีลักษณะเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่รัฐในการควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอุปโภค บริโภคของประชาชน ให้ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แต่ยังไม่มีการบัญญัติถึงการ

<sup>15</sup> คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. ง). เล่มเดิม.

<sup>16</sup> แหล่งเดิม. (น. ฉ).

เสียหายขาดใช้ในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการบริโภคแต่อย่างใด จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเหล่านี้มิได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง จนกระทั่งต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ขึ้นใช้บังคับ อันถือเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคทุก ๆ เรื่องที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ

ในเรื่องสิทธิของผู้บริโภคนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 61 ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้ชัดเจนว่า ผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค นอกจากนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็ยังได้มีการบัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกัน โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 4 กำหนดให้ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง 4 ประการ และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยได้เพิ่มเติมสิทธิของผู้บริโภคเป็น 5 ประการ ดังนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ เพราะการได้รับข่าวสารเป็นการเพิ่มพูนความรู้แก่ผู้บริโภคและทำให้ผู้บริโภคมีพื้นฐานทางข้อมูลไว้ใช้ในการตัดสินใจเลือกหาสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการ การได้รับข่าวสารที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เพียงพออาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดและตัดสินใจผิดพลาดในการเลือกสินค้าและบริการ<sup>17</sup>

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ หมายถึง สิทธิที่ผู้บริโภคจะสามารถเลือกซื้อหาสินค้าหรือบริการได้ตามความสมัครใจ ปราศจากการบังคับผูกขาด และการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรม

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ หมายถึง สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่มีความปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพที่ได้มาตรฐาน เหมาะสมกับการใช้งาน ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายของผู้บริโภคหากผู้บริโภคได้ใช้อย่างระมัดระวังตามคำแนะนำและตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว

(4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา โดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ

(5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ในกรณีที่สินค้าหรือบริการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค

<sup>17</sup> จาก กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. 19), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2543, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

### 2.2.1.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค

สำหรับทฤษฎีที่นำมาใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคที่สำคัญอันควรทำการศึกษา นั้น มีอยู่ 2 ประการ ดังนี้

#### 1) ทฤษฎีการไม่ให้ความสำคัญกับความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

โดยหลักแล้วบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาและทำสัญญา และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ผูกพันเฉพาะคู่สัญญา ไม่ผูกพันไปถึงบุคคลภายนอกด้วย แต่หลักดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมเฉพาะในสภาพสังคมที่คู่สัญญาทุกฝ่ายมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน แต่ในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ ผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ประกอบการ นอกจากนี้ในบางครั้งผู้บริโภคสินค้าและบริการ อาจไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ประกอบการก็เป็นได้ เนื่องจากการบริโภคเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติของมนุษย์ มิได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในสถานะทางสังคม ความสามารถของบุคคล หรือข้อตกลงในนิติกรรมสัญญา<sup>18</sup> หลักความรับผิดชอบในความเสียหายที่ต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาจึงเป็นอุปสรรคในการคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่ใช่คู่สัญญา ฉะนั้นทฤษฎีทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายจึงไม่ให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา หรือหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา

ดังนั้น การกำหนดว่า ผู้บริโภคคือใคร จึงไม่กำหนดโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจึงก่อให้เกิดการปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีโดยสิ้นเชิง การกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงออกมาในรูปของการขยายความรับผิดชอบไปสู่บุคคลอื่น ๆ ที่มีใช้ผู้ซื้อ<sup>19</sup> โดยหลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย เช่นเดียวกัน อันได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ที่ให้นิยามของ “ผู้บริโภค” ว่าหมายถึง “ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม” จากนิยามดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า ผู้บริโภคมิได้หมายความถึงคู่กรณีในสัญญาเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนอีกด้วย อันเป็นการขยายความรับผิดชอบของผู้ประกอบการไปสู่บุคคลอื่น ๆ ที่มีใช้คู่สัญญา

<sup>18</sup> คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. 11). เล่มเดิม.

<sup>19</sup> แหล่งเดิม.

## 2) ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิดซึ่งใช้บทสันนิษฐานความรับผิด

ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปมีอยู่สองหลักใหญ่ ๆ ได้แก่ กรณีแรก เป็นกรณีที่มีความรับผิดเมื่อมีความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและเกิดความเสียหายขึ้น ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นหลักความรับผิดโดยกฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิดแม้มิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งแบ่งได้เป็นสองกรณี กรณีหนึ่งเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดโดยเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้นในการสืบหักล้าง (Absolute Liability) ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดแบบไม่เด็ดขาด กล่าวคือสามารถนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ (Strict Liability)<sup>20</sup>

สำหรับกรณีการฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคนั้น โดยทั่วไปผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายจากการบริโภค แต่เนื่องจากการผลิตสินค้าหรือบริการมีการนำเอาเทคโนโลยี วิทยาการใหม่ ๆ เข้ามาใช้ในกระบวนการผลิต ทำให้มีความสลับซับซ้อน นอกจากนี้กระบวนการในการบริโภคยังเป็นกระบวนการที่กว้างขวาง เกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย อันได้แก่ผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค ทำให้ในเวลาที่เกิดความเสียหายเป็นการยากแก่การพิสูจน์ว่าความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้นในช่วงใด ผู้กระทำจะต้องรับผิดหรือไม่ เพราะตามหลักความรับผิดทางละเมิดนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น นอกจากนี้ ในบางครั้งกระบวนการผลิตที่อาศัยวิธีการสลับซับซ้อนซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของผู้ผลิตเพียงฝ่ายเดียว ผู้บริโภคมีอาจทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ การที่จะให้ผู้บริโภคต้องเป็นผู้รับภาระในการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงทำได้ยากและสร้างความลำบากแก่ผู้บริโภคเป็นอย่างมาก ฉะนั้นจึงได้มีการนำเอาทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดซึ่งได้แก่ บทสันนิษฐานความรับผิด (Presumption of Fault) หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดในกรณีที่กฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิด แม้มิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ บทสันนิษฐานเด็ดขาดที่มีอาจนำสืบหักล้างได้ (No Fault Liability หรือ Absolutely Liability) มาปรับใช้แก่กรณีความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้าซึ่งมีขั้นตอนการผลิตที่ซับซ้อนและยากแก่การพิสูจน์ กำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้ขาย (ในบางกรณี) ต้องรับผิดโดยปราศจากการกระทำ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จึงเป็นการเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามผู้ผลิตหรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้รับผิดอาจพิสูจน์ให้เห็นตนพ้นความรับผิดได้ เช่น พิสูจน์ว่า ผู้บริโภคใช้สินค้านั้น โดยไม่ถูกวิธี

<sup>20</sup> แหล่งเดิม. (น. 11-12).

ในกรณีที่มีคำอธิบายวิธีใช้หรือคำเตือนไว้แล้ว พิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากความประมาท  
เลินเล่อของผู้บริโภคเอง เป็นต้น<sup>21</sup>

### 2.2.1.3 แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

การประกอบธุรกิจทุกประเภท ในสมัยปัจจุบันต้องอาศัยการโฆษณาเป็นสื่อในการ  
ส่งข่าวสารเกี่ยวกับธุรกิจนั้น ๆ ไปสู่ผู้บริโภค “โฆษณา” จึงมีความสำคัญถึงขนาดเป็นกลไกหนึ่งใน  
กระบวนการทางธุรกิจ<sup>22</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาวะการแข่งขันที่มีอัตราการแข่งขันทางธุรกิจ  
ค่อนข้างสูง ผู้ประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องมีการวางแผนในการประกอบธุรกิจรวมถึงวางแผนการ  
โฆษณา เพื่อให้ธุรกิจของตนเป็นที่รับรู้และเป็นที่ยอมรับของประชาชน ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า  
ธุรกิจกับการโฆษณานั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันอย่างมิอาจหลีกเลี่ยงได้

#### 1) ความหมายของการโฆษณา

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า  
“โฆษณา” ไว้ว่า “โฆษณา หมายความว่า เผยแพร่ข้อความออกไปยังสาธารณชน ป่าวร้อง ป่าว  
ประกาศ เช่น โฆษณาสินค้า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อ  
ประโยชน์ในทางการค้า”

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้ให้นิยามของคำว่า  
“โฆษณา” เอาไว้ว่า “โฆษณา หมายความว่า รวมถึง การกระทำไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น  
หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า”

จากความหมายที่กล่าวมาอาจสรุปได้ว่า การโฆษณา หมายถึงการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร  
ไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ให้ประชาชนได้เห็นหรือได้ทราบข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนี้ เพื่อประโยชน์  
ในทางการค้า

#### 2) วัตถุประสงค์ของการโฆษณา

การโฆษณานับได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของธุรกิจในอนาคตที่จะให้เกิดผลสำเร็จในการขาย  
สินค้าและบริการ ธุรกิจต่าง ๆ ต่างก็ต้องอาศัยการโฆษณาเพื่อให้ผู้บริโภคได้รู้จักและซื้อสินค้า  
ของตน<sup>23</sup> สำหรับวัตถุประสงค์ของการโฆษณานั้นก็เพื่อบอกแก่ผู้บริโภคให้ทราบว่า มีสินค้าและ  
บริการนั้นในตลาด โดยใช้การโฆษณาเป็นสื่อสนับสนุนในการส่งเสริมการขาย

<sup>21</sup> แหล่งเดิม.

<sup>22</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา (น. 1), โดย สุขุม ศุภนิษฐ์ ข, 2550, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

<sup>23</sup> จาก การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 44), โดย วิชัช  
จิระแพทย์, 2523, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.



วัตถุประสงค์ของการโฆษณาอาจจำแนกได้ 4 ประการดังต่อไปนี้

(1) การโฆษณาเพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจ โดยมุ่งหวังให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจในสินค้าและบริการ อันเป็นการส่งเสริมให้เกิดการขยายตัวของการซื้อและการขายสินค้า เป็นการให้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้า ประเภทของสินค้า กระบวนการกรรมวิธีในการผลิตสินค้า วิธีการใช้สินค้า และสร้างความคุ้นเคย กระตุ้นให้เกิดการซื้อสินค้าและบริการทั้งทางตรงและทางอ้อม

(2) การโฆษณาเพื่อให้ข่าวสาร เป็นการโฆษณาเพื่อให้ผู้บริโภคทราบข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับตัวสินค้านั้นว่าสินค้าที่โฆษณามีจำหน่ายที่ใด มีคุณสมบัติอย่างไร ราคาเท่าไร มีประโยชน์อย่างไร ซึ่งจะเป็นประโยชน์ทั้งแก่ผู้ผลิตและผู้บริโภค เพราะการโฆษณาทำให้ผู้บริโภคมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับตัวสินค้ามากขึ้น ทำให้มีโอกาสตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าเพิ่มขึ้น ส่วนผู้ผลิตก็มีโอกาสขายสินค้าของตนมากขึ้นด้วย

(3) การโฆษณาเพื่อชักจูงใจ เป็นการโฆษณาที่มีความมุ่งหมายให้ผู้บริโภคที่ได้ทราบข้อมูลของสินค้าและบริการแล้ว แต่ยังไม่ตัดสินใจเลือกซื้อไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม หันมาบริโภคสินค้าและบริการของตน

(4) การโฆษณาเพื่อให้ผู้บริโภครู้จักตราสินค้า ถือเป็นความสำเร็จอย่างหนึ่งสำหรับธุรกิจนั้น ๆ เพราะเมื่อผู้บริโภครู้จักตราสินค้าจนจำได้แล้ว ก็จะส่งผลให้เพิ่มจำนวนการใช้สินค้านั้น ๆ มากขึ้นได้ ตัวอย่างเช่น “แพ็บ” คือชื่อผงซักฟอกยี่ห้อหนึ่ง แต่เป็นที่รู้จักจนผู้บริโภคใช้คำว่า “แพ็บ” เรียกแทนผงซักฟอก หรือบะหมี่กึ่งสำเร็จรูปยี่ห้อ “มาม่า” ก็เป็นคำที่ได้ยินกันจนคุ้นเคย เวลาจะซื้อบะหมี่กึ่งสำเร็จรูปก็มักจะเรียกคำว่า “มาม่า” แทนนั่นเอง

### 3) รูปแบบของการโฆษณา

การโฆษณาธุรกิจต่าง ๆ มีวิธีการ 2 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

(1) บริษัทผู้ผลิตหรือเจ้าของสินค้าและบริการทำโฆษณาเอง โดยมีฝ่ายโฆษณาของบริษัทเป็นส่วนหนึ่งของกิจการ เรียกว่า In House Advertising Department ฝ่ายโฆษณาของบริษัทประเภทนี้อาจทำกิจการด้านโฆษณาเองครบวงจร ตั้งแต่วางแผนจัดยุทธวิธีใช้สื่อ ติดต่อกับสื่อ วิจัยตลาด วิเคราะห์ผลของการโฆษณา หรืออาจจะทำสัญญาจ้างบริษัทตัวแทนโฆษณาอีกต่อหนึ่ง เพื่อให้ดำเนินการให้ โดยฝ่ายโฆษณาของบริษัทเป็นผู้ควบคุมผลการดำเนินงานอีกชั้นหนึ่งก็ได้<sup>24</sup>

<sup>24</sup> จาก คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจ โฆษณา (น. 8-9), โดย สุขุม ศุภนิธย์ ค, 2534, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

(2) การทำโฆษณาธุรกิจโดยว่าจ้างบริษัทตัวแทนโฆษณา (Advertising Agency) ซึ่งเป็นธุรกิจที่ให้บริการด้านการโฆษณาแก่ลูกค้าที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ โดยรับจัดทำแผนโฆษณา ติดต่อโฆษณา วิจัยตลาด วิเคราะห์ผลของการโฆษณา<sup>25</sup>

#### 4) ผลของการโฆษณา

การโฆษณาถือเป็นกิจกรรมที่จำเป็นอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจ เพราะการโฆษณาเป็นการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการจากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค ในวิชาการตลาดมีความคิดเห็นกันว่าการโฆษณาจะช่วยขยายตลาดให้กว้างขวางยิ่งขึ้นและจะช่วยลดต้นทุนในการผลิต และทำให้ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกซื้อสินค้าในชนิดเดียวกันมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การโฆษณาจึงถูกนำมาใช้ในการค้า โดยมุ่งที่จะขยายตลาดของสินค้าหรือบริการ และแนะนำสินค้าใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาดให้ผู้บริโภคได้ทราบ ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบทุนนิยมหรือสังคมนิยมก็ตาม ต่างก็ได้นำเอาการโฆษณามาใช้ ทั้งนี้เพราะการโฆษณาเป็นวิธีการที่รวดเร็วที่สุดในการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภค ปัจจุบันการโฆษณาจึงกลายเป็นเครื่องมือสำคัญทางการตลาด และมีความสำคัญในวงการธุรกิจอย่างยิ่งยวด โดยโฆษณาก่อให้เกิดผล 2 ประการ ดังนี้<sup>26</sup>

##### (1) ผลในทางเศรษฐกิจ

โดยเหตุที่การโฆษณามีผลอย่างสำคัญยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบอุตสาหกรรม การโฆษณายังมีความจำเป็นและมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น และโดยทั่วไปแล้วการโฆษณาในระบบเศรษฐกิจแบบต่าง ๆ จะมีมากขึ้นน้อยไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับระบบการตลาดในแต่ละประเทศด้วย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การโฆษณามีความสำคัญต่อระบบการตลาดของสินค้าและบริการอันทำให้การโฆษณามีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้<sup>27</sup>

##### ก. ราคาสินค้า

นักเศรษฐศาสตร์รุ่นใหม่เห็นว่าการโฆษณาเป็นเครื่องมือทางการตลาดที่จำเป็น เพราะการโฆษณาจะทำให้ตลาดของสินค้าและบริการกว้างขวางขึ้น เมื่อมีจำนวนการขายเพิ่มมากขึ้น ค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือจัดหาต่อหน่วยก็จะลดลง จึงเห็นได้ว่าโฆษณามีส่วนสำคัญที่ทำให้สินค้าราคาถูกลง อย่างไรก็ตามหากจำนวนการขายไม่สูงถึงในระดับนั้น ค่าใช้จ่ายในการโฆษณาย่อมเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้น แต่อย่างไรก็ดีค่าใช้จ่ายที่เสียไปกับการโฆษณา ย่อมน้อยกว่าค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายโดยวิธีอื่น ๆ เช่น ค่านายหน้า เป็นต้น นอกจากนี้การโฆษณา

<sup>25</sup> แหล่งเดิม.

<sup>26</sup> การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 50-51). แหล่งเดิม.

<sup>27</sup> แหล่งเดิม.

ยังเป็นผลดีทั้งต่อผู้บริโภคและผู้ผลิตในขณะเดียวกัน กล่าวคือ ช่วยลดค่าใช้จ่ายของผู้บริโภคในการติดตามหาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการนั้น ๆ และทำให้ผู้บริโภคสามารถเปรียบเทียบสินค้าประเภทเดียวกันของผู้ประกอบการต่างรายว่ามีข้อดีข้อเสียต่างกันอย่างไร เพื่อประโยชน์แก่การตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการนั้น ๆ ส่วนในด้านของผู้ผลิต การโฆษณามีส่วนทำให้ทราบปริมาณการขายในสภาพคงที่ อันเป็นผลดีในการคาดคะเนปริมาณการผลิต

#### ข. การแข่งขันทางการค้า

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี การแข่งขันกันทางการค้าย่อมเป็นกลไกของตลาดในอันที่จะรักษาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนมีการปรับปรุงสินค้าหรือบริการเพื่อให้อยู่ในความนิยมของผู้บริโภค และการที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะทำการแข่งขันกันได้นั้น ก็เนื่องมาแต่การโฆษณา ถ้าหากการโฆษณาได้กระทำในขนาดที่พอสมควรก็จะเป็นผลดีแก่ระบบตลาด แต่ถ้าหากกาโฆษณาได้กระทำในขนาดที่มากเกินไปจนเกินไป ก็จะทำให้การโฆษณาของฝ่ายนั้นเข้มแข็งกว่า และจะเกิดการตลาดแบบผูกขาด หรือตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย และการแข่งขันก็จะหมดไปในที่สุด นอกจากนี้ การโฆษณายังเป็นอุปสรรคแก่ผู้ผลิตสินค้ารายใหม่ในอันที่จะเข้าร่วมแข่งขัน เพราะสินค้าของผู้ขายรายใหม่ยังไม่เป็นที่รู้จัก จะเห็นได้ว่าการโฆษณาจะก่อให้เกิดผลเสียในทางการแข่งขันขึ้นเฉพาะเมื่อการแข่งขันนั้นมีการทุ่มทุนการโฆษณามากจนเกินไป<sup>28</sup>

#### ค. การให้ข่าวสารทางการค้า

ในอดีตการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้ากันสามารถกระทำได้โดยตรง มิได้มีความยุ่งยากสลับซับซ้อน แต่เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ชุมชนขยายมากขึ้น การค้าขายขยายออกไปในวงกว้าง การซื้อขายสินค้าจึงเริ่มไม่สามารถกระทำได้โดยตรงอย่างเช่นแต่ก่อน จำเป็นต้องอาศัยวัตถุเป็นสื่อกลาง เช่น ทองคำ จนต่อมาพัฒนาเป็นระบบเงินตรา ซึ่งภาวะการตลาดที่สับสนและขยายตัวอย่างกว้างขวางนี้เองทำให้ผู้บริโภคได้รับความยากลำบากในการที่จะทราบถึงรายละเอียดของสินค้าว่ามีลักษณะ คุณสมบัติอย่างไร มีขาย ณ ที่ใดบ้าง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ การโฆษณาก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งในทางการค้า เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บริโภคได้ทราบถึงความมีอยู่ของสินค้านั้น ๆ ทั้งยังเพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างของสินค้า อันเป็นการช่วยผู้บริโภคในการตัดสินใจอีกด้วย

<sup>28</sup> From Advertising Effects and Public Policy. Consumerism: Search for the Consumer Interest. 2 nd ed. Asker&Day (pp. 285-287), by Lee B.Preston, 1974, อ้างถึงใน การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทฉบับจิต) (น. 52-53). เล่มเดิม.

### ง. การตลาด

ในระบบการตลาดแบบดั้งเดิมนั้นใช้วิธีการขายแบบตัวต่อตัว ซึ่งวิธีการดังกล่าวไม่เหมาะกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันที่มีความเจริญก้าวหน้ากว่าแต่ก่อน เพราะเป็นวิธีการที่ล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย อีกทั้งเสียเวลาเป็นอย่างมาก ฉะนั้นการโฆษณาจึงถือเป็นวิธีการส่งเสริมการขายที่ดีที่สุดทั้งสำหรับผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจ กล่าวคือ ในแง่ของผู้บริโภคนั้น ทำให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับตัวสินค้าและบริการโดยไม่จำเป็นต้องเสียเวลาหาข้อมูลข่าวสารดังกล่าวด้วยตนเอง ส่วนในแง่ของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นก็ทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในส่วนที่จะต้องทำมาเสียเพื่อเป็นการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ทำให้ต้นทุนของสินค้าและบริการถูกลง ทั้งยังเป็นการประหยัดเวลาอีกด้วย เพราะการใช้วิธีการโฆษณาย่อมสะดวกรวดเร็วกว่าการขายแบบตัวต่อตัว

#### (2) ผลในทางสังคม

ในทางสังคมนั้น การโฆษณาอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมได้ เช่น การแสดงข้อความอันเป็นเท็จทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิด การโฆษณาสินค้าที่อาจก่อให้เกิดอันตราย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น โดยผลของการโฆษณาต่อสังคม อาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

#### ก. การก่ออารมณ์ที่ไม่เหมาะสม

การโฆษณาเป็นการทำให้ข้อความหรือภาพปรากฏต่อบุคคล ซึ่งถ้าหากเป็นข้อความหรือภาพธรรมดาก็อาจจะไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควร จึงมีการแต่งเติมสีสัน รูป เสียง ฯลฯ เพื่อดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคให้ได้มากที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม หากได้กระทำมากเกินไป เช่น โฆษณามีเสียงดังเกินไป ใช้รูปภาพที่ไม่เหมาะสม ก็อาจเป็นการก่ออารมณ์ที่ไม่เหมาะสมแก่ผู้บริโภคได้

#### ข. การเสริมสร้างทัศนคติที่ไม่ถูกต้อง

โดยที่การโฆษณาเป็นการนำวิชาจิตวิทยาประยุกต์ให้เป็นประโยชน์ การโฆษณาที่ดีจึงจะต้องมีการสำรวจถึงทัศนคติ สภาพแวดล้อม และการเอาใจผู้บริโภค ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของการโฆษณา เนื้อหาในการโฆษณาจึงเป็นสิ่งจูงใจผู้บริโภคไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง เช่น การนำเรื่องเพศมาปรากฏบนโฆษณาน้อย ๆ ย่อมมีผลให้ทัศนคติทางศีลธรรมในเรื่องนี้เปลี่ยนแปลงไปได้<sup>29</sup> ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าโฆษณามีผลต่อทัศนคติของผู้บริโภค และอาจชักจูงให้ผู้บริโภคเกิดทัศนคติที่ไม่ถูกต้องได้

<sup>29</sup> การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 55). เล่มเดิม.

### ค. ความปลอดภัยและศีลธรรม

การโฆษณาเกี่ยวกับสินค้าบางอย่าง เช่น เครื่องมือคุมกำเนิด วัตถุลามก อาจทำให้เยาวชนเห็นเป็นเรื่องธรรมดาโดยไม่ไตร่ตรองถึงความสมควร หรือการโฆษณาที่ผิดความเป็นจริง บางครั้งก็อาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดได้ ตัวอย่างเช่น การโฆษณาว่ายาฆ่าแมลงไม่มีสารพิษ โดยคิดผ่านไปกินอาหารในขณะที่กำลังรับประทาน ซึ่งแม้ความจริงแล้วสารนั้นจะไม่มีพิษ แต่ก็ไม่ใช่สารที่จะรับประทานเข้าไปได้เป็นจำนวนมากโดยไม่มีอันตราย หรือโฆษณาบางประเภทที่โน้มเอียงไปในทางที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพ เช่น โฆษณา สุรา บุหรี่ เป็นต้น<sup>30</sup>

### ง. การสื่อสารมวลชน

การส่งเสริมการโฆษณา หากกระทำมากเกินไปจะทำให้สังคมมอมเมาโดยภาพพจน์ หรือข่าวสารที่ไม่ถูกต้อง เพราะบรรดาสื่อมวลชนต่าง ๆ เช่น วิทยุ โทรทัศน์ และหนังสือพิมพ์ล้วนคงอยู่ได้เพราะรายได้จากการโฆษณา ดังนั้น การให้สื่อมวลชนให้ข้อเท็จจริงย่อมมีผลทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคถูกบิดเบือนไปได้<sup>31</sup>

### 5) อิทธิพลของการโฆษณาต่อพฤติกรรมผู้บริโภค

การโฆษณามีส่วนสำคัญให้ผู้บริโภคเกิดทัศนคติที่ดีต่อสินค้าและบริการ รวมถึงกำหนดการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภค การโฆษณาเป็นการตอบสนองทางด้านจิตวิทยาส่วนบุคคล และจิตวิทยาสังคม จึงอาจกล่าวได้ว่าอิทธิพลของการโฆษณานั้นมีอิทธิพลใน 2 ระดับ คือ<sup>32</sup>

#### (1) อิทธิพลต่อตัวบุคคล

ก. การโฆษณามีอิทธิพลต่อบุคคลในการเปลี่ยนแปลงทัศนคติและค่านิยม โดยเฉพาะ ถ้าหากสาระของการโฆษณามีลักษณะที่ตรงกับความเข้าใจของตน ก็จะเกิดความมั่นใจ และคุณภาพของสินค้าและบริการมากยิ่งขึ้น การโฆษณาจึงเป็นการช่วยให้เกิดความรู้ใหม่ ๆ เกี่ยวกับสินค้าและบริการ

<sup>30</sup> แหล่งเดิม.

<sup>31</sup> จาก “การควบคุมโฆษณาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค,” โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2521, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 10(2), น. 270-273. อ้างถึงใน การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 56). เล่มเดิม.

<sup>32</sup> จาก อิทธิพลของการโฆษณาต่อสังคม (น. 48), โดย สุมน อู่สิน, 2529, อ้างถึงใน มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีสถานบริการลดความอ้วน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 14-15), โดย พรชนิตร์ ศรีชู, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ข. การโฆษณาที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้บริโภค โดยนักจิตวิทยาพบว่าสารจากสื่อมวลชนก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้รับสารในหลาย ๆ ด้าน

(2) อิทธิพลต่อสังคม

ก. การโฆษณาก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรม โดยการโฆษณาผ่านสื่อต่าง ๆ โดยเฉพาะทางโทรทัศน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กและเยาวชนเป็นส่วนใหญ่ อันเป็นกลุ่มที่ถูกชักจูงใจได้ง่ายและยอมรับการเปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งการเปลี่ยนความเชื่อ ทักษะคติและวิถีชีวิตของบุคคลนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมของชาติด้วย

ข. การโฆษณามีอิทธิพลต่อเศรษฐกิจ กล่าวคือ การโฆษณาช่วยสร้างอำนาจทางการตลาด ทำให้สินค้าเข้าสู่ตลาดเร็วยิ่งขึ้น ทำให้สินค้าเป็นที่รู้จักของผู้บริโภค ทั้งยังส่งผลให้ยอดขายเพิ่มมากขึ้นอีกด้วย นอกจากนี้การโฆษณายังมีลักษณะเป็นการกีดกันสินค้าอื่น ๆ ที่มิได้ทำการโฆษณา หรือสินค้าใหม่ ๆ ที่จะเข้าสู่ตลาดไปโดยทางอ้อมด้วย

6) แนวคิดของกฎหมายควบคุมการโฆษณาในประเทศไทย

ด้วยเหตุที่การตลาดกว้างขวางมากขึ้น ผู้ผลิตและผู้บริโภคอยู่ห่างไกลกันจนยากที่จะติดต่อกันได้โดยตรง ทั้งสินค้ามีความหลากหลายและจำเป็นแก่การดำรงชีพมากยิ่งขึ้น การกระจายข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการจำเป็นที่จะต้องกระทำในลักษณะที่ทำให้ผู้บริโภคได้รู้จักสินค้าและบริการได้อย่างรวดเร็ว จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการโฆษณาได้เข้ามามีบทบาทสำคัญกับชีวิตประจำวันของมนุษย์ในยุคปัจจุบันมากขึ้นกว่าแต่ก่อน

การใช้กฎหมายควบคุมข้อความโฆษณานอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากความเสียหายอันเกิดจากการหลงเชื่อคำโฆษณาแล้ว เหตุผลอีกประการหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้การโฆษณาอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง ทั้งในแง่ข้อมูลข่าวสาร รายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าและบริการ และข้อมูลอื่น ๆ ที่ผู้โฆษณามุ่งหมายจะเสนอต่อสาธารณชน ทั้งยังเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน เพราะโฆษณาคือส่วนสำคัญในการดำเนินธุรกิจ หากปล่อยให้มีการใช้ข้อความโฆษณาที่มีผลเสียหายโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน ก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค และทำลายระบบการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไปด้วย<sup>33</sup>

แม้ว่าการโฆษณาจะเป็นศิลปะอย่างหนึ่ง และเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แต่การใช้เสรีภาพใด ๆ ก็ตามย่อมต้องมีขอบเขตและข้อจำกัด มิใช่ตามอำเภอใจ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็น

<sup>33</sup> คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจโฆษณา (น. 19). เล่มเดิม.

ธรรมต่อส่วนรวม และเพื่อมิให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบ กฎหมายจึงต้องเข้ามาจำกัดเสรีภาพให้แคบลงและกำหนดกติกาในการใช้เสรีภาพนั้น

ในประเทศไทย รัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติถึงเสรีภาพในการโฆษณาเอาไว้ในมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการโฆษณา ซึ่งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งการต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมการ โฆษณานั้นก็เพื่อจำกัดขอบเขตเสรีภาพในการโฆษณา เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรม และเพื่อประโยชน์สุขของบ้านเมืองโดยส่วนรวมนั่นเอง

สำหรับวิธีการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาโดยการออกกฎหมายควบคุมการโฆษณาในประเทศไทยนั้น ปรากฏในหลายรูปแบบต่างกัน เช่น การควบคุมการใช้ข้อความโฆษณา เช่น กฎหมายที่ควบคุมอาหาร ก็จะมีบทบัญญัติในด้านการ โฆษณาอาหารอยู่ด้วย เป็นต้น การใช้สื่อสารมวลชนบางประเภทห้ามโฆษณาสินค้าบางประเภท เช่น บุหรี่ สุรา สำนักงานกฎหมาย เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีควบคุมการจัดทำโฆษณา โดยมีการตรวจสอบก่อนนำโฆษณาออกเผยแพร่ ใช้วิธีการที่เรียกว่า Pre-Censor ตัวอย่างเช่น การโฆษณาอาหาร ยา และเครื่องมือแพทย์ มีการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการ โฆษณาต้องยื่นขอให้มีการตรวจสอบโฆษณาต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงจัดทำเป็น โฆษณาที่สมบูรณ์และเผยแพร่ทางสื่อได้<sup>34</sup> หรืออาจใช้วิธีการควบคุมตรวจสอบภายหลังที่มีการ โฆษณาผ่านสื่อต่าง ๆ แล้วก็ได้

#### 2.2.1.4 แนวคิดในการควบคุมการประกอบธุรกิจของรัฐ

ระบบเศรษฐกิจแต่ละรูปแบบเป็นสิ่งที่กำหนดถึงอำนาจของรัฐในการเข้ามาควบคุมแทรกแซง กำกับดูแลการประกอบธุรกิจของเอกชน โดยระบบเศรษฐกิจที่สำคัญในโลก แบ่งออกได้เป็น 3 ระบบ ดังนี้

##### 1. ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม เป็นระบบเศรษฐกิจที่รัฐเข้าไปควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีจุดมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมในการกระจายผลผลิตแก่ประชาชน รัฐบาลจะเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตส่วนใหญ่ แต่ยังคงให้เอกชนมีสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน

<sup>34</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการตลาด (น. 135), โดย สุขุม สุภนิตย์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ส่วนตัว นอกจากนี้รัฐบาลยังเป็นผู้ตัดสินใจในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ โดยมีการวางแผนการดำเนินงานทางเศรษฐกิจจากส่วนกลาง ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ ดังนี้

(1) ระบบเศรษฐกิจสังคมนิยมประชาธิปไตย

ระบบเศรษฐกิจดังกล่าวนี้เป็นระบบเศรษฐกิจที่รัฐบาลเข้าควบคุมและเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตขนาดใหญ่ ด้วยเหตุผลที่ต้องการให้ระบบเศรษฐกิจมีการกระจายรายได้เท่าเทียมกัน<sup>35</sup> เอกชนยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอยู่ มีเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ เลือกระบิโภคสินค้าและบริการ แต่ทั้งนี้รัฐมีอำนาจเข้าแทรกแซงการกำหนดราคาสินค้า การส่งเสริมการลงทุน การใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ โดยรัฐถือว่าบรรดากิจกรรมการลงทุน การสะสมทุนทั้งหมด ผลกำไรอันเกิดจากกิจการผูกขาดในธุรกิจขนาดใหญ่จะต้องตกเป็นของรัฐทั้งสิ้น<sup>36</sup>

(2) ระบบเศรษฐกิจสังคมนิยมบังคับ

ระบบเศรษฐกิจสังคมนิยมบังคับ หรือ ระบบเศรษฐกิจคอมมิวนิสต์ เป็นระบบเศรษฐกิจที่รัฐเป็นเจ้าของทรัพย์สินและปัจจัยการผลิตทุกชนิด โดยที่ประชาชนไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และจะเลือกกระทำกิจกรรมใด ๆ ทางเศรษฐกิจ หรือประกอบธุรกิจตามใจชอบไม่ได้ รัฐเท่านั้นที่เป็นเจ้าของกิจการและผู้ประกอบการ โดยไม่คำนึงถึงความต้องการของผู้บริโภค แต่รัฐจะใช้วิธีการปันส่วนที่ได้จากการจำหน่ายแจกผลผลิตที่ได้ผลิตขึ้น ไม่มีระบบราคาหรือกลไกตลาดอย่างในระบบทุนนิยม รัฐจะเป็นผู้กำหนดราคาสินค้าและบริการเองทั้งสิ้น

2. ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

สำหรับแนวคิดในการประกอบธุรกิจไม่ว่าในรูปแบบใดนั้น แนวคิดพื้นฐานของปรัชญาเสรีนิยมนั้นเชื่อว่า กฎธรรมชาติจะเป็นตัวกำหนดให้เศรษฐกิจดำเนินไปเองโดยอัตโนมัติ การแทรกแซงของรัฐจะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงกฎธรรมชาตินั้น<sup>37</sup> บุคคลมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการที่จะกระทำการค้าอย่างเสรี โดยรัฐนั้นต้องไม่เข้าไปแทรกแซงธุรกิจของเอกชน อันเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า Laissez-faire<sup>38</sup> ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของ

<sup>35</sup> จาก ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ (น. 10), โดย วิชา สัจธรรมี, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>36</sup> แหล่งเดิม.

<sup>37</sup> จาก เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย (น. 28), โดย ทิวา เงินยวง ก, 2529, กรุงเทพฯ: วิศตอริเพาเวอร์พอยท์.

<sup>38</sup> การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 19), เล่มเดิม.



สำนักคลาสสิก (Classic) ซึ่งเป็นสำนักที่ครอบงำความคิดทางเศรษฐกิจโลกมานานเชื่อว่า “ในระบบเศรษฐกิจทุนนิยม มีกลไกอัตโนมัติที่สามารถแก้ไขปัญหาได้ในตัวของมันเอง โดยรัฐไม่ต้องเข้าไปแทรกแซง”<sup>39</sup> แนวคิดของสำนักดังกล่าวเป็นแนวคิดเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัว และให้ความสำคัญกับการแข่งขันกันอย่างเสรี มองว่าการปล่อยให้ทุกอย่างเป็นไปตามกฎธรรมชาติ โดยอาศัยกลไกตลาดและมีพื้นฐานอยู่บนการที่แต่ละบุคคลทำการตัดสินใจเพื่อให้ได้รับประโยชน์ส่วนตัวสูงสุดยอมนำไปสู่ผลประโยชน์ของส่วนรวมได้ในที่สุด ซึ่งรัฐไม่จำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) ประชาชนมีสิทธิเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตและทรัพย์สินอย่างเต็มที่ เช่น มีกรรมสิทธิ์ในบ้าน ที่ดิน ทุน
- 2) เอกชนทุกคนทั้งในส่วนตัว และในแบบรวมกันหลายคนมีเสรีภาพที่จะใช้ปัจจัยการผลิตต่าง ๆ ผสมผสานกัน เพื่อทำการผลิตสินค้าและบริการใด ๆ ที่ไม่ผิดกฎหมายได้ทั้งนั้น กล่าวคือ ประชาชนในประเทศมีอิสระในการประกอบอาชีพและการประกอบธุรกิจ
- 3) ใช้ราคาเป็นเครื่องมือในหน่วยการผลิตและหน่วยบริโภคว่าจะผลิตสินค้าอะไร อย่างไร เพื่อใคร
- 4) เอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรีโดยมีกำไรจูงใจ ราคาจะเป็นสิ่งกำหนดให้เอกชนแต่ละหน่วยเข้าตัดสินใจทำการผลิต
- 5) รัฐบาลมีเพียงหน้าที่รักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ การประกอบธุรกิจ การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการตัดสินใจของเอกชน ทั้งเปิดโอกาสให้เอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรี

เนื่องจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำอย่างรุนแรง ส่งผลให้เกิดปัญหาการว่างงานจำนวนมาก ทั้งยังส่งผลกระทบต่อหลายประเทศ กลไกของระบบทุนนิยมในการแข่งขันเสรีโดยอาศัยกลไกตลาดทำงานไม่ได้ผล โดยแนวคิดของสำนักคลาสสิกไม่อาจให้คำอธิบายเกี่ยวกับปรากฏการณ์ดังกล่าวเหล่านี้ได้ จึงเกิดความคิดที่จะปล่อยให้มืหลัก Laissez-faire ดำเนินไปอย่างเสรีไม่ได้ เพราะในความเป็นจริงแล้วระบบทุนนิมนั้นอุปสงค์ และอุปทานนั้นไม่ได้อยู่ในภาวะสมดุลกันเสมอไป หากปล่อยให้มีความแตกต่างกันมาก ก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมหรือประชาชนโดยรวม และถ้าหากปล่อยให้มีการทำการค้าอย่างเสรีมากเกินไป ก็อาจส่งผลให้มีการเอารัด

<sup>39</sup> เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย (น. 28). เล่มเดิม.

เอาเปรียบทางการค้า ซึ่งผลเสียก็จะตกแก่ผู้บริโภคอันเป็นผู้ใช้สินค้าและบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจ<sup>40</sup> จึงทำให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม กลายเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสมนั่นเอง

### 3. ระบบเศรษฐกิจแบบผสม

ระบบเศรษฐกิจแบบผสมนี้เป็นระบบเศรษฐกิจที่ผสมผสานระหว่างระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม และระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมเข้าด้วยกัน โดยการยอมรับว่าระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมหรือเสรีนิยมนั้นยังมีจุดอ่อน จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซง กล่าวคือ โดยหลักแล้วยอมรับว่าสิทธิเสรีภาพของเอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ และดำเนินไปอย่างเสรี เอกชนยังมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพและประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและประโยชน์ส่วนรวม เช่น ธุรกิจขนาดใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคและต้องใช้งบลงทุนจำนวนมาก หรือในกรณีที่เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำและเกิดการว่างงาน รัฐจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซง กำหนดมาตรการบางอย่างเพื่อให้เกิดเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เพราะหากปล่อยให้เอกชนดำเนินการด้วยตนเอง อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อส่วนรวมตามมาได้

ระบบเศรษฐกิจแบบผสม มีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) ทั้งรัฐและเอกชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจปัญหาทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะปัญหาพื้นฐานว่าจะผลิตอะไร อย่างไร และเพื่อใคร
- 2) ทั้งรัฐและเอกชนสามารถเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต ซึ่งโดยหลักยอมรับว่าเอกชนมีสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจและเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตต่าง ๆ แต่รัฐอาจมีกฎหมายควบคุมหรือจำกัดสิทธิของเอกชนลงได้ตามความเหมาะสม
- 3) การกำหนดราคาสินค้าและบริการอาศัยกลไกตลาด แต่หากเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อส่วนรวมและประโยชน์สาธารณะ รัฐก็มีอำนาจเข้ามากำหนด ควบคุมราคาสินค้าและบริการนั้น ๆ ได้ โดยต้องมีเหตุผลสมควรในการดำเนินการดังกล่าวและมีกฎหมายให้อำนาจ

ในปัจจุบันไม่มีรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยรัฐใดในโลกที่รับรองสิทธิเสรีภาพด้านต่าง ๆ ให้แก่ราษฎรไว้อย่างบริบูรณ์ โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐก็มีอำนาจที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร โดยการบังคับให้ราษฎรกระทำการบางอย่าง หรือห้ามมิให้กระทำการบางอย่างได้เสมอ<sup>41</sup>

<sup>40</sup> การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีผู้ใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 20). เล่มเดิม.

<sup>41</sup> แหล่งเดิม.

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบผสม ก่อนไปลงทุนนิยมนั้น ได้ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนในการประกอบอาชีพ ประกอบธุรกิจและทำการแข่งขันกันได้โดยเสรี แต่อย่างไรก็ตามก็ยังให้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซง โดยห้ามมิให้ประกอบกิจการดังกล่าวได้ หากเป็นกรณีเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ กลุ่มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จัดระเบียบการประกอบอาชีพ กลุ่มครองผู้บริโภค ผังเมือง รักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ทั้งนี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 43

สำหรับวิธีการเข้าแทรกแซงของรัฐ ซึ่งรัฐเสรีนิยมในปัจจุบันใช้กันอยู่ สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 วิธี ดังนี้

#### 1) วิธีการแทรกแซงโดยการห้ามกระทำ

ปกติมาตรการที่รัฐเสรีนิยมใช้กันอยู่เสมอในการจัดระเบียบของรัฐทางเศรษฐกิจ คือ รัฐจะวางระเบียบข้อห้ามบางประการต่อเอกชน แต่ขอบเขตของการห้ามกระทำจะไม่กว้างขวางมากนัก เพราะโดยธรรมชาติของการห้ามไม่สอดคล้องกับการกำหนดแนวทาง นโยบายและการจัดระเบียบทางเศรษฐกิจซึ่งโดยทั่วไปต้องการการกระตุ้นเพื่อก่อให้เกิดการขยายตัวและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ นอกจากนั้นยังไม่สอดคล้องกับการจัดระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์กันตามสัญญาตกลงร่วมระหว่างเอกชนที่อยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ในฐานะที่รัฐเป็นองค์กรกลางที่จะรักษาระเบียบทางเศรษฐกิจและความเป็นปกติของระบบเศรษฐกิจ รัฐจึงต้องจัดระเบียบในลักษณะเป็นการห้ามกระทำ เช่น การจัดระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในตลาดซึ่งโดยทั่วไปการแข่งขันในตลาดโดยหลักการจะมีระเบียบเอกชนและรัฐที่เกี่ยวกับการแข่งขันใช้บังคับอยู่ เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันในฝรั่งเศส Anti-Trustlaw ในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>42</sup> และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในประเทศไทย เป็นต้น

#### 2) วิธีการแทรกแซงโดยการออกระเบียบ ข้อบังคับ

วิธีการแทรกแซงโดยการออกระเบียบ ข้อบังคับที่รัฐมักใช้เป็นประจำสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก คือ การวางระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำสัญญาตกลงระหว่างเอกชนว่าต้องดำเนินไปภายใต้ระเบียบข้อบังคับของรัฐ ส่วนใหญ่จะใช้กับการทำสัญญาตกลงที่คู่กรณี

<sup>42</sup> จาก กฎหมายเศรษฐกิจ (น. 173), โดย ทิวา เงินขวง ข, 2531, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มีความไม่เสมอภาคกัน เช่น สัญญาประกันชีวิต สัญญาประกันภัย<sup>43</sup> ซึ่งมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาคุ้มครองคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะเป็นฝ่ายเสียเปรียบ

ประการที่สอง คือ การวางระเบียบ ข้อบังคับที่จะใช้กับการดำเนินการทำสัญญาและโดยกำหนดเงื่อนไขบางประการที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญา เพื่อให้ปฏิบัติตามสัญญาดำเนินไปโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา ส่วนใหญ่จะเป็นระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบอาชีพบางประเภท เช่น สถาปนิก วิศวกร นักบัญชี แพทย์ และทนายความ<sup>44</sup>

### 3) วิธีการแทรกแซงที่ใช้การควบคุม

โดยหลักแล้วในรัฐเสรีนิยม การประกอบธุรกิจของเอกชนจะวางอยู่บนหลักพื้นฐานแห่งเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวอาจถูกแทรกแซงได้โดยรัฐ ซึ่งการแทรกแซงของรัฐโดยวิธีการควบคุมดังกล่าว เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเข้าไปแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน ซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่จะสามารถทำได้ภายใต้ในกรณีมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจกระทำ

การควบคุมของรัฐโดยอาศัยกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจ สามารถพิจารณาได้ 2 กรณี คือ<sup>45</sup>

กรณีแรก ฝ่ายบริหารสามารถใช้วิธีการควบคุมได้เมื่อมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กำหนดให้อำนาจไว้ เช่น กิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องได้รับอนุญาต หรือความเห็นชอบของฝ่ายบริหาร เช่น การให้สัมปทานบัตรต่าง ๆ

กรณีที่สอง ฝ่ายบริหารสามารถใช้วิธีการควบคุมโดยการใช้อำนาจในการที่จะให้ความเห็นชอบต่อการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจตลอดไป ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้เช่นกัน เพียงแต่การควบคุมของฝ่ายบริหารนั้นมีลักษณะเป็นการควบคุมกำกับ หรือควบคุมดูแลอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการควบคุมอย่างต่อเนื่องนั้นปรากฏให้เห็นน้อยมากในการแทรกแซงภาคเศรษฐกิจเอกชน เช่น การควบคุมกำกับสถาบันการเงิน ธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น ซึ่งตรงกันข้ามกับรัฐวิสาหกิจของรัฐซึ่งรัฐจะต้องดำเนินการควบคุมกำกับอย่างใกล้ชิดและต่อเนื่องตลอดเวลา

<sup>43</sup> แหล่งเดิม. (น. 174).

<sup>44</sup> แหล่งเดิม.

<sup>45</sup> แหล่งเดิม. (น. 174-175).

#### 4) วิธีการแทรกแซงโดยรัฐกำหนดรูปแบบและเนื้อหาของสัญญา

สัญญาบางประเภทซึ่งคู่สัญญาอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน รัฐอาจเข้ามากำหนดเงื่อนไขและเนื้อหาของบางประการของสัญญา เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบ เช่น การกำหนดอัตราภาษีอัตราดอกเบี้ย เป็นต้น

2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

##### 2.2.2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญา

สัญญาโดยทั่วไปแล้วเกิดขึ้นจากบุคคลสองฝ่ายมีมีคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน จึงตกลงเข้าทำสัญญากัน ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าสัญญาต่าง ๆ ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของคนทุกคนขึ้นในสังคม โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตัวอย่างเช่น ไปซื้อกับข้าวที่ตลาด ก็เกิดเป็นสัญญาซื้อขายขึ้น เป็นต้น โดยสัญญามีหลายประเภทแตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นในด้านรูปแบบของสัญญา ฐานะของคู่สัญญา ผลผูกพันทางสัญญา ฯลฯ รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและหน้าที่ผูกพันซึ่งกันและกันได้ตามความสมัครใจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาที่สำคัญ ๆ แบ่งออกเป็น 3 ประการ ดังนี้

##### 1) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

สัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งประการหนึ่ง โดยเป็นหนึ่งที่เกิดจากเจตนาหรือข้อตกลงของคู่สัญญาซึ่งในการเข้าทำสัญญากันนั้น สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีคำเสนอและคำสนองคู่ของสัญญาถูกต้องตรงกัน โดยที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีอิสระเสรีภาพในการตกลงเข้าทำสัญญากัน หรือไม่ทำสัญญากันก็ได้ เช่น ปฏิเสธข้อเสนอนี้เนื่องจากเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้เกิดจากแนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ที่มองว่าบุคคลควรมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเอง การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาควรจะให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ประกอบกับลัทธิปัจเจกนิยมที่ให้ความสำคัญกับสิทธิส่วนบุคคล รัฐจะต้องรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญา

สาระสำคัญของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ประกอบด้วย เสรีภาพในการตกลงทำสัญญา กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะเลือกเข้าทำหรือไม่ทำสัญญา และเสรีภาพว่าจะเลือกทำสัญญากับผู้ใด รวมถึงเสรีภาพในการกำหนดข้อตกลง เนื้อหา เงื่อนไขแห่งสัญญาว่าคู่สัญญาจะมีความผูกพันกัน มีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไร

การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญานั้นจะต้องมีความสมบูรณ์ กล่าวคือ เจตนาที่แสดงออกมา จะตรงตรงกับเจตนาที่อยู่ภายในใจ ทั้งเป็นเจตนาที่ไม่บกพร่อง ไม่ได้เกิดจากความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ และจะต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

## 2) หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา (Autonomy of Will)

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาเป็นทฤษฎีที่ได้รับการสนับสนุนโดยนักปราชญ์กฎหมายในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งมีความประสงค์ที่จะให้บุคคลมีเสรีภาพ หลุดพ้นจากข้อบังคับทางสังคม รวมถึงข้อบังคับต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ มองว่าโดยหลักแล้วบุคคลต้องมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางเรื่องที่เราเห็นสมควรจึงมีการวางกฎข้อบังคับจำกัดเสรีภาพเอาไว้ กฎข้อบังคับจึงเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาหรือการเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาระหว่างกัน ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเจตนาของบุคคล บุคคลทุกคนมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน เจตนาของบุคคลมีค่าเหนือกว่าสังคม หลักดังกล่าวเป็นหลักที่อธิบายว่านิติสัมพันธ์ในทางনীติอยู่บนรากฐานเจตนาของบุคคลเป็นสำคัญ ดังนั้นบุคคลทุกคนย่อมมีอิสระในการที่จะผูกพันตนเองกับผู้อื่นตามที่ตนต้องการ โดยการใช้เจตนาเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ จึงอาจกล่าวได้ว่าเจตนาอันมีบทบาทในฐานะที่เป็นตัวก่อให้เกิดสัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา และยังเป็นตัวกำหนดผลของสัญญาอีกด้วย<sup>46</sup>

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา นั้น โดยหลักรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงในการทำสัญญา ระหว่างคู่สัญญา แม้ว่าในความเป็นจริงฐานะของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะได้เปรียบหรือเสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม เว้นแต่กรณีเป็นเรื่องต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น เมื่อกล่าวได้ว่าเจตนา มีความศักดิ์สิทธิ์แล้ว คู่สัญญาต่างก็ต้องผูกพันตามเจตนาที่ตนได้แสดงออกมา จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมด้วยไม่ได้ มิฉะนั้นก็เท่ากับเป็นการทำลายหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาตนเอง

## 3) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will) ดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาามีเสรีภาพในการทำสัญญา และได้ตกลงเข้าทำสัญญากันแล้ว การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากันย่อมมีความศักดิ์สิทธิ์ ก่อให้เกิดสัญญาขึ้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

<sup>46</sup> จาก *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม* (น. 11-15), โดย ดาราวรรณ ธีระวัฒน์, 2542, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ก็ผูกพันคู่สัญญาซึ่งได้แสดงเจตนาเข้าทำสัญญานั้นในอันที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาทุกประการ โดยศาลยอมรับจะบังคับตามสัญญาดังกล่าว โดยไม่เข้าแทรกแซง เว้นแต่กรณีขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้นมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา ไม่ผูกพันไปถึงบุคคลภายนอกด้วย หลักการดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองผู้บริโภค เพราะในความเป็นจริง ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจอาจไม่ได้มีความสัมพันธ์กันทางสัญญาโดยตรง ฉะนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ผู้บริโภคจึงตกอยู่ในฐานะเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ไม่อาจฟ้องเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจชดเชยค่าเสียหายให้แก่ตนได้ เพราะไม่ได้เป็นคู่สัญญาต่อกัน

#### 2.2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

แนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งแต่เดิมเมื่อมนุษย์มีการรวมตัวกัน อาจก่อให้เกิดการกระทบกระทั่ง ประทุษร้ายซึ่งกันและกัน การลงโทษตามกฎหมายดั้งเดิมของโรมัน มุ่งประสงค์ให้มีการควบคุมการแก้แค้นให้เป็นที่ยุติโดยถูกต้องตามจารีตประเพณี โดยใช้วิธีตาต่อตา ฟันต่อฟัน กล่าวคือ ผู้เสียหายมีอำนาจแก้แค้นผู้ที่ทำการประทุษร้ายตนได้ แต่เดิมกฎหมายอาญาและกฎหมายละเมิดมิได้แยกออกจากกัน แต่เมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น จนกระทั่งรัฐและผู้ปกครองรัฐมีแนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความสงบภายในรัฐ โดยกำหนดระเบียบและข้อกำหนดความประพฤติของประชาชน โดยถือว่าการฝ่าฝืนระเบียบหรือข้อกำหนดของรัฐเป็นความผิด<sup>47</sup> และจะต้องถูกลงโทษ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด การปล่อยให้มีการแก้แค้นกันเองอย่างเช่นแต่ก่อนย่อมนำมาซึ่งความไม่สงบสุขภายในรัฐ ณ จุดนี้จึงทำให้เกิดการแบ่งแยกความรับผิดชอบทางอาญากับการชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งฐานละเมิดออกจากกัน โดยกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันปราบปรามมิให้กระทำความผิด ส่วนกฎหมายละเมิดนั้นมีความมุ่งหมายในการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือใกล้เคียงจากเดิมให้มากที่สุด

สำหรับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในทางละเมิดสามารถแบ่งแยกออกได้ 4 ทฤษฎี ดังนี้

##### 1) ทฤษฎีรับภัย (Theory of Risk)

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิดในระบบกฎหมายจารีตประเพณีก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายละเมิดมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล

<sup>47</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด (น. 1), โดย สุขุม สุขนิษฐ์ จ, 2546, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ต้องมีการชดเชยเยียวยา ดังนั้น ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด จึงมิได้เน้นที่องค์ประกอบในด้านจิตใจของผู้กระทำ แต่พิจารณาถึงความเสียหายมากกว่า<sup>48</sup> โดยมองว่าเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำ ผู้นั้นก็ควรรับผิดชอบ ไม่ว่าจะจงใจกระทำหรือไม่ได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นพึงมีและอาจใช้ความระมัดระวังได้ก็ตาม เพราะถือว่ามนุษย์เมื่อได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจเกิดผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ผู้กระทำต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น จึงเรียกแนวคิดดังกล่าวว่า ทฤษฎีรับภัย หรือ ทฤษฎีภัยที่สร้างขึ้น<sup>49</sup>

ฝ่ายที่ให้การสนับสนุนทฤษฎีรับภัยมองว่า การบังคับให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดนั้นมิได้มุ่งลงโทษอย่างความรับผิดในทางอาญา เพราะฉะนั้นการชดเชยค่าเสียหายโดยผลแห่งละเมิดก็ไม่จำเป็นต้องมีความผิดเข้ามาเกี่ยวข้อง หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดไม่จำเป็นต้องมี “เจตนา” อย่างความรับผิดทางอาญา ทั้งยังมองว่า ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้น การจะให้ผู้เสียหายต้องรับบาปเคราะห์โดยที่เข้ามิได้เป็นผู้ก่อขึ้นนั้น ย่อมสร้างความไม่เป็นธรรมแก่เขา ดังนั้นการที่ผู้ก่อภัยต้องรับผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นจึงเป็นธรรมและเหมาะสมแล้ว

สำหรับฝ่ายที่คัดค้านทฤษฎีรับภัย มองว่า ความรับผิดทางละเมิดไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ความผิด กล่าวคือ ความรับผิดทางละเมิดนั้นไม่จำเป็นต้องมี “เจตนา” คือตั้งใจหรือประสงค์ต่อผลอย่างเช่นในความผิดอาญา ก็ถือเป็นความผิด แต่การจะปล่อยให้เกินไปจนถึงกับไม่จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์เรื่องความผิดเสียทีเดียว แทนที่จะทำความเจริญให้แก่กฎหมาย กลับนำพามาซึ่งความถอยหลังไปถึงสมัยป่าเถื่อน นอกจากนี้ในทางศีลธรรมแล้วยากจะยอมให้คนอื่นทำผิดที่ตนไม่มี ความผิด คือ กระทำโดยใช้ความระมัดระวังแล้ว ต้องรับภัยชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายอันมีอาจตำหนิว่าเขาประมาทได้ ต้องถือว่าความเสียหายมิได้เกิดจากการกระทำของเขา หากเป็นผลของเคราะห์โชค ซึ่งเขาเองก็ไม่อาจห้ามปรามได้ เพราะเขาก็ได้ใช้ความระมัดระวังอยู่แล้ว<sup>50</sup> จึงไม่เป็นธรรมหากจะให้ผู้ต้องรับผิดเพราะเคราะห์โชคอันเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของเขา

## 2) ทฤษฎีความผิด (No Liability without Fault หรือ Fault Theory)

เมื่อทฤษฎีรับภัยได้รับอิทธิพลจากศาสนามากขึ้น จึงมีการขยายหลักความรับผิดในทางละเมิดไปสู่หลักเกณฑ์ที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดในความเสียหายก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือ

<sup>48</sup> แหล่งเดิม. (น. 7).

<sup>49</sup> จาก *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (น. 89), โดย จี๊ด เศรษฐบุตร, 2518, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>50</sup> แหล่งเดิม. (น. 95).



กระทำโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวเริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเชื่อกันว่าแนวคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากระบบการค้าเสรี และการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป ทฤษฎีความรับผิดในลักษณะนี้เชื่อว่าจะช่วยให้เกิดความกล้าเสี่ยงต่อการดำเนินกิจการต่าง ๆ มากขึ้น เพราะทฤษฎีที่ให้รับผิดโดยปราศจากความผิดนั้นเป็นการขัดขวางต่อความเจริญทางอุตสาหกรรม เนื่องจากทฤษฎีเดิมนั้น ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการทำอุตสาหกรรม ผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดโดยไม่มีข้อแก้ตัว<sup>51</sup> ทฤษฎีความรับผิดมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของผู้กระทำมากกว่าคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย เพราะการพิจารณาว่าผู้กระทำต้องรับผิดในทางละเมิดหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ถ้าหากมิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด

### 3) ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)

เมื่อระบบการค้าแบบเสรีได้มีการพัฒนาในด้านการผลิต โดยนำเทคโนโลยี เครื่องมือสมัยใหม่เข้ามาใช้ในกระบวนการผลิต ส่งผลในกรรมวิธีในการผลิตมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นกับผู้บริโภคที่บริโภคสินค้าและบริการดังกล่าวแล้ว จึงเป็นการยากแก่ที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหาย ว่าตัวสินค้าและบริการมีความบกพร่องในขั้นตอนใด เนื่องจากกระบวนการผลิตมีความซับซ้อน และอยู่นอกเหนือความรู้เห็นของผู้บริโภค การพิสูจน์ความบกพร่องเสียหายดังกล่าวจึงไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้บริโภคจะทำการพิสูจน์ได้ แนวความคิดเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาในทางละเมิดจึงย้อนกลับไปสู่สมัยเริ่มแรก คือ เน้นที่ความเสียหาย ไม่เน้นที่ความผิด ไม่ต้องอาศัยการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เพียงแต่โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายว่าเนื่องมาจากต้นเหตุนั้น ๆ ได้ก็เพียงพอแล้ว เรียกว่าทฤษฎีนี้ว่า ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด โดยมีการนำเอาแนวคิดดังกล่าวนี้ไปบัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะ หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการบินพาณิชย์ กฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ กฎหมายค่าทดแทนความเสียหายในการทำงาน เป็นต้น<sup>52</sup>

สรุปได้ว่า ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดเริ่มมาจากความรับผิดเมื่อมีความเสียหาย (ทฤษฎีรับภัย) ไปสู่ความรับผิดเพราะมีความผิด (Fault Theory) และเมื่อสภาพความเป็นอยู่ของมนุษย์เปลี่ยนแปลงไป หลักความรับผิดเมื่อมีความผิดขาดความเหมาะสม ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดก็กลับไปสู่หลักที่ถือว่าเมื่อมีความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิด แต่เรียกชื่อใหม่ว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict liability หรือ Absolute liability)<sup>53</sup> หลักดังกล่าวนำมาใช้กับการกระทำละเมิด

<sup>51</sup> คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด (น. 7). เล่มเดิม.

<sup>52</sup> แหล่งเดิม. (น. 8).

<sup>53</sup> แหล่งเดิม. (น. 9).

ในกรณีกิจการอันตรายและการบริโภคสินค้าและบริการ โดยหลักความรับผิดชอบดังกล่าวนี้มีส่วนช่วยให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิด

สำหรับในประเทศไทยนั้น ความรับผิดในทางละเมิดถือทฤษฎีความผิดเป็นหลัก กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับผิดต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหาย และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเท่านั้น ทฤษฎีรับกันนั้นไม่มีผลโดยตรงในกฎหมายไทย ส่วนทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดมีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยบางมาตรา เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 434 มาตรา 436 มาตรา 437 เป็นต้น

#### 4) ทฤษฎีและเหตุแห่งความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

ความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น เป็นความรับผิดของบุคคลผู้หนึ่งการกระทำละเมิดที่ผู้อื่นได้ก่อขึ้น โดยที่ตนมิได้กระทำละเมิดด้วยตนเองหรือมิได้มีส่วนผิดอยู่ด้วย อันมีลักษณะเป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ตัวอย่างเช่น นายจ้างต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างกระทำไปในทางการที่จ้าง ด้วยเหตุผลที่ว่านายจ้างเป็นผู้คัดเลือกลูกจ้าง เป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ทั้งยังได้รับประโยชน์จากผลงานของลูกจ้าง จึงเป็นการสมควรที่นายจ้างจะต้องร่วมแบ่งเบาภาระชดเชยค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น หรือกรณีบิดามารดาต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ผู้เยาว์ได้กระทำไปด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น ด้วยเหตุว่าบิดามารดามีหน้าที่ปกครองดูแลอบรมสั่งสอนบุตร ฉะนั้น เมื่อบุตรไปก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น ก็สมควรที่จะต้องให้บิดามารดาาร่วมรับผิดกับบุตรด้วย เป็นต้น

#### 2.2.2.3 แนวคิดและทฤษฎีในการพิสูจน์ความรับผิด

##### 1) หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ

การนำสืบในคดีแพ่งยึดแนวทางของหลักกฎหมายที่กล่าวว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ” มาเป็นเวลานาน ปัจจุบันหลักดังกล่าวนี้ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วหลักดังกล่าวมีความมุ่งหมายให้ ฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าตนถูกละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง เสรีภาพ ฯลฯ หรือ เป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นจริง และตนได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว หลักการนี้ถือเป็นหลักคิดทั่วไปที่เข้าใจได้ง่ายและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป เพราะโดยหลักแล้ว เมื่อฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อเป็นประโยชน์ต่อรูปคดีของตน ฝ่ายนั้นก็ควรมีภาระหน้าที่ต้องนำสืบให้เห็น การให้ผู้ถูกกล่าวหา มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงย่อมไม่เป็นธรรมแก่เขา

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปัจจุบันมีการนำวิทยาการและเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตสินค้าต่าง ๆ ส่งผลให้เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่ตัวสินค้า วัสดุ หรือสิ่งของต่าง ๆ ย่อมเป็นการยากแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปในการที่จะพิสูจน์ถึงความเสียหายนั้นว่าเกิดขึ้นได้อย่างไร เพราะเหตุใด เมื่อผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าและบริการ ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริงได้ ก็ย่อมไม่ได้รับชดใช้เยียวยาในความเสียหายนั้น ฉะนั้นเมื่อพิจารณาในแง่ของผู้บริโภค หรือคู่สัญญาในสัญญาที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ นับว่าเป็นจุดอ่อนและทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก รัฐจึงมองเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในทางกฎหมายขึ้นเพื่อลดความเข้มงวดและความแข็งแกร่งของหลักดังกล่าวลง โดยจำเป็นต้องใช้นิตินโยบายด้วยการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเข้าไปแทรกแซงและคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบไม่ว่าจะทั้งในด้านอำนาจการต่อรอง การศึกษา ความรู้ในข้อมูลของสินค้าและบริการ เศรษฐกิจ และการดำเนินคดี ทั้งนี้เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคมีประสิทธิภาพอย่างเต็มที่และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

## 2) ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย คือ ข้อสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้น มีทั้งในทางแพ่งและอาญา หลักการรับฟังข้อเท็จจริงจะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางอย่างให้ปรากฏแล้ว ศาลจึงต้องสันนิษฐานหรืออาจสันนิษฐานได้ว่าข้อเท็จจริงอื่นบางประการได้มี หรือได้เกิดขึ้นแล้ว แนวความคิดของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอยู่บนหลักความคิดที่ว่า หากไม่มีการสันนิษฐานไว้เช่นนั้น การพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางอย่างอาจเป็นไปได้ยาก ผลแห่งการมีข้อสันนิษฐานดังกล่าวจึงเป็นการยกประโยชน์ให้ฝ่ายหนึ่งซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเมื่อพิจารณาในแง่ของนโยบายทางกฎหมายหรือคุณค่าบางประการ<sup>54</sup> โดยผ่อนผันให้ฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าวนำสืบแต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานนั้นแล้ว ศาลก็จะยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายสันนิษฐานเอาไว้ได้ทันที จึงกล่าวได้ว่า ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายถือเป็นการลดภาระการพิสูจน์ให้กับผู้เสียหาย และเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>54</sup> จาก ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคในทางละเมิด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหบัณฑิต) (น. 2-3), โดย อภิสิทธิ์ มีเสรี, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายยอมรับฟังข้อสันนิษฐานนั้น นักกฎหมายอเมริกันรวบรวมไว้ 4 ประการ คือ<sup>55</sup>

(1) เพราะข้อสันนิษฐานเป็นเรื่องใกล้ความจริงมากกว่าการที่จะรับฟังข้อเท็จจริงไปในทางอื่น เมื่อมีหลักที่จะรับฟังเรื่องใดที่ใกล้ความจริงมากที่สุด ย่อมเป็นการดีกว่าที่จะยอมให้สืบพยานซึ่งเป็นการเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

(2) เพราะข้อสันนิษฐานช่วยให้การพิจารณาความของศาลรวดเร็วยิ่งขึ้น อันเป็นการช่วยประหยัดเวลาในการสืบพยาน

(3) เพราะข้อสันนิษฐานช่วยก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความ ซึ่งเป็นฝ่ายที่ไม่อาจเข้าถึงพยานเหมือนอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายโยนหน้าที่นำสืบให้แก่ฝ่ายที่ได้เปรียบในการที่มีโอกาสเข้าถึงพยาน เช่น มีของตกหล่นจากหน้าต่างบ้าน ถูกคนเดินถนน หากจะให้คนเดินถนนนำพยานมาสืบว่าคนในบ้านประมาท ย่อมเป็นการเหลือวิสัยที่จะหาพยานได้ หากกฎหมายสันนิษฐานว่าคนในบ้านประมาท ก็เป็นการโยนหน้าที่นำสืบว่าไม่ประมาทให้แก่ผู้ครอบครองสถานที่ อันจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากกว่า

(4) เพราะในบางกรณี ข้อสันนิษฐานมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในทางสังคมหรือเศรษฐกิจ เช่น เรื่องกรรมสิทธิ์ มีข้อสันนิษฐานว่า ผู้มีชื่อในทางทะเบียนมีสิทธิดีกว่า เรื่องสิทธิครอบครอง มีข้อสันนิษฐานว่า ผู้ครอบครอง ย่อมมีสิทธิดีกว่า

### 3) ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง

ข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริง หรือข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง หลักนี้เกิดจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็นข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่ควรจะเป็น โดยหลักดังกล่าวถือว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมบอกเรื่องราวในตัวของมันเอง มักใช้กันมากในคดีละเมิดอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อ เพราะคดีละเมิดธรรมดา โดยทั่วไปการพิจารณาพิสูจน์ตกแก่โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยให้ศาลเห็น จึงจะบังคับให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่ในเหตุการณ์บางเรื่อง สภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ย่อมแสดงอยู่ในตัวของมันเองว่าจำเลยน่าจะประมาท ถ้าจำเลยไม่ประมาทก็จะไม่เกิดเหตุการณ์เช่นนี้<sup>56</sup> ในกรณีเช่นนี้ถือเป็นข้อสันนิษฐานที่เปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากจากเดิมที่โจทก์มีภาระการพิสูจน์ไปตกอยู่แก่ฝ่ายจำเลยที่จะต้องพิสูจน์

<sup>55</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น. 47), โดย โอสถ โกสิน, 2538, อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 14).

<sup>56</sup> จาก คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา (น. 90), โดย ธานี สิงหนาท, 2555, กรุงเทพฯ: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง.

ห้กล้างข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงนี้ว่าจำเลยมิได้เป็นฝ่ายประมาทเลินเล่อ ถ้าจำเลยไม่สามารถนำสืบได้ จำเลยก็ต้องเป็นฝ่ายแพ้ในประเด็นดังกล่าว หลักข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นนี้มักเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของจำเลยแต่ฝ่ายเดียว โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงเหตุการณ์ได้ แต่ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยอย่างไร หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นประโยชน์อย่างมากแก่โจทก์ในการที่จะนำสืบเพียงข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเท่านั้น อันเป็นข้อเท็จจริงพื้นฐานหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน ต่อจากนั้นเป็นหน้าที่ของจำเลยที่มีภาระต้องพิสูจน์หลักข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นว่าจำเลยไม่ได้ประมาท หรือจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว<sup>57</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำหลักข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นมาใช้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542 ในคดีศัลยกรรมตกแต่ง โจทก์นำสืบได้เพียงว่าโจทก์เข้ารับการศัลยกรรมเต้านมที่โรงพยาบาลเอกชน โดยจำเลยเป็นผู้ทำการผ่าตัดหน้าอกโจทก์ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลง หลังจากผ่าตัดแล้วเกิดการผิดปกติ เต้านมด้านซ้ายมีขนาดใหญ่กว่าด้านขวา มีก้อนเนื้อบริเวณรักแร้ด้านขวา ทรวงอกไม่มีร่อง แผลติดเชื้อและเน่าอีกเสบ จำเลยนัดให้โจทก์ไปทำการผ่าตัดแก้ไขที่คลินิกของจำเลยอีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงเปลี่ยนแพทย์ใหม่ให้แพทย์อื่นทำการรักษาผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง จึงหายเป็นปกติ ดังนี้ แม้โจทก์ไม่สามารถนำสืบให้เห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์อย่างไร แต่เมื่อจำเลยเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมด้านเลเซอร์ผ่าตัด จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ การที่แพทย์อื่นต้องทำการผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำเลยผ่าตัดมามีข้อบกพร่องจึงต้องแก้ไข และแสดงว่าจำเลยไม่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัด และไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงขั้นตอนการรักษา ระยะเวลา และกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา ถือได้ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ คดีนี้ไม่มีกฎหมายสันนิษฐานความรับผิดชอบของแพทย์เอาไว้ ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 433 ถึง 437 แต่ศาลฎีกาก็ได้นำเอาข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นมาใช้ปรับแก้คดี โดยศาลฎีกาเห็นว่า จากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ ถ้าจำเลยไม่ประมาท เหตุการณ์นั้นย่อมไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นเบื้องต้นว่าจำเลยประมาท โจทก์จึงไม่มีภาระการพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลอย่างไร คงมีหน้าที่เพียงนำสืบข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว ต่อจากนั้นเป็นหน้าที่ของจำเลยที่มีภาระจะต้องนำสืบหลักให้

<sup>57</sup> แหล่งเดิม. (น. 91).

เห็นว่าจำเลยไม่ได้ประมาท หรือจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดตามวิสัยและพฤติการณ์ เป็นพิเศษแล้ว เมื่อจำเลยนำสืบไม่ได้ ก็ต้องฟังว่าจำเลยประมาท<sup>58</sup>

ในคดีผู้บริโภคร พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 มาตรา 29 บัญญัติเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงไว้ว่า “ประเด็นข้อพิพาทใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็น โดยเฉพาะของกลุ่มความฝ้ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่กับกลุ่มความฝ้ายที่เป็นผู้ประกอบการนั้น” หลักการกำหนดภาระการพิสูจน์ตามมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของกลุ่มความฝ้ายใดฝ้ายหนึ่งโดยเฉพาะแต่เพียงฝ้ายเดียว ควรจะให้กลุ่มความฝ้ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องคำนึงว่ากลุ่มความฝ้ายใดเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น อันเป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์อีกประการหนึ่งที่น่ามาใช้ในการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใดซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็น โดยเฉพาะของกลุ่มความฝ้ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับกลุ่มความฝ้ายที่เป็นผู้ประกอบการโดยไม่ต้องคำนึงว่ากลุ่มความฝ้ายใดเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> แหล่งเดิม. (น. 91-92).

<sup>59</sup> แหล่งเดิม. (น. 92).

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการ ธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับ กฎหมายของต่างประเทศ

ธุรกิจคลินิกเสริมความงามเป็นธุรกิจบริการประเภทหนึ่งที่สามารถก่อให้เกิดรายได้และผลกำไรเป็นอย่างมาก จึงทำให้มีผู้สนใจลงทุนทำธุรกิจประเภทนี้เป็นจำนวนไม่น้อย เมื่อพิจารณาจากข้อมูลของสำนักสถิติแห่งชาติพบว่าอัตราการประกอบกิจการสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไม่ค้างคืน หรือ คลินิกนั้นมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นทุกปี โดยในปี พ.ศ. 2554 พบว่าประเทศไทยมีจำนวนคลินิกทั้งหมด 18,828 แห่ง ซึ่งเป็นคลินิกเวชกรรมและคลินิกเวชกรรมเฉพาะทางถึง 8,976 แห่ง เนื่องด้วยจำนวนการประกอบธุรกิจดังกล่าวที่เพิ่มขึ้นในทุก ๆ ปี ส่งผลให้อัตราการแข่งขันทางธุรกิจเพิ่มสูงขึ้น ทั้งนี้แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 43 จะรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และสามารถทำการแข่งขันได้โดยเสรี แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันในการประกอบกิจการประเภทใด ก็ต้องอยู่ในลักษณะที่เป็นการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ปราศจากการผูกขาด และคำนึงถึงสิทธิของผู้บริโภคด้วยเช่นกัน

ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงามทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศว่ามีบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ใช้บริการจากธุรกิจดังกล่าวอย่างไร ดังต่อไปนี้

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทย

3.1.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทย

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายไทย มีบัญญัติอยู่ในกฎหมาย 2 ฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 และ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

### 3.1.1.1 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

การควบคุมสถานพยาบาลเอกชนเริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 โดยมีการตราพระราชบัญญัติควบคุมสถานพยาบาล พ.ศ. 2484 ขึ้นใช้บังคับควบคุมสถานพยาบาลเอกชนประเภทที่มีเตียง กล่าวคือ ประเภทที่รับคนไข้ไว้รักษาภายในเท่านั้น ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังไม่มีการควบคุมตรวจสอบโดยการออกใบอนุญาตจัดตั้งและใบอนุญาตดำเนินการสถานพยาบาลเอกชนอย่างเช่นในปัจจุบัน หากแต่การควบคุมตรวจสอบจะอยู่ในลักษณะที่เจ้าหน้าที่จะเข้าไปตรวจสอบสถานพยาบาลเอกชนนั้น ๆ เมื่อมีการสงสัยว่ากระทำผิดกฎหมาย หรือเมื่อได้รับการร้องเรียนว่ากระทำผิดกฎหมาย ฉะนั้นการควบคุมตรวจสอบสถานพยาบาลเอกชนตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่เข้มงวดเท่าใดนัก ต่อมาพระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2485 แต่เป็นการแก้ไขเพียงรายละเอียดเล็กน้อย แต่สาระสำคัญของกฎหมายยังคงเดิม

ต่อมาในปี พ.ศ. 2504 มีการตราพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2504 ขึ้นใช้บังคับโดยยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมสถานพยาบาล พ.ศ. 2484 และ พ.ศ. 2485 (แก้ไขเพิ่มเติม) ซึ่งในพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2504 นั้นนอกจากจะมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมสถานพยาบาลเอกชนประเภทที่มีเตียงดังพระราชบัญญัติควบคุมสถานพยาบาล พ.ศ. 2484 และ พ.ศ. 2485 (แก้ไขเพิ่มเติม) แล้วยังควบคุมรวมถึงสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน (ไม่มีเตียง) หรือ คลินิกด้วย โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตจัดตั้งและใบอนุญาตดำเนินการสถานพยาบาลเอาไว้ด้วย

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2541 ได้มีการบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ยกเลิกพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2504 ที่ใช้มายาวนานถึง 37 ปี ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัยยิ่งขึ้น โดยพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มีสาระสำคัญดังนี้

#### 1) ความหมายของคำว่า “สถานพยาบาล”

“สถานพยาบาล” หมายความว่า สถานที่รวมตลอดถึงยานพาหนะซึ่งจัดไว้เพื่อการประกอบโรคศิลปะตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม การประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ หรือการประกอบวิชาชีพทันตกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทันตกรรม ทั้งนี้ โดยกระทำเป็นปกติธุระ ไม่ว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงสถานที่ขายยาตามกฎหมายว่าด้วยยา ซึ่งประกอบธุรกิจการขายยาโดยเฉพาะ<sup>1</sup>

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 4.



จากนิยามศัพท์ดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่า สถานพยาบาลมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) สถานที่ รวมถึงยานพาหนะซึ่งจัดไว้เพื่อการประกอบโรคศิลปะตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม การประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ หรือการประกอบวิชาชีพทันตกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทันตกรรม

(2) สถานที่หรือยานพาหนะนั้นประกอบธุรกิจเป็นปกติธุระ ไม่ว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนหรือไม่

(3) สถานที่หรือยานพาหนะนั้นไม่ใช่ไม่รวมถึงสถานที่ขายยาตามกฎหมายว่าด้วยยาซึ่งประกอบธุรกิจการขายยาโดยเฉพาะ

พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ไม่ได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่าบังคับใช้กับสถานพยาบาลประเภทใด แต่ก็ได้มีการบัญญัติในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นว่า ไม่ใช่บังคับแก่สถานพยาบาลของกระทรวง ทบวง กรม กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น สถานพยาบาลของสภากาชาดไทย และสถานพยาบาลอื่นซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>2</sup> ดังนั้นกรณีของคลินิกเสริมความงามจึงถือเป็นสถานพยาบาลที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ด้วยเช่นกัน

2) ความหมายของคำว่า “ผู้ป่วย”

“ผู้ป่วย” หมายความว่า ผู้ขอรับบริการในสถานพยาบาล<sup>3</sup> จากนิยามความหมายดังกล่าว ทำให้เห็นว่าผู้ที่ขอรับบริการในสถานพยาบาล ไม่ว่าจะผู้นั้นจะเจ็บไข้ได้ป่วย หรือ ไม่ได้เจ็บป่วยก็ตาม ล้วนถือเป็น “ผู้ป่วย” ตามความหมายของพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ทั้งสิ้น เช่น คนเป็นไข้หวัดไปพบแพทย์ คนปกติไปตรวจสุขภาพ หญิงมีครรภ์ไปฝากครรภ์ หรือแม้กระทั่งคนปกติที่ไปพบแพทย์เพื่อความต้องการทางด้านความสวยงาม ก็อยู่ในความหมายของคำวาก็ “ผู้ป่วย” ตามพระราชบัญญัตินี้

3) ประเภทของสถานพยาบาล

สถานพยาบาลตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท<sup>4</sup> คือ

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 5.

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 4.

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 14.

## (1) สถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน

สำหรับลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน อาจแบ่งออกได้เป็น 10 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>5</sup>

ก. คลินิกเวชกรรม เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านเวชกรรมที่เป็นเวชปฏิบัติทั่วไปและดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข. คลินิกเวชกรรมเฉพาะทาง เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านเวชกรรมที่เป็นเวชปฏิบัติทั่วไปและเวชปฏิบัติเฉพาะทางตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของแพทยสภา และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภาในสาขานั้น

ค. คลินิกทันตกรรม เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านทันตกรรม และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม

ง. คลินิกทันตกรรมเฉพาะทาง เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านทันตกรรมทั่วไปและทันตกรรมเฉพาะทางตามที่กำหนดไว้ตามข้อบังคับของทันตแพทยสภา และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรมที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากทันตแพทยสภาในสาขานั้น

จ. คลินิกการพยาบาลและการผดุงครรภ์ เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านการพยาบาล การดูแลมารดาและทารกก่อนและหลังคลอด ยกเว้นการทำคลอด และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ชั้นหนึ่ง

ฉ. คลินิกกายภาพบำบัด เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านกายภาพบำบัด และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขากายภาพบำบัด

ช. คลินิกเทคนิคการแพทย์ เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านเทคนิคการแพทย์ และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขาเทคนิคการแพทย์

ซ. คลินิกการแพทย์แผนไทย เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านการประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทย และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทย

ฅ. คลินิกการแพทย์แผนไทยประยุกต์ เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านการประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์ และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์

<sup>5</sup> กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545, ข้อ 1.

ญ. สหคลินิก เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการตาม (1) ถึง (9) ตั้งแต่สองลักษณะขึ้นไปและดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพ วิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งที่ทำให้บริการในสถานพยาบาลนั้น

(2) สถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน

สำหรับลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน อาจแบ่งออกได้เป็น 7 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>6</sup>

ก. โรงพยาบาล เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยโดยสามารถรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนเกินสามสิบเตียงขึ้นไป ซึ่งมีบริการด้านเวชกรรม ด้านการพยาบาล ด้านเภสัชกรรม และด้านเทคนิคการแพทย์เป็นอย่างน้อย และอาจมีบริการด้านทันตกรรมหรือด้านการประกอบโรคศิลปะอื่นแบ่งเป็น

1. โรงพยาบาลทั่วไป เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านเวชกรรมอย่างน้อยสี่สาขาหลัก คือ อายุรกรรม ศัลยกรรม กุมารเวชกรรม และสูตินรีเวชกรรม และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ในกรณีที่ทำให้บริการเฉพาะทาง จะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติหรือหนังสือรับรองจากแพทยสภาในสาขาวิชาชีพเฉพาะทางนั้น เป็นผู้ให้บริการ

2. โรงพยาบาลเฉพาะทาง เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านเวชกรรมเฉพาะสาขาใดสาขาหนึ่ง และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั่วไปหรือสาขาที่ให้บริการและมีผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติหรือหนังสือรับรองจากสภาวิชาชีพในสาขานั้นเป็นผู้ให้บริการ เช่น โรงพยาบาลตา โรงพยาบาลจิตเวช โรงพยาบาลแม่และเด็ก โรงพยาบาลบำบัดยาเสพติด โรงพยาบาลทันตกรรม

ข. สถานพยาบาลเวชกรรม เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านเวชกรรมโดยสามารถรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนไม่เกินสามสิบเตียง ซึ่งมีบริการด้านเวชกรรม ด้านการพยาบาล และด้านเภสัชกรรมเป็นอย่างน้อย และสามารถจัดให้บริการด้านเทคนิคการแพทย์ที่จำเป็นได้ รวมทั้งอาจมีบริการด้านทันตกรรมหรือด้านการประกอบโรคศิลปะอื่น และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แบ่งเป็น

<sup>6</sup> กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545, ข้อ 4.

1. สถานพยาบาลเวชกรรมทั่วไป เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านเวชกรรมทั่วไป

2. สถานพยาบาลเวชกรรมเฉพาะทาง เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยทุกประเภทและต้องมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติหรือหนังสือรับรองจากแพทยสภาในสาขานั้น เป็นผู้ให้บริการ

ค. สถานพยาบาลทันตกรรม เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วย โดยสามารถรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนไม่เกินสามสิบเตียง เพื่อให้บริการผู้ป่วยทางด้านทันตกรรม และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม แบ่งเป็น

1. สถานพยาบาลทันตกรรมทั่วไป เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านทันตกรรมทั่วไป

2. สถานพยาบาลทันตกรรมเฉพาะทาง เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านทันตกรรม และมีผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรมซึ่งได้รับวุฒิบัตรหนังสืออนุมัติหรือหนังสือรับรองจากทันตแพทยสภาในสาขานั้น เป็นผู้ให้บริการ

ง. สถานพยาบาลการผดุงครรภ์ เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วย โดยสามารถรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนไม่เกินสามสิบเตียง สามารถให้บริการมารดาและทารกก่อนและหลังคลอด การคลอดปกติ การส่งเสริมสุขภาพ และการอนามัยแม่และเด็ก และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ชั้นหนึ่ง หรือผู้ประกอบวิชาชีพการผดุงครรภ์ ชั้นหนึ่ง

จ. สถานพยาบาลผู้ป่วยเรื้อรัง เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยเรื้อรัง โดยวิธีการทางการแพทย์ กายภาพบำบัด เวชกรรมทั่วไป และอาจมีบริการทันตกรรมหรือการประกอบโรคศิลปะอื่นร่วมด้วย และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลหรือผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ชั้นหนึ่ง หรือผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขากายภาพบำบัด

ฉ. สถานพยาบาลการแพทย์แผนไทย เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านการประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทย และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทย

ช. สถานพยาบาลการแพทย์แผนไทยประยุกต์ เป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการผู้ป่วยด้านการประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์ และดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์

สำหรับคลินิกเสริมความงามจัดเป็นสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน และโดยทั่วไปมักขอออกใบอนุญาตและดำเนินการในลักษณะที่เป็นคลินิกเวชกรรม หรือคลินิกเวชกรรมเฉพาะทาง แล้วแต่กรณี

4) ขั้นตอนการควบคุมการประกอบกิจการสถานพยาบาล

การควบคุมการประกอบกิจการสถานพยาบาล อาจแบ่งเป็นขั้นตอนดังต่อไปนี้

(1) การขอใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล และขอใบอนุญาตให้ดำเนินการสถานพยาบาล มีหลักเกณฑ์ดังนี้

ก. ผู้ขอรับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาลจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้<sup>7</sup>

1. มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์
2. มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย
3. ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายถึงที่สุด ให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
4. ไม่เป็นโรคตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา
5. ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
6. ไม่เป็นบุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

ข. มีแผนงานการจัดตั้งสถานพยาบาลที่ได้รับอนุมัติแล้วตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง (กฎกระทรวงว่าด้วยการประกอบกิจการสถานพยาบาล พ.ศ. 2545) ลักษณะสถานพยาบาลเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 14 (กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545) มีเครื่องมือเครื่องใช้ เวชภัณฑ์หรือยานพาหนะที่จำเป็นประจำสถานพยาบาลนั้น ตามชนิดและจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง (กฎกระทรวงว่าด้วยชนิดและจำนวนเครื่องมือ เครื่องใช้ ยาและเวชภัณฑ์หรือยานพาหนะที่จำเป็นประจำสถานพยาบาล พ.ศ. 2545) มีผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลตามวิชาชีพและจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง (กฎกระทรวงว่าด้วยวิชาชีพและจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล พ.ศ. 2545) และมีชื่อสถานพยาบาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง (กฎกระทรวงว่าด้วยการแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อ

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 17.

สถานพยาบาล ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล อัตราค่ารักษาพยาบาล ค่าบริการและสิทธิของผู้ป่วย พ.ศ. 2545)<sup>8</sup>

ค. มีผู้ดำเนินการ โดยผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้<sup>9</sup>

1. เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการศัลยกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพกายภาพบำบัด หรือผู้ประกอบวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ แต่บุคคลเช่นว่านั้น จะได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการตามประเภทใด หรือสถานพยาบาลที่ให้บริการทางการแพทย์ใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

2. ไม่เป็นผู้ดำเนินการอยู่ก่อนแล้วสองแห่ง แต่ในกรณีที่เป็นผู้ดำเนินการประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืนอยู่แล้วแห่งหนึ่ง จะอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืนอีกแห่งหนึ่งไม่ได้

3. เป็นผู้ที่สามารถควบคุมดูแลกิจการสถานพยาบาลได้โดยใกล้ชิด

(2) การอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล และดำเนินการสถานพยาบาล

พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 กำหนดให้คณะกรรมการสถานพยาบาลเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล และดำเนินการสถานพยาบาล โดยคณะกรรมการสถานพยาบาลประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมการแพทย์ อธิบดีกรมอนามัย อธิบดีกรมควบคุมโรคติดต่อ อธิบดีกรม วิทยาศาสตร์การแพทย์ อธิบดีกรมสุขภาพจิต เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้แทนสำนักคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง กับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยแต่งตั้งจากผู้ประกอบโรคศิลปะจำนวน 3 คน ผู้ประกอบวิชาชีพสภาระยะ 1 คน และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกไม่เกิน 5 คน ซึ่งในจำนวนนี้จะต้องแต่งตั้งจากผู้ดำเนินการอย่างน้อย 1 คน ไม่เกิน 3 คน ทั้งนี้ให้ผู้อำนวยการกองการประกอบโรคศิลปะ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นกรรมการและเลขานุการ<sup>10</sup>

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสถานพยาบาลนอกจากจะมีอำนาจอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล ดำเนินการสถานพยาบาลแล้ว ยังมีอำนาจอื่น ๆ อีก อันได้แก่ เพิกถอนใบอนุญาต ออกกฎกระทรวงหรือประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ส่งเสริมการพัฒนาคุณภาพการบริการของสถานพยาบาล ควบคุมหรือพิจารณาเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการดำเนินการ

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 18.

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 23-25.

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 7.

สถานพยาบาล และเรื่องอื่น ๆ ตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ปลัดกระทรวงสาธารณสุขหรือผู้ที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขมอบหมาย<sup>11</sup>

(3) หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานพยาบาล

ผู้รับอนุญาตมีหน้าที่ต้องแสดงสิ่งต่อไปนี้ไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ สถานพยาบาลนั้น<sup>12</sup>

ก. ใบอนุญาต

ข. ชื่อสถานพยาบาล

ค. รายการเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม การพยาบาล การผดุงครรภ์ ทันตกรรม เภสัชกรรม หรือผู้ประกอบโรคศิลปะ ซึ่งประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลนั้น

ง. อัตราค่ารักษาพยาบาล ค่าบริการ โดยผู้รับอนุญาตจะเรียกเก็บหรือยินยอมให้มีการเรียกเก็บค่ารักษาพยาบาลหรือค่าบริการอื่นเกินอัตราที่ได้แสดงไว้มิได้

จ. สิทธิของผู้ป่วย โดยจะต้องให้การบริการแก่ผู้ป่วยตามสิทธิที่แสดงไว้

(4) หน้าที่ของผู้ดำเนินการสถานพยาบาลผู้ดำเนินการมีหน้าที่และความรับผิดชอบ ดังต่อไปนี้<sup>13</sup>

ก. ควบคุมและดูแลมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลประกอบวิชาชีพผิดไปจากสาขา ชั้น หรือแผน ที่ผู้รับอนุญาตได้แจ้งไว้ในการขอรับใบอนุญาต หรือมิให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทำการประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล

ข. ควบคุมและดูแลให้ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ กฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม กฎหมายว่าด้วยวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ กฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทันตกรรม หรือกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเภสัชกรรม แล้วแต่กรณี

ค. ควบคุมและดูแลมิให้มีการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนเกินจำนวนเตียงตามที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต เว้นแต่กรณีฉุกเฉินซึ่งหากไม่รับไว้อาจเกิดอันตรายแก่ผู้ป่วย

ง. ควบคุมดูแลสถานพยาบาลให้สะอาด เรียบร้อย ปลอดภัย และมีลักษณะอันเหมาะสมแก่การใช้เป็นสถานพยาบาล

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 11.

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 31-33.

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 34.

(5) หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานพยาบาลและผู้ดำเนินการสถานพยาบาลที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกัน

ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานพยาบาลและผู้ดำเนินการสถานพยาบาลมีหน้าที่อันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

ก. จัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลตามวิชาชีพและจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวงตลอดเวลาทำการ

ข. จัดให้มีเครื่องมือ เครื่องใช้ ยา และเวชภัณฑ์ที่จำเป็นประจำสถานพยาบาลนั้นตามชนิดที่กำหนดในกฎกระทรวง

ค. จัดให้มีและรายงานหลักฐานเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลและผู้ป่วยและเอกสารอื่นที่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยต้องเก็บรักษาไว้ให้อยู่ในสภาพที่ตรวจสอบได้ไม่น้อยกว่าห้าปีนับแต่วันที่จัดทำ

ง. ควบคุมและดูแลการประกอบกิจการสถานพยาบาลให้เป็นไปตามมาตรฐานการบริการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามมาตรา 15

จ. ควบคุมและดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วย ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและตามประเภทของสถานพยาบาลนั้น ๆ ถ้ามีความจำเป็นต้องส่งต่อหรือผู้ป่วยมีความประสงค์จะไปรับการรักษาพยาบาลที่สถานพยาบาลอื่น ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการต้องจัดการให้มีการจัดส่งต่อไปยังสถานพยาบาลอื่นตามความเหมาะสม

ฉ. ควบคุมดูแลมิให้มีการใช้หรือยินยอมให้ผู้อื่นใช้สถานพยาบาลประกอบกิจการสถานพยาบาลผิดประเภทหรือผิดลักษณะการให้บริการตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาต

ช. ห้ามโฆษณาหรือประกาศหรือยินยอมให้ผู้อื่นโฆษณาหรือประกาศด้วยประการใด ๆ ซึ่งชื่อที่ตั้งหรือกิจการของสถานพยาบาล หรือคุณวุฒิ หรือความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลเพื่อชักชวนให้มีผู้มาขอรับบริการจากสถานพยาบาลของตน โดยใช้ข้อความอันเป็นเท็จหรือ โอ้อวดเกินความจริง หรือน่าจะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับการประกอบกิจการของสถานพยาบาล

(6) อำนาจหน้าที่ของผู้อนุญาตและพนักงานเจ้าหน้าที่

“ผู้อนุญาต” ตามความหมายของพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 หมายถึง ปลัดกระทรวงสาธารณสุขหรือผู้ที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขมอบหมาย ส่วน “พนักงานเจ้าหน้าที่”

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 35-38.



หมายถึง ผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งให้เป็นผู้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้<sup>15</sup> ทั้งนี้พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของผู้อนุญาตและพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเอาไว้เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงาน ดังต่อไปนี้

ก. ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ให้ผู้อนุญาตและพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

ข. พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเข้าไปในอาคารสถานที่หรือยานพาหนะที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นสถานพยาบาลที่ไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

ค. พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเข้าไปในสถานพยาบาลในระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบและควบคุมให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

ง. พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำหนังสือเรียกผู้รับอนุญาต ผู้ดำเนินการ ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล หรือเจ้าหน้าที่ของสถานพยาบาลมาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงหรือให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาเพื่อประกอบการพิจารณา

จ. พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจยึดหรืออายัดบรรดาเอกสารหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อเป็นหลักฐานในการดำเนินคดี

ฉ. พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจสั่งให้ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการแล้วแต่กรณี ระวังหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่เห็นสมควรเมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้

ช. ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราวและเพิกถอนใบอนุญาตประกอบสถานพยาบาลได้ในกรณีต่อไปนี้

(ช1) กรณีปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราว เมื่อผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการบกพร่องในเรื่องดังต่อไปนี้<sup>16</sup>

1. กระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใด ๆ จนเป็นเหตุให้เกิดอันตราย ความเสียหายหรือความเดือดร้อนอย่างร้ายแรงแก่ผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาล หรือผู้ที่อยู่ใกล้เคียงกับสถานพยาบาล

2. ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้อนุญาตตามมาตรา 45

3. ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 49

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 4.

<sup>16</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 50.

(ข2) กรณีเพิกถอนใบอนุญาต เมื่อผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการ  
บกพร่องในเรื่องดังต่อไปนี้<sup>17</sup>

1. ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 17 หรือมาตรา 25  
แล้วแต่กรณี

2. ไม่ดำเนินการให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่ผู้อนุญาตกำหนดตามมาตรา 40

3. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และผู้อนุญาต  
เห็นว่าเป็นกรณีร้ายแรงอันอาจมีผลกระทบต่อการรักษาพยาบาลผู้ป่วยต่อไป

ข. ให้ผู้อนุญาตจัดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจลักษณะของสถานพยาบาล และการ  
ประกอบกิจการของสถานพยาบาลให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้โดยสม่ำเสมอ ในการนี้ถ้าพบว่า  
สถานพยาบาลตลอดจนเครื่องมือ เครื่องใช้ ยาและเวชภัณฑ์ของสถานพยาบาลนั้นมีลักษณะที่อาจ  
ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาลหรือผู้ที่อยู่ใกล้เคียงกับสถานพยาบาล ผู้อนุญาตมี  
อำนาจออกคำสั่งให้ผู้รับอนุญาต แก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดได้<sup>18</sup>

ฉ. ผู้อนุญาตอาจมีคำสั่งให้สถานพยาบาลนั้น อยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการ  
เพื่อดำเนินการใด ๆ ตามที่เห็นสมควร ได้ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตาย และไม่มีผู้แสดงความจำนงเพื่อ  
ขอประกอบกิจการหรือผู้แสดงความจำนงนั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ทั้งนี้ ตามที่  
บัญญัติในมาตรา 22 หรือในกรณีที่ผู้อนุญาตมีคำสั่งปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 50  
หรือมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 51

#### (7) บทกำหนดโทษ

พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 หมวด 5 กำหนดโทษทางอาญาเพื่อใช้ลงโทษ  
แก่ผู้อนุญาตและผู้ดำเนินการสถานพยาบาลที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าว โดย  
บทกำหนดโทษที่สำคัญ ๆ มีดังต่อไปนี้

ก. บุคคลใดประกอบกิจการหรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาล โดยไม่ได้รับอนุญาต  
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลจะสั่ง  
ริบพรรคาสั่งของที่ใช้ในการประกอบกิจการสถานพยาบาลด้วยก็ได้

ข. ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการกระทำการโฆษณาหรือประกาศหรือยินยอมให้มีการ  
โฆษณาหรือประกาศอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 38 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และให้  
ปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทนับแต่วันที่ฝ่าฝืน จนกว่าจะระงับการโฆษณาดังกล่าว

<sup>17</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 51.

<sup>18</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 45.

ค. ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการกระทำการโฆษณาหรือประกาศหรือยินยอมให้มีการโฆษณาหรือประกาศอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 38 และผู้อนุญาตได้ส่งเป็นหนังสือให้ระงับการกระทำความผิดแล้ว แต่ผู้นั้นไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้อนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ง. สถานพยาบาลตลอดจนเครื่องมือ เครื่องใช้ ยาและเวชภัณฑ์ของสถานพยาบาลนั้น มีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาลหรือผู้ที่อยู่ใกล้เคียงกับสถานพยาบาล และผู้อนุญาตคำสั่งให้ผู้รับอนุญาต แก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว แต่ผู้นั้นไม่ปฏิบัติตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จ. เมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้ และพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้ ระงับหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่เห็นสมควรแล้ว แต่ผู้นั้นไม่ปฏิบัติตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ฉ. ผู้อนุญาตผู้ใดประกอบกิจการสถานพยาบาล โดยมิได้จัดให้มีผู้ดำเนินการตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ช. ผู้รับอนุญาตผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 34(1) กล่าวคือ มิได้ควบคุมและดูแลมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลประกอบวิชาชีพผิดไปจากสาขา ชั้น หรือแผน ที่ผู้รับอนุญาตได้แจ้งไว้ในการขอรับใบอนุญาต หรือมิให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทำการประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ช. ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 34(2) หรือมาตรา 35 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ฉ. ผู้ใดประกอบกิจการสถานพยาบาลในระหว่างที่สถานพยาบาลนั้นถูกสั่งปิดชั่วคราวตามมาตรา 50 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

### 3.1.1.2 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกรณีศึกษาเรื่องธุรกิจคลินิกเสริมความงาม จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติดังกล่าวดังต่อไปนี้

### 1) ความหมายของ “วิชาชีพเวชกรรม”

เดิมคำว่า “เวชกรรม” ถูกบัญญัติไว้เป็นเพียงสาขาหนึ่งในบทนิยามศัพท์ของคำว่า “โรคศิลปะ” ตามพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2479 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้แบ่งการประกอบโรคศิลปะออกเป็นการประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบันและการประกอบโรคศิลปะแผนโบราณ กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเป็นระยะ ๆ จนกระทั่งต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 โดยแยกการประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบันทุกสาขาออกมาจากพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2479 และให้การประกอบวิชาชีพสาขาเวชกรรมแผนปัจจุบันขึ้นหนึ่ง กล่าวคือ แพทย์ อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 นอกจากนี้พระราชบัญญัตินี้ยังคงมีบทบัญญัติจัดตั้งองค์กรวิชาชีพอิสระที่มีอำนาจควบคุมการประกอบวิชาชีพโดยกลุ่มวิชาชีพเองอีกด้วย ซึ่งต่อมาได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 และตราพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ขึ้น โดยยังคงหลักการสำคัญตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 แต่แก้ไขในรายละเอียดให้ชัดเจนสมบูรณ์มากขึ้น ทั้งนี้เพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมและคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนให้รัดกุมยิ่งขึ้น

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ว่าหมายถึง วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

จากนิยามดังกล่าว พอสรุปได้ว่า การกระทำที่จะเป็นวิชาชีพเวชกรรมได้นั้น ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) เป็นการกระทำต่อมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อผู้อื่นหรือต่อตนเอง และไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยทางตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม ดังนั้นพยาธิแพทย์ที่ตรวจทางห้องปฏิบัติการ หรือพยาธิแพทย์ที่ตรวจชิ้นเนื้อที่ตัดออกจากร่างกายผู้ป่วย แม้ไม่ได้กระทำโดยตรงต่อร่างกายผู้ป่วย ก็ย่อมถือว่าเป็นการกระทำต่อมนุษย์ด้วย การที่กฎหมายเน้นว่าเป็นการกระทำต่อมนุษย์ ก็ประสงค์

จะแสดงให้เห็นว่าเป็นขบวนการปฏิบัติในวิชาชีพของแพทย์ที่กระทำเกี่ยวกับคนมิใช่สัตว์แพทย์ที่ปฏิบัติอย่างเดียวกัน แต่เป็นการกระทำต่อสัตว์<sup>19</sup>

(2) เป็นการกระทำเกี่ยวกับเรื่องหนึ่งดังต่อไปนี้

- ก. การตรวจโรค
- ข. การวินิจฉัยโรค
- ค. การบำบัดโรค
- ง. การป้องกันโรค
- จ. การผดุงครรภ์
- ฉ. การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส
- ช. การแทงเข็ม หรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก
- ซ. การคุมกำเนิด
- ฌ. การเสริมสวย
- ฎ. การบำรุงร่างกาย

โดยการกระทำตามข้อ 2.8 2.9 2.10 จะต้องเป็นการกระทำทางศีลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย

สำหรับ “การเสริมสวย” นั้น เมื่อวิเคราะห์จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเสริมสวยก็เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเช่นกัน หากได้กระทำโดยการกระทำทางศีลยกรรม (การรักษาโดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก) การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ตัวอย่างการเสริมสวยที่เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ได้แก่ การผ่าตัดหนังตาชั้นเดียวเป็นหนังตาสองชั้น ผ่าตัดแต่งรอยข่นบนใบหน้า ฉีดฮอร์โมนเพื่อประสงค์จะให้ร่างกายคงความหนุ่มสาวไว้ ใช้รังสีรักษาสิวฝ้า กระจกฉีดยาบางอย่างเข้าไปทำให้แก้มนูน หน้าผากโหนก เป็นต้น<sup>20</sup>

2) การควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มีบทบัญญัติที่สำคัญ ๆ เกี่ยวกับการควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมดังต่อไปนี้ คือ

<sup>19</sup> จาก คำอธิบายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เรียงมาตรา (น. 18), โดย วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

<sup>20</sup> แหล่งเดิม. (น. 23-24).

(1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องเป็นบุคคลที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา<sup>21</sup> ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ ว่าพร้อมที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยมีได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้<sup>22</sup>

ก. การประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำต่อตนเอง

ข. การช่วยเหลือเยียวยาผู้ป่วยตามศีลธรรมโดยไม่รับสินจ้างรางวัลแต่การช่วยเหลือเยียวยาดังกล่าวต้องมีใช่เป็นการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสารใด ๆ เข้าไปในร่างกายของผู้ป่วย การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือระงับความรู้สึก หรือการให้ยารักษา ยาควบคุมพิเศษ วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทหรือยาเสพติดให้โทษ ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น แล้วแต่กรณีแก่ผู้ป่วย

ค. นักเรียน นักศึกษา หรือผู้รับการฝึกอบรม ในความควบคุมของสถาบันการศึกษาของรัฐบาล สถาบันการศึกษาที่รัฐบาลอนุมัติให้จัดตั้ง สถาบันทางการแพทย์ของรัฐบาล สถาบันการศึกษาหรือสถาบันทางการแพทย์อื่นที่คณะกรรมการรับรอง ที่กระทำการฝึกหัดหรือฝึกอบรมวิชาชีพเวชกรรม หรือการประกอบโรคศิลปะภายใต้ความควบคุมของเจ้าหน้าที่ผู้ฝึกหัดหรือผู้ให้การฝึกอบรม ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือผู้ประกอบโรคศิลปะ

ง. บุคคลซึ่งกระทรวง ทบวง กรม กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือสภากาชาดไทยมอบหมายให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือประกอบโรคศิลปะในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือผู้ประกอบโรคศิลปะในสาขานั้น ๆ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

จ. ผู้ประกอบโรคศิลปะซึ่งประกอบโรคศิลปะตามข้อจำกัด และเงื่อนไขตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ

ฉ. การประกอบวิชาชีพเวชกรรมของที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญของทางราชการซึ่งมีใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยอนุมัติของคณะกรรมการ

ช. การประกอบโรคศิลปะของที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญของทางราชการ ซึ่งมีใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะของต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยอนุมัติของคณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ

<sup>21</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 4.

<sup>22</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 26.

หากผู้ใดฝ่าฝืน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องเป็นสมาชิกแพทยสภาและมีคุณสมบัติอื่นตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดขาดจากสมาชิกภาพ ให้ใบอนุญาตของผู้นั้นสิ้นสุดลง<sup>23</sup>

(3) สมาชิกแพทยสภาต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้<sup>24</sup>

ก. มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์  
ข. ความรู้ในวิชาชีพเวชกรรมโดยได้รับปริญญาหรือประกาศนียบัตรแพทยศาสตร์ที่แพทยสภารับรอง

ค. ไม่เป็นผู้ประพฤดิเสียหายนซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

ง. ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

จ. ไม่เป็นผู้มีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือไม่เป็นโรคที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา

(4) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา<sup>25</sup>

(5) ห้ามมิให้ผู้ใดใช้คำว่า แพทย์ นายแพทย์ แพทย์หญิง หรือนายแพทย์หญิง หรือใช้อักษรย่อของคำดังกล่าว หรือใช้คำแสดงวุฒิการศึกษาทางแพทยศาสตร์ หรือใช้อักษรย่อของวุฒิดังกล่าวประกอบกับชื่อหรือนามสกุลของตน หรือใช้คำหรือข้อความอื่นใดที่แสดงให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทั้งนี้ รวมถึงการใช้ จ้าง วาน หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำดังกล่าวให้แก่ตน เว้นแต่ผู้ได้รับปริญญาหรือประกาศนียบัตรในวิชาแพทยศาสตร์<sup>26</sup> ผู้ใดฝ่าฝืน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(6) ห้ามมิให้ผู้ใดใช้คำหรือข้อความที่แสดงให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมสาขาต่าง ๆ ทั้งนี้ รวมถึงการใช้ จ้าง วาน หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำดังกล่าวให้แก่ตน เว้นแต่ผู้ได้รับวุฒิปริญญาบัตรหรือหนังสืออนุมัติเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญ

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 30.

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 11.

<sup>25</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 31.

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 27.

ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมสาขานั้น ๆ จากแพทยสภาหรือที่แพทยสภารับรองหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้มีความสมบัตินั้นตามที่กำหนดในข้อบังคับแพทยสภา<sup>27</sup> ผู้ใดฝ่าฝืน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(7) บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเพราะการประพฤติดิจจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใด มีสิทธิกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้น โดยทำเรื่องยื่นต่อแพทยสภา บุคคลอื่นมีสิทธิกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าประพฤติดิจจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม โดยทำเรื่องยื่นต่อแพทยสภา<sup>28</sup>

(8) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้ถือว่ามิได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ นับแต่วันที่คณะกรรมการสั่งพักใช้ใบอนุญาตนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งอยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตผู้ใดถูกศาลพิพากษาลงโทษตามมาตรา 43 และคดีถึงที่สุดแล้ว ให้คณะกรรมการสั่งเพิกถอนใบอนุญาต<sup>29</sup>

(9) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตอาจขอรับใบอนุญาตอีกได้เมื่อพ้นสองปีนับแต่วันถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาต แต่เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาคำขอรับใบอนุญาตและปฏิเสธการออกใบอนุญาต ผู้นั้นจะยื่นคำขอรับใบอนุญาตได้อีกต่อเมื่อสิ้นระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการปฏิเสธการออกใบอนุญาต ถ้าคณะกรรมการปฏิเสธการออกใบอนุญาตเป็นครั้งที่สองแล้ว ผู้นั้นเป็นอันหมดสิทธิขอรับใบอนุญาตอีกต่อไป

### 3) องค์การควบคุมวิชาชีพ

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดให้มี “แพทยสภา” เป็นองค์การควบคุมวิชาชีพ ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ควบคุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์ให้ได้มาตรฐานและปลอดภัยแก่ประชาชน แท้จริงแล้วแพทยสภาถือกำเนิดมาจากสภาการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติการแพทย์ พ.ศ. 2466 โดยสภาการแพทย์มีฐานะเป็นกรม สังกัดกระทรวงมหาดไทย ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ จึงได้ยกเลิกสภาการแพทย์ และจัดให้มีคณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะขึ้นแทน โดยถือว่าเป็นคณะกรรมการของฝ่ายปกครอง สังกัดกระทรวงสาธารณสุข แต่ยังไม่มีความเป็นนิติบุคคล จนกระทั่งเริ่มมีการใช้พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 ได้จัดตั้งแพทยสภาโดย

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 28.

<sup>28</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 32.

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 41.



ให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล<sup>30</sup> จนมาถึงในปัจจุบันพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ก็กำหนดให้ แพทยสภาเป็นนิติบุคคลเช่นกัน

แพทยสภาจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการประกอบวิชาชีพในทาง การแพทย์ ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของสมาชิกช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่องที่เกี่ยวกับการแพทย์และการสาธารณสุข ให้คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลเกี่ยวกับปัญหาการแพทย์และการสาธารณสุขของประเทศ ตลอดจนเป็นตัวแทนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย<sup>31</sup>

แพทยสภามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้<sup>32</sup>

- (1) รับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
- (2) พักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
- (3) รับรองปริญญา ประกาศนียบัตร ในวิชาแพทยศาสตร์ หรือวุฒิบัตรในวิชาชีพเวชกรรมของสถาบันต่าง ๆ
- (4) รับรองหลักสูตรต่าง ๆ สำหรับการฝึกอบรมในวิชาชีพเวชกรรมของสถาบันทางการแพทย์
- (5) รับรองวิทยฐานะของสถาบันทางการแพทย์ที่ทำการฝึกอบรมใน (4)
- (6) ออกหนังสืออนุมัติหรือวุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมสาขาต่าง ๆ และออกหนังสือแสดงวุฒิอื่น ๆ ในวิชาชีพเวชกรรม

### 3.1.1.3 พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551

ในปัจจุบันธุรกิจเสริมความงามมีการนำเทคโนโลยีและวิวัฒนาการใหม่ ๆ มาใช้ในการให้บริการเป็นจำนวนมาก ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ เครื่องมือแพทย์ จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงนิยาม ความหมายของเครื่องมือแพทย์ รวมถึงตลอดถึงการจำแนกประเภทของเครื่องมือแพทย์ เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับการให้บริการของธุรกิจดังกล่าวได้ดียิ่งขึ้น

<sup>30</sup> จาก กฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม (น. 10), โดย อุดมศักดิ์ หุ่นวิจิตร, 2535, ขอนแก่น: มหาวิทยาลัยขอนแก่น.

<sup>31</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 7.

<sup>32</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 8.

## 1) ความหมายของ “เครื่องมือแพทย์”

“เครื่องมือแพทย์” ตามความหมายของพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 หมายความว่า<sup>33</sup>

(1) เครื่องมือ เครื่องใช้ เครื่องกล วัตถุที่ใช้ใส่เข้าไปในร่างกายมนุษย์หรือสัตว์ นำยาที่ใช้ตรวจในห้องปฏิบัติการ ผลิตภัณฑ์ ซอฟต์แวร์ หรือวัตถุอื่นใด ที่ผู้ผลิตมุ่งหมายเฉพาะสำหรับใช้ อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะใช้โดยลำพัง ใช้ร่วมกันหรือใช้ประกอบกับสิ่งอื่นใด

(ก) ประกอบโรคศิลปะ ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ประกอบวิชาชีพการพยาบาล และการผดุงครรภ์ ประกอบวิชาชีพทันตกรรม ประกอบวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ ประกอบวิชาชีพ กายภาพบำบัด และประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือประกอบวิชาชีพ ทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(ข) วินิจฉัย ป้องกัน ติดตาม บำบัด บรรเทา หรือรักษา โรคของมนุษย์หรือสัตว์

(ค) วินิจฉัย ติดตาม บำบัด บรรเทา หรือรักษา การบาดเจ็บของมนุษย์หรือสัตว์

(ง) ตรวจสอบ ทดแทน แก้ไข คัดแปลง พยุง ค้ำ หรือจุนด้านกายวิภาคหรือ กระบวนการทางสรีระของร่างกายมนุษย์หรือสัตว์

(จ) ปรึกษาประคองหรือช่วยชีวิตมนุษย์หรือสัตว์

(ฉ) คুমกำเนิด หรือช่วยการเจริญพันธุ์ของมนุษย์หรือสัตว์

(ช) ช่วยเหลือหรือช่วยชดเชยความทุพพลภาพหรือพิการของมนุษย์หรือสัตว์

(ซ) ให้ข้อมูลจากการตรวจสิ่งส่งตรวจจากร่างกายมนุษย์หรือสัตว์ เพื่อ วัตถุประสงค์ทางการแพทย์หรือการวินิจฉัย

(ณ) ทำลายหรือฆ่าเชื้อสำหรับเครื่องมือแพทย์

(2) อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบของเครื่องมือ เครื่องใช้ เครื่องกล ผลิตภัณฑ์ หรือวัตถุ ตาม (1)

(3) เครื่องมือ เครื่องใช้ เครื่องกล ผลิตภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดว่า เป็นเครื่องมือแพทย์ผลสัมฤทธิ์ตามความมุ่งหมายของสิ่งที่กล่าวถึงตาม (1) ซึ่งเกิดขึ้นในร่างกาย มนุษย์หรือสัตว์ต้องไม่เกิดจากกระบวนการทางเกษตรวิทยา วิทยาภูมิคุ้มกันหรือปฏิกิริยาเผาผลาญ ให้เกิดพลังงานเป็นหลัก

<sup>33</sup> พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 4.

## 2) การจำแนกประเภทของเครื่องมือแพทย์

ในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ที่มีการจัดกลุ่มการกำกับดูแลเครื่องมือแพทย์ โดยแบ่งเครื่องมือแพทย์ออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

เครื่องมือแพทย์ที่ต้องได้รับใบอนุญาต เครื่องมือแพทย์กลุ่มนี้ ผู้ประกอบการผลิตนำเข้า หรือขายจะต้องยื่นคำขออนุญาตผลิต นำเข้า หรือขาย ต่อสำนักคณะกรรมการอาหารและยา โดยเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนด เครื่องมือแพทย์ในกลุ่มนี้ ได้แก่ ถุงยางอนามัย ถุงมือสำหรับตรวจโรค ถุงมือสำหรับการศัลยกรรม กระบอกฉีดยาผ่านผิวหนังปราศจากเชื้อชนิดใช้ครั้งเดียว กระบอกฉีดยาอินซูลินปราศจากเชื้อชนิดใช้ครั้งเดียว ชุดตรวจการติดเชื้อเอชไอวีเพื่อวินิจฉัยโรค

เครื่องมือแพทย์ที่ต้องแจ้งรายการละเอียด เครื่องมือแพทย์กลุ่มนี้ ผู้ประกอบการผลิตนำเข้า หรือขายจะต้องแจ้งรายการละเอียดต่อเลขานุการคณะกรรมการอาหารและยา ได้แก่ ชุดตรวจการติดเชื้อเอชไอวีเพื่อการวิจัยหรือการค้นคว้า เครื่องใช้หรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้เพื่อกายภาพบำบัด เต้านมเทียมซิลิโคนใช้ฝังในร่างกาย เครื่องตรวจวัดระดับหรือปริมาณแอลกอฮอล์ในร่างกาย

เครื่องมือแพทย์ทั่วไป ได้แก่ เครื่องมือแพทย์ที่ไม่เข้าข่ายเครื่องมือแพทย์ที่ต้องได้รับใบอนุญาตหรือต้องแจ้งรายการละเอียด

### 3.1.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 45 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน...”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีความหมายว่า การโฆษณาเป็นหนึ่งในเสรีภาพที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ แต่ก็ถูกจำกัดได้โดยวิธีการทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุผลดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 45 วรรค 2 กฎหมายที่บัญญัติจำกัดเสรีภาพหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การควบคุมการโฆษณาในเชิงธุรกิจ มักมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค และอาจหมายรวมถึง การควบคุมการ

โฆษณาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมและศีลธรรมอันดีของชาติด้วย<sup>34</sup> นอกจากนี้แนวคิดในทางตะวันตกโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการควบคุมข้อความโฆษณา มิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคแต่ประการเดียว หากแต่มุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันอีกด้วย เพราะการโฆษณาเป็นส่วนสำคัญในการดำเนินธุรกิจ หากปล่อยให้มีการใช้ข้อความโฆษณาที่มีผลเสียหายโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการด้วยกัน ก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคและทำลายระบบการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมด้วย<sup>35</sup>

ศาสตราจารย์สุชม ศุภนิษฐ์อาจารย์และผู้เขียนตำรากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค มีความเห็นว่า แม้ในกฎหมายไทยจะไม่มีบทบัญญัติชัดเจนว่าการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณานั้น เป็นไปเพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม แต่การจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 อาจแปลความรวมถึงการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นในทางการค้าด้วย และอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดในทางกฎหมายของไทยเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาโดยถือหลักว่าเสรีภาพในการโฆษณาถูกจำกัดลงได้ ไม่ต่างจากแนวคิดของตะวันตก<sup>36</sup>

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามมีอยู่หลายฉบับที่กล่าวถึงมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา จึงควรทำการศึกษากฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

3.1.2.1 มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้าน โฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

แม้ธุรกิจคลินิกเสริมความงามจะอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเฉพาะอยู่แล้วอันจะได้อีกต่อไป แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคก็เข้ามาเกี่ยวข้องกับธุรกิจดังกล่าวเช่นกันในฐานะที่เป็นกฎหมายทั่วไปในการคุ้มครองผู้บริโภค กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น แต่หากเรื่องใดไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ให้นำพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว

<sup>34</sup> คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา (น. 9-10). เล่มเดิม.

<sup>35</sup> From *A Primer on the Law of Deceptive Practice* (2<sup>nd</sup> ed) (pp. 95-105), by Kintner, 1978, อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 10).

<sup>36</sup> แหล่งเดิม.

1) บุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

วัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ใช้สินค้าและบริการ โดยในมาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ผู้บริโภค” เอาไว้ว่าหมายความว่า “ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม” จากนิยามดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ซื้อ” “ขาย” “สินค้า” “บริการ” และ “ผู้ประกอบธุรกิจ” ร่วมด้วย ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำนิยามของคำเหล่านี้เอาไว้ดังนี้

“ซื้อ” หมายความว่ารวมถึง เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น”

“ขาย” หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย “สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมิใช่เพื่อขาย

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

“ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ตั้งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย

เมื่อพิจารณาจากนิยามดังกล่าวข้างต้นรวมกันแล้ว สรุปได้ว่าผู้บริโภค หมายความว่า บุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้ซื้อ รวมถึงผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ

(2) ผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการนั้นก็ตาม

(3) ผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทน

## 2) สิทธิของผู้บริโภค

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 ได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้ 5 ประการ คือ

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการโฆษณาหรือแสดงฉลากตามความเป็นจริง รวมถึงสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าและบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอเพื่อประโยชน์ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการได้โดยไม่หลงผิด

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่ผู้บริโภคจะสามารถเลือกซื้อหาสินค้าหรือบริการได้ตามความสมัครใจ ปราศจากการบังคับผูกขาด และการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรม

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ หมายถึง สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่มีความปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพที่ได้มาตรฐาน เหมาะสมกับการใช้งาน ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายของผู้บริโภคหากผู้บริโภคได้ใช้อย่างระมัดระวังตามคำแนะนำและตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว

(4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา โดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ

(5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ในกรณีที่สินค้าหรือบริการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค

## 3) การคุ้มครองผู้บริโภคดี้นโฆษณา

ในเบื้องต้นต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าคำว่า “โฆษณา” ในความหมายของกฎหมายนั้นหมายความว่าอย่างไร ซึ่งตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ให้ความหมายของคำว่า “โฆษณา” ไว้ว่าหมายความว่า การกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า เมื่อพิจารณานิยามศัพท์คำดังกล่าวแล้วสามารถสรุปได้ว่า ข้อความที่จะมีลักษณะเป็นโฆษณานั้นต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการคือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำโดยวิธีใด ๆ เพื่อให้ประชาชนได้เห็นหรือทราบข้อความ และประการที่สอง การกระทำดังกล่าวต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ขายสินค้าหรือบริการได้มากขึ้น หากขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งแล้ว ข้อความนั้นก็ไม่ใช่เป็นโฆษณาตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้

สำหรับคำว่า “กระทำโดยวิธีใด ๆ” กฎหมายมิได้กำหนดวิธีการเอาไว้ ฉะนั้นการโฆษณาจึงอาจกระทำในรูปแบบใด ๆ ก็ได้ อันรวมถึงการใช้สื่อโฆษณาด้วย กล่าวคือ สิ่งที่ใช้เป็นสื่อ

โฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลข โทรทัศน์ หรือป้าย<sup>37</sup> เป็นต้น ซึ่งไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใด ๆ ก็ตาม ก็มีเงื่อนไขคือ ต้องให้ประชาชนได้เห็น หรือทราบข้อความ ซึ่งคำว่า “ข้อความ” ในความหมายของกฎหมายนั้นหมายความว่ารวมถึงการกระทำที่ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้<sup>38</sup>

การควบคุมการโฆษณาตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้นมุ่งคุ้มครองการโฆษณาสินค้าและบริการเป็นการทั่วไป แต่หากมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณาในเรื่องใด ๆ ไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็ให้บังคับไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ จะนำพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดหรือซ้ำกับกฎหมายอื่น ๆ ที่บัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเอาไว้แล้ว ตัวอย่างเช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นกฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติให้ฟ้องคดีแทนผู้บริโภค จึงต้องนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาใช้บังคับแทน เป็นต้น

หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

(1) การควบคุมคำโฆษณาหรือข้อความที่ใช้ในการโฆษณา

การโฆษณาสินค้าจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อความดังกล่าวจะเป็นข้อความเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ<sup>39</sup>

ข้อความดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

ก. ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

ข. ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง หรือไม่ก็ตาม

ค. ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรมหรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ

<sup>37</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 3.

<sup>38</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 3.

<sup>39</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 22.

ง. ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

จ. ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

แต่ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณา

(2) การควบคุมวิธีการโฆษณา

ก. วิธีโฆษณาที่อาจก่อให้เกิดอันตรายหรืออาจก่อให้เกิดความรำคาญ

การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>40</sup>

ข. โฆษณาที่อาจเป็นอันตราย

ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค และคณะกรรมการว่าด้วยฉลากได้กำหนดให้สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งดังต่อไปนี้<sup>41</sup>

1. กำหนดให้การ โฆษณานั้นต้องกระทำไปพร้อมกับคำแนะนำหรือคำเตือนเกี่ยวกับวิธีใช้หรืออันตราย ตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด ทั้งนี้ โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขให้แตกต่างกันสำหรับการโฆษณาที่ใช้สื่อโฆษณาต่างกันได้

2. จำกัดการใช้สื่อโฆษณาสำหรับสินค้านั้น

3. ห้ามการโฆษณาสินค้านั้น

การจำกัดการใช้สื่อโฆษณา และห้ามการโฆษณาสินค้านั้นให้นำมาใช้บังคับแก่การโฆษณาที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการใช้หรือประโยชน์ของสินค้านั้นขัดต่อนโยบายทางสังคม ศีลธรรม หรือวัฒนธรรมของชาติด้วย

ค. ข้อความที่ควรระบุในโฆษณา

1. ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าหรือบริการใด ผู้บริโภคจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพ ฐานะ และรายละเอียดอย่างอื่นเกี่ยวกับผู้ประกอบการด้วย คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้นต้องให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนดได้<sup>42</sup>

<sup>40</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 23.

<sup>41</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 24.

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 25.



2. ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าข้อความในการโฆษณา โดยทางสื่อโฆษณาใด สมควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมาย เพื่อการโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาโดยทางสื่อ โฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้<sup>43</sup>

#### ง. อำนาจของคณะกรรมการโฆษณา

1. ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าโฆษณาใดฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งให้แก้ไข ข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา ห้ามการ โฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา หรือให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภค ที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด โดยการโฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำ ของผู้กระทำการโฆษณา<sup>44</sup>

2. ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีเหตุอันควรสงสัยว่าข้อความใด ที่ใช้ในการโฆษณาเป็นเท็จหรือเกินความจริงตามมาตรา 22 วรรคสอง (1) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการ โฆษณามีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำการโฆษณาพิสูจน์เพื่อแสดงความจริงได้ ในกรณีที่ ผู้กระทำการโฆษณาอ้างรายงานทางวิชาการ ผลการวิจัย สถิติ การรับรองของสถาบันหรือบุคคลอื่น ใด หรือยืนยันข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งในการโฆษณา ถ้าผู้กระทำการโฆษณาไม่สามารถพิสูจน์ได้ ว่าข้อความที่ใช้ในการโฆษณาเป็นความจริงตามที่กล่าวอ้าง ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 27 ได้ และให้ถือว่าผู้กระทำการโฆษณารู้หรือควรได้รู้ว่าข้อความนั้น เป็นความเท็จ<sup>45</sup>

#### จ. การพิจารณาข้อความโฆษณาก่อนทำเป็นโฆษณาสู่สาธารณชน

หากผู้ประกอบการธุรกิจผู้ใดสงสัยว่าการโฆษณาของตนจะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไป ตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบการธุรกิจผู้นั้นอาจขอให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาพิจารณาให้ ความเห็นในเรื่องนั้นก่อนทำการโฆษณาได้ ในกรณีนี้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะต้องให้ ความเห็นและแจ้งให้ผู้ขอทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 26.

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 27.

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 28.

ได้รับคำขอ ถ้าไม่แจ้งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาให้ความเห็นชอบแล้ว แต่การให้ความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการตัดอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่จะพิจารณาวินิจฉัยใหม่เป็นอย่างอื่นเมื่อมีเหตุอันสมควร และการใดที่ได้กระทำไปตามความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่ให้ไว้ มิให้ถือว่ากระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา<sup>46</sup>

### (3) บทกำหนดโทษ

ก. ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นอย่างของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จ หรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>47</sup>

ข. ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความ ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติหรือข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน หรือข้อความตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22(5) หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 หรือมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>48</sup>

ค. ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>49</sup>

ง. ถ้าการกระทำตามมาตรา 47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 เป็นการกระทำของเจ้าของสื่อโฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น<sup>50</sup>

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 29.

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 47.

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 48.

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 49.

<sup>50</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 50.

จ. ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 47 มาตรา 48 มาตรา 49 หรือมาตรา 50 เป็นความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือไม่เกินสองเท่าของค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการโฆษณา นั้น ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม<sup>51</sup>

3.1.2.2 มาตรการคุ้มครองผู้บริโภค โภคภัณฑ์ โฆษณาตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

วัตถุประสงค์ของการบัญญัติพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มีขึ้นก็เพื่อให้ความคุ้มครองประชาชนผู้รับบริการจากสถานพยาบาลมากยิ่งขึ้นในเรื่องเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการ การเลิก การย้าย การปิดสถานพยาบาล การเพิกถอนใบอนุญาต การโฆษณา กิจการของสถานพยาบาล ตลอดจนกำหนดอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการควบคุมดูแลสถานพยาบาล และกำหนดหน้าที่ของผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการสถานพยาบาลให้เหมาะสมยิ่งขึ้น รวมทั้งให้มีการกำหนดจำนวนสถานพยาบาลที่จะให้จัดตั้งได้หรือมีบริการทางการแพทย์บางชนิดในท้องที่หนึ่งได้ เพื่อให้มีการประกอบกิจการในลักษณะที่ให้บริการทางสาธารณสุขที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนอย่างแท้จริง<sup>52</sup>

หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภค โภคภัณฑ์ โฆษณาตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 และบทกำหนดโทษกรณีที่มีการฝ่าฝืน สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภค โภคภัณฑ์ โฆษณา

ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการ โฆษณาหรือประกาศหรือยินยอมให้ผู้อื่น โฆษณาหรือประกาศด้วยประการใด ๆ ซึ่ง

1. ชื่อของสถานพยาบาล
2. ที่ตั้งของสถานพยาบาล
3. กิจการของสถานพยาบาล
4. คุณวุฒิ หรือความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล

เพื่อชักชวนให้มีผู้มาขอรับบริการจากสถานพยาบาลของตน โดยใช้ข้อความอันเป็นเท็จ หรือ โอ้อวดเกินความจริง หรือน่าจะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับการประกอบกิจการของสถานพยาบาล โดยผู้อนุญาตจะประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการโฆษณาก็ได้<sup>53</sup>

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 51.

<sup>52</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541.

<sup>53</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 38.

ในกรณีที่มีการโฆษณาหรือประกาศฝ่าฝืนข้อ 1) ข้างต้น ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้โฆษณาหรือประกาศระงับการกระทำดังกล่าวได้<sup>54</sup>

นอกจากนี้ โดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาเอาไว้ในประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2546) เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล ข้อที่ 1-6 ด้วย ซึ่งในประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดนิยามของคำว่า “การโฆษณาสถานพยาบาล” เอาไว้ว่าหมายถึง “การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับสถานพยาบาลทางวิทยุ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เคเบิลทีวี วิทยุกระจายเสียง เครื่องขยายเสียง การฉายภาพหรือภาพยนตร์ สิ่งพิมพ์ทุกชนิด เช่น แผ่นพับ ใบปลิว หนังสือ นิตยสาร วารสาร และสื่ออื่น ๆ รวมถึงแผ่นป้ายโฆษณา วัสดุอื่น ๆ ที่มีข้อความโฆษณาให้ประชาชนเห็นได้ และให้หมายรวมถึงการกระทำไม่ว่าโดยวิธีการใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบ ข้อความ ภาพ เครื่องหมาย หรือรวมถึงการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้บุคคลโดยทั่วไปเข้าใจความหมายเพื่อประโยชน์ของสถานพยาบาล” ทั้งประกาศฯ ฉบับนี้ยังกำหนดหลักเกณฑ์วิธีปฏิบัติในการโฆษณาและสถานพยาบาล รวมถึงกรณีที่ต้องห้ามมิให้กระทำด้วย อีกทั้งยังมีมาตรการในการตรวจสอบโฆษณาก่อนนำโฆษณานั้นออกเผยแพร่ด้วย (ประกาศฯ ข้อ 5)

ข้อความที่ต้องห้ามโฆษณาตามประกาศฯ ได้แก่<sup>55</sup>

1. การใช้ข้อความอันเป็นเท็จ หรือข้อความที่ไม่มีมูลความจริงทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน หรือมีลักษณะเป็นการหลอกลวงหรือปกปิดความจริงหรือทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นจริง
2. การใช้ข้อความที่ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าในสถานพยาบาลมีผู้ประกอบวิชาชีพ (บุคลากร) เครื่องมือ เครื่องใช้ และอุปกรณ์ทางการแพทย์แต่ข้อเท็จจริงกลับไม่มีให้บริการในสถานพยาบาล
3. การใช้สถาบัน หน่วยงาน องค์กร หรือบุคคล ที่มีได้ผ่านการรับรองจากหน่วยงานของรัฐเพื่อรับรองมาตรฐานสถานพยาบาลของตน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต
4. การโฆษณาแจ้งบริการโรคที่ไม่มีอยู่ในสาขาที่ผู้ประกอบวิชาชีพมีหนังสืออนุมัติหรือวุฒิบัตร
5. การอ้างอิงรายงานวิชาการ ผลงานวิจัย สถิติ หรือยืนยันหรือรับรองข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งในการโฆษณา เพื่อแสดงหรือเปรียบเทียบความสามารถในการให้บริการหรือการ

<sup>54</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 39.

<sup>55</sup> ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2546) เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล ข้อ 4.

รักษาพยาบาลโดยข้อมูลที่อ้างอิงนั้นมีใช้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต

6. การใช้ข้อความหรือรูปภาพ โ้อวดเกินจริงหรือข้อความที่กล่าวอ้างหรือบ่งบอกว่าของตนดีกว่า เหนือกว่า ดีที่สุด รายแรก แห่งแรก รับรองผล 100% หรือการเปรียบเทียบหรือการใช้ข้อความอื่นใดที่มีความหมายในทำนองเดียวกันมาใช้ประกอบข้อความโฆษณาด้วยความประสงค์ที่จะทำให้ผู้รับบริการหรือผู้บริโภคเข้าใจว่าการบริการของสถานพยาบาลแห่งนั้นมีคุณภาพมาตรฐานที่ดีกว่า เหนือกว่า หรือสูงกว่าสถานพยาบาลอื่นหรือเกิดความคาดหวังว่าจะได้รับบริการที่ดีกว่าหรือได้ผลสูงสุด

7. การโฆษณากิจการสถานพยาบาลหรือการโฆษณาความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญในการรักษาพยาบาลคุณภาพ หรือประสิทธิภาพประสิทธิผลของผู้ประกอบวิชาชีพหรือสรรพคุณของเครื่องมือเครื่องใช้ของสถานพยาบาล หรือกรรมวิธีการรักษา หรือโรคที่ให้การรักษาหรือเปรียบเทียบผลก่อนและหลังการรักษาไปในทำนองให้เข้าใจผิด โดยไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการที่เป็นมาตรฐานวิชาชีพหรือทำให้ประชาชนเกิดความคาดหวังในสรรพคุณเกินความจริง

8. การใช้ชื่อสถานพยาบาล หรือข้อความที่ทำให้ผู้รับบริการหรือประชาชน อ่าน ฟัง ดู แล้วเข้าใจผิดหรือหลงเชื่อว่าสถานพยาบาลนั้น มีการประกอบกิจการดังที่โฆษณาซึ่งไม่ตรงกับที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ

9. การโฆษณาด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย หรือจิตใจหรือก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้ใช้บริการหรือประชาชนทั่วไป

10. การใช้ภาพหรือเสียงที่ไม่เหมาะสมสร้างความหวาดกลัว หรือมีลักษณะเป็นการส่อไปในทางลามกอนาจาร หรือมีลักษณะเป็นการกระตุ่น หรือยั่วทางกามารมณ์

11. การใช้ภาพหรือเสียงโดยไม่สุภาพหรือโดยการร้องรำทำเพลงหรือแสดงอาการทุกซ์ทรมาณของผู้ป่วย

12. การโฆษณาที่มีลักษณะที่เป็นการให้ร้าย เสียชื่อเสียง หรือทับถมสถานพยาบาลหรือผู้ประกอบวิชาชีพอื่น

13. การโฆษณาที่มีลักษณะอันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

14. การโฆษณาที่รวมอยู่กับข้อความถวายพระพร หรือข้อความอย่างอื่นที่อ้างอิงเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เว้นแต่ชื่อของสถานพยาบาล หรือผู้ประพันธ์บทความดังกล่าว

15. การโฆษณาการให้บริการ “ฟรี” โดยไม่เรียกเก็บค่าใช้จ่ายใด ๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากผู้อนุญาต ทั้งนี้ จะต้องกำหนดวัน เวลา และสถานที่ให้บริการและจะต้องแสดงรายละเอียดว่าจะให้บริการฟรีในเรื่องใดให้ชัดเจน

16. การโฆษณาที่จัดให้มีการแถมพก แลกเปลี่ยน ให้สิทธิประโยชน์ รางวัล หรือการเลี้ยงชีพ จากการเลือกรับบริการทางการแพทย์อย่างใดอย่างหนึ่งจากสถานพยาบาลนั้น เว้นแต่การให้สิทธิประโยชน์เหล่านั้น ผู้รับบริการเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรงและมาตรฐานการรับบริการทางการแพทย์จะต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทั่วไปของสถานพยาบาล การให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ดังกล่าวจะต้องระบุเงื่อนไขและรายละเอียดของสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ให้ชัดเจนและจะต้องกำหนดวันเริ่มต้นและสิ้นสุดของระยะเวลาที่ให้สิทธิประโยชน์นั้น ๆ

17. การให้ส่วนลดค่าบริการหรือค่ารักษาพยาบาล เว้นแต่เป็นการให้ส่วนลดเพื่อการอนุเคราะห์บุคคลด้อยโอกาสหรือตามแผนงานของกระทรวงสาธารณสุขหรือที่กระทรวงสาธารณสุขรับรอง หรือเป็นการให้ส่วนลดต่อสมาชิกกลุ่มบุคคลหรือสถาบันหรือองค์กรโดยเป็นการประกาศหรือแจ้งให้ทราบเฉพาะกลุ่มนั้น ๆ เท่านั้น โดยการให้ส่วนลดดังกล่าวจะต้องกำหนดประเภทของบริการให้ชัดเจน และกำหนดวันเริ่มต้นและสิ้นสุดของระยะเวลาที่ให้ส่วนลดให้ชัดเจน ทั้งนี้ การให้ส่วนลดต้องไม่เกิน 1 ปี สำหรับให้ส่วนลดที่มีได้เกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์ หรือค่ารักษาพยาบาลและมีได้เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการสถานพยาบาล หากผู้รับบริการหรือผู้บริโภคเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรงจะกระทำก็ได้

## 2) บทกำหนดโทษ

1. เมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้ (รวมถึงการฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการโฆษณาด้วย) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการแล้วแต่กรณี ระงับหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่เห็นสมควร แต่ทั้งนี้ไม่เป็นเหตุลบล้างความผิดตามพระราชบัญญัตินี้<sup>56</sup>

2. ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และให้ปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทนับแต่วันที่ฝ่าฝืน ทั้งนี้ จนกว่าจะระงับการโฆษณาดังกล่าว<sup>57</sup>

3. ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้อนุญาตตามมาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>58</sup>

<sup>56</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 49.

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 68.

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 58.

4. บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบคดีมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ ถ้าเห็นว่าผู้ต้องหาไม่ควรถูกฟ้องร้องหรือได้รับโทษจำคุก เมื่อผู้ต้องหาได้เสียค่าปรับตามที่เปรียบเทียบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเปรียบเทียบปรับให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>59</sup>

3.1.2.4 มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 เป็นข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (3) (ข) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ประกอบกับความเห็นชอบของสภานายกพิเศษตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ให้อำนาจคณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับดังกล่าวได้ โดยในข้อบังคับนี้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการโฆษณาซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวด 3 และหมวด 7 ทั้งยังได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “โฆษณา” เอาไว้ด้วยเช่นกัน

คำว่า “โฆษณา” ตามความหมายของข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ “โฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า กระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ ภาพ เครื่องหมาย หรือกระทำการใด ๆ ให้นึกคลุ้มไปเข้าใจความหมายเพื่อประโยชน์ของตน และ “โฆษณาสถานพยาบาล” หมายความว่า กระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ ภาพ เครื่องหมาย หรือกระทำการใด ๆ ให้นึกคลุ้มไปเข้าใจความหมายเพื่อประโยชน์ของสถานพยาบาล โดยคำว่าสถานพยาบาลในที่นี้หมายถึง สถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลนั่นเอง<sup>60</sup>

ข้อบังคับ ข้อกำหนด กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ข้อบังคับเกี่ยวกับการโฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม และ ข้อบังคับเกี่ยวกับการโฆษณาสถานพยาบาล

<sup>59</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 75.

<sup>60</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549, ข้อ 4.

### 1. ข้อบังคับเกี่ยวกับการโฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อบังคับเกี่ยวกับการโฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม บัญญัติอยู่ในหมวด 3 ของข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ คือ

1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่โฆษณา ใช้ง้าง หรือยินยอมให้ผู้อื่นโฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของตนหรือของผู้อื่น แต่อย่างไรก็ตามการโฆษณาดังกล่าวอาจกระทำได้ในกรณีต่อไปนี้<sup>61</sup>

(1) การแสดงผลงานในวารสารทางวิชาการทางการแพทย์และสาธารณสุขหรือในการประชุมวิชาการทางการแพทย์และสาธารณสุข

(2) การแสดงผลงานในหน้าที่ หรือในการบำเพ็ญประโยชน์สาธารณะ

(3) การแสดงผลงานหรือความก้าวหน้าทางวิชาการหรือการค้นพบวิธีการและเทคโนโลยีใหม่ ๆ ในการรักษาโรคซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์เพื่อการศึกษาของมวลชน

(4) การประกาศเกียรติคุณเป็นทางการ โดยสถาบันวิชาการ สมาคม หรือ มูลนิธิ

2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจแสดงข้อความ เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของตนที่สำนักงานได้เพียงข้อความเฉพาะเรื่องต่อไปนี้<sup>62</sup>

(1) ชื่อ นามสกุล และอาจมีคำประกอบชื่อได้เพียงคำว่านายแพทย์หรือแพทย์หญิงอภิไชยตำแหน่งทางวิชาการ ฐานันดรศักดิ์ ยศ และบรรดาศักดิ์ เท่านั้น

(2) ชื่อปริญญา วุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติ หรือหนังสือแสดงคุณวุฒิอย่างอื่น ซึ่งตนได้รับมาโดยวิธีการถูกต้องตามกฎหมายของแพทยสภาหรือสถาบันนั้น ๆ

(3) สาขาของวิชาชีพเวชกรรม

(4) เวลาทำการ

3) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการเผยแพร่หรือตอบปัญหาทางสื่อมวลชน ถ้าแสดงตนว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถแจ้งสถานที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ แต่ต้องไม่เป็นการสื่อไปในทำนองโฆษณาโอ้อวดเกินความเป็นจริง หลอกลวง หรือทำให้ผู้ป่วยหลงเชื่อมาใช้บริการและในการแจ้งสถานที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ปรากฏหมายเลขโทรศัพท์ส่วนตัวในทีเดียวกัน<sup>63</sup>

<sup>61</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549, ข้อ 8 -10.

<sup>62</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549, ข้อ 11.

<sup>63</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549, ข้อ 13.



4) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องระมัดระวังตามวิสัยที่พึงมี มิให้การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ของตนแพร่ออกไปในสื่อมวลชนเป็นทำนองโฆษณาความรู้ความสามารถ<sup>64</sup>

2. ข้อบังคับเกี่ยวกับการ โฆษณาสถานพยาบาล

1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นผู้ดำเนินการสถานพยาบาล ต้องไม่โฆษณาสถานพยาบาลหรือยินยอมให้ผู้อื่น โฆษณาสถานพยาบาลที่ตนเป็นผู้ดำเนินการในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) โฆษณาสถานพยาบาลในทำนองโอ้อวดการประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือกิจกรรมอื่นของสถานพยาบาลเกินกว่าที่เป็นจริง

(2) โฆษณาสถานพยาบาลโดยโอ้อวดกิจกรรมของสถานพยาบาลนั้น หรือสรรพคุณของเครื่องมือเครื่องใช้ของสถานพยาบาล ไปในทำนองจงใจให้ผู้อื่นเข้าใจผิด โดยไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการที่เป็นมาตรฐานของวิชาชีพเวชกรรม หรือทำให้ประชาชนเกิดความคาดหวังในสรรพคุณเกินความเป็นจริง

(3) โฆษณาสถานพยาบาลที่มีลักษณะเป็นการลามก ไม่สุภาพ สำหรับสาธารณชนทั่วไปหรือมีลักษณะเป็นการกระตุ้น หรือชักจูงอารมณ์ หรือเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี

(4) โฆษณาสถานพยาบาลทำนองว่าจะให้ส่วนลดเป็นเงินหรือให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ใดให้เป็นไปตามระเบียบที่แพทยสภากำหนด

(5) โฆษณาสถานพยาบาลว่ามีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้หนึ่งผู้ใดมาประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลนั้น โดยไม่เป็นความจริง

2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นผู้ดำเนินการสถานพยาบาล ต้องไม่ให้หรือยอมให้มีการให้ค่าตอบแทนเป็นเงิน หรือผลประโยชน์ตอบแทนใด ๆ แก่ผู้ชักนำผู้ไปขอรับบริการจากสถานพยาบาลนั้น

3) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นผู้ดำเนินการสถานพยาบาล ต้องไม่ให้หรือยินยอมให้มีการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือวิชาชีพใด ๆ ทางการแพทย์ หรือการสาธารณสุข หรือการประกอบโรคศิลปะ โดยผิดกฎหมายในสถานพยาบาลนั้น ๆ

4) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไปทำการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาล มีสิทธิที่จะประกาศหรือยินยอมให้มีการประกาศชื่อของตน ณ สถานพยาบาลนั้น

<sup>64</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549, ข้อ 14.

เฉพาะผู้ที่ปฏิบัติงานเป็นเวลาแน่นอน หรือปฏิบัติงานเป็นประจำเท่านั้น โดยต้องมีข้อความระบุ วัน เวลาที่ไปปฏิบัติงานประกอบชื่อของตนไว้ในประกาศนั้นให้ชัดเจนด้วย

5) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดที่ไปทำการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาล ถ้ามิได้เป็นผู้ปฏิบัติงานประจำหรือไปปฏิบัติงานไม่เป็นเวลาที่แน่นอน ไม่มีสิทธิที่จะให้มีการประกาศชื่อของตน ณ สถานพยาบาลนั้น เว้นแต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะมีการทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับผู้ดำเนินการสถานพยาบาลนั้น ๆ

นอกจากนี้เพื่อให้การดำเนินการในเรื่อง การปฏิบัติตนเกี่ยวกับสถานพยาบาลตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 7 เป็นไปในทำนองเดียวกัน คณะกรรมการแพทยสภาในการประชุมครั้งที่ 11/2549 วันที่ 9 พฤศจิกายน 2549 จึงมีมติให้ออกประกาศแพทยสภา เรื่อง คำที่ห้ามใช้ในการโฆษณา ดังต่อไปนี้

- 1) คำว่า“เพียง” เช่น เพียง 4,000บาท/ครั้ง
- 2) คำว่า “เท่านั้น” เช่น รักษาครั้งละ 500 บาท เท่านั้น
- 3) คำว่า “พิเศษ” เช่น พิเศษสำหรับสมาชิกบัตรเครดิต ..... ค่ารักษา .....
- 4) คำว่า “เฉพาะ” เช่น ราคานี้เฉพาะสมาชิกเท่านั้น
- 5) คำว่า “ล้ำสมัย” หรือ เช่น ด้วยเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย แห่งเดียว / แห่งแรกในประเทศไทย
- 6) คำว่า “นำสมัย” เช่น อุปกรณ์ที่นำสมัยในการให้การรักษา
- 7) คำว่า “ราคาเดิม” เช่น เสริมจมูก ตกแต่งใบหน้า 3,000 บาท จากราคาเดิม 4,000 บาท
- 8) คำว่า “ครบวงจร” เช่น โดยทางศูนย์ให้บริการแบบครบวงจร การแสดงราคาเปรียบเทียบ เช่น จากเดิม 6,000 บาท เหลือ 4,000 บาท หรือ การแสดง ราคาเปรียบเทียบกับโรงพยาบาลอื่น เช่น โรงพยาบาล น. ราคาโปรแกรมตรวจสุขภาพ ราคา 3,000 บาท แต่โรงพยาบาล ร. โปรแกรมตรวจสุขภาพ ราคา 2,000 บาท การใช้คำ ว่า “ปกติ” กับ “เหลือ” เช่นปกติ ราคา 500 บาท จองวันนี้ เหลือ 300 บาท โดยสิทธินี้ใช้ได้ จนถึงสิ้นเดือน
- 9) คำว่า “ฟรี” เช่นจองวันนี้แถมฟรี ตรวจความดัน ปีสสาวะ ฯลฯ
- 10) คำว่า “สวยจริง จึงบอกต่อ”
- 11) คำว่า “อยากสวย สวยที่ .... ”
- 12) คำว่า “งดงามที่ ..../ มีเสน่ห์ที่ .... ”
- 13) คำว่า “สวยเหมือนธรรมชาติที่ ....”
- 14) คำว่า “เหนือกว่า / สูงกว่า”
- 15) คำว่า “โรค ... รักษาหายได้” (ต้องมีข้อมูลทางวิชาการ 80% ขึ้นไป ว่าโรสดังกล่าวสามารถรักษาหายได้)

### 3.1.2.4 มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551

ปัจจุบันคลินิกเสริมความงามหลายแห่งมีการนำเครื่องมือแพทย์ เช่น เครื่องเลเซอร์ต่าง ๆ มาใช้ในการให้บริการแก่ผู้บริโภค ทั้งยังมีการโฆษณาถึงคุณสมบัติและประโยชน์ของเครื่องมือแพทย์เหล่านั้นด้วย เนื่องด้วยพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องเกี่ยวกับการโฆษณาเครื่องมือแพทย์ จึงจำเป็นต้องนำมากล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย

หลักเกณฑ์การโฆษณาเครื่องมือแพทย์ มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

#### 1) ห้ามโฆษณาเครื่องมือแพทย์ดังต่อไปนี้<sup>65</sup>

- (1) เครื่องมือแพทย์ที่ห้ามผลิต นำเข้า หรือขาย
- (2) เครื่องมือแพทย์ปลอม
- (3) เครื่องมือแพทย์ผิดมาตรฐาน
- (4) เครื่องมือแพทย์เสื่อมคุณภาพ
- (5) เครื่องมือแพทย์ที่ไม่ปลอดภัยในการใช้
- (6) เครื่องมือแพทย์ที่ผลิตหรือนำเข้าไม่ตรงตามที่ได้รับอนุญาตหรือแจ้งรายการ

ละเอียด

- (7) เครื่องมือแพทย์ที่ใบอนุญาตหรือใบรับแจ้งรายการละเอียดถูกเพิกถอนตาม

มาตรา 70

2) การโฆษณาเครื่องมือแพทย์ต้องได้รับใบอนุญาตจากผู้อนุญาตก่อน ใบอนุญาตโฆษณาให้มีอายุไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต<sup>66</sup>

#### 3) การโฆษณาเครื่องมือแพทย์ ต้อง<sup>67</sup>

(1) ไม่แสดงคุณสมบัติ ประโยชน์ คุณภาพ ปริมาณ มาตรฐาน ส่วนประกอบหรือแหล่งกำเนิดของเครื่องมือแพทย์อันเป็นเท็จหรือเกินความจริง

(2) ไม่แสดงการรับรองหรือยกย่องคุณประโยชน์ของเครื่องมือแพทย์ โดยบุคคลหนึ่งบุคคลใด

- (3) ไม่จัดให้มีรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคโดยวิธีใด ๆ

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 56 ประกอบมาตรา 6(11), 46.

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 57 วรรค 1.

<sup>67</sup> พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 59.

(4) ไม่แสดงคุณสมบัติที่จำเป็นว่าสามารถป้องกัน บำบัด บรรเทา รักษาโรคหรืออาการของโรคที่ห้ามโฆษณาตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(5) ไม่แสดงข้อความที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับเครื่องมือแพทย์

สำหรับโทษในกรณีที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยโฆษณาตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 ในกรณีที่ผู้อนุญาตเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืนมาตรา 57 หรือมาตรา 59 ให้ผู้อนุญาตมีอำนาจออกคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้<sup>68</sup>

- 1) แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา
- 2) ห้ามการใช้ข้อความหรือวิธีการบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- 3) ระงับการโฆษณานั้น

นอกจากนี้ผู้อนุญาตจะสั่งให้โฆษณาเผยแพร่ข้อมูลที่ต้องการด้วยก็ได้

3.2.1.5 มาตรการคุ้มครองผู้บริโภค โฆษณาตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ปรากฏบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโฆษณาอยู่ในมาตรา 11 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ข้อความในโฆษณาถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งผู้บริโภคสามารถนำสืบพยานบุคคล หรือพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อความในโฆษณาดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าการทำสัญญาเช่นนั้นกฎหมายจะกำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือและไม่ปรากฏข้อตกลงนั้นในหนังสือที่ได้ทำขึ้นก็ตาม

3.1.3 มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายของประเทศไทย

ที่มาของบ่อเกิดแห่งนี้เป็นกฎหมาย ได้แก่ นิติกรรมและนิติเหตุ สัญญาก็ถือเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นข้อตกลงด้วยความสมัครใจและโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างบุคคลในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาต่างก็มีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาและมีสิทธิที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ตามข้อตกลงได้ ส่วนละเมิดนั้นก็ก็เป็นบ่อเกิดแห่งนี้อีกประเภทหนึ่ง แต่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย มิได้เกิดจากข้อตกลงระหว่างคู่กรณีอย่างเช่นในเรื่องสัญญา จึงเรียกว่านิติเหตุ

ธุรกิจคลินิกเสริมความงามเป็นธุรกิจบริการประเภทหนึ่งที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เข้ารับบริการได้เช่นเดียวกับธุรกิจอื่น ๆ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญา

<sup>68</sup> พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 60.

หรือความเสียหายในทางละเมิดก็ตาม ผลในทางกฎหมายก็เป็นเช่นเดียวกัน คือ มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญา หรือค่าเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำละเมิดที่เรียกร้องได้นั้นก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียดบางประการ กล่าวคือ ความรับผิดชอบในทางสัญญานั้น ลูกหนี้รับผิดชอบเพียงเท่าที่เกิดความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ส่วนความรับผิดชอบทางละเมิด ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการละเมิดทั้งสิ้น นอกจากนี้ยังมีความแตกต่างกันในเรื่องของวิธีการกำหนดค่าเสียหายและภาระการพิสูจน์ด้วย ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงความแตกต่างของการเรียกร้องค่าเสียหายในทางสัญญาและละเมิด เพื่อที่จะได้ทราบว่าเมื่อผู้เข้ารับบริการได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามแล้วจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายประเภทใด โดยวิธีใดและฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงามสามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ มาตรการทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ดังนี้

### 3.1.3.1 มาตรการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

#### 1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญา

การที่ผู้บริโภคเข้ามาใช้บริการในธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานั้นด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้จะได้รับความเสียหายก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจริง และการผิดสัญญาของลูกหนี้นั้นทำให้ตนเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ขอแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น คือ การกำหนดค่าเสียหาย และภาระการพิสูจน์ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### (1) การกำหนดค่าเสียหาย

การเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญามีหลักการแตกต่างจากการเรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีกระทำละเมิด โดยการเรียกค่าสินไหมทดแทนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษในมาตรา 438-448 ซึ่งกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยพิเคราะห์จากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ต่างจากการเรียกร้องค่าเสียหายโดยอาศัยมูลเหตุแห่งสัญญาที่ถูกจำกัดโดยหลักความคาดเห็นตามมาตรา 222 กล่าวคือ ค่าเสียหายที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้รับผิดชอบได้นั้นต้องเป็นค่าเสียหายอัน

เกิดจากความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับจริง หากเจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหาย แม้ลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์ก็ตาม เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 บัญญัติว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้นได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้นั้น เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

ความประสงค์ในการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ก็เพื่อให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพและได้ผลเหมือนอย่างว่าได้มีการชำระหนี้โดยครบถ้วน เพราะฉะนั้นค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายซึ่งลูกหนี้จะต้องใช้ให้แก่เจ้าหนี้ นั้น นอกจากสำหรับความเสียหายที่เจ้าหนี้ต้องเสียไปแล้ว ยังรวมถึงประโยชน์หรือผลกำไรซึ่งเจ้าหนี้ควรจะได้รับจากการปฏิบัติชำระหนี้ด้วย<sup>69</sup> เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้มี 2 ประการ ได้แก่

#### ก. ค่าเสียหายปกติ

ค่าเสียหายตามปกติ หมายถึงค่าเสียหายอันเป็นผลธรรมดา หรือเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ อันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งค่าเสียหายดังกล่าวนี้ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้เสมอ เพราะถือเป็นความเสียหายที่วิญญูชนหรือคนทั่วไปคาดเห็นได้ว่าย่อมต้องเกิดขึ้นหากไม่ปฏิบัติตามสัญญาตนเอง การพิจารณาว่าความเสียหายใดจะได้รับการชดใช้ต้องตั้งอยู่บนฐานของความผูกพันตามข้อตกลงในสัญญานั้น จึงต้องนำข้อตกลงในสัญญาที่ตกลงกันไว้มาพิจารณาด้วยเสมอ<sup>70</sup> ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่ากรณีใดถือเป็นค่าเสียหายปกติกรณีใดไม่ใช่ มีดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4129/2550 จำเลยที่ 1 ผิดสัญญาซื้อขายพิพาทโดยไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขการชำระเงินค่าสินค้าให้แก่โจทก์ ทำให้โจทก์ต้องขายสินค้าพิพาทให้แก่ผู้อื่นในราคาต่ำกว่าราคาที่ตกลงไว้กับจำเลยที่ 1 เป็นเหตุให้โจทก์ขาดเงินที่โจทก์ควรจะได้จากจำเลยที่ 1 ซึ่งถือเป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคหนึ่ง โจทก์จึงชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิดสัญญาดังกล่าว

<sup>69</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (น. 808), โดย เทพวิฑูร, พระยา, 2509, พระนคร: ไทยพิทยา.

<sup>70</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 225), โดย ไพโรจน์ วายุภาพ, 2554, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย).

คำพิพากษาฎีกาที่ 47/2489 ในกรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย ถ้าผู้ซื้อต้องเสียค่าใช้จ่ายไปซื้อทรัพย์สินชนิดนั้นจากผู้อื่นเท่าไรผู้ขายต้องรับผิดชอบใช้เงินที่เกินจากราคาที่ตกลงซื้อขายกันให้แก่ผู้ซื้อ

คำพิพากษาฎีกาที่ 691/2511 ค่าใช้จ่ายในการติดตามทวงถามหนี้สิน มิใช่ผลเกิดขึ้นโดยตรงจากการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้จะถือว่าเป็นค่าเสียหายพิเศษก็ไม่ได้ทั้งไม่มีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายผิดนัดผิดสัญญาต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1629/2524 การที่จำเลยที่ 1 ผิดสัญญาทำให้โจทก์ต้องจ้างช่างหุ่นส่วนจำกัด ท. ทำการก่อสร้างเป็นเงินเพิ่มไปจากเดิมที่ทำไว้กับจำเลยที่ 1 จำนวนเงินที่เพิ่มขึ้นนี้ถือเป็นค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับโดยตรงจากการที่จำเลยที่ 1 ปฏิบัติผิดสัญญา จำเลยทั้งสามต้องร่วมรับผิดชอบใช้ให้โจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 229/2526 ค่าจ้างทนายความให้ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นผู้ผิดสัญญา มิใช่ค่าเสียหายอันเกิดขึ้นจากผลที่จำเลยปฏิบัติผิดสัญญาว่าจ้างระหว่างโจทก์จำเลยโดยตรง แต่ประการใด โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาจากจำเลยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3697/2524 เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลง ผู้เช่าไม่มีสิทธิอยู่ในที่ดินที่เช่า การอยู่ต่อไปเป็นการละเมิด ผู้ให้เช่ามีสิทธิเรียกค่าเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น ได้แก่ ค่าเสียหายในค่าเช่า ส่วนค่าเสียหายจากการที่ผู้ให้เช่าไม่สามารถสร้างตึกแถวในที่ดินที่เช่าเพราะวัสดุก่อสร้างมีราคาสูงขึ้น ก็เป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2199/2514 โจทก์ถูกยึดรถยนต์ที่ซื้อคืนไป โจทก์จะเรียกค่าเสียหายที่ขาดรายได้จากการที่เคยใช้รถยนต์พิพาทออกฉายภาพยนตร์เริ่มมิได้ เพราะโจทก์อาจใช้รถยนต์อื่นได้ รายได้จากการฉายภาพยนตร์ มิใช่ค่าเสียหายโดยตรง

#### ข. ค่าเสียหายพิเศษ

โดยหลัก เมื่อความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว ยังจะต้องนำผลเสียหายนั้นมาพิจารณาอีกว่าเป็นความเสียหายปกติหรือความเสียหายพิเศษ ถ้าเป็นความเสียหายปกติก็จะได้รับการชดเชยดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ถ้าเป็นความเสียหายพิเศษ จะได้รับการชดเชยก็ต่อเมื่อคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าความเสียหายพิเศษ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่คู่กรณีคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้<sup>71</sup> ค่าเสียหายพิเศษต่างจากค่าเสียหายปกติตรงที่ ค่าเสียหายปกตินั้นวิญญูชนหรือคนทั่วไปรวมถึงลูกหนี้คาดเห็นได้อยู่แล้ว แต่ค่าเสียหายพิเศษนั้น โดยปกติลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นได้เอง จะต้องมีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ หรือ

<sup>71</sup> แหล่งเดิม. (น. 231).

มีพฤติการณ์ที่ทำให้ลูกหนี้คาดเห็นได้ว่าตนจะต้องรับผิดชอบ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไต่สวน การคาดเห็นของลูกหนี้ อาจเป็นการคาดเห็นในขณะที่ทำสัญญา หรือคาดเห็นตอนไม่ชำระหนี้ก็ได้ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นค่าเสียหายพิเศษ มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 957/2496 การที่ผู้ซื้อที่ดินจะได้กำไรจากการนำที่ดินนั้นไปขายต่อ ให้แก่ผู้อื่นนั้น มิใช่เป็นวิสัยธรรมดา อันพึงบังเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขาย เป็นเหตุให้ผู้ซื้อไม่ได้กำไรจากการขายต่อไปนั้น ย่อมถือว่าเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง ซึ่งถ้าผู้ขายได้คาดเห็นหรือควรได้คาดเห็น พฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าแล้วผู้ขายจึงจะต้องรับผิดชอบ ถ้าผู้ซื้อนำสืบไม่ได้ว่าผู้ขายได้รู้หรือควรจะได้คาดเห็นล่วงหน้าแล้ว ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายพิเศษนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499/2534 จำเลยเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดมี ส. เป็น กรรมการผู้จัดการ การที่ ส. สั่งซื้อกรอบรูปจากโจทก์แม้จะลงลายมือชื่อในใบสั่งซื้อเพียงผู้เดียว ก็ถือได้ว่า ส. ทำการแทนจำเลยจำเลยจึงต้องรับผิดชอบตามใบสั่งซื้อดังกล่าว จำเลยสั่งซื้อกรอบรูป จากโจทก์แล้วต่อมาเป็นฝ่ายผิดสัญญาเงินค่าอะไรที่โจทก์จะได้รับจึงเป็นค่าเสียหายตามปกติอันเกิด จากการผิดสัญญาของจำเลย จำเลยจึงต้องมีหน้าที่ชดใช้ให้โจทก์ ส่วนค่าจ้างทำแม่พิมพ์กรอบรูปนั้น โจทก์มีข้อตกลงกับ ท. ซึ่งโจทก์ว่าจ้างให้ทำกรอบรูปเพื่อขายให้จำเลยว่า หากมีการส่งมอบกรอบ รูปให้จำเลยเรียบร้อยค่าจ้างแม่พิมพ์ ท. จะเป็นผู้ออก แต่หากผิดสัญญาโจทก์ต้องรับผิดชอบเอง เช่นนี้ แม้ค่าจ้างทำแม่พิมพ์จะเป็นค่าเสียหายอันเนื่องจากการที่จำเลยผิดสัญญา แต่ก็ยังเป็นค่าเสียหาย อันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษซึ่งจำเลยไม่สามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ก่อนล่วงหน้า โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายส่วนนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 788/2499 ผู้ซื้อทำสัญญาซื้อแบ่งจากผู้ขายโดยวางมัดจำไว้บางส่วน ผู้ขายจึงได้วางมัดจำซื้อแบ่งจากบุคคลภายนอก ต่อมาผู้ซื้อผิดสัญญาไม่ซื้อแบ่งจากผู้ขาย ผู้ขายยอม มีสิทธิรับมัดจำเสียทั้งยังเรียกร้องให้ผู้ซื้อใช้เงินทดแทนตามจำนวนที่ผู้ขายได้ถูกบุคคลภายนอกรับ เงินมัดจำไปด้วยได้โดยถือว่าเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษทั้งนี้ในเมื่อเป็นพฤติการณ์ที่ ผู้ซื้อพึงคาดเห็นล่วงหน้าได้แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2389/2529 จำเลยส่งสินค้าที่มีคุณภาพชำรุดบกพร่องทำให้ผู้ซื้อใน ต่างประเทศปฏิเสธ ไม่ยอมรับซื้อสินค้าเป็นเหตุให้โจทก์ขายสินค้านั้น ไม่ได้จำเลยต้องรับผิดชอบ ใน ความชำรุดบกพร่องดังกล่าว โจทก์มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215, 387, 391 และ 472 ค่าเสียหายที่จำเลยจะต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 คือ คืนเงินราคาสินค้าที่จำเลยรับไปจากโจทก์



ค่าที่โจทก์ได้ชำระค่าขนส่งสินค้าค่าวัสดุสำหรับบรรจุหีบห่อสินค้าที่โจทก์จัดซื้อแล้วส่งให้จำเลย และค่าโกดังเก็บสินค้าซึ่งถือว่าเป็นค่าเสียหายพิเศษที่จำเลยควรจะได้คาดคิดล่วงหน้าได้

นอกจากนี้ในสัญญาต่างตอบแทน เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้แล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้หรือขอปฏิบัติชำระหนี้โดยชอบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิปฏิเสธไม่ชำระหนี้ตอบแทนได้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369

## (2) ภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์ หมายถึง หน้าที่ของคู่ความที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตน ให้ถึงมาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อตนจะได้ชนะคดี สำหรับในคดีแพ่งต้องนำสืบพยานหลักฐานให้มีน้ำหนักดีกว่าพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง คู่ความฝ่ายใดจะมีภาระการพิสูจน์นั้น เป็นไปตามหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” ซึ่งเป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 โดยภาระการพิสูจน์อาจตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายตามประเด็นแห่งคดีแต่ละประเด็น ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายใดเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงในประเด็นใด และอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับ ฝ่ายที่กล่าวอ้างย่อมมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นนั้น<sup>72</sup> เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 84 หรือเข้าข้อสันนิษฐานตามมาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาระการพิสูจน์ในการฟ้องเรียกหรือค่าเสียหายโดยอาศัยมูลหนี้สัญญา อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ ภาระการพิสูจน์ในความเสียหาย และ ภาระการพิสูจน์ในค่าเสียหาย

### ก. ภาระการพิสูจน์ในความเสียหาย

ปัญหาว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ เป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ต้องกล่าวอ้างมาในคำฟ้อง และพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการที่ลูกหนี้ผิดสัญญาจริง หากโจทก์มิได้กล่าวมาในคำฟ้อง หรือไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 ศาลมีอาจพิพากษาเกินคำขอหรือนอกเหนือจากที่กล่าวมาในคำฟ้องได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1463/2508 สัญญาแบบ ซี.ไอ.เอฟ. เป็นสัญญาซื้อขายที่ระบุราคาสินค้าโดยคิดรวมค่าระวางบรรทุกและค่าประกันภัยไว้ด้วย เมื่อโจทก์ผู้ขายว่ามีข้อสัญญากันเป็นพิเศษให้ผู้ซื้อเป็นผู้เสียค่าระวางบรรทุก แต่จำเลยปฏิเสธ เช่นนี้ ถือว่าโจทก์เป็นผู้กล่าวอ้าง จึงเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์

คำพิพากษาฎีกาที่ 244/2797 โจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้ตามสัญญาเป็นจำนวนเงิน 1,000 บาท จำเลยรับว่าได้ทำสัญญาเงินจากโจทก์จริง แต่เป็นจำนวนเงิน 100 บาท ไม่ใช่ 1,000 บาท โจทก์แก้

<sup>72</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น. 59-60), โดย โสภณ รัตนกร, 2551, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

จำนวนเงินจาก 100 บาทเป็น 1,000 บาท และในวันซึ่งสองสถานโจทก์นำต้นฉบับสัญญาผู้ส่งต่อศาล จำเลยดูแล้วก็ยังรับว่าได้ทำสัญญาผู้ตั้งโจทก์กล่าวจริง แต่ผู้เพียง 100 บาท โจทก์แก้จำนวนเงินในสัญญาเป็น 1,000 บาท ดังนี้เป็นหน้าที่โจทก์จะต้องพิสูจน์ตามที่กล่าวอ้าง เมื่อทั้งสองฝ่ายต่างไม่สืบพยาน โจทก์ก็ต้องเป็นฝ่ายแพ้คดี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1373/2513 การทำสัญญาค้ำประกันบุคคลเข้าทำงาน โดยปกติย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบเมื่อลูกจ้างทำให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่นายจ้าง เฉพาะในหน้าที่การงานของลูกจ้างนั้นเท่านั้น ถ้านายจ้างประสงค์จะให้รับผิดชอบถึงการกระทำนอกหน้าที่การงานที่ว่าจ้างกันด้วยแล้วก็ชอบที่จะระบุไว้ให้ชัดในสัญญาค้ำประกัน นายจ้างอ้างว่าการที่ลูกจ้างก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างหรือในหน้าที่การงานของลูกจ้างเมื่อผู้ค้ำประกันให้การปฏิเสธข้อนี้ นายจ้างมีภาระการพิสูจน์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 598/2485 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยตกลงขายข้าวสารให้โจทก์ 400 กระสอบ ราคากระสอบละ 11.07 บาท และรับเงินมัดจำไว้แล้ว 200 บาท จำเลยให้การรับว่าได้ตกลงขายข้าวสารให้โจทก์ตามที่กล่าวจริงแต่โจทก์ไม่ชำระเงิน และรับข้าวไปในวันที่กำหนดคดีนี้วันที่ตกลงให้รับข้าวเป็นข้อที่จำเลยกล่าวอ้างขึ้นมาใหม่และโจทก์มิได้รับจำเลยจึงมีภาระการพิสูจน์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1719/2543 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยซื้อสินค้าจากโจทก์หลายครั้งแล้วยังไม่ชำระราคาจำเลยให้การรับว่าซื้อสินค้าจากโจทก์จริง ที่จำเลยไม่ชำระราคาเพราะสินค้าที่โจทก์ส่งมอบไม่มีคุณภาพ จำเลยนำไปใช้แล้วเกิดความเสียหาย เป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเรื่องสินค้าไม่มีคุณภาพขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบชำระราคาสินค้า จำเลยจึงมีภาระการพิสูจน์ หากพยานหลักฐานของจำเลยไม่อาจรับฟังได้สมกับข้อต่อสู้ตามคำให้การ จำเลยจึงต้องแพ้คดีโดยศาลไม่จำเป็นต้องอาศัยพยานหลักฐานโจทก์มาวินิจฉัยว่าสินค้าของโจทก์ไม่บกพร่องอีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 149/2544 โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยรับชำระหนี้เงินตามสัญญาผู้ยืมเงินและคืน น.ส.3 ก. ที่ให้เป็นประกัน ดังนี้ เมื่อจำเลยยอมรับว่าโจทก์ได้ทำสัญญาผู้ยืมเงินตามฟ้องจริง แต่อ้างว่าได้เปลี่ยนสัญญาผู้ยืมเงินกันใหม่อีก 2 ครั้ง จึงเป็นการกล่าวอ้างว่า คู่กรณีได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้คือจำนวนเงินที่กู้ยืม หากเป็นจริงตามที่จำเลยกล่าวอ้าง หนี้ตามสัญญาผู้ยืมเงินตามฟ้องย่อมระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 โจทก์ย่อมขอชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวอีกมิได้ เหตุนี้ จำเลยจึงมีภาระการพิสูจน์ว่ามีการแปลงหนี้ใหม่จริงหรือไม่

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการยืนยันหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” กล่าวคือ เมื่อโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลย (ลูกหนี้) ผิดสัญญา ไม่ชำระหนี้ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์ก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าการที่จำเลยผิดสัญญานั้นทำให้ตนได้รับ

ความเสียหายอย่างไร เมื่อโจทก์ไม่สามารถนำสืบหรือพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ โจทก์ก็ย่อมต้องเป็นฝ่ายแพ้คดี แต่หากจำเลยให้การรับข้อเท็จจริงตามคำฟ้องโจทก์ แล้วยกข้อกล่าวอ้างขึ้นใหม่เพื่อให้ตนพ้นความรับผิด มิใช่เพียงแต่อ้างเหตุปฏิเสธฟ้องโจทก์ เช่นนี้การระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่แก่ฝ่ายจำเลย เพราะจำเลยเป็นผู้กล่าวอ้าง หากจำเลยไม่สามารถนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเห็นได้ จำเลยย่อมตกเป็นฝ่ายแพ้ในประเด็นที่ตนมีการการพิสูจน์

#### ข. การระการพิสูจน์ในค่าเสียหาย

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรค 2 นั้นการบรรยายฟ้องจะต้องบรรยายโดยชัดแจ้งซึ่งข้อกล่าวหาของโจทก์ และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น เมื่อโจทก์บรรยายในคำฟ้องว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่โจทก์และเรียกร้องค่าเสียหายมาจำนวนหนึ่ง ค่าเสียหายย่อมเป็นประเด็นหนึ่งที่ศาลต้องยกขึ้นวินิจฉัยเสมอ ไม่ว่าจำเลยจะต่อสู้เรื่องค่าเสียหายเอาไว้ในคำให้การหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในประเด็นเรื่องค่าเสียหายนั้น โดยหลักโจทก์มีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่าสิ่งที่จำเลย (ลูกหนี้) ไม่ชำระหนี้ นั้น ทำให้โจทก์ (เจ้าหนี้) ได้รับความเสียหายเพียงใด เป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” แต่อย่างไรก็ตามหากโจทก์ไม่นำสืบให้ศาลเห็นถึงจำนวนค่าเสียหาย หรือไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ ศาลก็มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่ปรากฏในสำนวนคดีนั้นได้ ไม่ถือเป็นการวินิจฉัยนอกฟ้องนอกประเด็น ซึ่งจำนวนค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้นี้อาจไม่ตรงกับที่โจทก์เรียกร้องมาในคำขอท้ายฟ้องก็ได้ ดังที่ปรากฏในตัวอย่างตามคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1086/2509 ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 นั้น แม้โจทก์จะนำสืบถึงค่าเสียหายไม่ได้ ศาลก็คำนวณค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นให้โจทก์ได้ตามพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 225/2539 การฟ้องให้ใช้เงินแก่โจทก์ตามราคาที่ดินขณะฟ้องส่วนที่เพิ่มขึ้นจากราคาที่ดินที่ตกลงทำสัญญาจะซื้อขายกันนี้เป็นเงินที่โจทก์ขาดประโยชน์เนื่องจากการที่จำเลยไม่ได้จดทะเบียนโอนที่ดินให้เป็นของโจทก์ตามสัญญาจะซื้อขายถือเป็นการเรียกค่าเสียหายจากการที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาแม้จำเลยไม่ได้ให้การโต้แย้งจำนวนเงินค่าเสียหายดังกล่าว โจทก์ผู้กล่าวอ้างก็มีหน้าที่นำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายของโจทก์และศาลมีอำนาจพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ตามที่สมควรดังนั้นการที่ศาลอุทธรณ์กำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เป็นเงิน 280,000 บาท จึงไม่เป็นการวินิจฉัยนอกประเด็นหรือวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ว่ากล่าวกันมาโดยชอบในศาลชั้นต้น

## 2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด

ธุรกิจคลินิกเสริมความงามเป็นบุคคลสมมติ โดยมีผู้ดำเนินการเป็นตัวแทนของธุรกิจดังกล่าว ทั้งยังมีแพทย์และพนักงานผู้ให้บริการเป็นลูกจ้าง ซึ่งบุคคลเหล่านี้อาจกระทำละเมิดต่อผู้ที่เข้ามาใช้บริการก็เป็นได้ เมื่อเกิดการกระทำละเมิดขึ้น ธุรกิจคลินิกเสริมความงามในฐานะที่เป็นตัวการและนายจ้างย่อมต้องร่วมรับผิดชอบกับตัวแทนและลูกจ้างของตนซึ่งได้กระทำไปในขอบเขตของการเป็นตัวแทน หรือกระทำไปในการที่จ้างแล้วแต่กรณีด้วย เพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จึงขอแบ่งอธิบายออกเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทน วิธีการกำหนดค่าสินไหมทดแทน การใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหาย และภาระการพิสูจน์ ดังต่อไปนี้

### (1) ค่าสินไหมทดแทน

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการให้บริการของแพทย์และพนักงานผู้ปฏิบัติงานอยู่ในธุรกิจคลินิกเสริมความงามหากได้กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เข้ารับบริการ ก็ถือเป็นการกระทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกรกระทำละเมิด โดยปกติแล้วการกระทำละเมิดที่เกิดจากธุรกิจคลินิกเสริมความงามจะอยู่ในลักษณะที่เป็น การละเมิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น การร้อยไหมยกกระชับใบหน้า แต่มิได้กระทำโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ส่งผลให้เกิดอาการติดเชื้อ กลายเป็นแผลเสียโฉมตลอดชีวิต<sup>73</sup> เป็นต้น ซึ่งค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องได้นั้นมีดังต่อไปนี้

#### ก. กรณีละเมิดต่อชีวิต

ค่าสินไหมทดแทนที่สามารถเรียกร้องเอาได้ในกรณีกระทำละเมิดต่อชีวิต บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 และมาตรา 445 ได้แก่

#### (ก) ค่าปลงศพ

#### (ข) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอื่น ๆ

#### (ค) ค่ารักษาพยาบาล

#### (ง) ค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ทำมาหาได้ เพราะไม่สามารถประกอบกิจการงานได้

#### (จ) ค่าขาดไร้อุปการะเลี้ยงดู

#### (ฉ) ค่าชดใช้การขาดแรงงาน

<sup>73</sup> สมาคมศัลยกรรมตกแต่งเสริมสวยแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *ร้อยไหมไขความจริง*. สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2556, จาก [http://www.plasticsurgery.or.th/pub\\_knowledge\\_news.php?msg\\_id=15](http://www.plasticsurgery.or.th/pub_knowledge_news.php?msg_id=15).

สังเกตได้ว่ากรณีละเมิดต่อชีวิตสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะตาม (1)-(6) เท่านั้น ส่วนค่าเสียหายทางจิตใจ เช่น ค่าเศร้าโศกเสียใจ ค่าทุกข์ใจ ค่าว่าแห้ว ฯลฯ ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้สามารถเรียกได้ ตัวอย่างเช่น สามีไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความว่าแห้วเพราะสูญเสียภรรยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุขจากผู้ที่ทำให้ภรรยาของตนถึงแก่ความตายเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502) กรณีละเมิดเป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้จะเป็นบิดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514)

#### ข. กรณีละเมิดต่อร่างกาย

ในกรณีละเมิดต่อร่างกายนั้น หมายรวมถึงการละเมิดต่ออนามัยด้วย เพราะอนามัยก็ถือเป็นส่วนประกอบของร่างกายเช่นกัน กล่าวคือ เมื่ออนามัยดี ร่างกายก็ดีด้วย<sup>74</sup> การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดต่อร่างกายและอนามัยนั้นบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 444 มาตรา 445 และมาตรา 446 โดยค่าสินไหมทดแทนที่สามารถเรียกร้องได้มีดังนี้

##### (ก) ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป

ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไปนี้มีความหมายกว้างกว่า ค่ารักษาพยาบาลในกรณีละเมิดต่อชีวิต กล่าวคือ นอกจากจะหมายถึงค่ารักษาพยาบาลแล้วยังหมายความรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ต้องเสียไปแม้ร่างกายจะหายจากอาการเจ็บป่วยแล้ว แต่ยังคงพักฟื้นตามแพทย์สั่ง เช่น จำเลยทำละเมิดให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส ต้องผ่าตัดถึง 3 ครั้ง และนอนรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลถึง 2 เดือนเศษ เมื่อออกจากโรงพยาบาลแล้วยังเดินไม่ได้ เช่นนี้ ค่าจ้างนางพยาบาลเฝ้าไข้ ค่ายา ค่าจ้างรถแท็กซี่ที่ภรรยาไปเฝ้าเยี่ยมปรนนิบัติที่โรงพยาบาล ค่าจ้างรถแท็กซี่ไปทำงานเพราะยังเดินไม่ได้ เป็นค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องเอาจากจำเลยได้ (ฎีกาที่ 420/2516)<sup>75</sup>

##### (ข) ค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงาน

##### (ค) ค่าสินไหมทดแทนในการที่บุคคลอื่นขาดแรงงาน

(ง) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน เช่น การกระทำละเมิดทำให้ผู้เสียหายร่างกายพิการ หน้าตาเสีย โจมจนได้รับความทุกข์ทรมาน ความเจ็บปวดอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดนั้น ตัวอย่างเช่น

<sup>74</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้ (น. 284), โดย วารี นาสกุล, 2553, กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์.

<sup>75</sup> แหล่งเดิม. (น. 285-286).

คำพิพากษาฎีกาที่ 2580/2544 โจทก์เป็นหญิง รัฐบาลเป็นอาจารย์ โดยตำแหน่งหน้าที่ต้องพบปะผู้คนจำนวนมากแต่ต้องเสียบุคลิกภาพ ใบหน้าเสียโฉมเนื่องจากหนังตาแหงเห็นตาขาวมากกว่าปกติ ย่อมเป็นความทุกข์ทรมานที่โจทก์รู้สึกได้อยู่ตลอดเวลาตราบนานความเสียโฉมดังกล่าวจะได้รับการแก้ไข ค่าที่โจทก์ต้องทนทุกข์ทรมานกับค่าที่โจทก์ต้องสูญเสียบุคลิกภาพตั้งแต่จำเลยผ่าตัด โจทก์จนโจทก์ต้องได้รับการผ่าตัดแก้ไขถือเป็นความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 วรรคแรก

คำพิพากษาฎีกาที่ 7452/2541 จำเลยเป็นแพทย์ได้รับแจ้งจากโจทก์ว่ามีเด็กตายในท้อง โจทก์ โจทก์จึงยินยอมให้จำเลยทำการขูดมดลูกและทำแท้งให้ แต่การที่จำเลยใช้เครื่องมือแพทย์เข้าไปขูดมดลูกของโจทก์ทำให้มดลูกทะลุ ทั้งที่มดลูกของโจทก์มีลักษณะปกติ มิได้มีลักษณะบางแต่ประการใด ทำให้ลำไส้เล็กทะลักออกมาทางช่องคลอด เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปในช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้ดึงออกมานั่นเอง จำเลยจึงไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นับเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งต่อมาแพทย์คนอื่นที่ตรวจโจทก์ในภายหลังเห็นว่าหากนำลำไส้ของโจทก์ใส่เข้าไปในร่างกายอีกอาจมีการติดเชื้อในช่องท้อง จึงได้ทำการตัดลำไส้ที่ทะลักออกมาทิ้งไป จำเลยต้องรับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ คดีนี้ผู้วินิจฉัยแพทย์แจ้งว่าคนไข้แท้งเด็กตายในท้อง ต้องทำการขูดมดลูกและทำแท้ง โจทก์ก็ยอมให้จำเลยทำการขูดมดลูก จำเลยขูดมดลูกจนมดลูกทะลุและลำไส้ไหลออกมาที่ช่องคลอดยาว 5 เมตร เพราะเครื่องมือ ที่ทำการขูดถือว่าจำเลยขาดความระมัดระวังในระดับต่ำกว่ามาตรฐาน จำเลยจึงผิดสัญญา ผิดละเมิด มาตรา 420 ทั้งตัวเงิน ร่างกาย จิตใจ เจ็บปวดทรมานตาม มาตรา 446 นอกจากนี้ถ้าเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบตาม มาตรา 447 อีกด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1604/2527 เป็นตัวอย่างเรียกค่าเจ็บปวด ทนทุกข์ทรมาน ค่าขาดประโยชน์ ขาดรายได้จากการทำงาน ค่ารักษาพยาบาลกับหมออื่นในการแก้ไขในภายหลัง มีค่าใช้จ่ายจำเลยที่ 2 เป็นศัลยแพทย์ตกแต่ง เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เจ้าของคลินิก ทำศัลยกรรมตกแต่งจมูกของโจทก์ ด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้จมูกอักเสบและมีเลือดคั่งที่หน้าผาก ต้องรักษาประมาณ 2 เดือนเศษ ดังนี้ จำเลยทั้งสองต้องใช้ค่าเสียหายในการที่โจทก์เจ็บปวดทรมาน ค่าขาดประโยชน์ในการทำมาหาได้ และค่ารักษาพยาบาลจากแพทย์อื่น

## (2) วิธีการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

วิธีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติว่าค่าสินไหมทดแทนนั้นจะชดใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้คำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

“โดยสถานใด” หมายถึง การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะชดใช้โดยวิธีใดขึ้นอยู่กับ การกระทำละเมิดและความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เช่น จะให้ชดใช้เป็น การคืนทรัพย์สิน ไร่ราคา ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิด หรือโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ เป็นต้น

“เพียงใด” หมายถึง การจะให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเท่าใดนั้น กฎหมาย กำหนดให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยหลักโจทก์มีหน้าที่ นำสืบให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่ได้รับ และจำนวนค่าเสียหายว่าเสียหายเท่าใด หากโจทก์ ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นถึงจำนวนค่าเสียหายได้ ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควร ตัวอย่างเช่น บริเวณที่เกิดเหตุการณ์จลาจลคั่ง ประชาชนสัญจรไปมาจำนวนมาก จำเลยควรใช้ความ ระมัดระวังในการขับรถ ต้องหยุดรถให้กลุ่มคน เดินข้ามถนนผ่านพ้นไปก่อน การที่จำเลยกลับขับ แชนรถยนต์โดยสาร ประจำทางที่จอดอยู่ขึ้นไป โดยไม่ดูทางข้างหน้าให้ปลอดภัยเสียก่อน เป็นเหตุ ให้รถที่จำเลยขับชนและทับขาโจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส ดังนี้เหตุเกิดจากความประมาทของ จำเลยที่ 1 การที่จำเลยขับรถชนและทับขาโจทก์ เป็นเหตุให้แพทย์ต้อง ทำการผ่าตัดขาข้างซ้ายตั้งแต่ ได้เข้าออกและใส่ขาเทียมให้โจทก์ แม้โจทก์จะไม่มีใบเสร็จรับเงินมาแสดงว่าได้เสียค่า รักษาพยาบาล ไปจำนวนเท่าใด ศาลก็กำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรง แห่งละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก และแม้โจทก์จะไม่ได้เป็นผู้ ออกค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลก็ไม่ทำให้สิทธิของโจทก์ที่จะเรียกร้องจากผู้ต้องรับผิดชอบแห่ง การละเมิดต้องระงับไป ค่าเสียหายที่โจทก์ต้องสูญเสียขาและใส่ขาเทียมเพื่อสามารถเดินและ ประกอบอาชีพได้เป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย อย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 วรรคแรก โจทก์มีสิทธิเรียกร้องเอาจากผู้ต้องรับผิดชอบ ในผล แห่งการละเมิดได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1418/2534)

“พฤติการณ์แห่งละเมิด” หมายถึง ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการกระทำละเมิดว่าเป็น อย่างไร เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อมากน้อยเพียงใด เช่น อยู่ใกล้บริเวณที่มี เชื้อเพลิงมาก แต่ก็ยังจุดบุหรี่สูบ ถือว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การกำหนดค่าสินไหมทดแทน ก็จะต้องกำหนดให้ใช้มาก<sup>76</sup>

“ความร้ายแรงแห่งละเมิด” หมายถึง การกระทำละเมิดของจำเลยมีความร้ายแรงเพียงใด เป็นการกระทำโดยอุกอาจ รุนแรง ใช้วิธีการทารุณโหดร้าย เป็นการกระทำละเมิดซ้ำหรือไม่ เช่น ปล้นทรัพย์ในตัวเมืองในเวลากลางวัน ใช้อาวุธร้ายแรงทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส เป็นต้น

<sup>76</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (น. 400), โดย เฑ็ง เฑ็งนิติ, 2553, กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.

(3) การใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหาย ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าในการกำหนดค่าเสียหายนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายนั้น แบ่งออกได้ 3 กรณี ดังนี้

ก. การกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษ

ในบางครั้งการทำละเมิดเป็นการกระทำที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงออกอาจ ห้ามปรามแล้ว ยังไม่ฟัง ช่มแจ้งแก่ผู้อื่น ทำทนายอานาจกฎหมายของบ้านเมือง ทารุณโหดร้าย ศาลจึงใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเป็นเยี่ยงอย่าง เป็นการพิจารณาถึงความชั่วร้ายของจำเลย โดยกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่เป็นจริงหรือสูงกว่าปกติ เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดศาลในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกามีการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษหรือในเชิงการลงโทษสูงมาก ดังคดีตัวอย่างเช่น คดีประตู่ท้ายรถดอดจ์บปรอง กล่าวคือ ในขณะที่โจทก์ขับรถยนต์ดอดจ์ของบริษัทเดมเลอร์ไครสเลอร์ ได้ถูกรถยนต์อีกคันหนึ่งพุ่งชนท้ายรถ แต่เป็นเพราะประตู่ท้ายรถรุ่นนี้มีความบกพร่องเกิดกระดิ่งเปิดออก ทำให้เด็กชายเจมีเนซบุตรโจทก์ซึ่งนั่งอยู่เบาะหลังถูกเหวี่ยงออกนอกรถ ศีรษะกระแทกพื้นหินเสียชีวิต ศาลชั้นต้นของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาให้บริษัทเดมเลอร์ชดใช้ค่าเสียหายและค่าทำขวัญแก่ครอบครัวของเด็กชายเจมีเนซเป็นเงินสูงถึง 262.5 ล้านดอลลาร์ หรือ 10,500 ล้านบาท (หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ 9 มีนาคม 2543)<sup>77</sup>

สำหรับในประเทศไทยนั้น ศาลฎีกาก็เคยพิพากษาใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษมาแล้วหลายคดี เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 64/2501 บริษัทจำเลยเขียนชื่อบริษัทโจทก์มานานแล้ว เป็นการทำให้โจทก์เสียหาย จำเลยต้องรับผิดชอบ แต่จะคิดมูลค่าเขียนชื่อเป็นเงินเท่าใดไม่มีราคาเหมือนทรัพย์สินอื่น ศาลจึงกำหนดให้ตามความร้ายแรงแห่งละเมิด คดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยมีเจตนากระทำละเมิดต่อโจทก์ทั้ง ๆ ที่มีผู้ทักท้วงแล้ว จำเลยยังฝ่าฝืนทำ แต่โจทก์ยังไม่เสียหายเป็นเงินตรา เพราะยังมีกำไรในทางการค้า แม้ศาลชั้นต้นจะกำหนดให้จำเลยรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน 50,000 บาท ก็ไม่เกินสมควรตามที่จำเลยฎีกา พิพากษายืน จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแม้โจทก์ยังไม่เสียหายเป็นเงินเพราะยังมีกำไรในทางการค้าอยู่ แต่ศาลฎีกาก็กำหนดให้ใช้ค่าเสียหายถึง 50,000 บาท ซึ่งค่าของเงินในสมัยนั้นสูงมาก จึงถือเป็นการกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษนั่นเอง<sup>78</sup>

<sup>77</sup> แหล่งเดิม. (น. 401-404).

<sup>78</sup> แหล่งเดิม. (น. 409).



### ข. การกำหนดค่าเสียหายน้อยกว่าความเป็นจริง

การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายน้อยกว่าความเป็นจริง ใช้ในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วย หรือผู้เสียหายไม่ช่วยบรรเทาความเสียหาย ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223<sup>79</sup> ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

#### (ก) ผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย

ตัวอย่างเช่น จำเลยขับรถชนต้นไม้ทางขวามือทาง โจรกั๊กขับรถชนต้นไม้โดยเร็วมาก เปิดประตูทาง จำเลยจึงขับรถหนีไปทางซ้ายแต่โจรกั๊กไม่รอ ขับรถแซงขึ้นทางซ้ายผิดกฎจราจร จึงชนกับรถจำเลย แม้จำเลยจะเป็นฝ่ายผิด โจรกั๊กก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายในการกระทำผิดของตน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1422/2496) จำเลยกระทำละเมิดโดยใช้ขวานทำร้ายร่างกายโจรกั๊กจนเป็นเหตุให้โจรกั๊กได้รับอันตรายสาหัส เนื่องจากจำเลยถูกโจรกั๊กข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม กล่าวคือ โจรกั๊กได้ค่าจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคายและพาดพิงไปถึงบิดามารดาจำเลย ดังนี้ถือว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของโจรกั๊กประกอบด้วย ตามนัยบทบัญญัติมาตรา 442 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งให้นำบทบัญญัติมาตรา 223 ใช้บังคับ โดยอนุโลม ศาลจึงมีอำนาจลดจำนวนค่าเสียหายลงได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1207/2516)

#### (ข) ผู้เสียหายไม่ช่วยบรรเทาความเสียหาย

กรณีแรก ผู้เสียหายละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างไรร้ายแรงผิดปกติซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าของที่ดินแปลงใดจะเอาที่ดินของตนไปจำนองหรือไม่นั้น เป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะรู้ด้วย โดยปกติน่าจะเข้าใจกันว่าไม่มีภาระผูกพัน การที่โจรกั๊กไม่บอกกล่าวให้จำเลยรู้ถึงอันตรายอันผิดปกติซึ่งจำเลยไม่อาจจะรู้ได้

<sup>79</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติ แห่ง มาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 223 ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้จะต้องใช้ ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายเล็กน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัย พฤติการณ์เป็นประมาท ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้น ได้เกิดขึ้น เพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อภัยน้อยกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะ มีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างไรร้ายแรงผิดปกติซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือ เพียงแต่ละเลยไม่บำบัดปัดป้องหรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่ง มาตรา 220 นั้นท่านให้นำมาใช้บังคับด้วย โดยอนุโลม.

เช่นนี้ เป็นความผิดของโจทก์ประกอบอยู่ด้วยตามมาตรา 442 และมาตรา 223 พุทธินิติศาสตร์เช่นนี้ศาลฎีกาเห็นสมควรกำหนดให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนจำนวนเพียง 2,000 บาท (คำพิพากษาฎีกาที่ 702/2499)

กรณีที่สอง ผู้เสียหายละเลยไม่บำบัดป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ตัวอย่างเช่น ว. บุตรผู้เยาว์ของจำเลยขับจี้รถจักรยานยนต์ด้วยความประมาทชนรถยนต์โดยสาร โจทก์ซึ่งลูกจ้างของโจทก์ขับสวนทางมารถยนต์โดยสารที่รถจักรยานยนต์ ว. พากรุดไปตามถนนจนเกิดไฟลุกไหม้ขึ้นที่รถจักรยานยนต์ ลูกจ้างของโจทก์มีโอกาสดจะขับรถถอยหลังออกไปให้พ้นจากรถจักรยานยนต์ได้ แต่ไม่กระทำกลับทิ้งรถหลบหนีไป จนเป็นเหตุให้ไฟลุกลามไปไหม้รถโดยสาร โจทก์เสียหาย ดังนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายของรถโจทก์ถือได้ว่าโจทก์เป็นฝ่ายก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วยและเป็นฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นยิ่งกว่าฝ่ายจำเลย ค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับทั้งหมด จึงให้ตกเป็นพับแก่โจทก์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 381/2525)

#### ก. การกำหนดค่าเสียหายโดยประมาณ

การประมาณค่าเสียหายเป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายโดยประมาณ ซึ่งใช้ทั้งในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเป็นบททั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ในกรณีที่โจทก์นำสืบค่าเสียหายไม่ได้ นอกจากนี้ยังใช้กับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินด้วย เช่น กรณีเสียโฉม ทุพพลภาพตลอดชีวิต เสียบุคลิกภาพ ฯลฯ ตัวอย่างเช่น โจทก์ถูกข่มขืนจนมีครรภ์ ค่าของความเป็นสาวย่อมตกต่ำ ไม่มีชายใดประสงค์จะแต่งงานด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 2573/2518)<sup>80</sup>

#### (4) ภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์ในมูลหนี้ละเมิดก็ใช้หลักการเช่นเดียวกับภาระการพิสูจน์ในมูลหนี้สัญญา คือ อาศัย “หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ซึ่งจะขอแยกอธิบายภาระการพิสูจน์ในมูลหนี้ละเมิดออกเป็น 2 ประเด็นคือ ภาระการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหาย และภาระการพิสูจน์ในเรื่องค่าเสียหาย

#### ก. ภาระการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหาย

โดยหลักนอกจากโจทก์จะมีหน้าที่ต้องบรรยายฟ้องโดยชัดแจ้งซึ่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาแล้ว โจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการกระทำละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้เนื่องจากโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นก่อนว่า

<sup>80</sup> คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (น. 416). เล่มเดิม.

จำเลยกระทำความผิด ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่แก่โจทก์ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 หรือข้อสันนิษฐานตามมาตรา 84/1 ซึ่งส่งผลให้โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าว

ในบางกรณีการกำหนดภาระการพิสูจน์ให้ตกแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามปกติอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือไม่สะดวกแก่การพิสูจน์ จึงจำเป็นต้องมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายเพื่อเข้ามาจัดการภาระการพิสูจน์ใหม่ให้เกิดความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ข้อสันนิษฐานเป็นหลักกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับการฟังข้อเท็จจริงชนิดหนึ่ง เมื่อมีข้อสันนิษฐาน ศาลจะฟังข้อเท็จจริงในเบื้องต้นว่ามีอยู่อย่างใดอย่างหนึ่งก่อน จนกว่าจะได้มีข้อพิสูจน์เป็นอย่างอื่น สำหรับข้อสันนิษฐานตามมาตรา 84/1 นั้นสามารถแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย และข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริง ดังต่อไปนี้

#### (ก) ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด และข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด

1. ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดหมายถึง ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่ไม่อาจนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้นจึงไม่ถือเป็นข้อสันนิษฐานตามความหมายของกฎหมายลักษณะพยาน ตัวอย่างเช่น ข้อสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนต้องรู้กฎหมาย เพราะฉะนั้นจะนำพยานหลักฐานมาสืบว่าตนไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้พ้นความรับผิดชอบไม่ได้ หรือกรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 บัญญัติให้ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียหายในมูลหนี้ นั่นอันถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด จะตีความให้เป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้

2. ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด ถือเป็นข้อสันนิษฐานโดยแท้ตามกฎหมายลักษณะพยาน เนื่องจากเป็นข้อสันนิษฐานที่อาจมีการนำสืบหักล้างให้เห็นเป็นอย่างอื่นได้ โดยในเบื้องต้นกฎหมายบังคับให้ศาลต้องถือตามข้อสันนิษฐาน แต่คู่กรณีฝ่ายที่เสียประโยชน์จากข้อสันนิษฐานสามารถพิสูจน์พยานหลักฐานให้ศาลเห็นเป็นอย่างอื่นได้ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 437 บัญญัติให้กรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล ให้ผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะพิสูจน์ว่าการเสียหายเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความเสียหายของผู้เสียหายเอง จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าว สันนิษฐานไว้ในเบื้องต้นว่าผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกลจะต้องรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลดังกล่าวอาจพ้นจากความรับผิดชอบได้ หากพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเหตุสุดวิสัยหรือเกิดเพราะความผิดของผู้เสียหายเอง

## (ข) ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง

ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงเป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่เกิดขึ้นจากการใช้เหตุผลของศาลในการวินิจฉัยพยานหลักฐาน ซึ่งทำให้ศาลอนุมานได้ว่ามีข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีอยู่อย่างไร เช่น ในคดีที่แพชงของจำเลยขาดลอยไปตามน้ำไหลเชี่ยว ไปกระทบเสาเรือนของโจทก์เสียหาย แม้โจทก์จะไม่มีพยานนำสืบถึงสาเหตุที่ทำให้แพชงของจำเลยขาดหลุดลอยไปตามกระแสน้ำว่าเป็นเพราะเหตุใด เกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยหรือไม่ แต่จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของแพชงมีหน้าที่ต้องระมัดระวังดูแลรักษาแพชงของตน เพราะย่อมเห็นได้โดยธรรมดาว่าแพชงจอดอยู่รมน้ำที่ไหลเชี่ยวย่อมอาจหลุดลอยไปตามกระแสน้ำไป ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นชำรุดเสียหายได้ ดังนั้นจำเลยต้องรับผิดชอบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1206/2500) ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าหากมีข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงซึ่งเป็นประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใดแล้ว เท่ากับเป็นการผลักระการพิสูจน์ไปให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งจำต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำละเมิด หากไม่สามารถนำสืบหักล้างได้ ก็ย่อมตกเป็นฝ่ายแพคดีไปนั่นเอง

กรณีของธุรกิจคลินิกเสริมความงาม เป็นธุรกิจประเภทบริการที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของแพทย์เป็นสำคัญ ซึ่งธุรกิจที่มีความเกี่ยวข้องกับแพทย์นั้น ในบางครั้งการปฏิบัติงานของแพทย์อาจกระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการ อันถือเป็นการกระทำละเมิดก็เป็นได้ การที่ผู้ใช้บริการจะฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายนั้น หากอาศัยหลักการทั่วไปที่ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์ อาจทำให้ผู้ใช้บริการซึ่งถือเป็นผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากความรู้และเทคนิควิธีในทางการแพทย์เป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของแพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางเท่านั้น ผู้บริโภคซึ่งเป็นคนธรรมดาไม่มีความรู้ความชำนาญในทางการแพทย์ไม่อาจทราบได้เลย ทำให้ยากแก่การพิสูจน์ให้ศาลเห็นในเรื่องความเสียหาย ในประเด็นดังกล่าวนี้ ศาลฎีกามีความเห็นเห็นว่า แม้ว่าผู้ใช้บริการจะเป็นโจทก์ฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของแพทย์ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่การกระทำพิสูจน์ตามหลักทั่วไป เนื่องจากมีข้อสันนิษฐานว่าบุคคลผู้เป็นแพทย์ ย่อมมีความเชี่ยวชาญในการรักษา จำต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์อันเป็นข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง ฉะนั้นภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับแพทย์ผู้เป็นฝ่ายกระทำละเมิดในการที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนได้กระทำโดยใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว หากไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็น ก็ต้องถือว่าแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ อันถือเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ผู้ใช้บริการแล้ว ซึ่งกรณีของแพทย์เคยมีคำพิพากษาฎีกาตัดสินเป็นแนวทางเอาไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาแพทย์และเป็นผู้ชำนาญพิเศษ ในแขนงสาขาวิชาศัลยศาสตร์ตกแต่งจากประเทศ

ญี่ปุ่น จำนวนที่ 2 กระทำการผ่าตัดหน้าอกโจทก์ ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลงตามสภาพปกติที่โรงพยาบาลจำนวนที่ 1 หลังผ่าตัดแล้วจำนวนที่ 2 นัดให้โจทก์ไปผ่าตัดแก้ไขที่คลินิกจำนวนที่ 2 อีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อื่น ทำการรักษาต่อโดยเดิมจำนวนที่ 2 ทำการผ่าตัดหน้าอกในวันที่ 12 เมษายน 2537 รักษาตัว ที่โรงพยาบาล 1 วัน วันที่ 13 เมษายน 2537 จำนวนที่ 2 อนุญาตให้โจทก์กลับบ้าน วันที่ 15 เมษายน 2537 จำนวนที่ 2 เปิดแผลพบมีน้ำเหลืองไหลบริเวณปากแผลทรวงอกไม่มีร่องอก มีก้อนเนื้ออยู่บริเวณ รักแร้ด้านขวา เต้านมด้านซ้ายมีขนาดใหญ่กว่าด้านขวา และส่วนที่เป็นหัวนมจะมีบาดแผลที่คล้ายเกิดจากการถูกไฟไหม้ จำนวนที่ 2 รับว่าเกิดจากการผิดพลาดในการผ่าตัดแล้วแจ้งว่าจะดำเนินการแก้ไขให้ จำนวนที่ 2 นัดให้โจทก์ไปทำแผลดูน้ำเหลืองออกจากบริเวณทรวงอก และได้มีการผ่าตัดแก้ไขทรวงอกอีก 3 ครั้งแต่โจทก์เห็นว่าทรวงอกไม่มีสภาพดีขึ้น ประกอบกับระยะเวลาว่างยาวนานจึงเปลี่ยนแพทย์ใหม่ และแพทย์ที่ทำการรักษาต่อจากจำนวนที่ 2 ได้ทำการผ่าตัดเพื่อแก้ไขทรวงอก 3 ครั้ง จนมีสภาพทรวงอกดีขึ้นกว่าเดิม การที่แพทย์ต้องทำการผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำนวนที่ 2 ผ่าตัดตามมีข้อบกพร่องต้องแก้ไข ยิ่งกว่านั้นการที่โจทก์ให้จำนวนที่ 2 ซึ่งเป็นแพทย์เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมด้านเลเซอร์ผ่าตัด แสดงว่าจำนวนที่ 2 มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ การที่จำนวนที่ 2 ผ่าตัดโจทก์เป็นเหตุให้ต้องผ่าตัดโจทก์เพื่อแก้ไขถึง 3 ครั้ง ย่อมแสดงว่าจำนวนที่ 2 ไม่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดและไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงขั้นตอนการรักษาระยะเวลาและกรรมวิธีในการดำเนินการรักษาจนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำนวนที่ 2 ถือได้ว่าจำนวนที่ 2 ทำละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 7452/2541 จำนวนเป็นแพทย์ได้รับแจ้งจากโจทก์ว่ามีเด็กตายในท้องโจทก์ โจทก์จึงยินยอมให้จำนวนทำการขูดมดลูกและทำแท้งให้ แต่การที่จำนวนใช้เครื่องมือแพทย์เข้าไปขูดมดลูกของโจทก์ทำให้มดลูกทะลุ ทั้งที่มดลูกของโจทก์มีลักษณะปกติ มิได้มีลักษณะบางแต่ประการใด ทำให้ลำไส้เล็กทะลักออกมาทางช่องคลอด เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปในช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้ดึงออกมานั่นเอง จำนวนจึงไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นับเป็นความประมาทเลินเล่อของจำนวน ซึ่งต่อมาแพทย์คนอื่นที่ตรวจโจทก์ในภายหลังเห็นว่าหากนำลำไส้ของโจทก์ใส่เข้าไปในร่างกายอีกอาจมีการติดเชื้อในช่องท้อง จึงได้ทำการตัดลำไส้ที่ทะลักออกมาทิ้งไป จำนวนต้องรับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ คดีนี้สูตินรีแพทย์แจ้งว่าคนไข้แท้งเด็กตายในท้อง ต้องทำการขูดมดลูกและทำแท้ง โจทก์ก็ยินยอมให้จำนวนทำการขูดมดลูก จำนวนขูดมดลูกจนมดลูกทะลุและลำไส้ไหลออกมาที่ช่องคลอดยาว 5 เมตร เพราะเครื่องมือ ที่ทำการขูดถือว่าจำนวนขาดความระมัดระวังในระดับต่ำกว่ามาตรฐาน จำนวนจึงผิดสัญญา ผิดละเมิด มาตรา 420 ทั้งตัวเงิน ร่างกาย จิตใจ เจ็บปวดทรมานทุกข์

ทรมานตามมาตรา 446 นอกจากนี้ถ้าเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบตามมาตรา 447 อีกด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 6092/2552 จำเลยที่ 3 มิได้ตรวจดูอาการของโจทก์ตั้งแต่แรกเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลพนมสารคามด้วยตนเอง แต่วินิจฉัยโรคและสั่งการรักษาอาการของโจทก์ตามที่ได้รับรายงานทางโทรศัพท์จากพยาบาลแทนโดยไม่ได้ตรวจสอบประวัติการรักษาของโจทก์ด้วยตนเอง แม้จำเลยที่ 3 จะสอบถามจากพยาบาลก่อนที่พยาบาลจะฉีดยาให้แก่โจทก์เพื่อทำการรักษาก็ตาม ก็มีใช้วิธีของบุคคลผู้มีวิชาชีพเป็นแพทย์จะพึงกระทำไม่ ทั้งห้องแพทย์เวรกับห้องฉุกเฉินที่โจทก์อยู่ห่างกันเพียง 20 เมตร ไม่ปรากฏว่ามีเหตุสุดวิสัยอันทำให้จำเลยที่ 3 ไม่สามารถมาตรวจวินิจฉัยอาการของโจทก์ได้ด้วยตนเองแต่อย่างใด ถือได้ว่าจำเลยที่ 3 ประมาทเลินเล่อ เมื่อพยาบาลฉีดยาปริมาณให้แก่โจทก์ตามที่จำเลยที่ 3 สั่งการ หลังจากนั้นโจทก์มีอาการแพ้ยาอย่างรุนแรง โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์มีอาการเช่นนั้นมาก่อน อาการแพ้ยาดังกล่าวจึงเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 3 ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย อันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์

ความยินยอมของโจทก์ที่ให้จำเลยที่ 3 ทำการรักษา หากการรักษานั้นไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแพทย์ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายโจทก์ ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 3 อันเป็นการกระทำละเมิด จำเลยที่ 3 ก็ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 1 อันเป็นหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบต่อโจทก์ในผลแห่งละเมิดที่จำเลยที่ 3 ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ได้

#### ข. ภาระการพิสูจน์ในเรื่องค่าเสียหาย

การพิสูจน์ในเรื่องค่าเสียหายในมูลหนี้ละเมิดใช้หลักการเช่นเดียวกับการพิสูจน์ค่าเสียหายตามสัญญา คือใช้หลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” ดังที่อธิบายมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 กำหนดดุลพินิจในการเรียกร้องค่าเสียหายเอาไว้ว่าให้กำหนดตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด เพราะฉะนั้นในประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ในค่าเสียหายจึงต่างจากภาระการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหาย ตรงที่ความเสียหายนั้น หากผู้กล่าวอ้างให้อีกฝ่ายรับผิดชอบไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจริง ผู้นั้นก็ต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีไป แต่ในส่วนของค่าเสียหายนั้น การที่โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายมาในคำขอท้ายฟ้อง และจำเลยไม่ได้ให้การถึงในประเด็นนี้ก็ตาม แม้โจทก์ผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงไม่สามารถนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายที่ตนได้รับให้ศาลเห็นได้ ก็ไม่ทำให้โจทก์ต้องแพ้ไปในประเด็นดังกล่าว หากแต่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้โดยพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้นี้อาจไม่เท่ากับจำนวนที่โจทก์เรียกร้องมาในคำขอท้ายฟ้องก็เป็นได้ ตัวอย่างตามคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4805/2553 ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนอาคารและค่าสูญเสียตัวอาคารอันทำให้โจทก์ขาดประโยชน์จากการใช้สอยอาคารหรือนำอาคารออกขายให้แก่ผู้อื่นแม้โจทก์มิได้นำสืบว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวนเท่าใด แต่ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายในส่วนนี้เนื่องจากการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 1 ที่ 2 และที่ 4 ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 909/2497 ค่าเสียหายฐานละเมิดนั้นเมื่อโจทก์สืบไม่ได้ว่าเสียหายเท่าไรนั้นก็เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการละเมิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 6171/2541 จำเลยต่อเติมอาคารตึกแถวของจำเลยมีการต่อเสาเข็มโดยใช้เครื่องจักรกลขนาดใหญ่แรงสั่นสะเทือนทำให้เสาอาคารของโจทก์หัก ผนังและพื้นแตกร้าวก่อนจำเลยได้ก่อสร้างเพิ่มเติมอาคารตึกแถวดังกล่าว จำเลยได้ลงเสาเข็มก่อนทำการก่อสร้างโดยใช้วิธีเจาะเสาเข็มห่างจากแนวรั้วบ้านโจทก์ประมาณ 50 ถึง 100 เซนติเมตร เพื่อรองรับอาคาร ส่วนที่ต่อเติมจำนวนถึง 3 ชั้นซึ่งจะต้องมีการขุดเจาะลงเสาเข็มจำนวนหลายต้น แม้วิธีการขุดเจาะลงเสาเข็มจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดเพียงใดก็ตาม แต่ต้องมีการตอกปลอกเหล็กลงไปในดินก่อนจนถึงดินแข็งซึ่งมีความลึกพอสมควรต่อจากนั้นจึงจะมีการบีบลมเพื่อนำดินออกจากปลอกเหล็กแล้ว จึงตอกอัดเสาเข็มลงไป จึงย่อมจะต้องมีแรงสั่นสะเทือน กระทบต่อบริเวณพื้นที่ใกล้เคียงอยู่บ้างไม่มากก็น้อย มิใช่ว่าวิธีการของจำเลยเป็นวิธีที่ดีที่สุดที่จะทำให้ ไม่มีแรงสั่นสะเทือนเกิดขึ้นเลย ดังนี้เมื่อความเสียหาย ของอาคารตึกแถวโจทก์เกิดจากการกระทำของจำเลย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวต่อโจทก์ แม้ทางนำสืบของโจทก์จะฟังไม่ได้ว่าโจทก์เสียหายตามจำนวนที่ขอมาในฟ้องเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงก็ตาม แต่เมื่อเห็นได้ว่าความเสียหายของโจทก์ยังคงมีอยู่ ศาลย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้ตามความเหมาะสมและพฤติการณ์แห่งรูปคดี

### 3.1.3.2 มาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาคดีแตกต่างจากระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งทั่วไป เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวตราขึ้นเพื่อเอื้อต่อการใช้สิทธิของผู้บริ โภคให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเป็นธรรม สะดวก รวดเร็ว ประหยัดและมีประสิทธิภาพ และในขณะเดียวกันก็เพื่อส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจให้ความสำคัญในเรื่องของคุณภาพสินค้าและบริการมากยิ่งขึ้นด้วย

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 กำหนดนิยามของ “คดีผู้บริ โภค” ไว้ว่าหมายถึง คดีแพ่งระหว่างผู้บริ โภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริ โภคกับ

ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ หรือคดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกันกับคดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ หรือคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกันกับคดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือคดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้ และนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” และ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ว่าหมายถึงผู้บริโภคตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ประกอบการตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ส่วนคำว่า “บริการ” นั้นพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มิได้ให้นิยามความหมายเอาไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร จึงต้องอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งถือเป็นกฎหมายทั่วไปในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ให้นิยามความหมายของคำว่า “บริการ” เอาไว้ว่าหมายถึงการรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

เมื่อพิจารณานิยามศัพท์ต่าง ๆ ข้างต้นประกอบกันแล้วจะเห็นได้ว่า ธุรกิจคลินิกเสริมความงามซึ่งเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ให้บริการ อันมีลักษณะเป็นการรับจัดทำกรงานให้โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงิน กล่าวคือ คัดค่าบริการจากการเข้าใช้บริการทางการแพทย์นั่นเอง ฉะนั้นหลักเกณฑ์และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 จึงมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ในฐานะที่ผู้เข้ารับบริการเป็นผู้บริโภค และเจ้าของธุรกิจเป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั่นเอง

#### 1) การกำหนดค่าเสียหาย

สำหรับในเรื่องค่าเสียหายที่เรียกร้องได้นั้น นอกจากจะเรียกร้องค่าเสียหายดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญาและละเมิดได้แล้ว พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 ยังบัญญัติให้เรียกค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้น (Punitive damages) เป็นการเพิ่มเติมได้อีกด้วย หากครบเงื่อนไขดังต่อไปนี้

#### (1) การกระทำที่ฟ้องร้องเกิดจากผู้ประกอบการธุรกิจกระทำโดย

1. เจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรม หรือ
2. จงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย หรือ



3. ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภค หรือ

4. กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน

(2) ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นนั้น ศาลมีอำนาจกำหนดได้ตามสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น

1. ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ
2. ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ
3. สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ
4. การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น
5. การที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาน้อยเพียงใด

(3) ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นที่ศาลกำหนดให้ นั้นศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด และหากค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนเงินไม่เกิน 50,000 บาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกิน 5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด

(4) มูลกรณีที่ฟ้องร้องกันอาจเป็นเรื่องละเมิดหรือผิดสัญญาก็ได้ และศาลมีอำนาจสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นได้แต่เฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจ จะสั่งให้ผู้บริโภคใช้ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นไม่ได้

(5) การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นเป็นดุลพินิจของศาลที่จะมีอำนาจสั่งได้เอง ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องมีคำขอในส่วนนี้

## 2) ภาระการพิสูจน์

โดยหลักแล้ว ในคดีแพ่งทั่วไปภาระการพิสูจน์จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 “หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในเรื่องการฟ้องเรียกค่าเสียหายตามมูลหนี้สัญญาและละเมิด โดยภาระการพิสูจน์ในคดีผู้บริโภคนั้น โดยทั่วไปก็ใช้หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์ เช่นเดียวกับที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันการผลิตสินค้าหรือบริการ ผู้ประกอบการมีการนำเอาเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่มีความสลับซับซ้อนมาใช้ในการผลิตสินค้า รวมถึงการให้บริการ ซึ่งเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้บริโภค ย่อมเป็นการยากที่ผู้บริโภคจะนำสืบพิสูจน์ให้เห็นถึงรายละเอียดหรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผลิต ออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า หรือการให้บริการได้ เพราะเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าวล้วนอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบการแต่เพียง

ฝ่ายเดียว ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี จึงได้มีการบัญญัติมาตรา 29 ขึ้นมาอันมีหลักการว่า “ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาล เห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็น โดยเฉพาะของกลุ่มความฝ่ายที่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้การระ การพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่แก่กลุ่มความฝ่ายที่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น” โดยสาระสำคัญของ มาตราดังกล่าวบัญญัติขึ้นเพื่อหลักการพิจารณาพิสูจน์ในเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็น โดยเฉพาะของ ผู้ประกอบธุรกิจให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องนำเสนอให้เห็นถึงข้อเท็จจริงในประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ตรงกับความเป็นจริงมากที่สุดอันจะเป็นประโยชน์ในการตัดสินคดีของศาล แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วไป มิได้อยู่ในความรู้เห็นของ ผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะแต่ฝ่ายเดียว การพิสูจน์ในข้อเท็จจริงนั้น ๆ ก็กลับมาใช้หลักทั่วไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 คือ “หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” นั่นเอง

### 3.1.3.3 มาตรการตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551

#### 1) การกำหนดค่าเสียหาย

บทบัญญัติมาตรา 78 ของพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 กำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งแก่ผู้ที่ใช้หรือดำเนินการให้มีการใช้เครื่องมือแพทย์ต่อบุคคลใดเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้ โดยค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้อง ได้แก่ ค่าเสียหายในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย รวมถึงจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยของผู้เสียหายด้วย โดยสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายมีกำหนดอายุความ 3 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้จะฟ้อง ต้องใช้ค่าเสียหาย ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากเครื่องมือแพทย์ หรือการใช้เครื่องมือแพทย์นั้น ตามมาตรา 79 นอกจากนี้เมื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 78 ได้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ย่อมมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากผู้ที่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้ ในส่วนที่เกินจากความรับผิดชอบของตน โดยต้องใช้สิทธิไล่เบี้ยภายใน 3 ปี นับแต่วันที่ตนได้ชำระค่าเสียหาย

#### 2) ภาระการพิสูจน์

ความรับผิดชอบทางแพ่งตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ มาตรา 78 นั้นตั้งอยู่บนหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด กล่าวคือ กำหนดให้บุคคลผู้ที่ใช้หรือดำเนินการให้มีการใช้เครื่องมือแพทย์ต่อบุคคลอื่นอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัย ต้องรับผิดชอบในความเสียหายของบุคคลที่รับ

บริการดังกล่าวอันเกิดจากการใช้เครื่องมือแพทย์นั้น ซึ่งบุคคลที่ให้บริการดังกล่าวจะหลุดพ้นความรับผิดต่อเมื่อพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า 1) คนได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานทางวิชาการนั้นแล้ว หรือ 2) ความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือ 3) เกิดเพราะความผิดของผู้เสียหายนั่นเอง อันเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังจำเลย หากพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ไม่ว่ากรณีใดกรณีหนึ่งใน 3 กรณีที่กล่าวมา จึงจะหลุดพ้นความรับผิด

#### 3.1.3.4 มาตรการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2556

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2556 ปรากฏบทบัญญัติอันเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคอยู่ในมาตรา 7 ที่ให้เพิ่มเติมข้อความที่บัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้ลงใน มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) บริการที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค หมายความว่า บริการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย หรือจิตใจของผู้บริโภค
- 2) คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์บริการ เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบริการนั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค
- 3) ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องพิสูจน์บริการตามคำสั่งของคณะกรรมการ ถ้าผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์บริการหรือดำเนินการล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการจะจัดให้มีการทดสอบหรือพิสูจน์โดยผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ ในกรณีจำเป็นและเร่งด่วน คณะกรรมการอาจออกคำสั่งห้ามให้บริการนั้นเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะทราบผลการทดสอบหรือพิสูจน์บริการนั้น
- 4) ในกรณีที่ผลการทดสอบหรือพิสูจน์ปรากฏว่าบริการใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้
  - (1) ให้ผู้ประกอบธุรกิจปิดประกาศ แจ้ง หรือโฆษณาข่าวสารเกี่ยวกับอันตรายของการบริการนั้น ให้ผู้บริโภคทราบ หรือเกี่ยวกับการดำเนินการตาม (2) หรือ (3) หากผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ให้คณะกรรมการมีอำนาจจัดให้มีการดำเนินการแทนผู้ประกอบธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย
  - (2) ให้ผู้ประกอบธุรกิจแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือปรับปรุงวิธีการให้บริการไม่ให้ เป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค หรือชดเชยค่าบริการให้แก่ผู้บริโภค
  - (3) ห้ามผู้ประกอบธุรกิจให้บริการนั้น

### 3.1.4 มาตรการอื่น ๆ ทางกฎหมาย

นอกจากมาตรการทางกฎหมายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจเสริมความงามอีกอันได้แก่ มาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญา และมาตรการลงโทษทางปกครอง

#### 3.1.4.1 มาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญา

การปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์อาจเป็นการละเมิดต่อผู้ใช้บริการ ซึ่งในบางกรณีถือเป็นความผิดอาญาด้วย อันส่งผลให้นอกจากแพทย์ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในธุรกิจดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการชดเชยค่าเสียหายแล้วยังต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย

ความรับผิดทางอาญามีหลักการสำคัญบัญญัติอยู่ในมาตรา 59 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา หรือกระทำโดยประมาทในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยประมาท หรือมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่เจตนาก็ตาม

การกระทำโดยเจตนา หมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

การกระทำโดยประมาท หมายถึง การกระทำที่มีใจโดยเจตนา แต่กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่ จากความหมายของคำว่าประมาท จำต้องพิจารณาความหมายของคำ 3 คำ ได้แก่ คำว่า “ภาวะ” ซึ่งหมายถึงสภาพในขณะที่กระทำ “วิสัย” หมายถึง สภาพภายในตัวของผู้กระทำ เช่น เพศ อายุ ความเป็นผู้มีวิชาชีพ ฯลฯ และ “พฤติการณ์” หมายถึง เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ โดยต้องพิจารณา 3 ข้อนี้ประกอบกันว่าผู้กระทำซึ่งตกอยู่ในภาวะเช่นนั้นได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ หากมิได้ใช้ให้เพียงพอ ก็ถือว่ากระทำโดยประมาท และหากมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดแม้กระทำโดยประมาท บุคคลนั้นก็ต้องรับโทษทางอาญาด้วย

หลักการดังกล่าวทั้งในเรื่องเจตนาและประมาทที่กล่าวมานั้นย่อมนำมาใช้ในกรณีของการประกอบวิชาชีพแพทย์ในธุรกิจคลินิกเสริมความงามด้วย โดยแพทย์ถือเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอันจะต้องมีมาตรฐานของความระมัดระวังสูงกว่าคนทั่วไป ดังนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการตรวจรักษา วินิจฉัยโรค การผ่าตัด รวมถึงการทำหัตถการต่าง ๆ ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของผู้เป็นแพทย์และพฤติการณ์แวดล้อมในขณะนั้น ตัวอย่างเช่น แพทย์กระทำการผ่าตัดในโรงพยาบาล เปรียบเทียบกับการผ่าตัดกลางป่า ความพร้อมของเครื่องมือเครื่องใช้ย่อมแตกต่างกัน พฤติการณ์แวดล้อมต่างกัน ดังนั้นระดับของความระมัดระวังย่อมไม่เท่ากัน

ความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาในกรณีของแพทย์ อันเกิดจากการประกอบวิชาชีพในธุรกิจคลินิกเสริมความงามส่วนมากมักเป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งมีความผิดอาญาบัญญัติไว้หลายฐานความผิด ได้แก่ แพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการได้รับบาดเจ็บตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 390 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 300 นอกจากนี้ยังมีกรณีที่แพทย์ต้องรับผิดชอบเนื่องจากกระทำโดยเจตนาด้วยเช่นกัน เช่น แพทย์เปิดเผยความลับของคนไข้ ตามมาตรา 323 เป็นต้น

#### 3.1.4.2 มาตรการลงโทษทางปกครอง

ได้แก่ มาตรการในการสั่งปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราวหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบสถานพยาบาล ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในหัวข้อที่ 3.1.1.1.4

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามกฎหมายต่างประเทศ

#### 3.2.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจด้านความงาม

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจนั้น ต่างประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมาย ข้อบังคับ ข้อกำหนด กฎระเบียบขึ้นเพื่อใช้ควบคุม กำกับดูแลธุรกิจเกี่ยวกับความงามโดยเฉพาะ ในที่นี้ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างมาตรการทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบซิวิลลอว์ และประเทศมาเลเซียซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ดังต่อไปนี้

##### 3.2.1.1 สหรัฐอเมริกา

กฎระเบียบเกี่ยวกับการกำจัดขนด้วยเลเซอร์และไอพีแอล (Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011) กฎระเบียบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะควบคุมความปลอดภัยของผู้ป่วยในสถานที่ใด ๆ ที่ให้บริการเลเซอร์หรืออุปกรณ์ทางการแพทย์กำจัดขนที่คล้ายกันในรัฐดูไบของสหรัฐอเมริกา

เลเซอร์ หมายถึง อุปกรณ์ที่ให้กำเนิดลำแสง โดยกระตุ้นการเปลี่ยนแปลงของอิเล็กตรอนหรือโมเลกุลให้อยู่ในระดับพลังงานต่ำ<sup>81</sup>

เลเซอร์สามารถใช้ในการรักษาความหลากหลายของโรคขึ้นอยู่กับความยาวคลื่นของเลเซอร์แต่ละชนิด การจำแนกประเภทเลเซอร์จะถูกแบ่งออกเป็น 4 ระดับตามอันตรายที่อาจเกิดขึ้น

<sup>81</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, article 1.

ของเลเซอร์ ซึ่งมาตรฐานความปลอดภัยระหว่างประเทศเกี่ยวกับเลเซอร์ IEC 825 กำหนดระดับแสงเลเซอร์โดยพิจารณาจากความเป็นอันตรายต่อดวงตา<sup>82</sup>

IPL หรือ Intense Pulsed Light ใช้หลักการของการใช้แสงแฟลชความเข้มข้นสูง ที่เปล่งออกมาในช่วงสั้น ๆ สามารถใช้ในการรักษาได้หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการกำจัดขน รักษาสิ่ว ริวรอย เส้นเลือดฝอย เม็ดสีผิดปกติ เป็นต้น<sup>83</sup>

ข้อปฏิบัติของสถานบริการเกี่ยวกับเลเซอร์และไอพีแอล

สถานบริการจะต้องมีบุคลากรทางการแพทย์ที่ผ่านการรับรองและได้รับใบอนุญาตจากกรมควบคุมสุขภาพ (Health Regulation Department: HRD) ปฏิบัติงานอยู่ในสถานความงามและสุขภาพนั้นเต็มเวลา ภายใต้การกำกับดูแลของแพทย์ โดยแพทย์ไม่จำเป็นต้องอยู่ในสถานที่นั้นด้วยตลอดเวลา แต่ต้องจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกและให้อุปกรณ์ดังกล่าวอยู่ในลักษณะที่พร้อมใช้งาน

สถานความงามที่มีการให้บริการเลเซอร์และ IPL จะต้องเปลี่ยนสถานะมาเป็นสถานบริการเกี่ยวกับสุขภาพที่ได้รับอนุญาตให้มีการให้บริการดังกล่าวได้ เช่น คลินิกพิเศษ (Specialty Clinic) โพลีคลินิก (Polyclinics) ศูนย์ความงามและเลเซอร์ (Cosmetic and Laser centre) เป็นต้น มิฉะนั้น จะต้องหยุดทำการดังกล่าว<sup>84</sup>

สำหรับแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านผิวหนังและศัลยแพทย์พลาสติกสามารถปฏิบัติงานเกี่ยวกับเลเซอร์และ IPL ได้โดยไม่ต้องผ่านการฝึกอบรมเพิ่มเติม ในขณะที่แพทย์เวชศาสตร์ครอบครัวและแพทย์ทั่วไปหากจะปฏิบัติงานในลักษณะดังกล่าวจะต้องผ่านการฝึกอบรมและได้รับใบรับรองเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านเลเซอร์และไอพีแอล นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพ ได้แก่ พยาบาล นักกายภาพบำบัด ผู้ช่วยแพทย์และพยาบาล พนักงานฝึกหัด หากได้รับการฝึกอบรมและได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการกำจัดขนถาวร ก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ภายใต้การควบคุมของแพทย์<sup>85</sup>

ความเสียหายที่พบมากที่สุดของการใช้เลเซอร์และไอพีแอล คือ ความเสียหายต่อดวงตาของผู้ปฏิบัติหน้าที่ ผู้ช่วย และคนไข้ เนื่องจากดวงตาของมนุษย์ไวต่อรังสีเลเซอร์ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีมาตรการ ดำเนินการเพื่อป้องกันการฉายรังสี เลเซอร์มิให้ออกจากห้องปฏิบัติการหรือป้องกันการสะท้อน เช่น การทาสีผนังห้องด้วยสีด้าน ไม่มีพื้นผิวที่เป็นโลหะ ไม่มีไฟสะท้อน

<sup>82</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 1, 2.

<sup>83</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 4.

<sup>84</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 5.1.

<sup>85</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 5.1.

ปิดหน้าต่าง ใช้ผ้าม่านที่มีได้ทำจากวัสดุอันมีคุณสมบัติสะท้อนแสงได้ ใช้เตียงนอนสีขาว หรือปกคลุมด้วยสีขาว ห้องมีอากาศถ่ายเท มีป้ายแสดงความปลอดภัยจากแสงเลเซอร์ปรากฏอยู่หน้าห้องปฏิบัติการ เป็นต้น นอกจากนี้ยังต้องให้คนไข้และบุคลากรผู้ปฏิบัติหน้าที่สวมแว่นที่ทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อป้องกันอันตรายจากแสงเลเซอร์ที่อาจเกิดขึ้นต่อดวงตาด้วย<sup>86</sup>

ผู้ป่วยที่จะเข้ารับการรักษาด้วยเลเซอร์และไอพีแอล จะต้องเข้าพบแพทย์ก่อนเข้ารับการรักษ และต้องมีข้อควรระวังเกี่ยวกับขั้นตอนการเลเซอร์ที่จะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้<sup>87</sup>

1. ข้อมูลคนไข้เกี่ยวกับการเลเซอร์
2. อธิบายแนวทางการดูแลผู้ป่วยในระหว่างขั้นตอนก่อนและหลังเลเซอร์และการกำจัดขนให้ผู้ป่วยรับทราบ
3. ให้แผ่นข้อมูลแก่ลูกค้าเกี่ยวกับข้อควรระวังก่อนและหลังการรักษาด้วยเลเซอร์ รวมถึงภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดจากการรักษาด้วยเลเซอร์
4. รูปถ่ายก่อนและหลังการรักษาซึ่งอาจจะมีประโยชน์ในการตรวจสอบความคาดหวังที่เหมาะสม (ผู้ป่วยอนุญาตและลงชื่อยินยอม)
5. ให้คนไข้ลงชื่อในแบบฟอร์มการให้ความยินยอมในการรักษา กรณีคนไข้อายุต่ำกว่า 18 ปี ต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองลงชื่อให้ความยินยอม

### 3.2.1.2 ประเทศมาเลเซีย

กระทรวงการค้าภายในประเทศของประเทศมาเลเซียได้จัดทำแนวทางปฏิบัติสำหรับธุรกิจความงาม (Guidelines for Beauty Industry) ขึ้นเพื่อเป็นคำแนะนำให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติกรในด้านความงาม นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพและคุณภาพชีวิตของประชาชนด้วย วัตถุประสงค์ของคู่มือดังกล่าวมีดังต่อไปนี้<sup>88</sup>

1. เพื่อเพิ่มความเป็นมืออาชีพและเพื่อป้องกันการเกิดเหตุการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ภายในบริการเสริมความงาม
2. เพื่อส่งเสริมให้บุคลากรปฏิบัติงานให้เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่ดีในการให้บริการหรือการรักษา
3. เพื่อเพิ่มการคุ้มครองผู้บริโภคกับการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมในอุตสาหกรรมความงาม

<sup>86</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 5.2.

<sup>87</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 7.

<sup>88</sup> Guidelines for Beauty Industry, Article 1.

ธุรกิจความงามที่อยู่ได้บังคับของแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนี้ หมายถึง ธุรกิจที่มีจุดมุ่งหมายที่จะรักษาหรือเพิ่มความพึงพอใจทางด้านใบหน้าหรือร่างกาย เช่น การทำเล็บ การกำจัดขนด้วยกระแสไฟฟ้ารวมถึงการแว็กซ์ร้อนหรือเย็นด้วย<sup>89</sup>

ผู้ประกอบการในธุรกิจความงามจะต้องใช้ความระมัดระวังเมื่อมีการให้บริการดังต่อไปนี้ คือ การเลเซอร์ ไอพีแอล (Intense Pulsed Light: IPL) การฝังเข็ม การลดความอ้วน การใช้เครื่องอัลตราโซนิค

คุณสมบัติของบุคลากร<sup>90</sup>

บุคลากรผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านความงามจะต้องผ่านการฝึกอบรมจนมีคุณสมบัติและมีความสามารถที่จะให้บริการดังกล่าวได้ นอกจากนี้ในการให้บริการ บุคลากรผู้ให้บริการจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสินค้าหรือบริการโดยการโฆษณาอันเป็นเท็จหรือหลอกลวงในมาตรฐาน คุณภาพและราคาของสินค้าหรือบริการ

ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับสถานความงาม<sup>91</sup>

1. สถานความงามจะต้องรักษาความปลอดภัยและรักษาสภาพแวดล้อมให้ถูกสุขลักษณะ
2. สถานความงามจะต้องมีโครงสร้างที่เหมาะสมและมีสิ่งอำนวยความสะดวกเพียงพอสำหรับให้บริการตามที่เสนอไว้
3. สถานความงามจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
4. สถานความงามจะต้องแสดงใบอนุญาตให้ปรากฏในสถานประกอบการและอยู่ในที่ที่ลูกค้าสามารถมองเห็นได้

การรักษามาตรฐานทางวิชาชีพและมาตรฐานทางธุรกิจ<sup>92</sup>

1. ผู้ให้บริการจะต้องรักษามาตรฐานทางวิชาชีพและมาตรฐานของธุรกิจให้อยู่ในระดับสูง
2. ผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตนให้เหมาะสมและรักษามารยาทในวิชาชีพ
3. ผู้ให้บริการจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกค้าก่อนที่จะมีการให้บริการ

<sup>89</sup> Guidelines for Beauty Industry, Article 2.

<sup>90</sup> Guidelines for Beauty Industry, Article 3, 6.

<sup>91</sup> Guidelines for Beauty Industry, Article 8.

<sup>92</sup> Guidelines for Beauty Industry, Article 7.



4. ผู้ให้บริการจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกค้าก่อนที่จะมีการถ่ายภาพก่อนและหลังให้บริการสำหรับใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ประสิทธิผลของการรักษา และไม่นำภาพของลูกค้าไปใช้สำหรับการโฆษณาหรือการประชาสัมพันธ์ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของลูกค้า
5. ผู้ให้บริการจะต้องเคารพสิทธิและความเป็นส่วนตัวของลูกค้าและไม่เผยแพร่ข้อมูลของลูกค้า
6. ผู้ให้บริการจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่ผิดกฎหมายและไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานประกอบการใดที่ให้บริการผิดกฎหมาย
7. ผู้ให้บริการจะต้องละเว้นจากการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของเพื่อนร่วมงาน
8. ผู้ให้บริการต้องมีความรู้และสามารถให้ข้อมูล คำแนะนำที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าและบริการต่อลูกค้า ตลอดจนผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นจากใช้สินค้าหรือรับบริการ ถ้าหากมี
9. ผู้ให้บริการจะต้องไม่ดำเนินการรักษาที่อยู่นอกเหนือขอบเขตที่ได้รับการฝึกอบรมและที่มีประสบการณ์
10. ผู้ให้บริการจะต้องสอบถามประวัติทางการแพทย์ก่อนที่จะให้บริการลูกค้าเป็นครั้งแรก เพื่อให้แน่ใจว่าลูกค้าที่เข้ามาใช้บริการนั้นอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือไม่
11. ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ ไม่พึงประสงค์ ผู้ปฏิบัติหน้าที่จะต้องสามารถที่จะระบุได้อย่างรวดเร็ว และพิเคราะห์ถึงความจำเป็นว่ากรณีดังกล่าวควรจะต้องให้อยู่ในความดูแลของแพทย์หรือไม่
12. ผู้ให้บริการต้องแจ้งการกำหนดราคาหรือค่าใช้จ่ายก่อนที่จะมีการรักษาและหลีกเลี่ยงการแจ้งเท็จใด ๆ ที่อาจทำให้ลูกค้าเกิดความเข้าใจผิด
13. ผู้ให้บริการต้องละเว้นจากการเสนอขายสินค้าหรือบริการ หรือการให้ส่วนลดในเชิงรุกที่ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ลูกค้า

### 3.2.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

เนื่องด้วยในปัจจุบันธุรกิจคลินิกเสริมความงามมีอัตราการแข่งขันกันทางธุรกิจค่อนข้างสูง ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายต่างก็นำเอากลยุทธ์ต่าง ๆ มาใช้เพื่อดึงดูดลูกค้า ซึ่งหนึ่งในวิธีการนั้นคือ การโฆษณา เนื่องจากเป็นวิธีการกระจายข้อมูลข่าวสารได้อย่างกว้างขวาง รวดเร็ว และประหยัดกว่าวิธีอื่น ๆ ที่สำคัญคือ โฆษณาก่อให้เกิดความต้องการบริโภคและกำหนดพฤติกรรมของผู้บริโภคได้ ธุรกิจแต่ละแห่งจึงพยายามแข่งขันกันโฆษณาชวนเชื่อให้ผู้บริโภคเห็นว่าบริการของตนดีกว่าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น จนบางครั้งอาจมีการใช้ข้อความอันเป็นเท็จ หลอกลวง ทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด หรือมีการใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคเกิดขึ้นได้

ในบทนี้ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาว่าในประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอว์ และระบบคอมมอนลอว์มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวนี้อย่างไร เพื่อที่จะได้นำมาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร และแนวทางใดเป็นแนวทางที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยในปัจจุบันมากที่สุด ซึ่งจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป โดยในบทนี้ผู้เขียนจะยกตัวอย่างกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอว์ และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ดังต่อไปนี้

### 3.2.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศญี่ปุ่นเน้นการใช้มาตรการด้านกฎหมายของรัฐเป็นหลัก กล่าวคือ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นเป็นผู้มีบทบาทในการคุ้มครองผู้บริโภค มีอำนาจออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายโดยอาศัยโทษทางอาญาเป็นเครื่องมือในการกำกับทำให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าหรือบริการของประชาชน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคพื้นฐานของประเทศญี่ปุ่นที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ The Consumer Protection Fundamental Act (Law No. 78, enacted May 30, 1968) โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวตราขึ้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1968 มีลักษณะเป็นกฎหมายที่วางรากฐานในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการพื้นฐาน มีวัตถุประสงค์เพื่อคงไว้ซึ่งเสถียรภาพและการปรับปรุงคุณภาพชีวิตของผู้บริโภค โดยกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบขององค์กรที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ รัฐ รัฐบาลท้องถิ่นและผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งวางมาตรฐานการคุ้มครองผู้บริโภคครอบคลุมหลายด้าน เช่น ในด้านการควบคุมฉลาก การป้องกันอันตรายอันเกิดจากสินค้าหรือบริการ การกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้ผู้บริโภคเสียเปรียบจากการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ การสร้างการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมการประชาสัมพันธ์ด้านการศึกษา รวมถึงการรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชน เป็นต้น

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยรัฐตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคของญี่ปุ่น มีอยู่ 9 ประการ ดังนี้<sup>93</sup>

1. การป้องกันอันตรายจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ
2. มาตรการด้านความเที่ยงตรงในเรื่องน้ำหนักและการวัดเพื่อมิให้ผู้บริโภคเสียเปรียบจากการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ
3. การสร้างมาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับสินค้าและบริการ

<sup>93</sup> Section 2 Measures Concerning Consumer Protection, Article 7-15.

4. การควบคุมฉลากสินค้า
5. การประกันความเป็นธรรมและการแข่งขันเสรีทางการค้า
6. การส่งเสริมพัฒนาองค์ความรู้และการประชาสัมพันธ์ด้านการศึกษา
7. การรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชน
8. การจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับทดสอบและตรวจสอบสินค้า
9. การก่อตั้งระบบการร้องเรียนเพื่อให้ผู้บริโภคมีช่องทางในการเรียกร้องเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคตาม The Consumer Protection Fundamental Act มีอยู่ 4 หน่วยงาน ดังต่อไปนี้

1. องค์กรการบริหารการจัดการด้านการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค จัดตั้งโดยรัฐและรัฐบาลท้องถิ่น
2. องค์กรผู้บริโภค จัดตั้งขึ้นโดยกลุ่มผู้บริโภค
3. สภาคู่มือผู้บริโภค เป็นหน่วยงานภายใต้กำกับของสำนักนายกรัฐมนตรี ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากผู้แทน และมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน มีหน้าที่วางแผนด้านนโยบายและดำเนินการที่จำเป็นตามนโยบายดังกล่าว
4. สถานนโยบายสังคม มีฐานะเป็นสภาที่ปรึกษาของสภาคู่มือผู้บริโภคและมีส่วนเสนอกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคต่อรัฐสภา

การระงับข้อพิพาทตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคพื้นฐานมีการวางระบบการร้องเรียนที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงการเยียวยาและชดเชยความเสียหายได้ โดยหน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่ดังกล่าว ได้แก่ หน่วยงานเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคแห่งชาติ (National Center for Consumer Affairs: NCCA) ทำหน้าที่ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค รวมทั้งเป็นศูนย์กลางกระจายข้อมูลไปยังศูนย์ผู้บริโภคในท้องถิ่น ซึ่งศูนย์ในท้องถิ่นเหล่านี้ก็จะทำหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์และระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคโดยวิธีเจรจาไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องให้ข้อมูลและรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของตนให้มีความละเอียดมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายมีโอกาสเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นและอาศัยข้อมูลดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีกับผู้ประกอบธุรกิจได้ง่ายขึ้นกว่าเดิม

การจัดระเบียบการควบคุมกิจการโฆษณาของประเทศญี่ปุ่นนั้น ส่วนใหญ่เป็นการควบคุมโดยทางราชการ ซึ่งการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของประเทศญี่ปุ่น ส่วนใหญ่มีที่มาจาก Law Against Unfair Competition of 1909 (UWG) ของประเทศเยอรมนี โดยกฎหมายหลักที่ใช้

ในการคุ้มครองผู้บริโภคมีอยู่ด้วยกัน 2 ฉบับ คือ Unfair Competition Prevention Law 1934 และ Law for Preventing Unjustifiable Lagniappes and Misleading Representation 1972 ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

1) Unfair Competition Prevention Law 1934

Unfair Competition Prevention Law 1934 เป็นบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค มีการกำหนดขอบเขตของการกระทำที่ถือเป็นการผิด อันเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมเอาไว้ดังต่อไปนี้<sup>94</sup>

ก. การโฆษณาด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง

ข. การโฆษณาด้วยข้อความที่ก่อให้เกิดการเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างรายงานทางวิชาการหรือสถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง

ค. การโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง หรือข้อความที่รู้อยู่แล้วว่าก่อให้เกิดการเข้าใจผิด เช่นว่านั้น

ง. ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือทางอ้อม ให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ

จ. ข้อความที่ทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

ฉ. ข้อความที่ทำให้บุคคลอื่นเข้าใจผิดในฐานะ การเงิน กิจการ เอกสาร การบัญชี สิทธิในชื่อเสียงทางธุรกิจโดยเป็นเท็จหรือเกินความจริง

ช. ข้อความที่เป็นเท็จเพื่อให้เสียความเชื่อถือในสถานที่การค้าสินค้า อุตสาหกรรม หรือพาณิชยกรรมของผู้หนึ่งผู้ใด โดยมุ่งประโยชน์แก่การค้าของตน

ถ้าหากการกระทำที่กล่าวมาข้างต้น ผู้กระทำได้ทำไปโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในบรรดาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งความรับผิดชอบในกรณีฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษทางอาญา คือ จำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 200,000 เยน (เท่ากับ 64,280 บาท)<sup>95</sup> และหากผู้กระทำเป็นนิติบุคคล กรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้

<sup>94</sup> From *ESH Law Bulletin Series 6*, by Unfair Competition Prevention Law, 1934.

<sup>95</sup> 100 เยน เท่ากับ 32.14 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ. 2557.

สำหรับการกระทำความคิดนั้น ๆ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนได้เสียในการกระทำความคิดของนิติบุคคลนั้น และศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดต้องดำเนินการด้วยมาตรการอันเป็นการเยียวยาหรือแก้ไขบรรดาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ประกอบการหรือทำให้ชื่อเสียงทางธุรกิจกลับคืนดั้งเดิมได้ด้วย<sup>96</sup> แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวหากได้กระทำไปโดยสุจริตหรือเป็นปกติทางการค้า ผู้กระทำย่อมได้รับการยกเว้นโทษ ตัวอย่างเช่น การโฆษณาที่บุคคลทั่วไปรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นจริงได้อย่างแน่แท้

## 2) Law for Preventing Unjustifiable Lagniappes and Misleading Representation 1972

Law for Preventing Unjustifiable Lagniappes and Misleading Representation 1972 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสิทธิของผู้บริโภคอันเนื่องมาจากการถูกเอาเปรียบในทางเศรษฐกิจหรือการผูกขาดทางการค้า ทำให้ผู้บริโภคต้องเสียประโยชน์ในทางทรัพย์สิน เช่น จำต้องซื้อสินค้าในราคาแพงเกินสมควร เป็นต้น

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมโฆษณาตามกฎหมายดังกล่าว เรียกว่า คณะกรรมการเพื่อความเป็นธรรมทางการค้า (Fair Trade Commission) ซึ่งทำหน้าที่ในการกำหนดราคาขั้นต่ำของสินค้าและบริการที่จำเป็น และควบคุมการโฆษณาว่าจะต้องไม่ใช่ข้อความอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ หรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่ไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง และข้อความอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ในการควบคุมการโฆษณาที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ Law for Preventing Unjustifiable Lagniappes and Misleading Representation 1972 กำหนด กฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติให้อำนาจแก่ Fair Trade Commission ในการออกคำสั่งดังต่อไปนี้ เพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการโฆษณานั้น ๆ

- ก. สั่งแก้ไขข้อความหรือวิธีการโฆษณา
- ข. ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- ค. ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีดังกล่าวในการโฆษณา
- ง. ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด ในการออกคำสั่งให้คณะกรรมการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการโดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภค ประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้โฆษณา

<sup>96</sup> การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 108-109). เล่มเดิม.

ในกรณีที่คณะกรรมการมีเหตุอันควรสงสัยว่าข้อความใดที่ใช้ในการโฆษณาเป็นเท็จหรือเกินจริง ให้คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำการโฆษณาพิสูจน์เพื่อแสดงความจริงได้ในกรณีที่ผู้กระทำการโฆษณาอ้างรายงานทางวิชาการ ผลการวิจัยสถิติ การรับรองของสภาหรือบุคคลอื่นใด หรือยืนยันข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง หรือในการโฆษณา ถ้าผู้กระทำไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อความที่ใช้ในการโฆษณาเป็นความจริงตามที่กล่าวอ้าง คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นได้

นอกจากนี้ถ้าผู้ประกอบการสงสัยว่าการโฆษณาของตนจะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว ผู้ประกอบการผู้นั้นอาจขอให้คณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องนั้นก่อนทำการโฆษณาได้ ในกรณีนี้คณะกรรมการจะต้องให้ความเห็นและแจ้งให้ผู้ขอทราบภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการได้รับคำขอ ถ้าไม่แจ้งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคณะกรรมการเห็นชอบด้วยในการโฆษณานั้น การขอความเห็นและการให้ความเห็นให้ไปไปตามระบบที่คณะกรรมการกำหนด และการให้ความเห็นของคณะกรรมการไม่ถือเป็นการตัดอำนาจของคณะกรรมการที่จะพิจารณาวินิจฉัยใหม่ให้เป็นอย่างอื่นในเมื่อมีเหตุอันสมควร<sup>97</sup>

สำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้กระทำจะต้องรับโทษในทางอาญาซึ่งมีอัตราโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 เยน (เท่ากับ 64,280 บาท) กรณีผู้กระทำการฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคล กรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย

### 3.2.1.2 สหรัฐอเมริกา

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Federal Trade Commission Act 1914 กฎหมายฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างเอกชนเป็นหลัก เนื่องจากมีแนวคิดว่าการควบคุมสถานะตลาดให้ไปไปตามกลไกปกติตามธรรมชาติย่อมทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติ

องค์กรของรัฐที่มีส่วนสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคในระดับชาติของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ คณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Trade Commission: FTC) ประกอบด้วยคณะกรรมการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของสภาสูง และคณะกรรมการไม่ต่ำกว่า 3 คนจากสมาชิกพรรคการเมือง คณะกรรมการมีอายุการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 7 ปี และคณะกรรมการอาจเลือกประธานกรรมการจากองค์คณะคนหนึ่งให้เป็นประธาน

<sup>97</sup> แหล่งเดิม. (น. 111-112).

ที่สำคัญคือกรรมการจะต้องไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพ หรือลูกจ้างที่รับจ้างงาน กรณีกรรมการคนใดละเลยต่อหน้าที่ หรือไร้ความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ ประธานาธิบดี มีอำนาจถอดถอนหรือปลดกรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งได้ โดยผลแห่งการดังกล่าว ไม่กระทบกระเทือนต่อการดำเนินงานของคณะกรรมการซึ่งยังคงดำเนินต่อไป<sup>98</sup>

นอกจากองค์กรของรัฐแล้ว องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคที่มีลักษณะเป็นสมาคมหรือ สหพันธ์ระดับชาติต่างก็มีส่วนในการคุ้มครองผู้บริโภคเช่นกัน โดยกิจกรรมหลักขององค์กร ดังกล่าวได้แก่ การเผยแพร่ข้อมูลผ่านสื่อชนิดต่าง ๆ การนำเสนอแนวทางต่อพรรคการเมืองหรือ รัฐสภา เพื่อออกกฎหมายและเป็นศูนย์รวมของผู้บริโภค แต่องค์กรเหล่านี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการ ฟ้องคดีแทนผู้บริโภค เนื่องจากคดีผู้บริโภคเป็นหน้าที่ของผู้บริโภคที่จะต้องดำเนินการฟ้องคดีเอง หรือมีเจตนาให้อัยการของรัฐหรือสหพันธรัฐฟ้องร้องให้ นอกจากนี้ยังมีการภาคธุรกิจเอกชน เช่น สำนักธุรกิจที่ดีขึ้น (Better Business Bureau: BBB) ก็มีส่วนในการคุ้มครองผู้บริโภคเช่นกัน ในแง่ ของการรับเรื่องราวที่ผู้บริโภคร้องเรียนและดำเนินการประสานกับธุรกิจที่ถูกร้องเรียนเพื่อให้มีการ แก้ไขปัญหาหาก่อนถึงขั้นฟ้องร้องคดีกับ Better Business Bureau มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบ พฤติกรรมของธุรกิจด้วยกัน และเสนอแนะให้ปรับปรุงแก้ไขเพื่อดำรงความเป็นธรรมในตลาดที่มี การแข่งขันไว้นั่นเอง” นอกจากนี้ ด้วยความที่สหรัฐอเมริกาให้ความสนใจในเรื่องของสิทธิของ ตนเองและมีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าประชาชนในประเทศอื่น การรวมตัว กันของผู้บริโภคในสหรัฐอเมริกาก็ค่อนข้างมีพลัง การก่อตั้งขึ้นขององค์กรอิสระเพื่อคุ้มครอง ผู้บริโภคจึงเกิดขึ้นได้ไม่ยาก โดยปัจจุบันสหรัฐอเมริกามีองค์กรอิสระเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ได้แก่ สภาอเมริกันเพื่อผลประโยชน์ของผู้บริโภค (American Council on Consumer Interests: ACCI) สมาพันธ์ผู้บริโภคอเมริกา (Consumer Federation of America) สหพันธ์ผู้บริโภคอเมริกา (Consumer Union of U.S Inc.) เป็นต้น

Federal Trade Commission Act 1914 มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการป้องกันการแข่งขัน ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่ง สหพันธรัฐ (FTC) มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการควบคุมในเรื่องการโฆษณาทุกประเภทด้วย ทั้งนี้ เพราะการโฆษณาถือเป็นพฤติกรรมทางการค้าอย่างหนึ่งที่สามารถก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในตลาด และกระทบถึงผู้บริโภคโดยตรง ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งโฆษณาว่าสินค้าของตน

<sup>98</sup> Federal Trade Commission 1914, Section 41.

<sup>99</sup> จาก ร่างพระราชบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. .... กรณีศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรอังกฤษ (เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมาย ของสมาชิกรัฐสภา เล่มที่ 7) (น. 72-73), โดย สุขุม สุกนิษฐ์, 2545, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

มีคุณภาพดีกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งการโฆษณาดังกล่าวไม่เป็นความจริงแต่อย่างใด ทั้งการโฆษณาดังกล่าวยังส่งผลให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถขายสินค้าของตนได้ ทำให้ผู้ประกอบการได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า สามารถร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (FTC) ได้ แม้ว่าในภาคเอกชนจะมีสมาคมธุรกิจโฆษณา (The American Association of Advertising Agencies) สมาคมนักโฆษณา (The Association of National Advertisers) และมีการควบคุมในด้านโฆษณาในระดับหนึ่ง โดยมีการตรวจสอบมิให้ผู้กระทำการโฆษณาใช้ข้อความในการโฆษณาที่ไม่ถูกต้อง หากตรวจพบก็จะมีคำสั่งให้แก้ไขหรืองดเว้นการกระทำดังกล่าว แต่คำสั่งของสมาคมไม่ใช่กฎหมายและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายอันแตกต่างจากคณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (FTC) ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรองรับให้อำนาจในการควบคุมกำกับดูแลกิจการโฆษณาทุกประเภท

การโฆษณาที่ถือว่าเป็นพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีดังต่อไปนี้

#### 1) โฆษณาที่เป็นเท็จ

โฆษณาอย่างไรที่จะถือว่าเป็นเท็จนั้นกฎหมายมักกำหนดหลักเกณฑ์ ถ้อยคำเอาไว้อย่างกว้างเพื่อให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยตีความตามความเหมาะสมของสภาพเศรษฐกิจและสังคม โดยโฆษณาที่เป็นเท็จนั้น อาจอธิบายได้ว่า ความจริงเป็นอย่างหนึ่ง แต่ถ้อยคำข้อความที่แสดงออกมาเป็นอีกอย่างหนึ่งไม่ตรงกับความจริงในขณะนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ข้อความใดจะเป็นความเท็จได้ต้องเป็นข้อความอันเกี่ยวข้องกับเรื่องในอดีตหรือปัจจุบันเท่านั้น ข้อความที่เป็นการแสดงความคิดเห็นหรือเป็นเรื่องในอนาคต โดยสภาพอาจเป็นความเท็จได้

ในการฟ้องผู้ประกอบการฉ้อโกงโฆษณาโดยใช้ข้อความเท็จนั้น หากจะให้ผู้บริโภคมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าข้อความดังกล่าวเป็นเท็จอย่างไรแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความยากลำบากและไม่เหมาะสม ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้เนื่องจากผู้ผลิต ผู้ประกอบการเป็นผู้ผลิตสินค้าและบริการนั้นขึ้นมาย่อมรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าและบริการของตนมากกว่าผู้บริโภค จึงรู้ดีว่าสิ่งใดจริงสิ่งใดเท็จ ฉะนั้น กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ในเรื่องโฆษณาที่เป็นเท็จตกอยู่กับผู้ประกอบการให้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าข้อความดังกล่าวเป็นความจริงเพียงใด ซึ่งกรณีนี้เป็นการช่วยให้ผู้ประกอบการเกิดความตระหนักและคำนึงถึงผลกระทบที่จะตามมาก่อนการตัดสินใจโฆษณาข้อความใด ๆ อีกด้วย



## 2) โฆษณาที่ก่อให้เกิดการเข้าใจผิด

การโฆษณานั้น แม้จะมีได้ใช้ข้อความใด ๆ อันเป็นเท็จเลย หากแต่ใช้ข้อความที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิด สับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการ เช่น ปกปิดข้อเท็จจริงในบางส่วน ให้ความสำคัญกับข้อความเพียงบางส่วน โฆษณาเคลือบคลุมไม่แน่นอนว่าจะตีความไปในทางใด ก็ถือเป็นการกระทำอันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าอย่างหนึ่ง กฎหมายจึงได้วางหลักเกณฑ์ว่าโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคแม้จะใช้ข้อความที่เป็นจริงหรือไม่ก็ตาม ก็ถือเป็นโฆษณาเท็จเช่นกัน

การจะถือว่าโฆษณาใดเป็นโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือไม่ เดิมอาศัยหลักวิญญูชนและยึดหลักที่ว่าโฆษณาที่จะถือว่าก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคได้ โฆษณานั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนส่วนมาก แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมที่ผู้รับข้อมูลข่าวสารประกอบไปด้วยบุคคลทุกเพศทุกวัยซึ่งมีวิจารณญาณไม่เท่ากัน ปัจจุบันจึงได้เปลี่ยนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นว่า โฆษณาที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดนั้นไม่จำเป็นต้องมีผู้หลงผิดตามคำโฆษณานั้นแล้วจริง ๆ หรือต้องมีผู้หลงผิดเป็นจำนวนมากแต่อย่างใด หากโฆษณานั้นเพียงแต่มีแนวโน้มว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่บุคคลจำนวนหนึ่ง ก็ถือว่าเป็นโฆษณาที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดแล้ว

## 3) โฆษณาที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ต้องเปิดเผย

บางกรณีมีกฎหมายบังคับไว้ให้ผู้โฆษณาต้องระบุข้อความบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย หากผู้โฆษณาฝ่าฝืน โฆษณานั้นย่อมเป็นโฆษณาที่ต้องห้ามตามกฎหมาย การบังคับให้ผู้โฆษณาต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ส่วนใหญ่มักใช้บังคับกับสินค้าที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้บริโภคอย่างร้ายแรง เช่น ยา อาหาร บุหรี่ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1970 FTC ได้เริ่มมีการใช้มาตรการบังคับให้การโฆษณาบุหรี่ต้องพิมพ์คำเตือนต่อสุขภาพไว้บนซองบุหรี่ทุกซอง<sup>100</sup>

## 4) โฆษณาที่ไม่เป็นธรรม

โฆษณาที่ไม่เป็นธรรมเป็นโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งถือเป็นโฆษณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การโฆษณาขายบ้านจัดสรรสำหรับอยู่อาศัยโดยมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าความจริงแล้วมีเฉพาะบ้าน ยังไม่ได้มีการติดตั้งน้ำประปาและไฟฟ้า

<sup>100</sup> From *Control of Advertising in the United States and Germany* (p. 1979), by Warren, S. Grimes, 1971, อ้างถึงใน *การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 87). เล่มเดิม.

ทั้งยังไม่มีถนนตัดผ่านเข้าถึงตัวบ้าน โฆษณาเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค อันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย

คณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (FTC) มีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการในเรื่องดังต่อไปนี้

1) นับ ชั่ง ตวง วัด ตรวจสอบสินค้า และเก็บหรือนำสินค้าในปริมาณพอสมควรไปเป็นตัวอย่าง เพื่อทำการทดสอบโดยไม่ต้องชำระราคาสินค้า

2) ค้น ยึด หรืออายัดสินค้า ภาชนะหรือหีบห่อบรรจุสินค้า ฉลาก หรือเอกสารอื่นที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีในกรณีที่มีเหตุสงสัยว่ามีการกระทำผิดตามกฎหมาย

3) เข้าไปในสถานที่หรือยานพาหนะใด ๆ เพื่อตรวจสอบการผลิตสินค้า การขายสินค้า หรือบริการ รวมทั้งตรวจสอบสมุดบัญชี เอกสาร และอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องของผู้ประกอบธุรกิจ ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำผิดตามกฎหมายนี้

4) มีหนังสือเรียกบุคคลใด ๆ มาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารและหลักฐานที่จำเป็นเพื่อประกอบการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่

5) พิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ

6) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้านั้นได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค ถ้าผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้า หรือดำเนินการล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร คณะกรรมการจะจัดให้มีการพิสูจน์โดยผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ และถ้าผลจากการทดสอบหรือพิสูจน์ปรากฏว่าสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค และกรณีไม่อาจป้องกันอันตรายที่จะเกิดจากสินค้านั้นได้ คณะกรรมการย่อมมีอำนาจสั่งห้ามขายสินค้านั้น และถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนแปลงสินค้านั้นภายใต้เงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดก็ได้ ในกรณีที่สินค้านั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ หรือเป็นที่สงสัยว่าผู้ประกอบธุรกิจจะเก็บสินค้านั้นไว้เพื่อขายต่อไป คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจทำลายหรือจัดให้มีการทำลายโดยผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ และในกรณีที่จำเป็นและเร่งด่วน ถ้าคณะกรรมการมีเหตุที่น่าเชื่อว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งห้ามขายสินค้านั้นเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะได้มีการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้า

7) แจ้งหรือโฆษณาข่าวสารเกี่ยวกับสินค้า หรือบริการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้บริโภคซึ่งในการนี้จะระบุชื่อสินค้าหรือบริการหรือชื่อของผู้ประกอบธุรกิจด้วยก็ได้

8) ดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค

9) เสนอความเห็นต่อประธานาธิบดีเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค

10) กำหนดให้การโฆษณาสินค้าหรือบริการต้องให้ข้อเท็จจริงในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่า การโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้นผู้บริโภคจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพ ฐานะ และรายละเอียดอย่างอื่นเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจด้วย

11) กำหนดการโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำกำกับชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณา ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าการโฆษณาเช่นนั้น ผู้บริโภคควรทราบว่าเป็นการโฆษณา

12) แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา

13) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในโฆษณา

14) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา

15) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้น

16) ในกรณีที่คณะกรรมการมีเหตุอันควรสงสัยว่าข้อความใดที่ใช้ในการโฆษณาเป็นเท็จหรือเกินความจริง คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้โฆษณาพิสูจน์เพื่อแสดงความจริงได้ และในกรณีที่ผู้กระทำการโฆษณาอ้างรายงานทางวิชาการ ผลการวิจัย สถิติการรับรองของสถาบัน หรือบุคคลใด ๆ หรือยืนยันข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดในการโฆษณา ถ้าผู้กระทำการโฆษณาไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อความที่ใช้ในการโฆษณาเป็นความจริงตามที่กล่าวอ้าง คณะกรรมการย่อมมีอำนาจสั่งการตามความในข้อ 12,13,14 หรือ 15 ก็ได้

17) ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรเข้าดำเนินการเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค หรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนใหญ่ ให้คณะกรรมการมีอำนาจดำเนินคดีนั้นได้<sup>101</sup>

<sup>101</sup> From *United States Code Annotated Title 15* (pp. 166-184), by Federal Trade Commission Act 1914, 1973, อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 87-90).

บทกำหนดโทษสำหรับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย กล่าวคือ โฆษณาที่มีข้อความ เป็นเท็จ หรือเกินความจริง หรือเป็นการหลอกลวง หรือทำให้หลงผิดนั้น มีโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ (คิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 163,650 บาท)<sup>102</sup> หรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ และ ถ้าหากการกระทำการฝ่าฝืนดังกล่าวมิใช่การกระทำในครั้งแรก (เคยกระทำผิดมาก่อนแล้ว) ผู้นั้น จะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ (คิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 327,300 บาท) หรือจำคุก ไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับสื่อโฆษณาต่าง ๆ หากได้กระทำการโฆษณาฝ่าฝืนต่อ บทบัญญัติกฎหมายก็ต้องรับโทษในอัตราเดียวกับที่กล่าวข้างต้น เว้นแต่จะยินยอมเปิดเผยชื่อและที่ อยู่ของผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่าย ผู้ขาย หรือตัวแทนผู้โฆษณาที่เป็นต้นเหตุของการ โฆษณาดังกล่าว<sup>103</sup>

3.2.3 มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้ บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

ธุรกิจคลินิกเสริมความงามเป็นบริการทางการแพทย์อันต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญ ของผู้มีความชำนาญเฉพาะทาง ซึ่งการให้บริการของธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้บริโภคได้ ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของคุณภาพการให้บริการ หรือความปลอดภัยของผู้บริโภคก็ตาม ซึ่ง ความเสียหายจากการให้บริการทางการแพทย์นี้ผลวิจัยทั่วโลกชี้ว่ายังไม่มีประเทศใดสามารถ ป้องกันมิให้เกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้นอย่างสมบูรณ์ได้ ทำได้เพียงแต่เยียวยาความเสียหายที่ เกิดขึ้นให้ผู้บริโภคได้รับการชดเชยเยียวยาอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมมากที่สุด ซึ่งในบทนี้จะ กล่าวถึงมาตรการในการเยียวยาความเสียหายจากการใช้บริการทางการแพทย์ซึ่งรวมถึงธุรกิจคลินิก เสริมความงามด้วยว่าในต่างประเทศมีวิธีเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างไร โดยจะขอยกตัวอย่าง ประเทศที่ใช้ระบบชดเชยได้แก่ ประเทศสวีเดน และประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศแคนาดา และ นิวซีแลนด์ ดังต่อไปนี้

#### 3.2.3.1 ราชอาณาจักรสวีเดน

ราชอาณาจักรสวีเดนมีการปกครองระบบรัฐสภาที่มีกษัตริย์เป็นประมุข มีการแบ่งการ ปกครองออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ รัฐบาลระดับชาติ ระดับเขต และระดับเทศบาล สำหรับในด้าน บริการสุขภาพนั้นเป็นหน้าที่ของสภาเขต (Country Council) เป็นผู้ดูแลไม่ว่าจะเป็น โรงพยาบาล ของรัฐ รวมตลอดถึงการให้บริการจากภาคเอกชนด้วย โดยการคลังสุขภาพของราชอาณาจักร สวีเดนมีที่มาจาก 3 แหล่ง คือ ภาษีทั้งจากส่วนกลาง ระดับเขตและระดับท้องถิ่น จากประกันสังคม และจากภาคเอกชน

<sup>102</sup> 1 ดอลลาร์สหรัฐ คิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 32.73 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ. 2557.

<sup>103</sup> Federal Trade Commission 1914 section 52(a) and section 54.

การชดเชยความเสียหายที่เกิดจากบริการทางการแพทย์ในราชอาณาจักรสวีเดน ใช้ระบบชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด โดยเริ่มแรก ในปี ค.ศ. 1975 ราชอาณาจักรสวีเดนเริ่มทดลองในลักษณะเป็นโครงการสมัครใจก่อน ซึ่งทั้งภาครัฐและภาคเอกชนสามารถเข้าร่วมโครงการได้โดยจ่ายเบี้ยประกันให้แก่องค์กรประกันที่รวมตัวกันให้การประกันกรณีเกิดความเสียหายที่หลีกเลี่ยงได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 จึงกลายเป็นนโยบายภาคบังคับ Patient Injury Act 1997

ระบบชดเชยผ่านการบริหารจัดการของราชอาณาจักรสวีเดนสามารถแยกพิจารณาเป็นรายประเด็นได้ดังต่อไปนี้

#### 1) หลักเกณฑ์สำคัญ

การพิจารณาชดเชยความเสียหาย ราชอาณาจักรสวีเดนใช้หลัก “ความเสียหายที่หลีกเลี่ยงไม่ได้” หรือหลัก “กฎของผู้เชี่ยวชาญ” แทนหลักประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ ไม่ได้มองว่าความเสียหายนั้นเกิดเพราะความผิดพลาด หรือความประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการหรือไม่ การให้บริการได้กระทำโดยต่ำกว่ามาตรฐานที่เกิดขึ้นกับผู้รับบริการอื่น ๆ ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ แต่มองว่าเหตุการณ์นั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้ภายใต้สภาวะการณ์หรือระบบที่เหมาะสมหรือไม่ ถ้าสามารถหลีกเลี่ยงได้ ก็ต้องชดเชยความเสียหายดังกล่าว ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นการยกระดับมาตรฐานของผู้บริการให้สูงขึ้น เพื่อให้ผู้ป่วยมีโอกาสได้รับการชดเชยความเสียหายมากขึ้น นอกจากนี้อีกหลักหนึ่งที่น่าสนใจใช้พิจารณาตัดสิน ได้แก่ “หลักทางเลือกในการรักษาหรือบริการ”<sup>104</sup> กล่าวคือในการรักษาหรือให้บริการนั้นหากยังมีทางเลือกอื่นที่มีประสิทธิภาพมากกว่า ได้ผลดีกว่า หลีกเลี่ยงต่อความเสียหายได้มากกว่า แต่กลับไม่เลือกทางดังกล่าว เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ผู้ป่วยก็ชอบที่จะได้รับการชดเชย โดยแหล่งที่มาของเงินชดเชยนั้น กรณีผู้ให้บริการภาครัฐ แหล่งที่มาของเงินได้จากภาษีของประชาชนในระดับเขต และจ่ายให้กับบริษัทประกันภัยร่วมของเขต (Country Council Mutual Insurance Company หรือ CCMIC) ตามสัดส่วนประชากรที่รับผิดชอบ ส่วนผู้ให้บริการในภาคเอกชนจะต้องซื้อประกันจากบริษัทประกันภัยเอกชน อันถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม

<sup>104</sup> จาก *ประสบการณ์ต่างแดน ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข* (น. 54), โดย ลือชัย ศรีเงินขวง, นฤพงค์ ภักดี, จิราพร ชมศรี และจเร วิชาไทย, 2553, นนทบุรี: วันดีคืนดี.

## 2) ผู้มีสิทธิขอรับการชดเชย

ผู้มีสิทธิได้รับการชดเชยในความเสียหาย ได้แก่ ผู้ป่วยหรือผู้ที่เชื่อว่าตนได้รับความเสียหายจากการรับบริการ และหากผู้นั้นต้องเสียชีวิตหรือทุพพลภาพ สมาชิกในครอบครัวของบุคคลดังกล่าวสามารถยื่นขอรับการชดเชยแทนได้

## 3) ผู้ทำหน้าที่พิจารณาเรื่องขอรับการชดเชย

หน่วยงานที่ทำหน้าที่พิจารณาในเรื่องขอรับการชดเชย ได้แก่ องค์กรของรัฐที่เรียกว่า สมาคมประกันภัยผู้ป่วยสวีเดน (Swedish Patient Insurance Association) โดยผู้พิจารณาคำขอรับการชดเชยจะเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์หรือด้านกฎหมาย ซึ่งมักจะมีผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์เฉพาะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การพิจารณาอาจมีการสัมภาษณ์ผู้เสียหาย หรือร้องขอข้อมูลทางการแพทย์และเวชระเบียน โดยตรงจากผู้ให้บริการและสถานพยาบาลที่เกี่ยวข้อง เมื่อมีข้อมูลเพียงพอแล้วจะพิจารณาตัดสินว่าเข้าเกณฑ์ควรได้รับชดเชยหรือไม่ เมื่อได้ตัดสินแล้ว ผู้พิจารณาจะแจ้งให้ผู้เสียหายทราบ หากปฏิเสธให้การชดเชยก็จะแจ้งผู้ป่วยพร้อมคำอธิบายว่าเหตุใดจึงไม่ได้รับบริการชดเชย<sup>105</sup> โดยในราชอาณาจักรสวีเดนนั้น ผู้จ่ายเงินชดเชย คือ สมาคมประกันภัยผู้ป่วย (Patient Insurance Association)

## 4) การพิจารณาชดเชยความเสียหาย

ในการพิจารณาชดเชยความเสียหายนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ การชดเชยความเสียหายที่เกี่ยวข้องด้านการเงินส่วนหนึ่ง เช่น รายได้ที่สูญเสียไป ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่ไม่ครอบคลุมภายใต้ระบบประกันสุขภาพใด ๆ และการชดเชยความเสียหายที่มีได้เกี่ยวข้องกับตัวเงินอีกส่วนหนึ่ง เช่น ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมานทางกายและจิตใจ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินจะใกล้เคียงกับมาตรฐานการจ่ายเงินชดเชยจากระบบศาล กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับความเสียหาย ความรุนแรง และระยะเวลาที่ได้รับผลกระทบ หากผู้ป่วยเสียชีวิต ครอบครัวอาจได้รับค่าชดเชยงานศพและรายได้ที่สูญเสียไปด้วย นอกจากนี้ค่าชดเชยยังครอบคลุมถึงอุบัติเหตุขณะอยู่ในสถานพยาบาลด้วย เช่น ลื่นหกล้มในโรงพยาบาล ความเสียหายจากการจ่ายยา เช่น จ่ายยาผิดขนาดหรือเกินขนาด เป็นต้น<sup>106</sup> แต่หากเป็นความเสียหายอันเกิดจากตัวผลิตภัณฑ์ เครื่องมือแพทย์ หรืออวัยวะเทียม จะครอบคลุมถึงเฉพาะกรณีเกิดความเสียหายจากตัวผลิตภัณฑ์ เครื่องมือแพทย์ หรืออวัยวะเทียมนั่นเอง ไม่ครอบคลุมรวมไปถึงความเสียหายที่เกิดจากความผิดพลาดของผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ เครื่องมือแพทย์ หรืออวัยวะเทียมดังกล่าว

<sup>105</sup> แหล่งเดิม. (น. 52-53).

<sup>106</sup> แหล่งเดิม.

สำหรับการเสนอเรื่องขอรับการชดเชยความเสียหายนั้น แพทย์ผู้ให้บริการหรือสถานพยาบาลจะเป็นด่านแรกในการให้ความช่วยเหลือในการกรอกคำร้องและแนบเอกสารประกอบ เช่น ใบรับรองแพทย์ ฯลฯ เพื่อยื่นต่อบริษัทประกันภัยให้จัดการกับคำร้องขอรับการชดเชยของผู้ป่วยต่อไป หากผู้ป่วยไม่พอใจในผลของคำตัดสิน เช่น ไม่ได้รับเงินค่าชดเชย หรือได้รับแต่เป็นจำนวนน้อย สามารถอุทธรณ์ได้ โดยการอุทธรณ์ครั้งแรกจะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการที่มีสมาชิกเป็นผู้แทนจากหลากหลายสาขาจำนวน 7 คน ประกอบด้วย ประธาน 1 คน และสมาชิกอื่น ๆ อีก 6 คน มาจากตัวแทนของผู้รับบริการ 3 คน ผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์ 1 คน ผู้มีประสบการณ์พิเศษในงานบริการสุขภาพ 1 คน และผู้มีประสบการณ์เกี่ยวกับการประกันภัยการบาดเจ็บอีก 1 คน การตัดสินจะใช้หลักฐานบันทึกทางการแพทย์และบันทึกรายงานอื่น ๆ เป็นสำคัญ นอกเสียจากว่าจะมีข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นในการพิจารณาด้วย เช่น สภาพแวดล้อมของการรักษา หรือพยากรณ์โรค หลังจากพิจารณาเสร็จแล้ว คณะกรรมการจะส่งผลการพิจารณาไปยังผู้ป่วย ผู้ป่วยจะต้องยื่นขอรับการชดเชยภายใน 3 ปี หลังจากทราบรายงาน แต่ไม่เกิน 10 ปี หลังจากเกิดความเสียหายขึ้น หากผู้ป่วยไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ สามารถส่งเรื่องร้องเรียนไปยังคณะกรรมการเรียกร้องสิทธิผู้ป่วย (Patient Claims Board) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาล และเป็นอิสระจากผู้ให้ประกัน นอกจากนี้ยังสามารถอุทธรณ์ต่อไปยังศาลได้ภายใน 6 เดือน หากศาลวินิจฉัยแล้วเห็นว่าควรส่งจ่ายค่าชดเชย ศาลก็ไม่สามารถส่งจ่ายได้มากกว่าที่กำหนดไว้ในระบบจ่ายเงินชดเชยทางการแพทย์ เช่น ถ้าผู้ป่วยได้รับการชดเชยมาแล้ว และอุทธรณ์ผ่านมายังศาล ศาลอาจส่งจ่ายค่าชดเชยเพิ่มได้ แต่ต้องไม่มากกว่าขอบเขตที่กำหนดไว้จากระบบชดเชยทางการแพทย์<sup>107</sup>

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาจ่ายค่าชดเชย พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ก) การบาดเจ็บต้องเกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจ การรักษา หรือกระบวนการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรักษา โดยมีหลักการว่าความผิดพลาดดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้หากมีทางเลือกอื่นในการรักษา โดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานการรักษาจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในสาขานั้น ๆ การประเมินไม่ขึ้นกับความสามารถ ประสบการณ์ของผู้ให้การรักษาคงคนหนึ่งที่ทำการรักษา ความน่าจะเป็นในการเกิด หรือความรุนแรงไม่นำมาเป็นข้อพิจารณาในการชดเชยความเสียหาย<sup>108</sup> อธิบายโดยสรุปคือ พิจารณาเพียงว่าการบาดเจ็บนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ และมีทางเลือกอื่นในการให้บริการหรือไม่เท่านั้น

<sup>107</sup> แหล่งเดิม. (น. 53-54 และ 175).

<sup>108</sup> แหล่งเดิม. (น. 176).

ข) การบาดเจ็บเกิดจากความผิดพลาดในการใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ทางการแพทย์ มิได้เกิดจากตัวเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้น ๆ เอง

ค) การบาดเจ็บเกิดจากการวินิจฉัยผิดพลาด เช่น วินิจฉัยโรคผิด อธิบายอาการถูกต้อง เป็นต้น

ง) การบาดเจ็บเกิดจากอุบัติเหตุในระหว่างกระบวนการรักษา เช่น อุบัติเหตุในขณะที่ทำการเคลื่อนย้ายผู้ป่วย

จ) การบาดเจ็บเกิดจากการติดเชื้อในระหว่างการรักษา

ฉ) การบาดเจ็บหรือความเสียหายจากการจ่ายยาผิดพลาด

นอกจากนี้มีข้อน่าสังเกตคือ การจ่ายค่าชดเชยไม่รวมถึงกรณีการรักษาเพื่อช่วยชีวิต ซึ่งหากไม่ทำการช่วยเหลือแล้วจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือเกิดอันตรายต่อผู้ป่วยอย่างร้ายแรง

### 3.2.2.2 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่มีระบบบริการสุขภาพดีที่สุดในโลกประเทศหนึ่ง ด้วยการมีระบบประกันสุขภาพที่ดำเนินการโดยรัฐ ประสานเชื่อมโยงกันทั้งระดับรัฐและระดับชาติ เป็นระบบประกันสุขภาพระดับชาติ (National public health insurance) ที่ทำให้ชาวแคนาดาสามารถใช้บริการฟรีจากโรงพยาบาลและสถานบริการทางการแพทย์ ระบบบริการของแคนาดาได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐ แต่บริหารแบบเอกชน โดยมีลักษณะสำคัญคือ เป็นระบบที่บริหารโดยท้องถิ่น แพทย์มีอิสระในการให้บริการ และประชาชนมีสิทธิที่จะเลือกบริการ รัฐบาลท้องถิ่นของทั้ง 10 รัฐจะเป็นผู้บริการและมีความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญในการวางแผน จัดงบประมาณ ประเมินผลการจัดบริการ ต่อรองอัตราเงินเดือนของบุคลากรทางการแพทย์ และอัตราค่าตอบแทนของแพทย์ ทำให้การบริการของแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันบ้าง แต่ไม่มาก โดยความแตกต่างส่วนใหญ่เป็นเรื่องขอบเขตการครอบคลุมของบริการทางการแพทย์ในระบบประกันสุขภาพที่เกินไปจากระบบพื้นฐาน เช่น บริการด้านจักษุ ทันตกรรม และยาบางประเภท เป็นต้น<sup>109</sup>

ในระบบการจัดการกับปัญหาความผิดพลาดเสียหายอันเกิดจากการใช้บริการทางการแพทย์ โดยพื้นฐานประเทศแคนาดายังใช้ระบบเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายฟ้องร้องต่อศาล แต่ก็ยังผสมผสานไปกับการสร้างกลไกลดผลกระทบจากการฟ้องร้อง การส่งเสริมความปลอดภัยของผู้ป่วย และการชดเชยโดยไม่พิสูจน์ความผิดแบบเฉพาะส่วน จากรายงานของสมาคมป้องกันแพทย์แคนาดา (Canadian Medical Protective Association: CMPA) ซึ่งทำการวิเคราะห์กรณีพิพาทหรือการร้องเรียนบริการทางการแพทย์ในปี ค.ศ. 2004 พบว่าร้อยละ 92 ของกรณีทั้งหมดสามารถหา

<sup>109</sup> แหล่งเดิม. (น. 210).



ข้อยุติได้ก่อนเข้าสู่กระบวนการศาล โดยในจำนวนนี้ ร้อยละ 32 ยุติด้วยการชดเชยให้กับผู้เสียหาย อีกร้อยละ 60 ถอนฟ้องหรือทิ้งเรื่องไม่ดำเนินการต่อ ส่วนกรณีพิพาทที่เหลืออีกร้อยละ 8 ของกรณีพิพาททั้งหมด คือ 140 รายนั้น มีการดำเนินเรื่องไปถึงชั้นศาล ในจำนวนนี้ ส่วนใหญ่คือ 86 ราย ศาลตัดสินให้แพทย์ชนะ ขณะที่อีก 18 ราย ศาลตัดสินให้ชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้ฟ้อง<sup>110</sup> ข้อมูลดังกล่าวชี้ให้เห็นว่ามีความเป็นไปได้สูงว่าจำนวนความเสียหายจากการให้บริการทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นนั้นมีมากกว่าจำนวนค่าเสียหายที่ได้รับชดเชย

#### 1) การฟ้องร้องทางศาล

จากสถิติพบว่าในช่วงปี ค.ศ. 1971-1989 การฟ้องเรียกร้องความเสียหายอันเกิดจากการให้บริการทางการแพทย์เพิ่มสูงขึ้นมาก ทั้งนี้เป็นผลมาจากการเพิ่มขึ้นของเทคโนโลยีทางการแพทย์และบริการทางการแพทย์ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนทางกฎหมายให้กับแพทย์ในกรณีที่ถูกฟ้องร้อง คือ สมาคมป้องกันแพทย์แคนาดา (Canadian Medical Protective Association: CMPA) องค์กรดังกล่าวมีพันธกิจหลัก คือ การให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมาย ให้การศึกษาและบริหารจัดการความเสี่ยงแก่สมาชิก โดยแพทย์เกือบทั้งหมดในแคนาดาจะเป็นสมาชิกของสมาคมดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่มีข้อกำหนดใดบังคับให้สมาคมป้องกันแพทย์แคนาดา (Canadian Medical Protective Association: CMPA) จะต้องให้ความช่วยเหลือในทุกกรณี

สมาคมป้องกันแพทย์แคนาดา (Canadian Medical Protective Association: CMPA) ดำเนินการด้วยทุนจากสมาชิก โดยอัตราค่าสมาชิกมีได้แตกต่างกันตามโอกาสเสี่ยงจากการถูกฟ้องร้อง แต่จะแตกต่างกันตามสาขา ความเชี่ยวชาญ และภูมิภาค ค่าสมาชิกของแพทย์ส่วนใหญ่จะจ่ายผ่านระบบประกันโดยรัฐบาลท้องถิ่น โดยรวมอยู่ในค่าบริการแต่ละครั้งที่แพทย์ให้บริการ ขณะที่แพทย์ที่เหลือจะจ่ายโดยคลินิกหรือสถานบริการที่ทำงานแบบรายหัว เนื่องจากเงินทุนของ CMPA เก็บเป็นรายปีทำให้ CMPA สามารถนำเงินดังกล่าวนี้เป็นลงทุนให้เกิดผลตอบแทนเก็บไว้เป็นเงินสำรองสำหรับชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการฟ้องร้องได้ โดยการจ่ายค่าชดเชยของประเทศแคนาดานั้นจะจ่ายในลักษณะเป็นเงินก้อน และจ่ายค่าชดเชยครอบคลุมถึงความสูญเสียในอนาคตด้วย อันได้แก่ ค่าเสียหายพิเศษ การเสียโอกาสด้านรายได้และสวัสดิการในอนาคต ค่าใช้จ่ายในการรักษา และการสูญเสียที่มีใช้ทางเศรษฐกิจ

<sup>110</sup> แหล่งเดิม. (น. 212).

## 2) การส่งเสริมความปลอดภัยผู้ป่วย

แนวคิดเชิงระบบในการจัดการกับปัญหาความปลอดภัยของผู้ป่วยในประเทศแคนาดาอยู่บนพื้นฐานที่ว่า “แพทย์แต่ละคนมิใช่จำเลย ที่จะต้องถูกตำหนิหรือลงโทษ” เพราะบุคลากรเหล่านี้ล้วนต้องทำงานอยู่ในบริบทและสิ่งแวดล้อมในการทำงานที่ซับซ้อน ผลข้างเคียงที่ไม่พึงประสงค์ที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากปัญหาของระบบ ดังนั้นเป้าหมายของการแก้ปัญหาจึงควรปรับปรุงระบบ เพื่อให้ความเสียหายมีโอกาสเกิดขึ้นน้อยลง<sup>111</sup>

หน่วยงานที่ทำหน้าที่ส่งเสริมความปลอดภัยของผู้ป่วย ได้แก่ สถาบันความปลอดภัยของผู้ป่วยแห่งแคนาดา (Canadian Patient Safety Institute - CPSI) มีฐานะเป็นบริษัทอิสระไม่แสวงกำไร มีพันธกิจเพื่อผลักดันให้เกิดระบบสุขภาพที่ปลอดภัยมากขึ้น และอำนวยความสะดวกความร่วมมือระหว่างรัฐบาลกับผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ บทบาทของ CPSI ที่เกี่ยวกับระบบการรับผิดชอบทางการแพทย์ คือ<sup>112</sup>

ก) ติดตามตรวจสอบระบบการฟ้องร้องและผลที่เกิดกับความปลอดภัยของผู้ป่วย ประสานกับรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลท้องถิ่นและผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ในการแก้ไข ปรับเปลี่ยนระบบตามความเหมาะสม

### ข) พัฒนาระบบกฎหมายเพื่อ

1. ทำให้เกิดการปกป้องข้อมูลที่ใช้ในศาล
2. พัฒนาสู่ระบบประกันที่ไม่พิสูจน์ความผิด
3. ทำให้การรายงานผลข้างเคียงที่ไม่พึงประสงค์ในการให้บริการเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย

กฎหมาย

ค) พัฒนาและส่งเสริมให้เกิดแนวทางเชิงนโยบายระดับชาติในการเปิดเผย รายงานผลข้างเคียงที่ไม่พึงประสงค์ และในการสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้น

### 3) ระบบการชดเชยโดยไม่พิสูจน์ความผิด

แม้ว่าจากสถิติจะพบว่า การฟ้องเรียกค่าเสียหายทางศาลจะมีผู้เสียหายจำนวนน้อยที่ได้รับชดเชยค่าเสียหายก็ตาม แต่ด้วยการที่ประเทศแคนาดามีระบบประกันสุขภาพถ้วนหน้า ระบบการเงินการคลังที่รัฐเป็นผู้จ่ายทั้งหมด โดยให้รัฐท้องถิ่นเป็นผู้จ่ายค่าประกันความเสียหายทางการแพทย์ให้กับแพทย์ ประกอบกับบทบาทหน้าที่ของสมาคมป้องกันแพทย์แคนาดา (Canadian

<sup>111</sup> แหล่งเดิม. (น. 218).

<sup>112</sup> แหล่งเดิม.

Medical Protective Association: CMPA) ในการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่แพทย์กรณีถูกฟ้องร้อง จึงทำให้ระบบการฟ้องร้องทางศาลยังคงเป็นระบบหลักในการเรียกร้องค่าเสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์

แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศแคนาดาก็มีการนำเอาระบบการชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในบางกรณีทั้งในระดับรัฐบาลกลาง และระดับรัฐ โดยในระดับรัฐบาลกลางนั้น มีการนำระบบดังกล่าวมาใช้ในการชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ให้กับผู้ติดเชื้อเอชไอวี และไวรัสตับอักเสบบี ที่เกิดจากการให้เลือด ซึ่งการชดเชยในกรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการล้มละลายทางการเงินขององค์การกาชาดของแคนาดา (Canadian Red Cross Society) ที่ต้องรับผิดชอบในการรับและจ่ายเลือดที่มีการติดเชื้อ รวมทั้งเนื่องจากผลการสอบสวนกรณีดังกล่าวระบุว่ารัฐบาลต้องมีส่วนในการรับผิดชอบกับปัญหาที่เกิดขึ้น เนื่องจากไม่มีระบบติดตามดูแลคุณภาพการรับและการให้เลือดที่ดีพอ<sup>113</sup>

### 3.2.2.3 ประเทศนิวซีแลนด์

ระบบสุขภาพของประเทศนิวซีแลนด์อยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวงสุขภาพ (Ministry of Health - MoH) โดย MoH เป็นหน่วยงานระดับชาติที่ทำหน้าที่ดูแลนโยบาย ติดตามควบคุมประเมินด้านสุขภาพและรับผิดชอบการเงินการคลังในการดูแลสุขภาพในภาพรวม สำหรับในส่วนท้องถิ่นมีการจัดตั้งคณะกรรมการสุขภาพระดับพื้นที่ (District Health Board - DHBs) จำนวน 21 แห่ง ตาม Public Health Disability Act 2000 เพื่อกระจายอำนาจในการบริหารจัดการด้านการเงินสู่ท้องถิ่น หน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบด้านสุขภาพของประชาชนในเขต โดยอาจมีการจัดให้มีการบริการเอง หรือจัดซื้อจากผู้ให้บริการอื่น ๆ สำหรับ DHB แห่งหนึ่ง ๆ จะมีโรงพยาบาลอย่างน้อย 1 แห่งในการให้บริการ สมาชิกของ DHBs ประกอบด้วยคณะกรรมการที่มาจากการเลือกตั้ง และกรรมการที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสุขภาพ

ประเทศนิวซีแลนด์ได้นำระบบ No-fault หรือระบบชดเชยความเสียหายโดยแพทย์ไม่ต้องรับผิดมาใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1900 โดยได้รับแนวคิดดังกล่าวมาจากประเทศเยอรมนี ซึ่งในครั้งแรกประเทศนิวซีแลนด์เริ่มต้นนำหลักการนี้มาใช้ในการชดเชยการบาดเจ็บจากการทำงานให้กับคนงานหรือพนักงานก่อนภายใต้กฎหมายว่าด้วยการชดเชยค่าเสียหายให้กับคนงาน (Worker Compensation Act) จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1974 ได้มีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการชดเชยความเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation Act) ขึ้นอย่างเป็นทางการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยให้กับบุคคลที่ได้รับการบาดเจ็บจากอุบัติเหตุ โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าผู้ใดเป็นฝ่ายผิด และได้มี

<sup>113</sup> แหล่งเดิม. (น. 219).

การปรับปรุงกฎหมายเรื่อยมาเพื่อให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2001 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหาย การฟื้นฟูสมรรถภาพและการชดเชย ค่าเสียหาย ค.ศ. 2001 (Injury Prevention Rehabilitation and Compensation Act 2001: IPRC) โดยให้ความสำคัญกับการป้องกันการบาดเจ็บเป็นหลัก รวมทั้งการฟื้นฟูสภาพ และระบบข้อมูลข่าวสารที่มีความผิดพลาดจะต้องมีการเปิดเผยต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อควบคุมผลข้างเคียงที่อาจเกิดจากการรักษา สำหรับหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับการบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยจากอุบัติเหตุ ได้แก่ หน่วยงานชดเชยค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation Corporation: ACC) การชดเชยโดย Accident Compensation Corporation (ACC) จะเป็นการชดเชยโดยภาครัฐ ส่วนการประกันสุขภาพภาคเอกชนเป็นแบบสมัครใจ ถือเป็นกรคุ้มครองเพิ่มเติมจากที่ได้รับจากรัฐ ที่มาของงบประมาณที่ Accident Compensation Corporation (ACC) ใช้ดำเนินการมาจากหลายแหล่ง ผู้มีรายได้ต้องจ่ายเบี้ยประกันเพื่อการคุ้มครองจาก Accident Compensation Corporation (ACC) ส่วนผู้ที่ไม่มียาได้ รัฐบาลจะเป็นผู้จ่ายให้ตามจริง

หลักการสำคัญของระบบชดเชยความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์ของประเทศ นิวซีแลนด์มาจากแนวคิดที่มองว่า การบาดเจ็บจากการรักษาทางการแพทย์ถือเป็นอุบัติเหตุอย่างหนึ่ง (Treatment Injury) อันอยู่ภายใต้ Accident Compensation Act ซึ่งระบุให้มีการชดเชยการบาดเจ็บของบุคคลที่เกิดจากอุบัติเหตุโดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีการแยกกรณีการชดเชยผู้บาดเจ็บการบริการทางการแพทย์เอาไว้เป็นการเฉพาะ และกำหนดให้มีคณะกรรมการดำเนินงานในส่วนนี้เป็นการเฉพาะด้วย เรียกว่า หน่วยงานอุบัติเหตุจากการแพทย์ (Medical Misadventure Unit: MMU) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานชดเชยค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation Corporation: ACC)

สาระสำคัญของระบบชดเชยความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์ของประเทศ นิวซีแลนด์ สามารถสรุปได้ดังนี้

1) บุคคลที่สามารถร้องขอการชดเชย

Injury Prevention Rehabilitation and Compensation Act 2001 (IPRC) กำหนดให้ผู้ที่สามารถร้องขอการชดเชยได้จะต้องมีการบาดเจ็บที่เข้าข่ายอุบัติเหตุทางการแพทย์ หรือ “Medical Misadventure” โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ Medical Misadventure หมายถึง การบาดเจ็บที่เกิดจากขั้นตอนการรักษาหรือขั้นตอนการแสวงหาการรักษาจากบุคลากรทางการแพทย์ที่ขึ้นทะเบียนไว้กับ ACC หรือจากคำแนะนำของบุคลากรสุขภาพที่ขึ้นทะเบียนไว้กับ

หน่วยงานชดเชยค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation Corporation: ACC) และจะต้องเป็นการบาดเจ็บที่เกิดจากความผิดพลาดที่เข้าข่าย 2 ประการนี้ คือ<sup>114</sup>

ก) Medical Error หมายถึง เหตุที่เกิดจากกรณีที่บุคลากรทางสุขภาพที่มีใบประกอบวิชาชีพผิดพลาดในการรักษาตามมาตรฐานหรือขาดทักษะที่สมควรจะมีในการทำกรักษานั้น ๆ รวมถึงความผิดพลาดในระบบขององค์กรด้วย

ข) Medical Mishap หมายถึง ผลข้างเคียงอันไม่พึงประสงค์ที่เกิดจากการรักษาอย่างเหมาะสมของบุคลากรทางการแพทย์ที่มีใบประกอบวิชาชีพ โดยเป็นผลที่ปกติเกิดได้ยากแต่รุนแรง เช่น เสียชีวิต แพ้รักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลมากกว่า 14 วัน หรือบาดเจ็บต่อเนื่องมากกว่า 28 วัน

## 2) หลักเกณฑ์ในการร้องขอการชดเชย

การส่งเรื่องร้องขอรับการชดเชยจากหน่วยงานชดเชยค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation Corporation: ACC) จะต้องอาศัยความร่วมมือจากบุคลากรผู้ให้บริการเป็นสำคัญ โดยผู้ที่ได้รับการบาดเจ็บจะต้องไปพบผู้ให้การรักษาเพื่อรอกคำร้อง และผู้ให้บริการดังกล่าวจะเป็นผู้ส่งคำร้องไปยังหน่วยงานอุบัติเหตุจากการแพทย์ (Medical Misadventure Unit: MMU) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบแผนชดเชยการบาดเจ็บจากการรักษาทางการแพทย์ หลังจากนั้น MMU อาจขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ให้บริการ เช่น บันทึกการรักษา และอาจขอข้อมูลอื่น ๆ เพิ่มเติมจากผู้รับการรักษาด้วย จากนั้นก็จะส่งเรื่องต่อไปยังคณะที่ปรึกษาอิสระเพื่อขอความเห็น สำหรับในกรณีที่ เป็นเหตุซับซ้อน หรือเกรงว่าอาจเกิดความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา ข้อร้องเรียนจะถูกส่งต่อไปยังคณะกรรมการที่ปรึกษาอันเป็นกลไกต่างหากอีกชุดหนึ่ง ซึ่งอาจประกอบไปด้วยทนายความ ตัวแทนผู้ให้บริการ และตัวแทนผู้รับบริการ<sup>115</sup>

สำหรับค่าชดเชยที่ได้รับนั้นครอบคลุมถึงหลักประกันสังคมแบบเบ็ดเสร็จ ค่าดูแลรักษา ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟู และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในระหว่างที่ยังได้รับการบาดเจ็บอยู่ ไม่ว่าจะเป็นการบาดเจ็บทางกาย หรือทางใจ รวมตลอดถึงกรณีเสียชีวิตด้วย ซึ่งเมื่อได้รับการชดเชยแล้วจะต้องงดเว้นการใช้สิทธิในการฟ้องร้อง

อย่างไรก็ตาม ระบบไม่ต้องพิสูจน์ความผิด (No-fault) ของประเทศนิวซีแลนด์มีจุดอ่อนคือ ไม่มีการจำกัดระยะเวลาในการพิจารณา ทำให้ปัญหาบางเรื่องไม่สามารถหาข้อยุติได้ ถึงแม้ว่าจะผ่านไปแล้วเป็นเวลายาวนานถึง 20 ปีก็ตาม

<sup>114</sup> แหล่งเดิม. (น. 124).

<sup>115</sup> แหล่งเดิม. (น. 125).

3) แหล่งที่มาของเงินงบประมาณของหน่วยงานอุบัติเหตุจากการแพทย์ (Medical Misadventure Unit: MMU)

งบประมาณสำหรับแผนการชดเชยกรณีความผิดพลาดทางการแพทย์มาจากหลายแหล่ง โดยส่วนหนึ่งมาจากเงินสมทบนายจ้าง และผู้มีรายได้ซึ่งรัฐบาลจะทำการหักเป็นภาษี ณ ที่จ่ายไว้ ส่วนผู้ที่ไม่มีรายได้นั้น รัฐบาลจะเป็นผู้จ่ายเงินสมทบแทน นอกจากนี้ยังมีเงินบางส่วนที่รัฐบาลนำมาสมทบโดยหักจากภาษีน้ำมัน พบว่าร้อยละ 55 ของค่าใช้จ่ายของระบบชดเชยความเสียหายทางการแพทย์มาจากการเก็บจากภาคจ้างแรงงานหรือนายจ้าง ส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 45 มาจากเงินสมทบจากรัฐบาล ข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่ง คือ เงินสมทบของประเทศนิวซีแลนด์นั้นยังไม่มี การเก็บจากผู้ให้บริการทางการแพทย์เป็นการเฉพาะ แม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหาย การฟื้นฟูสมรรถภาพและการชดเชยค่าเสียหาย ค.ศ. 2001 (Injury Prevention Rehabilitation and Compensation Act 2001: IPRC) ฉบับที่ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1992 จะอนุญาตให้เรียกเก็บเงินสมทบจากผู้ให้บริการทางการแพทย์ทั้งรายบุคคลหรือองค์กรได้ แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการเรียกเก็บจากผู้ให้บริการแต่อย่างใด คงเก็บเงินสมทบเฉพาะในฐานะที่เป็นผู้มีรายได้เท่านั้น

## บทที่ 4

### ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค จากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

มนุษย์เราไม่ว่าจะยุคสมัยใดก็ยังให้ความสำคัญกับความสวยความงามอยู่เสมอ เกิดเป็นค่านิยม ซึ่งมีความแตกต่างกันตามเชื้อชาติและวัฒนธรรม เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป เศรษฐกิจ สังคม วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้า ค่านิยมแห่งความงามเหล่านี้ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยเพื่อให้ก้าวล้ำและทันสมัย ซึ่งในบางครั้งรุนแรงถึงขั้นทำให้มนุษย์ปฏิเสธตัวตนและรูปลักษณ์ที่แท้จริงของตัวเอง ด้วยค่านิยมในเรื่องความสวยความงามที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาและนับวันจะยิ่งทวีสูงขึ้น ส่งผลให้ธุรกิจด้านความงามก่อตัวและเติบโตอย่างรวดเร็ว คลินิกเสริมความงามถือเป็นธุรกิจด้านความงามประเภทหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับการให้บริการทางการแพทย์ ปัจจุบันธุรกิจดังกล่าวได้รับความนิยมอย่างมากจากบุคคลทุกเพศทุกวัย โดยเฉพาะวัยรุ่น เนื่องจากมนุษย์มองว่าความสวยความงามสามารถสร้างได้ด้วยมือแพทย์ ด้วยความต้องการทางด้านความงามที่เพิ่มตัวสูงขึ้นนี้ส่งผลให้มีผู้สนใจลงทุนประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามมากมาย เพราะธุรกิจดังกล่าวเป็นที่ต้องการของตลาด สามารถสร้างรายได้จำนวนมาก และได้รับผลตอบแทนสูง ซึ่งผู้ประกอบการเหล่านี้ ส่วนใหญ่มุ่งเน้นแต่ผลกำไรที่ตนจะได้รับ แต่ไม่ได้คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้เข้ารับบริการซึ่งถือเป็นผู้บริโภค ทำให้การแพทย์จากเดิมที่เป็นเรื่องของการรักษาเปลี่ยนไปเป็นเรื่องของธุรกิจที่มุ่งแสวงหาแต่ผลกำไร มิได้ห่วงใยความปลอดภัยของผู้ป่วยแต่อย่างใด สิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคตามมามากมายหลายประการ

ในบทที่ 4 นี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามในแง่มุมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาชวนเชื่อของคลินิกเสริมความงาม ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาและเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามต่อไป

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม

การประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความสวยงามของมนุษย์ โดยมุ่งเน้นการให้บริการที่มีลักษณะเป็นการกระทำต่อใบหน้าและร่างกายของผู้เข้ารับบริการ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีความรู้ความชำนาญในด้านนั้น ๆ โดยเฉพาะประกอบกับการใช้เครื่องมือที่มีความปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงามเอาไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นกรณีของแพทย์หรือพนักงานผู้ให้บริการก็ตาม ทั้งยังไม่มีกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเครื่องมือแพทย์ที่ใช้ในคลินิกเสริมความงาม ว่าเครื่องมือแพทย์ชนิดใดที่แพทย์เท่านั้นสามารถใช้ได้ หรือเครื่องมือแพทย์ชนิดใดบุคคลทั่วไปสามารถใช้ได้ ความไม่ชัดเจนของกฎหมายในส่วนนี้ทำให้ผู้เข้ารับบริการซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้บริโภคได้รับผลร้ายจากการที่ผู้ให้บริการไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอทั้งในด้านของการตรวจวินิจฉัยและในด้านการปฏิบัติการ ส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคตามมา บางกรณีความเสียหายถึงขนาดร้ายแรงอีกด้วย ในประเด็นนี้ผู้วิจัยขอแยกพิจารณาออกเป็น 2 หัวข้อ คือ 1) มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ และ 2) มาตรฐานของพนักงานผู้ให้บริการดังต่อไปนี้

##### 1) มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์

การที่พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 กำหนดให้บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพแพทย์จากแพทยสภาเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ผู้จบการศึกษาและได้ปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิตที่ได้ขึ้นทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพแพทย์สามารถประกอบวิชาชีพแพทย์ไม่ว่าสาขาใด ๆ ก็ได้ เช่น สามารถเข้าทำการผ่าตัดคนไข้ได้ รักษาโรคผิวหนัง รักษาโรคเกี่ยวกับตา หรือรักษาโรคทั่วไปได้ เป็นต้น ปัจจุบันพบว่าแพทย์จบใหม่อาศัยช่องว่างของบทบัญญัติดังกล่าวหันมาประกอบวิชาชีพในคลินิกเสริมความงามมากขึ้น ไม่ว่าจะด้วยการเป็นเจ้าของคลินิกเอง หรือเป็นลูกจ้างในคลินิก เนื่องจากธุรกิจดังกล่าวสามารถสร้างผลตอบแทนได้จำนวนมาก อีกทั้งยังพบว่าคลินิกเสริมความงามที่มีชื่อเสียงหลายแห่งนิยมจ้างแพทย์จบใหม่ไปประจำยังสาขาต่าง ๆ โดยมีการส่งแพทย์เหล่านั้นไปฝึกอบรมหลักสูตรระยะสั้นในเรื่องเกี่ยวกับการเสริมความงาม การใช้เครื่องเลเซอร์ การฉีดสารเติมเต็มต่าง ๆ เป็นระยะเวลาเพียงไม่กี่เดือน ซึ่งหลักสูตรการอบรมดังกล่าวไม่ได้จัดขึ้นหรือได้รับการรับรองจากแพทยสภาแต่อย่างใด การให้บริการของแพทย์ในคลินิกเสริมความงามเหล่านี้จึงยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจนแน่นอนเท่าที่ควร จากสถิติของสำนักงานเลขาธิการแพทยสภาพบว่าเรื่องที่มีการร้องเรียนมากที่สุดตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554 – 2556 ได้แก่ เรื่องการไม่รักษามาตรฐานในการปฏิบัติวิชาชีพของแพทย์



ตารางที่ 4.1 สถิติการร้องเรียนต่อแพทยสภาในปี พ.ศ. 2554 - 2556<sup>1</sup>

กรณี	2554	2555	2556
ไม่รักษามาตรฐานแห่งวิชาชีพ	108	91	81
โฆษณา	31	15	14
อื่น ๆ	54	31	40

เมื่อพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันนั้นมีความแตกต่างจากในอดีตเป็นอย่างมาก เนื่องจากในอดีต คลินิกเกี่ยวกับความสวยงามมักอยู่ในรูปแบบที่เป็นคลินิกรักษาผิว ฝ้า กระ จุดด่างดำทั่วไปที่รักษาโดยการให้ยาทา หรือยารับประทานเท่านั้น ต่างจากในปัจจุบันที่วิวัฒนาการทางการแพทย์และเทคโนโลยีก้าวหน้าอย่างมาก ประกอบกับความต้องการและค่านิยมในเรื่องความสวยงามของผู้คนในสังคมเพิ่มตัวสูงขึ้น คลินิกเสริมความงามจึงไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะในรูปแบบของอยู่การให้ยาทา ยารับประทานซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนอีกต่อไป หากแต่มีเรื่องของกรนวด นวด สิว สิว ฝ้า กระ การใช้เครื่องมือที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทางเข้ามาเกี่ยวข้องมากขึ้น จากการศึกษาได้ทำการสัมภาษณ์นายแพทย์สัมพันธ์ คมฤทธิ์ ผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการแพทยสภา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสมุทรปราการและอุปนายกคัลยกรรมตกแต่งและเสริมสร้างใบหน้าแห่งประเทศไทย ประกอบกับการศึกษาค้นคว้า อธิบายได้ว่า โรคผิวหนังคือโรคที่มองเห็นได้ด้วยตา ยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับตา ฟัน และช่องปากส่วนใน โรคที่จัดอยู่ในทางผิวหนังจึงครอบคลุมวงกว้างมากตั้งแต่เส้นผม บนศีรษะ หนังศีรษะ เนื้องอกบนศีรษะ รังแค หิด เหา ไขหู หนองตา จมูก แผลในปาก เนื้องอกในปาก โรคปากเปื่อย เริม สิว ฝ้า กระ ขนคิ้ว ขนตาม ตัว เล็บ ไขมัน เส้นเลือดขอด ตลอดจนไปจนถึงเชื้อราและตาปลาได้ฝ้าเท่าที่ล้วนอยู่ในสาขาของโรคผิวหนังทั้งสิ้น จึงเห็นได้ว่า สิว ฝ้า กระ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของโรคผิวหนัง และเป็นโรคที่รักษาให้หายได้โดยไม่ต้องใช้วิธีการที่ซับซ้อน ฉะนั้นแพทย์ที่ทำการรักษาโรคเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องเป็นแพทย์เฉพาะทางด้านผิวหนังก็สามารถทำการรักษาได้ เพราะไม่ได้ต้องใช้ความชำนาญหรือเทคนิคเป็นพิเศษแต่อย่างใด นอกจากนี้ความต้องการทางด้านความงามของคนในยุคปัจจุบัน เช่น ต้องการมีผิวหนังขาววาวอยู่เสมอ รูปร่างดี หน้าเรียว ขาเล็ก ฯลฯ ก็ไม่เข้าข่ายอยู่ในโรคผิวหนัง หากแต่เป็น

<sup>1</sup> สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา ณ วันที่ 31 มกราคม พ.ศ. 2557.

ศาสตร์ใหม่ ที่เรียกว่า Aesthetic Medicine หรือ เวชศาสตร์ผิวพรรณ<sup>2</sup> ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะตจแพทย หรือศัลยแพทย์เท่านั้นที่จะทำได้ แพทย์ทั่วไปที่มีใบประกอบวิชาชีพก็สามารถประกอบวิชาชีพใน ศาสตร์ดังกล่าวนี้ได้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแพทย์ในคลินิกเสริมความงามจะไม่จำเป็นต้องเป็นแพทย์เฉพาะ ทางด้านผิวหนังหรือด้านอื่น ๆ แต่ก็จำเป็นต้องมีความชำนาญเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับเวชศาสตร์ ด้านผิวพรรณ เนื่องจากการกระทำทางด้านความงามในปัจจุบันมีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องมากขึ้น ซึ่งเทคโนโลยีเหล่านี้เจริญก้าวหน้าและมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ หากมิได้มีการฝึกอบรมการใช้ เทคโนโลยีดังกล่าว ก็อาจตามไม่ทันและใช้ผิดวิธีได้ ปัจจุบัน วิธีที่ได้รับความนิยมวิธีหนึ่งที่ใช้ใน การเสริมความงาม คือ การฉีดสารเข้าสู่ร่างกาย เช่น การฉีดสารเติมเต็มไฮยาลูรอนิก แอซิด (Hyaluronic acid - HA) หรือที่คนทั่วไปเรียกว่า ฟิเลอร์ (Filler) การฉีดสารโบทูลินัม ท็อกซิน (Botulinum toxin) หรือที่นิยมเรียกกันว่าโบท็อกซ์ (Botox) การร้อยไหมยกกระชับใบหน้า ซึ่งการ ฉีดสารต่าง ๆ และการร้อยไหมต้องใช้เทคนิคและความชำนาญเป็นพิเศษ มิใช่แพทย์ทั่วไปจะ สามารถทำได้ จำเป็นต้องผ่านการฝึกอบรมเพื่อให้มีความเชี่ยวชาญ เพราะกรรมวิธีต่าง ๆ เหล่านี้ หากทำโดยไม่ถูกต้องแล้วย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภคอย่างร้ายแรง โดยปัจจุบันพบว่า มีคนไข้หลายสิบรายตาบอดเนื่องจากการฉีดฟิลเลอร์เสริมจมูก บางรายมีอาการผิวหนังตาย<sup>3</sup> แขนขา อ่อนแรง บางรายถึงขนาดเกิดภาวะสมองตาย ขาดออกซิเจนและเสียชีวิตในที่สุด<sup>4</sup> หรือกรณีปาก เบี้ยว เปลือกตาปิดไม่สนิทเพราะฉีด โบท็อกซ์ไม่ถูกวิธี ผิวหน้าติดเชื้ออักเสบเป็นหนองเนื่องจาก การร้อยไหมไม่ถูกวิธี<sup>5</sup> เป็นต้น ความเสียหายเหล่านี้ล้วนเกิดมาจากความไม่ชำนาญของแพทย์ทั้งสิ้น ทั้งนี้พบว่าแพทย์ส่วนใหญ่ที่ก่อความเสียหายขึ้นมักเป็นแพทย์จบใหม่ที่ไม่มีความประสพการณ์ในด้านนี้

<sup>2</sup> Aesthetic Medicine หมายถึง ศาสตร์ทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับความสวยงาม ปัจจุบันคำนี้ถูกนำมา เรียกเป็นภาษาไทยแตกต่างกันออกไป เช่น สุนทรียศาสตร์ เวชศาสตร์ความงาม แต่ชื่อเรียกที่มักได้ยินบ่อยคือ เวชศาสตร์ผิวพรรณ.

<sup>3</sup> นายแพทย์สัมพันธ์ คมฤทธิ (เลขาธิการแพทยสภา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสมุทรปราการ อุปนายก ศัลยกรรมตกแต่งและเสริมสร้างใบหน้าแห่งประเทศไทย, การสื่อสารระหว่างบุคคล, วันที่ 14 พฤศจิกายน 2556).

<sup>4</sup> สมาคมแพทย์ผิวหนังแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *เตือนฉีดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจถึงตาย สมาคมแพทย์ ผิวหนังแห่งประเทศไทย เตือนสาวไทยฉีดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจจะเสียชีวิตได้ เผยฉีดเสริมจมูกเสี่ยงตาบอด*. สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2557, จาก [http://www.komchadluek.net/detail/20120925/140876/เตือน!ฉีดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจถึงตาย.html#\\_uSo](http://www.komchadluek.net/detail/20120925/140876/เตือน!ฉีดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจถึงตาย.html#_uSo).

<sup>5</sup> สมาคมศัลยแพทย์ตกแต่งเสริมสวยแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *ร้อยไหมไขความจริง*. สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2556, จาก [http://www.plasticsurgery.or.th/pub\\_knowledge\\_news.php?msg\\_id=15](http://www.plasticsurgery.or.th/pub_knowledge_news.php?msg_id=15).

โดยตรง<sup>6</sup> แม้ว่าจะได้มีการไปฝึกอบรมเทคนิคต่าง ๆ ในต่างประเทศจนได้ประกาศนียบัตรมาแล้วก็ตาม แต่การฝึกอบรมนั้นกระทำแค่ในระยะเวลาสั้น ๆ เพียงไม่กี่เดือน ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชำนาญอย่างแท้จริง ทั้งการฝึกอบรมดังกล่าวยังไม่ได้รับการยอมรับจากแพทยสภาซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์และรับรองหลักสูตรต่าง ๆ สำหรับการฝึกอบรมในวิชาชีพเวชกรรมของสถาบันทางการแพทย์ต่าง ๆ ในประเทศไทยอีกด้วย

จากที่กล่าวมาสามารถสรุปได้ว่า แพทย์ที่ได้รับปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิตและได้ขึ้นทะเบียนและได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพแพทย์ทุกคนมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะประกอบวิชาชีพแพทย์ได้ทุกสาขาวิชา อันรวมถึงการประกอบวิชาชีพในคลินิกเสริมความงามด้วย เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคที่อยู่ในฐานะเป็นผู้เข้ารับบริการทางการแพทย์โดยตรง เนื่องจากไม่อาจทราบได้เลยว่าแพทย์ที่ตนไว้วางใจให้รักษานั้นมีความรู้ความสามารถโดยเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ เพราะในบางเรื่อง ความรู้ที่ได้รับในช่วงเวลาที่เป็นนักศึกษาแพทย์อาจไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้ เช่น การกระทำทางศัลยกรรม (การรักษาโดยวิธีการผ่าตัด) ต้องอาศัยการเรียนรู้และฝึกฝน สั่งสมประสบการณ์จนกระทั่งเกิดความชำนาญ หากแพทย์ผู้ทำการรักษาไม่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ทำการรักษา อาจวินิจฉัยโรคผิดพลาด ให้ยาไม่ตรงกับโรค รักษาไม่ตรงจุด ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดอันตรายแก่กายร่างกายพิการหรือถึงแก่ความตายก็เป็นได้

ปัจจุบันพบว่ามีการรักษาโดยการแปลงเพศอย่างถาวรจำนวนมาก โดยในเรื่องนี้เดิมยังไม่มียกเว้นมาตรฐานและข้อบ่งชี้ที่ชัดเจนในการรักษา แพทยสภาจึงได้ออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ เรื่องเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรฐานและข้อบ่งชี้ในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนที่มีความประสงค์จะแปลงเพศถาวร ในข้อบังคับฉบับนี้มีการกำหนดถึงคุณสมบัติของแพทย์ผู้กระทำการผ่าตัดแปลงเพศว่าจะต้องเป็น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ผ่านการอบรมหลักสูตร หรือแสดงให้เห็นได้ว่ามีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการทำศัลยกรรมแปลงเพศ โดยได้รับการรับรองจากแพทยสภา การที่ข้อบังคับฉบับดังกล่าวกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้กระทำการผ่าตัดแปลงเพศเอาไว้โดยเฉพาะแสดงให้เห็นว่าแพทยสภาถึงเห็นว่าการผ่าตัดแปลงเพศเป็นการกระทำที่มีความเสี่ยงสูงและต้องใช้เทคนิคความชำนาญอย่างมาก

<sup>6</sup> จาก “แพทย์จบใหม่กับปัญหา Franchise skin clinic,” โดย เมธิ วงศ์ศิริสุวรรณ, 2555, *Medical Focus*, 4(38). น. 12-13.

หากเกิดความผิดพลาดจะกระทบต่อความปลอดภัยของผู้เข้ารับบริการอย่างร้ายแรง จึงได้ออกข้อบังคับดังกล่าวขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

จากการศึกษาแนวทางที่ใช้ควบคุมการประกอบวิชาชีพแพทย์ของต่างประเทศ พบว่าในสหรัฐอเมริกาบริติชมี การออกระเบียบเพื่อใช้ควบคุมธุรกิจเกี่ยวกับความงามโดยเฉพาะ โดยบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการใช้เครื่องเลเซอร์และไอพีแอลเพื่อการกำจัดขนถาวร (Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011) ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ว่า แพทย์ที่สามารถใช้เครื่องเลเซอร์ได้จะต้องเป็นแพทย์ที่ผ่านการฝึกอบรมและได้รับใบอนุญาตจากกรมควบคุมสุขภาพ (Health Regulation Department: HRD) ให้เป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านดังกล่าวหรือเป็นแพทย์ผิวหนัง หรือ ศัลยแพทย์พลาสติกเท่านั้น<sup>7</sup>

สำหรับกรณีของแพทย์ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในคลินิกเสริมความงาม การทำหัตถการบางอย่าง เช่น ฉีดฟิลเลอร์ ร้อยไหม ดูดไขมัน ถือว่ามีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยของผู้บริโภคเช่นเดียวกัน เพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตได้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นจะต้องกำหนดให้การทำหัตถการดังกล่าวนี้อยู่ในความควบคุมเป็นพิเศษเช่นเดียวกับการควบคุมในเรื่องการแปลงเพศ ทั้งนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011 ของสหรัฐอเมริกาเป็นประโยชน์อย่างยิ่งหากได้มีการนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับประเทศไทย โดยการออกข้อบังคับกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้ที่สามารถระทำการหัตถการบางอย่างที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่กายอย่างสาหัสหรืออันตรายต่อชีวิตได้จะต้องมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางและต้องผ่านการอบรมและได้รับใบอนุญาตตามหลักสูตรที่แพทยสภากำหนด ปัจจุบันแพทยสภาก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม จึงได้มีการตั้งคณะกรรมการคุ้มครองประชาชนจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการศัลยกรรมตกแต่ง การเสริมสวย และการโฆษณา<sup>8</sup> ขึ้นเพื่อควบคุม ตรวจสอบและกำกับดูแลในด้านนี้ โดยเฉพาะ อีกทั้งยังมีแนวคิดควรประกาศให้การระทำการเสริมสวยเป็นธุรกิจที่ต้องมีการควบคุมและเปิดอบรมหลักสูตรเฉพาะทางขึ้น โดยเฉพาะ<sup>9</sup> แต่ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏออกมาเป็นรูปธรรม เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวจะต้องอาศัยความร่วมมือจากหน่วยงานหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ในส่วนนี้ข้าพเจ้าเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งว่าควรกำหนดให้คลินิกเสริมความงามเป็นธุรกิจที่ต้องมีการควบคุม โดยหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้น โดยเฉพาะและจัดหลักสูตรอบรมการทำหัตถการ

<sup>7</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 5.1.

<sup>8</sup> ประกาศแพทยสภาที่ 47/2556.

<sup>9</sup> นายแพทย์สัมพันธ์ คมฤทธิ (เลขาธิการแพทยสภา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสมุทรปราการ อุปนายก ศัลยกรรมตกแต่งและเสริมสร้างใบหน้าแห่งประเทศไทย, การสื่อสารระหว่างบุคคล, วันที่ 14 พฤศจิกายน 2556).

เกี่ยวกับความสวยงาม เพราะธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคอย่างร้ายแรง จึงจำเป็นต้องกระทำโดยผู้มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน อย่างไรก็ตามหลักสูตรการอบรมที่จะจัดให้มีขึ้นนั้นควรกำหนดมาตรฐานเอาไว้แน่นอนชัดเจนว่าหน่วยงานใดเป็นผู้รับผิดชอบจัดการอบรมดังกล่าว หลักสูตรการอบรมให้ความรู้ในเรื่องใดบ้าง ครอบคลุมเพียงใด ใช้ระยะเวลาการอบรมนานเท่าใด เมื่อจบหลักสูตรแล้วสามารถทำหัตถการใดได้บ้าง ทั้งนี้เพื่อให้หลักสูตรการอบรมดังกล่าวมีมาตรฐานที่ดีและเป็นที่น่าเชื่อถือทั้งต่อตัวแพทย์ผู้รับการอบรมและต่อผู้บริโภคผู้เข้ารับบริการ

## 2) มาตรฐานของพนักงานผู้ให้บริการ

เนื่องจากคลินิกเสริมความงามเป็นสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน จึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ซึ่งตามมาตรา 34(1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการควบคุมและดูแลมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลประกอบวิชาชีพผิดไปจากสาขา ชั้น หรือแผน ที่ผู้รับอนุญาตได้แจ้งไว้ในการขอรับใบอนุญาตหรือมิให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทำการประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล หากฝ่าฝืนผู้ดำเนินการต้องรับโทษตามมาตรา 63 คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 4 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 26 ยังห้ามมิให้ผู้ใดประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ ว่าพร้อมที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยมิได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 43

เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่าคลินิกเสริมความงามนั้นมิได้มีเพียงแพทย์เท่านั้นที่เป็นผู้ให้บริการ หากแต่ยังมีพนักงานอื่น ๆ ที่มิใช่แพทย์ พยาบาล เป็นผู้ให้บริการแก่ผู้บริโภคด้วย ในประเด็นนี้จึงเกิดปัญหาว่า บริการใดที่ต้องทำโดยแพทย์เท่านั้น บริการใดที่พนักงานทั่วไปสามารถกระทำได้ เพราะหากพนักงานทั่วไปปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่เข้าข่ายเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ก็จะต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 26 ประกอบ มาตรา 43 และแพทย์ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการในสถานพยาบาลก็ต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 34(1) ประกอบ มาตรา 63 ด้วย สิ่งที่เกิดขึ้นและพบเห็นได้บ่อยครั้งคือ กรณีแพทย์ไม่อยู่ที่คลินิกในเวลาทำการ พนักงานในร้านเป็นผู้ลงมือ

ให้บริการทางการแพทย์เองโดยมิได้ผ่านความเห็นชอบจากแพทย์<sup>10</sup> ในประเด็นนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าทั้งแพทย์และพนักงานมีความผิดตามกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ปัจจุบันเทคโนโลยีทางการแพทย์ก้าวหน้าและทันสมัยมากขึ้น มีการนำเครื่องมือเครื่องใช้ที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญทางด้านเทคนิคมาใช้ในการให้บริการด้านความงามเพิ่มขึ้น เช่น เครื่องเลเซอร์กำจัดขนถาวร เครื่องเลเซอร์รักษาผิว ลบรอยดำ รอยแดง รอยแผลเป็น รอยหลุม ผิว เครื่องดูดไขมัน เป็นต้น ซึ่งเครื่องมือเครื่องใช้เหล่านี้จัดเป็นเครื่องมือแพทย์ ตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4(1)(ก)<sup>11</sup> โดยเครื่องมือแพทย์แต่ละชนิดมีลักษณะและวิธีใช้ยากง่ายแตกต่างกัน อีกทั้งระดับความรุนแรงในความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดในการใช้เครื่องมือแพทย์ย่อมมากน้อยต่างกัน สิ่งที่พบเห็นกันเป็นปกติในคลินิกเสริมความงามหลายแห่งคือ พนักงานที่ไม่ใช่แพทย์จะเป็นคนใช้เครื่องมือแพทย์เหล่านี้ให้บริการแก่ผู้บริโภค จึงเกิดข้อสงสัยตามมาว่า การให้บริการของพนักงานในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 26 ประกอบ มาตรา 43 หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 บัญญัติว่า “วิชาชีพเวชกรรม หมายความว่า วิชาที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย” จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การใช้เครื่องเลเซอร์ในคลินิกเสริมความงามเป็นการใช้รังสีเพื่อการเสริมสวย ถือเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างหนึ่ง ฉะนั้น ด้วยข้อจำกัดของมาตราดังกล่าว

<sup>10</sup> ไทยรัฐ. (ม.ป.ป.). สธ. ค้นคลินิกดังในแพชั่นไอส์แลนด์ดำเนินคดีไม่มีแพทย์ควบคุมฯ. สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2557, จาก <http://www.thairath.co.th/content/region/230600>.

<sup>11</sup> มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “เครื่องมือแพทย์” หมายความว่า

(1) เครื่องมือ เครื่องใช้ เครื่องกล วัตถุที่ใช้ใส่เข้าไปในร่างกายมนุษย์หรือสัตว์ น้ำยาที่ใช้ตรวจในห้องปฏิบัติการ ผลิตภัณฑ์ ซอฟต์แวร์ หรือวัตถุอื่นใด ที่ผู้ผลิตมุ่งหมายเฉพาะสำหรับใช้อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะใช้โดยลำพัง ใช้ร่วมกันหรือใช้ประกอบกับสิ่งอื่นใด

(ก) ประกอบโรคศิลปะ ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ประกอบวิชาชีพทันตกรรม ประกอบวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ ประกอบวิชาชีพกายภาพบำบัด และประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด.

ทำให้พนักงานที่ไม่ใช่แพทย์ย่อมไม่สามารถให้บริการผู้บริโภคโดยการใช้เครื่องเลเซอร์ได้เลย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมยุคปัจจุบันที่คนไทยให้ความสำคัญกับเรื่องความสวยงามเพิ่มมากขึ้น อันเป็นสิ่งที่กระตุ้นให้ธุรกิจคลินิกเสริมความงามเติบโตและขยายตัวอย่างรวดเร็ว จำเป็นต้องมีการจ้างพนักงานเพื่อเข้ามาเป็นผู้ช่วยแพทย์ในการบริการเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่ไม่จำเป็นต้องใช้ศิลปะในการประกอบวิชาชีพแพทย์ เพราะแต่ละคลินิกมักจะมีแพทย์ประจำเพียง 1-2 คน ซึ่งไม่เพียงพอต่อจำนวนผู้บริโภคที่เข้ามาใช้บริการในแต่ละวัน หากจะต้องจ้างแพทย์เพื่อให้เพียงพอต่อจำนวนผู้บริโภคที่เพิ่มมากขึ้นก็อาจทำให้ธุรกิจคลินิกเสริมความงามประสบภาวะขาดทุนได้ เพราะค่าจ้างแพทย์มีอัตราสูงกว่าค่าจ้างพนักงานทั่วไปมาก ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจ้างพนักงานเป็นผู้ช่วยแบ่งเบาภาระของแพทย์ แต่จะช่วยเหลือแพทย์ได้ในระดับใด เพียงใต้นั้นจะได้กล่าวต่อไป

ปัจจุบันประเทศไทยมีการจัดกลุ่มการค้ากับดูแลเครื่องมือแพทย์ โดยแบ่งเครื่องมือแพทย์ตามระดับการควบคุมออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

1) เครื่องมือแพทย์ที่ต้องได้รับใบอนุญาต จัดเป็นเครื่องมือแพทย์ที่อยู่ในระดับการควบคุมที่เข้มงวดที่สุด เครื่องมือแพทย์กลุ่มนี้ ผู้ประกอบการผลิต นำเข้า หรือขายจะต้องยื่นคำขออนุญาตผลิต นำเข้า หรือขาย ต่อสำนักคณะกรรมการอาหารและยา โดยเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนด เครื่องมือแพทย์ในกลุ่มนี้ ได้แก่ ถุงยางอนามัย ถุงมือสำหรับตรวจโรค ถุงมือสำหรับการศัลยกรรม กระจกนิรภัยผ่านผิวหนังปราศจากเชื้อชนิดใช้ครั้งเดียว กระจกนิรภัยอินซูลินปราศจากเชื้อชนิดใช้ครั้งเดียว ชุดตรวจการติดเชื้อเอชไอวีเพื่อวินิจฉัยโรค

2) เครื่องมือแพทย์ที่ต้องแจ้งรายการละเอียด จัดเป็นเครื่องมือแพทย์ที่อยู่ในระดับการควบคุมที่เข้มงวดในระดับปานกลาง เครื่องมือแพทย์กลุ่มนี้ ผู้ประกอบการผลิต นำเข้า หรือขายจะต้องแจ้งรายการละเอียดต่อเลขานุการคณะกรรมการอาหารและยา ได้แก่ ชุดตรวจการติดเชื้อเอชไอวีเพื่อการวิจัยหรือการค้นคว้า เครื่องใช้หรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้เพื่อกายภาพบำบัด เต้านมเทียม ซิลิโคนใช้ฝังในร่างกาย เครื่องตรวจวัดระดับหรือปริมาณแอลกอฮอล์ในร่างกาย

3) เครื่องมือแพทย์ทั่วไป ได้แก่ เครื่องมือแพทย์ที่ไม่เข้าข่ายเครื่องมือแพทย์ที่ต้องได้รับใบอนุญาตหรือต้องแจ้งรายการละเอียด โดยเครื่องมือแพทย์ในกลุ่มนี้จัดเป็นเครื่องมือแพทย์ที่อยู่ในระดับการควบคุมที่เข้มงวดน้อยที่สุด เครื่องมือแพทย์กลุ่มนี้ไม่ต้องมีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุขเพื่อกำหนดผลิตภัณฑ์ที่จะต้องถูกควบคุมแต่อย่างใด แต่ก่อนที่จะนำเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทยได้จะต้องนำหนังสือรับรองการขาย (Certificate of Free Sale) ของผลิตภัณฑ์ที่จะนำเข้าจากประเทศผู้ผลิตมาให้เจ้าหน้าที่กองควบคุมเครื่องมือแพทย์ สำนักงาน

คณะกรรมการอาหารและยาตรวจสอบความถูกต้อง และเมื่อมีการนำเข้าเครื่องมือแพทย์ดังกล่าว จะต้องแสดงหนังสือรับรองการขายที่ผ่านการตรวจสอบแล้วต่อเจ้าหน้าที่ ณ ด่านศุลกากรด้วย

การแบ่งประเภทของเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงการแบ่งในทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เท่านั้น ปัจจุบันพบว่ายังไม่มีความหมายฉบับใดแบ่งแยกประเภทของเครื่องมือแพทย์ตามลักษณะวิธีการใช้ หรือตามความเสี่ยงต่ออันตรายของเครื่องมือแพทย์แต่อย่างใด สำหรับเครื่องมือแพทย์ส่วนใหญ่ที่ใช้ในคลินิกเสริมความงามจัดอยู่ในประเภทของเครื่องมือแพทย์ทั่วไป ซึ่งมีได้มีการกำหนดแน่ชัดว่าเครื่องมือแพทย์ชนิดใดที่แพทย์ท่านนั้นสามารถใช้ได้ เครื่องมือแพทย์ชนิดใดต้องใช้ภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ หรือเครื่องมือแพทย์ชนิดใดที่บุคคลทั่วไปก็สามารถใช้ได้ การที่ไม่มีกฎหมายกำหนดคกกฎเกณฑ์และรายละเอียดในส่วนนี้ก่อให้เกิดความสับสนและความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของผู้ใช้เครื่องมือแพทย์ ดังจะพบเห็นได้ว่า เครื่องมือแพทย์ชนิดเดียวกัน คลินิกเสริมความงามบางแห่งแพทย์เป็นผู้ใช้เครื่องมือดังกล่าว ในทางกลับกันบางแห่งพนักงานที่ไม่ใช่แพทย์เป็นผู้ใช้เครื่องมือ

ปัจจุบันพบว่าเครื่องมือแพทย์ประเภทที่ต้องแจ้งรายการละเอียดบางชนิดมีการบัญญัติเป็นกฎหมายเอาไว้โดยชัดเจนว่าบุคคลใดสามารถใช้เครื่องมือดังกล่าวนี้ได้บ้าง ตัวอย่างเช่น ด้านมเทียม ตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 23 พ.ศ. 2540 เรื่องด้านมเทียมซิลิโคนใช้ฝังในร่างกาย ข้อ 3(10) กำหนดให้ด้านมเทียมซิลิโคนใช้ฝังในร่างกายที่ขายหรือมีไว้เพื่อขาย ต้องมีฉลากแสดงข้อความว่า “การใช้ด้านมเทียมซิลิโคนใช้ฝังในร่างกาย ให้ใช้โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น”

นอกจากนี้ยังมีร่างความตกลงอาเซียนว่าด้วยบทบัญญัติเครื่องมือแพทย์ (ASEAN AGREEMENT ON MEDICAL DEVICE DIRECTIVE: AMDD) ซึ่งจำแนกประเภทของเครื่องมือแพทย์ (CLASSIFICATION OF MEDICAL DEVICES) ออกเป็น 4 ระดับ โดยพิจารณาจากความไวต่อความบาดเจ็บของมนุษย์และโดยคำนึงถึงแนวโน้มของความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการออกแบบทางเทคนิคและการผลิตเครื่องมือแพทย์ ซึ่งแบ่งได้ดังต่อไปนี้<sup>12</sup>

ประเภท	ระดับความเสี่ยง
ก	ความเสี่ยงต่ำ
ข	ความเสี่ยงต่ำถึงปานกลาง
ค	ความเสี่ยงปานกลางถึงสูง
ง	ความเสี่ยงสูง

<sup>12</sup> ASEAN AGREEMENT ON MEDICAL DEVICE DIRECTIVE, Article 4.



สำหรับในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ มีการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภคจากการเข้ารับบริการเลเซอร์กำจัดขนถาวร โดยกำหนดระดับแสงเลเซอร์ไว้ในระเบียบเกี่ยวกับการใช้เครื่องเลเซอร์และ IPL เพื่อการกำจัดขนถาวร (Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011) ซึ่งแบ่งออกเป็น 4 ระดับตามอันตรายที่อาจเกิดขึ้นของเลเซอร์ โดยพิจารณาจากความเป็นอันตรายต่อดวงตา<sup>13</sup> ทั้งยังกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่สามารถปฏิบัติการเกี่ยวกับเลเซอร์กำจัดขนถาวรว่าไม่จำเป็นต้องเป็นแพทย์เท่านั้นที่จะสามารถใช้เครื่องมือดังกล่าว บุคลากรที่ผ่านการฝึกอบรมและได้รับใบอนุญาตจากกรมควบคุมสุขภาพ (Health Regulation Department: HRD) ก็สามารถใช้ได้เช่นกัน แต่การให้บริการเลเซอร์ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของแพทย์เท่านั้น<sup>14</sup>

เพื่อป้องกันความสับสนในการใช้เครื่องมือแพทย์แต่ละประเภท ผู้ศึกษาเห็นว่าหากมีการนำมาตรการในการจำแนกประเภทเครื่องมือแพทย์ของร่างความตกลงอาเซียนว่าด้วยบทบัญญัติเครื่องมือแพทย์ (ASEAN AGREEMENT ON MEDICAL DEVICE DIRECTIVE: AMDD) และการแบ่งประเภทแสงเลเซอร์ตามระเบียบเกี่ยวกับการใช้เครื่องเลเซอร์และ ไอพีแอลเพื่อการกำจัดขนถาวร (Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011) ของสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ มาปรับใช้เพื่อกำหนดแนวทางในการแบ่งแยกประเภทเครื่องมือแพทย์ในประเทศไทย ก็ย่อมจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ทั้งนี้ในการวางแนวทางควรแบ่งเครื่องมือแพทย์ตามระดับความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายมนุษย์และกำหนดว่าเครื่องมือแพทย์ที่อยู่ในระดับความเสี่ยงใดบุคคลทั่วไปสามารถใช้ได้ เครื่องมือแพทย์ในระดับความเสี่ยงใดใช้ได้ภายใต้การกำกับดูแลของแพทย์ และเครื่องมือแพทย์ในระดับความเสี่ยงใด แพทย์เท่านั้นสามารถใช้ได้ ทั้งนี้เนื่องจากเครื่องมือแพทย์บางประเภทไม่ก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรง การใช้งานไม่ยุ่งยากซับซ้อน บุคลากรที่ไม่ใช่แพทย์หากได้ผ่านการฝึกอบรมก็สามารถใช้งานได้ ในทางกลับกันเครื่องมือแพทย์บางชนิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้หากใช้ไม่ถูกวิธี จึงควรให้แพทย์ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเท่านั้นเป็นผู้ใช้ ฉะนั้น หากมีการแบ่งประเภทตามระดับความเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดแก่ร่างกายมนุษย์ และกำหนดคุณสมบัติของผู้ใช้งานเครื่องมือแพทย์ในแต่ละประเภทเอาไว้โดยชัดเจน ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ใช้เครื่องมือแพทย์ ทั้งยังเป็นการเพิ่มระดับความคุ้มครองให้แก่ผู้บริโภคอีกด้วย

<sup>13</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 2.

<sup>14</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 5.1.

## 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของคลินิกเสริมความงาม

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบผสมก่อนไปทางทุนนิยม ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนในการประกอบอาชีพ ประกอบธุรกิจและทำการแข่งขันกันได้โดยเสรี ซึ่งข้อดีของการแข่งขันกันทางการตลาดอย่างเสรีเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคในการที่จะตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าและบริการได้มากยิ่งขึ้น โดยผู้ประกอบการส่วนมากอาศัยการโฆษณาเป็นสื่อในการกระจายข้อมูลข่าวสารเพื่อให้ผู้บริโภครู้จักสินค้าและบริการของตนมากขึ้น ทั้งยังใช้การโฆษณาประชาสัมพันธ์จูงใจให้ผู้บริโภคหันมาบริโภคสินค้าและบริการของตน อาจกล่าวได้ว่าการโฆษณาเป็นสิ่งที่ส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวของการซื้อและการขายสินค้าและบริการได้อย่างกว้างขวางในต้นทุนที่ต่ำกว่าเมื่อเทียบกับการส่งเสริมการขายโดยวิธีอื่น ๆ

ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้าน โฆษณาของคลินิกเสริมความงาม ผู้ศึกษาขอแยกวิเคราะห์และอธิบายออกเป็น 2 ประเด็นย่อย ดังนี้

### 1) การควบคุมและกำกับดูแลโดยภาครัฐ

แนวคิดและนโยบายในการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ถือว่ารัฐเป็นผู้ทำหน้าที่ในการป้องกันความเสียหายโดยอาศัยกลไกทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยในปัจจุบันหน่วยงานที่มีหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลในเรื่องการโฆษณาสถานพยาบาล คือ กลุ่มคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิ กองกฎหมาย กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ซึ่งในการตรวจสอบโฆษณานั้นสามารถทำได้ทั้งในกรณีประชาชนเข้ามาร้องเรียน รับเรื่องร้องเรียนจากหน่วยงานอื่น เจ้าหน้าที่ตรวจพบตามสื่อต่าง ๆ นอกจากนี้พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 46(2) ยังให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบสถานพยาบาลว่ามีการกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่อีกด้วยเช่นเดียวกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ พนักงานเจ้าหน้าที่จะทำการตรวจสอบสถานพยาบาลในลักษณะที่เป็นการตรวจมาตรฐานประจำปี ยังไม่มีการเข้าไปตรวจสอบสถานพยาบาล โดยเฉพาะว่ามีการโฆษณาที่ผิดกฎหมายดังที่มาตรา 46(2) ให้อำนาจไว้แต่อย่างใด หากแต่จะมุ่งตรวจสอบจากเรื่องที่ประชาชนร้องเรียนเข้ามา ทั้งนี้เนื่องมาจากพนักงานเจ้าหน้าที่ดูแลงานหลายด้านที่เกี่ยวข้องกับสถานพยาบาล ไม่ใช่เฉพาะเรื่องโฆษณาเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ภาระหน้าที่ในงานด้านเอกสารมีจำนวนมาก จำนวนบุคลากรที่มีอยู่จึงไม่เพียงพอที่จะออกไปปฏิบัติงานภาคสนามได้บ่อยครั้งนัก

จากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นมีรัฐบาลท้องถิ่นทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคแยกต่างหากจากรัฐบาลกลาง ทำให้การกำกับดูแลให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายสามารถทำได้อย่างใกล้ชิด นอกจากนี้ยังมีการสนับสนุนให้ผู้บริโภคพึ่งพาตนเองแทนที่จะหวังพึ่งพารัฐแต่เพียงอย่างเดียว ต่างจากระบบของประเทศไทยที่ใช้ระบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว ไม่มีรัฐบาลท้องถิ่น

ระบบการคุ้มครองผู้บริโภคของไทยจึงเป็นระบบการบริหารจากส่วนกลาง แม้จะมีหน่วยงานในส่วนภูมิภาค แต่การกำหนดนโยบายและงบประมาณก็มาจากส่วนกลาง

ส่วนระบบการคุ้มครองผู้บริโภคของสหรัฐอเมริกาที่มีมาจากป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างเอกชนเป็นหลัก เนื่องจากมีแนวคิดว่าการควบคุมสถานะตลาดให้เป็นไปตามกลไกปกติตามธรรมชาติย่อมทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติ โดยระบบการคุ้มครองผู้บริโภคมีทั้งการคุ้มครองโดยภาครัฐ ในระดับสหพันธรัฐอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Trade Commission: FTC) ซึ่งมีบทบาทหน้าที่ที่ควบคุมกำกับดูแลเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและมีผลกระทบต่อผู้บริโภค สำหรับภาคธุรกิจเอกชน ก็มีหน่วยงานที่ควบคุมพฤติกรรมทางธุรกิจ เช่น สำนักธุรกิจที่ดีขึ้น (Better Business Bureau: BBB) มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบพฤติกรรมของธุรกิจด้วยกัน นอกจากนี้ยังทำหน้าที่รับเรื่องราวที่ผู้บริโภคร้องเรียนและดำเนินการประสานกับธุรกิจที่ถูกร้องเรียนเพื่อให้มีการแก้ไขปัญหาและให้ผู้บริโภคได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม นอกจากนี้ในภาคประชาชนซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคผู้ได้รับผลกระทบจากการบริโภคได้สังเกตเห็นถึงการมีส่วนร่วมในการคุ้มครองตนเอง จึงมีการรวมพลังกันก่อตั้งองค์กรอิสระเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เช่น สมาพันธ์ผู้บริโภคอเมริกา (Consumer Federation of America) ลักษณะเช่นนี้จึงทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคของสหรัฐอเมริกามีองค์ประกอบครบทุกมิติ<sup>15</sup>

สำหรับประเทศไทย ระบบการคุ้มครองผู้บริโภคเน้นบทบาทของรัฐเป็นสำคัญ ระบบเช่นนี้ทำให้ประชาชนเคยชินกับการพึ่งพารัฐ ขาดความรู้ความเข้าใจและละเลยการเรียกร้องสิทธิของตน อีกทั้งยังไม่ตื่นตัวต่อการมีส่วนร่วมในการคุ้มครองสิทธิของตนเอง ซึ่งแท้จริงแล้วภาคประชาชนถือเป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งของระบบการคุ้มครองผู้บริโภค เพราะประชาชนเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการบริโภคสินค้าและบริการโดยตรง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้อย่างชัดเจนและบัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังไว้ซึ่งหลักการเดียวกันนี้ โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 61 ที่บัญญัติรับรองโดยชัดแจ้งว่าผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิ

<sup>15</sup> ร่างพระราชบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. .... กรณีศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศญี่ปุ่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรอังกฤษ (เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกวุฒิสภา เล่มที่ 7) (น. 101-102). เล่มเดิม.

รวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิผู้บริโภค ทั้งนี้ยังบัญญัติให้มีการตั้งองค์การเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานรัฐ ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานรัฐในการตราและการบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค โดยให้รัฐบาลสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการขององค์การอิสระดังกล่าวด้วย แต่อย่างไรก็ตาม จนปัจจุบันภาครัฐก็ยังไม่มีการดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แต่อย่างใด

เมื่อศึกษาสภาพการณ์ทางการตลาดและระบบการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า สภาพเศรษฐกิจ แนวคิดและปรัชญาทางการเมืองการปกครองของประเทศไทยมีส่วนผลักดันให้ประชาชนตื่นตัวในการปกป้องสิทธิของตนเองมากกว่าประเทศอื่น<sup>16</sup> อันต่างจากระบบการตลาดของประเทศไทยที่ยังเป็นตลาดขนาดเล็กที่มีผู้ประกอบการธุรกิจน้อยราย การแข่งขันในทางธุรกิจยังไม่รุนแรงเท่าสหรัฐอเมริกา แรงผลักดันจากผู้บริโภคจึงยังมีไม่มากพอดังเช่นในสหรัฐอเมริกา อีกทั้งผู้บริโภคก็ไม่ได้ให้ความสำคัญและไม่คำนึงถึงสิทธิที่ตนพึงมีพึงได้รับเท่าที่ควร การรวมพลังของผู้บริโภคยังไม่เข้มแข็ง การคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยจึงขึ้นอยู่กับนโยบายของภาครัฐเป็นสำคัญ ผู้ศึกษาเห็นว่า การกระตุ้นการแข่งขันทางการค้าและการสร้างกลไกทางการตลาดให้ดำเนินไปตามธรรมชาติ ประกอบกับการกระตุ้นให้ผู้บริโภคเห็นความสำคัญของสิทธิผู้บริโภคและรวมตัวกันอย่างเข้มแข็งและการตั้งองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคไม่เพียงแต่จะได้รับผลประโยชน์ในแง่ของการช่วยรัฐเป็นหูเป็นตาในการตรวจสอบโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเท่านั้น แต่ยังเป็นวิธีการหนึ่งที่จะสามารถคุ้มครองป้องกันสิทธิของผู้บริโภคจากการถูกเอารัดเอาเปรียบได้ ทั้งนี้เนื่องจากองค์การอิสระดังกล่าวประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ซึ่งถือเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบริโภค จึงควรมีส่วนร่วมในการคุ้มครองตนเองและรวมตัวกันเพื่อส่งสัญญาณให้รัฐทราบว่าเรื่องใดที่รัฐควรจะต้องเข้ามาจัดการและควรจัดการอย่างไร ดังที่จะเห็นได้จากความสำเร็จของการรวมตัวกันอย่างเข้มแข็งของผู้บริโภคในสหรัฐอเมริกาเพื่อก่อตั้งเป็นองค์การอิสระ ภาครัฐจึงควรบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าให้เกิดกลไกตลาดที่สมบูรณ์ตามธรรมชาติและมีผลต่อพฤติกรรมในตลาดได้อย่างแท้จริง สนับสนุนให้ผู้บริโภครวมตัวกันอย่างเข้มแข็งและผลักดันให้กฎหมายจัดตั้งองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคก่อตัวขึ้นเป็นรูปธรรมตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้

<sup>16</sup> องค์การเอกชนเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค (น. 56). เล่มเดิม.

2) ความเหมาะสมของบทกำหนดโทษและการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

ในประเด็นเรื่องความเหมาะสมของบทกำหนดโทษนั้น สามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี คือ บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

สำหรับบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มุ่งลงโทษที่ตัวบุคคลคือแพทย์ผู้ดำเนินการสถานพยาบาล แต่ไม่มีอำนาจลงโทษไปถึงสถานพยาบาล โดยมาตรา 39 กำหนดมาตรการที่จะลงแก่แพทย์ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เอาไว้ 5 ประการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัย เรียงลำดับตามความร้ายแรงดังนี้คือ

- (1) ยกข้อกล่าวหาหรือกล่าวโทษ (ไม่ลงโทษใด ๆ )
- (2) ว่ากล่าวตักเตือน
- (3) ภาคทัณฑ์
- (4) พักใช้ใบอนุญาตตามเวลาที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสองปี
- (5) เพิกถอนใบอนุญาต

จากการที่ผู้ศึกษาได้ทำการสัมภาษณ์นายแพทย์สัมพันธ์ คมฤทธิ์ ผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการแพทยสภา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสมุทรปราการและอุปนายกคัลยกรรมตกแต่งและเสริมสร้างใบหน้าแห่งประเทศไทยประกอบกับสถิติของสำนักงานเลขาธิการแพทยสภา ทำให้ทราบว่ากรณีแพทย์ถูกร้องเรียนว่ากระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยโฆษณา คณะกรรมการแพทยสภามักใช้อำนาจวินิจฉัยยกข้อกล่าวหาเป็นส่วนใหญ่เนื่องจากสอบสวนแล้วเห็นว่าไม่มีมูล แต่หากสอบสวนแล้วเห็นว่ามีความผิดจริง โดยมากก็จะใช้ดุลพินิจเพียงว่ากล่าวตักเตือนเท่านั้น

ตารางที่ 4.2 สถิติการลงโทษในความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาการประกอบวิชาชีพ พ.ศ. 2536-2556<sup>17</sup>

กรณีความผิด	ยกข้อกล่าวหา	ตักเตือน	ภาคทัณฑ์	พักใช้ใบอนุญาต	เพิกถอนใบอนุญาต
โฆษณาการประกอบวิชาชีพ	132	82	3	3	-

<sup>17</sup> สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา ณ วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2556.

ด้วยความเคารพ ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่คณะกรรมการแพทยสภาใช้ดุลพินิจลงโทษแพทย์ ผู้กระทำความผิดเพียงการว่ากล่าวตักเตือนอันเป็นโทษสถานเบาที่สุดนั้น ไม่สามารถทำให้แพทย์ ผู้นั้นหลาบจำ ทั้งยังไม่อาจป้องกันมิให้แพทย์อื่น ๆ เอาเป็นเยี่ยงอย่างได้ เนื่องจากโทษที่ได้รับเป็น เพียงการว่ากล่าวตักเตือนซึ่งถือว่าน้อยมากเมื่อเทียบกับการกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันมี วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งข้อความที่ใช้ในการโฆษณาบางข้อความอาจก่อให้เกิด ผลกระทบในวงกว้าง เมื่อกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการแพทยสภาสามารถเลือกใช้ดุลพินิจได้ ถึง 5 ประการตาม คณะกรรมการฯ ก็ควรใช้ดุลพินิจดังกล่าวตามความเหมาะสมและตามความ ร้ายแรงของการกระทำ เช่น หากกระทำผิดครั้งแรกอาจว่ากล่าวตักเตือน และมีการบอกกล่าวว่าถ้า กระทำผิดอีกจะต้องถูกภาคทัณฑ์ หากยังมีการกระทำผิดซ้ำสอง คณะกรรมการฯ ก็ต้องภาคทัณฑ์ ตามที่ได้เตือนไว้ในครั้งแรกแล้ว พร้อมแจ้งว่าหากยังมีการกระทำผิดอีกเป็นครั้งที่สามก็จะใช้ มาตรการพักใช้ใบอนุญาต เป็นต้น ซึ่งการเพิ่มระดับความร้ายแรงในการลงโทษนั้นจะช่วยแพทย์ เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายและเกิดความขังคิดก่อนที่จะกระทำการโฆษณาใด ๆ มากขึ้น อันเป็น การช่วยลดจำนวนโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายได้ทางหนึ่ง

ในส่วนของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 นั้น กรณีผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับโฆษณา ต้องระวางโทษปรับไม่ เกินสองหมื่นบาท และให้ปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทนับแต่วันที่ฝ่าฝืน จนกว่าจะระงับการ โฆษณาดังกล่าว ทั้งนี้ตามมาตรา 38 ประกอบมาตรา 68 นอกจากนี้ในกรณีที่มีการโฆษณาฝ่าฝืน มาตรา 38 หากผู้อนุญาตมีคำสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการกระทำดังกล่าวแล้ว แต่ผู้กระทำไม่ปฏิบัติ ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ ตามมาตรา 39 ประกอบมาตรา 58 อย่างไรก็ตามมาตรา 75 กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้ง คณะกรรมการเปรียบเทียบคดีในเขตกรุงเทพมหานครและในส่วนภูมิภาคได้ตามความเหมาะสม โดยให้ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสามคนในจำนวนนี้จะต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิด้าน กฎหมายอย่างน้อยหนึ่งคน และบรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบคดีมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ ถ้าเห็นว่า ผู้ต้องหาไม่ควรถูกฟ้องร้องหรือได้รับโทษจำคุก เมื่อผู้ต้องหาได้เสียค่าปรับตามที่เปรียบเทียบ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเปรียบเทียบปรับให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา ผลของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้การฝ่าฝืนกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโฆษณา ส่วนใหญ่จบลงด้วยการเปรียบเทียบปรับ ไม่มีการลงโทษสถานหนักกว่าการปรับแต่อย่างใด ทั้งคดี ก็ไม่ขึ้นไปสู่ชั้นศาล ซึ่งมาตรการเปรียบเทียบปรับโดยลงโทษปรับเพียงไม่กี่หมื่นบาท ย่อมไม่ทำให้ ผู้ประกอบธุรกิจเกรงกลัวต่อกฎหมาย ในทางกลับกันอาจมองในแง่ของความคุ้มค่าว่าเป็นการคุ้ม

ที่จะเสี่ยงต่อการกระทำผิดกฎหมาย เนื่องจากผลประโยชน์ที่ได้รับจากการเผยแพร่โฆษณาอันฝ่าฝืนกฎหมายนั้นมีมากมายมหาศาลเมื่อเทียบกับจำนวนค่าปรับเพียงเล็กน้อย ประกอบกับข้อมูลสถิติการเปรียบเทียบปรับที่ได้รับจากกองกฎหมาย กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ทำให้ทราบว่ามาตรการเปรียบเทียบปรับไม่สามารถช่วยให้การกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติว่าด้วยการ โฆษณาลดลงแต่อย่างใด ดังสถิติการเปรียบเทียบปรับตามตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 4.3 การเปรียบเทียบปรับตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ประกอบประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2546) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล

ปีงบประมาณ	จำนวนสถานพยาบาลที่ถูกเปรียบเทียบปรับ	ข้อหาการกระทำผิด	การดำเนินการ
2554	30 แห่ง	มาตรา 38 โฆษณาสถานพยาบาลฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น ใช้ข้อความที่โอ้อวดเกินจริง มีการให้ส่วนลดค่าบริการ	ดำเนินการเปรียบเทียบปรับตาม
2555	30 แห่ง	ใช้สถาบัน หน่วยงาน บุคคลอื่นที่มีได้ผ่านการรับรองของรัฐรับรองมาตรฐาน	บทลงโทษมาตรา 68
2556	190 แห่ง	สถานพยาบาลของตน การโฆษณาให้บริการฟรี เป็นต้น	ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

จากสถิติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การเปรียบเทียบปรับสถานพยาบาลที่กระทำการโฆษณาฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละปีไม่มีแนวโน้มว่าจะลดลง นอกจากนี้ยังพบว่าในปี พ.ศ. 2556 จำนวนสถานพยาบาลที่ถูกเปรียบเทียบปรับเพิ่มขึ้นจากปีพ.ศ. 2555 ถึงกว่า 6 เท่าอีกด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้าน โฆษณาของสหรัฐอเมริกาที่มีการเพิ่มโทษในกรณีกระทำความผิดซ้ำเอาไว้ด้วย กล่าวคือ สำหรับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายครั้งแรกมีโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ (คิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 163,650 บาท)<sup>18</sup> หรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือ

<sup>18</sup> 1 ดอลลาร์สหรัฐ คิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 32.73 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย วันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ. 2557.

ทั้งจำทั้งปรับ และถ้าหากการกระทำการฝ่าฝืนดังกล่าวมิใช่การกระทำในครั้งแรก ผู้นั้นจะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ (คิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 327,300 บาท) หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>19</sup>

การฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยโฆษณานอกจากมาตรการเปรียบเทียบปรับตามมาตรา 38, 68 และ 75 แล้ว ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้ อันรวมถึงเรื่องโฆษณาด้วย แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการระงับหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาอันสมควรแล้ว แต่บุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ กฎหมายยังให้อำนาจแก่ผู้อนุญาต กล่าวคือ ปลัดกระทรวงสาธารณสุขหรือผู้ที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขมอบหมายออกคำสั่งปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะได้ดำเนินการให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดได้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 49 ประกอบมาตรา 50 แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ พบว่า มาตรการในการปิดสถานพยาบาลชั่วคราวนั้นนำมาใช้ในกรณีการร้องเรียนเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพ ฯลฯ แต่ยังไม่มีการนำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับกับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัตินี้แต่อย่างใด ผู้ศึกษาเห็นว่า ในเมื่อกฎหมายเปิดช่องให้สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ได้ ก็ควรนำมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับกับการโฆษณาที่ผิดกฎหมายด้วย เนื่องจากการปิดสถานพยาบาลชั่วคราวเป็นมาตรการที่รุนแรงกว่าการเปรียบเทียบปรับ ทั้งหากมองในแง่ของผู้ประกอบธุรกิจ มาตรการดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงธุรกิจมากกว่าการเปรียบเทียบปรับ เพราะการถูกปิดสถานพยาบาลเพียง 1 วัน อาจทำให้ผู้ประกอบการสูญเสียรายได้มากกว่าการต้องเสียค่าปรับหลายเท่า ซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับไม่คุ้มกับผลประโยชน์ที่ต้องเสียไป อีกทั้งยังเป็นการเสื่อมเสียชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือในทางธุรกิจต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเองอีกด้วย ฉะนั้นหากมีการนำบทบัญญัติมาตรา 49, 50 มาปรับใช้กับการโฆษณาจะช่วยลดแรงจูงใจในการกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาได้มากขึ้น

#### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

ปัจจุบันพบว่าผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค แพทยสภา สำนักงานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ว่าตนได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิก

<sup>19</sup> Federal Trade Commission 1914, Section 54.



เสริมความงาม โดยส่วนใหญ่เรื่องที่ร้องเรียนจะเป็นเรื่องการโฆษณาเกินจริง มาตรฐานการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพ เป็นต้น เมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการใช้บริการดังกล่าว และต้องการการเยียวยาในความเสียหายนั้น ก็ชอบที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาขอแยกอธิบายเป็น 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

#### 1) ภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหายนั้น โดยหลักย่อมเป็นไปตาม “หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 กล่าวคือ เมื่อผู้ใช้บริการเป็นโจทก์กล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงาม ผู้ใช้บริการมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายอย่างไร และเสียหายมากน้อยเพียงใด แต่อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวมาแล้วว่าคดีข้อพิพาทระหว่างลูกค้าผู้เข้ารับบริการกับผู้ประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามไม่ว่าฟ้องในเรื่องสัญญาหรือละเมิดถือเป็นคดีผู้บริโภค เนื่องจากเป็นคดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ โดยในคดีผู้บริโภคนี้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 บัญญัติเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ตั้งอยู่บนทฤษฎีข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault) อันเป็นหลักการที่ผลักภาระการพิสูจน์ไปยังจำเลย โดยกฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีความผิด จำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนไม่ได้กระทำความผิดดังฟ้อง หากไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ จำเลยก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ อย่างไรก็ดี บทบัญญัติในมาตรา 29 นี้ใช้เฉพาะในกรณีที่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็น โดยเฉพาะของกลุ่มความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น จึงจะผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้บริโภคได้ หากเป็นกรณีทั่วไปภาระการพิสูจน์ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84/1 คือ “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์” อันเป็นหลักการทั่วไป หรือเข้าข้อสันนิษฐานตามกฎหมายหรือข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง อันเป็นข้อยกเว้น

สำหรับภาระการพิสูจน์ในความรับผิดชอบอันเกิดจากการใช้เครื่องมือแพทย์ให้บริการแก่บุคคลแล้วเกิดความเสียหายขึ้น มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 78 ซึ่งใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการใช้เครื่องมือแพทย์ต่อบุคคลอื่น ผู้ใช้หรือดำเนินการให้มีการใช้เครื่องมือแพทย์ถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผิด และต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย แต่จะพ้นความรับผิดชอบก็ต่อเมื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้คือ 1) คนได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาการนั้นแล้ว

2) ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นแต่เหตุสุดวิสัย 3) ความเสียหายเกิดเพราะความผิดของผู้เสียหายนั่นเอง ฉะนั้น หากเป็นความเสียหายที่เกิดจากการใช้เครื่องมือแพทย์ ภาระการพิสูจน์ก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายเฉพาะ ไม่นำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ

จะเห็นได้ว่าภาระการพิสูจน์ในคดีผู้บริโภคตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายหลายฉบับ ทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจไม่อาจทราบได้ว่าตนมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นใดบ้าง จนกว่าศาลจะวินิจฉัยและกำหนดภาระการพิสูจน์ โดยในคดีผู้บริโภคนั้นเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจต่อรองต่างกันทั้งในทางเศรษฐกิจและการเข้าทำสัญญา ประกอบกับระดับความรู้ความเข้าใจในสินค้าและบริการต่างกัน แม้ในบางกรณีกฎหมายจะผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้ประกอบธุรกิจ แต่ก็ยังเป็นไปตามหลักสันนิษฐานความรับผิดชอบ (Presumption of Fault) ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้มีอำนาจต่อรองและความรู้เกี่ยวกับธุรกิจของตนมากกว่าย่อมสามารถนำสืบแก้ต่างเพื่อให้ตนพ้นผิดได้ไม่ยาก อันส่งผลให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

ปัจจุบันประเทศไทยมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากสินค้าในปัจจุบันไม่ว่าจะผลิตภายในประเทศหรือนำเข้ามีกระบวนการผลิตที่ใช้ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสูงขึ้น การที่ผู้บริโภคจะตรวจพบว่าสินค้าไม่ปลอดภัยกระทำไดยาก เมื่อผู้บริคนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไปใช้อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อารมณ์ จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้บริโภคหรือบุคคลอื่นได้ แต่การฟ้องคดีในปัจจุบันเพื่อเรียกค่าเสียหายมีความยุ่งยาก เนื่องจากภาระในการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำผิดของผู้ผลิตหรือนำเข้าตกเป็นหน้าที่ของผู้ได้รับความเสียหายตามหลักกฎหมายทั่วไป เพราะยังไม่มิกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าโดยมีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ผลิตหรือผู้เกี่ยวข้องไว้โดยตรง จึงสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ อันมีผลให้ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ตลอดจนได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นธรรม<sup>20</sup>

<sup>20</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ใช้บังคับเฉพาะกับสินค้า ไม่รวมถึงบริการ โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้ “ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม” ซึ่งเป็นหลักความรับผิดชอบเคร่งครัด โดยก่อนที่ผู้เสียหายจะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด ทั้งนี้ตามมาตรา 6 อย่างไม่ก็ตามผู้ประกอบการอาจพ้นความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้หากพิสูจน์ได้ว่า (1) สินค้านั้นมิได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ (2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ (3) ความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว ทั้งนี้ตามมาตรา 7

สำหรับความเป็นมาของพระราชบัญญัติฉบับนี้ เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 ได้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 28 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) โดยมีระเบียบวาระที่ 4 คือเรื่องที่คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้ว อันได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. .... ในการอภิปรายครั้งนั้น นายจรัญ ภักดีธนากุล หนึ่งในคณะกรรมการชี้แจงต่อที่ประชุมว่า คณะกรรมการได้รับทราบข้อมูลจากต่างประเทศว่าต่างประเทศยังไม่มีการรวมเอาบริการเข้ามาในกฎหมายฉบับนี้ แต่ที่เป็นเช่นนี้เพราะมาตรฐานและคุณภาพในการให้บริการของผู้ขายบริการในต่างประเทศอยู่ในระดับที่ไม่ได้สร้างปัญหาให้กับประชาชน กฎหมายทางด้านปกครอง มหาชน การควบคุมกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจด้านบริการในต่างประเทศค่อนข้างจะเข้มแข็งจนไม่มีปัญหาที่ต้องอาศัยกฎหมายฉบับนี้ แต่สำหรับประเทศไทยการประกอบธุรกิจบริการมีเป็นจำนวนมากที่ไม่รับผิดชอบและสร้างปัญหาให้กับประชาชนมากไม่แพ้สินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยบริการที่ได้รับข้อมูลว่าสร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชน เช่น บริการรับขนส่งโดยสาร จึงเป็นการที่น่าจะต้องให้ผู้ประกอบการเข้ามารับผิดชอบต่อมากขึ้นเพื่อคุณภาพชีวิตของประชาชน นอกจากนี้ยังได้รับข้อมูลว่า บริการสัลยกรรมเสริมความงามที่กระทำโดยกลุ่มคนที่ไม่ได้อยู่ในมาตรฐานหลักวิชาที่ถูกต้อง ก็ทำความเดือดร้อนแก่ประชาชนเป็นอย่างมาก อันปรากฏข่าวให้พบเห็นเป็นระยะ ทั้งยังเป็นคดีความไปสู่ศาลจำนวนมาก แต่กฎหมายแพ่งให้ความคุ้มครองผู้เสียหายจากธุรกิจบริการประเภทนี้น้อยมาก จึงมีความเห็นว่าควรขยายความคุ้มครองกฎหมายนี้ไปถึงธุรกิจบริการที่ไม่ได้คุณภาพมาตรฐานด้วย ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกัน

ทั่วโลกว่า ธุรกิจไม่ว่าจะขายสินค้าหรือบริการ ก็คือธุรกิจที่ผู้ประกอบการจะต้องรับผิดชอบต่อชีวิตอนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชนเหมือนกัน เพราะฉะนั้น การขยายความหมายของคำว่าสินค้า ให้มีความรวมถึงบริการ จึงไม่น่าจะขัดต่อความชอบธรรมแต่อย่างใด<sup>21</sup> แต่อย่างไรก็ตาม โดยที่การบริการไม่ได้ผ่านการพิจารณาตามกระบวนการออกกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ได้ผ่านการพิจารณาของฝ่ายบริหารหลายหน่วยงาน และยังไม่ได้มีการทำวิจัยในเรื่องนี้เหมือนกับการวิจัยเรื่องสินค้าไม่ปลอดภัย จนในที่สุดเมื่อร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้พิจารณาถึงวาระของวุฒิสภา ได้มีการยุบสภา ทำให้ต้องยุติการพิจารณาตามระเบียบการประชุมกฎหมายของวุฒิสภา<sup>22</sup>

ต่อมาเมื่อถึงคณะรัฐมนตรีชุดที่มีพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์เป็นนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่าการบริการที่ไม่ปลอดภัยยังไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งยังไม่มีการวิจัยในเรื่องนี้ จึงมีมติให้เฉพาะสินค้าอย่างเดียว ไม่รวมถึงบริการ ในเรื่องบริการจึงมีการนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551<sup>23</sup> โดยปรากฏว่ามีการสัมมนาเรื่องความสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. .... เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2550 ณ ห้องประชุม 301 อาคารรัฐสภา 2 มีผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายหลายท่านได้เข้าร่วมและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในการสัมมนาครั้งดังกล่าวนี้ โดยศาสตราจารย์ จริญญา ภักดีชนากุล ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงยุติธรรม ได้นำเสนอว่าการแยกเรื่อง “บริการ” และ “อาคาร” ออกจากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวสามารถนำออกใช้บังคับได้อย่างรวดเร็ว หากมีการรวมทั้งสองเรื่องดังกล่าวเข้าไว้ด้วย โดยเฉพาะเรื่องบริการที่มีความละเอียดอ่อนมาก ก็จะทำให้เกิดความล่าช้า เมื่อร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้แล้ว หากต้องการจะเพิ่มเรื่องของบริการและความรับผิดชอบต่อสังหาริมทรัพย์ ก็สามารถทำได้ในภายหลัง นางสาวสารี อ๋องสมหวัง ผู้จัดการมูลนิธิเพื่อผู้บริโภค ได้นำเสนอว่าไม่เห็นด้วยที่ให้มีการตัดเรื่องอาคาร บริการ และผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรออก ทั้งนี้เห็นว่าการให้ความสำคัญคุ้มครองผู้บริโภคนั้นควรต้องทำให้ครบวงจร ปัจจุบันผู้บริโภคที่ประสบปัญหาจากเรื่องบริการมีมากมาย ทั้งบริการทางการเงิน บัตรเครดิต บัตรสินเชื่อเงินต่าง ๆ การซื้อสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้คุณภาพ รวมทั้งการเข้ารับบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ร่างพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ภาคประชาชนนำเสนอมีความสมบูรณ์อยู่แล้ว รวมทั้งเคยผ่านการ

<sup>21</sup> รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 22 ปีที่ 1 ครั้งที่ 28 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันพุธที่ 23 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 ณ ตึกรัฐสภา. น. 85-86.

<sup>22</sup> จาก คำอธิบายและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 (น. 11-13), โดย ธีรวัฒน์ จันทรมบูรณ์, 2552, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

<sup>23</sup> แหล่งเดิม.

พิจารณาของคณะรัฐมนตรีสมัยที่แล้ว(คณะรัฐมนตรีที่มีพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี) ด้วย การเพิ่มเติมเรื่องบริการ การซื้ออสังหาริมทรัพย์ และสินค้าเกษตรจึงไม่ใช่เรื่องยาก จึงเห็นควรให้เพิ่มเติมเรื่องที่ขาดหายไปเหล่านี้ลงในร่างของรัฐบาลด้วย นอกจากนี้ในประเด็นการอภิปราย ผู้เข้าร่วมสัมมนาส่วนใหญ่เห็นว่าควรเพิ่มเรื่องบริการและอสังหาริมทรัพย์เข้าไปด้วย เพื่อให้ครอบคลุมกับความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ<sup>24</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีการนำเอาแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับบริการบางประเภทแล้ว เช่น ความเสียหายจากการใช้เครื่องมือแพทย์ในการให้บริการ ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 78 ซึ่งแนวคิดในเรื่องภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวใช้หลักการเดียวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 แต่ในกรณีอื่น ๆ ที่เป็นคดีผู้บริโภค ยังใช้ภาระการพิสูจน์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 อยู่ ปัจจุบันธุรกิจคลินิกเสริมความงามมีการนำความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาใช้ในการบริการมากขึ้น ทำให้การให้บริการมีความซับซ้อนมากกว่าในอดีตและหากเกิดความเสียหาย ย่อมนำมาซึ่งความเสียหายที่ร้ายแรงต่อร่างกาย จิตใจและอาจถึงแก่ชีวิตได้ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นก็นับว่ามีความรุนแรงไม่น้อยไปกว่าความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผู้บริโภคจึงควรได้รับความคุ้มครองในระดับเดียวกับการคุ้มครองกรณีได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ฉะนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในนิยามของคำว่า สินค้า ให้หมายความรวมถึงการบริการด้วย โดยอาจมีการกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎกระทรวงว่า การให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ครอบคลุมถึงบริการประเภทใดบ้าง เพื่อให้ผู้บริโภค (ผู้เข้ารับบริการ) ได้รับความคุ้มครองในเรื่องภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ารับบริการที่ไม่ปลอดภัย ตลอดจนประโยชน์ในเรื่องอื่น ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ย่อมสามารถคุ้มครองผู้บริโภคที่ถูกเอาเปรียบจากธุรกิจที่มีความเสี่ยงต่ออันตรายอย่างร้ายแรงได้มากกว่าการใช้หลักข้อสันนิษฐานความรับผิดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29

<sup>24</sup> จาก ความสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. .... (สรุปสาระสำคัญการสัมมนา เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2550 ณ ห้องประชุม 301 อาคารรัฐสภา 2).

## 2) วิธีการชดเชยค่าเสียหาย

สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ในกรณีที่ดินค้าหรือบริการนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค เป็นสิทธิของผู้บริโภคประการหนึ่งที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 บัญญัติรับรองเอาไว้ แม้ว่าการนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาใช้กับคดีผู้บริโภคจะมีข้อดีและเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภค มากกว่าการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทั้งในแง่ของภาระการพิสูจน์ การเรียกค่าเสียหาย ทั้งยังสะดวกรวดเร็ว ประหยัดและมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่สิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลก็คือ ความล่าช้า แม้ว่าศาลชั้นต้นจะพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ แต่จำเลยก็ยังสามารถอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกว่าโจทก์จะได้รับการเยียวยาความเสียหายก็ต้องใช้เวลายาวนาน แม้ในที่สุดศาลฎีกาจะพิพากษาให้โจทก์ได้รับการชดเชยค่าเสียหายแต่ก็อาจไม่ทันท่วงทีต่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น จำเลยประมาณเงินแล้วทำให้หน้าโจทก์เสียโฉม หากไม่รีบรักษาผลก็จะลุกลามการที่จะต้องรอนกว่าศาลฎีกาจะพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายย่อมใช้เวลาอันนานและไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ได้ทันเวลา ทำให้โจทก์ไม่ได้รับความเป็นธรรม ดังคำกล่าวที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือความไม่ยุติธรรม” (Justice delayed is justice denied) นอกจากนี้การที่ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเป็นความกันใจในศาลนำมาซึ่งการสูญเสียความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายซึ่งอาจจะต้องมีการใช้บริการกันต่อไปในอนาคต อีกทั้งการที่ผู้ประกอบการรายใดถูกฟ้องร้องคดีต่อศาลส่งผลให้ความน่าเชื่อถือในทางธุรกิจและความไว้วางใจที่ได้รับจากประชาชนลดน้อยถอยลงตามไปด้วย ฉะนั้น หากมีวิธีการอื่นที่จะสามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ได้อย่างสะดวกและรวดเร็วกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ย่อมจะนำมาซึ่งความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายได้อย่างแท้จริงและยังช่วยรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ตลอดจนรักษาชื่อเสียงของผู้ประกอบธุรกิจเอาไว้ด้วย

ในต่างประเทศนั้น บางประเทศมีการนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ถูกผิด (No-fault compensation) มาใช้กับการให้บริการทางการแพทย์ หลักการชดเชยค่าเสียหายนั้น ผู้เสียหายเพียงพิสูจน์ให้เห็นว่า ความผิดพลาดของการบริการทางการแพทย์เป็นสาเหตุให้ตนได้รับบาดเจ็บหรือได้รับความเสียหาย โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำ ความผิด นอกจากระบบชดเชยนี้จะมีข้อดีในแง่ของการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างรวดเร็วและทันท่วงที ช่วยลดปริมาณการฟ้องร้องคดีต่อศาล และฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการแล้ว ยังมีคุณประโยชน์ในแง่ของการช่วยแก้ไขและพัฒนากระบวนการความผิดพลาดทางการแพทย์อีกด้วย เนื่องจากระบบดังกล่าว

เป็นระบบที่ใช้แนวทางเชิงบวก กล่าวคือ มุ่งเน้นในการพิสูจน์สาเหตุมากกว่าการพิสูจน์ความผิด มองความผิดพลาดในเชิงระบบ ไม่ได้มุ่งลงโทษบุคคล จึงทำให้แพทย์เกิดความสนใจในการเปิดเผยข้อมูลและข้อผิดพลาดทางการแพทย์ขึ้นกว่าการใช้ระบบพิสูจน์ความผิดในชั้นศาล อันเป็นประโยชน์ในการนำข้อผิดพลาดดังกล่าวมาปรับปรุงพัฒนาระบบการให้บริการทางการแพทย์ต่อไป ซึ่งวิธีดังกล่าวนี้สามารถแก้ไขปัญหาค่าใช้จ่ายได้ทั้งที่ปลายเหตุ (ชดเชยเมื่อเกิดความเสียหาย) และที่ต้นเหตุ (พัฒนาระบบบริการทางการแพทย์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทำให้เกิดความเสียหายน้อยลง)

สำหรับราชอาณาจักรสวีเดน กำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่แพทย์ต้องทำประกันภัยความรับผิด โดยการพิจารณาชดเชยความเสียหาย ราชอาณาจักรสวีเดนใช้หลัก “ความเสียหายที่หลีกเลี่ยงไม่ได้” กล่าวคือ มองว่าเหตุการณ์นั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้ภายใต้สถานการณ์หรือระบบที่เหมาะสมหรือไม่ โดยเปรียบเทียบมาตรฐานการรักษาจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในสาขานั้น ๆ ไม่ขึ้นกับประสบการณ์หรือความสามารถของผู้ให้การรักษาคนใดคนหนึ่ง ถ้าความเสียหายนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้ ก็ต้องจ่ายค่าชดเชยความเสียหาย ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นการยกระดับมาตรฐานของผู้ให้บริการให้สูงขึ้น และเพื่อให้ผู้ป่วยมีโอกาสได้รับการชดเชยความเสียหายมากขึ้น นอกจากนี้อีกหลักหนึ่งที่น่าสนใจใช้พิจารณาตัดสิน ได้แก่ “หลักทางเลือกในการรักษาหรือบริการ” กล่าวคือในการรักษาหรือให้บริการนั้นหากยังมีทางเลือกอื่นที่มีประสิทธิภาพมากกว่า ได้ผลดีกว่า หลีกเลี่ยงต่อความเสียหายได้มากกว่า แต่กลับไม่เลือกทางดังกล่าว เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ผู้ป่วยก็ชอบที่จะได้รับการชดเชย

ในการพิจารณาชดเชยความเสียหายนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ การชดเชยความเสียหายที่เกี่ยวข้องด้านการเงินส่วนหนึ่ง เช่น รายได้ที่สูญเสียไป ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่ไม่ครอบคลุมภายใต้ระบบประกันสุขภาพใด ๆ และการชดเชยความเสียหายที่มีได้เกี่ยวข้องกับตัวเงินอีกส่วนหนึ่ง เช่น ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมานทางกายและจิตใจ ทั้งนี้หลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินขึ้นอยู่กับความรุนแรง และระยะเวลาที่ได้รับผลกระทบ

ประเทศแคนาดาโดยหลักยังใช้ระบบเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายต่อศาล แต่ก็ยังผสมผสานไปกับการสร้างกลไกลดผลกระทบจากการฟ้องร้อง การส่งเสริมความปลอดภัยของผู้ป่วย และการชดเชยโดยไม่พิสูจน์ความผิดแบบเฉพาะส่วน โดยประเทศแคนาดามีการนำเอาระบบการชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในบางกรณี เช่น การชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ให้กับผู้ติดเชื้อเอชไอวี และไวรัสตับอักเสบบีที่เกิดจากการให้เลือด

ในประเทศนิวซีแลนด์ ระบบชดเชยความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์มาจากแนวคิดที่มองว่า การบาดเจ็บจากการรักษาทางการแพทย์ถือเป็นอุบัติเหตุอย่างหนึ่ง (Treatment Injury) อันอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการชดเชยค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation

Act) ซึ่งระบุให้มีการชดเชยการบาดเจ็บของบุคคลที่เกิดจากอุบัติเหตุโดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าฝ่ายใดผิด ฝ่ายใดถูก ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีการแยกกรณีการชดเชยผู้บาดเจ็บจากการรักษาทางการแพทย์เอาไว้เป็นการเฉพาะ และกำหนดให้มีคณะกรรมการดำเนินงานในส่วนนี้เป็นการเฉพาะด้วย เรียกว่าหน่วยงานอุบัติเหตุจากการแพทย์ (Medical Misadventure Unit: MMU) ระบบชดเชยระบบนี้ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดจากการให้บริการของบุคลากรทางการแพทย์ที่จดทะเบียนวิชาชีพทั้งหมด ไม่ว่าจะทำการให้บริการ ณ สถานที่แห่งใด เช่น โรงพยาบาล คลินิก ร้านขายยา เป็นต้น ส่วนงบประมาณสำหรับแผนการชดเชยกรณีความผิดพลาดทางการแพทย์มาจากหลายแหล่ง โดยส่วนหนึ่งมาจากเงินสมทบนายจ้าง และผู้มีรายได้ซึ่งรัฐบาลจะทำการหักเป็นภาษี ณ ที่จ่ายไว้ ส่วนผู้ที่ไม่มีรายได้นั้น รัฐบาลจะเป็นผู้จ่ายเงินสมทบแทน พบว่าร้อยละ 55 ของค่าใช้จ่ายของระบบชดเชยความเสียหายทางการแพทย์มาจากการเก็บจากภาคจ้างแรงงานหรือนายจ้างผ่านระบบภาษี แต่มีได้เก็บจากผู้ให้บริการโดยตรง ส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 45 มาจากเงินสมทบจากรัฐบาล

หลักเกณฑ์การร้องขอชดเชยกรณีการบาดเจ็บจากการรักษาทางการแพทย์ของประเทศนิวซีแลนด์จะต้องเป็นการบาดเจ็บที่เกิดจากความผิดพลาดที่เข้าข่าย 2 ประการนี้ คือ 1) เหตุที่เกิดจากกรณีที่บุคลากรทางสุขภาพที่มีใบประกอบวิชาชีพผิดพลาดในการรักษาตามมาตรฐานหรือขาดทักษะที่สมควรจะมีในการทำการรักษานั้น ๆ รวมถึงความผิดพลาดในระบบขององค์กรด้วย (Medical Error) 2) ผลข้างเคียงอันไม่พึงประสงค์ที่เกิดจากการรักษาอย่างเหมาะสมของบุคลากรทางการแพทย์ที่มีใบประกอบวิชาชีพ โดยเป็นผลที่ปกติเกิดได้ยากแต่รุนแรง เช่น เสียชีวิต พักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลมากกว่า 14 วัน หรือบาดเจ็บต่อเนื่องมากกว่า 28 วัน (Medical Mishap) โดยค่าชดเชยที่ได้รับครอบคลุมถึง ค่าดูแลรักษา ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟู และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในระหว่างที่ยังได้รับการบาดเจ็บอยู่ ไม่ว่าจะเป็นการบาดเจ็บทางกาย หรือทางใจ รวมตลอดถึงกรณีเสียชีวิตด้วย ซึ่งเมื่อได้รับการชดเชยแล้วจะต้องงดเว้นการใช้สิทธิในการฟ้องร้อง

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าต่างประเทศนั้น บางประเทศมีการนำระบบชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในรูปแบบประกันภัยความรับผิด บางประเทศนำมาใช้กับระบบกองทุน ซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามระบบสาธารณสุข ระบบสวัสดิการ ตลอดจนลักษณะทางสังคมของประเทศนั้น ๆ

สำหรับประเทศไทยนั้น พบว่ามีการนำแนวคิดในเรื่องดังกล่าวจากต่างประเทศมาใช้ครั้งแรกในพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 41<sup>25</sup> กำหนดให้จ่ายเงิน

<sup>25</sup> พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 “ให้คณะกรรมการกันเงินจำนวนไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินที่จะจ่ายให้หน่วยบริการไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการ ในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือ



ช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการเข้ารับบริการสาธารณสุขจากหน่วยบริการ โดยใช้ระบบกองทุน ซึ่งผลดังกล่าวทำให้สามารถลดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้จำนวนหนึ่ง แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อจำกัด คือ ใช้เฉพาะกลุ่มสำหรับผู้ป่วยตามโครงการหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า (บัตรทอง) เท่านั้น ทำให้การคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขยังไม่ครอบคลุมถึงบุคคลทุกกลุ่ม ภาคประชาชน อันได้แก่ กลุ่มประชาชนผู้ได้รับความเสียหายทางการแพทย์ องค์กรผู้บริโภค กลุ่มผู้ป่วยและองค์กรพัฒนาเอกชน ก็ได้เห็นความจำเป็นว่าควรมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการสาธารณสุข นอกเหนือจากการคุ้มครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ซึ่งจำกัดความคุ้มครองเฉพาะกลุ่ม ดังนั้นจึงมีการผลักดันอย่างต่อเนื่องให้ออกกฎหมายเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากบริการสาธารณสุข โดยใช้แนวคิดไม่ต้องพิสูจน์ถูกผิดขึ้นบังคับใช้ โดยมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข พ.ศ. .... ขึ้นหลายฉบับจากหลายหน่วยงาน สำหรับฉบับปัจจุบันที่ผ่านการรับฟังความเห็นจากทุกภาคส่วนแล้ว มีสาระสำคัญคือ ให้มีเงินกองทุนเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข เงินส่วนใหญ่ของกองทุนมาจากสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติจัดสรรเงินตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 มาสมทบรายปี ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด ซึ่งเมื่อศึกษานิยามของคำว่า “ผู้เสียหาย” ประกอบกับคำว่า “สถานพยาบาล” ตามมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่า ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงาม ไม่ถือเป็นผู้เสียหายตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้คุ้มครองเฉพาะผู้เสียหายจากการเข้ารับบริการสถานพยาบาลของรัฐ สภากาชาดไทย หน่วยบริการที่ขึ้นทะเบียนตามกฎหมายหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สถานพยาบาลที่สำนักงานประกันสังคมประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามกฎหมายว่าด้วยประกันสังคม และสถานพยาบาลอื่นที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเท่านั้น ไม่รวมถึงสถานพยาบาลประเภทคลินิกเอกชนด้วยแต่อย่างใด

นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่าในปัจจุบันเนื่องด้วยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เห็นว่ามีปัญหาการร้องเรียนของผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจทั้งในด้านการจำหน่ายสินค้าและการให้บริการมีเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงได้กำหนดโครงการตราสัญลักษณ์การคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Guarantee) เพื่อเป็นการประกันการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคอันเป็นการสร้าง

---

หาผู้กระทำผิดได้ แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด.”

ความเชื่อมั่นให้กับผู้บริโภคในการบริโภคสินค้าและบริการที่เข้าร่วมโครงการ ประกอบกับส่งเสริมให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีคุณธรรม จริยธรรม และมีความรับผิดชอบต่อสังคม โดยมีการจัดทำตราสัญลักษณ์ของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อแสดงไว้บนสินค้าหรือบริการที่มีการรับประกันความปลอดภัยในการบริโภคสินค้านั้น หากผู้บริโภคได้รับความไม่เป็นธรรม ได้รับความเสียหายจากการบริโภคสินค้าที่มีตราสัญลักษณ์ของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สามารถขอรับการเยียวยาชดใช้ความเสียหายจากบริษัทผู้รับประกันภัยได้ทันที ไม่ต้องเสียเวลาในกระบวนการพิจารณาซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้เวลานานอีกต่อไป โดยข้อบังคับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ว่าด้วยการใช้เครื่องหมายรับรองตราสัญลักษณ์การคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Guarantee) พ.ศ. 2555 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 31 สิงหาคม 2555 เป็นต้นไป และใช้บังคับกับธุรกิจ 26 ประเภท ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับดังกล่าว ซึ่งธุรกิจคลินิกเสริมความงามก็เป็นหนึ่งในธุรกิจที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการใช้เครื่องหมายรับรองตราสัญลักษณ์ด้วยเช่นกัน โครงการดังกล่าวนี้จะเริ่มบังคับใช้กับธุรกิจที่ละประเภทไปจนครบทั้ง 26 ประเภท โดยปัจจุบันมีการใช้บังคับแล้วกับธุรกิจ 4 ประเภท ได้แก่ ธุรกิจโรงเรียนกวดวิชา ธุรกิจท่องเที่ยว ธุรกิจขายตรงและธุรกิจรถยนต์ใช้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม โครงการดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของความสมัครใจ ไม่มีสภาพบังคับเนื่องจากไม่ใช่กฎหมาย จากการบังคับใช้กับธุรกิจที่กล่าวมาจึงพบว่ายังไม่ได้รับความร่วมมือเท่าที่ควร พบว่าในปี พ.ศ. 2556 ธุรกิจที่ได้รับมอบตราสัญลักษณ์การคุ้มครองผู้บริโภคประกอบไปด้วย ธุรกิจท่องเที่ยว จำนวน 64 ราย ธุรกิจขายตรง จำนวน 29 ราย และธุรกิจโรงเรียนกวดวิชา จำนวน 5 ราย<sup>26</sup> เนื่องจากโครงการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการทำประกันภัยแบบสมัครใจ มิใช่ประกันภัยภาคบังคับ แม้ว่าในทางปฏิบัติสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะมีอำนาจไต่ถามในเรื่องค่าเสียหายระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการในกรณีผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงามเข้าเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องของความตกลงและความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคไม่มีอำนาจบังคับให้ผู้ประกอบการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคแต่อย่างใด หากไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายกันต่อไป นำมาซึ่งความล่าช้าในการเยียวยาความเสียหาย

ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

<sup>26</sup> สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). ผลการดำเนินงานการมอบตราสัญลักษณ์การคุ้มครองผู้บริโภค ประจำปี พ.ศ. 2555-2556. สืบค้นเมื่อ 26 มกราคม 2557, จาก <http://www.ocpb.go.th/download/departement1/ผลการดำเนินงานมอบตราสัญลักษณ์.pdf>.

จะเป็นผลดีทั้งในแง่ของความสะดวกรวดเร็วในการเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหาย ลดปริมาณการฟ้องร้องคดีทางแพ่งระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งยังสามารถนำข้อผิดพลาดอันเกิดจากระบบการให้บริการทางการแพทย์มาปรับปรุงแก้ไขให้ดีขึ้น เพื่อลดปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไปได้ด้วย ส่วนจะนำมาใช้ในรูปแบบของระบบกองทุนหรือประกันภัยนั้นก็ต้องพิจารณาต่อไปถึงความเหมาะสมหลายด้านประกอบกัน สำหรับตัวผู้ศึกษาเองนั้นเห็นด้วยกับระบบประกันภัยแบบไม่ต้องพิสูจน์ความผิด เนื่องจากระบบกองทุนตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด พ.ศ. .... นั้นเงินส่วนหนึ่งของกองทุนมาจากเงินอุดหนุนของรัฐบาล ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้ว เพราะร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายจากการรักษาพยาบาลที่มีลักษณะเป็นการรักษาโรคร้ายไข้เจ็บ แต่หากจะให้ร่างพระราชบัญญัตินี้คุ้มครองไปถึงผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการเข้ารับบริการคลินิกเสริมความงามด้วยแล้ว ก็จะทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณในส่วนนี้เพื่อมาชดเชยความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายจากบริการทางด้านความงาม อันไม่เกี่ยวกับสุขภาพแต่อย่างใด การเข้ารับบริการเกี่ยวกับความสวยงามนั้นเป็นเรื่องของความสมัครใจ มิใช่ปัญหาทางสุขภาพที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ฉะนั้น เมื่อผู้ประกอบการมีความประสงค์จะประกอบกิจการคลินิกเสริมความงามซึ่งแม้เป็นการให้บริการทางการแพทย์ แต่ก็กระทำในเชิงการค้า ก็ควรที่จะต้องเข้ามารับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากธุรกิจของตนด้วยตนเอง ไม่ควรผลักภาระไปให้รัฐต้องเป็นผู้เยียวยาชดเชยให้แทน

ด้วยเหตุที่กล่าวมา ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าควรกำหนดให้โครงการตราสัญลักษณ์เป็นโครงการที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย เพื่อให้มีลักษณะเป็นการประกันภัยภาคบังคับ และปรับเปลี่ยนให้เป็นการประกันภัยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดสำหรับในกรณีของธุรกิจคลินิกเสริมความงาม เพราะธุรกิจดังกล่าวเป็นการให้บริการทางการแพทย์รูปแบบหนึ่งที่ต้องอาศัยเทคนิควิธีการ โดยเฉพาะทางการแพทย์อันเป็นเรื่องซับซ้อน ยากแก่การที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายได้ ประกอบกับพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์ความผิด เช่น บุคคลากรทางการแพทย์ เครื่องมือเครื่องใช้ เวชระเบียน ล้วนอยู่ในความครอบครองของคลินิกเสริมความงามทั้งสิ้น หากจะให้ผู้บริโภคเป็นฝ่ายที่จะต้องพิสูจน์ต่อบริษัทประกันภัย ย่อมเป็นการยากและไม่ต่างจากการใช้ระบบการพิสูจน์ความเสียหายต่อศาลซึ่งใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ แม้มีระบบการประกันภัยเกิดขึ้น ก็สามารถแก้ไขได้เฉพาะเรื่องความรวดเร็วและสะดวกในการขอรับชดเชยค่าเสียหาย หากยังใช้ระบบการพิสูจน์ความผิดแบบเดิม ก็ยากที่ผู้บริโภคจะได้รับชดเชยค่าเสียหายได้จริง ซึ่งการนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้นั้นไม่เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายประกันภัยที่มีหลักการว่าบริษัทประกันภัยจะชดเชยค่าเสียหายให้ก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากความผิดของผู้ทำประกันภัย เพราะหลักดังกล่าวสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือ สามารถ

ตกลงให้ผู้รับประกันภัยรับผิดชอบในทุกกรณี ไม่จำกัดเฉพาะกรณีเกิดจากความผิดของผู้ทำประกันภัยก็ได้ อันเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในสัญญา (Strict Liability in Contract) และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยปัจจุบันราชอาณาจักรสวีเดนก็มีการนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในรูปแบบของการประกันภัยเช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่สถานพยาบาลเอกชนต้องทำประกันภัยเพราะฉะนั้น เพื่อให้วัตถุประสงค์ของโครงการตราสัญลักษณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่ต้องการให้ผู้เสียหายเกิดความเชื่อมั่นในสินค้าและบริการ ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างทั่วถึง และเพื่อให้ผู้ประกอบการเกิดความรับผิดชอบต่อสังคมสามารถบรรลุผลได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ จึงควรมีการแก้ไขให้อยู่ในรูปแบบประกันภัยภาคบังคับ โดยนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้

#### 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

ธุรกิจเกี่ยวกับความงามที่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบันมีหลายรูปแบบ จากการศึกษาค้นคว้าสามารถแบ่งธุรกิจดังกล่าวออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) ธุรกิจเสริมความงามที่ไม่เข้าข่ายการประกอบโรคศิลปะตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพอื่นตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทางการแพทย์หรือสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล เช่น ธุรกิจสปาเพื่อสุขภาพ นวดเพื่อสุขภาพ หรือกิจการนวดเพื่อเสริมสวย และ 2) ธุรกิจเสริมความงามที่มีลักษณะเป็นการประกอบโรคศิลปะ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม อันจะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 เช่น ธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ธุรกิจศัลยกรรมความงาม เป็นต้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

ธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามที่ได้ศึกษาได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายถึงธุรกิจที่ประกอบกิจการให้บริการด้านความสวยงาม โดยมีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ดำเนินการ รูปแบบของกิจการอยู่ในลักษณะของสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง การศัลยกรรมความงามอันเป็นวิชาชีพเวชกรรมแขนงหนึ่งที่มีมุ่งเน้นในการปรับปรุงโครงสร้างภายนอกของผู้ใช้บริการ โดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก เพื่อตกแต่ง เสริมความงามแก่ผู้ให้บริการให้ดูอ่อนวัยและดูดียิ่งขึ้น

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็นย่อยดังต่อไปนี้

1) มาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามในแง่ของการขอประกอบกิจการ

ปัจจุบันผู้ที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามจะต้องยื่นขอต่อสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กระทรวงสาธารณสุขสำหรับในเขตกรุงเทพมหานครหรือยื่นต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัด สำหรับเขตอื่น ๆ นอกกรุงเทพมหานคร ซึ่งโดยส่วนใหญ่ธุรกิจดังกล่าวนิยมจัดตั้งในรูปแบบของคลินิกเวชกรรม อันมีลักษณะเป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านเวชกรรมที่เป็นเวชปฏิบัติทั่วไปและดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เอกสาร หลักฐาน แบบคำขอที่ใช้สำหรับการยื่นขอ หลักเกณฑ์การพิจารณาและตรวจคลินิกมีลักษณะเช่นเดียวกับการขอเปิดคลินิกรักษาโรคทั่วไป<sup>27</sup> คือมุ่งเน้นตรวจสอบคุณภาพทั่วไปของสถานพยาบาล ในการกรอกแบบคำขอจัดตั้งสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน (สพ.2) และแบบคำขออนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล (สพ.5) ผู้ยื่นคำขอเพียงแต่ระบุประเภทของสถานพยาบาลที่ประสงค์จะจัดตั้งและประกอบกิจการว่าเป็นคลินิกเวชกรรมเท่านั้นก็เพียงพอโดยไม่จำเป็นต้องระบุรายละเอียดในแบบคำขอว่าคลินิกเวชกรรมที่ตนประสงค์จะประกอบกิจการนั้นมีการให้บริการด้านเสริมความงามด้วยแต่อย่างใด ในประเด็นดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าคลินิกเสริมความงามนั้นแตกต่างจากคลินิกเวชกรรมรักษาโรคทั่วไปในแง่การประกอบการเชิงธุรกิจ กล่าวคือ แต่เดิมวิชาชีพแพทย์เป็นเรื่องของการให้ความช่วยเหลือเชิงมนุษยธรรม แพทย์ถูกมองว่าเป็นผู้ช่วยชีวิตมนุษย์ด้วยไม่ตรีจิต โดยไม่หวังผลตอบแทน แต่ปัจจุบันสถานพยาบาลหลายแห่งแปรเปลี่ยนไปเป็นธุรกิจซึ่งมุ่งเน้นผลกำไรมากกว่าการช่วยชีวิตผู้ป่วย โดยแพทย์ถือเป็นผู้มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการทำให้ธุรกิจสถานพยาบาลบรรลุผลประโยชน์ โดยเฉพาะการเสริมความงามและศัลยกรรมความงามถูกนำมาหาผลประโยชน์ทางธุรกิจมากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ผู้ป่วยเข้าหาแพทย์ด้วยความรู้สึกเคารพนับถือและไว้วางใจ กลายเป็นความสัมพันธ์ในเชิงสัญญา คือมาสถานพยาบาลเพื่อมาใช้บริการ ยิ่งไปกว่านั้น ในปัจจุบันยังพบว่ามิได้มีความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงามเป็นจำนวนมาก ทั้งระดับของความเสียหายยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นด้วย โดยจากเดิมอาจเพียงแค่รักษาไม่เห็นผลคงคำโฆษณา แต่ปัจจุบันความเสียหายรุนแรงถึงขนาดได้รับอันตรายแก่กายอย่างสาหัส หรือถึงขนาดเสียชีวิตก็ปรากฏให้เห็นมาแล้ว ดังนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการควบคุมการประกอบคลินิกเสริมความงามซึ่งเป็นลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย

<sup>27</sup> เข้าหน้าที่กองกฎหมาย กลุ่มคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ (การสื่อสารระหว่างบุคคล).

แก่ผู้บริโภคอย่างร้ายแรงไม่ควรอยู่ในระดับเดียวกับการควบคุมการประกอบกิจการคลินิกรักษาโรคทั่วไป หากแต่ควรเพิ่มระดับให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น

จากการศึกษาแนวทางในการควบคุมการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับความงามของต่างประเทศ พบว่าในสหรัฐอเมริกาหรืออเมริกามีการแยกประเภทของคลินิกเสริมความงามออกจากสถานบริการอื่น ๆ กล่าวคือ สถานความงามที่มีการให้บริการเลเซอร์และไอพีแอล จะต้องเปลี่ยนสถานะมาเป็นสถานบริการเกี่ยวกับสุขภาพที่ได้รับอนุญาตให้มีการให้บริการดังกล่าวได้ เช่น คลินิกพิเศษ (Specialty Clinic) โพลีคลินิก (Polyclinics) ศูนย์ความงามและเลเซอร์ (Cosmetic and Laser Centre) เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการเลเซอร์ไว้โดยเฉพาะว่า หากเป็นแพทย์ทั่วไปจะปฏิบัติงานในลักษณะดังกล่าวได้ต้องผ่านการฝึกอบรมและได้รับใบรับรองเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านเลเซอร์และไอพีแอล จากกรมควบคุมสุขภาพ แต่ถ้าหากเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านผิวหนังและศัลยกรรมพลาสติกสามารถปฏิบัติงานเกี่ยวกับเลเซอร์และไอพีแอล ได้โดยไม่ต้องผ่านการฝึกอบรมเพิ่มเติม<sup>28</sup>

ในปัจจุบันธุรกิจด้านความงามเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว มีการก่อตั้งคลินิกเสริมความงามในรูปแบบใหม่ที่ทันสมัยและตอบ โจทย์ผู้บริโภคได้มากขึ้นกว่าเดิมในหลายพื้นที่ ไม่ว่าจะในกรุงเทพหรือต่างจังหวัดก็ตาม บางคลินิกไม่ได้ให้บริการเฉพาะด้านเสริมความงามโดยใช้วิธีฉีดสารเข้าร่างกายหรือใช้เลเซอร์เพื่อความงามเท่านั้น แต่ยังมีการนำเอาการศัลยกรรมความงามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในบริการของธุรกิจดังกล่าวนี้ด้วยเพื่อให้มีลักษณะเป็นธุรกิจความงามครบวงจร ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมา ผู้เขียนมีความเห็นว่ารัฐควรมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามให้เข้มงวดมากยิ่งขึ้น โดยในขั้นตอนการขอประกอบกิจการควรแบ่งแยกคลินิกเวชกรรมออกเป็นประเภทย่อย ๆ อย่างชัดเจน กล่าวคือ แยกคลินิกเวชกรรมทั่วไปกับคลินิกเวชกรรมเสริมความงามออกจากกันดังเช่นในสหรัฐอเมริกาที่มีการแบ่งแยกสถานเสริมความงามที่ให้บริการเลเซอร์และไอพีแอล ออกจากสถานบริการอื่น ๆ สาเหตุที่ควรแยกคลินิกทั้งสองประเภทออกจากกันก็เพราะการปฏิบัติการทางการแพทย์ของคลินิกทั้งสองประเภทนั้นแตกต่างกัน โดยคลินิกเวชกรรมทั่วไป ทำหัตถการทั่วไปเกี่ยวกับการรักษาโรค ส่วนคลินิกเวชกรรมเสริมความงามกระทำหัตถการเกี่ยวกับความงาม มิใช่รักษาโรคภัยไข้เจ็บ จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์การขออนุญาตประกอบกิจการแตกต่างกัน นอกจากนี้หากธุรกิจคลินิกเสริมความงามดังกล่าวมีการให้บริการศัลยกรรมความงามร่วมด้วย การขออนุญาตประกอบกิจการจะกระทำในรูปแบบคลินิกเวชกรรมไม่ได้ แต่ต้องขออนุญาตประกอบกิจการในรูปแบบคลินิกเวชกรรม

<sup>28</sup> Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011, Article 5.1.

เฉพาะทาง ซึ่งเป็นสถานพยาบาลที่จัดให้บริการด้านเวชกรรมที่เป็นเวชปฏิบัติเฉพาะทาง และกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภาในสาขานั้น<sup>29</sup> ทั้งนี้เพราะการคัดสรรความงามเป็นเวชปฏิบัติเฉพาะทางที่ต้องกระทำโดยแพทย์ผู้มีความรู้ความชำนาญเฉพาะทางในด้านดังกล่าว

สำหรับในขั้นตอนการอนุญาต เจ้าหน้าที่ควรเพิ่มระดับความเข้มงวดในการตรวจและอนุญาตให้ประกอบธุรกิจแต่ละประเภท ซึ่งมีใช้เพียงแต่กำหนดให้ผู้ดำเนินการคลินิกเวชกรรมจะต้องเป็นแพทย์เท่านั้น หากแต่ในกรณีประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามจะต้องเพิ่มระดับความเข้มงวดในการตรวจสอบและอนุญาตด้วย โดยการกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ว่านอกจากจะได้รับปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิตแล้ว ยังต้องผ่านการฝึกอบรมจากหน่วยงานที่รับผิดชอบจนมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในด้านเสริมความงามอีกด้วย ดังที่กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1 เพราะคลินิกเสริมความงามเป็นคลินิกที่แตกต่างจากคลินิกรักษาโรคทั่วไปทั้งในแง่ของธุรกิจและผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการให้บริการ จึงควรตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ให้บริการว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและผ่านการอบรมจนได้รับอนุญาตให้เป็นผู้มีคุณสมบัติในการให้บริการนั้น ๆ จากหน่วยงานที่แพทยสภารับรองหรือไม่

2) มาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามในด้านคุณภาพของสถานพยาบาล

การขออนุญาตประกอบการและดำเนินการคลินิกเสริมความงามจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 และกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว การตรวจสถานพยาบาลจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 กำหนด ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมุ่งเน้นควบคุมและตรวจสอบในเรื่องคุณภาพโดยทั่วไปของสถานพยาบาล อันได้แก่ เรื่องความสะอาด ปลอดภัยของสถานที่ ความเป็นระเบียบและเป็นสัดส่วนของห้องตรวจและห้องที่ทำการรักษา มีแสงสว่างและการระบายอากาศเพียงพอ มีการเก็บและกำจัดมูลฝอยและสิ่งปฏิกูลที่เหมาะสม มีระบบการควบคุมการติดเชื้อที่เหมาะสม เป็นต้น บทบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นผลดีแก่ผู้บริโภคในแง่ความสะดวกสบาย ปลอดภัย ความพึงพอใจของสถานที่และอุปกรณ์เครื่องมือที่ใช้ในการให้บริการ แต่อย่างไรก็ตาม คุณภาพ

<sup>29</sup> กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545, ข้อ 1.

ในเรื่องดังกล่าวเป็นเพียงลักษณะภายนอกเท่านั้น ไม่อาจบ่งบอกได้ว่าการให้บริการของคลินิกเสริมความงามจะดีและมีคุณภาพตามไปด้วยหรือไม่

การพัฒนาธุรกิจคลินิกเสริมความงามให้มีคุณภาพนั้น นอกจากจะพิจารณาในเรื่องของสถานประกอบการแล้ว คุณภาพ กิริยา มารยาทของบุคลากรผู้ให้บริการก็ถือเป็นสิ่งสำคัญที่จำต้องคำนึงถึงด้วยเช่นกัน สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบกิจการธุรกิจคลินิกเสริมความงามของประเทศไทยในปัจจุบันมุ่งเน้นที่เรื่องความปลอดภัยของสถานที่มากกว่าคุณภาพของการให้บริการและจรรยาบรรณในวิชาชีพของผู้ให้บริการ โดยพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ มาตรการตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 บัญญัติถึงเฉพาะการตรวจสอบคุณภาพโดยทั่วไปของสถานพยาบาล ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ส่วนในเรื่องจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2549 อันมีหลักทั่วไปกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมดำรงตนให้สมควรในสังคมโดยธรรม และเคารพต่อกฎหมายของบ้านเมืองไม่ประพฤติหรือกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นเหตุให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ และประกอบวิชาชีพด้วยเจตนาดี โดยไม่คำนึงถึงฐานะเชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา สังคม หรือลัทธิการเมือง<sup>30</sup> แต่อย่างไรก็ตามดังที่กล่าวมาแล้วว่าในธุรกิจคลินิกเสริมความงามนั้น ผู้ให้บริการแก่ผู้บริโภคได้มีแต่เฉพาะแพทย์ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงพนักงานผู้ให้บริการซึ่งไม่ใช่แพทย์อีกด้วย ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามรรยาทและจรรยาบรรณของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่กองกฎหมาย กลุ่มคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ได้รับข้อมูลว่า เรื่องหนึ่งที่ได้รับร้องเรียนเข้ามาได้แก่ มาตรฐานการให้บริการ และมาตรฐานของบุคลากรผู้ให้บริการ

จากการศึกษาแนวทางของต่างประเทศที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับความงาม ปรากฏว่าประเทศมาเลเซียมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับธุรกิจความงาม เอาไว้ในแนวทางปฏิบัติสำหรับธุรกิจความงาม (Guidelines for Beauty Industry) โดยเนื้อหาสาระของแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนอกจากจะกำหนดเรื่อง โครงสร้าง ความปลอดภัยและการรักษาสภาพแวดล้อมของสถานที่ให้ถูกสุขลักษณะแล้วยังมีข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามาตรฐานทางวิชาชีพและมาตรฐานทางธุรกิจด้วย ดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

<sup>30</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2549, ข้อ 5-7.

<sup>31</sup> Guidelines for Beauty Industry, Article 7.



1. ผู้ให้บริการจะต้องรักษามาตรฐานทางวิชาชีพและมาตรฐานของธุรกิจให้อยู่ในระดับสูง
  2. ผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามให้เหมาะสมและรักษามารยาทในวิชาชีพ
  3. ผู้ให้บริการจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกค้าก่อนที่จะมีการให้บริการ
  4. ผู้ให้บริการจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกค้าก่อนที่จะมีการถ่ายภาพก่อนและหลังให้บริการสำหรับใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ประสิทธิผลของการรักษา และไม่นำภาพของลูกค้าไปใช้สำหรับการโฆษณาหรือการประชาสัมพันธ์ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของลูกค้า
  5. ผู้ให้บริการจะต้องเคารพสิทธิและความเป็นส่วนตัวของลูกค้าและไม่เผยแพร่ข้อมูลของลูกค้า
  6. ผู้ให้บริการจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่ผิดกฎหมายและไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานประกอบการใดที่ให้บริการผิดกฎหมาย
  7. ผู้ให้บริการจะต้องละเว้นจากการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของเพื่อนร่วมงาน
  8. ผู้ให้บริการจะต้องมีความรู้และสามารถให้ข้อมูล คำแนะนำที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าและบริการต่อลูกค้า ตลอดจนผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นจากใช้สินค้าหรือรับบริการถ้าหากมี
  9. ผู้ให้บริการจะต้องไม่ดำเนินการรักษาที่อยู่นอกเหนือขอบเขตที่ได้รับการฝึกอบรมและที่มีประสบการณ์
  10. ผู้ให้บริการจะต้องสอบถามประวัติทางการแพทย์ก่อนที่จะให้บริการลูกค้าเป็นครั้งแรก เพื่อให้แน่ใจว่าลูกค้าที่เข้ามาใช้บริการนั้นอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือไม่
  11. ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ ไม่พึงประสงค์ ผู้ปฏิบัติหน้าที่จะต้องสามารถที่จะระบุได้อย่างรวดเร็ว และวิเคราะห์ถึงความจำเป็นว่ากรณีดังกล่าวควรจะต้องให้อยู่ในความดูแลของแพทย์หรือไม่
  12. ผู้ให้บริการจะต้องแจ้งการกำหนดราคาหรือค่าใช้จ่ายก่อนที่จะมีการรักษาและหลีกเลี่ยงการแจ้งเท็จใด ๆ ที่อาจทำให้ลูกค้าเกิดความเข้าใจผิด
  13. ผู้ให้บริการจะต้องละเว้นจากการเสนอขายสินค้าหรือบริการ หรือการให้ส่วนลดในเชิงรุกที่ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ลูกค้า
- ผู้ศึกษาเห็นว่าหากประเทศไทยมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามารยาทและจรรยาบรรณของพนักงานผู้ให้บริการในธุรกิจคลินิกเสริมความงามเพื่อให้ผู้ประกอบการอาชีพดังกล่าวยึดถือปฏิบัติแล้ว ย่อมจะสามารถยกระดับคุณภาพของคลินิกเสริมความงามให้อยู่ในระดับที่ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิมได้ เพราะปัจจัยที่รวมกันเป็นองค์ประกอบของธุรกิจที่คึกคัก นอกจากจะ

ประกอบด้วยเงินทุน วัตถุดิบ เครื่องมือเครื่องจักร การบริหารจัดการ และการตลาดแล้ว บุคลากรในองค์กรถือเป็นทรัพยากรที่สำคัญที่สุดตั้งแต่ในขั้นตอนการจัดตั้งสถานประกอบการตลอดจนถึงการดำเนินงานให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ทรัพยากรมนุษย์จึงมีส่วนสำคัญอย่างมากที่จะส่งเสริมให้องค์กรนั้น ๆ เป็นองค์กรที่มีคุณภาพ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางปฏิบัติสำหรับธุรกิจความงาม (Guidelines for Beauty Industry) ของประเทศมาเลเซียในข้อ 8 ว่าด้วยข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามาตรฐานทางวิชาชีพและมาตรฐานทางธุรกิจนั้น ได้วางข้อกำหนดในการปฏิบัติตนของพนักงานผู้ให้บริการไว้ค่อนข้างครบถ้วนในสิ่งอันพึงต้องปฏิบัติ หากประเทศไทยมีการกำหนดข้อปฏิบัติในลักษณะเดียวกันนี้ขึ้นเพื่อเป็นแนวทางแก่พนักงานผู้ให้บริการ โดยนำเอาเนื้อหาและรายละเอียดดังที่บัญญัติไว้ในแนวทางปฏิบัติสำหรับธุรกิจความงามมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทย ย่อมจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งโดยเฉพาะประโยชน์ในแง่ของคุณภาพการให้บริการของคลินิกเสริมความงามที่จะได้รับการยกระดับให้สูงขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติของประเทศมาเลเซียไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายในกรณีฝ่าฝืนข้อบังคับดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่จะให้แนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ จะต้องมีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ทำการฝ่าฝืนเอาไว้ด้วย ดังเช่นกรณีจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ก็จะมีแพทยสภาเป็นองค์กรทางวิชาชีพคอยควบคุม โดยอาศัยบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2549 ซึ่งมีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่รักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพตนเอาไว้ด้วย อันได้แก่ โทษว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาต และเพิกถอนใบอนุญาต หรือในกรณีของวิชาชีพทนายความ ก็จะมีสภาทนายความเป็นองค์กรทางวิชาชีพที่คอยควบคุม และมีอำนาจลงโทษกรณีไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามมรรยาททนายความ สำหรับแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามรรยาทและจรรยาบรรณของพนักงานผู้ให้บริการในธุรกิจคลินิกเสริมความงามนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดบทลงโทษในกรณีฝ่าฝืนแนวปฏิบัติดังกล่าวไว้ด้วย และให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมให้ผู้ให้บริการในธุรกิจดังกล่าวประพฤติปฏิบัติตนภายในกรอบแห่งแนวปฏิบัติที่ได้กำหนดเอาไว้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความมั่นใจว่าตนจะได้รับการให้บริการที่ดีและมีคุณภาพจากคลินิกเสริมความงาม อันถือเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในทางหนึ่งเช่นกัน

## บทที่ 5

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเพื่อกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ผู้ศึกษาใคร่ขอสรุปและเสนอแนะแนวทางในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

#### 5.1 บทสรุป

คลินิกเสริมความงามตามที่ผู้ศึกษามุ่งศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายถึงสถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน ให้บริการด้านความสวยงามโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น ให้ยาทา ให้ยารับประทาน เลเซอร์ ฉีดยาหรือสสาร รวมถึงสวดไสวต์ฤใด ๆ เข้าไปในร่างกายเพื่อผลลัพธ์ทางด้านความงาม แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการศัลยกรรมความงามอันเป็นการมุ่งเน้นปรับปรุงโครงสร้างภายนอกของร่างกายโดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก ความสวยงามเป็นสิ่งที่มนุษย์ให้ความสำคัญอยู่เสมอไม่ว่าในยุคสมัยใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันที่สภาพสังคมเจริญก้าวหน้าด้วยเทคโนโลยี ผู้คนต้องพบปะติดต่อกันมากขึ้น อีกทั้งค่านิยมของคนไทยที่มักยกย่องและให้คุณค่ากับบุคคลสาธารณะ เช่น นักร้อง นักแสดงที่มีรูปร่างหน้าตางดงาม ส่งผลให้ระดับความต้องการที่จะพัฒนารูปร่างหน้าตา บุคลิกภาพของตนก่อตัวเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้า สามารถสรรสร้างความงามให้กับมนุษย์ได้ภายในเวลาเพียงไม่นาน ซึ่งสามารถตอบโจทย์ของสภาพสังคมในยุคปัจจุบันที่เป็นยุคเร่งรีบ และผู้คนต้องการความสะดวกรวดเร็วได้เป็นอย่างดี ปัจจัยดังกล่าวเหล่านี้ส่งผลให้คลินิกเสริมความงามเป็นอีกหนึ่งธุรกิจด้านความงามที่ได้รับความนิยมจากผู้บริโภคเป็นจำนวนมาก แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากธุรกิจดังกล่าวมีอัตราการเติบโตอย่างต่อเนื่องและมีอัตราการแข่งขันในทางธุรกิจที่ค่อนข้างรุนแรง ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายต่างก็นำเอากลยุทธ์ทางการตลาดมาใช้ในการดึงดูดผู้บริโภค โดยผู้ประกอบการส่วนใหญ่ยังไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้บริโภค หากแต่มุ่งหวังเพียงให้ได้มาซึ่งผลกำไรในทางธุรกิจเท่านั้น จากการกระทำดังกล่าวจึงพบว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากได้รับความเสียหายจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค โดยศึกษาเฉพาะกรณีธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่มีรูปแบบกิจการลักษณะเป็นสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน (คลินิก) ในประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม ประเด็นการโฆษณาเกินจริง และประเด็นความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคในความเสียหายจากการใช้บริการของคลินิกเสริมความงาม รวมถึงไปถึงมาตรการของรัฐในการควบคุมการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลและคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 นอกจากนี้ยังศึกษาเรื่องนี้โดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายดังกล่าวของประเทศไทยกับกฎหมายของต่างประเทศว่ามีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้มากน้อยเพียงใดหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่ผู้บริโภคถูกผู้ประกอบการดังกล่าวละเมิดสิทธิเป็นจำนวนมากในปัจจุบันและเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

จากการศึกษาพบว่ามาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้ารับบริการคลินิกเสริมความงาม โดยในบางเรื่องยังไม่มีกฎหมายควบคุม ในบางเรื่องมีกฎหมายควบคุมแล้ว แต่กฎหมายยังมีช่องว่างอยู่ ซึ่งผู้ประกอบการก็ได้อาศัยช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวกระทำการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค หรือในบางเรื่องมีกฎหมายควบคุมแล้ว แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายยังไม่มีประสิทธิภาพ บทลงโทษยังไม่รุนแรงเพียงพอ หรือการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ยังไม่มีความหนักแน่นชัดเจน เป็นเหตุให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพที่ไม่มีความชำนาญ ความเสียหายจากการโฆษณาเกินจริง และความเสียหายอันเกิดจากความล่าช้าในกระบวนการเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหาย เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจคลินิกเสริมความงามแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า มีความจำเป็นและสมควรที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายพร้อมทั้งกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบันมากขึ้นด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

การที่จะให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จำเป็นต้องมีการกำหนดแนวทางและมาตรการทางกฎหมายดังต่อไปนี้

### 5.2.1 มาตรการเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม

1) เห็นควรกำหนดให้คลินิกเสริมความงามเป็นธุรกิจที่ต้องควบคุมเป็นพิเศษ โดยออกข้อบังคับแพทยสภากำหนดประเภทของธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมลักษณะของการเสริมสวย และกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้สามารถประกอบวิชาชีพในสาขาดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งอาจกระทำในลักษณะเดียวกับการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพ เรื่อง เกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552 ที่มีการกำหนดนิยามของคำว่า การรักษาเพื่อแปลงเพศ พร้อมทั้งกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้สามารถกระทำการผ่าตัดแปลงเพศเอาไว้

2) เห็นควรจัดหลักสูตรอบรมการทำหัตถการเกี่ยวกับความสวยงาม โดยมีการกำหนดหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ ซึ่งอาจกำหนดให้เป็นหน้าที่ของแพทยสภา พร้อมทั้งกำหนดมาตรฐานของหลักสูตรไว้อย่างชัดเจนว่ามีการอบรมในเรื่องใดบ้าง ระยะเวลาานเพียงใด และเมื่อจบหลักสูตรแล้ว สามารถทำหัตถการใดได้บ้าง

3) เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 26 ที่ห้ามไม่ให้บุคคลใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทำการประกอบวิชาชีพเวชกรรม เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นตาม (1)-(7) โดยเพิ่มข้อยกเว้นข้อ (8) การใช้รังสีเพื่อการเสริมสวย ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6(19) และประกาศกระทรวงสาธารณสุข

4) เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีประกาศกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับเรื่องที่ระบุไว้ในมาตราดังกล่าว โดยเพิ่ม (19) ประเภทของเครื่องมือแพทย์จัดแบ่งหมวดหมู่ตามระดับความร้ายแรงของเครื่องมือแพทย์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายมนุษย์ และคุณสมบัติของผู้ใช้เครื่องมือแพทย์แต่ละประเภท และออกประกาศกระทรวงสาธารณสุขกำหนดรายละเอียดดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ที่แก้ไขให้อำนาจไว้

### 5.2.2 มาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของคลินิกเสริมความงาม

1) เห็นควรนำพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 49 ประกอบมาตรา 50 เรื่องการออกคำสั่งปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราวมาใช้บังคับกับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายเปิดช่องให้นำมาตรการดังกล่าวนี้มาใช้ได้ ทั้งนี้เพื่อช่วยลดแรงจูงใจในการกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาได้มากขึ้น

2) เห็นควรกำหนดมาตรการควบคุมการใช้ดุลพินิจของแพทย์สภาในการเลือกบทกำหนดโทษ โดยให้มีแนวทางที่เป็นมาตรฐานในการใช้ดุลพินิจที่ชัดเจนและเหมาะสมกับสภาพความร้ายแรงแห่งความผิด

3) เห็นควรผลักดันให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีการตรากฎหมายว่าด้วยองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค โดยให้มีองค์การคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐ อันประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานรัฐในการตราและบังคับใช้กฎหมาย และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค

### 5.2.3 มาตรการเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิกเสริมความงาม

1) เห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ในส่วนนิยามคำว่า “สินค้า” ให้หมายความรวมถึง บริการ ด้วย และออกกฎกระทรวงกำหนดประเภทของบริการที่ไม่ปลอดภัยที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้

2) เห็นควรนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้เพื่อการเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

3) เห็นควรกำหนดให้โครงการตราสัญลักษณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีลักษณะเป็นมาตรการประกันภัยภาคบังคับ และให้นำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

#### 5.2.4 มาตรการในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

- 1) เห็นควรแยกคลินิกเสริมความงามออกจากคลินิกเวชกรรม ในเรื่องเอกสารที่ยื่นขออนุญาตประกอบกิจการ
- 2) เห็นควรเพิ่มระดับความเข้มงวดในการตรวจและอนุญาตให้ประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงาม กล่าวคือ นอกจากจะตรวจในเรื่องคุณภาพภายนอกของสถานพยาบาลตามที่พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ประกอบกับ กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ที่ให้อำนาจไว้แล้ว ยังเห็นควรให้เพิ่มในเรื่องคุณสมบัติของแพทย์ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในคลินิกเสริมความงามไว้ในกฎหมายดังกล่าวเป็นการเฉพาะด้วย
- 3) เห็นควรให้มืองค์กรของรัฐ ได้แก่ สำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ทำหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม โดยให้มีการกำหนดมาตรการปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามรรยาทและจรรยาบรรณของพนักงานผู้ให้บริการในธุรกิจคลินิกเสริมความงามเป็นมาตรฐานบังคับ เช่น มาตรการกำหนดบทลงโทษในกรณีกระทำการฝ่าฝืนไว้ด้วย



บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545.

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติม โดย ดาราพร ธีระวัฒน์. (2551). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

จิต เศรษฐบุตร. (2518). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการสัมมนาและวิจัยคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จิราวัฒน์ คงแก้ว. (ม.ป.ป.). *สวยได้เต็ม ปลุกตลาดความงาม 2 หมื่นล้าน*. สืบค้นเมื่อ 24 กรกฎาคม 2556, จาก <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/business/bizweek/20130708/514222/สวยได้เต็ม-ปลุกตลาดความงาม-2-หมื่นล้าน.html>

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2543). *กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ดาราพร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ดิถก เสริมวิริยะกุล. (2553). *การเพิ่มค่าเสียหายเชิงลงโทษในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. รายงานผลงานส่วนบุคคลการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 8. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม.

ทิวา เงินขวง. (2529). *เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: วิศตอริ์เพาเวอร์พอยท์.

ทิวา เงินขวง. (2531). *กฎหมายเศรษฐกิจ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เทพวิฑูร, พระยา. (2509). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2*. พระนคร: ไทยพิทยา.

ไทยรัฐ. (ม.ป.ป.). *สธ. คั่นคลินิกดังในแฟชันไอส์แลนด์ดำเนินคดีไม่มีแพทย์ควบคุม*. สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2557, จาก <http://www.thairath.co.th/content/region/230600>.

ชนกร วรปรัชญากุล. (2552). “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค: เปิดมิติใหม่ในการคุ้มครองผู้บริโภค” *วารสารร่วมพฤษ*, 27(3).

ธานี สิงหนาท. (2555). *คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พิมพ์ครั้งที่ 11.

- ธีรวัฒน์ จันทรมบูรณ์. (2552). *คำอธิบายและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2546) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล.
- ประกาศแพทยสภาที่ 50/2549 เรื่อง คำที่ห้ามใช้ในการโฆษณา.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.
- ประมวลกฎหมายอาญา.
- พงศกร ถิ่นเขตต์. (2550). *การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีผู้ใช้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พรชนิตว์ ศรีชู. (2552). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีสถานบริการลดความอ้วน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551.
- พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2556.
- พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.
- พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551.
- พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.
- พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.
- พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541.
- เพ็ง เพ็งนิต. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.
- ไพจิตร บุญญพันธุ์. (2550). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. (2554). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินดี (ประเทศไทย).
- ไพโรจน์ อารักขา. (2543). *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ฉบับชาวบ้าน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. (2555). “แพทย์จบใหม่กับปัญหา Franchise skin clinic,” *Medical Focus*, 4(38).
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

- ลือชัย ศรีเงินยวง, นฤพงศ์ ภัคดี, จิราพร ชมศรี และจเร วิชาไทย. (2553). *ประสบการณ์ต่างแดน ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข*. นนทบุรี: วันดีคืนดี.
- วิชา สัจจรัสมิ. (2530). *ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วันทนีย์ ภูมิภัทราคม และคณะ. (2537). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ*. กรุงเทพฯ: วิ.เจ พรินติ้ง.
- วารี นาสกุล. (2553). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้*. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- วิษซ์ จีระแพทย์. (2523). *การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2546). *กฎหมายการแพทย์ ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2551). *คำอธิบายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เรียงมาตรา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสตถิพันธ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ศิริวรรณ เสรีรัตน์ และคณะ. (2541). *ธุรกิจทั่วไป: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ*. กรุงเทพฯ: ซีระฟิล์ม และไซเท็กซ์.
- ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. (ม.ป.ป.). *ธุรกิจสถานความงามดูแลผิวหน้าและผิวพรรณ*. สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2556, จาก [http://www.derminet.com/images/column\\_1268741231/DrCosmetics\\_01.pdf](http://www.derminet.com/images/column_1268741231/DrCosmetics_01.pdf).
- สมคิด บางโม. (2539). *การประกอบธุรกิจ*. กรุงเทพฯ: วิทย์พัฒน์.
- สมาคมโฆษณารัฐกิจแห่งประเทศไทย. (2545). *ครบเครื่องเรื่องกฎหมายโฆษณา*. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดยูเคชั่น.
- สมาคมแพทย์ผิวหนังแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *เตือน! นิดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจถึงตาย สมาคมแพทย์ผิวหนังแห่งประเทศไทย เตือนสาวไทยนิดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจจะเสียชีวิตได้ เผยฉีดเสริมจมูกเสี่ยงตาบอด*. สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2557, จาก [http://www.komchadluek.net/detail/20120925/140876/เตือน!นิดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจถึงตาย.html#UyB61T9\\_uSo](http://www.komchadluek.net/detail/20120925/140876/เตือน!นิดฟิลเลอร์ผิดวิธีอาจถึงตาย.html#UyB61T9_uSo).
- \_\_\_\_\_. (ม.ป.ป.). *จับตา 5 ธุรกิจมาแรงปี 56 ธุรกิจ ความงาม พลังงานทดแทน กีฬา ทีวีดาวเทียม และธุรกิจต่อเนื่อง 3 จี*. สืบค้นเมื่อ 24 กรกฎาคม 2556, จาก

[http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=13567706](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=13567706)

41&grpid=03&catid=03.

\_\_\_\_\_. (ม.ป.ป.). *ร้อยใหม่* ไขความจริง. สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2556, จาก

[http://www.plasticsurgery.or.th/pub\\_knowledge\\_news.php?msg\\_id=15](http://www.plasticsurgery.or.th/pub_knowledge_news.php?msg_id=15)

\_\_\_\_\_. (ม.ป.ป.). *คลินิกความงามแห่งแตกเซ็กเมนต์ขยายฐานลูกค้า วุฒิสักดิ์ชันย่นฮี*. สืบค้นเมื่อ

26 กันยายน 2556, จาก <http://www.prachachat.net/news>

[\\_detail.php?newsid=1380514090](http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1380514090).

สารี อ๋องสมหวัง. (2539). *การคุ้มครองผู้บริโภคในต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: พิมพ์ดี.

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (2555). “รับสมัครแล้วตราสัญลักษณ์คุ้มครองผู้บริโภค

เฟสแรก 4 ธุรกิจ,” *สคบ.สาร.*, 33(296).

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). *ผลการดำเนินงานการมอบตราสัญลักษณ์การ*

*คุ้มครองผู้บริโภค ประจำปี พ.ศ. 2555-2556*. สืบค้นเมื่อ 26 มกราคม 2557, จาก

<http://www.ocpb.go.th/download/department1/ผลการดำเนินงานมอบตราสัญลักษณ์.pdf>.

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. (2557). *บันทึกข้อความ เรื่อง ความเห็นและข้อเสนอแนะ*

*เรื่องแนวทางการตรากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการ*

*สาธารณสุข*.

สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุข. (ม.ป.ป.). *คำแนะนำสำหรับ*

*ผู้ประกอบการด้านเครื่องมือแพทย์รายใหม่*. นนทบุรี.

สุขุม สุนนิตย์. (2534). *คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจโฆษณา*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์

*มหาวิทยาลัย*.

สุขุม สุนนิตย์. (2544). *องค์การเอกชนเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

\_\_\_\_\_. (2545). *ร่างพระราชบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ... กรณีศึกษากฎหมาย*

*คุ้มครองผู้บริโภคของประเทศญี่ปุ่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร*

*อังกฤษ (เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกรัฐสภา เล่มที่ 7)*.

กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

\_\_\_\_\_. (2546). *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

\_\_\_\_\_. (2546). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ:

*นิติบรรณการ*.

\_\_\_\_\_. (2550). *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

\_\_\_\_\_. (2553). *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการตลาด (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *กฎหมายและข้อควรระวังของแพทย์ พยาบาล*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- โสภณ รัตนากร. (2533). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สหมิตรออฟเซต.
- \_\_\_\_\_. (2551). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- อนันต์ จันทโรภากร. (2547). *กฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ขาดความปลอดภัย (Product Liability Law)*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- อภิสิทธิ์ มีเสรี. (2550). *ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคในทางละเมิด* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ:
- อุดมศักดิ์ หุ่นจิตร. (2535). *กฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม* (เอกสารประกอบการสอน คณะแพทยศาสตร์). ขอนแก่น: มหาวิทยาลัยขอนแก่น.
- \_\_\_\_\_. (2548). *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 22 ปีที่ 1 ครั้งที่ 28* (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันพุธที่ 23 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 ณ ตึกรัฐสภา.
- \_\_\_\_\_. (2550). *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 50* วันพุธที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2550 ณ ตึกรัฐสภา.
- \_\_\_\_\_. (2550). *ความสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ....* (สรุปสาระสำคัญการสัมมนา เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2550 ณ ห้องประชุม 301 อาคารรัฐสภา 2).

## ภาษาต่างประเทศ

- Bryan A Garner. (2009). *Black's law dictionary. 9 eds.* USA: West, a Thomson Reuters.
- Federal Trade Commission Act 1914.
- Guidelines for Beauty Industry.
- Injury Prevention Rehabilitation and Compensation Act 2001.
- John P. Friel. (2012). *Dorland's Illustrated Medical Dictionary 32 Edition*. Philadelphia: Elsevier Saunders.
- Laser and IPL Hair Removal Regulations 2011.
- Law for Preventing Unjustifiable Lagniappes and Misleading Representation 1972.
- Patient Injury Act 1997.

Robert E. Keeton and Alan I. Widiss. (1988). *Insurance law, A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines, and Commercial Practices*, Practitioner's Edition. United States: West Publishing Co.

The Consumer Protection Fundamental Law (Law No. 78, enacted May 30, 1968).

Unfair Competition Prevention Law 1934.

DRU

กรม  
การ  
การ  
การ

ภาคผนวก

## คำสั่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

ที่ ๕/๒๕๕๐

เรื่อง ห้ามขายสารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิคเป็นการชั่วคราว

ด้วยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้พบว่า สารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิคที่สถานพยาบาลนำมาฉีดเข้าส่วนต่าง ๆ ของร่างกายให้กับบุคคลทั่วไปนั้น ยังไม่เป็นที่ยอมรับในวงการแพทย์ และประชาชนได้รับความเสียหายจากการใช้สารดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นมักเป็นความเสียหายอย่างถาวรซึ่งแก้ไขได้ยากและในบางกรณีไม่สามารถแก้ไขได้ โดยสารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิคที่ผลิตใช้ฉีดหรือนำเข้าสู่ส่วนต่าง ๆ ของร่างกายให้คนไข้เป็นการผลิตวัสดุขึ้นเองและเป็นวิธีที่ไม่เคยผ่านกระบวนการวิจัยอย่างถูกขั้นตอนตามหลักวิชาการทางการแพทย์ เป็นวิธีที่ยังไม่ได้มีการกำหนดเป็นมาตรฐานทางการแพทย์ในประเทศไทยและสารดังกล่าวนั้น ยังไม่ได้มีการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าจะไม่ก่อให้เกิดผลเสียแก่คนในระยะยาวและยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา

คณะกรรมการบริหารสมาคมศัลยแพทย์ตกแต่งแห่งประเทศไทยได้มีมติขอให้แพทย์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ ระวังการฉีดสารเข้าสู่ร่างกายผู้ป่วยด้วยวิธีไบโอเทคนิค รวมทั้งระวังการแนะนำให้แพทย์อื่นฉีดให้คนไข้ไว้ก่อนจนกว่าจะมีหลักฐานหรือข้อมูลใหม่ที่ทำให้พิสูจน์ได้ว่าจะไม่ทำอันตรายและความเสียหายให้แก่คนไข้ และสมาคมศัลยแพทย์ตกแต่งแห่งประเทศไทยพบว่าจากการสอบถามแพทย์ที่เป็นสมาชิกเพียง ๕ คน มีสถิติคนไข้จำนวนมากรวม ๑๕ คน มีปัญหาจากการได้รับการฉีดสารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิค นอกจากนี้ คณะกรรมการบริหารราชวิทยาลัยศัลยแพทย์แห่งประเทศไทยก็ได้มีมติว่าวิธีไบโอเทคนิคเป็นวิธีที่ยังไม่ได้มีการกำหนดเป็นมาตรฐานทางการแพทย์ในประเทศไทย และทำให้เกิดปัญหาทางจริยธรรม เมื่อมีการนำวิธีการนี้ไปดำเนินการโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการวิจัยอย่างถูกขั้นตอนที่กำหนดขึ้นโดยแพทยสภา

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในการประชุมครั้งที่ ๕/๒๕๕๐ เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๕๐ และครั้งที่ ๖/๒๕๕๐ เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๕๐ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า มีเหตุอันน่าเชื่อได้ว่าสารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิคเป็นสินค้าที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค และมีความจำเป็นและเร่งด่วนที่จะต้องป้องกันอันตรายและคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้านี้ ฉะนั้น อาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๖ วรรคหนึ่งและวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติ



คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งตามมาตรา ๒๕ ประกอบกับมาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

๑. ห้ามขายสารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิคเป็นการชั่วคราวจนกว่าคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะมีคำสั่งยกเลิก ทั้งนี้ ให้รวมถึงการจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

๒. ให้ผู้ประกอบการซึ่งประสงค์จะขาย ผลิต ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายสารที่ใช้ในวิธีไบโอเทคนิคทำการติดต่อกับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเร็วที่สุด เพื่อดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้าดังกล่าวว่าสินค้านั้นไม่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยให้ดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์ให้สามารถรู้ผลได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่คำสั่งนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๔ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๐

ทิพาวดี เมฆสวรรค์

รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี

ประธานกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

คำเตือน :- พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๖ บัญญัติว่า ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดขายสินค้าที่คณะกรรมการสั่งห้ามขายเพราะสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคตามมาตรา ๓๖ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้ผลิตเพื่อขาย หรือเป็นผู้สั่ง หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

D  
P  
U

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นางสาวนัชชา เวทย์วิไล

ประวัติการศึกษา

ปีการศึกษา 2553 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2554 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 64

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ปีการศึกษา 2553 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 35

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ