

บทที่ 1

บทนำ



ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันการโฆษณาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากต่อผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค ในแง่ของผู้ประกอบการธุรกิจ โฆษณาเป็นส่วนประกอบของการตลาด ช่วยทำให้ผู้ประกอบการคัดค้านอนาคตธุรกิจของตนได้ ผู้ประกอบการจึงนิยมใช้การโฆษณากับสินค้าหรือบริการของตนเพื่อให้อยอดขายหรือบริการสูงขึ้น ส่วนในแง่ของผู้บริโภค ๆ ก็ให้ความสำคัญกับการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ การโฆษณาจึงเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และผู้บริโภค ซึ่งตัวผู้บริโภคอาจหลงเชื่อโฆษณาจึงซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ดังนั้นจึงเป็นที่น่าศึกษาว่าการโฆษณานั้นมีกฎหมายควบคุมไว้ในลักษณะใด และใครบ้างที่เกี่ยวข้องอยู่กับธุรกิจโฆษณาและควรจะมีควมรับผิดชอบตามกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณา และกฎหมายที่มีอยู่นั้นมีข้อบกพร่องอย่างไร หรือมีปัญหาคัดข้องในการบังคับใช้อย่างไรเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

สิทธิของผู้เสียหายในกรณีที่โฆษณานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้บริโภคที่เสียหายจากการหลงเชื่อโฆษณาที่ผิดกฎหมายสามารถใช้สิทธิของตนต่อผู้ใดได้บ้าง เป็นต้นว่าจะเรียกร้องให้ผู้โฆษณา (Business Sector) ตัวแทนโฆษณา (Advertising Agency) และเจ้าของสื่อโฆษณารับผิดต่อตนได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้หากจะเรียกร้องในทางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว การโฆษณาโดยตัวของมันเองยังไม่มีฐานะเป็นคำฉ้อหรือสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งจึงไม่สามารถจะเรียกร้องได้ และเนื่องจากคำโฆษณาอาจเป็นส่วนหนึ่งของคำเสนอซึ่งเมื่อคำเสนองตรงกันก็ก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบตามสัญญาก็ตาม แต่ความรับผิดชอบในเรื่องสัญญานี้ก็ยังมีข้อจำกัดในหลักเรื่องความรับผิดชอบจำกัดเฉพาะคู่สัญญา (Privity of Contract) ส่วนจะเรียกร้องในทางละเมิดก็มีข้อจำกัดข้องในเรื่องการพิสูจน์

การควบคุมการโฆษณาตามกฎหมายทุกวันนี้ มี 2 ลักษณะได้แก่การควบคุมแบบการขออนุญาตก่อนการโฆษณา (Pre-censor) โดยองค์กรของรัฐที่รักษาการตามพระราชบัญญัติเฉพาะ

เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 (แก้ไขเพิ่มเติม ถึง พ.ศ. 2530) และการควบคุมการโฆษณาแบบการตรวจสอบ (Post-censor) เช่น ตามพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา และพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เป็นต้น ซึ่งการควบคุมการโฆษณาโดยรัฐนี้ ก็มักจะเกิดอุปสรรคขัดข้องในด้านความสะดวกรวดเร็วของการตรวจพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุญาตให้โฆษณา อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายก็มีข้อจำกัด เช่น ในด้านตัวบทกฎหมายซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมการโฆษณาหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 (แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 5 พ.ศ.2530) เป็นต้น ก็มีได้มีบทบัญญัติที่เด่นชัดให้ผู้กระทำการโฆษณาทราบได้จากกฎหมายว่าการโฆษณาที่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะเช่นใด ทำให้ผู้รับผิดชอบตามกฎหมายนั้น ๆ ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการใช้ดุลยพินิจ อีกทั้งหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบในการควบคุมการโฆษณา เช่น สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา และคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ ซึ่งอาจรับผิดชอบในด้านควบคุมการขออนุญาตก่อนการโฆษณาก็ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัยว่าโฆษณานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อีกทั้งแม้มีการบัญญัติความรับผิดชอบของผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อไว้ แต่ก็ใช้ถ้อยคำในบทนิยามไม่ชัดเจน เช่น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในบทนิยามศัพท์ คำว่า "ผู้ประกอบการธุรกิจ" ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้หมายความถึง ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย จึงเห็นได้ว่าในบทนิยามศัพท์ คำว่า ผู้ประกอบการธุรกิจ ได้รวมผู้โฆษณา และตัวแทนโฆษณา เข้าไว้ด้วยกัน แต่ในบทบัญญัติเรื่องโทษกฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ประกอบการโฆษณา ระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่แจ้งชัดควรจะมีการแก้ไขบทนิยามศัพท์ของผู้ประกอบการโฆษณาแยกออกมาโดยชัดแจ้ง หรือในความหมายของคำว่า ผู้บริโภค ตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเองก็มีความหมายแคบ การคุ้มครองผู้บริโภคอยู่ในวงจำกัด และการควบคุมการโฆษณาในลักษณะการควบคุมโดยองค์กรของรัฐนั้น บางหน่วยงานปรากฏว่าไม่มีหลักเกณฑ์การตีความการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ที่ตนดูแลอยู่อย่างแจ่มชัดเพียงพอทำให้ผู้ปฏิบัติการณ์ไม่สามารถปฏิบัติตามอย่างถูกต้อง อีกทั้งยังประสบปัญหาข้อขัดข้องในด้านการบริหารจัดการ คือ เนื่องจากสื่อโฆษณามีมากกว่าความสามารถในการตรวจติดตามของเจ้าหน้าที่ทำให้การตรวจติดตามล่าช้าไม่ทันต่อเหตุการณ์ ดังนั้นกำลังของเจ้าหน้าที่ซึ่งทำงานที่สามารถตรวจจับในเรื่องนี้ไม่เพียงพอกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น

เนื่องจากการโฆษณาเป็นวิชาชีพอย่างหนึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำงานโฆษณาควรมีความรับผิดชอบต่อสังคมในการผลิตหรือโฆษณาว่าในลักษณะของการโฆษณานั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติหรือคุณสมบัติของผู้ทำธุรกิจประเภทนี้ นอกจากนั้นองค์กรที่ควบคุมผู้ทำธุรกิจประเภทนี้ก็มีแต่องค์กรของรัฐเท่านั้นในลักษณะการควบคุมโฆษณาก่อนผลิตเป็นชิ้นงาน หรือตรวจจับโฆษณาที่กำลังโฆษณาในสื่อต่าง ๆ แม้จะมีสมาคม หน่วยงานธุรกิจหรือจะเรียกว่าองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจโฆษณา แต่สมาคมเหล่านั้นก็มิได้จัดตั้งให้เข้มแข็งเพื่อการควบคุมความประพฤติของสมาชิก แต่จัดตั้งขึ้นโดยมุ่งหมายในการดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจของสมาชิกเท่านั้น เพราะฉะนั้นจรรยาบรรณที่นักโฆษณาควรมีจึงไม่เกิดเป็นแนวปฏิบัติและหาบทบังคับไม่ได้ ความเข้าใจต่อกฎระเบียบของรัฐที่ออกใช้บังคับ จึงไม่อยู่ในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลดีกลับเป็นความเข้าใจเอาเองว่า กฎเกณฑ์ที่รัฐประกาศใช้บังคับเป็นอุปสรรคต่อการทำงานไม่มีเหตุผล ยากแก่การปฏิบัติตาม

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาของการทำงานธุรกิจโฆษณาดังกล่าวนี้ เกิดการโฆษณาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติให้ผู้กระทำการโฆษณาจะต้องกระทำการโฆษณาให้เป็นเช่นใดนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ที่แจ่มชัด ทำให้ผู้กระทำการโฆษณาไม่อาจทราบได้ว่ากฎหมายต้องการให้เขาเหล่านั้นกระทำการโฆษณาที่ถูกต้องในลักษณะเช่นใด ประกอบกับการที่ธุรกิจโฆษณานั้นขาดแนวทางที่ถูกต้องในการประกอบอาชีพ เพราะสถาบันหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมจรรยาบรรณของนักโฆษณาอยู่มิได้มีบทบาทเพื่อสังคม ซึ่งหากสมาคมที่ทำหน้าที่นี้มีอยู่มากขึ้นมิใช่ เพียงแต่สมาคมโฆษณาธุรกิจแห่งประเทศไทยเท่านั้น และสมาคมเหล่านี้มีการรวมตัวกันในลักษณะการควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของตนที่ตั้งขึ้นจะพิจารณาโฆษณาที่สมาชิกต้องการให้พิจารณาว่าจะผิดกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น และโดยหลักการในการพิจารณาจะต้องเป็นหลักการในการพิจารณาโฆษณา เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค และควรมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการทำงานโฆษณา เพื่อให้งานโฆษณาที่ออกมามีคุณภาพที่ดีขึ้น

หากมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนในเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจโฆษณา และการให้สมาคมโฆษณาธุรกิจแห่งประเทศไทย หรือองค์กรอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน(หากมี) ผนึกกำลังร่วมกันพิจารณางานโฆษณาของสมาชิกสมาคม และหากมีการฝ่าฝืนคำสั่งจึงส่งเรื่องให้แก่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบตามกฎหมายที่ฝ่าฝืนต่อไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากเกิดการควบคุมเช่นนี้ จะเป็นการดีต่อระบบการโฆษณาในปัจจุบัน อีกทั้งจะเป็นการช่วยผู้ประกอบการธุรกิจในการปฏิบัติตามกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณานั้น ๆ ก่อนจะมีการส่งชิ้นงานโฆษณาสู่การพิจารณาของหน่วยงานของ

รัฐ ซึ่งการควบคุมกันเองนี้พิจารณาว่าจะ เป็นการควบคุมมิให้การโฆษณาที่ผิดกฎหมาย เกิดขึ้นหรือ เป็นการลดอัตราส่วนของการโฆษณาที่ผิดกฎหมายที่เกิดขึ้น ซึ่งถือเป็นการควบคุมการกระทำ ความผิดทางโฆษณามิให้ เกิดขึ้นหรือ เกิดขึ้นน้อยลง และสถาบันที่ผลิตนักโฆษณามาควรที่จะชี้ให้ผู้โฆษณาทราบถึงหน้าที่และความรับผิดชอบต่อสังคมในฐานะนักโฆษณาที่มีจรรยาบรรณนั้น จะต้อง มีหลักการโฆษณาเช่นใด เช่น ไม่ควรโฆษณาในลักษณะของการขาดความรับผิดชอบต่อสังคม และ เอาเปรียบคู่แข่งอย่างไม่เป็นธรรม หรือหลอกลวงผู้บริโภค ซึ่งการควบคุมหรือป้องกันในลักษณะ เช่นนี้จะ เป็นผลดีต่อวงการโฆษณาและผู้บริโภคมากกว่าการใช้เพียงกฎหมายที่มีอยู่ มาตรการเสริม อย่างหนึ่งในการควบคุมคุณภาพของการโฆษณา ผู้เขียนเห็นว่าหากเราสามารถหามาตรการป้องกันการกระทำ ความผิดก็ย่อมจะดีกว่าการบังคับใช้กฎหมาย เมื่อเกิดโฆษณาที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วัตถุประสงค์ของการวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีดังนี้

1. ศึกษาการควบคุมการโฆษณาโดยรัฐนั้นควบคุมอย่างไร และโฆษณาที่ขัดต่อกฎหมาย นั้นมีลักษณะ เช่นใด
2. ศึกษาว่ากฎหมายที่ควบคุมการโฆษณามีอยู่อย่างไรบ้าง และกฎหมายเหล่านั้นได้ บัญญัติให้ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณารับผิดอย่างไรบ้าง
3. ศึกษาว่าการเกี่ยวข้องและการเยียวยาในเรื่องการโฆษณาที่มีข้อขัดแย้งตามกฎหมาย ตามกฎหมายที่มีอยู่มีปัญหาและอุปสรรคอย่างไรบ้าง และศึกษาว่ามีวิธีการอื่นอีกหรือไม่ที่จะทำ ให้ บรรเทาหรือแก้ไขปัญหาและอุปสรรคนั้น

ขอบเขตและวิธีการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาว่าผู้ประกอบธุรกิจโฆษณามีความรับผิดชอบตามกฎหมายในการทำ โฆษณาที่ผิดกฎหมาย จะชี้ให้เห็นว่าการที่ผู้บริโภคจะ เรียกร้องให้มีการเยียวยาตามกฎหมายนั้น เกิด ปัญหาและอุปสรรค และจะกล่าวถึงการควบคุมการโฆษณาโดยรัฐนั้นว่ามีวิธีการ มาตรการ และ หลักเกณฑ์การพิจารณา และควบคุมอย่างไรซึ่ง เนื้อหาในวิทยานิพนธ์นี้จะค่อนข้าง เป็นภาพรวมของ



กฎหมายการควบคุมการโฆษณาโดยรัฐ คือ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา คณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ และคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และปัญหาและอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากโฆษณาในทางสัญญา โดยจะไม่กล่าวเฉพาะเจาะจงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของกฎหมายควบคุมการโฆษณาที่มีอยู่ หากแต่จะชี้ให้เห็นว่าควรจะมีมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ซึ่งน่าจะเป็นวิธีการป้องกันปัญหาการโฆษณาที่มีขอบข่ายกฎหมายและเสนอแนะให้มีการพิจารณามาใช้

การศึกษาวิจัยจะใช้วิธีการในลักษณะวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและต่างประเทศในรูปแบบของตำรากฎหมาย ตำรานิติศาสตร์ (สาขาการโฆษณา) บทความของสาขานิติศาสตร์ ตำบทยุทธศาสตร์ รวมทั้งคำพิพากษาของศาล ซึ่งเอกสารทั้งหมดนี้จะได้นำมาประมวลเป็นข้อมูลและวิเคราะห์หาข้อสรุป และเสนอแนะแนวทางที่ควรจะเป็นต่อไป

แนวเหตุผล ทฤษฎีที่สำคัญ หรือสมมติฐาน

ในการท้าวทฤษฎีอันหนึ่งที่มีสมมติฐานเบื้องต้นว่า การโฆษณาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากต่อผู้บริโภคในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ และผู้ประกอบการธุรกิจโฆษณาประสบปัญหาจากองค์กรของรัฐที่ควบคุมในด้านนี้กล่าวคือประสบปัญหาจากมาตรฐานในการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐ เช่น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา กองบริหารงานวิทยุและโทรทัศน์ จึงเป็นที่น่าศึกษาว่าในปัจจุบันมีกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณาอยู่อย่างไรบ้าง ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาบ้างจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐและต่อผู้บริโภคตามหลักกฎหมายอะไร กฎหมายเหล่านี้มีอุปสรรคในการบังคับใช้อย่างไร จากปัญหาและอุปสรรคนั้นจะมีมาตรการทางแก้ไขใดที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการและผู้บริโภคได้ ในเรื่องนี้จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการควรหรือไม่เพียงใดที่จะมีบทกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจการโฆษณา มีโทษหรือมีความรับผิดชอบต่อการโฆษณาสินค้าหรือบริการอันผิดกฎหมายอันจะทำให้เขาเหล่านั้นมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพ ในระดับหนึ่งที่สูงกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ อันจะเป็นวิธีการหนึ่งที่แก้ไขปัญหาการโฆษณาที่ขัดต่อกฎหมายได้ และน่าสังเกตว่ายังมีวิธีการอื่นอีกในการควบคุมการโฆษณาที่จะทำให้การโฆษณาเหล่านั้นผ่านการกลั่นกรองว่าไม่เป็นเท็จหรือหลอกลวงผู้บริโภคให้หลงผิด ซึ่งในต่างประเทศมีการควบคุมการโฆษณาอีกวิธีหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า "Self-Regulation" ซึ่งเป็นการควบคุมกันเองโดยกลุ่มผู้เกี่ยวข้องกับการโฆษณา และในต่างประเทศก็ประสบความสำเร็จกับวิธี

การนี้ จึงเป็นที่น่าคิดว่าหากจะนำหลักการควบคุมกันเองนี้มาบังคับใช้ในประเทศไทยจะเป็นการสมควรหรือไม่อย่างไร ทฤษฎีกฎหมายที่จะนำมาศึกษาและกล่าวถึงในวิทยานิพนธ์นี้ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาและละเมิด พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติเฉพาะที่เกี่ยวกับสินค้าปัจจัยสี่ และสินค้าสำคัญที่ใช้ในการดำรงชีวิต กล่าวคือ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ. 2530 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

ประโยชน์ที่จะได้จากการวิจัย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้คือ ศึกษาว่าโรหมงษาที่ขัดต่อกฎหมายมีลักษณะเช่นใด ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโรหมงษาจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายใดบ้าง และหน่วยงานของรัฐทั้งคณะกรรมการอาหารและยา คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และคณะกรรมการกิจการวิทุยกระจายเสียงและวิทุยโทรทัศน์แห่งชาติ มีหลักเกณฑ์เช่นใดในการพิจารณาการโรหมงษา รวมทั้งการวิเคราะห์ปัญหาข้อบกพร่องต่าง ๆ ในด้านตัวบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายควบคุมการโรหมงษาที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงต่อไป รวมถึงการศึกษาวิธีการควบคุมการโรหมงษาโดยใช้วิธีต่าง ๆ เช่น Self-Regulation (การควบคุมกันเอง) ของต่างประเทศว่าจะเป็นไปได้เพียงใดหรือไม่ที่จะนำวิธีการควบคุมกันเองของต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทย โดยคำนึงถึงลักษณะและสภาพธุรกิจและความเป็นจริงในปัจจุบันและเป็นการสมควรหรือไม่ที่จะมีการกำหนดคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพโรหมงษา ซึ่งจะ เป็นหนทางสำคัญอย่างหนึ่งในการช่วยทำให้เกิดการโรหมงษาที่มีชอบด้วยกฎหมาย เกิดขึ้นน้อยลง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย