

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510

การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 นั้น ผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี พัฒนาการ เกี่ยวกับสิทธิผู้บริโภคและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับยาโรค ทำให้ทราบถึงปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคเกี่ยวกับยาโรคมีปัญหที่สำคัญ 3 ประการ คือ ปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณา ปัญหาการเข้าถึงยา และปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาและชดเชยความเสียหายในยาโรค ปัญหาดังกล่าวยังไม่มีแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคแต่อย่างใด ทำให้ผู้บริโภคยาโรคยังไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างแท้จริง กล่าวคือผู้ประกอบการเกี่ยวกับยา โฆษณาที่ไม่มีคุณภาพจริงดังกล่าวอ้าง หรือเกินจริงแต่กฎหมายมีเพียงโทษปรับเพียงเล็กน้อย หรือการเข้าถึงยาราคาแพงนั้น ผู้ยากไร้ไม่สามารถเข้าถึงยาโรคที่มีราคาแพงได้เพราะกฎหมายไม่มีบทบัญญัติรองรับไว้อย่างเพียงพอและครอบคลุมทุกโรค หรือการเยียวยาและการชดเชยค่าเสียหายเกี่ยวกับยาโรคยังล่าช้า และไม่มีค่าเสียหายเบื้องต้นที่เหมาะสม เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับผู้บริโภคฯ จึงสมควรพิจารณาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขดังกล่าวเพื่อให้ผู้บริโภคฯหรือประชาชนในประเทศ มีสุขภาพอนามัยที่ดีอันมีผลต่อการพัฒนาประเทศต่อไป

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณา

การโฆษณาเกี่ยวกับยาโรคนั้น ผู้ประกอบการต้องการขายยาให้ได้ในราคาสูง จึงบรรยายสรรพคุณยาโรคให้ดูมีคุณค่าหรือสรรพคุณทางยาที่ดี เพื่อให้ดูเหมาะสมกับราคาขาย ทั้งที่ในความเป็นจริงอาจโฆษณาโดยเอาข้อความอันเป็นเท็จหรือเกินจริงมาโฆษณา จึงควรพิจารณาปัญหากฎหมายดังต่อไปนี้ คือ

4.1.1 ปัญหาการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 มาตรา 88 (1) บัญญัติว่า “การโฆษณาขายยาจะต้องไม่เป็นการโอ้อวดสรรพคุณยา หรือวัตถุดิบเป็นส่วนประกอบของยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรคหรือความเจ็บป่วยได้อย่างศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาด หรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายทำนองเดียวกัน” หากมีการโอ้อวดโดยการโฆษณาว่ายาสามารถ

บำบัด บรรเทา รักษา ป้องกันโรคได้อย่างศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาดหรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายเดียวกัน ซึ่งในการโฆษณาสมุนไพรไทยจะอ้างว่ารักษาโรคได้หลายโรคอันเป็นการโอ้อวดสรรพคุณฯ ทั้งที่ความจริงไม่มีสรรพคุณที่สามารถรักษาโรคให้หายจากอาการป่วยแต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่น การโฆษณาหอมชะลมร้อยแปดจำพวกวัดโพธิ์ ยามหาโยธา ยาหอมอาจารย์ประจวบวัดโพธิ์ ยาหอมบำรุงหัวใจ และว่านชักมดลูก โดยข้อความที่ฉลากระบุสรรพคุณต่างๆ เช่น “ยาหอมชะลมร้อยแปดจำพวกวัดโพธิ์ สรรพคุณแก้...สมองมีนงง ประสาทพิการ...บำรุงสมอง... บำรุงหัวใจ” “ยามหาโยธา สรรพคุณ แก้ความดันโลหิตสูง” “ยาหอมบำรุงหัวใจ สรรพคุณ เป็นยาบำรุงหัวใจ” และ “ว่านชักมดลูก สรรพคุณ... แก้มดลูกอักเสบ ปวดมดลูก บำรุงเลือด ป้องกันมะเร็ง” เห็นได้ว่าการอ้างสรรพคุณทางยากว้างมากทั้งที่จริงๆ แค่ไหนเพียงใดยังไม่มีองค์กรใดรับรองไว้ หรือกรณีพบการโฆษณาทางเว็บไซต์ www.indrajid.com แสดงข้อความ “อินทรีชิตร์” สรรพคุณชัดเจน มากด้วยสมุนไพร ไม่มีสเตียรอยด์ จี๊ฟี่และสมุนไพรชนิด 4 สูตร สูตร 4 เน้นชา อัมพฤกษ์ จี๊ฟี่สมุนไพรทาแผล 6 สูตร สูตร 10 แผลเนื้อร้าย เครื่องดื่มสมุนไพร บำรุงร่างกาย 18 สูตร สมองเครียด เบาหวาน หัวใจ เป็นต้น ซึ่งการโฆษณาดังกล่าวยังไม่ได้รับอนุญาตจาก คณะกรรมการอาหารและยา (อย.) และแสดงสรรพคุณอันเป็นเท็จ รวมทั้งโฆษณาขายยา โดยแสดงสรรพคุณว่าสามารถบำบัดบรรเทา รักษา หรือป้องกันโรคที่รัฐมนตรีประกาศห้ามโฆษณา นอกจากนี้ยังได้ดำเนินคดีกับผู้ดำเนินการหลังพบการโฆษณาแผ่นพับทำเท้า คาวาเซะ ทาการะทางเว็บไซต์ www.evolink4u.com และแผ่นพับโฆษณาโดยมีข้อความโฆษณาว่า บรรเทาอาการปวดเมื่อย...เสริมสร้างให้ภูมิคุ้มกันดีขึ้น โดยโฆษณาดังกล่าวยังไม่ได้รับอนุญาต แต่ประชาชนทั่วประเทศที่ซื้อยาไปไม่รู้ว่าไม่มีสรรพคุณแค่ไหนเพียงใด ซึ่งทางคณะกรรมการอาหารและยาเองได้แต่เปรียบเทียบปรับตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนเรื่องสุขภาพอนามัยของประชาชนคณะกรรมการอาหารและยาไม่ได้กล่าวว่าจะช่วยเหลืออย่างไรหรือให้สิทธิในความเสียหายนั้นอย่างไรหากเกิดความเสียหายจากยาที่โฆษณาที่โอ้อวดสรรพคุณนั้นๆ

กรณีอีกตัวอย่างหนึ่งคือ น้ำลูกข่อย โฆษณาอ้างรักษาโรคที่อ้างสรรพคุณทางยา โอ้อวดว่าสามารถรักษาโรคต่างๆ ได้หายขาด โดยเฉพาะการโฆษณาทางแผ่นปลิว และช่องทาง ขายตรง เพราะแท้จริง ผลิตภัณฑ์ น้ำลูกข่อย เป็นเพียงผลิตภัณฑ์เสริมอาหารชนิดหนึ่ง ไม่สามารถ รักษาโรคได้ แต่อ้างว่ารักษาโรคได้ดีมากทุกโรคโดยที่ประชาชนไม่ทราบที่มาที่ไปของลูกข่อย ซึ่งการโฆษณาในการทำนองนี้สามารถหลอกลวงผู้บริโภคได้มากมาย และเป็นจำนวนเงินมหาศาลนับพันล้านบาท ดังปรากฏในหน้าหนังสือพิมพ์ ซึ่งผู้บริโภคไม่มีสิทธิจะเอาผิดในการโฆษณาดังกล่าวได้โดยตรง หากเกิดความเสียหายจากการโฆษณา เพราะเมื่อมีการดำเนินการทางกฎหมายแล้วผู้ประกอบการจ่ายค่าปรับเรียบร้อยแล้วก็สามารถโฆษณาได้เช่นเดิมหรือเปลี่ยนคำโฆษณาจากเดิมบ้างแต่ยังให้เข้าใจ

ได้เช่นเดิมว่าเป็นยาที่มีสรรพคุณรักษาได้หลายโรค ในเรื่องนี้ผู้บริโภคมักหลงเชื่อเสียหายที่ต้องเสียเงินหรือทรัพย์สินซื้อยาที่ไม่มีสรรพคุณจริงตามคำกล่าวอ้างโดยไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองต่อผู้บริโภคแต่อย่างใดในการโฆษณาดังกล่าว จึงทำให้ผู้ประกอบการโฆษณาโดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายในการโฆษณา จึงไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติและเหมาะสมกับสังคมปัจจุบัน

4.1.1.1 แนวทางการแก้ไขผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดมาตรการลงโทษทั้งทางอาญาและทางปกครอง พร้อมทั้งค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีโฆษณาเป็นเท็จหรือเกินจริง เช่น ประเทศอังกฤษ แนวคิด การลงโทษทางอาญา (Punishment) ที่ผู้เขียนนำมาเสนอแนะซึ่งจะมีวิธีการที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรม ความเชื่อ ศาสนา และกฎระเบียบทางสังคมของบ้านเมืองนั้นๆ ซึ่งถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการยุติธรรมที่ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษาของศาล อันเป็นหน้าที่หลักของกรมราชทัณฑ์แต่การลงโทษบางอย่าง เช่น โทษปรับหรือโทษจำคุก ซึ่งเป็นการลงโทษที่มีลักษณะที่ทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นเสียทรัพย์สินหรือถูกตัดออกจากสังคมชั่วคราว เพื่อลงโทษและปรับปรุงผู้นั้นให้มีความประพฤติที่ดีขึ้นและเป็นประโยชน์แก่สังคม ดังนั้นจึงต้องเข้าใจถึงแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษก่อน โดยทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งหรือแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) เป็นแนวคิดที่สำคัญ คือ บุคคลกระทำความผิดโดยเจตนา และก่อนจะลงมือกระทำนั้นก็ได้พิจารณาใคร่ครวญถึงผลดีผลเสียแล้วจึงลงมือทำ เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ให้ชัดเจน และเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อป้องกันความผิดที่จะเกิดขึ้นโดยคำนึงถึงหลักการของความสุขขึ้นชมยินดี และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานมาประกอบการพิจารณาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ด้วย เมื่อมีผู้กระทำความผิด หรือฝ่าฝืนกฎหมายก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว แน่นอน เสมอภาคกัน และรุนแรงตามความเหมาะสมของโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมจะมีประโยชน์ต่อสังคม ในด้านการลดอาชญากรรม และส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพ และปฏิบัติตามกฎหมาย แนวคิดการลงโทษตามทฤษฎีอรรถประโยชน์มีรากฐานมาแต่โบราณในยุคกรีก Plato ได้กล่าวว่า “การที่บุคคลใด ถูกลงโทษมิใช่เป็นเพราะเขาได้กระทำความผิด เนื่องจากการกระทำที่ได้กระทำไปแล้ว มิอาจลบล้างให้กระทำได้อีก แต่ที่บุคคลนั้นถูกลงโทษ เพราะเพื่อผลในอนาคตแก่ตัวเขาเองและแก่ผู้อื่นที่เห็นว่าการกระทำนั้นควรได้รับการแก้ไข และลดอัตราความผิดที่ผู้นั้นก่อให้เกิดขึ้น” แนวคิดของการลงโทษตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ได้มีการพัฒนาเรื่อยมาถึงปัจจุบัน การลงโทษที่ดีตามแนวคิดนี้ ต้องประกอบด้วยหลักการดังนี้

1) การลงโทษผู้กระทำความผิด มิได้มุ่งถึงการลงโทษสิ่งผิดที่ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดในอดีตร แต่เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันการที่ผู้กระทำความผิดนั้น หรือบุคคลอื่นในสังคมจะกระทำความผิดขึ้นมาใหม่

2) การลงโทษการกระทำที่เป็นความผิด จะมีความชอบธรรม ถ้าได้กระทำเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

3) วิธีการลงโทษอันจะมีผลเป็นการป้องกันนี้ คือ การลงโทษเพื่อเตือนให้ผู้กระทำความผิด และผู้อื่นตระหนักถึงผลการฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นผู้บัญญัติกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงผลของวิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดว่า จะต้องสามารถป้องกันการกระทำผิดอันมีลักษณะทั่วไปด้วย มิใช่แต่เพียงการที่ยับยั้งผู้กระทำความผิดเท่านั้น

4) การลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่เขาควรจะได้รับจากรัฐ เช่นเดียวกับบุคคลอื่นๆ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับการเยียวยารักษา การที่เขามีการกระทำอันเป็นการต่อต้านสังคมปัจจุบัน เพื่อให้เขาสามารถมีชีวิตอย่างเป็นสุขได้กับคนส่วนใหญ่ของสังคม

5) ความชอบธรรมของระบบการลงโทษจึงมิใช่การลงโทษที่รุนแรงดังเช่นในอดีต แต่เป็นวิธีการที่อยู่บนพื้นฐานของความมีมนุษยธรรม

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ถือว่าการลงโทษก่อให้เกิดผลดีอันเกิดจากการลงโทษเพราะทำให้อาชญากรรมลดลงอย่างหนึ่งอย่างใดใน 2 ประการ คือ

ประการแรก การลงโทษจะมีผลยับยั้ง (Deterrence) มิให้การกระทำความผิดอาญาโดยจะมีผลเป็นการยับยั้งทั้งแก่ตัวผู้กระทำความผิด และแก่บุคคลทั่วไป

ประการที่สอง การลงโทษจะมีผลเป็นการแก้ไข (Reformative effect) และฟื้นฟู (Rehabilitative effect) ผู้กระทำความผิดโดยทำให้ผู้กระทำความผิดเปลี่ยนทัศนคติ และค่านิยมที่จะเชื่อฟัง และไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่า ควรใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์ เพราะกฎหมายที่บัญญัติขึ้นทำให้อาชญากรรมลด มีผลต่อการยับยั้ง และผู้กระทำความผิดเปลี่ยนทัศนคติ และโทษทางอาญาเหมาะสมกับช่วงเวลาปัจจุบัน การที่นำหลักกฎหมายอังกฤษ ในโทษที่จะลงโทษ กับผู้กระทำความผิด จึงเหมาะสมแล้ว เห็นได้ว่าประเทศอังกฤษสามารถใช้บังคับกฎหมาย ในส่วนนี้ได้ผลดี ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 ในการใช้อาวุธสรรพคุณยาหรือวัตถุอันเป็นส่วนประกอบของยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรคหรือความเจ็บป่วยได้อย่าง ศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาด หรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายทำนองเดียวกัน ควรมีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายเป็นโทษปรับที่สูงขึ้น โดยบัญญัติโทษปรับ ไม่เกิน 3,000,000 บาท ตามแบบแนวทางของประเทศอังกฤษที่หากโฆษณาสินค้าอันข้อความเท็จ หรือเกินจริง ปรับ 100,000 เหรียญ

อันเป็นโทษปรับใกล้เคียงกันเป็นประโยชน์ต่อรัฐและประชาชนอย่างยิ่งหรือกรณีมาตรการทางปกครอง ที่เป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะมีผลเฉพาะกับบุคคลหรือมีผลเฉพาะกับกรณีใดกรณีหนึ่ง และไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลอื่นที่คำสั่งทางปกครองนั้นมิได้ระบุหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง แต่ว่า “คำสั่งทางปกครอง” ครั้งก่อนๆ จะมีผลผูกพันฝ่ายปกครองให้ต้องถือเป็นแนวทาง อย่างเดียวกัน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกัน ทั้งนี้เป็นไปตาม “หลักแห่งความเสมอภาค” นั่นเอง ที่หากยังฝ่าฝืน หรือหากพบการโฆษณาเข้าข่ายการโอ้อวดสรรพคุณยาหรือวัตถุอันเป็นส่วนประกอบของยาว่า สามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรคหรือความเจ็บป่วยได้อย่างศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาด หรือ ใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายทำนองเดียวกัน ให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการได้ทันที กรณีนี้เป็นแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองว่าด้วยคำสั่งทางปกครองให้เพิกถอนใบอนุญาต เป็นคำสั่งที่ออกมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย ในสังคม และหากโดยหากฝ่าฝืนอีก ให้ปรับเป็นรายวัน ตามปริมาณสินค้าที่ผลิตออกจำหน่ายแต่ละวัน หรือ 10 เท่าของราคาสินค้าที่ออกจำหน่ายแต่ละวัน อันเป็นโทษปรับที่เหมาะสมกับการไม่เกรงกลัวกฎหมายตามทฤษฎีอรรถประโยชน์มุ่งเน้นการยับยั้งกระทำผิดหรือป้องกันการกระทำผิดโดยเหตุเหมาะสมที่สุด รัฐได้ประโยชน์และประชาชนหรือผู้บริโภค ส่วนใหญ่ได้ประโยชน์มากที่สุดเช่นเดียวกัน

4.1.2 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 มาตรา 88 (2) บัญญัติว่า

การโฆษณาขายยาจะต้องไม่แสดงสรรพคุณยาอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง หากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีบัญญัติไว้แล้วก็ให้ใช้บังคับได้ หากพิจารณาการโฆษณาสินค้าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว จะเห็นถึงสภาพปัญหาเช่นกัน กล่าวคือมีเฉพาะบทห้ามเท่านั้นในมาตรการควบคุมการโฆษณาสินค้า แต่บทลงโทษนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ อย่างไรก็ตามเมื่อมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ก็ให้ใช้กฎหมายเฉพาะที่มีบัญญัติไว้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 มาตรา 88 (2) นั้น หากผู้บริโภคถูกละเมิดสิทธิด้วยการโฆษณาอันเป็นเท็จหรือเกินจริง ตามบทบัญญัติในมาตรา 88 (2) บัญญัติเพียงโทษปรับที่รัฐได้ประโยชน์จากโทษปรับเพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่ผู้บริโภคหาได้รับประโยชน์จากความเสียหายที่มีการโฆษณาเกินจริงแต่อย่างใด ทั้งที่เป็นผู้บริโภคต้องเสียหายจากการโฆษณานั้น เพราะหลงเชื่อการโฆษณาเกินจริงหรือเป็นเท็จ ซึ่งต้องสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินในการชื้อยานั้น มาบริโภค และหากจะฟ้องเรียกเงินค่าเสียหายก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ความอย่างชัดเจนก่อนว่าเกิดจากยารักษาโรคที่ซื้อไปอย่างแน่นอนกว่าจะได้รับการเยียวยาผู้เสียหายก็ต้องต่อสู้ทางคดีเสียเวลามากกว่าจะได้รับการเยียวยา ค่าเสียหายตามสมควร ซึ่งผู้บริโภคต้องเสียหายทั้งค่าใช้จ่ายและเวลาในการต่อสู้คดี ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 มาตรา 88 (2) ในทางปฏิบัติจึงไม่สามารถใช้ได้จริงและไม่เหมาะสม อีกทั้งการโฆษณานั้น มีหลายรูปแบบ การที่โฆษณาโดย สถานีโทรทัศน์

หรือวิทยุ ก็เป็นช่องทางหนึ่ง ซึ่งบริษัทโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาเป็นผู้ต้องถูกลงโทษหากโฆษณาเกินจริง หรือเป็นเท็จ กรณีดังกล่าว ก็หาได้ลงโทษผู้ประกอบการด้านการจำหน่ายหรือขายยาโดยตรง กลับเป็นเรื่องที่รัฐ ต้องไปเอาผิดหรือลงโทษทางกฎหมายกับสถานีโทรทัศน์หรือวิทยุหรือบริษัทซึ่ง ทำธุรกิจเกี่ยวกับการโฆษณา แทนที่จะให้ผู้ประกอบการที่ไม่สุจริตได้รับโทษหรือเพิกถอน ใบอนุญาตการจำหน่ายยากับผู้ประกอบการซึ่งกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ได้กำหนดโทษปรับไว้รุนแรง หากมีการโฆษณาเกินจริงหรือเป็นเท็จ ซึ่งเมื่อเปรียบกับของประเทศ ไทยแล้ว เห็นได้ชัดว่ากฎหมายกำหนดไว้เพียงเพื่อให้ได้มีบทบัญญัติไว้นั้น หาได้มีการป้องกัน หรือคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคอย่างแท้จริงแต่อย่างใด จึงสมควรมีมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่ดีขึ้น จากที่มีบัญญัติในปัจจุบัน

แนวทางการแก้ไข โดยใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง มีพื้นฐานจากความเชื่อที่ว่า การที่คนคิดจะกระทำความผิดหรือไม่นั้น เขาจะต้องคำนึงถึงผลดีผลเสียจาก การที่ลงมือกระทำความผิด เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำความผิดจะเกิดผลเสียมากกว่า ก็จะตัดสินใจ กระทำความผิด ถ้าเห็นว่าเกิดผลเสียมากกว่าก็จะไม่กระทำความผิด ด้วยเหตุนี้วิธีการป้องกันมิให้คนกระทำความผิด จึงต้องกำหนดอัตราโทษซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่าผลดีที่เขาจะได้รับจากการ กระทำความผิดนั้น เพื่อให้เขาล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำความผิด ทั้งนี้เพราะคนทุกคนมักมีธรรมชาติ ที่หลีกเลี่ยงความเจ็บปวด หรือไม่สะดวกสบาย และแสวงหาความพอใจและความสุข

Jeremy Bentham กล่าวด้วยว่า การกระทำให้ประชาชนกลัว ไม่กลัวกระทำความผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษ โดยมีลักษณะ 4 ประการ ดังนี้

- 1) การลงโทษจะต้องแน่นอน (Certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นบุคคลใดที่ทำความผิดจะต้องถูกฟ้อง และลงโทษตามกฎหมาย
- 2) การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (Severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการทำผิด
- 3) การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (Celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณา และลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็วมิใช่รอเป็นเวลานานจนคนทั่วไปลืมว่าบุคคลนี้ ได้กระทำความผิดอย่างไร
- 4) การลงโทษต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (Publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป¹

¹ สุขชาย อัสวพันธุ์ชนกุล. (2533). *ความคิดเรื่องความเท่าเทียมกันในทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รอลส์*. หน้า 18-19.

การลงโทษเพื่อแก้ไข หรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด มีเป้าหมายเพื่อเปลี่ยนหรือแก้ไขหรือเยียวยาจิตใจของผู้กระทำผิดให้ลดความรู้สึกต่อต้านกฎหมายและกลับมามีความเห็นดีเห็นชอบด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายตลอดจนมีความยับยั้งตนเองมิให้คิดหรือกระทำการอันเป็นความผิดอีกต่อไป ผลของการลงโทษในลักษณะนี้ จึงคล้ายคลึงกับการข่มขู่โดยเฉพาะตัวผู้กระทำผิด เพราะมีความประสงค์จะมีให้บุคคลนั้นกระทำความผิดขึ้นอีกแต่ต่างกันตรงที่การสร้างแรงจูงใจมิให้ผู้กระทำผิด กล่าวคือ การข่มขู่ใช้การลงโทษที่รุนแรงเป็นวิธีทำให้ผู้นั้นกลัว และเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดอีก เมื่อนึกถึงโทษที่ตนเคยได้รับกับผลดีที่จะได้จากการกระทำความผิด แต่การแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด ใช้โทษเป็นเครื่องมือทำให้จิตใจของผู้นั้นยอมรับว่าการกระทำความผิดเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และตัดสินใจเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแทนการกระทำความผิด ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำความผิด มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยวิธีการทำให้หมดโอกาสในการกระทำความผิดเพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด วิธีการลงโทษต้องเป็นวิธีที่ทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสกระทำความผิดตลอดไป เช่น การประหารชีวิต การเนรเทศ หรือจำคุกมีกำหนดเวลาจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีก

กล่าวโดยสรุปทฤษฎีการลงโทษแบบบรรณาธิปไตยนั้นมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้กระทำผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกและขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งมิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วยหรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมโดยลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งมุ่งเน้นไปเพื่อประโยชน์ 3 ประการ คือ

- (1) เพื่อป้องกันอาชญากรรมอย่างถาวร หรือชั่วคราว ซึ่งได้แก่ การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก หรือกักขังตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้
- (2) เพื่อข่มขู่ยับยั้ง ได้แก่ การลงโทษเพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำผิดเอง (Special Prevention or Individual Deterrence or Specific Deterrence) คือ ทำให้ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษมีความเกรงกลัว เข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และ/หรือ การลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (General Prevention or General Deterrence) คือ ทำให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า เมื่อผู้ใดกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ ทำให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด
- (3) เพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด ได้แก่ การแก้ไขปรับปรุงที่เกิดจากการลงโทษโดยตรง และและแก้ไขปรับปรุงอันเป็นส่วนที่เกิดสืบเนื่องมาจากการลงโทษ

การลงโทษจะต้องมีปริมาณโทษมากพอที่จะบรรลุผลเป็นการป้องกันการกระทำความผิด แต่ต้องไม่มากเกินไปจนจำเป็น ในการที่จะบรรลุผลนั้นการลงโทษที่มีประสิทธิภาพ จะต้องมีความแน่นอน เสมอภาค และรวดเร็ว เพื่อให้ผู้กระทำผิดและบุคคลอื่นเห็นผลเสียจากการกระทำความผิดนั้น

ซึ่งแนวความคิดแก้ไขกฎหมายในกรณีการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 มาตรา 88 (2) ในการโฆษณาว่าหากยานั้นแสดงสรรพคุณยาอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง ควรมีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายเป็นโทษปรับที่สูงขึ้น โดยบัญญัติโทษปรับ ประมาณไม่เกิน 3,000,000 บาท ตามแบบแนวทางของประเทศอังกฤษที่หากโฆษณาสินค้าอันข้อความเท็จหรือเกินจริง ปรับ 100,000 เหรียญ อันเป็นโทษปรับใกล้เคียงกันนั้นเป็นแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์ที่ปรับใช้กับกฎหมายโฆษณาของประเทศไทย และหากยังฝ่าฝืนหรือหากพบการโฆษณาเข้าข่ายให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการได้ทันที อันนี้ก็จะเป็นแนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นมาตรการเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคมแต่นั่นลงโทษเฉพาะราย โดยหากฝ่าฝืนอีกให้ปรับเงินเป็นรายวันตามปริมาณสินค้าที่ผลิตออกจำหน่ายแต่ละวัน หรือ 10 เท่าของราคาสินค้าที่ออกจำหน่ายเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวกฎหมายอันนี้ เป็นมาตรการทางอาญาโดยใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์ที่ค่อนข้างรุนแรงเพราะแม้ปรับที่เป็นโทษรุนแรงแต่เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมแล้วรัฐได้ประโยชน์และผู้บริโภคได้ประโยชน์ด้วยจึงสมควรนำมาบัญญัติใช้บังคับต่อไป

4.1.3 ปัญหาการโฆษณาอาหารเสมือนว่าเป็นยา

การโฆษณาอาหารว่ามีลักษณะคล้ายกับยาหรือทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเป็นยานั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้แต่อย่างใด อันมีผลให้ผู้ประกอบการใช้เป็นช่องทางในการกำหนดราคาอาหารที่โฆษณามีลักษณะเป็นยาในราคาสูงมากเกินกว่าราคาที่สมควรจะจำหน่ายผลิตภัณฑ์นั้น และผลิตภัณฑ์บางชนิดไม่มีสรรพคุณทางยาเลยอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคอย่างชัดเจน เพราะการกำหนดราคาสินค้าเกินจริงและไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภคอย่างมาก ซึ่งมีการโฆษณากันอย่างชัดเจนในรายการโทรทัศน์ รายการวิทยุ กระจายเสียง และตามหน้าหนังสือพิมพ์ รายวันทั่วไป

ตัวอย่างผลิตภัณฑ์เสริมอาหารที่อ้างลดความอ้วน กระชับสัดส่วน รักษาโรคผลิตภัณฑ์เสริมอาหารเป็นอาหารชนิดหนึ่ง ไม่มีประเทศใดอนุญาตให้โฆษณาลักษณะเป็นยา เพราะจะทำให้เกิดพฤติกรรมการบริโภคที่ไม่เหมาะสม และที่สำคัญทำให้ผู้มีปัญหาด้านสุขภาพ เสียโอกาสในการรักษาที่ถูกต้องเหมาะสม ถึงขั้นทำให้โรครุนแรงจนยากแก่การรักษาในอนาคตได้ เช่น กรณีเครื่องดื่มน้ำสมุนไพรอ้างรักษาโรค สมุนไพรบางตัว แม้จะมีการยอมรับในวงการแพทย์ว่าสามารถรักษาโรคได้ จึงถูกนำมาใช้ทำเป็นยาสมุนไพรรักษาโรคต่างๆ แต่สำหรับกรณีน้ำสมุนไพรนั้นเป็นเพียงเครื่องดื่มซึ่งมีส่วนประกอบของตัวสมุนไพรเข้มข้นน้อยกว่ายาจึงไม่สามารถรักษาโรคได้ และที่สำคัญคือส่วนใหญ่ยังไม่มีผลการวิจัยทางการแพทย์มายืนยันว่า เครื่องดื่มเหล่านั้น มีสรรพคุณในการบำบัดหรือรักษาโรคอย่างแน่ชัด การหลงเชื่อคำโฆษณาที่โอ้อวดสรรพคุณเกินจริง นอกจาก ทำให้เสียเงิน เสียทรัพย์สินและเสียเวลาแล้ว ยังทำให้เสียโอกาสในการรักษาที่ถูกต้องอีกด้วย หรือกรณีกาแฟอ้าง

ลดน้ำหนัก อ่างเสริมสมรรถภาพทางเพศ กาแฟเป็นอาหารชนิดหนึ่ง ปัจจุบันมีการเติมสารอาหารบางอย่าง เช่น คอลลาเจน ถั่วขาว โสม เป็นต้น เข้าไปเพื่อให้ดูมีลักษณะบำรุงในทางยายิ่งขึ้น โดยการโฆษณาชวนเชื่อ

ตัวอย่างข้อความ ที่ไม่อนุญาตให้ใช้ในการโฆษณาอาหาร

“ชาสมุนไพร ช่วยล้างพิษ ลดเบาหวาน น้ำตาลในเส้นเลือด ช่วยให้การหมุนเวียนโลหิตในร่างกายดีขึ้น ทำให้กลูโคสเดินทางไปยังเซลล์ได้สะดวก ทำให้น้ำตาลในเลือดถูกนำไปใช้เป็นพลังงานในเซลล์ สามารถลดระดับไขมัน ลดความดัน ทำให้แผลแห้ง”

“สารสกัดจากธรรมชาติ ที่ออกฤทธิ์กระตุ้นกำหนด มีความแน่นอนของประสิทธิผลในการใช้ และได้รับการยืนยันอย่างแน่ชัดในเรื่องการเพิ่มประสิทธิภาพทางเพศ กระตุ้นให้เกิดความรู้สึก และเพิ่มอารมณ์ขณะมีเพศสัมพันธ์ และยังได้รับการรับรองทางวิทยาศาสตร์ ในแง่ของปฏิกิริยาการออกฤทธิ์ของสมุนไพรแต่ละตัวที่ทดลองแล้วว่า เกิดการกระตุ้นให้ร่างกายมีความกระชุ่มกระชวย สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้ปกติสุข แม้ว่าร่างกายเคยมีปัญหาเสื่อมสมรรถภาพมาก่อนก็ตาม”

“ออกซิเจนบริสุทธิ์ในรูปของน้ำ สามารถดูดซึมเข้าสู่เซลล์ได้ทันที โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการย่อยของร่างกาย ยังมีสารอาหารที่จำเป็นต่อร่างกาย คือ แร่ธาตุ เอนไซม์ กรดอะมิโน ครบถ้วนตามที่ร่างกายต้องการ ซึ่งจะเป็นตัวให้พลังงานกับเซลล์ของร่างกาย ทำให้เซลล์แข็งแรง มีพลังงานทำหน้าที่ของมัน นี่แหละคือการจัดการกับต้นเหตุของการเกิดโรคในปัจจุบัน ซึ่งเป็นโรคของความเสื่อม ดังเช่น โรคเบาหวาน อัมพฤกษ์ มะเร็ง หัวใจ หอบหืด ลำไส้อักเสบ ปวดหลัง สะเก็ดเงิน ผมหงอก ภูมิแพ้ ปวดหัว ปวดท้อง โรคเก๊าต์ โรคข้อ โรคความดันโลหิตสูง โรคหืดหอบ โรคไมเกรน โรคกระเพาะ โรคไต โรคตับ โรคไทรอยด์ เหน็บชา ปวดกล้ามเนื้อ ปวดตามเส้น ลิว ฝ้า ประจำเดือนมาไม่ปกติ ตกขาว ฟังผิดในมดลูก ซีส หย่อนสมรรถภาพต่อมลูกหมากโต และอื่นๆ”

“เครื่องดื่มช่วยให้ผิวพรรณสดใส สบายท้อง หมดกัวลเรื่องไขมันสะสมและน้ำหนักส่วนเกิน”

“มีคุณค่าสารอาหารครบถ้วนตามที่ร่างกายต้องการ คุณค่าสารอาหารสำคัญที่สมดุล คุณค่าสารอาหารในปริมาณที่เหมาะสมต่อร่างกาย” เป็นผลิตภัณฑ์ที่มีคุณค่าทางโภชนาการอย่างเพียงพอ เสริมจากอาหารที่รับประทานปกติ เพื่อมั่นใจได้ว่าร่างกายได้รับสารอาหารครบถ้วน

กรณีตัวอย่างที่ชัดเจน คือ ผลิตภัณฑ์ซัน คลารา (Sun Clara) ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นอาหาร ตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ไม่ใช่การขึ้นทะเบียนเป็นยา จึงไม่มีสิทธิขออ้างสรรพคุณในการบำบัด บรรเทา หรือรักษาโรค ผลิตภัณฑ์นี้จึงมีปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณาผลิตภัณฑ์

เช่น การโฆษณาคุณประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จ หรือเป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร ซึ่งเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ตามมาตรา 40 หากผู้โฆษณา ผู้ฉ้อฉลต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 30,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งข้อความที่มีการโฆษณาเกินจริง เมื่อพิจารณาข้อความโฆษณาสรรพคุณป้องกันโรคต่างๆ ของผลิตภัณฑ์อาหาร “ชั้นคลาร่า” พบว่ามีการโฆษณาทางแผ่นพับ วิทยู และเว็บไซต์ดังกล่าวจริง โดยระบุข้อความโฆษณา เช่น “...ผิวสวย หน้าใส ภายในกระชับ ช่วยให้ผนังเส้นเลือดโดยเฉพาะเส้นเลือดดำ (Veins) มีความแข็งแรงเพิ่มขึ้นต่อต้านอนุมูลอิสระ ลดความเสี่ยงต่อโรคหัวใจและหลอดเลือด ป้องกันเบาหวาน ช่วยให้น้ำหนักลดลง ป้องกันความผิดปกติของผิวหนัง ป้องกันโรคพาร์กินสันและอัลไซเมอร์...” เป็นต้น อันจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดให้สิทธิในการเผยแพร่หรือค่าเสียหายแก่ผู้บริโภคทันทีหากต้องรอกการพิสูจน์ข้อเท็จจริงจากกระบวนการทางศาลก่อน แต่โทษทางกฎหมายนั้น บริษัทขายผลิตภัณฑ์นั้นมิใช่บุคคลธรรมดา จึงไม่สามารถจำคุกได้ เพียงแต่ถูกดำเนินคดีในโทษปรับเท่านั้นซึ่งเป็นโทษเพียงเล็กน้อย

อีกทั้งบางกรณี มีผู้ร้องเรียนการโอ้อวดสรรพคุณเกินจริงของเลือดจระเข้ฟริชตรายชนิดแคปซูล ว่าสามารถรักษาโรคมะเร็ง คณะกรรมการอาหารและยา กล่าวว่า ยังไม่มีข้อมูลวิชาการที่น่าเชื่อถือว่าเลือดจระเข้ฟริชตราย สามารถรักษาโรคมะเร็งได้ และขณะนี้ยังไม่เคยมี การรับขึ้นทะเบียนตำรับยาที่มีเลือดจระเข้ฟริชตรายเป็นส่วนประกอบแต่อย่างใด จึงขอให้ผู้บริโภคอย่าหลงเชื่อ เพราะอาจเสียเงินฟรี แถมเสียโอกาสในการรักษาที่ถูกต้อง สิทธิผู้บริโภคก็ยังไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร เพราะเพียงเตือนผู้บริโภคให้ระวัง แต่ไม่ดำเนินคดีตามกฎหมายต่อผู้โฆษณาแต่อย่างใด ซึ่งการจะพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์สินค้านั้นเป็นยาหรืออาหารควรทำความเข้าใจเกี่ยวกับยาตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2510 พอสสมควรและคำจำกัดความของคำว่า “ยา” ซึ่ง “ยา” หมายความว่า

- (1) วัตถุที่รับรองไว้ในตำรายาที่รัฐมนตรีประกาศ
- (2) วัตถุที่มีมุ่งหมายสำหรับใช้ในการวินิจฉัย บำบัด บรรเทา รักษา หรือป้องกันโรค หรือความเจ็บป่วยของมนุษย์หรือสัตว์
- (3) วัตถุที่เป็นเภสัชเคมีภัณฑ์ หรือเภสัชเคมีภัณฑ์กึ่งสำเร็จรูป หรือ
- (4) วัตถุที่มีมุ่งหมายสำหรับให้เกิดผลแก่สุขภาพ โครงสร้าง หรือการกระทำหน้าที่ใดๆ ของร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์

วัตถุตาม (1) (2) หรือ (4) ไม่หมายความรวมถึง

- (ข) วัตถุที่มีมุ่งหมายสำหรับใช้เป็นอาหารสำหรับมนุษย์ เครื่องกีฬา เครื่องมือ เครื่องใช้ในการส่งเสริมสุขภาพ เครื่องสำอาง หรือเครื่องมือและส่วนประกอบของเครื่องมือที่ใช้ในการประกอบโรคศิลปะหรือวิชาชีพเวชกรรม

“ยาแผนปัจจุบัน” หมายความว่า ยาที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม การประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบัน หรือการบำบัดโรคสัตว์

“ยาแผนโบราณ” หมายความว่า ยาที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการประกอบโรคศิลปะแผนโบราณ หรือการบำบัดโรคสัตว์ ซึ่งอยู่ในตำรายาแผนโบราณ ที่รัฐมนตรีประกาศหรือยาที่รัฐมนตรีประกาศเป็นยาแผนโบราณ หรือยาที่ได้รับอนุญาตให้ขึ้นทะเบียนตำรับยาเป็นยาแผนโบราณ

“ยาสมุนไพร” หมายความว่า ยาที่ได้จากพืชยา สัตว์ หรือแร่ ซึ่งมีได้ผสมปรุง หรือแปรรูป² อีกทั้งต้องทำความเข้าใจความหมายของอาหารตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522³ ว่าขอบเขตของความหมายของคำว่า อาหาร คืออะไร ซึ่งตามพระราชบัญญัตินั้น “อาหาร” หมายความว่า ของกินหรือเครื่องสำอางชีวิต ได้แก่

(1) วัตถุทุกชนิดที่คนกิน ดื่ม อม หรือนำเข้าสู่ร่างกายไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ หรือในรูป ลักษณะใดๆ แต่ไม่รวมถึงยา วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท หรือยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น แล้วแต่กรณี

(2) วัตถุที่มุ่งหมายสำหรับใช้หรือใช้เป็นส่วนผสมในการผลิตอาหาร รวมถึงวัตถุดิบอาหาร สี และเครื่องปรุงแต่งกลิ่นรส⁴

เมื่อขึ้นทะเบียนอาหารแล้วกฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องการโฆษณาเกี่ยวกับอาหารมีกรณี ดังนี้

(1) ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จ หรือเป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร⁵

(2) หากผู้ใดประสงค์จะโฆษณาคุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ทางฉายภาพ ภาพยนตร์ หรือทางหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่น หรือด้วยวิธีอื่นใด เพื่อประโยชน์ทางการค้า ต้องนำเสียงภาพ ภาพยนตร์ หรือข้อความที่จะโฆษณาดังกล่าวนั้นให้ผู้อนุญาตตรวจพิจารณาก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงจะโฆษณาได้⁶

หากมีการฝ่าฝืนเกี่ยวกับการโฆษณาผู้มีอำนาจเพื่อพิทักษ์ประโยชน์และความปลอดภัยของผู้บริโภคให้ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

² พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 มาตรา 4.

³ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 1.

⁴ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 4.

⁵ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 40.

⁶ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 41.

(1) ให้ผู้ผลิต ผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายอาหาร หรือผู้ทำการโฆษณาการรับอาหารที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนมาตรา 41

(2) ให้ผู้ผลิต ผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายอาหาร หรือผู้ทำการโฆษณาอาหาร ระวังการผลิต การนำเข้า การจำหน่าย หรือการโฆษณาอาหารที่คณะกรรมการเห็นว่าอาหารดังกล่าวไม่มีคุณประโยชน์ คุณภาพหรือสรรพคุณตามที่โฆษณา⁷

ในส่วนของโทษทางกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณานั้น หากผู้ใดโฆษณาอาหารโดยฝ่าฝืนมาตรา 40 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁸ หากผู้โฆษณาฝ่าฝืนมาตรา 41 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท⁹ และหากฝ่าฝืนคำสั่งของ ผู้อนุญาต ซึ่งสั่งตามมาตรา 42 เกี่ยวกับการโฆษณาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับ ไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ปรับเป็นรายวันอีกวันละ ไม่น้อยกว่าห้าร้อยบาท แต่ไม่เกินหนึ่งพันบาท ตลอดเวลาที่มิปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว¹⁰ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการโฆษณาอาหาร ซึ่งหากผู้ใดโฆษณาคุณประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จหรือเป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร ต้องระวางโทษทางอาญา หากฝ่าฝืนอีก จะมีมาตรการ ระวังการผลิต การนำเข้า การจำหน่าย หรือการโฆษณาอาหารตามที่คณะกรรมการเห็นว่าอาหาร ดังกล่าวไม่มีคุณประโยชน์ คุณภาพหรือสรรพคุณตามที่โฆษณาต้องระวางโทษปรับเพียง ห้าพันบาท เท่านั้นอันเป็นโทษทางกฎหมายเพียงเล็กน้อย ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้นนั้น มิใช่กรณีการ โฆษณาอาหารเสมือนว่าเป็นยาอันเป็นความเท็จแต่อย่างใด แต่การโฆษณาอาหารเสมือนว่าเป็นยา ให้เห็นว่าลักษณะอาหารเสริมสุขภาพต่างๆ นั้นเป็นยา หรือมีคุณสมบัติเหมือนกับยา หรือคล้ายคลึง กับยาที่ใช้ในการดูแลสุขภาพ โดยผู้บริโภครู้เข้าใจว่าเป็นยาบำรุงสุขภาพ ซึ่งผลคือ ผู้บริโภค ซื้อผลิตภัณฑ์อาหารเสริมสุขภาพเหล่านั้นในราคาแพงกว่าความจริงมาก ซึ่งตรงจุดนี้เป็นช่องว่าง ทางกฎหมายที่ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้แต่อย่างใด เพราะกฎหมายตาม พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติมาตรการทาง กฎหมายเข้าไปควบคุมการจำหน่ายผลิตภัณฑ์อาหารเพื่อสุขภาพแต่อย่างใด ซึ่งส่วนใหญ่สินค้าที่ โฆษณาอาหารเสมือนเป็นยานั้น มักเป็นบริษัทข้ามชาติที่ทำการค้าด้านธุรกิจขายตรงและเป็น บริษัทใหญ่ระดับชาติทำธุรกิจระหว่างประเทศ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภค คือ ซื้อผลิตภัณฑ์อาหาร เสริมสุขภาพในราคาแพงเกินจริงมาก แม้ผลิตภัณฑ์อาหารที่โฆษณาเสมือนเป็นยาจะไม่มี

⁷ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 42.

⁸ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 70.

⁹ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 71.

¹⁰ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 72.

ผลกระทบต่อผู้บริโภคด้านสุขภาพ ก็ตามแต่คุณค่าด้านยารักษาโรคที่ควรได้รับจากผลิตภัณฑ์กับความเข้าใจของผู้บริโภคกลับมีผลต่อการตัดสินใจเลือกผลิตภัณฑ์เพื่อสุขภาพ และความคาดหวังว่าเป็นยารักษาอย่างมาก การโฆษณาอาหารเสมือนว่าเป็นยา จึงไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแต่อย่างใด จึงยังเป็นปัญหาในทางกฎหมายที่รัฐสมควรบัญญัติกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรมทั้งด้านคุณภาพผลิตภัณฑ์และราคาต่อไป

แนวทางการแก้ไข คือ การโฆษณาอาหารเสมือนว่าเป็นยา ควรมีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายเป็นโทษปรับที่สูงขึ้น โดยบัญญัติโทษปรับ ประมาณไม่เกิน 1,000,000 บาท เพราะหากกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคเหมือนเช่นตามแบบแนวทางของประเทศอังกฤษที่หากโฆษณาสินค้าอันข้อความเท็จหรือเกินจริง ปรับ 100,000 เหรียญ จะเป็นการรุนแรงเกินสมควรและไม่เป็นการส่งเสริมธุรกิจ อันเป็นแนวคิดการลงโทษทางอาญาตามแนวคิดอรรถประโยชน์ที่เน้นการลงโทษที่เหมาะสม พิจารณาประโยชน์รัฐและประชาชนส่วนใหญ่เป็นหลักคำนึงถึงภาวะทางสังคม เศรษฐกิจในประเทศ แต่กรณีนี้โทษไม่หนักมากไปเพราะต้องคำนึงถึงธุรกิจโดยรวมของประเทศด้วยและหากยังฝ่าฝืนหรือหากพบการโฆษณาเข้าข่ายให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการได้ทันที อันนี้ก็เป็นมาตรการทางปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่บังคับเฉพาะรายซึ่งเห็นว่ากระทำผิดแล้วเกิดความเสียหายในวงกว้างแล้ว ก็สมควรนำมาตรการนี้ไปใช้บังคับ โดยหากฝ่าฝืนอีก ให้ปรับเงินเป็นรายวันตามปริมาณสินค้าที่ผลิตออกจำหน่ายแต่ละวัน หรือ 10 เท่าราคาสินค้าที่ออกจำหน่ายเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวกฎหมายเช่นเดียวกับสองกรณีแรก ซึ่งใช้ทฤษฎีการลงโทษเชิงอรรถประโยชน์เช่นกันในการยับยั้งการกระทำผิดของผู้ประกอบการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่โฆษณาอาหารเสมือนว่าเป็นยา

4.2 ปัญหาสิทธิผู้บริโภคในการเข้าถึงยา

ในกรณีนี้ตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ไม่มีบทบัญญัติรองรับไว้เลยในกรณี การเข้าถึงยาที่มีราคาแพง ที่ประชาชนทั่วไปๆ ที่เป็นผู้ป่วยไม่สามารถเข้าถึงได้เพียงพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เกี่ยวกับการเข้าถึงยาโดยการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยานั้นๆ ดังนั้น สิทธิในการเข้าถึงยาในราคาแพงหรือยาที่มีคุณภาพดี จึงไม่สามารถเกิดขึ้นได้จริง ซึ่งปัญหาในการเข้าถึงยาของคนยากจน จึงไม่มีโอกาสเข้าถึงแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ หรืออาจเรียกว่าได้ว่า คนจนไม่มีโอกาสได้ตรวจโรคกับอาจารย์แพทย์ คนยากไร้ในชนบทส่วนใหญ่ต้องไปตรวจรักษาที่โรงพยาบาลชุมชน ต้องไปตรวจรักษากับแพทย์จบใหม่ ในโรคหลายชนิด ซึ่งได้แก่ โรคหัวใจและหลอดเลือด เช่น โรคหัวใจขาดเลือด โรคหัวใจล้มเหลว โรคเหล่านี้ ยังไม่มีการบังคับใช้มาตรฐานในการรักษาโรค (Clinical Practice Guideline) ในระดับ

โรงพยาบาลชุมชน ทำให้ยากขึ้นหลายชนิด ที่ผู้ป่วยจำเป็นต้องได้รับ ประชาชนที่ยากจนในชนบท ก็ยังไม่มีโอกาสได้รับยาอยู่ดี ถึงแม้ว่ายาเหล่านั้น จะมีราคาถูก และมีงานวิจัยยืนยันว่าได้ผลดีก็ตามที ในการเข้าถึงยานั้นเมื่อไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติยาโดยตรง แต่มีมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ซึ่งเป็นกรณีที่บังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยากล่าวคือ ประชาชนสามารถเข้าถึงยาได้บางกรณีที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งช่วงแรกได้ประกาศใช้สิทธิกับยา 3 รายการ ได้แก่ เอฟาเวเรนซ์ โคลพิโดเกรลและโลพินาเวียร์ เป็นต้น ซึ่งทำให้ประเทศลดค่าใช้จ่ายไปทั้งหมดประมาณสี่พันล้านบาท¹¹

4.2.1 ปัญหาไม่มีบทบัญญัติการเข้าถึงยา

หากพิจารณาราคายาในประเทศแล้วพิจารณาได้ว่ากลุ่ม 7 กลุ่มยาโรคราคาแพง ส่วนข้อมูลยาในบัญชี จ (2) ที่จะใช้เป็นยาราคากลาง ได้แก่

- 1) ยา Letrozole ยารักษามะเร็งเต้านมระยะแพร่กระจาย
- 2) ยา Immunoglobulin G (IVIG) ใช้ในการรักษาโรคต่างๆ เช่น โรคเกล็ดเลือดต่ำที่เกิดจากภูมิคุ้มกันต่อต้านเกล็ดเลือดของตนเอง โรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง โรคควาซากิ โรคภูมิต้านทานตั้งแต่กำเนิด ชนิดที่ร่างกายไม่สร้างอิมมูโนโกลบูลิน (เป็นโรคทางพันธุกรรม)
- 3) Docetaxel ใช้รักษามะเร็งปอดระยะลุกลาม ชนิด Non small cell และมะเร็งเต้านมระยะแพร่กระจาย
- 4) Botulinum toxin type A รักษาโรคคอบิด โรคใบหน้าที่กระตุกครึ่งซีก
- 5) Leuporelin ใช้รักษาอาการเจริญพันธุ์ก่อนวัยในเด็ก
- 6) Liposomal amphotericin B รักษาอาการติดเชื้ออย่างรุนแรง และ
- 7) Verteporfin ยารักษาโรคจอประสาทตาเสื่อม¹² อีกทั้งมีข้อข้อเท็จจริงที่ภาครัฐซื้อยารักษาโรคโดยค่าเฉลี่ยประมาณราคายาที่ซื้อแพงสูงกว่าราคาอ้างอิงสากล 1.11 เท่า และยาสามัญที่ซื้อยารักษาโรคสถานบริการภาคเอกชนโดยค่าเฉลี่ยประมาณราคายาที่ซื้อแพงสูงกว่าราคาอ้างอิงสากล 9- 15 เท่า¹³ และหากพิจารณาว่าสาเหตุที่ทำให้ยารักษาโรคแพงเกิดขึ้นเพราะอะไร ก็สามารถพิจารณาเหตุผลหลักๆ ได้ว่า คือ (1) โครงสร้างตลาดยารักษาโรค (2) การขาดการวิจัยและพัฒนายารักษาโรภายในประเทศ (3) กลยุทธ์ทางการตลาด (4) สิทธิบัตรยา และ (5) การขาดบทบัญญัติของ

¹¹ กระทรวงสาธารณสุขและสำนักงานหลักประกันสุขภาพ. (2550). *ข้อมูลความจริง 10 ประเด็นร้อน การใช้สิทธิโดยรัฐต่อยาที่มีสิทธิบัตร 3 รายการในประเทศไทย*. 1-3.

¹² หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2555 หน้า 1.

¹³ นูรภาพร เกษสมบุญ. (2552, เมษายน). “จดหมายข่าวศูนย์ข้อมูลยาเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค ยาวิพากษ์.” 1. หน้า 1.

กฎหมายที่ใช้สำหรับกำหนดราคาขาย ซึ่งในการศึกษาของผู้เขียนพิจารณา (4) และ (5) เป็นหลัก ซึ่งยารักษาโรคคืออุตสาหกรรมที่ใช้เครื่องหมายการค้ามากที่สุด องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกรายงานว่า เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนอยู่ทั่วโลกมีจำนวนกว่าหนึ่งล้านเครื่องหมาย กว่าครึ่งของจำนวนนี้เป็นเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมยารักษาโรค ซึ่งการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุด ดังเช่น สิทธิบัตร อันมีผลทำให้บริษัทข้ามชาติสามารถผูกขาดยาได้นานอีกทั้งยังมีกลวิธี เช่น บริษัทข้ามชาติ ใช้กลยุทธ์ชักจูงให้แพทย์สั่งจ่ายยาโดยใช้ชื่อการค้า แทนการสั่งจ่ายในชื่อสามัญทางยา ก็จะทำให้แพทย์สั่งจ่ายยาโดยชื่อการค้านั้นต่อไป ถึงแม้ว่าสิทธิบัตรในยานั้นจะหมดอายุลง และมียาอื่นออกจำหน่ายในราคาที่ถูกลงแล้วก็ตาม ซึ่งการโฆษณาการสร้าง Brand loyalty เป็นหลักสำคัญของธุรกิจยาที่ใช้เป็นกลยุทธ์ ซึ่งปัญหาสิทธิบัตรที่ใช้เป็นยุทธศาสตร์ในการผูกขาดยารักษาโรคและราคาขาย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้กันมากในอุตสาหกรรมยา คือ สิทธิบัตร โดยสิทธิบัตรจะถูกใช้เพื่อผูกขาดตัวยา และดำรงยาเป็นเวลา 20 ปี ทำให้บริษัทข้ามชาติสามารถผูกขาด และมีสภาพได้เปรียบในการแข่งขันในตลาดยาในประเทศกำลังพัฒนาโดยไม่มีขีดจำกัดผลที่สุดประชาชนในประเทศกำลังพัฒนาเป็นผู้รับภาระด้านราคาแพง โดยรัฐไม่สามารถช่วยเหลือประชาชนของตนได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งปัญหาการขาดการขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้สำหรับกำหนดราคาขายซึ่งในประเทศที่พัฒนาแล้ว การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นเพื่อส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา แต่การให้สิทธิผูกขาดแก่เอกชนก็หาได้กระทำโดยปราศจากขอบเขตไม่ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีพัฒนาการควบคู่กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมาโดยตลอดทำให้คุ้มครองสิทธิผู้บริโภคยาได้ดีกว่าประเทศที่กำลังพัฒนา

ในสหรัฐ และยุโรปยารักษาโรคเป็นอุตสาหกรรมที่ถูกกำกับควบคุมมากที่สุด ประเทศที่พัฒนาแล้วไม่เคยถึงเลที่จะใช้มาตรการป้องกันการผูกขาด หากปรากฏว่าอำนาจตลาดของบริษัทยาก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณสุข ไม่ว่าจะเกิดจากยาขาดแคลนหรือมีราคาแพง มีคดีในสหรัฐกว่า 100 คดี ที่ศาลตัดสินให้มีการบังคับใช้สิทธิบัตร

ในอังกฤษมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิรวมทั้งสิ้น 9 ครั้งในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา ในแคนาดา ระหว่างปี 1969 ถึง 1992 มีการขอใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับสิทธิบัตรยาทั้งสิ้น 1,030 คำขอ และมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิ 613 คำขอ และในเยอรมนี นับตั้งแต่ปี 1961 เป็นต้นมา การบังคับใช้สิทธิบัตรยาได้ถูกใช้ไปแล้วรวมทั้งสิ้น 12 ครั้งแต่ในประเทศกำลังพัฒนาการใช้มาตรการเพื่อควบคุมอำนาจตลาดของบริษัทยายังไม่เคยเกิดขึ้นเลย ซึ่งสาเหตุเกิดจากกดดันจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และปัจจัยด้านเศรษฐกิจการเมืองที่ซับซ้อนในตอนต่อไป จะนำเสนอแนวทาง

ส่งเสริมการเข้าถึงยาของประเทศกำลังพัฒนา¹⁴ เมื่อพิจารณาถึงสาเหตุที่ทำให้ราคาแพง¹⁵ เบื้องต้นแล้วเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการการเข้าถึงยาของประชาชนในราคาที่ถูกลง โดยไม่มีหลักการทางกฎหมายที่ชัดเจน และครอบคลุมหลายโรค มีเพียงการเข้าถึงยาเป็นรายกรณี ดังเช่นในกฎหมายสิทธิบัตรยา พ.ศ. 2552 ซึ่งหากพิจารณาถึงประเทศที่ไม่มีกฎหมายสิทธิบัตรยา ย่อมหมายความว่า ประเทศเล็กๆ ที่ยากจนเหล่านั้นสามารถใช้ประโยชน์จากยาได้โดยไม่มีข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็นด้วยการผลิตยาขึ้นใช้เอง หรือนำเข้าจากประเทศอื่น จากการสำรวจสิทธิบัตรทวีปแอฟริกา 56 ประเทศพบว่า มีการขอรับสิทธิบัตรยาต้านไวรัสเอชไอวีเพียง 21.6% ของยาต้านไวรัสทั้งหมด และมีถึง 13 ประเทศที่ไม่มีการขอรับสิทธิบัตรในยาเหล่านี้ สิทธิบัตรจึงไม่น่าเป็นปัจจัยที่ปิดกั้นประเทศยากจนในการเข้าถึงยาจำเป็น อาจเป็นจริงที่ประเทศขนาดเล็กไม่ใช่ตลาดสำคัญและไม่มีความเสี่ยงเรื่องการทำละเมิด ซึ่งทำให้บรรษัทข้ามชาติไม่สนใจที่จะเข้าไปขอรับสิทธิบัตร แต่อย่าลืมว่าประเทศเหล่านี้เกือบทั้งหมด ล้วนแต่ไม่อยู่ในฐานะที่จะพึ่งพิงตัวเองด้านยาได้เลย กล่าวคือ ไม่สามารถผลิตยาออกใช้ได้เอง หากแต่ต้องพึ่งการนำเข้ายาจากประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือจากประเทศกำลังพัฒนาขนาดใหญ่ เช่น บราซิล อินเดีย ไทย ฯลฯ ซึ่งเมื่อมีการขอรับสิทธิบัตรยา โดยเฉพาะในบราซิลและอินเดีย ก็จะทำให้ประเทศยากจนหมดโอกาสที่จะได้ยารักษาโรคในราคาถูก เนื่องจากแหล่งผลิตได้ถูกผูกขาดโดยบรรษัทข้ามชาติ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็จะทำให้ประเทศขนาดเล็กไม่มีทางเลือกอื่น นอกจากต้องพึ่งพายานำเข้าจากบรรษัทข้ามชาติเท่านั้น ประเทศที่เป็นตลาดสำคัญและที่มีศักยภาพที่จะผลิตยาซื้อสามัญ มักจะเป็นเป้าหมายการขอรับสิทธิบัตรของบรรษัทข้ามชาติ UNAIDS รายงานว่า ปี ค.ศ. 2002 ในประเทศแอฟริกาใต้ที่มีประชาชนติดเชื้อเอชไอวีกว่า สี่ล้านคน บรรษัทข้ามชาติได้ขอรับสิทธิบัตรยาต้านไวรัส เป็นจำนวน 13 ตัวยา จากยาด้านไวรัสที่มีจำหน่ายทั้งสิ้น 15 ตัวยา อันเป็นผลประโยชน์ที่ประเทศกำลังพัฒนาถูกบรรษัทข้ามชาติหาประโยชน์ โดยผู้ยากไร้ในประเทศอาจไม่สามารถเข้าถึงยาได้เลยและรัฐบาลดูแลการจำเป็นอย่างมาก ในประเทศไทยนั้นปัญหาที่สำคัญควรที่จะพิจารณา คือทำอย่างไรให้ประชาชนได้รับยารักษาโรคในราคาถูกซึ่งจากการที่ปัญหาที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับโดยตรง ในการกำหนดราคากลางที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ คือ ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) ในมาตรา 9 ได้มีการแก้ไขตัดข้อความ “ยาหรือสิ่งผสมของยา” ไม่ให้ได้รับความคุ้มครองทำให้มีผลว่าสิ่งประดิษฐ์ยา สามารถขอรับสิทธิบัตรยาได้ ซึ่งสิ่งประดิษฐ์ยานี้รวมถึง ตัวยาใหม่ ส่วนผสมใหม่ การใช้ใหม่ และรูปแบบใหม่¹⁶ รวมทั้งขยายอายุสิทธิบัตรจาก 15 ปี เป็น 20 ปี โดยที่ในช่วงอายุ

¹⁴ จักรกฤษณ์ ควรวพจน์ (2546, 22 กรกฎาคม). “จับตาโลกาภิวัตน์.” *กรุงเทพธุรกิจ*. หน้า 4-5.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 3-4.

¹⁶ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) มาตรา 9.

สิทธิบัตรนี้ไม่สามารถผลิตยาซึ่งยาชื่อเดียวกันออกสู่ตลาดได้ เป็นการที่ทำให้นักวิจัยด้านยาไทยไม่สามารถพัฒนาการรักษาโรคที่มีคุณภาพได้เนื่องด้วยกฎหมายคุ้มครองยาที่มีสิทธิบัตรของบริษัทข้ามชาติไว้ซึ่งระยะเวลายาวนานได้ขัดขวางการพัฒนาขึ้น อีกทั้ง สิ่งประดิษฐ์นี้รวมถึง ตัวยาใหม่ ส่วนผสมใหม่ การใช้ใหม่ และรูปแบบใหม่ นั้นเมื่อบริษัทยาข้ามชาติพัฒนาปรับปรุงส่วนผสมใหม่ การใช้ใหม่ และรูปแบบใหม่ แต่ตัวยาเดิม ก็สามารถอ้างสิทธิบัตรยา ในลักษณะเหมือนกับต่อ ระยะเวลาสิทธิบัตรยาโดยไม่มีที่สิ้นสุด การที่จะได้รับการรักษาจากยาที่มีราคาถูกลงจึงไม่สามารถ เกิดขึ้นได้จริง เพราะระหว่างอายุสิทธิบัตรยานั้น บริษัทยาข้ามชาติย่อมต้องอ้างว่าไม่มีใครสามารถ มีสิทธิบัตรยาเหนือยาของตนได้ แต่พอใกล้หมดระยะเวลาตามอายุสิทธิบัตรหรือภายหลังอายุ สิทธิบัตรแล้วก็ขอจดทะเบียนสิทธิบัตรใหม่ในยาตัวเดิม แต่อ้างส่วนผสมใหม่ การใช้ใหม่ และ รูปแบบใหม่ ทำให้อายุสิทธิบัตรยาขยายออกไปไม่มีที่สิ้นสุด ผลลัพธ์ยาจึงยังคงมีราคาแพง เหมือนเดิมดังเช่นที่บริษัทยาข้ามชาติได้เคยจำหน่ายมา แม้ว่าในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือทริปส์ (General Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ซึ่งถือเป็นข้อตกลงที่สากลขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ไม่มีการระบุถึงการขดเชยสิทธิบัตรไม่ว่ากรณีใดๆ หรือขยายระยะเวลา สิทธิบัตรออกไป

ซึ่งสำหรับประเทศไทย การที่มาตรา 9 ได้บัญญัติเช่นนั้นก็เสมือนเป็นการกีดกันการ เข้าถึงยาของประชาชนคนไทยทั้งประเทศนั่นเองหาเป็นประโยชน์ต่อประชาชนไม่

แนวทางการแก้ไข จะเห็นได้ว่า บริษัทยาข้ามชาติต้องการขัดขวางการเข้าถึงยาของผู้บริโภคยาในประเทศไทย แต่กฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิบัตรกลับเอื้อประโยชน์กับ บริษัทยาข้ามชาติเหล่านั้นใช้ประโยชน์ในการครอบครองสิทธิบัตรยาโดยกฎหมายภายในของ ประเทศไทยซึ่งในประเทศฟิลิปปินส์ มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงยาภายในประเทศ โดยตรงซึ่งรัฐบาลผ่านหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดูแลด้านการเข้าถึงยาที่มีราคาแพงอันเป็นแนวทางที่ ประเทศไทยควรมีร่างกฎหมายเข้าถึงยาและและกำหนดราคายาบัญญัติใช้บังคับต่อไป โดยแนวคิด เบื้องหลังคือ “ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interests) หมายถึง ผลประโยชน์สาธารณะยังหมายรวมถึงหลักประโยชน์ต่อมวลสมาชิกในสังคม” ซึ่งพจนานุกรม ศัพท์กฎหมายมหาชน (ฝรั่งเศส-ฝรั่งเศส) ของ Philippe Foillard ได้ให้ คำจำกัดความของคำว่า ประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) ไว้ว่า ได้แก่ “ข้อพิพาทข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง” โดยได้อธิบายไว้ว่า หน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือการจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด อันเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการ เข้าถึงยานั้นเป็นประโยชน์เพื่อมหาชนในประเทศทั้งหมด การร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวขึ้น

ยอมเป็นไปตามทฤษฎีประโยชน์สาธารณะนั่นเอง จุดมุ่งหมายก็เพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยที่เป็นผู้บริโภครายที่มีราคาแพงได้ซื้อยาในราคาที่ถูกลงทั่วถึงกันทั้งประเทศ ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ควรบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 หรือจะบัญญัติกฎหมายแยกต่างหากเป็นพระราชบัญญัติการเข้าถึงยา ต่อไป

4.2.2 ปัญหาการรับยาจากการจัดประเภทยา

ในการจัดประเภทยาเพื่อให้ได้รับสิทธิจากยานอกบัญชี ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ว่าสัณฐานของแพทย์ในการให้ใช้สิทธิรับยานั้น ได้ตามที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่มีกฎหมายอนุญาตไว้ชัดเจนทำให้สิทธิของผู้บริโภคซึ่งป่วยแต่มีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไม่ได้รับยาที่สมควรจะได้รับ ในการจัดประเภทยาเพื่อให้ได้รับสิทธิจากยานอกบัญชี ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ว่าสัณฐานของแพทย์ในการให้ใช้สิทธิรับยานั้น ได้ตามที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่มีกฎหมายอนุญาตเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกยาให้เป็นกฎหมายที่ชัดเจน

โดยระบบการคัดเลือกยาต้องเป็นไปตามความจำเป็นในการป้องกันและแก้ไขปัญหาด้านสุขภาพของประเทศไทยเป็นหลัก ระบบการคัดเลือกต้องแสดงข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ละเอียดพอเอื้อให้เกิดการใช้ข้อมูลครบถ้วนในการตัดสินใจ มีข้อมูลและเหตุผลชัดเจนทุกขั้นตอน และอธิบายต่อสาธารณชนได้ (Explicit information) การตัดสินใจคัดเลือกยาใช้หลักฐานวิชาการเชิงประจักษ์ (Evidence-based literature) หรือการให้คะแนนที่มีประสิทธิผลเป็นหลักในการคัดเลือกร่วมกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ เกษษศาสตร์ เศรษฐศาสตร์สาธารณสุข และความเห็นเชิงนโยบายของผู้บริหารในหน่วยงานหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งหลักฐานและความเห็นที่ได้รับจากผู้ที่มีส่วนร่วมในสังคมในระหว่างขั้นตอนการคัดเลือกยา

การคัดเลือกและแสดงรายการยา ให้ใช้ชื่อสามัญของยา รูปแบบยา ความแรง ขนาดบรรจุ ยกเว้นในกรณีที่ไม่มีระบุจึงใช้ความแรงและขนาดบรรจุอื่นได้ ทั้งนี้ให้ระบุเงื่อนไขการสั่งใช้ยาหรือจัดหาตามความเหมาะสม รวมทั้งข้อมูลอื่นๆ ที่จำเป็น ได้แก่ คำเตือน และหมายเหตุ (คำแนะนำ ข้อสังเกต ข้อควรระวัง คำอธิบาย)¹⁷ ต้องคำนึงถึงข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพยา เช่น รูปแบบยา การเก็บรักษา ความคงตัวของยา ขนาดบรรจุ วันหมดอายุ เป็นต้น ตลอดจนข้อมูลอื่นเกี่ยวกับยา เช่น ประสิทธิภาพในการบริหารยาและการยอมรับในการใช้ยาของผู้ป่วย (Compliance) เป็นต้น

ต้องคำนึงถึงข้อมูลเชิงเศรษฐศาสตร์ด้านค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ราคา ความสามารถในการจ่าย ทั้งของระบบประกันสุขภาพต่างๆ สังคมและประชาชน ตลอดจนฐานะเศรษฐกิจของประเทศ

¹⁷ หมายเหตุ การพิจารณาชีวิตวัตถุที่แม้มีชื่อสามัญทางยาเดียวกันแต่มีข้อมูลชัดเจนที่ชี้ว่า ตำรับที่ต่างกัน ส่งผลให้มีขนาดยาแตกต่างกันให้พิจารณาเป็นรายตำรับด้วย.

ในกรณีที่คณะกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ายานี้มีความสำคัญ แต่อาจมีผลกระทบต่อความสามารถ และภาระในการจ่ายตัวของระบบประกันสุขภาพต่างๆ สังคมและผู้ป่วย จะต้องจัดให้มีระบบการประเมิน ความคุ้มค่า และผลกระทบทางการเงินตามคู่มือการประเมินเทคโนโลยีด้านสุขภาพสำหรับประเทศไทย ที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบไว้แล้ว โดยมอบหมายให้คณะทำงานด้านเศรษฐศาสตร์สาธารณสุข เป็นผู้ดำเนินการ และเสนอผลการพิจารณาต่อคณะกรรมการประกอบการตัดสินใจคัดเลือกยา ในกรณีที่ยามีคุณสมบัติครบตามเกณฑ์การพิจารณาแต่ไม่มีการขึ้นทะเบียนตำรับยา หรือไม่มีจำหน่ายในประเทศ ให้กำหนดรายการยาดังกล่าวไว้ในบัญชียาหลักแห่งชาติ และเสนอเป็นยากำพร้า¹⁸ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและมาตรการในการแก้ปัญหาการเข้าถึงยาดังกล่าว ต่อไป

กรณียาที่อยู่ระหว่างการติดตามความปลอดภัย (Safety Monitoring Program: SMP) และข้อบ่งใช้ของยาที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในเอกสารกำกับยา (off-label indication) ให้ดำเนินการคัดเลือกตามเกณฑ์ ดังนี้

1. ยาในบัญชียาหลักแห่งชาติต้องมีใช้ยาที่อยู่ระหว่างการติดตามความปลอดภัย (Safety Monitoring Program: SMP) เว้นแต่

ก) เป็นยาในบัญชี จ (1) ซึ่งมีระบบกำกับดูแลที่เข้มงวดกว่าระบบ SMP

ข) เป็นยาบางรายการที่สามารถช่วยเพิ่มการแข่งขันหรือลดการผูกขาด หรือทำให้ราคาขายหรือค่าใช้จ่ายในการรักษาลดลงอย่างชัดเจน หรือช่วยเพิ่มกรอบรายการยาในข้อบ่งใช้ที่พิจารณาให้สามารถครอบคลุมยาที่มีประสิทธิภาพดีกว่าอย่างชัดเจน หรือเป็นยาจำเป็นต้องใช้ เนื่องจากไม่มีวิธีการ รักษาอื่นทดแทนได้ โดยยานั้นต้องมีประโยชน์เหนือความเสี่ยงอย่างชัดเจน

2. เนื่องจากการใช้ยาในข้อบ่งใช้ที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในเอกสารกำกับยา (off-label indication) นั้น มีความจำเป็นในบางกรณีและเป็นการคุ้มครองผู้ป่วยให้สามารถเข้าถึงบริการได้ และเป็นมาตรฐานให้ผู้ประกอบวิชาชีพในการให้บริการได้ให้ดำเนินการคัดเลือกตามเกณฑ์ดังนี้

ก) ขอความร่วมมือสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาพิจารณาประสานกับผู้ประกอบการ เพื่อให้มาขึ้นทะเบียนข้อบ่งใช้ใหม่เพิ่มเติมให้เรียบร้อย

ข) ในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการได้ตามข้อ ก หรืออยู่ระหว่างดำเนินการ คณะกรรมการพัฒนาบัญชียาหลักแห่งชาติกำหนดเกณฑ์ดังต่อไปนี้ในการพิจารณาข้อบ่งใช้ที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียน โดยต้องมีคุณสมบัติตรงตามเกณฑ์ต่อไปนี้ทุกข้อ

¹⁸ “ยากำพร้า” หมายถึง ยาที่มีอัตราการใช้ต่ำโดยไม่มียาอื่นมาใช้ทดแทนได้ และมีปัญหาการขาดแคลน แต่มีความจำเป็นต้องใช้เพื่อวินิจฉัย บรรเทา บำบัด ป้องกัน หรือรักษาโรคที่พบได้น้อย หรือโรคที่เป็นอันตราย ร้ายแรง หรือโรคที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างต่อเนื่อง.

- 1) มีหลักฐานสนับสนุนประโยชน์ของยาในข้อบ่งใช้ดังกล่าวอย่างชัดเจน
 - 2) เป็นข้อบ่งใช้ที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากลแต่ไม่ได้ขึ้นจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งคณะกรรมการพัฒนาระบบยาหลักแห่งชาติให้ความเห็นชอบ
- ค) ขอความร่วมมือสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาในการติดตามข้อมูลในการใช้ยาเป็นพิเศษ

ควรเป็นยาเดี่ยว หากจำเป็นต้องเป็นยาผสมจะต้องมีข้อมูลที่เชื่อถือได้ที่แสดงว่ายาผสมมีข้อดีกว่า หรือเท่าเทียมกับยาเดี่ยวในด้านความปลอดภัย ประโยชน์และค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยาผสมจะต้องมีข้อดีกว่ายาเดี่ยว ในประเด็นของ Compliance และหรือ การชะลอหรือป้องกันการดื้อยา ของเชื้อก่อโรค

หากเป็นยาที่มีหลายข้อบ่งใช้ แต่มีความเหมาะสมที่จะใช้เพียงบางข้อบ่งใช้ ให้ระบุข้อบ่งใช้และเงื่อนไขการสั่งใช้ยาเพื่อให้การใช้ยาดังกล่าวเป็นไปตามขั้นตอนอย่างเหมาะสม เงื่อนไขการสั่งใช้ต้องมีความชัดเจน เพื่อต่อการใช้ยาเป็นขั้นตอนตามระบบบัญชีย่อย ซึ่งแบ่งเป็นบัญชีย่อย ก ข ค ง และ จ

ทั้งนี้ยาในบัญชี จำเป็นต้องใช้สำหรับผู้ป่วยบางราย แต่อาจทำให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยหรือก่อปัญหาเชื้อดื้อยาที่ร้ายแรง การสั่งใช้ยาซึ่งต้องให้สมเหตุผลเกิดความคุ้มค่าสมประโยชน์ จะต้องอาศัยการตรวจวินิจฉัยและพิจารณาโดยผู้ชำนาญเฉพาะโรคที่ได้รับการฝึกอบรมในสาขาวิชาที่เกี่ยวข้องจากสถานฝึกอบรม หรือได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภา หรือทันตแพทยสภา เท่านั้น และโรงพยาบาลจะต้องมีระบบการกำกับประเมินและตรวจสอบการใช้ยา (Drug Utilization Evaluation, DUE) โดยต้องมีการเก็บข้อมูลการใช้ยาเหล่านั้นเพื่อตรวจสอบในอนาคตได้

ดังกล่าวมาข้างต้น เป็นเพียงหลักการที่กระทำหรือกำหนดขึ้นนั้นเป็นหลักเบื้องต้นในการปฏิบัติแต่มิใช่กฎหมายที่ออกมารองรับสิทธิของผู้บริโภคอย่างเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนในการได้รับยาในราคาที่ เป็นธรรมและคุณภาพดี หากแต่เป็นแนวทางที่ปฏิบัติหรือไม่ก็ได้ในหน่วยงานเท่านั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติยึดหยุ่นแต่อย่างใด ประเพณีที่สมควรจัดเพื่อประชาชนสามารถเข้าถึงได้ตามความจำเป็นของบัญชียาที่ผู้บริโภคที่ป่วยต้องการความช่วยเหลือจากสังคม

แนวทางการแก้ไข เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่าปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ไว้อย่างเฉพาะเจาะจง คงมีการกำหนดไว้แต่เพียงองค์ประกอบของสิทธิดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” จึงต้องขึ้นอยู่กับบริบท (Context) ในการใช้คำว่าสิทธิมนุษยชนในแต่ละกรณีไป อย่างไรก็ตามเนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีความเป็นพลวัต (dynamic) อยู่ในตัวเอง โดยขึ้นอยู่กับ

กับบริบทต่างๆ ในสังคม ดังนั้น ในสภาพที่มีการเปลี่ยนแปลงของสังคมอย่างต่อเนื่อง แกนกลางที่เป็นแนวความคิดหลักในเรื่องสิทธิมนุษยชนก็คือ “การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั่นเอง

ด้วยเหตุนี้ แนวคิดหรือหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนจึงเป็นเพียง “เครื่องมือ” (Instrument) หรือ “วิธีในการปฏิบัติ” ที่เป็นหลักประกันและมาตรการสำคัญในการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสังคมโลก ฉะนั้น สิทธิมนุษยชน จึงกลายเป็นหลักการสำคัญในการต่อสู้เพื่ออิสรภาพหรือเพื่อควมมีศักดิ์ศรีอันเท่าเทียมกันของมนุษย์ในเวลาต่อมา

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในข้อ 3 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นโครงสร้างหลักแล้วจะพบว่า สามารถจัดแบ่งเนื้อหาของสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายออกได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

ส่วนแรก สิทธิในชีวิต หมายถึง สิทธิในการได้รับการยอมรับนับถือ และสิทธิในการที่จะพัฒนาตนเอง ซึ่งเป็นหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งในทางแพ่ง และทางการเมือง โดยบัญญัติรายละเอียดไว้ในข้อ 4 ถึงข้อ 21 ทั้งนี้ สิทธิในชีวิตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุด กล่าวคือ เป็นสิทธิในการที่จะมีชีวิตอยู่และได้รับการคุ้มครองให้ปลอดภัย และหมายรวมถึงสิทธิในการได้รับสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิตอันได้แก่ปัจจัยสี่ หรือการได้รับความช่วยเหลือเป็นพิเศษในกรณีที่เป็นคนพิการ คนชรา คนปัญญาอ่อน เด็กหรือสตรี เป็นต้น สำหรับสิทธิที่จะได้รับการยอมรับนับถือนั้นหมายความว่าข้อกำหนดที่ให้บุคคลปฏิบัติต่อกันด้วยการยอมรับซึ่งกันและกัน โดยตระหนักถึงศักดิ์ศรีและคุณค่าของชีวิตที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน ส่วนสิทธิในการที่จะพัฒนาตนเองในที่นี้หมายถึง การให้บุคคลได้มีโอกาสจากสังคมในการที่จะพัฒนาตนเองอย่างชอบธรรม เพื่อที่จะสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง และปกครองตนเองได้นั่นเอง โดยคำว่า “ศักดิ์ศรี” นั้น มีนักวิชาการกล่าวไว้ว่า “มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง” จากคำกล่าวนี้ ทำให้เห็นได้ว่าคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกล่าวถึง “คุณค่า” ของความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ ดังนั้น คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงประกอบด้วยรากฐานอันมีสาระสำคัญ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ คือ สิทธิในชีวิต ร่างกาย และสิทธิในการที่จะได้รับความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน กล่าวคือ

ประการแรก “สิทธิในชีวิตและร่างกาย” เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ฉะนั้น สิทธิในชีวิตและร่างกาย จึงไม่อาจจะถูกพรากไปจาก

บุคคลได้ และในทางตรงกันข้าม รัฐสามารถตราบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อให้ได้รับหลักประกันในชีวิตและร่างกายมากขึ้นได้ สิทธิในชีวิตและร่างกาย จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์ มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ และจากการที่มนุษย์มีเจตจำนงโดยอิสระในอันจะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองหรือพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้ สิทธิในชีวิตและร่างกาย จึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

ประการที่สอง “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นสิทธิที่แสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงถึงปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคล ต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย ดังนั้น หลักความเสมอภาค จึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งควรนำแนวคิดนี้ใช้ได้กับการรักษาพยาบาลในประเทศด้วยเพราะผู้ป่วยโรคที่ป่วยมีสิทธิในชีวิตและมีความเสมอภาคที่จะดำรงชีวิตและเข้าถึงยาที่สมควรแก่การรักษาตนตามสมควรแก่กรณีตามหลักสิทธิมนุษยธรรม กรณีการรับยาจากการจัดประเภทยา ในการจัดประเภทยาเพื่อให้ได้รับสิทธิจากยานอกบัญชี ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้อาศัยดุลยพินิจของแพทย์ในการให้ใช้สิทธิรับยานั้น ได้ตามที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่มีกฎหมายอนุญาตไว้ชัดเจนทำให้สิทธิของผู้บริโภคซึ่งป่วยแต่มีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไม่ได้รับยาที่สมควรจะได้รับ ควรบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนว่า หากมีความจำเป็นต่อการใช้นานนอกบัญชีเพื่อประโยชน์ต่อสิทธิความเป็นมนุษย์หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือประโยชน์ทางมนุษยธรรมให้แพทย์สามารถสั่งจ่ายยานั้นๆ ได้ โดยค่าใช้จ่ายเฉลี่ยกันออกระหว่างรัฐและองค์กรที่เกี่ยวข้องฝ่ายละกึ่งหนึ่งตามความสมควรตามหลักมนุษยธรรม

4.2.3 ปัญหาการกำหนดราคาขาย ในพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510

ในทางการตลาดของเอกชนนั้นยานั้นมีการกำหนดนโยบายกลยุทธ์ และยุทธวิธีในการกำหนดราคาจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

1) ปัจจัยภายในกิจการ (Internal Factors) เป็นปัจจัยที่กิจการสามารถกำหนด และควบคุม ได้แก่ วัตถุประสงค์ทางการตลาด กลยุทธ์ส่วนประสมการตลาด ต้นทุนและผู้มีอำนาจ ในการตัดสินใจเกี่ยวกับราคา วัตถุประสงค์ทางการตลาด (Marketing Objectives) ก่อนการกำหนดราคาผู้บริหารจะทำการกำหนดกลยุทธ์ต่างๆ ทางการตลาดไว้แล้ว วัตถุประสงค์เพื่อความอยู่รอดของกิจการ (Survival) วัตถุประสงค์เพื่อกำไรสูงสุด (Current Profit Maximization) วัตถุประสงค์เพื่อส่วนครองตลาด (Market Share Leadership) วัตถุประสงค์เพื่อเป็นผู้นำด้านคุณภาพ (Product Quality Leadership) วัตถุประสงค์เพื่อเป็นผู้นำด้านคุณภาพ (Product Quality Leadership) วัตถุประสงค์ในการกำหนดราคาลักษณะอื่นๆ เช่น การกำหนดราคาเพื่อป้องกันการเข้าสู่ตลาดของกลุ่มแข่งขันการรักษาเสถียรภาพของราคา นอกจากนี้องค์การที่ไม่ได้หวังผลกำไร ยังมี วัตถุประสงค์ในการกำหนดราคาที่แตกต่างกันออกไป เช่น โรงพยาบาล สถานศึกษา กิจการสาธารณูปโภคซึ่งแสดงถึงวัตถุประสงค์การกำหนดราคา เพื่อสังคมคือทุกคนต้องมีการรับบริการจึงกำหนดราคาต่ำ แต่พออยู่ได้ อีกทั้งต้องคำนึงถึงกลยุทธ์ส่วนประสมการตลาด (Marketing Mix Strategy) ต้นทุน (Cost) ต้นทุนเป็นปัจจัยพื้นฐานในการกำหนดราคา ผู้มีอำนาจในการกำหนดราคามีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับราคาการกำหนดราคามีฝ่ายต่างๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ฝ่ายผลิต ฝ่ายการเงิน ฝ่ายขาย และฝ่ายการตลาด

2) ปัจจัยภายนอกกิจการ (External Factors) เป็นปัจจัยที่กิจการไม่สามารถควบคุมได้ แต่ต้องคำนึงถึงในการจัดการราคา ได้แก่ ตลาด อุปสงค์ของตลาด การแข่งขัน ผู้จำหน่ายวัตถุดิบ ผู้จัดจำหน่าย สถาเศรษฐกิจ รัฐบาลและจริยธรรมทางธุรกิจ

อันจะเห็นได้ว่าปัจจัยทั้งสองประการนี้มีผลในการเข้าถึงยาของประชาชนเป็นอย่างมาก เพราะหากไม่มีการแทรกแซงของรัฐโดยใช้กฎหมายแล้ว ประชาชนหรือผู้บริโภคยาจะต้องซื้อยาในราคาแพงเกินสมควรต่อไป ซึ่งในปัจจุบันนี้ มีหลักการเกี่ยวกับการกำหนดราคายาคือ หลักเกณฑ์การกำหนดราคากลางยา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยคณะกรรมการพัฒนาระบบยาแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ข้อ 8 (4) กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดราคากลางยาในการจัดซื้อของหน่วยงานของรัฐพัฒนาไกลและมาตรการในการพัฒนาบัญชียาหลักแห่งชาติ และการกำหนดราคากลางยาดังกล่าวให้ทันสมัย เพื่อให้สามารถบรรลุดตามบทบาทภารกิจที่กำหนด คณะกรรมการจึงได้กำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์การกำหนดราคากลางยา เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดราคากลางยาในการจัดซื้อของหน่วยงานของรัฐที่เหมาะสม ดังนี้

1. กำหนดนิยาม เพื่อให้เกิดความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับคำว่า “ราคากลางยา” ที่จะดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยคณะกรรมการพัฒนาระบบยาแห่งชาติ พ.ศ. 2551 จึงเห็นควรกำหนดคำนิยาม ไว้ดังนี้ “ราคากลางยา” หมายถึง กรอบราคาที่เหมาะสมที่ ให้ส่วนราชการ/หน่วยงานของรัฐใช้ในการจัดซื้อจัดหา ยา รวมถึงยาแผนไทยหรือยาจากสมุนไพร ซึ่งไม่ใช่ราคาจัดซื้อต่ำสุด โดยส่วนราชการ/หน่วยงานของรัฐ ต้องจัดซื้อยาแต่ละรายการไม่เกิน ราคากลางยาที่กำหนด ยกเว้นมีเหตุผลอันสมควรที่สามารถชี้แจงต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่นๆ “ราคากำหนด” หมายถึง ราคาที่มีการซื้อซ้ำ ตั้งแต่ 5 โรงพยาบาลขึ้นไป

2. หลักการทั่วไปในการกำหนดราคากลางยา ในการพิจารณากำหนดราคากลางของยา จะพิจารณากำหนดราคากลางยา เพื่อให้เป็นราคาที่ทั้งผู้ซื้อสามารถซื้อได้ และผู้ขายสามารถแข่งขัน และขายได้ในราคาที่เหมาะสมกับคุณภาพของยา โดยมีหลักการทั่วไปในการพิจารณา ดังนี้

2.1 การพิจารณากำหนดราคากลางจะพิจารณาความเหมาะสมเป็นรายรายการตาม กลุ่มยาและข้อมูลราคาที่เกี่ยวข้อง โดยจะพิจารณากำหนดราคากลางยาทั้งยาในบัญชียาหลักแห่งชาติ และยานอกบัญชียาหลักแห่งชาติ ที่มีข้อมูลเพียงพอตามเกณฑ์ในการกำหนดราคากลาง

2.2 การพิจารณากำหนดราคากลางยา จะพิจารณาโดยอาศัยข้อมูลต่างๆ ที่สามารถ จัดหาหรือสืบค้นได้ เพื่อประกอบการพิจารณาใช้ในแต่ละกรณีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ ราคากลางที่ ประกาศล่าสุด ราคาที่โรงพยาบาลต่างๆ สามารถจัดซื้อได้จากการสำรวจของกระทรวงสาธารณสุข ราคาที่เสนอจำหน่ายโดยบริษัทผู้ผลิตยาหรือผู้แทนจำหน่ายยา ราคาที่บริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์เสนอ ต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาในการพิจารณาเข้าไว้ในบัญชียาหลักแห่งชาติ ข้อมูล ราคายาที่ได้จากกลไกการต่อรองราคาของกระทรวงสาธารณสุขหรือสำนักงานหลักประกัน สุขภาพแห่งชาติหรือโรงพยาบาลในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการหรือหน่วยงานอื่น ฐานข้อมูลราคา ยาจากต่างประเทศ เช่น ฐานข้อมูล Drug Price Indicator ของ MSH (Management Sciences for Health) หรือจาก Price Monitoring ขององค์การอนามัยโลก ราคายาหรือราคาอ้างอิงของประเทศอื่น ข้อมูล โครงสร้างต้นทุนราคายาและ/หรือหลักฐานการเงินการบัญชีที่เกี่ยวข้อง จากผู้เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ หรือกรมการค้าภายใน ในกรณีที่มีการปรับราคาขึ้นสูงมาก (ถ้ามี)

2.3 กรณีรายการยาที่มีบรรจุภัณฑ์ยา 2 แบบ คือแบบขวดและแบบแผงให้พิจารณา กำหนดราคากลางเป็นราคาแบบแผงเป็นหลัก

2.4 กรณีรายการใดมีข้อมูลปรากฏชัดเจนว่าต้นทุนสูงขึ้นหรือลดลงจากเดิมที่ได้ กำหนดราคากลางไปแล้ว ให้คณะกรรมการพิจารณากำหนดราคากลางยาสามารถเสนอปรับ ราคากลางสูงขึ้นหรือลดลงได้ตามหลักฐานข้อมูลต้นทุนที่เปลี่ยนแปลงไป

2.5 การกำหนดราคากลางยาในรายการเดียวกันอาจกำหนดราคาที่แตกต่างกันได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าโรงงานผลิตยามีระบบหรือระดับการจัดการคุณภาพในการผลิตที่แตกต่าง กัน และบ่งชี้ถึงระดับคุณภาพของยาที่เพิ่มขึ้นอย่างชัดเจน เพื่อส่งเสริมการพัฒนาคุณภาพของ อุตสาหกรรมยาในประเทศให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล

2.6 ราคากลางของยาที่กำหนดแล้ว ควรมีการพิจารณาทบทวนเพื่อการปรับปรุงราคา กลางที่จัดทำขึ้นและเกณฑ์การกำหนดราคากลางให้เหมาะสมกับสถานการณ์ อย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง

2.7 รายการยาที่เป็นยากำพร้าตามที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาประกาศ จะไม่มีการพิจารณากำหนดราคากลางยา

3. หลักเกณฑ์ในการกำหนดราคากลางยา ในการกำหนดราคากลางยาของยาแต่ละ รายการ จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดราคากลาง ดังนี้

3.1 จำนวนข้อมูลราคาซื้อปกติของยาแต่ละรายการที่จะนำมาประกอบในการ พิจารณากำหนดราคากลางยา ควรมีจำนวนข้อมูลจากโรงพยาบาลต่างๆ ไม่น้อยกว่า 10 แห่ง ยกเว้น กรณียาจำเป็นที่มีข้อมูลน้อย

3.2 ข้อมูลราคาซื้อยาให้แสดงข้อมูลราคาสูงสุด (Maximum) ราคาต่ำสุด (Minimum) ราคาฐานนิยม (Mode) ราคามัธยฐาน (Median) ราคามัชฌิมเลขคณิต (Mean) เพื่อใช้เป็นข้อมูล ประกอบการพิจารณากำหนดราคา โดยในการพิจารณากำหนดราคากลางจะใช้ราคาฐานนิยม (Mode) เป็นตัวเลือกแรก

3.3 กรณีราคาซื้อยาไม่มีฐานนิยมหรือมีฐานนิยมที่ค่อนข้างสูงหรือต่ำสุดหรือมี ราคาที่มีการซื้อซ้ำอีกหลายค่า ให้ใช้ค่า Percentile ที่ 60 เป็นราคากลางของยา หรือจัดกลุ่มค่าราคา เพื่อให้ได้ราคาฐานนิยมที่เหมาะสม

3.4 กรณียาที่มีราคาฐานนิยมมากกว่า 1 ค่า และเป็นราคาฐานนิยมของบริษัทเดียวกัน ให้กำหนดราคาฐานนิยมที่มีค่าต่ำสุดเป็นราคากลางของยาดังกล่าว

3.5 รายการยาที่เป็นวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท และยาเสพติดให้โทษ ที่สำนักงาน คณะกรรมการอาหารและยาเป็นผู้จำหน่าย ให้ราคากลางเป็นไปตามราคาที่สำนักงานคณะกรรมการ อาหารและยากำหนด

3.6 รายการยาที่สภากาชาดไทยผลิตแต่ผู้เดียว ให้ราคากลางเป็นไปตามราคาที่ สภากาชาดไทยกำหนด

3.7 เพื่อส่งเสริมการพัฒนาระบบคุณภาพของโรงงานผลิตยาในประเทศ หากปรากฏ ข้อเท็จจริงว่าโรงงานผลิตยามีระบบการจัดการคุณภาพในการผลิตและได้รับการรับรองมาตรฐานที่

สูงขึ้นจากมาตรฐานโดยทั่วไป ให้สามารถจัดซื้อในราคาที่สูงกว่าราคากลางที่กำหนดได้แต่ไม่เกินร้อยละสิบ

3.8 กรณีที่องค์การเภสัชกรรมผลิต หรือนำราคาที่เสนอจำหน่ายโดยบริษัทผู้ผลิตยา หรือผู้แทนจำหน่ายยารายอื่นมาประกอบการพิจารณา

3.9 กรณีที่มีผู้จำหน่ายรายเดียวหรือน้อยรายให้นำข้อมูลราคาที่สามารถจัดหาได้ต่อไปนี้ มาประกอบการพิจารณาเพิ่มเติม

(1) ราคาที่บริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ในการพิจารณาเข้าไว้ในบัญชียาหลักแห่งชาติ

(2) ข้อมูลราคาที่ได้จากกลไกการต่อรองราคาของกระทรวงสาธารณสุข หรือสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติหรือโรงพยาบาลในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการหรือหน่วยงานอื่น

(3) ฐานข้อมูลราคาจากต่างประเทศ เช่น ฐานข้อมูล Drug Price Indicator ของ MSH (Management Sciences for Health) หรือจาก Price Monitoring ขององค์การอนามัยโลก ราคาหรือราคาอ้างอิงของประเทอื่น

(4) ข้อมูลโครงสร้างต้นทุนราคาและหรือหลักฐานการเงินการบัญชีที่เกี่ยวข้อง จากผู้เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ หรือกรมการค้าภายใน¹⁹ แต่ถึงแม้จะมีหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วแต่ก็ไม่สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะเป็นเพียงหลักการทางนโยบายในการกำหนดราคา ผู้ผลิตยา หรือบรรษัทข้ามชาติก็เป็นผู้กำหนดราคาอยู่ดี จึงสมควรที่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ชัดเจนในการกำหนดราคาและยาที่บรรษัทข้ามชาติขายในประเทศตามสิทธิบัตรว่าสมควรขายในราคาประมาณเท่าไร อย่างไร ให้เป็นแนวเดียวกัน

กรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติราคาเบี่ยงต้นไว้แต่อาศัยการกำหนดโดยเจ้าของสิทธิบัตรยา กำหนดราคาเท่านั้น แต่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจผู้บริโภคหรือตัวแทนผู้บริโภคในการกำหนดราคาหรือร่วมกำหนดราคาแต่อย่างใด อันเป็นเสมือนการผูกขาดการกำหนดราคาโดยผู้บริโภคยาไม่มีสิทธิแต่อย่างใด เนื่องด้วยการกำหนดราคานั้น หากเป็นยานอกบัญชียานั้นอาจเป็นยาที่ส่งเข้ามาจำหน่ายโดยบรรษัทข้ามชาติ การกำหนดราคานั้น กำหนดตามความพอใจของบรรษัทข้ามชาติ คณะกรรมการอาหารและยาไม่สามารถกำหนดราคาได้แต่อย่างใด อีกทั้งไม่สามารถควบคุมราคาได้แต่อย่างใด เพราะบรรษัทข้ามชาติมีสิทธิบัตรยาคุ้มครองสิทธิของบรรษัท ดังนั้น ควรมีการตั้งคณะกรรมการกำหนดราคาขึ้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งที่ประเทศไทยเคยมี “คณะกรรมการสิทธิบัตรยา” แต่ถูกยกเลิกไป เพราะเหตุผลทางการค้าที่อาจ

¹⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยคณะกรรมการพัฒนาระบบยาแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ข้อ 8 (4).

ขัดขวางการหากำไรของบรรษัทข้ามชาติ โดยเหตุผลที่ขกเล็กที่อ้างว่า ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPs ซึ่งไม่มีที่ใดที่ตกลงห้ามตั้งคณะกรรมการควบคุมราคาขายแต่อย่างใด แต่เกิดจากการกดดันของชาติมหาอำนาจที่ต้องการเอาเปรียบการค้าของประเทศไทยซึ่งปัญหาการกำหนดราคาขายจึงมีความสำคัญที่ต้องมีแนวทางที่ชัดเจนขึ้นเพื่อให้รักษาผลประโยชน์ชาติและประโยชน์สาธารณะที่ประชาชนทุกคนสมควรได้รับตามที่ประเทศพัฒนาแล้วได้รับอยู่ในการดูแลประชาชนของประเทศตน

แนวทางการแก้ไข โดยเสนอแนวคิดและหลักการขององค์การมหาชนในการจัดตั้งขึ้นเป็นคณะกรรมการใด องค์การมหาชน เป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่งที่กำหนดขึ้นเพื่อให้บริการสาธารณะ ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องการประสิทธิภาพสูง โดยมีได้กำไรจากการบริการ มีวัฒนธรรมองค์กรเอียงภาคธุรกิจ ที่สามารถใช้ประโยชน์ทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพสูงสุด ซึ่งมีอาจดำเนินการได้ในส่วนราชการซึ่งเป็นองค์กรแบบราชการ องค์การมหาชนมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นนิติบุคคล จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งหน่วยงาน เพื่อรับผิดชอบภารกิจของรัฐในการให้บริการสาธารณะหรือดำเนินกิจกรรมเฉพาะด้านที่ภาครัฐยังจำเป็นต้องดำเนินการและจัดให้มี หรือภาครัฐต้องมีบทบาทให้การสนับสนุนในเรื่องงบประมาณเพื่อให้เกิดการดำเนินงาน เป็นบริการในส่วนที่รัฐต้องการส่งเสริม หรือเป็นบทบาทของรัฐในการให้บริการ การแทรกแซงตลาด หรือบริการที่ภาคเอกชนยังไม่สนใจหรือมีศักยภาพที่จะดำเนินการหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดตั้งองค์การมหาชนได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งสามารถแยกแยะองค์ประกอบในการจัดตั้งได้ 3 ประการ คือ

1. เมื่อรัฐบาลมีนโยบายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ
2. แผนงานการจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่ที่แตกต่างไปจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ

3. การจัดตั้งหน่วยบริหารขึ้นใหม่นั้นมีความมุ่งหมายให้มีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและบุคลากรให้มีประสิทธิภาพสูงสุด ปัจจุบัน มีองค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 รวม 20 แห่ง เช่น โรงพยาบาลบ้านแพ้ว สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เป็นต้น และผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและอยู่ในระหว่างการพิจารณาร่างพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งอีกจำนวนหนึ่ง เช่น สำนักงานพัฒนาเศรษฐกิจจากฐานชีวภาพ เป็นต้น และนอกจากองค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 แล้ว ในทางทฤษฎียังมีองค์กรของรัฐอีกประเภทหนึ่งที่ถูกจัดเป็นองค์การมหาชน คือ หน่วยงานในกำกับของรัฐ ซึ่งถ้าพิจารณาจากลักษณะของหน่วยงานแล้ว พบว่า หน่วยงานในกำกับก็คือ องค์การมหาชน เพียงแต่เป็นรูปแบบ

หน่วยงานที่เกิดขึ้นก่อน องค์การมหาชน มีความแตกต่างจากองค์การมหาชนที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ในสามนัย คือ

1. การจัดตั้ง หน่วยงานในกำกับจัดตั้งตามพระราชบัญญัติเฉพาะ ของหน่วยงานแต่ละแห่ง ขณะที่องค์การมหาชนจัดตั้งตามพระราชกฤษฎีกา จัดตั้งหน่วยงาน ตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ตัวอย่าง เช่น สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) จัดตั้งตามพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ พ.ศ. 2534 สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จัดตั้งตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ในขณะที่โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) สถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) จัดตั้งตามพระราชกฤษฎีกา จัดตั้งโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 และพระราชกฤษฎีกา จัดตั้งสถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2549 ตามนัยของพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เป็นต้น

2. การบริหารจัดการ หน่วยงานในกำกับ มีความเป็นอิสระในการบริหารจัดการมากกว่าองค์การมหาชน แม้ จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเช่นเดียวกับองค์การมหาชน แต่อำนาจในการบริหารจัดการเป็นของคณะกรรมการ โดยไม่ถูกกำกับตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนดเพื่อกำกับ องค์การมหาชน ตัวอย่าง เช่น การกู้ยืมเงิน การถือหุ้นหรือการเข้าร่วมทุนในกิจการของนิติบุคคลอื่นขององค์การมหาชนจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด แต่สำหรับหน่วยงานในกำกับ เช่น คณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมีอำนาจในการวางระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขการลงทุน การเข้าร่วมกิจการหรือถือหุ้นได้เอง เป็นต้น

3. ลักษณะภารกิจ ในการจัดการภารกิจต้องการอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่ขององค์การหรือตัวองค์กรมีอำนาจ ในการกำกับตรวจสอบ หรือแทรกแซงกิจการอื่นอาจเป็นกิจการของรัฐหรือเอกชน รวมทั้งประชาชนผู้รับบริการซึ่งอำนาจนั้นต้องมีกฎหมายรองรับ ตัวอย่างเช่น สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เป็นต้น²⁰

กรณีการกำหนดราคา ในพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 ไม่มีกฎหมายบัญญัติราคาขายเบื้องต้นไว้แต่อาศัยการกำหนดโดยเจ้าของสิทธิบัตรยา กำหนดราคาเท่านั้นและให้คณะกรรมการอาหารและยาดูแลในกรอบกว้างๆ เท่านั้น แต่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจผู้บริโภครหรือตัวแทนผู้บริโภค ในการกำหนดราคาหรือร่วมกำหนดราคาแต่อย่างใด อันเป็นเสมือนการผูกขาดการกำหนดราคาโดยผู้บริโภครไม่มีสิทธิแต่อย่างใด ควรมีกฎหมายกำหนดให้มี “คณะกรรมการกลางราคา” ที่มีองค์การเพื่อสิทธิมนุษยชนเข้าไปดูแลด้วยอย่างชัดเจน รวมถึงมีประชาชนในวิชาชีพต่างๆ

²⁰ องค์การมหาชนที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542.

หรือสหวิชาเข้าไปร่วมกำหนดราคากลางด้วย โดยมีอำนาจหน้าที่ด้านการกำหนดราคาขายที่เป็นธรรมโดยตรง เว้นแต่กรณีที่ยื่นจากบริษัทข้ามชาติให้บัญญัติกฎหมายไว้ต่างหากเป็นกรณีอื่นไป

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาและชดเชยความเสียหายในยารักษาโรค

ตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ประกอบพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ประกอบวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 และตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับผู้บริโภคหลายรายจากผู้ประกอบการเกี่ยวกับยาการจะได้รับค่าเสียหายนั้นผู้บริโภคแต่ละรายต้องนำคดีมาฟ้องร้องและแต่ละคดีไม่ผูกพันกันมีผลเฉพาะรายเท่านั้นอันมีผลให้ผู้ประกอบการได้เปรียบเพราะผู้บริโภคไม่สามารถอ้างสิทธิจากการละเมิดว่าเกิดจากการกระทำครั้งเดียวเพื่อเยียวยาค่าเสียหายได้จากแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีกลุ่มสามารถนำมาใช้ในประเทศไทยได้หากเกิดจากกรณีเดียวกัน และการดำเนินคดีในการเยียวยาและชดเชยค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ควรมีการพิจารณาโดยในการพิจารณาและชดเชยค่าเสียหายนั้นมืองค์กรหลายหน่วยงานดูแลแต่ก็ยังปัญหาในการพิจารณาและการชดเชยความเสียหายในกรณีผลิตภัณฑ์ยาตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 บัญญัติว่า “นอกจากค่าสินไหมทดแทน เพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใดๆ ตามสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ

สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย"

อันจะเห็นได้ว่าไม่มีมาตรการบังคับใดเลย เพียงบัญญัติไว้เฉยๆ เท่านั้น การคุ้มครองก็ไม่กล่าวถึงมาตรการที่จะช่วยเหลือเบื้องต้นอย่างไร ให้เป็นหน้าที่ของผู้บริโภคต้องดำเนินการตามกฎหมายเพื่อความยุติธรรมเองโดยที่กฎหมายมิได้ให้สิทธิในการคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องค่าเสียหายอย่างแท้จริง การคุ้มครองผู้บริโภคในผลิตภัณฑ์ยานั้น มีปัญหาตามมาตรา 11 ในการดำเนินคดีเฉพาะรายต่อผู้ประกอบการไม่ใช่แบบกลุ่ม กล่าวคือให้ผู้มีสิทธิแต่ละบุคคลตามกฎหมายดำเนินคดีไป แต่ทุกคนที่เกิดความเสียหายเช่นเดียวกันต้องเป็นคู่ความในคดีแม้เกิดจากเหตุเดียวกันก็ตาม ซึ่งกฎหมายควรขยายไปถึงผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการได้รับความเสียหายครั้งเดียวกัน หรือในผลิตภัณฑ์เดียวกันได้เลยโดยให้คำพิพากษาผูกพันไปถึงหาจำต้องดำเนินคดีสืบพยานกันใหม่แต่อย่างใด

อีกทั้งในส่วน of ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นปัญหาว่าการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นกำหนดตามสมควรแล้วหรือไม่อย่างไร ตามมาตรา 11 ที่กำหนดให้ สองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง ตรงนี้บทบัญญัติของกฎหมายควรบัญญัติเป็นสองส่วน เพราะหากผลิตภัณฑ์ ยานนั้นมีผลให้เกิดความเสียหายจริง ผู้ประกอบการต้องจ่ายเบื้องต้นก่อนล่วงหน้า เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้ในระดับหนึ่งอย่างชัดเจน มิใช่รอให้รักษาพยาบาลเองจนแล้วเสร็จ แล้วค่อยเยียวยาหากผู้ประกอบการกิจการผิดจริง ต่อมาจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้เขียนเห็นว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง นั้นกฎหมายกำหนดเคร่งครัดเกินไปควรเปิดกว้างให้เป็นค่าเสียหายในอนาคตที่ผู้ประกอบการเกี่ยวกับจะต้องจ่ายด้วย หากเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นต่อผู้บริโภคได้อีกในอนาคตจริง กล่าวคือ จ่ายค่าเสียหายประมาณสามเท่าของค่าเสียหายจริง โดยไม่กำหนดอัตราขั้นต่ำ เพราะหากกำหนดอัตราขั้นต่ำของค่าเสียหายก็เสมือนเอื้อประโยชน์ผู้ประกอบการเกี่ยวกับที่ต้องจ่ายค่าเสียหายมากหากเกิดความเสียหายรุนแรง กรณีหากเห็นว่าผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการบริโภคยานั้นต้องเจ็บป่วยไปในอนาคตอันไม่แน่นอนกว่าจะรักษาหาย

แนวทางการแก้ไข คือ ควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเบื้องต้นตามหลักของแนวคิดความรับผิดชอบทางละเมิด โดยนำแนวความคิดเรื่องค่าเสียหายแบบเป็นโทษ (Punitive Damages) เป็นค่าเสียหายที่กำหนดให้ผู้ละเมิดต้องใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อตอบแทนความรุนแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำละเมิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษผู้ละเมิดซึ่งมีพฤติการณ์จิตใจไม่นำพาต่อกฎหมายและสิทธิของบุคคลอื่น การกำหนดค่าเสียหายแบบนี้ เป็นหลักการของ Common law โดยเฉพาะ อันเป็นการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทนและเพื่อลงโทษผู้ละเมิดควบคู่กัน

ลักษณะสำคัญของค่าเสียหายแบบเป็นโทษ มีดังนี้

ก. เป็นค่าเสียหายที่กำหนดลงโทษตอบแทนผู้ละเมิดเพื่อปรามไม่ให้ทำไม่ชอบเช่นนั้นอีก และยังไม่ให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่างด้วย

ข. ฝ่ายผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหาย แต่ศาลกำหนดให้ตามความเหมาะสมได้เองโดยพิจารณาจากความร้ายแรงแห่งละเมิด สภาพ และปริมาณความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับเอง กับฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ละเมิด

ค. เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่ชดใช้ทดแทนความเสียหายจริงๆ แต่ในบางคดีอาจไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่จะทดแทน ศาลก็จะกำหนดแต่ค่าเสียหายแบบเป็นโทษให้เท่านั้น

ง. กำหนดให้เฉพาะกรณีละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรง มีลักษณะการกระทำเช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น ใช้กำลังทำร้ายร่างกาย ข่มขู่หลอกลวง ฉ้อฉล โดยผู้ละเมิดจงใจให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหาย หรือมุ่งหมายให้ผู้เสียหายอับอายหรือถูกเหยียดหยาม

ค่าเสียหายเชิงลงโทษ หรือที่เรียกว่า “ค่าเสียหายแบบเป็นโทษ” เป็นการกำหนดค่าเสียหายในหลักการของระบบ Common law เพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทนและเพื่อลงโทษผู้ละเมิด ซึ่งเป็นค่าเสียหายแบบลงโทษที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่ชดใช้ทดแทนความเสียหายจริงๆ โดยมีจุดประสงค์เพื่อปรามไม่ให้ทำไม่ชอบเช่นนั้นอีก และยังไม่ให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่างด้วย โดยที่ฝ่ายผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหาย ศาลกำหนดให้ตามความเหมาะสม และกำหนดให้เฉพาะกรณีละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรง ซึ่งปัจจุบันกฎหมายไทยได้ยอมรับนำเอาหลักเกณฑ์ของค่าเสียหายในเชิงลงโทษในระบบ Common law มาบังคับใช้แล้ว เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ซึ่งจะพิจารณาว่าอย่างไรค่าเสียหายถึงเหมาะสมนั้นควรพิจารณา สองส่วนคือ ก่อนเป็นคดีความกันหากพิจารณาแล้วผู้กระทำผิดละเมิดสิทธิและเห็นว่า ผิดจริง ควรมีค่าเสียหายเบื้องต้นในการดูแลผู้เสียหายก่อน และหากว่าความเสียหายนั้นรุนแรงมากไปถึงอนาคตที่ไม่แน่นอน ค่าเสียหายควรกำหนดให้สูงกว่าค่าเสียหายตามปกติ สามเท่าโดยประมาณโดยไม่แบ่งว่า หากเสียหายไม่เกิน ห้าหมื่นรับผิดชอบเท่า กล่าวคือ ให้รับผิดชอบมากกว่า สามเท่าของค่าเสียหายแท้จริงนั่นเอง แต่หากกฎหมายเป็นคุณอยู่แล้วก็ให้ใช้บทบัญญัตินั้น ต่อผู้เสียหาย ซึ่งหากผู้ประกอบการเกี่ยวกับยาผิดจริงหากพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย รุนแรง ค่าเสียหายควรกำหนดมากกว่าสามเท่า เพื่อให้เป็นค่าเสียหายในอนาคตด้วย และเมื่อได้ความจริงว่า มีความผิดควรรับผิดชอบเด็ดขาดในความเสียหายตามแนวคิดการสันนิษฐานเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้น ในการนำสืบหักล้าง (Absolute liability) หรือ no fault liability บางกรณีก็ยกเว้นให้มีการนำสืบหักล้างบทสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้หลักความรับผิดชอบแบบที่สองนี้เรียกโดยทั่วไปว่า ความรับผิดชอบเด็ดขาด

(Strict liability) หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดได้รับการยอมรับมากขึ้นเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากผลิตภัณฑ์ที่มีความสลับซับซ้อนในการผลิต ผู้ใช้ได้รับความเสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงเหตุแห่งความเสียหายได้ว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ใด เหตุผลของการนำเอาทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดในทางละเมิดมาปรับใช้กับคดีที่ฟ้องให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคก็เพราะว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคนั้น เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าเกิดขึ้นจากความรับผิดชอบของฝ่ายใด ยิ่งกระบวนการในการบริโภค อันประกอบด้วยผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค เป็นกระบวนการที่กว้างยากแก่การพิสูจน์ว่าความบกพร่องเกิดขึ้น ในช่วงใด ขณะใด ในกรณีที่การผลิต มีเทคนิคที่สลับซับซ้อน การพิสูจน์ความบกพร่องในการผลิตยังไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ได้ง่ายว่าผู้ผลิตสินค้ากระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้มีความชำรุดบกพร่องในผลิตภัณฑ์ การกำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายต้องรับผิดชอบโดยปราศจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นการเหมาะสม ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ผลิตหรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบนี้อาจพิสูจน์เพื่อพ้นความรับผิดได้ เช่น ผู้บริโภคใช้สินค้าโดยไม่ถูกวิธี ในกรณีที่มีคำอธิบายวิธีใช้หรือคำเตือนแล้ว หรือความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้บริโภคเอง หรือความชำรุดบกพร่อง ไม่ได้อยู่ในขณะที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น หากแต่เกิดความชำรุดบกพร่องขึ้น เพราะการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งผู้ผลิตหาจำต้องรับผิดชอบด้วยไม่ว่าไม่สมควรเปิดช่องให้พิสูจน์อีก เว้นแต่ผู้บริโภคที่เสียหายไม่สุจริต และหากว่าการที่ได้รับความเสียหายจากยานั้นเกิดขึ้นเหมือนกันกับรายที่ฟ้องร้องให้คำพิพากษาผูกพันไปถึงบุคคลหรือผู้บริโภคยาที่ได้รับ ความเสียหายด้วยเสมือนหนึ่งเป็นคู่ความในคดี