

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 โดยมุ่งหวังผลกำไร¹

¹ จาก *ธุรกิจทั่วไป: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ* (น. 11), โดย ศิริวรรณ เสรีรัตน์ และคณะ, 2541, กรุงเทพฯ: ชีระฟิล์ม และไซเท็กซ์.

“ธุรกิจ” หมายถึง กิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าและบริการ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะแสวงหากำไรจากการประกอบธุรกิจนั้น ๆ²

“ธุรกิจ” หมายถึง กิจกรรมใด ๆ ก็ตามที่ทำให้เกิดมีสินค้าหรือบริการขึ้น แล้วมีการแลกเปลี่ยนซื้อขายกันและมีวัตถุประสงค์จะได้ประโยชน์จากการกระทำกิจกรรมนั้น³

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 การแสวงหากำไรจากการประกอบการ⁴ 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

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

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

⁴ จาก การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีผู้ใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (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 ซึ่งประกอบธุรกิจการขายยาโดยเฉพาะ⁵

⁵ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 4.

สถานพยาบาลแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

- 1) สถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน เช่น คลินิกเวชกรรม และคลินิกเวชกรรม เฉพาะทาง
- 2) สถานพยาบาลที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน เช่น โรงพยาบาล สถานพยาบาลเวชกรรม สถานพยาบาลการศัลยกรรม⁶

2.1.4 ความหมายของวิชาชีพเวชกรรม

การขออนุญาตประกอบกิจการสถานพยาบาลนั้น ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบสถานพยาบาลจะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม⁷ กล่าวคือ เป็นบุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา โดยแพทยสภาจะรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เฉพาะผู้มีความรู้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น⁸

คำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” (Medicable) พจนานุกรมทางการแพทย์ได้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ศาสตร์และศิลป์อันเกี่ยวเนื่องกับการวินิจฉัยโรคและการรักษาอาการเจ็บป่วย และการส่งเสริมสุขภาพ⁹

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

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

⁶ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล, มาตรา 14 และ กฎกระทรวงว่าด้วยลักษณะของสถานพยาบาลและลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ข้อ 1 และข้อ 4.

⁷ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541, มาตรา 25 ในการพิจารณาออกใบอนุญาตให้ดำเนินการสถานพยาบาลของผู้อนุญาตจะต้องปรากฏว่าผู้ขอรับใบอนุญาต

(1) เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการศัลยกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการศัลยกรรม หรือผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม แต่บุคคลเช่นว่านั้นจะได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการตามประเภทใด หรือสถานพยาบาลที่ให้บริการทางการแพทย์ใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง.

⁸ จาก *กฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม* (น. 7), โดย อุดมศักดิ์ หุ่นวิจิตร, 2535, ขอนแก่น: มหาวิทยาลัยขอนแก่น.

⁹ 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” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายโรมันที่ยึดถือกันหลายประเทศ¹⁰ มีหลักการว่า หากมีความเสียหายใด ๆ แก่ทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน ผู้ซื้อต้องเป็นผู้รับภาระในความเสียหายนั่นเอง ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ผู้ซื้อจะต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะตัวในการตรวจดูสินค้าที่ซื้อขายกันว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้ได้ผลดีเฉพาะกับการผลิตสินค้า

¹⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. ค), โดย สุขุม สุกนิตย์ ก, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

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

นอกจากนี้การปฏิวัติอุตสาหกรรมส่งผลให้สภาพการตลาดเปลี่ยนแปลงไป โดยมีการขยายตัวมากขึ้น จากเดิมการซื้อขายสินค้าเป็นการขายตรงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคมีโอกาสได้เห็นสินค้าจริง และได้ตรวจสอบสินค้าก่อนตัดสินใจซื้อ การซื้อขายสามารถเจรจาต่อรองกันได้เต็มที่ แต่เมื่อการผลิตเปลี่ยนไปเป็นแบบอุตสาหกรรมซึ่งสามารถผลิตสินค้าได้ในจำนวนมาก ๆ ในเวลาอันรวดเร็ว ทำให้ระบบตลาดพัฒนาเป็นการขายสินค้าที่ละมาก ๆ รวมถึงการที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้พบปะกันโดยตรง ทำให้ไม่อาจตรวจสอบสินค้าได้ละเอียดถี่ถ้วนเหมือนแต่ก่อน จึงเป็นการยากที่จะพบความชำรุดบกพร่องของสินค้าในขณะที่ทำการซื้อขายกันประเทศต่าง ๆ จึงหันมาให้ความสำคัญกับสิทธิของผู้บริโภคมากขึ้น โดยมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์จากหลักผู้ซื้อต้องระวัง กลายเป็นหลักที่ผู้ขายต้องเป็นฝ่ายใช้ความระมัดระวัง ตลอดจนมีการการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดของการผลิต แทนที่จะตกอยู่กับฝ่ายผู้เสียหายก็กลับให้เป็นภาระของผู้ผลิต หรือมีบทสันนิษฐานความรับผิดชอบในการผลิตขึ้น¹¹

นอกจากนี้ในปัจจุบัน โอกาสที่ผู้ที่มีโชคลัญญาจะเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการนั้น มีความเป็นไปได้เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น แม่ซื้อนมให้ลูกกิน แม่เป็นคู่สัญญากับผู้ขายนม แต่ลูกซึ่งเป็นผู้บริโภคนมไม่ใช่คู่สัญญา ฉะนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้นจากการบริโภค โอกาสที่ผู้เสียหายจะอาศัยกฎหมายลักษณะซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันจำเป็นต้องมีความผูกพันทางสัญญาก็หมดไป คงเหลือแต่การฟ้องเรียกค่าเสียหายทางละเมิด ซึ่งถ้าหากความเสียหายเกิดจากข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อน¹² และเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของผู้ขายแต่ฝ่ายเดียว ความลำบากในการพิสูจน์ความเสียหายก็จะตกเป็นภาระแก่ผู้บริโภค ซึ่งในบางกรณีหากไม่สามารถนำสืบให้เห็นถึงความเสียหาย ก็ทำให้หมดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีดังกล่าว หลักเกณฑ์

¹¹ แหล่งเดิม.

¹² 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)¹³

แต่เดิมสิทธิของผู้บริโภคไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง จนกระทั่งเมื่อมี องค์การอิสระในระดับนานาชาติซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยไม่แสวงหา ผลประโยชน์และไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง คือ สหพันธ์องค์การคุ้มครองผู้บริโภคระหว่างประเทศ (International of Consumer Unions - IOCU) ได้ประกาศสิทธิของผู้บริโภคไว้ 8 ประการ คือ¹⁴

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

¹³ แหล่งเดิม. (น. 3).

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

(5) สิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นในฐานะตัวแทนผู้บริโภคเพื่อได้รับผลประโยชน์ที่พึงได้ในการตั้งกฎเกณฑ์และการบริหารจัดการตามนโยบายของรัฐ

(6) สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยในกรณีที่ถูกหลอกลวงให้ได้รับสินค้าหรือบริการที่ไม่มีคุณภาพ

(7) สิทธิที่จะได้มาซึ่งความรู้และไหวพริบ อันจำเป็นต่อการเป็นผู้บริโภคที่รอบรู้

(8) สิทธิที่จะดำรงชีวิตและดำเนินกิจกรรมอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีและสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างปลอดภัย

สำหรับประเทศไทยนั้น นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคเน้นที่การป้องกันและปราบปราม โดยออกกฎหมายให้หน่วยงานของรัฐควบคุมกำกับดูแล¹⁵ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายมีขึ้นนับตั้งแต่มีการใช้ประมวลกฎหมายอาญา เช่น มาตรา 236 ถึงมาตรา 239 เป็นเรื่องความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน มาตรา 270 ถึงมาตรา 275 ความผิดเกี่ยวกับการค้า มาจนกระทั่งถึงการบัญญัติใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 420 เอกเทศสัญญา เช่น ซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน จ้างทำของ เป็นต้นและรวมตลอดถึงการออกกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ เพื่อป้องกันความเสียหาย เพื่อให้เกิดความปลอดภัยและเป็นธรรมในการดำรงชีวิตของประชาชน¹⁶ 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 กฎหมายดังกล่าวเหล่านี้มีลักษณะเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่รัฐในการควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเครื่องอุปโภค บริโภคของประชาชน ให้ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แต่ยังไม่มีการบัญญัติถึงการ

¹⁵ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. ง). เล่มเดิม.

¹⁶ 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 การได้รับข่าวสารที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เพียงพออาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดและตัดสินใจผิดพลาดในการเลือกสินค้าและบริการ¹⁷

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ หมายถึง สิทธิที่ผู้บริโภคจะสามารถเลือกซื้อหาสินค้าหรือบริการได้ตามความสมัครใจ ปราศจากการบังคับผูกขาด และการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรม

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ หมายถึง สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่มีความปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพที่ได้มาตรฐาน เหมาะสมกับการใช้งาน ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายของผู้บริโภคหากผู้บริโภคได้ใช้อย่างระมัดระวังตามคำแนะนำและตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว

(4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา โดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ

(5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ในกรณีที่สินค้าหรือบริการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค

¹⁷ จาก กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. 19), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

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 หรือข้อตกลงในนิติกรรมสัญญา¹⁸ หลักความรับผิดชอบในความเสียหายที่ต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาจึงเป็นอุปสรรคในการคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่ใช่คู่สัญญา ฉะนั้นทฤษฎีทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายจึงไม่ให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา หรือหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา

ดังนั้น การกำหนดว่า ผู้บริโภคคือใคร จึงไม่กำหนดโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจึงก่อให้เกิดการปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีโดยสิ้นเชิง การกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงออกมาในรูปของการขยายความรับผิดชอบไปสู่บุคคลอื่น ๆ ที่มีใช้ผู้ซื้อ¹⁹ โดยหลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย เช่นเดียวกัน อันได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ที่ให้นิยามของ “ผู้บริโภค” ว่าหมายถึง “ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม” จากนิยามดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า ผู้บริโภคมิได้หมายความถึงคู่กรณีในสัญญาเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนอีกด้วย อันเป็นการขยายความรับผิดชอบของผู้ประกอบการไปสู่บุคคลอื่น ๆ ที่มีใช้คู่สัญญา

¹⁸ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (น. 11). เล่มเดิม.

¹⁹ แหล่งเดิม.

2) ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิดซึ่งใช้บทสันนิษฐานความรับผิด

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

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 แต่อย่างไรก็ตามผู้ผลิตหรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้รับผิดอาจพิสูจน์เพื่อให้ตนพ้นความรับผิดได้ เช่น พิสูจน์ว่า ผู้บริโภคใช้สินค้านั้น โดยไม่ถูกวิธี

²⁰ แหล่งเดิม. (น. 11-12).

ในกรณีที่มีคำอธิบายวิธีใช้หรือคำเตือนไว้แล้ว พิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของผู้บริโภคเอง เป็นต้น²¹

2.2.1.3 แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

การประกอบธุรกิจทุกประเภท ในสมัยปัจจุบันต้องอาศัยการโฆษณาเป็นสื่อในการส่งข่าวสารเกี่ยวกับธุรกิจนั้น ๆ ไปสู่ผู้บริโภค “โฆษณา” จึงมีความสำคัญถึงขนาดเป็นกลไกหนึ่งในกระบวนการทางธุรกิจ²² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาวะการแข่งขันทางธุรกิจก่อนข้างสูง ผู้ประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องมีการวางแผนในการประกอบธุรกิจรวมถึงวางแผนการโฆษณา เพื่อให้ธุรกิจของตนเป็นที่รับรู้และเป็นที่ยอมรับของประชาชน ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าธุรกิจกับการโฆษณานั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้

1) ความหมายของการโฆษณา

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “โฆษณา” ไว้ว่า “โฆษณา หมายความว่า เผยแพร่ข้อความออกไปยังสาธารณชน ป่าวร้อง ป่าวประกาศ เช่น โฆษณาสินค้า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า”

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

จากความหมายที่กล่าวมาอาจสรุปได้ว่า การโฆษณา หมายถึงการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ให้ประชาชนได้เห็นหรือได้ทราบข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนี้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

2) วัตถุประสงค์ของการโฆษณา

การโฆษณานับได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของธุรกิจในอนาคตที่จะให้เกิดผลสำเร็จในการขายสินค้าและบริการ ธุรกิจต่าง ๆ ต่างก็ต้องอาศัยการโฆษณาเพื่อให้ผู้บริโภคได้รู้จักและซื้อสินค้าของตน²³ สำหรับวัตถุประสงค์ของการโฆษณานั้นก็เพื่อบอกแก่ผู้บริโภคให้ทราบว่า มีสินค้าและบริการนั้นในตลาด โดยใช้การโฆษณาเป็นสื่อสนับสนุนในการส่งเสริมการขาย

²¹ แหล่งเดิม.

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

²³ จาก การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 44), โดย วิชัช จีระแพทย์, 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 “แฟ๊ป” คือชื่อผงซักฟอกยี่ห้อหนึ่ง แต่เป็นที่รู้จักจนผู้บริโภคใช้คำว่า “แฟ๊ป” 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 โดยฝ่ายโฆษณาของบริษัทเป็นผู้ควบคุมผลการดำเนินงานอีกชั้นหนึ่งก็ได้²⁴

²⁴ จาก คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจโฆษณา (น. 8-9), โดย สุขุม ศุภนิษฐ์ ค, 2534, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

(2) การทำโฆษณาธุรกิจโดยว่าจ้างบริษัทตัวแทนโฆษณา (Advertising Agency) ซึ่งเป็นธุรกิจที่ให้บริการด้านการโฆษณาแก่ลูกค้าที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ โดยรับจัดทำแผนโฆษณา ติดต่อโฆษณา วิจัยตลาด วิเคราะห์ผลของการโฆษณา²⁵

4) ผลของการโฆษณา

การโฆษณาถือเป็นกิจกรรมที่จำเป็นอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจ เพราะการโฆษณาเป็นการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการจากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค ในวิชาการตลาดมีความคิดเห็นกันว่าการโฆษณาจะช่วยขยายตลาดให้กว้างขวางยิ่งขึ้นและจะช่วยลดต้นทุนในการผลิต และทำให้ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกซื้อสินค้าในชนิดเดียวกันมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การโฆษณาจึงถูกนำมาใช้ในการค้า โดยมุ่งที่จะขยายตลาดของสินค้าหรือบริการ และแนะนำสินค้าใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาดให้ผู้บริโภคได้ทราบ ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบทุนนิยมหรือสังคมนิยมก็ตาม ต่างก็ได้นำเอาการโฆษณามาใช้ ทั้งนี้เพราะการโฆษณาเป็นวิธีการที่รวดเร็วที่สุดในการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภค ปัจจุบันการโฆษณาจึงกลายเป็นเครื่องมือสำคัญทางการตลาด และมีความสำคัญในวงการธุรกิจอย่างยิ่งยวด โดยโฆษณาก่อให้เกิดผล 2 ประการ ดังนี้²⁶

(1) ผลในทางเศรษฐกิจ

โดยเหตุที่การโฆษณามีผลอย่างสำคัญยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบอุตสาหกรรม การโฆษณายังมีความจำเป็นและมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น และโดยทั่วไปแล้วการโฆษณาในระบบเศรษฐกิจแบบต่าง ๆ จะมีมากน้อยไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับระบบการตลาดในแต่ละประเทศด้วย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การโฆษณามีความสำคัญต่อระบบการตลาดของสินค้าและบริการอันทำให้การโฆษณามีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้²⁷

ก. ราคาสินค้า

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

²⁵ แหล่งเดิม.

²⁶ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 50-51). เล่มเดิม.

²⁷ แหล่งเดิม.

ยังเป็นผลดีทั้งต่อผู้บริโภคและผู้ผลิตในขณะเดียวกัน กล่าวคือ ช่วยลดค่าใช้จ่ายของผู้บริโภคในการติดตามหาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการนั้น ๆ และทำให้ผู้บริโภคสามารถเปรียบเทียบสินค้าประเภทเดียวกันของผู้ประกอบการต่างรายว่ามีข้อดีข้อเสียต่างกันอย่างไร เพื่อประโยชน์แก่การตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการนั้น ๆ ส่วนในด้านของผู้ผลิต การโฆษณามีส่วนทำให้ทราบปริมาณการขายในสภาพคงที่ อันเป็นผลดีในการคาดคะเนปริมาณการผลิต

ข. การแข่งขันทางการค้า

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี การแข่งขันกันทางการค้าย่อมเป็นกลไกของตลาดในอันที่จะรักษาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนมีการปรับปรุงสินค้าหรือบริการเพื่อให้อยู่ในความนิยมของผู้บริโภค และการที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะทำการแข่งขันกันได้นั้น ก็เนื่องมาแต่การโฆษณา ถ้าหากการโฆษณาได้กระทำในขนาดที่พอสมควรก็จะเป็นผลดีแก่ระบบตลาด แต่ถ้าหากการโฆษณาได้กระทำในขนาดที่มากเกินไปจนเกินไป ก็จะทำให้การโฆษณาของฝ่ายนั้นเข้มแข็งกว่า และจะเกิดการตลาดแบบผูกขาด หรือตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย และการแข่งขันก็จะหมดไปในที่สุด นอกจากนี้ การโฆษณายังเป็นอุปสรรคแก่ผู้ผลิตสินค้ารายใหม่ในอันที่จะเข้าร่วมแข่งขัน เพราะสินค้าของผู้ขายรายใหม่ยังไม่เป็นที่รู้จัก จะเห็นได้ว่าการโฆษณาจะก่อให้เกิดผลเสียในทางการแข่งขันขึ้นเฉพาะเมื่อการแข่งขันนั้นมีการทุ่มทุนการโฆษณามากจนเกินไป²⁸

ค. การให้ข่าวสารทางการค้า

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

²⁸ 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). เด่มเคิม.

ง. การตลาด

ในระบบการตลาดแบบดั้งเดิมนั้นใช้วิธีการขายแบบตัวต่อตัว ซึ่งวิธีการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันที่มีความเจริญก้าวหน้ากว่าแต่ก่อน 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 ย่อมมีผลให้ทัศนคติทางศีลธรรมในเรื่องนี้เปลี่ยนแปลงไปได้²⁹ ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าโฆษณามีผลต่อทัศนคติของผู้บริโภค และอาจชักจูงให้ผู้บริโภคเกิดทัศนคติที่ไม่ถูกต้องได้

²⁹ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 55). เล่มเดิม.

ค. ความปลอดภัยและศีลธรรม

การโฆษณาเกี่ยวกับสินค้าบางอย่าง เช่น เครื่องมือคุมกำเนิด วัตถุลามก อาจทำให้เยาวชนเห็นเป็นเรื่องธรรมดาโดยไม่ไตร่ตรองถึงความสมควร หรือการโฆษณาที่ผิดความเป็นจริง บางครั้งก็อาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดได้ ตัวอย่างเช่น การโฆษณาว่ายาฆ่าแมลงไม่มีสารพิษ โดยคิดผ่านไปกินอาหารในขณะที่กำลังรับประทาน ซึ่งแม้ความจริงแล้วสารนั้นจะไม่มีพิษ แต่ก็ไม่ใช่สารที่จะรับประทานเข้าไปได้เป็นจำนวนมากโดยไม่มีอันตราย หรือโฆษณาบางประเภทที่โน้มเอียงไปในทางที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพ เช่น โฆษณา สุรา บุหรี่ เป็นต้น³⁰

ง. การสื่อสารมวลชน

การส่งเสริมการโฆษณา หากกระทำมากเกินไปจะทำให้สังคมมอมเมาโดยภาพพจน์ หรือข่าวสารที่ไม่ถูกต้อง เพราะบรรดาสื่อมวลชนต่าง ๆ เช่น วิทยุ โทรทัศน์ และหนังสือพิมพ์ล้วนคงอยู่ได้เพราะรายได้จากการโฆษณา ดังนั้น การให้สื่อมวลชนให้ข้อเท็จจริงย่อมมีผลทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคถูกบิดเบือนไปได้³¹

5) อิทธิพลของการโฆษณาต่อพฤติกรรมผู้บริโภค

การโฆษณามีส่วนสำคัญให้ผู้บริโภคเกิดทัศนคติที่ดีต่อสินค้าและบริการ รวมถึงกำหนดการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภค การโฆษณาเป็นการตอบสนองทางด้านจิตวิทยาส่วนบุคคล และจิตวิทยาสังคม จึงอาจกล่าวได้ว่าอิทธิพลของการโฆษณานั้นมีอิทธิพลใน 2 ระดับ คือ³²

(1) อิทธิพลต่อตัวบุคคล

ก. การโฆษณามีอิทธิพลต่อบุคคลในการเปลี่ยนแปลงทัศนคติและค่านิยม โดยเฉพาะ ถ้าหากสาระของการโฆษณามีลักษณะที่ตรงกับความเข้าใจของตน ก็จะเกิดความมั่นใจ และคุณภาพของสินค้าและบริการมากยิ่งขึ้น การโฆษณาจึงเป็นการช่วยให้เกิดความรู้ใหม่ ๆ เกี่ยวกับสินค้าและบริการ

³⁰ แหล่งเดิม.

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

³² 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 เหตุผลอีกประการหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้การโฆษณายึดบนพื้นฐานของความเป็นจริง ทั้งในแง่ข้อมูลข่าวสาร รายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าและบริการ และข้อมูลอื่น ๆ ที่ผู้โฆษณามุ่งหมายจะเสนอต่อสาธารณชน ทั้งยังเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน เพราะโฆษณาคือส่วนสำคัญในการดำเนินธุรกิจ หากปล่อยให้มีการใช้ข้อความโฆษณาที่มีผลเสียหายโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน ก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค และทำลายระบบการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไปด้วย³³

แม้ว่าการโฆษณาจะเป็นศิลปะอย่างหนึ่ง และเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แต่การใช้เสรีภาพใด ๆ ก็ตามย่อมต้องมีขอบเขตและข้อจำกัด มิใช่ตามอำเภอใจ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็น

³³ คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจโฆษณา (น. 19). เล่มเดิม.

ธรรมต่อส่วนรวม และเพื่อให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบ กฎหมายจึงต้องเข้ามาจำกัดเสรีภาพให้แคบลงและกำหนดกติกาในการใช้เสรีภาพนั้น

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

สำหรับวิธีการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาโดยการออกกฎหมายควบคุมการโฆษณาในประเทศไทยนั้น ปรากฏในหลายรูปแบบต่างกัน เช่น การควบคุมการใช้ข้อความโฆษณา เช่น กฎหมายที่ควบคุมอาหาร ก็จะมีบทบัญญัติในด้านการโฆษณาอาหารอยู่ด้วย เป็นต้น การใช้สื่อสารมวลชนบางประเภทห้ามโฆษณาสินค้าบางประเภท เช่น บุหรี่ สุรา สำนักงานกฎหมาย เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีควบคุมการจัดทำโฆษณา โดยมีการตรวจสอบก่อนนำโฆษณาออกเผยแพร่ ใช้วิธีการที่เรียกว่า Pre-Censor ตัวอย่างเช่น การโฆษณาอาหาร ยา และเครื่องมือแพทย์ มีการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการโฆษณาต้องยื่นขอให้มีการตรวจสอบโฆษณาต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงจัดทำเป็นโฆษณาที่สมบูรณ์และเผยแพร่ทางสื่อได้³⁴ หรืออาจใช้วิธีการควบคุมตรวจสอบภายหลังที่มีการโฆษณาผ่านสื่อต่าง ๆ แล้วก็ได้

2.2.1.4 แนวคิดในการควบคุมการประกอบธุรกิจของรัฐ

ระบบเศรษฐกิจแต่ละรูปแบบเป็นสิ่งที่กำหนดถึงอำนาจของรัฐในการเข้ามาควบคุมแทรกแซง กำกับดูแลการประกอบธุรกิจของเอกชน โดยระบบเศรษฐกิจที่สำคัญในโลก แบ่งออกได้เป็น 3 ระบบ ดังนี้

1. ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม เป็นระบบเศรษฐกิจที่รัฐเข้าไปควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีจุดมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมในการกระจายผลผลิตแก่ประชาชน รัฐบาลจะเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตส่วนใหญ่ แต่ยังคงให้เอกชนมีสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน

³⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการตลาด (น. 135), โดย สุขุม สุนนิตย์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ส่วนตัว นอกจากนั้นรัฐบาลยังเป็นผู้ตัดสินใจในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ โดยมีการวางแผนการดำเนินงานทางเศรษฐกิจจากส่วนกลาง ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ ดังนี้

(1) ระบบเศรษฐกิจสังคมนิยมประชาธิปไตย

ระบบเศรษฐกิจดังกล่าวนี้เป็นระบบเศรษฐกิจที่รัฐบาลเข้าควบคุมและเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตขนาดใหญ่ ด้วยเหตุผลที่ต้องการให้ระบบเศรษฐกิจมีการกระจายรายได้เท่าเทียมกัน³⁵ เอกชนยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอยู่ มีเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ เลือกระบิโภคสินค้าและบริการ แต่ทั้งนี้รัฐมีอำนาจเข้าแทรกแซงการกำหนดราคาสินค้า การส่งเสริมการลงทุน การใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ โดยรัฐถือว่าบรรดากิจกรรมการลงทุน การสะสมทุนทั้งหมด ผลกำไรอันเกิดจากกิจการผูกขาดในธุรกิจขนาดใหญ่จะต้องตกเป็นของรัฐทั้งสิ้น³⁶

(2) ระบบเศรษฐกิจสังคมนิยมบังคับ

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

2. ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

สำหรับแนวคิดในการประกอบธุรกิจไม่ว่าในรูปแบบใดนั้น แนวคิดพื้นฐานของปรัชญาเมธีเสรีนิยมนั้นเชื่อว่า กฎธรรมชาติจะเป็นตัวกำหนดให้เศรษฐกิจดำเนินไปเองโดยอัตโนมัติ การแทรกแซงของรัฐจะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงกฎธรรมชาตินั้น³⁷ บุคคลมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการที่จะกระทำการค้าอย่างเสรี โดยรัฐนั้นต้องไม่เข้าไปแทรกแซงธุรกิจของเอกชนอันเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า Laissez-faire³⁸ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของ

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

³⁶ แหล่งเดิม.

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

³⁸ การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีผู้ใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 19), เล่มเดิม.

สำนักคลาสสิก (Classic) ซึ่งเป็นสำนักที่ครอบงำความคิดทางเศรษฐกิจโลกมานานเชื่อว่า “ในระบบเศรษฐกิจทุนนิยม มีกลไกอัตโนมัติที่สามารถแก้ไขปัญหาค่าได้ในตัวของมันเอง โดยรัฐไม่ต้องเข้าไปแทรกแซง”³⁹ แนวคิดของสำนักดังกล่าวเป็นแนวคิดเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัว และให้ความสำคัญกับการแข่งขันกันอย่างเสรี มองว่าการปล่อยให้ทุกอย่างเป็นไปตามกฎธรรมชาติ โดยอาศัยกลไกตลาดและมีพื้นฐานอยู่บนการที่แต่ละบุคคลทำการตัดสินใจเพื่อให้ได้รับประโยชน์ส่วนตัวสูงสุดยอมนำไปสู่ผลประโยชน์ของส่วนรวมได้ในที่สุด ซึ่งรัฐไม่จำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

1) ประชาชนมีสิทธิเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตและทรัพย์สินอย่างเต็มที่ เช่น มีกรรมสิทธิ์ในบ้าน ที่ดิน หุ่น

2) เอกชนทุกคนทั้งในส่วนตัว และในแบบรวมกันหลายคนมีเสรีภาพที่จะใช้ปัจจัยการผลิตต่าง ๆ ผสมผสานกัน เพื่อทำการผลิตสินค้าและบริการใด ๆ ที่ไม่ผิดกฎหมายได้ทั้งนั้น กล่าวคือ ประชาชนในประเทศมีอิสระในการประกอบอาชีพและการประกอบธุรกิจ

3) ใช้ราคาเป็นเครื่องมือในหน่วยการผลิตและหน่วยบริโภคว่าจะผลิตสินค้าอะไร อย่างไร เพื่อใคร

4) เอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรีโดยมีกำไรสูงใจ ราคาจะเป็นสิ่งกำหนดให้เอกชนแต่ละหน่วยเข้าตัดสินใจทำการผลิต

5) รัฐบาลมีเพียงหน้าที่รักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ การประกอบธุรกิจ การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการตัดสินใจของเอกชน ทั้งเปิดโอกาสให้เอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรี

เนื่องจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำอย่างรุนแรง ส่งผลให้เกิดปัญหาการว่างงานจำนวนมาก ทั้งยังส่งผลกระทบต่อหลายประเทศ กลไกของระบบทุนนิยมในการแข่งขันเสรีโดยอาศัยกลไกตลาดทำงานไม่ได้ผล โดยแนวคิดของสำนักคลาสสิกไม่อาจให้คำอธิบายเกี่ยวกับปรากฏการณ์ดังกล่าวเหล่านี้ได้ จึงเกิดความคิดที่จะปล่อยให้มันหลัก Laissez-faire ดำเนินไปอย่างเสรีไม่ได้ เพราะในความเป็นจริงแล้วระบบทุนนิมนั้นอุปสงค์ และอุปทานนั้นไม่ได้อยู่ในภาวะสมดุลกันเสมอไป หากปล่อยให้มีความแตกต่างกันมาก ก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมหรือประชาชนโดยรวม และถ้าหากปล่อยให้มีการทำกำไรอย่างเสรีมากเกินไป ก็อาจส่งผลให้มีการเอารัด

³⁹ เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย (น. 28). เล่มเดิม.

เอาเปรียบทางการค้า ซึ่งผลเสียก็จะตกแก่ผู้บริโภคอันเป็นผู้ใช้สินค้าและบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจ⁴⁰ จึงทำให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม กลายเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสมนั่นเอง

3. ระบบเศรษฐกิจแบบผสม

ระบบเศรษฐกิจแบบผสมนี้เป็นระบบเศรษฐกิจที่ผสมผสานระหว่างระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม และระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมเข้าด้วยกัน โดยการยอมรับว่าระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมหรือเสรีนิยมนั้นยังมีจุดอ่อน จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซง กล่าวคือ โดยหลักแล้วยอมรับว่าสิทธิเสรีภาพของเอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ และดำเนินไปอย่างเสรี เอกชนยังมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพและประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและประโยชน์ส่วนรวม เช่น ธุรกิจขนาดใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคและต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก หรือในกรณีที่เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำและเกิดการว่างงาน รัฐจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซง กำหนดมาตรการบางอย่าง เพื่อให้เกิดเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ 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 หรือห้ามมิให้กระทำการบางอย่างได้เสมอ⁴¹

⁴⁰ การควบคุมธุรกิจสถานบริการเสริมความงามที่มีผู้ใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 20). เล่มเดิม.

⁴¹ แหล่งเดิม.

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

สำหรับวิธีการแทรกแซงของรัฐ ซึ่งรัฐเสรีนิยมในปัจจุบันใช้กันอยู่ สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 วิธี ดังนี้

1) วิธีการแทรกแซงโดยการห้ามกระทำ

ปกติมาตรการที่รัฐเสรีนิยมใช้กันอยู่เสมอในการจัดระเบียบของรัฐทางเศรษฐกิจ คือ รัฐจะวางระเบียบข้อห้ามบางประการต่อเอกชน แต่ขอบเขตของการห้ามกระทำจะไม่กว้างขวางมากนัก เพราะโดยธรรมชาติของการห้ามไม่สอดคล้องกับการกำหนดแนวทาง นโยบายและการจัดระเบียบทางเศรษฐกิจซึ่งโดยทั่วไปต้องการการกระตุ้นเพื่อก่อให้เกิดการขยายตัวและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ นอกจากนั้นยังไม่สอดคล้องกับการจัดระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์กันตามสัญญาตกลงร่วมระหว่างเอกชนที่อยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ในฐานะที่รัฐเป็นองค์กรกลางที่จะรักษาระเบียบทางเศรษฐกิจและความเป็นปกติของระบบเศรษฐกิจ รัฐจึงต้องจัดระเบียบในลักษณะเป็นการห้ามกระทำ เช่น การจัดระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในตลาดซึ่งโดยทั่วไปการแข่งขันในตลาดโดยหลักการจะมีระเบียบเอกชนและรัฐที่เกี่ยวกับการแข่งขันใช้บังคับอยู่ เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันในฝรั่งเศส Anti-Trustlaw ในประเทศสหรัฐอเมริกา⁴² และพระราชบัญญัติการแข่งขันทงการค้า พ.ศ. 2542 ในประเทศไทย เป็นต้น

2) วิธีการแทรกแซงโดยการออกระเบียบ ข้อบังคับ

วิธีการแทรกแซงโดยการออกระเบียบ ข้อบังคับที่รัฐมักใช้เป็นประจำสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก คือ การวางระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำสัญญากลางระหว่างเอกชนว่าต้องดำเนินไปภายใต้ระเบียบข้อบังคับของรัฐ ส่วนใหญ่จะใช้กับการทำสัญญากลางที่คู่กรณี

⁴² จาก *กฎหมายเศรษฐกิจ* (น. 173), โดย ทิวา เงินขวง ข, 2531, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มีความไม่เสมอภาคกัน เช่น สัญญาประกันชีวิต สัญญาประกันภัย⁴³ ซึ่งมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาคุ้มครองคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะเป็นฝ่ายเสียเปรียบ

ประการที่สอง คือ การวางระเบียบ ข้อบังคับที่จะใช้กับการดำเนินการทำสัญญาและโดยกำหนดเงื่อนไขบางประการที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญา เพื่อให้ปฏิบัติตามสัญญาดำเนินไปโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา ส่วนใหญ่จะเป็นระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบอาชีพบางประเภท เช่น สถาปนิก วิศวกร นักบัญชี แพทย์ และทนายความ⁴⁴

3) วิธีการแทรกแซงที่ใช้การควบคุม

โดยหลักแล้วในรัฐเสรีนิยม การประกอบธุรกิจของเอกชนจะวางอยู่บนหลักพื้นฐานแห่งเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวอาจถูกแทรกแซงได้โดยรัฐ ซึ่งการแทรกแซงของรัฐโดยวิธีการควบคุมดังกล่าว เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเข้าไปแทรกแซงการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน ซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่จะสามารถทำได้ภายใต้ในกรณีมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจกระทำ

การควบคุมของรัฐโดยอาศัยกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจ สามารถพิจารณาได้ 2 กรณี คือ⁴⁵

กรณีแรก ฝ่ายบริหารสามารถใช้วิธีการควบคุมได้เมื่อมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กำหนดให้อำนาจไว้ เช่น กิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องได้รับอนุญาต หรือความเห็นชอบของฝ่ายบริหาร เช่น การให้สัมปทานบัตรต่าง ๆ

กรณีที่สอง ฝ่ายบริหารสามารถใช้วิธีการควบคุมโดยการใช้อำนาจในการที่จะให้ความเห็นชอบต่อการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจตลอดไป ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้เช่นกัน เพียงแต่การควบคุมของฝ่ายบริหารนั้นมีลักษณะเป็นการควบคุมกำกับ หรือควบคุมดูแลอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการควบคุมอย่างต่อเนื่องนั้นปรากฏให้เห็นน้อยมากในการแทรกแซงภาคเศรษฐกิจเอกชน เช่น การควบคุมกำกับสถาบันการเงิน ธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น ซึ่งตรงกันข้ามกับรัฐวิสาหกิจของรัฐซึ่งรัฐจะต้องดำเนินการควบคุมกำกับอย่างใกล้ชิดและต่อเนื่องตลอดเวลา

⁴³ แหล่งเดิม. (น. 174).

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ 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 และยังเป็นตัวกำหนดผลของสัญญาอีกด้วย⁴⁶

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 เมื่อคู่สัญญา มีเสรีภาพในการทำสัญญา และได้ตกลงเข้าทำสัญญากันแล้ว การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากันย่อมมีความศักดิ์สิทธิ์ ก่อให้เกิดสัญญาขึ้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

⁴⁶ จาก *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม* (น. 11-15), โดย ดารารพร 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 โดยถือว่าการฝ่าฝืนระเบียบหรือข้อกำหนดของรัฐเป็นความผิด⁴⁷ และจะต้องถูกลงโทษ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด การปล่อยให้มีการแก้แค้นกันเองอย่างเช่นแต่ก่อนย่อมนำมาซึ่งความไม่สงบสุขภายในรัฐ ณ จุดนี้จึงทำให้เกิดการแบ่งแยกความรับผิดชอบทางอาญากับการชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งฐานละเมิดออกจากกัน โดยกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันปราบปรามมิให้กระทำความผิด ส่วนกฎหมายละเมิดนั้นมีความมุ่งหมายในการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือใกล้เคียงจากเดิมให้มากที่สุด

สำหรับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในทางละเมิดสามารถแบ่งแยกออกได้ 4 ทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีรับภัย (Theory of Risk)

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิดในระบบกฎหมายจารีตประเพณีก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายละเมิดมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล

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

กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ต้องมีการชดเชยเยียวยา ดังนั้น ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด จึงมีได้เน้นที่องค์ประกอบในด้านจิตใจของผู้กระทำ แต่พิเคราะห์ถึงความเสียหายมากกว่า⁴⁸ โดยมองว่าเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำ ผู้นั้นก็ควรรับผิดชอบ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะจงใจกระทำหรือไม่ได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นพึงมีและอาจใช้ความระมัดระวังได้ก็ตาม เพราะถือว่ามนุษย์เมื่อได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจเกิดผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ผู้กระทำต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น จึงเรียกแนวคิดดังกล่าวว่า ทฤษฎีรับภัย หรือ ทฤษฎีภัยที่สร้างขึ้น⁴⁹

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 เพราะเขาก็ได้ใช้ความระมัดระวังอยู่แล้ว⁵⁰ จึงไม่เป็นธรรมหากจะให้ผู้ต้องรับผิดเพราะเคราะห์โชคอันเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของเขา

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

เมื่อทฤษฎีรับภัยได้รับอิทธิพลจากศาสนามากขึ้น จึงมีการขยายหลักความรับผิดในทางละเมิดไปสู่หลักเกณฑ์ที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดในความเสียหายก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือ

⁴⁸ แหล่งเดิม. (น. 7).

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

⁵⁰ แหล่งเดิม. (น. 95).

กระทำโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวเริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเชื่อกันว่าแนวคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากระบบการค้าเสรี และการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป ทฤษฎีความรับผิดในลักษณะนี้เชื่อว่าจะช่วยให้เกิดความกล้าเสี่ยงต่อการดำเนินกิจการต่าง ๆ มากขึ้น เพราะทฤษฎีที่ให้รับผิดโดยปราศจากความผิดนั้นเป็นการขัดขวางต่อความเจริญทางอุตสาหกรรม เนื่องจากทฤษฎีเดิมนั้น ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการทำอุตสาหกรรม ผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดโดยไม่มีข้อแก้ตัว⁵¹ ทฤษฎีความรับผิดมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของผู้กระทำมากกว่าคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย เพราะการพิจารณาว่าผู้กระทำต้องรับผิดในทางละเมิดหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ถ้าหากมิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด

3) ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)

เมื่อระบบการค้าแบบเสรีได้มีการพัฒนาในด้านการผลิต โดยนำเทคโนโลยี เครื่องมือสมัยใหม่เข้ามาใช้ในกระบวนการผลิต ส่งผลในกรรมวิธีในการผลิตมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นกับผู้บริโภคที่บริโภคสินค้าและบริการดังกล่าวแล้ว จึงเป็นการยากแก่ที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหาย ว่าตัวสินค้าและบริการมีความบกพร่องในขั้นตอนใด เนื่องจากกระบวนการผลิตมีความซับซ้อน และอยู่นอกเหนือความรู้เห็นของผู้บริโภค การพิสูจน์ความบกพร่อง เสียหายดังกล่าวจึงไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้บริโภคจะทำการพิสูจน์ได้ แนวความคิดเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาในทางละเมิดจึงย้อนกลับไปสู่สมัยเริ่มแรก คือ เน้นที่ความเสียหาย ไม่เน้นที่ความผิด ไม่ต้องอาศัยการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เพียงแต่โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายว่าเนื่องมาจากต้นเหตุนั้น ๆ ได้ก็เพียงพอแล้ว เรียกว่าทฤษฎีนี้ว่า ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด โดยมีการนำเอาแนวคิดดังกล่าวนี้ไปบัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะ หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการบินพาณิชย์ กฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ กฎหมายค่าทดแทนความเสียหายในการทำงาน เป็นต้น⁵²

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

⁵¹ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด (น. 7). เล่มเดิม.

⁵² แหล่งเดิม. (น. 8).

⁵³ 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 การให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงย่อมไม่เป็นธรรมแก่เขา

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปัจจุบันมีการนำวิทยาการและเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตสินค้าต่าง ๆ ส่งผลให้เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่ตัวสินค้า วัสดุ หรือสิ่งของต่าง ๆ ย่อมเป็นการยากแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปในการที่จะพิสูจน์ถึงความเสียหายนั้นว่าเกิดขึ้นได้อย่างไร เพราะเหตุใด เมื่อผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าและบริการ ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริงได้ ก็ย่อมไม่ได้รับชดเชยเยียวยาในความเสียหายนั้น ฉะนั้นเมื่อพิจารณาในแง่ของผู้บริโภค หรือคู่สัญญาในสัญญาที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ นับว่าเป็นจุดอ่อนและทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก รัฐจึงมองเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในทางกฎหมายขึ้นเพื่อลดความเข้มงวดและความแข็งกระด้างของหลักดังกล่าวลง โดยจำเป็นต้องใช้นิตินโยบายด้วยการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเข้าไปแทรกแซงและคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบไม่ว่าจะทั้งในด้านอำนาจการต่อรอง การศึกษา ความรู้ในข้อมูลของสินค้าและบริการ เศรษฐกิจ และการดำเนินคดี ทั้งนี้เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคเกิดประสิทธิภาพอย่างเต็มที่และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

2) ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย คือ ข้อสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้น มีทั้งในทางแพ่งและอาญา หลักการรับฟังข้อเท็จจริงจะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางอย่างให้ปรากฏแล้ว ศาลจึงต้องสันนิษฐานหรืออาจสันนิษฐานได้ว่าข้อเท็จจริงอื่นบางประการได้มี หรือได้เกิดขึ้นแล้ว แนวความคิดของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอยู่บนหลักความคิดที่ว่า หากไม่มีการสันนิษฐานไว้เช่นนั้น การพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางอย่างอาจเป็นไปได้ยาก ผลแห่งการมีข้อสันนิษฐานดังกล่าวจึงเป็นการยกประโยชน์ให้ฝ่ายหนึ่งซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเมื่อพิจารณาในแง่ของนโยบายทางกฎหมายหรือคุณค่าบางประการ⁵⁴ โดยผ่อนผันให้ฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าวนำสืบแต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานนั้นแล้ว ศาลก็จะยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายสันนิษฐานเอาไว้ได้ทันที จึงกล่าวได้ว่า ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายถือเป็นการลดภาระการพิสูจน์ให้กับผู้เสียหาย และเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

⁵⁴ จาก ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคในทางละเมิด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต) (น. 2-3), โดย อภิสิทธิ์ มีเสรี, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายยอมรับฟังข้อสันนิษฐานนั้น นักกฎหมายอเมริกันรวบรวมไว้ 4 ประการ คือ⁵⁵

(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 โดยทั่วไปการกระการพิสูจน์ตกแก่โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยให้ศาลเห็น จึงจะบังคับให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายได้ แต่ในเหตุการณ์บางเรื่อง สภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ย่อมแสดงอยู่ในตัวของมันเองว่าจำเลยน่าจะประมาท ถ้าจำเลยไม่ประมาทก็จะไม่เกิดเหตุการณ์เช่นนี้⁵⁶ ในกรณีเช่นนี้ถือเป็นข้อสันนิษฐานที่เปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากจากเดิมที่โจทก์มีภาระการพิสูจน์ไปตกอยู่แก่ฝ่ายจำเลยที่จะต้องพิสูจน์

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

⁵⁶ จาก คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา (น. 90), โดย ธาณี สิงหนาท, 2555, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง.

ห้กล้างข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงนี้ว่าจำเลยมิได้เป็นฝ่ายประมาทเลินเล่อ ถ้าจำเลยไม่สามารถนำสืบได้ จำเลยก็ต้องเป็นฝ่ายแพ้ในประเด็นดังกล่าว หลักข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นนี้มักเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของจำเลยแต่ฝ่ายเดียว โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงเหตุการณ์ได้ แต่ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยอย่างไร หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นประโยชน์อย่างมากแก่โจทก์ในการที่จะนำสืบเพียงข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเท่านั้น อันเป็นข้อเท็จจริงพื้นฐานหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน ต่อจากนั้นเป็นหน้าที่ของจำเลยที่มีภาระต้องพิสูจน์หลักข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นว่าจำเลยไม่ได้ประมาท หรือจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว⁵⁷

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำหลักข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นมาใช้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542 ในคดีศัลยกรรมตกแต่ง โจทก์นำสืบได้เพียงว่าโจทก์เข้ารับการศัลยกรรมเต้านมที่โรงพยาบาลเอกชน โดยจำเลยเป็นผู้ทำการผ่าตัดหน้าอกโจทก์ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลง หลังจากผ่าตัดแล้วเกิดอาการผิดปกติ เต้านมด้านซ้ายมีขนาดใหญ่กว่าด้านขวา มีก้อนเนื้อบริเวณรักแร้ด้านขวา ทรวงอกไม่มีร่อง แผลติดเชือกและเนาอักเสบ 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

⁵⁷ แหล่งเดิม. (น. 91).

เห็นว่าจำเลยไม่ได้ประมาท หรือจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดตามวิสัยและพฤติการณ์ เป็นพิเศษแล้ว เมื่อจำเลยนำสืบไม่ได้ ก็ต้องฟังว่าจำเลยประมาท⁵⁸

ในคดีผู้บริโภคร พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 บัญญัติเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงไว้ว่า “ประเด็นข้อพิพาทใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของกลุ่มความฝายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่กับกลุ่มความฝายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั้น” หลักการกำหนดภาระการพิสูจน์ตามมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของกลุ่มความฝายใดฝายหนึ่งโดยเฉพาะแต่เพียงฝายเดียว ควรจะให้กลุ่มความฝายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องคำนึงว่ากลุ่มความฝายใดเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น อันเป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์อีกประการหนึ่งที่น่ามาใช้ในการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใดซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของกลุ่มความฝายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับกลุ่มความฝายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจโดยไม่ต้องคำนึงว่ากลุ่มความฝายใดเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น⁵⁹

⁵⁸ แหล่งเดิม. (น. 91-92).

⁵⁹ แหล่งเดิม. (น. 92).