

## บทที่ 4

### ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค จากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

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

ในบทที่ 4 นี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจคลินิกเสริมความงามในแง่มุมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาชวนเชื่อของคลินิกเสริมความงาม ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาและเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงามต่อไป

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ให้บริการในคลินิกเสริมความงาม

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

##### 1) มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์

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

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

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

เมื่อพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันนั้นมีความแตกต่างจากในอดีตเป็นอย่างมาก เนื่องจากในอดีต คลินิกเกี่ยวกับความสวยงามมักอยู่ในรูปแบบที่เป็นคลินิกรักษาสิว ฝ้า กระ จุดต่างดำทั่วไปที่รักษาโดยการให้ยาทา หรือยารับประทานเท่านั้น ต่างจากในปัจจุบันที่วิวัฒนาการทางการแพทย์และเทคโนโลยีก้าวหน้าอย่างมาก ประกอบกับความต้องการและค่านิยมในเรื่องความสวยงามของผู้คนในสังคมเพิ่มตัวสูงขึ้น คลินิกเสริมความงามจึงไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะในรูปแบบของอยู่การให้ยาทา ยารับประทานซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนอีกต่อไป หากแต่มีเรื่องของ การฉีด ยา ฉีด สารต่าง ๆ มีการใช้เครื่องมือที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทางเข้ามาเกี่ยวข้องมากขึ้น จากการศึกษาได้ทำการสัมภาษณ์นายแพทย์สัมพันธ์ คมฤทธิ์ ผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการแพทยสภา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสมุทรปราการและอุปนายกคัลยกรรมตกแต่งและเสริมสร้างใบหน้าแห่งประเทศไทย ประกอบกับการศึกษาค้นคว้า อธิบายได้ว่า โรคผิวหนังคือโรคที่มองเห็นได้ด้วยตา ยกเว้นในส่วนของที่เกี่ยวกับตา ฟัน และช่องปากส่วนใน โรคที่จัดอยู่ในทางผิวหนังจึงครอบคลุมวงกว้างมากตั้งแต่เส้นผม บนศีรษะ หนังศีรษะ เนื้องอกบนศีรษะ รังแค หิด เหา ไขหู หนองตา จมูก แผลในปาก เนื้องอกในปาก โรคปากเปื่อย เริม สิว ฝ้า กระ ขนคิ้ว ขนตาม ตัว เล็บ ไขมัน เส้นเลือดขอด ตลอดจนไปจนถึงเชื้อราและตาปลาได้ฝ่าเท้าก็ล้วนอยู่ในสาขาของโรคผิวหนังทั้งสิ้น จึงเห็นได้ว่า สิว ฝ้า กระ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของโรคผิวหนัง และเป็นโรคที่รักษาให้หายได้โดยไม่ต้องใช้วิธีการที่ซับซ้อน ฉะนั้นแพทย์ที่ทำการรักษาโรคเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องเป็นแพทย์เฉพาะทางด้านผิวหนังก็สามารถทำการรักษาได้ เพราะไม่ได้ต้องใช้ความชำนาญหรือเทคนิคเป็นพิเศษแต่อย่างใด นอกจากนี้ความต้องการทางด้านความงามของคนในยุคปัจจุบัน เช่น ต้องการมีผิวหนังขาววัยอยู่เสมอ รูปร่างดี หน้าเรียว ขาเล็ก ฯลฯ ก็ไม่เข้าข่ายอยู่ในโรคผิวหนัง หากแต่เป็น

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

หากเกิดความผิดพลาดจะกระทบต่อความปลอดภัยของผู้เข้ารับบริการอย่างร้ายแรง จึงได้ออกข้อบังคับดังกล่าวขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

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

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

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

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

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

เกี่ยวกับความสวยงาม เพราะธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคอย่างร้ายแรง จึงจำเป็นต้องกระทำโดยผู้มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน อย่างไรก็ตามหลักสูตรการอบรมที่จะจัดให้มีขึ้นนั้นควรกำหนดมาตรฐานเอาไว้แน่นอนชัดเจนว่าหน่วยงานใดเป็นผู้รับผิดชอบจัดการอบรมดังกล่าว หลักสูตรการอบรมให้ความรู้ในเรื่องใดบ้าง ครอบคลุมเพียงใด ใช้ระยะเวลาการอบรมนานเท่าใด เมื่อจบหลักสูตรแล้วสามารถทำหัตถการใดได้บ้าง ทั้งนี้เพื่อให้หลักสูตรการอบรมดังกล่าวมีมาตรฐานที่ดีและเป็นที่น่าเชื่อถือทั้งต่อตัวแพทย์ผู้รับการอบรมและต่อผู้บริโภคผู้เข้ารับบริการ

## 2) มาตรฐานของพนักงานผู้ให้บริการ

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

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

ให้บริการทางการแพทย์เองโดยมิได้ผ่านความเห็นชอบจากแพทย์<sup>10</sup> ในประเด็นนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าทั้งแพทย์และพนักงานมีความผิดตามกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

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

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

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

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

(ก) ประกอบโรคศิลปะ ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ประกอบวิชาชีพทันตกรรม ประกอบวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ ประกอบวิชาชีพกายภาพบำบัด และประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด.

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

ปัจจุบันประเทศไทยมีการจัดกลุ่มการค้ากับดูแลเครื่องมือแพทย์ โดยแบ่งเครื่องมือแพทย์ตามระดับการควบคุมออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

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

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

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

คณะกรรมการอาหารและยาตรวจสอบความถูกต้อง และเมื่อมีการนำเข้าเครื่องมือแพทย์ดังกล่าว จะต้องแสดงหนังสือรับรองการขายที่ผ่านการตรวจสอบแล้วต่อเจ้าหน้าที่ ณ ด่านศุลกากรด้วย

การแบ่งประเภทของเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงการแบ่งในทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เท่านั้น ปัจจุบันพบว่ายังไม่มีความหมายฉบับใดแบ่งแยกประเภทของเครื่องมือแพทย์ตามลักษณะวิธีการใช้ หรือตามความเสี่ยงต่ออันตรายของเครื่องมือแพทย์แต่อย่างใด สำหรับเครื่องมือแพทย์ส่วนใหญ่ที่ใช้ในคลินิกเสริมความงามจัดอยู่ในประเภทของเครื่องมือแพทย์ทั่วไป ซึ่งมีได้มีการกำหนดแน่ชัดว่าเครื่องมือแพทย์ชนิดใดที่แพทย์ท่านนั้นสามารถใช้ได้ เครื่องมือแพทย์ชนิดใดต้องใช้ภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ หรือเครื่องมือแพทย์ชนิดใดที่บุคคลทั่วไปก็สามารถใช้ได้ การที่ไม่มีกฎหมายกำหนดคกฏเกณฑ์และรายละเอียดในส่วนนี้ก่อให้เกิดความสับสนและความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของผู้ใช้เครื่องมือแพทย์ ดังจะพบเห็นได้ว่า เครื่องมือแพทย์ชนิดเดียวกัน คลินิกเสริมความงามบางแห่งแพทย์เป็นผู้ใช้เครื่องมือดังกล่าว ในทางกลับกันบางแห่งพนักงานที่ไม่ใช่แพทย์เป็นผู้ใช้เครื่องมือชิ้นนั้น

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

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

ประเภท	ระดับความเสี่ยง
ก	ความเสี่ยงต่ำ
ข	ความเสี่ยงต่ำถึงปานกลาง
ค	ความเสี่ยงปานกลางถึงสูง
ง	ความเสี่ยงสูง

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

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

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

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

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

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของคลินิกเสริมความงาม

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบผสมก่อนไปทางทุนนิยม ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนในการประกอบอาชีพ ประกอบธุรกิจและทำการแข่งขันกันได้โดยเสรี ซึ่งข้อดีของการแข่งขันกันทางการตลาดอย่างเสรีเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคในการที่จะตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าและบริการได้มากยิ่งขึ้น โดยผู้ประกอบการส่วนมากอาศัยการโฆษณาเป็นสื่อในการกระจายข้อมูลข่าวสารเพื่อให้ผู้บริโภครู้จักสินค้าและบริการของตนมากขึ้น ทั้งยังใช้การโฆษณาประชาสัมพันธ์จูงใจให้ผู้บริโภคหันมาบริโภคสินค้าและบริการของตน อาจกล่าวได้ว่าการโฆษณาเป็นสิ่งที่ส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวของการซื้อและการขายสินค้าและบริการได้อย่างกว้างขวางในต้นทุนที่ต่ำกว่าเมื่อเทียบกับการส่งเสริมการขายโดยวิธีอื่น ๆ

ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้าน โฆษณาของคลินิกเสริมความงาม ผู้ศึกษาขอแยกวิเคราะห์และอธิบายออกเป็น 2 ประเด็นย่อย ดังนี้

##### 1) การควบคุมและกำกับดูแลโดยภาครัฐ

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

จากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นมีรัฐบาลท้องถิ่นทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคแยกต่างหากจากรัฐบาลกลาง ทำให้การกำกับดูแลให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายสามารถทำได้อย่างใกล้ชิด นอกจากนี้ยังมีการสนับสนุนให้ผู้บริโภคพึ่งพาตนเองแทนที่จะหวังพึ่งพารัฐแต่เพียงอย่างเดียว ต่างจากระบบของประเทศไทยที่ใช้ระบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว ไม่มีรัฐบาลท้องถิ่น

ระบบการคุ้มครองผู้บริโภคของไทยจึงเป็นระบบการบริหารจากส่วนกลาง แม้จะมีหน่วยงานในส่วนภูมิภาค แต่การกำหนดนโยบายและงบประมาณก็มาจากส่วนกลาง

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

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

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

รวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิผู้บริโภค ทั้งนี้ยังบัญญัติให้มีการตั้งองค์การเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานรัฐ ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานรัฐในการตราและการบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค โดยให้รัฐบาลสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการขององค์การอิสระดังกล่าวด้วย แต่อย่างไรก็ตาม จนปัจจุบันภาครัฐก็ยังไม่มีการดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แต่อย่างใด

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

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

2) ความเหมาะสมของบทกำหนดโทษและการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

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

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

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

จากการที่ผู้ศึกษาได้ทำการสัมภาษณ์นายแพทย์สัมพันธ์ คมฤทธิ์ ผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการแพทยสภา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสมุทรปราการและอุปนายกคัลยกรรมตกแต่งและเสริมสร้างใบหน้าแห่งประเทศไทยประกอบกับสถิติของสำนักงานเลขาธิการแพทยสภา ทำให้ทราบว่ากรณีแพทย์ถูกร้องเรียนว่ากระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยโฆษณา คณะกรรมการแพทยสภามักใช้อำนาจวินิจฉัยยกข้อกล่าวหาเป็นส่วนใหญ่เนื่องจากสอบสวนแล้วเห็นว่าไม่มีมูล แต่หากสอบสวนแล้วเห็นว่ามีความผิดจริง โดยมากก็จะใช้ดุลพินิจเพียงว่ากล่าวตักเตือนเท่านั้น

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

กรณีความผิด	ยกข้อกล่าวหา	ตักเตือน	ภาคทัณฑ์	พักใช้ ใบอนุญาต	เพิกถอน ใบอนุญาต
โฆษณาการ ประกอบ วิชาชีพ	132	82	3	3	-

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

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

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

ที่จะเสี่ยงต่อการกระทำผิดกฎหมาย เนื่องจากผลประโยชน์ที่ได้รับจากการเผยแพร่โฆษณาอันฝ่าฝืนกฎหมายนั้นมีมากมายมหาศาลเมื่อเทียบกับจำนวนค่าปรับเพียงเล็กน้อย ประกอบกับข้อมูลสถิติการเปรียบเทียบปรับที่ได้รับจากกองกฎหมาย กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ทำให้ทราบว่ามาตรการเปรียบเทียบปรับไม่สามารถช่วยให้การกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติว่าด้วยการโฆษณาลดลงแต่อย่างใด ดังสถิติการเปรียบเทียบปรับตามตารางต่อไปนี้

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

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

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

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

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

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

#### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

ปัจจุบันพบว่าผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค แพทยสภา สำนักงานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ว่าตนได้รับความเสียหายจากการใช้บริการคลินิก

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

เสริมความงาม โดยส่วนใหญ่เรื่องที่ร้องเรียนจะเป็นเรื่องการโฆษณาเกินจริง มาตรฐานการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพ เป็นต้น เมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการใช้บริการดังกล่าว และต้องการการเยียวยาในความเสียหายนั้น ก็ชอบที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาขอแยกอธิบายเป็น 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

#### 1) ภาระการพิสูจน์

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

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

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

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

ปัจจุบันประเทศไทยมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากสินค้าในปัจจุบันไม่ว่าจะผลิตภายในประเทศหรือนำเข้ามีกระบวนการผลิตที่ใช้ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสูงขึ้น การที่ผู้บริโภคจะตรวจพบว่าสินค้าไม่ปลอดภัยกระทำไต่ยาก เมื่อผู้บริโภคนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไปใช้อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อารมณ์ จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้บริโภคหรือบุคคลอื่นได้ แต่การฟ้องคดีในปัจจุบันเพื่อเรียกค่าเสียหายมีความยุ่งยาก เนื่องจากภาระในการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำผิดของผู้ผลิตหรือนำเข้าตกเป็นหน้าที่ของผู้ได้รับความเสียหายตามหลักกฎหมายทั่วไป เพราะยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าโดยมีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ผลิตหรือผู้เกี่ยวข้องไว้โดยตรง จึงสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ อันมีผลให้ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ตลอดจนได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นธรรม<sup>20</sup>

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

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

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

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

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

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

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

<sup>23</sup> แหล่งเดิม.

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

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

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

## 2) วิธีการชดใช้ค่าเสียหาย

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

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

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

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

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

ประเทศแคนาดาโดยหลักยังใช้ระบบเปิด โอกาสให้ผู้เสียหายฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายต่อศาล แต่ก็ยังผสมผสานไปกับการสร้างกลไกลดผลกระทบจากการฟ้องร้อง การส่งเสริมความปลอดภัยของผู้ป่วย และการชดเชยโดยไม่พิสูจน์ความผิดแบบเฉพาะส่วน โดยประเทศแคนาดามีการนำเอาระบบการชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในบางกรณี เช่น การชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ให้กับผู้ติดเชื้อเอชไอวี และไวรัสตับอักเสบบีที่เกิดจากการให้เลือด

ในประเทศนิวซีแลนด์ ระบบชดเชยความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์มาจากแนวคิดที่มองว่า การบาดเจ็บจากการรักษาทางการแพทย์ถือเป็นอุบัติเหตุอย่างหนึ่ง (Treatment Injury) อันอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการชดเชยค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ (Accident Compensation

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

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

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าต่างประเทศนั้น บางประเทศมีการนำระบบชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในรูปแบบประกันภัยความรับผิด บางประเทศนำมาใช้กับระบบกองทุน ซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามระบบสาธารณสุข ระบบสวัสดิการ ตลอดจนลักษณะทางสังคมของประเทศนั้น ๆ

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

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

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

นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่าในปัจจุบันเนื่องด้วยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เห็นว่ามีปัญหาการร้องเรียนของผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจทั้งในด้านการจำหน่ายสินค้าและการให้บริการมีเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงได้กำหนดโครงการตราสัญลักษณ์การคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Guarantee) เพื่อเป็นการประกันการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคอันเป็นการสร้าง

---

หาผู้กระทำผิดได้ แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด.”

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

ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการเข้ารับบริการธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

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

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

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

ตกลงให้ผู้รับประกันภัยรับผิดชอบในทุกกรณี ไม่จำกัดเฉพาะกรณีเกิดจากความผิดของผู้ทำประกันภัย ก็ได้ อันเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในสัญญา (Strict Liability in Contract) และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยปัจจุบันราชอาณาจักรสวีเดนก็มีการนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้ในรูปแบบของการประกันภัยเช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่สถานพยาบาลเอกชนต้องทำประกันภัย เพราะฉะนั้น เพื่อให้วัตถุประสงค์ของโครงการตราสัญลักษณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่ต้องการให้ผู้เสียหายเกิดความเชื่อมั่นในสินค้าและบริการ ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างทันที่ และเพื่อให้ผู้ประกอบการเกิดความรับผิดชอบต่อสังคมสามารถบรรลุผลได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ จึงควรมีการแก้ไขให้อยู่ในรูปแบบประกันภัยภาคบังคับ โดยนำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดมาใช้

#### 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงาม

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

ธุรกิจคลินิกเสริมความงามตามที่ได้ศึกษาได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายถึง ธุรกิจที่ประกอบกิจการให้บริการด้านความสวยงาม โดยมีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ดำเนินการ รูปแบบของกิจการอยู่ในลักษณะของสถานพยาบาลที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง การศัลยกรรมความงามอันเป็นวิชาชีพเวชกรรมแขนงหนึ่งที่มีมุ่งเน้นในการปรับปรุงโครงสร้างภายนอกของผู้ใช้บริการโดยใช้วิธีการผ่าตัดเป็นหลัก เพื่อตกแต่ง เสริมความงามแก่ผู้ให้บริการให้ดูอ่อนวัยและดูดียิ่งขึ้น

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับมาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามที่ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็นย่อยดังต่อไปนี้

1) มาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามในแง่ของการขอประกอบกิจการ

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

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

แก่ผู้บริโภคอย่างร้ายแรงไม่ควรอยู่ในระดับเดียวกับการควบคุมการประกอบกิจการคลินิกรักษาโรคทั่วไป หากแต่ควรเพิ่มระดับให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น

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

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

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

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

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

2) มาตรการของรัฐในการควบคุมธุรกิจคลินิกเสริมความงามในด้านคุณภาพของสถานพยาบาล

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

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

ในเรื่องดังกล่าวเป็นเพียงลักษณะภายนอกเท่านั้น ไม่อาจบ่งบอกได้ว่าการให้บริการของคลินิกเสริมความงามจะดีและมีคุณภาพตามไปด้วยหรือไม่

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

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

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

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

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

ผู้ศึกษาเห็นว่าหากประเทศไทยมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษามารยาทและจรรยาบรรณของพนักงานผู้ให้บริการในธุรกิจคลินิกเสริมความงามเพื่อให้ผู้ประกอบการอาชีพดังกล่าวยึดถือปฏิบัติแล้ว ย่อมจะสามารถยกระดับคุณภาพของคลินิกเสริมความงามให้อยู่ในระดับที่ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิมได้ เพราะปัจจัยที่รวมกันเป็นองค์ประกอบของธุรกิจที่คืบหน้า นอกจากจะ

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