

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### บทสรุป

จากการที่ได้กล่าวมาข้างต้นถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา และการควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐ นั้น มีประเด็นที่ควรสรุปให้เห็นภาพรวมของสิ่งที่ได้กล่าวมาข้างต้น ดังนี้ คือ

1. การเยียวยาความเสียหายภายใต้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใน ลักษณะทางสัญญาและละเมิดนั้น ผู้เสียหายประสบกับปัญหาและอุปสรรคข้อใหญ่ คือ การเยียวยา ทางด้านสัญญานั้นผู้เสียหายจะต้องเป็นคู่สัญญากับผู้ขายหรือผู้บริโภครที่ทำการโฆษณากับตนเองเท่านั้น ตามหลัก Privity of Contract ส่วนการเยียวยาทางด้านละเมิดนั้นผู้เสียหายจะต้องมีการ พิสูจน์การกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ และความเสียหาย ซึ่งถือเป็นภาระหนักแก่ผู้เสียหาย
2. ผู้ที่จะมีความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 หรือตามพระราชบัญญัติเฉพาะจากพวกสินค้าปัจจัยสี่นั้น เป็นได้ทั้งผู้โฆษณา ตัวแทน โฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณา ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าใครเป็นผู้กระทำการโฆษณาที่ผิดกฎหมาย นั้น ๆ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในส่วนของการควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐที่ได้นำมากล่าว ได้แก่ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ. 2530) ตามพระราชบัญญัติเครื่อง สว่าน พ.ศ. 2535 ตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535
3. ผู้ที่มีความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณาตาม พระราชบัญญัติเฉพาะในส่วนที่ เกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณานั้น หมายรวมถึงทุกคนที่ทำการโฆษณาโดยผิดกฎหมาย แต่จาก

บทบัญญัติของกฎหมายมิได้บัญญัติให้ชัดเจนในการที่ผู้กระทำการโฆษณาจะเข้าใจได้ว่า เขาเหล่านั้นจะต้องปฏิบัติตามอย่างไรบ้าง เพื่อให้โฆษณานั้นชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายจึงเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจในการตีความการบังคับใช้กฎหมายได้โดยอิสระ อีกทั้งกฎหมายก็มิได้กำหนดไว้แจ้งชัดว่าการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้โฆษณาในลักษณะ Pre-Censor นั้น เจ้าหน้าที่จะต้องใช้เวลาในการตรวจพิจารณาเป็นเวลานานเท่าใด ผู้ประกอบธุรกิจจึงประสบปัญหาการใช้ดุลยพินิจอย่างไม่มีหลักเกณฑ์ที่ตรวจสอบได้ในการตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ และเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานล่าช้า เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติภารกิจดังกล่าวภายในระยะเวลาเท่าใด

4. การควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐ มีทั้งการควบคุมแบบ Pre-Censor และ Post-Censor ในส่วนของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาซึ่งควบคุมตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 และตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ. 2530) นั้น เป็นการควบคุมในลักษณะ Pre-Censor และส่วนของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ซึ่งควบคุมตามพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 และการควบคุมโฆษณาโดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตรายนั้น พ.ศ. 2535 เป็นการควบคุมในลักษณะ Post-Censor ซึ่งการควบคุมทั้งสองลักษณะจะต้องอาศัยกำลังของพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งก็อาจเกิดช่องโหว่ในการแสวงหาประโยชน์จากเอกชนได้ และในส่วนของ การควบคุมโดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา และคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์แห่งชาตินั้น ไม่ปรากฏว่ามีหลักการตีความต่าง ๆ ที่เปิดเผยและพอจะถือเป็นหลักเกณฑ์ที่แจ่มชัดเพียงพอที่ใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาคำขอโฆษณาของผู้ประกอบการได้ มิใช่เป็นการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างขวางดังเช่นในปัจจุบัน ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถทราบได้ว่า เขาควรจะโฆษณา เช่นใดให้ถูกต้องตามดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ได้ อีกทั้งการควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐนี้มีบทลงโทษในเรื่องการเปรียบเทียบปรับ ซึ่งการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปรียบเทียบปรับนี้ เนื่องจากมีข้อคดีที่เป็นความผิดร้ายแรงในเชิงอาชญากรรมจึงมีบทบัญญัติในการเปรียบเทียบปรับได้ อย่างไรก็ตามการมีบทบัญญัติในเรื่องนี้มีผลทำให้คดีอาญาระงับ และการทำให้คดีอาญาระงับนี้ จะเป็นผลในแง่คดีไม่ยืดเยื้อและระงับจบสิ้นเร็ว แต่ผลเสียที่อาจเกิดขึ้นได้คือผู้กระทำความผิดมีความเกรงกลัวต่ออำนาจเจ้าหน้าที่น้อยกว่ากรณีไม่มีบทเปรียบเทียบปรับ



## ข้อเสนอแนะ

1. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แม้จะได้มีบทบัญญัติให้ทั้งผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา (ผู้ประกอบกิจการโฆษณา) เจ้าของสื่อโฆษณา ต้องรับผิดชอบหากเกิดการโฆษณาที่ฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้น แต่ในส่วนของบทกำหนดโทษอาญานั้นกฎหมายบัญญัติให้ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณาระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่ระวางแก่ผู้โฆษณา ทั้ง ๆ ที่ในบทนิยามศัพท์ก็มิให้มีการแยกความหมายของคำว่า ผู้ประกอบกิจการโฆษณาออกมาจากคำว่าผู้โฆษณา ผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าที่จะมีการแก้ไขบทนิยามศัพท์ให้ชัดเจนแจ้งว่าผู้ใดคือ ผู้ประกอบกิจการโฆษณา

2. พระราชบัญญัติเฉพาะที่มีบทบัญญัติในทำนองให้ผู้กระทำการโฆษณามีหน้าที่ต่าง ๆ แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามกฎหมายที่แน่ชัด เช่น พระราชบัญญัติอาหาร และพระราชบัญญัติยา ควรจะได้รับการแก้ไข โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการควบคุมการโฆษณาว่า โฆษณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเช่นใด หรือโฆษณาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเช่นใด โดยอาจจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดนี้ไว้ใน กฎกระทรวง หรือประกาศ หรือระเบียบอื่น ๆ ที่เผยแพร่ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทราบ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบตามกฎหมายจะได้มีแนวทางในการใช้ดุลยพินิจของตน และเพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทราบว่าตนเองมีหน้าที่ตามกฎหมายอย่างไรบ้าง และระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ ควรจะบัญญัติไว้ให้ชัดว่าต้องพิจารณาภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อให้ทันต่อความเป็นไปของธุรกิจ อีกทั้งควรจะมิมีบทบัญญัติให้ผู้กระทำการโฆษณามีโอกาสพิสูจน์และโต้แย้งเจ้าหน้าที่ที่ได้สั่งการในชั้นบริหารด้วย มิใช่การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่โดยไม่มีโอกาสให้มีการโต้แย้งหรือพิสูจน์ว่า เขาได้กระทำการถูกต้องตามกฎหมายแล้ว

ซึ่งในเรื่องการให้โอกาสโต้แย้งและพิสูจน์นี้จะมีผลต่อเมื่อผู้กระทำการทราบหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดว่าเขาจะต้องทำอะไรบ้างตามกฎหมาย ดังนั้นการแก้ไขจึงจะต้องทำควบกัน

3. การควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐ ในส่วนของการควบคุมโดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา และคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ นั้น เป็นการใช้อดุลยพินิจในการตัดสินใจว่าการโฆษณาที่ยื่นขออนุญาตนั้นจะอนุญาตให้โฆษณาได้หรือไม่ (Pre-Censor) ซึ่งการใช้อดุลยพินิจในการตัดสินใจนั้นในปัจจุบันไม่มีแนวทางกำหนดไว้แจ่มชัด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาหนักแก่ผู้ประกอบการที่ต้องการรู้และปฏิบัติตามกฎหมายดังนั้น จึงควรจะมีหลักเกณฑ์



และแนวทางในการตีความการใช้ดุลยพินิจอย่างแจ่มชัด เพื่อที่จะเป็นแนวทางให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจเป็นแนวทางเดียวกันและเปิดเผยแนวทางการใช้ดุลยพินิจแก่ผู้ประกอบการให้เขาเหล่านั้นได้รู้และเข้าใจหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจ เพื่อเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายที่แจ่มชัดและยุติธรรมแก่ผู้ประกอบการต่อไป

เนื่องจากการโฆษณาสินค้าและบริการนั้น จะต้องอยู่ภายใต้บทบังคับของกฎหมาย และการควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐข้างต้นมีบทบาทอย่างสูงต่อผู้ประกอบการและองค์กรของรัฐนั้น เจ้าหน้าที่ที่ควบคุมอยู่ใช้ดุลยพินิจที่หากฎเกณฑ์ให้ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายปฏิบัติตามไม่ได้ เพราะการไม่มีกฎเกณฑ์ในการตีความ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้มีการควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพ และการให้มีการควบคุมกันเอง เพื่อช่วยให้การโฆษณาที่ออกมามีคุณภาพหรือมีมาตรฐานมากกว่าในปัจจุบัน ซึ่งวิธีการควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพ และการควบคุมกันเองนี้เป็นการป้องกันปัญหาโฆษณาที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้นให้น้อยลง และเป็นการช่วยเหลือผู้ประกอบการธุรกิจในการช่วยหาโฆษณาที่มีมาตรฐานที่สูงขึ้น และตรวจสอบข้อความโฆษณาของเขาว่าเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ

#### 4. การควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การโฆษณาเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อสังคม แม้จะมีกฎหมายรองรับในเรื่องนี้อยู่มากตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่ผู้ที่จะประกอบธุรกิจการโฆษณาก็ควรมีความรับผิดชอบต่อลูกค้า ต่อผู้บริโภคและต่อสังคม ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากวิชาการโฆษณามีลักษณะของการเป็นวิชาชีพ<sup>1</sup> (Profession) ซึ่งประกอบด้วย 4 ลักษณะ คือ

1. ลักษณะของงาน เป็นงานที่ต้องใช้ความชำนาญ (Skilled) และความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขา (Specialised) ต้องใช้ปัญญา (Mental) ต้องใช้ระยะเวลาฝึกอบรมทั้งทฤษฎีและปฏิบัติก่อนที่จะปฏิบัติการ

---

<sup>1</sup> ศิณิชาต เกียรติกั้ววาฬโกล, ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2532, หน้า 6-7.



2. ลักษณะที่เป็นจรรยาบรรณ (The moral aspect) ต้องควบคุมคู่ไปกับความซื่อสัตย์ (The general duty of honesty) ซึ่งเป็นที่คาดหวังจากลูกค้าด้วยว่าควรจะรักษาความลับของผู้ที่เข้าไปเกี่ยวข้อง (Confidentiality) และยังมีหน้าที่ต่อสังคมอย่างกว้างขวางด้วย เช่น ต้องใจกว้างที่ตนเองแน่ใจว่าเป็นเรื่องจริงเท่านั้น และจะต้องไม่ประมาทเลินเล่อในการโฆษณา กล่าวคือจะต้องกลั่นกรองข้อมูลก่อนทำการโฆษณา เป็นต้น

3. ลักษณะเป็นองค์กรที่รวมตัวกันเป็นหมู่คณะ (Collective Organization) ซึ่งปกติแล้วผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องสังกัดสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งออกกฎข้อบังคับในการรับเข้าเป็นสมาชิก และหาทางที่จะส่งเสริมมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพ (to uphold the standards of profession)

4. สถานภาพ (Status) การประกอบวิชาชีพโดยส่วนมากแล้วมีสถานภาพสูงในสังคม

จะเห็นได้ว่าจากทั้ง 4 ลักษณะที่ได้กล่าวมาข้างต้น ลักษณะการทำการโฆษณาเป็นงานที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะสาขา ต้องมีจรรยาบรรณเพราะเป็นงานที่กระทำต่อสังคม ต้องมีการรวมตัวเป็นหมู่คณะ เช่น สมาคมโฆษณาธุรกิจแห่งประเทศไทยจะมีกฎข้อบังคับของสมาคมเองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการชำระไว้และยกระดับวิชาชีพการโฆษณาให้ดีขึ้น และมีความรับผิดชอบต่อสังคมสูงขึ้น ดังนั้นผู้ประกอบการทางงานโฆษณาจึงเป็นผู้ประกอบวิชาชีพตามความหมายข้างต้นแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากการโฆษณาก็เป็นวิชาชีพแขนงหนึ่ง และการกระทำต่อสังคมแม้ว่าการกระทำโฆษณาจะเป็นเรื่องทางธุรกิจ แต่การกระทำโฆษณานั้นก็ส่งผลต่อชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินได้ ดังนั้น จึงกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมได้ หากการโฆษณานั้นกระทำโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย แม้ว่าการควบคุมการโฆษณาที่ผิดกฎหมายนั้น ได้มีกฎหมายหลายฉบับบัญญัติควบคุมผู้กระทำการโฆษณาให้ต้องกระทำถูกต้องตามกฎหมายไว้แล้ว หรือบัญญัติในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดในเรื่องโฆษณา ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไป หรือการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องของสินค้านั้น ๆ หรือในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่าด้วยสัญญา หรือละเมิดแล้วก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า การควบคุมหรือเยียวยาในลักษณะดังกล่าวเป็นการควบคุมที่ปลายเหตุ

กล่าวคือบทลงโทษตามกฎหมาย เป็นลักษณะของการควบคุมในลักษณะที่เกิดการกระทำความผิดแล้ว เสียมากกว่า

ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีวิธีป้องกันการกระทำผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งอาจกระทำโดยการควบคุมบุคคลผู้เป็นแหล่งกำเนิดผลงานโฆษณาก่อนการควบคุมโดยกฎหมายอื่น ๆ หากทำเช่นนี้ได้จะเป็นการป้องกันการวางมาตรฐานชิ้นงานโฆษณาให้ถูกต้องตามกฎหมายขั้นหนึ่ง ก่อนจะออกสู่สายตาผู้บริโภค ซึ่งเมื่อถึงเวลา เช่นนั้นหากมีความเสียหายหรือผิดกฎหมายก็ไปฟ้องร้องกันตามกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ซึ่งการควบคุมดังกล่าวน่าจะเป็นกฎหมายควบคุมวิชาชีพการโฆษณา ซึ่งอาจออกมาในรูปของการกำหนดให้ผู้ที่จะทำการโฆษณาไม่ว่าด้วยตนเอง หรือโดยผู้อื่น เช่น ผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณาควรที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อันหนึ่งร่วมกัน เช่น อาจจะมีการควบคุมตามกฎหมายควบคุมวิชาชีพ ซึ่งอาจมีเนื้อหาเป็นการวางมาตรฐานในการควบคุมวิชาชีพในลักษณะ<sup>2</sup> เช่น

1. อาจกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพไว้โดยมีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตได้นั้น ต้องมีคุณสมบัติและความรู้ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจกำหนดให้ต้องเป็นผู้ผ่านการศึกษาระดับอาชีวศึกษาขึ้นไป มา โดยมีปริญญาหรือประกาศนียบัตรเป็นหลักฐาน ซึ่งจะเป็นการวางกฎเกณฑ์พื้นฐานระหว่างผู้ที่ทำ หรือรับรองงานโฆษณาที่ออกสู่สายตาประชาชนขั้นหนึ่ง ๆ นั้น จะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในแขนงการโฆษณาในระดับหนึ่งโดยอาจแบ่งคุณสมบัติออกเป็นลำดับขั้น เช่น ประเภท ก. หมายถึงบุคคลที่มีคุณสมบัติคือ ผ่านการศึกษาน้อย ระดับปริญญาตรีขึ้นไป ในสาขาวิชาวิทยาศาสตร์ หรือ วารสารศาสตร์ สาขาการโฆษณา ส่วนประเภท ข. หมายถึง บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติตาม ก. เป็นต้น

2. อาจกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตสำหรับวิชาชีพการโฆษณา ซึ่งเป็นการตรวจสอบและควบคุมปริมาณของผู้ที่ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาต ทำให้การควบคุมดูแลความประพฤติหรือจริยธรรมในหมู่ผู้ประกอบการวิชาชีพทำได้แน่นอน

<sup>2</sup> ศีลีนารถ เกียรติกิจวาฬไกล, ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2532, หน้า 57-58.



3. อาจจัดตั้งหรือกำหนดองค์การควบคุมการประกอบวิชาชีพขึ้น ซึ่งในประเทศไทยทำกันมาใน 2 ลักษณะ คือ

3.1 ลักษณะที่มีชื่อว่า "สภา" ซึ่งในกรณีสภานี้จะมีสถานะ เป็นนิติบุคคลอิสระ เช่น เนติบัณฑิตยสภา แพทย์สภา สภานายความ เป็นต้น

3.2 ลักษณะที่มีชื่อว่า "คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพ" เช่น คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพวิศวกรรม คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม เป็นต้น

องค์การตาม 3.1 และ 3.2 มีหน้าที่สอดส่องดูแลความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพ และสอบสวนผู้กระทำที่ถูกล่ามำว่าประพฤตินละเมิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพ และกำหนดให้ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนต้องปฏิบัติตามมารยาทหรือจริยธรรมแห่งอาชีพ โดยออกเป็นกฎหมายหรือข้อบังคับกับองค์การตามข้อ 3.1 หรือ 3.2 ซึ่งส่วนมากกฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์การในการลงโทษผู้กระทำผิด โดยการสั่งพักใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

### กฎหมายที่จะบังคับใช้ควรจะเป็นกฎหมายในลักษณะใด

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าในเบื้องต้น กฎหมายที่ควบคุมควรเป็นในลักษณะแรกคือ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพหมายความว่า จะต้องเป็นผู้ที่ผ่านการศึกษานในสาขาอาชีพนั้น ๆ มาโดยมีปริญญา เป็นหลักฐาน เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติประเภท ก. และลำดับขั้นต่อมาคือผู้ที่มีคุณสมบัติ ประเภท ข. ซึ่งอาจจะมีเงื่อนไขว่าประกอบธุรกิจการระดมมานานมาก เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติ ประเภท ข. เป็นต้น ซึ่งการให้การศึกษาในสาขาอาชีพการระดมนี้ จะต้องมีการอบรมเรื่องจริยธรรมและจรรยาบรรณของการเป็นนักระดมที่ดี และควรมีความรู้สึกรับผิดชอบต่อสังคม โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพหมายความว่า จะต้องผ่านคุณสมบัติ เช่นใดมาบ้าง เพื่อให้เข้าใจได้ชัดเจนว่าการระดมเป็นวิชาชีพที่ผู้ฝีมือ และทักษะ (skill) เท่านั้นที่จะทำได้ และบัญญัติว่านักวิชาชีพระดมที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดนั้น มีหน้าที่ในทางวิชาชีพที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพ (duty of care) ซึ่งหมายถึง การใช้ความระมัดระวังในระดับที่สูงกว่าวิญญูชนที่ไม่มีวิชาชีพเช่นเดียวกัน ซึ่งนำพิจารณาว่าหากมีบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะ เช่นนี้แล้ว กฎหมายนี้จะ เป็นกฎหมายในลักษณะของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อปกป้องบุคคล

อื่นตามมาตรา 422 ด้วย (ซึ่งจะเป็นการปลุกการพิสูจนการจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้เป็นของจำเลย) แต่หากจะกำหนดควบคุมในลักษณะการขอรับและเพิกถอนใบอนุญาตนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่เหมาะสมกับสังคมปัจจุบัน ควรจะให้ผ่านขั้นตอนข้างต้นเสียก่อน ซึ่งหากยังไม่มีการพัฒนาให้เกิดการควบคุมในลักษณะแรกดังกล่าว และจะใช้วิธีการขอรับและเพิกถอนใบอนุญาตก็จะเป็นการรุนแรงเกินไป ซึ่งอาจเกิดการต่อต้าน ซึ่งเรื่องนี้ควรจะเป็นการวางรากฐานในการพัฒนาวิชาชีพการโฆษณาต่อไป

ในประเทศไทย ได้มีการจัดตั้งสมาคมโฆษณาทางธุรกิจแห่งประเทศไทยซึ่งจัดตั้งขึ้นตั้งแต่ พ.ศ. 2514 และมีกฎระเบียบของสมาคม ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว แต่สมาคมดังกล่าวหาได้มีบทบาทอย่างเพียงพอเท่าที่ควรจะเป็นไม่ กล่าวคือ ปัจจุบันนี้ ผู้ที่ทำการโฆษณาจะเป็นสมาชิกของสมาคมหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นการฝ่าฝืนบทข้อบังคับในเรื่องจรรยาบรรณของสมาคมก็ไม่มีผลบังคับทางปฏิบัติ อีกทั้งสมาคมดังกล่าวไม่สามารถมีบทบาทต่อการทำธุรกิจโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาใดได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในทางเองเป็นบทบังคับในเชิงกฎหมายมารองรับให้อานาจสมาคมดังกล่าว ดังนั้น ผู้ใดจะเข้าสมาคมหรือไม่ก็ได้ก็สามารถประกอบวิชาชีพการโฆษณาได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าจะมีกฎหมายมารองรับสมาคมดังกล่าว เพื่อให้การควบคุมนักโฆษณาโดยสมาคมโฆษณาธุรกิจแห่งประเทศไทยเป็นไปได้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งในเรื่องนี้จะเป็นเรื่องแนวคิดในการควบคุมกันเอง

## 5. การควบคุมกันเอง<sup>3</sup> (Self-Regulation)

แนวคิดในการควบคุมกันเองเกิดขึ้นจาก การที่นักธุรกิจคิดว่าเขาควรมีส่วนรับผิดชอบต่อสังคม โดยผลิตผลงานโฆษณาที่ถูกกฎหมาย อีกทั้งเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาข้อโต้แย้งเนื่องจากการตรวจสอบและระงับการโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยรัฐ นักธุรกิจจึงคิดว่าเขาควรจัดตั้งองค์กรขึ้นมาตรวจสอบการโฆษณาที่มีขอบด้วยกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาที่ผิดกฎหมาย และคุ้มครองผู้ประกอบการค้าแข่งขันจากการโฆษณาของกลุ่มค้าแข่งขัน

<sup>3</sup>James P. Neelankavil And Albert B. Stridsberg ,Advertising Self-Regulation : A Global Perspective, 1980.



ในประเทศที่การประกอบธุรกิจทางการโฆษณา มีความเจริญอย่างยิ่งยอนั้น มักจะมีการเรียกร้องและส่งเสริมให้มีการควบคุมกันเอง โดยการควบคุมกันเองนี้จะเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นก่อนการบังคับใช้บรรดาตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ที่ควบคุมการประกอบธุรกิจการโฆษณา ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย

สำหรับฝ่ายที่เห็นด้วยว่าควรมีการควบคุมกันเองมีเหตุผลว่า ในการประกอบธุรกิจการโฆษณานั้นความเชื่อถือไว้วางใจ (Creditbility) มีความสำคัญต่อผู้ประกอบการ เช่น ในการโฆษณาถ้าปรากฏว่าข้อความที่โฆษณาเป็นข้อความที่เชื่อถือไม่ได้ ผู้บริโภคจะไม่สนใจในโฆษณาเลย และผลร้ายก็จะเกิดขึ้นแก่ตัวแทนโฆษณา ผู้โฆษณา เจ้าของสื่อโฆษณาและผู้ประกอบธุรกิจทันที และจากข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าการควบคุมโดยกฎหมายในลักษณะของการ Pre - Censor โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีความรวดเร็วเพียงพอ และเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เข้าใจในลักษณะของธุรกิจการโฆษณามากพอที่จะใช้กฎหมายควบคุมการโฆษณาที่เป็นธรรมต่อธุรกิจโฆษณาได้ ผู้ที่รู้ถึงความจำเป็นและลักษณะธุรกิจโฆษณานั้นดี ควรที่จะได้เป็นผู้ควบคุมโดยผู้ประกอบการประเภทนั้น ๆ ซึ่งก็ได้แก่การในองค์กรที่ประกอบด้วยผู้ประกอบการอาชีพทางการโฆษณาและคณะกรรมการเฉพาะกิจ (Board Of Advertising) เป็นผู้ควบคุมกันเอง

สำหรับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยว่าควรมีการควบคุมกันเองมีความเห็นว่าการควบคุมกันเองนั้นเป็นเรื่องที่ทำได้ยากมาก เพราะการควบคุมกันเองไม่มีมาตรการบังคับที่แน่นอน และมีการดำเนินการอย่างไม่เป็นทางการและอาจเห็นแก่หน้ากันได้ และโดยที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าความเสียหายอันเนื่องมาแต่โฆษณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หาได้มีเฉพาะในวงการผู้ประกอบการเกี่ยวกับการโฆษณาเท่านั้นไม่ แต่ความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายต่อสาธารณชนจึงเห็นว่าเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุมโดยตัวบทกฎหมายเท่านั้น การให้มีความรับผิดชอบตามกฎหมายจึงเป็นการถูกต้องตามหลักการคุ้มครองสังคมแล้ว<sup>4</sup>

สำหรับตัวอย่างองค์กรที่ควบคุมกันเองในทางการโฆษณานั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ง่ายคือในสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีองค์กรมากมายหลายกลุ่มและมีการดำเนินงานร่วมกันบ้างแยกกันบ้าง เช่น สำนักงานเพื่อธุรกิจที่ดีกว่า (Better Business Bureau) หรือ BBB อันเป็นสมาคมการค้า

<sup>4</sup>Franle Jeflcins, Advertising Today (New York : Horton Press, 1976) : p 149-151.

ของผู้ประกอบธุรกิจที่กระจายอยู่ในหลายมลรัฐของอเมริกา มีกิจการเกี่ยวกับการพัฒนาธุรกิจทั่วไป รวมทั้งการรับคำร้องเกี่ยวกับการโฆษณาที่เป็นเท็จด้วย ในปี ค.ศ. 1971 BBB ได้ร่วมกันจัดตั้ง National Advertising Division (NAD) และมีกรกลั่นกรองข้อวินิจฉัยโดย (National Advertising Review Board (NARD) ซึ่งทำหน้าที่ด้วยการควบคุมโฆษณาโดยเฉพาะ โดยเมื่อ BBB ได้รับคำร้องเกี่ยวกับการโฆษณาซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยการร้องขอจากผู้ประกอบธุรกิจ โฆษณาโดยสมัครใจหรืออาจเป็นข้อพิพาทโต้แย้งส่งมาให้ NAD พิจารณา NAD พิจารณาเช่นใดแล้ว ก็จะไปยังผู้โฆษณาให้ระงับหรือแก้ไขเสียหรือโฆษณาตามนั้นได้ แต่ฝ่ายผู้โฆษณาอาจอุทธรณ์ต่อ กรรมการพิเศษอีกชุดหนึ่งได้ คือ NARD NARD สั่งอย่างไรให้เป็นไปตามนั้น ถือว่าถึงที่สุดของ ระบบการควบคุมกันเอง ในกรณีที่ผู้โฆษณาฝ่าฝืนคำสั่งของ NARD NARD จะเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องที่ตนได้ตัดสินโฆษณานั้นและส่งเรื่องให้ FTC (Federal Trade Commission) ดำเนินการตามกฎหมายต่อไป ซึ่งตั้งแต่มีองค์กรนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนคำสั่งของ NARD และส่งเรื่องราวให้ FTC มาก่อน นอกจากนี้ยังมีสมาคมตัวแทนโฆษณา (American Association of Advertising Agencies) หรือ AAAA อันเป็นสมาคมระดับชาติ มีจุดมุ่งหมายเพื่อการพัฒนาวิชาชีพโฆษณา และมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพ โฆษณาเผยแพร่เพื่อให้สมาชิกปฏิบัติตาม สำหรับกลุ่มผู้โฆษณาเองก็มีสมาคมผู้โฆษณาแห่งชาติ (Association of National Advertisers) ประกอบด้วยบริษัทธุรกิจใหญ่ ๆ มุ่งส่งเสริม โฆษณาและรสนิยมที่ใช้ในการโฆษณาการควบคุมจะมีกรรมการชุดหนึ่งประกอบด้วยผู้โฆษณา และตัวแทนโฆษณาคอยพิจารณา และอาจแสดงความไม่เห็นด้วยกับโฆษณาบางประเภทที่ไม่เหมาะสมแม้จะ ไม่ถึงกับขัดกฎหมายก็ตาม และการระงับโฆษณาก็เป็นไปในรูปของการขอความร่วมมือ และในกลุ่ม สื่อโฆษณาก็มีการควบคุมทางจรรยาบรรณให้ไม่รับแพร่หลายโฆษณาที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง แต่ การบังคับก็เป็นไปในรูปของความสมัครใจเช่นเดียวกัน

การพิจารณาเรื่องราวขององค์กรตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะกระทำในลักษณะของการ ขอความร่วมมือและให้ความร่วมมือซึ่งกันและกัน ซึ่งมีแนวโน้มว่าการควบคุมการโฆษณาโดยใช้วิธี การควบคุมกันเองนี้แม้จะไม่มียุทธศาสตร์ทางกฎหมาย เนื่องจากการฝ่าฝืนคำสั่งให้ระงับหรือแก้ไขของ องค์กรที่ควบคุม จะต้องส่งเรื่องไปให้ FTC ตัดสิน เพื่อให้มีผลตามกฎหมายอย่างจริงจัง แต่ใน ทางปฏิบัติการควบคุมกันเองนี้ได้ผลในการควบคุมการโฆษณาที่ผิดกฎหมายอย่างสูง เนื่องจากเหล่า ผู้ประกอบการจะระงับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งของตนเมื่อได้เจรจากับองค์กรที่ตนมอบหมายไว้ วางใจให้ตัดสินการโฆษณาเหล่านั้นให้



ผู้เขียนเห็นว่า การควบคุมกันเองนั้นมีข้อที่น่าจะนำมาพิจารณา ดังนี้ คือ

1. องค์กรของการควบคุมกันเองนี้มีแนวคิดที่เกิดขึ้นมา เพื่อการตรวจสอบการทำงานชั้นงานโฆษณาของตนว่าเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่
2. ผู้ประกอบการที่ผลิตงานโฆษณานั้น ๆ ไม่ต้องการเสียภาพพจน์ของตน หากเกิดแทรกแซงโดยรัฐในงานโฆษณานั้นว่าผิดกฎหมาย
3. การส่งเรื่องให้องค์กรเหล่านี้จะผ่านการพิจารณาโดยรวดเร็วกว่าและเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการพิจารณาโดยองค์กรของรัฐ (FTC)
4. หากไม่ส่งเรื่องเข้าองค์กร การควบคุมกันเองก็จะเป็นการยากสำหรับผู้โฆษณาตัวแทนโฆษณา เจ้าของสื่อโฆษณาในการพิจารณาชั้นงานโฆษณานั้น ๆ ว่าถูกต้องตามกฎหมายแล้วหรือไม่ ซึ่งก็จะเป็นการตรวจสอบการทำงานเพื่อความมั่นใจของตนเองอีกชั้นหนึ่งนั่นเอง
5. องค์กรเหล่านี้จะพัฒนาและมีข้อมูลการตีความกฎหมายที่ทันสมัย เนื่องจากเป็นผู้ดูแลเฉพาะเรื่องโดยตรง จึงมีความรู้และข้อมูลการตีความของ FTC ที่รวดเร็วกว่าผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา เจ้าของสื่อโฆษณา ในการตีความการโฆษณาที่ผิดกฎหมาย

จึงเห็นได้ว่า แนวคิดในการควบคุมกันเองนี้น่าจะสมควรแล้วหรือไม่ที่ประเทศไทยจะรับแนวคิดดังกล่าวมาใช้เพื่อการควบคุมกันเอง ผู้เขียนเห็นว่าหากวิชาชีพโฆษณาพัฒนาไปอีกระดับหนึ่งซึ่งผู้ประกอบการโฆษณามีจรรยาบรรณและความรับผิดชอบต่อสังคมสูงกว่าในปัจจุบันแล้ว แนวคิดในการควบคุมกันเองน่าจะมีผลใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือหากยังไม่มีการพัฒนาไปถึงการมีความรับผิดชอบต่อสังคมแล้ว และมีการควบคุมกันเองเกิดขึ้นคำสั่งที่สมาคมเหล่านี้สั่งหรือตัดสินนั้น อาจเกิดจากการเห็นแก่หน้าก็ได้ ผลก็จะกลายเป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและเป็นการกีดกันผู้ค้าแข่งขันหรือตัวแทนโฆษณารายใหม่ได้ ซึ่งมีได้พิจารณาโดยมีพื้นฐานของความรับผิดชอบต่อสังคม แต่หากเกิดการพัฒนาไปถึงระดับที่ผู้ประกอบการโฆษณามีความรับผิดชอบต่อสังคมแล้ว และผู้ประกอบการโฆษณาย่อมที่จะมีแนวคิดที่ไม่มีผู้ประกอบการใดต้องการจะเสียงานการกระทำความผิดตามกฎหมาย ดังนั้น จึงน่าจะเป็นแนวคิดที่ที่น่าจะนำมาพิจารณาเป็นแนวทางในการพัฒนามาใช้ในประเทศไทยเมื่อถึงเวลาอันควร

ในเรื่องนี้มีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การควบคุมกันเองนี้ ควรจะได้รับการพัฒนา  
 ให้นำมาใช้หลังจากเกิดกฎหมายควบคุมในลักษณะการควบคุมทางวิชาชีพ ซึ่งจะไปในลักษณะการ  
 กำหนดให้มีจรรยาบรรณและกำหนดให้มีคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพในระดับหนึ่ง ซึ่งจะ เป็น  
 การแก้ไขที่ต้นเหตุของการโฆษณาที่ผิดกฎหมาย และจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจโฆษณา มีความรับผิดชอบ  
 ต่อสังคมมากขึ้น และเมื่อเน้นการรับเอาแนวคิดเรื่องการควบคุมกันเอง มาใช้ในประเทศไทยก็ไม  
 น่าจะเกิดผลเสียแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นไปในลักษณะขอความร่วมมือหรือแก้ไขการโฆษณา  
 ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันเองควบคุมกันเองนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป การควบคุมการโฆษณาโดยองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นโดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการอาหารและยา หรือคณะกรรมการวิทยุกระจายเสียงและ  
 วิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ หรือการเยียวยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องสัญญา หรือ  
 ละเมิด ซึ่งผู้เสียหายก็เกิดอุปสรรคข้อขัดข้องในการเยียวยาความเสียหายและไม่ว่าจะเป็น การ  
 ควบคุม หรือเยียวยาผลเสียหายจากการโฆษณาก็เป็นในลักษณะของการกระทำความผิดนั้น เกิดขึ้น  
 แล้วอีกทั้งการควบคุมโดยองค์กรของรัฐนั้น เจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอในการปฏิบัติการให้เป็นไปตาม  
 ตัวบทกฎหมาย จึงควรที่จะนำหลักการในเรื่องการควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพโดยการร่างกฎหมาย  
 กำหนดให้มีการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ประกอบการโฆษณา โดยจะต้องผ่านการศึกษาใน  
 สาขาที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาในระดับหนึ่ง และกำหนดให้บุคคลเหล่านั้นมีหน้าที่ในการใช้ความ  
 ระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งบุคคลเหล่านี้จะต้องผ่านการอบรมในเรื่องจรรยาบรรณและ  
 ความรู้ที่ลึกซึ้งและรับผิดชอบต่อสังคม และหลังจากที่สังคมกระทำธุรกิจโฆษณาได้พัฒนาไปถึงระดับ  
 ที่พร้อมในการนำมาใช้ ซึ่งเป็นเวลาที่ผู้ประกอบการโฆษณา มีความรู้ที่รับผิดชอบต่อสังคมผู้บริโภค  
 เสียก่อน และเมื่อเน้นจึงควรที่จะนำหลักการในเรื่องการควบคุมกันเองมาใช้ในประเทศไทย เมื่อ  
 การควบคุมกันเองแข็งแกร่งเพียงพอที่หน่วยงานที่รับหน้าที่พิจารณาโฆษณา จะพิจารณาสั่งการโดย  
 ไม่เห็นแก่หน้าพวกพ้องของตนเองแล้ว เพราะมีความสำคัญต่อสังคมมากกว่า เมื่อเน้นจึงควรจะนำ  
 หลักการควบคุมกันเองมาใช้ในประเทศไทย ซึ่งวิธีการทั้งสองนี้จะเป็นการช่วยเหลือรัฐแก้ไขปัญหา  
 การควบคุมโฆษณาโดยองค์กรของรัฐได้เป็นอย่างดี ช่วยเหลือผู้ประกอบการโฆษณาให้มีและรู้  
 มาตรฐานในการกระทำการโฆษณาที่ถูกต้องมากขึ้น พร้อมกันนี้ยังช่วยเหลือผู้บริโภคให้ได้รับข้อมูล  
 ข่าวสารจากการโฆษณาที่เป็นธรรมไม่หลอกลวง ซึ่งถือเป็นการแก้ปัญหาของทั้งผู้บริโภค ผู้กระทำ  
 การโฆษณา และหน่วยงานของรัฐที่ควบคุมการโฆษณาด้วย