

ความรับผิดทางอาญาฐานโฆษณาและสื่อสารการตลาดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์*
Criminal Liability of Advertising and Marketing Communication
of Alcohol Beverage

*สุพิชชา เศรษฐ์ธันต์ศักดิ์

1. บทนำ

การสื่อสารการตลาดเป็นกลยุทธ์ที่สำคัญในการสื่อสารมูลข่าวสารต่าง ๆ ขององค์กร ไปยังกลุ่มผู้รับสารเป้าหมาย ซึ่งรูปแบบของการสื่อสารการตลาดพื้นฐานที่สำคัญที่นิยมใช้กันในปัจจุบัน มีมากมาย ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การส่งเสริมการขาย หรือการตลาดทางตรง โดยการโฆษณานั้น ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการสื่อสารการตลาดที่ประชาชนเข้าถึงได้ง่าย และมีผลต่อการตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้าของประชาชนค่อนข้างมาก ซึ่งหน้าที่สำคัญของการโฆษณาก็คือ ขยายตลาดให้กว้างขึ้น กระตุ้นหรือเพิ่มยอดขายต่อทั้งผู้บริโภคที่เป็นลูกค้าเดิมและสร้างฐานลูกค้าใหม่ การโฆษณาจึงเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมและจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันที่มีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงเพื่อที่จะแย่งชิงยอดขายและครองส่วนแบ่งการตลาดให้มากที่สุด ในธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก็เช่นกัน จะมีการใช้กลยุทธ์การโฆษณาในการสื่อสารไปยังผู้บริโภค เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ทางการค้า อย่างไรก็ตาม เมื่อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่ใช่สินค้าทั่วไป แต่เป็นสินค้าที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้บริโภค และยังเป็นปัญหาต่อสังคมและเศรษฐกิจอีกด้วย ประเทศไทยต้องสูญเสียเงินเป็นจำนวนมากไปกับผลกระทบจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ทั้งที่เป็นต้นทุนทางตรง (ค่ารักษาพยาบาล ค่าทรัพย์สินที่เสียหาย ค่าการบังคับใช้กฎหมายและการฟ้องร้องคดีความ) และต้นทุนทางอ้อม (การสูญเสียผลิตภาพจากการเสียชีวิตก่อนวัยอันควร การสูญเสียผลิตภาพจากการขาดงาน)¹ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องมีกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และการจะสื่อสารไปยังผู้บริโภคก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนด

มาตรการในการควบคุมการโฆษณานั้น ถือเป็นมาตรการในเชิงป้องกันการเข้าถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มาตรการหนึ่ง ซึ่งมีผลการวิจัยหลายแห่งระบุว่า การโฆษณามีความสัมพันธ์กับความอยากลอง กล่าวคือ การโฆษณาจะมีผลต่อการบริโภคที่เพิ่มขึ้นในกลุ่มผู้ที่ดื่มอยู่แล้ว และยังเป็น การเพิ่มจำนวนนักดื่มหน้าใหม่ด้วย โดยเฉพาะกลุ่มของเด็กและเยาวชน ซึ่งปัจจุบันการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการตีความ และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น จึงควรจะต้องศึกษาแนวคิดและหลักการของการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ปัญหาการตีความกฎหมายที่เกิดขึ้น ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งการกำหนดความรับผิดทางอาญาในกรณีนี้ว่า บทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความชัดเจนและเหมาะสมเพียงพอที่จะทำให้สามารถแก้ไขปัญหาได้จริงและตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่

¹ ทักษพล ธรรมรังสี (บรรณาธิการ), สถานการณ์การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และผลกระทบในประเทศไทย ปี 2556, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา, 2556)

2. แนวความคิดในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นปัจจัยก่อปัญหาทั้งต่อสุขภาพกาย จิตใจ สังคม และเศรษฐกิจ และผลกระทบจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก็ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงตัวผู้บริโภคเท่านั้น ทั้งครอบครัว บุคคลรอบข้าง ชุมชน สังคม และประเทศ ทุกภาคส่วนล้วนต้องแบกรับภาระจากผลกระทบดังกล่าวทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องหามาตรการต่าง ๆ มาใช้เพื่อควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อแก้ไขปัญหาเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการในการเชิงควบคุมการผลิต การจำหน่าย การจำกัดการบริโภค มาตรการทางภาษี และมาตรการในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ควบคู่ไปกับการจัดให้มีโครงการรณรงค์ทางสื่อต่าง ๆ มากมาย เพื่อให้ประชาชนตระหนักถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

2.1 กรณีของประเทศไทย

การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งของประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันมีการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพิ่มขึ้น อีกทั้งอายุของผู้ดื่มที่เริ่มดื่มก็น้อยลง และจากการเปิดเผยผลสำรวจและวิเคราะห์การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ใน 44 ประเทศทั่วโลก ของยูโรมอนิเตอร์ (Euromonitor) เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2014 ประเทศไทยถูกจัดอยู่ในอันดับที่ 4 ของประเทศที่มีการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มากที่สุดในโลก รองจากเกาหลี รัสเซีย และฟิลิปปินส์ ตามลำดับ² ซึ่งเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพ³ ไม่ว่าจะเป็นพิษต่อสมอง ระบบทางเดินอาหาร ระบบหัวใจและหลอดเลือด ระบบต้านจุลชีพ สติปัญญา รวมทั้งสุขภาพจิต และยังเป็นปัจจัยเสี่ยงที่ก่อให้เกิดโรคและการบาดเจ็บเป็นอันดับต้น ๆ เมื่อเทียบกับปัจจัยเสี่ยงอื่น ๆ นอกจากนี้ การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ยังส่งผลกระทบต่อสังคมอีกด้วย เพราะมักจะทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถครองสติหรือควบคุมพฤติกรรมของตนเองได้ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาแก่ครอบครัวและสังคม ไม่ว่าจะเป็นการใช้ความรุนแรงในครอบครัว การทะเลาะวิวาท การลักขโมย การกระทำความผิดทางเพศ ปัญหาอาชญากรรมต่าง ๆ⁴ อีกทั้งยังมีปัญหาการเกิดอุบัติเหตุที่หลาย ๆ ครั้งเกิดจากการเมาแล้วขับ⁵ จากผลกระทบดังกล่าว รัฐจึงต้องมีนโยบายและมาตรการเพื่อที่จะควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งปัจจุบันก็มีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดมาตรการในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งโดยมากจะเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับใบอนุญาตการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การกำหนดฐานความผิดต่าง ๆ เมื่อมีการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

² <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2551059/South-Koreans-drink-TWICE-Russians-five-times-Brits.html>

³ ทักษพล ธรรมรังสี (บรรณาธิการ), *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*. และดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน บุญเลิศ จุลเกียรติ และอรพรรณ เมธาติลกุล, “สุรากับสุขภาพ,” และศรีวงศ์ หะวานนท์, “การดื่มสุราเป็นปัญหาที่ต้องแก้ไข,” *คู่มือรณรงค์ป้องกันปัญหาจากสุรา*, (กรุงเทพมหานคร : สมาคมป้องกันปัญหาจากสุราแห่งประเทศไทย, 2537).

⁴ ทักษพล ธรรมรังสี (บรรณาธิการ), *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*. และบัณฑิต ศรีไพศาล และคณะ, *รายงานสถานการณ์สุรา พ.ศ. 2552* (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา, 2552).

⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติม <http://www.ddd.or.th> มุลนิธิเมาไม่ขับ, <http://www.cas.or.th> ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา, <http://www.thaihealth.or.th/> สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ.และ <http://www.roadsafetythailand.com> ศูนย์อำนวยความสะดวกความปลอดภัยทางถนน

ในกรณีที่ถูกหมายห้าม การกำหนดข้อกำหนดไม่ให้แก้ตัวเมื่อมีความผิดเกิดขึ้นแล้ว⁶ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการในเชิงการป้องกัน ซึ่งเป็นอีกมาตรการที่สังคมควรจะต้องให้ความสำคัญ เพราะแม้การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มักจะนำไปสู่ปัญหาสังคมได้หลายประการตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่เมื่อการจะห้ามไม่ให้มีการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เลยนั้นไม่สามารถกระทำได้ มาตรการหนึ่งที่จะต้องนำมาใช้อย่างจริงจังคือ มาตรการในเชิงการป้องกัน เพราะหากมาตรการในเชิงป้องกันเป็นไปอย่างได้ผล ก็เท่ากับเป็นการลดความสูญเสียที่จะเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของสังคมโดยรวมได้⁷ ซึ่งมาตรการในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก็ถือว่าเป็นมาตรการในเชิงการป้องกันมาตรการหนึ่งที่สำคัญในการป้องกันการเข้าถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์⁸

ปัจจุบันมาตรการในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นไปตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่ในกรณีที่เป็นการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ใด ๆ โดยผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภทให้กระทำได้เฉพาะการให้ข้อมูลข่าวสารและความรู้เชิงสร้างสรรค์สังคม โดยไม่มีการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้น เว้นแต่เป็นการปรากฏของภาพสัญลักษณ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือสัญลักษณ์

⁶ เช่น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 253 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 เป็นต้น นอกจากนี้ ในอีกมุมหนึ่งของแนวคิดในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ รัฐก็ได้ใช้มาตรการทางภาษีในการหารายได้จากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ไม่ว่าจะเป็น ภาษีสรรพสามิต (Excise Tax) ภาษีศุลกากร (Customs Duty) ภาษีท้องถิ่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม หรือการกำหนดให้ต้องส่งเงินบำรุงกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพตามพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544 และเงินบำรุงองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 ซึ่งนโยบายทางภาษี ก็เป็นหนึ่งในมาตรการที่สามารถนำมาใช้จัดการปัญหาจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้อย่างมีประสิทธิภาพในระดับหนึ่ง แต่การจะใช้เพียงนโยบายทางภาษีอย่างเดียวคงไม่สามารถลดปัญหาการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ เพราะภาษีบางส่วนก็ต้องถูกนำมาใช้ในการรณรงค์ และการรักษาโรค รวมทั้งชดเชยตัวเลขทางสังคมที่ต้องสูญเสียไปจากการปัญหาการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยมีข้อมูลของกรมสรรพสามิตในปี 2549 ที่แสดงว่ารายรับในรูปแบบของภาษีที่ประเทศไทยได้จากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในปี 2549 เมื่อเทียบกับมูลค่าผลกระทบที่เกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แล้ว ผลกระทบที่เกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นมีมูลค่าสูงกว่ารายรับในรูปแบบภาษีถึง 2 เท่าตัว (ทักษพล ธรรมรังสี (บรรณาธิการ), *อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 1*) ซึ่งยังไม่นับรวมถึงความเจ็บปวดทุกข์ทรมานทางจิตใจที่ตามมา และผลเสียหายที่เกิดกับครอบครัวอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งไม่อาจประเมินค่าเป็นตัวเงินได้

⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “กฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันอันตรายที่เกิดจากการเสพยาหรือสิ่งมีเมา,” *รพีสาร*, ฉบับที่ 13, ปีที่ 4, น.32 (ตุลาคม - ธันวาคม 2538).

⁸ การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ฯ นั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ห้ามไว้เป็นการเฉพาะ แต่จะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการโฆษณาแทรกอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498 ซึ่งมาตรการเหล่านี้มีลักษณะเป็นมาตรการที่ไม่แตกต่างจากมาตรการทั่ว ๆ ไปมากนัก จึงไม่ส่งผลต่อการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้อย่างชัดเจน อีกทั้งไม่ครอบคลุมและไม่สามารถแก้ไขปัญหามาเป็นการเฉพาะได้

ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเท่านั้น ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับกับการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชาอาณาจักร และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 43 ซึ่งเป็นความผิดอาญา มีทั้งโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และยังได้กำหนดให้มีโทษปรับรายวันอีกวันละไม่เกินห้าหมื่นบาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง

2.2 กรณีของต่างประเทศ

นอกจากประเทศไทยแล้ว หลายประเทศทั่วโลกต่างก็ประสบปัญหาจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เช่นกัน โดยแต่ละประเทศก็มีความมาตรการและหลักเกณฑ์ในการควบคุมที่แตกต่างกันไป เช่น

(1) สหภาพยุโรป แม้ประเทศสมาชิกหลายประเทศจะมีวัฒนธรรมในการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือมีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสินค้าหลักอย่างหนึ่ง แต่สหภาพยุโรปก็ยังตระหนักถึงปัญหาของการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ จึงได้มีการกำหนดมาตรการและแนวทางต่าง ๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิกรับไปใช้เป็นแนวทางและปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็น Council Recommendation 2001/458/EC of 5 June 2001 on the drinking of alcohol by young people, in particular children and adolescents⁹ ซึ่งเน้นให้ทุกฝ่ายโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนได้รับรู้ปัญหาต่าง ๆ ที่เป็นผลมาจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ มุ่งส่งเสริมการวิจัยในมิติต่าง ๆ ของปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของเด็กและเยาวชน สร้างหลักประกันว่าบรรดาผู้ผลิตทั้งหลายจะไม่ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มุ่งเน้นไปยังกลุ่มเป้าหมายที่เป็นเด็กและเยาวชน การดำเนินการต่าง ๆ ในทางธุรกิจจะต้องไม่เป็นการดึงดูดความสนใจของเด็กและเยาวชนให้หันมาบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างภาพลักษณ์ในรูปแบบต่าง ๆ ว่าเป็น การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมเยาวชน การเชื่อมโยงว่าการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เกี่ยวข้องกับความสำเร็จในด้านต่าง ๆ การนำภาพเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องกับโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การให้การสนับสนุนแก่รายการแข่งขันกีฬา การแสดงดนตรี การจัดบริการให้เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ฟรีแก่เด็กและเยาวชนเพื่อการส่งเสริมการขาย เป็นต้น¹⁰ และยังมี DIRECTIVE 2010/13/EU of The European Parliament and of The Council of 10 March 2010 (Audiovisual Media Services Directive (AVMSD))¹¹ ซึ่งประเทศสมาชิกต้องให้ความมั่นใจว่า การสื่อสารในเชิงพาณิชย์ที่ให้บริการโดยผู้ให้บริการสื่อที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตนปฏิบัติตามข้อกำหนด เช่น การสื่อสารเชิงพาณิชย์เกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องไม่มุ่งเน้นไปที่เยาวชน ต้องไม่แสดงภาพเด็กและเยาวชนกำลังบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ต้องไม่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กับการมีรูปร่างที่ดีหรือช่วยในการการขับชี่ยานพาหนะ ต้องไม่สร้างความประทับใจว่าบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สัมพันธ์กับการประสบความสำเร็จทางสังคมหรือทางเพศ ต้องไม่วาดอ้างว่าเครื่องดื่ม

⁹ “Council Recommendation 2001/458/EC” Retrieved on April 15, 2014, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:161:0038:0041:EN:PDF>

¹⁰ ชุษณะ รุ่งปัจฉิม, การทบทวนองค์ความรู้นโยบายและมาตรการเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของสหภาพยุโรป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ กรมสุขภาพจิต สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข และศูนย์วิจัยปัญหาสุรา, 2548).

¹¹ Audiovisual Media Services Directive, www.etsi.org

แอลกอฮอล์มีคุณสมบัติในการรักษาโรคหรือเป็นยาบำรุง ยากล่อมประสาทหรือเป็นสิ่งที่สามารถแก้ไข ปัญหาบุคลิกภาพส่วนบุคคล เป็นต้น นอกจากนี้ ปัจจุบันองค์การอนามัยโลกประจำภาคพื้นยุโรปยังมีการจัดทำแผนการดำเนินงานของยุโรปเพื่อลดอันตรายจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ปี 2012-2020 (European action plan to reduce the harmful use of alcohol 2012–2020)¹² เพื่อสร้างความตระหนักในอันตรายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และส่งเสริมให้เกิดการเพิ่มความมุ่งมั่นของรัฐบาลต่าง ๆ ในการที่จะเสริมสร้างและเผยแพร่ฐานความรู้และอันตรายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของแต่ละประเทศก็จะแตกต่างกันไป เช่น กำหนดช่วงเวลาในการเผยแพร่โฆษณา การกำหนดสื่อโฆษณาที่ใช้ในการโฆษณา กำหนดสถานที่ที่เผยแพร่โฆษณา หรือกำหนดเนื้อหาของโฆษณา เป็นต้น แต่ไม่ว่าวิธีนี้จะแตกต่างกันอย่างไร วัตถุประสงค์หลักของการควบคุมโดยส่วนใหญ่มุ่งหมายที่จะคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากอิทธิพลของการโฆษณา และสร้างค่านิยมที่ถูกต้องเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่สังคมในภาพรวม

โดยประเทศหนึ่งในสหภาพยุโรปที่มีความเคร่งครัดในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ คือ ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งจะได้กล่าวถึงในข้อถัดไป และบางประเทศในยุโรปก็อยู่ระหว่างการแก้ไขกฎหมายเพื่อควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้เข้มงวดยิ่งขึ้น เช่น ลิชัวเนีย¹³ ฟินแลนด์¹⁴

(2) ประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศที่มีการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ค่อนข้างเคร่งครัด¹⁵ โดยการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะบัญญัติอยู่ใน

¹² “European action plan to reduce the harmful use of alcohol 2012–2020”, Retrieved on April 15, 2014, from <http://www.euro.who.int/en/health-topics/disease-prevention/alcohol-use/publications/2012/european-action-plan-to-reduce-the-harmful-use-of-alcohol-20122021>

¹³ Lukas Galkus, “LITHUANIA: Alcohol prohibition propaganda gaining international hue,” November 14, 2013. Retrieved on April 15, 2014, from <http://nordan.org/lithuania-alcohol-prohibition-propaganda-gaining-international-hue>

¹⁴ <http://www.eucam.info/eucam/finland/> และ http://yle.fi/uutiset/government_imposes_further_restrictions_on_alcohol_advertising/7112320

¹⁵ มาตรการทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เริ่มมีความชัดเจนขึ้นเมื่อมี รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม 1991 ว่าด้วยการต่อต้านการบริโภคบุหรี่และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ Loi du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme หรือที่รู้จักกันในชื่อ Loi Évin โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวมีหลักการสำคัญในส่วนของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ 4 ประการ คือ ให้ความรู้และข้อมูลแก่ผู้บริโภคถึงอันตรายที่เกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ลดอัตราการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ลดปริมาณการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และป้องกันเยาวชนไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (จุมพล ศรีจิงศิริกุล, “มาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศฝรั่งเศส,” การควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์, (กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ)) รัฐบัญญัตินี้มีสาระสำคัญในส่วนของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งไปแก้ไขประมวลกฎหมายการประกอบธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และมาตรการในการป้องกันการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme) แต่ปัจจุบันประมวลกฎหมายดังกล่าว ได้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 4 แห่ง Ordonnance 2000-548 (2000-06-15) JORF 22 juin 2000 อย่างไรก็ตาม ได้มีการนำหลักการของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม 1991 มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique)¹⁶ ซึ่งมีหลักการที่สำคัญคือ การโฆษณา เครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะสามารถทำได้เฉพาะในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หมายความว่า หากกฎหมายไม่ได้กำหนดกรณีใดไว้แล้ว ย่อมเป็นการต้องห้ามไม่สามารถดำเนินการได้ ซึ่งตัวอย่างที่ เห็นได้ชัดเจนคือ กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้สามารถโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทางสื่อโทรทัศน์ได้ นั้นหมายความว่า การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทางโทรทัศน์จะไม่สามารถทำได้เลย ไม่ว่าจะเป็นการ โฆษณาโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม และกรณีใดที่กฎหมายให้ทำได้ กฎหมายก็กำหนดหลักเกณฑ์และ เงื่อนไขในการดำเนินการไว้อย่างค่อนข้างจำกัด นอกจากนี้ ยังกำหนดโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืน บทบัญญัติดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจคือ การฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ของประเทศฝรั่งเศสนั้น ในมาตรา L3351-7 กำหนดไว้ว่า นอกจากจะมีโทษปรับ 75,000 ยูโร แล้ว ยัง อาจถูกปรับสูงถึงร้อยละ 50 ของจำนวนค่าใช้จ่ายที่เสียไปสำหรับการกระทำความผิด ซึ่งก็คือค่า โฆษณานั้นเอง และหากมีการกระทำความผิดซ้ำ ผู้กระทำอาจต้องรับโทษเพิ่ม คือ ห้ามขายเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์ซึ่งเป็นวัตถุในการกระทำความผิดนั้นภายในระยะเวลา 5 ปี

อย่างไรก็ดี ในการใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดของประเทศฝรั่งเศสก็มีปัญหา เช่นกัน เนื่องจากเกิดข้อโต้แย้งจากภาคอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างมาก แต่แม้จะมีการโต้แย้ง ดังกล่าวหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นี้ก็ยังคงใช้บังคับต่อไป ซึ่งเคยมีกรณี ที่ ศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสิน 2 กรณี ตามกฎหมาย Loi Évin¹⁷ คือ คดี Commission of the European Communities v. French Republic (Case C-262/02)¹⁸ และคดี Bacardi France SAS v. Television française 1 SA (TF1) (Case C-429/02)¹⁹ ซึ่งได้มีประเด็นการโต้แย้งว่า การห้ามการโฆษณาเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์ในกรณีของการถ่ายทอดกีฬาจากต่างประเทศนั้น เป็นการละเมิดเสรีภาพตาม Television Without Frontiers Directive (ปัจจุบันคือ Audiovisual Media Services Directive) ทั้งนี้ ศาลยุติธรรม ยุโรปได้ตัดสินว่า ในกรณีนี้ Directive ไม่สามารถนำมาใช้ได้ และแม้ว่ากฎหมาย Loi Évin จะจำกัด เสรีภาพในการให้บริการก็ตาม แต่ในกรณีนี้ ศาลเห็นว่าการคุ้มครองสุขภาพของผู้บริโภคควรเหนือกว่า เสรีภาพในการให้บริการ และการออกกฎหมายก็มีความเหมาะสมเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งก็คือ การป้องกันของสุขภาพของประชาชน นอกจากนี้ ยังเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวได้สัดส่วนเหมาะสมแล้ว โดยให้เหตุผลว่า การตรวจสอบตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ไปเกินกว่าสิ่งที่จำเป็นในการทำให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของความต้องการที่จะปกป้องสุขภาพของประชาชน²⁰ และปัจจุบันกระทรวงวัฒนธรรม และกีฬาของประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำจรรยาบรรณวิชาชีพซึ่งใช้เป็นคู่มือการปฏิบัติเกี่ยวกับการ โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยแยกเป็น 2 กรณี คือ หากเป็นการแข่งขันนานาชาติซึ่งผู้เผยแพร่ของ ฝรั่งเศสเป็นเพียงผู้นำภาพมาเผยแพร่อีกครั้ง จะไม่มีข้อบังคับในส่วนนี้ เนื่องจากผู้เผยแพร่ไม่ได้มี อำนาจในการถ่ายทำ แต่หากเป็นการแข่งขันในต่างประเทศที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อผู้ชมในฝรั่งเศส ผู้ เผยแพร่ในฝรั่งเศสจะต้องดำเนินการไม่ให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ปรากฏขึ้นบนจอ โดยจะ

¹⁶ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>

¹⁷ อ้างแล้ว เสิ้งอรรถที่ 15.

¹⁸ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-262/02>

¹⁹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-429/02>

²⁰ [http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=1813&parent_id=1422,](http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=1813&parent_id=1422)

http://www.eucam.info/content/bestanden/loi-evin_-article-ina.pdf

มีข้อสันนิษฐานว่า ผู้เผยแพร่ได้ทำตามข้อบังคับแล้ว เมื่อผู้เผยแพร่นั้นได้แจ้งให้ผู้ที่มิสิทธิในการเผยแพร่รายการทราบถึงกฎ ข้อบังคับของประเทศฝรั่งเศส และได้มีการหลีกเลี่ยงไม่ให้มีโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ปรากฏขึ้นบนจอแล้ว²¹

(3) ประเทศออสเตรเลีย รัฐส่วนใหญ่แต่ละรัฐจะออกกฎหมายเพื่อควบคุมแอลกอฮอล์เอง ส่วนรัฐบาลกลางจะเข้ามาควบคุมในกรณีที่ส่งผลกระทบต่อตลาดแอลกอฮอล์และการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต รวมถึงการควบคุมการโฆษณาทางโทรทัศน์ โดยการควบคุมการโฆษณาของออสเตรเลียใช้นิโวกฎการควบคุมตนเอง (self-regulate) ของกลุ่มอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์²² โดยจะมีการออกประมวลจริยธรรมวิชาชีพของผู้โฆษณาหรือที่เรียกกันว่า Alcoholic Beverage Advertising Code หรือ ABAC²³ แต่ระบบนี้ก็เป็นระบบที่มีลักษณะเป็นการสมัครใจ ซึ่งหมายความว่า ABAC ไม่ได้ควบคุมอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทั้งหมด และไม่มีอำนาจในการลงโทษหากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในประมวลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ใน ABAC จะมีการกำหนดเนื้อหาของโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไว้ เช่น ต้องเป็นการนำเสนอเนื้อหาการดื่มอย่างมีวุฒิภาวะและมีความรับผิดชอบ ต้องไม่แสดงแรงจูงใจต่อเด็กและเยาวชน ต้องไม่แสดงเนื้อหาโฆษณาว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สามารถเปลี่ยนแปลงอารมณ์หรือสิ่งแวดล้อมใด ๆ ได้ ต้องไม่แสดงว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสาเหตุหรือนำมาซึ่งความสำเร็จหรือสามารถรักษาอาการใด ๆ ได้ เป็นต้น แต่เมื่อมีการร้องเรียนว่าโฆษณาใดกระทำผิดตามข้อปฏิบัติดังกล่าว ข้อร้องเรียนก็มักจะตกไป นอกจากนี้ ABAC ยังไม่ครอบคลุมถึงการให้การสนับสนุน การให้ของแถม หรือการจัดวางผลิตภัณฑ์ ดังนั้น ระบบการควบคุมตนเองจึงล้มเหลว จึงมีความพยายามเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันมีการเสนอร่างกฎหมายลดปริมาณความเสียหายจากแอลกอฮอล์ 2010 (Alcohol Toll Reduction Bill 2010²⁴) เพื่อสร้างวัฒนธรรมความรับผิดชอบต่อการใช้เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อลดความเสียหายจากการบริโภคที่มากเกินไป โดยมุ่งจำกัดเวลาในการโฆษณาในวิทยุและทีวี บังคับให้ติดฉลากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อให้ข้อมูลด้านสุขภาพ และการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องได้รับอนุมัติก่อนจาก Australian Communications Media Authority Division โดยโฆษณาได้ในช่วง 21.00 น. ถึง 05.00 น. และการโฆษณาจะต้องไม่มุ่งไปที่เยาวชน ต้องไม่ชี้แนะโดยใช้เรื่องของธุรกิจ สังคม เพศ หรือการประสบความสำเร็จในชีวิต อย่างไรก็ตามขณะนี้ร่างกฎหมายฉบับนี้ปัจจุบันได้ผ่านสองสภาแล้ว แต่เนื่องจากต่อมาในช่วงปิดสมัยประชุมสภา ดังนั้น ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงสิ้นสุดไปพร้อมสภา แต่อาจจะถูกเสนอใหม่ในการเปิดประชุมสภาในสมัยประชุมหน้า²⁵

²¹ “Legisport,” Numero 92, November-December 2011, p.7, Retrieved on October 15, 2013, from <http://www.legisport.com/chronique/spec92.pdf>

²² “Australia’s Self-Regulated Alcohol Advertising Scheme” <http://www.alcoholadreview.com.au/key-concerns/australias-current-selfregulatory-system/>

²³ <http://www.abac.org.au/wp-content/uploads/2013/06/ABAC-Code-at-1-March-2012-pdf>

²⁴ <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010B00222/5a83658c-e54c-4208-9ea7-18e4f7351c19>

²⁵ http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bid=s79, <http://www.comlaw.gov.au/details/C2010B00222>

(4) ประเทศสิงคโปร์ ก็เป็นอีกหนึ่งประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมกันเองในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยมุ่งจะประสานประโยชน์ระหว่างผู้โฆษณาและผู้บริโภคให้ยุติธรรม เป็นจริง และมีความรับผิดชอบ โดยมีประมวลที่ใช้บังคับกับการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ คือ The code of advertising practice²⁶ หรือ The Code ซึ่งได้รับการรับรองจากตัวแทนผู้โฆษณา เอเยนต์โฆษณา และสื่อโฆษณา และมี Advertising Standards Authority of Singapore (ASAS) เป็นผู้ใช้อำนาจและควบคุมดูแล ซึ่ง ASAS จะทำหน้าที่ให้คำแนะนำและแนวทางแก่ผู้โฆษณา เอเยนต์โฆษณา และสื่อโฆษณาที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับโฆษณาที่สามารถทำได้ และช่วงเวลาเฉพาะที่โฆษณา โดยการตีความ The Code เป็นหน้าที่ของ ASAS เพื่อให้ระบบการควบคุมตนเองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ The Code ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไว้ เช่น ต้องไม่มีเด็กแสดง ต้องไม่นำเสนอโดยตรงแก่เยาวชนหรือในทางที่กระตุ้นให้เยาวชนเริ่มดื่ม ผู้ที่จะรับสื่อโฆษณาแอลกอฮอล์ควรมีอายุเกิน 18 ปี การโฆษณาต้องไม่ให้ความสำคัญกับผลของเครื่องดื่มใด ๆ ว่ากระตุ้นหรือระงับอารมณ์ หรือทำให้สงบได้ และการโฆษณาต้องไม่ก่อให้เกิดความประทับใจว่าดื่มเพื่อให้มีเมามา หรือดื่มเพื่อความจำเป็นให้เข้าสังคมได้หรือให้สังคมยอมรับ ทั้งนี้ โทษของการฝ่าฝืน The Code ก็คือ เจ้าของสื่อจะลงโทษผู้โฆษณาโดยการระงับเนื้อที่และเวลาการโฆษณา และถอนสิทธิพิเศษจากเอเยนต์โฆษณา นอกจากนี้ ASAS อาจลงโทษโดยการเผยแพร่รายละเอียดของการสืบสวนผู้ที่ฝ่าฝืน The Code ได้ด้วย

จะเห็นได้ว่า การควบคุมโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะประเทศในแถบยุโรปที่มีประเพณี ความเชื่อ และวัฒนธรรมในการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมกันเองของภาคอุตสาหกรรม ส่วนใหญ่ก็มีความตระหนักถึงผลกระทบและปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยเฉพาะแนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนไม่ให้เข้าสู่การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เร็วเกินไป การป้องกันการขยายตัวของธุรกิจไปสู่อุบัติการณ์ใหม่ รวมทั้งไม่ต้องการให้มีการกระตุ้นผู้บริโภคที่บริโภคอยู่เดิมให้มีการบริโภคที่มากเกินไป และในบางประเทศก็มีแนวโน้มที่จะแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้ให้มีความเข้มงวดยิ่งขึ้นด้วย

3. ปัญหาการควบคุมการโฆษณาและการสื่อสารการตลาดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

เจตนารมณ์ของมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 คือ มุ่งห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อคุ้มครองสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กและเยาวชน แต่ถ้อยคำในมาตรา 32 กลับทำให้เกิดความสับสนและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

3.1 วรรคหนึ่งของมาตรา 32 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการรบกวนอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม” ทำให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายว่า ความว่า “อันเป็นการรบกวนอ้าง

²⁶ The code of advertising practice, <http://www.case.org.sg/downloads/asas/SCAP%202008.pdf>

สรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม” นั้น ขยายคำว่า “โฆษณา” ด้วยหรือไม่ หรือขยายเพียง “แสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์”

ปัญหานี้เกิดจากการที่เพิ่มความในตอนที่ท้ายของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ในชั้นการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ²⁷ ทำให้เกิดการตีความแตกต่างกันในหมู่ของผู้ใช้กฎหมายรวมทั้งผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาของข้อโต้แย้งเมื่อต้องถูกบังคับใช้กฎหมาย อย่างไรก็ตามหากพิจารณาบทบัญญัติตามวรรคหนึ่งประกอบกับบทนิยามคำว่า “โฆษณา”²⁸ และ “ข้อความ”²⁹ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า “โฆษณา” มีความหมายกว้างรวมทุกการกระทำโดยจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งประโยชน์ในทางการค้าก็คือการที่ต้องการให้มีผู้ดื่มมากขึ้นเพื่อเพิ่มยอดขาย ดังนั้น การโฆษณาจึงเป็นการชักจูงให้ดื่มอยู่ในตัว ไม่จำเป็นต้องมีถ้อยคำ ว่า “ชักจูงใจให้ดื่ม” มาขยายต่อท้ายอีก กรณีนี้จึงต้องแยกการกระทำเป็น 2 กรณี คือ “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์” และ “ห้ามมิให้ผู้ใดแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม” ซึ่งการแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี จะทำให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย และสามารถอธิบายได้อย่างมีเหตุผลมากกว่าการโยงคำว่าโฆษณาไปเชื่อมกับความในตอนที่ท้ายว่า โฆษณาจะต้องอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจด้วย เพราะการโยงแบบนี้จะทำให้เกิดความสับสนในถ้อยคำของบทนิยามว่า เมื่อความหมายของโฆษณามีความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าเป็นการจูงใจ ทำไม่จึงต้องมาเขียนขยายความในมาตรา 32 อีก³⁰ ส่วนกรณีของการแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม นั้น ย่อมหมายความว่า หากเป็นแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ไม่ได้มุ่งประโยชน์ในทางการค้า แต่มีลักษณะเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม แม้ไม่ถือว่าเป็นการโฆษณา ก็มีความผิดเช่นกัน แต่หากเป็นการแสดงชื่อหรือเครื่องหมายที่ไม่ได้ทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และไม่มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ดื่มไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมแล้ว เช่น เป็นเพียงการแสดงชื่อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในเมนูอาหาร ซึ่งเป็นเรื่องปกติในทางการค้า หรือการแสดงชื่อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในชั้นเรียนเพื่อประกอบการเรียนการสอน ก็ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา

การที่พระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสังคม โดยเฉพาะเยาวชนของชาติไม่ให้ตกเป็นเหยื่อของอบายมุขที่มีอยู่รอบตัว การใช้และการตีความกฎหมายจึงต้องเข้าใจความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ แต่หากบังคับใช้โดยไม่เข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว และใช้หลักการตีความตามตัวอักษรอย่างเดียวหรือยึดนิติวิธีแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ย่อมทำให้กฎหมายที่ยกร่างขึ้นมาด้วยเหตุผลที่ต้องการ

²⁷ ดูรายละเอียดเพิ่มเติม บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 8, 12, 17, 67, 74 ปี 2550 จาก <http://dl.parliament.go.th>

²⁸ “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยินหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาด

²⁹ “ข้อความ” หมายความว่า รวมถึง การกระทำที่ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

³⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, “การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ปัญหาการตีความกฎหมาย,” จุลสารสำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 3, น. 9-11 (กรกฎาคม-กันยายน 2554)

คุ้มครองสังคมโดยรวมไม่สามารถบังคับใช้ได้ ซึ่งแท้จริงแล้วการตีความกฎหมายของประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) จะต้องดูทั้งถ้อยคำในตัวบทและคำนัยถึงสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ³¹ การตีความพระราชบัญญัตินี้จึงไม่ใช่การตีความที่ขยายความจนขัดกับตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นการตีความโดยคำนัยถึงถ้อยคำในตัวบทและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อมกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อถ้อยคำตามวรรคหนึ่งนำไปสู่การตีความที่แตกต่างกัน อันจะทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอาจจะเกิดความไม่เป็นธรรมได้ ก็ควรจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนต่อไป

3.2 วรรคสองของมาตรา 32 บัญญัติว่า “การโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ใด ๆ โดยผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภทให้กระทำได้เฉพาะการให้ข้อมูลข่าวสาร และความรู้เชิงสร้างสรรค์สังคม โดยไม่มีการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้น เว้นแต่เป็นการปรากฏของภาพสัญลักษณ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเท่านั้น ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ซึ่งแนวคิดเริ่มแรกของการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้น มีหลักการที่จะห้ามการโฆษณาโดยสิ้นเชิง³² เช่นเดียวกับการถือของการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งจะห้ามโฆษณาในสื่อทุกรูปแบบ โดยจะยกเว้นให้เฉพาะการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติในตามมาตรา 8³³ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ซึ่งจะเห็นได้ว่า การควบคุมการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบจะเข้มงวดกว่าการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งกรณีตามวรรคสองของมาตรา 32 นี้เกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นการพิจารณาของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทั้ง ๆ ที่เจตนารมณ์ในวรรคหนึ่งของมาตรา 32 จะไม่ต้องการให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม แต่ในวรรคสองกลับให้ผู้ผลิตสามารถทำการโฆษณาได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด

การที่กฎหมายไม่ได้ห้ามการโฆษณาโดยสิ้นเชิง ผู้ผลิตยังสามารถทำการโฆษณาได้ตามวรรคสองนี้ ผลคือ เมื่อยังมีการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กฎหมายนี้ก็ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันการเข้าถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของเด็กและเยาวชน เพราะวัตถุประสงค์หลักของการโฆษณาก็คือเพื่อประโยชน์ทางการค้า เท่ากับว่าผู้โฆษณาจะต้องเน้นไปที่การขยายตลาดและสร้างนักดื่มหน้าใหม่ให้เกิดขึ้น เพื่อเพิ่มยอดขายให้แก่บริษัทของตน และนักดื่มหน้าใหม่ก็คือกลุ่มเยาวชนที่มักจะเชื่อและหลงใหลไปกับการโฆษณาได้ง่าย ดังนั้น トラบไคที่ยังคงมีการอนุญาต

³¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์,” ดูภาพ, เล่มที่ 1, ปีที่ 58, (มกราคม-เมษายน 2554), น. 162-163.

³² ร่างพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. (ร่างฯ ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 110/2550)

³³ มาตรา 8 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบในสิ่งพิมพ์ ทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เป็นการโฆษณาได้ หรือใช้ชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบในการแสดง การแข่งขัน การให้บริการหรือการประกอบกิจกรรมอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์ให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นชื่อ หรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ

บทบัญญัติในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการถ่ายทอดสดรายการจากต่างประเทศทางวิทยุโทรทัศน์ และการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบในสิ่งพิมพ์ซึ่งจัดพิมพ์นอกราชอาณาจักรโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ให้นำเข้ามาจำหน่ายแจกในราชอาณาจักรโดยเฉพาะ

ให้โฆษณาได้ แม้จะห้ามการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นก็ตาม แต่การที่ให้ผู้บริโภคได้รู้ได้ว่า โฆษณาดังกล่าวเป็นโฆษณาของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของตน ไม่ว่าจะเป็นการทำ CSR ซึ่งเป็นการดำเนินกิจกรรมที่แสดงความรับผิดชอบต่อสังคม และยังมี การสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้ ผู้เห็นประทับใจในสินค้าของตนจากการที่เข้าไปเป็นผู้สนับสนุนกิจกรรมของสังคมในรูปแบบต่าง ๆ³⁴ ซึ่งการที่ผู้ผลิตทำการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยการโยงศีลธรรม การส่งเสริมคุณธรรม วัฒนธรรม การทำความดี การเสียสละ นั้น ถือเป็นกลไกการโฆษณาที่เอาศีลธรรมมาโฆษณา

นอกจากนี้ ในด้านของผู้ผลิตเองก็ยังพยายามหาช่องทางอื่นเพื่อสื่อสารสินค้าของตนไปยังผู้บริโภคให้มากกว่าช่องที่กฎหมายเปิดช่องให้ จึงมีการบิดเบือนลักษณะของการโฆษณา อันจะทำให้รู้ได้ว่า โฆษณาดังกล่าวเป็นโฆษณาของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของตน ไม่ว่าจะเป็นการทำ CSR ซึ่งเป็นการดำเนินกิจกรรมที่แสดงความรับผิดชอบต่อสังคม และยังมี การสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้ ผู้เห็นประทับใจในสินค้าของตนจากการที่เข้าไปเป็นผู้สนับสนุนกิจกรรมของสังคมในรูปแบบต่าง ๆ³⁴ ซึ่งการที่ผู้ผลิตทำการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยการโยงศีลธรรม การส่งเสริมคุณธรรม วัฒนธรรม การทำความดี การเสียสละ นั้น ถือเป็นกลไกการโฆษณาที่เอาศีลธรรมมาโฆษณา อบายมุข³⁵ ซึ่งจะยังเป็นอันตรายมากกว่า กล่าวคือ ยิ่งก่อให้เกิดเยาวชน รวมทั้งประชาชนที่ได้เห็นโฆษณาดังกล่าวเกิดความรู้สึกดีต่อผู้ผลิตสินค้าและต่อตัวสินค้านั้น กลายเป็นความรู้สึกภักดีต่อตราสินค้านั้น (Brand Loyalty) และรู้สึกว่า ควรจะต้องสนับสนุนและตอบแทนโดยการซื้อสินค้านั้นมาบริโภค หรือในกรณีของการใช้วิธีการโฆษณาแบบทดแทน (substitute advertising) ที่นำสัญลักษณ์หรือตราสินค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นที่จดจำได้อยู่แล้วมาใช้กับผลิตภัณฑ์อื่นที่ไม่ถูกจำกัดการโฆษณา เช่น น้ำดื่มหรือโซดา ในลักษณะของ Brand Sharing และทำการโฆษณาตัวผลิตภัณฑ์นั้นแทน ซึ่งผู้บริโภคก็ยังคงสามารถรู้ได้ว่า โฆษณาดังกล่าวคือโฆษณาของบริษัทใด และขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ยี่ห้อใด อยู่ดี จึงส่งผลไม่แตกต่างจากการโฆษณาตัวเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยตรง³⁶ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 9³⁷ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 แล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 9 จะกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการห้ามการโฆษณาแบบทดแทน

หากมองในมุมมองของการประกอบธุรกิจแล้ว การประกอบธุรกิจเพื่อขายสินค้าในปัจจุบันมีการแข่งขันสูง มีการแย่งชิงยอดขาย เพื่อครองส่วนแบ่งการตลาดให้มากที่สุด และเพื่อผลประโยชน์หรือผลกำไรสูงสุด การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก็เช่นกัน ผู้ประกอบธุรกิจย่อมหวังยอดขายและผลกำไรจำนวนมาก ซึ่งการจะได้มาซึ่งยอดขายดังกล่าว ก็จะต้องอาศัยวิธีการและเครื่องมือต่าง ๆ ในการสื่อสารข้อมูลสินค้าของตนไปยังผู้บริโภค ดังนั้น การโฆษณาจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งสำหรับผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องใช้เพื่อประโยชน์ในการแข่งขันทางธุรกิจ

³⁴ ปารีชาติ สถาปิตานนท์, ณัฐวิภา ลินสุวรรณ และชรัมพร อัยสานนท์, การสื่อสารความหมายและการรับรู้ความหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสังคมไทย กรณีกิจกรรมที่แสดงความรับผิดชอบต่อสังคม (CSR) ของธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา, 2553).

³⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “พรบ. ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ มาตราการคุ้มครองเด็กและเยาวชนของชาติ” การประชุมวิชาการสุราระดับชาติครั้งที่ 4 “ยุติวิกฤตปัญหาสุรา...ด้วยกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา, 2551), น.35-36.

³⁶ ศิริรัช ลอยสมุทร และคณะ, การศึกษาปัญหาและผลกระทบของโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทางโทรทัศน์ต่อกลุ่มผู้บริโภคเยาวชนและวัยรุ่น (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2555).

³⁷ มาตรา 9 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาสินค้าที่ใช้ชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นเครื่องหมายของสินค้านั้นในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าหมายถึงผลิตภัณฑ์ยาสูบ

เนื่องจากการโฆษณาสามารถมีอิทธิพลต่อกระบวนการตัดสินใจซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภคได้ค่อนข้างมาก แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างความจำเป็นของการประกอบธุรกิจและผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะได้รับกับปัญหาและความเสียหายที่สังคมได้รับจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แล้ว ปัญหาและความเสียหายที่สังคมได้รับยังคงมีมากกว่า รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการที่เข้มงวดในการป้องกันการเข้าถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เช่นกัน ดังนั้น จึงควรให้มีการยกเลิกวรรคสองของมาตรา 32 เพื่อให้การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถูกห้ามโดยสิ้นเชิง และควรเพิ่มบทบัญญัติการห้ามโฆษณาแบบทดแทนเช่นเดียวกับกรณีของการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วย

3.3 วรรคสามของมาตรา 32 บัญญัติว่า “บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสอง มิให้ใช้บังคับกับการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักร” ซึ่งวัตถุประสงค์ก็เพื่อยกเว้นให้กับกรณีการถ่ายทอดสดรายการจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันกีฬา หรือการถ่ายทอดสดรายการใด ๆ ซึ่งการที่รายการดังกล่าวเป็นลักษณะของรายการสด ที่ไม่สามารถที่จะจำกัดการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้

หากพิจารณาความจำเป็นในการมีวรรคสามของมาตรา 32 นั้น ถือว่า กรณีนี้เป็นบทบัญญัติที่ยังจำเป็นต้องมี เพราะกรณีการถ่ายทอดสดรายการจากต่างประเทศไม่จะเป็นการแข่งขันกีฬาหรือกิจกรรมอื่นใด ย่อมไม่สามารถจำกัดการโฆษณาได้ แต่กรณีที่จะได้รับยกเว้นนี้จะต้องไม่ใช่เรื่องที่จะนำมาฉายซ้ำ และเติมการโฆษณาลงไป³⁸ อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้ที่เห็นว่า การยินยอมให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักรได้ ถือเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ทำลายหลักการของกฎหมายฉบับนี้ และได้ให้ความเห็นโดยสรุปได้ว่า ในยุคที่เทคโนโลยีมีการพัฒนาไปมาก การดีเลย์ (Delay) สัญญาณดาวเทียมที่ส่งจากต่างประเทศเป็นเรื่องที่สามารถทำได้ไม่ยาก และไม่ได้ส่งผลให้ผู้ชมเสียอรรถรสในการรับชมมากเท่าใดนัก เนื่องจากการดีเลย์ใช้เวลาไม่เกิน 5 นาที สถานีสามารถรับสัญญาณมาตรวจสอบการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และดำเนินการเซ็นเซอร์ (Censor) ได้ก่อนที่จะส่งสัญญาณขึ้นสู่ดาวเทียมเพื่อยิงสัญญาณออกไปสู่จานรับสัญญาณตามบ้านเรือนอีกครั้ง แต่ในกรณีที่มีการส่งรายการจากดาวเทียมตรงไปยังจานรับสัญญาณตามบ้านเรือนเท่านั้นที่ไม่อาจเซ็นเซอร์ภาพโฆษณาของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้³⁹

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้จะบทบัญญัติดังกล่าวอาจเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่จะทำให้เกิดการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และแม้จะกล่าวว่ามีเทคโนโลยีในการที่จะดีเลย์รายการถ่ายทอดสดนั้นได้ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงจะสามารถกระทำได้แค่ไหน เพียงใด เช่น หากเป็นกรณีที่เป็นการส่งรายการจากดาวเทียมตรงไปยังจานรับสัญญาณตามบ้านเรือนก็ไม่สามารถที่จะเซ็นเซอร์ได้ และแม้จะเป็นกรณีที่สถานีที่รับสัญญาณสามารถรับสัญญาณมาตรวจสอบและเซ็นเซอร์ก่อนที่จะส่งสัญญาณขึ้นสู่ดาวเทียมเพื่อยิงสัญญาณออกไปสู่จานรับสัญญาณตามบ้านเรือนอีกครั้ง โดยใช้เวลาในการดีเลย์ไม่มากก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติและในทางเทคนิคก็อาจสามารถทำได้ในรายการบางประเภทเท่านั้น หรืออย่างการเซ็นเซอร์ป้ายรอบสนามฟุตบอลสนามแข่งรถ ก็อาจทำได้ แต่หากเป็นกรณีเสื้อของนักกีฬาที่อาจจะมีชื่อของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่

³⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30*, น. 9-11.

³⁹ รัฐประพันธ์ นิภานันท์, “มาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศไทย,” *การควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์*, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ) น.39.

ปรากฏอยู่ ควรจะเซ็นเซอร์อย่างไรไม่ให้กระทบต่อการรับชมจนเกินควร ดังนั้น แม้วรรคสามของ มาตรา 32 อาจจะถูกเหมือนเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบธุรกิจเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หาทางโฆษณาโดยใช้ ช่องว่างที่กฎหมายยกเว้นไว้ในกรณีนี้ไปลงทุนในรายการต่าง ๆ ที่จะถ่ายทอดสดกลับมายังประเทศ ไทยก็ตาม แต่เมื่อขณะนี้เทคโนโลยีในการตี้ม และ การเซ็นเซอร์ในกรณีรายการถ่ายทอดสดจาก ต่างประเทศยังไม่สามารถทำได้ในทุกกรณี และเมื่อคำนึงถึงฝ่ายผู้บริโภคที่เป็นผู้รับชมรายการ ถ่ายทอดสดต่าง ๆ แล้ว อาจจะเป็นการกระทบถึงการรับชมและกระทบต่อการถ่ายทอดสดรายการ บางลักษณะจนเกินควร บทบัญญัติตามวรรคสามของมาตรา 32 จึงยังคงจำเป็นต้องมีอยู่ จนกว่าจะมี เทคโนโลยีใด ๆ ที่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ในส่วนของถ้อยคำในวรรคสาม ของมาตรา 32 นั้น เมื่อวัตถุประสงค์และขอบเขตของกฎหมายต้องการยกเว้นให้กับกรณีใดก็ตาม กำหนดให้ชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดการตีความต่อไปว่า โฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักร มีความหมายแค่นั้น หรือหมายถึงกรณีใดบ้าง ซึ่งในกรณีนี้เมื่อกฎหมายต้องการยกเว้นให้เฉพาะ รายการถ่ายทอดสดและเฉพาะสิ่งพิมพ์ที่จัดพิมพ์นอกราชอาณาจักรที่มีได้มีวัตถุประสงค์ให้นำเข้ามา จำหน่ายจ่ายแจกในราชอาณาจักรโดยเฉพาะเท่านั้น ก็ควรแก้ไขถ้อยคำในวรรคสามของมาตรา 32 ให้ชัดเจน

3.4 บทนิยามคำว่า “โฆษณา” นอกจากประเด็นของมาตรา 32 แล้ว ก็ยังมีถ้อยคำที่ เกี่ยวข้องในบทนิยาม กล่าวคือ ในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 คำว่า “โฆษณา”⁴⁰ จะมีความหมายค่อนข้างกว้าง เพราะจะรวมทุก ๆ การกระทำ หากทำให้ประชาชนเห็น ได้ยินหรือทราบข้อความ โดยต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าแล้ว ถือว่าเป็นการ โฆษณาทั้งสิ้น และตามนิยามยังให้รวมถึงการสื่อสารการตลาด⁴¹ ด้วย

อย่างไรก็ดี การให้ความหมายของนิยามดังกล่าวในกฎหมายนี้จะแตกต่างจากการให้ ความหมายในทางวิชาการสื่อสารมวลชน เพราะการสื่อสารการตลาดในทางวิชาการสื่อสารมวลชนจะ มีความหมายกว้างกว่าการโฆษณา เพราะการสื่อสารการตลาดหมายถึงการกระทำกิจกรรมในรูปแบบ ต่าง ๆ และมีวัตถุประสงค์ไม่เฉพาะการขายสินค้าเท่านั้น แต่เพื่อสื่อสารข้อมูลข่าวสารของผลิตภัณฑ์ และองค์กร ไปยังกลุ่มเป้าหมายที่เกี่ยวข้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กลุ่มเป้าหมายต่าง ๆ เกิดการ ตอบสนองตามเป้าหมายที่ได้ตั้งไว้ อาจไม่ใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้าเพียงอย่างเดียว อาจเป็นการ สร้างภาพลักษณ์ขององค์กร สร้างความคุ้นเคยกับองค์กร หรือผลิตภัณฑ์ เป็นการแสดงออกในแง่ การทำประโยชน์แก่สังคม ให้การสนับสนุนกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อให้ผู้บริโภครับรู้และคุ้นเคยกับสินค้า ของตน ส่วนการโฆษณา นั้น เป็นเพียงรูปแบบของการสื่อสารการตลาดวิธีหนึ่งที่ต้องการให้มีการ สื่อสารไปยังผู้บริโภคเป้าหมายเพื่อให้เกิดการตอบสนอง ไม่ว่าจะเพื่อสนับสนุนให้จำชื่อตราสินค้าได้ จำลักษณะที่สำคัญของตราสินค้า ทำให้เกิดความรู้สึกชอบตราสินค้าของตนมากกว่าของคู่แข่งรายอื่น เพื่อสร้างความรู้สึก อารมณ์หรือประสบการณ์ร่วมระหว่างตราสินค้ากับผู้บริโภคเพื่อสร้างความหมาย

⁴⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28.

⁴¹ “การสื่อสารการตลาด” หมายความว่า การกระทำกิจกรรมในรูปแบบต่าง ๆ โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้า บริการหรือภาพลักษณ์ การประชาสัมพันธ์ การเผยแพร่ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดงสินค้า การจัดหรือสนับสนุนให้มีการจัดกิจกรรมพิเศษ และการตลาดแบบตรง

ที่ดีให้กับตราสินค้า หรือเพื่อกำหนดภาพลักษณ์ที่พึงปรารถนาให้กับตราสินค้า อันจะนำไปสู่การโน้มน้าวให้ซื้อสินค้า⁴²

การที่ในพระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้การโฆษณาหมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาดนั้น ปรากฏเหตุผลในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า ต้องการที่ต้องกำหนดขยายความไปยังคำว่า สื่อสารการตลาด เนื่องจากระยะหลังเทคโนโลยีมีการพัฒนาไปอย่างมาก ถ้าจะบัญญัติคำว่า “โฆษณา” ให้มีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายอื่น ๆ ก็จะต้องใช้การตีความ และหากต้องการให้ครอบคลุมไปถึงการสื่อสารไปยังผู้บริโภคไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ก็ตาม ในทางวิชาสื่อสารมวลชนจะใช้คำว่า “การสื่อสารการตลาด” ซึ่งเป็นคำที่ครอบคลุม เพื่อที่จะไม่ต้องตีความ แต่เนื่องจากคำว่า “การสื่อสารการตลาด” เป็นคำที่เข้าใจกันในกลุ่มของนักสื่อสารมวลชนเท่านั้น จึงไม่ได้ใช้คำว่า “การสื่อสารการตลาด” เพียงคำเดียว ทั้ง ๆ ที่คำนี้ครอบคลุมถึงการโฆษณาอยู่แล้ว ในชั้นการร่างกฎหมายจึงได้บัญญัตินิยามคำว่าโฆษณาโดยให้หมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาดแทน เพราะคำว่า “โฆษณา” เป็นคำที่ประชาชนเข้าใจอยู่แล้ว⁴³

อย่างไรก็ตาม เมื่อการนิยามศัพท์ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัตินี้แตกต่างจากหลักในวิชาสื่อสารมวลชน และหากใช้คำว่า การสื่อสารการตลาดเพียงคำเดียวแทนคำว่า การโฆษณา ก็อาจจะทำให้ประชาชนทั่วไปไม่เข้าใจ ดังนั้น เพื่อให้การควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ครอบคลุมการกระทำใด ๆ ที่เป็นการสื่อสารไปยังผู้บริโภคด้วยวิธีการต่าง ๆ ที่ไม่จำกัดเฉพาะการโฆษณา และการนิยามสอดคล้องกับหลักวิชาสื่อสารมวลชน ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในการกำหนดบทนิยามดังกล่าวควรแก้ไขถ้อยคำใหม่ให้มีความชัดเจนว่า การโฆษณาเป็นการสื่อสารการตลาดรูปแบบหนึ่ง โดยในที่นี้หมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาดรูปแบบอื่น ๆ ด้วย ส่วนบทนิยามคำว่า “การสื่อสารการตลาด” ก็สามารถคงไว้ได้ โดยไม่ต้องแก้ไข

4. บทกำหนดโทษที่ไม่สามารถยับยั้งการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย

จากข้อมูลของสำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ที่เผยแพร่ในปี 2552 ระบุว่า มีผู้ร้องเรียนถึงการกระทำผิดพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของบริษัทที่ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นจำนวนมาก โดยแยกเป็นการกระทำผิดในหนังสือพิมพ์ 2,308 ครั้ง

⁴² ในทางวิชาการสื่อสารมวลชน “การสื่อสารการตลาด” คือ การดำเนินกิจกรรมทางการตลาดรูปแบบต่าง ๆ เพื่อสื่อสารข้อมูลข่าวสารของผลิตภัณฑ์และองค์กร ไปยังกลุ่มเป้าหมายที่เกี่ยวข้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กลุ่มเป้าหมายต่าง ๆ เกิดการตอบสนองตามเป้าหมายที่ได้ตั้งไว้ โดยการสื่อสารการตลาดมิได้จำกัดอยู่กับรูปแบบการสื่อสารรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเท่านั้น แต่หมายถึงการสื่อสารรูปแบบต่าง ๆ ที่สามารถสื่อสารข้อมูลข่าวสารจากองค์กรไปยังกลุ่มเป้าหมายได้ ซึ่งรูปแบบหรือเครื่องมือการสื่อสารการตลาดพื้นฐานที่สำคัญที่นิยมใช้กันในปัจจุบันมีมากมาย ได้แก่ การโฆษณา (Advertising) การประชาสัมพันธ์ (Public Relation) การส่งเสริมการขาย (Sales Promotion) การตลาดทางตรง (Direct Marketing) และการใช้พนักงานขาย (Personal Selling) นอกจากนี้ ในปัจจุบันยังมีการใช้เครื่องมือการสื่อสารการตลาดรูปแบบต่าง ๆ อีกมากมาย เช่น การตลาดเชิงกิจกรรม (Event Marketing) การตลาดออนไลน์ (line Marketing) และการเป็นผู้สนับสนุน (Sponsorship) เป็นต้น (ดูรายละเอียดเพิ่มเติม นชกฤต วันตะเมธ, การสื่อสารการตลาด, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2555). และฉัตรยาพร เสมอใจ และฐิตินันท์ วารวิณิช, หลักการตลาด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2551).)

⁴³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32.

นิตยสารจำนวน 1,179 ครั้ง และอินเทอร์เน็ตจำนวน 5,729 ครั้ง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกระทำผิดด้านการโฆษณาประชาสัมพันธ์ เพราะที่ผ่านมายังมีการทำโฆษณาทั้งในรูปแบบการจัดคอนเสิร์ต กีฬา หรือกิจกรรมกลางแจ้ง ซึ่งการจัดกิจกรรมแต่ละครั้งมีการตั้งบูธ ที่มีธุรกิจเครื่องตี้มแอลกอฮอล์เป็นผู้ให้การสนับสนุน เพื่อสร้างภาพลักษณ์แก่บริษัทและสร้างผลกำไรจากการขาย นอกจากนี้ยังมีสื่อใหม่ ๆ เช่น facebook หรือ twitter ที่อาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการสร้างแบรนด์และโฆษณาตราสินค้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์อย่างชัดเจนผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต ซึ่งพบว่าช่องทางเหล่านี้มีอิทธิพลชักจูงให้กลุ่มเป้าหมายโดยเฉพาะเยาวชนทดลองตี้มมากขึ้น⁴⁴ และจากข่าวในอินเทอร์เน็ต เมื่อวันที่ 5 กันยายน 2556 ที่ผ่านมาได้มีการพาดหัวข่าวว่า “อึ้ง! บริษัทน้ำเมาทำผิด พรบ. คมเหล้าฯ 675 คดี ชี้ นำโด่งมาตรา 32 โฆษณา จัดโปรโมชั่น ส่งเสริมการขาย”⁴⁵ ทำให้เห็นได้ว่า ปัจจุบันแม้พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ฯ จะได้ประกาศใช้มาหลายปีแล้ว แต่ปัญหาของการควบคุมโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ก็ยังมีให้เห็นอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าจะเป็นเพราะการที่กฎหมายยังมีความไม่ชัดเจนทำให้ผู้ใช้กฎหมายตีความกฎหมายต่างกัน ซึ่งส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายต่างกัน หรือการที่ผู้ประกอบการพยายามหาช่องว่างของกฎหมายเพื่อเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันก็มีการเปลี่ยนแปลงสภาพทางสังคม การประกอบธุรกิจต่าง ๆ รวมทั้งธุรกิจแอลกอฮอล์ผู้ประกอบการทั้งจากในประเทศและต่างประเทศต่างก็มีการใช้กลยุทธ์ใหม่ ๆ ในการทำการตลาดเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ นอกจากนี้ อาจเป็นเพราะการบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผลเท่าที่ควร เนื่องจากบทกำหนดโทษที่ยังไม่เหมาะสม จึงไม่สามารถป้องปรามให้เกิดความเกรงกลัวในการกระทำความผิดได้ จึงส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่มุ่งหวังนัก

มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดโทษในกรณีในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 32 ไว้ ซึ่งมาตรา 43 กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และยังคงระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง

จะเห็นได้ว่า โทษจากการฝ่าฝืนมาตรา 32 มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยในส่วนของโทษจำคุกนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ก็ยังคงมีความสำคัญ เพราะในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดี การถูกลงโทษเพียงการปรับ อาจจะไม่ส่งผลให้สามารถป้องปรามพฤติกรรมกระทำความผิดกฎหมายของคนเหล่านี้ได้ เช่น ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยลงโทษปรับเป็นมูลค่า 5,000 ดอลลาร์ และจำคุกเป็นเวลา 18 เดือน กับผู้สื่อข่าวที่กระทำความผิดอาชญาฐาน Insider Trading ในความผิดเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ แม้ว่าผู้สื่อข่าวคนดังกล่าวจะสามารถชำระค่าปรับที่สูงกว่านั้นได้ แต่ศาลก็ลงโทษจำคุกด้วย เนื่องจากความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ รัฐต้องใช้ต้นทุนในการติดตามและค้นหาพยานหลักฐานในการนำตัวผู้กระทำความผิด

⁴⁴ จันทิมา เขียวแก้ว, ทศนีย์ เกริกกุลธร ,ศิริธร ยิ่งแรงเรง และภูวสิทธิ์ สิงห์ประไพ, การรับรู้กิจกรรมการสื่อสารการตลาดเครื่องตี้มแอลกอฮอล์และพฤติกรรมบริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ของเยาวชนไทย, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, กันยายน 2555).

⁴⁵ ตูรายละเอียดเพิ่มเติม ข่าว บริษัทน้ำเมา แซมป์ทำผิด พ.ร.บ.คมเหล้าฯ 675 คดี สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2556 จาก <http://www.thairath.co.th/content/edu/367994>

มาลงโทษสูงกว่าความผิดทั่วไป ลำพังโทษปรับจึงไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ในกรณีนี้⁴⁶ เพราะไม่ว่าบุคคลผู้กระทำความผิดจะมีฐานะทางเศรษฐกิจเป็นอย่างไร ต่างก็ต้องกลัวการสูญเสียเสรีภาพ จึงไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดที่มีฐานะดีสามารถซื้ออิสรภาพด้วยการชำระค่าปรับในอัตราที่สูงได้ ซึ่งในกรณีของการฝ่าฝืนมาตรา 32 นี้ ก็เป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายต่อสังคมโดยรวม ดังนั้น โทษจำคุกจึงยังคงมีความจำเป็นต้องกำหนดไว้ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมในแต่ละกรณีได้ต่อไป

ในส่วนของโทษปรับนั้น เป็นการลงโทษต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด และเป็นโทษที่ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนกับสังคมเพราะเป็นการโอนทรัพย์สินจากบุคคลสู่รัฐ ผลของโทษปรับคือการที่ผู้กระทำความผิดต้องสูญเสียเงินซึ่งจะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดจะต้องสละการใช้จ่ายใช้สอยในขณะใดขณะหนึ่งไป ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่สร้างความเดือดร้อนแก่ผู้กระทำความผิด เป็นการขัดขวางบุคคลดังกล่าวจากการใช้ชีวิตตามที่เคยเป็น⁴⁷ โดยปัจจุบันการลงโทษปรับมีหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นโทษปรับแบบตายตัว ปรับแบบระบบวันปรับ หรือปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด⁴⁸

- การปรับแบบอัตราตายตัวตามที่กฎหมายกำหนด จะเป็นโทษปรับที่มีการกำหนดอัตราโทษไว้อย่างชัดเจน โดยกฎหมายก็จะกำหนดอัตราค่าปรับที่แน่นอนไว้ตามความหนักเบาของการกระทำความผิด โดยอาจกำหนดเป็นอัตราเดียว หรืออาจเป็นการกำหนดอัตราโทษปรับขั้นสูงหรืออาจกำหนดทั้งขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ ซึ่งจะต้องอาศัยดุลพินิจของศาลในการกำหนดอัตราค่าปรับในแต่ละกรณีให้เหมาะสม ได้สัดส่วน และเป็นธรรม

- การปรับแบบระบบวันปรับ (Day-Fine) เป็นการปรับที่กำหนดอัตราค่าปรับให้มีความสัมพันธ์กับรายได้โดยเฉลี่ยในแต่ละวันของผู้กระทำความผิด ซึ่งจะช่วยให้หลีกเลี่ยงการจำคุกในกรณีของผู้กระทำความผิดที่ไม่สามารถชำระค่าปรับได้ตามการลงโทษปรับแบบอัตราตายตัว และยังช่วยให้การลงโทษปรับบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะมีฐานะทางเศรษฐกิจอย่างไร เพราะเป็นการคำนวณค่าปรับจากรายได้โดยเฉลี่ยแต่ละวันของผู้กระทำความผิด ส่วนจะปรับกี่วันนั้น กฎหมายก็อาจจะมีการกำหนดปริมาณขั้นสูงสำหรับความผิดแต่ละฐานที่จะมีการปรับก็ได้ จึงถือได้ว่า ระบบดังกล่าวเป็นระบบที่มีความยืดหยุ่น แต่ก็ยังอาจมีปัญหาเรื่องของหลักเกณฑ์ในการคำนวณรายได้ของบุคคลบางประเภท ที่ไม่สามารถนำรายได้มาใช้ในการคำนวณได้ เช่น ผู้ที่ไม่มีรายได้แน่นอน หรือไม่มีรายได้ เช่น แม่บ้าน นักศึกษา คนว่างงาน ซึ่งบางประเทศก็แก้ปัญหาโดยการสมมุติรายได้จำนวนหนึ่งที่คาดว่าจะเพียงพอต่อค่าครองชีพแต่ละวันซึ่งขึ้นอยู่กับภาวะค่าครองชีพทางเศรษฐกิจ

- การปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด มักจะกำหนดอยู่ในกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ของ

⁴⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ปีที่ 39, น.521 (กันยายน 2553).

⁴⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ระบบการลงโทษตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ตอน 1,” ศาลยุติธรรมปริทัศน์, ฉบับที่ 6, ปีที่ 1, น. 102 (มิถุนายน 2549).

⁴⁸ พิษยนต์ นิพาสพงษ์, “โทษปรับโดยกำหนดตามวันและรายได้ (Day Fine),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542).

สาธารณะ โดยในปัจจุบันมีการกำหนดการปรับในลักษณะเช่นนี้ในกฎหมายหลาย ๆ ฉบับ เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 หรือพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ที่กำหนดให้การกระทำความเป็นบางฐานจะต้องระวางโทษปรับเป็นเงินไม่เกินสองเท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้น ๆ ได้รับไว้ หรือพึงจะได้รับเพราะการกระทำฝ่าฝืนดังกล่าว และค่าปรับดังกล่าวจะต้องไม่น้อยกว่าจำนวนที่แต่ละมาตรากำหนด ซึ่งการปรับในลักษณะนี้มุ่งหมายที่จะคุ้มครองเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ โดยไม่ได้คำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด

จากรูปแบบการกำหนดโทษปรับทั้ง 3 รูปแบบแล้ว จะเห็นได้ว่าโทษปรับฐาน โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นการปรับแบบอัตราตายตัวตามที่กฎหมายกำหนด

หากนำหลักในแง่ของเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการวิเคราะห์การกระทำความผิด บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดก็ต่อเมื่อ ประโยชน์ที่เขาคาดคะเน (expected benefits) จากการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น (expected costs) การที่เราใช้ค่าคาดคะเน (expected value) ก็เนื่องจากการกระทำความผิดมีความเสี่ยง (risk) จึงต้องนำความน่าจะเป็นที่เป็นประโยชน์ และต้นทุนที่เกิดขึ้นมาพิจารณาด้วย โดยประโยชน์ที่คาดคะเนไว้ก็คือ ประโยชน์ที่บุคคลคาดว่าจะได้จากการกระทำความผิด เช่น ในการลักทรัพย์ ประโยชน์ที่คาดคะเน คือ มูลค่าทรัพย์สินกับความน่าจะเป็นที่จะลักทรัพย์สำเร็จ ส่วนต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นคือความน่าจะเป็นที่ผู้กระทำความผิดจะถูกจับ คุณด้วยบทลงโทษสำหรับฐานความผิดที่กระทำ และรายการสิ่งที่ใช้ในการเตรียมการกระทำความผิด ซึ่งหากต้องการป้องปรามการกระทำความผิด ก็จะต้องลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวัง และเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งอาจกระทำโดยการเพิ่มการลงโทษให้หนักขึ้น หรือเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมให้สูงขึ้น⁴⁹

จากทฤษฎีต่าง ๆ ข้างนี้ จะเห็นได้ว่า การที่ยังคงมีการฝ่าฝืนกฎหมายโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ก็เนื่องจากผู้ที่กระทำความผิดได้พิจารณาแล้วว่า ประโยชน์ที่เขาคาดคะเนว่าจะได้รับจากการฝ่าฝืนโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ นั้น จะทำรายได้มากกว่า ต้นทุนของการโฆษณาบวกกับค่าปรับที่จะต้องเสียจากการกระทำความผิดนั้น ค่าปรับตามมาตรา 43 ในปัจจุบันจึงเป็นเพียงค่าเช่าในการกระทำความผิด ซึ่งหากต้องการป้องปรามการกระทำความผิดในกรณีนี้ให้ได้ผล ก็ควรจะต้องกำหนดโทษปรับให้เหมาะสม ไม่ใช่เพียงการกำหนดโทษปรับแบบอัตราตายตัว ซึ่งไม่สามารถป้องปรามการกระทำความผิดได้ แต่ควรจะต้องปรับเป็นสัดส่วนตามผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด โดยอาจคำนวณจากผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการโฆษณา เช่น จากยอดจำหน่ายที่จะเพิ่มขึ้นหากมีการเผยแพร่โฆษณาดังกล่าวออกไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอว่าควรมีการแก้ไขบทกำหนดโทษตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยนำเรื่องการปรับตามสัดส่วนมาใช้ในกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 32 เป็นผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยอาจกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้นได้รับหรือพึงจะได้รับ เพราะการฝ่าฝืนดังกล่าว แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴⁹ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, “การวิเคราะห์ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยด้วยหลักเศรษฐศาสตร์,” *อุลพาห*, เล่มที่ 3, ปีที่ 56, น.15-19 (กันยายน-ธันวาคม 2552).

5. บทสรุป

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องของการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ดังนี้

5.1 การแก้ไขบทนิยามคำว่า “โฆษณา”

เมื่อการนิยามศัพท์ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัตินี้แตกต่างจากหลักในวิชาสื่อสารมวลชน แต่หากใช้คำว่า การสื่อสารการตลาดเพียงคำเดียวแทนคำว่า การโฆษณา ก็อาจจะทำให้ประชาชนทั่วไปไม่เข้าใจ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในการกำหนดบทนิยามดังกล่าวควรแก้ไขถ้อยคำใหม่ให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับหลักวิชาสื่อสารมวลชนว่า “*“โฆษณา” หมายถึง การสื่อสารการตลาดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นการกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยินหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาดรูปแบบอื่น ๆ ด้วย*” สำหรับบทนิยามคำว่า “การสื่อสารการตลาด” ก็สามารถคงไว้ได้เพื่อความชัดเจน โดยไม่ต้องแก้ไข

5.2 การแก้ไขมาตรา 32

(1) มาตรา 32 วรรคหนึ่ง : เพื่อแก้ปัญหาจากการที่เพิ่มความในตอนที่ท้ายของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ในชั้นการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งทำให้เกิดการตีความแตกต่างกันในหมู่ของผู้ใช้กฎหมาย รวมทั้งผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย อันจะทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอาจจะเกิดความไม่เป็นธรรม จึงเสนอว่า ควรจะต้องมีการแก้ไขความในวรรคหนึ่งให้ชัดเจน โดยแยกการกระทำความผิดในแต่ละกรณีออกมาเป็นคณะอนุมาตรา เพื่อไม่ให้เกิดข้อโต้เถียงว่า ความในตอนที่ท้ายของมาตรา 32 วรรคหนึ่งขยายความการกระทำใด นอกจากนี้ หากต้องการให้เกิดความชัดเจนว่า การรูดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม นั้น มีความหมายแค่นั้น เพียงใด ก็อาจจะกำหนดให้สามารถออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าวได้

(2) มาตรา 32 วรรคสอง : แม้การโฆษณาจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งของผู้ประกอบการที่จะใช้ในการแข่งขัน แต่เมื่อปัญหาและความเสียหายที่สังคมได้รับจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีมากกว่า จึงควรให้มีการยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา 32 เพื่อให้การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถูกห้ามโดยสิ้นเชิงเช่นเดียวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ เพื่อให้กฎหมายนี้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้จริง และเพิ่มบทบัญญัติห้ามการโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่ใช้ชื่อ สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือชื่อ สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายที่จะทำให้เข้าใจหรือสื่อไปถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะของ Brand Sharing เช่นเดียวกับกรณีของผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วย

อย่างไรก็ดี หากยังไม่สามารถยกเลิกวรรคสอง เพื่อห้ามการโฆษณาโดยสิ้นเชิงได้ ก็ควรจะต้องมีการแก้ไขให้มาตรา 32 วรรคสอง ให้มีความเคร่งครัดมากยิ่งขึ้น ในแนวทางเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยให้รัฐสามารถจำกัดสื่อ ช่วงเวลา เนื้อหา สถานที่ที่ในการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้เคร่งครัดมากยิ่งขึ้น เช่น การโฆษณาทางวิทยุโทรทัศน์นั้นควรจะต้องห้ามโดยสิ้นเชิง หรือกรณีของสื่อสิ่งพิมพ์ก็อาจจะต้องกำหนดลักษณะของสื่อสิ่งพิมพ์ให้ชัดเจนว่า กรณีใดบ้างที่ห้ามโฆษณา ทั้งนี้ ในการกำหนดหลักเกณฑ์เหล่านี้ ควรจะต้องมีการศึกษาลักษณะของสื่อแต่ละประเภทและพฤติกรรมกรรมการบริโภคสื่อของคนไทย โดยเฉพาะเด็กและเยาวชนก่อน เพื่อนำมาใช้กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทย ซึ่งประเด็นที่

สำคัญคือ ควรจะให้มีสื่อที่สามารถโฆษณาเครื่องตีแมลงกอลได้น้อยที่สุด รวมทั้งจะต้องจำกัดเนื้อหาในการโฆษณาให้เคร่งครัดมากยิ่งขึ้น

(3) มาตรา 32 วรรคสาม : เมื่อคำนึงถึงเทคโนโลยีในขณะนี้ และประโยชน์ของผู้บริโภคที่เป็นผู้รับชมรายการถ่ายทอดสดจากนอกราชอาณาจักร บทบัญญัติตามวรรคสามของมาตรา 32 จึงยังควรที่จะต้องมีอยู่ จนกว่าจะมีเทคโนโลยีใด ๆ ที่สามารถแก้ไขปัญหาการโฆษณาเครื่องตีแมลงกอลจากรายการที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักรได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ในส่วนของถ้อยคำในวรรคสามของมาตรา 32 นั้น เมื่อวัตถุประสงค์และขอบเขตของกฎหมายต้องการยกเว้นให้กับกรณีใดก็ควรกำหนดให้ชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดการตีความต่อไปว่า โฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักร มีความหมายแค่นั้น หรือหมายถึงกรณีใดบ้าง ซึ่งในกรณีนี้หากกฎหมายต้องการยกเว้นให้เฉพาะรายการถ่ายทอดสดและเฉพาะสิ่งพิมพ์ที่จัดพิมพ์นอกราชอาณาจักรที่มีได้มีวัตถุประสงค์ให้นำเข้ามาจำหน่ายแจกในราชอาณาจักรโดยเฉพาะเท่านั้น ก็ควรแก้ไขถ้อยคำในวรรคสามให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

5.3 การแก้ไขบทกำหนดโทษตามมาตรา 43

การที่ยังคงมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 32 เนื่องจากผู้ที่กระทำความผิดได้พิจารณาแล้วว่า ประโยชน์ที่เขาคาดคะเนว่าจะได้รับจากการฝ่าฝืนโฆษณาเครื่องตีแมลงกอล นั้น จะทำรายได้มากกว่า ต้นทุนของการโฆษณาบวกกับค่าปรับที่จะต้องเสียจากการกระทำความผิดนั้น ดังนั้น การที่จะป้องปรามการกระทำความผิดในกรณีนี้ให้ได้ผล ก็ควรจะต้องกำหนดโทษปรับให้เหมาะสม ไม่ใช่เพียงการกำหนดโทษปรับแบบอัตราตายตัว ซึ่งไม่สามารถป้องปรามการกระทำความผิดได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกำหนดโทษเกี่ยวกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาเครื่องตีแมลงกอลของประเทศฝรั่งเศสแล้ว พบว่า มาตรา L3351-7 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข นอกจากจะมีโทษปรับเป็นจำนวน 7,500 ยูโร แล้ว จำนวนสูงสุดของค่าปรับอาจเป็นร้อยละ 50 ของจำนวนค่าใช้จ่ายที่เสียไปสำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งก็คือค่าโฆษณาที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย และเมื่อเทียบกับกฎหมายไทยบางฉบับก็จะมีปรับในลักษณะตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิดในกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ของสาธารณะเช่นกัน ซึ่งโทษที่กำหนดไว้จะกำหนดบทลงโทษปรับที่หนัก โดยปรับเป็นจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับหรืออาจจะได้รับจากการกระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด หรือไม่กระทำความผิดซ้ำอีก เพราะโทษปรับในลักษณะนี้ไม่ได้กำหนดในลักษณะอัตราตายตัวอันสามารถคำนวณความคุ้มค่าในการกระทำความผิดได้ แต่เป็นการปรับที่คำนวณตามผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด ซึ่งเป็นจำนวนที่มากกว่ามูลค่าของผลประโยชน์

ดังนั้น เมื่อการกำหนดโทษอาญาในส่วนของโทษปรับตามที่กำหนดในมาตรา 43 ยังไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดได้ และโทษปรับกลายเป็นเพียงค่าเช่าในการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีนี้ควรจะต้องนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ แนวคิดตามมาตรา L3351-7 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุขของประเทศฝรั่งเศส ประกอบกับระบบการปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด มาใช้พิจารณาเพื่อแก้ไขบทกำหนดโทษตามมาตรา 43 โดยอาจจะกำหนดโทษปรับตามสัดส่วนมูลค่าของการกระทำความผิด หรือตามสัดส่วนผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับไว้หรือพึง

จะได้รับเพราะการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยคำนวณจากผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการโฆษณา เช่น จากยอดขายที่เพิ่มขึ้นหากมีการเผยแพร่โฆษณาดังกล่าวออกไป ซึ่งต่อไปหากมีการแก้ไขบทกำหนดโทษตามมาตรา 43 ให้มีการปรับตามสัดส่วนในลักษณะนี้แล้ว ก็อาจจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เกิดความไม่แน่ใจและเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดมากขึ้น เพราะโทษที่จะได้รับนั้น ไม่มีลักษณะเป็นอัตราที่แน่นอน และเป็นอัตราที่สูงกว่าผลประโยชน์ที่ได้รับหรืออาจจะได้รับจากการกระทำความผิด

อย่างไรก็ดี ผู้กระทำความผิดฐานโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามมาตรา 32 อาจเป็นเพียงบุคคลธรรมดา ร้านค้าเล็ก ๆ หรืออาจเป็นบริษัทผู้ผลิตรายใหญ่ก็ได้ ดังนั้น การจะแก้ไขโทษปรับในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ยังควรจะต้องมีการกำหนดโทษจำคุกและโทษปรับตายตัวไว้จำนวนหนึ่ง โดยให้คงการกำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้ตามที่ปรากฏในมาตรา 43 ปัจจุบัน คือ ปรับไม่เกินห้าแสนบาท เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด พฤติการณ์ และความร้ายแรงของการกระทำความผิด และเพิ่มในส่วนของโทษปรับตามสัดส่วนของผลประโยชน์ โดยให้นำการกำหนดโทษในลักษณะดังกล่าวมาใช้กับผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ดังนั้น จึงควรให้คงความในมาตรา 43 วรรคหนึ่งไว้ตามกฎหมายปัจจุบัน แต่ให้เพิ่มความในวรรคสองให้มีการปรับตามสัดส่วน โดยอาจกำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 32 เป็นผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองเท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้นได้รับหรือพึงจะได้รับเพราะการฝ่าฝืนดังกล่าว แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้นำความในวรรคสองเดิมไปเป็นวรรคสาม และแก้ไขให้ครอบคลุมการกระทำความผิดวรรคหนึ่งและวรรคสองว่า นอกจากต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองแล้ว ผู้ฝ่าฝืนยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง และเมื่อแก้ไขมาตรา 43 แล้ว ก็จะต้องแก้ไขระเบียบคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การเปรียบเทียบตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดการเปรียบเทียบปรับในกรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 32 ให้สอดคล้องกันด้วย

กล่าวโดยสรุป เพื่อให้มาตรการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์บรรลุวัตถุประสงค์ได้จริง เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนไม่ให้เข้าสู่การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เร็วเกินไป และป้องกันการขยายตัวของการบริโภคไปสู่ผู้บริโภครายใหม่ และป้องกันการกระตุ้นผู้บริโภคที่บริโภคอยู่เดิมให้มีการบริโภคที่มากเกินไป หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรจะต้องทบทวนความจำเป็นในการแก้ไขมาตราที่เกี่ยวข้องให้มีความชัดเจน และสามารถบังคับใช้ได้ถูกต้องและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้งจะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง เพราะแม้จะบัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจน คร่งครัด หรือกำหนดโทษสูงเพียงใด แต่หากผู้บังคับใช้กฎหมายไม่บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ก็คงจะไม่สามารถทำให้กฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับได้