

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง การบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กแก่หน่วยบริการ
สาธารณสุขตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริม
การตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็ก พ.ศ. ๒๕๖๐^๑

กรมอนามัยได้มีหนังสือ ที่ สธ ๐๙๔๕.๐๓/๙๑๘๔ ลงวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๖๖ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา ๒๓ วรรคสองและวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็ก พ.ศ. ๒๕๖๐ ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก ที่มีวัตถุประสงค์พิเศษและการบริจาคในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๖๑ ต่อมา เกิดสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ มีผลกระทบต่อรายได้ของมารดา ที่เลี้ยงดูบุตร ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก แต่ก็อาจเข้าข่ายฝ่าฝืนพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็กฯ กรมอนามัยจึงได้จัดทำร่างประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการ บริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กที่มีวัตถุประสงค์พิเศษและการบริจาค ในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุข (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เสนอคณะอนุกรรมการพัฒนา และให้ความเห็นในประเด็นข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาด อาหารสำหรับทารกและเด็กเล็ก พ.ศ. ๒๕๖๐ และคณะกรรมการควบคุมการส่งเสริมการตลาด อาหารสำหรับทารกและเด็กเล็กเพื่อพิจารณา โดยคณะกรรมการฯ พิจารณาแล้วมีความเห็นแตกต่าง จากคณะอนุกรรมการฯ ในสองประเด็น ดังนี้

๑. การกำหนดหน่วยงานอื่นซึ่งไม่อยู่ในความหมายของนิยามคำว่า “หน่วยบริการ สาธารณสุข”

คณะอนุกรรมการฯ ในการประชุมครั้งที่ ๔-๑/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๓ มกราคม ๒๕๖๖ ได้กำหนดขอบเขตการบริจาคในกรณีจำเป็น หมายถึง สถานการณ์ที่เกิดสาธารณภัย และกำหนดให้ “สำนักงานบรรเทาทุกข์และประชานามัยพิทักษ์ สังกัดสภากาชาดไทย กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ สถานสงเคราะห์หรือหน่วยงานอื่นใด ที่มีลักษณะทำนองเดียวกันโดยได้รับความเห็นชอบจากอธิบดีกรมอนามัยด้วยก็ได้” เป็นหน่วยรับบริจาค อาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็น จากผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จำหน่าย ทั้งนี้ เพื่อป้องกันช่องทางการส่งเสริมการตลาด โดยคณะกรรมการฯ ในการประชุมครั้งที่ ๑/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๖ พิจารณาร่างประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่ผ่านการพิจารณา ของคณะอนุกรรมการฯ แล้ว มีข้อสังเกตว่าการกำหนดหน่วยรับบริจาคเกินขอบอำนาจ ตามมาตรา ๒๓ วรรคสองและวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหาร

^๑ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๑๒/๔ ลงวันที่ ๑๘ มกราคม ๒๕๖๗ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

สำหรับทารกและเด็กเล็กฯ หรือไม่ เนื่องจากมาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง ห้ามผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จำหน่ายอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก หรือตัวแทน บริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กให้แก่หน่วยบริการสาธารณสุขหรือบุคลากรด้านสาธารณสุข และมาตรา ๒๓ วรรคสอง เป็นข้อยกเว้นให้บริจาคแก่หน่วยบริการสาธารณสุขในกรณีจำเป็น ดังนั้น จึงไม่สามารถกำหนดหน่วยงานที่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา ๒๓ วรรคสอง เป็นหน่วยงานที่ไม่อยู่ในนิยามคำว่า “หน่วยบริการสาธารณสุข” ได้

๒. การกำหนดองค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็กที่สามารถรับบริจาคได้

ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กที่มีวัตถุประสงค์พิเศษและการบริจาคในกรณีจำเป็น แก่หน่วยบริการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๖๑ ข้อ ๕ กำหนดว่า “ในกรณีจำเป็น ผู้บริจาคสามารถบริจาคให้แก่องค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็กที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารกที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารกที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่าไม่สามารถให้นมบุตรได้” คณะกรรมการฯ ในการประชุมครั้งที่ ๑/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๖ มีข้อสังเกตว่า มาตรา ๓ กำหนดนิยามคำว่า “หน่วยบริการสาธารณสุข” หมายความว่า ... และให้หมายความรวมถึงองค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็กและองค์กรวิชาชีพด้านสาธารณสุข” การเพิ่มเติมถ้อยคำ “ที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารกที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารกที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่าไม่สามารถให้นมบุตรได้” เป็นการกำหนดเงื่อนไขเกินจากบทบัญญัติมาตรา ๓ หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ ที่เห็นว่า สามารถกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ เพื่อให้ได้องค์กรผู้รับบริจาคและกลุ่มทารกและเด็กเล็กที่เฉพาะเจาะจงเป็นการป้องกันการส่งเสริมการตลาด

คณะกรรมการฯ จึงมีมติให้กองกฎหมาย กรมอนามัย ในฐานะฝ่ายเลขานุการของคณะอนุกรรมการฯ หรือประเด็นปัญหาทั้งสองประเด็นดังกล่าวต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรมอนามัยจึงขอหารือในประเด็นข้อกฎหมาย ดังนี้

๑. ในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุขตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็กฯ นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจกำหนดสำนักงานบรรเทาทุกข์และประชานามัยพิทักษ์ สภากาชาดไทย กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ สถานสงเคราะห์หรือหน่วยงานอื่นใดที่มีลักษณะทำนองเดียวกันเป็นหน่วยรับบริจาคได้หรือไม่

๒. ข้อ ๕ ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กที่มีวัตถุประสงค์พิเศษและการบริจาคในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๖๑ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็กฯ กำหนดว่า “ที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารกที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารกที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่าไม่สามารถให้นมบุตรได้” ถ้อยคำที่ปรากฏนี้เกินบทนิยามคำว่า “หน่วยบริการสาธารณสุข” รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจกำหนดถ้อยคำนี้ในประกาศดังกล่าวหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้พิจารณาข้อหาหรือของกรมอนามัย โดยมีผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข (สำนักงานปลัดกระทรวงและกรมอนามัย) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นสมควรกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นสองประเด็น โดยคณะกรรมการฯ มีความเห็นในแต่ละประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจจาคอาหาร สำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุขโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็ก พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจประกาศกำหนดให้สำนักงานบรรเทาทุกข์และประชานามัยพิทักษ์สังกัดสภากาชาดไทย กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ หรือสถานสงเคราะห์หรือหน่วยงานอื่นใดที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน เป็นหน่วยรับบริจาคได้หรือไม่ เห็นว่า มาตรา ๒๓^๒ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็ก พ.ศ. ๒๕๖๐ มีเจตนารมณ์ในการควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กผ่านการบริจาคให้แก่หน่วยบริการสาธารณสุขหรือบุคลากรด้านสาธารณสุขเท่านั้น โดยมาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง ห้ามผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จำหน่ายอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก หรือตัวแทน บริจจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กให้แก่หน่วยบริการสาธารณสุขหรือบุคลากรด้านสาธารณสุข แต่โดยที่สำนักงานบรรเทาทุกข์และประชานามัยพิทักษ์สังกัดสภากาชาดไทย กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และสถานสงเคราะห์หรือหน่วยงานอื่นใดที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน มิได้มีสถานะเป็นหน่วยบริการสาธารณสุขตามบทนิยามในมาตรา ๓^๓ ที่ต้องห้ามรับบริจาคตามมาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็กฯ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจึงไม่อาจประกาศกำหนดให้หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวเป็นหน่วยรับบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็นได้

^๒มาตรา ๒๓ ห้ามผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จำหน่ายอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก หรือตัวแทน บริจจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กให้แก่หน่วยบริการสาธารณสุขหรือบุคลากรด้านสาธารณสุข

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการบริจจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก ที่มีวัตถุประสงค์พิเศษเพื่อใช้สำหรับผู้ป่วยเฉพาะโรคหรือผู้ที่มีความผิดปกติของร่างกาย และการบริจาคในกรณีจำเป็นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

^๓มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“หน่วยบริการสาธารณสุข” หมายความว่า สถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือสถานพยาบาลซึ่งดำเนินการโดยกระทรวง ทบวง กรม องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ สถาบันการศึกษาของรัฐ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือสภากาชาดไทย และให้หมายความรวมถึงองค์กรเอกชน ที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็ก และองค์กรวิชาชีพด้านสาธารณสุข

ฯลฯ

ฯลฯ

ประเด็นที่สอง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคอาหาร สำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุขโดยอาศัยอำนาจ ตามความในมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารก และเด็กเล็ก พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจประกาศกำหนดให้ ผู้บริจาคสามารถบริจาคให้แก่องค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรม เกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็ก โดยมีความต่อท้ายว่า “ที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารก ที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารกที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่าไม่สามารถให้นมบุตรได้” ได้หรือไม่ เห็นว่า มาตรา ๒๓^๔ วรรคสองและวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับ ทารกและเด็กเล็กฯ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็ก ประกาศกำหนดการบริจาคอาหาร สำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็น รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการบริจาดังกล่าว กรณีที่ข้อ ๕^๕ แห่งประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กที่มีวัตถุประสงค์พิเศษ และการบริจาคในกรณีจำเป็นแก่หน่วยบริการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๖๑ กำหนดว่า “การบริจาค อาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็กในกรณีจำเป็น ผู้บริจาคสามารถบริจาคให้แก่ องค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็ก ที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารกที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารกที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่า ไม่สามารถให้นมบุตรได้” นั้น ความว่า “ที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารกที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารก ที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่าไม่สามารถให้นมบุตรได้” เป็นการกำหนดเหตุในกรณีจำเป็น ที่ต้องให้ความช่วยเหลือทารกดังกล่าวซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์กรเอกชนให้ชัดเจนขึ้น และยังกำหนด เงื่อนไขในการบริจาคโดยจำกัดขอบเขตของหน่วยบริการสาธารณสุขที่รับบริจาคไว้เฉพาะองค์กรเอกชน ที่มีลักษณะดังกล่าวเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อควบคุมการส่งเสริมการตลาดผ่านการบริจาคให้แก่หน่วยบริการ สาธารณสุขประเภทอื่น การกำหนดความตอนท้ายของข้อ ๕ แห่งประกาศกระทรวงสาธารณสุขดังกล่าว จึงมิได้เป็นการกำหนดลักษณะขององค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรม เกี่ยวกับด้านสุขภาพแม่และเด็กที่เกินไปจากบทนิยามคำว่า “หน่วยบริการสาธารณสุข” ตามมาตรา ๓^๖ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งเสริมการตลาดอาหารสำหรับทารกและเด็กเล็กฯ รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงสาธารณสุขจึงสามารถกำหนดความตอนท้ายของข้อ ๕ แห่งประกาศกระทรวงสาธารณสุข ดังกล่าวได้



(นายปรกรณ์ นิลประพันธ์)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มกราคม ๒๕๖๗

^๔โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^๕ข้อ ๕ การบริจาคอาหารสำหรับทารกหรืออาหารสำหรับเด็กเล็ก ในกรณีจำเป็น ผู้บริจาค สามารถบริจาคให้แก่องค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับด้านสุขภาพ แม่และเด็กที่มีทารกซึ่งเป็นกำพร้า หรือทารกที่ถูกทอดทิ้ง หรือทารกที่แม่ได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์ว่าไม่สามารถ ให้นมบุตรได้

^๖โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น