

บันทึก
เรื่อง การโฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพก

กระทรวงสาธารณสุข มีหนังสือ ด่วนมาก ที่ สส.๐๗๐๑/๓๐๗ ลงวันที่ ๓๑ มกราคม ๒๕๖๒ ความว่า บริษัทโรชไทยแลนด์ จำกัด ได้หารือต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ว่าบริษัท ฯ จะทำสมุดบันทึกการสั่งยาสำหรับผู้ประกอบโรคศิลปะเพื่อแจกให้ผู้ประกอบโรคศิลปะ (แพทย์ เภสัชกร ฯลฯ) สำหรับใช้เป็นใบสั่งยา โดยสมุดบันทึกนี้จะมีข้อความโฆษณาว่า Temetex (Roche) Corticosteroid for topical use อยู่หน้าปกด้วยต่อมาบริษัทฯ ได้ขอหารือเพิ่มเติมว่าบริษัทจะจัดทำซองยา Matalgon เพื่อแจกหรือขายชองยานั้นให้กับแพทย์ผู้ซื้อยานำไปบรรจุยา Matalgon ดังนี้ จะเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรา ๙๐ แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามมิให้โฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพกหรือออกสลากรางวัล" นั้น หรือไม่ ในการนี้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีความเห็นเป็น ๒ ฝ่าย คือ

(๑) ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เป็นความผิด กล่าวคือ ไม่อาจจะโฆษณาขายยาบนสิ่งของที่แจกได้เพราะเป็นการโฆษณาขายยาบนสิ่งของที่แจก ซึ่งในขณะเดียวกันก็แจกหรือแถมสิ่งของนั้นไปด้วย เป็นการจงใจให้มีการซื้อยาที่โฆษณา โดยมีการแจกสิ่งของไปก่อน ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการซื้อขายกันก่อนแต่อย่างใด ก็เป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ.๒๕๑๐ แล้ว

(๒) ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่เป็นความผิด เพราะสิ่งของที่แจกหรือแถมนี้เป็นวัตถุที่ใช้สำหรับโฆษณา ไม่ใช่ของแถมพกหรือของแจก สิ่งของนี้เองที่ถือว่าเป็นการโฆษณาขายยา ข้อเท็จจริงเช่นนี้ไม่มีสิ่งใดเป็นการแถมพกต่างหาก

ในทางปฏิบัติ การโฆษณาขายยาบนสิ่งของเครื่องใช้สำหรับแจก เช่น บนไม้บรรทัด ปากกา ซองใส่ยา สมุดฉีก สมุดบันทึก กล่องกระดาศที่มีกระดาศขีดหน้า ฯลฯ ได้กวตั้นตลอดมาไม่ให้มีการโฆษณาดังกล่าว แต่โดยที่ต่อมาเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีความเห็นไม่ตรงกัน จึงเห็นควรให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความเกี่ยวกับปัญหาต่อไปนี้ เพื่อยึดถือปฏิบัติต่อไปว่า

๑. การโฆษณาสรรพคุณยาบนสิ่งของที่แจก เช่น ที่ปากกา ไม้บรรทัด สมุดบันทึก สำหรับใช้เป็นใบสั่งยา หรือกล่องกระดาศใส่กระดาศขีดหน้า ฯลฯ จะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ หรือไม่

๒. การโฆษณาสรรพคุณยาบนซองสำหรับใส่ยาเพื่อแจกผู้ประกอบโรคศิลปะหรือร้านขายยา จะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ หรือไม่

๓. การขายชองยานี้ให้กับแพทย์ผู้ซื้อยา เพื่อนำไปบรรจุยาจะเป็นความผิดหรือไม่

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ ๘) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวประกอบกับได้ฟังคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข (สำนักงานปลัดกระทรวงและสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา) แล้วมีความเห็นว่า มาตรา ๙๐ แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ.๒๕๑๐ เป็นบทบัญญัติห้ามการโฆษณาโดยวิธีแถมพก ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองผู้ซื้อยาให้สามารถตัดสินใจเลือกซื้อยาได้ตรงกับความต้องการและความจำเป็นของตน เพราะของแถมพกอาจมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเลือกซื้อได้ ส่วนข้อความที่ใช้ในการโฆษณาจะเป็นการฝ่าฝืนหรือต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องของสาระแห่งการโฆษณาซึ่งเป็นกรณีตามมาตรา ๘๘ อันเป็นคนละส่วนกัน ดังนั้น ข้อหาหรือของกระทรวงสาธารณสุขที่ว่า “การโฆษณาสรรพคุณยาบนสิ่งของที่แจก...” ตามข้อหาหรือที่ ๑ และ ๒ นั้น จึงเป็นการนำเรื่องสองเรื่องมาเป็นปัญหาเดียวกันเมื่อข้อที่หาหรือมาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพก ดังนั้นจึงพิจารณาในประเด็นนี้เพียงประเด็นเดียว ซึ่งการโฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพกนี้อาจเป็นการโฆษณาอย่างใด ๆ ก็ได้ มิได้จำกัดว่าต้องเป็นการโฆษณาเกี่ยวกับสรรพคุณยาตามมาตรา ๘๘ เท่านั้น

เนื่องจากขอบเขตของข้อห้ามการโฆษณาขายยาโดยวิธีการแถมพก บทบัญญัติมาตรา ๙๐ มิได้จำกัดว่าต้องเป็นการโฆษณาแถมพกให้กับผู้ใด ดังนั้น ผู้ที่จะได้ของแถมพกจึงอาจเป็นผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ป่วย หรือเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะหรือร้านขายยากก็ได้ แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา ๙๐ นี้ เป็นกรณีห้ามเกี่ยวกับวิธีแถมพกเพื่อคุ้มครองการตัดสินใจเลือกซื้อของผู้ซื้อข้อเท็จจริงจึงต้องได้ความว่าการแถมพกของอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นเป็นการให้เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากการขายยาตามปกติ หรืออีกนัยหนึ่งการให้ของนั้นแก่ผู้ซื้อขึ้นเนื่องจากการขายยาหรือมีความสัมพันธ์โดยตรงหรือใกล้ชิดกับการขายยาเท่านั้น จึงจะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ นี้ แต่ถ้าการให้ของนั้นเป็นการแจกอย่างแท้จริง คือมิได้มีขึ้นเนื่องจากการขายยาหรือมิได้มี

๖ มาตรา ๘๘ การโฆษณาขายยาจะต้อง

(๑) ไม่เป็นการโอ้อวดสรรพคุณยาหรือวัตถุดิบเป็นส่วนประกอบของยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรค หรือความเจ็บป่วยได้อย่างศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาด หรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายทำนองเดียวกัน

(๒) ไม่แสดงสรรพคุณยาอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง

(๓) ไม่ทำให้เข้าใจว่ามีวัตถุใดเป็นตัวยาหรือเป็นส่วนประกอบของยาซึ่งความจริงไม่มีวัตถุ หรือส่วนประกอบนั้นในยา หรือมีแต่ไม่เท่าที่ ทำให้เข้าใจ

(๔) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาทำให้แท้งลูกหรือยาขับระดูอย่างแรง

(๕) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาบำรุงกามหรือยาคุมกำเนิด

(๖) ไม่แสดงสรรพคุณยาอันตรายหรือยาควบคุมพิเศษ

(๗) ไม่มีการรับรองหรือยกย่องสรรพคุณยาโดยบุคคลอื่น

(๘) ไม่แสดงสรรพคุณยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรคหรืออาการของโรคที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา ๗๗

ความใน (๕) และ (๖) ไม่ใช้บังคับแก่ข้อความในฉลากหรือเอกสารกำกับยา และความใน (๑) (๔) (๕) (๖) (๗) และ (๘) ไม่ใช้บังคับแก่การโฆษณาซึ่งกระทำโดยตรงต่อผู้ประกอบโรคศิลปะหรือผู้ประกอบการบำบัดโรคสัตว์

ความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับการขายยา ก็จะต้องเป็นการโฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพกอัน ฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ นี้ไม่ได้ ดังนั้น ข้อหาข้อที่ ๑ ที่ว่าการโฆษณาขายยาของที่แจก เช่น ที่ปากกา ไม้บรรทัด สมุดบันทึกสำหรับใช้เป็นใบสั่งยา หรือกล่องกระดาษใส่กระดาษเช็ดหน้า ฯลฯ จะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ หรือไม่ และข้อหาข้อที่ ๒ ที่ว่าการโฆษณาขายยาของสำหรับใส่ยาเพื่อ แจกผู้ประกอบโรคศิลปะหรือร้านขายยา จะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ หรือไม่นั้นจึงขึ้นกับ ข้อเท็จจริงที่ว่า การแจกสิ่งของหรือของยาที่โฆษณานั้นมีขึ้น เนื่องจากการขายยาหรือมี ความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับการขายยาหรือไม่ เช่น มีการแจกเพราะได้มีการซื้อยาหรือจะ มีการซื้อยา หรือมีการแจกโดยเป็นสัดส่วนกับยาที่ขาย เป็นต้นกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นการฝ่าฝืน มาตรา ๙๐ นี้

สำหรับข้อหาข้อที่ ๓ ที่ว่า การขายของยาที่โฆษณาให้กับแพทย์ผู้ซื้อยาเพื่อนำไป บรรจุนยา จะเป็นความผิดหรือไม่ นั้น เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติห้ามการโฆษณาขายยาที่ของยา ตลอดจนไม่ได้ห้ามการโฆษณาขายยาด้วยการแจกของ ดังนั้นจึงไม่ผิดตามมาตรา ๙๐ แต่ถ้า ข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้เป็นการขายของยาโฆษณาขายยากันอย่างแท้จริง กล่าวคือ การขายของยา นั้นมีขึ้นเพียงเป็นวิธีการอำพรางการโฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพก เช่นนี้ย่อมเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๙๐ ได้

(ลงชื่อ) อมร จันทรมบูรณ์

(นายอมร จันทรมบูรณ์)

รองเลขาธิการ ฯ

ปฏิบัติราชการแทน เลขาธิการคณะกรรมการการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา

กุมภาพันธ์ ๒๕๒๒