

บทที่ 5

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดคุณสมบัติของ ผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรง

จากการศึกษาพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงพ.ศ.2545 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มีหลักการที่มุ่งบังคับใช้แก่การประกอบธุรกิจขายตรงที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ใช้วิธีการตลาดในลักษณะที่เข้าถึงผู้บริโภคโดยการเสนอสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของบุคคลอื่นหรือสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยอาศัยการสาธิตสินค้าผ่านผู้จำหน่ายอิสระหรือตัวแทนขายตรง และมีหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจขายตรงหรือตลาดแบบตรง เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบในการซื้อขายสินค้าหรือบริการ และเพื่อให้มีหลักประกันว่าผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองหากผู้บริโภคได้รับความเสียหายอันเกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ นอกจากนี้ยังบัญญัติเรื่องคุณสมบัติของผู้จดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรงซึ่งต้องเป็นนิติบุคคลอันได้จดทะเบียน และปรับปรุงบทกำหนดโทษใหม่ ซึ่งพบว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังขาดสาระสำคัญในเรื่องคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระและมาตรการการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ประกอบธุรกิจขายตรงที่ฝ่าฝืนเอาไว้ทำให้บุคคลทุกวัยทุกวิชาชีพสามารถเข้าเป็นผู้จำหน่ายอิสระได้จึงเกิดปัญหาขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษากฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีนที่เกี่ยวกับการขายตรง คือ Regulation on Direct Selling Administration 2005 of China และกฎหมายแรงงานประเทศสหรัฐอเมริกา คือกฎหมายแรงงาน The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended 29 U.S.C 201, et seq กฎหมายแรงงานเด็กรัฐเท็กซัส Texas Child Labor Law และ Texas Child Labor Law Amendmends และกฎหมายแรงงานเด็กรัฐฟลอริดา Florida Child Labor Law เนื่องจากกฎหมายทั้งสองประเทศนี้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจขายตรงที่ระบุถึงคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระ บทบาทหรือหน้าที่ของการเป็นผู้จำหน่ายอิสระตลอดจนบทลงโทษหากมีการฝ่าฝืนหรือหากมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งจะได้นำมาวิเคราะห์เพื่อนำมาเปรียบเทียบให้เป็นรูปธรรม โดยมีจุดประสงค์ต้องการเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขหรือนำมาปรับใช้กับกฎหมายของไทย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

5.1 วิเคราะห์ปัญหาคุณสมบัติผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรงเรื่องอายุ

เมื่อพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่2) พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มิได้วางหลักในเรื่องคุณสมบัติของผู้ที่สามารถสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระไว้ทำให้ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะกฎหมายถือว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถเข้ามาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรงเป็นจำนวนมาก ผู้เยาว์ส่วนใหญ่อยู่ในวัยเรียนเป็นนักเรียนหรือนักศึกษามีหน้าที่ศึกษาหาความรู้ เป็นผู้ด้อยประสบการณ์ไม่มีความเข้าใจในระบบธุรกิจขายตรงอย่างแท้จริง เนื่องจากการสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระนั้นจะถูกแนะนำหรือชักชวนให้สมัครตั้งแต่ครั้งแรกโดยการให้ผู้เยาว์เข้าร่วมประชุม ฟังสัมมนาเพื่อโน้มน้าวด้วยเรื่องของการรายได้ที่มีเข้ามาหาศาลจากการโชว์บ้าน รถหรูหรือเงินในบัญชี จนทำให้ผู้เยาว์ขาดความยั้งคิดไตร่ตรองอย่างรอบคอบ ถูกหลอกเข้าสู่ระบบธุรกิจขายตรงโดยไม่มีการศึกษาาระบบธุรกิจขายตรงที่ดี และในการเข้าร่วมประชุม สัมมนา หรือการไปเสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคนั้น ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระที่เป็นแม่ทีมสามารถนัดผู้จำหน่ายอิสระได้ตลอดเวลาและผู้จำหน่ายอิสระต้องเข้าร่วมทุกครั้งอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาของผู้เยาว์โดยตรง บางครั้งต้องลาเรียน ขาดเรียน หรือต้องโกหกผู้ปกครองเพื่อให้ได้เงินมาลงทุนเข้าฟังสัมมนาหรือเพื่อซื้อสินค้า เช่น โกหกว่านำเงินไปเรียนพิเศษ ไปชำระค่าเทอม เป็นต้น และจากการศึกษาพบว่า การสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรงนั้นพบว่าการสมัครสมาชิกมีหลายระดับ หากผู้เยาว์อยากได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่มากก็จะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนที่สูง ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระที่เป็นแม่ทีมจะโน้มน้าวให้ผู้เยาว์สมัครสมาชิกในระดับที่สูง จากกรณีศึกษา บริษัท ลักซ์วารี ดีไลท์ จำกัด ซึ่งประกอบธุรกิจขายตรงขายสินค้าประเภทอาหารเสริมคลอลาเจน มีผู้เยาว์ถูกหลอกเข้ามาให้สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระจำนวนมาก มีระดับการสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระหลายระดับ มีระดับต่ำสุด เรียกว่า User ผู้เยาว์ต้องซื้อสินค้า 3 กล่อง ราคา 4,200 บาท เพื่อแลกกับผลตอบแทนจากการที่สมาชิกในสายงานของตนขายสินค้าได้ 10 % และมีระดับสูงสุด เรียกว่า Ambassador ผู้เยาว์จะต้องซื้อสินค้า 25 กล่อง ราคา 35,000 บาท เพื่อแลกกับผลตอบแทนจากการที่สมาชิกในสายงานของตนขายสินค้าได้ 60 % ซึ่งหากผู้เยาว์อยากสมัครแต่ไม่สามารถหาเงินจ่ายค่าสมัครได้บริษัทก็มีบริการรับจํานำหรือแนะนำให้ผู้เยาว์โกหกผู้ปกครองว่านำเงินมาจ่ายค่าเทอมหรือขโมยเงินผู้ปกครอง ขโมยของจากที่บ้านไปขายไปจํานำ ซึ่งปัจจุบันบริษัทดังกล่าวมีผู้เสียหายประมาณ 50 ราย มูลค่าความเสียหายหลายล้านบาท

การสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระและการดำเนินการซื้อสินค้าเพื่อนำไปขายให้แก่ผู้บริโภคในทางกฎหมายถือว่าเป็นการทำธุรกิจซึ่งเป็นการทำนิติกรรม ตามหลักทั่วไปนั้นผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้ที่มี

ความบกพร่องในเรื่องความสามารถจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือจากศาลเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินธุรกิจขายตรงได้เสมือนผู้เยาว์เป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว¹ ปัญหาที่ปรากฏคือ ผู้เยาว์มักจะสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระเพื่อดำเนินการทำธุรกิจขายตรงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือจากศาล เมื่อผู้เยาว์ดำเนินธุรกิจขายตรงไปโดยปราศจากความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือจากศาล กฎหมายบัญญัติว่านิติกรรมต่างๆที่ผู้เยาว์ได้กระทำลงไปย่อมตกเป็นโมฆียกรรม² แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้นิติกรรมเป็นโมฆียะก็ตามผู้เยาว์ย่อมได้รับความเสียหายขึ้นแล้วเพราะกฎหมายถือว่ามีการก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิแล้ว นิติกรรมต่างๆไม่ว่าจะเป็นสัญญาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระ เงินที่เสียไปเป็นค่าสมัครสมาชิก ค่าฝึกอบรมหรือเงินที่เสียไปจากการซื้อสินค้า เมื่อมีการซื้อขายสินค้าระหว่างกันอันเป็นสัญญาต่างตอบแทนระหว่างผู้เยาว์กับผู้ประกอบธุรกิจขายตรง ซึ่งผู้เยาว์และผู้ประกอบธุรกิจขายตรงต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบเงินและทรัพย์สินให้อีกฝ่ายและมีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายส่งมอบเงินและทรัพย์สินได้ ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในสินค้าย่อมโอนมายังผู้เยาว์ ผู้เยาว์ย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้ามีสิทธิจำหน่ายโอน ไร้สอย ได้ดอกผล จากทรัพย์สินนั้น และสามารถจำหน่ายโอนต่อไปให้ผู้บริโภคได้ ส่วนเงินที่ผู้เยาว์จ่ายค่าสินค้าให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงย่อมโอนไปยังผู้ประกอบธุรกิจขายตรงตามหลักสัญญาต่างตอบแทน หรือนิติกรรมอื่นๆที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจขายตรงถือว่าไม่ผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมายจนกว่าผู้แทนโดยชอบธรรมจะมาทำการบอกล้างเพื่อให้นิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆะ³

ผู้เยาว์ได้รับผลเสียหายจากการบอกล้างนิติกรรม เมื่อมีการบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียกรรม นิติกรรมที่เป็นโมฆียะให้ถือว่าเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรกเสมือนไม่เคยมีนิติกรรม⁴ ระหว่างผู้เยาว์กับผู้ประกอบธุรกิจขายตรงในทางกฎหมายแต่อย่างใด ผู้เยาว์และผู้ประกอบธุรกิจขายตรงต้องกลับคืนสู่ฐานะดังเดิม⁵ นิติกรรมที่ต่างฝ่ายต่างได้อะไรกันมาเกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิต้องคืนให้แก่กันทั้งหมด ดังนั้นเมื่อมีการบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียกรรมแล้วผู้เยาว์ต้องทำการคืนสินค้าและอุปกรณ์ส่งเสริมการขายต่างๆที่ได้รับมาจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หากผู้เยาว์ไม่สามารถส่งคืนสินค้าได้เพราะเหตุพ้นวิสัย ผู้เยาว์ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง และผู้ประกอบธุรกิจขายตรงจะต้องคืนเงินค่าสินค้า ค่าสมัครสมาชิก ค่าอุปกรณ์ส่งเสริมการขาย

¹ ไชยศ เหมะรัชตะ. (2561). *หลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 24-26.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 และมาตรา 176.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 วรรคแรก.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 วรรคแรก.

ค่าย ค่าใช้จ่ายอื่นๆที่ผู้เยาว์ได้เสียไปคืนให้แก่ผู้เยาว์ ในทางปฏิบัติในความเป็นจริงการใช้สิทธิเรียกเงินคืนจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงเป็นไปได้ยาก เพราะผู้ประกอบธุรกิจขายตรงจะบ่ายเบี่ยงที่จะคืนเงิน คิดต่อไม่ได้ อ้างเหตุผลต่างๆนาๆ อาทิเช่น กำลังดำเนินการให้อยู่หรือติดต่อสำนักงานใหญ่ไม่ได้ เป็นต้น หรือบอกให้ผู้จำหน่ายอิสระไปใช้สิทธิทางศาล ซึ่งการใช้สิทธิทางศาลมีความยุ่งยาก มีขั้นตอนที่ซับซ้อน ใช้เวลานาน เสียเวลาหรือมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่สูง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าผลก่อนที่จะมีการบอกล้างโมฆียกรรมนั้นทำให้นิติกรรมระหว่างผู้เยาว์และผู้ประกอบธุรกิจขายตรงมีผลสมบูรณ์นั้นหมายถึง เมื่อผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้ที่มีอายุน้อย ไม่มีความรอบรู้และประสบการณ์เพียงพอในการเข้าร่วมธุรกิจ อาจดำเนินธุรกิจไปโดยปราศจากความระมัดระวัง ไม่ไตร่ตรองขาดความรอบคอบอาจชักจูงโน้มน้าวผู้เยาว์ให้เข้าสมัครสมาชิกเป็นผู้จำหน่ายอิสระซึ่งต้องมีการเสียค่าใช้จ่ายในการสมัครสมาชิก ค่าสินค้า ค่าเข้าร่วมการฝึกอบรม ประชุม สัมมนา ค่าอุปกรณ์ส่งเสริมการขายต่างๆที่ต้องลงทุนในการประกอบธุรกิจขายตรง นิติกรรมดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมายอาจทำให้ผู้เยาว์ได้รับความเสียหายและสูญเสียผลประโยชน์มากกว่าได้ประโยชน์

กรณีผลภายหลังการบอกล้างนิติกรรมนั้น เมื่อมีการบอกล้างนิติกรรมแล้วคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม นิติกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างผู้เยาว์กับผู้ประกอบธุรกิจขายตรงแม้จะสามารถบอกล้างนิติกรรมได้ก็ตาม ก็ยังก่อผลเสียให้แก่ผู้เยาว์เองหากผู้เยาว์ต้องการที่จะเรียกเงินที่สูญเสียไปคืนจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรง ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงมักบ่ายเบี่ยงหลีกเลี่ยงไม่ยอมคืนเงินให้เมื่อไม่สามารถเรียกเงินคืนได้ก็ต้องไปดำเนินการใช้สิทธิทางศาลซึ่งมีความล่าช้า ทำให้เสียเวลา มีความยุ่งยากซับซ้อน เสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก หรือเมื่อมีการบอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆะแล้วผู้เยาว์จะต้องคืนทรัพย์สินที่ได้จากการสมัครเข้าร่วมธุรกิจ ในสภาพเดิม เนื่องจากผู้เยาว์อาจนำไปให้ผู้อื่นทดลองใช้เพื่อต้องการจำหน่ายสินค้านั้นหรือนำสินค้าดังกล่าวไปจำหน่ายจ่ายโอนต่อไปให้แก่ผู้บริโภคหรือนำไปใช้ในครัวเรือนของตนเองทำให้ผู้เยาว์ย่อมไม่อาจนำสินค้าที่ได้รับมาคืนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงได้ รวมทั้งวัสดุอุปกรณ์ส่งเสริมการขายต่างๆจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หากนำบทบัญญัติในเรื่องโมฆียกรรมมาใช้บังคับ เมื่อผู้เยาว์ไม่สามารถคืนสินค้าได้ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินค้านั้น จึงเกิดผลเสียแก่ผู้เยาว์ แต่หากมีกฎหมายที่จำกัดสิทธิของผู้เยาว์ในการสมัครเข้าร่วมธุรกิจขายตรงไว้ชัดเจน ก็ไม่ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ หากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงยินยอมให้ผู้เยาว์เข้าร่วมเป็นสมาชิก ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงย่อมต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแต่เพียงฝ่ายเดียว

⁶¹ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 188-189.

อย่างไรก็ตาม จากปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุหลักคือการใช้ช่องว่างของกฎหมายในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องอายุของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงพ.ศ. 2545 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 ซึ่งในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจขายตรง คือ Regulation On Direct Selling Administration 2005 of china มีเนื้อหาบัญญัติในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น ความหมายของผู้ประกอบธุรกิจขายตรง ผู้จำหน่ายอิสระ บทบาทหน้าที่ ลักษณะของการปฏิบัติงาน และสิ่งที่สำคัญคือการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระและบทลงโทษหากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงฝ่าฝืนรับสมัครบุคคลที่ต้องห้ามมิให้สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระ และกฎหมายแรงงานประเทศสหรัฐอเมริกา คือ กฎหมายแรงงาน The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended 29 U.S.C 201, et seq กฎหมายแรงงานเคิร์ก รัฐเท็กซัส Texas Child Labor Law และ Texas Child Labor Law Amendmends และกฎหมายแรงงานเคิร์ก รัฐฟลอริดา Florida Child Labor Law ก็ได้วางหลักกรณีผู้เยาว์ทำธุรกิจขายตรงเอาไว้โดยเฉพาะดังต่อไปนี้

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน Recruiting and Training of Door-to-Door salesmen Chapter III⁷ ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจขายตรงได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรงไว้ชัดเจนในหมวดที่ 3 เรื่องการคัดเลือกและการฝึกอบรมผู้ส่งเสริมการขาย มาตรา 15 บัญญัติไว้ว่าห้ามมิให้ผู้เยาว์บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี นักเรียน นักศึกษาเต็มเวลาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรง เนื่องจากสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดคุณสมบัติผู้จำหน่ายอิสระนี้ตราขึ้นเนื่องจากสาธารณรัฐประชาชนจีนประสบปัญหาประชาชนเข้าสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระเพื่อดำเนินธุรกิจเป็นจำนวนมาก ผู้เยาว์ นักเรียน นักศึกษาที่มีหน้าที่ศึกษาเล่าเรียนก็หันไปเป็นผู้จำหน่ายอิสระจนละทิ้งการเรียน ขาดเรียน หรือบางรายลาออกจากโรงเรียนเพื่อมาประกอบธุรกิจขายตรงเต็มเวลา

เปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายแรงงาน The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended⁸ เป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐมีเนื้อหาเกี่ยวกับการทำงานของเด็กของรัฐบาลกลางที่ถูกตราขึ้นเพื่อให้มั่นใจว่า เมื่อผู้เยาว์ทำงาน งานดังกล่าวจะต้องปลอดภัยและไม่มีอันตรายต่อสุขภาพ ต่อชีวิตความเป็นอยู่หรือต่อโอกาสทางการศึกษาและบทบัญญัตินี้ได้มีข้อยกเว้นที่จำกัดด้วย

⁷Ministry of Commerce People's Republic of China. (2005). *Regulations on Direct Selling Administration* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://english.mofcom.gov.cn/article/zt_yearbook/lanmua/200804/20080405503301.shtml. [2561, 14 กุมภาพันธ์]

⁸U.S. Wage and Hour Division. (n.d.). *The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.dol.gov/whd/regs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>. [2561, 1 กรกฎาคม]

เช่นกันกล่าวคือ ในเรื่องมาตรฐานอายุขั้นต่ำสำหรับการรับจ้างหน่วยงานที่ไม่ใช่ของภาครัฐ อายุไม่ต่ำกว่า 14 สามารถรับจ้างงานในบางอาชีพนอกเวลาเรียนตามระยะเวลาที่จำกัดในแต่ละวันและทุกสัปดาห์ และในเรื่องมาตรฐานการครองชีพ เด็กอายุไม่ต่ำกว่า 14 ปี สามารถขายสินค้าหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการให้กับบุคคลอื่นได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมาย The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended 29 U.S.C 201, et seq ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐห้ามมิใช้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ประกอบอาชีพขายสินค้าหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้อื่น

กฎหมายระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ กฎหมาย Texas Child Labor Law และ Texas Child Labor Law Amendmends เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของเด็กในมลรัฐเท็กซัส ได้วางหลักกฎหมายแรงงานเกี่ยวกับเด็กไว้ว่า ห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ขายสินค้าหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลอื่น⁹ และกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของเด็กแห่งมลรัฐฟลอริดา Florida Child Labor Law ได้บัญญัติห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ทำงานที่มีลักษณะการขายผลิตภัณฑ์ เสนอหรือขายผลิตภัณฑ์ธุรกิจขายตรงแบบ Door to Door

จากหลักกฎหมายประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนและประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว มีการกำหนดคุณสมบัติของการเป็นผู้จำหน่ายอิสระโดยกำหนดว่าผู้จำหน่ายอิสระของประเทศจีนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งในประเทศจีนถือว่าบุคคลนั้นบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปี ส่วนสหรัฐอเมริกานั้นได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของเด็ก โดยกฎหมายระดับสหพันธรัฐกำหนดว่าห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ประกอบธุรกิจขายสินค้า และพระราชบัญญัติในมลรัฐเท็กซัสกำหนดไว้ว่าห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ให้ขายสินค้า เสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลอื่น และกรณีมลรัฐฟลอริดาได้บัญญัติห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ทำงานที่มีลักษณะการขายผลิตภัณฑ์ เสนอหรือขายผลิตภัณฑ์แบบ Door to Door¹⁰

เมื่อพิจารณากฎหมายทั้งสองประเทศแล้วจะเห็นว่าการจำกัดช่วงอายุของผู้จำหน่ายอิสระก็เพื่อคุ้มครองผู้เยาว์เป็นกลุ่มบุคคลที่มีวุฒิภาวะด้านความคิดและวิเคราะห์อาจจะยังไม่สมบูรณ์ มีวุฒิภาวะที่อาจจะถูกชักจูง โน้มน้าว หรือหลอกลวงได้ง่าย และสิ่งที่สำคัญคือโดยส่วนมากในช่วงอายุนี้อาจจะยังไม่มีรายได้เป็นของตนเองยังต้องได้รับเงินจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองอยู่ ทั้งนี้การกำหนดคุณสมบัติเรื่องอายุผู้จำหน่ายอิสระว่าอายุเท่าใดถึงสามารถสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระได้ต้อง

⁹Texas Workforce Commission. (n.d.). *Summary of the Child Labor Law* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.twc.state.tx.us/ui/lablaw/cllsum.html>[2561,19 กรกฎาคม]

¹⁰Florida dbpr. (2016). *Child Labor Laws The State of Florida and the Federal Fair Labor Standards Act (FLSA)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.hr.fsu.edu/pdf/publications/compliance/childlaborlaw.pdf> [2561,19 กรกฎาคม]

พิจารณาจากกฎหมาย เนื่องจากวัฒนธรรมของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาเด็กบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปี ซึ่งเป็นอายุน้อยกว่าประเทศไทย หรือเด็กระดับไฮสคูลนิยมทำงานพิเศษหารายได้นอกเวลาเรียน ส่งเสียตนเองเรียนโดยไม่ต้องพึ่งบิดามารดา และธุรกิจขายตรงในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นธุรกิจขายตรงที่แท้จริงไม่ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 และแก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2550 และแก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560 ที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้จำหน่ายอิสระไม่มีเนื้อหาสาระถึงการกำหนดคุณสมบัติเรื่องอายุของการเป็นผู้จำหน่ายอิสระเอาไว้จึงทำให้เกิดปัญหาหา ดังนั้นเพื่อให้มีมาตรการคุ้มครองป้องกันความเสียหายดังกล่าว พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 และแก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2550 และแก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560 จึงควรพิจารณาเนื้อหาเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระเรื่องอายุและกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนไว้ให้ชัดเจนเพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นต่อไป

5.2 วิเคราะห์ปัญหาคุณสมบัติผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรงเรื่องอาชีพ

จากการศึกษาตามกรณีตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่เกิดจากการเข้าเป็นผู้จำหน่ายอิสระธุรกิจขายตรงนอกจากปัญหาคุณสมบัติเรื่องอายุที่เป็นช่องว่างของกฎหมายแล้ว ยังมีปัญหาคุณสมบัติเรื่องอาชีพที่เป็นช่องว่างสำคัญในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่2) พ.ศ.2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่3) พ.ศ.2560 ที่ไม่มีการวางหลักไว้ชัดเจน ในหลายกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นมีสาเหตุมาจากบุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่ในทางราชการใช้อำนาจหน้าที่ในอาชีพของตนประกอบอาชีพเสริมเป็นผู้จำหน่ายอิสระแฝง โดยชักชวนชักจูง ล่อลวงให้ผู้ใช้บริการจำใจหรือต้องซื้อสินค้าหรือบริการตามที่ถูกชักชวนเนื่องจากความเกรงใจหรือเกรงกลัวว่าจะส่งผลกระทบต่อตนเองและบุคคลรอบข้างหากไม่ปฏิบัติตาม อาทิเช่น ครู ซึ่งเป็นบุคลากรทางการศึกษาใช้อำนาจหน้าที่เพื่อเสนอเงื่อนไขพิเศษ เช่น การเสนอขายสินค้าและบริการให้แก่ผู้ปกครองหรือนักเรียนในความปกครองของตนเพื่อแลกเปลี่ยนกับคะแนนหรือความเอาใจใส่เป็นพิเศษต่อนักเรียนคนนั้นๆหรือชักจูงผู้ปกครองให้เข้ามาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระในสาขางานของตนเองเพื่อแลกเปลี่ยนกับการดูแลหรือการอำนวยความสะดวก หรือกรณีแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ที่ใช้บทบาทหน้าที่ในอาชีพ โน้มน้าว ชักจูงหรือแนะนำเชิงบังคับโดยให้ผู้มาใช้บริการหลงเชื่อว่าจะสามารถรักษาโรคที่ตนมารับรักษาได้ทุกอย่างที่สินค้านั้นๆไม่มีผลในการรักษาผู้ป่วยนั้น หรือซ้ำร้ายกว่านั้นอาจจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ป่วยและส่งผลกระทบต่อสถานะการเงินของผู้ป่วยคนนั้นๆอีกด้วย ดังนั้นจึงต้องทำการศึกษากฎหมายไทย

เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่มีการกำหนดถึงคุณสมบัติเรื่องอาชีพที่ชัดเจนเอาไว้ ในกรณีนี้จะเปรียบเทียบกับกฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจขายตรงของสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งจะได้วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

5.2.1 กรณีวิชาชีพครู

จากการที่พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่2) พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มิได้กำหนดเรื่องคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระในเรื่องอาชีพเอาไว้ทำให้ครูอาจารย์เข้ามาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระใช้ตำแหน่งหน้าที่วิชาชีพของตนแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ปกครองหรือนักเรียนในการขายสินค้าหรือให้สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระ และคงมีเพียงบทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรมที่ถือว่าผิดจรรยาบรรณของวิชาชีพครูหรือบุคลากรทางการศึกษากำหนดไว้ว่าครูอาจารย์ต้องไม่ใช้วิชาชีพแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง¹¹ ต้องไม่ใช้เวลาราชการ เงิน ทรัพย์สิน บุคลากร บริการ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกของทางราชการไปเพื่อประโยชน์ ทำธุรกิจของตนเพื่อประโยชน์ส่วนตนและต้องไม่ประกอบอาชีพเสริมซึ่งมีลักษณะเป็นผลประโยชน์ทับซ้อนหรือเป็นการขัดกัน ระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวม¹² ซึ่งถือว่าการใช้อำนาจหน้าที่การเป็นครูหรือบุคลากรทางการศึกษาให้ผู้ปกครองหรือนักเรียนซื้อสินค้าหรือบริการหรือให้สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระ เป็นการประกอบกิจการอื่นที่ไม่เหมาะสมกับการเป็นครูอาจารย์ส่งผลให้ศิษย์หรือผู้รับบริการเกิดความเสียหาย ใช้วิชาชีพ แสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองหรือผู้อื่น โดยมิชอบและเป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์เรียกร้องผลตอบแทนจากศิษย์หรือผู้รับบริการในงานหรือที่ที่ต้องให้บริการ และประมวลจริยธรรมข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเรื่องการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนหรือผลประโยชน์ทับซ้อน ดังเช่นกรณีศึกษาข่าวอาจารย์โรงเรียนมัธยมแห่งหนึ่งได้นัดประชุมผู้ปกครอง นำเสนอผู้ปกครองให้ผู้ปกครองหรือนักเรียนทำธุรกิจขายตรง Happy Life Project (HLP) โดยโน้มน้าวว่าไม่ต้องให้นักเรียนศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษาก็สามารถมีรายได้เดือนหนึ่งแสนกว่าบาท อีกทั้งยังมีการเก็บเงินจากผู้ปกครองจำนวน 550 บาทเพื่อให้นักเรียนไปร่วมฟังสัมมนาเกี่ยวกับธุรกิจดังกล่าวที่อิมแพค อารีน่า เมืองทองธานี โดยอ้างว่าเป็นการดูงานนอกสถานที่เป็นการส่งเสริมทางเลือกให้กับนักเรียน

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 และแก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2550 (ฉบับที่2)และแก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2560(ฉบับที่3)ไม่มีการกำหนดคุณสมบัติเรื่องอาชีพและไม่มียกเว้นบทบัญญัติห้ามในการประกอบอาชีพผู้จำหน่ายอิสระเอาไว้มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดในเรื่องมาตรฐานจริยธรรมของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

¹¹ ข้อบังคับคุรุสภาว่าด้วยแบบแผนพฤติกรรมตามจรรยาบรรณของวิชาชีพ พ.ศ. 2550 ข้อ 6.

¹² ประมวลจริยธรรมข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ข้อ 2 ข้อ7 และข้อ 8.

เกี่ยวกับหน้าที่ของครูที่พึงประพฤติปฏิบัติและไม่พึงปฏิบัติต่อวิชาชีพ การประพฤติปฏิบัติตนที่กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพทางการศึกษาต้องปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติตามตำแหน่งหน้าที่วิชาชีพโดยไม่แสวงหาประโยชน์ส่วนตนหรือผู้อื่นซึ่งเป็นบทบาทบัญญัติในวิชาชีพนั้นๆ และมีบทลงโทษเพียงในเฉพาะวิชาชีพเท่านั้น ซึ่งยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอว่าการประกอบธุรกิจขายตรงถือเป็นการกระทำความผิดจริยธรรมของวิชาชีพครูหรือไม่ อีกทั้งขั้นตอนในการร้องเรียนมีความซับซ้อนหลายขั้นตอนใช้ระยะเวลานานในการวินิจฉัยตีความว่าการประกอบธุรกิจขายตรงนั้นเป็นความผิดตามวิชาชีพหรือไม่ กฎหมายเกี่ยวกับจรรยาบรรณวิชาชีพก็ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย และบุคคลที่มาวินิจฉัยตีความกรณีมีการร้องเรียนก็เป็นบุคคลที่มีวิชาชีพครูอาจารย์ เช่นเดียวกับผู้ถูกร้องเรียนทำให้เกิดความไม่เชื่อถือในกระบวนการวินิจฉัยตีความ ดังนั้นจึงควรมีบทบาทบัญญัติที่เกี่ยวกับธุรกิจขายตรงโดยเฉพาะให้กำหนดคุณสมบัติเรื่องอาชีพไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 และแก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2550 (ฉบับที่2) และแก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2560(ฉบับที่3)ให้ชัดเจน

5.2.2 กรณีอาชีพแพทย์

ในกรณีที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์เป็นผู้จำหน่ายอิสระตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 และแก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560 ไม่มีการบัญญัติห้ามคุณสมบัติเรื่องอาชีพเอาไว้ทำให้เกิดปัญหาตามกรณีศึกษาบล็อกรวมอหุม กระพู่เรื่อง “แพทย์ ขายตรง ขายผลิตภัณฑ์เสริมอาหาร ให้กับคนไข้ ขณะทำหน้าที่รักษา .. ผมว่ามันไม่เหมาะสม” บิดาของเจ้าของกระพู่ซึ่งมีอายุ 69 ปี ถูกแพทย์เจ้าของไข้ยึดเย็บให้ซื้อน้ำมันรำข้าวของบริษัทขายตรงแห่งหนึ่ง จำนวน 6 กระปุก ราคา 5,400 บาท ด้วยความที่บิดาชราแล้วไม่รู้เรื่องอะไรคิดว่าน้ำมันรำข้าวดังกล่าวจำเป็นต้องรับประทานในการรักษาโรคปวดหลังเรื้อรัง บิดาจึงได้ซื้อน้ำมันรำข้าวในราคา 5,400 บาท ภายหลังพบว่าน้ำมันรำข้าวดังกล่าวไม่มีสรรพคุณในการรักษาโรค หมอซึ่งสังคมให้ความนับถือถึงได้ใช้วิชาชีพของตนหารายได้และขาดจริยธรรมของความเป็นหมอโดยสิ้นเชิง¹³ เมื่อมีกรณีผู้มีวิชาชีพแพทย์ขายตรงให้แก่ผู้มาใช้บริการเกิดขึ้นมีเพียงกฎหมายพระราชบัญญัติ ระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวกับวิชาชีพแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ที่กำหนดหลักในการประพฤติปฏิบัติในการปฏิบัติตนในเรื่องมาตรฐานวิชาชีพและหลักการปฏิบัติตนต่อวิชาชีพเวชกรรมไว้ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่เรียกร้องสินจ้างรางวัลพิเศษนอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับ และต้องไม่จงใจหรือชักชวนผู้ป่วยให้มารับบริการ

¹³ BlogGang. (2560). แพทย์ ขายตรง ขายผลิตภัณฑ์เสริมอาหาร ให้กับคนไข้ ขณะทำหน้าที่รักษา.. ผมว่ามันไม่เหมาะสม. (ออนไลน์).: <http://www.bloggang.com/m/viewdiary.php?id=cmu2807&month=12-2010&date=19&group=27&gblog=9>. [2561,17 มิถุนายน]

ทางวิชาชีพเวชกรรมเพื่อผลประโยชน์ของตน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยโดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่หลอกลวงผู้ป่วยให้หลงเข้าใจผิดเพื่อประโยชน์ของตน¹⁴ หากเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในหน่วยงานของรัฐ การที่แพทย์มายังสถานที่ราชการแล้วไม่อยู่ปฏิบัติงาน โดยละทิ้งไปไม่อยู่ในสถานที่ที่ต้องอยู่ไปขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ป่วยหรือผู้มารับบริการถือว่าเป็นการกระทำที่ละทิ้งหน้าที่ราชการเพื่อหาผลประโยชน์อันอาจทำให้เสื่อมเสียเกียรติของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน¹⁵

เมื่อแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระและก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายดังกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจหน้าที่ทางวิชาชีพแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์สร้างความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้ป่วยที่มาใช้บริการ ก็มีเพียงกฎหมายเฉพาะวิชาชีพที่ใช้บังคับแก่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ที่กำหนดเพียงหลักในการประพฤติปฏิบัติตามจรรยาบรรณผู้ประกอบวิชาชีพไว้ซึ่งยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอว่าการประกอบธุรกิจขายตรงถือเป็นการกระทำความผิดจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์หรือไม่ อีกทั้งขั้นตอนการร้องเรียนการวินิจฉัยต้องมีการตีความว่าการประกอบธุรกิจขายตรงนั้นเป็นความผิดตามวิชาชีพหรือไม่ทำให้ใช้ระยะเวลาานาน ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับธุรกิจขายตรงโดยเฉพาะให้การกำหนดคุณสมบัติเรื่องอาชีพไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545และแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2550 (ฉบับที่2)และแก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2560(ฉบับที่3)เพื่อให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

จากปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุหลักคือกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจขายตรงไม่มีการกำหนดคุณสมบัติเรื่องอาชีพเอาไว้ จึงเป็นการเปิดช่องให้บุคคลบางอาชีพเข้ามาเป็นผู้จำหน่ายอิสระในการประกอบธุรกิจขายตรงและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ที่มารับบริการหรือผู้บริโภค ซึ่งในสาธารณรัฐประชาชนจีนมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจขายตรง คือ Regulation on Direct Selling Administrationc มีเนื้อหาบัญญัติในเรื่องต่างๆเกี่ยวกับกำหนดคุณสมบัติเรื่องอาชีพของผู้จำหน่ายอิสระไว้ดังต่อไปนี้

เปรียบเทียบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน Recruiting and Training of Door-to-Door salesmen Chapter III¹⁶ หมวดที่ 3 เรื่องการคัดเลือกและการฝึกอบรมผู้ส่งเสริมการขายมี

¹⁴ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 15 ข้อ 16 ข้อ 17 ข้อ 20 และข้อ 21.

¹⁵ อนุสรณ์ สุขแสงทอง. (2556). *ข้อกำหนดวินัย ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนพ.ศ.2551*. กรุงเทพฯ: (ม.ป.ท.). หน้า 18.

¹⁶Ministry of Commerce People's Republic of China. (2005). *Regulations on Direct Selling Administration* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://english.mofcom.gov.cn/article/zt_yearbook/lanmua/200804/

ข้อกำหนดชัดเจนเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านอาชีพในมาตรา 15(4) ที่กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้ไม่สามารถสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระได้ ได้แก่ ครู บุคลากรทางการแพทย์ ซึ่งจุดมุ่งหมายของการกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติผู้จำหน่ายอิสระในมาตรา 15 นี้มุ่งป้องกันการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งไปในทางมิชอบเพื่อแสวงหาประโยชน์ให้ตนเองและป้องกันการเอาเวลาปฏิบัติหน้าที่ราชการไปใช้เพื่อการส่วนตัวทำให้ปฏิบัติราชการตามหน้าที่ได้ไม่เต็มประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระที่ชัดเจนและมีการบังคับใช้อย่างเข้มงวดทั้งยังมีการวางหลักถึงบทลงโทษหากผู้ประกอบการซื้อขายตรงรับสมัครบุคคลที่กฎหมายห้ามเป็นผู้จำหน่ายอิสระเอาไว้อีกด้วยนั่นคือ หากผู้ประกอบการซื้อขายตรงรับสมัครผู้จำหน่ายอิสระอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายต้องถูกปรับ และหากเป็นกรณีร้ายแรงจะถูกปรับในอัตราที่สูงพร้อมทั้งถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการอีกด้วย

5.3 วิเคราะห์ปัญหาบทลงโทษทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรง

วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดบทลงโทษในกรณีที่ผู้ประกอบการซื้อขายตรงรับสมัครผู้จำหน่ายอิสระฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการจำกัดคุณสมบัติผู้จำหน่ายอิสระในธุรกิจขายตรงมิได้มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง จากการศึกษาการกำหนดบทลงโทษในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงของประเทศไทย ผู้วิจัยพบว่า การกำหนดบทลงโทษในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงมีบทลงโทษทางอาญาเป็นบทลงโทษสำหรับผู้ประกอบการซื้อขายตรง ผู้จำหน่ายอิสระ ตัวแทนขายตรง หรือกรณีนิติบุคคลผู้ที่เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่ต้องดำเนินธุรกิจที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติพระราชบัญญัตินี้ต้องได้รับโทษไม่ว่าจะเป็นโทษทางการเงินโดยมีรูปแบบเป็นการปรับ ซึ่งกฎหมายกำหนดโทษปรับให้มีอัตราต่ำสุดถึงสูงสุดเพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจ อาทิเช่นมาตรา 48 บัญญัติว่า ผู้ประกอบการซื้อขายตรงต้องดำเนินกิจการให้เป็นไปตามแผนการจ่ายผลตอบแทนของตนที่ได้ยื่นไว้ก่อนนายทะเบียนตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท¹⁷ และโทษจำคุกซึ่งเป็นบทลงโทษที่จำกัดเสรีภาพในร่างกายของผู้ประกอบการซื้อขายตรงให้ปราศจากอิสรภาพ¹⁸ซึ่งเป็นบทลงโทษสูงสุดในพระราชบัญญัตินี้ดังเช่นมาตรา 46 บัญญัติว่ากฎหมายห้ามมิ

.shtml.[2561,14 กุมภาพันธ์]

¹⁷ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 มาตรา 48.

¹⁸ มนสิชา บุนนาค. (2556). *การกำหนดโทษทางเลือกกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 36-38.

ให้ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงและผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงดำเนินกิจการในลักษณะที่เป็นการชักชวนให้บุคคลเข้าร่วมเป็นเครือข่ายในการประกอบธุรกิจขายตรงหรือในการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงโดยตกลงว่าจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการหาผู้เข้าร่วมเครือข่ายดังกล่าวซึ่งคำนวณจากผู้เข้าร่วมเครือข่ายที่เพิ่มขึ้นตามมาตรา 19 ผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินห้าแสนบาท¹⁹ เป็นต้น

ผู้วิจัยได้ศึกษากฎหมายประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนและประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ประกอบธุรกิจขายตรงหรือบริษัทขายตรงที่ฝ่าฝืนรับสมัครบุคคลที่มีคุณสมบัติต้องห้ามเป็นผู้จำหน่ายอิสระเข้ามาดำเนินธุรกิจขายตรงไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีการกำหนดว่า หากบริษัทขายตรงทำการคัดเลือกผู้จำหน่ายอิสระอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย บริษัทขายตรงจะต้องถูกปรับตั้งแต่ 30,000 ถึง 100,000 หยวน และหากเป็นกรณีร้ายแรงจะถูกปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 300,000 หยวน และถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจขายตรง²⁰ และในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการกำหนดโทษสำหรับบุคคลที่รับจ้างให้เด็กหรือผู้เยาว์ทำงานอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาทิ กฎหมายระดับสหพันธรัฐวางหลักว่า บุคคลใดฝ่าฝืนให้เด็กทำงานโดยเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อการกระทำความผิดหนึ่งคนและหากฝ่าฝืนซ้ำอีกหรือกระทำการโดยมีเจตนาฝ่าฝืนบุคคลนั้นจะได้รับโทษเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า²¹ และกฎหมายรัฐที่กษัตริย์กำหนดบทลงโทษว่าหากบุคคลใดยินยอมให้เด็กเข้าทำงานโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจ้างแรงงาน บุคคลนั้นจะต้องถูกปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ²² และรัฐฟลอริดาบุคคลใดฝ่าฝืนจะต้องถูกปรับถึง 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อการกระทำความผิดครั้งแรกและหากพบการกระทำความผิดซ้ำอีก บุคคลนั้นจะต้องเสียค่าปรับอัตราสูงสุดถึง 11,000 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อคนหรือต่อกรรมที่พบว่ามีการ

¹⁹ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 มาตรา 46.

²⁰ Ministr of Commerce People's Republic of China. (2005). *Regulations on Direct Selling Administration* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://english.mofcom.gov.cn/article/zt_yearbook/lanmua/200804/20080405503301.shtml. [2561, 14 กุมภาพันธ์]

²¹ U.S. Wage and Hour Division. (n.d.). *The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended 29 U.S.C 201, et seq: sec 216(d)* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.dol.gov/whd/regs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>. [2016: 1/7]

²² Texas Workforce Commission. (n.d.). *Summary of the Child Labor Law* . (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.twc.state.tx.us/ui/lablaw/cllsum.html> [2561, 19 กรกฎาคม]

กระทำที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย²³ ทั้งสองประเทศมีบทลงโทษปรับในอัตราที่สูงและสำหรับผู้ที่กระทำความผิดซ้ำอีกจะต้องถูกปรับเป็น 2 เท่าของอัตราโทษในการกระทำความผิดนั้น อีกทั้งยังไม่บทลงโทษเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจขายตรงซึ่งในประเทศไทยถือว่าเป็นบทลงโทษทางปกครองอีกด้วย

5.4 บทสรุป

จากการศึกษาถึงเรื่องคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 เห็นว่าตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงเรื่องคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระในเรื่องอายุและอาชีพเอาไว้ซึ่งทำให้เกิดช่องว่างขึ้น โดยบุคคลบางประเภทเข้าสมัครเข้าเป็นผู้จำหน่ายอิสระแล้วก่อให้เกิดปัญหา ดังนี้

ประเด็นแรก วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระเรื่องอายุ กล่าวคือพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มิได้บัญญัติในเรื่องอายุของผู้จำหน่ายอิสระเอาไว้ ทำให้ผู้เยาว์ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นบุคคลที่อ่อนอายุ อ่อนประสบการณ์ และขาดการควบคุมสภาพจิตใจ ขาดความคิดไตร่ตรองจึงถือว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถ เพราะยังไม่บรรลุนิติภาวะ จัดการทรัพย์สินของตนได้เพียงเล็กน้อย จึงไม่เหมาะสมที่จะประกอบกิจการส่วนตัวหรือขายตรง การที่ผู้เยาว์เข้ามาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระเป็นจำนวนมากประกอบกับปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจขายตรงมุ่งเป้าหมายผู้ที่จะมาเข้าร่วมเครือข่ายที่เป็นผู้เยาว์คนรุ่นใหม่ที่ต้องการมีรายได้ จึงทำให้ผู้เยาว์ถูกผู้ประกอบการธุรกิจขายตรงเอารัดเอาเปรียบหรือทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เสียเปรียบ ผู้เยาว์ซึ่งไม่มีรายได้เป็นของตนเองและยังต้องอยู่ในความดูแลของผู้ปกครองการหาเงินเพื่อมาสมัครสมาชิกในการเป็นผู้จำหน่ายอิสระ ผู้เยาว์อาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ได้เงินมาในทางที่ผิดเพื่อแลกกับรายได้ที่คาดหวังว่าจะได้รับผลตอบแทนซึ่งเป็นจำนวนมาก ทำให้สูญเสียทรัพย์สินส่งผลกระทบต่อครอบครัวและสังคม อีกทั้งในการประกอบธุรกิจขายตรงดังกล่าวส่วนใหญ่ผู้เยาว์จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือศาลเลย การบังคับใช้กฎหมายในการประกอบธุรกิจขายตรงของผู้เยาว์ต้องนำบทบัญญัติในเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์

²³Florida dbpr. (2016). *Child Labor Laws The State of Florida and the Federal Fair Labor Standards Act (FLSA)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.hr.fsu.edu/pdf/publications/compliance/childlaborlaw.pdf> [2561,19 กรกฎาคม]

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ ซึ่งหากต้องการบอกล้างย่อมมีผลทำให้นิติกรรมระหว่างผู้เยาว์กับผู้ประกอบธุรกิจขายตรงตกเป็นโมฆียกรรม แต่ผลของนิติกรรมต่างๆที่ผู้เยาว์ได้กระทำไปก่อนนั้นยังคงมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย และผลเมื่อผู้มีสิทธิบอกล้างได้แสดงเจตนาบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โมฆียกรรมแล้วย่อมตกเป็น โฆษกคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะดั้งเดิม ทำให้ผู้เยาว์ต้องส่งสินค้า อุปกรณ์ส่งเสริมการขายหรือสิ่งอื่นที่ได้รับมาจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงคืนด้วย หากคืนไม่ได้ผู้เยาว์ต้องชดใช้ราคานั้นคืนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงอีกด้วย ซึ่งตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีการบัญญัติเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่เข้ามาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระ โดยบัญญัติห้ามมิให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นผู้เยาว์และนักเรียนเต็มเวลาประกอบธุรกิจขายตรง และประเทศสหรัฐอเมริกาในระดับสหพันธรัฐบัญญัติห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ขายสินค้าหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลอื่น และกฎหมายในมลรัฐเท็กซัสห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ขายสินค้า เสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลอื่น และกรณีมลรัฐฟลอริดาได้บัญญัติห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ทำงานที่มีลักษณะการขายผลิตภัณฑ์ เสนอหรือขายผลิตภัณฑ์แบบ Door to Door

ประเด็นที่สอง วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระเรื่องอาชีพ จากการศึกษาพบว่าอาชีพครูอาจารย์ แพทย์ อาศัยช่องว่างจากตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเองโดยอาศัยความเกรงใจ ความเกรงกลัว ความไว้เนื้อเชื่อใจของผู้มาใช้บริการขายสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นไม่ได้เต็มใจในเวลาราชการขณะปฏิบัติหน้าที่ซึ่งถือเป็นการเบียดบังเวลาราชการย่อมส่งผลเสียหายต่อระบบราชการหรือภาพลักษณ์ของวิชาชีพได้ ทำให้ผู้มาใช้บริการได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สิน และการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพจึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องจริยธรรมของวิชาชีพครู อาจารย์หรือแพทย์มาใช้และตามกฎหมายว่าดังกล่าวนี้มีได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าการประกอบธุรกิจขายตรงให้แก่ผู้ที่มารับบริการถือว่าเป็นความผิดวินัยหรือไม่ จึงต้องมีการตีความ วินิจฉัยวิเคราะห์ว่าการที่ครูอาจารย์ หรือแพทย์ประกอบธุรกิจขายตรงถือว่าผิดวินัยหรือไม่ ทำให้มีขั้นตอนหลายขั้นตอน ใช้ระยะเวลาานาน ซึ่งกฎหมายประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้จำหน่ายอิสระในเรื่องอาชีพไว้โดยเฉพาะ โดยบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพ ครู แพทย์ ประกอบธุรกิจขายตรง

ประเด็นที่สาม วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดบทลงโทษในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงรับสมัครผู้จำหน่ายอิสระฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการจำกัดคุณสมบัติผู้จำหน่ายอิสระมิได้มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติบทลงโทษหากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงรับสมัครผู้จำหน่ายอิสระ โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ซึ่งในต่างประเทศนั้นเพื่อให้บทบัญญัติเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจขายตรงสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ศึกษาพบว่าในต่างประเทศได้มีการกำหนดบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน อาทิเช่น ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีการกำหนด ว่าหากบริษัทขายตรงทำการคัดเลือกผู้จำหน่ายอิสระอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย บริษัทขายตรงจะต้องถูกปรับตั้งแต่ 30,000 ถึง 100,000 หยวน และหากเป็นกรณีร้ายแรงจะถูกปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 300,000 หยวน และถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจขายตรง และในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนและเป็นอัตราโทษปรับที่สูงอย่าง เช่น กฎหมายระดับสหพันธรัฐมีโทษสำหรับบุคคลที่ฝ่าฝืนคือมีโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อการกระทำผิดหนึ่งคนและหากมีการกระทำผิดซ้ำอีกหรือกระทำโดยเจตนาฝ่าฝืนบุคคลนั้นจะได้รับโทษปรับเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า หรือกฎหมายรัฐเท็กซัสกำหนดบทลงโทษว่าหากบุคคลใดยินยอมให้เด็กเข้าทำงานโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจ้างแรงงานบุคคลนั้นจะต้องถูกปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ และรัฐฟลอริดาบุคคลใดฝ่าฝืนจะต้องถูกปรับถึง 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อการกระทำความผิดครั้งแรกและหากพบการกระทำความผิดซ้ำอีกบุคคลนั้นจะต้องเสียค่าปรับอัตราสูงสุดถึง 11,000 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อคนหรือต่อกรรมที่พบว่ามีการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย