

## บทที่ 2

### ความหมาย แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการขายตรง และการประกอบธุรกิจขายตรง

เนื่องจากธุรกิจขายตรงเป็นอาชีพใหม่ที่กำลังติดอันดับสำหรับผู้ที่ต้องการมีรายได้เสริมหรือต้องการเป็นเจ้าของธุรกิจของตนเอง โดยการขายตรงไม่ใช่การลงทุนด้านการเงินเพื่อให้ได้ผลตอบแทนในระยะเวลานานสั้น แต่เป็นการสร้างธุรกิจที่ต้องใช้ความมานะอดทนต้องมีการพบปะผู้คนเพื่อแนะนำสินค้าและให้บริการลูกค้า ต้องฝึกฝนตนเองและถ่ายทอดแบบอย่างที่ดีให้กับผู้ที่ตนได้เชิญชวนมาร่วมทีม ดังนั้น ธุรกิจขายตรงจึงเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคม ประกอบกับในปัจจุบันประชาชนให้ความสนใจในการทำธุรกิจประเภทนี้มากขึ้น จึงทำให้เกิดการแข่งขันในธุรกิจประเภทนี้มากขึ้นด้วย ทำให้ผู้ประกอบการต่างหาวิธีการเพื่อดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคด้วยการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนที่มีจำนวนสูงกว่าเงินลงทุน จึงเป็นช่องทางหนึ่งที่ทำให้กระทำความผิดใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมาย จนเกิดปัญหาต่างๆ หลายประการ ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีการขายตรง ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค และประวัติความเป็นมาของธุรกิจขายตรง หน่วยงานและบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกัฏกฎหมายขายตรงและการประกอบธุรกิจขายตรง ตลอดจนผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง เพื่อใช้ประกอบการศึกษา และเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม ดังนี้

#### 2.1 ความหมายการขายตรงและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจขายตรง

การขายตรงเป็นวิธีการขายปลีกสินค้า หรือกระจายสินค้าโดยช่องทางการจัดจำหน่ายที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการใช้วิธีนำสินค้าหรือบริการของตนไปสู่ผู้บริโภค โดยมีได้กระทำผ่านร้านค้าต่างๆ ไป แต่อาศัยพนักงานขายอิสระเป็นผู้นำสินค้า หรือบริการ ไปเสนอขายต่อผู้บริโภค ณ สถานที่อยู่อาศัยของผู้บริโภค โดยการขายตรงมีพัฒนาการ ดังนี้

##### 2.1.1 พัฒนาการของการประกอบธุรกิจขายตรง

การขายสินค้าระบบขายตรงถึงผู้บริโภคเป็นรูปแบบการค้าปลีกที่แพร่หลายในสมัยยุโรปยุคกลาง ซึ่งเป็นรูปแบบการขายตรงแบบขั้นเดียวและพัฒนาเป็นการขายตรงแบบหลายชั้น

ซึ่งเกิดขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ.1940 ส่วนประเทศไทยได้นำมาใช้กับธุรกิจการ ขายประกันชีวิตเมื่อ 50 ปีที่แล้ว และได้มีบทบาทมากยิ่งขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคจึงจัดตั้ง สมาคมการขาย ตรงขึ้นเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2526<sup>1</sup>

การขายตรง มีชื่อเรียกในภาษาอังกฤษหลายชื่อ เช่น Direct sale, Door-to-Door sale, Home solicitation Sale, In-home retailing การขายตรงเป็นการขายรูปแบบหนึ่งซึ่งมีมาตั้งแต่สมัย อียิปต์ และกรีกโบราณ การขายในสมัยกรีกโบราณนั้น จะมีลักษณะเป็นการเดินขายตามบ้าน (Door-to-Door sale) เช่น พ่อค้าเร่ นำสินค้าและนวัตกรรมใหม่ๆ จากพวกชาวนาไปขายให้คนในเมือง และเอาสินค้าที่ผลิตจากในเมืองไปขายให้กับชาวนาอีกต่อหนึ่ง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสินค้าเบ็ดเตล็ด ที่ใช้ในชีวิตประจำวัน เช่น หวี เข็ม ค้าย ต่อมาเมื่อการคมนาคมมีความสะดวกสบายมากขึ้น บทบาท ของพ่อค้าเร่ก็เพิ่มความสำคัญมากขึ้นเช่นกัน พ่อค้าบางคนที่มีพินิจที่พอมีฐานะก็เริ่มใช้เกวียนหรือม้าในการ เดินทางเพื่อไปขายสินค้าและขยายไปสู่การเดินทางโดยเรือไปในหลายๆ ประเทศ การขายตรง โดยพ่อค้าถึงผู้บริโภค จึงกระจายไปยังทั่วทุกภูมิภาคของโลก เช่น แอฟริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศฮังการี และสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>2</sup>

จากรูปแบบขายตรงที่มีลักษณะของการเดินขายของตามบ้านและเร่ขายไปตามที่ต่างๆ โดยพ่อค้าเร่ นั้น ในระยะหลังได้มีการพัฒนารูปแบบขึ้นโดยในปี พ.ศ. 2429 เดวิด แมคคอนแนล ผู้ขายสินค้าตามบ้าน ได้ค้นพบความจริงว่า ตัวอย่างน้ำหอมที่ให้ลูกค้าหญิงทดลองใช้เป็นที่นิยม มากกว่าหนังสือที่เขาเสนอขาย จึงได้ก่อตั้งบริษัทเคลิฟอร์เนียเพอร์ฟิวรี่ขึ้นในรัฐนิวยอร์กและ ในเวลาต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท เอวอนโปรดักส์ ในปี พ.ศ. 2482 และต่อมา พีเอฟพี แอลบี ได้เป็นผู้บุกเบิกระบบการขายตรงของเอวอน ทำให้มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน โดยเป็นสมาชิกคนแรกของบริษัทและได้ชักชวนคนอีกมากมายให้เข้ามาเป็นตัวแทนขายตรง ของบริษัท และได้ขยายอาณาเขตของธุรกิจออกไปอย่างกว้างขวางและประสบความสำเร็จอย่างมาก จึงถือได้ว่า เอวอนเป็นบริษัทขายตรงรายแรกในด้านผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง และผลิตภัณฑ์เพื่อความงาม และเป็นต้นแบบของการขายตรงแบบชั้นเดียว (Single-Level Marketing หรือ SLM)

ต่อมาในปี พ.ศ. 2492 เจย์ แวน แอนเคล และริช เดอ วอส ได้เข้ามาเป็นผู้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ เสริมอาหารนิวทริไลท์และประสบความสำเร็จในอาชีพอย่างมาก และในปี พ.ศ. 2502 ได้ก่อตั้ง แอมเวย์ คอร์ปอเรชั่นขึ้น และได้ผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ขึ้นมาภายใต้ชื่อแอมเวย์โดยเน้นที่ผลิตภัณฑ์ ในครัวเรือนประเภทเครื่องอุปโภคบริโภคและเป็นผลิตภัณฑ์อื่นๆ ที่ทุกคนสามารถขายได้

<sup>1</sup> คลังปัญญาไทย. (2556). *ขายตรง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.panyathai.or.th>. [2556, 24 มกราคม].

<sup>2</sup> ประสม หงษ์โค. (2550). *ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 6.

โดยยังคงทำตลาดแบบการขายตรงอยู่แต่ได้พัฒนาระบบการตลาดเป็นการขายตรงแบบหลายชั้น (Multi-Level Marketing หรือ MLM) อย่างเต็มรูปแบบ และทำให้มีการนำระบบการขายตรงแบบหลายชั้นมาใช้จนประสบความสำเร็จอย่างมากจนมาถึงปัจจุบัน<sup>3</sup>

การขายตรงตามความหมายในปัจจุบันจะมีลักษณะแตกต่างจากการเร่ขายในส่วนที่เกี่ยวกับรายได้ของผู้ขายจะเกิดจากการทำยอดขายสินค้า ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินค้าตกลงจะจ่ายให้ตามแผนการจ่าย ผลตอบแทนที่กำหนดไว้ชัดเจน เพื่อให้การกระจายสินค้าสู่ตลาดโดยไม่ใช้ระบบขายส่งหรือขายปลีกแบบธรรมดาที่มีประสิทธิภาพ พร้อมกันนั้นผู้ขายก็ได้ผลตอบแทนการทำงานที่ยุติธรรม ทำให้การขายตรงพัฒนาขึ้นมาใช้กับสินค้าที่มีความแตกต่างจากสินค้าตามท้องตลาดทั่วไป ที่เป็นเช่นนั้นก็ด้วยเหตุที่การจัดจำหน่ายผ่านระบบขายตรงต้องเปิดโอกาสให้เฉพาะผู้ขายเท่านั้น ที่สามารถขายสินค้าต่อผู้บริโภคได้เป็นสินค้าทั่วไปที่มีความแตกต่างและไม่มีความแตกต่างก็สามารถนำมาใช้กับวิธีจำหน่ายในระบบขายตรงได้ ทั้งนี้ จะขึ้นอยู่กับผู้ประกอบการธุรกิจสินค้านั้นๆ มุ่งจะทำการกระจายสินค้าในลักษณะใดมากกว่า แต่ตามปกติแล้วไม่มีผู้ใดใช้ทั้งระบบขายปลีก ขายส่งธรรมดาควบคู่กันไปกับระบบขายตรง เพราะเป็นการแย่งลูกค้ากันเองระหว่างผู้ขายในตลาดกับผู้ขายตรงที่ติดต่อผู้บริโภคโดยตรง และไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจในการเป็นผู้ขาย

ระบบขายตรง เป็นการสร้างรายได้ให้แก่ทั้งผู้ขายตรงและเจ้าของสินค้าภายใต้ข้อตกลงที่แน่นอนในเรื่องผลตอบแทนตามยอดการจำหน่าย ซึ่งมีใช้ส่วนลดในระบบขายส่งหรือขายปลีกแบบธรรมดา และมีใช้เงินเดือนในระบบนายจ้างและลูกจ้างแบบคั้ง เดิม เพราะฉะนั้นการทำธุรกิจแบบขายตรงจึงต้องพึงพากันระหว่างผู้ประกอบการขายตรงกับผู้ขายความสามารถเพิ่มยอดขายของผู้ขายจะส่งผลให้ธุรกิจประสบความสำเร็จดำรงอยู่ได้ ส่วนประกอบที่สำคัญที่จะต้องจัดให้ผู้ขาย คือ กลยุทธ์ข้อมูล และระบบการจ่ายผลตอบแทนที่คุ้มค่า เป็นธรรม และเป็นไปได้ตามความเป็นจริงการฝึกอบรมกลยุทธ์และการป้อนข้อมูลที่ชัดเจนแก่ผู้ขายเป็นปัจจัยนำไปสู่ความราบรื่นในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น ธุรกิจขายตรงจึงเน้นเรื่องเหล่านี้มากเป็นพิเศษ

### 2.1.2 ความหมายของการขายตรง

เนื่องจากการขายตรงเป็นศัพท์เฉพาะในทางธุรกิจ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจให้ถูกต้อง มิฉะนั้นจะเกิดความสับสน เพราะหากพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของวิธีการขายสินค้าแบบเคาะประตูบ้าน หรือการขายตรงแล้ว พบว่า มีความหมายกว้างมากแต่สำหรับรูปแบบของการขายตรงในปัจจุบัน จากนิยามของคำว่า “การขายตรง” ที่บัญญัติขึ้นโดยสมาพันธ์

<sup>3</sup>ปีเตอร์ โคลท์เทียร์. (2540). *เพชรแห่ง MLM*. กรุงเทพมหานคร: ไชเบอร์บุ๊กเน็ตเวิร์คพับลิชชิง. หน้า 57.

การขายโดยตรงโลก (World Federation of Direct Selling Associations หรือ WFDSA) นั้น หมายถึง<sup>4</sup> “การทำตลาดสินค้าอุปโภคบริโภค ในลักษณะของการนำเสนอต่อผู้บริโภครายบุคคล โดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยของผู้บริโภคหรือที่อยู่อาศัยของผู้อื่น ณ ที่ทำงานของผู้บริโภคหรือสถานที่อื่น ทั้งนี้ โดยผู้ขายตรง ใช้การอธิบาย หรือการสาธิตสินค้า เป็นกลยุทธ์หลักในการเสนอขาย”

นอกจากนั้น สมาพันธ์การขายโดยตรงโลกยังระบุว่า การขายตรงต้องมี “แผนการจ่ายผลตอบแทน” โดยกำหนดผลตอบแทนที่จ่ายให้กับนักขายเมื่อมีการทำยอดขายได้ในระดับต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการขายระดับเดียวกัน หรือมีการสร้างเครือข่ายผู้ขายหลายๆ ชั้น แต่ที่สำคัญ คือ แผนการจ่ายผลตอบแทนนั้น ควรแสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า ไม่เป็นการสร้างรายได้จากการระดมเครือข่าย กล่าวคือ การชักชวนหรือแนะนำคนมาสมัครเป็นสมาชิกเพื่อรับรายได้โดยไม่จำเป็นต้องขายสินค้า เพราะนั่นคือ ระบบแชร์ลูกโซ่ หรือระบบพีรามิด (Pyramid Scheme) ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในหลายๆ ประเทศ และตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำกับดูแลการขายตรงและตลาดแบบตรงของประเทศไทย ได้นิยามความหมายของ “ขายตรง” ไว้ในมาตรา 3 ให้หมายถึง

“การทำตลาดสินค้า หรือบริการ ในลักษณะของการนำเสนอขายต่อผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัย หรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภค หรือของผู้อื่น หรือสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยผ่านตัวแทนขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระชั้นเดียวหรือหลายชั้น แต่ไม่รวมถึงนิติกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”<sup>5</sup>

พิจารณาจากนิยามดังกล่าว จะเห็นว่า

- 1) “ขายตรง” จะต้องมีการนำเสนอสินค้า หรือบริการต่อผู้บริโภคโดยตรง
- 2) การนำเสนอสินค้าดังกล่าว ต้องดำเนินการในที่อยู่อาศัย สถานที่ทำงานหรือที่อื่นใดก็ได้ที่ไม่ใช่ร้านค้าตามปกติ และ
- 3) “ขายตรง” ไม่ว่าจะเป็นการขายตรงแบบชั้นเดียวหรือแบบหลายชั้น ต้องดำเนินการผ่านนักธุรกิจขายตรง หรือพนักงานขายตรงเท่านั้น

นอกจากนี้ ความหมายของคำว่า “ขายตรง” ยังมีอีกหลายความหมาย อาทิเช่น

“การขายตรง หมายถึง การขายที่มีการติดต่อโดยส่วนตัวกับผู้ซื้อที่บ้าน หรือสถานที่ซึ่งลูกค้าไม่ไปซื้อเป็นประจำ เป็นการขายสินค้าจากผู้ขายถึงมือผู้บริโภค ไม่มีการผ่านแคตตาล็อกหรือเอเยนต์ หรือวางขายทั่วไป”

<sup>4</sup> คลังปัญญาไทย. (2556). *ขายตรง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.panyathai.or.th>. [2556, 24 มกราคม].

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. มาตรา 3.

“การขายตรง หมายถึง การขายสินค้าจากผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายไปยังผู้บริโภคหรือผู้ใช้ทางอุตสาหกรรม โดยมีการติดต่อโดยตรงระหว่างผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายกับผู้บริโภคหรือผู้ใช้ทางอุตสาหกรรม”

“ธุรกิจขายตรง คือ ธุรกิจที่ใช้วิธีการกระจายสินค้าด้วยวิธีขาย โดยบุคคลที่เป็นผู้ขายหรือผู้แทนขายเป็นผู้แสดงสรรพคุณ คุณภาพ สมรรถนะของสินค้าต่อผู้บริโภค ณ ที่อยู่อาศัยของผู้บริโภค แทนการเสนอขายผ่านสื่อโฆษณาต่างๆ”

กล่าวโดยสรุป การขายตรง คือ วิธีการที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการนำสินค้าหรือบริการของตนไปสู่ผู้บริโภคคนสุดท้าย โดยมีได้กระทำผ่านร้านค้าต่างๆ ไป แต่จะอาศัยบุคคล (ตัวแทนขายตรง หรือผู้จำหน่ายอิสระ เป็นผู้นำสินค้าหรือ บริการ ไปเสนอขายต่อผู้บริโภค ณ สถานที่อยู่อาศัยของผู้บริโภค หรือสถานที่อื่นใดที่มีใช้สถานประกอบการธุรกิจตามปกติ

### 2.1.3 ความหมายของการประกอบธุรกิจขายตรง

เนื่องจากการขายตรงเป็นการเสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภค โดยไม่ผ่านพ่อค้าคนกลางไม่มีการวางขายโดยทั่วไป สินค้าส่วนใหญ่พนักงานขายจะต้องสาธิตวิธีการใช้ให้ลูกค้า รูปแบบการขายตรงจะเป็นการเสนอขายสินค้าถึงบ้าน หรือที่ทำงานถึงลูกค้าทางโทรศัพท์ทางไปรษณีย์ หรือการออกงานแสดงสินค้า ซึ่งถือได้ว่าการขายตรงเป็นศัพท์เฉพาะในทางธุรกิจจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจให้ถูกต้อง มิฉะนั้นจะเกิดความสับสน เพราะหากพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของวิธีการขายสินค้าแบบเคาะประตูบ้าน หรือการขายตรงแล้วพบว่า มีความหมายกว้างมาก แต่สำเร็จรูปแบบของการขายตรงในปัจจุบัน จากนิยามของคำว่า “การขายตรง” ที่บัญญัติขึ้นโดยสมาพันธ์การขายโดยตรงโลก (World Federation of Direct Selling Associations หรือ WFDSA) และสมาคมขายตรงแห่งประเทศไทย หมายถึง “การทำตลาดสินค้าอุปโภคบริโภค ในลักษณะของการนำเสนอต่อผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยของผู้บริโภคหรือที่อยู่อาศัยของผู้อื่น ณ ที่ทำงานของผู้บริโภคหรือสถานที่อื่น ทั้งนี้โดยผู้ขายตรงใช้การอธิบาย หรือการสาธิตสินค้า เป็นกลยุทธ์หลักในการเสนอขาย”<sup>6</sup>

ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำกับดูแลการขายตรงและตลาดแบบตรงของประเทศไทย ได้นิยามความหมายของ “ขายตรง” ไว้ในมาตรา 3 ให้หมายถึง “การทำตลาดสินค้า หรือบริการในลักษณะของการนำเสนอขายต่อผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัย หรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภค หรือของผู้อื่น หรือสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบ

<sup>6</sup> Prachayaa Varoha. (ม.ป.ป.). ความหมายและความเป็นมาของคำว่า MLM และขายตรง. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://ep-1830business.blogspot.com/p/blog-page.html>. [2556, 14 กันยายน].

การค้าเป็นปกติธุระ โดยผ่านตัวแทนขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระชั้นเดียวหรือหลายชั้น แต่ไม่รวมถึงนิติกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”<sup>7</sup>

นอกจากนี้ ความหมายของคำว่า “ขายตรง” ยังมีอีกหลายความหมาย อาทิเช่น<sup>8</sup>

“การขายตรง หมายถึง การขายที่มีการติดต่อโดยส่วนตัวกับผู้ซื้อที่บ้าน หรือสถานที่ซึ่งลูกค้าไม่ไปซื้อเป็นประจำ เป็นการขายสินค้าจากผู้ขายถึงมือผู้บริโภค ไม่มีการผ่านแคตตาล็อกหรือเอเจนต์ หรือวางขายทั่วไป”

“การขายตรง หมายถึง การขายสินค้าจากผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายไปยังผู้บริโภคหรือผู้ใช้ทางอุตสาหกรรม โดยมีการติดต่อโดยตรงระหว่างผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่าย กับผู้บริโภคหรือผู้ใช้ทางอุตสาหกรรม”

ดังนั้น หากพิจารณาจากความหมายของคำว่า “ขายตรง” ตามที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการขายตรง หรือธุรกิจขายตรงมีลักษณะเดียวกัน ถึงแม้จะให้ความหมายแตกต่างกัน กล่าวคือเป็นการนำเสนอขายสินค้าหรือบริการด้วยวาจาต่อผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยของผู้บริโภค หรือสถานที่ต่างๆ อาทิเช่น ที่ทำงาน สถานที่สาธารณะ

#### 2.1.4 ความหมายของการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจขายตรง

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มิได้ใช้หลักการควบคุมแต่ใช้หลักการประกอบธุรกิจ การในการกำกับดูแลและส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรงเป็นไปโดยเสรีและเป็นธรรมต่อผู้บริโภค รวมทั้งมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในการซื้อสินค้าหรือได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงและผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้สอดคล้องและควบคู่ไปกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522<sup>9</sup> ซึ่งเป็นการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจขายตรง ดังต่อไปนี้

1) กระทบวิธีกรขาย เช่น การแสดงบัตรพนักงานขายการแสดงบัตรประจำตัวประชาชนวันที่ และ เวลาที่ประกอบธุรกิจ วิธีการเข้าไปขายในที่พักอาศัยหรือสถานที่อื่นใดของผู้บริโภค

2) การ โฆษณารับพนักงานขาย และการ โฆษณาเกี่ยวกับการขายตรง (หลักเกณฑ์การโฆษณา และการตรวจโฆษณา)

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. มาตรา 3.

<sup>8</sup> ประสม หงษ์โต. อ่างแล้ว. หน้า 10.

<sup>9</sup> วิมลพัชร เวชทวารวิฑร์ธร. (2550). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545: ศึกษากรณีการประกอบธุรกิจขายตรงเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์เสริมอาหาร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 58.

3) รูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับพนักงานขาย (Distributor) วิธีการทำสัญญาข้อห้ามพนักงานกักตุนสินค้าที่จะขาย โดยตรง การห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและการตรวจสัญญา

4) รูปแบบของสัญญาขายโดยตรง วิธีการทำสัญญา การห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและการตรวจสัญญา

5) สิทธิในการบอกเลิกสัญญาขายตรงภายในกำหนดเวลาที่เรียกว่า Cooling-off Period

6) การคืนสินค้า

การกำกับดูแลจะต้องมีความชัดเจนและกระบวนการที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ มีการนำกฎหมายไปปรับใช้ให้มีความสอดคล้อง ครอบคลุม โปร่งใสต่อสาธารณะ และเป็นธรรม ซึ่งการกำหนดนโยบายขององค์กรกำกับดูแลควรที่จะได้รับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้อง ต้องเปิดเผยนโยบายที่มีความสำคัญต่อสาธารณะ รวมทั้งต้องจัดให้มีกระบวนการที่มีมาตรฐานและเป็นธรรม โดยต้องคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นในการปฏิบัติตามนโยบาย นอกจากนี้ องค์กรกำกับดูแลอาจเข้ามามีบทบาทในการเผยแพร่ความรู้ให้แก่ผู้ลงทุนและผู้ที่เกี่ยวข้อง ด้วยเจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเชิงผู้มีวิชาชีพ กล่าวคือ หลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) ใช้ข้อมูลที่ได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและรักษาข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นความลับ และทำหน้าที่ด้วยความเป็นธรรม<sup>10</sup>

ดังนั้น การกำกับดูแล ถึงแม้กฎหมายขายตรงจะไม่ได้ระบุคำนิยามว่าให้มีความหมายอย่างไรไว้โดยตรง แต่สามารถตีความได้ว่า การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจขายตรง หมายถึง การควบคุมกำกับดูแลกระบวนการขาย การโฆษณา การรับพนักงานขาย รูปแบบของสัญญา รูปแบบของสัญญาขายโดยตรง สิทธิในการบอกเลิกสัญญา และการคืนสินค้า ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นกระบวนการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจขายตรงทั้งหมด เพื่อให้ผู้ประกอบการดำเนินกิจการของตนให้ถูกต้องตามกฎหมายและป้องกันการเอาเปรียบผู้บริโภคอีกด้วย และนอกจากนี้ องค์กรของรัฐที่จะเข้าไปควบคุมและกำกับดูแลจะอยู่ในรูปคณะกรรมการบริหาร (Regulatory Commission) โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ มีกรรมการโดยตำแหน่ง เช่น อธิบดีกรมการค้าภายใน อธิบดีกรมส่งเสริมอุตสาหกรรมเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา และผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เป็นต้น และมีผู้ทรงคุณวุฒิอีกจำนวนหนึ่งที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็น

<sup>10</sup> จูติรัตน์ หาญพิทักษ์พงศ์. (2547). ปัญหาในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์โดยการแบ่งแยกใบอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์และการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 15.

กรรมการ โดยมีภาคเอกชนเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิรวมอยู่ด้วยและมีผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกรรมการและเลขานุการ

### 2.1.5 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจขายตรง

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรงมาโดยตลอด แต่เนื่องจากขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายออกมากำกับดูแลการประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรงโดยเฉพาะ จึงต้องนำกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชกำหนดกู้ยืมเงินที่เป็นการโกงประชาชน พ.ศ. 2527 มาปรับใช้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และเมื่อมีความเสียหายก็ไม่สามารถติดตามตัวผู้ประกอบธุรกิจมาลงโทษและช่วยเหลือผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร

เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2538 สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้นำเรื่องนี้เสนอคณะอนุกรรมการฝ่ายกฎหมายพิจารณาร่างกฎหมายเกี่ยวกับการขายตรง ซึ่งคณะอนุกรรมการฝ่ายกฎหมายได้ประชุมพิจารณาเรื่องนี้มาเป็นระยะ โดยเชิญผู้แทนกรมการค้าภายในและกรมทะเบียนการค้ามาให้ข้อคิดเห็นเป็นครั้งคราว จนถึงเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2541 ซึ่งที่ประชุมมีมติมอบหมายให้ฝ่ายเลขานุการเป็นผู้ร่างพระราชบัญญัติขายตรง พ.ศ. .... ตามหลักการที่คณะอนุกรรมการฝ่ายกฎหมายกำหนดไว้ 10 ประการ ดังนี้<sup>11</sup>

1) การขายตรง (Direct Selling) หมายถึง การขายในรูปแบบ Door to Door Sales ชั้นเดียวหรือในรูปแบบขายตรงหลายชั้น (MLM หรือ Multi Level Marketing) และให้หมายความรวมถึงการขายแบบ Mail Order Tele-marketing และการขายผ่านโทรศัพท์ Internet (Electronic Marketing) ด้วยการขายตรงให้กระทำได้โดยผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคล เช่น บริษัท หรือห้างหุ้นส่วน จำกัด เป็นต้น

2) ห้ามวิธีการขายแบบพีระมิด (Pyramid Sale Scheme) หมายถึง การประกอบกิจกรรมทางการค้าโดยการชักชวนผู้บริโภค ให้ซื้อสินค้าหรือบริการและสัญญาว่าจะให้ผลประโยชน์พิเศษแก่ผู้บริโภค ถ้าผู้บริโภคชักชวนบุคคลอื่นให้เข้าร่วมกิจกรรมนั้นด้วย ทั้งนี้ รายได้ส่วนใหญ่ผู้ประกอบกิจกรรมทางการค้า ดังกล่าวจะได้มาจากการหาสมาชิกเพิ่ม หรือการขายสินค้าให้สมาชิกใหม่หรือพนักงานขายของตนเอง

3) สัญญาขายตรงมุ่งที่การซื้อผลิตภัณฑ์หรือบริการทั่วไป แต่ไม่ได้หมายความรวมถึงสัญญาจะซื้อจะขายหรือซื้อที่ดิน สัญญาเช่าหรือสัญญาเช่าซื้อที่ดิน สัญญาจ้างหรือขายฝากที่ดิน

<sup>11</sup> วิรลพัชร เวรทวารวิทธิ์ธร. อ้างแล้ว. หน้า 33-37.

สัญญาฝากเงิน สัญญาลงทุน สัญญากู้เงิน สัญญาประกัน ภัย หรือสัญญาอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

4) องค์กรของรัฐที่จะเข้ามามีบทบาทในเรื่องนี้จะใช้วิธีการควบคุมเฉพาะการขายตรงหลายชั้น เช่น การออกใบอนุญาตการตรวจสอบแผนการขาย การเพิกถอน เป็นต้น และการขายแบบ Mail Order Tele-Marketing และการขายผ่านโทรศัพท์สน์ Internet นั้น จะใช้วิธีการกำกับดูแล เช่น การให้รายงานเกี่ยวกับชื่อและที่อยู่ของผู้ประกอบธุรกิจการส่งรับการประกอบธุรกิจชั่วคราว เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องในการประกอบกิจการ เป็นต้น

5) การกำกับดูแลจะครอบคลุมในเรื่องที่สำคัญ ดังนี้

(1) กระบวนการวิธีการขาย เช่น การแสดงบัตรพนักงานขายการแสดง บัตรประจำตัวประชาชน วัน และเวลาที่ประกอบธุรกิจ วิธีการเข้าไปขายในที่พัก อาศัย หรือสถานที่อื่นใดของผู้บริโภค

(2) การโฆษณารับพนักงานขาย และการโฆษณาเกี่ยวกับการขายตรง (หลักเกณฑ์การโฆษณา และการตรวจโฆษณา)

(3) รูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับพนักงานขาย (Distributor) วิธีการทำสัญญาข้อห้ามพนักงานกักตุนสินค้าที่จะขายโดยตรง การห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และการตรวจสัญญา

(4) รูปแบบของสัญญาขายโดยตรง วิธีการทำสัญญา การห้าม ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและการตรวจสัญญา

(5) สิทธิในการบอกเลิกสัญญาขายตรง ภายในกำหนดเวลาที่เรียกว่า Cooling-off Period

(6) การคืนสินค้า

6) องค์กรของรัฐที่จะเข้าไปควบคุมและกำกับดูแลจะอยู่ในรูปคณะกรรมการบริหาร (Regulatory Commission) โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ มีกรรมการ โดยตำแหน่ง เช่น อธิบดีกรมการค้าภายใน อธิบดีกรมส่งเสริมอุตสาหกรรมเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา และผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เป็นต้น และมีผู้ทรงคุณวุฒิอีกจำนวนหนึ่งที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ โดยมีภาคเอกชนเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิรวมอยู่ด้วย และมีผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกรรมการและเลขานุการ

7) อำนาจและหน้าที่หลักของคณะกรรมการดังกล่าวจะเป็นไปตามมาตรฐานของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งอย่างน้อยจะมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ในการออก การระงับ การเพิกถอน หรือการต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการแบบขายตรงหลายชั้น

(2) กำกับดูแลการขายตรงในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ใช่ MLM ติดตามและสอดส่องพฤติการณ์ในการขายตรง กระบวนการวิธีการขาย แผนการขาย และการโฆษณา รวมทั้งสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคในการขายตรงชั้นเดียว และในการขายแบบ Mail Order Tele-marketing หรือ Electronic Marketing

(3) วางระเบียบเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งผู้ที่สมัครเป็นพนักงานขายเกี่ยวกับการเสียค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมและเรื่องอื่นที่จำเป็น

(4) มีอำนาจเปรียบเทียบผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการขายตรง

(5) แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควร

8) การอุทธรณ์ (ให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับโดยอนุโลม)

9) พนักงานเจ้าหน้าที่ (มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรฐานของกฎหมายเศรษฐกิจทั่วไป)

10) บทกำหนดลงโทษ สำหรับผู้ประกอบการและพนักงานขายที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เช่น การขายตรงแบบหลายชั้น โดยไม่ได้รับใบอนุญาตพนักงานขายไม่แสดงบัตรประจำตัวพนักงานหรือไม่ส่งมอบสำเนาสัญญาขายตรงให้ผู้บริโภค หรือบริษัทเปลี่ยนแผนการตลาดโดยไม่ได้รับความเห็นจากคณะกรรมการ<sup>12</sup> เป็นต้น

ฝ่ายเลขานุการได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติขายตรงเสร็จเมื่อประมาณเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2542 ต่อมาเมื่อสำนักคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้รับการยกฐานะเป็นหน่วยงานเทียบเท่ากรมและมีรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นประธานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้มอบนโยบายให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจัดสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจขายตรงผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรง นักวิชาการสื่อมวลชนและผู้บริโภค เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2542 ณ ดิเกสตันดิไมตรี ทำเนียบรัฐบาล<sup>13</sup>

หลังจากนั้น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้มีคำสั่งที่ 51/2542 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2542 แต่งตั้งคณะทำงานเพื่อพิจารณาแก้ไขปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติขายตรงฯ ตามข้อสังเกตของที่ประชุมสัมมนา จนในที่สุดได้มีการตราพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง

<sup>12</sup> วีรลพัชร เวชทวาริทธิ์ธร. อ้างแล้ว. หน้า 39.

<sup>13</sup> วิมิศร นองสุวรรณ. (2542). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจขายตรง*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 22.

ขึ้นสำเร็จ ซึ่งมีเนื้อหาสาระครอบคลุมยิ่งขึ้นทั้งขายตรงและตลาดแบบตรง คือ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 119 ตอนที่ 40 วันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2545 และเริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 29 สิงหาคม พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา

**2.1.6 ลักษณะของการขายตรงกับการขายโดยวิธีอื่น และการขายตามตัวอย่าง ขายตามคำพรรณนา การขายเพื่อชอบ**

**1) การขายตรงกับการขายโดยวิธีอื่น**

การจำหน่ายสินค้า โดยวิธีการทำตลาดแบบการขายตรงมีข้อแตกต่างไปจากการจำหน่ายสินค้า โดยวิธีการอื่นๆ โดยทั่วไปในทางธุรกิจ ที่สามารถจะอธิบายได้ดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

**(1) การขายตรงกับการค้าปลีก**

การขายตรงเป็นวิธีการหนึ่งในการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภค เนื่องจากว่าการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภคคนสุดท้ายนั้นในทางการตลาดเรียกว่า การค้าปลีก ซึ่งสามารถจะกระทำได้ในหลายวิธีการ เช่น การขายผ่านร้านค้าปลีกหรือการขายทางโทรศัพท์และการขายผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

การค้าปลีก (Retailing) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับการขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคคนสุดท้าย (Ultimate Consumer) เพื่อการใช้ที่ไม่ใช่ในทางธุรกิจ แต่เพื่อนำไปใช้โดยส่วนตัวหรือภายในครอบครัว การค้าปลีกส่วนใหญ่มักกระทำผ่านร้านค้า แต่ในบางครั้งก็อาจกระทำผ่านองค์กรรูปแบบอื่นก็ได้ เช่น โรงงานผู้ผลิต ผู้ค้าส่งหรือร้านค้าปลีกที่ขายสินค้าให้กับผู้บริโภคคนสุดท้ายเพื่อนำไปใช้ในทางที่ไม่ใช่ธุรกิจ กิจกรรมดังกล่าวจึงเป็นการค้าปลีก ซึ่งอาจไม่ได้กระทำผ่านทางร้านค้า แต่อาจกระทำผ่านทางบุคคล หรือทางไปรษณีย์ หรือทางโทรศัพท์ หรือการขายสินค้าโดยเครื่องขายสินค้าอัตโนมัติ (Vending Machines) หรืออาจเกิดขึ้นในบ้านของผู้บริโภค หรืออาจเสนอขายสินค้าผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) ก็ได้<sup>15</sup>

ดังนั้น การขายปลีกสามารถทำได้ในหลายวิธีการและการขายตรงก็เป็นวิธีการขายปลีกอีกรูปแบบหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม การขายตรงมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากการขายปลีกทั่วไป เพราะการขายตรงจะต้องใช้บุคคลเป็นผู้ขายเท่านั้นต้องมีการนำเสนอการขายด้วยวาจาต่อหน้าผู้บริโภค โดยผู้ขายตรงจะใช้วิธีพรรณนาและการสาธิตสินค้าเป็นหลักการขายไม่ได้เกิดขึ้น ณ สถานประกอบธุรกิจตามปรกติของผู้ขายแต่เป็นการขายแบบไม่มีหน้าร้านหรือร้านค้าการโฆษณาจะกระทำโดยผ่านตัวแทนขายตรงเป็นหลักส่วนการขายปลีกทั่วไปไม่จำเป็นต้องใช้บุคคลเป็นผู้ขายอาจใช้เครื่องจักรก็ได้ อาจนำเสนอด้วยวาจาหรือเอกสารก็ได้ และไม่จำเป็นต้องกระทำ

<sup>14</sup> วัลพัชร เวชทาวริทธิ์ธร. อ้างแล้ว. หน้า 41-43

<sup>15</sup> วิมิศร นองสุวรรณ. อ้างแล้ว. หน้า 24-25.

ต่อหน้าผู้บริโภค การขายเกิดขึ้น ณ สถานประกอบการธุรกิจของผู้ขาย เช่น ร้านค้าหรือมีจุดขายที่แน่นอน เป็นต้น

(2) การขายตรงกับการตลาดแบบตรง นอกจากการขายปลีกโดยวิธีการขายตรงแล้ว ก็ยังมีวิธีการขายปลีกอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีชื่อเรียกใกล้เคียงกับการขายตรง คือ การตลาดแบบตรง (Direct Marketing) ซึ่งการตลาดแบบตรงนี้มีความหมาย คือ ระบบการโต้ตอบทางการตลาดที่ใช้สื่อที่ไม่ใช่บุคคลหนึ่งสื่อหรือมากกว่าเพื่อทำให้เกิดการตอบสนองและ/หรือการติดต่อที่สามารถซื้อขายได้ในทุกสถานที่ และธุรกรรมนี้ยังเป็นการรวบรวมข้อมูลได้อีกด้วย

สมาคมการตลาดโดยตรง (Direct Marketing Association: DMA) ได้นิยามการตลาดโดยตรงไว้ว่า คือ ระบบการตลาดแบบมีปฏิสัมพันธ์ที่ใช้สื่อโฆษณาตั้งแต่หนึ่งอย่างขึ้นไป เพื่อให้เกิดการตอบสนอง และหรือการแลกเปลี่ยนที่สามารถวัดได้ ณ ที่ใดที่หนึ่ง

การตลาดโดยตรงเป็นการทำธุรกิจสามารถพูดติดต่อโดยตรงกับผู้คนที่ส่วนใหญ่เป็นผู้ซื้อสินค้าของธุรกิจ จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการตลาดโดยตรงมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ

(2.1) ระบบปฏิสัมพันธ์ทางการตลาด (Interactive System) หรือระบบที่สามารถโต้ตอบกันได้<sup>16</sup> และมีลักษณะของการสื่อสาร 2 ทาง (Two-way Communication) ระหว่างนักการตลาดกับกลุ่มลูกค้าที่มุ่งหวัง (Prospective Customer) ที่เป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการ

(2.2) การตลาดแบบตรงให้โอกาสแก่กลุ่มเป้าหมายสามารถตอบสนองได้ด้วยวิธีการที่หลากหลาย

(2.3) การติดต่อสื่อสารสามารถเกิดขึ้นได้ทุกสถานที่และทุกเวลา

(2.4) สิ่งสำคัญที่สุดสำหรับการตลาดแบบตรง คือ ต้องสามารถ วัดผลได้ (Measurable) กล่าวคือ จำนวนผู้ตอบรับหรือผู้ที่ไม่ตอบรับจะสัมพันธ์กับจำนวนของกลุ่มลูกค้าที่มุ่งหวังและจะสามารถจำแนกการสื่อสารในรูปแบบเฉพาะที่จะทำให้ผู้ที่รับการสื่อสารนั้นจะตอบสนองกลับมาในทันทีได้ซึ่งจะทำให้ นักการตลาดโดยตรงรู้ว่าการสื่อสารรูปแบบใดที่ลูกค้าที่มุ่งหวังจะตอบสนองและธรรมชาติของการตอบสนองนั้นเป็นอย่างไร

(2.5) เป็นการรวบรวมข้อมูลของกลุ่มเป้าหมายหรือลูกค้ารวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับประวัติการซื้อแหล่งสอบถามอันดับความน่าเชื่อถือและอื่นๆ

สำหรับรูปแบบของการตลาดโดยตรงนั้น มีหลายรูปแบบ เช่น การขายทางแค็ตตาล็อก การขายทางไปรษณีย์ การขายทางโทรศัพท์ การขายทาง โทรทัศน์ การขายทางนิตยสาร หนังสือพิมพ์ วิทยุ และการขายทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เช่น คอมพิวเตอร์ และอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

<sup>16</sup> ดารา ทีปะปาล. (2541). *การสื่อสารการตลาด*. กรุงเทพมหานคร: อมรการพิมพ์. หน้า 270.

อาจกล่าวได้ว่า การขายตรง (Direct Selling) กับการตลาดโดยตรง (Direct Marketing) นั้น แตกต่างกับการตลาดแบบตรงจะกระทำผ่านสื่อต่างๆ และไม่มีข้อจำกัดในเรื่องสถานที่และเวลา แต่การขายตรงจะไม่กระทำผ่านสื่อแต่จะกระทำโดยบุคคล (ผู้ขายตรง) และจะถูกจำกัดในเรื่องสถานที่ด้วย

จะเห็นได้ว่า ผู้จำหน่ายอิสระจะเป็นผู้นำสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจไปจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคก็ตามแต่ผู้จำหน่ายอิสระกับพ่อค้าคนกลางก็มีความแตกต่างกัน อีกทั้งในสภาพความเป็นจริงผู้จำหน่ายอิสระส่วนใหญ่จะเป็นผู้บริโภคที่ต้องการทำงานพิเศษเป็นรายได้เสริม จึงขาดความรู้ความเข้าใจในการทำธุรกิจที่มีความแตกต่างกัน เพราะฉะนั้นผู้จำหน่ายอิสระจึงตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบและอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงได้ เนื่องจากมีความแตกต่างดังกล่าวจำหน่ายอิสระจึงได้รับสิทธิการคุ้มครองและการปฏิบัติที่แตกต่างจากพ่อค้าคนกลางโดยทั่วไป

2) การขายตรงกับการขายตามตัวอย่าง การขายตามคำพรรณนา และการขายเพื่อชอบ

ลักษณะ โดยทั่วไปแล้วการขายตรงจะต้องมีตัวแทนขายและจะต้องอธิบายหรือสาธิตการขายสินค้านำตัวอย่างสินค้าให้ผู้บริโภคได้ทดลองใช้ วิธีการขายต่างๆ เหล่านี้มีส่วนใกล้เคียงกับหลักกฎหมายในเรื่องการขายตามตัวอย่าง การขายตามคำพรรณนาและการขายเพื่อชอบ ดังนั้นจะอธิบายเพื่อเปรียบเทียบถึงวิธีการขายตรงกับการขายตามตัวอย่าง การขายตามคำพรรณนา และการขายเพื่อชอบว่ามีความสัมพันธ์กันหรือแตกต่างกันอย่างไร ในทางปฏิบัติ

(1) การขายตรงกับการขายตามตัวอย่าง การขายตามตัวอย่าง (Sale by Sample) คือ การที่ผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจดูตัวอย่างของที่จะซื้อก่อนตกลงทำสัญญาซื้อขายของที่นำมาแสดง จึงเป็นเพียงตัวอย่างสินค้าไม่ใช่ตัวสินค้าที่จะส่งมอบกันจริงๆ ในการขายตามตัวอย่างนั้นผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างจะผิดเพี้ยนกันไปมิได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 503 วรรคหนึ่ง

โดยการซื้อขายจะเป็นการขายตามตัวอย่างหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้ซื้อว่าผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างหรือเพียงแต่ชักชวนให้ผู้ซื้อได้เห็นชนิดและคุณภาพของสินค้าที่เสนอขายเท่านั้น ซึ่งการขายตามตัวอย่างมีลักษณะสำคัญ คือผู้ขายต้องมีตัวอย่างสินค้าที่จะขายมาให้ผู้ซื้อได้ตรวจดู โดยผู้ซื้อต้องมีเจตนาที่จะซื้อสินค้าที่มีคุณสมบัติหรือลักษณะหรือคุณภาพตามตัวอย่างและผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าให้ตรงตามตัวอย่าง หากปรากฏว่าทรัพย์สินที่ผู้ขายส่งมอบไม่ตรงตามตัวอย่างผู้ซื้อไม่ยอมรับมอบการซื้อขายก็ไม่ใช่เป็นการซื้อขายตามตัวอย่างแตกต่างจากการซื้อขายธรรมดาคือการซื้อขายธรรมดานั้นเมื่อตกลงทำสัญญาซื้อขาย โดยแสดงเจตนาต้องตรงกันแล้วสัญญาก็เกิดกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อทันที แต่การขายตาม

ตัวอย่างผู้ซื้อจะต้อง ได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินที่รับมอบก่อนว่าตรงตามตัวอย่างที่เสนอมาหรือไม่ ก่อนที่จะรับมอบ เมื่อผู้ซื้อรับมอบแล้วกรรมสิทธิ์จึงจะ โอนไปยังผู้ซื้อ โดยในการส่งมอบสินค้านั้น ถ้าผู้ขายส่งมอบของไม่ตรงตามตัวอย่าง แม้จะผิดเพียงแต่เพียงเล็กน้อยก็ดี ผู้ซื้อที่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับซื้อ ได้หรือบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนก็ได้ ซึ่งนักกฎหมายบางท่านกล่าวว่า การขายตามตัวอย่างเป็นการขายโดยมีเงื่อนไขบังคับก่อนว่าผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่าง

ดังนั้น ในการขายตรงผู้ขายได้นำตัวอย่างสินค้ามาให้ผู้ซื้อ ดูและผู้ซื้อมีเจตนาที่จะซื้อสินค้าที่มีคุณสมบัติต่างๆ ตามตัวอย่างแล้ว วิธีการที่ผู้ขายตรงใช้ในทางกฎหมายจะถือเป็นการขายตามตัวอย่าง ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้บทกฎหมาย ลักษณะซื้อขายและหากการขายตามตัวอย่างนั้นเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่ไม่ใช่สถานประกอบธุรกิจแล้วก็เรียกได้ว่าเป็นการขายตรงด้วยซึ่งบทกฎหมายที่จะนำไปบังคับใช้ก็คือ กฎหมายลักษณะซื้อขายนั่นเอง

(2) การขายตรงกับการขายตามคำพรรณนา สำหรับการขายตามคำพรรณนา (Sale by Description) นั้นหมายถึง การที่ผู้ซื้อไม่มีโอกาสตรวจตราคุณภาพของทรัพย์สินซึ่งอาจพรรณนาด้วยวาจาหรือเป็นรูปภาพ หรือลายลักษณ์อักษรตามสมุดภาพ (Catalog) ก็ได้ จึงกล่าวได้ว่าการขายตามคำพรรณนาตามปกติ คือ การขายที่ผู้ซื้อไม่ได้เห็น และตรวจตราทรัพย์สินที่ขายแต่ได้ตกลงซื้อ โดยเชื่อคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐาน และคุณภาพของทรัพย์สิน

ดังนั้น การขายตามคำพรรณนา ผู้ขายจึงต้องพรรณนา บรรยายให้ผู้ซื้อเชื่อในลักษณะคุณสมบัติคุณภาพของทรัพย์สินที่ขาย และผู้ซื้อตกลงซื้อเพราะเชื่อในคำพรรณนาดังกล่าว โดยผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้ตรงตามคำพรรณนาเสียก่อน ถ้าผู้ขายส่งทรัพย์สินมาให้ใช้ไม่ได้ประโยชน์สมดังคำพรรณนา ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกปัดเสียและเรียกความเสียหายได้ หรือบังคับให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญาหรือเลิกสัญญา และเรียกค่าสินไหมทดแทนด้วยก็ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 503 วรรคสอง

(3) การขายตรงกับการขายเพื่อชอบสำหรับการขายเพื่อชอบนั้น คือ การซื้อขายกันโดยมีเงื่อนไขว่าให้ผู้ซื้อ ได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อ ดังนั้นการขายเพื่อชอบจึงเป็นการขายที่ผู้ขายส่งทรัพย์สินให้ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขว่าให้ผู้ซื้อ ได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อน เพราะผู้ซื้อจะซื้อหรือไม่ก็ได้หากผู้ซื้อไม่พอใจการซื้อขายก็ยังไม่เป็นผล หากผู้ซื้อพอใจและแสดงเจตนาว่าจะรับซื้อทรัพย์สินนั้น หรือผู้ซื้อไม่บอกกล่าวว่าจะซื้อภายในเวลาที่กำหนดไว้โดยสัญญา หรือผู้ซื้อไม่ส่งทรัพย์สินคืนภายในเวลาที่กำหนดหรือผู้ซื้อใช้ราคาบางส่วนหรือทั้งหมดหรือผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นหรือทำประการอื่นใดโดยปริยายว่ารับซื้อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 505

ดังนั้น สัญญาซื้อขายเพื่อชอปกี่จะบริบูรณ์ ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อได้ตรวจดูทรัพย์สินนั้นและยอมรับซื้อเด็ดขาดกันไปในกรณีที่ผู้ซื้อไม่พอใจในทรัพย์สินนั้นการซื้อขายก็ไม่มีผลมีข้อพึงสังเกตคือ การขายเพื่อชอปกี่ ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกัน โดยมีเงื่อนไขว่าให้ผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อ เพราะฉะนั้นในการขายตรงผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อ และตกลงว่าหากผู้ซื้อไม่พอใจก็ไม่ต้องรับซื้อวิธีการขายดังกล่าวถือเป็นการขายเพื่อชอปกี่ซึ่งจะต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายลักษณะซื้อขายอย่างไรก็ตาม การขายเพื่อชอปกี่ที่จะเรียกได้ว่าเป็นการขายตรงนี้ จะต้องเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่มีใช้สถานประกอบธุรกิจตามปกติด้วย จึงจะถือได้ว่าการขายเพื่อชอปกี่นั้น เป็นการขายตรง

สรุปได้ว่า การขายตรงเป็นสัญญาซื้อขายอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากแต่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายที่บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายไว้ไม่อาจคุ้มครองผู้ซื้อจากการขายตรงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคืนทรัพย์สินซื้อขายกันในทางปฏิบัติ

### 2.1.7 จรรยาบรรณธุรกิจขายตรง

#### 1) จรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลก

สมาพันธ์ขายตรงโลก หรือ World Federation of Direct Selling Associations (WFDSA) เป็นองค์กรเอกชนที่จัดตั้งขึ้น โดยมีใดมุงหวังการหากำไรในเชิงธุรกิจแต่ต้องการเผยแพร่ธุรกิจขายตรงให้เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในระดับนานาชาติ ก่อตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2521 ประกอบด้วยสมาชิกสมาคมขายตรงจากประเทศต่างๆ ทั่วโลกมากกว่า 50 ประเทศ โดยมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. สหรัฐอเมริกา หน้าที่หลักของสมาพันธ์ คือ ให้การสนับสนุนสมาคมขายตรงในแต่ละประเทศทั่วโลก โดยจัดให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทั้งในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคการศึกษา การสื่อสาร การคุ้มครองและรักษาสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภค ตลอดจนมุ่งยกระดับของอุตสาหกรรมการขายตรงให้มีมาตรฐานและมีจรรยาบรรณในการดำเนินธุรกิจขายตรง

จรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลกบัญญัติขึ้น โดยสมาพันธ์การขายตรงโลกร่วมกับสมาคมขายตรงในประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของสมาพันธ์ โดยถือเป็นข้อปฏิบัติข้อหนึ่งของการสมัครเป็นสมาชิกและการดำรงสมาชิกภาพในสมาพันธ์ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นสมาชิกของสมาคมขายตรง ต้องยอมรับและให้สัญญาว่าจะปฏิบัติตามข้อบังคับของจรรยาบรรณทุกประการ จรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลกนี้ ไม่ใช่กฎหมายแต่ถือเป็นมาตรการดูแลควบคุมตนเองที่วงการธุรกิจขายตรงบัญญัติขึ้นมา ซึ่งสมาชิกต้องปฏิบัติตนอย่างมีมาตรฐานทางจริยธรรมในการดำเนิน

ธุรกิจ ซึ่งแยกออกเป็นจรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลกต่อผู้บริโภค และจรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลกต่อผู้ขายตรง ระหว่างผู้ขายตรงและระหว่างบริษัทสมาชิก<sup>17</sup>

สำหรับในส่วนที่สำคัญ คือ จรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลกต่อผู้บริโภคนั้น สามารถสรุปได้ดังนี้<sup>18</sup>

(1) ไม่ใช่กลยุทธ์การขาย ตัวแทนขายจะต้องไม่ใช่กลยุทธ์การขายในรูปแบบลักษณะที่ชวนให้เข้าใจผิดลวงล่อหรือไม่ยุติธรรม

(2) แสดงสถานภาพที่แท้จริงของตน ตัวแทนขายจะต้องแสดงสถานภาพที่แท้จริงของตน ให้ผู้บริโภคที่สนใจได้รับทราบโดยผู้บริโภคไม่ต้องร้องขอตั้งแต่เริ่มทำการ เสนอขาย และจะต้องระบุชื่อกิจการที่ตนสังกัด สินค้าที่นำเสนอและจุดประสงค์ของการเชิญชวน ในกรณีการขายแบบเป็นกลุ่มตัวแทนขายต้องระบุจุดประสงค์ของการชุมนุมให้เจ้าภาพ และผู้เข้าร่วมฟังได้ทราบอย่างชัดเจน

(3) การอธิบายและการสาธิตสินค้าที่นำเสนอ จะต้องมีความสมบูรณ์ครบถ้วนและถูกต้องโดยเฉพาะเรื่องของราคาสินค้า ราคาสินค้าเงินเชื่อ วิธีการชำระเงิน ระยะเวลาการพิจารณาสินค้า สิทธิการรับคืนสินค้า ระยะเวลาการรับประกัน การบริการหลังการขายและการส่งมอบสินค้า

(4) ต้องตอบคำถามของผู้บริโภค ตัวแทนขายจะต้องตอบคำถามทุกคำถามเกี่ยวกับสินค้าและข้อเสนอโดยถูกต้องตามความเป็นจริง และเป็นที่น่าสนใจโดยทั่วกัน

(5) ยืนยันใบสั่งซื้อเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้บริโภค ขณะที่เสนอขายสินค้าหรือบริการตัวแทนขายจะต้องยืนยันใบสั่งซื้อเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งจะต้องระบุชื่อบริษัท และตัวแทนขาย ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และเงื่อนไขการขายให้ชัดเจน

(6) ให้คำมั่นสัญญาด้วยวาจาตามที่ได้รับความเห็นชอบจากกิจการเท่านั้น

(7) ตรวจสอบเอกสารต่างๆ ธุรกิจขายตรงและตัวแทนขายจะต้องตรวจสอบเอกสารต่างๆ ที่ใช้ในการขาย เช่น ใบสั่งซื้อ แค็ตตาล็อก คู่มือแนะนำสินค้า เงื่อนไขเกี่ยวกับเวลาในการส่งมอบสินค้า การขอรับเงินคืน ฯลฯ เอกสารทุกชนิดจะต้องมีความถูกต้อง

(8) การรับประกันหรืออากรรับรองของตัวแทนขาย เงื่อนไขรายละเอียด และข้อจำกัดของการให้บริการหลังการขาย ชื่อและที่อยู่ของผู้รับประกัน ระยะเวลาการรับประกันและมาตรการการแก้ไขในส่วนของผู้ซื้อจะระบุไว้อย่างชัดเจนในใบสั่งซื้อ หรือใบกรอกสารอื่นๆ ที่ส่งมาด้วย หรือในเอกสารที่แนบมาพร้อมกับสินค้า

<sup>17</sup> ประสม หงษ์โต. อ้างแล้ว. หน้า 24-25.

<sup>18</sup> คลังปัญญาไทย. (2556). *ขายตรง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.panyathai.or.th>. [2556, 24 มกราคม].

(9) เอกสารส่งเสริมการขาย การโฆษณา หรือเอกสารที่จัดส่งทางไปรษณีย์จะไม่มีข้อความบรรยาย รายละเอียดคุณสมบัติหรือภาพประกอบของสินค้า หรือชี้ทำให้เกิดความเข้าใจผิด หรือมีลักษณะลวงล่อจะระบุชื่อ และที่อยู่ หรือหมายเลขโทรศัพท์ของธุรกิจหรือตัวแทนขายไว้ด้วย

(10) ไม่กล่าวคำอวดอ้าง ธุรกิจขายตรง และตัวแทนขายจะไม่กล่าวคำอวดอ้าง หรือคำยืนยันที่มีได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นความจริงล้ำสมัยหรือไม่สามารถนำมาใช้ได้อีกต่อไป ไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่นำเสนอหรือนำมาใช้ในลักษณะชี้ให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิด

(11) ละเว้นไม่ใช้การเปรียบเทียบ ธุรกิจขายตรงและตัวแทนขายจะละเว้นไม่ใช้การเปรียบเทียบอันอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดและขัดต่อหลักการว่าด้วยการแข่งขันที่ยุติธรรม การเปรียบเทียบจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงสามารถพิสูจน์ได้ จะไม่ให้ร้ายป้ายสี ธุรกิจหรือสินค้าใดๆ โดยไม่ยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็ทางตรงหรือทางอ้อม และจะไม่นำชื่อหรือสัญลักษณ์การค้าของสินค้าหรือบริษัทอื่น ตลอดจนชื่อเสียงที่ผนวกกับสิ่งเหล่านี้มาหาผลประโยชน์โดยไม่ยุติธรรม

(12) การติดต่อโดยส่วนตัวหรือทางโทรศัพท์ จะกระทำในลักษณะพอเหมาะพอดี ในช่วงเวลาที่เหมาะสม เพื่อมิให้เกิดผลการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น ตัวแทนขาย จะหยุดการสาริตหรือการเสนอขายเมื่อผู้บริโภคร้องขอ

(13) ไม่นำเอาความไว้วางใจของผู้บริโภคมอบให้มาแสวงหาผลประโยชน์ ธุรกิจขายตรงและตัวแทนขายจะไม่นำเอาความไว้วางใจของผู้บริโภคที่มอบให้มา แสวงหาผลประโยชน์ ในทางมิชอบ จะให้ความเคารพต่อการขาดประสิทธิภาพด้านธุรกิจของผู้บริโภคและจะไม่ฉวยโอกาสหาผลประโยชน์จากวัยความเจ็บป่วย การขาดความเข้าใจหรือความรู้ทางด้านภาษาของผู้บริโภค

(14) ไม่นำเงินมาให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการธุรกิจขายตรงและตัวแทนขายจะไม่นำเงินมาให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการ โดยอ้างกับผู้บริโภคว่าจะได้รับส่วนลดบางส่วนหรือเต็มราคา หากสามารถชักชวนให้ผู้บริโภคคนอื่นๆ สั่งซื้อสินค้าอย่างเดียวกันนั้นกับตัวแทนขาย

(15) ส่งมอบสินค้าในเวลาที่เหมาะสม ธุรกิจขายตรง และตัวแทนขายจะต้องส่งมอบสินค้าตามใบสั่งซื้อของผู้บริโภคภายในระยะเวลาที่เหมาะสมหรือกำหนดไว้

การดำเนินธุรกิจขายตรงของตัวแทนขายยังมีจรรยาบรรณธุรกิจขาย ตรงโลก ต่อตัวแทนขาย ระหว่างตัวแทนขายและระหว่างบริษัทสมาชิกซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองตัวแทนขาย เพื่อส่งเสริมการแข่งขันอย่างยุติธรรมในขอบเขตของธุรกิจการค้าเสรี เพื่อยกระดับภาพพจน์ของธุรกิจขายตรงในสายตาของสาธารณชนทั่วไป และเพื่อนำเสนอโอกาสทางอาชีพในวงการธุรกิจขายตรงในด้านจริยธรรม

## 2) จรรยาบรรณธุรกิจขายตรงไทย

สมาคมขายตรงไทยเป็นสมาคมระดับชาติ ซึ่งมีผู้ประกอบการธุรกิจขายตรงเข้าร่วมเป็นสมาชิก ทำหน้าที่เป็นตัวแทนพิทักษ์ผลประโยชน์ของผู้บริโภค ตลอดจนร่วมมือกับภาครัฐในการส่งเสริมนโยบายการค้า อุตสาหกรรม เศรษฐกิจ หน้าที่การเสียดภาษี และสนับสนุนให้ประชาชนมีรายได้เพื่อส่งเสริมครอบครัว ด้วยเหตุนี้ บรรดาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมต่างยอมรับด้วยเกียรติว่าตนจะต้องดำเนินธุรกิจอย่างยุติธรรมและตรงไปตรงมา รวมถึงการรับฟังและปรับปรุงวิธีการของตนให้ดีขึ้นหากได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภค อีกทั้งเพื่อส่งเสริมการแข่งขันอย่างยุติธรรมในขอบเขตของธุรกิจการค้าเสรี และเพื่อยกระดับภาพลักษณ์ของธุรกิจขายตรงในสายตาของสาธารณชนทั่วไป<sup>19</sup>

สมาคมการค้าขายตรงไทย หรือ Thai Direct Selling Association (TDSA) ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2526 โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจขายตรงให้เป็นที่ยอมรับมากขึ้นของผู้บริโภค สาธารณชนและภาครัฐ ให้คำปรึกษาและสนับสนุนภาครัฐในการร่างกฎหมายให้ผู้ประกอบอาชีพขายตรงปฏิบัติภายใต้ขอบเขตที่รัฐยอมรับพัฒนาความรู้และแลกเปลี่ยนข้อมูลและความคิดเห็นระหว่างสมาชิกเกี่ยวกับจรรยาบรรณธุรกิจขายตรง และส่งเสริมให้สมาชิกทุกบริษัทมีการปฏิบัติและการทำงาน เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคสำหรับนโยบายการบริหารงานของสมาคมขายตรงไทยในปัจจุบัน มีดังนี้<sup>20</sup>

- (1) ส่งเสริมให้ผู้ประกอบการธุรกิจขายตรง และนักธุรกิจอิสระยึดมั่นในจรรยาบรรณของธุรกิจขายตรง
- (2) สร้างให้สมาคมเป็นศูนย์กลางของข้อมูลแห่งการเรียนรู้ที่ถูกต้องเกี่ยวกับธุรกิจขายตรงให้กับผู้ที่สนใจ ทั้งในกลุ่มของผู้ประกอบการและสาธารณชนทั่วไป
- (3) เสริมสร้างและรักษาไว้ซึ่งชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของสมาคม
- (4) เผยแพร่ความเข้าใจที่ถูกต้องในธุรกิจขายตรงและสร้างความสัมพันธ์อันดีกับหน่วยงานภาครัฐ
- (5) นำเสนอความแตกต่างระหว่างธุรกิจขายตรงที่ถูกต้องกับธุรกิจที่ผิดกฎหมายให้แก่สาธารณชนทั่วไป
- (6) สร้างความแข็งแกร่งในการประกอบธุรกิจให้แก่บริษัทสมาชิกของสมาคม

<sup>19</sup> สุทธิกรณ์ ธิบน้อย. (2538). *มาตรการทางกฎหมายอาญาในการควบคุมการขายตรง*. วิทยาลัยพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 32.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33-35.

(7) ปกป้องและดูแลสิทธิประโยชน์อันชอบธรรมตามกฎหมายของบริษัทสมาชิกที่ดำเนินธุรกิจอย่างถูกต้อง

(8) สร้างความสัมพันธ์ที่ดีในกลุ่มบริษัทสมาชิกของสมาคมและกลุ่มบริษัทผู้มุ่งหวัง

(9) ร่วมมือและประสานงานกับองค์กรภายในประเทศทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รวมถึงองค์กรในระดับต่างประเทศ เช่น สมาพันธ์การขายตรงโลก (World Federation of Direct Selling Associations หรือ WFDSA) มูลนิธิเพื่อการศึกษาการขายตรง (Direct Selling Education Foundation หรือ DSEF)

(10) เพิ่มพูนศักยภาพการบริหารจัดการสมาคมเพื่อรองรับการเติบโตของธุรกิจขายตรงไทยในอนาคต

สำหรับจรรยาบรรณธุรกิจขายตรงไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองและสร้างความพึงพอใจให้แก่ผู้บริโภค ส่งเสริมการแข่งขันอย่างยุติธรรมในขอบเขตของธุรกิจการค้าเสรี เพื่อยกระดับภาพพจน์ของธุรกิจขายตรงในสายตาสาธารณชนทั่วไป โดยได้รับหลักการและแนวทางจากจรรยาบรรณธุรกิจขายตรงโลก ซึ่งบัญญัติขึ้นสำหรับใช้เป็นบรรทัดฐานที่จะยอมรับเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในสมาคมขายตรงของประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกสมาพันธ์ขายตรงโลก เมื่อผู้บริโภคร้องเรียนไปยังสมาคมขายตรงไทยเกี่ยวกับพฤติกรรมการเสนอขายสินค้า และการให้บริการอันไม่เหมาะสมของบริษัทสมาชิกของสมาคม สมาคมจะพิจารณาและหาวิธีการแก้ไขหากการกระทำดังกล่าวผิดต่อจรรยาบรรณ เมื่อบริษัทสมาชิกได้รับแจ้งจากสมาคมให้แก้ไขแล้ว หากไม่ปฏิบัติตามจรรยาบรรณและข้อบังคับของสมาคม จะได้รับการพิจารณาให้พ้นจากสภาพการเป็นสมาชิกของสมาคม<sup>21</sup>

กล่าวโดยสรุป จรรยาบรรณธุรกิจขายตรงเป็นแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคจากการขายตรงและยังเป็นบรรทัดฐานที่ดีในการกำกับดูแลบริษัทสมาชิกและผู้ขายตรง อีกทั้งยังสามารถช่วยคุ้มครองผู้ขายตรงมิให้ถูกบริษัทสมาชิกเอาเปรียบได้อีกด้วย

### 2.1.8 ข้อดีและข้อเสียของการประกอบธุรกิจขายตรง

การขายตรงเป็นการทำตลาดสินค้าหรือบริการ ในลักษณะของการนำเสนอขายต่อผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของผู้อื่น หรือสถานที่อื่นอันมิใช่สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยผ่านตัวแทนขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระ ซึ่งการขายตรงโดยวิธีดังกล่าวก็มีข้อดีอยู่หลายประการด้วยกัน แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อเสียอยู่ในตัวมันเองด้วย ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปนี้<sup>22</sup>

<sup>21</sup> สุทธิกรณ์ ลิขน้อย. อ้างแล้ว. หน้า 36.

<sup>22</sup> วิรัตน์ เวททาวริทธิ์ธร. อ้างแล้ว. หน้า 37-41.

### 1) ข้อดีของการประกอบธุรกิจขายตรง

ธุรกิจขายตรงเป็นกลไกที่สำคัญอย่างหนึ่งในการกระจายสินค้าจากผู้ผลิตไปสู่ผู้บริโภคโดยอาศัยแผนการตลาด และเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคมีส่วนร่วมในการประกอบธุรกิจที่เป็น การสร้างงานและกระจายรายได้ไปสู่ประชาชน เนื่องจากเป็นวิธีการที่ใช้เงินลงทุนน้อยไม่ต้องมีร้าน หรือสถานที่จำหน่ายสินค้าก็ได้ และไม่จำเป็นต้องใช้งบประมาณในด้านการโฆษณาเนื่องจาก พนักงานสามารถอธิบายเกี่ยวกับสรรพคุณของสินค้าแก่ผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งธุรกิจขายตรงเป็น อาชีพที่ไม่ต้องใช้ต้นทุนสูงแต่สามารถเจริญเติบโตสร้างฐานะทางเศรษฐกิจที่มั่นคงให้ประชาชน โดยส่วนใหญ่ได้เป็นอย่างดี มีความอิสระในการทำงานโดยไม่ต้องมีใครคอยติดตาม ควบคุม และ ดูแลการทำงาน และยังเป็นวิถีทางกระตุ้นความเติบโตทางเศรษฐกิจระดับรากหญ้าและธุรกิจ อุตสาหกรรมขนาดย่อม ช่วยลดอัตราปัญหาการว่างงาน อันเป็นการลดภาระทางสังคมและเป็นผลดี ต่อเศรษฐกิจของประเทศทำให้ประเทศชาติมั่นคง ซึ่งสรุปได้ ดังต่อไปนี้<sup>23</sup>

(1) เป็นการขายที่สร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภค ผู้ผลิตสามารถ รับทราบข้อเท็จจริงและความต้องการของผู้บริโภคได้โดยตรง ข้อมูลที่สะท้อนกลับมาผู้ผลิต สามารถนำไปปรับปรุงและพัฒนาสินค้าให้สามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคยิ่งขึ้น

(2) เป็นวิธีการขายที่ลงทุนต่ำ การลงทุนที่จำเป็นสำหรับการประกอบกิจการขาย ได้แก่ ลงทุนในอาคารประกอบการ อุปกรณ์เครื่องใช้สำนักงาน พนักงานประจำเพื่อทำเอกสาร เกี่ยวกับการขายและเอกสารด้านบัญชีตามที่ราชการกำหนด แต่ไม่จำเป็นต้องว่าจ้างพนักงานขาย ประจำ อีกทั้งไม่ต้องลงทุนเลือกหาหน้าร้าน รวมทั้งประหยัดค่าใช้จ่าย เช่น ค่าน้ำ ค่าไฟ ค่าตกแต่งร้าน นอกจากนี้ ไม่จำเป็นต้องมีค่าใช้จ่ายด้านค่าโฆษณาซึ่งนับเป็นภาระอย่างหนึ่งของฝ่ายการตลาด ในธุรกิจขายตรง พนักงานขายจะเป็นผู้ช่วยโฆษณาให้ถึงตัวผู้บริโภคโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย เพิ่มเติมแต่อย่างใด

(3) เป็นการสร้างงานและกระจายรายได้สู่ประชาชนเพราะการขายตรงนั้นต้องอาศัย พนักงานขายจำนวนมาก ทั้งที่ทำงานแบบเต็มเวลาและทำนอกเวลาทำงานปกติ เมื่อประชาชนมีงานทำ มีรายได้ก็จะเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม

(4) เป็นการขายที่ไม่มีพ่อค้าคนกลาง การเก็งกำไรที่เกิดขึ้นในช่องทางการจำหน่าย จึงไม่มีหรือมีน้อย ราคาสินค้าและบริการจึงมีราคาถูกลง

<sup>23</sup> สมาคมการขายตรงไทย. (2550). *ความเป็นมาของสมาคมขายตรงไทย*. เอกสารประกอบการสัมมนา Direct Selling: The study of an Innovative Industry 23-24 August 2007. กรุงเทพมหานคร: สมาคมการขายตรงไทย. หน้า 9-10.

(5) เป็นการขยายขอบเขตการขายให้กว้างขวางออกไป แทนที่จะจำกัดตัวอยู่เฉพาะที่ร้านซึ่งอาจติดขัดในเรื่องที่ตั้งร้าน ปัญหาการจอดรถ ลูกคามีจำกัดราย

(6) ผู้บริโภคได้รับความสะดวกในการซื้อจากพนักงานขายที่มารอขายถึงบ้าน ผู้บริโภคสามารถประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการที่จะเดินทางออกไปซื้อสินค้านอกบ้าน และขณะเดียวกันสมาชิกในครอบครัวสามารถตรวจสอบผลิตภัณฑ์ด้วยกันและสามารถตัดสินใจร่วมกันว่าจะซื้อสินค้านั้นหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีสินค้ามีราคาแพงรวมทั้งอาจจะทดลองใช้สินค้านั้นได้ว่าเหมาะสมกับการใช้งานในสถานที่จริงๆ หรือไม่

(7) พนักงานขายไม่ต้องรอให้ผู้บริโภคเป็นฝ่ายเริ่มต้นในการติดต่อก่อนหากแต่จะกลับเป็นฝ่ายไปหาผู้บริโภคเองและพยายามกระตุ้นแบบสร้างสรรค์ให้เกิดความต้องการในตัวผลิตภัณฑ์เหล่านั้น ในการนี้ความสำเร็จจะอยู่ที่ความสามารถบุคลิกลักษณะของผู้ขาย

## 2) ข้อเสียของการประกอบธุรกิจขายตรง

ธุรกิจขายตรงในปัจจุบันได้ใช้วิธีการทำตลาดในลักษณะที่เข้าถึงผู้บริโภคโดยการเสนอขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของบุคคลอื่น หรือสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยการอธิบายหรือการสาธิตสินค้าผ่านผู้จำหน่ายอิสระหรือตัวแทนขายตรง การเสนอขายสินค้าหรือบริการในลักษณะดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคอยู่ในสภาวะการณ์ที่ไม่อาจตัดสินใจตกลงซื้อสินค้าหรือบริการได้อย่างรอบคอบ ซึ่งผู้ขายมักจะมีการอวดอ้างสรรพคุณของสินค้าเกินความเป็นจริงซึ่งยากต่อการควบคุมดูแล และสินค้าที่นำไปเสนอขายต่อผู้บริโภคมักเป็นสินค้าที่ด้อยคุณภาพไม่ได้มาตรฐานแต่นำไปขายในราคาค่อนข้างสูง โดยผู้บริโภคไม่สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือคืนสินค้าได้ ทำให้ประชาชนทั่วไปในฐานะผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม<sup>24</sup>

กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงบิดเบือนแผนการขายระบบหลายชั้น (MLM) มาใช้เป็นเครื่องมือในการระดมทุนจากผู้บริโภคในรูปแบบต่างๆ โดยมีเป้าหมายที่จะหาสมาชิกเพื่อหวังค่าสมาชิกมากกว่าที่จะขายสินค้าหรือบริการไปยังผู้บริโภค และเมื่อผู้ประกอบธุรกิจระดมทุนได้ตามที่ต้องการก็จะปิดกิจการและหลบหนีไป ผลเสียจะตกแก่ผู้บริโภคและเป็นผลเสียต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศไทย ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) ความไม่เหมาะสมในการไปหาถึงบ้านหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคเพราะผู้บริโภคส่วนมากไม่ค่อยชอบถูกรบกวน บางรายอาจกลัวการโจรกรรมหรือทุจริตต่างๆ รวมทั้งความกลัวที่อาจต้องมีพันธะที่จะต้องซื้อในสิ่งซึ่งเขาอาจคิดได้ภายหลังว่าไม่ต้องการซื้อ

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

(2) การพยายามขายผักไร้ผล ทั้งนี้แม้ว่าพนักงานขายจะสามารถเข้าถึงตัวบ้านแล้วก็ตาม แต่จังหวะเวลาที่จะทำการขายไม่เหมาะสม นอกจากนี้ โดยเฉลี่ยต้องใช้เวลาในการจูงใจให้ซื้อนานกว่าการขายปลีกที่ร้านค้าปลีกและการจูงใจในการขายบ่อยครั้งก็นำไปสู่การกล่าวเท็จหรือหลอกลวงผู้บริโภค

(3) ปัญหาเกี่ยวกับการคัดเลือกและอบรมฝึกฝนพนักงานขายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในขณะที่เศรษฐกิจกำลังรุ่งเรืองและประชาชนมีงานทำ ค่าใช้จ่ายในการจัดหาพนักงานขายที่มีบุคลิกลักษณะดี ความเฉลียวฉลาดเพื่อมาอบรมให้พนักงานขายที่ดีจะมีอยู่สูงมาก นอกจากนี้ การเข้าออกของพนักงานเหล่านี้มีอยู่เสมอเป็นภาระและเป็นปัญหาในทางจัดการ

(4) ในบางประเทศมีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองความสงบโดยห้ามผู้ขายเร่เหล่านี้ไปเร่ขายถึงบ้าน ยกเว้นแต่ได้รับการเชื้อเชิญจากเจ้าของบ้านรวมไปถึงการควบคุมให้พนักงานขายเร่ต้องขอรับอนุญาตและเสียค่าธรรมเนียมเสียด้วย

(5) ความไม่สะดวกในการแสดงสินค้าให้ได้ครบทุกรายการ โดยเฉพาะในกรณีสินค้าที่กินเนื้อที่หรือมีน้ำหนักมากหรืออาจแตกหักได้ง่าย เช่น การขายอาหารกระป๋อง เครื่องหุงต้ม เป็นต้น โดยผู้ขายไม่สามารถจะนำติดตัวไปได้ทุกชิ้นหากจะแสดงให้ดูจะต้องดูจากแต่ตลิ่งลอคอันมีลักษณะเช่นเดียวกับการขายปลีกทางไปรษณีย์ ซึ่งมีข้อเสียเปรียบ การค้าโดยร้านค้าปลีกที่ผู้ซื้อสามารถเห็นและจัดต้องทดสอบตรวจสอบดูจนพอใจได้

(6) ในแผนการขายตรงแบบหลายชั้น ซึ่งเป็นแผนที่มีความซับซ้อนมักพบว่าผู้ประกอบการมักบิดเบือนแผนการดังกล่าวไปใช้ในทางที่ไม่ชอบเพื่อแสวงหาประโยชน์จากประชาชน สร้างความเสียหายแก่ประชาชนและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

## 2.2 แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจขายตรง

การที่จะศึกษาการขายขายตรงและการประกอบธุรกิจขายตรงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึง แนวคิด ทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการขายตรง เนื่องจากแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการขายตรงนั้น ถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะนำมาปรับใช้กับการขายตรงหรือการประกอบธุรกิจขายตรงที่มีการแข่งขันกันเป็นอย่างมากในปัจจุบัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมุ่งเน้นการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการขายตรง เพื่อนำมาประกอบการศึกษาหาแนวทางในการกำหนดมาตรการ และแก้ไขกฎหมายขายตรงให้สมบูรณ์ และชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งจะศึกษาแนวคิดและทฤษฎี ดังต่อไปนี้

### 2.2.1 แนวคิดทฤษฎีกฎหมายในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

กฎหมายชายตรงและตลาดแบบตรงมีแนวคิดพื้นฐานมาจากกฎหมายในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Faire) โดยได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คือ ประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการปกครองอันเป็นแนวความคิดที่เชิดชูความเท่าเทียมกัน สิทธิเสรีภาพของประชาชนทุกคน จากแนวความคิดนี้ได้ก่อให้เกิดทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญๆ ซึ่งต่างก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน ทฤษฎีกฎหมายเหล่านี้ ได้แก่<sup>25</sup>

1) ทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา (Private Autonomy or Freedom of Contract) ทฤษฎีนี้วางหลักไว้ว่า เสรีภาพของเอกชนเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ฉะนั้นความเป็นอิสระของเอกชนจะถูกจำกัดได้ก็โดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น เสรีภาพของเอกชนในการทำสัญญาจึงเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม แนวความคิดของทฤษฎีนี้ปรากฏอยู่ใน มาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสหรือที่นิยมเรียกกันว่าประมวลกฎหมายนโปเลียนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Code Napoleon) ที่ว่า ความตกลงที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่ทำความตกลงนั้น

ทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญานี้ มีปรากฏในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นหลักเศรษฐกิจการค้าเสรีที่สนับสนุนหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของบุคคล ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาที่มารองรับเสรีภาพของบุคคลในการตกลงใจทำนิติกรรมใดๆ ได้แก่ หลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งเมื่อมีการทำนิติกรรมสัญญาเกิดขึ้นแล้วมีหลักกฎหมายที่มารองรับผลที่เกิดขึ้น คือ หลักผู้ซื้อพึงระวัง และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ดังนี้<sup>26</sup>

(1) หลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) หมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ในทางส่วนตัวอาจเป็นการสมรส การหย่า ในทางทรัพย์สินอาจจัดการ โดยใช้นิติกรรมสัญญา

หลักอิสระในทางแพ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานของการทำนิติกรรมทุกชนิด โดยถือว่าเราทุกคนในฐานะที่เป็นปัจเจกชนมีความเป็นอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายอย่างไรก็ได้ อย่างไรก็ตาม หลักอิสระภาพในทางแพ่งนี้ไม่อาจจะแสดงออกมาในรูปของอำเภोजได้ หลักอิสระภาพในทางแพ่งนี้อาจต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือกรอบบางประการ ได้แก่

(1.1) การเคารพขอบเขตในทางกฎหมายของบุคคลอื่น กล่าวคือ การใช้อิสระในทางแพ่งเป็นการแสดงออกเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นและผลประโยชน์เฉพาะชีวิตของบุคคล

<sup>25</sup> วิชามหาคุณ. (2517). “ทฤษฎีกฎหมาย”. *วารสารกฎหมาย* 1, 3, หน้า 75-76.

<sup>26</sup> สุกิจจา อักษรพาลี. (2554). *มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545*. การศึกษาอิสระนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 18-20.

แต่ละคนโดยปราศจากการเข้าไปก้าวก่ายหรือรुकล้ำขอบเขตทางกฎหมายของบุคคลอื่น ไม่ว่าต่อสถานะหรือต่อเสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายโอนของบุคคลอื่นก็ตาม

(1.2) การเคารพกฎเกณฑ์ที่มาจากเหตุผลในสำนึกของตนเอง หมายความว่าอิสระในทางแพ่งจะต้องอยู่ในกรอบของศีลธรรม หรือของกฎหมายธรรมชาติด้วย

(1.3) การเคารพบทบัญญัติของกฎหมาย แม้การใช้อิสระในทางแพ่งจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ แต่ผลที่เกิดจากหลักอิสระในทางแพ่งอาจถูกจำกัดหรือเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังเช่นในกรณีที่มีได้มีการกำหนดราคาในการซื้อขายไว้ราคาก็อาจถูกกำหนดจากกฎหมาย หรือกำหนดราคาไว้แล้วแต่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ราคาตามกฎหมายก็อาจเข้ามาแทนที่ราคาที่เกิดจากการใช้หลักการใช้หลักอิสระในทางแพ่งก็ได้

สิ่งสำคัญที่การจำกัดเสรีภาพไม่ทำลายรากฐานความคิดของหลักอิสระในทางแพ่งก็เพราะการจำกัดนั้นอาจเกิดขึ้นเพียงบางโอกาสหรือเพียงบางส่วนสำหรับการกำหนดผลประโยชน์ของเอกชนด้วยตัวของเอกชนเอง<sup>27</sup>

(2) หลักผู้ซื้อควรระวัง หลักนี้รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน จึงเกิดหลักกฎหมายในการซื้อขายสินค้าว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” (Caveat Emptor หรือ Let the Buyer Beware) โดยถือว่าในการซื้อสินค้า หากมีข้อบกพร่องในสินค้าอย่างไรก็ดีเป็นเรื่องที่ผู้ซื้อเองจะต้องรับภาระในความเสียหายนั้น ดังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย

(3) หลักศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา หลักนี้มีสมมุติฐานว่าคนทุกคนมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ทุกคนรู้ถึงฐานะของความสามารถเปรียบเทียบกับของตนซึ่งอำนาจในการเข้าต่อรองอันได้แก่ อำนาจในการเข้าร่วมเงื่อนไขหรือข้อความในสัญญา โดยปราศจากการแทรกแซงและครอบงำของอำนาจรัฐ และข้อตกลงมีความมั่นคงแน่นอนรวมทั้งมีเสรีภาพในการตกลงให้ร่วมผูกพันในสัญญาผู้ตกลงมิได้ถูกบังคับให้ตกลงใจ และผู้ตกลงใจเข้าใจข้อความอย่างถ่องแท้แล้วจึงตกลงใจเข้าผูกพันทำสัญญาด้วย

2) ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิด ทฤษฎีนี้มีหลักอยู่ที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อเขากระทำผิดทางศีลธรรมหรือทำชั่ว ถ้ามิได้ทำชั่ว ก็ไม่ต้องรับผิดชอบและความรับผิดชอบนั้นต้องรับผิดชอบเพื่อตนเอง ทฤษฎีกฎหมายทั้งสองดังกล่าวเป็นอุดมคติของสังคมในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 บรรดานักนิติศาสตร์ทั้งหลายต่างยึดมั่นว่าเป็นสัจธรรมสูงสุดที่ใครจะล่วงละเมิดมิได้

<sup>27</sup> พิชญ ชีระสุนทรโท. (2536). “บทนิพนธ์ระดมเงินสุคตคลาสสิก สองปีกว่าพันล้านขุนคลังไม่ระวังอาจเจ็บตัว”. *วารสารคอกเบียร์ 12*, หน้า 54.

### 2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิด

เมื่อใดการผลิตที่สลบซับซ้อนมากขึ้น โดยการผลิตสินค้าใช้วัตถุดิบในการผลิตและมีกรรมวิธีการผลิตที่เกินกว่าความรู้ความสามารถของผู้บริโภคจะตามได้ทันที ผู้ประกอบธุรกิจต่างหาวิธีการทุกวิถีทางที่จะลดค่าใช้จ่ายในการผลิตและเพิ่มผลกำไรให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้บางกรณีมีการขยายกำลังการผลิตทำให้คุณภาพของสินค้าลดต่ำลง นอกจากนี้ระบบการค้าได้มีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว จากระดับหมู่บ้านในเมืองไปสู่ระดับประเทศ และเป็นการค้าระหว่างประเทศ สินค้าหรือบริการที่ออกไปสู่ความต้องการของผู้บริโภคมีความหลากหลาย และมีปริมาณมากขึ้นทำให้เกิดอันตรายต่อการบริโภคสินค้าที่ผู้บริโภคได้ซื้ออย่างคาดไม่ถึง นักนิติศาสตร์จำต้องหันกลับมาให้ความสนใจที่จะต้องชดเชยความเสียหายแก่ผู้บริโภค รวมทั้งต้องหามาตรการคุ้มครองป้องกันให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ นอกจากนี้ หากพิจารณาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในโลกปัจจุบันมิได้เอื้ออำนวยความยุติธรรมแก่ผู้บริโภคเท่าที่ควร ด้วยเหตุที่ผู้บริโภคไม่มีอำนาจต่อรองจึงเป็นความจำเป็นของรัฐที่ต้องเข้ามามีส่วนร่วมดูแลช่วยเหลือผู้บริโภค ทั้งในด้านคุ้มครองป้องกันและการชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภค ดังนั้น แนวความคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคจึงได้ก่อตั้งขึ้น โดยมีลักษณะเป็นการพัฒนาในทิศทางตรงกันข้ามกับแนวความคิดและทฤษฎีกฎหมายของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี<sup>28</sup>

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ไม่อาจนำเอาทฤษฎีและหลักกฎหมายในเรื่องสัญญามาบังคับใช้ในกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคคือ การทำสัญญาของเอกชนจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น เว้นแต่เป็นการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก สำหรับพฤติกรรมของผู้บริโภคนั้นผู้บริโภคมิได้บริโภคสินค้าหรือบริการ โดยอาศัยความสัมพันธ์ทางสัญญาเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะการบริโภคสินค้าหรือบริการเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งมีได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในสถานะทางสังคม (Status) ความสามารถของบุคคล (Capability) หรือข้อตกลงในทางนิติกรรมสัญญา หากเกิดความเสียหายจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ และจำเป็นต้องมีการชดเชยเยียวยาให้แก่ผู้บริโภคแล้ว การนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญามาบังคับใช้ ย่อมบังคับใช้ได้เฉพาะคู่สัญญาคือผู้บริโภคร่วมกับผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการต้องมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาเท่านั้นแต่หากผู้บริโภคมิใช่คู่สัญญาก็จะไม่มีโอกาสได้รับการชดเชยเยียวยา หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองผู้บริโภคและไม่ตรงต่อความเป็นจริง การคุ้มครองผู้บริโภคจึงไม่อาจนำกฎหมายในเรื่องของความสัมพันธ์ทางสัญญามาบังคับใช้ได้<sup>29</sup>

<sup>28</sup> ตมาคมการชายตรงไทย. อ่างแล้ว. หน้า 30-31.

<sup>29</sup> สุขุม สุกนิตย์. (2532). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด*. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ. หน้า 9-10.

ทฤษฎีว่าด้วยรับผิดชอบในทางละเมิดเกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติของมนุษย์ที่รวมตัวกันเป็นสังคมของมนุษย์ มีรัฐมีผู้ปกครองรัฐ ซึ่งเห็นว่า กรณีที่บุคคลในสังคมฝ่าฝืนระเบียบหรือข้อกำหนดพฤติกรรมของสังคมที่รัฐกำหนดขึ้นแล้ว รัฐมีหน้าที่เข้าไปดูแลด้วยการลงโทษผู้กระทำผิดนั้นในทางอาญา ส่วนผู้เสียหายที่ต้องเสียหายจากการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าว ควรมีสติที่จะได้รับการชดเชย เพื่อความเสียหายที่ตนได้รับ จึงเกิดหลักในเรื่องของสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายจากการกระทำละเมิด

ในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) มีสองแนวคิด คือ แนวคิดก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถือว่าเมื่อมีความเสียหายต้องมีการชดเชยเยียวยา แนวความคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกให้เสียหายจะเห็นได้ว่าแนวความคิดดังกล่าวมุ่งตรงต่อการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะจงใจกระทำหรือมิได้ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะวิสัยเช่นนั้น พึงมีและอาจใช้ความระมัดระวังได้หรือไม่ก็ตามหากมีการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแล้วจะต้องมีการชดเชยเยียวยา แนวความคิดนี้ ก่อให้เกิดทฤษฎีรับภัย (Theory of Risk) หรือต่อมาพัฒนาเป็นทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict Liability) ซึ่งมีหลักที่ว่าบุคคลต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ แนวความคิดในอีกด้านหนึ่งถือว่าความเสียหายนี้จะมีผู้รับผิดชอบชดเชยเยียวยาให้ได้ นั่น ต้องเกิดจากการกระทำของบุคคล ซึ่งจงใจกระทำหรือกระทำลงโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะแนวความคิดนี้มีพื้นฐานจากหลักการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย การชดเชยเยียวยาตามแนวความคิดนี้ จึงต้องพิจารณาว่า ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผู้กระทำนั้น ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือไม่ หากมิได้จงใจประมาทเลินเล่อแล้วก็ไม่จำเป็นต้องชดเชยเยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย แนวความคิดดังกล่าวให้เกิดทฤษฎีกฎหมายที่ถือว่าต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดชอบได้<sup>30</sup>

อย่างไรก็ดี การนำทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดมาบังคับใช้โดยไม่มีการปรุงแต่งหรือกำหนดเงื่อนไขในการยกเว้นความรับผิดชอบอาจไม่เป็นธรรมต่อผู้ผลิต ควรเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตหรือผู้ต้องรับผิดชอบสามารถพิสูจน์เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้ด้วย เช่น พิสูจน์ว่า ผู้บริโภคใช้สินค้านั้นโดยไม่ถูกวิธีในกรณีที่มีคำอธิบายวิธีหรือคำเตือนไว้แล้ว หรือพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือเป็นการบริโภคสินค้าที่ผิดปกติธรรมดาของผู้บริโภคหรือความชำรุดบกพร่องมิได้มีอยู่ในขณะที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น หากแต่เกิดความชำรุดบกพร่องขึ้นเพราะการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งผู้ผลิตหาจำต้องรับผิดชอบไม่

<sup>30</sup> วิรัชพัชร เวชทวาริทธิธร. อ้างแล้ว. หน้า 28.

### 2.2.3 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

แนวความคิดการคุ้มครองผู้บริโภค นี้เกิดขึ้นตั้งแต่ยุคอาณาจักร โรมัน สมัยกลาง กล่าวคือ ได้มีการกำหนดกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้ใช้สินค้า โดยเฉพาะกฎหมายในเรื่องความซำรุดบกพร่องของสินค้าที่ขาย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวถือเป็นจุดเริ่มต้นในการพัฒนากฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค ในสมัยต่อมา โดยกลุ่มแรกคือ ผู้มีอำนาจในทางวัฒนธรรมและศาสนาที่ไม่ชอบผู้ทำการค้าและมีความรู้สึกที่ไม่ดีต่อพ่อค้า เพราะเชื่อว่าเป็นการยากที่พ่อค้าจะไม่เอาเปรียบผู้อื่น ระยะเวลาต่อมาได้มีการรวมตัวกันของผู้บริโภคเพื่อที่จะคุ้มครองตนเองและยังมีการรวมตัวกันของกลุ่มอาชีพต่างๆ เพื่อควบคุมกันเอง โดยมีการกำหนดข้อบังคับต่างๆ เช่น ข้อบังคับของกลุ่มเกี่ยวกับการถือโกงและหลอกหลวงผู้บริโภค ข้อห้ามทำเสียงอึกกระที่กรบกวอนประชาชน ข้อบังคับในการควบคุมคุณภาพของวัตถุดิบที่ใช้ผลิตสินค้า ข้อบังคับเกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้าและการห้ามการโฆษณา<sup>31</sup> เป็นต้น

สมัยที่สังคมมนุษย์ยังไม่เจริญเติบโตการดำรงชีวิตของมนุษย์มักเป็นสังคมกลุ่มเล็กๆ มีลักษณะการผลิตเพื่อใช้บริโภคภายในครอบครัวไม่สลับซับซ้อนมากนัก กระบวนการผลิตยังเป็นลักษณะแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน ต่อมาเมื่อมนุษย์รู้จักติดต่อไปมาหาสู่กันระหว่างกลุ่ม จึงเริ่มมีการแลกเปลี่ยนสิ่งของอุปโภคบริโภคกันมากขึ้นและค่อยๆ พัฒนาเป็นการซื้อขายระหว่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม การค้าในระยะเริ่มแรกนั้น การผลิตสินค้าและบริการส่วนใหญ่ยังไม่ได้ใช้เทคโนโลยีมากเหมือนในปัจจุบันที่มีการพัฒนาการผลิตหรือบริการที่มากขึ้นกว่าแต่ก่อน ต่อมาเมื่อศตวรรษที่ 18-19 เป็นช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากโดยมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม (ตั้งแต่ ค.ศ. 1760 เป็นต้นมา) ซึ่งการประกาศอิสรภาพในสหรัฐอเมริกา (ค.ศ. 1760) และการปฏิวัติในสาธารณรัฐฝรั่งเศส (ค.ศ. 1789-1799) ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงในระบบการปกครองตนเองอย่างที่เราเรียกว่า สังคมอิสระ uthipijangekshanniyam จึงได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย<sup>32</sup>

ลทธิปัจเจกชนนิยม และการเปลี่ยนแปลงการปกครองดังกล่าวได้ขยายไปสู่แนวคิดทางสังคมด้านอื่นๆ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้นำไปสู่การปฏิวัติอุตสาหกรรมที่ได้นำวิทยาการต่างๆ มาใช้ในขบวนการผลิต จากการผลิตในรูปแบบเดิมที่เป็นการผลิตภายในครัวเรือนได้เปลี่ยนแปลงเป็นการจัดตั้งโรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ในการผลิต ทำให้สามารถผลิตสินค้าได้มากขึ้น และยังเป็น การลดต้นทุนในการผลิต จนทำให้ระบบเศรษฐกิจมีความก้าวหน้าและเจริญขึ้นอย่างมากจนเกิดแนวความคิดในทางเศรษฐกิจขึ้นว่า ให้รัฐเป็นผู้ดำเนิน

<sup>31</sup> สมาคมการขายตรงไทย. อ้างแล้ว. หน้า 35.

<sup>32</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2521). “การควบคุมโฆษณาเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”. *วารสารนิติศาสตร์* 10, 2, หน้า 244.

กิจการทางธุรกิจส่วนใหญ่ในสังคมตามแนวความคิดพหุชนนิยม แต่แนวความคิดนี้ทำให้เศรษฐกิจไม่อาจเจริญเท่าที่ควร เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ที่สำคัญประการอื่นอีกหลายประการ จึงควรให้เอกชนสามารถประกอบธุรกิจของตนได้อย่างอิสระ รัฐไม่ควรออกข้อกำหนดต่างๆ มาจำกัดการประกอบอาชีพของประชาชน รัฐควรมีหน้าที่ในการส่งเสริมมากกว่า โดยควรให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน มีอิสระในการประกอบอาชีพและสัญญาต่างๆ ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นต้นกำเนิดของระบบการค้าเสรี ในเวลาต่อมา ซึ่งตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจในการเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่ากัน รัฐไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการค้า โดยถือว่ารัฐควรมีหน้าที่ในด้านการต่างประเทศและรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น ระบบการค้าเสรีได้สร้างแนวคิดอันเป็นพื้นฐานทำให้เกิดหลักกฎหมายใหม่ๆ เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทฤษฎีความรับผิดชอบคู่สัญญาหรือในการซื้อขายสินค้า ถ้ามีข้อบกพร่องในสินค้าอย่างไร ก็เป็นเรื่องที่ผู้ซื้อรับภาระในความเสียหายนั้นหรือที่เรียกว่าหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” กล่าวคือ หากมีความเสียหายใดๆ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น ความเสียหายตกเป็นของผู้ซื้อ<sup>33</sup>

ในมุมมองของการคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเจริญเติบโตขึ้น มีการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาช่วยในการผลิตสินค้า มีการประกอบการค้าในลักษณะต่างๆ มีกระบวนการระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเต็มที่โดยรัฐจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องในการจัดการธุรกิจ เว้นแต่เพื่อเป็นประโยชน์ในการดำรงไว้ซึ่งความปลอดภัยแห่งรัฐ<sup>34</sup> ประกอบกับปัจจุบันความเจริญทางด้านวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมพัฒนาขึ้นทำให้ระบบเศรษฐกิจและการตลาดเปลี่ยนแปลงไป โดยมีกระบวนการผลิตที่สลับซับซ้อนมากขึ้น การผลิตสินค้าใช้วัตถุดิบที่ทันสมัยเกินกว่าที่ผู้บริโภคจะสามารถรู้หรือตรวจสอบได้ ประกอบกับการขยายตัวของเศรษฐกิจทำให้สินค้าในตลาดมีการแพร่กระจายมากขึ้น ดังนั้นจากหลักกฎหมายเดิมที่ว่า ผู้ซื้อต้องระวังจึงขาดความยุติธรรม เพราะผู้บริโภคไม่สามารถปรับตัวให้ทันกับเทคโนโลยีได้ ความระมัดระวังธรรมดาจึงไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้ ทำให้ประเทศต่างๆ เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่เคยมีอยู่เดิมทั้งในแง่ความรับผิดชอบในทางสัญญาหรือละเมิดให้เอื้อต่อการเยียวยาผู้ใช้ความเสียหายให้มากขึ้น ซึ่งทฤษฎีกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค ได้แก่<sup>35</sup>

1) หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will) หรือเสรีภาพในการทำสัญญา  
ทฤษฎีความรับผิดชอบเฉพาะคู่สัญญา (Privity of Contract) เป็นผลสืบเนื่องมาจากเสรีภาพในการทำสัญญา

<sup>33</sup> สุขุม สุภนิตย์. อ้างแล้ว. หน้า 2.

<sup>34</sup> วิรัชพัชร เวชทาวริทธิ์ธร. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>35</sup> สุขุม สุภนิตย์. (2552). *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 10-13.

ทฤษฎีนี้เหมาะกับคู่สัญญาที่มีสถานะทางสังคมและอำนาจในการต่อรองเท่ากันเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวหลักนี้จึงเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีใช้คู่กรณีในสัญญา แนวคิดการคุ้มครองผู้บริโภคจึงปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีโดยสิ้นเชิง การกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงออกมาในรูปของการขยายความรับผิดชอบของผู้ขายไปสู่บุคคลอื่นๆ ที่มีผู้ใช้ซื้อ เช่น ให้รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่เกิดอันตรายต่อบุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อ<sup>36</sup>

2) ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิด ทฤษฎีความรับผิดชอบที่เป็นที่ยอมรับมีอยู่ 2 หลัก คือ มีความรับผิดเมื่อมีความผิด และหลักความรับผิด โดยกฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิดแม้มิได้มีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งหลักนี้เรียกโดยทั่วไปว่า ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) หลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากผลิตภัณฑ์ซึ่งมีความสลับซับซ้อนในการผลิตและผู้บริโภคได้รับความเสียหายโดยไม่สามารถพิสูจน์ถึงเหตุแห่งความเสียหายได้ว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ใด<sup>37</sup>

## 2.3 หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการขายตรงและการประกอบธุรกิจขายตรง

บุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องในระบบขายตรงประกอบด้วย ผู้ประกอบการธุรกิจขายตรง ผู้จำหน่ายอิสระ ตัวแทนขายตรงที่มีใช้ลูกจ้าง และผู้บริโภค ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของบุคคลดังกล่าว อาจส่งผลกระทบไปยังหน่วยงานซึ่งเป็นองค์กรที่อาจเข้ามาข้องเกี่ยวกับการบังคับใช้ตามกฎหมายซึ่งเป็นพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งอาจพิจารณาได้ ดังนี้

### 2.3.1 ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 3 บุคคลที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจขายตรงจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และจะประกอบธุรกิจได้ต่อไปโดยถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อนายทะเบียนได้จดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรงตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่การประกอบธุรกิจที่มีกฎกระทรวงกำหนดนิติกรรมใดที่ไม่ให้เป็นการประกอบธุรกิจขายตรงไว้ ดังนั้นการประกอบธุรกิจตามนิติกรรมนั้น จึงไม่ใช่การประกอบธุรกิจขายตรง ทั้งนี้ จะเป็นเรื่องที่จะมีการออกกฎกระทรวงออกมาใช้บังคับต่อไป

ผู้ประกอบธุรกิจในระบบขายตรงอาจเป็นผู้ผลิตสินค้า หรือเป็นเจ้าของสินค้าในฐานะผู้นำเข้าหรือเป็นเพียงผู้จัดจำหน่ายที่รับจัดจำหน่ายสินค้าของผู้อื่น โดยใช้ระบบขายตรงก็ได้ ไม่ว่าจะ

<sup>36</sup> วีระพงษ์ บุญโญภาส. (2544). *อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 55.

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

เป็นใครสำคัญอยู่ที่ว่าต้องมีระบบการกระจายสินค้าที่มีแผนการจ่ายผลตอบแทน การทำยอดขายที่แน่นอนชัดเจนที่ตกลงไว้กับผู้ขาย ไม่ว่าจะเป็นการขายตรงแบบชั้นเดียวหรือหลายชั้นก็ตาม แผนการจ่ายผลตอบแทนต้องชัดเจนว่าภายใต้ข้อตกลงอย่างไรจะจ่ายผลตอบแทนอย่างไร ระบบการจ่ายผลตอบแทนดังกล่าวนี้ เป็นจุดแตกต่างของระบบการเร่ขายแบบดั้งเดิมหรือขายส่งขายปลีกทั่วไป และทำให้ถือได้ว่าเป็นการทำธุรกิจขายตรงที่ประกอบไปด้วยตัวแทนขายตรง ผู้จำหน่ายอิสระ ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภค<sup>38</sup>

### 2.3.2 ผู้จำหน่ายอิสระ

ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ. ศ. 2545 มาตรา 3 ผู้จำหน่ายอิสระ หมายถึงบุคคลที่ได้รับ โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงและนำสินค้าหรือบริการดังกล่าวไปเสนอขายตรงต่อผู้บริโภค และในการนำสินค้าหรือบริการไปเสนอขายตรงต่อผู้บริโภค ผู้จำหน่ายอิสระต้องดำเนินการตามเงื่อนไขและแผนการขายที่ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงกำหนด โดยในระบบการขายตรงแบบมีผู้จำหน่ายอิสระ ผู้ประกอบธุรกิจมักจะทำสัญญากับผู้ขายตรง โดยกำหนดให้ผู้สนใจจะนำสินค้าของตนไปจำหน่ายต้องมาสมัครเป็นสมาชิกหรือเป็นผู้จำหน่ายอิสระของผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อสมัครเป็นสมาชิกแล้วผู้ขายตรงก็จะมีสถานะเป็นผู้จำหน่ายอิสระของผู้ประกอบธุรกิจ มีสิทธิซื้อสินค้าในราคาสมาชิก โดยผู้ประกอบธุรกิจจะขายสินค้าเสร็จเด็ดขาดให้แก่ผู้จำหน่ายอิสระในราคาขายส่ง แล้วผู้จำหน่ายอิสระจึงไปขายต่อให้ผู้บริโภคเอง รายได้ของผู้ประกอบธุรกิจจะมาจากการขายสินค้าให้ผู้จำหน่ายอิสระ ไม่ใช่ได้มาจากการขายสินค้าให้ผู้บริโภค เมื่อขายสินค้าให้ผู้จำหน่ายอิสระแล้ว ผู้จำหน่ายอิสระนำไปขายต่อหรือจะนำไปใช้เองก็สุดแท้แต่ผู้จำหน่ายอิสระ กำไรขาดทุนก็เป็นภาระของผู้จำหน่ายอิสระ รายได้ของผู้จำหน่ายอิสระนอกจากจะมาจากส่วนต่างของราคาขายปลีกแล้ว ยังมาจากยอดขายที่สามารถนำไปคำนวณค่าตอบแทนการขาย ซึ่งสุดแต่ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้จำหน่ายอิสระอีกด้วย นอกจากนี้ในสัญญายังมีข้อกำหนดอีกมากมาย เช่น ในกรณีที่ผู้จำหน่ายอิสระจะนำสินค้าไปขายต่อ ผู้จำหน่ายอิสระจะต้องขายสินค้าในราคาที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดเท่านั้น หรือข้อกำหนดห้ามผู้จำหน่าย

<sup>38</sup> กลุ่มงานขายตรงและตลาดแบบตรง สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (2548). *คู่มือการประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรง ตามพระราชบัญญัติขายตรงและธุรกิจแบบตรง พ.ศ. 2545*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 25.

อิสระนำสินค้าไปวางขายตามร้านค้า หรือห้ามมิให้ผู้จำหน่ายอิสระแสดงคนเป็นตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจ<sup>39</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้จำหน่ายอิสระซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อนำไปขายต่อนั้น ผู้ประกอบธุรกิจมักจะกำหนดราคาขายปลีกไว้ โดยห้ามผู้จำหน่ายอิสระขายสินค้าสูงหรือต่ำกว่าราคาที่กำหนดและห้ามผู้จำหน่ายอิสระนำสินค้าไปวางขายตามร้านค้าด้วยเหตุผลที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องกำหนดข้อห้ามในลักษณะดังกล่าวนี้ เนื่องจากเพื่อเป็นการรักษาราคาขายในตลาดขายตรงให้เกิดความแน่นอนของราคาและไม่ผันผวนจนกระทบถึงธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ หากผู้จำหน่ายอิสระฝ่าฝืน อาจมีผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเลิกสัญญาเป็นสมาชิก<sup>40</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้จำหน่ายอิสระจะผูกพันกันในลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งอยู่ในรูปของสัญญาสมัครเป็นผู้จำหน่ายอิสระและสัญญาซื้อขายสินค้าที่จะนำไปขายต่อ ผลทางกฎหมายคือเกิดการตัดตอนของนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคที่เป็นผู้ซื้อจากผู้จำหน่ายอิสระ และทำให้ไม่อาจใช้สิทธิตามสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจได้

### 2.3.3 ตัวแทนขายตรง

ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ตัวแทนขายตรง หมายถึง บุคคลซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงให้นำสินค้าหรือบริการไปเสนอขายตรงต่อผู้บริโภค<sup>41</sup> โดยตัวแทนขายตรงจะเป็นผู้รับมอบอำนาจจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงให้นำสินค้าหรือบริการ ไปเสนอขายต่อผู้บริโภคสินค้าหรือบริการที่นำเสนอขายต่อผู้บริโภคนั้น เป็นของผู้ประกอบธุรกิจขายตรง โดยตัวแทนขายตรงได้รับค่าตอบแทนจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงที่เป็นผู้มอบอำนาจจากเจ้าของสินค้าหรือบริการนั้น ซึ่งค่าตอบแทนดังกล่าวมิใช่ค่าจ้างในฐานะลูกจ้างนายจ้าง ความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนขายตรงกับผู้ประกอบธุรกิจ มิใช่ฐานะนายจ้างลูกจ้างกรณีเช่นนี้มีผลเท่ากับผู้ซื้อหรือผู้บริโภคทำสัญญาซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจโดยตรง เพราะตัวแทนทำในนามของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทนเหล่านี้ต้องออกไปเสนอขายสินค้าให้แก่ลูกค้า ณ สถานที่ที่พบลูกค้าได้มีชิ้นประจำร้าน การเสนอขายเป็นการเสนอขายให้แก่เจ้าของสินค้านั่นเอง

<sup>39</sup> กลุ่มขายตรงและตลาดแบบตรง. (2548). *รู้ทันธุรกิจขายตรง*. เอกสารประกอบการอบรมเจ้าหน้าที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อปฏิบัติงานด้านการขายตรงและตลาดแบบตรง. กรุงเทพมหานคร: กลุ่มขายตรงและตลาดแบบตรง. หน้า 14.

<sup>40</sup> ประสม หงษ์โต. อ้างแล้ว. หน้า 19-20.

<sup>41</sup> พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. มาตรา 3.

ระบบการจำหน่ายใดก็ตามที่มีได้มีการจ่ายค่าตอบแทนจากยอดขาย แม้จะมีลักษณะที่คล้ายขายตรงก็มีใช้การขายตรงตามความหมายที่แท้จริง เช่นเดียวกับระบบการจำหน่ายโดยมีตัวแทนหรือนายหน้าที่ทำหน้าที่เพียงแนะนำชักชวนให้ซื้อสินค้าและบริการแต่ไม่ได้ทำแทนเจ้าของหรือทำในนามของสินค้าหรือบริการนั้นๆ ก็ทำให้ระบบขายตรงตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้ไม่ เช่น ตัวแทนนายหน้าธุรกิจประกันวินาศภัย หรือธุรกิจประกันชีวิต หรือพนักงานธนาคารที่หาลูกค้าเปิดบัญชีบัตรเครดิต สัญญาประกันภัยประกันชีวิตจะต้องได้รับอนุญาตจากบริษัทผู้รับประกันภัยกรณีเหล่านี้มิใช่การขายตรงแต่อย่างใด

### 2.3.4 ผู้บริโภค

ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ผู้บริโภค หมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้จำหน่ายอิสระตัวแทนขายตรง ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หรือผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้จำหน่ายอิสระตัวแทนขายตรงผู้ประกอบธุรกิจขายตรงหรือผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือบริการ<sup>42</sup>

การขายสินค้าหรือบริการในระบบขายตรงต้องมีการเสนอขายต่อผู้บริโภค ซึ่งเป็นผู้ตกลงซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขาย ดังนั้น ผู้ขายตรงไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตามก็คือ คู่สัญญาซื้อขายของผู้บริโภคที่ตกลงซื้อ ผู้ประกอบธุรกิจเจ้าของสินค้าอาจอยู่ในฐานะของผู้ขายได้เฉพาะกรณีที่มอบให้ตัวแทนขายตรงไปขายเท่านั้น ผู้ขายตรงจึงเป็นผู้ที่สัมพันธ์กับผู้บริโภคโดยตรง ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการจะส่งผ่านจากผู้ขายตรงไปยังผู้บริโภคการให้ข้อมูลผิดๆ หรือเกินความจริงจึงก่อให้เกิดปัญหาตามมาในระบบการขายตรง ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจในระบบขายตรงจึงให้ความสำคัญกับการอบรมผู้ขายให้ข้อมูลที่ถูกต้องและรับผิดชอบทันทีกับผู้บริโภคที่เสียหาย เพราะการขายที่ผิดวิธีย่อมส่งผลเสียหายต่อเจ้าของสินค้าโดยตรง แม้ว่าตามปกติผู้ประกอบการจะมีใช้คู่มือในสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ขายตรงกับผู้บริโภคก็ตาม แสดงให้เห็นว่าระบบขายตรงนั้นทุกคนที่เกี่ยวข้องมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของธุรกิจ การตัดสินใจเลือกใช้การจัดจำหน่ายแบบขายตรงจึงมิใช่การซื้อมาขายไป หรือการระบายสินค้าจากโรงงานเข้าสู่ตลาดธรรมดาๆ หากแต่เป็นการเลือกทำตลาดที่ต้องอาศัยความเอาใจใส่ ความสามารถของผู้ขาย และความเป็นธรรมในการผูกใจผู้ขายไว้ รวมทั้งความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคไปพร้อมๆ กันด้วย<sup>43</sup>

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. มาตรา 3.

<sup>43</sup> สุขุม สุภนิคย์. (2522). อ้างแล้ว. หน้า 21.

### 2.3.5 หน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายขายตรงไทย ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 จะมีอยู่ในหลายๆ ฝ่ายด้วยกัน นอกจากนี้ การควบคุมกำกับดูแลธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรงยังเกี่ยวข้องกับกลุ่มคนหลายฝ่ายด้วยกันไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานภาครัฐหรือภาคเอกชน โดยส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับการควบคุมกำกับดูแลธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรง หน่วยงานภาครัฐ ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค กรมสอบสวนคดีพิเศษ (ดีเอสไอ) สำนักงานการปราบปรามการฟอกเงินนอกระบบ (ปปง.) และกองบังคับการปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับคุ้มครองผู้บริโภค (บก.ปคบ.) ส่วนภาคเอกชน อาทิเช่น สมาคมการขายตรงไทย และสมาคมอุตสาหกรรมขายตรงไทย รวมทั้งสมาคมเคเบิลและทีวีดาวเทียม<sup>44</sup> เป็นต้น

กลุ่มองค์กรเหล่านี้มีส่วนได้ส่วนเสียเกี่ยวข้องกับการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการขายตรงและตลาดแบบตรงของประเทศไทย โดยเฉพาะหน่วยงานภาครัฐต่างๆ ที่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อการแก้ปัญหาสังคมในเรื่องการขายตรงที่เกิดปัญหาจำนวนมากขึ้นตามลำดับ อีกทั้งยังต้องระดมสมองและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับทุกฝ่ายเข้ามาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และสุดท้ายยังจะต้องมีการปรับเปลี่ยนและพัฒนาข้อกฎหมายใหม่มีความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและเพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัยมากยิ่งขึ้นต่อไป

<sup>44</sup> กลุ่มขายตรงและตลาดแบบตรง. อ้างแล้ว. หน้า 15-16.