

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีและลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรง ของต่างประเทศและประเทศไทย

2.1 ประวัติความเป็นมาของธุรกิจตลาดแบบตรง

ธุรกิจตลาดแบบตรง เป็นรูปแบบหนึ่งของการซื้อขาย ประกอบกับการใช้วิธีการทางการตลาด ในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่าง โดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ ซึ่งมีความ เกี่ยวเนื่องกัน ดังนั้นในการศึกษาและทำความเข้าใจในธุรกิจตลาดแบบตรง ในส่วนนี้จะศึกษา ประวัติการซื้อขายประวัติการตลาดโดยตรงและประวัติตลาดแบบตรงว่ามีความเป็นมา เป็นอย่างไร เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจในธุรกิจตลาดแบบตรงอย่างด่งแท้ และสามารถ วิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขในประเด็นปัญหาที่จะทำการศึกษาได้

2.1.1 ประวัติการซื้อขาย

1) ประวัติการซื้อขายของต่างประเทศ

(1) ในยุคก่อนประวัติศาสตร์¹

มนุษย์ในสังคมสมัยยุคก่อนประวัติศาสตร์ เริ่มรู้จักการแลกเปลี่ยนสินค้า (Barter) เป็นอันดับแรก เช่น การแลกอาหารกับของประดับ ของมีค่า แลกอาวุธกับสัตว์ โดยถือว่าคู่กรณี ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจต่อรองเท่าๆ กัน อำนาจต่อรองนี้ คือ ความพึงพอใจซึ่งกันและกันในทรัพย์สิน หรือสินค้าของทั้งสองฝ่าย โดยไม่มีผู้ใดมาตีราค่างวดหรือคัดค้านว่ามูลค่าของทดแทนกันไม่ได้ เมื่อต่อมา อำนาจต่อรองเริ่มไม่เท่ากัน หรือฝ่ายหนึ่งไม่มีสิ่งของที่อีกฝ่ายหนึ่งพึงพอใจนำไป แลกเปลี่ยน เช่น อยากได้เกลือจากอีกฝ่าย แต่จะแลกด้วยหมูสามตัว หัวควัว หรือมีดผาน้ำไม้ยังไงได อีกฝ่ายก็ไม่ยอมรับเพราะมีลูกหมูหรือมีดผาอยู่แล้ว หรือฝ่ายหนึ่งมีเกลือและอยากได้ลูกบ๊วด แต่ฝ่าย ที่อยากได้เกลือไม่มีลูกบ๊วดมาแลก ประกอบกับการเดินทางรอนแรมไกลและยาวนานเกินกว่าจะขน

¹ วิชาญ เครื่องงาม. (2549). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ. หน้า 7.

สิ่งของข้ามน้ำข้ามทะเล นำไปวางไว้แลกเปลี่ยนกันได้ง่ายๆ สภาพเหล่านี้พัฒนาไปเป็นการคิดอ่านให้มีวัตถุกลางแห่งการแลกเปลี่ยนเกิดขึ้น (Medium of Exchange) ซึ่งสามารถใช้ได้กับการแลกกับสินค้าทุกชนิดในระยะแรก

วัตถุกลางนี้อาจเป็นสิ่งใดก็ได้ สุดแล้วแต่ความพึงพอใจของตลาดว่าทดแทนกับของที่จะแลกได้ เช่น แทนที่จะขนลูกหมูสามตัวข้ามทะเลไปแลกเกลือ ก็อาจเอาวัตถุกลางใส่ถุงเล็กๆ ไปขอแลกกับเกลือ กิจกรรมครั้งนี้เองที่เรียกว่า “ซื้อขาย” ซึ่งวัตถุกลางในยุคต้นๆ มักเป็นของสมมติที่หาได้ยาก เพราะถ้าใครๆ มีก็คงไม่เป็นที่พึงพอใจหรือเต็มใจ เช่น เปลือกหอย กรวดสีพิเศษ ต่อมาก็เป็นโลหะมีค่า เช่น เงิน ทอง ตะกั่ว และเพื่อการรับรองคุณค่า ป้องกันการปลอมแปลง ตลอดจนควบคุมให้อยู่ในปริมาณที่เหมาะสม ผู้ปกครองก็เข้ามาตีตราออกตราทำเครื่องหมายต่างๆ เพื่อสงวนให้รู้ว่า รัฐรับรู้และรับรองวัตถุกลางนั้น จึงเรียกว่า “เงินตรา” จนกระทั่งต่อมาเงินตราได้พัฒนาจนกลายเป็นธนบัตรที่ใช้เป็นวัตถุกลางที่ใช้ในการซื้อขายกัน²

(2) ในยุคโรมัน³

ในยุคนี้ การซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมโดยแท้ หนี้ในการที่ผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินและผู้ซื้อชำระราคามีพื้นฐานมาจากการตกลงระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น ไม่ต้องมีรูปแบบ ไม่ต้องการพยานยืนยัน และไม่ต้องการการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่ประการใด แต่การซื้อขายที่เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมนั้นมิใช่เป็นความคิดของโรมัน โดยแท้แต่มีกำเนิดมาจากกฎหมายที่ใช้กับคนต่างชาติหรือที่รู้จักกันในชื่อของ Ius Gentium ซึ่งอธิบายถึงการขาดรูปแบบอย่างสิ้นเชิงของการซื้อขาย ซึ่งแตกต่างจากความคิดของการซื้อขายตามกฎหมายแพ่งและจารีตประเพณีของโรมันซึ่งต้องทำตามแบบด้วยวิธีการที่ต้องใช้ดาซึ่งที่เรียกว่า Mancipatio เท่านั้น

2) ประวัติการซื้อขายในกฎหมายไทย

ความเป็นมาของประวัติการซื้อขายในกฎหมายไทยนั้น แบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ยุค กล่าวคือ

(1) ในยุคสมัยก่อนประวัติศาสตร์⁴

สังคมไทยก็เป็นเช่นเดียวกับสังคมอื่นๆ ที่ยังไม่รู้จักเงินตรา การซื้อขายจึงอยู่ในลักษณะของการแลกเปลี่ยนมากกว่าจะเป็นการซื้อขายกันจริงๆ เช่น ในยุคปัจจุบัน คือ เป็นการนำทรัพย์สิน

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

³ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2550). คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญชน. หน้า 44.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

ที่บุคคลหนึ่งมีมาแลกกับทรัพย์สินที่บุคคลอีกคนหนึ่งมี การแลกเปลี่ยนเกิดขึ้นเมื่อความต้องการทรัพย์สินของแต่ละคนนั้นตรงกัน แต่ต่อมาเมื่อรู้จักนำเงินมาเป็นสื่อกลาง จึงรู้จักที่จะนำเงินไปซื้อทรัพย์สินหรือของที่ตนต้องการ เกิดลักษณะของการเอาเงินแลกกับทรัพย์สินเป็นลักษณะเช่นเดียวกับการซื้อขายในปัจจุบัน เพียงแต่ในสมัยนั้น ความคิดของการเอาเงินมาซื้อของยังเป็นความคิดของการเอามาแลกเปลี่ยนกันอยู่ ดังนั้นเมื่อฝ่ายหนึ่งได้เงินและอีกฝ่ายหนึ่งได้ของไปเป็นที่พอใจแล้วทุกอย่างก็จบสิ้นลงเสร็จเด็ดขาด ไม่มีหนี้อะไรจะมาเรียกร้องกันอีก

ต่อมาให้ความสำคัญกับ “การส่งมอบ” โดยถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย ถ้าไม่ส่งมอบก็ไม่มีหนี้อะไรที่จะบังคับกันได้ และ “การส่งมอบ” ที่ว่านี้ อาจเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อ “ส่งมอบเงิน” ให้ หรือคู่สัญญาฝ่ายผู้ขาย “ส่งมอบทรัพย์สิน” ให้ก็ได้ ประเด็นอยู่ที่ว่าเมื่อมีการส่งมอบของฝ่ายใดไว้แล้ว จึงก่อให้เกิดหนี้แก่อีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องทำในส่วนของตนด้วย เช่น ถ้าผู้ขายส่งมอบ ทรัพย์สินไว้แล้ว ก็เกิดหนี้แก่ผู้ซื้อที่จะต้องชำระราคาตอบแทน หรือถ้าผู้ซื้อส่งมอบราคาไว้แล้วก็จะเกิดหนี้แก่ผู้ขายที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้เป็นการตอบแทนด้วยความสำคัญของการส่งมอบดังกล่าว จึงทำให้นักกฎหมายในสมัยนั้นมองว่า สัญญาซื้อขายมีลักษณะเป็น “ทรัพย์สินสัญญา” เช่นเดียวกับ สัญญาอื่น กล่าวคือ ถ้าไม่มีการส่งมอบ ก็ไม่เกิดหนี้ที่จะบังคับเรียกร้องอะไรกันได้

(2) ในยุคที่ทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน⁵

การทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ในบรรพ 3 เรื่อง เอกเทศสัญญานี้ได้เปลี่ยนแปลงความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่เคยเป็นมาในอดีต ให้เป็นไปตามความคิดทางกฎหมายของประเทศทางตะวันตกอันเป็นกฎหมายที่ผู้ร่งนำมาเป็นต้นแบบในการศึกษา ซึ่งมีการศึกษาทั้งกฎหมายที่อยู่ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) และกฎหมายที่อยู่ในระบบ ซีวิลลอว์ (Civil Law System) อาทิ กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และกฎหมายของประเทศอิตาลี แม้แต่กฎหมายของประเทศเพื่อนบ้านในแถบเอเชีย คือ ประเทศญี่ปุ่น ก็ถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยส่วนสำคัญ คือ สัญญาซื้อขายนี้มีแนวคิดสำคัญหลายประการปรากฏอยู่⁶ กล่าวคือ

(2.1) ลักษณะของสัญญาซื้อขายที่มุ่งหมาย “การโอนกรรมสิทธิ์” ใน “ทรัพย์สิน” ที่ขายเป็นสำคัญ โดยแลกกับ “ราคา” ที่จะต้องเป็น “เงิน” เท่านั้น สำหรับทรัพย์สินนั้น ผู้ร่างกฎหมายมุ่งหมายจะให้หมายรวมถึง “สิทธิ” ด้วย

⁵ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์. อ้างแล้ว. หน้า 47.

⁶ วิญญู เครื่องงาม. อ้างแล้ว. หน้า 46.

(2.2) ลักษณะของการซื้อขายที่เป็นสัญญาซึ่งสมบูรณ์ด้วยความยินยอม ไม่เน้นรูปแบบมีเพียงแต่ความยินยอมของผู้ซื้อและผู้ขายสัญญาซื้อขายก็สมบูรณ์

(2.3) ลักษณะของสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สิน กล่าวคือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โอนทันทีที่ทำสัญญาฉบับเดียวเท่านั้น

(2.4) ลักษณะของสัญญาซื้อขายที่อาจเกิดขึ้น โดยผ่านกระบวนการของการให้คำมั่นไว้ก่อนว่าจะซื้อจะขาย หรือเกิด โดยผ่านกระบวนการของการทำสัญญาเบื้องต้นที่รู้จักกันในชื่อของสัญญาจะซื้อจะขายก็ได้

(2.5) ลักษณะของสัญญาซื้อขายที่ก่อให้เกิดหนี้ในการส่งมอบอันเนื่องมาจากการแสดงเจตนายินยอมทำสัญญาเท่านั้น สัญญาซื้อขายจึงบังคับได้แม้จะยัง “ไม่มีการส่งมอบ” ทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อเลย สัญญาซื้อขายจึงมิใช่ทรัพย์สินสัญญาอีกต่อไป

(2.6) ลักษณะของสัญญาซื้อขายที่ความรับผิดชอบของผู้ซื้อผู้ขายถูกแยกออกมาไว้ในหลักเกณฑ์เฉพาะนอกเหนือจากหลักเกณฑ์ของการผิดสัญญาธรรมดา โดยเฉพาะในเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายและเรื่องอายุความ

(2.7) ลักษณะของสัญญาซื้อขายที่ยังคงอยู่บนพื้นฐานสำคัญของสัญญาทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญาซื้อขายสามารถที่จะนำมากำหนดเกี่ยวกับสัญญาได้เสมอ

2.1.2 ประวัติการตลาดโดยตรง

การตลาดนับเป็นส่วนหนึ่งของงานด้านบริหารธุรกิจที่มีบทบาทอย่างมากในสังคมมนุษย์องค์กรต่างๆ ในยุคนี้ต่างยอมรับแนวคิดทางการตลาดสมัยใหม่เข้ามามีส่วนในการกำหนดแผนงานต่างๆ ขององค์กร ทั้งในด้านการผลิต การเงิน การกำหนดทรัพยากรบุคคลนั้นๆ⁷

นับตั้งแต่มนุษย์เริ่มรู้จักการแลกเปลี่ยนสิ่งของซึ่งกันและกัน เพื่อสร้างความพึงพอใจของทั้งสองฝ่าย ซึ่งถือได้ว่าเป็นจุดกำเนิดของแนวคิดทางการตลาด นับตั้งแต่นั้น ถือได้ว่าการตลาดโดยตรงได้เกิดขึ้น โดยผู้เสนอสิ่งของในการแลกเปลี่ยนกับผู้อื่นเป็นพนักงานขายตรงคนแรก

ต่อมามนุษย์ได้มีการใช้เงินเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน ซึ่งถือว่าแนวคิดทางการตลาดได้ถือกำเนิดขึ้น โดยระยะแรกแนวคิดการตลาด คือ “กระบวนการในการแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการระหว่างบุคคล 2 คน หรือ 2 กลุ่ม โดยความสมัครใจและเกิดความพึงพอใจทั้ง 2 ฝ่าย” โดยการแลกเปลี่ยนนี้ไม่มีการใช้กำลังบังคับ จากจุดเริ่มต้นของการแลกเปลี่ยนนี้ การตลาดได้พัฒนาขึ้น

⁷ ธีรพันธ์ โล่ทองคำ. (2545). “การตลาดโดยตรง (Direct Marketing)”. *Brand Age* ปีที่ 3. ฉบับที่ 8. หน้า 98.

มาเรื่อยๆ ในสังคมธุรกิจ โดยมีประวัติศาสตร์ในยุคต่างๆ 6 ยุค ซึ่งในแต่ละยุคจะมีแนวคิดหลักๆ ที่ได้รับการยอมรับนำไปใช้ดำเนินธุรกิจ ดังนี้⁸

1) ยุคที่ 1 ยุคแนวคิดเน้นการผลิต (Production Concept)

ยุคนี้เป็นยุคที่มีแนวคิดเน้นการผลิต ซึ่งเป็นที่นิยมอย่างมากในช่วงหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมประมาณปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในยุโรปมีการนำเอาเครื่องจักรกลเข้ามาใช้ทดแทนแรงงานมนุษย์ ทำให้การผลิตสินค้าที่ปกติมักทำกันในครัวเรือนเริ่มขยายในอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ขึ้น ในยุคนี้เป็นยุคที่เทคนิคและเครื่องมือในการผลิตยังล้าสมัย ทำให้ไม่สามารถผลิตสินค้าได้ทันต่อความต้องการของผู้บริโภค นักการตลาดจึงให้ความสำคัญกับการปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิต (Productivity) เพื่อให้ผลิตสินค้าได้ในปริมาณมาก และราคาต่ำกว่าคู่แข่ง เนื่องจากในยุคนั้นผู้บริโภคส่วนใหญ่ต้องการสินค้านำราคาต่ำโดยไม่ค่อยสนใจคุณภาพมากนัก นักการตลาดจึงเน้นหลักการผลิตสินค้านำราคาต่ำ โดยไม่ค่อยสนใจคุณภาพมากนัก นักการตลาดจึงเน้นหลักการประหยัดจากการผลิตจำนวนมาก (Economy of Scale) โดยไม่เน้นความหลากหลายของสินค้าให้ผู้บริโภค

2) ยุคที่ 2 ยุคแนวคิดเน้นผลิตภัณฑ์ (Product Concept)

ยุคนี้เกิดขึ้นหลังจากยุคแนวคิดเน้นการผลิตเฟื่องฟู มีการผลิตสินค้าได้มากขึ้นในต้นทุนที่ไม่ได้เปรียบเทียบกับมากนัก ผู้บริโภคจึงเริ่มตระหนักถึงคุณภาพของสินค้ามากขึ้น ในยุคนี้นักการตลาดเริ่มให้ความสำคัญกับแนวคิดเน้นผลิตภัณฑ์ โดยมุ่งพัฒนาสินค้าให้มีคุณภาพสูงกว่าเดิม เช่น รถที่แข็งแรงขึ้น มีความเร็วสูงขึ้น วิทยุที่ให้เสียงชัดเจนขึ้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การที่ผลิตภัณฑ์มีคุณภาพดีบางครั้งก็ยังไม่ใช่ว่าสิ่งที่ผู้บริโภคต้องการ อาจเป็นเพราะราคาแพงเกินไป หรือผู้บริโภคไม่รู้สึกรู้ว่าคุณภาพหรือคุณสมบัติที่ดีขึ้นของสินค้าเป็นสิ่งจำเป็น เช่น เครื่องเล่นวิดีโอเทปที่ตั้งโปรแกรมอันเทปไว้ล่วงหน้า 1 เดือน ผู้บริโภคส่วนใหญ่อาจไม่รู้สึกรู้ว่าอยากจ่ายเงินแพงขึ้นเพื่อคุณสมบัตินี้เพราะแทบไม่มีโอกาสใช้งานตามคุณสมบัตินี้ ทำให้สินค้าที่มีคุณภาพสูงบางครั้งกลับมียอดขายไม่สูงนัก

3) ยุคที่ 3 ยุคแนวคิดเน้นการขาย (Selling Concept)

ยุคแนวคิดเน้นการขายได้ถูกพัฒนาขึ้นในราว ค.ศ. 1925 ถึงต้น ค.ศ. 1950 เพื่อแก้ปัญหายอดขายต่ำต่างๆ ที่สินค้ามีคุณภาพโดยแนวคิดนี้ นักการตลาดเชื่อว่าหากมีเทคนิคการขายและพนักงานขายที่มีความสามารถ จะสามารถโน้มน้าวจิตใจผู้บริโภคให้ยอมรับและต้องการสินค้านั้นได้

⁸ วิชาสร้างเรื่อง. (2553). *หลักการตลาด (Principle of Marketing)* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: มิสเตอร์ก็อปปี (ประเทศไทย). หน้า 2.

โดยพนักงานขายจะช่วยอธิบายคุณสมบัติที่ดีของสินค้า หว่านล้อมจนผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าที่บริษัทผลิตขึ้นมาได้

ในระยะแรกแนวคิดนี้ช่วยเพิ่มยอดขายให้ผู้ผลิตอย่างมากในยุคนั้น จัดได้ว่าเป็นยุคของการขายเฟื่องฟู แต่เมื่อพนักงานขายของบริษัทต่างๆ แข่งขันกันเสนอสินค้าไปยังลูกค้ามากขึ้นบ่อยครั้งที่พนักงานขายให้ข้อมูลคุณสมบัติของสินค้าแก่ลูกค้าเกินความจริงหรือหลอกลวงให้ลูกค้าตัดสินใจซื้อสินค้าโดยไม่นำเสนอข้อมูลที่เป็นจริง ทำให้ผู้บริโภคไม่พอใจไม่เกิดการซื้อซ้ำ รวมทั้งมีการบอกต่อๆ ไปในกลุ่มญาติพี่น้องเพื่อน ทำให้ภาพพจน์ของพนักงานขายเสื่อมลง ผู้บริโภคเกิดความไม่ไว้วางใจพนักงานขาย ยอดขายสินค้าเริ่มตกต่ำลงจนนักการตลาดเริ่มพัฒนาแนวคิดการตลาดยุคใหม่ขึ้นในช่วงปลายๆ นี้

4) ยุคที่ 4 ยุคแนวคิดเน้นการตลาด (Marketing Concept)

ยุคแนวคิดเน้นการตลาดนี้เกิดขึ้นในช่วงแนวคิดด้านการขายเสื่อมลงในช่วงประมาณกลางทศวรรษ 1950 สินค้าที่ผลิตออกมาเริ่มขายได้ยากขึ้น นักการตลาดได้พัฒนาแนวคิดการตลาดใหม่ที่ไม่นับในการผลิตสินค้าแล้วค้นหาช่องทางจำหน่ายสินค้า เช่น แนวคิดการขาย⁹ แต่เริ่มต้นที่สำรวจความต้องการของผู้บริโภคก่อนจากนั้นจึงค่อยผลิตสินค้าขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคและบรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กร ซึ่งในองค์กรธุรกิจส่วนใหญ่ คือ กำไรนั่นเอง

แนวคิดนี้เป็นแนวคิดหลักที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจสมัยใหม่ โดยองค์กรที่สามารถเข้าใจและตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้ดีกว่าย่อมมีโอกาสประสบความสำเร็จเหนือคู่แข่ง

5) ยุคที่ 5 ยุคแนวคิดการตลาดเพื่อสังคม (Society Marketing Concept)

ยุคแนวคิดการตลาดเพื่อสังคมได้ถูกพัฒนาในช่วงทศวรรษที่ 1980 โดยบริษัทการตลาดขนาดใหญ่ในแถบยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา องค์กรเหล่านี้เห็นว่าแนวคิดทางการตลาดที่มุ่งตอบสนองความต้องการของตลาดควบคู่กับการบรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรนั้น ยังไม่เพียงพอเนื่องจากกิจกรรมทางการตลาดที่องค์กรหลายๆ แห่งจัดทำขึ้น เช่น โฆษณา รายการส่งเสริมการขาย หรือแม้กระทั่งตัวผลิตภัณฑ์เอง มีอิทธิพลและผลกระทบไม่เพียงพอต่อผู้บริโภคและบริษัทเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมด้วย แม้ว่าเขาอาจมิใช่ลูกค้ากลุ่มเป้าหมายขององค์กรก็ตาม

ดังนั้น นักการตลาดจึงควรให้ความสำคัญต่อสังคมโดยรวมควบคู่ไปกับการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคและเป้าหมายขององค์กร องค์กรที่ยึดถือแนวคิดนี้ได้ทำการปรับเปลี่ยนกิจกรรมทางการตลาดเพื่อให้สังคมโดยรวมดีขึ้น เช่น บริษัทแมคโดนัลด์ ได้เปลี่ยนกล่องใส่แฮมเบอร์เกอร์จากกล่องโฟมเป็นการห่อกระดาษเพื่อลดปริมาณการใช้โฟมที่เป็นอันตราย

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

ต่อสิ่งแวดล้อม หรือการที่ห้างเซ็นทรัลได้ใช้ถุงพลาสติกที่ทำจากวัสดุที่ย่อยสลายได้ มาใช้เป็นถุงใส่สินค้า เป็นต้น ซึ่งแนวคิดการตลาดเพื่อสังคมนี้เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากองค์กรการตลาดตระหนักถึงความรับผิดชอบต่อสังคม และผู้บริหารเองมีแนวโน้มจะเลือกซื้อสินค้าที่ผลิตโดยองค์กรที่มีภาพพจน์ความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้น

6) ยุคที่ 6 ยุคแนวคิดการตลาดแบบองค์รวม (Holistic Marketing Concept)

ยุคแนวคิดการตลาดแบบองค์รวมได้ถูกพัฒนามาในช่วงทศวรรษที่ 2000 เป็นแนวคิดที่พัฒนาต่อออกมาจากแนวคิดการตลาดเพื่อสังคม โดยแนวคิดนี้ อธิบายการทำงานทางการตลาดอย่างเชื่อมโยงกิจกรรม 4 ด้านหลักๆ ได้แก่ ส่วนประสมทางการตลาด (Integrated Marketing) การบริหารการตลาดในองค์กร (Internal Marketing) ความรับผิดชอบต่อสังคม (Socially Responsible Marketing) และการตลาดเชิงสายสัมพันธ์กับผู้ที่เกี่ยวข้อง (Relationship Marketing)¹⁰

จะเห็นได้ว่าแนวคิดการตลาดแบบองค์รวม ได้เพิ่มการตลาดเชิงสัมพันธ์ และการตลาดภายในองค์กรขึ้นมา จากแนวคิดการตลาดเพื่อสังคมซึ่งมีองค์ประกอบของส่วนประสมทางการตลาดและความรับผิดชอบต่อสังคมอยู่แล้ว

กล่าวโดยสรุปแล้วการตลาดโดยทางตรงมีความเป็นมาตั้งแต่ยุคโบราณดั้งเดิมจากการแลกเปลี่ยน เร่ขายสินค้านอกสถานที่ไปยังผู้บริโภคโดยตรง และพัฒนาจนมีการขายโดยพนักงานขายที่เรียกว่า “ขายตรง” ต่อมาได้มีการพัฒนาทางระบบขนส่ง เทคโนโลยีด้านการสื่อสาร เช่น โทรศัพท์ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ทำให้การติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้ง่ายขึ้น สะดวก รวดเร็ว ประกอบกับพัฒนาการทางด้านแนวคิดทางการตลาดใหม่ๆ ขึ้นมา จึงเกิดวิธีการขายสินค้าที่อยู่ห่างจากผู้ขายในระยะทางไกลผ่านเครื่องมือสื่อสารต่างๆ หรือที่เรียกว่า “ตลาดแบบตรง” ขึ้นมา เนื่องจากการขายสินค้าในระบบดั้งเดิมต้องลงทุนสูง และไม่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้อย่างทั่วถึง

2.1.3 ประวัติของตลาดแบบตรง

“ตลาดแบบตรง” เป็นรูปแบบของการซื้อขายที่ใช้การตลาดโดยทางตรงเป็นเครื่องมือในการสื่อสารที่มุ่งเน้นสื่อสารไปยังผู้บริโภคแต่ละคน ที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง โดยผู้ประกอบการสามารถใช้เครื่องมือในการสื่อสารได้หลากหลาย และไม่จำเป็นต้องใช้งบประมาณสูงในการที่จะเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคที่อยู่ห่างไกลและมีความต้องการที่แตกต่างกันจึงได้มีการคิดและพัฒนาเครื่องมือที่ใช้ในการสื่อสารที่อยู่ห่างโดยระยะทางกับผู้บริโภคตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันและ

¹⁰ วิทวัส รุ่งเรือง. อ่างแก้ว. หน้า 5.

เครื่องมือที่นิยมใช้ในการสื่อสาร ได้แก่ แคตตาล็อก จดหมาย โทรศัพท์ โทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต¹¹ ซึ่งประวัติของ “ตลาดแบบตรง” สามารถแบ่งได้เป็น 4 ยุค ดังนี้

1) ตลาดแบบตรงในยุคของการใช้แคตตาล็อก (Catalog Marketing) เสนอขายสินค้า และการสั่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์โดยตรง (Mail)¹²

ในปี ค.ศ. 1744 การเสนอขายด้วยวิธีการใช้แคตตาล็อก (Catalog Marketing) เริ่มเป็นที่รู้จักกันในสังคมชาวอเมริกัน โดย Benjamin Franklin เริ่มนำเสนอขายหนังสือของเขาด้วยการใช้แคตตาล็อก เพื่อขายหนังสือไปยังลูกค้า นับว่าเป็นการตลาดแบบตรงรูปแบบแรกได้เกิดขึ้นในยุคนี้ ซึ่งใช้วิธีการขายสินค้าด้วยการใช้แคตตาล็อก

ต่อมาในปี ค.ศ. 1872 Aaron Montgomery Ward ชาวอเมริกัน ซึ่งเป็นผู้บุกเบิกการใช้เทคนิคการขายสินค้าอุปโภคบริโภค โดยตรงให้กับลูกค้า โดยใช้แคตตาล็อกส่งไปยังลูกค้า และลูกค้าสามารถสั่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์และได้รับการยกย่องว่า เป็นครั้งแรกของแคตตาล็อกสินค้าอุปโภคบริโภค ได้เริ่มต้นขึ้นแคตตาล็อกเหล่านี้มีผลกระทบต่อการใช้อิสระแก่ผู้บริโภคได้รับช่องทางในการเลือกซื้อสินค้าที่น่าสนใจและราคาไม่แพง และไม่ว่าลูกค้าจะอยู่ที่ใด ไม่ว่าจะใจกลางเมืองหรือในชนบทที่อยู่ห่างไกล โดยไม่ได้จำกัดให้ไปซื้อยังร้านค้าในท้องถิ่นของตนซึ่งมีสินค้าคงเหลือที่จำกัด และค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น ลดภาระราคาสินค้าจากพ่อค้าคนกลางที่ขายสินค้าตามร้านค้าทั่วไป ในขณะที่ Richard Warren Sears ได้เริ่มส่งใบปลิวแคตตาล็อกสินค้าของเขา ในปี ค.ศ. 1880 ซึ่งต่อมาธุรกิจของเขาได้เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในสังคมอเมริกันในชื่อ “ห้างซีียร์” ในลักษณะของธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่ที่มีรูปแบบตลาดแบบตรง¹³

2) ตลาดแบบตรงในยุคของการใช้โทรศัพท์เสนอขายสินค้า (Telemarketing)¹⁴

การเสนอขายสินค้า ด้วยการใช้การตลาดทางโทรศัพท์เสนอขายสินค้า (Telemarketing) ได้เริ่มเป็นที่รู้จักเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1950 โดยเริ่มจาก แม่บ้านที่ใช้เวลาว่าง เพื่อหารายได้เสริม

¹¹ จีรวรรณ ดิประเสริฐ. (2556). *บทความ: การตลาดทางตรง: เครื่องมือทางการตลาดที่เข้าถึงผู้บริโภครายบุคคล.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/execute_journal/oct_dec...law15.pdf. [2556, 3 มิถุนายน].

¹² David P. Bianco. (2012). *Article: CATALOG MARKETING.* (Online). Available: <http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/Ca-Clo/Catalog-Marketing.html>. [2013, July 1].

¹³ Wikipedia. (2013). *Direct Marketing.* (Online). Available: http://en.wikipedia.org/wiki/Direct_marketing. [2013, July 1].

¹⁴ Called.com. (2013). *The History of Telemarketing.* (Online). Available: <http://www.called.com/articles/history-of-Telemarketers.php/>. [2013, July 1].

โดยใช้โทรศัพท์โทรหาลูกค้าเพื่อนำเสนอขายลูกค้าที่เขาเป็นคนทำเอง หากลูกค้าสนใจก็สามารถสั่งซื้อลูกค้าได้ และเป็นจุดเริ่มต้นของการใช้การตลาดทางโทรศัพท์เพื่อนำเสนอขายสินค้า¹⁵

ต่อมา โทรศัพท์ได้กลายเป็นวิธีการสื่อสารที่เป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นวิธีการสื่อสารที่ง่าย สะดวก รวดเร็ว และผู้ประกอบการได้ใช้ประโยชน์จากการสื่อสารทางโทรศัพท์นำมาใช้เป็นวิธีการในการขายสินค้า ซึ่งในปี ค.ศ. 1957 บริษัท Dial America เป็นบริษัทอเมริกันที่ใช้รูปแบบการตลาดทางโทรศัพท์เป็นครั้งแรก ในช่วงแรกเป็นธุรกิจขนาดเล็ก โดยเริ่มต้นจากการใช้โทรศัพท์ โทรไปยังลูกค้าเพื่อนำเสนอขายนิตยสาร เช่น นิตยสาร Reader's Digest นิตยสาร People และนิตยสาร Ladies' Home Journal เป็นต้น เพื่อให้ลูกค้าที่สนใจสั่งซื้อสินค้าจนกระทั่งมีฐานลูกค้าขนาดใหญ่ที่ชื่นชอบนิตยสารของบริษัทฯ

ในปี ค.ศ. 1970 การตลาดทางโทรศัพท์เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและเป็นที่ยอมรับใช้เป็นวิธีการขายสินค้าหรือบริการ และได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นวิธีการนำเสนอขายสินค้าที่มีประสิทธิภาพสูงในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์สินค้าหรือบริการได้เป็นอย่างดี ผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ จึงนำวิธีการเสนอขายสินค้าหรือบริการทางโทรศัพท์ไปใช้กับธุรกิจประกันภัย ประกันชีวิต บัตรเครดิต ฯลฯ ซึ่งวิธีการนำเสนอขายสินค้าหรือบริการทางโทรศัพท์ยังคงใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน¹⁶

3) ตลาดแบบตรงในยุคของการใช้โทรทัศน์เสนอขายสินค้า (Direct Response Television: DRTV)

(1) การใช้โทรทัศน์เสนอขายสินค้าในต่างประเทศ¹⁷

โทรทัศน์เป็นเครื่องมือสื่อสาร ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมานานแล้ว นับตั้งแต่ที่เริ่มมีการประดิษฐ์เครื่องรับโทรทัศน์ ในปี ค.ศ. 1925¹⁸ โดยเริ่มแรกผู้ประกอบการธุรกิจจะใช้สื่อโทรทัศน์ในการโฆษณาสินค้าของเขาผ่านทางสื่อโทรทัศน์ เพื่อดึงดูดความสนใจของลูกค้า ให้ลูกค้ารู้จักสินค้าของเขาและซื้อสินค้าตามร้านค้าปลีกที่วางขายสินค้าทั่วไป

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1984 ได้มีการนำเสนอขายสินค้าทางโทรทัศน์ โดยใช้วิธีการนำเอาสินค้ามาสาธิต (Direct Response Television: DRTV) ให้เห็นถึงประสิทธิภาพของสินค้า

¹⁵ The telemarketing agency. (2013). *The History of Telemarketing*. (Online). Available: <http://www.thetelemarketingagency.co.uk/1/post/2012/08/the-history-of-telemarketing>. [2556, August 7].

¹⁶ Dwayne Eisen. (2012). *Article: History of Telemarketing*. (Online). Available: http://EzineArticles.com/?expert=Dwayne_Eisen. [2556, August 7].

¹⁷ Wikipedia. (2013). *Direct Response Television*. (Online). Available: http://en.wikipedia.org/wiki/Direct_Response_television. [2556, August 7].

¹⁸ วิทิติเตย. (2556). *โทรทัศน์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://th.wikipedia.org/wiki/โทรทัศน์>. [2556, สิงหาคม 8].

ที่นำมาสาธิตว่าดีและนำไปใช้เพียงใด และตามด้วยการเสนอขายที่เป็นรูปแบบการโฆษณาผสมผสานกับการขายที่ดูแปลกตาไปจากการโฆษณาสินค้าโดยปกติทั่วไป และตอนสุดท้ายของการโฆษณา ก็จะปิดการขาย (Close Sales) และให้ผู้ชมรายการที่สนใจโทรกลับเข้ามาสั่งซื้อสินค้าตามหมายเลขโทรศัพท์ที่ขึ้นไว้ในรายการ โดยรูปแบบการเสนอขายทางโทรทัศน์โดยตรงต่อลูกค้าในช่วงแรกเป็นแบบสั้นซึ่งใช้เวลาโฆษณาเสนอขายสินค้าความยาวเป็นเวลา 2 นาที หรือน้อยกว่านั้น

ในปี ค.ศ. 1988 การนำเสนอขายสินค้าทางโทรทัศน์โดยตรงต่อลูกค้าในช่วงนี้ที่พบมากที่สุดเป็นการโฆษณาขายสินค้าเป็นรูปแบบยาวซึ่งใช้เวลาโฆษณาเสนอขายสินค้าความยาวเกินกว่า 2 นาที โดยรูปแบบยาวนี้มักใช้สำหรับสินค้าที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่จำเป็นต้องให้ความรู้แก่ลูกค้า และสินค้ามักจะมีราคาสูงอีกด้วย¹⁹

(2) การใช้โทรทัศน์เสนอขายสินค้าในประเทศไทย²⁰

ในยุคแรก ช่วงปี พ.ศ. 2526 ถึง พ.ศ. 2536 ประเทศไทย ยังคงใช้การโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจไปยังลูกค้าผ่านทางโทรทัศน์ แต่เนื่องจากในยุคนี้การมีโทรทัศน์สักเครื่องไม่ใช่เรื่องที่จะมีกันได้ทุกครัวเรือน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในต่างจังหวัดด้วยแล้ว ทั้งหมู่บ้านอาจมีโทรทัศน์อยู่เพียงเครื่องเดียวและหลายพื้นที่ของประเทศไม่สามารถรับสัญญาณโทรทัศน์ได้เพราะเป็นพื้นที่ที่อยู่ห่างไกล ดังนั้น การโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าจึงไม่สามารถเข้าถึงประชาชนได้อย่างทั่วถึง

ในยุคต่อมา ช่วงปี พ.ศ. 2537 ถึง พ.ศ. 2539 เมื่อโทรทัศน์สามารถขยายพื้นที่ครอบคลุมการรับชมได้มากขึ้น ทำให้ความนิยมการรับชมโทรทัศน์เพิ่มขยายตัวขึ้นอย่างรวดเร็ว จำนวนสถานีโทรทัศน์ที่มีเพียงสถานีเดียว คือ ช่อง 4 บางขุนพรหม เพิ่มมาเป็น 6 ช่อง ไม่ว่าจะเป็นช่อง 3 5 7 9 และ ITV ทำให้มีการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น และตัวสินค้าที่นำเสนอขายนั้นมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ต้องการคำอธิบายรายละเอียดของสินค้ามากขึ้น ดังนั้น แค่เพียงการโฆษณาผ่านสื่อโทรทัศน์ จึงไม่ส่งผลอะไรมากนัก นอกเสียจากผู้ชมจะไปฟังคำอธิบายและชมการสาธิตสินค้าตามสถานีที่ขายสินค้านั้นๆ จึงได้มีการทดลองเปิดการเสนอขายสินค้าในรูปแบบโฆษณาคำอธิบายและชมการสาธิตสินค้า (Direct Response Television: DRTV) และให้ผู้ชมรายการที่สนใจโทรกลับเข้ามาสั่งซื้อสินค้าตามหมายเลขโทรศัพท์ที่ขึ้นไว้ในรายการได้ ไม่ว่าจะเป็นรายการ

¹⁹ Wikipedia. (2013). *Direct Response Television*. (Online). Available: http://en.wikipedia.org/wiki/Direct_Response_television. [2556, August 7].

²⁰ ชลิต ติมปะนะเวช. (2555). *การขายสินค้าผ่านสื่อโทรทัศน์ (Direct Response Television, DRTV) ตอนที่ 1 ทำไมต้องขายสินค้าทางโทรทัศน์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.brandage.com/Modules/DesktopModules/Article/ArticleDetail.aspx?tabID=2&ArticleID=2714&ModuleID=21&GroupID=868>. [2556, 8 สิงหาคม].

นำเสนอขายสินค้าที่จัดโดย บริษัท แกรมมี เอนเตอร์เทนเมนต์ จำกัด กันตนา กรุ๊ป และรายการซอปปิ้งกริ่ง 7 สี ของสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 7 ซึ่งรายการซอปปิ้งกริ่ง 7 สีได้รับความนิยมในช่วงแรก แต่หลังจากนั้นความนิยมก็ซาลงไปเพราะตัวรายการเป็นแค่เพียงการนำสินค้าในหมวดเครื่องใช้ไฟฟ้ามาขายให้กับผู้ชมในราคาพิเศษ ถึงแม้จะมียอดขายได้ในระดับหนึ่งแต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้อยู่รอดได้

ในช่วงปี พ.ศ. 2540 การนำเสนอขายสินค้าทางโทรทัศน์ในรูปแบบ DRTV ได้เกิดขึ้นอย่างเต็มตัวโดย บริษัท สยามทีวี มีเดีย จำกัด ได้เริ่มต้นจากการนำเอารายการ DRTV มาจากต่างประเทศและนำออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์ ITV ซึ่งในขณะนั้นยังเป็นสถานีโทรทัศน์ที่เพิ่งเกิดใหม่ โดยสินค้าในช่วงแรกที่นำออกเสนอขาย ตัวอย่างเช่น เครื่องออกกำลังกาย Abdominizer ปากกา Penalli Pen ไม้ปัดฝุ่น Static Duster เป็นต้น รายการดังกล่าวแม้จะเป็นการนำเอารายการจากต่างประเทศมาออกอากาศและใส่เสียงพากย์เป็นภาษาไทย แต่ก็ยังได้รับความนิยมค่อนข้างสูง ทำให้ผู้จัดรายการต่างๆ เห็นโอกาสที่เปิดกว้างสำหรับช่องทางการนำเสนอขายสินค้าผ่านโทรทัศน์ในบ้านเรา

เมื่อการนำเสนอขายสินค้าทางโทรทัศน์ในรูปแบบ DRTV ได้รับความนิยมมากขึ้นและสร้างรายได้จำนวนมาก ผู้ประกอบการรายใหม่ๆ ก็เริ่มหันมาใช้รูปแบบ DRTV ในการนำเสนอขายสินค้า ไม่ว่าจะเป็น บริษัท ทีวี ไคเร็ค จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย ในชื่อ “ทีวีไคเร็ค” (TV Direct) หรือรายการ Quantum Television ที่นำเสนอขายสินค้าและออกอากาศทางช่อง 7

4) ตลาดแบบตรงในยุคของการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์เสนอขายสินค้า (Electronic Commerce: E-Commerce) .

Electronic Commerce หรือ E-Commerce มีชื่อที่แปลเป็นภาษาไทยว่า “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” โดยความหมายของ คำว่า “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” มีผู้ให้คำนิยามไว้เป็นจำนวนมาก แต่ไม่มีคำจำกัดความใดที่ใช้เป็นคำอธิบายไว้อย่างเป็นทางการ ซึ่งมีดังนี้

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) เป็นองค์การนานาชาติ สังกัดองค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1995 ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเวทีสำหรับการต่อรอง ตกลงและขจัดข้อขัดแย้งทางการค้าและบริการระหว่างประเทศสมาชิก²¹ ได้ให้คำนิยาม “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” ไว้ว่า “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

²¹ วิทิณีเดย. (2556). *องค์การการค้าโลก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://th.m.wikipedia.org/wiki/องค์การการค้าโลก>. [2556, 11 สิงหาคม].

คือ การผลิต การกระจาย การตลาด การขาย หรือการขนส่งผลิตภัณฑ์และบริการ โดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์”²²

คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก (Economic and Social Commission for Asia and The Pacific: ESCAP) เป็นองค์กรในสังกัดขององค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) ที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1947 ณ นครเจียงไฮ้ สาธารณรัฐประชาชนจีน โดยมีภารกิจในการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจและสังคมในภูมิภาคเอเชีย และเอเชียแปซิฟิกภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และนำความเจริญด้านเศรษฐกิจและสังคมมาสู่ประเทศในเอเชียแปซิฟิกที่ด้อยพัฒนาและด้อยโอกาส ช่วยขจัดความยากจนและช่วยพัฒนาให้มีคุณภาพ²³ ได้ให้คำนิยาม “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” ไว้ว่า

“พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” คือ ขนาดการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อทำธุรกิจที่บรรลุเป้าหมายขององค์กร พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ใช้เทคโนโลยีประเภทต่างๆ และครอบคลุมรูปแบบทางการเงินทั้งหลาย เช่น การค้าอิเล็กทรอนิกส์ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ธนาคารอิเล็กทรอนิกส์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การประชุมทางไกล และรูปแบบต่างๆ ที่เป็นข้อมูลระหว่างองค์กร”²⁴

กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ได้ให้คำนิยาม “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” ไว้ว่า “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง การดำเนินธุรกิจทุกรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการซื้อสินค้าและบริการผ่านคอมพิวเตอร์ และระบบสื่อสาร โทรคมนาคมหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์”²⁵

²² คณะวิทยาการสารสนเทศ มหาวิทยาลัยบูรพา. (2556). *เทคโนโลยีสารสนเทศในชีวิตประจำวัน บทที่ 10 พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.informatics.buu.ac.th/885101/chapters/ chapter_10.pdf. [2556, 11 สิงหาคม].

²³ วิกิพีเดีย. (2556). *คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://th.m.wikipedia.org/wiki/คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก>. [2556, 11 สิงหาคม].

²⁴ คณะวิทยาการสารสนเทศ มหาวิทยาลัยบูรพา. (2556). *เทคโนโลยีสารสนเทศในชีวิตประจำวัน บทที่ 10 พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.informatics.buu.ac.th/885101/chapters/ chapter_10.pdf. [2556, 11 สิงหาคม].

²⁵ คณะวิทยาการสารสนเทศ มหาวิทยาลัยบูรพา. (2556). *เทคโนโลยีสารสนเทศในชีวิตประจำวัน บทที่ 10 พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.informatics.buu.ac.th/885101/chapters/ chapter_10.pdf. [2556, 11 สิงหาคม].

ศูนย์พัฒนาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในนามสมาคมผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไทยได้ให้คำนิยาม “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” ไว้ว่า “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การดำเนินธุรกิจโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์”²⁶

การนำเสนอขายสินค้าหรือบริการในรูปแบบตลาดแบบตรง โดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของ “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งมีความเป็นมา กล่าวคือ

ในปี ค.ศ. 1960 ถึง ค.ศ. 1970 ได้มีการพัฒนาระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์แบบดั้งเดิม จนกระทั่งสามารถดำเนินธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างกันได้ (Electronic Data Interchange: EDI) แทนที่ระบบไปรษณีย์แบบดั้งเดิม ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการธุรกิจ สามารถแบ่งปันข้อมูลเอกสาร ใบแจ้งหนี้ แบบฟอร์มการสั่งซื้อยืนยันการจัดส่งสินค้า โอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ชำระเงินออนไลน์²⁷ และสามารถแบ่งปันข้อมูลเอกสารทางธุรกิจผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างกันได้ จากคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งไปยังคอมพิวเตอร์อีกเครื่องหนึ่ง²⁸

ในปี ค.ศ. 1979 Michael Aldrich ชาวอังกฤษ เป็นผู้ริเริ่มบุกเบิกการซื้อขายสินค้าออนไลน์ที่เรียกกันว่า “ช้อปปิ้งออนไลน์” (Online Shopping) โดย Michael Aldrich ได้แนวคิดนี้มาจากการพูดคุยกับภรรยาในระหว่างการเดินเล่นกับสุนัขของเขาหลังจากนั้นเขาได้ทำการเชื่อมต่อจอโทรทัศน์และตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์เชื่อมต่อสายโทรศัพท์และสร้าง “Teleshopping” ขึ้น ซึ่งหมายถึงการซื้อขายสินค้าที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง²⁹

ในปี ค.ศ. 1990 Tim Berners-Lee นักวิจัยชาวฝรั่งเศส ได้นำเสนอเว็บไฮเปอร์เท็กซ์ (Hypertext-Based Web) ตามข้อมูลที่ใช้ทำงานสามารถนำเสนอข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตได้ที่เรียกกันว่า “เบราว์เซอร์” (Browser) ซึ่งเขาเรียกมันว่า “World Wide Web”³⁰

²⁶ สมาคมผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไทย. (2556). *ความรู้เบื้องต้น E-Commerce*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thaiecommerce.org/index.php?lay=show&acID=538636758Ntype=6>. [2556, 11 สิงหาคม].

²⁷ Caroline Jarrett. (2013). *History of E-commerce*. (Online). Available: <http://http://stcbok.editme.com/History-of-e-commerce>. [2013, July 1].

²⁸ Dave Roos. (2013). *The History of E-commerce*. (Online). Available: <http://money.howstuffworks.com/history-e-commerce1.htm>. [2013, July 1].

²⁹ Miva Merchant. (2012). *Article: The History of Ecommerce: How Did It All Begin?*. (Online). Available: <http://www.mivamerchant.com/blog/the-history-of-ecommerce-how-did-it-all-begin>. [2013, July 1].

³⁰ Dave Roos. (2013). *The History of E-commerce*. (Online). Available: <http://money.howstuffworks.com/history-e-commerce1.htm>. [2013, July 1].

ในปี ค.ศ. 1991 E-Commerce ได้เกิดขึ้นอย่างเต็มตัว เมื่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) “World Wide Web” เปิดให้ใช้ในเชิงพาณิชย์ นับแต่นั้นมาผู้ประกอบการจำนวนมากได้ดำเนินธุรกิจบนเว็บไซต์ของเขาซึ่งอินเทอร์เน็ต (Internet) ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากจากประชาชนทั่วไป ดังนั้น รูปแบบการนำเสนอสินค้าหรือบริการ และสามารถส่งสินค้าหรือบริการผ่านอินเทอร์เน็ต จึงได้รับความนิยมเป็นอย่างมากด้วยเช่นกัน เนื่องจากมีความสะดวกรวดเร็ว และสามารถเข้าถึงความต้องการของกลุ่มลูกค้าได้อย่างทั่วถึง ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด และอยู่ห่างกันเท่าใดในโลกก็ตาม

ในปี ค.ศ. 1994 มีผู้ประกอบการหลายรายให้ความสนใจในธุรกิจ E-Commerce ไม่ว่าจะเป็น Amazon หรือ Ebay ก็ได้เริ่มก่อตั้งบริษัท โดยบริษัท Amazon.com, Inc เป็นหนึ่งในบริษัท E-Commerce ของอเมริกันบริษัทแรกๆ ที่มีชื่อเสียงมากที่สุดแห่งหนึ่งที่มีการขายสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ตและสามารถส่งซื้อสินค้าหรือบริการออนไลน์ ก่อตั้งขึ้นโดย Jeff Bezos ตั้งอยู่ใน Seattle, Washington (USA) แรกเริ่มเป็นร้านขายหนังสือออนไลน์ แต่ต่อมาได้นำสินค้าออกมานำเสนอขายเพิ่มมากขึ้น เพื่อให้มีความหลากหลายและเป็นไปตามความต้องการของลูกค้า³¹

ต่อมาได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีด้านการสื่อสาร การใช้อินเทอร์เน็ต (Internet) ไม่ได้จำกัดอยู่ที่เครื่องคอมพิวเตอร์แบบตั้งโต๊ะ (Personal Computer) หรือเครื่องคอมพิวเตอร์แบบนั่งตัก (Note Book) แต่ได้พัฒนาให้สามารถใช้ได้บนโทรศัพท์มือถือ ที่รู้จักกันในชื่อ “Smart Phone” หรือในกระดานชนวนอิเล็กทรอนิกส์ ที่เรียกกันว่า “Tablet” และการใช้อินเทอร์เน็ตบน “Smart Phone” หรือ “Tablet” ได้รับความนิยมเป็นอย่างสูงจากประชาชนทั่วโลก ดังนั้น การนำเสนอขายสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ต (E-Commerce) ได้เริ่มขยายตัวอย่างแพร่หลายไปทั่วโลก ในช่องทางของ “Smart Phone” และ “Tablet”

2.2 แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจตลาดแบบตรง

ธุรกิจตลาดแบบตรง เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาซื้อขายสินค้า ที่ผู้ซื้อและผู้ขายอยู่ห่างกัน โดยระยะทาง ซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้ปรากฏตัวต่อหน้ากัน ส่งผลให้ผู้ซื้อไม่สามารถเลือกซื้อสินค้าหรือบริการแบบพินิจพิเคราะห์ได้เหมือนการเดินทางเลือกซื้อสินค้าหรือบริการในท้องตลาดทั่วไป ที่สามารถเปลี่ยนใจขอคืนสินค้าหรือบริการได้ตลอดเวลา ซึ่งการซื้อขายโดยปกติทั่วไป ผู้ขายจะเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อคืนสินค้าหรือบริการและสามารถคืนเงินได้

³¹ E-commerce-land. (2013). *History of Ecommerce*. (Online). Available: http://www.ecommerce-land.com/history_ecommerce.html. [2013, July 1].

ดังนั้น รัฐจึงเข้ามาควบคุมกำกับดูแลให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคในธุรกิจตลาดแบบตรง มิให้ผู้ซื้อในฐานะผู้บริโภคต้องตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ขาดอิสระ ขาดความรอบคอบในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ ในเบื้องต้นจึงควรทำการศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองผู้บริโภคให้เข้าใจหลักการพื้นฐาน ว่าเหตุใดรัฐถึงต้องเข้ามาควบคุมให้ความคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการนั้นถือเป็นสัญญาซื้อขายรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจของคู่กรณี รัฐจึงไม่ควรเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาดังกล่าว ซึ่งถือเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

2.2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ในการศึกษาหัวข้อแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งมีทั้งแนวคิดทางเอกชน และแนวคิดทางมหาชนดังนั้นจึงควรทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “กฎหมายเอกชน” และ “กฎหมายมหาชน” เสียก่อน ซึ่งมีผู้ให้คำนิยามไว้หลายท่าน ดังต่อไปนี้

“กฎหมายเอกชน ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนในสถานะที่เท่าเทียมกัน แยกแยะออกได้เป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น”³²

“กฎหมายเอกชน ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในสถานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในบางกรณีรัฐก็อาจเข้ามาก่อดินสัมพันธกับเอกชนได้เหมือนกัน การที่รัฐเข้ามาทำการค้าขายกับเอกชน รัฐต้องลดฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองลงมาให้เท่ากับราษฎรหรือเหมือนกับเอกชนธรรมดาคนหนึ่ง”³³

“กฎหมายเอกชน (Private Law) คือ กฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ในสถานะที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่คุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลในเรื่องที่เกี่ยวกับการติดต่อในทางการประกอบอาชีพ และการดำรงชีวิต”³⁴

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคไว้หลายมาตราด้วยกัน ดังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย

³² สมยศ เชื้อไทย. (2551). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 126.

³³ วิลาสินี อัครวิบูลย์. (2550). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจขายตรง: ศึกษากรณีอันมีลักษณะเป็นแชร์ลูกโซ่*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 8.

³⁴ นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์. (2528). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 36.

ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ขายกรณีสินค้าชำรุดบกพร่อง เรื่องการรอนสิทธิ เป็นต้น ซึ่งในการทำสัญญาต่างๆ ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายถือเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนทำสัญญากัน ภาครัฐไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาระหว่างเอกชนได้ ดังนั้น ในภายหลังเกิดมีข้อพิพาทกันขึ้น เอกชนก็ต้องไปฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาลกันเอง ผู้บริโภคส่วนใหญ่ซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ประกอบการอาจตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้³⁵

ในส่วนของกฎหมายมหาชน มีผู้ให้คำนิยามของ “กฎหมายมหาชน” ไว้ดังนี้

“กฎหมายมหาชน ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองราษฎร กล่าวคือ ในฐานะเหนือราษฎร”³⁶

“กฎหมายมหาชน ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐอยู่เหนือราษฎร มีอำนาจในการปกครองรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสาธารณชนเป็นส่วนรวม และจัดให้ราษฎรได้รับสวัสดิภาพและความปลอดภัย ตลอดจนให้ราษฎรมีเสรีภาพในร่างกาย ทรัพย์สินและเคหสถาน”³⁷

“กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของบ้านเมืองบังคับเหนือประชาชน”³⁸

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐอยู่เหนือราษฎร ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองประชาชนของตนในเรื่องต่างๆ ให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย

โดยหลักบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างใดๆ ระหว่างกัน ตราบใดที่สัญญาที่ทำขึ้นนั้น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เอกชนย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของรัฐ แต่การทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคนั้น แม้เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาต่อกัน แต่ก็เป็นที่มิผลกระทบต่อผู้บริโภครายอื่นด้วย อันถือได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะตามแนวคิดทางมหาชน ซึ่งรัฐจำเป็นต้องเข้ามาควบคุม กำกับดูแลผู้ประกอบการไม่ให้เกิดการเอาเปรียบผู้บริโภค โดยหากกิจการใดเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รัฐอาจเข้ามาดำเนินการในกิจการนั้นๆ เอง โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะก็ได้ เช่น กิจการที่เกี่ยวกับสาธารณสุข

³⁵ วิลาสินี อัครวิบูลย์. อ้างแล้ว. หน้า 8.

³⁶ สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว. หน้า 121.

³⁷ วิลาสินี อัครวิบูลย์. อ้างแล้ว. หน้า 10.

³⁸ สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว. หน้า 126.

ความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชน เป็นข้อบกพร่องของการจำกัดเสรีภาพของประชาชนในการประกอบกิจการ³⁹

ในการศึกษาหัวข้อนี้ จึงเสนอทฤษฎีที่มารองรับแนวคิดทางเอกชนในเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้โดยอิสระ แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าวย่อมถูกจำกัด หากเป็นการใช้เสรีภาพในการประกอบธุรกิจที่กระทบต่อสาธารณะ รัฐย่อมเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ตามแนวคิดทางมหาชนที่รัฐจำเป็นต้องเข้ามาดูแลให้ความคุ้มครองแก่ ผู้บริโภคในรัฐของตน โดยทฤษฎีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น สามารถแยกศึกษาออกเป็นทฤษฎีทางเอกชน และทฤษฎีทางมหาชน ดังนี้

1) ทฤษฎีทางเอกชน

ทฤษฎีที่มารองรับหลักการ เสรีภาพของเอกชนที่รัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซง สามารถศึกษาได้จากทฤษฎีเสรีนิยมของ อัดัม สมิท และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการทำสัญญา ดังนี้

(1) ทฤษฎีเสรีนิยมของอัดัม สมิท⁴⁰

อัดัม สมิท (Adam Smith) นักเศรษฐศาสตร์การเมือง ชาวสกอตแลนด์ เกิดเมื่อปี ค.ศ. 1723 อัดัม สมิท พยายามจะตอบปัญหาสำคัญว่าทำอะไรประเทศจึงจะมั่งคั่ง ร่ำรวย และอะไรที่เป็นกลไกสำคัญที่เชื่อมโยงสังคมเข้าด้วยกัน ซึ่งทำให้ธุรกิจและผลประโยชน์ผสมผสานกัน โดยสิ่งที่ สมิท ค้นพบ คือ “กลไกตลาด” ซึ่ง สมิท เรียกว่า “มือที่มองไม่เห็น” (Invisible Hand) กล่าวคือ การให้โอกาสทุกคนได้ตัดสินใจทำในสิ่งที่เขาคิดว่าดีที่สุดสำหรับเขา ซึ่งความคิดสร้างสรรค์เหล่านั้นจะก่อให้เกิดความมั่งคั่งแก่ประเทศ

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ของ สมิท คือ ผลประโยชน์ส่วนตัว เป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดพฤติกรรมของตน อัดัม สมิท สนับสนุนการแบ่งแยกงานกันทำเป็นอย่างมาก โดย อัดัม สมิท มีความเห็นว่า เพื่อที่จะให้การแบ่งแยกงานมีผลดียิ่งขึ้น มีข้อจำเป็นอยู่ 2 ข้อ คือ

(1.1) ต้องมีตลาดอันกว้างขวางสำหรับการค้าขาย ผลอันเกิดจากแรงงาน ซึ่งทางที่จะทำได้มีอยู่ทางเดียว คือ ให้มีเสรีภาพในการค้า มิใช่แค่เพียงภายในประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่ระหว่างประเทศต่างๆ อีกด้วย

(1.2) ต้องมีทุนเป็นจำนวนมาก กล่าวคือ ต้องให้มีเสรีภาพเต็มเปี่ยมในการทำงาน และในการหาทุนที่เพิ่มขึ้น

³⁹ วิลาสินี อัครวิบูลย์. อ้างแล้ว. หน้า 12.

⁴⁰ สมาคมเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2518). *ลัทธิเศรษฐกิจ*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 56-58.

อย่างไรก็ตาม อดัม สมิท ได้วางข้อยกเว้นของหลักเสรีภาพทางการค้าแทนที่จะปล่อยให้เป็นไปตามกลไกตลาด แต่กลับให้รัฐเข้ามาบีบบทบาท เช่น

ก. รัฐควรจำกัดบทบาทให้เหลืออยู่เพียงการป้องกันประเทศ ซึ่งการป้องกันประเทศเป็นสิ่งที่ชอบธรรม แม้ว่าจะต้องเสียสละเสรีภาพในการค้าไปก็ตาม ทั้งนี้เพราะ อดัม สมิท ถือว่าการป้องกันประเทศสำคัญยิ่งกว่าความมั่งคั่งของประเทศ

ข. รัฐควรทำหน้าที่คุ้มครองพลเมืองจากการถูกกดขี่

อดัม สมิท จึงไม่นิยมการคุ้มครองในรูปแบบใดๆ ทั้งสิ้น เพราะ อดัม สมิท เห็นว่า จะเป็นผลให้เกิดการจำกัดการแบ่งแยกการงานขึ้นเท่านั้น และรัฐบาลไม่ควรจะเข้าไปแทรกแซง ในกิจการของพ่อค้า แต่ควรให้ปัจเจกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรี ให้เป็นไปตามกลไกตลาด อันจะนำไปสู่สวัสดิการของสังคมโดยรวม

2) ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญา

ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาที่มารองรับเสรีภาพของบุคคลในการตกลงใจ ทำสัญญาใดๆ ได้แก่ หลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งเมื่อมีการทำนิติกรรมสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ก็มีหลักกฎหมายที่มารองรับผลที่เกิดขึ้น คือ หลักผู้ซื้อต้องระวัง และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ดังนี้

(1) หลักอิสระในทางแพ่ง⁴¹

หลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) หมายถึง อำนาจของเอกชน ในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ในทางส่วนตัวอาจเป็นเรื่องการสมรส การหย่า ส่วนในทางทรัพย์สินอาจจัดการ โดยใช้นิติกรรมสัญญา

หลักอิสระในทางแพ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานของการทำนิติกรรมสัญญาทุกชนิด โดยถือว่าเราทุกคนในฐานะที่เป็นปัจเจกชนมีความเป็นอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามแต่ต้องการหรือตามแต่เห็นสมควร และเมื่อปัจเจกชน ใช้อิสระหรือเสรีภาพนี้แล้ว กฎหมายก็จะมารับรองสิ่งที่ปัจเจกชนทำให้เกิดผลในทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักอิสระในทางแพ่งนี้ไม่อาจจะแสดงออกมาในรูปของการกระทำตามอำเภอใจได้ หลักอิสระในทางแพ่งอาจต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือกรอบบางประการ ได้แก่

(1.1) การเคารพขอบเขตในทางกฎหมายของบุคคลอื่น กล่าวคือ การใช้อิสระในทางแพ่งเป็นการแสดงออกเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นและผลประโยชน์เฉพาะของชีวิตของบุคคลแต่ละคน โดยปราศจากการเข้าไปก้าวล่วงหรือรุกรานขอบเขตทางกฎหมายของบุคคลอื่น ไม่ว่าต่อสถานะหรือต่อเสรีภาพในการจำหน่าย จ่ายโอนของบุคคลอื่นก็ตาม

⁴¹ ศนันทภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์. อ่างแล้ว. หน้า 21.

(1.2) การเคารพกฎเกณฑ์ที่มาจากเหตุผลในสำนึกของตนเอง หมายความว่า อิศระในทางแพ่งจะต้องอยู่ในกรอบของศีลธรรม หรือของกฎหมายธรรมชาติด้วย

(1.3) การเคารพบทบัญญัติของกฎหมาย แม้การใช้อิสระในทางแพ่งจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ แต่ผลที่เกิดจากหลักอิสระในทางแพ่ง อาจถูกจำกัดหรือเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังเช่นในกรณีที่มีได้มีการกำหนดราคาในการซื้อขายไว้ ราคาที่อาจถูกกำหนดจากกฎหมาย หรือกำหนดราคาไว้แล้ว แต่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ราคาตามกฎหมายก็อาจเข้ามาแทนที่ราคาที่เกิดจากการใช้หลักอิสระในทางแพ่งก็ได้

สิ่งที่สำคัญที่การจำกัดเสรีภาพไม่ทำลายรากฐานความคิดของหลักอิสระในทางแพ่ง ก็เพราะการจำกัดนั้น อาจเกิดขึ้นเพียงบางโอกาส หรือเพียงบางส่วนสำหรับการกำหนดผลประโยชน์ของเอกชนด้วยกันเอง

(2) หลักผู้ซื้อพึงระวัง⁴²

สมัยก่อนเมื่อการค้าและเศรษฐกิจของโลกยังไม่เจริญ ไม่มีการพัฒนาทางเทคโนโลยี ทำให้การติดต่อสื่อสารระหว่างกันไม่สะดวก ถูกจำกัดอยู่ในวงแคบๆ ในท้องถิ่นหนึ่งหรือในเมืองหนึ่งนั้น สภาพของสินค้าและบริการยังไม่มีความสลับซับซ้อนมากนัก เพราะกระบวนการผลิตยังเป็นแบบง่ายๆ อีกทั้งตลาดยังเป็นลักษณะแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน จึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดหาเครื่องมือ หรือมาตรการทางกฎหมายเป็นพิเศษ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับ ความปลอดภัยและเป็นธรรม เนื่องจากอิทธิพลของแนวคิดในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยตั้งอยู่บนรากฐานแห่งความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคลในการดำรงชีวิตได้เท่าเทียมกัน อันทำให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเกิดขึ้น โดยสมมติฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจในการเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่าเทียมกัน รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน จึงเกิดหลักกฎหมายในการซื้อขายสินค้าว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” (Caveat Emptor) หรือ (Let the Buyer Beware) โดยถือว่าการซื้อขายสินค้าหากมีข้อบกพร่องในสินค้าอย่างไรก็เป็นเรื่องที่ผู้ซื้อเองจะต้องรับภาระในความเสียหายนั้น ดังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย

หลักกฎหมายเรื่อง “ผู้ซื้อต้องระวัง” และ “คู่สัญญาเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องตามสัญญาได้” ยังคงได้รับการยอมรับอย่างเหนียวแน่น แต่เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวเหมาะแก่สภาพการผลิตแบบเดิมที่มีกระบวนการผลิตเป็นไปอย่างง่าย ผู้บริโภคมีความเข้าใจถึงที่มาของสินค้าแต่ละอย่าง ทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน หลักดังกล่าวจึงให้

⁴² ฉัตรสุบน พุทธิภิญโญ. (2551). การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสุขภาพ: นโยบาย หลักกฎหมาย และการบังคับใช้ พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: เจริญดีมีนังการพิมพ์. หน้า 5.

ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เป็นอย่างดี แต่หากยึดหลักดังกล่าวนี้ในสภาวะการณ์ปัจจุบันที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจที่เป็นรองผู้ประกอบการ อันเนื่องมาจากพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยมากขึ้นแล้ว ผู้บริโภคย่อมไม่อาจได้รับความเป็นธรรมจากการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับได้อย่างแน่นอน

(3) หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา⁴³ (Autonomy of Will)

เนื่องจากหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” นั้น เหมาะสมกับสภาพสังคมที่ฐานะของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่เท่าเทียมกัน ต่อมาเมื่อกระบวนการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น จนบางครั้งการผลิตสินค้าอาจใช้วัตถุดิบในการผลิตที่ทันสมัยเกินกว่าความรู้ธรรมดาของผู้ใช้หรือผู้บริโภคจะตามได้ทัน อีกทั้งผู้ผลิตต่างหากก็หาวิธีที่จะลดค่าใช้จ่ายในการผลิตและเพิ่มผลกำไรให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ จนทำให้บางครั้งการขยายกำลังการผลิตอย่างรวดเร็ว ทำให้คุณภาพของวัตถุดิบหย่อนลง ประกอบกับการขยายตัวทางการค้าพาณิชย์ขยายออกไปจากระดับหมู่บ้าน เมือง ไปสู่ระดับระหว่างประเทศ ทำให้สินค้าในตลาดมีการแพร่กระจายและเพิ่มประเภทหรือชนิดมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม รวมถึงใช้วิธีการทางการตลาดเข้ามาช่วยส่งเสริมการขายมากยิ่งขึ้น จากหลักที่เคยถือว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” จึงขาดความยุติธรรมในแง่ที่ว่าผู้ซื้อในฐานะผู้บริโภคไม่อาจปรับตัวให้ทันกับความเจริญทางเทคโนโลยีต่างๆ ได้ อีกทั้งความระมัดระวังในระดับธรรมดาไม่อาจช่วยให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรม ชำร่วยยังอาจทำให้เกิดอันตรายจากการบริโภคสินค้าที่ซื้อมาโดยคาดไม่ถึงอีกด้วย

รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อกำกับดูแลในเรื่องของการทำสัญญา หรือการแสดงเจตนาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ ไม่ให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบเนื่องจากผลของการทำสัญญานั้น เป็นเรื่องที่กระทบต่อผู้บริโภคโดยรวม หากรัฐยอมรับหลักในเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา (Freedom of Contract) หรือความรับผิดชอบคู่กรณีในสัญญา (Privity of Contract) ที่เป็นผลสืบเนื่องจากการมีเสรีภาพในการทำสัญญานั้น หลักดังกล่าวย่อมเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในกรณีที่คู่สัญญามีความสามารถในการต่อรองเท่าเทียมกันมากกว่าสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันที่ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่า ฉะนั้น หลักเกณฑ์หรือทฤษฎีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ว่าต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาที่กฎหมายรองรับจึงเป็นอุปสรรคมากในการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีใช้คู่กรณีในสัญญา ทฤษฎีกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิในการ

⁴³ คาราทพ ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13.

ได้รับการเยียวยาขาดให้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคจึงไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา (Privity Rule) แต่อย่างไร⁴⁴

2) ทฤษฎีทางมหาชน

หลักการทางมหาชนในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น มีแนวคิดที่หลากหลาย ซึ่งแนวคิดต่างๆ ล้วนมุ่งให้ความคุ้มครองความเป็นปัจเจกชน เพื่อสร้างรัฐในอุดมคติและเพื่อให้ประโยชน์ทั้งหลายตกอยู่กับประชาชนของตน ซึ่งหลักการที่รองรับแนวคิดดังกล่าว มีดังนี้

(1) ทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมืองของจอห์น ล็อก⁴⁵

จอห์น ล็อก (John Locke) เป็นนักปรัชญาชาวอังกฤษ ได้เขียนหนังสือหลายเล่ม แสดงแนวคิดเสรีประชาธิปไตย เช่น ข้อเขียนเกี่ยวกับอำนาจทางการเมือง ดำรงว่าด้วยการเมืองการปกครองรัฐ ฯลฯ

ในศตวรรษที่ 17 อิทธิพลของเสรีนิยมทางการเมืองเริ่มถ่ายทอดเข้าสู่แนวคิดทางเศรษฐกิจ ดังจะเห็นได้ว่า ล็อก (Locke) เริ่มเสนอแนวคิดที่ให้รัฐปล่อยให้เศรษฐกิจ เสรี และปรับตัวตามความต้องการเอง ประกอบกับเสรีนิยมทางการเมืองเชื่อในคุณค่าและศักดิ์ศรีของปัจเจกชน (Individual) การจำกัดอำนาจและบทบาทของรัฐทางหนึ่ง กับการให้ความสำคัญกับปัจเจกชนประการหนึ่ง

จอห์น ล็อก ยืนยันว่า “เสรีภาพ” เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบบการปกครองและรัฐ หรือผู้ปกครองต้องสร้างสถาบันทางการเมืองขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเสรีภาพนี้ โดย “เสรีภาพ” ไม่ได้หมายถึง การแสดงออกซึ่งศักยภาพของปัจเจกชนอย่างเต็มที่ แต่จำต้องอยู่ภายในขอบเขตอันจำกัดเสรีภาพไว้ ดังที่ ล็อก กล่าวว่า “ที่สร้างรัฐขึ้นมาก็เพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ”⁴⁶ ดังนั้น รัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ ควรปล่อยให้เศรษฐกิจเสรี (Liberal) ที่สุด

จุดอ่อนในแนวคิดของ ล็อก ข้างต้น คือ การให้ราษฎรมีสิทธิมากในการจัดตั้งรัฐบาล โดยการยึดเอามโนธรรมเป็นสำคัญ จนถึงขนาดใช้อาวุธเข้าต่อสู้กับรัฐบาลก็ควรทำได้ กับอีกประการหนึ่ง คือ รัฐบาลต้องอ่อนอำนาจลงไปโดยการแยกอำนาจบริหารออกไปเสียจากอำนาจ

⁴⁴ สุขุม สุนทรชัย. (2556). *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 11.

⁴⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 116.

⁴⁶ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2543). *ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 108.

นิติบัญญัติและฝ่ายบริหารยังทำได้แค่ตามอำนาจที่ได้รับมอบมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็ต้องคอย พังเสียงราษฎรอยู่ด้วยเสมอไป ระบอบการปกครองเช่นนี้รัฐบาลมีอำนาจไม่มากและอาจเกิดสภาพ อนุธิปไตยขึ้นได้ แม้การกระทำอันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในระยะยาวอาจทำได้ลำบากหาก ไปขัดกับมติมหาชน ลือก จึงเน้นให้ทั้งรัฐบาลและราษฎรหันหน้าเข้าหากัน โดยมุ่งหวังความดีของ ส่วนรวมและเพื่อกันและกัน⁴⁷

(2) หลักอรรถประโยชน์ (On Utilitarianism)⁴⁸

อรรถประโยชน์ คือ หลักธรรมที่เป็นพื้นฐานของศีลธรรม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า คือ หลักที่ว่าด้วยความสุขที่สุดสำหรับคนจำนวนมาก หลักนี้ถือว่าการกระทำที่ชอบธรรมนั้น คือ การกระทำที่ส่งเสริมให้เกิดความสุข ความสุข คือ ความพอใจไม่มีความทุกข์ สิ่งที่ไม่ใช่ความสุข คือ ความทุกข์และการถูกบังคับไม่ให้เกิดความพอใจ

เมื่อหลักอรรถประโยชน์มุ่งเสริมสร้างความสุขให้แก่เอกชน โดยการให้ หลักประกันแก่เสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในการทำนิติกรรมและสัญญา สิทธิในทรัพย์สิน ส่วนบุคคลและสิทธิเสรีภาพอื่นๆ แล้ว ย่อมกล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีปัจเจกชนนิยมที่มุ่งคุ้มครอง ผลประโยชน์ของเอกชน โดยถือว่าความสมบูรณ์พูนสุขของสังคมย่อมขึ้นอยู่กับความผาสุกของเอกชน เป็นรายบุคคล ดังนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วการตรากฎหมายลิดรอนหรือควบคุมเสรีภาพของเอกชน เป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ

แต่มีข้อยกเว้นให้มีการควบคุมสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ เมื่อการใช้เสรีภาพดังกล่าว จะก่อให้เกิดอันตราย หรือความเสียหายต่อเอกชนหรือสังคม ซึ่งผลประโยชน์ของเอกชนต้อง ก่อให้เกิดความเสียหายที่แน่นอนจึงจะเป็นเหตุที่อาจสนับสนุนการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับควบคุม พฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งต้องมีการตรากฎหมายควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของเอกชนตามสมควร แก่การค้าที่เป็นธรรม เพราะเอกชนได้มีการบิดเบือนการใช้สิทธิและเสรีภาพเป็นอันมาก การใช้สิทธิ เสรีภาพจึงจำเป็นต้องมีวินัยมากกว่านี้

(3) หลักประโยชน์สาธารณะ⁴⁹

หลักการดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากการที่รัฐจะกระทำการอย่างใดๆ นั้น รัฐจะต้อง คำนึงถึง “ประโยชน์สาธารณะ” โดยในส่วนของ การให้ความคุ้มครองผู้บริโภค นั้น ถือเป็นนโยบาย ของรัฐซึ่งแต่ละรัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น เพื่อให้ความคุ้มครองดูแลประชาชนของแต่ละรัฐ ให้ความความ

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 109.

⁴⁸ รองพล เจริญพันธุ์. (2528). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 96.

⁴⁹ บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 298.

เป็นอยู่อย่างสงบสุข โดยมุ่งถึงประโยชน์สาธารณะเป็นพื้นฐาน ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ ดังนี้

ในกฎหมายมหาชน มีการคิดค้น “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคม หรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อน หรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัว เพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะต้องให้รัฐ โดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะแทน และในนามของคนหมู่มากในสังคมได้ โดยให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจหน้าที่บังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะ หรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคมจึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กิจกรรมของรัฐซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น จึงแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การใช้อำนาจอควบคุม โดยการออกกฎเกณฑ์หรือคำสั่งให้คนในสังคมปฏิบัติตาม เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง และการให้บริการสนองตอบความต้องการด้านต่างๆ รวมไปถึงการให้บริการสาธารณะของรัฐ ที่วางไว้เป็นพื้นฐานให้แก่ประชาชนของแต่ละรัฐ ในการที่จะได้รับการบริการจากรัฐ เช่น การจัดให้มีสาธารณูปโภค รวมไปถึงการให้ความคุ้มครองทางด้านความปลอดภัยแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนในรัฐด้วย

2.2.2 ทฤษฎีการแสดงเจตนาและการก่อให้เกิดสัญญา

ธุรกิจตลาดแบบตรง เป็นรูปแบบของสัญญาซื้อขายที่ผู้ซื้อและผู้ขายอยู่ห่างกัน โดยระยะทางโดยผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้ปรากฏตัวต่อหน้ากันซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และแต่ละฝ่ายแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงทำการศึกษาหลักพื้นฐานของทฤษฎีการแสดงเจตนาและการก่อให้เกิดสัญญา เพื่อให้เกิดความเข้าใจในธุรกิจตลาดแบบตรงได้อย่างลึกซึ้ง

1) สาระสำคัญของสัญญา

สัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งจะต้องทำด้วยใจสมัคร โดยการแสดงเจตนาออกมาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ซึ่งสัญญามีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้⁵⁰

⁵⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2539). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 40.

(1) ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นไป

สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย จะมีบุคคลแต่เพียงฝ่ายเดียวที่แสดงเจตนาทำสัญญาขึ้นไม่ได้ เพราะการแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นเพียงนิติกรรมฝ่ายเดียวเท่านั้น เช่น การแสดงเจตนาทำพินัยกรรม การบอกเลิกสัญญา การปลดหนี้ เป็นต้น

คำว่า “ฝ่าย” นั้น ไม่ได้หมายถึง “จำนวนตัวบุคคลที่แสดงเจตนา” แต่หมายถึง การแสดงเจตนาอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งแม้จะเกิดจากการที่ผู้ซึ่งมีประโยชน์ร่วมกันหลายคนนั้น ร่วมกันแสดงเจตนา ก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของ “บุคคลฝ่ายหนึ่ง” เช่นกัน การแสดงเจตนาอันใดอันหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวม หรือในนามของบริษัทจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นต้น การที่มีหลักว่าสัญญาต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายนั้น จึงเป็นหลักที่ไม่มีข้อยกเว้นเป็นหลักตายตัวที่สามารถใช้ได้ชัดเจนว่า ถ้าไม่มีคู่สัญญา หรือบุคคลสองฝ่ายแล้ว ก็ไม่มีทางจะเป็นสัญญาได้⁵¹

(2) ต้องมีการแสดงเจตนาต้องตรงกัน

สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ต้องมีการตกลงยินยอม ซึ่งต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอออกมาให้ปรากฏ และมีอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองรับถูกต้องตรงกันกับคำเสนอนั้น จึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้น แต่ถ้าคำสนองไม่ตรงกับคำเสนอ เช่น มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีการแก้ไขอย่างอื่นประกอบ กฎหมายให้ถือว่าคำเสนอนั้นเท่ากับเป็นคำบอกปัดไม่รับคำเสนอนั้น และสัญญาไม่เกิดขึ้น⁵²

(3) ต้องมีวัตถุประสงค์

สัญญาทุกสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ วัตถุประสงค์แห่งสัญญา ก็คือ วัตถุประสงค์แห่งนี้อันเกิดแต่สัญญานั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาทุกสัญญา ก็คือ ประโยชน์สุดท้ายอันคู่กรณีจะพึงมีพึงได้จาก การเข้าทำสัญญานั้น และประโยชน์ดังกล่าวนี้ทุกฝ่ายจะต้องร่วมรู้ด้วยกัน ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรู้ถึงวัตถุประสงค์แต่เพียงฝ่ายเดียวแล้ว ข่อมไม่อาจถือได้ว่าวัตถุประสงค์นั้นเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาอันมุ่งหมายจะทำขึ้น⁵³

⁵¹ อักษราร จุฬารัตน. (2524). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการสัมมนาวิจัยและห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 134.

⁵² ประกอบ หุตะสิงห์. (2514). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สุทธิสารการพิมพ์. หน้า 131.

⁵³ ศรีสัญญา คำผูก. (2545). การก่อให้เกิดสัญญาในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศโดยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 15.

2) ทฤษฎีการแสดงเจตนา

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศต่างๆ ต่างยอมรับทฤษฎีในเรื่องของการเกิดสัญญาว่า “สัญญาจะเกิดขึ้นได้ด้วยการแสดงเจตนาของบุคคล” โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง และเมื่อผู้รับคำเสนอได้สนองรับตอบตกลงตามคำเสนอแล้ว ทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ทันที

(1) วิธีการแสดงเจตนา

วิธีการแสดงเจตนา อาจแยกออกได้ ดังนี้⁵⁴

(1.1) การแสดงเจตนาโดยตรงหรือโดยชัดแจ้ง ซึ่งได้แก่การแสดงออกที่แน่นอน ซึ่งตามปกติประเพณี หรือข้อตกลงของคู่กรณี เห็นได้ว่าบุคคลนั้นประสงค์จะทำนิติกรรม การแสดงนี้อาจแสดงด้วยถ้อยคำหรือทำด้วยหนังสือ หรือกิริยาท่าทาง เช่น พยักหน้า หรือยกมือ หรือด้วยวิธีอื่นใด อันแสดงความหมายของการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาที่ประสงค์ของการแสดงนั้น เช่น โดยการฉายสไลด์ เป็นต้น ในกรณีที่เป็นการแสดงเจตนา โดยกิริยาท่าทางในบางกรณีก็ต้องตีความโดยอาศัยปกติประเพณีและข้อตกลง

(1.2) การแสดงเจตนาโดยทางอ้อมหรือโดยปริยาย ซึ่งได้แก่ การแสดงเจตนา โดยการกระทำอันพึงอนุมานเอาได้ หมายความว่า การกระทำซึ่งในประการแรก ผู้กระทำไป โดยมีจุดประสงค์อย่างนั้น นอกจากที่จะแสดงเจตนาแต่ตามปกติประเพณี หรือตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีอาจอนุมานได้จากการกระทำนั้นเองว่าแสดงเจตนาที่จะทำนิติกรรม

(1.3) การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง โดยหลักแล้วการนิ่งไม่ถือเป็นการแสดงเจตนา แต่มีข้อยกเว้น 2 กรณี คือ (ก) ข้อยกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติ และ(ข) ข้อยกเว้นตามหลักความเชื่อสัตย์ต่อกันและกัน

(2) ความหมายของการแสดงเจตนา

การแสดงเจตนาได้นั้น จะต้องมิ “เจตนา” ของบุคคลอันใดอันหนึ่งซึ่งอยู่ในจิตใจของบุคคล และต้องมี “การแสดง” คือ บุคคลต้องแสดงเจตนาที่ออกมาภายนอก การแสดงเจตนาจึงประกอบด้วย

(2.1) เจตนา และ

(2.2) การแสดงออกซึ่งเจตนา

เจตนาเป็นสิ่งที่อยู่ในใจหรือความคิดของบุคคล เมื่อความคิดหรือ ความตั้งใจ ได้มีอยู่แล้ว จึงแสดงออกให้ปรากฏออกมาภายนอก เพื่อจะให้บังเกิดผลในทางกฎหมาย “แสดงเจตนา” หมายถึง การแสดงออกด้วยประการใดๆ จะเป็นโดยการเคลื่อนไหว หรือนิ่งไว้

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

ในพฤติการณ์ที่ไม่ควรนิ่ง ซึ่งเป็นเครื่องหมายบอกกล่าวกำหนดผลในทางกฎหมายตาม “เจตนา” นั้น ดังนั้น “เจตนา” และ “การแสดงเจตนา” ย่อมเป็นสาระสำคัญในการทำนิติกรรม เช่น ถ้าคนละเมอเพื่อคลั่งไปทำสัญญา หากต้องผูกพันไม่ เพราะไม่มีเจตนา หรือถ้าคนตีๆ มีเจตนาต้องการผลในทางกฎหมายนั้นเช่นไร แต่กลับอุบนิ่งไว้ในใจไม่แสดงออกมา ก็เกิดผลอะไรในทางกฎหมายไม่ได้ เพราะไม่มีการแสดงเจตนาออก

“การแสดงเจตนา” จึงหมายถึง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้ความตั้งใจเจตนาของบุคคลปรากฏออกมาจากใจ เพียงแต่การที่มี “สาเหตุ” (Motive) ข้อชักจูงใจเกิดขึ้นในใจก็ดี หรือแม้สาเหตุนั้นจะได้ชักจูงใจให้เกิดเป็น “เจตนา” (Intention) ตั้งใจต่อวัตถุหรือผลอย่างใดปรากฏขึ้นรู้แก่ใจตนเองก็ดี เท่านั้นยังไม่นับเป็น “การแสดงเจตนา” (Declaration of Intention) ต่อเมื่อในที่สุดได้กระทำอาการเคลื่อนไหวว้าวะ หรือยับยั้งได้ในพฤติการณ์ที่ควรจะเคลื่อนไหวให้สำเร็จ ในกริยาหรือวาจา เป็นเครื่องหมายของ “การแสดงเจตนา” นั้น ออกมาภายนอกแล้ว จึงนับว่าเป็น “การแสดงเจตนา” ที่ครบถ้วน⁵⁵

(3) ผลของความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา

ในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์เมื่อใดนั้น สามารถแยกประเภทของการแสดงเจตนาออกเป็น

(3.1) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยแท้ คือ การแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับ แต่ต้องมีการแสดงออก การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยแท้มีผลสมบูรณ์เมื่อได้มีการเผยแพร่การแสดงเจตนาออกมา หรือในกรณีที่กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือหรือเป็นเอกสารเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ เช่น พิณัยกรรม การแสดงเจตนาที่บุคคลภายนอกจะทราบหรือไม่ ไม่สำคัญ

(3.2) การแสดงเจตนาซึ่งต้องมีผู้รับ การแสดงเจตนาซึ่งต้องมีผู้รับนี้ต่างกับการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยแท้ การแสดงฝ่ายเดียวโดยแท้นั้น ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาอยู่ภายนอก แต่การแสดงเจตนาซึ่งต้องมีผู้รับนี้เพียงแต่แสดงเจตนาออกมาอย่างเดียวไม่เป็นผลทางกฎหมาย จึงมีปัญหาว่าการแสดงเจตนาจะมีผลสมบูรณ์เมื่อใด ในเรื่องนี้มีทฤษฎีเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา 4 ทฤษฎี คือ⁵⁶

(3.2.1) ทฤษฎีเผยแพร่เจตนา (Theory of Utterance) ทฤษฎีนี้ถือว่าเมื่อผู้แสดงเจตนาเผยแพร่เจตนาของเขาให้ปรากฏออกมา ก็ทำให้การแสดงเจตนา นั้นสมบูรณ์ เช่น ผู้ให้เช่าเขียนจดหมายแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่า เมื่อเขียนเสร็จแล้วการบอกเลิกสัญญาเช่า นั้น มีผลทาง

⁵⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 102.

⁵⁶ ฌูจ็อง บัทมสิงห์ ณ อยุธยา. (2523). “The Mailbox Rule”. *บทบัญญัติ* เล่ม 37 ตอน 4. หน้า 633.

กฎหมายทันที แม้จดหมายฉบับนั้นยังไม่ได้ส่งไปยังผู้เช่า เพียงแต่เขียนแล้วไว้บนโต๊ะเขียนหนังสือของผู้ให้เช่าก็ตาม

(3.2.2) ทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch) ทฤษฎีนี้ถือว่า เมื่อมีการแสดงเจตนาออกมาแล้ว จะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ส่งการแสดงเจตนาไปแล้ว เช่น บอกเลิกสัญญาเช่าทางไปรษณีย์ เจตนาสมบูรณ์ต่อเมื่อได้หย่อนจดหมายบอกเลิกลงตู้ไปรษณีย์แล้ว ทฤษฎีนี้เป็นไปตามหลัก “The Mailbox Rule”

(3.2.3) ทฤษฎีรับเจตนา (Theory of Reception) ทฤษฎีนี้ถือว่า ผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาจะมีขึ้นต่อเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงมือผู้รับแล้ว เช่น การบอกเลิกสัญญาเช่าจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อจดหมายบอกเลิกสัญญาเช่าไปถึงบ้านผู้รับแล้ว

(3.2.4) ทฤษฎีรับทราบเจตนา (Theory of Perception) ทฤษฎีนี้ถือว่า การแสดงเจตนาจะมีผลสมบูรณ์เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงการแสดงเจตนา นั้น เช่น การบอกเลิกสัญญาเช่า การแสดงเจตนาจะสมบูรณ์ต่อเมื่อผู้รับจะต้องได้อ่านและทราบข้อความในจดหมายบอกเลิกสัญญาแล้ว การบอกเลิกสัญญาจึงจะมีผลสมบูรณ์

ในกฎหมายของแต่ละประเทศจะยึดถือทฤษฎีความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาที่แตกต่างกัน ซึ่งจะทำให้การก่อให้เกิดสัญญาแตกต่างกันออกไปด้วย

(4) การก่อให้เกิดสัญญาในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

การก่อให้เกิดสัญญาเป็นที่ยอมรับของทุกระบบกฎหมายว่า เงื่อนไขการก่อให้เกิดสัญญาจะมีสิ่งสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ⁵⁷

(4.1) ความสามารถของคู่สัญญา (Capacity of Parties)

(4.2) ความยินยอมของคู่สัญญา (Mutual Assent)

(4.3) สิ่งตอบแทนกับวัตถุประสงค์ของสัญญา (Consideration and Object or Cause)

ตามระบบกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เงื่อนไขในการก่อให้เกิดสัญญาจะประกอบไปด้วย⁵⁸

ก. ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา โดยมีการทำคำเสนอและคำสนองตรงกัน

ข. เจตนาที่จะผูกสัมพันธ์กันทางกฎหมาย

ค. ความสามารถของคู่สัญญา

⁵⁷ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 19.

⁵⁸ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 20.

ง. สิ่งตอบแทน (Consideration)

ในระบบกฎหมาย Civil Law ของประเทศฝรั่งเศส ได้กำหนดเงื่อนไขในการก่อให้เกิดสัญญา จะต้องประกอบด้วย⁵⁹

- ก. ความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย
- ข. ความสามารถของคู่สัญญา
- ค. มีวัตถุประสงค์ (UN Object) ในการก่อให้เกิดความผูกพันตามข้อตกลง
- ง. มีสาเหตุหรือมีความประสงค์ (Une Cause) ในทางกฎหมาย

ในระบบกฎหมาย Civil Law ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดเงื่อนไขในการก่อให้เกิดสัญญา จะต้องประกอบด้วย⁶⁰

- ก. ความยินยอมของคู่สัญญาที่จะก่อให้เกิดความผูกพันต่อกัน
- ข. ความสามารถของคู่สัญญา
- ค. ไม่เป็นการพ้นวิสัย กล่าวคือ สัญญาจะต้องมีวัตถุประสงค์ไม่พ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสัญญาในเวลานั้น

(4.1) คำเสนอ

คำเสนอเป็นกระบวนการของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งกระทำหรือเสนอไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อขอให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งนั้นร่วมความประสงค์ทำสัญญาผูกพันตามข้อความที่กำหนดไว้และได้เสนอนั้น คำเสนอจึงต้องมีลักษณะที่แสดงถึงความยินยอมโดยชัดแจ้งแน่นอนและเพียงพอที่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นจะตกลงยินยอมเข้าผูกพันทำสัญญาตามข้อความที่ได้เสนอไปนั้น⁶¹ การทำคำเสนอในระบบกฎหมายทั้งสองดังกล่าวมีข้อแตกต่างกันมากในทางทฤษฎี ดังนี้

(4.1.1) คำเสนอตามระบบกฎหมาย Common Law

ตามระบบกฎหมาย Common Law ในประเทศอังกฤษคำเสนอนั้น ต้องประกอบด้วยความตั้งใจจะผูกพันตามกฎหมาย และต้องเป็นสิ่งที่สามารถอาจจะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้ด้วย นักกฎหมายอังกฤษอธิบายคำเสนอว่าเป็นคำมั่น โดยเฉพาะชนิดหนึ่งซึ่งมีเงื่อนไขว่าผู้รับคำเสนอจะปฏิบัติการ หรือให้คำมั่นตอบแทนว่าจะปฏิบัติการ กล่าวอีกนัยหนึ่งว่าคำเสนอนั้นเป็นคำมั่นชนิดหนึ่งซึ่งมีเงื่อนไขว่า ผู้รับคำเสนอจะต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดภายในขอบเขตที่ผู้ให้ คำเสนอได้กำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติการตามที่ร้องขอหรือตามที่ผู้รับคำเสนอได้ให้

⁵⁹ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 20.

⁶⁰ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 21.

⁶¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 119.

ไว้ว่าจะปฏิบัติภารกิจก็ได้ ตามกฎหมายอังกฤษคำเสนอไม่จำเป็นต้องแสดงต่อบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่จะมีสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีบุคคลโดยเฉพาะได้สนองรับตามคำเสนอ เช่น คำประกาศเสนอจะให้รางวัลแก่ผู้ที่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ตามธรรมดาไม่ได้เจาะจงลงไปว่าผู้หนึ่งผู้นี้จะต้องทำคงเป็นแต่คำเสนอต่อบุคคลทั่วไปไม่จำกัด ฉะนั้นใครจะสนองรับขึ้นมาโดยกระทำการตามคำเสนอนั้นขึ้นได้ การกระทำนั้นเอง เป็นคำสนองอยู่ในตัวเป็นสิ่งที่ผู้เสนอมุ่งหวังมากกว่าตัวบุคคลที่จะกระทำคำสนอง⁶²

(4.1.2) คำเสนอตามกฎหมายฝรั่งเศส

ตามกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนอย่อมมีได้เมื่อแสดงออกมาเพื่อให้คู่กรณีตอบรับ และมีผลจนกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะตอบรับ และคำเสนอนั้นถ้าไม่มีการตกลงหรือกำหนดราคาก็จะไม่มีผลเป็นคำเสนอ แต่อาจจะมีในกรณีที่มีการแสดงราคาในหลายรายให้เลือก ก็ถือว่าเป็นคำเสนอแล้ว หรือการทำคำเสนอเพื่อให้บุคคลที่สามกำหนดราคาเป็นช้อยกเว้นที่จะถือว่าเป็นคำเสนอแล้ว⁶³

(4.1.3) คำเสนอตามกฎหมายเยอรมัน

ตามหลักกฎหมายเยอรมัน คำเสนอมีหลักอยู่ว่า “คำเสนอจะต้องชัดเจนและแน่นอน” คำเสนอที่ชัดเจนและแน่นอนจะมีผลเมื่อได้ไปถึงผู้รับคำเสนอแล้ว คำเสนอที่มีเงื่อนไขตามหลักกฎหมายเยอรมันไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ แต่ถ้าตามพฤติการณ์หรือปกติประเพณีทางการค้ามีการตกลงในเรื่องเงื่อนไขแล้วและไม่มีการแก้ไขเป็นอย่างอื่นก็ถือว่าเป็นคำเสนอได้ และถ้าคำเสนอไม่ได้กำหนดราคาก็อาจเป็นคำเสนอที่สมบูรณ์ได้ ถ้ามีการตกลงหรือปฏิบัติต่อกันล่วงหน้าเช่นนั้นมาโดยตลอด⁶⁴

(4.2) ผลผูกพันและการขอลอนคำเสนอ

เมื่อได้ทำคำเสนอและแสดงออกให้ปรากฏซึ่งเจตนาทำคำเสนอแล้ว จะต้องพิจารณาต่อไปว่า คำเสนอนั้นมีผลผูกพันเพียงใด และผู้ทำคำเสนอจะถอนคำเสนอนั้นได้เพียงใด ตามหลักกฎหมายของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันตามทฤษฎี ดังนี้

(4.2.1) ผลของคำเสนอตามระบบกฎหมาย Common Law

ผลของคำเสนอตามระบบกฎหมาย Common Law แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลา คำเสนอย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลา กรณีที่สอง

⁶² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2520). *กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด*. พระนคร: โรงพิมพ์สุทธการพิมพ์. หน้า 17.

⁶³ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 24.

⁶⁴ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 24.

คำเสนอไม่มีกำหนดเวลา คำเสนอย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีพฤติการณ์ใดมาเป็นเหตุให้ คำเสนอ สิ้นผลไป

คำเสนอตามระบบกฎหมาย Common Law ผู้เสนอมีสิทธิถอนคำเสนอ ได้ทุกเมื่อตราบเท่าที่ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอนั้น ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลัก “สิ่งตอบแทน” (Consideration) เพราะคำเสนอไม่เป็นการให้สิ่งตอบแทนที่จะผูกพัน ที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้ การแสดงเจตนาที่อยู่ห่าง โดยระยะทางตามระบบกฎหมาย Common Law ถือตามหลักทฤษฎี ส่งเจตนา (Theory of Dispatch) หรือที่เรียกว่า The Mailbox Rule โดยถือว่า สัญญายอมเกิดขึ้นทันที

คำบอกกล่าวขอถอนคำเสนอจะมีผลก็ต่อเมื่อผู้ขอถอนได้แจ้งไปยังผู้รับ คำเสนอก่อนที่ผู้รับคำเสนอจะ ได้ส่งคำสนอง ดังนั้น ถ้าผู้สนองได้ส่งคำสนองก่อนที่คำบอกกล่าว จะมาถึง ก็ถือว่าคำขอถอนคำเสนอไม่มีผล คำเสนอยังคงมีผลผูกพันผู้เสนออยู่และก่อให้เกิดสัญญาได้⁶⁵

(4.2.2) ผลของคำเสนอตามกฎหมายฝรั่งเศส

ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนออาจถูกเพิกถอนเสียได้ ตราบเท่าที่ ผู้รับคำเสนอยังไม่ได้สนองรับ ตามหลักกฎหมายว่า “คำเสนอก่อนที่จะมีการสนองรับไม่มีผลผูกพัน” อย่างไรก็ตาม ศาลฝรั่งเศสได้วางหลักซึ่งมีผลทำให้การขอถอนคำเสนอมีผลแคบลงไป โดยวางหลักว่า ถ้าผู้เสนอได้ทำคำเสนอ โดยกำหนดเวลาให้ทำคำสนอง แม้ผู้เสนอจะมีสิทธิบอกถอน คำเสนอได้ แต่การบอกถอนคำเสนอก่อนพ้นกำหนดเวลาที่ได้กำหนดไว้ย่อมทำให้ผู้เสนอต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย ค่าสินไหมทดแทน คำเสนอมีกำหนดเวลานี้ยังรวมไปถึง กรณีที่มีได้มีการกำหนดเวลาโดยชัดแจ้ง แต่มีปกติประเพณีทางการค้าหรือพฤติการณ์อย่างอื่น เป็นเหตุให้ควรคาดหมายได้ว่า คำเสนอนั้น เป็นคำเสนอที่อาจสนองรับได้ภายในกำหนดระยะเวลาพอสมควรด้วย ในกรณีเช่นนี้หากมีการ บอกถอนคำเสนอ ผู้รับคำเสนอย่อม ไม่อาจทำคำสนองและสัญญายอมไม่สำเร็จลงได้ แต่ผู้รับคำเสนอ ย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการบอกถอนคำเสนอ ได้⁶⁶

(4.2.3) ผลของคำเสนอตามกฎหมายเยอรมัน

ตามกฎหมายเยอรมัน คำเสนอมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอและไม่สามารถ บอกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาที่ระบุไว้ในคำเสนอจะสิ้นสุดลง ในกรณีคำเสนอที่มีได้ระบุ ระยะเวลา ผู้เสนอต้องผูกพันตามคำเสนอตามเวลาอันควรคาดหมายได้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะทำคำสนอง ถ้าผู้ทำคำเสนอได้ระบุไว้ในคำเสนอว่าไม่มีผลผูกพัน หรือข้อความใดๆ ทำนองเดียวกันจะ ไม่ถือว่าเป็น คำเสนอ จะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญเท่านั้น ดังนั้น คำเสนอที่ยังไม่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้เสนอ

⁶⁵ กิตติศักดิ์ ปรงค์. (2537). “คำเสนอ-คำสนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ”. *วารสารนิติศาสตร์* 24, 7: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 72-73.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

จะบอกถอนคำเสนอของคนมิได้ หากผู้ทำคำเสนอฝ่าฝืนหลักกฎหมายนี้ด้วยการบอกถอน คำเสนอ การกระทำเช่นนั้นย่อมไม่เป็นเหตุให้ผู้บอกถอนคำเสนอต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่การบอกถอนคำเสนอ โดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายเช่นนี้ย่อมปราศจากผลในทางกฎหมายใดๆ ก็คือ กฎหมายไม่ถือว่ามีการบอกถอนคำเสนอเลย⁶⁷

(4.3) คำสนอง

คำสนอง คือ การแสดงเจตนาออกซึ่งมุ่งประสงค์จะให้เกิดสัญญาผูกมัดกัน โดยการแสดงเจตนาที่ความยินยอมตรงกันกับข้อความที่ได้กำหนดไว้ในคำเสนอ ลักษณะของ คำสนองจึงประกอบด้วย⁶⁸

ก. คำสนองเป็นกระบวนการของการแสดงเจตนาออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียว

ข. คำสนองต้องกระทำหรือสนองกลับไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็น ฝ่ายเสนอ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดสัญญาผูกมัดซึ่งกันและกัน

ค. คำสนองต้องแสดงออกซึ่งความยินยอม ตรงตามข้อความที่ได้ ถูกกำหนดไว้ใน คำเสนอ ทั้งนี้ จะต้องไม่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข หรือข้อจำกัดซึ่งแตกต่างไปจากข้อกำหนด ในคำเสนอ และต้องส่งไปถึงผู้เสนอภายในกำหนดเวลาที่ได้ระบุไว้ในคำเสนอหรือกำหนดเวลา ที่กฎหมายบัญญัติไว้

ง. คำสนองต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง

คำสนองในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศจะมีความคล้ายคลึงกัน เนื่องจาก ผลทางกฎหมายของคำสนองจะมีผลก่อให้เกิดสัญญา และจะต้องทำคำสนองโดยไม่มีเงื่อนไข และ เป็นการแสดงเจตนาให้แก่บุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ดังนี้

(4.3.1) คำสนองตามระบบกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ

ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น คำสนอง คือ คำตอบรับคำเสนอที่ ผู้สนอง ตอบรับไปตามวิธีที่ผู้เสนอได้กำหนดให้ตอบหรือวิธีอันสมควรแก่พฤติการณ์ ถ้าผู้เสนอมิได้กำหนด วิธีให้ตอบ โดยคำเสนอนั้น ก็ต้องเป็นความยินยอมตกลงด้วย โดยปราศจากเงื่อนไขข้อแม้และ ตรงตามข้อความในคำเสนอ⁶⁹

ตามระบบกฎหมาย Common Law คำสนองจะต้องไม่มีเงื่อนไข คำสนอง จะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการกระทำอันใดที่พอจะเข้าใจได้ว่าเป็นการตกลงยินยอม ตามคำเสนอแล้ว การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ เช่น ราคา หรือกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติม

⁶⁷ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 26.

⁶⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 136.

⁶⁹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. อ้างแล้ว. หน้า 23.

ในสาระสำคัญของคำสนอนั้น ถือว่า เป็นการปฏิเสธคำเสนอหรือบอกปิดคำเสนอนั้น ผู้ทำคำเสนอ จึงต้องตอบกลับตามคำสนอนที่ได้ทำคำเสนอขึ้นมาใหม่จึงจะเกิดสัญญาขึ้น โดยปกติการนี้ ไม่ถือว่าเป็นการตอบรับหรือการแสดงเจตนาตอบรับหรือเป็นการทำคำสนอง เว้นแต่จะมีพฤติการณ์เช่นนั้น ว่าการนี้ถือเป็นการตอบรับ เวลาตอบรับคำสนองตามระบบกฎหมาย Common Law จะแบ่งเป็นการแสดงเจตนาเฉพาะหน้า (Face-to-Face) หรือทางโทรศัพท์ รวมทั้ง Telex รวมทั้ง Fax ตอบรับอัตโนมัติด้วยจะมีผลทันที ในกรณีการอยู่ห่างโดยระยะทางจะมีผลต่อเมื่อมีการส่งจดหมาย หรือประทับตราไปรษณีย์ โดยผู้รับไม่จำเป็นต้องได้รับจดหมายแต่อย่างใด รวมทั้งไม่จำเป็นต้องมีการเจรจาต่อรองกันด้วย

(4.3.2) คำสนองตามกฎหมายฝรั่งเศส

นักกฎหมายฝรั่งเศส Corbin ได้ให้คำนิยามของคำสนองไว้ว่า “คำสนอง คือ การใช้สิทธิซึ่งคำเสนอได้ให้ไว้ โดยกระทำการอย่างอื่นบางอย่าง ทั้งคำเสนอและ คำสนองจะต้องเป็นการกระทำที่แสดงออกถึงซึ่งความยินยอมด้วย”⁷⁰ ตามกฎหมายฝรั่งเศสคำสนองเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งไม่ว่าจะแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย คำสนองต้องได้ทำขึ้นก่อนที่คำเสนอนั้นจะสิ้นผลหรือก่อนที่จะมีการถอนคำเสนอ และข้อความในคำสนอนั้นจะต้อง ไม่เคลือบคลุม และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับคำเสนอซึ่งเป็นการยอมรับคำเสนอโดยไม่มีเงื่อนไข⁷¹

ตามหลักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการทำคำสนองตรงกับคำเสนอ การนิ่งหรือการไม่ตอบรับของผู้รับคำเสนอภายในเงื่อนไขหรือเวลาที่กำหนดไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง เช่น ในสัญญาซื้อขาย ศาลฎีกาฝรั่งเศสตัดสินไว้ในปี ค.ศ. 1979 (Bull. Civ III No 4) ว่าการที่ผู้ซื้อไม่ตอบรับในการเสนอขายสินค้าของผู้ขายภายในระยะเวลาที่กำหนดไม่ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว และคำสนองจะต้องตอบรับตามวัตถุประสงค์ที่เป็นสาระสำคัญของคำเสนอด้วย อีกทั้งยังต้องเป็นการยืนยันที่แน่นอนชัดเจน ไม่เพิ่มเติมเงื่อนไข คำสนองที่เพิ่มเติมหรือมีเงื่อนไข ถือว่าคำเสนอที่ได้แสดงไปนั้นต้องระงับไป แต่การนิ่งที่มีผลทางกฎหมาย เช่น การนิ่งซึ่งตามจารีตประเพณีหรือทางการค้าที่ไม่ควรนิ่ง ถือว่าเป็นการตอบรับ และเป็นคำสนองที่ก่อให้เกิดสัญญาได้ สำหรับระยะเวลาและการตอบรับทำคำสนองของกฎหมายฝรั่งเศสจะคล้ายกับประเทศอังกฤษ แต่การส่งคำตอบรับทางจดหมายของกฎหมายฝรั่งเศสจะมีผลต่อเมื่อได้มีการ ได้รับทราบข้อความในจดหมายนั้นแล้วเท่านั้น กรณีการตอบรับด้วยวาจาจะมีผล

⁷⁰ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 133.

⁷¹ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2513). *คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส*. กรุงเทพมหานคร: แผนกนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 30.

ทันทีที่มีการแสดงเจตนาคำสั่งอนั้นและถือว่าผู้ทำคำสั่งอนได้รับทราบทันที ประเทศฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีรับทราบเจตนา⁷²

(4.3.3) คำสนองตามกฎหมายเยอรมัน

คำสั่งสนองตามกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ที่จะต้องมีการแสดงเจตนาไปถึงผู้ทำคำสั่งอนโดยตรง คำสนองจะมีผลเมื่อไปถึงโดยอยู่ภายใต้การครอบครองของผู้รับแล้ว อย่างไรก็ตาม คำสนองจะต้องไม่มีเงื่อนไขใดๆ เพิ่มเติม คำสนองที่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมถือว่าเป็นคำสั่งอนที่จัดทำขึ้นมาใหม่ สัญญายังไม่เกิดขึ้นกว่าผู้ทำคำสั่งอนคนแรกนั้นจะได้ทำคำสั่งองกลับมา โดยปราศจากเงื่อนไขและตรงกับคำสั่งอนที่ได้เสนอมานั้น คำสนองจะต้องมีการแสดงเจตนาที่ชัดเจนและแน่นอนทั้งเป็นการยืนยันตามคำสั่งอน (Confirmation of Order) ผลของการนิ่ง (The Effect of Silence) โดยหลักทั่วไปไม่ถือว่าเป็นการตอบรับหรือการแสดงเจตนาเว้นแต่ในทางการค้าหรือจารีตประเพณีทางธุรกิจที่ถือว่าเป็นการตอบรับหรือเป็นการยืนยันตามคำสั่งอน

สำหรับเวลาทำคำสั่งอนนั้น ตามหลักกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถ้าคำสั่งอนได้กำหนดระยะเวลาไว้ ผู้ทำคำสั่งอนจะทำคำสั่งอนมาภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าคำสั่งอนที่มาถึงล่วงเวลาให้ถือว่าคำสั่งอนนั้นกลายเป็นคำสั่งอนขึ้นมาใหม่ คำสนองจะมีผลเมื่อได้ ไปถึงผู้ทำคำสั่งอน ส่วนการนิ่งที่ถือว่าเป็นการตอบรับคำสั่งอนจะมีผลทันทีที่ไม่มีการตอบรับกลับมาภายในระยะเวลาอันสมควรตามประเพณีปกติ⁷³

(4.4) สิ่งตอบแทนกับวัตถุประสงค์

สิ่งตอบแทนกับวัตถุประสงค์ (Consideration and Object or Cause) เป็นสาระสำคัญของการก่อให้เกิดสัญญา ในระบบจารีตประเพณี (Common Law) สัญญาจะเกิดมีผลผูกพันตามกฎหมายจะต้องมีสิ่งตอบแทน และในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องมีวัตถุประสงค์ของการเข้าทำสัญญา จึงจะมีผลตามกฎหมาย ดังนั้นสิ่งตอบแทนกับวัตถุประสงค์จึงเป็นองค์ประกอบของการก่อให้เกิดสัญญาด้วย

(4.4.1) สิ่งตอบแทนตามระบบกฎหมาย Common Law

สิ่งตอบแทน (Consideration) หมายถึง สิ่งที่ได้รับหรือรับไว้เพื่อเป็นการตอบแทนคำมั่นสัญญา (Promise) ที่มีแก่กัน หรือการให้ประโยชน์ ให้สิทธิ ให้กำไร ตอบแทนอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการที่คู่กรณีอีกฝ่ายได้ยอมรับความเสียหาย ยอมรับภาระผูกพัน หรือยอมรับชำระหนี้ บางประการให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงว่าได้มีการตอบแทนกันอย่างยุติธรรม

⁷² ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 29.

⁷³ ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 30.

หรือไม่ เพียงแต่ให้มีการต่างตอบแทนกันบ้างเท่านั้น ตามหลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษ สัญญาเป็นเรื่องของการตอบแทน การตกลงต่อรอง หรือการให้ประโยชน์ตอบแทนกัน สัญญาที่ขาดสิ่งตอบแทนไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย⁷⁴

สิ่งตอบแทนสามารถแบ่งได้เป็น 4 กรณี ดังนี้⁷⁵

(ก) Consideration must not be past คือ Consideration ต้องเป็นปัจจุบัน หรืออนาคต ปัจจุบันก็ให้ทันที อนาคตก็ทำสัญญาจะให้ แต่จะเป็นอดีตไม่ได้ สิ่งตอบแทนกันจะเกิดขึ้นในอดีตไม่ได้

(ข) Consideration must come from The Promise หมายถึง สิ่งตอบแทนจะต้องออกจาก หรือกระทำจากตัวผู้รับคำสัญญา แต่ไม่จำเป็นต้องให้ต่อผู้ที่ให้คำสัญญา สิ่งตอบแทนจะต้องออกจากหรือกระทำจากตัวคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นผู้สนอง ผู้สนองจะต้องให้สิ่งตอบแทนกลับคืนไปยังผู้เสนอ แต่ไม่จำเป็นต้องให้ผู้เสนอเสมอไปอาจจะให้คนอื่นก็ได้

(ค) Consideration need not be Adequate, but must have Some Value หมายถึง สิ่งตอบแทนไม่จำเป็นต้องมีค่าเท่ากัน แต่ขอให้มีความบ้าง เช่น ปากการราคา 500 บาท อาจจะขายให้ 250 บาท ก็ได้ ลดให้ครึ่งหนึ่งเหมือนลดราคา Sale ไม่จำเป็นต้องเท่ากัน ขอให้มีความ Consideration มีการตอบแทนกันบ้างก็เพียงพอแล้ว

(ง) Consideration must sufficient หมายถึง สิ่งตอบแทนนั้นจะต้องเป็นการเพียงพอ สิ่งตอบแทนอาจจะไม่ใช่เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่อาจตอบแทนเป็นสิ่งที่เขาเรียกว่า Detriment ก็คือ ปัญหาความยากลำบาก (Trouble) ความยุ่งยาก (Inconvenience) ความไม่สะดวก (Difficulties) ก็เป็นสิ่งตอบแทนได้ทั้งสิ้น

สัญญาที่มีข้อยกเว้น ไม่ต้องมีสิ่งตอบแทนตามระบบกฎหมาย Common Law มี 2 กรณี คือ สัญญาตามแบบ (Formal Contract) คือ สัญญาซึ่งจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร และสัญญาที่มีตราประทับ (Contract under Seal) คือ สัญญาที่ต้องมีพิธีการรองรับด้วยการประทับตรา ส่วนสัญญาอื่นๆ ถือว่าเป็นสัญญาธรรมดา (Simple Contract) หรือ (Parol Contract) สัญญาชนิดนี้จะต้องตกลงกันด้วยวาจา หรือเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรจะมีผลผูกพันก็ต่อเมื่อมีสิ่งตอบแทนให้แก่กัน

(4.4.2) วัตถุประสงค์ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

นิติกรรมต่างๆ ต้องมีวัตถุประสงค์ (Object or Cause) ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์ การแสดงออกซึ่งเจตนาของคู่กรณีก็เป็นเรื่องเหลวไหล เพราะคู่กรณีต่างฝ่ายต่างไม่มุ่งประสงค์

⁷⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 72.

⁷⁵ ณัฐพงศ์ โปษะบุตร. LA 602 หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. เอกสารประกอบการเรียน มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 29-30.

ประโยชน์อะไรกันเลย ไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน การแสดงเจตนานั้นก็จะไม่เรียกว่า “นิติกรรม” ดังนั้น วัตถุประสงค์ จึงหมายถึง “ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาออกซึ่งเจตนาเพื่อสิ่งที่เขา ได้พึงประสงค์” ประโยชน์อันเป็นสุดท้ายนี้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นทรัพย์สินเงินทองเสมอไป อาจจะเป็นความรู้สึก ความภูมิใจ หรือศีลธรรมอันดีก็ได้ ตัวอย่างเช่น การให้โดยเสน่หา ซึ่งผู้ให้มิได้รับ สิ่งตอบแทนที่มีมูลค่าเป็นเงินทองเพื่อแลกเปลี่ยนการที่เขาได้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับเลย ซึ่งเรื่องนี้ แตกต่างจากเรื่อง สิ่งตอบแทนในระบบกฎหมาย Common Law⁷⁶

(5) การก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

การก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ตั้งแต่ มาตรา 354 ถึงมาตรา 368 โดยกฎหมายว่าด้วยสัญญาของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายเยอรมัน จึงมีลักษณะกฎหมายที่คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นอย่างมาก โดยที่ประเทศไทย ใช้ทฤษฎีผลของการแสดงเจตนา คือ ทฤษฎีรับเจตนา เช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วย ดังจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปนี้

(5.1) คำเสนอ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ให้คำนิยามคำเสนอเอาไว้โดยตรง มีเพียงความเห็นของนักกฎหมายไทยไว้ อาทิเช่น

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า “คำเสนอ” ได้แก่ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งมีผู้รับของบุคคลฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “ผู้เสนอ” ต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้รับคำเสนอ” โดยผู้เสนอได้เสนอให้อีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาด้วย⁷⁷

ศาสตราจารย์จืด เศรษฐบุตร อธิบายว่า “คำเสนอ” เป็นคำขอให้ทำสัญญา คำขอให้ทำสัญญานี้อาจเสนอต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง หรือจะเสนอต่อสาธารณชน คือ บุคคลทั่วไป โดยมีได้เจาะจงว่าเป็นใครดังนี้ก็ ได้ แต่สำคัญอยู่ที่ว่า คำเสนอนั้นต้องมีข้อความ ชัดเจนแน่นอนขนาดพอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ในเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งตกลงสนองรับ⁷⁸

ในคำอธิบายกฎหมาย “มูลคดีสัญญา” ของ หลวงประดิษฐไพจิตรการ รัตน์ โกสินทรศก 129 เห็นว่า “ความตกลงของเขาทั้งสองนั้นอาจหมิ่นข้อความลงเป็น “คำขอ” และ “คำรับ” ได้เสมอ ก็ว่าเมื่อคิดลงไปให้ละเอียดจะเห็นได้ว่า เมื่อก่อนที่เขาได้ตกลงกันนั้น ฝ่ายหนึ่ง ได้ทำ “คำขอ” และอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำ “คำรับ” “คำขอ” นั้น ต้องเป็นการแสดงถึงความตั้งใจของฝ่ายหนึ่ง

⁷⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 76.

⁷⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 118.

⁷⁸ จืด เศรษฐบุตร. (2528). *หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 249.

ซึ่งจำเป็นต้องมีความชัดเจนและแน่นอน การที่จะแสดงความตั้งใจนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงออกด้วยปากเสมอ จะแสดงด้วยกริยาอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ สุดแต่ให้เป็นที่น่าเข้าใจกันว่าตนมีความประสงค์จะให้เป็นการคำขอซึ่งถ้าแม้มีคำรับเข้ามาแล้ว จะเป็นสัญญาที่ฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมาย ตามคำอธิบายนี้จะเห็นได้ว่า “คำขอ” ก็คือ “คำเสนอ” ส่วน “คำรับ” ก็คือ “คำสนอง” ทั้งนี้เพราะความตกลงที่เกิดจาก “คำขอ” และ “คำรับ” ที่ถูกต้องตรงกัน ย่อมก่อให้เกิดสัญญาที่ฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมาย⁷⁹

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติในเรื่องคำเสนอ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(5.1.1) ลักษณะของคำเสนอ

คำเสนอมีลักษณะ ดังนี้

(ก) คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาทำคำเสนอไว้ แต่ยังมีได้ส่งไปถึงหรือส่งไปแต่ยังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาอันนี้ยังไม่มีผลเป็นคำเสนอ⁸⁰

(ข) คำเสนอต้องกระทำหรือเสนอไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจอยู่เฉพาะหน้าหรืออยู่ห่างกันโดยระยะทางก็ได้ นอกจากนั้นคำเสนออาจกระทำหรือเสนอไปยังบุคคลโดยเฉพาะคนใดคนหนึ่งหรือเป็นการเสนอต่อบุคคลทั่วไปก็ได้ การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นต้องแสดงออกให้ปรากฏด้วยกริยา ลายลักษณ์อักษรหรืออาการอย่างใดก็ได้ ขอเพียงแต่ให้เป็นที่น่าแน่นอนชัดเจนและเข้าใจว่าเป็นคำเสนอ⁸¹ เช่น การที่ผู้รับสัมปทานตั้งโรงงานไฟฟ้าขึ้นย่อมถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อประชาชนตามสัมปทานแล้ว⁸²

(ค) คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและแน่นอนเพียงพอที่อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับเจตนาจะตอบรับว่า ตกลง หรือยอมรับ การกล่าวเพียงข้อความกว้างๆ ยังไม่พอที่จะเข้าใจว่าจะมีข้อผูกพันกันอย่างไร ยังไม่มีลักษณะเป็นคำเสนอได้ ถ้ายินยอมที่จะแสดงออกเพื่อประสงค์จะทำสัญญานั้นมุ่งประสงค์ให้เกิดหนี้โดยชัดเจนแน่นอนว่ามีข้อผูกพันที่จะพึงปฏิบัติต่อกันอย่างไรแล้ว ก็ถือเป็น “คำเสนอ” แล้ว⁸³ ที่ว่าคำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนนั้น

⁷⁹ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 119.

⁸⁰ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 120.

⁸¹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. (2538). *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สัญญา*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 9.

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1013/2498. อ้างใน สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. อ้างแล้ว. หน้า 9.

⁸³ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 123.

ความจริงไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือ หรือจะต้องกล่าวเป็นคำพูด แต่อาจมีการแสดงอาการปฏิกิริยาอื่นๆ อันง่าย ๆ ก็ได้⁸⁴

(ง) คำเสนออาจแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้ เช่น นายเขียว เสนอขายรถยนต์ ต่อ นายขาว ในราคา 100,000 บาท เป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคล โดยเจาะจง ถ้านายเขียวประกาศโฆษณาขายรถยนต์ทางหนังสือพิมพ์โดยไม่เจาะจงตัวบุคคล ย่อมเป็นการแสดงเจตนาต่อสาธารณชน โดยไม่เจาะจงตัวบุคคล เมื่อมีผู้สนองรับสัญญาที่เกิดขึ้น⁸⁵

(5.1.2) ผลของคำเสนอ

คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวย่อมมีผลตามกฎหมายและผูกพัน ผู้เสนอ จนกว่าคำเสนอจะสิ้นผลผูกพัน จึงมีผลดังนี้

(ก) เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอ สัญญาย่อมเกิดขึ้น คำสนองที่ถูกต้อง ตรงกันกับคำเสนอซึ่งจะก่อให้เกิดสัญญาขึ้น แต่สัญญาที่เกิดขึ้นจะบังคับกันได้หรือไม่ เพียงใด ก็ต้องไปดูกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เช่น สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำหรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว ก็ย่อมจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ดังนั้น สัญญาเกิดขึ้นหรือไม่กับสัญญา บังคับกันได้หรือไม่ได้นั้น จะต้องพิจารณาแยกต่างหากจากกัน⁸⁶

(ข) คำเสนอนั้นถอนไม่ได้

เนื่องจากคำเสนอนั้นเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งเมื่อได้แสดง ออกไปถึงผู้รับแล้วย่อมผูกพันผู้แสดงเจตนาตลอดไปจนกว่าคำเสนอนั้นจะสิ้นผลตามกฎหมาย หรือเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้ระบุไว้ หรือภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าว สนองรับ คำเสนอที่มีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาโดยจะถอนเสียไม่ได้⁸⁷ มีความเกี่ยวข้องกับการกำหนด ระยะเวลาและระยะทางเป็นสำคัญ จึงสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(ข.1) คำเสนออันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ไม่ว่าจะเป็นคำเสนอ ต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่าง โดยระยะทางไม่อาจถอนได้ภายในระยะเวลา ที่บ่งไว้วันนั้น คำเสนอที่กำหนดระยะเวลาโดยมีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาตามคำเสนอตลอดระยะเวลา ที่กำหนดไว้ จนกว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองที่ได้บ่งไว้ในคำเสนอ⁸⁷ กล่าวคือ คำเสนอ

⁸⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร. อ้างแล้ว. หน้า 250.

⁸⁵ สักดิ์ สนองชาติ. (2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วย นิติกรรมสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ. หน้า 348.

⁸⁶ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 142.

⁸⁷ จี๊ด เศรษฐบุตร. อ้างแล้ว. หน้า 258.

ที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้นเมื่อได้ไปถึงผู้รับคำเสนอแล้วย่อมมีผลสมบูรณ์และผูกพัน ผู้เสนอตลอดไปจนกว่าจะสิ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้บ่งไว้นั่นเอง⁸⁸

(ข.2) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางอันมิได้ บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ ผู้เสนอจะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันสมควรคาดหมายว่า จะได้รับคำบอกกล่าวสนอนั้นจะกระทำไม่ได้ เมื่อไม่มีการสนองรับจนล่วงพ้นเวลาอันควรคาดหมายแล้ว คำเสนอก็สิ้นผลความผูกพัน โดยไม่จำเป็นต้องถอน ซึ่งเวลาอันควรคาดหมายจะต้องยาวนานเพียงใดนั้นย่อมแล้วแต่พฤติการณ์ แต่คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ ผู้รับคำเสนอจะต้องสนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น หากไม่สนองรับ ณ ที่นั้น เวลานั้น คำเสนอย่อมสิ้นผลผูกพัน โดยไม่จำเป็นต้องถอนแต่อย่างใด คำเสนอที่ทำแก่ผู้อยู่เฉพาะหน้านั้น หมายความว่า ผู้ทำ คำเสนอกับผู้รับคำเสนออยู่ในลักษณะที่จะทราบการแสดงเจตนาซึ่งกันและกันได้ ในเวลาเดียวกับที่ได้แสดงเจตนาออกมา เช่น การทำคำเสนอด้วยวาจา การแสดงเจตนาเช่นนี้มีผลเมื่อผู้รับทราบการแสดงเจตนา นั้น ซึ่งเป็นการทราบ (Principle of Perception) ไม่ใช่หลักการรับหรือเจตนาไปถึง (Principle of Reception) ซึ่งเป็นหลักของการแสดงเจตนา นั้น ไปถึงผู้รับตามทางปกติ ดังนั้นการเสนอต่อผู้อยู่ เฉพาะหน้านั้นจึงไม่จำเป็นที่ทั้งสองฝ่าย คือ ผู้ทำคำเสนอและผู้รับคำเสนอจะต้องเห็นหน้ากัน สำคัญอยู่ที่ว่าทั้งสองฝ่ายนั้นสามารถติดต่อเข้าใจกันได้โดยทันที เช่น การติดต่อทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า⁸⁹

(5.1.3) คำเสนอสิ้นความผูกพัน

คำเสนอนั้นแม้ว่าจะถอนไม่ได้ แต่คำเสนอก็อาจสิ้นผลความผูกพันได้ด้วยเหตุ 3 ประการ ดังนี้⁹⁰

(ก) มีการบอกปิดคำเสนอ

คำเสนอไม่ว่าจะเป็นคำเสนออันบ่งระยะเวลาหรือไม่ได้บ่งระยะเวลาไว้ก็ตาม เมื่อผู้รับคำเสนอบอกปิดคำเสนอนั้น คำเสนอนั้นย่อมสิ้นความผูกพันทันที โดยไม่คำนึงถึงว่าระยะเวลาอันบ่งไว้จะยังมีเหลืออยู่มากน้อยเพียงใด การบอกปิดคำเสนอ คือ การปฏิเสธคำเสนอนั้นเอง ซึ่งการบอกปิดมีทั้งการบอกปิดโดยมีเงื่อนไขอันเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่และ บอกปิดโดยไม่มีเงื่อนไขอันเป็นการปฏิเสธโดยสิ้นเชิง

(ข) ไม่มีการสนองรับคำเสนอ

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 927/2498 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 931/2480. อ้างใน ศรัญญา คำผูก. อ้างแล้ว. หน้า 37.

⁸⁹ จี๊ด เศรษฐบุตร. อ้างแล้ว. หน้า 259.

⁹⁰ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว. หน้า 352-353.

(ข.1) คำเสนออันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ ต่อมา คำสนองได้มาถึง ผู้เสนอล่วงเวลาเพราะเหตุขัดข้องอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้เสนอจะต้องบอกกล่าวแก่ ผู้สนองรับ โดยพลัน ว่ามาถึงเนิ่นช้า เพื่อมิให้ผู้สนองรับเข้าใจผิด เว้นแต่จะได้ออกกล่าวเช่นนั้นมาก่อนแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวซ้ำอีก ถ้าผู้เสนอไม่ได้บอกกล่าวไว้ก่อนแล้ว และเมื่อได้รับคำสนองล่วงเวลา ก็มิได้ออกกล่าวแก่ผู้สนองรับ โดยพลัน ถือว่าคำสนอนั้นไม่ล่วงเวลา สัญญาย่อมเกิดขึ้น

(ข.2) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำ คำสนองไว้ เสนอ ณ ที่ใด เวลาใด ก็ย่อมจะสนองรับได้ ณ ที่นั้น เวลานั้น ดังนั้น ผู้รับคำเสนอ ไม่สนองรับ ณ ที่นั้น เวลานั้น คำเสนอก็อ้อมสิ้นผลความผูกพัน

(ข.3) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่าง โดยระยะทางอันมิได้บ่งระยะเวลา ให้ทำคำสนองไว้ คำเสนอเช่นนี้แม้มิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ ผู้เสนอก็จะถอน คำเสนอของตน ภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองรับไม่ได้ ดังนั้นเมื่อไม่มีการสนองรับ ภายในเวลาอันควรคาดหมาย คำเสนอนั้นก็อ้อมสิ้นผลผูกพัน

(ค) ผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ

การแสดงเจตนาของบุคคล ซึ่งไม่วิปริตเสื่อมเสียเพราะ เหตุอย่างใด อย่างหนึ่ง เมื่อได้ส่งไปแล้วย่อมถือว่าสมบูรณ์ แม้ว่าภายหลังผู้แสดงเจตนาจะตายหรือ ตกเป็นผู้ไร้ ความสามารถ แต่ก็มีข้อยกเว้นไม่ให้ใช้บังคับแก่การแสดงเจตนาทำคำเสนออยู่ใน 2 กรณี คือ

(ค.1) ขัดกับเจตนาอันผู้เสนอได้เสนอ เช่น ในคำเสนอผู้เสนอได้ระบุ เจตนาไว้ด้วยว่าถ้าผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ให้คำเสนอนั้นสิ้นผลความผูกพัน

(ค.2) ก่อนสนองรับ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้อยู่แล้วว่าผู้เสนอตายหรือ ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ความสมบูรณ์แห่งการแสดงเจตนาทำคำเสนออ้อมสิ้นผลความผูกพัน

(5.2) คำสนอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ให้คำนิยามคำเสนอเอาไว้โดยตรง แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาได้กล่าวไว้ กล่าวคือ คำสนองที่จะมีผลให้เกิดสัญญาขึ้นได้นั้น ต้องเป็นการ แสดงเจตนาจะทำสัญญาตรงตามคำเสนอ⁹¹ หากบุคคลหนึ่งบอกขายทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อีกคนหนึ่ง ตอบว่าเต็มใจซื้อ แต่ยังมีอุปสรรคหรือยังไม่มีเงิน ดังนี้ไม่เป็นคำสนองหรือคำสนองโดยมีข้อเพิ่มเติม หรือจำกัดแก้ไขข้อกำหนดในคำเสนอ⁹² ก็เป็นอันถือไม่ได้ว่าเป็นความประสงค์ของผู้เสนอที่จะทำ

⁹¹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 20.

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 411/2490, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 639/2515. อ้างใน จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว. หน้า 20.

สัญญาด้วยตามที่มีข้อแก้ไขขึ้นใหม่ จึงถือว่าคำสนองเช่นว่านี้เป็นคำบอกปิดไม่รับ และมีผลให้คำสนองตกไป ถือว่าเป็นคำเสนอที่มีขึ้นใหม่ในตัว⁹³

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติในเรื่องคำสนอง โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(5.2.1) ลักษณะของคำสนอง

คำสนอง คือ การแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอต่อผู้เสนอ โดยตกลงรับทำสัญญาตามคำเสนอ ลักษณะของคำสนอง คือ กระบวนการของการแสดงออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียวที่มุ่งประสงค์ให้เกิดสัญญาผูกมัดซึ่งกันและกันตามกฎหมายนี้ คำสนองมีลักษณะสำคัญ ดังนี้⁹⁴

(ก) คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา คำสนองอาจแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือ โดยปริยาย หรือ โดยการนิ่งที่มีกฎหมายรับรองหรือการนิ่งอันมีธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติก็ได้

(ข) คำสนองต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนปราศจากเงื่อนไข โดยเฉพาะคำสนองด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ คำสนองนั้นจะต้องตรงตามคำเสนอของผู้เสนอ และมีผลก่อให้เกิดสัญญา ถ้ามีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือข้อแก้ไข ซึ่งมีลักษณะเป็นการต่อรองคำเสนอ ถือว่าเป็นการบอกปิดคำเสนอ

(ค) คำสนองจะต้องแสดงเจตนาต่อบุคคล โดยเฉพาะเจาะจง คือ แสดงเจตนาต่อผู้เสนอ หรือตามที่ผู้เสนอกำหนดไว้ ต่างกับคำเสนอซึ่งอาจแสดงต่อบุคคลโดยเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้

(5.2.2) ผลของคำสนอง

คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว แต่ก่อให้เกิดสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย มีผลดังนี้⁹⁵

(ก) เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอสัญญาย่อมเกิดขึ้น แต่จะต้องสนองรับก่อนคำเสนอสิ้นผลผูกพัน ในกรณีคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนอง ผู้เสนอจะถอนคำเสนอนั้นภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ไม่ได้ ซึ่งหมายความรวมถึงคำเสนอที่ทำแก่บุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า และคำเสนอที่ทำให้แก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2598/2520. อ้างใน จิตติ ตึงศภัทย์. อ้างแล้ว. หน้า 21.

⁹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 136.

⁹⁵ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว. หน้า 363-364.

(ข) คำสนอนนั้นถอนไม่ได้ กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าห้ามมิให้ผู้สนองถอนคำสนอง แต่โดยเหตุที่เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอ สัญญาที่เกิดขึ้น ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าคำสนอนนั้นถอนไม่ได้

(ค) คำสนองไม่สิ้นผลผูกพันเพราะเหตุผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ การแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้น เมื่อส่งไปแล้วย่อมสมบูรณ์ แม้ว่าในภายหลังผู้สนองจะตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ เว้นแต่ ผู้สนองจะได้แสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าในคำสนอนนั้นว่า ถ้าผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถก่อนสัญญาจะเกิดให้คำสนอนนั้นสิ้นความผูกพัน

(5.2.3) คำสนองที่มาล่วงเวลาและคำสนองที่มีเงื่อนไข

คำสนองที่ถูกต้องตรงตามคำเสนอและสนองรับก่อนคำเสนอ สิ้นผลผูกพัน สัญญาย่อมเกิดขึ้น แต่คำสนองที่สัญญาไม่เกิดขึ้น อาจกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ได้ ดังนี้⁹⁶

(ก) คำสนองที่มาถึงล่วงเวลา กล่าวคือ คำสนอนนั้นมาถึง ผู้เสนอเมื่อพ้นระยะเวลาอันอาจทำคำสนองได้ เมื่อมาถึงล่วงเวลาสัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคหนึ่ง กำหนดว่าให้ถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ ถ้าผู้เสนอเดิมพอใจที่จะทำสัญญาด้วย ก็มีสิทธิแสดงเจตนาสนองรับไว้

(ข) คำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่น ประกอบด้วย คำสนอนนั้นไม่ตรงตามคำเสนอ โดยมีลักษณะเป็นการต่อรองคำเสนอ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัว

(5.3) การก่อให้เกิดสัญญา

เมื่อคำสนอกับคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจะเกิด ณ ที่ใด หรือเวลาใด ย่อมแล้วแต่กรณีของการแสดงเจตนาทำคำสนอง กล่าวคือ

(5.3.1) สัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกัน โดยระยะทาง ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นเมื่อคำบอกกล่าวคำสนองได้ไปถึงผู้เสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคหนึ่ง และมาตรา 169 วรรคหนึ่ง โดยใช้ทฤษฎีรับเจตนาตามกฎหมายเยอรมัน

(5.3.2) สัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า แม้ว่าจะมีการบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง เมื่อสนองรับต่อหน้า สัญญาย่อมเกิดขึ้น ณ ที่สนองรับนั้น ถ้าเป็นคำเสนอ คำสนองโดยทางโทรศัพท์ ต้องถือว่าเป็นสัญญาเกิดขึ้น ณ ที่ผู้เสนอได้รับคำสนองทางโทรศัพท์นั้น

(5.3.3) สัญญาระหว่างบุคคลซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาสนองรับ โดยปริยายหรือการแสดงเจตนาสนองรับตามวิธีการที่ผู้เสนอกำหนด หรือโดยการนิ่ง สัญญาเกิดขึ้น ณ ที่ซึ่งมี

⁹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว. หน้า 365.

การอันใดอันหนึ่ง อันสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคสอง กล่าวคือ สอนองรับ ณ ที่ใด สัญญาย่อมเกิดขึ้นที่นั่น ความใน มาตรา 361 วรรคสอง ที่ว่าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง ไม่จำเป็นต้องมีคำบอกกล่าวสนอนนั้น หมายความว่า การจะต้องมีคำสนองอย่างไรหรือไม่นั้น ย่อมแล้วแต่เจตนาของผู้เสนอที่จะ กำหนดให้ผู้รับคำเสนอปฏิบัติ เหตุนี้ผู้เสนอจึงอาจกำหนดวิธีการทำคำสนองไว้โดยเฉพาะอย่างใด อย่างหนึ่งแทนการทำ คำสนองโดยการส่งคำบอกกล่าวก็ได้⁹⁷

2.3 ลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรง

ธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น เป็นรูปแบบของการซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยใช้กลยุทธ์ทางการตลาดมาปรับใช้ในการจัดการกระจายสินค้าหรือบริการไปยังลูกค้า เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้า ดังนั้น จึงควรทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของการตลาด (Marketing) การตลาดโดยตรง (Direct Marketing) และประเภทของการตลาดโดยทางตรง เพื่อจะสามารถเข้าใจถึงลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรงได้ดียิ่งขึ้น

2.3.1 ความหมายของการตลาด (Marketing)

“การตลาด” (Marketing) สมาคมการตลาดแห่งสหรัฐอเมริกา (American Marketing Association) ได้ให้นิยามไว้ว่า คือ กระบวนการวางแผนและบริการผลิตภัณฑ์บริการ หรือแนวความคิด ราคา การส่งเสริมการตลาดและจัดกระจายผลิตภัณฑ์ บริการ หรือแนวคิดนั้นๆ เพื่อทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนที่สร้างความพึงพอใจแก่ผู้บริโภคและบรรลุลวัตถุประสงค์ขององค์กร⁹⁸

สถาบันการตลาดแห่งประเทศอังกฤษ (UK' Chartered Institute of Marketing) ให้คำนิยามของการตลาดไว้ว่า “การตลาด คือ กระบวนการในการจัดการ เพื่อให้สามารถระบุและเข้าถึงความต้องการและความคาดหวังของลูกค้าสามารถตอบสนองต่อความคาดหวังนั้น และสามารถสร้างความพึงพอใจแก่ลูกค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ”⁹⁹

วิลเลียม เจ. สแตนต์ัน ศาสตราจารย์เกียรติคุณทางด้านการตลาดอีกท่านหนึ่งกล่าวไว้ว่า “การตลาด หมายถึง กิจกรรมที่ธุรกิจดำเนินการ และสามารถส่งผลกระทบระหว่างกันได้ เช่น

⁹⁷ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 194.

⁹⁸ วิทวัส รุ่งเรือง. อ้างแล้ว. หน้า 6.

⁹⁹ ฉัตรภาพ เสมอใจ และฐิตินันท์ วารีวนิช. (2551). *หลักการตลาด (Principle of Marketing)*. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น. หน้า 14.

การตั้งราคา การจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการ และการส่งเสริมการตลาด เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้าทั้งในปัจจุบันและผู้ที่ยังคาดว่าจะเป็นลูกค้าในอนาคตได้”¹⁰⁰

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า “การตลาด คือ กระบวนการในการดำเนินกิจกรรมใดๆ ที่จะช่วยก่อให้เกิดความเข้าใจในความต้องการของลูกค้า และสามารถตอบสนองความต้องการและสร้างความพึงพอใจแก่ลูกค้า และเพื่อให้ธุรกิจสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ”

2.3.2 ความหมายของการตลาดโดยตรง (Direct Marketing)

การตลาดโดยตรง (Direct Marketing) ตามความหมายของสมาคมการตลาดทางตรงของประเทศสหรัฐอเมริกา (Direct Marketing Association) ได้กำหนดไว้ว่า “การตลาดทางตรง หมายถึง ระบบโต้ตอบทางการตลาดที่ใช้สื่อ โฆษณาหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งสื่อ เพื่อให้เกิดผลที่วัดได้ และ/หรือ เกิดการแลกเปลี่ยน ณ สถานที่ใดที่หนึ่ง กิจกรรมเหล่านี้จะถูกบันทึกไว้เป็นฐานข้อมูลโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อนำข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับความต้องการและความสนใจของลูกค้า”¹⁰¹

รองศาสตราจารย์วิฑูรย์ รุ่งเรืองผล ได้ให้ความหมายของ “การตลาดทางตรง” (Direct Marketing) หมายถึง “การสื่อสารที่สื่อตรงไปยังกลุ่มเป้าหมายเฉพาะเป็นรายบุคคล เป็นการสื่อสารสองทาง โดยมีช่องทางที่กลุ่มเป้าหมายสามารถติดต่อสื่อสารกลับมาได้”¹⁰²

1) ประเภทของการตลาดโดยตรง (Types of Direct Marketing)

การตลาดโดยตรงแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่

(1) การขายโดยใช้พนักงานขาย (Personal Selling) หมายถึง การสื่อสารโดยใช้บุคคลเพื่อให้ข้อมูลและชักจูงใจให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้า หรือที่เรียกกันว่า “ขายตรง” (Direct Selling)

(2) การตลาดแบบตรงผ่านสื่อ (Media Direct Marketing) เป็นการทำการตลาดทางตรงที่มุ่งเน้นลูกค้าเฉพาะกลุ่ม แบบให้มีการสื่อสารสองทางระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสาร โดยผ่านสื่อต่างๆ หรือที่เรียกกันว่า “ตลาดแบบตรง” นั่นเอง

“ตลาดแบบตรง” เป็นเครื่องมือส่งเสริมการตลาดอย่างหนึ่งที่ใช้ระบบการสื่อสารโดยตรงถึงผู้บริโภคโดยไม่ผ่านพนักงานขาย ซึ่งระบบการสื่อสารที่นิยมนำมาใช้ใน “ตลาดแบบตรง” มีดังนี้

(2.1) การตลาดโดยใช้แคตตาล็อก (Catalog Marketing) เป็นการส่งแคตตาล็อกสินค้าไปยังลูกค้า เพื่อให้ลูกค้าส่งคำสั่งซื้อมายังผู้ขาย

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

¹⁰¹ อรรถ มณีสงฆ์. (2546). *การตลาดทางตรง (Direct Marketing)*. เชียงใหม่: The Knowledge Center. หน้า 2.

¹⁰² วิฑูรย์ รุ่งเรือง. อ้างแล้ว. หน้า 277.

(2.2) การตลาดโดยใช้จดหมายตรง (Direct Mail Marketing) เป็นการใช้จ่ายหมายส่งโดยตรงไปยังลูกค้า เพื่อให้ลูกค้าส่งคำสั่งซื้อมายังผู้ขาย

(2.3) การสื่อสารทางการตลาด (Telemarketing) เป็นระบบการติดต่อสื่อสารทางการตลาดโดยอาศัยโทรศัพท์ โทรทัศน์ คอมพิวเตอร์ เพื่อให้ลูกค้าสั่งซื้อ หรือเกิดการตอบสนองอย่างใดอย่างหนึ่ง

(2.4) การตลาดที่มีการตอบสนองโดยตรงทางโทรทัศน์ (Television Direct-Response Marketing) เป็นการเสนอขายสินค้าทางโทรทัศน์ เพื่อให้ลูกค้าสั่งซื้อสินค้านั้นทันที

(2.5) การเลือกซื้อทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Shopping) เป็นการเสนอขายสินค้า โดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เข้ามาช่วยไม่ว่าเป็น โทรสาร อินเทอร์เน็ต ฯลฯ

(2.6) การเลือกซื้อจากจุดขายย่อย (Kiosk Shopping) เป็นการเสนอขายสินค้า โดยออกแบบเครื่องจักรเพื่อการเลือกซื้อสินค้า โดยจัดวางเครื่องจักรในห้างสรรพสินค้า หรือย่านชุมชน¹⁰³

2.3.3 ความหมายของตลาดแบบตรง

“ตลาดแบบตรง” พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามว่า “ตลาดแบบตรง หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น”

รองศาสตราจารย์สุชม สุภนิคย์ ได้อธิบายคำว่า “ตลาดแบบตรง” ไว้ว่า “ตลาดแบบตรงเป็นการตลาดแบบส่งข้อมูลถึงตัวผู้บริโภค ที่เรียกว่า Direct Marketing หมายถึง การขายด้วยวิธีให้ข้อมูลผ่านสื่อที่ส่งตรงไปยังเป้าหมาย คือ ผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคตกลงซื้อ แตกต่างจากการโฆษณาขายสินค้าในสื่อมวลชน ซึ่งเป็นการให้ข้อมูลเท่าที่จำเป็นแก่ผู้บริโภคทุกๆ ไป ไม่เจาะจงและไม่มีการให้คำตอบสั่งซื้อกลับมายังผู้โฆษณา”¹⁰⁴

จากความหมายของ “ตลาดแบบตรง” ดังกล่าวข้างต้น มีผู้เกี่ยวข้องในธุรกิจตลาดแบบตรง ดังนี้

1) ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

ในระบบธุรกิจตลาดแบบตรง ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง อาจหมายถึงถึงผู้เป็นเจ้าของสินค้า ผลิต หรือนำเข้า หรืออาจหมายถึง ผู้จัดการจำหน่ายที่รับจัดจำหน่ายโดยใช้ระบบ

¹⁰³ วิทวัส รุ่งเรือง. อ้างแล้ว. หน้า 278-279.

¹⁰⁴ สุชม สุภนิคย์. (2547). คำอธิบายการจัดจำหน่ายในระบบขายตรงและการทำตลาดแบบส่งข้อมูลถึงตัวผู้บริโภคโดยตรง ภายใต้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 23.

ตลาดแบบตรง การขายในระบบนี้ไม่จำเป็นว่าจะใช้ควบคู่กับระบบการกระจายสินค้าแบบอื่นๆ ไม่ได้ ซึ่งในความเป็นจริงระบบตลาดแบบตรงกลับใช้เป็นส่วนเสริมการขายในระบบธรรมดาให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นในหลายๆ ธุรกิจ เช่น ธุรกิจอาหารจานด่วน ที่มีทั้งขายหน้าร้านและสั่งทางโทรศัพท์ ธุรกิจขายของขวัญหรือดอกไม้ เป็นต้น

2) ผู้บริโภค

ผู้บริโภค คือ ผู้ซื้อ ซึ่งคำสั่งซื้อไปยังผู้ขายในระบบธุรกิจตลาดแบบตรง ผู้ซื้อจะเป็นผู้ที่ผู้เสนอขายจะจัดส่งข้อมูลมาให้ทางไปรษณีย์ หรือทาง Electronic-Mail (E-Mail) หรือทางสื่อสารผ่านทางโทรศัพท์ โทรทัศน์ก็ได้ ที่สำคัญก็คือ การสั่งซื้อต้องเกิดจากการให้ข้อมูลที่สามารถทำให้ผู้ซื้อตัดสินใจซื้อได้และปราศจากเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับความผูกพันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ การเสนอข้อมูลต้องไม่มีเงื่อนไขว่า ต้องมีการพิจารณาเป็นรายบุคคลว่าจะขายให้หรือไม่ หรือให้ติดต่อของรายละเอียดเพิ่มเติม ดังนี้ ไม่สามารถทำให้มีการตกลงเป็นสัญญาซื้อขายได้ จึงไม่ใช่การขายที่เข้าลักษณะตลาดแบบตรง เพราะเป็นเรื่องที่ต้องมีการเจรจาตกลงกันในรายละเอียด¹⁰⁵

2.3.4 ตลาดแบบตรงกับการขายโดยวิธีอื่น

1) ตลาดแบบตรงกับการขายปลีกโดยทั่วไป

“ตลาดแบบตรง” เป็นการตลาดสินค้าหรือบริการ ในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง ซึ่งตลาดแบบตรงเป็นวิธีการในการกระจายสินค้าหรือบริการสู่ผู้บริโภควิธีหนึ่ง โดยการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภคคนสุดท้ายนั้นในทางการตลาดเรียกว่า “ขายปลีก” ซึ่งสามารถทำได้หลายวิธี เช่น เปิดร้านค้าปลีกหรือขายโดยใช้พนักงานขาย เป็นต้น

การขายปลีก (Retailing) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับการขายสินค้า หรือบริการให้แก่ผู้บริโภคคนสุดท้าย (Ultimate Consumer) เพื่อการใช้ที่ไม่ใช่ในทางธุรกิจ แต่เพื่อนำไปใช้โดยส่วนตัวหรือภายในครัวเรือน การขายปลีกส่วนใหญ่มักกระทำผ่านร้านค้าปลีกที่ขายสินค้าให้กับผู้บริโภคคนสุดท้ายแต่บางครั้งอาจกระทำผ่านองค์กรรูปแบบอื่น เช่น โรงงานผลิต ผู้ค้าส่ง หรือร้านค้าปลีกที่ขายสินค้าให้กับผู้บริโภคคนสุดท้าย เพื่อนำไปใช้ในทางที่ไม่ใช่ธุรกิจ การขายปลีกอาจไม่ได้กระทำผ่านทางร้านค้า แต่อาจกระทำผ่านบุคคล หรือทางไปรษณีย์ หรือทางโทรศัพท์ หรือการขายสินค้าโดยเครื่องขายอัตโนมัติ (Vending Machines) หรืออาจเกิดขึ้นในบ้านของผู้บริโภค หรืออาจเสนอขายสินค้าผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce)

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การขายปลีกนั้น สามารถทำได้หลายวิธี และตลาดแบบตรงก็เป็นวิธีหนึ่งหรือรูปแบบหนึ่งของการขายปลีกนั่นเอง¹⁰⁶

2) ตลาดแบบตรงกับการขายตามตัวอย่าง

การขายตามตัวอย่าง (Sale by Sample) เป็นการขายที่ผู้ซื้อ ได้มีโอกาสดูตัวอย่างสินค้า ก่อนตกลงทำสัญญาซื้อขาย ของที่นำมาแสดงจึงเป็นเพียงตัวอย่างสินค้าไม่ใช่ตัวสินค้าที่จะส่งมอบกันจริงๆ ในการขายตามตัวอย่างนั้น ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างจะผิดเพี้ยนกันไปมิได้¹⁰⁷

ประเด็นที่สำคัญประการหนึ่ง ที่ต้องใช้ประกอบการพิจารณาว่าการซื้อขายนั้นเข้าลักษณะเป็นการขายตามตัวอย่างหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้ขายว่าประสงค์จะส่งมอบสินค้าให้ตรงตามตัวอย่าง หรือเป็นเพียงแต่ชักชวนให้ผู้ซื้อได้เห็นชนิดและคุณภาพของสินค้าที่เสนอขายเท่านั้น¹⁰⁸

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการขายตามตัวอย่างมีลักษณะสำคัญ คือ ผู้ขายต้องมีตัวอย่างสินค้าที่จะขายมาให้ผู้ซื้อได้ตรวจดูและผู้ซื้อมีเจตนาที่ซื้อสินค้าที่มีคุณสมบัติ ลักษณะหรือคุณภาพตามตัวอย่างประกอบกับผู้ขายต้องส่งมอบของให้ตรงตามตัวอย่าง ยิ่งไปกว่านั้นหากปรากฏว่าของผู้ขายส่งมอบไม่ตรงตามตัวอย่าง ผู้ซื้อก็มีสิทธิไม่ยอมรับมอบได้ เช่นนี้ส่งผลให้การซื้อขายไม่เป็นผล¹⁰⁹

ลักษณะของการซื้อขายตามตัวอย่างเมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะการซื้อขายตามวิธีการตลาดแบบตรงจะพบว่ามีความแตกต่างกัน คือ กรณีการซื้อขายตามตัวอย่าง ผู้ขายจะต้องมีของอันเป็นตัวอย่างมาแสดงแก่ผู้รับให้ได้ตรวจดู และในขณะเดียวกันผู้ซื้อเองก็ต้องได้มีโอกาสตรวจดูของที่รับมอบก่อนว่าตรงตามตัวอย่างที่เสนอมานหรือไม่ก่อนที่จะรับมอบ และทันทีที่ผู้ซื้อยอมรับมอบสัญญาซื้อขายจึงจะเกิดและกรรมสิทธิ์จึงจะโอน¹¹⁰ ส่วนในกรณีของการขายตามวิธีการตลาดแบบตรงนั้นจะเป็นในลักษณะกลับกัน เพราะผู้ซื้อจะทำการติดต่อเพื่อทำการซื้อขายกับผู้ขายผ่านทาง “สื่อ” โดยที่ทั้งสองฝ่ายมิได้เผชิญหน้ากัน ดังนั้น การรับรู้ หรือรับทราบถึงลักษณะคุณภาพ

¹⁰⁶ ประสม หงษ์โต. (2550). *ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 11-12.

¹⁰⁷ วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้ว. หน้า 248.

¹⁰⁸ วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้ว. หน้า 248.

¹⁰⁹ ประพันธ์ ศาคะมาน และไพจิตร ปุญญพันธุ์. (2539). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ. หน้า 129.

¹¹⁰ สุจินตนา ชุมวิสูตร. (2539). *สรุปวิชากฎหมายการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน. หน้า 124.

คุณสมบัติของของที่จะซื้อนั้นจะเป็นการรับรู้ผ่าน “สื่อ” ซึ่งผู้ซื้อไม่มีโอกาสเห็นตัวอย่าง หรือแม้กระทั่งตรวจสอบของก่อนแต่อย่างใด

3) ตลาดแบบตรงกับการขายตามคำพรรณนา

การขายตามคำพรรณนา (Sale by Description) นั้น หมายถึง การที่ผู้ซื้อไม่มีโอกาสตรวจตราคุณภาพของสินค้า ซึ่งอาจพรรณนาด้วยวาจาหรือรูปภาพ หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้

จึงกล่าวได้ว่าการขายตามคำพรรณนาตามปกติ คือ การขายที่ผู้ซื้อไม่ได้เห็นและตรวจตราทรัพย์สินที่ขาย แต่ได้ตกลงซื้อโดยเชื่อคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สิน¹¹

ดังนั้น การขายตามคำพรรณนาผู้ขายจึงต้องพรรณนา บรรยาย ให้ผู้ซื้อเชื่อในลักษณะคุณสมบัติ คุณภาพของสินค้าที่ขายและผู้ซื้อตกลงซื้อ เพราะเชื่อในคำพรรณนาดังกล่าว โดยผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าให้ตรงตามคำพรรณนา กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้ตรงตามคำพรรณนาเสียก่อน ถ้าผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินมาให้ ใช้ไม่ได้ประโยชน์ สมดังคำพรรณนา ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกปัดเสียและเรียกค่าเสียหายได้ หรือบังคับให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญา หรือเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนด้วยก็ได้¹²

จะเห็นได้ว่า ตลาดแบบตรงมีลักษณะของการพรรณนาถึงคุณลักษณะ คุณสมบัติ และคุณภาพของสินค้าให้ผู้บริโภคฟังผ่าน “สื่อ” ไม่ว่าจะเป็นสื่อใดก็ตาม จนผู้บริโภคเชื่อและตกลงซื้อตามคำพรรณนาแล้ว การขายลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นการขายตามคำพรรณนา ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย¹³

4) ตลาดแบบตรงกับการขายเพื่อชอบ

การขายเพื่อชอบ คือ การขายที่ผู้ขายส่งทรัพย์สินให้ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขว่าให้ ผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อ¹⁴ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ทั้งนี้ เพราะผู้ซื้อหลังจากที่ได้รับสินค้าแล้วจะซื้อหรือไม่ก็ได้ หากผู้ซื้อไม่พอใจในสินค้าการซื้อขายก็ยังไม่เป็นผลในทางกลับกันหากผู้ซื้อพอใจ และแสดงเจตนาว่าจะรับซื้อสินค้านั้น หรือผู้ซื้อใช้ราคาบางส่วนหรือทั้งหมด หรือผู้ซื้อจำหน่ายสินค้านั้นหรือทำประการอื่นใดโดยปริยายว่ารับซื้อ เมื่อนั้นสัญญาซื้อขายเพื่อชอบจึงจะสมบูรณ์ และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะ โอนไปยังผู้ซื้อ เมื่อผู้ซื้อได้ตรวจดูสินค้านั้นแล้ว

¹¹ ปรีชา สุมาวงศ์. (2528). คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 367.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 372.

¹³ ประสม หงษ์โค. อ้างแล้ว. หน้า 16.

¹⁴ ปรีชา สุมาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 376.

และยอมรับซื้อเด็ดขาดกันไป¹¹⁵ มีข้อพึงสังเกตประการหนึ่งในส่วนของการขายเพื่อชอบ นั่นคือ การขายเพื่อชอบนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายได้ตกลงทำสัญญากันแล้ว หากแต่ตกอยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขเท่านั้น¹¹⁶

ในกรณีตลาดแบบตรงเมื่อกลับมาพิจารณาจะพบว่าในทางปฏิบัติผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดกันไปแล้ว โดยผ่าน “สื่อ” และส่วนใหญ่ในสัญญาจะซื้อจะขาย จะไม่มีข้อความหรือเงื่อนไขที่จะให้มีการคืนสินค้าหากไม่ชอบหรือไม่พอใจ¹¹⁷ อันจะทำให้เข้าตามหลักในเรื่องการขายเพื่อชอบ และหากเป็นเช่นนั้นการขายนั้นก็เข้ากรณีการขายเพื่อชอบ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติอาจเป็นไปได้ที่มีการกำหนดข้อความ หรือเงื่อนไขเช่นว่านั้นในสัญญาได้ และหากเป็นเช่นนั้นก็เข้ากรณีการขายเพื่อชอบ อันส่งผลให้ตกอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น วิธีการขายทั้งสามลักษณะข้างต้นเมื่อทำการพิจารณาแล้ว จะพบว่า การขายตามคำพรรณนา และการขายเพื่อชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีส่วนใกล้เคียงกับการตลาดแบบตรงได้ หากปรากฏว่าเข้าลักษณะอันเป็นองค์ประกอบการตลาดแบบตรง นั่นคือ เป็นการทำการซื้อขายกัน โดยผู้ซื้อและผู้ขายอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ทั้งนี้ โดยการใช้ “สื่อ” ในการทำการซื้อขาย ดังนั้น โดยสรุปแล้วหากการขายตามคำพรรณนา หรือการขายเพื่อชอบเข้าลักษณะอันเป็นองค์ประกอบของการตลาดแบบตรงแล้ว ผลก็คือ การตลาดแบบตรงก็ถือเป็นสัญญาซื้อขายอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ต้องภายใต้ประมวลกฎหมายและแพ่งพาณิชย์¹¹⁸

5) ตลาดแบบตรงกับการขายตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

เนื่องจาก “การขาย” เป็นวิธีการกระจายสินค้าไปสู่ผู้บริโภค และการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภคคนสุดท้าย ซึ่งในทางการตลาดเรียกว่า “ขายปลีก” ซึ่งในทางปฏิบัติสามารถทำได้หลายวิธี เช่น การเปิดร้านค้าปลีก การขายโดยใช้พนักงานขาย การขายผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น¹¹⁹

¹¹⁵ วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้ว. หน้า 283.

¹¹⁶ ปรีชา สุมาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 376.

¹¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ส่วนขายตรงและตลาดแบบตรง สำนักกฎหมายและคดี. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 3.

¹¹⁸ ทิพย์รัตน์ มุขยวงศา. (2547). ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง: ศึกษาเฉพาะกรณีตลาดแบบตรง. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

¹¹⁹ วิมิตร นองสุวรรณ. (2542). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจขายตรง. วิชานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 24.

ซึ่ง “ตลาดแบบตรง” ก็เป็นการค้าปลีกชนิดหนึ่ง และยังพบว่ามีการมีการขายอีกรูปแบบหนึ่งที่มีความคล้ายคลึงกับ “ตลาดแบบตรง” นั่นก็คือ “ขายตรง” แต่ก็มีความแตกต่างกันบางประการ ดังนี้

การขายตรงเป็นวิธีการขายสินค้าหรือบริการ โดยวิธีที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีนำสินค้าหรือบริการของตนไปนำเสนอขายต่อผู้บริโภค โดยอาศัยบุคคล (ผู้ขายตรง) ซึ่งอาจเป็นตัวแทนขายหรือผู้จำหน่ายอิสระก็ได้ ณ สถานที่อยู่อาศัย หรือสถานที่อื่นใดที่ไม่ใช่สถานประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ การเสนอขายดังกล่าวจะใช้วิธีนำเสนอด้วยวาจาต่อหน้าผู้บริโภคเป็นสำคัญ¹²⁰ ซึ่งสามารถแบ่งผู้เกี่ยวข้องในระบบธุรกิจขายตรงได้ ดังนี้¹²¹

(1) ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หมายถึง ผู้ผลิต ผู้นำเข้าสินค้า หรือบริการ

(2) ผู้ขายตรง กล่าวคือ ตัวแทนขายตรง ซึ่งหมายถึง ลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หรือผู้จำหน่ายอิสระ ซึ่งหมายถึง ผู้ที่ซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจขายตรงไปขายต่อให้กับผู้บริโภค โดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการขายนั้น แต่บุคคลดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์ในฐานะลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

(3) ผู้บริโภค ผู้ซื้อ หรือผู้ได้รับบริการจากการขายตรง

“ตลาดแบบตรง” เป็นการตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงเสนอขายสินค้าหรือบริการของตน โดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางด้วยวิธีการเสนอผ่านสื่อโฆษณาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาขายสินค้าหรือบริการทั่วไปทางวิทยุโทรทัศน์ แคตตาล็อก ไปรษณีย์ สื่อสิ่งพิมพ์ และทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต เป็นต้น

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า การขายตรง (Direct Selling) กับตลาดแบบตรง (Direct Marketing) นั้น แตกต่างกัน โดยตลาดแบบตรงจะกระทำผ่านสื่อต่างๆ และไม่มีข้อจำกัดในเรื่องสถานที่ แต่การขายตรงจะไม่กระทำผ่านสื่อ แต่กระทำโดยผ่านบุคคล (ผู้ขายตรง) และจะถูกจำกัดในเรื่องสถานที่ด้วยว่าจะต้องมีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ¹²²

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

¹²¹ สุขุม ศุภนิคย์. อ้างแล้ว. หน้า 18.

¹²² ประสม หงษ์ไค. อ้างแล้ว. หน้า 13.