

บทที่ 4

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจตลาดแบบตรงตาม

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

ปัจจุบันผู้ประกอบการหันมาให้ความสนใจในธุรกิจตลาดแบบตรงเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากสามารถเข้าถึงตัวผู้บริโภคได้ง่าย และสามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้มากกว่า อีกทั้งยังประหยัดต้นทุนในการดำเนินกิจการของตน และสามารถเข้าสู่ฐานตลาดผู้บริโภคได้มากกว่า สามารถสร้างกำไรให้แก่ผู้ประกอบการได้มหาศาล ประกอบกับการพัฒนาการด้านการสื่อสารข้อมูลไปยังผู้บริโภคที่อยู่ห่างไกลโดยระยะทาง ซึ่งอาศัยเทคโนโลยีที่ทันสมัยในรูปแบบต่างๆ อาทิเช่น ผ่านสัญญาณดาวเทียม อินเทอร์เน็ต รวมถึงการใช้การสื่อสารข้อมูลโดยใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เรียกกันว่า (Smart phone) เป็นต้นส่งผลให้พฤติกรรมผู้บริโภคของผู้บริโภคในชีวิตประจำวันเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ผู้ประกอบการจึงอาศัยเทคโนโลยีด้านการสื่อสารในการคิดวิธีการทำตลาดสินค้าหรือบริการที่มีความหลากหลายมากขึ้น และมีความซับซ้อนเพิ่มมากขึ้นอีกด้วย

ดังนั้น ปัญหาที่ผู้ประกอบการตลาดแบบตรงทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการขายแบบเชิงรุกดังกล่าว ทั้งยังมีความซับซ้อนมากขึ้น ทำให้ประชาชนทั่วไปในฐานะผู้บริโภคอยู่ในสถานการณ์ที่เสียเปรียบ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม ปัญหาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ที่ไม่ได้รับความไม่เป็นธรรมจากการกระทำของผู้ประกอบการตลาดแบบตรงจึงเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วยมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ไม่ชัดเจนคลุมเครือไม่สามารถรองรับและเท่าทันสภาพธุรกิจตลาดแบบตรงที่มีอยู่ในปัจจุบัน รายละเอียดดังจะกล่าวในบทนี้ต่อไป

4.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของคำนิยาม “ตลาดแบบตรง” รวมถึงคำนิยามศัพท์ที่ไม่มีการบัญญัติไว้อีกทั้งนิติกรรมบางประเภทที่ไม่ควรตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

4.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของคำนิยาม “ตลาดแบบตรง”

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

รองศาสตราจารย์สุชม สุภนิตย์ ได้อธิบายคำว่า “ตลาดแบบตรง” ไว้ว่า “ตลาดแบบตรงเป็นการตลาดแบบส่งข้อมูลถึงตัวผู้บริโภค ที่เรียกว่า Direct Marketing หมายถึง การขายด้วยวิธีให้ข้อมูลผ่านสื่อที่ส่งตรงไปยังเป้าหมาย คือ ผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคตกลงซื้อ แตกต่างจากการโฆษณาขายสินค้าในสื่อมวลชน ซึ่งเป็นการให้ข้อมูลเท่าที่จำเป็นแก่ผู้บริโภคทุกๆ ไป ไม่เจาะจง และไม่มีกรให้คำตอบสั่งซื้อกลับมายังผู้โฆษณา”¹

จากความหมายของ “ตลาดแบบตรง” ดังกล่าวข้างต้น มีผู้เกี่ยวข้องในธุรกิจตลาดแบบตรง ดังนี้

1) ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

ในระบบธุรกิจตลาดแบบตรง ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง อาจหมายถึงรวมถึงผู้เป็นเจ้าของสินค้า ผลิต หรือนำเข้า หรืออาจหมายถึง ผู้จัดจำหน่ายที่รับจัดจำหน่ายโดยใช้ระบบตลาดแบบตรง การขายในระบบนี้ไม่จำเป็นว่าจะใช้ควบคู่กับระบบการกระจายสินค้าแบบอื่นๆ ไม่ได้ ซึ่งในความเป็นจริงระบบตลาดแบบตรงกลับใช้เป็นส่วนเสริมการขายในระบบธรรมดาให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นในหลายๆ ธุรกิจ เช่น ธุรกิจอาหารจานด่วน ที่มีทั้งขายหน้าร้านและสั่งทางโทรศัพท์ ธุรกิจขายของของขวัญหรือดอกไม้ เป็นต้น

2) ผู้บริโภค

ผู้บริโภค คือ ผู้ซื้อ ซึ่งคำสั่งซื้อไปยังผู้ขายในระบบธุรกิจตลาดแบบตรง ผู้ซื้อจะเป็นผู้ที่ผู้เสนอขายเจาะจงส่งข้อมูลมาให้ทางไปรษณีย์ หรือทาง Electronic-Mail (E-Mail) หรือทางสื่อสารผ่านทางโทรศัพท์ โทรทัศน์ก็ได้ ที่สำคัญก็คือ การสั่งซื้อต้องเกิดจากการให้ข้อมูลที่สามารถทำให้ผู้ซื้อตัดสินใจซื้อได้และปราศจากเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับความผูกพันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย

¹ สุชม สุภนิตย์. (2547). คำอธิบายการจัดจำหน่ายในระบบขายตรงและการทำตลาดแบบส่งข้อมูลถึงตัวผู้บริโภค โดยตรง ภายใต้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน. หน้า 23.

กล่าวคือ การเสนอข้อมูลต้องไม่มีเงื่อนไขว่า ต้องมีการพิจารณาเป็นรายบุคคลว่าจะขายให้หรือไม่ หรือให้ติดต่อของรายละเอียดเพิ่มเติม ดังนี้ ไม่สามารถทำให้มีการตกลงเป็นสัญญาซื้อขายได้ จึงไม่ใช่การขายที่เข้าลักษณะตลาดแบบตรง เพราะเป็นเรื่องที่ต้องมีการเจรจาตกลงกันในรายละเอียด²

“ตลาดแบบตรง” เป็นการทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูล เพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภค แต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง ซึ่งตลาดแบบตรง เป็นวิธีการในการกระจายสินค้าหรือบริการสู่ผู้บริโภควิธีหนึ่ง โดยการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภค คนสุดท้ายนั้นในทางการตลาดเรียกว่า “ขายปลีก” ซึ่งสามารถทำได้หลายวิธี เช่น เปิดร้านค้าปลีก หรือขายโดยใช้พนักงานขาย เป็นต้น

การขายปลีก (Retailing) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับการขายสินค้า หรือบริการให้แก่ ผู้บริโภคคนสุดท้าย (Ultimate Consumer) เพื่อการใช้ที่ไม่ใช่ในทางธุรกิจ แต่เพื่อนำไปใช้โดยส่วนตัว หรือภายในครัวเรือน การขายปลีกส่วนใหญ่มักกระทำผ่านร้านค้าปลีกที่ขายสินค้าให้กับผู้บริโภค คนสุดท้ายแต่บางครั้งอาจกระทำผ่านองค์กรรูปแบบอื่น เช่น โรงงานผลิต ผู้ค้าส่ง หรือร้านค้าปลีกที่ ขายสินค้าให้กับผู้บริโภคคนสุดท้าย เพื่อนำไปใช้ในทางที่ไม่ใช่ธุรกิจ การขายปลีกอาจไม่ได้กระทำ ผ่านทางร้านค้า แต่อาจกระทำผ่านบุคคล หรือทางไปรษณีย์ หรือทางโทรศัพท์ หรือการขายสินค้า โดยเครื่องขายอัตโนมัติ (Vending Machines) หรืออาจเกิดขึ้นในบ้านของผู้บริโภค หรืออาจเสนอ ขายสินค้าผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce)³

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า “ตลาดแบบตรง” เป็นการทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะ ของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง และมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง โดยไม่ได้กระทำผ่านทางร้านค้า แต่อาจกระทำผ่านบุคคล หรือทางไปรษณีย์ หรือทางโทรศัพท์ หรือการขายสินค้าโดยเครื่องขายอัตโนมัติ หรืออาจเกิดขึ้นในบ้านของผู้บริโภค หรือ อาจเสนอขาย สินค้าผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งตลาดแบบตรงเป็นวิธีการ ในการกระจายสินค้าหรือบริการ สู่ผู้บริโภควิธีหนึ่ง โดยการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภคคนสุดท้าย เพื่อการใช้ที่ไม่ใช่ในทางธุรกิจแต่ เพื่อนำไปใช้โดยส่วนตัว หรือภายในครัวเรือน ซึ่งเป็นวิธีหนึ่งหรือรูปแบบหนึ่งของการขายปลีก นั้นเอง

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

³ ประสม หงษ์โต. (2550). *ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 11-12.

“ตลาดแบบตรง” นั้น เป็นวิธีหนึ่งหรือรูปแบบหนึ่งของการขายปลีก ซึ่งมีความเหมือนหรือมีความแตกต่างจากการขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการขายตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 รายละเอียด ดังนี้

(1) ตลาดแบบตรงกับการขายตามตัวอย่าง

การขายตามตัวอย่าง (Sale by Sample) เป็นการขายที่ผู้ซื้อได้มีโอกาสดูตัวอย่างสินค้าก่อนตกลงทำสัญญาซื้อขาย ของที่นำมาแสดงจึงเป็นเพียงตัวอย่างสินค้าไม่ใช่ตัวสินค้าที่จะส่งมอบกันจริงๆ ในการขายตามตัวอย่างนั้น ผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างจะผิดเพี้ยนกันไปมิได้⁴

ประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งที่ต้องใช้ประกอบการพิจารณาว่าการซื้อขายนั้นเข้าลักษณะเป็นการขายตามตัวอย่างหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้ขายว่าประสงค์จะส่งมอบสินค้าให้ตรงตามตัวอย่าง หรือเป็นเพียงแต่ชักชวนให้ผู้ซื้อได้เห็นชนิดและคุณภาพของสินค้าที่เสนอขายเท่านั้น⁵

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการขายตามตัวอย่างมีลักษณะสำคัญ คือ ผู้ขายต้องมีตัวอย่างสินค้าที่จะขายมาให้ผู้ซื้อได้ตรวจดูและผู้ซื้อมีเจตนาที่ซื้อสินค้าที่มีคุณสมบัติ ลักษณะหรือคุณภาพตามตัวอย่างประกอบกับผู้ขายต้องส่งมอบของให้ตรงตามตัวอย่าง ยิ่งไปกว่านั้นหากปรากฏว่าของที่ผู้ขายส่งมอบไม่ตรงตามตัวอย่าง ผู้ซื้อก็มีสิทธิไม่ยอมรับมอบได้ เช่นนี้ส่งผลให้การซื้อขายไม่เป็นผล⁶

ลักษณะของการซื้อขายตามตัวอย่างเมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะการขายตามวิธีการตลาดแบบตรงจะพบว่ามี ความแตกต่างกัน คือ กรณีการขายตามตัวอย่างผู้ขายจะต้องมีของอันเป็นตัวอย่างมาแสดงแก่ผู้รับให้ได้ตรวจดู และในขณะเดียวกันผู้ซื้อเองก็ต้องได้มีโอกาสตรวจดูของที่รับมอบก่อนว่าตรงตามตัวอย่างที่เสนอมานหรือไม่ก่อนที่จะรับมอบ และทันทีที่ผู้ซื้อยอมรับมอบสัญญาซื้อขายจึงจะเกิดและกรรมสิทธิ์จึงจะโอน⁷ ส่วนในกรณีของการขายตามวิธีการตลาดแบบตรงนั้นจะเป็นในลักษณะกลับกัน เพราะผู้ซื้อจะทำการติดต่อเพื่อทำการซื้อขาย

⁴ วิชาญ เครืองาม. (2549). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ. หน้า 248.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁶ ประพันธ์ ศาตะมาน และไพจิตร ปุญญพันธ์. (2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ. หน้า 129.

⁷ สุจินตนา ชุมวิสูตร. (2539). สรุปรวิชากฎหมายการค้าซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน. หน้า 124.

กับผู้ขายผ่านทาง “สื่อ” โดยที่ทั้งสองฝ่ายมิได้เผชิญหน้ากัน ดังนั้น การรับรู้ หรือรับทราบถึงลักษณะคุณภาพ คุณสมบัติของของที่จะซื้อนั้นจะเป็นการรับรู้ผ่าน “สื่อ” ซึ่งผู้ซื้อไม่มีโอกาสเห็นตัวอย่าง หรือแม้กระทั่งตรวจสอบของก่อนแต่อย่างใด

(2) ตลาดแบบตรงกับการขายตามคำพรรณนา

การขายตามคำพรรณนา (Sale by Description) นั้น หมายถึง การที่ผู้ซื้อไม่มีโอกาสตรวจตราคุณภาพของสินค้า ซึ่งอาจพรรณนาด้วยวาจาหรือรูปภาพ หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ จึงกล่าวได้ว่าการขายตามคำพรรณนาตามปกติ คือ การขายที่ผู้ซื้อ ไม่ได้เห็นและตรวจตราทรัพย์สินที่ขาย แต่ได้ตกลงซื้อโดยเชื่อคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สิน⁸

ดังนั้น การขายตามคำพรรณนาผู้ขายจึงต้องพรรณนา บรรยาย ให้ผู้ซื้อเชื่อในลักษณะคุณสมบัติ คุณภาพของสินค้าที่ขายและผู้ซื้อตกลงซื้อ เพราะเชื่อในคำพรรณนาดังกล่าวโดยผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าให้ตรงตามคำพรรณนา กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้ตรงตามคำพรรณนาเสียก่อน ถ้าผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินมาให้ ใช้ไม่ได้ประโยชน์สมดังคำพรรณนา ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกปัดเสียและเรียกค่าเสียหายได้ หรือบังคับให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญา หรือเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนด้วยก็ได้

จะเห็นได้ว่า ตลาดแบบตรงมีลักษณะของการพรรณนาถึงคุณลักษณะ คุณสมบัติ และคุณภาพของสินค้าให้ผู้บริโภคฟังผ่าน “สื่อ” ไม่ว่าจะเป็สื่อใดก็ตาม จนผู้บริโภคเชื่อและตกลงซื้อตามคำพรรณนาแล้ว การขายลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นการขายตามคำพรรณนา ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย¹⁰

(3) ตลาดแบบตรงกับการขายเพื่อชอบ

การขายเพื่อชอบ คือ การขายที่ผู้ขายส่งทรัพย์สินให้ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อ¹¹ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ทั้งนี้ เพราะผู้ซื้อหลังจากที่ได้รับสินค้าแล้วจะซื้อหรือไม่ก็ได้ หากผู้ซื้อไม่พอใจในสินค้าการซื้อขายก็ยังไม่เป็นผลในทางกลับกันหากผู้ซื้อพอใจ และแสดงเจตนาว่าจะรับซื้อสินค้านั้น หรือผู้ซื้อใช้ราคาบางส่วนหรือทั้งหมด หรือผู้ซื้อจำหน่ายสินค้านั้นหรือทำประการอื่นใดโดยปริยายว่ารับซื้อ เมื่อนั้นสัญญาซื้อขายเพื่อชอบจึงจะสมบูรณ์และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังผู้ซื้อ เมื่อผู้ซื้อได้ตรวจดูสินค้านั้นแล้ว

⁸ ปรีชา สุมาวงศ์. (2528). คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 367.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 372.

¹⁰ ประสม หงษ์โต. อ้างแล้ว. หน้า 16.

¹¹ ปรีชา สุมาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 376.

และยอมรับซื้อเด็ดขาดกันไป¹² มีข้อพึงสังเกตประการหนึ่งในส่วนของการขายเพื่อชอบ นั่นคือ การขายเพื่อชอบนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายได้ตกลงทำสัญญากันแล้ว หากแต่ตกอยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขเท่านั้น¹³

ในกรณีตลาดแบบตรงเมื่อกลับมาพิจารณาจะพบว่า ในทางปฏิบัติผู้ซื้อและผู้ขาย จะตกลงทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดกันไปแล้วโดยผ่าน “สื่อ” และส่วนใหญ่ในสัญญาจะซื้อจะขาย จะไม่มีข้อความหรือเงื่อนไขที่จะให้มีการคืนสินค้าหากไม่ชอบ หรือไม่พอใจ¹⁴ อันจะทำให้เข้าตามหลัก ในเรื่องการขายเพื่อชอบ และหากเป็นเช่นนั้นการขายนั้นก็เข้ากรณีการขายเพื่อชอบ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจเป็นไปได้ที่มีการกำหนดข้อความ หรือเงื่อนไขเช่นนั้นในสัญญาได้ และหาก เป็นเช่นนั้นก็เข้ากรณีการขายเพื่อชอบ อันส่งผลให้ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

ดังนั้น วิธีการขายทั้งสามลักษณะข้างต้นเมื่อทำการพิจารณาแล้ว จะพบว่า การขาย ตามคำพรรณนา และการขายเพื่อชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีส่วนใกล้เคียงกับ การตลาดแบบตรงได้ หากปรากฏว่าเข้าลักษณะอันเป็นองค์ประกอบการตลาดแบบตรง นั่นคือ เป็นการทำการซื้อขายกัน โดยผู้ซื้อและผู้ขายอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ทั้งนี้ โดยการใช้ “สื่อ” ในการ ทำการซื้อขาย ดังนั้น โดยสรุปแล้วหากการขายตามคำพรรณนา หรือการขายเพื่อชอบเข้าลักษณะ อันเป็นองค์ประกอบของการตลาดแบบตรงแล้ว ผลก็คือ การตลาดแบบตรงก็ถือเป็นสัญญาซื้อขาย อย่างหนึ่งซึ่งอยู่ต้องภายใต้ประมวลกฎหมายและแพ่งพาณิชย์¹⁵

(4) ตลาดแบบตรงกับการขายตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

เนื่องจาก “การขาย” เป็นวิธีการกระจายสินค้าไปสู่ผู้บริโภค และการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภคคนสุดท้าย ซึ่งในทางการตลาดเรียกว่า “ขายปลีก” ซึ่งในทางปฏิบัติสามารถทำได้หลายวิธี เช่น การเปิดร้านค้าปลีก การขายโดยใช้พนักงานขาย การขายผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น¹⁶

¹² วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้ว. หน้า 283.

¹³ ปรีชา สุมาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 376.

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). *คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ส่วนขายตรงและตลาดแบบตรง สำนักกฎหมายและคดี*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 3.

¹⁵ ทิพย์รัตน์ มุขขวางสา. (2547). *ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง: ศึกษาเฉพาะกรณีตลาดแบบตรง*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

¹⁶ วิมิตร นองสุวรรณ. (2542). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจขายตรง*. วิชานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 24.

ซึ่ง “ตลาดแบบตรง” ก็เป็นการค้าปลีกชนิดหนึ่ง และยังพบว่ามีการมีการขายอีกรูปแบบหนึ่งที่มีความคล้ายคลึงกับ “ตลาดแบบตรง” นั่นก็คือ “ขายตรง” แต่ก็มี ความแตกต่างกันบางประการ ดังนี้

การขายตรงเป็นวิธีการขายสินค้าหรือบริการ โดยวิธีที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีนำสินค้าหรือบริการของตนไปนำเสนอขายต่อผู้บริโภค โดยอาศัยบุคคล (ผู้ขายตรง) ซึ่งอาจเป็นตัวแทนขาย หรือผู้จำหน่ายอิสระก็ได้ ณ สถานที่ที่อยู่อาศัย หรือสถานที่อื่นใดที่ไม่ใช่สถานประกอบการ ทั้งนี้ การเสนอขายดังกล่าวจะใช้วิธีนำเสนอด้วยวาจาต่อหน้าผู้บริโภคเป็นสำคัญ¹⁷ ซึ่งสามารถแบ่งผู้เกี่ยวข้องในระบบธุรกิจขายตรงได้ ดังนี้¹⁸

(4.1) ผู้ประกอบธุรกิจขายตรง หมายถึง ผู้ผลิต ผู้นำเข้าสินค้า หรือบริการ

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

(4.3) ผู้บริโภค ผู้ซื้อ หรือผู้ได้รับบริการจากการขายตรง

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

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า การขายตรง (Direct Selling) กับตลาดแบบตรง (Direct Marketing) นั้น แตกต่างกัน โดยตลาดแบบตรงจะกระทำผ่านสื่อต่างๆ และไม่มีข้อจำกัดในเรื่องสถานที่ แต่การขายตรงจะไม่กระทำผ่านสื่อ แต่กระทำโดยผ่านบุคคล (ผู้ขายตรง) และจะถูกจำกัด ในเรื่องสถานที่ด้วยว่าจะต้องมีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ¹⁹

ธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น เป็นสัญญาซื้อขายรูปแบบหนึ่ง โดยลักษณะของการก่อให้เกิดสัญญาเป็นรูปแบบของการทำคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ย่อมเกิดขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ซึ่งตามที่ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 คำเสนอ และคำสนองตามระบบกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษมีลักษณะ ดังนี้

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

¹⁸ สุขุม สุภนิคย์. อ่างแล้ว. หน้า 18.

¹⁹ ประสม หงษ์โต. อ่างแล้ว. หน้า 13.

(1) คำเสนอนั้นต้องประกอบด้วยความตั้งใจจะผูกพันตามกฎหมาย และต้องเป็นสิ่งที่สามารถอาจจะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้ด้วย นักกฎหมายอังกฤษอธิบายคำเสนอว่าเป็นคำมั่น โดยเฉพาะ ชนิดหนึ่งซึ่งมีเงื่อนไขว่าผู้รับคำเสนอจะปฏิบัติการ หรือให้คำมั่นตอบแทนว่าจะปฏิบัติการ กล่าวอีกนัยหนึ่งว่าคำเสนอนั้นเป็นคำมั่นชนิดหนึ่งซึ่งมีเงื่อนไขว่า ผู้รับคำเสนอจะต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดภายในขอบเขตที่ผู้ให้คำเสนอได้กำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติการตามที่ร้องขอหรือตามที่ผู้รับคำเสนอได้ให้ไว้ว่าจะปฏิบัติการก็ได้ ตามกฎหมายอังกฤษ คำเสนอไม่จำเป็นต้องแสดงต่อบุคคลใด โดยเฉพาะ แต่จะมีสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีบุคคล โดยเฉพาะ ได้สนองรับตามคำเสนอ เช่น คำประกาศเสนอจะให้รางวัลแก่ผู้ที่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ตามธรรมดาไม่ได้เจาะจงลงไปว่า ผู้นั้นผู้นี้จะต้องทำ คงเป็นแต่คำเสนอต่อบุคคลทั่วไปไม่จำกัด ฉะนั้นใครจะสนองรับขึ้นมาโดยกระทำการตามคำเสนอนั้นขึ้นได้ การกระทำนั้นเอง เป็นคำสนอง อยู่ในตัวเป็นสิ่งที่ผู้เสนอมุ่งหวังมากกว่าตัวบุคคลที่จะกระทำคำสนอง²⁰

(2) ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น คำสนอง คือ คำตอบรับคำเสนอที่ผู้สนองตอบรับไปตามวิธีที่ผู้เสนอได้กำหนดให้ตอบหรือวิธีอันสมควรแก่พฤติการณ์ ถ้าผู้เสนอมิได้กำหนดวิธีให้ตอบโดยคำสนอนั้น ก็ต้องเป็นความยินยอมตกลงด้วย โดยปราศจากเงื่อนไขข้อแม้และตรงตามข้อความในคำเสนอซึ่งตามระบบกฎหมาย Common Law คำสนองจะต้องไม่มีเงื่อนไขคำสนอง จะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการกระทำอันใดที่พอจะเข้าใจได้ว่าเป็นการตกลงยินยอมตามคำเสนอแล้ว การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ เช่น ราคา หรือกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญของคำสนอนั้น ถือว่าเป็นการปฏิเสธคำเสนอหรือบอกปิดคำเสนอนั้น ผู้ทำคำเสนอจึงต้องตอบกลับตามคำสนองที่ได้ทำคำเสนอขึ้นมาใหม่จึงจะเกิดสัญญาขึ้น โดยปกติการนี้ไม่ถือว่าเป็นการตอบรับหรือการแสดงเจตนาตอบรับหรือเป็นการทำคำสนอง เว้นแต่จะมีพฤติการณ์เช่นนั้นว่าการนี้ถือเป็นการตอบรับ เวลาตอบรับคำสนองตามระบบกฎหมาย Common Law จะแบ่งเป็นการแสดงเจตนาเฉพาะหน้า (Face-to-Face) หรือทางโทรศัพท์ รวมทั้ง Telex รวมทั้ง Fax ตอบรับอัตโนมัติด้วยจะมีผลทันที ในกรณีการอยู่ห่างโดยระยะทางจะมีผลต่อเมื่อมีการส่งจดหมาย หรือประทับตราไปรษณีย์ โดยผู้รับไม่จำเป็นต้องได้รับจดหมายแต่อย่างใด รวมทั้งไม่จำเป็นต้องมีการเจรจาต่อรองกันด้วย²¹

คำเสนอ และคำสนองตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีลักษณะดังนี้

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2520). *กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด*. พระนคร: โรงพิมพ์สุทธินิการพิมพ์. หน้า 17.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

ก. ตามหลักกฎหมายเยอรมัน คำเสนอมีหลักอยู่ว่า “คำเสนอจะต้องชัดเจนและแน่นอน” คำเสนอที่ชัดเจนและแน่นอนจะมีผลเมื่อได้ไปถึงผู้รับคำเสนอแล้ว คำเสนอที่มีเงื่อนไข ตามหลักกฎหมายเยอรมันไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ แต่ถ้าตามพฤติการณ์หรือปกติประเพณีทางการค้ามีการตกลงในเรื่องเงื่อนไขแล้วและไม่มีการแก้ไขเป็นอย่างอื่นก็ถือว่าเป็นคำเสนอได้ และถ้าคำเสนอไม่ได้กำหนดราคาก็อาจเป็นคำเสนอที่สมบูรณ์ได้ ถ้ามีการตกลงหรือปฏิบัติต่อกันล่วงหน้า เช่นนั้นมาโดยตลอด²²

ข. คำสนองตามหลักกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ที่จะต้องมีการแสดงเจตนาไปถึงผู้ทำคำเสนอโดยตรง คำสนองจะมีผลเมื่อไปถึง โดยอยู่ภายใต้การครอบครองของผู้รับแล้ว อย่างไรก็ตาม คำสนองจะต้องไม่มีเงื่อนไขใดๆ เพิ่มเติม คำสนองที่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมถือว่าเป็นคำเสนอที่จัดทำขึ้นมาใหม่ สัญญายังไม่เกิดจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้นจะทำได้ทำคำสนองกลับมา โดยปราศจากเงื่อนไขและตรงกับคำเสนอที่ได้เสนอมาใหม่นั้น คำสนองจะต้องมีการแสดงเจตนาที่ชัดเจนและแน่นอนทั้งเป็นการยืนยันตามคำเสนอ (Confirmation of Order) ผลของการนิ่ง (The Effect of Silence) โดยหลักทั่วไปไม่ถือว่าเป็นการตอบรับหรือการแสดงเจตนาเว้นแต่ในทางการค้าหรือจารีตประเพณีทางธุรกิจที่ถือว่าเป็นการตอบรับหรือเป็นการยืนยันตามคำเสนอสำหรับเวลาทำคำสนองนั้น ตามหลักกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถ้าคำเสนอได้กำหนดระยะเวลาไว้ ผู้ทำคำสนองจะทำคำสนองมาภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาให้ถือว่าเป็นคำสนองนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ คำสนองจะมีผลเมื่อได้ไปถึงผู้ทำคำเสนอ ส่วนการนิ่งที่ถือว่าเป็นการตอบรับคำสนองจะมีผลทันทีที่ไม่มีการตอบรับกลับมาภายในระยะเวลาอันสมควรตามประเพณีปกติ²³

ในส่วนของคำเสนอ คำสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้ให้บทนิยามศัพท์เอาไว้ว่าเป็นอย่างไร มีเพียงความเห็นของนักกฎหมายไทยไว้ ซึ่งได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 อาทิเช่น

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า “คำเสนอ” ได้แก่ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งมีผู้รับของบุคคลฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “ผู้เสนอ” ต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้รับคำเสนอ” โดยผู้เสนอได้เสนอให้อีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาด้วย²⁴

²² ศรีัญญา คำผูก. (2545). *การก่อให้เกิดสัญญาในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศโดยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 24.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

²⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2539). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 118.

ศาสตราจารย์จิด เศรษฐบุตร อธิบายว่า “คำเสนอ” เป็นคำขอให้ทำสัญญา คำขอให้ทำสัญญานี้อาจเสนอต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง หรือจะเสนอต่อสาธารณชน คือบุคคลทั่วไปโดยมิได้เจาะจงว่าเป็นใครดังนี้ก็ได้อีก แต่สำคัญอยู่ที่ว่า คำเสนอนั้นต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนขนาดพอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ในเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งตกลงสนองรับ²⁵

ในคำอธิบายกฎหมาย “มูลคดีสัญญา” ของหลวงประดิษฐไพจิตรการรัตน์ โทสินทรศก 129 เห็นว่า “ความตกลงของเขทั้งสองนั้นอาจหมิ่นข้อความลงเป็น “คำขอ” และ “คำรับ” ได้เสมอ คือว่าเมื่อคิดลงไปให้ละเอียดจะเห็นได้ว่า เมื่อก่อนที่เขาได้ตกลงกันนั้น ฝ่ายหนึ่งได้ทำ “คำขอ” และอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำ “คำรับ” “คำขอ” นั้น ต้องเป็นการแสดงถึงความตั้งใจของฝ่ายหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องมีความชัดเจนและแน่นอนการที่จะแสดงความตั้งใจนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงออกด้วยปากเสมอ จะแสดงด้วยกริยาอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ สุดแต่ให้เป็นที่น่าเข้าใจกันว่าตนมีความประสงค์จะให้เป็นการคำขอซึ่งถ้าแม้มีคำรับเข้ามาแล้ว จะเป็นสัญญาที่ฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมายตามคำอธิบายนี้จะเห็นได้ว่า “คำขอ” ก็คือ “คำเสนอ” ส่วน “คำรับ” ก็คือ “คำสนอง” ทั้งนี้เพราะความตกลงที่เกิดจาก “คำขอ” และ “คำรับ” ที่ถูกต้องตรงกัน ย่อมก่อให้เกิดสัญญาที่ฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมาย²⁶ ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายไทยดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า ลักษณะของคำเสนอนั้น เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้เสนอส่งไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่มีการแสดงออกถึงความยินยอมโดยชัดแจ้งและแน่นอน ด้วยความประสงค์ที่จะผูกพันตนตามกฎหมาย และไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติได้อีก ทั้งนี้ คำเสนอนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการเสนอไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ส่วน “คำสนอง” นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ให้กำหนดคำเสนอเอาไว้โดยตรง แต่มีคำพิพากษาฎีกาได้กล่าวไว้ กล่าวคือ คำสนองที่จะมีผลให้เกิดสัญญาขึ้นได้นั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาจะทำสัญญาตรงตามคำเสนอ²⁷ หากบุคคลหนึ่งบอกขายทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อีกคนหนึ่งตอบว่าเต็มใจซื้อ แต่ยังมีอุปสรรคหรือยังไม่มีเงิน ดังนี้ไม่เป็นคำสนองหรือ

²⁵ จิด เศรษฐบุตร. (2528). *หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 249.

²⁶ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว. หน้า 119.

²⁷ จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 20.

คำสนองโดยมีข้อเพิ่มเติมหรือจำกัดแก้ไขข้อกำหนดในคำเสนอ²⁸ ก็เป็นอันถือไม่ได้ว่าเป็นความประสงค์ของผู้เสนอที่จะทำสัญญาด้วยตามที่มีข้อแก้ไขขึ้นใหม่ จึงถือว่าคำสนองเช่นนี้เป็นคำบอกปิดไม่รับ และมีผลให้คำเสนอตกไป ถือว่าเป็นคำเสนอที่มีขึ้นใหม่ในตัว²⁹

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า ลักษณะของคำสนองนั้น เป็นการแสดงฝ่ายเดียวของผู้สนองส่งกลับไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้เสนอด้วยประสงค์ให้เกิดสัญญาผูกมัดซึ่งกันและกัน ตามกฎหมายลักษณะหนี้ ซึ่งแสดงออกด้วยความยินยอมตรงตามที่ได้กำหนดไว้ในคำเสนอนั้น โดยไม่มีการเพิ่มเติมข้อความ แก้ไข หรือข้อจำกัดใดๆ ที่แตกต่างไปจากข้อกำหนดในคำเสนอ และต้องส่งไปถึงผู้เสนอภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในคำเสนอ หรือกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359³⁰

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำเสนอและคำสนองตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และของประเทศไทย มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันตรงที่คำเสนอนั้น จะต้องมีความชัดเจน แน่นอน และปราศจากเงื่อนไขใดๆ ในส่วนของคำเสนอนั้น เป็นการตอบรับคำเสนอที่ผู้สนองรับตอบรับตามวิธีที่ผู้เสนอกำหนดไว้ โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ เพิ่มเติม และเมื่อคำสนองถูกต้องตรงกันกับคำเสนอแล้ว สัญญาซื้อขายจึงเกิดขึ้น

การทำตลาดแบบตรงโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งโดยทั่วไปเรียกกันว่า “การทำสัญญาแบบออนไลน์” ในส่วนของการก่อให้เกิดสัญญาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 13 ว่า “คำเสนอ หรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอ หรือคำเสนอนั้น เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” แต่ประเด็นสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาอีกนอกเหนือจากการยอมรับของกฎหมายดังกล่าว คือ ในส่วนของเวลาที่สัญญาเกิดหากมีการแสดงเจตนาออนไลน์ต่อกัน ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมฯ ได้บัญญัติในส่วนของเวลาที่ถือได้ว่าส่ง และได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 ซึ่งอาจสรุปได้ว่า เวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในกรณีนี้ คือ การส่งคำเสนอหรือคำสนองออนไลน์จะมีผลเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบที่อยู่นอกเหนือการควบคุม

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 411/2490 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 639/2515. อ้างใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างแล้ว. หน้า 20.

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2598/2520. อ้างใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างแล้ว. หน้า 21.

³⁰ มาตรา 359 ถ้าคำสนองมาถึงล่วงหน้า ท่านให้ถือว่าคำเสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว.

ของผู้ส่ง หรือตัวแทนผู้ส่ง คำว่า “ระบบข้อมูล” หมายถึง ระบบที่ใช้ในการสร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา และประมวลผลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งก็คือ เป็นระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้กรณินใช้นั่นเอง ระบบข้อมูลที่มีข้อมูลจะ “เข้าสู่” นั้น อาจไม่จำเป็นต้องเป็นระบบของผู้รับโดยตรงก็ได้ อาจเป็นระบบข้อมูลของผู้ที่เป็นสื่อกลาง หรือให้บริการเครือข่ายก็ได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้การส่งข้อมูลมีผลเมื่อข้อมูลเข้าระบบที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่ง หรือตัวแทน ส่วนประเด็นเรื่อง “สภาพของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ที่เข้าสู่ระบบข้อมูลจะต้องมีสภาพอย่างไรนั้น ตรงนี้จะต้องอยู่ในสภาพที่พร้อมจะประมวลผลได้ หากปรากฏว่าข้อมูลดังกล่าวยังไม่พร้อมที่จะประมวลผลได้ก็ไม่ถือว่า “เข้าสู่” เช่นนี้ในทางกฎหมาย “การส่ง” ข้อมูลยังไม่เกิด นอกจากนี้ การส่งมีผลโดยไม่จำเป็นต้องที่ข้อมูลนั้นต้องอยู่ในสภาพที่อ่านออก เพราะในความเป็นจริงอาจมีการส่งข้อมูลที่ต้องเข้ารหัสกันไว้ด้วย

ส่วนของเวลาที่กฎหมายถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนั้นก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ หลักเกณฑ์ในการเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ หากเป็นกรณีที่มีการกำหนดระบบที่ใช้รับข้อมูลไว้เฉพาะ ทั้งนี้หากปรากฏว่ามีการส่งข้อมูลไปยังระบบอื่นนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้จะถือว่าผู้ได้รับข้อมูล เมื่อได้มีการเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมา แต่หากมิได้มีการกำหนดระบบเช่นนั้นไว้โดยเฉพาะการรับข้อมูลจะมีผลตั้งแต่เวลาที่ข้อมูลเข้าสู่ระบบข้อมูลของฝ่ายผู้รับนั้น

กล่าวสรุปได้ว่า การทำสัญญาซื้อขายสินค้า หรือบริการกันในกรณีปกติหากปรากฏว่า คำเสนอ คำสนองแบบออนไลน์ถูกต้องตรงกันแล้ว และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติธุรกรรมฯ แล้ว เมื่อใดสัญญาก็จะเกิดขึ้น สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาก็จะเกิดขึ้นด้วย

การโฆษณา มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ให้คำนิยามศัพท์ไว้ว่า “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำการไม่ว่าด้วยวิธีการใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า”

“สื่อโฆษณา” หมายความว่า สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท์ หรือป้าย”

คำนิยามศัพท์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การโฆษณาโดยทั่วไปนั้นเป็นเพียงคำเชื้อเชิญไปยังบุคคลฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้เข้ามาทำสัญญากับผู้ทำการโฆษณา เท่านั้น การโฆษณาโดยทั่วไปยังไม่มีลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอ ยังไม่มีรายละเอียดของตัวสินค้าที่ชัดเจน ราคาสินค้า วิธีการชำระเงิน วิธีการจัดส่งสินค้า อันจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นในลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรง โดยที่การตอบกลับของผู้บริโภคเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงไม่อาจทำการเพิ่มเติมข้อความ แก้ไข หรือมีข้อจำกัดใดๆ ได้

ในทางปฏิบัติการใช้สื่อโฆษณาต่างๆ เพื่อการสื่อสารไปยังผู้บริโภคโดยตรง เพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ ที่อยู่ห่างกัน โดยระยะทาง เพื่อหวังให้ผู้บริโภคตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ยังไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติคำนิยามศัพท์ “ตลาดแบบตรง” ไว้ใน มาตรา 3 “ตลาดแบบตรง หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการ ในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่าง โดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น”

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “ตลาดแบบตรง” ตามพระราชบัญญัติขายตรงฯ ดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ตลาดแบบตรงเป็นการทำตลาดสินค้าหรือบริการด้วยลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อนำเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง และมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น ซึ่งเกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาในประเด็นลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรงที่จะต้องจดทะเบียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งหากพิจารณาจากความหมายของ “ตลาดแบบตรง” ตามพระราชบัญญัติขายตรงฯ แล้ว ไม่ได้สามารถอธิบายให้เห็นถึงลักษณะของสัญญา หรือการก่อให้เกิดสัญญา และไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างของการ โฆษณาสื่อสารถึงผู้บริโภค โดยตรงที่อยู่ห่างโดยระยะทาง กับธุรกิจตลาดแบบตรงได้ ดังนั้นการดำเนินกิจการในลักษณะการทำตลาดสินค้าหรือบริการด้วยการสื่อสารต่างๆ ถึงผู้บริโภค โดยตรงที่อยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับ เพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ หากเป็นไปตามความหมายของ “ตลาดแบบตรง” ตามมาตรา 3 ดังกล่าวแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงทั้งหมดจากคำนิยามดังกล่าวทำให้เกิดความไม่ชัดเจน สับสน และไม่สามารถอธิบายลักษณะเฉพาะของธุรกิจ “ตลาดแบบตรง” ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาซื้อขาย และมีความแตกต่างจากการ โฆษณาสื่อสารถึงผู้บริโภค โดยตรงที่อยู่ห่างโดยระยะทาง และนิติกรรมอื่นๆ อย่างไร

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 มีกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ให้คำนิยามของ “ตลาดแบบตรง” ไว้ดังนี้

กฎหมายของประเทศอังกฤษ Regulations 2000 ตาม Regulation 3-Interpretation ได้ให้คำนิยามของ “ตลาดแบบตรง” ไว้ดังนี้

“สัญญาโดยระยะทาง (Distance Contract) หมายความว่า สัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการใดๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค ภายใต้การดำเนินการขายสินค้า

หรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ ที่มีวัตถุประสงค์ให้เกิดสัญญาขึ้น โดยใช้วิธีการสื่อสารที่อยู่ห่าง โดยระยะทาง ไม่ว่าจะใช้วิธีการสื่อสารที่อยู่ห่างโดยระยะทางหนึ่งวิธีหรือมากกว่า”³¹

นอกจากนี้ Regulations 2000 ยังได้บัญญัติในเรื่องข้อมูลที่จะต้องแจ้งแก่ผู้บริโภค ก่อนจะตกลงทำสัญญา ใน Regulation 7 (1) และ (2) เพื่อป้องกันการโต้แย้งโต้เถียงกันในภายหลัง ทั้งนี้ โดยบัญญัติว่า ภายในระยะเวลาอันสมควรก่อนที่สัญญาจะเกิดผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลดังต่อไปนี้ให้ผู้บริโภคทราบ

- (1) ชื่อของผู้ประกอบธุรกิจ และในกรณีที่จะต้องมีการชำระราคาอย่างใด ๆ กันล่วงหน้าก็จะต้องมีการแจ้งที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้แก่ผู้บริโภค
 - (2) คำอธิบายลักษณะ คุณสมบัติ หรือรายละเอียดที่สำคัญของสินค้าหรือบริการ
 - (3) ราคาของสินค้าหรือบริการ (รวมภาษี)
 - (4) อัตราค่าจัดส่ง (ถ้ามี)
 - (5) วิธีการชำระเงิน วิธีการจัดส่ง หรือวิธีการปฏิบัติตามสัญญา
 - (6) ข้อความแจ้งสิทธิในการยกเลิกสัญญา
 - (7) อัตราค่าบริการการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน (ในกรณีที่มีการคิดอัตราพิเศษแตกต่างจากอัตราปกติ)
 - (8) ระยะเวลาการมีผลของคำเสนอหรือราคาที่เสนอหรือราคาของสินค้าหรือบริการที่ยังคงมีผลผูกพัน
 - (9) ระยะเวลาการมีผลบังคับของสัญญา เช่น เป็นสัญญาบริการที่มีระยะเวลา 1 ปี³²
- กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เกี่ยวกับธุรกิจตลาดแบบตรง คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน (BGB: German Civil Code) ตามมาตรา 312 b (1) และ (2) ได้ให้คำนิยามของ “ตลาดแบบตรง” ไว้ดังนี้

“สัญญาโดยระยะทาง (Distance Contracts) หมายความว่า สัญญาสำหรับการจัดหาสินค้าหรือการให้บริการ รวมถึงบริการทางการเงิน ซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค

³¹ Regulations 2000. regulation 3 - Interpretation (1) In these Regulations-

“distance contract” means any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organized distance sales or service provision scheme run by supplier who, for the purpose of contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the moment at which the contract is concluded.

³² ทิพย์รัตน์ มุขยวงศา. อ้างแล้ว. หน้า 26.

เป็นการเฉพาะ โดยการใช้วิธีการสื่อสารที่อยู่ห่างกัน โดยระยะทาง ยกเว้นกรณีที่มีการเข้าทำสัญญา ไม่ได้เกิดขึ้นในบริบทของการขาย การให้บริการสำหรับการขายที่อยู่ห่างกัน โดยระยะทาง”³³

นอกจากนี้ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน (BGB: German Civil Code) ได้บัญญัติในเรื่องข้อมูลที่จำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคในสัญญาโดยระยะทาง ไว้ใน มาตรา 312 c ดังนี้³⁴

(1) ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องให้ข้อมูลต่างๆ แก่ผู้บริโภค ในสัญญาโดยระยะทาง ด้วยวิธีการสื่อสารที่อยู่ห่างกัน โดยระยะทางที่เหมาะสม ชัดเจนและเข้าใจได้ โดยแจ้งวัตถุประสงค์ของธุรกิจที่มีอยู่ด้วยก่อนการกระทำใดๆ ที่แสดงถึงการตกลงเข้าร่วมทำสัญญาของผู้บริโภค ภายใต้ มาตรา 246 (1) และ (2) ของพระราชบัญญัติเบื้องต้นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (Introductory Act to The German Civil Code)³⁵ ข้อมูลต่างๆ ที่ต้องแจ้งแก่ผู้บริโภค มีดังต่อไปนี้

(1.1) ข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะของผู้ประกอบธุรกิจ ชื่อของผู้ประกอบธุรกิจ เลขทะเบียนนิติบุคคลของผู้ประกอบธุรกิจ

(1.2) ข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะของตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจ

(1.3) ข้อมูลที่อยู่ของผู้ประกอบธุรกิจ หรือที่อยู่อื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์ในทางธุรกิจ หรือที่อยู่ของตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจ

(1.4) รายละเอียดที่สำคัญของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการเข้าทำสัญญา

(1.5) ระยะเวลาขั้นต่ำของสัญญา ถ้าหากในสัญญามีการกำหนดไว้เช่นนั้น

(1.6) ข้อมูลเกี่ยวกับการจองสินค้าหรือบริการ

(1.7) ราคาของสินค้าหรือบริการ รวมภาษีและค่าดำเนินการต่างๆ ทั้งหมด หากไม่สามารถระบุราคาที่แน่นอนได้ ให้แจ้งราคาเพื่อให้ผู้บริโภคได้ตรวจสอบราคาของสินค้าหรือบริการนั้น

(1.8) ค่าใช้จ่ายในการขนส่ง รวมภาษี

(1.9) วิธีการชำระเงิน ส่งมอบสินค้า หรือการปฏิบัติตามสัญญา

(1.10) สิทธิในการบอกเลิกสัญญา ผลในทางกฎหมายของการบอกเลิกสัญญา รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ผู้บริโภคจะต้องจ่ายในกรณีที่ผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

³³ ศิริทิพย์ แสงทอง. (2549). การคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 132.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 134.

³⁵ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. (2013). *German Civil Code BGB*. (Online). Available: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. [2013, July 7].

(1.11) ค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมที่ผู้บริโภคร้องจ่ายสำหรับการใช้วิธีการสื่อสารที่อยู่ห่าง โดยระยะทาง ซึ่งค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจต้องออกใบแจ้งหนี้ให้แก่ผู้บริโภค

(1.12) ข้อจำกัดต่างๆ เช่น ข้อจำกัดของการให้บริการ ข้อจำกัดของข้อเสนอต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของราคาสินค้าหรือบริการ

เมื่อได้พิจารณาคำนิยาม “ตลาดแบบตรง” และข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงจำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้บริโภค ในสัญญาโดยระยะทางของต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างก็รับรอง “ตลาดแบบตรง” ในลักษณะที่เป็นสัญญาที่อยู่ห่างโดยระยะทางด้วยกันทั้งสิ้น รวมทั้ง ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจ ตลาดแบบตรงจำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคในสัญญาโดยระยะทางนั้น เมื่อพิจารณารายละเอียดของข้อมูลที่ต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคอย่างถี่ถ้วนแล้ว จะเห็นได้ว่า มีลักษณะที่มีความชัดเจนแน่นอนอันมีลักษณะเป็นคำเสนอของผู้ประกอบธุรกิจ และเมื่อผู้บริโภคสนองรับตามคำเสนอแล้ว สัญญาซื้อขาย จึงเกิดขึ้นแต่หากพิจารณาจากคำนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ในคำนิยามศัพท์ “ตลาดแบบตรง” แล้ว ไม่ได้อธิบายให้เห็นถึงลักษณะของสัญญา หรือการก่อให้เกิดสัญญาใดๆ เลย ทั้งที่สัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นในธุรกิจตลาดแบบตรงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคนั้นมีลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงได้มีการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยให้ข้อมูลต่างๆ แก่ผู้บริโภคในลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอ และเมื่อผู้บริโภคตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ โดยไม่มีข้อเพิ่มเติมหรือจำกัดแก้ไขข้อกำหนดในคำเสนอนั้น ในลักษณะของคำสนอง สัญญาจะเกิดขึ้นทันที

ในปัจจุบันผู้ประกอบธุรกิจทำตลาดสินค้าหรือบริการด้วยการสื่อสารข้อมูลถึงผู้บริโภคโดยตรงที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง โดยเฉพาะการใช้สื่อในการทำตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งอาจจะมีผู้ประกอบธุรกิจในลักษณะดังกล่าวเป็นจำนวนหลายแสนราย แต่มีผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงที่ได้รับจดทะเบียนจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นจำนวน 200 กว่าราย³⁶ ในการกำกับดูแลธุรกิจตลาดแบบตรงเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ในส่วนคำนิยามศัพท์ “ตลาดแบบตรง” ไม่ชัดเจน คลุมเครือ และไม่สามารถอธิบายลักษณะของธุรกิจ “ตลาดแบบตรง” ได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาซื้อขาย และไม่สามารถแยกแยะว่าลักษณะ

³⁶ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). รายงานสถิติการรับจดทะเบียนการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 4.

การดำเนินกิจการใดบ้างที่เป็นธุรกิจตลาดแบบตรง หรือเป็นเพียงการโฆษณาด้วยการใช้สื่อต่างๆ เพื่อการสื่อสารถึงผู้บริโภคที่อยู่ห่างโดยระยะทาง

4.1.2 ปัญหาคำนิยามศัพท์ที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจน

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ตามมาตรา 3 ในส่วนของ คำนิยามศัพท์ต่างๆ ไม่ได้บัญญัติคำอธิบายของคำว่า “การสื่อสารโดยระยะทาง” ว่ามีความหมายอย่างไร รวมถึงรูปแบบของการสื่อสารโดยระยะทางที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงว่ามีวิธีการสื่อสารที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางรูปแบบใดบ้าง ให้ชัดเจนเพียงพอให้ที่จะแสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของธุรกิจตลาดแบบตรงที่มีวิธีการสื่อสารซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้ปรากฏตัวต่อหน้ากันขณะทำสัญญา

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 มีกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ให้คำนิยามของ “การสื่อสารโดยระยะทาง” ไว้ดังนี้

กฎหมายของประเทศอังกฤษ Regulations 2000 ตาม Regulation 3-Interpretation ได้ให้คำนิยามของ “การสื่อสารโดยระยะทาง” ไว้ ดังนี้

“การสื่อสารสาร โดยระยะทาง (Means of Distance Communication) หมายความว่า วิธีการใดๆ ที่ได้ใช้ในการสื่อสาร ซึ่งก่อให้เกิดสัญญาขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค ซึ่งมีได้ปรากฏตัวต่อหน้ากัน ตามตารางแนบท้าย 1”³⁷

ตารางแนบท้าย 1 ได้อธิบายถึงวิธีการต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงความหมายของการสื่อสารโดยระยะทาง ดังนี้³⁸

- 1) สิ่งพิมพ์ที่ไม่ระบุที่อยู่ (Unaddressed Printed Matter)
- 2) สิ่งพิมพ์ที่ระบุที่อยู่ (Addressed Printed Matter)
- 3) จดหมาย (Letter)
- 4) การโฆษณา กับแบบฟอร์มการสั่งซื้อ (Press Advertising with Order Form)
- 5) แคตตาล็อก (Catalogue)
- 6) โทรศัพท์ (Telephone with Human Intervention)
- 7) โทรศัพท์ที่เป็นเครื่องตอบรับอัตโนมัติ (Automatic Calling Machine, Audiotext)

³⁷ Regulations 2000. regulation 3 - Interpretation (1) In these Regulations-

“means of distance communication” means any means which, without the simultaneous physical presence of the supplier and the consumer, may be used for the conclusion of a contract between those parties; and an indicative list of such means is contained in Schedule 1;

³⁸ Regulations 2000. regulation 3-Schedule 1 - Indicative list of means of distance communication.

8) วิทยุ (Radio)

9) โทรศัพท์ที่มีหน้าจอ โดยเห็นภาพ (Videophone)

10) ข้อความภาพทางคอมพิวเตอร์ และจอรับภาพ (Videotext Microcomputer and Television Screen)

11) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail: Electronic Mail)

12) เครื่องโทรสาร (Facsimile Machine (Fax))

13) โทรทัศน์ (Television: Teleshopping)

กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เกี่ยวกับธุรกิจตลาดแบบตรง คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน (BGB: German Civil Code) ตามมาตรา 312 b (2) ได้บัญญัติคำนิยาม “การสื่อสาร โดยระยะทาง (Distance Communication) หมายความว่า การสื่อสารที่สามารถมองเห็นได้ หรือสามารถแสดงเจตนาในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ โดยปราศจากการปรากฏตัวของคู่สัญญา เช่น ในกรณีรูปแบบของจดหมาย แคตตาล็อก โทรศัพท์ โทรสาร อีเมล วิทยุ โทรทัศน์และบริการทางสื่อต่างๆ”³⁹

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศต่างก็บัญญัติคำนิยามศัพท์ของคำว่า “การสื่อสาร โดยระยะทาง” ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงการยกตัวอย่างของรูปแบบวิธีการต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงความหมายของการสื่อสารโดยระยะทางไว้ให้เห็นอย่างชัดเจน ซึ่งตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มิได้มีการบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ยังไม่มีความชัดเจนในส่วนคำนิยามศัพท์ “การสื่อสาร โดยระยะทาง” รวมถึงตัวอย่างของรูปแบบวิธีการต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงความหมายของการสื่อสาร โดยระยะทางที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงว่ามีรูปแบบวิธีการใดบ้าง ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว

4.1.3 ปัญหานิติกรรมบางประเภทที่ไม่ควรตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

ในกรณีดำเนินกิจการในลักษณะการสื่อสารข้อมูลที่อยู่ห่างโดยระยะทางไปยังผู้บริโภคโดยตรง เช่น การขออนุมัติวงเงินบัตรเครดิต หรือการขอทำสัญญาประกันชีวิต ที่ได้กระทำโดยสื่ออินเทอร์เน็ตนั้น เมื่อผู้บริโภคประสงค์ที่จะทำธุรกรรมในการขออนุมัติบัตรเครดิต หรือการขอทำสัญญาประกันชีวิต อีกทั้งการขอเปิดวงเงินในการเข้าซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ ผ่านทาง

³⁹ ศิริทิพย์ แสงทอง. อ้างแล้ว. หน้า 132.

อินเทอร์เน็ตนั้น ผู้บริโภคได้กรอกคำขอไปยังผู้ประกอบการแล้ว การก่อให้เกิดสัญญาในลักษณะนี้ยังไม่เกิดขึ้น ยังคงต้องรอผลการอนุมัติจากผู้ประกอบการอีกชั้นหนึ่ง ดังนั้น คำขอดังกล่าวจึงเป็นเพียงการทำคำเสนอของผู้บริโภคไปยังผู้ประกอบการเพื่อให้ผู้ประกอบการสนองรับอีกชั้นหนึ่ง การดำเนินกิจการในลักษณะนี้ ผู้บริโภคยังไม่ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ไม่ขาดอิสระในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมแต่อย่างใด

กรณีดำเนินกิจการในลักษณะการสื่อสารข้อมูลที่อยู่ห่าง โดยระยะทางไปยังผู้บริโภคโดยตรงได้กระทำโดยสื่ออินเทอร์เน็ตที่เป็นธุรกิจขายสินค้า โดยให้มีการประมูลกัน โดยยังมีได้รายละเอียดของราคาที่ชัดเจน แน่นนอน ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวยังอยู่ในขั้นตอนของการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญา ผู้บริโภคยังมีระยะเวลาในการตัดสินใจในการประมูลซื้อสินค้าซึ่งไม่ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ หรือไม่ได้รับความเป็นธรรม อีกทั้งยังเกิดจากความยินยอมของผู้บริโภคเองด้วย สอดคล้องกับความเห็นของ รองศาสตราจารย์สุชม สุภนิตย์ ที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ที่ว่า “การสั่งซื้อต้องเกิดจากการให้ข้อมูลที่สามารถทำให้ผู้ซื้อตัดสินใจซื้อได้และปราศจากเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับกับความผูกพันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ การเสนอข้อมูลต้องไม่มีเงื่อนไขว่า ต้องมีการพิจารณาเป็นรายบุคคลว่าจะขายให้หรือไม่ หรือให้ติดต่อยุติรายละเอียดเพิ่มเติม ดังนี้ ไม่สามารถทำให้มีการตกลงเป็นสัญญาซื้อขายได้ จึงไม่ใช่การขายที่เข้าลักษณะตลาดแบบตรง เพราะเป็นเรื่องที่ต้องมีการเจรจาตกลงกันในรายละเอียด”⁴⁰

คามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 “Regulations 2000” ของประเทศอังกฤษ สัญญาที่ได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้ Regulations 2000 ทั้งฉบับ บัญญัติไว้ใน Regulation 5 คือ⁴¹

- 1) สัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขาย หรือประโยชน์จากที่ดิน เว้นแต่ จะเป็น กรณีสัญญาเพื่อการเช่า
- 2) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่ จะเป็นกรณีสัญญาเพื่อการเช่า
- 3) สัญญาที่เกี่ยวกับการให้บริการทางการเงิน (Finance Services) เช่น การบริการด้านการลงทุน การประกันภัย เป็นต้น
- 4) สัญญาที่เกิดจากการซื้อขายผ่านเครื่องอัตโนมัติ (Automated Vending Machine)
- 5) สัญญาที่ทำผ่านโทรศัพท์สาธารณะ
- 6) สัญญาที่เกี่ยวกับการประมูล (Auction)

⁴⁰ สุชม สุภนิตย์. อ้างแล้ว. หน้า 25-26.

⁴¹ ทิพยรัตน์ มุขวงศา. อ้างแล้ว. หน้า 23.

สัญญาบางประเภทแม้จะอยู่ภายใต้บังคับของ “Regulations 2000” ก็ตาม แต่บทบัญญัติในบางมาตราก็ได้รับการยกเว้นมิให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาเหล่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากความไม่เหมาะสมในบางประการ สัญญาเหล่านั้น ได้แก่⁴²

(1) สัญญาในลักษณะ “Timeshare Agreement” จะได้รับการยกเว้นมิให้นำ Regulation 7-20 มาใช้บังคับ

(2) สัญญาดังต่อไปนี้จะได้รับการยกเว้นมิให้นำ Regulation 7-19 มาใช้บังคับ

(2.1) สัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายหรือบริการด้านอาหาร เครื่องดื่ม หรือสิ่งอุปโภคบริโภคที่ใช้ในชีวิตประจำวันที่บ้านหรือที่ทำงานของผู้บริโภค

(2.2) สัญญาที่เกี่ยวกับที่อยู่อาศัย การขนส่ง การให้ความบันเทิง หรือการบริการด้านสันตนาการ

(2.3) สัญญาที่เกี่ยวกับการให้บริการเป็นแพ็คเกจ ภายใต้ความหมายของแพ็คเกจทัวร์ แพ็คเกจท่องเที่ยวในวันหยุด แพ็คเกจเดินทางท่องเที่ยว จะได้รับการยกเว้นมิให้นำ Regulation 19 (2) ถึง (8) และ 20 มาใช้บังคับ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Civil Code: BGB) จะบังคับใช้กับสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคที่อยู่ห่างโดยระยะทาง ที่เรียกว่า “ตลาดแบบตรง” แต่มีไว้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นในลักษณะที่คู่สัญญาอยู่ห่างโดยระยะทางทุกชนิดจะอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ยังมีสัญญาบางชนิดที่ถูกกำหนดเป็นข้อยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ BGB ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 312 b (3) ดังนี้⁴³

(1) สัญญาที่เกี่ยวกับการเรียนรู้ทางไกล (มาตรา 1 ของพระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้เข้าร่วมศึกษาทางไกล (Distance Learning Protection Act))

(2) สัญญาที่เกี่ยวข้องกับ Time sharing ของสถานที่พักในวันหยุด และสัญญานายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ หรือสัญญาระบบการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ

(3) สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการทางการเงิน โดยเฉพาะในส่วนของธุรกรรมของธนาคาร การบริการด้านการเงินการลงทุน การประกันภัย

(4) สัญญาที่เกี่ยวกับการโอนย้ายอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ การก่อให้เกิด การโอน และการยกเลิกของสิทธิเหนือที่ดิน หรือสิทธิในอสังหาริมทรัพย์อื่นใด ตลอดจนการก่อสร้างอาคารต่างๆ

⁴² ทิพรัตน์ มุขวงศา. อ้างแล้ว. หน้า 24-25.

⁴³ ศิริทิพย์ แสงทอง. อ้างแล้ว. หน้า 132-133.

(5) สัญญาเกี่ยวกับการจัดส่งอาหาร เครื่องดื่ม หรือสินค้าอื่นใดที่เป็นสินค้าอุปโภคบริโภคประจำวัน ที่จัดส่งถึงบ้านพัก หรือที่อยู่อาศัยของผู้บริโภค หรือสถานที่ทำงานที่เป็นปกติธุระ

(6) สัญญาที่เกี่ยวกับการให้บริการด้านที่พัก การขนส่ง การจัดส่งอาหารและเครื่องดื่ม หรือบริการสนทนาการ ซึ่งเป็นสัญญาที่มีการกำหนดบริการเหล่านี้ไว้ในวันที่ระบุ หรือภายในช่วงเวลาแน่นอน

(7) สัญญาที่เกิดจากการใช้งานของเครื่องจำหน่ายอัตโนมัติ หรือธุรกิจแบบอัตโนมัติ หรือสัญญาที่เกิดจากการจัดการในความหมายของการสื่อสารบนพื้นฐานของการใช้โทรศัพท์ สาธารณะส่วนในสัญญาที่เกิดจากเข้าทำประมุขนั้น ไม่สามารถใช้สิทธิขอลงเลิกสัญญาได้

โดยสรุปแล้ว กฎหมายของประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งแต่ละประเทศต่างก็กำหนดให้สัญญาในลักษณะธุรกรรมในการขออนุมัติบัตรเครดิต หรือการขอทำสัญญาประกันชีวิต การขอเปิดดวงเงินในการเข้าซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ อีกทั้งธุรกิจขายสินค้าโดยให้มีการประมุขกันไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการตลาดแบบตรงทั้งหมดหรือบางส่วน เนื่องจากธุรกรรมในลักษณะดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะ และการก่อให้เกิดสัญญาในลักษณะนี้ยังไม่เกิดขึ้น ยังคงต้องรอผลการอนุมัติจากผู้ประกอบธุรกิจอีกชั้นหนึ่งหรืออยู่ในขั้นตอนของการเจรจาต่อรองก่อนเข้าทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า นิติกรรมในลักษณะการขออนุมัติวงเงินบัตรเครดิต การขอทำสัญญาประกันชีวิต หรือการขอเปิดดวงเงินในการเข้าซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ที่ได้กระทำโดยสื่ออินเทอร์เน็ตที่สื่อสารกันซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางนั้นเป็นเพียงการทำคำเสนอของผู้บริโภคไปยังผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสนองรับอีกชั้นหนึ่ง รวมทั้งการประมุขต่างๆ ซึ่งในลักษณะยังอยู่ในขั้นตอนของการเจรจาต่อรองกันก่อนเข้าทำสัญญา ยังไม่เข้าลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรงที่มีลักษณะของการเกิดของสัญญาเสร็จเด็ดขาดในทันทีที่ผู้บริโภคตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ และการดำเนินกิจการในลักษณะนี้ ผู้บริโภคยังไม่ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ไม่ขาดอิสระในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมแต่อย่างใด นิติกรรมในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ควรอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการกำกับดูแลธุรกิจตลาดแบบตรง

4.2 ปัญหาในเรื่องสินค้าที่ไม่สามารถขายได้ในธุรกิจตลาดแบบตรง

ในปัจจุบันธุรกิจตลาดแบบตรงได้รับความนิยมเป็นอย่างมากจากผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากสามารถเข้าถึงตัวผู้บริโภคได้ง่าย สะดวก รวดเร็ว เป็นการลดต้นทุนในค่าการโฆษณาจากสื่อต่างๆ ตามปกติ ค่าขนส่ง ฯลฯ อีกทั้งพฤติกรรมการบริโภคของผู้บริโภคได้เปลี่ยนแปลงไป

เนื่องจากผู้บริโภคมียช่องทางในการซื้อสินค้าหรือบริการหลากหลายมากขึ้นอีกด้วย ดังนั้น สินค้าหรือบริการต่างๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจ จึงกระจายเข้าไปในช่องทางของธุรกิจตลาดแบบตรงเพิ่มมากขึ้น หลากหลายมากขึ้น

ปัญหาที่ตามมา ก็คือ มิใช่ว่าสินค้าหรือบริการทุกประเภทจะสามารถทำการขายกันได้ โดยใช้ช่องทางตลาดแบบตรง บางชนิดสินค้าก็ไม่ควรส่งเสริมให้ผู้บริโภคมีช่องทางในการซื้อได้อย่างอิสระ เนื่องจากผู้ประกอบการอาจมีการโฆษณาสรรพคุณของสินค้าไม่ตรงต่อความเป็นจริง อาจทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของผู้บริโภคในการบริโภคสินค้าได้ และยากแก่การกำกับดูแลของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง บางชนิดเป็นสินค้าหรือบริการมีกฎหมายอื่นกำหนดในเรื่องวิธีการขายไว้ด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มิได้มีการกำหนดในเรื่องของการควบคุมการขายสินค้าในช่องทางตลาดแบบตรงไว้

4.2.1 ปัญหาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับตัวสินค้าตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ได้กล่าวถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้าไว้ ดังนี้

- 1) คำนิยามศัพท์ คำว่า “สินค้า”
“สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย
- 2) สิทธิในการบอกเลิกสัญญาและคืนสินค้า

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติในเรื่องสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของผู้บริโภคในธุรกิจตลาดแบบตรงไว้ใน มาตรา 33 โดยกำหนดว่าการซื้อขายสินค้าหรือบริการจากการขายผ่านตลาดแบบตรง ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญา โดยการส่งหนังสือแสดงเจตนาภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการไปยังผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรง ซึ่งบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับประเภท ราคาหรือชนิดของสินค้าหรือบริการตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา โดยที่ในปัจจุบันยังไม่มีกำหนดราคาหรือชนิดของสินค้าหรือบริการที่ไม่อยู่ในบังคับของมาตราดังกล่าวในพระราชกฤษฎีกา

- 3) วิธีปฏิบัติในการคืนสินค้าเมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

ผู้บริโภคที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องเลือกปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งคืนสินค้าไปยังผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรง

และหากสินค้าหรือบริการนั้นบอบสลาย หรือสูญหายเพราะความผิดของผู้บริโภค หรือผู้บริโภคได้ทำการคืนสินค้าหรือบริการกลายเป็นพันวิสัยให้ผู้บริโภคชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรง

เมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิเลิกสัญญาตามให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง คืนเงินเต็มจำนวนที่ผู้บริโภคจ่ายไป

4) คำรับประกันสินค้าหรือบริการ

คำรับประกันสินค้าหรือบริการให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงจัดทำเป็นภาษาไทย และระบุถึงสิทธิของผู้บริโภค ในการเรียกร้องสิทธิตามคำรับประกันที่ชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ถึงเงื่อนไขที่ระบุไว้

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 แล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กล่าวถึงการควบคุมสินค้าที่ไม่สามารถทำการขายในช่องทางตลาดแบบตรง หากมีลักษณะเป็นไปตามคำนิยามแล้ว สามารถทำการขายได้ในช่องทางตลาดแบบตรง ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้เปิดกว้างเกินไป ไม่ชัดเจน คลุมเครือและทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

4.2.2 การควบคุมการขายสินค้าตามกฎหมายอื่น

1) พระราชบัญญัติ ยา พ.ศ. 2510

พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการควบคุมการผลิต การขาย นำเข้า เพื่อขายยาในราชอาณาจักรไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้การขายยาไม่ว่าจะเป็นยาแผนปัจจุบันและยาแผนโบราณจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต และจะต้องขายยาในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น เว้นแต่การขายยาสมุนไพรที่ไม่ใช่ยาอันตราย การขายยาสามัญประจำบ้าน การขายยาซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือผู้ประกอบโรคศิลปะ ในสาขาทันตกรรม ขายเฉพาะสำหรับคนไข้ของตน หรือการขายยาซึ่งผู้ประกอบกรบำบัดโรคสัตว์ขายสำหรับสัตว์ซึ่งตนบำบัด หรือป้องกันโรคหรือการขายยาโดยกระทรวง ทบวง กรม ในหน้าที่ป้องกันหรือบำบัดโรค สภากาชาดไทย หรือองค์การเภสัชกรรม

เมื่อพิจารณาตามที่ได้อ้างข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการขายยาทั้งที่เป็นยาแผนปัจจุบันและยาแผนโบราณจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต และจะต้องขายยาในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น เว้นแต่ยาสามัญประจำบ้านซึ่งธุรกิจตลาดแบบตรง เป็นการตลาดเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการต่อผู้บริโภคโดยตรง อาจมีการโฆษณาโอ้อวดสรรพคุณยาเกินความเป็นจริงอันยากแก่การควบคุม ซึ่งโดยสภาพอาจกระทำในสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระจึงอาจเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายว่าด้วยยาได้⁴⁴

⁴⁴ กระทรวงสาธารณสุข. (2546, 17 มิถุนายน). ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา. เอกสารเลขที่ สธ.1003.10/6776.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สินค้าประเภทยา มีกฎหมายกำหนดควบคุมการผลิต การขาย ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาต และจะต้องขายยาในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ประกอบกับการตลาดแบบตรงในสินค้าประเภทยา โดยตรงต่อผู้บริโภคอาจมีการ โฆษณา ใช้อวดสรรพคุณยาเกินความเป็นจริงอันยากแก่การควบคุม ซึ่งโดยสภาพอาจกระทำในสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ จึงอาจเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายว่าด้วยยาได้ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ สินค้าประเภทยาจึงไม่สามารถนำมาขายได้ในช่องทางตลาดแบบตรง

2) พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531

พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการควบคุมการผลิต การขาย นำเข้า เพื่อขายเครื่องมือแพทย์ในราชอาณาจักรไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดการขายเครื่องมือแพทย์จะต้องได้รับอนุญาตและจะต้องขายเครื่องมือแพทย์ในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการตราพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ ก็เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนและเพื่อควบคุมคุณภาพ มาตรฐาน และความปลอดภัยในการใช้เครื่องมือแพทย์

เมื่อพิจารณาตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า การขายเครื่องมือแพทย์จะต้องได้รับอนุญาตและจะต้องขายเครื่องมือแพทย์ในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สินค้าประเภทเครื่องมือแพทย์ มีกฎหมายกำหนดควบคุมการขาย ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตและจะต้องขายเครื่องมือแพทย์ในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ประกอบกับลักษณะของธุรกิจตลาดแบบตรงอาจมีวิธีการส่งเสริมการขายด้วยวาจา หรือสื่อโฆษณาหรือวิธีการที่ไม่เหมาะสมและตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ยาก อาจมีการให้ข้อมูลที่ทำให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับสรรพคุณหรือคุณประโยชน์ของผลิตภัณฑ์ ซึ่งอาจมีส่วนทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจในการซื้อหรือใช้ผลิตภัณฑ์ที่ผิดพลาดได้ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ สินค้าประเภทเครื่องมือแพทย์ จึงไม่สามารถนำมาขายได้ในช่องทางตลาดแบบตรง

3) พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493

พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการควบคุมการขายสุราในราชอาณาจักรไว้เป็นการเฉพาะ โดยได้กำหนดให้การขายสุรา จะต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต และจะต้องขายสุราในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น อีกทั้งการขายสุราประเภทที่ 3 และประเภทที่ 4 จะขายได้แต่เฉพาะในเวลาที่กำหนดในกฎกระทรวง อีกด้วย

เมื่อพิจารณาตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า การขายสุรานั้นจะต้องได้รับใบอนุญาต และจะต้องขายสุราในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น อีกทั้งการขายสุราประเภทที่ 3 และประเภทที่ 4 จะขายได้แต่เฉพาะในเวลาที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สินค้าประเภทสุรา มีกฎหมายกำหนดควบคุมการขายไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งจะต้องได้รับใบอนุญาต และจะต้องขายสุราในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น อีกทั้งการขายสุราประเภทที่ 3 และประเภทที่ 4 จะขายได้แต่เฉพาะในเวลาที่กำหนดในกฎกระทรวงประกอบกับธุรกิจตลาดแบบตรงเป็นการทำตลาดเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการต่อผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งโดยสภาพของธุรกิจดังกล่าวอาจกระทำในสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ จึงอาจเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ได้ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ สินค้าประเภทสุรา จึงไม่สามารถนำมาขายได้ในช่องทางตลาดแบบตรงและเพื่อเป็นการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของเด็ก เยาวชน หรือประชาชนทั่วไป และไม่ควรมีเปิดช่องทางในการขายให้แก่ผู้บริโภคได้โดยสะดวก

4) พระราชบัญญัติป๊อ พ.ศ. 2518

พระราชบัญญัติป๊อ พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการควบคุมการผลิต การขาย นำเข้า เพื่อขายป๊อในราชอาณาจักรไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้ป๊อ ก่อนที่จะนำมาขายได้ ต้องขออนุญาตและต้องขึ้นทะเบียนจากกรมวิชาการเกษตรก่อนที่จะทำการขาย และจะต้องขายป๊อในสถานที่ที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น เว้นแต่เป็นการขายส่งตรงต่อผู้รับใบอนุญาตขายป๊อ

เมื่อพิจารณาตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า การขายป๊อนั้น จะต้องได้รับใบอนุญาตและจะต้องขายป๊อในสถานที่ที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น เว้นแต่เป็นการขายส่งตรงต่อผู้รับใบอนุญาตขายป๊อ ซึ่งธุรกิจตลาดแบบตรง เป็นการทำตลาดเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการต่อผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งโดยสภาพอาจกระทำในสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ จึงอาจเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติป๊อ พ.ศ. 2518 ได้⁴⁵

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สินค้าประเภทป๊อ มีกฎหมายกำหนดควบคุมการผลิต การขายไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งจะต้องได้รับใบอนุญาต และจะต้องขายป๊อในสถานที่ที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น เว้นแต่เป็นการขายส่งตรงต่อผู้รับใบอนุญาตขายป๊อ ประกอบกับการทำธุรกิจตลาดแบบตรง เป็นการทำตลาดเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการต่อผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งโดยสภาพอาจกระทำในสถานที่อื่นที่มีใช้สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ จึงอาจเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน

⁴⁵ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์. (2549, 27 ตุลาคม). *ความเห็นของกรมวิชาการเกษตร*. เอกสารเลขที่ กษ0901/4678.

ต่อพระราชบัญญัติปี พ.ศ. 2518 ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ สินค้าประเภทนี้ จึงไม่สามารถนำมาขาย ในช่องทางตลาดแบบตรงได้

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มิได้มีกฎหมาย ห้ามขายตัวสินค้าไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการกำหนดยกเว้นในลักษณะของสัญญาประเภทต่างๆ ที่ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลธุรกิจตลาดแบบตรง หรือกำหนดยกเว้น สัญญาที่ได้รับการยกเว้นไม่ให้นำหลัก Cooling off Period มาใช้บังคับตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว ในหัวข้อที่ 4.1.3

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเป็นสินค้าที่มีกฎหมายอื่นควบคุมดูแลการขายไว้ เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว ซึ่งไม่สามารถนำเสนอขายด้วยวิธีการตลาดแบบตรงโดยสภาพ รวมถึง เป็นสินค้าที่หากใช้วิธีการขายด้วยช่องทางตลาดแบบตรงแล้ว อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัย ต่อสุขภาพ อนามัยแก่เด็ก เยาวชน ประชาชน โดยทั่วไป อาทิเช่น บุหรี่ เป็นต้น อีกทั้งยังมีสินค้าต่างๆ อีกมากมาย ที่ผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรงจะนำมาเสนอขายต่อผู้บริโภคในช่องทางดังกล่าว ในอนาคต

4.3 ปัญหาหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

โดยทั่วไปแล้วธุรกิจตลาดแบบตรง เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรงทำตลาดสินค้า หรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางในลักษณะของคำเสนอ และเมื่อผู้บริโภคตอบกลับในลักษณะของคำสนอง เพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น เมื่อคำเสนอของผู้ประกอบธุรกิจ ตลาดแบบตรงกับคำสนองของผู้บริโภคถูกต้องตรงกัน สัญญาในการซื้อขายสินค้าหรือบริการ จึงเกิดขึ้น และทำให้เกิดหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้บริโภคผู้ซื้อจำต้องรับมอบทรัพย์สินและใช้ราคาตามข้อสัญญาซื้อขาย และผู้ประกอบการ ิธุรกิจตลาดแบบตรงผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้แก่ผู้บริโภคผู้ซื้อ

หน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มีดังนี้

1) หน้าที่ส่งมอบเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภค

ผู้ประกอบการธุรกิจตลาดแบบตรงมีหน้าที่ส่งมอบเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการ แก่ผู้บริโภค

เอกสารการซื้อขายจะต้องมีข้อความภาษาไทยที่อ่านเข้าใจง่าย โดยระบุชื่อผู้ซื้อและผู้ขาย วันที่ซื้อขายและวันที่ส่งมอบสินค้าหรือบริการ รวมทั้งสิทธิของผู้บริโภคในการเลิกสัญญา ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวต้องกำหนดด้วยอักษรที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไป

2) หน้าที่ในการคืนเงินเต็มจำนวนเมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

เมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิเลิกสัญญาให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงคืนเงินเต็มจำนวนที่ผู้บริโภคจ่ายไปเพื่อการซื้อสินค้าหรือบริการนั้นภายในกำหนดเวลาสิบห้าวันนับแต่ได้รับหนังสือแสดงเจตนาเลิกสัญญาของผู้บริโภค

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงใดไม่คืนเงินตามจำนวนและภายในกำหนดระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่ได้รับหนังสือแสดงเจตนาเลิกสัญญาให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น ชำระเบี้ยปรับตามอัตราที่คณะกรรมการประกาศกำหนดให้แก่ผู้บริโภค

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น มีทั้งหน้าที่โดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหน้าที่ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

เมื่อได้ทำการศึกษาในบทที่ 3 แล้ว จะพบว่า กฎหมายของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับตลาดแบบตรง “The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000” (Regulations 2000) ตาม Regulation 7 (1) และ (2) ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงต้องแจ้งข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้บริโภคก่อนจะตกลงทำสัญญาภายในระยะเวลาอันสมควร ทั้งนี้เพื่อป้องกันการโต้แย้งโต้เถียงกันในภายหลัง โดยผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลดังต่อไปนี้⁴⁶ ให้ผู้บริโภคทราบ

(1) ชื่อของผู้ประกอบธุรกิจ และในกรณีที่จะต้องมีการชำระราคาอย่างใด ๆ กันล่วงหน้าก็จะต้องมีการแจ้งที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้แก่ผู้บริโภค

(2) คำอธิบายลักษณะ คุณสมบัติ หรือรายละเอียดที่สำคัญของสินค้าหรือบริการ

(3) ราคาของสินค้าหรือบริการ (รวมภาษี)

(4) อัตราค่าจัดส่ง (ถ้ามี)

(5) วิธีการชำระเงิน วิธีการจัดส่ง หรือวิธีการปฏิบัติตามสัญญา

(6) ข้อความแจ้งสิทธิในการบอกเลิกสัญญา

(7) อัตราค่าบริการการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน (ในกรณีที่มีการคิดอัตราพิเศษแตกต่างจากอัตราปกติ)

(8) ระยะเวลาการมีผลของคำเสนอหรือราคาที่เสนอหรือราคาของสินค้าหรือบริการที่ยังคงมีผลผูกพัน

⁴⁶ ทิพรัตน์ มุขยวงศา. อ้างแล้ว. หน้า 26.

(9) ระยะเวลาการมีผลบังคับของสัญญา เช่น เป็นสัญญาบริการที่มีระยะเวลา 1 ปี

Regulations 2000 ยังได้บัญญัติถึงการยืนยันข้อมูลต่างๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่แจ้งต่อผู้บริโภคนั้น จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือจัดทำด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งที่มีผลเทียบเท่าซึ่งบัญญัติไว้ใน Regulation 8 ซึ่งจะแตกต่างจากข้อมูลที่จำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคก่อนจะตกลงทำสัญญาตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งมีได้มีการกำหนดว่าจะต้องทำการแจ้งด้วยลายลักษณ์อักษรเพียงแต่บัญญัติว่าต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบเท่านั้น จะทำให้ทราบด้วยวิธีการใดไม่ใช่สาระสำคัญ แต่ในส่วนของ การยืนยันข้อมูลอีกครั้งหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการตกลงกันอย่างแน่นอนแล้วว่า จะทำสัญญากัน เหตุที่จำเป็นต้องมีการยืนยันข้อมูลอีกครั้งหนึ่ง เนื่องจากเพื่อให้เกิดความมั่นใจ และความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันระหว่าง ผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค จึงจำเป็นต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือ โดยวิธีใดๆ ที่มีผลเทียบเท่า โดยได้บัญญัติถึงข้อมูลที่จะต้องทำการยืนยันดังกล่าวไว้ว่าจะต้องประกอบด้วย⁴⁷

- (1) ข้อมูลชื่อของผู้ประกอบการธุรกิจ และในกรณีที่จะต้องมีการชำระราคาอย่างใดก็ตามล่วงหน้า ก็จะต้องมีการแจ้งที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้แก่ผู้บริโภค คำอธิบายลักษณะ คุณสมบัติ หรือรายละเอียดที่สำคัญของสินค้าหรือบริการ ราคาของสินค้าหรือบริการ (รวมภาษี) อัตราค่าจัดส่ง (ถ้ามี)
- (2) ข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไข และกระบวนการในการใช้สิทธิเลิกสัญญา
- (3) สถานที่ในการส่งเรื่องร้องทุกข์ คินสินค้า หรือหนังสือบอกเลิกสัญญา
- (4) ข้อมูลเกี่ยวกับการบริการหลังการขาย หรือการรับประกันอย่างใด
- (5) หน้าที่ในการส่งคืนสินค้าคืนให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจในกรณีที่ผู้บริโภคใช้สิทธิเลิกสัญญา (หากมีความประสงค์เช่นนั้น)
- (6) ข้อมูลเกี่ยวกับที่จะรับภาระค่าใช้จ่ายในการคืนสินค้า ในกรณีที่ผู้บริโภคใช้สิทธิเลิกสัญญา

การยืนยันข้อมูลดังกล่าวข้างต้นต่อผู้บริโภคนั้นจะต้องกระทำก่อนที่สัญญาจะเกิดหรืออย่างช้าที่สุดก็ในเวลาที่จะส่งสินค้า หรือในกรณีที่เป็นการให้บริการก็ควรเป็นเวลาที่มีการปฏิบัติตามสัญญาส่วน ในกรณีที่มีการส่งการยืนยันข้อมูลผ่านทาง “อิเล็กทรอนิกส์” หรือ “อีเมล” นั้นจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการยืนยันข้อมูลโดยลายลักษณ์อักษรแล้วหรือจะถือว่าเป็นวิธีอื่นใดที่มีผลเทียบเท่ากับลายลักษณ์อักษรได้หรือไม่ในส่วนนี้ Regulations 2000 ก่อนข้างจะเปิดกว้างอย่างมาก ในส่วนของวิธีอื่นใดที่มีผลเทียบเท่ากับลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จึงอาจจะถือว่าการยืนยันข้อมูลผ่านทาง

⁴⁷ ทิพยรัตน์ มุขวงศา. อ้างแล้ว. หน้า 28.

“อีเมล” นั้น เป็นการใช้วิธีอื่นใดที่ผลเทียบเท่ากับลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวเป็นเพียงแค่ความเห็นของนักกฎหมายเท่านั้นยังไม่ได้รับการยืนยันจากศาลแต่อย่างใด⁴⁸

Regulation 8 ในเรื่องการยืนยันข้อมูลต่างๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่แจ้งต่อผู้บริโภค นั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือจัดทำด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งที่มีผลเทียบเท่า ไม่ใช่บังคับกับการให้บริการที่ผู้ประกอบการใช้วิธีการขาย โดยใช้วิธีการสื่อสารโดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง แต่ผู้ประกอบการจะต้องกระทำใดๆ ที่จำเป็นทั้งหมด เพื่อให้เกิดความมั่นใจกับผู้บริโภค ว่าผู้บริโภคจะทราบถึงสถานที่อยู่ของผู้ประกอบการ และสามารถร้องเรียนปัญหาจากการใช้บริการได้

ในส่วนของผลของการที่ผู้ประกอบการไม่แจ้งข้อมูลต่างๆ และยืนยันข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น ระยะเวลาในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา (Cooling off Period) ของผู้บริโภคที่กำหนดให้ผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาภายในระยะเวลา 7 วัน นับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันที่ผู้บริโภคได้รับสินค้า หรือนับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันที่ทำสัญญา (กรณีบริการ) จะขยายออกเป็น

ภายในระยะเวลา 3 เดือน นับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันที่ผู้บริโภคได้รับสินค้าหรือนับจากวันที่ทำสัญญา (กรณีบริการ) หรือภายในระยะเวลา 7 วัน นับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันที่ผู้บริโภคได้รับข้อมูลดังกล่าวแล้ว

เมื่อได้ทำการศึกษาในบทที่ 3 แล้ว จะพบว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน (BGB: The German Civil Code) ได้บัญญัติในเรื่องข้อมูลที่จำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคในสัญญา โดยระยะทาง ไว้ในมาตรา 312 c ดังนี้⁴⁹

(1) ผู้ประกอบการจะต้องให้ข้อมูลต่างๆ แก่ผู้บริโภค ในสัญญาโดยระยะทาง ด้วยวิธีการสื่อสารที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางที่เหมาะสม ชัดเจนและเข้าใจได้ โดยแจ้งวัตถุประสงค์ของธุรกิจที่มีอยู่ด้วยก่อนการกระทำใดๆ ที่แสดงถึงการตกลงเข้าร่วมทำสัญญาของผู้บริโภค ภายใต้มาตรา 246 (1) และ (2) ของพระราชบัญญัติเบื้องต้นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (Introductory Act to The German Civil Code) ข้อมูลต่างๆ ที่ต้องแจ้งแก่ผู้บริโภค มีดังต่อไปนี้

(1.1) ข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะของผู้ประกอบการ ชื่อของผู้ประกอบการ เลขทะเบียนนิติบุคคลของผู้ประกอบการ

(1.2) ข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะของตัวแทนของผู้ประกอบการ

⁴⁸ ทิพชรินทร์ มุขวงศา. อ้างแล้ว. หน้า 29.

⁴⁹ ศิริทิพย์ แสงทอง. อ้างแล้ว. หน้า 134.

(1.3) ข้อมูลที่อยู่ของผู้ประกอบธุรกิจ หรือที่อยู่อื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์ในทางธุรกิจ หรือที่อยู่ของตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจ

(1.4) รายละเอียดที่สำคัญของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการเข้าทำสัญญา

(1.5) ระยะเวลาขั้นต่ำของสัญญา ถ้าหากในสัญญามีการกำหนดไว้เช่นนั้น

(1.6) ข้อมูลเกี่ยวกับการจองสินค้าหรือบริการ

(1.7) ราคาของสินค้าหรือบริการ รวมภาษีและค่าดำเนินการต่างๆ ทั้งหมด หากไม่สามารถระบุราคาที่แน่นอนได้ ให้แจ้งราคาเพื่อให้ผู้บริโภคได้ตรวจสอบราคาของสินค้าหรือบริการนั้น

(1.8) ค่าใช้จ่ายในการขนส่ง รวมภาษี

(1.9) วิธีการชำระเงิน ส่งมอบสินค้า หรือการปฏิบัติตามสัญญา

(1.10) สิทธิในการบอกเลิกสัญญา ผลในทางกฎหมายของการบอกเลิกสัญญา

รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ผู้บริโภคจะต้องจ่ายในกรณีที่ผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

(1.11) ค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมที่ผู้บริโภคต้องจ่ายสำหรับการใช้วิธีการสื่อสารที่อยู่ห่าง

โดยระยะทาง ซึ่งค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจต้องออกใบแจ้งหนี้ให้แก่ผู้บริโภค

(1.12) ข้อจำกัดต่างๆ เช่น ข้อจำกัดของการให้บริการ ข้อจำกัดของข้อเสนอต่างๆ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของราคาสินค้าหรือบริการ

(2) ในกรณีการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งแสดงตัวของผู้ประกอบธุรกิจแก่ผู้บริโภค และวัตถุประสงค์ในทางการค้าในการโทรศัพท์หาผู้บริโภค จะต้องกระทำอย่างชัดแจ้งและเปิดเผยตั้งแต่บทสนทนาแรกที่พูดกับผู้บริโภค

(3) ในกรณีการให้บริการทางการเงิน ผู้บริโภคอาจต้องการเวลาในช่วงระยะเวลาของสัญญา ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดการให้ผู้บริโภคทราบเงื่อนไขของสัญญา รวมทั้งมาตรฐานของเงื่อนไขในการให้บริการ ในรูปแบบของเอกสาร

ในส่วนของผลของการที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่แจ้งข้อมูลต่างๆ ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ระยะเวลาในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา (Cooling off Period) ของผู้บริโภคที่กำหนดให้ผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาภายในระยะเวลา 14 วัน นับตั้งแต่ผู้บริโภคได้รับแจ้งสิทธิที่มีในการบอกเลิกสัญญาระยะเวลาการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาของผู้บริโภคจะยังไม่เริ่มนับ และจะขยายออกไปเป็น 1 เดือน จนกว่าผู้ประกอบธุรกิจจะมีการแจ้งข้อมูลดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายของประเทศอังกฤษ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างก็ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้บริโภคก่อนหรืออย่างน้อยในขณะ

ทำการซื้อสินค้าหรือในเวลาส่งสินค้า รวมถึงผลของการที่ผู้ประกอบการไม่แจ้งข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้บริโภค เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในธุรกิจตลาดแบบตรงและเพื่อป้องกันการโต้เถียงกันในภายหลัง

หากพิจารณาพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าผู้ประกอบการตลาดแบบตรงมีหน้าที่เพียงหน้าที่คืนเงินให้แก่ผู้บริโภค เมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา และหน้าที่ในการส่งมอบเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภค โดยมีได้ระบุนช่วงเวลาในการส่งมอบเอกสารการซื้อขายว่าส่งมอบเอกสารการซื้อขายก่อนผู้บริโภคทำการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ หรือขณะทำการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ หรือหลังทำการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการซึ่งในทางปฏิบัติเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการนั้น ผู้ประกอบการตลาดแบบตรงจะส่งให้แก่ผู้บริโภคในภายหลังที่ผู้บริโภคได้รับสินค้าหรือบริการนั้นๆ แล้ว ซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคที่ควรได้รับสิทธิในการได้รับข้อมูลต่างๆ ที่เป็นรายละเอียดของสินค้าหรือบริการ ชื่อผู้ประกอบการตลาดแบบตรง รวมถึงสิทธิในการบอกเลิกสัญญา เป็นต้น ล่วงหน้าหรืออย่างน้อยขณะตัดสินใจทำการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค เช่นเดียวกับกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งผลของการที่ผู้ประกอบการตลาดแบบตรงไม่จัดให้มีเอกสารการซื้อขายที่มีรายละเอียดตามมาตรา 30 และมาตรา 31 ย่อมไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค

ดังนั้น จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ยังไม่มีการบัญญัติในเรื่องหน้าที่ของผู้ประกอบการตลาดแบบตรงในการแจ้งข้อมูลต่างๆ อันเป็นสาระสำคัญก่อนหรือขณะตัดสินใจสั่งซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคให้เกิดความชัดเจน และป้องกันปัญหาการโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง และเพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในธุรกิจตลาดแบบตรง และไม่มีการกำหนดผลของการที่ผู้ประกอบการตลาดแบบตรงไม่แจ้งข้อมูลต่างๆ ให้แก่ผู้บริโภคทราบล่วงหน้าหรืออย่างน้อยที่สุดก่อนผู้บริโภคตัดสินใจทำการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ในส่วนหน้าที่การส่งมอบเอกสารการซื้อขายให้แก่ผู้บริโภคนั้น ถือว่าเป็นการยืนยันข้อมูลที่เป็น ลายลักษณ์อักษรไปยังผู้บริโภคอีกชั้นหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีการกำหนดช่วงเวลาในการส่งมอบเอกสารการซื้อขายให้ชัดเจนอีกด้วย