

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ทุนวิจัย

กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช

รายงานฉบับสมบูรณ์

การศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับ
อนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้:
บทเรียนสำหรับประเทศไทย

โดย

ศูนย์วิทยพัชการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ชนิตกุล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

17 ตุลาคม พ.ศ. 2549

เลขหมู่ กท
๒ 15
เลขทะเบียน 013012
วัน, เดือน, ปี 17 ม.ค. 50



บทคัดย่อภาษาไทย

ชื่อโครงการวิจัย โครงการศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้: บทเรียนสำหรับประเทศไทย

ชื่อผู้วิจัย รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล

เดือนและปีที่ทำวิจัยเสร็จ 17 ตุลาคม 2549

บทคัดย่อ

ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นภาคธุรกิจที่ใหญ่มากในระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศพัฒนาแล้วเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่ได้รับความนิยมเนื่องจากเป็นระบบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพสูง กล่าวคือ ทำให้ผู้ให้อนุญาตสามารถขยายเครือข่ายธุรกิจแฟรนไชส์ของตนได้อย่างรวดเร็วโดยไม่ต้องใช้เงินจำนวนมากในการขยายเครือข่าย และผู้ได้รับอนุญาตเองก็ได้รับประโยชน์จากการที่สามารถเข้าสู่ตลาดจัดกระจายสินค้าและบริการในฐานะนักลงทุนและผู้ประกอบการโดยง่ายและโอกาสที่ธุรกิจจะล้มเหลวก็ต่ำลง เนื่องจากในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ผู้ให้อำนาจจะมีอำนาจตลาด หรืออำนาจต่อรองเหนือว่าผู้รับอนุญาต จึงมีแนวโน้มสูงที่ผู้ให้อนุญาตจะใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่ชอบธรรมโดยการเขียนข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน หรือข้อสัญญาจำกัดไม่ให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งกับตนเองในสัญญาแฟรนไชส์และบังคับให้ผู้รับอนุญาตต้องรับข้อสัญญาดังกล่าว ในสหภาพยุโรป ประเทศเยอรมันนี้ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขัน และข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Sherman กฎหมาย Clayton กฎหมาย Fair Trade Commission ส่วนข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ในประเทศอังกฤษ ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันและข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญา

ในแง่มุมมองของการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์แล้ว ประเทศไทยเกิดตามแนวของประเทศอังกฤษโดยการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมีผลทำให้

ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันและข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้ให้อนุญาตตกอยู่ภายใต้บังคับของ บทบัญญัติมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และตาม บทบัญญัติมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลไทยต้องพิจารณาก่อนว่าข้อ สัญญาจำกัดการแข่งขัน หรือข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสัญญาแฟรนไชส์ ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หากไม่ขัดศาลจึงมีอำนาจที่จะปรับลด ระดับความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ให้อยู่ในระดับที่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ หาก พิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาไม่เคยตัดสินให้ข้อสัญญาจำกัดการ แข่งขันของลูกจ้างตกเป็นโมฆะเลย ในทางตรงกันข้ามศาลฎีกาตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดการแข่งขัน เป็นข้อสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 5 จะทำให้ศาลไทยมีทั้งอำนาจและความ ยืดหยุ่นที่จะปรับเปลี่ยนข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้สะท้อนดุลยภาพที่เป็นธรรม ของผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เหมาะสมและยุติธรรมขึ้นอย่างแน่นอน



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ

Project Title	A Comparative Study of Franchise Business and Non-Competition Covenants in United States, France, Germany, Japan and South Korea: Lessons for Thailand
Name of the Researcher	Associate Professor Dr. Sakda Thanitcul
Completed Date	October 17th, 2006

Abstract

Franchise business occupies the substantial part of the economies, especially in advanced economies like the United States, the European Union and Japan. It is popular because of its market efficiency – franchisor can expand his business network rapidly without huge investment capital and franchisee can enter the distribution and service market, as investor-cum-entrepreneur, with lower business risk. Because of having market power or at least bargaining power over franchisees, a franchisor tends to abuse the market power by imposing anti-competitive (restrictive) clauses and non-compete covenants upon a franchisee. These two types of anti-competitive clauses and non-compete covenants are mainly regulated by competition laws or competition-related regulations in the European Union, Germany, France, Japan and South Korea. In the United States, anti-competitive clauses are mainly regulated by the Sherman Act, the Clayton Act, the Federal Trade Competition Act and State Anti-trust legislations while non-compete covenants are regulated by the law of contract, especially case law. In England, the Franchise business and those two types of business restrictive clauses are under the law of contract.

With regard to regulating franchise business, Thailand has adopted the similar approach to England by enacting the Unfair Business Clause Act B.E. 2540 in November 1997. Therefore anti-competitive clauses and non-compete covenants are now regulated by section 5 of the Unfair Business Clause Act of B.E. 2540 and Section 150 of the Thai Civil and Commercial Code. The Thai Courts are required by Section 5 to scrutinize whether an

anti-competitive clause or a non-compete covenant in a franchise agreement violates the public policy or good moral or not. If not, then a court is authorized to amend the anti-competitive clause or a non-compete covenant that he deems grossly unfair to the other party of the franchise agreement to the extent that he thinks the balance of interest of the franchisor and franchisee is fairly struck. Under the Thai Jurisprudence, the Thai Supreme Court has never ruled that any non-compete covenant was void. On the contrary, the Thai Supreme Court has always held that those non-compete clauses were valid. The provision of section 5 will certainly provides the Thai courts the power and flexibility to strike a fair balance between two competing interest – franchisor's and franchisee's.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	i
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	iii
สารบัญ	V
บทนำ	1
บทที่ 1 กฎหมายกับการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา	10
1.1 ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์	10
1.2 กลุ่มข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด	13
1.3 กลุ่มข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาต	16
บทที่ 2 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศสหรัฐอเมริกา	19
2.1 ประเภทของสัญญาแฟรนไชส์	20
2.2 หลักกฎหมายสัญญาเกี่ยวกับข้อจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์	21
2.3 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสัญญาแฟรนไชส์	22
บทที่ 3 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสหภาพยุโรป เยอรมันนี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และอังกฤษ	27
3.1 สหภาพยุโรป	28
3.2 ประเทศเยอรมันนี	31

3.3 ประเทศฝรั่งเศส	33
3.4 ประเทศญี่ปุ่น	36
3.5 ประเทศเกาหลีใต้	39
3.6 ประเทศอังกฤษ	42
บทที่ 4 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต ในประเทศไทย	45
4.1 ความเป็นมา	45
4.2 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตก่อน 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541	46
4.3 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตหลัง 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541	58
4.3.1 คำอธิบายทางวิชาการเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขัน	58
4.3.2 คำพิพากษาฎีกา	66
4.4 สรุป	68
บทที่ 5 บทสรุป วิเคราะห์ และข้อเสนอแนะ	70
5.1 สรุปและวิเคราะห์	70
5.2 ข้อเสนอแนะ	73
บรรณานุกรม	75
ภาคผนวก	78
ภาคผนวก ก. G. GLICKMAN, TYPICAL FRANCHISE AGREEMENTS (FAST FOOD FRANCHISE)	79

ภาคผนวก ข. JFTC Decree, The September 20, 1983	88
ภาคผนวก ค. พระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	92



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



บทนำ

ธุรกิจแฟรนไชส์เริ่มต้นขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยบริษัทซิงเกอร์ และบริษัทเจเนอรัลมอเตอร์ ตั้งแต่ปี 1898 ต่อมาธุรกิจประเภทนี้เริ่มได้รับความนิยมขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงศตวรรษ 1950 การขายสินค้าและบริการผ่านระบบธุรกิจแฟรนไชส์ได้เจริญเติบโตขึ้นอย่างมาก ในช่วงศตวรรษ 1990 ได้มีการประมาณว่าประมาณประมาณหนึ่งในสามของภาคธุรกิจค้าปลีกทั้งหมดของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตลาดค้าปลีกของธุรกิจแฟรนไชส์² ในประเทศออสเตรเลียได้มีการประมาณว่าประมาณ 90%ของการขายอาหารทั้งหมดในตลาดเป็นการขายโดยผ่านทางธุรกิจอาหารจานด่วนที่เป็นร้านอาหารแฟรนไชส์ ปลายศตวรรษที่ 1990 สถิติเกี่ยวกับบทบาทและความสำคัญของธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกายังคงแสดงให้เห็นถึงบทบาทสำคัญของธุรกิจแฟรนไชส์ในการกระจายสินค้าและบริการ คือ ทุกหนึ่งเหรียญดอลลาร์จากจำนวนสามเหรียญที่ผู้บริโภคในประเทศสหรัฐอเมริกาจ่ายในการซื้อสินค้าหรือบริการในระดับค้าปลีก จะเป็นการจ่ายเป็นค่าธุรกรรมค้าปลีกให้กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisee) ในธุรกิจขายรถยนต์ บั๊มน้ำมัน ภัตตาคาร ร้านอาหารจานด่วนและโรงแรม³ ซึ่งเป็นการพิสูจน์ว่าระบบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นระบบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ และเป็นธุรกิจที่ให้ค่าตอบแทนเป็นที่น่าพอใจแก่ทั้งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisor) และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisee) แต่การเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วของธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้หมายความว่าระบบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นระบบที่ดีเยี่ยมและสมบูรณ์ทุกประการ ผลการศึกษาของ Shane พบว่าน้อยกว่า 25%ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisee) ที่ประกอบธุรกิจในปี 1983 ที่ยังสามารถดำเนินธุรกิจต่อเนื่องได้ถึงสิบปี⁴ และการศึกษาของ Bates พบว่าอัตราการประสบความสำเร็จ (และอัตราผลตอบแทนที่ต่ำกว่า) ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisee) จะสูงกว่าผู้ประกอบการที่เป็นวิสาหกิจขนาดย่อมซึ่งไม่ได้เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisee) ในธุรกิจแฟรนไชส์⁵

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ Stuart Hershman and Micheal G. Brennan, United States, in Martin Mendelsohn, Micheal G. Brennan, THE INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF FRANCHISEING, 1999, at United States-1

² International Bureau of WIPO, Franchising Guide, WIPO Pub. No. 480,1994 at 283

³ Lawrence A. Sullivan, Warren S. Grimm, THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK, at 451.

⁴ Share, Differences Between Successful and Unsuccessful Franchisors 15 (rev. Oct 1, 1995) (unpublished report prepared for the office of advocacy, U.S. Small Business Administration), cited in Sullivan ข้างบน, หน้า 452

⁵ Bates, Survival Patterns Among Franchisee and Nonfranchisee Firms stated in 1986 and 1987 at 3 (Feb. 1996) (unpublished report prepared for the office of advocacy, U.S. Small Business Administration), cited in Sullivan ข้างบน, หน้า 452.

ในอีกมุมหนึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisor) รายใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มองการขยายการอนุญาตให้ใช้สิทธิไปยังผู้ประกอบการในต่างประเทศเป็นโอกาสทางธุรกิจที่ดี และได้มีการขยายธุรกิจแฟรนไชส์ไปยังตลาดต่างประเทศ (“go international”) ซึ่งในมุมมองของผู้อนุญาตให้สิทธิ (Franchisor) ของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว หากมีการจัดอันดับความสำคัญและโอกาสที่จะประสบความสำเร็จสูงสุดแล้ว ตลาดที่สำคัญดังกล่าวได้แก่ ประเทศแคนาดา และประเทศสหราชอาณาจักรเนื่องจากเป็นประเทศที่มีพลเมืองพูดภาษาอังกฤษ มีระดับการครองชีพที่สูง มีรสนิยมคล้ายคนอเมริกัน ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ไกลเกินไป และมีระบบกฎหมายที่คล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา⁶ แต่การเลือกประเทศอื่นๆ จะต้องศึกษาวิเคราะห์อย่างละเอียด เช่น การที่บริษัท Franchise ของสหรัฐอเมริกาจะขยายธุรกิจเข้าไปยังประเทศในแถบแปซิฟิก และต้องเลือกระหว่างประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลียจะเป็นประเทศที่ไม่ควรเลือก แม้ว่าจะมีเงื่อนไขเหมือนประเทศแคนาดาและประเทศสหราชอาณาจักรที่กล่าวมา เพราะประเทศออสเตรเลียมีประชากรเพียง 13 ล้านคนเท่านั้น ประเทศญี่ปุ่นแม้ว่าจะจะเป็นประเทศที่ดูเหมือนมีเงื่อนไขไม่เหมาะสมแก่การดำเนินธุรกิจ Franchise เพราะพลเมืองไม่พูดภาษาอังกฤษ และระบบกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างมากกับระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็ควรเลือกประเทศญี่ปุ่นมากกว่าประเทศออสเตรเลีย เพราะมีเงื่อนไขอื่นที่เหมาะสมแก่การขยายตัวธุรกิจแฟรนไชส์ของบริษัท franchise มากกว่า ได้แก่ จำนวนประชากรที่มีมากถึง 100 ล้านคน มาตรฐานการครองชีพที่สูง ระบบขนส่งที่ยอดเยี่ยม วัฒนธรรมและวิธีการดำเนินธุรกิจแบบอเมริกาได้ค่อนข้างดี⁷ ส่วนการขยายธุรกิจ franchise เข้าไปในตลาดของสหภาพยุโรป อาจก่อให้เกิดปัญหาที่ว่าเครื่องหมายการค้า และสัญลักษณ์ของธุรกิจ Franchise แบบอเมริกัน ไม่เข้ากับสถาปัตยกรรมแบบดั้งเดิมของยุโรป หรือการเข้าไปในประเทศอินเดียหรือเม็กซิโกอาจก่อให้เกิดกระแสชาตินิยมต่อต้านเครื่องหมายการค้าต่างชาติได้⁸

นอกจากนั้นแล้วการขยายธุรกิจ franchise เข้าไปในตลาดต่างประเทศของธุรกิจ franchise ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีการดำเนินธุรกิจที่แตกต่างกับการดำเนินธุรกิจในตลาดประเทศสหรัฐอเมริกาที่สำคัญสองประการคือ (1) การดำเนินธุรกิจ franchise ในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทธุรกิจ franchise จะใช้สัญญาซึ่งเป็นสัญญามาตรฐาน (Standard Contract)⁹ แต่การขยายธุรกิจไปยังตลาดต่างประเทศ บริษัทธุรกิจ franchise ของประเทศ

⁶ P. Zeidman, Memorandum to Foreign Counsel: An Introduction to International Franchising, reprinted in Ralph H. Folsom, Micheal Wallace Gordon and John A. Spanogle, Jr., INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTION: A PROBLEM-ORIENTED COURSEBOOK, 1991, at 676

⁷ Zeidman, อ้างแล้วข้างบน หน้า 677

⁸ Folsom, Gordon and Spanogle, อ้างแล้วข้างบน หน้า 675

⁹ Folsom, Gordon and Spanogle, อ้างแล้วข้างบน

สหรัฐอเมริกาจะใช้สัญญาธุรกิจ franchise ระหว่างประเทศ (basic international franchise agreement)¹⁰ ซึ่งมีการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาบางประการให้เหมาะสมกับแต่ละประเทศ (2) ในตลาดสหรัฐอเมริกา ธุรกิจ franchise จะเป็นความสัมพันธ์ทางธุรกิจ โดยสัญญามาตรฐาน franchise ระหว่างบริษัทธุรกิจ franchise กับผู้ประกอบการรายเล็กซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) เป็นรายๆ ไป แต่ในการดำเนินธุรกิจ franchise ระหว่างประเทศ บริษัทธุรกิจ franchise จะทำสัญญากับผู้ประกอบการที่เป็นนักลงทุนรายใหญ่ (major investor) เพียงรายเดียวในประเทศนั้น โดยสัญญาการทำธุรกิจระหว่างบริษัทธุรกิจ franchise ของสหรัฐอเมริกา กับนักลงทุนรายใหญ่ของประเทศนั้นๆ จะเรียกว่า Master Franchise Agreement¹¹ ซึ่งข้อดีของ Master Franchise Agreement ได้แก่ ไม่ต้องดูแลและยุ่งเกี่ยวกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (เช่น การฝึกงานและการควบคุมคุณภาพ) รายเล็กๆ จำนวนมากโดยเฉพาะบริษัทธุรกิจ franchise ซึ่งตั้งอยู่ห่างไกลจากประเทศผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่มีความรู้ความเข้าใจในวัฒนธรรมการดำเนินธุรกิจและระบบกฎหมายของประเทศที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ตั้งอยู่ ข้อเสียคือ หากมีปัญหาขึ้นมาก็คจะเป็นปัญหาที่ร้ายแรงแก้ไขอะไรแทบไม่ได้เลย¹² ความสำคัญของการขยายธุรกิจแฟรนไชส์ไปยังต่างประเทศมีสูงมาก และเพื่อป้องกันความล้มเหลวของ Master Franchise Agreement บทบาทของที่ปรึกษากฎหมายจึงสำคัญ หัวข้อเรื่องการจัดทำ Master Franchise Agreement จึงเป็นหัวข้อสำคัญในวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศของโรงเรียนกฎหมาย (law school) ในประเทศสหรัฐอเมริกา¹³

¹⁰ Ziedman, อ้างแล้วข้าง, หน้า 670

¹¹ Warren Pengilly, Legal and Commercial Aspect of International Franchising – Problems in Their Negotiation reprinted in Folsom, Gordon and Spanrogle, อ้างแล้วข้างบนหน้า 678

¹² Pengilly, อ้างแล้วข้างบน, หน้า 679

¹³ ตัวอย่างเช่นใน คำถามในข้อสอบวิชา International Business Transaction Law ของ Harvard Law School ซึ่งสอบในวันที่ 17 ธันวาคม 2542 มีคำถาม 2 ข้อ มีหนึ่งข้อเกี่ยวกับการร่าง Master Franchise Agreement โดยมีรายละเอียดเนื้อหาของคำถามดังนี้

Question 1

Original Fanny's Fast Foods Company (OFFF), a Delaware corporation, operates a successful business in the United States, franchising its trademark to independent entrepreneurs who run quick food restaurants across the country. It also manufactures and sells to its franchisees certain food products characteristic of its operations, such as salad dressings, syrups for soft drinks, coffee and tea, plus napkins, signs and other decorative features. It has conducted some market research abroad and its management is persuaded that it should venture abroad as some of its competitors, including McDonalds, Baskin Robbins, Pizza Hut, etc., have done. OFFF's general counsel presents to you the form of agreement which OFFF has standardized for use in the United States. She asks you to comment on any clauses that seem likely to raise questions in negotiations with prospective franchisees in other countries, particularly in Europe and to indicate any matters that have been omitted but should be covered.

FRANCHISE AGREEMENT

This agreement, done this day ** of ***** 19**, between Original Fanny's Fast Foods, (hereinafter "OFFF") and ***** (hereinafter "Franchisee") witnesses as follows:

1. The following terms as used in this Agreement are hereby defined as follows [definitions of Franchised Foods, the Trademark, etc. are omitted]
2. OFFF agrees to permit the Franchisee to operate a restaurant under its trademark to be located at [give precise address]. Franchisee is not to maintain any other restaurant during the term of this agreement. Such license shall not preclude OFFF from licensing other franchisees, provided that OFFF shall grant no other license with respect to any location within five miles of Franchisee's operations.
3. OFFF hereby licenses its Trademark to Franchisee solely for use as aforesaid.
4. Franchisee agrees to maintain its restaurant in an orderly, sanitary and businesslike way in conformity with all federal, state and municipal laws and regulations. Franchisee agrees to purchase Franchised Foods only from OFFF. Upon receipt of orders for Franchised Foods they will be shipped to Franchisee F.O.B. the appropriate factory or warehouse. The Franchisee will be billed for the amount stated in the current price list maintained by OFFF. Such payments are to be made monthly. Franchisee agrees to pay said royalties at the end of each month in New York funds and to permit OFFF to audit its accounts at OFFF's discretion at intervals not more frequent than once every six months.
5. The term of this agreement is three years and may be renewed by the agreement of the parties in writing for the following year. OFFF may terminate this agreement whenever it judges that Franchisee is failing to perform its duties as specified therein. Whenever the Agreement terminates for any reason, Franchisee shall cease to make sales under the trademark and all materials representing the trademark shall be destroyed or returned to OFFF.
6. Nothing in this agreement constitutes Franchisee an agent of OFFF or confers upon it the power to make any commitment on its behalf.
7. The laws of North Lakota shall govern this entire transaction and Franchisee consents to the jurisdiction of the courts of North Lakota in all controversies arising from the Agreement.

Original Fanny's Fast Foods

By _____
Vice President

[Franchisee]

By _____

ในกรณีของการขยายตัวทางธุรกิจ franchise เข้ามาในตลาดประเทศไทย บริษัทธุรกิจ franchise ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เลือกที่จะเลือกนักลงทุนรายใหญ่เพียงรายเดียว และเข้าทำสัญญา Master Franchise Agreement (ซึ่งมีการปรับเปลี่ยนแก้ไขข้อสัญญาในบางข้อ ในสัญญา Master Franchise Agreement ฉบับมาตรฐานให้เข้ากับระบบกฎหมายของประเทศไทย โดยการขอความเห็นทางกฎหมายจากสำนักงานกฎหมายในประเทศไทย) กับนักลงทุนรายใหญ่ให้นักลงทุนรายใหญ่ในประเทศไทยรายนั้น เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงได้แก่ กรณีที่บริษัท ไทรคอน โกลบอล เรสทัวรนต์¹⁴ (ไทรคอน เรสทัวรนต์ อินเตอร์เนชั่นแนล) ไม่ยอมต่อสัญญา Master Franchise Agreement ซึ่งสิ้นสุดลงในวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2543 ให้กับบริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน)¹⁵ โดยบริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน) อ้างว่า จำเลยเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต เพราะในสัญญา Master Franchise Agreement ฉบับใหม่ (2543-2562) โดยจำเลยเขียนข้อสัญญาจำกัดห้ามมิให้บริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน) ขยายธุรกิจไปสู่อาหารประเภทใหม่ๆ ทั้งในประเทศและทุกแห่งทั่วโลก¹⁶ แต่เนื่องจากสัญญา Master Franchise Agreement ได้มีข้อสัญญากำหนดให้ข้อพิพาทใดๆที่เกิดขึ้นต้องนำไปสู่การฟ้องร้องคดีที่ศาลของกรุงนิวยอร์ก บริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน) ได้นำคดีไปฟ้องที่ศาลชั้นต้นของกรุงนิวยอร์ก โดยอ้างว่า บริษัท ไทรคอน เรสทัวรนต์ อินเตอร์เนชั่นแนล จงใจที่จะปฏิเสธไม่ให้บริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน) ต่อสัญญา เพราะได้บรรลุข้อจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจในสัญญา Master Franchise Agreement ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวขัดกับกฎหมายไทยทำให้โจทก์ไม่สามารถลงนามในสัญญาที่มีข้อสัญญาขัดต่อกฎหมายไทยได้ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจาก บริษัท ไทรคอน เรสทัวรนต์ อินเตอร์เนชั่นแนล เป็นจำนวนเงิน 180 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 7,000 ล้านบาท) ประเด็นสำคัญของคดี คือ ข้อสัญญาจำกัดทางแข่งขันในธุรกิจ franchise โดยทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งตามสัญญามาตรฐานระหว่างบริษัทธุรกิจ franchise กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ที่ใช้อยู่โดยทั่วไปในธุรกิจแฟรนไชส์อาหารจานด่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจดังนี้

"Competition with Company. Franchisee agrees that during the term of this agreement it shall not engage in any restaurant or prepared food business which is the same or similar to Company's business. Franchisee further agrees that, for the period of eighteen (18) months after termination of this agreement, it will not engage in any business the same or similar to the Company's business within an area for five (5)

¹⁴ Plaza Public Co. Ltd. V. Tricon Global Restaurants, Inc. S.D.N.Y., 2000. No.99Civ.12056 (BSJ).

¹⁵ หนังสือพิมพ์ สยามรัฐ ฉบับที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543

¹⁶ อ้างแล้วข้างต้น

miles from the premises without the prior consent of Company. In applying for Company's consent, Franchise has the burden of establishing that any such activity by it would not involve the use of benefits provided hereby or constitute unfair competition with Company or other franchisee¹⁷"

นายวิลเลียม อี. ไฮเนคกี (William E. Heinecke) ประธานคณะกรรมการบริหารบริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน) ได้เขียนบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตตาม Master Franchise Agreement ไว้ดังนี้ "ถึงต้นปี 1999 ภาวะเศรษฐกิจเริ่มฟื้นตัว เราเปิดฉากเจรจากับซิคเก็น ทริท อีกครั้ง และนำไปสู่การเซ็นสัญญาในเดือนตุลาคม 1999 เราเซ็นสัญญาที่จะเปิดตลาดซิคเก็น ทริท ในไทย มาเลเซีย และสิงคโปร์ ทว่างานหนักในการเปิดเผยโฉม ซิคเก็น ทริท เพิ่มจะเริ่มต้นขึ้นเท่านั้น

ในขณะที่เรากำลังวุ่นวายกับธุรกิจใหม่นั้นก็ค้นพบความจริงว่าการเจรจาต่อสัญญาแฟรนไชส์พิชซ่า ฮัท ออกไปไม่น่าจะราบรื่นเสียแล้ว ภายใต้สัญญาเดิมที่เริ่มต้นในปี 1990 เราเข้าใจว่า เมื่อหมดสัญญา 10 ปี ในต้นปี 2000 เรามีสิทธิต่อสัญญาไปอีก 5 ปีโดยอัตโนมัติ เพียงแต่ต้องมีการตกลงเงื่อนไขตอบแทนกันใหม่ ความเข้าใจอีกสิ่งหนึ่งก็คือ สัญญาฉบับนี้ห้ามมิให้เรานำธุรกิจพิชซ่าอื่นๆ มาแข่งขันกับพิชซ่า ฮัท เท่านั้น แต่ไม่ได้มีข้อจำกัดว่าเราจะยุ่งเกี่ยวกับธุรกิจอาหารอื่นๆ ไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนั้น การขายไก่ทอดก็ไม่น่าจะมีปัญหาแต่อย่างใด

เรารู้ว่ามีผู้ประกอบการพิชซ่า ฮัท ทั่วโลก ที่ดำเนินกิจการอาหารอื่นๆ ควบคู่ไปด้วย บางรายก็ขายไก่ทอด บางรายก็แฮมเบอร์เกอร์ โดยไม่มีปัญหาขัดแย้งกับพิชซ่า ฮัท และดูเหมือนว่าเคเอฟซีเองก็ไม่สู้จะวิตกกังวลกับเรื่องเหล่านี้สัก หรือในประเทศไทยเองเคเอฟซีได้ร่วมลงทุนกับเครือเจริญโภคภัณฑ์ (ซี.พี.) เพื่อดำเนินกิจการร้านเคเอฟซีตั้งแต่ต้นทศวรรษ 1990 โดยที่กลุ่ม ซี.พี.เองก็เป็นเจ้าของเครือข่ายร้านเซสเตอร์กริล และไก่ย่างห้าดาว แต่ก็ไม่เห็น ซี.พี. จะมีปัญหาอะไร

เมื่อเรานำสัญญามาตรฐานในการเปิดแฟรนไชส์รายใหม่ๆ ของพิชซ่า ฮัท ในสหรัฐฯ ซึ่งโดยปกติผู้ขายแฟรนไชส์ต้องยื่นสำเนาเอกสารข้อตกลงแก่หน่วยงานรัฐบาลที่เกี่ยวข้องมาศึกษา เราก็พบว่าสัญญาจะห้ามมิให้ผู้ซื้อแฟรนไชส์ทำธุรกิจพิชซ่าฮัทอื่นขึ้นมาแข่งขัน รวมทั้งห้ามมิให้มีการเปิดร้านพิชซ่า ฮัท สาขาอื่นๆ ในรัศมี 1 ไมล์เท่านั้น การแบ่งเขตการขายลักษณะนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องผู้ซื้อแฟรนไชส์ เพื่อให้แน่ใจว่าจะสามารถคืนทุนได้โดยไม่ต้องไปมีปัญห

¹⁷ Copyright © 1974 by Matthew Bender & Co., Inc. and reprinted with permission from Business Organization Franchising in Folsom, Gordon and Spanogle, อ้างแล้วข้างบนในเชิงอรรถที่ 6 หน้า 691

แก่งแย่งลูกค้ากับร้านอาหารในเครือข่ายเดียวกัน ในเมื่อข้อตกลงที่พิชซ่า ฮัท ทำกับผู้ซื้อแฟรนไชส์รายอื่นๆ ในสหรัฐฯ คล้ายคลึงกับข้อตกลงที่เคยทำไว้กับเรา เราจึงเชื่อมั่นใจว่าพิชซ่า ฮัท จะใช้เงื่อนไขเดียวกันนี้ในการต่อสัญญาครั้งใหม่กับเราด้วย

(แต่เราคาดคิด เนื่องจากเกิดการเปลี่ยนแปลงหลายๆ อย่างด้วยกัน)

เริ่มจากปลายปี 1997 บริษัท เป็ปซี่โค ได้ทำการรวมกิจการร้านอาหารจานด่วนชั้นนำ ทั้งพิชซ่า ฮัท เคเอฟซี และทาโก เบลล์ เป็นบริษัทเดียวกันโดยใช้ชื่อว่า ไทรคอน โกลบอล เรสทัวรองด์ แผนการของไทรคอนไม่ต้องบอกก็รู้ว่าต้องการครอบครองตลาดฟาสต์ฟู้ดทั่วโลก ซึ่งไทรคอนก็ "ทำสำเร็จ" เสียด้วยสิ เมื่อปี 2002 ที่ผ่านมามีไทรคอนเพิ่งเปลี่ยนชื่อใหม่เป็น ยัม อินเตอร์เนชั่นแนล โดยมีร้านฟาสต์ฟู้ดในสังกัดมากกว่า 30,000 สาขาในร้อยกว่าประเทศทั่วโลก ยัม มีรายได้รวมในปี 2001 สูงถึง 22 พันล้านเหรียญสหรัฐเห็นหรือยังถึงตอนนี้มันจึงเหมือนกับเรากำลังต่อกรกับลิงกอริลล่าน้ำหนักร้อยกว่ากิโลที่พอใจจะนั่งตรงไหนมันก็นั่ง

การกระทำของไทรคอนพิสูจน์สิ่งต่างๆ เหล่านี้ได้เป็นอย่างดี สิ่งที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่ไม่ได้อยู่ในสหรัฐฯ ไทรคอนเริ่มเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ซื้อแฟรนไชส์ ด้วยการพยายามผลักดันให้ผู้ซื้อแฟรนไชส์ของเขามาสวมหมวกดีต่อทุกแบรนด์ที่เป็นของไทรคอน ไม่ใช่สนใจแค่แบรนด์ที่ตัวเองเป็นผู้ซื้อแฟรนไชส์เท่านั้น

กลางปี 1998 เราเริ่มเจรจากับพิชซ่า ฮัท เรื่องสัญญาแฟรนไชส์ฉบับใหม่ซึ่งจะมีผลบังคับหลังเดือนมกราคม 2000 ว่าควรจะมีการต่อสัญญาออกไปอีก 5 ปี ตามสิทธิ์ของเราหรือไม่ ข้อตกลงใหม่ที่พิชซ่า ฮัท หยิบยื่นให้เรานั้นแตกต่างจากข้อตกลงเดิมและข้อตกลงระหว่างพิชซ่า ฮัทกับผู้ซื้อแฟรนไชส์ในสหรัฐฯ โดยสิ้นเชิง สรุปง่ายๆ ก็คือ ไทรคอนขอเพิ่มค่าธรรมเนียม 50% จากเดิมที่เราต้องจ่ายส่วนแบ่ง 4 % ของยอดขายก็เพิ่มเป็น 6% ของยอดขายและเพิ่ม "ค่าธรรมเนียมเบื้องต้น" อีก 100% จากสาขาละ 17,500 เหรียญเป็น 35,000 เหรียญ รวมทั้งยกเลิกเงื่อนไขการปกป้องพื้นที่การขาย บริษัทแม่จะมาเปิดร้านประกบกับเราเมื่อไรก็ได้เทียบ กับแฟรนไชส์ในสหรัฐอเมริกาที่ได้รับความคุ้มครองนี้ ไม่เท่านั้นหากเราต้องการเปิดกิจการร้านอาหารจานด่วนอื่นๆ เช่น ไก่ แฮมเบอร์เกอร์ อาหารเม็กซิกัน ฯลฯ ไม่ว่าจะเป็นการค้าปลีกหรือค้าส่ง ในประเทศไทยหรือประเทศอื่นๆ ไม่ว่าเราจะไปลงทุนที่ใดในโลกเราจะต้องขออนุญาตจากไทรคอนก่อนทุกครั้ง เรารู้ดีว่าการยอมรับข้อเสนอเหล่านี้ ย่อมทำให้ศักยภาพการเติบโตในฐานะบริษัทมหาชนของเราลดลงทันที เพราะสัญญาใหม่ที่พิชซ่า ฮัท เสนอให้เรา ผูกมัดไม่ให้เราขยายตัวสู่ธุรกิจอื่นได้เลย เราเองคงมีสภาพไม่ต่างจากบริษัทย่อยของไทรคอนไป เพราะพิชซ่า ฮัท สามารถชี้ให้เราทำโน่นทำนี่ได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเสียเงินมาลงทุนกับเราสักบาท

เพื่อให้เห็นภาพชัดเจนขึ้น ลองนึกดูว่า ผู้ซื้อแฟรนไชส์ของพิชซ่า ฮัทในนิวยอร์ก สหรัฐฯ สามารถเปิดร้านโดมิโนส พิชซ่า ร้านไก่ทอดป๊อปอายส์ และร้านอาหารเม็กซิกัน ทาโก เบลล์ โดยไม่ถือว่าเป็นการผิดข้อตกลงกับพิชซ่า ฮัท แต่เรา ซึ่งเป็นผู้ซื้อแฟรนไชส์ของพิชซ่า ฮัท ในประเทศไทยกลับไม่สามารถเปิดร้านเบอร์เกอร์คิง หรือร้านไก่ทอดในประเทศไทยหรือประเทศอื่นๆ ในโลกนี้ ยิ่งไปกว่านั้น เรายังไม่สามารถเปิดร้านอาหารไทยในนิวยอร์กหรือประเทศไทยได้อีกด้วยถ้าหากไทรคอนไม่อนุญาต¹⁸

ซึ่งตามข้อสัญญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การจำกัดไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) แข่งขันกับผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) จะแบ่งระยะเวลาออกเป็น 2 ช่วง ได้แก่ (1) ข้อห้ามแข่งขันในระยะเวลาที่สัญญายังมีผลบังคับอยู่ (in-term non-compete covenant) ได้แก่ ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ประกอบธุรกิจ franchise ที่เหมือนกัน หรือคล้ายกัน แข่งกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (2) ข้อสัญญาที่ห้ามแข่งขันภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดลงแล้ว (post-term non-compete covenant) ได้แก่ ข้อสัญญาที่ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ประกอบธุรกิจที่เหมือนกัน หรือคล้ายกัน แข่งกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) เป็นเวลา 18 เดือนหลังสัญญาสิ้นสุดภายในรัศมี 5 ไมล์จากร้านจำหน่ายเดิม แต่หากได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นลายลักษณ์อักษรก็ยอมทำได้ ทั้งนี้ผู้ได้รับอนุญาต (franchisee) มีภาระพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ใช้ประโยชน์ที่ได้รับมาจากการที่ตนเป็นผู้ได้รับอนุญาต หรือธุรกรรมดังกล่าวไม่เป็นการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่น

ประเด็นสำคัญทางกฎหมาย คือ ข้อสัญญาซึ่งจำกัดมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) แข่งขันทางธุรกิจกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) มีผลทางกฎหมายภายใต้กฎหมายไทยอย่างไร และข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อย่างไร

โดยรายงานวิจัยฉบับนี้จะตอบคำถามกฎหมายข้างต้นโดยการแบ่งบทของงานวิจัย ออกเป็นดังนี้ บทแรกจะเป็นการวิเคราะห์ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์ และการกำกับดูแล ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา บทที่สอง จะเป็นการศึกษาที่กำกับดูแลข้อสัญญาจำกัด การแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศสหรัฐอเมริกา บทที่สามจะเป็นการศึกษากำกับดูแล ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสหภาพยุโรป ฝรั่งเศส อังกฤษ เยอรมันนี ญี่ปุ่น

¹⁸ วิลเลียม อี. โอนค็อกี ร่วมด้วยโจนาธาน มาร์ช แพลโดย จีระ หงส์ดตารมภ์ และบุญรัตน์ อภิชาติไครสรณ์ เรียบเรียงโดยปัทมา วลัย วัชรพล และศันย์ จันทร์เจ้าฉาย, แก้วแก้วมือโปร เคล็ดลับ 25 ข้อ สำหรับผู้บริหารในโลกยุคไร้พรมแดน ฉบับปรับปรุงล่าสุด พิมพ์ครั้งที่ 17, ดีเอ็มจี, (สิงหาคม 2547), หน้า 218-220.

เกาหลีใต้และอังกฤษ บทที่สี่จะเป็นการศึกษาข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศไทย ส่วนบทสุดท้ายจะเป็นการสรุปวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

กฎหมายกับการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ธุรกิจแฟรนไชส์ เป็นธุรกิจที่มีบทบาทสำคัญมาก ในการกระจายสินค้าและบริการต่อผู้บริโภคในระดับค้าปลีก ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง และในระดับมลรัฐกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลจำนวนมากที่สร้างบรรทัดฐานในการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ นักวิชาการและศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พยายามศึกษาและวิเคราะห์ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์ เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ก่อนที่จะตัดสินข้อพิพาทที่เกิดจากธุรกิจแฟรนไชส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสินประเด็นที่เกี่ยวกับข้อสัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทั้งหลาย (restrictive clauses) ซึ่งจำเป็นต้องวิเคราะห์ปัญหาด้วยหลักเหตุผล (rule of reason) ซึ่งทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าใจธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์ และการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าวมากขึ้น

บทนี้จะเป็นการศึกษาธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์ และประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

1.1 ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์

ศาล(ผู้พิพากษา) ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์จะศึกษาวิเคราะห์ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์เพื่อให้เข้าใจความสัมพันธ์ในเชิงการแข่งขันระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ได้ยุติธรรมมากขึ้น โดยทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มีคำอธิบายเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ดังนี้

- ก. ธุรกิจแฟรนไชส์ส่งเสริมประสิทธิภาพ (efficiency) ของตลาดซึ่งทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์และขณะเดียวกันผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ก็ได้รับประโยชน์จากประสิทธิภาพดังกล่าวด้วย
- ข. ผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisor) บางรายหาประโยชน์เกินสมควรจากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ผลิตสินค้าต้นน้ำ (upstream suppliers) และผู้บริโภคปลายน้ำ

(downstream consumers) โดยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรม (abuse of market power)¹⁹

ค. การหาประโยชน์โดยมิชอบของผู้รับอนุญาต (free-riding activity) จากระบบแฟรนไชส์

ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

ก. ธุรกิจแฟรนไชส์ส่งเสริมประสิทธิภาพของตลาด การที่ธุรกิจแฟรนไชส์เจริญเติบโตและได้รับความนิยมในธุรกิจเกี่ยวกับการจัดกระจายสินค้าและบริการจำนวนมาก ย่อมเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ที่ชัดเจนว่า ระบบธุรกิจแฟรนไชส์ต้องมีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพ (efficiency) ดังกล่าวได้แก่ (1) ทำให้สามารถระดมเงินทุนเพื่อสร้างเครือข่ายร้านค้าปลีกได้อย่างรวดเร็ว และต้นทุนต่ำกว่าการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง (2) สามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ความเป็นผู้ประกอบการ และความทุ่มเทได้จากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ซึ่งเป็นผู้ลงทุนและเป็นผู้ประกอบการเอง ส่วนในแง่ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ประสิทธิภาพ ได้แก่ การลดความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจโดยอาศัยชื่อเสียง เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ มาตรฐานการฝึกอบรม คำแนะนำและการสนับสนุนจากผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) ซึ่งเข้าร่วมอยู่ในธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จย่อมเป็นการประกันอย่างดีว่าธุรกิจของบรรดานักลงทุนรายเล็กที่เป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ก็จะประสบความสำเร็จค่อนข้างแน่นอน²⁰

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) ไม่ได้เกิดจากการที่ผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) รายนั้นๆ มีสถานะเหนือกว่าบริษัทคู่แข่งในธุรกิจเดียวกัน แต่ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) มีอำนาจตลาดเหนือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) เหตุผลที่ทำให้ผู้ให้อุญาตมีอำนาจเหนือผู้รับอนุญาตได้แก่ (1) ค่าต้นทุนที่จม (ต้นทุนคงที่ที่ไม่สามารถเรียกคืนได้) ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) เช่น ค่าตกแต่งร้าน ค่าอุปกรณ์เครื่องมือ ค่าเครื่องจักรที่ซื้ไปแล้ว (2) ความสามารถตามสัญญาที่ให้อำนาจผู้ให้อุญาตเพิ่มต้นทุนหรือยกเลิกสัญญาได้ เช่น ค่าตรวจสอบคุณภาพ หรือการควบคุมเงื่อนไขการขาย เป็นต้น และ (3) ความสามารถของผู้ให้อุญาตที่จะปฏิเสธไม่ให้ผู้รับอนุญาตที่ตนไม่ชอบเข้าถึงโอกาสทางธุรกิจที่มีกำไรได้ เช่น การขายสินค้าที่มีกำไรสูงๆ ภายใต้การควบคุมของ

¹⁹ Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3 หน้า 454

²⁰ Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถข้างบน หน้า 454-5

ผู้ให้อนุญาตเป็นต้น²¹ ตัวอย่างของการใช้อำนาจตลาดในทางไม่ชอบธรรมดังกล่าว ได้แก่ การบังคับให้ผู้รับอนุญาตต้องทำหน้าที่บริการบางอย่างเพิ่มเติมโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน การบังคับให้ซื้อสินค้าหรือบริการควบหรือพ่วง การบังคับให้ขายสินค้าหรือบริการในราคาที่กำหนด ซึ่งศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาเองได้ตระหนักถึงอำนาจเหนือตลาดของผู้ให้อนุญาตดังกล่าวมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1968 เช่นใน คดี *FTC v Texaco, Inc.* ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษายืนตามคำตัดสินของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา (Federal Trade Commission: FTC) ที่ตัดสินว่า พฤติกรรมของบริษัทน้ำมัน Texaco ที่บังคับให้ดีเซลเลอร์ปั๊มน้ำมันต้องวางขายสินค้าประเภทยางรถยนต์ แบริดเจอร์ อุปกรณ์ประกอบอื่นๆ ของยี่ห้อ Goodrich เท่านั้น โดยบริษัท Goodrich จะให้เงิน 10% ของค่าสินค้าแก่บริษัท Texaco ตอบแทน (rebate) เป็นพฤติกรรมที่ละเมิดบทบัญญัติมาตรา 5 ของกฎหมาย Federal Trade Commission Act ซึ่งศาลฎีกาได้สรุปว่าพฤติกรรมดังกล่าวของบริษัท Texaco เป็นการใช้อำนาจซึ่งมีอยู่แล้วในความสัมพันธ์เชิงธุรกิจแบบแฟรนไชส์ (inherently coercive) บังคับเอาแก่ผู้รับอนุญาตโดยไม่ชอบธรรม²²

ค. การหาประโยชน์โดยมิชอบของผู้รับอนุญาต (free-riding activity) ในมุมนอกกันผู้รับอนุญาตเองก็มีโอกาสที่จะหาผลประโยชน์จากระบบแฟรนไชส์ที่ตนเองเป็นผู้รับอนุญาต (free-riding activity) ได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น กรณีผู้รับอนุญาตในธุรกิจแฟรนไชส์ร้านอาหารจานด่วนซึ่งไม่ค่อยมีลูกค้าประเภทลูกค้าประจำ ได้แก่ ร้านอาหารจานด่วนแฟรนไชส์ที่ตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ริมถนนหลวงซึ่งลูกค้าซึ่งไม่ใช่ลูกค้าประจำจะเข้ามาซื้ออาหารจานด่วนเพียงครั้งเดียว ร้านอาหารจานด่วนดังกล่าวจึงไม่มีความจำเป็นจะต้องรักษาคุณภาพสินค้าให้ได้ระดับสูง จึงสามารถลดต้นทุนโดยใช้วัตถุดิบราคาถูกเพื่อให้ได้กำไรเพิ่มขึ้นได้²³

ขณะเดียวกันระบบธุรกิจ Franchise ก็มีปัจจัยที่จะทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ให้อนุญาตลดลง หรือ ปัจจัยที่ถ่วงมิให้ผู้ให้อนุญาตใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรมดังนี้ คือ (1) ผู้รับอนุญาตสามารถเจรจาต่อรองเงื่อนไขของสัญญาแฟรนไชส์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้ เพราะกฎหมายสัญญามีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายป้องกันการผูกขาด²⁴ โดยผู้รับอนุญาตสามารถเปรียบเทียบเงื่อนไขของสัญญาแฟรนไชส์ของผู้ให้อนุญาตหลายๆ เจ้าได้ (2) ความจำเป็นที่จะต้องรักษาชื่อเสียงของบริษัทแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ให้อนุญาตเอง เพราะหากชื่อเสียงไม่ดีในแง่เอาเปรียบผู้รับอนุญาตมากเกินไป จะทำให้การที่จะเพิ่มจำนวนผู้รับอนุญาตในอนาคตจะทำได้ลำบาก (3) ข้อเท็จจริงที่ว่าธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ได้สร้างกำไรมากตามที่นักลงทุน

²¹ Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถข้างบน หน้า 460

²² *FTC v Texaco* 393 U.S. 223, 89 S.Ct. 429 (1968)

²³ Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3 หน้า 464

²⁴ Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3 หน้า 464

เชื้อ จริงอยู่ธุรกิจแฟรนไชส์ในธุรกิจบรรจุน้ำอัดลม ธุรกิจจัดกระจายเบียร์ ธุรกิจขายรถยนต์และธุรกิจปั้มน้ำมันอาจทำให้ผู้รับอนุญาตได้รับผลตอบแทนในระดับสูง แต่ธุรกิจแฟรนไชส์อื่นๆจะมีผลตอบแทนค่อนข้างต่ำและมีอัตราล้มเหลวสูง²⁵ ดังนั้นกฎหมายของรัฐบาลกลางและกฎหมายของมลรัฐจำนวนมากในสหรัฐอเมริกาจึงบังคับให้ผู้ให้อุญาตต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลตอบแทนให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่สนใจเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์²⁶

หลักฐานเชิงประจักษ์ซึ่งเห็นได้จากบรรดาค่าพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือผู้รับอนุญาตอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์เชิงธุรกิจในแนวตั้ง (vertical relation) ระหว่างผู้ให้อุญาตกับผู้รับอนุญาต โดยศาลตัดสินว่าเป็นพฤติกรรมของการใช้อำนาจเหนือกว่าในลักษณะไม่เป็นธรรม (abuse of market power) ซึ่งแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มดังต่อไปนี้

1.2 กลุ่มข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

การใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมของผู้ให้อุญาตจะปรากฏอยู่ในข้อสัญญาของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchise agreement) หรือเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งได้แก่ ประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดดังต่อไปนี้

(1) การจำกัดเขตประกอบกิจการ (territorial restriction) เช่น คดี *Continental T.V., Inc v. GTE Sylvania, Inc.* ซึ่งบริษัทผู้ผลิตโทรทัศน์บังคับให้ร้านค้าปลีกต้องขายเครื่องโทรทัศน์ภายในขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น²⁷

(2) การจำกัดในแนวนอนและแนวตั้ง (horizontal and vertical restriction) เช่น ในคดี *Continental T.V., Inc v. GTE Sylvania, Inc.* ข้างต้น ข้อสัญญาดังกล่าวเปรียบได้กับการตกลงระหว่างบริษัทผู้ผลิตเครื่องรับโทรทัศน์กับร้านค้าปลีกผู้รับอนุญาต (dealer) ที่จะแบ่งตลาดออกเป็นเขตๆ ซึ่งเป็นพฤติกรรมใกล้เคียงกับการตกลงแบ่งตลาดออกเป็นเขตๆ ในแนวนอน (horizontal market allocation) ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาด²⁸

(3) การจำกัดลูกค้า (customer restriction) ได้แก่ การจำกัดกลุ่มของลูกค้าที่ผู้รับอนุญาตจะขายสินค้า หรือบริการให้ได้

²⁵ Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3 หน้า 467

²⁶ Hershman and Brennan, United State, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า 21-28

²⁷ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36 (1967)

²⁸ Hershman and Brennan, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า United State-52

(4) การขายควบหรือการขายพ่วง (tying arrangement) ได้แก่ ข้อสัญญาที่บังคับให้ผู้รับอนุญาตต้องซื้อสินค้าอย่างอื่น หรือเครื่องมือ หรืออุปกรณ์อื่นๆ จากผู้ให้อนุญาตด้วย โดยปกติแล้วในสัญญาธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ให้อนุญาตจะต่อสู้ว่า การบังคับให้ซื้อวัตถุดิบ หรืออุปกรณ์ เครื่องมือก็เพื่อเหตุผลในการควบคุมคุณภาพของสินค้าและบริการให้มีคุณภาพเหมือนกัน ซึ่งศาลมักจะรับฟังเหตุผลดังกล่าว เช่น ในคดี *Queen City Pizza, Inc. v. Domino Pizza, Inc.*, โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับอนุญาตประเภท Corporate franchisee (ซึ่งโจทก์มีสาขาของบริษัทโจทก์ถึง 40% ของบรรดาผู้รับอนุญาตทั้งหมดทั่วประเทศ) และผู้รับอนุญาตรายอื่นได้ฟ้อง (เป็นคดี class action) จำเลยซึ่งเป็นผู้ให้อนุญาตว่าบังคับให้โจทก์ทั้งหลายซื้อแป้งทำพิซซ่าจากจำเลย โดยราคาแป้งของจำเลยสูงกว่าราคาตลาด 25%-40% เป็นต้น²⁹ หรือในคดีสำคัญก่อนหน้านั้น คือ คดี *Principle v. McDonald's Corp.* ซึ่งตัดสินว่าข้อสัญญาขายควบดังกล่าวไม่ขัดกับกฎหมายต่อต้านการแข่งขันเนื่องจาก ไม่ใช่ข้อสัญญาขายควบ เพราะการบังคับให้ผู้รับอนุญาตต้องซื้อ วัตถุดิบและเครื่องมืออุปกรณ์ด้วยเป็นส่วนหนึ่งของระบบธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้ให้อนุญาต จึงไม่มีสินค้า 2 ชิ้นมีเพียงชิ้นเดียว³⁰

(5) การบังคับให้ขายสินค้า หรือบริการของผู้ให้อนุญาตรายเดียวเท่านั้น (forced exclusive dealing) ได้แก่ การที่ผู้ให้อนุญาตบังคับให้ผู้รับอนุญาตขายเฉพาะสินค้าหรือบริการ ของบริษัทตนเท่านั้น ตัวอย่างเช่นคดี *Standard Oil Co. v. United States* ซึ่งกรมต่อต้านการผูกขาดการแข่งขัน (Anti-trust Division) ของกระทรวงยุติธรรม ได้เป็นโจทก์ฟ้องบริษัท Standard Oil ว่าบริษัท Standard Oil ได้บังคับให้ผู้รับอนุญาต (dealer) ต้องซื้อสินค้าประเภท น้ำมันทั้งหลายจากบริษัทตนเท่านั้น³¹

(6) การกำหนดราคาขายปลีกสูงสุดในแนวตั้ง (vertical maximum price fixing) ได้แก่ การที่ผู้ขายบังคับให้ผู้รับอนุญาต (dealer) ต้องขายสินค้าในราคาปลีกไม่เกินราคาสูงสุดที่กำหนดไว้โดยผู้ให้อนุญาต เพื่อบีบให้ผู้รับอนุญาตมีกำไรจากการขายต่ำที่สุด ตัวอย่างเช่น ในคดี *State Oil Co. v. Khan* ซึ่งบริษัทน้ำมันบังคับให้ปั้มน้ำมันต้องขายน้ำมันในราคาที่ไม่เกินราคาสูงสุดที่บริษัทน้ำมันกำหนดให้เป็นต้น³²

พฤติกรรมดังกล่าวในข้อ (1)-(6) ที่กล่าวมาจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่อต้านการแข่งขัน โดยกฎหมายต่อต้านการแข่งขันที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการแข่งขัน

²⁹ *Queen City Pizza, Inc. v. Domino Pizza, Inc.*, F3d 430 (3d Cir. 1997), cert. denied, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385

³⁰ *Principle v. McDonald's Corp.* 631 F.2d 303 (4th Cir. 1980), cert. denied, 451 U.S. 970, 101 S.Ct. 2047

³¹ *Standard Oil Co., v. United States*, 337 U.S. 239 (1949)

³² *State Oil Co., v Khan*, 522 U.S. 3, 118 S.Ct. 275

(กรมต่อต้านการผูกขาดการแข่งขันและคณะกรรมการ FTC) และศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา นำมาตีความปรับใช้กับพฤติกรรมดังกล่าว ได้แก่ บรรดากฎหมายดังต่อไปนี้

กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของรัฐบาลกลาง (Federal Antitrust Laws) ได้แก่

- (ก) The Sherman Act ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบการร่วมกันกำหนดราคาเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐ และห้ามมิให้บุคคลใดทำการผูกขาด หรือพยายามผูกขาด
- (ข) The Clayton Act ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจขายควบ หรือขายพ่วง (มาตรา3) แต่กฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัด คือ ห้ามเฉพาะการขายควบสินค้า (commodities) เท่านั้น หากเป็นการขายควบบริการจะไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายนี้
- (ค) The Robinson-Patman Act ซึ่งห้ามการตั้งราคาขายสินค้าที่แตกต่างกัน (price-discrimination)
- (ง) The Federal Trade Commission โดยมีมาตรา 5 เป็นมาตราสำคัญซึ่งห้ามผู้ประกอบการไม่ให้ใช้วิธีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair method of competition) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กว้างกว่า โดยครอบคลุมพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทุกพฤติกรรม (catch-all)
- (จ) FTC's Franchise Rule โดยในปี 1979 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา (FTC) ได้ออกกฎหมาย The FTC's Franchise Rule ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้อนุญาตต้องเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญและจำเป็น หากผู้ให้อนุญาตเปิดเผยข้อมูลตาม Uniform Franchising Offering Circular (UFOC) ทาง FTC และหน่วยงานของมลรัฐที่บังคับใช้กฎหมายแข่งขันจะยอมรับได้ UFOC กำหนดว่าผู้ให้อนุญาตต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจ งบดุลและสาระสำคัญของสัญญาแฟรนไชส์ การตั้งข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตพื้นที่ การยกเลิกสัญญาและข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแก่ผู้สนใจที่จะสมัครเป็นผู้รับอนุญาต ส่วน FTC's Franchise Rule กำหนดให้ผู้ให้อนุญาตต้องเปิดเผยเกี่ยวกับจำนวนและเปอร์เซ็นต์ของผู้รับอนุญาตที่ได้รับกำไรจริงและจำนวนกำไรจากการเข้ามาเป็นผู้รับอนุญาตของระบบแฟรนไชส์ของผู้ให้อนุญาตพร้อมค่าเดือนขนาด 12-point เพื่อให้ผู้สนใจได้พิจารณาอย่างถี่ถ้วน หากเป็นการโฆษณาเกี่ยวกับตัวเลขที่สมมติขึ้น ผู้ให้อนุญาตต้องอธิบายที่มาของตัวเลขที่สมมติขึ้น และต้องบอกจำนวนที่แท้จริงของผู้รับอนุญาตที่ได้กำไร หรือรายได้จากการประกอบธุรกิจ

เป็นผู้รับอนุญาตของระบบแฟรนไชส์ของผู้ให้อุญาตด้วยพร้อมค่าเดือนผู้สนใจที่แรงมาก เพื่อให้ผู้ที่สนใจอยากจะเป็นผู้รับอนุญาตพิจารณาให้ดีกว่าก่อนสมัครเป็นผู้รับอนุญาต³³

- (จ) Little FTC Acts บรรดาของรัฐทั้งหมดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายระดับมลรัฐ (State Law) โดยนำเอามาตรา 5 ของกฎหมาย The Federal Commission Act ไปบัญญัติขยายความให้มีบทบัญญัติครอบคลุมการกระทำทั้งหลายที่ไม่เป็นธรรมของผู้ให้อุญาต³⁴
- (ข) State Antitrust Law ได้แก่ บรรดากฎหมายต่อต้านการผูกขาดของมลรัฐต่างๆ โดยใช้กฎหมายของรัฐบาลกลางเป็นต้นแบบเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นเฉพาะในมลรัฐของตน³⁵

1.3 กลุ่มข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาต

ได้แก่กลุ่มปัญหาที่อาจเกิดขึ้นภายหลังที่สัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลงหรือถูกยกเลิก เนื่องจากการละเมิดสัญญาในข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญของฝ่ายผู้รับอนุญาตหรือผู้ให้อุญาต ปัญหาคือ สิทธิและหน้าที่ของผู้รับอนุญาตและผู้ให้อุญาตจะเป็นอย่างไร

ภายหลังที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง อดีตผู้รับอนุญาตย่อมไม่มีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเคยมีสิทธิใช้ภายใต้สัญญาแฟรนไชส์อีกต่อไป อดีตผู้รับอนุญาตจะอ้างว่าตนได้เคยออกค่าใช้จ่ายในการโฆษณาและส่งเสริมเครื่องหมายการค้าบริการหรือสัญลักษณ์ของผู้ให้อุญาตตลอดระยะเวลาจึงมีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้า การบริการ หรือสัญลักษณ์ต่อไปอีกไม่ได้

สำหรับเหตุผลที่สัญญาแฟรนไชส์เกือบทุกฉบับจะต้องมีข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตหลังสัญญาสิ้นสุดลง (post-term covenant not to compete) ก็เนื่องจากผู้ให้อุญาตได้ทำการถ่ายทอดวิธีการที่จะทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์ประสบความสำเร็จแก่ผู้รับอนุญาต จึงไม่ต้องการที่จะเห็นอดีตผู้รับอนุญาตกลับมาเป็นคู่แข่งทางธุรกิจกับตน หรือผู้รับอนุญาตรายใหม่ของตนโดยใช้วิชาความรู้และวิธีการที่ตนได้ถ่ายทอดให้ และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ ผู้ให้อุญาตต้องการรับผู้รับอนุญาตรายใหม่เข้ามาร่วมเครือข่ายธุรกิจแฟรนไชส์ของตน ในมุมมองกลับกันอดีตผู้รับอนุญาตก็ได้ใช้เวลาในการเรียนรู้และใช้เวลานานในการประกอบธุรกิจในฐานะผู้รับอนุญาตในธุรกิจแฟรนไชส์นั้น ดังนั้นจึงไม่ยากถูกห้ามมิให้ประกอบธุรกิจดังกล่าวในเขตพื้นที่ที่ตนเคยทำธุรกิจนั้นมาก่อน ดังนั้นกฎหมายที่กำกับดูแลข้อตกลงจำกัดการแข่งขันของผู้รับ

³³ Henry R. Cheeseman, ESSENTIALS OF COMTEMPORARY BUSSINESS LAW, 1998, at 530-1

³⁴ Hershman and Brennan, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า United State-48

³⁵ อ้างแล้วข้างบน

อนุญาตจึงต้องพยายามหาจุดดุลยภาพที่เป็นธรรมระหว่างผลประโยชน์ของฝ่ายผู้ให้อนุญาตและผู้รับอนุญาต³⁶

เกณฑ์ในการหาจุดดุลยภาพที่เป็นธรรมระหว่างผลประโยชน์ของฝ่ายผู้ให้อนุญาตและผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามแข่งขันของอดีตผู้รับอนุญาตแข่งขันได้แก่ ระยะเวลาที่ผู้ให้อนุญาตจะต้องฝึกสอนและถ่ายทอดเทคโนโลยีในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ให้แก่ผู้รับอนุญาต รายใหม่ประกอบกับระยะเวลาที่ใช้ในการจัดตั้งร้านประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตรายใหม่ โดยภายหลังที่ผู้รับอนุญาตรายใหม่เปิดร้านได้อดีตผู้รับอนุญาตจะสามารถแข่งขันกับผู้รับอนุญาตรายใหม่อย่างเป็นธรรม โดยอดีตผู้รับอนุญาตต้องใช้เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หรือสัญลักษณ์ของตนเอง³⁷

“ความสมเหตุสมผล” เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาตจึงมี 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ระยะเวลาที่ถูกจำกัด (the length of time) ขอบเขตพื้นที่ที่ถูกจำกัด (the geographical area) ขอบเขตของประเภทธุรกิจที่ถูกจำกัด (the types of business activity prohibited)³⁸ ประเด็นเรื่องระยะเวลาที่ถูกจำกัดที่สมเหตุสมผลจะขึ้นอยู่กับสภาพปัจจัยของแต่ละกรณี หรือเป็นไปตามระยะเวลาที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ากำหนดไว้ ส่วนประเด็นเรื่องขอบเขตของพื้นที่ที่ถูกจำกัดนั้น โดยทั่วไปแล้ว ได้แก่ เขตพื้นที่เท่าเดิมที่อดีตผู้รับอนุญาตเคยประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ก่อนสัญญาสิ้นสุดลง แต่ในต่างประเทศ กฎหมายแข่งขันทางการค้าอาจอนุญาตให้ผู้ให้อนุญาตขยายพื้นที่ไปกว้างมากครอบคลุมพื้นที่ทั้งหมดที่อดีตผู้รับอนุญาตอาจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตกับผู้รับอนุญาตรายใหม่ได้³⁹ ส่วนความ “สมเหตุสมผล” ในประเด็นเรื่องขอบเขตประเภทธุรกิจที่ถูกจำกัดนั้น หากเป็นธุรกิจที่แตกต่างกันและลูกค้าย้ายเป้าหมายก็แตกต่างกัน ธุรกิจดังกล่าวก็ไม่ควรตกอยู่ในขอบเขตของข้อสัญญาจำกัดการแข่งขัน ตัวอย่างเช่น ธุรกิจแฟรนไชส์ ภัตตาคารอาหารอิตาลี VESPUCCI ซึ่งจำหน่ายอาหารประเภทรับประทานในร้าน อดีตผู้รับอนุญาตก็ไม่ควรจะถูกห้ามมิให้ประกอบธุรกิจภัตตาคารอาหารอิตาลีประเภทจานด่วน เนื่องจากประเภทของธุรกิจจานด่วนแตกต่างกับอาหารประเภทนั่งรับประทานในร้าน และกลุ่มลูกค้าย้ายเป้าหมายก็แตกต่างกัน เป็นต้น⁴⁰

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาตจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดดังที่ได้บรรยายมาแล้วข้างต้น แต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) กล่าวคือ ไม่

³⁶ International Bureau of WIPO, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 304

³⁷ อ้างแล้วข้างต้น

³⁸ อ้างแล้วข้างต้น

³⁹ อ้างแล้วข้างต้น

⁴⁰ อ้างแล้วข้างต้น

มีบทบัญญัติในรูปแบบของประมวล (code) หรือรูปพระราชบัญญัติ (Act หรือ Statue) แต่เป็นกฎหมายในรูปแบบของคำพิพากษาของศาล (precedents) ซึ่งรายละเอียดจะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



บทที่ 2

การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต ในประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายที่ใช้ในกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในระดับรัฐบาลกลางหรือระดับมลรัฐก็ตาม แต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญา

ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ธุรกิจแฟรนไชส์คือ นิติสัมพันธ์ทางสัญญา (contractual relationship) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง (vertical relationship) โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) อนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) ที่จะใช้เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ สัญญลักษณ์ทางการค้า สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ และทรัพย์สินทางปัญญา อื่นๆ ของผู้ให้อนุญาตเพื่อจัดกระจาย หรือขายสินค้า หรือบริการได้⁴¹ โดยผู้ได้รับอนุญาต จะจ่ายค่าใช้สิทธิต่างๆ ดังกล่าวประมาณ 1%-10% ของยอดขายก่อนหักค่าใช้จ่าย (gross sale) ของสินค้าที่มีตราเครื่องหมายการค้าของผู้ให้อนุญาต⁴² ข้อสัญญาต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์อาจแตกต่างกันไปได้มาก แต่สัญญาแฟรนไชส์ก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องสัญญา เช่น หลักเรื่องคู่สัญญาต้องซื่อสัตย์สุจริตและปฏิบัติต่อกันในทางธุรกิจอย่างยุติธรรม (an implied covenant of good faith and fair dealing)⁴³ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Vylene Enterprises, Inc. v. Naugle, Inc.* ซึ่งศาลอุทธรณ์ (เขต 9) ได้พิพากษาว่า การที่ไม่มีข้อสัญญา กำหนดขอบเขตที่ผู้รับอนุญาตจะกำหนดขอบเขตที่จะประกอบธุรกิจได้ก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าผู้ให้อนุญาตจะมีสิทธิเข้ามาตั้งกีดตาดำเนินการ เพื่อประกอบธุรกิจกีดตาดำเนินการกับผู้รับอนุญาตได้⁴⁴

⁴¹ Cheeseman อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31 หน้า 528

⁴² Sullivan and Grimm อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3 หน้า 452

⁴³ Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz and Frank Cross, WEST'S BUSINESS LAW: TEST, CASES, 1998, at 678

⁴⁴ *Vylene Enterprises, Inc. v. Naugle, Inc.*, 90 F. 3d 1472 (1996)

2.1 ประเภทของสัญญาแฟรนไชส์

ประเภทของสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภทใหญ่ ได้แก่⁴⁵

- (1) สัญญาแฟรนไชส์เพื่อการจัดจำหน่ายสินค้า (*distributorship franchises*) เป็นสัญญาที่ผู้ให้อนุญาตผลิตสินค้าแล้วให้อนุญาตผู้ค้าปลีก (*dealer*) ไปจัดจำหน่ายให้กับผู้บริโภคสินค้าโดยทั่วไป ตัวอย่างเช่น บริษัท Ford Motor Company ผลิตรถยนต์ แล้วอนุญาตให้ผู้ค้าปลีก (*dealer*) นำรถยนต์ไปขายแก่ผู้บริโภค เป็นต้น
- (2) สัญญาแฟรนไชส์สำหรับโรงงานผลิต (*process plant franchises*) เป็นสัญญาที่ผู้ให้อนุญาตให้สูตรลับ หรือความลับทางการค้าแก่ผู้รับอนุญาตไป แล้วผู้รับอนุญาตจะนำสูตรลับ หรือความลับทางการค้าไปผลิตสินค้าในโรงงานของตนแล้วจัดจำหน่ายให้กับร้านค้าปลีก ตัวอย่างเช่น บริษัท โคลา-โคล่า ซึ่งเป็นสูตรลับในการผลิตน้ำอัดลม โคลา-โคล่า และน้ำอัดลมอื่นๆ อนุญาตให้บริษัทบรรจุขวดนำสูตรลับดังกล่าวไปผลิตเครื่องดื่มอัดลมแล้วจัดจำหน่ายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของ โคลา-โคล่า เป็นต้น
- (3) สัญญาแฟรนไชส์ แบบห่วงโซ่ (*chain-style franchise*) เป็นสัญญาที่ผู้ให้อนุญาตผลิตสินค้า และขายสินค้าให้กับผู้บริโภค โดยการผลิตนั้นจะผลิตในร้านค้าปลีกของผู้รับอนุญาตเอง และการขายสินค้าภายในขอบเขตพื้นที่ที่ตกลงกันได้ ซึ่งอุตสาหกรรมอาหารจานด่วนส่วนใหญ่จะใช้สัญญาแฟรนไชส์ประเภทนี้ ตัวอย่างเช่น The Pizza Hut Corporation จะอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตซึ่งเป็นเจ้าของร้านอิสระผลิตพิซซ่า และขายให้กับสาธารณะภายใต้เครื่องหมายและบริการของ Pizza Hut เป็นต้น
- (4) สัญญาแฟรนไชส์ครอบคลุมพื้นที่แบบเหมา (*area franchises*) ได้แก่ สัญญาประเภทที่ผู้ให้อนุญาต อนุญาตให้ผู้รับอนุญาตรายหนึ่งให้ดำเนินการเสมือนหนึ่งเป็นผู้ให้อนุญาตในการเจรจาต่อรองและขายธุรกิจแฟรนไชส์ในพื้นที่ที่ตกลงกันได้ เป็นต้น

⁴⁵ Cheeseman, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 31 หน้า 528-530

2.2 หลักกฎหมายสัญญาเกี่ยวกับข้อจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์

ข้อสัญญาจำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตกระทำการอันเป็นการแข่งขันกับผู้ให้อนุญาต หรือร้านค้าของผู้ให้อนุญาต หรือผู้รับอนุญาตรายอื่น เป็นข้อสัญญาที่มีอยู่ทั่วไปในสัญญาแฟรนไชส์ โดยทั่วไปแล้วข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะสมบูรณ์ (valid) และบังคับใช้ได้ (enforceable) ถ้าหากเป็นข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตอย่างสมเหตุสมผล (reasonable) ภายในบริบทของธุรกิจแฟรนไชส์โดยศาลจะใช้เกณฑ์ (test) ในการวัดว่าข้อสัญญาในการจำกัดการแข่งขันดังกล่าว "สมเหตุสมผล" หรือไม่ 2 เกณฑ์ดังนี้ คือ⁴⁶

(1) ผลประโยชน์ที่ชอบธรรม (legitimate interest or protectable)

ผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของผู้ให้อนุญาต ได้แก่ ผลประโยชน์ของผู้ให้อนุญาตที่จะอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตรายใหม่เข้ามาดำเนินธุรกิจในตลาดเดิมของสัญญาแฟรนไชส์ที่ได้ยกเลิกสัญญาไปแล้ว หรือศาลในบางมลรัฐเห็นว่าผลประโยชน์ของผู้ให้อนุญาตคล้ายกับผลประโยชน์ของนายจ้างเดิม (เช่น สอนลูกจ้างให้ทำกิจการบางอย่าง นายจ้างย่อมมีผลประโยชน์ที่จะจำกัดลูกจ้างที่ตนสอนให้ทำกิจการไม่ให้มาแข่งกับตนเองได้ตามสมควร) และศาลในบางมลรัฐเห็นว่าผลประโยชน์ของผู้ให้อนุญาตเปรียบได้กับชื่อเสียง (goodwill) ในกรณีการขายธุรกิจ (a sale of business) ให้กับบุคคลอื่น เป็นต้น

ข้อจำกัดการแข่งขันดังกล่าวหากมีผลบังคับใช้ตลอดระยะเวลาที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ (in-term) หรือมีผลใช้บังคับหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์ระงับลง (post-term) หรือทั้งสองกรณี โดยทั่วไปแล้วข้อจำกัดการแข่งขันระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่จะสามารถเขียนให้จำกัดได้ค่อนข้างมาก เพราะว่าผลประโยชน์ของผู้ให้อนุญาตนั้นสามารถเห็นได้ชัดเจน⁴⁷

(2) ความสมเหตุสมผลในเรื่องระยะเวลา พื้นที่ขอบเขตของธุรกิจ

ความสมเหตุสมผลในเรื่องระยะเวลา พื้นที่และขอบเขตของธุรกิจที่ถูกจำกัดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี (case-by-case) นอกจากนั้นแล้วปัจจัยทั้งสามในเรื่องระยะเวลาพื้นที่ และขอบเขตของธุรกิจมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน เช่น ปัจจัยเรื่องพื้นที่และขอบเขตของธุรกิจที่ถูกจำกัดย่อมมีผลต่อการพิจารณาของศาลเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาที่ถูกจำกัด เป็นต้น

⁴⁶ Hershman and Brennan, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า United State-62

⁴⁷ อ้างแล้วข้างบน

โดยปกติแล้วศาลจะพิจารณาปัจจัยเรื่องระยะเวลาที่ถูกจำกัดโดยอิงกับระยะเวลาที่มูลค่าของข้อมูลลับของผู้ให้อนุญาตจะหมดสิ้นไป ในบริบทของธุรกิจแฟรนไชส์แล้วระยะเวลาหนึ่งปีหรือสองปี ถือว่า “สมเหตุสมผล” แต่บางกรณีอาจมีข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลปรับระยะเวลาดังกล่าวให้สั้นลง หรือยาวขึ้นได้

การเขียนข้อจำกัดห้ามมิให้อดีตผู้รับอนุญาตเปิดธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตเดิมไม่ได้เลย ไม่ว่าจะเป็นพื้นที่ใดในประเทศ ศาลเห็นว่าข้อจำกัดดังกล่าวเป็นโมฆะ คือ ศาลจะไม่บังคับให้ (unenforceable) เว้นแต่ว่าผู้ให้อนุญาตจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ระบบธุรกิจแฟรนไชส์ของบริษัทตนเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ที่ครอบคลุมพื้นที่ทั้งประเทศจริงๆ อย่างไรก็ตาม อย่างน้อยที่สุด การเขียนข้อจำกัดไม่ให้อดีตผู้รับอนุญาตแข่งขันได้ภายในขอบเขตรัศมีที่มีขนาดเท่าตลาดเดิมของอดีตผู้รับอนุญาต หรือภายในขอบเขตพื้นที่ที่ผู้ให้อนุญาตกำหนดให้เป็นขอบเขตของผู้รับอนุญาตรายใหม่ ศาลส่วนใหญ่เห็นว่า เป็นการจำกัดพื้นที่ที่ “สมเหตุสมผล”

ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตทางธุรกิจ หากเป็นการห้ามมิให้อดีตผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเหมือนกัน (same business) หรือคล้ายกัน (similar business) ศาลส่วนใหญ่เห็นว่าข้อจำกัดดังกล่าวใช้บังคับได้ แต่หากการจำกัดขอบเขตของธุรกิจเกินเลยไปมากกว่าธุรกิจเหมือนกับหรือคล้ายคลึงกันแล้ว ศาลเห็นว่าเป็นข้อจำกัดที่ “ไม่สมเหตุสมผล”⁴⁸

ศาลในประเทศสหรัฐ เมื่อเห็นว่า ข้อจำกัดในการแข่งขันทางธุรกิจสัญญาแฟรนไชส์ที่ไม่ “สมเหตุสมผล” ศาลมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาได้ (เสมือนข้อสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ) หรือศาลอาจปรับข้อสัญญานั้นให้ “สมเหตุสมผล” ก็ได้⁴⁹

2.3 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสัญญาแฟรนไชส์

จากการสืบค้นข้อมูลคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา⁵⁰ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าคำพิพากษาดังต่อไปนี้เท่านั้นที่มีประเด็น

⁴⁸ อ้างแล้วข้างต้น หน้า United State-63

⁴⁹ Cheeseman, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 28 หน้า 198

⁵⁰ ได้แก่คำพิพากษาดังต่อไปนี้

(1)

- *Alexander & Alexander Servs. Inc. v. These certain Underwriter's at Lloyd's, London*, 136 F.3D 82, 86 (2D CIR 1998).
- *Am Cosmetics Inc. v. Solomon*, 67 Supp. 2D 312, 317 (S.D.N.y. 1999)

เกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยตรงเกี่ยวกับการวิเคราะห์เรื่องความ “สมเหตุสมผล” ในข้อสัญญาจำกัด การแข่งขันของอดีตผู้รับอนุญาตในสัญญาแฟรนไชส์

-
- *America Inst. Of Chem. Eng'rs v. Reber-Friel Co.*, 682 F. 2D 382, 386 (2D Cir.1982)
 - *Apex Pool Equipment Corp. v. LEE*, 419 F.2D 556, 563 (2D Cir. 1969)
 - *Bell & Howell ; Mamiya Co. v. Masel Supply Co.*, 719F.2D 42, 45 (2D Cir. 1969)
 - *Bijan Designer for Men, Inc, v. Alan Katzman*, No. 96 Civ. 7345 (BSJ), 1997 WL 65717 At* 4 (S.D.N.Y. Feb.7, 1997) (Jones, J.)
 - *Borne Chemical Co. v. Dictrow*, 85 A. D.2D 646, 659, 445 N.Y.S.2D 406, 412 (2D Dep't 1981)
- (2)
- *Carvel Corp. v. Diversified Mgmt. Group, Inc.*, 903 F.2D 228, 230 (2D Cir 1991)
 - *Chemical Bank v. Puro*, 106 Misc.2D 363, 364, 431 N.Y.S.2D 740,741 (N.Y. Supp. 1980)
 - *Cohan & Berk v. Rothman-Goodman Management Corp.*, 125 A.D.2D 367,368 (2D dept 1986)
 - *Cyberchron Corp. v. Calldata Sys. Dey., Inc.*, 47 F.3D 39, 44 (2D Cir. 1995)
 - *Farmland Dairies v. Mcguire*, 789 F. Supp. 1234, 1250 (S.D.N.Y. 1992)
 - *Fisher-Price, Inc. v. Well-Made Toy Mfg. Corp.*, 25F. 119, 122 (2D Cir. 1994)
 - *Gordon v. Vincent Youmans, Inc.*, 358 F.2D 261, 264 (2D Cir 1965)
 - *Ivy Mar Co., Inc. v. C.R. Seasons Ltd.*, 907 F.Supp. 547, 559-60 (E.D.N.Y. 1995)
 - *Joseph Francese Inc. v. Enlarged City School District of Troy*, 693 N.Y.S. 2D, 280 282, 1999 N.Y. Slipop. 06353 (3rd. Dept't 1999)
 - *Julie Research Laboratories, Inc. v. Select Photographic Eng'G.*, 810 F. Supp. 513, 519 (S.D.N.Y. 1992)
 - *Little Caesar Enterps., Inc., v. Smith*, 34 F. Supp. 2D 459, 467-68 (E.D. Mich 1998)
 - *Lipsky v. Commonwealth United Corp.*, 551 F. Supp. 2D 887, 895 (2D Cir. 1976)
 - *Metropolitan Life Ins. Co. v. RJV Nabisco, Inc.*, 906 F. 2D 884, 889 (2D Cir. 1990)
 - *Nigra v. Young Broadcasting of Albany*, 676 N.Y.S.2D 848,850 (Sup. Ct. 1998)
 - *Omnipont Communications v. Port Authority of New York and New Jersey*, 99 Civ. 006 (BJ), 1999 WL 494120 At*5 (S.D.N.Y. July 13, 1999) (Jones, J.)
 - *Painewebber Inc. v. Bybyk*, 81 F.3D 1193, 1199 (2D Cir. 1996)
 - *Ryan v. Bettiol*, 211 A.D.2D 844, 620 N.Y.S.2D 625, 626 (3rd. Dep't 1995)
 - *Tedeschi v. Wagner College*, 49N.Y. 2D 652, 659, 427 N.Y.S. 2D 760, 763 (1980)
 - *Tran-Orient Marines Corp. v. Star Trading & Marine Co.*, 783 F. Supp. 207, 211 (S.D.N.Y.)
 - *Two Guys from Harrison, N.Y. Inc. v. S.F.R. Realty Assocs.*, 63 N.Y. 2D 396, 403, 482 N.Y.S.2D 465, 468 (1984)
 - *Van Valkenburgh v. Hayden Publ'g Co.*, 30 N.Y.2D 34, 45, 330 N.Y.S.2D 329, 333 (N.Y.) Cert. Denied, 409 U.S. 875 (1972)
- (3)
- *In Re Vylene Enter., Inc., v. Naugles, Inc.* 90 F3D 1472, 1477 (9th Cir 1996)
 - *Winston Franchise Corps. V William*, No. 91 Civ. 7963 (CSH), 1992 WL 7843 At*6, 8 (S.D.N.Y. Jan 10, 1992)

(1) *Carvel Corp. v. Barry Eisenberg*⁵¹

บริษัทไอศกรีม Carvel ได้เป็นโจทก์ฟ้องศาลชั้นต้นเมืองนิวยอร์กขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยหยุดการประกอบธุรกิจขายไอศกรีมและของหวานประเภทแช่แข็งตามข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งสิ้นสุดลงในวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1986 โดยข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันมีข้อความดังนี้

"To prevent dilution of exclusivity of the valuable Carvel know-how and Carvel trade secrets to be acquired by Licensee hereunder, it is agreed as part of the consideration to, and inducement for, Licensor entering into this Agreement, that in the event this License sells the Carvel Store or abandons the Carvel Store or abandons the Carvel Store provided in this License, or in the event this License is terminated for any reason except for Licensor's Breach, the for a period of three (3) years next following such event Licensee shall not directly or indirectly engage in whole or in part in the production, distribution or sale of ice-cream or other frozen deserts whether as proprietor, employee, officer, director, agent, joint venture, partner of other capacity or whatsoever, within Carvel Store. The provisions of this paragraph shall survive termination, abandonment or other cancellation of the Agreement."

ข้อเท็จจริงมีว่าภายหลังที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1986 แล้ว จำเลยยังคงขายไอศกรีมและของหวานประเภทแช่แข็งที่ร้านเดิมซึ่งตั้งอยู่ในเขตอำเภอ Dade มลรัฐ Florida โจทก์ยังไม่ได้ตั้งผู้รับอนุญาตรายใหม่ในเขตพื้นที่ดังกล่าว จำเลยต่อสู้ว่า (1) สัญญาไม่ได้ถูกยกเลิก (terminated) แต่สัญญาสิ้นสุดลง (expired) จำเลยไม่ต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาจำกัดการแข่งขัน (2) ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง (unconscionability) จึงบังคับไม่ได้ (3) ข้อสัญญาดังกล่าวขัดกับมาตรา 340 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Donnelly Act) ของมลรัฐนิวยอร์ก และมาตรา 1 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของรัฐบาลกลาง (The Sherman Act) จึงตกเป็นโมฆะโดยตนเอง (per se violation) ใช้บังคับไม่ได้ ศาลตัดสินว่า (1) สัญญาถูกยกเลิกรวมถึงกรณีที่สัญญาสิ้นสุดลงด้วย (2) ข้อสัญญาใดจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งหรือไม่ เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งในกรณีนี้ศาลเห็นว่าข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าวไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง (3) ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ขัดกับมาตรา 340 ของ Donnelly Act หรือมาตรา 1 ของ The Sherman Act ตราบใดที่ข้อสัญญาดังกล่าวสะท้อนถึงผลประโยชน์ที่ขอบรรณของกลุ่มสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ศาลได้นำ

⁵¹ *Carvel Corp. v. Barry Eisenberg*, 692 F. Supp. 182 (1988)

หลักกฎหมายสัญญาฉบับนี้ปรับใช้กับข้อจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของอดีตผู้รับอนุญาต และตัดสินว่า ข้อสัญญาที่ห้ามมิให้อดีตผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจร้านไอศกรีมขายในรัศมี 2 ไมล์ จากร้านปัจจุบันเป็นเวลา 3 ปี นับแต่สัญญาสิ้นสุดลงเป็นข้อสัญญาที่มีความ "สมเหตุสมผล" ในการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ให้อุญาตเกี่ยวกับ Know-how และความสามารถที่จะให้อุญาตให้ผู้รับอนุญาตรายใหม่เข้ามาประกอบธุรกิจในเขตพื้นที่ดังกล่าวได้

(2) *Jiffy Lube International, Inc. v. Weiss Brothers, Inc.*⁵²

ข้อเท็จจริง คือ บริษัท Jiffy Lube International ได้อุญาตให้จำเลยใช้เครื่องหมายการค้า และบริการเพื่อประกอบธุรกิจเปลี่ยนถ่ายน้ำมันเครื่องรถยนต์ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ต่อมา โจทก์พบว่าจำเลยได้ทำรายงานเท็จเกี่ยวกับยอดค่าบริการ โจทก์จึงยกเลิกสัญญาแฟรนไชส์แต่จำเลยยังคงฝ่าฝืนใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ประกอบธุรกิจต่อไป โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยหยุดการประกอบธุรกิจเปลี่ยนถ่ายน้ำมันเครื่อง และหยุดการใช้เครื่องหมายการค้า และบริการของโจทก์ จำเลยต่อสู้หลายประเด็น ในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างโจทก์กับจำเลยมีข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของจำเลยตามที่ปรากฏในคำพิพากษาดังนี้

"12. Paragraph 22 of The License Agreement delineates the licensee's "covenants not to compete," which take effect upon the termination of the franchise. The covenant contains the geographic and temporal restrictions, whereby the licensee covenants that for a period of three years following the termination of the License Agreement, licensee will not own, operate, or have an interest in a business which is the same or substantially similar to that detailed in the License Agreement, and which is within a ten-mile radius of the location of the business operated under the License Agreement or any other Jiffy Lube Service Center. Defendant Weiss Brothers consented to this provision when it executed the Agreement of License Agreement on July 30, 1990.

ศาลชั้นต้นของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้ตัดสินประเด็นต่างๆ ในคดี ดังนี้ (1) กฎหมาย The New Jersey Franchise Practice Act ใช้กับคดีนี้ได้เพราะสถานที่ประกอบธุรกิจของจำเลยอยู่ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ และมูลค่าของบริการก่อนหักค่าใช้จ่ายสูงกว่า 35,000 เหรียญสหรัฐหรือมากกว่า 20% ของมูลค่าการขายก่อนหักค่าใช้จ่ายของจำเลย (2) โจทก์มีเหตุอันชอบธรรมที่จะยกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ได้ (3) โจทก์มีสิทธิที่จะขอให้จำเลยระงับ

⁵² *Jiffy Lube International, Inc. v. Weiss Brothers, Inc.* 834 F. Supp. 683 (1993)

การใช้เครื่องหมายการค้า และบริการของโจทก์ได้ (4) ศาลได้นำหลักกฎหมายเรื่องสัญญา มาปรับใช้กับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตเดิม โดยศาลได้แสดงความเห็นว่า หลักกฎหมายสัญญาจะแตกต่างกับหลักกฎหมายที่ใช้กับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้าง และลูกจ้าง เพราะในกรณีนี้คู่สัญญาเป็นผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองฝ่ายจึงมีอำนาจต่อรองใกล้เคียงกัน ศาลตัดสินว่าปัจจัยเรื่องระยะเวลาที่กำหนดไว้ 5 ปี เป็นระยะเวลาที่นานเกินไป ศาลพิพากษาให้ลดเหลือเพียง 3 ปี

(3) *Domino's Pizza, Inc. v. Ei-tan, Inc.*⁵³

ข้อเท็จจริงคือ บริษัท Domino's Pizza เป็นบริษัทจดทะเบียนในมลรัฐ Michigan ได้อนุญาตให้จำเลยซึ่งได้แก่ Ei-tan, Inc เป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและบริการของโจทก์ในการขายพิซซ่าเฉพาะประเภท คือ กลับบ้าน (carry-out) และประเภทส่งให้ที่บ้าน (delivery service) เมื่อสัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง จำเลยได้เปลี่ยนชื่อร้านเป็น "All Star Pizza" และดำเนินการผลิตพิซซ่า และขายพิซซ่าประเภทถือกลับบ้านและส่งให้ที่บ้านต่อไป โจทก์จึงได้นำคดีมาฟ้องศาลแขวงของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งตั้งอยู่ในเมือง Oklahoma เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยระงับการดำเนินการดังกล่าวตามข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ที่เคยทำไว้กับโจทก์ และขอให้จำเลยคืนข้อมูลในการทำพิซซ่า รายชื่อลูกค้า และข้อมูลที่มีค่าเชิงพาณิชย์อื่นๆ ให้แก่โจทก์ จำเลยได้ต่อสู้ว่าโจทก์ได้ขายขาดความมีชื่อเสียง (goodwill) ให้กับจำเลยจึงไม่สิทธิห้ามจำเลยและข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเป็นการจำกัดเสรีภาพของจำเลยโดยไม่ "สมเหตุสมผล" จึงตกเป็นโมฆะ ศาลตัดสินว่า (1) สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาแฟรนไชส์ไม่ใช่สัญญาขายขาดความมีชื่อเสียง (2) ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าว สมบูรณ์ (valid) เนื่องจากเป็นการจำกัดที่ "สมเหตุสมผล" (reasonable restriction) เนื่องจากจำกัดระยะเวลาไม่ให้จำเลยเปิดร้านแข่งเป็นระยะเวลาเพียง 1 ปี รัศมีจากร้านเดิมได้กำหนดไว้ 10 ไมล์ และขอบเขตของธุรกิจที่ห้ามจำเลยประกอบธุรกิจแข่งขันได้จำกัดไว้เพียงพิซซ่าประเภทถือกลับบ้าน และประเภทส่งที่บ้านเท่านั้น ไม่ได้จำกัดไม่ให้จำเลยบริการอาหารจานด่วนประเภทอื่น หรือแม้แต่อาหารจานด่วนประเภทพิซซ่าที่รับประทานในร้านจำเลย (dine-in pizza) โจทก์ก็ไม่ได้ห้าม ดังนั้นข้อจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ ระหว่างโจทก์กับจำเลยจึง "สมเหตุสมผล" ใช้บังคับได้

⁵³ *Domino's Pizza, Inc. v. Ei-tan, Inc.* 1995 WL 367893 (N.D.OKla.) (1995),

บทที่ 3

การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตใน สหภาพยุโรป เยอรมันนี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และอังกฤษ

เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายแบบประมวลหรือลายลักษณ์อักษร (The Code System หรือ The Civil Law System) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายของภาคพื้นยุโรป (The Continental Legal System) โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันนีเป็นระบบกฎหมายต้นแบบที่ประเทศไทยเดินตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของจักรพรรดินโปเลียน (The Napoleon Code) เป็นต้นแบบ (ยกเว้นบรรพ 5 และ 6 เรื่องครอบครัวและมรดก) ดังนั้นจึงเป็นที่น่าสนใจทางวิชาการว่า ระบบกฎหมายของประเทศในยุโรปจะกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสัญญาแฟรนไชส์อย่างไร ส่วนประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ก็เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล โดยการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น คณะกรรมการยกร่างได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศเยอรมันนี (B.G.B.) เป็นต้นแบบ ประเทศเกาหลีใต้รับเอาระบบกฎหมายแบบประมวลของประเทศเยอรมันนีตามอย่างประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากเคยเป็นอาณานิคมของประเทศญี่ปุ่นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง จึงเป็นที่น่าสนใจทางวิชาการว่า ประเทศในเอเชียซึ่งรับเอาระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรปเข้ามาใช้เป็นระบบกฎหมายของประเทศตน และมีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าไทยและมีประสบการณ์ในการเป็นประเทศแรกที่บริษัทธุรกิจแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น บริษัทแมคโดนัลด์ บริษัท KFC บริษัท Pizza Hut บริษัท Holidays Inn. เข้าไปทำสัญญาในระบบ Master Franchise Agreement มาก่อนว่ารัฐบาลของประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ใช้ระบบกำกับดูแลสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตอย่างไร ส่วนประเทศอังกฤษผู้วิจัยเพิ่มเติมเข้ามาเนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2542 ได้ยกเว้นโดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายประเทศอังกฤษ



3.1 สหภาพยุโรป

ธุรกิจแฟรนไชส์เริ่มต้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นระบบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากทำให้เจ้าของธุรกิจแฟรนไชส์สามารถหาเงินทุนเพื่อขยายเครือข่ายธุรกิจได้อย่างรวดเร็วและสามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากความเป็นผู้ประกอบการของผู้รับอนุญาตได้อย่างเต็มที่ ในขณะที่ตัวผู้ลงทุนรายย่อยซึ่งมีความเป็นผู้ประกอบการก็สามารถเข้ามาเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้เองโดยใช้เงินลงทุนต่ำและความเสี่ยงที่ธุรกิจจะล้มเหลวลดลง ทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์เองได้ขยายตัวเข้าไปในทวีปยุโรปในช่วงทศวรรษ 1970⁵⁴

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางทฤษฎีคือ การกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ควรใช้กฎหมายสัญญาหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Law ซึ่งได้แก่กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเอง) กำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ และปัญหาทางทฤษฎีสำหรับกลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปก็คือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรปจะใช้บังคับแก่สัญญาแฟรนไชส์หรือไม่ ในปี 1986 ศาลของสหภาพยุโรปได้มีคำพิพากษาที่เป็นคำพิพากษาที่สำคัญที่สุดในแง่ที่ว่าต้องมีคำตอบที่ชัดเจนว่า สัญญาแฟรนไชส์ที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจของรัฐสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจยุโรปตกอยู่ภายใต้บังคับของ Article 85 (3) ของสนธิสัญญากรุงโรม และหลังจากมีคำพิพากษาได้ไม่นาน คณะกรรมาธิการของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ออก Regulation No. 4087/88 มาบังคับใช้แก่ธุรกิจแฟรนไชส์⁵⁵ คำพิพากษาที่ได้วางแนวทางว่าสัญญาแฟรนไชส์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีสาระสำคัญดังนี้

PRONUPTIA DE PARIS GmbH V. PRONUPTIA DE PARIS⁵⁶ บริษัท Pronuptia De Paris ซึ่งเป็นบริษัทผลิตชุดแต่งงานที่มีชื่อเสียงมากในประเทศฝรั่งเศสได้เข้าไปจัดตั้งบริษัทลูกขึ้นในเมืองแฟรงเฟิร์ต ประเทศเยอรมันนี บริษัทลูกที่เมืองแฟรงเฟิร์ตได้เข้าทำสัญญาแฟรนไชส์กับผู้รับอนุญาตชื่อ Mrs. Schillgalis ซึ่งทำธุรกิจอยู่ในเมืองฮัมบูร์ก โดยสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวได้อนุญาตให้ Mrs. Schillgalis เปิดร้านจำหน่ายชุดแต่งงานโดยใช้ชื่อเครื่องหมายทางการค้าของบริษัท Pronuptia De Paris ในเมืองฮัมบูร์กโดยต้องชำระค่าโรแยลตี้เป็นค่าตอบแทนในสัญญาแฟรนไชส์กำหนดว่าจะมีการอนุญาตให้มีผู้รับอนุญาตในเมืองฮัมบูร์กเพียงรายเดียวจะไม่มี การตั้งผู้รับอนุญาตรายใหม่อีก และเมื่อสัญญาแฟรนไชส์ระงับลง ได้มีข้อสัญญาห้ามแข่งขัน

⁵⁴ George A. Bermann, Roger J. Goebel, William J. Davey and Eleanor M. Fox, CASE AND MATERIAL ON EUROPEAN UNION LAW, 2002, at 925.

⁵⁵ Christian Joerges, Status and Contract in Franchising Law. In Christian Joerges (ed.), FRANCHISING AND THE LAW: THEORETICAL AND COMPARATIVE APPROACHES IN EUROPE AND UNITED STATES, 1992, at 50-53.

⁵⁶ OJ L 359/1988, [1986] ECR 353.

ไม่ให้ Mrs. Schillgalis เปิดร้านทำธุรกิจเหมือนกันแข่งขันในเมืองฮัมบูร์กเป็นระยะเวลาหนึ่งปี ช่วงระยะเวลาปี 1978-1980 ผู้รับอนุญาตติดค่างคำโรแยลตี้ผู้ให้อนุญาตโดยตลอด ทำให้ผู้ให้อนุญาตต้องนำคดีมาฟ้องศาลขอให้ผู้รับอนุญาตชำระค่าโรแยลตี้ที่ค้างชำระอยู่ให้แก่ผู้ให้อนุญาต จำเลยต่อสู้ว่าจำเลยไม่ต้องชำระค่าโรแยลตี้ที่ติดค้างชำระอยู่ เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์ฉบับดังกล่าวเป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ เนื่องจากข้อสัญญาที่ให้สิทธิจำเลยแต่เพียงผู้เดียวที่จะจำหน่ายสินค้าของโจทก์ได้ในเมืองฮัมบูร์ก (exclusive right to use Pronuptia trademark) จึงเป็นข้อสัญญาที่ขัดกับ Article 85 (3) ของสนธิสัญญา ศาลยุติธรรมของยุโรปเห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของผู้รับอนุญาตว่าข้อสัญญาที่เป็นข้อสัญญาให้สิทธิผู้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสัญลักษณ์ทางการค้าของโจทก์ในเมืองฮัมบูร์ก (exclusive distribution) เป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการแบ่งตลาด (market sharing) ระหว่างโจทก์กับจำเลยทำให้มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน (restrict competition) ในตลาด จึงขัดกับ Article 85 (3) ของสนธิสัญญา

ทั้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปดังกล่าวจะแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับคำพิพากษาของศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งตัดสินว่าในสัญญาแฟรนไชส์มีข้อสัญญากำหนดให้มี dealer ในเมืองซานฟรานซิสโกเพียงรายเดียวเช่นเดียวกับคดี Pronuptia นั้น ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ขัดกับกฎหมายต่อต้านการแข่งขันของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะการตั้งผู้แทนจำหน่ายสินค้าประเภทเครื่องรับโทรทัศน์เพียงรายเดียวในเมืองซานฟรานซิสโกจะทำให้การแข่งขันระหว่าง dealer ที่ขายเครื่องรับโทรทัศน์ยี่ห้อแตกต่างกัน (inter-brand competition) เพิ่มสูงขึ้น⁵⁷

เพื่อให้แนวทางการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ในสหภาพยุโรปมีความชัดเจนขึ้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจึงได้ออก Regulation No. 4087/88 เพื่อกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตสาระสำคัญของ Regulation No. 4087/88 มีดังนี้

ผู้ให้อนุญาตอาจกำหนดข้อสัญญาดังต่อไปนี้ให้ผู้รับอนุญาตปฏิบัติตามได้

(ก) ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาต ผลิต ขาย ใช้ ซึ่งสินค้าที่แข่งขันกับสินค้าของผู้ให้อนุญาต แต่จะห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตผลิต ขาย ใช้ ซึ่งสินค้า อะไหล่ สินค้าที่เป็นอุปกรณ์ไม่ได้

(ข) เท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือชื่อเสียงของระบบเครือข่ายแฟรนไชส์ ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจที่แข่งขันโดยตรงหรือโดยอ้อมกับธุรกิจ

⁵⁷ Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36 (1967)

ของผู้ให้อนุญาต หรือผู้รับอนุญาตอื่น ภายในขอบเขตพื้นที่ตลอดเวลาที่สัญญาแฟรนไชส์ยังใช้บังคับอยู่ หรือภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (ไม่เกินหนึ่งปี) ภายหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง

(ค) เท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือคุ้มครองชื่อเสียงของระบบเครือข่ายแฟรนไชส์ของผู้ให้อนุญาต ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตเข้าไปถือหุ้นในธุรกิจของคู่แข่งทางธุรกิจของผู้ให้อนุญาตในรูปแบบใดๆ ก็ตาม เพื่อให้ตนเองมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของธุรกิจที่แข่งขันกับธุรกิจของผู้ให้อนุญาต⁵⁸

ต่อมา Regulation No. 4087/88 ได้ถูกยกเลิกโดย Regulation No. 2790/99 และ Regulation No. 2790/99 ได้มีผลบังคับใช้ในเดือนมกราคม ปี ค.ศ. 2000 โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(1) กำหนดให้สัญญาจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (vertical agreement) ให้ตกอยู่ภายในข้อยกเว้นของการจำกัดการแข่งขัน (block exemption) (ไม่ถือว่าพฤติกรรมดังกล่าวขัดต่อกฎหมายแข่งขันของสหภาพยุโรป-ผู้วิจัย) ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้ให้อนุญาตต้องมีสัดส่วนการครองตลาดไม่เกิน 30% หรือในกรณีการแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายแต่ผู้เดียวภายในขอบเขตพื้นที่ธุรกิจใด ผู้แทนจำหน่ายต้องมีสัดส่วนการครองตลาดไม่เกิน 30% ของเขตพื้นที่ธุรกิจนั้นๆ และในสัญญาต้องไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันที่เห็นได้ชัดเจน (hard core) เช่น การกำหนดขายปลีกขั้นต่ำสุด ห้ามผู้แทนจำหน่ายจำหน่ายสินค้าแก่ผู้ซื้อซึ่งอยู่นอกเขตพื้นที่ที่ตนมิได้ชักจูงให้เข้ามาซื้อ (unsolicited sale) ห้ามมิให้สมาชิกของระบบแฟรนไชส์ขายสินค้าแก่ผู้ใช้สินค้าปลายทาง (end-user) นั้น หรือขายสินค้าแก่ผู้แทนจำหน่ายที่ได้รับอนุญาตรายอื่นหรือในกรณีที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ ห้ามมิให้ผู้ผลิตชิ้นส่วนขายชิ้นส่วนให้กับผู้ใช้สินค้าปลายทาง หรือร้านซ่อมอิสระ (Article 4)

(2) กลุ่มที่สองได้แก่ บรรดาข้อสัญญาซึ่งไม่ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยอัตโนมัติ แต่ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ที่สำคัญที่สุดในกลุ่มนี้ได้แก่ ข้อสัญญาจำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตซึ่งระยะเวลาจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันดังกล่าวนานมากกว่า 5 ปี ภายหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง หรือข้อสัญญาที่ห้ามอดีตผู้แทนจำหน่ายมิให้ผลิต ขาย หรือซื้อสินค้าหรือบริการ หรือข้อสัญญา

⁵⁸ Martin MENDELSON, Michael G. BREMANN, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, THE INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF FRANCHISING, 2001, at EUROPEAN UNION LAW, 2002, at 8.

ห้ามมิให้อัดผู้แทนจำหน่ายขายสินค้าใดสินค้าหนึ่ง ซึ่งแข่งขันกับสินค้าของผู้ให้อนุญาต (Article 5)⁵⁹

สรุปแล้วเห็นได้ว่า สหภาพยุโรปในปัจจุบันได้ออกกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้า (competition law) ออกมาเท่ากับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์และข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในสัญญาแฟรนไชส์ด้วย โดยมีความยืดหยุ่นในเรื่องระยะเวลาว่าง คือ ข้อสัญญาจำกัดระยะเวลาห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันอาจนานได้ถึง 5 ปี แต่ในขณะที่เดียวกับข้อสัญญาจำกัดเสรีภาพของผู้รับอนุญาตในการขาย ผลิต ซึ่งสินค้าที่เป็นสินค้าของกลุ่ม กฎหมายจะไม่อนุญาตให้ผู้ให้อนุญาตจำกัดได้เลย กล่าวคือ เมื่อสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ผู้รับอนุญาตสามารถเปลี่ยนไปขายสินค้าของกลุ่มของผู้ให้อนุญาตเดิมได้ทันที ซึ่งการกำกับดูแลในลักษณะเช่นนี้ เป็นพัฒนาการของการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันที่แปลกใหม่และแตกต่างไปจากแนวทางการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก ซึ่งน่าจะเป็นบทเรียนให้กับประเทศไทยพิจารณาปรับใช้ต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังจากที่ได้มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปที่ตีความและให้เหตุผลเกี่ยวกับการตัดสินในอนุาคตซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์มาก

3.2 ประเทศเยอรมันนี

ในฐานะที่เป็นรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ประเทศเยอรมันนีต้องถูกผูกพันโดยกฎหมายและอนุบัญญัติต่างๆ ของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับการแข่งขันด้วย ในกรณีของธุรกิจแฟรนไชส์ กฎหมายว่าด้วย Block Exemption ของสหภาพยุโรปย่อมวางกรอบและมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกฎหมายภายในของประเทศเยอรมันนีด้วย⁶⁰

ซึ่งในการทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ บริษัทธุรกิจแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะบุกตลาดของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (เดิม) หรือสหภาพยุโรป (ในปัจจุบัน) โดยการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์กับผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่เพียงรายเดียว ในประเทศที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยการใช้ Master Franchise Agreement⁶¹ สัญญาธุรกิจแฟรนไชส์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมันนีซึ่งเรียกว่า

⁵⁹ Bermann, Goebel, Davey and Fox, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า 935-936.

⁶⁰ Philip F. Zeidmann, SURVEY OF FOREIGN LAWS AND REGULATIONS AFFECTING INTERNATIONAL FRANCHISING, 1989, at Federal Republic of Germany-7.

⁶¹ Jean-Eric De Cockborne, Franchising and European Community Competition Law, in Joerges (ed.), FRANCHISING AND THE LAW, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, หน้า 302-303.

กฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (The Law Against Restraint of Competition หรือ "GWB") และกฎหมายต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Act against Unfair Competition หรือ "AUC")⁶²

โดยแนวความคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมันนี้ คือ การกำกับดูแลมิให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating enterprises) ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรม (to abuse) โดยการจำกัดการแข่งขันทั้งในแนวนอนและแนวตั้ง ทั้งนี้มาตรา 34 ของกฎหมาย GWB ได้กำหนดให้สัญญาแฟรนไชส์ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และกำหนดสาระสำคัญของสัญญาจะต้องระบุไว้⁶³ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมันนี้ (The Cartel Office) จะเป็นองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมันนี้เห็นว่าพฤติกรรมของผู้ให้อนุญาตเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่เป็นธรรม คณะกรรมการมีอำนาจตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะได้ แต่ก่อนที่จะตัดสินเช่นนั้น คณะกรรมการจะต้องเรียกให้คู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ระงับพฤติกรรมดังกล่าวก่อน⁶⁴

ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต โดยหลักแล้วจะถือว่าข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตเป็นส่วนหนึ่ง (an inherent element) ของสัญญาแฟรนไชส์ (ซึ่งนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ในคดี Pronuptia ศาลมองว่า ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตเป็นสัญญาอุปกรณ์ (ancillary restraint)⁶⁵ การมีข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตโดยหลักแล้วถือว่าเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้ ยกเว้นในกรณีที่ระยะเวลาห้ามผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันจะนานเกินกว่าสองปี ในพื้นที่ประกอบธุรกิจและนอกขอบเขตพื้นที่ประกอบธุรกิจเดิมหรือขอบเขตพื้นที่ข้างเคียง ภายหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรม

สรุปได้ว่า ในกรณีของประเทศเยอรมันนี้ ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจะนานเกินสองปี หรือกำหนดขอบเขตพื้นที่ที่ถูกจำกัดมากกว่าเขตพื้นที่เดิมไม่ได้

ข้อสังเกตข้อต่อไป คือ กฎหมาย The Standard Contracts ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประเทศเยอรมันนี้ประกาศใช้ เมื่อวันที่ 1 เมษายน 1977 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาและคุ้มครองป้องกันคู่สัญญาที่ไม่มีประสบการณ์จากคู่สัญญาที่มี

⁶² OECD, COMPETITION POLICY AND VERTICAL RESTRAINTS: FRANCHISING AGREEMENT, 1994, at 70-71.

⁶³ Zeidmann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า Federal Republic of Germany-7.

⁶⁴ อ้างแล้วข้างบน หน้า Federal Republic of Germany-8-9.

⁶⁵ Cockborne, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 290-291.

ฐานะเหนือกว่าในทางเศรษฐกิจ จะนำมาบังคับใช้กับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมาย The Standard Contracts ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูปเยอรมันนี้ไม่นำมาบังคับใช้กับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต เนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่อยู่นอกขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับดังกล่าว กล่าวคือ ผู้ร่างกฎหมายได้ประมวลลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่ควรมีผลใช้ได้หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นตัวอย่าง 40 กรณี ในมาตรา 10 และมาตรา 11 ที่เป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไม่เหมาะสม ตัวอย่างเหล่านี้เป็นการรวบรวมมาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ได้พิจารณามาแล้ว เช่น ข้อสัญญาที่ให้สิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาที่ใช้หรือทำข้อสัญญาไว้ก่อนฝ่ายเดียว ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาฝ่ายเดียว การเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับโดยมิชอบ เบี่ยงปรับ การจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่ใช้หรือทำข้อสัญญาไว้ก่อนในความผิดที่ร้ายแรง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา เป็นต้น นอกจากนี้ ขอบเขตการใช้กฎหมายฉบับนี้ยังถูกจำกัดไม่ใช้กับกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแรงงาน กฎหมายมรดก กฎหมายครอบครัว และกฎหมายหุ้นส่วน บริษัท ตลอดจนสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับขององค์กรของฝ่ายปกครอง⁶⁶

กล่าวโดยสรุป จากเนื้อหาของหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่เป็นมาตรฐาน หรือข้อสัญญาสำเร็จรูปของเยอรมันฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายที่จะป้องกันการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญาที่ต้องเข้าทำสัญญาที่มีการกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นผลมาจากการถกเถียงและแรงกระตุ้นของนักกฎหมายเยอรมันร่วมกับองค์กรอุตสาหกรรม การพาณิชย์ การประกันภัย การธนาคาร ตลอดจนองค์กรคุ้มครองผู้บริโภคที่มองเห็นความจำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษฉบับนี้ จนทำให้รัฐสภาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่เกิดจากสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปฉบับพิเศษดังกล่าวออกมาใช้บังคับ⁶⁷

3.3 ประเทศฝรั่งเศส

กรณีที่บริษัทธุรกิจแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาขยายธุรกิจเข้าไปในประเทศฝรั่งเศสและได้รับความสนใจ ได้แก่ กรณีที่ชาวฝรั่งเศสคนหนึ่งได้ใช้มูลสัตว์ป่าใส่ร้านแฮมเบอร์เกอร์ของบริษัท McDonald ซึ่งตั้งอยู่ในภาคใต้ของประเทศฝรั่งเศสในกลางศตวรรษ

⁶⁶ ดาราพร ภิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, 2542, หน้า 80.

⁶⁷ อ้างแล้วข้างบน หน้า 81.

1990 เพื่อประท้วงการถูกรุกรานทางวัฒนธรรมและประท้วงรัฐบาลฝรั่งเศสที่ยอมให้ฝรั่งเศสนำเข้าเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยฮอร์โมนกระตุ้นการเติบโตจากประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศฝรั่งเศสสัญญาแฟรนไชส์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งเรียกว่า Ordinance No. 86-1243 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 1986 ด้วย โดย Article 34 และ Article 36 ของกฎหมาย Ordinance No. 86-1243 จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับธุรกิจแฟรนไชส์ที่สุด⁶⁸ โดยสาระสำคัญของ Article 34 และ Article 36 มีดังนี้

Article 34 ให้ลงโทษปรับจำนวน 5,000 ฟรังก์ ถึง 100,000 ฟรังก์ แก่บุคคลใดที่กำหนดให้บุคคลอื่นต้องขายสินค้าในราคาขั้นต่ำ หรือในระดับกำไรขั้นต่ำ

Article 36 ให้ผู้ผลิตสินค้าต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายแก่บุคคลอื่นในกรณีต่อไปนี้ 1) ตั้งราคาหรือเงื่อนไขในการขายที่แตกต่างกัน 2) ไม่รวมทำธุรกิจกับบุคคลอื่น 3) การขายควบซึ่งสินค้าหรือบริการ⁶⁹

แต่ในปัจจุบันยังไม่มีคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของฝรั่งเศสซึ่งเรียกว่า The Competition Council เกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสัญญากับกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้มีคำพิพากษาของศาลในคดี *Societe Internationale de Siegs (SIS) V. Bertin 1984* ซึ่งตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของปารีสว่า สัญญาแฟรนไชส์ซึ่งผู้ให้อนุญาตกำหนดไว้ในสัญญาแฟรนไชส์ให้ผู้รับอนุญาตต้องขายสินค้าในราคาที่กำหนดและต้องซื้อสินค้าจากผู้ให้อนุญาตให้ครบชุด (the whole collection) ถือเป็นข้อสัญญาที่ตัดสิทธิของผู้รับอนุญาตที่จะซื้อสินค้าของผู้ผลิตเจ้าอื่น และสิทธิที่จะเลือกที่จะเก็บสินค้าชนิดใดไว้ในร้านบ้าง จึงเป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ (annulled)⁷⁰

ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตนั้น ข้อยกเว้นเกี่ยวกับเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (economic exception) ของ Ordinance No. 1986 จะมีสาระสอดคล้องกับ block exemption ของ Article 85 (3) ของสนธิสัญญาประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The EEC Treaty) กล่าวคือ โดยหลักแล้ว ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจะมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้หากว่าข้อสัญญามีระยะเวลาที่จำกัดและขอบเขตพื้นที่ธุรกิจที่จำกัด แม้ว่าใน

⁶⁸ OECD, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9, หน้า 69.

⁶⁹ OECD, อ้างแล้วข้างบน หน้า 70.

⁷⁰ OECD, อ้างแล้วข้างบน หน้า 70.

บางกรณีศาลของประเทศฝรั่งเศสจะเคยมีคำพิพากษาว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันจึงไม่สามารถใช้บังคับได้⁷¹

ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในเรื่องระยะเวลาหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดหากมีระยะเวลาไม่เกินสองปีแล้วถือว่าใช้บังคับได้

ส่วนข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในเรื่องของขอบเขตของธุรกิจและขอบเขตพื้นที่ที่ประกอบธุรกิจนั้น นักวิชาการฝรั่งเศสเห็นว่าศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศสน่าจะเดินตามศาลยุติธรรมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The EEC Court of Justice) กล่าวคือในคดี *Pronuptia* ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตมิให้ประกอบธุรกิจเหมือนกันหรือคล้ายกันกับธุรกิจของผู้ให้อุญาตในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่มียุติธรรม⁷²

ปัญหา คือ เนื่องจาก Regulation No. 4087/88 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ถูก Regulation No. 2790/99 มาใช้บังคับแทนแล้วรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสจะแก้ไข Ordinance No. 86-1243 เพื่อให้สอดคล้องกับ Regulation No. 2790/99 หรือไม่ ซึ่งตามทฤษฎีแล้วในฐานะรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป และภายใต้ระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (regional economic integration) ประเทศฝรั่งเศสต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับ Regulation No. 2790/99 และศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสก็ต้องพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตตามแนวของกฎหมายภายในที่แก้ไขใหม่ (นั่นคือ การกลับคำพิพากษาเดิม เช่น ข้อสัญญาจำกัดด้วยระยะเวลาอาจจำกัดไม่เกิน 5 ปี แทนที่จะไม่เกิน 2 ปี เป็นต้น)

ปัญหาข้อต่อไปคือ กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ โดยเฉพาะหมวดที่ 4 การคุ้มครองผู้บริโภคต่อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35-38) จะนำมาบังคับใช้แก่ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้แก่ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต โดยมีเหตุผล คือ กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค (มิใช่ผู้ประกอบการ) กล่าวคือ กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นจุดเชื่อมต่อของสัญญาสำเร็จรูปกับการคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้ผู้ร่างยังมีจุดประสงค์ให้กฎหมายฉบับนี้เสริมต่อจากหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยชี้ให้เห็นถึงลักษณะของข้อ

⁷¹ Robin T. Tait, France in Zeidmann(ed.), *SUVEY OF FOREIGN LAWS AND REGULATIONS AFFECTING INTERNATIONAL FRANCHISING*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7, หน้า 18.

⁷² Tait, อ้างแล้วข้างบน.

สัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้ร่างยังคงถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่าจะต้องมีอยู่ในการทำสัญญา ดังนั้นกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฉบับนี้ ผู้ร่างพยายามทำให้เกิดความเสมอภาคในการทำสัญญานบนพื้นฐานของหลักความซื่อตรงและให้หลักประกันความมั่นคงแก่คู่สัญญา⁷³

หลักการของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสนี้มีหลักเหมือนของเยอรมันนี้ แต่แตกต่างกันแง่วิธีการให้การคุ้มครอง ลักษณะของการเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป เช่น กฎหมายเยอรมันนี้ แต่เน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่าถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพ หรือผู้บริโภคแล้ว สัญญาดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาชนิดใด ไม่ว่าจะเป็สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงกันก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับเพื่อพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับความเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบในการประกันหนี้ที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณไม่มีผลบังคับ⁷⁴

สรุป จากข้อมูลที่ผู้วิจัยมีอยู่ ข้อสัญญาจำกัดผู้รับอนุญาตไม่ให้แข่งขัน ในเรื่องขอบเขตธุรกิจ และขอบเขตพื้นที่ที่เป็นไปตามกฎหมายสหภาพยุโรป ส่วนระยะเวลายังมีความแตกต่างเนื่องจาก แนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสรับได้ไม่เกิน 2 ปี แต่ Regulation no. 2790/99 กำหนดไว้ให้ผู้ให้อนุญาตกำหนดได้นานไม่เกิน 5 ปี

3.4 ประเทศญี่ปุ่น

กรณีที่บริษัทธุรกิจแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาขยายธุรกิจออกไปต่างประเทศที่ได้รับความนิยมมากที่สุด คือ กรณีที่บริษัท KFC ขยายธุรกิจโดยเข้าไปเปิดร้านขายไก่ทอด KFC ที่เมืองโยโกฮาม่า ประเทศญี่ปุ่นในต้นศตวรรษ 1980 ซึ่งนักกฎหมายมองว่ามีความเสี่ยงสูงเนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกับระบบ

⁷³ คารพร ธีระวัฒน์ อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 13 หน้า 82

⁷⁴ อ่างแล้วข้างต้น หน้า 83.

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมาก เช่นเดียวกับกรณีของบริษัทแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ ของสหรัฐอเมริกาขยายธุรกิจเข้าไปในประเทศอื่นๆ บริษัท KFC คงใช้ Master Franchise Agreement กับบริษัทขนาดใหญ่ของประเทศญี่ปุ่นที่เป็นผู้รับอนุญาต (Corporate Franchisee) ซึ่งในกรณีของประเทศญี่ปุ่น สัญญาแฟรนไชส์จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Anti-monopoly Act of 1947) และแนวปฏิบัติว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำสั่งของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ฉบับวันที่ 20 กันยายน 1983 ซึ่ง กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ (1) การเปิดเผยข้อมูลให้ผู้สนใจเป็นผู้รับอนุญาตทราบพอเพียง (2) สารระสำคัญมาตรฐานของสัญญาแฟรนไชส์ และ (3) บทบัญญัติแต่ละบทบัญญัติของสัญญาแฟรนไชส์⁷⁵ ต่อมาคำสั่งดังกล่าวได้ถูกทดแทนโดยแนวปฏิบัติ (guidelines) เกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดว่าด้วยการปฏิบัติในระบบการจัดจำหน่ายสินค้าและธุรกิจ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1992⁷⁶

เป็นที่น่าสังเกตว่า Master Franchise Agreement ถือเป็นสัญญาระหว่างประเทศซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของ Article 6 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วย กล่าวคือ ความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ระหว่างบุคคลที่มีภูมิลำเนาในประเทศญี่ปุ่นกับบริษัทต่างชาติ เช่น สัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี สัญญาจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาต้องนำมาขออนุญาตจากรัฐบาลก่อน (1968-1989) ภายหลังกฎปี 1989 จะต้องรายงานให้รัฐบาลทราบ ซึ่งวัตถุประสงค์ของ Article 6 คือ การที่รัฐบาลญี่ปุ่นต้องการช่วยภาคเอกชนไม่ให้เกิดบุคคลหรือบริษัทต่างชาติซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาใช้สถานะและอำนาจที่เหนือกว่าเขาเปรียบโดยการสร้างข้อสัญญาเอาเปรียบบุคคลหรือบริษัทญี่ปุ่น การต้องขออนุญาตรัฐบาล (กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม) ก่อนทำให้รัฐบาลสามารถอาศัยอำนาจตาม Article 6 บังคับให้คู่สัญญาต้องลบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือข้อสัญญาต่อต้านการแข่งขันออกโดยอ้างว่าขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจากสัญญา Master Franchise Agreement เป็นสัญญาระหว่างประเทศ เพราะเป็นสัญญาระหว่างผู้ให้อนุญาตซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศญี่ปุ่นและผู้รับอนุญาตซึ่งเป็นผู้มีภูมิลำเนาในประเทศญี่ปุ่น ดังนั้นในปัจจุบันผู้รับอนุญาตจึงต้องรายงานให้กระทรวงเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรม (กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมเดิม) ทราบ⁷⁷

⁷⁵ Zeidmann, SURVEY OF FOREIGN LAWS AND REGULATIONS AFFECTING INTERNATIONAL FRANCHISING, อ้างแล้วในเชิงอรรถ 7 หน้า Japan 15-18.

⁷⁶ OECD, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9 หน้า 74-75.

⁷⁷ Zeidmann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า Japan 10.

ข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ที่ตกอยู่ภายในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและอาจขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้แก่ข้อสัญญาดังนี้⁷⁸

- (1) ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal restrictive agreement)
- (2) ข้อตกลงที่จะไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ให้อนุญาต (exclusive dealing)
- (3) ข้อตกลงขายควบ (tie-in sales)
- (4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับพื้นที่ประกอบธุรกิจหรือลูกค้า (territorial or customer restricting sources)
- (5) การกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance)
- (6) การจำกัดแหล่งวัตถุดิบที่ผู้รับอนุญาตจะซื้อได้ (restricting sources to supply)
- (7) การที่ให้ผู้ให้อนุญาตเลือกปฏิบัติต่อผู้รับอนุญาตด้านราคา (franchisor discrimination among franchisees)
- (8) การปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมด้วย (refusal to deal)
- (9) ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต (covenant not to compete)
- (10) ข้อสัญญาอื่นๆ หรือการปฏิบัติอื่นๆ ซึ่งจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม (other agreements or practices unduly restricting free competition)

ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตนั้น มีสาระสำคัญดังนี้ ตามคำสั่งของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าปี 1983 นั้น เป็นการระบุปัจจัยทั่วไปซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะนำมาใช้ในการพิจารณาเท่านั้น จึงไม่สามารถระบุลงไปได้อย่างเป็นรูปธรรมว่า ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตที่มีการจำกัดมากน้อยเพียงไร จึงจะใช้บังคับได้ไม่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตามการสำรวจข้อมูลของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นในปี 1981 พบว่า 50% ของผู้ให้อนุญาตเขียนข้อสัญญาห้ามผู้ที่ต้องการจะเป็นผู้รับอนุญาตไม่ให้ประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาต หรือข้อห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตแข่งขันในทุกรูปแบบ ระยะเวลาที่พบในการสำรวจพบว่าข้อสัญญาโดยเฉลี่ยจะจำกัดไว้สองถึงสามปี แม้ว่าจะไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับขอบเขตของพื้นที่ แต่น่าจะเป็นไปได้สูงมากกว่าหากข้อสัญญาจำกัดขอบเขตพื้นที่กว้างกว่าขอบเขตพื้นที่เดิมที่ผู้รับอนุญาตเคยประกอบธุรกิจ ข้อสัญญาดังกล่าวจะขัดกับกับข้อ 14 ของแนวปฏิบัติทั่วไปว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม(Guidelines on Unfair Business Practices) ซึ่งทางคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

⁷⁸ Zeidmann, อ้างแล้วข้างบน หน้า 18-23.

ได้ออกมาบังคับใช้ในปี 1982 โดยข้อ 14 ของแนวปฏิบัติจะเป็นเรื่อง การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบคู่ธุรกิจโดยไม่ชอบธรรม (abuse of bargaining powers) ส่วนเรื่องขอบเขตธุรกิจนั้น ความชอบด้วยกฎหมายหรือความสมบูรณ์ของข้อสัญญาคงต้องพิจารณาเป็นกรณีกรณีไป และไม่มีแนวปฏิบัติ หรือคำตัดสินของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า หรือคำพิพากษาของศาลเลย แต่การห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันในระยะเวลาที่สัญญาแฟรนไชส์ยังมีผลผูกพันอยู่ ข้อสัญญาดังกล่าวคงเป็นข้อสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดแล้วมีโอกาที่จะขัดต่อกฎหมายป้องกันการแข่งขันสูงมาก โดยเฉพาะการห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตใช้เทคโนโลยีซึ่งเป็นเทคโนโลยีคู่แข่งกับเทคโนโลยีของผู้ให้อุญาต ข้อสัญญาดังกล่าวคงขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด⁷⁹

สรุป ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะออกแนวปฏิบัติ (Guideline) มากำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์โดยมีแนวปฏิบัติครั้งแรกในปี 1983 และต่อมาได้ปรับปรุงใหม่โดยเป็นแนวปฏิบัติกำกับดูแลธุรกิจจัดกระจายสินค้าร่วมกับธุรกิจแฟรนไชส์ด้วยในปี 1991⁸⁰ ทั้งนี้ Master Franchise Agreement ตกอยู่ภายใต้บังคับของ Article 6 เพิ่มเติมจากข้อ 14 ของแนวปฏิบัติ ปี 1982 ซึ่งคู่สัญญาซึ่งมีภูมิลำเนาในประเทศญี่ปุ่นต้องรายงานให้กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมทราบ

3.5 ประเทศเกาหลีใต้

ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทั้งหมดในธุรกิจแฟรนไชส์ต้องตกอยู่ภายในบังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งเรียกว่า กฎหมายควบคุมดูแลการผูกขาดและการค้าที่เป็นธรรม (The Monopoly Regulation and Fair trade Law of 1980)⁸¹ ข้อสัญญาแฟรนไชส์ที่ถือว่าอาจขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมดูแลการผูกขาดและการค้าที่เป็นธรรมได้ ได้แก่ ข้อสัญญาที่มีลักษณะดังนี้

- (1) ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal restrictive agreement)
- (2) ข้อตกลงที่จะไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ให้อุญาต (exclusive dealing)
- (3) ข้อตกลงขายควบ (tie-in sales)

⁷⁹ Zeidmann, อ้างแล้วข้างบน หน้า 22-23 โดยเฉพาะอย่างยิ่งเชิงอรรถที่ 3

⁸⁰ Japanese Fair Trade Commission, Antimonopoly Legislation of Japan, 1998, at 163-182.

⁸¹ Zeidmann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า Korea 10-12.

- (4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับพื้นที่ประกอบธุรกิจหรือลูกค้า (territorial or customer restricting sources)
- (5) การกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance)
- (6) การจำกัดแหล่งวัตถุดิบที่ผู้รับอนุญาตจะซื้อได้ (restricting sources to supply)
- (7) การที่ให้ผู้ให้อุญาตเลือกปฏิบัติต่อผู้รับอนุญาตด้านราคา (franchisor discrimination among franchisees)
- (8) การปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมด้วย (refusal to deal)
- (9) ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต (covenant not to compete)
- (10) ข้อสัญญาอื่นๆ หรือการปฏิบัติอื่นๆ ซึ่งจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม (other agreements or practices unduly restricting free competition)

ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต มีความเห็นทางกฎหมายของนายชาวสหรัฐที่เชี่ยวชาญด้านกฎหมายธุรกิจแฟรนไชส์ดังนี้⁸² หากผู้ให้อุญาตให้ผู้รับอนุญาตเป็นผู้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียวในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งหรือข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันย่อมมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ในช่วงระยะเวลาที่สัญญามีผลใช้บังคับอยู่ (in-term) แต่ภายหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ข้อสัญญาดังกล่าวอาจถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและขัดต่อกฎหมายควบคุมดูแลการผูกขาดและการค้าโดยเป็นธรรมได้ หากข้อสัญญาดังกล่าวปราศจาก "ความสมเหตุสมผล" ได้แก่ (1) ระยะเวลาที่ผู้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ (2) ขอบเขตพื้นที่ที่ผู้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ และ (3) ขอบเขตของธุรกิจที่ผู้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ แต่เนื่องจากยังไม่มีคำตัดสินของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีหรือคำพิพากษาของศาลทำให้เป็นการยากที่จะคาดเดาได้ว่าข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในลักษณะใดบ้าง จึงจะใช้บังคับได้หรือใช้บังคับไม่ได้ แต่ความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่าข้อสัญญาที่จำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งภายในระยะเวลา 3-5 ปี ภายหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง น่าจะเป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับได้ ส่วนขอบเขตของพื้นที่และขอบเขตของธุรกิจที่ข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้รับอนุญาตจะห้ามได้ก็เฉพาะขอบเขตพื้นที่และธุรกิจที่จำเป็นเพื่อการป้องกันมิให้ผู้รับอนุญาตแข่งขันกับผู้ให้อุญาตได้เท่านั้น ซึ่งในกรณีของขอบเขตพื้นที่ประกอบการอาจกว้างครอบคลุมพื้นที่ของประเทศเกาหลีได้ทั้งประเทศ⁸³

⁸² Zeidmann, อ้างแล้วข้างบน หน้า Korea 12.

⁸³ Zeidmann, อ้างแล้วข้างบน.

เนื่องจากความมีประสิทธิภาพของระบบธุรกิจแฟรนไชส์ทำให้เป็นที่นิยมของผู้ประกอบการชาวเกาหลีใต้ที่อายุน้อยซึ่งมีเงินทุนไม่มาก ดังนั้นช่วงปลายศตวรรษ 1990 ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศเกาหลีใต้ได้เจริญเติบโตอย่างรวดเร็วโดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจร้านอาหารและร้านค้าปลีก สถิติในปี 2002 พบว่ามีจำนวนผู้ให้อนุญาตมากถึง 1,600 ราย และจำนวนผู้รับอนุญาตมากถึง 120,000 ราย มีการจ้างงานถึง 600,000 คน ขนาดของธุรกิจแฟรนไชส์มีมูลค่าประมาณ 42 ล้านล้านวอน (ซึ่งเป็นขนาดธุรกิจที่ใหญ่มาก ในระบบเศรษฐกิจของประเทศเกาหลีใต้)⁸⁴ แต่ธุรกิจแฟรนไชส์ที่ใหญ่มากดังกล่าวก็มักมีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และทำให้ผู้รับอนุญาตจำนวนมากเสียหายและได้รับความเดือดร้อน ทางคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจึงอาศัยอำนาจตามกฎหมาย The Monopoly Regulation and Fair Trade Act ออกประกาศคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพื่อกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ โดยเฉพาะเรียกว่า The Notification on the Criteria of Unfair Trade Practices in Franchising Business ในวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 1997 แต่ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้อนุญาตต้องเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญแก่ผู้สนใจที่จะสมัครเป็นผู้รับอนุญาต ดังนั้นทางคณะกรรมการจึงได้ปรับปรุงแก้ไขประกาศฉบับดังกล่าวและยกระดับสถานะโดยการออกเป็นกฎหมายเรียกว่า The Fair Franchising Transaction Act ในเดือนพฤษภาคม 2002 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติบังคับให้ผู้ให้อนุญาตต้องเปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นและสำคัญแก่ผู้สนใจ และห้ามมิให้ผู้อนุญาตยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract termination)

ส่วนมาตรา 12 ของกฎหมาย The Fair Franchise Transaction Act 2002 ได้กำกับดูแลข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดและข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตโดยห้ามมิให้ผู้ให้อนุญาตมีพฤติกรรมดังนี้

- (1) ปฏิเสธ หยุด หรือจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการแก่ผู้รับอนุญาต
- (2) กำหนดราคาสินค้า กำหนดตัวคู่ค้า กำหนดเขตพื้นที่ประกอบการหรือดำเนินธุรกิจของผู้รับอนุญาตโดยไม่เป็นธรรม
- (3) เอาเปรียบผู้รับอนุญาตโดยอาศัยอำนาจการต่อรองที่เหนือกว่า
- (4) ชักจูงผู้สนใจให้เข้ามาสมัครเป็นผู้รับอนุญาตโดยไม่ชอบหรือมีพฤติกรรมที่ทำลายการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม⁸⁵

ส่วนมาตรา 13 บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธการต่ออายุสัญญาหากผู้ให้อนุญาตไม่ต้องการที่จะต่อสัญญาแฟรนไชส์ให้กับผู้รับอนุญาตรายใด ผู้ให้อนุญาตต้องแจ้งให้ผู้รับอนุญาตรายนั้นทราบเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนล่วงหน้าเป็นเวลา 90 วันก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดลง หาก

⁸⁴ The Fair Trade Commission, Republic of Korea, A JOURNEY TOWARD MARKET ECONOMY: KFTC'S 23 YEARS OF BUILDING TRANSPARENT AND FAIR MARKET, April 2004, at 148.

⁸⁵ The Fair Trade Commission อ้างแล้วข้างบน หน้า 151.

ผู้ให้อนุญาตไม่ปฏิบัติตามมาตรา 13 ให้ถือว่าสัญญาแพนไซส์ฉบับเดิมมีการต่ออายุโดยมีเงื่อนไขทุกอย่างเหมือนเดิม⁸⁶

3.6 ประเทศอังกฤษ

สัญญาธุรกิจแพนไซส์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญา โดยหลักไปแล้วสัญญาอาจตกเป็นโมฆะ (void) ได้ 2 กรณีใหญ่ๆ ได้แก่ (1) เป็นสัญญาที่ขัดกับกฎหมาย (contract void by statute) หรือ (2) มีข้อสัญญาที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (term contrary to public policy) ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะโดยสำคัญ ได้แก่ ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจ (restraint of trade) ซึ่งในอดีต ได้แก่ ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันที่อยู่ในสัญญาจ้างงาน (contract of employment) และข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันที่อยู่ในสัญญาขายธุรกิจ (contract for sale of business) แต่ในปัจจุบันข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันจะปรากฏในข้อสัญญาประเภทอื่นๆ ด้วย เช่น สัญญาหุ้นส่วน สัญญาธุรกิจแพนไซส์ สัญญาที่จะซื้อสินค้าจากแหล่งเดียว สัญญาเกี่ยวกับ "เพดานเงินเดือน" หรือ "การจ้างนักกีฬาอาชีพ" ขององค์กรต่างๆเกี่ยวกับกีฬา⁸⁷

โดยทั่วไปแล้วข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันจะถือว่าเป็นโมฆะ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า มีเหตุผลสมควรในการตั้งข้อสัญญาดังกล่าว ซึ่งการมีเหตุผลสมควรได้แก่

- (1) ความสมเหตุสมผลเกี่ยวกับประโยชน์ของคู่สัญญา
- (2) ความสมเหตุสมผลเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

ในกรณีของสัญญาแพนไซส์ในคดี *KA&C Smith Pty v. Ward*⁸⁸ ภาระการพิสูจน์ความสมเหตุสมผล เกี่ยวกับประโยชน์ของคู่สัญญาจะตกอยู่กับฝ่ายผู้ให้อนุญาต หลังจากที่ถูกผู้ให้อนุญาตสามารถพิสูจน์ได้แล้ว ภาระการพิสูจน์ความสมเหตุสมผลเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะจะตกอยู่กับฝ่ายผู้รับอนุญาต⁸⁹

- (1) ความ "สมเหตุสมผล" ของข้อจำกัดดังกล่าวจะพิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้

⁸⁶ The Fair Trade Commission อ้างแล้วข้างบน.

⁸⁷ Lindy Willmott, Sharon Christenien, Des Butler, CONTRACT LAW, 2002 at 546-547

⁸⁸ *KA&C Smith Pty v. Ward*, ATPR 41-717 (1999)

⁸⁹ Willmott, Christenien and Butler, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า 547

- ขอบเขตจำกัดในเรื่องขอบเขตพื้นที่และระยะเวลาที่ถูกจำกัด
- ขอบเขตของธุรกิจ กิจกรรมที่ถูกจำกัด
- อำนาจในการต่อรองของคู่สัญญา
- ผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างผู้ให้อนุญาตกับผู้รับอนุญาต
- บริบทของสัญญา⁹⁰

(2) หากข้อจำกัด “สมเหตุสมผล” เกี่ยวกับประโยชน์ของคู่สัญญาแล้วศาลมักจะถือว่าข้อจำกัดนั้นสมเหตุสมผลเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะด้วย ตามแนวคำตัดสินในคดี *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd.*⁹¹

ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตของสัญญาธุรกิจประเภทแฟรนไชส์ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย The Unfair Contract Term Act of 1992 เนื่องจากกฎหมายฉบับดังกล่าวใช้เฉพาะกับข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นความรับผิดทางธุรกิจ (business liability) ที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น เช่น ข้อจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่กำหนดไว้ในคำรับรองสำหรับผู้บริโภคในการบริโภคที่ใช้ในการบริโภคส่วนตัว เป็นต้น⁹²

สรุป

ในกรณีของสหภาพยุโรป ประเทศเยอรมันนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลีใต้ ธุรกิจแฟรนไชส์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสัญญา เนื่องจากเป็นสัญญาระหว่างผู้ให้อนุญาตกับผู้รับอนุญาต แต่บรรดาข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน (anti-competition clauses หรือ restrictive clauses) เช่นการขายควบ การกำหนดราคาขายต่อสูงสุด การบังคับให้ทำธุรกิจกับผู้ให้อนุญาตเพียงรายเดียว หรือข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต (non-compete covenant) จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งหมด แม้ว่ารายละเอียดเกี่ยวกับ “ความสมเหตุสมผล (reasonableness)” ของแต่ละประเทศจะแตกต่างกันบ้างก็ตาม ประเทศอังกฤษจะแตกต่าง

⁹⁰ อ้างแล้วข้างบน หน้า 548

⁹¹ *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd.*, Ac 535 (1984)

⁹² คาราวพร ติรวัดน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 13 หน้า 86.

ออกไปเนื่องจากข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทั้ง 2 ประเภทที่กล่าวมาจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ
กฎหมายเรื่องสัญญาแต่ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศไทย

4.1 ความเป็นมาของปัญหา

เนื่องจากธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการไทยนำแนวความคิดและหลักการมาจากต่างประเทศในช่วงระยะเวลา 20-30 ปีที่ผ่านมา การกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยจึงตกอยู่ภายใต้กฎหมายสัญญาซึ่งได้แก่ บทบัญญัติเรื่องนิติกรรมและหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตตามสัญญาแฟรนไชส์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งมีอยู่ 5 คดีล้วนแต่เป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างทั้งสิ้น ซึ่งในการตัดสินคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างทั้ง 5 คดีดังกล่าว ศาลไทยได้นำบทบัญญัติมาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ในปัจจุบัน) ว่าด้วยสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาปรับใช้ ต่อมาในปี 2533 ทางกระทรวงยุติธรรมได้พิจารณาเห็นว่าสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยพัฒนาก้าวหน้าไปอย่างมาก โดยเฉพาะการทำสัญญาธุรกิจประเภทใหม่ๆ ซึ่งทำให้เห็นถึงอำนาจการเจรจาต่อรองและความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและบทกฎหมายที่ไม่เท่ากันระหว่างคู่สัญญา ทำให้เกิดสภาพของข้อสัญญาที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบอย่างมาก ในการที่ต้องถูกผูกมัดให้ปฏิบัติตามสัญญา และการปรับใช้หลักกฎหมายสัญญามีความไม่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะในปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสภาพที่เปลี่ยนแปลงไปของสัญญาในปัจจุบัน กระทรวงยุติธรรมจึงได้เสนอและรับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีให้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเมื่อ พ.ศ. 2533 เพื่อพิจารณายกร่างกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม⁹³ ซึ่งคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้จัดร่างรับฟังความคิดเห็น ให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้คณะกรรมการพิเศษของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาเสนอต่อรัฐสภาผ่านการพิจารณาและได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายชื่อว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ในปี พ.ศ. 2540 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 เป็นต้นไป⁹⁴

⁹³ คาราวร ภิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, 2542, หน้า 87.

⁹⁴ อ้างแล้วข้างบน หน้า 88.

เหตุผลในการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว คือ "เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุข ในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรมและให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น"

ดังนั้นการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตจึงแบ่งออกได้เป็นสองระยะเวลาคือ ก่อน 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 และหลัง 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541

4.2 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตก่อน 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541

สัญญาและข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตที่ได้ทำขึ้นและมีผลผูกพันบังคับใช้ก่อนวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ปัจจุบัน) ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดทางการค้าหรือต่อต้านการแข่งขันควรตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติควบคุมราคาและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ด้วย แต่เนื่องจากผู้ยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เห็นว่ากฎหมายความคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของไทย ยังไม่มีบทบาทในการป้องกันหรือเยียวยาการเอารัดเอาเปรียบในลักษณะนี้อย่างเพียงพอ ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงได้นำข้อสัญญาประเภทนี้มาปรับอยู่ในขอบเขตของกสนตรตรวจสอบด้วยความเป็นธรรมด้วย⁹⁵ ก่อนปี พ.ศ. 2541 ศาลไทยจะนำเฉพาะมาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ปัจจุบัน) เท่านั้นมาปรับใช้กับข้อสัญญาห้าม

⁹⁵ จริฎ ภัคศิธนากุล, สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, ตุลาคม, เล่มที่ 1 ปีที่ 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541), หน้า 111.

ประกอบอาชีพการค้าขายที่เกินสมควรเพื่อวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีผลทางกฎหมายเป็นโมฆะหรือไม่⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันมีดังนี้

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479

บริษัทแม็กฟาร์แลนด์ฟิมพ์ตี๊ดจำกัด

โจทก์

นายพยุ่ง สุนทรดิลก

จำเลย

เรื่อง ขอให้ห้ามจำเลยอย่าประกอบอาชีพอันเป็นปฏิปักษ์แก่โจทก์

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยเข้าทำสัญญาเป็นลูกจ้างโจทก์โดยมีข้อตกลงกันว่า ถ้าจำเลยออกจากบริษัทโจทก์ภายใน 5 ปี จำเลยจะไม่เข้าทำการเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของ ในกิจการใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อบริษัทโจทก์ ณ กรุงเทพมหานคร หรือในบริเวณ 600 เส้นจากกรุงเทพฯ แล้วภายหลังจำเลยออกจากบริษัทโจทก์ไปทำงานให้กับบริษัทบาโรเบราน์ในแผนกฟิมพ์ตี๊ด จังหวัดพระนคร จึงขอให้ห้ามและเรียกค่าเสียหาย 500 บาท

จำเลยให้การแก้ตัวว่า (1) สัญญาที่โจทก์อ้างนั้น ห้ามเกินสมควร เป็นการขัดต่อศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ปัจจุบัน) (2) โจทก์มิได้ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งต่างต้องตอบแทนกัน โจทก์จึงนำคดีมาบังคับจำเลยตามข้อสัญญาไม่ได้ (3) โจทก์หลอกลวงว่า จะฝึกหัดอบรมให้จำเลยมีวิชาซ่อมและแก้เครื่องฟิมพ์ต่างๆ จำเลยจึงยอมเซ็นสัญญาให้ แล้วโจทก์มิได้ฝึกหัดอบรมให้ได้รับความรู้ตามข้อสัญญา จำเลยยอมขอให้เลิกล้างสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 ได้ จึงขอให้ยกฟ้อง

ศาลแพ่งพิจารณาเห็นว่า บริษัทโจทก์มิได้สั่งสอนและฝึกหัดจำเลยตามสัญญาข้อ 1 และสัญญาข้อ 10 ห้ามมิให้จำเลยทำการใดๆ ตลอดจนเป็นคนใช้เช่นคนรักษาความสะอาดในห้างที่ขายเครื่องฟิมพ์ตี๊ด เป็นการห้ามเกินสมควร ทำลายผลประโยชน์ของสาธารณชน จึงเป็นการผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ปัจจุบัน) เป็นโมฆะเสียเปล่า บังคับไม่ได้ตามกฎหมาย จึงพิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ และให้โจทก์เสียค่าธรรมเนียมกับค่าทนาย 50 บาทแทนจำเลย

⁹⁶ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่มที่ 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, หน้า 120.

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิจารณาเห็นว่า เบื้องต้นจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่า สัญญาข้อ 10 ที่ห้ามมีกำหนดเวลา 5 ปี ในเขตกรุงเทพฯ กับบริเวณห่างกรุงเทพฯ 600 เส้นนั้น เกินสมควรหรือไม่ ข้อกำหนดเวลาเพียง 5 ปีนั้นก็สมควรอยู่ ส่วนข้อกำหนดเขตนอกกรุงเทพฯ ออกไปนั้น เป็นการตัดอาชีพเกินสมควรไป นับว่าเป็นการขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นโมฆะตามมาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ปัจจุบัน) เมื่อสัญญาเป็นโมฆะแล้ว ประเด็นข้ออื่นก็ไม่ต้องวินิจฉัยสืบไป จึงพิพากษายืนตามศาลแพ่ง ให้โจทก์ใช้ค่าธรรมเนียมและค่าทนาย 25 บาทแทนจำเลยด้วย

โจทก์ฎีกาคัดค้านเป็นใจความว่า จำเลยออกจากบริษัทโจทก์ไปทำงานที่บริษัทบาโรเบรานีในเขตกรุงเทพฯ จึงขอให้ศาลวินิจฉัยว่า เพียงในเขตกรุงเทพฯ ที่จำเลยกระทำละเมิดนั้น สัญญายังใช้บังคับได้

กรรมการศาลฎีกาได้นั่งฟังแถลงกรรมของคู่ความ และตรวจสำนวนคดีนี้เห็นว่า เขตจำกัดห้ามในสัญญาว่า ในกรุงเทพฯ หรือห่างจากกรุงเทพฯ 600 เส้นนี้ แยกแยกจากกันได้ กรณีเฉพาะต่อหน้าศาลนี้มีว่า จำเลยกระทำการในเขตกรุงเทพฯ ฉะนั้นข้อวินิจฉัยเฉพาะคดีนี้จึงอยู่ในปัญหาที่ว่า การห้ามมิให้กระทำในเขตกรุงเทพฯ เป็นการพอสมควรหรือไม่ ซึ่งศาลนี้เห็นว่าเป็นการรักษาผลประโยชน์ของโจทก์พอสมควรแก่เหตุ ย่อมไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงแยกบังคับได้ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 135 ที่โจทก์อ้างมาในฎีกา อนึ่งคดีนี้ศาลแพ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ห้ามมิให้เป็นช่างแก้ไขซ่อมตลอดจนเป็นคนใช้ในแผนกพิมพ์ดีด เป็นการห้ามเกินสมควรนั้น เห็นว่าประเด็นซึ่งมาสู่ศาลมีเพียงว่า จำเลยไปทำงานในบริษัทบาโรเบรานีในหน้าที่ซ่อมแก้ไขเครื่องพิมพ์ดีด ควรจะห้ามตามสัญญาข้อ 10 ได้หรือไม่ ซึ่งได้วินิจฉัยมาแล้วว่า เมื่อข้อนั้นๆ แยกจากกันได้แล้ว แม้ข้อใดเกินสมควรขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ไม่ทำให้ข้ออื่นที่เป็นการห้ามพอสมควรที่จะรักษาประโยชน์ของบริษัทโจทก์เป็นโมฆะไปด้วย การห้ามมิให้เป็นช่างแก้ไขซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดนั้น เห็นว่าพอสมควรที่โจทก์จะห้ามจำเลยได้ เพื่อรักษาประโยชน์ของโจทก์ ฉะนั้นข้อที่ศาลแพ่งวินิจฉัยว่า การห้ามมิให้เป็นคนใช้ในร้านเครื่องพิมพ์ดีดอื่นเป็นโมฆะ จึงไม่ทำให้การห้ามมิให้เป็นช่างแก้ไขซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดเป็นโมฆะไปด้วย เพราะแยกออกจากกันได้ และเมื่อข้อสัญญาเท่าที่เกี่ยวกับการกระทำของจำเลยไม่เป็นโมฆะแล้ว ก็จะต้องวินิจฉัยต่อไปว่า โจทก์ได้ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้วหรือไม่ ในการที่มาฟ้องร้องจำเลยนี้ ประเด็นข้อนี้เป็นข้อเท็จจริง ซึ่งศาลอุทธรณ์ยัง

มิได้วินิจฉัยไว้เด็ดขาด จึงพร้อมกันพิพากษาว่า สัญญารายพิพาทเท่าที่เกี่ยวกับการกระทำของจำเลยในกรณีที่เกิดขึ้นนี้ใช้บังคับซึ่งกันและกันได้ ส่วนข้อเท็จจริงในประเด็นที่ว่าฝ่ายโจทก์ได้ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้วหรือไม่นั้น ให้ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยแล้วพิพากษาไปตามรูปคดี ค่าธรรมเนียมชั้นฎีกานี้ให้คู่ความที่แพ้คดีในที่สุดเป็นผู้เสีย

นิติศาสตร์ไพศาลย์

อมาตย์พงศ์ธรรมพิศาล

เอ.เอฟ.เอน.เทฟโนด์

(2) คำพิพากษาฎีกาที่ 2014/ 2506

การทำสัญญานั้นจะทำให้ได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันอย่างไรก็แล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญาซึ่งจะต้องระวังรักษาประโยชน์ของตนเอง

สัญญาที่โจทก์มีหน้าที่ส่งเสริมและจัดหาคู่ชกให้จำเลยโดยโจทก์ไม่คิดค่าตอบแทนจนกระทั่งจำเลยมีชื่อเสียงแล้ว จำเลยยอมให้โจทก์รับเงินค่ารางวัลโดยหักค่าป่วยการร้อยละ 5 และจะไปหาคู่ชกอีก หรือย้ายสังกัดคณะมวยโดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ไม่ได้นั้นหาขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีไม่⁹⁷

(3) คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519

บริษัทกันยง อีเลคทริก แมนูแฟคเจอร์ริง

โจทก์

นายสมุทร บุญช่วยดี กับพวก

จำเลย

แพ่ง โฆษะ ความสงบเรียบร้อยฯ (มาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ปัจจุบัน))

โจทก์ออกเงินส่งจำเลยไปฝึกงานที่ญี่ปุ่น จำเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี ตามอัตราเงินเดือนที่โจทก์กำหนด ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จำเลยทำงานให้โจทก์ 1 ปี 3 เดือนก็ลาออก จำเลยผิดสัญญา ศาลให้จำเลยใช้ค่าเสียหาย 45,000 บาท

⁹⁷ ย่อโดย อธิราช มณีภาค คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, 2548, หน้า 429.

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยผิดสัญญาให้ใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ 60,000 บาท กับดอกเบี้ย ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้จำนวนเงินเป็น 45,000 บาท จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า "คดีคงมีประเด็นมาสู่ศาลฎีกาข้อเดียวว่า สัญญาท้ายฟ้องขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ สาระสำคัญแห่งสัญญาท้ายฟ้องมีว่า บริษัทโจทก์จะส่งจำเลยที่ 1 ไปฝึกงานการผลิตพัสดุลม "มิตซูบิชิ" ที่โรงงานเครื่องไฟฟ้า "มิตซูบิชิ" ในประเทศญี่ปุ่นด้วยทุนทรัพย์และค่าใช้จ่ายของบริษัทโจทก์ทั้งสิ้น จำเลยที่ 1 สัญญาว่าเมื่อได้ฝึกงานสำเร็จแล้วจะเข้าทำงานให้บริษัทโจทก์โดยเต็มความสามารถมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี โดยยอมให้บริษัทโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยที่ 1 ได้ตามความพอใจของบริษัทโจทก์แต่ฝ่ายเดียว โดยที่จำเลยที่ 1 จะไม่ได้แย้งเรียกร้องให้เพิ่มไม่ว่าด้วยเหตุประการใด หรือด้วยกรณีใดก็ตาม ถ้าจำเลยทำผิดข้อสัญญาดังกล่าว จำเลยที่ 1 ยอมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้บริษัทโจทก์เป็นเงิน 60,000 บาท ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีใช้เรื่องที่บริษัทโจทก์ได้ประโยชน์ตามสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เพราะการที่จำเลยที่ 1 ไปฝึกงานการผลิตพัสดุลม "มิตซูบิชิ" ที่ประเทศญี่ปุ่นเป็นเวลา 4 เดือนนั้น บริษัทโจทก์ต้องออกค่าใช้จ่ายให้จำเลยที่ 1 ทั้งสิ้น จำเลยที่ 1 นอกจากจะไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการไปฝึกงานแล้ว ยังได้ความรู้ความชำนาญจากการไปฝึกงาน ทำให้จำเลยที่ 1 มีโอกาสที่จะใช้ความรู้ความชำนาญให้เป็นประโยชน์แก่ตนยิ่งขึ้น จำเลยที่ 1 จึงต้องตอบแทนโจทก์ด้วยการใช้ความรู้ความชำนาญที่ได้รับมาให้แก่บริษัทโจทก์เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา บริษัทโจทก์มิได้กำหนดให้จำเลยที่ 1 ต้องทำงานอยู่กับบริษัทโจทก์จนตลอดชีวิต หรือเป็นระยะเวลาอันยาวนานเกินควร มิฉะนั้นแล้วการที่บริษัทโจทก์ลงทุนออกค่าใช้จ่ายให้จำเลยที่ 1 ไปดูงาน บริษัทโจทก์ก็จะไม่ได้ประโยชน์อะไรตอบแทน ส่วนตามสัญญาที่ให้บริษัทโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยที่ 1 ได้ตามความพอใจแต่ฝ่ายเดียว จำเลยที่ 1 จะไม่ได้แย้งเรียกร้องให้เพิ่มขึ้นไม่ว่าด้วยเหตุประการใด ก็เป็นเรื่องที่ให้สิทธิกับบริษัทโจทก์ได้กำหนดอัตราเงินเดือนให้จำเลยที่ 1 โดยคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่บริษัทโจทก์ได้ออกให้จำเลยที่ 1 ไปฝึกงาน และจำเลยที่ 1 ได้ใช้ความรู้ความสามารถที่ได้มาให้เป็นประโยชน์แก่บริษัทโจทก์เพียงใด ในปีแรกบริษัทโจทก์ได้กำหนดอัตราเงินเดือนให้จำเลยที่ 1 เดือนละ 1,500 บาทและในปีที่ 2 ก็ได้เพิ่มให้อีกเดือนละ 200 บาท เป็นเดือนละ 1,700 บาท ก็เห็นได้ว่าบริษัทโจทก์มิได้กำหนดอัตราเงินเดือนโดยเอารัดเอาเปรียบจำเลยที่ 1 จนเกินไป ถ้าจำเลยที่ 1 ทำงานกับ

บริษัทโจทก์ต่อไป บริษัทโจทก์ก็อาจจะพิจารณาขึ้นเงินเดือนให้จำเลยที่ 1 มากยิ่งขึ้น ทุกๆปี การที่จำเลยที่ 1 ลาออกจากบริษัทโจทก์ไปทำงานที่บริษัทอื่นได้เงินเดือนมากกว่าที่บริษัทโจทก์ให้แก่จำเลยที่ 1 ก็เป็นสิ่งที่แน่นอนเพราะบริษัทอื่นนั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายให้จำเลยที่ 1 ไปฝึกงาน และจำเลยที่ 1 มีความชำนาญงานแล้ว การทำสัญญา ระหว่างบริษัทโจทก์กับจำเลยที่ 1 ตามเอกสารท้ายฟ้องจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ สมควรใจทำกันเอง บริษัทโจทก์กับจำเลยที่ 1 จะตกลงให้ได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร เป็นเรื่องความสมควรใจของบริษัทโจทก์และจำเลยที่ 1 จะต้องระวังรักษาผลประโยชน์ ของตนเอง”

พิพากษายืน

(ชลุดม สวัสดิทัต - ประภาศน์ อวยชัย – ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา)

(4) คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533

บริษัทดับบลิว. อาร์. เกรซ (ไทยแลนด์) จำกัด

โจทก์

นายยงศักดิ์ พุ่มสกุล กับพวก

จำเลย

แพ่ง โฆษะกรรม (มาตรา 113)

สัญญาต่างตอบแทน (มาตรา 369)

จ้างแรงงาน (มาตรา 575)

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 (มาตรา 5)

สัญญาที่บริษัทโจทก์ทำกับจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นลูกจ้างว่า ภายในกำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือดำเนินการไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย (สุดแต่จะพึงปรับได้แก่กรณีของลูกจ้าง) ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทที่ตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องกับอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท สัญญาดังกล่าวไม่ได้ห้ามจำเลยทั้งสองไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด คงห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็น การแข่งขันกับงานของโจทก์ และในส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับโจทก์ ทั้งเป็นการ ห้ามเพียงตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น ไม่เป็นการตัดการประกอบ

อาชีพของจำเลยทั้งหมดเสียทีเดียว จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสติ และประโยชน์ของคู่กรณีในเชิงการประกอบธุรกิจโดยชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายสินค้าประเภทเคมีภัณฑ์ และอื่นๆ รวมทั้งแลคเกอร์สำหรับเคลือบผลิตภัณฑ์บรรจุภัณฑ์ จำเลยทั้งสองเคยทำงานเป็นพนักงานของโจทก์ โดยจำเลยที่ 1 ทำงานตำแหน่งวิศวกรฝ่ายขาย ตั้งแต่วันที่ 2 กรกฎาคม 2527 ถึงวันที่ 4 มีนาคม 2532 ส่วนจำเลยที่ 2 ทำงานตำแหน่งผู้แทนขาย ฝ่ายเทคนิค ตั้งแต่วันที่ 21 พฤษภาคม 2527 ถึงวันที่ 23 พฤษภาคม 2532 โจทก์จำเลยทั้งสองได้ทำสัญญาจ้างไว้ต่อกัน ซึ่งในข้อ 9 ระบุไว้ใจความว่า ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการต่อไปนี้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ ข้อ ข (2) ภายในกำหนด 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุด ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของโจทก์ซึ่งตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วย ปรากฏว่า จำเลยทั้งสองได้ออกจากบริษัทโจทก์ไปแล้วจนถึงวันฟ้องคดีนี้ยังอยู่ในเวลา 2 ปี จำเลยทั้งสองได้ไปทำงานกับบริษัท ซี ไอซีไอ (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการแข่งขันกับโจทก์ จำเลยที่ 1 ได้เปิดเผยความลับทางการค้าตลอดจนสูตร วิธีการผลิตแลคเกอร์สำหรับเคลือบผลิตภัณฑ์บรรจุภัณฑ์ให้บริษัทดังกล่าวทราบ โดยอาศัยความรู้จากที่ได้เคยทำงานกับโจทก์และจำเลยทั้งสองได้ชักจูงลูกค้าของโจทก์ให้เป็นลูกค้าของบริษัทดังกล่าว โดยอาศัยความคุ้นเคยที่จำเลยทั้งสองได้ทำงานกับโจทก์ จำเลยทั้งสองได้ฝ่าฝืนสัญญาดังกล่าวเป็นเหตุให้โจทก์ต้องได้รับความเสียหาย ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 มิให้ทำงานกับบริษัท ซี ไอซีไอ (ประเทศไทย) จำกัด หรือบริษัทที่ประกอบกิจการแข่งขันกับโจทก์มีกำหนด 2 ปี สำหรับจำเลยที่ 1 นับแต่วันที่ 4 มีนาคม 2532 จำเลยที่ 2 นับแต่วันที่ 23 พฤษภาคม 2532 และให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน 672,000 บาท และ 492,000 บาท ตามลำดับพร้อมดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จให้แก่โจทก์ จำเลยทั้งสองให้การว่าสัญญาส่วนนี้เป็นโมฆะ เพราะมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนที่โจทก์ขอให้ห้ามจำเลยทั้งสองทำงานกับบริษัท ซี ไอซีไอ (ประเทศไทย) จำกัด และเรียกค่าเสียหายจากจำเลยทั้งสองด้วยนั้น ไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้ศาลสั่งตามที่โจทก์ขอได้ ขอให้ยกฟ้อง ศาลแรงงานกลางพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า สัญญาข้อ 9 ข (2) ไม่เป็นโมฆะ พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ชำระ

เงินให้โจทก์เป็นเงิน 11,000 บาท ต่อเดือน และจำเลยที่ 2 ชำระเงินให้โจทก์เป็นเงิน 7,000 บาท ต่อเดือน มีกำหนด 2 ปี นับแต่วันที่ศาลพิพากษาเป็นต้นไป จำเลยที่ 1 ที่ 2 อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่า "ได้พิจารณาสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยทั้งสองในข้อที่กล่าวแล้วว่ามีคำว่า "ข้อ 9. ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการต่อไปนี้โดยมิได้รับความยินยอมจากบริษัท... (ข) ภายในกำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง... (2) เข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือดำเนินการไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย (สุดแต่จะพึงปรับได้กับกรณีของลูกจ้าง) ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทซึ่งตนได้เคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท" ตามสัญญาดังกล่าวนั้นมิใช่เป็นการห้ามจำเลยทั้งสองมิให้กระทำโดยเด็ดขาด จำเลยทั้งสองอาจกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากโจทก์ การกระทำที่ห้ามนั้นเป็นการห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์ และเฉพาะส่วนของงานที่จำเลยทั้งสองเคยทำกับโจทก์ ทั้งกำหนดเวลาที่ห้ามไว้นั้นก็เพียง 24 เดือน นับแต่จำเลยทั้งสองพ้นจากการเป็นลูกจ้างโจทก์เท่านั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดเหตุนี้ในการงดเว้นการกระทำตามที่กำหนดโดยเจตนาของคู่กรณีเช่นนี้ ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งสองทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทิวและประโยชน์ของคู่กรณีที่ เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจ ไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใด โดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ศาลฎีกาเห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวนี้นี้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลใช้บังคับกันได้ ไม่เป็นโมฆะ ศาลแรงงานกลางพิพากษาชอบแล้ว อุทธรณ์ของจำเลยทั้งสองฟังไม่ขึ้น"

พิพากษายืน

(อุดม เฟื่องฟุ้ง – เดียง บุญเพิ่ม – ปรีชา ชนานันท์)

(5) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543

บริษัท เจ วี เค อินเตอร์เนชั่นแนล มูฟเวอร์ส จำกัด	โจทก์
นายจอห์น แพทริค โฮเวล	จำเลย
แพ่ง นิติกรรม วัตถุประสงค์ต้องห้ามโดยชัดแจ้ง	(มาตรา 149,150)

หนี้ อำนาจแห่งมูลหนี้	(มาตรา 194)
ขอให้ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้	(มาตรา 213)
สัญญาต่างตอบแทน	(มาตรา 369)

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

(มาตรา 54)

ข้อตกลงตามสัญญาแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงานที่ว่า ในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปี นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลงจำเลยจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์หรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงจะต้องชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ เป็นเพียงข้อจำกัดห้ามการประกอบอาชีพอันเป็นการแข่งขันกับโจทก์และระบุจำกัดประเภทของธุรกิจไว้อย่างชัดเจนมิได้เป็นการห้ามจำเลยประกอบอาชีพอันเป็นการปิดทางทำมาหาได้อย่างเด็ดขาด โดยจำเลยสามารถที่จะประกอบอาชีพหรือทำงานในบริษัทประกอบธุรกิจที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงและนอกขอบเขตพื้นที่ที่ห้ามลักษณะของข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ในการงดเว้นการกระทำตามที่กำหนดโดยความสมัครใจของคู่กรณีเช่นนี้ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ย่อมมีผลใช้บังคับได้ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จำเลยไปทำงานกับบริษัทอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้ากับโจทก์หลังจากโจทก์เลิกจ้างแล้วภายในกำหนดเวลาห้าม อันเป็นการผิดสัญญาซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบ แต่ความรับผิดชอบดังกล่าวมีลักษณะเป็นเบี่ยงปรับซึ่งเป็นค่าเสียหายอย่างหนึ่ง การกำหนดค่าเสียหายเป็นดุลพินิจของศาลแรงงานเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องห้ามอุทธรณ์ ศาลฎีกาไม่มีอำนาจกำหนดให้โจทก์ได้

โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยจ่ายเงิน 1,750,198.75 บาท และห้ามจำเลยทำงานหรือกระทำการอันเป็นการแข่งขันในทางการค้ากับโจทก์

จำเลยให้การต่อสู้คดี ขอให้ยกฟ้อง

ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยว่า โจทก์และจำเลยได้ทำสัญญาแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงานตามเอกสารหมายเลข จ.5 ไว้ต่อกัน แต่ข้อความในสัญญาแนบท้ายดังกล่าวที่ว่า ในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปี นับแต่สัญญาจ้างงานสิ้นสุดลง จำเลยจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งหรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ ยกเว้นบริษัท เจ วี เค อินเตอร์เนชั่นแนล มูฟเวอร์ส จำกัด และบริษัท ดาด้าเซฟ จำกัด ข้อตกลงดังกล่าวครอบคลุมถึงประเทศไทย ประเทศสาธารณรัฐเวียดนาม ประเทศกัมพูชา ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และประเทศเมียนมาร์ (พม่า) อันเป็นการจำกัดสิทธิของจำเลยในการประกอบอาชีพครอบคลุมทั้งในประเทศและต่างประเทศรวม 5 ประเทศ เป็นระยะเวลาถึง 5 ปี เป็นข้อตกลงที่รักษาผลประโยชน์ของโจทก์เพียงลำพังฝ่ายเดียวและเกินสมควร อีกทั้งขณะที่จำเลยทำงานเป็นลูกจ้างของโจทก์ก็ไม่ปรากฏว่า โจทก์ได้สั่งสอนอบรมหรือให้จำเลยเรียนรู้งานเฉพาะทางอันจะพอถือได้ว่าโจทก์ได้ลงทุนให้ประโยชน์ตอบแทนแก่จำเลยเพื่อแลกเปลี่ยนต่อการที่จำเลยจะต้องจ่ายอรรถการทำงานหรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ข้อตกลงในสัญญาแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงานตามเอกสารหมายเลข จ.5 จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 จำเลยไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ พิพากษายกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่า " สัญญาแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงานเอกสารหมายเลข จ.5 มีใจความว่า ในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปี นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลงจำเลยจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์หรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ยกเว้นบริษัท เจ วี เค อินเตอร์เนชั่นแนล มูฟเวอร์ส จำกัด และบริษัทดาด้าเซฟ จำกัด ข้อตกลงดังกล่าวครอบคลุมถึงประเทศไทย ประเทศสาธารณรัฐเวียดนาม ประเทศกัมพูชา ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และประเทศเมียนมาร์ (พม่า) สำหรับบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์หมายถึงบริษัทใดๆ ที่ทำการค้าเกี่ยวกับการขนถ่ายของตามบ้านระหว่างประเทศ การขนถ่ายสำนักงานในท้องถิ่น การขนถ่ายของตามบ้านในท้องถิ่น ธุรกิจรับจ้างการขนส่งสินค้าทางอากาศและทางทะเล ธุรกิจรับจัดการขนส่งงานนิทรรศการคลังสินค้าและการจัดจำหน่ายและบริการจัดเก็บเอกสาร หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงจะต้องชำระเงิน 1,000,000 บาท เพื่อเป็นค่าเสียหายให้แก่โจทก์บริษัท เจ วี เค อินเตอร์เนชั่นแนล มูฟเวอร์ส

(ลาว) จำกัด หรือบริษัทดาด้าเซฟ จำกัด ข้อตกลงระหว่างโจทก์และจำเลยดังกล่าวเป็นเพียงข้อจำกัดห้ามการประกอบอาชีพอันเป็นการแข่งขันกับโจทก์ โดยระบุจำกัดประเภทของธุรกิจไว้อย่างชัดเจน มิได้เป็นการห้ามประกอบอาชีพอันเป็นการปิดทางทำมาหาได้ของจำเลยอย่างเด็ดขาด และจำเลยสามารถที่จะประกอบอาชีพหรือทำงานในบริษัทประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขายสินค้าหรือบริการอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงนี้ได้ ขอบเขตพื้นที่ที่ห้ามก็เฉพาะประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศในแหลมอินโดจีน มิได้รวมถึงประเทศใกล้เคียงอื่นๆ ด้วย ลักษณะของข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ในการงดเว้นการกระทำตามที่กำหนดโดยความสมัครใจของคู่กรณีเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ข้อตกลงดังกล่าวนี้จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีผลใช้บังคับได้ ไม่เป็นโมฆะปรากฏว่าหลังจากโจทก์เลิกจ้างจำเลยแล้ว ต่อมาอีก 1 ปี จำเลยได้ไปทำงานกับบริษัทอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้ากับโจทก์ซึ่งยังอยู่ภายในกำหนดเวลาห้ามดังกล่าวเป็นการผิดสัญญาซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบ ดังนั้น ศาลแรงงานกลางจึงต้องวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดตามสัญญาซึ่งศาลแรงงานกลางยังไม่ได้วินิจฉัยต่อไป และแม้ความรับผิดดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ แต่เบี้ยปรับก็เป็นค่าเสียหายอย่างหนึ่ง ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายนั้นเป็นดุลพินิจของศาลแรงงานกลางอันเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องห้ามอุทธรณ์ ศาลฎีกาจึงไม่อาจกำหนดให้ดังที่โจทก์อุทธรณ์ได้"

พิพากษากลับ ให้ย้อนสำนวนไปให้ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดในเรื่องค่าเสียหายตามสัญญา แล้วพิพากษาใหม่ตามรูปคดี

(ปัญหา สุทนต์ - สละ เทระพรรณ - รุ่งโรจน์ รื่นเรืองวงศ์)

วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาทั้ง 5 คำพิพากษา เห็นได้ว่าภายใต้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์ (The Civil Law System, The Code System) โดยหลักทฤษฎีแล้วจะมีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด (total separation of power) ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ บทบาทของฝ่ายตุลาการ ได้แก่การที่ศาลพิจารณาทบทมบัญญัติของกฎหมายที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่สุดแล้วปรับใช้ (to apply) ให้เข้ากับข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลกำลังตัดสินอยู่ ศาลไม่มีอำนาจที่สร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งแตกต่างกับศาลในระบบจารีตประเพณี (The

Common Law System) ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ได้ การตัดสินคดีของศาลฎีกาของไทย ได้แก่ปรับใช้มาตรา 113 ให้เข้ากับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันเพื่อวินิจฉัยตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งศาลมีทางเลือกเพียง 2 ทางคือ (1) หากพิจารณาเห็นว่าขัด ศาลต้องตัดสินว่าเป็นโมฆะ ซึ่งมีผลทำให้ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดใช้บังคับไม่ได้เลย หรือ (2) หากพิจารณาเห็นว่าไม่ขัด ศาลต้องตัดสินว่า ไม่ขัดซึ่งมีผลทำให้ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดนั้นใช้บังคับได้ แม้ว่าทำให้ลูกจ้างเสียเปรียบมากเพราะต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างมากก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งลูกจ้างในคำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519 และลูกจ้างในคำพิพากษาฎีกาที่ 1275/2543 ซึ่งแตกต่างกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีอำนาจที่จะปรับเปลี่ยนข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันให้เหมาะสมได้ เช่นคำพิพากษาในคดี *Jiffy Lube International Inc. V. Weiss Brother, Inc.* เป็นต้น

ส่วนข้อจำกัดการแข่งขันในสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า และสัญญาแฟรนไชส์นั้น ได้มีความเห็นทางวิชาการของทนายความที่มีความเชี่ยวชาญทางปฏิบัติเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าไว้ดังนี้

“ข้อกำหนดที่ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบการแข่งขันกับเจ้าของสิทธิ (non-competition clause) หรือข้อกำหนดที่บังคับให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องชำระ ค่าสิทธิให้แก่เจ้าของสิทธิ แม้ภายหลังที่สิทธิดังกล่าวหมดอายุลงแล้ว (ในกรณีที่สิทธิดังกล่าวต้องจดทะเบียนตามกฎหมาย) ก็คงเป็นข้อกำหนดในลักษณะเดียวกันกับเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวข้างต้น ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ เป็นกรณีๆ ไป เช่น ข้อกำหนดที่ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบการแข่งขันกับเจ้าของสิทธิเป็นเวลาระยะหนึ่ง อาจมีผลใช้บังคับได้หรืออาจตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาว่าระยะเวลาดังกล่าวนั้นยาวนานเพียงไร และสมเหตุสมผลกับประโยชน์ที่เจ้าของสิทธิได้ให้แก่ผู้รับอนุญาตแล้วตลอดอายุของสัญญาหรือไม่ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่เจ้าของสิทธิได้รับเป็นการตอบแทนแล้วด้วย เป็นต้น ในฮ่องกงโดยหลักแล้วถือว่าข้อกำหนดที่ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบการแข่งขันกับเจ้าของสิทธิไม่ว่าในระหว่างอายุสัญญาหรือภายหลังสัญญาหมดอายุลงแล้ว ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลจะไม่บังคับให้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อทั้งเจ้าของสิทธิ ผู้รับอนุญาต และสาธารณชน⁹⁸

⁹⁸ บุญมา เศรษฐวณิช, ประเด็นสำคัญในการเจรจาและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการผลิตและเครื่องหมายการค้าและสัญญาแฟรนไชส์, เอกสารอัดสำเนา, ไม่ปรากฏปีพิมพ์ คาดว่าเป็นเอกสารจัดทำประมาณปี 2520.

ซึ่งในปัจจุบันสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงจะได้พิจารณาต่อไป

4.3 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตหลัง 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541

4.3.1 คำอธิบายทางวิชาการเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขัน

คำพิพากษาเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้างลูกจ้าง คงเป็นหนึ่งในบรรดาคำพิพากษาที่ศาลไทยต้องตัดสินตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาที่มีความรู้ความสามารถบางท่านเห็นว่า คำพิพากษาในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้ประชาชนรู้สึกศาลไม่สามารถที่จะประสิทธิ์ประสาท “ความยุติธรรมตามความเป็นจริง” ให้แก่ประชาชนได้ ซึ่งอาจนำไปสู่วิกฤตศรัทธาของสถาบันตุลาการและระบบกฎหมายได้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นให้บรรเทาเบาบางลงโดยมุ่งที่จะให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ว่า มีลักษณะของการเอารัดเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ หากเป็นการเอารัดเอาเปรียบกันมากเกินไปก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี กล่าวโดยสรุปก็คือ พระราชบัญญัตินี้ให้ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบกันทางสัญญาลงได้ตามสมควร โดยได้วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาลไว้อย่างแยบยล⁹⁹

เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้มิได้ให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบหรือปรับแก้นิติกรรมสัญญาได้เป็นการทั่วไป เฉพาะนิติกรรมสัญญาบางประเภทบางลักษณะเท่านั้นที่อยู่ในขอบเขตอำนาจตรวจสอบของศาลตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งได้แก่ นิติกรรมสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ซึ่ง 1 ใน 8 ประเภทดังกล่าวรวมถึง ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5 ไม่ว่าจะตกลงกันในสัญญาประเภทใดก็ตาม¹⁰⁰

⁹⁹ จริฎ ภัคดีธนากุล สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, ดุลพาห, เล่มที่ 1 ปีที่ 45, 2541, หน้า 79.

¹⁰⁰ มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า

“มาตรา 5 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ศาสตราจารย์ จรัญ กักดิธนากุล ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นบุคคลสำคัญในการผลักดันและยกเว้นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้อธิบายถึงแนวคิดเกี่ยวกับกลไกที่ศาลไทยจะเข้าไปตรวจสอบปรับแก้ข้อตกลงจำกัดสิทธิตามมาตรา 5 ดังนี้

“ข้อตกลงที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้ จะต้องมียุติประสงค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) เป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (2) ข้อตกลงนั้นต้องไม่เป็นโมฆะ และ (3) เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ

องค์ประกอบข้อ (1) มุ่งถึงข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลใน 2 ด้านเท่านั้น ได้แก่ (ก) สิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน และ (ข) สิทธิหรือเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ส่วนการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพด้านอื่นๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน หรือเสรีภาพที่จะทำหรือไม่ทำนิติกรรมอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ย่อมไม่รวมอยู่ในองค์ประกอบนี้ และไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5

ข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพตามมาตรา 5 นี้ ส่วนหนึ่งมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันในทางธุรกิจการค้า (restraint of trade) อีกส่วนหนึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (unfair practice) ในทางธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด (Anti-Trust Laws) แต่เนื่องจากกฎหมายควบคุมการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดของไทย ยังไม่มีบทบาทในการป้องกันหรือเยียวยาการเอาเปรียบเปรียบในลักษณะนี้อย่างเพียงพอ ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงได้นำข้อสัญญาประเภทนี้มาอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบด้านความเป็นธรรมด้วย

ตัวอย่างของข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของบุคคลก็เช่น ข้อตกลงในสัญญาให้ทุนการศึกษาหรือฝึกงานในต่างประเทศที่กำหนดว่าผู้รับทุนจะต้องกลับมาทำงานกับผู้ให้ทุนเป็นเวลาสองปีหรือสามเท่าของระยะเวลาที่รับทุนไป มิเช่นนั้นจะต้องถูกปรับเป็นเงินสองเท่าหรือสามเท่าของค่าใช้จ่ายในการให้ทุนทั้งหมด และไม่ว่ากรณีใดผู้รับทุน

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกันทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

จะไปค้าแข่งหรือไปทำงานให้บริษัทคู่แข่งของผู้ให้ทุนไม่ได้เลย ข้อตกลงในลักษณะนี้อาจจะมีอยู่ในสัญญาอื่นๆ ได้เช่นกัน เช่น ในสัญญาจ้างพนักงานให้เด็กฝึกงาน สัญญาส่งเสริมนักร้องนักแสดง สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า เป็นต้น ข้อตกลงดังกล่าวในส่วนที่บังคับให้ผู้รับทุนต้องทำงานกับผู้ให้ทุน มิเช่นนั้นจะถูกปรับนั้น ในทางกฎหมายแพ่งทั่วไปยังพอมีทางตรวจสอบได้ว่าเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และถ้าไม่เป็นโมฆะก็มีลักษณะเป็นเบี้ยปรับที่ศาลอาจปรับลดความรุนแรงลงได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง ความจำเป็นที่จะต้องมาใช้พระราชบัญญัตินี้ตรวจสอบด้านความเป็นธรรมจึงไม่มีมากนัก แต่ส่วนท้ายของข้อตกลงที่ว่า "และไม่ว่ากรณีใด ผู้รับทุนจะไปค้าแข่งหรือทำงานให้กับคู่แข่งของผู้ให้ทุนไม่ได้เลย" นั้น ในทางกฎหมายแพ่งทั่วไปคงตรวจสอบได้เพียงว่าถึงขนาดเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เท่านั้น หากไม่ถึงขนาดที่จะเป็นโมฆะแล้วคู่กรณีก็ต้องผูกพันกันเต็มตามข้อตกลงนั้น ศาลจะไปปรับลดไม่ได้ เพราะมิใช่เบี้ยปรับเหมือนในกรณีแรก ซึ่งในส่วนนี้เองที่มีความจำเป็นต้องให้ข้อตกลงดังกล่าวอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้

ตัวอย่างของข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพก็เช่น ข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ที่กำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องทำนิติกรรมสัญญาบางชนิดกับผู้อนุญาตหรือบริษัทที่ผู้อนุญาตกำหนด หรือข้อตกลงที่ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตทำนิติกรรมสัญญาบางชนิดกับคู่แข่งของผู้อนุญาต เป็นต้น ข้อตกลงลักษณะนี้รู้จักกันในชื่อเรียกว่า "tie-in" หรือ "tie-up" contract บ้าง หรือ cartel contract บ้าง ซึ่งตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือหลักกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Laws) ถือว่ามีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (unfair practice) และมีระบบกฎหมายควบคุมอยู่โดยเฉพาะ แต่ในกฎหมายไทย การควบคุมโดยกฎหมายเฉพาะตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด และกฎหมายเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ยังไม่สมบูรณ์เพียงพอในตัวเอง การเอารัดเอาเปรียบในลักษณะนี้จึงยังปรากฏอยู่มากในสังคมไทย ดังนั้น จึงถูกต้องแล้วที่พระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้ข้อตกลงประเภทนี้อาจถูกตรวจสอบด้านความเป็นธรรมได้ด้วย

สำหรับองค์ประกอบข้อที่ (2) ที่ว่าข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องไม่เป็นโมฆะ นั้น ความจริงเป็นเงื่อนไขของข้อตกลงที่จะถือว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมทุกประเภท เพราะถ้าข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะไปแล้วก็ย่อมไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องให้ศาลเข้าไปปรับลดสภาพบังคับให้อยู่ภายในกรอบแห่งความเป็นธรรมอีก เหตุที่มาตรา 5 วรรคหนึ่งต้องนำเงื่อนไขข้อนี้มาบัญญัติไว้ด้วยก็เพราะข้อตกลงประเภทนี้มีการตรวจสอบตามกฎหมาย

แพ่งทั่วไปอยู่แล้วว่า ถ้าจำกัดสิทธิเสรีภาพกันรุนแรงเกินไปก็อาจตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ได้ หากไม่ระบุเงื่อนไขที่ว่าต้องไม่เป็นโมฆะเอาไว้อาจจะทำให้เกิดความสับสนได้ว่าความในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะไปเข้าซ้อนกับการตรวจสอบตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งเมื่อมาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติเงื่อนไขข้อนี้ไว้แล้ว ก็ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าไม่มีความซ้ำซ้อนกันแต่อย่างใด การตรวจสอบตามมาตรา 5 จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อข้อตกลงนั้นผ่านการตรวจสอบตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาแล้วเท่านั้น

ตัวอย่างที่ (1) สัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีข้อตกลงไว้ด้วยว่า “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ (licensee) จะนำความรู้ที่ได้จากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไปพัฒนาหรือสร้างโปรแกรมใหม่ที่ดีกว่าขึ้นใช้ในกิจการของตนไม่ได้ และห้ามมิให้นำโปรแกรมใหม่ที่พัฒนาขึ้นนั้นออกเผยแพร่หรือจำหน่ายแก่บุคคลอื่นด้วย” ข้อตกลงเช่นนี้มีลักษณะและผลเป็นการขัดขวางและจำกัดความคิดสร้างสรรค์ของคนในประเทศ ทำให้สังคมขาดโอกาสที่จะได้รับประโยชน์จากการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ใหม่ๆ โดยสิ้นเชิง ข้อตกลงดังกล่าวไม่เพียงแต่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวมด้วย จึงเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งยังเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งต้องห้ามชัดแจ้งโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15 (5) อีกด้วย ดังนั้น จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และไม่เข้าองค์ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้

ตัวอย่างที่ (2) สัญญาให้ทุนไปฝึกงานต่างประเทศ มีข้อตกลงว่าผู้รับทุนจะต้องกลับมาทำงานกับผู้ให้ทุน 5 ปี ตามอัตราเงินเดือนที่ผู้ให้ทุนกำหนด หลังจากผู้รับทุนกลับมาทำงานได้เพียง 6 เดือน ก็ลาออกไปทำงานที่อื่นเพราะได้เงินเดือนสูงกว่ามาก ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าข้อตกลงนี้มีได้ผูกมัดผู้รับทุนไว้ตลอดชีวิตหรือยาวนานเกินสมควร แม้ผู้ให้ทุนจะกำหนดอัตราเงินเดือนให้ต่ำกว่าที่อื่นก็ไม่เป็นการเอาเปรียบเกินไป เพราะบริษัทอื่นไม่ต้องลงทุนส่งคนไปฝึกงานก่อน ข้อตกลงนี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาสมัครใจต่อกัน ซึ่งต่างจะต้องระวังรักษาประโยชน์ของตนเอง ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519) เมื่อข้อตกลงนี้ไม่เป็นโมฆะจึงเข้าองค์ประกอบข้อที่ (2) ของข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และหากมีข้อเท็จจริงต่อไปว่าข้อตกลงนี้ทำให้ผู้รับทุนต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ตามองค์ประกอบข้อที่ (3) ก็ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ซึ่งศาลอาจปรับลดให้บังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่

กรณีเท่านั้น เช่นให้ข้อตกลงนี้มีผลผูกพันผู้รับทุนได้เพียง 2 ปี เท่านั้น แม้จะตกลงกันไว้ถึง 5 ปีก็ตาม

องค์ประกอบข้อที่ (3) ข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ให้ปรากฏแก่ศาล ตามแนวทางที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

ปัจจัยที่ต้องนำสืบให้ปรากฏตามแนวทางดังกล่าวนี้มีอยู่ 3 ด้านด้วยกัน คือ (ก) ระยะเวลาที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพยาวสั้นอย่างไร และถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นในเขตพื้นที่ใด กว้างแคบเพียงใด (ข) ผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพมีโอกาสที่จะทำนิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือในรูปแบบอื่นบ้างหรือไม่ และหากมีโอกาสนั้นเขาจะมีความสามารถใช้ออกกานั้นหรือไม่ และ (ค) ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายทุกอย่างของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นอย่างไร

(ก) ระยะเวลาและเขตพื้นที่ (time and space) ของการถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ

ปัจจัยด้านเขตพื้นที่และระยะเวลานี้มีที่มาจากหลักกฎหมายอังกฤษที่ให้พิจารณาขอบเขตด้านพื้นที่ ประกอบกับระยะเวลาที่มีการทำสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของบุคคลว่ารุนแรงถึงกับขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) และตกเป็นโมฆะหรือไม่ หากข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีขอบเขตที่จำกัดทั้งด้านเวลาและพื้นที่ ก็ถือว่าเป็นข้อจำกัดตัดสินคดีที่มีเหตุผลพอสมควร จึงไม่เป็นโมฆะเพราะขัดต่อนโยบายสาธารณะ เช่นสัญญาจ้างแรงงานมีข้อตกลงว่า “ถ้าลูกจ้างออกจากงานแล้ว จะไปทำงานในลักษณะเดียวกันให้กับผู้ใดที่ประกอบกิจการค้าอยู่ในพื้นที่ 10 กิโลเมตร รอบบริษัทนายจ้างไม่ได้จนกว่าจะพ้นกำหนด 5 ปี นับแต่ออกจากงาน” ข้อตกลงนี้แม้จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของลูกจ้าง แต่ก็มีขอบเขตด้านพื้นที่ที่ไม่กว้างขวางเกินไป จนถึงกับไปมีผลเป็นการขัดขวางต่อนโยบายส่งเสริมให้มีการแข่งขันทางธุรกิจการค้ากันอย่างเสรีและเป็นธรรม ทั้งยังมีขอบเขตด้านระยะเวลาเพียง 5 ปีเท่านั้น จึงไม่ถือว่าเป็นโมฆะเพราะขัดต่อ

นโยบายสาธารณะ แต่ถ้าข้อตกลงนี้ไม่มีขอบเขตด้านพื้นที่จำกัดไว้ อันเป็นผลให้ลูกจ้างไปทำงานใหม่ให้กับใครในประเทศไม่ได้เลย ก็อาจจะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เกินสมควรและตกเป็นโมฆะได้ แม้จะมีระยะเวลาของการถูกจำกัดสิทธิเพียง 5 ปี เท่านั้นก็ตาม

หลักกฎหมายอังกฤษดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยเช่นกัน เพียงแต่ศาลไทยจะให้ความสำคัญแก่ขอบเขตด้านพื้นที่ที่ถูกจำกัดสิทธิน้อยไป คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานที่พิพาทกันไม่เป็นโมฆะนั้นดูจะเน้นที่ขอบเขตด้านระยะเวลาเป็นสำคัญ จนบางครั้งแทบจะมิได้แสดงว่ามีการพิจารณาถึงขอบเขตด้านพื้นที่หรือไม่เลย การที่มาตรา 5 วรรคสอง ของพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้นำปัจจัยด้านเขตพื้นที่มาเป็นข้อพิจารณาด้วยเช่นนี้ น่าจะมีส่วนช่วยให้แนวการพิจารณาว่าข้อสัญญาประเภทนี้เป็นโมฆะหรือไม่ของศาลละเอียดชัดเจนยิ่งขึ้นในโอกาสต่อไป และเมื่อศาลเห็นว่าข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานมีขอบเขตด้านพื้นที่และระยะเวลาพอสมควร ไม่เป็นโมฆะแล้ว ก็จะต้องนำปัจจัยด้านพื้นที่และระยะเวลานั้นมาประกอบการพิจารณาว่าควรจะปรับลดสภาพบังคับลงในฐานะที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติหรือไม่เป็นขั้นตอนต่อไป ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ว่าถึงแม้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานจะมีขอบเขตด้านพื้นที่และระยะเวลาที่พอสมควรจึงไม่ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ขอบเขตด้านพื้นที่และเวลาเดียวกันนั้นอาจจะทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และถูกศาลปรับลดให้มีสภาพบังคับภายในพื้นที่หรือระยะเวลาที่น้อยลงกว่าที่กำหนดไว้ได้

(ข) โอกาสและความสามารถ (chance and ability) ที่จะทำนิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือในรูปแบบอื่น

ในบางกรณี ถึงแม้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพจะมีขอบเขตด้านพื้นที่และระยะเวลาไม่กว้างมากเกินไปก็ตาม แต่ถ้าผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพมีลักษณะหรือฐานะที่ด้อยโอกาสหรือมีความสามารถน้อยกว่าบุคคลทั่วไป กฎหมายอังกฤษก็นำปัจจัยด้านนี้มาประกอบการพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อสัญญาประเภทนี้ด้วย ตัวอย่างเช่น ในสัญญาส่งเสริมนักดนตรีวัยรุ่นวงหนึ่ง มีข้อตกลงห้ามมิให้นักดนตรีที่ได้รับการส่งเสริมไปทำสัญญารับงานแสดงให้แก่บุคคลอื่นใดในกรุงลอนดอนเป็นเวลา 5 ปี ถึงแม้ข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้จะมีขอบเขตด้านพื้นที่และเวลาไม่กว้างมากนัก แต่ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่านักดนตรีวัยรุ่นกลุ่มนี้ไม่มีความรู้ที่จะประกอบอาชีพอื่นใดได้ เพราะทุ่ทุเทเวลาทั้งหมดฝึกฝนทางดนตรีมาด้านเดียว ทั้งงานแสดงดนตรีนอกกรุงลอนดอนก็มีน้อยและค่าตอบแทนต่ำ เช่นนี้ ศาลอังกฤษก็เคยนำข้อเท็จจริงด้านโอกาสและ

ความสามารถของผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพมาประกอบการพิจารณา และวินิจฉัยให้ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นเป็นโมฆะได้ ถึงแม้จะมีขอบเขตด้านพื้นที่และเวลาที่พอสมควรก็ตาม

ในสัญญาซื้อขายผลิตผลการเกษตรระหว่างเกษตรกรกับโรงงานซึ่งซื้อผลิตผลการเกษตรไปเป็นวัตถุดิบผลิตสินค้าอื่น อาจมีข้อตกลงที่ห้ามเกษตรกรขายผลิตผลให้โรงงานอื่นอยู่ด้วย โดยมีขอบเขตด้านพื้นที่และระยะเวลาพอสมควร ถึงแม้สัญญานี้จะมีใช้สัญญาสำเร็จรูปหรือเป็นสัญญาผู้บริโภคตามมาตรา 4 แต่ข้อตกลงห้ามเกษตรกรขายผลิตผลให้โรงงานอื่นก็เป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ดังนั้น ถ้าทำให้เกษตรกรต้องรับภาระมากเกินไปที่พึงคาดหมายได้ตามปกติแล้ว ก็ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ที่อาจถูกศาลปรับลดสภาพบังคับให้อยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ เพราะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้ อาจอยู่ในสัญญาประเภทใดก็ได้ ปัญหาคงอยู่ที่ว่าข้อตกลงที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของเกษตรกรในกรณีนี้ทำให้เกษตรกรต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ ซึ่งถึงแม้ข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้จะมีขอบเขตด้านพื้นที่และระยะเวลาพอสมควรก็ตาม แต่ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าผลิตผลการเกษตรชนิดนี้ไม่มีโอกาสที่จะขายให้บุคคลทั่วไปหรือนำไปใช้กิจการอื่นได้เลย คงเหมาะที่จะขายให้โรงงานที่นำไปใช้เป็นวัตถุดิบผลิตสินค้าเท่านั้น เช่นนี้ต้องถือว่าเกษตรกรผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพไม่มีโอกาสและความสามารถที่จะนำผลิตผลไปทำประโยชน์ในลักษณะอื่นหรือขายให้บุคคลอื่นได้เลย นอกจากขายให้โรงงาน แต่เนื่องจากข้อตกลงนี้ได้ห้ามมิให้ขายให้โรงงานอื่นผลจึงเท่ากับบังคับให้ขายให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เพียงแห่งเดียวเท่านั้น แม้ราคาที่ได้จะต่ำกว่าที่ควรจะเป็นก็ตาม ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ย่อมเพียงพอที่จะถือได้ว่าเกษตรกรต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ทำให้ข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น โดยศาลอาจลดระยะเวลาของการจำกัดสิทธิเสรีภาพให้สั้นลงกว่าที่ระบุไว้ในสัญญา หรืออาจกำหนดสัดส่วนของผลิตผลที่ต้องขายให้แก่โรงงานที่เป็นคู่สัญญาลงตามสมควร และอนุญาตให้เกษตรกรนำส่วนที่เหลือไปขายให้โรงงานอื่นที่ให้ราคาดีกว่าได้

¹ เทียบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 2842/2528 ซึ่งเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับ ข้อตกลงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการขายใบยาสูบแต่ไม่มีปัญหานั้นศาลฎีกาเกี่ยวกับข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นโดยตรง ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์เป็นเจ้าของโรงบ่มใบยาโดยได้รับอนุญาตจากกรมสรรพสามิต และได้แจกพันธ์ยาสูบให้ชาวไร่รับไปปลูกโดยมีข้อตกลงว่า เมื่อต้นยาสูบเติบโตและเก็บใบยาสูบได้จะต้องขายให้โจทก์แต่เพียงผู้เดียว แต่จำเลยซึ่งตั้งโรงบ่มยาโดยไม่ได้รับอนุญาตได้มาแย่งซื้อใบยาสูบจากชาวไร่ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยฐานทำละเมิด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การตั้งสถานบ่มใบยา สร้างโรงบ่มใบยา ทำการบ่มใบยา เพราะปลูกต้นยาสูบซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากกรมสรรพสามิตก่อนนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการผูกขาดให้ผู้รับอนุญาตทำได้แต่เพียงผู้เดียว กิจการผูกขาดตามพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 มีชนิดเดียว คือ การประกอบอุตสาหกรรมบ่มหรือซิการ์แรต ซึ่งเป็นกิจการผูกขาดของรัฐ การกระทำของจำเลยแม้จะไม่ได้รับอนุญาตจากกรมสรรพสามิต ก็ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ผู้ได้รับอนุญาต

ถ้าจะพิจารณาว่ากฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิของโจทก์โดยตรงคงไม่มีแต่สิทธิที่โจทก์จะซื้อขายจากชาวไร่ได้แต่ผู้เดียวตามข้อตกลงระหว่างโจทก์กับชาวไร่นั้น เป็นสิทธิตามสัญญาอย่างหนึ่ง โจทก์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากชาวไร่ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานแต่มิได้ฟ้อง คงฟ้องจำเลยคนเดียว ความจริงสิทธิตามสัญญานั้น หากบุคคลภายนอกสัญญาทำให้เสียหาย ก็เป็นละเมิดได้เหมือนกัน แต่ไม่มีประเด็นนี้ขึ้นมาสู่ศาลฎีกา”

(ค) ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายทุกทาง (lawful interest) ของสัญญา

นอกจากปัจจัยด้านเขตพื้นที่และระยะเวลาของข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพ และโอกาสและความสามารถในการเลือกทำนิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานในรูปแบบอื่น หรือกับบุคคลอื่นซึ่งกล่าวไว้โดยเฉพาะแล้ว มาตรา 5 วรรคสอง ยังบัญญัติให้นำปัจจัยเกี่ยวกับทางได้เสียอื่นๆ ทุกอย่างของคู่สัญญามาประกอบการพิจารณาว่าข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เป็นปัญหานั้นจะทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องรับภาระมากเกินไปที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ด้วยโดยปัจจัยข้อนี้จะมีลักษณะเป็นตัวประกอบทั่วไปที่ช่วยให้การพิจารณาในประเด็นนี้ยืดหยุ่นได้มากขึ้น

ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงห้ามเกษตรกรขายผลผลิตให้โรงงานอื่นตามตัวอย่างข้างต้นนั้นถ้าปรากฏว่าโรงงานที่เป็นคู่สัญญามีได้เอาเปรียบในด้านราคาเลย มีการปรับราคาผลผลิตที่รับซื้อจากเกษตรกรคู่สัญญาให้เหมาะสมแต่ถูกโรงงานคู่แข่งเสนอราคาสูงกว่าเพื่อบีบบังคับให้โรงงานที่เป็นคู่สัญญากับเกษตรกรต้องล้มเลิกกิจการไป เพื่อที่ตนจะได้ผูกขาดหรือกึ่งผูกขาดธุรกิจโรงงานผลิตสินค้าชนิดนั้นต่อไป เช่นนี้ แม้เกษตรกรจะได้ประโยชน์ในการขายผลผลิตให้แก่โรงงานที่มาทุ่มซื้อแข่งเพราะได้ราคาดีกว่า แต่ประโยชน์นั้นจะเกิดขึ้นได้ก็โดยการผิดสัญญา จึงมิใช่ทางได้ประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายโดยแท้ ทั้งยังเป็นประโยชน์ในระยะสั้นเท่านั้น ถ้าปล่อยให้โรงงานที่มีพฤติกรรมทุ่มซื้อผลผลิตดำเนินการไปได้สำเร็จจนมีอำนาจผูกขาดหรือกึ่งผูกขาดแล้ว ประโยชน์ของเกษตรกรในระยะยาวย่อมถูกกระทบแน่ ดังนั้น ในพฤติการณ์เช่นนี้ย่อมทำให้ผลการวินิจฉัยว่าข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นภาระแก่เกษตรกรมากเกินไปดังที่เคยวินิจฉัยไว้ในตัวอย่างข้างต้น ต้องเปลี่ยนกลับเป็นว่าไม่เป็นภาระมากเกินไป

จำเลยคงมีความผิดตามพระราชบัญญัติยาสูบฯ ถือไม่ได้ว่ามีกฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิของโจทก์อันจะก่อให้เกิดมูลละเมิดตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่ใช่ผู้มีอำนาจฟ้องจำเลยได้ ย่อโดย ศักดิ์ สนองชาติ คำอธิบายนิติกรรมและหนี้ หน้า 687-688.

“ ศักดิ์ สนองชาติ อ่างแล้วข้างต้น หน้า 688.

กว่าคาดหมายได้ตามปกติ และมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เกษตรกรผู้ถูกจำกัดสิทธิจะมาขอให้ศาลปรับลดให้มีสภาพบังคับน้อยลงไปกว่าที่ตกลงกันไว้ไม่ได้¹⁰¹

4.3.2 คำพิพากษาศาลฎีกา

ภายหลังที่พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 แล้ว ในปัจจุบันมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องเพียงหนึ่งคำพิพากษาเท่านั้น ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9072/2547

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9072/2547

บริษัทอูปลวส์ตุ จำกัด	โจทก์
นางสาววราภรณ์ สุเมธศุภโชค	จำเลย
แห่ง นิติกรรมขัดต่อความสงบเรียบร้อย เบียดเบียน	(มาตรา 150, 379, 383)
พรบ.คุ้มครองแรงงานฯ	(มาตรา 5)

ธุรกิจการค้าของโจทก์ต้องอาศัยการแข่งขัน ข้อมูลความรู้ความลับทางการค้าเกี่ยวกับสินค้าของโจทก์ตามสมควร โจทก์จึงมีสิทธิที่จะป้องกันสงวนรักษาข้อมูลและความลับในทางการค้าเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของโจทก์ได้ ทั้งข้อตกลงตามสัญญาจ้างทำงานก็มีกำหนดเวลาห้ามจำเลยอยู่ 2 ปี อันถือได้ว่าเป็นกำหนดเวลาพอสมควร สัญญาจ้างทำงานดังกล่าว จึงหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่

ข้อความในสัญญาที่ว่าจำเลยจะไม่ทำงานรับจ้างหรือให้ข้อมูลของโจทก์แก่ผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งมีลักษณะธุรกิจแบบเดียวกับโจทก์ภายในกำหนด 2 ปี นับจากวันเลิกจ้าง หากผิดสัญญายอมให้ปรับ 200,000 บาทนั้น ย่อมเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาไว้ล่วงหน้า จึงเป็นเบียดเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 เบียดเบียนเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ถ้าสูงเกินส่วนศาลย่อมมีอำนาจลดลงได้ โดยคำนึงถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้หรือโจทก์ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 การที่ศาลแรงงานกลางใช้ดุลพินิจลดเบียดปรับลงจึงชอบด้วยกฎหมาย

¹⁰¹ อ่างแล้วข้างบน, หน้า 110-118.

โจทก์ฟ้องและแก้ไขคำฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระค่าปรับและค่าเสียหายรวมเป็นเงิน 350,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ และห้ามจำเลยทำงานหรือกระทำการอันเป็นการแข่งขันในทางการค้ากับโจทก์เป็นเวลา 2 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

จำเลยให้การ ขอให้ยกฟ้อง

ศาลแรงงานกลางพิพากษาให้จำเลยชำระเงินจำนวน 10,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ ค่าขออื่นให้ยก

โจทก์และจำเลยอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่า “ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติว่า เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2544 จำเลยได้เข้าทำงานกับโจทก์ตำแหน่งผู้จัดการฝ่ายซูเปอร์มาร์เก็ตได้รับค่าจ้างเดือนละ 40,000 บาท ตามสัญญาจ้างเอกสารหมายเลข จ.4 และข้อ 5.2 มีข้อตกลงว่าจำเลยจะไม่ทำงานรับจ้างหรือให้ข้อมูลของโจทก์กับผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งมีลักษณะธุรกิจแบบเดียวกับโจทก์มีกำหนด 2 ปี นับแต่วันเลิกจ้าง หากจำเลยผิดสัญญายอมให้ปรับ 200,000 บาท ต่อมาวันที่ 10 สิงหาคม 2545 จำเลยลาออกตามใบลาออกเอกสารหมายเลข จ.5 แล้วจำเลยเข้าทำงานที่บริษัทศิริมหาชัยโฮมเซ็นเตอร์หรือบริษัทยูนิดีโฮม จำกัด ซึ่งมีลักษณะธุรกิจเดียวกับโจทก์เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2545 ซึ่งอยู่ในระยะเวลา 2 ปี นับแต่เลิกจ้าง ที่จำเลยอุทธรณ์ว่า สัญญาตามเอกสารหมายเลข จ.4 ที่มีข้อตกลงว่าจำเลยจะไม่ไปทำงานรับจ้างกับผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งมีลักษณะธุรกิจแบบเดียวกับโจทก์มีกำหนด 2 ปี นับแต่วันเลิกจ้าง หากจำเลยผิดสัญญายอมให้ปรับ 200,000 บาท นั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นโมฆะ เพราะรักษาผลประโยชน์ของโจทก์ฝ่ายเดียวเกินสมควร ปิดทางทำมาหาได้ของจำเลยอย่างเด็ดขาด จำเลยไม่อาจประกอบอาชีพอย่างเดียวกับโจทก์จนไม่อาจดำรงตนอยู่ได้ เห็นว่า ธุรกิจการค้าของโจทก์ต้องอาศัยการแข่งขัน ข้อมูลความรู้ความลับทางการค้าเกี่ยวกับสินค้าของโจทก์ตามสมควร ฉะนั้น โจทก์จึงมีสิทธิตามควรที่จะป้องกัน สงวนรักษาข้อมูลความลับในทางการค้า เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของโจทก์ได้ ทั้งข้อสัญญาดังกล่าวก็มีกำหนดเวลาห้ามจำเลยอยู่ 2 ปี อันถือได้ว่าเป็นกำหนดเวลาพอสมควร

สัญญาจ้างทำงานตามเอกสารหมายเลข จ.4 จึงหาข้อตกลงในความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ อุทธรณ์จำเลยฟังไม่ขึ้น

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อไปตามที่โจทก์อุทธรณ์ว่า ข้อตกลงในสัญญาจ้างทำงานตามเอกสารหมายเลข จ.4 ข้อ 5.2 ที่มีข้อความว่า หากจำเลยฝ่าฝืนผิดจะถูกปรับเป็นเงินจำนวนหนึ่งไม่ใช่เบี้ยปรับดังที่ศาลแรงงานกลางวินิจฉัย แต่เป็นข้อสัญญาที่ขัดแย้งต้องบังคับกันตามที่ตกลงไว้ นั้น เห็นว่า ข้อความในสัญญาที่ว่าจำเลยจะไม่ทำงานรับจ้างหรือให้ข้อมูลของโจทก์แก่ผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งมีลักษณะธุรกิจแบบเดียวกับโจทก์ภายในกำหนด 2 ปี นับจากวันเลิกจ้าง หากผิดสัญญายอมให้ปรับ 200,000 บาท นั้น ย่อมเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาไว้ล่วงหน้า จึงเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 เบี้ยปรับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ถ้าสูงเกินส่วนศาลย่อมมีอำนาจลดลงได้โดยคำนึงถึงทางได้เสียของเจ้าหน้าที่หรือโจทก์ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 การที่ศาลแรงงานกลางใช้ดุลพินิจลดเบี้ยปรับลงจึงชอบด้วยบทกฎหมายดังกล่าวแล้ว อุทธรณ์โจทก์ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน"

พิพากษายืน

(สถิตย์ อรรถนบลยุคล – ชาลิต ยอดเนร – ปัญญา สุทธิบัติ)

วิเคราะห์

เป็นที่น่าเสียดายว่าในคำพิพากษาที่ 9072/2547 ศาลฎีกาไม่ได้นำพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงเลย ทำให้ไม่สามารถประเมินได้ว่า หากมีการปรับใช้มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวแล้ว ศาลฎีกาจะมีการปรับลดหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาจำกัดสิทธิของลูกจ้างหรือไม่และปรับลดเปลี่ยนแปลงอย่างไรบ้าง

4.4 สรุป

การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศไทย ในปัจจุบันอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตามแนวทางการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

สัญญา เนื่องจากเหตุผลที่ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสัญญา เพียงแต่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลที่จะเข้าไปตรวจสอบข้อสัญญาในสัญญาบางประเภทได้เพื่อปรับลดระดับความรุนแรงของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ตามสมควร ดังนั้นในปัจจุบันข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาตในประเทศไทยจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 5 เรื่องข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการประกอบหน้าที่การงาน ส่วนข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันต่างๆ (restrictive clause) จะตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 5 เรื่องข้อตกลงที่จำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุป วิเคราะห์ และข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปและวิเคราะห์

ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกเนื่องจากเป็นธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ (market efficiency) กล่าวคือ ทำให้ผู้ให้อินุญาตสามารถขยายเครือข่ายได้อย่างรวดเร็วโดยไม่จำเป็นต้องใช้เงินทุนจำนวนมากและสามารถเก็บเกี่ยวผลกำไรที่มาจากความเป็นเจ้าของกิจการและความเป็นผู้ประกอบการของผู้รับอนุญาต ส่วนผู้รับอนุญาตเองก็จะได้รับประโยชน์จากประสิทธิภาพดังกล่าว คือ สามารถเข้าสู่ตลาดสินค้าและบริการในฐานะผู้ประกอบการได้โดยใช้เงินทุนต่ำและรวดเร็ว ความเสี่ยงในการล้มเหลวต่ำ แต่ธุรกิจแฟรนไชส์ก็มีข้อเสีย คือ ผู้ให้อินุญาตมักจะมีอำนาจตลาดและใช้อำนาจในทางไม่ชอบธรรม โดยการเขียนข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้รับอนุญาตที่จะทำนิติกรรมเกี่ยวกับการทำธุรกิจเกี่ยวกับบุคคลอื่นเกินความจำเป็น (ข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด) ในการรักษาคุณภาพและมาตรฐานของระบบแฟรนไชส์ของผู้ให้อินุญาต ในมุมกลับกัน ผู้รับอนุญาตก็มีแรงจูงใจที่จะเอาเปรียบระบบแฟรนไชส์ของผู้ให้อินุญาต (free-riding activities) โดยการไม่รักษาคุณภาพมาตรฐานเพื่อตนเองจะได้รับกำไรมากขึ้น การกำกับดูแลมิให้ผู้ให้อินุญาตใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบธรรม (abuse of market power) ในประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศเยอรมันนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลีใต้ จะเป็นการกำกับดูแลโดยกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (anti-trust หรือ anti-monopoly laws) หรือกฎหมายซึ่งมีชื่อเรียกกว้างๆว่า “กฎหมายแข่งขันทางการค้า (competition laws)” ตลอดจนอนุบัญญัติ (regulation) แนวปฏิบัติ (guidelines) เกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายแม่บทดังกล่าวออกมาบังคับใช้ โดยมีการกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจน ตลอดจนคำพิพากษาของศาลยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่าเป็นกฎหมาย ได้วางบรรทัดฐานโดยการตีความกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์จำนวนมาก

สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ธุรกิจสัญญาแฟรนไชส์ภายหลังที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ก็เป็นปัญหาสำคัญในธุรกิจแฟรนไชส์ กล่าวคือ เป็นสัญญาเกี่ยวกับการหาคุณภาพที่เป็นธรรมชาติของผลประโยชน์ของผู้ให้อินุญาตเดิมกับผลประโยชน์ของผู้รับอนุญาตเดิม กฎหมายจึงกำกับดูแลมิให้ผู้ให้อินุญาตเขียนข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้รับอนุญาตมิให้ประกอบอาชีพการงานแข่งขัน

กับผู้ให้อนุญาตเดิมที่เข้มงวดเกินไปใน 3 ประเด็น คือ ระยะเวลาที่ผู้รับอนุญาตถูกจำกัดขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่ผู้รับอนุญาตถูกจำกัด และขอบเขตของธุรกิจที่ถูกจำกัด ซึ่งการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตเดิมในประเทศสหภาพยุโรป ประเทศเยอรมันนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด หรือกฎหมายแข่งขันทางการค้า เช่นเดียวกับ ข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (หรือ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้รับอนุญาตในการทำนิติกรรมเกี่ยวกับธุรกิจกับบุคคลอื่น ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทย) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บรรดาข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ หรือทำนิติกรรมของผู้ให้อนุญาตทั้งสองประเภทจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ยกเว้นแต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของอดีตผู้รับอนุญาตไม่ให้ประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตเดิมจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายสัญญา หากศาลสหรัฐเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวใช้บังคับได้ ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวได้ตามที่ศาลเห็นว่าสมควรและเป็นธรรมได้

ในกรณีของประเทศอังกฤษนั้น ข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าและข้อสัญญาจำกัดมิให้อดีตผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับอดีตผู้ให้อนุญาตจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายสัญญา ในกรณีของสัญญาจำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตแข่งขันกับอดีตผู้ให้อนุญาต ศาลจะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นโมฆะ เว้นแต่โจทก์ (ผู้ให้อนุญาต) จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีความ "สมเหตุสมผล" ที่รักษาประโยชน์โดยชอบธรรมตามกฎหมายของโจทก์

ในกรณีของประเทศไทย โดยหลักแล้วเดินตามแนวทางของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ข้อสัญญาจำกัดมิให้อดีตผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับอดีตผู้ให้อนุญาตภายหลังสัญญาแพรนไชส์สิ้นสุดลง (ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540) และข้อสัญญาที่ขัดกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540) ล้วนตกอยู่ภายในบังคับของกฎหมายสัญญา (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสัญญา) คล้ายกับประเทศอังกฤษ เพียงแต่ว่าก่อนที่ศาลไทยจะเข้าไปตรวจสอบความเป็นธรรม หรือความ "สมเหตุสมผล" ของข้อสัญญาดังกล่าวทั้งสองประเภทได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องเข้าองค์ประกอบที่ว่า ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่เป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อน หลังจากเข้าองค์ประกอบที่ว่าข้อตกลงนั้นไม่เป็นโมฆะแล้ว ศาลไทยจึงมีอำนาจที่จะเข้าไปปรับลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบทางสัญญาได้ตามสมควร เนื่องจากสัญญาแพรนไชส์ระหว่างบริษัทไทรคอน เรสทัวรองท์ อินเตอร์เนชั่นแนล

จำกัด กับ บริษัท เดอะ พิชซ่า จำกัด (มหาชน) เป็นสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 ดังนั้นจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตามบรรทัดฐานและเหตุผลของคำพิพากษาศาลฎีกา ทั้ง 5 ฉบับ สามารถสรุปได้ว่า ข้อสัญญาจำกัดไม่ให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตนั้น ไม่เป็นการห้ามตัดการประกอบอาชีพของบริษัท พิชซ่า จำกัด (มหาชน) ทั้งหมดเสียทีเดียวจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสติ และประโยชน์ของกลุ่มในเชิงการประกอบธุรกิจโดยชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ และผู้วิจัยยังมีความเห็นต่อไปว่า แม้ว่าสัญญาแฟรนไชส์ฉบับนี้ หรือสัญญาแฟรนไชส์ที่มีขึ้นภายหลังวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 (ที่มีข้อสัญญาลักษณะเดียวกัน) หากถูกตรวจสอบความชอบธรรมโดยศาลแล้ว ศาลจะตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับอดีตผู้ให้อนุญาตไม่เป็นข้อสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ โดยมีเหตุผลตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 5 ฉบับที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่สิ่งที่แตกต่างอย่างมากภายหลังวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 ก็คือศาลไทยมีอำนาจที่จะให้ความยุติธรรมที่แท้จริงแก่คู่สัญญาได้ จะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาทั้ง 5 ฉบับเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิของลูกจ้างห้ามมิให้ประกอบอาชีพแข่งขัน ศาลฎีกามีทางเลือกเพียง 2 ทาง คือ ทางเลือกที่ (1) ตัดสินให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อย่างมาก เนื่องจากการสมัครใจเข้าทำสัญญาของกลุ่มและต่างฝ่ายต่างรักษาประโยชน์ของตนและต่างเชื่อว่าเป็นสัญญาที่ทำให้ฐานะทางเศรษฐกิจของตนดีขึ้น (Pareto Superiority) ความแน่นอนมั่นคงในการทำสัญญาก็จะได้รับผลกระทบอย่างมาก เพราะการทำสัญญาคือการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์และการให้ความแน่นอนมั่นคงในการวางแผนการจัดสรรปัจจัยการผลิตของกลุ่ม ซึ่งไม่ใช่ทางเลือกของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 5 ฉบับ ส่วนทางเลือกที่ (2) ได้แก่ การตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นโมฆะ แม้ว่าผู้พิพากษาบางท่านอาจเห็นว่า ฝ่ายลูกจ้างถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายจ้าง ก็คงพยายามทำใจว่าได้อำนวยความสะดวก "ความยุติธรรมตามกฎหมาย" ให้กับคู่สัญญาแล้ว แต่ผู้พิพากษาหลายท่านคงทำใจไม่ได้เพราะว่าไม่สามารถตัดสินให้ผิดเพี้ยนไปจากบทบัญญัติของมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวและเพื่อให้สามารถประสิทธิ์ประสาท "ความยุติธรรมตามความเป็นจริง" แก่คู่สัญญาได้ จึงได้ยกร่างพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งผลก็คือพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นทางเลือกให้ศาลตัดสินได้ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นโมฆะ แต่ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบกับทางสัญญาลงได้ตามสมควรนั่นเอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) เนื่องจากในช่วงระยะเวลาที่มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ผู้ร่างเห็นว่ากฎหมายควบคุมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยป้องกันการผูกขาดของไทย ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ยังไม่มีบทบาทในการป้องกันการผูกขาดหรือเยียวยาการเอาเปรียบของผู้มีอำนาจเหนือกว่าที่เพียงพอ ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงได้นำข้อสัญญาประเภทที่ขัดต่อกฎหมายต่อต้านการแข่งขัน และข้อสัญญาจำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้อนุญาตเดิมมาอยู่ในบทบัญญัติของมาตรา 5 เพื่อให้อยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบด้านความเป็นธรรมโดยศาล แต่ในปัจจุบันประเทศไทยได้มี พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่ชอบธรรม และบทบัญญัติมาตรา 28 ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการทางการค้าที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่ง ซึ่งมาตรา 28 อาจตีความให้รวมถึง ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่จำเป็นต้องมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้นแต่หากมีอำนาจต่อรองเหนือกว่า และใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าได้ ซึ่งหากมีการเปิดช่องให้ศาลนำบทบัญญัติของมาตรา 25 และ 28 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้ามาประกอบบทบัญญัติมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการพิจารณาว่า ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะหรือไม่ น่าจะยกระดับกฎหมายไทยที่กำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ให้สูงใกล้เคียงกับกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ใน ประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมันนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลีใต้

(2) "ความสมเหตุสมผล" ของข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันของผู้รับอนุญาต ควรเป็นไปตามกฎหมาย อนุบัญญัติ หรือแนวปฏิบัติ หรือคำพิพากษาของศาลของประเทศที่ผู้ให้อนุญาตตาม Master Franchise Agreement จัดทะเบียน หรือมีภูมิลำเนา หรือสำนักงานใหญ่แล้วแต่กรณี โดยเหตุผลที่ว่าบริการธุรกิจแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ย่อมมีความคุ้นเคยและมั่นใจกับ ความ "สมเหตุสมผล" ของข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายและคำพิพากษาของศาลของประเทศตน เนื่องจากกฎหมายและคำพิพากษาดังกล่าวได้มีระยะเวลาในการพัฒนาการมาเป็นเวลานาน จนกระทั่งมีการลงตัวของดุลยภาพที่เป็นธรรมของผลประโยชน์ของผู้ให้อนุญาต และผลประโยชน์ของผู้บริโภค ซึ่งศาลไทยสามารถเรียนลัดโดยการนำ "ความสมเหตุสมผล" ตามกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาพิจารณาปรับเปลี่ยนพอสมควรให้เข้ากับบริบทของการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย ทั้งในเรื่องระยะเวลาที่ผู้รับอนุญาตในไทยควรถูกจำกัด ขอบเขตพื้นที่ที่ควรถูกจำกัด และขอบเขตของธุรกิจควรถูกจำกัด เป็นต้น

(3) หนึ่งเป็นที่น่าสนใจที่ในคดี Pizza Hut นั้น ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้แก่ บริษัท Tricon Global Restaurants นั้นได้บรรจุข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทว่า หากเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาใดๆในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ให้คู่กรณีนำข้อพิพาทดังกล่าวไปให้ศาล New York ซึ่งอยู่ในเขต Southern District ซึ่งเป็นศาลที่มีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในการตัดสินคดีธุรกิจเป็นอย่างมากเป็นศาลที่มีอำนาจตัดสินคดี ซึ่งน่าจะมองได้ว่า ในสายตาของบริษัท Tricon Global Restaurant ซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่แล้ว ยังไม่มีความเชื่อมั่นว่ากฎหมายไทยเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์มีเนื้อหาสาระที่ถือว่าอยู่ในระดับเทียบได้กับ best international practice ที่ใช้ในบรรดาประเทศที่พัฒนาแล้ว และศาลไทยอาจจะมีประสบการณ์ที่จำกัดเกี่ยวกับในการตัดสินคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในสัญญาธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

มุมมองดังกล่าวนำไปสู่คำถามว่า นอกจากศาลแล้วยังมีสถาบันระงับข้อพิพาท (dispute settlement institution) ไตบ้างที่น่าจะเป็นสถาบันที่เหมาะสมในการตัดสินเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในสัญญาธุรกิจแฟรนไชส์ คำตอบที่น่าจะเป็นไปได้ที่สุดคือ การตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์โดยอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เพราะคู่กรณีสามารถเลือกผู้ตัดสินซึ่งมีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญเป็นอนุญาโตตุลาการได้ แต่เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่นอกขอบเขตของงานศึกษาวิจัยนี้ หัวข้อการศึกษาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในสัญญาธุรกิจแฟรนไชส์โดยอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นหัวข้อที่ควรได้รับการส่งเสริมให้ศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์ต่อไปในอนาคต

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บรรณานุกรม



ภาษาอังกฤษ

Bates, Survival Patterns Among Franchisee and Nonfranchisee Firms stated in 1986 and 1987 at 3 (Feb. 1996) (unpublished report prepared for the office of advocacy, U.S. Small Business Administration).

Christian Joerges, Status and Contract in Franchising Law. In Christian Joerges (ed.), FRANCHISING AND THE LAW: THEORETICAL AND COMPARATIVE APPROACHES IN EUROPE AND UNITED STATE, 1992.

Matthew Bender & Co., Inc., G. GLICKMAN, TYPICAL FRANCHISE AGREEMENTS (FAST FOOD FRANCHISE), 1983.

George A. Bermann, Roger J. Goebel, William J. Davey and Eleanor M. Fox, CASE AND MATERIAL ON EUROPEAN UNION LAW, 2002.

Henry R. Cheeseman, ESSENTIALS OF COMTEMPORARY BUSSINESS LAW, 1998.

International Bureau of WIPO, Franchising Guide, WIPO Pub. No. 480,1994.

Japanese Fair Trade Commission, Antimonopoly Legislation of Japan, 1998.

Jean-Eric De Cockborne, Franchising and European Community Compatition Law, in Joerges (ed.), FRANCHISING AND THE LAW FRANCHISING AND THE LAW: THEORETICAL AND COMPARATIVE APPROACHES IN EUROPE AND UNITED STATE, 1992.

Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz and Frank Cross, WEST'S BUSINESS LAW: TEXT, CASES,1998.

Martin Mendelsohn, Micheal G. Brennan, THE INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF FRANCHISING, 2001, at EUROPEAN UNION LAW, 2002.

Lindy Willmott, Sharon Christenien, Des Butler, CONTRACT LAW, 2002.

Lawrence A. Sullivan, Warren S. Grimes. THE LAW OF ANTITRUST AN INTEGRATED HANDBOOK, ¶ 2000

OECD, COMPETITION POLICY AND VERTICAL RESTRAINTS: FRANCHISING AGREEMENT, 1994.

P. Zeidman, Memorandum to Foreign Counsel: An Introduction to International Franchising, reprinted in Ralph H. Folsom, Micheal Wallace Fordon, Micheal Wallace Gordan and John A. Spanogle, Jr., INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTION: A PROBLEM-ORIENTED COURSEBOOK, 1991.

Robin T. Tait, France in Zeidman (ed.), SURVEY OF FOREIGN LAWS AND REGULATIONS AFFECTING INTERNATIONAL FRANCHISING in Philip F. Zeidman, SURVEY OF FOREIGN LAWS AND REGULATIONS AFFECTING INTERNATIONAL FRANCHISING, 1989.

Share, Differences Between Successful and Unsuccessful Franchisors 15 (rev. Oct 1, 1995) (unpublished report prepared for the office of advocacy, U.S. Small Business Administration), cited in Lawrence A. Sullivan, Warren S. Grimes. THE LAW OF ANTITRUST AN INTEGRATED HANDBOOK, 2000

Stuart Hershman and Micheal G. Brennan, United States, in Martin Mendelsohn, Micheal G. Brennan, THE INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF FRANCHISEING, 1999.

The Fair Trade Commission, Republic of Korea, A JOURNEY TOWARD MARKET ECONOMY: KFTC'S 23 YEARS OF BUILDING TRANPARANT AND FAIR MARKET, April 2004, at 148.

Warren Pengilly, Legal and Commercial Aspect of International Franchising - Problems in Their Negotiation reprinted in Folsom, Gordon and Spanogle, ปี 1992

ภาษาไทย

หนังสือพิมพ์ สยามรัฐ ฉบับที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543

จรัญ ภักดีชนากุล สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, ดุลพาท, เล่มที่ 1 ปีที่ 45, 2541.

คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, 2542.

บุญมา เดชะวณิช, ประเด็นสำคัญในการเจรจาและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการผลิตและเครื่องหมายการค้าและสัญญาแฟรนไชส์, เอกสารอัดสำเนา, ไม่ปรากฏปีพิมพ์ คาดว่าเป็นเอกสารจัดทำประมาณปี 2520.

เสนีย์ ปราโมช, มรว, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่มที่ 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505.

ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 8 พ.ศ. 2547.

อริราช มณีภาค, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พ.ศ. 2548

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

G. GLICKMAN, TYPICAL FRANCHISE AGREEMENTS
(FAST FOOD FRANCHISE)

Volume 15A, § 11.08 (1983).*

This agreement, made and entered into at (city, state) this ____ day of ____, 19__, by and between [Franchisor], a ____ corporation, hereinafter referred to as Company, party of the first part, and ____ hereinafter referred to as Franchisee, party of the second part. * * *

Now, therefore, in consideration of the mutual covenants herein contained, the parties agree as follows:

I. FRANCHISE PAYMENT: SERVICES BY COMPANY

A. *Franchise Payment.* The company acknowledges payment to it by franchisee of the total sum of ____ (\$____) Dollars; consisting of ____ (\$____) Dollars as and for a franchise fee; ____ (\$____) Dollar for initial assistance essential to Franchisee consisting of the training and the services detailed at Paragraph B, subparagraphs 2, 3 and 4 below; and ____ (\$____) Dollars for a grand opening advertising fund. Franchisee acknowledges that the grant of franchise constitutes the sole consideration for the payment of the franchise fee and that said sum shall be fully earned by Company upon execution and delivery hereof. * * *

B. *Services by Company.* Company agrees during the term of this Franchise Agreement to use its best efforts to maintain the high reputation of Franchised Restaurants and in connection therewith to make available to Franchisee:

1. Initial standard specifications and plans for the building, equipment, furnishing, decor, layout, and signs identified with Franchised Restaurants, together with advice and consultation concerning them.
2. A pre-opening training program conducted at Company's training school and at Franchised Restaurant.
3. Opening supervision and assistance from employees of Company at Franchisee's premises.
4. Opening promotion programs conducted under the direction of Company's Marketing Department.
5. The Company's confidential standard business policies and operations data instruction manuals (hereinafter collectively called "Manual"), a copy of which is (or will be) delivered and loaned to Franchisee for the term hereof.
6. Such merchandising, marketing and advertising research data and advice as may be from time to time developed by the Company and deemed by it to be helpful in the operation of Franchised Restaurants.

* Copyright © 1974 by Matthew Bender & Co., Inc., and reprinted with permission from Business Organization-Franchising.

* * *

8. Such special recipe techniques, food preparation instructions, new restaurant services and other operational developments as may be from time to time developed by the Company and deemed by it to be helpful in the operation of Franchised Restaurants.

9. A standardize accounting, cost control and portion control system.

II. FRANCHISE GRANT: AREA: TERM

A. *Franchise Grant.* Subject to the terms and conditions of this Franchise Agreement and the continuing good faith performance thereof by Franchisee, Company grants to Franchisee the franchise to operate a Franchised self-service restaurant at the location of the premises; and in consideration of the payment by Franchisee of the royalties and advertising and sales promotion contribution hereinafter specified, Company licenses to Franchisee for the term hereof the Company's right to use at the premises and in the operation of such restaurant, the names (enumerate trade names) together with such other insignia, symbols and trademarks which may be approved and authorized by Company from time to time in connection with Franchised Restaurants and the good will derived from such previous use by Company.

B. *Area.* The franchise shall be exclusive within a radius of one (1) mile from the boundary of the premises.

C. *Term.* The term of this Franchise Agreement shall commence on the date Franchisee's restaurant opens for business and shall expire at midnight on the day preceding the fifteenth (15th) anniversary of said opening, unless sooner terminated in accordance with the terms and conditions hereof.

III. PREMISES

The premises at which Franchisee shall operate a Franchised Restaurant are fully described in Exhibit "A" appended hereto. * * * Franchisee shall conduct business from said location only if and when the premises have been improved with a restaurant building and decorated, furnished, and equipped with restaurant equipment, furnishings and supplies which meet Company's specification. The restaurant building erected at the premises will be in strict conformity with plans and specifications prepared by Company's architect. During the term of this agreement, the premises shall be used only by the Franchisee and solely for the purpose of operating a Franchised Restaurant pursuant to the terms of this agreement.

IV. TRAINING

Franchisee will designate itself or another person approved by Company as a trainee to attend Company's training school. * * *

V. ROYALTIES AND ADVERTISING CONTRIBUTION

A. *Royalties* Franchisee agree in consideration of Company's licensing its use of the names [Franchisor's Trade Names], together with such other trademarks and service marks as may be authorized for use by Company, to pay a monthly royalty in the amount of three and five-tenths percent (3.5%) of Franchisee's gross sales. Royalties shall be paid on or before the tenth (10th) day of each month and shall be based upon sales for the preceding calendar month.

B. Advertising and Sales Promotion. The Franchisee agrees, as partial consideration for the grant of this franchise, to pay to Company a monthly advertising and sales promotion contribution. This sum shall be equal to four (4%) percent of Franchisee's gross sales. The advertising and sales promotion contribution shall be paid on or before the tenth (10th) day of each month and shall be based upon Franchisee's gross sales for the preceding calendar month. The advertising and sales promotion contribution shall be expended by Company at its discretion for advertising and sales promotion both in Franchisee's market area and on national basis, except for that portion used for creative and production costs of advertising and sales promotion elements and for those market research expenditures which are directly related to the development and evaluation of the effectiveness of advertising and sales promotion.

C. Gross Sales Defined. * * *

D. Accounting Procedures: Right of Audit.

1. *Accounting.* Franchisee agrees to keep complete records of its business. Franchisee shall furnish monthly profit and loss statements for the preceding month and a profit and loss statement from the beginning of Franchisee's fiscal year to the end of preceding month. * * *

2. *Certified Statements.*

(a) A Franchisee shall submit an annual financial statement as to gross sales, which statement shall be certified to by a certified public accountant within ninety (90) days after the close of its fiscal year.

* * *

3. *Audits.* Franchisee agrees that Company or its agents shall, at all reasonable times have the right to examine or audit the books and accounts of Franchisee to verify the gross sales as reported by Franchisee.

VI. STANDARDS AND UNIFORMITY OF OPERATION

Franchisee agrees that Company's special standardized design and decor of buildings and uniformity of equipment and layout, and adherence to the Manual are essential to the image of a Franchised Restaurant. In recognition of the mutual benefits accruing from maintaining uniformity of appearance, service, products and marketing procedures, it is mutually covenanted and agreed:

A. Building and Premises. Except as specifically authorized by Company, Franchisee shall not alter the appearance of the improvements or the premises. * * *

B. Signs. Franchisee agrees to display Company's names and trademarks at the premises, in the manner authorized by Company. Franchisee agrees to maintain and display signs reflecting the current image of Company. The color, size design and location of said signs shall be as specified by Company. Franchisee shall not place additional signs or posters on the premises without the written consent of Company.

C. Equipment. Franchisee is acquiring through Company and other approved sources by purchase or lease, machinery, equipment, furnishings, signs and other personal property (hereinafter collectively called equipment). Appended hereto as Exhibit "B" * * * is a list of equipment which must be used by Franchisee in the operation of its business. Franchisee agrees to maintain such equipment in excellent working condition. As items of equipment become obsolete or mechanically impaired to the extent that they require replacement, Franchisee will replace such items with

either the same or substantially the same types and kinds of equipment as are being installed in [Franchised] Restaurants at the time replacement becomes necessary. All equipment used in Franchisee's Restaurant, whether purchased from Company or other approved suppliers pursuant to Paragraph F herein, shall meet Company specifications.

*D. Vending Machines, Etc. * * **

E. Menu and Service. Franchisee agrees to serve the menu items specified by Company, to follow all specifications and formulas of Company as to contents and weight of unit products served, and to sell no other food or drink item or any other merchandise of any kind without the prior written approval of Company. Franchisee agrees that all food and drink items will be served in containers bearing accurate reproductions of the Company's service marks and trademarks. Such imprinted items shall be purchased by Franchisee through Company or through a supplier or manufacturer approved in writing by Company. * * *

Franchisee shall remain open for business from 11:00 A.M. to 11:00 P.M. daily unless Company consents to other hours or days at the request of Franchisee. * *

F. Alternate Suppliers. Irrespective of any other provision hereof, if Franchisee gives Company notice sufficiently in advance to permit supplier and specification verification and testing, that it wishes to purchase equipment, food, supplies or containers from reputable, dependable sources other than Company or its designate or previously approved sources of supply, Company will not unreasonably withhold the prompt approval of such purchases provided said purchases conform to the appearance, quality, size or portion (and, where applicable, taste), and uniformity standards and other specifications of Company. Company may require that samples from alternate suppliers be delivered to Company or to a designated independent testing laboratory for testing before approval and use. A charge not to exceed the actual cost of the test may be made by Company or by an independent testing laboratory designated by Company, and shall be paid for by Franchisee.

G. Right of Entry and Inspection. Company or its authorized agent and representative shall have the right to enter and inspect the premises and examine and test food products and supplies for the purpose of ascertaining that Franchisee is operating the restaurant in accordance with the terms of this agreement and the Manual. * * *

VII. INSURANCE: INDEMNIFICATION

A. Franchisee agrees to secure and pay premiums thereon for the term of this Franchise Agreement, a Comprehensive General Liability Policy, including Products Liability, in the amount of \$500,000/\$500,000 bodily injury liability, and \$100,000 property damage liability, or in such other amounts as Company may reasonably request, for the operation on the premises. Franchisee agrees to name Company in said policy as additional named insured * * *.

B. Franchisee is responsible for all loss or damage and contractual liabilities to third persons originating in or in connection with the operation of the Franchised self-service restaurant and for all claims or demands for damages to property or for injury, illness or death of persons directly or indirectly resulting therefrom; and Franchisee

agrees to defend, indemnify and save Company harmless of, from and with respect to any such claims, loss or damage.

VIII. TAXES

Franchisee shall promptly pay when due all taxes levied or assessed by reason of its operation and performance under this agreement. * * *

IX. OPTION AT END OF TERM

Provided that Franchisee shall have substantially complied with all of the terms and condition of this agreement * * * Company will offer Franchisee the opportunity to remain a Franchisee for one additional period of fifteen (15) years, provided that: * * *.

X. ASSIGNMENT: CONDITIONS AND LIMITATIONS

A. Franchisee shall neither sell, assign, transfer nor encumber this agreement or any right or interest therein or thereunder, nor suffer or permit any such assignment, transfer or encumbrance to occur by operation of law unless the written consent of Company be first had and obtained. * * *

B. In the event of the death or disability of a franchisee, Company shall consent to the transfer of the interest to Franchisee's spouse, heirs or relatives, by blood or by marriage, whether such a transfer is made by Will or by operation of law if, at the sole discretion and judgment of Company, such person or persons obtaining said interest shall be capable of conducting said business in a manner satisfactory to Company. * * *

XI. LIMITATIONS OF FRANCHISE

A. *Trademarks, Trade Names and Trade Secrets.* 1. Franchisee acknowledges the Company's sole and exclusive right (except for certain rights granted under existing and future license agreements) to use the trademarks, trade names and trade secrets set forth herein and represents, warrants and agrees that neither during the term of this Agreement nor after the expiration or other termination hereof, shall Franchisee directly or indirectly contest or aid in contesting the validity or ownership of the Trademarks or take any action whatsoever in derogation of the Company's claimed rights therein.

2. Nothing contained in this Agreement shall be construed to vest in Franchisee any right, title or interest in or to the [Company's] trademarks, the goodwill now or hereafter associated therewith, or any right in the design of any restaurant building, other than the rights and license expressly granted herein. Any and all goodwill associated with the [Company] trademarks shall inure directly and exclusively to the benefit and is the property of the Company.

3. No advertising by Franchisee or other use of the Company trademarks shall contain any statement or material which may, in the judgment of the Company, be in bad taste or inconsistent with the Company's public image. * * *

4. Franchisee shall adopt and use the Company trademarks only in the manner expressly approved by the Company. Franchisee shall advertise and promote the Restaurant only under the Company the trademark and the name _____, without any accompanying words or symbols except as otherwise required by law and approved in writing by Company.

5. The Franchisee acknowledges and agrees that the Company is the owner of all proprietary rights in and to the product formulae and restaurant systems and methods described in the Company's training guides and materials, and that product formulae and restaurant systems and methods in their entirety constitute trade secrets of the Company which are revealed to the Franchisee in confidence and that no right is given to or acquired by the Franchisee to disclose, duplicate, license, sell or reveal any portion thereof to any person other than an employee of the Franchisee required by his work to be familiar with relevant portions thereof. * * *

B. No Agency.

1. Franchisee shall not represent or hold himself out as an agent, legal representative, partner, subsidiary, joint venturer or employee of Company, Franchisee shall have no right or power to, and shall not bind or obligate Company in any way, manner or thing whatsoever, nor represent that it has any right to do so.

2. In all public records and in its relationship with other persons, on letterheads and business forms, Franchisee shall indicate its independent ownership of said business, and that it is only a franchisee of Company. Franchisee agrees to exhibit on the premises in a place designates by Company, a notification that it is a franchisee of Company.

XII. DEFAULT: TERMINATION

A. *Default.* The occurrence of any of the following events shall constitute good cause for Company, at its option and without prejudice to any other rights or remedies provided for hereunder or by law or equity, to terminate this agreement.

1. If Franchisee shall be adjudicated a bankrupt, becomes insolvent, or if a receiver (permanent or temporary) of its property or any part thereof is appointed by a court of competent authority; * * *

2. If Franchisee defaults in the payment of royalties or advertising due hereunder or fails to submit profit and loss statements or other financial statements or data or reports on gross sales as provided herein, * * *

3. If Franchisee fails to maintain the standards as set fourth in this agreement, and as may be supplemented by the Manual, * * *

4. If Franchisee suffers a violation of any law, ordinance, rule or regulation of a governmental agency in connection with the operation of the Franchised Restaurant, * * *

5. If Franchisee ceases to do business at the premises or defaults under any lease or sublease or loses its right to the possession of the premises. * * *

6. If Franchisee violates any other term or condition of this agreement and Franchisee fails to cure such violation within thirty (30) days after written notice from Company to cure same.

B. Effect of Termination

* * *

XIII. ARBITRATION

A. If This agreement shall be terminated by Company and Franchisee shall dispute Company's right of termination or reasonableness thereof, the parties shall submit said dispute for binding arbitration as hereinafter set forth:

1. Each party shall select one arbitrator and the two shall select a third, and failing selection of an arbitrator by either or by the two selected by the parties, the third arbitrator shall be selected by the American Arbitration Association or any successor thereof. The arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the rule of the American Arbitration Association or any successor thereof. Judgment upon an award of the majority of arbitrators filed in a court of competent jurisdiction shall be binding.

2. If Company or Franchisee shall operate the restaurant pending the adjudication of the matter in dispute, said party shall be considered the trustee of the prevailing party and shall be required to make a full and complete accounting of such trusteeship.

B. In the event that any other dispute arises between the parties hereto in connection with the term or provisions of this agreement, either party by written notice to the other party, may elect to submit the dispute to binding arbitration in accordance with the foregoing procedure. Such right shall not be exclusive of any other rights which a party may have to pursue a course of legal action in an appropriate forum.

XIV. MISCELLANEOUS: GENERAL CONDITIONS

A. *Interpretation.* * * *

B. *Entire Agreement.* This agreement constitutes the entire agreement of the parties and supersedes all prior negotiations, commitments, representations and undertakings of the parties with respect to the subject matter hereof. Franchisee agrees that Company has made no representations inducing execution of this agreement which are not included herein.

C. *Non-Waiver.* The failure of Company to exercise any right, power or option given to it hereunder, or to insist upon strict compliance with the terms hereof by Franchisee shall not constitute a waiver of the terms and conditions of this agreement with respect to any other or subsequent breach thereof, nor a waiver by Company of its rights at any time thereafter to require exact and strict compliance with all the terms hereof. The rights or remedies hereunder are cumulative to any other rights or remedies which may be granted by law.

D. *Governing Law.*

1. This Agreement shall become valid when executed and accepted by Company at [city, state], and it shall be governed and construed under and in accordance with the laws of the State of _____.

2. Anything herein to the contrary notwithstanding, Franchisee shall conduct its business in lawful manner; and it will faithfully comply with all applicable laws or regulations of the state, city or other political subdivisions in which it conducts its said business.

E. *Severability.* * * *

F. *Notices.* * * *

G. *Employees.* Company shall have no control over employees of Franchisee, including the terms and conditions of their employment.

H. *Competition with Company.* Franchisee agrees that during the term of this agreement it shall not engage in any restaurant or prepared food business which is the same or similar to Company's business. Franchisee further agrees that, for a period of eighteen (18) months after termination of this agreement, it will not engage in any business the same or similar to the Company's business within an area for five (5) miles from the premises without the prior written consent of Company. In applying for Company's consent, Franchisee has the burden of establishing that any such activity by it will not involve the use of benefits provided hereby or constitute unfair competition with Company or other franchisees.

I. *Interfere With Employment Relation of Others.* Franchisee shall not attempt to attain an unfair advantage over other Company franchisees or Company by soliciting for employment any person who is, at the time of such solicitation, employed by other Company franchisees or Company, nor shall Franchisee directly or indirectly induce any such person to leave his or her employment as aforesaid.

J. *Liability of Multiple Franchisees.* * * *

K. *Modification.* This agreement may only be modified or amended by a document of equal dignity.

L. *Execution.* * * *

In Witness Whereof, Company has caused these presents to be executed in its name and on its behalf by its proper corporate officers, and Franchisee has hereunto affixed its hand and seal all on the day and year first above written.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The September 20, 1983 JFTC Decree

The decree establishes the following guidelines and rule concerning (1) the recruitment of franchisees by franchisor, (2) the franchise agreement as a whole, and (3) each provision of the franchise agreement.

(1) *Recruitment of Franchisee by Franchisor*

In franchisor's recruiting franchisees, the following guidelines and rule should apply:

- (a) Generally, it would be desirable that the franchisor disclose to prospective franchisees sufficient information so that the prospective franchisees could make an appropriate decision; and
- (b) In particular, full disclosure of the following items would be desirable:
 - (i) The conditions under which goods will be supplied, and estimates of the sales level and income the prospective franchisee can attain;
 - (ii) The content, nature, time, and expense of the instruction in the operation of the franchise to be received by the franchisee;
 - (iii) The amount and nature of initial franchise fees, and conditions (if any) for return of fees;
 - (iv) The amount, time of collection, and method of collection of money to be paid by the franchisee to the franchisor periodically after becoming the franchisee;
 - (v) Whether or not compensation is provided for losses resulting from business activities of the franchisee; and
 - (vi) Matters concerning term, renewal, and termination of the agreement.

Especially with regard to (i) above, although an exact prediction of the actual results experience by the franchisee is not required, the forecast must be based on well-established facts, such as experience of existing franchises operating under similar circumstances. When the franchisor, in recruiting franchisees, doesn't fully disclose, or makes a false or exaggerated representation concerning, significant items in inducing the franchisee to enter into an agreement with the franchisor, this conduct may fall under the heading of Paragraph 8 (Deceptive consumer Inducement) of the General Designation.

In addition, a prospective franchisee should note that:

- (c) The franchise requires a substantial investment;
- (d) Negotiation between a prospective franchisee and a franchisor are to be conducted on the premises that the franchise will operate continuously in the future; and
- (e) The business of the franchise depends to a considerable degree on general economic trends and market conditions.

(2) *The franchise agreement As a Whole*

With regard to illegality of the franchise agreement as a whole under the Antimonopoly laws, the following guidelines and rule should apply:

- (a) The franchise agreement must not obligate the franchisee unilaterally. Restrictions under the agreement need to remain within the extent necessary to the franchise business in an appropriate manner in the event of an alteration in the franchisor's method of doing business or of a change in economic conditions. There are cases in which the franchisor's method of transacting business as a whole falls within Paragraph 14 (Abuse of Dominant Bargaining Position) of the General Designation.
- (b) Although the legality of restriction mentioned in (a) above should be judge in the context of each franchise agreement, generally speaking, it will be judged with a view to whether the franchisor unilaterally imposes a business disadvantage on the franchisee, the restriction in question being unessential to achieving the purposes of the business, and/ or by whether it is inordinately difficult for the franchisee to withdraw from the situation. The following matters are collectively taken into consideration in evaluation the legality of those restrictions:
 - (i) If the supplier of a product is designate, whether the goods to be purchased are excessively expensive (compared to market prices) for the franchisee, and whether alternative supplier, who can furnish products of equivalent quality and specifications, are permitted according to circumstances at time;
 - (ii) With regard to the restrictions on goods dealt in and methods of sale, whether control has been exercised uniformly (and extensively) in excess of the extent required to maintain the unified brand image of franchisor;
 - (iii) Whether a certain minimum level of sales is obligatory, whether this minimum sales volume is excessively high in light of actual market conditions, and/or whether the franchisor has collected a certain portion of sales earnings unreasonably without consulting the franchisee;
 - (iv) Whether the franchisee enjoys the right to terminate the agreement, and/or whether a high penalty is imposed in the event of termination;
 - (v) Whether the term of the agreement is markedly longer or shorter than that necessary for the franchisee to recover its investment;
 - (vi) Whether the bar on competition after termination of the agreement is reasonable in view of, first, the commercial rights of the franchisor which have been established in certain areas, second, the know-how granted to the franchisee, and third, the circumstances described in (3)(c), below; and
 - (vii) whether there is an imbalance between the consideration received by the franchisor and the franchisee, making the agreement unilaterally advantageous to the franchisor.

(3) *Each provision*

In addition of (2) above, even if the franchise agreement as a whole does not fall under Paragraph 14 (Abuse of Dominant Bargaining Position) of the General Designation, each provision may be judged under any of the paragraphs of the General Designation. Whether or not a given provision is illegal is judge by taking into consideration the additional requirements of each paragraph.

Some of the types of individual provision which could run afoul of Antimonopoly laws are as follows:

- (a) Whether those transactions in which the franchisor supplies the franchise with goods, materials, etc., either directly or through an entrepreneur designated by the franchisor, together with supply of know-how, fall within Paragraph 10 (Tie-in, Sale, Etc.) of the General Designation must be judge by collectively taking into consideration the position of the franchisor, the scope of the position, the number and size of franchisees, and the extent of the restrictions. In addition to the foregoing, whether the said transactions fall under Paragraph (Dealing on Restrictive Terms) or Paragraph 14 (Abuse of Dominant Bargaining Position) of the General Designation is judged by collective analyzing the position of the franchisor, the effect on competition among franchisees who are bound, and the extend of disadvantage to franchisee.
- (b) Stipulation of the desired sales price is permitted if it is intended to maintain the uniformity of franchise business and to present the customers with a standard for selection. However, since it must be understood that franchisee sometimes needs to establish the sales price in accordance with actual circumstances in the relevant market, it is possible that requirement by franchisor for the franchisee to maintain a fixed sale price would fall under the prohibit described in Paragraph 12 (Resale Price Maintenance) or Paragraph 13 (Dealing on Restrictive Terms) of General Designation.
- (c) In order to judge the legality of restrictions on competition after termination of the franchise agreement, it is appropriate to compare the disadvantages to franchisee caused by such restriction with the necessity to maintain the commercial right of the franchisor established in particular areas and to protect the know-how of the franchisor granted to the franchisee. However, it is desirable that the period and contents of such a prohibition be limited to reasonable duration and scope by collectively taking into consideration factors such as (i) the business relations between the franchisor and franchisee, (ii) the nature of the business and operation of the franchisee, and (iii) the business relation between the franchisee and its consumers. If a restriction on competition exceeds the appropriate limit in light of foregoing, it may fall under Paragraph 14 (Abuse of Dominant Bargaining Position) of the General Designation.

ภาคผนวก ค.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐



ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๐

เป็นปีที่ ๔๒ ในรัชกาลปัจจุบัน

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อสัญญา” หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือ ประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อ การค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือ ประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำ สัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

“ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาใน ฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้อง เป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือ ประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

“สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดย มีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

มาตรา ๔ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ การค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่าย ซึ่งมีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระ เกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำได้ เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (๑) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (๒) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (๓) ข้อตกลงให้ สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้ สิทธิบอกเลิกสัญญา ได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (๔) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติ ตามสัญญาใน ระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (๕) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีก ฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระ เพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- (๖) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่า ราคาขายบวกอัตรา ดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
- (๗) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนด ให้ผู้เช่าซื้อต้อง รับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- (๘) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระ ดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัด หรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระ หนี้
- (๙) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับ ภาระสูงเกินกว่าที่ ควร

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตาม วรคสาม จะเป็นก าร ได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำ มาตรา ๑๐ มาใช้ โดยอนุโลม

มาตรา ๕ ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การงาน หรือการทำนิต กรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูก จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระ มากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียง เท่าที่เป็นธรรมและ พอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือ เสรีภาพต้องรับภาระ มากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึง ขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการ จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้ง ความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำ นิตกรรม ในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับ ทางได้เสีย ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

มาตรา ๖ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพที่มีการชำระหนี้ ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะ มีข้อตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความ ชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุด บกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้

ให้ข้อตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร แก่กรณีเท่านั้น

มาตรา ๗ ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดเป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้อง รับผิดชอบจำมัดจำนั้น สูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหาย ที่แท้จริงก็ได้

มาตรา ๘ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อัน เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของ บุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิด ในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็น โฆษะ ให้มีผล บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

มาตรา ๙ ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการ กระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็น เหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด มิได้

มาตรา ๑๐ ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะ เป็นธรรมและ พอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(๑) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัดจัด เจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือก ใช้อื่น และทางได้เสียทุกอย่างของ คู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(๒) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(๓) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(๔) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบ กับคู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่ง

มาตรา ๑๑ ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้ บังคับไม่ว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโฆฆะ

มาตรา ๑๒ พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่นิติกรรมหรือสัญญาที่สร้างขึ้น ก่อนวันที่ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๑๓ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อคู่ความร้องขอ หรือศาลเห็นสมควร ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ มาให้ความเห็นเพื่อประกอบการ พิจารณาพิพากษาได้

มาตรา ๑๔ ให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลขอให้มาให้ความเห็น ได้รับค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรม กำหนดโดยได้รับความ เห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

มาตรา ๑๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตาม พระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการพลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ นายกรัฐมนตรี

*หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพ ของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้าม ชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ เหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจ ต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่ สงบสุข ในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการ แสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุข ในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญา หรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้ อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลง ที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและ พอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้อง ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย