

ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาแฟรนไชส์

จากกรณีที่ผ่านมาในบทที่ 2 และบทที่ 3 เกี่ยวกับเรื่องของแฟรนไชส์นั้น แสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายลักษณะและมีประเด็นทางกฎหมายหลายประการ ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์และปัญหาสำคัญภายใต้หลักกฎหมายของไทย รวมทั้งอาศัยแนววินิจฉัยชี้ขาดศาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องเข้ามาประกอบในหัวข้อต่อไปนี้

- 4.1 ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์ตามผลบังคับของกฎหมายไทย
- 4.2 ความรับผิดชอบของผู้สัญญากับบุคคลภายนอก
- 4.3 แฟรนไชส์กับการคุ้มครองผู้บริโภค และ
- 4.4 บทบาทของรัฐต่อธุรกิจแฟรนไชส์

4.1 ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์ตามผลบังคับของกฎหมายไทย แฟรนไชส์เป็นเรื่องของการให้สิทธิในระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยที่ผู้ให้แฟรนไชส์ให้สิทธิแก่ผู้รับเพื่อดำเนินธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า และรูปแบบการดำเนินงานโดยเฉพาะของผู้ให้แฟรนไชส์ เนื่องจากเป็นการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิและมีความตกลงที่สอดคล้องกันเกิดขึ้นเช่นนี้ การให้สิทธิแฟรนไชส์ตามกฎหมายจึงถือได้ว่าเป็นนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่ง ปัญหาว่าสัญญาแฟรนไชส์นี้จะมีลักษณะที่เป็นของตนเองโดยเฉพาะหรือว่ามีลักษณะที่ตรงกับสัญญาอะไร และอาศัยหลักกฎหมายอะไรที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์ให้ได้สอดคล้องตรงกับเหตุและผลของเรื่องด้วยความเหมาะสม ทั้งนี้โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งวางหลักไว้ว่า กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบท

บัญญัติใดๆแห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายจะมายกปรับคดีให้วินิจฉัยตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณี เช่นว่านั้นให้อาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียง และหากไม่มีกฎหมายเช่นนั้นก็ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนขอแยกในส่วนนี้เพื่อทำการศึกษาออกเป็น 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ

- 4.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแพรอนไซส์ตามกฎหมายไทย และ
- 4.1.2 ปัญหาสำคัญบางประการของสัญญาแพรอนไซส์ภายใต้กฎหมายไทย

4.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแพรอนไซส์ตามกฎหมายไทย

โดยที่แพรอนไซส์ เป็นความสัมพันธ์ทางธุรกิจ กล่าวคือ ผู้ให้แพรอนไซส์ให้สิทธิแพรอนไซส์แก่ผู้รับสิทธิในการดำเนินธุรกิจ และผู้รับแพรอนไซส์จะชำระค่าธรรมเนียมแก่ผู้ให้สิทธิเป็นการตอบแทน สัญญาแพรอนไซส์จึงมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน และภาพของความสัมพันธ์แบบแพรอนไซส์นั้นจะปรากฏความเป็นแบบอย่างเดียวกัน (Uniformity) มีความสัมพันธ์ติดต่อกันอยู่ตลอดระยะเวลาสัญญา จากกรณีดังกล่าว มีลักษณะบางประการที่ทำให้เห็นได้ชัดว่ามีความใกล้เคียงกับสัญญาหุ้นส่วน ตัวแทน จ้างแรงงาน และการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งหากสามารถแสดงได้ว่าสัญญาแพรอนไซส์เข้าหลักของสัญญาใด ก็จะสามารถนำหลักของสัญญานั้นมาปรับใช้ได้ เพื่อให้ได้ความชัดเจนถึงลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแพรอนไซส์ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับสัญญาแพรอนไซส์กับสัญญาต่างๆดังกล่าวข้างต้น ดังต่อไปนี้

ก: สัญญาแพรอนไซส์กับสัญญาหุ้นส่วน ปกติตามสัญญาหุ้นส่วนนั้นการทำกิจการร่วมกันของหุ้นส่วนก็เพื่อแสดงว่าเป็นการกระทำของหน่วยธุรกิจเพียงหน่วย

เดี่ยว ก่อความผูกพันติดตามมา เช่น การห้ามแข่งขัน¹ และการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ ให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าชื่อทางการค้า ก็ทำให้ดูเหมือนว่าเป็นเจ้าของเดียวกัน ลักษณะเช่นนี้อาจทำให้สัญญาแฟรนไชส์มีลักษณะที่ใกล้เคียงสัญญาหุ้นส่วนอยู่บ้าง

อย่างไรก็ดีแนวความคิดที่มาของสองเรื่องนี้มีความแตกต่างกัน แฟรนไชส์เป็นเรื่องของการให้ผู้อื่นเข้ามาช่วยขยายตัวทางธุรกิจที่พัฒนาขึ้นมาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินงาน โดยอาศัยหน่วยธุรกิจอิสระอื่นเข้ามาร่วมระบบจึงสามารถกระจายผลผลิตสินค้าและบริการได้อย่างกว้างขวาง ขณะเดียวกันก็ยังคงคุณภาพมาตรฐานในระดับเดียวกันได้ แต่หุ้นส่วนเป็นเรื่องของการจัดรูปแบบองค์กรธุรกิจที่พัฒนาขึ้นมาในนามของหน่วยธุรกิจหน่วยเดี่ยวเพื่อการระดมทุนและแรงงานให้ได้มากขึ้นยิ่งกว่าจะลงทุนทำธุรกิจแต่ลำพังผู้เดียว

โดยที่ความหมายของสัญญาหุ้นส่วน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012 นั้น สัญญาหุ้นส่วนหมายถึงสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้ แต่กิจการที่ทำนั้น เพื่อแสดงว่าสัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาหุ้นส่วนหรือไม่ ลักษณะสำคัญที่แสดงว่าเป็นหุ้นส่วนและสามารถนำมาเปรียบเทียบกับสัญญาแฟรนไชส์ได้นั้น มีดังต่อไปนี้

- 1) การทำกิจการร่วมกัน ความหมายของการทำกิจการร่วมกันใน

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1038...ห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งมีสภาพคู่เดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือผู้อื่นโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ...

หุ้นส่วนจะต้องมีเจตนาทำกิจกรรมร่วมกันคือ²

- มีส่วนได้เสีย ทั้งกำไรขาดทุนร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวน
- ดูแลครอบงำจัดการ หุ้นส่วนทุกคนมีสิทธิเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ
- กิจกรรมอื่นเดียวกัน หุ้นส่วนทุกคนต้องมีความประสงค์ร่วมดำเนินการ

การดูแลครอบงำและจัดกิจกรรมอื่นเดียวกัน

ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำกิจกรรมร่วมกัน ในสัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาหุ้นส่วนโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนได้เสียนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีส่วนได้เสียทั้งกำไรและขาดทุนร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวน ผู้รับแฟรนไชส์ เป็นหน่วยอิสระที่เข้ามาลงทุนด้วยตนเอง แม้อาศัยทรัพย์สินทางปัญญาและรูปแบบการดำเนินงานของผู้ให้แฟรนไชส์ แต่ถ้าขาดทุนผู้รับแฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบเพียงลำพัง

ในเรื่องการดูแลครอบงำจัดการการเป็นหุ้นส่วนนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีสิทธิเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ แต่สำหรับแฟรนไชส์นั้นผู้ให้แฟรนไชส์เป็นฝ่ายเข้าใช้อำนาจควบคุม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาระดับมาตรฐานของคุณภาพสินค้าและหรือบริการ และคอยช่วยเหลือสนับสนุนการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ แต่ผู้รับแฟรนไชส์ไม่อาจแสดงบทบาทนี้ในกิจการของผู้ให้แฟรนไชส์ได้ และที่ผู้ให้แฟรนไชส์เข้ามาควบคุมหรือคอยให้ความช่วยเหลือนั้น เป็นเพียงการเข้าร่วมในระดับหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องของนโยบาย การวางแผน การฝึกคน ส่วนการลงมือปฏิบัติงานจริงๆ เป็นเรื่องของผู้รับแฟรนไชส์เองโดยลำพัง

ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการกิจการนั้น หุ้นส่วนต้องร่วมทำกิจการอื่นเดียวกัน อาจแบ่งหน้าที่กันได้แล้วแต่จะตกลงกัน แต่ทุกคนต้องร่วมดำเนินการดูแล

² หลวงศรีปริยชาธรรมปฐก, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท และสมาคม (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2503), หน้า 5.

แลครอบงำเพื่อจัดกิจการอันเดียวกัน เรื่องนี้สำหรับแฟรนไชส์ดูคล้ายกับว่าทั้งผู้ให้และผู้รับแฟรนไชส์ทำกิจการอันเดียวกันแต่ทางปฏิบัติไม่เป็นเช่นนั้น เพราะผู้ให้แฟรนไชส์พัฒนารูปแบบการค้า สินค้าและบริการขึ้นมาแล้วให้สิทธิผู้รับแฟรนไชส์นำกิจการนี้ไปดำเนินงานขยายตัวอีกทอดหนึ่ง โดยผู้ให้แฟรนไชส์ทำหน้าที่ให้เทคนิค ให้การฝึกอบรม ทำการตรวจสอบดูแล และส่วนผู้รับแฟรนไชส์จะทำหน้าที่นำสินค้าและบริการไปสู่ผู้บริโภคต่อไปภายใต้รูปแบบการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ จึงเป็นการทำกิจการที่มีชื่อเดียวกันแต่แยกกันเด็ดขาดคนละส่วน ไม่อาจถือว่าเป็นกิจการอันเดียวกันได้ ความหมายของการทำกิจกรรมร่วมกันในสัญญาหุ้นส่วน จึงไม่นับว่ามีปรากฏอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์

2) การแบ่งกำไร วัตถุประสงค์ในสัญญาหุ้นส่วนก็เพื่อแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการนั้น ตัวอย่างที่แสดงว่าสัญญาหุ้นส่วนจะต้องเป็นการแบ่งกำไร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1165/2521 โจทก์จำเลยทำสัญญาร่วมทุนปลูกอ้อย โจทก์ออกค่าใช้จ่ายในการปลูกจำเลยเป็นเจ้าของที่ดิน ตกลงให้ผลผลิตเป็นของทั้งสองฝ่ายร่วมกัน 3 ปี ให้โจทก์มีสิทธิตัดอ้อยขายหักค่าใช้จ่ายในการตัดอ้อยของโจทก์แล้วเหลือเงินกำไรให้แบ่งคนละครึ่ง ข้อตกลงเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นหุ้นส่วนเนื่องจากการแบ่งเงินรายได้มิใช่เป็นการแบ่งผลกำไร เพราะไม่ปรากฏว่ามี การชดเชยค่าที่ดินให้แก่จำเลย และนอกจากนี้ยังจะต้องเป็นการรับเอาทั้งกำไรขาดทุนโดยมีลักษณะของภาวะ "ล้มห้วมท้าย" ดังเช่นตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1375/2513 จำเลยส่งปอขายให้โจทก์ ในสัญญามีข้อความว่าเมื่อส่งมอบแล้วติดตามราคาท้องตลาดหักทุนแล้วเหลือกำไรเงินกำไรมาแบ่งกันฝ่ายละครึ่ง ถือเป็นข้อตกลงอีกอันหนึ่งว่า ภายหลังขายปอให้กันแล้วจะแบ่งกำไรให้จำเลยด้วยเท่านั้น ไม่ทำให้สัญญาซื้อขายกลายเป็นสัญญาหุ้นส่วน เพราะจำเลยยอมรับเอา กำไรแต่อย่างเดียว การเป็นหุ้นส่วนจึงต้องมีส่วนร่วมในกำไรขาดทุนด้วยกัน มิฉะนั้นไม่ใช่หุ้นส่วน แต่ในเรื่องของแฟรนไชส์ การที่ผู้รับแฟรนไชส์จ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ไม่ใช่เรื่องของการแบ่งกำไร แต่มีลักษณะของการแบ่งรายได้ โดยการคิดค่าธรรมเนียมซึ่งบางครั้งก็คิดจากยอดขาย หรือมีเงินนั้นก็อาจกำหนดจำนวนไว้แน่นอนแล้ว และถ้าหากขาดทุนผู้ให้แฟรนไชส์ก็ไม่ต้องมีส่วนร่วมใน

การขาดทุนนั้นด้วย สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่ใช่เรื่องของการแบ่งกำไรดังเช่นหุ้นส่วน

3) ความสัมพันธ์คู่สัญญา การเป็นหุ้นส่วนก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามมาหลายประการ³ ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินของห้างร่วมกับหุ้นส่วนอื่น การได้ส่วนแบ่งกำไร การแบ่งทรัพย์สินเมื่อเลิกห้าง มีสิทธิเข้าจัดการงานควบคุมดูแลกิจการ เป็นสิทธิส่วนตัวที่โอนให้กันไม่ได้ ความสัมพันธ์เช่นนี้จึงต้องอาศัยความซื่อสัตย์และไว้วางใจกันเป็นพิเศษ เรียกว่าหน้าที่ของความซื่อสัตย์จงรักภักดี (Fiduciary Duty) แฟรนไชส์มิได้มีลักษณะดังกล่าวที่มีในหุ้นส่วน ความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์จึงไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่เช่นนี้ ด้วยแฟรนไชส์เป็นความสัมพันธ์ทางธุรกิจ คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริตและเป็นธรรมซึ่งมีอยู่ในความสัมพันธ์ทางธุรกิจตามธรรมดาที่ไปอยู่แล้ว⁴

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น ลักษณะสำคัญที่แสดงความ เป็นหุ้นส่วนเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวแล้วแสดงให้เห็นว่า สัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้มีลักษณะของความ เป็นสัญญาหุ้นส่วนแต่อย่างใด

ข. สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาตัวแทน ผู้รับแฟรนไชส์ดำเนินกิจการภายใต้ชื่อการค้า เครื่องหมายการค้า และรูปแบบวิธีการค้าเดียวกันของผู้ให้แฟรนไชส์ นอกจากนี้ผู้ให้แฟรนไชส์ยังมีอำนาจเข้าควบคุมการ ทำงานของผู้รับแฟรนไชส์ ทำให้เราคิดว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจะเป็น ความสัมพันธ์แบบตัวแทนหรือไม่

³ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 2. (พระนคร; 2532), หน้า 75.

⁴ David J. Kaufmann, Franchising 1989, (Practising Law Institute : New York, 1989) pp. 554.

ในเรื่องของสัญญาตัวแทนนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 บัญญัติว่าหมายถึงสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการและตกลงจะทำการนั้น

ตามความในมาตรา 797 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สัญญาตัวแทนมีวัตถุประสงค์ในการทำงานแทนกันโดยอาศัยอำนาจเป็นปัจจัยสำคัญ^๕ โดยตัวการเป็นฝ่ายมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการภายในขอบอำนาจ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำของตัวแทนเป็นเสมือนการกระทำของตัวการ จึงเป็นเรื่องที่ตัวการให้อำนาจตัวแทนกระทำการใดๆภายในขอบอำนาจของตัวการ และตัวการคอยควบคุมให้ตัวแทนกระทำการภายในขอบอำนาจที่ให้ไว้ ส่วนในเรื่องของแพรนไฮส์นั้นเป็นเรื่องการได้รับสิทธิมาดำเนินการเป็นของตนเองอย่างอิสระไม่ใช่เรื่องของการได้รับอำนาจมาดำเนินการแทนผู้ใด และผู้ให้แพรนไฮส์ที่เข้าใช้อำนาจควบคุมนั้นก็เพื่อคงรักษามาตรฐานของคุณภาพไว้ ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนจึงแตกต่างจากสัญญาแพรนไฮส์ สัญญาตัวแทนเป็นเรื่องการให้อำนาจกระทำแทน แต่สัญญาแพรนไฮส์เป็นเรื่องการให้สิทธิไปดำเนินการเป็นของตนเอง

นอกจากนี้ในเรื่องวัตถุประสงค์ของการทำงานในสัญญาตัวแทน จะเห็นได้ว่าตัวแทนนั้นทำงานเพื่อประโยชน์ของตัวการโดยตัวการอาศัยตัวแทนเป็นเครื่องมือ^๖ เมื่อทำกิจการตามที่ได้รับมอบอำนาจแล้ว ตัวแทนก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพราะถือว่าท่านแทนตัวการ สำหรับการงานของผู้รับแพรนไฮส์

^๕ สัตติย์ เล็งไชสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (ศรีสมมติการพิมพ์ : 2534), หน้า 19.

^๖ ไชยเจริญ สันติศิริ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า จัดการงานนอกสิ่ง, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง : 2493), หน้า 6.

เป็นการกระทำเพื่อให้ผลประโยชน์รายรับตกเป็นของผู้รับพรนไซส์เองทั้งสิ้น มิได้กระทำแทนหรือเพื่อประโยชน์ของผู้ใด วัตถุประสงค์ของการกระทำระหว่างตัวแทนกับผู้รับพรนไซส์จึงแตกต่างกันอย่างชัดเจน

สำหรับในเรื่องของความสัมพันธ์ของสัญญาตัวแทนนั้น ต้องอาศัยความไว้วางใจกันเป็นพิเศษตัวแทนมีหน้าที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์จงรักภักดี (Fiduciary Obligation) เพราะเป็นการกระทำเพื่อตัวการเสมือนหนึ่งตัวการกระทำการนั้นด้วยตนเอง ย่อมไม่นำเอาประโยชน์ผู้อื่นมาขัดกับประโยชน์ตน ตัวแทนจะเข้าทำนิติกรรมใดๆในนามของตนเองหรือของบุคคลอื่นให้ผูกพันตัวการโดยอาศัยโอกาสที่ตนกระทำการเป็นตัวแทนโดยมิได้รับความยินยอมจากตัวการไม่ได้⁷ หน้าที่นี้เป็นหน้าที่สำคัญที่มีอยู่ในสัญญาตัวแทนซึ่งกรณีดังกล่าวแตกต่างไปจากสัญญาพรนไซส์ซึ่งไม่มีหน้าที่ถึงขนาดเช่นนั้น⁸

ดังนั้นสัญญาพรนไซส์จึงไม่ใช่สัญญาตัวแทนแม้จะดู เหมือนว่าเป็นตัวแทน เพราะมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนทั้งหลักของกาการทำงาน วัตถุประสงค์ในการทำงาน รวมทั้งลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

ค. สัญญาพรนไซส์กับสัญญาจ้างแรงงาน ลักษณะที่ผู้ให้พรนไซส์เข้าใช้อำนาจควบคุม และคอยให้ความช่วยเหลือการทำงานแก่ผู้รับพรนไซส์จะทำให้สัญญาพรนไซส์มีลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 สัญญาจ้างแรงงาน

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 805

⁸ สัญญาพรนไซส์ไม่มีหน้าที่ Fiduciary duty ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อของการเปรียบเทียบกับสัญญาหุ้นส่วน

หมายถึงสัญญาระหว่างบุคคลหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้าง ตกลงทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ สัญญาจ้าง แรงงานจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือลูกจ้างทำงานให้นายจ้างและ นายจ้างให้สินจ้างเป็นการตอบแทน ส่วนสัญญาแฟรนไชส์ก็เป็นสัญญาต่างตอบแทน คือฝ่ายหนึ่งให้สิทธิแฟรนไชส์แก่ผู้รับ และฝ่ายผู้รับจ่ายค่าธรรมเนียมนแฟรนไชส์ให้ เป็นการตอบแทน เนื้อหาหลักในสัญญาทั้งสองจึงแตกต่างกัน

ตามความในมาตรา 575 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ลักษณะสำคัญของ สัญญาจ้างแรงงานคือ ตัวลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องทำงานให้แก่นายจ้างและอยู่ภาย ใต้บังคับบัญชาของนายจ้าง นายจ้างนั้นเมื่ออำนาจควบคุมบังคับบัญชาการทำงาน ของลูกจ้างตามมาตรา 583^๑ การทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาเป็นสิ่ง จำเป็นที่แสดงถึงลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน มิฉะนั้นจะทำให้กลายเป็นสัญญา จ้างทำของ หลักที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ จะพิจารณาจากเรื่อง เหล่านี้^{๑๐} คือ

1. นายจ้างมีอำนาจเลือกลูกจ้างหรือไม่
2. จ่ายสินจ้างค่าตอบแทนหรือไม่

ศูนย์วิทยทรัพยากร

มาตรา 583 ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วย กฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่ง เช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็ดี ละทิ้งการงาน ไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมควรแก่ การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้า หรือให้สินไหมทดแทนก็ได้

^{๑๐} กมล สันธิเกษตวัน, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2515),

3. มีสิทธิควบคุมวิธีทำงานหรือไม่ และ
4. สิ่งพนักงานบอกเลิกการจ้างได้หรือไม่

สัญญาจ้างแรงงานเห็นอำนาจจัดการควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้างเป็นสำคัญ ถึงแม้ว่าจะขาดความบางข้อไปบ้างก็ตาม

ในความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์ ในเรื่องของ การควบคุมบังคับบัญชานั้น จะปรากฏลักษณะของการควบคุม เช่นที่ปรากฏในสัญญาจ้างแรงงานด้วยเช่นกัน แต่การควบคุมในสัญญาแฟรนไชส์ มีวัตถุประสงค์หลักเพียงเพื่อรักษาคุณภาพมาตรฐานของสินค้าและบริการเท่านั้น ไม่ไปไกลถึงขนาดอำนาจการควบคุมที่มีในการจ้างแรงงานดังกล่าวข้างต้น กรณีที่มีการใช้อำนาจควบคุมที่มากเกินไปสมควรอาจทำให้ความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์มีลักษณะของการจ้างแรงงานได้ คดี Quirk V. Atlanta Stove Works, Inc. 537 F. Supp. 907 (E.D. Wis. 1982)¹¹ คดีนี้ตามหลักกฎหมายไทยสำหรับประเด็นที่วินิจฉัยว่าเป็น นายจ้างลูกจ้างกันหรือไม่ก็คงเป็นไปในทำนองเดียวกัน การวินิจฉัยว่าเป็น นายจ้างลูกจ้างกันหรือไม่ถือตามความจริงที่ปฏิบัติงานว่ามีการควบคุมและมีการให้ ลินจ้างตามเวลาที่ทำงานให้หรือไม่ แม้ข้อความในสัญญาจะเรียกว่าเป็นสัญญา อย่างใดก็ไม่สำคัญ¹² ได้มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้ คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 1206/2500 คดีนี้จำเลยจ้าง ค. เป็นผู้ดูแลรักษาแพซัง มีหนังสือ สัญญารับฝากและให้ค่าจ้างเช่าเป็นรายเดือน เมื่อแพซังของจำเลยขาดลอยตามน้ำ ไปโดนเสาเรือนโรงก็เกิดความเสียหายเช่นนี้ ศาลพิพากษาให้จำเลยร่วมรับผิดชอบ ค. โดยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า ลักษณะการจ้างของจำเลยเป็นสัญญาจ้าง

¹¹ ดู หน้า 20.

¹² พจน์ ปุษปาดม, ละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯการพิมพ์ : 2525) หน้า 244.

แรงงานตรงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 575 คือ ค. เป็นลูกจ้างของ
 จำเลย ตกลงจะทำงานเฝ้าดูแลรักษาแพชิ่งของจำเลยซึ่งเรียกว่านายจ้าง และ
 จำเลยตกลงจะให้เงินเป็นสินจ้างตลอดเวลาที่ ค. เฝ้าดูแลรักษาแพชิ่งให้ เมื่อ
 ค. ประมาทเลินเล่อไม่ดูแลระมัดระวังแพชิ่งที่ตนมีหน้าที่ตามสัญญา เป็นเหตุให้
 แพชิ่งขาดลอยไปตามกระแสน้ำชนเสา เรือจนโจทก์เสียหาย ย่อมเป็นการละเมิด
 นายจ้างคือจำเลยย่อมต้องร่วมรับผิดชอบ ค. ซึ่งเป็นลูกจ้างในผลแห่งการละเมิด
 นั้นตามมาตรา 425

และเมื่อพิจารณาถึงเรื่องหนี้ในสัญญาจ้างแรงงานแล้วก็จะเห็นได้ว่า
 ในสัญญาจ้างแรงงานนั้น ลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องทำงานให้กับนายจ้างเพื่อแลกกับ
 สินจ้าง แต่ในสัญญาแพนไชน์หนี้ของผู้รับแพนไชน์ไม่ใช่เรื่องการต้องทำงานแก่ผู้
 ให้แพนไชน์ หนี้ของผู้รับแพนไชน์คือต้องชำระค่าธรรมเนียมเพื่อตอบแทนการ
 ได้รับสิทธิแพนไชน์ หนี้ในระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาแพนไชน์จึงแตกต่างกันอย่างชัดเจน

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในสัญญาจ้างแรงงานแล้ว
 ตามสัญญาจ้างแรงงาน กรณีจะต้องทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้
 ใต้ความควบคุมดูแลบังคับบัญชาของนายจ้างให้ความสำคัญแก่ตัวบุคคล การทำ
 งานจึงต้องอาศัยหลักความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary Relationship)
 แต่ Fiduciary Relationship ไม่มีในสัญญาแพนไชน์

ดังนั้น ในระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาแพนไชน์ปรากฏว่าทั้ง
 เนื้อหาสาระสำคัญแห่งหนี้และลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้นมีความแตกต่างกัน
 และสัญญาแพนไชน์แม้จะปรากฏลักษณะการควบคุมการทำงานเช่นเดียวกัน แต่
 การควบคุมในสัญญาแพนไชน์นั้นมีความแตกต่างไปจากการควบคุมในสัญญาจ้าง
 แรงงาน จึงถือว่าสัญญาแพนไชน์ไม่มีลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน

ง. สัญญาแพนไชน์กับสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้า เป็นสิ่งที่สร้างเชื่อมั่นใจให้แก่ผู้บริโภค เพราะจะแสดงถึงคุณภาพและผู้ที่เป็นเจ้าของสินค้า ด้วยระบบตลาดแบบเสรีต้องการกระจายการผลิตทำให้เกิดมีการถ่ายทอดเครื่องหมายการค้าให้แก่กัน ในด้านของผู้เป็นเจ้าของนั้นก็ต้องการควบคุมครองให้แก่เครื่องหมายการค้าของตน แต่เนื่องจากในแต่ละท้องถิ่นมีระดับความคุ้มครองไม่เท่ากัน หนทางออกของเรื่องนี้ก็โดยวิธีทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแทนที่จะอาศัยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเพียงอย่างเดียว¹³

โดยปกติเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว จะทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนก็ได้¹⁴ ภาระหน้าที่ที่ติดตามมาก็คือต้องรักษาคุณภาพให้ได้มาตรฐานเดียวกัน ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีอำนาจควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้ได้รับสิทธิ¹⁵ ถ้าหากเจ้าของไม่อาจควบคุมคุณภาพสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นได้อย่างแท้จริงแล้ว เจ้าของและผู้ได้รับอนุญาตอาจร่วมกันขอต่อนายทะเบียนให้สั่งเพิกถอนการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าได้¹⁶ สำหรับแฟรนไชส์เป็นเรื่องการให้สิทธิจัดจำหน่ายสินค้าและบริการภายใต้ชื่อการค้าและเครื่องหมายการค้า นอกจากผู้ให้แฟรนไชส์ต้องควบคุมคุณภาพสินค้าและบริการแล้ว ยังต้องให้ลักษณะการค้าเป็นงานเป็นแบบอย่างเดียวกันทั้งหมดด้วย เพราะลักษณะการค้าเป็นงานแบบแฟรนไชส์จะต้องถอดรูปแบบค้าเป็นงานให้เป็นอย่างเดียวกันทั้งหมด โดยผู้รับแฟรนไชส์ต้องรับมาให้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹³ Richard P. Rozek. "Protection of Intellectual Property Through Licensing : Efficiency Considerations." Journal of World Trade . 22(1988) : 27.

¹⁴ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68

¹⁵ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68(1)

¹⁶ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 72(2)

หมดทั้งชุด (Package)¹⁷ ในชุดนั้นมืองค์ประกอบสำคัญอันเป็นแกนหลักของเรื่อง คือเครื่องหมายการค้า¹⁸ นอกจากนี้ก็เป็นพวกทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ (แล้วแต่ประเภทของธุรกิจ) โดยรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาประเภทไม่มีกฎหมายรองรับด้วย เช่น ความลับทางการค้า ข้อมูลการผลิต เพื่อให้การค้าเนินกิจการมีรูปแบบเดียวกัน (Uniformity) สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเพียงอย่างเดี๋ยวจึงไม่ใช่เรื่องของสัญญาแพรนไฮส์

นอกจากนี้การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีได้ทั้งประเภทที่อนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive license) และประเภทไม่จำกัดการใช้สิทธิแต่ผู้เดียว โดยเจ้าของสิทธิยังอนุญาตให้ผู้อื่นมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านั้นได้อีก (Non-exclusive license)¹⁹ แต่สำหรับการให้สิทธิแพรนไฮส์นั้นจะไม่ใช่เป็นการจำกัดการใช้สิทธิแต่ผู้เดียวหรือ exclusive right เพราะระบบการค้าเนินงานจะมีการให้สิทธิแก่ผู้รับแพรนไฮส์ซึ่งสามารถขยายตัวออกไปได้อย่างกว้างขวาง และผู้ให้แพรนไฮส์เองก็อาจเปิดร้านค้าเนินการเช่นเดียวกับผู้รับแพรนไฮส์ของตนได้อีก

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมาย

¹⁷ พิเศษ เสตเสถียร. "กฎหมายแพรนไฮส์." วารสารกฎหมาย (ตุลาคม 2531) : 1-5.

¹⁸ O.L. Warren, G.C. Markuson, G. Glickman, Warren's Forms of Agreement Business Forms (New York : Bender & Co.; Inc., 1989), p. 11-4.11.

¹⁹ บุญมา เตชะวณิช, "ประเด็นสำคัญในการเจรจาและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการผลิตและเครื่องหมายการค้าและสัญญาแพรนไฮส์," เอกสารสำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2534. 4-5. (อัดสำเนา)

การค้าไม่ใช่สัญญาแพรอนไซส์ และสัญญาแพรอนไซส์ก็ไม่ใช่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของสัญญาแพรอนไซส์เสมอ

ดังนั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาแพรอนไซส์กับสัญญาหุ้นส่วน ตัวแทนจ้างแรงงาน หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า แม้ลักษณะบางประการในสัญญาแพรอนไซส์ดูว่ามีความใกล้เคียงและน่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาต่างๆ ที่กล่าวมา แต่ก็ไม่ปรากฏว่าสัญญาแพรอนไซส์มีลักษณะเป็นสัญญาเหล่านั้นแต่ประการใด สัญญาแพรอนไซส์จึงมีลักษณะเฉพาะของตนเอง เป็นสัญญาที่ไม่ปรากฏชื่อในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญา

หลักของนิติกรรมสัญญานั้นอาศัยความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ซึ่งมาจากหลักที่ว่า การใดผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายใดๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอื่นเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ก็มีผลบังคับได้^{๒๐} ตามกฎหมายเมื่อเป็นนิติกรรมแล้วก็บังคับกันได้ โดยต้องอยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ที่ว่าด้วยหลักทั่วไป และบรรพ 2 ที่ว่าด้วยเรื่องหนี้ เอกชนจึงแสดงเจตนาทำนิติกรรมรูปแบบใดให้เกิดผลทางกฎหมายประการใดก็ได้ตามที่ประสงค์ ด้วยเป็นเรื่องส่วนตัวเสียของตนเองโดยเฉพาะ และกฎหมายก็รับบังคับบัญชาให้แม้ไม่อยู่ในลักษณะของเอกเทศสัญญาใดแสดงถึงเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา ซึ่งต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดไว้ ได้แก่ มาตรา 113 ที่ว่า การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นท่านว่าเป็นโมฆกรรม โดยนัยที่กลับกันก็สามารถวางหลักได้สอดคล้องและตรงกับสภาวะที่ว่า "สิ่งใดกฎหมายไม่ห้าม

^{๒๐} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 114

ยอมทำได้" (Tout ce qui n'est pas defendu par la loi est permis)

หลักเกณฑ์แห่งเสรีภาพของการแสดงเจตนา และความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาจะส่งผลเกี่ยวแก่กรณีดังต่อไปนี้²¹ คือ

1. บุคคลจะแสดงเจตนาทำนิติกรรมใดๆหรือให้มีรูปแบบที่แปลกไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ได้ โดยมีข้อจำกัดเพียงมิให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
2. ผลแห่งนิติกรรมก็คือผลซึ่งผู้เป็นฝ่ายในนิติกรรมนั้นมุ่งหมาย
3. หน้าที่ศาลคือต้องค้นหาเจตนาของคู่กรณี และศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่คำนึงถึงเจตนาของคู่กรณีไม่ได้
4. คู่กรณีที่แสดงเจตนาอย่างใดไปแล้ว นิติกรรมที่เกิดขึ้นนั้นจะเปลี่ยนแปลงได้ก็โดยเจตนาของคู่กรณีเดิม หรือนิติกรรมจะระงับไปก็โดยเจตนาของคู่กรณีที่ประสงค์จะให้เป็นอย่างนั้น และ
5. ในการตีความศาลจะต้องคำนึงถึงเจตนาภายในซึ่งเป็นเจตนาสำคัญอันแท้จริง

ตัวอย่างของนิติกรรมสัญญาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 411/2476 สัญญาเล่นแชร์ เปียหายแม้ไม่มีชื่อในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือในกฎหมายประเทศอื่นใด ศาลก็รับบังคับให้ในฐานะนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่งตั้งนั้นในทำนองเดียวกันสัญญาแพนไฮส์ก็มีผลบังคับได้ แม้ไม่มีการเรียกชื่อหรือรับรองไว้ในกฎหมายก็ตาม

²¹ พวงผกา บุญโสภณาคย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติและกรรมสัญญา, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง : 2519), หน้า 14-15.

เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์มีลักษณะเฉพาะ ไม่เข้าหลักของสัญญาใดที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งใกล้เคียงหรือน่าจะเป็นดังกล่าวข้างต้น การไม่มีกฎหมายแฟรนไชส์บัญญัติไว้โดยตรงจึงต้องอาศัยหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับ เว้นแต่บางเรื่องในสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงอยู่แล้ว ก็ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายนั้นๆ เช่น การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

ในการทำสัญญาแฟรนไชส์โดยทั่วไปจะมีการนำคำว่า "ซื้อ-ขาย" (Sale หรือ Purchase) มาใช้ ตามความหมายของ "ซื้อขาย" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 453 นั้น หมายถึงสัญญาที่ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย การซื้อขายจึงเป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์เป็นความหมายที่เข้าใจและใช้กันอยู่ทั่วไป แต่สำหรับแฟรนไชส์เป็นเรื่องของการรวมอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งมีแก่นหลักของเรื่องคือการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้านั้นไม่อาจถือว่ามีกรรมสิทธิ์^{๒๒} แต่ผู้เป็นเจ้าของเป็นผู้มีสิทธิเหนือเครื่องหมายการค้า โดยที่เครื่องหมายการค้านั้นอาจมีการโอนให้แก่กันได้ หรือว่าจะมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าก็ได้ เกี่ยวกับกรณีของเครื่องหมายการค้าในสัญญาแฟรนไชส์นั้นจะเป็นเรื่องของการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่จัดอยู่ในประเภท non-exclusive license จึงยังสามารถอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นได้อีกและยิ่งไปกว่านั้นคู่มือการทำงาน (Operating Manual) ซึ่งเป็นเรื่องของบรรดาข้อมูลความลับทางการค้าก็จะต้องส่งมอบคืนแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ภายหลังเมื่อเลิกสัญญา ดังนั้นสัญญาแฟรนไชส์จึงไม่ใช่เรื่องของการโอนสิทธิหรือโอนกรรมสิทธิ์ แต่อย่างใด การใช้คำว่า "ซื้อขาย" สำหรับแฟรนไชส์จึงไม่ตรงกับความหมายของคำว่า "ซื้อขาย" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

^{๒๒} สมบูรณ์ บุญรินทร์, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีเครื่องหมายการค้า เอกสารสำนักงานอนุญาโตตุลาการ," กระทบขุติธรรม 2534. (อึดสำเนา).

นอกจากที่กล่าวแล้วข้างต้น ยังมีข้อที่นำคิดอีกประการหนึ่งคือ เรื่องแบบของสัญญาแพรนไฮส์ ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายของไทยบัญญัติ เรื่องแบบของสัญญาแพรนไฮส์ไว้ ดังนั้น การแสดงเจตนา คำเสนอและคำสนองรับตกลงกันเป็นอันสมบูรณ์ ไม่ว่าจะกระทำด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบสำคัญของแพรนไฮส์ซึ่งเป็นเรื่องการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ในส่วนของ การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ข้อกำหนดนี้เฉพาะเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในประเทศไทย²³ คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียนด้วย แต่เพื่อความชัดเจนแน่นอนในการกำหนดรายละเอียดและสะดวกแก่การบังคับตามสิทธิ จึงมักจะทำสัญญาแพรนไฮส์เป็นหนังสือ

4.1.2 ปัญหาบางประการของสัญญาแพรนไฮส์ภายใต้กฎหมายไทย
 การทำสัญญาภายใต้กฎหมายไทยที่มีระบบเศรษฐกิจการค้าเสรียึดถือหลักการที่ให้เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) เอกชนจึงมีเสรีภาพในการทำสัญญาผูกพันตนเองให้เป็นเช่นไรก็ได้ตามใจสมัคร ถ้าหากว่าสัญญานั้นไม่เป็นที่ยกเว้นห้ามตามกฎหมาย และมีปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่สนับสนุนหลักของเสรีภาพในการทำสัญญาก็คือ คู่สัญญาควรจะต้องมีอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกัน ด้วยกลไกของแพรนไฮส์ที่มีลักษณะเฉพาะนั้นเอง ในบางสถานการณ์อาจส่งผลให้อำนาจการต่อรองตกได้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งมีความแตกต่างกันเป็นอันมาก และจะนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่น่าสนใจหลายเรื่อง ได้แก่

- ก. ปัญหาว่าด้วยการเข้าทำสัญญา
- ข. ปัญหาว่าด้วยข้อกำหนดในสัญญา
- ค. ปัญหาว่าด้วยการเลิกสัญญา

²³ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68.

ก. ปัญหาว่าด้วยการเข้าทำสัญญา ในบางสถานการณ์จากกลไกของระบบแฟรนไชส์เองได้เอื้ออำนวยให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีอำนาจการต่อรองที่สูงกว่าการมีอำนาจการต่อรองที่สูงกว่าทำให้มีการเอาเปรียบกันได้ง่าย เช่น เรื่องของการเข้าทำสัญญา เพราะผู้ให้แฟรนไชส์เป็นเจ้าของกิจการ เป็นผู้มีประสบการณ์ความรู้ความสามารถ จึงทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลต่างๆทางธุรกิจ แฟรนไชส์ทั้งข้อดีข้อเสียได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ยังเป็นผู้ร่างและวางข้อกำหนดต่างๆในสัญญา ดังนั้น การที่รับโอนขาดความรอบคอบไม่ศึกษาและไม่มีโอกาสศึกษาข้อมูลต่างๆให้เพียงพอ การปราศจากอำนาจในการต่อรองฯ สิ่งเหล่านี้เป็นหนทางให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องรับเอาข้อกำหนดที่หนักยิ่งกว่าปกติได้ง่าย หรือเข้าทำสัญญากับผู้ให้แฟรนไชส์ที่ธุรกิจนั้นไม่มีคุณค่าถึงขนาดจะทำให้เป็นแบบแฟรนไชส์ พฤติการณ์เช่นนี้ก่อความสูญเสียอย่างใหญ่หลวงทางเศรษฐกิจในสหรัฐอเมริกาแล้วในจำนวนวงเงินมหาศาล ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากการที่ได้รับความนิยมและมีอัตราการเติบโตของแฟรนไชส์ที่สูงมาก ในช่วงที่แฟรนไชส์เติบโตและได้รับความนิยมนี้เอง (ปี 1960-1970) ได้เกิดมีความผิดพลาดของระบบ เพราะการขาดจริยธรรม ความโง่เขลาของผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้รับแฟรนไชส์ และผู้ประกอบการที่ทุจริต²⁴ เช่นพฤติการณ์ที่ผู้ให้แฟรนไชส์จำนวนมากอาศัยโอกาสที่มีฐานะของอำนาจการต่อรองที่สูงกว่าในกิจการทำสัญญาซื้อขายแฟรนไชส์ โดยผู้ให้แฟรนไชส์จะแสดงว่าแฟรนไชส์นี้สามารถทำกำไรได้สูง แท้จริงแล้วอาจมีการปิดบังค่าใช้จ่ายอื่นที่ซ่อนเร้น มีการอาศัยผู้มีชื่อเสียงเข้ามาส่งเสริมการขาย หรือสร้างสภาวะการณ์ให้ดูเหมือนจะมีการแย่งกันเข้าซื้อ เพื่อขจัดและป้องกันปัญหา เช่นนี้ มีการหาทางออกโดยบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลสำคัญอันจำเป็น เพื่อประกอบการตัดสินใจก่อนเข้าทำสัญญาและให้

²⁴ ประมวลการว่าเพียงระหว่างปี 1972-1980 เฉพาะชาวนิวยอร์กกว่า 14,000 คน ต้องสูญเสียเงินราวๆ 40 ล้านดอลลาร์จากการฉ้อฉลในแฟรนไชส์ และในมลรัฐอื่นๆก็เช่นเดียวกัน

เวลาสำหรับพิจารณาข้อมูลดังกล่าวในช่วงระยะเวลาหนึ่ง นับเป็นสิ่งสำคัญและเป็นประโยชน์ช่วยในการวางแผนตัดสินใจได้เป็นอย่างดี

Federal Trade Commissions (FTC) ได้หาหนทางแก้ไข โดยกำหนดแบบฟอร์มการเปิดเผยข้อมูลก่อนมีการซื้อขายแฟรนไชส์ไว้ และเนื่องจากมีรูปแบบของการเปิดเผยข้อมูลที่หลายหลากในแต่ละมลรัฐ เพื่อความสะดวกและอนุโลมตามรัฐต่างๆ ในปี 1977 คณะกรรมการ Midwest Securities Commissioners จึงได้พัฒนาแบบฟอร์มที่เรียกว่า The Uniform Franchise Offering Circular (UFOC) ขึ้นมา ปรากฏว่าแบบฟอร์มการเปิดเผยข้อมูลของ UFOC ได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้กันอย่างกว้างขวาง โดยที่ในส่วนของ FTC นั้นยินยอมให้ผู้ให้แฟรนไชส์อาศัยใช้ตามรูปแบบของ UFOC ได้ แต่ในทางกลับกันรัฐส่วนใหญ่ที่ใช้ของ UFOC กลับไม่ยินยอมให้ใช้ของ FTC ดังนั้นผู้ให้แฟรนไชส์ส่วนใหญ่จึงพอใจที่จะหันมานิยมใช้ตามรูปแบบของ UFOC²⁵ ด้วยเหตุนี้รูปแบบการเปิดเผยข้อมูลของ UFOC จึงได้รับการยอมรับและใช้กันทั่วไป โดยมีข้อกำหนดเรื่องการเปิดเผยข้อมูลก่อนการซื้อแฟรนไชส์ไว้ในระยะเวลาที่กำหนด โดยวิธีจัดระเบียบหนังสือชี้ชวน มุ่งคุ้มครองให้เกิดสภาพบังคับใช้อย่างจริงจังจะทำให้เกิดความเชื่อมั่นในการลงทุน ช่วยสร้างสรรค์ให้การตัดสินใจซื้อขายแฟรนไชส์กระทำกันอย่างชาญฉลาด และด้วยความพิถีพิถัน ภายใต้อำนาจการของควมมีเหตุผลและข้อมูลที่สมบูรณ์ถูกต้อง

แนวทางการเปิดเผยข้อมูลของ UFOC มีเนื้อหาในเรื่องเหล่านี้

1. ผู้ให้แฟรนไชส์และผู้เริ่มต้น (Predecessor) ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อที่อยู่ ลักษณะการดำเนินธุรกิจ ประสบการณ์ทางธุรกิจ ข้อมูลอื่นๆเกี่ยวกับผู้ให้

²⁵David J. Kaufmann, Franchising 1989, (Practising Law Institute : New York, 1989) pp. 49.

แฟรนไชส์ บรรยายภาพรวมทางธุรกิจและแฟรนไชส์ที่จะขาย



2. แสดงถึงเอกลักษณ์และประสบการณ์ทางธุรกิจของผู้เกี่ยวข้องกับ
ผู้ให้แฟรนไชส์ และนายหน้าขายแฟรนไชส์ ชื่อประวัติและข้อมูลทางวิชาชีพ
ของบรรดาเจ้าหน้าที่ ผู้อำนวยการ และฝ่ายบริหารของผู้ให้แฟรนไชส์

3. การเป็นคดีความ ประวัติการ เป็นคดีความทั้งแพ่งและอาญา
ของผู้ให้แฟรนไชส์ และประเด็นสำคัญ โดยเปิดเผยในรายละเอียด

4. การล้มละลาย ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายของผู้ให้
แฟรนไชส์ เจ้าหน้าที่ ผู้อำนวยการ หักส่วน และผู้ก่อตั้งบริษัท

5. ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเบื้องต้น บรรยายถึงค่า
ธรรมเนียมต่างๆที่จะเรียกเก็บเนื่องในการขายแฟรนไชส์ รวมทั้งค่าธรรมเนียม
การสมัคร

6. ค่าธรรมเนียมอื่น แสดงถึงค่าธรรมเนียมอื่นๆซึ่งผู้รับแฟรนไชส์
ต้องชำระแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ รวมทั้งค่า royalties ค่าบริการ การฝึกอบรม ค่า
ใช้จ่ายในการเข้ารายการการโฆษณา และการซื้อสินค้า

7. การลงทุนเบื้องต้นของผู้รับแฟรนไชส์ รายละเอียดเกี่ยวกับค่า
ใช้จ่ายทั้งหมดที่ผู้รับแฟรนไชส์ต้องลงทุน จะต้องชำระให้ใคร และค่าใช้จ่ายนั้น
สามารถเรียกคืนได้หรือไม่

8. ข้อมูลพันให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องซื้อหรือเช่าจากแหล่งที่กำหนด
บรรยายถึงการใช้ผู้รับแฟรนไชส์ผูกพันต้องซื้อหรือเช่าสินค้า บริการ อะไหล่
อุปกรณ์ เครื่องมือ การประดิษฐ์ หรืออสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนด รวมทั้งต้อง
แสดงว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีรายได้จากผลของข้อกำหนดการซื้อดังกล่าวหรือไม่

ความสำคัญและจำเป็นที่ต้องกำหนดให้ชื่อ เช่นนั้น

9. ข้อมูลพื้นที่ให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องซื้อหรือเช่าจากผู้ส่ง (supplier) ที่ระบุ หรือต้องได้รับการยินยอม บรรยายถึงข้อมูลให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องซื้อสินค้า บริการ อุปกรณ์ เครื่องมือ การประดิษฐ์ หรือสิ่งหาวัตถุดิบจากผู้ส่งที่ผู้ให้แฟรนไชส์ระบุ หรือมิฉะนั้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้แฟรนไชส์ สรุปแล้วการเปิดเผยนี้ต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวกับการกำหนดให้ชื่อ หรือต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้แฟรนไชส์ และผู้ให้แฟรนไชส์มีรายได้จากการชื่อ เช่นนั้นหรือไม่
10. ข้อตกลงทางการเงิน ระยะเวลาและเงื่อนไขทางการเงินที่เสนอมาในสัญญา ไม่ว่าโดยตรงหรืออ้อมจากผู้ให้แฟรนไชส์ หรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง
11. ภาระหน้าที่ของผู้ให้แฟรนไชส์ การกำกับดูแลอื่นๆ การให้ความช่วยเหลือหรือบริการ บรรยายถึงภาระหน้าที่ทั้งหมดที่ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องกระทำ ทั้งก่อนและระหว่าง เวลาดำเนินการธุรกิจพร้อมไปกับการควบคุมอื่น การให้ความช่วยเหลือหรือบริการซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์ได้จัดเตรียมการคัดเลือกสถานที่ไว้ แม้จะไม่มีข้อมูลมัดในสัญญาให้ทำ เช่นนั้นก็ตาม และบรรยายถึงรายการฝึกอบรมในรายละเอียด
12. สิทธิผูกขาดในพื้นที่หรืออาณาเขต บรรยายถึงการได้รับสิทธิผูกขาดในพื้นที่ตามสัญญาที่กำหนด
13. เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ชื่อการค้า logotypes และสัญลักษณ์การค้า บรรดาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ของผู้ให้แฟรนไชส์ ต้องเปิดเผยรวมถึงการจดทะเบียน และขยายความไปถึงการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ผูกพันตนเพื่อปกป้องสิทธิของผู้รับแฟรนไชส์ที่จะใช้ชื่อหรือเครื่องหมายนั้น

14. สิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรหรือลิขสิทธิ์ของผู้ให้แพรอนไซส์ สิทธิที่ให้แก่ผู้รับแพรอนไซส์ภายใต้สัญญาแพรอนไซส์
15. ข้อผูกพันให้ผู้รับแพรอนไซส์ร่วมมือดำเนินธุรกิจแพรอนไซส์ บรรยายถึงภาระหน้าที่ทั้งหมดที่ผู้รับแพรอนไซส์ต้องเข้าไปมีส่วนดำเนินธุรกิจด้วยตนเอง
16. ข้อจำกัด (restrictions) สินค้าและบริการที่ผู้รับแพรอนไซส์
เสนอ ผู้ให้แพรอนไซส์ จะมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขต่อผู้รับแพรอนไซส์ในการเสนอขายสินค้าและบริการ หรือจำกัดไปถึงลูกค้าผู้ซึ่งจะขายสินค้าหรือบริการ
17. การต่อสัญญา เลิกสัญญา ข้อคืน แก้ไขเปลี่ยนแปลงการโอน
แพรอนไซส์ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง เป็นหัวข้อสำคัญที่ต้องแสดงรายละเอียดเพิ่มเติมในเรื่องระยะเวลาของสัญญา เงื่อนไขที่ผู้รับแพรอนไซส์จะต่อหรือยืดอายุสัญญาแพรอนไซส์ เงื่อนไขการปฏิเสธการต่อสัญญาหรือยืดอายุสัญญาหรือเลิกสัญญาของทั้งผู้ให้แพรอนไซส์กับผู้รับแพรอนไซส์ หน้าที่ของผู้รับแพรอนไซส์ภายหลังการบอกเลิกสัญญาหรือภายหลังที่สัญญาหมดอายุ ผลประโยชน์ที่ผู้รับแพรอนไซส์จะได้รับจากการเลิกสัญญา หรือจากการที่ผู้ให้แพรอนไซส์ปฏิเสธการต่อสัญญาหรือยืดอายุสัญญาแพรอนไซส์ เงื่อนไขที่ผู้ให้แพรอนไซส์จะข้อคืน สิทธิของผู้ให้แพรอนไซส์ ในการเลือกที่จะปฏิเสธหรือจะซื้อเป็นคนแรก (first refusal) เงื่อนไขที่ทั้งผู้ให้แพรอนไซส์และผู้รับแพรอนไซส์ จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา การตกทอดแห่งสิทธิของทายาทหรือผู้แทนผู้รับแพรอนไซส์ เนื่องจากผู้รับแพรอนไซส์ตายหรือไร้ความสามารถ และข้อกำหนดใดๆที่จะไม่ทำการแข่งขัน

18. ระเบียบจัดการว่าด้วยบุคคลที่มีชื่อเสียง^{๒๐} มีข้อกำหนด
เกี่ยวกับการนำบุคคลที่มีชื่อเสียงเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ จำนวนค่าตอบแทนหรือ
ประโยชน์ที่ให้เป็น การตอบแทน สิทธิผู้รับแพรนไฮส์ที่จะใช้ชื่อผู้มีชื่อเสียงนั้นมาใช้
ในเชิงการค้า ภายใต้การจัดการหรือควบคุมของผู้ให้แพรนไฮส์ และการลงทุนทั้ง
หมดเกี่ยวกับผู้มีชื่อเสียงในการดำเนินธุรกิจแพรนไฮส์

19. ข้อมูลการขาย จำนวนเฉลี่ย เป้าหมาย หรือการทำนายผล
กำไรหรือเงินได้ เป็นข้อสำคัญที่สุดเรียกชื่อรวมว่า "earning claims"
หมายถึงข้อมูลที่ให้เพื่อประโยชน์และเป็นแนวทางแก่ผู้ที่จะเป็นผู้รับแพรนไฮส์
แสดงช่วงระยะกลางของศักยภาพการขาย ค่าใช้จ่าย รายรับ หรือกำไรของ
แพรนไฮส์ แผนผัง ตาราง ตัวเลข แสดงผลลัพธ์ที่เป็นไปได้ซึ่งตั้งอยู่บนราก
ฐานของหลายๆตัวแปร เช่น ราคา และจำนวนปริมาณที่มีผลต่อยอดขาย ที่จะทำ
ให้ผู้รับแพรนไฮส์สามารถหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยได้โดยง่าย

20. ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ให้แพรนไฮส์และผู้รับแพรนไฮส์ ต้องแสดงถึง
จำนวนตัวเลขของผู้รับแพรนไฮส์ทั้งหมดในสายงาน และจำนวนแพรนไฮส์ที่ขาย
ไปแล้วแต่ยังมีได้เปิดดำเนินการ ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ก่อนของผู้รับ
แพรนไฮส์ทั้งหมด จำนวนแพรนไฮส์ที่ขายข้ามชาติ

21. ฐานะทางการเงิน ผู้ให้แพรนไฮส์ต้องแสดงสินทรัพย์และหนี้
สินระยะ 3 ปีล่วงหน้าก่อนจดทะเบียน

^{๒๐} หัวข้อนี้ก็เพื่อต่อต้านผลร้ายจากการอาศัย "ชื่อของผู้มีชื่อเสียง"
เป็นการประหยัลดการค่าใช้จ่ายเพื่อแลกกับการใช้ชื่อเหล่านั้น ผู้รับแพรนไฮส์
หลายรายต้องสูญเสียเงินลงทุนโดยใช่เหตุ เมื่อผลปรากฏว่าผู้มีชื่อเสียงเช่นว่านั้น
เข้ามามีบทบาทร่วมด้วยน้อยมากหรือแทบไม่มีเลย

22. สัญญา สัญญาหรือข้อตกลงอื่นที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์ เช่น สัญญาเช่า สัญญาซื้อสินค้า หรืออื่นๆ

23. ใบตอบรับของผู้ที่จะเป็นผู้รับแฟรนไชส์ มีใบคู่ฉบับกันเป็นหลักฐานแสดงข้อเท็จจริงว่า ผู้ที่จะเป็นผู้รับแฟรนไชส์ได้รับสำเนาข้อกำหนดของผู้ให้แฟรนไชส์

ตัวอย่างคดี ที่แสดงความสำคัญของการต้องเปิดเผยข้อมูล เพื่อป้องกันผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นตามมาในภายหลัง เนื่องจากเปิดเผยข้อมูลไม่ชัดเจนเพียงพอ โดยปกปิดข้อเท็จจริงบางอย่างที่ควรแจ้งให้ทราบ ถือเป็น การหลอกลวงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ได้แก่อคดี Bailey Employment System, Inc. V. Hahn 545 F. Supp. 62 (D. Conn. 1982) คดีนี้ผู้ให้แฟรนไชส์ทำกิจการแฟรนไชส์ประเภทบริการการจ้างงาน (employment service franchise) ได้ขายแฟรนไชส์ให้แก่ Hahn ในราคาค่าธรรมเนียม (franchise fee) เป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์ ในการเข้าทำสัญญานั้น ตัวแทนของผู้ให้แฟรนไชส์แจ้งว่า กิจการนี้สามารถทำรายได้สูงถึง 90,000 ดอลลาร์ คิดเฉลี่ยเป็นเงิน 36,000 ดอลลาร์ต่อปี แต่ความจริงแล้วที่สามารถทำเงินได้ 36,000 ดอลลาร์นั้นมีส่วนน้อยเพียง 20% ของจำนวนทั้งหมดเท่านั้น นอกจากนี้ยังอ้างว่าสามารถคืนทุนได้ภายหลังจากดำเนินกิจการใน 6 เดือนแรก แต่ก็ต้องเป็นการดำเนินการอย่างสุดความสามารถจึงจะกระทำได้ และผู้ให้แฟรนไชส์ก็ไม่ได้เปิดเผยว่าจำนวนแฟรนไชส์ได้ลดลงไปเป็นอย่างมากอันเป็นส่วนหนึ่งของผู้รับแฟรนไชส์หลายๆรายนำคดีมาฟ้องร้อง ปัญหาว่า ตัวแทนของผู้ให้แฟรนไชส์กระทำการหลอกลวงถือเป็นละเมิดกฎหมายที่ Hahn จะสามารถฟ้องร้องเอาแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้หรือไม่ ด้วยหลักกฎหมายของการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องเปิดเผยข้อมูล ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องแสดงข้อมูลไม่ว่าจะเป็นในทางบวกหรือลบ ซึ่งจะมีผลต่อการตัดสินใจว่าสมควรตกลงซื้อแฟรนไชส์หรือไม่ เมื่อการแสดงข้อมูลดังกล่าวมีแนวโน้มนำไปสู่การหลอกลวงผู้รับแฟรนไชส์ เช่นนี้ ศาลจึงพิพากษาให้ผู้ให้แฟรนไชส์คืนเงินค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise fee) 10,000 ดอลลาร์ และ

ปรากฏด้วยว่าผู้รับแฟรนไชส์เสียหาย ศาลจึงสั่งชดใช้ความเสียหายให้แก่ Hahn ด้วย

จากพฤติการณ์ที่ไม่มีการไขข้อความจริง เปิดเผยข้อมูลความจริง เพียงบางส่วน หรือปกปิดข้อความจริงที่สำคัญอันจำเป็นซึ่งถ้าหากความจริงเช่นนั้น ปรากฏก็จะไม่มี การเข้าทำสัญญา หรือการทําสัญญานั้น เป็นเหตุให้ต้องรับเอาข้อ กําหนดที่หนักยิ่งขึ้นกว่าปกติ ปัญหาเหล่านี้หากเกิดในไทยคงต้องปรับใช้หลัก กฎหมายคนละอย่าง เพราะกฎหมายไทยไม่มีหลักของการต้องเปิดเผยข้อมูล (Disclosure) ก่อนทําสัญญา หลักของการต้องเปิดเผยข้อมูลเ้าจะใกล้เคียงและ เกือบได้กับเรื่องกลฉ้อฉลในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องของกลฉ้อฉล นั้นมีหลักอยู่ว่า การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจหนึ่งเสียไม่ไขข้อความจริงซึ่งคู่กรณีอีก ฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ และหากมิได้หนึ่งเสีย เช่นนั้นนิติกรรมอันนั้นคงจะมิได้ทำขึ้นให้ถือว่า เป็นกลฉ้อฉล²⁷ และการแสดงเจตนาอันได้มาเพราะกลฉ้อฉลนั้น ให้ถือว่าเป็น โฆษิตะ²⁸ แต่ถ้าเป็นกลฉ้อฉลเพื่อเหตุกล่าวคือจงใจให้อีกฝ่ายยอมรับเอาข้อ กําหนดอันหนักยิ่งกว่าที่เขาจะยอมรับโดยปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นจะบอกล้างไม่ได้ ได้ แต่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน²⁹

ด้วยลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์ ประกอบกับหลักของเสรีภาพในการทําสัญญามีผลทำให้เกิดการเอาเปรียบในการเข้าทำสัญญากันได้ง่าย ต่อเมื่อได้เกิด ความเสียหายในลักษณะเช่นนี้ขึ้นแล้วจึงต้องอาศัยหลักทั่วไปของนิติกรรมเรื่องกล ฉ้อฉลเข้ามาแก้ไข ซึ่งอาจจะไม่ได้ผลเสียทีเดียวทั้งหมดทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับความเสียหายด้วย การบอกล้างการทำสัญญาที่มีพฤติกรรมของกลฉ้อฉลได้จะต้องเป็น

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 124

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 121

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 123

กลฉ้อฉลถึงขนาดที่ว่าหากมิได้มีกลฉ้อฉลเช่นนี้จะไม่มีการเข้าทำสัญญากันเลย และตัวผู้เสียหายเองต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงความเสียหายขนาดนี้ กฎหมายจึงจะถือว่าเป็นโมฆียะ ถ้าหากกลฉ้อฉลนั้นเป็นเหตุจูงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับเอาข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าจะยอมรับตามปกติ ก็จะไม่บอกล้างสัญญาไม่ได้ ใต้แต่เรียกเอาค่าสินไหมทดแทน มีตัวอย่างคดีที่ศาลถือว่าสัญญาไม่ เป็นกลฉ้อฉลดังนี้ คดีพิพากษาฎีกาที่ 1561/2520 การโฆษณาให้เข้าซื้อรถว่า มีเครื่องอะไหล่พร้อม คุณภาพดี กรณีดังกล่าวศาลเห็นว่าไม่พอเพียงว่าโจทก์ใช้กลฉ้อฉลให้จำเลยทำสัญญา แต่ถือเป็นการโฆษณาทางการค้าและผู้เข้าซื้อจะต้องตรวจสอบดูเสียก่อน จากหลักกฎหมายและแนววินิจฉัยของศาลกรณีคดีนี้ ศาลมุ่งถึงวัตถุประสงค์หลักในการทำสัญญา คือ การซื้อขายรถที่อยู่ในสภาพดี เมื่อวัตถุประสงค์เป็นไปตามความประสงค์แล้วก็ไม่ถือว่าเป็นกลฉ้อฉล ศาลถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของผู้เข้าซื้อที่ก่อนเข้าทำสัญญาจะต้องใช้ความระมัดระวังตรวจสอบดูเอง ทั้งที่ในความเป็นจริงผู้เข้าซื้อก็ไม่อาจคาดเดาได้ว่าจะมีอะไรมากพร่องไปจากการโฆษณา และอย่างไรที่เป็นข้อมูลที่แท้จริง หรือขนาดไหนที่ถือว่าเป็นเพียงการโฆษณาทางการค้า ทำให้ผู้ซึ่งเข้ามาทำสัญญาไม่ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่เท่าที่ควรจะได้รับ แต่หากผู้เข้าซื้อมีหน้าที่ต้องแสดงข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นต่อการเข้าทำสัญญาแล้วปัญหาข้อกล่าวหาว่ามีการฉ้อฉลจะลดลงไปไม่ต้องมีการระสีดความว่าขนาดเช่นไรจึงจะเป็นกลฉ้อฉลหรือไม่ เพียงแต่แสดงว่าได้ทำตามหน้าที่ที่ครบถ้วนก็เพียงพอแล้ว

เทียบกับหลัก Disclosure ในสหรัฐอเมริกา การเปิดเผยข้อมูลก่อนการซื้อขายแฟรนไชส์ล่วงหน้าเท่ากับ เป็นการเตือนและช่วยป้องกันลักษณะของการเอาเปรียบกันในการเข้าทำสัญญามีให้เกิดขึ้น หรือโอกาสที่จะเกิดขึ้นมีน้อยลง เปิดโอกาสให้คนทั่วไปได้มีโอกาสศึกษาข้อมูลที่สมบูรณ์ถูกต้องก่อนเข้าทำสัญญาช่วยเพิ่มอำนาจการต่อรองของผู้รับแฟรนไชส์ให้ได้สูงขึ้น ส่งเสริมให้การทำสัญญามีลักษณะเป็นแบบ Freedom of Contract อย่างแท้จริง ขณะเดียวกันยังเป็นการผลักดันให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องปฏิบัติตามเนื้อความที่ตนเปิดเผยให้ได้อย่างจริงจัง การที่ไม่ปฏิบัติตามให้ต้องเปิดเผยข้อมูลไว้ก็ยังคงต้องอาศัยหลักกลฉ้อฉลซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้กับสัญญาทั่วไป เข้ามาปรับใช้ เป็นผลให้ผู้รับแฟรนไชส์มีโอกาส

ของการเตรียมตัวที่น้อยกว่า อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่า หลักกมลฉลนนำมาใช้
แก้ไขที่ปลายเหตุต่อเมื่อความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว ทั้งยังไม่สามารถจัดการความ
เสียหายได้ทั้งหมด และถึงแม้ไม่มีผู้ใดเข้ามาทำสัญญาซึ่งไม่อาจถือว่ามี
พฤติกรรมของกมลฉลนเกิดขึ้นและความเสียหายที่ระบุดอกมานั้นจะไม่เห็นได้ชัด
อย่างเป็นรูปธรรมก็ตาม แต่ก็เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการสร้างภาพพจน์ที่
เบี่ยงเบนไปจากความเป็นจริงไม่มีความชัดเจน เท่ากับไม่ช่วยสร้างสรรคให้เกิด
บรรยากาศการแข่งขันทางการค้าแบบเสรี แต่หากมีข้อกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลก็
จะเป็นประโยชน์ยิ่งขึ้น

ปัญหาว่า ภายใต้สภาพสังคมเศรษฐกิจไทยเช่นนี้สมควรจะมีข้อกำหนด
การเปิดเผยข้อมูลสำหรับการซื้อขายแฟรนไชส์ เช่นเดียวกับที่มีในสหรัฐอเมริกา
แล้วหรือยัง เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว การที่มีข้อกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลในสหรัฐ
อเมริกานั้นสาเหตุส่วนหนึ่งสืบเนื่องมาจากสภาพสังคมเศรษฐกิจของประเทศ
สหรัฐอเมริกานั้นเอง ซึ่งต่างจากประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรปหรือประเทศอื่น
ทั่วไปที่มิได้มีข้อกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูล สหรัฐอเมริกามีการเจริญเติบโต
ของแฟรนไชส์ในจำนวนที่สูงมาก กล่าวคือการค้าปลีกจำนวน 40% ของทั้งหมด
ใช้ระบบแฟรนไชส์ และลักษณะภูมิประเทศมีพื้นที่เป็นบริเวณกว้างขวาง การคมนาคม
สะดวก การขยายตัวของแฟรนไชส์จึงเป็นไปได้อย่างทั่วถึง และผู้ที่เป็นผู้รับ
แฟรนไชส์ส่วนมากนั้นเป็นเอกชนรายย่อยซึ่งการลงทุนกิจการแฟรนไชส์จำกัดวง
เงินไม่สูงนัก ดังนั้น ความรู้ความสามารถในเชิงธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์จึงอยู่ใน
ฐานะที่ด้อยกว่าผู้ให้แฟรนไชส์มาก แต่สภาพการณ์ของแฟรนไชส์ในประเทศไทยยัง
ไม่เป็นเช่นนั้น แม้จะเป็นที่รู้จักและนิยมกันมากขึ้น แต่จำนวนแฟรนไชส์ก็ยังมีไม่
มากถึงขนาด และอีกประการหนึ่ง ผู้รับแฟรนไชส์ในไทยส่วนใหญ่มักจะอยู่ในรูป
ขององค์กรทางธุรกิจที่มีจำนวนเงินลงทุนในวงเงินที่สูง และผู้ประกอบการส่วนใหญ่มีฐานะ
ประสบความสำเร็จ ความรู้และระมัดระวังตนเองเป็นอย่างดีทั้งยังมีความรู้ความชำนาญในพื้นที่
สภาพการณ์เช่นนี้ในการเข้าทำสัญญายังไม่อาจถือว่ามี
ฝ่ายผู้รับแฟรนไชส์มีอำนาจการต่อรองต่ำกว่า ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่จำเป็นต้องมี
กฎหมายวางข้อกำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อมูลก่อนทำสัญญาดังเช่นใน สหรัฐอเมริกา

แต่คู่สัญญาที่เป็นผู้รับแฟรนไชส์ควรต้องศึกษาและระมัดระวังตนเองตามควรแก่ฐานะของผู้ประกอบการตามแนวทางการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ประกอบกับหลักกฎหมายที่มีอยู่ก็น่าจะเพียงพอ แต่หากในอนาคตเกิดสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปดังเช่นอนุภาคทอร์มในประเทศสหรัฐอเมริกา คงจะต้องหันมาอาศัยหลักการเปิดเผยข้อมูลเข้ามาช่วยเหลือก็เป็นได้

ข. ปัญหาว่าด้วยข้อกำหนดในสัญญา ข้อตกลงที่มีในสัญญาแฟรนไชส์บางเรื่อง หลักกฎหมายไทยจะสามารถรองรับได้ด้วยความเป็นธรรม สัมกับเหตุและผลของเรื่อง หรือไม่ เพียงไร ในประเด็นที่น่าสนใจ คือ

- 1) ข้อตกลงที่จะไม่ประกอบอาชีพแข่งขัน
- 2) ข้อตกลงที่จะไม่เปิดเผยความลับ

1) ข้อตกลงที่จะไม่ประกอบอาชีพแข่งขัน เป็นข้อกำหนดของผู้ให้แฟรนไชส์เหนือผู้รับแฟรนไชส์ ที่ห้ามผู้รับแฟรนไชส์มิให้ดำเนินธุรกิจใดๆอันมีลักษณะเป็นการแข่งขัน ในระหว่างระยะเวลาสัญญา รวมถึงตลอดถึงช่วงระยะเวลาภายหลังเลิกสัญญา ข้อตกลงเช่นนี้มีลักษณะเป็นการก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล จะเป็นที่ยอมรับได้แค่ไหน จำเป็นต้องมีหรือไม่ เพียงไร ต้องอาศัยข้อมูลจากเหตุผลและความจำเป็นของแต่ละฝ่าย รวมทั้งหลักกฎหมายอื่นเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของประชาชนมาพิจารณาประกอบกัน

เหตุผลของฝ่ายผู้ให้แฟรนไชส์ เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ เป็นผู้พัฒนาทั้งระบบของธุรกิจขึ้นมา เป็นการรวมทั้งรูปแบบและระบบงาน การให้ใช้เครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้าซึ่งถือเป็นที่ทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ถือเป็นเรื่องสำคัญและมีค่ายิ่ง ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องการปกป้องความเป็นเอกลักษณ์และค่านิยมของแฟรนไชส์ไว้ ผู้รับแฟรนไชส์จึงมีหน้าที่ใช้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์ รักษา ค่านิยมและส่งเสริมธุรกิจนั้นไม่กระทำการขัดแย้งกับหน้าที่ของตน การที่ผู้รับแฟรนไชส์ดำเนินธุรกิจใดๆอันมีลักษณะเป็นการแข่งขัน ทำให้ขาดความเป็นแบบอย่างเดียวกัน (uniformity) ลดค่านิยมลงไป แม้การได้รับ

สิทธิแพรนไซส์มีการจ่ายค่าธรรมเนียมก็เป็น การตอบแทนการมีโอกาสหาประโยชน์ จากสิทธิที่ได้รับ มิใช่เป็นการได้มาแบบเด็ดขาด ผู้ให้แพรนไซส์ยังสามารถหา ประโยชน์จากค่าธรรมเนียมแพรนไซส์โดยการให้สิทธิแก่ผู้รับแพรนไซส์อื่นได้อีก ดังนั้น การมีโอกาสได้ล่วงรู้ความลับวิธีดำเนินการของแพรนไซส์มาแล้ว ยัง ต่าเนินธุรกิจอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับแพรนไซส์นั้นอีก จึงเป็นการนำสิทธิที่ ได้มาใช้ในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ให้สิทธิ ทำให้ผู้ให้แพรนไซส์เป็นฝ่ายเสียเปรียบ การสร้างข้อตกลงจำกัดเสรีภาพโดยห้ามการแข่งขันจึงเป็นสิ่งจำเป็นต้องมีใน สัญญาแพรนไซส์ และข้อกำหนดในลักษณะเช่นนี้ยังมีปรากฏในความสัมพันธ์ของหุ้น ส่วน ตามมาตรา 1038 ที่ว่าห้ามมิให้ผู้ เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการอย่างหนึ่ง อย่างใดซึ่งมีสภาพดุจเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือผู้อื่นโดยมิได้รับความยินยอมของผู้ เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ แสดงถึงลักษณะ เฉพาะในสัญญาที่กฎหมายยอมรับและให้ความสำคัญแก่การจำกัด สิทธิในลักษณะนี้ไว้

เหตุผลของผู้รับแพรนไซส์ ข้อตกลงที่จะไม่แข่งขันเป็นการปิดกั้นเสรี ภาพการประกอบอาชีพและทางทำมาหาได้ของผู้รับแพรนไซส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายหลังการเลิกสัญญา เพราะตามปกติผู้มีความรู้ความชำนาญด้านใดย่อมถนัดและ สนใจจะทำงานทางด้านนั้น คงไม่ปรารถนาจะเริ่มต้นงานที่ไม่เคยมีประสบการณ์ มาก่อน ยิ่งไปกว่านั้นผู้ให้แพรนไซส์ เป็นผู้ที่มีอำนาจการต่อรองทำสัญญาที่สูงกว่า ที่ ผู้รับแพรนไซส์ยินยอมผูกพันตนตามข้อสัญญา เช่นนี้ เพราะต้องการประโยชน์จาก การที่จะได้เป็นผู้รับแพรนไซส์ ข้อตกลงที่ยังมีข้อจำกัดมากก็ยิ่งเพิ่มความลำบาก ให้ผู้รับแพรนไซส์มากขึ้น

เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างเอกชนด้วย กันนั้นยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องระมัด ระวังผลประโยชน์ของตนเองไว้แต่จะมีลักษณะที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนกฎหมายจึงจะยื่นมือเข้ามาจำกัดสิทธิ ลักษณะของ สัญญาที่เป็น การขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในส่วนที่

เกี่ยวข้องการห้ามแข่งขันมีการสรุปไว้ ดังนี้^{๓๐}

- ก. เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนผลได้เสียระหว่างประเทศ
- ข. เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนความสงบภายในประเทศ
- ค. เป็นการจำกัดเสรีภาพอิสรภาพเอกชนเกินสมควรโดยปราศจาก

เหตุผล

- ง. ขึ้นอยู่กับกาลสมัยและพฤติการณ์แห่งคดี
- จ. ศีลธรรมอันดี หมายถึงศีลธรรมของบุคคลธรรมดาทั่วไป และไม่ชี้ชัดว่าจะต้องเป็นของลัทธิศาสนาใดศาสนาหนึ่ง

สำหรับแนวคำพิพากษาฎีกาก็มีการยอมรับว่า ข้อตกลงเรื่องการห้ามประกอบอาชีพอื่นมีลักษณะเป็นการแข่งขันนั้นใช้บังคับกันได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-9/2533 เป็นคดีระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง (ซึ่งสามารถปรับใช้ได้กับกรณีของคู่สัญญาแฟนไรส์) คำพิพากษาฎีกานี้เป็นเรื่องที่คู่ความขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายว่า สัญญาข้อ 9(ข)(2) เป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ สัญญาข้อ 9 มีเนื้อความว่า . . . ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการต่อไปนี้โดยมิได้รับความยินยอมจากบริษัท. . . (ข) ภายในกำหนดเวลา 24 เดือนนับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง (2) เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทซึ่งตนได้เคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นสาระขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลใช้บังคับกันได้ ไม่เป็นโมฆะ โดยให้เหตุผลที่สั้น

^{๓๐}ชาดา ศาสตร์สาธิต. "การห้ามแข่งขันหรือการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ(2)." บทบัญญัติ 46 (กันยายน 2533) : 23-24.

สนุนค่าวินิจฉัยไว้ดังนี้

ตามสัญญาดังกล่าวมิได้เป็นการห้ามจำเลยทั้งสองไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด จำเลยทั้งสองอาจกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากโจทก์ การกระทำที่ห้ามนั้นเป็นการกระทำที่ห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์และเฉพาะส่วนงานที่จำเลยทั้งสองเคยทำกับโจทก์ ทั้งกำหนดเวลาที่ห้ามไว้ก็เพียง 24 เดือน นับแต่จำเลยทั้งสองพ้นจากการเป็นลูกจ้างโจทก์เท่านั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ในการงดเว้นการกระทำตามที่กำหนดโดยเจตนาของคู่กรณีเช่นนี้ ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจ ไม่เป็นการปิดทางท่ามาหาได้โดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ข้อสัญญาดังกล่าวนี้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลใช้บังคับกันได้ ไม่เป็นโมฆะ

ดังนั้น ข้อกำหนดห้ามการแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์หากมิได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และข้อที่จำกัดนั้นมีไม่มากจนเกินไป เช่น มีกำหนดระยะเวลาตามสมควรโดยพิจารณาจากเหตุแวดล้อมอื่น เช่น ความสำคัญองงาน สภาพสังคมเศรษฐกิจและกาลสมัย เช่นนี้ ไม่เป็นการเอาเปรียบถือว่ายอมรับได้

2) ข้อตกลงที่จะไม่เปิดเผยความลับ ข้อมูลความลับนั้นนับว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญในการให้ใช้สิทธิในความสัมพันธ์ของสัญญาแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีอำนาจวางข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ข้อมูลความลับ เช่น เดียวกับการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า นอกจากการให้ใช้เพียงเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือห้ามประกอบการใดอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันแล้ว ยังห้ามนำข้อมูลความลับนั้นออกเปิดเผยไม่ว่ากรณีใดๆ

ในเรื่องมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลความลับนั้น ตามปกติมีการยอมรับทางกฎหมายโดยได้มีบัญญัติไว้ทั้งในประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร หากความลับทางการค้าใดเป็นความลับที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้แล้ว ก็อาศัยประโยชน์จากความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนั้นได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 324 บัญญัติว่าผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์ เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตนหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษ... ดังนั้นหากกรณีความลับซึ่งอยู่นอกเหนือจากที่บัญญัติใน มาตรา 324 มาตรการตามมาตรา 324 ก็ไม่อาจคุ้มครองถึงความลับนั้นได้ หรือนอกเหนือจากการให้ความคุ้มครองความลับกรณีมีการให้สิทธิบัตรในสัญญาแพรอนไซส์ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แล้ว ก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดให้ความคุ้มครองไว้โดยตรง นอกจากการเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดในทางแพ่ง

ด้วยเหตุนี้ นอกเหนือจากการมีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลความลับ การทำความเข้าใจในสัญญาชั้นมารองรับจะเป็นวิธีการที่ตรงเป้าหมายและชัดเจนที่สุดในระหว่างคู่สัญญาที่จะกำหนดและรักษาไว้เป็นความลับ ตัวอย่างของข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องนี้มีดังนี้

ผู้รับสิทธิทราบและเห็นพ้องด้วยในข้อที่ว่า ผู้ให้สิทธิ เป็นผู้พัฒนา "ความลับทางการค้า" สำหรับการดำเนินงานและเป็นผู้เปิดเผยความลับนั้น ผู้รับสิทธิให้สัญญาว่าจะไม่นำข้อมูลเกี่ยวกับวิธีดำเนินงาน การโฆษณา การส่งเสริมการค้า ความคิด หรือข้อมูลอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานธุรกิจของร้านให้แก่ผู้ใดหรือบริษัทอื่นใด ไม่ว่าเวลาใดๆ และไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

ข้อตกลงในสัญญาให้รักษาความลับ เป็นข้อตกลงที่มีความจำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์แก่ผู้ให้แพรอนไซส์ ความลับที่ต้องห้ามเปิดเผยนั้นไม่ถึงระดับขั้น

ของการประดิษฐ์ หรือต้องเป็นของใหม่ หรือจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพราะ หากเป็นเช่นนั้น ก็มีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองอยู่แล้ว ดังนั้น การทำความตกลงให้รักษาความลับสำหรับข้อมูลที่มีใช้ เป็นทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมาย เพื่อรักษาผลประโยชน์เอกชน และเมื่อไม่ปรากฏว่าจะเป็นการรบกวนหรือขัดต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั่วไปที่จะถือว่ามีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงที่ให้รักษาความลับจึงเป็นข้อตกลงที่ยอมรับได้ตามกฎหมาย

นอกเหนือจากมาตรการทางกฎหมายและการทำข้อตกลงในสัญญา

กำหนดให้รักษาข้อมูลความลับแล้ว ในเรื่องสิทธิของความเป็นเจ้าของข้อมูลความลับยังไม่มียกเว้นตามกฎหมายใดรับรองไว้โดยเฉพาะ และปัจจุบัน แนวคำพิพากษายังไม่มีประเด็นไปถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการนำข้อมูลความลับของผู้อื่นมาใช้โดยตรง ได้แก่วินิจฉัยประเด็นอื่นซึ่งพาดพิงหรือกล่าวถึงข้อมูลความลับด้วย ดังนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 941/2511 วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 272(1) เป็นบทบังคับเรื่องเครื่องหมายของสินค้าอันเป็นที่สังเกตว่าเป็นสินค้าของใครเท่านั้น มิใช่ห้ามการผลิตสินค้าโดยใช้วัตถุในการผลิตหรือวิธีการผลิตเหมือนกับของผู้อื่น เช่น การปรุงยาโดยใช้ส่วนผสมซึ่งมีตัวยาบางอย่างเหมือนกัน หรือใช้ตำรับเดียวกันอันเป็นสูตรหรือวิธีการผลิต ซึ่งยังไม่มียกเว้นในกฎหมายไทยก่อตั้งสิทธิประเภทนี้และให้ความคุ้มครองไว้ การใช้ชื่อหรือข้อความในการประกอบการค้าตามมาตรา 272(1) จึงไม่แปลไปถึงการใช้ชื่อหรือข้อความนั้นในสูตรหรือวิธีการผลิตด้วย และนั่น แม้ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยนำชื่อยาของโจทก์ร่วมซึ่งจะเป็นชื่อเฉพาะหรือไม่ก็ตามมาแสดงว่า จำเลยได้เอายาของโจทก์ร่วมทำเป็นส่วนผสมในการปรุงยาของจำเลย ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 272(1) ดังกล่าว เพราะเป็นการแสดงถึงส่วนผสมอันเป็นสูตรหรือวิธีการผลิตเท่านั้น ทั้งการกระทำดังนั้นก็ยิ่งแสดงว่ายาอันเป็นยาที่จำเลยปรุงขึ้น และถึงแม้ว่าจะทำให้เข้าใจไปได้ว่ายาของจำเลยมีคุณภาพและมาตรฐานเหมือนยาของโจทก์ร่วม ก็ไม่เป็นการแสดงว่าเป็นสินค้าของโจทก์ร่วมอยู่ตนเอง

ดังนั้น จากเรื่องของการเป็นเจ้าของสูตรข้อมูลความลับ เพื่อการคุ้มครองและรักษาความลับ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงอาศัยการทำความตกลงในสัญญา และตามปกติความรับผิดชอบตามสัญญาบังคับเอาได้กับคู่สัญญาตามสัญญาเท่านั้น แต่จะใช้นับบังคับกับบุคคลภายนอกสัญญาไม่ได้ และนอกเหนือจากการเปิดเผยความลับตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตรา 324 แล้วก็ไม่มีมาตรการทางอาญาอื่นใดอีก คงต้องอาศัยเพียงเฉพาะหลักความรับผิดชอบทางแพ่งเรื่องละเมิดต่อไป

ค. ปัญหาว่าด้วยการเลิกสัญญา ตามปกติสัญญาแฟรนไชส์มักจะมีกำหนดระยะเวลาซึ่งจะเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา แต่ก็อาจมีการเลิกสัญญาเกิดขึ้นก่อนหน้านั้นได้ การเลิกสัญญาแฟรนไชส์ในที่นี้หมายถึงการระงับความผูกพันตามสัญญาแฟรนไชส์ที่จะมีในเวลาสืบต่อไป รวมถึงขณะเมื่อครบกำหนดอายุสัญญาไม่มีการต่อสัญญากันอีก โดยที่สัญญาแฟรนไชส์นั้น เป็นสัญญาประเภทที่มีระยะเวลาปฏิบัติต่อเนื่องกัน เช่นเดียวกับสัญญาเช่าหรือสัญญาจ้างแรงงาน การเลิกสัญญาประเภทนี้ตรงกับคำว่า "termination" อันเป็นการระงับความผูกพันที่จะมีในอนาคตซึ่งต่างจากคำว่า "rescind" อันเป็นการเลิกสัญญาโดยมีผลย้อนหลังไปจนถึงเวลาทำสัญญา³¹

สาเหตุส่วนใหญ่ของการบอกเลิกสัญญามักจะมาจากการผิดสัญญา (defaults) แต่โดยทั่วไปมักเปิดโอกาสให้ฝ่ายผิดสัญญาได้ปรับปรุงแก้ไขความผิดนั้นในเวลาที่มีเหตุผล เกี่ยวกับกรณีการบอกเลิกสัญญาในระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมองในแง่ของผู้รับแฟรนไชส์ ผู้รับแฟรนไชส์นั้นนอกจากจะต้องมั่นใจในระบบ โดยเข้าไปมีพันธะผูกพันภายใต้เงื่อนไขข้อบังคับของสัญญาแล้ว ยังต้องการระยะเวลาให้ผ่านจุดคุ้มทุนเพื่อเก็บเกี่ยวผลกำไรจาก

³¹ ฐิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (เอราวัณการพิมพ์ : 2522), หน้า 353.

การทำงานและค่านิยม (good will) ที่ได้สร้างขึ้นด้วย ดังนั้น หากผู้ให้แพรนไชน์บอกเลิกสัญญาตามอำเภอใจจะส่งผลให้ผู้รับแพรนไชน์ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบได้ตามปกติการเลิกสัญญาสามารถกระทำได้ด้วยการบอกกล่าวล่วงหน้า และการเลิกสัญญาเช่นนี้^{๖๖} น่าจะใช้เฉพาะกรณีที่มีฐานสิทธิของทั้งสองฝ่ายมีความสำคัญไม่แตกต่างกันและการลงทุนที่ไม่สูงมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการบอกเลิกสัญญาของผู้ให้แพรนไชน์ ผู้ให้แพรนไชน์ควรมีหน้าที่ที่จะต้องสร้างบรรยากาศที่ดีทางธุรกิจ มิฉะนั้นจะก่อความขัดแย้งต่อสัญญาความสัมพันธ์ในหมู่ผู้รับแพรนไชน์อื่นๆ ได้ว่าผู้ให้แพรนไชน์อาศัยมาตรฐาน ข้อมูล เนื้อหา หรือขั้นตอนอย่างไรในการนำมาใช้

ในสหรัฐอเมริกาได้มีการนำเอาหลัก Common law เรื่องข้อตกลงของความซื่อสัตย์ และความมีเหตุผลทางการค้าเข้ามาใช้เพื่อช่วยแก้ปัญหาความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญา โดยอาศัยหลักการของความซื่อสัตย์ ผู้ให้แพรนไชน์จะบอกเลิกสัญญาหรือไม่ยอมต่อสัญญาตามอำเภอใจไม่ได้ การที่ผู้ให้แพรนไชน์บอกเลิกหรือไม่ต่อสัญญาให้เหิน กฎหมายมุ่งบัญญัติในทำนองที่ว่า จะต้องมีการ "เหตุอันควร" (good cause) และต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าจะได้มีโอกาสแก้ไขข้อผิดพลาดเพื่อหลีกเลี่ยงการเลิกสัญญา

อย่างไรที่จะถือเป็น "เหตุอันควร" "เหตุอันควร" นั้นเป็นเรื่องของการที่ผู้รับแพรนไชน์ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดที่เป็นหลักการสำคัญในสัญญาแพรนไชน์ มีการรวบรวมเหตุอันควรจากหลายๆ รัฐในสหรัฐอเมริกาพอสรุปได้ดังนี้

- เป็นเรื่อง que ผู้รับแพรนไชน์ล้มเหลว ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาแพรนไชน์ (New Jersey)

^{๖๖} สุชาติ ชรรมาพิทักษ์กุล, "สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ," เอกสารสำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2534. (อัดสำเนา)

- ผู้รับแฟรนไชส์ไม่อาจปฏิบัติตามข้อกำหนดทางกฎหมายและข้อกำหนดที่สำคัญของแฟรนไชส์ (Washington)
- ล่วงละเมิดหลักสำคัญใดๆในสัญญา (Indiana)
- ไม่สามารถคงไว้ซึ่งสาระสำคัญ และการอันจำเป็นที่มีในสัญญา (Connecticut)

กรณีการบอกเลิกสัญญาตามหลักกฎหมายไทย การเลิกสัญญาก่อนกำหนดนั้นจะต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา เนื่องจากระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์นั้นมีไว้ เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือผู้รับแฟรนไชส์ได้ประโยชน์จากการได้รับสิทธิแฟรนไชส์มาดำเนินการ ส่วนผู้ให้แฟรนไชส์นั้นได้ประโยชน์ตอบแทนเป็นค่าธรรมเนียมนั้น ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขให้กระทบกระทั่งถึงประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้^{๖๖} ด้วยหลักกฎหมายเช่นนี้จึงมีผลว่า คู่สัญญาแฟรนไชส์จะบอกเลิกสัญญาตามอำเภอใจลำพังแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ แต่หากมีข้อตกลงกันในสัญญาว่า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ได้ประโยชน์จากเงื่อนไขคู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ไม้อาจถือเอาประโยชน์จากเงื่อนไขเช่นนั้นได้ และข้อตกลงเช่นนี้มีแนวโน้มจรรยาบรรณของศาลว่าเป็นสัญญาที่ใช้บังคับได้ ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเป็นเรื่องของสัญญาซื้อขาย ซึ่งเป็นสัญญาประเภทที่มีระยะเวลาปฏิบัติต่อเนื่อง เช่นเดียวกับสัญญาแฟรนไชส์ และสามารถนำมาเทียบเคียงได้ดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527 สัญญาก็มีข้อความว่า "ผู้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๖๖} จากหลักมาตรา 154 ที่ว่า อันเงื่อนไขเริ่มต้น หรือเวลาสิ้นสุดนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ายอมกำหนดไว้เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ เว้นแต่จะปรากฏโดยเนื้อความแห่งตราสาร หรือโดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าได้ตั้งใจจะให้ เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหนี้ หรือแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยกัน

อนึ่ง ประโยชน์แห่งเงื่อนไขนั้นฝ่ายใดจะสละเสียก็ได้ แต่การสละนี้ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงประโยชน์ อันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะพึงได้รับแต่เงื่อนไขนั้น

กีดกลางจะชำระหนี้ตามสัญญาภายในวันที่ 10 เดือนเมษายน พ.ศ. 2524 แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้ให้กู้ที่จะเรียกร้องให้ผู้กู้ชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก่อนกำหนดก็กล่าวมาก็ได้ตามแต่ผู้ให้กู้จะเห็นสมควร และโดยมีพักต้องชี้แจงแสดงเหตุ ผู้กู้สัญญาว่าในกรณีที่ผู้ให้กู้เรียกร้องดังกล่าวมานี้ ผู้กู้จะชำระหนี้ตามเรียกร้องทันที" ดังนี้ แม้ผู้กู้จะเสียเปรียบผู้ให้กู้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็เกิดขึ้นด้วยใจสมัครของลูกหนี้เอง หากเกี่ยวข้องกับสังคมหรือประชาชนไม่ จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ ผู้ให้กู้จึงฟ้องเรียกเงินกู้คืนก่อนครบกำหนดเวลาตามสัญญาได้ ด้วยหลักกฎหมายและแนววินิจฉัยของศาลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า หากมีข้อตกลงกันในสัญญาแพรอนไซส์ว่าไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่จะบอกเลิกสัญญาก่อนกำหนด โดยไม่ต้องชี้แจงแสดงเหตุ เช่นนี้ ก็ถือว่าข้อตกลงนั้นเป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับกันได้เช่นกัน

เกี่ยวกับกรณีการอ้างเหตุในการบอกเลิกสัญญานั้น ตามปกติหากกรณีเป็นสัญญาประเภทที่มีการปฏิบัติเป็นระยะเวลาต่อเนื่อง ซึ่งมักจะเป็นเอกเทศสัญญาได้แก่ สัญญาเช่า จ้างแรงงาน การบอกเลิกสัญญาเหล่านี้จะมีบทบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะ ซึ่งจะเป็นเหตุตามบทบัญญัติกฎหมายที่ยกขึ้นมากล่าวอ้างในการบอกเลิกสัญญา มักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการผิดสัญญาหรือกระทำผิดในสาระสำคัญของสัญญา และการเลิกสัญญาต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า แต่สำหรับแพรอนไซส์เนื่องจากสัญญาแพรอนไซส์ไม่จัดว่าเป็นเอกเทศสัญญาใด และไม่มียกบทบัญญัติกฎหมายสำหรับแพรอนไซส์โดยเฉพาะ การบอกเลิกสัญญาแพรอนไซส์ซึ่งเป็นสัญญาประเภทที่มีการปฏิบัติเป็นระยะเวลาต่อเนื่องก็ควรจะเป็นไปในลักษณะทำนองเดียวกัน

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายของไทย โดยปกติ คู่สัญญาแพรอนไซส์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญากันก่อนกำหนดตามอำเภอใจไม่ได้ การเลิกสัญญาจะต้องมีการบอกกล่าวให้รู้ตัวล่วงหน้า และเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาควรจะเป็นเฉพาะเรื่องที่เป็นการกระทำผิดในเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญา แต่ถ้าหากมี

การตกลงกันในสัญญาขอยอมสละประโยชน์แห่งอื่นเวลาเริ่มต้นแรก ก็ต้องเป็นไป
ตามเจตนาเช่นว่านั้น ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้ศาลเห็นว่าไม่เป็นการขัดต่อความสงบ
เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับกันได้



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.2 ความรับผิดชอบของคู่สัญญากับบุคคลภายนอก

จากการวิเคราะห์ถึงลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแฟรนไชส์ที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่า สัญญาแฟรนไชส์ เป็นสัญญาทางธุรกิจประเภทหนึ่งที่มีลักษณะของตนเองโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาแฟรนไชส์จะมีลักษณะที่น่าจะเป็นสัญญาหุ้นส่วนหรือจ้างแรงงานหรือตัวแทนอย่างใดอย่างหนึ่งก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นสัญญาเหล่านั้นแต่ประการใด ดังนั้น ประเด็นที่ว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เพียงใดนั้น เนื่องจากตามหลักกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายสำหรับเรื่องแฟรนไชส์ไว้ และสัญญาแฟรนไชส์ก็ไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทนดังกล่าว³⁴ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ ทั้งนี้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง

อย่างไรก็ดี แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิดชอบ แต่ก็ยังมีปัญหาต่อไปอีกว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ควรต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่ เพื่อพิจารณาถึงปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจะได้ศึกษาโดยอาศัยแนวทางดังต่อไปนี้ กล่าวคือ

- 4.2.1 หลักการของความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่น
- 4.2.2 หลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 4.2.3 ผู้ให้แฟรนไชส์ควรรับผิดชอบต่อผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่

³⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 และ 427 บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นไว้ ในความสัมพันธ์ระหว่าง นายจ้างลูกจ้าง และตัวการตัวแทน.

4.2.1 หลักความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) เมื่อต้นศตวรรษที่ 16 ในประเทศอังกฤษได้มีแนวคิดของความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่นจำกัดไว้ว่านายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างเฉพาะกรณีที่ลูกจ้างปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้างเท่านั้น เรียกว่า Command Theory ซึ่งตรงกับสุภาษิตที่ว่า respondeat superior - Let the superior answer (ให้ผู้มีอำนาจรับผิด) Qui facit per alium facit per se - He who does anything by another does it by himself (ผู้ใดให้ผู้อื่นทำสิ่งใดแทนก็เท่ากับทำด้วยตนเอง) ต่อมาในศตวรรษที่ 17 แนวความคิดเปลี่ยนไปเป็นขยายความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่นให้กว้างขึ้น โดยต้องรับผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ลูกจ้างปฏิบัติตามคำสั่งโดยตรงหรือโดยปริยาย ทั้งนี้ก็เพราะการค้าได้มีความซับซ้อนขึ้นจึงขยายความรับผิดให้กว้างขึ้น มาเป็นหลักของนายจ้างต้องรับผิดเพื่อการกระทำของลูกจ้างในทางการที่จ้าง (Scope of employment) ในหลักของแนวคิดเช่นนี้ ลักษณะความสัมพันธ์ในระหว่างนายจ้างลูกจ้างจึงไม่ใช่องค์ประกอบตามกฎหมายที่ทำให้เกิดความรับผิด องค์ประกอบที่แท้จริงที่ทำให้ต้องรับผิดก็คือคำสั่งที่มอบหมายหรือความมีอำนาจ อย่างไรก็ตามหากจะถือเอาความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่นตามแนวคิดนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏในความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของการออกคำสั่งหรือความมีอำนาจเหนือกว่า ก็ต้องถือว่ามี ความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่นเช่นกัน ในปลายศตวรรษที่ 18 แนวความคิดได้เปลี่ยนไป โดยที่ความสัมพันธ์นั้นต้องแสดงถึงลักษณะที่เป็นนายจ้างลูกจ้างเสียก่อน จึงจะทำให้เกิดความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่นขึ้นมา³⁵ และในสมัยต่อมาจนถึงปัจจุบันนายจ้างมิได้เป็นบุคคลคนเดียว (Individual) แต่มีลักษณะที่เป็นหน่วยงานวิสาหกิจ (Enterprise) ซึ่งมีฐานะหรือความสามารถในความรับผิดที่สูงขึ้นในกรณีเช่นนี้

³⁵W.V.H. Roger, Winfield and Jolowicz on Tort, 12th. ed. (Sweet & Maxwell : March, 1984), p. 602.

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปนั้นหลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างนั้นมาจาก^{๓๑}

1. นายจ้างต้องรับผิดชอบในผลแห่งงานที่ตนได้ประโยชน์ เนื่องจากนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานและเป็นผู้คัดเลือกลูกจ้าง จึงควรทำหน้าที่ป้องกันความเสียหายได้ดีที่สุด
2. นายจ้างมีฐานะเหนือกว่าจึงสมควรรับภาระไปก่อน ซึ่งสามารถไล่เบี้ยเอาได้ในภายหลัง และไม่ควรถูกผู้เสียหายต้องมารับเคราะห์ลำบากในการติดตาม เรียกว่าเสียหาย
3. หลักที่ถือว่าลูกจ้างกระทำไปเปรียบเสมือนนายจ้างกระทำเอง ทำให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง
4. นายจ้างเองก็สามารถกระจายความรับผิดชอบไปยังสังคมส่วนรวมได้อยู่แล้ว เช่น ด้วยวิธีการเอาประกันภัย หรือถือเอาค่าเสียหายซึ่งตนต้องรับผิดชอบเป็นต้นทุนการผลิตได้

สำหรับหลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่น ในความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนนั้น กฎหมายบัญญัติให้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างนำไปใช้กับกรณีตัวการตัวแทนด้วยโดยอนุโลม ทั้งนี้ เพราะการกระทำของตัวแทนเพื่อประโยชน์ตัวการ ไม่ต่างอะไรกับลูกจ้างทำ

^{๓๑} สุขุม สุภินิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. โรงพิมพ์แสงสุกสีการพิมพ์ 2532 น. 84.

การงานให้ประโยชน์แก่นายจ้าง^{๓๗} และตัวการเป็นผู้มีอำนาจควบคุมการทำงานนั้น เพื่อให้พอใจแก่ตัวการถือว่ากระทำในนามของตัวการ เหตุผลสำคัญที่เกิดความรับผิดชอบคือ ลักษณะที่ตัวตนอยู่ภายใต้ขอบอำนาจของตัวการนั่นเอง^{๓๘}

นอกจากนั้น ในกรณีที่มีการต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นในสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาตัวตนนั้นปกติก็มาจากความสัมพันธ์ที่มีในระหว่างคู่สัญญา คือลักษณะของความมีอำนาจเหนือกว่าที่จะควบคุมการกระทำหรือการทำงาน ดังนั้น เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับเรื่องของแฟรนไชส์จะเห็นได้ว่าโดยที่ลักษณะของผู้ให้แฟรนไชส์ที่มีการควบคุมเหนือผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งโดยปกติมิใช่มีเพียงการให้ใช้ชื่อหรือเครื่องหมายการค้า แต่เป็นการควบคุมทั้งชื่อ ทั้งการดำเนินธุรกิจ ซึ่งจะเป็นเรื่องเหล่านี้ คือ ตราเครื่องหมายของร้าน รูปลักษณ์ การตกแต่ง หีบห่อกล่องสินค้ารวมทั้งเครื่องแบบพนักงาน ซึ่งต่างจากผู้ค้าปลีก (dealer) ทั่วไปที่แยกจากผู้ค้าส่งรายใหญ่ออกมาเป็นอิสระอย่างแท้จริง จึงดูมีความใกล้เคียงกับการควบคุมในสัญญาจ้างแรงงาน และอำนาจการควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์มักทำให้บุคคลภายนอกทั่วไปเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเป็นตัวตน เข้าหลักเกณฑ์ของตัวตนโดยกฎหมายปิดปาก เพราะเป็นการแสดงอำนาจออกมาให้ปรากฏ บุคคลภายนอกจึงเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้รับแฟรนไชส์เป็นตัวตนแม้จะไม่มีความเป็นตัวการตัวตนกันอยู่จริง

จากลักษณะบางประการในความสัมพันธ์ของคู่สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาตัวตนเทียบกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวมาข้างต้น จะเป็นผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นด้วย

^{๓๗} อ่างแล้ว น. 99

^{๓๘} สติชัย เล็งไธสง

คำอธิบายกฎหมายตัวตนและนายหน้า

เช่นเดียวกันหรือไม่ เป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะวิจัยต่อไป

4.2.3 ผู้ให้แฟรนไชส์ควรรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่ ตามที่กล่าวมาแล้วตั้งแต่ต้นถึงลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแฟรนไชส์

ตามกฎหมายไทย พบว่าสัญญาแฟรนไชส์ไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทน ดังนั้นผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ โดยอาศัยหลักกฎหมายดังกล่าว แต่เหตุผลที่ทำให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่นในสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาตัวแทนมีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะที่มีในสัญญาแฟรนไชส์ ดังนี้ เพื่อที่จะหาข้อสรุปต่อปัญหาที่ว่าควรที่ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่นั้น ในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาโดยเปรียบเทียบจากเรื่องสำคัญต่างๆที่มีในแฟรนไชส์ในหัวข้อ ดังต่อไปนี้ คือ

- ก. การควบคุมและให้ใช้ชื่อในการดำเนินธุรกิจ
- ข. ความมีลักษณะเฉพาะของแฟรนไชส์

ก. การควบคุมและให้ใช้ชื่อในการดำเนินธุรกิจ ลักษณะเช่นนี้ปรากฏอยู่ในทั้งสัญญาจ้างแรงงานสัญญาตัวแทนและสัญญาแฟรนไชส์ การนำหลักความรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่นมาปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์ด้วยจะมีความเหมาะสมและเป็นไปได้หรือไม่ มีตัวอย่างที่ว่าแม้จะไม่ปรากฏว่าสัญญาที่ทำนั้นเข้าหลักของสัญญาใด ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่นไว้ แต่ศาลก็วินิจฉัยให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่นโดยศาลปรับว่าข้อเท็จจริงในความสัมพันธ์นั้นๆ เข้าหลักของสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่น เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3116/2523 วินิจฉัยว่าสหกรณ์แท็กซี่ยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถของสหกรณ์ไปขับในกิจการของสหกรณ์ เป็นการเปิดให้เข้าใจว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทน จำเลยที่ 1 ทำละเมิดในการขับรถนั้น สหกรณ์แท็กซี่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1371-2/2513 จำเลยที่ 2 นำรถเข้าร่วมเดินในเส้นทางของบริษัทจำเลยที่ 3 เมื่อจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ขับรถทำละเมิดเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย จำเลยที่ 3 ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 225/2521 จำเลยที่ 1 เข้าชื่อรถยนต์จากจำเลยที่ 2 แล้ว

ไว้ดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1836/2514 วินิจฉัยว่าการที่จำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ร่วมกันรับจ้างบรรทุกของนั้นเข้าลักษณะของหุ้นส่วน เมื่อจำเลยที่ 1 ทำละเมิดให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในกิจการของหุ้นส่วน และแม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ต้องรับผิดชอบโดยตรง แต่หุ้นส่วนก็ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของหุ้นส่วนอื่นด้วย ลักษณะที่เป็นการกระทำการภายใต้ชื่อและเครื่องหมายการค้าเดียวกันในเรื่องของหุ้นส่วนนั้นปรากฏว่ามีอยู่ในความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแฟรนไชส์ เช่นเดียวกัน ลักษณะที่มีร่วมกันเช่นนี้ ทำให้เห็นว่าผู้ให้แฟรนไชส์ควรต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพื่อการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ด้วยหรือไม่

จากการที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในสัญญาจ้างแรงงาน ตัวแทนและหุ้นส่วนมีลักษณะของการควบคุมและการดำเนินธุรกิจภายใต้ชื่อเดียวกัน ทำให้มีความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นเกิดขึ้น และนอกจากนั้น แม้จะเป็นสัญญาที่ไม่ปรากฏชื่อ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้นมีลักษณะของการควบคุมและการดำเนินกิจการภายใต้ชื่อของคู่สัญญา กรณีดังกล่าวได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่า จะต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของคู่สัญญานั้นด้วย โดยปรับให้เข้าหลักของสัญญาที่มีบทบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของคู่สัญญาเช่นกัน ดังนั้นสำหรับกรณีของแฟรนไชส์ซึ่งมีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาบางประการเป็นไปในทำนองเดียวกับสัญญาดังกล่าวข้างต้น ศาลอาจนำแนววินิจฉัยนี้มาปรับใช้กรณีของแฟรนไชส์ได้

ข. ความมีลักษณะเฉพาะ ของแฟรนไชส์ ตามที่ได้ศึกษาแล้วในหัวข้อ 4.1 เรื่องลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์ตามผลบังคับของกฎหมายไทย จากการที่สัญญาแฟรนไชส์มีลักษณะในบางประการซึ่งตรงกับที่มีในสัญญาหุ้นส่วน ตัวแทน หรือจ้างแรงงาน แต่ก็พบว่าสัญญาแฟรนไชส์มีความแตกต่างไปจากสัญญาดังกล่าวโดยเพียงแต่มีลักษณะบางประการร่วมกันเท่านั้น แฟรนไชส์จึงมีลักษณะของตนเองโดยเฉพาะ เกี่ยวกับประเด็นเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นจึงต้องพิจารณาตามแนวทางหรือ concept ของแฟรนไชส์โดยเฉพาะ ดังต่อไปนี้

1) พิจารณาเกี่ยวกับการกระทำ การที่ผู้รับแฟรนไชส์ เข้าทำสัญญา ก็เพื่อให้ได้สิทธิแฟรนไชส์มาดำเนินการ เพื่อผลประโยชน์รายได้ เป็นของผู้รับแฟรนไชส์เองโดยจ่ายค่าธรรมเนียมให้เป็นการตอบแทน การกระทำใดๆในการดำเนินการเช่นว่านี้จึงไม่มีความเกี่ยวข้อง หรือทำเพื่อประโยชน์ หรือกระทำแทนผู้ให้แฟรนไชส์แต่อย่างใด ดังนั้น การกระทำของผู้รับแฟรนไชส์จึงไม่อาจถือได้ว่ามีความเชื่อมโยงหรือเป็นผลมาจากการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์

2) พิจารณาถึงบทบาทการควบคุม การควบคุมทำให้คู่สัญญาต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่น ดังเช่น นายจ้างควบคุมการทำงานของลูกจ้าง ตัวการมีบทบาทการควบคุมตัวแทน จึงทำให้ลูกจ้างหรือตัวแทนต้องอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่น แต่สำหรับแฟรนไชส์ เป็นเรื่องกับผู้รับแฟรนไชส์ทำสัญญาเพื่อได้รับสิทธิแฟรนไชส์ วัตถุประสงค์หรือกิจที่ต้องกระทำตามสัญญานี้มิได้มีการควบคุมแต่อย่างใด แต่การควบคุมเป็นผลที่ติดตามมาจากความต้องการรักษาชื่อเสียงของชื่อและเครื่องหมายการค้า และค่านิยมของระบบแฟรนไชส์นี้ไว้ซึ่งเกิดขึ้นต่อเนื่องจากการทำสัญญาในภายหลัง การควบคุมในสัญญาแฟรนไชส์จึงมิใช่กระทำเพื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาโดยตรง ซึ่งต่างจากการควบคุมในสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาตัวแทนดังกล่าว ที่มีการควบคุมการกระทำตามเนื้อหาสาระสัญญา จึงผูกพันให้ต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นในฐานะที่เป็นคู่สัญญา

3) พิจารณาถึงความผูกพันของคู่สัญญาความผูกพันระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์นั้น มีการดำเนินการภายใต้ชื่อและเครื่องหมายการค้าเดียวกันและอยู่ภายใต้รูปแบบการทำงานเดียวกันก่อความผูกพันให้รักษาค่านิยมไว้ แต่สำหรับหุ้นส่วน นอกจากมีการดำเนินการภายใต้ชื่อและรูปแบบการค้าเดียวกันแล้ว หุ้นส่วนยังมีความผูกพันมีส่วนร่วมได้ เสี่ยงร่วมกันชนิดที่เรียกว่า "ล้มหัวจมท้าย"⁴¹

⁴¹ คู่สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาหุ้นส่วนในหัวข้อ 4.1.1



ความผูกพันในสัญญาแฟรนไชส์จึงมีน้อยกว่าในสัญญาหุ้นส่วนมาก ส่วนในเรื่อง
 ของบทบาทการควบคุมนั้น ก็เพื่อต้องการรักษาคุณภาพมาตรฐานของสินค้าและ
 บริการไว้ให้ได้ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า
 แต่ถ้าหากผู้ให้แฟรนไชส์เข้าใช้อำนาจควบคุมนอกเหนือจากความจำเป็นเช่นว่านี้
 อาจทำให้เกิดความสัมพันธ์แบบตัวการตัวทนขึ้นมาได้ เกิดความผูกพันมากขึ้น
 ย่อมทำให้โอกาสที่จะต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของคู่สัญญาที่มีมากขึ้น

ดังนั้น ประเด็นที่ว่าผู้ให้แฟรนไชส์ควรต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของ
 ผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่จึงต้องพิจารณาดังความเชื่อมโยงของการกระทำว่า
 ความรับผิดชอบนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ให้แฟรนไชส์หรือไม่ จากลักษณะ
 เฉพาะของแฟรนไชส์ดังกล่าว การกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ที่ไม่มีความเชื่อมโยง
 หรือเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของผู้ให้แฟรนไชส์ และการควบคุมก็
 มิใช่เป็นการควบคุมการกระทำตามสัญญา อีกทั้งคู่สัญญาไม่มีความผูกพันต่อกัน
 นอกเหนือไปจากการดำเนินการภายใต้ชื่อและเครื่องหมายการค้าเดียวกันซึ่ง
 ถือเป็นเพียงการถอดแบบมาดำเนินการเท่านั้น มิใช่ร่วมกันทำงานแต่อย่างใด
 ด้วยเหตุดังกล่าวมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคู่สัญญาแฟรนไชส์ไม่มีความผูกพันเชื่อมโยง
 พอที่จะให้ผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะคู่สัญญาต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้รับ
 แฟรนไชส์ ในความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์ตามปกติผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ควรต้องรับ
 รับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ แต่ถ้าหากมีการควบคุมเกินกว่าที่จำเป็นก็
 อาจทำให้ต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของคู่สัญญาได้ เพราะมีระดับความผูกพันที่สูง
 มากขึ้น ซึ่งหลักที่นำมาจากแนววินิจฉัยของศาลในระบบ Common law ว่า การ
 ใช้อำนาจการควบคุมที่มากจนเกินสมควร อาจทำให้ความสัมพันธ์เป็นการจ้าง
 แรงงานได้ เพราะฐานะเช่นนั้นอาจเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีสัญญาโดยแจ้งชัด^{๔๒}

^{๔๒} เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้, (สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด : 2527), หน้า 497.

แต่ตามหลักของไทยยังไม่ปรากฏว่าศาลอาศัยเรื่องอำนาจควบคุมเข้ามาเป็นหลัก
วินิจฉัยให้ต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้สัญญา



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.3 แฟรนไชส์กับการคุ้มครองผู้บริโภค ระบบแฟรนไชส์เริ่มเป็นที่ยอมรับและนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายมากขึ้น ย่อมเกิดผลกระทบต่อผู้บริโภคติดตามมา ด้วยลักษณะที่มีโดยเฉพาะของแฟรนไชส์จะส่งผลต่อการคุ้มครองผู้บริโภคอย่างไรบ้าง หรือไม่

ปัญหาของผู้บริโภค โดยทั่วไปผู้บริโภคมักจะไม่อยู่ในฐานะที่จะทราบภาวะการตลาดและความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่างๆ ได้อย่างถูกต้องทันที่ ทั้งนี้เพราะที่ทางฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจมีการพัฒนาตนเองทั้งทางด้านการตลาดและโฆษณา เพื่อส่งเสริมการขายสินค้ามาอย่างต่อเนื่อง จึงเกิดความต้องการและส่งเสริมผู้บริโภคให้ได้รับการคุ้มครอง มีการออกกฎหมายหลายฉบับ เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้การเลือกซื้อสินค้าและบริการด้วยความเป็นธรรม มิให้ถูกหลอกลวงสับสน สามารถรับข่าวสารเกี่ยวกับข้อมูลของสินค้าและบริการได้อย่างถูกต้อง - และได้รับความปลอดภัยในการบริโภค

ลักษณะเฉพาะของแฟรนไชส์มีประเด็นน่าสนใจที่เกี่ยวเนื่องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องต่อไปนี้

4.3.1 ธุรกิจแฟรนไชส์มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคหลายฉบับ

4.3.2 ความรับผิดชอบในตัวสินค้า

4.3.3 การโฆษณา

4.3.1 ธุรกิจแฟรนไชส์มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคหลายฉบับ ด้วยระบบแฟรนไชส์สามารถนำมาปรับใช้กับธุรกิจได้หลายประเภทอย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นร้านอาหาร ร้านขายยา โรงแรม ร้านจำหน่ายสินค้าจำพวกสะดวกซื้อ สถานบริการน้ำมัน ซึ่งบรรดาธุรกิจที่แตกต่างกันไปนี้ หากเป็นเรื่องที่กระทบหรืออยู่ภายใต้กฎหมายอะไรก็ต้องพิจารณาถึงกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นๆ โดยเฉพาะ เช่น ในการประกอบธุรกิจ

ร้านอาหาร กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภค บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เป็นเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคกำหนดการควบคุมคุณภาพอาหารให้ปลอดภัยในการบริโภค กำหนดเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมและบังคับให้ผู้ผลิตทำหน้าที่ผลิตและจำหน่ายอาหารที่มีคุณภาพเหมาะสมแก่การบริโภค

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า แพรนไฮส์เป็นการดำเนินการดำเนินกิจการค้า ภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกับผู้ให้แพรนไฮส์ เครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการมีความเกี่ยวข้องกับการค้าคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง เนื่องจากมีต้นกำเนิดเพื่อมิให้ผู้บริโภคหลงกลวงถึงคุณภาพและแหล่งกำเนิดสินค้า⁴³ จึงมีมาตรการทางกฎหมาย เช่น พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2522 ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อคุ้มครองให้เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ได้ตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริง กฎหมายเครื่องหมายการค้าและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะเป็นเรื่องของการวางขาย การหลอกลวง การปลอม การเลียนเครื่องหมายการค้า ฯ เรื่องดังกล่าวเจ้าของหรือผู้มีสิทธิในเครื่องหมายการค้าถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง เนื่องจากเครื่องหมายการค้าของตนถูกล่วงละเมิด เท่ากับเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความนิยมในสินค้าของผู้อื่นโดยไม่ชอบธรรม และผลสุดท้ายจะกระทบต่อผู้บริโภคต่อไปเพราะอาจเกิดความสับสนหรือหลงผิดอันเนื่องมาจากการล่วงละเมิดต่อเครื่องหมายการค้านั้นได้

การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า รวมทั้งเครื่องหมายบริการในระบบแพรนไฮส์ยังมีข้อกำหนดให้ต้องควบคุมคุณภาพ มิฉะนั้นอาจมีการขอให้เพิกถอนการให้ใช้สิทธิ ผู้ให้แพรนไฮส์จะทำหน้าที่ควบคุมเพื่อคงรักษาคุณภาพมาตรฐาน

⁴³ รัชชัย สุภผลศิริ, กฎหมายเครื่องหมายการค้า, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย : 2530), หน้า 2.

ภายใต้เครื่องหมายการค้าและชื่อการค้านั้นไว้ ลักษณะเช่นนี้เท่ากับเป็นการ
ประกันคุณภาพของสินค้าและบริการภายใต้ระบบแฟรนไชส์ไปสู่ผู้บริโภคไว้ได้วิธีหนึ่ง
ในแง่ของผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้รับสิทธิ ให้ถือว่าเป็นการใช้โดยเจ้าของเครื่องหมาย
การค้าการค้า⁴⁴ จึงมีภาระหน้าที่ที่จะพึงมีเช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของโดยคอย
ระมัดระวังปกป้องการล่วงละเมิดใดๆต่อเครื่องหมายการค้า รักษาสื่อเสียงและ
ค่านิยมต่อสินค้าและบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าไว้ให้ได้ตามหน้าที่ ดังนั้น
สัญญาแฟรนไชส์จึงห้ามขายสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานหรือสินค้าที่มีไว้ให้อ่านาขาย
และผู้บริโภคก็คาดหวังต่อสินค้าในระบบแฟรนไชส์ว่าจะได้รับสินค้าและบริการที่มี
ความเป็นแบบอย่างเดียวกันในทุกๆร้านแฟรนไชส์นั้น

4.3.2 ความรับผิดชอบในตัวสินค้า วิมีแฟรนไชส์เป็นการจำหน่ายสินค้า
และบริการไปยังผู้บริโภคผ่านทางผู้รับแฟรนไชส์ที่ดำเนินการภายใต้ชื่อและ
เครื่องหมายการค้าเดียวกับผู้ให้แฟรนไชส์ มีปัญหาว่าผู้บริโภคจะได้รับความคุ้ม
ครองจากการบริโภคสินค้าและบริการภายใต้ระบบแฟรนไชส์นี้อย่างไรบ้าง
โดยที่ พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 บัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้
รับการคุ้มครอง เช่นได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ หรือมีสิทธิ
ที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย⁴⁵

ในเรื่องของความรับผิดชอบในตัวสินค้าในส่วนของผู้ให้แฟรนไชส์ เนื่อง
จากผู้ให้แฟรนไชส์ไม่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาซื้อขายกับผู้บริโภค ผู้บริโภคมีนิติสัมพันธ์
ตามสัญญาซื้อขายเฉพาะกับผู้รับแฟรนไชส์เท่านั้น ดังนั้นผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ต้องรับ
ผิดตามสัญญา และหากกรณีเป็นแฟรนไชส์ประเภท Product Franchise ซึ่ง
หากสินค้าเกิดชำรุดบกพร่อง ผู้ให้แฟรนไชส์จะมีฐานะตนเองเดียวกับโรงงานผู้

⁴⁴ พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 70.

⁴⁵ พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 (3), (4).

ผลิต และผู้รับแพรอนไซส์เป็นผู้ค้าปลีก โดยที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องโดยเด็ดขาดไว้ หากพบข้อบกพร่องเหล่านี้ผู้เสียหายจึงมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งไม่แน่ว่าความชำรุดเสียหายนั้นจะเกิดขึ้น ณ ที่ขั้นตอนใดตั้งแต่กระบวนการผลิตจนถึงการจัดจำหน่าย และที่ไหน อีกทั้งผู้ผลิตมักจะสงวนสิทธิประกาศยกเว้นความรับผิดชอบของตนไว้ล่วงหน้า ดังนั้น หากกรณีความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้นกับตัวสินค้าเพื่อที่จะให้มีการรับผิดชอบดังกล่าว ผู้เสียหายจึงต้องรับภาระการพิสูจน์ความเสียหายเอาแก่ผู้ที่สามารถแสดงได้ว่า เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหาย ซึ่งนับว่าจะเป็นการที่ยุ้งยากลำบากสำหรับผู้บริโภค

ในส่วนของผู้รับแพรอนไซส์ในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าไปยังผู้บริโภคโดยตรง ผู้รับแพรอนไซส์จึงมีหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายต่อผู้บริโภคตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 472-482 เพื่อความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิ ดังนั้น หากสินค้ามีคุณภาพไม่ได้มาตรฐาน ชำรุดบกพร่อง หรือเป็นอันตราย หรือเสื่อมค่าแก่การใช้เหล่านี้เป็นหน้าที่ความรับผิดชอบโดยตรงที่ผู้รับแพรอนไซส์ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายเหล่านี้ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาต่อผู้ซื้อ

4.3.3 การโฆษณา สิทธิของผู้บริโภคที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ⁴⁶ สำหรับการให้ข่าวสารข้อมูลเพื่อส่งเสริมการขายนั้น ต้องเป็นการกระทำภายใต้กฎหมายการคุ้มครองผู้บริโภคในการโฆษณา และกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติถึงการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2517 เป็นต้น

ในการดำเนินงานโฆษณาเพื่อส่งเสริมการขายสินค้าและบริการในระบบ

⁴⁶ พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 (1).

แฟรนไชส์นั้นเมื่อถึงระดับท้องถิ่น ภูมิภาค และระดับชาติ ทำให้โอกาสของผู้บริโภค ได้ทราบภาวะข่าวสารการตลาดเป็นไปอย่างทั่วถึง การส่งเสริมการขายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับท้องถิ่น ช่วยให้ผู้บริโภคอาศัยข้อมูลเหล่านี้ตัดสินใจ ประกอบการเลือกซื้อสินค้าได้ตามความต้องการมากขึ้น ส่วนเรื่องค่าใช้จ่ายด้านการโฆษณา นั้น จะมาจากกองทุนที่ผู้ให้แฟรนไชส์เก็บค่าธรรมเนียมจากผู้รับแฟรนไชส์ทั้งหลายซึ่งได้จัดสรรไว้ โดยผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ดำเนินการด้านโฆษณา ดังนั้น หากมีความรับผิดชอบเนื่องจากการโฆษณา ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการด้านโฆษณาจึงต้องรับผิดชอบ ปัญหาว่ากรณีดังกล่าวผู้รับแฟรนไชส์มีส่วนร่วมในความรับผิดชอบด้วยหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ หากการโฆษณาแฟรนไชส์นั้นปรากฏในบริเวณพื้นที่ตามสิทธิของผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งผู้รับแฟรนไชส์เปิดดำเนินการนั้นอยู่ จึงเป็นภาระหน้าที่ของเจ้าของกิจการต้องระมัดระวังการโฆษณาที่เกี่ยวกับกิจการของตน และปรากฏว่ามีการออกเงินเพื่อการโฆษณา แม้จะมีได้ดำเนินการเองโดยตรงก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นการสนับสนุนการโฆษณาอันนั้น ดังนั้น ผู้รับแฟรนไชส์จึงควรต้องร่วมรับผิดชอบเนื่องมาจากการโฆษณานั้นด้วย

นอกจากที่กล่าวมานี้ หากผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ดำเนินการโฆษณาระดับท้องถิ่นโดยออกค่าใช้จ่ายเอง หรือร่วมมือกับผู้รับแฟรนไชส์อื่นดำเนินการโฆษณา การโฆษณาเพื่อส่งเสริมการขายนั้นจะต้องผ่านการขอมติจากผู้ให้แฟรนไชส์ก่อนล่วงหน้า⁴⁷ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้การโฆษณาของผู้รับแฟรนไชส์ไม่ได้มาตรฐานพอที่จะส่งเสริมภาพพจน์ของแฟรนไชส์นั้น หากการส่งเสริมต้องมีความรับผิดชอบเนื่องมาจากการโฆษณา ทั้งผู้ให้และผู้รับแฟรนไชส์ก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบจากการกระทำการโฆษณาดังกล่าว

⁴⁷ John Adams and KV. Prichard Jones, Franchising (London Butterworths, 1987) p. 273.

4.4 บทบาทของรัฐต่อธุรกิจแฟรนไชส์ โดยที่ระบบแฟรนไชส์เป็นวิธีการจัดจำหน่าย โดยผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นหน่วยอิสระดำเนินกิจการภายในเครือข่ายที่เชื่อมโยงเข้ากับผู้ให้แฟรนไชส์แต่ผู้เดียว ผู้ให้แฟรนไชส์ได้ประโยชน์จากการจัดจำหน่ายสินค้าและบริการผ่านทางหน่วยอิสระเหล่านี้ ผลภาวความยุ่งยาก ความเสี่ยง ค่าใช้จ่ายอื่นๆ แทนที่จะต้องดำเนินงานเอง ระบบแฟรนไชส์จึงเป็นตัวนำนวัตกรรมใหม่ๆ ให้เข้าถึงตลาดได้อย่างกว้างขวาง ทางด้านผู้รับแฟรนไชส์จะได้รับการถ่ายทอด เทคนิคความรู้ และวิธีการใหม่ๆ ที่ผ่านการวิจัยพัฒนาคิดค้นขึ้นมา โดยผู้รับแฟรนไชส์จะต้องชำระค่าธรรมเนียมเป็นงวดตอบแทน การต้องชำระค่าธรรมเนียมตลอดระยะเวลาสัญญา การต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อบังคับต่างๆ และการเป็นผู้รับแฟรนไชส์ทำให้ไม่จำเป็นต้องคิดค้น เพื่อการวิจัยพัฒนาปรับปรุงตัวเอง แต่ต้องอยู่ภายใต้กรอบและนโยบายต่างๆ ตามที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด ลักษณะเช่นนี้จะเป็นการขัดต่อแนวโน้มนโยบายที่มีในสภาพสังคมเศรษฐกิจไทย เป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ รัฐจะมองภาพของแฟรนไชส์ไปในทางใด หรือควรมีแนวนโยบายอย่างไรต่อระบบแฟรนไชส์ ในส่วนที่ผู้เขียนจะแบ่งประเด็นการศึกษาเรื่องนี้ออกเป็น 3 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ

4.4.1 ระบบแฟรนไชส์กับสังคมเศรษฐกิจไทย

4.4.2 แฟรนไชส์กับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และ

4.4.3 คู่สัญญาตราบปฏิบัติต่อกันด้วยความเป็นธรรม

4.4.1 ระบบแฟรนไชส์กับสังคมเศรษฐกิจไทย โดยที่ระบบเศรษฐกิจไทยยึดหลักการค้าเสรี ส่งเสริมให้มีการแข่งขัน เพราะการแข่งขันจะทำให้การไว้และการจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด นอกจากนี้การทำสัญญาในระหว่างเอกชนจะอยู่บนหลักการของเสรีภาพในการทำสัญญา หากไม่ขัดต่อกับนิติของกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แล้ว ย่อมไม่เป็นเหตุขัดขวางมิให้เอกชนเข้าทำสัญญา

เนื่องจากระบบแฟรนไชส์มีองค์ประกอบสำคัญคือการอนุญาตให้ใช้สิทธิรวมมาเป็นชุด (Package) โดยมีแกนหลักของเรื่องคือการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมาย

หมายเหตุ คำ เครื่องหมายการค้า เป็นทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งกฎหมายให้การรองรับ
 ล่าพียงเพียงการอนุญาตให้ใช้ เครื่องหมายการค้าอย่างเดี่ยวโดยให้ค่าตอบแทนก็
 เป็นที่ยอมรับและใช้กันอย่างกว้างขวาง ถึงกับมีการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายเรื่อง
 การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าขึ้นมาเพื่อความเหมาะสมและสอดคล้อง
 กับสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ ดังนั้นการให้สิทธิแฟรนไชส์จึงไม่น่าจะมีอะไร
 ที่เป็นการขัดขวางหรือต้องห้าม ในชุด (Package) นั้น นอกจากมีการอนุญาตให้
 ใช้เครื่องหมายการค้าแล้วยังมีการให้ใช้ชื่อทางการค้า ความลับทางการค้า
 ระบบการค้า แผนงานการพัฒนาต้นเค้าวิจัยที่มีอยู่ตลอดเวลาเตรียมไว้สำหรับผู้รับ
 แฟรนไชส์อย่างต่อเนื่อง นับเป็นสิ่งสำคัญและมีค่าของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ได้ลงทุนไว้
 ดังนั้น การที่ผู้รับแฟรนไชส์ต้องยินยอมอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ จึงเป็น
 ความพอใจของผู้รับแฟรนไชส์เองที่ยอมสูญเสียอะไรบางอย่างเพื่อแลกกับประโยชน์
 ที่คาดว่าจะได้รับด้วยความเชื่อมั่นอย่างมีเหตุผล เมื่อไม่ปรากฏลักษณะอื่นใดที่ก่อ
 ความเสียหายแก่สภาพสังคม เศรษฐกิจส่วนรวม แม้ระบบแฟรนไชส์เป็นแนวคิดที่รับ
 มาจากสังคมต่างประเทศ ก็ไม่มีเหตุขัดขวางที่จะนำมาใช้ภายใต้สภาพสังคม
 เศรษฐกิจไทยแต่ประการใด

4.4.2 แฟรนไชส์กับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า เนื่องจาก
 สัญญาแฟรนไชส์มีข้อกำหนดที่ทำให้ความสัมพันธ์คู่สัญญามีลักษณะเฉพาะ เป็นพิเศษ
 ทำให้อำนาจและเสรีภาพในการค้า เป็นธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์บางอย่างลดลง
 ไป ด้วยเหตุผลของกลไกในระบบแฟรนไชส์นั่นเอง มีลักษณะสำคัญที่แสดงออก
 มาว่าเป็นการจำกัดทางธุรกิจอยู่หลายประการ ตัวอย่างสำคัญที่เห็นได้ชัดซึ่งจะนำ
 มาแสดงในที่นี้ ได้แก่ เรื่องการจำกัดพื้นที่และข้อตกลงผูกมัด เรื่องการจัดซื้อ

ก. การจำกัดพื้นที่ ปกติการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์จะมี

ข้อกำหนดเรื่องพื้นที่ทางภูมิศาสตร์⁴⁸ เพื่อพัฒนาพื้นที่ทางการตลาดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพราะการให้สิทธิแฟรนไชส์จะมีการประเมินความสามารถทางการตลาด เป้าหมาย ลูกค้า การลงทุนไว้ล่วงหน้าเพื่อลดความเสี่ยงในการลงทุน การให้ Exclusive Franchise จะทำให้ผู้รับแฟรนไชส์สามารถดำเนินกิจการได้อย่างเต็มที่ การจำกัดพื้นที่และจำกัดลูกค้าเท่ากับเป็นการจัดสรรกันเองในระบบแฟรนไชส์นั้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการจัดจำหน่ายให้ได้สูงสุด ลดความกังวล ตัดปัญหาคู่แข่งจากผู้รับแฟรนไชส์เดียวกันมิให้เข้ามาในพื้นที่ ลักษณะเช่นนี้เท่ากับเป็นการจำกัดผู้รับแฟรนไชส์ให้ต้องค้าขายภายในพื้นที่ที่กำหนด ห้ามขายนอกเขต ขณะเดียวกันเป็นการจำกัดผู้รับแฟรนไชส์อื่นและผู้ให้แฟรนไชส์นั้นมิให้เข้ามาดำเนินการภายในพื้นที่ของตน เป็นการผูกขาดด้านพื้นที่ ทำให้ลดการแข่งขันภายใน (intrabrand competition) ในระหว่างผู้รับแฟรนไชส์ด้วยกันเอง แต่จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันภายนอก (interbrand competition) อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ข. ข้อตกลงผูกมัดเรื่องการจัดซื้อ เนื่องจากความต้องการรักษาคุณภาพมาตรฐานให้มีความเป็นแบบอย่างเดียวกันในระบบแฟรนไชส์ ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีบทบาทของการควบคุม⁴⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมสินค้าที่จัดซื้อหรือขาย ผู้ให้แฟรนไชส์อาจเลือกที่จะขายสินค้า อุปกรณ์ เครื่องมือ เครื่องใช้ ด้วยตนเอง หรือมอบหมายให้ผู้จัดส่งอื่นขายแทน และผู้รับแฟรนไชส์อาจต้องซื้อจากแหล่งที่ผู้ให้แฟรนไชส์อนุญาตหรือมอบหมาย โดยผู้ให้แฟรนไชส์อาจห้ามผู้รับแฟรนไชส์จัดซื้อหรือขายสินค้าของผู้อื่น วัตถุประสงค์ก็เพื่อปกป้องเครื่องหมายการค้า ชื่อเสียง และประกันคุณภาพมาตรฐานสินค้า การผลิต การจัดส่งให้สามารถกระทำได้อย่างต่อเนื่อง ทำให้ลูกค้าเกิดความไว้วางใจเพื่อสร้างค่า

⁴⁸ ดูหัวข้อ 3.2.3 เรื่องการมีสิทธิผูกขาดในพื้นที่

⁴⁹ ดูหัวข้อ 3.3.1 เรื่องการควบคุม

นิยมให้สูงเพิ่มขึ้น ลักษณะของข้อตกลงเช่นนี้เรียกกันว่า "Tying arrangement" เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อปัญหาการผูกขาดทางการค้าในต่างประเทศ ซึ่งมีการวางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดเรื่องการผูกมัดทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัด เป็นการกีดกันผู้จัดส่งอื่นที่มิให้มีโอกาสเข้ามาติดต่อค้าขาย ยิ่งไปกว่านั้นผู้ให้แฟรนไชส์ยังอาจใช้โอกาสที่หาประโยชน์ได้โดยถือเอาเป็นรายได้หลักส่วนหนึ่งของตนจากการขายในลักษณะเช่นนี้ได้ ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ไม่อาจเลือกซื้อสินค้าในเวลาและคุณภาพในตลาดที่มีถาวรยิ่งขึ้น

จากกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดเรื่องการผูกมัดดังกล่าวนี้ หากสามารถแสดงถึงเหตุผลและความจำเป็นทางธุรกิจอย่างเพียงพอ ข้อตกลงเรื่องการผูกมัดก็เป็นที่ยอมรับได้ เช่นสินค้าและเครื่องหมายการค้าอื่นที่เกี่ยวข้องกันจนผู้บริโภครู้สึกว่ามีความเกี่ยวข้องกันแยกจากกันไม่ออก การบังคับให้ต้องซื้อไม่ถือว่าเป็นการผูกมัดที่ผิดกฎหมาย^{๕๐} เช่น น้ำมันเชื้อเพลิงกับเครื่องหมายการค้า ผลิตภัณฑ์ไอศกรีมภายใต้สูตรลับพิเศษกับระบบแฟรนไชส์ เป็นต้น การที่จะถือว่าผูกมัดหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าสินค้านั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความจำเป็นสองระบบหรือไม่ ถ้าถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันก็ไม่ถือว่าเป็นการผูกมัด ดังนั้นการบังคับให้ซื้อตามข้อกำหนดที่จะถือเป็นการผูกมัดจึงต้องแสดงว่าสินค้านั้นที่บังคับให้ซื้อนั้นมีความแตกต่างจากสินค้าอื่นโดยชัดเจนทั้งคุณภาพและราคา นอกจากนี้ยังมีเหตุผลเนื่องมาจากความจำเป็นทางธุรกิจที่อาจนำมาหักล้างข้อกล่าวหาว่ามีกาวผูกมัดได้ ดังตัวอย่างของคดี Mozart Co. V. Mercedes-Benz of North America, Inc., 833 F.2d 1342 (9th Cir. 1987) คดีนี้ศาลยอมรับข้อกำหนดของ

^{๕๐} David J. Kaufmann, Franchising 1989,

(Practising Law Institute : New York, 1989) p. 826.

การผูกมัดว่าเป็นความจำเป็นที่ยอมรับได้ กล่าวคือ การที่ผู้ให้เฟรนไชส์ (ผู้ส่งเข้า - importer) ผูกมัดให้ซื้ออะไหล่รถ ก็เนื่องมาจากความจำเป็นของการควบคุมคุณภาพ เพื่อป้องกันมิให้ผู้รับเฟรนไชส์ลดคุณภาพของสินค้าลง มาตรการตรวจสอบอะไหล่ถือเป็นเรื่องการเพื่อรักษาชื่อเสียงของผู้ผลิต แต่เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบอะไหล่โดยผู้ส่งเข้า (ผู้ให้เฟรนไชส์) เองเป็นจำนวนเงินที่สูงมาก ดังนั้น การที่ผู้ให้เฟรนไชส์ส่งซื้ออะไหล่ส่วนมากจากผู้ผลิตรถในเยอรมันโดยตรง ซึ่งผ่านการตรวจสอบคุณภาพมาแล้ว เป็นทางเลือกที่กีดกันน้อยที่สุดแล้ว ถือว่าเป็นการผูกมัดที่ยอมรับได้

4.4.3 คู่สัญญาควรปฏิบัติต่อกันด้วยความเป็นธรรม ด้วยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เอกชนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนเองให้เป็น เช่นไรก็ได้ตามใจสมัครหากสัญญาเป็นไปเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย และในระบบการค้าเสรีคู่สัญญาควรมีอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกันซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญรวมอยู่ด้วย แต่ในทางปฏิบัติจากกลไกของระบบเฟรนไชส์เองในบางสภาพการณ์อาจส่งเสริมให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจการต่อรองที่สูงกว่า ทำให้มีการเอาเปรียบกันได้ง่าย เช่นการเข้าทำสัญญา ผู้ที่จะเข้ามาทำสัญญาควรมีโอกาสได้ทราบเงื่อนไขข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอเพื่อประกอบการตัดสินใจก่อนเข้าผูกพันทำสัญญา และหากมีการบอกเลิกสัญญาควรรกระทำอย่างมีเหตุผลและด้วยเหตุอันควร^{๕๑} ดังนั้นในการปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญาเฟรนไชส์ จึงควรคำนึงถึงเหตุผลของแต่ละฝ่าย โดยมุ่งที่จะให้คู่สัญญาในฐานะของอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกัน การใช้กฎหมายและวินิจฉัยต่อปัญหาเหล่านี้จะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริง เหตุผล และความจำเป็นทางธุรกิจเข้ามาประกอบด้วยเสมอ และรัฐควรเข้าใจในสภาพปัญหา ส่งเสริมให้คู่สัญญาที่มีอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกัน และในการทำสัญญาควรเปิดโอกาสให้คู่สัญญาได้มีการเจรจาต่อรอง

^{๕๑} ดูหัวข้อ 4.1.2