

กฎหมายและทางปฏิบัติของไทยในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรม
ในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

1. ระบบกฎหมายไทยในการควบคุมปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม
ในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

ในประเทศไทยธุรกิจแฟรนไชส์เริ่มต้นจากแฟรนไชส์ต่างประเทศในปี 2526 โดยเฉพาะธุรกิจโรงแรม เช่น Inter Continental, Hyatt, Holiday Inns, Sheraton¹ และธุรกิจอาหารฟาสต์ฟู้ด เช่น McDonald's, Kentucky Fried Chicken, Dunkin's Donut ต่อมาก็มีธุรกิจหลายประเภทที่พยายามผลักดันการขยายงานโดยใช้รูปแบบแฟรนไชส์ทั้งธุรกิจจากต่างประเทศและธุรกิจในประเทศไทยเอง เช่น ร้านอาหารเอสแอนด์พี (S&P), ร้านอาหาร 13 เหรียญ, Black Canyon, Jaymart ซึ่งธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยนั้นจะเติบโตโดยมีการพัฒนาระบบธุรกิจเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในระยะการเริ่มต้นของระบบธุรกิจแฟรนไชส์ ธุรกิจส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นในตัดสินใจและการให้บริการเป็นหลัก แต่การเกิดธุรกิจแฟรนไชส์ในช่วงนี้ยังไม่เข้มแข็งพอเนื่องจากการสร้างธุรกิจที่ขาดระบบการบริหารที่มั่นคง จึงทำให้มีธุรกิจน้อยรายที่จะสามารถรักษาและคงอยู่อย่างยั่งยืน ซึ่งธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยในระยะแรกก็มีลักษณะเดียวกัน คือ เริ่มต้นมีขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 และเป็นที่รู้จักกันในช่วงปี พ.ศ. 2535 แต่หลังจากนั้นธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยก็ค่อยๆ หายไปจนแทบจะไม่มีแฟรนไชส์ของคนไทยหลงเหลืออยู่เลย คงมีแต่ธุรกิจที่เป็นแฟรนไชส์จากต่างประเทศที่เข้ามายึดตลาดของไทยมากกว่าร้อยละ 80

ในระยะต่อมาเป็นช่วงของการสร้างระบบธุรกิจที่เกิดจากบริษัทขนาดกลางเข้ามาพัฒนาระบบแฟรนไชส์เพื่อที่จะสร้างร้านจำหน่ายของตนขึ้นในตลาดเสมือนการสร้างช่องทางจัดจำหน่ายของสินค้าโดยกระจายการลงทุนด้วยระบบแฟรนไชส์ ด้วยศักยภาพที่ดีกว่าและสามารถนำเอาความพร้อมขององค์กรช่วยสร้างระบบงานและการสร้างตราสินค้าได้ดีกว่าทำให้ระบบเริ่มมีแนวทางที่ดีมากขึ้น แต่ในระยะนี้ก็มีธุรกิจขนาดเล็กที่สร้างความพร้อมของตนเองได้ดีขึ้น ช่วงนี้

¹ สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และ เฉลียว สุวรรณกิตติ, อ่านแล้วรวย: ธุรกิจแฟรนไชส์ (Franchise) มิติใหม่ของการค้าและการลงทุน: ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการเจรจาข้อสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: คู่แข่งธุรกิจ, 2536), น. 20.

เป็นช่วงที่ประเทศไทยเริ่มปรับตัวพร้อมกับมีหน่วยงานต่างๆ เข้ามามีส่วนในการปรับความเข้าใจในรูปแบบของธุรกิจให้ชัดเจนขึ้น² มีธุรกิจหลายประเภทที่ขยายตัวด้วยการใช้ระบบแฟรนไชส์และได้รับความนิยมอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ธุรกิจที่ให้แฟรนไชส์ส่วนใหญ่ก็ยังคงเป็นแฟรนไชส์จากต่างประเทศ ซึ่งมีทั้งแฟรนไชส์ขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก และแฟรนไชส์ขนาดเล็กที่จำนวนเงินลงทุนไม่สูงมากนัก ตัวอย่างเช่น PUMA, Seven-Eleven, Macro เป็นต้น ธุรกิจแฟรนไชส์เหล่านี้มียอดขายดีและหลายหมื่นล้านบาท และเป็นสาเหตุหลักที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการค้าปลีกในประเทศไทยเป็นอย่างมากและเชื่อว่าจะมีบทบาทมากขึ้นอย่างต่อเนื่องในอนาคต ส่วนธุรกิจแฟรนไชส์ที่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ประกอบการไทยก็เริ่มมีจำนวนมากขึ้นในปัจจุบัน โดยส่วนใหญ่จะเป็นธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก เช่น ร้านหนังสือดอกหญ้า ท็อปเจริญสหวิทยาโอเอ³

ในปัจจุบัน ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยจะเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอาหารและเครื่องดื่มมากที่สุด แต่ก็มีแนวโน้มว่าในอนาคตธุรกิจด้านการให้บริการจะได้รับการพัฒนามากขึ้น ซึ่งธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท⁴ คือ

1. ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้า ซึ่งอาจจะรวมทั้งการขายสินค้าโดยผู้ผลิตหรือผู้ขาย มีสูตรกรรมวิธีการผลิต และอาจจะมีข้อกำหนดอื่นๆ เพิ่มเติมขึ้น
2. ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ ซึ่งนอกเหนือจากการให้บริการแล้วก็อาจจะให้มีการฝึกอบรม มีการให้ใช้ชื่อเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ หรือชื่อทางการค้า

โดยธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยที่เติบโตอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มที่จะขยายตัวอย่างต่อเนื่องในอนาคต มีทั้งธุรกิจแฟรนไชส์ที่เป็นของต่างชาติและธุรกิจแฟรนไชส์ที่เป็นของผู้ประกอบการไทย โดยเฉพาะแฟรนไชส์จากต่างประเทศนั้นได้ขยายเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน เช่น แฟรนไชส์จากประเทศสิงคโปร์ ฮองกง ญี่ปุ่น และมาเลเซีย โดย

² พิระพงษ์ กิติเวชโกศาวัฒน์, แฟรนไชส์ ยุทธการโคลนนิ่งธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร: เอ.อาร์.บิซิเนส เพรส, 2546), น. 54-55.

³ รายงานการวิจัย “โครงการสร้างระบบเชื่อมโยงผู้ผลิตกับผู้ค้ารายย่อยเพื่อส่งเสริมธุรกิจขนาดย่อมแบบครบวงจร” ฉบับที่ 2/3 การดำเนินธุรกิจในระบบแฟรนไชส์, ศูนย์พัฒนาธุรกิจชุมชน ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรกฎาคม 2542, น.14

⁴ สุจินต์ ชัยมั่งคณานนท์, กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และ เฉลียว สุวรรณกิตติ, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 22.

ส่วนใหญ่ยังคงเป็นแฟรนไชส์อาหารและสินค้าแฟชั่น เหตุผลส่วนหนึ่งเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยมีวัตถุดิบจำนวนมากที่จะรองรับอาหารหลากหลายชนิดและแฟรนไชส์เหล่านี้ต้องการจะใช้ไทยเป็นศูนย์กลางในการขยายฐานแฟรนไชส์ของตนไปสู่ภูมิภาคอินโดจีนอย่างประเทศลาว กัมพูชา พม่า หรือเวียดนาม เพราะประเทศเหล่านี้มักจะศึกษารูปแบบของแฟรนไชส์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเป็นหลัก⁵ รวมทั้ง คนไทยยังมีค่านิยมในการรับวัฒนธรรมจากต่างชาติได้ไม่ยากนัก สินค้าที่มาจากต่างประเทศจึงสามารถติดตลาดในประเทศไทยได้ในเวลาอันสั้น เช่น ขนมปัง RotiBoy ซึ่งเป็นแฟรนไชส์จากประเทศมาเลเซียที่ใช้เวลาในการเริ่มต้นกิจการไม่นานก็สามารถโด่งดังเป็นที่รู้จักอย่างรวดเร็ว ส่วนแฟรนไชส์ที่พัฒนาขึ้นโดยผู้ประกอบการไทยนั้นมีแนวโน้มว่าจะขยายตัวออกไปได้อย่างกว้างขวางเช่นกัน เนื่องจากสินค้าและบริการของไทยเป็นจำนวนมากมีศักยภาพที่จะพัฒนาระบบแฟรนไชส์และจะเป็นการให้แฟรนไชส์ที่มีประสิทธิภาพในการขยายตัวทั้งตลาดภายในประเทศและตลาดต่างประเทศ⁶ ดังนั้น ในอนาคตการทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศผู้ประกอบการไทยก็จะได้อยู่ในฐานะของผู้รับแฟรนไชส์เท่านั้น แต่ยังคงอยู่ในฐานะของผู้ให้แฟรนไชส์อีกด้วย

ทั้งนี้ สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่มีความละเอียดซับซ้อนมาก เนื่องจากลักษณะและรูปแบบในการดำเนินธุรกิจทำให้ความสัมพันธ์ของผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์แตกต่างจากสัญญาอื่นๆ โดยผู้รับแฟรนไชส์จะต้องดำเนินธุรกิจภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาและรูปแบบการดำเนินธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์ ส่วนผู้ให้แฟรนไชส์ก็ต้องควบคุม ดูแล และให้ความช่วยเหลือผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจตลอดระยะเวลาของสัญญา จึงทำให้สัญญาแฟรนไชส์จะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับต่างๆ ไว้มากมาย และข้อสัญญาบางข้อในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศก็อาจถือว่าการฝ่าฝืนกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยได้

⁵ แฟรนไชส์ต่างประเทศบุกไทยหวังขยายปีกสู่อินโดจีน<<http://www.gotomanager.com/news/details.aspx?id=55729>>.

⁶ ศูนย์พัฒนาธุรกิจชุมชน ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.28.

1.1 ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์ตามกฎหมายไทย

สัญญาแฟรนไชส์เป็นเรื่องของการให้สิทธิในระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยผู้ให้แฟรนไชส์ให้สิทธิแก่ผู้รับแฟรนไชส์เพื่อดำเนินธุรกิจภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาและรูปแบบการดำเนินงาน โดยเฉพาะของผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายสำหรับธุรกิจแฟรนไชส์ ออกมารองรับเป็นการเฉพาะไม่ว่าจะเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลหรือความสัมพันธ์ลักษณะแฟรนไชส์ก็ตาม แต่ความสัมพันธ์ตามสัญญาแฟรนไชส์ก็จัดเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะนิติกรรมสัญญาประเภทหนึ่งระหว่างคู่สัญญาอย่างน้อย 2 ฝ่ายขึ้นไป คือ ผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ โดยผู้ให้แฟรนไชส์ให้สิทธิแฟรนไชส์แก่ผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจและผู้รับแฟรนไชส์จะชำระค่าธรรมเนียมแก่ผู้ให้สิทธิเป็นการตอบแทน สัญญาแฟรนไชส์จึงมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์นั้นจะปรากฏความเป็นแบบอย่างเดียวกัน (Uniformity) มีความสัมพันธ์ติดต่อกันอยู่ตลอดระยะเวลาของสัญญา⁷ และเนื่องจากไม่มีกฎหมายอื่นที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้โดยเฉพาะ ดังนั้น การก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาก็ดี การบังคับตามสัญญา และการผิดสัญญาก็ดี นอกเหนือจากข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ที่ระบุไว้ในสัญญาแล้ว จำเป็นต้องนำบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาและเอกเทศสัญญาต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับ ในเบื้องต้นจึงถือว่าคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จะสามารถต่อรองข้อตกลงกันภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนได้อย่างเสรีราบใดที่วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ว่าข้อตกลงนั้นอาจทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบก็ไม่ทำให้เจตนารมณ์ของคู่สัญญาเสียไป⁸

ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะสัญญาแฟรนไชส์จึงอาจจะทำได้ขึ้นด้วยวาทาก็ได้ สัญญาก็ยังคงมีผลสมบูรณ์ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันและมีผลตามกฎหมาย⁹ แม้จะมี

⁷ ถวิลวงษ์ ถายะพิงค์. “ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแฟรนไชส์.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 53.

⁸ สุจินต์ ชัยมั่งคณานนท์ และ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. “ธุรกิจแฟรนไชส์ (Franchise) มิติใหม่ของวงการค้าและการลงทุน: ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการเจรจาสร้างสัญญา.” บทบัญญัติ เล่มที่ 45 ตอน 4, น. 108 (ธันวาคม 2532).

⁹ ศิริพงศ์ ศุภกิจจานุสรณ์, “สัญญาแฟรนไชส์,” เอกสารภาษีอากร ปีที่ 10, เล่มที่ 115, น. 116 (เมษายน 2534).

คำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ตัดสินในคดีหมายเลขแดงที่ ทป 23/2544 ว่า “สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน หากไม่ได้นำไปจดทะเบียนเท่ากับว่าไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้และจะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 เมื่อคู่สัญญาในคดีไม่ได้นำสัญญาไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ถือว่าเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา” ก็ตาม

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่าแม้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งจะเป็นส่วนที่สำคัญของสัญญาแฟรนไชส์เสมอ แต่วัตถุประสงค์สำคัญของสัญญาแฟรนไชส์นั้นไม่ได้จำกัดอยู่แค่การอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่คู่สัญญาแฟรนไชส์ยังมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันอีกหลายด้าน ซึ่งส่งผลให้หน้าที่อื่นที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในการให้แฟรนไชส์อีกด้วย เช่น การที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องดำเนินธุรกิจที่มีรูปแบบธุรกิจเช่นเดียวกับผู้ให้แฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องทำการฝึกอบรม จัดหาสินค้าหรือวัตถุดิบ ดูแลเรื่องการตลาด โฆษณา และประชาสัมพันธ์¹⁰ เป็นต้น ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาแฟรนไชส์ที่แตกต่างจากสัญญาประเภทอื่น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นแค่เพียงส่วนหนึ่งของการทำสัญญาแฟรนไชส์เท่านั้น ถ้าสัญญาให้ใช้สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ได้จดทะเบียนก็เฉพาะแต่สัญญานี้เท่านั้นที่จะเป็นโมฆะไม่เกี่ยวข้องกับส่วนอื่น เมื่อการทำสัญญาแฟรนไชส์ไม่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องแบบไว้โดยเฉพาะ สัญญาแฟรนไชส์ที่มีได้ทำเป็นหนังสือหรือทำเป็นหนังสือแต่มีได้นำจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ยังคงสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย¹¹

การที่สัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้เป็นเอกเทศสัญญาชนิดใดชนิดหนึ่งและไม่เป็นกฎหมายใดที่ทำการควบคุมเป็นการเฉพาะ เมื่อมีคดีความขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลศาลก็ต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์ตามลักษณะข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาใช้บังคับในส่วนของการเกิดของสัญญา ผลของสัญญา และการเลิกสัญญา พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ใช้บังคับ

¹⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “จดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมาย,” Business Law Variety, ปีที่ 3, ฉบับที่ 27 น. 42 (มีนาคม 2548).

¹¹ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศจะเป็นสัญญาที่มีมูลค่าทางธุรกิจสูงและใช้เงินลงทุนจำนวนมาก คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงจะตกลงทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรและกำหนดข้อสัญญาที่ใช้บังคับต่อกันอย่างละเอียดถี่ถ้วน

ในส่วน of ข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้อำนาจในส่วนของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น

1.2 การควบคุมความเป็นธรรมของข้อสัญญา

1.2.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของไทย

กฎหมายที่มีผลเป็นการควบคุมข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของไทยก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ในเรื่องนิติกรรมสัญญา และ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในการทำสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อขจัดปัญหาความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาและมีหลักการที่สำคัญคือ การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าไม่ให้ถูกเอาเปรียบโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย ทั้งนี้ หลักกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของไทย ได้แก่

(ก) หลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการทำนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายไทย เนื่องจากเข้ามามีบทบาทอยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการกำหนดองค์ประกอบต่างๆ ของสัญญา เช่น แบบของสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา เนื้อหาของสัญญา หรือผลของสัญญา รวมทั้งศาลก็มักจะนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้ในการตัดสินคดีอยู่เสมอ¹² ดังนั้น เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยสมัครใจแล้ว คู่กรณีจะต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากเพียงไรก็ตาม¹³ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าสัญญาที่คู่สัญญาตกลงทำกันขึ้นจะแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย แต่หากไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับได้

¹² ศนันท์กรณ โสติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 27.

¹³ จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 2541), น. 77.

ตามกฎหมาย เนื่องจากสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลที่มีความศักดิ์สิทธิ์กฎหมายจึงยินยอมบังคับให้ ผู้ทำนิติกรรมจึงสามารถทำนิติกรรมไม่ว่าในส่วนใดๆ ให้แตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายได้ โดยจะมีกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น กรอบในเรื่องวัตถุประสงค์ตามมาตรา 150 หรือกรอบในเรื่องแบบตามมาตรา 152 เป็นต้น¹⁴

(ข) หลักความเสมอภาคในการทำสัญญา

ตามกฎหมายถือว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการตกลงยินยอมเข้าทำสัญญา สัญญาที่บุคคลตกลงทำกันขึ้นจึงมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย แต่เมื่อเกิดความไม่เสมอภาคขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากเหตุผลทางด้านร่างกาย จิตใจ หรือความเยาว์วัย กฎหมายจึงต้องเข้ามาคุ้มครองการทำนิติกรรมสัญญาของบุคคลเหล่านี้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างบุคคลให้มากที่สุด นั่นก็คือ บทบัญญัติในเรื่องความสามารถของบุคคล ซึ่งตามกฎหมายไทยกำหนดให้นิติกรรมที่กระทำขึ้นโดยบุคคลที่ความสามารถบกพร่องจะตกเป็นโมฆียะ ได้แก่ กรณีของผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ และคนเสมือนไร้ความสามารถ เพื่อให้บุคคลที่มีหน้าที่ในการดูแลผู้ไร้ความสามารถเหล่านี้ได้เข้ามากลั่นกรองก่อนที่จะได้มีการทำนิติกรรมขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ไร้ความสามารถไม่ให้ถูกเอาเปรียบเนื่องจากการที่ความสามารถของตนบกพร่อง นอกจากนี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคู่สัญญาจะสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาได้ต่อเมื่อต่างฝ่ายต่างมีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจและสังคม หากว่าคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าเท่านั้นที่จะมีอิสระในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามความพอใจของตน¹⁵

(ค) หลักการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันควรบอกให้แจ้ง (Disclosing Information)

ตามหลักทั่วไปในการทำสัญญา คู่สัญญาจะต้องมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันควรบอกให้แจ้งหรือเป็นสาระสำคัญของสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทราบก่อนที่จะมีการทำสัญญา สัญญาใดๆ ที่เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด กฎหมายจึงกำหนดให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ได้แก่ กรณีสัญญาที่เกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญาสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ ส่วนสัญญาที่เกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆียะ

¹⁴ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 28.

¹⁵ เพิ่งอ้าง, น. 412.

(ง) หลักสุจริต (Good Faith)

หลักสุจริต (Good Faith) ในกฎหมายไทยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หลักสุจริตในมาตรา 5 นี้ถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งในเรื่องนี้ เนื่องจากในกรณีที่บุคคลตกลงทำสัญญาเพื่อก่อหนี้ผูกพันกับอีกบุคคลหนึ่งหรือเป็นกรณีมูลแห่งหนี้อื่นๆ นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจซึ่งกันและกัน¹⁶ โดยศาลจะนำหลักสุจริตนี้มาปรับใช้ในการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างบุคคล เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นไปด้วยความสุจริต อันจะส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

(จ) หลักความเป็นธรรม (Equity)

ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น โดยมาตรานี้เป็นการนำแนวคิดมาจาก มาตรา 3 ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษ (Unfair Contract Terms Act 1977)¹⁷

ข้อสัญญาที่ศาลเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะมีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น ซึ่งจะต่างจากผลบังคับของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้สัญญามีผลบังคับใช้ได้หรือใช้ไม่ได้ในกรณีโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรม โดยการพิจารณาว่าจะให้มีผลบังคับเพียงใดที่จะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลพิจารณาไว้ในมาตรา 10 คือ ศาลต้องดูพฤติการณ์ต่างๆ และ

1. ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

¹⁶ ดาราวพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 58.

¹⁷ พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30, ฉบับที่ 4, น. 586 (ธันวาคม 2543).

2. ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
3. เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
4. การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

จากมาตรา 10 จะเห็นได้ว่าเป็นการวางแนวทางให้ศาลพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นๆ เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ แต่ทั้งนี้ กฎหมายก็มีได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องมีความไม่เป็นธรรมทั้งในด้านของเนื้อหาและกระบวนการทำสัญญา ศาลจึงอาจจะวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยพิจารณาแต่เพียงเนื้อหาของข้อสัญญาดังกล่าวเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาว่ามีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ก็ตาม¹⁸

1.2.2 การปรับใช้กฎหมายกับสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

(ก) สัญญาระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์ที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป

แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองผู้บริโภค ดังเช่น Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษอันเป็นที่มาของพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ตาม แต่ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ก็ยังให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อยู่ในสัญญาสำเร็จรูป แม้ว่าข้อสัญญานั้นจะมีได้อยู่ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ มาตรา 4 นี้จึงมีผลบังคับต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ ในกรณีที่สัญญาแฟรนไชส์นั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูป แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากการทำสัญญาของคู่สัญญาที่เป็นองค์กรทางธุรกิจทั้งสองฝ่ายก็ตาม¹⁹ เนื่องจากว่าโดยทั่วไปแล้วผู้ให้แฟรนไชส์มักจะทำสัญญาแฟรนไชส์ไว้ล่วงหน้าโดยกำหนดข้อสัญญาตามความต้องการและจุดมุ่งหมายของธุรกิจของตน²⁰ ดังนั้น หากสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศมีข้อสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งในที่นี้หมายถึงผู้ให้

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น. 586-587.

¹⁹ แม้นักกฎหมายบางท่านจะเห็นว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบการการค้าทำสัญญากับผู้อื่น กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ควรให้ความสำคัญคุ้มครอง เว้นแต่กรณีผู้ประกอบการการค้ารายเล็กที่อยู่ในสถานะเช่นเดียวกับผู้บริโภคทั่วไป โปรดดู พินัย ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 584.

²⁰ ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 50.

แฟรนไชส์เกินสมควร ข้อสัญญาเช่นนี้จะถูกถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและจะมีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น ซึ่งจะต่างจากผลบังคับของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้สัญญามีผลบังคับใช้ได้หรือใช้ไม่ได้ในกรณีโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรม แต่การมีผลบังคับของพระราชบัญญัตินี้จะทำให้ข้อสัญญาที่เข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมีผลบังคับได้บางส่วน โดยการพิจารณาว่าจะให้มีผลบังคับเพียงใดที่จะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีศาลจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 10

(ข) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการทำธุรกิจแข่งขัน

แต่เดิมก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อสัญญาที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิในการทำธุรกิจแข่งขันของผู้รับแฟรนไชส์ที่ผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ตกลงทำกันขึ้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ข้อสัญญาใดที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญานั้นย่อมบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย แม้ว่าจะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียเปรียบมากเพราะต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างมากก็ตาม²¹ โดยในอดีตคำพิพากษาของไทยที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงจำกัดสิทธิในการทำธุรกิจแข่งขันก็มีอยู่ไม่มากนักและไม่ใช่ว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาแฟรนไชส์โดยตรง ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533 สัญญาที่บริษัทโจทก์ทำกับจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นลูกจ้างว่า ภายในกำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย (สุดแต่จะพึงปรับได้แก่กรณีของลูกจ้าง) ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทที่ตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท สัญญาดังกล่าวไม่ได้ห้ามจำเลยทั้งสองไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด คงห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์และในส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับโจทก์ ทั้งเป็นการห้ามเพียงตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดเสียทีเดียว จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทศ และประโยชน์ของคู่กรณีในเชิงการประกอบธุรกิจโดยชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ

²¹ ศักดา ธนิตกุล, “การศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และอังกฤษ: บทเรียนสำหรับประเทศไทย,” วารสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25, ฉบับที่ 1, น. 355 (กุมภาพันธ์ 2549).

คำพิพากษาฎีกาที่ 1275/2543 ข้อตกลงแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงานที่ว่า ในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปี นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลงจำเลยจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์หรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงจะต้องชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ เป็นเพียงข้อจำกัดห้ามการประกอบอาชีพอันเป็นการแข่งขันกับโจทก์และระบุจำกัดประเภทของธุรกิจไว้อย่างชัดเจนมิได้เป็นการห้ามจำเลยประกอบอาชีพอันเป็นการปิดทางทำมาหาได้อย่างเด็ดขาด โดยจำเลยสามารถที่จะประกอบอาชีพหรือทำงานในบริษัทประกอบธุรกิจที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงและนอกขอบเขตพื้นที่ที่ห้ามลักษณะของข้อตกลงที่ก่อให้เกิดนี้ในการงดเว้นการกระทำตามที่กำหนดโดยความสมัครใจของคู่กรณีเช่นนี้ ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสติและประโยชน์ของคู่กรณีที่กันไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ย่อมมีผลใช้บังคับได้ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จำเลยไปทำงานกับบริษัทอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้ากับโจทก์หลังจากโจทก์เลิกจ้างแล้วภายในกำหนดเวลาห้าม อันเป็นการผิดสัญญาซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบ แต่ความรับผิดชอบดังกล่าวมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับซึ่งเป็นค่าเสียหายอย่างหนึ่ง การกำหนดค่าเสียหายเป็นดุลพินิจของศาลแรงงานเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องห้ามอุทธรณ์ ศาลฎีกาไม่มีอำนาจกำหนดให้โจทก์ได้

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้ว ข้อสัญญาในลักษณะจำกัดสิทธิในการทำธุรกิจแข่งขันก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งข้อตกลงที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามบทบัญญัติในมาตรา 5 นี้ จะต้องมียอดประกอบ 3 ประการ คือ²²

1. เป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ
2. ข้อตกลงนั้นต้องไม่เป็นโมฆะ และ
3. เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ

²² จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” ตุลพาน, เล่มที่ 1 ปีที่ 45, น. 79 (มกราคม-มีนาคม 2541).

โดยองค์ประกอบข้อ 3 นี้ ผู้ถูกจำกัดเสรีภาพจะต้องแสดงให้เห็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับระยะเวลาและเขตพื้นที่ของการถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ โอกาสและความสามารถที่จะทำนิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือในรูปแบบอื่น และทางได้เสียที่ขอบด้วยกฎหมายทุกทางของสัญญา²³ และศาลจะเป็นพิจารณาเองว่าสัญญาดังกล่าวจะใช้บังคับได้มากน้อยเพียงใดจึงจะเหมาะสมแก่กรณี ดังนั้น ข้อสัญญาในลักษณะที่จำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันของผู้รับแฟรนไชส์ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงจึงอาจเป็นข้อสัญญาที่กระทำได้น้อยกว่าผู้ให้แฟรนไชส์จำเป็นต้องทำเพื่อรักษาสีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน

1.2.3 ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายกับสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

(ก) คู่สัญญาจะได้รับความคุ้มครองเมื่อนำคดีขึ้นสู่ศาล

คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องคดีในศาล ศาลจึงจะสามารถใช้ดุลพินิจในการที่จะกำหนดขอบเขตของสัญญา ดังนั้น หากไม่การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายก็จะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย²⁴ จึงเป็นการแก้ไขปัญหที่ปลายเหตุมากกว่าที่จะป้องกันไม่ให้มีการเอาเปรียบคู่สัญญาตั้งแต่ในขั้นตอนของการทำสัญญา

(ข) การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดขอบเขตของสัญญา

แม้ว่าการที่กฎหมายยินยอมให้ศาลมีอำนาจปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมของสัญญาตามความเหมาะสม จะส่งผลดีต่อการนำมาปรับใช้กับกรณีพิพาทที่จะเกิดขึ้น แต่กฎหมายในลักษณะดังกล่าวก็มีปัญหาในด้านการขาดความชัดเจนแน่นอนทำให้คู่สัญญาไม่ทราบถึงสิทธิของตนอย่างชัดเจนและการที่ให้ดุลพินิจแก่ศาลในการที่จะกำหนดว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่เป็นธรรมนั้นทำให้การบังคับใช้กฎหมายขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาเท่านั้น ในข้อเท็จจริงเดียวกันผู้พิพากษาแต่ละรายอาจตัดสินแตกต่างกันได้ อันอาจจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องได้ รวมทั้งเป็นการเปิดช่องให้ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอรัฐเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วมากเกินไปจนอาจทำให้กลายเป็นการทำร้ายบุคคลเหล่านั้นแทน²⁵

²³ ศักดา ธนิตกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 361.

²⁴ ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 433.

²⁵ พรชัย วิวัฒน์ภทกุล, “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 28, ฉบับที่ 2, น. 205 (มิถุนายน 2541).

โดยปัญหาส่วนหนึ่งอาจมาจากการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ได้รับแนวคิดจาก The Unfair Contract Term Act 1977 ของประเทศอังกฤษ แต่ด้วยระบบกฎหมายของประเทศไทยและประเทศอังกฤษนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายอังกฤษนั้นเป็นระบบ Common Law หรือระบบที่ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย (Judge made law) ดังนั้นการที่ศาลจะเข้ามาใช้ดุลพินิจจึงถือว่าเป็นเรื่องที่ต้องกระทำอยู่แล้ว ส่วนกฎหมายไทยนั้นจะเป็นระบบ Civil Law ที่กฎหมายโดยทั่วไปจะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน การใช้ดุลพินิจในกฎหมายจึงต้องมีขอบเขตที่เหมาะสมด้วย

1.3 การคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า

1.3.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย

กฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าของไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญในการควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด (Market Power)²⁶ ไม่ให้ใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบหรือกระทำการในลักษณะของการตกลงร่วมกันและควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระบบการแข่งขันในตลาดและจะส่งผลกระทบต่อการซื้อขายสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค

(ก) การส่งเสริมการแข่งขันในตลาดและกำจัดพฤติกรรมที่มีลักษณะผูกขาด

การส่งเสริมการแข่งขันในตลาดและกำจัดพฤติกรรมที่มีลักษณะผูกขาดนับว่าเป็นหัวใจหลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทุกประเทศ เนื่องจากตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์จะทำให้ปริมาณสินค้าในตลาดมีเพียงพอกับความต้องการของผู้บริโภคทุกคน การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและผู้บริโภคก็จะได้รับประโยชน์อย่างแท้จริง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของไทยจึงถูกบัญญัติขึ้นโดยมีหลักในการควบคุมไม่ให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจที่มีอยู่ผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทาง

²⁶ มาตรา 3 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

“ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย”

การค้านั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ระบบเศรษฐกิจโดยส่วนรวม²⁷ เนื่องจากผู้ประกอบการรายอื่น จะไม่สามารถทำการแข่งขันในตลาดต่อไปได้และจะมีการพยายามมิให้ผู้ประกอบการใหม่เข้ามา ลงทุนในตลาดที่ตนมีส่วนแบ่งตลาดอยู่²⁸ โดยมีการกำหนดมาตรการต่างๆ ขึ้น เพื่อให้สอดคล้อง กับวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งจะมีมาตรการในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดอยู่ 5 ลักษณะ คือ

1. มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด (มาตรา 25)
2. มาตรการควบคุมการควบกิจการ (มาตรา 26)
3. มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดไม่ให้เกิดการผูกขาด ลดการ แข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ (มาตรา 27)
4. มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร (มาตรา 28)
5. มาตรการควบคุมมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดทำลายการแข่งขันระหว่างกัน (มาตรา 29)

ทั้งนี้ มาตรการต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นมีขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองให้การแข่งขันในตลาด ดำเนินไปตามกลไกราคาอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะส่งผลต่อการใช้ทุนและการจัดสรรปัจจัยการ ผลิตอย่างเป็นระบบ โดยตามมาตรา 25 นั้นจะเป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือ ตลาด เนื่องจากกฎหมายเชื่อว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อกลไกราคาและ ประสิทธิภาพของการแข่งขันในตลาด โดยจะควบคุมพฤติกรรมดังต่อไปนี้

1. การกำหนดราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 25(1))
2. การกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการบังคับต่อลูกค้าของตนอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 25(2))
3. การระงับ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การนำเข้า โดยไม่มีเหตุผลสมควร (มาตรา 25(3))
4. การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (มาตรา 25(4))

²⁷ จันทรทอง เจริญวิริญยัยศ, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า,” งานวิจัยมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, น. 62.

²⁸ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” วารสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 222, น. 182 (กุมภาพันธ์ 2546).

ดังนั้น การกระทำใดที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นจะถือว่าเป็นการกระทำผิดและ ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษตามกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้กระทำนั้นจะต้องมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งบุคคลใดจะมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้นก็จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด²⁹

(ก) การควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

บทบัญญัติในมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) ซึ่งบังคับใช้ได้กับผู้ประกอบการทุกรายโดยไม่เจาะจงว่าจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือต้องเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ³⁰ จึงทำให้มีความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการใช้บังคับเพื่อป้องกันการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดหรือทำลายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้กระทำจึงทำให้สะดวกในการบังคับใช้ อีกทั้งในทางปฏิบัติผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าก็ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเสมอไป

²⁹ ในปัจจุบัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดหลักเกณฑ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะถือว่ามีอำนาจเหนือตลาด โดยกำหนดเป็นเกณฑ์เดียวในทุกธุรกิจ ดังนี้

1. ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมา ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือ

2. ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป และมียอดขายของรายใดรายหนึ่งในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ยกเว้นรายที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือรายที่มียอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท

³⁰ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก,” รายงานฉบับสมบูรณ์, สิงหาคม 2544, น. 3-2.

โดยมาตรา 29 จะเป็นการมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่ถูกกลั่นแกล้งมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม³¹ เพื่อส่งเสริมให้ภาวะการแข่งขันในตลาดดำเนินไปด้วยความเป็นธรรม ซึ่งการบังคับใช้มาตรา 29 จะยึดหลักเหตุและผล (Rule of Reason) ในการตัดสินว่าการกระทำใดเป็นความผิดและต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็จะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่อาจจะเป็นเรื่องเฉพาะสำหรับธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ลักษณะของการกระทำนั้น วัตถุประสงค์ของการกระทำ ผลที่เกิดขึ้นแล้ว และผลที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต เนื่องจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีหลากหลายลักษณะและสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแวดล้อมของการแข่งขันในตลาดอยู่เสมอ โดยพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 29 อาจมีลักษณะดังต่อไปนี้³²

1. มีลักษณะของการกระทำที่มีใช้การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม
 2. มีการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรในเชิงธุรกิจ เช่น ในเรื่องความจำเป็นในการอยู่รอดของธุรกิจ และ
 3. ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่น หรือมีลักษณะที่เป็นการขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจอื่น หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจ³³
- ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายไว้ในทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างเคร่งครัด

1.3.2 การปรับใช้กฎหมายกับสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงจุดประสงค์และความจำเป็นในการทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศแล้ว การที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดข้อสัญญาต่างๆ ขึ้นก็เนื่องมาจากการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ให้

³¹ เฟิงอ๋าง, น. 3-7.

³² เฟิงอ๋าง, น. 4-1.

³³ ในปัจจุบัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกระเบียบว่าด้วยแนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2549 ขึ้น เพื่อวางแนวทางการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 29

สิทธิผู้รับแฟรนไชส์ในการที่จะใช้เครื่องหมายการค้า ทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งรูปแบบการดำเนินธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงอาจจะต้องกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์อันจำเป็นของตน เช่น การทำข้อตกลงขายพ่วงเพื่อรักษามาตรฐานสินค้าของตนให้อยู่ในระดับเดียวกัน จึงจำเป็นต้องใช้วัตถุดิบชนิดเดียวกันเท่านั้น เป็นต้น แต่ในบางกรณีผู้ให้แฟรนไชส์ก็อาจกำหนดข้อสัญญาเพื่อให้มีผลเป็นการจำกัดหรือกีดกันทางการค้าจนเกินขอบเขตเพื่อแสวงหาผลกำไรอันเกินสมควรจากผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งการกระทำในลักษณะเช่นนี้ก็อาจจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยได้ โดยข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ที่จะเป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 25 คือ

1. เป็นการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
2. ผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้บังคับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมให้ต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือขายสินค้า ได้รับหรือให้บริการ ซึ่งรวมถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้วางข้อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าซื้อสินค้าที่มีการพ่วงกับสินค้าอื่นด้วย

3. การบังคับดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างไม่เป็นธรรม

ดังนั้น ข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ เช่น ข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิในการทำธุรกิจแข่งขัน การผูกขาดการติดต่อ ข้อตกลงขายพ่วง การจำกัดพื้นที่และกลุ่มลูกค้า หรือการกำหนดราคาสินค้า จะถูกถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายก็ต่อเมื่อข้อสัญญานั้นถูกกระทำโดยผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด³⁴ และเป็นการจำกัดสิทธิโดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งจะต้องพิจารณาด้วยว่า การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ด้วยหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ให้แฟรนไชส์ ดังนั้น ข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้รับแฟรนไชส์ก็อาจใช้บังคับได้หากมีระยะเวลาและขอบเขตในการจำกัดสิทธิที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากเหตุผลในการกำหนดข้อตกลงดังกล่าวของผู้ให้แฟรนไชส์ตามหลักเหตุ

³⁴ อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายเห็นว่ามาตรา 25 นี้อาจตีความรวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่จำเป็นต้องมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้นแต่หากมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า และใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เพื่อเป็นการเปิดช่องให้ศาลนำ มาตรา 25 นี้มาปรับใช้กับการทำสัญญาแฟรนไชส์, โปรดดู ศักดา ธนิตกุล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 369-370

และผล ซึ่งในบางกรณีผู้ให้แฟรนไชส์ก็อาจจำเป็นต้องกระทำเพื่อรักษาคุณภาพและมาตรฐานของแฟรนไชส์ของตน จึงต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสภาวะแวดล้อมในแต่ละกรณี รวมทั้งจะต้องพิจารณาถึงโอกาสในการประกอบอาชีพอื่นๆ ของผู้รับแฟรนไชส์ด้วย

ในส่วนของการข้อตกลงขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์นั้นแม้ไม่ได้เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ถือว่าการกระทำผิดอย่างเด็ดขาด (per se illegal) และยังไม่มีข้อยุติในเรื่องขอบเขตของการทำข้อตกลงขายพ่วง แต่ก็จะต้องกระทำภายใต้ขอบเขตที่จำกัดและต้องเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผล จึงอาจวางหลักข้อตกลงขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์ได้ว่า สิ่งที่ยังบังคับซื้อต้องเป็นสิ่งของที่จำเป็นต่อการรักษาคุณภาพและมาตรฐานแฟรนไชส์ และหากไม่ทำตามจะมีผลกระทบโดยตรงต่อชื่อเสียงของแฟรนไชส์นั้น³⁵ หมายความว่าสิ่งที่บังคับขายพ่วงต้องเป็นสิ่งที่มีนัยสำคัญเพียงพอที่จะทำให้ชื่อเสียงของแฟรนไชส์เสียหายได้ เช่น หากธุรกิจที่ให้แฟรนไชส์เป็นธุรกิจขายพืชชำและสินค้าที่มีการขายพ่วงคือชอสมะเขือเทศก็น่าจะถือว่าข้อตกลงขายพ่วงนี้กระทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควรและชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากว่าชอสมะเขือเทศแต่ละชนิดจะมีรสชาติที่ต่างกัน ผู้ให้แฟรนไชส์จึงต้องทำเพื่อรักษามาตรฐานในธุรกิจของตน

ทั้งนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่าการกำหนดราคาขายสินค้านั้นถือว่าการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27(1) หรือไม่ ซึ่งมาตรา 27(1) นี้ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจมิให้ร่วมกันกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกันเป็นผลให้ปริมาณสินค้าในตลาดลดน้อยลงกว่าปริมาณของความต้องการสินค้านั้นโดยมิได้เป็นไปตามกลไกทางการตลาด อันจะทำให้ราคาของสินค้านั้นสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น แต่หากพิจารณาถึงการกำหนดราคาขายต่อในสัญญาแฟรนไชส์แล้วจะพบว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะเป็นผู้กำหนดราคาสินค้าฝ่ายเดียว โดยผู้รับแฟรนไชส์ไม่มีสิทธิในการร่วมตัดสินใจด้วยและผู้ให้แฟรนไชส์ก็ได้กระทำขึ้นเพื่อให้มาตรฐานและราคาของสินค้าหรือบริการเป็นไปในลักษณะเดียวกันทั้งระบบ ดังนั้น จึงไม่ควรถือว่าการกำหนดราคาขายต่อในสัญญาแฟรนไชส์เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 นี้

นอกจากนี้ การทำข้อตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าของผู้รับแฟรนไชส์ในสัญญาแฟรนไชส์ก็อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิต่างๆ ที่ปรากฏตามสัญญาแฟรนไชส์นั้นด้วย เช่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 39(1) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้

35

สมชาย รัตนเชื้อสกุล, พลิกกฎหมายเป็นกลยุทธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์, (กรุงเทพมหานคร: สยามศิลป์การพิมพ์, 2546), น. 76.

หรือการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15(5) เจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้เช่นกัน ซึ่งเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิที่ขัดต่อกฎหมายนั้นจะปรากฏอยู่ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้แก่ กฎกระทรวง ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2529) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยกฎกระทรวงทั้งสองฉบับจะกำหนดถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิที่ขัดต่อกฎหมาย เช่น การที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ให้แฟรนไชส์หรือบุคคลที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดจะทำได้ต่อเมื่อข้อกำหนดนั้นมีขึ้นเพื่อมาตรฐานของสินค้า โดยวัสดุดังกล่าวจะต้องมีราคาที่ไม่สูงกว่าราคาวัสดุที่ผู้รับแฟรนไชส์อาจจะหาได้จากบุคคลอื่น

1.3.3 ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายกับสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

(ก) การกำหนดหลักเกณฑ์ของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด”

การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นปัญหาที่มีความสำคัญมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่กำลังพัฒนาซึ่งขนาดของตลาดภายในประเทศค่อนข้างเล็กทำให้รองรับผู้ประกอบการได้น้อยราย กฎระเบียบของรัฐยังไม่เอื้ออำนวยให้มีการแข่งขันอย่างเต็มที่ การกำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้นจึงเป็นสิ่งที่ยากและจำต้องอาศัยข้อมูลในการพิจารณาโดยละเอียดทั้งในด้านขอบเขตของตลาดและการกำหนดส่วนแบ่งของตลาด³⁶ และตามบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยนั้น แม้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์รายใดจะมีพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการจำกัดหรือผูกขาดทางการค้าตามมาตรา 25 แต่การที่จะลงโทษผู้ที่กระทำการดังกล่าวได้นั้นก็จะต้องมีการพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้กระทำนั้นอยู่ในฐานะที่มีอำนาจเหนือตลาด

ดังนั้น ในกรณีผู้ให้แฟรนไชส์ได้กระทำการใดที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 25 ผู้ให้แฟรนไชส์ดังกล่าวอาจจะไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้ก็ได้อีก ถ้าผู้ให้แฟรนไชส์นี้ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แม้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์รายนี้จะมีอำนาจผูกขาดในธุรกิจแฟรนไชส์ก็ตาม บทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้จึงส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถควบคุมการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าในทุกกรณีได้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจึงยังคงไม่ได้รับการเยียวยาตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลก็อาจมีการนำมาตรา 29 มาปรับใช้กับ

³⁶ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 3-5.

การกระทำที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมในทางการค้าได้ แต่มาตรา 29 นี้ก็ยังคงมีข้อจำกัดบางประการ และไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในทุกกรณี

(ข) การใช้ดุลพินิจของศาลในการตีความการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ประสงค์จะใช้ในการควบคุมพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการเขียนไว้ในลักษณะกว้างๆ โดยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าพฤติกรรมใดที่จัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งแม้ว่าจะเป็นผลดีในการนำมาตราใหม่นี้มาใช้กับพฤติกรรมรูปแบบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต แต่บทบัญญัติในมาตรานี้ก็ยังมีลักษณะคลุมเครือและขาดความชัดเจน ทำให้การตัดสินคดีว่าการกระทำใดจะขัดต่อกฎหมายหรือไม่จะต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการใช้หลักเหตุและผลเท่านั้น ทำให้เกิดข้อสงสัยคือความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินธุรกิจ ซึ่งจะส่งผลต่อการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการในตลาดเนื่องจากจะไม่ทราบแนวทางในการตัดสินคดีที่ชัดเจนของศาล

2. อุปสรรคและข้อจำกัดทางกฎหมายในการควบคุม และแก้ไขปัญหาการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

2.1 ความไม่เพียงพอของกฎหมายที่ปรับใช้กับความสัมพันธ์ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

การที่ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่กำลังเจริญก้าวหน้าของประเทศไทยโดยเฉพาะการรับแฟรนไชส์จากต่างประเทศ จะเห็นได้จากร้านอาหารที่มีชื่อเสียง รวมทั้งธุรกิจการให้บริการต่างๆ เช่น โรงแรม สถาบันการศึกษา มักจะเป็นธุรกิจที่ได้รับแฟรนไชส์มาจากต่างประเทศ ธุรกิจแฟรนไชส์จึงเข้ามามีบทบาทในระบบเศรษฐกิจไทยอย่างยิ่ง โดยนักลงทุนของไทยมักจะอยู่ในฐานะของผู้รับแฟรนไชส์ที่จะต้องใช้จ่ายเงินลงทุนในการประกอบธุรกิจเป็นจำนวนมหาศาล จึงต้องแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนในอัตราที่สูงมาก การที่ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่จะเข้ามากำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งในส่วนของการเข้าร่วมดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์และความสัมพันธ์ของคู่สัญญา ทำให้นักลงทุนชาวไทยอาจได้รับความเสียหายจากการที่ถูกบีบบังคับให้ยอมผูกพันตามสัญญาที่ตนไม่มีอำนาจต่อรองที่เหมาะสม ซึ่งเป็นที่มาของปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม เพราะแม้จะมีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ แต่กฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่เพียงพอและไม่ชัดเจน อีกทั้งยังขาดแนวคำพิพากษากฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องแฟรนไชส์เอาไว้เป็นการเฉพาะ รวมทั้งกฎหมายที่

เกี่ยวข้งนั้นมึลักษณะของการแก้ไขปัญหที่ปลายเหตุ ส่งผลให้กว่าปัญหาของผู้รับแพรนไศลจะได้รับการเยียวยา ผู้รับแพรนไศลก็จะต้องเสียประโยชน์ไปแล้วมามากมาย โดยเฉพาะในสัญญาแพรนไศลระหว่างประเทศซึ่งจะต้องมีการใช้เงินลงทุนจำนวนมหาศาล นอกจากนี้ ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่จะบังคับให้ผู้ให้แพรนไศลเปิดเผยข้อมูลให้แก่ผู้รับแพรนไศลรับรู้ก่อนเข้าทำสัญญาแพรนไศล ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญมากที่ผู้รับแพรนไศลจะต้องทราบถึงข้อมูลของผู้ให้แพรนไศล รวมทั้งข้อกำหนดต่างๆ ในการทำธุรกิจก่อนที่เข้าร่วมทำธุรกิจแพรนไศล ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองผู้รับแพรนไศลในเบื้องต้นไม่ให้ถูกหลอกลวงจากผู้ให้แพรนไศล

นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยขาดกฎหมายแพรนไศลโดยเฉพาะอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้แพรนไศลจากต่างประเทศถือเป็นโอกาสที่จะทำข้อตกลงในการเลือกศาลที่จะทำการตัดสินคดีในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยกำหนดให้สัญญาแพรนไศลที่สร้างขึ้นตกอยู่ภายใต้บังคับของศาลต่างประเทศ ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้จะส่งผลเสียต่อผู้รับแพรนไศลไทยอย่างมาก เนื่องจากผู้ให้แพรนไศลจะต้องมีความรู้ความเข้าใจในระบบกฎหมายของตนเป็นอย่างดีอยู่แล้ว จึงอาจกำหนดข้อตกลงโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายเพื่อเป็นการเอาเปรียบผู้รับแพรนไศลโดยที่ผู้รับแพรนไศลอาจจะไม่สงสัยเลยก็เป็นได้

2.2 ขาดหน่วยงานทำหน้าที่ควบคุมดูแลและลงโทษต่อการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแพรนไศล

ในปัจจุบัน ภาครัฐมักจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำสัญญาแพรนไศลระหว่างประเทศ เนื่องจากมองว่าสัญญาประเภทนี้จะเกิดจากการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่เป็นองค์กรทางธุรกิจขนาดใหญ่และมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาไม่ด้อยไปกว่ากัน รัฐจึงปล่อยให้เป็นที่ของเอกชนที่จะตกลงทำสัญญาระหว่างกันภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยรัฐไม่เข้าไปแทรกแซงใดๆ แต่ในสภาพความเป็นจริงตามที่ได้ศึกษามาแล้ว แม้ว่าผู้รับแพรนไศลจะเป็นองค์กรทางธุรกิจขนาดใหญ่และมีเงินลงทุนเป็นจำนวนมาก แต่อำนาจในการต่อรองข้อตกลงในสัญญาก็อยู่ในมือของผู้ให้แพรนไศลเสมอ การขาดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลและลงโทษต่อการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นเสมอในธุรกิจแพรนไศลนั้น ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียหายจะต้องหันไปพึ่งพาการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเท่านั้นและการที่ประเทศไทยยังขาดบทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาแพรนไศลระหว่างประเทศย่อมทำให้ศาลไม่สามารถจะทำการแก้ไขเยียวยาความเสียหายของผู้รับแพรนไศลได้โดยเหมาะสม

2.3 ปัญหาการผูกขาดในธุรกิจแฟรนไชส์

2.3.1 ผู้รับแฟรนไชส์ขาดอำนาจต่อรองในการทำสัญญาแฟรนไชส์

ในธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ การที่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ที่เป็นเจ้าของธุรกิจที่มีชื่อเสียงไปทั่วโลกย่อมเป็นที่ดึงดูดใจของนักลงทุนให้เข้ามาติดต่อขอรับแฟรนไชส์ เนื่องจากความเชื่อถือว่าธุรกิจแฟรนไชส์นั้นจะประสบความสำเร็จและตนจะได้รับประโยชน์มหาศาล สถานการณ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์จึงเป็นสถานการณ์ที่ผู้ให้แฟรนไชส์มีอำนาจเหนือกว่าในทุกๆ ด้าน รวมถึงการกำหนดทิศทางของธุรกิจและเนื้อหาของสัญญาให้เป็นไปตามที่ตนต้องการ³⁷ และยิ่งผู้ให้แฟรนไชส์มีอำนาจอยู่ในมือมากเท่าใด ผู้ให้แฟรนไชส์ก็จะยิ่งเข้าใกล้การมีสถานะเป็นผู้ผูกขาดในธุรกิจมากขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งภายใต้สถานการณ์ที่ตลาดสินค้าใดสินค้านึงถูกผูกขาดนี้ ผู้ซื้อจะไม่มีทางเลือกอื่นที่ตนนอกจากต้องทำสัญญากับผู้ขายซึ่งผู้ขายอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าโดยสามารถบีบผู้ซื้อให้ต้องตกลงในเงื่อนไขที่กำหนด นอกจากนี้ แม้ผู้ซื้อจะสามารถอ่านและรับรู้สัญญาก็ไม่มีทางเลือกอื่นเพราะมีฉะนั้นผู้ขายที่มีอำนาจผูกขาดก็จะไม่ทำสัญญาด้วย ดังนั้น ผู้ซื้อจึงต้องตัดสินใจเพียงว่าจะทำสัญญาหรือไม่ทำเท่านั้น³⁸ เช่นเดียวกับในการทำสัญญาแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ที่มีอำนาจอยู่ในมือสูงมักจะอาศัยกลยุทธ์ทางการตลาดในรูปแบบต่างๆ โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย เพื่อครอบครองส่วนแบ่งทางการตลาดให้ได้มากที่สุดและตนก็จะได้อำนาจผูกขาดในตลาดมากขึ้นไปอีก เช่น การทำข้อตกลงขายพ่วงร่วมกับการผูกขาดการติดต่อทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีแหล่งระบายสินค้าของตน และการเป็นการกีดกันหรือทำลายคู่แข่งในตลาดค้าปลีกได้ จนอาจจะนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมในทางการค้าและส่งผลกระทบเป็นวงกว้างต่อบุคคลในสังคมทั้งต่อการเข้ามาแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นและโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการของผู้บริโภค นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยมีการรับแฟรนไชส์มาจากต่างประเทศยังส่งผลให้ชาวต่างชาติเข้ามามีบทบาทในการดำเนินธุรกิจในประเทศอีกด้วย โดยเข้ามาในรูปแบบของผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งจะมีสิทธิในการเข้ามาควบคุมการทำงานของผู้รับแฟรนไชส์ตามสัญญาแฟรนไชส์ให้เป็นไปตามความต้องการของตน และผลของ

³⁷ Warren S. Grimes, "When do Franchisors have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism," 65 *Antitrust Law Journal* 105 (1996): 129.

³⁸ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th edition, (Boston: Little Brown and Company, 1992), pp. 114-115.

การผูกขาดในตลาดของผู้ให้แฟรนไชส์เหล่านี้ก็คือการที่เงินตราของไทยจะต้องถูกถ่ายโอนไปยังต่างประเทศโดยไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้

2.3.2 ผู้บริโภคเสียประโยชน์ในการซื้อสินค้าหรือรับบริการ

เมื่อเกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการมากขึ้นย่อมทำให้ผู้บริโภคย่อมมีโอกาสในการเลือกสินค้าให้เหมาะสมกับความต้องการของตนมากที่สุด ทั้งในด้านความหลากหลายของสินค้าและบริการ รวมถึงการพัฒนาคูณภาพและราคาที่ถูกลง การที่ผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจผูกขาดการจำหน่ายสินค้าหรือสามารถกำหนดทิศทางของราคาสินค้าในตลาดได้ ย่อมส่งผลกระทบต่อทางเลือกสินค้าหรือรับบริการของผู้บริโภค รวมถึงราคาสินค้าและบริการก็จะผันแปรไปตามการกำหนดของผู้ที่มีอำนาจผูกขาดเพื่อผลประโยชน์ของตนเองและเครือข่ายธุรกิจของตน

2.3.3 ผลต่อการส่งเสริมธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม

การเข้าร่วมกับธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีชื่อเสียงและมีการดำเนินการด้านการตลาดที่จูงใจ ผู้บริโภคย่อมเป็นการรับประกันในระดับหนึ่งว่าผู้รับแฟรนไชส์จะประสบความสำเร็จในการเข้าร่วมในแฟรนไชส์นั้น ธุรกิจขนาดใหญ่เหล่านี้จะมีทุนมหาศาลในการวางแผนงานอย่างเป็นระบบ โดยอาจจะใช้กลยุทธ์ในการขายสินค้าในราคาที่ไม่สูงมากนักเพื่อดึงดูดลูกค้าคู่แข่งและอาศัยผลกำไรจากการขายเป็นจำนวนมาก ธุรกิจขนาดเล็กที่มีอำนาจในการลงทุนไม่สูงย่อมจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบทั้งในด้านของแหล่งจัดซื้อสินค้าและการตลาด ตัวอย่างเช่น ในกรณีของธุรกิจแฟรนไชส์ร้านสะดวกซื้อที่เกิดขึ้นอย่างมากมายในปัจจุบัน อิทธิพลของระบบการตลาดของธุรกิจเหล่านี้ทำให้เกิดค่านิยมในการซื้อสินค้าจากร้านสะดวกซื้อที่มีอยู่ทั่วทุกแห่งมากกว่าที่จะซื้อของจากร้านขายของชำธรรมดา จนส่งผลให้ร้านขายของชำเหล่านี้ต้องทยอยปิดกิจการลงในปัจจุบัน เช่นเดียวกับธุรกิจแฟรนไชส์อาหารจากต่างประเทศที่มักจะเน้นขายในกลุ่มชนชั้นกลางโดยมีราคาไม่สูงมาก ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่ต้องการแข่งขันในธุรกิจประเภทเดียวกันหากจะขายสินค้าในราคาที่ใกล้เคียงกันก็จะมักจะไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากชื่อเสียงยังไม่ค่อยเป็นที่รู้จัก แต่หากจะขายในราคาที่ต่ำกว่าก็อาจจะไม่คุ้มกับเงินลงทุนที่เสียไป สถานการณ์เช่นนี้จึงมีผลทำให้ผู้ประกอบการหลายรายของไทยไม่กล้าที่จะเสี่ยงเข้ามาทำธุรกิจแข่งขันกับธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีชื่อเสียงจากต่างประเทศ

3. แนวทางในการแก้ปัญหาการทำสัญญาและการผูกขาดในธุรกิจแฟรนไชส์

3.1 การบัญญัติกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมดูแลธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะ

เมื่อพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันจะพบว่าธุรกิจแฟรนไชส์ได้ขยายตัวอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มที่จะขยายตัวมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ทั้งในธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างประเทศและแฟรนไชส์ในประเทศ ปัญหาที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาแฟรนไชส์ก็ย่อมเกิดขึ้นมากเป็นเงาตามตัว ดังนั้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่ภาครัฐจะต้องหันมาให้ความสนใจในการออกกฎหมายเพื่อรองรับการดำเนินธุรกิจและป้องกันแก้ไขการเอารัดเอาเปรียบที่เกิดขึ้นในธุรกิจแฟรนไชส์ และกฎหมายแฟรนไชส์ที่จะออกมาบังคับใช้นั้นก็ควรจะครอบคลุมลักษณะสำคัญของการทำธุรกิจแฟรนไชส์ในทุกๆ ด้าน โดยควรมีเนื้อหาในเรื่องดังต่อไปนี้

3.1.1 การเปิดเผยข้อมูลก่อนทำสัญญา

การทำธุรกิจในระบบแฟรนไชส์เป็นการทำธุรกิจที่ต้องอาศัยความร่วมมือและประสานงานกันเป็นอย่างดีระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์³⁹ การเปิดเผยข้อมูลก่อนการทำสัญญาจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้ผู้รับแฟรนไชส์ที่จะเข้ามาร่วมลงทุนทำธุรกิจกับผู้ให้แฟรนไชส์ได้รับรู้ถึงข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนก่อนที่จะตกลงเข้าทำสัญญา โดยการกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลของผู้ให้แฟรนไชส์ก่อนการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ควรทำในรูปของหนังสือชี้ชวนให้เข้าซื้อแฟรนไชส์ (An offering circular) เพื่อให้ผู้ที่เข้ามาเป็นผู้รับแฟรนไชส์ได้รับรู้ถึงข้อมูลและรายละเอียดสำคัญที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้แฟรนไชส์และธุรกิจแฟรนไชส์ เนื่องจากปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในสัญญาแฟรนไชส์นั้นมักเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรอง (Bargaining power) ในการเข้าทำสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งรวมถึงกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้รับแฟรนไชส์ขาดความรู้ความเข้าใจในข้อสัญญาด้วย

ทั้งนี้ เนื้อหาที่จำเป็นต้องเปิดเผยในหนังสือชี้ชวนให้เข้าซื้อแฟรนไชส์นั้น ควรมีการเปิดเผยให้ผู้รับแฟรนไชส์ได้ทราบถึงประวัติความเป็นมาและผลการดำเนินงานของผู้ให้แฟรนไชส์ เพื่อป้องกันการหลอกลวงให้เข้าร่วมทำธุรกิจแฟรนไชส์กับกิจการที่ไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ เช่น ประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจ ประวัติในการดำเนินคดี หรือประวัติที่

³⁹ ศูนย์พัฒนาธุรกิจชุมชน ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3,

เกี่ยวข้องกับการล้มละลาย จำนวนธุรกิจที่ได้รับการให้แฟรนไชส์ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นข้อมูลที่ได้รับแฟรนไชส์ไม่สามารถค้นหาได้เองหากผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ทำการเปิดเผย ข้อมูลในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งในช่วงเริ่มต้นและขั้นตอนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตอย่างชัดเจน รวมถึงข้อจำกัดในการดำเนินธุรกิจ เช่น การจัดหาแหล่งสินค้า ซึ่งมีผลสำคัญที่จะทำให้ผู้รับแฟรนไชส์สามารถเข้าใจถึงการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นระบบและป้องกันการเข้าใจผิดที่อาจเกิดขึ้น นอกจากนี้ จะต้องมีการชี้แจงถึงจำนวนเงินลงทุนที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องชำระในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์เนื่องจากผู้รับแฟรนไชส์อาจมีความพร้อมในการหาแหล่งเงินทุนหรือติดต่อสถาบันการเงินเพื่อขอกู้ยืมเงินไม่มากนัก หากผู้รับแฟรนไชส์ประสบกับปัญหาทางการเงินก็อาจจะทำให้การดำเนินธุรกิจจะต้องหยุดชั่วคราวหรืออาจถึงขั้นต้องล้มเลิกธุรกิจไปเลยก็ได้ ซึ่งก็จะส่งผลเสียแก่ทั้งสองฝ่าย เนื่องจากกิจการที่ทำไปยังไม่ได้รับการคืนทุน

ในส่วนของการชี้แจงเกี่ยวกับเงื่อนไขในการสิ้นสุด การยกเลิก หรือการต่ออายุสัญญาแฟรนไชส์ก็นับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญมาก เนื่องจากผู้รับแฟรนไชส์จะต้องมีการคิดคำนวณให้รอบคอบถึงระยะเวลาคืนทุนของการเข้าร่วมกับธุรกิจแฟรนไชส์ใด ซึ่งแฟรนไชส์แต่ละประเภทจะมีระยะเวลาร้างผลกำไรภายหลังการลงทุน (Enjoy period)⁴⁰ ที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับความยากง่ายของการลงทุน ก่อนที่จะตกลงเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องรู้ถึงงบประมาณในการลงทุน การใช้จ่าย ยอดขาย และกำไรที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการเข้าร่วมแฟรนไชส์ให้รอบคอบเสียก่อน เพื่อป้องกันการขาดทุน ในกรณีที่ระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์น้อยกว่าช่วงเวลาคืนทุน ก็เท่ากับว่าการลงทุนของผู้รับแฟรนไชส์นั้น ยังไม่ทันได้กำไรกลับคืนมา สัญญาแฟรนไชส์ก็สิ้นสุดลงแล้ว ก็จะไม่คุ้มค่าแก่การลงทุน ผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้รับแฟรนไชส์จึงจะต้องทราบโดยชัดเจนว่าโอกาสที่จะได้กำไรนั้นมีเพียงใด รวมทั้งเงื่อนไขที่จะเกิดขึ้นภายหลังการเลิกสัญญาแฟรนไชส์ก็เป็นสิ่งที่จะต้องขาดเสียไม่ได้เช่นกัน เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว สัญญาแฟรนไชส์จะมีข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้รับแฟรนไชส์ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันกับธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์ภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้รับแฟรนไชส์นำความรู้ที่ได้จากการรับแฟรนไชส์มาประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้แฟรนไชส์ แต่ผู้ให้แฟรนไชส์ก็อาจถือเป็นโอกาสในการจำกัดและกีดกันทางการค้าแก่ผู้รับแฟรนไชส์จนเกินสมควรก็ได้

เมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นในการเปิดเผยข้อมูลแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายแฟรนไชส์ของไทยควรนำรูปแบบการเปิดเผยข้อมูลของ FTC Franchise Rule ของประเทศสหรัฐอเมริกามาเป็น

⁴⁰ พระพงษ์ กิติเวชโกศาวัฒน์, “เวลาของการคืนทุน,” Make Money, ปีที่ 6, ฉบับที่ 64, น. 97 (มกราคม 2548).

แนวทางในการกำหนดข้อมูลให้ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องทำการเปิดเผยให้ผู้รับแฟรนไชส์ทราบตามกฎหมาย โดยปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของไทย เนื่องจากตาม FTC Franchise Rule มีการกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องเปิดเผยข้อมูลในการทำธุรกิจของตนเองอย่างละเอียดและขั้นตอนในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ เช่น จำนวนเงินทั้งหมดที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องจ่ายในการดำเนินธุรกิจ ข้อตกลงทางด้านการเงิน เงื่อนไขในการจัดซื้อสินค้าและการเลือกทำเลที่ตั้ง ข้อจำกัดในการดำเนินธุรกิจ เงื่อนไขในการต่อสัญญา เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้นับว่าเป็นสิ่งสำคัญมากที่ผู้รับแฟรนไชส์ควรจะต้องศึกษาอย่างละเอียดก่อนที่จะตกลงเข้าทำสัญญาเพื่อที่จะได้วางแผนในการดำเนินงานของตนไว้ก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไขและข้อจำกัดเหล่านี้มักเป็นที่มาของข้อพิพาทระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์เสมอ เนื่องจากผู้รับแฟรนไชส์มักจะไม่นำข้อเท็จจริงที่สำคัญโดยละเอียดก่อนที่จะเข้าทำสัญญา รวมทั้งผู้ให้แฟรนไชส์อาจทำการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเหล่านี้ในภายหลังโดยผู้รับแฟรนไชส์ไม่ได้ให้ความยินยอม แม้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะมีเจตนาฉ้อฉลหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ กฎหมายแฟรนไชส์ก็ควรมีบทบัญญัติในการกำหนดโทษแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ฝ่าฝืนไม่ทำการเปิดเผยข้อมูลตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา เพื่อเป็นการบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามกฎหมายเคร่งครัด

3.1.2 การจดทะเบียนแฟรนไชส์

การจดทะเบียนแฟรนไชส์เป็นวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์วิธีการหนึ่งที่จะถูกกำหนดให้มีขึ้นในกฎหมายแฟรนไชส์ของต่างประเทศ เนื่องจากจะช่วยป้องกันผู้รับแฟรนไชส์จากการลงขายแฟรนไชส์ที่ไม่มีมาตรฐาน โดยหน่วยงานของรัฐจะได้เข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ให้แฟรนไชส์ในเบื้องต้นก่อนที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะได้ทำการขายแฟรนไชส์ให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ เมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นของกฎหมายแฟรนไชส์ของไทยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการจดทะเบียนแฟรนไชส์ก่อนจะมีการให้แฟรนไชส์น่าจะเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของไทย เพื่อเป็นการให้หน่วยงานของรัฐเข้ามาพิจารณาคุณสมบัติและมาตรฐานการให้แฟรนไชส์ของผู้ให้แฟรนไชส์ เนื่องจากให้สัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศผู้ประกอบการไทยมักจะอยู่ในฐานะผู้รับแฟรนไชส์ การจดทะเบียนแฟรนไชส์จึงจะเป็นการคุ้มครองผู้รับแฟรนไชส์ไทยในการเข้าลงทุนกับแฟรนไชส์ต่างประเทศในเบื้องต้น

3.1.3 กำหนดหลักเกณฑ์การทำข้อตกลงขายพ่วง

ข้อตกลงขายพ่วงเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาแฟรนไชส์ที่สร้างปัญหาระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์อยู่เสมอ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่สร้างรายได้ให้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นจำนวนมาก แต่ในขณะเดียวกันก็สร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์อย่างไม่มีที่สิ้นสุด และโดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ศาลจึงมิใช่ผู้วางแนวทางของกฎหมาย กฎหมายแฟรนไชส์ของไทยจึงควรวางหลักในการทำข้อตกลงขายพ่วงไว้โดยตรง เพื่อป้องกันการตีความที่อาจแตกต่างกันได้ แต่เนื่องจากการขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์แต่ละประเภทอาจมีความจำเป็นที่แตกต่างกัน จึงควรวางเป็นขอบเขตในการพิจารณาของศาล โดยมีหลักสำคัญในการพิจารณาคือ ความจำเป็นของผู้ให้แฟรนไชส์ในด้านการรักษามาตรฐานและชื่อเสียงของสินค้า ลักษณะเฉพาะของสินค้าแต่ละประเภท สินค้านั้นถือเป็นสาระสำคัญของแฟรนไชส์นั้นหรือไม่และธุรกิจแฟรนไชส์อื่นๆ ที่มีลักษณะเดียวกันได้มีข้อตกลงในการขายสินค้าชนิดใดๆ ร่วมกันไปกับการให้แฟรนไชส์หรือไม่ และต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียของการทำข้อตกลงขายพ่วงสินค้านั้นๆ ด้วย

3.1.4 จัดตั้งหน่วยงานควบคุมดูแลและมีบทลงโทษที่ชัดเจนในกรณีที่มีการทำสัญญาหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจ

ในปัจจุบัน ธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศกำลังเป็นธุรกิจที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างยิ่ง เพราะนอกจากจะเป็นธุรกิจที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเป็นเจ้าของธุรกิจของตนเองได้แล้ว การเข้าร่วมกับแฟรนไชส์ที่มีชื่อเสียงย่อมเป็นการรับประกันความสำเร็จของธุรกิจในระดับหนึ่ง อีกทั้งคนไทยมีความนิยมในการรับเอาวัฒนธรรมของต่างชาติ แฟรนไชส์หลากหลายประเภทที่มาจากต่างประเทศมักจะเป็นที่นิยมของคนไทยในเวลาอันรวดเร็ว ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนจึงให้ความสนใจในการทำธุรกิจแฟรนไชส์เป็นอย่างมาก ซึ่งเห็นได้จากในปัจจุบันหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานก็ได้มีการจัดอบรมการเข้าร่วมทำธุรกิจแฟรนไชส์ เพื่อเป็นการให้ความรู้เบื้องต้นและป้องกันการถูกหลอกลวงจากแฟรนไชส์ที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

ดังนั้น ในการจัดทำกฎหมายแฟรนไชส์จึงควรมีการจัดตั้งหน่วยงานที่จะทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะควบคู่ไปกับการออกกฎหมายแฟรนไชส์ เพื่อเป็นการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์อย่างเป็นระบบและมีองค์กรที่ทำหน้าที่ลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างเคร่งครัด

3.1.5 คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันในกรอบของหลักสุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรม

ในความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในธุรกิจแฟรนไชส์จะมีความแตกต่างกับสัญญาอื่นอยู่หลายประการ คู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จะต้องมีการไว้น้ำใจกันอย่างมาก โดยเฉพาะในธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ ซึ่งผู้รับแฟรนไชส์ที่ดีจะช่วยให้การขยายฐานธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์เป็นไปอย่างมั่นคงและเมื่อเกิดปัญหาขึ้นในการทำธุรกิจก็จะสามารถหาวิธีการแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและสมควรอย่างยิ่งที่คู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกันโดยสุจริตและตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในการประกอบธุรกิจทุกประเภท ดังนั้น กฎหมายแฟรนไชส์จึงควรกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ปฏิบัติตามหลักสุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรมทั้งในช่วงก่อนและหลังสัญญาเกิด รวมทั้งควรมีหน้าที่ต่อเนื่องไปหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงภายในระยะเวลาอันสมควรด้วย

ทั้งนี้ หลักสุจริตของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นควรรวมถึงกรณีการเกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาด้วย โดยศาลควรนำแนวทางในการพิจารณาว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาสามารถกล่าวอ้างได้ว่ามีข้อสัญญาไม่เป็นธรรม สัญญานั้นจะต้องมีข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญา คือ มีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unfairness) อันส่งผลให้เกิดสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรม (Substantive unfairness)⁴¹ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้รับแฟรนไชส์ที่รับรู้และยินยอมอย่างชัดแจ้งตามข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ นำสัญญามากกล่าวอ้างในภายหลังว่ามีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้จะสอดคล้องต่อการเปิดเผยข้อมูลที่ชัดเจนของผู้ให้แฟรนไชส์เพื่อให้ผู้รับแฟรนไชส์รับรู้ของข้อมูลของผู้ให้แฟรนไชส์และกระบวนการขั้นตอนทุกอย่างในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ก่อนที่จะตกลงทำสัญญาแฟรนไชส์ และผู้รับแฟรนไชส์ที่รับรู้ขั้นตอนในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ทุกอย่างโดยละเอียดแล้วจะไม่สามารถมาอ้างในภายหลังได้ว่าข้อสัญญาที่ทำขึ้นตนไม่ได้รู้เห็นใดๆ ด้วย

⁴¹ พินัย ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 587.

3.2 แนวทางในการแก้ปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

3.2.1 การร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์⁴²

ในปัจจุบัน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ มีหน้าที่รับผิดชอบในการยกร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างการดำเนินการปรับปรุงแก้ไข โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการส่งเสริมและสนับสนุนการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เพื่อประโยชน์ต่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทย และเป็นการให้ความคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ให้ได้รับความเป็นธรรมอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะผู้รับแฟรนไชส์เนื่องจากเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาน้อยกว่าโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(ก) การเปิดเผยข้อมูลก่อนทำสัญญา

ตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ได้มีการบัญญัติข้อกำหนดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล⁴³ ของผู้ให้แฟรนไชส์ก่อนมีการตกลงทำสัญญาแฟรนไชส์ไว้ในมาตรา 22 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ผู้ให้แฟรนไชส์หรือตัวแทนมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบสี่วันก่อนที่จะมีการทำสัญญาการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ เว้นแต่จะได้มีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวไปแล้วในขณะชักชวนหรือโฆษณาให้ผู้รับแฟรนไชส์เข้าร่วมทำธุรกิจแฟรนไชส์ นอกจากนี้ เมื่อได้มีการตกลงทำสัญญากันเรียบร้อยแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์หรือตัวแทนก็ยังคงมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันทำสัญญา หากผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ปฏิบัติตาม ผู้รับแฟรนไชส์ก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องคืนเงินค่าใช้จ่าจ่าย เงินมัดจำ ค่าตอบแทนและเงินใดๆ ที่รับไว้ทั้งหมดแก่ผู้รับแฟรนไชส์ โดยผู้รับแฟรนไชส์มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้แฟรนไชส์อีกด้วย

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ให้แฟรนไชส์ตามร่างพระราชบัญญัติฯ แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ยังขาดความชัดเจนและไม่เหมาะสมใน

⁴² บทบัญญัติมาตราต่างๆ ในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ โปรดดูภาคผนวก ข

⁴³ มาตรา 4 “การเปิดเผยข้อมูล” หมายถึง “การใดๆ ซึ่งแฟรนไชส์ซอร์มีหน้าที่เปิดเผยให้แฟรนไชส์ซีทราบเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจของแฟรนไชส์ซี และให้หมายความรวมถึงการฝึกอบรม การทดลองปฏิบัติงานและการอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องและจำเป็นด้วย”

บางประการ เนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลของผู้ให้แฟรนไชส์เพื่อให้ผู้รับแฟรนไชส์ทราบนี้ควรมีการเปิดเผยให้ชัดเจนก่อนที่จะมีการทำสัญญาแฟรนไชส์ขึ้น เพื่อให้ผู้ที่เข้ามาเป็นผู้รับแฟรนไชส์ทราบประวัติในเรื่องต่างๆ ของผู้ให้แฟรนไชส์และข้อมูลที่สำคัญในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เพื่อช่วยในการตัดสินใจในการเข้าร่วมธุรกิจและป้องกันการหลอกลวงจากธุรกิจแฟรนไชส์ที่ไม่ได้มาตรฐาน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายแฟรนไชส์โดยทั่วไปจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลขึ้นก็เพื่อให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้พิจารณาข้อดีข้อเสียที่อาจเกิดขึ้นจากทำธุรกิจแฟรนไชส์อย่างละเอียดถี่ถ้วนก่อนที่จะทำสัญญาแฟรนไชส์และเพื่อป้องกันมิให้ผู้รับแฟรนไชส์ถูกหลอกลวงให้เข้าทำแฟรนไชส์ที่ไม่ได้มาตรฐาน แต่ตามมาตรา 22 กลับไม่ได้มีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าข้อมูลใดบ้างที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องทำการเปิดเผย แต่กำหนดว่าให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด รวมทั้งยังขาดบทลงโทษในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่เปิดเผยข้อมูลหรือเปิดเผยข้อมูลอันเป็นเท็จ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดรายละเอียดของข้อมูลให้ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องเปิดเผยให้ชัดเจน เนื่องจากถือเป็นสาระสำคัญมากในกฎหมายแฟรนไชส์ จะเห็นได้จากกฎหมายแฟรนไชส์ในต่างประเทศจะมีการกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์อาจต้องรับโทษทั้งทางแพ่งและอาญาหากฝ่าฝืนข้อกำหนดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล เนื่องจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์สาเหตุที่สำคัญประการหนึ่งเนื่องมาจากการที่ผู้รับแฟรนไชส์ไม่ทราบขั้นตอนและเงื่อนไขในการดำเนินธุรกิจทั้งหมดก่อนที่จะตกลงทำสัญญาบพบัญญัติในส่วนนี้จึงไม่สามารถแก้ปัญหาความโปร่งใสในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ได้เท่าที่ควร

(ข) การจดทะเบียนแฟรนไชส์

ตามร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการรายใดที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยจะต้องยื่นคำขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนตามมาตรา 32 โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 33

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการจดทะเบียนแฟรนไชส์จะเป็นสิ่งที่ควรจะต้องกระทำเพื่อป้องกันการให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้มาตรฐาน แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าในบางกรณีร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ให้สิทธิและอำนาจแก่นายทะเบียน⁴⁴ สูงมาก เช่น ในกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่าผู้ให้แฟรนไชส์ที่ได้จดทะเบียนรายใดไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ นายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้ให้แฟรนไชส์รายดังกล่าวได้ (มาตรา 37) แม้ว่ากฎหมายจะให้

⁴⁴ มาตรา 4 “นายทะเบียน” หมายความว่า “อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าและผู้ซึ่งอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้ามอบหมาย”

สิทธิผู้ให้แฟรนไชส์ในการอุทธรณ์คำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนของนายทะเบียนก็ตาม แต่หากนายทะเบียนดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่โดยไม่โปร่งใสก็อาจกลายเป็นช่องว่างให้เกิดการกลั่นแกล้งทางธุรกิจได้

(ค) การบังคับใช้กฎหมายกับสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดว่าพระราชบัญญัตินี้ไม่ให้ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งแฟรนไชส์ซอร์มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศและทำสัญญานอกราชอาณาจักรเพื่อให้สิทธิแฟรนไชส์เข้ามาประกอบธุรกิจที่ได้รับสิทธินั้นในราชอาณาจักรด้วยตนเอง โดยมาตรานี้มีจุดมุ่งหมายที่จะกำหนดขอบเขตของธุรกิจแฟรนไชส์ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีผลทำให้การทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศที่ได้ตกลงทำขึ้นในต่างประเทศในรูปของสัญญาแฟรนไชส์หลัก (Master Franchise Agreement) ที่ให้สิทธิผู้รับแฟรนไชส์เข้ามาเป็นผู้ให้แฟรนไชส์ลงในพื้นที่ที่กำหนดหรือการทำสัญญาแฟรนไชส์แบบพัฒนาพื้นที่ (Area Development Agreement) ซึ่งให้สิทธิผู้รับแฟรนไชส์เข้ามาตั้งสาขาแฟรนไชส์ไม่จำกัดจำนวนสาขาในพื้นที่ที่กำหนดไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศดังกล่าวผู้ให้แฟรนไชส์หรือแฟรนไชส์ซอร์จะอยู่ต่างประเทศและจะให้สิทธิผู้รับแฟรนไชส์หรือแฟรนไชส์ซีที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในพื้นที่ที่กำหนดด้วยตนเองซึ่งปกติก็จะเป็นหนึ่งประเทศ

หากว่าร่างพระราชบัญญัติถูกตราเป็นกฎหมายโดยมีเนื้อหาเช่นนี้ จะก่อให้เกิดปัญหา คือ การทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศในรูปแบบของสัญญาแฟรนไชส์หลักและสัญญาแฟรนไชส์แบบพัฒนาพื้นที่ที่มีการตกลงทำสัญญากันนอกราชอาณาจักรจะไม่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ และถ้าเกิดปัญหาฟ้องร้องกันขึ้น ศาลก็ต้องกลับไปใช้กฎหมายอื่นที่มีอยู่ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งก็ยังคงมีปัญหาการบังคับใช้ตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ร่างพระราชบัญญัตินี้ก็จะใช้ได้แต่กับธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยเท่านั้นซึ่งส่วนใหญ่ก็มักจะเป็นแฟรนไชส์ขนาดเล็กและมีจำนวนเงินลงทุนไม่สูงนัก

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังคงไม่สามารถแก้ไขปัญหาคำคัญของการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ได้เลย โดยเฉพาะปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นอยู่เสมอ โดยผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติโดยรวมนั้นยังคงเน้นที่รายละเอียดการจดทะเบียนการให้แฟรนไชส์ในลักษณะเดียวกันกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

พ.ศ. 2534 เท่านั้น แต่กลับขาดรายละเอียดสำคัญที่จำเป็นต้องมีในกฎหมายแฟรนไชส์ดังเช่นในกฎหมายแฟรนไชส์ของต่างประเทศ ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จึงไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาต่อไป ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงยังคงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กำกับดูแลและแก้ไขปัญหาระบบแฟรนไชส์ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะและมีรายละเอียดที่ซับซ้อน ดังนั้น ผู้รับแฟรนไชส์ในสัญญาแฟรนไชส์ก็ยังคงตกอยู่ในสถานะที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์อยู่ดี แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ฉบับนี้จะได้รับการประกาศใช้ออกมาแล้วก็ตาม

3.2.2 การใช้และการตีความกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการใช้และตีความกฎหมายที่มีอยู่เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายและแก้ไขปัญหาคือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งหลักกฎหมายที่จะสามารถนำมาปรับใช้แก้ปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศได้แก่

(ก) หลักการตีความสัญญาเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้จัดทำสัญญา

หลักการตีความสัญญาเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้ทำสัญญาหรือในภาษาละตินเรียกว่า “*contra proferentem*”⁴⁵ เป็นหลักกฎหมายแพ่งที่มีสาระสำคัญ คือ ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน ผู้ที่ร่างสัญญาไม่อาจตีความสัญญาเพื่อเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนเนื่องจากถือว่าผู้ที่เขียนสัญญาจะเป็นผู้ที่เข้าใจเนื้อหาของสัญญามากที่สุด จึงไม่สามารถอ้างถ้อยคำในสัญญาเพื่อประโยชน์ของตนเอง โดยหลักดังกล่าวนี้จะสอดคล้องกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น” เพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาที่อาจจะตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบในการทำสัญญาสำเร็จรูป

⁴⁵ Black’s Dictionary 8th Edition,

“The doctrine that, in interpreting documents, ambiguities are to be construed unfavorably to the drafter.”

(ข) หลักสุจริต

หลักสุจริต (Good Faith) เป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁶ และปรากฏในมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตน ก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” โดยวัตถุประสงค์หลักของมาตรานี้ก็คือ เมื่อมีนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นแล้ว บุคคลมีความผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องมีความซื่อสัตย์และไว้วางใจซึ่งกันและกันในการใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ต่อกัน⁴⁷

นอกจากนี้ หลักสุจริตยังปรากฏอยู่ในเรื่องการตีความในสัญญา มาตรา 368 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” โดยการตีความสัญญาตามมาตรา 368 นี้เป็นเรื่องการตีความในเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีสัญญาผูกพันกันแล้ว จึงจะพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ แต่จะต้องตีความตามเจตนาของทั้งสองฝ่ายที่ร่วมกันทำสัญญานั้น และต้องคำนึงถึงความประสงค์ในทางสุจริตอันคู่กรณีพึงจะคาดหมายได้จากกันและกัน⁴⁸

(ค) หลักการคุ้มครองผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในการทำสัญญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของไทยเกิดขึ้นโดยมีหลักการสำคัญคือการคุ้มครองผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในการทำสัญญา โดยมุ่งเน้นความสำคัญของการให้ศาลเข้ามาเป็นผู้ปรับลดข้อตกลงตามสัญญาให้เป็นธรรม⁴⁹ และลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบกันทางสัญญาโดยได้วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาลเอาไว้⁵⁰ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าได้รับความเป็นธรรมตามสมควรแก่กรณี เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นศาลจึงสามารถใช้ดุลพินิจให้การตีความข้อสัญญาเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ที่ต้องเสียหายจากการทำสัญญาที่เกิดขึ้นโดยตนมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า

⁴⁶ รัฐสิทธิ์ ศุภสุวรรณ, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (Civil Law: Principles), (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539), น. 224.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น. 226.

⁴⁸ สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์, 2515), น. 433-434.

⁴⁹ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 413.

⁵⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 4.