

บทที่ 1

แนวคิดพื้นฐานของแฟรนไชส์

1.1 ประวัติความเป็นมาของแฟรนไชส์

แฟรนไชส์ถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้ในทางการค้าเป็นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยนำคำว่า “แฟรนไชส์” มาจากประเทศอังกฤษสมัยกลาง ซึ่งใช้คำนี้ในความหมายของการได้รับสิทธิพิเศษจากพระราชา (Monash) เป็นวิธีที่พระราชาใช้กระจายพระราชอำนาจ (granting royal prerogatives) ผ่านทางบุคคลที่ทรงคัดเลือก¹ เช่น ขุนนาง (Barons) อัศวิน (Knight) ฝ่ายศาสนจักร (high church)² เป็นต้น ผู้ได้รับสิทธิจะมีสิทธิในเรื่องนั้นๆ เพียงผู้เดียวในอาณาเขตพื้นที่ที่กำหนด เช่น มีสิทธิในการเรียกเก็บภาษี เกณฑ์ทหาร ฯลฯ ควบคู่ไปกับหน้าที่ต้องถวายบรรณาการตอบแทนบางอย่าง³ ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของเสบียงอาหาร พืชผล อาวุธ สินค้า หรือการบริการ เช่น การจัดเตรียมกองทหารในเวลาสงคราม ลักษณะเช่นนี้ทำให้พระราชาสามารถมีกองทัพสำหรับป้องกันตัว มีกองเรือเพื่อการสำรวจและขนส่ง คงรูปแบบควบคุมกิจการงานได้โดยไม่ต้องอาศัยเงินในท้องพระคลัง ความสัมพันธ์ตามสิทธิหน้าที่ดังกล่าวนี้เองเป็นที่มาของลักษณะความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์

แฟรนไชส์ได้ถูกนำมาใช้โดยรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาในการให้สิทธิสัมปทานแก่บริษัทเอกชนดำเนินกิจการสาธารณประโยชน์และบริการประชาชน เช่น ทางรถไฟ รถยนต์โดยสารขนส่งสาธารณะ เป็นต้น เมื่อเข้าสู่ยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม สภาพสังคมเศรษฐกิจเพิ่มความซับซ้อน จำนวนประชากรขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ทำให้มีการนำระบบแฟรนไชส์มาใช้ในเชิงธุรกิจเพื่อจัดจำหน่ายสินค้า จากเดิมที่จำกัดเฉพาะเรื่องการให้สัมปทานโดยรัฐบาล (Public Franchise) ก็ก้าวเข้าสู่ระบบที่เป็นความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

บริษัทแรกที่น่าเอาระบบแฟรนไชส์มาใช้ คือ บริษัทจักรเย็บผ้า Singer ในปี ค.ศ. 1851 โดย Isaac Merrit Singer เป็นผู้คิดค้น โดยใช้วิธีสร้างเครือข่ายการขายปลีกด้วยระบบพนักงานและการเป็นตัวแทนจำหน่าย ซึ่งเครือข่ายเหล่านี้ต้องชำระค่าสิทธิแก่บริษัทเป็นการตอบแทนที่ได้รับสิทธิขาย

¹<<http://www.franchise-uk.co.uk/selling-a-franchise.html>>.

²Joseph H. King, Jr. "Limiting the Vicarious Liability of Franchisors for the Torts of Their Franchisees," *Washington & Lee Law Review* 62 (2005).

³Brendan Fowlston, *Understanding Commercial and Industrial Licensing*. (London: Waterlow Publishers Limited, 1984), p. 201.

จักรเย็บผ้าเฉพาะภายในเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้ ซึ่งแม้จะไม่ประสบความสำเร็จและล้มเลิกไปในอีกสิบปีต่อมา แต่ก็เป็นการเริ่มต้นของการนำเอาระบบแฟรนไชส์มาใช้ในเชิงธุรกิจ ระบบแฟรนไชส์ดังกล่าวก็คือแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้า (Product and Tradename Franchise or Product Distribution Franchise) นั่นเอง

ในช่วงท้ายของศตวรรษที่ 18 จนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ระบบแฟรนไชส์ดังกล่าวถูกนำมาใช้ในอุตสาหกรรมรถยนต์ ปิมน้ำมัน และเครื่องคั้นน้ำอัดลม เพื่อแก้ปัญหาการขาดแคลนช่องทางกระจายสินค้า ลดค่าใช้จ่ายด้านกำลังคนและสถานที่ ค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการขนส่งสินค้าปริมาณมากไปยังท้องถิ่นห่างไกล ดังนั้น แทนที่จะส่งสินค้าไปสต็อกไว้ ก็ใช้วิธีขายสิทธิในการผลิตและใช้ตราสินค้าในอาณาเขตที่กำหนดไว้ ด้วยความเชื่อที่ว่า ผู้รับแฟรนไชส์เป็นเจ้าของกิจการเองจะสามารถจำหน่ายสินค้าได้ดีกว่า และอีกประการหนึ่งคือ ต้องการหลีกเลี่ยงปัญหาด้านแรงงาน⁴ วิธีการนี้ได้รับความนิยมมากจนทำให้ระบบแฟรนไชส์โดดเด่นขึ้น แต่ในที่สุด แฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้าก็เริ่มเสื่อมความนิยมลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เนื่องจากการขยายสาขาแฟรนไชส์โดยมีผู้รับสิทธิจำนวนมากก่อให้เกิดปัญหาในการควบคุมคุณภาพ และปัญหาในการแข่งขันเมื่อเผชิญกับคู่แข่งในตลาดที่มีมาก และมักใช้กลยุทธ์ทางการตลาดแบบเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ความเสื่อมถอยของแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้าก็นำมาสู่การพัฒนาแบบแฟรนไชส์ยุคใหม่เข้ามาแทนที่ ซึ่งเรียกว่า แฟรนไชส์รูปแบบการดำเนินธุรกิจ (Business Format Franchise)

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศสหรัฐอเมริกาแทบจะไม่ได้รับผลกระทบจากภัยสงคราม ทำให้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงในด้านต่างๆ มากกว่าประเทศอื่น เศรษฐกิจยุคใหม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า baby boom⁵ ธุรกิจขนาดเล็กที่มีเจ้าของเพียงคนเดียวเริ่มลดจำนวนลง เกิดร้านค้าที่มีลักษณะประเภท chain store และ super store เข้ามามีบทบาทแทนที่ รูปแบบการค้าก็เปลี่ยนจากเดิมที่ขายเพียงสินค้า (product) นั้น จะหันมาพัฒนาด้านการให้บริการ (service) ด้วยการพัฒนาเทคโนโลยีด้านยานยนต์ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการใช้ชีวิตของประชาชน ประกอบกับเวลาที่ลดน้อยลง ทำให้เกิดร้านอาหารแบบเร่งด่วนที่เรียกว่า fast food และการซื้ออาหารด้วยการขับรถเข้าไปซื้อแล้วนำไปรับประทานนอกบ้าน⁶ โดยในปี ค.ศ. 1954 Ray Kroc นำระบบแฟรนไชส์ที่มีอยู่เดิมมาประยุกต์ใหม่

⁴John Adams and KV. Prichard Jones, Franchising, 2d ed. (London: Butterworths, 1987), p. 4.

⁵พีระพงษ์ กิตติเวชโกคาวัฒน์, แฟรนไชส์ ยุทธการ โคลนนิ่งธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร : เอ.อาร์. บิซิเนส เพรส, 2546) น. 45.

⁶สมจิตร ลิขิตสถาพร, Step by Step ชุดที่ 1 การสร้างระบบแฟรนไชส์, (กรุงเทพมหานคร: แฟรนไชส์โฟกัส, 2547) น. 5.

ด้วยการขายรูปแบบการทำธุรกิจให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ไปดำเนินการเอง เพื่อแก้ไขข้อจำกัดของแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในคั่วสินค้าและตราสินค้า ซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์จะเป็นผลิตสินค้าป้อนให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ แต่วิธีการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับธุรกิจอาหาร⁷ เนื่องจากหากผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ผลิตอาหารสำเร็จแล้วจัดส่งไปยังผู้รับแฟรนไชส์เพื่อจำหน่าย อาหารจะสูญเสียความสดและรสชาติไป แฟรนไชส์รูปแบบนี้ Ray Kroc ใช้สร้าง McDonald's ให้ประสบความสำเร็จจากร้านอาหารเล็กๆ จนกลายเป็นธุรกิจที่มีชื่อเสียงระดับโลก และเป็นต้นแบบของธุรกิจร้านอาหารจานด่วนรวมทั้งแฟรนไชส์อื่นๆ ในยุคปัจจุบัน

การเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์เป็นไปอย่างต่อเนื่องจนถึงทศวรรษที่ 1980 มีการนำแฟรนไชส์มาใช้กับธุรกิจในกลุ่มที่แตกต่างไปจากเดิม ซึ่งรวมถึงแฟรนไชส์ที่ขายบริการ เช่น ตัวแทนจัดหางาน บริการที่เกี่ยวข้องกับรถยนต์ งานพิมพ์ ร้านคอมพิวเตอร์ บริษัทจัดจ้างพนักงานชั่วคราว ฯลฯ แม้ว่าในระหว่างระยะเวลาเกือบ 160 ปีจากจุดเริ่มต้นในทศวรรษที่ 1800 มาจนถึงปัจจุบัน ธุรกิจแฟรนไชส์ จะต้องพบกับความเสื่อมถอยและตกต่ำในบางช่วง แต่ในปัจจุบัน ด้วยรูปแบบของแฟรนไชส์ที่พัฒนาขึ้นตามกาลเวลา อัตราเติบโตที่สูงมากทั้งจำนวนแฟรนไชส์และจำนวนเงินลงทุน ทั้งระดับภายในและระหว่างประเทศ ย่อมเป็นข้อพิสูจน์ได้อย่างดีว่า การดำเนินธุรกิจโดยอาศัยระบบแบบแฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่ได้ผลและประสบความสำเร็จมากที่สุดรูปแบบหนึ่ง

1.2 ความหมายของแฟรนไชส์

แท้จริงแล้วการใช้คำว่า “แฟรนไชส์” ครั้งแรก ไม่ได้ใช้ในความหมายของการเป็นรูปแบบของการดำเนินธุรกิจประเภทหนึ่งอย่างที่ใช้อย่างแพร่หลายในปัจจุบัน คำว่า “แฟรนไชส์” (Franchise) มีรากศัพท์มาจากภาษาฝรั่งเศสว่า “Affranchire” อ่านว่า อาฟฟรองชีร์ ตรงกับคำในภาษาอังกฤษ คือ to free ตามประวัติศาสตร์ การใช้คำว่า “แฟรนไชส์” ครั้งแรกปรากฏในประเทศอังกฤษสมัยกลาง โดยหมายถึง การให้สิทธิพิเศษที่พระราชกฤษฎีกาแก่ราษฎร⁸ ซึ่งต่อมา ได้มีการนำคำว่า “แฟรนไชส์” มาใช้แก่การให้สิทธิสัมปทานของรัฐแก่เอกชนในการทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบุคคลนั้นต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ที่ได้จากกิจการนั้น ซึ่งมีลักษณะในทำนองเดียวกับการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของแฟรนไชส์ที่รู้จักกันปัจจุบัน ซึ่งเป็นการให้สิทธิในการจัดทำกิจการและจำหน่ายสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของกิจการ โดยแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทน ต่างกันที่เป็นการให้สิทธิหรือให้สัมปทานระหว่างเอกชนด้วยกัน⁹

⁷ พระพงษ์ กิติเวชโกศลวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 5, น. 46.

⁸ ตรีภณ, ธุรกิจแฟรนไชส์สายพันธุ์ไทย, (กรุงเทพมหานคร : สยามอินเตอร์บุ๊คส์, 2547) น. 28.

⁹ พิเศษ เสตเสถียร, “ธุรกิจฟาสต์ฟู้ด (fast food),” บทบัญญัติ 41, 27(2527), น. 111-112.

ในปัจจุบัน แฟรนไชส์ถูกใช้ในความหมายของการให้สิทธิแก่ผู้รับแฟรนไชส์ทำการจำหน่ายสินค้าหรือบริการภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด โดยมีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากการดำเนินธุรกิจอิสระตรงที่¹⁰ มีการฝึกอบรมและเตรียมความพร้อมของผู้รับแฟรนไชส์ก่อนเริ่มดำเนินการในเครือข่ายแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้แฟรนไชส์ประสบความสำเร็จและเป็นรูปแบบการดำเนินธุรกิจค้าปลีกที่ได้รับความนิยมอย่างมากในสหรัฐอเมริกา และขยายอาณาเขตไปทั่วโลก เหตุผลอีกประการ¹¹ ก็คือ ทั้งผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ต่างมีส่วนร่วมในการดำเนินการเครือข่ายแฟรนไชส์ ซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้มีส่วนร่วมเฉพาะในร้านสาขาใดสาขาหนึ่งเท่านั้น แต่จะให้การอำนวยความสะดวกเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมด ทั้งนี้ ระดับของการมีส่วนร่วมของผู้ให้แฟรนไชส์ในการดำเนินการของร้านสาขาจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการให้สิทธิแฟรนไชส์ประเภทใด

สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ แฟรนไชส์เป็นระบบธุรกิจที่เน้นการสร้างธุรกิจให้เข้มแข็งด้วยการขยายตลาดและสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้แก่กิจการ หลังจากนั้น อาจมีการสร้างความต่อเนื่องด้วยระบบงานที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด (หากเป็นแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการดำเนินธุรกิจ) ซึ่งจะทำให้ธุรกิจสามารถขยายตัวเป็นร้านสาขาเครือข่ายอย่างเป็นระบบแบบแผนที่มีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานของการดำเนินงานที่เป็นแบบอย่างเดียวกัน สำหรับผู้รับแฟรนไชส์ แฟรนไชส์เป็นระบบที่ขายสิทธิ โดยมีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อเป็นค่าดำเนินการ หรือค่าพัฒนาสินค้า ผู้ที่ลงทุนในระบบแฟรนไชส์จะมีความเสี่ยงในการลงทุนน้อยกว่าการเปิดกิจการอิสระ เพราะเป็นการดำเนินงานโดยอาศัยเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและความนิยมทางการค้า (goodwill) ของกิจการแฟรนไชส์ มีแนวทางวิธีการทำธุรกิจและได้รับความช่วยเหลือทางด้านสินค้า และอาจรวมถึงการบริหารงาน

อย่างไรก็ตาม แม้แฟรนไชส์จะมีการพัฒนาและขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวางในธุรกิจเกือบทุกประเภท แต่การให้ความหมายของคำว่า “แฟรนไชส์” อย่างชัดเจนเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก ทั้งนี้ เนื่องจากคำว่า “แฟรนไชส์” ที่ใช้กันอยู่อย่างแพร่หลายทางธุรกิจการค้าในปัจจุบัน เป็นลักษณะของความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ที่ซับซ้อนและหลากหลาย ไม่ได้ครอบคลุมหรือจัดได้ว่าเป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ ทั้งยังมีส่วนประกอบของข้อตกลงเกี่ยวกับรูปแบบการดำเนินการและเกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า ดังนั้น ลักษณะของข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์และรูปแบบการดำเนินการของแต่ละธุรกิจย่อมแตกต่างกันออกไป ดังที่ศาลได้เคยกล่าวไว้ในคดี *Aston v. Harre Manufacturing Company*¹² ว่า “แฟรนไชส์มีความหมายที่เลื่อนกลาง ไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน ไม่สามารถให้ความหมายของคำว่าแฟรนไชส์ได้อย่างสมบูรณ์”

¹⁰Richard Judd and Robert Justis, *Franchising*, 2nd ed. (Cincinnati, Ohio: Dame/Thomson Learning, 2002), p.2-2.

¹¹*Ibid.*

¹²1030 L.R. 391-395 (1960).

สำหรับในประเทศไทย แม้จะเคยปรากฏคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ในคดีดำที่ 50/42 คดีแดงที่ 73/42 ได้ให้ความหมายของแฟรนไชส์ (โดยอ้างคำนิยามของ Black's Law Dictionary 6th edition) ไว้ว่า “เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license) จากเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเจ้าของชื่อทางการค้าให้ผู้อื่นขายสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้านั้น” แต่ความหมายของแฟรนไชส์ตามคำพิพากษาดังกล่าว น่าจะเป็นความหมายอย่างแคบ มีขอบเขตเฉพาะประเด็นในคดีเท่านั้น เพราะหมายถึงการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการเท่านั้น¹³ แต่โดยปกติแล้ว แฟรนไชส์ย่อมหมายถึงการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ ด้วย เช่น ชื่อทางการค้า สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เป็นต้น¹⁴

แม้จะไม่สามารถให้ความหมายของแฟรนไชส์ได้อย่างถูกต้องชัดเจน แต่อาจสรุปได้ว่า แฟรนไชส์ทุกประเภทจะประกอบด้วยลักษณะพื้นฐาน (Basic Features of Franchising) ดังต่อไปนี้¹⁵

1. ความเป็นเจ้าของชื่อ ความคิด กรรมวิธีที่เป็นความลับ อุปกรณ์เฉพาะอย่างและหรือความนิยมทางการค้า (goodwill) ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งเหล่านั้น
2. การอนุญาตของเจ้าของแก่บุคคลอื่นในการใช้ชื่อ ความคิด กรรมวิธีที่เป็นความลับ อุปกรณ์เฉพาะอย่างและหรือความนิยมทางการค้านั้นของตน
3. ข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องมีข้อตกลงที่เป็นกฎข้อบังคับในการดำเนินการธุรกิจเกี่ยวกับวิธีหรือระเบียบในการใช้สิทธิของผู้อนุญาตโดยผู้รับอนุญาต
4. การจ่ายเงินค่าสิทธิ หรือค่าตอบแทนอื่นโดยผู้รับอนุญาตสำหรับสิทธิที่ได้รับ

1.3 ประเภทของแฟรนไชส์

โดยทั่วไป ความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์ไม่ได้มีลักษณะการดำเนินการเป็นแบบอย่างเดียวกันทั้งหมดในทุกๆ กิจกรรม จะแตกต่างกันไปตามข้อตกลงและความประสงค์ของคู่สัญญา อำนาจต่อรอง และปัจจัยอย่างอื่นอีกหลายประการ การจัดประเภทของแฟรนไชส์จึงอาจทำได้หลายรูปแบบ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่า

¹³Boonma Tejavanich, “Intellectual Property Litigation and Dispute Solution in Thailand,” in The Third Symposium on Current Issues in Intellectual Property Law, Trade and Dispute Solution at Miracle Grand Convention Hotel, The Central Intellectual Property and International Trade Court, (Bangkok, Thailand, November 30 to December 1, 2000), p. 4.

¹⁴โปรดดู หัวข้อ 1.4.1 ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์.

¹⁵Martin Mendelsohn, The Guide to Franchising, 3rd ed. (Oxford: Pergamon Press, 1982), p.1, 4.

จะอาศัยหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการจัดแบ่ง ในต่างประเทศเอง มีการจำแนกรูทิจแฟรนไชส์เป็นประเภทต่างๆ และเรียกชื่อไปตามลักษณะที่แบ่ง อาทิ แบ่งตามลักษณะของรูปแบบการดำเนินงาน¹⁶ ตามวิธีการจัดจำหน่าย¹⁷ ตามลักษณะทางการตลาด¹⁸ เป็นต้น

สำหรับรูปแบบของแฟรนไชส์ที่พบในประเทศไทยอาจจำแนกได้เป็นสามประเภท คือ

1. แฟรนไชส์ให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้า (Product and Tradename Franchise or Product Distribution Franchise) แฟรนไชส์ประเภทนี้เป็นการให้สิทธิในการจัดจำหน่ายสินค้าเป็นรูปแบบที่ผู้ผลิตให้สิทธิผู้ค้าปลีกขายสินค้าของตนเพื่อใช้เป็นช่องทางในการกระจายสินค้าแทนการขนส่งสินค้า แฟรนไชส์ประเภทนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1853 โดย Isacc Singer ได้นำมาใช้แก่กิจการขายจักรเย็บผ้าของตน ด้วยการจัดตั้งระบบการขายที่มีตัวแทนเป็นร้านเครื่องขายในการขายปลีก และต้องมีการจ่ายเงินค่าสิทธิเพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิในการขายสินค้าของผู้ให้แฟรนไชส์

ผู้ให้แฟรนไชส์ประเภทนี้ อาจจะเป็นผู้ดำเนินการผลิตสินค้าในทุกขั้นตอนของการผลิตจนได้เป็นสินค้าขั้นสุดท้ายหรือเพียงแต่ผลิตส่วนประกอบของสินค้าก็ได้ ส่วนผู้รับแฟรนไชส์มีหน้าที่ในการจัดจำหน่ายสินค้าภายใต้ชื่อและรูปแบบการจำหน่ายตามระบบที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดไว้ ผู้รับแฟรนไชส์จึงดำเนินธุรกิจในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายอิสระโดยอาศัยเครื่องหมายการค้าและสินค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ โดยไม่ต้องรับภาระในการผลิตสินค้า ไม่ต้องลงทุนตั้งโรงงานหรือสถานประกอบการผลิตเพราะผู้ให้แฟรนไชส์จะเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมดเกี่ยวกับการผลิตสินค้าและคุณภาพของสินค้าที่ได้มาตรฐาน นอกจากเป็นผู้ดำเนินการผลิตสินค้าแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์อาจทำการโฆษณาประชาสัมพันธ์ และให้ความช่วยเหลือบางอย่างแก่ผู้รับแฟรนไชส์ในด้านการบริหารจัดการ และการฝึกอบรมด้วย

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์ประเภทนี้ จึงเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายสินค้า ในประเทศไทย ธุรกิจที่ใช้รูปแบบแฟรนไชส์ประเภทนี้ เช่น¹⁹ ระบบการจัดจำหน่ายน้ำอัดลมโคคาโคล่า ไร่รวมขายรถยนต์ยี่ห้อฟอร์ด โตโยต้า เป็นต้น

แม้ว่าแฟรนไชส์ประเภทนี้จะช่วยผู้ให้แฟรนไชส์ประหยัดค่าใช้จ่ายในการขนส่งสินค้าและเงินทุนในการก่อตั้งสถานประกอบการและบุคลากรที่จะต้องใช้ในการจำหน่ายสินค้า แต่ผู้ให้แฟรนไชส์ยังคงต้องมีการหนักในเรื่องเงินทุนและโรงงานผลิตสินค้า การขยายตัวของผู้รับแฟรนไชส์ยังมีจำนวนมากเท่าใด ผู้ให้แฟรนไชส์ก็จะต้องขยายกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นเท่านั้น ภาระในการจัดการธุรกิจก็ต้อง

¹⁶ Daniel V. Davidson, et al, Business Law: principles and cases in the legal environment, 8th ed. (Mason, Ohio: Thomson/South-Western/West, 2004), p. 846.

¹⁷ Martin Mendelsohn, *supra* note 15, pp.26-27.

¹⁸ Shannon David, Franchising in Australia: A Legal Guide, (The Law Book, 1982), pp.5-6.

¹⁹ พิระพงษ์ กิตติเวชโกศลวัฒน์, อ้าวแล้ว เจริญรอตที่ 5, น. 44.

เพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว และอาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับรักษาคุณภาพของสินค้าให้อยู่ในมาตรฐานเดียวได้ทั้งหมด โดยเฉพาะในสินค้าประเภทอาหารสด ด้วยข้อจำกัดดังกล่าวจึงก่อให้เกิดการพัฒนาแฟรนไชส์รูปแบบใหม่ขึ้น เรียกว่า แฟรนไชส์รูปแบบการดำเนินธุรกิจ

2. แฟรนไชส์รูปแบบการดำเนินธุรกิจ (Business Format Franchise) แฟรนไชส์ประเภทนี้พัฒนาขึ้นมาในช่วงปี ค.ศ. 1955 เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้า ลักษณะที่สำคัญของแฟรนไชส์ประเภทนี้ คือ เป็นการให้สิทธิในการผลิตและจำหน่าย รวมทั้งระบบการดำเนินกิจการทั้งหมด กล่าวคือ ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องประกอบธุรกิจครบวงจรตั้งแต่การผลิตจนถึงการขาย โดยได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการผลิต การตลาด และการดำเนินธุรกิจ ตามแผนหรือระบบที่ผู้ให้แฟรนไชส์คิดค้นหรือพัฒนาขึ้น โดยครอบคลุมการดำเนินกิจการเกือบทั้งหมด ตั้งแต่สินค้า บริการ เครื่องหมายการค้า กลยุทธ์ทางการตลาด คุณภาพมาตรฐาน ด้วยเหตุที่เป็นรูปแบบของแฟรนไชส์ที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวาง โดยทั่วไป เมื่อกล่าวถึงแฟรนไชส์จึงมักจะหมายถึงแฟรนไชส์ประเภทนี้

แฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการดำเนินธุรกิจประกอบไปด้วยลักษณะพื้นฐาน ดังต่อไปนี้²⁰

1) เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้ให้แฟรนไชส์ อนุญาตให้ (license) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้รับแฟรนไชส์ ดำเนินธุรกิจภายใต้ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า ฯลฯ ของผู้ให้แฟรนไชส์ และตามรูปแบบทางธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์

2) ผู้ให้แฟรนไชส์มีอำนาจควบคุมรูปแบบธุรกิจที่ผู้รับแฟรนไชส์ดำเนินการ

3) ผู้ให้แฟรนไชส์ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจ

4) ผู้รับแฟรนไชส์เป็นเจ้าของธุรกิจอิสระแตกต่างหากจากผู้ให้แฟรนไชส์

5) ผู้รับแฟรนไชส์ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise Fee) หรือค่าตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นการตอบแทนสำหรับการได้รับสิทธิแฟรนไชส์²¹

เหตุผลที่แฟรนไชส์ประเภทนี้ได้รับความนิยมมากที่สุด เนื่องจากมีลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อความต้องการของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ดีกว่า สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ แฟรนไชส์ประเภทนี้สามารถขยายธุรกิจออกไปได้กว้างขวางเท่าที่ตลาดเอื้ออำนวย เพราะผู้ให้แฟรนไชส์มีภาระในการประกอบธุรกิจน้อยลง และไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเอง เนื่องจากผู้รับแฟรนไชส์จะเป็นผู้ลงทุนและรับภาระในการประกอบธุรกิจแทน ผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่ทำหน้าที่ส่งเสริมการตลาด ให้ความช่วยเหลือและควบคุมให้การดำเนิน

²⁰ John Adams and Martin Mendelsohn, "Recent Developments in Franchising," *Journal of Business Law* (May 1986).

²¹ ค่าธรรมเนียมพื้นฐานที่มีอยู่ในการให้สิทธิแฟรนไชส์ทุกประเภท ได้แก่ ค่าธรรมเนียมเริ่มต้น หรือค่าสิทธิแรกเข้า ค่าธรรมเนียมการจัดการ ค่าสิทธิ (Royalty Fee) ค่าการตลาด (Marketing or Advertising Fee) อย่างไรก็ตาม อาจมีค่าธรรมเนียมที่สำคัญอย่างอื่นได้อีก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการให้สิทธิแฟรนไชส์ประเภทใด.

ธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์เป็นไปตามระบบและเงื่อนไขตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์ประเภทนี้จึงมีโอกาสในการเติบโตขยายธุรกิจได้อย่างรวดเร็ว และขยายตัวออกสู่ตลาดต่างประเทศได้สะดวกขึ้น

ทางด้านผู้รับแฟรนไชส์ แม้จะต้องรับภาระในการลงทุนและดำเนินธุรกิจทั้งหมด แต่ความรู้ในการประกอบธุรกิจทั้งหมดที่ได้รับถ่ายทอดจากผู้ให้แฟรนไชส์เป็นสิ่งที่ได้รับการพิสูจน์และประสบความสำเร็จมาแล้ว ประกอบกับการได้รับการสนับสนุนและความช่วยเหลือจากผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในการประกอบธุรกิจนั้นมาก่อน ย่อมทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งแม้จะไม่เคยมีประสบการณ์ในการทำธุรกิจมาก่อน มีโอกาสประสบความสำเร็จมากกว่าการเริ่มต้นธุรกิจอิสระที่ริเริ่มด้วยตัวเอง ทั้งยังช่วยลดค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ เนื่องจากกิจการแฟรนไชส์เป็นกิจการที่มีชื่อเสียง มีภาพลักษณ์ที่ดีและความน่าเชื่อถืออยู่แล้ว นอกจากนี้ ผู้รับแฟรนไชส์ยังไม่ต้องเสียเวลาไปกับการคิดระบบงานขึ้นมาเอง ซึ่งเป็นการลองผิดลองถูกที่เสี่ยงต่อความล้มเหลวอีกด้วย

ในประเทศไทย จะพบแฟรนไชส์ประเภทนี้มากที่สุดเช่นเดียวกับในต่างประเทศ โดยเฉพาะในธุรกิจอาหารและเครื่องดื่ม เช่น Chester's Grill, The Pizza Company กาแฟโอโร ซาชีสบะหมี่เกี๊ยว โจ๊กกึ่งปราบ เป็นต้น ธุรกิจด้านบริการพบมากด้านการศึกษา เช่น โรงเรียนกวดวิชาคุมอง โรงเรียนสอนดนตรีมีฟ้า เป็นต้น นอกจากนี้ ยังปรากฏมากในร้านสะดวกซื้อ เช่น Seven-Eleven, FamilyMart เป็นต้น

3. แฟรนไชส์สลับเสริมธุรกิจ (Conversion Franchise) เป็นรูปแบบของแฟรนไชส์ยุคใหม่ที่มีการพัฒนาขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1970 แฟรนไชส์ประเภทนี้เป็นวิธีการที่ผู้ให้แฟรนไชส์พัฒนาขึ้นด้วยชั้นเชิงที่ก้าวหน้ากว่าเพื่อประหยัดเวลา และช่วยขจัดปัญหาด้านบุคลากรที่จะต้องรับสมัครงาน ทำเลที่ตั้ง รวมถึงการฝึกอบรมผู้รับแฟรนไชส์ โดยมักจะนำมาใช้ในธุรกิจที่ตลาดมีการแข่งขันสูง การเข้าสู่ตลาดจึงทำได้ยาก ผู้ผลิต (ผู้ให้แฟรนไชส์) จึงเปลี่ยนรูปแบบธุรกิจเดิมที่มีอยู่แล้วมาใช้รูปแบบใหม่ในระบบแฟรนไชส์ด้วยการให้ผู้ค้ารายเดิมที่อยู่ในตลาดอยู่แล้ว (ผู้รับแฟรนไชส์) เข้ามาอยู่ในระบบเดียวกันโดยใช้ชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตแก่สินค้าหรือบริการรูปแบบเดิม เพื่อสร้างผลประโยชน์จากการรวมกลุ่มมากขึ้น ส่วนผู้รับแฟรนไชส์ต้องการเพียงแค่สั่งซื้อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ที่มีชื่อเสียงมากกว่ามาใช้ ทำให้ขายสินค้าหรือบริการได้ง่ายขึ้นเท่านั้น โดยจะมีการทำตลาดและการโฆษณาประชาสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์

ผู้รับแฟรนไชส์ประเภทนี้จะเป็นผู้ที่ประกอบธุรกิจอิสระมาก่อนในธุรกิจประเภทเดียวกันหรือประเภทที่คล้ายคลึงกับธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์ และเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจของตนไปเข้าระบบแฟรนไชส์ ซึ่งอาจจะเป็นพนักงานของผู้ให้แฟรนไชส์เอง เช่น ผู้จัดการสาขา หรือบุคคลภายนอกก็ได้ นอกจากนี้ ยังพบในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ตัดสินใจเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจของร้านขายปลีกของตนเองทั้งหมดหรือบางส่วนเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์²² ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้เรียกแฟรนไชส์ประเภทนี้ว่า

²² <http://www.makingmoney.co.uk/experts/index.php?start_from=7&ucat=&archive=&subaction&id=&>.

แฟรนไชส์ที่เป็นบริษัทในเครือ (Affiliation Franchise)²³

โดยปกติแล้ว การคิดค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ประเภทนี้จะมีจำนวนน้อยกว่าแฟรนไชส์รูปแบบการดำเนินธุรกิจ²⁴ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์ประเภทนี้เป็นความสัมพันธ์เฉพาะด้านการตลาดเท่านั้น หรือแม้ว่าจะต้องการการสนับสนุนจากผู้ให้แฟรนไชส์ ก็เป็นการสนับสนุนและฝึกอบรมที่น้อยกว่าแฟรนไชส์รูปแบบการดำเนินธุรกิจ เพราะผู้รับแฟรนไชส์มีประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจนั้นๆ อยู่แล้ว ธุรกิจที่ใช้รูปแบบแฟรนไชส์ประเภทนี้ส่วนใหญ่จะพบในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์อิสระเข้ามาอยู่ในเครือข่ายแฟรนไชส์ นอกจากนี้ ยังพบในธุรกิจอาชีพให้บริการ เช่น โรงแรม ช่างซ่อมบ้าน โรงพยาบาล เป็นต้น ตัวอย่างของแฟรนไชส์ประเภทนี้ในประเทศไทย ได้แก่ โรงแรมดุสิตธานี เป็นต้น

1.4 สัญญาแฟรนไชส์

สัญญาแฟรนไชส์เป็นองค์ประกอบสำคัญที่ต้องมีในแฟรนไชส์ทุกประเภท อย่างไรก็ตาม สัญญาแฟรนไชส์ไม่ใช่ตัวธุรกิจแฟรนไชส์ แต่เป็นเพียงองค์ประกอบส่วนหนึ่งของระบบแฟรนไชส์ทั้งหมด หัวข้อนี้เป็นการมุ่งพิจารณาไปที่สัญญา (agreement หรือ contract) ยิ่งกว่าระบบแฟรนไชส์ทั้งหมด ซึ่งหมายถึงการพิจารณาไปที่ข้อตกลงที่กำหนดสิทธิหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญามุ่งประสงค์จะก่อความผูกพันระหว่างกัน และมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมาย หากมีการฝ่าฝืนข้อสัญญา สัญญาแฟรนไชส์จึงมีความสำคัญในการวางกรอบของความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่มีต่อกัน

นอกจากนี้ ในบริบทของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางแพ่ง ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิด หรือความไม่ปลอดภัยของสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์ว่าจัดเป็นสัญญาประเภทใด โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ทั้งนี้ เพื่อกำหนดฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งสำหรับการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) เป็นกรกำหนดความรับผิดชอบพื้นฐานของฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา เช่น นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดที่ลูกจ้างกระทำไปในทางหน้าที่จ้าง หรือตัวการต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดที่ตัวแทนกระทำ เป็นต้น นอกจากความรับผิดทางละเมิดแล้ว อาจถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบสัญญาหรือผูกพันตามสัญญาที่กระทำขึ้น โดยผู้รับแฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอกได้เช่นกัน หากผู้ให้แฟรนไชส์มีฐานะเป็นหุ้นส่วน หรือตัวการ

²³โปรดดู อนุก ศรีธานี และสุวิทย์ สุวรรณ. "Licensing and Franchising in Thailand," บทบัญญัติ 46, 2 (มิถุนายน 2533), น. 87.

²⁴<<http://www.entrepreneur.com/franchise/article/0,5847,319036-----4-,00.html>>.

1.4.1 ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์

สัญญาแฟรนไชส์เป็นความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์โดยมีคู่สัญญาสองฝ่าย คือ ผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งต่างแสดงเจตนาตกลงทำธุรกิจร่วมกันอย่างต่อเนื่องตามกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ โดยจะมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ไม่ใช่อำนาจสำคัญ เนื่องจากในประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่แฟรนไชส์โดยเฉพาะ ขณะที่ในประเทศที่มีกฎหมายใช้บังคับแก่แฟรนไชส์ส่วนใหญ่ก็ไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ คู่สัญญาจะทำข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นหนังสือเสมอ เพราะโดยลักษณะพื้นฐานของแฟรนไชส์เองจะเกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิหลายอย่างมาเป็นชุด (package rights) รวมทั้งมีข้อตกลงในการให้ความช่วยเหลือและการควบคุมการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ สัญญาแฟรนไชส์จึงประกอบไปด้วยข้อตกลงมากมายและละเอียดซับซ้อน จึงจำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อความถูกต้องชัดเจน ซึ่งเอกสารนี้จะใช้เป็นพื้นฐานในการกำกับความสัมพันธ์ สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญา

เมื่อประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะเพื่อบังคับใช้แก่สัญญาแฟรนไชส์อย่างเช่นในต่างประเทศ ดังนั้น การกำหนดสิทธิหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา หรือในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา จึงต้องนำกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปมาบังคับใช้ นั่นคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแม้สัญญาแฟรนไชส์จะไม่เข้าลักษณะของเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่มีผลบังคับตามระบบกฎหมายไทย เพราะสัญญาแฟรนไชส์ก็ถือเป็นนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งตามหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญา ย่อมถือตามความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ขอมให้คู่กรณีสามารถตกลงกันแตกต่างไปจากกฎหมายได้ หากไม่ใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เอกชนจึงแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญารูปแบบใดให้เกิดผลทางกฎหมายประการใดก็ได้ตามที่ประสงค์ ไม่จำกัดอยู่เพียงเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งเท่านั้น โดยถือเป็นส่วนได้เสียของผู้แสดงเจตนาโดยเฉพาะ และกฎหมาย ก็ยอมรับบังคับให้ตามความประสงค์หรือเจตนาของคู่กรณีนั้น

นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว กฎหมายอื่นๆ ที่สามารถนำมาปรับใช้แก่สัญญาแฟรนไชส์ได้ ก็คือ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้ว สัญญาแฟรนไชส์มีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาต่างตอบแทนเป็นสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหนึ่งจะต้องชำระให้แก่กันและกัน²⁵ มูลหนี้ตามสัญญาแฟรนไชส์ก็เช่นเดียวกัน คู่สัญญาแฟรนไชส์ต่างมีหน้าที่หรือหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตาม

²⁵ ปรอดคุ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369.

ชำระให้แก่นัก กล่าวคือ ผู้ให้แฟรนไชส์ให้สิทธิแฟรนไชส์แก่ผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งหมายถึง การอนุญาตให้ใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ต้องให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจโดยการให้คำแนะนำและฝึกอบรม ทั้งก่อนเริ่มต้นสัญญาและในระหว่างอายุของสัญญาแฟรนไชส์

ผู้รับแฟรนไชส์มีหน้าที่ชำระค่าสิทธิและค่าธรรมเนียมอื่นๆ แก่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นการตอบแทนสำหรับการได้รับสิทธิแฟรนไชส์ และมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือกระบวนการในการดำเนินกิจการที่กำหนดขึ้นโดยผู้ให้แฟรนไชส์ เช่น มาตรการในการควบคุมคุณภาพของสินค้าและบริการ การโฆษณาประชาสัมพันธ์ การรักษาความลับทางการค้า การจัดทำบัญชีหรือบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับสินค้า การใช้เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

เมื่อสัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง ผลของสัญญาย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา และหนี้ เช่น การปฏิบัติการชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญาในกรณีทั่วไปย่อมเป็นไปตามมาตรา 369 ส่วนในกรณีที่เกิดภัยพิบัติหรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยก็ต้องบังคับตามมาตรา 370-372 เป็นต้น

2. สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเป็นชุด (Bundle of rights, Series of rights, package rights)

แฟรนไชส์เป็นวิธีการนำรูปแบบของการดำเนินกิจการของผู้ให้แฟรนไชส์มาปฏิบัติให้เป็นแบบอย่างเดียวกัน²⁶ ลูกค้านของแฟรนไชส์จะไม่รู้สึกถึงความแตกต่างระหว่างร้านของผู้รับแฟรนไชส์กับร้านของผู้ให้แฟรนไชส์ หรือระหว่างร้านของผู้รับแฟรนไชส์ด้วยกัน สิ่งสำคัญที่สนับสนุนลักษณะเช่นนี้สืบเนื่องมาจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ เป็นการให้สิทธิแบบเป็นชุดพร้อมกัน คำว่า “ชุด” ในที่นี้ หมายรวมถึง²⁷ รูปแบบการดำเนินกิจการที่มีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธินั้นทั้งหมด ซึ่งได้แก่ ลักษณะของอาคารสถานที่ เครื่องมืออุปกรณ์ การตกแต่ง ฯลฯ เหล่านี้ทั้งหมดรวมกันทำให้การดำเนินกิจการภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเองขึ้นมาและกลายเป็นผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครอง ดังที่ศาลสหรัฐอเมริกาคัดสินว่า ตัวอาคารที่มีลักษณะเฉพาะและเครื่องมืออุปกรณ์ที่ได้รับการสิทธิบัตรถือเป็นส่วนหนึ่งที่แบ่งแยกไม่ได้ของรูปแบบการดำเนินกิจการภายใต้เครื่องหมายการค้า²⁸

²⁶จึงมีผู้เรียกแฟรนไชส์ว่า เป็นการโคลนนิ่งธุรกิจ โปรดดู พิศพงษ์ กิตติเวช โกลาวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5.

²⁷พิเศษ เสตเสถียร, “สัมปทานเอกชน (Private Franchise),” วารสารกฎหมาย (จุฬาฯ), ฉบับที่ 1, ปีที่ 7 (มิถุนายน 2525), น. 122.

²⁸Susser v. Carvel Corp., 332 F.2d 505.

การให้สิทธิแบบเป็นชุดนี้ประกอบด้วยสิทธิที่สำคัญ ได้แก่ เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ส่วนประกอบทั้งหมดที่สร้างภาพลักษณ์ของกิจการ (trade dress) (เช่น การออกแบบ เครื่องแบบ พนักงาน การบรรจุหีบห่อสินค้า ฯลฯ) กระบวนการผลิต (knowhow) การให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคอย่างต่อเนื่อง ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ความลับทางการค้า เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของธุรกิจและประเภทของการให้ใช้สิทธิอื่นๆ โดยอาศัยสัญญาหรือข้อตกลงในการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเครื่องมือในการส่งต่อสิทธิจากผู้ให้แฟรนไชส์ไปยังผู้รับแฟรนไชส์ ดังนั้น ในสัญญาแฟรนไชส์โดยทั่วไปจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิเกี่ยวกับกรณีดังต่อไปนี้²⁹ 1) การให้ใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Licensing) 2) การให้ข้อมูลที่เป็นความลับและกระบวนการผลิต (Confidential information and knowhow) และ 3) การให้เอกสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในพื้นที่ (Exclusive territorial right)

3. สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่คำนึงถึงคุณสมบัติของผู้รับแฟรนไชส์เป็นสาระสำคัญ

โดยปกติแล้ว การที่กิจการใดจะให้สิทธิแฟรนไชส์แก่ผู้อื่นได้ ก็ย่อมเป็นกิจการที่มีชื่อเสียงและได้รับความนิยมน้อยกว่าหลายมาก่อนแล้ว ดังนั้น การตัดสินใจขายกิจการ หรือกระจายสินค้าโดยอาศัยระบบการตลาดในรูปของการให้แฟรนไชส์ ย่อมมีความเสี่ยงต่อการได้รับผลกระทบในทางลบหรือเกิดความเสียหายแก่เครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมดได้ หากผู้รับแฟรนไชส์ไม่มีความรับผิดชอบ หรือไม่ซื่อสัตย์ เนื่องจากในสายตาของผู้บริโภค ร้านในเครือข่ายแฟรนไชส์เดียวกันต่างมีหน้าตาเหมือนกันทั้งหมดไม่ว่าจะไปตั้งอยู่ในท้องถิ่นใดก็ตาม³⁰ ผู้บริโภคไม่สามารถแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างร้านเหล่านั้นได้ แต่ผู้บริโภคจะรับรู้ว่าจะได้รับคุณภาพและการให้บริการอย่างเดียวกันกับที่เคยได้รับจากร้านในเครือข่ายแฟรนไชส์เดียวกัน³¹ นอกจากนี้ การให้สิทธิแฟรนไชส์จะต้องมีการถ่ายโอนข้อมูลทางการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ เช่น สูตรกรรมวิธีการผลิต วิธีการดำเนินธุรกิจ ความลับทางการค้า เป็นต้น ให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ด้วย จึงอาจเกิดปัญหาการนำเอาความลับทางการค้าไปเปิดเผย หรือใช้ประโยชน์ในทางมิชอบได้

นอกจากความเสี่ยงต่อความเสียหายแล้ว ในแง่ของความสำเร็จของกิจการ แฟรนไชส์ที่ประสบความสำเร็จส่วนใหญ่มาจากการคัดเลือกรูปแบบการดำเนินงานเป็นส่วนหนึ่งของระบบแฟรนไชส์³² ดังนั้น การที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะอนุญาตให้ผู้ใดเข้าร่วมเป็นเครือข่ายแฟรนไชส์ จึงต้องมีการพิจารณาคุณสมบัติของผู้รับแฟรนไชส์ในด้านต่างๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วนเพื่อให้แน่ใจว่าผู้รับแฟรนไชส์

²⁹O.L. Warren, et al., *Warren's Forms of Agreement Business Forms*, (New York: Bender & Co., Inc., 1989), pp.11-6-11-9.

³⁰เจฟฟรีย์ แอล บราวน์, *Franchise Organizations องค์กรแฟรนไชส์: การบริหารร้านเครือข่ายลูกโซ่ให้ประสบความสำเร็จ*, แปลและเรียบเรียงโดย สายฟ้า พลวายุ, (กรุงเทพมหานคร: เออาร์ บิสซิเนส เพรส, 2541) น. 2.

³¹Brendan Fowlston, *supra* note 3, p. 9.

³²พระพจน์ กิติเวชโกตาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 5*, น. 346.

จะสามารถผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการได้ตามมาตรฐานและคุณภาพที่กำหนด รวมทั้งสามารถปฏิบัติตามรูปแบบการดำเนินงานและเงื่อนไขในการควบคุมคุณภาพของผู้ให้แฟรนไชส์ได้ แม้แต่ในบริบทของแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้าก็ตาม

การที่คุณสมบัติของผู้รับแฟรนไชส์เป็นสาระสำคัญมีผลดังนี้

1) ผู้รับแฟรนไชส์จะโอนกิจการ สิทธิตามสัญญา หรือให้สิทธิแฟรนไชส์ช่วงแก่บุคคลอื่นไม่ได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้แฟรนไชส์³³ ทั้งนี้ เนื่องจากการโอนกิจการ หรือสิทธิตามสัญญา ย่อมหมายถึงความนิยมทางการค้าของกิจการนั้น ซึ่งสร้างขึ้นโดยผู้ให้แฟรนไชส์ด้วยเครื่องหมายการค้าและรูปแบบการดำเนินงานกิจการที่เป็นสมบัติของผู้ให้แฟรนไชส์³⁴ เหตุผลอีกประการก็คือ สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่อาศัยความไว้วางใจและประโยชน์ร่วมกันระหว่างคู่สัญญานั้นเอง

2) ถ้าผู้รับแฟรนไชส์ขาย สัญญาแฟรนไชส์ยอมสิ้นสุด สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญา ไม่ตกทอดไปสู่ทายาท³⁵

1.4.2 ความสัมพันธ์และฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญา

หากพิจารณาแฟรนไชส์ในแง่ของความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแล้ว อาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะด้วยกัน นั่นคือ ความสัมพันธ์ตามข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ และความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจ ในแง่ของธุรกิจ ผู้รับแฟรนไชส์แต่ละแห่งแต่ละสาขาคงเป็นเจ้าของธุรกิจอิสระที่แยกจากกัน และแยกต่างหากจากผู้ให้แฟรนไชส์³⁶ ผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ลงทุนและเสี่ยงภัยในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งกำไรขาดทุนเป็นของตนเองทั้งสิ้น แต่แม้จะเป็นหน่วยธุรกิจที่เป็นอิสระต่อกัน ในอีกด้านหนึ่ง คู่สัญญาแฟรนไชส์ก็ขึ้นอยู่กับกันและกัน เพราะความสำเร็จของกิจการแฟรนไชส์ย่อมขึ้นอยู่กับความสำเร็จของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องดำเนินการภายใต้การดูแลอำนวยการและควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์ ขณะเดียวกัน ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับแฟรนไชส์ นั่นคือ ต้องตรวจตรา วางแผนและมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการของผู้รับแฟรนไชส์ ไม่มากก็น้อย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทของแฟรนไชส์ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์เป็นความสัมพันธ์ในแนวนอน³⁷ ต่างจากความสัมพันธ์ทางธุรกิจโดยทั่วไป ที่จะต้องมีสายบังคับบัญชา ซึ่งจะเป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง ความสัมพันธ์ของ

³³ทำนองเดียวกับสัญญาเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ค้ำประกันถึงคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ ผู้เช่าจึงจะโอนสิทธิตามสัญญา หรือให้เช่าช่วงไม่ได้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา.

³⁴Jeremy Phillips and Alison Firth, *Introduction to Intellectual Property Law*, 2d ed. (London: Butterworths, 1990), p.267-268.

³⁵พิเศษ เสตเสถียร, *อ้างแล้ว เจริญธุรกิจ* 27, น. 126-127.

³⁶John Adams and KV. Prichard Jones, *supra* note 4, p.21.

³⁷Richard Judd and Robert Justis, *supra* note 10, p.2-21.

คู่สัญญาแฟรนไชส์จึงมีพื้นฐานของความเชื่อถือว่าไว้วางใจซึ่งกันและกันไม่เอารัดเอาเปรียบกัน และเคารพซึ่งกันและกัน³⁸ ด้วยลักษณะของความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจที่ผูกมัดผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์เข้าด้วยกันนี้ ทำให้มีผู้เปรียบเทียบความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแฟรนไชส์เสมือนเป็น “คู่สมรส” (marriage)³⁹

ในแง่กฎหมาย ความสัมพันธ์ สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ สำหรับบุคคลภายนอก เมื่อคู่สัญญาแฟรนไชส์เป็นหน่วยธุรกิจที่เป็นอิสระต่อกัน โดยหลักแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือละเมิด อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของร้านเครือข่ายแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นผลมาจากการควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์ สร้างภาพลักษณ์ให้เกิดความเข้าใจและความเชื่อแก่สาธารณะว่าเป็นกิจการเดียวกัน ทำให้ลักษณะของความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแฟรนไชส์คล้ายคลึงกับหุ้นส่วน ตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้าง ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นย่อมนำหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้แก่คู่สัญญาแฟรนไชส์และอาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอกได้ การวิเคราะห์เปรียบเทียบความสัมพันธ์และฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาดังกล่าวอาจพิจารณาได้ดังนี้

สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาหุ้นส่วน

ด้วยการสร้างภาพลักษณ์ของความเป็นแบบอย่างเดียวกันของเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมด บ่อยครั้งที่ทำให้บุคคลภายนอกที่ไม่รู้ถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ เข้าใจว่ากิจการของผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์เป็นกิจการเดียวกัน⁴⁰ โดยปกติ การทำกิจการร่วมกันของหุ้นส่วนเป็นการกระทำของหน่วยธุรกิจเพียงหน่วยเดียว เป็นเจ้าของเดียวกัน ลักษณะเช่นนี้จึงทำให้สัญญาแฟรนไชส์มีลักษณะที่ใกล้เคียงสัญญาหุ้นส่วนอยู่บ้าง

อย่างไรก็ดี แนวความคิดของแฟรนไชส์และห้างหุ้นส่วนมีความแตกต่างกัน แฟรนไชส์เป็นเรื่องการอาศัยผู้อื่น ซึ่งเป็นหน่วยธุรกิจอิสระเข้าร่วมระบบเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการจัดจำหน่าย กระจายสินค้าและบริการ ได้อย่างกว้างขวาง ขณะเดียวกันก็ยังคงคุณภาพมาตรฐานในระดับเดียวกันได้ แต่หุ้นส่วน

³⁸ *Ibid.*; Andrew J. Sherman, Franchising & Licensing, 3rd ed. (New York: American Management Association, 2004, p. 16.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Robert W. Emerson, “Franchisors’ Liability When Franchisees Are Apparent Agents: An Empirical and Policy Analysis of “Common Knowledge” About Franchising, Hofstra Law Review 20 (1992) อ้างถึงการทำแบบสอบถามทางโทรศัพท์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่าผู้ตอบคำถามส่วนใหญ่เข้าใจว่า ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นเจ้าของกิจการร้านเครือข่ายแฟรนไชส์ในท้องถิ่น มีผู้ตอบคำถามเพียง 9.9 % เท่านั้นที่เข้าใจถึงความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแฟรนไชส์อย่างแท้จริง.

เป็นเรื่องการจัดรูปแบบองค์กรธุรกิจที่พัฒนาขึ้นมาในนามของหน่วยธุรกิจเดียวเพื่อระดมทุนและแรงงานให้ได้มากยิ่งขึ้นยิ่งกว่าจะลงทุนทำธุรกิจแต่ลำพังผู้เดียว

ความหมายของสัญญาหุ้นส่วน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ระบุว่า สัญญาหุ้นส่วนหมายถึงสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยวัตถุประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น ดังนี้ เพื่อพิจารณาว่าสัญญาแฟรนไชส์ถือเป็นสัญญาหุ้นส่วนหรือไม่ จึงต้องนำลักษณะสำคัญของการเป็นหุ้นส่วนตามบทบัญญัติดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับสัญญาแฟรนไชส์ ดังต่อไปนี้

1) การทำการกิจการร่วมกัน ความหมายของการทำการกิจการร่วมกันในหุ้นส่วน จะต้องมิเจตนาทำการกิจการร่วมกันคือ ก) มีส่วนได้เสีย ทั้งกำไรขาดทุนร่วมกัน โดยไม่จำกัดจำนวน ข) ดูแลครอบงำจัดการหุ้นส่วนทุกคนมีสิทธิเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ค) กิจการอันเดียวกัน หุ้นส่วนทุกคนต้องมีความประสงค์ร่วมดำเนินการดูแลครอบงำและจัดการกิจการอันเดียวกัน

ในเรื่องส่วนได้เสียนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีส่วนได้เสียทั้งกำไรและขาดทุนร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวน ผู้รับแฟรนไชส์เป็นหน่วยธุรกิจอิสระที่เข้ามาลงทุนด้วยตนเอง แม้อาศัยทรัพย์สินทางปัญญาและรูปแบบการดำเนินงานของผู้ให้แฟรนไชส์ แต่ถ้าขาดทุน ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบเพียงลำพังคู่สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่มีกำไรและขาดทุนร่วมกัน

ในเรื่องการดูแลครอบงำการจัดการข้างนั้น หุ้นส่วนทุกคนมีสิทธิจัดการหรือเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ⁴¹ แต่สำหรับแฟรนไชส์นั้น ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นฝ่ายใช้อำนาจควบคุม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาระดับมาตรฐานของคุณภาพสินค้าและบริการ และช่วยเหลือสนับสนุนการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ แต่ผู้รับแฟรนไชส์ไม่มีบทบาทในกิจการของผู้ให้แฟรนไชส์ และที่ผู้ให้แฟรนไชส์เข้ามาควบคุมหรือให้ความช่วยเหลือก็เป็นเพียงเรื่องนโยบาย การวางแผน การฝึกคน ส่วนการลงมือปฏิบัติงานจริงเป็นเรื่องของผู้รับแฟรนไชส์เองโดยลำพัง

ในเรื่องการดำเนินการกิจการ หุ้นส่วนต้องร่วมทำการกิจการอันเดียวกัน อาจแบ่งหน้าที่กันได้แล้วแต่จะตกลงกัน แต่ทุกคนต้องดูแลครอบงำเพื่อจัดการกิจการอันเดียวกัน สำหรับแฟรนไชส์ คล้ายกับว่าทั้งผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ทำการกิจการอันเดียวกันแต่ทางปฏิบัติไม่เป็นเช่นนั้นเพราะผู้ให้แฟรนไชส์พัฒนารูปแบบการดำเนินการ สินค้าและบริการขึ้นมาแล้วให้สิทธิผู้รับแฟรนไชส์นำรูปแบบกิจการนี้ไปดำเนินงานเป็นกิจการของตัวเองอีกทอดหนึ่ง โดยผู้ให้แฟรนไชส์ทำหน้าที่ให้ความรู้ทางเทคนิค การฝึกอบรม ทำการตรวจสอบดูแล ส่วนผู้รับแฟรนไชส์ทำหน้าที่จำหน่ายสินค้าและบริการแก่ผู้บริโภคภายใต้รูปแบบการดำเนินการของผู้ให้แฟรนไชส์ จึงเป็นการทำการภายใต้ชื่อและเครื่องหมายการค้าเดียวกัน แต่แยกกันเด็ดขาดคนละส่วน ไม่ถือเป็นการทำแทนกัน หรือร่วมทำการเดียวกันแบบหุ้นส่วน⁴²

⁴¹โปรดดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1033.

⁴²Andrew J. Sherman, *supra* note 38, p. 350.

2) การแบ่งกำไร วัตถุประสงค์ในสัญญาหุ้นส่วนก็เพื่อแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการนั้น แต่หากกิจการขาดทุน ผู้เป็นหุ้นส่วนต้องเป็นการรับเอาทั้งกำไรและขาดทุนโดยมีลักษณะของการ “ลุ่มหัวจมท้าย” (ฎีกาที่ 1375/2513) การที่ผู้รับแฟรนไชส์จ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ไม่ใช่เรื่องของ การแบ่งกำไร แต่มีลักษณะของการแบ่งรายได้โดยคิดค่าธรรมเนียม ซึ่งอาจคิดจากยอดขาย หรือกำหนดจำนวนไว้แน่นอน และถ้าหากขาดทุน ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ไม่ต้องมีส่วนร่วมในการขาดทุนนั้นด้วย สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่ใช่เรื่องของ การแบ่งกำไรดังเช่นหุ้นส่วน⁴³

3) ความสัมพันธ์ของกลุ่มสัญญา การเป็นหุ้นส่วนก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่หลายประการ⁴⁴ สิทธิในทรัพย์สินของห้างร่วมกัน การได้ส่วนแบ่งกำไร การแบ่งทรัพย์สินเมื่อเลิกห้าง มีสิทธิเข้าจัดการงานควบคุมดูแลกิจการ เป็นสิทธิส่วนตัวที่โอนกันไม่ได้ ความสัมพันธ์เช่นนี้จึงต้องอาศัยความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ความสัมพันธ์แฟรนไชส์ไม่ต้องมีหน้าที่เช่นนี้ แต่เป็นความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริตและเป็นธรรมซึ่งมีอยู่ในความสัมพันธ์ทางธุรกิจทั่วไปอยู่แล้ว⁴⁵

จากลักษณะของสัญญาหุ้นส่วน เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับสัญญาแฟรนไชส์ จึงสรุปได้ว่าสัญญาแฟรนไชส์ไม่ใช่สัญญาหุ้นส่วน คู่สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่ได้มีฐานะเป็นหุ้นส่วนกันแต่อย่างใด⁴⁶

สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาตัวแทน

โดยทั่วไป ถ้าผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้า ย่อมไม่สร้างความสัมพันธ์แบบตัวแทนระหว่างกัน⁴⁷ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้รับแฟรนไชส์ดำเนินการโดยใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า และรูปแบบการดำเนินการของผู้ให้แฟรนไชส์ ภายใต้การควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์ อาจทำให้ความสัมพันธ์ของกลุ่มสัญญาแฟรนไชส์ถือเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ให้ความหมายของสัญญาตัวแทนว่า “หมายถึง สัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการและตกลงจะทำการนั้น” สัญญาตัวแทนจึงมีวัตถุประสงค์ในการทำงานแทนกันโดยอาศัยอำนาจเป็นปัจจัย

⁴³ John Hamilton Pratt, Franchising Law and Practice, (London: Sweet & Maxwell, 1990), p. 7035.

⁴⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539) น. 75.

⁴⁵ David J. Kaufmann, Franchising 1989, (Practising Law Institute : New York, 1989), p. 554. อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในทางตรงข้ามว่า ความสัมพันธ์แฟรนไชส์ต้องอาศัยความซื่อสัตย์และไว้วางใจระหว่างคู่สัญญา (Fiduciary Duty) เช่น Rosenfield, Law of Franchising, (1970), sec. 21. อ้างใน พิเศษ เสตเสถียร, อ้าวแล้ว เชงอรรถที่ 27, น. 126.

⁴⁶ Andrew J. Sherman, *supra note 38*, p. 350.

⁴⁷ คดี Beck v. Authur Murray, Inc., 54 Cal. Rptr. 328 (Cal. Ct. App. 1966).

สำคัญ⁴⁸ โดยตัวการมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการภายในขอบอำนาจ และตัวการคอยควบคุมให้ตัวแทนกระทำการภายในขอบอำนาจที่ให้ไว้ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำของตัวแทนเป็นเสมือนการกระทำของตัวการ ส่วนแฟรนไชส์เป็นเรื่องการได้รับสิทธิมาดำเนินการเป็นของตนเองอย่างอิสระ ไม่ใช่การรับมอบอำนาจมาดำเนินการแทนผู้ใด การที่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้อำนาจควบคุม ก็เป็นไปเพื่อรักษามาตรฐานการดำเนินงานและคุณภาพของสินค้าหรือบริการไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้อำนาจควบคุมที่มากเกินไปกว่านั้น ด้วยการควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ (day-to-day operation) ซึ่งเกินกว่าความจำเป็นเพื่อรักษาเครื่องหมายการค้าและความนิยมทางการค้าของกิจการ (goodwill) เช่น ควบคุมรายละเอียดในการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ เป็นต้น ศาลถือว่าทำให้คู่สัญญามีความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทน (actual agency)⁴⁹

ในเรื่องวัตถุประสงค์ของการทำงานแทนในสัญญาตัวแทนนั้น ตัวแทนทำงานเพื่อประโยชน์ของตัวการ โดยตัวการอาศัยตัวแทนเป็นเครื่องมือ⁵⁰ เมื่อทำกิจการตามที่ได้รับมอบอำนาจแล้ว ตัวแทนก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพราะถือว่าทำแทนตัวการ ขณะที่การทำงานของผู้รับแฟรนไชส์เป็นการดำเนินกิจการของตนเองเพื่อสร้างผลประโยชน์รายรับตกเป็นของผู้รับแฟรนไชส์เองทั้งสิ้น ไม่ได้ทำแทนหรือเพื่อประโยชน์ของผู้ใด วัตถุประสงค์ของการกระทำของตัวแทนกับผู้รับแฟรนไชส์จึงต่างกัน

ความสัมพันธ์ของสัญญาตัวแทนต้องอาศัยความไว้วางใจกันเป็นพิเศษ ตัวแทนมีหน้าที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (Fiduciary Obligation)⁵¹ เพราะเป็นการกระทำเพื่อตัวการเสมือนหนึ่งตัวการกระทำนั้นด้วยตนเอง ย่อมไม่นำเอาประโยชน์ผู้อื่นมาขัดกับประโยชน์ของตนเอง ตัวแทนจะเข้าทำนิติกรรมใดๆ ในนามของตนเองหรือของผู้อื่นให้ผูกพันตัวการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการไม่ได้⁵² ต่างจากสัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งผู้รับแฟรนไชส์ไม่มีหน้าที่เช่นนั้น

⁴⁸ สติชัย เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539) น. 37.

⁴⁹ เช่น คดี Nichols v. Arthur Murray Inc., 248 Cal. App. 2d 610; Kaplan v. Coldwell Banker Residential Affiliates, Inc., 69 Cal. Rptr. 2d 640, 642 (Cal. Ct. App. 1997); Sprouse v. Kall, Ohio Ct. App. (Jan. 2004).

⁵⁰ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทนนายหน้า จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547) น. 8; ไชยเจริญ สันติศิริ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493) น. 6.

⁵¹ สติชัย เล็งไธสง, อ้างแล้ว เจริญธรรม ที่ 48, น. 39.

⁵² ปรอดุ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805.

โดยสรุป สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่ใช่สัญญาตัวแทน เว้นแต่ผู้ให้แฟรนไชส์ควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ ย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบตัวแทนขึ้นได้ ทั้งนี้ สัญญาที่มีข้อความปฏิเสธความสัมพันธ์ในฐานะเป็นตัวแทนระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ ไม่มีผลต่อการพิจารณาของศาลแต่อย่างใด⁵³

สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาจ้างแรงงาน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 สัญญาจ้างแรงงานหมายถึง “สัญญาระหว่างบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้” สัญญาจ้างแรงงานจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน ส่วนสัญญาแฟรนไชส์ แม้จะเป็นสัญญาต่างตอบแทนเช่นกัน คือ ผู้ให้แฟรนไชส์ให้สิทธิในการใช้รูปแบบการดำเนินกิจการ และทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้รับแฟรนไชส์ และผู้รับแฟรนไชส์จ่ายค่าสิทธิหรือค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทน แต่ผู้รับแฟรนไชส์ชำระหนี้โดยมุ่งหวังกำไรจากการดำเนินกิจการเป็นสำคัญ ต่างจากลูกจ้างที่ทำงานให้นายจ้างเพื่อแลกกับสินจ้างเป็นการตอบแทน ไม่ได้มุ่งหวังกำไรจากการดำเนินกิจการ⁵⁴

หนี้ของลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน คือการต้องทำงานให้แก่นายจ้าง แต่ในสัญญาแฟรนไชส์หนี้ของผู้รับแฟรนไชส์ไม่ใช่การทำงานให้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ หนี้ของผู้รับแฟรนไชส์คือต้องจ่ายค่าธรรมเนียมเพื่อเป็นการตอบแทนการได้รับสิทธิแฟรนไชส์ นอกจากนี้ ผู้รับแฟรนไชส์ยังมีหน้าที่ต้องลงทุนในการสร้างกิจการแฟรนไชส์ แต่ลูกจ้างไม่มีหน้าที่เช่นนั้น หนี้ตามสัญญาแฟรนไชส์จึงแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานอย่างชัดเจน⁵⁵

นอกจากลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องทำงานให้แก่นายจ้างแล้ว องค์ประกอบที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ จะต้องพิจารณาจาก⁵⁶ 1. นายจ้างมีอำนาจเลือกลูกจ้างหรือไม่ 2. นายจ้างจ่ายสินจ้างค่าตอบแทนหรือไม่ 3. นายจ้างมีสิทธิควบคุมวิธีการทำงานหรือไม่ และ 4. นายจ้างสั่งพักงานหรือบอกเลิกการจ้างได้หรือไม่ ดังนั้น การทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างจึงเป็นสาระสำคัญอีกประการของสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนการควบคุมในแฟรนไชส์มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาคุณภาพ มาตรฐานของสินค้าและบริการเท่านั้น ไม่ถึงกับมีอำนาจการควบคุมบังคับบัญชาอย่างในสัญญาจ้างแรงงาน ด้วยเหตุนี้กรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้อำนาจควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ (day-to-day operation) ศาลสหรัฐอเมริกาจึงถือว่าเป็นการจ้างแรงงาน

⁵³เช่น คดี Chevron Oil Co. v. Sutton, 85 NM 679, 515 P2d 1283, 1285 (1979).

⁵⁴Andrew J. Sherman, *supra* note 38, pp.349-350.

⁵⁵*Ibid*, p. 349.

⁵⁶กมล สนธิเกษตกริน, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) น. 9.

นอกจากนี้ เมื่อสัญญาจ้างแรงงานเป็นเรื่องที่ลูกจ้างจะต้องทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง ดังนั้น การจ้างแรงงานจึงให้ความสำคัญไปที่ตัวบุคคล และการทำงานจึงต้องอาศัยหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน (Fiduciary Duty) แต่หลักนี้ไม่ใช่ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์

โดยสรุป สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน เว้นแต่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้อำนาจควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ ย่อมถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีฐานะเป็นนายจ้างของผู้รับแฟรนไชส์⁵⁷

1.5. บทบาทของเครื่องหมายการค้าเกี่ยวกับแฟรนไชส์

ตามที่กล่าวแล้วว่า โครงสร้างของแฟรนไชส์ประกอบด้วยสัญญาให้ใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรวมถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า โดยทั่วไป เครื่องหมายการค้าอาจเป็นภาพ ตรา คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวหนังสือหรือตัวเลข หรืออาจเกิดจากการใช้สิ่งเหล่านั้นร่วมกัน⁵⁸ตามแนวทางการทฤษฎีของเครื่องหมายการค้าในสมัยใหม่ เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่สำคัญสี่ประการ คือ บ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของสินค้า แสดงว่าสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแตกต่างไปจากสินค้าของผู้อื่น ทั้งยังเป็นเครื่องบ่งชี้คุณภาพที่สอดคล้องกันของสินค้าที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน และมีบทบาทในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและกิจการที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วย เครื่องหมายการค้าจึงเป็นสิ่งที่มีความค่าในเชิงทรัพย์สินอย่างแท้จริงสำหรับเจ้าของที่อยู่ในฐานะผู้ประกอบการ เพราะถ้าปราศจากเครื่องหมายการค้าแล้ว ย่อมเป็นไปได้ที่ผู้บริโภคจะสามารถแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าที่แข่งขันกัน⁵⁹ ผู้บริโภคจึงไม่สามารถระบุสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการได้อย่างถูกต้อง ดังนั้นจึงเป็นเรื่องยากที่ผู้ประกอบการจะประสบความสำเร็จในการดำเนินกิจการได้ หากปราศจากเครื่องหมายการค้า แม้ว่าสินค้าจะมีคุณภาพดีก็ตาม นอกจากนั้น เมื่อเครื่องหมายการค้ามีชื่อเสียงอันเนื่องมาจากการใช้

⁵⁷ หลักการควบคุมที่ศาลสหรัฐอเมริกามีใช้พิจารณาความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้าง เป็นหลักเดียวกันกับการพิจารณาว่า การควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์ก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทนหรือไม่ เช่น คดี Singleton v. International Dairy Queen, Inc., 332 A2d 160, 162 (Del Super Ct 1975); Quire v. Atlanta stove works, Inc. 537 F. Supp. 907 (E.D. Wis. 1982).

⁵⁸ ปรคตุ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4.

⁵⁹ David R. Shannon, "Trademarks and Consumers," in The Roles of Government Industrial Property Authorities and the Legal Profession in Administering Property Rights in Asia and the Pacific, WIPO-LAWASIA Seminar on Industrial Property - Bangkok 1983, (Geneva: WIPO Publication, 1983), p.148.

เป็นระยะเวลานานและอย่างกว้างขวาง จะทำให้ความนิยมทางการค้าของเครื่องหมายการค้าและกิจการเพิ่มขึ้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์ทางการตลาดและการขายสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้น

สำหรับแฟรนไชส์ เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งของผู้ให้แฟรนไชส์ เช่นเดียวกัน⁶⁰ แฟรนไชส์จะประสบความสำเร็จได้ก็โดยอาศัยชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นเสมือนตัวแทนของผู้ให้แฟรนไชส์ในสายตาและความเข้าใจของผู้บริโภค ที่แสดงถึงมาตรฐานคุณภาพแหล่งที่มาหรือความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ต่างจากผู้อื่น มีผู้เปรียบเทียบความสำคัญของเครื่องหมายการค้าที่มีต่อแฟรนไชส์ไว้ว่า⁶¹ การให้การยอมรับและความเชื่อมั่นในสินค้าและบริการของผู้บริโภคที่มีต่อแฟรนไชส์ โดยอาศัยเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งระบุสินค้าและบริการที่ต้องการ เป็นเสมือนเส้นชีวิตที่กำหนดชะตาและความสำเร็จของแฟรนไชส์เลยทีเดียว

นอกจากนี้ ความสำคัญของเครื่องหมายการค้าในแฟรนไชส์ได้ถูกกล่าวไว้ว่า “สินค้าและบริการของแฟรนไชส์บางอย่างถูกซื้อโดยลูกค้าจากรในตลาดท้องถิ่นซึ่งไม่ใช่สถานที่ที่ลูกค้าจับจ่ายใช้สอยกันตามปกติ ต้นทุนในการค้นหาสินค้าสำหรับพวกเขาค่อนข้างสูงมาก เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่คาดหวังความน่าเชื่อถือที่ได้รับการประกันโดยเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชส์ของสินค้าที่มีคุณภาพในตลาดต่างถิ่นกลายเป็นสิ่งที่มีคุณค่าอย่างยิ่งสำหรับผู้ซื้อ ซึ่งนำมาสู่ผลประโยชน์แก่ผู้ผลิตได้”⁶²

เมื่อเครื่องหมายการค้ามีบทบาทสำคัญในแฟรนไชส์อย่างแท้จริง ในแง่กฎหมาย แนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าจึงมีความสำคัญและมีผลบังคับโดยตรงแก่แฟรนไชส์ ซึ่งแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์ ได้แก่ ทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าและการควบคุมคุณภาพตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า โดยมีสาระสำคัญและข้อพิจารณา ดังนี้

1.5.1 แนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์

1) ทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า

ทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าถือเป็นแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญของเครื่องหมายการค้า ทั้งนักวิชาการและศาลต่างยอมรับว่าการพัฒนาทางแนวคิดของเครื่องหมายการค้าอาจทำความเข้าใจได้ดีที่สุดด้วยทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า⁶³ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าเครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ทั้งสี่ประการด้วยกัน ดังนี้

1. หน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้า (The Source Function or Original Function)

แนวคิดสมัยใหม่ของเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นเป็นลำดับแรก คือ การใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อบ่งชี้แหล่งที่มา (source) หรือแหล่งกำเนิด (origin) ของสินค้า โดยในยุคแรกมีการใช้เครื่องหมายสอง

⁶⁰ ธีระพงษ์ กิตติเวช โทคาวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 5, น. 144.

⁶¹ Andrew J. Sherman, *supra* note 38, p. 135.

⁶² เจฟฟรีย์ แอล บราบัค, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 30, น. 39.

⁶³ Neil J. Wilkof, *Trademark Licensing*, (London: Sweet & Maxwell, 1995), p. 19.

ประเภทเพื่อระบุตัวเจ้าของสินค้าหรือบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับการผลิตสินค้า⁶⁴ นั่นคือ⁶⁵ เครื่องหมายของพ่อค้า (merchant's mark) กับเครื่องหมายของช่างฝีมือ (craftsman's mark) เครื่องหมายของพ่อค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ความเป็นเจ้าของสินค้า ซึ่งอาจจะเป็นประโยชน์แก่เสมียนที่อ่านหนังสือไม่ออกหรือเป็นประโยชน์แก่ศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสินค้าซึ่งได้มาจากการฉ้อโกงหรือจากโจรสลัด ในกรณีเช่นนี้ เครื่องหมายทำหน้าที่เป็นหลักฐานของรูปพรรณของเจ้าของสินค้า

เครื่องหมายของช่างฝีมือเป็นเครื่องหมายซึ่งใช้แก่สินค้าและทำหน้าที่ระบุตัวช่างผู้ผลิตสินค้าโดยจะมีไว้สำหรับช่างแต่ละคนเฉพาะตัวเพราะเป็นการบ่งชี้ถึงงานฝีมือของช่างคนใดคนหนึ่งเท่านั้น เครื่องหมายประเภทนี้อาจเรียกว่า “เครื่องหมายแห่งการผลิตตามกฎหมาย”⁶⁶ เพราะการติดเครื่องหมายเกิดขึ้นจากการบังคับ ไม่ว่าจะด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย คำสั่งทางปกครอง ระเบียบข้อบังคับของเครื่องหมายของช่างฝีมือทำให้สามารถสืบหาไปยังแหล่งที่มาของงานฝีมือที่บกพร่องได้ หรือระบุสินค้าที่ถูกลักลอบนำเข้ามาในพื้นที่ซึ่งสมาคมวิชาชีพอื่นได้รับสิทธิที่จะผูกขาดในพื้นที่นั้นแต่ผู้เดียว

ในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม ระยะห่างระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายค่อยๆ เพิ่มขึ้นเพราะมีการค้าขายและขนส่งสินค้าทางไกลมากขึ้น ด้วยการเปลี่ยนแปลงของลักษณะและขอบเขตของการผลิตและจัดจำหน่าย เครื่องหมายไม่ได้มีบทบาทแต่เพียงการลงโทษหรือบทบาทตามกฎหมาย แต่ได้กลายเป็นตราสัญลักษณ์แห่งความเป็นเจ้าของ ผู้ซื้อสามารถเชื่อถือเครื่องหมายในฐานะเป็นสิ่งบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้น แม้ว่าแหล่งที่มาจริงจะอยู่ห่างไกลจากการติดต่อโดยตรงกับผู้ซื้อคนสุดท้ายก็ตาม

มีข้อสังเกตว่า หน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้านี้ หมายความว่า บ่งชี้แหล่งที่มาแหล่งเดียวของสินค้า แต่ไม่ได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้าบอกข้อมูลที่ชัดเจนแก่ผู้ซื้อเสมอไปว่าใครเป็นผู้ผลิตสินค้าหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้า⁶⁷ และผู้ซื้อจะสามารถระบุตัวผู้ที่อยู่เบื้องหลังสินค้าที่แท้จริงได้หรือไม่ก็ไม่ใช่ว่าสิ่งสำคัญ⁶⁸ เพราะในปัจจุบัน ขอบเขตของการค้าขายทั่วไปอย่างกว้างขวางย่อมเป็นไปได้ที่ผู้ซื้อจะรู้จักแหล่งที่มาที่แท้จริงของสินค้าได้อย่างถูกต้องทั้งหมด นั่นหมายความว่าผู้ซื้อไม่ได้สนใจว่าใครเป็นผู้ผลิตสินค้าอีกต่อไป ยิ่งกว่านั้น อาจจะหมายความว่าผู้ซื้อไม่รู้จักบุคลิกลักษณะของผู้ผลิตสินค้าเลย⁶⁹

⁶⁴Michael Blakeney, Legal Aspects of the Transfer of Technology to Developing Countries, (Oxford: ESC Publishing Limited, 1989), pp. 107-108.

⁶⁵Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 21.

⁶⁶*bid.*

⁶⁷World Intellectual Property Organization, Background Reading Material on Intellectual Property, (WIPO Publication, 1988), p. 149.

⁶⁸Birmingham Vinegar Brewery Co. Ltd v. Powell, [1897] A.C. 710.

⁶⁹Neil J. Wilkof, *supra* note 63, pp.26-27.

ในคดี *Manhattan Shirt Co. v. Sarnoff-Irving Hat Stores*⁷⁰ ศาลสหรัฐอเมริกากล่าวว่า “เมื่อกล่าวถึงการบ่งชี้แหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ได้หมายความว่าสาธารณชนสามารถระบุชื่อหรือที่อยู่ของผู้ผลิตได้อย่างถูกต้อง แต่หมายถึงผู้ซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเชื่อว่าสิ่งที่เขาซื้อ ไม่ว่าจะซื้อหรือที่อยู่ใดก็ตาม มาจากแหล่งที่มาซึ่งสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นมาจากที่นั่นเสมอ” ทำนองเดียวกัน ในคดี *Menendez v. Holt*⁷¹ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกากล่าวว่า “เครื่องหมายการค้าไม่ได้บ่งชี้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าผลิตโดยผู้ใด แต่บ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของการเลือกและแบ่งแยกสินค้า”

2. หน้าที่บ่งชี้และแยกแยะสินค้า (The Identification Function or Differentiation Function)

สิทธิที่จะนำเครื่องหมายการค้ามาใช้เพื่อแบ่งแยกความแตกต่างของสินค้าที่ผลิตหรือขายโดยเจ้าของเครื่องหมายและจัดวางการใช้เครื่องหมายการค้านั้นโดยบุคคลอื่นโดยไม่ชอบ เป็นสิทธิที่ได้รับ การยอมรับมาเป็นเวลานานในระบบ Common Law ก่อนที่จะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น⁷² ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า อาจได้รับการชดเชยโดยการดำเนินคดีตามกฎหมาย ด้วยการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการกระทำละเมิดและคำสั่งห้ามกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายโดยศาล⁷³

เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่บ่งชี้ (identify) ตัวสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า ย่อมหาบรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าทำหน้าที่แยกแยะ (distinguish) สินค้าที่ออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นไปในเวลาเดียวกัน⁷⁴ กล่าวคือแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของเจ้าของรายหนึ่งกับสินค้าของเจ้าของอีกรายหนึ่ง⁷⁵ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์โดยตรงต่อเจ้าของสินค้าเองในการจัดจำหน่ายสินค้าและต่อผู้บริโภคที่จะสามารถเลือกสินค้าที่ต้องการได้โดยสะดวกโดยอาศัยเครื่องหมายการค้า

การที่เครื่องหมายการค้าต้องทำหน้าที่บ่งชี้และแยกแยะสินค้านี้ทำให้เกิดหลักทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายของประเทศต่างๆ ว่า⁷⁶ เครื่องหมายการค้าที่จะนำมาจดทะเบียนเพื่อได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จะต้องมีความแตกต่าง (distinctiveness) กล่าวคือ ต้องมีลักษณะเด่นของ

⁷⁰164 A. 246.

⁷¹128 U.S. 514.

⁷²Michael Blakeney, *supra* note 64, p.110.

⁷³Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 23.

⁷⁴รัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536) น. 9.

⁷⁵ปริญญา ติผดุง, “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,” ใน รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 51 ปีการศึกษา 2541, จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, เล่ม 1 (2541).

⁷⁶รัชชัย สุภผลศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 9.

เครื่องหมายการค้าที่แตกต่างกันไปจากเครื่องหมายการค้าอื่นที่ใช้กับสินค้าในประเภทเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนอาจทำให้ผู้ซื้อเกิดความสับสนหลงผิดในตัวตนสินค้า

3. หน้าที่บ่งชี้คุณภาพ (The Quality Function)

การยอมรับว่าหน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มา ไม่ได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้าบ่งชี้ว่าใครเป็นผู้ผลิตสินค้าหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้า ได้เปิดทางแก่แนวคิดใหม่ของหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า⁷⁷ เพราะเมื่อเครื่องหมายการค้าไม่ได้บ่งชี้ตัวผู้ผลิตหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้ซื้อจึงให้ความสนใจไปที่เครื่องหมายการค้าในฐานะเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงคุณภาพ (indicator of quality) ตามแนวคิดนี้ สิ่งที่ผู้ซื้อให้ความสนใจต่อเครื่องหมายการค้าคือ สามารถเชื่อถือเครื่องหมายการค้าว่าบ่งชี้ถึงคุณภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของสินค้าได้หรือไม่ โดยนัยนี้ เครื่องหมายการค้าจึงสร้างความคาดหวังเกี่ยวกับคุณภาพให้แก่ผู้บริโภค และยอมให้ผู้บริโภคเชื่อถือในความคาดหวังนั้น คุณภาพที่เครื่องหมายการค้าบ่งชี้ไม่ได้หมายความว่าความหรูหราของสินค้า (luxury) ทั้งไม่ใช่การรับประกันว่าสินค้านั้นมีคุณภาพดีหรือมีมาตรฐานอย่างไร⁷⁸ แต่เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่สร้างความมั่นใจให้แก่ผู้บริโภคถึงความไม่เปลี่ยนแปลง (constancy) ความสอดคล้องกัน (consistency) และความสามารถคาดเดา (predictability) ถึงคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า เมื่อมีการซื้อสินค้านั้นในครั้งต่อไป⁷⁹

บททดสอบที่เป็นหัวใจสำคัญของหน้าที่บ่งชี้คุณภาพคือ การควบคุมคุณภาพ (quality control) เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าดำเนินการควบคุมคุณภาพสินค้าที่ขายภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน ความคาดหวังของผู้บริโภคเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าจะได้รับการสนองตอบ ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถถือเป็นแหล่งที่มาของสินค้าได้ต่อไป ไม่ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะใช้เครื่องหมายด้วยตัวเองหรือให้ผู้อื่นใช้ โดยนัยนี้ หน้าที่บ่งชี้คุณภาพจึงมีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้า และหน้าที่บ่งชี้และแยกแยะสินค้า⁸⁰ หน้าที่บ่งชี้คุณภาพได้ขยายความหมายของหน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มา โดยไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่แหล่งที่มาของการผลิตสินค้าเท่านั้น แต่หมายรวมถึงแหล่งที่มาของมาตรฐานคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า⁸¹

⁷⁷ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 28.

⁷⁸ รัชชัย สุภผลศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 10.

⁷⁹ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 28.

⁸⁰ Michael Blakeney, *supra* note 64, p.111; รัชชัย สุภผลศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น.

⁸¹ Taco Cabana Int'l, Inc. v. Two Pesos, Inc., 932 F.2d 1113, 1121 (5th Cir. 1991), *aff'd*, 505 U.S. 763 (1992).

หน้าที่บังคับคุณภาพ ซึ่งเชื่อมโยงอยู่กับแนวคิดเรื่องการควบคุมคุณภาพ มีความสัมพันธ์โดยตรงกับสถานะทางกฎหมายของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า⁸² เพราะการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไม่ถูกมองว่าไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป ตราบใดที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าดำเนินการควบคุมคุณภาพ การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าย่อมมีผลสมบูรณ์ โดยไม่สำคัญว่าสินค้าจะมาจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือจากบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุมคุณภาพ การพัฒนาของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในการยอมรับรูปแบบใหม่ของการใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าด้วยการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจึงเกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกันกับการยอมรับทฤษฎีใหม่ของเครื่องหมายการค้า

4. หน้าที่ในการโฆษณา (The Advertising Function)

ด้วยความเจริญก้าวหน้าของการโฆษณาประชาสัมพันธ์ในธุรกิจการค้าสมัยใหม่ เครื่องหมายการค้าถูกนำไปใช้แยกต่างหากจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั่นคือ เครื่องหมายการค้าได้กลายเป็นเครื่องมือในการสร้างอุปสงค์สำหรับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเสียเอง⁸³ ดังที่มัททิกกฎหมายท่านหนึ่งแสดงไว้ว่า⁸⁴ “ปัจจุบันนี้ เครื่องหมายการค้าไม่เพียงสัญลักษณ์ของความนิยมทางการค้าของธุรกิจ แต่เป็นตัวแทนในการสร้างความนิยมทางการค้าของธุรกิจที่ได้ผลมากที่สุด สร้างความประทับใจแก่สาธารณะด้วยการรับประกันความพึงพอใจโดยปราศจากการกล่าวอ้างหรือระบุชื่อของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง สร้างความต้องการสำหรับความพึงพอใจต่อไปอีก เครื่องหมายการค้าจึงขายสินค้าอย่างแท้จริง และยิ่งเครื่องหมายการค้ามีลักษณะเฉพาะที่ไม่เหมือนใครมากเท่าใด ยังมีอำนาจในการขายสินค้าเพิ่มมากขึ้น” กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยอาศัยเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถติดต่อสื่อสารและเข้าถึงผู้บริโภคได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านพ่อค้าขายปลีกนั่นเอง⁸⁵

นอกจากนี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกากล่าวถึงอำนาจดึงดูดในทางจิตวิทยาของเครื่องหมายการค้าไว้ในคดี *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. SS. Krege Co.*⁸⁶ ว่า “ถ้าเป็นความจริงว่ามนุษย์อยู่กันด้วยสัญลักษณ์ ย่อมจะเป็นความจริงเช่นกันที่เราซื้อสินค้าด้วยสัญลักษณ์ เครื่องหมายการค้าเป็นเส้นทางลัดทางการค้า ซึ่งชักนำให้ผู้ซื้อเลือกสิ่งที่เขาต้องการ หรือสิ่งที่เขาถูกชักนำให้เชื่อว่าเป็นสิ่งที่เขาต้องการ เจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้ประโยชน์จากลักษณะนิสัยของมนุษย์เช่นว่านี้ ด้วยความพยายามที่จะทำให้อำนาจดึงดูดของเครื่องหมายการค้าแพร่ขยายไปในทุกอนุของทุกตารางนิ้วในตลาดการค้า”

⁸²Neil J. Wilkof, *supra* note 63, pp. 31-32.

⁸³*Ibid.*, p. 32; World Intellectual Property Organization, *supra* note 67, p.150.

⁸⁴Frank I. Schechter, “The Rational Basis of Trademark Protection,” *The Trademark Reporter* 60 (1970).

⁸⁵Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 33.

⁸⁶316 U.S. 203; 53 U.S.P.Q. 323 (1942).

เมื่อเครื่องหมายการค้าช่วยทำให้การโฆษณาสินค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยทำให้ผู้บริโภครู้จักสินค้าได้ในระยะเวลาอันรวดเร็ว และกระตุ้นให้ซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้น จึงอาจเรียกหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าได้อีกอย่างว่า หน้าที่ส่งเสริมการขาย⁸⁷

2) การควบคุมคุณภาพตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า หมายถึง ข้อตกลงซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้ความยินยอมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องหมายการค้าตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่ระบุไว้⁸⁸ โดยไม่ก่อให้เกิดสิทธิความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแก่ผู้รับอนุญาต แต่ป้องกันผู้รับอนุญาตจากการถูกกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า⁸⁹

สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแตกต่างจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทอื่นๆ อย่างชัดเจนตรงที่⁹⁰ มีการควบคุมคุณภาพสินค้าในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาต การควบคุมคุณภาพสอดคล้องกับทฤษฎีหน้าที่ระบุแหล่งที่มา (source theory) ของเครื่องหมายการค้า ซึ่งทำให้การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ครบไค้การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอยู่ภายใต้การควบคุมคุณภาพ ถือว่าเครื่องหมายการค้าทำหน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้า แยกแยะว่าสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแตกต่างจากสินค้าของผู้อื่น และบ่งชี้ถึงคุณภาพที่สอดคล้องกันของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ก่อให้เกิดผลที่สำคัญ คือ ถือว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาตเป็นการใช้โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า⁹¹

ในทางตรงข้าม ถ้าไม่มีการควบคุมคุณภาพ เครื่องหมายการค้าจะไม่สามารถทำหน้าที่เหล่านั้นได้และสูญเสียลักษณะสำคัญไป⁹² เพราะผู้บริโภคย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะรับรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับรายละเอียดในการผลิตสินค้าว่าสินค้าที่ตนซื้อภายใต้เครื่องหมายการค้าที่ตนชื่นชอบนั้นไม่ใช่สินค้าที่ผลิตโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง แต่ผลิตโดยผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ควบคุมคุณภาพสินค้าที่ผลิตโดยผู้รับอนุญาตแล้ว ย่อมทำให้ผู้บริโภคสับสนหรือหลงผิดในคุณภาพหรือแหล่งที่มาของสินค้าได้ จึงไม่ถือว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาตเป็นการใช้โดยผู้อนุญาตอีกต่อไป ในต่างประเทศเรียกการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ปราศจากการ

⁸⁷ วัศ ดิงสมิตร, “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,” ใน รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 55 ปีการศึกษา 2545, จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, เล่ม 13 (2545).

⁸⁸ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 1.

⁸⁹ William Cornish and David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 651.

⁹⁰ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 102.

⁹¹ โปรดดู มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

⁹² คดี Haymarket Sports, Inc v. Turian, 198 U.S.P.Q. 610 (C.C.P.A. 1978).

ควบคุมคุณภาพของเจ้าของเครื่องหมายการค้าว่า "naked licence"⁹³ หรือ "bare licence"⁹⁴ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจถูกเพิกถอนเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุไม่ใช่เครื่องหมายการค้า ดังนั้น การควบคุมคุณภาพจึงมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของเครื่องหมายการค้าที่มีการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า อาจกล่าวได้ว่า การควบคุมคุณภาพและการสูญเสียสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีความสัมพันธ์กันอย่างมีนัยสำคัญ

แนวคิดของการควบคุมคุณภาพ

ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เครื่องหมายการค้าต้องใช้โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น การใช้เครื่องหมายการค้าโดยบุคคลอื่นจะกระทำไม่ได้ เพราะไม่สอดคล้องกับแนวคิดทางทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า คือ การบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้า (source theory) การยอมให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าหรือยอมให้มีการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าได้ ผู้บริโภคย่อมถูกหลอกลวงเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้าและถือว่าเป็นลวงสาธารณะ เพราะผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยความเชื่อถือเครื่องหมายการค้าที่บ่งชี้ว่าสินค้ามาจากแหล่งที่มาที่แท้จริงของสินค้า คือ เจ้าของเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ระบบกฎหมาย Common Law จึงเห็นว่าการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ศาลวางหลักว่า เครื่องหมายการค้าไม่สามารถโอนหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ได้ เว้นแต่มีการโอนธุรกิจหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าไปด้วย⁹⁵

ด้วยรูปแบบของวิธีการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับการขยายตัวของอุตสาหกรรมในยุคของการผลิตแบบ mass production และการกระจายตัวของแรงงาน การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าจะมีประโยชน์อย่างมากเพราะเป็นการสร้างความหลากหลายให้แก่สินค้าและเพิ่มโอกาสในการทำกำไรมากขึ้น⁹⁶ จึงมีแรงผลักดันให้เกิดทฤษฎีใหม่ของเครื่องหมายการค้า และสนับสนุนการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า คือ แนวคิดของนักกฎหมายที่ชื่อ Frank I. Schechter⁹⁷

⁹³ เช่น คดี Barcamerica Int'l USA Trust v. Tyfield Importer Inc., 289 F.3d 589 (9th Cir. 2002).

⁹⁴ เช่น คดี AmCan Enterprises, Inc v. Renzi, 32 F.3d 233, 31 U.S.P.Q.2d (BNA) 1793 (7th Cir. 1994).

⁹⁵ ในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น คดี Macmahan Pharmacal Co. v. Denver Chemical Co., 113F, 468, 474-475 (8th Cir. 1901); Bulte v. Igleheart Bros., 137 F.492 (7th Cir. 1905) ในประเทศอังกฤษ เช่น คดี Bowden Wire v. Bowden Brake, (1913) 30 R.P.C. 45, C.A.).

⁹⁶ David J. Franklyn, "The Apparent Manufacturer Doctrine, Trademark Licensor and the Third Restatement of Torts," Case Western Reserve Law Review 49 (1999).

⁹⁷ Frank I. Schechter, *supra* note 84.

ซึ่งกล่าวว่าเครื่องหมายการค้าทำหน้าที่สองประการควบคู่กัน (dual function) คือ นอกจากบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าแล้ว เครื่องหมายการค้ายังทำหน้าที่ในการ “ชักชวนลูกค้า” ด้วย (persuasive function) โดยเห็นว่าเครื่องหมายการค้าไม่เป็นเพียงสัญลักษณ์ของความนิยมทางการค้าของธุรกิจ แต่เป็นเครื่องมือในการสร้างความนิยมทางการค้าของธุรกิจที่ได้ผลมากที่สุด โดยสร้างความประทับใจแก่สาธารณะด้วยการรับประกันความพึงพอใจและสร้างความต้องการสำหรับความพึงพอใจต่อไปอีก

ศาลและนักวิชาการต่างเห็นด้วยกับแนวคิดของ Schechter จึงเกิดทฤษฎีใหม่ของเครื่องหมายการค้าที่เรียกว่า “ทฤษฎีรับประกัน” (guaranty theory) ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับเป็น “ทฤษฎีประกันคุณภาพ” (quality assurance theory) ตามทฤษฎีนี้ เครื่องหมายการค้าบ่งชี้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันมีคุณภาพในระดับที่สอดคล้องกัน⁹⁸ เพราะผู้บริโภค “สันนิษฐานว่าสินค้าที่ขายภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกันจะมีคุณภาพเท่าเทียมกัน โดยไม่คำนึงถึงสถานที่ผลิตหรือตัวผู้ผลิตสินค้า”⁹⁹

ในปี ค.ศ. 1927 ศาลสหรัฐอเมริกาใช้ทฤษฎีรับประกันคุณภาพของ Schechter เป็นพื้นฐานและเหตุผลสำหรับการยอมรับว่าการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยเห็นว่าหน้าที่ระบุแหล่งที่มาของเครื่องหมายการค้าเป็นการตีความอย่างแคบและไม่สอดคล้องกับการใช้เครื่องหมายการค้าในโลกการค้าสมัยใหม่อีกต่อไป ศาลกล่าวอย่างชัดเจนว่า เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่เป็นสิ่งที่รับประกันคุณภาพด้วย¹⁰⁰ ดังนั้น เพื่อสร้างความมั่นใจว่า เครื่องหมายการค้าที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิยังสามารถเชื่อถือได้ในฐานะเป็นสิ่งบ่งชี้ถึงคุณภาพ เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อรับประกันถึงคุณภาพที่สอดคล้องกันของสินค้าเหล่านั้น ในกรณีเช่นนั้น การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าย่อมมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย แต่ถ้าผู้อนุญาตไม่ควบคุมคุณภาพหรือควบคุมอย่างไม่เพียงพอ ผู้รับอนุญาตย่อมมีอิสระและอาจจะผลิตสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกันแต่มีคุณภาพไม่สอดคล้องกัน กรณีเช่นนี้ เครื่องหมายการค้าจะไม่บ่งชี้คุณภาพอย่างถูกต้องอีกต่อไป และก่อให้เกิดการหลงสับสน ศาลถือว่าการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นตกเป็นโมฆะ และอาจส่งผลให้มีการเพิกถอนการใช้เครื่องหมายการค้าได้ ด้วยเหตุที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าละทิ้งเครื่องหมายการค้า (abandonment)¹⁰¹

⁹⁸Thomas J. McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, s.3:10.

⁹⁹*Ibid*, s.18:40.

¹⁰⁰เช่น คดี *Keeber Weyl Banking Co. v. J.S. Ivins' Son*, 7 F. Supp. 211, 23 U.S.P.Q. 21 (ED Pa 1934).

¹⁰¹Thomas J. McCarthy, *supra* note 98, s.18:42; Kevin Parks, “ “Naked” Is Not The Four-Letter Word: Debunking The Myth of The “Quality Control Requirement” in Trademark Licensing,” *The Trademark Reporter* 82 (1992).

อาจสรุปได้ว่า ในปัจจุบัน กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีบทบัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า โดยมีเงื่อนไข คือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตาม การควบคุมคุณภาพเป็นปัญหาที่ได้แก้กันอย่างมากที่สุดปัญหาหนึ่งในกฎหมายเครื่องหมายการค้า¹⁰² เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการควบคุมคุณภาพมีความหมายว่าอย่างไร¹⁰³ ในประเทศไทยก็เช่นกัน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม ปี พ.ศ. 2543) ไม่ได้บัญญัติความหมายของการควบคุมคุณภาพไว้ กฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่า ในการยื่นคำขอจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องแสดงถึงข้อกำหนดในสัญญาที่ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง

ความหมายของการควบคุมคุณภาพ (Quality Control)

แม้กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การควบคุมคุณภาพ” ไว้อย่างชัดเจน แต่นักกฎหมายบางท่านได้ให้ความหมายของการควบคุมคุณภาพ ซึ่งอาจยกขึ้นได้เป็นสังเขป เช่น

การควบคุมคุณภาพ หมายถึง มาตรฐานของคุณภาพซึ่งผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับมาตรฐานของคุณภาพของสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นคุณภาพสูง ต่ำ หรือกลาง¹⁰⁴

การควบคุมคุณภาพ หมายถึง การควบคุมโดยผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยการกระทำหลายๆ ประการประกอบกัน¹⁰⁵ เช่น การให้รายการที่กำหนด (specification) และมาตรฐานสำหรับสินค้าที่ผลิต หรือบริการที่จะต้องกระทำ ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอาจต้องการให้ผู้รับอนุญาตส่งแผน ร่างภาพวาด แบบเบื่องต้นและตัวอย่างสินค้า การตรวจตราโรงงานและอุปกรณ์เครื่องมือของผู้รับอนุญาตโดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับตำแหน่ง ขนาด สัดส่วน และการใช้เครื่องหมายการค้า มาตรการที่กำหนดเพื่อเยียวยาในกรณีไม่สามารถปฏิบัติตามมาตรฐานของคุณภาพที่กำหนดได้

¹⁰² ปรียญา ดีผดุง, “ความคิดพื้นฐานของกฎหมายเครื่องหมายการค้า,” กฎหมาย 34, 2 (มีนาคม-เมษายน 2530), น. 29.

¹⁰³ Joseph Schumacher et al., “Retaining and Improving Brand Equity by Enforcing System Standards,” Franchise Law Journal, 10, 24 (Summer 2004).

¹⁰⁴ William M. Borchard and Richard M. Osman, “Trademark Sublicensing and Quality Control,” The Trademark Reporter 70 (1980).

¹⁰⁵ Alfred M. Marks, “Trademark Licensing-Towards a More Flexible Standard,” The Trademark Reporter 75 (1988).

การควบคุมคุณภาพเป็นสิ่งรับประกันว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าโดยผู้รับอนุญาต ถูกผลิตขึ้นตามมาตรฐานคุณภาพของเจ้าของเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ การควบคุมคุณภาพเป็นการรับประกันความแท้จริง (Guarantor of Genuineness) ของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า¹⁰⁶

โดยสรุป การควบคุมคุณภาพจึงเป็นมาตรการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าดำเนินการเพื่อรักษา มาตรฐานคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องปฏิบัติตาม โดยคุณภาพในที่นี้ไม่ได้หมายถึง ความหรูหรา (luxury)¹⁰⁷ หรือคุณภาพระดับสูงสุด¹⁰⁸ รวมทั้งไม่ใช่ การรักษาระดับของคุณภาพให้คงเดิมไว้ตลอดไป เจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจเปลี่ยนแปลงระดับของ คุณภาพนั้นได้¹⁰⁹ ข้อสำคัญอยู่ที่การเปลี่ยนแปลงระดับของคุณภาพนั้นต้องได้รับการนำมาปฏิบัติอย่าง สอดคล้องกันโดยผู้ได้รับอนุญาต เพื่อให้เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ได้ต่อไป¹¹⁰

ปัญหาอีกประการที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพก็คือ ความเห็นที่แตกต่างกันว่า การควบคุมคุณภาพ หมายถึงต้องมีการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริง หรือเพียงแต่มีสิทธิที่จะทำการควบคุม คุณภาพก็พอแล้ว ความเห็นส่วนใหญ่ถือว่าต้องมีการควบคุมคุณภาพจริง เพียงแต่มีสิทธิที่จะทำ การควบคุมคุณภาพไม่ถือเป็นการควบคุมคุณภาพที่เพียงพอ¹¹¹ อย่างไรก็ตาม ศาลไม่เคยวินิจฉัยอย่าง ชัดเจนถึงขอบเขตของการควบคุมคุณภาพว่าต้องควบคุมคุณภาพเท่าใด หรือเพียงใด จึงจะถือว่าเพียงพอ¹¹²

สำหรับในประเทศไทย ยังไม่เคยมีคดีพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพตามกฎหมาย เครื่องหมายการค้าขึ้นสู่ศาลฎีกา จึงไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตีความในประเด็นดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าการควบคุมคุณภาพอย่างเพียงพอ ตามกฎหมาย เช่น กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าควบคุมส่วนประกอบสำคัญของสินค้าขั้นสุดท้าย ด้วยการผลิตหรือจัดหาส่วนประกอบเหล่านั้นป้อนแก่ผู้รับอนุญาต หากว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ ดำเนินการควบคุมสินค้าขั้นสุดท้ายอย่างแท้จริงด้วยแล้ว ศาลถือว่าการควบคุมคุณภาพ เช่น ควบคุม กรรมวิธีบรรจุขวด¹¹³ ถือว่าทำสัญญากับผู้รับอนุญาตที่มีชื่อเสียงและกำหนดให้ผู้รับอนุญาต

¹⁰⁶F. Vern Lahart, "Control: The Sine Qua Non of a Valid Trademark License," *The Trademark Reporter* 50 (1960).

¹⁰⁷Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 105.

¹⁰⁸David J. Franklyn, *supra* note 96.

¹⁰⁹รัชชัย ศุภผลศิริ, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 74, น. 10.

¹¹⁰Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 105.

¹¹¹William M. Borchard and Richard M. Osman, *supra* note 104.

¹¹²Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 118.

¹¹³คดี Coca Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co., 269 F. 796 (D. Del. 1920).

ทำคำรับประกัน (warranty) และรับประกันสินค้าร่วมกับเจ้าของเครื่องหมายการค้า¹¹⁴

กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าควบคุมสูตรการผลิตสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่ง สูตรเหล่านี้อยู่ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร หรือกระบวนการผลิต หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าดำเนินการควบคุมการผลิตสินค้านั้นในประการอื่นด้วย เช่น ตรวจสอบโรงงานของผู้รับอนุญาต สัมภาษณ์และมีส่วนร่วมในการโฆษณา การผลิตและการขายสินค้า ศาลถือว่ามีการควบคุมคุณภาพ¹¹⁵

การดำเนินการตรวจสอบโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าอย่างสม่ำเสมอถือเป็นการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริงเช่นกัน¹¹⁶ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบทุกรายการ เพียงแต่ตรวจสอบรายการตัวอย่างบางรายการก็พอแล้ว¹¹⁷ อย่างไรก็ตาม เพียงแต่ปรากฏข้อเท็จจริงของการตรวจสอบเพียงอย่างเดียวอาจจะไม่เพียงพอสำหรับทุกๆ กรณี¹¹⁸ โดยเฉพาะถ้าผู้ตรวจสอบไม่มีความสามารถในการตรวจสอบที่สำคัญได้ในทางตรงข้าม แม้จะ ไม่มีการดำเนินการตรวจสอบจริง แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่กำหนดมาตรฐานของคุณภาพเป็นลายลักษณ์อักษรแก่ผู้รับอนุญาต ศาลก็เคยวินิจฉัยว่าเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับการควบคุมคุณภาพแล้ว¹¹⁹

สำหรับปัญหาว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าควบคุมคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่ามีการตรวจตราการดำเนินการของผู้รับอนุญาตอย่างเพียงพอเพื่อรับประกันคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่¹²⁰ โดยถือว่าความที่กล่าวอ้างว่าไม่มีการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริง มีการกระพริบตาข้อเท็จจริงเช่นนั้นด้วยมาตรฐานการพิสูจน์อย่างสูง¹²¹

¹¹⁴ คดี B.B. & R. Knight, Inc v. W.L. Milner & Company, 283 F. 816 (N.D. Ohio 1922).

¹¹⁵ คดี Smith v. Dental Products Company, 140 F.2d 140 (7th Cir.).

¹¹⁶ คดี National Lampoon, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 182 U.S.P.Q. 24 (S.D.N.Y. 1974).

¹¹⁷ คดี Carl Zeiss Stiftung v. V.E.B. Carl Zeiss Jena, 293 F. Supp. 892 (S.D.N.Y. 1968).

¹¹⁸ คดี Dawn Donut Co. v. Hart's Food Stores, Inc., 267 F.2d 358; 121 U.S.P.Q. 430 (2nd Cir. 1959).

¹¹⁹ คดี Hormel & Co. v. Hereford Heaven Brands, Inc., 138 U.S.P.Q. 325 (T.T.A.B. 1963).

¹²⁰ คดี Gen. Motors Corp. v. Gibson Chem. & Oil Corp., 786 F.2d 105, 110 (2d Cir. 1986).

¹²¹ เช่น คดี Transgo, Inc. v. Ajac Transmission Parts Corp., 768 F.2d 1001 (9th Cir. 1990).

รูปแบบของการควบคุมคุณภาพ

นอกจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม ปี พ.ศ. 2543) จะไม่ได้ให้ความหมายของการควบคุมคุณภาพไว้ กฎหมายก็ไม่ได้ระบุถึงรูปแบบของการควบคุมคุณภาพที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถปฏิบัติเพื่อสนองตามความต้องการของกฎหมายไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว การควบคุมคุณภาพอาจแบ่งได้เป็นสองรูปแบบใหญ่ๆ¹²² คือ การควบคุมทางสัญญา (contractual control) และการควบคุมทางการเงิน (financial control) การควบคุมทั้งสองกรณีดังกล่าว อาจจะนำมาใช้ร่วมกันก็ได้¹²³ โดยเฉพาะในกรณีของการควบคุมทางการเงินระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูก อาจจะมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

1) การควบคุมทางสัญญา (contractual control)

โดยทั่วไป การควบคุมทางสัญญานำมาใช้ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้รับอนุญาตไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน การควบคุมจึงขึ้นอยู่กับ การปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาแต่ประการเดียวเท่านั้น ไม่ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ต่างไปจากการควบคุมทางการเงินซึ่งมีพื้นฐานของผลประโยชน์ร่วมกัน (mutuality of interest) ของคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน

ตัวอย่างของข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ถือเป็นการควบคุมคุณภาพทางสัญญา

ในประเทศอังกฤษ ภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1938 กำหนดให้มีการจดทะเบียนการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าในระบบที่เรียกว่า การจดทะเบียนเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้า (registered user) โดยกำหนดให้การควบคุมคุณภาพ (quality control) เป็นเงื่อนไขของการจดทะเบียนคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องแสดงถึงระดับของการควบคุมโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีต่อผู้รับอนุญาต แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1938 ไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า ระดับ (degree) หรือ การควบคุม (control) หรือการควบคุมคุณภาพ (quality control) ไว้ จึงเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีข้อกำหนดในการควบคุมคุณภาพอย่างเพียงพอหรือไม่

กองทะเบียนเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษอธิบายถึงมาตรฐานของการควบคุมคุณภาพในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขว่าต้องรับประกันว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาต แต่ไม่มีการกำหนดเป็นมาตรฐานทั่วไปสำหรับใช้แก่ทุกกรณี คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่นายทะเบียนว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าในกรณีนั้น ๆ มีข้อกำหนดที่เพียงพอเพื่อการควบคุมคุณภาพ ทั้งนี้ กองทะเบียนได้จัดทำคู่มือการทำงานขึ้น ซึ่งในหัวข้อเรื่อง Registration of Users ของคู่มือดังกล่าวได้ให้ตัวอย่างของเงื่อนไขและข้อกำหนดซึ่งกำหนดเพื่อการควบคุมคุณภาพ สำหรับเป็นแนวทางและการออกคำสั่งของนายทะเบียน เช่น

¹²² Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 103.

¹²³ *Ibid*, p. 94.

ตัวอย่างที่ 1 เครื่องหมายการค้าต้องใช้โดยผู้จดทะเบียนเป็นผู้ใช้ เครื่องหมายการค้า (registered user) เกี่ยวกับสินค้า トラバเท่าที่สินค้าผลิตตามมาตรฐานคุณภาพซึ่งกำหนดโดยเจ้าของ เครื่องหมายการค้า และตราใบที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือตัวแทนมีสิทธิและได้รับอนุญาตให้ ตรวจสอบสินค้าและกรรมวิธีการผลิตสินค้านั้นในสถานที่ของผู้จดทะเบียนเป็นผู้ใช้เครื่องหมาย การค้า และเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือตัวแทนได้รับการจัดส่งตัวอย่างสินค้าเมื่อมีคำขอ

ตัวอย่างที่ 2 เครื่องหมายการค้าต้องใช้โดยผู้จดทะเบียนเป็นผู้ใช้ เครื่องหมายการค้า (registered user) เกี่ยวกับสินค้า トラバเท่าที่สินค้าผลิตตามรายการหรือรายละเอียดที่กำหนด (specification) คำสั่งที่ให้ไว้และข้อมูลที่ได้ให้ไว้โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า และตราใบที่เจ้าของ เครื่องหมายการค้าหรือตัวแทนมีสิทธิและได้รับอนุญาตให้ตรวจสอบสินค้าและกรรมวิธีการผลิตสินค้านั้นในสถานที่ของ ผู้จดทะเบียนเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้า และเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือ ตัวแทนได้รับการจัดส่งตัวอย่างสินค้าเมื่อมีคำขอ

จากตัวอย่างในคู่มือการทำงานของกองทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว สรุปได้ว่า เงื่อนไข และข้อกำหนดที่เป็นรูปแบบทั่วไปของการควบคุมคุณภาพทางสัญญา มีอยู่สามประการด้วยกัน¹²⁴ คือ 1) รายการ (specification) ของมาตรฐานคุณภาพที่ผู้รับอนุญาตจะต้องนำไปปฏิบัติ 2) ตรวจสอบสินค้า และกรรมวิธีการผลิต และ 3) การจัดส่งตัวอย่างสินค้า

2) การควบคุมทางการเงิน (financial control)

การควบคุมทางการเงินเป็นรูปแบบของความสัมพันธ์ทางการเงินที่หลากหลายระหว่าง คู่สัญญา โดยสันนิษฐานมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า เมื่อทั้งสองอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้รับอนุญาต ต่างเป็นเจ้าของผลประโยชน์เอง และเป็นผลประโยชน์ร่วมกัน ย่อมไม่เกิดความแตกแยกกันของ จุดมุ่งหมาย (divergence of aims) ระหว่างผู้อนุญาตและ ผู้รับอนุญาต อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะต้องถือหุ้นทั้งหมดของผู้รับอนุญาต

คู่มือการทำงานของกองทะเบียนเครื่องหมายการค้าประเทศอังกฤษได้ให้ตัวอย่างของเงื่อนไข และข้อจำกัดที่ถือเป็นการควบคุมคุณภาพทางการเงินไว้เช่นกัน เช่น เจ้าของเครื่องหมายการค้าถือหุ้นของ ผู้รับอนุญาตด้วยจำนวนที่เพียงพอต่อการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิเลือกหรือแต่งตั้งกรรมการ ส่วนใหญ่ของผู้รับอนุญาต หรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นเจ้าของผู้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียวด้วยการ ให้ผู้รับอนุญาตถือหุ้นทั้งหมดในบริษัทลูกของเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือผู้รับอนุญาตเป็นบริษัทลูก ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือการควบคุมทางอ้อมของเจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยผู้รับอนุญาต เป็นบริษัทลูกของบริษัท x และบริษัท x เป็นบริษัทลูกของเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือการควบคุมโดย บุคคลภายนอก ซึ่งเป็นเจ้าของหุ้นทั้งเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้รับอนุญาต เป็นต้น

¹²⁴ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 105.

นอกจากตัวอย่างในคู่มือการทำงานของกองทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ศาลประเทศอังกฤษเคยวินิจฉัยว่าเพียงแต่ผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ต้องจ่ายค่าสิทธิ (royalty) ให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าควบคุมคุณภาพทางการเงิน¹²⁵ ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกัน¹²⁶ ดังนั้น ข้อตกลงทางการเงินระหว่างคู่สัญญา เช่น ค่าสิทธิหรือค่าใช้จ่ายอย่างอื่น จึงไม่น่าจะเกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้า¹²⁷

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1946 (Lanham Act) ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ควบคุมคุณภาพของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยตรงอย่างกฎหมายของหลายๆ ประเทศ แต่การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าถือเป็นพื้นฐานของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 5 และ 45 เรื่อง related company ซึ่งเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสามารถอาศัยความสัมพันธ์ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามายื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในชื่อของตนได้ ทั้งนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องดำเนินการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าของ related company ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Common Law ที่กำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ต้องดำเนินการควบคุมลักษณะและคุณภาพของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมาย¹²⁸

โดยทั่วไป การควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าตามหลัก related company มีอยู่สองกรณี¹²⁹ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูก และความสัมพันธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ากับผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้น รูปแบบของการควบคุมคุณภาพตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาเป็นไปในทำนองเดียวกับแนวทางของประเทศอังกฤษ นั่นคือ การควบคุมทางสัญญา (contractual control) และการควบคุมทางการเงิน (financial control) ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ถือว่าการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าของ related company หรือการควบคุมคุณภาพอย่างเพียงพอ เพื่อรักษาสีทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า อาจเกิดขึ้นได้ห้ากรณี ได้แก่¹³⁰ 1. การควบคุมคุณภาพโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า 2. การควบคุมคุณภาพโดยตัวแทนของ

¹²⁵ คดี McGregor T.M. [1979] R.P.C. 36.

¹²⁶ เช่น คดี Ritz Associate, Inc v. Ritz-Carlton Co., Inc, 134 U.S.P.Q. 86 (S.D.N.Y. 1962).

¹²⁷ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 111.

¹²⁸ David J. Franklyn, *supra* note 96; Kevin Parks, *supra* note 101.

¹²⁹ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 94.

¹³⁰ William M. Borchard and Richard M. Osman, *supra* note 104.

เจ้าของเครื่องหมายการค้า 3. การควบคุมคุณภาพโดยบุคคลภายนอก 4. การควบคุมคุณภาพโดยผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า และ 5. การควบคุมคุณภาพด้วยความเป็นเจ้าของหุ้น

แม้จะยอมรับรูปแบบของการควบคุมคุณภาพทางสัญญา แต่ศาลสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ให้ความสำคัญไปที่การควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริง โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับสิทธิในการควบคุมคุณภาพก็ได้¹³¹ ในทางตรงข้าม สิทธิตามสัญญาในการควบคุมคุณภาพไม่ใช่ข้อสรุปว่ามีการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างแท้จริงหรือไม่¹³²

นอกจากนี้ ศาลยังยอมรับถึงการดำเนินการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริงแม้จะกระทำโดยผู้รับอนุญาต หรือโดยบุคคลภายนอก เช่น ผู้รับอนุญาตใช้เครื่องหมายการค้าเป็นระยะเวลานานโดยไม่มี การฟ้องร้องจากผู้บริโภค¹³³ หรือกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ตรวจอุปกรณ์เครื่องมือของผู้รับอนุญาตในช่วงเวลาที่มีการเจรจาทำสัญญา และเจ้าของเครื่องหมายการค้ารู้ว่าผู้รับอนุญาตมีประสบการณ์ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า¹³⁴

สำหรับการดำเนินการควบคุมคุณภาพโดยบุคคลภายนอกซึ่งเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของเจ้าของเครื่องหมายการค้า¹³⁵ อาจอยู่ในรูปแบบของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าช่วงโดยผู้รับอนุญาตเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการดำเนินการควบคุมคุณภาพในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาตช่วง¹³⁶

ศาลสหรัฐอเมริกาชอบรับการควบคุมคุณภาพในรูปแบบการควบคุมทางการเงินเช่นกัน เช่น การที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา เป็นเจ้าของหุ้นของผู้รับอนุญาตที่เป็นบริษัท โดยถือหุ้นทั้งหมด ย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาตอยู่ภายใต้การควบคุมโดยไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงของการควบคุมคุณภาพอีก¹³⁷ แต่ถ้าไม่ได้ถือหุ้นของ

¹³¹ เช่น คดี National Lampoon, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 182 U.S.P.Q. 24 (S.D.N.Y. 1974); Dawn Donut Co. v. Hart's Food Stores, Inc., 267 F.2d 358; 121 U.S.P.Q. 430 (2nd Cir. 1959).

¹³² คดี Alligator Co. v. Robert Bruce, Inc., 176 F. Supp. 377 (E.D. Pa. 1959).

¹³³ เช่น คดี Land O'Lakes Creameries, Inc v. Oconomowoc Canning Co., 221 F. Supp. 576 (E.D. Wis. 1963).

¹³⁴ คดี Syntex Laboratories, Inc. v. Norwich Pharmacal Co. 315 F. Supp. 45 (S.D.N.Y. 1970).

¹³⁵ คดี Accurate Merchandising, Inc. v. American Pacific, Inc., 186 U.S.P.Q. 197 (S.D.N.Y. 1979).

¹³⁶ เช่น คดี Turner v. HMH Publishing Co., 380 F.2d 224 (5th Cir. 1967).

¹³⁷ คดี Re Hand, 231 U.S.P.Q. 487, 488 (T.T.A.B.1986).

ผู้รับอนุญาตทั้งหมด เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องพิสูจน์ถึงลักษณะของการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาตด้วย ทั้งนี้ การควบคุมอาจพิสูจน์ด้วยการแสดงข้อตกลงหรือสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หลักฐานของข้อตกลงด้วยวาจาหรือคำแถลงข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ถึงลักษณะของการควบคุม¹³⁸

เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เป็นของบุคคลธรรมดาต้องแสดงว่าได้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเอง หรือรับผิดชอบสำหรับการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับอนุญาตที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตน¹³⁹

ในกรณีเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก หากบริษัทแม่ไม่เพียงแต่ถือสิทธิความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า แต่มีความเกี่ยวข้องทางการค้าบางอย่างกับสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วย ศาลย่อมถือว่ามี การควบคุมคุณภาพแล้ว¹⁴⁰ นอกจากนี้ การควบคุมอาจอยู่ในรูปแบบที่บริษัทลูกเป็นผู้ควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าก็ได้ นั่นคือ สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ากำหนดให้บริษัทลูกควบคุมลักษณะและคุณภาพของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าขณะเดียวกัน บริษัทแม่ควบคุมทางการเงินโดยอาศัยความเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทลูก¹⁴¹

ในกรณีของกลุ่มบริษัท ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าบริษัทแม่สามารถกล่าวอ้างการใช้เครื่องหมายการค้าของบริษัทลูกแต่ละแห่ง ซึ่งต่างถือหุ้นทั้งหมดโดยบริษัทแม่ เป็นประโยชน์แก่บริษัทแม่ได้ เช่น บริษัทแม่ถือความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าด้วยการเป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมดในบริษัทลูกที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและบริษัทลูกนั้น ได้อนุญาตให้บริษัทอื่นในเครือเดียวกันซึ่งถือหุ้นทั้งหมดโดยบริษัทแม่เช่นกัน ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าอย่างเดียวกันที่ผลิตตามการบังคับบัญชาของบริษัทลูกนั้น เช่นนี้ ถือว่าบริษัทแม่นั้นได้ควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าของบริษัทลูกทั้งหมดและสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีผลสมบูรณ์¹⁴²

1.5.2 การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและการควบคุมในแฟรนไชส์

แนวคิดพื้นฐานทางการตลาดของแฟรนไชส์ คือ การลอกเลียนแบบหรือถอดแบบการดำเนินธุรกิจที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จมาก่อนแล้วของผู้ให้แฟรนไชส์ เมื่อเครื่องหมายการค้ามีบทบาทสำคัญในการสร้างความเป็นเอกลักษณ์ และช่วยจำหน่ายสินค้าหรือบริการด้วยการแสดงถึงแหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าแก่ลูกค้า แฟรนไชส์จึงต้องอาศัยสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องมือในการสร้างความเป็นเอกลักษณ์ และถ้าถอดความเป็นแบบอย่างเดียวกันนี้ให้แก่ร้านเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมด ดังนั้น โดยสภาพและลักษณะของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมี

¹³⁸ คดี Pnutek, Inc. v. Scherr, 211 U.S.P.Q. 824 (T.T.A.B.1981).

¹³⁹ คดี Re Hand , 231 U.S.P.Q. 487, 488 (T.T.A.B.1986).

¹⁴⁰ Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 82.

¹⁴¹ "USTA/Trademark Law Revision Act of 1988," *The Trademark Reporter* 77, p.448-449. cited by Neil J. Wilkof, *supra* note 63, p. 90.

¹⁴² คดี Keeber Weyl Banking Co. v. J.S. Ivins' Son, 7 F. Supp. 211 (E.D. Pa. 1934).

หน้าที่ควบคุมการดำเนินการของผู้รับแฟรนไชส์เกี่ยวกับลักษณะและคุณภาพของสินค้าและบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตน ซึ่งสอดคล้องกันกับหน้าที่ควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า¹⁴³ ที่กำหนดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าที่จำหน่ายภายใต้กิจการแฟรนไชส์ โดยนัยนี้ การควบคุมในแฟรนไชส์จึงมีสองด้าน¹⁴⁴ นั่นคือ เพื่อสร้างความเป็นแบบอย่างเดียวกันของกิจการและรักษาชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า รวมทั้งความนิยมทางการค้าของกิจการไว้ ขณะเดียวกัน ก็เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด เพื่อรักษาสภาพในเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ไว้

1. การควบคุมคุณภาพตามกฎหมาย

หลักกฎหมาย Common Law และกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศส่วนใหญ่¹⁴⁵ รวมถึงพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของประเทศไทยต่างกำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้รับอนุญาตอย่างแท้จริง¹⁴⁶ หากไม่มีการควบคุมคุณภาพตามกฎหมาย สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าย่อมไม่สมบูรณ์และสัญญานั้น รวมทั้งเครื่องหมายการค้าก็อาจถูกเพิกถอนได้¹⁴⁷ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ เพราะโดยส่วนใหญ่ ผู้ให้แฟรนไชส์จะมีฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้า เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์มีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเป็นชุด ซึ่งรวมสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเอาไว้ด้วยนั่นเอง¹⁴⁸

การควบคุมคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ถือได้ว่าเป็นการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริงตามกฎหมาย และเพียงพอต่อการรักษาสภาพในเครื่องหมายการค้าไว้¹⁴⁹ ผู้ให้แฟรนไชส์อาจทำได้โดยกำหนดมาตรฐานการผลิต ควบคุมคุณภาพของวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต ควบคุมกรรมวิธีการผลิต ตรวจสอบและทดสอบคุณภาพของสินค้าที่ทำการผลิตอย่างสม่ำเสมอ เป็นต้น¹⁵⁰ อย่างไรก็ตาม โครงสร้าง

¹⁴³ ปรอดู พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68.

¹⁴⁴ William J. Keating, *Franchising Adviser*, (Colorado Springs: Shepard's/McGraw-Hill, 1987), p. 206.

¹⁴⁵ จักรกฤษณ์ วรรณ, *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. 2541) น. 295.

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 ประกอบมาตรา 72 วรรค 3 (2).

¹⁴⁷ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 70 ประกอบมาตรา 63.

¹⁴⁸ ปรอดู หัวข้อที่ 1.4.1 ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์.

¹⁴⁹ ปรอดู หัวข้อที่ 1.5.1 แนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวกับแฟรนไชส์ ข้อ 2) การควบคุมคุณภาพตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า.

¹⁵⁰ จักรกฤษณ์ วรรณ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 145*, น. 295.

ระดับ และกระบวนการสำหรับการควบคุมคุณภาพย่อมแตกต่างกันไปตามประเภทของแฟรนไชส์¹⁵¹

ในแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้าแบ่งหน้าที่ในการผลิตและจำหน่ายสินค้าออกจากกัน นั่นคือ ผู้ให้แฟรนไชส์ทำหน้าที่ผลิตสินค้า ส่วนผู้รับแฟรนไชส์ทำหน้าที่จำหน่ายสินค้า ดังนั้น การควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่เป็นปัญหาสำหรับแฟรนไชส์ประเภทนี้ เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมมีความสามารถที่จะผลิตสินค้าได้ตามมาตรฐานคุณภาพที่ตนสร้างไว้อยู่แล้ว ในส่วนของผู้รับแฟรนไชส์ ผู้รับแฟรนไชส์มีหน้าที่เพียงจัดเก็บ จัดการ บำรุงรักษาและซ่อมแซมสินค้าที่ผู้ให้แฟรนไชส์ หรือผู้ป้อนวัตถุดิบที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดป้อนมาให้ ทำการโฆษณา ติดต่อสื่อสารกับลูกค้า ฝึกอบรม จัดเก็บสถิติ ดูแลรักษาสถานประกอบการเท่านั้น

สำหรับแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการดำเนินธุรกิจ หน้าที่ของผู้ให้แฟรนไชส์ที่จะต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพในแฟรนไชส์ประเภทนี้มีมากกว่าในแฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้า¹⁵² เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ประเภทนี้ได้มอบหมายหน้าที่ในการควบคุมการผลิตสินค้าให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีหน้าที่เพียงตรวจตราการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์เท่านั้น การควบคุมคุณภาพในแฟรนไชส์นี้ สัญญาแฟรนไชส์ควรจะระบุกระบวนการซึ่งผู้รับแฟรนไชส์ต้องปฏิบัติตามในการดำเนินการแฟรนไชส์ เช่น คู่มือการดำเนินงานของแฟรนไชส์อาหารจานด่วน ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่มที่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้แฟรนไชส์ รายการที่กำหนดสำหรับอาหาร (specification) วิธีการเตรียมและปรุงอาหาร คุณภาพ รูปลักษณะและขนาดของอาหาร รวมถึงเรื่องอื่นๆ เช่น ส่วนผสม การใช้ภาชนะที่เหมาะสม ผักก้นเปื้อน เครื่องปรุงอาหาร สารทำความสะอาด อุปกรณ์ เป็นต้น โดยสรุปแล้ว คู่มือการดำเนินงานย่อมระบุถึงสินค้าและกระบวนการที่เป็นส่วนหนึ่งของการรับประกันคุณภาพ บริการและความสะอาด

2. การควบคุมตามสัญญาแฟรนไชส์

เพื่อความสำเร็จทางการค้า ระบบแฟรนไชส์ต้องมีการควบคุมคุณภาพ ระบบแฟรนไชส์ที่ไม่มี การควบคุมคุณภาพ หรือดำเนินการควบคุมคุณภาพอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ไม่อาจอยู่รอดในตลาดการค้าที่มีการแข่งขันอย่างสูงได้¹⁵³ มีวิธีการมากมายที่ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถใช้สำหรับการรักษาระดับของ คุณภาพ การให้สิทธิแฟรนไชส์ที่ดีจึงรวมไปถึงมาตรฐานของระบบที่หลากหลายกว้างขวาง วิธีการ ฝึกอบรม คู่มือการดำเนินงาน นโยบายภายในและการสร้างแนวทางการควบคุมคุณภาพ เช่นเดียวกับการมี เจ้าหน้าที่ฝ่ายสนับสนุนภาคสนาม (field support staff) ให้ความรู้แก่ผู้รับแฟรนไชส์และบังคับตาม แนวทางการควบคุมคุณภาพที่กำหนดโดยผู้ให้แฟรนไชส์

¹⁵¹William J. Keating, *supra* note 144, pp. 97, 206.

¹⁵²*Ibid.*, p. 207.

¹⁵³Andrew J. Sherman, *supra* note 38, p. 37.

พึงสังเกตว่า โดยทั่วไปแล้ว การควบคุมในระบบแฟรนไชส์จะไม่จำกัดอยู่เพียงการดำเนินการเพื่อควบคุมคุณภาพของสินค้าหรือบริการที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จำเป็นต้องดำเนินการควบคุมการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ด้วย ซึ่งอาจจะรวมถึงราคาสินค้า และในบางครั้ง อาจมีการกำหนดควบคุมในด้านการบริหาร¹⁵⁴ จึงต่างไปจากการควบคุมคุณภาพตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่มุ่งเน้นไปที่ตัวสินค้าไม่ใช่ระบบธุรกิจ และไม่มี การสนับสนุนเรื่องการจัดการธุรกิจและการตลาดอย่างเช่นกรณีของแฟรนไชส์¹⁵⁵ ทั้งระดับการควบคุมของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าก็ยังไม่ถึงระดับของระบบแฟรนไชส์¹⁵⁶ เพราะนอกจากการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะเดียวกันกับผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์ยังควบคุมการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ด้วย โดยวางข้อจำกัดในการดำเนินงานและต้องการให้ผู้รับแฟรนไชส์ปฏิบัติตามเพราะผู้ให้แฟรนไชส์ไม่เพียงแต่ต้องการปกป้องรักษาความนิยมทางการค้าของเครื่องหมายการค้าและกิจการไว้เท่านั้น แต่ต้องการให้ความนิยมทางการค้าเพิ่มพูนมากยิ่งขึ้นด้วย¹⁵⁷

การควบคุมคุณภาพโดยอาศัยข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์

โดยทั่วไป สัญญาแฟรนไชส์จะมีข้อตกลงที่กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมคุณภาพและเพื่อความสอดคล้องกันของเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งระบบ เพราะถือเป็นประเด็นสำคัญมากที่สุดประเด็นหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ การบังคับให้ผู้รับแฟรนไชส์ปฏิบัติตามมาตรฐานของคุณภาพที่กำหนดขึ้นมีความสำคัญต่อการรักษาชื่อเสียงของเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมดไว้ ข้อตกลงเช่นนี้มักจะปรากฏอยู่ในรูปของข้อจำกัดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้า ส่วนประกอบของสินค้า ผลิตภัณฑ์และวัตถุดิบที่ต้องได้รับการจัดป้อน¹⁵⁸ ทำนองเดียวกับแนวทางและรายการที่กำหนดโดยเคร่งครัดสำหรับกระบวนการดำเนินงาน โดยปกติ กระบวนการดำเนินงานเหล่านี้จะระบุมาตรฐานของการให้บริการ ความต้องการความเป็นแบบอย่างเดียวกัน เงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวกที่ต้องมี ชั่วโมงการดำเนินงาน ความต้องการการทำการประกันภัย แนวทางสำหรับการใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้า วัตถุดิบในการโฆษณาประชาสัมพันธ์และส่งเสริมการขาย ระบบบัญชี การให้สินเชื่อ และการกำหนดราคาขายปลีก และมาตรการในการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ ตลอดจนรายได้ขั้นต่ำหรือยอดขายขั้นต่ำที่ผู้รับแฟรนไชส์

¹⁵⁴ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์ และกิตติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์, “ธุรกิจแฟรนไชส์ (Franchise) มิติใหม่ ของวงการค้าและการลงทุน: ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการเจรจาร่างสัญญา,” บทบัญญัติ เล่ม 45, ตอน 4 (ธันวาคม, 2532), น. 102.

¹⁵⁵ สมจิตร ลิขิตสถาพร, อ้าวแล้ว เซิงอรรถที่ 6, น. 11.

¹⁵⁶ พิเศษ เสตเสถียร, “กฎหมายแฟรนไชส์,” วารสารกฎหมาย (จุฬาฯ) ฉบับที่ 2, ปีที่ 12 (ตุลาคม 2531), น. 1.

¹⁵⁷ Andrew J. Sherman, *supra* note 38, p. 348.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 109.

จะต้องทำให้ได้ตามเป้าหมายที่ตั้งไว้¹⁵⁹ นอกจากนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ควรสร้างหลักเกณฑ์การควบคุมคุณภาพและรายการที่กำหนด ในการเลือกและอนุญาตแก่ผู้ขายสินค้า หรือผู้ประกอบการอื่นที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินกิจการแฟรนไชส์¹⁶⁰ เช่น บริษัทผู้ให้บริการและบำรุงรักษาอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้ในกิจการ ตัวแทนบริษัทประกันภัย บริษัทติดตั้งระบบรักษาความปลอดภัย ผู้รับจ้างทำป้ายหรือสัญลักษณ์ ช่างติดตั้งและซ่อมท่อต่างๆ เป็นต้น

ในทางปฏิบัติ การควบคุมคุณภาพส่วนใหญ่จะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายสนับสนุนภาคสนามซึ่งเปรียบเสมือนเป็นด่านหน้าในการปกป้องคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์¹⁶¹ เจ้าหน้าที่ฝ่ายสนับสนุนภาคสนามต้องรับผิดชอบสำหรับการบังคับใช้มาตรฐานของระบบแฟรนไชส์และรายงานไปยังผู้ให้แฟรนไชส์ โดยมีหน้าที่ไปพบปะเยี่ยมเยียนและให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับแฟรนไชส์ รวมทั้งตรวจสอบมาตรฐานของการควบคุมคุณภาพ ดังนั้น การสร้างและฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ฝ่ายสนับสนุนภาคสนามจะสามารถรับประกันการปฏิบัติตามมาตรฐานของการควบคุมคุณภาพ โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้รับแฟรนไชส์อยู่ในเครือข่ายเป็นจำนวนมาก

นอกจากอาศัยข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์แล้ว การสร้างคู่มือการดำเนินงาน (operations manuals) โดยแสดงถึงรายละเอียดในการทำงานในแต่ละขั้นตอนย่อมช่วยให้สามารถควบคุมคุณภาพได้ในทุกๆ ขั้นตอน และถือเป็นข้อตกลงร่วมกันของการทำงานในระบบแฟรนไชส์ด้วย¹⁶²

โดยสรุปแล้ว แนวคิดของแฟรนไชส์ คือ การดำเนินการตามลักษณะเฉพาะทางการค้าและภาพลักษณ์ที่เป็นแบบอย่างเดียวกันและสอดคล้องกันเป็นหัวใจของแฟรนไชส์ที่ประสบความสำเร็จ ดังนั้น แฟรนไชส์จึงต้องมีการสร้างมาตรฐานของระบบขึ้น ซึ่งประกอบด้วยนโยบาย กระบวนการดำเนินงาน และรายการที่กำหนดโดยเจาะจงที่เป็นแบบอย่างเดียวกัน และจะต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยผู้รับแฟรนไชส์ทั้งหมดทุกราย การสร้างมาตรฐานของระบบแฟรนไชส์ที่เป็นแบบอย่างเดียวกันนี้จะมีประโยชน์อย่างสูงสุดก็ต่อเมื่อมีการตรวจสอบและบังคับใช้อย่างจริงจัง

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้แฟรนไชส์ก็มีสิทธิเพียงควบคุมและอำนวยความสะดวกเท่านั้น ไม่มีส่วนได้เสียหรือบริหารจัดการภายใน ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้รับแฟรนไชส์ เช่น การคัดเลือกและว่าจ้างพนักงาน ทั้งนี้ เว้นแต่จะให้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น¹⁶³ นอกจากนี้ การสร้างมาตรฐานของการควบคุมคุณภาพของ

¹⁵⁹ ศิริพงษ์ สุภกิจจานุสรณ์, “สัญญาแฟรนไชส์,” เอกสารภาษีอากร 10, 115 (เมษายน 2534), น. 118.

¹⁶⁰ Andrew J. Sherman, *supra* note 38, p. 29, 110.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶² พระพงษ์ กิตติเวชโกศลวัฒน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 307.

¹⁶³ ศิริพงษ์ สุภกิจจานุสรณ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 159, น. 117; พิเศษ เสตเสถียร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 114.

สินค้าและบริการต้องมีความสมดุลด้วย กล่าวคือ การควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์ควรเป็นไปเพื่อรักษาคุณภาพให้ได้มาตรฐานของแฟรนไชส์เท่านั้น เนื่องจากการควบคุมที่มากเกินไปอาจมีผลเสียต่อการลงทุนของผู้รับแฟรนไชส์ ทั้งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายได้ ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของการผูกขาดทางการค้า¹⁶⁴ หรือความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้แฟรนไชส์สำหรับการกระทำ หรือสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์¹⁶⁵

¹⁶⁴โปรดอ่าน ศักดา ธนิตกุล, “การศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และอังกฤษ: บทเรียนสำหรับประเทศไทย,” วารสารกฎหมาย (จุฬาฯ), ปีที่ 25 (ฉบับพิเศษ).

¹⁶⁵โปรดดู บทที่ 2 และบทที่ 4.