

บทที่ 2

ความรับผิดของผู้ให้เฟรนไสซ์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้า สินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายต่างประเทศ

2.1 หลักการพื้นฐานของความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability) ซึ่งมีลักษณะพิเศษตรงที่มีลักษณะของทั้งความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดอยู่ร่วมกัน¹ กล่าวคือ ในแง่ของความไม่ปลอดภัยของสินค้า (defects) มีพื้นฐานของความคาดหวังของผู้บริโภค (consumer expectation) ซึ่งเป็นลักษณะของหลักความรับผิดทางสัญญา อย่างไรก็ตาม โดยเนื้อแท้แล้ว Product Liability เป็นความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากมุ่งให้การเยียวยาแก่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลที่ได้รับ ความเสียหาย โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับจำเลยหรือไม่

2.1.1 ประวัติและการพัฒนาทางแนวคิดของความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

แนวคิดของหลักความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเกิดขึ้นครั้งแรกในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ในประเทศสหรัฐอเมริกา² และพัฒนาต่อมาในประเทศอังกฤษ และบางประเทศในทวีปยุโรป โดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายหลายทฤษฎี ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญา ความรับผิดทางละเมิด ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หรือความรับผิดอย่างสมบูรณ์³ (Absolute Liability) ทั้งนี้ กฎหมายของหลายประเทศได้ใช้ทฤษฎีเหล่านี้ผสมผสานกันในการเยียวยาแก่ผู้บริโภค โดยได้รับแรงกระตุ้นมาจากแนวคิดที่ต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเพิ่มมากขึ้น⁴

¹Geraint Howells and Stephen Weatherill, Consumer Protection Law, 2nd ed. (Aldershot, England: Ashgate, 2005), p. 213; John G. Fleming, The Law of Torts, 8th ed. (Sydney: Law Book, 1992), p. 477.

²Mathias Reimann, "Liability for Defective Products at The Beginning of The Twenty-First Century: Emergence of A Worldwide Standard?," American Journal of Comparative Law, (Fall 2003).

³John G. Fleming, *supra* note 1, p. 477.

⁴Geraint Howells, Comparative Product Liability, (Dartmouth Publishing Company, 1993), p. 7.

แต่เดิมการฟ้องร้องให้รับผิดชอบในกรณีสินค้าไม่ปลอดภัยนั้นไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติสำหรับเรื่องนี้ไว้ ดังนั้น จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป โดยอาจฟ้องให้รับผิดชอบทางละเมิดหรือรับผิดชอบตามสัญญาก็ได้ การฟ้องร้องให้รับผิดชอบตามสัญญานั้น โจทก์ต้องมิฉะนั้นจะเป็นคู่สัญญาจึงจะมีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบได้ ตามหลัก Privity of Contract ดังที่ศาลประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยไว้ในคดี Winterbottom v. Wright⁵ นอกจากนี้ การฟ้องร้องให้รับผิดชอบสำหรับสินค้าไม่ปลอดภัยนั้นจะเป็นการฟ้องร้องตามสัญญาซื้อขาย ซึ่งแต่เดิมใช้หลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” (caveat emptor) ที่มีพื้นฐานมาจากหลักปัจเจกชนนิยมและเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่สันนิษฐานว่า บุคคลทุกคนมีความรู้ความสามารถเท่าเทียมกัน มีอิสระที่จะตกลงหรือมีนิติสัมพันธ์อย่างใดก็ได้ กฎหมายจึงเคารพความเป็นปัจเจกชนและยอมรับให้บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) หากทำสัญญากันเช่นใดก็ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาเสมอ ทุกคนจึงมีหน้าที่ปกป้องประโยชน์ของตนเอง การที่ผู้ซื้อสมัครใจซื้อสินค้าก็ต้องรับภาระในความเสียหายนั่นเอง ประกอบกับการผลิตสินค้าในขณะนั้นยังไม่สลับซับซ้อนมากนัก ผู้ซื้อจึงมีโอกาสตรวจสอบสินค้าได้ก่อน ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้ซื้อที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการตรวจตราสินค้าแล้วพบความไม่ปลอดภัยหรืออย่างน้อยที่สุดก็ควรจะพบเห็นได้ ผู้ซื้อก็ควรจะต้องรับเคราะห์ หากสินค้านั้นไม่ปลอดภัย ดังนั้น แม้ผู้ซื้อจะมีฐานะเป็นคู่สัญญาก็ไม่อาจเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดชอบในความไม่ปลอดภัยได้

ในเวลาต่อมา เมื่อการผลิตสินค้าเป็นการผลิตในเชิงอุตสาหกรรม และเป็น mass production การนำเทคโนโลยีใหม่ๆ มาใช้ในกระบวนการผลิตทำให้สินค้ามีความสลับซับซ้อนมากขึ้นประชาชนทั่วไป ไม่สามารถตรวจพบเห็นความไม่ปลอดภัยได้โดยง่าย ทั้งระบบการตลาดก็เปลี่ยนไป สินค้าที่ผลิตขึ้นมาจะออกสู่ท้องตลาดโดยผ่านระบบการจัดจำหน่ายที่เปลี่ยนมือกันมาเป็นทอดๆ มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องหลายทอด ผู้ที่เป็นคู่สัญญากับผู้บริโภคจึงมักจะได้แก่พ่อค้าปลีกซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและมีกำลังทรัพย์น้อย ผู้บริโภคไม่มีโอกาสตรวจตราระมัดระวังก่อนการซื้อได้ และตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบ เพราะไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาดและความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาสินค้าหรือบริการต่างๆ ได้อย่างถูกต้อง หลักผู้ซื้อต้องระวังไม่สามารถช่วยให้ผู้ซื้อป้องกันตนเองให้พ้นจากความเสียหายในการบริโภคได้⁶ แนวคิดทางกฎหมายของสัญญาซื้อขายจึงเปลี่ยนไปเป็น “ผู้ขายต้องระวัง” (caveat venditor) คือ ผู้ขายมีหน้าที่ต้องระวังอย่างวิญญูชนว่า ของที่ขายจะไม่เป็นอันตรายแก่ผู้ซื้อ เช่นเดียวกับแพทย์ หรือผู้รับจ้างอื่นๆ⁷

⁵ สุยม สุภณิตย์, ความรับผิดในผลิตภัณฑ์, ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549) น.19.

⁶ (1842)10 M. & W. 109.

⁷ มานิตย์ สุราพร, “ลักษณะเฉพาะบางประการของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค,” จุลพาท เล่มที่ 5, ปีที่ 32 (กันยายน-ตุลาคม 2528), น. 27.

⁸ วัชร วัระพงศ์, “ความรับผิดชอบของผู้ผลิตสินค้า,” จุลพาท เล่มที่ 1, ปีที่ 12 (มกราคม 2508), น. 8.

หลัก Privity of Contract ที่โจทก์ต้องมิฐานะเป็นคู่สัญญากับจำเลย จึงจะมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบได้ก็คล้ายลง โดยศาลตีความขยายหลักกฎหมายทั้งในเรื่องสัญญาและละเมิดเพื่อให้สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้มากขึ้น กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้บริโภคฟ้องผู้ขายหรือผู้ผลิตให้รับผิดชอบตามสัญญา ศาลใช้หลักคำรับประกันโดยชัดแจ้ง (express warranty) หรือคำรับประกันโดยปริยาย (implied warranty) มาวินิจฉัยซึ่งเดิมเน้นถือว่าการรับประกันสินค้า (warranty) เป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งของสัญญาซื้อขาย ดังนั้นผู้ขายจึงมีหน้าที่รับประกันต่อผู้ซื้อสินค้าไปจากตนเท่านั้น⁹ ตามหลัก Privity of Contract ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 ศาลได้ยกเว้นหลักดังกล่าวเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญา ในกรณีเป็นสินค้าที่ผลิตเพื่อบริโภค เช่น อาหาร เครื่องดื่ม ยา ฯลฯ ต่อมาได้ใช้ในกรณีสินค้าที่เป็นของใช้กับร่างกายมนุษย์ด้วย (intimate bodily use) เช่น เครื่องสำอาง ฯลฯ ปี ค.ศ. 1930 คดี Baxter v. Ford Motor Co.¹⁰ ถือว่าหากผู้ผลิตให้คำรับประกันโดยชัดแจ้ง ถือว่าเป็นการรับประกันต่อคนโดยทั่วไป ไม่เฉพาะผู้ซื้อเท่านั้น ในที่สุด ค.ศ. 1960 คดี Henningsen v. Bloomfield Motor Inc.¹¹ ศาลสหรัฐอเมริกายกเว้นหลัก Privity of Contract ให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลที่ผู้ผลิตคาดหมายไว้ว่าจะเป็นผู้บริโภคหรือผู้ใช้สินค้าอื่นๆ ด้วย¹²

สำหรับความรับผิดทางละเมิดในคดี Product Liability ส่วนใหญ่จะเป็นการฟ้องให้รับผิดชอบโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) ซึ่งเดิมตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องอยู่ภายใต้หลัก Privity of Contract เช่นเดียวกับความรับผิดตามสัญญา¹³ ดังนั้น ผู้ผลิตจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อหรือผู้บริโภค¹⁴ ต่อมาศาลได้ยกเว้นหลัก Privity of Contract ในกรณีที่ผู้ผลิตใช้กลวิธีฉลอปปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่ตนผลิตขึ้น¹⁵ หรือไม่เปิดเผยถึงอันตรายที่ทราบอยู่แล้ว¹⁶ หรือปล่อยให้วัตถุอันตรายตกอยู่กับ

⁹อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากสินค้าที่ขาดความปลอดภัย, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) น. 22.

¹⁰คดี Baxter v. Ford Motor Co., 12 P.2d 409 (Wash.1932).

¹¹161 A.2d 69 (1960).

¹²Hartwin Bungert, "Compensation Harm to the Defective Products itself – A Comparative Analysis of American and German Product Liability Law," Tulane Law Review 66 (May 1992).

¹³อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 9.

¹⁴เช่น คดี Goodlander Mill Co. v. Standard Oil Co., 63 F. 400 (7th Cir., 1894).

¹⁵Louis R. Frumer and Melvin I. Friedman, Product Liability, (New York: Matthew Bender & Company Incorporated, 1985), p. 12.

¹⁶เช่น คดี Lewis v. Terry, 43 (Cal., 1896).

บุคคลที่ไม่สามารถควบคุมวัตถุนั้นได้โดยปลอดภัย¹⁷ หรือกรณีเป็นสินค้าที่โดยสภาพแล้วเป็นอันตราย (inherently dangerous)¹⁸ หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอันตราย (imminently dangerous) ต่อชีวิตและสุขภาพ เช่น ยาพิษ หรือปืน เป็นต้น ในที่สุด คดี Macpherson v. Buick Motor Co.¹⁹ ศาลได้ยกเว้นหลัก Privity of Contract ในการฟ้องคดีความรับผิดทางละเมิดโดยสิ้นเชิง โดยจำเลยต้องรับผิด หากศาลหมายได้ว่าสินค้าที่ผลิตหรือจำหน่ายอาจก่อความเสียหายต่อโจทก์และบุคคลอื่นๆ ที่อยู่ในสถานะเดียวกับโจทก์

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยกเว้นหลัก Privity of Contract ในการฟ้องให้ผู้ผลิตต้องรับผิดในทางละเมิดซึ่งทำให้โจทก์ที่มีใช้คู่สัญญากับผู้ผลิตสามารถฟ้องผู้ผลิตให้รับผิดได้ แต่โจทก์ยังคงต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความประมาทเลินเล่อหรือความผิดของผู้ผลิตอยู่ เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ แม้การฟ้องคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อไม่ได้อยู่ภายใต้หลัก Privity of Contract อย่างในสหรัฐอเมริกา ผู้เสียหายจึงฟ้องผู้ผลิตหรือผู้ขายที่มีใช้คู่สัญญากับตนให้รับผิดทางละเมิดได้ แต่หลักที่ศาลนำมาปรับใช้โดยกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) แก่ผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ว่าผู้ผลิต หรือผู้ขายประมาทเลินเล่อ ดังเช่นที่คดี Donoghue v. Stevenson²⁰ ในปี ค.ศ. 1932 วางหลักไว้ เรียกว่า “neighbour principle” หรือ “หลักเพื่อนบ้านที่ดี”²¹ ซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานให้แก่ศาลในคดีต่อมา

ข้อจำกัดของการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยในคดี Product Liability ก็คือ ข้อมูลเกี่ยวกับการผลิตมีความซับซ้อนของเทคโนโลยีเพิ่มขึ้น และล้วนอยู่กับผู้ผลิต ทั้งระบบการตลาดที่สินค้าผ่านมือเป็นทอดๆ จนกว่าจะมาถึงผู้บริโภค ผู้เสียหายจึงไม่อาจเข้าถึงข้อมูลได้ ทั้งไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความไม่ปลอดภัยของสินค้าเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย ศาลในหลายประเทศแก้ปัญหาด้วยการนำหลักกฎหมายพยานที่เรียกว่า Res Ipsa Loquitur มาอนุมานว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ และผลักภาระการพิสูจน์ไปตกที่ฝ่ายจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ในเชิงปฏิเสธว่าตนไม่ได้ประมาทเลินเล่อ

ในปี ค.ศ. 1963 คดี Greenman v. Yuba Power Product, Inc.²² ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้แก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าเป็นครั้งแรก โดยศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียกล่าวว่า ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

¹⁷ คดี Bernard v. Smith, 90 A. 657 (R.1., 1914).

¹⁸ คดี Huset v. J.I. Case Threshing Co., 120 F. 865, 870 (8th Cir., 1903).

¹⁹ 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

²⁰ (1932) AC. 562 .

²¹ บางครั้งอาจเรียกว่า “หลักเพื่อนบ้าน” หรือ “หลักการคาดเห็น” หรือ “หลักผู้ใกล้ชิด” โปรดดู สมโชค เจริญลาภ, “ละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ,” บทบัญญัติคดี เล่ม 34, ตอน 4 (2520), น. 548.

²² 59 Cal.2d 57(1963).

นั้นเป็นความรับผิดโดยผลของกฎหมาย ไม่ใช่โดยผลของสัญญา และผู้ผลิตมีความรับผิดโดยเคร่งครัดทางละเมิด ถ้ารู้ว่าวัตถุที่ตนวางตลาดจะมีการนำไปใช้โดยไม่มี การตรวจสอบถึงความไม่ปลอดภัย และผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่าสินค้านั้นไม่ปลอดภัยและความไม่ปลอดภัยดังกล่าวเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ตน ในปีเดียวกันนั้น ศาลในคดี *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*²³ ก็นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กำหนดความรับผิดทางละเมิดแก่ผู้ผลิตเช่นกัน นอกจากนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ไม่ได้บริโภคสินค้า (Bystanders) แต่ได้รับความเสียหายจากสินค้านั้น ดังเช่นในคดี *Codling v. Paglia*²⁴ ในปี ค.ศ. 1973

มีข้อสังเกตว่า คดี *Greenman v. Yuba Power Product, Inc.* และ *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.* ต่างเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เดินด้วยเครื่องกลทั้งสิ้น สะท้อนให้เห็นว่า ศาลต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเป็นสำคัญ เนื่องจากเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินที่เดินด้วยเครื่องกลซึ่งมีความซับซ้อนของเทคโนโลยีในการผลิตเพิ่มขึ้นมาก การใช้หลักความรับผิดที่มีอยู่เดิมตามหลักสัญญาและละเมิดไม่อาจใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้อย่างแท้จริงเพราะการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยในคดีเหล่านี้เป็นไปได้ยากมาก²⁵

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมา ศาลของรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาจึงได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1965 ได้มีการประกาศใช้ *Restatement (Second) of Torts* หรือกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด ซึ่งศาลในรัฐต่างๆ ได้นำมาตรา 402A ของกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้แก่การตัดสินคดี *Product Liability* ในปี ค.ศ. 1997 จึงได้มีการริเริ่มปรับปรุงกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด และประกาศใช้ *Restatement (Third) of Torts* ซึ่งเป็นกฎหมาย *Product Liability* โดยเฉพาะ

ขณะที่ในทวีปยุโรป การฟ้องร้องคดี *Product Liability* ตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นความรับผิดตามสัญญา หรือทางละเมิด ยังคงมีแนวทางในการปรับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน ในปี ค.ศ. 1985 จึงมีการประกาศใช้ข้อบังคับ *EC Directive on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Product* หรือเรียกย่อๆ ว่า *EC Directive 85/374/EEC* ส่งผลให้กฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (European Union) มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรสอดคล้องกันอย่างเดียวกัน และนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้แก่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าเช่นเดียวกันกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป เช่น ญี่ปุ่น

²³191 N.E.2d 81 (N.Y. 1963).

²⁴32 N.Y. 2d 330, 345 N.Y.S. 20 461 (1973).

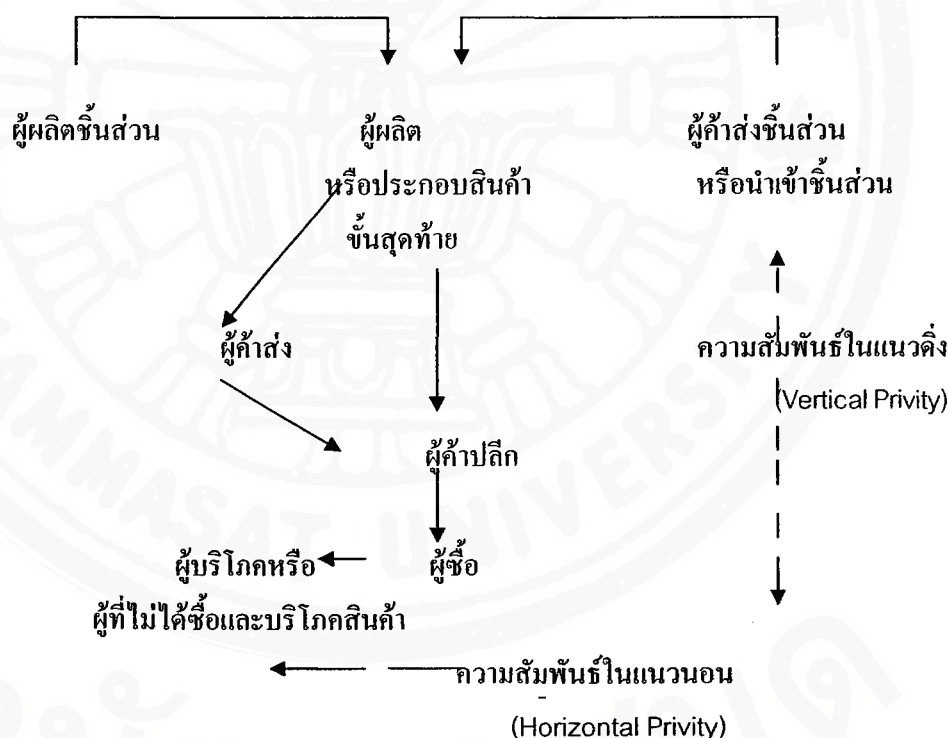
²⁵Marshall S. Shapo, "Comparing Products Liability: Concepts in European and American Law," *Cornell International Law Journal* 26 (1993).

ออสเตรเลีย เป็นต้น ก็ยังนำ EC Directive นี้ไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของตนเช่นกัน²⁶

โดยสรุปแล้ว หลักความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยจึงมีแนวคิดพื้นฐานมาจากทั้ง ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ด้วยการกำหนดความรับผิดในลักษณะที่เป็นการแก้ไข ข้อบกพร่องของความรับผิดทั้งสองประการ โดยให้สิทธิเรียกร้องแก่บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญากับ จำเลย และนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ เพื่อกำหนดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายเสียใหม่ โดย ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยอีกต่อไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครอง ผู้บริโภค และบุคคลภายนอกที่ไม่ได้ใช้และบริโภคสินค้านั้นมากยิ่งขึ้น

2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย

ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยเป็นรูปแบบของการกระจายความเสี่ยงภายในสาย ของการจำหน่ายสินค้า (chain of distribution) ซึ่งเกิดขึ้นมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ดังนั้น ก่อนที่จะ พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย ผู้เขียนจึงขอแสดง ถึงสายของการจำหน่ายสินค้าเสียก่อน²⁷



²⁶ ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ของไทย ถิ่นนำหลักการของ EC Directive มาพิจารณาประกอบการร่างกฎหมายเช่นกัน โปรดดู มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ่าวไว้เชิงอรรถที่ 36*, น. 159.

²⁷ John McCleod, *Consumer Sales Law*, (London: Cavendish Pub., 2002), p. 512.

โดยทั่วไปแล้ว สินค้าอาจจะถูกนำเข้า หรือผลิตขึ้นภายในประเทศ ยกตัวอย่างของการผลิตรถยนต์ โดยส่วนใหญ่ ผู้ผลิต (manufacturer) จะผลิตรถยนต์ด้วยตัวเองเพียงบางส่วนเท่านั้น เช่น ตัวถัง และจะซื้อส่วนประกอบอื่นๆ เช่น วงจรไฟฟ้า จากผู้ผลิตชิ้นส่วน (component manufacturer) หรือผู้ค้าส่งหรือผู้นำเข้าส่วนประกอบ หลังจากนั้น ผู้ผลิตจะทำการประกอบสินค้าเข้าด้วยกัน ซึ่งโดยปกติแล้ว ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตจะปรากฏอยู่บนสินค้าขั้นสุดท้ายนี้ อย่างไรก็ตาม บางกรณี หากผู้ค้าปลีกมีอำนาจต่อรองที่เพียงพอก็อาจจะต้องการให้ใช้เครื่องหมายการค้าและชื่อของตนแทนในการจำหน่ายสินค้าแก่ผู้บริโภค²⁸ หลังจากนั้น สินค้าขั้นสุดท้ายจะป้อนจากผู้ผลิตไปยังผู้ค้าปลีก (retail seller) ไม่ว่าจะโดยตรง หรือผ่านทางผู้ค้าขายส่ง (ผู้ผลิตขายให้ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าส่งขายต่อไปยังผู้ค้าปลีก)

ส่วนผู้ซื้อสินค้า อาจจะใช้หรือบริโภคสินค้านั้นด้วยตัวเอง หรืออาจจะส่งต่อให้แก่ผู้อื่น ซึ่งเรียกกันว่า ผู้บริโภค (consumer) ถ้าสินค้าไม่ปลอดภัย ความเสียหายจึงอาจเกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อ ผู้บริโภค รวมถึงผู้ที่ไม่ได้บริโภคสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแต่ได้รับผลกระทบจากสินค้านั้น ซึ่งเรียกว่า Bystander บุคคลเหล่านี้จึงเป็นกลุ่มบุคคลที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครอง ซึ่งกฎหมาย Product Liability มีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้²⁹

1) เพื่อให้เกิดสมดุลสูงสุดระหว่างประโยชน์ของผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายในการเยียวยาความเสียหาย และประโยชน์ของผู้บริโภคอื่นที่ไม่ได้รับความเสียหายในการลดราคาสินค้า หมายความว่า โดยปกติแล้ว ผู้ผลิตย่อมอยู่ในสถานะที่จะกระจายความเสี่ยงไปยังผู้บริโภคได้ดีที่สุด³⁰ การกำหนดความรับผิดที่มีพื้นฐานของแนวคิด product defect-based liability (ความรับผิดที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย แต่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า) แก่ผู้ผลิต ทำให้ผู้ผลิตกระจายความเสี่ยงไปยังผู้บริโภคด้วยการตั้งราคาสินค้าที่สูงขึ้น เพื่อชดเชยกับค่าเสียหายที่จะต้องจ่ายให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น ในการกำหนดนโยบายเพื่อให้การเยียวยาแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจึงต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคอื่นที่ไม่ได้รับความเสียหายด้วย เพราะหากให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายมากเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคอื่นที่จะต้องซื้อสินค้าในราคาสูงขึ้น

2) เพื่อสนับสนุนการป้องกันอุบัติเหตุด้วยการออกแบบและควบคุมคุณภาพในการผลิตสินค้า การปิดฉลากคำเตือนที่ชัดเจนและระบบการเรียกคืนสินค้าซึ่งปรากฏว่ามีอันตรายในภายหลัง

3) ลดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ความเสียหายทางร่างกายหรือทางทรัพย์สินแก่ผู้บริโภค หรือความสูญเสียทรัพยากรทางด้านแรงงาน

4) สร้างรูปแบบของการชดเชยค่าเสียหายที่ได้รับการยอมรับทั้งทางศีลธรรมและทางการเมือง

²⁸ กรณีนี้อาจทำให้ผู้ค้าปลีกมีฐานะเป็นเสมือนผู้ผลิต (Own Brander หรือ Apparent Manufacturer) ซึ่งต้องรับผิดชอบเป็นผู้ผลิตภายใต้หลักการของ Product Liability Law.

²⁹ John McCleod, *supra* note 27, p. 512-513.

³⁰ อนันต์ จันทโรภากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 53.

5) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมาทั้งหมดอย่างมีประสิทธิภาพทางด้านค่าใช้จ่ายมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งในแง่ของค่าใช้จ่ายของระบบการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค และค่าใช้จ่ายของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากราคาสินค้าที่เพิ่มสูงขึ้น และอาจจะรวมถึงค่าใช้จ่ายในการทำประกันภัยความรับผิดในวงเงินสูงสุด

2.1.3 หลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย

เนื่องจากในขณะที่ผู้เขียนทำการศึกษา และเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ความปลอดภัย พ.ศ.³¹ ของประเทศไทย ยังไม่มีผลบังคับใช้ ดังนั้น หลักกฎหมายและการตีความปรับใช้ของศาลและนักวิชาการจึงยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนด้วยเหตุนี้ ในการศึกษาจึงจำเป็นต้องอาศัยเทียบเคียงและเปรียบเทียบจากหลักกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นหลักในการอธิบาย ซึ่งในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่ารูปแบบที่สำคัญของกฎหมาย Product Liability ในโลกนี้มีด้วยกันสองรูปแบบ³² คือ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ EC Directive ของสหภาพยุโรป ผู้เขียนจึงได้ศึกษาจากกฎหมายทั้งสองรูปแบบ โดยไม่ได้แบ่งแยกศึกษาเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) กับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ทั้งนี้ เพราะ EC Directive มีผลผูกพันให้ประเทศสมาชิกต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกันไม่ได้แบ่งแยกระบบว่าเป็น Common Law หรือ Civil law นอกจากนี้ EC Directive ยังมีอิทธิพลต่อกฎหมายของประเทศต่างๆ แม้ไม่ได้เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป ส่งผลให้รูปแบบกฎหมายของประเทศเหล่านั้นมีความเหมือนหรือแตกต่างกันโดยไม่อาจแบ่งแยกไปตามระบบ Common Law หรือ Civil law ได้³³

1) ความหมายของ Product Liability

คำว่า Product Liability ประกอบด้วยสองคำ คือ Product กับ Liability นั่นคือ ความเสียหายที่ก่อให้เกิดความรับผิดต้องเกิดขึ้นมาจากสินค้า ส่วนคำว่า Liability หมายถึง ความรับผิดทางแพ่งในทางละเมิด ภายใต้ Product Liability Law ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับแก่ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เป็นการกำหนดความรับผิดทางละเมิดแก่ผู้ที่ต้องรับผิด อย่างไรก็ตาม ไร่ก็ดีตามประวัติศาสตร์ การเรียกร้องให้รับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าอาจเรียกร้องโดยอาศัยหลักความรับผิดทางสัญญาได้เช่นกัน

2) หลักความรับผิด

ความรับผิดตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สมาชิกสหภาพยุโรป ต่างนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

³¹ต่อไปจะเรียกว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ.

³²Mathias Reimann, *supra* note 2.

³³*Ibid.*

มาใช้³⁴ บางครั้ง Product Liability จึงถูกเรียกว่า Strict Product Liability

ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หมายถึง ความรับผิดโดยปราศจากความผิด แต่เหตุที่ต้องรับผิดก็เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ว่าต้องรับผิด ดังนั้น การบัญญัติของกฎหมายว่า กรณีใดบุคคลจะต้องรับผิดโดยเคร่งครัดจึงต้องบัญญัติอย่างมีเหตุผลและจำกัดขอบเขตไว้อย่างเหมาะสม และควรนำมาใช้ในกรณีที่ยากต่อการพิสูจน์หรือหาความผิดของบุคคลใดได้ การบัญญัติกฎหมายตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ก็เพื่อจะประกันคนในสังคมไม่ให้อ้างรับเคราะห์กรรม³⁵ แม้ว่าความรับผิดโดยเคร่งครัดจะเป็นความรับผิดของบุคคลโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะต้องรับผิดอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการจะสันนิษฐานว่าบุคคลใดต้องรับผิดเสมอไปในทุกเรื่องที่เขาเกี่ยวข้องกับยอมจะไม่เป็นธรรม เพราะความเสียหายอาจจะเกิดจากสาเหตุอื่นๆ หรือจากการกระทำของบุคคลอื่นๆ ก็ได้ ดังนั้น โดยทั่วไป กฎหมายจึงกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดอยู่สองประการ³⁶ คือ เหตุสุดวิสัย และเหตุที่ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความรับผิดของผู้เสียหายเอง ซึ่งต่างไปจากความรับผิดโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability) ที่ไม่มีข้อยกเว้นให้แก้ตัวเพื่อหลุดพ้นความรับผิดได้เลย

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้แก่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยก็มีหลายประการ ได้แก่³⁷

1. การพิสูจน์ความผิด คือ ความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ผลิตเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก
2. การผลักภาระการพิสูจน์ตามหลัก Res Ipsa Loquitur ไม่สามารถใช้ได้ในทุกกรณี
3. หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดจะเป็นสิ่งจูงใจในการสร้างความปลอดภัยแก่สินค้าเพิ่มขึ้น
4. ผู้ผลิตมีความสามารถหรืออยู่ในฐานะดีที่สุดที่จะป้องกันอันตรายหรือกระจายความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากสินค้าได้
5. การที่ผู้ผลิตนำสินค้าของตนออกสู่ท้องตลาดย่อมสร้างความเชื่อถือแก่ผู้บริโภคพอสมควรในการคาดหวังถึงความปลอดภัยของสินค้านั้น ดังนั้น หากเกิดความเสียหายขึ้นจากสินค้านั้น ผู้ผลิตจึงสมควรต้องรับผิดชอบ

³⁴ร่างพระราชบัญญัติฯ ก็นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้เช่นกัน โปรดดู มาตรา 5 ในภาคผนวก.

³⁵ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, “ความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารนิติศาสตร์ 4, ปีที่ 14 (ธันวาคม 2527), น. 78-91.

³⁶มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า, (กองวิเคราะห์โครงการและประเมินผล สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2544) น. 9.

³⁷Edward J. Kionka, Torts in a Nutshell, 3rd ed. (ST. Paul, Minn.: West Group, 1999), p. 265.

3) บุคคลที่ต้องรับผิด

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะเห็นตรงกันว่าผู้ผลิต (producer) เป็นผู้ที่อยู่ในสถานะที่สามารถป้องกันไม่ให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยออกสู่ท้องตลาดได้ดีที่สุด³⁸ จึงกำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย อย่างไรก็ตาม ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าบุคคลอื่นที่อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้า นอกจากผู้ผลิตสมควรจะต้องรับผิดชอบหรือไม่

สำหรับผู้ผลิตนั้น โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายของประเทศต่างๆ ไม่ได้กำหนดขอบเขตของผู้ผลิตให้จำกัดอยู่แต่เพียงบุคคลที่เป็นผู้ผลิตสินค้าตามความเป็นจริงเท่านั้น แต่ขยายขอบเขตไปถึงบุคคลต่างๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการผลิตและการจำหน่ายสินค้าด้วย³⁹ ซึ่งผู้ผลิตได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1) ผู้ผลิตสินค้าที่แท้จริง (Manufacturer) ได้แก่ ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย (finished product) ผู้ผลิตวัตถุดิบ (raw material) และผู้ผลิตชิ้นส่วนของสินค้า (component part)

ในประเทศเยอรมนี มีการให้ความหมายของผู้ผลิต (Der Hersteller) ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้า ค.ศ. 1989 หรือ ProdHaftG ซึ่งบัญญัติขึ้นตามแนวทางของ EC Directive ไว้ในมาตรา 4 (1) ว่า ได้แก่ บุคคลทั้งหลายที่เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการของผู้ผลิตไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยมีบทบาทหรืออำนาจในการปฏิบัติการตามความเป็นจริงเกี่ยวกับการดำเนินการของผู้ผลิต ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้าซึ่งมีการเรียกค่าตอบแทน⁴⁰ ดังนั้น ผู้ผลิตจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำหรือการประกอบกรของผู้ผลิตเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจการค้าเท่านั้น

สำหรับความหมายของผู้ผลิตชิ้นส่วน ต้องพิจารณาถึงจารีตประเพณีทางการค้าด้วย ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึง บุคคลที่ผลิตสินค้าโดยมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในทางการค้าเพื่อนำมาวางในท้องตลาด โดยสินค้านี้ยังไม่ได้เข้าสู่สภาพที่ถือว่าเป็นสินค้าขั้นสุดท้าย⁴¹ เมื่อ “สินค้า” ตาม Product Liability Law หมายถึงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น (movable property) ชิ้นส่วนของสินค้าจึงหมายถึงเฉพาะสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งหรือส่วนประกอบของสินค้านั้น เช่น ถ้าสินค้าเป็นรถยนต์ ส่วนประกอบจำพวกยางรถยนต์ ขอบวงล้อ พวงมาลัย เบาะที่นั่ง ท่อไอเสีย หรือถึงน้ำมันรถยนต์เป็นวัตถุดิบ หรือชิ้นส่วนของสินค้านั้น⁴²

³⁸ อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 9, น. 133.

³⁹ John McCleod, *supra* note 27, p. 539.

⁴⁰ Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, 75, Rdnr. 4, S. 98. อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 36, น. 60.

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น. 62.

⁴² Kullmann, *Produkthaftungsgesetz*, S.108 อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 36, น. 63.

สำหรับขอบเขตของความรับผิดชอบของผู้ผลิตวัตถุดิบหรือชิ้นส่วน จะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่วัตถุดิบหรือชิ้นส่วนที่ตนผลิตไม่ปลอดภัยและความไม่ปลอดภัยดังกล่าวเป็นเหตุให้สินค้าขั้นสุดท้ายไม่ปลอดภัย⁴³ ในกรณีดังกล่าว กฎหมายของสมาชิกสหภาพยุโรปต่างกำหนดให้ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ผลิตวัตถุดิบหรือชิ้นส่วนด้วย แม้ว่าความไม่ปลอดภัยจะมีสาเหตุมาจากวัตถุดิบหรือชิ้นส่วนก็ตาม ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ผลิตชิ้นส่วน ถ้าพิสูจน์ได้ว่าความไม่ปลอดภัยเกิดขึ้นเพราะคำสั่งที่ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายให้ไว้แก่ตน หรือเกิดจากความไม่ปลอดภัยหรือความผิดพลาดในการประกอบสินค้า ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายหรือผู้ประกอบการสินค้าในขั้นสุดท้ายจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบแต่ผู้เดียว

2) ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต (Apparent Manufacturer or Quasi-Manufacturer or Quasi-Producer) ได้แก่ บุคคลใดๆ ที่แสดงให้เห็นว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้าโดยระบุชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายอื่นใดลงบนสินค้านั้น เหตุที่เรียกว่าเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตก็เพราะกฎหมายกำหนดให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับผิดชอบ แม้ในความเป็นจริงแล้วตนจะไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้านั้นก็ตาม หลักการสำคัญคือ ผู้เสียหายจะต้องสามารถกำหนดตัวผู้ผลิตที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้โดยง่าย และโดยเหตุนี้ จึงมุ่งไปที่ข้อความหรือสิ่งบ่งชี้ต่างๆ ที่ระบุไว้บนตัวสินค้าเป็นลำดับแรก⁴⁴ กล่าวคือ บุคคลทุกคนที่แสดงตนว่าเป็นผู้ผลิตโดยการระบุชื่อเครื่องหมายการค้า หรือสัญลักษณ์อื่นใดของตน ย่อมถือเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น

3) ผู้นำเข้า (Importer) ได้แก่ ผู้นำเข้าสินค้าเพื่อการขาย ให้เช่า หรือการจำหน่ายโดยวิธีการอื่นใดในทางการค้า ถือว่ามีฐานะเป็นผู้ผลิต ดังนั้น ผู้ได้รับความเสียหายจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่มีผู้นำเข้ามาจำหน่าย จึงไม่ต้องไปฟ้องร้องผู้ผลิตสินค้านั้นในต่างประเทศ ซึ่งอาจมีอุปสรรคหรือไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายของประเศนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้เสียหายทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างเดียวกันโดยไม่คำนึงถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น⁴⁵

เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้นำเข้าต้องรับผิดชอบสำหรับคุณภาพและความปลอดภัยของสินค้าไม่เฉพาะต่อบุคคลที่เป็นคู่สัญญาของตน แต่รวมถึงบุคคลใดๆ ก็ตามที่ได้รับ ความเสียหายจากสินค้านั้น ก็เพราะผู้นำเข้าสร้างความเสี่ยงขึ้นด้วยการนำสินค้าเข้ามายังประเทศที่เกิดความเสียหาย⁴⁶ ดังนั้น ผู้นำเข้า

⁴³Hans Claudius Taschner, "Product Liability-Actual Legislation and Law Reform in Europe," in Consumer Law in EEC, ed. Geoffrey Woodroffe (London: Sweet & Maxwell, 1984), p.121.

⁴⁴มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, อ้าวแล้ว เจริญรอนที่ 36, น. 14.

⁴⁵เพ็ญอึ้ง.

⁴⁶The Lord Griffiths, et al., "Developments in English Product Liability Law: A Comparison with the American System," Tulane Law Review 62 (February 1988).

จึงมีหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบและทดสอบสินค้าที่ตนนำเข้า⁴⁷

4) ผู้ขาย (Supplier)⁴⁸ ในกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต หรือผู้ที่ป้อนสินค้าให้แก่ตน หรือผู้นำเข้า ผู้เสียหายอาจฟ้องร้องผู้ขายสินค้าได้ ทั้งนี้ ผู้ขายถือเป็นผู้ผลิตโดยการสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายในการหาผู้ต้องรับผิดชอบ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ขายสินค้าจะมีความรับผิดชอบ ต่อเมื่อไม่สามารถบอกให้ผู้เสียหายทราบถึงตัวผู้ผลิตสินค้า ผู้ที่ป้อนสินค้าให้แก่ตน หรือผู้นำเข้าแล้วแต่กรณี

กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้ต้องรับผิดชอบหลัก โดยผู้ขายเป็นเพียงผู้รับผิดชอบในลำดับรองเท่านั้น (secondary liable)⁴⁹ (กล่าวคือ ต้องรับผิดชอบเมื่อไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิตสินค้าได้) เนื่องจากโดยปกติแล้ว ผู้ขายไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในขั้นตอนการผลิตและมีโอกาสน้อยมากที่จะรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า หากสินค้าอยู่ในบรรจุภัณฑ์ที่ปิดผนึกไว้⁵⁰ ดังนั้น ผู้ขายจึงเพียงแค่ส่งต่อสินค้าไปยังผู้บริโภคในสภาพที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงเท่านั้น⁵¹ ซึ่งต่างจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้ผู้ขายในทุกทอดรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต โดยไม่มีเหตุหลุดพ้นความรับผิดชอบจากการแจ้งตัวผู้ผลิตสินค้า หรือผู้ที่ป้อนสินค้าให้แก่ตน หรือผู้นำเข้าดังบทบัญญัติของ EC Directive⁵²

สำหรับร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้ “ผู้ประกอบการ” เป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งตามมาตรา 4 ได้ให้ความหมายไว้ มีความหมายเช่นเดียวกันกับผู้ผลิต (producer) ตามกฎหมายของประเทศต่างๆ นั่นเอง

⁴⁷Utz P. Toepke, ““1992” and the Harmonization of Products Liability Law in the EEC-Germany,” Practising Law Institute /Litigation and Administrative Practice Course Handbook Series Litigation, 371, 125 (1989).

⁴⁸ร่างพระราชบัญญัติฯ ใช้คำว่า “ผู้ขาย” แทนคำว่า Supplier เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งต่างให้ความหมายของคำว่า “ขาย” ให้หมายรวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหา ดังนั้น ผู้ขายตามกฎหมาย Product Liability จึงมีความหมายกว้างกว่าผู้ขายตามสัญญาซื้อขาย (seller).

⁴⁹Utz P. Toepke, *supra* note 47.

⁵⁰James A. Henderson and Aaron D. Twerski, Products Liability Problems and Process, (Boston: Little Brown,1987), p. 6; Marshall S. Shapo, *supra* note 25.

⁵¹The Law Commission and Scottish Law Commission, Liability for Defective Products, (London: Her Majesty's Stationery Office, 1975), p. 163.

⁵²อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ผู้ค้าปลีกต้องรับผิดชอบตามหลักละเมิดทั่วไปเท่านั้น Mathias Reimann, “Product Liability in A Global Concept: the Hollow Victory of the European Model,” European Review of Private Law, 2 (2003), p. 138.

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ผู้ว่าจ้างให้ผลิตต้องรับผิดชอบ เนื่องจากกรณีที่มีการว่าจ้างให้ผลิต ผู้ว่าจ้างย่อมรู้ ส่วนผสม หรือส่วนประกอบของสินค้าดีกว่าผู้ผลิต ดังนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบ เพราะอยู่ในฐานะที่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผลิตสินค้า ก็สมควรที่จะต้องกำหนดให้ผู้ว่าจ้างให้ผลิตรับผิดชอบเช่นกัน

4) เงื่อนไขของความรับผิด

ก) ความหมายและประเภทของสินค้า

เมื่อ Product Liability เป็นความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากสินค้า การพิจารณาถึงความหมายและประเภทของสินค้าที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจึงเป็นสาระสำคัญและมีประโยชน์ต่อการกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมาย ตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ “สินค้า” หมายถึง สงหาทรัพย์สิน (movable property) ทุกชนิด แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะติดอยู่กับสงหาทรัพย์สินหรือ อสงหาทรัพย์สินอื่น สาเหตุที่กฎหมายไม่นำสงหาทรัพย์สินมารวมไว้ด้วย ก็เพราะอสงหาทรัพย์สินเป็นสิ่งที่ไม่สามารถ “put into the stream of commerce” (ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา) หรือ “put into circulation” (ตามบทบัญญัติของ EC Directive) ซึ่งเป็นองค์ประกอบความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยได้เหมือนอย่างกรณีของสงหาทรัพย์สิน⁵³

เมื่อสินค้าหมายถึงสงหาทรัพย์สินเท่านั้น อสงหาทรัพย์สินและทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนไหวได้ เช่น สิ่งก่อสร้างบนที่ดิน⁵⁴ จึงไม่อยู่ในความหมายของสินค้า ดังนั้น ผู้ก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินจึงไม่ถือเป็นผู้ผลิตตาม Product Liability Law อย่างไรก็ดีตาม ถ้าความไม่ปลอดภัยของสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินเป็นผลมาจากความบกพร่องของสัณณาระที่ใช้ในการก่อสร้าง ผู้ผลิตสัณณาระจะต้องรับผิดชอบตาม Product Liability Law เพราะสัณณาระถือเป็นสินค้าตาม Product Liability Law⁵⁵ นอกจากนี้ ยังมีผู้เห็นว่า สงหาทรัพย์สินที่เป็นสินค้า จะต้องเป็นสิ่งที่สามารถแบ่งแยกได้ด้วย เช่น ถ้ำซ หรือน้ำ แต่ถ้ำเป็นน้ำที่ไหลอย่างไมซาดสาย และอากาศในบรรยากาศ เมื่อโดยสภาพไมสามารถแบ่งแยกได้จึงไมใช้สินค้า⁵⁶

ทั้ง EC Directive และ Restatement (Third) of Torts ต่างกำหนดให้ผลผลิตวัตถุดิบทางการเกษตร (primary agricultural products) ซึ่งเป็นผลผลิตทางการเกษตรที่ยังไมผ่านการบวนการแปรรูปทางอุตสาหกรรมนั้นอยู่ภายใต้บังคับของ Product Liability Law ทั้งนี้ “ผลผลิตวัตถุดิบทางการเกษตร” หมายถึง ผลผลิตที่ได้จากพื้นดิน การเลี้ยงสัตว์ และจากการประมง แต่ไมรวมถึงผลผลิตที่ผ่านการแปรสภาพในชั้นต้น และสินค้ายังมีความหมายรวมถึงกระแสไฟฟ้าด้วย -

⁵³อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เจริญรณที่ 9*, น. 121.

⁵⁴มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้างแล้ว เจริญรณที่ 36*, น. 47.

⁵⁵Christopher Hodges, et al., *Product Safety*, (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 242.

⁵⁶มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้างแล้ว เจริญรณที่ 36*, น. 48.

สินค้าย่อมรวมถึงสินค้าซึ่งนำไปประกอบเป็นส่วนหนึ่งของสินค้าอื่นด้วย ไม่ว่าจะเป็นชิ้นส่วน วัตถุดิบ หรือสิ่งอื่น เพราะกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ต่างกำหนดให้ผู้ผลิตชิ้นส่วน หรือวัตถุดิบที่นำไปใช้แก่ผลิตภัณฑ์อื่นอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากความไม่ปลอดภัยของชิ้นส่วน หรือวัตถุดิบนั้นๆ อยู่แล้ว

สำหรับร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 4 กำหนดให้ “สินค้า” หมายรวมถึงสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่ผลิตหรือนำเข้าเพื่อขาย และให้หมายรวมถึงกระแสไฟฟ้าและผลิตผลเกษตรกรรมที่ยังไม่ได้ผ่านกระบวนการผลิตด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม มาตรา 4 จึงเปิดช่องให้สามารถออกกฎกระทรวงเพื่อยกเว้นการบังคับใช้แก่ผลิตผลเกษตรกรรมบางชนิดได้

ข) ความไม่ปลอดภัยของสินค้า (defects)

คำว่า defects ถ้าแปลตรงตัวน่าจะตรงกับคำภาษาไทยว่า “ความชำรุดบกพร่อง” มากกว่าคำว่า “ไม่ปลอดภัยหรือขาดความปลอดภัย” อย่างไรก็ตาม สินค้าที่ไม่ปลอดภัย (defective product) ตามความหมายของกฎหมายประเทศต่างๆ นั้น หมายถึงสินค้าที่ขาดความปลอดภัย⁵⁷ ซึ่งโดยทั่วไปมีความหมายกว้างกว่าสินค้าชำรุดบกพร่อง เพราะสินค้าที่ขาดความปลอดภัยอาจจะชำรุดบกพร่องหรือไม่ชำรุดบกพร่องก็ได้ เนื่องจากสินค้าอาจขาดความปลอดภัยโดยสภาพของทรัพย์สินนั่นเอง เช่น ดิฉไฟง่ายระเบิดได้ เป็นต้น

ความไม่ปลอดภัยของสินค้า (defects) หมายถึง⁵⁸ การที่สินค้านั้นขาดความปลอดภัยตามที่บุคคลพึงคาดหวังได้จากสินค้านั้น ประโยชน์อันควรคาดหมายได้จากการใช้สินค้านั้น เวลาที่สินค้านั้นออกวางตลาด ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในพิจารณาความไม่ปลอดภัยของสินค้า คือ ความคาดหวังของผู้บริโภคโดยทั่วไป หรือที่เรียกว่า consumer expectation test ซึ่งเป็นการพิจารณาวัดจากมาตรฐานทางภาวะวิสัย (Objective Standard)⁵⁹ โดยเทียบกับสิ่งที่บุคคลทั่วไปหรือสาธารณชนสมควรที่จะได้รับจากสินค้านั้น เนื่องจาก Product Liability มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้สินค้าหรือบุคคลภายนอกโดยทั่วไปโดยกฎหมายส่วนใหญ่กำหนดให้พิจารณาถึงสถานการณ์แวดล้อมต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะหรือ

⁵⁷ ร่างพระราชบัญญัติฯ ใช้คำว่า “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” เพราะผู้ร่างต้องการให้ทราบถึงขอบเขตของการใช้บังคับกฎหมายอย่างชัดเจนและสอดคล้องกับเนื้อหาสาระของกฎหมาย ทั้งไม่ต้องการให้สับสนกับคำว่า “ความชำรุดบกพร่อง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โปรดดู คณะอนุกรรมการการศึกษาและติดตามการคุ้มครองผู้บริโภคในคณะกรรมการการสาธารณสุข วุฒิสภา และโครงการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสุขภาพ (คคส.) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. : ผลดีต่อการคุ้มครองผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร: อุษาการพิมพ์, 2548.), น. 73. (ต่อไปจะเรียกว่า พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย)

⁵⁸ อนันต์ จันทโรภากร, อ้าวแล้ว เจริญรอตี 9, น. 129.

⁵⁹ มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, อ้าวแล้ว เจริญรอตี 36, น. 35, 51.

รูปแบบของสินค้า ประโยชน์ของสินค้าที่ผู้บริโภคสมควรได้รับ ช่วงเวลาที่วางจำหน่ายสินค้า

กฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป รวมทั้งร่างพระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทยต่างใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาความไม่ปลอดภัยของสินค้าในทำนองเดียวกัน จะแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับสถานการณ์แวดล้อมหรือพฤติกรรมแห่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องนำมาพิจารณา นอกเหนือไปจากลักษณะหรือรูปแบบของสินค้า ประโยชน์ของสินค้าที่สมควรได้รับ ช่วงเวลาที่วางจำหน่าย เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ค.ศ. 1987 (Consumer Protection Act) ของประเทศอังกฤษ มาตรา 3 ให้พิจารณาลักษณะและวัตถุประสงค์ของการจำหน่าย การใช้เครื่องหมาย คำแนะนำหรือคำเตือนด้วย ขณะที่กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้า ค.ศ. 1989 (ProdHaft G) ของประเทศเยอรมนี ให้พิจารณาลักษณะการทำงานของสินค้า วิธีการใช้งาน ส่วนร่างพระราชบัญญัติฯ ให้พิจารณาถึงการเก็บรักษาตามปกติธรรมดาของสินค้าอันพึงคาดหมายได้ด้วย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ต่างถือหลักว่าความไม่ปลอดภัยจะต้องมีอยู่ก่อนส่งมอบสินค้า

กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่แบ่งแยกความไม่ปลอดภัยของสินค้าออกเป็นสามกรณี คือ

1) ความไม่ปลอดภัยในการผลิต (manufacturing defect) หมายถึง สินค้าที่ผลิตได้นั้นไม่ตรงตามแบบที่ได้ตั้งใจไว้ (intended design) แม้ว่าจะได้ใช้ความระมัดระวังทั้งหมดที่เป็นไปได้แล้วก็ตาม⁶⁰ หรือแตกต่างไปจากมาตรฐานที่สร้างขึ้นโดยผู้ผลิตเองสำหรับสินค้าอื่นที่มีลักษณะการใช้งานที่คล้ายกัน (deviation from the norm test)⁶¹

ความไม่ปลอดภัยในการผลิตจึงเป็นความไม่ปลอดภัยที่ปรากฏในการผลิตสินค้าเฉพาะชิ้นเฉพาะราย ไม่ได้ไม่ปลอดภัยทั้งหมดอย่างกรณีของความไม่ปลอดภัยในการออกแบบ ความไม่ปลอดภัยในการผลิตอาจเกิดขึ้นจากความผิดพลาดของเครื่องจักร หรือคนงานในกระบวนการผลิตที่ปล่อยให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยหลุดลอดผ่านการตรวจสอบควบคุมคุณภาพสินค้า หรือไม่ได้จัดให้มีการควบคุมคุณภาพที่ดีพอก่อนที่จะนำสินค้านั้นออกวางจำหน่ายทำให้สินค้านั้นมีคุณภาพไม่ได้มาตรฐานเป็นอย่างเดียวกันกับสินค้าอื่นๆ หรือมีคุณภาพด้อยกว่า⁶² ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยประเภทนี้โดยมากจะเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ด้วยการควบคุมคุณภาพที่ดีพอก่อนที่จะนำสินค้าออกวางจำหน่าย แลจะนำสภาพการพัฒนารทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาเป็นเกณฑ์วัดความไม่ปลอดภัยประเภทนี้ไม่ได้ เพราะโดยปกติ ผู้ผลิตย่อมสามารถตรวจพบความไม่ปลอดภัยในการผลิตได้เสมอ สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับ

⁶⁰<www.ali.org/ali/tortpl.htm>.

⁶¹John G. Fleming, *supra* note 1, p. 498.

⁶²Ernst von Caemmerer, "Some Current Problems in the Civilian Law of Sale of Movables: Products Liability," in Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit and Secured Transactions, ed. Ziegel and Foster (Canada: Oceana Publications Inc., 1969), p. 68.

ความไม่ปลอดภัยประเภทนี้จึงอาศัยหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด หรือไม่มีความผิดเท่านั้น⁶³

2) ความไม่ปลอดภัยในการออกแบบ (design defect) หมายถึง⁶⁴ กรณีที่สามารถคาดเห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากสินค้า ซึ่งอาจหลีกเลี่ยงหรือลดความเสี่ยงนั้นได้ด้วยการออกแบบอย่างเหมาะสม และการไม่นำการออกแบบนั้นมาใช้ทำให้สินค้าขาดความปลอดภัยตามสมควร ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 ประการคือ หลัก consumer expectation test กับหลัก risk-utility test

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หลัก consumer expectation test ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ตาม Restatement (Second) of Torts มาตรา 402A ถือว่าสินค้าไม่ปลอดภัย เมื่อสินค้าขาดความปลอดภัยอันพึงมีตามที่ผู้บริโภคทั่วไปคาดหวังได้ตามสมควร บางครั้ง จึงเรียกหลักนี้ว่า หลักความไม่เหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมาย (unfitness for intended purpose) ทั้งนี้ ผู้บริโภคจะคาดหวังเกินกว่าระดับของเทคโนโลยีที่มีอยู่ในการตรวจพบความไม่ปลอดภัยไม่ได้ ส่วนหลัก risk-utility test เป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงที่สินค้าน่าจะก่อให้เกิดอันตราย (ทั้งนี้ กฎหมายถือว่าผู้ผลิตมีหน้าที่ออกแบบสินค้าเพื่อป้องกันอันตรายเหล่านั้น) กับประโยชน์ของสินค้าที่จะได้รับจากการออกแบบของผู้ผลิต⁶⁵ โดยถือว่าสินค้าไม่ปลอดภัย ถ้าความเสี่ยงภัยในอันตรายจากสินค้ามีมากกว่าประโยชน์ของสินค้าที่ออกแบบเช่นนั้น โดยผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่าแบบของสินค้าดังกล่าวเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหาย หรือพิสูจน์ว่าผู้ผลิตมีทางเลือกในการออกแบบที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาอันตรายที่อาจเกิดจากแบบดังกล่าว การนำหลัก risk-utility test มาใช้ก็เนื่องจากเห็นว่าส่งเสริมให้มีการพัฒนาเทคโนโลยีมากขึ้น⁶⁶

ในคดี *Cepeda v. Cumberland Engineering Co., Inc.* ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำองค์ประกอบเจ็ดประการที่สร้างขึ้นโดย Dean John Wade มาใช้พิจารณาเปรียบเทียบอัตราประโยชน์กับความเสียหายที่อาจก่อให้เกิดอันตรายของสินค้าตามหลัก risk-utility test⁶⁷ ได้แก่ 1) ประโยชน์ใช้สอยและความต้องการสินค้าของผู้บริโภคและสาธารณชน 2) ความปลอดภัยของสินค้า โดยพิจารณาจากแนวโน้มของการก่ออันตราย ความรุนแรงที่จะเกิดขึ้น 3) การใช้สินค้าอื่นที่ไม่เป็นอันตรายต่อผู้บริโภคทดแทน 4) ความสามารถในการกำจัดคุณลักษณะที่ไม่ปลอดภัยของสินค้าโดยไม่ทำให้การใช้ประโยชน์ของสินค้าเสีย

⁶³ วูล์ฟกัง ไฟร์ฮอร์ ฟอน มาร์แชลล์, “ความรับผิดชอบเพื่อผลิตภัณฑ์: ข้อคิดบางประการในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” ถอดความและเรียบเรียงโดยกิตติศักดิ์ ปรกติ, *วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์* ปีที่ 18, ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2531), น. 164.

⁶⁴ *supra* note 60.

⁶⁵ John G. Fleming, *supra* note 1, p. 498.

⁶⁶ อนันต์ จันทโรภากร, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 9*, น. 127-128.

⁶⁷ Thomas Lundmark, “The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive,” *Journal of International Law and Practice* 5 (1996).

ไป หรือไม่ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไปเพื่อให้สินค้าใช้ประโยชน์ได้ 5) ความสามารถในการหลีกเลี่ยงความอันตรายของผู้ใช้โดยการใช้ความระมัดระวังในการใช้สินค้า 6) ความตระหนักของผู้ใช้เกี่ยวกับอันตรายของสินค้า โดยพิจารณาจากความรู้ของสาธารณชน คำเตือนและคำแนะนำเกี่ยวกับสินค้าที่มีอยู่ในขณะนั้น และ 7) การกระจายความเสียหายโดยการตั้งราคาของสินค้าให้สูงขึ้น เนื่องจากการบวกค่าเบี้ยประกันภัยเพื่อคุ้มครองความเสียหายที่เกิดจากสินค้าซึ่งผู้ผลิตจะต้องรับผิดชอบ

3) ความไม่ปลอดภัยในการให้คำเตือน หรือกำหนดข้อบ่งชี้ไม่เพียงพอ (warning defect or inadequate instructions) หมายถึง⁶⁸ กรณีที่สามารถคาดเห็นถึงความเสี่ยงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากสินค้าซึ่งอาจหลีกเลี่ยงหรือลดความเสี่ยงนั้นได้ด้วยการให้คำเตือน หรือกำหนดข้อบ่งชี้ที่เหมาะสม และการละเว้นนั้นทำให้สินค้าขาดความปลอดภัยตามสมควร บางครั้งจึงเรียกความไม่ปลอดภัยนี้ว่า failure to instruct or warn

อย่างไรก็ตาม ยังมีความไม่ปลอดภัยอีกประเภทหนึ่งที่ใช้กันอยู่ตามกฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี คือ ความไม่ปลอดภัยในสินค้าที่ค้นพบในภายหลังด้วยการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หรือความไม่ปลอดภัยในผลิตภัณฑ์ใหม่ที่ต้องเสี่ยง (defect in development risks or Entwicklungsrisiko) ซึ่งได้แก่กรณีที่สินค้าได้ผลิตขึ้นตามหลักวิชาการและมาตรฐานทางเทคโนโลยีที่มีอยู่ในขณะที่ผลิตสินค้าแล้ว แต่ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีจนอยู่ในมาตรฐานที่สามารถตรวจสอบและพิสูจน์ถึงอันตรายจากสินค้าอันเป็นสาเหตุของความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว⁶⁹ ผู้ผลิตจึงอาจต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยนั้นด้วย ความรับผิดชอบกรณีนี้จึงถือเป็นข้อยกเว้นที่ผู้ผลิตจะยกข้อต่อสู้เรื่องความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาเป็นเหตุให้หลุดพ้นความรับผิดชอบไม่ได้⁷⁰

5) การการพิสูจน์

กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้บุคคลผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหาย ความไม่ปลอดภัยและความสัมพันธ์กันระหว่างความไม่ปลอดภัยและความเสียหายนั้น จึงเท่ากับกำหนดภาระการพิสูจน์แก่ผู้เสียหายที่จะต้องแสดงถึงความเสียหาย ความไม่ปลอดภัยของสินค้าและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ คือ ความไม่ปลอดภัยและผล คือ ความเสียหาย (causation)⁷¹ ด้วยการพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า จะมีความแตกต่างกันที่ระดับ

⁶⁸ *supra* note 60.

⁶⁹ Ernst von Caemmerer, *supra* note 62.

⁷⁰ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “ความเสี่ยงภัยอันเกิดขึ้นจากการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่บกพร่อง,” *วารสารนิติศาสตร์* เล่ม 4, ปีที่ 31 (ธันวาคม 2544), น. 844.

⁷¹ Marshall S. Shapo, *supra* note 25.

ของการพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ของแต่ละประเทศเท่านั้นว่าจะต้องนำสืบหรือใช้พยานหลักฐานถึงเพียงใด

ในการพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า การที่กฎหมายกำหนดให้ลักษณะของความไม่ปลอดภัยของสินค้าโยงอยู่กับสภาพความปลอดภัยที่บุคคลทั่วไปพึงคาดหวัง โดยให้พิจารณาถึงสถานการณ์แวดล้อมต่างๆ ทำให้ผู้เสียหายมีการพิสูจน์ง่ายกว่าหลักทั่วไปของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ความรับผิดที่เกิดจากสินค้า เช่น ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลยตามกฎหมายละเมิด เป็นต้น

ร่างพระราชบัญญัติฯ มีความแตกต่างที่สำคัญจากกฎหมายของต่างประเทศในประเด็นเรื่องการพิสูจน์ นั่นคือ ตามมาตรา 6 กำหนดให้ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด เท่ากับว่าผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่กล่าวอ้างว่าเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหาย ทั้งไม่ต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายและความไม่ปลอดภัยของสินค้าตามหลัก causation เพียงแต่พิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจาก “สินค้า” ของจำเลยก็เพียงพอแล้ว โดยถือเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่เป็นจำเลยที่จะต้องยกข้อต่อสู้เรื่องความไม่ปลอดภัยของสินค้าขึ้นกล่าวอ้างตามมาตรา 7 และมีภาระการพิสูจน์ตามข้อต่อสู้นั้นเพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิด ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากกว่ากฎหมายของต่างประเทศ

6) เหตุหลุดพ้นความรับผิดของจำเลย

EC Directive กำหนดเหตุหลุดพ้นความรับผิดแก่จำเลยไว้หกประการตามมาตรา 7 ดังนี้

- 1) ผู้ผลิตไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่าย (put into circulation)
- 2) สินค้าไม่ได้มีความไม่ปลอดภัยในเวลาที่ได้นำออกจำหน่าย หรือความไม่ปลอดภัยนั้นเกิดขึ้นภายหลังนำสินค้าออกจำหน่ายแล้ว
- 3) สินค้านั้นไม่ได้ผลิตขึ้นเพื่อขายหรือจำหน่ายในเชิงพาณิชย์ (economic purpose) หรือไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายในทางธุรกิจการค้าของผู้ผลิต (in the course of his business)
- 4) ความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับที่ออกโดยองค์กรของรัฐ (mandatory regulations)
- 5) ในเวลานำสินค้าออกจำหน่าย ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยียังไม่เจริญก้าวหน้าถึงขั้นที่ทำให้ผู้ผลิตสามารถรู้หรือค้นพบความไม่ปลอดภัยของสินค้าได้
- 6) ในกรณีจำเลยเป็นผู้ผลิตชิ้นส่วน (manufacturer of a component) ผู้ผลิตชิ้นส่วนอาจพิสูจน์ว่า ความไม่ปลอดภัยเกิดจากการออกแบบของสินค้าขั้นสุดท้าย หรือจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย

เหตุหลุดพ้นความรับผิดประการที่ 5 มักเรียกกันว่า “state of the art defence” เหตุที่ยอมรับให้จำเลยยกข้อต่อสู้ได้ก็เพราะว่าบุคคลไม่ควรต้องรับผิดในสิ่งที่เทคโนโลยียังก้าวไปไม่ถึง หากผู้ผลิตหรือ

ผู้ขายต้องรับผิดชอบไปกว่าระดับเทคโนโลยีในขณะที่น่าสินค้าออกจำหน่ายแล้ว ก็จะไม่เป็นกรรมแก่ผู้ผลิตหรือผู้ขาย

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา Restatement of Torts ทั้งสองฉบับไม่ได้บัญญัติเหตุผลลดพ้นความรับผิดชอบของผู้ผลิตไว้โดยชัดเจน จึงขึ้นอยู่กับหลักที่ศาลแต่ละรัฐได้วางไว้ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้⁷²

- 1) ผู้เสียหายสมควรใจเข้าเสี่ยงภัยเองและใช้สินค้าต่างๆ ที่ไม่ปลอดภัยโดยไม่มีเหตุอันสมควร
- 2) การใช้สินค้าผิดวิธี (product misuse) เนื่องจากผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องผลิตสินค้าที่ปลอดภัยออกสู่ท้องตลาด ผู้ผลิตจึงต้องคาดหมายด้วยว่าสินค้าที่ตนผลิตนั้นจะมีการนำไปใช้โดยผิดวิธีหรือไม่อย่างไร ดังนั้น ผู้ผลิตจึงต้องให้คำเตือนกำกับสินค้าเกี่ยวกับการใช้ผิดวิธีด้วย และผู้ผลิตสามารถต่อสู้ได้ว่าผู้เสียหายใช้สินค้าโดยไม่ถูกต้องนั้นเฉพาะกรณีที่เป็นการใช้สินค้าผิดวิธีโดยไม่อาจคาดหมายได้เท่านั้น (unforeseeable misuse)

3) ผู้เสียหายมีส่วนผิด (comparative negligence) เป็นการลดความรับผิดชอบในการชดเชยค่าเสียหายไปตามสัดส่วนความผิดของโจทก์ ซึ่งแบ่งได้เป็นสองแนวทาง คือ 1) เมื่อผู้เสียหายมีส่วนผิดในการก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลก็จะลดค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปตามสัดส่วนความผิดของผู้เสียหาย แนวทางนี้ เรียกว่า pure comparative negligence 2) ถ้าผู้เสียหายมีส่วนผิดมากกว่าจำเลย ผู้เสียหายจะไม่มีสิทธิเรียกร้องจากจำเลยได้เลย แนวทางนี้ เรียกว่า modified comparative negligence

ร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดเหตุผลลดพ้นความรับผิดชอบของจำเลยไว้ในบทบัญญัติของมาตรา 7 สามประการ ได้แก่ (1) สินค้านั้นไม่ได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (3) ความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีการใช้วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว ซึ่งข้อต่อสู้สองประการหลังเป็นหลักทั่วไปของเหตุยกเว้นความรับผิดทางละเมิดนั่นเอง⁷³

นอกจากข้อต่อสู้ตามมาตรา 7 แล้ว เหตุลดพ้นความรับผิดในเรื่องผู้ผลิตไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่าย และสินค้าไม่ได้มีความไม่ปลอดภัยในเวลาที่น่าออกจำหน่าย หรือความไม่ปลอดภัยนั้นเกิดขึ้นภายหลังนำสินค้าออกจำหน่ายแล้วตาม EC Directive ก็ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ที่บัญญัติให้ผู้ประกอบการจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่มีการขายแล้วเท่านั้น ส่วนข้อต่อสู้ตาม EC Directive ที่ว่า สินค้าไม่ได้ผลิตขึ้นเพื่อขายหรือจำหน่ายในเชิงพาณิชย์ หรือไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายในทางธุรกิจการค้าของผู้ผลิต ก็อยู่ในความหมายของคำนิยามคำว่า “ขาย” ตามมาตรา 4 ซึ่งต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าเท่านั้น เมื่อใช้ตีความประกอบกับบทบัญญัติของมาตรา 5 ดังกล่าวก็จะมีผลให้ความหมายเท่ากับเหตุผลพ้นความรับผิดดังกล่าว

⁷²สรุปจาก อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 168.

⁷³พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, น. 75.

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฯ ไม่ได้นำเหตุผลพื้นฐานความรับผิดชอบเรื่องสภาพความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และกรณีที่สินค้าได้ผลิตตามข้อกำหนดหรือมาตรฐานของหน่วยงานของรัฐที่ตรวจสอบควบคุมหรือมาตรฐานต่างประเทศหรือระหว่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐให้การรับรองมากำหนดไว้เป็นเหตุผลพื้นฐานความรับผิดชอบของผู้ประกอบการอย่างบทบัญญัติของ EC Directive เพราะ⁷⁴ โดยส่วนใหญ่ ประเทศไทยจะนำเข้าสินค้าอุตสาหกรรมต่างๆ จากต่างประเทศในแต่ละปีเป็นจำนวนมาก หากนำสภาพการพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมากำหนดเป็นเหตุผลพื้นฐานความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ย่อมเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการโดยเฉพาะผู้ประกอบการในต่างประเทศส่งสินค้าที่ใช้วิทยาการใหม่ๆ มาจำหน่ายในประเทศไทย ซึ่งสภาพการพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในขณะที่น่าสินค้าออกขายนั้นยังไม่อาจทำให้ตรวจพบได้ว่าสินค้านั้นไม่ปลอดภัย ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยรวมในประเทศไทยเป็นอย่างมาก

ส่วนกรณีที่ผู้ประกอบการได้ผลิตสินค้าตามข้อกำหนดหรือมาตรฐานที่หน่วยงานของรัฐตรวจสอบควบคุม นั้น ไม่ได้เป็นการรับประกันว่าสินค้านั้นจะปลอดภัยเสมอไป เช่น มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเป็นเพียงมาตรฐานเบื้องต้นหรือมาตรฐานขั้นต่ำเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น เป็นต้น ทั้งระบบการตรวจสอบควบคุมของหน่วยงานของรัฐของไทยเป็นการตรวจสอบโดยวิธีสุ่มตัวอย่างสินค้าเท่านั้น ย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยจะไม่ถูกตรวจสอบ หากกำหนดเป็นเหตุผลพื้นฐานความรับผิดชอบ จะทำให้ผู้ประกอบการหลุดพ้นความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง ซึ่งจะไม่เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคตามเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัตินี้

2.2 ความหมายของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า

โดยทั่วไป บทบาทของผู้ให้แฟรนไชส์ในแฟรนไชส์แต่ละประเภทย่อมแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์อาจมีฐานะเป็นผู้ผลิต ผู้ขายหรือจัดป้อนสินค้าแก่ผู้รับแฟรนไชส์ หรือเพียงแต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าของผู้รับแฟรนไชส์โดยไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าก็ได้ ซึ่งบทบาทและฐานะของผู้ให้แฟรนไชส์ดังกล่าวมีผลโดยตรงต่อการกำหนดความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ เนื่องจาก Product Liability มุ่งประสงค์ให้ผู้อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้า คือผู้ผลิต ผู้ขาย ผู้นำเข้าเป็นผู้ต้องรับผิดชอบหลัก

อย่างไรก็ดี ขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์มีบทบาทในการควบคุมและอำนวยการแก่การดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ โดยไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าด้วยตนเอง ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าในที่นี้ จึงหมายถึง ผู้ให้แฟรนไชส์

⁷⁴พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, น. 71.

ที่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้า⁷⁵ ของคนแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยของผู้รับแฟรนไชส์โดยไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้านั้น ซึ่งคำว่า “ผลิต” “ขาย” “นำเข้า” ในที่นี้ มีความหมายตามร่างพระราชบัญญัติ⁷⁶ โดย “ขาย” มีความหมายกว้างกว่าสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั่นคือ หมายรวมถึงการจำหน่าย จ่าย แจก หรือแลกเปลี่ยน การให้เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหา เสนอ ชักชวน หรือนำออกแสดง เพื่อประโยชน์ทางการค้า การขายตามร่างพระราชบัญญัติฯ จึงไม่จำเป็นต้องมีการชำระราคา และการโอนกรรมสิทธิ์ของผู้ขาย อย่างการขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสมอไป

2.3 แนวคิดพื้นฐานของความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า

ก) เหตุผลของความรับผิดชอบ

โดยหลักแล้ว กฎหมาย Product Liability จะกำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้ต้องรับผิดชอบชั้นแรก (primarily liable) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยเนื่องจากเป็นผู้นำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยออกมาวางจำหน่ายหรือหมุนเวียนในทางการค้า (put into circulation) และอยู่ในสถานะที่จะป้องกันไม่ให้ความไม่ปลอดภัยออกสู่ท้องตลาด สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์นั้น หากเป็นแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการดำเนินธุรกิจ ผู้ให้แฟรนไชส์ส่วนมากจะไม่ใช่ผู้ผลิตสินค้า หรือแม้แต่แฟรนไชส์ประเภทให้สิทธิในตัวสินค้าและตราสินค้า ซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่จัดป้อนสินค้าให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ บางครั้งอาจจะไม่ได้ผลิตสินค้าด้วยตัวเอง อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นแฟรนไชส์ประเภทใด ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องและมีบทบาทสำคัญในการนำสินค้าออกมาวางจำหน่ายหรือหมุนเวียนในทางการค้าในนามกิจการแฟรนไชส์ ดังนั้น ถ้าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายแก่สาธารณะ โดยสามัญสำนึกและความเข้าใจของสาธารณะ ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายนั้นไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง

สำหรับเหตุผลในทางกฎหมายสำหรับการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเป็นผู้อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าของคนจำหน่ายสินค้านั้น ภายใต้เครือข่ายแฟรนไชส์ อาจพิจารณาได้ดังนี้

1) เมื่อตามหลักทั่วไปของกฎหมาย Product Liability ต้องการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตสินค้าซึ่งหมายรวมถึงเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้า

⁷⁵ผู้ให้แฟรนไชส์อาจไม่ได้อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าเสมอไป เช่น อาจให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้ชื่อของกิจการ เครื่องหมาย สัญลักษณ์ ฯลฯ ที่ไม่ได้เป็นเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้ “เครื่องหมายการค้า” เท่านั้น.

⁷⁶โปรดดู ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 4 ในภาคผนวก.

อย่างผู้ผลิตสินค้า⁷⁷ การกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่แตกต่างไปจากหลักการดังกล่าวและเป็น การป้องกันการให้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensing) เป็นเครื่องมือหลักเลี่ยง ความรับผิดชอบในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตสินค้า⁷⁸ มิฉะนั้นแล้ว จะเท่ากับ ยินยอมให้ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้อุบายอย่างง่าย ๆ โดยอาศัยโครงสร้างนิติบุคคลระหว่างกลุ่มบริษัทในเครือ ของตนทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของตนจากการเป็นเจ้าของ เครื่องหมายการค้าที่ขายสินค้าด้วยตนเอง (Own Brander) ไปสู่ผู้อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็น บริษัทลูกของตนที่ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอต่อความรับผิดชอบ ใช้เครื่องหมายการค้าแทน⁷⁹

2) ผู้ให้แฟรนไชส์ควรจะเป็นผู้ตรวจสอบการดำเนินงานและการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับแฟรนไชส์มากกว่าผู้บริโภครวม เพราะโดยทั่วไป ผู้ให้แฟรนไชส์มีโอกาสและอำนาจต่อรองที่จะ ตรวจสอบและควบคุมความเสี่ยงของการล้มละลายหรือไม่สามารถชำระหนี้ของผู้รับแฟรนไชส์ได้ดีกว่า ผู้บริโภค⁸⁰

นอกจากมีหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะเป็นผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่จะต้องควบคุม คุณภาพสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้รับอนุญาตอยู่แล้ว ในทางปฏิบัติ ผู้ให้แฟรนไชส์มีทั้ง ความสามารถและความต้องการตรวจสอบการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ โดยอาศัยข้อตกลงใน สัญญาแฟรนไชส์ โดยเฉพาะการได้รับหนังสือแจ้งรายการทางการเงินของกิจการจากผู้รับแฟรนไชส์และ ต้องการให้ผู้รับแฟรนไชส์ชดเชยค่าเสียหายแก่ตนเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์⁸¹ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีทั้งระบบข้อมูลและสัญญาที่จำเป็นสำหรับการตรวจสอบและ ดำเนินมาตรการเพื่อตอบโต้ต่อการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ แต่ผู้บริโภคไม่มีระบบข้อมูลและสัญญา เช่นนั้น ทั้งไม่อาจสร้างขึ้นได้เนื่องจากไม่มีอำนาจต่อรองที่เพียงพออย่างที่ผู้ให้แฟรนไชส์มี ประกอบกับ ข้อเท็จจริงที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์มีจำนวนน้อยกว่า เมื่อเปรียบเทียบ

⁷⁷P. Wautier, "European Attempts on Harmonizing Laws Related to Product Liability," in Product Liability A Manuel of Practice in Selected Nations, ed. Hans-Ulrich Stucki and Peter R. Altenburger (London: Oceana Publications Inc., 1981), p. 39. (Hereinafter referred to as Products Liability); โปรดดู บทบัญญัติของ EC Directive มาตรา 3 และร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 4 ในภาคผนวก.

⁷⁸เทียบเคียงจากคดี City of Hartford v. Ass. Co., 34 Conn. Sup. 204, A.2d 390 (1978).

⁷⁹เทียบเคียงจากคดี Seaward v. Hilti, Inc., 537 N.W. 2d 221, 224 (Mich, 1995).

⁸⁰Lynn M. LoPucki, "Toward a Trademark-Based Liability System," University of California Law Review 49 (2002).

⁸¹Jerome Gilson, "Trademark Protection and Practice" cited by Lynn M. LoPucki, *Ibid.*

กับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับแฟรนไชส์กับผู้บริโภค นั้นหมายความว่า การกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมการดำเนินการของผู้รับแฟรนไชส์ย่อมมีค่าใช้จ่ายทางด้านสัญญาต่ำกว่า การให้ผู้บริโภคเป็นผู้ตรวจสอบและควบคุม การกำหนดหน้าที่ในการตรวจสอบและควบคุมการดำเนินการของผู้รับแฟรนไชส์แก่ผู้ให้แฟรนไชส์และความรับผิดชอบสำหรับการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้นจึงน่าจะมีประสิทธิภาพมากกว่าการปล่อยให้ผู้บริโภคดำเนินการกันเองเพราะมีค่าใช้จ่ายที่ต่ำกว่านั่นเอง⁸²

3) การกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ย่อมยุติธรรมต่อผู้บริโภค เนื่องจากจะทำให้ผู้บริโภคสามารถประเมินความรับผิดชอบทางการเงินและมูลค่าของความรับผิดชอบของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบได้ เพราะโดยทั่วไป เครื่องหมายการค้าย่อมให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับโครงสร้างนิติบุคคลของผู้ให้แฟรนไชส์ กล่าวคือ ธุรกิจส่วนใหญ่ไม่นิยมใช้ชื่อนิติบุคคลเป็นเครื่องหมายการค้าในการติดต่อสื่อสารกับผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้ ในบางครั้ง ชื่อของนิติบุคคลที่อยู่ภายในกลุ่มธุรกิจเดียวกัน (corporate group) จึงมีชื่อที่คล้ายคลึงกันจนเป็นที่สับสนแก่ผู้บริโภค เช่น ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะไม่รู้ถึงความแตกต่างระหว่างบริษัท mobil oil corporation, mobil corporation, mobil oil company limited และ mobil international petroleum corporation และผู้บริโภคจำนวนน้อยลงไปอีกที่จะสามารถประเมินความรับผิดชอบทางการเงินของนิติบุคคลเหล่านี้ได้ เนื่องจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ไม่รู้ถึงโครงสร้างนิติบุคคลของกลุ่มบริษัทเหล่านี้ ดังนั้น เครื่องหมายการค้าจึงเป็นข้อมูลอย่างเดียวที่ทำให้ผู้บริโภคประเมินความรับผิดชอบทางการเงินของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ทันที หากปราศจากเครื่องหมายการค้า ผู้บริโภคย่อมพบกับความยากลำบากและเสียค่าใช้จ่ายและเวลามากขึ้นในการประเมินความรับผิดชอบทางการเงินนั้น

เครื่องหมายการค้าเป็นวิธีการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้ในการระบุตัวเองต่อผู้บริโภคในตลาดการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องการให้ผู้บริโภคจดจำเครื่องหมายการค้าและโฆษณาของตนและระบุสินค้าด้วยเครื่องหมายการค้านั้น อย่างไรก็ตาม แม้เครื่องหมายการค้าจะทำให้ผู้บริโภคสามารถแบ่งแยกความแตกต่างของสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าออกจากสินค้าของผู้อื่นในตลาดได้ แต่ก็ไม่มีผลโดยตรงในการ โน้มน้าวให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเหล่านั้น ๆ ด้วยเหตุนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงต้องสร้างมาตรการต่างๆ ขึ้นมา ร่วมกับการใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะแก่สินค้าเพื่อดึงดูดให้ผู้บริโภคเข้าทำการค้ากับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าหลายๆ เครื่องหมายประกอบกัน การสวมเครื่องแบบของพนักงาน การใช้สัญลักษณ์ที่โดดเด่นคู่กับเครื่องหมายการค้า นั้น ด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ย่อมสร้างชื่อเสียงและเพิ่มประสิทธิภาพแก่เครื่องหมายการค้าในการติดต่อสื่อสารกับผู้บริโภค และเมื่อข้อมูลจากเครื่องหมายการค้าเป็นข้อมูลสาธารณะ ผู้บริโภคจึงอยู่ในฐานะที่จะประเมินมูลค่าของความรับผิดชอบจากเครื่องหมายการค้าได้อย่างคร่าวๆ เพราะพลังอำนาจและมูลค่าของเครื่องหมายการค้า

⁸²Lynn M. LoPucki, *supra* note 80.

ย่อมขึ้นอยู่กับขนาดของตลาด ระดับของการจดจำที่มีต่อเครื่องหมายการค้าและชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้า⁸³ เช่น ผู้บริโภครู้จักชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้า McDonald's เป็นอย่างดีและรู้ว่า McDonald's ทำการค้าไปทั่วโลก ผู้บริโภคจึงน่าจะรู้ว่า McDonald's มีความรับผิดชอบทางการเงินในระดับหนึ่ง ความรับผิดชอบของ McDonald's จึงมีมูลค่า ขณะที่ผู้บริโภคอาจจะไม่รู้จักเครื่องหมายการค้า “ชายสี่ปะหมี่เกี๊ยว” ดีนก เมื่อเปรียบเทียบกับ McDonald's ความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า “ชายสี่ปะหมี่เกี๊ยว” อาจจะไม่มียอดค่าเลย ดังนั้น หากผู้บริโภคเข้าทำการค้ากับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า “ชายสี่ปะหมี่เกี๊ยว” ก็ถือว่าเสี่ยงภัยเอง หากสินค้านั้นก่อให้เกิดความเสียหายและผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า “ชายสี่ปะหมี่เกี๊ยว” ไม่สามารถชำระหนี้ได้

4) แม้การกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบ จะส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในการทำประกันภัยสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งโดยทั่วไป ผู้ให้แฟรนไชส์จะเลือกผลกระทบดังกล่าวไปให้ผู้รับแฟรนไชส์ด้วยการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์เพิ่มขึ้นหรือกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องทำประกันภัยแทน ไม่ว่าจะผลกระทบค่าใช้จ่ายด้วยวิธีใด ผู้รับแฟรนไชส์อาจเลือกที่จะผลกระทบดังกล่าวต่อไปยังผู้บริโภคด้วยการขึ้นราคาสินค้านั้น อย่างไรก็ตาม ราคาของสินค้าที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวจะไม่สูงกว่าความเป็นจริง กล่าวคือ แม้ความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์จะทำให้ราคาของสินค้าเพิ่มขึ้น แต่ก็เพียงเล็กน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายของความเสียหาย หากกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งอาจจะไม่มีการชดเชยค่าเสียหายเลยเพราะผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ผลิตไม่สามารถชำระหนี้ได้⁸⁴

5) กฎหมายเครื่องหมายการค้ากำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ควบคุมคุณภาพของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งแนวคิดที่เป็นรากฐานของบทบัญญัติดังกล่าวก็คือ ทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าที่เห็นว่าเครื่องหมายการค้าทำหน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้า⁸⁵ นั่นคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่จำเป็นต้องผลิตสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเอง แต่มีหน้าที่ควบคุมคุณภาพของสินค้านั้น

โดยนัยนี้ เครื่องหมายการค้าย่อมสื่อความหมายแก่ผู้บริโภคให้เข้าใจและเชื่อถือว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าควบคุมลักษณะและคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า⁸⁶ เครื่องหมายการค้าจึงให้ข้อมูลพื้นฐานแก่ผู้บริโภคในการตัดสินใจซื้อหรือบริโภคสินค้า หากผู้บริโภคตัดสินใจซื้อหรือบริโภค

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ โปรดดู บทที่ 1 หัวข้อ 1.5.1 แนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวกับแฟรนไชส์ ข้อ

1) ทฤษฎีหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า

⁸⁶ Thomas J. McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, section

สินค้าก็เป็นเพราะเชื่อถือชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้าว่าได้ควบคุมคุณภาพสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า⁸⁷ ดังนั้น ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าปัจจุบัน ผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเป็น เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงมีหน้าที่ ความสามารถและแรงกระตุ้นทางด้านชื่อเสียงที่จะควบคุมคุณภาพ สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตน การกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบ หากสินค้าที่อนุญาตให้ผู้ ให้เครื่องหมายการค้าไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคจึงสอดคล้องกับทฤษฎีหน้าที่ของ เครื่องหมายการค้า และเป็นการกระตุ้นให้ผู้ให้แฟรนไชส์ควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมาย การการค้าด้วย⁸⁸

6) เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ถูกกฎหมาย Product Liability กำหนดให้ผู้ผลิต (manufacturer) เป็นผู้รับผิดชอบแรกก็เพราะผู้ผลิตมีความสามารถในการชำระหนี้ได้ดีกว่า หรือ “กระเป๋าหนัก” (deep pocket) เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์มุ่งให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายตามที่เสียหายจริง มากที่สุด แม้แต่ในระบบกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ผลิตก็ยัง เป็นเป้าหมายอันดับแรกสำหรับผู้เสียหาย⁸⁹ โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการฟ้องร้องคดีเรียกให้ผู้ขายรับผิด น้อยมาก⁹⁰ ในบริบทของแฟรนไชส์ก็เช่นเดียวกัน โดยทั่วไปแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมมีความสามารถในการ ชำระหนี้ได้ดีกว่าผู้รับแฟรนไชส์หรือ deep pocket และเป็นเป้าหมายอันดับแรกสำหรับผู้เสียหาย หากความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้าของกิจการแฟรนไชส์⁹¹ แม้แต่ในกรณีของแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบ การดำเนินธุรกิจ (Business Format Franchise) ซึ่งผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ผลิต ไม่ใช่ผู้ให้แฟรนไชส์ แต่ ผู้ให้แฟรนไชส์ก็เป็น deep pocket เพราะนอกไปจากภาพลักษณ์ของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ของแฟรนไชส์ ที่ทำให้นुकคณภายนอกเข้าใจว่าเครือข่ายแฟรนไชส์เป็นกิจการเดียวกัน โดยทั่วไป กิจการที่ จะให้สิทธิแฟรนไชส์ได้ ย่อมต้องเป็นกิจการที่มีชื่อเสียงอยู่ก่อนแล้ว ด้วยความนิยมทางการค้าที่เกิดขึ้นจาก เครื่องหมายการค้าและกิจการนั้นจึงสร้างแรงดึงดูดใจแก่ผู้ประกอบการอื่นที่จะเข้าร่วมดำเนินการใน กิจการแฟรนไชส์ ดังนั้น สภาพทั่วไปของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่กว่า ผู้รับแฟรนไชส์และอยู่ในฐานะที่พร้อมจะชดเชยความเสียหายแก่ผู้บริโภคมากกว่า

⁸⁷ Denis W. Stearns, “A Case Study on How Easily Legal Liability Can Spread to a Franchisor,” *LJN Franchising Business & Law Alert* (February, 2004).

⁸⁸ Lynn M. LoPucki, *supra* note 79.

⁸⁹ Louis R. Frumer and Melvin I. Friedman, *supra* note 15, section 8.01.

⁹⁰ Mathias Reimann, *supra* note 2.

⁹¹ Comment, “A Franchisor’s Liability for the Torts of His Franchisee,” *University of San Francisco Law Review* 5 (1970) cited by Thomas J. McCarthy, *supra* note 86, section 18:76.

ข) หลักกฎหมายปิดปาก (Doctrine of Estoppel)

คำว่า “กฎหมายปิดปาก” หมายความว่า⁹² คู่กรณีฝ่ายนั้นถูกปิดปากโดยการกระทำของเขา ไม่ให้กล่าวอ้างสิทธิอันหนึ่งอันใดซึ่งจะทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย เพราะเขาได้ปลงใจเชื่อการแสดงออกของคู่กรณีฝ่ายนั้นจนได้เข้ากระทำการด้วย หลักนี้มีพื้นฐานมาจากการหลอกลวงและการฉ้อฉล ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทางละเมิด⁹³ โดยถือตามหลักว่า การแสดงออกเป็นเครื่องหมายแห่งเจตนา ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจ บุคคลภายนอกไม่สามารถหยั่งทราบได้ เพื่อรักษาประโยชน์ของบุคคลภายนอก ผู้แสดงออกจึงถูกปิดปากด้วยการกระทำของตนเอง ไม่ให้กล่าวอ้างว่าความจริงไม่มีเจตนาที่จะตกลงเช่นนั้น⁹⁴

ในต่างประเทศได้ใช้หลักกฎหมายปิดปากเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า โดยปรากฏอยู่ในหลักความรับผิดชอบสองประการด้วยกัน ได้แก่

1) หลัก Apparent Authority หลักนี้พัฒนามาจากหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากหรือตัวแทนเชิด⁹⁵ ซึ่งต่างมีที่มาจากหลักกฎหมายปิดปาก⁹⁶ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างของทั้งสองหลักยังมีอยู่หลายประการ⁹⁷ โดยเฉพาะหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากต้องมีการเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลภายนอกในทางที่เสียหายด้วย จึงจะมีผลผูกพันตัวการ แต่หลัก Apparent Authority ไม่จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลภายนอกในทางที่เสียหาย เพราะเมื่อถือว่ามีความอำนาจแล้ว ก็มีผลผูกพันตัวการตั้งแต่มีการแสดงออกและบุคคลภายนอกเชื่อถือการแสดงออกนั้นแล้ว ดังนั้น หลัก Apparent Authority จึงสามารถนำไปอธิบายความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนในกรณีของความรับผิดชอบทางละเมิดได้อย่างสมเหตุสมผลว่าเหตุใดตัวการต้องรับผิดชอบสำหรับผลละเมิดที่ตัวแทนกระทำตามอำนาจที่ปรากฏต่อบุคคลภายนอก

2) หลัก Apparent Manufacturer หลักนี้ใช้อยู่ในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้า มุ่งหมายกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่แสดงออกต่อบุคคลภายนอกให้เข้าใจว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้าไม่

⁹² สติชัย เล็งไธสง, “ฎีกาวิเคราะห์,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ฉบับที่ 2, ปีที่ 6 (ธันวาคม 2537), น. 100.

⁹³ F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1985), p. 290.

⁹⁴ สติชัย เล็งไธสง, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 92, น. 100.

⁹⁵ F.M.B. Reynolds, *supra* note 93.

⁹⁶ W. Edward Sell, Sell on Agency, (New York: The Foundation Press Inc., 1975), p. 5.

⁹⁷ โปรดุ ประยูร บุญปทุมพงศ์, “ตัวแทนเชิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532).

ปลอดภัย ซึ่งทำให้บุคคลภายนอกเชื่อถือการแสดงออกนั้นในฐานะเป็นสิ่งรับประกันถึงคุณภาพของสินค้า และตัดสินใจซื้อหรือบริโภคนั้นด้วยความเชื่อถือเช่นนั้น กฎหมายจึงปิดปากไม่ให้ผู้ที่แสดงออกเช่นนั้นปฏิเสธว่าตนไม่ใช่ผู้ผลิตสินค้า และต้องรับผิดชอบเดียวกับผู้ผลิต

สำหรับหลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายไทยปรากฏอยู่ทั้งในกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ สำหรับกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น หลักนี้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 ว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง แต่ว่า (1) คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง... ซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้”

ข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ ในที่นี้ก็คือ⁹⁸ ข้อเท็จจริงที่กฎหมายปิดปากไม่ให้คู่ความฝ่ายตรงกันข้ามโต้แย้ง และพิสูจน์เป็นอย่างอื่น เพราะถ้ายอมให้ทำได้ก็จะทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย เช่น

1. ปิดปากโดยข้อเท็จจริงในคำพิพากษาคืออาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 ซึ่งบัญญัติให้ศาลที่พิจารณาคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาคงถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา

2. ปิดปากโดยคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ เมื่อศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดคดีเรื่องใดจนถึงที่สุดแล้ว ห้ามไม่ให้คู่ความกล่าวอ้างหรือร้องฟ้องกันในเรื่องนั้นอีก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148

3. ปิดปากโดยการเชื่อบุคคลคนหนึ่งว่าเป็นตัวแทนของตน หรือรู้แล้วยอมให้เขาเชิดตัวเขาเอง ออกแสดงเป็นตัวแทน รวมทั้งเชื่ว่าตัวแทนมีอำนาจมากกว่าที่มีอยู่จริงจนบุคคลภายนอกหลงเชื่อและได้เข้ากระทำการด้วย ตามที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 และมาตรา 822 บทบัญญัติสองมาตรานี้ ปิดปากด้วยการไม่ให้เถียงว่า ความจริงตนไม่ได้ให้อำนาจเช่นนั้นแก่ตัวแทน

4. ปิดปากโดยการแสดงตนว่าเป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วน ไม่ว่าจะด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร ด้วยกิริยาหรือยอมให้เขาใช้ชื่อของตนเป็นชื่อห้าง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1054 ปิดปากบุคคลผู้ที่แสดงตนเช่นนั้นไม่ให้เถียงว่าตนไม่ได้เป็นหุ้นส่วน และจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกในบรรดาหนี้ของห้างเสมือนเป็นหุ้นส่วน

5. ปิดปากโดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154 มาตรานี้ให้บุคคลภายนอกถือเอาเจตนาที่แสดงออกและเขาหลงเชื่อจนได้เข้าทำสัญญาด้วย ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะได้แสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวากก็ตาม กฎหมายมาตรานี้ก็ปิดปากเขาไม่ให้เถียงเป็นอย่างอื่น เว้นแต่บุคคลภายนอกผู้เป็นคู่กรณีนั้นจะารู้ถึงเจตนาที่ซ่อนอยู่ในใจของเขา

⁹⁸ สติชัย เล็งไธสง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 92, น. 101.

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นแล้ว ตามคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยก็นำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้เช่นกัน แม้จะไม่เข้ากรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เพราะหลักกฎหมายปิดปากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานจึงไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติชัดเจนไว้ในกฎหมาย ศาลอาจพิจารณาพยานหลักฐานแล้วยกหลักกฎหมายปิดปากขึ้นมาวินิจฉัยคดีได้⁹⁹ เช่น เจ้าของที่ดินลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจโดยไม่ได้กรอกข้อความ ถือว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เมื่อมีผู้นำหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวไปกรอกข้อความขายที่ดินแก่บุคคลภายนอก เจ้าของที่ดินจึงต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายที่ทำกับบุคคลภายนอกผู้สุจริตนั้น (ฎีกาที่ 6403/2540) หรือเข้าทำสัญญาขายที่ดินทั้งที่ดินไม่ใช่เจ้าของ แต่กลับแสดงตนเป็นเจ้าของ เมื่อไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าของที่แท้จริง จึงต้องผูกพันตามสัญญาขายนั้น (ฎีกาที่ 88/2512) เป็นต้น

จากบทบัญญัติของกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว อาจสรุปหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายปิดปากตามกฎหมายไทยได้ดังนี้¹⁰⁰ 1) ต้องมีการแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของผู้ที่ถูกปิดปาก 2) การแสดงออกมานั้นตรงข้ามกับความเป็นจริง 3) การแสดงออกมานั้นเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกผู้กระทำการ โดยสุจริตเสียหายหรืออาจเสียหายได้

2.4 ความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าตามกฎหมายต่างประเทศ

2.4.1 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่มีความต้องการความคุ้มครองตามหลักความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยมากที่สุด เนื่องจากเป็นประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางด้านสุขภาพของสาธารณะน้อยมากและประชากรส่วนใหญ่ไม่ได้ทำประกันภัยด้านสุขภาพ¹⁰¹ ทั้งยังเป็นประเทศแรกที่น่าหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้แก่ความรับผิดชอบที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยอย่างชัดเจน ซึ่งถือเป็นนโยบายสาธารณะของประเทศ โดยมีที่มาจากนโยบายของรัฐบาลในยุคนั้นที่ต้องการเป็นรัฐสวัสดิการเน้นผลประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ ถือเป็นแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังและมีอิทธิพลโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงหลักความรับผิดชอบทางละเมิด โดยมุ่งควบคุมผลประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม นักกฎหมายในยุคนั้นเริ่มเห็นความจำเป็นที่จะต้องกำหนดความรับผิดชอบทางละเมิดเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ โดยเห็นว่าการนำความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้เป็นการรับประกันว่าค่าใช้จ่ายของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจะตกอยู่กับผู้ผลิตและผู้ขายซึ่งเป็นผู้นำสินค้านั้นออกวางจำหน่ายในตลาดมากกว่าตกเป็นภาระแก่ผู้เสียหายซึ่งไม่มีอำนาจปกป้องตัวเอง¹⁰²

⁹⁹ วัฏ โภชิตถิกรชัย, “กฎหมายปิดปาก,” *วารสารนิติศาสตร์* เล่ม 3 (ธันวาคม 2514), น. 37.

¹⁰⁰ *เพ็งอ้าง*, น. 39.

¹⁰¹ Geraint Howells and Stephen Weatherill, *supra* note 1, p. 225.

¹⁰² คดี Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 59 Cal. 2d 57, 377 P.2d 897 (1963).

พัฒนาการทางด้านความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน โดยแรกเริ่ม ผู้เสียหายอาจฟ้องร้องให้ผู้ขายและผู้ผลิตรับผิดโดยอาศัยกฎหมายหลักทั่วไป คือ ความรับผิดตามสัญญากับความรับผิดทางละเมิด หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ขายและผู้ผลิตเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล (case law) อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางที่มีผลใช้บังคับแก่ทุกรัฐ ความรับผิดของผู้ขายและผู้ผลิตจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในแต่ละมลรัฐซึ่งยังมีความแตกต่างกัน ต่อมาจึงมีความพยายามที่จะนำหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐานเหล่านั้น รวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของหลักเกณฑ์ความรับผิด ทั้งนี้ เนื่องจากการที่ผู้ขายและผู้ผลิตต้องรับผิดตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐซึ่งมีมาตรฐานที่แตกต่างกัน ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการค้าทั้งในระดับมลรัฐและระดับประเทศ¹⁰³ ความพยายามดังกล่าวส่งผลให้เกิดกฎหมายระดับชาติในสองแนวทาง คือ กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด Restatement of Torts ซึ่งต่อมาได้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดฉบับที่สอง ในปี ค.ศ. 1965 ได้แก่ Restatement (Second) of Torts 1965 ในปัจจุบัน ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้พัฒนาหลักเกณฑ์ของกฎหมาย Product Liability ขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะ คือ Restatement (Third) of Torts: Product Liability อีกแนวทางหนึ่ง คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีเนื้อหาสอดคล้องกันในระหว่างมลรัฐต่างๆ เช่น กฎหมายพาณิชย์ฉบับเอกรูป (Uniform Commercial Code) ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมกฎหมายสัญญา รวมทั้งหลักความรับผิดจากการผิดคำรับประกันสินค้า (breach of warranty) ซึ่งนำมาใช้แก้ความรับผิดทางสัญญาที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย หรือ Contractual Product Liability นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายพิเศษที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งทุกรัฐต้องปฏิบัติตาม ได้แก่ The Magnuson Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act 1975 และ The Consumer Product Safety Act 1972

ในปัจจุบัน ความรับผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงอาจเรียกร้องให้รับผิดกันได้ทั้งการฟ้องร้องโดยอาศัยกฎหมายหลักทั่วไป คือ ความรับผิดตามสัญญากับความรับผิดทางละเมิดและหลักกฎหมายเฉพาะ คือ ความรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งในสหรัฐอเมริกานั้น การฟ้องร้องให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่จำหน่ายภายใต้ธุรกิจแฟรนไชส์ก็ใช้หลักความรับผิดดังกล่าวเช่นกัน แม้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะไม่ใช่อุบัติเหตุกับผู้บริโภค และบุคคลภายนอกที่ไม่ได้ซื้อหรือใช้สินค้านั้นก็ตาม

¹⁰³William P. Richmond, "United States," in *Product Liability in Europe*, ed. The Association Europeenne d' Etudes Jurisdiqes et Fiscales (Netherlands: Kluver-Harrap, 1975), p. 117.

1) ความรับผิดทางสัญญา (Contractual Liability)

โดยทั่วไปแล้ว การฟ้องร้องให้รับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า โดยอาศัยมูลความรับผิดตามสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ต้องอาศัยหลักกฎหมายลักษณะซื้อขาย ในเรื่องการผิดคำรับประกันสินค้า (breach of warranty) ซึ่งอาจจะเป็นคำรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) หรือโดยปริยาย (Implied Warranty) ก็ได้

กฎหมายลักษณะซื้อขายของประเทศสหรัฐอเมริกาพัฒนามาจาก Law of Merchant ของประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ.1893 นักกฎหมายของประเทศมีแนวคิดที่จะปฏิรูปกฎหมายลักษณะซื้อขายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่มีอุปสรรคมากเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ใช้วิธีประกาศใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการให้มีผลบังคับทั่วประเทศอย่างในประเทศอังกฤษ แต่ต้องอาศัยความยินยอมของรัฐต่าง ๆ ในการนำกฎหมายแม่แบบ หรือกฎหมายของรัฐบาลกลางไปใช้ เพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและกฎเกณฑ์ที่สามารถคาดเดาได้ล่วงหน้า จึงมีการนำกฎหมายมารวบรวมเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้บังคับแก่คำรับประกันตามสัญญาซื้อขายคือ Uniform Sales Act¹⁰⁴ จนกระทั่งมีการประกาศใช้กฎหมายพาณิชย์ฉบับเอกรูป (Uniform Commercial Code) กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่คำรับประกันตามสัญญาซื้อขายจึงอยู่ภายใต้ Uniform Commercial Code นี้

หลัก Warranty เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กันอยู่ในสัญญาโดยทั่วไป รวมถึงสัญญาซื้อขาย¹⁰⁵ เมื่อเป็นหลักความรับผิดตามสัญญาจึงอยู่ภายใต้หลัก Privity of Contract ซึ่งผู้ที่จะฟ้องร้องบังคับตามสัญญาได้ต้องเป็นคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น ผู้บริโภคที่ไม่ใช่คู่สัญญากับผู้ขาย หรือผู้ผลิตจึงไม่ได้รับความคุ้มครองประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้นำแนวคิดเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลที่สามมาใช้¹⁰⁶ โดยเห็นว่าการรับประกันสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ขายครอบคลุมไปถึงบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญากับผู้ผลิตหรือผู้ขาย โดยตรงแต่ได้รับความเสียหายจากสินค้านั้น ทั้งนี้ มาตรา 2-318 (Third Party Beneficiaries of Warranties Express or Implied) ของ Uniform Commercial Code กำหนดทางเลือกไว้สามแนวทางให้แต่ละมลรัฐนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายของรัฐตน โดยวางขอบเขตของการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาไว้แตกต่างกัน¹⁰⁷

¹⁰⁴ James A. Henderson and Aaron D. Twerski, *supra* note 50, p. 81.

¹⁰⁵ Robert W. Emerson and John W. Hardwicke, *Business Law*, 3rd ed. (New York: Barron's Educational Series, Inc., 1997), p.392.

¹⁰⁶ James A. Henderson and Aaron D. Twerski, *supra* note 50, p. 101.

¹⁰⁷ โปรดดู รายละเอียดในอนันต์ จันทร โอภากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 20.

แม้ว่าหลัก warranty ตามบทบัญญัติของ Uniform Commercial Code ดังกล่าวจะเป็นเรื่องรับประกันของผู้ขาย (seller) แต่ศาลสหรัฐอเมริกาก็นำมาปรับใช้แก่รับประกันของผู้ผลิตเช่นกัน¹⁰⁸ รวมทั้งผู้ค้าส่งหรือพ่อค้าคนกลางอื่น¹⁰⁹ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบจากการผิดคำรับประกันสินค้าไม่นำไปใช้แก่ผู้ที่อยู่นอกสายของการขาย การผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า¹¹⁰ ดังนั้น ในปัจจุบัน ผู้ซื้อหรือผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องให้ผู้ขายหรือผู้ผลิตรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าตามสัญญาซื้อขายได้ หากสินค้าที่ขายไม่เป็นไปตามคำรับประกันที่ให้ไว้ (breach of warranty) ซึ่งหมายรวมถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้าด้วย

สำหรับคำรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) Uniform Commercial Code ให้ความหมายไว้ในมาตรา 2-313 ซึ่งสรุปได้ว่า หมายถึง การยืนยันข้อเท็จจริง หรือคำมั่นสัญญาใดๆ ที่ผู้ขายกระทำต่อผู้ซื้อ หรือคำพรรณนาเกี่ยวกับสินค้า หรือตัวอย่าง หรือแม่แบบของสินค้า ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาต่อรองที่ก่อให้เกิดคำรับประกันโดยชัดแจ้งว่าสินค้าจะต้องเป็นไปตามการยืนยันข้อเท็จจริง หรือคำมั่นสัญญา หรือคำพรรณนา หรือตัวอย่าง หรือแม่แบบของสินค้านั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาไม่เคยตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าต้องรับผิดชอบตามหลักคำรับประกันโดยชัดแจ้ง ทั้งในคดี Szajna v. General Motors¹¹¹ ศาลก็ตัดสินว่าคำพิงแต่ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าไม่ถือเป็นคำรับประกันสินค้า ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ จึงไม่ถือว่าให้คำรับประกันสำหรับสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์แต่อย่างใด¹¹²

¹⁰⁸ เช่น คดี Huebert v. Federal Pacific Electric Co., 208 Kan 720, 494 P2d 1210.

¹⁰⁹ คดี Pimm v. Graybar Electric Co., (4th Dept) 27 App Div 2d 309, 278 NYS2d 913.

¹¹⁰ คดี Passaretti v. Aurora Pump Co. (2d Dept) 201 App Div 2d 475, 607 NYS2d 688.

¹¹¹ 104 Ill Dec 898, 503 NE2d 760 (1986).

¹¹² อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่าเครื่องหมายการค้าถือเป็นคำรับประกันสินค้าได้โดยให้เหตุผลอธิบายด้วยทฤษฎีทางจิตวิทยาและการตลาดประกอบกับการทำหน้าที่บ่งชี้คุณภาพของเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้น เพราะผิดคำรับประกัน โปรดดู Margaret Frenkel Goldstein, "Products Liability and The Trademark Owner: When a Trademark is a Warranty," The Trademark Reporter 67 (1977).

คำรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty)

Implied Warranty หมายถึง¹¹³ เป็นการรับประกันคุณลักษณะของสินค้าโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่ได้ให้การรับประกันโดยชัดแจ้ง แต่กฎหมายถือว่าผู้ขายได้ให้การรับประกันว่า สินค้าที่ขายนั้นปราศจากความชำรุดบกพร่องและมีความปลอดภัยอันสมควรแก่การที่จะนำออกวางตลาด (merchantability) และมีความเหมาะสมที่จะใช้ประโยชน์อันมุ่งหมายที่จะใช้ตามปกติของสินค้านั้นๆ (fitness for the ordinary purpose for which such goods are used) หรือเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายตามสัญญา (fitness for particular purpose)

ในทำนองเดียวกับคำรับประกันโดยชัดแจ้ง แม้ว่าหลัก Warranty เป็นหลักเกณฑ์ของสัญญา ซึ่งมีผลบังคับใช้ในระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นตามหลัก Privity of Contract แต่ศาลในคดี Henningsen v. BloomField Motors¹¹⁴ ก็ตีความให้มีผลไปถึงผู้บริโภคที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญากับผู้ผลิตด้วย ศาลวางหลักไว้ว่าผู้ผลิตที่นำสินค้าเข้าสู่การหมุนเวียนทางการค้าและสนับสนุนการขายสินค้านั้น ถือว่าให้คำรับประกันโดยปริยายว่าสินค้ามีความเหมาะสมอันสมควรแก่ประโยชน์อันมุ่งหมายที่จะใช้ตามปกติของสินค้านั้นๆ ต่อผู้ซื้อสินค้าคนสุดท้าย (end consumer)

สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าอาจจะต้องรับผิดชอบตามหลัก Implied Warranty ได้เช่นกัน เมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ ตามหลักที่ศาลรัฐมิชิแกนวางไว้ในคดี Kesters v. Seven Up co.¹¹⁵ ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์เนื่องจากการผิดคำรับประกันสินค้าโดยปริยาย (breach of implied warranty) เกิดขึ้นจากองค์ประกอบต่างๆ ดังต่อไปนี้¹¹⁶ คือ

- 1) ความเสี่ยงที่สร้างขึ้นโดยการอนุญาตให้จัดจำหน่ายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย
- 2) ความสามารถและโอกาสของผู้ให้แฟรนไชส์ที่จะกำจัดลักษณะที่ไม่ปลอดภัยของสินค้าเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย
- 3) การไม่รู้ถึง (lack of knowledge) อันตรายของผู้บริโภค
- 4) ความเชื่อถือของผู้บริโภคที่มีต่อชื่อ เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ตั้งใจให้เกิดความรู้สึกว่าผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบและอยู่เบื้องหลังสินค้า

¹¹³ อนันต์ จันทอ โสภากร, *อ้างแล้ว เจริญรอตที่ 9*, น. 61.

¹¹⁴ 161 A.2d 69 (1960).

¹¹⁵ 1979, CA6 Mich 595 F2d 347.

¹¹⁶ David J. Franklyn, "Toward a Coherent Theory of Strict Tort Liability for Trademark Licensors," *Southern California Law Review* 72 (1998).

คดี *Kosters v. Seven Up co.* เป็นคดีที่ฟ้องร้องสำหรับความเสียหายที่เป็นผลมาจากสิ่งใส่ขวดน้ำอัดลมที่ออกแบบไม่ดี แม้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์ คือ Seven-Up Company จะไม่ได้ผลิตหรือใช้หรือต้องการให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้ดังกล่าวกว่า แต่กำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ส่งตัวอย่างของสิ่งใส่ขวดน้ำอัดลมเพื่อตรวจสอบความปลอดภัย ดังนั้น เมื่อผู้ให้แฟรนไชส์รู้ถึงการออกแบบที่ไม่ปลอดภัยของสิ่งใส่ แต่กลับยินยอมให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้นั้นสำหรับใส่ขวดน้ำอัดลม ศาลถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ยินยอมแก่การวางจำหน่ายของสิ่งใส่ขวดน้ำอัดลมเหล่านั้นและเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหาย ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดเพราะการควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์และการสนับสนุนของผู้บริโภคที่ถูกชักนำโดยความประหลาดใจของผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งได้ทำการควบคุมอย่างแท้จริงและรับประกันสำหรับสินค้านั้น ประกอบกับการให้ความยินยอมแก่การใช้สิ่งที่ไม่ปลอดภัยบรรจุขวดน้ำอัดลมเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า

โจทก์คดีนี้ดาบอดเพราะขวดน้ำอัดลมตกลงจากถังลงบนพื้นแล้วระเบิดเข้าตาของโจทก์ ดังกล่าวถูกออกแบบและผลิตโดย Olinkraft, Inc. ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก และขายให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ คือ The Brooks Bottling Company ผู้ให้แฟรนไชส์ คือ Seven-Up Company ทำการควบคุมชนิดลักษณะ และแบบของสิ่งใส่ ด้วยการสงวนสิทธิที่จะปรับปรุงการออกแบบสินค้าที่ผู้รับแฟรนไชส์ใช้ รวมถึงถึงดังกล่าวกว่า ตามสัญญาแฟรนไชส์กำหนดว่า ขวดและสิ่งใส่ที่เครื่องหมายการค้า 7-Up จะต้องเป็นชนิดและแบบที่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้แฟรนไชส์ และโฆษณาใด ๆ รวมทั้งวัตถุดิบที่จะใช้ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ให้แฟรนไชส์ก่อน

มีข้อสังเกตว่า โดยทั่วไปข้อตกลงแฟรนไชส์จะกำหนดและควบคุมคุณภาพของสินค้า อาณาเขตการขาย การโฆษณาและรายละเอียดอื่นๆ รวมทั้งข้อกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องซื้อสินค้าบางอย่างจากผู้ให้แฟรนไชส์ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบไป ถ้าไม่ได้สงวนสิทธิในการควบคุมหรือไม่ได้อนุญาตแก่รูปแบบของสิ่งที่มีลักษณะที่ไม่ปลอดภัย การจำหน่ายสิ่งใส่ดังกล่าวของผู้รับแฟรนไชส์จึงไม่ได้เป็นไปตามคำแนะนำ หรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้ให้แฟรนไชส์ กรณีดังกล่าวย่อมไม่อาจถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ผิดคำรับประกันโดยปริยายได้¹¹⁷

หลังจากคำตัดสินของคดี *Kosters v. Seven up co.* เพียงไม่กี่ปี ศาลแห่งรัฐเวอร์จิเนียก็ตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่จำหน่ายภายใต้กิจการแฟรนไชส์ตามหลักความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการผิดคำรับประกันโดยปริยายอีกครั้ง ในคดี *Harris v. Aluminum Company of America*¹¹⁸ โจทก์ต้องดาบอดเนื่องจากฝาปิดขวดพลาสติกที่มีเครื่องหมายการค้าของจำเลยกระเด็นเข้าตาโจทก์ขณะที่โจทก์กำลังเปิดฝานั้น

¹¹⁷Jerry J. Phillips and Dix W. Noel, *Products Liability: Cases and Materials*, 2nd ed. (ST. Paul, Minn.: West Pub., 1982), p. 179-180.

¹¹⁸550 F. Supp. 1024 (W.D. Va. 1982).

ศาลได้เปรียบเทียบองค์ประกอบความรับผิดตามหลักคำรับประกันโดยปริยายตามคำตัดสินในคดี Smith & Co. v. Wells¹¹⁹ ซึ่งศาลขยายหลักคำรับประกันโดยปริยายของผู้ผลิตให้รับผิดชอบกับผู้บริโภค กับคดี Koster v. Seven Up Co. ซึ่งศาลขยายหลักคำรับประกันโดยปริยายจากผู้ให้แฟรนไชส์ให้รับผิดชอบกับผู้บริโภค โดยสรุปว่าศาลทั้งสองคดีใช้องค์ประกอบที่เหมือนกันสามประการ คือ

- 1) ความรับผิดชอบของจำเลยสำหรับการนำสินค้าเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า
- 2) จำเลยมีความสามารถป้องกันความเสียหายด้วยการกำจัดความไม่ปลอดภัยของสินค้า
- 3) ความเชื่อถือของผู้บริโภคที่มีต่อการกระทำของจำเลย

ศาลกล่าวว่า เมื่อฝ่าปัดขวดเครื่องดื่มที่ก่อให้เกิดความเสียหายในคดีนี้อยู่ในสภาพที่ไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควรสำหรับการใช้ประโยชน์ตามปกติ และความไม่ปลอดภัยนั้นมีอยู่ในขณะที่การบรรจุขวดเครื่องดื่มดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลย คำรับประกันโดยปริยายย่อมนำมาใช้บังคับแก่จำเลยซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการนำสินค้าเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า มีส่วนเกี่ยวข้องในการโฆษณาสนับสนุนการขายสินค้า และควบคุมการบรรจุสินค้าดังกล่าว

2) ความรับผิดทางละเมิดตามหลักทั่วไป

ก) ความรับผิดสำหรับการกระทำของตนเอง (Liability for One's Own Act)

ความรับผิดทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability)

ความรับผิดทางละเมิดไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้ความสำคัญไปที่การกระทำของจำเลยที่ได้กระทำต่อโจทก์ ซึ่งแตกต่างไปจากหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ที่มุ่งให้ความสำคัญไปที่ความไม่ปลอดภัยของสินค้า อย่างไรก็ตาม ความรับผิดทางละเมิดที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย ส่วนใหญ่จะเป็นความรับผิดสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ¹²⁰ เพราะหลักความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย เป็นความรับผิดที่ใช้บังคับแก่การนำสินค้าเข้ามาหมุนเวียนในตลาดเพื่อประโยชน์ในการค้าเท่านั้น ดังนั้น เมื่อเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าแล้ว โอกาสที่ผู้ประกอบการคนใดจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคโดยจงใจจึงเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก

หลักทั่วไปของความรับผิดสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability) บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งลักษณะละเมิดของสหรัฐอเมริกา คือ Restatement (Second) of Torts 1965 ในมาตรา 282 ได้ให้ความหมายของความประมาทเลินเล่อ (Negligence) ไว้ว่า “ความประพฤติดังกล่าวมาตรฐานที่กำหนดไว้ตามกฎหมายสำหรับการปกป้องบุคคลอื่นต่อความเสี่ยงของภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุสมควร มาตรฐานของความประพฤติดังกล่าวนั้นจะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้น ย่อมถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ คือ มาตรฐานของบุคคลที่มีความระมัดระวังตามสมควรภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น”

¹¹⁹ 201 Va. 2133, 110 S.E. 2d 203 (1959).

¹²⁰ Robert W. Emerson and John W. Hardwicke, *supra* note 105, p. 396.

ถ้อยคำสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าวคือ¹²¹ “ความประพฤติ” (conduct) “มาตรฐาน” (standard) และ “ความเสี่ยงของอันตรายโดยไม่มีเหตุสมควร” (unreasonable risk of harm) ทั้งนี้ Restatement (Second) of Torts มาตรา 284 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ความประพฤติโดยประมาทเลินเล่อ” (negligent conduct) ว่าอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนี้

(a) การกระทำซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังตามสมควรยอมรับว่าเป็นความเสี่ยงที่ไม่มีเหตุสมควรที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดของบุคคลอื่น หรือ

(b) ความล้มเหลวที่จะกระทำการที่จำเป็นเพื่อป้องกันหรือให้ความช่วยเหลือบุคคลอื่นซึ่งผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการเช่นนั้น

องค์ประกอบของการฟ้องคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ¹²²

1) หน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องการให้บุคคลปฏิบัติตามมาตรฐานของความประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการปกป้องบุคคลอื่นต่อความเสี่ยงที่ไม่มีเหตุสมควร

2) การไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของความประพฤติดังกล่าว หรือการผิดหน้าที่ (breach of duty)

3) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นอย่างใกล้ชิดตามสมควร (casual connection)

4) ความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นแก่สิทธิของบุคคลอื่น

หน้าที่ที่ต้องการให้บุคคลปฏิบัติตามอาจกำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับอย่างอื่นก็ได้¹²³ ปัญหาว่าบุคคลใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องตัดสินโดยศาล ซึ่งต้องพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายว่าโจทก์มีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองหรือไม่ นั่นคือต้องพิจารณาว่าสิทธิของโจทก์ที่ถูกล่วงละเมิดโดยจำเลยได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่¹²⁴

ความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา มีขอบเขตที่กว้างมาก¹²⁵ โดยทั่วไปแล้ว บุคคลทุกคนที่อยู่ภายในสายของการจำหน่ายสินค้า ต่างมีหน้าที่ใช้

¹²¹ John T. Elser, “United States of America,” in *Product Liability a Manual of Practice in Selected Nations*, *supra* note 76, p. 31. -

¹²² Robert T. Joseph, “Do Franchisors Owe a Duty of Competence?,” *Business Lawyer* 48 (February 1991).

¹²³ Chrysler Corp. v. Department of Transp., (472 F.2d 659 6th Cir. 1972).

¹²⁴ Robert T. Joseph, *supra* note 122.

¹²⁵ American Jurisprudence, *Products Liability*, 2nd ed., section 76: Parties Liable in Negligence (May 2006).

ความระมัดระวังตามสมควรเกี่ยวกับสินค้าที่จำหน่าย ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าอาจต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อได้ในทุกขั้นตอนของการผลิตหรือจำหน่ายสินค้า ในบริบทของแฟรนไชส์ หากผู้ให้แฟรนไชส์มีบทบาทเป็นผู้ผลิตสินค้า ไม่ว่าจะผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายด้วยตัวเองทั้งหมดหรือผลิตเพียงชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบ หรือไม่ได้ผลิตสินค้าเองแต่เป็นผู้จัดป้อนสินค้าแก่ผู้รับแฟรนไชส์ หรือแม้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสินค้าโดยตรง แต่ควบคุมหรือกำหนดมาตรฐานหรือแหล่งที่มาของสินค้า ก็อาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบได้ หากถือได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหาย และไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของบุคคลที่มีความระมัดระวังตามสมควรในสถานการณ์เช่นนั้น ซึ่งอาจเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบตามหลักทั่วไปของมาตรา 282 หรือตามบทบัญญัติเฉพาะเรื่องของ Restatement (Second) of Torts ก็ได้ สำหรับความรับผิดทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์มีข้อพิจารณา ดังนี้

โดยหลักแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามหลัก duty of care ทั้งต่อผู้รับแฟรนไชส์และต่อสาธารณะ¹²⁶ แม้ว่าจะไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าสำหรับกิจการแฟรนไชส์ก็ตาม ดังนั้น หากผู้ให้แฟรนไชส์กระทำผิดหน้าที่ และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมต้องรับผิดทางละเมิดสำหรับการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นต่อบุคคลภายนอก

ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์รู้ถึงความเสี่ยงของอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากมาตรการที่ตนกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ปฏิบัติ ถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ตามกฎหมายต่อบุคคลที่ตนคาดหมายได้ตามสมควรว่าอาจจะได้รับอันตรายจากความเสี่ยงนั้น ในการหลีกเลี่ยงความเสี่ยงของอันตรายที่คาดเห็นได้นั้น เช่น กรณีหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นเกี่ยวกับแฟรนไชส์กิจการร้านอาหาร¹²⁷ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ถูกกล่าวหาว่ากระทำโดยประมาทเลินเล่อไม่ดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงของอันตรายที่เกิดขึ้นจากอาหารที่ผลิตและจำหน่ายโดยผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดโรคระบาดชนิดหนึ่งที่เรียกว่า E. Coli โจทก์กล่าวอ้างว่า ก่อนเกิดเหตุในคดีนี้ โรคระบาดชนิดนี้เคยเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกามาแล้ว ซึ่งทำให้มีผู้ล้มป่วยหลายร้อยคน จากการสอบสวนพบว่า เชื้อโรคชนิดนี้เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดเตรียมสแต็กเนื้อและผัก ผลไม้สำหรับการทำสลัดในบริเวณใกล้เคียงกัน การหั่นชิ้นเนื้อเป็นชิ้นเล็กๆ และการแช่เนื้อเพื่อทำให้เนื้อนุ่มหากทำในบริเวณใกล้เคียงกันกับการจัดเตรียมผักผลไม้สำหรับการทำสลัดจะทำให้เชื้อโรคที่มีอยู่ในเนื้อสามารถแพร่กระจายไปยังสลัดได้ ซึ่งจากผลของโรคระบาดในครั้งก่อนทำให้ร้านอาหารที่เกิดเหตุเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดเตรียมเนื้อเพราะหากไม่ทำการหั่นชิ้นเนื้อและการแช่เนื้อในบริเวณใกล้เคียงกันกับการจัดเตรียมสลัด เชื้อโรคดังกล่าวก็จะไม่แพร่กระจาย

¹²⁶ Mark Abell, *The Franchise Option: A Legal Guide*, (London: Waterlow Publishers, 1989), p. 90.

¹²⁷ Denis W. Stearns, *supra* note 87.

ขณะที่ร้านอาหารในเครือข่ายแฟรนไชส์ของจำเลยต่างหลีกเลี่ยงโรคระบาดดังกล่าวด้วยการเปลี่ยนไปผลิตและจำหน่ายสินค้าอื่นแทนสแต็กเนื้อที่ก่อให้เกิดโรค แต่จำเลยกลับให้สิทธิผู้รับแฟรนไชส์ในคดีนี้เลือกที่จะเปลี่ยนไปจำหน่ายสินค้าอื่นแทนหรือจะยังคงจำหน่ายสแต็กเนื้อดังกล่าวต่อไปก็ได้ ดังนั้น เมื่อโรคระบาด E. Coli ซึ่งเคยเกิดขึ้นมาก่อนแล้วจากสินค้าสแต็กเนื้อของจำเลย ทำให้โจทก์คดีนี้ได้รับความเสียหาย จึงต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อเพราะผิดหน้าที่ (breach of duty) ในการใช้ความระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงของอันตรายที่สามารถคาดเห็น และหลีกเลี่ยงได้

ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งเรียกว่า related company¹²⁸ มีหน้าที่ต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า หน้าที่ควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่ถือเป็นหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิด¹²⁹ ดังนั้น ถ้าผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้า ย่อมไม่ถือว่ามีความผิดที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการควบคุมคุณภาพ ด้วยเหตุนี้ ผลของการไม่ดำเนินการควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าอาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องเสียสิทธิในเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่ไม่ทำให้ต้องรับผิดชอบทางละเมิดฐานผิดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังด้วย¹³⁰

นอกจากการปฏิบัติตามหน้าที่ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าแล้ว โดยทั่วไป ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องการให้ผู้รับแฟรนไชส์ปฏิบัติตามมาตรการในการควบคุมคุณภาพสินค้าที่จำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์เพื่อรักษามาตรฐานของกิจการเครือข่ายแฟรนไชส์ให้สอดคล้องและเป็นไปอย่างเดียวกัน และรักษาชื่อเสียงและความนิยมทางการค้าของกิจการไว้ เช่น การกำหนดรายการ (specification) เกี่ยวกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งตามปกติแล้ว การให้คำแนะนำหรือกำหนดรายการของสินค้าไม่ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าต้องรับผิดชอบทางละเมิดแต่อย่างใด¹³¹ เว้นแต่รายการนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้สินค้าไม่ปลอดภัยและผู้ให้แฟรนไชส์คาดหมายได้ว่าผู้รับแฟรนไชส์จะปฏิบัติตาม หรือกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำหรือกำหนดรายการนั้น¹³²

¹²⁸ โปรดอ่านบทที่ 1 หัวข้อ 1.5.1 แนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวกับแฟรนไชส์
ข้อ 2) การควบคุมคุณภาพตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า.

¹²⁹ คดี Burkert v. Petrol Plus of Naugatuck, Inc., 579 A.2d 26, 32 (Conn. 1990).

¹³⁰ Kenneth B. Germain, "Tort Liability of Trademark Licensors in an Era of Accountability: A Tale of Three Cases," *The Trademark Reporter* 69 (1979).

¹³¹ David J. Franklyn, *supra* note 116.

¹³² John Adams, *Merchandising Intellectual Property*, (London: Butterworths, 1987),

หากในการดำเนินการควบคุมคุณภาพ ผู้ให้แฟรนไชส์ทำมากกว่าการให้คำแนะนำหรือกำหนดรายการสำหรับสินค้า เช่น กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการผลิต การออกแบบ ค่าเดือนเกี่ยวกับสินค้า การตรวจสอบสินค้า เป็นต้น อาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ความระมัดระวังเพื่อป้องกันผลต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากสินค้านั้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุมกำกับของผู้ให้แฟรนไชส์ (degree of supervisory control)¹³³ ว่ามีส่วนร่วมในการผลิต การออกแบบ การจัดจำหน่าย หรือวางตลาดสินค้าที่ไม่ปลอดภัยมากนักน้อยเพียงใด¹³⁴

นอกจากนี้ มาตรการบางประการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้ควบคุมคุณภาพ เช่น สัญญาแฟรนไชส์ กำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องใช้วัสดุ อุปกรณ์ตามที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดหรืออนุญาต หรือมาจากแหล่งที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดหรืออนุญาตเท่านั้น ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวนี้อาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์อยู่ในฐานะเป็นผู้เข้ารับการให้บริการ (undertakes to render services) แก่ผู้รับแฟรนไชส์ และต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกต่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในกระทำตามภาระของตนตามมาตรา 324A ของ Restatement (Second) of Torts 1965 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ที่เข้ารับการให้บริการ (undertakes to render services) แก่บุคคลอื่น ซึ่งตนยอมรับว่าเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกหรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะมีความตอบแทนหรือไม่ ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกสำหรับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำตามภาระของตนโดยปราศจากความระมัดระวังตามสมควร ถ้า (ก) การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังตามสมควรนั้นทำให้ความเสี่ยงของความเสียหายเช่นนั้นเพิ่มมากขึ้น หรือ (ข) เข้ารับการที่จะทำหน้าที่ของบุคคลอื่นที่มีต่อบุคคลภายนอก หรือ (ค) ความเสียหายที่ได้รับเกิดขึ้นเพราะบุคคลอื่นหรือบุคคลภายนอกเชื่อถือการรับภาระนั้น”

ศาลสหรัฐอเมริกาอาศัยบทบัญญัติของมาตรา 324A ดังกล่าวตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อบุคคลภายนอก ซึ่งได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของกิจการแฟรนไชส์ หากผู้ให้แฟรนไชส์ให้บริการหรือให้คำแนะนำวัสดุ อุปกรณ์ที่ใช้ในการขายสินค้าให้แก่ลูกค้าโดยประมาทเลินเล่อและคาดหมายได้ตามสมควรว่า ผู้รับแฟรนไชส์หรือบุคคลภายนอกเชื่อถือการให้บริการหรือให้คำแนะนำนั้น เช่น คดี Papastathis v. Beall¹³⁵ ศาลแห่งมลรัฐอริโซนาอาศัยบทบัญญัติมาตรา 324A ในการตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบทางละเมิดต่อลูกค้าของ

¹³³Ronald V. Sinesio, “Primary Liability of Private Chain Franchisor for Injury or Death Caused by Franchise Premises or Equipment,” in *American law Reports*, 4th ed. volume 59.

¹³⁴John E. Hawes, “Trademark Licensing Can Lead to Product Liability,” *The Practical Lawyer* 34, 2 (1988):25; *E.I. du Pont de Neumours & Co. v. McCain*, 414 F2d 369 (5th Cir. 1969).

¹³⁵723 P.2d 97 (Ariz. App. 1986).

ผู้รับแฟรนไชส์ สำหรับความประมาทเลินเล่อในการเลือกชั้นวางตู้เครื่องคั้ที่ผลิตโดยบุคคลภายนอก ให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ เมื่อลูกค้าของผู้รับแฟรนไชส์ต้องเสียชีวิตเพราะกระป๋องที่อยู่ในชั้นวางดังกล่าวตกลงมาโดนผู้ตายในขณะที่ผู้ตายกำลังเลือกเครื่องคั้จากผู้เครื่องคั้ดังกล่าว แม้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะเลือกและตรวจสอบชั้นวางดังกล่าวโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกสำหรับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกและตรวจสอบชั้นวางนั้น

ศาลกล่าวว่าประเด็นของคดีนี้อยู่ที่ว่าผู้ให้แฟรนไชส์ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกและตรวจสอบชั้นวางหรือไม่ ไม่ใช่อยู่ที่ว่าชั้นวางที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีความปลอดภัยมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้หรือไม่ กล่าวคือ ผู้ให้แฟรนไชส์แนะนำ ตรวจสอบและรับรองชั้นวางที่มีปัญหาเกี่ยวกับความปลอดภัยในการออกแบบ เนื่องจากด้านหน้าของชั้นดังกล่าวไม่ยื่นยาวออกมาถึงจุดกึ่งกลางของกระป๋องเครื่องคั้ จึงมีความเป็นไปได้ว่ากระป๋องจะกระเด็นหล่นลงมาจากชั้นวางดังกล่าวและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นได้ จึงถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ประมาทเลินเล่อในการกระทำการตามภาระในการตรวจสอบและแนะนำสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

ในการนำบทบัญญัติมาตรา 324A ของ Restatement (Second) of Torts 1965 มาปรับใช้ ศาลวางหลักว่า¹³⁶ จำเลยต้องเข้ารับการละเมิดโดยเฉพาะเจาะจงที่จะให้บริการซึ่งเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยขอบเขตของการเข้ารับการละเมิดจะตีกรอบหน้าที่ของจำเลยภายใต้ความหมายของมาตรา 324A¹³⁷ ดังนั้น ในการนำมาตรา 324A มาปรับใช้แก่การฟ้องคดีความรับผิดที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า จำเลยเข้ารับการละเมิดที่เกี่ยวกับสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง¹³⁸ ในกรณีของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ศาลวางหลักว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ารูปแบบมาตรฐาน (standard trademark licensing) ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการตรวจสอบซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดได้¹³⁹ ดังนั้น ข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อรักษาสีในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้ด้วยการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามบทบัญญัติของกฎหมายเครื่องหมายการค้า เช่น ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีสิทธิตามสัญญาที่จะตรวจสอบอาคารสถานที่และออกคำสั่งให้ผู้รับอนุญาตเลิกจำหน่ายหรือใช้สินค้าที่ได้มาจากแหล่งอื่น หากเห็นว่าสินค้านั้นทำลายชื่อเสียงของผู้อนุญาต ไม่ทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องรับผิดชอบทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ¹⁴⁰ แม้ว่าผู้อนุญาตจะมีส่วนร่วมในการโฆษณา

¹³⁶ เช่น คดี Lather v. Berg 519 N.E.2d 755, 766 (Inc. Ct App 1988).

¹³⁷ เช่น คดี Homer v. Pabst Brewing Co., 806 F.2d 119, 127 (7th Cir. 1986).

¹³⁸ เช่น คดี Evan v. Liberty Mut. Ins. Co., 398 F.2d 665, 666-67 (3d Cir. 1968).

¹³⁹ Mini Maid Serves. Co. v. Maid Brigade Sys., Inc., 967 F.2d 1520 (11th Cir. 1992).

¹⁴⁰ Kane v. A.J. Cohen Distributors of General Merchandise, Inc. 2d Dept 172 App Div 2d 720, 569 NY2d 108.

ประสาสัมพันธด้วยก็ตาม เพราะจะถือว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ duty of care และต้องรับผิดชอบตามมาตรา 324A ผู้อนุญาตต้องรับภาระโดยเฉพาะเจาะจงในการรับประกันความปลอดภัยของสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย¹⁴¹ เมื่อไม่มีข้อตกลงอย่างชัดเจน จึงไม่ถือว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ารับภาระในการตรวจสอบสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายตามความหมายของมาตรา 324A

หลักการดังกล่าวย่อมนำมาใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าด้วย เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ได้อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าของแฟรนไชส์ และผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 324A หากไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการปฏิบัติหน้าที่ตามภาระที่รับมา

ข) ความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลอื่น

หลัก Apparent Authority

ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบไม่เฉพาะการกระทำของตนเองเท่านั้น แต่อาจต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของผู้รับแฟรนไชส์ด้วย อย่างไรก็ตาม ในการฟ้องให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบโดยเคร่งครัดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยของผู้รับแฟรนไชส์ โดยอาศัยหลักความรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ศาลไม่เคยตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบเพราะความสัมพันธ์ด้วยการตัวแทนแบบแท้จริง (Actual Agency) หรือแบบนายจ้างลูกจ้างเพราะ

1) ศาลสหรัฐอเมริกาวางหลักว่า การควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวัน คือ การควบคุมที่มากกว่าการสร้างมาตรฐานของระบบแฟรนไชส์ และให้สิทธิแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ในการควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ ย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบตัวแทน (Actual Agency)¹⁴² หลักนี้ไปใช้ในการวินิจฉัยความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้างด้วยเช่นกัน¹⁴³

ปัญหาก็คือ ศาลเองยังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ กับการควบคุมเพื่อรักษามาตรฐานความเป็นแบบอย่างเดียวกันของระบบแฟรนไชส์ออกจากกัน¹⁴⁴ ดังนั้น ศาลส่วนใหญ่จึงลังเลที่จะตัดสินว่ามีความสัมพันธ์

¹⁴¹TMJ Implants Recipients v. The Dow Chemical Company, (DC Minn.) 880 F Supp 311.

¹⁴²เชน คี Billops v. Magness Construction Co., 391 A2d 196 (Del 1978).

¹⁴³คี Singleton v. International Dairy Queen, Inc., 332 A2d 160, (Del Super Ct 1975).

¹⁴⁴Joseph H. King, "Limiting the Vicarious Liability of Franchisors for the Torts of Their Franchisees," Washington & Lee Law Review 62 (spring 2005).

แบบตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้างระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์เพราะศาลยอมรับข้อเท็จจริงว่ากิจการแฟรนไชส์ย่อมต้องมีการควบคุมการดำเนินงาน¹⁴⁵ จึงเป็นเรื่องยากที่จะแบ่งแยกให้ชัดเจนระหว่างการควบคุมเพื่อรักษามาตรฐานแฟรนไชส์ กับการควบคุมที่ก่อให้เกิดความรับผิด¹⁴⁶

2) คำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาที่วินิจฉัยให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดของผู้รับแฟรนไชส์ โดยอาศัยความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้าง จะเป็นความรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดในกรณีอื่นที่ ไม่ใช่คดี Product Liability กล่าวคือ เหตุแห่งความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย¹⁴⁷

อย่างไรก็ตาม ในบริบทของแฟรนไชส์ที่เกี่ยวข้องกับ Product Liability นี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลัก Apparent Authority ซึ่งเป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวแทนชัด (Agency by Estoppel) ประเพณีหนึ่งมาตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยของผู้รับแฟรนไชส์ โดยอาศัยพฤติกรรมการแสดงออก (holding out) ของผู้ให้แฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอก เป็นการแสดงออกถึงอำนาจกระทำการแทนของผู้รับแฟรนไชส์ ที่เรียกว่าอำนาจตามที่ปรากฏ (Apparent Authority) ผู้ให้แฟรนไชส์จึงต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดของผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งกฎหมายถือว่ามีฐานะเป็นตัวแทนของคน องค์ประกอบของหลัก Apparent Authority บัญญัติอยู่ในมาตรา 267 ของ Restatement (Second) of Torts ดังนี้

1) ตัวการแสดงออกหรือยินยอมให้ตัวแทนแสดงออกว่าเป็นตัวแทนของคน

2) บุคคลภายนอกเชื่อถือการแสดงออกเช่นนั้นในการเข้าติดต่อกับตัวแทนด้วยความเชื่อว่าตนกำลังติดต่อกับตัวการ หรือตัวแทนของตัวการ หรือการแสดงออกเช่นนั้นสร้างความเชื่อโดยมีเหตุผลสมควรว่าตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ทำการผูกพันตัวการ และบุคคลภายนอกเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรในอำนาจตามที่ปรากฏของตัวแทนนั้น

3) มีการเปลี่ยนแปลงฐานะในทางที่เสียหายของบุคคลภายนอกด้วยความเชื่อเช่นนั้น

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ John Adams and KV. Prichard Jones, *Franchising*, (London: Butterworths, 1987), p. 29.

¹⁴⁷ อย่างไรก็ตาม การฟ้องให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดของผู้รับแฟรนไชส์ที่ไม่ใช่กรณีความเสียหายเกิดจากสินค้า ศาลส่วนใหญ่ก็ตัดสินว่าการควบคุมของผู้ให้แฟรนไชส์ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้างเช่นกัน โปรดดู John Hamilton Pratt, *Franchising Law and Practice*, (London: Sweet & Maxwell, 1990), p. 7033; Joseph H. King, *supra* note 144.

อย่างไรก็ตาม สำหรับองค์ประกอบในข้อสามถือเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับการพิจารณาตัดสินในบางคดีเท่านั้น¹⁴⁸

การแสดงผลของตัวการอาจกระทำต่อบุคคลภายนอกโดยตรง หรือด้วยการใช้สัญลักษณ์หรือการโฆษณาก็ได้¹⁴⁹ ความเชื่อของบุคคลภายนอกต่อการแสดงผลออกเช่นนั้นต้องมีเหตุผลสมควรด้วย ในบริบทแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์อาจต้องรับผิดชอบหลัก Apparent Authority หาก¹⁵⁰ 1) ผู้ให้แฟรนไชส์แสดงผลออกถึงอำนาจควบคุมที่มีต่อผู้รับแฟรนไชส์ และ 2) โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเชื่อถือการแสดงผลออกเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม สัญญาที่มีข้อความปฏิเสธความสัมพันธ์ในฐานะเป็นตัวการตัวแทนระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ไม่มีผลต่อการตัดสินความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนตามหลัก Apparent Authority แต่อย่างใด¹⁵¹

ในคดี Gizzi v. Texaco, Inc.¹⁵² ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์ที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สถานีให้บริการของผู้รับแฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายสำหรับความไม่ปลอดภัยของรถยนต์ที่จำหน่ายโดยผู้รับแฟรนไชส์ตามหลัก Apparent Authority ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า โจทก์ซื้อรถยนต์มือสองจากสถานีให้บริการของผู้รับแฟรนไชส์ ก่อนขาย ผู้รับแฟรนไชส์ได้ซ่อมเบรกรถคันดังกล่าว โจทก์ได้รับความเสียหายขณะขับรถดังกล่าวเพราะเบรกรถของรถไม่ทำงาน โจทก์ชนะคดี เมื่อสามารถพิสูจน์ถึงความเชื่อที่มีต่อคำขวัญในการโฆษณาที่สามารถพบเห็นได้ทั่วไปของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ว่า "TRUST YOUR CAR TO THE MAN WHO WEARS THE STAR" และสัญลักษณ์ของผู้ให้แฟรนไชส์ ที่ปรากฏในสถานีบริการของผู้รับแฟรนไชส์ที่ระบุว่าให้บริการด้านเครื่องยนต์โดยผู้เชี่ยวชาญ

3) ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

ด้วยผลของคำพิพากษาในคดี Greenman v. Yuba Power Prods., Inc.¹⁵³ ทำให้สถาบันกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (The American Law Institute) นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาบัญญัติรับรองไว้ใน Restatement (Second) of Torts 1965 มาตรา 402A ซึ่งมลรัฐเกือบจะทั้งหมดในประเทศ

¹⁴⁸David L. Reed, "Vicarious Liability under Doctrine of Ostensible or Apparent Authority," in American Jurisprudence Proof of Facts, 3rd ed. volume 6.

¹⁴⁹Wood v. Holiday Inns, Inc. (1975 CA5 Ala) 508 F2d 167.

¹⁵⁰Ronald A. Anderson, et al., Business Law, revise ed. (Cincinnati: South-Western Pub., 1987), p. 764.

¹⁵¹Crinkley v. Holiday Inns, Inc. 1988, (CA4 NC) 844 CA4 156.

¹⁵²437 F2d 308, (CA 3 1971), 404 US 829 (1971).

¹⁵³59 Cal.2d 57(1963).

สหรัฐอเมริกาต่างนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของมลรัฐตนเพื่อใช้บังคับแก่ความรับผิดทางละเมิดที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

ตามมาตรา 402A ของ Restatement (Second) of Torts กำหนดให้ผู้ขาย (seller) ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดสำหรับสินค้าที่อยู่ในสภาพที่ไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควร (unreasonably dangerous) ต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้เสียหาย ดังนี้

(1) ผู้ขายสินค้าที่อยู่ในสภาพที่ไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควร แก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้ใช้หรือผู้บริโภค และสินค้าดังกล่าวได้ก่อให้เกิดอันตรายเช่นนั้นแก่ผู้ใช้หรือผู้บริโภค

(a) ถ้าผู้ขายเป็นผู้ประกอบธุรกิจในการขายสินค้าเช่นนั้น

(b) สินค้าดังกล่าวได้ถึงมือผู้ใช้หรือผู้บริโภคโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงสภาพของสินค้าในสาระสำคัญไปจากสภาพที่ขาย

(2) ผู้ขายต้องรับผิดต่อผู้เสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น แม้ว่า

(a) ผู้ขายจะได้ใช้ความระมัดระวังในการเตรียมและขายสินค้านั้นแล้ว และ

(b) ผู้ใช้หรือผู้บริโภคได้รับความเสียหายไม่ได้มีนิสสัมพันธทางสัญญากับผู้ขาย

มาตรา 402A กำหนดให้ผู้ขายสินค้าที่อยู่ในสภาพที่ไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายอันไม่สมควร แก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้ใช้หรือผู้บริโภค และสินค้าดังกล่าวได้ก่อให้เกิดอันตรายเช่นนั้นแก่ผู้ใช้หรือผู้บริโภค ถ้าผู้ขายเป็นผู้ประกอบธุรกิจในการขายสินค้าเช่นนั้น และสินค้าดังกล่าวได้ถึงมือผู้ใช้หรือผู้บริโภคโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงสภาพของสินค้าในสาระสำคัญไปจากสภาพที่ขาย ผู้ขายต้องรับผิดต่อผู้เสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น แม้ว่าจะได้ใช้ความระมัดระวังในการเตรียมและขายสินค้าแล้ว และผู้ใช้หรือผู้บริโภคได้รับความเสียหายไม่ได้มีนิสสัมพันธทางสัญญากับผู้ขาย ตามบทบัญญัตินี้ถือว่าผู้ที่มีส่วนร่วมในกระบวนการผลิตและจำหน่ายสินค้าจะต้องรับผิดทั้งหมด ตั้งแต่ผู้ผลิตจนถึงผู้ขายปลีก¹⁵⁴

สำหรับในบริบทของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์อาจเข้าเกี่ยวข้องในธุรกิจแฟรนไชส์ได้ทั้งในฐานะเป็นผู้ผลิตสินค้า ผู้จำหน่ายหรือจัดป้อนสินค้าแก่ผู้รับแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีฐานะเป็นผู้ที่อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้าเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า จะไม่ถือเป็นผู้ที่อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้า

¹⁵⁴ นักกฎหมายบางท่านเรียกหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดที่ใช้แก่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกาว่า chain-of-distribution liability เพราะบุคคลใดก็ตามที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจะต้องอยู่ภายใต้หลักความรับผิดนี้ทั้งหมดทุกคน แม้ว่าจะไม่ได้ผลิตหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้ามากนักหรือเพียงใดก็ตาม โปรดดู Denis W. Stearns, *supra* note 87.

โดยตรง แต่ก็อาจต้องรับผิดโดยเคร่งครัดตามหลัก Stream of Commerce ของมาตรา 402A นี้ได้

ก) หลัก Stream of Commerce Doctrine

ช่วงต้นทศวรรษที่ 1980 ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียสร้างหลักกฎหมาย Common law อย่างหนึ่งขึ้นในคดี *Kasel v. Remington Arms*¹⁵⁵ ด้วยการถือว่าบุคคลที่มีส่วนอย่างสำคัญ (significantly participate) ในกิจการ (enterprise) ที่นำสินค้าเข้ามาในการหมุนเวียนทางการค้า (stream of commerce) มีฐานะเป็นผู้ขาย และดังนั้น ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดสำหรับความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากสินค้านั้น ภายใต้ มาตรา 402A ของ Restatement (Second) of Torts หลักนี้เป็นที่รู้จักกันว่า "Stream of Commerce" หรือบางครั้งอาจเรียกว่า "Enterprise Liability"¹⁵⁶

หลัก Stream of Commerce มีพื้นฐานอยู่บนเหตุผลสมควรสองประการเช่นเดียวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดโดยทั่วไป¹⁵⁷ นั่นคือ

1) จำเลยเป็นผู้นำสินค้าเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้าและได้กำไรจากสินค้านั้น ดังนั้น จำเลยอยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่จะรับภาระความเสี่ยงของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้านั้น และ

2) จำเลยอยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่จะป้องกันความเสียหาย

ดังนั้น อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า หลัก Stream of Commerce มีพื้นฐานอยู่บนเหตุผลของ "การกระจายความเสี่ยง" หรือ "การผลักภาระหรือเปลี่ยนมือความเสียหาย"

ในคดี *Kasel v. Remington Arms* ศาลตัดสินให้ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ารับผิดโดยเคร่งครัดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากระสุนปืนที่ไม่ปลอดภัยซึ่งผลิตโดยผู้รับอนุญาตชาวต่างชาติ โดยตัดสินว่า Remington Arms Company ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า 1) ทำให้มีการก่อตั้งนิติบุคคล CDM ซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าขึ้น 2) ทำสัญญาอนุญาตให้ผู้ผลิตใช้เครื่องหมายการค้า 3) เป็นเจ้าของหุ้น 40% ในนิติบุคคลผู้ผลิตนั้น 4) จัดตั้งกรรมการและพนักงานร่วมกันและผสมผสานกัน 5) ได้รับประโยชน์ทางการเงินจากข้อตกลงนั้น ด้วยความสัมพันธ์เหล่านี้ ถือว่า Remington Arms Company เป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของกิจการซึ่งนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า ศาลให้เหตุผลว่า Remington Arms Company เป็นผู้มีส่วนร่วมที่ขับเคลื่อน (an active participant) กิจการซึ่งนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเข้ามาสู่ตลาด ดังนั้น จึงมีความเกี่ยวพันมากกว่าผู้ขายปลีกทั่วไป และต้องรับผิดโดยเคร่งครัด

ความสัมพันธ์ของจำเลยที่ศาลใช้ในการตัดสินให้จำเลยรับผิดดังกล่าว เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะของการมีส่วนร่วม (participatory connection) สำหรับกำไรหรือผลประโยชน์อย่างอื่นที่ตก

¹⁵⁵ 101 Cal. Rptr. 314 (Cal. Ct. App. 1972).

¹⁵⁶ *Hebel v. Sherman Equip.*, 442 N.E. 2d 199, 203 (Ill. 1982).

¹⁵⁷ David J. Franklyn, *supra* note 116.

ได้แก่ตัวเองโดยเฉพาะ กับสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และกับกิจการซึ่งสร้างอุปสงค์และความเชื่อต่อสินค้าแก่ผู้บริโภค แต่ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางกฎหมาย เช่น ตัวการตัวแทนระหว่างจำเลย (ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า) กับผู้ผลิต (ผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า)¹⁵⁸

สำหรับในบริบทแฟรนไชส์ ศาลยอมรับว่า โดยทั่วไป หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดเกี่ยวข้องกับผู้ผลิตหรือผู้ขายปลีก และไม่เคยใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามาก่อน แต่ด้วยความสัมพันธ์ที่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือผู้ให้แฟรนไชส์มีต่อผู้ผลิต ซึ่งเป็นผู้รับอนุญาตหรือผู้รับแฟรนไชส์ และผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือผู้ให้แฟรนไชส์จากความสัมพันธ์นี้ ศาลสรุปว่าความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับแก่จำเลยในคดี

ศาลจำนวนมากใช้หลัก Stream of Commerce เพื่อกำหนดความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ว่าจะไม่ได้เป็นผู้ที่อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้าโดยตรง แต่ก็ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดตามบทบัญญัติของมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts หากปรากฏว่า ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือผู้ให้แฟรนไชส์ “มีความเกี่ยวพันอย่างสำคัญ” (substantially involved in) หรือ “เป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของ” (integral part of) กิจการที่นำสินค้าไม่ปลอดภัยเข้ามาใน stream of commerce เพราะหลัก Stream of Commerce ไม่ได้มุ่งไปถึงไปที่สถานะความเป็นผู้ที่อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้า¹⁵⁹ แต่มุ่งพิจารณาไปที่การมีส่วนร่วมของผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือผู้ให้แฟรนไชส์ในกิจการที่ผลิตและวางจำหน่ายสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

ในคดี *Torres v. Goodyear Tire & Rubber Co.*¹⁶⁰ ศาลแห่งมลรัฐอริโซนาได้ใช้ออร์บ์ประกอบทางข้อเท็จจริงของการมีสิทธิตามสัญญาในการควบคุมคุณภาพของผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามากำหนดความรับผิดชอบแก่จำเลย ศาลกล่าวถึงกฎเกณฑ์ดังกล่าวว่า “ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่มีส่วนสำคัญในกระบวนการทั้งหมดที่สินค้าไปถึงมือผู้บริโภคและมีสิทธิที่จะควบคุมการผลิตหรือการจัดจำหน่าย ต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์มาตรา 402A ของ Restatement (Second) of Torts ...ถือว่าจำเลยมีหน้าที่เท่าเทียมกันกับผู้ขายและผู้ผลิต (functional equivalent)”

ในคดี *City of Hartford v. Associated Construction Co.*¹⁶¹ ศาลแห่งมลรัฐคอนเนตทิคัตได้ใช้หลัก Stream of Commerce ในการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อเยียวยาความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เป็นผลมาจากหลังคาโรงเรียนรั่วและสำหรับค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมหลังคา จำเลยเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า “All-Weather Crete” อนุญาตให้ Skyway ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่

¹⁵⁸ *Hebel v. Sherman Equip.*, *supra* note 156.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ 867 F.2d 1234 (9th Cir. 1989).

¹⁶¹ 34 Conn Sup 204, A.2d 390 (1978).

อยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลย ใช้เครื่องหมายการค้าแก้วสคูมุงหลังคาที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ความรับผิดของจำเลยในคดีนี้เป็นผลมาจากข้อตกลงอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ากับ Skyway ซึ่งถือเป็นการรับประกันต่อผู้บริโภคว่าวัสดุหลังคาที่ใช้เครื่องหมายการค้า "All-Weather Crete" มีลักษณะและคุณภาพเหมือนกันกับสินค้าของจำเลยก่อนที่จะอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งสอดคล้องกับคำพิพากษาบรรทัดฐานที่มีมาก่อนในการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดตามมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts ว่าสินค้าที่ไม่ปลอดภัย "ได้รับการคาดหวังว่าจะไปถึงผู้ใช้หรือผู้บริโภคโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในสภาพที่ขาย" รวมทั้งการรักษาสิทธิและการดำเนินการบังคับตามสิทธิของการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า "All-Weather Crete" เช่นเดียวกับวิธีการและลักษณะของการใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้น ศาลจึงตัดสินให้จำเลยต้องรับผิด

แม้ศาลจะยอมรับว่าคดีนี้มีข้อเท็จจริงที่ต่างไปจากคดี Kasei แต่เหตุผลสมควรที่เป็นนโยบายสาธารณะอย่างเดียวกันซึ่งใช้ในคดี Kasei เป็นเหตุผลแก่การกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าในคดีนี้ ศาลให้เหตุผลว่า "ไม่มีเหตุผลว่าทำไมความรับผิดโดยเคร่งครัดทางละเมิดจะไม่สามารถใช้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะเป็นองค์ประกอบสำคัญในการจัดป้อนสินค้าสู่ท้องตลาด ในกิจการที่สามารถคาดหมายได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายบางอย่าง ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้าผลิตสินค้าด้วยตนเอง ความรับผิดโดยเคร่งครัดทางละเมิดย่อมนำมาใช้ได้ ดังนั้น จะเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หากอนุญาตให้ผู้ใดหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบโดยใช้อุบายอย่างง่าย ๆ ด้วยการเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า"

นั่นหมายความว่าศาลเห็นว่าพฤติการณ์การมีส่วนร่วมในการผลิตและนำสินค้าเข้ามาสู่ stream of commerce ของจำเลยไม่ต่างไปจากกรณีที่จำเลยผลิตสินค้านั้นด้วยตัวเอง ต่างกันเพียงจำเลยทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อผลิตสินค้าแทนตนเท่านั้น ดังนั้น หากศาลไม่กำหนดให้จำเลยต้องรับผิด ก็เท่ากับยินยอมให้ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอาศัยสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นอุบายหลีกเลี่ยงความรับผิดได้

เมื่อความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามหลัก Stream of Commerce ขึ้นอยู่กับระดับการควบคุมในส่วนที่ก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า¹⁶² ดังนั้น ในกรณีให้ผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไม่ได้ดำเนินการควบคุมจึงไม่ต้องรับผิด เช่น

ในคดี Burkert v. Petrol Plus of Naugatuck, Inc.¹⁶³ ศาลตัดสินว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้ดำเนินการควบคุมคุณภาพสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอย่างแท้จริงไม่ต้องรับผิดสำหรับความ

¹⁶²David G. Owen, et al., Products Liability and Safety: Cases and Materials, 4th ed. (New York: The Foundation Press, 2004), p. 774.

¹⁶³216 Conn. 65, 579 A.2d 26, 1990.

เสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า คดีนี้ จำเลย (General Motors Corporation หรือ GM) อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า Dexron แก่การผลิตและจำหน่ายของเหลว (automatic transmission fluid) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยทำการทดสอบของเหลวที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าถึง 20 ครั้งในศูนย์วิจัยที่ได้รับอนุญาตจากจำเลย แต่จำเลยไม่ได้ควบคุมวัตถุดิบในการผลิตหรือจัดจำหน่ายสินค้า ไม่ได้ออกคำเตือนใดๆ แก่ผู้ซื้อถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้น ทั้งไม่ได้รับคำสิทธิจากการผลิตและจำหน่ายสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า จำเลยจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างเพียงพอกับการผลิตสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

คดี Better Beverages, Inc. v. Meshchitz¹⁶⁴ ศาลตัดสินว่าผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับขวดเครื่องดื่มที่ไม่ปลอดภัย เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ฝาขวดกระเด็นเข้าตาของโจทก์ ซึ่งมีสาเหตุมาจากกระบวนการบรรจุขวดหรือการปิดฝาขวด แต่ผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่ป้อนน้ำเชื่อมให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการผลิต การปิดฝา การบรรจุขวดดังกล่าว

คดี Porter v. LSB Industries, Inc.¹⁶⁵ ก็ตัดสินในทำนองเดียวกันว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตน หากไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการออกแบบ ผลิต จัดจำหน่าย วางตลาด ขาย รับประกันสินค้า บำรุงรักษา หรือซ่อมแซมสินค้านั้น เพราะเพียงแค่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิด

ข) หลัก Apparent Manufacturer

Restatement (Second) of Torts มาตรา 400 (Selling as Own Product Chattel Made by Another) บัญญัติว่า One who puts out as his own product a chattel manufactured by another is subject to the same liability as though he were its manufacturer ตามบทบัญญัตินี้ หมายความว่า ผู้ใดจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่นอย่างเป็นสินค้าของตัวเอง ต้องรับผิดชอบเหมือนหนึ่งว่าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น

หลักความรับผิดตามมาตรา 400 นี้ เรียกว่าหลัก Apparent Manufacturer เป็นหลักเกณฑ์ที่ผสมผสานระหว่างหลักความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อกับหลักความรับผิดที่เกิดจากการแสดงออก¹⁶⁶ นั่นคือ ความประมาทเลินเล่อในการผลิตสินค้าของผู้ผลิตกับการแสดงออกของผู้ขาย (seller) ที่ไม่ได้เป็นผู้ผลิตแต่ใช้ชื่อของตนแก่สินค้านั้น มาตรา 400 ถือว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบสำหรับความประมาทเลินเล่อของผู้ผลิตแม้ว่าผู้ขายไม่สามารถตรวจพบความไม่ปลอดภัยของสินค้า ภายหลังจากสินค้าส่งมาถึงมือของตน¹⁶⁷

¹⁶⁴ 643 S.W.2d 502 (Tex. App. 1982).

¹⁶⁵ 192, A.D.2d 205, 600 N.Y.S.2d 867.

¹⁶⁶ James A. Henderson and Aaron D. Twerski, *supra* note 50, p. 6.

¹⁶⁷ เช่น คดี Sears Roebuck and Co. v. Black, 708 S.W.2d 925 (Tex. Ct. App. 1986).

บทบัญญัติตามมาตรา 400 จึงเป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ขายหรือผู้ที่จำหน่ายสินค้า (puts out a chattel) ซึ่งผลิตโดยผู้ที่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ในระดับที่ได้สัดส่วนกับอันตรายที่เกิดขึ้นจากการใช้สินค้าที่ผลิตขึ้นอย่างไม่ถูกต้อง เพื่อรับประกันว่าจะมีการนำสูตรหรือแผนที่เหมาะสมมาใช้และการใช้วัตถุดิบที่ปลอดภัยและตรวจสอบสินค้าที่ผลิตขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นแล้ว ผู้ผลิตก็ต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควรซึ่งเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อในการผลิต หรือไม่มีการตรวจสอบอย่างเหมาะสมในระหว่างกระบวนการผลิต ผู้ขายหรือผู้ที่จำหน่ายสินค้าอย่างเป็นทางการต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต¹⁶⁸

ถ้อยคำที่ว่า "One who puts out a chattel" ให้ความหมายโดยนัยของผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 400 นี้ ตาม Comment a. ของ Restatement (Second) of Torts กล่าวว่า "One who puts out a chattel" หมายรวมถึงผู้ใดก็ตามที่ป้อน (supply) สินค้าให้แก่ผู้อื่น ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือของบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะโดยการขาย หรือให้เช่า หรือให้ หรือให้ยืม ดังนั้น แม้ว่าผู้ขายจะเป็นเพียงผู้ประกอบการธุรกิจขายปลีกก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงจากความรับผิดชอบตามบทบัญญัติของมาตรา 400 นี้ได้¹⁶⁹

ตาม Comment d. วางขอบเขตของการนำหลัก Apparent Manufacturer มาบังคับใช้¹⁷⁰ โดยระบุว่า หลักเกณฑ์ตามมาตรา 400 นี้ใช้เฉพาะแก่ผู้ที่จำหน่ายสินค้าอย่างเป็นทางการเป็นสินค้าของตัวเอง (puts out a chattel as his own product) ซึ่งอาจเกิดขึ้นในสองกรณี ได้แก่ 1) ผู้ที่ปรากฏว่าเป็นผู้ผลิต 2) กรณีที่สินค้าผลิตขึ้นเพื่อผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ

ในกรณีแรก ถือว่าจำเลยจำหน่ายสินค้าอย่างเป็นทางการเป็นสินค้าของตัวเองและต้องรับผิดชอบตามมาตรา 400 นี้ เพราะจำเลยทำให้ผู้ใช้สินค้าเชื่อถือว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในการผลิตสินค้านั้น ส่วนกรณีที่สอง จำเลยทำให้ผู้ใช้สินค้าเชื่อถือว่าจำเลยต้องการให้สินค้าผลิตสำหรับจำเลยอย่างถูกต้อง และด้วยชื่อเสียงของจำเลยเป็นการรับประกันแก่ผู้ใช้สินค้าถึงคุณภาพของสินค้านั้น ในทางตรงข้าม ถ้าปรากฏอย่างชัดเจนว่า จำเลยเกี่ยวข้องกับสินค้าในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้า (distributor) เท่านั้น เช่น เป็นผู้ขายปลีกหรือขายส่งสินค้า กรณีเช่นนี้ ไม่ถือว่าจำเลยจำหน่ายสินค้าอย่างเป็นทางการเป็นสินค้าของตัวเอง

Comment d. ได้ระบุอีกว่า ผู้ที่จำหน่ายสินค้าภายใต้ชื่อของตัวเอง หรือใช้ (affix) ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าแก่สินค้า ถือได้ว่าเป็นผู้ที่จำหน่ายสินค้าอย่างเป็นทางการเป็นสินค้าของตัวเอง เพราะการกระทำเหล่านั้นบนฉลากสินค้าย่อมเป็นสิ่งบ่งชี้ถึงคุณภาพหรือประโยชน์ของสินค้า เท่ากับเป็นการเน้นย้ำเพิ่มขึ้นแก่ผู้ใช้สินค้าว่าสามารถเชื่อถือชื่อเสียงของผู้ที่ถูกระบุเช่นนั้นได้

¹⁶⁸ Comment c. ของ Restatement (Second) of Torts มาตรา 400.

¹⁶⁹ Comment d. ของ Restatement (Second) of Torts มาตรา 400.

¹⁷⁰ Louis R. Frumer and Melvin I. Friedman, *supra* note 15, section 3B-70.2.

แม้ว่าตาม Comment d. ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าหลัก Apparent Manufacturer สามารถนำมาใช้บังคับแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในบริบทของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensing) ได้หรือไม่ แต่เมื่อผู้บริโภคซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้บริโภคย่อมสามารถสันนิษฐานได้ว่า สินค้านั้นมีที่มาจากผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น แม้ว่าสินค้านั้นจะผลิตขึ้นโดยผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensee) ก็ตาม¹⁷¹ ดังนั้น หลัก Apparent Manufacturer จึงสามารถนำมาใช้บังคับแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายได้

ตามแนวคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ตีความหลัก Apparent Manufacturer ตามมาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts โดยเคร่งครัด¹⁷² โดยนำมาใช้บังคับแก่ผู้ที่ไม่ใช่ผู้ผลิตแต่อาจจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่นอย่างเป็นทางการเป็นสินค้าของตนเอง ซึ่งได้แก่ ผู้ขายปลีก¹⁷³ ผู้ขายส่ง¹⁷⁴ ผู้จัดจำหน่าย (distributor)¹⁷⁵ รวมทั้งผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensor) และผู้ให้แฟรนไชส์ (franchisor) ด้วย

สำหรับแนวคิดของหลัก Apparent Manufacturer มีพื้นฐานมาจากความคาดหวังของผู้บริโภค (Consumer Expectations) เป็นสำคัญ¹⁷⁶ ด้วยการแสดงออกของผู้ขายที่ไม่ใช่ผู้ผลิตสินค้า ผู้บริโภคจะเชื่อถืออย่างมีเหตุสมควรว่าผู้ขายผลิตสินค้าและเลือกซื้อหรือใช้สินค้าด้วยความเชื่อถือซื้อเสี่ยง และทักษะของผู้ขายนั้น¹⁷⁷ ในกรณีเช่นนี้ ชื่อเสียงของผู้ขายที่ไม่ใช่ผู้ผลิตสินค้าจะเป็นสิ่งรับประกันโดยปริยายถึงคุณภาพของสินค้า ดังนั้น เมื่อผู้ขายที่ไม่ใช่ผู้ผลิตชักนำให้สาธารณะเชื่อว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้า ก็

¹⁷¹Melissa Evans Buss, "Products Liability and Intellectual Property Licensors," William Mitchell Law Review 27 (2000).

¹⁷²โปรดดู Comment e. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts.

¹⁷³เช่น คดี Swift & Co. v. Hawkins, 164 SO. 231, 232 (Mis.1935).

¹⁷⁴เช่น คดี Degouvia v. H.D. Lee Merchantile Co., 100 S.W. 2d 336, 338 MO. App.1936.

¹⁷⁵เช่น คดี Slavin v. Francis H. Leggett & Co., 121 A.120 (N.J. 1935); Forry v. Gulf Oil Corp., 237 A.2d 593 (Pa. 1968).

¹⁷⁶Lana Steven, "Tenth Circuit Survey Torts: Products Liability," Denver University Law Review 75 (1998); Rosemary G. Schikora, "No Apparent Manufacturer Liability in Michigan," Michigan Bar Journal 75 (1996).

¹⁷⁷คดี Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 156; Root v. J.H. Indus., Inc., 660 N.E. 2d 195, 198 (Ill. App. Ct.1995) และ Comment c. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts.

สมควรที่จะถูกปิดปากจากการปฏิเสธว่าตนไม่ได้อยู่เบื้องหลังการรับประกันเช่นนั้น¹⁷⁸ หลัก Apparent Manufacturer ก็จะนำมาใช้กำหนดความรับผิดแก่ผู้ที่ไม่ใช่ผู้ผลิตนั้น วัตถุประสงค์ของหลัก Apparent Manufacturer คือ¹⁷⁹ กำหนดขอบเขตสำหรับความสามารถในการรับผิดชอบที่เหมาะสม และเพื่อป้องกันการใช้โครงสร้างนิติบุคคลเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดทางละเมิด อันเป็นการรับประกันว่านิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งของกิจการที่จำหน่ายสินค้าจะสามารถรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้านั้นได้

ด้วยเหตุนี้ หลัก Apparent Manufacturer จึงถือเป็นหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ตามหลักกฎหมาย Common Law อย่างหนึ่ง¹⁸⁰ ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตจะถูกสันนิษฐานว่ารู้ถึงความไม่ปลอดภัยทั้งที่ปรากฏอย่างชัดเจนและที่ซ่อนเร้นอยู่ราวกับเป็นผู้ผลิตที่แท้จริง ดังนั้น ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตจึงมีหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ผลิตในการตรวจสอบ ทดสอบและให้คำเตือนเกี่ยวกับสินค้า¹⁸¹ หลัก Apparent Manufacturer เป็นการโอนความรับผิดของผู้ผลิตไปยังผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตจึงเข้ามาแทนที่ผู้ผลิต¹⁸²

อย่างไรก็ตาม มลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาไม่ได้นำเอาหลัก Apparent Manufacturer มาใช้ทั้งหมด โดยมีมลรัฐอย่างน้อย 18 มลรัฐนำหลักนี้มาใช้¹⁸³ ซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่ที่ยอมรับหลักนี้จะใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าด้วย¹⁸⁴ ขณะที่มลรัฐที่ไม่นำหลักนี้ไปใช้ก็เพราะมลรัฐนั้นๆ ไม่ได้ใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ที่ไม่ใช่ผู้ผลิตซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้บริโภคในด้านชื่อเสียง แต่จะใช้หลักความรับผิดทางละเมิดตามหลักทั่วไป

สำหรับประเด็นว่า การใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า ฉลากสินค้า หรือเครื่องหมายการค้าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการจำหน่ายสินค้าอย่างเป็นสินค้าของตนเอง (puts out as his own product) อย่างไรจึงจะไม่เข้าข้อสันนิษฐานนั้น Comment d. ได้ระบุว่า การปิดฉลากบนสินค้าโดยใช้ข้อความว่า “ผลิตสำหรับ” (made for) ผู้ขาย หรือบรรยายฐานะว่าเป็นผู้จัดจำหน่าย (distributor) โดยไม่มีการระบุอย่างชัดเจนถึงตัวผู้ผลิตที่แท้จริง หรือผู้บรรจุหีบห่อ ไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ขายหลุดพ้นจากความรับผิด การระบุอย่างชัดเจนถึงตัวผู้ผลิตที่แท้จริง หรือผู้บรรจุหีบห่อ หรือใช้ชื่อ หรือชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าอื่น

¹⁷⁸ Comment c. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts.

¹⁷⁹ Seaward v. Hilti, Inc., 537 N.W. 2d 221, 224 (Mich, 1995).

¹⁸⁰ Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 156.

¹⁸¹ Rosemary G. Schikora, *supra* note 176.

¹⁸² Seaward v. Hilti, Inc., *supra* note 179.

¹⁸³ สำหรับรายชื่อของมลรัฐทั้ง 18 แห่ง โปรดดูจากรายชื่อของคดีต่างๆ ที่ระบุไว้ในคำตัดสินคดี Seaward v. Hilti, Inc., *supra* note 179.

¹⁸⁴ Rosemary G. Schikora, *supra* note 176.

คู่กับเครื่องหมายการค้าของผู้ขาย และมีการระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ขายไม่ได้กระทำการอย่างอื่นเกี่ยวกับสินค้านอกจากจัดจำหน่ายหรือขายสินค้านั้น ไม่ถือว่าผู้ขาย puts out product as his own ดังนั้น จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 400 นี้ นอกจากนี้ Comment d. ยังระบุอีกว่า การระบุข้อความในลักษณะอื่นที่แสดงให้เห็นว่า สินค้าที่จำหน่ายไม่ใช่สินค้าของผู้ขายอย่างชัดเจน ผู้ขายก็อาจไม่ต้องรับผิดชอบเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลักว่า¹⁸⁵ การ Holding out หรือการแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตตามหลัก Apparent Manufacturer อาจจะไม่เกิดขึ้นด้วยการใช้ชื่อ ชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้าแก่สินค้าเท่านั้น แต่อาจเกิดขึ้นจากการโฆษณาที่ระบุว่าจำเลยเป็นผู้ผลิตสินค้านั้นก็ได้¹⁸⁶

สำหรับตัวอย่างคดีที่ศาลที่นำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์ เช่น คดี Brandimarti v. Caterpillar Tractor Co.¹⁸⁷ โจทก์ได้รับความเสียหายขณะขับรถบรรทุกที่มีชื่อทางการค้า “Caterpillar” ของจำเลยซึ่งผลิตโดย Towmotor ซึ่งเป็นบริษัทลูกของจำเลย แม้ว่าจำเลยไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการผลิต ออกแบบ หรือวางตลาดรถบรรทุกดังกล่าว แต่ศาลก็ตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของรถดังกล่าวโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer แม้จะปรากฏว่าบนรถบรรทุกดังกล่าวมีชื่อของผู้ผลิตอยู่ด้วยก็ตาม

ในคดี Carter v. Joseph Bancroft & Son Co.¹⁸⁸ โจทก์ได้รับความเสียหายจากการที่เสื้อผ้าที่สวมใส่เกิดถูกดัดไฟขึ้น เสื้อผ้างดังกล่าวมีฉลากสินค้าที่ระบุว่า สินค้าผลิตตามรายการ (specification) และมาตรฐานที่กำหนดโดยจำเลย (Joseph Bancroft & Son Co.) รวมทั้งปรากฏชื่อของผู้ผลิตที่แท้จริงอยู่อีกด้านหนึ่งของฉลากสินค้านั้นด้วย ศาลตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer เพราะแม้ว่าจะปรากฏชื่อของผู้ผลิตที่แท้จริงแต่ฉลากสินค้าก็ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าจำเลยผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้ทำสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับสินค้าอีก นอกไปจากจัดจำหน่ายหรือขายสินค้า¹⁸⁹

¹⁸⁵ เช่น คดี Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 156; Spartan Pools v. Royal, 386 So. 2d 421 (Ala. 1980); Kealoha v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 82 F.3d 894, 38 U.S.P.Q. 2d 1672 (9th Cir. 1996).

¹⁸⁶ อย่างไรก็ตาม คดี Fletcher v. Atex, Inc., 68 F.3d 1451 (1995) ตัดสินว่า การใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในเอกสารที่ใช้ในการโฆษณาและสนับสนุนการขาย ไม่ถือเป็น การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต.

¹⁸⁷ 527 A.2d 134 (Pa. Super. Ct. 1987).

¹⁸⁸ 360 F.Supp 1103 (E.D. Pa. 1973).

¹⁸⁹ สอดคล้องกับความเห็นตาม Comment d. ของมาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts 1965.

จากคำพิพากษาเหล่านี้อาจสรุปได้ว่า ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา เจ้าของเครื่องหมายการค้า แม้ว่าจะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า (รวมถึงในบริบทของเฟรนไชส์) อาจต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้เสมือนผู้ผลิตตามหลัก Apparent Manufacturer หากใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหาย โดยไม่มีการระบุอย่างชัดเจนถึงตัวผู้ผลิตและข้อความว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้ทำสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับสินค้าอีก นอกไปจากจัดจำหน่ายหรือขายสินค้านั้น

ความรับผิดตามกฎหมายเฉพาะ (Restatement (Third) of Torts: Products Liability)

Restatement (Third) of Torts กำหนดตัวบุคคลที่ต้องรับผิดชอบไว้ใน มาตรา 1 ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจในการขาย (selling) หรือจำหน่าย (distributing) สินค้าซึ่งได้ขายหรือจำหน่ายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเป็นผู้ต้องรับผิดชอบ ซึ่งตามมาตรา 20 (a) ได้ให้ความหมายของคำว่า ผู้ขาย(seller) ตาม Restatement (Third) of Torts ว่าหมายรวมไปถึง ผู้ผลิต ผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกด้วย¹⁹⁰ ขณะที่ผู้จำหน่าย (distributor) ตามมาตรา 20 (b) ให้ความหมายว่าหมายรวมไปถึง ผู้ให้เช่า ผู้มอบการครอบครองทรัพย์สิน (bailor) ผู้ป้อนสินค้าให้แก่ผู้อื่นเพื่อสนับสนุนการใช้หรือบริโภคสินค้านั้นหรือกิจกรรมทางการค้าอย่างอื่น นอกจากนี้ มาตรา 20 (c) ยังกำหนดให้ผู้ขายหรือผู้จำหน่ายหมายรวมไปถึงผู้ที่ประกอบสินค้าและบริการเข้าด้วยกัน หรือประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งเข้าด้วยกัน หรือผู้ประกอบส่วนประกอบของสินค้า

อย่างไรก็ตาม Restatement (Third) of Torts ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดเจน ซึ่งต่างไปจาก Restatement (Second) of Torts 1965 ที่หลักเกณฑ์ความรับผิดที่ใช้บังคับแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ตีความบทบัญญัติตามมาตรา 400 และมาตรา 402A มาใช้บังคับ บทบัญญัติของ Restatement (Third) of Torts ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า รวมถึงผู้ให้เฟรนไชส์ ก็คือ มาตรา 14

มาตรา 14 (Selling or Otherwise Distributing as One's Own a Product Manufactured by Another) บัญญัติว่า One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes as its own a product manufactured by another is subject to the same liability as though the seller or distributor were the product's manufacturer ตามบทบัญญัตินี้ หมายความว่า ผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจการขายหรือจำหน่ายสินค้า หากขายหรือจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่นอย่างเป็นสินค้าของตนเอง จะต้องรับผิดชอบเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น

มาตรา 14 นี้มีที่มาจากบทบัญญัติของมาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts 1965 นั่นเอง¹⁹¹ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาได้นำหลัก Apparent Manufacturer ตาม

¹⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา กฎหมายกำหนดให้ผู้ค้าปลีกต้องรับผิดชอบต่อหลักละเมิดโดยทั่วไปเท่านั้น โปรดดู Matthias Reimann, *supra* note 52, p.138.

¹⁹¹ Melissa Evans Buss, *supra* note 171.

มาตรา 400 ดังกล่าวมาใช้บังคับแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์ด้วย อย่างไรก็ตาม Comment d. ของมาตรา 14 นี้กล่าวอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติมาตรานี้ ไม่ใช้บังคับแก่การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensing) เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 400 นี้ ถ้าอนุญาตให้ผู้ผลิตใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าของผู้ผลิตและจัดจำหน่ายสินค้านั้นราวกับว่าเป็นสินค้าที่ผลิตโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า แม้ว่าผู้ซื้ออาจจะสันนิษฐานว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตก็ตาม เพราะไม่ได้ “ขายหรือจัดจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น (ผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า) อย่างเป็นสินค้าของตัวเอง”

Comment d. ระบุต่อไปว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensor) อาจต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่จัดจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือสัญลักษณ์ของตน ถ้ามีส่วนร่วมในการออกแบบ การผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้าของผู้รับอนุญาต (participated substantially in the design, manufacture or distribution of the product) ในกรณีเช่นนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะถูกพิจารณาว่ามีฐานะเป็นผู้ขาย (seller) สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนและอาจต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควรของสินค้าของผู้รับอนุญาต ซึ่งหลักการดังกล่าวก็คือ หลัก Stream of Commerce ตามบทบัญญัติของมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts นั่นเอง¹⁹² ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ Comment d. ได้อ้างอิงหลักกฎหมายในคดี City of Hartford v. Associated Construction Co. กับคดี Torres v. Goodyear Tire & Rubber Co.¹⁹³ ซึ่งต่างใช้หลัก Stream of Commerce มาเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินคดี

ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าซึ่งรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเฉพาะตาม Restatement (Third) of Torts แต่อาจต้องรับผิดชอบภายใต้หลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปตาม Restatement (Second) of Torts อย่างไรก็ตาม Restatement (Third) of Torts ไม่มีผลผูกพันให้มณฑลต่างๆ ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้เช่นกันที่ศาลแห่งมณฑลต่างๆ จะยังคงเดินตามแนวคำพิพากษาเดิม¹⁹⁴ ด้วยการนำหลัก Apparent Manufacturer ตามมาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts มาใช้บังคับกำหนดความรับผิดแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์

¹⁹²David J. Franklyn, *supra* note 116.

¹⁹³คำตัดสินของทั้งสองคดี โปรดดูหน้า 93-94.

¹⁹⁴Geraint Howells and Stephen Weatherill, *supra* note 1, p. 213.

2.4.2 กฎหมายของประเทศภาคีสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป

ประเทศในสหภาพยุโรปแต่ละประเทศประสบปัญหาของการเผชิญหน้ากันระหว่างกลุ่มผลประโยชน์สองกลุ่ม ได้แก่ ผู้ผลิตและผู้บริโภค กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคได้เกิดขึ้นและปรากฏอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลที่ยอมรับสิทธิของผู้บริโภคในสองลักษณะ คือ สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าว และสิทธิในการได้รับความปลอดภัยในสุขภาพและในชีวิตร่างกาย และการคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวย่อมกระทำได้โดยการกำหนดข้อจำกัดบางประการแก่วิสาหกิจต่างๆ ที่ได้ผลิตสินค้าอุปโภคบริโภค ในอีกด้านหนึ่ง การกำหนดข้อจำกัดแก่ผู้ผลิตซึ่งมีระดับของความรุนแรงที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงและผลกระทบต่อการแข่งขันในระดับนานาชาติของวิสาหกิจต่างๆ ได้ โดยเฉพาะวิสาหกิจที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของประเทศที่มีความเคร่งครัดอย่างมาก

คณะกรรมการการประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The Commission to the Council of Ministers of the European Community) ได้เสนอร่าง Directive on liability for defective products ในปี ค.ศ. 1976 โดยมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1979 ต่อมา ประเทศต่างๆ ในสหภาพยุโรปได้ทำข้อตกลงระหว่างกันขึ้นเพื่อหาแนวทางในการประนีประนอมข้อขัดแย้งดังกล่าวเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 1985 ก่อนที่จะประกาศบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งส่งผลให้ประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรปซึ่งต่อมาได้กลายเป็นสหภาพยุโรป ต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับ Directive ดังกล่าว และเป็นที่มาของ Directive แห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยความรับผิดชอบอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ทั้งนี้ Directive ดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายที่จะให้มีผลใช้บังคับแทนกฎหมายภายในประเทศภาคีสมาชิก หากแต่มีสถานะเหนือกฎหมายภายในเหล่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองขั้นต่ำแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ได้รับความเสียหายจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาตามกฎหมายภายในของประเทศภาคีสมาชิก หากกฎหมายดังกล่าวให้ความคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพและกว้างขวางกว่า Directive

1) สภาพโดยทั่วไปก่อนมี EC Directive 85/374/EEC

ก่อนมีบทบัญญัติของ EC Directive กฎหมายของประเทศในสหภาพยุโรปส่วนใหญ่ไม่กำหนดให้บุคคลใดต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าเพียงเพราะการใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหาย¹⁹⁵ ด้วยเหตุนี้ ในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย (Product liability) ไม่ว่าจะเป็นภายใต้หลักความรับผิดชอบทางสัญญา หรือแม้แต่ว่าความรับผิดชอบทางละเมิดก็ไม่ปรากฏความชัดเจนว่าศาลต้องการจะกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าด้วยหรือไม่

¹⁹⁵ Jennifer Clayton-Chen, "Product Liability and Trade Mark Licensing Under EC and German Law," *Managing Intellectual Property* (September 1993), p. 31.

ด้วยเหตุนี้ เนื้อหาในส่วนนี้ ผู้เขียนจึงขอลำดับภาพรวมของหลักความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยในประเทศสหภาพยุโรป ก่อนมี EC Directive และแนวทางของการใช้หลัก Apparent Manufacturer ในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้า

ความรับผิดทางสัญญา (Contractual Liability)

สมาชิกของสหภาพยุโรปแต่ละประเทศต่างสร้างระบบความรับผิดทางสัญญาสำหรับความเสียหายที่เกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าเพื่อให้การเยียวยาแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย ดังนี้

ความรับผิดทางสัญญามีพื้นฐานของหลักกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน แม้ว่าในกฎเกณฑ์ของบางประเทศอาจจะกำหนดความรับผิดแก่จำเลยโดยอาศัยหลักความผิด (fault) ก็ตาม โดยผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าจะมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ขายได้ หากความเสียหายเป็นผลมาจากการผิดสัญญา¹⁹⁶ อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสและลักเซมเบิร์ก หากผู้เสียหายมีฐานะเป็นผู้ซื้อ จะได้รับชดเชยความเสียหายภายใต้หลักกฎหมายสัญญาได้อย่างเดียวเท่านั้น¹⁹⁷ จะฟ้องร้องให้รับผิดชอบไม่ได้เพราะกฎหมายของทั้งสองประเทศแยกการฟ้องร้องความรับผิดทางสัญญากับทางละเมิดออกจากกันตามหลัก non cumul (non-concurrence of cause of action)

กฎหมายลักษณะสัญญาของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในระบบ Common Law ส่วนใหญ่แบ่งลักษณะของข้อตกลงในสัญญาแต่ละฉบับเป็นสองประเภท คือ ข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา (condition) กับข้อตกลงที่เป็นข้อสัญญาปลีกย่อย (warranty)¹⁹⁸ กฎหมายซื้อขายของประเทศอังกฤษก็เช่นกัน (The Sale of Goods Act 1979) ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการตกลงกันของคู่สัญญาโดยชัดแจ้ง และข้อตกลงโดยปริยายตามกฎหมาย ย่อมแยกออกเป็นข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาซื้อขาย และข้อตกลงปลีกย่อยแห่งสัญญาซื้อขาย คำรับประกันสินค้าหรือข้อตกลงปลีกย่อยของสัญญาซื้อขาย (warranty) หมายถึง¹⁹⁹ ข้อตกลงที่ระบุถึงสินค้าที่จะซื้อขายกันตามสัญญา และเป็นข้อตกลงที่ควบคู่ไปกับวัตถุประสงค์ใหญ่ของสัญญาซื้อขายนั้น การผิดคำรับประกันสินค้า (breach of warranty) ให้สิทธิแก่

¹⁹⁶ Lovells, Product Liability in the European Union, available at <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/goods/prodliability.htm>.

¹⁹⁷ Rene Diederich, "Luxembourg" in Guide to Products Liability in Europe, ed. William C. Hoffman and Susane Hill-Arming, (Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), 62. (Hereinafter referred to as Products Liability in Europe).

¹⁹⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย และ จริญญา ภักดีธนากุล, "กฎหมายเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอน ลอว์," ใน เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ มหาวิทยาลัยสุโขทัย สาขาวิชานิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัย: 2544), น. 347.

¹⁹⁹ เพิ่งอ้าง.

ผู้ซื้อเรียกค่าเสียหาย แต่ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและส่งสินค้าคืน เว้นแต่การผิดคำรับประกันนั้นส่งผลให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสียประโยชน์ตามสัญญาไปโดยสิ้นเชิง กรณีเช่นนี้ การผิดคำรับประกันสินค้าย่อมส่งผลเช่นเดียวกับการผิดข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา (breach of condition)²⁰⁰

ส่วนการกระทำผิดข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา (condition) เช่น วันส่งมอบสินค้า²⁰¹ คุณภาพของสินค้า เป็นต้น ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา และส่งของคืน ผู้ซื้อจึงไม่ต้องชำระหนี้อีกต่อไป และมีสิทธิเรียกราคาที่ได้ให้แก่ผู้ขายคืนได้ ยิ่งกว่านั้นยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอีกด้วย เว้นแต่เป็นกรณีที่ถือได้ว่าผู้ซื้อยอมรับสินค้าที่ซื้อแล้ว (accept) โดยชัดแจ้งด้วยการบอกกล่าวเช่นนั้นแก่ผู้ขาย หรือโดยปริยายด้วยการไม่บอกกล่าวไม่ยอมรับสินค้าภายหลังจากรับมอบสินค้าไว้เป็นเวลาพอสมควรแล้ว หรือภายหลังจากผู้ซื้อมีโอกาสตรวจสอบสินค้าตามสมควรและรับมอบสินค้าไว้ ผู้ซื้อได้กระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นปฏิปักษ์ต่อกรรมสิทธิ์ในสินค้าของผู้ขาย เช่น นำสินค้านั้นไปขายต่อให้แก่บุคคลภายนอก²⁰²

นอกจากข้อตกลงโดยชัดแจ้งของผู้สัญญาแล้ว (express terms) กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ยังกำหนดข้อตกลงโดยปริยาย (implied terms) ในสัญญาซื้อขายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้วย²⁰³ เช่น กฎหมายซื้อขายของประเทศอังกฤษ (The Sale of Goods Act 1979) มาตรา 14 (2) กรณีที่ผู้ขายขายสินค้านั้นในทางการค้าของตน (in the course of the business) ถือว่าผู้ขายทำข้อตกลงโดยปริยาย (implied condition) กับผู้ซื้อว่าสินค้าที่ขายมีความเหมาะสมแก่การวางตลาด (merchantable quality) นั่นคือ มีความเหมาะสมแก่ประโยชน์ตามความมุ่งหมายอันควรคาดหมายได้ตามสมควรจากสินค้าชนิดนั้นที่มีการซื้อขายกันตามปกติ โดยคำนึงถึงคำพรรณนาเกี่ยวกับสินค้านั้น ราคา และพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ ตามมาตรา 14 (3) หากผู้ซื้อได้แจ้งให้ผู้ขายทราบถึงความมุ่งหมายในการซื้อสินค้าของตน และผู้ขายขายสินค้านั้นในทางการค้าของตน (in the course of his business) ถือว่าผู้ขายทำข้อตกลงโดยปริยายกับผู้ซื้อว่าสินค้านั้นมีความเหมาะสมแก่ประโยชน์ตามความมุ่งหมายนั้น (implied condition that the goods shall be reasonably fit for particular purpose)

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบทางสัญญาของประเทศอยู่ภายใต้หลัก Privity of Contract นั่นคือ สิทธิและความรับผิดชอบของผู้สัญญาย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาและมีผลผูกพันเฉพาะผู้สัญญา บุคคลภายนอกไม่มีสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ใดๆ ตามสัญญา ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว ผู้บริโภคที่มี

²⁰⁰ คดี Cehave v. Bremer, [1976] QB 44.

²⁰¹ Alan Bond, Sale of Goods and Consumer Credit in a Nutshells, (Bristol: Sweet & Maxwell, 1980), p. 25.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Lovells, *supra* note 196.

สิทธิเรียกร้องจากผู้ขายได้ต้องเป็นผู้ซื้อสินค้าเท่านั้น ขณะเดียวกัน ผู้บริโภคย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องทางสัญญาต่อผู้ผลิตได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสมาชิกส่วนใหญ่กำหนดข้อยกเว้นไว้²⁰⁴ โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม ออสเตรียและลักเซมเบิร์ก หรือแม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ ศาลเกือบทุกประเทศจะบังคับใช้หลัก Privity of Contract โดยผ่อนคลายความเคร่งครัดลง หากเป็นการเรียกร้องเพื่อความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

ยกตัวอย่างเช่น ศาลประเทศอังกฤษได้พยายามแก้ไขปัญหาคำจำกัดของหลัก Privity of Contract โดยนำหลัก collateral contract มาใช้ โดยถือว่ามีสัญญาระหว่างผู้ผลิตกับผู้ซื้อสินค้า²⁰⁵ แม้ว่าผู้ผลิตกับผู้ซื้อจะไม่ได้ทำสัญญาซื้อขายกันก็ตาม (ผู้ซื้อไม่ได้ซื้อสินค้าจากผู้ผลิต) หากผู้ผลิตได้ยืนยัน (assurance) หรือแถลง (statement) อย่างชัดแจ้งถึงคุณลักษณะของสินค้า และผู้ซื้อเชื่อถือในคุณลักษณะดังกล่าว²⁰⁶ เช่น คดี Wells v. Buckland Sand²⁰⁷ ศาลถือว่าคำยืนยันหรือแถลงถึงคุณสมบัติของสินค้าที่ผลิต เป็นคำรับประกันสินค้าที่ผู้ผลิตให้แก่ผู้ซื้อสินค้า

ประเทศไอร์แลนด์มีข้อยกเว้นของ Privity of Contract²⁰⁸ ถ้าบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายเมื่อใช้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วยความยินยอมของผู้ซื้อ บุคคลภายนอกสามารถฟ้องร้องผู้ขายให้รับผิดชอบตามสัญญาซื้อขายได้ สำหรับการผิดข้อตกลงโดยปริยายที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา (breach of implied condition) ราวกับว่าบุคคลภายนอกเป็นผู้ซื้อหรือคู่สัญญาซื้อขาย นอกจากนั้น กฎหมายให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ซื้อต่อหรือผู้บริโภคที่ไม่ได้ซื้อสินค้านั้น เช่น ผู้รับการให้ (donee) เป็นต้น สามารถฟ้องร้องผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า ถ้าไม่สามารถฟ้องร้องผู้ผลิตได้เนื่องจากผู้ผลิตไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลประเทศไอร์แลนด์ ฐานผิดคำรับประกัน (breach of guarantee) ที่ผู้ผลิตให้ไว้โดยสมัครใจ สิทธิพิเศษนี้ขยายไปถึงผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้านั้น ในระหว่างที่คำรับประกันของผู้ผลิตยังมีผลบังคับใช้อยู่ด้วย

ประเทศฝรั่งเศส ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ศาลได้พัฒนาหลัก action directe หรือ “leap-frog” action ขึ้นมาโดยให้ผู้ซื้อรายสุดท้ายสามารถฟ้องร้องผู้ผลิตได้โดยตรงโดยอาศัยสัญญาที่ผู้ผลิตทำไว้กับผู้จำหน่าย (distributor) หรือผู้ค้าส่ง หากผู้ผลิตผิดคำรับประกันเพราะสินค้าชำรุดบกพร่องหรือไม่ปลอดภัย

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Clive Schmitthoff and Paul Dobson, *Charlesworth's Business Law*, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1991), p. 36-37.

²⁰⁶ P.S. Atiyah, *The Sale of Goods*, 6th ed. (London: Pitman Publishing Limited, 1981), p. 137-138.)

²⁰⁷ 1964 1 All ER 41.

²⁰⁸ Lovells, *supra* note 196.

อย่างไม่เห็นประจักษ์ ตามหลัก hidden defects warranty²⁰⁹ และปัจจุบัน ศาลสูงสุดของฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้นำหลักดังกล่าวไปใช้กับกรณีสินค้าไม่มีความเหมาะสมที่จะใช้ประโยชน์อันมุ่งหมายตามสัญญาด้วย (breach of warranty of the fitness for a particular purpose)

แนวคิดทางทฤษฎีของ action directe ก็คือ²¹⁰ เมื่อมีการ โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ขายไปเป็นทอดๆ ตามขั้นตอนของการจำหน่ายสินค้า สิทธิในการฟ้องร้องคดีในทั้งสองกรณีข้างต้นย่อมตกติดไปด้วย โดยถือว่าสิทธิที่จะฟ้องคดีดังกล่าวเป็นอุปกรณ์ (accessory) ของสินค้าที่ซื้อขายกัน อย่างไรก็ตาม หลัก action directe ไม่สามารถแก้ไขข้อจำกัดตามหลัก Privity of Contract ได้ทั้งหมด เพราะผู้ที่ฟ้องร้องให้ผู้ผลิตรับผิดชอบสัญญาได้นั้นก็คือผู้ซื้อสินค้าในแต่ละทอดเท่านั้น ผู้บริโภคที่ไม่ใช่ผู้ซื้อสินค้าย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ทางสัญญาจะอยู่ภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค²¹¹ เช่น กฎเกณฑ์เรื่องข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม หรือหลักกฎหมายในลักษณะเดียวกันที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล (case law) ขณะเดียวกัน กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ทางสัญญาอาจต้องอยู่ภายใต้บังคับหรือสอดคล้องกับหลักการตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป หรือประชาคมยุโรปด้วย เช่น Consumer Guarantees Directive และ Consumer Contracts Directive เป็นต้น

ความรับผิดทางละเมิด (Tortious Liability)

ความรับผิดทางละเมิดของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปส่วนใหญ่ยังคงกำหนดให้ “ความผิด” (fault) ของจำเลยเป็นองค์ประกอบของความรับผิด²¹² แม้จะเรียกชื่อแตกต่างกันไป เช่น ประเทศเยอรมนี จะเรียกนี้ว่า “ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (unlawfulness)²¹³ ขณะที่ในบางประเทศ เช่น อังกฤษ ไอร์แลนด์เหนือและเวลส์ จะเรียกว่า การกระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (breach of duty of care)²¹⁴ เป็นต้น ผู้เสียหายที่สามารถพิสูจน์ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยจะได้รับการเยียวยาทั้งความเสียหายทางทรัพย์สินและทางร่างกาย

²⁰⁹ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1634 กำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ แม้ว่าคนจะไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้น ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรานี้นำมาใช้บังคับแก่ผู้ผลิตด้วย.

²¹⁰อนันต์ จันทโรภากร, *อ้าวแล้ว เจริญรรถที่ 9*, น. 74.

²¹¹Lovells, *supra* note 196.

²¹²*Ibid.*

²¹³Volker Dittmar, “Germany” in *Products Liability in Europe*, *supra* note 197, p. 30.

²¹⁴Marjorie Holmes and Gordon Humphreys, “United Kingdom” in *Ibid.*, p. 80.

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้แก่ความรับผิดทางละเมิดในบางกรณี ซึ่งไม่ต้องการ “ความผิด” (fault) ของจำเลยเป็นองค์ประกอบของความรับผิด เช่น มาตรา 1384 วรรค 1 แห่งกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ผู้เสียหายที่เป็นบุคคลภายนอกไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาจำเลย ก็อาจดำเนินคดีต่อผู้ควบคุมดูแลทรัพย์สิน (custodian or gardian) ซึ่งอาจเป็นผู้ซื้อสินค้ามาใช้มาบริโภคก็ได้ โดยอาศัยมาตรา 1384 นี้ได้ ด้วยการพิสูจน์เพียงว่า จำเลยเป็นผู้ควบคุมดูแลทรัพย์สิน ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลยแต่อย่างใด²¹⁵ กฎหมายแพ่งของเบลเยียมและลักเซมเบิร์กก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันนี้²¹⁶

บางประเทศอาจมีข้อสันนิษฐานให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายรับผิดแม้ไม่มีความผิด (presumption of responsibility) หรือสันนิษฐานความผิดของผู้ผลิตหรือความประมาทเลินเล่อของจำเลย (presumption of fault) ข้อสันนิษฐานเช่นนี้อาจเป็นการสันนิษฐานตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายประเทศเยอรมนีสันนิษฐานความผิดของผู้กระทำการฝ่าฝืนบทกฎหมายซึ่งมีที่ประสงค์จะปกป้องผู้บริโภค²¹⁷ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับยา อาหาร เป็นต้น หรือเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้ เช่น ในประเทศอังกฤษศาลนำหลักกฎหมายพยานที่เรียกว่า Res Ipsa Loquitur มาสันนิษฐานความประมาทเลินเล่อของจำเลยเพื่อผลการระงับการพิสูจน์ไปยังจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ในเชิงปฏิเสธว่าตนไม่ได้ประมาทเลินเล่อ เป็นต้น

ภาระการพิสูจน์

หลักทั่วไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของแต่ละประเทศ คือ โจทก์มีภาระการพิสูจน์องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิด อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี อาจมีการผลการระงับการพิสูจน์องค์ประกอบความรับผิดในส่วนของ “ความผิด” (fault) ของจำเลยให้ไปตกอยู่กับจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อแทน เช่น ในประเทศเยอรมนี ศาลสร้างหลักการผลการระงับการพิสูจน์ในกรณีที่โจทก์สามารถพิสูจน์ว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลมาจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า โจทก์จะได้รับการสันนิษฐานว่าจำเลยกระทำผิดหน้าที่ของตน และถือว่าจำเลยมีความผิด หรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง²¹⁸ อย่างไรก็ตาม จำเลยสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานความผิดของตนได้ หลักนี้นำมาใช้บังคับแก่ความไม่ปลอดภัยทุกประเภท ได้แก่ ความไม่ปลอดภัยในการผลิต²¹⁹ การออกแบบ²²⁰

²¹⁵Philippe C. Sarraihe, “France” in *Product Liability in Europe*, *supra* note 77, p. 27.

²¹⁶Lovells, *supra* note 196.

²¹⁷Utz P. Toepke, *supra* note 47.

²¹⁸Hans Claudius Taschner, *supra* note 43, p.115. เช่น คดีในปี ค.ศ.1968 ที่เรียกกันว่า คดีโรคระบาดไก่ (Chicken-Pest or Huehnerpestimpfungsfall), BGHZ 51, 91.

²¹⁹*Ibid.*

²²⁰BGHZ 67, 359.

และการให้คำเตือน หรือกำหนดข้อบ่งชี้ไม่เพียงพอ²²¹ นอกจากนี้ จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ development risk²²² เพื่อปฏิเสธความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยในการออกแบบและความไม่ปลอดภัยในการให้คำเตือน หรือกำหนดข้อบ่งชี้ไม่เพียงพอ เว้นแต่จำเลยไม่ได้ตรวจสอบสินค้าด้วยความระมัดระวังตามสมควรภายหลังวางจำหน่ายสินค้า²²³

หลัก Apparent Manufacturer

ก่อนมี EC Directive การนำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดแก่ผู้ที่มีสถานะเสมือนผู้ผลิตในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปไม่ปรากฏอย่างชัดเจนอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว ในสหภาพยุโรปจะเรียกหลัก Apparent Manufacturer ว่า Quasi-Producer หรือ Quasi-Manufacturer (แต่ในสหราชอาณาจักร จะนิยมเรียกว่า Own Brander)

หลัก Quasi-Producer หรือ Quasi-Manufacturer นี้ หมายถึง²²⁴ ผู้ที่สร้างความประทับใจในตลาดการค้าว่าตนเป็นผู้ผลิตด้วยการใช้เครื่องหมายการค้าหรือสัญลักษณ์อื่นใดในทำนองเดียวกัน โดยที่ตนไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้านั้น โดยนำมาใช้บังคับแก่²²⁵ ผู้นำเข้า ผู้จัดจำหน่ายและผู้จำหน่ายสินค้าภายใต้เงื่อนไขความรับผิดอย่างเดียวกัน

หลักนี้สามารถนำมาใช้แก่ผู้จัดจำหน่าย (distributor) ได้²²⁶ เพราะเมื่อผู้จัดจำหน่ายใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น ก็สมควรต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้านั้น ผู้จัดจำหน่ายจึงต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้ผลิตสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าแม้ว่าความไม่ปลอดภัยนั้นจะไม่ได้เกิดขึ้นในระหว่างการจัดจำหน่ายสินค้าก็ตาม

ในประเทศเยอรมนี ศาลถือว่าผู้ที่มีสถานะเสมือนผู้ผลิตเพราะใช้ชื่อ เครื่องหมายหรือเครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น ไม่ต้องรับผิดสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าเหล่านั้น เช่น ผู้จัดจำหน่ายที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น ไม่ต้องรับผิด

²²¹BGHZ 116, 60.

²²²โปรดดู หัวข้อ 2.1.3 หลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ข้อ 4 ข) ความไม่ปลอดภัยของสินค้า.

²²³BGHZ 80, 199.

²²⁴Klaus Sommerlad, "Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures in Major Commercial Product Liability Litigation in Germany," *International Business Lawyer* 18, 1 (January 1990), p. 23.

²²⁵Michael Molitoris and Helmut Katschthaler, "Germany" in *International Product Liability Law*, ed. Gregory L. Fowler, (United States of American: Aspatore, Inc., 2004), p. 270.

²²⁶Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, (Heidelberg, 1972), p. 116 cited by Bernhard von Braunschweig, "Federal Republic of Germany" in *Product Liability*, *supra* note 77, p. 27.

เช่นเดียวกับผู้ผลิต²²⁷ มีข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น จึงจะถือว่าผู้ที่มีสถานะเสมือนผู้ผลิตมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบสินค้าและกำจัดความเสี่ยงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายนั้นและต้องรับผิดชอบโดยประมาณเล็กน้อยสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้น หากกระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังกล่าว²²⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมนีไม่ได้วางหลักอย่างชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่ผู้ที่มีสถานะเสมือนผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้า

สำหรับในบริบทเฟรนไชส์ ไม่ปรากฏว่า ศาลเยอรมนี รวมทั้งศาลประเทศอื่นของสหภาพยุโรปใช้หลัก Quasi-Producer แก่ผู้ให้เฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าแต่อย่างใด

2) ความรับผิดชอบตาม EC Directive 85/374/EEC

EC Directive กำหนดให้ผู้ผลิต (Producer) เป็นผู้ต้องรับผิดชอบหลักของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย ทั้งนี้ ตามมาตรา 3 ได้ให้ความหมายของ producer ไว้ ซึ่งอาจสรุปได้ว่า ผู้ผลิต (Producer) ตาม EC Directive ได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- 1) ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย ผู้ผลิตวัตถุดิบ ผู้ผลิตชิ้นส่วนของสินค้า ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต
- 2) ผู้นำเข้า (Importer) ได้แก่ ผู้นำเข้าสินค้าเพื่อการขาย ให้เช่า หรือการจำหน่ายโดยวิธีการอื่นใดในทางการค้า โดยหมายรวมถึงผู้นำเข้าสินค้าเพื่อการให้เช่าลิขสิทธิ์ด้วย

- 3) ผู้ขาย (Supplier) จะต้องรับผิดชอบเมื่อไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิตสินค้า หรือผู้ที่ป้อนสินค้าให้แก่ตน หรือผู้นำเข้าได้ ทั้งนี้ ผู้ขายสินค้าถือเป็นผู้ผลิตโดยการสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายในการหาผู้ต้องรับผิดชอบ

- 4) ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต (Apparent Manufacturer or Quasi-Manufacturer or Quasi-Producer) ได้แก่ บุคคลที่ได้นำชื่อของตนเอง เครื่องหมายการค้าของตนเอง หรือเครื่องหมายอื่นใดมาใช้แก่สินค้า ที่แสดงให้เห็นปรากฏว่าเป็นผู้ผลิต (present himself as its producer) จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลและทรัพย์สินโดยไม่ต้องพิจารณาถึงเรื่องการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งก็คือหลักการเดียวกับหลัก Apparent Manufacturer ตามกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดหรือ Restatement of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกา²²⁹

ในยุโรปส่วนใหญ่จะเรียกบุคคลเหล่านี้ว่า Own Brander จึงทำให้บางครั้งมีการเรียกหลัก Apparent Manufacturer ว่าหลัก Own Brander ซึ่งหลัก Apparent Manufacturer หรือ Own Brander

²²⁷BGH BB 1977, p. 1117; BGH BB 1980, p. 443.

²²⁸BGH, Urt. V. 7. 12. 1993, NJW, 47 (1994), 517(519); Manfred Wandt, "German Approaches to Product Liability," *Texas International Law Journal* 34 (winter 1999).

²²⁹Mathias Reimann, *supra* note 2; สมศรี หรุจิตตวิวัฒน์, "ความรับผิดชอบของผู้ผลิตสินค้าในทางละเมิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 64.

นี้กับบัญญัติไว้ใน European Convention on Products Liability in Regard to Personal Injury and Death เช่นกัน โดยมีหลักการเป็นอย่างเดียวกันกับแนวทางของ EC Directive ทั้งนี้ เหตุผลพื้นฐานของหลักความรับผิดของ Apparent Manufacturer ภายใต้แนวทางของสหภาพยุโรป อาจสรุปได้ดังนี้

- เป็นเรื่องปกติที่ผู้แสดงออกด้วยตัวเองว่าเป็นผู้ผลิตสินค้าสมควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้านั้น²³⁰

- โดยทั่วไป Own Brander ไม่ว่าจะเป็นบริษัทรับสั่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์ (mail order firms) หรือห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ย่อมดำเนินกิจการโดยมีผลประโยชน์ได้เสียทางการเงินมากกว่าผู้ผลิตรายย่อยขนาดเล็กที่ไม่เปิดเผยชื่อ ซึ่งได้รับคำสั่งให้ผลิตสินค้าจาก Own Brander ดังนั้น ฐานะทางเศรษฐกิจของ Own Brander จึงมีมากเพียงพอที่จะรับภาระความรับผิด²³¹

- โดยทั่วไป ผู้ผลิตรายย่อยขนาดเล็กที่ไม่เปิดเผยชื่อจะผลิตสินค้าตามคำสั่งของ Own Brander เท่านั้น ผู้วางมาตรฐานการผลิตในกรณีนี้จึงได้แก่ Own Brander ไม่ใช่ผู้ผลิต²³² Own Brander จึงสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าได้²³³

- กรณีเหล่านี้ บ่อยครั้งผู้ผลิตจะเป็นชาวต่างชาติและไม่มีสถานประกอบการในประเทศของผู้เสียหาย การกำหนดให้ Own Brander รับผิดชอบ จึงช่วยบรรเทาภาระของผู้เสียหาย ไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องผู้ผลิตสินค้านั้นในต่างประเทศ ซึ่งอาจมีอุปสรรคหรืออาจไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายของต่างประเทศนั้น

- กรณีที่สินค้าไม่เปิดเผยชื่อ กล่าวคือ ไม่ระบุทั้งชื่อของผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (distributor) เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมสมควรเป็นผู้รับผิดชอบ²³⁴

ตามบทบัญญัติของมาตรา 3 (1) แห่ง EC Directive ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นการใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายเฉพาะอื่นใดแก่สินค้าที่เป็นการแสดงตนว่าเป็นผู้ผลิต เช่นเดียวกับบทบัญญัติกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่นำบทบัญญัตินี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน อย่างไรก็ตาม อาจสันนิษฐานได้ว่า²³⁵ ขึ้นอยู่กับความเข้าใจของผู้บริโภคอย่างมีเหตุผล

²³⁰P. Wautier, *supra* note 77.

²³¹Geraint Howells and Stephen Weatherill, *supra* note 1, p. 237.

²³²P. Wautier, *supra* note 77.

²³³Geraint Howells and Stephen Weatherill, *supra* note 1.

²³⁴Explanatory Report on Draft European Convention, in Product Liability in Europe, *supra* note 103, p. 138.

²³⁵Christopher John Wright, Product Liability, (London: Blackstone Press Ltd., 1989), p. 42.

สมควรว่า การใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายเฉพาะอื่นใดแก่สินค้าทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้นหรือไม่ ดังนั้น ถ้าปรากฏแต่เพียงชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือ เครื่องหมายเฉพาะอื่นใดบนสินค้า โดยไม่มีการระบุข้อความอื่นใดอีก เจ้าของชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือ เครื่องหมายเฉพาะนั้นๆ ย่อมถูกเข้าใจว่าเป็นผู้ผลิตสินค้า และต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย²³⁶

ตามแนวทางของ EC Directive การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต (present himself as its producer) หมายรวมถึง การใช้ชื่อ ฯลฯ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้นำเข้าสินค้า ด้วย เช่น กฎหมายของประเทศอิตาลี²³⁷ ที่แปลความบทบัญญัติกฎหมายของตนที่ใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับ บทบัญญัติมาตรา 3 (1) ของ EC Directive

เพราะว่าความรับผิดชอบของ Apparent Manufacturer มีพื้นฐานมาจากความเชื่อที่สร้างขึ้นแก่สาธารณะ ดังนั้น ผู้จัดจำหน่าย (distributor) ที่ปรากฏชื่อของเขากับสินค้าเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ของการโฆษณา (เช่น ชื่อของอู่รถที่ติดลงที่รถยนต์)²³⁸ หรือเพราะต้องปฏิบัติตามมาตรการบังคับทางกฎหมาย (เช่นกฎหมายของบางประเทศอาจต้องการให้ระบุชื่อของพ่อค้าปลีกลงบนฉลากสินค้า) ถ้ากระทำไปโดยไม่มีเจตนาที่จะให้เข้าใจว่าตนเป็นผู้ผลิต²³⁹ ก็ไม่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer นี้ เพราะสาระสำคัญในเรื่องนี้ก็คือ บุคคลนั้นจะต้องรู้และประสงค์ที่จะแสดงให้ปรากฏแก่ผู้ซื้อสินค้า โดยทั่วไปเข้าใจว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น อย่างไรก็ตาม ไม่ต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงว่าผู้สถานะเสมือนผู้ผลิตมีเหตุจูงใจอย่างไรที่แสดงให้ปรากฏต่อบุคคลทั่วไปว่าสินค้าที่นำขายในท้องตลาดนั้นเป็นตนเอง²⁴⁰

ชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายอื่นใดที่แสดงให้ปรากฏว่าเป็นผู้ผลิต อาจจะปรากฏอยู่บนตัวสินค้านั้นเองหรือปรากฏอยู่บนกล่องหรือวัสดุห่อหุ้มสินค้า หรือปรากฏอยู่ในเอกสารคู่มือหรือคำแนะนำในการใช้สินค้าก็ได้²⁴¹

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Gianbattista Origoni and Daniele Vecchi, "Italy" in *International Product Liability Law*, supra note 225, p. 397.

²³⁸ Christopher J. Miller, *Product Liability & Safety Encyclopedia*, (London: Butterworths, 1991), p. v/82.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch* 75, Rdnr. 39, S. 110 อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้างอิงเชิงบรรณคดีที่ 36*, น. 64.

²⁴¹ Tasner/Frietsch, 4 *ProdHaftG*, Rz. 46 cited by Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, 75, Rdnr. 39, S. 109. อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้างอิง*.

นอกจากนี้ กรณีที่บุคคลธรรมดาใช้ชื่อเพื่อสนับสนุนสินค้า²⁴² เช่น นักกีฬา นักแสดงภาพยนตร์ บุคคลที่มีชื่อเสียง ฯลฯ มีความเห็นว่าอยู่ในความหมายของ Apparent Manufacturer ได้เช่นกัน²⁴³ หากการใช้ชื่อนั้นเป็นการแสดงตนว่าเป็นผู้ผลิต เช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าของกิจการที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าไม่ใช่ผู้ผลิต เช่น กิจการ โรงแรม สถาบันการเงิน ฯลฯ ได้ใช้ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าแก่สินค้า ก็อาจต้องรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer เช่นกัน²⁴⁴

อย่างไรก็ตาม กรณีของเภสัชกรที่จ่ายยาและขายยานั้นแก่ผู้บริโภคตามใบสั่งยาของแพทย์ แม้ว่ายาจะมีชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของร้านเภสัชกร มีความเห็นว่าไม่ถือว่าเภสัชกรแสดงออกว่าตนเป็นผู้ผลิต ตามความหมายของ EC Directive²⁴⁵

²⁴² กรณีนี้ถือเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งเช่นกัน เรียกว่า Promotional Licensing และ Character Merchandise Licensing

²⁴³ Christopher John Wright, *supra* note 235. อย่างไรก็ตาม มีความเห็นทางตรงข้าม โปรดดู David J. Franklyn, "The Apparent Manufacturer Doctrine, Trademark Licensors and The Third Restatement of Torts," Case Western Reserve Law Review 49 (1999); Geraint G. Howells, "The New Product Liability Law: The Relevance of European and United Kingdom Reforms for the Development of the Australian Law," Competition & Consumer Law Journal 4 (November 1996).

²⁴⁴ Christopher John Wright, *Ibid.*

²⁴⁵ Alistair M. Clark, Product Liability, (London: Sweet & Maxwell, 1989), p. 96; Christopher John Wright, *Ibid.* สำหรับความเห็นในทางตรงข้าม โปรดดู Geraint G. Howells, *supra* note 243.