

บทที่ 3

ปัญหาการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้า สินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายต่างประเทศ

ในต่างประเทศ หลักความรับผิดที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยที่นำมาปรับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ มีทั้งหลักความรับผิดทางสัญญา และความรับผิดทางละเมิด ซึ่งอาจเป็นความรับผิดตามหลักทั่วไปที่ต้องพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของผู้ให้แฟรนไชส์ หรือความรับผิดโดยเคร่งครัดที่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย อย่างไรก็ตาม การกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดทางละเมิดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ยังมีปัญหาได้แย้งทางวิชาการอยู่ โดยหลัก Apparent Manufacturer ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำมาบังคับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ ในบริบทที่ผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น ไม่ได้ผลิตหรือขายสินค้าด้วย จึงมีความเห็นโต้แย้งว่าไม่เหมาะสม เพราะหลัก Apparent Manufacturer ใช้บังคับแก่ผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าเท่านั้น

ขณะเดียวกันหลัก Stream of Commerce ซึ่งถือเป็นหลักความรับผิดที่ใช้โดยเฉพาะสำหรับการกำหนดความรับผิดแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ ก็มีปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิด ซึ่งศาลได้นำสิทธิที่จะควบคุมคุณภาพและการดำเนินการควบคุมคุณภาพของผู้ให้แฟรนไชส์มาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาด้วย ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตขององค์ประกอบความรับผิดดังกล่าว เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะที่เป็นผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อรักษาสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อในบริบทของแฟรนไชส์ การดำเนินการควบคุมคุณภาพเป็นลักษณะพื้นฐานของกิจการแฟรนไชส์ จึงอาจส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดสำหรับสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ในทุกกรณีโดยปริยาย หรือมีความเสี่ยงที่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพราะถ้าไม่ควบคุมคุณภาพก็อาจถูกเพิกถอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า ในทางตรงข้าม เมื่อดำเนินการควบคุมคุณภาพกลับอาจทำให้ต้องรับผิดตามหลัก Stream of Commerce เนื้อหาบทนี้ ผู้เขียนจึงมุ่งอภิปรายถึงปัญหาดังกล่าว เพื่อสามารถวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการนำหลักเหล่านี้มาปรับใช้แก่ความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ ภายใต้ระบบกฎหมายไทย

3.1 การกำหนดความรับผิดโดยอาศัยหลัก Stream of Commerce

3.1.1 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความรับผิด

หลัก Stream of Commerce หรือที่เรียกอีกอย่างว่า Enterprise Liability เกิดขึ้นมาจากการตีความปรับใช้บทบัญญัติของมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts 1965 โดยศาลประเทศ

สหรัฐอเมริกาในการพิจารณาความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า หลักนี้จึงเกิดขึ้นมาด้วยข้อพิจารณาอย่างเดียวกันกับข้อพิจารณาที่เป็นเหตุผลของการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าในกรณีทั่วไป¹ อันได้แก่ ความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยควรจะตกเป็นภาระของผู้ที่สร้างความเสี่ยงของอันตรายด้วยการมีส่วนร่วมในการผลิต การวางตลาดและจำหน่ายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น และเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากการนำสินค้านั้นเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า ซึ่งอยู่ในฐานะที่จะกำจัดลักษณะที่ไม่ปลอดภัยของสินค้าและป้องกันความเสียหาย ความรับผิดโดยเคร่งครัดไม่ได้กำหนดขึ้นเพราะความสัมพันธ์ทางกฎหมายของจำเลยกับผู้ผลิตหรือนิติบุคคลอื่นในระบบการตลาดที่เกี่ยวข้องกับการผลิต แต่เป็นเพราะความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยการได้รับผลกำไรหรือผลประโยชน์อย่างอื่นจากสินค้านั้น และความเกี่ยวข้องกับกิจการซึ่งสร้างอุปสงค์และความเชื่อถือในตัวสินค้าแก่ผู้บริโภค

อย่างไรก็ตาม แม้หลัก Stream of Commerce จะเป็นหลักเดียวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดตามบทบัญญัติของมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts 1965 แต่ในการนำหลัก Stream of Commerce มาปรับใช้แก่ความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ศาลสหรัฐอเมริกาได้สร้างองค์ประกอบความรับผิดเป็นพิเศษเพิ่มขึ้นจากหลักการทั่วไปตามมาตรา 402A กล่าวคือ ศาลใช้องค์ประกอบทางข้อเท็จจริงต่างๆ ประกอบกันในการพิจารณาว่าผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า “มีส่วนร่วมสำคัญใน” (significantly participate in) หรือ “เป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของ” (integral part of) กิจการที่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ องค์ประกอบเหล่านี้ ได้แก่²

- 1) ผู้ให้แฟรนไชส์รักษาสิทธิที่จะควบคุมคุณภาพของสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ไว้หรือไม่
- 2) ผู้ให้แฟรนไชส์บังคับตามสิทธิในการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริงหรือไม่
- 3) ผู้ให้แฟรนไชส์จัดเตรียมรายการเกี่ยวกับการออกแบบสำหรับสินค้าแก่ผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่
- 4) ผู้ให้แฟรนไชส์ตรวจสอบการผลิตเพื่อเป็นการรับประกันว่ารายการคนที่กำหนดขึ้นจะได้รับการปฏิบัติตามหรือไม่
- 5) ผู้ให้แฟรนไชส์โฆษณาสินค้าหรือไม่
- 6) ผู้ให้แฟรนไชส์ได้รับประโยชน์ทางการเงินโดยตรงหรือทางอ้อมจากการขายสินค้าหรือไม่
- 7) ผู้ให้แฟรนไชส์จัดจำหน่ายสินค้าหรือไม่
- 8) ผู้ให้แฟรนไชส์อยู่ในฐานะที่จะกำจัดลักษณะที่ไม่ปลอดภัยของสินค้าได้หรือไม่

¹Hebel v. Sherman Equip., 442 N.E. 2d 199, 203 (Ill.1982).

²David J. Franklyn, "Toward a Coherent Theory of Strict Tort Liability for Trademark Licensors," Southern California Law Review 72 (1998).

9) ผู้บริโภคเชื่อถือเครื่องหมายการค้าซึ่งให้ความรู้สึกว่าผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอยู่เบื้องหลังหรือรับประกันสำหรับสินค้าหรือไม่ และ

10) เหตุผลสมควรสำหรับหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดสนับสนุนให้นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ในคดีหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้ชี้ว่า องค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งเป็นตัวตัดสิน หรือมีน้ำหนักมากกว่าองค์ประกอบอื่นๆ ทั้งไม่ได้ต้องการให้โจทก์แสดงถึงองค์ประกอบเหล่านี้ทั้งหมดในคดี ศาลถือว่าการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด หากแสดงให้เห็นได้ว่าองค์ประกอบเหล่านี้รวมกันเพียงพอที่จะถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ “เป็นส่วนเชื่อมโยงที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน” (integral link) ในกิจการซึ่งนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า (stream of commerce)

3.1.2 ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบ

องค์ประกอบต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการตัดสินความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าของกิจการแฟรนไชส์นั้น ศาลไม่เคยอธิบายอย่างชัดเจนว่าเหตุใดจึงนำองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเหล่านี้มาพิจารณา ไม่เคยให้ความหมายของคำว่า “มีส่วนร่วมสำคัญใน” (significantly participate in) หรือ “เป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของ” (integral part of) ว่าหมายถึงสิ่งใด ทั้งไม่เคยอธิบายว่าการมีส่วนร่วมสำคัญหรือเป็นส่วนที่แยกไม่ได้จากกิจการที่นำสินค้าไม่ปลอดภัยออกวางจำหน่าย เป็นเหตุผลสมควรหรือทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้านั้นต้องรับผิดชอบร่วมกับกิจการที่วางจำหน่ายสินค้า (ผู้รับแฟรนไชส์) ได้อย่างไร และไม่เคยอธิบายให้ชัดเจนว่าเหตุใดในการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์หรือผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ศาลจึงต้องสร้างหลักเกณฑ์นี้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษต่างจากองค์ประกอบในมาตรา 402A ข้อสำคัญที่สุด องค์ประกอบหลายประการ เช่น การได้รับประโยชน์ทางการเงินจากการขายสินค้าในกิจการแฟรนไชส์ หรือการรักษาสิทธิที่จะควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ไว้ ดูเหมือนจะเป็นลักษณะพฤติกรรมทั่วไปที่ผู้ให้แฟรนไชส์ทุกๆ คนจะปฏิบัติเสมอ แต่ศาลกลับไม่เคยแบ่งแยกให้ชัดเจนว่า พฤติกรรมมีส่วนร่วมในกิจการของเครือข่ายแฟรนไชส์ของผู้ให้แฟรนไชส์อย่างไรจึงจะต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามจึงถือเป็นการดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษามาตรฐานและความสอดคล้องเป็นแบบอย่างเดียวกัน (consistency and uniformity) ของเครือข่ายแฟรนไชส์ไว้ อันเป็นลักษณะพื้นฐานของกิจการแฟรนไชส์

3.1.3 ผลของความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบและความสัมพันธ์ที่มีต่อการ

ควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า³

ความต้องการการควบคุมคุณภาพเป็นองค์ประกอบที่มีอยู่ในความสัมพันธ์ตามสัญญาอนุญาต

³โปรดดู บทที่ 1 หัวข้อ 1.5.1 แนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวกับแฟรนไชส์ ข้อ 2) การควบคุมคุณภาพตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า และหัวข้อ 1.5.2 การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและการควบคุมในแฟรนไชส์

ให้ใช้เครื่องหมายการค้าและแฟรนไชส์เสมอ⁴ เพราะตามหลักทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้า กำหนดหน้าที่ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องควบคุมคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เพื่อป้องกันการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณะ (confusion) ถึงแหล่งที่มาและคุณภาพของ สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้น ๆ การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า โดยไม่มีการควบคุมคุณภาพ อาจ ถือว่าตกเป็นโมฆะ (naked license or bare license) และถูกเพิกถอนได้ ดังนั้น การใช้เครื่องหมาย การค้าโดยผู้รับอนุญาต (licensee) ไม่ถือเป็นการใช้โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป ส่งผลให้มีการเพิกถอนเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุที่ไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าได้

แม้ว่าการใช้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำนวนหรือปริมาณของการควบคุมคุณภาพในทางปฏิบัติเป็น องค์ประกอบทางข้อเท็จจริงที่ใช้กำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ตามแนวทางของประเทศ สหรัฐอเมริกา จะไม่ได้หมายความว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ ที่ได้ทำการควบคุมคุณภาพจะต้องรับผิดชอบละเมิด โดยเคร่งครัดในทุกกรณีไป เพราะจำนวนหรือปริมาณของการควบคุมคุณภาพในทางปฏิบัติย่อมแตกต่างกันตามแต่ละสถานการณ์ ทั้งรูปแบบของการควบคุมคุณภาพย่อมแตกต่างกันออกไปตามชนิดของสินค้า และบริการที่อนุญาตแก่การใช้เครื่องหมายการค้า แต่เมื่อหลัก Stream of Commerce นำการมีสิทธิ ควบคุมคุณภาพหรือการดำเนินการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริงมาเป็นองค์ประกอบของความรับผิดชอบ และ ศาลไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนว่าองค์ประกอบเหล่านี้หมายความว่าอย่างไร มีขอบเขตเพียงใด และมีน้ำหนัก ต่อการพิจารณาเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีสิทธิควบคุมคุณภาพ ซึ่งตามปกติแล้ว สัญญาอนุญาตให้ ใช้เครื่องหมายการค้าทุกฉบับจะกำหนดไว้ในฐานะเป็นข้อสัญญาพื้นฐานเพราะเป็นการแสดงออกถึงการ ปฏิบัติตามความต้องการของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในการควบคุมคุณภาพขั้นต่ำที่สุดที่จะทำได้เพื่อ ป้องกันการสูญเสียสิทธิในเครื่องหมายการค้า (boiler plate) ย่อมทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ตกอยู่สถานการณ์ที่ นักวิชาการบางท่านเรียกว่าผู้ให้แฟรนไชส์ต้องเดินอยู่บนเส้นลวดแห่งการควบคุม (control tightrope)⁵ นั่นคือ ถ้าไม่ควบคุมคุณภาพก็อาจถูกเพิกถอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า ในทางตรงข้าม เมื่อดำเนินการ ควบคุมคุณภาพกลับอาจต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

ในทำนองเดียวกัน เมื่อการควบคุมการดำเนินงาน ซึ่งรวมถึงการควบคุมคุณภาพสินค้าที่ จำหน่าย หรือต้องใช้ในกิจการแฟรนไชส์ เป็นลักษณะพื้นฐานของแฟรนไชส์ ทั้งนี้ เพื่อรักษามาตรฐาน การดำเนินกิจการของเครือข่ายแฟรนไชส์ให้สอดคล้องและเป็นแบบอย่างเดียวกัน และรักษาชื่อเสียงและ ความนิยมทางการค้า (good will) ของกิจการไว้ การที่ศาลนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินการควบคุม คุณภาพมาเป็นองค์ประกอบของความรับผิดชอบ โดยไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าหมายถึงการควบคุมเพียงใด

⁴William M. Borchard and David W. Ehrlich, "Franchisor Tort Liability: Minimizing the Potential Liability of a Franchisor for a Franchisee's Torts," The Trademark Reporter 69 (1979).

⁵Kenneth B. Germain, "Tort Liability of Trademark Licensors in an Era of Accountability: A Tale of Three Cases," The Trademark Reporter 69 (1979).

หรือควบคุมแค่ไหนอาจต้องรับผิดชอบ แค่ไหนไม่เสี่ยงต่อความรับผิดชอบ อาจส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบ โดยเคร่งครัดในทุกสถานการณ์ หากความเสียหายเกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าของกิจการแฟรนไชส์⁶

ด้วยเหตุนี้ การใช้ข้อบังคับประกอบความรับผิดชอบโดยอาศัยการมีสิทธิควบคุมคุณภาพหรือการดำเนินการควบคุมคุณภาพอย่างแท้จริงโดยไม่มีการกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนเช่นนี้⁷ แม้ว่าจะไม่ใช่ข้อบังคับประกอบหลักหรือข้อบังคับประกอบประการเดียวที่ทำให้ต้องรับผิดชอบ แต่ก็ส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่กล้ามีส่วนร่วมในการควบคุมคุณภาพและไม่อยากพัฒนาเปลี่ยนแปลงสินค้าจากการออกแบบสินค้าที่กำหนดไว้เดิม⁸ แม้ว่าการใช้ข้อบังคับเหล่านี้มาพิจารณากำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์อาจจะมีผลดีสำหรับผู้บริโภคเพราะทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งอยู่ในฐานะที่สามารถชำระหนี้ได้ดีกว่า (deep pocket) ต้องรับผิดชอบได้ไม่ยาก เนื่องจากการดำเนินการควบคุมคุณภาพเป็นลักษณะพื้นฐานของแฟรนไชส์ ดังนั้น จึงเท่ากับผู้บริโภคหรือผู้เสียหายมีแหล่งในการขอใช้ความเสียหายที่แน่นอน แต่แท้จริงแล้ว การให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้วยผลของคำพิพากษาที่ตัดสินให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบ ย่อมหมายความว่า ผู้บริโภคต้องได้รับความเสียหายมาก่อนแล้ว ดังนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่ดีกว่า หากผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีเพราะผู้ให้แฟรนไชส์ได้ดำเนินการควบคุมคุณภาพและความปลอดภัยของสินค้ามาตั้งแต่แรก

ด้วยความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบดังกล่าว ยังส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายที่เป็นโจทก์ในคดีด้วย เพราะต้องเผชิญกับความยุ่งยากในการนำพยานหลักฐานมานำสืบถึงข้อเท็จจริงทางข้อเท็จจริงดังกล่าว เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีส่วนสำคัญหรือเป็นส่วนที่แยกไม่ได้จากกิจการที่นำสินค้าไม่ปลอดภัยออกวางจำหน่าย ในทางตรงข้าม ก็ส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ตกอยู่ในภาวะลำบากเช่นกันเพราะไม่สามารถรู้ได้ล่วงหน้าว่าพฤติกรรมการมีส่วนร่วมที่ศาลใช้หมายความว่าอย่างไร จึงไม่อาจกำหนดแนวทางหรือวางตัวได้ถูกต้องตามมาตรฐานที่กฎหมายต้องการ

⁶William M. Borchard and David W. Ehrlich, *supra* note 3.; Neil J. Wilkof, *Trademark Licensing*, (London: Sweet & Maxwell, 1995), p. 271.

⁷นักวิชาการบางท่านเห็นว่า เป็นเรื่องยากที่ศาลจะแบ่งแยกให้ชัดเจนระหว่างการควบคุมคุณภาพเพื่อสนองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า กับการควบคุมคุณภาพที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ โปรดดู John Adams and KV. Prichard Jones, *Franchising*, 2d ed. (London: Butterworths, 1987), p. 29 ขณะที่บางท่านเห็นว่า อาจเป็นเพราะศาลไม่ต้องการให้ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้ง่าย จึงพยายามวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างๆ เพื่อศาลจะได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดความรับผิดชอบแก่จำเลยเป็นกรณีๆ ไป โปรดดู David J. Franklyn, *supra* note 2.

⁸Jennifer Rudis Deschamp, "Has the Law of Products Liability Spoiled the Rule Purpose of Trademark Licensing? Analyzing the Responsibility of a Trademark Licensor For Defective Products Bearing its Mark," *Saint Louis University Public Law Review* 25 (2006).

3.2 การกำหนดความรับผิดโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer

3.2.1 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความรับผิด

ตามประวัติศาสตร์ หลัก Apparent Manufacturer ถูกนำมาบัญญัติครั้งแรกใน Restatement of Torts (Second) 1965 อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลัก Apparent Manufacturer ขึ้นและใช้หลัก Apparent Manufacturer มาก่อนมีการนำมาบัญญัติไว้ใน Restatement of Torts (Second) และก่อนการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแพร่หลายในสหรัฐอเมริกาเสียอีก⁹ ศาลใช้หลัก Apparent Manufacturer ครั้งแรกในช่วงต้นศตวรรษที่ 18 แก่ผู้ค้าปลีกและผู้ค้าส่ง ซึ่งใช้เครื่องหมายการค้า house brand ของตัวเองแก่สินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น ผู้ขายเหล่านี้ถูกเรียกว่า house-branders หรือ house-labelers¹⁰

ต่อมาหลัก Common Law ดังกล่าวจึงถูกนำมารวบรวมและบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในบทบัญญัติของมาตรา 270 ของ Restatement of the Law of Torts, Tentative Draft No.5 ทั้งนี้ คดีที่เป็นตัวอย่างสำคัญของการนำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้ คือ คดี Burkhardt v. Armour & Co.¹¹ ซึ่งศาลแห่งมลรัฐคอนเนคติกัตได้ใช้หลัก Apparent Manufacturer แก่ผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนเองแก่สินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น ศาลให้เหตุผลว่า การใช้เครื่องหมายการค้าของจำเลยทำให้จำเลยอยู่ในฐานะเป็นผู้สนับสนุนสินค้าและรับประกันสินค้าเหมือนอย่างเป็นสินค้าของตัวเอง แนวทางของคำตัดสินของศาลในคดี Burkhardt v. Armour & Co. นี้ถือเป็นตัวอย่างของการตีความและบังคับใช้หลัก Apparent Manufacturer แก่การกำหนดความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นที่มาของนำหลัก Apparent Manufacturer มาบัญญัติไว้ใน Restatement of Torts (Second) 1965¹²

โดยทั่วไป หลัก Apparent Manufacturer ใช้ในการกำหนดความรับผิดของผู้ผลิตแก่ผู้ขายปลีกโดยถือเป็นหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ตามหลักกฎหมาย Common Law ศาลถือว่าผู้ขายที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตัวเองแก่สินค้าที่ผลิตโดยผู้อื่นต้องถูกปิดปากจากการปฏิเสธว่าตนไม่ได้ผลิตสินค้า เพราะการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ขายแก่สินค้าชักนำให้ผู้บริโภคเชื่อว่าผู้ขายที่เป็นเจ้าของเครื่องหมาย

⁹David J. Franklyn, "The Apparent Manufacturer Doctrine, Trademark Licensors and the Third Restatement of Torts," Case Western Reserve Law Review 49 (1999).

¹⁰ขณะที่บางประเทศในยุโรป เช่น สหราชอาณาจักรเรียกผู้ขายที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตัวเองแก่สินค้าที่ผลิตโดยผู้อื่นว่า Own Brander.

¹¹115 Conn. 249, 264, 161 A. 385.

¹²Louis R. Frumer and Melvin I. Friedman, Product Liability, (New York: Matthew Bender & Company Incorporated, 1985), section 3B-70.3

การค้าเป็นผู้ผลิตสินค้าหรือมอบหมายให้ผู้อื่นผลิตสินค้าแทนตน¹³ ดังนั้น เหตุผลสมควรแก่กฎหมาย ความรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer จึงมีสองประการ¹⁴ ประการแรก การใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายอย่างอื่นแก่สินค้า หรือการปิดฉลาก หรือโฆษณาสินค้าของบุคคลใดทำให้สาธารณชนเชื่อว่าเป็นผู้ผลิตและซื้อสินค้าด้วยความเชื่อผิดๆ และความเสี่ยงในการผลิตสินค้าของผู้นั้น กฎหมายถือว่าผู้ที่แสดงออกเช่นนั้นทำหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ผลิต และถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธว่าตนไม่ใช่ผู้ผลิต อีกประการคือ ต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายให้ได้รับการเยียวยา ในกรณีที่ไม่มีใครระบุตัวผู้ผลิตบนสินค้าหรือไม่สามารถสืบรู้ได้อย่างแน่นอนว่าผู้ใดเป็นผู้ผลิตสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย จึงยุติธรรมที่จะกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่ปกปิดตัวผู้ผลิตที่แท้จริง ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบอยู่บนพื้นฐานของสถานะของจำเลยในฐานะเป็นผู้เสมือนผู้ผลิตสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย¹⁵ และความคาดหวังของผู้บริโภค (Consumer Expectation)¹⁶

3.2.2 การตีความบทบัญญัติ Apparent Manufacturer

1) แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา

หลัก Apparent Manufacturer ถูกนำมาบัญญัติครั้งแรกใน Restatement (Second) of Torts 1965 มาตรา 400 และนำมาบัญญัติไว้อีกครั้งใน Restatement (Third) of Torts: Products Liability มาตรา 14 โดยหลักการที่เป็นสาระสำคัญของหลัก Apparent Manufacturer ตามมาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts ยังคงนำมาใช้และบัญญัติไว้ในมาตรา 14¹⁷ อย่างไรก็ตาม ภายใต้ Restatement (Third) of Torts ตาม Comment d. ของมาตรา 14 กล่าวอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติตาม มาตรา 14 ไม่ใช่บังคับแก่การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensing) เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 14 นี้

เหตุผลที่หลัก Apparent Manufacturer ตามมาตรา 14 ของ Restatement (Third) of Torts ไม่ใช่แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอีกต่อไปเพราะ

1) ตามถ้อยคำของบทบัญญัติตามมาตรา 14 ใช้คำว่า selling กับ distributing ดังนั้น ถ้าตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรแล้ว ผู้ขายหรือจำหน่ายสินค้าที่ต้องรับผิดชอบ Apparent Manufacturer จึงต้องเป็นผู้ขายหรือจำหน่ายสินค้าตามความหมายที่มาตรา 20 ระบุไว้¹⁸ แสดงให้เห็นว่า หลัก Apparent

¹³David J. Franklyn, *supra* note 9.

¹⁴Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 1.

¹⁵*Ibid.*

¹⁶Jennifer Rudis Deschamp, *supra* note 8.

¹⁷Comment a. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts.

¹⁸โปรดดู บทที่ 2 หัวข้อ 2.4 ความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์ตามกฎหมายต่างประเทศ หน้า 48.

Manufacturer มุ่งหมายที่จะใช้บังคับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโอนทรัพย์สินที่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน¹⁹ ดังนั้น ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลัก Apparent Manufacturer ตามมาตรา 14 เพราะผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไม่ได้ขายหรือจำหน่ายสินค้าด้วยตัวเอง เพียงแต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าและจำหน่ายสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น²⁰

2) มาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts 1965 เป็นบทบัญญัติที่มีมาก่อนมาตรา 402A ซึ่งเพิ่งบัญญัติขึ้นใหม่ตาม Restatement (Second) of Torts 1965 ผลของการบัญญัติมาตรา 402A ขึ้นทำให้ศาลในบางคดีเห็นว่า หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดของมาตรา 402A มีเนื้อหาครอบคลุมความรับผิดของผู้ขาย (seller) อย่างครบถ้วนทุกกรณีแล้ว ดังนั้น หลักความรับผิดตามมาตรา 400 จึงไม่มีที่จะใช้²¹

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ James A. Henderson ผู้ร่วมร่าง Restatement of Torts ทั้งสองฉบับ คือ Second Restatement และ Third Restatement ได้ยอมรับว่า²² Comment d. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts เป็นเพียงการยอมรับความเห็นส่วนใหญ่ที่ปฏิเสธการกำหนดความรับผิดแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer เท่านั้น แต่ไม่ได้แสดงถึงข้อสรุปทางกฎหมายที่เป็นยุติ

นอกจากนี้ Restatement (Third) of Torts ไม่มีผลผูกพันให้มลรัฐต่างๆ ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ภายหลังจากมีการออกกฎหมาย Restatement (Third) of Torts มลรัฐหลายมลรัฐยังคงถือตามหลักการเดิมที่บัญญัติไว้ใน Restatement (Second) of Torts ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ศาลหลายมลรัฐก็ยังคงเดินตามแนวคำพิพากษาเดิมไม่ได้ตีความหลัก Apparent Manufacturer ไปตามแนวทางของ Restatement (Third) of Torts และยังคงนำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้บังคับแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์²³ รวมทั้งมีนักวิชาการจำนวนไม่น้อยที่เห็นด้วยกับการนำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้บังคับแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์ โดยในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ ได้ให้เหตุผลไว้อย่างน่าสนใจห้าประการ คือ²⁴

¹⁹David J. Franklyn, *supra* note 9.

²⁰Comment d. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts.

²¹เช่น คดี Seaward v. Hilti, Inc., 537 N.W. 2d 221, 224 (Mich, 1995).

²²บทสัมภาษณ์ทางโทรศัพท์ เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 cited by Lynn M. LoPucki, "Toward a Trademark-Based Liability System," University of California Law Review 49 (2002).

²³เช่น คดี Kennedy v. Guess Inc., 765 N.E.2d 213 (Ind. Ct. App. 2002).

²⁴David J. Franklyn, *supra* note 9; Mark Abell, The International Franchise Option, (London: Waterlow Publishers, 1990), p. 106.

1) สังคมจะได้รับประโยชน์ หากกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบ เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ได้รับประโยชน์จากการแสดงออกว่าตนผลิตสินค้าหรืออย่างน้อยควบคุมการผลิตสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่นเดียวกับผลประโยชน์ที่ตนได้รับจากความเชื่อของผู้บริโภค หากพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์กระทำเช่นนั้น

2) กฎหมายละเมิดควรจะให้ความคุ้มครองแก่ความเชื่อถือของผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าด้วยความเชื่อว่าผู้ให้แฟรนไชส์ผลิตสินค้านั้นหรือเชื่อถือในตัวผู้ให้แฟรนไชส์ การจำหน่ายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงของผู้ให้แฟรนไชส์ ผู้บริโภคสามารถคาดหวังคุณภาพที่ดีและเชื่อว่าการซื้อหรือสั่งซื้อสินค้าบางอย่างจากผู้รับแฟรนไชส์ภายใต้ชื่อ และเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ เขาจะได้รับสินค้าหรือการให้บริการราวกับว่าสินค้าหรือบริการเหล่านั้นผลิตหรือกระทำโดยผู้ให้แฟรนไชส์ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากความคาดหวังของผู้บริโภค การใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์โดยผู้รับแฟรนไชส์จึงเป็นการแสดงออกว่าผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ผลิตสินค้า และไม่ใช่ภาระของผู้บริโภคที่จะมาตรวจสอบว่าผู้ให้แฟรนไชส์ผลิตสินค้าหรือไม่ หากผู้บริโภคไม่อาจเรียกร้องเอาจากผู้ให้แฟรนไชส์ได้ ย่อมไม่เป็นที่ธรรมต่อผู้บริโภค โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ชักนำผู้บริโภคให้เชื่อถืออย่างเสียหายโดยเจตนา

3) กรณีที่สินค้าใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน แต่มีผู้ผลิตหลายคน ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถค้นหาตัวผู้ผลิตที่แท้จริงได้ ย่อมยุติธรรมที่จะกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบผู้ผลิตที่แท้จริง เพราะหากเปรียบเทียบระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้เสียหายแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมอยู่ในสถานะที่ดีกว่าที่จะสร้างความชัดเจนหรือข้อความที่ถูกต้องในฉลากสินค้าว่าใครเป็นผู้ผลิต เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์มีอำนาจต่อรองเหนือผู้รับแฟรนไชส์ ดังนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบ ก) สร้างแรงกระตุ้นแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ให้ดำเนินการเพื่อระบุตัวผู้ผลิต ข) เป็นการรับประกันว่าผู้บริโภคจะมีแหล่งในการชดเชยค่าเสียหายอย่างน้อยหนึ่งแห่ง ในกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้ผลิตที่แท้จริง

4) การกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบจะช่วยกระตุ้นให้ผู้ให้แฟรนไชส์กำจัดลักษณะที่ไม่ปลอดภัยของสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์

5) โดยลักษณะพื้นฐานของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จะดำเนินการควบคุมการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ เพื่อรับประกันว่า ผู้รับแฟรนไชส์จะดำเนินการตามวิธีการและกระบวนการของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จะจัดเตรียมการโฆษณา ให้ความช่วยเหลือสนับสนุน ฝึกอบรม แหล่งเงินทุนและการบริหารจัดการแก่ผู้รับแฟรนไชส์ ดังนั้น เมื่อผู้ให้แฟรนไชส์เกี่ยวข้องโดยตรงในกิจการของผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ขายสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้บริโภค จึงไม่ควรยกเว้นความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์

2) แนวทางของ EC Directive 85/374/EEC

หลัก Apparent Manufacturer บัญญัติอยู่ในมาตรา 3 (1) ของ EC Directive ซึ่งบัญญัติให้ “บุคคลใดๆ ที่แสดงให้เห็นว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้า โดยระบุชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายอื่นใดลงบนสินค้านั้นอยู่ในความหมายของผู้ผลิต (producer) และต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต” ประเทศภาคีสมาชิกสหภาพยุโรปต่างนำหลัก Apparent Manufacturer มาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในของตน โดย

อาจจะใช้ถ้อยคำแตกต่างกันออกไปบ้างแต่ก็เป็นหลักการอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การตีความเกี่ยวกับ บทบัญญัติดูเหมือนว่าจะยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้เป็นสามแนวทาง ดังนี้

ความเห็นแรก²⁵ เป็นความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่า หลัก Apparent Manufacturer ในมาตรา 3 (1) ใช้บังคับแก่กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าขายหรือจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่น (Own Brander) โดยเฉพาะบริษัทรับสั่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์ (mail order firms) และห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ซึ่งสินค้าของตนผลิตโดยผู้ผลิตรายย่อย และวางตลาดสินค้านั้นภายใต้ชื่อของตน อย่างไรก็ตาม เพราะว่าความรับผิดชอบของ Apparent Manufacturer มีพื้นฐานมาจากความเชื่อที่สร้างขึ้นแก่สาธารณะ บทบัญญัติมาตรา 3 (1) จึงไม่น่ามาใช้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งหมายรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ ที่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายอื่นๆ ของตนด้วย

ความเห็นที่สอง²⁶ เห็นว่า บทบัญญัติเรื่อง Apparent Manufacturer สามารถใช้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ เพราะทั้งสองกรณีไม่ต่างจากกรณีของ Own Brander นั่นคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช่ผู้ผลิตสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเอง และการตีความ บทบัญญัติ Apparent Manufacturer ควรจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของ EC Directive ที่ต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเป็นสำคัญ นั่นคือ ควรจะให้ผู้บริโภคฟ้องคดีแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าแทน

²⁵Comment b. ของ Explanatory Memorandum to the Proposal for EC Directive. P. 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; Geraint Howells and Stephen Weatherill, Consumer Protection Law, 2nd ed. (Aldershot, England: Ashgate, 2005), p. 237; Christopher J. Miller, Product Liability & Safety Encyclopedia, (London: Butterworths, 1991), p. v/82; Christopher Hodges, et al., Product Safety, (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 244.

²⁶Jennifer Clayton-Chen, "Product Liability and Trade Mark Licensing under EC and German Law," Managing Intellectual Property (September 1993): 29-32; Martijn van Empel, "Franchising and Strict Liability in the EEC," International Business Lawyer 18; 4 (April 1990):169-172; Michael PLogell, "The Relationship of Product Liability to the Swedish Trade Mark Licensing Law," European Intellectual Property Review 18, 3 (1996); Alessandro Giorgetti, "Italy" in Guide to Products Liability in Europe, ed. William C. Hoffman and Susane Hill-Arning, (Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 55; Caroline Easter and Diana Good, "Product Safety and Product Liability: The Implications for Licensing," European Intellectual Property Review 15, 1 (1993).

ได้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคไม่ต้องไปสับสนหาว่าใครเป็นผู้ผลิตสินค้าที่แท้จริง เพราะผู้บริโภคให้ความเชื่อถือแก่เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ไม่ว่าจะในบริบทของ Own Brander หรือผู้ให้แฟรนไชส์ก็ควรจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคอย่างไม่แตกต่างกัน

ความเห็นที่สาม²⁷ เป็นความเห็นที่แคบที่สุด เห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 3 (1) นี้ใช้แก่กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าผลิตสินค้าด้วยตนเองเท่านั้น ไม่ใช่กรณีของผู้ขายปลีก ผู้จัดการจำหน่าย รวมทั้งผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์ โดยให้เหตุผลว่า ในความเป็นจริงแล้ว มีเพียงผู้บริโภคไม่กี่คนที่เชื่อว่าคุณคณเหล่านี้ผลิตสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนด้วยตัวเองทั้งหมด ดังนั้น การใช้เครื่องหมายการค้าของคุณคณเหล่านี้จึงไม่เป็นการแสดงตนว่าเป็นผู้ผลิต อย่างมากที่สุดผู้บริโภคก็จะเข้าใจได้ว่า สินค้าผลิตขึ้นภายใต้ความยินยอมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น

สำหรับความเห็นที่ว่า บทบัญญัติเรื่อง Apparent Manufacturer ไม่สามารถนำมาใช้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งหมายรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าด้วย เพราะกรณีดังกล่าว ผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น ให้เหตุผลไว้ดังนี้

1. เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องไม่เจตนาที่จะแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตด้วย²⁸ แต่การใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเพียงเพื่อสนับสนุนการขาย จึงไม่เป็นการชักนำความเชื่อแก่สาธารณะให้เข้าใจว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น²⁹

2. ในบริบทของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้า จึงไม่ได้ putting trademark แก่สินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่เป็นผู้รับอนุญาต (licensee) ที่เป็นผู้ putting trademark แก่สินค้านั้น ดังนั้น การกำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่ตรงกับบทบัญญัติของมาตรา 3 (1) ตาม EC Directive ที่บัญญัติว่า ผู้ที่ต้องรับผิดชอบเป็นผู้ผลิต ต้อง "putting trademark on the product"

อย่างไรก็ตาม เหตุผลข้อนี้ถูกโต้แย้งว่า³⁰ การตีความตามความเห็นนี้เท่ากับผู้ที่จะมีฐานะเป็น Apparent Manufacturer (ผู้เสมือนผู้ผลิต) และต้องรับผิดชอบเดียวกับผู้ผลิต ต้องพิจารณาแต่เพียงว่าใครเป็นผู้นำเครื่องหมายการค้ามาใช้ (putting) แก่สินค้า ซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น ถ้อยคำ "putting trademark on the product" ตามมาตรา 3 (1) จะเป็นปัญหาข้อกฎหมายมากกว่า ดังจะเห็นได้จากกรณีของ Own Brander ซึ่งขายสินค้าที่ผู้อื่นผลิต ผู้ผลิตยอมเป็นผู้นำเครื่องหมายการค้ามาใช้แก่สินค้าใน

²⁷ John F. Clerk, et al., *Clerk & Lindsell on Torts*, 18th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2000), p. 551.

²⁸ Michael PLogell, *supra* note 26.

²⁹ Comment b. ของ Explanatory Memorandum to the Proposal for EC Directive.

³⁰ Jennifer Clayton-Chen, *supra* note 26, p. 31.

กระบวนการผลิต ไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากถือว่า Own Brander ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 3 (1) เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าก็ควรจะต้องรับผิดชอบเช่นกัน เพราะการใช้เครื่องหมายการค้าโดยผู้รับอนุญาตด้วยความยินยอม (consent) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า น่าจะถือว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ putting trademark on the product ด้วยตัวเองตามมาตรา 3 (1) แล้ว

3.2.3 ขอบเขตของความรับผิด

เมื่อองค์ประกอบความรับผิดของหลัก Apparent Manufacturer เป็นการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตด้วยการใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัย ดังนั้น ขอบเขตของความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจึงต้องรับผิดชอบเฉพาะความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของตน เช่น กรณีที่สินค้าชิ้นสุดท้ายประกอบขึ้นจากชิ้นส่วนหลายส่วนที่ผลิตโดยผู้ผลิตแตกต่างกันและใช้เครื่องหมายการค้าต่างกัน กรณีเช่นนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับชิ้นส่วนใดก็ต้องรับผิดชอบสำหรับชิ้นส่วนนั้น ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยของส่วนอื่นๆ ด้วย

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของความรับผิดของผู้มีสถานะเสมือนเป็นผู้ผลิต ยังมีประเด็นที่ยังไม่เป็นที่ยุติและเป็นปัญหาโต้แย้งกัน ดังนี้

1) มีปัญหาว่าการแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตจะต้องเป็นการใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความ หรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิตแก่สินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ หรือวัสดุห่อหุ้มสินค้านั้นเท่านั้น หรือสามารถใช้เอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้าได้ด้วย มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองแนวทาง

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตอาจจะไม่ได้เกิดขึ้นด้วยการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่สินค้านั้น แต่อาจปรากฏอยู่ในเอกสารอื่นก็ได้ เช่น รายการสินค้า (catalog) แผ่นพับโฆษณาสินค้า (brochures)³¹ คู่มือหรือคำแนะนำในการใช้สินค้านั้นก็ได้³²

ความเห็นที่สอง³³ เห็นว่า การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่สินค้านั้น ดังนั้น การใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายแก่เอกสารที่ใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์และสนับสนุนการขาย ไม่ถือเป็นการแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต

³¹ เช่น คำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 1.

³² Tasner/Frietsch, 4 ProdHaftG, Rz. 46 cited by Graf von Westphalen, Produkthaftungshanbuch, 75, Rdnr. 39, S. 109. อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, รายงานการศึกษาวินิจฉัยแบบสมบูรณ์ เรื่อง ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า, (กองวิเคราะห์โครงการและประเมินผล สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2544), น. 64.

³³ เช่น คำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี Fletcher v. Atex, Inc., 68 F.3d 1451 (1995); "Caveat Vendor," *New Law Journal* volume 136 Number 6283 (5 December 1986).

2) ตามปกติแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าประเภทหนึ่งจนมีชื่อเสียง ต่อมาได้นำเครื่องหมายการค้าเดียวกันมาใช้แก่สินค้าประเภทอื่นที่ตนไม่เคยเกี่ยวข้องมาก่อน และไม่ใช้สินค้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการเดิมของตน เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าประเภทอื่นนั้นด้วยหรือไม่

ความเห็นแรก เห็นว่า การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่สินค้าในประเภทเดียวกันกับที่ตนเคยเข้าเกี่ยวข้องมาก่อน หรืออย่างน้อยต้องเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการเดิมของตน³⁴ เพราะหลัก Apparent Manufacturer มีพื้นฐานอยู่บนความคาดหวังของผู้บริโภค ดังนั้น การที่จำเลยใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่สินค้าในประเภทอื่นที่ตนไม่เคยผลิตหรือเกี่ยวข้องมาก่อนเลย และสินค้านั้นก็ไม่เกี่ยวข้องกับการเดิมของตนหรือเป็นสินค้าคนละอุตสาหกรรมกัน ผู้บริโภคย่อมไม่สามารถคาดหวังได้อย่างมีเหตุสมควรว่า จำเลยเป็นผู้ผลิต เช่น ถ้าผู้ผลิตรถยนต์ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่เครื่องคอมพิวเตอร์ ผู้บริโภคอาจจะสงสัยว่าทำไมเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตรถยนต์ไปปรากฏบนเครื่องคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตาม ผู้บริโภคอาจจะสันนิษฐานว่าผู้ผลิตรถยนต์ต้องเกี่ยวข้องกับบางอย่างกับเครื่องคอมพิวเตอร์และได้รับประโยชน์หรือกำไรจากการขายเครื่องคอมพิวเตอร์นั้น แต่จะไม่คาดหวังว่าผู้ผลิตรถยนต์เป็นผู้ผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ เพราะเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นสินค้าในประเภทที่ผู้ผลิตรถยนต์ไม่เคยผลิตมาก่อน และเป็นสินค้าในอุตสาหกรรมที่ผู้ผลิตไม่เคยเกี่ยวข้องมาก่อน ดังนั้น ผู้ผลิตรถยนต์จึงไม่มีความเชี่ยวชาญชำนาญเพียงพอที่จะเป็นผู้ผลิต หรือกำหนดรายการโดยเฉพาะเจาะจงและมาตรฐานการผลิตในการว่าจ้างให้ผลิตได้

แนวคิดนี้ยังได้อธิบายถึงกรณีที่บุคคลใช้ชื่อเพื่อสนับสนุนสินค้า ซึ่งเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งเช่นกัน เรียกว่า Promotional Licensing และ Character Merchandise Licensing เช่น นักกีฬา นักแสดง บุคคลที่มีชื่อเสียง ฯลฯ ก็ใช้แนวทางในการพิจารณาเช่นเดียวกัน³⁵

³⁴David J. Franklyn, *supra* note 9.

³⁵*Ibid.*; 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). ผู้เขียนเห็นว่า ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าในกรณีเหล่านี้ไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเองมาก่อน และก็เป็นที่ยึดกันอย่างดีต่อสาธารณะและผู้บริโภคว่าพวกเขาไม่ได้เป็นผู้ผลิตและเจ้าของสินค้า ทั้งไม่ได้รับผิดชอบหรือควบคุมการผลิตสินค้านั้น แม้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าเพราะชื่อเสียงของบุคคลเหล่านั้นก็ไม่ใช่เพราะเชื่อถือชื่อเสียงในฐานะเป็นสิ่งรับประกันคุณภาพของสินค้าหรือทักษะการผลิต แต่เป็นเพราะความชื่นชอบส่วนตัวที่มีต่อบุคคลเหล่านั้น ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับคุณภาพของสินค้าแต่อย่างใด ผู้บริโภคจึงไม่คาดหวังว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น บุคคลเหล่านี้จึงไม่ถือว่าเป็นผู้ผลิต และไม่ต้องรับผิดชอบตามหลัก Apparent Manufacturer.

เพราะในกรณีเหล่านี้ ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเองมาก่อน ผู้บริโภคจึงไม่คาดหวังว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น บุคคลเหล่านี้จึงไม่ถือว่าเป็นสถานะเสมือนเป็นผู้ผลิต และไม่ต้องรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตอาจเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่สินค้าในประเภทอื่นที่ตนไม่เคยผลิตหรือเกี่ยวข้องกับมาก่อนเลยก็ได้ ดังนั้น แม้เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าประเภทอื่นก็ยังคงรับผิดชอบ ดังคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาคดี Kennedy v. Guess Inc.³⁶ แม้ประเด็นดังกล่าวจะไม่ใช่อุปสรรคโดยตรงในคดี แต่ศาลได้ตัดสินให้จำเลย Guess Inc. ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก “รุ่ม” ที่มีเครื่องหมายของจำเลยปรากฏที่ตัวร่วม ซึ่งเป็นสินค้าสมนาคุณให้แก่ผู้เสียหายในการซื้อ “นาฬิกา” ซึ่งเป็นสินค้าที่จำเลยจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้า Guess ในทำนองเดียวกัน เจ้าของกิจการที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าไม่ใช่ผู้ผลิตและไม่เคยทำกิจการเกี่ยวข้องกับสินค้านั้นมาก่อน เช่น กิจการโรงแรม สถาบันการเงิน ฯลฯ ได้ใช้ ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าแก่สินค้านั้น ก็อาจต้องรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer เช่นกัน³⁷

3.2.4 ภาระการพิสูจน์

โดยหลักแล้ว ในการฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าจำเลยต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่ปรากฏชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย หรือด้วยการแสดงด้วยวิธีใดๆ ที่มีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิตนั้น นอกไปจากภาระการพิสูจน์ตามกรณีทั่วไปของคดีฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าแล้ว อันได้แก่ การพิสูจน์ว่า สินค้าไม่ปลอดภัย โจทก์ได้รับความเสียหาย และความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้น โจทก์ต้องพิสูจน์ด้วยว่า³⁸ การแสดงออกเช่นนั้นของจำเลย ไม่ว่าจะด้วยการใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายอื่นใดหรือข้อความ หรือด้วยวิธีใดๆ ทำให้เกิดความเชื่อว่าจำเลยเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น

สำหรับการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงว่าการแสดงออกของจำเลยเช่นนั้น ถือเป็นการแสดงด้วยวิธีใดๆ ที่มีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิตหรือไม่ มีปัญหาว่าจะใช้มาตรฐานใดในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าว ตามแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายในประเด็นดังกล่าว โดยแบ่งแยกได้เป็นสองแนวทาง

แนวทางแรก เห็นว่าโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความเชื่อถือ “ของตนเอง” ที่เชื่อว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เช่น คดี Nelson v. International Paint Co.³⁹, คดี Brandimarti v.

³⁶ 806 N.E. 2d 776 (Ind. 2004).

³⁷ Christopher Wright, *Product Liability*, (London: Blackstone Press Ltd., 1989), p.42.

³⁸ David J. Franklyn, *supra* note 9.

³⁹ 734 F.2d 1084 (5th Cir. 1984).

Caterpillar Tractor Co.⁴⁰, คดี TMJ Implants Recipients v. The Dow Chemical Company⁴¹

แนวทางที่สอง เห็นว่าโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความเชื่อถือของ “ผู้บริโภคที่มีเหตุผลสมควร” เชื่อว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าผลิตสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เช่น คดี Carter v. Joseph Bancroft & Son Co.⁴², Connelly v. Uniroyal, Inc.⁴³

อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาเห็นเป็นอย่างเดียวกันว่า เมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ตามภาระการพิสูจน์ของตนแล้ว ข้อสันนิษฐานถึงสถานะความเป็นผู้ผลิต เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถพิสูจน์หักล้างได้ เช่น คดี Better Beverages, Inc. v. Mary Meschwitz⁴⁴ ดังนั้น จึงมีความเห็นว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถพิสูจน์เพื่อหลุดพ้นความรับผิดว่า ก่อนหรือภายหลังจากมีการขึ้นฟ้องคดี เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้แจ้งให้โจทก์ทราบถึงผู้ผลิตสินค้าที่แท้จริงแล้ว⁴⁵

3.2.5 เหตุหลุดพ้นความรับผิด

โดยหลักแล้ว ผลประการอื่นของการนำหลัก Apparent Manufacturer มาบังคับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า นอกไปจากความรับผิดที่ต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้ผลิตแล้ว ก็คือ ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถยกข้อต่อสู้ที่ผู้ผลิตมีต่อโจทก์ขึ้นต่อผู้โจทก์ได้เช่นเดียวกัน⁴⁶

ตามแนวทางของ EC Directive 85/374/EEC แห่งสหภาพยุโรป มาตรา 7 กำหนดเหตุหลุดพ้นความรับผิดแก่จำเลยไว้หกประการ ซึ่งผู้ผลิตสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าจึงสามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 7 ขึ้นกล่าวอ้างได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า คือ ข้อต่อสู้ตามมาตรา 7 (a) ว่าผู้ผลิตไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่าย (put into circulation) ก็มีปัญหาวว่า ผู้ให้แฟรนไชส์จะกล่าวอ้างข้อต่อสู้ดังกล่าวเพื่อเป็นเหตุให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้หรือไม่

ความเห็นแรก เห็นว่า แม้จะถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีฐานะเป็น Apparent Manufacturer แต่ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ไม่ต้องรับผิดเพราะสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าตนไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่าย (put the product into circulation) แต่เป็นผู้รับแฟรนไชส์ที่นำสินค้าออกวางจำหน่าย⁴⁷

⁴⁰527 A.2d 134 (Pa. Super. Ct.1987).

⁴¹(DC Minn) 880 F Supp 1311.

⁴²360 F. Supp 1103 (E.D. Pa. 1973).

⁴³389 N.E.2d 155 (Ill.1979).

⁴⁴643 S.W.2d 502 (Tex. App. 1982).

⁴⁵David J. Franklyn, *supra* note 8.

⁴⁶Jackson v. Coldspring Terrace Property Owners Association, 1997 Tex. App. 487.

⁴⁷John McCleod, *Consumer Sales Law*, (London: Cavendish Pub., 2002), p. 546.

ความเห็นที่สอง เห็นว่า⁴⁸ เพราะการให้ความร่วมมือ (cooperation) และยินยอม (consent) ของผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแก่นำสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตน ออกวางจำหน่ายโดยผู้รับแฟรนไชส์ ก็ถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์นำสินค้าออกวางจำหน่ายแล้ว ดังจะเห็นได้จากว่าผู้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่สินค้าถูกนำออกวางจำหน่ายโดยปราศจากความร่วมมือและยินยอมของผู้ผลิตเพราะถือว่าผู้ผลิตไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่าย เช่น สินค้าถูกขโมย สูญหาย มีการลักลอบนำเครื่องหมายการค้าไปใช้โดยมิชอบ หรือเป็นสินค้าที่ไม่ได้มีไว้ขาย อาทิ สินค้าต้นแบบ เป็นต้น นั้นแสดงว่า ถ้าสินค้าถูกนำออกวางจำหน่ายโดยไม่ได้รับความร่วมมือและยินยอมจากผู้ผลิต ก็ถือว่าผู้ผลิตนำสินค้าออกวางจำหน่ายแล้ว ดังนั้น ในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งให้ความยินยอมแก่นำสินค้าออกวางจำหน่ายโดยผู้รับแฟรนไชส์ ก็ควรจะถือหลักเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่อาจยกข้อต่อสู้ว่าตนไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่ายตามมาตรา 7 (a) ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดได้

นอกไปจากเหตุหลุดพ้นความรับผิดในมาตรา 7 แล้ว ยังมีปัญหาว่า หากระบุชื่อผู้ผลิตที่แท้จริงไว้ที่สินค้าหรือวัสดุที่ห่อหุ้มสินค้าจะทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าหลุดพ้นจากความรับผิดได้หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติของมาตรา 3 (1) ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าการระบุชื่อผู้ผลิตจะทำให้ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตหลุดพ้นจากความรับผิด สำหรับปัญหาดังกล่าว มีความเห็นแบ่งเป็นสองฝ่าย⁴⁹

ความเห็นแรก เห็นว่า แม้จะระบุชื่อผู้ผลิตที่แท้จริงหรือผู้บริโภคนสามารถสันนิษฐานได้ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช่ผู้ผลิตสินค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ไม่อาจหนีบทบัญญัติตามมาตรา 3 (3) มาต่อสู้เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ เพราะกรณีมาตรา 3 (3) เป็นความรับผิดของ Supplier ซึ่งจะต้องรับผิดชอบเมื่อไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าได้ ความรับผิดของ Supplier จึงมีลักษณะเป็นความรับผิดลำดับรอง ซึ่งต่างไปจากความรับผิดของผู้ผลิต ซึ่งเป็นความรับผิดโดยไม่มีเงื่อนไข หรือเป็นความรับผิดอย่างลูกหนี้ขั้นต้น (primarily liable) เมื่อตามมาตรา 3 (1) บัญญัติให้ความหมายของ Producer ว่าหมายรวมถึง Apparent Manufacturer ด้วย ดังนั้น Apparent Manufacturer จึงต้องรับผิดชอบโดยไม่มีเงื่อนไขหรือรับผิดอย่างลูกหนี้ขั้นต้น และจะนำข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 3 (3) ของ Supplier มาใช้ไม่ได้ แม้ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะอยู่ในฐานะเป็นผู้ขายสินค้าเช่นเดียวกับ Supplier ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าจะมีการระบุชื่อผู้ผลิตที่แท้จริงหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ Apparent Manufacturer ต้องรับผิดแล้ว ย่อมต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกับผู้ผลิตที่แท้จริง

ความเห็นที่สอง เห็นว่าบทบัญญัติเรื่อง Apparent Manufacturer ตามมาตรา 3 (1) ของ EC Directive มีพื้นฐานมาจากการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการเพื่อสร้างความเชื่อถือและความประทับใจให้แก่ผู้บริโภค บทบัญญัตินี้มีความมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ผลประโยชน์ของผู้บริโภค นั่นคือ ให้ความคุ้มครองแก่สาธารณะที่เชื่อถือเครื่องหมายการค้าของเจ้าเครื่องหมายการค้า หาก

⁴⁸ Jennifer Clayton-Chen, *supra* note 26, p. 31.

⁴⁹ *Ibid.*

ไม่มีสิ่งอื่นใดที่สามารถใช้บังคับถึงตัวผู้ผลิตสินค้านั้นได้ ดังนั้น หากสามารถรู้ตัวผู้ผลิตสินค้าที่แท้จริงได้ ความจำเป็นของการให้ความคุ้มครองแก่ความเชื่อถือของผู้บริโภคที่ถูกสร้างขึ้นโดยเครื่องหมายการค้าก็จะหมดไป ตามความเห็นนี้ ความรับผิดชอบของ Apparent Manufacturer จึงเป็นความรับผิดชอบลำดับรอง (secondary liable)⁵⁰ ส่วนผู้ที่ต้องรับผิดชอบขั้นต้น (primarily liable) คือผู้ผลิตที่แท้จริง

อย่างไรก็ตาม ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม Comment d. ของมาตรา 400 แห่ง Restatement (Second) of Torts 1965 ระบุว่า แม้ว่าจะปรากฏชื่อของผู้ผลิตที่แท้จริงแต่ฉลากสินค้าไม่ได้ระบุอย่างชัดแจ้งว่าจำเลยผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้ทำสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับสินค้าอีก นอกไปจากจัดจำหน่ายหรือขายสินค้านั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดตามหลัก Apparent Manufacturer ไปได้

⁵⁰ John F. Clerk, et al., *supra* note 27, p. 551.