

บทที่ 4

ความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายไทย

4.1 สภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ในปัจจุบัน

แม้ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ขึ้นแล้ว ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าโดยเฉพาะ (Product Liability Law) แต่ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่ได้ประกาศบังคับเป็นกฎหมาย ดังนั้น การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจึงต้องอาศัยบทบัญญัติของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งโดยทั่วไป หลักความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้นแบ่งแยกเป็น 3 ทฤษฎี¹ คือ ความรับผิดทางสัญญา ความรับผิดทางละเมิด และความรับผิดโดยเคร่งครัด ดังนั้น เมื่อเทียบเคียงกับกฎหมายของไทย หลักเกณฑ์ความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าตามหลักกฎหมายทั่วไปจึงได้แก่ กฎหมายลักษณะละเมิดและลักษณะซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับในบริบทของแฟรนไชส์ นอกไปจากหลักเกณฑ์ความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตราการและความรับผิดเกี่ยวกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายอื่นที่สามารถนำมาปรับใช้บังคับแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เพื่อให้คุ้มครองแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าไม่ปลอดภัยของกิจการแฟรนไชส์ ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ในการศึกษาถึงสภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และความรับผิดตามกฎหมายดังกล่าวแล้วทั้งหมด จึงจะถือว่าถูกต้องครบถ้วน

4.1.1 ความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1) ความรับผิดทางละเมิด

ก) หลักความรับผิด

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มีพื้นฐานของความรับผิดสามลักษณะ อันได้แก่ ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (liability based on fault) ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐาน “ความผิด” (liability based on presumed fault) และความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาถึงประเภทของความรับผิดทาง

¹โปรดดู บทที่ 2 หัวข้อ 2.1 หลักการพื้นฐานของความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย.

ละเมิดตามกฎหมายของไทย อาจแบ่งแยกได้เป็นสามประเภท คือ²

1. ความรับผิดสำหรับการกระทำของตนเอง (Direct Liability or Liability for One's Own Act) เป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด³ ซึ่งถือหลักว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีความผิด คือ กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ตามบทบัญญัติของมาตรา 420 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิด

2. ความรับผิดสำหรับการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เป็นความรับผิดเกิดจากข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย เช่น ความรับผิดในผลแห่งการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างตามมาตรา 425 ความรับผิดของตัวการในผลแห่งการกระทำละเมิดของตัวแทนตามมาตรา 427 เป็นต้น

3. ความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สิน เช่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากโรงงานหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ตามมาตรา 434 ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะหรือทรัพย์สินอันตราย ตามมาตรา 437 เป็นต้น

1. ความรับผิดสำหรับการกระทำของตนเอง

กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยบัญญัติหลักทั่วไปไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังแก่ทุกๆ คนอย่างกว้างขวาง เพราะกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” หมายความว่า ไม่ว่าบุคคลใดก็ตาม หากกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิผิดกฎหมาย และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นแล้ว บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดชอบทางละเมิดและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น ในบริบทของความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า (Product Liability) บุคคลที่อยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้า (chain of distribution) ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ขาย รวมทั้งผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งแม้บางกรณีจะไม่ถือว่าอยู่ในสายของการจำหน่ายสินค้าโดยตรง แต่ก็อาจต้องรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 420 นี้ได้ ในทางตรงข้าม เมื่อมาตรา 420 ใช้คำว่า

² สุขุม สุนินต์ย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2548), น.12-184.

³ อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เภสัชทรัพย์, รวบรวมโดยสมยศ เชื้อไทย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: พิ.เค. พรินติ้งเฮาส์, 2531), น. 98.

“บุคคลอื่น” ดังนั้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายที่มีสิทธิได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิด จึงไม่จำกัดว่าจะต้องผู้ซื้อหรือผู้ที่มีนิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ทำละเมิดเท่านั้น หลักเกณฑ์ตามมาตรา 420 สามารถนำมาใช้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค รวมทั้งผู้ที่มิได้บริโภคสินค้าแต่ต้องได้รับความเสียหายด้วย ทั้งนี้ องค์กรประกอบความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420 อาจจำแนกได้ดังนี้

(1) เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งหมายรวมถึงการกระทำความผิดอันเป็นการป้องกันผลเสียหายไม่ให้เกิดขึ้นด้วย

(2) เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โทกจึงมีการพิจารณาพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย

(3) ทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น หมายความว่า ทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจจะทำได้ โดยเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

(4) ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด เป็นไปตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation)

สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ตามปกติแล้วย่อมไม่ถือเป็นบุคคลที่อยู่ภายในสายแห่งการจำหน่ายสินค้าโดยตรง โดยทั่วไป จึงไม่ถือว่ามีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการผลิตหรือวางจำหน่ายสินค้า อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะพื้นฐานของกิจการแฟรนไชส์ ที่มุ่งสร้างภาพลักษณ์ของความเป็นแบบอย่างเดียวกันและเป็นมาตรฐานเดียวกันของกิจการ โดยเฉพาะแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการดำเนินกิจการ (Business Format Franchise) ซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์ได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการดำเนินกิจการของผู้รับแฟรนไชส์ ในกระบวนการผลิตและการจำหน่ายสินค้า ดังนั้น แม้จะไม่ได้ผลิตและจำหน่ายสินค้า ผู้ให้แฟรนไชส์ก็อาจต้องรับผิดชอบละเมิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ หรือสินค้าที่ใช้ในกิจการแฟรนไชส์ หากถือได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเกี่ยวกับสินค้าเหล่านั้นต่อผู้บริโภคที่เป็นบุคคลภายนอกได้

ในการดำเนินการควบคุมคุณภาพสินค้าของกิจการแฟรนไชส์ โดยทั่วไปแล้ว การให้คำแนะนำหรือกำหนดรายการสำหรับสินค้า (specification) เช่น รายละเอียดเกี่ยวกับวัตถุดิบของสินค้า เป็นต้น ไม่ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่คำแนะนำหรือรายการที่กำหนดนั้นเป็นสาเหตุทำให้สินค้าขาดความปลอดภัยโดยตรงและผู้ให้แฟรนไชส์คาดหมายได้ว่าผู้รับแฟรนไชส์จะเชื่อถือปฏิบัติตามคำแนะนำหรือรายการดังกล่าว หรือกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมต้องรับผิดชอบละเมิดเนื่องจากไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำหรือกำหนดรายการนั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อการควบคุมคุณภาพเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดไปไม่ได้ (sine qua non) สำหรับกิจการแฟรนไชส์ การควบคุมดังกล่าวจึงอาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ความ

⁴Michael D. Joblove and William Killion, “Third-Party Liability Still Lurks,” The National Law Journal 26, 12 (2003).

ระมัดระวังเพื่อป้องกันผลต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากสินค้านั้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุมกำกับของผู้ให้แฟรนไชส์ว่ามีส่วนร่วมในการผลิต การออกแบบ การประกอบสินค้า การตรวจสอบสินค้า การจัดจำหน่าย หรือวางตลาดสินค้าที่ไม่ปลอดภัยมากนักน้อยเพียงใด

มีความเห็นว่า⁵ ในกรณีที่สัญญาแฟรนไชส์มีข้อกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ในการตรวจสอบกระบวนการผลิตหรือการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ เพื่อควบคุมคุณภาพหรือมาตรฐานของสินค้าและบริการของกิจการแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมมีหน้าที่ในการตรวจตราเพื่อควบคุมคุณภาพดังกล่าว หากไม่กระทำหน้าที่จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับแฟรนไชส์หรือผู้บริโภค ก็ควรรับผิดชอบละเมิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น

นอกจากนี้ กรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์รู้ถึงความเสี่ยงของอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากมาตรการที่ตนกำหนดเพื่อควบคุมคุณภาพ เช่น ในแฟรนไชส์ประเภทร้านอาหาร ผู้ให้แฟรนไชส์ได้กำหนดกระบวนการขั้นตอน วิธีการในการปรุงอาหาร ต่อมาปรากฏว่า ขั้นตอนหรือวิธีการในการปรุงอาหารดังกล่าวทำให้อาหารนั้นไม่ความปลอดภัย เช่นนี้ ถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ตามกฎหมายในการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงความเสี่ยงของอันตรายที่คาดเห็นได้นั้น ดังนั้น ถ้าผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ดำเนินการ จึงต้องถือว่ากระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงของอันตรายที่สามารถคาดเห็น และหลีกเลี่ยงได้ และต้องรับผิดชอบละเมิดต่อผู้เสียหายจากความไม่ปลอดภัยของอาหารดังกล่าว⁶

นอกจาก “การกระทำ” ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดแล้ว การละเว้นการกระทำก็อาจทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบละเมิดได้เช่นเดียวกัน หากว่ามีหนี้หรือหน้าที่บังคับให้กระทำ หน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล และความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการงดเว้นหรือละเว้นดังกล่าว หน้าที่นั้นอาจเกิดมาจาก⁷ กฎหมายบัญญัติ สัญญา หรือความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหายก็ได้ เช่น บุคคลที่อยู่ในฐานะอันสามารถควบคุมสิ่งของหรือบุคคลใด เพื่อความปลอดภัยของบุคคลภายนอกย่อมมีหน้าที่ต้องทำตามสมควรเพื่อความปลอดภัยเช่นว่านั้น⁸

มาตรการบางประการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้ในการควบคุมคุณภาพ เช่น สัญญาแฟรนไชส์มักจะมีข้อกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องใช้วัสดุ อุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าแก่ลูกค้าตามที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดหรืออนุญาต หรือมาจากแหล่งที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดหรืออนุญาตเท่านั้น ด้วยลักษณะของข้อตกลงดังกล่าวนี้เองอาจถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังใน

⁵บุญมา เตชะวณิช, “ประเด็นสำคัญในการเจรจาและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการผลิตและเครื่องหมายการค้า และสัญญาแฟรนไชส์,” บทบัญญัติ 49, 1 (มีนาคม 2536), น. 31.

⁶โปรดดูคดีโรคระบาด E. Coli ในบทที่ 2 หน้า 84-85.

⁷จิตติ ดิงสภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 478.

⁸เพ็งอ้าง.

การให้คำแนะนำ เลือกวัสดุ อุปกรณ์ดังกล่าว ในกรณีนี้ ตามกฎหมายละเมิดของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ความระมัดระวังในการเข้ากระหน่ำที่ดังกล่าวของผู้ให้แฟรนไชส์⁹

สำหรับกฎหมายของประเทศไทย แม้ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ดังกล่าวแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ โดยเฉพาะ แต่ผู้เขียนก็เห็นว่า กรณีนี้น่าจะถือได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำ เลือกวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าวเช่นกัน เพราะอยู่ในฐานะอันสามารถควบคุมวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าวเพื่อความปลอดภัยของลูกค้าหรือพนักงานของผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำการตามสมควรเพื่อความปลอดภัยเช่นว่านั้น ดังนั้น หากผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำหรือเลือกวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าว ต้องถือว่าละเว้นหน้าที่ หากวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นย่อมถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ทำละเมิด ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 420 ต่อผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้าง พนักงาน หรือลูกค้าของผู้รับแฟรนไชส์

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 ที่กำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า แม้ผู้ให้แฟรนไชส์จะมีหน้าที่ควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเพราะได้อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าแต่หน้าที่ดังกล่าวไม่ถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายละเมิด เพราะหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ป้องกันความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้า ไม่ใช่หน้าที่รับประกันความปลอดภัยของสินค้า ดังนั้น การละเว้นไม่ดำเนินการควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า จึงไม่ถือเป็นการกระทำโดยละเว้น และไม่ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบทางละเมิด

การร่วมกันกระทำละเมิด

การร่วมกันกระทำละเมิด ก็คือ การกระทำละเมิดตามหลักทั่วไปในมาตรา 420 นั้นเอง แต่เป็นการกระทำของบุคคลหลายคน โดยมีเจตนาร่วมกันในการกระทำ¹⁰ โดยไม่จำเป็นต้องกระทำพร้อมกัน อาจแบ่งหน้าที่กันทำ หากกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทั้งหมดที่รวมกันเป็นความผิดขึ้นก็ต้องรับผิดชอบร่วมกัน ข้อสำคัญ ต้องมีเจตนากระทำร่วมกัน นั่นคือ ทุกคนต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกัน และต่างประสงค์จะเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตน

การร่วมกันกระทำละเมิด จึงต้องเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจ¹¹ นั่นคือ ผู้กระทำมีความมุ่งหมายให้บุคคลอื่นเสียหายแม้ไม่มุ่งถึงผลเสียหาย โดยความเสียหายจะเป็นประการใดก็ตาม ก็ถือได้ว่าจงใจกระทำละเมิดร่วมกันแล้ว ความเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่ใช่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็น

⁹โปรดดู Restatement (Second) of Torts 1965 มาตรา 324A.

¹⁰ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2538), น. 110.

¹¹จิตติ ดิงสัททีย์, อ้างแล้ว เจริญธรรม ที่ 7, น. 255; ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2548), น. 62.

จงใจหรือไม่ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิต ขาย หรือนำเข้าสินค้า ก็อาจร่วมกระทำละเมิดกับผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าได้ เพราะอาจแบ่งหน้าที่กันทำได้ หากมีความมุ่งหมายร่วมกันให้บุคคลอื่นเสียหาย เช่น ช่วยโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าที่ไม่ปลอดภัย ปกปิดข้อเท็จจริงหรือแสดงข้อความเท็จเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้านั้น เป็นต้น

การร่วมกันกระทำละเมิด อาจเกิดขึ้นจากการจเวนการกระทำก็ได้ หากผู้ให้แฟรนไชส์อยู่ในฐานะมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล เช่น สัญญาแฟรนไชส์ให้สิทธิผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดหรืออนุญาต แก้วสุค อุปกรณ์ วัตถุดิบที่ผู้รับแฟรนไชส์ใช้ในการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าแก่ลูกค้า ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำตามสมควรเพื่อความปลอดภัยสำหรับการใช้วัสดุ อุปกรณ์ หรือวัตถุดิบที่ตนกำหนดหรืออนุญาต ดังนั้น หากผู้ให้แฟรนไชส์รู้ว่าผู้รับแฟรนไชส์จะใช้วัสดุ อุปกรณ์ หรือวัตถุดิบโดยจงใจก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น แต่กลับนิ่งเฉยไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อป้องกันความเสียหาย ทั้งนี้ โดยมุ่งหมายให้บุคคลอื่นเสียหาย ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้านั้น ก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่ได้ลงมือกระทำละเมิดด้วยตนเอง ผู้ให้แฟรนไชส์ก็อาจต้องรับผิดชอบเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิดได้ และต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ในผลแห่งละเมิดที่ผู้รับแฟรนไชส์ก่อขึ้นเช่นกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 432 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “อนึ่ง ผู้ยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ท่านก็ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย”

การร่วมกันกระทำละเมิดซึ่งหมายรวมถึงผู้ยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือในการทำละเมิดด้วยมีความหมายเทียบได้กับตัวการ ผู้ใช้รวมถึงผู้สนับสนุนในประมวลกฎหมายอาญา¹² ต่างกันที่ว่า การร่วมกันกระทำทางละเมิดมีความหมายกว้างกว่าการร่วมกันกระทำผิดทางอาญา เพราะการร่วมกันทำละเมิดไม่จำเป็นต้องมีการกระทำละเมิดของผู้ลงมืออย่างความผิดอาญา ผู้ยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือในการทำละเมิดก็อาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 432 วรรค 2 ได้ เพราะแท้จริงแล้วไม่ได้มีลักษณะของการกระทำละเมิดร่วมกันเป็นแต่กฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกัน

ผู้ช่วยเหลือหรือผู้ยงส่งเสริมอาจไม่ได้ลงมือกระทำการใดๆ เลย แต่ช่วยเหลือให้การกระทำละเมิดสะดวกมากขึ้น¹³ เช่น จัดหาเครื่องมือ บอกสถานที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่ เป็นต้น ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แม้ไม่ได้ร่วมลงมือกระทำละเมิดกับผู้รับแฟรนไชส์ตามวรรคแรก ก็อาจต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้รับแฟรนไชส์ได้เช่นกัน หากช่วยเหลือหรือยงส่งเสริมในการผลิตหรือขายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของผู้รับแฟรนไชส์

¹²จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 255.

¹³พจน์ ปุยาบาคม, ถ้อยบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2533), น. 354-355.

อย่างไรก็ตาม ในบริบทของแฟรนไชส์แล้ว กรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์จะร่วมกันกระทำละเมิด ไม่ว่าจะเป็นผู้ร่วมกันกระทำละเมิดตามมาตรา 432 วรรคหนึ่ง หรือเป็นผู้ช่วยเหลือหรือผู้ยุยงส่งเสริมให้อีกฝ่ายกระทำละเมิด ตามวรรคสอง น่าจะเกิดขึ้นได้ยากเพราะแฟรนไชส์เป็นการประกอบธุรกิจการค้ารูปแบบหนึ่ง ย่อมหวังผลในการค้าหากำไร ทั้งผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์จึงย่อมจะดำเนินการอย่างดีที่สุด

2. ความรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น

ความรับผิดสำหรับการกระทำของบุคคลอื่น หมายถึง¹⁴ ความรับผิดของบุคคลหนึ่งในการทำละเมิดของอีกบุคคลหนึ่งโดยบุคคลที่ต้องรับผิดชอบนั้นไม่ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง กล่าวคือเป็นความรับผิดที่ผู้รับผิดชอบไม่ต้องมีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ หรือมีส่วนผิดอยู่ด้วย เป็นความรับผิดที่ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบ ดังนั้น หลักความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นจึงถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิด

การที่กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลใดต้องมีความรับผิดในผลแห่งการกระทำของบุคคลอื่น บุคคลนั้นต้องมีความสัมพันธ์กันในทางกฎหมายบางประการที่กฎหมายกำหนด¹⁵ เช่น เป็นนายจ้าง ลูกจ้าง กัน หรือมีความสัมพันธ์เรื่องตัวการตัวแทนกัน ซึ่งตนเองมีความสัมพันธ์เกี่ยวกับการงาน หรือมีหน้าที่ในการควบคุมดูแล หรือมีส่วนในการทำผิดด้วย ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถแบ่งได้ออกได้เป็นห้าลักษณะ ดังนี้

- 1) นายจ้างรับผิดในการทำละเมิดของลูกจ้าง มาตรา 425
- 2) ตัวการรับผิดในการทำละเมิดของตัวแทน มาตรา 427
- 3) บิดา มารดา หรือผู้อนุบาลรับผิดในการทำละเมิดของผู้ไร้ความสามารถ มาตรา 429
- 4) ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล รับผิดในการทำละเมิดของผู้ไร้ความสามารถ มาตรา 430
- 5) ผู้ร่วมกันทำละเมิด มาตรา 432

ในประเทศไทย ประเด็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์ถือเป็นความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้างหรือไม่ ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาวางหลักอย่างชัดเจน ดังนั้น การนำหลักความรับผิดทางละเมิดสำหรับการกระทำของผู้อื่น โดยอาศัยความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้างมาปรับใช้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์หรือไม่ นั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยเทียบเคียงมาจากแนวทางของหลักกฎหมายในต่างประเทศ

¹⁴ไพจิตร บุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น. 60.

¹⁵กรกันยา กันยะพงศ์, “ความรับผิดของนายจ้างในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง,” วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช 2, 2 (ธันวาคม 2533), น. 51.

ในต่างประเทศ โดยทั่วไปแล้ว ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ ไม่ใช่ทั้งความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้าง และตัวการตัวแทน (Actual Agency) เว้นแต่ ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดของผู้รับแฟรนไชส์ (Vicarious Liability) ศาลถือหลักว่า หากผู้ให้แฟรนไชส์ได้ควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันของผู้รับแฟรนไชส์ (day-to-day operation)¹⁶ ย่อมให้เกิดความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้าง หรือตัวการตัวแทนได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การนำความรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับการกระทำของผู้อื่น โดยอาศัยความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนตามสัญญาตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน มากำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์สำหรับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยของผู้รับแฟรนไชส์ ไม่น่าจะเหมาะสม เพราะการควบคุมการดำเนินงานปกติประจำวันที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนตามสัญญาตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้าง ต้องเป็นการควบคุมที่มากกว่าการวางมาตรฐานของระบบแฟรนไชส์ เมื่อแฟรนไชส์ต้องมีการควบคุมการดำเนินงานเสมอ จึงเป็นเรื่องยากที่จะแบ่งแยกให้ชัดเจนระหว่างการควบคุมเพื่อรักษามาตรฐานแฟรนไชส์ กับการควบคุมที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทน หรือนายจ้างลูกจ้าง

อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนทางสัญญากับผู้ทำละเมิด (Actual Agency) ตัวการอาจต้องรับผิดชอบทางละเมิดสำหรับการทำละเมิดของตัวแทนตาม มาตรา 427 โดยอาศัยหลักตัวแทนชัดได้ด้วย กล่าวคือ ถ้าจำเลยได้ชัดผู้ทำละเมิดนั้น ออกเป็นตัวแทนของตน หรือรู้แล้วยอมให้ผู้ทำละเมิดชัดตัวเองเป็นตัวแทนของตน จำเลยย่อมต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้นต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริต (ฎีกาที่ 603/2506, 821/2536, 2001/2537)

สำหรับหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนชัดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งเป็นสองกรณี¹⁷ คือ การชัดบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นตัวแทน (ชัดตัวบุคคล) ตามมาตรา 821 กับการชัดตัวแทนว่ามีอำนาจเกินกว่าที่มีจริง (ชัดอำนาจของตัวแทน) ตามมาตรา 822

มาตรา 821 บัญญัติว่า “บุคคลใดชัดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งชัดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน”

มาตรา 822 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนทำการอันใดเกินอำนาจตัวแทน แต่ทางปฏิบัติของตัวการทำ ให้บุคคลภายนอกมีมูลเหตุอันควรจะเชื่อว่าการอันนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทนไซ้ ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตราก่อนนี้เป็นบทบังคับ แล้วแต่กรณี”

¹⁶โปรดดูการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.4.2 ความสัมพันธ์และฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญา.

¹⁷ สติชัย เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539), น. 160.

การเชิดตัวแทนว่ามีอำนาจเกินกว่าที่มีจริง ตามมาตรา 822 ก็คือ ตัวแทนตามพฤติการณ์ที่ปรากฏ หรือ Apparent Authority นั้นเอง อย่างไรก็ตาม ตัวแทนตามพฤติการณ์ที่ปรากฏ ตามมาตรา 822 ของไทยหมายความว่า¹⁸ ตัวแทนทำงานเกินอำนาจตัวแทน แต่ทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอกเชื่อว่าตัวแทนยังทำงานอยู่ในขอบอำนาจอยู่ ตัวการถูกกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ห้ามอ้างว่าตัวแทนทำนอกขอบอำนาจ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนมาก่อน คือได้มอบหมายให้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนกันมาก่อน¹⁹ แต่ตัวแทนไปทำ “เกินอำนาจ” เท่านั้น แต่หลัก Apparent Authority ของ Common Law²⁰ นั้น ครอบคลุมทั้งกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนมาก่อน และกรณีที่มีความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนกันแต่ตัวแทนทำเกินขอบอำนาจ

ส่วนตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 นั้น เป็นกรณีที่ไม่ได้เป็นตัวแทนกันมาเลยทั้งก่อนและหลัง เหตุการณ์เชิด²¹ เพราะกฎหมายต้องการให้รับผิดชอบบุคคลภายนอก “เสมือน” เป็นตัวแทน แต่ความสัมพันธ์ในระหว่างกันเองไม่มีฐานะตัวการตัวแทน²²

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินให้ตัวการต้องรับผิดชอบละเมิดสำหรับการกระทำของตัวแทนตาม มาตรา 427 เป็นการตัดสินโดยอาศัยหลักตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 ไม่ใช่มาตรา 822 โดยจะเป็นเรื่องของสหกรณ์แท็กซี่ โดยจำเลยเป็นสหกรณ์แท็กซี่ที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบการเดินรถรับจ้างบรรทุกคนโดยสารสาธารณะ ยอมให้ผู้ทำละเมิดนำรถมาร่วมวิ่งรับคนโดยสาร โดยใช้ตราของจำเลยติดไว้ข้างรถผู้ทำละเมิด เมื่อจำเลยได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการยอมให้ผู้ทำละเมิดนำรถดังกล่าวออกวิ่งรับคนโดยสาร ศาลถือว่าจำเลยเชิดผู้ทำละเมิดเป็นตัวแทนในการรับจ้างบรรทุกคนโดยสาร จำเลยจึงต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกผู้สุจริต

ในทำนองเดียวกันกับกรณีของตัวการตัวแทน ไม่มีแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์ว่าถือเป็นนายจ้างลูกจ้างหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาฎีกา ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง นอกจากเกิดขึ้นจากข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาแล้ว ยังอาจเกิดขึ้นจากพฤติการณ์ระหว่างบุคคลโดยไม่ต้องมีสัญญาชัดเจนด้วย²³ ทั้งนี้ ต้อง

¹⁸ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน หน้า 13-14 ของ ราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547), น. 33.

¹⁹ เพิ่งอ้าง.

²⁰ F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1985), p. 95.

²¹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 18, น. 34.

²² เพิ่งอ้าง.

²³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2527), น. 497.

พิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่าเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างหรือไม่²⁴ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกากลุ่มหนึ่งถือว่าความสัมพันธ์นายจ้างลูกจ้างอาจเกิดขึ้นจากพฤติการณ์ที่ผู้ทำละเมิดนำรถเข้ามาร่วมวิ่งรับผู้โดยสารในเส้นทางสัมปทานของผู้ได้รับสัมปทาน โดยรถที่นำมาวิ่งต้องโอนให้เป็นของผู้ได้รับสัมปทาน และต้องมีตรา หรือทาสีเช่นเดียวกับรถของผู้ได้รับสัมปทาน พนักงานขับรถหรือเก็บค่าโดยสารต้องสวมเครื่องแบบของผู้ได้รับสัมปทาน และต้องอยู่ในระเบียบข้อบังคับของผู้ได้รับสัมปทาน หากประพจน์ไม่คือ อาจถูกลงโทษหรือไล่ออกได้ และผู้ได้รับสัมปทานได้รับส่วนแบ่งรายได้ค่าโดยสารจากผู้ทำละเมิดนั้นเป็นการแลกเปลี่ยน ศาลถือว่าผู้ได้รับสัมปทานมีฐานะเป็นนายจ้างของผู้ทำละเมิดที่ขับรถรับผู้โดยสารนั้น และต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นโดยผู้ทำละเมิดนั้น (ฎีกาที่ 1648/2509, 1252/2511, 1313-14/2517)

อย่างไรก็ตาม แนวฎีกานี้จะปรากฏเฉพาะกรณีเกี่ยวกับการนำรถเข้ามาร่วมวิ่งรับผู้โดยสารสาธารณะในเส้นทางสัมปทาน ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกับกรณีของสหกรณ์แท็กซี่ที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบการเดินรถรับจ้างบรรทุกคนโดยสารสาธารณะ ซึ่งศาลนำหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากหรือตัวแทนเชิดมาใช้ ต่างกันที่ฎีกาในกรณีนายจ้างลูกจ้างดังกล่าวเป็นเรื่องความสัมพันธ์ตามสัญญา (จ้างแรงงาน) เพียงแต่เกิดขึ้นด้วยการตกลงโดยปริยายด้วยพฤติการณ์ระหว่างบุคคล ดังจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงในคดีว่าการใช้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง (ผู้ได้รับสัมปทาน) ด้วย เช่น มีอำนาจลงโทษได้ (ฎีกาที่ 1648/2509) มีสิทธิไล่ออก (ฎีกาที่ 1252/2511) ต้องอยู่ในระเบียบข้อบังคับของนายจ้าง เป็นต้น แต่ฎีกากรณีตัวแทนเชิดเป็นเรื่องที่ไม่มีความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างกัน แต่กฎหมายปิดปากให้ถือว่าเป็นตัวการตัวแทนกันเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต จึงเป็นเรื่องผลของกฎหมาย ไม่ใช่สัญญา จึงไม่ปรากฏว่าศาลได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงของการควบคุม (เพื่อสร้างความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวการตัวแทน) แต่ศาลพิจารณาจากการแสดงออกของตัวการต่อบุคคลภายนอกหรือการเชิดของตัวการเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม ตามที่กล่าวแล้วว่าผู้เขียนเห็นว่าความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือตามสัญญาตัวแทน ไม่น่าเหมาะสมที่จะนำไปใช้แก่ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแฟรนไชส์ ทั้งเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมาย Common Law เองก็ใช้หลักกฎหมายปิดปากแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้า ไม่ใช่ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาตัวแทน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์สำหรับละเมิดของผู้รับแฟรนไชส์ในกรณีความเสียหายเกิดจากสินค้า น่าจะมีพื้นฐานของหลักกฎหมายปิดปาก (โดยผลของกฎหมาย) มากกว่าความสัมพันธ์ทางสัญญา

ดังนั้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยมีความเป็นไปได้ที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ แม้ว่าตนจะไม่ได้ผลิตหรือขายสินค้านั้นให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ก็ตาม เพราะในบริบทแฟรนไชส์ ภาพลักษณ์ที่เป็นแบบอย่างเดียวกันและสอดคล้องกันเป็นหัวใจของแฟรนไชส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการ

²⁴ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน ยืม ผ่าทรัพย์ เจ้าสำนักโรงแรม, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2542), น. 28.

ดำเนินธุรกิจ (Business Format Franchise) นอกจากการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ การสวมเครื่องแบบของพนักงาน การใช้สัญลักษณ์ที่โดดเด่นคู่กับเครื่องหมายการค้านั้น คำขวัญในการโฆษณาที่ใช้ประจำของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ยังควบคุมการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ให้ระบบแฟรนไชส์มีความเชื่อมโยงติดต่อกัน และสร้างมาตรฐานของการดำเนินกิจการ ซึ่งมุ่งหมายสร้างความรู้สึกและความประทับใจแก่ลูกค้าว่า ไม่ว่าจะเข้าทำการค้ากับกิจการแฟรนไชส์ที่ใด ก็จะได้รับสินค้าและการให้บริการที่เป็นแบบอย่างเดียวกันและมาตรฐานเดียวกัน ด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ย่อมสร้างความเชื่อถือแก่ลูกค้าของแฟรนไชส์ให้เข้าใจว่ากิจการเครือข่ายเป็นกิจการเดียวกันของผู้ให้แฟรนไชส์²⁵ เพราะข้อเท็จจริงว่าเครือข่ายแฟรนไชส์เป็นกิจการเดียวกันหรือเป็นหน่วยธุรกิจอิสระที่แยกจากกัน ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่รู้กันโดยทั่วไป (Common Knowledge)²⁶ ตรงกันข้าม สาธารณะโดยทั่วไปไม่รู้ว่าร้านเครือข่ายแฟรนไชส์ที่ดำเนินงานโดยผู้รับแฟรนไชส์เป็นของผู้รับแฟรนไชส์ แต่มักจะเข้าใจว่าเป็นกิจการของผู้ให้แฟรนไชส์²⁷ ดังนั้น ถือได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์จัดผู้รับแฟรนไชส์เป็นตัวแทนในการดำเนินกิจการ จึงถูกปิดปากไม่ให้ยกอ้างความเป็นหน่วยธุรกิจอิสระที่แยกจากกันของเครือข่ายแฟรนไชส์เป็นข้อต่อสู้ และต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกผู้สุจริต

3. ความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สิน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดกำหนดความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินไว้ทั้งสี่กรณี ได้แก่ ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์ ตามมาตรา 433 ซึ่งเป็นความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือวัตถุสิ่งของเหมือนกัน เพราะสัตว์ก็เป็นทรัพย์สินวัตถุสิ่งของหนึ่ง²⁸ ความรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ตามมาตรา 434 ความรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากของตกหล่นหรือทิ้งขว้างจากโรงเรือน ตามมาตรา 436 และความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะหรือทรัพย์สินอันตราขาย ตามมาตรา 437

ความรับผิดชอบที่ถือว่าเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เทียบเคียงได้กับหลักความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย ได้แก่ ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยเครื่องจักรกลหรือทรัพย์สินอันตราขาย ตามมาตรา 437 เพราะใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดเช่นเดียวกัน โจทก์มีการการพิสูจน์เพียง

²⁵ John Adams and KV. Prichard Jones, *Franchising*, 2d ed. (London: Butterworths, 1987), p. 29.

²⁶ Robert W. Emerson, "Franchisors' Liability When Franchisees Are Apparent Agents: An Empirical and Policy Analysis of "Common Knowledge" About Franchising, *Hofstra Law Review* 20 (1992).

²⁷ John Hamilton Pratt, *Franchising Law and Practice*, (London: Sweet & Maxwell, 1990), p. 7034; John Adams and KV. Prichard Jones, *supra* note 25, p. 29.

²⁸ ไพจิตร ปุณณพันธ์, *อรรถาธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* 11, น. 108.

ว่าจำเลยเป็นผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลทรัพย์สินที่ก่อความเสียหาย ขณะเดียวกัน จำเลยสามารถพิสูจน์เพื่อปฏิเสธความรับผิดว่า ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัยหรือเพราะความผิดของผู้เสียหายนั่นเอง ซึ่งก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักความรับผิด โดยเคร่งครัด ที่มักจะกำหนดข้อยกเว้นทำนองนี้ไว้

ผู้ที่จะต้องรับผิดในกรณียานพาหนะ ตามมาตรา 437 วรรคแรก คือผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแล เพราะกฎหมายสันนิษฐานว่าบทพร่องในการดูแลและป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการใช้ทรัพย์สินนั้น ผู้ครอบครอง หมายความว่า เจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองตามความหมายของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน มาตรา 1367 และอยู่ในฐานะที่จะดูแล หรือป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการใช้ยานพาหนะนั้นได้ดีที่สุด ส่วนผู้ควบคุมดูแล หมายความว่า ผู้ที่ยึดถือยานพาหนะไว้ในขณะที่ยานพาหนะนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ในลักษณะที่ควบคุมบังคับยานพาหนะนั้นให้เคลื่อนที่ไป เช่น ผู้เช่ารถเป็นผู้ครอบครองรถที่เช่าแต่คนขับรถที่เป็นลูกจ้างของผู้เช่า เป็นผู้ควบคุมดูแล ส่วนกรณีทรัพย์สินอันตราย กฎหมายกำหนดให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินอันตรายจะเกิดความเสียหายเป็นผู้รับผิดชอบ ผู้ครอบครองไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมอไป อาจเป็นผู้มีสิทธิครอบครองก็ได้ และไม่จำเป็นต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ตามความเป็นจริงในขณะเกิดเหตุ เช่น การไฟฟ้าเป็นผู้ครอบครองสายไฟฟ้าบนเสาไฟก่อนต่อเข้าบ้านผู้ใช้ไฟ เป็นต้น²⁹

ตามมาตรา 437 วรรคสอง ได้กำหนดทรัพย์สินอันตรายไว้ 3 ประการ คือ (1) ทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หมายความว่า ทรัพย์สินที่อาจก่ออันตรายได้ด้วยตัวของมันเอง เช่น กระแสไฟฟ้า ถึงบรรจุก๊าซ น้ำมันเบนซิน น้ำกรด ฯลฯ (2) ทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยความมุ่งหมายที่จะใช้ทรัพย์สินอันตรายประเภทนี้โดยสภาพไม่ใช่ทรัพย์สินที่อาจก่ออันตราย แต่ได้ผลิตขึ้นเพื่อให้ใช้ทำอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินได้ เช่น อาวุธปืน ระเบิดมือ ฯลฯ (3) ทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้น ได้แก่ เครื่องจักรกล หรือเครื่องยนต์ เช่น รถยนต์ ฯลฯ

ในบริบทแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์แม้ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ก็อาจต้องรับผิดตามมาตรา 437 ได้ หากเป็นผู้ควบคุมดูแลหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินจะเกิดความเสียหาย นอกจากนี้ มาตรา 437 อาจจะนำมาปรับใช้เยียวยาความเสียหายได้ แม้ความเสียหายเกิดขึ้นในขณะที่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของผู้รับแฟรนไชส์ เช่น เป็นทรัพย์สินที่อยู่ในสถานที่ประกอบการหรือร้านของผู้รับแฟรนไชส์ หรืออยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของผู้ซื้อสินค้าไปจากผู้รับแฟรนไชส์ และได้ก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก แม้จะฟ้องผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ ก็อาจฟ้องผู้รับแฟรนไชส์ หรือผู้ซื้อให้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายนั้นตามมาตรา 437 ได้ เมื่อผู้รับแฟรนไชส์ หรือผู้ซื้อได้خذใช้ให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ย่อมอยู่ในฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิตามมาตรา 229 (3) และสามารถไล่เบี้ยเอาจากผู้ให้แฟรนไชส์ได้³⁰ หากผู้ให้แฟรนไชส์มีส่วนผิดและต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินนั้น

²⁹ สุยม สุณินชัย, *อ้างแล้ว เจริญรอด* ที่ 2, น.154-156.

³⁰ อนันต์ จันทโรภากร, *กฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ขาดความปลอดภัย*, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 107-108.

ข) การกระการพิสูจน์

คดีละเมิดเป็นคดีแพ่งประเภทหนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายพยานว่าด้วยหน้าที่นำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 นั่นคือ ฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ฝ่ายนั้นก็มีความหน้าที่นำสืบ หรือมีการกระการพิสูจน์ เว้นแต่จะมีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายนั้น ซึ่งในการดำเนินคดีละเมิด โจทก์จะต้องนำสืบให้ปรากฏถึงองค์ประกอบความรับผิดฐานละเมิดตามมาตรา 420 จนครบถ้วน นั่นคือ จำเลยกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์และความเสียหายดังกล่าวต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล ไม่ใช่ความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ศาลจึงจะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีจำเลยได้ หากโจทก์ไม่สามารถนำสืบได้ ศาลย่อมไม่สามารถวินิจฉัยให้จำเลยรับผิดได้

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดบางมาตราได้บัญญัติบทสันนิษฐานที่เป็นคุณแก่โจทก์หรือผู้เสียหาย โดยสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้ผิด (สันนิษฐานความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ) ถ้าฝ่าฝืนกฎหมายบางอย่าง หรือบัญญัติว่าต้องรับผิด (สันนิษฐานความรับผิด) เว้นแต่จำเลยจะนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายได้ เมื่อโจทก์นำสืบให้ฟังได้ตามเงื่อนไขแห่งการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย หรือจำเลยรับข้อเท็จจริงเข้าเกณฑ์ที่สันนิษฐานว่าเป็นผู้ผิดหรือต้องรับผิดแล้ว จำเลยต้องนำสืบแก้ตัว ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้านำสืบไม่ได้จำเลยต้องแพ้คดี

สำหรับบทบัญญัติที่กำหนดข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าจำเลยเป็นผู้ผิด ได้แก่ มาตรา 422 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีให้รับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าเช่นกัน เนื่องจากเป็นบทสันนิษฐานความผิดของผู้ฝ่าฝืนบทบังคับของกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่น ซึ่งหมายรวมถึงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวกับสินค้า เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เป็นต้น

นอกจากนั้น ในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common law) ทั้งในอังกฤษ อเมริกา ออสเตรเลีย จะมีหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เรียกว่าหลัก “Res Ipsa Loquitur” ซึ่งหมายความว่า³¹ เหตุการณ์ย่อมชัดแจ้งอยู่ในตัวว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด ศาลต่างประเทศได้พยายามนำหลักนี้มาใช้ในคดีความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยเพื่อผลหลักการการพิสูจน์ไปยังจำเลยที่เป็นผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าต้องนำสืบหักล้าง สำหรับประเทศไทย ศาลฎีกาก็เคยนำหลักนี้มาใช้เช่นกัน

การหลักการการพิสูจน์และการยกเว้นภาระพิสูจน์เกี่ยวกับ “ความผิด” ของจำเลยในคดีละเมิดตามกฎหมายไทย ที่อาจนำมาปรับใช้แก่คดีฟ้องให้รับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. บทสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422

มาตรา 422 เป็นบทสันนิษฐานความผิด กล่าวคือผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนบทบังคับของกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่นแล้ว ก็ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด คำว่าผู้ผิดในที่นี้ หมายถึงผู้นั้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้น หากโจทก์สามารถพิสูจน์เข้าหลักเกณฑ์ของการทำละเมิด

³¹บัญญัติ สุชีวะ, “ประมาท,” บทบัญญัติ 21 (เมษายน 2506), น. 295.

ในข้ออื่นตามมาตรา 420 ได้แล้ว ก็ต้องถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นละเมิด และต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ ภาระการพิสูจน์ของโจทก์ตามมาตรา 422 นี้ โจทก์ต้องนำสืบว่าจำเลยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างไร เช่น ขับรถหรือเดินเรือผิดทาง เป็นการฝ่าฝืนมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความปลอดภัย เมื่อโจทก์นำสืบได้แล้ว ภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับจำเลยที่จะต้องนำสืบหักล้างว่าตนไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย³²

กฎหมายที่มีที่ประสงค์จะปกป้องบุคคลอื่น หมายความว่า กฎหมายนั้นต้องออกมาเพื่อที่จะปกป้องคุ้มครองบุคคลอื่นไม่ให้ได้รับความเสียหาย เช่น พ.ร.บ.จราจรทางบก สำหรับกรณีของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ถือเป็นกฎหมายที่มีที่ประสงค์จะปกป้องบุคคลอื่น เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 เป็นต้น สำหรับในบริบทแฟรนไชส์ เมื่อตามกฎหมายเหล่านี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า อาจต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญาตามกฎหมายแล้ว³³ ดังนั้น หากผู้เสียหายฟ้องร้องผู้ให้แฟรนไชส์ให้รับผิดชอบละเมิดอันมีมูลความผิดตามกฎหมายเฉพาะเหล่านั้น ผู้เสียหายย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานทางกฎหมายตามมาตรา 422 นี้³⁴

2. ผลหลักการภาระการพิสูจน์โดยอาศัยหลักกฎหมายพยาน

หลัก Res Ipsa Loquitur เป็นหลักกฎหมายพยานที่มาจากกฎหมายโรมัน ความมุ่งหมายของการใช้หลักนี้ก็เพื่อให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีทำได้ง่ายขึ้น เพราะในคดีฟ้องละเมิดโดยประมาทเลินเล่อซึ่งโจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อนั้น โจทก์ย่อมประสบความยากลำบากในการนำสืบพิสูจน์และในบางคดี ไม่มีทางพิสูจน์ได้เลย เนื่องจากสาเหตุการเกิดเหตุการณ์นั้นอยู่ในความรู้เห็นของจำเลยผู้ก่อเหตุการณ์แต่ผู้เดียว แม้โจทก์ได้พิสูจน์ว่าเหตุการณ์ได้เกิดขึ้นจริงแต่ก็ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร เพื่อแสดงถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย และในเหตุการณ์นั้นมักจะหาพยานบุคคลได้ยาก ตามหลักนี้ถือว่า ถ้าพฤติการณ์ต่างๆ ที่มีอยู่ในขณะเกิดความเสียหายนั้นไม่มีใครนอกจากผู้ก่อเหตุการณ์เท่านั้นที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ และการเกิดเหตุการณ์นั้นก็ไม่มีทางสันนิษฐานเป็นอย่างอื่นได้นอกจากต้องสันนิษฐานว่าเป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของจำเลย³⁵

ตัวอย่างของคำพิพากษาฎีกาของไทยซึ่งน่าจะถือได้ว่าศาลไทยได้นำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1206/2500 คดีนี้ ศาลกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของแพชง จะต้องนำสืบหักล้างว่าได้ใช้ความระมัดระวังดูแลรักษาแพชงของตนไว้อย่างดีแล้ว เพราะย่อมเห็นได้

³² จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 237.

³³ โปรดดู หัวข้อ 4.1.2 มาตรการและความรับผิดชอบเกี่ยวกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายอื่น ข้อ 1) ข) กฎหมายควบคุมสินค้าบางชนิด.

³⁴ อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น. 101-102.

³⁵ บุญฤดี สุชีวะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31.

โดยธรรมดาว่าแพนงที่จอดอยู่ริมแม่น้ำที่น้ำไหลเชี่ยวอาจหลุดลอยไปตามกระแสน้ำ ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหายได้ การที่แพนงขาดหลุดไปกระทบเสาเรือนโจทก์เสียหาย ย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยปราศจากความระมัดระวัง แม้โจทก์จะไม่มีพยานสืบว่าเป็นเพราะเหตุใดแพนงขาดก็ตาม เมื่อจำเลยไม่นำสืบ ก็ต้องรับผิด เพราะเป็นหน้าที่จำเลยจะต้องระวังรักษาไม่ให้แพนงขาดลอยไปตามกระแสน้ำที่ไหลเชี่ยว

อย่างไรก็ตาม ตามคำพิพากษาฎีกาของไทยก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะนำหลักนี้มาใช้ในกรณีใดได้บ้าง หรือใช้แก้คดีประเภทใด คดีที่ศาลเคยนำหลักนี้มาใช้ก็มีเพียงไม่กี่คดี และไม่ใช้คดีฟ้องร้องให้รับผิดเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยแต่อย่างใด ทั้งหลัก Res Ipsa Loquitur ก็ไม่ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายลักษณะพยานของไทย³⁶

นอกจากหลัก Res Ipsa Loquitur แล้ว ยังมีหลักข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริง (Presumption of Fact) เป็นข้อสันนิษฐานซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุมานข้อเท็จจริงได้ว่ามีข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีอยู่อย่างไร เมื่อฟังว่าข้อเท็จจริงบางอย่างแล้ว ย่อมอาจอนุมานต่อไปว่ามีข้อเท็จจริงบางอย่างเกิดขึ้นด้วย เช่น ฎีกาที่ 496/2475 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยขับรถชนคนตาย ผู้โดยสารพลัดตกลงไปในเหว ย่อมสันนิษฐานได้ว่าจำเลยประมาท ข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริงนี้ไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัว เป็นเรื่องศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องไปตามรูปคดี และข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริงนี้ ฝ่ายที่ถูกสันนิษฐานเป็นโทษสามารถนำสืบหักล้างได้เสมอ³⁷ ดังนั้น จึงไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนว่ากรณีใด ศาลจะใช้ข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริงในเรื่องใดบ้าง อย่างไรก็ตาม³⁸ ต่างจากข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน เช่น มาตรา 422 เป็นต้น

ดังนั้น สำหรับในประเทศไทย การฟ้องร้องผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าให้รับผิดสำหรับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของแฟรนไชส์ คงไม่มีสิ่งใดมารับประกันว่าศาลจะนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ หรือใช้ดุลพินิจสันนิษฐานข้อเท็จจริงเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายในคดีด้วยการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้ให้แฟรนไชส์แทน³⁹ ทั้งในต่างประเทศเอง ศาลก็ไม่ได้เจาะจงว่าคดี Product Liability ในบริบทแฟรนไชส์ จะต้องนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ผลักภาระการพิสูจน์เสมอ

³⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2539), น. 82.

³⁷ เพิ่งอ้าง, น. 128.

³⁸ อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 30, น. 99.

³⁹ ในปัจจุบัน มีการกร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ขึ้น มาตรา 14 วรรคสองของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “ถ้ามีข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงที่ปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วน ซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา” ดังนั้น หากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้เป็นกฎหมาย ศาลอาจนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บรรเทาภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายในคดี Product Liability ก็เป็นไปได้.

2) ความรับผิดทางสัญญา

หลักการของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางสัญญาต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยนั้น จะอาศัยหลักความรับผิดตามคำรับประกันสินค้า (breach of warranty) ของสัญญาซื้อขาย ไม่ว่าจะเป็นคำรับประกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย มาเป็นพื้นฐานในการกำหนดความรับผิดแก่จำเลยสำหรับหลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดทางสัญญาตามกฎหมายของประเทศไทยที่นำมาเทียบเคียงปรับใช้แก่หลักความรับผิดตามคำรับประกันสินค้า ได้แก่ ความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของสินค้าตามกฎหมายลักษณะซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

แม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายและกฎหมายอื่นของไทย จะไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดกล่าวถึงหลักกฎหมายเรื่องคำรับประกันสินค้า (warranty) ไว้โดยตรง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายไทยจะไม่ยอมรับหลักกฎหมายในเรื่องนี้ เพราะคำรับประกันสินค้า ก็คือข้อสัญญาว่าจะรับผิดชอบของผู้ขาย หากว่าสินค้าไม่เป็นไปตามที่รับประกันไว้⁴⁰ ดังนั้น เมื่อเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง หากสินค้าไม่เป็นไปตามที่รับประกัน ย่อมถือว่าผู้ขายผิดสัญญาและต้องรับผิดตามสัญญา เช่นนี้ ย่อมนำหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยหนี้และนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับได้

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่า หลักความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย มาตรา 472-474 ก็คือหลักความรับผิดตามคำรับประกันสินค้าโดยปริยายนั่นเอง⁴¹ แต่มีความเห็นอีกทางว่า ความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องกรณีเสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาเทียบเคียงได้กับความรับผิดตามคำรับประกัน “โดยชัดแจ้ง”⁴²

สำหรับปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย ไม่ว่าจะเป็นกรณีเสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งจะใช้เป็นปกติ หรือประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา ก็ถือเป็นการรับประกันโดยปริยายทั้งสิ้นเพราะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิด แม้จะไม่ได้ตกลงรับรองเช่นนั้นเลย เว้นแต่จะมีข้อตกลงยกเว้นความรับผิด เพราะถ้อยคำที่ว่า “...ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 หมายความว่า เป็นกรณีที่ผู้ขายต้องรับผิดเพราะสัญญาซื้อขายมีความมุ่งหมายพิเศษ และผู้ขายรู้ถึงความมุ่งหมายนั้น ไม่ได้หมายถึงกรณีที่ผู้ขายได้ให้คำรับประกันโดยชัดแจ้ง และผู้ขายต้องรับผิดเพราะผิดคำรับประกันนั้น ดังเช่นตัวอย่างที่ท่านอาจารย์วิชญ์ เครื่องามได้กล่าวไว้ว่า สัญญาซื้อขายแฉกกัน ถ้าแฉกกันรั่วใส่น้ำไม่ได้ เรียกว่าเสื่อมประโยชน์ที่จะใช้เป็นปกติ แต่ถ้ารั่วรัวดังกล่าวก็นับร่อย

⁴⁰ วิชาญ เครื่องาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2536), น. 243.

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น. 247; อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 30, น. 91.

⁴² สุขุม สุภนิษฐ์, คำอธิบายกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น. 47.

เพียงชนิดเดียวไม่ทำให้มันร่วออกมา เช่นนี้ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบเพราะความชำรุดบกพร่องกรณีเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งจะใช้เป็นปกติ แต่ถ้าผู้ซื้อซื้อเจกั้นโดยมีความมุ่งหมายพิเศษเพื่อนำไปประกวดแข่งขันกัน เช่นนี้ถือว่าเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาแล้วและผู้ขายต้องรับผิดชอบ⁴³ เพราะกฎหมายกำหนดให้รับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องนั้น แม้ผู้ขายจะไม่ได้ให้คำรับประกันโดยชัดแจ้งว่าหากเจกั้นมีรอยร้าว คนจะยอมรับผิดก็ตาม ดังนั้น ความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องกรณีเสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา จึงเป็นคนละกรณีกับการรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) และถือเป็นการรับประกันโดยปริยายด้วยผลของกฎหมายนั่นเอง

มาตรา 472 กำหนดให้ผู้ขายรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องในกรณีที่ความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่ซื้อขายเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งจะใช้เป็นปกติ ซึ่งตรงกับ การรับประกันสินค้าในเรื่องความเหมาะสมที่จะใช้ประโยชน์อันมุ่งหมายที่จะใช้ตามปกติของสินค้านั้นๆ (warranty of fitness for the ordinary purpose for which such goods are used) ขณะเดียวกัน ความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่เป็นเหตุให้เสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา ตรงกับการรับประกันสินค้าในเรื่องความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายตามสัญญา (warranty of fitness for particular purpose)

ความรับผิดชอบของผู้ขายเพื่อความชำรุดบกพร่อง อาจมีดังนี้ 1) ผู้ซื้อที่มีสิทธิยึดหน่วงราคาไว้ เว้นแต่ผู้ขายจะให้ประกันที่สมควร ตามมาตรา 488 2) หากผู้ซื้อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา (ฎีกาที่ 2830/2522) ผู้ขายต้องคืนราคาที่ผู้ซื้อได้ชำระให้ผู้ขายไปแล้วพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับตั้งแต่วันที่รับไว้ (ฎีกาที่ 42/2536) ทั้งนี้ เพื่อการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่สัญญาเหมือนก่อนทำสัญญาซื้อขาย ตามมาตรา 391 3) ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างอื่นที่ผู้ซื้อได้รับอันเกิดจากการส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง นอกเหนือจากราคาคงไว้ ทั้งนี้ เป็นไปตามกฎหมายลักษณะหนี้ เช่น ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215⁴⁴ ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นถึงขนาดที่สินค้าที่ซื้อขายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อจะไม่ยอมรับมอบสินค้านั้น แล้วเรียกค่าสินไหมทดแทนก็ได้⁴⁵ ตามมาตรา 216 ค่าเสียหายที่ผู้ซื้อต้องเสียค่าขนส่งสินค้าไปต่างประเทศเพื่อทดแทนส่วนที่ชำรุดบกพร่อง ในกรณีที่ซื้อมาเพื่อขายต่อ (ฎีกาที่ 5581/2533) เป็นต้น

⁴³ วิษณุ เครืองาม, “กฎหมายซื้อขาย เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ,” ใน รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 55 ปีการศึกษา 2545, จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, เล่ม 10 (2545), น. 215.

⁴⁴ ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบสินค้าที่ขายให้แก่ผู้ซื้อโดยปราศจากความชำรุดบกพร่อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 461 ดังนั้น เมื่อส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง จึงถือว่าไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้.

⁴⁵ สมศรี หรุจิตตวิวัฒน์, “ความรับผิดชอบของผู้ผลิตสินค้าในทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 37.

อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องตามบทบัญญัติดังกล่าว หมายถึงเฉพาะความชำรุดบกพร่องที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือมีอยู่ในขณะทำสัญญาซื้อขาย หรือมีอยู่แล้วในเวลาส่งมอบสินค้าที่ซื้อขายเท่านั้น ดังนั้น ความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นหลังจากนั้น ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ (ฎีกาที่ 459/2514)⁴⁶

ในบริบทของแฟรนไชส์ ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลัก implied warranty มาใช้บังคับแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ให้ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าของกิจการแฟรนไชส์ จึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่า ในระบบกฎหมายไทย การนำบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องของสินค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472-474 มาใช้บังคับเพื่อให้ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายและไม่ได้เป็นคู่สัญญากับผู้ให้แฟรนไชส์ ในทำนองเดียวกับในสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขาย คือผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น ตามหลักว่าด้วยความสัมพันธ์ในทางสัญญา (Privacy of Contract) จึงทำให้เกิดปัญหา หรือข้อจำกัดในการฟ้องคดี คือ

ก) ผู้ที่มีอำนาจฟ้อง หากผู้ได้รับความเสียหาย ไม่ใช่ผู้ซื้อสินค้า กล่าวคือไม่ใช่คู่สัญญากับผู้ขาย เช่น บุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อ บุคคลภายนอกที่ไม่ได้บริโภคสินค้า (Bystander) เป็นต้น ย่อมไม่อาจฟ้องร้องให้ผู้รับผิดชอบตามสัญญาซื้อขาย ซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องได้เลย ไม่ว่าจะเป็นผู้ขายทั้งพ่อค้าปลีกและพ่อค้าส่ง ผู้จัดจำหน่าย ผู้ผลิต รวมถึงเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ผู้ผลิตหรือผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น แม้จะถือกันว่าความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง เป็นคำรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) แต่ก็ไม่เคยปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความให้บทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องตามมาตรา 472 และมาตรา 473 ขยายความไปคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายอย่างเช่นศาลในต่างประเทศ และกรณีนี้จะถือว่าสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก เพื่อนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 มาใช้บังคับเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา ก็ไม่ได้⁴⁷ เพราะตามมาตรา 453 สัญญาซื้อขายเป็นสัญญา

⁴⁶ความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นภายหลังโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ต้องพิจารณาเรื่องการรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องของผู้ขาย.

⁴⁷อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น. 93. แต่มีความเห็นในทำนองว่า สัญญาซื้อขายอาจมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกได้ และกรณีดังกล่าว ย่อมนำบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับให้ผู้ขายรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกได้ โปรดดู สมศรี หรุจิตตวิวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45, น. 38.

ที่ผู้ขายตกลงจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือผู้ซื้อ จึงไม่ใช่กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก อันเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ทั้งกฎหมายไทยก็ไม่มีบทบัญญัติใดให้นำหลักเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกมาใช้แก่สัญญาซื้อขายเหมือนอย่างกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา⁴⁸

ข) ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ แม้ผู้ซื้อเป็นผู้มีอำนาจฟ้องบังคับตามสัญญาซื้อขาย แต่ก็ฟ้องบังคับได้แต่คู่สัญญาคือผู้ขายเท่านั้น จึงไม่สามารถฟ้องร้องบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าได้ ไม่ว่าจะเป็นพ่อค้าขายส่ง ผู้จัดการฝ่ายผลิต รวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า

2) บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายไม่มีแนวคิดพื้นฐานและเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภค⁴⁹ ตามที่กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขาย คือผู้ซื้อและผู้ขาย แสดงว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ขณะเดียวกัน บทบัญญัติดังกล่าวก็มีผลบังคับใช้แก่สัญญาซื้อขายเป็นการทั่วไปโดยไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างพ่อค้ากับพ่อค้า และสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างพ่อค้ากับผู้บริโภค ดังนั้น แม้จะเป็นสัญญาซื้อขายระหว่างพ่อค้ากับผู้บริโภค พ่อค้าที่เป็นผู้ขายก็สามารถทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องตามบทบัญญัติในมาตรา 483-485 ได้ ซึ่งต่างจากกฎหมายของต่างประเทศที่ห้ามไม่ให้ผู้ขายยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวได้ หากเป็นการซื้อขายระหว่างพ่อค้ากับผู้บริโภค ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคนั่นเอง

3) ความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายคุ้มครองเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายหรือประโยชน์ใช้สอยของตัวทรัพย์สินเท่านั้น แตกต่างจากหลักการของ Product Liability ที่ให้ความคุ้มครองความเสียหายอย่างอื่นนอกเหนือจากที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขาย เช่น ชีวิต ร่างกาย เป็นต้น เพราะคำว่า “ความชำรุดบกพร่อง” (defect) ตามมาตรา 472 หมายถึง ความเสียหายในเนื้อหาของวัตถุหรือทรัพย์สินที่ซื้อขาย⁵⁰ ดังจะเห็นได้จาก

⁴⁸โปรดดู Uniform Commercial Code มาตรา 2-318 Third Party Beneficiaries of Warranties Express or Implied.

⁴⁹อนันต์ จันทโรภากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 30, น. 94.

⁵⁰วิญญู เครืองาม, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 40, น. 248 อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในอีกทางหนึ่งว่าความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายให้ความคุ้มครองแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายด้วย เช่น ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินอื่นของผู้ซื้อ โปรดดู ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร ปุณณพันธ์, *คำอธิบาย ป.พ.พ. ลักษณะซื้อขาย*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2532), น. 156, ปรีชา สุมาวงศ์, *คำอธิบาย ลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม, 2528), น. 233.

ถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรา 472 ที่บัญญัติให้ผู้ขายรับผิดชอบเฉพาะกรณีทรัพย์สินที่ขายชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือความเหมาะสมที่จะใช้เท่านั้น ซึ่งล้วนแต่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ขายหรือประโยชน์ใช้สอยของตัวทรัพย์สิน ไม่ได้มุ่งถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า⁵¹ หรือคุ้มครองความเสียหายอย่างอื่นนอกเหนือจากความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขาย ทั้งไม่เคยปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องมาปรับใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขาย⁵² ดังนั้น การฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องจึงฟ้องได้แต่เฉพาะความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขายและเฉพาะข้อกล่าวอ้างว่าความชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือความเหมาะสมที่จะใช้เท่านั้น หากความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ทรัพย์สินที่ซื้อขายเสื่อมราคาหรือความเหมาะสมแล้ว ย่อมไม่อาจอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 มาเป็นหลักในการฟ้องคดีได้⁵³

ด้วยข้อจำกัดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายทั้งสามประการ จึงอาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายไทย การฟ้องร้องให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบทางแพ่งโดยอาศัยสัญญาซื้อขายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า ต่อบุคคลอื่นในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายหรือไม่ ย่อมไม่อาจอาศัยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องมาบังคับใช้ในฐานะเป็นคำรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) อย่างระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้

4.1.2 มาตรการและความรับผิดชอบเกี่ยวกับสินค้าไม่ปลอดภัยตามกฎหมายอื่น

1) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คือ กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งกฎหมายใดที่มีส่วนคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจถือเป็นกฎหมาย

⁵¹ สมศักดิ์ นวตระกูลวิสุทธิ์, “ร่างกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยกับผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง,” วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 4, ปีที่ 33 (ธันวาคม 2546), น. 683.

⁵² อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ว่า เหตุที่ศาลฎีกาไทยไม่เคยตัดสินให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ซื้อขาย สำหรับความเสียหายอย่างอื่น นอกจากความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินนั้น ก็เนื่องจากโจทก์ไม่มีคำขอเช่นนั้นมาในคำฟ้อง จึงต้องห้ามไม่ให้ศาลพิพากษาเกินคำขอ เพราะผู้พิพากษาศาลฎีกาเองก็ให้ความเห็นไว้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายให้ความคุ้มครองแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายด้วย โปรศดุ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, “สินค้าชำรุดบกพร่อง,” บทบัญญัติ เล่ม 55, ตอน 3, น. 151.

⁵³ วิญญู เครื่องาม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 40, น. 249-250, ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50, น. 171.

คุ้มครองผู้บริโภคทั้งสิ้น⁵⁴ ดังนั้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยจึงมีหลายเรื่องหลายฉบับ ไม่ใช่กฎหมายฉบับเดียว⁵⁵ ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ออกใช้บังคับ ได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในด้านต่าง ๆ มากมาย เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ฯลฯ

ก) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นกฎหมายกลาง ในการดำเนินการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้บริโภคทั่วไป เนื่องจากการออกกฎหมายเป็นรายประเภทสินค้าไม่อาจแก้ปัญหาหรือคุ้มครองสิทธิแก่ผู้บริโภคได้ทันต่อเหตุการณ์ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายกลางเพื่ออุดช่องว่างกฎหมาย ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นองค์กรเพื่อทำหน้าที่กำกับควบคุมงานคุ้มครองผู้บริโภคให้มีประสิทธิภาพ โดยมีบทบัญญัติกลางเกี่ยวกับฉลาก โฆษณา สัญญา สินค้าที่ไม่ปลอดภัย และการช่วยเหลือเยียวยาสิทธิของผู้บริโภค เพื่อให้ความคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเพียงพอ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติยอมรับการมีอยู่ของกฎหมายต่างๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับต่างๆ ด้วย⁵⁶

ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 กำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้บริโภคที่ควรได้รับการคุ้มครองไว้ห้าประการ คือ 1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ (right to be informed) 2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ (right to choose) 3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ (right to safety) 4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา (right to fair contract) และ 5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย (right to be heard)

ในบริบทของแฟรนไชส์ สิทธิของผู้บริโภคที่สำคัญได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ขายโดยธุรกิจแฟรนไชส์ มีสองประการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ซึ่งหมายถึง สิทธิที่จะได้รับการโฆษณาหรือการแสดงผลตามความเป็นจริงและปราศจากพิษภัยแก่ผู้บริโภค รวมตลอดถึงสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอที่จะไม่หลงผิดในการซื้อสินค้าหรือ

⁵⁴ มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า, (สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2544), น. 153.

⁵⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), น. 12.

⁵⁶ โปรดดู มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.

รับบริการโดยไม่เป็นธรรม การได้รับข่าวสารเป็นการเพิ่มพูนความรู้แก่ผู้บริโภคและทำให้ผู้บริโภคมีพื้นฐานทางข้อมูลไว้ใช้เพื่อตัดสินใจในการเลือกสินค้าหรือบริการที่ต้องการ สิทธิที่จะได้รับข่าวสารจะเป็นการช่วยชดเชยข้อเสียเปรียบที่อาจเกิดแก่ผู้บริโภค หากผู้บริโภคไม่ได้รับข่าวสารที่ถูกต้องจากผู้ประกอบธุรกิจ

สิทธิอีกประการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ หมายถึง สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐานเหมาะสมแก่การใช้ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สิน หากได้ใช้ตามคำแนะนำหรือระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว ดังนั้น หลักในปัจจุบัน คือ สินค้าและบริการต้องจัดให้มีความปลอดภัยโดยต้องมีมาตรฐานเพียงพอแก่การใช้งานหรือให้บริการ สิทธิข้อนี้ ปัจจุบันอาจเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า สิทธิในสินค้าหรือบริการที่ได้มาตรฐาน (right to standard goods or services)⁵⁷

ดังนั้น ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กฎหมายมีมาตรการในการควบคุมสินค้าและบริการที่ขาย⁵⁸ โดยผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งรวมถึงกิจการแฟรนไชส์⁵⁹ ทั้งในขั้นตอนก่อนมีการขายสินค้า และภายหลังขายสินค้า⁶⁰ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคตามสิทธิที่กฎหมายรับรอง ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) การควบคุมการจัดทำสินค้าและบริการ เป็นการควบคุมการผลิตเพื่อช่วยให้สินค้าและบริการมีความปลอดภัย เพื่อให้สินค้าและบริการมีคุณภาพดีและราคาที่เหมาะสมต่อผู้บริโภคตามกลไกของระบบเศรษฐกิจเสรีด้วย⁶¹

กรณีที่สินค้าใดของกิจการแฟรนไชส์เป็นสินค้าที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินค้านั้นเป็น

⁵⁷ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น.20.

⁵⁸“ขาย” ตามมาตรา 3 หมายรวมถึงให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย ซึ่งสอดคล้องกับความหมายของ “ขาย” ตามร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.

⁵⁹โดยทั่วไป ทั้งผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ต่างมีฐานะเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจ” ตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยผู้ให้แฟรนไชส์อาจมีฐานะเป็นผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย หรือ ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อ ขณะที่ผู้รับแฟรนไชส์มีฐานะเป็นผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย หรือผู้ให้บริการ แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ย่อมไม่ใช่ “ผู้ประกอบธุรกิจ” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค.

⁶⁰ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น. 23-28.

⁶¹เพ็งอ้าง.

พิเศษ แต่วางมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายโดยให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่จะดำเนินการตามมาตรา 36 ในการพิสูจน์และทดสอบสินค้าที่อาจเป็นอันตราย หากปรากฏว่าสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค คณะกรรมการก็มีอำนาจสั่งกำหนดฉลากสินค้าและหากพบว่าสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายที่ไม่อาจป้องกันได้โดยการกำหนดฉลากหรือโดยวิธีการอื่น คณะกรรมการมีอำนาจสั่งห้ามขายหรือทำลายสินค้านั้นได้ แล้วแต่กรณี

2) การควบคุมฉลาก ตามมาตรา 30 สินค้าที่ต้องมีการควบคุมฉลาก ได้แก่ สินค้าที่ผลิตเพื่อขาย โดยโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานและสินค้าที่ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย นอกจากนี้ หากสินค้าใดที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ ในการใช้สินค้า หรือโดยสภาพของสินค้า หรือสินค้าที่ประชาชนทั่วไปใช้เป็นประจำซึ่งการกำหนดฉลากสินค้าจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค ในการที่จะทราบข้อเท็จจริงในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้านั้น คณะกรรมการว่าด้วยฉลากมีอำนาจกำหนดให้สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากได้

สินค้าที่ประชาชนทั่วไปใช้เป็นประจำ ได้แก่ สินค้าอุปโภคบริโภคนั่นเอง⁶² ดังนั้น สินค้าที่ขายในกิจการแฟรนไชส์ซึ่งเป็นสินค้าอุปโภคบริโภค หรือถ้าเป็นสินค้าที่อาจก่อให้เกิดอันตราย จึงอาจอยู่ภายใต้บังคับการควบคุมฉลากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หากคณะกรรมการว่าด้วยฉลากกำหนดให้เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก

สินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 จะต้องใช้ฉลากตามลักษณะที่กำหนดไว้ในมาตรา 31 เช่น ต้องใช้ข้อความที่ตรงต่อความจริงและไม่มีข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ระบุชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า เป็นต้น การใช้ฉลากที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายย่อมมีโทษทางอาญา จำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกิจการแฟรนไชส์ โดยทั่วไปแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์แม้จะไม่ได้เป็นผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้า ก็เข้ามามีบทบาทโดยตรงต่อการใช้ฉลากสินค้าของกิจการแฟรนไชส์ ด้วยการกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องใช้ฉลากสินค้าตามที่ผู้ให้แฟรนไชส์ระบุ ทั้งนี้ เพื่อรักษาภาพลักษณ์และความเป็นแบบอย่างเดียวกันของแฟรนไชส์ไว้ ดังนั้น หากฉลากสินค้าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ใช้ข้อความเท็จ ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แม้จะไม่ถือเป็น “ผู้ประกอบการ” ตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฉบับนี้ ก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วยในฐานะผู้สนับสนุน⁶³ นอกจากนี้ เมื่อตาม

⁶² สุขุม ศุภนิคย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), น. 224.

⁶³ เมื่อผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าไม่ใช่ “ผู้ประกอบการ” ตามกฎหมาย จึงเป็นบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติที่จะกระทำความผิดทางอาญาได้ เพราะขาดองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ก็อาจต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุน เพราะการร่วมกระทำผิด ย่อมเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้รับแฟรนไชส์ที่เป็น “ผู้ประกอบการ” กระทำผิด.

มาตรา 31 ผลาสินค้าต้องระบุชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตด้วย การใช้เครื่องหมายการค้าร่วมกันในกิจการแฟรนไชส์โดยไม่ระบุว่าใครเป็นผู้ผลิต ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ให้แฟรนไชส์ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าละเลยไม่ควบคุมคุณภาพของสินค้าตามที่ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า จนเป็นเหตุให้สินค้าในเครือข่ายมีคุณภาพแตกต่างกัน ถ้าไม่มีการระบุตัวผู้ผลิตสินค้า หรือระบุว่าเป็นการผลิตภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือสัญญาแฟรนไชส์ อาจถือได้ว่าเป็นการใช้ฉลากที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ คือ แหล่งกำเนิดของสินค้า หรือคุณภาพของสินค้าก็เป็นได้ เพราะโดยทั่วไป เครื่องหมายการค้าย่อมบ่งชี้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันมาจากแหล่งกำเนิดเดียวกัน หรือมีคุณภาพสอดคล้องกัน

3) การควบคุมการโฆษณา พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาอยู่ในหมวดที่ 2 ส่วนที่ 1 มาตราหลัก คือ มาตรา 22 ถึงมาตรา 29 มีหลักการสำคัญอยู่ที่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าและบริการ โดยการควบคุมการโฆษณานี้มีผลใช้บังคับแก่สินค้าและบริการทุกกรณี ไม่แบ่งแยกประเภทของสินค้าอย่างการควบคุมฉลาก และแม้จะมีกฎหมายควบคุมเฉพาะอยู่แล้วก็ตาม⁶⁴

มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นิยามคำว่า “โฆษณา” ว่าหมายถึงการกระทำการ ไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ดังนั้น การโฆษณาที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายฉบับนี้จึงต้องเป็น “โฆษณา” ตามความหมายดังกล่าวและเข้าไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

จากนิยามดังกล่าว โฆษณา คือ⁶⁵ การกล่าวถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ การส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ หากการกล่าวถึงสิ่งเหล่านี้บิดเบือนไปทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรม ย่อมถือว่าข้อความที่โฆษณาผิดกฎหมาย ดังนั้น เมื่อในระบบแฟรนไชส์ จะมีการโฆษณาเพื่อส่งเสริมการขาย ทั้งในระดับท้องถิ่น ภูมิภาค และระดับชาติ จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งหากจัดได้ว่าเป็น “โฆษณา” ตามความหมายดังกล่าว การโฆษณานั้นของแฟรนไชส์ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ตามมาตรา 22 ควบคุมคำโฆษณาหรือข้อความที่ใช้ในการโฆษณาว่า โฆษณาต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค หรือข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ตามวรรคสองบัญญัติถึงกรณีใดจึงถือเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค หรืออาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ซึ่งแบ่งเป็นห้ากรณี ได้แก่ ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง ข้อความที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อม

⁶⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น. 28.

⁶⁵ สุขุม สุภณิศย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2543), น. 22.

ให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ ข้อความที่ทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน และข้อความอย่างอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง กรณีที่โฆษณาขัดต่อมาตรา 22 คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 ซึ่งเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi Judicial Power)⁶⁶ นั่นคือ วิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณานำมาใช้จะมีผลบังคับต่อการโฆษณาโดยตรงประดุจเป็นคำพิพากษา ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาอาจใช้วิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ 1) กำหนดให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณาที่ไม่เหมาะสม หรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือไม่ชัดเจน 2) ห้ามใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา 3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา และ 4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้ว

นอกจากนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา ยังมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้โฆษณาพิสูจน์ความจริงของข้อความที่โฆษณาที่คณะกรรมการเห็นว่าเป็นเท็จจริงหรือเกินความจริง ตามมาตรา 28 อีกด้วย

ในกิจการแฟรนไชส์ โดยปกติแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์จะเป็นผู้ดำเนินการโฆษณาสินค้าของกิจการ โดยกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ช่วยออกค่าใช้จ่าย เช่น คิดเป็นจำนวนเปอร์เซ็นต์ของยอดขาย⁶⁷ หรืออาจอยู่ในรูปแบบของกองทุนโฆษณา (franchise advertising fund)⁶⁸ ซึ่งผู้รับแฟรนไชส์จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการโฆษณาของเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมด ดังนั้น หากโฆษณานั้นฝ่าฝืนกฎหมาย ผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ไม่ได้เป็น “ผู้ประกอบการ” เพราะไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ย่อมต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุน (ทำนองเดียวกันกับกรณีการควบคุมฉลาก) โดยผู้รับแฟรนไชส์ต้องร่วมรับผิดชอบเพราะมีเจตนาร่วมกัน ในฐานะเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน ขึ้นอยู่กับว่าผู้รับแฟรนไชส์มีส่วนร่วมดำเนินการเพียงใด เช่น ถ้ามีส่วนร่วมจนถึงขั้นแบ่งหน้าที่กันทำย่อมถือเป็นตัวการ แต่ถ้าเพียงออกค่าใช้จ่ายน่าจะถือเป็นผู้สนับสนุน แต่ถ้ากำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ดำเนินการโฆษณาในระดับท้องถิ่นเอง ผู้รับแฟรนไชส์ย่อมต้องรับผิดชอบโดยลำพัง อย่างไรก็ตาม ผู้ให้แฟรนไชส์มักมีส่วนร่วมในการโฆษณา เช่น กำหนดข้อความในโฆษณา เมื่อเป็นเช่นนี้ แม้ผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ดำเนินการโฆษณาเอง ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ก็ต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุนด้วย

สำหรับมาตรการบังคับอย่างอื่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จะเป็นการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดกฎหมาย ซึ่งมีทั้งโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือปรับสถานเดียว เช่น ในกรณีที่กระทำโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้า

⁶⁶ สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 62, น. 218.

⁶⁷ พิเศษ เสตเสถียร, “สัมปทานเอกชน (Private Franchise),” วารสารกฎหมาย (จุฬาฯ) 7, 1 (มิถุนายน 2525), น. 124.

⁶⁸ Neal Borden, et al., “Franchising Advertising Funds: Structural, Tax, Operation and Liability Issues,” Franchise Law Journal (Fall 1990).

หรือบริการ ไม่ว่าจะด้วยการโฆษณา หรือใช้ฉลาก หรือการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาตามมาตรา 27 หรือ 28 หรือขายสินค้าอันตรายที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคสั่งห้ามขาย เป็นต้น โดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจเปรียบเทียบปรับความผิดอาญาที่เกิดขึ้นได้

เมื่อผู้บริโภคถูกโต้แย้งสิทธิหรือได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นด้านการโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา หรือเกี่ยวกับสินค้าที่อาจเป็นอันตราย ผู้บริโภคนั้นสามารถร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือคณะกรรมการเฉพาะเรื่องได้ ซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภคได้ทั้งทางแพ่งและอาญา ทั้งนี้ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้นิยามคำว่า “ผู้บริโภค” ขึ้นใหม่ หมายความว่า “ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอ หรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้า หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เป็นเสียค่าตอบแทนก็ตาม”

โดยสรุป พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีเนื้อหาสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภค ในการควบคุมการโฆษณา การควบคุมฉลากสินค้า มาตรการเกี่ยวกับสินค้าอันตรายและการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภค ซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ต้องอยู่ภายใต้บังคับตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เหล่านี้

ข) กฎหมายควบคุมสินค้าบางชนิด

กฎหมายควบคุมสินค้าบางชนิดที่มีลักษณะเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ได้แก่ พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 กฎหมายควบคุมสินค้าเหล่านี้ย่อมนำมาปรับใช้แก่กิจการแฟรนไชส์ได้ ตามประเภทของสินค้าที่ขาย โดยแฟรนไชส์นั้นๆ ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 อาหารตามกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ อาหารไม่บริสุทธิ์ อาหารปลอม อาหารที่ผิดมาตรฐาน และอาหารอื่นที่รัฐมนตรีกำหนด ซึ่งได้แก่ อาหารที่ไม่ปลอดภัยในการบริโภค มีสรรพคุณที่ไม่เป็นที่น่าเชื่อถือ มีคุณค่าหรือคุณประโยชน์ต่อร่างกายในระดับที่ไม่เหมาะสม ผู้ฝ่าฝืน (ผู้ผลิต ผู้นำเข้าเพื่อจำหน่าย หรือผู้จำหน่าย) นอกจากต้องรับโทษทางอาญา คือ ปรับหรือจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับแล้ว อาจถูกพักใช้ใบอนุญาตหรือการเพิกถอนใบอนุญาต (เช่น กรณีเป็นอาหารควบคุมเฉพาะที่ต้องมีการขออนุญาตเพื่อนำเข้าและขึ้นทะเบียนคำรับอาหาร) รวมทั้งถูกบังคับโดยมาตรการอย่างอื่นที่กำหนดโดยคณะกรรมการอาหารและยา ตามมาตรา 30 เช่น ดัดแปลงแก้ไขสถานที่เก็บอาหาร งดการนำเข้าอาหารที่ไม่ควรแก่การบริโภค เป็นต้น อาจมีการทำลายอาหารนั้นหรือดำเนินการอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร ตามมาตรา 40 ทั้งนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าอาหารของแฟรนไชส์ อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้ได้เช่นกัน เช่น โฆษณาคุณประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารของกิจการแฟรนไชส์เป็นเท็จ เป็นต้น

2) พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ยาที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ ยาปลอม ยาผิดมาตรฐาน ยาเสื่อมคุณภาพ ยาที่มีได้ขึ้นทะเบียนตำรับยา ยาที่ทะเบียนตำรับยาถูกยกเลิก ยาที่รัฐมนตรีสั่งเพิกถอนทะเบียนตำรับยา ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้กระทำผิดจะรู้หรือไม่ว่าเป็นยาเหล่านั้นหรือไม่ก็ตาม โทษสำหรับผู้กระทำผิด (ผู้ผลิต ผู้ขาย หรือผู้นำหรือส่งเข้าในราชอาณาจักร) เป็นโทษทางอาญา คือ ปรับหรือจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการทางปกครองด้วย เช่น การพักใช้ใบอนุญาตหรือการเพิกถอนใบอนุญาตการนำเข้ายา เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้ายาของกิจการแฟรนไชส์ อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้ได้เช่นกัน เช่น โฆษณายาของกิจการแฟรนไชส์โดยฝ่าฝืนกฎหมาย (เช่น เป็นเท็จหรือเกินความจริง แสดงสรรพคุณยาอันตราย ฯลฯ) เป็นต้น

3) พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 เครื่องสำอางที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ เครื่องสำอางที่ไม่ปลอดภัยในการใช้ เครื่องสำอางปลอม หรือเครื่องสำอางที่ผิดมาตรฐาน ผู้ฝ่าฝืน (ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้นำเข้าเพื่อขาย หรือผู้ขาย) อาจต้องรับโทษทางอาญาแม้กระทำได้โดยประมาท นอกจากนี้ ตามมาตรา 45 คณะกรรมการเครื่องสำอางมีอำนาจที่จะยึดหรืออายัด หรือสั่งให้จัดเก็บและทำลายเครื่องสำอางนั้นหรือส่งมอบให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ภายในเวลาที่กำหนด สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าเครื่องสำอางของกิจการแฟรนไชส์ อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้ได้เช่นกัน โฆษณาหรือใช้ฉลากเครื่องสำอางไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (เช่น เป็นเท็จหรือเกินความจริง ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับเครื่องสำอาง ฯลฯ) เป็นต้น

4) พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ให้อำนาจแก่กระทรวงอุตสาหกรรมที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ต้องเป็นไปตามมาตรฐาน เพื่อความปลอดภัย หรือเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดแก่ประชาชนได้ ซึ่งมีสองประเภท ได้แก่ มาตรฐานบังคับ และมาตรฐานทั่วไป มาตรฐานบังคับ หมายถึง⁶⁹ มาตรฐานที่กำหนดให้ต้องผลิตตามมาตรฐาน หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดตามกฎหมาย สินค้าที่ถือเป็นผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่อยู่ภายใต้มาตรฐานบังคับ เช่น กระจกนิรภัย สับประคกระป๋อง ถังบรรจุก๊าซปิโตรเลียมเหลว เป็นต้น มาตรฐานทั่วไป หมายถึง⁷⁰ มาตรฐานที่กำหนดไว้ ผู้ผลิตที่ผลิตได้ตามมาตรฐานก็จะได้รับเครื่องหมายรับรอง ซึ่งจะช่วยให้ผู้ผลิตลดต้นทุนและเพิ่มยอดขาย เพราะผู้บริโภคจะเลือกซื้อสินค้าที่มีตรามาตรฐานโดยมีความเชื่อมั่นในคุณภาพ⁷¹

กฎหมายฉบับนี้กำหนดโทษทางอาญา คือ ปรับ หรือจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับแก่ผู้ฝ่าฝืน (ผู้ทำหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม) และมีมาตรการพิเศษให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตรวจสอบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม หรือวัตถุที่นำมาทำหรือที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะนำมาทำผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม รวมทั้งมีอำนาจยึด หรืออายัดผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่

⁶⁹ สุขุม สุภนิคย์, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 62, น. 124.

⁷⁰ เพิ่งอ้าง.

⁷¹ เพิ่งอ้าง, น. 126.

คณะกรรมการมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมกำหนดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ตามมาตรา 44 หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าฝ่าฝืนกฎหมายนี้ ซึ่งเมื่อยึด หรืออายัดไว้แล้ว คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้แก้ไข ปรับปรุง ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมให้เป็นไปตามมาตรฐาน หรือทำลาย หรือทำให้ผลิตภัณฑ์นั้นสิ้นสภาพได้ตาม มาตรา 46 ทั้งนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมของแฟรนไชส์ อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้ได้เช่นกัน เช่น เลียนเครื่องหมายมาตรฐาน จัดขวางพนักงาน เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 44 โฆษณาผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน เป็นต้น

5) พระราชบัญญัติวัดอุณทราย พ.ศ. 2510 ต่างไปจากกฎหมายควบคุมสินค้าทั้งสี่ฉบับข้างต้น ตรงที่กำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งแก่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายด้วยการนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าวัดอุณทราย อาจต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญา ในฐานะเป็นผู้ครอบครองวัดอุณทราย หรือตัวการ หรือคนกลาง หรือผู้มีส่วนในการจัดจำหน่าย ซึ่งตาม มาตรา 4 วัดอุณทราย ได้แก่ วัดละเบิดได้ วัดอุไวยุ วัดอุออกซิไคส์และวัดอุเปอร์ออกไซด์ วัดภูมิพิษ วัดอุที่ทำให้เกิดโรค วัดอุกันมันตรังสี วัดอุที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางพันธุกรรม วัดอุกัณฐกร่อน วัดอุอย่างอื่นไม่ว่าจะเป็นเคมีภัณฑ์หรือสิ่งอื่นใดที่อาจทำให้เกิดอันตราย บุคคล สัตว์ พืช หรือสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ ยังมีมาตรการในการควบคุมวัดอุณทรายแบบครบวงจรตั้งแต่การผลิต การนำเข้า การมีไว้ในครอบครองซึ่งวัดอุณทรายไม่ว่าเพื่อขาย หรือการขนส่ง หรือการอื่นใดไปจนถึงการทำลาย ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายไว้ เช่น กำหนดหน้าที่ในการนำเข้า การมีไว้ในครอบครองซึ่งวัดอุณทราย (เช่น ตามมาตรา 60 ผู้นำเข้าต้องระมัดระวังในการเลือกผู้ผลิต ตรวจสอบความถูกต้องของภาชนะบรรจุ มาตรา 62 ผู้ครอบครองต้องระมัดระวังความเหมาะสมของการเก็บรักษา เป็นต้น) จัดแบ่งชนิดของวัดอุณทรายเป็นสี่ชนิด และกำหนดลักษณะของการควบคุมที่แตกต่างกันไปตามชนิดและความรุนแรงของวัดอุณทราย (เช่น ตามมาตรา 22 เมื่อผู้ประกอบการจะประกอบกิจการเกี่ยวกับวัดอุณทรายชนิดที่ 2 จะต้องแจ้งการดำเนินการให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทราบก่อน หรือ มาตรา 23 ถ้าเป็นวัดอุณทรายชนิดที่ 3 จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น) เป็นต้น

2) กฎหมายเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 กำหนดแบบของสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าไว้ให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน⁷² ซึ่งในการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า กฎหมายกำหนดหน้าที่ควบคุมคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่า “...คำขอจดทะเบียนนั้นอย่างน้อยต้องแสดงรายการดังต่อไปนี้ (1) เงื่อนไขหรือข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเจ้าของจดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาต ที่จะทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าของ

⁷² วส ดิงสมิตร, “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,” ใน รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 55 ปีการศึกษา 2545, จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, เล่ม 16 (2545), น. 31.

ผู้จดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง”

การที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเอง แต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้แทน อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณะถึงแหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้น เมื่อผู้บริโภคซึ่งนิยมและเชื่อถือในสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่ง พบเห็นสินค้าที่ผลิตโดยผู้รับ อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเป็นของผู้รับอนุญาต ภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ย่อมจะเข้าใจ ว่าสินค้านั้นมาจากแหล่งที่มาเดียวกัน หรือมีคุณภาพเหมือนกันกับสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า หากไม่มีการควบคุมคุณภาพของสินค้าของผู้รับอนุญาตแล้ว ผู้รับอนุญาตอาจจะผลิต (หรือว่าจ้างให้ผู้อื่น ผลิต) สินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานตามที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้สร้างไว้และระบุด้วยเครื่องหมายการค้า นั้นมาก่อน จึงเท่ากับเป็นการลวงสาธารณะ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ จึงมี บทบัญญัติเรื่องการควบคุมคุณภาพเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าขึ้นเพื่อคุ้มครอง ผู้บริโภคในเรื่องการลวงสาธารณะเกี่ยวกับแหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้า⁷³

ในบริบทแฟรนไชส์ โดยปกติ ผู้ให้แฟรนไชส์จะอนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมาย การค้าแก่สินค้าของแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องควบคุมคุณภาพสินค้า เหล่านั้น มาตรการบังคับของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หากฝ่าฝืนกฎหมาย ก็คือ สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอาจถูกเพิกถอนได้ ตามมาตรา 72 วรรค 3 (2) เมื่อสัญญาถูกเพิก ถอนไป การใช้เครื่องหมายการค้าโดยผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมาย การค้า จึงไม่ถือเป็นการใช้โดยผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป ส่งผลให้มีการ เพิกถอนเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุที่ไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าได้ ตามมาตรา มาตรา 70 ประกอบ มาตรา 63 ผู้บริโภคที่สับสนหลงผิดเกี่ยวกับคุณภาพหรือแหล่งที่มาของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงอาจได้รับความคุ้มครองด้วยการร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้ เครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ได้ตามลำดับ ดังนั้น ในแง่หนึ่ง จึงอาจบังคับใช้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นมาตรการควบคุมความปลอดภัยของสินค้าของแฟรนไชส์ในทางอ้อมได้ เช่นกัน⁷⁴ เพราะคุณภาพ ย่อมหมายถึง ความปลอดภัยของสินค้าอยู่ในตัว ผู้ให้แฟรนไชส์จึงต้องควบคุมให้ สินค้ามีความปลอดภัยเช่นเดียวกันกับผู้บริโภคเคยได้รับจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชส์

⁷³Mary M. Squyres, “Global licensing: A License to Use,” in Handling Intellectual Property Issues in Business Transactions 2005.

⁷⁴“มีความเห็นว่าในประเทศที่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหรือกฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐาน คุณภาพของสินค้า เช่น ยา อาหาร ฯลฯ เครื่องหมายการค้าไม่เพียงแต่บ่งชี้คุณภาพของสินค้าเท่านั้น ยังบ่งชี้ ถึงความปลอดภัยและความเหมาะสมแก่ประ โยชน์ตามความมุ่งหมายปกติที่เคยได้รับจากสินค้าที่ใช้ เครื่องหมายการค้า (safety and fitness for purpose) โปรดดู Michael Blakeney, “Trade Marks and the Promotion of Trade,” International Trade Law & Regulation 5(6) (1999).

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีนโยบายแตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย ซึ่งมุ่งให้ความสำคัญไปที่ความปลอดภัยของสินค้าไม่ใช่คุณภาพของสินค้า แต่กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในเรื่องการลงสาธณะเกี่ยวกับแหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้า ความปลอดภัยของสินค้าจึงไม่ใช่นโยบายโดยตรง ดังนั้นมาตรการบังคับในเรื่องการควบคุมคุณภาพ จึงเป็นเพียงการเพิกถอนการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ได้เท่านั้น ไม่ได้กำหนดความรับผิดทางแพ่งแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย

นอกจากนั้น แม้ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องดำเนินควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เพราะอนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าแก่กิจการแฟรนไชส์ แต่การละเว้นไม่ดำเนินการควบคุมคุณภาพมีผลต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ไม่ทำให้ต้องรับผิดทางละเมิดโดยการงดเว้น เพราะหน้าที่ควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เป็นหน้าที่ป้องกันความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้า ไม่ใช่หน้าที่รับประกันความปลอดภัยของสินค้า จึงไม่ถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายละเมิด การที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ควบคุมคุณภาพจะมีผลให้สินค้าและเครื่องหมายการค้าของกิจการแฟรนไชส์เสียชื่อเสียงหรือได้รับความนิยมน้อยลง แต่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ผู้บริโภคที่สับสนหลงผิดเกี่ยวกับคุณภาพหรือแหล่งที่มาของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ให้แฟรนไชส์แต่อย่างใด ดังนั้น การนำกฎหมายเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้จึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่มีประสิทธิภาพในการเยียวยาผู้ที่ได้รับเสียหายจากสินค้าของแฟรนไชส์ได้

4.1.3 ความรับผิดโดยเคร่งครัดตามร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.⁷⁵

ความเป็นมา⁷⁶

สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมได้ศึกษาถึงความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย (Product Liability Law) ขึ้นใช้บังคับภายในประเทศเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคและเป็นมาตรการป้องกันการผลิต การนำเข้าหรือจำหน่ายสินค้าที่เป็นอันตราย อันเนื่องมาจากการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งทำให้มีการนำเข้าและส่งออกได้ง่าย และโดยที่หน่วยงานของรัฐยังไม่สามารถให้การคุ้มครองผู้บริโภคได้เต็มที่ จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษที่ผู้บริโภคสามารถใช้สิทธิในการคุ้มครองตนเองได้ง่ายขึ้น

สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมจึงได้แต่งตั้งคณะทำงานพิจารณากร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า พ.ศ. ขึ้น โดยได้นำหลักการมาจาก EC

⁷⁵ต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ.

⁷⁶มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 54*, น. 159-160.

Directive ของสหภาพยุโรปและได้จัดการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ผู้ประกอบการ (สภาอุตสาหกรรม) ส่วนราชการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง (เช่น สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เป็นต้น) และองค์กรผู้บริโภค (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค) และนำความคิดเห็นดังกล่าวมาปรับปรุงร่างดังกล่าว และเสนอให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณาเพื่อดำเนินการเสนอคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีได้ลงมติอนุมัติหลักการตามที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานนายกรัฐมนตรีเสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาโดยให้รับข้อสังเกตของกระทรวงพาณิชย์ กระทรวงยุติธรรม และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีไปประกอบการพิจารณาด้วย แล้วส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อนเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล คณะรัฐมนตรีชุดใหม่ได้ยืนยันหลักการตามร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า พ.ศ. สำนักงานนายกรัฐมนตรีจึงได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแจ้งมติคณะรัฐมนตรีและขอให้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า พ.ศ. ภายหลังจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาร่างเสร็จได้เสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา

ขณะที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของวุฒิสภา ได้เกิดการปฏิรูปการปกครองโดยคณะปฏิรูปการปกครองเพื่อประชาธิปไตย จึงมีการจัดตั้งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเพื่อปกครองและบริหารประเทศชั่วคราวแทนรัฐบาลชุดเดิม แต่เมื่อร่างดังกล่าวยังค้างพิจารณาอยู่ในสภา จึงต้องมีการเสนอร่างดังกล่าวไปยังคณะรัฐมนตรีใหม่ โดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้จัดทำหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายของร่างดังกล่าวและจัดส่งให้สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอให้คณะรัฐมนตรีแล้ว โดยรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น มีบัญชาให้ใช้ร่างฉบับที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

ร่างพระราชบัญญัติฯ มีหลักการสำคัญสามประการ ได้แก่⁷⁷

1) นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ไม่ว่าจะทำโดยไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ (มาตรา 6) และกำหนดให้ผู้ประกอบการเป็นผู้รับภาระในการพิสูจน์ให้พ้นความรับผิดว่าความเสียหายไม่ได้เกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าของตน (มาตรา 7)

⁷⁷ คณะอนุกรรมการศึกษาและติดตามการคุ้มครองผู้บริโภคในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน วุฒิสภา และโครงการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสุขภาพ (คคส.) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. : ผลดีต่อการคุ้มครองผู้บริโภค, กรุงเทพมหานคร: อุกาการพิมพ์, 2548), น. 63. (ต่อไปจะเรียกว่า พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย).

2) ยกเว้นค่าอาชญากรรมนิยมในการฟ้องคดีแก่ผู้เสียหาย และกำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคหรือต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า ตามมาตรา 40 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้เสียหายได้ด้วย (มาตรา 8)

3) กำหนดอายุความที่แตกต่างจากหลักทั่วไป คือ ความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดไว้หนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ทำละเมิด หรือสิบปีนับแต่วันทำละเมิด ขณะที่ร่างพระราชบัญญัติฯ นี้ ให้อายุความที่ยาวกว่า คือสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ที่ต้องรับผิด หรือสิบปีนับแต่วันที่มีการขายสินค้านั้น และอาจขยายไปเป็นสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย หากเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้เสียหายหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ (มาตรา 12 วรรคสอง)

บทบัญญัติที่ถือเป็นหัวใจสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฯ นี้ คือ มาตรา 5 และมาตรา 6 ตามบทบัญญัติมาตรา 6 ที่กำหนดการระงับการพิสูจน์ของโจทก์ไว้ ถือเป็นลักษณะเฉพาะที่แตกต่างไปจากกฎหมายของต่างประเทศก็ว่าได้ เพราะในต่างประเทศ โจทก์ในคดีฟ้องร้องให้รับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย จะมีภาระการพิสูจน์สามประการ ได้แก่ ความไม่ปลอดภัยของสินค้า ความเสียหายที่ได้รับ และความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้น แต่ตามร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์เพียงว่าได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดาเท่านั้น ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัย (defects) ของสินค้าที่กล่าวอ้างว่าก่อให้เกิดความเสียหาย ทั้งไม่ต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายและความไม่ปลอดภัยของสินค้าตามหลัก causation ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้น เพียงแต่พิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจาก “สินค้า” ของจำเลยก็เพียงพอแล้ว โดยถือเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่เป็นจำเลยที่จะต้องพิสูจน์เรื่องความไม่ปลอดภัยของสินค้าในเชิงปฏิเสธ และมีภาระการพิสูจน์ตามข้อต่อสู้แย้งว่าสินค้าของตนมีความปลอดภัยเพื่อให้หลุดพ้นความรับผิด ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับในแง่ของหลักความรับผิด ตามมาตรา 5 ของร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้ใช้ความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่ผู้ที่ต้องรับผิด คือ ผู้ประกอบการเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศนั้น ตามคำนิยามความหมายของผู้ประกอบการ มาตรา 4 ได้ให้ความหมายไว้อย่างกว้างขวาง โดยมีความหมายเช่นเดียวกันกับผู้ผลิต (Producer) ตามกฎหมายของประเทศต่างๆ นั่นเอง กล่าวคือ

1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต

ผู้ผลิตในที่นี้ ข้อมหมายรวมถึงผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย ผู้ผลิตวัตถุดิบ ผู้ผลิตชิ้นส่วนของสินค้า นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังกำหนดให้ผู้ว่าจ้างให้ผลิตต้องรับผิดด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากในทางปฏิบัติ กรณีที่มีการว่าจ้างให้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตย่อมรู้ส่วนผสม หรือส่วนประกอบของสินค้าดีกว่าผู้ทำการผลิต ดังนั้น

เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผลิตสินค้า ก็สมควรที่จะต้องกำหนดให้ผู้ว่าจ้างให้ผลิตรับผิดชอบเช่นกัน

2) ผู้นำเข้า

การกำหนดให้ผู้นำเข้าต้องรับผิดชอบก็เพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่มีผู้นำเข้ามาจำหน่าย ที่จะไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องผู้ผลิตสินค้านั้นในต่างประเทศ ซึ่งอาจมีอุปสรรคหรืออาจไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายของต่างประเทศนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้เสียหายทุกคนย่อมได้รับสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างเดียวกันโดยไม่คำนึงถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น⁷⁸

บทบัญญัตินี้อาจมีความเกี่ยวข้องกับผู้ให้แฟรนไชส์ได้⁷⁹ หากผู้ให้แฟรนไชส์นำเข้าสินค้าจากนอกประเทศ เช่น ประเทศจีน เพื่อจำหน่ายหรือป้อนสินค้าให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์เพื่อใช้หรือจำหน่ายในกิจการแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมอยู่ในฐานะเป็นผู้นำเข้าและต้องรับผิดชอบเดียวกับผู้ผลิต มีข้อสังเกตว่าเมื่อผู้ให้แฟรนไชส์อยู่ในฐานะเป็นผู้นำเข้าแล้ว แม้จะเป็นผู้ขาย (Supplier) สินค้านั้นให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ ก็ไม่ถือว่ามีความรับผิดชอบเดียวกับผู้ขายเพราะเมื่อผู้ให้แฟรนไชส์อยู่ในฐานะเป็นผู้นำเข้าซึ่งต้องรับผิดชอบเป็นลูกหนี้ชั้นต้นเสียแล้ว จึงไม่อาจกล่าวว่าคุณต้องรับผิดชอบในลำดับรอง (secondary liable) ในฐานะเป็นผู้ขายได้ ในกรณีนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่อาจระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้ที่ขาย (supply) สินค้าให้แก่ตนเพื่อเป็นเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้

3) ผู้ขายที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้

ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบเมื่อไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิตสินค้า หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ ทั้งนี้ ผู้ขายสินค้าถือเป็นผู้ผลิตโดยการสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายในการหาผู้ต้องรับผิดชอบ

สำหรับความหมายของผู้ขายนั้น ตามมาตรา 4 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ขาย” ไว้ว่า จำหน่าย จำย แจก หรือแลกเปลี่ยนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และให้หมายรวมถึงให้เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหาตลอดจนเสนอ ชักชวน หรือนำออกแสดงเพื่อการดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่า “ขาย” ตามมาตรา 4 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าผู้ขายที่เป็นผู้ประกอบการจึงมีความหมายรวมถึง ผู้ที่ส่งมอบการครอบครองสินค้าให้แก่ผู้อื่น ในทุกๆ ทอดในสายของการจำหน่ายสินค้า (chain of distribution) ก่อนที่

⁷⁸ เฟื่องอ้าง, น. 14.

⁷⁹ บทบัญญัติที่น่าจะมีความสำคัญแก่การให้สิทธิแฟรนไชส์จากต่างประเทศมากกว่าแฟรนไชส์ภายในประเทศ เพราะการให้สิทธิแฟรนไชส์จากต่างประเทศ ย่อมมีโอกาสที่จะต้องมีการนำเข้าสินค้าหรือเครื่องมือ อุปกรณ์บางอย่างจากผู้ให้แฟรนไชส์ที่เป็นเจ้าของสิทธิ หรือผู้ขาย (Supplier) ที่อยู่ในต่างประเทศ ซึ่งในกรณีนี้ผู้ที่นำเข้าสินค้าให้แก่ ผู้ให้แฟรนไชส์ช่วง (sub-franchisor) ในแฟรนไชส์ประเภทสัญญาแฟรนไชส์หลัก (Master Franchise Agreement).

สินค้าจะมาถึงมือผู้ซื้อหรือผู้บริโภค ถ้าได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าแล้ว ไม่ว่าจะมีความตอบแทนหรือไม่ ก็ถือว่าอยู่ในฐานะเป็นผู้ขายตามความหมายของมาตรา 4 นี้แล้ว ผู้ขายในที่นี้จึงมีความหมายตรงกับ Supplier ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าผู้ขาย (seller) ตามสัญญาซื้อขาย

บทบัญญัตินี้อาจมีความเกี่ยวข้องกับผู้ให้แฟรนไชส์ หากผู้ให้แฟรนไชส์จำหน่ายสินค้า หรือเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ต้องใช้ในกิจการแฟรนไชส์ให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมอยู่ในฐานะเป็นผู้ขายและต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต หากไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของผู้ให้แฟรนไชส์กรณีนี้เป็นความรับผิดชอบลำดับรองเท่านั้น (secondary liable) ต่างไปจากกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ผลิต หรืออยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต ซึ่งถือเป็นผู้รับผิดชอบขั้นต้น กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์นำชื่อ เครื่องหมายการค้า ฯลฯ ของตนมาใช้แก่สินค้าที่ขายให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ และสินค้านั้นไม่ปลอดภัยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต จึงต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต ไม่ใช่ว่ารับผิดชอบในฐานะเป็นผู้ขาย จึงไม่อาจแจ้งผู้ผลิตที่แท้จริง หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้

4) ผู้ที่ใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความ หรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า

ผู้ประกอบการตามข้อนี้ นำหลักการมาจากบทบัญญัติของ EC Directive⁸⁰ จึงถือเป็นหลักเดียวกันกับหลัก Apparent Manufacturer ที่ใช้กันอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปนั่นเอง เพียงแต่ใช้ถ้อยคำแตกต่างกันเท่านั้น⁸¹

ผู้ประกอบการตามข้อนี้ อาจเรียกว่า “ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต”⁸² ซึ่งหมายถึง บุคคลใดๆ ที่แสดงให้เห็นว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้าโดยระบุชื่อ เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายอื่นใดลงบนสินค้านั้น⁸³ เหตุที่เรียกว่าเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตก็เพราะกฎหมายกำหนดให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับผิดชอบ แม้ความ

⁸⁰ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ความปลอดภัย, น. 71.

⁸¹ แม้แต่กฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเอง ซึ่งต่างนำหลักการตามบทบัญญัติของ EC Directive มาใช้ ก็ใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน เช่น บทบัญญัติของ EC Directive ใช้ถ้อยคำว่า “present himself as its producer” พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ค.ศ. 1987 ของประเทศอังกฤษ มาตรา 2. (2)(b) ใช้คำว่า “hold himself out to be the producer” ขณะที่กฎหมายของประเทศสวีเดนใช้ถ้อยคำว่า “marketed a product as his own” ซึ่งมีส่วนคล้ายถ้อยคำตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา คือ มาตรา 400 ของ Restatement (Second) of Torts ที่ว่า “puts out a chattel as his own product” หรือมาตรา 14 ของ Restatement (Third) of Torts ที่ว่า “sells or distributes a product as its own”.

⁸² มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 54, น. 14.

⁸³ เพิ่งอ้าง.

เป็นจริง จะ ไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้าตามที่ตาม หลักการสำคัญคือ ผู้เสียหายจะต้องสามารถกำหนดตัวผู้ผลิตที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้โดยง่าย โดยเหตุนี้ จึงมุ่งไปที่ข้อความหรือสิ่งบ่งชี้ต่างๆ ที่ระบุไว้บนตัวสินค้าเป็นลำดับแรก⁸⁴ กล่าวคือ บุคคลทุกคนที่แสดงตนว่าเป็นผู้ผลิตโดยการระบุชื่อเครื่องหมายการค้า หรือสัญลักษณ์อื่นใดของตน ย่อมถือเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น และต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิตโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ⁸⁵

ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตนี้ ไม่ได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่ใช้ชื่อ ฯลฯ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต แต่หมายรวมถึงผู้ที่ใช้ชื่อ ฯลฯ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของ EC Directive

ในส่วนที่กฎหมายไทยกำหนดให้ผู้ที่ใช้ชื่อ ฯลฯ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ว่าจ้างให้ผลิตมีฐานะเป็นผู้ประกอบการตามร่างพระราชบัญญัติฯ นี้ น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกันกับหลัก Apparent Manufacturer ของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นกัน เพราะตาม Comment d. ของมาตรา 400 แห่ง Restatement (Second) of Torts 1965 ได้อธิบายหลัก Apparent Manufacturer ที่ใช้ถ้อยคำว่า “puts out a chattel as his own product” สามารถใช้ในสองกรณี คือ 1) ผู้ที่ปรากฏว่าเป็นผู้ผลิต 2) กรณีที่สินค้าผลิตขึ้นเพื่อผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ

กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าว่าจ้างให้ผู้อื่นผลิตสินค้าสำหรับตนก็อยู่ในความหมายของกรณีที่สองของบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งหมายความว่าผู้ที่แสดงตนว่าเป็นผู้ว่าจ้างให้ผลิตก็รวมอยู่ในความหมายของหลัก Apparent Manufacturer นั่นเอง ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีของผู้ขายปลีกที่เป็นห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ที่มีลักษณะเป็น chain store ทั้งนี้ เพราะว่าหลัก Apparent Manufacturer มีแนวคิดพื้นฐานมาจากความคาดหวังหรือความเข้าใจของผู้บริโภค (Consumer Expectation) บทบัญญัติในส่วนของผู้ที่แสดงตนว่าเป็นผู้ว่าจ้างให้ผลิตนี้จะแสดงให้เห็นการยอมรับความเป็นจริงว่ากรณีของผู้ขายปลีก เช่น ห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่อย่าง Tesco คงไม่มีผู้บริโภคคนใด (หรือถ้ามี ก็คงเป็นจำนวนน้อยมาก) เข้าใจว่า Tesco ผลิตสินค้าที่จำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้า Tesco ด้วยตัวเองทั้งหมด

ในทางปฏิบัติแล้ว กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจจะใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ตนไม่ได้ผลิตขึ้นเอง กล่าวคือ มอบหมายให้ผู้อื่นผลิตสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนและ

⁸⁴ เพิ่งอ้าง.

⁸⁵ ศาลสหรัฐอเมริกาอธิบายว่า หลัก Apparent Manufacturer เป็นการโอนความรับผิดชอบของผู้ผลิตไปยังผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต โปรดดูคดี Seaward v. Hilti, Inc., 537 N.W. 2d 221 (Mich, 1995).

จำหน่ายในนามของตนเอง อาจเกิดขึ้นได้สองกรณี⁸⁶

1) กรณีผู้ผลิตเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ในทางปฏิบัติทางการค้า ผู้ผลิตสินค้าอาจจะไม่ได้ผลิตสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนเองทั้งหมด (จึงไม่ได้รับผิดในฐานะผู้ผลิต แต่อาจรับผิดชอบหลัก Own Brander) สำหรับเหตุผลที่ผู้ผลิตอาจจ้างหรือใช้ให้ผู้อื่นผลิตสินค้าแทนตน ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของกลยุทธ์ทางการตลาด ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

- เพื่อลดหรือประหยัดค่าใช้จ่ายในการผลิต เพราะในบางกรณีการจ้างหรือใช้ให้ผู้อื่นผลิตสินค้าแทนตนจะมีค่าใช้จ่ายถูกกว่าที่ผู้ผลิตสินค้าด้วยตัวเองทั้งหมด เช่น ผลิตสินค้าในประเทศที่มีค่าจ้างในการผลิตต่ำ เช่น จีน ปากีสถาน เป็นต้น

- ในบางกรณี ผู้ผลิตอาจจะไม่มีความสามารถผลิตสินค้านั้นได้ด้วยตนเอง เช่น นักออกแบบเสื้อผ้าแฟชั่น

- เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงอาจจะต้องการใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าในชนิดหรือประเภทที่ตนไม่เคยผลิตมาก่อน เพื่ออาศัยชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของตนขยายตลาด เช่น ผู้ผลิตรถยนต์ยี่ห้อ Porsche นำเครื่องหมายการค้าไปใช้แก่แว่นตา ผู้ผลิตกางเกงยีนส์ Levi's นำเครื่องหมายการค้าไปใช้แก่กระเป๋าเงิน เป็นต้น

2) กรณีผู้ขายหรือจำหน่ายสินค้า (Dealer) เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ส่วนใหญ่จะเรียกผู้ขายประเภทนี้ว่า Own Brander หรือ House-Brander หรือ House-Labeler เช่น กรณีของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ บริษัทรับส่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์ เป็นต้น

ตามบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติฯ ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นการใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความ หรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ฯลฯ เช่นเดียวกับบทบัญญัติกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 4 ได้กำหนดลักษณะของการใช้เครื่องหมายการค้าโดยเน้นให้ความสำคัญไปที่การใช้ชื่อ ฯลฯ หรือการแสดงด้วยวิธีใดๆ นั้นทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นผู้ผลิต ฯลฯ ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับความเข้าใจของผู้บริโภคอย่างมีเหตุผลสมควรว่า⁸⁷ การใช้ชื่อ ฯลฯ หรือการแสดงด้วยวิธีใดๆ นั้นทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้า

⁸⁶ Jennifer Clayton-Chen, "Product Liability and Trade Mark Licensing Under EC and German Law," Managing Intellectual Property (Sep. 1993):30.

⁸⁷ Christopher John Wright, Product Liability, (London: Blackstone Press Ltd., 1989), p.42; 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).

สินค้านั้นหรือไม่ ดังนั้น ถ้าปรากฏแต่เพียงชื่อ ฯลฯ โดยไม่มีการระบุข้อความอื่นใดอีก เจ้าของชื่อ ฯลฯ นั้นๆ ย่อมถูกเข้าใจว่าเป็นผู้ผลิตสินค้า และต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติ⁸⁸

การนำชื่อ ฯลฯ มาใช้แก่สินค้าไม่จำเป็นว่าชื่อ ฯลฯ จะต้องระบุติดกับตัวสินค้า แต่อาจจะระบุอยู่บนหีบห่อของสินค้าหรือวัสดุห่อหุ้มสินค้านั้น หรือปรากฏอยู่ในเอกสารคู่มือหรือคำแนะนำในการใช้สินค้านั้นก็ได้⁸⁹ นอกจากนี้ ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตอาจทำได้ด้วยการโฆษณาที่ระบุว่าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น⁹⁰ การตีความตามแนวทางนี้อาจจะแตกต่างไปจากแนวทางของ EC Directive แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติฯ จะอาศัย EC Directive เป็นต้นแบบก็ตาม เพราะบทบัญญัติของมาตรา 3 (1) ของ EC Directive บัญญัติอย่างชัดเจนว่าต้องเป็นการใช้ชื่อ ฯลฯ แก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยเท่านั้น (on product) ขณะที่มาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติฯ ไม่มีข้อความเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ไม่ต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงว่าผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตมีเหตุจงใจอย่างไรที่แสดงให้ปรากฏต่อบุคคลทั่วไปว่าสินค้าที่นำขายในท้องตลาดนั้นเป็นตนเอง⁹¹

ความรับผิดชอบของผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต (Apparent Manufacturer) นี้แตกต่างไปจากความรับผิดชอบของผู้ขาย (Supplier) ตรงที่ผู้ขายสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้หากแจ้งถึงผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้า ขณะที่ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ด้วยการแจ้งถึงผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ เนื่องจากความรับผิดชอบของผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตเป็นความรับผิดชอบอย่างถูกหนีขึ้นต้น เพราะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต ขณะที่ความรับผิดชอบของผู้ขายเป็นความรับผิดชอบที่มีเงื่อนไขหรือเป็นความรับผิดชอบในลำดับรอง

ผลของความรับผิด

หลัก Apparent Manufacturer เป็นการโอนความรับผิดชอบของผู้ผลิตไปยังผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตนั้น⁹² ดังนั้น ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต (Apparent Manufacturer) จึงต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้า อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตนี้ไม่ทำให้ผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าที่แท้จริง หลุดพ้นจากความรับผิด ทุกฝ่ายต้องรับผิดชอบร่วมกันอย่างถูกหนี

⁸⁸ Christopher John Wright, *Ibid.*

⁸⁹ Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, 75, Rdnr. 44, S. 111 อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้าวแล้ว เจริญรรถที่ 54*, น. 65.

⁹⁰ เช่น คดี Hebel v. Sherman Equip. 442 N.E. 2d 199, 203 (Ill.1982) 442 N.E. 2d 199, 203 (Ill.1982); Burkhardt v. Armour & Co., 115 Conn. 249, 161 A. 385 (Conn. 1932).

⁹¹ Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch* 75, Rdnr. 39, S. 110 อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรีและคณะผู้วิจัย, *อ้าวแล้ว เจริญรรถที่ 54*, น. 64.

⁹² Seaward v. Hilti, Inc., *supra* note 85.

ร่วมต่อผู้เสียหาย⁹³ และหากมีผู้ประกอบรายใดต้องรับผิดชอบ ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ประกอบการเหล่านั้นเช่นกัน โดยผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบการคนใดรับผิดชอบก็ได้ และมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องผู้ประกอบการทั้งหมด หรือจะเลือกให้คนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวรับผิดชอบก็ได้⁹⁴ สิทธิไล่เบี้ยระหว่างลูกหนี้ทั้งหมดที่มีหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายจนเป็นที่พอใจของผู้ได้รับความเสียหาย จะต้องพิจารณาว่าลูกหนี้ร่วมคนใดคนหนึ่งหรือทั้งหมดได้มีส่วนในการชดเชยค่าเสียหายตามความรับผิดชอบในส่วนที่ตนเองต้องรับผิดชอบ จนเป็นที่พอใจของผู้ได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใด ถ้าลูกหนี้ร่วมคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวได้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย ลูกหนี้ดังกล่าวก็มีสิทธิฟ้องร้องไล่เบี้ยลูกหนี้อื่นๆ ให้ชดเชยแก่ตนในส่วนของค่าเสียหายที่ลูกหนี้คนอื่นๆ ต้องรับผิดชอบได้

4.2 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายแก่ความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

4.2.1 การนำกฎหมายไทยในปัจจุบันมาปรับใช้

ในปัจจุบัน หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับใช้แก่ความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น ได้แก่ หลักความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายเครื่องหมายการค้า สำหรับเนื้อหาในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจึงมุ่งอธิบายถึงปัญหาของการนำหลักกฎหมายเหล่านั้นมาปรับใช้แก่ความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าไม่ปลอดภัยได้ว่ามีอยู่อย่างไร เหตุใดจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองหรือเยียวยาแก่ผู้บริโภคได้อย่างเพียงพอ

1) ความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดแล้ว บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง และสามารถนำมาปรับใช้เพื่อกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ได้แก่ ความรับผิดสำหรับการกระทำของตนเอง ตามมาตรา 420 ความรับผิดของตัวการในผลแห่งละเมิดของตัวแทน ตามมาตรา 427 ซึ่งเป็นความรับผิดสำหรับการกระทำของบุคคลอื่น และความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินอันตราย ตามมาตรา 437 อย่างไรก็ตาม การนำบทบัญญัติเหล่านี้บังคับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ยังมีปัญหาการปรับใช้กฎหมายบางประการส่งผลให้ไม่อาจให้ความคุ้มครองหรือเยียวยาแก่ผู้เสียหายได้อย่างเพียงพอ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

⁹³Anthony Guest, ed., *Benjamin's Sale of Goods*, 6th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2002-2003), p. 706.

⁹⁴โปรดดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 290.

ความรับผิดสำหรับการกระทำของตนเอง ตามมาตรา 420

ข้อจำกัดของการฟ้องคดีละเมิดอันมีมูลความรับผิดมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศส่วนใหญ่ ก็คือ ภาระการพิสูจน์ถึงความผิด คือ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย เพราะกระบวนการผลิตสินค้าในปัจจุบันใช้เทคนิคและเทคโนโลยีขั้นสูงที่ซับซ้อน บุคคลภายนอกยากจะเข้าใจ โจทก์จึงต้องยุ่งยากลำบากในการหาพยานหลักฐานมานำสืบถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย และไม่สามารถจะพิสูจน์ได้อย่างถูกต้องว่าความไม่ปลอดภัยของสินค้าเกิดขึ้นในขั้นตอนใดของกระบวนการผลิตเพื่อแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของจำเลยกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ในประเทศไทยก็เช่นกัน เพราะความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยเป็นองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามหลักทั่วไปในมาตรา 420 ดังนั้น แม้ตามหลักกฎหมาย ผู้ให้แฟรนไชส์อาจจะต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของแฟรนไชส์ แม้จะไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้านั้นก็ตาม แต่ในการฟ้องร้องให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิด โจทก์ต้องนำสืบว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะความผิดหรือการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้แฟรนไชส์ โดยเฉพาะในกรณีความผิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ซึ่งความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าจะขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุมการดำเนินงานของผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ผลิต ซึ่งต้องพิจารณาว่าผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อโจทก์ด้วยหรือไม่ วิทยุชนทั่วไปในฐานะเช่นผู้ให้แฟรนไชส์จะคาดคิดได้หรือไม่ว่าเหตุเช่นนั้นจะเกิด และพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของผู้ให้แฟรนไชส์กับผลความเสียหายที่เกิดขึ้น (causation) ผู้เสียหายซึ่งอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบทั้งด้านข้อมูลและความรอบรู้ เนื่องจากเป็นบุคคลภายนอก ข้อมูลหรือเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินการระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์โดยปกติย่อมเป็นความลับ เช่น ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา คู่มือการปฏิบัติงาน รายการมาตรฐานที่กำหนดโดยผู้ให้แฟรนไชส์ (specification) เป็นต้น โดยเฉพาะเมื่อผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้านั้น การพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของจำเลย (ผู้ให้แฟรนไชส์) กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ผู้อื่น (ผู้รับแฟรนไชส์) เป็นผู้ผลิต ย่อมยากยิ่งกว่าการพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ผลิตเสียอีก

แม้กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยจะมีบทบัญญัติมาตรา 422 เป็นบทสันนิษฐานความผิด ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายประการหนึ่ง กล่าวคือผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนบทบังคับของกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่นแล้ว ก็ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่บทบัญญัติตามมาตรา 422 จะสามารถแบ่งเบาภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายได้เฉพาะในบางเรื่องเกี่ยวกับสินค้าประเภทที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษเท่านั้น ซึ่งมีสินค้าเพียงไม่กี่ประเภท เช่น อาหาร ยา เครื่องสำอาง เป็นต้น สินค้าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เป็นพิเศษก็ถือว่าไม่มีกฎหมายที่มีที่ประสงค์จะปกป้องบุคคลอื่นแล้ว โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยตามหลักทั่วไป ดังนั้น มาตรา 422 จึงไม่อาจบรรเทาภาระการพิสูจน์ในการฟ้องคดีความรับผิดที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยได้อย่างครบถ้วน ขณะเดียวกัน หลักกฎหมายพยานที่เรียกว่า Res Ipsa Loquitur ซึ่งศาลใน

ระบบ Common Law นำมาใช้บรรเทาภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในคดี Product Liability ก็ไม่ใช่หลักทั่วไปที่ศาลของไทยจะนำมาใช้ และไม่มีความชัดเจนว่าศาลจะนำมาใช้ในกรณีใดบ้าง เช่นเดียวกับข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริง ซึ่งการใช้ดุลพินิจสันนิษฐานข้อเท็จจริงของศาลไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

ความรับผิดชอบของตัวการสำหรับการกระทำละเมิดของตัวแทน ตามมาตรา 427

เมื่อตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยตัดสินว่า ตัวการต้องรับผิดชอบละเมิดสำหรับการกระทำของตัวแทน ตามมาตรา 427 นั้น หมายรวมไปถึงกรณีของตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 ด้วย จึงมีความเป็นไปได้ว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งแม้จะไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแก่ผู้รับแฟรนไชส์ ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยของผู้รับแฟรนไชส์ตามหลักตัวแทนเชิด ตามมาตรา 821 ประกอบด้วยมาตรา 427 อย่างไรก็ตาม มีความเห็นได้แย้งกันในทางวิชาการว่าแนวคำพิพากษาดังกล่าวถูกต้องหรือไม่ ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

ความเห็นแรก⁹⁵ เห็นว่า แนวคำพิพากษาดังกล่าวไม่ถูกต้องเพราะหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของตัวการสำหรับการกระทำของตัวแทนตามมาตรา 427 ต้องมีพื้นฐานของความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทน โดยพิจารณาจากหลักกฎหมาย Common Law เพราะหลักกฎหมายตัวการตัวแทนของประเทศไทยได้รับแนวคิดมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ ดังนั้น จึงไม่ควรตีความมาตรา 427 ให้รวมไปถึงกรณีของตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 ด้วย เพราะหลักตัวแทนเชิด ตามมาตรา 821 เป็นหลักกฎหมายปิดปากอย่างหนึ่ง เป็นกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนระหว่างผู้ที่เชิดเขาออกแสดงเป็นตัวแทนของคน หรือรู้แล้วยังเพิกเฉยปล่อยให้เขาเชิดตัวเขาเองเป็นตัวแทนของคน กับตัวแทนเชิด แต่กฎหมายให้ถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนเกิดขึ้น เนื่องจากต้องการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกที่ไม่รู้ว่าแท้จริงแล้วไม่ได้มีความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทน แต่หลงเชื่อโดยสุจริตต่อการแสดงออกเช่นนั้นของตัวการหรือตัวแทนเชิด ตัวการจึงถูกปิดปากไม่ให้โต้แย้งหรือปฏิเสธความสัมพันธ์เช่นนั้นต่อบุคคลภายนอกได้ ผลของการเป็นตัวแทนเชิดนั้นก็มิเพียงประการเดียว คือ ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกฝ่ายเดียว ตัวการไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆ เอาจากบุคคลภายนอกได้ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายมีเจตนารมณ์เพียงแต่ต้องการลงโทษตัวการที่แสดงออกหรือยอมให้เขาแสดงออกทั้งๆ ที่รู้ว่าไม่เป็นความจริงและคุ้มครองบุคคลภายนอกเท่านั้น หากถือว่าบุคคลภายนอกต้องเข้าสู่ผูกพันตามกฎหมายกับตัวการอย่างกรณีมีสัญญาตัวแทนที่แท้จริงแล้ว อาจทำให้บุคคลภายนอกเสียเปรียบ และเป็นช่องให้ผู้ที่ไม่สุจริตแสวงหาโอกาสด้วยการเชิดตัวแทนนั้นขึ้นเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายผูกพันบุคคลภายนอกได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ตามหลักตัวแทนเชิดตามบทบัญญัติมาตรา 821 นั้น ไม่ได้มีพื้นฐานของสัญญาตัวแทน (Actual Agency) ความรับผิดชอบของตัวการต่อบุคคลภายนอกสำหรับการกระทำของตัวแทนเชิดจึงควรนำมาใช้แก่ความรับผิดชอบทางสัญญาเท่านั้น ไม่ควรนำมาใช้แก่ความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย มิฉะนั้น จะไม่

⁹⁵โปรดดู สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 116-123. และความเห็นของอาจารย์จัตติ ดิงศภัทัย ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2977/2523.

สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบของตัวการสำหรับการกระทำของตัวแทนตามมาตรา 427

ความเห็นที่สอง⁹⁶ เห็นว่าแนวคำพิพากษาดังกล่าวถูกต้องเพราะหลักตัวแทนเชิด ตามมาตรา 821 เป็นหลักกฎหมายปิดปาก กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกที่หลงเชื่อโดยสุจริตต่อการแสดงออกของตัวการหรือตัวแทนเชิด ดังนั้น ตามสายตาของบุคคลภายนอกแล้ว ตัวแทนเชิดก็คือตัวแทนคนหนึ่งของตัวการ ตัวการจึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในผลแห่งละเมิดของตัวแทนเชิดด้วย

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นแรก เพราะบทบัญญัติมาตรา 427 ไม่ปรากฏที่มาว่ามาจากประเทศใด ทั้งหลักตัวแทนเชิดของไทยก็แตกต่างจากหลัก Apparent Authority ของ Common Law เนื่องจากหลัก Apparent Authority ถือว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการแทนตัวการได้ ตั้งแต่เมื่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตหลงเชื่อการแสดงออกของตัวการ หรือตัวแทนเชิด และเกิดอำนาจตามที่ปรากฏแล้ว จึงมีผลเท่ากับว่าเป็นตัวการตัวแทนกันมาก่อน ดังนั้น เมื่อตัวแทนทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ย่อมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลภายนอกในทางที่เสียหาย และมีผลทำให้ตัวการต้องรับผิดชอบละเมิดต่อบุคคลภายนอกสำหรับการกระทำของตัวแทนซึ่งมีอำนาจตามที่ปรากฏ ไม่ขัดกับความรับผิดชอบละเมิดของตัวการสำหรับการกระทำของตัวแทนที่ต้องการอำนาจกระทำการแทนของตัวแทนแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรา 427 ก็บัญญัติชัดเจนว่าให้นับบทบัญญัติตามมาตรา 425 กับมาตรา 426 เรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างสำหรับการกระทำละเมิดของลูกจ้าง มาใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม ดังนั้น การตีความจึงควรต้องเทียบเคียงจากหลักการของมาตรา 425 กับมาตรา 426 ซึ่งถือหลักว่านายจ้างและจ้างต้องมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน⁹⁷ และนายจ้างจะต้องรับผิดชอบแต่เฉพาะเป็นการกระทำละเมิดในทางการที่จ้างเท่านั้น ความรับผิดชอบของตัวการตามมาตรา 427 จึงควรเป็นไปในทำนองเดียวกัน คือ มีขอบเขตเฉพาะเป็นการกระทำละเมิดภายในขอบอำนาจของตัวแทนตามที่ได้รับมอบหมายและเพื่อประโยชน์ของตัวการ⁹⁸ ถ้าถือหลักตามนี้ ก็ไม่ควรแปลความว่าตัวการต้องรับผิดชอบละเมิดสำหรับการกระทำของตัวแทนเชิดด้วย เพราะตัวแทนเชิดไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับตัวการ จึงไม่มีอำนาจของตัวแทนตามที่ได้รับมอบหมาย ดังนั้น หากกำหนดให้ตัวการต้องรับผิดชอบละเมิดสำหรับการกระทำของตัวแทนเชิด ก็เท่ากับว่าให้ตัวการต้องรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขต

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน แนวคำพิพากษากฎีกาก็ยังไม่ได้กลับแนวเดิม หรือเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น จึงต้องถือตามหลักเดิมว่า ตัวการต้องรับผิดชอบละเมิดสำหรับการกระทำของตัวแทน ตามมาตรา 427 นั้น หมายรวมไปถึงกรณีของตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 ด้วย สำหรับในบริบทของแฟรนไชส์ แม้จะมี

⁹⁶ สติชัย เล็งไธสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น. 199-200.

⁹⁷ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 71.

⁹⁸ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล, “ความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น ตัวการ-ตัวแทน,” *วารสารกฎหมายจุฬา* 3, 1 (มกราคม-เมษายน 2520), น. 95.

ความเป็นไปได้ว่า หากมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลฎีกาอาจนำหลักตัวแทนเจตนาปรับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าต้องรับผิดชอบละเมิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยของแฟรนไชส์ แต่ก็ยังไม่เป็นที่แน่นอนเพราะมีความเห็นโต้แย้งตามที่กล่าวข้างต้น ทั้งในต่างประเทศเอง คดีที่ศาลนำหลัก Apparent Authority มาใช้กำหนดความรับผิดที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ปรากฏเพียงคดีเดียวเท่านั้น ไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายต่อมาอีก ดังนั้น ในปัจจุบัน จึงต้องถือว่าหลักความรับผิดทางละเมิดสำหรับการกระทำของผู้อื่น ไม่สมควรนำมาใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า

ความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินอันตราย ตามมาตรา 437

แม้บทบัญญัติมาตรา 437 จะเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมาย ช่วยบรรเทาภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายให้ไม่ต้องพิสูจน์ความผิด คือ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย แต่ข้อจำกัดของมาตรา 437 ก็คือ กำหนดประเภทของทรัพย์สินที่ก่อความเสียหายไว้สองประเภทเท่านั้น คือ ทรัพย์สินอันตรายกับยานพาหนะอันเคลื่อนด้วยเครื่องจักรกล ทั้งผู้ที่ต้องรับผิดก็ต้องเป็นผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลทรัพย์สิน ซึ่งต่างไปจากกรณีของกฎหมายความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งมุ่งคุ้มครองสินค้าอุปโภคบริโภคที่มีการขายแล้ว⁹⁹ (put into circulation or put into the stream of commerce) ดังนั้น มาตรา 437 จึงให้การเยียวยาแก่ผู้เสียหายได้อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น โดยเฉพาะเมื่อผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า โอกาสที่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยจะก่อให้เกิดความเสียหายในขณะที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของผู้ให้แฟรนไชส์มีน้อยมาก เพราะกรณีนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์เพียงแต่ควบคุมและอำนวยความสะดวกแก่กิจการของผู้รับแฟรนไชส์ ผู้รับแฟรนไชส์จะเป็นผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าแก่ผู้บริโภค สินค้าที่ไม่ปลอดภัยจึงอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของผู้รับแฟรนไชส์ ไม่ใช่ผู้ให้แฟรนไชส์ ผู้เสียหายจึงไม่อาจอาศัยมาตรา 437 ฟ้องร้องผู้ให้แฟรนไชส์ให้รับผิดชอบได้ในทุกกรณี

2) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

แม้ว่าสินค้าของกิจการแฟรนไชส์ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์และมาตรการในการควบคุมกำกับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่หลักเกณฑ์และมาตรการดังกล่าวก็ยังไม่อาจเยียวยาและให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าไม่ปลอดภัยที่ขายในกิจการแฟรนไชส์ได้อย่างครบถ้วน ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

ในกรณีที่สินค้าของแฟรนไชส์เป็นสินค้าที่อาจเป็นอันตราย อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคตามบทบัญญัติในมาตรา 36 ที่เกี่ยวกับสินค้าอันตราย ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติค่อนข้างมาก¹⁰⁰ เพราะหลักเกณฑ์ในวินิจฉัยว่าสินค้าใด “อาจเป็นอันตราย” ยังไม่ชัดเจน ในหลายกรณีไม่สามารถพิสูจน์หรือตัดสินได้ ทั้งในกรณีดังกล่าว กฎหมายก็ไม่ได้ให้การเยียวยาความเสียหายด้วยการชดเชยค่าสินไหม

⁹⁹โปรดดู ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 5 ในภาคผนวก.

¹⁰⁰สุชม สุภนิตย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42, น. 57.

ทดแทนแก่ผู้บริโภครที่ได้รับความสะดวกจากสินค้าที่อาจเป็นอันตรายแต่อย่างใด

ส่วนมาตรการในการควบคุมด้านการโฆษณา และฉลากสินค้า ก็เป็นการควบคุมในขั้นตอนก่อนมีการขายสินค้าเท่านั้น ทั้งโทษที่กำหนดสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายก็เป็นโทษทางอาญา ไม่มีมาตรการเยียวยาความสะดวกสบายในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้บริโภครที่ได้รับความสะดวกจากสินค้าที่มีการโฆษณา หรือใช้ฉลากโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายแต่อย่างใด

แม้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 39 คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภคในทางแพ่งได้ แต่การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคที่ใช้หลักของการดำเนินคดีละเมิดทั่วไป¹⁰¹ ทั้งในส่วนของการพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และการพิสูจน์ความเสียหาย ไม่ได้กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาความเป็นพิเศษ¹⁰² หรือนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดตามหลักความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยมาใช้ นอกจากนี้ ผู้บริโภคตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ก็ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงผู้เสียหายที่ไม่ได้บริโภคสินค้า (Bystander) เช่น ผู้เสียหายที่ไม่ได้ซื้อและไม่ได้ใช้สินค้า

โดยสรุปแล้ว กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่มีอยู่ของประเทศไทยอาจนำมาเยียวยาผู้เสียหายในการฟ้องคดีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น เพราะพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภค แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย (Product Liability Law) จะถือเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอย่างหนึ่งแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคของไทยก็ไม่ใช่กฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าอย่างกฎหมายของบางประเทศ ทั้งไม่ได้นำหลักการของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้ามาใช้ จึงไม่มีการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดในทางแพ่งแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰² ในปัจจุบัน ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ขึ้น โดยมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดวิธีพิจารณาความเป็นพิเศษในคดีที่ผู้บริโภคฟ้องผู้ประกอบการธุรกิจให้รับผิดชอบจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ ซึ่ง “ผู้บริโภค” ตามกฎหมายฉบับนี้ หมายรวมถึง ผู้เสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย ดังนั้น หากมีการประกาศบังคับใช้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมาย จะเป็นช่วยให้ผู้บริโภคสามารถต่อสู้คดีกับผู้ประกอบการธุรกิจโดยไม่เสียเปรียบในเชิงคดี โดยเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดี Product Liability เช่น บทบัญญัติของมาตรา 14 ที่กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นข้อพิพาทที่จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการหรือการดำเนินงานใดๆ ซึ่งอยู่ในความรู้เห็นของกลุ่มความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ตกอยู่แก่กลุ่มความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั้น เป็นการช่วยบรรเทาภาระการพิสูจน์แก่ผู้เสียหาย เป็นต้น.

ส่วนกฎหมายควบคุมสินค้าบางชนิดที่มีลักษณะเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคก็มีข้อจำกัดในการนำมาใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยเช่นกัน แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชย พ.ศ. 2510 จะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ ก็ไม่อาจนำมาใช้เยียวยาผู้เสียหายได้อย่างครบถ้วน เพราะเป็นกฎหมายควบคุมเฉพาะสินค้าที่เป็นวัตถุอันตรายเท่านั้น ส่วนพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510¹⁰³ พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 และพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 ส่วนใหญ่จะเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดการขอใบอนุญาตสำหรับการผลิตและจำหน่ายเท่านั้น ซึ่งการฝ่าฝืนบทบัญญัติเหล่านี้ก็จะมิบทลงโทษทางอาญา ไม่ได้กำหนดหลักความรับผิดทางแพ่งอย่างเช่นหลักการของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย จึงไม่อาจเยียวยาด้วยการให้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งแก่ผู้เสียหายได้

4.2.2 การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดตามกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้

ในต่างประเทศ ใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกำหนดความรับผิดที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ด้วยหลักกฎหมายสองประการ คือ หลัก Stream of Commerce ซึ่งเป็นหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และใช้บังคับแก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (ซึ่งรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์) โดยเฉพาะ กับหลัก Apparent Manufacturer ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและบัญญัติไว้ใน EC Directive ของสหภาพยุโรปเช่นกัน

สำหรับเนื้อหาในส่วนนี้ ผู้เขียนจะอภิปรายถึงการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดตามหลักกฎหมายทั้งสองประการมาปรับใช้ในประเทศไทย เพื่อวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการนำหลักดังกล่าวมาใช้อุดช่องว่างหรือเป็นมาตรการเสริมบทบัญญัติตามกฎหมายไทยที่มีอยู่ เพื่อให้ความคุ้มครองและเยียวยาแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากสินค้าของแฟรนไชส์ และกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้านั้น ทั้งนี้ โดยอาศัยการเปรียบเทียบและตีความบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติฯ ของไทย เพราะเป็นบทบัญญัติที่มุ่งหมายจะบังคับแก่ความรับผิดที่เกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าโดยเฉพาะ และนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ สอดคล้องกับหลักการของ Product Liability Law ของต่างประเทศ

¹⁰³ ในปัจจุบัน ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. ขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติยาฉบับเดิม โดยมีการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดทางแพ่ง (Strict Liability) แก่ผู้รับอนุญาตผลิต ผู้ขาย ผู้นำเข้ายา รวมทั้งเจ้าของผลิตภัณฑ์ ให้ต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ทั้งนี้ มาตรา 91 บัญญัติว่า “ผู้รับอนุญาตผลิตยา ขายยา นำเข้ายา เจ้าของผลิตภัณฑ์ ต้องร่วมกันรับผิดชอบผู้เสียหายในผลของความเสียหายอันเกิดจากยานั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือตนไม่มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้น หรือเกิดเพราะความผิดของผู้เสียหายเอง” อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวยังไม่ได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด.

1) หลัก Stream of Commerce

หลัก Stream of Commerce เป็นหลักกฎหมาย Common Law ของประเทศสหรัฐอเมริกา เกิดจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 402A ของ Restatement (Second) of Torts 1965 ซึ่งถือเป็นบทมาตราหลักในการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่ผู้ที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้า สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยในประการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควร (unreasonably dangerous) จากคำนิยามของคำว่า “ธุรกิจในการขาย” (business of selling)¹⁰⁴ ตามกฎหมายฉบับนี้ ผู้ขาย (seller) ซึ่งเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัตินี้ มีความหมายครอบคลุมไปถึงบุคคลที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้าทุกๆ คน ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้ขาย นอกจากนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตีความขยายให้ครอบคลุมถึงผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและผู้ให้แฟรนไชส์

เมื่อเปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทย ซึ่งอาศัย EC Directive เป็นแนวทางในการพิจารณา ร่างกฎหมายไม่ได้อาศัย Restatement of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นแนวทาง¹⁰⁵ ตามคำนิยามของ “ผู้ประกอบการ” และ “ขาย” ตามมาตรา 4 และหลักความรับผิดตามมาตรา 5 จะเห็นได้ว่าหลักการทั่วไปจะเป็นไปในทำนองเดียวกันกับมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts 1965 ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะในส่วนของผู้บุคคลที่ต้องรับผิด ตามคำนิยามของ “ผู้ประกอบการ” และ “ขาย” จะกำหนดไว้กว้างกว่า EC Directive และมีความใกล้เคียงกับแนวทางของ Restatement (Second) of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดความรับผิดแก่บุคคลที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้าทุกๆ คน เพราะคำว่าผู้ประกอบการหมายถึงผู้ขาย ซึ่งหมายถึง ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ด้วย ดังนั้น จึงได้เห็นว่า การนำหลักความรับผิดตามหลัก Stream of Commerce ซึ่งมีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติมาตรา 402A ของ Restatement (Second) of Torts มาเทียบเคียงปรับใช้กับหลักการของบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติฯ จึงไม่น่าจะเป็นสิ่งที่ผิดรูปผิดร่างหรือขัดกับหลักกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า เพียงแต่ผู้อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น ตามแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเพิ่มเติมว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าของตนก็ต่อเมื่อผู้ให้แฟรนไชส์มีส่วนสำคัญใน หรือเป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของกิจการที่จำหน่ายสินค้า เพียงพอที่จะถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์ “เป็นส่วนเชื่อมโยงที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน” (integral link) ในกิจการซึ่งนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า (stream of commerce) โดยเรียกหลักนี้ว่า Stream of Commerce

¹⁰⁴ Comment f. ของมาตรา 402A แห่ง Restatement (Second) of Torts 1965.

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, น. 71.

ปัญหาซึ่งเป็นที่วิตกกังวลและถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกาคือ ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิด และความยากในการปฏิบัติของผู้ให้แฟรนไชส์ที่จะดำเนินการควบคุมคุณภาพตามที่ที่กฎหมายเครื่องหมายการค้ากำหนด ขณะเดียวกัน ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายของหลัก Stream of Commerce นี้ เนื่องจากองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาว่าผู้ให้แฟรนไชส์ “มีส่วนสำคัญใน” (significantly participate in) หรือ “เป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของ” (integral part of) กิจกรรมที่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ เพื่อใช้ตัดสินความรับผิดโดยเคร่งครัดของผู้ให้แฟรนไชส์สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าของกิจการแฟรนไชส์ตามหลัก Stream of Commerce นั้น ศาลได้ใช้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพของผู้ให้แฟรนไชส์มาเป็นข้อพิจารณาด้วย โดยไม่เคยอธิบายว่าเหตุใดจึงนำองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเหล่านี้มาพิจารณาในการกำหนดความรับผิด และไม่เคยให้ความหมายของคำว่า “มีส่วนสำคัญใน” หรือ “เป็นส่วนที่แยกจากกันไม่ได้ของ” นอกจากนั้น องค์ประกอบหลายประการดูเหมือนจะเป็นข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นตามปกติของการดำเนินกิจการเครือข่ายแฟรนไชส์ โดยเฉพาะแฟรนไชส์ประเภทรูปแบบการดำเนินกิจการ ซึ่งเป็นบริบทที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิตหรือขายสินค้า แต่จะเข้าควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ และกำกับดูแลการดำเนินการบางอย่างของผู้รับแฟรนไชส์ เพื่อรักษาความเป็นแบบอย่างเดียวกันและมาตรฐานของกิจการไว้

ด้วยความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดดังกล่าว ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ตกอยู่ในสถานการณ์ที่ยุ่งยาก คือ ถ้าไม่ควบคุมคุณภาพก็อาจถูกฟ้องละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ในทางตรงข้าม เมื่อดำเนินการควบคุมคุณภาพกลับอาจทำให้ต้องรับผิด เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์ที่เป็นผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อรักษาสหสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทแฟรนไชส์ซึ่งการควบคุมคุณภาพเป็นลักษณะพื้นฐานของแฟรนไชส์ อันอาจส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องรับผิดสำหรับสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ในทุกกรณีโดยปริยาย ผู้ให้แฟรนไชส์จึงต้องอาศัยการรับประกันภัยความรับผิดหรืออาศัยอำนาจต่อรองที่มีมากกว่ากำหนดข้อสัญญาแฟรนไชส์ให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องชดเชยค่าเสียหายคืนให้แก่ตน สุดท้ายผลก็จะกลับมาตกที่ผู้บริโภคที่จะได้รับราคาสินค้าที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากการผลกระทบของผู้รับแฟรนไชส์ไปยังผู้บริโภค ซึ่งบางส่วนจะมากเกินไปและไม่สอดคล้องกับมูลค่าของความเสียหายที่จะต้องมีการชดเชยกันจริงเพราะผู้ให้แฟรนไชส์ไม่รู้อย่างชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่ตนจะต้องรับผิด ทำให้อาจมีการทำประกันภัยในส่วนที่มากเกินไปจนส่งผลไปยังราคาสินค้าที่เพิ่มมากขึ้นเกินความจำเป็นด้วย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าให้นำหลัก Stream of Commerce ของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้แก่ประเทศไทยไม่น่าจะเป็นทางเลือกที่เหมาะสมนัก เพราะจะส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ของไทยตกอยู่ในภาวะลำบาก เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนไม่สามารถรู้ได้ล่วงหน้าว่าพฤติกรรมที่มีส่วนร่วมที่ศาลใช้หมายความว่าอย่างไร จึงไม่อาจกำหนดแนวทางหรือวางตัวได้ถูกต้องตามมาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อจะไม่ต้องรับผิด ทั้งๆ ที่บุคคลควรจะมีสิทธิได้รับรู้ล่วงหน้าถึงเกณฑ์ที่

ใช้บังคับแก่คนอย่างชัดเจน จริงอยู่ แม้นโยบายของกฎหมาย Product liability จะมุ่งหมายให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกับผู้ประกอบการเป็นสำคัญ แต่การนำหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบที่ดูเหมือนพร้อมจะเล่นงานลักษณะตามธรรมชาติ (nature) ของสิ่งที่จำเลยเป็นอยู่ย่อมไม่ยุติธรรมแก่จำเลย ทั้งหลักความรับผิดชอบหลัก Stream of Commerce เป็นหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดที่ไม่ต้องการองค์ประกอบ “ความผิด” หรือความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งโดยหลักแล้ว เมื่อนำมาใช้แก่ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย ก็จะมุ่งหมายกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้าเป็นสำคัญ ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่ไม่ได้อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้า ซึ่งไม่ได้ผลิตและจำหน่ายสินค้าอย่างผู้ให้แฟรนไชส์จึงถือเป็นข้อยกเว้น ก็ควรจะต้องใช้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและตีความอย่างเคร่งครัดไปตามกฎเกณฑ์ที่วางไว้ ไม่ควรนำกฎเกณฑ์ที่กำหนดองค์ประกอบความรับผิดชอบด้วยถ้อยคำที่มีความหมายอย่างกว้างๆ และให้ดุลพินิจแก่ศาลอย่างสูงมาใช้ ประการสำคัญ คือ การนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการมีสิทธิควบคุมคุณภาพมาใช้เป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบ ซึ่งตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยกำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องมีข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขที่ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าได้อย่างแท้จริง จึงเท่ากับอาจมีการกำหนดความรับผิดชอบโดยอาศัยการควบคุมคุณภาพขั้นต่ำที่สุดที่จะทำได้เพื่อป้องกันการเพิกถอนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าและการสูญเสียสิทธิในเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุไม่มีการใช้เครื่องหมาย ซึ่งถือเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และถ้าเป็นเช่นนั้นจริงแล้ว ก็เท่ากับศาลไม่ยอมรับข้อเท็จจริงของทางปฏิบัติทางการค้าในการใช้กลยุทธ์ทางการตลาดของระบบแฟรนไชส์เพื่อประโยชน์ในการขยายกิจการ และย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยรวม เพราะในปัจจุบันธุรกิจการขายปลีกได้นำระบบแฟรนไชส์มาใช้กันอย่างกว้างขวาง

2) หลัก Apparent Manufacturer

ในต่างประเทศ ได้นำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้กำหนดความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดแก่ผู้ที่แสดงตนว่าเป็นผู้ผลิตด้วยการใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือวิธีการอื่น โดยถือว่ามิสสถานะเสมือนเป็นผู้ผลิตและต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิต หลักดังกล่าวได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติฯ เช่นกัน โดยอยู่ในความหมายของ “ผู้ประกอบการ” ในข้อ (4) อย่างไรก็ตาม เมื่อร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ยังไม่มีประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย จึงยังไม่แน่นอนว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะใช้บังคับแก่ผู้ให้แฟรนไชส์หรือไม่ เพียงใด จึงทำให้ต้องมีการตีความ ทั้งคดีฟ้องร้องให้ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าก็ยังไม่เคยปรากฏเป็นคดีพิพาท จึงไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยเป็นแนวทางไว้

ก) การตีความร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

พ. ศ.

เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ ยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย และไม่ใช้หลักกฎหมายตามจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในประเทศไทยอยู่ก่อนแล้ว จึงไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่

อธิบายหรือวางหลักในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ในการตีความบทบัญญัติเรื่องผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตจึงต้องอาศัยเทียบเคียงจากแนวทางของกฎหมายต่างประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งแนวทางในการตีความบทบัญญัติของหลัก Apparent Manufacturer ในการบังคับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ไม่ว่าจะเป็นภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือ EC Directive แบ่งได้เป็นสองแนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก เห็นว่า หลัก Apparent Manufacturer ไม่อาจใช้บังคับแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า เพราะหลัก Apparent Manufacturer มุ่งหมายจะใช้บังคับแก่ผู้ขายสินค้า โดยเฉพาะผู้ขายปลีกที่เป็นห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ที่มีลักษณะเป็น chain store และบริษัทรับสั่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์ (mail order firms) แต่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ขายหรือจำหน่ายสินค้า ทั้งการใช้เครื่องหมายการค้าภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นการสนับสนุนการขายสินค้าเท่านั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงไม่ได้มีเจตนาแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต จึงไม่อาจถือเป็น Apparent Manufacturer หรือผู้มีสถานะเสมือนผู้ผลิตได้ และไม่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดภายใต้หลัก Apparent Manufacturer

แนวทางที่สอง เห็นว่าหลัก Apparent Manufacturer สามารถนำมาใช้บังคับแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าได้ด้วย เพราะหลัก Apparent Manufacturer มีพื้นฐานความรับผิดชอบบนความคาดหวังของผู้บริโภค (consumer expectation) หรือความเชื่อถือของผู้บริโภคที่มีต่อการใช้เครื่องหมายการค้า เมื่อตามทฤษฎีเครื่องหมายการค้าในปัจจุบัน ถือว่าเครื่องหมายการค้าไม่ได้ทำหน้าที่แค่เพียงบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าเท่านั้น แต่ยังแสดงถึงคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่สอดคล้องกันด้วย ดังนั้น การใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้า ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าด้วยตัวเองหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือสัญญาแฟรนไชส์ ผู้บริโภคจึงเชื่อถือเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเป็นสิ่งรับประกันโดยปริยายถึงคุณภาพสินค้า และผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าที่ปรากฏเครื่องหมายการค้า

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อความเห็นส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าหลัก Apparent Manufacturer ใช้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยผู้อื่นภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน (Own Brander or House Brander) ดังนั้น จึงน่าจะเป็นประโยชน์ที่จะนำกรณีของ Own Brander มาเปรียบเทียบกับการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า

ความแตกต่างระหว่างบริบทของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยผู้อื่นภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน (Own Brander) กับผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้า แยกพิจารณาได้เป็นสองประการ

1) Own Brander เป็นผู้ขายสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตนเอง ขณะที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ขายหรือจำหน่ายสินค้าด้วยตนเอง แต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ขายหรือจำหน่ายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน

2) Own Brander ใช้เครื่องหมายการค้าในนามของตนเอง ขณะที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตนเอง แต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าของผู้รับแฟรนไชส์

ตาม Comment d. ของมาตรา 14 แห่ง Restatement (Third) of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อาศัยความแตกต่างในประการแรก คือ Apparent Manufacturer ต้องเป็นผู้ขาย (selling) หรือจำหน่าย (distributing) สินค้ามาเป็นเหตุผลอธิบายว่าเหตุใดจึงไม่นำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งหมายรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ด้วย ส่วนความแตกต่างในเรื่อง Apparent Manufacturer ต้องเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตนเอง Comment d. ไม่ได้ยกขึ้นมาเป็นเหตุผล ซึ่งน่าจะเป็นเพราะว่าการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตนเอง แต่อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (trademark licensing) ก็เท่ากับผู้ให้แฟรนไชส์ใช้เครื่องหมายการค้าขึ้นด้วยตัวเอง ข้อนี้เห็นได้ชัดจากกฎหมายเครื่องหมายการค้า ที่ถือว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า¹⁰⁶ คือ ผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้มีการร้องขอให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุที่ตนไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้า

สำหรับความแตกต่างประการแรก เมื่อพิจารณาเหตุผลในการกำหนดความรับผิดชอบแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยผู้อื่นภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน (Own Brander) ตามแนวทางของ EC Directive ได้อธิบายเหตุผลไว้สามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) โดยทั่วไป Own Brander ไม่ว่าจะเป็นบริษัทรับสั่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์ (mail order firms) หรือห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ย่อมดำเนินกิจการโดยมีผลประโยชน์ได้เสียทางการเงินมากกว่าผู้ผลิตรายย่อยขนาดเล็กที่ไม่เปิดเผยชื่อ ซึ่งได้รับคำสั่งให้ผลิตสินค้าจาก Own Brander ดังนั้น ฐานะทางเศรษฐกิจของ Own Brander จึงมีมากเพียงพอที่จะรับภาระความรับผิด

2) โดยทั่วไป ผู้ผลิตรายย่อยขนาดเล็กที่ไม่เปิดเผยชื่อจะผลิตสินค้าตามคำสั่งของ Own Brander เท่านั้น ผู้วางมาตรฐานการผลิตในกรณีนี้จึงได้แก่ Own Brander ไม่ใช่ผู้ผลิต Own Brander จึงสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าได้

¹⁰⁶โปรดดู พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 70.

3) กรณีเหล่านี้ บ่อยครั้งที่ผู้ผลิตเป็นชาวต่างชาติและไม่มีสถานประกอบการในประเทศของผู้เสียหาย การกำหนดให้ Own Brander รับผิดชอบ จึงช่วยบรรเทาภาระของผู้เสียหาย ไม่ต้องไปฟ้องร้องผู้ผลิตในต่างประเทศ ซึ่งอาจมีอุปสรรคหรืออาจไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายของต่างประเทศนั้น

4) กรณีที่สินค้าไม่เปิดเผยชื่อ กล่าวคือ ไม่ระบุทั้งชื่อของผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย (distributor) เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมสมควรเป็นผู้รับผิดชอบ

จากเหตุผลข้างต้น จะเห็นได้ว่าตามแนวทางของสหภาพยุโรปไม่ได้อาศัยเหตุผลว่า เพราะ Own Brander มีฐานะเป็นผู้ขาย หรือผู้จำหน่ายสินค้าจึงต้องรับผิดชอบ อย่างเช่นแนวทางของ Restatement (Third) of Torts ของสหรัฐอเมริกา แต่ที่กำหนดความรับผิดชอบแก่ Own Brander ก็เพราะเหตุผลที่เป็นปัจจัยแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัว Own Brander มากกว่า ดังนั้น ความสำคัญจึงขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้ต้องรับผิดชอบ ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับสถานะความเป็นผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้า นั้นหมายความว่า ถ้าเหตุผลทางปัจจัยแวดล้อมอื่นของผู้ประกอบการที่ไม่ใช่ผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้า เป็นไปในการทำเดียวกับผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้า หรือ Own Brander ก็มีเหตุผลสมควรที่จะนำหลักความรับผิดชอบของ Apparent Manufacturer มาใช้บังคับแก่บุคคลนั้นได้เช่นกัน

เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าแล้ว ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ให้แฟรนไชส์ก็มีมากเพียงพอที่จะรับภาระความรับผิดชอบไม่น้อยไปกว่า Own Brander โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาในบริบทของแฟรนไชส์เอง ซึ่งสินค้าที่จำหน่ายส่วนใหญ่จะผลิตขึ้นโดยผู้รับแฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ส่วนใหญ่จะมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าผู้รับแฟรนไชส์เช่นกัน และมีความสามารถชำระหนี้ได้ดีกว่า (deep pocket) สำหรับผู้บริโภคหรือผู้เสียหายส่วนใหญ่ด้วย เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ส่วนใหญ่จะเป็นผู้ประกอบการด้วยตัวเองจนมีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักอย่างดีในตลาดการค้ามาก่อน จากนั้นจึงจะสามารถอาศัยชื่อเสียงความนิยมทางการค้าของกิจการ (goodwill) มาเป็นสิ่งดึงดูดหรือจูงใจให้ผู้อื่นเข้ามารับสิทธิแฟรนไชส์เพื่อประกอบกิจการภายใต้เครือข่ายแฟรนไชส์เดียวกัน

สำหรับเหตุผลว่า Own Brander เป็นผู้วางมาตรฐานการผลิตให้แก่ผู้ผลิตรายย่อยขนาดเล็กให้ผลิตสินค้าตามคำสั่งของ Own Brander ดังนั้น Own Brander จึงสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าได้ และสมควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้า ถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับบริบทของแฟรนไชส์แล้ว การกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้แฟรนไชส์จะสอดคล้องกับเหตุผลนี้มากกว่า Own Brander เพราะตามที่กล่าวแล้วว่า Own Brander ส่วนใหญ่จะได้แก่ บริษัทรับส่งซื้อสินค้าทางไปรษณีย์ และห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ที่มีลักษณะเป็น chain store ซึ่งบทบาทที่แท้จริงของผู้ประกอบการเหล่านี้ คือการจำหน่ายสินค้าแก่ผู้บริโภคเท่านั้น และส่วนใหญ่จะไม่เคยเป็นผู้ผลิตสินค้าที่จำหน่ายด้วยตนเองมาก่อน ทั้งเป็นไปไม่ได้อยู่แล้วที่ Own Brander จะสามารถผลิตสินค้าเหล่านั้นด้วยตัวเองทั้งหมด เนื่องจากสินค้าที่ Own Brander นำมาจำหน่ายจะมีหลากหลายเกือบจะครบถ้วนทุกประเภทของสินค้าอุปโภคบริโภค ดังนั้น แม้ว่า Own Brander จะอยู่ในฐานะที่จะควบคุมคุณภาพของสินค้าได้ แต่ความสามารถในการวาง

มาตรฐานการผลิตและควบคุมคุณภาพสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของคนของ Own Brander ไม่น่าจะมีมากเท่ากับผู้ที่เคยเป็นผู้ผลิตสินค้าในประเภทนั้นๆ มาก่อน ตรงข้ามกับผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่เคยผลิตสินค้าที่จำหน่ายในกิจการแฟรนไชส์มาก่อน จึงอยู่ในฐานะที่เหมาะสม ทั้งในแง่ของโอกาสและความสามารถในการวางมาตรฐานการผลิตและควบคุมคุณภาพสินค้า ทั้งยังได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่กำหนดให้ทำหน้าที่ในการควบคุมคุณภาพสินค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าของคน ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบ Own Brander โดยตั้งสมมติฐานว่า เป็นผู้วางมาตรฐานการผลิตและสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าได้ ด้วยเหตุผลนี้ ก็ควรจะสมารถนำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้เช่นเดียวกัน

สำหรับเหตุผลในอีกสองประการที่เหลือ ก็เห็นได้ชัดเจนว่า EC Directive มีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเป็นสำคัญ ดังนั้น การตีความหลัก Apparent Manufacturer จึงควรต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ดังกล่าวนี้ด้วย¹⁰⁷ บ่อยครั้งที่ผู้แฟรนไชส์กำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องใช้สินค้าเครื่องมือหรืออุปกรณ์บางอย่างที่ผู้ผลิตเป็นชาวต่างชาติและไม่มีสถานประกอบการในประเทศของผู้เสียหาย การกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์รับผิดชอบ ก็จะช่วยบรรเทาภาระของผู้เสียหาย ไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องผู้ผลิตสินค้านั้นในต่างประเทศ โดยเฉพาะเหตุผลว่ากรณีที่ดินค้าไม่ระบุทั้งชื่อของผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมสมควรเป็นผู้รับผิดชอบ เพราะไม่ใช่หน้าที่ของผู้บริโภคที่จะต้องไปสืบหาตัวผู้ผลิตที่แท้จริง ทั้งไม่สมควรจะโยนภาระดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งผู้เขียนก็ไม่เห็นว่าจะมีผลใดที่จะตีความในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ที่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าแตกต่างไปจากกรณีของ Own Brander ที่ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเอง ซึ่งต่างเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าด้วยกัน

นอกจากนี้ เมื่อหลัก Apparent Manufacturer เป็นหลักกฎหมายปิดปาก จึงไม่น่าจะเกี่ยวกับว่าผู้แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตต้องมีฐานะเป็นผู้ขาย หรือผู้จำหน่ายสินค้าอย่างที่ Comment d. ระบุไว้¹⁰⁸ ทั้ง

¹⁰⁷ Jennifer Clayton-Chen, *supra* note 86, p. 31.

¹⁰⁸ แท้จริงแล้ว เมื่อพิจารณาตามประวัติศาสตร์ คำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาในช่วงแรก ไม่เคยกล่าวหาหลัก Apparent Manufacturer ใช้แก่ผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้าเท่านั้น ต่อมาเมื่อมีการนำหลักนี้มาบัญญัติไว้ใน Restatement of Torts 1938 และ Restatement (Second) of Torts 1965 กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น สิ่งที่น่าคิดต่อไปก็คือ เมื่อมีมาตรา 402A บัญญัติขึ้นใน Restatement (Second) of Torts 1965 ซึ่งกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่บุคคลที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้าทุกคน รวมถึงผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้าด้วยแล้ว หากถือว่าหลัก Apparent Manufacturer ใช้บังคับแก่ผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้าเท่านั้น หลักนี้ก็ไม่มีควมจำเป็นอีกต่อไป เพราะสามารถฟ้องร้องผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้าให้รับผิดชอบตามมาตรา 402A ได้อยู่แล้ว ซึ่งผู้เสียหายไม่ต้องมีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อถือของสาธารณะที่มีต่อการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างการฟ้องร้องโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer ด้วย.

ไม่เกี่ยวกับว่าผู้ที่แสดงออกมีเจตนาให้ผู้บริโภคเชื่อว่าตนเป็นผู้ผลิตหรือไม่ แต่อยู่ที่ว่า เพราะการแสดงออก (เช่น ด้วยการใช้เครื่องหมายการค้า) ของจำเลย เป็นเหตุให้ผู้บริโภคเชื่อถือการแสดงออกนั้นในทางที่เสียหายว่าจำเลยจะรับประกันโดยปริยายสำหรับคุณภาพของสินค้า และจำเลยมุ่งหมายจะได้รับผลประโยชน์จากการแสดงออกเช่นนั้น ความสำคัญจึงอยู่ที่การแสดงออกเช่นนั้นสื่อความหมายอย่างไรแก่ผู้บริโภค และทำให้เกิดความคาดหวังแก่ผู้บริโภคอย่างไร ไม่ใช่อยู่ที่ฐานะของผู้แสดงออก เพราะสิ่งที่สื่อความหมายและให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค คือ สิ่งที่จำเลยแสดงออกมา ฐานะที่แท้จริงของผู้แสดงออกและเจตนาที่อยู่ภายในของผู้แสดงออก ผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่จะล่วงรู้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อนำหลักนี้มาปรับใช้แก่ทางปฏิบัติทางการค้าในปัจจุบันแล้ว กระบวนการผลิตและจำหน่ายสินค้า ไม่ได้เป็นอย่างในอดีตอีกต่อไป ผู้ที่เคยผลิตสินค้าไม่จำเป็นต้องผลิตสินค้าด้วยตนเอง ซึ่งข้อเท็จจริงนี้ ผู้บริโภคก็รับรู้เป็นอย่างดี และปรับตัวได้กับระบบการผลิตและจำหน่ายสินค้าในยุคปัจจุบัน ซึ่งอยู่ภายใต้การอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือการว่าจ้างผลิต ความหมายของเครื่องหมายการค้าจึงไม่ได้เป็นการแสดงออกว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้นเท่านั้น ดังนั้น สิ่งที่ผู้บริโภคให้ความเชื่อถือต่อการแสดงออกของผู้ประกอบการด้วยเครื่องหมายการค้า คือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้รับประกันสำหรับคุณภาพของสินค้านั้น และจะรับผิดชอบ หากสินค้านั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งไม่ได้แตกต่างออกไปหรือเปลี่ยนแปลงไปด้วยฐานะของผู้ประกอบการว่า ผู้ประกอบการเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น ด้วยตนเอง หรือว่าจ้างผู้อื่นผลิต หรืออนุญาตให้ผู้อื่นผลิตหรือจำหน่ายสินค้าโดยใช้เครื่องหมายการค้าของตน

ด้วยเหตุนี้ แนวทางการตีความบทบัญญัติของ EC Directive ที่เห็นว่า หลัก Apparent Manufacturer ไม่ใช่แก่ผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (หมายรวมถึงผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าด้วย) เพราะการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ของการสนับสนุนการขาย ไม่ได้มีเจตนาจะแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต จึงไม่เป็นการชักนำความเชื่อแก่สาธารณะให้เข้าใจว่าผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น จึงไม่น่าจะถูกต้อง หากพิจารณาจากเหตุผลที่แท้จริงในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ประกอบการตามหลัก Apparent Manufacturer ตามแนวทางของ Restatement (Third) of Torts ของสหรัฐอเมริกา หรือตามแนวทางของ EC Directive การกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า นั้น ก็สมเหตุสมผลทั้งสิ้น ข้อสำคัญอีกประการที่ควรคำนึงถึงก็คือ ในบริบทของแฟรนไชส์ วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะอาศัยหลักความรับผิดใดก็ตาม ก็คือ การป้องกันการใช้โครงสร้างนิติบุคคลเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดทางละเมิด¹⁰⁹ อันเป็นการรับประกันว่านิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งของกิจการที่

¹⁰⁹ ปรอดู บทที่ 2 หัวข้อ 2.3 แนวคิดพื้นฐานของความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ข้อ ก) เหตุผลของความรับผิด.

จำหน่ายสินค้าจะสามารถรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย ดังนั้น หากว่า
 ในกรณีของ Own Brander กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer แล้ว แต่
 กลับไม่ลงโทษผู้ให้แฟรนไชส์ที่เป็นผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วย ย่อมเป็นการเปิดช่องให้แก่
 ผู้ประกอบการแสวงหาประโยชน์จากช่องโหว่ของการตีความกฎหมาย ด้วยการอาศัยโครงสร้างนิติบุคคล
 ระหว่างกลุ่มบริษัทในเครือของตนทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของ
 ตนจากการเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ขายสินค้าด้วยตนเอง (Own Brander) ไปสู่ผู้ที่อนุญาตให้
 ผู้รับแฟรนไชส์ซึ่งเป็นบริษัทลูกของตนที่ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอต่อความรับผิดชอบการใช้เครื่องหมายการค้าแทน

ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดความรับผิดชอบหลัก Apparent Manufacturer แก่เจ้าของ
 เครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นกรณีของ Own Brander หรือผู้ให้แฟรนไชส์ ต่างมีเหตุผลที่ไม่แตกต่างกัน
 จึงควรตีความบทบัญญัติของมาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติฯ ให้ครอบคลุมทั้งสองกรณี นั่นคือ เจ้าของ
 เครื่องหมายการค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยสินค้านั้น ไม่มีการระบุตัว
 ผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างผลิต หรือผู้นำเข้าแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่จำหน่ายสินค้าที่ผลิต
 โดยผู้อื่นภายใต้เครื่องหมายการค้าของตน หรือผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า แต่
 อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้านั้น ย่อมเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตและต้องรับผิด
 สำหรับสินค้านั้นตามมาตรา 4 นี้

ข) ขอบเขตความรับผิด

สำหรับขอบเขตที่ผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งอนุญาตให้ใช้
 เครื่องหมายการค้าภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่ปลอดภัย
 ของสินค้าของกิจการแฟรนไชส์ อาจพิจารณาได้ดังนี้

1) เมื่อองค์ประกอบความรับผิดของหลัก Apparent Manufacturer เป็นการกำหนดความรับ
 ผิดแก่ผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตด้วยการใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายหรือเครื่องหมายการค้าแก่สินค้า
 ที่ไม่ปลอดภัย ดังนั้น ขอบเขตของความรับผิดของผู้ให้แฟรนไชส์จึงต้องรับผิดชอบเฉพาะความไม่ปลอดภัย
 ของสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์เท่านั้น เช่น

กรณีที่สินค้าชิ้นสุดท้ายประกอบขึ้นจากชิ้นส่วนหลายส่วนที่ผลิตโดยผู้ผลิตแตกต่างกันและใช้
 เครื่องหมายการค้าต่างกัน กรณีเช่นนี้ เครื่องหมายการค้าของชิ้นส่วนย่อมทำหน้าที่บ่งชี้แหล่งที่มาเฉพาะ
 ชิ้นส่วนที่เป็นส่วนประกอบของสินค้าชิ้นสุดท้ายเท่านั้น เช่น เครื่องหมายการค้า Firestone ใช้กับยาง
 รถยนต์ยี่ห้อ Ford ผู้บริโภคย่อมเข้าใจว่าเครื่องหมายการค้า Firestone บ่งชี้แหล่งที่มาของยางรถยนต์และ
 Firestone เกี่ยวข้องกับยางรถยนต์เท่านั้น ดังนั้น หากชิ้นส่วนอื่นของรถยนต์ไม่ปลอดภัย ผู้อนุญาตให้ใช้
 เครื่องหมายการค้า Firestone จึงไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยของส่วนอื่นๆ ของรถยนต์ เพราะ
 เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่เข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้เป็น
 ผู้ผลิตสินค้าชิ้นสุดท้าย เว้นแต่ได้โฆษณาให้เข้าใจว่าสินค้าชิ้นสุดท้ายหรือชิ้นส่วนที่ไม่ปลอดภัยเป็นของ

ตนหรือคนเป็นผู้ผลิต เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามหลัก Apparent Manufacturer¹¹⁰

หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบนี้จะสอดคล้องกับหลักการทั่วไปของกฎหมาย Product Liability ที่กำหนดให้ผู้ขายและผู้จัดจำหน่ายส่วนประกอบรับผิดชอบเฉพาะความไม่ปลอดภัยของส่วนประกอบเท่านั้น แต่สำหรับ Ford ควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยของส่วนอื่นๆ ของรถยนต์ รวมทั้งยางด้วย เพราะ Ford อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่สื่อไปถึงผู้บริโภคว่า Ford อยู่เบื้องหลังชิ้นส่วนทั้งหมดของรถยนต์ Ford ซึ่งรวมถึงชิ้นส่วนที่ Ford ไม่ได้ผลิตและไม่ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าแก่ส่วนนั้นด้วย¹¹¹

2) ตามที่กล่าวแล้วในบทที่ 3 เกี่ยวกับขอบเขตของความรับผิดชอบของผู้มีสถานะเสมือนเป็นผู้ผลิตนั้น ยังมีประเด็นที่ยังไม่เป็นที่ยุติและเป็นปัญหาได้เช่นกัน โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก) มีปัญหาว่าการแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิตด้วยการใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่สินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ หรือวัสดุห่อหุ้มสินค้านั้นเท่านั้น หรือสามารถใช้แก่เอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้าได้ด้วย

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติตามมาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติฯ หากตีความตามตัวอักษรแล้ว ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตตามกฎหมายไทยอาจเกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ หรือการแสดงออกด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้ ซึ่งกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติว่าต้องเป็นการแสดงออก หรือใช้เครื่องหมายการค้าแก่ตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเท่านั้น

นอกจากนั้น หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว หลัก Apparent Manufacturer มีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายปิดปาก จึงมุ่งหมายคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ไม่อาจล่วงรู้ถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงออกได้ ด้วยการลงโทษแก่ผู้ที่แสดงออกเช่นนั้นไม่ให้ปฏิเสธว่าตนไม่ใช่ผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ดังนั้น การแสดงออกไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ซึ่งแม้จะไม่ใช่เครื่องหมายการค้า ข้อความหรือสิ่งอื่นใดที่ปรากฏอยู่ที่ตัวสินค้า ก็ย่อมจะทำให้บุคคลภายนอกที่ไม่อาจล่วงรู้ถึงฐานะที่แท้จริง ความเกี่ยวข้องที่ผู้แสดงออกมีอยู่กับสินค้า รวมทั้งเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงออกเช่นว่านั้น สามารถเข้าใจผิดได้ว่าผู้นั้นเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า และด้วยความเชื่อเช่นนั้น ทำให้บุคคลภายนอกผู้สุจริตตัดสินใจเกี่ยวข้องกับสินค้านั้น ด้วยความเชื่อถือเครื่องหมายการค้า ฯลฯ หรือการแสดงออกนั้น ในฐานะเป็นตัวแทนของผู้แสดงออกที่เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง ซึ่งเป็นสิ่งที่รับประกันถึงคุณภาพของสินค้า

¹¹⁰เทียบเคียงคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี Kealoha v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 82 F.3d 894, 38 U.S.P.Q. 2d 1672 (9th Cir. 1996).

¹¹¹Lynn M. LoPucki, "Toward a Trademark-Based Liability System," University of California Law Review 49 (2002).

ได้เป็นอย่างดี ด้วยเหตุนี้ การแสดงออกไม่ว่าจะปรากฏที่ใด ไม่น่าจะมีความสำคัญเท่ากับว่า การแสดงออกเช่นนั้นสื่อความหมายอย่างไรเกี่ยวกับสินค้า (ความสัมพันธ์ระหว่างผู้แสดงออกกับสินค้า) และสามารถทำให้เข้าใจผิดได้หรือไม่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายและถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแสดงออกกว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ตามความหมายของร่างพระราชบัญญัติฯ ไม่ควรตีความจำกัดอยู่เพียงการแสดงออกด้วยการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ แก่ตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิต หรือขาย หรือนำเข้าสินค้า ไม่ใช่บุคคลที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้า ซึ่งกฎหมาย Product Liability มุ่งหมายจะกำหนดให้เป็นผู้รับผิดชอบหลัก การนำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้บังคับแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ในกรณีนี้จึงควรตีความอย่างเคร่งครัด เพราะถือเป็นกรณียกเว้น ผู้เขียนเห็นว่า การแสดงออกของผู้ให้แฟรนไชส์ที่จะทำให้ตกอยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต ต้องเป็นการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ ของผู้ให้แฟรนไชส์แก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยเป็นหลัก หากไม่ใช่แล้ว ก็ควรเป็นการแสดงออกที่เกี่ยวข้องโดยตรงแก่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยเท่านั้น เช่น การโฆษณาของแฟรนไชส์ต่างๆ ไปโดยผู้ให้แฟรนไชส์ ก็ไม่ควรตีความว่าเป็นการสนับสนุนความเชื่อว่าผู้ให้แฟรนไชส์ผลิต ว่าจ้างผลิต หรือนำเข้าสินค้าใดๆ อย่างที่ใช้และจำหน่ายในกิจการของผู้รับแฟรนไชส์เป็นต้น และควรจะจำกัดเฉพาะการแสดงออกโดยตัวผู้ให้แฟรนไชส์เอง หรือถ้าจะเป็นการแสดงออกของผู้รับแฟรนไชส์ ก็ต้องมีความยินยอมอย่างชัดแจ้งโดยผู้ให้แฟรนไชส์แก่การแสดงออกเช่นนั้น

ยกตัวอย่างเช่น แฟรนไชส์ร้านสะดวกซื้ออย่าง Seven-Eleven ไม่ควรตีความว่าการใช้เครื่องหมายการค้า “Seven-Eleven” หรือการโฆษณาทางโทรทัศน์สนับสนุนกิจการของผู้ให้แฟรนไชส์ทำให้เชื่อว่าผู้ให้แฟรนไชส์ผลิต ว่าจ้างผลิต หรือนำเข้าสินค้าใดๆ อย่างที่จำหน่ายในร้านเครือข่ายของ Seven-Eleven เพราะสินค้าที่จำหน่ายในร้าน Seven-Eleven ส่วนใหญ่เป็นสินค้าที่จำหน่ายทั่วไปในท้องตลาดโดยผู้ประกอบการรายอื่นด้วย จึงเป็นที่รู้กันโดยทั่วไปของสาธารณะอยู่แล้วว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ Seven-Eleven ไม่ใช่ผู้ผลิต หรือว่าจ้างผลิตสำหรับสินค้าเหล่านั้น

ข) มีปัญหาว่าเดิมหรือตามปกติแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าประเภทหนึ่งจนมีชื่อเสียง ต่อมาได้นำเครื่องหมายการค้าเดียวกันของตนมาใช้แก่สินค้าในประเภทอื่นที่ตนไม่เคยเข้าเกี่ยวข้องกับมาก่อน และไม่ใช่สินค้าที่เกี่ยวข้องกับการเดิมของตน เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องรับผิดชอบสำหรับความไม่ปลอดภัยของสินค้าประเภทอื่นนั้นด้วยหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติเรื่อง Apparent Manufacturer ทั้งตามแนวทางของ EC Directive และประเทศสหรัฐอเมริกาต่างนำไปใช้บังคับแก่ผู้ขายหรือผู้จำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยบุคคลอื่นภายใต้ชื่อชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าของตน (Own Brander) ดังนั้น ความหมายของหลัก Apparent Manufacturer ก็คือการแสดงออกให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นผู้ผลิต หรือสินค้าได้รับการผลิตขึ้นสำหรับตนโดยเฉพาะ (ตรงกับถ้อยคำของร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ว่า การแสดงออกให้ผู้เข้าใจว่าเป็นผู้ว่าจ้างผลิต) เพราะในความเป็นจริงแล้ว ผู้บริโภคส่วนใหญ่คงไม่เข้าใจหรือเชื่อว่าสินค้าที่ใช้ชื่อ เครื่องหมาย

การค้า ฯลฯ ของห้างสรรพสินค้า จะผลิตขึ้นโดยห้างสรรพสินค้านั้นทั้งหมด เนื่องจากสินค้าที่จำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของห้างเหล่านี้จะมีสินค้าที่มนุษย์ต้องใช้ในการอุปโภคบริโภคในชีวิตประจำวันอย่างครบครัน แทบจะครบทุกประเภท ตั้งแต่อาหารสด อาหารแห้งไปจนถึงเฟอร์นิเจอร์ เครื่องใช้ไฟฟ้า ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่ห้างสรรพสินค้าจะสามารถผลิตด้วยตัวเองทั้งหมด เมื่อร่างพระราชบัญญัติฯ ได้อาศัยบทบัญญัติของ EC Directive มาเป็นแนวทางในการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4 จึงควรแปลความให้สอดคล้องกับแนวทางของ EC Directive เช่นกัน ดังนั้น ข้อเท็จจริงว่าผู้แสดงออกเคยผลิตสินค้าประเภทนั้นๆ มาก่อนหรือเคยประกอบกิจการในอุตสาหกรรมชนิดที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยมาก่อนหรือไม่จึงไม่ใช่สาระสำคัญ

ยกตัวอย่างเช่น The Pizza Company จัดรายการสนับสนุนการขายด้วยการให้สิทธิแก่ลูกค้าที่ชำระราคาอาหารครบจำนวนตามที่กำหนดไว้ แลกรับหรือซื้อสินค้าสมนาคุณ คือ เสื้อที่มีเครื่องหมายการค้าของ The Pizza Company แม้ว่าเสื้อจะไม่ใช่น้ำดื่มที่ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า The Pizza Company เคยผลิตมาก่อน ผู้บริโภคก็ย่อมคาดหวังว่าผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ผลิต หรืออย่างน้อยว่าจ้างผู้ผลิตเสื้อให้ผลิตเสื้อนั้นสำหรับเป็นสินค้าสมนาคุณแก่ลูกค้า เพราะผู้บริโภคเป็นบุคคลภายนอกย่อมไม่ทราบฐานะและความสัมพันธ์ของกลุ่มสัญญาแฟรนไชส์ รวมทั้งข้อตกลงที่เป็นเงื่อนไขในจัดรายการสนับสนุนการขายของกลุ่มสัญญา แต่ด้วยความเชื่อถ้อยในชื่อเสียงของ The Pizza Company ผู้บริโภคจึงกล้าซื้อหรือบริโภคสินค้าสมนาคุณเหล่านั้น ขณะเดียวกัน เมื่อโดยปกติ การจัดรายการสนับสนุนการขายของร้านเครือข่ายแฟรนไชส์ ย่อมต้องได้รับอนุญาต หรือกำหนดขึ้นโดยผู้ให้แฟรนไชส์ จึงต้องถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้า The Pizza Company แก่สินค้าสมนาคุณ กรณีเช่นนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงถือว่าเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิต และต้องรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นผู้ผลิตหรือขายเสื้อดังกล่าว หากลูกค้าของแฟรนไชส์ได้รับอันตรายจากการสวมใส่เสื้อดังกล่าว

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า แม้หลัก Apparent Manufacturer สามารถใช้แก่การแสดงออกด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องปรากฏอยู่ที่ตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเท่านั้น และสามารถใช้แก่สินค้าคนละประเภทกับที่ผู้แสดงออกเคยผลิต หรือเกี่ยวข้องกับมาก่อน แต่ในบริบทแฟรนไชส์ การตีความบังคับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ควรจะตีความอย่างเคร่งครัดมากกว่ากรณีทั่วไป จึงควรใช้แก่กรณีที่มีการแสดงออกต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยโดยตรง หรือมิฉะนั้นก็ต้องเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนของผู้ให้แฟรนไชส์เอง หรือด้วยความยินยอมของผู้ให้แฟรนไชส์ถึงความเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้านั้น

ค) การพิจารณาพิสูจน์

แม้ว่าตามหลักการของการฟ้องคดีกล่าวอ้างให้จำเลยรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า โจทก์จะได้รับการยกเว้นตามกฎหมายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิด (fault) หรือความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยอย่างการฟ้องคดีละเมิดกรณีทั่วไป เนื่องจากมีพื้นฐานของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด แต่โจทก์ก็ยังมีภาระการพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 6

ของร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบการ ดังนั้น ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัย (defects) ของสินค้าที่กล่าวอ้างว่าเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างในกฎหมายต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer นั้น นอกไปจากภาระการพิสูจน์ตามกรณีทั่วไปของคดี Product Liability แล้ว โจทก์ยังต้องพิสูจน์ด้วยว่า¹¹² การแสดงออกของจำเลย ไม่ว่าจะด้วยการใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ หรือด้วยวิธีอื่นใด ทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าจำเลยเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้านั้น

ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าการแสดงออกของจำเลยเป็นการแสดงด้วยวิธีใดๆ ที่มีลักษณะที่ทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้าหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ควรเป็นการพิสูจน์ถึงความเชื่อถือของ “ผู้บริโภคที่มีเหตุผลสมควร” ซึ่งพิจารณาได้จากมาตรฐานทางภาวะวิสัย (Objective Standard) โดยเปรียบเทียบกับสิ่งที่บุคคลทั่วไปหรือสาธารณชนที่มีเหตุผลสมควรที่จะคาดหวังกจากการแสดงออกเช่นนั้นของจำเลย มากกว่าพิสูจน์ถึงความเชื่อถือ “ของตัวโจทก์เอง” เพราะเป็นเรื่องยากที่จะตรวจสอบว่าโจทก์เชื่อถือว่าการแสดงออกของจำเลย ว่า จำเลยเป็นผู้ผลิต ฯลฯ จริงหรือไม่¹¹³

สำหรับการพิสูจน์ถึงความเชื่อเช่นนั้น ให้วัดจากความเชื่อในเวลาที่มีการซื้อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเท่านั้น¹¹⁴ อย่างไรก็ตาม เมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ตามภาระการพิสูจน์ของตนแล้ว ศาลก็จะนำข้อสันนิษฐานเบื้องต้นถึงสถานะความเป็นผู้ผลิตของจำเลยมาใช้ แต่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานถึงสถานะความเป็นผู้ผลิตดังกล่าวได้¹¹⁵

ง) เหตุหลุดพ้นความรับผิด

ตามที่กล่าวในข้างต้นว่า ผลประการอื่นของการนำหลัก Apparent Manufacturer มาบังคับใช้ แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า นอกไปจากความรับผิดที่ต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้ผลิตแล้ว ก็คือ ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถยกข้อต่อสู้ที่ผู้ผลิตมีต่อโจทก์ขึ้นต่อสู้โจทก์ได้เช่นเดียวกัน¹¹⁶ ซึ่งตามมาตรา 7 ของร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดเหตุหลุดพ้นความรับผิดหรือข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิด

¹¹²David J. Franklyn, “The Apparent Manufacturer Doctrine, Trademark Licensors and the Third Restatement of Torts,” *Case Western Reserve Law Review* 49 (1999).

¹¹³สำหรับปัญหาดังกล่าว ศาลสหรัฐอเมริกาเห็นแบ่งเป็นสองแนวทาง โปรดดูบทที่ 3 หัวข้อ 3.2 การกำหนดความรับผิดโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer ข้อ 3.2.4 ภาระการพิสูจน์.

¹¹⁴คดี Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 90.

¹¹⁵คดี Better Beverages, Inc. v. Mary Meschwitz, 643 S.W.2d 502 (Tex. App. 1982).

¹¹⁶Jackson v. Coldspring Terrace Property Owners Association, 1997 Tex. App. 487.

แก่จำเลยที่เป็นผู้ประกอบการไว้สามประการ เมื่อแปลความว่าผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตหมายถึง ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้าด้วยแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ คือ (1) สินค้าไม่ได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ ปลอดภัย (3) ความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีการใช้ วิธีเก็บรักษา ค่าเดือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว

ข้อต่อสู้ว่า ผู้เสียหายได้รู้แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ก็คือ หลักความยินยอม ไม่ทำให้เป็นละเมิดนั่นเอง (Volenti Non Fit Injuria)¹¹⁷ ผู้ให้แฟรนไชส์อาจหลุดพ้นจากความรับผิดด้วย เหตุดังกล่าวได้เช่นกัน เช่น ผู้เสียหายได้รับอันตรายจากการบริโภคพริกป่นที่แถมมาเป็นเครื่องปรุงของ ก๋วยเตี๋ยวร้าน “ขายสี่ปะหมี่เกี๊ยว” กรณีนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ไม่ใช่ทั้งผู้ผลิต ผู้ขายหรือนำเข้าพริกป่น ก็ถือเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตพริกป่นดังกล่าว เพราะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับฐานะและความสัมพันธ์ระหว่าง คู่สัญญาแฟรนไชส์ ไม่ใช่สิ่งที่ผู้บริโภคทั่วไปจะรับรู้ได้ ดังนั้น แม้ผู้บริโภคจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ผลิต แต่ก็อาจเข้าใจว่าผู้ให้แฟรนไชส์ว่าจ้างผู้รับแฟรนไชส์ให้ผลิตได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียหายได้รู้แล้วว่า พริกป่นนั้นไม่สะอาด หรือมีสิ่งแปลกปลอมเจือปนมาด้วย ย่อมถือว่าผู้เสียหาย สมควรใจเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย หรือหากที่ช่องพริกป่นมีวันหมดอายุระบุอยู่ แต่ผู้เสียหายกลับ เก็บไว้บริโภคภายหลังจากวันที่ระบุนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมยกข้อต่อสู้และพิสูจน์ได้ว่าความเสียหาย เกิดขึ้นจากการใช้สินค้าไม่ถูกต้องของผู้เสียหายเอง เป็นต้น

นอกจากข้อต่อสู้ตามมาตรา 7 แล้ว มาตรา 5 ที่มีหลักการว่า ผู้ประกอบการจะต้องรับผิดชอบต่อ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่มีการขายแล้วเท่านั้น หมายความว่า ผู้ประกอบการสามารถยกข้อต่อสู้ว่า ตนไม่ได้นำสินค้าออกวางจำหน่าย¹¹⁸ มีปัญหาโต้แย้งว่าผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้า สินค้าจะสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดได้หรือไม่¹¹⁹

ผู้เขียนเห็นว่า แม้โดยหลักแล้ว การแสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต ฯลฯ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด จะต้อง เป็นการกระทำของผู้แสดงออกเอง¹²⁰ แต่ความยินยอมของผู้ให้แฟรนไชส์แก่การใช้เครื่องหมายการค้าของ ผู้รับแฟรนไชส์ ย่อมถือได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าและจำหน่ายสินค้าด้วยตนเอง

¹¹⁷ ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volenti Non Fit Injuria) หมายถึง บุคคลซึ่งยอมต่อการ กระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับ การกระทำหรือความเสียหายนั้นไม่ได้ และจำเลยยกเป็นข้อต่อสู้ได้ โปรดดู ไพจิตร ปุญญพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น. 22.

¹¹⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, น. 75-76.

¹¹⁹ โปรดดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.2 การกำหนดความรับผิดโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer ข้อ 3.2.5 เหตุหลุดพ้นความรับผิด.

¹²⁰ คดี Hebel v. Sherman Equip., *supra* note 90.

ดังจะเทียบเคียงได้จากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา¹²¹ ที่นำหลัก Apparent Manufacturer มาใช้บังคับแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้า แต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นในบริบทของแฟรนไชส์หรือไม่ก็ตาม ย่อมแสดงถึงการยอมรับของศาลว่า การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าโดยรู้ว่าผู้รับอนุญาต จะใช้เครื่องหมายการค้าของตนแก่สินค้าเพื่อจำหน่ายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า นั้น มีผลเท่ากับเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าและจำหน่ายสินค้าด้วยตัวเองเพราะตามหลัก Apparent Manufacturer ของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่ต้องรับผิดชอบให้นำสินค้าออกจำหน่าย (selling) หรือเข้ามาหมุนเวียนในทางการค้า (put into the stream of commerce) เช่นกัน¹²² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ แม้จะไม่ได้ผลิตหรือขายสินค้าด้วยตนเอง แต่ได้ส่งเสริมสนับสนุนผู้รับแฟรนไชส์ในการดำเนินกิจการและจำหน่ายสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ ด้วยการสร้างภาพลักษณ์และความเป็นแบบอย่างเดียวกันของกิจการเครือข่ายแฟรนไชส์ทั้งหมด ให้เกิดความเชื่อถือในกิจการแฟรนไชส์แก่ผู้บริโภคและสาธารณะ แม้ผู้บริโภคจะรู้ว่าเป็นกิจการที่เป็นอิสระของผู้รับแฟรนไชส์ แต่ก็เชื่อถือชื่อเสียงของแฟรนไชส์ในฐานะเป็นสิ่งรับประกันว่าจะได้รับสินค้าและการให้บริการที่เป็นอย่างเดียวกันหรือด้วยมาตรฐานเดียวกันจากที่เคยได้รับมาก่อนในการเข้าทำการค้ากับกิจการแฟรนไชส์ ซึ่งเมื่อกิจการของผู้รับแฟรนไชส์ได้รับความนิยมและจำหน่ายสินค้าได้ ผลประโยชน์สุดท้ายก็จะตกอยู่กับผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งได้รับค่าสิทธิเพิ่มขึ้นจากยอดขายสินค้าที่เพิ่มขึ้นของผู้รับแฟรนไชส์ ทั้งเป็นการส่งเสริมชื่อเสียงของกิจการแฟรนไชส์โดยรวมของผู้ให้แฟรนไชส์อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นที่สองว่าผู้ให้แฟรนไชส์ไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบด้วยการต่อสู้ว่าตนไม่ได้จำหน่ายสินค้าออกวางจำหน่ายได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่า “ขาย” ตามมาตรา 4 แล้วย่อมเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ไม่ปลอดภ้ยต้องเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นเพื่อขายหรือจำหน่ายในเชิงพาณิชย์ และผลิตหรือจำหน่ายในทางธุรกิจการค้าของผู้ประกอบการด้วย ดังนั้น ผู้ประกอบการย่อมยกข้อต่อสู้ว่า สินค้าไม่ได้ผลิตขึ้นเพื่อขายหรือจำหน่ายในเชิงพาณิชย์ หรือไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายในทางธุรกิจการค้าของผู้ประกอบการได้ ในทำนองเดียวกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ¹²³

¹²¹ ในประเทศไทย ศาลฎีกาวางหลักว่า การใช้เครื่องหมายการค้าไม่จำเป็นต้องนำเครื่องหมายการค้าไปติดกับสินค้าด้วยตนเอง เช่น การนำสินค้าที่ผู้อื่นเป็นผู้ผลิตมาจำหน่าย ย่อมเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่ติดมากับสินค้านั้นด้วย (ฎีกาที่ 1271-72/2508, 284/2539) เป็นต้น.

¹²² แม้บทบัญญัติของกฎหมายจะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เห็นได้จากหลักกฎหมาย Common Law ที่สร้างขึ้นจากคำพิพากษาลดลงมา โดยเฉพาะในการแบ่งแยกระหว่างผู้ขายสินค้าเป็นครั้งคราว (casual seller) กับผู้ขายในเชิงพาณิชย์ (business of selling products) โปรดดู American Jurisprudence, *Products Liability*, 2nd ed. (May 2006) section 658: stream of commerce.

¹²³ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภ้ย, น. 76.

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่อาจยกข้อต่อสู้ดังกล่าวเพื่อเป็นเหตุหลุดพ้นความรับผิดได้ เพราะสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ที่ไม่ปลอดภัยซึ่งเป็นสาเหตุให้ผู้ให้แฟรนไชส์ถูกฟ้อง ย่อมผลิตขึ้นเพื่อขายหรือจำหน่ายในเชิงพาณิชย์อยู่แล้ว ขณะเดียวกัน แม้ผู้ให้แฟรนไชส์จะไม่ได้ผลิตหรือขายด้วยตัวเอง แต่ก็ถือได้ว่าสินค้าของผู้รับแฟรนไชส์ผลิตหรือจำหน่ายในทางธุรกิจการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันกับที่ถือว่าผู้ให้แฟรนไชส์นำสินค้าออกวางจำหน่ายดังกล่าวแล้วข้างต้น

นอกจากข้อต่อสู้ที่กล่าวมาแล้ว เมื่อหลักการพื้นฐานของหลัก Apparent Manufacturer เป็นหลักกฎหมายปิดปากอย่างหนึ่งที่ห้ามไม่ให้ผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ปฏิเสธความรับผิด ด้วยการกล่าวอ้างว่าตนไม่ใช่ผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า หลัก Apparent Manufacturer จึงมุ่งหมายลงโทษแก่ผู้ที่แสดงออกโดยปริยายถึงข้อความที่ผิดไปจากความเป็นจริง¹²⁴ และปกปิดตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ดังนั้น หากผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ผลิต ฯลฯ ได้เปิดเผยตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าที่แท้จริงก็หน้าที่จะทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดในฐานะเป็น Apparent Manufacturer ไปได้¹²⁵

ดังนั้น ในกรณีของผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิต ขาย หรือนำเข้าสินค้าจะหลุดพ้นจากความรับผิดอย่างแน่นอน ก็คือ ระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต และผู้นำเข้าสินค้า และระบุฐานะของผู้ให้แฟรนไชส์ว่าเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอย่างชัดเจน เพราะหลัก Apparent Manufacturer มีเจตนารมณ์ให้ความคุ้มครองแก่ความคาดหวังของผู้บริโภคเป็นสำคัญ ในกรณีที่ผู้บริโภคไม่รู้ว่าใครเป็นผู้ผลิต ผู้บริโภคย่อมให้ความเชื่อถือแก่เครื่องหมายการค้าและชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้า แต่กรณีนี้ ความเชื่อถือที่เครื่องหมายการค้าได้สร้างขึ้นแก่ผู้บริโภคและสาธารณะว่าผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า ได้ถูกลบลงด้วยการระบุเช่นนั้นแล้ว

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

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าว ไม่น่าจะเหมาะสมกับบริบทของแฟรนไชส์ เพราะโดยสภาพของการให้แฟรนไชส์ ผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมต้องกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งเกี่ยวกับสินค้าเสมอ แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิตหรือป้อนสินค้าให้แก่

¹²⁴David J. Franklyn, *supra* note 122.

¹²⁵อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่า แม้จะระบุชื่อผู้ผลิตที่แท้จริง ก็ไม่ทำให้ผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตหลุดพ้นจากความรับผิด โปรดดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.2 การกำหนดความรับผิดโดยอาศัยหลัก Apparent Manufacturer ข้อ 3.2.5 เหตุหลุดพ้นความรับผิด.

ผู้รับแฟรนไชส์ก็ตาม เพราะผู้ให้แฟรนไชส์ต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่จำหน่ายภายใต้
เครือข่ายแฟรนไชส์ เพื่อรักษาชื่อเสียงและค่านิยมทางการค้าของกิจการแฟรนไชส์ไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
หากผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่จะต้องดำเนินการควบคุมคุณภาพของสินค้า
ที่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะไม่กระทำการใดสิ่งหนึ่ง
เกี่ยวกับสินค้า ถ้านำข้อกเว้นนี้มาใช้บังคับแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในบริบทของการให้แฟรนไชส์ก็
เท่ากับว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เป็นผู้ให้แฟรนไชส์ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้เลย

เหตุผลดังกล่าวอาจอธิบายได้ด้วยทฤษฎีเครื่องหมายการค้าว่า เครื่องหมายการค้าไม่ได้ทำ
หน้าที่ระบุแหล่งที่มาของสินค้าแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังระบุถึงคุณภาพที่สอดคล้องกันของสินค้าที่
ใช้เครื่องหมายการค้า นั่นหมายความว่า เจ้าของสินค้าไม่จำเป็นต้องผลิตสินค้าและใช้เครื่องหมายการค้าด้วย
ตนเองอีกต่อไป แต่สามารถให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า โดยตนเองทำหน้าที่เป็นแหล่งที่มาของการ
ควบคุมคุณภาพ สอดคล้องกับหลักการควบคุมคุณภาพของการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า นั่นเอง ทั้ง
ในปัจจุบัน ตามทางปฏิบัติทางการค้า ผู้ประกอบการอาจจะไม่ได้ผลิตสินค้าด้วยตัวเองเสมอไป เช่น ว่าจ้าง
ให้ผู้ผลิตอื่นที่อยู่ในประเทศที่มีค่าแรงต่ำกว่าผลิตแทน เพื่อประหยัดค่าใช้จ่าย ดังนั้น เมื่อผู้บริโภคพบเห็น
เครื่องหมายการค้าปรากฏอยู่ที่สินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ ผู้บริโภคย่อมคาดหวังว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้า
อาจจะผลิตสินค้านั้นด้วยตัวเองหรือมอบหมายให้ผู้อื่นผลิตสินค้านั้น โดยอยู่ภายใต้การควบคุมคุณภาพของ
ตน ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วยตัวเองหรืออนุญาต
ให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า ความคาดหวังของผู้บริโภคจึงไม่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่เจ้าของ
เครื่องหมายการค้าอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งหมายรวมถึงกรณีที่เป็นส่วนหนึ่งของการให้
สิทธิแฟรนไชส์ เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะลบเลือนความคาดหวังหรือความเชื่อถือที่ผู้บริโภคมีต่อ
เครื่องหมายการค้าว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าผลิตสินค้าด้วยตัวเอง ก็ด้วยการระบุชื่อของผู้ผลิต ผู้ว่าจ้าง
ให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า พร้อมกับระบุข้อความอย่างชัดเจนว่า คนเป็นผู้ให้แฟรนไชส์ ไม่ใช่ผู้ผลิต ผู้ว่า
จ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า เมื่อระบุข้อความเช่นนั้นแล้ว ผู้บริโภคย่อมไม่อาจกล่าวอ้างว่าตนตัดสินใจ
ซื้อหรือบริโภคสินค้าด้วยความเชื่อถือเครื่องหมายการค้าว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น
ด้วยเหตุนี้ ผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมไม่ตกอยู่ในฐานะเป็นผู้เสมือนผู้ผลิต และไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบตามหลัก
Apparent Manufacturer เช่น

สมมติข้อเท็จจริงว่า A (ผู้ให้แฟรนไชส์) ทำสัญญาแฟรนไชส์กับ B (ผู้รับแฟรนไชส์) โดย A
อนุญาตให้ B ใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าที่จำหน่ายในกิจการแฟรนไชส์

1) กรณีเป็นสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

ก) ถ้า B ผลิตสินค้านั้นด้วยตนเอง ก็ต้องระบุว่า “ผลิตโดย B ภายใต้การอนุญาตให้ใช้
เครื่องหมายการค้าของ A หรือภายใต้การให้แฟรนไชส์ของ A และ A ไม่ใช่ผู้ว่าจ้างให้ผลิต”

ข) ถ้า B ว่าจ้างให้ C ผลิต ก็ต้องระบุว่า “ผลิตโดย C ว่าจ้างให้ผลิตโดย B ภายใต้การอนุญาต
ให้ใช้เครื่องหมายการค้าของ A หรือภายใต้การให้แฟรนไชส์ของ A”

มีข้อสังเกตว่า กรณีเป็นสินค้าที่ผลิตภายในประเทศนี้ ไม่จำเป็นต้องระบุตัวผู้นำเข้า เพราะโดยปกติเมื่อระบุตัวผู้ผลิต ย่อมบ่งชี้อยู่ในตัวแล้วว่าเป็นสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ไม่ว่าจากที่อยู่ของผู้ผลิต หรือชื่อของผู้ผลิต ดังนั้น ผู้บริโภคย่อมไม่มีทางที่จะเข้าใจว่าผู้ให้แฟรนไชส์ (เจ้าของเครื่องหมายการค้า) เป็นผู้นำเข้าสินค้า

2) กรณี B นำเข้าสินค้ามาจากต่างประเทศ

ก) ถ้ามีการว่าจ้างผลิต ก็ต้องระบุว่า “ผลิตโดย C ว่าจ้างให้ผลิตโดย D นำเข้าโดย B”

ข) ถ้าไม่มีการว่าจ้างผลิต ก็ต้องระบุว่า “ผลิตโดย C นำเข้าโดย B”

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า การระบุฉลากสินค้าในกรณีของแฟรนไชส์ จะแตกต่างจากการระบุฉลากที่พบเห็นกันทั่วไปในท้องตลาด ที่มักจะระบุแต่เพียงชื่อของผู้ผลิต หรือใช้ข้อความว่า “ผลิตโดย... ภายใต้การควบคุม (under control by) ของ...” แต่ในกรณีแฟรนไชส์ การระบุเช่นนั้น อาจไม่ส่งผลให้ผู้ให้แฟรนไชส์หลุดพ้นจากความรับผิด เพราะบทบาทของผู้ให้แฟรนไชส์อาจเป็นได้ทั้งผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้าก็ได้ ขึ้นอยู่กับประเภทของแฟรนไชส์ และข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งไม่เป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันโดยทั่วไปของผู้บริโภค ดังนั้น หากผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต และผู้นำเข้าสินค้าเป็นคนละคนกัน ก็ต้องระบุชื่อของบุคคลเหล่านั้นทั้งหมด การระบุชื่อแต่เพียงคนเดียวคนหนึ่ง หรือระบุไม่ครบถ้วนทุกคน แม้จะระบุฐานะของผู้ให้แฟรนไชส์ด้วยว่าเป็นผู้อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า หรือผู้ให้แฟรนไชส์ ก็ไม่ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์หลุดพ้นจากความรับผิด

นอกจากนั้น การระบุชื่อผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างผลิตและผู้นำเข้าสินค้า ต้องระบุชื่ออย่างชัดเจนด้วย แต่ในทางปฏิบัติทางการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้า รวมทั้งผู้ให้แฟรนไชส์อาจจะไม่ต้องการระบุชื่อของผู้ผลิตเพราะต้องการสร้างหรือรักษาภาพลักษณ์ของสินค้าไว้ โดยเฉพาะในกรณีของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง เช่น เจ้าของเครื่องหมายการค้า Yves Saint Laurent ย่อมไม่ต้องการให้ผู้บริโภครู้ว่าน้ำหอมของตนผลิตโดยโรงงานเล็กๆ ในประเทศกำลังพัฒนา เป็นต้น ดังนั้น ฉลากสินค้าจึงใช้ข้อความอื่นแทนคำว่า “made by” เช่น ระบุว่า specially made for (ผลิตสำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยเฉพาะ) หรือ genuinely approved parts (เจ้าของเครื่องหมายการค้าให้ความยินยอมแก่การผลิต) หรือ packed for (บรรจุหีบห่อสำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้า) หรือ selected for (คัดเลือกสำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้า) กรณีเหล่านี้ ไม่ได้เป็นการระบุตัวผู้ผลิต แม้บางกรณีจะเห็นได้ชัดเจนว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช่ผู้ผลิตก็ตาม ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จะหลุดพ้นความรับผิดก็ต่อเมื่อระบุตัวผู้ผลิต รวมถึงผู้ว่าจ้างผลิต และผู้นำเข้าสินค้าด้วย

ในการทำงานเดียวกัน กรณีที่สินค้าระบุแต่เพียงสถานที่ผลิต เช่น ระบุว่าผลิตในประเทศใด โดยไม่ได้ระบุด้วยว่าใครเป็นผู้ผลิตสินค้า ย่อมไม่ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหลุดพ้นจากความรับผิด เพราะการระบุสถานที่ผลิตไม่ทำให้ผู้บริโภคหรือผู้เสียหายสามารถรู้ตัวผู้ผลิตที่แท้จริงได้

กรณีใดบ้างที่จะถือเป็นการใช้ชื่อ เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความ หรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้า คงจะไม่สามารถกล่าวได้อย่างครบถ้วน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความเข้าใจของผู้บริโภคอย่างมีเหตุผลสมควรว่า การใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้านั้นหรือไม่ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การใช้เครื่องหมายการค้า ฯลฯ ที่จะทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ตกอยู่ในสถานะเป็นผู้เสมือนผู้ผลิต และต้องรับผิดชอบตามร่างพระราชบัญญัติฯ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับกิจการที่ผลิตสินค้าสำเร็จรูปเท่านั้น แต่มีผลต่อสินค้าปรุงสด ซึ่งเห็นได้ชัดว่าผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ใช่ผู้ผลิต อย่างแฟรนไชส์อาหารจานด่วน แฟรนไชส์กาแฟสดด้วย เช่น ก๋วยเตี๋ยว “ชายสี่มะหี่เกี้ยว” แม้ผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าก๋วยเตี๋ยว ก็ถือเป็นผู้อยู่ในสถานะเสมือนผู้ผลิตได้ เพราะผู้บริโภคอาจเข้าใจว่าผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ว่าจ้างผู้รับแฟรนไชส์ให้ผลิตหรือเข้าใจว่าผู้รับแฟรนไชส์เป็นตัวแทน หรือสาขาของผู้ให้แฟรนไชส์ ดังนั้น จึงเท่ากับผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้ผลิตสินค้านั้น

ในทางตรงข้าม กิจการอาหารปรุงสด ก็อาจ “ขาย” สินค้าบางอย่างที่เป็นสินค้าสำเร็จรูป เช่น เครื่องปรุงรสก๋วยเตี๋ยวอย่างพริกป่นหรือน้ำตาลที่บรรจุอยู่ในซอง “ชายสี่มะหี่เกี้ยว” น้ำตาลซองหรือกระดาษเช็ดมือที่แถมมากับกาแฟสด ซึ่งมีเครื่องหมายการค้าของ “บ้านไร่กาแฟ” ทำนองเดียวกันกับแฟรนไชส์ประเภทธุรกิจด้านบริการ เช่น โรงเรียนสอนดนตรีมีฟ้า ในการเรียนดนตรี ให้นักเรียนใช้เครื่องดนตรีที่มีเครื่องหมายการค้าของโรงเรียน ย่อมเป็นการ “ขาย” สินค้าเช่นกัน เพราะเป็นการจัดหา ดังนั้น หากสินค้าเหล่านี้ไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกค้า หรือบุคคลที่ไม่ได้บริโภคหรือใช้สินค้าแล้ว แม้ผู้ให้แฟรนไชส์จะไม่ได้ผลิต ขายหรือนำเข้าสินค้านั้น ก็อาจต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับแฟรนไชส์ตามบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้งนี้ การตีความบังคับใช้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ที่ไม่ได้ผลิตหรือขายหรือนำเข้าสินค้า ควรจะตีความอย่างเคร่งครัดเพราะผู้ให้แฟรนไชส์ไม่ใช่บุคคลที่อยู่ในสายแห่งการจำหน่ายสินค้าโดยตรง จึงควรใช้แก่กรณีที่มีการแสดงออกต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยโดยตรง หรือมิฉะนั้น ก็ต้องเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนของผู้ให้แฟรนไชส์เอง หรือด้วยความยินยอมของผู้ให้แฟรนไชส์ถึงความเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างผลิต หรือผู้นำเข้าสินค้านั้น.