

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สรุปผลการศึกษา

ข้อตกลงฟ่วงขาย นับเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าประเภทหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจมักจะหยิบยกขึ้นมาใช้ โดยผู้ขายได้วางเงื่อนไขในการซื้อสินค้าชนิดหนึ่งที่เป็นที่ต้องการของผู้ซื้อ (สินค้าหลัก) ว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่ง (สินค้าฟ่วง) จากผู้ขายด้วย ซึ่งหากผู้ขายเป็นผู้มีอำนาจตลาดในตลาดสินค้าหลักแล้ว ย่อมมีผลเป็นการบังคับให้ผู้ซื้อต้องยอมตามและขาดความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าผู้ขายรายอื่นอีกส่วนแบ่งตลาดสินค้าของผู้อื่น โดยอาศัยอำนาจตลาดที่ตนมีอยู่ในอีกตลาดสินค้าหนึ่ง สร้างอุปสรรคทางการค้า (barrier to entry) หรือเป็นการทำลายคู่แข่งขึ้น เพื่อที่จะรักษาอำนาจตลาดหรือการผูกขาดไว้ จากผลกระทบของข้อตกลงฟ่วงขายที่มีต่อการแข่งขันดังกล่าว ประเทศต่าง ๆ จึงได้วางมาตรการทางกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้มีการทำข้อตกลงฟ่วงขาย โดยกำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าของตน

ในประเทศที่มีความเชื่อมั่นว่า การแข่งขันเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อระบบเศรษฐกิจ และประชาชน ก็จะบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าไว้อย่างเข้มงวด ไม่ยินยอมให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่มีข้อยกเว้น และใช้หลักความผิดในตัวเอง (per se rule) กล่าวคือ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ย่อมถือได้ว่าจำเลยกระทำผิดกฎหมาย โดยจำเลยไม่อาจอ้างพยานหลักฐานหรือนาฬิกาว่ากระทำของตนจะก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น ดังเช่น The Sherman Act 1890 ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเราเรียกกฎหมายป้องกันการผูกขาดและจำกัดการ

แข่งขันในระบบนี้ว่า ระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control System) กฎหมายป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันในระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจจะมีความชัดเจนแน่นอน แต่ก็ เป็นกฎหมายที่ขาดความยืดหยุ่น

สำหรับประเทศที่เห็นว่า การแข่งขันเป็นสิ่งสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจ แต่ก็ ยังเห็นความจำเป็นของการผูกขาดหรือการจำกัดการแข่งขัน ก็จะบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่ไม่ห้ามการผูกขาด หรือการจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาด ดังเช่นกฎหมายในระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ แต่จะห้ามเมื่อการผูกขาด หรือการจำกัดการแข่งขันทางการค้า จะก่อให้เกิดผลเสียต่อส่วนรวม โดยผู้ประกอบการที่เข้าซื้อตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันจะต้องนำข้อตกลงดังกล่าวไปจดทะเบียน และศาลจะทำการพิจารณาถึงผลดีและผลเสียอันเกิดจากการจำกัดการแข่งขัน หากศาลเห็นว่า การจำกัดการแข่งขันก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดีที่จะเกิดต่อสังคมแล้ว ศาลจะตัดสินให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (contrary to public interest) อันมีผลทำให้ข้อตกลงเป็นโมฆะ ดังเช่น The Restrictive Trade Practice Act 1976 ของอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นสามารถให้ได้ตามสถานการณ์ที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม กฎหมายในระบบนี้ทำให้มีการพิจารณาที่ยืดยาว และอาจถูกโต้แย้งได้ง่าย

ธุรกิจแพรรนโซส์นับว่าเป็นธุรกิจที่ประสบความสำเร็จอย่างสูงในประเทศไทยในระยะไม่กี่ปีที่ผ่านมา และเป็นธุรกิจที่มีก่อกำเนิดขัดแย้งเกี่ยวกับข้อตกลงฟ่วงขายมากที่สุดธุรกิจหนึ่ง ทั้งนี้เป็นเพราะธุรกิจแพรรนโซส์เป็นธุรกิจที่มีการขายสินค้าและบริการต่าง ๆ รวมทั้งชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้ารวมกันมาเป็นชุด (package) บางครั้งผู้ให้แพรรนโซส์อาจคิดค่าธรรมเนียมการนำสิทธิในชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้าเพียงเล็กน้อย หรือไม่คิดค่าธรรมเนียมเลยแต่ให้ผู้รับแพรรนโซส์ที่อวดฤติบ ูปกรณ์เครื่องใช้ หรือสินค้าอื่น ๆ จากผู้ให้แพรรนโซส์ ซึ่งผู้ให้แพรรนโซส์จะได้กำไรจากการขายสินค้าเหล่านั้นมากกว่า และจากลักษณะสำคัญของ

ธุรกิจแพรนไชส์ที่เป็นธุรกิจที่ต้องรักษาความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า (uniformity) และการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของผู้รับแพรนไชส์อย่างใกล้ชิด เพื่อที่จะรักษาค่านิยม (goodwill) ของตัวสินค้าในทัศนคติของผู้บริโภค จึงทำให้ผู้ให้แพรนไชส์สามารถแสวงหากำไรจากการทำข้อตกลงฟร้งขายได้ง่าย โดยที่วัตถุประสงค์สินค้า หรือบริการบางอย่างอาจไม่เกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพ ชื่อเสียงหรือภาพพจน์ของธุรกิจ หรือเป็นสินค้าที่สามารถหาได้ง่ายโดยทั่วไปในคุณภาพเดียวกัน และมีราคาถูกกว่า

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นต้นกำเนิดของธุรกิจแพรนไชส์สมัยใหม่ ได้มีการออกกฎหมายควบคุมธุรกิจแพรนไชส์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยมลรัฐต่าง ๆ กฎหมายแพรนไชส์ของมลรัฐต่าง ๆ ได้วางมาตรการประกอบธุรกิจของผู้ให้แพรนไชส์ โดยกำหนดให้มีการจดทะเบียนหนังสือชื้อชวนการขายแพรนไชส์ และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแพรนไชส์ที่สำคัญต่อการตัดสินใจในการลงทุนของผู้รับแพรนไชส์ ตลอดจนควบคุมการเลิกสัญญา หรือการไม่ต่ออายุสัญญา ซึ่งจะต้องมีสาเหตุที่สมควร (good cause) เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันการหลอกลวงฉ้อฉล หรือการเอาเปรียบของผู้ให้แพรนไชส์ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ให้แพรนไชส์ได้กำหนดข้อตกลงฟร้งขายไว้ในสัญญาแพรนไชส์ ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด และจำกัดการแข่งขันทางการค้า ตาม The Sherman Act 1890 และ The Clayton Act 1914 ซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดข้อพิจารณาในเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกับข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อตกลงฟร้งขายโดยทั่วไปและพิจารณาถึงลักษณะของธุรกิจแพรนไชส์นั้นประกอบด้วย กล่าวคือ

1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับตัวสินค้า (Single or Two Product) กล่าวคือ การฟร้งขายนั้นจะต้องปรากฏว่า มีการขายสินค้าสองชนิดฟร้งกันไป หากสินค้าที่กล่าวอ้างนั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกันในสายตาของผู้ประกอบธุรกิจโดยทั่วไปแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการฟร้งขาย

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจตลาด (Market Power) ในการทำข้อตกลงฟ่วงขายนั้น ผู้ให้แพรนาซิสจะต้องมีอำนาจตลาดเหนือตลาดสินค้านั้น โดยบังคับให้ผู้รับแพรนาซิสต้องยอมรับเอาข้อตกลงฟ่วงขายไว้ ซึ่งหากผู้ให้แพรนาซิสไม่มีอำนาจตลาดแล้ว ผู้รับแพรนาซิสย่อมสามารถเลือกทำสัญญาแพรนาซิสกับผู้ให้แพรนาซิสที่ไม่มีข้อตกลงฟ่วงขายได้อย่างอิสระ

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวเงื่อนไขการขาย (Conditional Sales) กล่าวคือผู้ให้แพรนาซิสจะต้องวางข้อกำหนดให้ผู้รับแพรนาซิสซื้อสินค้าฟ่วงเพื่อที่จะได้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจภายใต้ชื่อทางการค้าของตน หากไม่มีเงื่อนไขการขายดังกล่าวโดยผู้รับแพรนาซิสมีอิสระในการซื้อสินค้าจากผู้ให้แพรนาซิสแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการฟ่วงขาย

4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างรัฐ (Affected Interstate Commerce) การทำข้อตกลงฟ่วงขาย หากมีผลกระทบต่อปริมาณการค้าแต่เพียงเล็กน้อย ศาลไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย

สำหรับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงฟ่วงขายของประเทศไทยนั้น จากการศึกษาพบว่า กฎหมายที่อาจนำมาพิจารณาแก้ปัญหาการทำข้อตกลงฟ่วงขายในสัญญาแพรนาซิส ได้แก่

1. มาตรการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นกฎหมายทั่วไปซึ่งยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นสำคัญ กล่าวคือ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาเลือกคู่สัญญา กำหนดเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งเมื่อคู่สัญญาตกลงกันไว้เป็นเช่นใดแล้ว ย่อมมีผลทางกฎหมายที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ก็อาจถูกจำกัดในบางประการ ดังเช่น หลักความสงบ

เรียกร้องของประชาชน ซึ่งจะมีผลให้ข้อตกลงที่คู่สัญญาทำขึ้นนั้น ตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย

การที่ผู้ให้แพรนไชส์ กำหนดให้ผู้รับแพรนไชส์ซื้อสินค้าต่าง ๆ จากตน นอกเหนือไปจากตัวสินค้าที่เรียกว่าแพรนไชส์แล้ว ย่อมถือว่าเป็นการพ่วงขาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้า ทำให้ผู้รับแพรนไชส์ต้องขาดความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่น เป็นการสร้างหรือขยายอำนาจตลาดของผู้ให้แพรนไชส์ ด้วยการยึดส่วนแบ่งตลาดสินค้าจากผู้อื่น โดยอาศัยอำนาจที่ตนมีอยู่ในอีกตลาดสินค้าหนึ่ง ทาลายคู่แข่งชั้น หรือสร้างอุปสรรคทางการค้าให้เพิ่มมากยิ่งขึ้น อันถือว่าเป็นการขัดต่อแนวความคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

อย่างไรก็ตาม หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือเป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น การพิจารณาว่า ข้อตกลงพ่วงขายเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือไม่ จึงต้องพิจารณาในลักษณะจำกัดมิให้ไปทาลายหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

จากแนวคำพิพากษาของศาล ที่เกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในการประกอบอาชีพและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันไม่เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากปรากฏว่ามีการต่างตอบแทนในการจำกัดสิทธิ การจำกัดสิทธิไม่เป็นการเกินสมควร และการจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อส่วนรวมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การทำข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรนไชส์ จะไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่อย่างใด เนื่องจากข้อพิจารณาในเรื่องการต่างตอบแทนนั้น หากผู้ให้แพรนไชส์ใช้ข้อตกลงพ่วงขาย แทนการคิดค่าธรรมเนียมจากผู้รับแพรนไชส์แล้ว ย่อมถือว่าการจำกัดสิทธิของผู้รับแพรนไชส์ในการเลือกซื้อสินค้าจากผู้อื่น ในกรณีข้อตกลงพ่วงขายเช่นนี้ ถือเป็นกรต่างตอบแทนในการที่ผู้ให้แพรนไชส์อนุญาตให้ผู้รับแพรนไชส์ใช้

สิทธิในการประกอบธุรกิจภายใต้ชื่อทางการค้าของผู้รับแพรนไฮส์ และการทำข้อตกลง
 พ่วงขาย ยังอาจมองว่าเป็นข้อตกลงที่ไม่เกินสมควร เนื่องจากมีระยะเวลาอันจำกัด
 และอาจถูกมองได้ว่าเป็นข้อตกลงที่รักษาสีทธิประโยชน์ทางการค้าโดยชอบ อีกทั้งก็ไม่
 เป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ และประชาชนเป็นส่วนมาก หาก
 ไม่ปรากฏว่า ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าพ่วงต้องออกจากตลาดไป หรือผู้บริโภคส่วน
 ใหญ่ต้องจ่ายเงินเพิ่มจากราคาสินค้าที่สูงขึ้น

การนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีหลักการในการเคารพ
 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงไม่เหมาะสมในการนำมาใช้กับการทำข้อตกลงพ่วงขาย
 ในกรณีของแพรนไฮส์ เพราะไม่อาจคุ้มครองประโยชน์ของผู้รับแพรนไฮส์ ตลอดจน
 ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าพ่วงได้

2. มาตรการตาม พรบ.กำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาด พ.ศ.
 2522 ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อป้องกันการจำกัดการแข่งขันในลักษณะต่าง ๆ
 รวมทั้งการทำข้อตกลงพ่วงขายไว้โดยตรง มาตรา 38 ได้บัญญัติขึ้นในลักษณะเป็นการ
 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำข้อตกลงพ่วงขายไว้โดยไม่มีข้อยกเว้น อันมีลักษณะเช่นเดียวกับ
 มาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันในระบบควบคุม
 โครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) แต่กฎหมายก็ได้กำหนดเงื่อนไข
 ในการบังคับใช้ถึงสองประการ ซึ่งแทนที่จะเป็นการทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นแต่กลับ
 มีผลให้การขอบเขตการบังคับใช้แคบลง และไม่สามารถนำมาใช้เพื่อป้องกันความเสี
 หายอันเกิดจากการทำข้อตกลงพ่วงขายได้อย่างทันที่ ซึ่งเมื่อนำมาใช้กับการทำข้อ
 ตกลงพ่วงขายที่ผู้ให้แพรนไฮส์บังคับให้ผู้รับแพรนไฮส์ซื้อสินค้าอื่น นอกเหนือไปจากตัว
 สินค้าที่เรียกว่าแพรนไฮส์ อันถือว่าเป็นการพ่วงขายแล้ว ย่อมไม่สามารถคุ้มครองผู้รับ
 แพรนไฮส์ และผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าพ่วงได้ นอกจากนี้ การบัญญัติเงื่อนไข
 การบังคับกฎหมายยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจ ไม่อาจทราบแนวนโยบายของรัฐที่มีต่อการ
 ทำข้อตกลงพ่วงขายรวมทั้งยังมีผลต่อการพิจารณา ถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงพ่วงขาย
 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกด้วย

การบัญญัติห้ามการทําข้อตกลงพ่วงขายไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่มีบทก-
เว้น หากได้มีการประกาศควบคุมธุรกิจที่มีการให้แพรนไชลส์ และประกาศห้ามการทํา
ข้อตกลงพ่วงขายแล้ว จะมีผลทําให้การประกอบธุรกิจของผู้ให้แพรนไชลส์ประสบปัญหา
เช่นกัน เพราะจะทําให้การขายสินค้าของผู้ให้แพรนไชลส์เป็นความผิดแม้ว่าจะเป็นการ
ขายสินค้าต่าง ๆ ที่รวมแล้วเรียกว่า แพรนไชลส์ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการพ่วงขาย รวมทั้ง
ยังไม่มีบทกเว้นที่ให้ผู้ให้แพรนไชลส์ สามารถขายสินค้าอื่น เช่น วัตถุดิบ วัสดุอุปกรณ์
หรือเครื่องปรุงแต่งอาหาร นอกเหนือไปจากสินค้าที่เรียกว่า แพรนไชลส์ เพื่อรักษา
คุณภาพ และความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า อันเป็นการขัดต่อลักษณะของการ
ประกอบธุรกิจในรูปแบบแพรนไชลส์

3. มาตรการตาม พรบ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522

กฎกระทรวงฉบับที่ 7 ข้อ 2 (1)(2) และ (10) นับเป็นบทบัญญัติที่ห้าม
ผู้ทรงสิทธิบัตรทําข้อตกลงพ่วงขายกับผู้รับอนุญาต ซึ่งเมื่อนามาใช้กับการทําข้อตกลง
พ่วงขายในสัญญาแพรนไชลส์ จะมีผลทําให้ผู้ให้แพรนไชลส์ ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตร ไม่อาจ
กำหนดให้ผู้รับแพรนไชลส์ซื้อวัสดุจากตน หรือผู้ที่ตนกำหนด รวมทั้งสินค้าอื่นที่ไม่ใช่สินค้า
ตามสิทธิบัตรโดยคิดค่าตอบแทน อันสามารถคุ้มครองประโยชน์ของผู้รับแพรนไชลส์จาก
การบังคับให้ต้องยอมรับการพ่วงขาย อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีข้อยกเว้นให้ผู้ให้แพรนไชลส์
สามารถทําข้อตกลงพ่วงขายได้ในบางกรณี เพื่อความจำเป็นในการผลิตสินค้าให้ได้ผล
ตามสิทธิบัตรอันถือเป็นการทําให้กฎหมายนั้นมีความยืดหยุ่น แต่ก็ได้กำหนดขอบเขต
ในเรื่องราคาของวัสดุ ที่ผู้ให้แพรนไชลส์จะคิดจากผู้รับแพรนไชลส์เพื่อมิให้มีการอ้างข้อ
ยกเว้นจนเกินขอบเขต อย่างไรก็ตาม มาตรการในการป้องกันการทําข้อตกลงพ่วงขาย
ตาม พรบ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ดังกล่าว ก็นามามาใช้กับสัญญาแพรนไชลส์ได้อย่างจำกัด
เพราะจะสามารถใช้ได้เฉพาะกับการทําสัญญาแพรนไชลส์ ซึ่งผู้ให้แพรนไชลส์เป็นผู้ทรง
สิทธิบัตรได้อนุญาตให้ผู้รับแพรนไชลส์ผลิตสินค้าที่ตนมีสิทธิบัตรเท่านั้น

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า ข้อตกลงพ่วงขายก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้าทั้งในด้านผู้ซื้อ และผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าพ่วง ซึ่งในประเทศต่าง ๆ ได้วางมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการทำข้อตกลงพ่วงขาย โดยมีแนวทางการแก้ปัญหาที่แตกต่างกันออกไป

ธุรกิจแพรนไชส์นับเป็นธุรกิจหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการทำข้อตกลงพ่วงขายมากที่สุดธุรกิจหนึ่ง เมื่อพิจารณาถึงมาตรการตามกฎหมายทั้ง 3 ฉบับที่ยกขึ้นพิจารณานั้น พบว่า มาตรการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับการทำข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรนไชส์อย่างเหมาะสม เนื่องจาก แนวความคิดในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นสำคัญ เมื่อผู้ให้แพรนไชส์และผู้รับแพรนไชส์ตกลงทำสัญญาไว้เป็นเช่นใจแล้ว ย่อมต้องปฏิบัติตามสัญญา เว้นแต่ว่าข้อตกลงที่ทำขึ้น นั้น เป็นข้อตกลงที่กระทบกระเทือนต่อประชาชนเป็นส่วนรวม ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ การข่มขู่ กลฉ้อฉล หรือการสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเข้ามาแทรกแซงโดยบัญญัติให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโรมมะหรือโรมียะ แต่การทำข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรนไชส์ แม้จะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยจำกัดอิสระในการเลือกซื้อสินค้าของผู้รับแพรนไชส์ และก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าในตลาดสินค้าพ่วงก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน ซึ่งต่างมองได้ว่าต่างฝ่ายต่างมีฐานะเท่าเทียมกัน ในการเจรจาต่อรอง เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เป็นเช่นใจแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปก็ต้องยอมรับบังคับไว้ เนื่องจากเป็นเจตนาของคู่สัญญาเอง

สำหรับมาตรการตามกฎหมายเฉพาะ คือ พรบ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นั้น สามารถนำมาใช้ได้เฉพาะกับแพรนาโซล ที่เป็นการอนุญาตให้สิทธิ ตามสิทธิบัตร เท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับการทำข้อตกลงฟ่วงขายในทุกกรณีได้

ส่วนมาตรการตาม พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 นับเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันซึ่งในประเทศต่าง ๆ ก็ได้ใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันกับการแก้ไขปัญหาการทำข้อตกลงฟ่วงขาย แต่ก็มีแนวทางการแก้ไข ปัญหาแตกต่างกันออกไป

ในประเทศที่เชื่อมั่นว่าการแข่งขันเท่านั้น ที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจ ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ก็จะมีบัญญัติห้ามการทำข้อตกลงฟ่วงขาย ไว้อย่างเคร่งครัด โดยถือว่า เป็นความผิดอย่างชัดแจ้ง (per se) แต่ก็มีข้อยกเว้น ความผิด per se โดยเคร่งครัด เพราะศาลจะพิจารณาถึงลักษณะของข้อตกลงนั้นว่า จะต้องเป็นการขายสินค้าต่างชนิดกัน อานาจตลาด การบังคับและผลกระทบของข้อตกลง ฟ่วงขายที่มีต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าฟ่วง นอกจากนี้ ศาลอาจยกเว้นไม่ใช้หลัก per se ในบางกรณี คือการรักษาคุณภาพของสินค้า การเข้ามาของผู้ประกอบธุรกิจ รายใหม่หรือการหาหลักประกันในการจัดส่งสินค้า โดยศาลใช้หลักความสมเหตุสมผล (Rule of Reason) กับกรณีดังกล่าว ซึ่งจะพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลในการ ทำข้อตกลงฟ่วงขาย สำหรับประเทศที่เห็นว่าการแข่งขันเป็นสิ่งสำคัญ แต่ยังเห็นความ จำเป็นของการจำกัดการแข่งขันทางการค้าดังเช่นประเทศอังกฤษ ก็จะมีบัญญัติกฎหมาย ในลักษณะที่ยินยอมให้มีการทำข้อตกลงฟ่วงขายได้ แต่การทำข้อตกลงฟ่วงขายดังกล่าว จะต้องไม่เป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (Against Public Interest) โดย จะพิจารณาถึงผลดีและผลเสียของการทำข้อตกลงฟ่วงขายที่มีต่อส่วนรวม หากข้อตกลง ฟ่วงขายนั้นก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดีแล้ว ก็จะถือว่าข้อตกลงฟ่วงขายที่ทำขึ้นนั้น เป็นโทษ ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้น ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการทำข้อตกลงฟ่วงขาย

ไว้ในลักษณะเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็ได้พัฒนาระบบการขออนุญาต (Authorization) และการจดทะเบียน (Notification) ขึ้นมาใช้เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้น สามารถทำข้อตกลงล่วงหน้าได้ หากข้อตกลงล่วงหน้านั้นจะก่อให้เกิดผลดีต่อสาธารณะมากกว่าผลเสียที่จะเกิดขึ้น

เมื่อพิจารณามาตรา 38 แห่ง พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่นำมาใช้ป้องกันการทำข้อตกลงล่วงหน้าโดยตรงแล้ว จะเห็นว่ามีความไม่เหมาะสมหลายประการในการนำมาพิจารณาใช้กับการทำข้อตกลงล่วงหน้าในสัญญาแฟรนไชส์ โดยไม่สามารถคุ้มครองผู้รับแฟรนไชส์ และผู้ประกอบการในตลาดสินค้าฟุ้ง ตลอดจน เป็นการขัดต่อลักษณะของการประกอบธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์ที่เป็นธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการขายสินค้าเป็นชุด ตลอดจนต้องรักษาคุณภาพของสินค้า และความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้าเพื่อรักษาชื่อเสียงทางการค้าของตน

โดยที่ประเทศไทย จัดเป็นประเทศ ที่จัดอยู่ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งถือว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นที่มาของกฎหมาย (Source of Law) และคำพิพากษาของศาลไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย ดังนั้นการแก้ปัญหาจึงมีอาจทำได้โดยอาศัยการพิจารณาของศาล ดังเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาลักษณะ หรือองค์ประกอบของการทำข้อตกลงล่วงหน้า ที่เป็นการผิด per se รวมทั้งการพัฒนาหลักความสมเหตุสมผล (Rule of Reason) มาใช้กับการทำข้อตกลงล่วงหน้าในบางกรณี หรือการส่งข้อตกลงให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าข้อตกลงล่วงหน้าขัดต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ ดังเช่นประเทศอังกฤษ ซึ่งทั้งสองประเทศดังกล่าว เป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งเมื่อศาลได้กำหนดข้อพิจารณา หรือแนวทางการตัดสินไว้ในคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาดังกล่าว ย่อมเป็นกฎหมายสำหรับการแก้ไขปัญหาของไทย จึงต้องกระทำโดยการแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือ พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันการทำข้อตกลงล่วงหน้าไว้โดยตรง

การแก้ไขปัญหาประการแรก คือ การยกเลิกเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะได้มีบทบัญญัติ ที่เป็นหลักในการป้องกันการทำข้อตกลงฟ่วงขายเพื่อคุ้มครองและป้องกันความเสียหาย ที่จะเกิดกับผู้รับแพรรนไฮส์ รวมทั้งผู้ประกอบการในตลาดสินค้าฟ่วง จากการทำข้อตกลงฟ่วงขาย และ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ให้แพรรนไฮส์ ทราบว่ารัฐมีนโยบายในการป้องกันการทำข้อตกลงฟ่วงขายของผู้ประกอบการธุรกิจ

การที่บทบัญญัติ มาตรา 38 ได้บัญญัติขึ้นในลักษณะกว้าง ๆ ในลักษณะเดียวกับ The Sherman Act 1890 อาจมีผลทำให้การขายสินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ เป็นความผิดตามกฎหมายซึ่งจะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจดังตัวอย่างเช่น ธุรกิจแพรรนไฮส์ที่เป็นธุรกิจที่ขายสินค้าเป็นชุด อาจถูกฟ้องร้องว่าเป็นการทำข้อตกลงฟ่วงขาย แม้ว่าจะเป็นการขายสินค้าต่าง ๆ ที่รวมเรียกว่า แพรรนไฮส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการตาม พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 เป็นมาตรการทางอาญาซึ่งมีทั้งโทษจำคุก และปรับ หากปล่อยให้มีการดำเนินการฟ้องร้องคดี ดังเช่นคดีอาญาโดยทั่วไปแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการและการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศ ได้วิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว อาจกระทำได้โดยการกำหนดให้การฟ้องร้องคดีทางอาญา เป็นหน้าที่ของรัฐ โดยผ่านการสอบสวนพิจารณาขององค์กรของรัฐ ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ทั้งด้านเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ดังเช่นหน่วยงาน Justice Department ของสหรัฐอเมริกา เพื่อกลั่นกรองเรื่องก่อนนำขึ้นสู่ศาล

นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะห้ามการทำข้อตกลงกฎหมายไว้ อย่างเข้มงวดโดยไม่มีข้อยกเว้นดังเช่นมาตรา 38 แห่ง พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 นั้น ย่อมเป็นปัญหาต่อการประกอบธุรกิจโดยเฉพาะธุรกิจแพรรนไฮส์ที่ยกขึ้นพิจารณา ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีบทบัญญัติที่เข้มงวดก็ได้แก้ปัญหาดังกล่าวใช้หลักความสมเหตุสมผล (Rule of Reason) แต่สำหรับ

ประเทศไทย ซึ่งจัดอยู่ในระบบประมวลกฎหมาย จำเป็นต้องแก้ปัญหาโดยการแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดบทยกเว้นที่ยินยอมให้มีการทำข้อตกลงฟองชายนางกรณี ดังเช่นการควบคุมคุณภาพของสินค้า การจัดหาหลักประกันการจัดส่งสินค้า หรือการเข้ามาของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ เพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และสร้างระบบการขออนุญาตในลักษณะเดียวกับระบบ Authorization ตาม The Trade Practice Act 1974 ของออสเตรเลีย โดยให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการทำข้อตกลงฟองชายนางขออนุญาตต่อองค์กรของรัฐ เพื่อให้รัฐจะได้ป้องกันและควบคุมการทำข้อตกลงฟองชายนางให้อยู่ในขอบเขตการยกเว้น และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดสินค้าเป็นส่วนรวม ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะทำให้การป้องกันการฟองชายนาง เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจและการพัฒนาประเทศ และขณะเดียวกันก็สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้รับแพรนไฮส์ และผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าฟองได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย