

บทที่ 5

มาตรการทางกฎหมายกับการแก้ปัญหา

ข้อตกลงฟองขายในธุรกิจแพรรนไชส์ของประเทศไทย

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่า ข้อตกลงฟองขายเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทั้งในตลาดสินค้าหลักและตลาดสินค้าฟอง โดยการขยายอำนาจการผูกขาดจากสินค้าหนึ่ง ไปยังสินค้าอีกชนิดหนึ่งหรือรักษาอำนาจการผูกขาดไว้ให้นานยิ่งขึ้น สร้างอุปสรรคทางการค้าทั้งในตลาดสินค้าหลักและตลาดสินค้าฟอง ทาลายคู่แข่งชั้น และทำให้ผู้ซื้อขาดความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าฟองจากผู้ขายรายอื่นที่มีราคาถูกลงกว่า หรือมีคุณภาพที่ดีกว่า ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำข้อตกลงในลักษณะการฟองขายไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด และจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยประเทศที่บัญญัติกฎหมายในลักษณะควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) ก็จะห้ามการทำข้อตกลงฟองขายที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนประเทศที่บัญญัติกฎหมายในลักษณะควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) ก็จะห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำข้อตกลงฟองขายโดยถือว่าเป็นความผิดโดยชัดแจ้ง (per se) อย่างไรก็ตาม หากการทำข้อตกลงฟองขายนั้นเกิดจากเหตุผลทางธุรกิจบางประการ เช่น เพื่อการรักษาคุณภาพของสินค้าแล้ว ศาลมักจะใช้หลักความสมเหตุสมผล (Rule of Reason) กับกรณีดังกล่าว

จากลักษณะของธุรกิจแพรรนไชส์ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีลักษณะสำคัญอยู่ที่คุณภาพของสินค้า และความเป็นรูปแบบเดียวกันของตัวสินค้า เพื่อรักษาชื่อเสียงทางการค้า ผู้ให้แพรรนไชส์ จึงมักอาศัยเหตุผลดังกล่าวแสวงหากำไรจากการขายสินค้าเป็นชุด (Package Sale) ซึ่งในสินค้าเป็นชุดนั้นอาจมีสินค้าบางชนิดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพของสินค้า ความเป็นรูปแบบเดียวกันของตัวสินค้า หรือชื่อเสียงทางการค้า หรือระบบแพรรนไชส์นั้นเลย โดยเป็นสินค้าที่ผู้รับแพรรนไชส์สามารถหาซื้อได้ในตลาดทั่วไป ซึ่งมีราคาถูกลงกว่าหรือมีคุณภาพที่ดีกว่า

ในประเทศไทย การดำเนินธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์ กำลังเป็นที่นิยมแพร่หลาย และขยายตัวออกไปในธุรกิจการขายสินค้าและบริการต่าง ๆ มากยิ่งขึ้นทุกวัน ซึ่งธุรกิจแฟรนไชส์นี้ นับเป็นธุรกิจที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงฟ่วงขายมากที่สุดธุรกิจหนึ่ง โดยในต่างประเทศผู้รับแฟรนไชส์มักโต้แย้งว่า การขายสินค้าเป็นชุดของผู้ให้แฟรนไชส์เป็นการทำข้อตกลงฟ่วงขายที่ขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งหลังจากที่ได้ศึกษามาตรการทางกฎหมายและแนวทางการพิจารณาของศาลในต่างประเทศในเรื่องนี้แล้ว ในบทนี้ จึงจะได้กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการทำข้อตกลงฟ่วงขายในประเทศไทยว่ามีหลักการอย่างไรและเมื่อนามาใช้กับการทำข้อตกลงฟ่วงขายในสัญญาแฟรนไชส์แล้วจะมีความเหมาะสมหรือไม่ โดยจะเริ่มจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันในรูปแบบต่าง ๆ และ พรบ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทำข้อตกลงฟ่วงขาย

5.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในต่างประเทศ การทำข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันมักถูกกล่าวอ้างว่า เป็นข้อตกลงที่เป็นโทษ ตามกฎหมายทั่วไปใน Common Law ตามทฤษฎี Restraint of Trade สำหรับประเทศไทยจัดว่าเป็นประเทศที่อยู่ในระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายทั่วไป ในส่วนนี้จึงจะได้ทำการศึกษาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า จะสามารถนำมาใช้กับการทำข้อตกลงฟ่วงขายในสัญญาแฟรนไชส์ได้หรือไม่อย่างไร

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นจากความสมัครใจ โดยคู่สัญญามีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ในการทำสัญญาขึ้นจากข้อเสนอและคำสนองเลือกคู่สัญญาที่ตนต้องการจะผูกพัน กำหนดเงื่อนไขในสัญญา รวมทั้งแบบของสัญญาเว้นแต่สัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดแบบไว้ เมื่อคู่สัญญาตกลงกันไว้เช่นใด ก็ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นการยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อันเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ

อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็มีข้อจำกัดบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักหรือทฤษฎีความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Theory of Public Policy) ทั้งนี้ เนื่องจากการปล่อยให้บุคคลทำสัญญากันได้ตามใจสมัคร น่าจะเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องนัก เพราะบุคคลควรมีหน้าที่ต่อสังคมเพื่อประโยชน์สุขของสังคมโดยส่วนรวมด้วย รัฐจึงต้องควบคุมการทำสัญญาบางประเภท ซึ่งเห็นว่าจะมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้บัญญัติหลักหรือทฤษฎีความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ในมาตรา 113 โดยกำหนดผลของการทำสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังกล่าว ให้ตกเป็นโมฆะไม่มีผลใช้บังคับ การทำข้อตกลงฟ่วงขายในสัญญาแพรนไฮส์ เห็นได้ว่าย่อมเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งขัดต่อแนวความคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี แต่ข้อตกลงฟ่วงขายจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ อาจพิจารณาได้ดังนี้

มาตรา 113 บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์..... เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ดี การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะกรรม"

คำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" มีความหมายอย่างไรนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ แต่อาจกล่าวอย่างกว้าง ๆ ว่า คือ การกระทำซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม หรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว¹ ซึ่งรวมไปถึงการจำกัดเสรีภาพ อิสระภาพของเอกชนพลเมืองจนเกินสมควร ปราศจากเหตุผล การผูกขาด

¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), หน้า 36

การห้ามการแข่งขันโดยเสรี² การพิจารณาว่าข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันจะตกเป็นโรมะ ตามมาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของศาล ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีและคำพิพากษา ก็อาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย การศึกษาในเรื่องนี้จึงต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ

สำหรับข้อโต้แย้งเกี่ยวกับข้อตกลงพ่วงขาย ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นสู่ศาลแต่อย่างใด คงมีเพียงข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในลักษณะอื่น คือ ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ข้อตกลงผูกมัดค้าขายเป็นการเฉพาะราย และข้อตกลงร่วมหัวกันในการประมูล ซึ่งพอจะนำมาใช้เป็นตัวอย่างในการศึกษาถึงแนวทางการพิจารณาของศาลได้

1. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2497 โจทก์จ้างจําเลยทำงานในร้านเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์ โดยมีข้อสัญญาว่า เมื่อจําเลยออกจากร้านโจทก์ไปแล้ว ห้ามมิให้จําเลยทำการเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ หรือในบริเวณ 600 เส้นจากกรุงเทพฯ ดังนี้ เฉพาะสัญญาข้อนี้ห้ามจําเลยเป็นช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ นั้น ไม่เป็นการเกินสมควร หาเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้สัญญาตกเป็นโรมะไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519 ข้อสัญญาที่ว่า โจทก์ออกเงินส่งจําเลยไปฝึกงานที่ประเทศญี่ปุ่นแล้ว จําเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี โดยโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจําเลยได้ตามความพอใจของโจทก์แต่ฝ่ายเดียวนั้น ไม่ขัดต่อความ

² ธาดา ศาสตร์สาธิต, "การห้ามการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ" วารสารศาลแรงงาน (มกราคม 2525), หน้า 18

สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีข้อเรียกร้องที่บริษัทจดทะเบียน
ตามสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เพราะจำเลยไปฝึกงานจดทะเบียนต้องออกค่าจ้างให้จำเลยทั้ง
สิ้น จำเลยได้ความรู้ความชำนาญจากการฝึกงานทั้งมีโอกาสใช้ความรู้ความชำนาญที่
เป็นประโยชน์แก่ตนยิ่งขึ้น..... ทั้งบริษัทจดทะเบียนได้กำหนดให้จำเลยต้องทำงานอยู่
กับจดทะเบียนตลอดชีวิต.....

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533 ข้อสัญญาระหว่างจดทะเบียนและ
จำเลยทั้งสองความว่า "9. ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการต่อไปโดยมิได้รับ
ความยินยอมจากบริษัท (ข) ภายในกำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุด
ลง.... (2) เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมกับ
การพัฒนา ทา ผลิต หรือจำหน่าย ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของ
บริษัทซึ่งตนได้เคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท" มิได้เป็นการ
ห้ามจำเลยทั้งสองมิให้กระทำการโดยเด็ดขาด จำเลยทั้งสองอาจกระทำได้เมื่อได้รับ
ความยินยอมจากจดทะเบียน และเฉพาะส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับจดทะเบียน ทั้งกำหนด
เวลาที่ห้ามไว้ก็เพียง 24 เดือน นับแต่จำเลยทั้งสองพ้นจากการเป็นลูกจ้างจดทะเบียนเท่า
นั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ในการงดเว้นการกระทำที่กำหนดโดยเจตนา
ของกลุ่มเช่นนี้ ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งสองทั้งหมด เพียงแต่
เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ที่เป็นการแข่งขันกับจดทะเบียนระยะเวลาหนึ่งเท่า
นั้น และกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์
ของกลุ่มที่เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจ ไม่เป็นการปิดการทามาหา
ได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาด จนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัด
ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีผลใช้บังคับกันได้ไม่เป็นระมัดระวัง

จากแนวคำพิพากษานี้ในเรื่องข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ดัง
กล่าว อาจสรุปได้ว่า โดยปกติบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หรือทำงาน
อย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย การห้ามมิให้บุคคลประกอบอาชีพ
หรือทำงาน ย่อมมีผลทำให้บุคคลนั้นไม่สามารถหาเลี้ยงชีพด้วยตนเอง อันจะตกเป็น

ภาวะหรือก่อความเดือดร้อนให้แก่สังคมได้ ดังนั้น สัญญาหรือข้อตกลงห้ามการประกอบอาชีพ หรือห้ามการทำงาน ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันตกเป็นโรมะ เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาจะมีเหตุผลพิเศษหรือความชอบธรรมอย่างอื่นที่จะทำเช่นนั้นได้ ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าว ศาลมีแนวทางการพิจารณาถึงเหตุผลและความชอบธรรมของคู่สัญญา ตลอดจนลักษณะของสัญญาที่ไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กล่าวคือ

ก. การต่างตอบแทน การที่คู่สัญญาที่เป็นนายจ้างจะกำหนดหรือวางของจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของลูกจ้างนั้น จะต้องปรากฏว่านายจ้างนั้นได้ให้ความรู้ ความชำนาญเฉพาะด้าน โดยการฝึกหัดงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2497) ซึ่งหากลูกจ้างมิได้รับการฝึกหัดงานเช่นนั้น ลูกจ้างจะไม่สามารถประกอบอาชีพเช่นนั้นได้เลย หรือนายจ้างได้ส่งลูกจ้างไปดุงงานหรือฝึกงาน โดยเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย (คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519) ซึ่งจะทำให้ลูกจ้างได้รับความรู้ในการประกอบอาชีพเพิ่มสูงขึ้น แม้นายจ้างจะได้รับประโยชน์จากการนี้ด้วยก็ตาม การต่างตอบแทนนี้น่าจะเป็นเหตุสำคัญในการที่นายจ้างจะสามารถยกขึ้นอ้างต่อศาลในการทำข้อตกลงเช่นนั้นได้ หากปราศจากเหตุนี้แล้ว นายจ้างก็ไม่มีเหตุผลหรือความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพได้ ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533 ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายจ้างได้ลงทุนให้ความรู้พิเศษเฉพาะด้าน หรือให้ผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นแก่ลูกจ้างแต่ประการใด อันน่าจะก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดีในลักษณะเดียวกันนี้ในเวลาต่อมา

ข. การจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพต้องเป็นการพอสมควร โดยพิจารณาจากพื้นที่ที่ถูกจำกัด และระยะเวลาในการจำกัด กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นการห้ามมิให้ประกอบอาชีพในพื้นที่อย่างกว้างขวาง เช่น ทั้งประเทศ หรือทั่วทั้งภาค และจะต้องไม่เป็นการห้ามประกอบอาชีพตลอดชีวิต หรือมีระยะเวลายาวนานเกินสมควร ซึ่งศาลจะเป็นผู้ให้ดุลพินิจในแต่ละคดีไป หากข้อจำกัดมีระยะเวลาที่ย่อมเสี่ยงต่อการพิจารณาให้ตกเป็นโรมะ

2. ข้อตกลงผูกมัดให้ค้าขายเป็นการเฉพาะราย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2014/2506 สัญญาที่โจทก์มีหน้าที่ส่งเสริมและจัดหาคู่ชกให้จำเลย โดยโจทก์ยังไม่คิดค่าตอบแทน จนกระทั่งจำเลยมีชื่อเสียงแล้ว จำเลยยอมมาให้โจทก์รับเงินรางวัล โดยหักค่าป่วยการร้อยละ 5 และจำเลยจะจัดหาคู่ชก โดยมีได้รับความยินยอมจากโจทก์ไม่ได้ ทั้งจะย้ายสังกัดคณะมวยไม่ได้นั้น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า โจทก์ได้ทำสัญญาผูกมัดจำเลยให้อยู่ภายใต้การควบคุมของโจทก์ โดยจะย้ายสังกัดคณะมวยไม่ได้ อันมีลักษณะเป็นข้อตกลงผูกมัดให้ค้าขายเป็นการเฉพาะราย (Exclusive Dealing) นั้นเอง เมื่อเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาของศาลในคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ซึ่งศาลให้ความสำคัญกับการต่างตอบแทน และลักษณะของข้อตกลงที่ไม่เกินสมควร ในการพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้ว จะเห็นว่า ในคดีนี้ โจทก์ทำการส่งเสริมและจัดหาคู่ชกให้กับจำเลยในขณะที่จำเลยยังไม่มีชื่อเสียง โดยไม่คิดค่าจ้าง ซึ่งถือได้ว่าเป็นการต่างตอบแทน กับการทำข้อตกลงผูกมัดจำเลยแล้ว นอกจากนี้ ในแง่ของข้อตกลงที่ไม่เป็นการเกินสมควรนั้น โจทก์คิดค่าตอบแทนในการจัดการเพียงร้อยละ 5 ของเงินรางวัล และโจทก์ทำข้อตกลงผูกมัดจำเลยภายในอายุสัญญา 3 ปี จึงถือได้ว่าไม่เป็นการเกินสมควร อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

3. ข้อตกลงร่วมหัวกันในการประมูล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501 ผู้ประมูลก่อสร้างบ้านพักของราชการคนหนึ่ง เพื่องดประมูลแข่งขัน โดยให้ยื่นประมูลในราคาที่สูงกว่าพอเป็นพิธี สัญญานี้เป็นพาณิชย์ขาย เป็นอิสระแก่คู่กรณีที่จะทำกันได้ ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ผู้ออกเช็คต้องชำระเงินตามเช็คแก่ผู้ประมูลที่ได้รับเช็คนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2022/2519 (ประชุมใหญ่) ผู้ประมูลอื่นกับจำเลย ตกลงกันไม่ประมูลสร้างทางแข่งกับจำเลย โดยแก้งยื่นประมูลในราคาที่สูงกว่าจำเลย และจำเลยได้จ่ายค่าตอบแทนเป็นเช็คมอบให้แก่โจทก์ ซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างผู้ประมูลคนหนึ่ง การตกลงสมยอมกันดังกล่าว ทำให้ไม่มีการประมูลแข่งราคากันอย่างแท้จริง เป็นการหลอกลวงกรมทางหลวงผู้ประกาศให้มีการประมูลหลงเชื่อต้องจ่ายเงินไปเพราะจำเลยกับพวกร่วมกันหลอกลวง และเป็นการบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้นตามเช็คซึ่งเกิดจากสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ

จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงร่วมหัวกันในการประมูลหรือการซื้อกันนั้น แต่เดิมศาลเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นพาณิชย์นโยบายทางการค้า ซึ่งสามารถทำกันได้ ไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ต่อมาศาลเห็นว่าการทำข้อตกลงเช่นนี้ เป็นการหลอกลวงรัฐ และบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันตกเป็นโมฆะซึ่งถือว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 297/2501 ถูกทับโดยคำพิพากษาฎีกาที่ 2022/2519 (ประชุมใหญ่) และในคดีต่อมาศาลฎีกาก็อาศัยคำพิพากษานี้ปี 2519 เป็นบรรทัดฐาน^๓ จากข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวกับการร่วมหัวกันในการประมูลนั้นทั้งหมดเป็นเรื่องที่เอกชนได้ร่วมหัวกันในการประมูลงานของรัฐ หากเป็นการประมูลงานของเอกชนแล้ว นักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิก็ยังเห็นว่า ข้อตกลงที่ร่วมหัวกันในการประมูลระหว่างเอกชนก็น่าที่จะขัดต่อ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^๓ คำพิพากษาฎีกาที่ 986/2521 จำเลยออกเช็คให้โจทก์ตามข้อตกลงไม่แข่งขันกันในการประมูลรับจ้างไม้จากบริษัทของรัฐ ลงวันที่เชื่อว่าประมูลกันจริง ข้อตกลงขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะ

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นเดียวกัน ⁴

จากคำพิพากษาทั้ง 3 กรณีที่กล่าวมาแล้ว คือ คำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ข้อตกลงผูกมัดให้ค้าขายเป็นการเฉพาะราย และข้อตกลงรวมหัวกันในการประมูลงานของรัฐ จะเห็นว่า ศาลจะไม่ถือว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันทางการค้า เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ของประชาชน หากพบว่า

1. คู่กรณีที่ถูกห้าม หรือจำกัดสิทธิได้ประโยชน์ตอบแทนจากการถูกห้าม หรือถูกจำกัดสิทธิ เช่นนั้น
2. การห้าม หรือจำกัดสิทธิต้องไม่เป็นการเกินสมควรโดยพิจารณาพื้นที่ และระยะเวลาในการห้ามหรือจำกัดสิทธิ เช่นนั้น
3. การห้ามหรือจำกัดสิทธิไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของส่วนรวม

แนวทางการพิจารณาของศาลไทยได้มีการกล่าวอ้างถึงการต่างตอบแทน และไม่เกินสมควรในลักษณะเดียวกับคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ที่ยกเหตุผลในการไม่นาทฤษฎี Restraint of Trade มาใช้ ⁵ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาของศาลไทยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดทฤษฎี Restraint of Trade ของอังกฤษ แต่

⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 986/2521
ศักดิ์ สนองชาติ, คาอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา , หน้า 47

⁵ การต่างตอบแทน (Consideration) ในคดี Mitchell V. Reynolds และไม่เกินสมควร หรือสมเหตุสมผล (Reasonableness) ในคดี Nordenfeldt V. Maxim Nordenfeldt Gun and Ammunition Co.

อย่างไรก็ตาม ศาลไทยก็มิได้มีการวางหลักเป็นการเบื้องต้นว่าข้อตกลงห้ามหรือจำกัดสิทธิในทางการค้าเป็นข้อตกลงที่เป็นโรมมะ แล้วจึงได้กำหนดข้อยกเว้นในเรื่องการจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไป หรือการจำกัดการแข่งขันโดยเฉพาะ การต่างตอบแทน และไม่เกินสมควร เช่นเดียวกับ Restraint of Trade แต่ศาลจะชั่งน้ำหนักความหมายแล้ววินิจฉัยไปตามรูปคดีว่าข้อตกลงนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่^๘ อย่างไรก็ตาม หากศาลพบว่าข้อตกลงจำกัดสิทธิในสัญญาจะตกเป็นโรมมะ เนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่าสัญญาทั้งหมดจะบังคับมิได้ หากปรากฏว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาที่สมบูรณ์สามารถแยกออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้ ศาลยอมรับบังคับตามสัญญาที่สมบูรณ์ได้^๗

เมื่อนำหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแนวทางคำพิพากษา ซึ่งตัดสินเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในลักษณะต่าง ๆ มาพิจารณาถึงการหาข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรนไชส์แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ยอมรับหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นหลักการพื้นฐานในการทำสัญญาต่าง ๆ ซึ่งคู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขในสัญญาไว้เช่นใดก็ได้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 114^๘ ซึ่งแม้คู่สัญญาหาข้อ

^๘ ธาดา ศาสตรสาธิต, "การห้ามการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ", หน้า 24

^๗ มาตรา 135 ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโรมมะ ท่านว่านิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโรมมะด้วยกันทั้งสิ้น เว้นแต่จะสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่กรณีได้เจตนาจะให้ส่วนที่สมบูรณ์นั้น แยกออกหากจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้

^๘ มาตรา 114 การใดเป็นการผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอื่นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เพียงแต่เหตุเท่านั้น ท่านว่าการนั้นหาเป็นโรมมะไม่

ตกลงที่ผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายแล้ว กฎหมายก็ยังคงบังคับทำให้หากไม่ใช้เป็น ข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายอื่นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่ข้อตกลงที่คู่สัญญาทำขึ้นนั้น จะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อย ของประชาชนนั้นถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งจากแนวคำ พิพากษาของศาล ศาลถือว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในลักษณะต่าง ๆ มีผลใช้บังคับ กันได้ตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ โดยศาลพิจารณาจากการต่างตอบแทนไม่เกินสมควร และไม่กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

1. การต่างตอบแทน สัญญาแพรนไชลส์เป็นสัญญาซึ่งผู้ให้แพรนไชลส์อนุญาต ให้ผู้รับแพรนไชลส์ประกอบธุรกิจภายใต้ชื่อทางการค้าของตน ซึ่งโดยปกติผู้รับแพรนไชลส์ จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมแรกเข้า ค่าธรรมเนียมประจำปี รวมทั้งค่าธรรมเนียมจาก ยอดขาย อันถือว่าการต่างตอบแทน จากการที่ผู้ให้แพรนไชลส์อนุญาตให้ใช้สิทธิ อยู่แล้ว ดังนั้น การที่ผู้ให้แพรนไชลส์บังคับให้ผู้รับแพรนไชลส์ซื้อสินค้าต่าง ๆ จากตนอีก โดยคิดราคาสูงกว่าราคาที่มีการแข่งขันนั้นย่อมไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นการตอบแทน การอนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังเช่นการจ่ายค่าธรรมเนียม แต่เป็นการแสวงหาประโยชน์ จากชื่อเสียงทางการค้าของตน แต่สำหรับกรณีที่ผู้ให้แพรนไชลส์ไม่ได้คิดค่าธรรมเนียม การอนุญาตให้ใช้สิทธิเลย แต่กำหนดให้ผู้รับแพรนไชลส์ซื้อสินค้าต่าง ๆ จากตนเพื่อ ที่จะประกอบธุรกิจจากราคาที่สูงกว่าราคาโดยทั่วไปที่ขายในตลาดสินค้านั้น ผู้เขียนเห็น ว่า ข้อกำหนดเช่นนั้นทำขึ้นเพื่อตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังเช่นค่าธรรมเนียม การใช้สิทธิ แม้ว่ากรกระทำเช่นนั้นอาจมองได้ว่า ผู้ให้แพรนไชลส์จะสามารถแสวงหา ประโยชน์จากสินค้าเหล่านั้น ได้มากกว่าการคิดค่าธรรมเนียมการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ก็ตาม เพราะการต่างตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิมิได้มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็น ปริมาณมากหรือน้อยเพียงใด

2. ข้อตกลงฟ่วงขายไม่เป็นการเกินสมควรหรือไม่สมเหตุสมผล การที่ ผู้ให้แพรนไชลส์บังคับให้ผู้รับแพรนไชลส์ซื้อสินค้าต่าง ๆ จากตน โดยจำกัดสิทธิมิให้ผู้รับ แพรนไชลส์ซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่น ถือเป็นการเกินสมควร หรือสมเหตุสมผลหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของข้อตกลงฟ่วงขายแล้วจะเห็นว่า การฟ่วงขายเป็นการจำกัด

สิทธิของผู้รับแพรรนไชลส์สามารถเลือกซื้อสินค้าต่าง ๆ จากผู้ขายรายอื่นได้อีก อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิดังกล่าวก็มีกำหนดระยะเวลาอันจำกัด คือภายในอายุของสัญญาเท่านั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะของธุรกิจแพรรนไชลส์ที่จะต้องรักษาคุณภาพของสินค้า และความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองรักษาประโยชน์อันชื่อเสียงทางการค้าของตน ย่อมทำให้การทําข้อตกลงพ่วงขายของผู้ให้แพรรนไชลส์ถือว่าเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิที่ไม่เกินสมควร หรือสมเหตุสมผลได้ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นไปโดยชอบ อันเนื่องจากการประกอบธุรกิจ *

3. ประโยชน์ของส่วนรวม การทําข้อตกลงพ่วงขายของผู้ให้แพรรนไชลส์ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ หรือประชาชนเป็นส่วนรวมหรือไม่ เมื่อคำนึงถึงสถานะของคู่สัญญาซึ่งทั้งผู้ให้แพรรนไชลส์ และผู้รับแพรรนไชลส์ต่างก็เป็นผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน แม้ข้อตกลงพ่วงขายจะทําให้ผู้รับแพรรนไชลส์เสียเปรียบ แต่ก็เป็นการสมควรแก่ใจของผู้รับแพรรนไชลส์ ซึ่งผู้รับแพรรนไชลส์จะต้องระวังรักษาประโยชน์ของตน และถึงแม้ว่าข้อตกลงพ่วงขายจะส่งผลกระทบต่อตลาดสินค้าพ่วงก็ตาม หากไม่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าพ่วงส่วนใหญ่ต้องออกจากตลาดไป และทําให้ผู้บริโภคส่วนมากต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูงขึ้นแล้ว ก็ย่อมไม่อาจถือว่า ข้อตกลงพ่วงขายที่ผู้ให้แพรรนไชลส์กำหนดขึ้นนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ หรือประชาชนเป็นส่วนรวม

กล่าวโดยสรุปแล้ว แม้ข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรรนไชลส์ จะเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะ เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า อันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทั้งในตลาดสินค้าหลัก และตลาดสินค้าพ่วง ซึ่งขัดต่อแนวความคิดในระบบการค้าแบบเสรีก็ตาม แต่การนํามาตรการทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในลักษณะนิติกรรม และสัญญานี้เรื่องข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

มาใช้กับการทำข้อตกลงซื้อขายในสัญญาแพรนไฮส์แล้ว จะเห็นว่ามีลักษณะที่จำกัดและไม่เหมาะสม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นสำคัญ การกล่าวอ้างว่าข้อตกลงที่ทำขึ้นนั้นเป็นโรมมะ ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ถือเป็นเพียงข้อยกเว้นจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาดังนั้นในการพิจารณาว่าข้อตกลงใด ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงมีลักษณะอันจำกัด มิเช่นนั้นแล้ว จะทำให้หลักเกณฑ์การเคารพเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปนั้น ต้องเสียไป ซึ่งเท่าที่ผ่านมาศาลฎีกาก็ยังไม่เคยตัดสินว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันอันลักษณะต่าง ๆ เป็นโรมมะยกเว้นกรณีการร่วมหัวกันประมูลงานของรัฐซึ่งถือว่าเป็นการหลอกลวงเอาเงินจากรัฐ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้มาตรการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงขาดความเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการทำข้อตกลงซื้อขายในสัญญาแพรนไฮส์ ซึ่งข้อตกลงซื้อขายดังกล่าว จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับแพรนไฮส์ ตลอดจนกระทบกระเทือนต่อผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าฟุ้งด้วย

อย่างไรก็ตาม การทำข้อตกลงซื้อขายในสัญญาแพรนไฮส์นั้น หากพบว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมาย คือ พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งมีโทษทางอาญาแล้ว ก็ย่อมถือว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งตกเป็นโรมมะตามมาตรา 113 ประกอบกับมาตรา 114 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นกัน ¹⁰ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁰ มาตรา 113 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพันวิสัยก็ดี เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้น ท่านว่าเป็นโรมมะกรรม

5.2 พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522

ประเทศไทยนับว่าอยู่ในระบบเศรษฐกิจที่มีการผูกขาดมาช้านาน ตั้งแต่การผูกขาดโดยกรมพระคลังสินค้าในสมัยอยุธยา จนถึงกลุ่มพ่อค้าชาวตะวันตก กลุ่มนายทุนข้าราชการ และกลุ่มพ่อค้าคนจีนที่อพยพเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย ก่อนที่จะได้มีการตรา พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ขึ้นมา ซึ่งนับถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายบางฉบับ คือ พรบ.ป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พรบ.ป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 พรบ.สมาคมการค้า พ.ศ. 2509 และ พรบ.หอการค้า พ.ศ. 2509 แต่การบังคับใช้กฎหมายของรัฐบาลไม่มีความต่อเนื่องและขาดเจ้าหน้าที่ที่เพียงพอในการดำเนินการตามกฎหมาย ตลอดจนมาตรการตามกฎหมายนั้นก็ยังขาดความเหมาะสม ไม่สามารถแก้ไขความเดือดร้อนจากการรวมหัวกันทำลาย หรือจำกัดการแข่งขันได้ จึงได้มีการเรียกร้องให้ตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดโดยตรง เพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าขึ้นรัฐบาลจึงได้ตรา พรบ.กำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ขึ้นมาซึ่งบังคับใช้โดยยกเลิก พรบ.ป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 แก้ไขเพิ่มเติม โดย พรบ.ป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517

5.2.1 สาระสำคัญของ พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522

พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ได้กำหนดมาตรการในการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจไว้ 2 ประการ คือ

1) มาตรการป้องกันการกำหนดราคาสินค้า ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวดที่ 2 โดยแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

ก. มาตรการตามมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า "เพื่อป้องกันการ

กำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือการกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติทางการค้า อันไม่เป็นธรรม คณะกรรมการกลางด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศกำหนดให้สินค้าใดเป็นสินค้าควบคุมได้”¹¹ เมื่อสินค้าใดถูกประกาศเป็นสินค้าควบคุมแล้ว คณะกรรมการกลางจะมีอำนาจเข้าไปควบคุมการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เกี่ยวกับราคาสินค้า ปริมาณสินค้า การผลิตและจำหน่ายสินค้า ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 24 (1) - (14) และมาตรา 25

การใช้อำนาจตามมาตรา 24(1) - (14) นั้น คณะกรรมการกลางจะต้องพิจารณาทบทวนเป็นครั้งคราวให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจ โดยคำนึงถึงต้นทุน ค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายและอัตรากำไรที่เหมาะสม รวมทั้งผลกระทบต่อการลงทุนในการขยายกำลังการผลิตในระยะต่อไปด้วย¹²

มาตรการตามมาตรา 23 เป็นมาตรการที่นำมาจาก พรบ.ป้องกันการค้ำกำไรเกินควร พ.ศ.2490 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พรบ.ป้องกันการค้ำกำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2517 ซึ่งเป็นมาตรการที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหามหากรรมการกำหนดราคาสินค้าได้นอติดั้งที่กล่าวไว้ว่าเหตุผลในการประกาศใช้ พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522¹³

¹¹ คณะกรรมการกลาง ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ และผู้ทรงคุณวุฒิไม่น้อยกว่าสี่คน แต่ไม่เกินแปดคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง ทั้งนี้จะต้องตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง กับเลขาธิการคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดเป็นกรรมการและเลขานุการ

¹² มาตรา 24 วรรคท้าย

¹³ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ำกำไรเกินควรที่บังคับอยู่ปัจจุบันมีบทบัญญัติที่ไม่รัดกุมเหมาะสมและเพียงพอที่จะรักษาประโยชน์ของผู้บริโภคและป้องกันมิให้ราคาสินค้าและค่าบริการต่าง ๆ สูงขึ้นโดยรวดเร็วเกินสมควร.....

แนวทางปฏิบัติ รัฐได้ใช้วิธีการประกาศให้สินค้าต่าง ๆ เป็นสินค้าควบคุมโดยครอบคลุมสินค้าไว้หลายหมวด นับร้อยชนิด ¹⁴ ซึ่งเป็นสินค้าที่จำเป็นต่อการยังชีพ เช่น เนื้อสุกรชำแหละ ข้าวสาร บูนซีเมนต์ เหล็กเส้น ไม้แปรรูป กระดาษพิมพ์และกระดาษเขียน ผ้าและด้าย น้ำมันเชื้อเพลิงชนิดต่าง ๆ ยารักษาโรค เป็นต้น ทั้งนี้ น่าจะมาจากสาเหตุที่การประกาศให้สินค้าใดเป็นสินค้าควบคุมจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หากจะต้องขอความเห็นชอบเพื่อประกาศควบคุมสินค้าแต่ละชนิดเมื่อเกิดปัญหาแล้ว ย่อมจะไม่ทันต่อเหตุการณ์และแก้ปัญหาได้ไม่ทัน่วงที การประกาศกำหนดสินค้าควบคุมให้ครอบคลุมสินค้าไว้หลายชนิด เมื่อเกิดปัญหากับสินค้าชนิดใด คณะกรรมการกลางย่อมสามารถกำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหาสำหรับสินค้าชนิดนั้นได้ทันที โดยออกเป็นประกาศคณะกรรมการกลาง

ข. มาตรการตามมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใด โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่นดำเนินการใด ๆ โดยจงใจ ที่จะกดราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า"

¹⁴ ประกาศคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2522

ประกาศคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

ฉบับที่ 71 พ.ศ. 2527

ประกาศคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

ฉบับที่ 115 พ.ศ. 2531

มาตรการตามมาตรา 29 นี้ เป็นมาตรการในการป้องกันการซื้อขาย
 ผูกขาดของผู้ประกอบการในการกำหนดราคาสินค้า¹⁵ ซึ่งเป็นการนำเอามาตรการ
 ตามที่บัญญัติไว้ใน พรบ.สมาคมการค้า พ.ศ.2509 และ พรบ.หอการค้า
 พ.ศ.2509 ¹⁶ มาบัญญัติไว้ ทำให้สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ กับผู้ประกอบการ
 ธุรกิจโดยทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะสมาคมการค้า หรือหอการค้าเช่นแต่ก่อน มาตรการ
 ตามมาตรา 29 มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากมาตราอื่น ๆ ในหมวดที่ 2 กล่าวคือ
 กฎหมายมิได้ใช้คำว่า "สินค้าควบคุม" เช่นมาตราอื่น ๆ จึงอาจแปลความได้ว่าไม่ว่า
 จะเป็นสินค้าควบคุมหรือไม่ก็ตาม หากเป็นการจงใจลดราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสม
 ควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้าแล้ว ย่อม
 เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

¹⁵ ศุภลักษณ์ ลากทวีโชค, "ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตร
 และกฎหมายป้องกันการผูกขาด" วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต นิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2533, หน้า 162-164

¹⁶ พรบ.สมาคมการค้า พ.ศ.2509

มาตรา 22 ห้ามมิให้สมาคมการค้ากระทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้

(2) ดำเนินการด้วยประการใด ๆ ในอันที่จะลดราคาสินค้าหรือค่า
 บริการให้ตกต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดปั่น
 ป่วนเกี่ยวกับราคาสินค้าหรือค่าบริการ

พรบ.หอการค้า พ.ศ.2509

มาตรา 29 ภายใต้อำนาจมาตรา 28 ห้ามมิให้หอการค้ากระทำการใด ๆ
 ดังต่อไปนี้

(2) ดำเนินการด้วยประการใด ๆ ในอันที่จะลดราคาสินค้าหรือค่า
 บริการให้ตกต่ำเกินสมควรหรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดปั่นป่วน
 เกี่ยวกับราคาสินค้าหรือค่าบริการ

2) มาตรการในการป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันทางการค้า

มาตรการนี้เป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นใหม่เพิ่มเติมจาก พรบ.ป้องกันการค้ำก้าวไรเกินควร ¹⁷ ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ของพรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 มาตรการที่สำคัญในหมวดนี้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขการบังคับใช้กฎหมายในส่วนของการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้า คือ มาตรา 31 ¹⁸

มาตรา 31 นี้ ให้อำนาจคณะกรรมการกลางประกาศให้ธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งเป็นธุรกิจควบคุม เมื่อพิจารณาเห็นว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการร้องเรียนของบุคคล หรือรับรายงานจากสำนักงานคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาดก็ได้

¹⁷ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ำก้าวไรเกินควรที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติควบคุมผู้ประกอบการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และไม่มีบทบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจสมควรยกเลิกกฎหมายดังกล่าว และมีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาดขึ้นเพื่อควบคุมการกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรมและป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

¹⁸ มาตรา 31 เมื่อปรากฏว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ คณะกรรมการกลางมีอำนาจประกาศกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม

ประกาศของคณะกรรมการกลางตามวรรคหนึ่ง ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อคณะกรรมการกลางประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งราคาขายสินค้าที่ตนเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขและระยะเวลาที่คณะกรรมการกลางกำหนด ¹⁹ เมื่อได้รับแจ้งราคาขายแล้ว คณะกรรมการกลางจะพิจารณาราคาที่แจ้งมาโดยคำนึงถึงต้นทุน ค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายและอัตรากำไรที่เหมาะสม หากคณะกรรมการกลางเห็นว่า ราคาดังกล่าวไม่เหมาะสม ก็มีอำนาจกำหนดราคาตามที่เห็นสมควรได้ภายใน 30 วัน ในกรณีที่คณะกรรมการกลางมิได้กำหนดราคาภายใน 30 วัน ก็ให้ถือว่า ราคาที่ผู้ประกอบการควบคุมแจ้งมานั้นเป็นราคาที่คณะกรรมการกลางกำหนด นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่แจ้งราคาขายสินค้าตามที่กฎหมายกำหนด คณะกรรมการกลางก็มีอำนาจกำหนดราคาตามที่เห็นสมควร ²⁰ เมื่อคณะกรรมการกลางได้กำหนดราคาสินค้าตามกรณีทั้งหมดที่กล่าวมาแล้ว ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมจำหน่ายสินค้าเกินกว่าราคาที่คณะกรรมการกลางกำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกลางโดยการกำหนดราคาสินค้าใหม่ ²¹

นอกจากผู้ประกอบการควบคุมจะต้องแจ้งราคาสินค้า ที่ตนเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายแล้ว พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 ยังได้วางมาตรการป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมดำเนินธุรกิจ ในลักษณะที่เป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ดังต่อไปนี้ ²²

- ก. การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยผู้ประกอบการหลายราย
- ข. การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียว

¹⁹ มาตรา 32

²⁰ มาตรา 33

²¹ มาตรา 34

²² มาตรา 35-38

ก. การจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยผู้ประกอบการหลายราย ^{๒๓} ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 35 การกระทำผิดตามมาตรา 35 จะต้องปรากฏว่าเป็น การกระทำร่วมกัน

^{๒๓} มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมการร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจ ควบคุมอื่นโดยจงใจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ในการประกอบธุรกิจ ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้า ควบคุมอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกันทั่วราชอาณาจักร
- (2) กำหนดราคาขายสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ ตกลงกัน
- (3) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะจำหน่าย สินค้าควบคุมได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะ จำหน่ายสินค้าควบคุมมาให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้านั้นแข่งขัน
- (4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะซื้อสินค้า ควบคุมได้ หรือกำหนดผู้ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมจะซื้อสินค้าควบคุมได้
- (5) กำหนดราคาซื้อสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกัน หรือกวดราคาซื้อ สินค้าควบคุมให้ต่ำลง หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าควบคุม
- (6) กำหนดปริมาณของสินค้าควบคุมที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละราย จะผลิตซื้อ หรือจำหน่าย เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (7) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่าย สินค้าควบคุมเพื่อทำให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน
- (8) ลดคุณภาพของสินค้าควบคุมให้ต่ำลงกว่าที่เคยผลิตหรือจำหน่าย โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- (9) รวมธุรกิจควบคุมเข้าด้วยกัน หรือรวมการอำนวยความสะดวกหรือการ ควบคุมนโยบายและการบริหารธุรกิจควบคุม

ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมด้วยกัน หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา

- การรวมหัวกันกำหนดราคาสินค้า ซึ่งอาจเป็นการกำหนดราคาสินค้าโดยตรง คือ กำหนดราคาขายสินค้าในราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน (มาตรา 35[21]) และการกำหนดราคาซื้อสินค้าเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลง (มาตรา 35[5]) หรือโดยอ้อม คือ กำหนดปริมาณการผลิต การซื้อ หรือจำหน่าย เพื่อให้มีผลต่อราคาสินค้า (มาตรา 35[6]) และการลดคุณภาพของสินค้า (มาตรา 36[8])

- การจำกัดการแข่งขันในการจัดจำหน่าย ซึ่งอาจเป็นการแต่งตั้งผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (มาตรา 35[1]) การแบ่งท้องที่และลูกค้าในการขายสินค้า (มาตรา 35[3]) และการแบ่งท้องที่และผู้ผู้ประกอบการที่จะซื้อสินค้า (มาตรา 35[4])

- การควบคุมตลาดสินค้า โดยกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า (มาตรา 35[7]) เพื่อกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาในตลาดหรือเพื่อรักษาอำนาจตลาดไว้

- การสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้า โดยการรวมธุรกิจควบคุม การอำนวยการ หรือการบริหารเข้าด้วยกัน (มาตรา 35[9]) หรือการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครองตลาดหรือควบคุมตลาด (มาตรา 35[10])

ข. การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ซึ่งตนเป็นผู้มีอำนาจตลาดในตลาดสินค้านั้น

- กระทำการใด ๆ เพื่อมีผลให้ปริมาณสินค้าลดลงต่ำกว่าปริมาณความต้องการของตลาด (มาตรา 36) ²⁴

- กระทำการใด ๆ อันเป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้า จำกัดการประกอบธุรกิจ หรือทำลายการประกอบธุรกิจของผู้อื่น เพื่อจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ (มาตรา 37) ²⁵

- การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยการบังคับลูกค้าของตนให้จำกัดการผลิต การซื้อ หรือจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือหาสินค้าจากคู่แข่ง (มาตรา 38) ²⁶

²⁴ มาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมระดับ ลด หรือจำกัด การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาราชอาณาจักร ทลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าควบคุมเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

²⁵ มาตรา 37 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจควบคุมของผู้อื่น หรือกระทำการใด ๆ เพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจควบคุมหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจควบคุม ทั้งนี้ เพื่อจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ

²⁶ มาตรา 38 จะกล่าวในหัวข้อถัดไป

5.2.2 มาตรการเกี่ยวกับข้อตกลงพ่วงขายกับสัญญาแพรนไชส์

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ในการทำสัญญาแพรนไชส์ ผู้ให้แพรนไชส์มักกำหนดให้ผู้รับแพรนไชส์ซื้อสินค้าต่าง ๆ นอกเหนือไปจากเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้า และสินค้าหรือบริการอื่นที่รวมเรียกว่า แพรนไชส์ จากตนด้วย ซึ่งจะเห็นประเด็นการร้องเรียนหรือถูกฟ้องร้องว่า เป็นการทำข้อตกลงพ่วงขายซึ่งขัดต่อกฎหมายป้องกัน การผูกขาดและจำกัดการแข่งขัน

ตาม พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำข้อตกลงพ่วงขายกับลูกค้าของตน ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 38 ซึ่งมาตรา 38 นี้ยังเข้าได้กับกรณีการทำข้อตกลงผูกมัดให้ค้าขายเป็นการเฉพาะราย (Exclusive Dealing) อีกด้วย

มาตรา 38 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขฝ่าฝืนข้อห้ามตามที่คณะกรรมการกลางกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในลักษณะที่เป็นการบังคับให้ลูกค้าของตนต้องจำกัดการผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่น"

การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการทำข้อตกลงพ่วงขายตามมาตรา 38 นี้ ก็มีลักษณะเดียวกับมาตราอื่น ๆ ในหมวดที่ 3 การป้องกันการผูกขาด กล่าวคือ จะต้องมี การประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมโดยคณะกรรมการกลางเสียก่อน ตราบใดที่คณะกรรมการกลางยังมิได้ประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้ว แม้ผู้ประกอบธุรกิจจะทำข้อตกลงพ่วงขายก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย อันมีผลไปถึงการพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลง ตามมาตรา 113 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มูลเหตุในการประกาศกำหนดให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุม ก็คือ การที่ธุรกิจนั้นมีพฤติการณ์อื่นเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ซึ่งกฎหมายปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการกลางที่จะเป็นผู้พิจารณา อย่างไรก็ตาม ธุรกิจนั้นมีพฤติการณ์อื่นเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขัน กฎหมายมิได้ให้

ความหมายไว้ แต่อาจจะพิจารณาได้จากลักษณะการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตราต่าง ๆ ในหมวด 3 ซึ่งทำให้เห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมการผูกขาดตลาดสินค้า และจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น และผู้บริโภคแล้ว จึงจะสามารถประกาศควบคุมธุรกิจนั้นได้ และห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจผูกขาดและจำกัดการแข่งขัน และขั้นตอนในการพิจารณาประกาศควบคุมธุรกิจย่อมต้องอาศัยเวลาการแก้ปัญหา และบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมไม่ทันต่อเหตุการณ์

จากประสบการณ์ที่ผ่านมา คณะกรรมการกลางเพิ่งเคยประกาศให้ธุรกิจการผลิตน้ำแข็งในเขตกรุงเทพมหานคร นนทบุรี และปทุมธานี เป็นธุรกิจควบคุม ตามมาตรา 31 เพียงธุรกิจเดียว ²⁷ ด้วยสาเหตุมาจากการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้า ซึ่งรัฐแก้ปัญหาโดยการสนับสนุนให้มีการตั้งองค์การกลางขึ้น ปล่อยให้ผู้ผลิตและผู้ค้าส่งถือหุ้น และควบคุมราคาขายปลีก และจำกัดโควตาการผลิต เสมือนหนึ่งรัฐสนับสนุนให้มีการผูกขาด และเข้าไปมีส่วนในการกำหนดราคาสินค้า ซึ่งขัดต่อหลักการของพรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 โดยชัดเจน ²⁸ ต่อมาก็ได้มีการยกเลิกประกาศกำหนดให้ธุรกิจน้ำแข็ง เป็นธุรกิจควบคุมหลังจากที่เข้าบังคับมาประมาณ 2 ปี ²⁹

²⁷ ประกาศคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด ฉบับที่ 14 พ.ศ. 2523

²⁸ สมชาย รัตน์ชื่อสกุล, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้า: ศึกษาเฉพาะกรณีการรวมตัวกันกำหนดสินค้าในนวนอน", หน้า 120

²⁹ ประกาศคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด ฉบับที่ 57 พ.ศ. 2525

นอกจากนี้ หากได้มีการประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้ว ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมทุกราย มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย โดยการแจ้งราคาสินค้า และห้ามกระทำการต่าง ๆ ตามที่มาตรา 35-38 บัญญัติไว้ ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจบางรายไม่มีส่วนรู้เห็น หรือบางรายอาจเป็นผู้ที่ต้องเสียหายจากการใช้อำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันเสียเอง ซึ่งดูจะไม่ยุติธรรมสำหรับผู้ประกอบธุรกิจเหล่านี้

การราชับบังคับกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงฟ่งขายนี้ นอกจากจะต้องมีการประกาศกำหนดธุรกิจควบคุมแล้ว ก็ยังคงต้องมีการประกาศการห้ามทำข้อตกลงที่เป็นการฟ่งขาย จากคณะกรรมการกลาง ซึ่งจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาอีกด้วย ดังนั้น แม้ว่าจะมีการประกาศธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้วก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมก็ยังสามารถทำข้อตกลงฟ่งขายได้ โดยไม่ผิดกฎหมาย ตราบใดที่คณะกรรมการกลางยังมีได้ประกาศข้อห้ามการทำข้อตกลงในลักษณะที่เป็นการบังคับให้ลูกค้าของตนต้องจำกัดการผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือในการจัดหาสินค้า เชื้อจากผู้ประกอบธุรกิจควบคุมรายอื่น

เงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายในการป้องกันการทำข้อตกลงฟ่งขาย ทั้ง 2 กรณี กล่าวคือ การที่ต้องประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อน และการประกาศข้อห้ามมิให้ทำข้อตกลงในลักษณะการฟ่งขาย เช่นนี้ อาจมองได้ว่า เป็นการทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันของไทย ซึ่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่มีบทยกเว้นอันมีลักษณะเดียวกับ กฎหมายในระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) นั้นยืดหยุ่นสามารถจะราชับบังคับกฎหมาย กับธุรกิจที่มีการดำเนินการในลักษณะที่ส่งผลเสียหายต่อประเทศเท่านั้นและในบางธุรกิจนั้นรัฐอาจมีนโยบายที่ต้องการจะส่งเสริมเพื่อให้ธุรกิจสามารถดำรงอยู่ได้ ก็อาจยินยอมที่จะให้มีการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ อันเหมาะสมกับประเทศที่กำลังพัฒนา ที่ยังจำเป็นต้องคุ้มครองและส่งเสริมอุตสาหกรรมบางประเภทเช่นประเทศไทย อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายไว้นั้น ย่อมทำให้ขอบเขต ในการบังคับใช้

กฎหมายในส่วนของการป้องกันการผูกขาดแบบลง และแทบจะไม่มีกรณานามาเข้าดัง
เช่นที่ผ่านมา เพราะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการเพียงคณะเดียว อีกทั้งยัง
ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจขาดความมั่นใจ เนื่องจากไม่อาจทราบแนวทางการประกาศ
ควบคุมธุรกิจ และขาดกรณีตัวอย่างในการศึกษา นอกจากนี้การกำหนดเงื่อนไขใน
การบังคับใช้กฎหมายเฉพาะกับธุรกิจควบคุมเท่านั้น ย่อมอาจถูกโต้แย้งได้ว่าเป็นการ
เลือกปฏิบัติ

โดยความหมายของการทำข้อตกลงล่วงหน้า นั้น เป็นกรณีที่ผู้ขายตกลง
ขายสินค้าชนิดหนึ่งที่เป็นที่ต้องการของผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าอีก
ชนิดหนึ่งจากตนด้วยซึ่งแสดงว่าสินค้าหลักและสินค้าพ่วงเป็นสินค้าต่างชนิดกันและอาจ
เป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดที่ต่างกัน การที่มาตรา 38 บัญญัติห้ามผู้ประกอบการควบคุม
กำหนดข้อตกลง หรือเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับให้ลูกค้าของตน ต้องจำกัด
โอกาสในการเลือกซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการจากผู้ประกอบการควบคุมอื่น ซึ่ง
แสดงว่ากฎหมายได้บัญญัติ ห้ามกำหนดข้อตกลงล่วงหน้าที่มีผลให้ผู้ซื้อทั้งหมด โอกาส
ในการซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการควบคุมรายอื่นเท่านั้น หากปรากฏว่าสินค้าพ่วง
มีค่าสินค้าที่อยู่ในธุรกิจควบคุมเสียแล้ว บทบัญญัติห้ามการทำข้อตกลงล่วงหน้าดังกล่าว
จะไม่สามารถนำมาใช้บังคับในกรณีดังกล่าวได้

สำหรับกรณีของแฟรนไชส์ ธุรกิจแฟรนไชส์นั้น มีลักษณะเป็นการขาย
สินค้าเป็นชุด (Package) โดยแฟรนไชส์ประเภทที่เรียกว่าแฟรนไชส์สินค้าและชื่อ
ทางการค้า (Product and Trade Name Franchising) นั้น ซึ่งผู้รับแฟรนไชส์
จะอยู่ในสายการจัดจำหน่ายของผู้ให้แฟรนไชส์ก็จะเป็นการขายสิทธิในการใช้เครื่องหมาย
ทางการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ สินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า และอาจรวมทั้ง
สูตรลับทางการค้า ส่วนแฟรนไชส์รูปแบบทางธุรกิจ (Business Format
Franchising) ก็จะเป็นการขายวิธีการทำธุรกิจ ตลอดจนชื่อทางการค้าของผู้ให้
แฟรนไชส์ กล่าวคือ 1) การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือ
สัญลักษณ์ของสินค้า 2) การฝึกสอนการประกอบธุรกิจ 3) คู่มือการประกอบธุรกิจ
4) การช่วยเหลือในการเริ่มดำเนินการ 5) การให้คำปรึกษาในระหว่างดำเนินการ
ธุรกิจ และ 6) แผนการส่งเสริมการขายและการโฆษณาร่วมกัน ซึ่งสินค้าทั้งหมด

ดังกล่าว นั้น เป็นสินค้าที่ผู้ให้แพรนไชส์กำหนดขึ้นเพื่อให้สินค้า และธุรกิจของผู้รับแพรนไชส์มีลักษณะเหมือนกับธุรกิจเดียวกันกับธุรกิจของผู้ให้แพรนไชส์ ในสายตาของผู้บริโภค โดยถือว่าเป็นการขายสินค้าเพียงชนิดเดียวที่เรียกว่าแพรนไชส์ แม้ว่าโดยความหมายของการฟ่วงขายนั้น อาจมองว่าเป็นสินค้าหลายชนิดซึ่งถือว่าเป็นการฟ่วงขายก็ตาม

การที่ธุรกิจแพรนไชส์ มีลักษณะเป็นการขายสินค้าเป็นชุดดังกล่าว ผู้ให้แพรนไชส์จึงมีโอกาที่จะแสวงหาประโยชน์ โดยการขายสินค้าอื่นฟ่วงไปกับสินค้าที่เรียกว่า แพรนไชส์ ด้วย โดยคิดราคาสินค้าจากผู้รับแพรนไชส์สูงกว่าราคาสินค้าที่มีการเสนอขายโดยทั่วไป ซึ่งการฟ่วงขายในลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นการตัดโอกาสผู้รับแพรนไชส์ในการเลือกซื้อสินค้าฟ่วงจากผู้ขายรายอื่นที่มีราคาถูกลงกว่า หรือมีคุณภาพที่ดีกว่า และทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าฟ่วงต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาด อันเกิดจากการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงทางการค้าของผู้ให้แพรนไชส์ แต่การบัญญัติห้ามการทำข้อตกลงฟ่วงขายในลักษณะที่กำหนดเงื่อนไขไว้ในมาตรา 38 นั้น ย่อมไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของผู้รับแพรนไชส์ ตลอดจนผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าฟ่วง อันเกิดจากการทำข้อตกลงฟ่วงขายของผู้ให้แพรนไชส์ได้

อย่างไรก็ตาม หากรัฐได้ประกาศควบคุมธุรกิจที่ผู้ให้แพรนไชส์ทำอยู่ และประกาศห้ามมิให้มีการทำข้อตกลงในลักษณะการฟ่วงขายขึ้น ก็ย่อมทำหับบทบัญญัติตามมาตรา 38 ที่บัญญัติขึ้นในลักษณะกว้าง ๆ ครอบคลุมถึงการขายสินค้าของผู้ให้แพรนไชส์ในทุกกรณี แม้จะเป็นการขายกลุ่มของสินค้าที่รวมเรียกว่า แพรนไชส์ และสินค้าที่ผู้ให้แพรนไชส์กำหนดขึ้นเพื่อที่จะรักษาคุณภาพ หรือความเป็นรูปแบบเดียวกันก็ตาม ซึ่งในประเทศต่าง ๆ เอง แม้จะมีหลักการในการห้ามมิให้มีการทำข้อตกลงฟ่วงขายไว้ก็ตาม แต่ก็มิได้ถือว่าการทำข้อตกลงฟ่วงขายในทุกกรณีเป็นความผิด เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้า ในลักษณะควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ แม้ข้อตกลงฟ่วงขายจะเป็นความผิดโดยชัดแจ้ง (per se) แต่ศาลก็มิได้พิจารณาว่า ข้อตกลงฟ่วงขายเป็น

ความผิด per se อย่างเคร่งครัด อีกทั้งศาลยังอาจใช้หลักสมเหตุสมผล (Rule of Reason) กับการทำข้อตกลงฟองขายในบางกรณี เช่นการรักษาคุณภาพของสินค้า ส่วนในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ ก็ถือว่า ข้อตกลงฟองขายจะเป็นข้อตกลงที่เป็นโทษต่อเมื่อ ข้อตกลงฟองขายนั้น ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (against Public Interest) และสำหรับในประเทศออสเตรเลีย ผู้ประกอบธุรกิจก็ยังสามารถทำข้อตกลงฟองขายได้ โดยการขอ Authorization หรือการทำ Notification และจะห้ามมิให้ทำข้อตกลงฟองขาย แต่เฉพาะกรณีที่ข้อตกลงฟองขายมีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมากเท่านั้น

ดังนั้น การที่ พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาตรา 38 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาบัญญัติห้ามการทำข้อตกลงฟองขายไว้อย่างกว้าง ๆ และเข้มงวด โดยไม่มีข้อยกเว้น เช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อผู้ประกอบการได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ธุรกิจแฟรนไชส์ เพราะเป็นธุรกิจที่เป็นการขายสินค้าต่าง ๆ รวมกันมาเป็นชุดที่เรียกว่า แฟรนไชส์ และความจำเป็นบางกรณีของการทำธุรกิจแฟรนไชส์ ที่อาจต้องยินยอมให้ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อสินค้าอื่น นอกเหนือไปจากแฟรนไชส์ เพื่อรักษาคุณภาพ และความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

5.3 มาตรการตาม พรบ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522

สัญญาแพรนาเซสประเภทที่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้รับแพรนาเซส ในการผลิตสินค้า นั้น ในบางครั้งอาจเป็นการทำให้สิทธิการผลิตภายใต้สิทธิบัตรของผู้ที่แพรนาเซส การทำสัญญาแพรนาเซสจึงจำเป็นต้องคำนึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรด้วย สิทธิบัตร เป็นสิทธิพิเศษที่รัฐให้แก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้น และผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์อันอื่นที่จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ และรูปแบบผลิตภัณฑ์ของตนภายในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง เหตุผลที่รัฐให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าว คือ ๓๐

1. เพื่อคุ้มครองสิทธิอันชอบธรรมของผู้ประดิษฐ์ และผู้ออกแบบ เนื่องจากการประดิษฐ์คิดค้น หรือการออกแบบนั้น ผู้ประดิษฐ์และผู้ออกแบบจะต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำใช้สติปัญญาในการทำงาน เมื่อสิ่งประดิษฐ์ หรือรูปแบบผลิตภัณฑ์สามารถให้ผลตอบแทนได้ รัฐจึงควรคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์นั้น เช่นเดียวกับสิทธิในทางทรัพย์สิน

2. เพื่อให้รางวัลตอบแทนแก่ผู้ประดิษฐ์และผู้ออกแบบ เนื่องจาก การประดิษฐ์คิดค้น หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ทำให้มนุษย์ได้รับความสะดวกสบาย มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น หรือมีความปลอดภัยมากขึ้น ดังนั้น รัฐควรให้รางวัลแก่ผู้ประดิษฐ์ และผู้ออกแบบ โดยการป้องกันมิให้ผู้อื่นแสวงหาประโยชน์จากผลงานนั้นโดยมิชอบ

3. เพื่อจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ ๆ ขึ้น เมื่อรัฐให้ความคุ้มครองสิทธิในการประดิษฐ์คิดค้นและการออกแบบมิให้ผู้อื่นสามารถลอกเลียนแบบ และ

^{๓๐} ยรรยง พวงราช, สิทธิบัตร : กฎหมายและวิธีปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์, 2533), หน้า 8-9

แสวงหาผลประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ หรือรูปแบบผลิตภัณฑ์นั้น จึงเกิดแรงจูงใจให้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตโดยการประดิษฐ์คิดค้น หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ เพื่อให้สินค้าหรือผลิตภัณฑ์เป็นที่ต้องการของผู้บริโภค

4. เพื่อกระตุ้นให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์ คิดค้นใหม่ ๆ กล่าวคือ ในการขอรับสิทธิบัตร กฎหมายกำหนดให้ผู้ขอเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์อย่างสมบูรณ์ รัดกุม และชัดเจน รวมทั้งวิธีการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ตนทราบ ซึ่งจะทาให้มีการศึกษา และนำไปแก้ไข ปรับปรุง และพัฒนาต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง

5. เพื่อจูงใจให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี และการลงทุนจากต่างประเทศ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้น และผู้ออกแบบย่อมทาให้ผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีที่อยู่ต่างประเทศเกิดความมั่นใจ และได้มาจที่จะถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ผู้ร่วมลงทุนในประเทศ

ผู้ที่ได้รับสิทธิบัตร หรือเราเรียกว่า "ผู้ทรงสิทธิบัตร" ย่อมมีสิทธิดังต่อไปนี้ คือ

1. สิทธิที่ผลิตผลิตภัณฑ์ หรือใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร หรือใช้แบบผลิตภัณฑ์กับผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร ขายหรือมีไว้เพื่อขายซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตหรือใช้กรรมวิธีดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว เว้นแต่ในกรณีเพื่อการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัย หรือกรณีที่ได้ประกอบกิจการหรือมีเครื่องมือเครื่องใช้เพื่อประกอบกิจการโดยสุจริต ก่อนวันประกาศโฆษณาขอรับสิทธิบัตร หรือกรณีการขายหรือมีไว้เพื่อขายซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ได้มาโดยสุจริต

2. สิทธิที่จะใช้คำว่า "สิทธิบัตรไทย" หรืออักษร สบท. หรืออักษรต่างประเทศที่มีความหมายเช่นเดียวกัน ให้ปรากฏที่ผลิตภัณฑ์ ภาชนะบรรจุ หรือหีบห่อของผลิตภัณฑ์ หรือในการโฆษณาการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร ³¹

³¹ มาตรา 37 และมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

3. สิทธิที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามข้อ 1 และ 2 แต่จะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศในด้านอุตสาหกรรม ทัศนกรรม เกษตรกรรม หรือพาณิชย์กรรม หรือจะกำหนดให้ผู้รับอนุญาตชำระค่าตอบแทนหลังจากสิทธิบัตรหมดอายุแล้วไม่ได้^{๓๒}

4. สิทธิที่โอนสิทธิตามสิทธิบัตรให้แก่บุคคลอื่น ^{๓๓}

จากลักษณะของสิทธิบัตรดังกล่าวที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่า หากผู้ให้แพรอนเซสเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรแล้ว ก็ย่อมจะมีสิทธิแต่ผู้เดียว เพื่อการวิจัย ผลิต หรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากความคิดและการประดิษฐ์ของตน ภายในระยะเวลาหนึ่ง โดยหวงห้ามหรือกีดกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์นั้น อันเป็นสิทธิในทางนิเสธ (negative rights) เสมือนเป็นการทำให้สิทธิผูกขาดโดยกฎหมาย (legal monopoly) แก่ตนประดิษฐ์ ^{๓๔} อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิตามสิทธิบัตร ซึ่งเป็นสิทธิผูกขาดตามกฎหมายนั้นเป็นการใช้สิทธิในแง่ที่เป็นเครื่องกีดขวางมิให้หน่วยธุรกิจอื่นเข้ามาลอกเลียนผลิตภัณฑ์ของตนเท่านั้น เมื่อใดก็ตามที่ผู้ให้แพรอนเซส ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรได้ใช้สิทธิของตนในทางที่เป็นการสร้างข้อกีดขวาง ซึ่งเป็นการลดการแข่งขันในทางการค้าแล้ว ย่อมถือเป็นการขยายขอบเขตการใช้สิทธิบัตร

ข้อตกลงพ่วงขายนั้น ถือเป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้

^{๓๒} มาตรา 38 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

^{๓๓} มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

^{๓๔} ศุภลักษณ์ ลากทวิโชค, "ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายป้องกันการผูกขาด," วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 1.

าให้แพรรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตร อาจนำมาใช้กับผู้รับอนุญาต คือ ผู้รับแพรรนไชส์ ดัง
นั้น กฎหมายจึงได้วางมาตรการในการป้องกันการนำข้อตกลงฟ่วงขายมาใช้ในการ
อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร กล่าวคือ

1. มาตรการในการห้ามมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนดเงื่อนไข หรือข้อ -
จำกัดสิทธิในลักษณะของการฟ่วงขายไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยถือว่าข้อตกลง
ในลักษณะนี้เป็นเงื่อนไข หรือข้อจำกัดสิทธิที่มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ
เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรม ทัศนกรรม เกษตรกรรม หรือพาณิชย์กรรมของ
ประเทศ

กฎกระทรวง ฉบับที่ 7 (พ.ศ.2529) ออกตามความในพระราช
บัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

ข้อ 2 (1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมด
หรือบางส่วนจากผู้ทรงสิทธิบัตรหรือจากผู้จำหน่ายที่ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนดหรืออนุญาต
ไม่ว่าวัสดุที่ใช้ในการผลิตนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้อง
กำหนดเช่นนั้น เพื่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตร และค่าตอบแทนคำนวณแล้ว
ต้องไม่สูงกว่าราคาวัสดุที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันที่สามารถจัดหาจากผู้อื่นได้

(2) ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมด
หรือบางส่วนจากผู้จำหน่ายที่ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถ้าไม่กำหนด
เช่นนั้นจะเป็นเหตุให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นไม่ได้ผลตามสิทธิบัตร

(10) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตชำระประดิษฐ์ หรือแบบผลิตภัณฑ์
อื่นของผู้ทรงสิทธิบัตรโดยไม่จำเป็น โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว

หากผู้ทรงสิทธิบัตรวางเงื่อนไข หรือข้อจำกัดสิทธิในลักษณะดัง
กล่าว ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เงื่อนไข หรือข้อจำกัดสิทธิเช่นนี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ
ตามมาตรา 39 วรรคท้าย

จากกฎกระทรวงดังกล่าว จะเห็นว่า กฎหมายได้ห้ามมิให้ผู้

ทรงสิทธิบัตรฟวงขายวัตถุดิบที่เข้าการผลิต โดยกำหนดให้ซื้อวัตถุดิบจากผู้ทรงสิทธิบัตรโดยตรง หรือการกำหนดให้ผู้รับอนุญาตซื้อวัตถุดิบในการผลิตจากผู้จำหน่ายที่ตนกำหนด หรืออนุญาต หรือที่เรียกว่า full line forcing รวมทั้งการฟวงขายการประดิษฐ์ หรือแบบผลิตภัณฑ์อื่นโดยไม่จำเป็น ซึ่งเรียกว่า package licensing เพราะการทำข้อตกลงดังกล่าวเป็นการขยายการแสวงหาประโยชน์ไปยังสินค้าที่เป็นวัตถุดิบ และผลิตภัณฑ์หรือรูปแบบผลิตภัณฑ์อื่นของผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งไม่มีความจำเป็นต่อการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรฉบับหลักเลย

2. มาตรการในการกำหนดให้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อให้อธิบดีกรมทะเบียนการค้าตรวจสอบข้อความในสัญญาว่ามีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนา - ประเทศในด้านอุตสาหกรรม ทัศนกรรม เกษตรกรรม หรือพาณิชยกรรม รวมทั้งมีการกำหนดให้ผู้รับอนุญาตชำระค่าตอบแทนหลังจากสิทธิบัตรหมดอายุ ตามมาตรา 39 หรือไม่ หากอธิบดีเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรมีลักษณะดังที่กล่าวมาข้างต้น ก็ให้เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิบัตรเพื่อพิจารณา ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยว่าสัญญานั้นขัดต่อกฎหมาย ให้อธิบดีสั่งไม่รับจดทะเบียนสัญญา เว้นแต่คู่สัญญาจะมีเจตนาแยกส่วนที่สมบูรณ์ของสัญญาออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์นั้น อธิบดีอาจสั่งรับจดทะเบียนบางส่วนก็ได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวว่าถือเป็นที่สุด ^{๓๕} ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่สัญญาแพรนาไซส์นั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะ เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร แล้ว สัญญาแพรนาไซส์นั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

สำหรับการกำหนดให้ทำสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรเป็นหนังสือ และนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถือว่าเป็นแบบนิติกรรมหากผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือ และนำไปจดทะเบียนยอมตกเป็นโงมระตามมาตรา 114 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

^{๓๕} มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

จะเห็นได้ว่า พรบ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 ได้กำหนดมาตรการป้องกันการทำข้อตกลงฟ่วงขายไว้ เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการป้องกันการฟ่วงขายที่กำหนดไว้ใน พรบ.กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 หากมาใช้กับกรณีของแพรนเซสแล้ว นับว่าเป็นมาตรการที่ช้ป้องกันการฟ่วงขายในกรณีที่ผู้ให้แพรนเซสเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรได้เป็นอย่างดี เนื่องจาก ผู้ให้แพรนเซส ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตร จะถูกห้ามมิให้วางข้อกำหนดให้ผู้รับแพรนเซสของตนซื้อวัสดุในการผลิตจากตนเอง หรือผู้ที่ตนกำหนด รวมทั้งสินค้าอื่นของตนที่ไม่เกี่ยวกับสิทธิบัตร โดยกำหนดช้อยกเว้นเกี่ยวกับการผลิต ซึ่งทำให้กฎหมายนั้นมีความยืดหยุ่นสามารถช้ได้อย่างสอดคล้องกับเหตุผลทางการผลิต รวมทั้งยังได้กำหนดมาตรการที่สามารถคุ้มครองผู้รับแพรนเซสได้ โดยกำหนดมาตรการเกี่ยวกับค่าตอบแทน ซึ่งจะต้องไม่สูงกว่าราคาของผู้ขายรายอื่นอย่างเรก็ก็ตาม การนำมาตรการป้องกันการทำข้อตกลงฟ่วงขายในพรบ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาใช้กับกรณีแพรนเซสนั้นมีลักษณะจำกัด กล่าวคือ จะนำมาช้ได้เฉพาะในกรณีที่แพรนเซสที่เป็นการอนุญาตให้ผู้รับแพรนเซสช้สิทธิในการผลิตสินค้าตามสิทธิบัตรเท่านั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ให้แพรนเซสผลิตสินค้าที่มีสิทธิบัตรเองแล้ว ำให้สิทธิในการขายสินค้านั้นแก่ผู้รับแพรนเซสแล้ว ย่อมไม่อยู่ในบังคับของ พรบ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 ดังกล่าว

สรุป

ธุรกิจแพรนเซส เป็นธุรกิจที่ประสบความสำเร็จอย่างสูงในประเทศไทยในระยะไม่กี่ปีที่ผ่านมา ซึ่งธุรกิจแพรนเซสก็นับเป็นธุรกิจที่มักเกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการทำข้อตกลงฟ่วงขายมากที่สุดธุรกิจหนึ่ง เมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายทั้ง 3 ฉบับที่ยกขึ้นพิจารณาแล้ว จะเห็นว่า มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวยังมีข้อจำกัด และขาดความเหมาะสมเมื่อนำมาใช้กับการทำข้อตกลงฟ่วงขายในสัญญาแพรนเซส กล่าวคือ มาตรการในส่วนที่เกี่ยวกับข้อตกลง ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นเพียงบทยกเว้นของหลักเสรีภาพ ในการทำสัญญา จึงต้องตีความในลักษณะจำกัด เพื่อมิให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาต้องเสียไป

และเท่าที่ผ่านมามาศาลยังไม่เคยตัดสินให้ข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้า เป็นข้อตกลงที่ตกเป็นโรมมะ ยกเว้นในกรณีการรวมหัวกันประมุขงานของรัฐ สำหรับ มาตรการป้องกันการฟุ้งขายตามพรบ. กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 นั้น กฎหมายก็ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ในเรื่องการประกาศธุรกิจควบคุม และประกาศ ห้ามทำข้อตกลงในลักษณะ บังคับให้ลูกค้าต้องจำกัดอิสระในการเลือกซื้อสินค้าจากผู้อื่น ย่อมทำให้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจนำมาใช้คุ้มครองผู้รับแพรรนโซส์ ตลอดจน ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าฟุ้งได้ นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวก็ได้บัญญัติขึ้นใน ลักษณะกว้าง ๆ จึงทำให้การขายสินค้าของผู้ให้แพรรนโซส์ เป็นความผิดในทุกกรณีแม้ จะเป็นการขายสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ที่รวมเรียกว่า แพรรนโซส์ ก็ตาม รวมทั้งไม่มี การกำหนดบทยกเว้นให้สามารถทำข้อตกลงฟุ้งขายไว้แต่อย่างใด ซึ่งย่อมทำให้เป็น อุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจแพรรนโซส์ ซึ่งมีลักษณะที่ต้อง ควบคุมคุณภาพ และความเป็นรูปแบบเดียวกันของตัวสินค้า สำหรับมาตรการตาม พรบ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นั้น นับเป็นมาตรการที่อาจป้องกันการทำข้อตกลงฟุ้งขายใน สัญญาแพรรนโซส์ได้ แต่ก็ทำได้แต่เฉพาะกับกรณีธุรกิจแพรรนโซส์ที่เป็นการอนุญาตให้ผู้รับ แพรรนโซส์ผลิตสินค้าที่มีสิทธิบัตรเท่านั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย