

บทที่ 2

ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีของธุรกิจแฟรนไชส์

ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่ได้รับความนิยมอย่างสูงในระบบเศรษฐกิจปัจจุบันและยังคงมีการขยายตัวอย่างต่อเนื่อง โดยมีการลงทุนที่เกิดจากนักลงทุนทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ แต่มีใช้ว่าธุรกิจทุกประเภทนั้นสามารถที่จะนำมาสร้างเป็นรูปแบบแฟรนไชส์ได้ทุกประเภท ควรที่จะต้องมี การคำนึงถึงรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ศึกษาจึงได้ ทำการศึกษาเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของธุรกิจแฟรนไชส์ ลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์ของ ประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งศึกษาในแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจ แฟรนไชส์ทั้งหมดเพื่อที่จะได้ทราบถึงความชัดเจนของการทำธุรกิจแฟรนไชส์ดังต่อไปนี้

1. ลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์

1.1 ประวัติความเป็นมาของธุรกิจแฟรนไชส์

แฟรนไชส์นับได้ว่าเป็นธุรกิจประเภทหนึ่งที่ประสบความสำเร็จอย่างสูงจากธุรกิจการ จัดจำหน่าย และการตลาด โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นสินค้าหรือการบริการ เกือบทุกประเภทจะมีการขายสินค้าหรือบริการผ่านยังระบบแฟรนไชส์ไม่ว่ารูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง แม้แต่ในประเทศไทยเองก็มีการนำระบบแฟรนไชส์เข้ามาใช้โดยในระยะแรกจำกัดอยู่ในประเภท ธุรกิจที่เกี่ยวกับสถานีบริการค่าน้ำมัน และขยายตัวมาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน

แฟรนไชส์ เชื่อกันว่าเริ่มต้นมาจากประเทศอังกฤษสมัยกลางเมื่อครั้งที่กษัตริย์ยังมีอำนาจ สูงสุดในการปกครองประเทศ โดยทรงกระจายอำนาจผ่านทางบุคคลที่ได้รับคัดสรรโดยการ พระราชทานอำนาจพิเศษที่ให้เป็นสิทธิเฉพาะ ผู้รับสิทธิจะผูกขาดในเรื่องนั้นๆแต่เพียงผู้เดียวใน อาณาเขตเฉพาะ (ถวิลวงษ์ ถายะพิงค์, 2535, หน้า15) โดยจะต้องถวายบรรณาการตอบแทนใน รูปแบบของเสบียงอาหาร อาวุธ สินค้า พืชผลหรือการบริการ ด้วยลักษณะเช่นนี้จึงส่งผลให้มีการตั้ง นายอากรเจ้าที่ดินขึ้นและสามารถมีกองทัพหรือกองเรือเพื่อป้องกันตนเองและเพื่อสำรวจและขนส่ง

โดยคงรูปแบบของการดำเนินงานได้โดยไม่ต้องอาศัยเงินของท้องพระคลัง สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวนี้เองที่ทำให้เกิดเป็นผลตามมาของลักษณะความสัมพันธ์ในรูปแบบแฟรนไชส์ระบบแฟรนไชส์ได้ถูกนำมาพัฒนาใช้ครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา ในรูปแบบของการให้สิทธิแฟรนไชส์โดยรัฐได้มอบหมายงานให้แก่บริษัทเอกชนเข้ามาดำเนินกิจการทำสาธารณะประโยชน์และบริการของประชาชน จึงเกิดการขยายตัวอย่างมากมาย ไม่ว่าจะเป็น ทางรถไฟ รถโดยสารขนส่ง ธนาคารและอื่นๆ เมื่อสภาพสังคมเศรษฐกิจได้ขยายตัวขึ้นอย่างรวดเร็วประกอบกับจำนวนประชากรที่ขยายตัวเพิ่มขึ้นมากจึงทำให้มีการนำรูปแบบของแฟรนไชส์เข้ามาใช้ในการจัดจำหน่ายสินค้าจากเดิมที่จำกัดเฉพาะเรื่องให้สิทธิของรัฐบาล (Government grants) นำมาสู่การพัฒนาาระบบแฟรนไชส์ในเชิงธุรกิจ (ถวิลวงศ์ ถายะพิงค์, 2535, หน้า 6)

ในปี ค.ศ.1850 บริษัท แม็คคอร์มิค ฮาเวสติง แมชชีน เป็นบริษัทที่จำหน่ายเครื่องมือเกี่ยวกับทางการเกษตรถือได้ว่าเป็นกิจการแรกที่นำรูปแบบของแฟรนไชส์มาใช้ (Foster, 1989, p. 184) แต่ถ้าเป็นสินค้าอุปโภคบริโภคนั้น ในปี ค.ศ.1851 บริษัท ซิงเกอร์ ซีวิง แมชชีน โดย ไอแซค เมอริท ซิงเกอร์ (Foster, 1989, p. 119) ผู้ซึ่งคิดค้นจักรเย็บผ้าแบบใหม่นำมาขายโดยให้ผู้ขายชำระเงินค่าสิทธิแก่บริษัท โดยบริษัทใช้วิธีการสร้างเครือข่ายค้าปลีก ด้วยระบบพนักงานและการเป็นดีลเลอร์ อันเนื่องมาจากการขายเครื่องจักรเย็บผ้าเฉพาะภายในเขตพื้นที่ซึ่งถือว่าเป็นธุรกิจแฟรนไชส์ประเภทซื้อทางการค้าแม้ว่าจะไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรและระงับธุรกิจในภายหลัง แต่ก็นับได้ว่าเป็นการเริ่มต้นของการนำระบบแฟรนไชส์มาใช้ในเชิงธุรกิจซึ่งคือ การให้สิทธิผู้อื่นดำเนินการในรูปแบบของตนแล้วเก็บค่าธรรมเนียม

ต่อมาอุตสาหกรรมรถยนต์ ปิมน้ำมัน และผู้ผลิตเครื่องดีมภายใต้แบรนด์โคคา โคลา และแบรนด์เป๊ปซี่ได้นำระบบแฟรนไชส์มาใช้อีกครั้งตั้งแต่ช่วงท้ายของทศวรรษที่ 18 จนถึงต้นศตวรรษที่ 19 เนื่องมาจากการขาดแคลนช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าเพราะบริษัทเหล่านี้ไม่มีเงินทุนมากพอที่จะสร้างโรงงาน หรือลงทุนในการขยายสาขา และยังรวมถึงระบบขนส่งทางไกลนั้นจะต้องใช้ค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ดังนั้นธุรกิจแฟรนไชส์จึงเข้ามามีบทบาทโดยการขายแฟรนไชส์ให้กับผู้ที่สามารถจะรับผิดชอบการดำเนินงานรวมถึงสามารถคิดวิธีการในการกระจายสินค้าได้ วิธีการขายธุรกิจดังกล่าวจึงเรียกว่า “โปรดักส์ แฟรนไชส์” แต่วิธีการดังกล่าวก็เริ่มเสื่อมถอยลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีการเติบโตของระบบแฟรนไชส์มาแทนที่โดยมีชื่อเรียกว่า “แฟรนไชส์เต็มรูปแบบ” (ปริศนา จิรวัดนพร, 2546, หน้า 6)

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ร้านค้าปลีกก็ค่อยๆ ยกระดับธุรกิจจากการพัฒนาตัวสินค้ามาเป็นด้านการพัฒนาการบริการจึงส่งผลให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาธุรกิจแฟรนไชส์ในหลายรูปแบบ การซื้อของในรูปแบบขับรถเข้าไปซื้อ (Drive-in) เป็นรูปแบบที่

เริ่มแรกในการพัฒนาและไม่ว่าจะเป็นร้านค้าประเภทร้านขายส่งและร้านค้าปลีกที่เข้ามามีบทบาทแทนร้านค้าขนาดเล็กที่มีเจ้าของเพียงผู้เดียว ซึ่งได้แพร่หลายและเกิดเป็นแบรนด์ในธุรกิจแฟรนไชส์หลายต่อหลายแบรนด์ อาทิเช่น แมคโดนัลด์ เซเว่น อีเลฟเว่น สอติเคย์ อินน์ หรือแม้แต่เบอร์เกอร์คิง และขยายไปสู่ธุรกิจอีกหลายชนิด เช่น โรงแรม บริการทางด้านต่างๆ เป็นต้น

ในปี ค.ศ.1950 เรย์ คร็อก (Foster, 1989, p. 185) ถือได้ว่าเป็นผู้ที่ทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเป็นที่ยอมรับและเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็วเพราะเนื่องจาก เรย์ คร็อก นั้นได้เห็นถึงความประทับใจในบริการและบริการที่มีความสะดวกรวดเร็ว ความสะอาดของสถานที่ รวมถึงรายการอาหารที่มีให้เลือกอย่างมากมายและราคาไม่แพงจนเกินไป จึงนำเอาแนวทางธุรกิจดังกล่าวมาปรับปรุงให้ดีขึ้นจนประสบความสำเร็จ ต่อมาในปี ค.ศ.1955 เรย์ คร็อก จึงเปิดร้านแมคโดนัลด์ ขึ้นและขยายสาขาออกไปถึง 400 แห่ง ในปี ค.ศ.1962 และเพิ่มเป็น 10,000 แห่งในปี ค.ศ.1987 และเปิดสาขาแรกที่กรุงมอสโก ในปี ค.ศ.1999 และเป็นสาขาที่มียอดขายมากที่สุดสาขาหนึ่งของโลก

ตารางที่ 1 จุดเริ่มต้นของกิจการแฟรนไชส์ (นิตยสาร Brandage, 2545, หน้า 134)

ปี	บริษัท	ลักษณะธุรกิจ
ปีค.ศ.1851	บริษัทซิงเกอร์ ซีวิง แมชชีน	แฟรนไชส์ด้านบริการ
ปีค.ศ.1898	บริษัทเจนเนอรัล มอเตอร์	แฟรนไชส์ด้านยานพาหนะ
ปีค.ศ.1903	บริษัทโคคา โคลา	แฟรนไชส์น้ำอัดลมขวด
ปีค.ศ.1911	บริษัททอมตัน	แฟรนไชส์ค้าปลีกช็อคโกแลตประเทศอังกฤษ
ปีค.ศ.1937	บริษัทแมคโดนัลด์	แฟรนไชส์แฮมเบอร์เกอร์
ปีค.ศ.1946	บริษัทเฮทส์	แฟรนไชส์รถเช่า
ปีค.ศ.1976	บริษัทบอดี ซูป	แฟรนไชส์ความงามและสุขภาพ

ธุรกิจแฟรนไชส์นั้นได้เติบโตที่สุดเมื่อ ร้านแมคโดนัลด์ ได้นำธุรกิจแฟรนไชส์ของตนเองเข้าสู่ตลาดหุ้นในวันที่ 15 เมษายน ปี ค.ศ.1965 ซึ่งราคาหุ้นของแมคโดนัลด์ขึ้นอย่างรวดเร็วและเป็นไปอย่างต่อเนื่องเป็นเวลานาน ต่อมาหุ้นของ แฟรนไชส์ในธุรกิจตัวอื่นไม่ว่าจะเป็น เค เอฟ ซี หรือ โรงแรมสอติเคย์ อินน์ ก็ได้ทยอยกันเข้าสู่ตลาดหุ้นเป็นจำนวนมาก แต่ท้ายที่สุดแล้วบรรดาธุรกิจแฟรนไชส์ที่ได้เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็วนั้นก็มียอดขยับหรือลดกิจการลงเพราะเหตุผลเนื่องมาจากการที่มีความโลภของเจ้าของธุรกิจเองหรือการใช้ประโยชน์จากชื่อดังของธุรกิจของตน

หรือการที่ต้องการขยายสาขาและเพิ่มเม็ดเงินให้กับธุรกิจของตนเองโดยไม่ได้นึกถึงหรือเตรียมการสนับสนุนให้กับผู้รับสิทธิแฟรนไชส์แต่อย่างใด

สำหรับคำว่า “แฟรนไชส์” ยังไม่มีคำจำกัดความที่มีความหมายเหมาะสมหรือให้คำจำกัดความได้อย่างแน่ชัด เพราะเนื่องจากในปัจจุบันรูปแบบของการให้ใช้สิทธิแฟรนไชส์นั้นมีมากมายหลากหลายรูปแบบ หากเกิดปัญหาหรือกรณีข้อพิพาทหรือความขัดแย้งอันมาจากธุรกิจดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นในเรื่องสิทธิ หน้าที่ หรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือแม้แต่ผลกระทบที่เกิดกับบุคคลภายนอกนั้น การศึกษาถึงค่านิยม ทฤษฎีและลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์ จะช่วยให้สามารถเข้าใจได้ระบบหรือวิธีการต่างๆ ของแฟรนไชส์ได้เป็นอย่างดีและยังเอื้อประโยชน์แก่การพิจารณาตัดสินใจอีกด้วย

แฟรนไชส์ เป็นศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีรากศัพท์มาจากภาษาฝรั่งเศสว่า “ฟรานซิส” ซึ่งมีความหมายว่า ไม่เป็นทาส ในขณะที่แฟรนไชส์ในภาษาอังกฤษแปลว่า สิทธิพิเศษ คือ สิทธิพิเศษที่พระราชทานในสมัยโบราณพระราชทานให้ (ปริศนา จิรวัดนพร, 2546, หน้า 5)

ความหมายทั่วไปสำหรับแฟรนไชส์คือ การร่วมประกอบธุรกิจโดยเจ้าของธุรกิจ คือ ผู้ให้แฟรนไชส์ (Franchisor) ยินยอมให้ผู้รับแฟรนไชส์ (Franchisee) ใช้วิธีการในดำเนินธุรกิจระบบการตลาด และการกระจายสินค้าที่ได้รับการพิสูจน์และยอมรับว่าประสบความสำเร็จแล้ว (กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, แผ่นพับ, 2549)

ค่านิยมของแฟรนไชส์ตามกฎหมายของกรมการค้าสหรัฐอเมริกาหรือ เอฟ ที ซี (The Federal Trade Commission: FTC) ได้ให้ความหมายของค่านิยมแฟรนไชส์ไว้ในกฎหมายของกรมการค้าสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า การเปิดเผยข้อกำหนดและข้อห้ามเกี่ยวกับธุรกิจ แฟรนไชส์ รวมทั้งโอกาสและความเสี่ยง (Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures sec.436.2) ได้กำหนดค่านิยมว่า “เป็นความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์โดยมีองค์ประกอบ 3 ข้อดังนี้ คือ (ปริศนา จิรวัดนพร, 2546, หน้า 10-12)

1. สินค้าและหรือบริการของผู้รับแฟรนไชส์ถูกเสนอและขาย ซึ่งดำเนินการภายใต้เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ชื่อทางการค้า โฆษณาหรือสัญลักษณ์ทางการค้าอื่นๆ ของผู้ให้แฟรนไชส์

2. ผู้รับแฟรนไชส์ถูกกำหนดให้จ่ายเงินอย่างน้อย 500 ดอลลาร์แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ และ

3. ผู้ให้แฟรนไชส์ได้ดำเนินการควบคุมหรือจัดหาความช่วยเหลืออย่างมีนัยสำคัญต่อการดำเนินธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์

ตามกฎหมายว่าด้วยแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นยังแบ่งออกเป็นกฎหมายที่ออกโดยมลรัฐต่างๆ (State Law) ซึ่งมีอยู่ด้วยกันทั้งหมด 16 มลรัฐที่ได้บัญญัติกฎหมายแฟรนไชส์

ออกมาบังคับใช้โดยสามารถแบ่งคำนิยามตามกฎหมายของมลรัฐออกได้เป็น 4 กลุ่มคือ (ปริศนา จิรวัฒนพร, 2546, หน้า 12-13)

1. ตามกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ (Majority State Definition) ประกอบไปด้วยมลรัฐ แคลิฟอร์เนีย อินเดียน่า อิลลินอยส์ มิชิแกน นอร์ท คาโรไลนา แมรีแลนด์ วิสคอนซิน เท็กซัส โอเรกอนและ โรด ไอส์แลนด์ ได้กำหนดว่าแฟรนไชส์ประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ

(1) ผู้รับแฟรนไชส์ได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในธุรกิจการเสนอ การขาย หรือการกระจายสินค้าหรือบริการภายใต้แผนการตลาดหรือระบบโดยผู้ให้แฟรนไชส์

(2) การดำเนินธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์ที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายทางการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์หรือสัญลักษณ์ทางการค้าอื่นๆ ของผู้ให้แฟรนไชส์หรือบริษัทในเครือ

(3) ผู้รับแฟรนไชส์ถูกกำหนดให้ต้องจ่ายค่าธรรมเนียม

2. คำนิยามของมลรัฐส่วนน้อย (Minority State Definition) ประกอบไปด้วยมลรัฐ ฮาวาย เซาท์ คาโรไลนา มินเนสโซตา และวอชิงตัน ได้บัญญัติคำนิยามของแฟรนไชส์ไว้ว่า

(1) ผู้รับแฟรนไชส์ได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในธุรกิจการเสนอขายหรือกระจายสินค้าหรือบริการ โดยใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์หรือสัญลักษณ์ทางการค้าหรือสัญลักษณ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

(2) ผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์มีผลประโยชน์ร่วมกันในตลาดสินค้าหรือบริการ

(3) ผู้รับแฟรนไชส์ต้องจ่ายค่าธรรมเนียม

3. คำนิยามของมลรัฐนิวยอร์ก (New York Definition) มลรัฐนิวยอร์กมีการนิยามคำนิยามความหมายของคำว่าแฟรนไชส์ที่แตกต่างจากมลรัฐอื่นๆ ภายใต้กฎหมายนิวยอร์กในส่วน of ธุรกิจทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์ (New York: General Business Law, Art. 33 Franchise) ภายใต้กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนี้ผู้รับแฟรนไชส์จะถูกจำกัดความโดยแนวทางดังต่อไปนี้

(1) ผู้ให้แฟรนไชส์ได้รับค่าธรรมเนียมจากผู้รับแฟรนไชส์

(2) ถ้าธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์มีความจำเป็นเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์หรือไม่ผู้รับแฟรนไชส์ก็ดำเนินธุรกิจภายใต้แผนการตลาดหรือระบบที่กำหนดโดยผู้ให้แฟรนไชส์เป็นสำคัญ

4. มลรัฐเวอร์จิเนียนั้นมีกฎหมายแฟรนไชส์ภายใต้มลรัฐของตนเองภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่าพระราชบัญญัติแฟรนไชส์มลรัฐเวอร์จิเนีย (The Virginia Franchising Act) โดยมีเงื่อนไขดังนี้

(1) ผู้รับแฟรนไชส์ได้รับสิทธิในการเข้าร่วมในธุรกิจการเสนอขายหรือกระจายสินค้าหรือบริการในการขายปลีกภายใต้แผนการตลาดหรือระบบที่กำหนดโดยผู้ให้แฟรนไชส์เป็นสำคัญ

(2) การดำเนินธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์เป็นอย่างมาก

ธุรกิจระบบแฟรนไชส์ (Franchising) คือ กระบวนการทางธุรกิจซึ่งกลุ่มบุคคลที่ได้พัฒนาวิธีการอันได้รับการพิสูจน์แล้วว่าประสบความสำเร็จในการประกอบการและการจัดการธุรกิจได้ถ่ายทอดสิทธิในการประกอบการธุรกิจรูปแบบดังกล่าวให้กับกลุ่มบุคคลอื่นภายใต้ตราสินค้าหรือบริการหรือเครื่องหมายการค้าอันหนึ่งอันใดโดยกระบวนการนี้เกี่ยวข้องกับการทำข้อตกลงทางกฎหมายระหว่างกลุ่มบุคคล 2 กลุ่ม (พีระพงษ์ กิติเวช โภคาวัฒน์, 2546, หน้า 41-42)

แฟรนไชส์ซอร์ คือ กลุ่มบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของตราสินค้าหรือบริการ หรือเครื่องหมายการค้าและได้พัฒนาวิธีการอันได้รับการพิสูจน์แล้วว่าประสบความสำเร็จในการประกอบการและการจัดการธุรกิจที่สามารถถ่ายทอดและดำเนินการ โดยกลุ่มบุคคลที่สามได้

แฟรนไชส์ซี คือ กลุ่มบุคคลซึ่งได้รับสิทธิบัตรในการจำหน่ายและการดำเนินธุรกิจโดยกลุ่มบุคคลดังกล่าวใช้รูปแบบและตราสินค้าหรือบริการหรือเครื่องหมายการค้าอันมีแฟรนไชส์ซอร์เป็นเจ้าของอยู่ แฟรนไชส์ซีที่ร่วมกิจการ ไม่อยู่ในฐานะของพนักงานหรือลูกจ้างแต่อยู่ในลักษณะเป็นเจ้าของกิจการ ทำให้การสร้างความรู้สึกในการเป็นเจ้าของกิจการเกิดขึ้นในระบบแฟรนไชส์ ในขณะที่เดียวกันแฟรนไชส์ซีซึ่งเป็นเจ้าของกิจการที่ทำหน้าที่บริหารงานสาขา หรือปฏิบัติรับผิดชอบงาน ต้องมีความรับผิดชอบมากกว่าพนักงานโดยปกติเป็นผลให้การดูแลติดตามและควบคุมดีกว่า

1.2 แนวคิดทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาและความรับผิดชอบตามสัญญา

ในการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์นั้นมาจากการที่บุคคลทั้งสองฝ่ายมีเจตนาเสนอและมีการสนองต้องตรงกันจึงทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น จึงมีแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาแฟรนไชส์ดังนี้

1.2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่าสัญญาไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงอะไร แต่จากหนังสือต่างๆ ทั่วไปได้ให้คำนิยามของสัญญาไว้ว่าสัญญาหมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันที่จะเข้า

ทำสัญญาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีมุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์ (ศันนัทกรณ โสคติพันธุ์, 2549, หน้า 233)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นมีแนวความคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งมีระบบเศรษฐกิจการค้าแบบเสรีนิยมเป็นตัวสนับสนุน แนวความคิดที่ว่าปัจเจกชนทุกคนมีเอกสิทธิติดตัว (Inalienable Right) กล่าวคือตามธรรมชาติที่จะเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ตามที่ตนเองประสงค์ (ชาราทิพย์ นิงสานนท์, 2548, หน้า 90) ซึ่งในทางทฤษฎีสามารถกล่าวได้ว่าเสรีภาพของคู่สัญญานั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะตกลงทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นเจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และมีอิสระจะถูกจำกัดได้ก็เฉพาะโดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2527, หน้า 40-60)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นหลักการที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมในการเข้าทำสัญญาซึ่งเป็นหลักการที่มีการยืนยันที่แน่นอนว่าจะต้องมีการปฏิบัติในการชำระหนี้ต่อกันด้วยความเสมอภาคคือการยอมให้มีการต่อรองซึ่งกันและกันได้ และยังถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสระในทางแพ่ง หลักเสรีภาพทางสัญญานั้นจึงมีความหมายว่าเสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา โดยที่เสรีภาพจะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดแล้ว เมื่อสัญญาเกิดแล้วรัฐจะเข้าไปทำการแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เพราะถ้ามีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลจะถูกทำลายลงไป หลักเสรีภาพในการเข้าสัญญาจึงมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ (ศันนัทกรณ โสคติพันธุ์, 2549, หน้า 239)

1. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม
2. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะของเอกเทศสัญญาในลักษณะของวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัยหรือวัตถุประสงค์เฉพาะของตัวคู่สัญญาเองในลักษณะของวัตถุประสงค์ในทางอติวิสัยหรือวัตถุประสงค์แบบผสม
3. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นด้วยวาจา กิริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม
4. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะคิด ตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนคิดตัดสินใจไว้ หากการตัดสินใจนั้นผิดปกติเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายมาทำกลล่อล ช่มชู้ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลล่อล ช่มชู้จะเสียเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย โดยกฎหมายจะให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะ หากคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมา

ไม่ตรงกับที่ตัดสินใจไว้เช่นเพราะความสำคัญผิดในสาระสำคัญ กฎหมายก็จะคุ้มครองเจตนาที่แท้จริงอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นตกเป็นโมฆะไป

5. หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหา คือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้เนื้อหาที่กำหนดนั้นอาจแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดแต่ต้องอยู่ในความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นก็จะไม่เป็นโมฆะ

6. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา คือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ เมื่อกำหนดแล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา คือ สัญญาต้องเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าวจำเป็นต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรเพื่อป้องกันมิให้เสรีภาพในการทำสัญญาของบางคนต้องได้รับผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกหรือสังคม โดยส่วนรวม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงถูกจำกัดดังนี้ (ศันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, 2549, หน้า 239-241)

1. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญานั้นอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินกิจการในลักษณะผูกขาด เขาย่อมไม่มีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วยเพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอหน้ากัน

2. เสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกกำหนดด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

3. เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญานั้นอาจถูกจำกัดตามกฎหมาย เพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบอย่างหนึ่งอย่างใด

4. เสรีภาพอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับ เช่น การแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งโดยบุคคลภายนอก แทนที่กฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ที่ถูกกลั่นแกล้ง แต่กฎหมายกลับคุ้มครองอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาทำสัญญาโดยไม่รู้ถึงกลั่นแกล้งของบุคคลนั้น

5. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาสินค้าควบคุมบางประเภท การถูกกำหนดโดยการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า

6. เสรีภาพของสัญญาในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา อันเป็นหลักที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญากันแล้ว

ยังมีได้มีการชำระหนี้กันเกิดขึ้นอันเป็นผลของสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงการชำระหนี้ไปอย่างมาก หากยังต้องมีการชำระหนี้กันเกิดขึ้นก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไปสัญญาจึงไม่ควรที่จะเป็นสัญญาอีก ตามหลักที่ว่าเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา

หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญานั้นแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่สามารถจะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ทำให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญา ในอันที่เกี่ยวกับชนิด แบบ และเนื้อหาของกิจการซึ่งคู่สัญญาทั้งสองจะตกลงกันได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั่นเอง

1.2.2 หลักสุจริต

หลักสุจริตถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัมพันธกับจริยธรรมและคุณธรรมหรือความซื่อสัตย์ต่อกันของบุคคลเพื่อใช้เป็นเครื่องควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมในระดับมาตรฐานเดียวกันที่สังคมยอมรับได้เพื่อให้สังคมสามารถดำรงอยู่ร่วมกันได้ด้วย ความสงบสุขและเรียบร้อยและป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายในสังคมเอาเปรียบบุคคลอื่นโดยไม่ชอบธรรม จึงเรียกหลักสุจริตดังกล่าวนี้ว่าเป็นหลักศีลธรรมและจริยธรรมพื้นฐาน (Moral Rule and Principle of Legaethics) หลักสุจริตดังกล่าวนี้มีความสำคัญมากในการดำรงชีวิตของบุคคลในสังคมทางจริยธรรม และความซื่อสัตย์ต่อกันเป็นคุณธรรมของบุคคลในสังคมที่เรียกว่าหลักมาตรฐานในการดำรงชีวิต (To be faithful on one of their standard principle of life)

หลักสุจริต (Equity) เป็นหลักที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดีบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายของสัญญาทุกประเภทนั้นจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (คาราพร ธีระวัฒน์, 2542, หน้า 58) ซึ่งมักเป็นที่เข้าใจของบุคคลหลายคนว่าจะนำมาตรานี้มาใช้ก็ต่อเมื่อเกิดหนี้ขึ้นแล้วเท่านั้น แต่แท้จริงแล้วหลักการนี้สามารถที่จะนำมาปรับใช้ในขั้นตอนก่อนสัญญาหรือขั้นตอนการก่อให้เกิดสัญญาได้ เพราะถือว่าแม้สัญญาจะยังไม่เกิด แม้หนี้ตามสัญญาจะยังไม่เกิดแต่คู่สัญญามีหน้าที่ต่อกันแล้วโดยที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลจะปรับนำเอาหลักสุจริตมาใช้คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 5408-2540 ฎ.ศ. 10-79 การที่ลูกหนี้ได้ทยอยส่งมอบสิ่งของตามสัญญาซื้อขายให้หลังจากครบกำหนดเวลาที่ลูกหนี้ต้องส่งมอบสิ่งของตามสัญญาซื้อขายแล้ว แสดงว่าเจ้าหนี้พยายามให้โอกาสแก่ลูกหนี้ในการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา โดยยังไม่บอกเลิกสัญญา จนครั้งสุดท้ายเจ้าหนี้มีหนังสือแจ้งให้โอกาสลูกหนี้ส่งมอบของตามสัญญาภายในกำหนดเวลาที่แจ้ง

ไว้ในหนังสือ ซึ่งลูกหนี้ยังขอผ่อนผันต่อไปอีก เช่นนี้การที่เจ้าหนี้บอกเลิกสัญญาต่อลูกหนี้ภายหลังครบกำหนดส่งมอบของตามสัญญาซื้อขายเป็นเวลานานนับปีนั้น ไม่มีพฤติการณ์สื่อให้เห็นว่าเจ้าหนี้ใช้สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาฎีกาที่ 186-188/2477 รศ.266 หลักการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดอาศัยความซื่อสัตย์สุจริตระหว่างกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 950/2487 จ.640 ผู้ขายบอกกล่าวให้ผู้ซื้อมารับทรัพย์สินที่ขายไปตามสัญญา ผู้ซื้อไม่ยอมไปรับผู้ขายได้เอาทรัพย์สินที่ขายออกขายทอดตลาดโดยสุจริต แม้ไม่ได้บอกกล่าวการขายทอดตลาดให้ผู้ซื้อทราบก่อน ผู้ซื้อก็ต้องรับผิดชอบใช้ราคาที่เขาได้อยู่และค่าเสียหาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2742/2517 จ.1965 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินพร้อมกับสิ่งปลูกสร้างให้แก่โจทก์ แต่โจทก์รู้เห็นยินยอมให้จำเลยโอนที่ดินนั้นขายให้ผู้อื่น แล้วโจทก์มาฟ้องว่าจำเลยผิดสัญญา ดังนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

หลักสุจริตจะประกอบไปด้วยหลักความไว้เนื้อเชื่อใจเป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นพื้นฐานของเรื่องของการแสดงเจตนาในการเข้าทำสัญญาที่ผู้แสดงเจตนาจะทำอะไรตามใจตนหรือคำนึงถึงแต่เสรีภาพของตน ไม่ได้แต่ต้องคำนึงถึงคู่กรณีอีกฝ่ายเสมอว่าเข้าใจอย่างไรหรือเข้าใจในทำนองเดียวกันหรือไม่ เพราะความไว้เนื้อเชื่อใจเป็นหลักที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเหมือนกัน เนื่องจากการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของคู่กรณีย่อมหมายถึงการคุ้มครองบุคคลอื่นๆ ในสังคมที่จะเข้ามาทำสัญญาเหมือนกับคู่กรณีหรือการคุ้มครองความมั่นใจในทางธุรกิจด้วย (ศันันท์กรณ โสคติพันธุ์, 2549, หน้า 242)

หลักสุจริตยังประกอบกับหลักความยุติธรรมด้วย ซึ่งหลักความยุติธรรมนั้นไม่ใช่แต่จะใช้ในศาลในเรื่องของการตัดสินคดีแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ยังสามารถนำมาใช้ในหลักที่ผู้ก่อสัญญาใช้กัน เพราะถ้าหากคู่สัญญามุ่งหมายที่จะให้เกิดสัญญาที่ทั้งคู่ก่อตั้งและเป็นสัญญาที่สามารถผูกพันและบังคับกันได้ตามความประสงค์ทุกอย่างแล้ว ในการก่อให้เกิดสัญญานั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องคำนึงถึงความยุติธรรมที่มีต่ออีกฝ่ายด้วย เพราะส่วนใหญ่ในการเข้าทำสัญญานั้นบุคคลที่มีความได้เปรียบในทางเศรษฐกิจมักจะเป็นผู้ที่กำหนดข้อตกลงต่างๆ ในตัวสัญญาซึ่งอาจจะทำให้ผู้ที่เข้าทำสัญญานั้นได้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากการเข้าทำสัญญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นสัญญาที่ไม่ตั้งอยู่บนความยุติธรรมแล้วยังรวมถึงขัดกับหลักการของสัญญาที่ผู้เข้าทำสัญญานั้นจะต้องมีสิทธิและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาด้วย ถ้าหากข้อกำหนดในสัญญาหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ของสัญญานั้นไม่ได้สัดส่วนก็จะมีผลให้เป็นการขัดกับหลักการของสัญญาเช่นกัน (ศันันท์กรณ โสคติพันธุ์, 2549, หน้า 243)

1.2.3 หลักความรับผิดก่อนสัญญา

หลักความรับผิดก่อนสัญญา (Precontractual Liability) หรือภาษาละติน เรียกว่า คูลปา อิน คอนเฮนโด (Culpa in Contrahendo) หมายถึง ความผิดที่เกิดขึ้นในขณะที่กำลังทำสัญญาอันเป็นความผิดที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ (จำปี โสคติพันธุ์, 2548, หน้า 31)

ความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นความรับผิดที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีการดำเนินวิธีการในการทำสัญญาแต่คู่สัญญาดังกล่าวมิได้ปฏิบัติตามหลักสุจริต ปัญหาของการนำหลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาได้นั้นเนื่องมาจาก (จำปี โสคติพันธุ์, 2548, หน้า 128)

(1) มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้บัญญัติเรื่องของการใช้ “สิทธิ” แต่ไม่ได้ระบุถึงเรื่องของการใช้ “เสรีภาพ”

(2) การที่มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวถึงเรื่องของการ “ชำระหนี้” ย่อมหมายความว่า “หนี้” เกิดขึ้นแล้ว คือมีสัญญาแล้วและในการชำระหนี้จึงต้องกระทำโดยสุจริต

ความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นความผิดที่เกิดขึ้นในช่วงที่สัญญายังไม่เกิดขึ้น หน้าที่ความรับผิดก่อนสัญญาจึงมีรากฐานที่แตกต่างออกไปจากความรับผิดตามสัญญา เนื่องจากว่าสัญญา ยังมิได้เกิดขึ้น จึงยังไม่มีผลของความผูกพันทางกฎหมายเกิดขึ้น การที่หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังมีอยู่ก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเกิดหรือไม่ก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบสิ่งเกิดขึ้น ความรับผิดก่อนสัญญาจึงมิใช่ความรับผิดตามสัญญาเพราะสัญญาอาจยังไม่เกิดขึ้นก็ได้ และถ้าหากเกิดขึ้นความไม่ระมัดระวังก็ยังคงถือว่าอยู่ในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นอยู่ดี

ความรับผิดก่อนสัญญานั้นมีข้อยกเว้นมาจากข้อตกลงของสัญญาซึ่งมาจากการใช้หลักเสรีภาพของคู่สัญญา ตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า การที่เข้าเจรจาในการทำสัญญานั้นไม่สำเร็จเพราะเกิดจาก “ความผิด” ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น หรือแม้แต่กรณี ที่สัญญานั้นไม่สมบูรณ์อันเนื่องมาจากผลของ “ความผิด” ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายก็สามารถที่จะเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนั้นชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นได้ หรือความรับผิดก่อนสัญญานั้นมีข้อยกเว้นมาจากกฎหมายโดยตรง ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญามีดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 8898/2544 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) ประกาศประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเพียงคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอ การที่บริษัทโจทก์ยื่นซองประกวดราคาเป็นการทำคำเสนอ เมื่อมีการเปิดซองและมีหนังสือแจ้งว่าบริษัทโจทก์ประกวดราคาได้เป็นคำสนองแต่เมื่อยังไม่ได้ทำ

สัญญาเป็นหนังสือตามที่ระบุไว้ในประกาศฯ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายประกาศประกวดราคายกเลิกการประกวดราคาค้างครั้งนี้ไม่ถือว่ากระทำผิดสัญญาต่อผู้ประกวดราคาได้ ผู้ประกวดราคาจึงไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้จากผู้ประกาศประกวดราคาได้

1.2.4 หลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์

การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองโดยกฎหมายเพื่อที่ผู้สร้างสรรค์จะได้รับสิทธิในการควบคุมหรือหาประโยชน์จากงานของผู้สร้างสรรค์ตามที่ควรจะได้ โดยเหตุผลของการคุ้มครองมีดังนี้ (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2549, หน้า 27-28)

1) เหตุผลแห่งความยุติธรรมของสังคมทั่วไปที่ผู้สร้างสรรค์งานควรจะได้รับประโยชน์จากงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น โดยผลตอบแทนที่ผู้สร้างสรรค์จะได้รับมาจากค่าตอบแทนของการใช้งานสร้างสรรค์ดังกล่าว

2) เหตุผลของความเจริญก้าวหน้าของวัฒนธรรม เมื่องานที่ผู้สร้างสรรค์ทำขึ้นแล้วได้รับความคุ้มครอง ผลตอบแทนที่ได้รับจะนำไปสู่ความเจริญก้าวหน้าทางวรรณคดี ดนตรี นาฏกรรม และอื่นๆ รวมทั้งหนังสือ หรือตำราเรียนต่างๆ ซึ่งจะนำมาซึ่งการพัฒนาของวัฒนธรรมของชาตินั้นเอง

3) เหตุผลที่อยู่บนพื้นฐานของเศรษฐกิจ ในการลงทุนของธุรกิจบางประเภทบางครั้งมีความจำเป็นที่จะต้องใช้งานสร้างสรรค์ เช่น การสร้างภาพยนตร์ การก่อสร้างสถาปัตยกรรม หรือแม้แต่การแสวงหาประโยชน์จากงานที่สร้างสรรค์ขึ้น เช่น การจัดทำหนังสือออกจำหน่าย การผลิตสิ่งบันทึกเสียง ถ้ามีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะส่งผลให้มีการพัฒนาของเศรษฐกิจของประเทศเช่นกัน

4) เหตุผลทางด้านศีลธรรม งานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่สามารถจะบ่งบอกได้ถึงการแสดงออกทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์งาน ดังนั้นผู้สร้างสรรค์สมควรที่จะได้รับความเคารพจากงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น กล่าวคือ ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะเผยแพร่งานเมื่อใดก็ได้ หรือจะมีการจัดทำซ้ำหรือห้ามมิให้ผู้อื่นนำงานสร้างสรรค์ของตนไปใช้ประโยชน์ถ้าไม่ได้รับอนุญาตนั่นเอง สิทธิประเภทดังกล่าวนี้จึงเรียกว่า “กรรมสิทธิ”

5) เหตุผลทางชื่อเสียงและเกียรติคุณของประเทศชาติ เมื่อมีการสร้างสรรค์งานเกิดขึ้นในประเทศใดแล้ว ก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงลักษณะของคนในประเทศนั้น รวมทั้งยังเป็นการเผยแพร่วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีให้เป็นที่รู้จักกันทั่วโลก ดังนั้นถ้ามีการคุ้มครองงานที่สร้างสรรค์ขึ้นก็จะทำให้วัฒนธรรม หรือศิลปวิทยาการต่างๆ ยังคงอยู่ต่อไปและเจริญก้าวหน้าขึ้นเรื่อยๆ

ในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ตามเหตุผลดังกล่าวข้างต้นอยู่ภายใต้หลักทฤษฎีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) ทฤษฎีเสรีนิยม แนวความคิดของทฤษฎีนี้เห็นว่าบรรดาสິงนิพนธ์ที่เกิดขึ้นมาจากความคิดของมนุษย์ จึงสมควรที่จะให้สิงนิพนธ์นั้นเป็นของสาธารณชนเพื่อที่จะได้ใช้ประโยชน์กันได้อย่างเต็มที่และมีเสรีภาพในการใช้งานนิพนธ์ดังกล่าว เพื่อเป็นการที่จะผลักดันและส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางด้านวัฒนธรรมของประเทศนั้นๆ เนื่องจากผลงานนิพนธ์ที่เกิดขึ้นมาจากความนึกคิดของมนุษย์นั้นไม่ควรจะยึดถือว่าเป็นความคิดที่เกิดขึ้นเองโดยตรง เพราะเนื่องจากการนิพนธ์ที่เกิดขึ้นนั้นส่วนใหญ่มักจะมาจากรากเหง้าของบรรพบุรุษหรือแรงบันดาลใจจากสิ่งแวดล้อมหรือสังคมให้เกิดงานนิพนธ์ดังกล่าวขึ้น ความคิดริเริ่มที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงแล้วไม่น่าจะเป็นไปได้ ดังนั้นสิงนิพนธ์ที่เกิดขึ้นจึงเป็นผลผลิตของสังคม ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากสิงนิพนธ์ก็ต้องตกเป็นของสังคมเช่นกัน ความนึกคิดที่เกิดขึ้นจากมนุษย์ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีคุณค่าสูงสุด อันควรแก่การยอมรับนับถือของสาธารณชน การใช้ประโยชน์จากความคิดของมนุษย์จึงควรปล่อยให้เป็นของสาธารณชนอย่างเสรี (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2549, หน้า 30) หมายความว่า บรรดางานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ตกเป็นสมบัติของสาธารณะ มิใช่สมบัติของผู้ผลิตแต่อย่างใด

2) ทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน ตามแนวความคิดของทฤษฎีนี้ลิขสิทธิ์สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิทางแพ่งโดยทั่วไป ตามลักษณะพิเศษที่สนับสนุนอยู่ด้วยกันสองประการ ดังนั้นจากเหตุผลทั้งสองประการนี้เองที่ทำให้หลักของลิขสิทธิ์แตกต่างกันออกไป (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2549, หน้า 30)

ประการแรก มีความเห็นว่า ชีวิตจิตใจหรือสติปัญญาทั้งหลายก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสภาพบุคคล ดังนั้นเมื่อสภาพบุคคลได้รับความคุ้มครอง การแสดงออกทางความคิดทั้งหลายจากบุคคลนั้นจึงควรที่จะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน จากเหตุผลดังกล่าวนี้จึงมีแนวโน้มไปในทางที่ว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในสภาพบุคคล

ประการที่สอง มีความเห็นว่า สิงนิพนธ์หรืองานสร้างสรรค์ซึ่งเป็นงานที่เกิดขึ้นจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ย่อมที่จะตกเป็นของบุคคลนั้นแต่เพียงผู้เดียว ถ้าสิงนั้นมีคุณค่าในทางเชิงเศรษฐกิจก็ย่อมที่จะเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลนั้น หรือควรที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์ แนวความคิดดังกล่าวนี้เป็นแนวความคิดที่ว่าลิขสิทธิ์เป็นกรรมสิทธิ์และเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง

จากทฤษฎีคุ้มครองป้องกันเมื่อเปรียบเทียบกับทฤษฎีเสรีนิยมแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีคุ้มครองป้องกันจะเป็นตัวส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมมากกว่าเพราะการคุ้มครองดังกล่าวจะเป็นการป้องกันและส่งเสริมให้บุคคลมีความพยายามที่จะสร้างสรรค์งานมากขึ้น แต่ตามความเป็นจริงแล้วการคุ้มครองผลงานลิขสิทธิ์ในทางปฏิบัตินั้น กฎหมายของต่างประเทศได้นำหลักทฤษฎีคุ้มครองป้องกันมาใช้เป็นสาระสำคัญ ในส่วนของลิขสิทธิ์นั้นไม่มีใคร

ทราบถึงที่มาที่แน่นอนของลิขสิทธิ์อย่างแท้จริง แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบันที่ใช้บังคับอยู่นั้นเป็นการคุ้มครองสิทธิในสภาพของบุคคลที่สร้างสรรค์ตามความเหมาะสม ถ้าลิขสิทธิ์ดังกล่าวมีคุณค่าในเชิงเศรษฐกิจก็ย่อมที่จะได้รับความคุ้มครองในส่วนของประโยชน์ทางทรัพย์สินด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมปัจจุบันนี้มีความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจอย่างไม่หยุดนิ่ง ดังนั้นการแสวงหาผลประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ในทางทรัพย์สินจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง

การที่นำทฤษฎีคุ้มครองป้องกันมาใช้บังคับแต่เพียงอย่างเดียวนั้นก็อาจทำให้ลิขสิทธิ์ไม่มีขอบเขตอันจำกัด จึงมีการนำทฤษฎีเสรีนิยมมาผสมผสานให้สอดคล้องกับการที่สาธารณชนจะสามารถใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวได้ โดยการให้ผู้สร้างสรรค์หรือทายาทผู้รับมรดกในงานนั้นได้รับผลประโยชน์โดยการที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองภายในระยะเวลาที่กำหนด และภายหลังจากนั้นก็จะเป็นของบุคคลทั่วไปที่สามารถใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวได้ ซึ่งถือได้ว่าจะนำไปสู่การพัฒนาของวัฒนธรรมของประเทศได้อย่างมาก

ตามทฤษฎีหลักเสรีนิยมที่จะนำมาผ่อนคลายกฎที่เคร่งครัดของทฤษฎีความคุ้มครองป้องกันนั้นมีด้วยกันอยู่สองระบบคือ ระบบแรกเป็นระบบที่อนุญาตให้ใช้ประโยชน์เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กล่าวคือ เมื่อลิขสิทธิ์เกิดขึ้นแล้วก็จะได้รับความคุ้มครองตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หรือในกรณีที่เกิดขึ้นลิขสิทธิ์แบบไม่มีระยะเวลากำหนดก็จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน ภายในช่วงระยะเวลาดังกล่าวหากมีผู้ใดที่ต้องการใช้งานนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่มีการกำหนดไว้ก็อาจจะต้องเสียค่าตอบแทนแห่งการใช้สิทธิดังกล่าว หรืออาจจะไม่ต้องเสียค่าตอบแทนโดยผลของกฎหมาย หรือจากการที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระบบที่สองเป็นระบบที่กำหนดให้การใช้ประโยชน์สาธารณะโดยเสียค่าตอบแทนซึ่งเป็นระบบที่กำหนดขึ้น ในปี ค.ศ.1823 โดยประเทศฝรั่งเศส (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2549, หน้า 32) กล่าวคือเมื่อลิขสิทธิ์ดังกล่าวตกเป็นของสาธารณสมบัติแล้ว เมื่อมีบุคคลใดที่ต้องการใช้ประโยชน์จะต้องเสียค่าตอบแทน

จากทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าลักษณะของลิขสิทธิ์มีความแตกต่างจากสิทธิประเภทอื่นตามกฎหมาย โดยที่ลิขสิทธิ์มีลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน สิทธิแต่ผู้เดียว และสิทธิเฉพาะบุคคล แต่ลักษณะของลิขสิทธิ์ไม่ได้เฉพาะเจาะจงอยู่ภายใต้ลักษณะประเภทใดประเภทหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่เป็นเฉพาะอย่างละเอียดอ่อนเท่านั้น ดังที่จะได้อธิบายต่อไปนี้

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สิน กล่าวคือทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มีความเฉพาะกับตัวเจ้าของหรือผู้ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย การได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นอาจจะมาจากการโอนหรือการจำหน่ายผลงานของตนเองไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใดก็ตามตราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกฎหมายจะเป็นตัวกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองเอง ลิขสิทธิ์อาจจะไม่

ถือว่าเป็นทรัพย์สิน แต่ก็ยังมีรูปแบบบางประการที่ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินคือ เป็นทรัพย์สินที่ถูกจำกัด อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ความแตกต่างระหว่างทรัพย์สินและลิขสิทธิ์นั้นอยู่ตรงที่ วัตถุประสงค์ของงานสร้างสรรค์ ดังนั้นการคุ้มครองของกฎหมายในด้านของรูปแบบทรัพย์สินจึง เป็นการยากที่จะเข้าคุ้มครองได้

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว กล่าวคือ ลิขสิทธิ์นั้นกฎหมายได้ให้อำนาจที่ผู้เป็นเจ้าของมี อำนาจที่จะควบคุมงานของตนจึงมีลักษณะที่เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว การที่กฎหมายได้มอบอำนาจให้ เจ้าของสิทธิแต่ผู้เดียวในบางครั้งก็อาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมได้ เช่น เจ้าของ ลิขสิทธิ์ในงานหนังสือหรือบทละคร หากงานดังกล่าวเป็นงานที่ได้รับความนิยมจากประชาชนหรือ เป็นงานที่มีความสำคัญ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็อาจจะควบคุมไม่ให้มีการเผยแพร่งานดังกล่าวออกไป หรืออาจมีการกระทำโดยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวก็อาจนำมาซึ่งความเสียหายได้

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเฉพาะบุคคล กล่าวคือ ลิขสิทธิ์เป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากมนุษย์ โดยตรง และถือว่าเป็นความสามารถของบุคคลผู้สร้างสรรค์งานนั้นด้วย ซึ่งมีความแตกต่างจากการ ใช้แรงงานหรือการลงทุนสร้างตามปกติ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าลิขสิทธิ์มีความเกี่ยวข้องกับตัว ผู้สร้างสรรค์อย่างใกล้ชิดยากที่จะแยกจากกันได้

1.3 ลักษณะธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทย

การเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยนั้นสืบเนื่องมาจากกว่า 20 ปี นับตั้งแต่ ระบบแฟรนไชส์เริ่มเข้ามาในประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ.2526 (พระพงษ์ กิติเวชโกศาวัฒน์, 2546, หน้า 37) ซึ่งในช่วงแรกนั้นระบบแฟรนไชส์มีการเติบโตอย่างช้าๆ ธุรกิจแรกที่พยายามผลักดันการขาย งาน โดยใช้รูปแบบแฟรนไชส์เป็นเรื่องเป็นราวคือ ร้านค้าสะดวกซื้อแบบมินิมาร์ทและธุรกิจ ร้านอาหาร การนำระบบแฟรนไชส์มาใช้ในช่วงแรกนั้นสร้างความสนใจแก่นักลงทุนเป็นจำนวนมาก แต่เมื่อทำไปได้สักพักก็เกิดปัญหาเนื่องมาจากเจ้าของธุรกิจแฟรนไชส์เน้นการทำธุรกิจแบบซื้อ เพื่อการลงทุน ไม่มองถึงการสร้างธุรกิจเป็นของตนเอง ไม่เอาใจใส่ธุรกิจของตนเองทำให้ไม่สามารถดูแลควบคุมธุรกิจของตนเองได้อย่างทั่วถึงจึงทำให้ธุรกิจนั้นไม่เติบโตเท่าที่ควร และใช้การบริหารธุรกิจแฟรนไชส์ในระบบเก่าคือบริหารงานแบบระบบครอบครัว การบริหารงานของบริษัท แม่ที่ต้องการแค่ขยายสาขาเพื่อมุ่งถึงผลทางการตลาดเท่านั้นโดยไม่คำนึงถึงคุณภาพและยังรวมถึง การที่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์เองนั้นไม่ลงมือทำธุรกิจด้วยตนเองอาศัยแต่จัดหาลูกจ้างเพื่อเข้ามาทำงาน ในแท้จริงแล้วธุรกิจแฟรนไชส์ผู้รับสิทธินั้นจะต้องเป็นผู้ดูแลธุรกิจของตนเองให้ประสบความสำเร็จก่อนที่จะจัดหาลูกจ้างมาทำงานแทนเพราะความเอาใจใส่ของเจ้าของกิจการเองนั้นเป็น เหตุผลหลักที่สำคัญที่สุดที่ทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์ประสบความสำเร็จ

หลังจากภาวะเศรษฐกิจซบเซาในช่วงปี พ.ศ.2536 ส่งผลให้แฟรนไชส์ด้านต่างๆ ได้รับผลกระทบ เช่น โคมิโน พิชซ่า ป๊อปอาย เป็นต้น ได้ประสบกับปัญหาการขยายตัวไม่ออกและในที่สุดจึงต้องปิดตัวลง ระบบแฟรนไชส์ได้กลับมาได้รับความนิยมอีกครั้งเมื่อปีพ.ศ.2537 ที่มีการเจริญเติบโตอย่างก้าวกระโดดและสลับกับการหยุดเติบโตเนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจที่ไม่อำนวยต่อการลงทุนและความเข้าใจในเรื่องของการสร้างแฟรนไชส์ของคนไทยที่ไม่ได้รับการส่งเสริมอย่างจริงจัง (สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย, 2548, หน้า 10)

จากข้อมูลพบว่าในปีพ.ศ. 2543 นั้น มีธุรกิจร้านสาขาในรูปแบบแฟรนไชส์ในประเทศไทยที่ยังคงดำเนินงานอยู่ประมาณ 120 ธุรกิจ หลังจากที่ก่อนหน้านี้มีอยู่ถึง 200 กว่าธุรกิจ อาจจำแนกได้เป็นประเภทธุรกิจต่างๆ ได้ไม่เกิน 8 ประเภท ซึ่งอันดับแรกได้แก่ ธุรกิจประเภทร้านอาหารเป็นอัตราส่วน 34% ตามมาด้วยตลาดการขายสินค้าเฉพาะอย่าง เช่น ร้านขายยา ร้านเสื้อผ้า ฯลฯ ในอัตราส่วน 20% ตามมาด้วยธุรกิจบริการ เช่น รับจ้างซักรีด รถเช่า ประมาณ 18% ด้านการศึกษา 17% ส่วนด้านค้าปลีกมีเพียงแค่ 5% เท่านั้น (สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย, 2548, หน้า 10)

ตารางที่ 2 ข้อมูลจำนวนสาขาในธุรกิจแฟรนไชส์ประเทศไทย

(กรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์, แผ่นพับ, 2548)

ปี พ.ศ.	จำนวนสาขาแฟรนไชส์	อัตราการเพิ่ม (%)	แฟรนไชส์ไทย	อัตราการเพิ่ม (%)
2544	6,600	3	50	8
2545	6,850	4	200-210	13
2546	9,100	25	220-250	12
2547	11,600	22	274	14
2548	20,464	43	361	24

จากตารางดังกล่าวจะเห็นได้ว่า จำนวนสาขาของธุรกิจแฟรนไชส์มีการเจริญเติบโตขึ้นอย่างต่อเนื่องภายในช่วงเวลา 5 ปี มีอัตราการเติบโตอย่างต่อเนื่องเฉลี่ย 24% ซึ่งถือได้ว่าเป็นอัตราการเติบโตที่สูงมาก และจำนวนสาขาของแฟรนไชส์ก็ได้เพิ่มมากขึ้น คิดเป็น 43% จากอัตราการเพิ่มดังกล่าวทำให้เราสามารถคาดการณ์ได้ถึงอนาคตว่าธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยจะเจริญเติบโตได้เท่ากับแฟรนไชส์ของต่างประเทศ

ในประเทศไทยนั้นมีการพัฒนาระบบแฟรนไชส์ขนาดเล็กอยู่บ้างแต่ล้มหายไปในช่วง 8-9 ปีที่ผ่านมา เริ่มตั้งแต่ปี พ.ศ.2528 และมาเป็นที่รู้จักอีกครั้งเมื่อปี พ.ศ.2535 หลังจากนั้นธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยได้หายไปจากตลาดแทบจะไม่มีหลงเหลืออยู่เลย แต่มีธุรกิจแฟรนไชส์ของต่างประเทศมาเจริญเติบโตในอัตราส่วนกว่า 80% แต่เมื่อหน่วยงานของรัฐหรือกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ได้เข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมจึงทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์เริ่มกลับมาอีกครั้ง กล่าวคือ ได้มีผู้ประกอบการธุรกิจแฟรนไชส์เพิ่มมากขึ้นกว่า 300 กิจการ โดยมีการเติบโตอย่างต่อเนื่องภายใต้ภาวะเศรษฐกิจที่ซบเซาที่ผ่านมา นั้น ธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยได้มีการเติบโตที่สวนกับกระแสของเศรษฐกิจที่ซบเซาเนื่องมาจากการตอบรับกับกระแสการสร้างธุรกิจขนาดเล็กที่รัฐบาลได้วางนโยบายไว้อย่างต่อเนื่องหรือการที่มีวัตถุประสงค์อุดมสมบูรณ์หรือแม้แต่แนวคิดในการสร้างรูปแบบธุรกิจประเภทต่างๆ ที่เกิดขึ้นอย่างหลากหลายมากมาย

ปัจจุบันถือว่าเป็นช่วงของการสร้างระบบธุรกิจที่เกิดจากบริษัทขนาดกลางเข้ามาดำเนินการพัฒนาระบบแฟรนไชส์เพื่อต้องการจะสร้างร้านเป็นของตนเองขึ้นในตลาดเปรียบเสมือนการสร้างช่องทางในการจัดจำหน่ายสินค้าโดยการกระจายการลงทุนในรูปแบบแฟรนไชส์ รวมทั้งยังมีการสนับสนุนจากภาครัฐหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้ามาทำการปรับความเข้าใจในรูปแบบของธุรกิจแฟรนไชส์ให้ดียิ่งขึ้นเพียงแต่ผู้ประกอบการของไทยนั้นต้องเร่งที่จะยกระดับมาตรฐานการประกอบธุรกิจในเรื่องของรูปแบบการผลิต คุณภาพของผลิตภัณฑ์หรือความรู้ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ให้เพิ่มมากยิ่งขึ้น เพื่อที่จะเป็นการสร้างโอกาสให้ธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยได้ก้าวไปสู่ตลาดโลก หรือแม้แต่ความนิยมของผู้บริโภคที่หันกลับมาสนใจในเรื่องของการลงทุนในระบบแฟรนไชส์เพิ่มมากขึ้น

การตลาดของธุรกิจแฟรนไชส์จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในเรื่องของการดำเนินธุรกิจ ค่าธรรมเนียม ระยะเวลาการให้ใช้สิทธิ การปรับตัวให้เข้ากับกลุ่มลูกค้าหรือความต้องการของผู้บริโภค การเปิดโอกาสให้ผู้สนใจเข้าซื้อสิทธิ แฟรนไชส์ได้รวมถึงมีการแข่งขันกันมากขึ้นในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จึงเป็นการพัฒนาธุรกิจแฟรนไชส์ที่ดีของประเทศไทย โดยรวมแล้วระบบธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยกำลังเข้าสู่ทิศทางที่ดีขึ้นเพื่อการเตรียมความพร้อมในการเจริญเติบโตทั้งในและต่างประเทศและในขณะนี้เริ่มเข้าสู่ระยะต่อเนื่องที่กำลังพัฒนาไปสู่ขั้นตอนที่ประเทศที่มีรายได้สูงและมีการพัฒนาระบบธุรกิจที่สมบูรณ์ เหมือนธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศอเมริกาในช่วงปีค.ศ.1980 และมีแนวโน้มที่จะดีขึ้นเรื่อยๆ (สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย, 2548, หน้า 2)

ตารางที่ 3 ข้อมูลด้านตัวเลขธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย (ข้อมูลคาดการณ์ธุรกิจปี 2547)
(สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย, 2548, หน้า 14)

ปี พ.ศ.	แฟรนไชส์ ทั้งหมด	แฟรนไชส์ ไทย	แฟรนไชส์ ต่างประเทศ	จำนวน สาขา	มูลค่าตลาด รวม(ล้านบาท)	ค่าธรรมเนียม (ล้านบาท)
2542	180	120	60	8,000	7,000	NA
2543	120	50-60	60-75	5,000	6,000	NA
2544	180	50	130	7,000	7,000- 7,500	NA
2545	200-210	150	60-70	7,000- 8,000	10,000- 15,000	400
2546	220-250	117	120-140	9,000	18,000	440
2547	274	190-200	70-80	9,920- 12,000	25,000	850
2548-50	300-360	300	70-80	25,000	40,000	1,000

2. ประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์

การแบ่งประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์โดยหลักส่วนใหญ่จะแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะดังนี้ (พีระพงษ์ กิติเวชโกศาวัฒน์, 2546 , หน้า 44-50)

1. แฟรนไชส์พัฒนาสินค้า (Product Franchising) (ช่วงการพัฒนา ค.ศ.1900-1940) เน้นการขยายระบบสาขาแบบแฟรนไชส์เพื่อการขายสินค้าของตน แฟรนไชส์ระบบนี้ที่ดีเมื่อทำแล้วจะมีการพัฒนาตัวเองไปเป็นยุคของรูปแบบธุรกิจที่เน้นระบบที่ขายสิทธิในการจัดจำหน่าย เช่น ระบบการจัดจำหน่ายน้ำอัดลมโคคา โคลา หรือโซว์รูมขายรถแบบ ฟอร์ด หรือ โตโยต้า

2. แฟรนไชส์พัฒนาระบบธุรกิจ (Business Format) (ช่วงพัฒนา ค.ศ.1940-1970) มีรูปแบบและเติบโตมากที่สุดจนถึงปัจจุบัน เป็นรูปแบบธุรกิจแฟรนไชส์ที่เน้นกระจายสาขาโดยให้ความรู้ความสามารถในการสร้างและดำเนินธุรกิจนั้น เช่น แมคโดนัลด์

3. แฟรนไชส์สลับเสริมธุรกิจ (Conversion Franchising) (ช่วงการพัฒนา ค.ศ.1970-1990) เป็นยุคใหม่ แฟรนไชส์ที่เพิ่งจะเริ่มเกิดขึ้นจะใช้แฟรนไชส์ประเภทนี้ยากและเติบโตมากที่สุดจนถึงปัจจุบัน เช่น โรงแรมคูสิตธานี โรงแรมเมอร์เคียว เป็นต้น มักจะใช้กับตลาดที่มีการแข่งขันสูง การเข้าไปในธุรกิจดังกล่าวทำได้ยาก ก็จะใช้วิธีการขยายตัวผ่านร้านค้าที่อยู่เดิมเปลี่ยนเป็นร้านในระบบแฟรนไชส์แทนแต่ยังเป็นสินค้าในรูปแบบเดิม

การแบ่งลักษณะประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์นั้นยังสามารถที่จะแบ่งได้ออกเป็นในอีกรูปแบบหนึ่ง โดยทำการแบ่งจากบทบาทของผู้สร้างระบบงานแฟรนไชส์ดังนี้ (พีระพงษ์ กิติเวชโก-ภาวัฒน์, 2546 , หน้า 44-50)

1. เป็นผู้ผลิตและค้าส่ง (Manufacturer and Wholesaler)

ลักษณะรูปแบบการสร้างระบบแฟรนไชส์แบบนี้ขึ้นมาก็เพื่อต้องการที่จะแก้ปัญหาของตัวธุรกิจเอง เช่น กรณีของธุรกิจน้ำอัดลม ที่ได้สร้างระบบงานที่คล้ายระบบแฟรนไชส์เพื่อที่ความต้องการจะตัดปัญหาเรื่องการจัดเก็บสินค้าและการจัดจำหน่าย กระจายสินค้าสู่จุดที่ต้องการจะขายที่จำเป็นต้องใช้แนวร่วมในการทำงานอย่างมาก ดังนั้น ผู้ผลิตน้ำอัดลมก็จะให้สิทธิกับโรงงานที่ผลิตขวดเป็นผู้รับสิทธิในการบรรจุและจำหน่ายไปด้วย

2. เป็นผู้ผลิตและร้านค้าปลีก (Manufacturer and Retailer)

ลักษณะของการสร้างระบบแฟรนไชส์แบบนี้เกิดกับการปรับเปลี่ยนวิธีการทำธุรกิจของธุรกิจรถยนต์ โดยดำเนินการในลักษณะของการแต่งตั้งตัวแทนการขายสินค้าที่จัดทำเป็นโชว์รูมร้านแสดงสินค้าดังกล่าวนี้เรียกว่า ระบบดีลเลอร์ การสร้างระบบงานดังกล่าวนี้เพื่อต้องการให้โรงงานผู้ผลิตไม่ต้องลงทุนในเรื่องของการจัดเก็บสินค้าที่เป็นรถที่มีราคาสูงไว้จำนวนมาก ในขณะที่เดียวกันนั้นก็ยังสามารถสร้างจุดจำหน่าย รวมทั้งการบริการได้มากจุด และยังสามารถเข้าถึงตัวผู้บริโภคได้ดีกว่าการลงทุนสร้างร้านจำหน่ายของตนเองซึ่งระบบดังกล่าวนี้ก็มีการพัฒนาจนถึงการเป็นตัวแทนระดับภูมิภาคมีสิทธิในการจัดจำหน่ายระดับประเทศหรือข้ามประเทศได้

3. เป็นผู้ค้าส่งและร้านขายปลีก (Wholesale and Retailer)

เป็นการสร้างจุดจำหน่ายของร้านที่มีธุรกิจระบบค้าส่งที่ต้องการมีจุดจำหน่ายสินค้าของตนเองเพื่อสร้างความมั่นคงทางธุรกิจที่จะสามารถส่งสินค้าที่มีอยู่ในมือเข้าไปจำหน่ายได้แน่นอน ธุรกิจลักษณะดังกล่าวนี้อาจจะเกิดจากผู้ค้าส่งสินค้าแบบประเภทยา ร้านขายอะไหล่ ร้านขายสินค้าหนัก เช่น อุปกรณ์ก่อสร้าง เป็นต้น

4. ร้านค้าปลีก ที่ปรับระบบงานสร้างร้านค้ามากขึ้น (Retailer)

ลักษณะดังกล่าวนี้เกิดจากการที่ร้านค้าปลีกที่พัฒนาตนเองมาสร้างรูปแบบร้านค้าของตนเองให้เป็นระบบสาขา มีจุดจำหน่ายกระจายตัว เนื่องจากเป็นร้านที่ได้รับความนิยมสูงจากลูกค้า สามารถ

สร้างระบบการบริหารงาน การสร้างวิธีการดำเนินการทางธุรกิจเป็นระบบที่สามารถควบคุมและสร้างกำไรได้จริง เป็นธุรกิจแฟรนไชส์ที่เรียกว่าการพัฒนาระบบแฟรนไชส์ (พีระพงษ์ กิติเวชโก-คาวัฒน์, 2546, หน้า 50) เช่น ร้านอาหารจานด่วน ร้านที่มีรูปแบบแน่ชัดและมีการบริหารงานแบบสมัยใหม่มีการขยายตัวอย่างต่อเนื่อง

ธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีการดำเนินงานอยู่ในประเทศไทยนั้นเป็นธุรกิจแฟรนไชส์ที่ล้วนแล้วแต่มีอยู่ในทุกระบบของระบบงานที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ ธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีการนำเข้ามาหรือซื้อแฟรนไชส์มาจากต่างประเทศ หรือแฟรนไชส์ที่เป็นของคนไทยเอง ดังที่จะได้กล่าวต่อไปนี้

2.1 ธุรกิจแฟรนไชส์ของต่างประเทศ

จากการสำรวจของสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทยในปัจจุบันนี้มีอัตราการเพิ่มและลดลงของธุรกิจแฟรนไชส์ค่อนข้างมาก ซึ่งมาจากปัจจัยมากมายที่สนับสนุนให้มีการเกิดใหม่ของธุรกิจแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนจากทางภาครัฐหรือภาวะทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้นของประเทศหรือแม้แต่การเปิดเสรีทางการค้าก็ตาม จึงส่งผลให้ปริมาณจำนวนร้านค้าแฟรนไชส์หรือผู้ขายแฟรนไชส์มีเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง จำนวนธุรกิจแฟรนไชส์ที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศไทยตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงปี พ.ศ.2548 มีทั้งสิ้นจำนวน 361 กิจการ โดยเป็นแฟรนไชส์ที่เป็นธุรกิจของต่างประเทศ 43 กิจการและแฟรนไชส์ในประเทศไทยหรือธุรกิจแฟรนไชส์ที่พัฒนาโดยคนไทยจำนวน 318 กิจการ โดยมีจำนวนร้านค้าของแฟรนไชส์ทั้งสิ้น 20,464 ร้านค้า ร้านแฟรนไชส์ในประเทศไทยที่มาจากต่างประเทศ เช่น แมคโดนัลด์ พิซซา ฮัท สเวนเซ่น เป็นต้น (สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย, 2548, หน้า 12-16)

นอกจากนี้ยังพบว่าในปัจจุบันแฟรนไชส์ที่มาจากต่างประเทศมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นซึ่งประกอบไปด้วยธุรกิจที่หลากหลาย เช่น ร้านอาหาร ร้านกาแฟ การบริการทางด้านการศึกษาร้านค้าสะดวกซื้อ หรือการบริการทางด้านความสวยความงาม เป็นต้น

2.2 ธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยนั้นมีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วและต่อเนื่องในอัตราการเพิ่ม 24% ณ ปี พ.ศ.2548 ซึ่งมาจากการพัฒนาทางธุรกิจของไทยและการส่งเสริมธุรกิจแฟรนไชส์ของภาครัฐ แต่อายุในการดำเนินกิจการของธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยเหล่านี้ยังไม่มากนักเมื่อเปรียบเทียบกับธุรกิจแฟรนไชส์ของต่างประเทศ จากการ

สำรวจธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยโดยสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทยพบว่า แฟรนไชส์ที่เป็นของคนไทย ณ ปีพ.ศ.2548 มีสูงถึง 361 กิจการ ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 4 ประเภทธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย (หน่วย: กิจการ)
(สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย, 2548, หน้า 13)

ประเภทธุรกิจ	จำนวน	ร้อยละ
1. อาหาร	127	35.2
2. เครื่องดื่ม	52	14.4
3. ของว่าง-เบเกอรี่	11	3.0
4. บริการ	45	12.5
5. การศึกษา	37	10.3
6. ความงาม	33	9.1
7. ร้านสะดวกซื้อ	29	8.0
8. งานพิมพ์	11	3.0
9. หนังสือ/วิดีโอ	6	1.7
10. อสังหาริมทรัพย์	2	0.6
11. อื่นๆ	8	2.2
รวม	361	100

จากตารางที่ 4 ข้างต้นกิจการธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยนี้สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

2.2.1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับการให้บริการ

ธุรกิจแฟรนไชส์ที่เกี่ยวกับการให้บริการนั้นมีจำนวนมากในธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยซึ่งนอกจากธุรกิจที่เฉพาะเจาะจงทางด้านบริการแล้ว ยังสามารถรวมถึงการให้มีการอบรมและให้ใช้เครื่องหมายทางการค้าหรือชื่อทางการค้าอีกด้วย ซึ่งได้แก่ ธุรกิจประเภทการให้บริการทางด้านการศึกษา ธุรกิจความงาม ธุรกิจบันเทิง เป็นต้น

แฟรนไชส์ที่ ณ ปัจจุบันกำลังเติบโตอย่างรวดเร็วคือ แฟรนส์ด้านการศึกษา ซึ่งแต่เดิมมีเพียงโรงเรียนสอนภาษาอังกฤษและคณิตศาสตร์ ซึ่งในปัจจุบันได้มีเพิ่มขึ้นอีกอย่างมากมาย อาทิ เช่น โรงเรียนสอนการวาดรูป โรงเรียนสอนภาษาจีน เยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และ โรงเรียนสอน

ศิลปะป้องกันตัว ทำให้แฟรนไชส์ในยุคแรกๆ ต้องมีการปรับตัวและหันมาเปลี่ยนรูปแบบการเรียนการสอนหรือพัฒนาสาขาที่มีอยู่ให้มีศักยภาพเพิ่มมากขึ้น

2.2.2 ธุรกิจที่เกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้า

ธุรกิจที่เกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้าในประเทศไทยนั้นสามารถจัดออกได้เป็น 4 กลุ่มย่อยคือ

1. แฟรนไชส์ร้านอาหาร กลุ่มนี้ถือได้ว่าเป็นแฟรนไชส์ที่มีศักยภาพสูงที่สุดหรือมีการเจริญเติบโตของธุรกิจเร็วที่สุด เพราะว่าอุตสาหกรรมอาหารจัดเป็นธุรกิจที่มีชื่อเสียงรู้จักทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับอาหารไทยที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวในเรื่องรสชาติ สำหรับแฟรนไชส์ร้านอาหารของไทยได้นำระบบแฟรนไชส์มาประยุกต์ใช้หลายกิจการด้วยกัน อาทิเช่น นิโอสูกี้ หรือ โออิชิ เป็นต้น

นอกจากนี้ในระบบธุรกิจอาหารยังรวมถึงรูปแบบกึ่งแฟรนไชส์ด้วย คือ การทำธุรกิจภายใต้แบรนด์เดียวกัน ซึ่งอาจจะมีการเก็บหรือไม่เก็บค่าธรรมเนียมแรกเข้า อาทิเช่น ลูกชิ้นหมูนายฮังเฟ็ง ชายสี่บะหมี่เกี๊ยว บะหมี่เกี๊ยว แซมป์โลก เป็นต้น

2. แฟรนไชส์ธุรกิจสื่อสารและคอมพิวเตอร์ ธุรกิจกลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่มีแนวโน้มการเติบโตสูงและไม่หยุดนิ่งเพราะเนื่องมาจากพฤติกรรมการใช้มือถือตลอดจนอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ของผู้บริโภค รวมทั้งความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี สำหรับแฟรนไชส์ในกลุ่มนี้มีหลายแบรนด์ ไม่ว่าจะเป็น ฮัทซ์ เอ ไอ เอส ดีแทค ทูมูฟ เจมาร์ท เป็นต้น

3. แฟรนไชส์ด้านบันเทิงต่างๆ ซึ่งเป็นธุรกิจที่น่าจับตามองเพราะเป็นธุรกิจที่มีการเติบโตอย่างช้าๆ แต่มั่นคง อาทิเช่น ร้านหนังสือดอกหญ้า ร้านหนังสือนายอินทร์ ร้านเช่าวีดีโอ ร้านแมงป่อง ฯลฯ

4. แฟรนไชส์ร้านค้าปลีกขนาดย่อม ร้านยา ร้านขายเครื่องสำอางค์ ร้านค้าในกลุ่มธุรกิจนี้ถึงแม้ว่าจะมีแฟรนไชส์จากต่างประเทศมาสร้างพื้นฐานของตลาดไว้ก่อนแล้ว ไม่ว่าจะเป็น บุษ วัตสัน เซเว่น อีเลฟเว่น แฟมิลี่ มาร์ท แต่ผู้ประกอบการของไทยก็สามารถที่จะทำธุรกิจทางด้านดังกล่าวได้ถ้ามองให้ออกถึงช่องทางและสร้างความแตกต่างทางการตลาดก็อาจจะมีแบรนด์ซึ่งเป็นของคนไทยเองได้ อาทิเช่น เฟรช มาร์ท ฟาลีโน เป็นต้น

2.3 ขั้นตอนในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

ในการประกอบกิจการหรือธุรกิจต่างๆ ย่อมมีขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าดำเนินธุรกิจเหล่านั้นรวมทั้งการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ขั้นตอนในการเข้าประกอบธุรกิจแฟรนไชส์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ ในแง่ของผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์

2.3.1 ในฐานะของผู้ให้แฟรนไชส์

ผู้ให้แฟรนไชส์หรือเจ้าของธุรกิจนั้นจะต้องมีการวางแผนงานในเรื่องของธุรกิจของตนให้เป็นระบบระเบียบแบบแผนเพื่อให้ผู้อื่นสนใจที่จะเข้าร่วมแฟรนไชส์เพราะธุรกิจแฟรนไชส์นั้นมีทั้งข้อดีและข้อเสียเหมือนกับธุรกิจประเภทอื่น ฉะนั้นการเริ่มต้นที่ดีถือเป็นจุดเริ่มต้นของความสำเร็จอีกก้าวหนึ่งด้วย โดยผู้ให้แฟรนไชส์มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. ขั้นตอนในการวางแผน

การวางแผนการจัดการระบบแฟรนไชส์นั้นถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดหรือเป็นขั้นตอนที่เป็นหัวใจของธุรกิจแฟรนไชส์ เพราะผู้ให้สิทธิต้องทำการตัดสินใจวางแผนงานหรือเรื่องที่มีความสำคัญต่างๆ ในธุรกิจแฟรนไชส์ เช่น รูปแบบของแฟรนไชส์ ขนาดในการลงทุน การคิดคำนวณค่าสิทธิต่างๆ อายุของสัญญา และเงื่อนไขของสัญญา เป็นต้น การวางแผนงานจึงประกอบด้วยขั้นตอนย่อยๆ อีกดังนี้

(1) การหาข้อมูลของแฟรนไชส์ในระบบ

การจะเริ่มทำธุรกิจใดๆ ก็ตามสิ่งที่สำคัญที่สุดคือการรวบรวมข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของตน เพราะข้อมูลทั้งหลายเหล่านี้จะเป็นตัวช่วยที่สำคัญที่จะทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถตัดสินใจได้ว่าธุรกิจของตนนั้นจะเป็นไปในแนวทางเช่นใด หรือทำธุรกิจออกมาในแนวทางใดจะเหมาะสมกับผู้ให้แฟรนไชส์มากที่สุด รวมทั้งผู้ให้แฟรนไชส์สามารถที่จะนำข้อดีและข้อเสียของธุรกิจตัวที่ใกล้เคียงหรือคู่แข่งนั้นนำมาปรับใช้ให้กับธุรกิจของตน

(2) รูปแบบของการให้สิทธิ

รูปแบบของการให้สิทธิแฟรนไชส์นั้นมีด้วยกัน 3 แบบคือ

1) แฟรนไชส์แบบบุคคลหรือแฟรนไชส์หน่วยเดียว (Individual Franchise or Single Unit Franchise) คือ การให้สิทธิแก่ผู้รับสิทธิเพียงคนเดียวหรือบุคคลเดียว ภายในพื้นที่ที่กำหนดเพียงแห่งเดียวเท่านั้น

2) แฟรนไชส์แบบหลายหน่วยหรือแบบพัฒนาพื้นที่ (Multi Unit Franchise or Area Development Franchise) คือ เป็นการกำหนดพื้นที่ให้แก่บุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งที่สามารถดำเนินธุรกิจมากกว่า 1 แห่งภายในพื้นที่ที่กำหนด

3) แฟรนไชส์แบบตัวแทน (Sub-franchise) คือ การให้กลุ่มบุคคลหรือบุคคลรับสิทธิในการขยายแฟรนไชส์ออกไปภายในพื้นที่ที่รับสิทธิ

การให้สิทธิแฟรนไชส์ของผู้ให้แฟรนไชส์ต่อผู้รับแฟรนไชส์นั้นเหมาะสมกับรูปแบบใด ผู้ให้แฟรนไชส์ควรที่จะต้องคำนึงถึงข้อดีและข้อเสียของทั้ง 3 ระบบว่าแบบใดเหมาะสมกับธุรกิจของตนมากที่สุดและเหมาะสมกับผู้รับแฟรนไชส์แต่ละรายไป

(3) การกำหนดค่าสิทธิประเภทต่างๆ

การกำหนดค่าสิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเป็นรายได้หลักประการแรกที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะได้รับเพื่อที่จะนำมาพัฒนาระบบธุรกิจแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นค่าของสิทธิแรกเข้า ค่า royalties รวมทั้งความรู้ต่างๆ ที่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้ถ่ายทอดให้แก่ผู้รับแฟรนไชส์ นอกจากนี้ยังมีค่าสิทธิทางการตลาด (Marketing or Advertising Fee) (ปริศนา จิรวัดนพร, 2546, หน้า 21) ที่ผู้ให้แฟรนไชส์มักจะเรียกเก็บจากผู้รับแฟรนไชส์เพื่อนำมาใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ธุรกิจ แฟรนไชส์ดังกล่าว

ปัจจัยที่ใช้ในการคิดคำนวณการเรียกเก็บค่าสิทธิโดยทั่วไปประกอบด้วย

- 1) การแข่งขันในตลาดที่ธุรกิจดำเนินอยู่เมื่อเทียบกับอัตราเรียกเก็บของกลุ่ม
- 2) อัตราผลตอบแทนหรืออัตรากำไรของผู้ให้สิทธิในการดำเนินธุรกิจ
- 3) ต้นทุนและผลกำไรในการดำเนินธุรกิจระบบแฟรนไชส์

(4) การกำหนดพื้นที่สำหรับแฟรนไชส์

การกำหนดพื้นที่ของแฟรนไชส์ก็คือ การกำหนดขอบเขตของผู้รับแฟรนไชส์ในพื้นที่ที่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้กำหนดไว้

(5) การกำหนดระยะเวลาของสัญญา

การกำหนดระยะเวลานั้นมีผลดีสำหรับทั้งผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ ในกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถทบทวนเงื่อนไขต่างๆ ถ้าหากผู้รับแฟรนไชส์ดังกล่าวไม่เหมาะสมกับธุรกิจของตน ส่วนทางผู้รับแฟรนไชส์นั้นก็สามารถที่จะคำนวณระยะเวลาที่จะคืนทุนสำหรับการดำเนินธุรกิจนั้น ซึ่งโดยปกติแล้วระยะเวลาที่ใช้กันโดยทั่วไปสำหรับสัญญาแฟรนไชส์คือ 5-10 ปี

(6) เครื่องหมายการค้า

การทำธุรกิจแฟรนไชส์เครื่องหมายการค้าถือเป็นทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่ง เพราะเนื่องจากเครื่องหมายการค้าเป็นตัวบ่งบอกถึงตัวตนของผู้ให้แฟรนไชส์ต่อสายตาของผู้บริโภค เป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงคุณภาพ มาตรฐาน หรือความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ต่างจากผู้อื่น เครื่องหมายการค้าจึงมักที่จะมาพร้อมกับการให้สิทธิในตนเอง

การให้สิทธิสำหรับธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเป็นการให้สิทธิในการใช้ความรู้ความสามารถทั้งหมดที่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้ถ่ายทอดสู่ผู้รับแฟรนไชส์ รวมทั้งสิทธิในการใช้เครื่องหมายทางการค้าเดียวกันกับผู้ให้แฟรนไชส์ด้วย การใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันนั้นต่างฝ่ายต่างได้รับผลประโยชน์ไปในทางเดียวกันคือเพื่อการค้าที่ดีขึ้น เพราะเนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์ก็สามารถขยายเครื่องหมายทางการค้าออกไปได้อย่างกว้างขวางจากผู้รับแฟรนไชส์ ในฝ่ายผู้รับแฟรนไชส์เองก็ได้

ประโยชน์จากการที่เครื่องหมายทางการค้าดังกล่าวมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันทั่วไปส่งผลให้กิจการของผู้รับแฟรนไชส์นั้นเป็นที่รู้จักเร็วกว่าที่จะเอาเครื่องหมายทางการค้าอื่นที่ไม่มีคนรู้จักมาใช้

ดังนั้นเครื่องหมายทางการค้าจึงเป็นสิ่งสำคัญสำหรับผู้ให้แฟรนไชส์ ในการจัดทำระบบแฟรนไชส์จึงจำเป็นที่ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปขึ้นทะเบียนและจดทะเบียนการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ณ กรมทรัพย์สินทางปัญญาให้เรียบร้อยก่อนที่จะมีการขยายธุรกิจออกไปเพื่อเป็นการป้องกันการลอกเลียนแบบหรือปลอมแปลงหรือหลอกลวงผู้บริโภค

2. ขั้นตอนในการเตรียมอุปกรณ์และเอกสาร

หลังจากที่มีการวางแผนในขั้นต้นของการดำเนินงานแล้ว สิ่งสำคัญต่อมาคือการเตรียมอุปกรณ์และเอกสารการปฏิบัติงานของธุรกิจ ซึ่งเป็นขั้นตอนการปฏิบัติงานที่แยกออกมาเป็นระบบแบบย่อ โดยรายละเอียดในเอกสารจะประกอบไปด้วยขั้นตอนและรูปแบบที่มาจากประสบการณ์จริงของผู้ให้แฟรนไชส์จนประสบความสำเร็จ

คู่มือปฏิบัติงานดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นความลับทางธุรกิจเพราะล้วนแล้วแต่มาจากประสบการณ์ ความรู้ ความชำนาญ กลเม็ดเคล็ดลับของผู้ให้แฟรนไชส์ คู่มือดังกล่าวยังช่วยผู้ให้แฟรนไชส์ประสบความสำเร็จดังนั้นถ้าผู้รับแฟรนไชส์ทำตามคู่มือปฏิบัติการดังกล่าวก็จะทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ประสบผลสำเร็จเช่นเดียวกัน นอกจากนี้คู่มือในการปฏิบัติงานดังกล่าวนี้ก็เป็นข้อผูกมัดของสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องปฏิบัติตามคู่มือปฏิบัติการอย่างเคร่งครัดไม่เช่นนั้นแล้วถือได้ว่าผู้รับแฟรนไชส์ได้ทำผิดต่อสัญญาแฟรนไชส์ การจัดทำหมวดหมู่ในคู่มือปฏิบัติการผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องทำโดยละเอียด กล่าวคือมีการจัดแยกออกเป็นหมวดหมู่เพื่อที่ง่ายต่อการใช้งานและควรมีการอ้างอิงเพื่อช่วยให้ง่ายต่อการค้นหาด้วย

3. ขั้นตอนการแสวงหาและการคัดเลือกผู้รับแฟรนไชส์

หลังจากที่ได้มีการวางแผนงานรวมทั้งเอกสารที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์แล้ว ขั้นตอนต่อมาก็คือการแสวงหาบุคคลหรือคัดสรรบุคคลที่มีความตั้งใจอยากจะทำแฟรนไชส์ในธุรกิจแฟรนไชส์จริง ซึ่งหากกล่าวถึงขั้นตอนทางการตลาดเพื่อหาผู้สนใจสามารถแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอนคือ (ปริศนา จิรวัฒนพร, 2546, หน้า 24-26)

(1) การวางแผน

สิ่งสำคัญในการวางแผนก็คือ ต้องทำการกำหนดคุณสมบัติของผู้สนใจว่าควรจะเป็นไปในลักษณะใด เพื่อที่จะหากกลุ่มเป้าหมายได้อย่างถูกต้อง รวมทั้งกำหนดจุดที่น่าสนใจสำหรับผู้รับแฟรนไชส์ เมื่อได้รายละเอียดของคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับแฟรนไชส์แล้ว สิ่งที่ต้องทำต่อมาก็คือการแสวงหาผู้ที่สนใจและอยู่ในกลุ่มเป้าหมาย

(2) การแสวงหาผู้สนใจ

หลังจากที่กำหนดกลุ่มเป้าหมายได้แล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์อาจจะใช้วิธีการต่างๆ ในการกระจายข่าวสารเกี่ยวกับแฟรนไชส์ของตนเอง ไม่ว่าจะโดยวิธีการโฆษณาทางโทรทัศน์ การลงโฆษณาทางวิทยุ การลงโฆษณาทางนิตยสารหรือหนังสือพิมพ์ รวมทั้งการจัดสัมมนาธุรกิจหรือการจัดการเปิดตัว การร่วมงานออกนิทรรศการหรืองานแสดงสินค้าต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

(3) การติดตามผลและการพิจารณาคัดเลือก

หลังจากที่หากกลุ่มเป้าหมายได้อย่างเรียบร้อย รวมทั้งมีการโฆษณากระจายตัวสินค้าออกไปให้ผู้อื่นรู้จักแล้ว สิ่งที่จะต้องทำหลังจากที่ได้รับการติดต่อจากผู้ที่น่าสนใจก็คือ การบันทึกจากการที่ติดต่อเข้ามา ไม่ว่าจะ เป็น ชื่อ เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ รวมทั้งแหล่งที่ผู้สนใจได้รับทราบข่าวมาแล้วทำการจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือเอกสารที่สามารถนำเสนอได้ถึงธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าว หลังจากนั้นผู้ให้แฟรนไชส์ควรจะพยายามโทรสอบถามผู้ที่น่าสนใจว่าเป็นอย่างไรบ้าง สำหรับธุรกิจแฟรนไชส์นี้หรือสอบถามว่าเพราะเหตุผลใดผู้ที่น่าสนใจจึงยังไม่ตัดสินใจที่จะเข้าร่วมธุรกิจ แฟรนไชส์ดังกล่าว

2.3.2 ในฐานะของผู้รับแฟรนไชส์

การเข้าทำธุรกิจแฟรนไชส์ในฐานะของผู้รับแฟรนไชส์จะต้องมีขั้นตอนต่างๆ เพื่อที่จะทำการตรวจสอบว่าแฟรนไชส์ที่เราสนใจนั้นมีข้อดีข้อเสียอย่างไร รวมทั้งยังต้องตรวจสอบตนเองด้วยว่ามีความพร้อมที่จะเข้าทำธุรกิจแฟรนไชส์หรือไม่ หลังจากนั้นจึงทำการรวบรวมข้อมูลของผู้ให้แฟรนไชส์ที่เราสนใจจะเข้าร่วมธุรกิจแฟรนไชส์ด้วยเพื่อที่จะเป็นประโยชน์ต่อการตัดสินใจ ฉะนั้นขั้นตอนของการเข้าประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในฐานะผู้รับแฟรนไชส์มีดังนี้ (ปริศนา จิรวัฒนพร, 2546, หน้า 26-37)

ขั้นตอนการสำรวจตัวเองเป็นขั้นตอนแรกและผู้เข้าทำแฟรนไชส์จะต้องทำการตรวจสอบตนเองว่ามีความพร้อมมากน้อยเพียงใดในการที่จะเข้าทำธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าว

การสำรวจหาข้อมูลแฟรนไชส์ที่เราต้องการสามารถที่จะหาได้จากแหล่งต่างๆ มากมาย เช่น กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ งานสัมมนาและนิทรรศการแฟรนไชส์ นิตยสารแฟรนไชส์หรือข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น นอกจากนั้นผู้ที่น่าสนใจควรที่จะทำการศึกษาในส่วนของผู้ให้สิทธิด้วย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของประวัติความเป็นมา การเงินที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ฯลฯ รวมทั้งควรที่จะทำการสอบถามผู้รับสิทธิของแฟรนไชส์ที่สนใจด้วยว่าเมื่อเปิดดำเนินธุรกิจแล้วเป็นอย่างไร มีปัญหาหรือไม่อย่างไร รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องกิจการแฟรนไชส์ไปแล้วด้วย

ข้อมูลดังกล่าวอาจจะไม่เพียงพอสำหรับที่จะรับฟังหรืออ่านจากสิ่งๆ ที่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้มอบให้เพียงเท่านั้น การเยี่ยมชมบริษัทหรือร้านค้าของผู้รับแฟรนไชส์รายอื่นจะเป็นสิ่งที่ดีและมี

ประโยชน์อย่างมาก เพราะเนื่องจากผู้ที่สนใจจะได้ทราบถึงข้อมูลปัญหาที่เห็นได้โดยรูปธรรมและผู้ที่สนใจยังสามารถที่จะตรวจสอบการจัดการภายใน การจัดการพนักงานและระบบสนับสนุนต่างๆได้ด้วยตนเอง

เมื่อได้ศึกษาหาข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์ที่เราสนใจแล้ว อันดับต่อมาที่ควรจะนึกถึงคือเรื่องของการเงินว่าธุรกิจที่เรากำลังจะร่วมลงทุนนั้นให้ผลตอบแทนที่คุ้มค่ากับการลงทุนหรือไม่อย่างไร ซึ่งเราสามารถที่จะคำนวณได้จากสภาพทางการเงินของธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าวภายในระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมาหรืออาจจะหาข้อมูลจากผู้รับแฟรนไชส์รายก่อนที่ได้เข้าร่วมในธุรกิจดังกล่าวก็ได้

ปัจจัยที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งสำหรับการลงทุนทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นก็คือทำเลที่ตั้งและจำนวนคนที่อยู่ในบริเวณดังกล่าว ดังนั้นผู้รับแฟรนไชส์ควรที่จะทำการหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ของตนอย่างละเอียดที่สุดเพื่อที่จะเป็นการช่วยในการตัดสินใจว่าธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าวเหมาะสมกับพื้นที่บริเวณนั้นหรือไม่ หลังจากที่ได้มีการสำรวจตนเองแล้วว่ามีความพร้อมหรือสำรวจข้อมูลของผู้ให้แฟรนไชส์แล้วก็ควรที่จะทำการศึกษาถึงสัญญาที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องเข้าทำว่าสัญญาดังกล่าวนั้นควรจะมีการตกลงเป็นไปในรูปแบบใด

แต่เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์นั้นเป็นสัญญาที่เราู้จักกันดีว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจเป็นผู้กำหนดข้อกำหนดทุกอย่างในสัญญา ดังนั้นผู้รับแฟรนไชส์จะต้องทำการศึกษาถึงข้อความในสัญญาดังกล่าวอย่างละเอียดถี่ถ้วนเพื่อที่จะช่วยในการตัดสินใจว่าธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าวมีความเหมาะสมกับเรามากน้อยเพียงใด

สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีการลงข้อความรายละเอียดของตัวสัญญาแล้ว โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจมากกว่าเป็นผู้กำหนดข้อความในสัญญาซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาได้ แต่ในความเป็นจริงไม่ใช่ว่าสัญญาดังกล่าวจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เลย เพราะถ้าในการเจรจาต่อรองนั้นเป็นผลให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายประสบความสำเร็จในธุรกิจแล้วนั้นก็สามารที่จะเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในสัญญานั้นได้ ดังนั้นก่อนที่จะมีการต่อรองเจรจาผู้รับแฟรนไชส์ควรที่จะทำการศึกษาถึงข้อความหรือรายละเอียดทั้งหมดในสัญญาอย่างละเอียดถี่ถ้วนทั้งในเรื่องของข้อสัญญาหรือเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา ถ้าหากจำเป็นควรที่จะทำการปรึกษานายความหรือนักกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบแฟรนไชส์จากต่างประเทศ

เงื่อนไขในสัญญาที่ผู้รับแฟรนไชส์สามารถมีการเจรจาต่อรองกับผู้ให้แฟรนไชส์ได้ เช่น ระยะเวลาของสัญญา ราคาในการตกลงซื้อธุรกิจแฟรนไชส์และค่าธรรมเนียมที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องชำระให้กับผู้ให้แฟรนไชส์ เงื่อนไขในการต่อสัญญา ขนาดพื้นที่ เป็นต้น

3. ลักษณะสัญญาแฟรนไชส์ของประเทศไทย

3.1 สัญญาแฟรนไชส์กับตัวแทนทางการค้า

“ตัวแทน” กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 797 ได้บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดังนั้น อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็น โดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือปริยายก็ ย่อมได้”

จากการที่ต้องมีการควบคุมแฟรนไชส์เพื่อรักษาคุณภาพและมาตรฐานของระบบ แฟรนไชส์จึงทำให้บุคคลภายนอกมองว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ เป็นความสัมพันธ์ในแบบตัวแทน รวมทั้งเมื่อเกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามอันเนื่องมาจาก แฟรนไชส์ บุคคลที่ได้รับความเสียหายมักจะถูกชักจูงให้มองว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็น ความสัมพันธ์ในแบบตัวแทนเช่นกันเพื่อนำมาซึ่งการชดเชยค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด

วัตถุประสงค์ในการทำงานของตัวแทนนั้นทำงานบนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์ต่อ ตัวการ ภายใต้ขอบเขตที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการเสมือนเป็นการกระทำของตัวการ มิใช่เพื่อตนหรือเพื่อประโยชน์กำไรของตน ส่วนในเรื่องของแฟรนไชส์นั้นเป็นการดำเนินธุรกิจ ของผู้รับแฟรนไชส์อย่างอิสระโดยรับผิดชอบเงินลงทุนของตนเองเข้าเสี่ยงภัยดำเนินงานรับเอา ความเสียหายหรือเก็บเกี่ยวผลประโยชน์กำไรของตนเองทั้งสิ้น หลักการของความสัมพันธ์ใน แบบแฟรนไชส์กับตัวแทนจึงต่างกันอย่างยิ่ง สัญญาแฟรนไชส์จึงไม่มีลักษณะของสัญญา ตัวแทนเพราะความสัมพันธ์ในการควบคุมดูแลแฟรนไชส์เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานของ แฟรนไชส์นั้น ไม่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ในแบบตัวแทน

สัญญาแฟรนไชส์กับตัวแทนทางการค้า (Commercial Agency Agreement) คือ ตัวแทนที่ ขายสินค้าให้กับผู้ผลิตซึ่งทำหน้าที่เจรจาหรือตกลงทางการค้ากับผู้ซื้อสินค้าในนามของผู้ผลิต เจ้าของสินค้า ผลประโยชน์ที่ได้รับอาจแบ่งเป็นเปอร์เซ็นต์จากยอดขายซึ่งในทางกฎหมายจะเรียก เจ้าของสินค้าว่า “ตัวการ” และเรียกคนที่เราแต่งตั้งว่า “ตัวแทน” ผลทางกฎหมายจึงผูกพันระหว่าง ตัวการกับตัวแทนเมื่อตัวแทนนั้น ไปตกลงกับผู้ซื้อ

กรณีของเกษตรเพรชมิลค์ ซึ่งผู้ขายแฟรนไชส์ได้ทำการตั้งชื่อกิจการเกษตรเพรชมิลค์ แล้วขายนมที่เป็นสินค้าของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ และในการเสนอนั้นเอกสารต่างๆ ที่ใช้ก็ มีการใช้ชื่อของทางมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์มาแอบอ้างว่า เกษตรเพรชมิลค์เป็นตัวแทนจัดส่งและ ขยายตลาดนมสดเกษตร จัดตั้งแฟรนไชส์โดยร่วมกับโรงเรียนมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เมื่อธุรกิจ

ดังกล่าวล้มเหลวผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ไปร้องเรียนกับมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ แต่ปรากฏว่าทางมหาวิทยาลัยไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องแต่อย่างใด เว้นแต่ให้สินค้าประเภทนมไปจำหน่ายเพียงเท่านั้น ซึ่งในส่วนผู้จัดจำหน่ายบางส่วนก็ได้สิทธิการจำหน่ายจากมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์อยู่หลายราย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวก็มาจากการที่ผู้จัดจำหน่ายบางรายเป็นตัวแทนของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้ที่เป็นตัวแทนจำหน่ายดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบจากการกระทำที่เกิดขึ้น เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นตัวแทนที่สมบูรณ์ตามหลักของตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.2 สัญญาแฟรนไชส์กับจ้างแรงงาน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 ได้กล่าวไว้ว่า สัญญาจ้างแรงงานหมายถึง สัญญาระหว่างบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่านายจ้างและนายจ้างตกลงให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้สัญญาจ้างแรงงานจึงถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ ลูกจ้างทำงานให้นายจ้างและนายจ้างให้สินจ้างเป็นค่าตอบแทน สำหรับสัญญาแฟรนไชส์นั้นถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนเช่นกัน กล่าวคือ เจ้าของแฟรนไชส์ให้สิทธิแก่ผู้รับแฟรนไชส์ และผู้รับแฟรนไชส์ก็จ่ายค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิให้กับเจ้าของแฟรนไชส์ สัญญาทั้งสองแบบจะต่างกันก็ตรงเนื้อหาหลักของสัญญา

สาระสำคัญของการจ้างแรงงานคือ การที่ลูกจ้างจะต้องทำงานให้นายจ้างโดยที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้าง หรือกล่าวคือนายจ้างสามารถที่จะควบคุมบังคับบัญชาให้เป็นไปตามที่นายจ้างต้องการได้ตามมาตรา 583 คือ ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้าง หรือละเลยละทิ้งการงาน นายจ้างสามารถที่จะไล่ออกได้ทันที โดยที่ไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทน รวมทั้งการชำระหนี้ของนายจ้างต่อลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน กล่าวคือ ลูกจ้างจะต้องทำงานให้กับนายจ้างเพื่อแลกกับสินจ้าง สัญญาจ้างแรงงานจึงเน้นที่การจัดการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างและการชำระหนี้ของนายจ้างนั่นเอง

ส่วนสัญญาแฟรนไชส์มีการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างเช่นเดียวกับสัญญาจ้างแรงงาน แต่การควบคุมของแฟรนไชส์นั้นเป็นการควบคุมเพื่อให้สินค้าหรือบริการนั้นอยู่ในมาตรฐานที่กำหนดไว้ มิใช่เป็นการควบคุมที่จะต้องทำตามคำสั่งทุกประการของเจ้าของแฟรนไชส์ รวมทั้งการชำระหนี้ของสัญญาแฟรนไชส์ ผู้รับแฟรนไชส์ไม่ต้องทำงานเพื่อที่จะได้รับค่าจ้างจากผู้ให้แฟรนไชส์แต่เป็นกรณีของผู้รับแฟรนไชส์จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์เพื่อเป็นการตอบแทนที่ได้รับสิทธิแฟรนไชส์นั้น ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันของคู่สัญญาแฟรนไชส์อาจ

ทำให้คู่คล้ายกับเป็นลักษณะของนายจ้างและลูกจ้าง แต่ถ้าหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ของการจ้างแรงงาน ผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องรับผิดชอบภายนอกและต้องปฏิบัติตามกฎหมายแรงงาน สัญญาทั้งสองจึงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน

คดี เควิก และ แอตแลนต้า คดีนี้ เควิก ได้เข้าทำสัญญากับ แอตแลนต้า โดยตกลงเป็นผู้จำหน่ายโดยมีสิทธิผูกขาดตามพื้นที่ที่กำหนด ภายใต้สัญญาดังกล่าว เควิก จะได้รับเงินค่าคอมมิชชั่นจากการที่มีการสั่งซื้อสินค้าเข้ามา แอตแลนต้า มีหน้าที่ในการจัดส่งสินค้าให้ เควิก โดยที่เควิก มีหน้าที่ในการขาย การนำเสนอสินค้าและการส่งเสริมการขายตามข้อกำหนดและราคาของ แอตแลนต้า เมื่อ แอตแลนต้า บอกเลิกสัญญากับ เควิก โดยทำการบอกกล่าวล่วงหน้า 30 วัน เควิก คัดค้านว่าเขาควรที่จะได้รับการบอกกล่าวเป็นเวลา 90 วันตามกฎหมายในฐานะที่เขาเป็นผู้รับแฟรนไชส์

ศาลวินิจฉัยว่า ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะของนายจ้างและลูกจ้าง ไม่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์แบบแฟรนไชส์เพราะ เควิก ไม่ต้องลงทุนทางการเงิน การก่อสร้าง การสร้างค่านิยมที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายแต่อย่างใด รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบกับการที่ลูกค้าไม่ยอมชำระหนี้ ในขณะที่ แอตแลนต้า กำหนดราคา ลดราคา รวมทั้งเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขายด้วยตัวเอง ยิ่งไปกว่านั้น แอตแลนต้า ยังต้องจ่ายเงินให้ เควิก 1,500 ดอลลาร์ ต่อเดือนเมื่อรายได้จากการขายไม่ถึงตามที่กำหนด ศาลจึงถือว่า เควิก เป็นลูกจ้างของ แอตแลนต้า ไม่ใช่ดีลเลอร์หรือผู้รับแฟรนไชส์แต่อย่างใด การบอกเลิกสัญญาจึงไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะของแฟรนไชส์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7766/2543 สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยนายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ และลูกจ้างก็มีหน้าที่ตอบแทนคือต้องทำงานให้แก่นายจ้าง นายจ้างบอกเลิกจ้างเมื่อวันที่ 20 มกราคม พ.ศ.2542 ฉะนั้นนายจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเพียงวันที่เลิกจ้างเท่านั้น

การที่นายจ้างบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานโดยไม่ได้บอกกล่าวล่วงหน้าให้ชอบด้วยกฎหมาย ก็มีผลให้นายจ้างต้องรับผิดชอบจ่ายค่าสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าให้แก่ลูกจ้างเท่านั้น และสินจ้างบอกกล่าวล่วงหน้าก็มีใช้ค่าจ้าง

ดังนั้น สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาจ้างแรงงานจึงมีแตกต่างกันตรงที่การควบคุมบังคับบัญชา ความเสี่ยงภัยของการลงทุน และการชำระหนี้ให้เห็นได้ชัดเจน

3.3 สัญญาแฟรนไชส์กับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หมายถึง การอนุญาตให้ใช้อำนาจอันชอบธรรมที่บุคคลมีเหนือทรัพย์สินหรือปัญญาความคิดสร้างสรรค์ (ถวิลวงษ์ ภาวะพิงค์, 2535, หน้า 21-23) หรือเทคนิคทาง

ธุรกิจที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิหรือรับสิทธิเครื่องหมายการค้า ภาพลักษณ์ ภูควิล หรือรูปตรา ยี่ห้อ (Franchise & License Guide's 98-99, 2543, หน้า 388) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ที่พบเห็นได้จากสัญญาแฟรนไชส์ เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตร หรือสิทธิอื่นที่คล้ายคลึงกัน เช่น สูตร ความลับทางการค้า เทคโนโลยี หรือ โนฮาว (Know-How) ซึ่งการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิอื่นใดที่กฎหมายรองรับ หรือเทคนิคความรู้ทางวิชาการที่มีผู้ต้องการนำไปใช้ประโยชน์ บุคคลที่จะมีสิทธิในสิ่งเหล่านี้ได้ต้องได้รับความยินยอมหรืออนุญาตจากเจ้าของเท่านั้น ซึ่งในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิ่งดังกล่าวมักจะทำเป็นข้อตกลงในรูปแบบของสัญญาเพื่อ ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายขึ้น เรียกว่า “สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ” (Licensing Agreement) (สมชาย รัตนชื้อสกุล, 2546, หน้า 29)

รายละเอียดของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นจะแตกต่างกันไปตามลักษณะของธุรกิจซึ่ง บางอย่างอาจต้องให้ทั้งสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์ แต่ส่วนใหญ่จะอยู่บนรากฐานของ เครื่องหมายการค้า ซึ่งรายละเอียดของตัวสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาดกล่าวคือ เป็นการตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิในพื้นที่ใด พื้นที่หนึ่ง โดยที่บุคคลอื่นไม่สามารถมีสิทธิมาผลิตแข่งขันในพื้นที่ดังกล่าวได้อีกรวมทั้งตัวผู้ทรง สิทธิเองด้วย (Franchise & License Guide's, 1998-1999, หน้า 383) เมื่อผู้รับสิทธิได้รับสิทธิไปแล้ว ก็สามารถที่จะหาประโยชน์ตามที่ได้รับอนุญาตเจ้าของสิทธิจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยว ยกเว้นเฉพาะส่วนที่ เกี่ยวกับมาตรฐานหรือคุณภาพสินค้าเพราะถ้าเจ้าของสิทธิไม่ดูแลให้ดีเมื่อสินค้าที่ผลิตออกไปไม่ได้ คุณภาพอาจทำให้เจ้าของสิทธิได้รับความเสียหายหรือเสียชื่อเสียงในการทำมาหากินได้

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาดเป็นสัญญาที่ไม่จำกัดสิทธิของเจ้าของสิทธิที่ สามารถจะอนุญาตให้บุคคลอื่นสามารถใช้สิทธิได้เช่นกัน สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทนี้ผู้ให้ สิทธิมักนิยมที่จะใช้เพราะสิทธิของผู้ทรงสิทธิไม่ได้ถูกตัดออกไป แต่ในทางกลับกันนั้นผู้ได้รับ สิทธิไม่นิยมที่จะให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวอยู่ในลักษณะนี้ เนื่องจากว่าผู้ให้สิทธิสามารถ ที่จะให้สิทธิแก่ผู้รับสิทธิได้หลายรายซึ่งจะก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างสูงในเรื่องของทั้งราคาและ คุณภาพ จึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญในทางการค้า

แบบสุดท้ายคือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบกึ่งเด็ดขาดเป็นสัญญาในลักษณะของการ นำแบบสัญญาเด็ดขาดและแบบไม่เด็ดขาดนำมาผสมกัน เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ผู้ทรงสิทธิ อนุญาตให้มีผู้รับสิทธิเพียงรายเดียวเท่านั้น แต่ผู้ทรงสิทธิยังสามารถสงวนสิทธิไว้ได้

สัญญาแฟรนไชส์ถือได้ว่าเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทหนึ่งเพราะเนื่องจากมี ลักษณะของการรวมสิทธิในการดำเนินธุรกิจที่มาเป็นชุด (Series of rights, Package) (พีระพงษ์ กิติ-

เวชโกคาวัฒน์, 2546, หน้า 51)คือนอกจากที่จะอนุญาตให้ใช้แค่สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ยังรวมถึงใช้ชื่อทางการค้า รูปแบบดำเนินงาน ความลับทางการค้า รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ด้วย ซึ่งถ้าเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยทั่วไปเมื่ออนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทไหนก็จะเจาะจงลงไปเฉพาะเรียกชื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น โดยตรง แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแฟรนไชส์จึงมีลักษณะของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาแฟรนไชส์เสมอไป ตัวอย่างของการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถือได้ว่าเป็นประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากคือ เมื่อปี พ.ศ.2491 โคลา โคลา เข้ามาผลิตและบรรจุขวดจำหน่ายในประเทศไทยมีโรงงานตั้งอยู่ที่ถนนหลานหลวงใกล้กับบริษัทการบินไทย ต่อมาในปี พ.ศ.2502 คุณพจน์ สารสินได้ก่อตั้งบริษัทไทยน้ำทิพย์ จำกัดขึ้นผลิตและจำหน่ายโคลา โคลา ประเทศไทยแต่เพียงผู้เดียว (Franchise & License Guide's, 1998-1999, หน้า 383) จึงถือได้ว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามธุรกิจแฟรนไชส์และตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย

การอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นมีความแตกต่างกับการโอนสิทธิ เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพียงแต่แค่ยินยอมให้บุคคลใช้หรือได้ใช้หรือรับประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ภายในสัญญา แต่การโอนสิทธิหากมิได้มีการกำหนดไว้นอกเหนือจากสัญญาแล้ว สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะโอนไปเป็นสิทธิของผู้รับโอนตามข้อกำหนดในเงื่อนไขของสัญญา

3.4 สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาตั้งผู้จัดจำหน่ายสินค้า

ผู้จัดจำหน่ายสินค้า (Distribution) คือ ผู้ที่มีหน้าที่ในการซื้อสินค้าจากผู้ผลิตเพื่อมาทำการขายต่อให้กับผู้บริโภคหรือผู้จัดจำหน่ายรายอื่น โดยผู้จัดจำหน่ายอาจจะมิใช่ข้อตกลงพิเศษระหว่างผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งแต่งตั้งให้ตนเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้า ซึ่งอยู่ในรูปแบบของผู้จัดจำหน่ายสินค้าคือ ผู้จัดจำหน่ายสามารถที่จะขายสินค้าของกลุ่มหรือผู้ผลิตรายอื่นได้ ส่วนในรูปแบบของผู้จัดจำหน่ายต้องขายสินค้าแต่เพียงผู้เดียวกล่าวคือต้องจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตรายนั้นรายเดียวไม่สามารถที่จะจัดจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นได้ (สมชาย รัตนเชื้อสกุล, 2546, หน้า 28-29)

ในสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งส่วนใหญ่มักจะบังคับให้ผู้รับแฟรนไชส์ขายสินค้าของผู้ให้แฟรนไชส์แต่เพียงผู้เดียว หรือเฉพาะที่ผู้ให้แฟรนไชส์อนุญาตให้ผู้รับแฟรนไชส์จำหน่ายเท่านั้นในบางครั้งบางสัญญาได้บังคับให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องซื้อสินค้าจากผู้ให้แฟรนไชส์แต่เพียงผู้เดียว เมื่อร้านแฟรนไชส์เป็นกิจการของผู้รับแฟรนไชส์เองจึงทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์เหมือนกับสัญญาตั้งผู้จัดจำหน่ายสินค้า แต่ในธุรกิจแฟรนไชส์มิใช่แค่เพียงการซื้อมาแล้วขายไปเท่านั้น ยังครอบคลุมถึงในเรื่องของการวางสินค้า การจัดร้าน วิธีในการขายสินค้า

หรือนโยบายการขายซึ่งผู้รับแฟรนไชส์จะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของผู้ให้แฟรนไชส์ แต่ถ้าหากเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบของผู้จัดจำหน่าย เจ้าของสินค้าจะไม่บีบบังคับผู้จัดจำหน่ายมากเท่ากับผู้รับแฟรนไชส์ในธุรกิจแฟรนไชส์ผู้จัดจำหน่ายจึงมีอิสระมากกว่า ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อแตกต่างที่สามารถมองเห็นได้ชัดว่าสัญญาทั้งสองนี้มีความแตกต่างกัน

3.5 สัญญาแฟรนไชส์กับสัญญาถ่ายโอนเทคโนโลยี

โนฮาว หมายถึง เทคโนโลยี วิธีการผลิต หรือการจัดการทั้งหลายซึ่งจะไม่ถูกจัดอยู่ในการคุ้มครองในรูปแบบของทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายทางการค้า แต่เจ้าของเทคโนโลยีดังกล่าวสามารถที่จะถ่ายทอดเทคโนโลยีได้โดยการทำสัญญาถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology Transfer Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเจ้าของแฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์ (สมชาย รัตนชื้อสกุล, 2546, หน้า 32) ซึ่งเจ้าของแฟรนไชส์สามารถที่จะทำการควบคุมเฉพาะการใช้สิทธิที่ระบุหรือตกลงกันไว้ในสัญญาเท่านั้น

ในส่วนของสัญญาแฟรนไชส์ที่มีการถ่ายโอนทางเทคโนโลยีนั้นก็จะพ่วงมาในสัญญาแฟรนไชส์เสมอ เจ้าของสิทธิในธุรกิจแฟรนไชส์ไม่เพียงแต่จะทำการถ่ายโอนเทคโนโลยีอย่างเดียวเท่านั้นยังรวมถึงการแนะนำรายละเอียดของการทำงานกิจการแฟรนไชส์ด้วย จากจุดนี้เองจึงทำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการถ่ายโอนเทคโนโลยีกับสัญญาแฟรนไชส์