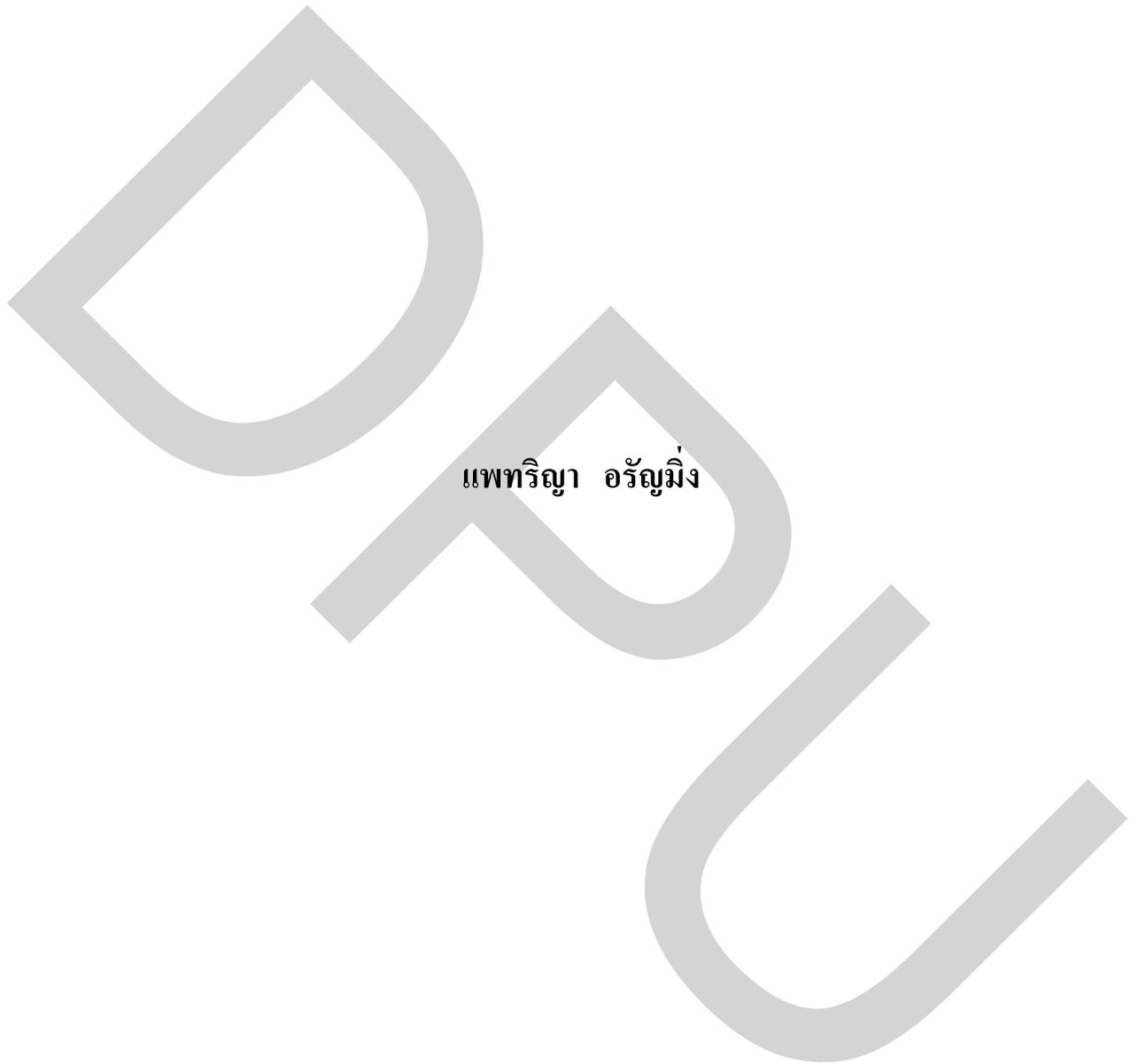


ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม



แพทริญา อรัญมิ่ง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2554

Problems of Enforcement of Laws relating to Unfair Contract Terms



PATRIYA ARANMING

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาของท่านอาจารย์ จรัญ ภักดีธนากุล อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านกรุณาสละเวลารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำและช่วยตรวจแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้กับผู้เขียน จึงขอกราบพระคุณอย่างสูง ณ ที่นี้

ขอขอบพระคุณท่าน ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณามาเป็นประธานสอบ ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ศาสตราจารย์ วิชัย อริยะนันท์ทกะ และ รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่กรุณามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบคุณ คุณชาตินัย โมรราราย ที่ช่วยเหลือหาข้อมูล และให้คำปรึกษาในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอ

และสุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ บิดา พ.ต.ท. เชิดชัย มารดา นาง เพชรลดา และน้องชาย ที่ช่วยสนับสนุนให้การศึกษาและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์พอจะมีคุณค่าและประโยชน์ในการศึกษาอยู่บ้าง ผู้เขียนขออุทิศเป็นกตเวทิตาแก่ บิดา มารดา ครู อาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่านของผู้เขียน ตลอดจนนักวิชาการเจ้าของผลงานทุกเรื่องทุกเล่มที่ผู้เขียนได้อาศัยเป็นข้อมูลอ้างอิง สุดท้ายนี้หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยและขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

แพทริญา อรัญมิ่ง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	7
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	8
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
2. วรรณการ แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	9
2.1 วรรณการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	9
2.1.1 วรรณการการทำสัญญา	9
2.1.1.1 วรรณการการทำสัญญาในต่างประเทศ	9
2.1.1.2 วรรณการการทำสัญญาของไทย	11
2.1.2 วรรณการของการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของไทย	12
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	14
2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	16
2.4 ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์	21
2.4.1 ระบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์	21
2.4.2 ความจำเป็นที่ต้องแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในระบบทุนนิยม	22
2.5 รูปแบบของสัญญาในปัจจุบัน	24
2.5.1 สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง	24
2.5.2 สัญญาสำเร็จรูป	25
2.5.3 สัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางกฎหมายมหาชน	28

สารบัญญ (ต่อ)

	หน้า
2.5.4 สัญญาผู้บริโภค หรือสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค	31
2.5.5 สัญญาธุรกิจ หรือสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน	33
2.6 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของสัญญา	34
2.6.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา	34
2.6.2 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการของสัญญา	36
2.7 วิธีการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ เสียเปรียบ	37
2.8 มาตรการการลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	40
3. มาตรการทางกฎหมาย วิธีพิจารณาคดี องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย มาตรการลงโทษ เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	42
3.1 กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	42
3.1.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	42
3.1.1.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย	42
3.1.1.2 มาตรการทางกฎหมาย	43
3.1.1.3 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	55
3.1.1.4 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย	60
3.1.1.5 สรุป	61
3.1.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541	62
3.1.2.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย	62
3.1.2.2 มาตรการทางกฎหมาย	63
3.1.2.3 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	73
3.1.2.4 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย	77
3.1.2.5 สรุป	79
3.1.3 กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม กฎหมายฉบับอื่นๆ	80

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.1.4 ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541	85
3.2 กฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	88
3.2.1 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551	88
3.2.1.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย	88
3.2.1.2 ผู้มีอำนาจฟ้อง	90
3.2.1.3 ศาลที่เสนอคำฟ้อง	98
3.2.1.4 ระบบการพิจารณาคดีผู้บริโภค และอำนาจของตุลาการในการพิจารณา	98
3.2.1.5 การนำสืบพยานหลักฐาน	99
3.2.1.6 คำพิพากษา และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาด	101
3.2.1.7 เจ้าพนักงานคดี	103
3.2.2 ความแตกต่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งสามัญที่มีใช้คดีผู้บริโภค ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	105
4. มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	
ในต่างประเทศ	107
4.1 ประเทศอังกฤษ	107
4.1.1 มาตรการทางกฎหมาย	109
4.1.1.1 The Unfair Contract Term Act 1977 หรือ UCTA	109
4.1.1.2 The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 หรือ UTCCR	115
4.1.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	124
4.1.3 องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย	125

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2 ประเทศอเมริกา	126
4.2.1 มาตรการทางกฎหมาย	127
4.2.1.1 Uniform Commercial Code หรือ UCC	127
4.2.1.2 Restatement (second) of Contract	130
4.2.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	131
4.2.3 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย	132
4.3 ประเทศเยอรมัน	133
4.3.1 มาตรการทางกฎหมาย	135
4.3.1.1 German Civil Code หรือ BGB และ The Standard Contract Act 1977	135
4.3.1.2 สัญญาลักษณะต่างๆใน BGB	151
4.3.1.3 เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (หลัก Clausula rebus sic stantibus)	157
4.3.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	161
4.3.3 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย	162
4.4 ประเทศฝรั่งเศส	162
4.4.1 มาตรการทางกฎหมาย	163
4.4.1.1 กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครอง และการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ	163
4.4.1.2 The Consumer Code (Code de la Consommation)	165
4.4.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	171
4.4.3 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย	171
4.5 ประเทศออสเตรเลีย	172
4.5.1 มาตรการทางกฎหมาย	173
4.5.1.1 The Trade Practice Act 1974 และ Competition and Consumer Act 2010	173

สารบัญญ (ต่อ)

	หน้า
4.5.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ	177
4.5.3 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย	184
4.6 สรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ	185
5. วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย	
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	191
5.1 ปัญหาการบังคับใช้ “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” ...	191
5.1.1 ปัญหา “การตีความ” บทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วย	
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	192
5.1.1.1 การบังคับใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจ	
วินิจฉัยให้ข้อสัญญา “มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและ	
พอสมควรแก่กรณี”	192
5.1.1.2 การตีความความไม่เป็นธรรมในสาระสำคัญของสัญญา หรือราคา...	199
5.1.2 ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับ	
“สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน”	202
5.1.3 ปัญหาความเป็นธรรมของข้อสัญญาในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ทำให้	
“นิติกรรมอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก”	
ตามกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	213
5.1.4 ปัญหาการขาดมาตรการป้องกันและมาตรการลงโทษ	219
5.1.5 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาล	221
5.1.6 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	
พ.ศ. 2540	225
5.2 ปัญหาการบังคับใช้ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ออกโดยอาศัย	
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย	
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541	226
5.2.1 ปัญหาความชัดเจนและความทันสมัยของประกาศคณะกรรมการ	
ว่าด้วยสัญญากับความเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน	226

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5.2.2 ปัญหาการให้ความคุ้มครองในรายละเอียดเนื้อหาของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ประกาศใช้ในปัจจุบัน	232
5.2.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา	240
5.2.4 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522	241
5.3 ปัญหาการบังคับใช้ “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551” กับในคดีผู้บริโภคที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	242
5.3.1 ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในการพิจารณาคดีผู้บริโภค	242
5.3.2 ปัญหาบทบัญญัติ “มาตรการลงโทษ” ตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	252
5.3.2.1 ปัญหาของบทบัญญัติ “โทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน” ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	253
5.3.2.2 ปัญหา “มาตรการลงโทษนิติบุคคล” ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	258
5.3.2.3 ปัญหาการเยียวยาผู้บริโภคที่มีใช้คู่ความในคดี	262
5.4 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ	266
6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	295
6.1 บทสรุป	295
6.2 ข้อเสนอแนะ	298
บรรณานุกรม	303
ประวัติผู้เขียน	314

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 ตารางสรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	61
3.2 ตารางสรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541	80
3.3 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541	85
3.4 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กับ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอื่นที่มีใช้คดีผู้บริโภค ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	105
4.1 ตารางอัตราค่าลงโทษทางการเงิน ภายใต้ Number of Penalty Units	182
4.2 ตารางสรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ	185
5.1 ตารางข้อแตกต่างของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง	206
5.2 ตารางเปรียบเทียบเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	215
5.3 ตารางเปรียบเทียบหลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Clausula rebus sic stantibus) กับ หลักการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	217
5.4 ตารางข้อดี-ข้อเสีย ของแนวคิดที่จะบัญญัติให้ศาลต้องยกมาตรการเชิงป้องกันขึ้นตรวจสอบก่อนเสมอ	248
5.5 ตารางข้อดี-ข้อเสีย ของแนวความคิดที่จะให้มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียว	274
5.6 ตารางเปรียบเทียบมาตรการการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษและประเทศไทย	281
5.7 ตารางตัวอย่างกรอบเนื้อหา “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.”	285

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
5.1 ขอบเขตการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	267
5.2 ขอบเขตความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของ “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.”	284
5.3 แนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม	293

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
ชื่อผู้เขียน	แพทริญา อรัญมิ่ง
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

บทคัดย่อ

มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในระบบกฎหมายของไทยนั้น มี 2 ประเภท ได้แก่

1. มาตรการในเชิงป้องกัน ซึ่งเป็นมาตรการที่ให้ความคุ้มครองในลักษณะป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก่อนหรือขณะทำสัญญา ซึ่งได้แก่ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 และ

2. มาตรการในเชิงแก้ไขเยียวยา ซึ่งเป็นมาตรการที่ให้ความคุ้มครองในลักษณะที่เข้าไปแก้ไขเยียวยาข้อสัญญาที่มีการใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาแล้ว และได้นำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

แม้มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะครอบคลุมความคุ้มครองตั้งแต่ก่อนทำสัญญาจนกระทั่งเกิดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วก็ตาม แต่การให้ความคุ้มครองก็ยังคงไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ซึ่งเกิดจากปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมีทั้งปัญหาในการบังคับใช้ของหน่วยงานที่ให้ความคุ้มครอง ไม่ว่าจะเป็นปัญหาจากการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยและพิพากษาอรรถคดี หรือปัญหาการให้ความคุ้มครองของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่ยังไม่สามารถเข้าช่วยเหลือผู้บริโภคได้อย่างใกล้ชิดมากนัก และยังมีปัญหาความชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายจนทำให้เกิดปัญหาการตีความ และปัญหาการเยียวยาผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองถึงผู้บริโภคที่ยังมิได้ฟ้องเป็นคดี ทั้งปัญหาการขาดมาตรการลงโทษที่สามารถป้องปรามและยับยั้งการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ตลอดจนปัญหาความซับซ้อนของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องค้นหามาตรการต่างๆ ที่จะทำให้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสามารถบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งจากการศึกษาทำให้ได้ข้อเสนอแนะว่า ควรจะดำเนินการดังต่อไปนี้

1. บัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจน เพื่อป้องกันการตีความที่ไม่พึงประสงค์
2. เพิ่มบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งยังมีได้บัญญัติให้ความคุ้มครองถึงในอีกหลายกรณี
3. เพิ่มมาตรการลงโทษ เพื่อป้องกันและยับยั้งการใช้ข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
4. เพิ่มหน่วยบริการของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในสถานที่ที่ประชาชนเข้าถึงได้ง่าย เช่น ห้างสรรพสินค้า สำนักงานศาลยุติธรรม เพื่อให้คำปรึกษาและรับเรื่องร้องเรียน
5. จัดอบรมให้ความรู้ในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่บุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี และประชาชนทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ
6. ปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยรวบรวมบทบัญญัติกฎหมายไว้เพียงฉบับเดียว เพื่อแก้ไขความซับซ้อนของกฎหมายที่ไม่จำเป็น ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายกระทำได้ง่ายขึ้น

Thesis Title	Problems of Enforcement of Laws relating to Unfair Contract Terms
Author	Patriya Aranming
Thesis Advisor	Professor Jaran Pukditanakul
Department	Law
Academic Year	2011

ABSTRACT

In Thai legal system, there are two separate ways of legal measures which give protections to the Unfair Contract Terms:

1. Preventive measure, which give preventive protections to the use of unfair contract terms, before or at the time of the conclusion of the contract, namely, the Announcement of the Committee on Contract Announcement which enacted under the Consumer Protection Act, B.E. 2522, as amended by the Consumer Protection Act (No. 2), B.E. 2541 and

2. Remedial or Corrective measure, which give remedial or corrective protections to the contract terms, which have been enforced, between the parties to the contract, and brought to the court, namely, the Unfair Contract Terms Act, B.E. 2540.

Although legal measures, which give protections to the unfair contract terms, have covered the protection before the conclusion of the contract and afterwards, but these protections are still not effective enough. The problems are caused by the enforcement of law relating to the unfair contract terms, the enforcement of the agencies involved; discretion of the court in the adjudication; the Consumer Protection Board that cannot help the consumer closely, the provisions of laws that lack clarity causing problems in the interpretation, no remedies to non-party consumers who have been damaged by the use of unfair contract terms, the lack of sanction to prevent and deter the use of unfair contract terms, as well as, the complexity of the law which give protection to the unfair contract terms.

Therefore, it must find measures the will enable the law which give protection to the unfair contract terms to enforce more effectively. This study suggests that:

1. Prescribe the laws as clear as possible, to prevent undesired interpretation.
2. Add provision of law in the areas that have not provided protection yet.

3. Add sanction to prevent and deter the use of unlawful contract.
4. Expend the service unit of the Consumer Protection Board in the accessible place, for example in, the department store, the court, to provide counseling and receive the complaint.
5. Provide trainings, in matters relating to unfair contract terms, for the personnel involved in the adjudication and the general public on a regular basis.
6. Unify the laws, which give protection to the unfair contract terms, into a single Act to reduce the unnecessary complexity of the laws, which will enable the laws be enforced easier.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การประกอบธุรกิจในปัจจุบันต้องดำเนินการด้วยความสะดวก รวดเร็ว ประหยัด และ รัดกุม เป็นเหตุให้การทำนิติกรรมสัญญาในปัจจุบันมีรูปแบบการทำสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมี ลักษณะเป็นสัญญาที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้กำหนดสัญญา แต่ฝ่ายเดียว ที่เรียกว่า “สัญญามาตรฐาน” หรือ “สัญญาสำเร็จรูป” โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มี โอกาสแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้สัญญาจึงมักจะเข้าทำสัญญาด้วยความ “จำยอม” เสมอ มิใช่เกิดจากเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) ที่แท้จริง การทำ สัญญาในลักษณะดังกล่าวมีสาเหตุมาจากกลไกการตลาดที่ยังไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ มีการผูกขาดทาง การค้าทำให้คู่สัญญาไม่มีทางเลือกอื่นหรือสาเหตุจากความไม่รู้หรือความไม่เข้าใจในเนื้อหาของข้อ สัญญา เช่น การใช้ภาษาที่เข้าใจยาก หรือ ความเร่งรีบจึงมิได้พิจารณาในเนื้อหาของข้อสัญญา เป็น เหตุให้คู่สัญญาฝ่ายที่ด้อยกว่าถูกเอาเปรียบจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองทาง เศรษฐกิจที่สูงกว่า โดยที่หลักการพื้นฐานในการทำ “สัญญา” จะต้องประกอบด้วย เสรีภาพในการ แสดงเจตนาที่แท้จริง คู่สัญญาจึงจะมีผลผูกพันคู่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงได้ตระหนักถึงสิทธิของคู่สัญญาในการเข้าทำนิติกรรมและ สัญญา จึงได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญ ได้แก่

ฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งเกิดจาก แนวความคิดของศาลยุติธรรมที่ต้องการจะให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาในการทำสัญญาซึ่งแต่เดิม รัฐจะเข้าแทรกแซงและควบคุมเฉพาะข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อความสงบ เรียบร้อยในสังคมเท่านั้นซึ่งไม่เพียงพอต่อการให้ความยุติธรรมแก่สังคม รัฐจึงได้บัญญัติกรอบ เสรีภาพในการแสดงเจตนาของเอกชนโดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบ แก้ไข หรือปรับลดข้อสัญญาได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ คู่กรณี ซึ่งเรียกว่า “มาตรการแก้ไขเยียวยา” (Remedial or Corrective Measures) โดยจะให้ความ คุ้มครองแก่คู่สัญญาภายหลังที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว และ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล

ฉบับที่สอง คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกฉบับหนึ่งที่ช่วยเสริมมาตรการทางศาลโดยเพิ่มมาตรการการควบคุมการทำสัญญาตั้งแต่ขณะที่ทำสัญญา ซึ่งเป็นบัญญัติที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น “ข้อสัญญามาตรฐาน” ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม¹ ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงเป็นอย่างอื่นไม่ได้ ที่เรียกว่า “มาตรการเชิงป้องกัน” (Preventive Measures) โดยมีกำหนด “มาตรการทางปกครอง” และ “บทลงโทษทางอาญา” เพื่อป้องปรามผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวด้วย โดยมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ประกาศใช้ข้อสัญญาที่ถูกควบคุม คือ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา”

นอกจากนี้ยังมี พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติสำหรับคดีผู้บริโภค ซึ่งรวมถึงวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย โดยมีลักษณะการดำเนินกระบวนการพิจารณาแตกต่างจากวิธีพิจารณาคดีแพ่งทั่วไป โดยการพิจารณาคดีผู้บริโภคจะใช้ระบบไต่สวน เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความสะดวก รวดเร็ว ประหยัด และเป็นธรรม ทั้งเพื่อช่วยกระตุ้นให้ผู้ประกอบการประกอบการค้าด้วยความระมัดระวังและให้ความสำคัญกับผู้บริโภคมากขึ้น อันเป็นการตรากฎหมายขึ้นให้สอดคล้องกับสิทธิของผู้บริโภคตามรัฐธรรมนูญ²

แม้ว่ารัฐจะได้บัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้หลายฉบับแล้วก็ตาม แต่ประชาชนเป็นจำนวนมากก็ยังคงไม่ได้รับประโยชน์จากมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมากนัก เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังมีข้อบกพร่องและการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวก็ยังมีข้อขัดข้องอยู่หลายประการ จึงจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงปัญหาและหาแนวทางแก้ไขอย่างจริงจัง ในปัญหาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่ 1 : ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขององค์กรที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งได้แก่ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของศาลและปัญหาการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งก็คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ตรี และ 35 จัตวา กำหนดให้ผู้ประกอบการในธุรกิจสัญญาที่ กฎหมายบัญญัติให้สัญญานั้นต้องทำเป็นหนังสือหรือประเพณีทางทางการค้าในการทำสัญญานั้นต้องทำเป็นหนังสือเป็นสัญญา ซึ่งเป็นธุรกิจสัญญาที่มีความสำคัญและมีการใช้อย่างแพร่หลายในสังคมบางประเภทต้องถูกควบคุม.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 59.

ประเด็นที่ 2 : ปัญหา “การตีความ” บทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยเฉพาะผลในทางกฎหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้ข้อสัญญาดังกล่าว “มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” จะมีความหมายว่าอย่างไร โดยจะทำการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล³ ในปัจจุบันว่าสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้องตามบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่

นอกจากนี้ ปัญหาการตีความเรื่อง “ราคา” ก็มีความสำคัญมิใช่น้อย เนื่องจากราคาเป็นแก่นของสัญญาที่คู่สัญญาดกกลงกัน มีปัญหาว่าจะต้องนำเอา “ราคา” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

ประเด็นที่ 3 : ปัญหา “การใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน” ในการพิจารณาคดี ซึ่งการพิจารณาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ศาลจะสามารถยกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นพิจารณาด้วยได้หรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันพบว่ามีกรณีฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทนี้ต่อศาลอยู่จำนวนไม่น้อย และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็มีได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าศาลสามารถนำบทบัญญัตินี้ไปใช้บังคับกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ทนายความก็มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปหลายทาง โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณาในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วยเสมอ เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้มิให้ใช้กับคดีประเภทดังกล่าว⁴ นักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่า ไม่ควรนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้บังคับกับคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เนื่องจากกฎหมายมิได้มีเจตนารมณ์ให้ใช้กับคดีประเภทนี้⁵ นักกฎหมายฝ่ายที่สามเห็นว่า ต้องแยกพิจารณาสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนออกเป็นสองประเภท ได้แก่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองจะไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณา แต่หากเป็นสัญญาระหว่าง

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8591/2547, 690/2552, 1989/2552.

⁴ จรัญ ภักดีธนากุล ก (2541, มกราคม-มิถุนายน). “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.” *ตุลพาห*, 45, 1. หน้า 83.

⁵ ดารารพร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. หน้า 93.

หน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาเอกชนต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณาด้วย⁶

ประเด็นที่ 4 : ปัญหาความเป็นธรรมของข้อสัญญาในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ทำให้นิติกรรมอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ตาม “หลัก Clausula rebus sic stantibus” (เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก) ของเยอรมัน⁷ ซึ่งหลักดังกล่าวมีความแตกต่างจาก “หลักการปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่ โดยปัญหาดังกล่าวจะมีผลต่อการแปลความ การตีความ และการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาลด้วย

ประเด็นที่ 5 : ปัญหาการบังคับใช้ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมข้อสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค โดยกำหนดข้อสัญญามาตรฐานสำหรับธุรกิจสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญ แม้ว่าประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะได้ประกาศใช้มาแล้วมากกว่าสิบปีก็ตาม แต่จำนวนประกาศที่ใช้ควบคุมธุรกิจสัญญาในปัจจุบันก็มีเพียง 8 ประเภทธุรกิจสัญญานั้น ซึ่งมี “จำนวนน้อย” “ไม่ครอบคลุม” และ “ไม่สอดคล้อง” กับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม ทั้งเนื้อหาของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ก็ยังไม่รัดกุมเพียงพอและยังมีช่องทางให้ผู้ประกอบการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ จึงส่งผลไปถึงประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้บริโภคได้

ประเด็นที่ 6 : อีกปัญหาหนึ่งที่มีความสำคัญ คือ ปัญหา “การรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในการพิจารณาคดีผู้บริโภค” ซึ่งเป็นปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาลที่เกิดจากความบกพร่องของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันที่ยังไม่สามารถเชื่อมโยงกฎหมายได้อย่างเป็นระบบ โดยมีปัญหาจากการทำงานของมาตรการเชิงป้องกันซึ่งมีคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาทำหน้าที่ตรวจสอบข้อสัญญาของผู้ประกอบการในเบื้องต้นเท่านั้น ส่วนมาตรการเชิงแก้ไขซึ่งมีศาลทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาต่อเมื่อมีการฟ้องต่อศาลแล้วเท่านั้น ส่งผลให้การตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

ปัญหาความไม่เป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาชั้นศาล ที่เกิดจากการขาดการเชื่อมต่อระหว่างมาตรการเชิงป้องกันกับมาตรการเชิงแก้ไขนั้น คือ การขาดมาตรการการตรวจสอบข้อ

⁶ ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์. (2551). คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา. หน้า 415-416.

⁷ ปัจจุบันหลักกฎหมายนี้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 313 German Civil Code (BGB).

สัญญาที่นำมาฟ้องว่า “มีข้อความที่ขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่” อันเป็นปัญหาทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งได้แก่ ความไม่ชำนาญในการตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาลที่ไม่พบความผิดปกติของข้อสัญญาที่นำมาฟ้อง หรือการขาดความรู้ถึงสิทธิของผู้บริโภคที่ตนจะได้รับความคุ้มครองจึงมิได้ยกประเด็นที่ว่า “ข้อสัญญาดังกล่าวขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่” ขึ้นให้ศาลพิจารณา หรือการรู้ถึงสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจแต่มิได้ยกขึ้นให้ศาลพิจารณาเพราะตนจะเสียประโยชน์ ส่งผลให้สัญญาดังกล่าวจึงมิได้ถูกยกขึ้นให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญานั้น หรือกรณีที่มีการพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวในคดีที่ผู้บริโภคขาดนัดพิจารณาจึงไม่อาจยกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นให้ศาลตรวจสอบได้ หรือกรณีมีการประนีประนอมยอมความก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ซึ่งประเด็นในการประนีประนอมมักมีเพียงว่า “จ่ายได้เท่าไรหรือผ่อนได้จำนวนเท่าไร” เท่านั้น ส่วนประเด็นที่ว่าข้อสัญญาที่นำมาฟ้องนั้นขัดต่อขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่นั้น ไม่มีการตรวจสอบแต่อย่างใด

ส่วนการใช้ดุลพินิจของศาลในการตรวจสอบข้อสัญญาที่นำมาฟ้อง จะพบปัญหาในกระบวนการพิจารณาอีกข้อหนึ่ง คือ ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจยกข้อสัญญาที่ขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นพิจารณาตรวจสอบเองได้หรือไม่ และยกขึ้นในฐานะใด เนื่องจากประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็น “กฎหมายลำดับรอง” ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งในปัจจุบันยังคงมีปัญหาดกเถียงกันอยู่ว่า “กฎหมายลำดับรองเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย” โดยนักกฎหมายไทยมีความเห็นแยกออกเป็นสองแนวความคิด คือ แนวความคิดที่หนึ่งเห็นว่ากฎหมายลำดับรองเป็นปัญหาข้อเท็จจริง⁸ ซึ่งจะมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์ต้องนำสืบข้อเท็จจริงนั่นเอง ส่วนแนวความคิดที่สองเห็นว่า กฎหมายลำดับรองเป็นปัญหาข้อกฎหมาย⁹ ซึ่งจะมีผลให้ศาลต้องยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นพิจารณาเสมอ เพราะ “ปัญหาข้อกฎหมายนั้นศาลรู้ได้เอง” จากข้อขัดข้องดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาล ทำให้ศาลแทบจะไม่ได้หยิบยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นพิจารณาในคดีผู้บริโภคเลย ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีการหยิบยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีเพียงคดีเดียวในปี พ.ศ. 2545¹⁰

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 650/2532, 3834/2535, 2043/40, 460/2550.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 779/2519, 7172/2542, 4072/2545.

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2899/2545.

ประเด็นที่ 7 : ปัญหาเกี่ยวกับ “บทบัญญัติมาตรการการลงโทษทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบการกระทำความผิด และมีอำนาจเพียงปรับข้อสัญญาให้เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีเท่านั้น แต่ไม่มีบทลงโทษที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกิดความเกรงกลัวแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางปกครองหรือบทลงโทษอื่นๆ

ส่วนบทบัญญัติมาตรการการลงโทษทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ก็ยังพบปัญหานี้เช่นเดียวกัน ซึ่งบทลงโทษที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ โทษเปรียบเทียบปรับ และโทษจำคุก ซึ่งยังไม่สามารถป้องปรามผู้กระทำความผิดได้มากนักและไม่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกิดความเกรงกลัว ซึ่งลักษณะของมาตรการการลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ยัง “ไม่เหมาะสม” และ “ไม่สอดคล้อง” กับความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละบุคคล เพราะผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละบุคคลย่อมมีฐานะหรือมีอำนาจต่อรองเศรษฐกิจแตกต่างกัน

ทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการลงโทษของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่บัญญัติขึ้นใหม่ก็ยังไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเท่าที่ควร โดยมาตรการลงโทษยังไม่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกิดความเกรงกลัว และการเยียวยาแก่ผู้บริโภคยังไม่เกิดผลมากนัก จึงจำเป็นต้องศึกษาหาทางแก้ไข

จากปัญหามาตรการลงโทษที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่ามาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันยังมีไม่เพียงพอ ทั้งการรวมกลุ่มของภาคเอกชนที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค ที่เรียกว่า “สมาคม” ก็ยังไม่มี ความเข้มแข็งและแพร่หลายอย่างเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้ รัฐจึงต้องสร้างมาตรการใหม่ๆ เพื่อมาบังคับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น

ประเด็นที่ 8 : ปัญหา “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ” โดยกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันนั้นมีจำนวนหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับก็ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแยกจากกัน ทั้งมีฐานลำดับศักดิ์ทางกฎหมายแตกต่างกัน ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นต้น

เมื่อกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีความซับซ้อน ก็ย่อมมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง ฉะนั้น เราจึงควรให้ความสำคัญกับการแก้ไข ปัญหาความซับซ้อน (Complexity) ของกฎหมาย อันเป็นลักษณะของการแก้ไขวิธีการใช้กฎหมาย มิใช่เพียงมุ่งที่จะแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลักษณะของการแก้ไขเนื้อหาของกฎหมายเพียง

อย่างเดียวกันนั้น ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะช่วยส่งเสริมให้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น เมื่อกฎหมายมีความชัดเจนเข้าใจง่ายและไม่ซับซ้อนก็จะเป็นประโยชน์ในการลดต้นทุนอันเป็นค่าใช้จ่าย (Compliance Cost) ในการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคก็จะเข้าใจถึงสิทธิของตนและสามารถใช้สิทธิที่กฎหมายรับรองนั้นปกป้องสิทธิของตนเองและของสังคมโดยรวมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากปัญหา “การบังคับใช้กฎหมาย” ที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด หากไม่ได้รับการแก้ไขก็จะส่งผลถึง “ประสิทธิภาพ” ของกฎหมายโดยตรง จึงควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement of Laws) ด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาความสำคัญของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย

1.2.2 เพื่อศึกษา วิเคราะห์ มาตรการทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย และต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยเป็นรูปธรรมและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ยังมีปัญหา อุปสรรค และข้อขัดข้องอยู่หลายประการ ได้แก่ ปัญหาการให้ความคุ้มครองและความชัดเจนของกฎหมาย ปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการการลงโทษ และปัญหาความซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งปัญหาต่างๆ ดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรค ข้อขัดข้อง ในการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง ส่งผลให้ไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงสมควรปรับปรุง แก้ไข และเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีความชัดเจน เพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับใช้ได้อย่างเป็นรูปธรรมและเป็นธรรมมากขึ้น ทั้งเพื่อนำวิธีสบัญญัติซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยให้ความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

เพื่อศึกษาถึงมาตรการการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่ควบคุมข้อสัญญา ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ทั้งนี้เพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยให้ความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค โดยอาศัยกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาใช้ในการให้คุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

โดยเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ ศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมายต่างๆ ประกาศระเบียบ คำสั่งของหน่วยงานของรัฐ บทความทางวิชาการในวารสารกฎหมาย รายงานวิจัยทางวิชาการที่สำคัญ หนังสือคำอธิบายกฎหมาย คำพิพากษาของศาล วิทยานิพนธ์ บทความในวารสาร ข้อมูลทางคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต ตลอดจนเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อให้ทราบปัญหาและข้อบกพร่องทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1.6.2 เพื่อให้ทราบมาตรการทางกฎหมาย และผลการวิเคราะห์ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1.6.3 เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยการแก้ไขในบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมและเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

วิวัฒนาการ ความหมาย หลักเกณฑ์ที่สำคัญ แนวคิดและ ทฤษฎี เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.1 วิวัฒนาการของการคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

มนุษย์เป็นสัตว์สังคม การรวมกลุ่มบุคคลของมนุษย์จึงเป็นไปเพื่อการดำรงชีพ และเพื่อ
สืบต่อเผ่าพันธุ์ ฉะนั้น เมื่อมีการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ย่อมมีการติดต่อกัน เกิดการซื้อขายแลกเปลี่ยน
กัน และมีการทำสัญญาซื้อขายกัน ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการทำสัญญา

2.1.1 วิวัฒนาการการทำสัญญา

2.1.1.1 วิวัฒนาการการทำสัญญาในต่างประเทศ

วิวัฒนาการการทำสัญญาในต่างประเทศนั้น มีช่วงเวลาที่สำคัญตั้งแต่สมัยโรมัน
ไปจนถึงปัจจุบัน ดังนี้

การทำสัญญาในสมัยโรมันนั้นมีข้อจำกัดมาก กล่าวคือ บุคคลที่จะทำสัญญา
จะต้องเป็นบุคคลเฉพาะสถานะเท่านั้น เช่น ผู้นำครอบครัว (Pater Familias) และสัญญาจะต้องมี
รูปแบบตามที่กำหนดเท่านั้น โดยลักษณะรูปแบบของสัญญาจะเป็นสัญญาเฉพาะแต่ละเรื่องไป
(Specific Contracts) ซึ่งข้อจำกัดในการทำสัญญาเหล่านี้มีทั้งผลดีและผลเสีย¹ คือ ผลดีได้แก่ สัญญา
ที่จะมีผลผูกพันจะต้องทำตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายจะกำหนดลักษณะที่แน่นอนทั้ง
รูปแบบของสัญญาและวิธีการทำสัญญา ทำให้ผู้ที่ทำสัญญาสามารถรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นจาก
สัญญาแต่ละประเภทได้อย่างแน่นอน แต่ผลเสียก็คือ คู่สัญญาไม่สามารถตกลงทำสัญญาผูกพันให้
แตกต่างจากกฎหมายไปได้ เนื่องจากถูกบังคับให้ทำสัญญาตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนดไว้
เท่านั้น ซึ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะที่เคร่งครัดในสัญญาแบบพิธีมาก (The Formal Contract)

ต่อมาในสมัยฟิวคัล² การทำสัญญามีการผ่อนคลายความเคร่งครัดมากขึ้น โดย
สัญญาจะเกิดจากความสมัครใจ และสัญญาที่เกิดขึ้นมักจะเป็นสัญญาระหว่างพ่อค้าที่มีการเจรจา

¹ ดารารพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 6-8.

² ประชุม โฉมฉาย. (2541). หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. หน้า 174-175.

³ ดารารพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 8.

ต่อรองผลประโยชน์กัน และสัญญาที่เกิดในชนชั้นขุนนางที่เป็นสัญญาที่อยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์ระหว่างคู่สัญญา

สัญญาในสมัยคอมมอนลอว์⁴ ได้รับอิทธิพลจากคำสอนของคริสต์ศาสนา โดยสัญญาจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่มีเหตุมีผล ถูกต้องตามศีลธรรม (Good Morals) มีความยุติธรรม (Equity) และจะต้องไม่ทำอันตรายต่อจิตวิญญาณของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17 ลักษณะของการทำสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปมากเมื่อเทียบกับสมัยแรกๆ กล่าวคือ สัญญานั้นไม่ได้ถูกจำกัดโดยสถานะของบุคคลและรูปแบบของสัญญาอีกต่อไป เนื่องจากมีกระแสของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เข้ามามีบทบาทในการทำสัญญา โดยเน้นถึงเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) ซึ่งแต่ละบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญา

สมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งให้ความสำคัญกับปัจเจกชนที่เรียกว่า ปัจเจกนิยม (Individualism) โดยสัญญาจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการทำสัญญา (Sanctity of Contract /Autonomy of Will) และเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) คู่สัญญาสามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกันได้อย่างอิสระและกำหนดรูปแบบเนื้อหาของสัญญาได้อย่างเสรี ทำให้รูปแบบของสัญญาจึงมีความหลากหลายมากขึ้น

จากความคิดที่ถือว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาในศตวรรษที่ 18 ได้พัฒนาไปสู่เสรีภาพในการทำสัญญาที่แท้จริงในศตวรรษที่ 19 ซึ่งการที่บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญามากเกินไปส่งผลให้ในตอนปลายศตวรรษที่ 19 คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้ใช้เสรีภาพของตนในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียวในลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่า และเป็นสัญญาที่ผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเตรียมไว้ใช้กับคนจำนวนมากในเวลารวดเร็ว โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจด้อยกว่าไม่อาจเลือกได้ ซึ่งเรียกสัญญานี้ว่า สัญญาจำยอม หรือสัญญาสำเร็จรูป⁵

ในศตวรรษที่ 20 รัฐต่างๆ เห็นว่าเสรีภาพในการทำสัญญาไม่อาจสร้างความยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาได้ในระบบการค้าเสรีอีกต่อไป ฉะนั้น “สัญญา” จะต้องเกิดจากเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา และต้องคำนึงถึงอำนาจต่อรองของคู่สัญญาด้วย ดังนั้น หากรัฐเห็นว่าข้อสัญญาใดที่มีความสำคัญต่อความสงบเรียบร้อยในสังคม รัฐอาจวางข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา โดยใช้กฎหมายที่จะทำให้คู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน อันจะทำให้บุคคลได้รับความยุติธรรมในการทำสัญญามากขึ้น

⁴ แหล่งเดิม.

⁵ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 251.

2.1.1.2 วิวัฒนาการการทำสัญญาของประเทศไทย

วิวัฒนาการการทำสัญญาของประเทศไทยนั้นมีมานาน และพบหลักฐานการทำสัญญามาตั้งแต่สมัยสุโขทัย ซึ่งจะได้อธิบายในช่วงเวลาที่สำคัญตั้งแต่สมัยสุโขทัยมาจนถึงปัจจุบัน ดังนี้

ในสมัยสุโขทัย⁶ ซึ่งมีการปกครองในระบอบกษัตริย์ ปราบกฏหลักฐานเป็นศิลาจารึกที่เป็นสิ่งที่ใช้ประกาศให้ประชาชนทราบเรื่องราวต่างๆ และเป็นกฎหมายที่จะบังคับใช้และรับรองสิทธิแก่ประชาชนในสมัยนั้น พบลักษณะการทำสัญญาในช่วงเวลานั้น เช่น การรับรองสิทธิของประชาชนในเรื่องการค้า การซื้อขาย ที่ประชาชนสามารถทำได้อย่างมีเสรีภาพและมีความเสมอภาคกันดังที่จารึกไว้ว่า “เพื่อนจูงวัวไปค้าม้าไปขาย ใครจักใครค้าช้าง ใครจักใครค้าม้า ใครจักใครค้าเงินทองค้า” ส่วนการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องต่างๆ รวมทั้งเรื่องสัญญาด้วยนั้น ประชาชนก็สามารถขอความช่วยเหลือด้วยการยื่นกระดิ่งที่หน้าพระราชวัง เพื่อให้กษัตริย์ทรงตัดสินความเพื่อช่วยเหลือบรรเทาความเดือดร้อนที่เกิดขึ้น ซึ่งจารึกไว้ที่ศิลาจารึกว่า “ปากประตูมีกระดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยมีความเจ็บท้องข้องใจ มักจักกล่าวถึงเจ้าถึงขุน บัไว้ไปยื่นกระดิ่งแขวนไว้ พ่อขุนรามเจ้าเมือง ได้ยิน เมื่อถามสวนความแค้นด้วยชื่อ ไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม”⁷ และยังมีอาณาจักรข้างเคียงอาณาจักรสุโขทัยคือ อาณาจักรล้านนา ซึ่งมีการบัญญัติกฎหมายของพระเจ้ามังรายหรือมังรายศาสตร์ ได้กล่าวถึงการทำสัญญาในรูปแบบต่างๆ ด้วย เช่น การกล่าวถึงการเข้าหุ้นกันทำการค้าหากำไร การกู้ยืม การจ้างแรงงาน การจ้างทำของ ฯลฯ⁸

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา ลักษณะการทำสัญญานั้นต่างกับสมัยอื่นๆ ซึ่งสัญญาที่เกิดขึ้นมักไม่ได้เกิดจากความตกลงในการแสดงเจตนา และความผูกพันในสัญญาจะมีผลต่อลูกหนี้ด้วย เช่น สัญญากู้ยืมที่มีสัญญาค้ำประกันเกิดขึ้นด้วยโดยมีการนำตัวบุคคลมาผูกพันมอบให้เจ้าหนี้ โดยลูกหนี้จะตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ และหากลูกหนี้ผิดสัญญาจะมีการบังคับหนี้เพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ

หลังจากสมัยกรุงศรีอยุธยา⁹ ก็จะมาสู่สมัยรัตนโกสินทร์ ซึ่งมีการตรากฎหมายสามดวงขึ้นบังคับใช้ เมื่อ พ.ศ. 2347 และต่อมาก็มีการเพิ่มเติมโดยนำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

⁶ ร.แสงกานต์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 177-175.

⁷ กัทร กำประเสริฐ และสุเมธ งานประดับ. (2540). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 11.

⁸ แหล่งเดิม.

⁹ ญัฐพงศ์ โปษะบุตร. (2544). เอกสารประกอบคำบรรยายชั้นปริญญาโท วิชาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. หน้า 7-9.

ของอังกฤษมาบัญญัติเพิ่มเติมในสมัยรัชกาลที่ 4 เช่น ลักษณะสัญญา ละเมิด เป็นต้น ต่อมาสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงกรุณาให้มีการชำระกฎหมาย และยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มี 6 บรรพ คือ บรรพ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป บรรพ 2 นี้ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา บรรพ 4 ทรัพย์สิน บรรพ 5 ครอบครัว บรรพ 6 มรดก ซึ่งได้ประกาศใช้ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ที่ใช้บังคับมาถึงปัจจุบัน ซึ่งมีการปรับปรุงกฎหมายเรื่อยมา โดยนำเอาระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันมาใช้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สวิต ฯลฯ และนำเอาระบบกฎหมายอังกฤษบางลักษณะที่ใช้แพร่หลายทั่วโลกมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วย เช่น กฎหมายลักษณะซื้อขาย กฎหมายลักษณะตัวเงิน กฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท เป็นต้น

ปัจจุบันการประกอบธุรกิจในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปมาก รูปแบบการทำสัญญามีอยู่หลากหลาย และส่งผลให้การทำนิติกรรมสัญญาในสังคมจึงมีรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการทำสัญญามักจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่าย ซึ่งเป็นผู้กำหนดสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เนื่องจากต้องการความสะดวก รวดเร็ว และประหยัด เพราะมีผลต่อต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสเข้าไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ ทำให้มักจะเข้าทำสัญญาด้วยความจำยอมเสมอ โดยมีได้เกิดจากเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่แท้จริง จึงเกิดคำถามที่ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นเป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาหรือไม่ กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในปัจจุบันเพียงพอหรือไม่ จึงเป็นที่มาของความคุ้มครองที่มีลักษณะเฉพาะมากขึ้น เพื่อให้ทันต่อการเคลื่อนไหวของเศรษฐกิจและสังคมที่มีความซับซ้อน ดังเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

2.1.2 วิวัฒนาการของการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของไทย

การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของไทยเริ่มครั้งแรก¹⁰ คือ พระราชบัญญัติ หางนม พ.ศ. 2470 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคหางนม ต่อมา การติดต่อการค้าและระบบเศรษฐกิจมีการขยายตัวมากขึ้น กิจกรรมเกี่ยวกับการทำนิติกรรมสัญญา จึงมีมากขึ้นด้วย ทำให้สัญญาเข้ามามีบทบาทในชีวิตของประชาชนมากขึ้น ส่งผลให้รูปแบบการทำสัญญามีความหลากหลายมากขึ้น ทำให้รัฐต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมกิจกรรมการทำนิติกรรมสัญญาของเอกชน และให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนในการทำสัญญา

¹⁰ สุขุม สุนทรินทร์ ก (2551). คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 24.

ด้วยอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าของผู้บริโภคร ทำให้รัฐบาลของ พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ ได้ออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ใน พ.ศ. 2522 คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่ในกฎหมายฉบับนี้ก็ยังไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองด้านสัญญาแก่ผู้บริโภค ดังนั้น การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาก็ยังคงอยู่ในความควบคุมของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ต่อมาเมื่อ ปี 2533 สภาพทางเศรษฐกิจและสังคมไทยพัฒนาก้าวหน้าไปอย่างมาก โดยเฉพาะในการทำสัญญาธุรกิจประเภทต่างๆ สภาพของการทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อรถยนต์ สัญญาที่เกี่ยวกับธุรกิจการเงินกับสถาบันการเงิน สัญญาขนส่ง สัญญาก่อสร้าง สัญญาธุรกิจประเภทใหม่ๆ ทำให้เห็นถึงอำนาจต่อรองในการทำสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา ความไม่รู้ไม่เข้าใจในข้อเท็จจริงข้อกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่า และต้องยอมรับข้อสัญญาต่างๆ ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ทำให้เกิดสภาพของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่คู่สัญญา ซึ่งเสียเปรียบอย่างมากในการปฏิบัติตามข้อสัญญาที่กำหนด และการปรับใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาก็ไม่มีความเหมาะสมกับลักษณะของสัญญาเฉพาะอีกต่อไป ปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสภาพที่เปลี่ยนแปลงไปของสัญญาในปัจจุบัน ไม่สามารถใช้ได้กับกฎหมายที่บัญญัติไว้ภายใต้ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและตกลงกันภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ที่เนื่องมาจาก “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” กระทรวงยุติธรรมจึงนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีและได้รับอนุมัติให้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่ง คือ “คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2533 ประกอบด้วยกรรมการที่เป็น ผู้พิพากษา นักวิชาการ ตัวแทนจากธนาคาร สถาบันการเงิน ตัวแทนจากกระทรวงพาณิชย์จากสภาพนายความ และจากหอการค้าไทย เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับหนึ่ง¹¹ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบางประเภท ได้แก่ สัญญาสำเร็จรูป สัญญาขายฝาก และรวมทั้ง สัญญาผู้บริโภค ที่เป็นการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภครกับผู้ประกอบการธุรกิจ ในกรณีที่มีการผิดสัญญา หรือมิได้ผิดสัญญา ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวนี้จะมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้วแต่กรณีและเท่าที่พอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 เกิดปัญหาการทำสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคจำนวนมาก ซึ่งมีการร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำ

¹¹ คาราวพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 87.

สัญญากับผู้ประกอบธุรกิจกรณีการซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ได้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบ ถึงแม้ว่าคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะได้จัดทำแบบสัญญานับมาตรฐานขึ้นและได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้วก็ตาม แต่ผู้ประกอบธุรกิจไม่นำแบบสัญญาดังกล่าวมาใช้ ซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็ไม่อาจบังคับได้ เพราะเป็นเสรีภาพของบุคคลตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา¹² ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐจึงต้องออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่เป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา ซึ่งต่อมาก็ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นมาตรการการควบคุมการทำสัญญาตั้งแต่ขณะที่ทำสัญญา โดยมีคณะกรรมการชุดหนึ่งซึ่งทำหน้าที่ประกาศสัญญาควบคุมและให้คุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้านสัญญา คือ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา”

ต่อมาพบว่า ข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ หรือที่เรียกว่า “คดีผู้บริโภค” เกิดขึ้นจำนวนมาก โดยมีวิธีพิจารณาคดีเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้ผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายเสียเปรียบอยู่แล้วได้รับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่เหมาะสม จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2551¹³ ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคที่บัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้กับคดีผู้บริโภคโดยเฉพาะ โดยมีวิธีพิจารณาคดีที่มีลักษณะพิเศษต่างจากคดีแพ่งทั่วไป และมีหลักการที่สำคัญคือ เพื่อให้ความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ความคุ้มครองตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยนั้น ได้ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพแห่งสัญญาอย่างเคร่งครัด กล่าวคือเมื่อบุคคลแต่ละคนมีความเสมอภาคและมีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนา ดังนั้นหากคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครแล้ว คู่กรณีก็ต้องผูกพันตามที่ได้แสดงเจตนาอย่างเคร่งครัด แม้สัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นจะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากก็ตาม ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องตลอดมา

¹² ไพโรจน์ อารักษ์ยา ก (2544). *คลินิกผู้บริโภค: ตอบปัญหาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541*. หน้า 97-98.

¹³ ไพโรจน์ วายุภาพ. (2552). *กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค*. หน้า 2.

แต่เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปมาก ทำให้ความเสมอภาคของบุคคลดูเหมือนจะเป็นภาพลวงตา เพราะความเหลื่อมล้ำและช่องว่างของสังคมมีการทวีความมากขึ้น ซึ่งสาเหตุเกิดจากความเป็นอยู่ทางสังคม การดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ การศึกษาระดับสติปัญญา และโอกาสทางเลือกของบุคคลที่มีความแตกต่างกัน ทำให้ผู้มีอำนาจเหนือกว่าใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาทำสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจน้อยกว่า ซึ่งจะเห็นว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่อาจเข้ามาช่วยเหลือนคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกเอาเปรียบได้อีกต่อไป แต่กลับถูกนำมาใช้เพื่อหาประโยชน์แก่ผู้ที่ด้อยกว่า

เมื่อสภาพสังคมปัจจุบันซับซ้อนมากขึ้น ในลักษณะมือใครยาวสาวได้สาวเอา และสังคมปลาใหญ่กินปลาเล็ก ซึ่งมีระบบเศรษฐกิจที่มีการผลิตและการจำหน่ายสินค้าที่เข้มแข็งและมีการครอบงำตลาดมากขึ้น ประชาชนส่วนใหญ่ที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านั้นกลับมีทางเลือกน้อยลง ช่องว่างทางเศรษฐกิจและสังคมขยายตัวมากขึ้นจนถึงระดับที่ทำให้คนที่ด้อยกว่าตกอยู่ในฐานะที่ไม่เพียงแต่จะตั้งเงื่อนไขต่อรองในเนื้อหาสาระแห่งสัญญาไม่ได้เท่านั้น แม้จะใช้เสรีภาพไม่เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นก็ไม่ได้ด้วย เนื่องจากสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและสังคมไม่เปิดโอกาสให้มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมเพียงพอ บรรดาผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพรวมทั้งผู้ที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคนทั่วไป จึงอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบในการทำสัญญาอย่างยิ่ง ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยที่ได้ใช้ข้อได้เปรียบนี้กำหนดเงื่อนไขในร่างสัญญาให้เป็นคุณแก่ตนฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรม และนำเสนอร่างสัญญานั้นต่อผู้บริโภคและคู่กรณีที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในลักษณะมัดมือชกกว่า ถ้าไม่ยอมตกลงทำสัญญาตามเงื่อนไขนี้ก็ไปให้พ้น ไม่ต้องมาขอทำธุรกิจด้วย (take it or leave it contract)¹⁴

ฉะนั้น เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐจึงได้กำหนดกรอบการทำนิติกรรมสัญญา โดยบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะเข้าแทรกแซงการทำสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เฉพาะกรณีที่เป็นข้อสัญญาที่เป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น เพื่อให้ผู้มีอำนาจเหนือกว่าทางเศรษฐกิจไม่ใช้ความได้เปรียบนี้เข้าทำสัญญา ซึ่งจะทำให้ฝ่ายที่ด้อยกว่าต้องจำยอมในการเข้าทำสัญญา อันจะส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม

¹⁴ จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 77-79.

2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ทฤษฎีที่เกี่ยวกับความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีดังนี้

2.3.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

ราวศตวรรษที่ 14 ในยุคที่มีความคิดขงย่องและเชื่อว่ามนุษย์มีเหตุผล ทำให้ความคิดนี้พัฒนาไปสู่กฎหมายสมัยใหม่ ในราวศตวรรษที่ 17-19 เริ่มมีแนวคิดของลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งเห็นว่ามนุษย์มีเหตุผล ดังนั้นจึงควรปล่อยให้เอกชนมีเสรีภาพ ทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ประกอบกับความคิดของลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) ที่มีความเชื่อว่าปัจเจกชนย่อมมีคุณค่าในตัวเอง มีความสามารถใช้เหตุผลตัดสินใจได้ (Rational Being) จึงสามารถปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้ (Self-Interest Protection) และจะตัดสินใจกระทำที่ตนเห็นว่าจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่ตน (Maximum Benefits) ฉะนั้นการที่บุคคลเข้าทำสัญญา จะแสดงถึงว่าบุคคลนั้นเห็นว่าตนจะได้รับประโยชน์ตอบแทนคุ้มค่าจากสัญญาดังกล่าว จึงไม่อาจกล่าวอ้างว่าสัญญาไม่เป็นธรรมได้¹⁵

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Sanctity of Will) มีแนวคิดที่ว่า เอกชนต้องมีอิสระทางแพ่ง (Private Autonomy) หมายถึงอำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนทั้งในทางส่วนตัวและทางทรัพย์สิน โดยหลักอิสระในทางเป็นหลักที่ค่อนข้างกว้างและมีลักษณะทั่วไป¹⁶ ที่เป็นหลักพื้นฐานของการทำนิติกรรมสัญญาทุกชนิด แต่ก็ยังต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ คือ กฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสรภาพในทางแพ่ง ที่บุคคลจะต้องมีอิสระในการผูกมัดตนเองจนก่อให้เกิดสัญญาและเกิดผลของสัญญา ซึ่งเจตนานี้มีผลต่อสัญญา 3 ประการ¹⁷ คือ

- 1) เจตนาเป็นตัวที่ก่อให้เกิดสัญญา
- 2) เจตนาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา
- 3) เจตนาเป็นตัวกำหนดผลของสัญญา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาจึงมีอยู่ในตัวตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่บุคคลแสดงออกมาด้วยความสมัครใจของบุคคลนั่นเองเพื่อต้องการที่จะผูกพันตนตามสัญญา ซึ่งรัฐต้อง

¹⁵ พินัย ณ นคร. (2543, ธันวาคม). “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 4. หน้า 550.

¹⁶ จำปี โสทธิพันธุ์. (2543). คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา. หน้า 26.

¹⁷ คาราทร์ ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 12-15.

รับรองหลักนี้ให้เป็นสิทธิพื้นฐานและไม่เข้าไปแทรกแซงหรือทำลายเสรีภาพที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

ดังนั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา คือ หลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนึ่งว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล โดยเจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ¹⁸ ทั้งยังเป็นการแสดงความเคารพต่อเจตนาของแต่ละบุคคลด้วย เจตนารมณ์ของบุคคลจึงมีอิสระและศักดิ์สิทธิ์¹⁹

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาสะท้อนได้จากคำพิพากษาที่ตัดสินว่า สัญญาไม่ตกเป็นโมฆะเพราะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

2.3.2 หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

แนวคิดพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) เกิดในสมัยศตวรรษที่ 18 จากความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ ที่เอกชนมีความอิสระในการทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง จึงส่งผลไปถึงแนวความคิดพื้นฐานทางนิติศาสตร์ด้วย โดยกฎหมายจะต้องไม่ควรถ่วงบ่วงไปแทรกแซงในการทำสัญญาระหว่างเอกชน

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) เกิดจากความต้องการของบุคคลที่จะจัดการเกี่ยวกับผลประโยชน์และทรัพย์สินของตนเอง และผูกพันด้วยการแสดงเจตนาของตนเองในการเข้ามาผูกพันตามสัญญา

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นหลักที่แสดงถึงเสรีภาพโดยสมบูรณ์ของคู่สัญญาที่มีอิสระในการตกลงทำสัญญาและกระทำด้วยความสมัครใจเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) และสัญญานั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น ทฤษฎีเสรีภาพในการแสดงเจตนาจึงถือว่า “ความสมัครใจหรือเจตนา” เป็นตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญานั้นเอง²⁰

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของ Freedom of Contract แสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมทั้งหมด 5 ด้าน ได้แก่

- 1) การตัดสินใจเข้าทำสัญญาด้วยการแสดงเจตนาของตนเอง คู่สัญญาที่มีเสรีภาพเข้าทำสัญญา คือ สามารถตัดสินใจได้ว่าตนเองจะเข้าทำสัญญาหรือไม่
- 2) การกำหนดเนื้อหาของสัญญา บุคคลมีเสรีภาพในการตัดสินใจในการแสดงเจตนา โดยกำหนดเนื้อหาให้มีลักษณะแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งที่กำหนดในกฎหมายได้ และสามารถบังคับสัญญาให้เป็นไปตามเนื้อหานั้นได้

¹⁸ แหล่งเดิม, หน้า 9-10.

¹⁹ แหล่งเดิม, หน้า 15.

²⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2535). กฎหมายว่าด้วยสัญญา. หน้า 87-88.

3) การกำหนดประเภทสัญญา มีเสรีภาพในการตัดสินใจในการแสดงเจตนาโดยกำหนดประเภทสัญญาให้ต่างไปจากกฎหมายได้ คือ กำหนดสัญญาที่นอกเหนือจากที่ระบุในกฎหมายแพ่งได้ หรือให้เรียกชื่อให้ต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

4) การกำหนดวิธีการแสดงเจตนา ถ้ากฎหมายมิได้กำหนดวิธีไว้โดยเฉพาะ บุคคลย่อมสามารถกำหนดวิธีการแสดงเจตนาได้ (แบบของสัญญา) โดยหลักไม่สามารถกำหนดให้ต่างหรือนอกเหนือจากกฎหมายที่กำหนดให้ทำเป็นหนังสือได้ (แบบของสัญญา) เนื่องจากเป็นกฎหมายเกี่ยวข้องความสงบเรียบร้อย เว้นแต่ สามารถตกลงกำหนดวิธีการแสดงเจตนาได้ ถ้ามิใช่กฎหมายที่กำหนดให้ทำเป็นหนังสือ (แบบของสัญญา)

5) การให้เหตุผลส่วนตัวในการทำสัญญา ซึ่งเป็นเสรีภาพที่จะให้หรือไม่ก็ได้ โดยการให้เหตุผลส่วนตัวสามารถทำได้ แต่จะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่น

นอกจากนี้แนวคิดของนักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมยังยืนยันว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักหรือวิธีการที่ดีที่สุดในการที่จะได้ผลลัพธ์ที่ยุติธรรม และเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา²¹

2.3.3 หลักสังคมนิยม

แนวคิดพื้นฐานของหลักสังคมนิยม (Paternalism) เกิดในปลายสมัยศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นยุคที่เกิดจากความเสื่อมโทรมของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ที่มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจไม่สมบูรณ์โดยเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม ที่ต้องดูแลสวัสดิการของผู้ใช้แรงงาน และดูแลประชาชนในบางอย่างสำหรับประชาชนส่วนใหญ่ในกิจการที่เอกชนไม่สามารถดำเนินการเองได้ ซึ่งทำให้บุคคลที่มีอำนาจน้อยกว่าถูกกดขี่และถูกเอารัดเอาเปรียบ โดยทำให้เสถียรภาพความเป็นอยู่ของประชาชนซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่เริ่มต้นคลอน ทั้งยังส่งผลกระทบต่อความสงบสุขในสังคมอีกด้วย ทำให้เกิดความคิดอย่างกว้างๆ เรื่องมนุษยธรรม²² อันเป็นจุดเริ่มต้นของหลักสังคมนิยม ดังนั้นเพื่อให้ประชาชนในสังคมอยู่ได้จึงต้องมีการควบคุมการใช้สิทธิของปัจเจกชนมิให้ขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวม อันจะเกิดความสงบสุขภายในรัฐ โดยกฎหมายที่มีแนวคิดของประโยชน์สังคมนิยมนี้เป็นลักษณะของสังคมที่มีการปกครองแบบพ่อปกครองลูก (Paternalistic Society)²³ ซึ่งการควบคุมดูแลสังคมในลักษณะนี้มีแนวคิดมาจากการที่มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่จะต้องอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มและการอยู่ร่วมกันนี้จะต้องมีการควบคุมเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข โดยมองถึงประโยชน์ของสังคมมากกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล จึงต้องควบคุมในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยซึ่งการใช้สิทธิของ

²¹ คารพร ธีรวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 14-16.

²² รองพล เจริญพันธ์. (2520). กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1. หน้า 84.

²³ แหล่งเดิม. หน้า 75.

แต่ละบุคคลจะสามารถใช้ได้เพียงในขอบเขตที่กฎเกณฑ์ของสังคมกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งมีสิทธิเพียงดังต่อไปนี้²⁴

1) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ถือว่าสังคมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยแท้ ส่วนปัจเจกชนเป็นเพียงผู้ครอบครองที่มีสิทธิคิดว่าปัจเจกชนที่เป็นผู้ครอบครองด้วยกัน การใช้ทรัพย์สินจึงต้องใช้ภายใต้กฎหมายของสังคมที่เป็นภาวะวิสัย

2) เสรีภาพในการทำสัญญา ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎสังคมที่เป็นภาวะวิสัย

3) เสรีภาพของบุคคลและความรับผิดชอบของบุคคล เห็นว่าเสรีภาพนั้นคือการปฏิบัติหน้าที่ทางสังคม ส่วนความรับผิดชอบนั้นคือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนในสังคม

ฉะนั้นเสรีภาพของบุคคลในการทำสัญญาย่อมต้องถูกจำกัดโดยผลประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายที่จะเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อสังคมด้วย อันเป็นที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

2.3.4 หลักความยุติธรรม

หลักความยุติธรรม (Equity) เป็นหลักทั่วไปที่ใช้กับการทำนิติกรรมสัญญาทุกประเภท เป็นหลักที่ใช้เสริมกฎหมายหรือสัญญาที่สร้างขึ้น เพื่อสัญญาที่เกิดขึ้นมีความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย แม้บุคคลจะสามารถแสดงเจตนาได้อย่างเสรีก็ตาม แต่หากถือเอาประโยชน์แก่ตนมากกว่าจนขนาดที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งถูกเอาเปรียบอย่างร้ายแรง สัญญาก็ย่อมต้องถูกควบคุมโดยหลักยุติธรรม เพื่อให้สังคมมีความสงบและเกิดความยุติธรรม (มุ่งคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า) จึงจำต้องมีการจำกัดหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคล

และเมื่อบุคคลมีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะสังคมเหลื่อมล้ำ จึงต้องนำหลักยุติธรรมมาใช้ในการทำสัญญาด้วย เพื่อป้องกันการเอารัดเอาเปรียบ โดยหลักยุติธรรมนี้จะถูกบัญญัติไว้ทั้งในบทบัญญัติของกฎหมาย และถูกใช้บังคับโดยองค์กรศาล เนื่องจากความยุติธรรมอาจจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงด้วย ทำให้ศาลต้องมิบทบาทใช้ดุลพินิจเป็นกรณีๆ ไปด้วย

2.3.5 หลักสุจริต

หลักสุจริต (Good Faith/Bona Fide) เป็นพื้นฐานของกฎหมายเอกชนทั่วไป หลักพื้นฐานของหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Foundative) ซึ่งพบอยู่ในการทำสัญญามานานแล้ว ซึ่งเดิมการค้าขายไม่มีแบบพิธี เรียบง่าย ตกลงราคากันเอง โดยยึดถือคำมั่นสัญญา เพราะถือว่าทุกคนสุจริต ซึ่งอาศัยเพียงหลักสุจริตเป็นที่ตั้งในการเกิดขึ้นของสัญญาการค้าขายเท่านั้น

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 75-76.

ต่อมาการค้าขายมีความซับซ้อนมากขึ้น ทำให้หลักสุจริตพัฒนากลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle) และหลักสุจริตก็ถูกนำมาใช้ขยายพื้นฐานของกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญา ทำให้เกิดหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servenda”

ดังนั้น หลักสุจริต จึงเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี เป็นหลักที่ค้ำนึ่งถึงเหตุผลโดยปรุ้งแตงขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม และยังเป็นหลักที่แสดงถึงมาตรฐานของสังคม ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดลักษณะของสัญญาที่มีความสุจริตที่จะสามารถนำสัญญานั้นมาใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ จึงเป็นการกำหนดขอบเขตของความสุจริตลงไป ในกฎหมาย เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข และไม่ให้เกิดการเอาเปรียบอีกฝ่ายมากเกินไป

2.3.6 หลักความเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาค หรือเท่าเทียมกัน (Equality) มีพื้นฐานมาจากการที่มนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกัน ย่อมมีเสรีภาพที่จะทำกิจกรรมใดๆ เท่าเทียมกัน รวมทั้งมีความเท่าเทียมกันในการทำสัญญา

แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติว่าบุคคลทุกคนนั้นมีฐานะเท่าเทียมกันดังบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในความเป็นจริงการทำสัญญานั้น บุคคลแต่ละบุคคลคนย่อมมีเสรีภาพหรืออิสระในการเข้าทำสัญญาต่างกัน ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลนั้นมีอำนาจต่อรองมากหรือไม่ เพราะสังคมมีปัจจัยในการเบี่ยงเบนจากสภาพสังคม เศรษฐกิจ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน ทำให้พื้นฐานความเสมอภาคกันเป็นเพียงอุดมคติเท่านั้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน โดยการบัญญัติกฎหมายให้ความเท่าเทียมกันแก่บุคคล

2.3.7 หลักความแน่นอนของกฎหมาย

หลักความแน่นอนของกฎหมาย (Principle of certainty of law) โดยกฎหมายจะต้องเป็นที่รับรู้กันทั่วไป และเป็นกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอน จึงจะก่อให้เกิดความเสมอภาค เพื่อเกิดความเป็นธรรมในสังคม

2.3.8 หลักความรับผิดชอบในทางสัญญา

“หลักความรับผิดชอบในคำรับประกัน” (Warranty) เป็นหลักความรับผิดชอบในการทำสัญญา โดยผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องผิดตามข้อความใดๆ ที่ตนรับรองว่าจะรับผิดชอบหากมีข้อเท็จจริงนั้นๆ เกิดขึ้น

“หลักผู้ซื้อต้องระวัง” (Caveat Emptor/Let the buyer beware) เป็นหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาที่เกิดขึ้นในสมัยที่เทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ก้าวหน้า และการติดต่อสื่อสารทางการค้ายังไม่สะดวกนักทำให้การติดต่อทางการค้าส่วนใหญ่อยู่เพียงในท้องถิ่นของตน ส่วนกระบวนการผลิตก็ยังไม่มีความซับซ้อน ทำให้ลักษณะการทำการค้าส่วนใหญ่เป็นการแลกเปลี่ยน

สินค้าซึ่งกันและกัน (Barter) ซึ่งการทำสัญญายังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และมีอิสระในการแสดงเจตนาในระบบการค้าเสรี ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในการเลือกบริโภค รัฐจึงยังไม่มีแทรกแซงเสรีภาพของเอกชน จึงเกิดหลักกฎหมายในการซื้อขายว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” โดยการซื้อขายสินค้านั้นมีความบกพร่องในสินค้าอย่างไร ผู้ซื้อก็ต้องรับภาระในความเสียหายนั่นเอง

แต่ต่อมาหลักผู้ซื้อต้องระวังนั้น ไม่เหมาะสมกับระบบเศรษฐกิจในปัจจุบันที่มีระบบการผลิตที่มีเทคโนโลยีทันสมัยแล้ว ทำให้ผู้บริโภคไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันอีกต่อไป ผู้บริโภคจึงไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายเดิมแล้ว ทำให้รัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการเฉพาะ

2.4 ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์

2.4.1 ระบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์

เศรษฐศาสตร์ เป็นศาสตร์ที่ใช้อธิบายถึงพฤติกรรมของมนุษย์ในการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้มีประโยชน์อย่างสูงสุดและมีความมั่นคงในการดำรงชีวิต ดังนั้นการศึกษาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจ จึงมีความสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย

เศรษฐศาสตร์ (Economic) หมายถึง วิชาเกี่ยวกับการตัดสินใจเลือกใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด เพื่อให้การผลิตและการแบ่งปันสินค้าและบริการ สามารถตอบสนองความต้องการของมนุษย์และสังคม จนบรรลุสวัสดิการสูงสุด (ความสุข ความพอใจที่รับจากการจัดสรร)²⁵

ระบบเศรษฐกิจหรือระบบตลาด หมายถึง กลุ่มของหน่วยเศรษฐกิจกลุ่มหนึ่งๆ ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีกิจกรรมทางเศรษฐกิจ คือ มีกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการการผลิต การบริโภค การกระจายสินค้า ซึ่งมีหน่วยเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง คือ หน่วยครัวเรือนหรือผู้บริโภค (Households) หน่วยธุรกิจหรือผู้ผลิต (Business Firms) และรัฐบาล (Government)²⁶

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์หรือระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-faire) หมายถึง ระบบเศรษฐกิจที่มีการผลิตเพื่อแสวงหากำไรของกลุ่มนายทุน โดยเน้นในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการค้าขาย โดยอาศัยระบบตลาดและกลไกราคาเป็นตัวปรับความสมดุลต่างๆ เอกชนมีสิทธิเต็มที่ในการค้าขายทุกอย่างที่ไม่ผิดกฎหมาย มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและมีเสรีภาพในการประกอบกิจการการค้าของตนอย่างเต็มที่²⁷

²⁵ สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. (2548). *เศรษฐศาสตร์*. หน้า 4.

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 8.

²⁷ ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย. (2551). *หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น*. หน้า 39.

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์หรือระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-faire) ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้²⁸

1) ทุกคนมีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สินต่างๆ ตามกฎหมาย ซึ่งมีสิทธิและเสรีภาพในการใช้และแจกจ่ายทรัพย์สินนั้นในลักษณะใดก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อย ซึ่งกรรมสิทธิ์นี้ย่อมส่งเสริมให้บุคคลมีแรงจูงใจในการลงทุน

2) เอกชนย่อมมีเสรีภาพอย่างกว้างในการประกอบอาชีพและดำเนินการต่างๆ เพื่อให้ได้ผลตอบแทนแก่ตนมากที่สุด

3) มีกลไกราคาและระบบตลาดเป็นตัวควบคุมการดำเนินงานของระบบเศรษฐกิจ ซึ่งราคาเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยในการตัดสินใจ

4) การแข่งขันเป็นปัจจัยสำคัญของระบบ โดยมีการแข่งขันโดยเสรี เพื่อป้องกันการแสวงหากำไรเกินควร

5) รัฐบาลมิได้มีบทบาทเข้ามาควบคุมกิจการการค้าของเอกชนมากนัก ซึ่งจะเข้ามาควบคุมให้น้อยที่สุด

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม สามารถแบ่งการแข่งขันของระบบเศรษฐกิจหรือระบบตลาดออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้²⁹

ระบบตลาดที่สมบูรณ์ (Perfect Market) หมายถึง ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเต็มที่ในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งเป็นผลผลักดันให้ราคาสินค้าหรือปริมาณซื้อขายสินค้าในตลาดมิได้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ซื้อหรือผู้ขายฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่จะถูกกำหนดโดยกลไกตลาด

ระบบตลาดที่ไม่สมบูรณ์ (Imperfect Market) หมายถึง ตลาดซึ่งผู้ซื้อหรือผู้ขายจะมีอิทธิพลในการกำหนดราคาหรือปริมาณซื้อขายสินค้าในตลาดมากบ้างน้อยบ้างแล้วแต่ความไม่สมบูรณ์ของตลาดนั้นว่ามีอยู่รุนแรงเพียงใด และความไม่สมบูรณ์ที่เกิดขึ้นทางฝ่ายใด

2.4.2 ความจำเป็นที่ต้องแก้ไขข้อจำกัดของปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในระบบทุนนิยม

เนื่องจากระบบเศรษฐกิจทุนนิยมนั้นมีความเชื่อในหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการทำสัญญา แต่เมื่อระบบเศรษฐกิจและการค้าได้เปลี่ยนแปลงไปมาก การค้าในระบบตลาดที่ไม่สมบูรณ์ มีการผูกขาดทางการค้าซึ่งทำให้คู่สัญญาไม่มีทางเลือกอื่นในการทำสัญญา การทำสัญญามีได้เกิดจากการต่อรองของกลุ่มสัญญาอีกต่อไป ความผูกพันในสัญญาจึงไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของกลุ่มสัญญา จึงไม่อาจอ้างหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการทำสัญญาได้อีกต่อไป

²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 50-52.

²⁹ นราทิพย์ ชูติวงศ์. (2551). หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. หน้า 222.

ความไม่เสมอภาคที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่สัญญา มีสาเหตุมาจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจ และระบบอุตสาหกรรม เช่น ผู้ผลิตมีอำนาจต่อรองมากกว่าผู้บริโภค

ความไม่เสมอภาคในการทำสัญญา ซึ่งเกิดจากความเหลื่อมล้ำและช่องว่างทางสังคมและเศรษฐกิจ อันเป็นตัวก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยความไม่เสมอภาคในการทำสัญญานั้นอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังนี้³⁰

1) ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน

เนื่องจากปัจจุบันระบบการผลิตและการให้บริการที่หลากหลาย และความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่มีความเจริญก้าวหน้า ระบบอุตสาหกรรมมีขนาดใหญ่ขึ้น เกิดระบบนายทุนและระบบการใช้เครื่องจักรเพิ่มมากขึ้น ทำให้การดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่ายสินค้ามีความเปลี่ยนแปลง เช่น สัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่คล้ายกับผู้บริโภค ที่ไม่มีอำนาจต่อรองผู้ผลิตรายใหญ่ ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายใหญ่เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาในสภาพที่ได้เปรียบ ซึ่งลักษณะนี้รัฐต้องเข้ามาบีบบังคับในควบคุมและให้ความคุ้มครองในการทำสัญญาเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กถูกเอาเปรียบเกินสมควร

2) ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ

เนื่องมาจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่มีความซับซ้อนขึ้น จึงทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบในการกำหนดนิติสัมพันธ์ทางสัญญา ทั้งด้านราคา และคุณภาพของสินค้า ซึ่งผู้บริโภคย่อมมีความรู้ทางเทคนิคน้อยกว่าอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าผู้ประกอบการที่ใช้อยู่เป็นประจำ ดังนั้นเมื่ออำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน คู่สัญญาย่อมมีฐานะที่ไม่เสมอภาค ทำให้ผู้บริโภคต้องยอมจำนนเข้าทำสัญญา เช่นนี้ในนาประเทศจึงมีความจำเป็นที่จะต้องหามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่ด้อยกว่าทั้งความรู้ทางเทคนิคและไม่มีอำนาจต่อรองทั้งทางราคาและคุณภาพได้ด้วยส่วนตัว จึงจำเป็นต้องออกกฎหมายเฉพาะเข้ามาช่วยเหลือผู้บริโภค เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ดังนั้นเพื่อเป็นการช่วยเหลือ ป้องกัน และเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายที่ด้อยกว่า รัฐจึงได้บัญญัติกฎหมายที่จะให้ความช่วยเหลือด้านสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ด้อยกว่าได้ เพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมที่มากขึ้น

³⁰ คาราทิ ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 32-33.

2.5 รูปแบบของสัญญาในปัจจุบัน

สัญญา คือ การที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมค้ำเสนอค้ำสนองรับ มีความประสงค์ตกลงตรงกัน และร่วมใจกันในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กันอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น³¹

สัญญา คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นจากบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แสดงเจตนาต่อกันด้วยความสมัครใจเพื่อให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย โดยมีสาระสำคัญของสัญญา³²

ดังนั้น สัญญาต้องประกอบด้วย 3 องค์ประกอบ ได้แก่

1) สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ได้แก่ ผู้เสนอและผู้สนอง โดยไม่จำกัดว่าคู่สัญญาจะมีฝ่ายละกี่คน และคู่สัญญาจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

2) ค้ำเสนอและค้ำสนองถูกต้องตรงกัน ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนายินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (โดยสมัครใจ)

3) วัตถุประสงค์ของสัญญา หมายถึง ความมุ่งหมายหรือประสงค์อันเป็นประโยชน์ของคู่สัญญาในการทำสัญญาที่จะก่อให้เกิดความผูกพันกันในทางกฎหมาย

รูปแบบของสัญญาต่างๆ ในปัจจุบันมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ดังนี้

2.5.1 สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง

สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติลักษณะของสัญญาไว้หลายรูปแบบ ซึ่งแบ่งตามลักษณะของสัญญา³³ ได้แก่

1) สัญญามีชื่อ หมายถึง เอกเทศสัญญาที่ได้บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งมีอยู่ 23 ลักษณะ ตั้งแต่ มาตรา 453-1297 ซึ่งได้แก่ ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่า ทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน ยืม ฝากทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ เก็บของในคลังสินค้า ตัวแทน นายหน้า ประนีประนอมยอมความ การพนันขันต่อ ตัวเงิน บัญชีเดินสะพัด ประกันภัย หุ้นส่วน บริษัท และสมาคม โดยกำหนดชื่อของสัญญา กำหนดลักษณะของสัญญา และวัตถุประสงค์ ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

สาเหตุที่บัญญัติเอกเทศของสัญญาไว้เป็นการเฉพาะก็เนื่องจากเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทำกันมาก ซึ่งอาจเกิดการโต้แย้งปัญหากันได้มาก จึงได้บัญญัติรายละเอียดของสัญญาไว้เป็นบทสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญา เพื่อความสะดวกและขจัดปัญหาการโต้เถียงกัน หากคู่สัญญามิได้

³¹ เสนีย์ ปราโมช. (2527). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)*. หน้า 336.

³² อรรถา สังห์สงบ. (2550). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*. หน้า 17-18.

³³ แหล่งเดิม. หน้า 103-104.

แสดงเจตนาตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นก็ต้องบังคับไปตามบทบัญญัติในลักษณะเอกเทศสัญญา โดยกฎหมายสันนิษฐานว่าคู่สัญญามีเจตนาตกลงกันเช่นนั้น³⁴

2) สัญญาไม่มีชื่อ หมายถึง สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติชื่อหรือกำหนดลักษณะรวมทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่เกิดจากการที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตกลงที่จะผูกพันกันโดยชอบด้วยกฎหมายและภายในขอบเขตที่กฎหมายลักษณะทั่วไปของนิติกรรมบังคับไว้ ซึ่งหากคู่สัญญามีได้มีข้อตกลงกันไว้เป็นพิเศษแล้ว เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นย่อมต้องบังคับกันตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยผลแห่งนั้นโดยทั่วไปเท่านั้น จะนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายในบรรพ 3 มาใช้บังคับกับสัญญาไม่มีชื่อเหล่านี้มิได้³⁵

ปัจจุบันสัญญาไม่มีชื่อซึ่งกฎหมายยอมรับบังคับให้ตามเจตนาของคู่สัญญา ได้แก่ สัญญาเล่นแชร์เบี้ยหวาย สัญญากองทุนในการสมรส สัญญาทรัพย์สินซื้ สัญญาเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต สัญญายอมรับผิดชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิด สัญญาแบ่งกำไรในการค้า สัญญารับรองจะใช้นี้ให้แก่ผู้อื่น ฯลฯ

2.5.2 สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract)

เนื่องจากรูปแบบการทำสัญญาในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ซึ่งในปัจจุบันมีรูปแบบการทำสัญญาแบบใหม่ที่ใช้อยู่อย่างแพร่หลาย คือ สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) ที่ให้ความสะดวก รวดเร็วแก่คู่สัญญา ทั้งช่วยลดต้นทุนในการเจรจาอีกด้วย ซึ่งในอังกฤษและเยอรมัน เรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญามาตรฐาน” (Standard Form) ส่วนในฝรั่งเศสเรียกว่า “สัญญาจำยอม” (Adhesion Contract)

สัญญาสำเร็จรูป หมายถึง สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน³⁶

สัญญาสำเร็จรูป หรือ สัญญามาตรฐานนี้ เป็นสัญญาที่มีข้อสัญญาที่เหมือนหรือคล้ายกันทุกฉบับโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้กำหนดไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาไม่ได้มีการเจรจาต่อรองกันเลย ซึ่งรูปแบบของสัญญาประเภทนี้มิได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมีความหมายว่า “สัญญา

³⁴ ศักดิ์ สนองชาติ. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. หน้า 351.

³⁵ ไชยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 58.

³⁶ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. (2528, มีนาคม). “สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ.” วารสารนิติศาสตร์, 15, 1. หน้า 20.

ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”³⁷

ดังนั้น สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) หรือ สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) มีลักษณะสำคัญ ดังนี้³⁸

1) เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือความรู้ทางเทคโนโลยีเหนือกว่าหรือได้เปรียบกว่า ซึ่งอาจจะมีลักษณะของการผูกขาดในทางข้อเท็จจริง หรือการผูกขาดในทางข้อกฎหมายก็ได้ เช่น สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่จะผูกพันกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

2) คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่านี้เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไป สัญญานี้จะทำให้จำนวนมาก เพื่อใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และไม่จำกัดความแตกต่างของตัวผู้เข้าทำสัญญา

3) การกำหนดข้อสัญญาต่างๆ นี้เป็นการกระทำฝ่ายเดียว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาภายหลังจะต้องยอมรับข้อสัญญาที่ได้กำหนดไว้แล้วนั้น หรือปฏิเสธไม่ต้องการทำสัญญาด้วยเลย เพราะไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญานั้นได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาของสัญญานี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองหรือตกลงกันอย่างแท้จริง

สรุปจากความหมายของ “สัญญาสำเร็จรูป” ข้างต้น มีหลักเกณฑ์ของสัญญาสำเร็จรูป 3 ประการ³⁹ คือ

1) ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Contract) โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาเอาไว้หรือไม่ เพราะมิใช่เรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือ ดังนั้นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม เช่น โทรสาร อีเมลล์ ก็จัดเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งสิ้น เพราะกฎหมายบัญญัติว่า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด จึงไม่จำเป็นต้องทำลงบนแผ่นกระดาษเพียงอย่างเดียว

2) มีการกำหนดข้อสัญญาซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญเอาไว้ล่วงหน้า กล่าวคือ ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญนั้นเกิดจากการกำหนดของคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวโดยการกำหนดเอาไว้ก่อนมีการตกลงทำสัญญากัน หรืออีกนัยหนึ่งคือ ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญา เท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามตกอยู่ภาวะที่เลือกได้เพียงว่าจะเข้าทำ

³⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 3.

³⁸ คาราพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 38.

³⁹ อรรถา สังห์สงบ. เล่มเดิม. หน้า 242-244.

สัญญาหรือไม่เท่านั้น⁴⁰ สำหรับข้อสัญญาที่กำหนดเอาไว้ล่วงหน้าไม่จำเป็นต้องจัดทำหรือบันทึกลงบนกระดาษเสมอไป อาจจะพิมพ์ลงแผ่นดิสก์ซึ่งใช้กับคอมพิวเตอร์ก็ได้ สำหรับข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ใครจะเป็นผู้ร่างสัญญาไม่สำคัญ อาจเป็นทนายความก็ได้ หรือทั้งสองฝ่ายร่วมกันร่างก็ได้ แต่พิจารณาเพียงว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ไว้เป็นการล่วงหน้านั้นได้รับประโยชน์จากการที่กำหนดสาระสำคัญของสัญญานั้นเอง

3) คู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าได้นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจของตน กล่าวคือ เป็นการนำสัญญาสำเร็จรูปนั้นมาใช้กับธุรกิจของตนโดยตรง เช่น ธนาคารพาณิชย์ นำสัญญาแบบฟอร์มกู้ยืมเงินของคนอื่นมาใช้กับผู้กู้ ซึ่งกฎหมายมิได้บังคับว่าจะต้องเป็นการนำมาใช้ประกอบการตามปกติ เหมือนดังมีอยู่ในนิยามศัพท์คำว่า “ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” ดังนั้น แม้เป็นการนำมาใช้เป็นครั้งแรกในการประกอบการของตนก็อาจเข้าองค์ประกอบเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้ว⁴¹

สัญญาสำเร็จรูป อาจเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน หรือ สัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค ดังนี้

- 1) สัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน เช่น สัญญาแฟรนไชส์
- 2) สัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค เช่น สัญญาบัตรเครดิต สัญญาเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์

ปัจจุบัน การทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือที่เรียกว่า “สัญญาสำเร็จรูปออนไลน์” (Online Contract) เป็นที่นิยมกันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแวดวงของผู้ประกอบธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสัญญาสำเร็จรูปออนไลน์นี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่⁴²

1) Clickwrap Agreement หมายถึง สัญญาสำเร็จรูปที่ปรากฏในเว็บไซต์เพื่อให้ผู้ใช้บริการ หรือผู้ซื้อสินค้าแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยคลิกปุ่ม “ตกลง” (I Agree) หรือปฏิเสธโดยคลิกปุ่ม “ไม่ตกลง” (I Decline)

2) Browsewrap Agreement หมายถึง สัญญาสำเร็จรูปที่มีลักษณะคล้ายกับ Clickwrap Agreement เพียงแต่ตัวสัญญาจะอยู่ในหน้าต่างแยกต่างหากจากเว็บไซต์ และผู้ซื้อไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนายินยอมตามเงื่อนไขแต่อย่างใด

ซึ่ง “สัญญาสำเร็จรูปออนไลน์” นี้ก็เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาสำเร็จรูปด้วย

⁴⁰ นพดล ปรกรณ์นิติ. (2542). ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. หน้า 111.

⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 112.

⁴² อรรถา สังห์สงบ. เล่มเดิม. หน้า 106.

2.5.3 สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางกฎหมายมหาชน

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน⁴³ ซึ่งสัญญาทางปกครอง หมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁴⁴

จากคำว่า “หมายรวมถึง” แสดงว่าสัญญาทางปกครอง มีจำนวนมากกว่าสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และเป็นลักษณะของสัญญาที่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง หรือมีขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในการปกครองบรรลุผล อันเป็นสัญญาทางปกครองโดยแท้ ซึ่งสัญญาที่ทำขึ้นอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจในวงกว้าง ก่อให้เกิดการจ้างงานเป็นจำนวนมาก และรัฐมุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวกำหนดทิศทางในทางเศรษฐกิจ เป็นสัญญาที่ไม่ใช่เรื่องของการตอบแทนกันปกติธรรมดาหรือเป็นสัญญาที่กำหนดหน้าที่ที่เฉพาะหน่วยงานของรัฐเท่านั้นที่สามารถปฏิบัติตามสัญญาให้บรรลุผลได้ หรือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาสัมพันธ์ใกล้ชิดกับงานในทางปกครอง⁴⁵

การแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองของไทยยังสามารถแบ่งออกเป็น 6 ประเภท ดังนี้⁴⁶

1. สัญญาสัมปทาน
2. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
3. สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
4. สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
5. สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

⁴³ ชาวยุชชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. หน้า 6.

⁴⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 261-262.

⁴⁶ ชาวยุชชัย แสงศักดิ์. (2550). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. หน้า 354.

6. สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

สัญญาทางปกครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยนั้น มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นมีเป็นรูปธรรมเมื่อมีการตรามาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไทยได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศส สังเกตได้จาก ความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 ซึ่งทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่

1) ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ เนื่องจากการบริการสาธารณะเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องกระทำเพื่อสนองความต้องการของสังคมโดยรวม ดังนั้นกิจการเกี่ยวกับการบริการสาธารณะรัฐจะต้องเข้ากระทำและควบคุมกิจการนั้นให้เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมในสังคม ซึ่งกิจกรรมที่รัฐจะต้องจัดทำหรือจัดให้มีบริการต่างๆ ที่สังคมต้องการซึ่งเอกชนไม่อยู่ในฐานะที่จะจัดทำได้เอง ได้แก่ กิจการที่เป็นบริการสาธารณะ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ ประการแรก กิจการนั้นเป็นกิจการที่จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน ประการที่สอง เป็นกิจการที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการโดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง⁴⁷

2) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน เนื่องมาจากการทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ ดังนั้นอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการบริการสาธารณะคือ กฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่เข้ามาใช้เพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมจะต้องเป็นอำนาจมหาชน โดยทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นแนวความคิดของรัฐที่ต้องการสนับสนุนการใช้อำนาจของรัฐเอง และเห็นว่ารัฐกับอำนาจมหาชนเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้นเจตจำนงของรัฐจึงเป็นเจตจำนงของประชาชน และเห็นว่าอำนาจมหาชนเป็นเครื่องมือในการบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง

เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง⁴⁸

1) หลักเกณฑ์เชิงองค์กร โดยคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายหน่วยงานทางปกครอง เช่น กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด อำเภอ เทศบาล หรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น สภานายความ แพทยสภา หรือบุคคลอื่น (เอกชน) ที่กระทำแทนรัฐ เช่น ผู้รับสัมปทาน ผู้รับเหมาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค

⁴⁷ บุษผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย. หน้า 10.

⁴⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 92-100.

2) หลักเกณฑ์เชิงเนื้อหา โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ (un service public) เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และ ต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก หมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาเอกชน โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องการสงวนการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การกำหนดให้ฝ่ายรัฐมีสิทธิมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเมื่อการบริการสาธารณะหมดความจำเป็นต่อส่วนรวม

สัญญาทางปกครองนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากลักษณะตามหลักพื้นฐานของสัญญาของทั้งสองประเภทนั้นมีความแตกต่างกัน โดยลักษณะของสัญญาทางปกครองนั้นมีหลักการพื้นฐานจากกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจกระทำการต่างๆ ได้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรอง ซึ่งกฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์เพื่อจะบริการสาธารณะและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิของเอกชนได้ กล่าวคือ การทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ตามหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ส่วนหลักการพื้นฐานของสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) ซึ่งสัญญาจะต้องผูกพันไปตามเจตนาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) อันเป็นการยอมรับ แคนอำนาจของเอกชน (Private Autonomy) กล่าวคือ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาได้ ตามหลักที่ว่า “กฎหมายไม่ห้าม ทำได้”

ลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ ได้แก่⁴⁹

1) สัญญาของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง หรือสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ก่อนนิติสัมพันธ์ในรูปของสัญญาทางแพ่งธรรมดาทั่วไป โดยไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง และมีได้มีการใช้อำนาจพิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญา หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้แก่ “สัญญาของฝ่ายปกครองระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกัน” ซึ่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และศาลยุติธรรมทั่วไปเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

⁴⁹ ชาลิต เสวตศุด. (2548). สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย. หน้า 162-163.

2) สัญญาของฝ่ายปกครองในทางมหาชน สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐได้ก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง หรือโดยสภาพมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น มีเงื่อนไขและข้อตกลงที่ให้อำนาจคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นพิเศษกว่าเอกชนคู่สัญญาตามสัญญาในทางแพ่ง หรือสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้แก่ “สัญญาของฝ่ายปกครองระหว่างคู่สัญญาซึ่งฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” โดยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาได้แก่กฎหมายปกครอง และศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ได้แก่ ศาลปกครอง

ผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่ ศาลปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

2.5.4 สัญญาผู้บริโภค หรือ สัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค

สัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค คือ สัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งกับคู่สัญญาที่เป็นผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการมีส่วนในความรู้ ความเข้าใจ และความเชี่ยวชาญในสัญญาที่ตนทำขึ้น และมีความรู้ทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอย่างยิ่ง รวมทั้งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ (Economic Power) มากกว่าฝ่ายผู้บริโภคด้วย ซึ่งฝ่ายผู้บริโภคส่วนใหญ่ขาดความรู้ และขาดประสบการณ์ จึงมักถูกบังคับให้ทำสัญญาที่ถูกเอาเปรียบเสมอ

“ผู้บริโภค”⁵⁰ ได้แก่ ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะ

- 1) ผู้ซื้อ
- 2) ผู้เช่า
- 3) ผู้เช่าซื้อ
- 4) ผู้กู้
- 5) ผู้เอาประกันภัย
- 6) ผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมี

คำตอบแทน

⁵⁰ “ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีคำตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้รับประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย.

7) ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้า ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น

“ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ”⁵¹ ได้แก่ ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะ

- 1) ผู้ขาย
- 2) ผู้ให้เช่า
- 3) ผู้ให้เช่าซื้อ
- 4) ผู้ให้กู้
- 5) ผู้รับประกันภัย
- 6) ผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด

ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

สัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคที่เป็น“คดีผู้บริโภค” ตามนิยาม มาตรา 3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551⁵² มีลักษณะดังนี้

- 1) คดีผู้บริโภคมิได้เฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น
- 2) ต้องเป็นการพิพาทกันระหว่าง ผู้บริโภค กับ ผู้ประกอบธุรกิจ หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกันกับคดีดังกล่าว

- 3) ผู้มีอำนาจฟ้องคดีผู้บริโภค ได้แก่ ผู้บริโภค และมีอำนาจฟ้องคดีแทน คือ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สมาคม หรือมูลนิธิที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรอง ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับคดีผู้บริโภค จะกล่าวในบทที่ 3 อีกครั้งหนึ่ง

วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคจะมีรูปแบบเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งแตกต่างจากคดีแพ่งทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁵¹ “ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน.

⁵² “คดีผู้บริโภค” หมายความว่า

- (1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือตามกฎหมายอื่นกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ
- (2) คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย
- (3) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกันกับคดีตาม (1) หรือ (2)
- (4) คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้.

2.5.5 สัญญาธุรกิจ หรือสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน

สัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันในปัจจุบันมีหลากหลายรูปแบบ แต่รูปแบบที่เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญามากที่สุด คือ สัญญาแฟรนไชส์ (Franchise) เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์ เป็นสัญญาที่เกิดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้ผลิต กับผู้ประกอบการที่เป็นผู้นำไปขาย โดยผู้ที่กำหนดข้อสัญญาแฟรนไชส์นี้ คือ ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้ผลิต เพราะเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองมากกว่า ดังนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ และในปัจจุบันสัญญาแฟรนไชส์ก็มักจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปด้วย

แฟรนไชส์ (Franchise) ในภาษาอังกฤษ แปลว่า สิทธิพิเศษที่บริษัทแม่มอบให้แก่ผู้เข้าร่วมกิจการ เพื่อหลุดพ้นจากการทำงานหนักในฐานะลูกจ้างกินเงินเดือน (สิทธิพิเศษนี้อาจเรียกว่า สัมปทานก็ได้)⁵³

สัญญาแฟรนไชส์ (Franchise Contract) คือ สัญญาผูกพันชนิดหนึ่งระหว่างบริษัทแม่ (Franchisor) กับ บริษัทในเครือ (Franchisee) เพื่อนำไปใช้หรือขาย ส่วนสมาชิกจะต้องจ่ายค่าตอบแทน (เงินตรา) จำนวนหนึ่งแก่บริษัทแม่ และดำเนินธุรกิจภายใต้การชี้แนะ ช่วยเหลือของ บริษัทแม่ นอกจากนี้บริษัทในเครือยังต้องจ่ายค่าลิขสิทธิ์ ค่าสมาชิก และต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบของบริษัทแม่ เช่น ห้ามโชว์หรือขายสินค้าของบริษัทคู่แข่ง เป็นต้น⁵⁴

ประเภทของแฟรนไชส์ (Franchise) แบ่งเป็น 2 ประเภท⁵⁵

1) Product and tradename franchising มีสภาพคล้ายกับบริษัทผู้แทนจำหน่าย หรือพ่อค้าขายส่ง แฟรนไชส์ประเภทนี้จะรับสัมปทานจากบริษัทผู้ผลิตแห่งหนึ่ง โดยอาศัยสินค้าและเครื่องหมายการค้าของบริษัทแม่เท่านั้น เช่น บริษัทขายรถยนต์ ปั่นน้ำมัน ร้านขายเครื่องดื่ม (โค้ก) ฯลฯ

2) Business format franchising เป็นแฟรนไชส์ที่กำลังรุ่งเรืองอยู่ในขณะนี้ กล่าวคือบริษัทแม่จะส่งของของบริษัทในเครือ ทั้งสินค้า เครื่องหมายการค้า วิธีบริหาร ระบบงาน และระบบการเงิน เช่น แมคโดนัลด์ 7-ELEVEN เป็นต้น

⁵³ ชูศักดิ์ จรุงสวัสดิ์. (2545). เศรษฐศาสตร์เพื่อชีวิต. หน้า 42.

⁵⁴ ธานี ปิติสุข. (2535). Franchise เส้นทางใหม่ของการทำธุรกิจ. หน้า 16-31.

⁵⁵ ชูศักดิ์ จรุงสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 43.

2.6 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของสัญญา⁵⁶

การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ จะต้องประกอบด้วยความไม่เป็นธรรมสองส่วน ได้แก่ ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหา ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ดังนี้

2.6.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญานั้น กฎหมายบัญญัติการให้ความคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาด และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด

1) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาด

ความหมายของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาด คือ เนื้อหาที่กำหนดในข้อสัญญามีลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากและเป็นเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาจนอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง เป็นการกำหนดขอบเขตเสรีภาพผู้ร่างไม่ให้เกินเลยไปกว่าความยุติธรรมอันเป็นกรอบความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎหมายจึงต้องบังคับให้คู่สัญญาต้องไม่ระบุข้อสัญญาที่เอาเปรียบมากลงเป็นเงื่อนไขของสัญญา และถ้าหากคู่สัญญาฝ่าฝืนระบุเป็นเงื่อนไขของสัญญา กฎหมายก็ให้มีผลเป็นโมฆะ (Void) ไม่มีผลตามกฎหมาย (Unenforceable) ซึ่งไม่อาจใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ และคู่สัญญาก็ไม่อาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้นลักษณะของข้อสัญญาที่ห้ามกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างเด็ดขาดนี้จึงเปรียบเสมือนบัญชีดำ (Black List)

ตัวอย่างของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มีกำหนดไว้เฉพาะสัญญาบางประเภทเท่านั้น มีดังนี้

มาตรา 6 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภคเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในการส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา

มาตรา 8 วรรคหนึ่ง ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น

⁵⁶ วัฒนา เทพวุฒิศถาพร. (2545). แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. หน้า 245-255.

มาตรา 9 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดโดยอ้างความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด

ความหมายของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด คือ เนื้อหาที่กำหนดในข้อสัญญานั้นมีลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ยังคงอยู่ในระดับที่กฎหมายยอมรับว่าหากคู่สัญญาสมัครใจยินยอมที่จะเข้ารับเงื่อนไขที่ตนเสียเปรียบแล้ว ก็สามารถตกลงกันได้ สัญญามีผลบังคับใช้ได้ แม้คู่สัญญาจะได้ตกลงทำสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมลักษณะที่ไม่เด็ดขาดก็ตาม ซึ่งเปรียบเสมือนกับเป็นบัญชีสีเทา (Gray List)

ตัวอย่างของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีดังนี้

มาตรา 4 วรรคสาม ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนดข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิก
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
- (7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่เกิดผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

2.6.2 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness)

สิ่งที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา คือ การผูกขาดสินค้าและบริการในระเทศธุรกิจที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Unperfected Market) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องทำสัญญาด้วยความจำยอมไม่มีอำนาจต่อรองเงื่อนไขสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกำหนดแต่ฝ่ายเดียว ทำให้คู่สัญญาต้องถูกกำหนดเงื่อนไขอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งสัญญาลักษณะนี้เรียกว่า สัญญาจำยอม (Adhesion Contract) นอกจากนี้ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญายังเกิดจากหลายๆ เหตุ เช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อไปโดยไม่ทราบว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือคู่สัญญาทราบเงื่อนไขแล้วแต่ไม่เข้าใจในผลของเงื่อนไขในสัญญาโดยไม่ได้รับการอธิบายถึงผลของสัญญา ซึ่งปัจจัยนี้มักเกิดจากสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) ที่มีการร่างสัญญาเป็นจำนวนมากและพิมพ์ตัวอักษรด้วยขนาดเล็กมากจนแทบอ่านไม่ออก หรือข้อสัญญานั้นมีการใช้ศัพท์เทคนิค (Technical Terms) เช่น ศัพท์ทางวิศวกรรม ศัพท์ทางกฎหมาย ประกอบกับการศึกษาความรู้ สติปัญญาของคู่สัญญาที่จะทำความเข้าใจกับเงื่อนไขของสัญญานั้นๆ ด้วย ดังนั้น ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาจึงมิได้เกิดจากเสรีภาพในการทำสัญญาและความยินยอมที่แท้จริงของคู่สัญญา

ตัวอย่างของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีดังนี้

มาตรา 4 วรรคท้ายกำหนดให้ศาลใช้ปัจจัยมาตรา 10 มาวินิจฉัยว่าข้อสัญญาระหว่างระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก ที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ โดยอนุโลม ซึ่ง การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาเกินสมควรหรือไม่ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ดังนี้

1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่าย

หนึ่ง

2.7 วิธีการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ⁵⁷

การให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบนั้นมีวิธีการควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่หลายวิธี ได้แก่

2.7.1 การรวมตัวของกลุ่มคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบเข้าด้วยกัน

การรวมตัวของกลุ่มคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ เป็นวิธีการควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อาจจะสะดวกที่สุด เพราะเป็นการรวมตัวของกลุ่มผลประโยชน์ฝ่ายที่เสียเปรียบ เช่น การตั้งสมาคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของฝ่ายตน และเพื่อให้มีอำนาจในการเจรจาต่อรองอย่างเสมอภาคกับอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นจะไม่มีลักษณะของสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ แต่เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการเจรจาตกลงกันอย่างแท้จริง

แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการควบคุมสัญญาโดยการรวมตัวของกลุ่มคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบนี้ในความเป็นจริงแล้วเกิดขึ้นได้ยากที่สุดเช่นกัน เพราะความเป็นไปได้ที่ฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจจะยอมที่จะรวมตัวกันนั้นเป็นไปได้น้อยมาก ดังนั้น การให้ความคุ้มครองด้วยวิธีเฉพาะราย เช่นนี้ไม่มีผลมากนัก จึงควรหากลไกอื่นที่มีประสิทธิภาพมากกว่า เพื่อควบคุมการทำสัญญาและคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบกว่าในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ การบัญญัติกฎหมายและการควบคุมโดยศาล

2.7.2 การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ

วิธีการควบคุมสัญญาโดยการบัญญัติกฎหมายนี้ เป็นวิธีที่ได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งลักษณะของกฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันนี้ มีทั้งกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะ⁵⁸ และกฎหมายทั่วไป⁵⁹

2.7.3 มาตรการทางศาล

มาตรการทางศาลเป็นวิธีการควบคุมสัญญาที่เกิดขึ้นเมื่อมีการฟ้องคดีแล้วเท่านั้น โดยศาลเป็นผู้พิจารณาเนื้อหาของสัญญา ซึ่งจะพิจารณาถึงความถูกต้องของสัญญาว่ามีข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ และหากยังมีข้อสงสัยหรือเคลือบแคลงอยู่อีก ศาลก็จะใช้อำนาจตีความวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้น

⁵⁷ คาราพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 42-46.

⁵⁸ เช่นใน Unfair Contract Terms in Consumer Contract Regulation 1999 , Uniform Commercial Code , BGB เป็นต้น.

⁵⁹ ในประมวลแพ่งของประเทศต่างๆ เช่น หลักสุจริต หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เป็นต้น.

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองของศาลนั้นมีลักษณะเป็นการแก้ไขที่ปลายเหตุ โดยจะมีการให้ความคุ้มครองต่อเมื่อมีประเด็นขึ้นสู่ศาลเท่านั้น แต่การให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาที่ควรอยู่ที่ต้นเหตุมากกว่า (ขณะทำสัญญา) ฉะนั้น เราจึงควรให้ความสำคัญกับกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองขณะทำสัญญาที่เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง⁶⁰ เพื่อให้กลไกของกฎหมายเข้ามาช่วยเหลือให้คู่สัญญาเกิดความเท่าเทียมกันมากที่สุด เพื่อให้เกิดเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริง

กระบวนการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทยนั้น มีวิธีการควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสามมาตรการ โดยมีกระบวนการให้ความคุ้มครองดังนี้

1) เริ่มต้นด้วย มาตรการเชิงป้องกัน มีกระบวนการคุ้มครองดังต่อไปนี้

“มาตรการในเชิงป้องกัน” (Preventive Measures) เป็นมาตรการการควบคุมการทำสัญญาตั้งแต่ขณะที่ทำสัญญา ด้วยการป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยบัญญัติกฎหมายกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น “ข้อสัญญามาตรฐาน” ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม⁶¹ ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงเป็นอย่างอื่นไม่ได้ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ระบุข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการจะต้องใช้และข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการห้ามใช้ โดยมาตรการเชิงป้องกันนี้เป็นมาตรการทางปกครองด้วยเพราะมีโทษทางอาญา เช่น

- (1) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
- (2) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543
- (3) พระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2524
- (4) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551
- (5) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 เป็นต้น

2) มาตรการเชิงแก้ไขเยียวยา คือ มีกระบวนการคุ้มครองดังต่อไปนี้

“มาตรการแก้ไขเยียวยา” (Remedial or Corrective Measures) เป็นมาตรการการควบคุมการทำสัญญาเมื่อภายหลังที่มีการฟ้องคดีแล้ว โดยกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งจะ

⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541.

⁶¹ กำหนดให้ผู้ประกอบการในธุรกิจสัญญาที่ กฎหมายบัญญัติให้สัญญานั้นต้องทำเป็นหนังสือหรือ ประเพณีทางทางการค้าในการทำสัญญานั้นต้องทำเป็นหนังสือเป็นสัญญา ซึ่งเป็นธุรกิจสัญญาที่มีความสำคัญและมีการซื้อขายแพร่หลายในสังคมบางประเภทต้องถูกควบคุม.

มีองค์กรศาลเป็นผู้ใช้อำนาจในการพิจารณาสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้ดุลพินิจในการตรวจสอบ แก้ไข หรือปรับลดข้อสัญญาได้เท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน

3) มาตรการการให้ความคุ้มครองของเอกชน คือ สมาคม มูลนิธิ มีกระบวนการคุ้มครองดังต่อไปนี้

สมาคม⁶² เกิดจากการรวมกลุ่มของเอกชนฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า เพื่อให้มีอำนาจในการต่อรองกับอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า และให้ความรู้แก่สมาชิก

มูลนิธิ⁶³ เกิดจากการรวมตัวกันของเอกชน เพื่อให้ความช่วยเหลือเอกชนด้วยกัน เช่น การให้ความรู้แก่คู่สัญญาไม่ให้ถูกเอาเปรียบ รับเรื่องราวในการร้องทุกข์ เป็นต้น

ทั้งนี้มาตรการการให้ความคุ้มครองของเอกชนนี้มีจุดประสงค์เพื่อช่วยเสริมมาตรการทางกฎหมายของรัฐ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ด้อยกว่ามากที่สุด

นอกจากนี้ยังมี “องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ตามร่างพระราชบัญญัติองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ซึ่งเป็นองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค โดยให้ความคุ้มครองผู้บริโภคอย่างแท้จริงและเป็นกฎหมายที่อิสระที่แยกออกจากหน่วยงานของรัฐ การเมือง ผลประโยชน์ทางธุรกิจ และภาคธุรกิจที่เอาเปรียบ ตลอดจนลดความทุกข์ให้กับผู้บริโภคในการใช้สิทธิของตนในปัจจุบัน โดยองค์การอิสระต้องมีบทบาทหน้าที่สำคัญเบื้องต้น⁶⁴ ดังนี้

1. เสนอแนะ ให้ความเห็นแก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ในการออกนโยบาย กฎหมาย ข้อบังคับและมาตรการต่างๆ โดยรวบรวมงานวิจัย ความเห็นเพื่อให้ได้ข้อมูลมาเสนอแนะ
2. การสนับสนุนการทำงาน การติดตามและตรวจสอบการทำงานคุ้มครองผู้บริโภคของหน่วยงานรัฐ
3. มีบทบาทในเชิงรุกในการพัฒนาและเสนอแนะนโยบาย กฎหมาย ระเบียบ และมาตรการเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคให้ทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน
4. สร้างความเข้มแข็งให้กับผู้บริโภคและกลุ่มเครือข่ายองค์กรผู้บริโภค และส่งเสริมสนับสนุนให้มีส่วนร่วมในการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคทุกระดับ

⁶² เช่น สมาคมพิทักษ์ประโยชน์ผู้บริโภค สมาคมพลังผู้บริโภคแห่งประเทศไทย.

⁶³ เช่น มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค มูลนิธิผู้บริโภค.

⁶⁴ สารี อ่องสมหวัง. (2550, มีนาคม). ข้อเสนอการปฏิรูประบบคุ้มครองผู้บริโภค ข้อเสนอเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. หน้า 10-11.

5. การฟ้องร้องแทนผู้บริโภคในกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2.8 มาตรการลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่อยู่รวมกันเป็นกลุ่มเพื่อการดำรงชีพ ดังนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่จะสร้างความสงบสุขให้แก่สังคม มนุษย์จึงต้องสร้างกฎระเบียบในสังคมด้วยการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาควบคุมพฤติกรรมของประชากรในสังคม ซึ่งรัฐจะต้องหามาตรการที่จะทำให้อกฎหมายมีผลใช้บังคับ โดยที่ประชากรในสังคมต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด ซึ่งก็คือการกำหนดมาตรการตอบแทนผู้กระทำความผิด หรือ “มาตรการลงโทษ” โดยบทลงโทษมีหลายสถาน มีหลายลักษณะแตกต่างกันไปตามจุดมุ่งหมายในการควบคุมและความคุ้มครอง

มาตรการในการตอบแทนแก่ผู้กระทำความผิดถูกเรียกว่า “โทษ” (Punishment) สำหรับความมุ่งหมายในการลงโทษย่อมแตกต่างกันตามสมัยและลักษณะของสังคม ดังนี้⁶⁵

1) การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (Retribution) เนื่องจากการทำหน้าที่ของสังคมในการช่วยลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการทดแทน โดยที่ผู้เสียหายจะไม่ต้องไปลงโทษแก้แค้นตนเอง ซึ่งอาจกระทำการรุนแรงและไม่มีกรอบการลงโทษ

2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence) มีวัตถุประสงค์สองประการ คือ เพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป ว่าเมื่อกระทำความผิดดังกล่าวแล้วจะได้รับผลการลงโทษอย่างไร และเพื่อให้มีผลต่อผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Reformation) มีวัตถุประสงค์เพื่อจะป้องกันและยับยั้งการกระทำความผิดของบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นไม่ให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยไม่ได้มุ่งให้มีผลต่อบุคคลอื่นโดยตรงด้วย (ต่างกับการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่)

4) การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดอีก (Incapacitation) มีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำขึ้นมาอีก เป็นการตัดโอกาสกระทำความผิด ซึ่งมีอยู่หลายวิธี เช่น การประหารชีวิต การควบคุมตัว

ดังนั้น จุดมุ่งหมายที่สำคัญในการบัญญัติมาตรการลงโทษเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ ต้องการยุติการกระทำความผิด การบังคับใช้กฎหมาย การป้องกันและยังยั้งการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำข้อสัญญาเอาเปรียบแก่ผู้ที่ด้อยกว่า

“มาตรการลงโทษทางอาญา” ตามมาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

⁶⁵ วีระพงษ์ บุญญาภิลาส. (2547). กระบวนการยุติธรรมกับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน.

หลักเกณฑ์ของการกำหนดมาตรการการลงโทษ สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท⁶⁶ คือ
 ประเภทที่ 1 โทษที่บังคับต่อชีวิต ได้แก่ โทษประหารชีวิต
 ประเภทที่ 2 โทษที่บังคับต่อเสรีภาพ ได้แก่ โทษจำคุกและกักขัง
 ประเภทที่ 3 โทษที่บังคับต่อทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและริบทรัพย์สิน
 ซึ่งหลักเกณฑ์ของการกำหนดมาตรการการลงโทษเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างแท้จริง และเพื่อเป็นการป้องกันและยับยั้งการกระทำความผิด เมื่อการกระทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นการกระทำเกี่ยวกับทรัพย์สิน ดังนั้น โทษที่จะบังคับ จึงเป็นประเภทโทษที่บังคับต่อทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและริบทรัพย์สิน

มาตรการลงโทษทางอาญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยในปัจจุบัน ได้แก่

1) มาตรการลงโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้แก่ การเปรียบเทียบปรับ และการดำเนินคดีโดยมีโทษจำคุก โดยผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 35 ทวิ มาตรา 35 เบญจ มาตรา 35 อัฐ ประกอบมาตรา 57

2) มาตรการลงโทษตามพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้แก่ โทษปรับไม่เกินห้าพันบาท ตามมาตรา 34 ประกอบมาตรา 63

3) มาตรการลงโทษตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 ได้แก่ โทษปรับไม่เกินสามแสนบาท ตามมาตรา 29 ประกอบมาตรา 95

4) มาตรการลงโทษตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ได้แก่ โทษปรับไม่เกินสามแสนบาท ตามมาตรา 29 ประกอบมาตรา 90

สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 นั้น ไม่มีมาตรการลงโทษทางอาญาใดๆ ต่อผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

⁶⁶ แหล่งเดิม. หน้า 8.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมาย วิธีพิจารณาคดี องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย มาตรการลงโทษ เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3.1 กฎหมายคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย

3.1.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

3.1.1.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา และเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี¹

พระราชบัญญัตินี้จะวางกรอบการกำหนดข้อสัญญาไว้ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะกำหนดขอบเขตสัญญาของตน วางเงื่อนไขความรับผิดชอบหรือข้อกำหนดต่างๆ ของตนได้โดยมีขอบเขตเพียงใด จึงจะอยู่ในกรอบของความเป็นธรรม ไม่เอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนเกินไป แต่อย่างไรก็ดีวัตถุประสงค์ของการตราพระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้บัญญัติให้ศาลเข้าไปแทรกแซงการประกอบกิจการของเอกชนทุกประเภทโดยไม่มีขอบจำกัด โดยรัฐยังคงเคารพในหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเอกชนอยู่ แต่รัฐมีวัตถุประสงค์เพียงที่จะเข้าไปคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบในสังคมเท่านั้น

¹ หมายเหตุพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.

3.1.1.2 มาตรการทางกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีลักษณะของกฎหมายมหาชน (Public Law) โดยรัฐตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อต้องการเข้าไปแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชน (Private Law) เพื่อต้องการให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม เพราะหลักกฎหมายเอกชนนั้นถือว่านิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนในการทำสัญญานั้นมีความเท่าเทียมกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วเอกชนแต่ละบุคคลกลับมีความรู้ความสามารถ การรับข้อมูลข่าวสาร รายได้ ฐานะทางเศรษฐกิจ และสถานะทางสังคมแตกต่างกัน คนที่ได้เปรียบทางสังคมเศรษฐกิจย่อมทำสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าเสมอ เมื่ออำนาจต่อรอง (Bargaining Power) มีน้อยกว่าคู่สัญญาจึงต้องทำสัญญาด้วยความจำยอม² ดังนั้น รัฐจึงต้องกำหนดขอบเขตของสัญญาไว้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการทำสัญญาที่เกิดจากการกำหนดข้อสัญญาของฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยศาลมีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบนิติกรรมสัญญาเพียง 8 ประเภทเท่านั้นได้แก่

- (1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า ตามมาตรา 4
 - (2) สัญญาสำเร็จรูป ตามมาตรา 4
 - (3) สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 4
 - (4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือ การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า ตามมาตรา 5
 - (5) ข้อตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้า เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ตามมาตรา 6
 - (6) สัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 7
 - (7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ ตามมาตรา 8
 - (8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9
- ส่วนนิติกรรมสัญญาประเภทอื่นๆ นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาย่อมเกิด คู่สัญญาจึงต้องผูกพันตามข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา

² ปิยะ กันตังกุล. (2549). เปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับหลักนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. หน้า 5-6.

เพราะอยู่นอกขอบเขตความคุ้มครองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศาลจึงไม่อาจใช้ดุลพินิจปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้

หลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีดังนี้

1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า สัญญาสำเร็จรูป สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 4

มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

ข้อสัญญาที่ถูกตรวจสอบและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง มีองค์ประกอบดังนี้

(1) ต้องเป็นข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือสัญญาสำเร็จรูปหรือ สัญญาขายฝาก (พิจารณาถึงฐานะของคู่สัญญา) ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง

“สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า” คือ สัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าฝ่ายหนึ่ง กับผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง โดยความหมายของ “ผู้บริโภค” และ “ผู้ประกอบธุรกิจการค้า” ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2

“สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน³ ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดแล้วในบทที่ 2

“สัญญาขายฝาก” คือ สัญญาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้⁴

(2) ต้องเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากแล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตามมาตรา 4 วรรคสาม

(3) และต้องเป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เปรียบเกินสมควรด้วย ตามมาตรา 4 วรรคท้าย

³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 3.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 491.

ข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น ต้องเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งให้พิจารณาว่าคู่สัญญาจะได้รับการปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ ตามมาตรา 4 วรรคสาม เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

ตัวอย่างข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ศาลมีอำนาจพิจารณาได้ (บัญชีสี่เทา) มี 9 ตัวอย่าง ตามมาตรา 4 วรรคสาม ดังนี้

ก. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา⁵ (Exemption Clause) เนื่องจากหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา กฎหมายบัญญัติว่าคู่สัญญาอาจสามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากสัญญาได้ ถ้ามิใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา ดังนั้นจึงต้องบัญญัติกฎหมายมาเพื่อป้องกันการทำสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบจากคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองที่สูงกว่า

ข. ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด⁶ เป็นการตกลงที่ทำให้คู่สัญญาที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าต้องรับผิดหรือรับภาระมากขึ้นกว่าที่กฎหมายกำหนด เช่น ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อรถยนต์ที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อรับผิดชดใช้ค่ารถยนต์ในกรณีที่รถยนต์สูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย จะเห็นว่าข้อตกลงนี้ต่างไปจากบทบัญญัติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง ที่การชำระหนี้ที่เป็นพันวิสัยโดยผู้เช่าซื้อมิได้เป็นฝ่ายผิด ผลคือผู้เช่าซื้อหลุดพ้นจากการชำระหนี้ เมื่อข้อตกลงนี้ทำให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อแล้ว

ค. ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ⁷ เป็นข้อตกลงที่ให้ประโยชน์แก่ฝ่ายเดียว อาจแบ่งได้ 2 กลุ่ม คือ ข้อตกลงให้สัญญาเลิกกันหรือสิ้นสุดสภาพผูกพัน เมื่อมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญากันเลย ข้อตกลงที่ให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจ

⁵ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 116.

⁶ จรัญ ภัคศิษนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 97-98.

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 98-100.

ต่อรองเหนือกว่า มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีได้ทำผิดสัญญาเลย

ฅ. ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร แยกเป็น 2 อย่าง คือ ข้อตกลงให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร กับ ข้อตกลงให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าที่จะล่าช้าในการปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร⁸ ซึ่งถือว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นการให้เปรียบเทียบกันเกินสมควร เช่น ข้อตกลงของสถาบันการเงินที่ระบุให้ผู้กู้สามารถเรียกเงินกู้คืนได้ทั้งหมดทันที หากผู้กู้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ภายใน 2 วันนับแต่ถึงกำหนดชำระหนึ่งงวดใดงวดหนึ่ง

ง. ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา⁹ การเพิ่มภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เช่น ข้อสัญญาระหว่างธนาคารกับผู้กู้เงินที่กำหนดให้สิทธิแก่ธนาคารในการเพิ่มอัตราดอกเบี้ยให้สูงกว่าที่เป็นอยู่ในสัญญาได้ ถ้าหากธนาคารเห็นสมควรว่าต้องเพิ่ม

จ. ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 499 ก็ได้บัญญัติไว้แล้ว ตัวอย่างนี้จึงไม่จำเป็นต่อไป

ฉ. ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร มีตัวอย่างของสัญญาที่ระบุให้ผู้เช่าซื้อรับภาระสูงเกินควร เช่น ข้อสัญญาระบุว่า ถ้าเช่าผิดนัดไม่ชำระหนี้ค่าเช่างวดใดงวดหนึ่ง หรือทำผิดสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทรัพย์สินที่เช่าถูกริบ อาศัย ไม่ว่าโดยเหตุใด หรือผู้เช่าซื้อถูกพิทักษ์ทรัพย์ ให้ถือว่าสัญญาเลิกกันทันที โดยผู้ให้เช่าไม่ต้องบอกกล่าวก่อน และยอมให้ผู้เช่าซื้อรับค่าเช่าซื้อที่ได้รับมาทั้งหมดโดยผู้เช่าซื้อไม่มีสิทธิเรียกคืน และผู้เช่าซื้อยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืนแก่ผู้ให้เช่าซื้อโดยพลันในสภาพที่ซ่อมแซมเรียบร้อยดี โดยผู้เช่าซื้อเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย พร้อมทั้งชำระค่างวด ค่าเสียหาย ค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินที่ค้างชำระอยู่ให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อ และยอมจ่ายค่าพาหนะ ค่าใช้จ่าย ค่าขนส่ง ค่าทนาย ใช้แก่ผู้ให้เช่าซื้อที่ได้ใช้ไปเพื่อการสืบสวน การติดตาม ฟ้องร้องเอาคืนจากผู้เช่าซื้อ และผู้เช่า

⁸ แหล่งเดิม. หน้า 100.

⁹ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 119.

ซื้อยอมจ่ายค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระและค่าขาดประโยชน์ที่ควรจะได้จากการเอาทรัพย์สินนั้นออกให้เช่าในอัตราปกติ¹⁰

ข. ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

ข้อตกลงที่มีผลให้ผู้บริโภคต้องรับภาระหรือหนี้ที่ต้องชำระตามตัวอย่างนี้ เน้นไปที่กรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้เป็นสำคัญ หากภาระหรือหนี้ที่ผู้บริโภคได้รับถูกกำหนดไว้สูงเกินสมควร ถือว่าเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคเกินสมควร เช่น ข้อสัญญาข้อหนึ่งระบุว่า ถ้าผู้ถือบัตรผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามใบแจ้งยอดหนี้ หรือชำระไม่ตรงตามเงื่อนไขการชำระเงินที่ให้ไว้กับธนาคารกรณีใดๆ ก็ตาม ผู้ถือบัตรยอมชำระค่าเบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายเงินเพิ่ม หรือประโยชน์อื่นใดให้ รวมเป็นมูลค่าเกินกว่าอัตราดอกเบี้ยปกติที่ผู้ให้สินเชื่อจะพึงเรียกจากลูกค้าได้¹¹

บัตรเครดิต¹² คือ บัตรที่ผู้ถือบัตรสมัครเป็นสมาชิกบัตรเครดิตของธนาคาร โยผู้ถือบัตรอาจนำเอาบัตรไปใช้เพื่อเบิกเงินสด หรือนำไปชำระค่าสินค้าและบริการต่างๆ ไปจากร้านค้าที่ตกลงรับบัตรเครดิตกับผู้ออกบัตร และเมื่อร้านค้าดังกล่าวได้ขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ถือบัตรแล้ว ก็ต้องขอบัตรเครดิตมาทำหลักฐานการใช้บัตร หรือที่เรียกว่า เชลสลิป ให้ผู้ถือบัตรลงลายมือชื่อ แล้วนำเชลสลิปไปเรียกเก็บเงินจากผู้ออกบัตร กล่าวคือผู้ออกบัตรทรงจ่ายแทนผู้ถือบัตรไปก่อน เมื่อผู้ออกบัตรชำระราคาแทนผู้ถือบัตรแล้ว ผู้ออกบัตรก็จะเรียกให้ผู้ถือบัตรชำระเงินคืนแก่ตนต่อไป

ข. ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร คือ เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค เกี่ยวกับสิทธิในการเรียกดอกเบี้ยทบต้นจากผู้บริโภค ไม่ว่าจะระบุไว้ในสัญญาผู้บริโภคเบิกเงินเกินบัญชี สัญญาบัญชีเดินสะพัด เป็นต้น และจะต้องเป็นข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินด้วยการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคท้าย ให้นำมาตรา 10 มาใช้พิจารณาโดยอนุโลม เช่น ความสุจริต อำนาจ

¹⁰ แหล่งเดิม, หน้า 120.

¹¹ จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม, หน้า 104-105.

¹² ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์, (2539), หลักและปัญหาในสัญญาบัญชีเดินสะพัดและบัตรเครดิต, หน้า 184.

ต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดชัดเจน ความคาดหมายของคู่สัญญา เป็นต้น

2) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือ การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า ตามมาตรา 5

การทำสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ถือเป็น การจำกัดทางการค้าอย่างหนึ่ง รัฐจึงต้องเข้ามารักษาประโยชน์ในเบื้องต้นให้แก่คู่สัญญาที่ถูกเอาเปรียบ¹³ โดยบัญญัติว่า

“ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็น โฆษะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

ข้อสัญญาที่ถูกตรวจสอบและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 5 มีองค์ประกอบดังนี้¹⁴

(1) ต้องเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

(2) ข้อตกลงนั้นต้องไม่เป็น โฆษะ กล่าวคือ ต้องไม่เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยเป็น โฆษะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 เพราะถ้าเป็นข้อตกลงที่เป็น โฆษะแล้ว ย่อมไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องให้ศาลปรับลดข้อสัญญาให้เกิดความเป็นธรรมอีก

(3) ต้องเป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงจะคาดหมายได้ตามปกติ โดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ให้ปรากฏแก่ศาล ตามแนวมาตรา 5 วรรคสอง คือ

¹³ สุรนันทน์ วัฒนพิทยวิทย์. (2536). ปัญหาสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ. หน้า 9.

¹⁴ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 126-130.

ก. เขตพื้นที่และระยะเวลาของการถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ

ข. ความสามารถและโอกาสที่จะทำนิติกรรมหรือการประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือในรูปแบบอื่น

ค. ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

ตัวอย่างข้อสัญญาที่ถูกรตรวจสอบตามมาตรา 5 เช่น ข้อสัญญาที่ห้ามผู้ขายจำหน่ายสินค้าของตนให้แก่ลูกค้าที่อยู่นอกเขต ในข้อสัญญานี้แม้จะมีเหตุผลทางธุรกิจและเป็นข้อสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยก็ตาม แต่ศาลเห็นว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพให้ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ศาลจึงสามารถปรับลดข้อสัญญาเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี

การให้ความคุ้มครองข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือ การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้านี้ มิได้จำกัดประเภทสัญญาที่ให้ความคุ้มครอง ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 4 ที่จำกัดประเภทสัญญาที่ให้ความคุ้มครองเพียง 3 ประเภทเท่านั้น (สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ สัญญาสำเร็จรูปหรือ สัญญาขายฝาก) โดยเหตุที่การให้ความคุ้มครองข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือ การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้านี้มิได้จำกัดประเภทสัญญา เกิดจากหลักกฎหมาย Restraint of Trade ที่เกิดขึ้นในระบบ Common Law ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ การประกอบการค้า และวิชาชีพต่างๆ โดยเป็นทฤษฎีที่มีหลักกว้างๆ ยืดหยุ่นปรับใช้ตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม จากคำพิพากษาของศาลอังกฤษดังกล่าว อธิบายสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธินี้ว่า เป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง (ผู้ให้สัญญา) ตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้รับสัญญา) เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบการค้าในอนาคตกับบุคคลอื่นที่มีคู่สัญญา¹⁵

3) ข้อตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้า เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจ ตามมาตรา 6

มาตรา 6 บัญญัติว่า “สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำ

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 125.

สัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นสัญญาหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) แต่มีผลต่างกัน กล่าวคือมาตรา 6 เป็นการบัญญัติให้ข้อตกลงมีผลใช้บังคับไม่ได้ ส่วนมาตรา 4 บัญญัติให้ข้อตกลงยังมีผลผูกพันคู่สัญญาอยู่ เพียงแต่ให้อำนาจศาลปรับลดให้เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีได้

ในกรณีที่ผู้บริโภคถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิก่อนหรือขณะทำสัญญา จะใช้การตรวจสอบข้อสัญญาตามมาตรา 4 ไม่ได้ เนื่องจากเมื่อนำความรู้ของผู้บริโภคในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิมาพิจารณาแล้ว ผลคือการเอาเปรียบผู้บริโภคไม่มากเกินไปจนสมควร จึงไม่ครอบงำประกอบความผิดตามมาตรา 4 ดังนั้นในกรณีที่มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ เมื่อผู้บริโภคถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิ ให้ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ตามมาตรา 6¹⁶

ความรับผิดในเรื่องความชำรุดบกพร่อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 ที่กำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่อง ทั้งที่ผู้ขายรู้หรือไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปว่า คู่สัญญาต้องกระทำโดยสุจริต แต่มีข้อยกเว้นความรับผิดเรื่องความชำรุดบกพร่องคือ มาตรา 437 ผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้อย่างวิญญูชนหรือความชำรุดบกพร่องเป็นที่เห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่อิดเอื้อน หรือทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด ซึ่งคู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องก็ได้ ตามมาตรา 483 เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องความชำรุดบกพร่องนี้ มิใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความรับผิดในเรื่องการรอนสิทธิ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 475 หากมีการรบกวนขัดสิทธิของผู้ซื้อในอันจะครองทรัพย์สินโดยปกติสุข เพราะบุคคลนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น (สิทธิตามกฎหมาย) อยู่ในเวลาซื้อขาย หรือเพราะความผิดของผู้ขาย ผู้ขายจะต้องรับผิดในผลการรอนสิทธินั้น ไม่ว่าผู้ขายจะทราบถึงการรอนสิทธิหรือไม่ก็ตาม แต่มีข้อยกเว้นความรับผิดเรื่องการรอนสิทธิคือ มาตรา 476 ถ้าหากผู้ซื้ออยู่แล้วที่มีการก่อการรบกวน

¹⁶ จริญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 118-119.

สิทธิ อยู่แล้วในเวลาซื้อขาย ท่านว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ (แต่ไม่จำเป็นต้องรู้ตัวผู้ก่อความ) ซึ่งเป็นไปตามหลักความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Volenti non fit injuria) เช่น ผู้ซื้ออยู่แล้วที่ทรัพย์ที่ซื้ออยู่ในระหว่างพิพาทคดีในขณะที่ซื้อขาย ซึ่งคู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการรอนสิทธิก็ได้ ตามมาตรา 483

จึงจำต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นคู่สัญญาที่อาจต้องเข้าทำสัญญาด้วยความจำยอมจากสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบการเป็นผู้เขียนฝ่ายเดียว

4) สัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 7

มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องรับมัดจำถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้”

มัดจำ คือ สิ่งที่ให้ไว้ในขณะทำสัญญา เพื่อเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่งมัดจำนี้ย่อมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ซึ่งต่างกับเบี้ยปรับ ที่เป็นสิ่งที่ลูกหนี้ให้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นเบี้ยปรับเมื่อคนไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ตามมาตรา 379

เหตุที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ความคุ้มครองเรื่องมัดจำที่สูงเกินส่วนนั้น เนื่องปัญหาการถกเถียงกันของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติให้ศาลสามารถลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนได้ ตามมาตรา 383 แต่มัดจำตามมาตรา 378 กฎหมายกลับไม่เปิดช่องให้ศาลลดมัดจำที่ถูกริบได้ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาที่รับมัดจำมิได้รับความเสียหายหรือจำนวนมัดจำที่รับนั้นสูงเกินกว่าความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาเป็นจำนวนมาก ดังนั้น มาตรา 7 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ไขความถกเถียงกันระหว่างเรื่อง มัดจำ และ เบี้ยปรับนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการทำสัญญามากยิ่งขึ้น¹⁷

การปรับใช้มาตรา 7 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ศาลจะลดมัดจำที่รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น มิได้บัญญัติว่าให้ศาลมีดุลพินิจบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณี เช่นนี้ศาลจึงไม่อาจลดมัดจำที่รับเป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ ศาลจึงไม่อาจนำเอาหลักการวินิจฉัยตามมาตรา 10 มาปรับใช้กับการลดมัดจำตามมาตรา 7 ได้

¹⁷ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 136.

5) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิด ตามมาตรา 8¹⁸

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้ง ความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็น ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

การให้ความคุ้มครองมาตรานี้ ครอบคลุมถึงข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้ง ความ ต่างกับมาตรา 4-7 ที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะข้อตกลงที่เป็นนิติกรรมสัญญาสองฝ่ายเท่านั้น ดังนั้น มาตรา 3 จึงบัญญัตินิยามคำว่า “สัญญา” ให้หมายความรวมถึง ความตกลง ความยินยอม ประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว มิใช่ข้อตกลงหรือ ข้อสัญญาและโดยสภาพต้องทำไว้ “ล่วงหน้า” ก่อนที่จะเกิดการละเมิดหรือผิดสัญญา เพราะหากเกิด หลังจากการทำละเมิดหรือผิดสัญญาแล้วจึงมาทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด จะกลายเป็น สัญญาประนีประนอม สัญญาปลดหนี้ หรือแปลงหนี้ใหม่ มิใช่ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ตามมาตรา 8 นี้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความต้องยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อ ละเมิดหรือผิดสัญญาเท่านั้น แต่หากเป็นข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความต้องยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดในกรณีจัดการนอกสั่ง ลากมิควรได้ หรือเรื่องอื่นๆ ย่อมไม่อยู่ในความคุ้มครองตาม มาตรา 8

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งตามวรรคหนึ่งความต้องเกิดจากการกระทำ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ถ้ามิได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ให้ อยู่ในบังคับตามวรรคสอง ซึ่งจะมีผลให้ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็น ธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

¹⁸ จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 124-131.

ความเสียหายตามมาตรา 8 แยกออกเป็น 2 ประเภท คือ

- (1) ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง เป็นความเสียหายที่ร้ายแรง จึงต้องป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายดังกล่าวนี้
- (2) ความเสียหายต่อชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ตามมาตรา 8 วรรคสอง เป็นความเสียหายที่สามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ เพียงแต่มีผลบังคับได้เพียงพอที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

การให้ความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้นั้น เป็นโมฆะ ดังนั้น หากเป็นข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดา ย่อมไม่เป็นโมฆะ แต่ก็อาจบังคับไม่ได้หรือบังคับได้เพียงพอที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 8 หรือหากเป็นข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลอื่น ก็ไม่เป็นโมฆะ ตามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 แต่มีผลบังคับได้ตามมาตรา 220 หรืออาจจะบังคับไม่ได้หรือบังคับได้เพียงพอที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 8

6) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9

การบัญญัติให้ความคุ้มครองผู้เสียหายในคดีละเมิด แม้จะตกลงหรือยินยอมให้กระทำก็ตาม ก็จะนำมาเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ หากเป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

เนื่องจากในทางแพ่ง กฎหมายยอมให้ยกเอาความยินยอมของโจทก์ผู้เสียหายขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าทดแทนในทางแพ่งได้ ผู้เสียหายจึงฟ้องร้องได้แต่เพียงทางอาญาเท่านั้น ทำให้ไม่ได้รับค่าทดแทนในทางแพ่ง บทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 9 จึงช่วยให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น¹⁹

¹⁹ อรุณฯ อชาาทองสุข. (2535). การควบคุมและแก้ไขปัญหาค่าสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 213.

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ” เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่คู่สัญญาไม่อาจตกลงข้อสัญญาให้เป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น แม้คู่สัญญาจะมีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างเป็นประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีว่าข้อสัญญาใดขัดกับพระราชบัญญัตินี้ ศาลก็มีอำนาจยกปัญหาที่เกี่ยวข้องด้วยข้อสัญญาที่เป็นธรรมนี้ขึ้นวินิจฉัยเองได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) และแม้ศาลล่างจะมีได้หยิบยกขึ้นวินิจฉัยให้ คู่ความที่เกี่ยวข้องก็ยังสามารถที่จะหยิบยกบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกาได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง²⁰

ลักษณะพิเศษของ “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”

กฎหมายฉบับนี้ มีผลบังคับใช้กับสัญญาบางประเภทเท่านั้น ดังที่กล่าวมาแล้ว รวมถึงประกาศและคำแจ้งความด้วย

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น เพราะผู้ที่มีได้กำหนดข้อสัญญาย่อมเสียเปรียบกว่าอยู่แล้ว

บทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจหลีกเลี่ยงเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ได้ จึงไม่มีปัญหาการเลือกใช้กฎหมายอื่นของคู่สัญญา (Choice of Law)²¹

ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้ เมื่อคู่ความร้องขอ หรือในกรณีที่ศาลเห็นสมควร

สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ โดยการใช้อำนาจที่เหนือกว่าของฝ่ายรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวม จะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วยหรือไม่ หากเป็นลักษณะตามสัญญาที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เช่น เป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่จะยืนยันว่า สัญญาลักษณะนี้อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วยหรือไม่ ทั้งแนวความคิดของนักกฎหมายก็ยังไม่ต้องตรงกัน

²⁰ จรัญ ภัคศิธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 82.

²¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, มาตรา 11

“ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ.”

แนวความคิดของนักวิชาการต่อประเด็นที่ว่า สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่ มีแนวความคิดเห็นแยกออกเป็น 3 แนวความคิด ดังนี้

ก. นักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า ต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณาในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วยเสมอ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้²²

ข. นักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่า ไม่อาจนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณาในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ใช้ในคดีดังกล่าว²³

ค. นักกฎหมายฝ่ายที่สามเห็นว่า หากเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองจะไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณา แต่หากเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาเอกชนต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นพิจารณาด้วย²⁴

ซึ่งจะนำไปวิเคราะห์ถึงเหตุผลในบทที่ 4 ต่อไป

3.1.1.3 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 สัญญาที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ ย่อมมีผลต่อข้อสัญญา ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้²⁵

1) ข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันยังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลจะปรับลดและ “บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี” โดยศาลมีอำนาจพิพากษาคดี ตามมาตรา 10

“ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

²² จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 83.

²³ คาราพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 93.

²⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 415-416.

²⁵ จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 135-148.

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความ สันต์ชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของ คู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

คำว่า “เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” มีปัจจัยในการพิพากษาดังต่อไปนี้

ก. ความสุจริตของคู่สัญญา โดยความสุจริตมิได้มีความหมายจำกัดอยู่เพียง เฉพาะเรื่องความซื่อสัตย์ การแสวงหาประโยชน์โดยชอบ และการไม่มุ่งร้ายกลั่นแกล้งเท่านั้น แต่ยัง หมายรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานซึ่งวิญญูชนจะพึงปฏิบัติกันในการติดต่อสัมพันธ์ กันทางการค้าอีกด้วย²⁶ ดังนั้น ปัจจัยความสุจริตนี้ จึงไม่ได้จำกัดไว้เพียงขอบเขตของ มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

ข. อำนาจต่อรองของคู่สัญญา ซึ่ง “อำนาจต่อรอง” หมายถึง องค์กรร่วมแห่ง บุคคลิกภาพของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่าอยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายตรงข้ามยอมรับพันธกรณี ตามที่ตนกำหนดมากน้อยเพียงไร โดยผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นยอมรับข้อเสนอหรือ เงื่อนไขที่ตนกำหนดขึ้นมากเท่าใด ก็จะถือว่าอำนาจต่อรองมากเท่านั้น

ค. ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยย่อยของอำนาจต่อรอง โดยคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่มั่นคงกว่า ย่อมมีทางเลือกมากกว่า จึงทำให้มีอำนาจ ต่อรองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่า

ง. ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญา ปัจจัยนี้ก็เป็นปัจจัยย่อยของอำนาจต่อรอง เช่นกัน เพราะ โดยทั่วไป ผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องต่างๆ มากกว่าย่อมมีทางเลือกที่ดีกว่า ทำให้ มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ที่ขาดความรู้ความเข้าใจในกิจการที่ทำนั้น เช่น สัญญาจ้างงานที่ทำ ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับชาวไร่เนาที่ขาดความรู้ความเข้าใจในสัญญา ซึ่งชาวไร่เนาอาจอยู่ในฐานะที่ เสียเปรียบความรู้ความเข้าใจ หมายรวมถึง ความรู้ความเข้าใจในทุกๆ เรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาที่ทำ ไม่ ว่าจะเป็นกระบวนการวิธีปฏิบัติในการทำสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

²⁶ ทวีศิลป์ รัชสิทธิ์ และคณะ. (2528). “กฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป.” วารสารนิติศาสตร์, 15, 1. หน้า 50.

ความรู้ความเข้าใจ หมายรวมถึง ความรู้ความเข้าใจในทุกๆ เรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาที่ทำ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการวิธีปฏิบัติในการทำสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

ง. ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา เป็นปัจจัยที่มีนัยสำคัญทำนองเดียวกับความรู้อื่นๆ แต่จะมุ่งเน้นไปที่ความสันทัดจัดเจนในทางปฏิบัติมากกว่า

ผู้ที่มีความสันทัดจัดเจนในกิจการใด ย่อมมีความรู้ความเข้าใจในกิจการนั้นมากกว่า จึงสามารถหาช่องทางที่จะกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบแก่ผู้ที่ไม่มีความสันทัดจัดเจนได้ เช่น ในธุรกิจขายตรงผู้ขายมีความสันทัดจัดเจนมากกว่าซ้กจึงให้ลูกค้าใจอ่อนซื้อสินค้าด้วย โดยที่ลูกค้ามิได้ต้องการซื้อสินค้านั้นจริงจ้งเลย ก็อาจเป็นลักษณะที่ไม่เป็นธรรมในระดับหนึ่ง

จ. ความคาดหมายของคู่สัญญา เป็นปัจจัยหลักที่ใช้ตีความสัญญา โดยที่ปัจจัยนี้ใกล้เคียงกับเจตนาของคู่สัญญามาก แต่มิใช่สิ่งเดียวกัน เพราะความคาดหมายจะมีความหมายกว้างกว่า

ความคาดหมายของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปในทางที่สุจริต และชอบด้วยกฎหมาย และหากความคาดหมายสอดคล้องกับมาตรฐานแห่งวิญญูชนหรือสอดคล้องกับกฎหมายมากด้วย ก็จะมีน้ำหนักเพิ่มมากขึ้น

เช่น สัญญาจ้างว่าความที่มีเงื่อนไขว่าหากถอนนายความ ผู้ว่าจ้างจะยอมชำระค่าสินจ้างเต็มจำนวน สัญญานี้ไม่เป็น โฆษ แต่เป็นสัญญาที่มีผลให้ผู้ว่าจ้างต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด เพราะตามกฎหมายการจ้างทำของนั้น เมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาในระหว่างที่งานยังไม่สำเร็จ ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายเงินตามสมควรค่าแห่งงานส่วนที่กำกับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาเท่านั้น จะเห็นว่าปัจจัยด้านความคาดหมายของคู่สัญญาในสัญญาจ้างว่าความมีความมุ่งหวังและคาดหมายว่าจะได้ผลสำเร็จของงานที่คุ้มค่ากับค่าสินจ้างที่กำหนดไว้ ดังนั้นเมื่อไม่บรรลุความสำเร็จก็ควรที่จะปรับลดลงเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

ฉ. แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติ เป็นแนวทางที่ใช้ตีความสัญญาทั่วไป เช่น สัญญาเช่าซื้อที่มีข้อสัญญาว่า ถ้าผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่าเช่าซื้องวดหนึ่ง สัญญาเป็นอันเลิกไป โดยไม่ต้องบอกกล่าว ปรากฏว่ามีการผิดสัญญาไม่ชำระค่าเช่าซื้อ แต่ผู้ให้เช่าซื้อกลับติดตามเรียกเก็บเงินค่างวดที่ค้างได้ครบทุกครั้ง แสดงว่าคู่สัญญามิได้ถือกำหนดเวลาชำระค่างวดที่กำหนดในสัญญาเป็นสาระสำคัญ เช่นนี้สัญญาไม่ระงับ ซึ่งเป็นการตีความของศาล โดยที่ศาลไม่ต้องปรับลดสภาพบังคับข้อตกลงก็ได้ ถ้าศาลเห็นว่าสัญญาเป็นธรรมอยู่แล้ว เป็นการตีความโดยอาศัยแนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติมาประกอบการพิจารณาด้วย

ข. ทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญา เป็นปัจจัยที่เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจต่อรองของคู่สัญญา เพราะผู้ที่มีทางเลือกที่จะทำสัญญารูปแบบอื่น หรือกับบุคคลอื่นได้ ย่อมอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ที่ไม่มียทางเลือกเช่นนั้น

ทางเลือกอื่นนี้ต้องอยู่ในบังคับแห่งหลักสุจริต และความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ทางมีทางเลือกอื่นอยู่บ้าง แต่เป็นทางเลือกอื่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สุจริตแล้ว ก็ไม่ถือว่ามีทางเลือกอื่น

ค. ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ต้องพิจารณาจากทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาทุกฝ่าย

ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา หมายถึง ทางได้ที่ชอบด้วยกฎหมายและสุจริตเท่านั้น ทั้งคำว่า ตามสภาพที่เป็นจริงก็มุ่งหมายที่จะพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวกับสภาพของคู่สัญญา โดยคำนึงถึงสภาพที่เป็นจริงให้มากที่สุด เพื่อที่ศาลจะสามารถปรับสภาพบังคับของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมตามสภาพที่เป็นจริงได้ เช่น การมีส่วนผิดหรือไม่ ทางได้เสียของคู่สัญญา เป็นต้น

ง. ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น แนวทางนี้มีได้คู่ที่ทางปฏิบัติของคู่สัญญา แต่มุ่งที่ทางปฏิบัติของคนทั่วไปในสัญญาชนิดเดียวกันนั้น คือให้ดูว่าในสัญญาชนิดนั้นบุคคลทั่วไปเขาปฏิบัติกันอย่างไร ก็ควรให้บังคับไปในทางเดียวกัน

ปกติประเพณีของสัญญา มีความหมายกว้างกว่าคำว่า ปกติประเพณีการทำสัญญา เพราะมุ่งหมายรวมไปถึงปกติประเพณีของผลแห่งสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาด้วย

แต่หากปัจจัยนี้เป็นทางปฏิบัติของคนทั่วไปที่ไม่เป็นธรรม ก็ไม่ควรถือเคร่งครัดตามปัจจัยนี้ เช่น สัญญาเช่าซื้อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคที่มักกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบกันทางการค้า ซึ่งวิธีปฏิบัติเช่นว่านี้ ไม่น่าจะถือว่าเป็นปกติประเพณี ดังนั้น สิ่งที่เป็นปกติประเพณีน่าจะหมายถึงแบบวิธีปฏิบัติที่ดั้งเดิมมีคุณค่าต่อสังคมเท่านั้น

เช่น สัญญาตกเขียวลำไย ซึ่งเป็นประเพณีท้องถิ่นซื้อขายลำไยกันตั้งแต่ออกดอก โดยคู่สัญญาจะคาดการณ์ปริมาณและคุณภาพลำไยจากดอกและกำหนดราคาแน่นอนทำสัญญาซื้อขายกัน โดยหลังจากนั้นผู้ซื้อจะเป็นผู้ดูแลบำรุงรักษาต้นลำไยเองจนกว่าจะเก็บผลผลิต หากมีการระบุข้อสัญญาว่า หากสวนลำไยเสียหาย ไม่ว่าจะเพราะเหตุใด แม้จะเกิดจากความประมาทของผู้ขายหรือของลูกจ้างผู้ขายก็ตาม ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ และคงมีสิทธิได้รับค่าซื้อลำไยเต็มจำนวน ซึ่งจะเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเห็นว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนี้น่าจะบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรเท่านั้น

ญ. เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นปัจจัยที่สำคัญมากในทางปฏิบัติที่ศาลมักจะใช้พิจารณาคัดเบี่ยงปรับ และสามารถนำมาเป็นแนวทางในการประกอบพิจารณาปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ด้วย

เช่น สัญญาอนุญาตให้ลาราชการ ไปศึกษาต่อ กำหนดให้ต้องกลับมารับราชการที่ต้นสังกัดไม่น้อยกว่า 2 เท่า มิฉะนั้นจะคิดเบี่ยงปรับ ปรากฏว่าไปศึกษาต่อ 3 ปี แต่กลับมารับราชการเพียง 2 ปีแล้วลาออก ต่อมากลับมารับราชการต่ออีก 6 ปี แม้โจทก์จะไม่ยินยอมให้ทำงานเพื่อใช้ทุนก็ตาม แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงเวลาราชการที่ขาดและเวลาราชการที่กลับเข้ามาใหม่ของจำเลย ประกอบกับทางได้เสียของโจทก์แล้ว ศาลไม่กำหนดเบี่ยงปรับให้เลย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1179/2536)

ฎ. การรับภาระที่หนักกว่ามากของกลุ่มสัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นปัจจัยที่มีความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก ซึ่งในทางปฏิบัติศาลก็นำมาใช้กับการประกอบพิจารณาคัดเบี่ยงปรับอยู่แล้วเช่นกัน

เช่น สัญญาเช่าซื้อที่ระบุว่า กรณีที่รถสูญหายทำลายไปโดยมิใช่เพราะความผิดของผู้เช่าซื้อ ผู้เช่าซื้อต้องชำระค่าเช่าซื้อให้ครบตามสัญญาโดยมิได้กรรมสิทธิ์ในรถนั้น ตามที่คาดหมายในขณะที่ทำสัญญา ย่อมเป็นภาระที่หนักสำหรับผู้เช่าซื้อ ในขณะที่ผู้ให้เช่าซื้อแทบมิได้สูญเสียอะไรเลย ดังนั้นจึงควรปรับลดข้อสัญญาดังกล่าวให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสมสำหรับภาระของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย

ฎ. พฤติการณ์ทั้งปวง หมายถึง ทุกสิ่งที่มีเหตุผลแสดงให้ความเป็นธรรมและพอสมควรในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยจะต้องเป็นพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดีเท่านั้น จะเห็นว่าพฤติการณ์ทั้งปวงนี้เป็นปัจจัยที่กำหนดไว้เพื่อความยืดหยุ่นของกฎหมายนั่นเอง

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยและพิพากษาให้ข้อสัญญามีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีของศาลนั้น ยังไม่มีความชัดเจนและแน่นอน แต่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลแต่ละบุคคล ซึ่งเป็นอัตวิสัย (Subjectivity) ของผู้พิพากษาท่านนั้นๆ โดยวินิจฉัยจากความรู้ความเข้าใจ ความชำนาญ ของท่านนั้นๆ

2) ข้อสัญญาที่คู่กรณีตกลงกันนั้น มีเนื้อหาที่ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน “สัญญาจึงไม่มีผลใช้บังคับได้เลย” กล่าวคือ สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่าทั้งหมด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มี 3 กรณี ได้แก่

(1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค โดยมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ ตามมาตรา 6

(2) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบด้วย ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง

(3) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในสำหรับการกระทำละเมิดที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 9

เนื่องจากบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา 11 จึงมีผลทำให้ข้อสัญญาใดที่ไม่นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ

“บทลงโทษ” ของผู้ที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้แต่อย่างใด

3.1.1.4 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย

“พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” รัฐบาลได้ยื่นเพื่อให้ความคุ้มครองคู่สัญญา โดยมีองค์กร “ศาล” เป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยได้นำหลักการนี้มาจากประเทศอังกฤษ คือ “The Unfair Contract Terms Act 1977”

ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบดูแลสัญญาบางประเภทที่มีการนำข้อพิพาทขึ้นมาสู่ศาล ซึ่งศาลสามารถใช้อำนาจปรับลดข้อสัญญาได้เท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีได้ โดยศาลจะคำนึงถึงอำนาจต่อรอง ความรู้ ความเข้าใจ ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติทางเลือกอย่างอื่น และประโยชน์ที่เสียทุกอย่างของกลุ่มตามสภาพที่เป็นจริงทั้งก่อนและหลังการทำสัญญา

3.1.1.5 สรุป

สรุปการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีดังต่อไปนี้

ตารางสรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ตารางที่ 3.1

	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา	<p>มาตรา 4 ถือเป็นหลักทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม²⁷</p> <p>มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ในสัญญาผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก เท่านั้น)</p> <p>มาตรา 4 วรรคสาม ข้อตกลงที่ได้เปรียบเกินสมควรตามวรรคหนึ่ง ให้ยึดภาระที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ (โดยมีตัวอย่างบัญญัติไว้ด้วย)</p> <p>มาตรา 4 วรรคท้าย ข้อตกลงนั้นจะได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ให้นำมาตรา 10²⁸ มาพิจารณาค่าโดยอนุโลม</p> <p>ส่วนมาตรา 5-9 เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาหรือข้อตกลงเฉพาะเรื่อง ได้แก่ การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิมัดจำ ข้อตกลงประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด</p>

²⁷ วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 266-267.

²⁸ “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตจิตต์เจตนา ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง.”

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	<p>มีผลเป็น 3 ทาง</p> <ol style="list-style-type: none"> ข้อสัญญา ยังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลจะปรับลดและ “บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง มาตรา 5 มาตรา 6 ตอนท้าย และมาตรา 8 วรรคสอง โดยศาลมีอำนาจพิพากษาคดีโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ตามมาตรา 10 ข้อสัญญา ยังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่ศาลจะ “ลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริง” ในกรณีมัดจำสูงเกินส่วน ตามมาตรา 7 “ข้อสัญญาไม่มีผลใช้บังคับได้เลย” ในกรณีที่เป็นข้อสัญญาตามมาตรา 6 ตอนต้น มาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9

3.1.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

3.1.2.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัจจุบันสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคมีมากขึ้น โดยที่ผู้ประกอบการค้าได้ใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้บริโภค กำหนดข้อสัญญาที่ได้เปรียบผู้บริโภคเกินสมควร โดยที่ผู้บริโภคไม่สามารถต่อรองได้ ซึ่งเป็นสัญญาในลักษณะจำยอม อยู่ในภาวะที่ระบบตลาดมีการแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์ ทำให้บางธุรกิจสัญญาที่มีการผูกขาดจนทำให้ผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าต้องทำสัญญาแม้ว่าตนจะตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบก็ตาม นอกจากนี้หากผู้บริโภคถูกรัดเอาเปรียบจะไปฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบการค้า ก็อาจเห็นว่า ตนจะต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ปัจจุบันปรากฏว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นๆ บัญญัติไว้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนมีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการมากขึ้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคปรับปรุงองค์การบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภค คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้ดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และ

ปรับปรุงอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องและคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในการเสนอเรื่องให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ได้ในกรณีจำเป็น หรือรีบด่วนให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้โดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้²⁹

3.1.2.2 มาตรการทางกฎหมาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในด้านต่างๆ ได้แก่

- 1) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ด้านการโฆษณา
- 2) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ด้านฉลาก
- 3) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ด้านสัญญา
- 4) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ด้านขายตรงและตลาดแบบขายตรง

ซึ่งการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญานั้น กฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญา³⁰ หากการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค

ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจและความสัมพันธ์ชัดเจน

นอกจากนี้ การกำหนดลักษณะของสัญญาธุรกิจที่ถูกควบคุมการทำสัญญา จะต้องไม่เป็นการแทรกแซงการทำสัญญาในภาวะระบบเศรษฐกิจเงินสมควร โดยจะต้องคำนึงถึงลักษณะของสัญญาดังต่อไปนี้ด้วย³¹

ก. ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดยชัดเจนตามควรแก่กรณี

²⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541.

³⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

³¹ พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 4.

ข. ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีเหตุผลที่สมควรเพียงพอ

ค. ต้องคำนึงถึงความสุจริตในการประกอบธุรกิจ

ฅ. ให้เยียวยาความเสียหายในเวลาอันสมควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา

ง. จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค

จ. ต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่การประกอบธุรกิจ

และก่อนที่จะประกาศกำหนดธุรกิจสัญญาที่ถูกลงโทษและลักษณะของสัญญา³² คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะต้องรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบโดยตรงก่อน โดยคำนึงถึงขอบเขตและสภาพปัญหา เช่น การจัดสัมมนา การประชุม หรือให้ประชาชนทั่วไปแสดงความคิดเห็น ในการนี้จะรับฟังความเห็นจากหน่วยงานของรัฐ องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้วยก็ได้

มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ส่วนที่ 2 ทวิ มาตรา 35 ทวิ – มาตรา 35 นว ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นฉบับที่ 2 พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้กำหนดสิทธิของผู้บริโภค คือ “สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา” และกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาขึ้น โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 35 ทวิ ถึง มาตรา 35 นว มีสาระสำคัญ ดังนี้³³

1) การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการใดๆ ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็น “ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา” ได้

³² พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 5.

³³ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา. สืบค้นเมื่อ 8 กันยายน 2553, จาก http://www.ocpb.go.th/file_pdf/protection_promise.pdf

การประกอบธุรกิจสัญญาที่ถูกควบคุมสัญญา โดยสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

2) เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้สัญญานั้นด้วยแล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น แล้วแต่กรณี

3) เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใดแล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น

4) คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินได้ ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน หลักฐานการรับเงินจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) มีรายการและใช้ข้อความที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้มีรายการหรือมิได้ใช้ข้อความเช่นนั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด

5) เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้หลักฐานการรับเงินของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินต้องใช้ข้อความใด หรือต้องใช้ข้อความใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อความนั้นด้วย หรือต้องไม่ใช้ข้อความใด แล้ว ให้นำข้อ 2 และข้อ 3 มาใช้บังคับแก่หลักฐานการรับเงินดังกล่าวโดยอนุโลม

6) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการ โดยให้คำมั่นว่าจะทำสัญญารับประกันให้ไว้แก่ผู้บริโภค สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้แทน และต้องส่งมอบสัญญานั้นแก่ผู้บริโภคพร้อมกับการส่งมอบสินค้าหรือให้บริการ

ถ้าสัญญาตามวรรคหนึ่งทำเป็นภาษาต่างประเทศต้องมีคำแปลภาษาไทยกำกับไว้ด้วย ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อ 6 ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปี ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

7) ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามข้อ 1 หรือส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องตามข้อ 4 ให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาที่เป็นทางปฏิบัติตามปกติสำหรับการประกอบธุรกิจประเภทนั้นๆ หรือภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาสุดแต่ระยะเวลาใดจะถึงก่อน ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้อง หรือไม่ส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ หากผู้ประกอบการธุรกิจส่งมอบหลักฐานการรับเงิน โดยลงจำนวนเงินมากกว่าที่ผู้บริโภคจะต้องชำระและได้รับเงินจำนวนนั้นไปจากผู้บริโภคแล้ว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการประกอบธุรกิจเช่นนั้นแล้ว

8) ผู้ประกอบการธุรกิจผู้ใดสงสัยว่าแบบสัญญาหรือแบบหลักฐานการรับเงินของตนจะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบการธุรกิจผู้นั้นอาจขอให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาให้ความเห็นในแบบสัญญาหรือแบบหลักฐานการรับเงินนั้นก่อนได้

9) ในการกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และการกำหนดลักษณะของสัญญาหรือในการกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน ดังที่ได้กล่าวข้างต้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายแม่บทที่บัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารคือ “คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค” ซึ่งให้อำนาจแก่คณะกรรมการเฉพาะเรื่องได้แก่ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” มีอำนาจออก “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง” ซึ่งเป็น “กฎหมายลำดับรอง” ประเภทหนึ่งที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎกระทรวง ที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้านสัญญาโดยเฉพาะ

“กฎหมายลำดับรอง” หมายถึง กฎหมายที่ไม่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญ แต่เป็นคำที่นักวิชาการทางกฎหมายปกครองนำมาใช้อธิบายถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ประกาศกระทรวง และกฎ

ข้อกำหนด ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศหรือ ข้อบังคับต่างๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด ซึ่งมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดฉบับที่เป็นแม่บท³⁴ โดยกฎหมายลำดับรองจะกำหนดรายละเอียดในการบังคับให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด³⁵ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

“ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” โดยอำนาจของ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” จะประกาศประเภทธุรกิจสัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองตามประกาศนี้เป็นเรื่องๆ ไป โดยบัญญัติการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1) “ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา” หมายถึง ธุรกิจที่ถูกประกาศควบคุมการทำสัญญา โดยผู้ประกอบการจะต้องทำสัญญาให้มีลักษณะตามที่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด ในปัจจุบันมีประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ประเภทธุรกิจที่ควบคุมสัญญา 8 ประเภทธุรกิจ ได้แก่

(1) ธุรกิจบัตรเครดิต³⁶

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญาต้องมีข้อความเป็นภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร

ข. ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการใช้บัตรเครดิต ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องแจ้งให้ผู้บัตรเครดิตทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน

ค. การยกเลิกสัญญาหรือ การพักการใช้บัตรชั่วคราว ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องแจ้งเหตุผล

ง. ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่ให้ผู้บริโภคต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายจากการใช้บัตรเครดิต โดยที่ไม่ได้เป็นความผิดของผู้บริโภค หรือข้อสัญญาที่มีความหมายทำนองเดียวกัน เป็นต้น

³⁴ อมร จันทรมนุญ. (2527). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 120-123.

³⁵ วรพจน์ วิสวุฒพิชญ์. (2534, มีนาคม). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” *บทบัญญัติ*, 47, 1. หน้า 46.

³⁶ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542.

(2) ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์³⁷

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องใช้ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและมีเงื่อนไขว่า ผู้ให้เช่าซื้อต้องมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าซื้อได้ ในกรณีผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่าเช่าซื้อรายงวด 3 งวดติดๆ กัน และผู้ให้เช่าซื้อต้องมีหนังสือบอกกล่าวผู้เช่าซื้อให้ใช้เงินรายงวดที่ค้างชำระนั้นภายในเวลาอย่างน้อย 30 วัน นับแต่วันที่ผู้เช่าซื้อได้รับหนังสือและผู้เช่าซื้อละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าวนั้น

ข. สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องใช้ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและมีเงื่อนไขว่า เมื่อผู้เช่าซื้อได้ชำระเงินค่าเช่าซื้อและเงินจำนวนอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในสัญญาครบถ้วนแล้ว ให้กรรมสิทธิ์ในรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ที่เช่าซื้อตกเป็นของผู้เช่าซื้อทันที และผู้ให้เช่าซื้อจะดำเนินการจดทะเบียนรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ดังกล่าวให้เป็นชื่อของผู้เช่าซื้อภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ผู้ให้เช่าซื้อได้รับเอกสารที่จำเป็นสำหรับการจดทะเบียนจากผู้เช่าซื้อครบถ้วน เว้นแต่เป็นกรณีที่มีเหตุขัดข้องที่ไม่สามารถทำการ โอนทะเบียนได้โดยมิใช่เป็นความผิดของผู้ให้เช่าซื้อ

ค. ข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชอบชำระค่าเช่าซื้อให้ครบถ้วนตามสัญญาในกรณีรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ที่เช่าซื้อสูญหาย ถูกทำลาย ถูกยึด ถูกอายัด หรือถูกริบ โดยมิใช่เป็นความผิดของผู้เช่าซื้อ เว้นแต่ค่าเสียหายหรือเบี้ยปรับหรือค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการทวงถาม การติดตามรถที่เช่าซื้อ ค่าทนายความ หรือค่าอื่นใด เพียงเท่าที่ผู้ให้เช่าซื้อได้ใช้จ่ายไปจริงตามความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควร หรือข้อสัญญาที่มีความหมายทำนองเดียวกัน เป็นต้น

(3) ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่³⁸

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

³⁷ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543.

³⁸ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543.

ก. สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีสิทธิคิดเบี้ยปรับในกรณีที่ผู้บริโภคผิดนัดชำระค่าตอบแทน หรือ หนี้อื่นใดเกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี หรือข้อสัญญาที่มีความหมายทำนองเดียวกัน

ข. ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องส่งใบรายการใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้ผู้บริโภคทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 10 วันก่อนครบกำหนดชำระ และผู้บริโภคมีสิทธิขอรับใบแจ้งรายการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในพื้นที่เดียวกัน โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

ค. หากผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถคืนเงินประกันการใช้หมายเลขให้แก่ผู้บริโภคได้ตามที่กำหนด ผู้ประกอบการธุรกิจต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี เป็นต้น

(4) ธุรกิจขายห้องชุด³⁹

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องมีข้อความว่า กรณีผู้บริโภคผิดนัดชำระราคาที่ตกลงให้ชำระก่อนการโอนกรรมสิทธิ์ผู้ประกอบการธุรกิจมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ดังนี้ ผิดนัดชำระราคาดังกล่าวในกรณีตกลงชำระกันงวดเดียว หรือ ผิดนัดชำระราคาดังกล่าวสามงวดติดต่อกัน ในกรณีตกลงชำระกันตั้งแต่ยี่สิบสี่งวดขึ้นไป หรือผิดนัดชำระราคาในอัตราร้อยละ 12.5 ของจำนวนราคาดังกล่าวในกรณีตกลงชำระกันน้อยกว่ายี่สิบสี่งวด แต่ทั้งนี้ ก่อนบอกเลิกสัญญาผู้ประกอบการต้องมีหนังสือบอกกล่าวผู้บริโภคให้ใช้เงินดังกล่าวที่ค้างชำระภายในเวลาไม่น้อยกว่า 30 วันนับแต่วันที่ผู้บริโภคได้รับหนังสือและผู้บริโภคละเลยไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าวนั้น

ข. สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากความผิดของผู้ประกอบการธุรกิจ

ค. สัญญาจะต้องระบุวัตถุประสงค์ประเภทต่างๆ ที่จะนำมาก่อสร้าง เป็นต้น

³⁹ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543.

(5) ธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน⁴⁰

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2544 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญากู้ยืมเงินที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค จะต้องมีความเป็นภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร

ข. สัญญากู้ยืมเงินชนิดที่ให้ผู้ให้กู้สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยได้ การเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยใดๆ เพิ่มขึ้น ผู้ให้กู้ต้องแจ้งให้ผู้ถูกรับเป็นหนังสือ มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตรและแจ้งให้ผู้ถูกรับล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน แต่หากในกรณีเร่งด่วนแจ้งทางจดหมายหรือประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวันล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 7 วัน

ค. การผิดสัญญาเรื่องใดของผู้ที่ผู้ให้กู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาจะต้องระบุไว้เป็นการเฉพาะด้วยตัวอักษรสีแดงหรือตัวดำ หรือตัวเอน ที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไปและก่อนการบอกเลิกสัญญาต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้กู้และควรกำหนดระยะเวลาอันสมควรให้ผู้กู้แก้ไขการผิดสัญญาหรือผิดเงื่อนไขดังกล่าว

ง. จัดให้มี “คำเตือนสำหรับผู้ค้าประกัน” ไว้หน้าสัญญาค้าประกัน เป็นต้น

(6) ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า⁴¹

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องมีข้อความรายละเอียดเกี่ยวกับยี่ห้อ ประเภท ชนิด รุ่น หมายเลขและสภาพของเครื่องใช้ไฟฟ้าว่าเป็นสินค้าใหม่หรือสินค้าใช้แล้ว

ข. หากมีการประกันภัยเครื่องใช้ไฟฟ้า ผู้ให้เช่าซื้อจะมีสิทธิได้รับประโยชน์ในจำนวนหนี้ที่ผู้เช่าซื้อยังคงค้างชำระ ส่วนที่เกินให้บริษัทประกันภัยจ่ายแก่ผู้เช่าซื้อ

⁴⁰ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2544.

⁴¹ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544.

ค. ข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่เป็น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าชื่อในความชำรุดบกพร่อง และการรอนสิทธิของ เครื่องใช้ไฟฟ้า ซึ่งแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติ เป็นต้น

(7) ธุรกิจการซื้อขายรถยนต์ที่มีการจอง⁴²

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายรถยนต์ที่มีการจองเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2551 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญาจองรถยนต์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับรถยนต์ ยี่ห้อ รุ่น ปีที่ผลิต สี และขนาดกำลังเครื่องยนต์ รายการอุปกรณ์ติดตั้งเพิ่มเติมและของแถมหรือสิทธิประโยชน์ต่างๆ (ถ้ามี) จำนวนเงิน หรือสิ่งที่รับไว้เป็นมัดจำ (ถ้ามี) และราคา

ข. สัญญาจองรถยนต์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องข้อความว่า ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิบอกเลิกสัญญา หากมีข้อเท็จจริงที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับทราบ ว่า ผู้บริโภคต้องขอสินเชื่อเพื่อการซื้อรถยนต์ และผู้บริโภคไม่ได้รับอนุมัติสินเชื่อตามที่ขอภายในกำหนดเวลา

ค. เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจต้องคืนเงินจอง หรือสิ่งที่รับไว้เป็นมัดจำ ภายใน 15 วัน เป็นต้น

(8) ธุรกิจการให้บริการออกกำลังกาย⁴³

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการออกกำลังกายเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2554 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่ประกาศกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก. สัญญาการให้บริการออกกำลังกายจะต้องระบุถึงรายละเอียดเกี่ยวกับขนาดพื้นที่ของสถานที่ให้บริการออกกำลังกาย จำนวนประเภทและจำนวนอุปกรณ์ออกกำลังกาย รายละเอียดอัตราค่าสมาชิก และค่าใช้จ่ายต่างๆ เป็นต้น

ข. สัญญาการให้บริการออกกำลังกายจะต้องให้สิทธิเลิกสัญญาของผู้บริโภค หากมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรจากแพทย์ยืนยันว่าการใช้บริการออกกำลังกายต่อไป อาจจะทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ เป็นต้น

⁴² ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายรถยนต์ที่มีการจองเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2551.

⁴³ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการออกกำลังกายเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2554.

ค. สัญญาการให้บริการออกกำลังกายต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญาหรือละเมิดของผู้ประกอบธุรกิจ หรือจากการบาดเจ็บ บาดเจ็บป่วยจากการใช้บริการออกกำลังกาย รวมทั้งทรัพย์สินสูญหายภายในสถานที่ประกอบธุรกิจ

2) “**ธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน**” หมายถึง ธุรกิจที่ผู้ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดให้มีหลักฐานในการรับเงินตามลักษณะที่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดไว้ ในปัจจุบันมีประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประเภทธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน 4 ประเภทธุรกิจ ได้แก่

(1) **ธุรกิจขายก๊าซหุงต้มที่เรียกเก็บเงินประกันถังหุงต้ม**

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายก๊าซหุงต้มที่เรียกเก็บเงินประกันถังหุงต้มเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน พ.ศ. 2543 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับรายการในหลักฐานการรับเงินที่ผู้ประกอบธุรกิจทำให้กับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีรายการตามที่ประกาศกำหนด คือ กำหนดให้หลักฐานการรับเงินต้องระบุข้อความว่า ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับคืนเงินประกัน เมื่อผู้บริโภคนำถังหุงต้มคืนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ

(2) **ธุรกิจการให้บริการซ่อมรถยนต์**

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการซ่อมรถยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน พ.ศ. 2547 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับรายการในหลักฐานการรับเงินที่ผู้ประกอบธุรกิจทำให้กับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีรายการตามที่ประกาศกำหนด คือ กำหนดให้หลักฐานการรับเงินต้องระบุชื่อและที่อยู่ของผู้ประกอบธุรกิจ วันเดือนปีที่รับซ่อมและที่ซ่อมเสร็จ รายละเอียดเกี่ยวกับรถยนต์ที่ทำการซ่อม ระยะเวลา เลขไมล์ของรถ ในวันที่ซ่อมและวันที่ซ่อมเสร็จ รายการที่ซ่อม ราคาค่าแรง กรณีที่มีการเปลี่ยนอะไหล่ต้องระบุรายการ ยี่ห้อ สภาพและราคาอะไหล่ นอกจากนี้ต้องระบุการรับประกัน พร้อมทั้งต้องมีรายชื่อผู้มีอำนาจออกหลักฐานการรับเงินดังกล่าวด้วย

(3) **ธุรกิจการขายรถยนต์ใช้แล้ว**

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายรถยนต์ใช้แล้วเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน พ.ศ. 2551 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับรายการในหลักฐานการรับเงินที่ผู้ประกอบธุรกิจทำให้กับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีรายการตามที่ประกาศกำหนด คือ กำหนดให้หลักฐานการรับเงินต้องระบุรายละเอียดของรถอย่างครบถ้วน รวมทั้งวันเดือนปีที่ส่งมอบสมุดคู่มือจดทะเบียนรถยนต์ให้แก่ผู้บริโภค และห้ามใช้ข้อความที่ให้

สิทธิผู้ประกอบธุรกิจยึดเงินทั้งหมดไม่ว่ากรณีใดๆ และข้อความที่เป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องของรถยนต์ใช้แล้ว

(4) ธุรกิจการให้เช่าที่อยู่อาศัยที่เรียกเงินประกัน

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้เช่าที่อยู่อาศัยที่เรียกเงินประกันเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน พ.ศ. 2551 เป็นประกาศที่ควบคุมเกี่ยวกับรายการในหลักฐานการรับเงินที่ผู้ประกอบธุรกิจทำให้กับผู้บริโภค ซึ่งจะต้องมีรายการตามที่ประกาศกำหนด คือ กำหนดให้หลักฐานการรับเงินต้องระบุข้อความตามที่กฎหมายกำหนดและต้องระบุจำนวนเงินประกันและสิทธิที่จะได้รับคืนเงินประกันทันทีเมื่อสิ้นสุดสัญญาหรือภายใน 7 วันหากผู้ประกอบธุรกิจประสงค์จะตรวจสอบความเสียหายที่ผู้เช่าต้องรับผิดชอบ

3.1.2.3 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษ” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีดังนี้

1) มาตรการลงโทษทางแพ่งของ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีผลดังนี้

หากบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วยแล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่า “สัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น” ตามมาตรา 35 ตี

หากบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องไม่ใช่ข้อสัญญาใดแล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่า “สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น” ตามมาตรา 35 จดว่า

2) คำสั่งเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งข้อมูล หรือเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจง ในกรณีที่เห็นว่าข้อสัญญาที่ใช้อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งบัญญัติให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและคณะกรรมการเฉพาะเรื่องที่ได้รับการแต่งตั้ง ซึ่งก็รวมถึง “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ด้วย ตามมาตรา 17⁴⁴

⁴⁴ “คณะกรรมการและคณะกรรมการเฉพาะเรื่องมีอำนาจสั่งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดส่งเอกสารหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่มีผู้ร้องทุกข์หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคมาพิจารณาได้ ในกรณีนี้จะเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงด้วยก็ได้.”

บัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจเรียกหรือสั่งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้ส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาได้ รวมทั้งมีอำนาจเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงด้วยก็ได้

3) มาตรการลงโทษนิติบุคคล

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้ผู้แทนนิติบุคคลที่มีอำนาจในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับผิดชอบตามที่นิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้อง ตามมาตรา 59⁴⁵

“บทลงโทษ” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คือ โทษเปรียบเทียบปรับและหรือโทษจำคุก ซึ่งเป็นโทษทางอาญา ตามมาตรา 57

หากบุคคลใดทำสัญญาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา นี้ ย่อมได้รับผลในทางกฎหมาย

“ผู้ประกอบการใดไม่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบที่ถูกต้องตามมาตรา 35 ทวิ หรือไม่ส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องตามมาตรา 35 เบื้อง ให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาตามมาตรา 35 อัญญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ประกอบการใด ส่งมอบหลักฐานการรับเงิน โดยลงจำนวนเงินมากกว่าที่ผู้บริโภคจะต้องชำระและได้รับเงินจำนวนนั้น ไปจากผู้บริโภคแล้วต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการประกอบธุรกิจเช่นนั้นแล้ว”

และหากการสอบสวนที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายให้คณะกรรมการเฉพาะเรื่องหรืออนุกรรมการหรือพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ พบว่าบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และบุคคลนั้นยินยอมให้เปรียบเทียบ ให้พนักงานดังกล่าวส่งเรื่องมายังคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ซึ่ง

⁴⁵ “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น.”

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายให้อำนาจเปรียบเทียบภายใน 7 วันนับแต่วันที่ผู้ยื่น
แสดงความยินยอมให้เปรียบเทียบ และเมื่อชำระค่าปรับแล้วให้ถือว่าคดีเลิกกัน⁴⁶

ในการเปรียบเทียบปรับ จะต้องปฏิบัติตาม “ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และ
เงื่อนไขในการเปรียบเทียบ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2526”⁴⁷ ข้อ 4
และข้อ 5 โดยให้ผู้มีอำนาจเปรียบเทียบปฏิบัติดังนี้

(1) บันทึกชื่อ อายุ ที่อยู่ของผู้กล่าวหาและผู้ต้องหา ชื่อหา วัน เวลา และสถานที่
เกิดเหตุ ตลอดจนรายละเอียดอื่นๆ

(2) ชี้แจงให้ผู้ต้องหาเข้าใจว่าความผิดที่ถูกกล่าวหาเป็นคดีที่เปรียบเทียบได้
ถ้าผู้ต้องหายินยอมให้เปรียบเทียบ ให้ผู้มีอำนาจเปรียบเทียบบันทึก
คำให้การของผู้กล่าวหา และผู้ต้องหา แล้วจึงเปรียบเทียบ

ถ้าผู้มีอำนาจเปรียบเทียบเห็นว่าไม่อาจเปรียบเทียบได้ หรือไม่สมควร
เปรียบเทียบให้ส่งพนักงานสอบสวนหรือเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภค ดำเนินคดีต่อไป

การเปรียบเทียบ ให้ผู้มีอำนาจเปรียบเทียบกำหนดเงินค่าปรับตามควรแก่
พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งความผิด

ถ้าการเปรียบเทียบนั้นมีปัญหาสำคัญซึ่งยากแก่การวินิจฉัย ให้หารือ
คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

แนวทางปฏิบัติสำหรับการกำหนดค่าปรับในการเปรียบเทียบปรับเกี่ยวกับการ
กระทำที่ฝ่าฝืนการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา ตามมาตรา 57 มีทั้งการกระทำความผิดใน
ลักษณะรุนแรง ความผิดในลักษณะรุนแรงปานกลาง และความผิดในลักษณะไม่รุนแรง ซึ่งจะมี
แนวทางการเปรียบเทียบปรับต่างกัน

**แนวทางปฏิบัติสำหรับการกำหนดค่าปรับในการเปรียบเทียบตาม
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522⁴⁸**

เพื่อให้การเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเดียวกัน คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค
จึงเห็นสมควรกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับการกำหนดค่าปรับในการเปรียบเทียบตาม
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ดังต่อไปนี้

⁴⁶ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). การดำเนินคดีแทนผู้บริโภค. สืบค้นเมื่อ 8 กันยายน
2553, จาก http://www.ocpb.go.th/main_consumer_determination_of_punishment.asp

⁴⁷ สุขุม สุภนิษฐ์ ก เล่มเดิม. หน้า 329.

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 332.

1) ความผิดในลักษณะรุนแรง ซึ่งได้แก่ความผิดตามมาตรา 47 มาตรา 49 มาตรา 53 มาตรา 56 มาตรา 60 มาตรา 61 ให้เปรียบเทียบดังนี้

(1) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดครั้งแรก ให้เปรียบเทียบปรับไม่ต่ำกว่า กึ่งหนึ่งของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(2) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สอง ให้เปรียบเทียบปรับ ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ส่วนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(3) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สาม ให้เปรียบเทียบปรับ เต็มจำนวนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(4) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สี่และครั้งต่อไป ไม่รับ การเปรียบเทียบ และให้ดำเนินคดีต่อไป

2) ความผิดในลักษณะรุนแรงปานกลาง ซึ่งได้แก่ความผิดในมาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 48 มาตรา 52 วรรค 2 มาตรา 57 วรรคสอง ให้เปรียบเทียบดังนี้

(1) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดครั้งแรก ให้เปรียบเทียบปรับไม่ต่ำกว่า กว่าหนึ่งในสามส่วนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(2) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สอง ให้เปรียบเทียบปรับ ไม่ต่ำกว่าสองในสามส่วนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(3) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สาม ให้เปรียบเทียบปรับ เต็มจำนวนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(4) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สี่และครั้งต่อไป ไม่รับ การเปรียบเทียบ และให้ดำเนินคดีต่อไป

3) ความผิดในลักษณะไม่รุนแรง ซึ่งได้แก่ความผิดในมาตรา 52 วรรคหนึ่ง มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 วรรคหนึ่ง ให้เปรียบเทียบดังนี้

(1) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดครั้งแรก ให้เปรียบเทียบปรับไม่ต่ำกว่า กว่าหนึ่งในสี่ส่วนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(2) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สอง ให้เปรียบเทียบปรับ ไม่ต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(3) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สาม ให้เปรียบเทียบปรับ ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ส่วนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

(4) ในกรณีที่เป็นกรกระทำคามผิดซ้ำเป็นครั้งที่สี่และครั้งต่อไป ให้ เปรียบเทียบปรับเต็มจำนวนของอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ

3.1.2.4 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย

องค์การที่บังคับใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกัน คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค⁴⁹ หรือ สคบ. เป็นหน่วยงานของรัฐสังกัดสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สำนักนายกรัฐมนตรี ประกอบด้วย

- 1) นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ
- 2) เลขาธิการนายกรัฐมนตรี
- 3) ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี
- 4) ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์
- 5) ปลัดกระทรวงพาณิชย์
- 6) ปลัดกระทรวงมหาดไทย
- 7) ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรม
- 8) ปลัดกระทรวงคมนาคม
- 9) เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา

10) ผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่เกินแปดคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ และเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นกรรมการและเลขานุการ

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจและหน้าที่⁵⁰ ดังต่อไปนี้

- 1) พิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ
- 2) ดำเนินการเกี่ยวกับสินค้าที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค
- 3) แจ้งหรือโฆษณาข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้บริโภค
- 4) ให้คำปรึกษาและแนะนำแก่คณะกรรมการเฉพาะเรื่อง และพิจารณาวินิจฉัยการอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง
- 5) วางระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องและคณะอนุกรรมการ

⁴⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 9.

⁵⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 10.

6) สอดส่องเร่งรัดพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐให้ ปฏิบัติการตามอำนาจและหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนเร่งรัดพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินคดี ในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค

7) ดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคที่คณะกรรมการเห็นสมควร หรือมีผู้ร้องขอ

8) รับรองสมาคม

9) เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการ คຸ້ມครองผู้บริโภค และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใดๆ ที่เกี่ยวกับการคຸ້ມครองผู้บริโภคตามที่ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมอบหมาย

10) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของ คณะกรรมการ

นอกจากนี้คณะกรรมการคຸ້ມครองผู้บริโภค ยังมีหน้าที่ช่วยเหลือผู้บริโภคโดย ช่วยติดตามและสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งจะกระทำการใดๆ อันจะกระทบถึง ผู้บริโภค สนับสนุนการศึกษาและวิจัยและเผยแพร่ให้ความรู้แก่ผู้บริโภค ทั้งประสานงานกับส่วน ราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่มีสายงานรับผิดชอบด้านคຸ້ມครองผู้บริโภคด้วย

ในส่วนการให้ความคຸ້ມครองผู้บริโภคเฉพาะด้านสัญญา นั้น คณะกรรมการ คຸ້ມครองผู้บริโภคจะแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่ง เพื่อเป็นผู้ออกกฎหมาย คู่มือ และบังคับใช้ กฎหมาย คือ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา”⁵¹ มาตรา 14 ตามพระราชบัญญัติคຸ້ມครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคຸ້ມครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

“คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” เป็นคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง ประกอบด้วย กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องที่เกี่ยวข้องตามที่คณะกรรมการแต่งตั้งขึ้น มีจำนวนไม่น้อยกว่าเจ็ดคน แต่ไม่เกินสิบสามคน ซึ่งจะอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปี

คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

1) อำนาจในการสืบสวน (Investigatory Power) มีอำนาจการสืบสวนการกระทำ ที่ฝ่าฝืนกับประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ทั้งมีอำนาจสั่งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดส่งเอกสาร หรือข้อมูล หรือเรียกให้บุคคลมาชี้แจงและให้ข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องที่มีการร้องเรียนได้

2) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด (Adjudicative Powers) มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ ขาดการฝ่าฝืนข้อห้ามตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

⁵¹ พระราชบัญญัติคຸ້ມครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 14.

3) อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเป็นอำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (Quasi-Legislative Powers) โดยกฎหมายลำดับรองที่ออกนี้ คือ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เหตุที่กฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาออกกฎหมายดังกล่าว คือ เพื่อความคล่องตัวในการออกกฎหมายให้สอดคล้องกับการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจสังคมนั่นเอง และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการการบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้ที่มีอำนาจเปรียบเทียบความผิด คือ ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค⁵²

1) ผู้ที่มีอำนาจเปรียบเทียบความผิดในชั้นกลาง ได้แก่

(1) เจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจเปรียบเทียบความผิดที่เกิดในกรุงเทพมหานคร (เลขานุการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค) กับ

(2) พนักงานสอบสวนงาน 4 กองกำกับการที่ 3 กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ

2) ผู้ที่มีอำนาจเปรียบเทียบความผิด ในส่วนภูมิภาค (ในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร) คือ คณะอนุกรรมการ ประกอบด้วย

(1) ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธาน

(2) อัยการจังหวัด

(3) ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัด เป็นอนุกรรมการ

(4) ข้าราชการในจังหวัดเป็นอนุกรรมการและเลขานุการ

3.1.2.5 สรุป

ตารางสรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

⁵² สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (2550). สคบ. กับการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 37.

ตารางที่ 3.2

	พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา	กำหนดสิทธิ และให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา โดยการกำหนด “ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา” และ “ธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน” กับทั้งลักษณะของธุรกิจดังกล่าว ซึ่งการกำหนด “ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา” จะกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่คู่สัญญาต้องไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าว และจะกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่จะเป็นธรรมที่คู่สัญญาจะต้องใช้ข้อสัญญาดังกล่าว
ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	มีผลเป็น 2 ทาง 1. หากบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วยแล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่า “สัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น” 2. หากบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องไม่ใช่ข้อสัญญาใดแล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่า “สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น” หากผู้ประกอบการกระทำการฝ่าฝืนต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ไม่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้อง หรือไม่ส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

3.1.3 กฎหมายคุ้มครองคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฉบับอื่นๆ

กฎหมายคุ้มครองคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะแล้ว กฎหมายที่ควบคุมการทำสัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่ละเรื่องเป็นการเฉพาะ จึงมีกฎหมายหลายฉบับแยกจากกัน ได้แก่

1) ความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีหลักสำคัญที่ให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น

หลักสุจริต ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญที่คู่สัญญาจะต้องมีในขณะทำสัญญา ซึ่งหลักสุจริต หมายถึง “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” โดยหลักสุจริตนี้ปรากฏให้เห็นในการใช้สิทธิโดยสุจริตทั่วไปตามมาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” และการใช้สิทธิโดยสุจริตเฉพาะเรื่อง เช่นมาตรา 155 เป็นต้น ซึ่งการกระทำโดยสุจริต หมายถึง การกระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริง จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย⁵³

หลักการตีความการแสดงเจตนา ตามมาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร” การบังคับใช้สัญญาจะต้องตีความให้สมเจตนาของคู่สัญญาที่มีร่วมกัน มากกว่าถ้อยคำตัวอักษร ดังนั้น การตีความการแสดงเจตนาต้องตีความตามเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าตัวอักษร

การตีความสัญญา ตามมาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” การตีความสัญญาต้องตีความไปในทางสุจริต คือตีความตามความประสงค์ที่มีต้องตรงกันของคู่สัญญา โดยอาจพิจารณาจากกรกระทำของวิญญูชน จากประเพณีที่ถือปฏิบัติ

หลักการตีความสัญญาให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ ตามมาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น” เป็นหลักการตีความสัญญาเพื่อช่วยคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า โดยจะตีความสัญญาให้เป็นปฏิปักษ์แก่ฝ่ายร่างสัญญา

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งการกำหนดข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ เป็นหลักการที่รัฐบัญญัติขึ้นมาเพื่อรักษาความสงบสุขในสังคม

หลักข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำไว้ล่วงหน้า โดยข้อตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อถ่วงหนัลด หรือข้อตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น เป็น โมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่เกิดจากความทุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็น

⁵³ ฐิติพงษ์ โปษะบุตร. (2544). หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ส่วนที่ 3). หน้า 17-18.

ข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อถ่วงดุล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน นั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

การปรับลดเบี้ยปรับ ในกรณีที่มีการกำหนดเบี้ยปรับไว้สูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการปรับลดเบี้ยปรับลงได้ โดยพิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกทางประกอบ ตามมาตรา 383 บัญญัติว่า “ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป”

ความคุ้มครอง “การขายฝาก” ที่เป็นลักษณะของความคุ้มครองที่สอดคล้องกับวัฒนธรรมและสังคมของไทยมากที่สุด โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 499 บัญญัติว่า “สินไถ่นั้น ถ้าไม่ได้กำหนดกันไว้ว่าเท่าใดไซ้ ท่านให้ไถ่ตามราคาที่ยขายฝาก ถ้าปรากฏในเวลาไถ่ว่าสินไถ่หรือราคาขายฝากที่กำหนดไว้สูงกว่าราคาขายฝากที่แท้จริงเกินอัตราร้อยละสิบห้าต่อปี ให้ไถ่ได้ตามราคาขายฝากที่แท้จริงรวมประโยชน์ตอบแทนร้อยละสิบห้าต่อปี”

2) ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 เป็นบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการขายตรงโดยเฉพาะ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญา ในหมวด 3 เรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 30-37 เช่น

มาตรา 30 บัญญัติให้เอกสารการซื้อขายตามวรรคหนึ่งต้องมีข้อความภาษาไทยที่อ่านเข้าใจง่าย โดยระบุชื่อผู้ซื้อและผู้ขาย วันที่ซื้อขายและวันที่ส่งมอบสินค้าหรือบริการ รวมทั้งสิทธิของผู้บริโภคในการเลิกสัญญา ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวต้องกำหนดด้วยตัวอักษรที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไป

มาตรา 31 บัญญัติให้เอกสารการซื้อขาย อย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้ กำหนดเวลา สถานที่ และวิธีการในการชำระหนี้ สถานที่ และวิธีการในการส่งมอบสินค้าหรือบริการ วิธีการเลิกสัญญา วิธีการคืนสินค้า การรับประกันสินค้า การเปลี่ยนสินค้าในกรณีมีความชำรุดบกพร่อง

มาตรา 37 บัญญัติให้คำรับประกันสินค้าหรือบริการให้จัดทำเป็นภาษาไทยและระบุถึงสิทธิของผู้บริโภคในการเรียกร้องสิทธิตามคำรับประกันที่ชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ถึงเงื่อนไขที่ระบุไว้

3) ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาของพระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 เป็นการให้ความคุ้มครองควบคุมการจัดสรรที่ดิน เพื่อกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยที่ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องทำแบบสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรตามแบบของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด หากส่วนใดของแบบสัญญาไม่ได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณค่าผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ ตามมาตรา 34

4) ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

ตัวอย่างความคุ้มครอง เช่น บัญญัติให้ถือว่าข้อความหรือภาพโฆษณา หรือหนังสือชักชวนเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาซื้อขายห้องชุดแล้วแต่กรณี หากข้อความหรือภาพใดมีความหมายขัดหรือแย้งกับข้อความในสัญญา ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณค่าผู้ซื้อห้องชุด

กำหนดแบบของสัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดหรือสัญญาซื้อขายห้องชุดระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้ซื้อห้องชุดต้องทำตามแบบสัญญาที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หากมิได้ทำตามแบบสัญญาที่รัฐมนตรีกำหนดและไม่เป็นคุณค่าผู้ซื้อ สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ ในกรณีฝ่าฝืนไม่ใช่แบบสัญญาที่รัฐมนตรีกำหนด ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท

5) ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2524

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาของพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 เป็นการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการเช่าที่ดินเพื่อการเกษตร เพื่อกำหนดมาตรการในการคุ้มครองแก่เกษตรกร

การเช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมต้องทำหลักฐานการเช่าเป็นหนังสือ โดยหนังสือหลักฐานการเช่าตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบที่กระทรวงเกษตรและสหกรณ์และกระทรวงมหาดไทยร่วมกันกำหนด โดยหนังสือนี้ให้ทำเป็นสามฉบับมีข้อความตรงกันมอบให้แก่ผู้เช่าฉบับหนึ่ง ผู้ให้เช่าฉบับหนึ่ง และเก็บไว้เป็นหลักฐานของทางราชการอีกฉบับหนึ่ง หนังสือหลักฐานการเช่าที่ทำขึ้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติพระราชบัญญัตินี้ (เช่น การเช่าให้มีกำหนดคราวละไม่น้อยกว่าหกปี ถ้าการเช่ารายใดที่ทำไว้โดยไม่มีกำหนดเวลา หรือมีแต่ต่ำกว่าหกปี ให้ถือว่าการเช่ารายนั้นมีกำหนดเวลาหกปี แต่ถ้าประสงค์จะให้มีการเช่าเป็นการชั่วคราวโดยมีระยะเวลาการเช่าต่ำกว่าหกปี ให้ยื่นคำร้องต่อ คชก. ตำบล, การเช่าราย่อมไม่ระงับไปเพราะเหตุโอนกรรมสิทธิ์นาที่เช่า เป็นต้น) ตามมาตรา 24

6) ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติประกันชีวิตพ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาของพระราชบัญญัติประกันวินาศภัยและประกันชีวิตนี้ ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับกรมธรรม์ประกันภัย ที่บริษัทจะต้องออกกรมธรรม์ให้ เป็นไปตามแบบและข้อความที่นายทะเบียนได้ให้ความเห็นชอบแก่ผู้เอาประกันภัย ทั้งนี้ รวมทั้ง เอกสารประกอบหรือแนบท้ายกรมธรรม์ประกันภัยด้วยกรมธรรม์ ตามมาตรา 29 และยังให้ความ คุ้มครองเกี่ยวกับเอกสารอื่นที่ให้การโฆษณา โดยให้ถือว่าข้อความหรือภาพที่โฆษณา หรือหนังสือ ชักชวนเป็นส่วนหนึ่งของกรมธรรม์ประกันภัย และหากข้อความหรือภาพใดมีความหมายขัดกับ ข้อความในกรมธรรม์ประกันภัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับ ประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัย แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 30/1

7) ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

โดยอาศัยกฎหมายลำดับรองในการประกาศให้ความคุ้มครอง ซึ่งได้แก่ ประกาศ ธนาคารแห่งประเทศไทย เช่น ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยว่าด้วยการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบ ธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน โดยอาศัยอำนาจของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 5 และข้อ 8 ทำ ให้ผู้ประกอบธุรกิจทางการเงินที่มีใช้สถาบันการเงินสามารถกำหนดอัตราดอกเบี้ยไม่เกิน ร้อยละ 15 ต่อปี และเมื่อรวมดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมต่างๆ แล้วต้องไม่เกิน อัตราร้อยละ 28 ต่อปี⁵⁴ เป็นต้น

⁵⁴ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบ ธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน ข้อ 4.5 (1)

“ให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติในการเรียกเก็บดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ และ ค่าใช้จ่ายตามที่ได้อำนาจไปจริงและสมควรแก่เหตุ เกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจอาจเรียกเก็บดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ เกี่ยวกับสินเชื่อ บุคคลภายใต้การกำกับ ทั้งนี้ ดอกเบี้ยที่เรียกเก็บต้องไม่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ (ร้อยละ 15 ต่อปี) โดย อัตราสูงสุดของดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ ดังกล่าว รวมกันแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี (Effective Rate).”

3.1.4 ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

ข้อแตกต่างและข้อเหมือน ระหว่าง ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับ การคุ้มครองผู้บริโภค ด้านสัญญา มีดังนี้

ข้อเหมือน

กฎหมายทั้งสองฉบับต่างมีเจตนารมณ์ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีแนวความคิดที่จะคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญา โดยการทำสัญญานั้นจะต้องเกิดจากเจตนาที่เป็นเสรีภาพในการทำสัญญาและต้องคำนึงถึงอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้วย

ข้อแตกต่าง⁵⁵ กฎหมายทั้งสองฉบับยังมีความแตกต่างกัน แต่ในความแตกต่างกันนี้มีเจตนารมณ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน

ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีดังนี้

ตารางที่ 3.3

	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
1) หน่วยงานที่รับผิดชอบ	กระทรวงยุติธรรม	สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค
2) ผู้ใช้อำนาจ	ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจปรับลดข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้น ให้มีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี	คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นผู้มีอำนาจกำหนดให้ธุรกิจขายสินค้าหรือบริการเป็นธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญาและกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดของสัญญา-

⁵⁵ ไพโรจน์ อารักษา ก เล่มเดิม. หน้า 99-100.

ตารางที่ 3.3 (ต่อ)

	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
		ทั้งนี้ ศาลก็มีอำนาจปรับข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยศาลนั้นเป็นองค์กรด่านสุดท้ายในการบังคับใช้กฎหมาย
3) จุดมุ่งหมาย	เพื่อ “แก้ไข” ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และความไม่สงบสุขในสังคม	เพื่อ “ป้องกัน” ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา โดยกำหนดข้อสัญญาหรือรายการและข้อความในหลักฐานการรับเงิน
4) เนื้อหาสาระที่สำคัญ	เนื้อหาสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการกำหนดแนวทางให้แก่ศาล เพื่อใช้ในการพิจารณาตรวจสอบว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม	เนื้อหาสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการกำหนดสิทธิ และการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา โดยการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินกับทั้งลักษณะของธุรกิจดังกล่าว
5) ประเภทนิติกรรมสัญญาที่ถูกรตรวจสอบ	นิติกรรมสัญญาที่ถูกรตรวจสอบมี 8 ประเภท ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ, สัญญาสำเร็จรูป, สัญญาขายฝาก, สัญญาที่มีมัดจำ, ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน, ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ, ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ให้ไว้ล่วงหน้า เพื่อ-	คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมด้านสัญญา ซึ่งในปัจจุบัน มี 8 ประเภทธุรกิจเท่านั้น ได้แก่ ธุรกิจบัตรเครดิต, ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์, ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่, ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า, ธุรกิจขายห้องชุด, ธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน, ธุรกิจการซื้อขายรถยนต์ที่มีการจอง และธุรกิจการให้บริการออกกำลังกาย

ตารางที่ 3.3 (ต่อ)

	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
	ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ความตกลง หรือ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในนิติกรรมอื่นที่ใกล้เคียงกับสัญญาได้ด้วย ได้แก่ ประกาศ หรือ คำแจ้งความ ฯลฯ	คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจตรวจสอบเฉพาะสัญญาตามประเภทธุรกิจที่มีการประกาศแล้วเท่านั้น
6) ผลของการใช้ข้อสัญญา	สัญญายังคงสมบูรณ์ แต่ข้อสัญญาให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรม ยกเว้น 3 กรณีที่บัญญัติให้เสียเปล่าไปทั้งหมดเสมือนหนึ่งตกเป็นโมฆะ	ถ้าสัญญาไม่ใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ใช้ ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าว แต่ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาห้ามไม่ให้ใช้ ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาดังกล่าว
7) คู่สัญญา	ใช้กับนิติกรรมสัญญาทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือจะเป็นนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน	ใช้กับนิติกรรมสัญญาที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อซื้อขายสินค้าหรือให้ หรือรับบริการ ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชน

ตารางที่ 3.3 (ต่อ)

	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
8) ความหมายของ “ผู้บริโภค”	“ผู้บริโภค” หมายถึง ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวด้วย	มีความหมายกว้างกว่า “ผู้บริโภค” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กล่าวคือ “ผู้บริโภค” หมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการ โดยมิได้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

3.2 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3.2.1 การพิจารณาคดีผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

3.2.1.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัจจุบันระบบเศรษฐกิจมีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว และมีการนำความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาใช้ในการผลิตสินค้าและบริการมากขึ้นในขณะที่ผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ในเรื่องของคุณภาพสินค้าหรือบริการ ตลอดจนเทคนิคการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งยังขาดอำนาจต่อรองในการเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ ทำให้ผู้บริโภคถูกรัดเอาเปรียบอยู่เสมอ นอกจากนี้ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการในการเรียกร้องค่าเสียหายต้องใช้เวลาและสร้างความยุ่งยากให้แก่ผู้บริโภคที่จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งไม่อยู่ในความรู้เห็นของตนเอง อีกทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูง ผู้บริโภคจึงตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบจนบางครั้งนำไปสู่การใช้วิธีการที่รุนแรงและก่อให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับกลุ่มผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมอันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ สมควรให้มีระบบวิธีพิจารณาคดีที่เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายได้รับการแก้ไขเยียวยาด้วยความรวดเร็ว ประหยัดและมีประสิทธิภาพ

อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ขณะเดียวกันเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจหันมาให้ความสำคัญต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการให้ดียิ่งขึ้น⁵⁶

เดิมการพิจารณาคดีแพ่งต่างๆ คดีต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น ซึ่งการดำเนินการทางคดีหรือพิจารณาคดีมีผลกระทบต่อคดีผู้บริโภคอย่างมาก รัฐจึงเห็นว่าควรจะต้องมีการดำเนินการทางคดีหรือพิจารณาคดีผู้บริโภคเป็นพิเศษสำหรับคดีผู้บริโภคเป็นการเฉพาะ รัฐจึงตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างจากคดีพิจารณาแพ่งทั่วไป โดยคำนึงถึงหลักความสะดวก รวดเร็ว ประหยัด เป็นธรรม และง่ายในการพิจารณาคดี ซึ่งมีแนวความคิดที่จะให้วิธีพิจารณาความแตกต่างจากการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไป จึงได้ตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค โดยมีแบบมาจาก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน และพระราชบัญญัติศาลปกครองที่มีระบบไต่สวน

โดยหลักวิธีพิจารณาพื้นฐานของ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551⁵⁷ มีดังนี้

1) หลักความสะดวกและประหยัด เพื่อให้ผู้บริโภคมีโอกาสได้เข้าถึงความยุติธรรมได้ง่ายขึ้น สะดวก คือ การให้ความสะดวกแก่ฝ่ายผู้เสียหายในการยื่นฟ้องคดีและกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ประหยัด คือ การให้ความช่วยเหลือในเรื่องค่าธรรมเนียมศาล เพื่อแก้ไขปัญหาการฟ้องคดี ดังปรากฏใน มาตรา 18 ที่กำหนดให้ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมทั้งปวง มาตรา 20 และ 26 ที่บัญญัติให้โจทก์และจำเลยสามารถยื่นฟ้องหรือให้การด้วยวาจาได้ เป็นต้น

2) หลักความรวดเร็ว มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยเร็วและไม่ให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการเกินสมควร ดังปรากฏอยู่ในมาตรา 24 และมาตรา 35 ที่กำหนดให้การนัดพิจารณารั้งแรกจะต้องกระทำโดยเร็ว และในกรณีที่ต้องสืบพยานจะต้องกระทำโดยเร็ว และในกรณีจำเป็นต้องสืบพยานจะต้องสืบพยานติดต่อกันไปโดยไม่เลื่อนคดี เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ มาตรา 49 ที่บัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาในศาลชั้นอุทธรณ์ซึ่งเป็นศาลชั้นที่สุด ต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว ทั้งเป็นต้น

3) หลักไม่เป็นทางการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีผู้บริโภคที่มีลักษณะที่ไม่เคร่งครัดต่อระเบียบพิธีการเหมือนคดีแพ่งทั่วไป เพื่อมิให้อาชนะกันโดยอาศัยเทคนิคทางกฎหมาย เพื่อให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่มีความรู้ในการฟ้องคดี ดังปรากฏในมาตรา 9 ที่ให้

⁵⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

⁵⁷ ไพโรจน์ อาจารย์กษา ข (2553). เกล็ดไม่ลับในการใช้สิทธิฟ้องคดีผู้บริโภค. หน้า 22-24.

อำนาจศาลสั่งให้คู่ความทำการแก้ไขข้อผิดระเบียบหรือผิดหลงภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่ศาลเห็นสมควรกำหนดได้ มาตรา 15 ที่บัญญัติให้ศาลอาจมีคำสั่งให้ยื่นหรือขยายระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม มาตรา 25 ที่บัญญัติเน้นการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยที่เป็นหลักในการระงับข้อพิพาท เป็นต้น

4) หลักสุจริต การใช้สิทธิภายใต้พระราชบัญญัตินี้จะต้องกระทำด้วยความสุจริต ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจหรือฝ่ายผู้บริโภค ดังที่ปรากฏในมาตรา 12 ซึ่งบังคับว่าในการใช้สิทธิหรือการชำระหนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริต มาตรา 18 วรรคสอง ที่กำหนดสภาพบังคับว่า ถ้าผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค นำคดีมาฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลนั้นชำระค่าฤชาธรรมเนียมที่ได้รับยกเว้นก็ได้ มาตรา 41 ที่บัญญัติให้อำนาจศาลสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้แก่ผู้บริโภคได้นั้นจะต้องคำนึงถึงความสุจริตของผู้บริโภคประกอบด้วย เป็นต้น

3.2.1.2 ผู้มีอำนาจฟ้อง

ผู้มีอำนาจฟ้องคดีผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ ผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากการทำสัญญาผู้บริโภค โดยจะต้องเป็นบุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ตามวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55⁵⁸ ได้แก่ ฝ่ายผู้บริโภค หรือฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจ

ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริโภคมีอำนาจนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ ด้วยการฟ้องคดีด้วยตนเอง หรือด้วยวิธีการร้องขอให้บุคคลผู้มีอำนาจฟ้องคดีฟ้องคดีแทนซึ่งได้แก่ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรอง โดยการฟ้องคดีนี้อาจฟ้องคดีโดยลำพัง หรือ อาจรวมตัวกันดำเนินคดีในกรณีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากก็ได้ ดังนี้

1) ผู้ฟ้องคดีที่เป็นคู่ความในคดี

(1) คู่ความร่วมมือ⁵⁹ หมายถึง การที่บุคคลหลายคนเข้ามาเป็นคู่ความร่วมมือกัน อาจเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม โดยเป็นคู่ความร่วมมือกันมาตั้งแต่เริ่มมีการฟ้องคดี⁶⁰

⁵⁸ “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอกฎของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้.”

⁵⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 59

“บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป อาจเป็นคู่ความในคดีเดียวกันได้ โดยเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม ถ้าหากปรากฏว่าบุคคลเหล่านั้นมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดีแต่ห้ามมิให้ถือว่าบุคคลเหล่านั้นแทนซึ่งกันและกัน

โดยคู่ความร่วมมือ⁶¹ จะต้องมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี กล่าวคือ ต้องมีส่วนได้เสียร่วมกันในมูลเหตุอันเป็นรากฐานแห่งคดีนั้น (เช่น มีมูลหนี้ที่เกิดจากการทำละเมิดของจำเลยในคราวเดียวกัน) และต้องมีมูลความแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ที่แบ่งแยกจากกันมิได้ (หมายถึงมูลความแห่งคดีเกี่ยวพันกันจนไม่อาจแยกออกจากกันเป็นส่วนๆ ได้) หรือต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าให้ถือว่าโดยหรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ

ผลของการเป็นคู่ความร่วมมือ คือ คู่ความร่วมมือคนหนึ่งดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ถือว่ากระทำแทนคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ซึ่งจะถือว่าทำแทนซึ่งกันและกันได้ ดังนี้

ก. บรรดากระบวนการพิจารณาซึ่งได้ทำโดย หรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนหนึ่งนั้น ให้ถือว่าทำโดย หรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ด้วย เช่น คู่ความร่วมมือคนหนึ่งยกอายุความขึ้นต่อสู้ให้ถือว่าคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ยกอายุความขึ้นต่อสู้ด้วย

ยกเว้น กระบวนการพิจารณาที่คู่ความร่วมมือคนหนึ่งกระทำไปเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความร่วมมือคนอื่นๆ เช่น การยอมรับข้อเท็จจริงของจำเลยบางคน กระบวนการทำคำทำที่ผลเฉพาะตัว

ข. การเลื่อนคดีหรือการงดพิจารณาคดีซึ่งเกี่ยวกับคู่ความร่วมมือคนหนึ่งนั้น ให้ใช้ถึงคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ด้วย

(2) ร้องสอด⁶² หมายถึง การที่บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความในคดีเข้ามาเป็นคู่ความในคดีโดยที่ไม่ต้องไปฟ้องเป็นคดีใหม่ เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่คู่ความอาจจะไม่มีโอกาสเข้ามาในคดีหรือกรณีบุคคลไม่ยอมเข้ามาในคดี

เว้นแต่มูลแห่งความคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแบ่งแยกจากกันมิได้ หรือได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ดังนั้นโดยชัดแจ้ง ในกรณีเช่นนี้ ให้ถือว่าบุคคลเหล่านั้นแทนซึ่งกันและกันเพียงเท่าที่จะกล่าวต่อไปนี้

(1) บรรดากระบวนการพิจารณาซึ่งได้ทำโดย หรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนหนึ่งนั้นให้ถือว่าได้ทำโดย หรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ด้วย เว้นแต่กระบวนการพิจารณาที่คู่ความร่วมมือคนหนึ่งกระทำไปเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความร่วมมือคนอื่นๆ

(2) การเลื่อนคดีหรือการงดพิจารณาคดีซึ่งเกี่ยวกับคู่ความร่วมมือคนหนึ่งนั้นให้ใช้ถึงคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ด้วย.”

⁶⁰ พิพัฒน์ จักรางกูร ก (2538). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 25.

⁶¹ จิตฤดี วีระเวสส์. (2552). สรุปย่อหลักกฎหมาย ป.วิ.พ. เล่ม 1 (พ.ศ. 2552-2553). หน้า 151-158.

⁶² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 57-58.

ร้องสอด จะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่ถูกกระทบสิทธิ ซึ่งสามารถเข้ามาเป็นคู่ความได้ด้วยการร้องสอดมี 3 กรณี⁶³ ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้แก่ บุคคลภายนอกร้องสอดเข้ามาในคดีด้วยความสมัครใจเอง โดยเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม เพราะเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ได้รับการรับรอง คู่ครอง หรือบังคับตามสิทธิที่ตนมีอยู่ โดยอาจขอเข้าร่วมในขณะที่คดีอยู่ระหว่างพิจารณาของศาล เพื่อให้ได้รับการรับรองคู่ครองตามสิทธิที่ตนมีอยู่ หรือในชั้นบังคับคดี

ผลของการเข้าเป็นคู่ความด้วยการร้องสอด คือ ผู้ร้องสอดมีสิทธิเสมือนหนึ่งว่าตนได้ฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีใหม่ มีสิทธินำพยานหลักฐานใหม่มาแสดง คัดค้านเอกสารที่ยื่นไว้ ถ้ามค้านพยานที่ได้สืบมาแล้ว และคัดค้านพยานหลักฐานที่ได้สืบไปแล้วก่อนที่จะเข้ามาร้องสอด ทั้งมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล

กรณีที่ 2 ได้แก่ บุคคลภายนอกร้องสอดเข้ามาในคดีด้วยความสมัครใจเอง โดยเข้ามาเป็นคู่ความร่วมกับคู่ความฝ่ายหนึ่ง อาจเป็นโจทก์ร่วม จำเลยร่วม หรือเข้ามาแทนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ เพราะตนมีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีนั้น กล่าวคือ หากศาลมีคำพิพากษาจะมีผลกระทบไปถึงตน โดยยื่นเข้ามาก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา

ผลของการเข้าเป็นคู่ความด้วยการร้องสอด คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีผลผูกพันผู้ร้องสอดด้วย โดยทั้งผู้ร้องสอดมีฐานะเสมอด้วยคู่ความที่ตนเข้าแทน ซึ่งจะใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่ตนเข้าไปเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมไม่ได้ และจะใช้สิทธิในทางที่ขัดกับสิทธิของโจทก์หรือจำเลยเดิมไม่ได้

หากมีคดีที่ต้องวินิจฉัยระหว่างผู้ร้องสอดกับคู่ความฝ่ายที่ตนเข้าร่วม ผู้ร้องสอดต้องผูกพันตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่ เพราะความประมาทเลินเล่อของคู่ความนั้น ทำให้ผู้ร้องสอดเข้ามาในคดีช้าเกินสมควรที่จะได้แสดงข้อเถียงที่เป็นสาระสำคัญ หรือเมื่อคู่ความนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มิได้ยกข้อเถียงในปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งผู้ร้องสอดไม่รู้ว่ามีอยู่เช่นนั้น

กรณีที่ 3 ได้แก่ บุคคลภายนอกถูกศาลเรียกเข้ามาเป็นคู่ความในคดี โดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลหมายเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี เพราะเห็นว่าตนอาจฟ้องคดีหรืออาจถูกคู่ความเช่นว่านั้นฟ้องคดี เพื่อการใช้สิทธิไต่เบี่ยงหรือเพื่อใช้ค่าทดแทน หากศาลพิพากษาให้คู่ความเช่นว่านั้นแพ้คดี หรือกฎหมายสารบัญญัติกำหนดให้บุคคลภายนอกต้องเข้ามาเป็นคู่ความ

⁶³ จิตฤดี วีระเวสส์. เล่มเดิม. หน้า 124-126.

ในคดี หรือกรณีที่ศาลเห็นสมควรเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ผลของการเข้าเป็นคู่ความด้วยการร้องสอด คือ ผู้ร้องสอดมีสิทธิเสมือนหนึ่งว่าตนได้ฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีใหม่ มีสิทธินำพยานหลักฐานใหม่มาแสดง คัดค้านเอกสารที่ยื่นไว้ ถ้ามค้านพยานที่ได้สืบมาแล้ว และคัดค้านพยานหลักฐานที่ได้สืบไปแล้วก่อนที่จะเข้ามาร้องสอด ทั้งมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล

หากมีคดีที่ต้องวินิจฉัยระหว่างผู้ที่ถูกหมายเรียกให้เข้ามาในคดีกับคู่ความฝ่ายที่ตนเข้าร่วม ผู้ที่ถูกหมายเรียกให้เข้ามาในคดีต้องผูกพันตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่ เพราะความประมาทเลินเล่อของคู่ความนั้น ทำให้ผู้ร้องสอดเข้ามาในคดีช้าเกินสมควรที่จะได้แสดงข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ หรือ เมื่อคู่ความนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มิได้ยกข้อเท็จจริงในปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งผู้ร้องสอดไม่รู้ว่ามีอยู่เช่นนั้น

2) ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาคม

สมาคมที่มีอำนาจในการฟ้องคดีแทนผู้บริโภค จะต้องเป็นสมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรอง ซึ่งจะต้องประกอบด้วย

(1) ต้องเป็นสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคหรือต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม⁶⁴

(2) ต้องเป็นสมาคมที่จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁵

อำนาจในการฟ้องคดีของสมาคม คือ มีสิทธิฟ้องคดีที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา รวมทั้งมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนสมาชิกของสมาคมได้ เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภค ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง⁶⁶ แต่ยกเว้นคดีล้มละลาย คดีแรงงาน และคดีปกครอง

การฟ้องคดีแทนผู้บริโภคมีเงื่อนไข ดังนี้ คือ เป็นการดำเนินคดีเพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยรวม มิใช่การดำเนินคดีแทนผู้บริโภคเฉพาะราย และการที่สมาคมจะเรียกร้อง ส่วนของค่าเสียหายแทนผู้บริโภคได้นั้น จะต้องมิหนังสือมอบหมายให้เรียกค่าเสียหายแทนด้วย⁶⁷

⁶⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 40.

⁶⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 42.

⁶⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 41.

⁶⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 41.

ก่อนที่สมาคมจะดำเนินคดีแทนผู้บริโภครวม สมาคมจะต้องรวบรวมพยานหลักฐานให้เพียงพอก่อน และต้องฟังความเห็นเกี่ยวกับผลทางกฎหมายจากผู้ตรวจสอบคดีแล้วจะต้องลงมติว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้องต่อไป โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้บริโภค และความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจด้วย⁶⁸ และสมาคมจะต้องรายงาน และแจ้งข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับการดำเนินคดีให้สำนักคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคทราบด้วย

การฟ้องคดีของสมาคมจะเรียกเงินหรือทรัพย์สินใดๆ จากผู้บริโภคไม่ได้ เว้นแต่ค่าฤชาธรรมเนียมศาลที่มอบหมายให้เรียกค่าเสียหายแทนสมาชิกของสมาคม⁶⁹

3) ผู้ฟ้องคดีเป็นคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็น “คดีผู้บริโภค” ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งหมายความถึงคดี ต่อไปนี้

“คดีผู้บริโภค” ตามนิยาม มาตรา 3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551⁷⁰ ต้องเป็น “สัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค” ซึ่งมีวิธีพิจารณาคดีเฉพาะแตกต่างจากคดีแพ่งทั่วไป โดยจำแนกคดีผู้บริโภคออกเป็น 4 กลุ่ม ได้แก่⁷¹

กลุ่มที่ 1 คดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (1)⁷²

1) ต้องเป็นคดีแพ่งเท่านั้น

2) ต้องเป็นคดีระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค กับผู้

ประกอบธุรกิจ

⁶⁸ ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ว่าด้วยการดำเนินการสมาคมเกี่ยวกับการฟ้องคดีและการใช้สิทธิและอำนาจฟ้องของสมาคม พ.ศ. 2540, ข้อ 7.

⁶⁹ กฎกระทรวงฉบับที่ 8 พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, ข้อ 3 (6).

⁷⁰ “คดีผู้บริโภค” หมายความว่า

(1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือตามกฎหมายอื่นกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอื่นเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

(2) คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

(3) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพันกันกับคดีตาม (1) หรือ (2)

(4) คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้.

⁷¹ ธานีศ เกศวพิทักษ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค*. หน้า 12-27.

⁷² “คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือตามกฎหมายอื่นกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอื่นเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ.”

“ผู้บริโภคร” หมายความว่า “ผู้บริโภคร” ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคร และให้หมายความรวมถึง “ผู้เสียหาย” ตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย

“ผู้บริโภคร” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคร พ.ศ. 2522⁷³ ได้แก่

- 1) ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ
- 2) ผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ
- 3) ผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

“ผู้เสียหาย” ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551⁷⁴ ได้แก่ ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ไม่ว่าจะ เป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น

“ผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคร” ตามมาตรา 19 และ กฎหมายอื่น

- 1) “ผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคร” ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551⁷⁵ ได้แก่

- (1) คณะกรรมการการคุ้มครองผู้บริโภคร
- (2) สมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครรับรอง

2) “ผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคร” ตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ที่บัญญัติให้นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร มีอำนาจยื่นคำร้องทุกข์หรือเป็นโจทก์ฟ้องคดีแทนสมาชิกเกี่ยวกับกรณีที่กระทบสิทธิหรือประโยชน์ของสมาชิกจำนวนตั้งแต่ 10 รายขึ้นไป⁷⁶

⁷³ “ผู้บริโภคร” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม.

⁷⁴ “ผู้เสียหาย” หมายความว่า ผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย.

⁷⁵ มาตรา 19 “ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครหรือสมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครรับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคร มีอำนาจฟ้องและดำเนินคดีผู้บริโภครแทนผู้บริโภครได้...”

⁷⁶ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543, มาตรา 48 (4).

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และให้หมายความรวมถึง “ผู้ประกอบการ” ตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย

1) “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522⁷⁷ ได้แก่

- (1) ผู้ขาย
- (2) ผู้ผลิตเพื่อขาย
- (3) ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย
- (4) ผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า
- (5) ผู้ให้บริการ
- (6) ผู้ประกอบกิจการโฆษณา

2) “ผู้ประกอบการ” ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551⁷⁸ ได้แก่

- (1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต
- (2) ผู้นำเข้า
- (3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้
- (4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความ

หรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า

ต้องเป็นคดีที่พิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ หมายถึง ผู้บริโภคและผู้ประกอบการต้องมีข้อโต้แย้งสิทธิกันตามกฎหมายนั่นเอง

⁷⁷ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย.

⁷⁸ “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า

- (1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต
- (2) ผู้นำเข้า
- (3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้
- (4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมี

ลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า.

กลุ่มที่ 2 คดีผู้บริโภครวมมาตรา 3 (2)⁷⁹

ได้แก่ คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งเป็นความรับผิดชอบตามความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของ “ผู้เสียหาย” “ผู้ประกอบการ” ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ได้แก่

ความรับผิดชอบของ “ผู้ประกอบการ” คือ ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม⁸⁰

บทยกเว้นที่ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ไม่ต้องรับผิดชอบ คือ ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหากพิสูจน์ได้ว่า

- 1) สินค้านั้นมิได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย
- 2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ
- 3) ความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีใช้วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว⁸¹

กลุ่มที่ 3 คดีผู้บริโภครวมมาตรา 3 (3)⁸²

ได้แก่ คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพัวพันกับคดีตาม (1) หรือ (2) ให้ถือว่าเป็น “คดีผู้บริโภค” ด้วย ทั้งนี้เพราะนิติสัมพันธ์ระหว่าง “ผู้บริโภค” กับ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” นั้น

เนื่องจากอาจมีปัญหาเรื่องประกันแห่งหนึ่ง ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องพัวพันกับสัญญาหลักที่เป็น “คดีผู้บริโภค” ด้วยก็ได้ เช่น ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้บริโภค อาจมีการค้าประกัน จำนอง หรือจำนำ โดยเฉพาะกรณีที่มีบุคคลภายนอกเป็นผู้ค้าประกัน ซึ่งอาจเกิดปัญหาว่า เมื่อบุคคลภายนอกไม่เข้าลักษณะ “ผู้บริโภค” หรือ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” จะทำให้คดีนั้นไม่เป็น “คดีผู้บริโภค” หรือไม่ จึงต้องมีการบัญญัติให้ถือว่าเป็นคดีแพ่งเกี่ยวพัวพันกับคดีตาม (1) หรือ (2) ซึ่งถือว่าเป็น “คดีผู้บริโภค” ด้วย

⁷⁹ “คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย.”

⁸⁰ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551, มาตรา 5.

⁸¹ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551, มาตรา 7.

⁸² “คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพัวพันกับคดีตาม (1) หรือ (2).”

กลุ่มที่ 4 คดีผู้บริโภครวมมาตรา 3 (4)⁸³

ได้แก่ บุคคลอื่นนอกจากสามกลุ่มข้างต้น ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึง หากในอนาคตกฎหมายบัญญัติเพิ่มขึ้น ดังนั้นหากมี “คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้” ก็ถือว่าเป็นคดีผู้บริโภคด้วย

3.2.1.3 ศาลที่เสนอคำฟ้อง

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจจะฟ้องผู้บริโภคเป็นคดีผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ผู้บริโภคมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือต่อศาลอื่นได้ด้วย ให้ผู้ประกอบธุรกิจเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ผู้บริโภคมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลได้เพียงแห่งเดียว⁸⁴ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ส่วนกรณีที่ผู้บริโภคจะฟ้องผู้ประกอบธุรกิจเป็นคดีผู้บริโภคนั้น ผู้บริโภคมีสิทธิเสนอเสนอคำฟ้องเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลก็ได้⁸⁵ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

3.2.1.4 ระบบการพิจารณาคดีผู้บริโภค และอำนาจของตุลาการในการพิจารณา

ระบบการพิจารณาคดีผู้บริโภค คือ ระบบไต่สวน⁸⁶ โดยผู้มีอำนาจต้องไต่สวนหาความจริงให้จงได้ โดยไม่คำนึงว่าจะมีผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นมากล่าวหาหรือไม่ โดยรัฐมีหน้าที่โดยตรงในการดำเนินคดีเอาผู้กระทำความผิดพร้อมทั้งแสวงหาพยานหลักฐานมาลงโทษเอง ระบบนี้มีใช้การต่อสู้ระหว่างคู่ความในคดี แต่เป็นระบบการตรวจค้นหาความจริงในคดีที่เกิดขึ้น เป็นการใช้หลักตรวจสอบ ผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีมีสองฝ่าย คือ ผู้ไต่สวนและผู้ถูกไต่สวน ไม่ต้องมีคนกลาง ผู้ไต่สวนหรือผู้ทำการชำระความเป็นผู้ซักถามพยานและเป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ระบบนี้ไม่ค่อยให้ความสำคัญในเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่ความเช่นระบบกล่าวหา เพราะมีแนวคิดว่าการรักษาความสงบของบ้านเมืองเป็นหน้าที่ของรัฐ เพราะจะมุ่งแต่จะเอาผลที่จะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากกว่า การพิจารณาสามารถกระทำกลับหลังจำเลยได้ เพราะถือว่า การสืบพยานนั้นผู้ชำระความมีความสามารถให้ความยุติธรรมได้ และคุ้มครองสิทธิของจำเลยอยู่ในตัวอยู่แล้ว

⁸³ “คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้.”

⁸⁴ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, มาตรา 17.

⁸⁵ มาตรา 4 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

“เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

(1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่.”

⁸⁶ โสภณ รัตนกร. (2545). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 3.

ลักษณะที่สำคัญของระบบไต่สวน⁸⁷

1) ศาลเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรือลดสืบพยาน ทั้งนี้เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงข้อความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธีเกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างขวางและยืดหยุ่นมาก

2) การพิจารณาคดีนั้น จะมีลักษณะเป็นการดำเนินการระหว่างศาลกับจำเลย โจทก์ไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญนัก เป็นเพียงผู้ช่วยศาลในการค้นหาพยานหลักฐาน

3) ระบบไต่สวน จะไม่มีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะไม่มียกเว้นพยานที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ และศาลก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง

อำนาจของตุลาการในการพิจารณาในระบบไต่สวนนั้น ศาลมีบทบาทสำคัญ (Active rule) ในการดำเนินคดี กล่าวคือ ตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งในการแสวงหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่ความหรือคู่กรณียื่นต่อศาลนั้น โดยทั้งนี้ศาลจะต้องทำเพื่อประโยชน์ของคู่ความทั้งสองฝ่าย และจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ตรวจสอบและโต้แย้งข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่ศาลแสวงหารวบรวมมาในคดีได้⁸⁸ อำนาจของศาลในคดีผู้บริโภคนทางกฎหมายจึงเหมือนกับอำนาจของศาลในคดีปกครอง เพราะต่างใช้ระบบการพิจารณาคดี คือ ระบบไต่สวนเหมือนกัน

3.2.1.5 การนำสืบพยานหลักฐาน

การพิจารณาคดีผู้บริโภคน ตามหมวดที่ 1 บททั่วไป มาตรา 7⁸⁹ บัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคนตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคน พ.ศ. 2551 และข้อกำหนดประธานศาลฎีกา เว้นแต่ วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคนและข้อกำหนดประธานศาลฎีกามีได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ก็ให้นำเอาวิธีพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคน

⁸⁷ เหมชัย ชุตินวงศ์. (2547). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 2-3.

⁸⁸ อัคราทร จุฬารัตน. (2552). กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง. หน้า 194-195.

⁸⁹ “กระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคนให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาตามมาตรา 6 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม.”

หลักการนำสืบพยานหลักฐานของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกรณี ดังต่อไปนี้ไม่ต้องนำเอาวิธีพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้

1) การสอบถามความประสงค์เกี่ยวกับพยานที่จะนำเข้าสู่สืบ มาตรา 31

ในการสืบพยาน ให้ศาลมีอำนาจในการสอบถามความประสงค์ที่จะนำเอา พยานเข้าสู่สืบ โดยการกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลนี้ เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของวิธีพิจารณา คดีแพ่ง ซึ่งแตกต่างจากขั้นตอนการนำเอาพยานเข้าสู่สืบตามวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 ที่ กำหนดให้คู่ความฝ่ายซึ่งประสงค์จะนำพยานเข้าสู่สืบเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน มี หน้าที่ต้องยื่นบัญชีระบุพยานต่อศาลก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน โดยแสดงเอกสารหรือ สภาพของเอกสารที่จะอ้าง และรายชื่อ ที่อยู่ พร้อมทั้งสำเนาบัญชีระบุพยาน ซึ่งจะต้องกระทำภายใน ระยะเวลาและตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัด

2) การแจ้งประเด็นข้อพิพาทและกำหนดหน้าที่นำสืบก่อนหลัง มาตรา 32

กำหนดให้ศาลแจ้งให้คู่ความทุกฝ่ายทราบถึงภาระการพิสูจน์ในแต่ละ ประเด็นและลำดับก่อนหลังของแต่ละฝ่ายในการนำพยานหลักฐานเข้าสู่สืบด้วย โดยศาลอาจ มอบหมายให้เจ้าพนักงานคดีสอบถามข้อเท็จจริงเบื้องต้นจากคู่ความ แล้วจัดทำรายงานสรุป ข้อเท็จจริงและประเด็นข้อพิพาทเสนอต่อศาลได้

การแจ้งประเด็นข้อพิพาทและกำหนดหน้าที่นำสืบก่อนหลังของคดีผู้บริ โภค นี้ เป็นอำนาจของศาลทั้งสิ้น ศาลเป็นผู้กำหนดประเด็นข้อพิพาทและแจ้งประเด็นไปยังคู่ความ โดย อาจขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานคดีได้ ซึ่งต่างจากวิธีพิจารณาความแพ่งอย่างสิ้นเชิง ที่ กำหนดให้คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมี ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น ตามมาตรา 84/1

3) วิธีการซักถามพยาน มาตรา 34

การซักถามพยานคดีผู้บริ โภคจะมีศาลคอยช่วยให้ความเป็นธรรม ซึ่งศาลจะ เป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเองซึ่งเป็นวิธีการพิจารณาคดีแบบไต่สวน ดังนั้นจึงมีการกำหนดการ ซักถามพยานที่มีความพิเศษแยกออกมาคดีแพ่งสามัญทั่วไป เพื่อให้ความสะดวกแก่ผู้บริ โภค คือ มาตรา 34 กำหนดให้ศาลเป็นผู้สอบถามพยานเอง ไม่ว่าจะ เป็นพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดๆ ที่ เกี่ยวเนื่องกับคดี หรือแม้จะเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตามศาลก็มีอำนาจ สอบถามได้ ส่วนบุคคลอื่นๆ ไม่ว่าจะ เป็นคู่ความ หรือทนายความจะซักถามพยานได้เมื่อได้รับ อนุญาตจากศาล ต่างจากวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นการสืบพยานในระบบกล่าวหา เน้นให้บทบาท แก่คู่ความในการแสวงหาความจริง ส่วนศาลเป็นผู้ควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาเท่านั้น

4) อำนาจศาลในการแสวงหาพยานหลักฐานเอง มาตรา 33 และมาตรา 34

เนื่องจากคดีผู้บริโภคนี้ เกิดจากความไม่เท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา ดังนั้นความสามารถในการแสวงหาพยานหลักฐานก็ย่อมต่างกัน และความไม่เท่าเทียมกันนี้เองที่อาจนำไปสู่ความไม่เป็นธรรมในการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนได้ กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลเป็นผู้ซักถามพยานเองเป็นหลัก เพื่อค้นหาความจริงด้วยตัวศาลเอง และศาลมีอำนาจเรียกสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูลหรือให้จัดส่งพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้ รวมทั้งอาจขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานคดีให้เข้ามาตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานได้อีกด้วย

3.2.1.6 คำพิพากษา และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาด⁹⁰

อำนาจการทำคำพิพากษาเป็นของศาล และนอกจากนี้ เพื่อให้ศาลต่อพิจารณาด้วยความละเอียดรอบคอบ ประธานศาลฎีกายังได้ออกข้อกำหนดประธานศาลฎีกา ข้อ 28⁹¹ ให้ศาลมีอำนาจมอบหมายให้เจ้าพนักงานคดีช่วยเหลือศาลในการตรวจสอบข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาใช้อำนาจพิเศษในมาตรา 39-44 ทั้งนี้เพื่อให้ศาลตรวจสอบทบทวนข้อเท็จจริงให้แน่ชัดก่อนตัดสินใช้อำนาจพิเศษต่างๆ ดังนี้

1) อำนาจศาลที่จะพิพากษาคดีเกินกว่าค่าของบังคับของโจทก์ มาตรา 39

บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขข้อจำกัดอำนาจศาลที่จะต้องพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีตามข้อหาในคำฟ้องเท่านั้น ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 ซึ่งข้อจำกัดนี้เองที่เป็นอุปสรรคสำคัญในการเยียวยาความเสียหายและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ดังนั้นพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 39 จึงได้ผ่อนคลายนหลักการของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 โดยบัญญัติให้ศาลในคดีผู้บริโภคมีอำนาจวินิจฉัยกำหนดจำนวนค่าเสียหายและใช้มาตรการหรือวิธีการตามคำขอให้ถูกต้องและเหมาะสมได้ แม้จะเป็นเรื่องเกินคำขอก็ตาม

⁹⁰ ธานิศ เกศวพิทักษ์, เล่มเดิม, หน้า 155-179.

⁹¹ “เพื่อประโยชน์ในการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีตามมาตรา 39 ถึงมาตรา 44 หากศาลเห็นสมควร ศาลอาจมอบหมายให้เจ้าพนักงานคดีตรวจสอบข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจเพื่อประกอบการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งตามบทบัญญัติดังกล่าวก็ได้

ข้อเท็จจริงหรือความเห็นของเจ้าพนักงานคดีตามวรรคหนึ่งต้องให้คู่ความทุกฝ่ายทราบและไม่คัดสิทธิคู่ความในอันที่จะโต้แย้งคัดค้าน.”

ข้อสังเกต หากเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ศาลในคดีผู้บริโภคย่อมมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้ ตาม มาตรา 142 (5) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบกับ มาตรา 39 พระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

2) อำนาจศาลในการกล่าวสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งไว้ในคำ พิพากษา มาตรา 40

บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขข้อจำกัดของศาลที่ไม่อาจแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ เว้นแต่จะเป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อย หรือเป็นการแก้ไขหรือกลับคำพิพากษา ของศาลที่สูงกว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 143 เนื่องจากในคดีผู้บริโภค โดยเฉพาะคดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ ปลอดภัย ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ร่างกาย สุขภาพหรืออนามัย ที่ค่อยๆ สะสมอยู่และใช้ระยะเวลา พอสมควรที่จะแสดงอาการในภายหลังและเป็นการพันวิสัยที่จะหยั่งรู้ได้แม้ว่าในเวลาพิพากษาคดี ความเสียหายนั้นจะมีแท้จริงเพียงใด ซึ่งหากศาลไม่มีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา อาจจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคได้ และย่อมมีผลผูกพันคู่ความ มิให้รื้อร้องฟ้องกัน ในประเด็นที่ใดวินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันนั้นอีก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง มาตรา 148

3) อำนาจศาลในการพิพากษาบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้แก่ ผู้บริโภค มาตรา 41

เป็นกรณีที่ฝ่ายผู้บริโภคฟ้องผู้ประกอบธุรกิจให้รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง ของสินค้า โดยที่ศาลมีอำนาจในการพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้แก่ผู้บริโภค แทนการแก้ไขซ่อมแซมสินค้าที่ชำรุดบกพร่องก็ได้ โดยคำนึงถึงลักษณะของสินค้าที่อาจเปลี่ยน ทดแทนกันได้ พฤติการณ์ของผู้ประกอบธุรกิจ ตลอดจนความสุจริตของผู้บริโภคประกอบด้วย

รวมทั้งศาลมีอำนาจออกคำสั่งเรียกผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าดังกล่าวเข้ามาในคดี ตามมาตรา 57 (3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมีคำพิพากษาให้บุคคลดังกล่าว ร่วมรับผิดชอบในที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำต่อผู้บริโภคด้วย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเนื่องจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า อันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งที่จะใช้เป็นปกติหรือประโยชน์ที่มุ่งหมายในสัญญานั้น

4) ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายในเชิงลงโทษ มาตรา 42

อำนาจศาลในการสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงนี้ เพื่อป้องปรามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจ

ดำเนินกิจการที่เป็นการเอาใจเอาเปรียบผู้บริโภคมากเกินไป และเพื่อปกป้องผู้บริโภคโดยส่วนรวมจากการกระทำการค้าและบริการที่ไม่เป็นธรรมและไม่สุจริตของผู้ประกอบธุรกิจ โดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจการค้าที่เป็นธรรม ตามมาตรา 12

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ต้องเป็นจำนวนที่เสริมเพิ่มเติมขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง โดยศาลจะพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจ การที่ผู้ประกอบธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

5) อำนาจศาลในการพิพากษาหรือสั่งจัดการแก้สินค้าที่ได้จำหน่ายไปแล้วหรือหลงลืมอยู่ในท้องตลาดที่อาจจะเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคโดยส่วนรวม มาตรา 43

เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคโดยส่วนรวม โดยศาลมีอำนาจในการสั่งให้จัดการแก้สินค้าที่ได้จำหน่ายไปแล้วหรือหลงลืมอยู่ในท้องตลาดที่อาจจะเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคโดยส่วนรวม ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด คือ มาตรา 43

6) อำนาจศาลในการพิพากษาให้หุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลร่วมรับผิดชอบในหนี้ของผู้ประกอบธุรกิจ มาตรา 44

เนื่องจากระบบการควบคุมนิติบุคคลของผู้ประกอบธุรกิจของส่วนราชการต่างๆยังไม่ความเข้มแข็ง รัดกุม เพียงพอที่จะควบคุมดูแลนิติบุคคลผู้ประกอบธุรกิจให้ประกอบกิจการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต จึงต้องหามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจศาลที่จะพิพากษาหรือมีคำสั่งให้กลุ่มบุคคลที่เชื่อนิติบุคคลขึ้นเพื่อแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยมิชอบต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้สามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย เนื่องจากนิติบุคคลอาจตั้งขึ้นมาเพื่อเจตนาฉ้อฉลแต่ต้น หรือระหว่างดำเนินคดีอาจมีการถ่ายเททรัพย์สินของนิติบุคคล จึงเป็นที่มาของมาตรา 44

3.2.1.7 เจ้าพนักงานคดี⁹²

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล หากผู้พิพากษาดำเนินการด้วยตัวเองทั้งหมดก็อาจทำให้ล่าช้าได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 จึงได้บัญญัติให้มีเจ้าพนักงานคดีทำหน้าที่ช่วยเหลือศาลในการอำนวยความสะดวก ซึ่งจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของ

⁹² ไพโรจน์ วายุภาพ. เล่มเดิม. หน้า 8-10.

ศาลด้วย เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาของเจ้าพนักงานคดีจะไม่มีพิธีการมาก ย่อมทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาสะดวกและรวดเร็วยิ่งกว่าคดีแพ่งทั่วไป

อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานคดี⁹³ อาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่

1) อำนาจหน้าที่ที่เกิดจากการมอบหมาย

เป็นอำนาจหน้าที่ที่เกิดจากการมอบหมายของศาล ซึ่งเป็นการช่วยเหลือศาลในการดำเนินคดี (ถ้าศาลไม่มอบหมายให้ ศาลจะต้องดำเนินการด้วยตนเอง เจ้าพนักงานคดีไม่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการนั้นโดยลำพัง) โดยอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานคดีที่เกิดจากการมอบหมายของศาล มีดังต่อไปนี้⁹⁴

- (1) ประสานงานกับบุคคลที่คู่ความตกลงกันเพื่อให้มาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย
- (2) ช่วยเหลือคู่ความในการจัดทำคำให้การ หรือบัญชีระบุพยาน
- (3) สอบถามข้อเท็จจริงเบื้องต้นจากคู่ความแล้วจัดทำรายงานสรุปข้อเท็จจริง และประเด็นข้อพิพาทเสนอศาล
- (4) ดำเนินการตรวจสอบพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอื่นใด เพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาพิพากษาคดี
- (5) ตรวจสอบความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อความที่บันทึกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 121 วรรคสอง
- (6) ตรวจสอบข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์แก่การวินิจฉัย และทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวที่เหมาะสม
- (7) ตรวจสอบข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจเพื่อประกอบการทำคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดี
- (8) ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูลหรือส่งเอกสารเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติตามคำสั่งศาล
- (9) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อขัดข้องในการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง

⁹³ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, มาตรา 4.

⁹⁴ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, มาตรา 4 (1)-(4) และข้อกำหนดประธานศาลฎีกา ข้อ 14, 17, 18, 20, 23, 25, 28, 29, 42.

2) อำนาจหน้าที่ที่มีได้เกิดจากการมอบหมาย

เป็นอำนาจหน้าที่ที่เจ้าพนักงานคดีมีอยู่ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคน พ.ศ. 2551 โดยมีต้องได้รับมอบอำนาจจากศาลก่อน ซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานคดีช่วยเหลือศาลในการดำเนินคดี มีดังต่อไปนี้⁹⁵

- (1) ให้คำแนะนำแก่โจทก์เพื่อจัดทำคำฟ้องให้ถูกต้องครบถ้วน
- (2) ให้ความช่วยเหลือแก่โจทก์ในการฟ้องด้วยวาจาและบันทึกรายละเอียดแห่งคำฟ้อง
- (3) ทำการไกล่เกลี่ยให้คู่ความในการเจรจาตกลงกันในวันนัดพิจารณา
- (4) รายงานให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาความเสียหายหรือป้องกันเหตุที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความหรือผู้บริโภคเป็นส่วนรวมเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี

3.2.2 ความแตกต่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสามัญที่มีใช้คดีผู้บริโภค ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ตารางที่ 3.4

	พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
1) ผู้มีอำนาจฟ้อง	ผู้บริโภคซึ่งได้รับความเสียหายจากการทำสัญญา มีอำนาจฟ้องคดีด้วยตนเองหรือ ด้วยวิธีการร้องขอให้บุคคลผู้มีอำนาจฟ้องคดีฟ้องคดีแทนซึ่งได้แก่ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรอง โดยการฟ้องคดีนี้อาจฟ้องคดีโดยลำพัง หรืออาจ -	ผู้ที่ได้รับความเสียหาย ตามมาตรา 55

⁹⁵ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, มาตรา 4 (5) และข้อกำหนดประธานศาลฎีกา ข้อ 6, 14,

ตารางที่ 3.4 (ต่อ)

	พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดี ผู้บริโภคม.ศ.2551	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง
	รวมตัวกันดำเนินคดีในกรณีที่มี ผู้เสียหายจำนวนมาก	
2) ศาลที่เสนอ คำฟ้อง	กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฟ้องผู้บริโภค ต้องยื่นฟ้อง ณ ภูมิลำเนาของผู้บริโภค เพียงแห่งเดียว มาตรา 17	เสนอคำฟ้องต่อศาลที่จำเลยมี ภูมิลำเนาอยู่หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิด ตามมาตรา 4 (1)
3) ระบบการ พิจารณาคดี ผู้บริโภค	ระบบไต่สวน	ระบบกล่าวหา
4) คำพิพากษา หรือคำสั่ง วินิจฉัยชี้ขาด	อำนาจศาลที่จะพิพากษาคดีเกินกว่าคำ ขอบังคับของโจทก์ มาตรา 39	ห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอของโจทก์ มาตรา 142
	อำนาจศาลในการกล่าวสงวนสิทธิที่จะ แก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งไว้ใน คำพิพากษา มาตรา 40	ศาลมีอำนาจแก้ไขคำพิพากษาเฉพาะ คำพิพากษาที่มีข้อผิดพลาดหรือข้อผิด หลงเล็กน้อยเท่านั้น มาตรา 143
	ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจ จ่ายค่าเสียหายในเชิงลงโทษ มาตรา 42	-
	อำนาจศาลในการพิพากษาให้หุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่มีอำนาจ ควบคุมการดำเนินงานของผู้ประกอบ ธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลร่วมรับผิดชอบ ในหนี้ของผู้ประกอบธุรกิจ มาตรา 44	คำพิพากษาผูกพันเฉพาะคู่ความ ในคดีเท่านั้น มาตรา 145

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในต่างประเทศ

4.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่ตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเกิดขึ้นในต้นศตวรรษที่ 17¹ และการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของอังกฤษก็เริ่มต้นขึ้นด้วยการที่ศาลสร้างมาตรการต่างๆ ขึ้นมาเพื่อจำกัดขอบเขตการแสวงหาประโยชน์จากข้อยกเว้น และข้อจำกัดความรับผิด (Exemption Clauses) ซึ่งจะช่วยป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับ คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ได้แก่

หลักการตีความ “The Contra Proferentem Rule” หมายถึง ศาลจะต้องตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด หลักการตีความ “The Proferentem Rule” หมายถึง ศาลต้องตีความไปในทางที่จะให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด หากคู่สัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดส่วนที่เป็น Warranties ศาลจะตีความว่า ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้ใช้ไม่ได้ ถ้ามีการทำผิดสัญญาในส่วนที่เป็น Conditions (ข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา) และหากคู่สัญญาทำผิดสัญญาในส่วนที่เป็น Conditions คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญา และเรียกค่าเสียหายได้ (แต่ถ้าผิดสัญญาในส่วนที่เป็น Warranties คู่สัญญาสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ แต่ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา)

ต่อมาการใช้หลักการตีความเริ่มประสบปัญหา จึงมีการสร้างหลัก “Fundamental Breach” ขึ้นมา โดยมี 2 ความหมายคือ ความหมายแรกกรณีที่มีการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานหรือหัวใจของสัญญานั้น กฎหมายจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาให้ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดใช้บังคับกับกรณีที่มีการผิดสัญญาข้อนั้น กล่าวคือถ้ามีการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานหรือหัวใจของสัญญา จะอ้างยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ ส่วนความหมายที่สองหมายถึง ลักษณะการทำผิดสัญญานั้นมีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือ จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงใน

¹ วิชัช จิระแพทย์. (2523). กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา. หน้า 6.

การทำผิดสัญญา เช่น จำเลยผู้รับฝากของจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ หากผู้รับฝากจงใจส่งของให้ผู้รับผิดคน²

และในที่สุดการสร้างหลักกฎหมายของศาลเพื่อให้ความคุ้มครองก็ไม่อาจให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอและเป็นธรรมอีกต่อไป รัฐสภาอังกฤษจึงออกกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยให้ความสำคัญกับสิทธิของคนในการซื้อสินค้าและบริการ คือ The Unfair Contract Term Act 1977 (UCTA) ซึ่งมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐานเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ทั้งมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา คือ The Fair Trading Act 1973 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารเข้าไปควบคุมการทำสัญญาที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย (นอกเหนือจากการแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว) โดยเฉพาะที่เป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้จัดหาสินค้าและบริการทางการค้า ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภค โดยการห้ามใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าที่เป็นเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด) หากมีการฝ่าฝืนย่อมมีความผิดทางอาญา และการกำหนดหลักประกันและการยับยั้งแนวทางปฏิบัติทางการค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค รวมทั้งส่งเสริมการจัดทำประมวลวิธีปฏิบัติเพื่อแนะนำการป้องกันและส่งเสริมผลประโยชน์ผู้บริโภค โดยมีอธิบดีการค้าที่เป็นธรรม (Director General of Fair Trading) ทำหน้าที่ดูแลการทำกิจกรรมทางการค้าซึ่งเกี่ยวกับการค้าและบริการที่จัดหาให้แก่ผู้บริโภค และมีการแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านการคุ้มครองผู้บริโภค (A Consumer Protection Advisory Committee) ที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาเนื้อหาข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา³

ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่ออนุวัตตาม Directive 1993 ซึ่งได้แก่ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 หรือ UTCCR และแก้ไขอีกครั้งในปี 1999 และ 2001

² สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 23-31.

³ วิชัย จิตตपालกุล. (2531). สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 103-104.

4.1.1 มาตรการทางกฎหมาย

4.1.1.1 The Unfair Contract Term Act 1977 หรือ UCTA

เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมีลักษณะของข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสัญญา (Exemption Clauses) ซึ่งมีบทบัญญัติหลักคือ มาตรา 2 มาตรา 3 ส่วนบทบัญญัติอื่นๆ จะกล่าวถึงสัญญาเฉพาะเรื่อง เช่น ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าหรือบริการตาม มาตรา 6 มาตรา 7⁴

The Unfair Contract Term Act 1977 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมีได้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะสัญญาต่างๆ ไป ซึ่งสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือ บัญญัติลักษณะของข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสัญญา (Exemption Clauses) มีได้

เกณฑ์การพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ ตาม The Unfair Contract Term Act 1977 มี 2 เทคนิค ดังนี้

กรณีแรก คือ การห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้ใช้ข้อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญา หากมีการฝ่าฝืนนำมาใส่ไว้ในสัญญา “ข้อความดังกล่าวก็จะมีผลบังคับตามกฎหมาย” ได้แก่

1) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความตายหรือเพื่อการบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากการประมาทเลินเล่อ มาตรา 2 (1)

2) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความสูญหายหรือความเสียหายเนื่องจากความชำรุดบกพร่องในสินค้าระหว่างการใช้ประโยชน์ เมื่อความชำรุดบกพร่องเกิดจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า มาตรา 5 (1) โดยห้ามผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอ้างข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งใดๆ ที่ใส่ไว้หรือที่ใช้อ้างถึงคำรับรอง

3) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดคำมั่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่แสดงนัยในสัญญาซื้อขายโดย The Sale of Good Act 1979 มาตรา 12 และ ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดคำรับประกันโดยปริยายเกี่ยวกับสิ่งของที่ตรงกันเกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ โดย The Supply of Good (Implied Terms) Act 1973 มาตรา 8 (มาตรา 6 (1))

⁴ ฟินช์ ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 569.

⁵ วิชัย จิตตपालกุล. เล่มเดิม. หน้า 105-106.

4) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดคำมั่นเกี่ยวกับความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง และเกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะที่แสดงนัยในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ โดย The Sale of Good Act 1979 มาตรา 13 มาตรา 41 และมาตรา 15 และ The Supply of Good (Implied Terms) Act 1973 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ทั้งนี้เมื่อข้อความดังกล่าวเป็นปฏิบัติต่อบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค (มาตรา 6 (2))

5) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง และคุณภาพและความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะๆ โฉงของสินค้าอันเป็นปฏิบัติต่อบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิครอบครองหรือกรรมสิทธิ์โอนไปภายใต้หรือในขณะที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายซื้อขายหรือเช่าซื้อ (มาตรา 7 (2))

ประเภทสัญญา และข้อสัญญาที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งมีผลให้ข้อกำหนดไม่มีผลใช้บังคับ ได้แก่ คำรับรองสินค้าสำหรับผู้บริโภค สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจัดหาประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ เช่น สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจำนำ หรือสัญญาเช่า⁶ รวมทั้งข้อสัญญาที่ระบุเกี่ยวกับความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บแก่กาย⁷

กรณีที่สอง คือ การทดสอบข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย หลักความชอบด้วยเหตุผล (Reasonableness Test) ได้แก่

1) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความสูญหายหรือความเสียหายอื่นๆ นอกจากความตายหรือบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากการประมาทเลินเล่อ มาตรา 2 (2)

2) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ในการทำผิดสัญญาที่ผู้ร่างสัญญาก่อขึ้น มาตรา 3 (2) (ก) ซึ่งใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (สัญญาเพื่อผู้บริโภค) คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องไม่ทำสัญญาในทางธุรกิจ แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในทางธุรกิจ ตามมาตรา 12 (1) สัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจ

3) ข้อความที่ให้สิทธิผู้ร่างสัญญาที่จะเป็นผลให้ผู้ร่างสัญญาปฏิบัติผิดไปจากสิ่งที่ได้รับการคาดหมายว่าผู้ร่างสัญญาจะปฏิบัติ มาตรา 3 (2) (ข) (1) ซึ่งใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (สัญญาเพื่อผู้บริโภค) สัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจ

⁶ อนุช อาชาทองสุข. เล่มเดิม. หน้า 81.

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 72-81.

4) ข้อความที่ให้สิทธิผู้ร่างสัญญาที่จะเป็นผลให้ผู้ร่างสัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง มาตรา 3 (2) (ข) (2) ซึ่งใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (สัญญาเพื่อผู้บริโภค) สัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจ

5) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 6 (2) ทั้งนี้เมื่อข้อความดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์กับบุคคลที่ทำสัญญาอันมิใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค มาตรา 6 (3)

6) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เป็นปฏิปักษ์กับบุคคลที่ทำสัญญาอันมิใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค ทั้งนี้ใช้เฉพาะแก่สัญญาจัดหาสินค้าอื่นๆ นอกเหนือจากสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อ มาตรา 7 (3) ซึ่งใช้กับสัญญาจัดหาสินค้า (Supply of Good) เช่น สัญญาเช่า สัญญาแลกเปลี่ยน

7) ข้อความที่ระบุให้บุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคต้องชดใช้ค่าเสียหาย (Indemnity Clauses) แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง เกี่ยวกับความรับผิดที่บุคคลนั้นจะก่อขึ้นด้วยความประมาทเลินเล่อหรือการทำผิดสัญญา มาตรา 4 (1)

8) ข้อความที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ที่คู่สัญญาอาจอยู่ภายใต้บังคับ เนื่องจากการกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation) ของคู่สัญญา ก่อนที่สัญญาจะทำขึ้น มาตรา 3 (ก)

9) ข้อความที่ยกเว้นหรือจำกัดการเยียวยาใดๆ ที่ใช้ได้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย เนื่องจากการกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation) ของคู่สัญญา ก่อนที่สัญญาจะทำขึ้น มาตรา 3 (ข) ซึ่งข้อความที่กล่าวผิดความจริงก็คือ ข้อความที่ขัดแย้งหลอกลวงนั่นเอง

ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวจะใช้บังคับได้แต่เพียงที่ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลเท่านั้น

ข้อสัญญาอาจผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลได้ แม้ว่าสัญญาได้สิ้นสุดลงแล้ว มาตรา 9 (1) เมื่อมีการทำผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้รับรองว่าสัญญายังคงใช้อยู่ เช่นนี้การทดสอบความสมเหตุสมผลยังคงมีอยู่ต่อไป มาตรา 9 (2)⁸

ประเภทสัญญาและข้อสัญญาที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งมีผลให้ข้อกำหนดมีผลใช้บังคับได้แต่เพียงที่ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล ได้แก่ สัญญาเพื่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูป สัญญาจัดหาสินค้า (Supply of Good) ข้อกำหนดการชดใช้ค่าเสียหาย (Indemnity Clauses) การกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation) รวมทั้งข้อสัญญาที่ระบุเกี่ยวกับ

⁸ แหล่งเดิม. หน้า 92.

ความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหายนอกจากทำให้ตายหรือบาดเจ็บแก่
กาย⁹

โดยศาลจะพิจารณาจาก อำนาจในการต่อรองของคู่สัญญา โอกาสที่จะเลือกเข้า
ทำสัญญาในลักษณะเดียวกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ผู้บริโภคหรือควรจะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงที่มีอยู่ใน
สัญญารวมถึงปกติประเพณีทางการค้าหรือแนวทางที่คู่กรณีเคยปฏิบัติต่อกัน ความเป็นไปได้ใน
เงื่อนไขที่กำหนดในขณะที่ทำสัญญาว่าเป็นไปได้แค่ไหนที่จะสามารถปฏิบัติได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังได้กำหนดแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องความสมเหตุสมผล
(Reasonableness Test) ดังนี้¹⁰

1) เวลาในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล ในกรณีที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัด
ความรับผิดชอบในรูปแบบของสัญญา (Contract Terms) มาตรา 11 (1) ให้วินิจฉัยความ
สมเหตุสมผลโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมที่เป็นอยู่ที่คู่สัญญาหรือควรจะได้รู้ขณะทำ
สัญญา ดังนั้นเวลาที่สำคัญคือ เวลาทำสัญญา มิใช่เวลาความรับผิดชอบเกิดขึ้น กล่าวคือ ศาลจะไม่
อนุญาตให้คู่สัญญาอ้างอิงพฤติการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการผิดสัญญาแล้ว เว้นแต่
สิ่งนั้นจะอยู่ในความคาดหมายหรือควรจะอยู่ในความคาดหมายของคู่สัญญาในเวลาทำสัญญา

ในกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในรูปแบบของหนังสือแจ้งที่ไม่มีผล
ทางสัญญา (Notice Operating in Tort) ซึ่งเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีละเมิด
มาตรา 11 (3) ให้วินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบในขณะที่ความ
รับผิดชอบเกิดขึ้นหรือควรจะเกิดขึ้น เนื่องจากความรับผิดชอบที่เกิดจากการละเมิดเป็นกรณีที่ไม่อาจนำความ
ตระหนักรู้หรือความคาดหมายล่วงหน้าในพฤติการณ์แวดล้อมที่เป็นอยู่มาประกอบการวินิจฉัย
ความสมเหตุสมผลได้

2) แนวทางในการวินิจฉัยเรื่องความสมเหตุสมผล มาตรา 11 (2) และมาตรา 11
(4)

มาตรา 11 (2) เป็นแนวทางวินิจฉัยในข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขาย
หรือสัญญาเช่าซื้อ และสัญญาจัดหาสินค้าประเภทอื่นที่มีใช้สัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อตาม
มาตรา 6 (3) มาตรา 7 (3) (4) มีแนวทางเพิ่มเติม 5 ประการ ดังนี้

(1) ความเข้มแข็งของฐานะการต่อรองของคู่สัญญา (อำนาจการต่อรองของ
คู่สัญญา)

⁹ แหล่งเดิม. หน้า 82-91.

¹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 96-105.

(2) คู่สัญญาได้รับการชักชวนให้ยอมรับข้อสัญญาหรือไม่ หรือในการยอมรับข้อสัญญาลูกค้ำมีโอกาที่จะทำสัญญาทำนองเดียวกับบุคคลอื่นๆ หรือไม่

(3) คู่สัญญาารู้หรือควารู้ถึงความมีอยู่ (Existence) และขอบเขตของสัญญา (Extent of the term) ดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงการติดต่อทางการค้าที่คู่สัญญาเคยมีต่อกันมา¹¹

(4) ในกรณีที่กำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ไว้ว่า หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด จะต้องพิจารณาว่าในเวลาทำสัญญาจะคาดหมายได้หรือไม่ว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น

(5) สินค้าได้รับการผลิต เปลี่ยนแปลง หรือปรับปรุงตามคำสั่งพิเศษของลูกค้าหรือไม่ (หากลักษณะเฉพาะบางอย่างของสินค้าถูกกำหนดขึ้นโดยลูกค้า ก็ถือว่าเป็นการยุติธรรมและสมเหตุสมผลที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความบกพร่องของสินค้าอันเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกำหนดลักษณะเฉพาะของสินค้าจากลูกค้า)

มาตรา 11 (4) เป็นแนวทางวินิจฉัยในข้อสัญญากรณีที่บุคคลจำกัดความรับผิดของคนเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาเป็นธรรมหรือไม่ ให้ดูองค์ประกอบต่อไปนี้¹²

(1) แหล่งที่บุคคลนั้นสามารถหาทรัพย์สินมาชำระหนี้ได้

(2) กรณีดังกล่าวบุคคลผู้รับผิดชอบสามารถเอาประกันภัยได้หรือไม่

การป้องกันการหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายฉบับนี้ มี 2 ข้อ ดังนี้

1) สัญญาอันที่สอง (Secondary contract) หมายความว่า การระบุข้อสัญญาไว้ในสัญญาอีกอันหนึ่งที่ไม่ใช่สัญญาหลัก โดยเป็นข้อสัญญาที่ขัดขวางการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ทำให้เสียสิทธิหรือลดสิทธิไว้ ผลคือข้อสัญญานี้ไม่ผูกพันบุคคลที่เสียสิทธิหรือลดสิทธิ ตามมาตรา 10

2) การเลือกใช้ข้อสัญญาที่ระบุกฎหมาย หมายความว่า ห้ามระบุไว้ในสัญญาว่าจะใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศแทนกฎหมายฉบับนี้ เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ตามมาตรา 27 (2)¹³

¹¹ พินัย ฌ นคร. เล่มเดิม. หน้า 573.

¹² สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 32.

¹³ อรรถราชทองสุข. เล่มเดิม. หน้า 94-95.

ภาระการพิสูจน์ (มาตรา 11 (5)) บุคคลใดกล่าวอ้างยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด บุคคลนั้น มีภาระการพิสูจน์ข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดให้ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

ประเภทของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของพระราชบัญญัตินี้ ตามมาตรา 13 (1) มีขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้คือ การขัดขวางการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในหนี้ หรือหน้าที่ตามสัญญา และนอกจากนี้ยังครอบคลุมไปถึงเรื่อง¹⁴

1) ข้อสัญญาที่เป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ทำให้ความรับผิดหรือการบังคับตามสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดหรือก่อภาระหนัก เช่น ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิของคู่สัญญาในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายให้ต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่จำกัด

2) ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการได้รับการเยียวยาใดๆ เกี่ยวกับความรับผิดหรือการกำหนดให้บุคคลใดต้องอยู่ในภาวะที่เสียเปรียบได้รับความเสียหาย เนื่องจากบุคคลนั้นเรียกร้องตามสิทธิหรือเรียกร้องให้มีการเยียวยาใดๆ เช่น ข้อกำหนดในสัญญารับขนที่ว่า จะไม่รับผิดชอบ ถ้าสินค้าสูญหายหรือเสียหายจากเหตุใดๆ หรือกำหนดข้อยกเว้นหรือห้ามใช้สิทธิเรียกค่าเสียหาย ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวเท่ากับปฏิเสธไม่ให้อีกฝ่ายได้รับการเยียวยาในความเสียหายทั้งสิ้นทุกกรณี เป็นการร่างสัญญาที่ทำลายเนื้อหาของคำมั่นที่ให้ไว้ในสัญญา

3) ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานหรือวิธีพิจารณาความ เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดให้หนังสือรับรองของสถาปนิกเป็นพยานหลักฐานที่แสดงว่างานก่อสร้างได้ถูกส่งมอบโดยสภาพสมบูรณ์แล้ว ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ใช้พฤติการณ์บางอย่างซึ่งกำหนดไว้ล่วงหน้าว่าเป็นข้อสรุปของข้อเท็จจริงในคดีโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์

สถานการณ์ที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของบุคคลที่ไม่ได้ทำเป็นธุรกิจ สัญญาประกันภัย สัญญาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ในที่ดิน สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิ หรือผลประโยชน์ในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้ ความรู้ทางเทคนิคและทางการค้า สัญญาที่เกี่ยวกับบริษัท การรวมตัวกันหรือสิทธิหรือหนี้ของสมาชิกบริษัท สัญญาที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์หรือสิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ในหลักทรัพย์ สัญญาเรือหรือลากจูงเรือทางทะเล สัญญาเช่าเรือและรถสะเทินน้ำสะเทินบก สัญญาขนส่งสินค้าโดยเรือหรือรถสะเทินน้ำสะเทินบก สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ สัญญาที่เกิดจากการขายทอดตลาดหรือโดยการประมูลแข่งขัน (เข้าใจฎีกีแปลว่าทอดตลาดไม่ได้อยู่ในบังคับแต่ตัว Regulation ศาลใช้ดุลพินิจได้) ฯลฯ (มาตรา 2-4 และมาตรา 7)

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 109.

ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่ได้ใช้กับการประกอบธุรกิจโดยทั่วไป ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่อยู่ในบังคับกฎหมายฉบับนี้ (มาตรา 3)

4.1.1.2 The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 หรือ UTCCR

แรกเริ่มกฎหมายที่อนุวัติตามตาม Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (Directive 1993) มีชื่อว่า The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อ 1 กรกฎาคม 1995 ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับอำนาจของสมาคมผู้บริโภค (Consumer Associations) ในการฟ้องคดีแทนผู้บริโภค และเปลี่ยนแปลงชื่อกฎหมายเป็น The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 โดยเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อให้ความคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะตามมติของสหภาพยุโรป (EU Directive) COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC โดยเป็นกฎหมายที่มาช่วยเสริมการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคของ The Unfair Contract Terms Act 1977 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1999

เนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้แตกต่างกับ The Unfair Contract Terms Act 1977 คือเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความคุ้มครองต่อผู้บริโภคเท่านั้น โดยผู้บริโภค หมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งไม่ได้ทำกิจการใดๆ อันเกี่ยวกับธุรกิจ¹⁵ ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค

แนวทางให้ความคุ้มครองของ EU Directive คือ กำหนดให้ผู้บริโภค หรือ Director General of Fair Trading ฟ้องคดีแทนผู้บริโภค โดยอ้างว่าข้อความในสัญญาส่วนใดส่วนหนึ่งไม่เป็นธรรม และหากขณะคดีจะมีผลทำให้ข้อสัญญาที่ยกขึ้นอ้างเป็นโมฆะไม่สามารถใช้บังคับได้ แต่ส่วนอื่นของสัญญายังคงบังคับได้ต่อไป¹⁶

The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 (UTCCR) ให้คำนิยามศัพท์ ดังนี้¹⁷

“ผู้บริโภค” หมายถึง บุคคลใดๆ ซึ่งมีใช้บริษัท กระทำการซึ่งอยู่นอกขอบเขตของธุรกิจ

¹⁵ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 93.

¹⁶ สุขุม สุภนิตย์ ข (2542, พฤษภาคม). “การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541.” วารสารกฎหมาย, 19, 2. หน้า 17.

¹⁷ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 94.

“ผู้ขาย หรือ ผู้จัดจำหน่าย” หมายถึง บุคคลใดๆ หรือองค์กร ซึ่งจัดเตรียมสินค้าหรือบริการไว้ในการค้าหรือธุรกิจ คำว่า ธุรกิจ ครอบคลุมถึงการค้าใดๆ หรือกลุ่มของผู้ประกอบอาชีพเดียวกัน และยังรวมถึงกิจกรรมของรัฐบาลหรือองค์กรของเอกชน

“ข้อสัญญามาตรฐาน” หมายถึง ข้อสัญญาซึ่งถูกร่างโดยธุรกิจ โดยไม่มีการเจรจาต่อรองกับผู้บริโภคเป็นรายบุคคล ข้อสัญญาเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่โดยปกติมักพบในข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่พิมพ์สำเร็จรูปไว้ ซึ่งมักเป็นตัวพิมพ์ขนาดเล็ก

บทบัญญัติในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 5 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากสัญญาจนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย ทั้งนี้โดยขัดต่อความสุจริต”¹⁸ โดยข้อสัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นข้อสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคและต้องเป็นสัญญาที่มิได้มีการเจรจาตัวต่อตัว

ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกัน หมายถึง ข้อสัญญาที่มีการร่างไว้ล่วงหน้า ข้อสัญญาที่คู่สัญญาไม่สามารถจะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาข้อสัญญาได้ โดยข้อสัญญามีเนื้อหาที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสุจริตด้วย ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

ในกรณีที่มีการตกลงสัญญา โดยกำหนดข้อสัญญาบางข้อที่มิได้มีการเจรจาต่อรองกัน และมีข้อสัญญาบางข้อที่มีการเจรจาต่อรองกัน เช่นนี้ข้อสัญญาข้อที่มิได้มีการเจรจาต่อรองกันยังต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายฉบับนี้ (จะอ้างว่าสัญญามีการเจรจาต่อรองแล้วมิได้)

ผู้ประกอบการค้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจที่อ้างว่าข้อสัญญามีการเจรจาต่อรองกัน ให้ฝ่ายผู้ประกอบการค้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีการพิจารณาพิศุจน์

การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของสัญญา ตามมาตรา 6 จะต้องพิจารณาจากข้อสัญญาและความสุจริตซึ่งก็คือการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงต่างๆ พฤติการณ์ต่างๆ ซึ่งก็จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละคดี เช่น อำนาจต่อรองของคู่สัญญาเท่าเทียมกันหรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ชักจูงให้อีกฝ่ายเข้าทำสัญญาหรือไม่ สินค้าหรือบริการได้จำหน่ายให้ผู้บริโภคตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภคหรือไม่ และผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ติดต่อหรือเจรจากับผู้บริโภคด้วยความเป็นธรรม (fairly and equitably) หรือไม่¹⁹ ตามที่บัญญัติว่า “...ความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาต้องพิจารณาจากลักษณะของสินค้าหรือบริการซึ่งมีการทำสัญญากันและรวมถึงเวลาที่มีการทำสัญญา

¹⁸ พินัย ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 575.

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 576.

พฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและข้อสัญญาอื่นทั้งหมดของสัญญาหรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกัน”

ราคา และสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญา มาตรา 6 (2)

สาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญา (Subject-matter) คือ สิ่งที่เป็นแก่นสาร (essence or core) ของสิ่งที่ตกลงกัน จึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของกลุ่ม²⁰

บัญญัติว่า “...ห้ามมิให้ผู้บริโภคได้แย้งราคาหรือสาระสำคัญของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากสัญญานั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่ายและเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญา (plain and intelligible language)...”

“ราคา” เป็นสิ่งที่โต้แย้งไม่ได้ เนื่องจาก “ราคา” เป็นสิ่งตอบแทนที่คู่สัญญาคาดหวังในขณะที่ทำสัญญา เพื่อให้ตนบรรลุสิ่งที่ตนคาดว่าจะได้รับตอบแทน และราคาเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นอัตตวิสัย ราคาจึงมิใช่เรื่องที่ไม่รู้หรือไม่เข้าใจได้ ส่วน “สาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญา” เป็นสิ่งที่เป็แก่นที่ตกลงกัน จึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญาจึงไม่อาจกล่าวอ้างเป็นอย่างอื่นได้

ดังนั้น ตราบใดที่สัญญานั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่ายและเป็นที่ยอมรับ การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของสัญญาจะต้องไม่ไปยุ่งกับสิ่งที่เป็สาระสำคัญของสัญญาหรือความเหมาะสมของราคาหรือค่าตอบแทนที่เป็นการแลกเปลี่ยนกับสินค้าหรือบริการนั้น

การตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค

สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือผู้ผลิตกับผู้บริโภคที่ทำเป็นหนังสือ (Written contracts) นั้น จะต้องใช้ข้อสัญญาที่เรียบง่ายและใช้ภาษาที่เข้าใจง่าย แต่ถ้าสัญญาที่สร้างขึ้นนั้นไม่เข้าใจง่ายแล้ว ให้ตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้บริโภคมากที่สุด ตามมาตรา 7 ตามหลัก

Contra proferentem rule

แต่ถ้าเป็นการขอกู้มครองชั่วคราว (Injunctions) ของ OFT²¹ ตามมาตรา 12 แล้วไม่ให้ใช้หลักการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้บริโภคนี้ เนื่องจากเป็นอำนาจของหน่วยงานของรัฐ OFT ที่จะขอยุ่แล้ว (ไม่ใช่ผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าแล้ว)

²⁰ แหล่งเดิม. หน้า 580.

²¹ สำนักงานการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading).

ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 8 โดยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ผลิตนั้น “ไม่มีผลผูกพัน” (not be binding)

ส่วนข้อสัญญาอื่นนั้น หากเป็นข้อสัญญาที่สามารถอยู่ต่อไปได้โดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นแล้ว “ยอมผูกพันคู่สัญญาต่อไป” (ไม่ผูกพันแยกส่วน)

การเลือกใช้กฎหมาย (Choice of Law) คู่สัญญาจะต้องใช้กฎหมายฉบับนี้ แม้ในสัญญาจะมีข้อสัญญาระบุให้ใช้กฎหมายฉบับอื่นก็ตาม หากสัญญาดังกล่าวมีจุดเกาะเกี่ยวทางดินแดนกับรัฐสมาชิก (the Member States)

มาตรา 10 อธิบดี (Director) มีหน้าที่พิจารณาคำร้องใดๆ ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เว้นแต่เป็นคำร้องที่ไม่เป็นสาระอันควรพิจารณาหรือเป็นการก่อกวน หรือในกรณีที่องค์กรที่มีอำนาจอื่นที่เรียกว่า A qualifying body ได้แจ้งให้อธิบดีการคำที่เป็นธรรมทราบแล้วว่าจะเป็นผู้พิจารณาคำร้องนั่นเอง

อธิบดีจะต้องให้เหตุผลในการพิจารณาหรือการไม่พิจารณาแล้วแต่กรณี สำหรับการขอคุ้มครอง (Injunction) ตามมาตรา 12

การพิจารณาของอธิบดีในการที่จะขอคุ้มครอง (Injunction) หรือ ไม่ อธิบดีจะต้องคำนึงถึงภาระหน้าที่ของตนที่เกี่ยวกับการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย (ว่าในขณะที่จะยื่นขอคุ้มครองชั่วคราว ผู้ประกอบธุรกิจยังใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่หรือไม่)

มาตรา 11 การพิจารณาคำร้องขององค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) ที่ จะพิจารณาคำร้องที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

องค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) จะต้องให้เหตุผลในการพิจารณาหรือการไม่พิจารณาแล้วแต่กรณี สำหรับการขอคุ้มครองชั่วคราว (Injunction) ตามมาตรา 12

การพิจารณาขององค์กรที่มีอำนาจอื่นในการที่จะขอคุ้มครอง (Injunction) หรือ ไม่ องค์กรที่มีอำนาจอื่นจะต้องคำนึงถึงภาระหน้าที่ของตนที่เกี่ยวกับการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วยเช่นกัน (ว่าในขณะที่จะยื่นขอคุ้มครองชั่วคราว ผู้ประกอบธุรกิจยังใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่หรือไม่)

การขอคุ้มครอง (Injunction) เพื่อป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อไป ตามมาตรา 12

อธิบดี (Director) หรือ องค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) อาจขอคุ้มครอง (Injunction) หรือขอคุ้มครองชั่วคราว (Interim Injunction) สำหรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้หรือแนะนำให้ผู้บริโภคใช้สัญญาดังกล่าว

แต่องค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) จะใช้อำนาจขอคุ้มครอง (Injunction) ได้ จะต้องแจ้งอธิบดีการค้าที่เป็นธรรมทราบถึงเจตนาที่ขอคุ้มครองอย่างน้อย 14 วัน ก่อนวันที่ยื่นคำขอคุ้มครอง หรืออาจยื่นคำขอนั้นสั้นกว่า 14 วันได้ถ้าอธิบดีการค้าที่เป็นธรรม ยินยอม

การพิจารณาคำขอของศาลภายใต้บทบัญญัตินี้ ศาลอาจอนุญาตให้หยุดใช้ข้อ สัตถุณยานั้นได้ หากศาลเห็นสมควร

ผลของคำสั่งให้คุ้มครองนี้ ไม่เพียงแต่จะมีผลใช้กับข้อสัตถุณยานี้ที่ไม่เป็นธรรมที่ยื่น คำขอเท่านั้น แต่ยังมีผลบังคับไปถึงข้อสัตถุณยานี้ที่มีลักษณะคล้ายกันหรือมีผลคล้ายกันที่ผู้ประกอบการ ธุรกิจใช้หรือแนะนำให้บุคคลใดๆใช้ด้วย

มาตรา 13 อำนาจของอธิบดี (Director) และองค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) ในการเรียกเอกสารและข้อมูล

อธิบดีอาจใช้อำนาจที่ได้รับจากบทบัญญัตินี้ เพื่อใช้ในการพิจารณาคำร้อง เกี่ยวกับข้อสัตถุณยานี้ที่ไม่เป็นธรรมที่ได้ร่างขึ้นใช้เป็นการทั่วไปนั้น หรือใช้ในการสืบสวนว่าบุคคล ใดๆ ได้ปฏิบัติตามภาระหน้าที่หรือตามคำสั่งศาลเกี่ยวกับการใช้ข้อสัตถุณยานี้หรือการเสนอให้ใช้ข้อ สัตถุณยานี้ในสัตถุณยานี้ซึ่งทำกับผู้บริโภคต่อไป

องค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) ซึ่งได้แก่องค์กรที่กำหนดไว้ใน Part 1 Schedule 1 (ได้แก่ The Data Protection Registrar, The Director General of Electricity Supply, The Director General of Electricity Supply for Northern Ireland, The Director General of Gas Supply, The Director General of Gas Supply for Northern Ireland, The Director General of Telecommunications, The Director General of Water Services, The Rail Regulator, Every weights and measures authority in Great Britain, The Department of Economic Development in Northern Ireland) อาจใช้อำนาจเช่นเดียวกับอธิบดีตามที่กล่าวมาแล้วได้ แต่ต้องใช้อำนาจเท่าที่เกี่ยวกับอำนาจ ของตนเท่านั้น เช่น อธิบดีกึ่งค้าก็เรียกเอกสารได้เฉพาะเกี่ยวกับกึ่งค้า

อธิบดี และองค์กรที่มีอำนาจอื่นที่กำหนดไว้ใน Part 1 Schedule 1 อาจเรียกให้ บุคคลใดๆ ส่งสำเนาเอกสารใดๆ ข้อมูลใดๆ ที่บุคคลนั้นได้ใช้หรือเสนอให้ใช้ซึ่งเป็นสัตถุณยานี้ สำเร็จรูปในการติดต่อค้าขายกับผู้บริโภคในเวลาที่น่าสงสัยบอกกล่าวได้ส่งไป

อำนาจการเรียกเอกสารหรือข้อมูลในบทบัญญัตินี้ จะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือ ซึ่งอาจกำหนดแนวทางและระยะเวลาให้ปฏิบัติตาม ซึ่งหนังสือบอกกล่าวนี้อาจถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยหนังสือบอกกล่าวฉบับต่อไปได้

บทบัญญัติการเรียกให้ส่งเอกสารหรือข้อมูลนี้จะไม่อาจใช้บังคับได้ หากผู้ถูกเรียกให้ส่งเอกสารหรือข้อมูลมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งหรือ ผลัดหรือ ให้ในกระบวนการพิจารณาทางแพ่งของศาล (หากในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลบุคคลปฏิเสธที่จะไม่ส่งได้ ในชั้นของอธิบดีหรือองค์กรที่มีอำนาจอื่นก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งเช่นกัน)

ถ้าบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าวภายใต้บทบัญญัตินี้โดยคำขอของอธิบดี และองค์กรที่มีอำนาจอื่น ศาลอาจออกคำสั่งที่ศาลเห็นสมควรเรียกให้บุคคลนั้นกระทำตามคำสั่งได้ และคำสั่งใดๆ เช่นว่านั้น อาจกำหนดให้ใช้ค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดขึ้นจากคำขอนั้นให้ตกเป็นภาระของบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าว หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทหรือสมาคมอื่นๆ ที่เป็นผู้รับผิดชอบที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าวนั้น

มาตรา 14 การแจ้งการดำเนินการและคำสั่งขององค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) ไปยังอธิบดี (Director)

องค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) มีหน้าที่แจ้งอธิบดีเกี่ยวกับ

1) ภาระหน้าที่ใดๆ ที่ได้รับจากบุคคลใดๆ (ที่ได้รับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับผู้บริโภคร่วมกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม) ซึ่งองค์กรที่มีอำนาจอื่นพิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2) ผลของคำขอคุ้มครอง (Injunction) และข้อสัญญาที่ตนได้รับร้องเรียนมา หรือคำสั่งของศาลเกี่ยวกับคำขอคุ้มครอง

3) ผลของคำขอใดๆ ที่ออกโดยองค์กรที่มีอำนาจอื่น ในการบังคับตามคำสั่งของศาล

มาตรา 15 การเผยแพร่ต่อสาธารณะชน ข้อมูล และคำแนะนำ

อธิบดีต้องจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะชนให้มีลักษณะที่เหมาะสม ในรายละเอียดการดำเนินการขององค์กรที่มีอำนาจอื่น (A qualifying body) ตามมาตรา 14 รายละเอียดการดำเนินการที่ได้รับมาจากบุคคลใดที่เห็นว่าเป็นข้อสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รายละเอียดของคำขอคุ้มครอง (Injunction) ตามมาตรา 12 และข้อสัญญาที่ตนได้รับร้องเรียนมา หรือคำสั่งของศาล รายละเอียดเกี่ยวกับคำขอของอธิบดีในการบังคับตามคำสั่งของศาล

และเสนอข้อมูลและคำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินการตามกฎหมายฉบับนี้

นอกจากนี้อธิบดีจะต้องส่งข้อมูลเกี่ยวกับการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้แก่หน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่ได้กล่าวมาแล้ว ส่วนผู้ประกอบการก็อาจได้รับข้อมูลการพิจารณานี้ได้หากได้มีคำขอต่ออธิบดี

รูปแบบของสัญญาที่ถูกยกเว้นจากข้อบังคับของ UTCCR ได้แก่ การจ้างแรงงาน สิทธิในการรับมรดก เรื่องกฎหมายครอบครัว การก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ แต่สัญญาประกันภัยสามารถชี้ว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ได้ เว้นแต่ข้อสัญญาที่ให้คำอธิบายและให้คำจำกัดความในเรื่องความเสี่ยงของประกันภัยหรือความรับผิดชอบของบริษัทประกันภัย²²

ข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ (Non-Exhaustive List)

ข้อสัญญามาตรฐาน 17 ประเภท ซึ่งเป็นผลมาจากการอนุวัติตาม Directive ตามความตกลงของสหภาพยุโรป ตามตาราง 3 ของข้อบังคับ ใน Annex ท้าย Directive ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ (Non-Exhaustive List) ตามตาราง 2 (Schedule 2) ท้าย Regulation โดยเป็นเพียงตัวอย่างรายการ (List) ข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ซึ่งจะต้องพิจารณาพฤติกรรมอื่นประกอบด้วย ได้แก่²³

1) ข้อสัญญาที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบสำหรับความตายหรือบาดเจ็บ

“ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้บริโภค”

2) ข้อสัญญาที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการทำผิดสัญญา

“ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบโดยไม่สมควรที่ผู้บริโภคมีต่อผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน รวมทั้งสิทธิในการหักกลบลบหนี้”

3) ข้อสัญญาที่ไม่ต้องมีหน้าที่ในการให้บริการ

“ข้อสัญญาที่กำหนดให้หน้าที่ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการในการให้บริการแก่ผู้บริโภคตามสัญญา อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ความสำเร็จของเงื่อนไขนั้นขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการแต่เพียงฝ่ายเดียว”

4) ข้อสัญญาสงวนที่จะคืนเงินล่วงหน้าของผู้บริโภคในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา (Retention of Prepayments)

“ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้ว ในกรณีที่ผู้บริโภคไม่ทำสัญญาให้ลุล่วงไปหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยมิได้ให้สิทธิ

²² P.S. Atiyah. (n.d.). *An Introduction to the Law of Contract*. pp. 314. อ้างถึงใน นพดล ปกรณ์นิมิตติ. (2542). *ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540*. หน้า 95.

²³ พินัย ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 578-579.

ผู้บริโภคได้รับค่าเสียหายจำนวนเท่าเทียมกันในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา”

5) ข้อสัญญาที่กำหนดการปรับหรือลงโทษที่สูงเกินส่วน

“ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ครบถ้วน ชำระค่าเสียหายสูงเกินส่วน”

6) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่ต้องแจ้ง

“ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยกเลิกสัญญาได้อำเภอใจเพียงฝ่ายเดียว หรือยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วโดยที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยังไม่มีได้จัดบริการตามสัญญาให้แก่ผู้บริโภคในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญาเสียเอง”

7) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อน

“ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้บริโภคทราบตามสมควร”

8) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ต่ออายุสัญญาโดยอัตโนมัติ

“ข้อสัญญาในสัญญาที่มีกำหนดเวลาแน่นอนที่กำหนดว่า กำหนดเวลาตามสัญญาจะขยายออกไปทันทีเมื่อผู้บริโภคมิได้แจ้งเป็นประการอื่น โดยที่สัญญานั้นกำหนดเวลาให้ผู้บริโภคแจ้งความประสงค์ที่จะไม่ให้ขยายระยะเวลาตามสัญญา แต่กำหนดให้แจ้งล่วงหน้านานมากจนเกินสมควร”

9) ข้อสัญญาที่ซ่อนเร้น (Hidden Terms)

“ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคผูกพันตามข้อสัญญาที่ผู้บริโภคไม่มีโอกาสอย่างแท้จริงที่จะทำความคุ้นเคยก่อนเข้าทำสัญญา”

10) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาแต่ฝ่ายเดียว

“ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุผลโดยชอบ”

11) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงสินค้าหรือบริการแต่ฝ่ายเดียว

“ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือบริการได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุโดยชอบ”

12) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิในการขึ้นราคา

“ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนดราคาในเวลาส่งมอบหรือขึ้นราคาได้โดยไม่ให้สิทธิผู้บริโภคเลิกสัญญา หากราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงกว่าราคาที่ได้ตกลงกันในเวลาทำสัญญามาก”

13) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิตัดสินใจโต้แย้งเรื่องสัญญาแก่ผู้ประกอบการค้าแต่เพียงผู้เดียวเป็นขั้นตอนสุดท้าย

“ข้อสัญญาที่ให้สิทธิให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตัดสินใจว่า สินค้าหรือบริการเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ หรือให้ผู้ประกอบการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการตีความข้อสัญญา”

14) ข้อสัญญาจำกัดหนี้

“ข้อสัญญาที่จำกัดหนี้ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่เกิดจากการที่ตัวแทนของตนให้ข้อผูกพัน (Commitments) แก่ผู้บริโภค หรือกำหนดให้ข้อผูกพันที่ตนมีต่อผู้บริโภคต้องมีการปฏิบัติตามกระบวนการใดเป็นพิเศษ”

15) ข้อสัญญาที่กำหนดการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่เท่าเทียมกัน (Unequal Obligations)

“ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคปฏิบัติการชำระหนี้ให้ครบถ้วน แม้ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนของตน”

16) ข้อสัญญาที่กำหนดให้สิทธิในการโอนทรัพย์สินโดยปราศจากความยินยอม

“ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการโอนสิทธิหรือหนี้ตามสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภค โดยที่การโอนดังกล่าวอาจทำให้หลักประกันของผู้บริโภคลดน้อยลง”

17) ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางกฎหมาย

“ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือขัดขวางสิทธิของผู้บริโภคในการดำเนินคดีหรือดำเนินการเยียวยาทางกฎหมายโดยประการอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการกำหนดให้ผู้บริโภคต้องนำข้อพิพาทสู่อุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งมีได้เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการรับรองโดยทบปญญติแห่งกฎหมาย หรือโดยการจำกัดสิทธิในการแสดงพยานหลักฐาน หรือโดยการกำหนดให้ผู้บริโภคมีหน้าที่นำสืบต่างๆ ที่ตามกฎหมายผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายต้องนำสืบ”

ข้อยกเว้นในการวินิจฉัยข้อสัญญาสำหรับธุรกรรมบางประเภท โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงิน เพื่อไม่ให้มีการอ้างข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมาเป็นอุปสรรคต่อภาคธุรกิจการเงิน หรือกรณีที่มีความผันผวนในอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราหรือการซื้อขายหลักทรัพย์ที่ไม่

อาจคาดการณ์ได้แน่นอน ที่ผู้ประกอบการจึงสามารถกำหนดให้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงอัตราสินค้าหรือบริการได้ ดังนี้²⁴

ตัวอย่างข้อสัญญาข้อที่ 7 เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถ้าเป็นข้อสัญญาซึ่งผู้ให้บริการทางการเงินจะสงวนสิทธิในการบอกเลิกสัญญาโดยไม่มีกำหนดเวลา แต่ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องแจ้งเหตุผลโดยชอบ แต่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบโดยทันที

ตัวอย่างข้อสัญญาข้อที่ 10 เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถ้าเป็นข้อสัญญาซึ่งผู้ให้บริการทางการเงินจะสงวนสิทธิในการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมการให้บริการทางการเงินซึ่งผู้บริโภคต้องชำระหรือที่จะถึงกำหนดชำระต่อไปโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งเหตุผลโดยชอบ แต่ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบในโอกาสแรกสุด

ตัวอย่างข้อสัญญาข้อที่ 7 10 12 ไม่ใช่บังคับกับธุรกรรมประเภทที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์ที่เปลี่ยนมือได้ ตราสารทางการเงินและสินค้าหรือบริการที่ราคาเชื่อมโยงกับการเปลี่ยนแปลงของการอ้างอิงหรือดัชนีแห่งตลาดหลักทรัพย์หรืออัตราของตลาดทางการเงินซึ่งผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่สามารถควบคุมได้ สัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายเงินตราระหว่างประเทศ เช็กเดินทางหรือตัวเงินระหว่างประเทศซึ่งกำหนดตามเงินตราต่างประเทศ

ตัวอย่างข้อสัญญาข้อที่ 12 เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถ้าเป็นข้อสัญญาที่อ้างอิงกับราคาตามดัชนีซึ่งตามกฎหมายกำหนดวิธีการซึ่งการเปลี่ยนแปลงราคาดังกล่าวมีการแสดงโดยเปิดเผย

4.1.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษ” ของบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ ได้แก่

1) มาตรการลงโทษทางแพ่งของ The Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) และ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 (UTCCR)

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืน The Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) สัญญาจะมีผลบังคับอย่างไรขึ้นอยู่กับว่าข้อสัญญานั้นผ่านความสมเหตุสมผลหรือไม่ โดยศาลจะบังคับข้อสัญญาให้ตามสมควรเท่านั้น (เป็นบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดชอบหรือยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสัญญานั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่)

²⁴ วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 102-103.

หากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 (UTCCR) ผลคือ ให้ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ต้องห้าม เพราะมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือข้อสัญญาไม่มีผลใช้บังคับ (คล้ายกับเป็นโมฆะ) เฉพาะข้อสัญญาที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาอื่นที่เป็นธรรมยังคงใช้บังคับได้ต่อไป

2) นอกจากนี้ยังมีคำสั่งคุ้มครอง (Injunction) ซึ่งเป็นอำนาจของ Office of Fair Trading หรือ OFT ที่จะยื่นคำร้องเพื่อขอหมายให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้ประกอบการกระทำกรณาดังกล่าวอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วคราวเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค ในบทบัญญัติ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 (UTCCR) ที่กล่าวมาแล้ว

ไม่มี “บทลงโทษ” ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ

4.1.3 องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย

สำนักงานการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading หรือ OFT)²⁵

สำนักงานการค้าที่เป็นธรรม หรือ OFT คือ หน่วยงานของรัฐที่ไม่สังกัดกระทรวง ซึ่งก่อตั้งโดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า (The Fair Trading Act 1973) โดยมีอำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมดูแลด้านเศรษฐกิจของประเทศสหราชอาณาจักร

ภาระหน้าที่หรือเป้าหมายของ OFT คือ การทำให้ตลาดทำงานได้ดีสำหรับผู้บริโภค และเกิดการแข่งขันที่เข้มแข็งระหว่างผู้ประกอบการค้าด้วยกันอย่างเป็นธรรม ทั้งยับยั้งการประกอบการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น การประกอบการค้าที่ไม่สุจริตและการผูกขาดทางการค้า

ทั้ง OFT มีอำนาจในการขอคุ้มครอง (Injunction) ตามมาตรา 12 The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 ได้

อธิบดีการค้าที่เป็นธรรม (Director General of Fair Trading)

Director General of Fair Trading มีบทบาทหน้าที่ติดตามการร้องทุกข์ของผู้บริโภค และพิจารณาคำร้องทุกข์ที่ได้รับที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ไม่มีอำนาจริเริ่มพิจารณาเอง และเมื่ออธิบดีพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและเป็นธุรกิจที่กำลังสร้าง

²⁵ The Office of Fair Trading. (n.d.). About the OFT. Retrieved January 13, 2011, from

ปัญหาความกังวล อธิบตีอาจมีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้หยุดใช้ข้อสัญญาหรือแก้ไขข้อสัญญานั้นก่อนจะขอให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้²⁶

4.2 ประเทศอเมริกา

การให้คุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในช่วงแรกของอเมริกาเป็นของศาล โดยศาลได้ใช้หลักต่างๆ มาแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญา ได้แก่

หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน (Lack of Mutual Assent) สัญญาจะต้องเกิดจากการแสดงเจตนาโดยสมัครใจของกลุ่มสัญญา ดังนั้นความยินยอมของกลุ่มสัญญาจึงเป็นสิ่งสำคัญ หากกลุ่มสัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้ยินยอมด้วยในการทำสัญญา ย่อมปฏิเสธผลของสัญญาได้ เช่น กลุ่มสัญญาที่ไม่ได้อ่านหรือไม่เข้าใจข้อสัญญาสำเร็จรูป ย่อมถือว่าสัญญาไม่มีผลบังคับ

หลักไม่มีการต่างตอบแทนกัน (Lack of Mutuality) โดยทั่วไปสัญญาที่เกิดขึ้นมักเป็นสัญญาต่างตอบแทน คือสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นเจ้าของหนี้ซึ่งกันและกันและมีหน้าที่ตอบแทนซึ่งกันและกัน ดังนั้นหากมีการทำสัญญาต่างตอบแทน แต่มีการกำหนดเงื่อนไขให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องตอบแทน เช่นนี้สัญญาย่อมไม่มีผลบังคับ เช่น กำหนดเงื่อนไขว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้

หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (Lack of Consideration) เกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยกข้อปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ตนได้ให้ไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นความล้มเหลวของการต่างตอบแทน

หลักข้อบกพร่องในการให้เกิดสัญญา (Defects in Formation of Contract) เป็นหลักที่ศาลสร้างขึ้นมาเพื่อบรรเทาความเสียหายให้แก่คู่สัญญา คือ กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เพิ่มเติมเอกสารอีกฉบับหนึ่งภายหลังจากที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ลงนามในสัญญาแล้ว ศาลได้ตัดสินว่าเอกสารส่วนนั้นไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) เกิดจากการที่รัฐต้องการต่อต้านการทำสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน ศาลจึงได้ใช้หลักความสงบเรียบร้อยมาวินิจฉัย เช่น ข้อจำกัดการรับประกันในสัญญา ตัวอย่างเช่นผู้ขายระบุข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบว่า หากเกิดความเสียหายผู้ขายจะเปลี่ยนอะไหล่ให้เท่านั้น เช่นนี้หากมีความเสียหายเกิดจากการที่สินค้าชำรุดเพราะเหตุจากผู้ขาย สัญญานี้จะไม่มีผลใช้บังคับ

หลักการตีความสัญญา (Construction) เป็นหลักที่ศาลใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า เพื่อควบคุมสัญญาสำเร็จรูป ได้แก่ หลัก Contra Proferentem Rule คือ ถ้า

²⁶ นพตล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 97.

สัญญาบรรจุกู้ที่มีความหมายเป็นสองนัย ให้ตีความสัญญาไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ร่างสัญญาให้น้อยที่สุด หลักการพรรณานาค้ำที่ซื้อขายลบล้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เช่น ตกลงทำสัญญาซื้อขายรถใหม่กัน แต่ในสัญญาซื้อขายกลับระบุเพิ่มว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดถ้าผู้ขายส่งมอบรถไปแล้วแก่ผู้ซื้อ เช่นนี้ข้อความดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ²⁷

ต่อมากลับพบปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากขึ้น ทำให้ศาลไม่อาจนำเอาหลักต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นนำมาวินิจฉัยได้อีก ศาลจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้ทั่วถึงอีกต่อไป รัฐจึงต้องหามาตรการทางกฎหมายมาช่วยแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งก็คือ UCC (Uniform Commercial Code) หรือประมวลกฎหมายพาณิชย์อเมริกา มาตรา 2-302

4.2.1 มาตราการทางกฎหมาย

มาตราการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอเมริกา ได้แก่

4.2.1.1 Uniform Commercial Code หรือ UCC (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปของประเทศสหรัฐอเมริกา)

Uniform Commercial Code หรือ UCC (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปของประเทศสหรัฐอเมริกา) มาตรา 2-302 Unconscionability Provision²⁸

“หากศาลเห็นว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรม โดยพิจารณาจากเวลาขณะที่ทำสัญญาแล้ว ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับสัญญาหรืออาจจะบังคับสัญญาโดยถือว่าสัญญานั้นมิได้มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่ หรืออาจจะให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นใช้บังคับได้ในขอบเขตจำกัด เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ให้ถือว่าการวินิจฉัยประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นการวินิจฉัยในประเด็นข้อกฎหมาย

เมื่อมีการกล่าวอ้างหรือเมื่อปรากฏแก่ศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดอาจจะไม่เป็นธรรม ให้คู่สัญญามีโอกาสอันควรที่จะแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมทางการค้าวัตถุประสงค์ และผลของสัญญาหรือข้อสัญญานั้น เพื่อช่วยการวินิจฉัยของศาล”

UCC (Uniform Commercial Code) หรือประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายกลางที่ให้แต่ละมลรัฐนำไปบัญญัติใช้ในมลรัฐของตน โดยบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ มาตรา 2-302 ซึ่งบัญญัติหลักการวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมไว้โดยใช้ “หลักความสมเหตุสมผล” (Unconscionability) มาใช้แก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีหลัก

²⁷ วิชัย จิตตपालกุล. เล่มเดิม. หน้า 107.

²⁸ พินัย ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 564.

ว่า “ถ้าศาลพบว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรมในขณะที่ทำสัญญานั้น ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญา โดยไม่มีข้อสัญญาที่ไม่มีมีมโนธรรม (ความสมเหตุสมผล) หรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาใดที่ไม่เป็นธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลใดๆที่ไม่เป็นธรรม” กล่าวคือ หากข้อสัญญาขัดต่อความสมเหตุสมผลแล้ว ให้ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามข้อสัญญานั้น แต่ให้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสมเหตุสมผลนั้น เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดกำหนดราคาสินค้าไว้สูงเกินไป ข้อยกเว้นการรับประกัน ข้อยกเว้นการเยียวยา ข้อสัญญาการกำหนดการเร่งชำระหนี้ ข้อสัญญาที่กำหนดการสิ้นสุดของสัญญา ข้อสัญญาการกำหนดการสละการต่อสู้ ข้อสัญญาการกำหนดการละเว้นที่จะเรียกเอาค่าเสียหายในการชำระหนี้ล่าช้า เป็นต้น²⁹

โดยก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่ธรรมหรือไม่ ศาลจะต้องให้โอกาสตามสมควรแก่คู่สัญญาที่จะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์ และผลทางการค้าแก่ศาลก่อน แล้วจึงมีคำวินิจฉัย เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย ตามมาตรา 2-302

การพิเคราะห์พยานหลักฐานในการนำสืบของคู่ความเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมทางการค้า ที่ช่วยศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 2-302 ปรากฏให้เห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลและบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ (Official Comment) เช่น³⁰

- 1) การไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย (Lack of Meaningful Choice)
- 2) ความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและสัญญาจำยอม (Superiority of Bargaining Power and Adhesion Contracts)
- 3) ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise)
- 4) วิธีปฏิบัติแบบโง่และการหลอกลวง (Sharp Practices and Deception)

Unconscionability ในความหมายของ Black's Law Dictionary (7th ed) คือ หลักการซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของศาลในการที่จะปฏิเสธการมีผลบังคับใช้ของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือก่อบาปที่หนัก ด้วยเหตุจากวิธีการที่ไม่ถูกต้องขณะทำสัญญา หรือการบิดพลิ้วในเนื้อหาของสัญญา เช่น ข้อสัญญาที่ทำลายความคาดหวังของคู่สัญญาพอสมควร หรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของราคา หรือการใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งแต่ละวิธีเหล่านี้จะเป็นพื้นฐานในการหาความไม่สมเหตุสมผลของศาล

²⁹ สรร สระศรี. (2549). มาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคด้านสัญญาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีสัญญาสำเร็จรูป. หน้า 49.

³⁰ วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 260-261.

การให้ความคุ้มครองของมาตรา 2-302 ของ UCC ไม่ได้จำกัดกลุ่มการให้ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ เพียงแต่บัญญัติให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสัญญาสำเร็จรูปและสัญญามาตรฐานต่างๆ ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลใดที่ได้รับความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปและสัญญามาตรฐานก็จะได้รับความคุ้มครองจากมาตรา 2-302 ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (B-C) หรือ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน (B-B)

การใช้มาตรา 2-302 ของศาล ซึ่ง Leff ได้แบ่งความไม่เป็นธรรม Unconscionability ออกเป็น 2 ประเภท คือ³¹

1) Procedural Unconscionability หมายถึง การที่สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากความไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหรือเกี่ยวข้องกับพฤติการณ์แวดล้อมของการต่อรอง ซึ่งอาจมีสาเหตุจากการไม่มีทางเลือก อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม วิธีการเลือกปฏิบัติแบบกลโกงและการหลอกลวง

2) Substantive Unconscionability หมายถึง การที่สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือผลอันไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญานั้นเอง เช่น ข้อกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม ข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ไม่เป็นธรรม ข้อกำหนดการสละข้อต่อสู้ข้อกำหนดการเร่งชำระหนี้

เจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์อเมริกา มาตรา 2-302 คือ จะต้องเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา และกระบวนการทำสัญญา³²

ความเป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองโดยหลักดังต่อไปนี้

1) ความประหลาดใจอันไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise) คือ พฤติการณ์ที่คู่สัญญาไม่รู้หรือเข้าใจในข้อสัญญา เมื่อเข้าใจผลของข้อสัญญาในภายหลังจึงได้เกิดความประหลาดใจ เช่น ความซับซ้อนของภาษา การเขียนสัญญาซ่อนไว้ในลักษณะที่มองไม่เห็นชัดเจน การที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา

2) การใช้อำนาจครอบงำ (Oppression) คือ การที่คู่สัญญาถือโอกาสกำหนดข้อสัญญาให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอย่างมากเมื่อรู้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในพฤติการณ์ที่อ่อนแอและกรณีที่มีการผูกขาด โดยที่คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอนี้จะต้องไม่รู้และเข้าใจในสัญญาด้วย

³¹ นพดล ปกรณ์นิมิตติ. เล่มเดิม. หน้า 103.

³² พิณย ฒ นคร. เล่มเดิม. หน้า 564.

ความเป็นธรรมในเนื้อหา กฎหมายประสงค์ให้ศาลเป็นผู้วางและพัฒนาหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง ซึ่งศาลจะวางหลักเกณฑ์กว้างๆ โดยพิจารณาพื้นฐานทางการค้าและพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในขณะทำสัญญา

การพัฒนาและการใช้มาตรา 2-302 ของศาล ซึ่งโดยมาตร 2-302 ของ UCC อยู่ในหมวด 2 นี้ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลใช้วิธีตีความภายใต้อำนาจนโยบายและวัตถุประสงค์ของ UCC ตามมาตรา 1-102 (1) ที่บัญญัติว่า รัฐบัญญัตินี้ต้องตีความและใช้อย่างกว้างขวางเพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์และนโยบายที่รองรับ ดังนั้นศาลจึงสามารถตีความเพื่อขยายความเป็นธรรมออกไปได้ โดยสามารถนำมาตร 2-302 มาใช้กับเรื่องอื่นนอกจากสัญญาซื้อขายได้ โดยการเทียบเคียง (Analogy) หรือโดยเห็นว่าเป็นหลักกฎหมาย Equity ที่มีมาแต่เดิม³³ เช่น สัญญาประกันที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้า สัญญาระหว่างลูกค้ากับธนาคาร สัญญาเกี่ยวกับการบริการส่วนตัว ซึ่งการตีความนี้ศาลเห็นว่าหลักความไม่เป็นธรรมนี้ใช้ด้วยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายมาตรา 2-302 เท่านั้น ไม่ใช่ใช้เพราะ UCC วางหลักเกณฑ์ไว้ให้ใช้กับเรื่องดังกล่าว³⁴

ผลของการที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมด หรือ อาจบังคับให้บางส่วนในส่วนที่ปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือ จำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาในระดับมลรัฐที่ใช้กันต่างออกไป เช่น The Uniform Consumer Sales Practices Act 1917 ที่ใช้บังคับในรัฐฮาวาย รัฐเดลาแวร์ รัฐจีโอเก รัฐแคนซัส The Tennessee Consumer Protection Act 1977 ที่ใช้บังคับในรัฐเทนเนสซี เป็นต้น³⁵

4.2.1.2 Restatement (second) of Contract

Restatement (second) of Contract ซึ่งจัดทำโดย America Law Institute เป็นตำราที่มีอิทธิพลต่อศาลเป็นอย่างมากในปัจจุบัน ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับประมวลกฎหมายสัญญาโดยนำเอาหลัก Unconscionability ในมาตรา 2-302 มาบัญญัติไว้ใน มาตรา 1-208 ของ Restatement ดังกล่าว ทำให้หลัก Unconscionability เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายสัญญาโดยมิได้จำกัดอยู่เพียงสัญญาซื้อขาย³⁶ เท่านั้น

³³ แหล่งเดิม.

³⁴ อรุณช อาษาทองสุข. เล่มเดิม. หน้า 125.

³⁵ สรรธ สระศรี. เล่มเดิม. หน้า 49.

³⁶ พินัย ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 564.

4.2.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษ” ของ Uniform Commercial Code หรือ UCC (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปของประเทศสหรัฐอเมริกา) มาตรา 2-302 ที่ใช้คุ้มครองผู้บริโภคในมลรัฐต่างๆ มีดังนี้³⁷

1) มาตรการลงโทษทางแพ่ง ที่บัญญัติให้ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมด หรือ อาจบังคับให้บางส่วนในส่วนที่ปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือ จำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่เป็นธรรมได้

2) การขอยกฟ้องศาลมีคำสั่งห้าม (Injunction Relief) ซึ่งการมีคำสั่งห้ามผู้ประกอบการธุรกิจกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งนี้เป็นอำนาจของศาล โดยให้อำนาจ Attorney General³⁸ เป็นผู้ยื่นคำร้องขอ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคโดยรวม

3) การทำประกันพันธัน (Assurances of compliance) เมื่อมีการร้องเรียนมายัง Attorney General ว่าผู้ประกอบการละเมิดสิทธิผู้บริโภคแล้ว Attorney General อาจเรียกผู้ประกอบการรายนั้นมาทำประกันพันธันไว้ว่าจะไม่กระทำผิดอย่างนั้นอีกต่อไป โดยที่ไม่ต้องมีการฟ้องคดี และหากผู้ประกอบการทำผิดประกันพันธัน กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ประกอบการทำผิดตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว Attorney General จึงไม่ต้องนำสืบในประเด็นนี้อีก และการผิดสัญญาประกันพันธันจะเป็นมูลให้ศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดไปได้ทีเดียว

4) การออกข้อกำหนดหรือกฎระเบียบ (Substantive Rulemaking) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจะให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อออกข้อกำหนดและระเบียบเกี่ยวกับการประกอบกิจการ ทั้งนี้เพื่อมาตรฐานการประกอบกิจการแก่ผู้ประกอบการที่มีความชัดเจน และเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงกฎระเบียบต่างๆ ที่ได้ประกาศเป็นกฎหมายลำดับรองให้ทราบทั่วกัน

³⁷ ขวัญชัย ไทยาภิรมย์. (2544). การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา: ศึกษากรณีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา. หน้า 96-98.

³⁸ Attorney General (อัยการของรัฐ) อยู่ในสังกัดของ State Attorney General (อัยการสูงสุดมลรัฐ).

“บทลงโทษ” ของการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม Uniform Commercial Code หรือ UCC มาตรา 2-302 คือ การเปรียบเทียบปรับทางแพ่งและทางอาญา (Civil and Criminal Penalties) โดยการกำหนดโทษปรับนี้จะต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ค่าปรับทางแพ่งเพราะเหตุละเมิดกฎหมายที่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือการหลอกลวงมีจำนวนน้อยกว่าค่าปรับที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งห้าม (Injunction)³⁹

4.2.3 องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย

ศาลเป็นผู้วางหลักเกณฑ์กว้างๆ ในการวิเคราะห์ว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยศาลจะวางหลักกว้างๆ ว่าให้พิจารณาที่พื้นฐานทางการค้าและพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะทำสัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายประสงค์ให้ศาลเป็นผู้วางและพัฒนาหลักเกณฑ์ดังกล่าว⁴⁰

The Federal Trade Commission หรือ FTC เป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีคณะกรรมการจำนวน 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีและแต่งตั้งตามคำแนะนำและความยินยอมของวุฒิสภา โดยมีประธานาธิบดีเป็นประธานคณะกรรมการโดยตำแหน่ง มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี โดยมีคุณสมบัติจะต้องไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพหรือลูกจ้างและกรรมการ

FTC มีอำนาจในการควบคุมและดำเนินการตามกฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้าและการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามบทบัญญัติของ The Federal Trade Commission Act 1914 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่ง FTC มีสำนักงานปฏิบัติการ (The Operating Bureaus) ที่ทำหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคคือ สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) ที่ดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรม และดำเนินการบังคับใช้คำสั่งของคณะกรรมการภายใต้ The Federal Trade Commission Act เช่น การให้ความรู้ทางธุรกิจ การร้องเรียน การสอบสวนข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียน การบังคับตามคำสั่งให้กระทำหรือไม่กระทำ การออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งควบคุมโดยผู้อำนวยการสำนักงาน (Bureau Director)⁴¹

โดย FTC จะมอบหมายให้องค์กร State Attorney General เป็นผู้ใช้บังคับกฎหมายร่วมกับหน่วยงานอื่นๆ ในระดับมลรัฐ เช่นใน Ohio ให้ทำงานร่วมกับ Department of Commerce⁴²

³⁹ ขวัญชัย ไทชาภิรมย์. เล่มเดิม. หน้า 96-98.

⁴⁰ พินัย ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 568.

⁴¹ Peter C. Ward. (1992). **Federal Trade Commission: Law Practice and Procedure**. pp. 2.3-2.10.

⁴² John A. Sebert Jr. (1975). “Enforcement of state Deceptive Trade Practice Statutes.” **Tennessee Law Review**, 42. p. 704. อ้างถึงใน ขวัญชัย ไทชาภิรมย์. (2544). การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา: ศึกษากรณีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา. หน้า 93.

State Attorney General (อัยการสูงสุดมลรัฐ) คือ หน่วยงานของรัฐที่ช่วยดูแลคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งผู้บริโภคดี้านสัญญา คือ State Attorney General (อัยการสูงสุดมลรัฐ) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มาจากกาเลือกตั้ง และมีอยู่ในทุกมลรัฐ เป็นหน่วยงานกลาง⁴³

Attorney General มีหน้าที่ ฟ้องร้องคดีแทนผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการซื้อสินค้าและบริการจากผู้ประกอบการ และมีความร่วมมือกับหน่วยงานอื่นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานของรัฐในแต่ละมลรัฐที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริโภค ซึ่งเรียกว่า Local Consumer Protection เช่น Federal Communications Commission, U.S. International Trade Commission, Office of Consumer Affairs U.S. Department of Commerce เป็นต้น⁴⁴

4.3 ประเทศเยอรมัน

ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของเยอรมัน เกิดจากแนวโน้มนำการทำธุรกิจในช่วงสงครามโลกที่มีการนำเอาข้อสัญญาต่างๆ มาบรรจุไว้ในสัญญา โดยละทิ้งวิธีปฏิบัติที่มีการต่อรองระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อหลบหลีกกฎเกณฑ์และกฎหมายของรัฐ ลดความเสี่ยงที่เกิดจากการต่อรอง และผลกระทบบางความเสี่ยงให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสัญญาลักษณะนี้เรียกว่า “สัญญาสำเร็จรูป” เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว รัฐจึงได้เข้ามาควบคุมการทำสัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบการ⁴⁵ โดยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปของรัฐ เริ่มต้นที่ศาลพัฒนาหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นมาใช้กับสัญญาสำเร็จรูป ได้แก่

การใช้หลักความรับผิดชอบทางสัญญา ตามมาตรา 459 (BGB) ที่บัญญัติว่าหากสินค้านั้นชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาและคืนสินค้าและเรียกเงินคืน หรืออาจใช้สิทธิลดราคาหรือเปลี่ยนสินค้าใหม่ก็ได้

การใช้หลักความรับผิดชอบละเมิด ตามมาตรา 823 (BGB) ที่บัญญัติว่า บุคคลใดมุ่งที่จะฝ่าฝืนละเมิดกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น และก่อให้เกิดความเสียหาย ย่อมมีความผิดในทางละเมิด จะมากำหนดสัญญาให้แตกต่างไม่ได้

⁴³ ฉาวร พาณิชพันธ์. (2544). แนวทางการปรับปรุงกฎหมายและการดำเนินการในการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 20-23, 29-31.

⁴⁴ สุขุม สุภนิษฐ์ ค. (2544). องค์การเอกชนเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 55.

⁴⁵ ทวีศิลป์ รัชศรี, สมชาย รัตนเชื้อสกุล และอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล. (2528, มีนาคม). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป.” วารสารนิติศาสตร์, 15, 1. หน้า 44-54.

หลักการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้ในสัญญา โดยศาลจะพิจารณาว่า ถ้าคู่สัญญายอมรับข้อสัญญาใดก็ถือว่าข้อสัญญานั้นถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญา โดยจะยอมรับโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ เช่น สัญญาสำเร็จรูปที่จะบังคับใช้กับผู้บริโภคได้นั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องส่งสัญญาสำเร็จรูปมาพร้อมกับแคตตาล็อกที่ส่งมาด้วย ซึ่งจะมีสัญญาสำเร็จรูปหลังจากที่ทำสัญญากันแล้วไม่ได้ เพราะคู่สัญญาไม่ได้ยอมรับสัญญาที่ผนวกเข้ามาในครั้งหลัง

หลักสุจริต มาตรา 242 (BGB) บัญญัติว่าลูกหนี้ต้องชระหนี้โดยสุจริต ทั้งนี้โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย เพื่อให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปที่คลุมเครือไม่ชัดเจน⁴⁶

ต่อมาความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ที่เป็นลักษณะของกฎหมายทั่วไปไม่อาจให้คุ้มครองแก่สัญญาสำเร็จรูปได้อย่างครอบคลุมและเพียงพออีกต่อไป จึงมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่มีลักษณะพิเศษมาใช้กับสัญญาสำเร็จรูปเป็นครั้งแรก คือ The Standard Contract Act 1977 (Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) หรือ กฎหมายว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป

The Standard Contract Act 1977 เป็นกฎหมายเฉพาะที่แบ่งส่วนของกฎหมายที่สำคัญเป็น 3 ส่วน คือ

ส่วนที่ 1 คือหมวดที่หนึ่ง เป็นสาระบัญญัติ กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคล คำจำกัดความสัญญาสำเร็จรูป ลักษณะของสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนที่ 2 คือหมวดที่สอง เรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดลักษณะการขัดกันแห่งกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้

ส่วนที่ 3 คือ หมวดที่สาม เป็นวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาสำเร็จรูป เช่น ให้สมาคมซึ่งเป็นองค์กรเอกชนมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้เสียหายได้ มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) มีอำนาจขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการมีคำสั่งหยุดใช้หรือยกเลิกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังบัญญัติกระบวนการพิจารณาในศาลไว้ด้วย เช่น การรับฟังพยานหลักฐาน ผลของคำพิพากษา เป็นต้น

ขอบเขตการใช้กฎหมาย กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่บังคับกับสัญญาประเภทที่เกี่ยวกับแรงงาน มรดก หรือครอบครัว และบริษัทหรือข้อตกลงเข้าหุ้นส่วน (มาตรา 23 วรรค 1)⁴⁷

⁴⁶ วิชัย จิตตपालกุล. เล่มเดิม. หน้า 14-26.

⁴⁷ Otto Sandrock. (1978). *The Standard Terms Act 1976 of West Germany*. pp. 556. อ้างถึงใน วิชัย รัญญาพาณิชย์. (2539). *ปัญหาการชดใช้เยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภคตาม พรบ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522*. หน้า 110.

และต่อมาได้นำ The Standard Contract Act 1977 มาบัญญัติไว้ใน BGB 2002 (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) โดยมีเนื้อหาเดิม และอนุวัติตาม EU Directive (COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC) เพิ่มเติม

4.3.1 มาตรการทางกฎหมาย

4.3.1.1 German Civil Code หรือ BGB

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองด้านสัญญา ซึ่งได้ปรับปรุงขึ้นใหม่ โดยนำ The Standard Contract Act 1977 มารวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (The German Civil Code หรือ BGB) ใน ค.ศ. 2002 เริ่มตั้งแต่มาตรา 305 เป็นต้นไป โดยยังคงไว้ซึ่งหลักการเดิม โดยมีหลักการวินิจฉัยข้อสัญญาสำเร็จรูป (review of subject-matter) 3 หลัก คือ หลักการพิจารณาโดยทั่วไปเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งอาศัยหลักสุจริต (Good faith) ตามมาตรา 307 หลักการพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ห้ามใช้ไม่เด็ดขาดเนื่องจากอาจไม่เหมาะสมหรือ บัญชีสีเทา ตามมาตรา 308 หลักการพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ห้ามใช้โดยเด็ดขาด โดยข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะหรือ บัญชีสีดำ ตามมาตรา 309 และนอกจากจะให้ความคุ้มครองในรูปของสัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract) แล้ว ยังขยายรวมถึงข้อสัญญาที่ไม่ชัดเจนและเข้าใจยาก (provision is not clear and comprehensible) โดยเฉพาะข้อตกลงเรื่องราคาการชำระหนี้ที่ไม่ชัดเจน เนื่องจากข้อสัญญาที่กวนซับซ้อนหรือกรณีที่มีสัญญาย่อยหลายฉบับ (subcontract) โดยให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบข้อสัญญานั้นได้ และเป็นนวัตกรรมก้าวใหญ่ที่กำหนดให้ความคุ้มครองด้านสัญญาใหม่นี้ให้นำไปใช้กับสัญญาจ้างแรงงานด้วย แต่ก็ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาจ้างแรงงานด้วย (special features of labor law)⁴⁸

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) มาตรา 302 ซึ่งกำหนดความคุ้มครองเรื่องสัญญาประเภทของสัญญา ข้อความของสัญญาที่ใช้บังคับไม่ได้ หรือเป็นโมฆะนั้นเอง โดยใช้หลักสุจริตในการให้ความคุ้มครอง “สัญญาสำเร็จรูป” (Standard Contract)

ตัวอย่างของสัญญาที่กฎหมายบัญญัติให้มีผลใช้บังคับไม่ได้ หรือ “โมฆะ” เช่น การกำหนดค่าเสียหายที่สูงเกินสมควร การกำหนดภาระการพิสูจน์ที่หนักเกินไปแก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาที่กำหนดให้ขัดกับหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งตกอยู่ในฐานะเป็นผู้เสียเปรียบในระยะเวลานานเกินสมควร การกำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควร เป็นต้น

⁴⁸ Manfred Lowisch. (2003). “New Law of Obligations in Germany.” *Ritsumeikan Law Review*, 20. p. 152.

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ใน BGB มาจากการรวบรวมแนวคำพิพากษาของศาล ได้แก่ มาตรา 305-309 ดังนี้⁴⁹

มาตรา 305 (1) บทวิเคราะห์ “สัญญาสำเร็จรูป” คือ ข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ผู้ใช้ข้อสัญญา) ทำไว้ล่วงหน้าสำหรับใช้กับสัญญาจำนวนมาก และเพื่อใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่ตกลงทำสัญญากัน โดยไม่คำนึงว่าข้อสัญญานี้ได้ถูกแยกไว้ต่างหากจากสัญญา (เช่น แคลตตาล็อก ใบส่งของ) หรืออยู่ในสัญญานั้นเอง หรือจำนวนของสัญญา หรือไม่ว่าจะเสนอในลักษณะหรือรูปแบบใดก็ตามที่สำคัญ (ดังนั้น สัญญาสำเร็จรูปจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ตกลงกัน)

ส่วนข้อสัญญาที่มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา (Negotiated in detail between the parties) ถือว่าไม่เป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่การเจรจานั้นจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อความในสัญญาในข้อสาระสำคัญหรือข้อที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่สัญญา

มาตรา 305 (1) บัญญัติว่า “สัญญาสำเร็จรูป คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ผู้ใช้ข้อสัญญา) ทำไว้ล่วงหน้า สำหรับใช้กับสัญญาจำนวนมากและเพื่อใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่ตกลงทำสัญญากัน โดยไม่คำนึงว่าข้อสัญญานี้ได้ถูกแยกไว้ต่างหากจากสัญญาหรืออยู่ในสัญญานั้นเอง หรือจากจำนวนของสัญญา หรือจากรูปแบบการนำเสนอ ลักษณะดังกล่าวมิใช่สาระสำคัญ ส่วนข้อสัญญาที่มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญานั้น ไม่เป็นสัญญาสำเร็จรูป”

สัญญาสำเร็จรูปต้องมีการนำเสนอข้อสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับด้วย โดยการนำเสนอข้อสัญญาต้องมีใช้เพียงคำเสนอแนะให้ทำสัญญาเท่านั้น

สัญญาสำเร็จรูปที่จะถูกผนวกเข้าไปในสัญญา อาจเป็นเอกสารที่แยกอยู่ต่างหากได้ เช่น ใบส่งของ แคลตตาล็อก โดยรูปแบบของสัญญาไม่ใช่สาระสำคัญที่จะพิจารณา

สัญญาที่มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา ไม่ใช่สัญญาสำเร็จรูป โดยอาจแสดงออกด้วยการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาก็ได้ แต่ถ้การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว เช่นนี้ไม่อาจอ้างว่าสัญญาเกิดจากการเจรจาต่อรองตามมาตรานี้ได้

หลักการผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปไว้ในสัญญา (Incorporation of standard business terms into the contract) ตามมาตรา 305 (2)-(3) และ 305a ที่เป็นผลให้คู่สัญญาจำต้องผูกพันตามข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้นด้วย

⁴⁹ วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 155-180.

การพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาตามหลักการผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือไม่ ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

มาตรา 305 (2) บัญญัติว่า “ข้อสัญญาสำเร็จรูปจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่อเมื่อผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปใช้ข้อสัญญาในลักษณะดังต่อไปนี้ในขณะที่ตกลงทำสัญญา

1. แสดงข้อสัญญาให้ปรากฏอย่างชัดเจนแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย หรือหากการแสดงผลนาให้ปรากฏอย่างชัดเจนแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย เป็นไปได้ยาก ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปจะต้องแสดงข้อสัญญาโดยปิดประกาศให้มองเห็นได้อย่างชัดเจน ณ สถานที่ซึ่งตกลงทำสัญญานั้น และ

2. ต้องให้โอกาสคู่สัญญาอีกฝ่ายตามสมควรในการรับรู้เนื้อหาของข้อสัญญาสำเร็จรูป และหากมีความบกพร่องทางร่างกายของคู่สัญญา จะต้องนำมาพิจารณา โดยต้องใช้วิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถรับรู้ในเนื้อหาของข้อสัญญาได้

และคู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงยอมรับการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น”

ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่จะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา จะต้องมีการแสดงออกปรากฏให้ชัดเจน ไม่ว่าจะอยู่ด้านหน้าหรือด้านหลังของเอกสาร ไม่ว่าจะทำขึ้นด้วยปากเปล่าหรือทางโทรศัพท์ หรือด้วยวิธีปิดประกาศให้เห็นได้อย่างชัดเจนในเวลาที่ตกลงทำสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้มีโอกาสรับรู้เนื้อหาของสัญญาก่อน โดยการปิดประกาศต้องทำโดยชัดเจน ไม่คลุมเครือ สละครุตา โดยจะต้องใช้วิธีการที่เหมาะสมกับคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย เช่น หากคู่สัญญาอ่านภาษาเยอรมันไม่ได้ อ่านได้แต่ภาษาอังกฤษ ก็ต้องมีการแปลข้อสัญญาเป็นภาษาอังกฤษเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับรู้เนื้อหาของสัญญา

การผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปจะเกิดขึ้นได้ เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงในข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้นด้วย ตามตอนท้ายของมาตรา 305 (2)

มาตรา 305 (3) บัญญัติว่า “ภายใต้หลักเกณฑ์ตาม (2) ข้างต้น คู่สัญญาอาจตกลงไว้ล่วงหน้าให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปบางข้อใช้บังคับกับสัญญาที่จะมีกันในอนาคตได้”

มาตรา 305a บัญญัติว่า “แม้จะมีได้มีการปฏิบัติตามมาตรา 305 (2) ข้อ 1 และข้อ 2 แต่หากคู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงที่จะใช้สัญญาสำเร็จรูปดังต่อไปนี้ (ให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา)

1. ค่าภาษีศุลกากรและข้อบังคับของการรถไฟซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ควบคุมการจราจรสาธารณะหรือซึ่งได้เรียกเก็บตามอนุสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และข้อตกลงตารางการบริการในการขนส่งโดยรถราง รถพ่วง รถบรรทุกเล็ก ซึ่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งคนโดยสาร ให้ถือว่าผนวกเข้าในสัญญาขนส่ง (ค่าภาษีศุลกากร ข้อบังคับของการรถไฟ ข้อตกลงตารางการบริการ ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาการให้บริการขนส่งคนโดยสาร)

2. สัญญาสำเร็จรูปที่มีการลงพิมพ์เผยแพร่เป็นทางการและผ่านการตรวจสอบจากสำนักงานไปรษณีย์และโทรคมนาคม และสามารถหาได้ในสถานประกอบการของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปถือว่าถูกผนวก

a) เข้าในสัญญาขนส่ง ซึ่งได้ตกลงทำสัญญานอกสถานประกอบการธุรกิจ โดยการส่งรายการทางไปรษณีย์ (การส่งรายการทางไปรษณีย์เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา)

b) เข้าในสัญญาสำหรับการคมนาคม ข้อมูลและการบริการอื่น ซึ่งได้รับการเสนอโดยตรงทางการติดต่อสื่อสารทางไกลและขณะที่มีการให้บริการสื่อสารทางโทรคมนาคมนั้น หากจะเป็นการยากเกินสมควรที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายรับรู้ถึงข้อสัญญาสำเร็จรูปก่อนทำสัญญา (กรณีที่มีการทำสัญญาโดยการติดต่อสื่อสารทางไกล เช่น โทรศัพท์ อินเทอร์เน็ต)”

มาตรา 305b บัญญัติข้อสัญญาที่เกิดจากการตกลงเจรจาตัวต่อตัว ให้มีค่าการบังคับเหนือกว่าสัญญาสำเร็จรูปว่า “ข้อสัญญาใดที่คู่สัญญาตกลงกันตัวต่อตัว ข้อสัญญานั้นมีค่าบังคับเหนือกว่าข้อสัญญาสำเร็จรูป”

ส่วนมาตรา 305c กำหนดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งบัญญัติว่า “ข้อสัญญาสำเร็จรูปใด เมื่อพิจารณาตามพฤติการณ์แวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะที่ปรากฏออกมาของข้อสัญญานั้นแล้ว ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะผิดธรรมดา ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่อาจคาดหมายได้ ข้อสัญญานั้น ไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”

ข้อสัญญาที่มีลักษณะผิดธรรมดา ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่อาจคาดหมายได้นั้น ต้องพิจารณาจากเนื้อหาและผลของการแจ้งให้ทราบถึงความมีอยู่ของข้อสัญญา การจัดวางรูปแบบของสัญญา ขนาดตัวอักษร ภาษาที่เขียน ความรู้ความเข้าใจส่วนตัว ความชำนาญทางธุรกิจของคู่สัญญา เช่น สัญญาสำเร็จรูปเขียนข้อสัญญาเกี่ยวกับการเลือกใช้บังคับกฎหมายกับสัญญา (Choice of law) ถูกพิมพ์ด้วยอักษรตัวเล็กๆ ซึ่งแทบไม่สามารถอ่านออกได้ เช่นนี้ไม่ถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา⁵⁰

การตีความข้อสัญญาสำเร็จรูป (Interpretation of standard business terms)

มาตรา 305c (2) บัญญัติว่า “ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความข้อสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นปฏิกิริยาต่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น”

⁵⁰ BGH (II ZR 135/82) 30 May 1983. (1983). RIW 872. อ้างถึงใน วิชัย รัชัญญาณิชย์. (2539). ปัญหาการขัดแย้งความเสียหายแก่ผู้บริโภคตาม พรบ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522. หน้า 159.

กรณีมีข้อสงสัย คือ กรณีที่ข้อสัญญามีความคลุมเครือ ให้ตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น ตามหลัก Contra proferentem rule

มาตรา 306 ผลทางกฎหมายในกรณีที่ข้อสัญญาไม่ถูกผนวกเข้าในสัญญาหรือในกรณีที่ข้อสัญญาเป็นโมฆะ บัญญัติว่า “ผลทางกฎหมายของกรณีที่ข้อสัญญาไม่ถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาและข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ

(1) หากข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไม่ถูกผนวกไว้ในสัญญาหรือเป็นโมฆะ สัญญาที่เหลืออยู่ก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป

(2) หากข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ถูกผนวกหรือว่าเป็นโมฆะ เนื้อหาของสัญญายังคงมีผลบังคับใช้ได้ต่อไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(3) สัญญาตกเป็นโมฆะ หากการบังคับใช้สัญญาส่วนที่เหลือต่อไปโดยไม่มีข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่ถูกผนวกไว้หรือว่าเป็นโมฆะจะก่อให้เกิดภาระที่เกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”

เป็นการกำหนดผลทางกฎหมายของสัญญาสำเร็จรูปที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งทั่วไป ตามมาตรา 139 ที่บัญญัติว่า ให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น หากสัญญาส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นโมฆะหรือกรณีที่ไม้อาจอนุมานได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะ

หากมีข้อสัญญาไม่ถูกผนวกเข้าในสัญญาหรือข้อสัญญาเป็นโมฆะ ให้ข้อสัญญาอื่นที่เหลืออยู่มีผลบังคับใช้ได้ แต่ถ้การบังคับใช้ข้อสัญญาส่วนที่เหลือนั้นจะก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา ให้สัญญาตกเป็นโมฆะ (ใช้ไม่ได้ทั้งหมด)

บทบัญญัติห้ามหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมาย มาตรา 306a บัญญัติว่า “บทบัญญัติในหมวดนี้มีผลใช้บังคับ แม้ว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปจะถูกบิดเบือนในรูปแบบใดก็ตาม”

เช่น “ข้อบังคับ” ก็เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาสำเร็จรูป ต้องอยู่ภายใต้บังคับตามบทบัญญัตินี้

หลักการวินิจฉัยข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ตกเป็นโมฆะโดยทั่วไป ตามมาตรา 307 เป็นหลักทั่วไปที่ใช้วินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยข้อสัญญาสำเร็จรูปจะต้องไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควร

“เกณฑ์การวินิจฉัยโดยทั่วไปในเนื้อหาของสัญญา มีดังนี้

(1) ข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ขอมรับข้อสัญญานั้นเสียเปรียบเกินสมควร ซึ่งขัดต่อหลักสุจริต

(2) ในกรณีมีข้อสงสัย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า มีการเสียเปรียบเกินสมควร หากข้อสัญญา

1. ขัดกับหลักขั้นพื้นฐานทางกฎหมายซึ่งข้อสัญญาได้หลีกเลี่ยง หรือ
2. จำกัดสิทธิหรือหน้าที่ที่สำคัญซึ่งมีอยู่ตามสภาพของสัญญา ซึ่งมีผลถึงขนาดทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา”

หลักการพิจารณาโดยทั่วไปเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูป (General Principles) ตามมาตรา 307 กล่าวคือ เป็นหลักทั่วไปที่ศาลจะนำมาพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วย่อมมีผลให้สัญญานั้นเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะเจาะจงนอกจากที่มีในกฎหมายแพ่งบททั่วไป

ข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปที่ศาลอาจพิพากษาว่าเป็นโมฆะ มาตรา 308 บัญญัติว่า “ลักษณะของข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปที่ศาลอาจพิพากษาว่าเป็นโมฆะ โดยศาลจะวินิจฉัยจากเนื้อหาสาระและพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ รวมด้วย ลักษณะของข้อสัญญามีดังนี้

1) ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนสิทธิในการสนองรับ หรือปฏิเสธคำเสนอหรือในการปฏิบัติการชำระหนี้ โดยกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าวไว้ยาวนานเกินสมควรหรือไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้แน่นอน กรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการสงวนสิทธิที่จะดำเนินการภายหลังพ้นกำหนดเวลาสำหรับการยกเลิกหรือส่งคืนค่าตามมาตรา 355 (1) (2) และ 356

2) ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนสิทธิในการชำระหนี้ไว้ยาวนานเกินสมควรหรือไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้แน่นอน (เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว)

3) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน โดยปราศจากมูลเหตุอันควรและมีได้กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่เป็นหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป

4) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเปลี่ยนแปลงหนี้ที่ตนตกลงไว้ เว้นแต่เมื่อได้พิจารณาถึงผลประโยชน์ที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จจะได้รับแล้ว ข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงนั้นมีเหตุผลตามสมควรแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย

5) ข้อสัญญาที่ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้แสดงเจตนาหรือไม่ได้แสดงเจตนา ถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้กระทำการหรือละเว้น ไม่กระทำการบางอย่าง เว้นแต่

- a) คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีเวลาตามสมควรที่จะแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง และ
- b) ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้ดำเนินการเป็นพิเศษให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทราบและการดำเนินการของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้ดำเนินการตั้งแต่เริ่มต้นที่จะให้ถือว่ากระทำการหรือ

ละเว้นกระทำบางอย่างของข้อสัญญาอีกฝ่ายเป็นการแสดงเจตนาความในข้อนี้ไม่บังคับใช้กับส่วน B ของสัญญางานสาธารณะ โดยให้ถือว่าถูกผนวกในสัญญา

6) ข้อสัญญาที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ใช้ข้อสัญญา สำเร็จรูปในเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

7) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเรียกร้องค่าเสียหายจำนวนมาก ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาแล้ว

a) ค่าตอบแทนมีจำนวนสูงเกินสมควรสำหรับการจ้างแรงงานหรือการใช้ สิ่งของหรือการใช้สิทธิหรือสำหรับผลประโยชน์อื่นใดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับ

b) ค่าชดใช้ความเสียหายเป็นจำนวนเงินมากเกินสมควรเป็นค่าชดใช้สำหรับ ค่าใช้จ่ายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องเสียไป

8) ข้อตกลงให้ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ เพราะเหตุวัตถุแห่ง การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถหาได้ เว้นแต่ ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปจะ

a) แจ้งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายทันทีที่ไม่สามารถหาวัตถุในการชำระหนี้ได้ และ

b) คืนเงินที่ได้รับมาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยทันที”

หลักการพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ห้ามใช้ไม่ได้เด็ดขาดเนื่องจากอาจ ไม่เหมาะสมหรือ บัญชีสีเทา ตามมาตรา 308 ซึ่งเป็นลักษณะของข้อสัญญาที่ศาลอาจพิพากษาว่าเป็น โฆษณา โดยมีรายการตัวอย่าง 8 รายการ ดังนี้

1) ระยะเวลาในการสนองรับคำเสนอและการชำระหนี้ที่แน่นอนกำหนดไว้ยาวนานเกิน สมควรหรือไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอน (Period of time for acceptance and performance) ข้อความ เช่นว่านี้เป็นโฆษณา เช่น ผู้เสนอ (ผู้บริโภคร) ต้องผูกพันตามคำเสนอของตนโดยไม่จำกัดเวลาจนกว่า ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป (ผู้ประกอบการธุรกิจ) จะสนองรับหรือบอกปิด เป็นต้น แต่ลักษณะของตัวอย่าง รายการนี้ไม่ใช่บังคับกับกรณีที่เป็นสิทธิของผู้บริโภคที่จะยกเลิกสัญญาตามกฎหมาย หากได้แสดง เจตนาภายในเวลาอันสมควร ตามมาตรา 355 (1) และ (2) และ 356

2) การขยายเวลาในการชำระหนี้ (Additional period of time) ซึ่งห้ามมิให้ผู้ใช้ สัญญากำหนดเวลาขยายการชำระหนี้ (period of grace) นานเกินสมควรหรือไม่มีกำหนดเวลา

แต่ผู้ใช้สัญญาก็สามารถกำหนดเวลาขยายการชำระหนี้ได้ในระยะเวลาตามสมควร ซึ่งสำหรับผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคทั่วไปมักจะขยายไม่เกิน 2 สัปดาห์⁵¹

3) สิทธิเลิกสัญญา (Reservation of the right to withdraw) หากผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปกำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิที่ตนจะเลิกสัญญา (หลุดพ้นจากการชำระหนี้) ตามที่ตนสะดวก โดยไม่มีเหตุอันควร หรือไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ใช่บังคับกับหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป เช่น สัญญาเช่า สัญญาประกันภัย ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่น สัญญาเช่าเครื่องมือแพทย์ที่มีข้อสัญญาว่าผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยผู้ให้เช่าไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้เช่าทราบก่อนหากฐานะทางการเงินของผู้เช่าแย่ลง⁵²

4) การสงวนสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ (Reservation of the right to modify) เช่น ข้อสัญญาที่ระบุว่ารถที่ส่งมอบจะมีสีแตกต่างจากที่ตกลงกัน เว้นแต่การเปลี่ยนแปลงนั้นจะไม่ก่อภาระหรือผิดวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงของคู่สัญญาอีกฝ่าย

5) การบ่งชี้ถึงการแสดงเจตนา (Fictitious declarations) หากมีข้อสัญญาระบุว่า การกระทำนั้นให้ถือเป็นการแสดงเจตนา เช่น สัญญาเช่ารถระบุว่า “ผู้เช่าพอใจในสภาพรถยนต์และยอมรับว่ารถไม่มีความชำรุดบกพร่อง” สัญญาซ่อมบำรุงเครื่องจักรระบุว่า “ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายยินยอมในการแก้ไขข้อตกลงเดิม เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะคัดค้านภายในระยะเวลาอันสั้น”

6) ข้อกำหนดที่ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูป (Fictitious receipt) ซึ่งโดยแท้จริงแล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นมิได้รับการแสดงเจตนาดังกล่าว ให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะหากการแสดงเจตนาอันเป็นเรื่องสำคัญเป็นพิเศษ

7) การเลิกสัญญา (Reversal of contracts) โดยเมื่อเลิกสัญญาแล้วผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปมักกำหนดข้อสัญญาให้ตนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย เบี้ยปรับ และเงินจำนวนอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นจำนวนเงินที่ซ้ำซ้อนกันและเป็นจำนวนมากกว่าที่ผู้ใช้สัญญาได้รับความเสียหายจริง กฎหมายจึงห้ามมิให้กำหนดสิทธิที่จะเรียกร้องในจำนวนที่สูงเกินสมควร แต่ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปสามารถกำหนดสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายและผลประโยชน์ที่จะได้รับที่เกิดขึ้นจริงได้เท่านั้น⁵³

⁵¹ Strobl, Killius and Vorbrugg. (n.d.). *Business Law Guide to Germany*. p 21. อ้างถึงใน วัฒนา เทพวุฒิศถาพร. (2545). แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. หน้า 164.

⁵² P.D.V.Marsh. (n.d.). *Comparative Contract Law : England, France, German*. p 305. อ้างถึงใน วัฒนา เทพวุฒิศถาพร. (2545). แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. หน้า 165.

⁵³ แหล่งเดิม. หน้า 168.

8) วัตถุประสงค์ในการปฏิบัติราชการขณะนี้ไม่อาจหาได้ (Unavailability of performance) หากข้อสัญญาระบุว่าให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้หากไม่สามารถหาสินค้าได้ ให้เป็นโมฆะ แต่อาจมีผลใช้บังคับได้ถ้าหากผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปรีบแจ้งให้คู่สัญญาทราบและคืนเงินที่ได้รับมาทันที

ลักษณะของข้อสัญญาที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะ เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามตามมาตรา 309 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาดังต่อไปนี้ เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้าม โดยไม่ต้องพิจารณาสิ่งใดๆ อีก

ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติกฎหมายให้คู่สัญญาสามารถตกลงข้อสัญญาให้แตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายแพ่งได้ แต่ข้อสัญญาดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป (Standard business terms) นี้ด้วย

1) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปขึ้นราคาสินค้า หรือค่าตอบแทนการให้บริการภายใน 4 เดือน หลังจากทำสัญญา เว้นแต่ สินค้าหรือบริการที่ต้องชำระเป็นงวดๆ หรือมีการชำระหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป

2) ข้อสัญญาที่

a) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 320 หรือ

b) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการสงวนไว้ซึ่งสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตนตามสัญญา อันเนื่องมาจากการที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปรู้ถึงความบกพร่อง

3) ข้อสัญญาที่ตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายในอันที่จะหักกลบลบหนี้ที่ไม่มีข้อโต้แย้ง หรือที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแพ้คดี

4) ข้อสัญญาที่ปลดเปลื้องภาระผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทวงถามคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งผิดนัด หรือเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันกำหนดก่อน

5) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้รับชำระหนี้ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าหรือได้รับชดเชยค่าเสียหายในการที่ราคาสินค้าตกต่ำ หาก

a) จำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้าสูงกว่าจำนวนค่าเสียหายหรือราคาสินค้าตกต่ำซึ่งโดยปกติคาดเห็นได้ หรือ

b) จำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ได้รับความเสียหายใดๆ หรือราคาสินค้าไม่ได้ตกต่ำ หรือค่าเสียหายหรือราคาสินค้าตกต่ำน้อยกว่าจำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้ามาก

6) ข้อสัญญาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องให้คำมั่นแก่ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปว่าจะให้ เบี้ยปรับ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นละเลยไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือรับชำระหนี้จากผู้ซื้อ สัญญาสำเร็จรูปล่าช้า หรือละเลยที่จะชำระหนี้ตอบแทนตามเวลาที่กำหนด หรือในกรณีที่คู่สัญญา อีกฝ่ายบอกเลิกสัญญา

7) ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในชีวิต ร่างกาย และอนามัย และกรณีเป็นความผิด อย่างร้ายแรง

a) ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในชีวิต ร่างกาย และอนามัย

ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชีวิต การ บาดเจ็บของร่างกายหรืออนามัย ซึ่งมีสาเหตุจากการทำผิดสัญญาโดยความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้ สัญญาสำเร็จรูป หรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทน ตามกฎหมายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการชำระหนี้

b) ความผิดอย่างร้ายแรง

ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายอื่น ซึ่งมีสาเหตุจากการ ทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป หรือจากการทำผิดสัญญา โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ ในการชำระหนี้

a) และ b) ข้างต้นไม่ใช่บังคับกับการจำกัดความรับผิดชอบในข้อสัญญาขนส่ง คนโดยสารโดยสารรถราง รถบรรทุกเล็ก และยานพาหนะขนส่งผู้โดยสารที่กำหนดเส้นทางไว้แน่นอน ซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งคนโดยสาร ตรีบท่าที่เงื่อนไขข้อตกลงมิได้ เบี่ยงเบนไปจากข้อบังคับว่าด้วยเงื่อนไขข้อตกลงในการขนส่งโดยสารรถราง รถบรรทุกเล็ก และ ยานพาหนะขนส่งผู้โดยสารที่กำหนดเส้นทางไว้แน่นอนลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1970 จนทำให้ ผู้โดยสารต้องเสียชีวิต; b) ข้างต้นไม่ใช่บังคับกับสัญญาเกี่ยวกับการออกสลากกินแบ่งรัฐบาลและ สลากซึ่งรัฐอนุญาตให้ออกได้

8) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบกรณีทำผิดหน้าที่หรือกรณีต่างๆ

a) (ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญา)

ข้อสัญญาซึ่งยกเว้นหรือจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญา ในกรณีที่มีการผิดหน้าที่ ซึ่งผู้ใช้สัญญาจะต้องรับผิดชอบ และไม่รวมถึงข้อห้ามครบพร้อมใน ทรัพย์สินที่ขายไป หรือการงาน ความในข้อนี้ไม่ใช่บังคับกับข้อสัญญาและข้อกำหนดค่าภาษีที่อ้าง ถึง ข้อ 7 ตามเงื่อนไข

b) (ความชำรุดบกพร่อง)

ข้อสัญญาซึ่งจัดหาสิ่งของและที่ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นใหม่

aa) (การยกเว้นและการอ้างให้เรียกร้องต่อบุคคลภายนอก)

การยกเว้นสิทธิในการเรียกร้องเอาแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสิ่งของ และผลิตภัณฑ์ โดยไม่คำนึงว่าเป็นการเรียกร้องเกี่ยวกับสิ่งของหรือผลิตภัณฑ์ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีเงื่อนไขให้ไปฟ้องร้องเอาแก่บุคคลภายนอกก่อน

bb) (การจำกัดการแก้ไขให้คืนดี)

การจำกัดสิทธิเรียกร้องให้แก้ไขให้คืนดีเอาแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน เว้นแต่ คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิโดยชัดแจ้งที่จะเรียกให้ลดราคาหรือบอกเลิกสัญญา ถ้าการแก้ไขให้คืนดีไม่เพียงพอ หรือเป็นการชำรุดบกพร่องที่เกี่ยวกับการสร้างอาคารจะเลือกบอกเลิกสัญญาก็ได้

cc) (ต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการแก้ไขให้คืนดี)

การยกเว้นหรือจำกัดหนี้ของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องในอันที่จะต้องรับภาระต้นทุน และค่าใช้จ่ายในการแก้ไขให้คืนดี โดยเฉพาะต้นทุนในการขนส่ง การส่งมอบ แรงงาน และวัสดุต่างๆ

dd) (การปฏิเสธที่จะแก้ไขความชำรุดบกพร่องโดยมีเงื่อนไข)

ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปวางเงื่อนไขว่าตนจะแก้ไขความชำรุดบกพร่อง หรือหาสิ่งของใหม่ที่ไม่มีความชำรุดบกพร่องมาแทนก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายชำระราคาคงถ้วนก่อน หรือชำระราคาส่วนใหญ่อ่างไม่ได้สัดส่วน เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความชำรุดบกพร่อง

ee) (ข้อจำกัดเวลาในการแจ้งให้ทราบความชำรุดบกพร่อง)

ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องแจ้งให้ตนทราบความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ภายในระยะเวลาซึ่งน้อยกว่าระยะเวลาตาม ff) ข้างล่างนี้

ff) (การสนับสนุนในการจำกัดระยะเวลา)

การสนับสนุนในการจำกัดระยะเวลาให้เรียกร้องกรณีมีความชำรุดบกพร่องตามมาตรา 438 (1) ข้อ 2 และมาตรา 634a (1) ข้อ 2 หรือในกรณีอื่น จำกัดระยะเวลาน้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ระยะเวลาที่จำกัดเริ่มต้น ความในข้อนี้ไม่บังคับใช้กับส่วน B ของสัญญางานสาธารณะ โดยให้ถือว่าถูกผนวกในสัญญา

9) ข้อสัญญาในสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องจัดหาสินค้า บริการ หรือ แรงงาน และวัสดุเป็นปกติซึ่ง

a) ผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเวลานานกว่าสองปี

b) กำหนดให้มีการต่อสัญญาใหม่โดยปริยาย และผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเวลานานเกินกว่าหนึ่งปีในแต่ละครั้ง หรือ

c) กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายแจ้งเลิกสัญญานานเกินกว่าสามเดือนก่อนสิ้นสุดระยะเวลาซึ่งสัญญาได้ทำในครั้งแรก หรือครั้งที่ต่อใหม่โดยปริยาย

10) ข้อสัญญาตามสัญญาซื้อขาย หรือบริการ หรือจัดหาแรงงานและวัสดุ ซึ่งบุคคลที่สามเข้ารับ โอน หรือมีสิทธิเข้ารับ โอนสิทธิและหน้าที่แทนผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป เว้นแต่

a) มีการระบุชื่อบุคคลที่สามไว้ในสัญญา หรือ

b) ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายบอกเลิกสัญญา

11) ข้อสัญญาซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดบังคับตัวแทน ซึ่งเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายให้รับผิดชอบแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย

a) ให้รับผิดชอบหรือมีหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญาในนามตนเองแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย โดยไม่มีการแสดงโดยชัดแจ้งและแสดงเจตนาต่างหาก หรือ

b) ในกรณีตัวแทนที่ทำโดยปราศจากอำนาจ ความรับผิดชอบของตัวแทนดังกล่าวเกินกว่าขอบเขตตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 179

12) ข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียเปรียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

a) ข้อสัญญาที่กำหนดบังคับคู่สัญญาฝ่ายนั้นในเรื่องภาระการพิสูจน์ตามพฤติการณ์แวดล้อมซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป

b) ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับความมียู่ของข้อเท็จจริงบางอย่าง

กรณีตาม b) ข้างต้นจะไม่นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่ได้มีการลงนามในเอกสารแยกต่างหาก หรือลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับการยอมรับแยกต่างหาก

13) ข้อสัญญาที่การแจ้งให้ทราบ หรือการบอกกล่าวอันส่งแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป หรือบุคคลที่สามตกอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขในเรื่องแบบที่เข้มงวดยิ่งกว่าการทำเป็นหนังสือ หรือการระบุเงื่อนไขพิเศษเกี่ยวกับการได้รับแจ้งให้ทราบหรือการบอกกล่าว”

ลักษณะของข้อที่กฎหมายบัญญัติให้เป็น โฆษะ (เป็นข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมโดยเด็ดขาด) ซึ่งสัญญานั้นจะมีผลเป็น โฆษะ ตามมาตรา 309 มีดังนี้

1) การขึ้นราคาในระยะสั้น (Price increases at short notice) โดยความล่าช้าในการส่งมอบสินค้าหรือบริการเกินกว่า 4 เดือนนับแต่วันทำสัญญา ไม่เป็นเหตุให้อ่างการขึ้นราคาแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะเห็นด้วยการขยายระยะเวลาทันทีก็ตาม แต่หากมีข้อสัญญาที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษก็อาจจะเป็นผลให้ข้อสัญญาที่ให้ขึ้นราคาสามารถบังคับใช้ได้ เช่น ต้นทุนวัตถุดิบมีราคาสูงขึ้นเฉพาะ โดยผู้บริโภคมักจะต้องมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ราคาสินค้าเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนสูงกว่าการเพิ่มค่าครองชีพโดยทั่วไป⁵⁴

2) สิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ (Right to refuse performance) หากมีข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งระงับการชำระหนี้ของตนก่อนที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ตอบแทน ตามมาตรา 320 หรือข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งระงับการชำระหนี้ของตนอันเนื่องมาจากการที่ผู้ใช้ข้อสัญญาารู้ถึงความบกพร่อง ให้ข้อสัญญาดังกล่าวนี้เป็น โฆษะ

3) การยกเว้นสิทธิการหักกลบลบหนี้ (Prohibition of set-off) โดยห้ามมีข้อสัญญาที่เป็นกรปฏิบัติสิทธิการหักกลบลบหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ในสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีข้อโต้แย้ง หรือที่ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแพ็คดี และคดีดังกล่าวถึงที่สุดแล้ว

4) การทวงถาม, ระยะเวลาผ่อนผัน (Warning notice, setting of a period of time) หากมีข้อสัญญาที่ละเว้นหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทำการบอกกล่าวทวงถาม หรือมีข้อสัญญาที่ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายผิดนัด ถ้าละเลยที่จะชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันควร ให้ข้อความเช่นว่านี้เป็น โฆษะ

5) ค่าเสียหายกำหนดไว้ล่วงหน้า (Lump-sum claims for damages) หากข้อสัญญาที่กำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้ามีจำนวนสูงกว่าค่าเสียหายจริง ซึ่งโดยปกติอาจคาดเห็นได้ หรือข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ได้รับความเสียหาย หรือเสียหายน้อยกว่าจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ข้อสัญญาดังกล่าวนี้เป็น โฆษะ เพราะจำนวนค่าเสียหายต้องเป็นการประมาณค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปอาจได้รับในกรณีที่มีการทำผิดสัญญา

⁵⁴ Strobl, Killius and Vorbrugg. (n.d.). *Business Law Guide to Germany*. p 21. อ้างถึงใน วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. (2545). แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. หน้า 169.

6) เบี้ยปรับ (Contractual penalty) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคให้คำมั่นว่าจะให้เบี้ยปรับ ในกรณีที่ตนละเลยไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าหรือไม่ชำระหนี้ตอบแทนตามกำหนดเวลาหรือในกรณีที่ได้ออกเลิกสัญญา โดยข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากอาจเห็นว่าหากมีการกำหนดเบี้ยปรับอาจเป็นการบังคับให้ผู้บริโภคต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเด็ดขาด ไม่ว่าจะมิพพฤติการณ์ร้ายแรงอย่างไรๆ เกิดขึ้นก็ตาม

7) ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกาย และอนามัย และกรณีเป็นความผิดอย่างร้ายแรง (Exclusion of liability for injury to life, body or health and in case of gross fault)

ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนที่เกี่ยวกับความรับผิดในชีวิต ร่างกาย และอนามัยของอีกฝ่ายหนึ่งที่จะได้รับได้ (คาดเห็นได้ว่าจะได้รับ) แม้เพียงประมาทเลินเล่อธรรมดาที่ไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้

ส่วนกรณีเป็นความผิดอย่างร้ายแรงนั้น ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนที่เกี่ยวกับความเสียหายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะได้รับ (คาดเห็นได้ว่าจะได้รับ) เนื่องจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน หรือจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนได้

แต่ข้อความดังกล่าวก็ไม่บังคับใช้กับกรณีที่เป็นสัญญาขนส่งคนโดยสาร

8) ข้อยกเว้นความรับผิดอื่นในกรณีผิดหน้าที่ (Other exclusions of liability for breaches of duty) ห้ามมิให้มีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดสิทธิที่คู่สัญญาอีกฝ่าย (ผู้บริโภค) ที่จะยกเลิกสัญญาในกรณีที่มีการผิดหน้าที่ที่ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปต้องรับผิดชอบ

และห้ามมิให้มีข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่อง ได้แก่ ข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดโดยให้ไปฟ้องร้องเอาแก่บุคคลภายนอกก่อน ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิในการเรียกร้องให้ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแก้ไขให้คืนดี ข้อสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือหาสิ่งของใหม่มาแทนก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องชำระราคาครบถ้วนก่อนหรือให้ชำระราคาส่วนใหญ่โดยไม่ได้สัดส่วนกับความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้น ข้อสัญญาที่ปลดปล่อยผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ ข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเพื่อความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ก่อนที่ระยะเวลาอายุความตามกฎหมายกำหนดไว้ (ห้ามย่นอายุความเพื่อความรับผิดในความชำรุดบกพร่อง) เป็นต้น

9) ระยะเวลาของหนี้ที่ต่อเนื่องกันไป (Duration of continuing obligations) ข้อสัญญาที่ให้ผู้บริโภคสำเร็จรูปต้องจัดหาสินค้า บริการ หรือแรงงานและวัสดุต่อเนื่องกันไปนั้น หากกำหนดให้มีระยะเวลาในการจัดหาที่เวลานานมากเกินไปย่อมทำให้อีกฝ่ายเสียประโยชน์

เช่นเกี่ยวกับต้นทุนของสินค้า ดังนั้นหากมีข้อสัญญาที่กำหนดให้มีการจัดหาสินค้าหรือบริการนานเกินสมควรย่อมไม่เป็นธรรม จึงบัญญัติให้ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ

10) ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา (Change of other party to contract) ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญามีสิทธิโอนสิทธิและหน้าที่ของตนแก่บุคคลที่สามได้ ให้ข้อสัญญานี้เป็น โมฆะ เว้นแต่ในขณะที่ทำสัญญาได้ระบุชื่อบุคคลที่สามไว้ในสัญญา หรือมีข้อกำหนดในสัญญาว่าหากมีการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากหากคู่สัญญาทราบก่อนว่าจะมีการโอนสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลอื่นก็จะไม่เข้าทำสัญญาด้วย เช่น การซื้อคอนโด ก็ต้องการพิจารณาจากผู้ก่อสร้างที่น่าเชื่อถือ

11) ความรับผิดชอบของตัวแทน (Liability of an agent with power to enter into a contract) เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มุ่งขัดขวางการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลซึ่งลงชื่อในสัญญาสำเร็จรูปในฐานะเป็นตัวแทนของคู่สัญญาอีกฝ่าย หรือภริยาลงชื่อในนามของสามี เพราะการกำหนดให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบเป็นการเพิ่มคู่สัญญาที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้ใช้สัญญาแต่ฝ่ายเดียว โดยข้อสัญญาดังกล่าวเป็น โมฆะ

การยกเว้นความรับผิดชอบของตัวแทนที่กระทำโดยปราศจากอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 179 เช่น ตัวแทนซึ่งไม่รู้ว่าตนไม่มีอำนาจต้องรับผิดชอบตามสัญญาหากตัวการไม่ให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้น แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะรู้ถึงการไม่มีอำนาจของตัวแทนโดยใช้ความระมัดระวังตามควรแล้วก็ตาม

12) ภาระการพิสูจน์ (Burden of proof) หากเป็นข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ซึ่งตามพฤติการณ์อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูป หรือข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่าย (ผู้บริโภค) ยอมรับความมีอยู่ของข้อเท็จจริงบางอย่างโดยมุ่งขัดขวางให้คู่สัญญาอีกฝ่ายจะปฏิเสธข้อเท็จจริง เช่น ข้อสัญญาว่า ข้าพเจ้ารับรองว่าข้อสัญญานี้ได้ตกลงทุกข้อ และได้เจรจากันตัวต่อตัว หรือข้าพเจ้าขอยืนยันว่าได้รับคำแนะนำการใช้สินค้าแล้ว และมีการอธิบายคำแนะนำแก่ข้าพเจ้าว่า⁵⁵ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการกำหนดข้อสัญญาให้อีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงบางอย่างได้ ถ้ามีการทำเอกสารรับรองอีกฉบับหนึ่งต่างหาก ทั้งนี้เพื่อให้คู่สัญญาได้เห็นข้อความอย่างชัดเจน โดยลงลายมือชื่อในเอกสารหรืออาจลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ได้

⁵⁵ วิชัย จิตตपालกุล. เล่มเดิม. หน้า 57.

13) แบบของการแจ้งให้ทราบและการบอกกล่าว (Form of notices and declarations) คือ ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ระบุเกี่ยวกับการแจ้งหรือการบอกกล่าวที่ต้องส่งแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่มีเงื่อนไขที่เข้มงวดหรือมีลักษณะพิเศษ โดยข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทำมากกว่าหนังสือธรรมดาโดยไปรษณีย์ตกเป็นโมฆะ⁵⁶

ขอบเขตการบังคับใช้ (Scope of application) มาตรา 310

มาตรา 305 (2) และ (3) และมาตรา 308 และ 309 ไม่ใช่บังคับกับกิจการของรัฐ ตามกฎหมายมหาชน

มาตรา 307 (1) และ (2) ใช้บังคับกับกิจการของรัฐตามกฎหมายมหาชนด้วย เพราะเป็นหลักทั่วไป

มาตรา 308 และ 309 ไม่ใช่บังคับกับสัญญาจำหน่ายกระแสไฟฟ้า ก๊าซความร้อน น้ำประปา เว้นแต่เงื่อนไขจะเบี่ยงเบนทำให้ลูกค้าเสียเปรียบ

การเสียเปรียบเกินสมควร ตามมาตรา 307 (1) และ (2) ต้องพิจารณาตาม พฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงในขณะที่ทำสัญญาด้วย

บทบัญญัติหมวดนี้ไม่ใช่บังคับกับสัญญาที่เกี่ยวกับกฎหมายมรดก ครอบครัว และกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท

ให้บังคับใช้กับกฎหมายแรงงานด้วย แต่ต้องพิจารณาจากลักษณะของกฎหมาย แรงงานเป็นพิเศษให้เหมาะสม

ดังนั้น การบังคับใช้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนกับกฎหมายคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

จะเห็นว่ากฎหมายบัญญัติให้นำหลักการวินิจฉัยข้อสัญญาสำเร็จรูปโดยทั่วไป ตามมาตรา 307 มาใช้บังคับกับกิจการของรัฐตามกฎหมายมหาชนด้วย ซึ่งหมายรวมถึงสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย

มาตรา 307 (1) (2) ที่เป็นหลักทั่วไปที่ใช้วินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยข้อสัญญาสำเร็จรูปจะต้องไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควร ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ย่อมมีผลให้ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ

⁵⁶ แหล่งเดิม. หน้า 57-58.

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 305 (2) และ (3) เป็นเรื่องการผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 308 ซึ่งเป็นตัวอย่างข้อสัญญาสำเร็จรูปที่อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ 309 ซึ่งเป็นตัวอย่างข้อสัญญาที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะ เพราะเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะต้องห้าม ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวอาจมีลักษณะที่เป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนเป็นการเฉพาะ จึงไม่นำมาใช้บังคับกับกิจการของรัฐตามกฎหมายมหาชน

ลำดับการพิจารณาสัญญาสำเร็จรูป ให้พิจารณามาตรา 309 ก่อน หากไม่ตกอยู่ในบังคับแล้วจึงมาพิจารณามาตรา 308 ต่อ แล้วต่อมาก็พิจารณามาตรา 307 โดยพิจารณา (2) ก่อน เพราะเป็นบทขยายของ (1)

ราคา และสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนึ่งของสัญญา

ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ ราคา (Price) และสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนึ่งของสัญญา (Subject-matter) จึงเป็นอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยในกรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงราคา และสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนึ่งของสัญญาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

4.3.1.2 สัญญาลักษณะต่างๆ ใน BGB ซึ่งจะยกตัวอย่างสัญญาต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) สัญญาซื้อขายผู้บริโภค (Purchase of consumer goods)

การซื้อขายที่เป็นสัญญาผู้บริโภค (Purchase of consumer goods) อยู่ใน Book 2 Law of Obligations (กฎหมายหนี้) Division 8 Particular types of obligations (ลักษณะหนี้) Title 1 Purchase, exchange (ซื้อขาย, แลกเปลี่ยน) Subtitle 3 Purchase of consumer goods (สัญญาซื้อขายที่เป็นสัญญาผู้บริโภค) ตั้งแต่มาตรา 474-479

มาตรา 474 บัญญัติให้ความหมายหรือคำจำกัดความของ “สัญญาซื้อขายผู้บริโภค” (Purchase of consumer goods)

“ความหมายของสัญญาซื้อขายผู้บริโภค

(1) เมื่อไหร่ก็ตามที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าที่เป็นสังหาริมทรัพย์จากผู้ประกอบธุรกิจ, บทบัญญัติดังกล่าวต่อไปนี้เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากสัญญาซื้อขายทั่วไป โดยบทบัญญัตินี้ไม่รวมถึงการซื้อขายสินค้ามือสองจากการขายทอดตลาดที่ซื้อในฐานะของผู้บริโภคเอง

(2) มาตรา 439 (4) ให้บังคับใช้กับสัญญาซื้อขายผู้บริโภคนี้ด้วย ภายใต้เงื่อนไขว่า ผลประโยชน์จะไม่ถูกละทิ้งหรือแทนที่”

ความตกลงในสัญญาซื้อขายผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองมากกว่าสัญญาซื้อขายทั่วไป โดยคู่สัญญาไม่อาจทำความตกลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัตินี้ได้ ตามมาตรา 475

“ความตกลงที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติ

(1) ถ้าข้อตกลงที่ทำกันไว้ก่อนที่ผู้ประกอบการจะทราบถึงความชำรุดบกพร่อง และเป็นข้อตกลงที่แตกต่างจากมาตรา 433-435, 437, 439-443 และไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค(เป็นผลร้าย) และแตกต่างจากบทบัญญัตินี้ ผู้ประกอบการไม่อาจกล่าวอ้างได้ บทบัญญัติข้างต้นต้องบังคับใช้ แม้ว่าจะใช้ถ้อยคำอย่างไรก็ตาม

(2) อายุความของสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 437 ไม่อาจจะตกลงย่นอายุความได้ ข้อตกลงที่ทำกันไว้ก่อนที่ผู้ประกอบการจะทราบถึงความชำรุดบกพร่อง ถ้าข้อตกลงนั้นมีความหมายทำนองที่ว่า มีอายุความน้อยกว่าสองปีนับแต่วันที่เริ่มต้นนับอายุความตามกฎหมาย หรือกรณีเป็นการซื้อขายสินค้ามือสอง มีอายุความน้อยกว่าหนึ่งปี

(3) โดยไม่ต้องคำนึงถึง มาตรา 307-309 อนุมาตรา (1) และ (2) ข้างต้น ไม่ใช้กับข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย”

นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติลักษณะพิเศษของสัญญาซื้อขายผู้บริโภค เช่น เรื่องการระงับข้อพิพาท บทบัญญัติพิเศษสำหรับการรับประกัน (Guarantees) การไต่เบี่ยผู้ประกอบการและอายุความการไต่เบี่ยข้อเรียกร้อง

2) สัญญาทามแชร์ (Time-share agreement)

สัญญาทามแชร์ (Time-share agreement) อยู่ใน Book 2 Law of Obligations (กฎหมายหนี้) Division 8 Particular types of obligations (ลักษณะหนี้) Title 2 Time-share agreements (สัญญาทามแชร์) ตั้งแต่มาตรา 481-487

ลักษณะของสัญญาทามแชร์ (Time-share agreement) มาตรา 481

สัญญาทามแชร์ คือ สัญญาที่ผู้ประกอบการจัดหาหรือจะจัดหาให้ซึ่งสิทธิในการใช้สิ่งก่อสร้างเป็นระยะเวลาหนึ่งซึ่งได้กำหนดไว้หรือจะได้กำหนดไว้ให้แก่ผู้บริโภค แลกเปลี่ยนกับการชำระราคาทั้งหมด เพื่อประโยชน์ในการพักผ่อนหรืออยู่อาศัย โดยระยะเวลาที่อยู่อาศัยต้องเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 3 ปี

สิทธินั้นอาจเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นก็ได้ และสิทธิเพื่อประโยชน์ในการพักผ่อนหรืออยู่อาศัยนี้ อาจเกิดจากการเป็นสมาชิกสมาคมหนึ่งหรือเป็นหุ้นส่วนในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน (ที่กล่าวมาเป็นเพียงตัวอย่างของลักษณะสัญญาทามแชร์เท่านั้น)

สิทธิของผู้บริโภคนั้น ผู้บริโภคอาจมีสิทธิเลือกใช้อาคารใดอาคารหนึ่งในกลุ่มอาคารที่ให้สิทธิแก่ผู้บริโภค

ส่วนของอาคารที่อยู่อาศัยให้ถือเป็นอาคารที่อยู่อาศัย

หน้าที่ในการจัดให้มีหนังสือชี้ชวนในสัญญาตามแชร์ ตามมาตรา 482 โดยบุคคลซึ่งเป็นผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้เสนอสัญญาตามแชร์ จะต้องจัดหนังสือชี้ชวนแก่ผู้บริโภครที่ให้ความสนใจนั้น

หนังสือชี้ชวนจะต้องประกอบด้วย ลักษณะทั่วไปของอาคารที่อยู่อาศัยหรือกลุ่มอาคารที่อยู่อาศัย

ก่อนการเข้าทำสัญญานั้น ผู้ประกอบการอาจทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่อยู่ในหนังสือชี้ชวนได้ ถ้ามีเหตุจำเป็นและต้องมิใช่เหตุที่ผู้ประกอบการก่อให้เกิดขึ้น

โฆษณาชี้ชวนให้เข้าทำสัญญาตามแชร์จะต้องระบุด้วยว่ามีหนังสือชี้ชวนและจะรับหนังสือชี้ชวนนี้ได้ที่ใด

ภาษาในสัญญาและหนังสือชี้ชวนในสัญญาตามแชร์ มาตรา 483 สัญญาตามแชร์นั้น จะต้องร่างโดยใช้ภาษาราชการของรัฐภาคีของสหภาพยุโรป หรือภาษาราชการของรัฐที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งผู้บริโภคมิถุมีถิ่นอาศัยอยู่ (คือใช้ภาษาราชการของรัฐที่ผู้บริโภคมิถุมีถิ่นอาศัยอยู่) ในกรณีที่มีภาษาราชการมากกว่าหนึ่งภาษา ให้ใช้ภาษาราชการที่ผู้บริโภครเลือกใช้

ถ้าหากผู้บริโภครมีสัญชาติในอีกรัฐภาคีหนึ่ง ผู้บริโภครอาจเลือกใช้ภาษาที่ตนมีสัญชาติได้ นอกจากภาษาที่ผู้บริโภครมีถิ่นอาศัยแล้ว

การใช้ภาษาในสัญญาตามแชร์ที่กล่าวมาแล้ว ให้นำมาใช้กับหนังสือชี้ชวนด้วย

การแปลภาษาในสัญญาตามแชร์ จะต้องแปลเป็นภาษาที่ผู้บริโภครได้เลือก โดยต้องบันทึกผ่านทางโรตารีพับริกของเยอรมัน

สัญญาตามแชร์ที่ไม่ได้ใช้ภาษาตามที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นเป็นโฆษณาแบบหนังสือสัญญาของสัญญาตามแชร์ มาตรา 484

(1) สัญญาตามแชร์จะต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่บทบัญญัติอื่นที่เคร่งครัดกว่าคือ ในการทำสัญญาแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำเป็นหนังสือ หนังสือชี้ชวนตามมาตรา 482 ที่จะส่งแก่ผู้บริโภครให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งจะถูกรับเข้าในสัญญา เว้นแต่คู่สัญญาได้ตกลงเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง โดยระบุการเปลี่ยนแปลงที่แตกต่างไปจากหนังสือชี้ชวน โดยการเปลี่ยนแปลงนี้ต้องบอกกล่าวไปยังผู้บริโภครก่อนที่จะทำสัญญา โดยที่ไม่ต้องคำนึงถึงข้อมูลในหนังสือชี้ชวน ตัวเอกสารสัญญาตามแชร์นั้นต้องประกอบด้วยข้อมูลที่กล่าวมาในมาตรา 482 (กล่าวคือให้เหมือนกับข้อมูลในหนังสือชี้ชวน)

(2) ผู้ประกอบการจะต้องจัดหาเอกสารสัญญาตามแชนร์หรือสำเนาให้แก่ผู้บริโภคร ถ้าภาษาในสัญญากับภาษาของอาคารที่อยู่อาศัยตั้งอยู่เป็นคนละสถานที่กัน ผู้ประกอบการจะต้องหาคำแปลที่ได้รับการรับรองที่เป็นภาษาราชการหรือภาษาราชการของรัฐภาคีสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญา เว้นแต่สิทธิในการใช้อาคารที่เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับกลุ่มอาคารที่ใช้ที่อยู่อาศัยนั้นมีที่ตั้งอยู่ในต่างรัฐกัน เช่นนี้ไม่ต้องมีหน้าที่ส่งมอบคำแปลที่ได้รับการรับรองตามบทบัญญัตินี้

สิทธิในการยกเลิกสัญญาตามแชนร์ มาตรา 485

(1) ในสัญญาตามแชนร์ ผู้บริโภคมีอำนาจยกเลิกสัญญาได้ภายใต้มาตรา 355

(2) วิธีการใช้สิทธิยกเลิกสัญญา จะต้องกำหนดค่าใช้จ่ายซึ่งผู้บริโภคจะต้องชดใช้ถ้าหากสัญญานั้นจะต้องยกเลิกภายใต้ (5)

(3) ก่อนที่สัญญาจะทำได้ทำขึ้น ถ้าผู้บริโภคไม่ได้รับหนังสือชี้ชวนหรือได้รับหนังสือชี้ชวนที่ไม่ใช้ภาษาที่กฎหมายกำหนดมาตรา 483 ระยะเวลาการใช้สิทธิยกเลิกสัญญาเป็น 1 เดือน โดยไม่ต้องคำนึงถึงมาตรา 355 (1) ประโยคที่สอง

(4) ถ้ารายการหนึ่งตามมาตรา 482 (2) (หนังสือชี้ชวนจะต้องประกอบด้วยลักษณะทั่วไปของอาคารที่อยู่อาศัยหรือกลุ่มอาคารที่อยู่อาศัย) ไม่ปรากฏในสัญญา ระยะเวลาการใช้สิทธิในการเลิกสัญญายังไม่เริ่มจนกว่าผู้บริโภคจะได้แจ้งเป็นหนังสือถึงข้อมูลนี้

(5) ไม่ต้องคำนึงถึง 357 (1) (3) ค่าตอบแทนสำหรับบริการที่เกิดขึ้นหรือสำหรับการอนุญาตให้ใช้อาคารที่อยู่อาศัยได้รับการยกเว้น ถ้าสัญญาถูกเรียกร้องให้บันทึกผ่านโรตารีพิบลิค ผู้บริโภคต้องจ่ายค่าใช้จายบันทึกที่ผ่านโรตารีนี้ด้วย ถ้าได้ระบุไว้ในสัญญาโดยชัดเจน

ส่วนกรณีตาม (3) (4) ผู้บริโภคไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าใช้จายบันทึกที่ผ่านโรตารีให้แก่ผู้ประกอบการ แต่ผู้บริโภคมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จายที่เกิดจากการทำสัญญานี้จากผู้ประกอบการก็ทำได้ด้วย

ข้อห้ามวางเงินคาวนในสัญญาตามแชนร์ โดยผู้ประกอบการไม่อาจเรียกร้องหรือรับการชำระเงินจากผู้บริโภคก่อนที่ระยะเวลาการยกเลิกสัญญาจะผ่านพ้นไป แต่ถ้าเป็นข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากกว่าก็สามารถใช้บังคับได้ ตามมาตรา 486

ข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดของสัญญาตามแชนร์ โดยบัญญัติห้ามตกลงทำสัญญาเป็นอย่างอื่นให้แตกต่างไปจากบทบัญญัตินี้ ซึ่งข้อสัญญาที่เป็นผลร้ายแก่ผู้บริโภคนั้นต้องห้าม โดยให้ใช้บังคับบทบัญญัตินี้แม้จะเขียนหลีกเลี่ยงเป็นอย่างใดก็ตาม มาตรา

3) สัญญากู้ยืมผู้บริโภค (Consumer loan contract)

สัญญากู้ยืมผู้บริโภค (Consumer loan contract) อยู่ใน Book 2 Law of Obligations (กฎหมายหนี้) Division 8 Particular types of obligations Title 3 Loan contract; financing assistance and contracts for delivery by installments between an entrepreneur and a consumer (ลักษณะหนี้) Subtitle 1 มาตรา 491-492

สัญญากู้ยืมผู้บริโภค (Consumer loan contract) มาตรา 491

(1) ภายใต้ (2) (3) บทบัญญัติที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นบทบัญญัติเสริมของบทบัญญัติสัญญากู้ยืม ระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ให้กู้กับผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้กู้ (สัญญากู้ยืมผู้บริโภค)

(2) บทบัญญัติดังต่อไปนี้ไม่ใช้กับสัญญากู้ยืมผู้บริโภค

1. สัญญาซึ่งมีจำนวนเงินให้กู้ไม่เกิน 200 ยูโร
2. สัญญาซึ่งทำกันขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยในท้องตลาด
3. เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการอุดหนุนในเรื่องการสร้างบ้าน และการพัฒนาเมือง ที่ทำขึ้นภายใต้กฎหมายมหาชน หรือภายใต้การอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐโดยตรงระหว่างสถาบันตามกฎหมายมหาชน เพื่อทำการอุดหนุนดังกล่าวกับผู้กู้ในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยในท้องตลาด

(3) นอกจากนี้บทบัญญัติดังต่อไปนี้ไม่ใช้บังคับ

1. มาตรา 358 (2) (4) (5) และมาตรา 492-495 กับสัญญากู้ยืมผู้บริโภคซึ่งอยู่ในบันทึกของศาลซึ่งร่างขึ้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือบันทึกโดยโรตาลี ถ้าบันทึกหรือเอกสารโรตาลีประกอบด้วยอัตราดอกเบี้ยต่อปี ค่าใช้จ่ายซึ่งเรียกเก็บในขณะที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น และเงื่อนไขที่ว่าอัตราดอกเบี้ยต่อปีหรือค่าใช้จ่ายนั้นอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้

2. มาตรา 358 (2) (4) (5) และมาตรา 359 กับสัญญากู้ยืมผู้บริโภคที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสนับสนุนทางการเงินแก่การซื้อขายหลักทรัพย์ เงินตราต่างประเทศ อนุพันธ์ และโลหะมีค่า

แบบของสัญญากู้ยืมผู้บริโภค และเนื้อหาของสัญญา มาตรา 492

(1) สัญญากู้ยืมผู้บริโภคจะต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่ จะมีแบบที่เข้มงวดกว่านั้น ส่วนการทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้รับการยกเว้น

เมื่อคู่สัญญามีคำเสนอและคำสนอง โดยแต่ละฝ่ายได้แสดงเป็นหนังสือ
คนละฉบับกัน ก็ถือได้ว่าเป็นแบบของหนังสือกู้ยืมแล้ว

เอกสารของผู้ให้กู้ที่ผู้กู้ไม่ต้องลงนาม ถ้ามันถูกทำขึ้นโดยการช่วยเหลือ
จากเครื่องมืออัตโนมัติ (เช่น การกดเงินสดจากตู้เอทีเอ็ม)

สัญญาจะต้องลงนามโดยผู้กู้และจะต้องระบุสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. จำนวนเงินกู้สุทธิ และจำนวนวงเงินกู้สูงสุด
2. จำนวนค่างวดทั้งหมดที่ผู้กู้จะต้องชำระคืนเงินกู้ รวมทั้ง ดอกเบี้ย และ
ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ด้วย

3. วิธีการชำระคืนเงินกู้หรือวิธีการเพื่อให้สัญญาสิ้นสุด
4. อัตราดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายอื่นๆ โดยละเอียด รวมถึงค่านายหน้าซึ่งผู้
กู้ต้องชำระ

5. อัตราดอกเบี้ยตามจริง (Effective Rate) ถ้าหากว่าได้สงวนสิทธิที่จะ
เปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยหรือปัจจัยอื่นๆ ที่ใช้กำหนดราคา พร้อมด้วยข้อมูลเกี่ยวกับ ปัจจัย การ
กำหนดระยะเวลา ในการกำหนดเงื่อนไขนั้น เป็นต้น

6. ค่าใช้จ่ายในการทำประกันหนี้ที่เหลืออยู่ หรือประกันอื่นๆ ที่ทำขึ้น
เพื่อการกู้ยืมผู้บริโภค

7. หลักประกันที่จะต้องให้

- (1a) สัญญากู้ยืมอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นสัญญากู้ยืมผู้บริโภค
- (2) จำนวนอัตราดอกเบี้ยต่อปีตามจริง (Effective Rate) ที่ต้องแสดงเป็น
เปอร์เซ็นต์ของจำนวนเงินกู้สุทธิ

(3) ผู้ให้กู้จะต้องส่งสำเนาสัญญาให้แก่ผู้กู้

(4) ต้องระบุรายละเอียดของ (2) (3) ในหนังสือมอบอำนาจของผู้ให้กู้ ยกเว้น
ไม่ต้องระบุหากเป็นหนังสือมอบอำนาจที่ใช้ในศาล หรือหนังสือมอบอำนาจถูกทำโดยโรตาลี

4.3.1.3 เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (หลัก *Clausula rebus sic stantibus*)

หลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือหลัก *Clausula rebus sic stantibus* เป็นข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หรือหลัก *Pacta sunt servanda*

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หรือหลัก *Pacta sunt servanda* มีหลักอยู่ว่า เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาต่อกัน เกิดเป็นสัญญาขึ้น สัญญาข้อมก่อนให้เกิดหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากบุคคลมีอิสระในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา โดยไม่ถูกแทรกแซงโดยกฎหมาย ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (*Sanctity of Contract*) คู่สัญญาจึงถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความเท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญา ฉะนั้นคู่สัญญาจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำไว้⁵⁷ ซึ่งเป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังของหลักสัญญาและหนี้เสมอ

หลัก *Clausula rebus sic stantibus* เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับกรณีที่เกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา ทำให้สถานการณ์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบันแตกต่างจากสถานการณ์ในขณะที่ได้มีการทำสัญญา ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นในขณะที่ตกลงทำสัญญาต่อกัน โดยส่งผลกระทบต่อพฤติการณ์ชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาเป็นอย่างมาก และหากจะให้มีการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปโดยเคร่งครัด ก็จะกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาสันนิษฐานหรือคาดหวังว่าจะได้รับจากสัญญาอย่างรุนแรง กล่าวคือ กระทบต่อสิ่งที่คู่สัญญาเข้าใจหรือตกลงให้เป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญา ดังนั้น การที่จะให้พฤติการณ์ชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป แม้ว่าหนี้ดังกล่าวจะยังอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้ แต่ก็จะทำให้การชำระหนี้กลายเป็นไร้ประโยชน์หรือทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหรือความเสียหายที่ไม่อาจคาดคิดมาก่อนเป็นอย่างมาก⁵⁸

เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา โดยเฉพาะเหตุการณ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของภาวะทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีผลกระทบต่อความเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ในสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้คู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

⁵⁷ Reinhard Zimmerman. (1992). *The law of Obligation Roman foundation of the Civil Tradition*. p. 576. อ้างถึงใน อนงค์ สมบุญเจริญ. (2542). ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา. หน้า 8.

⁵⁸ อนงค์ สมบุญเจริญ. (2549). ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา. หน้า 1.

ที่มาของ หลัก *Clausula rebus sic stantibus* เกิดขึ้นในสมัยศตวรรษที่ 12-13 โดยนักสอนศาสนา มีหลักว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง”⁵⁹

หลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือหลัก *Clausula rebus sic stantibus* ของเยอรมัน ตามมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้บัญญัติขึ้นตามข้อตกลงของสหภาพยุโรป เพื่อปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปในทางเดียวกันของสมาชิกสหภาพยุโรป โดยมีเนื้อหาดังนี้⁶⁰

“(1) เมื่อได้ทำสัญญาขึ้นแล้ว และพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ซึ่งหากคู่กรณีในสัญญาได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าในขณะที่ตกลงทำสัญญากันก็คงจะไม่เข้าทำสัญญานั้น หรือทำขึ้นโดยมีเนื้อหาแตกต่างออกไป ดังนี้เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งกรณี โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการแบ่งภาระความเสี่ยงตามที่ตกลงกัน หรือตามกฎหมายแล้ว หากการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายใดต้องผูกพันตามสัญญาโดยเคร่งครัดจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายเกินที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจเรียกร้องให้ปรับปรุงเนื้อหาแห่งสัญญานั้นได้

(2) หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุจงใจสำคัญและเป็นรากฐานแห่งสัญญานั้นมิได้เป็นไปตามที่คู่กรณีเข้าใจกัน ก็ให้ถือว่าเป็นกรณีพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญด้วย

(3) หากการปรับข้อสัญญาเป็นการอันพินวิสัย หรือจะเป็นที่เดือดร้อนเสียหายเกินที่ควรคาดหมายได้ตามปกติแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้ฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบจากสัญญานั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ในกรณีที่สัญญาผูกพันสัมพันธ์ต่อเนื่องกันก็ให้การบอกเลิกสัญญามีผลให้นิติสัมพันธ์อันจะมีมาในอนาคตเป็นอันระงับสิ้นไป”⁶¹

⁵⁹ Aziz T Saliba. (2001, September). *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*. Retrieved September 9, 2010, from http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html

⁶⁰ สุรศักดิ์ มณีสร. (2551). เอกสารในการบรรยายเรื่อง *Clausula rebus sic stantibus* ชั้นปริญญาโท ปี 2551. วิชากฎหมายแพ่งชั้นสูง. หน้า 7.

⁶¹ Section 313

“Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of

“เหตุที่เป็นรากฐานแห่งสัญญา” หมายถึง เหตุที่มีผลต่อความเป็นอยู่ของสัญญา ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุที่สำคัญของสัญญาและเป็นรากฐานแห่งสัญญานั้นมิได้เป็นไปตามที่คู่กรณีเข้าใจกันแล้ว ก็ให้ถือว่าเป็นกรณีพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญด้วย

องค์ประกอบของเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือหลัก *Clausula rebus sic stantibus* ตามมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้แก่

1. เหตุที่เป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กล่าวคือ เมื่อได้ทำสัญญาขึ้นแล้ว มีพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

2. คู่สัญญามีได้คาดเห็นมาก่อนว่าจะเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้น กล่าวคือ มีเหตุที่เป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก โดยที่คู่สัญญาไม่อาจสันนิษฐานได้ว่า จะเกิดเหตุการณ์นี้ขึ้นหรือไม่ หรือไม่อาจคาดเห็นได้นั่นเอง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายจึงต้องรับความเสียหายที่เกิดขึ้นร่วมกัน

3. หากคู่สัญญาได้คาดเห็นมาก่อน ก็จะไม่เข้าทำข้อสัญญาเช่นนั้น กล่าวคือ หากคู่กรณีในสัญญาได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าในขณะที่ตกลงทำสัญญากันก็คงจะไม่เข้าทำสัญญานั้น หรือทำขึ้นโดยมีเนื้อหาแตกต่างออกไป

พฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา ตามแนวความคิดของกฎหมายเยอรมัน พิจารณาแยกได้ดังนี้⁶²

1) พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นมีผลกระทบต่อเจตนาหรือวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาโดยรวม เช่น คดี *Krell v. Henry*⁶³ กรณีการเช่าห้องเพื่อดูขบวนพิธี แต่ปรากฏว่ามีการเลื่อนพิธีไปไม่มีกำหนด เมื่อวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาเกิดจากการเช่าห้องเพื่อดูขบวนพิธีถูกระงับกระทันหันมีเหตุ

all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may withdraw from the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to withdraw.”

⁶² อนงค์ สมบุญเจริญ. เล่มเดิม. หน้า 49-53.

⁶³ *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740. อ้างถึงใน อนงค์ สมบุญเจริญ. (2549). *ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา*. หน้า 35.

เปลี่ยนแปลงไป ทำให้สัญญาไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ แม้ว่าผู้ให้เช่าจะยังส่งมอบห้องเช่าให้ได้ก็ตาม

2) พฤติการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งภาวะทางเศรษฐกิจ โดยจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงภาวะทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง จึงจะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา เช่น อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เหตุการณ์เงินเฟ้ออย่างรุนแรงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ทำให้เงิน 1,000 มาร์คลดลงไปมากจนแทบไม่มีค่าอะไร ซึ่งหากต้องชำระหนี้ตามสัญญาที่ทำไว้แต่เดิม ก็จะทำให้เกิดความหายนะแก่คู่สัญญา ซึ่งน่าจะเป็นเหตุที่จะกระทบต่อรากฐานหรือสิ่งที่คู่สัญญามุ่งประสงค์อย่างรุนแรง

ส่วนพฤติการณ์ที่ไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุในสัญญา พิจารณาแยกได้ดังนี้⁶⁴

1) พฤติการณ์ที่ไม่มีผลกระทบต่อมูลเหตุในสัญญา กล่าวคือ หากภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปไม่ได้กระทบต่อมูลเหตุหรือรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาอย่างรุนแรง ก็จะไม่ถือว่าเป็น เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

2) พฤติการณ์ที่คู่สัญญาคาดหมายได้ล่วงหน้า หรือคาดเห็นได้ล่วงหน้าก่อนทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกำหนดวิธีเพื่อป้องกันการเสี่ยงภัยได้ แต่ไม่กระทำ จึงถือว่าเป็นการยอมรับผลของการณ์นั้นของคู่สัญญา คู่สัญญาจึงไม่อาจอ้างพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้

3) พฤติการณ์ที่ราคาสินค้าสูงขึ้นหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มขึ้นตามปกติ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดความยากลำบากในการชำระหนี้เท่านั้น ถือเป็นพฤติการณ์ที่โดยทั่วไปเกิดขึ้นได้ และอาจถือว่าคู่สัญญาคาดเห็นได้ ทั้งไม่เป็นกรณีที่เป็นกรณการเพิ่มขึ้นมากจนกระทบต่อรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาอย่างรุนแรง ดังนั้นจึงไม่เป็น เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

ผลทางกฎหมายของเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (หลัก *Clausula rebus sic stantibus*) ที่ผู้เสียหายมีสิทธิ 2 ประการ ตามมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB)

1. การปรับข้อสัญญา ในกรณีที่มีเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเกิดขึ้นในการทำสัญญา ซึ่งทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาถูกระทบอย่างรุนแรง ผลทางกฎหมายคือสัญญายังคงมีอยู่ต่อไป คู่สัญญายังไม่หลุดพ้นจากการชำระหนี้ เนื่องจาก

⁶⁴ อนงค์ สมบุญเจริญ. เล่มเดิม. หน้า 53-54.

มิใช่การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย แต่คู่สัญญาอาจขอให้มีการทบทวนข้อสัญญาเพื่อเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงข้อสัญญาให้เกิดความเป็นธรรมในขณะที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปได้ เนื่องจากหากให้ลูกหนี้ยังคงชำระหนี้ตามจำนวนเดิมต่อไป ก็อาจทำให้ลูกหนี้ต้องพบกับความหายนะได้⁶⁵ เช่น การปรับราคาให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ในขณะนั้น ตามมาตรา 313 (1) ตอนท้าย ที่ว่า “...ดังนี้เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งกรณีโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการแบ่งภาระความเสี่ยงตามที่ตกลงกันหรือตามกฎหมายแล้ว หากการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายใดต้องผูกพันตามสัญญาโดยเคร่งครัดจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายเกินที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจเรียกร้องให้ปรับปรุงเนื้อหาแห่งสัญญานั้นได้”

2. การเลิกสัญญา ในกรณีที่ปรับข้อสัญญาแล้วก็ยังไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอยู่อีก โดยจะต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจปรับข้อสัญญาได้แล้วหรือการปรับข้อสัญญาจะเป็นอันไร้ประโยชน์แก่คู่สัญญา เช่น กรณีการเช่าห้องเพื่อคูดขุนพิธิขึ้นครองราชย์ (Krell v. Henry⁶⁶) ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ การเช่าห้องเพื่อชมขบวนพิธิ เมื่อขบวนพิธิถูกยกเลิก การปรับข้อสัญญาใหม่ก็ไม่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาอีก คู่สัญญาจึงสามารถบอกเลิกสัญญาได้⁶⁷ ตามมาตรา 313 (3) “หากการปรับข้อสัญญาเป็นการอันพันวิสัย หรือจะเป็นที่เดือดร้อนเสียหายเกินที่ควรคาดหมายได้ตามปกติแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้ฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบจากสัญญานั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ในกรณีที่สัญญาผูกพันสัมพันธ์ต่อเนื่องกันก็ให้การบอกเลิกสัญญามีผลให้หนี้สัมพันธ์อันจะมีมาในอนาคตเป็นอันระงับสิ้นไป” ในกรณีเป็นสัญญาที่ผูกพันกันไปในอนาคต ให้คู่สัญญาที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าให้อีกฝ่ายทราบก่อน ตามหลักทั่วไปในการเลิกสัญญา

4.3.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษ”

1) มาตรการลงโทษทางแพ่ง คือ ข้อสัญญาที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่เป็นธรรม จะไม่สามารถใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาได้ โดยจะมีผลให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นโมฆะ ส่วนข้อสัญญาอื่นที่เป็นธรรมสามารถใช้บังคับต่อไปได้โดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น “ยอมผูกพันคู่สัญญาต่อไป” หากอนุমানได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะ แต่ถ้าการบังคับใช้ข้อสัญญาส่วนที่เหลือนั้นจะก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา ให้สัญญาตกเป็นโมฆะใช้ไม่ได้ทั้งหมด

⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 72.

⁶⁶ Krell v. Henry [1903] 2 KB 740. อ้างถึงใน อนงค์ สมบุญเจริญ. (2549). ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา. หน้า 35.

⁶⁷ อนงค์ สมบุญเจริญ. เล่มเดิม. หน้า 72.

2) ศาลอาจมีคำสั่งให้ยับยั้งการบังคับตามสัญญาไว้ชั่วคราว (Injunction) ในคดีผู้บริโภคได้ หากผู้ที่มีอำนาจ คือ สมาคมที่มีวัตถุประสงค์ที่คุ้มครองผู้บริโภค สมาคมผู้ประกอบการหรืออุตสาหกรรม ยื่นคำร้องต่อศาล โดยศาลจะพิจารณาโดยฟังความคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้นๆ และหากศาลชี้ขาดว่า ควรยับยั้งการใช้ข้อสัญญานั้น โดยผู้ประกอบการหรือผู้ใช้ข้อสัญญานั้น ไม่ตกท้วงโต้แย้ง เช่นนี้ให้ถือว่าข้อสัญญาส่วนที่ถูกยับยั้งนั้นเป็นโมฆะ⁶⁸

“บทลงโทษ” ไม่มีบทลงโทษในบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของเยอรมัน (มีแต่การขอคุ้มครอง Injunction)

4.3.3 องค์การที่บังคับใช้กฎหมาย

ไม่มีองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง แต่จะมีองค์กรเอกชน ซึ่งรวมถึงหอการค้าที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ โดยมีอำนาจจะดำเนินการทางศาลแก่ผู้ประกอบการหรือผู้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ ด้วยการขอคุ้มครอง Injunction ตาม Prohibitory Injunctions Act 2001⁶⁹

องค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่หลักในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในเยอรมัน คือ VZBV (Federation of German Consumer Organizations) ก่อตั้งในปี 2000 ซึ่งรวมทั้งให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย

4.4 ประเทศฝรั่งเศส

เดิมการทำนิติกรรมสัญญาของฝรั่งเศสยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา สัญญาที่เกิดขึ้นจึงต้องผูกพันคู่สัญญาตามเจตนาของคู่สัญญา ต่อมารูปแบบการทำสัญญาเปลี่ยนไป สัญญาที่เกิดขึ้นใหม่เกิดจากการร่างสัญญาของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายเดียวหรือสัญญาสำเร็จรูป

ต่อมาเพื่อแก้ปัญหาการร่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเอาเปรียบผู้บริโภค ศาลจึงได้ตีความข้อสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากขึ้น ซึ่งก็ไม่เพียงพอ เมื่อการตีความของศาลมีข้อจำกัดจึงไม่อาจคุ้มครองผู้บริโภคได้ทั่วถึงอีกต่อไป จึงมีการตรากฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะ คือ กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 (La loi no78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de service)

⁶⁸ สุขุม สุภนิตย์ ข เล่มเดิม. หน้า 15.

⁶⁹ Geoffrey Woodroffe and Dimitrios Giannouloupos. (2002, December). Comparative Study of Consumer Policy. Retrieved March 18, 2011, from <http://www.berr.gov.uk/files/file41128.pdf>

และต่อมาประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมาย (Code) โดยประมวลกฎหมายใหม่ของประเทศไม่ได้เปลี่ยนกฎหมายเดิม แต่ได้รวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันที่กระจัดกระจายมารวมไว้ด้วยกัน โดยจัดเป็นหมวดหมู่ใหม่ โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาเดิม (Condification à droit Constant) ซึ่งก็คือ Consumer Code (Code de la Consommation)

4.4.1 มาตรการทางกฎหมาย

4.4.1.1 กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 (La loi no78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de service)

กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ใน Conseil d'Etat เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดย กฎหมายเลขที่ 78-23 จะต้องไม่ขัดกับ Consumer Code

กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ หมวด 4 การคุ้มครองผู้บริโภคต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 35-38 เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้านสัญญา โดยเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับประชาชนเป็นการทั่วไป

กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็จะอยู่ในส่วนของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คือกฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ โดยมาตรา 35 ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติในส่วนเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า

“ในสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ข้อสัญญาเกี่ยวข้องกับลักษณะที่ได้กำหนดแล้วหรือที่จะกำหนดได้ในเรื่องราคา การชำระราคา ข้อสัญญาเกี่ยวกับส่วนประกอบของสิ่งของหรือการส่งมอบสิ่งของ ภาระการเลี้ยง ขอบเขตความรับผิดชอบ และการให้ประกันข้อสัญญาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการชำระหนี้ การยกเลิกสัญญา การเพิกถอนสัญญา หรือการต่ออายุของสัญญา อาจต้องห้าม ถูกจำกัดหรืออาจถูกวางข้อกำหนดโดยกฤษฎีกาของ Conseil d'Etat ซึ่งกำหนดขึ้นตามความเห็นชอบของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามมาตรา 36 เมื่อข้อสัญญาเช่นว่านั้นปรากฏเป็นการบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค โดยการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายหลังนี้

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นว่านี้ที่สร้างขึ้นขัดแย้งกับบทบัญญัติข้างต้น ถือว่าไม่สมบูรณ์

บทบัญญัติเหล่านี้ใช้บังคับกับสัญญาไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดหรือลักษณะชื่อใด อาทิ ใบสั่งของ ใบเสร็จ ใบรับประกัน ใบส่งมอบของ ตัวอย่างถึงเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดไว้ล่วงหน้า

กฤษฎีกาอาจวางข้อกำหนดในการเสนอแนะเป็นหนังสือหรือประกาศยืนยันสัญญาที่มีลักษณะตามวรรคแรก เพื่อเป็นประกันการให้ข้อมูลข่าวสารแก่คู่สัญญาที่ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค⁷⁰

เป็นกฎหมายที่มีลักษณะที่ออกคำสั่งห้าม ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับราคา การชำระราคา ข้อสัญญาเกี่ยวกับส่วนประกอบของสิ่งของ การส่งมอบสิ่งของ ภาระการเสี่ยงภัย ขอบเขตความรับผิดชอบ การให้ประกันข้อสัญญา เงื่อนไขการชำระหนี้ การยกเลิกเพิกถอนสัญญา การต่ออายุสัญญา หรือข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการสร้างขึ้นโดยใช้อำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าโดยไม่สุจริตกับฝ่ายผู้บริโภค ทำให้สัญญามีเนื้อหาเอาเปรียบผู้บริโภคเกินสมควร⁷¹

กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับสัญญา และข้อสัญญาอื่น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดหรือในเอกสารที่เป็นหลักฐานต่างๆ เช่น ใบเสร็จ ใบส่งของ ใบรับประกัน ที่มีข้อสัญญาในนั้น

Conseil d'Etat โดยคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญามีอำนาจออกกฤษฎีกา เมื่อข้อสัญญาเช่นว่านั้นปรากฏเป็นการบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค โดยใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค

การใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ การใช้อำนาจกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยการใช้อำนาจผูกขาดทางเศรษฐกิจ หรืออาศัยความไม่รู้ความไม่เข้าใจในข้อสัญญาของคู่สัญญาที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพ เช่น มีการร่างข้อสัญญาที่เข้าใจยาก⁷² ซึ่งจะปรากฏความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา และความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาด้วย หากทำสัญญาที่ขัดกฎหมาย สัญญานั้นก็จะไม่สมบูรณ์

⁷⁰ คาราทร์ ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 147-149.

⁷¹ ขวัญชัย ไทยาภิรมย์. เล่มเดิม. หน้า 71.

⁷² วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 261.

กฎหมายที่กฤษฎีกาออกมาโดยอาศัยกฎหมายเลขที่ 78-23 คือ กฤษฎีกาเลขที่ 78-464 ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1978 ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยผลของข้อสัญญา ดังต่อไปนี้ จะมีผลให้ใช้บังคับไม่ได้เลย คือ⁷³

1) ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือที่มีผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการได้รับชดเชยค่าเสียหายของผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้บริโภค เมื่อผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพไม่ยอมปฏิบัติตามภาระแห่งสัญญา

2) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงลักษณะของสินค้าที่จะต้องส่งมอบหรือบริการที่จะต้องทำให้

3) ข้อสัญญาขกเว้นการรับประกันตามกฎหมายซึ่งบังคับให้ผู้ขายที่ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพจะต้องให้ประกันแก่ผู้ซื้อในความชำรุดบกพร่องที่ซ่อนเร้นของสินค้าหรือบริการ

4.4.1.2 Consumer Code (Code de la Consommation)

กฎหมายที่บทยบทาในการคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศสในปัจจุบัน คือ Consumer Code (Code de la Consommation) ซึ่งเกิดจากการรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาไว้แห่งเดียวกันรวมถึงการนำกฎหมายเลขที่ 78-23 ที่เป็นกฎหมายลำดับรองมารวมไว้ด้วย โดยประกาศบังคับใช้เมื่อ กรกฎาคม ค.ศ. 1993

ประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค ที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ บทบัญญัติ และข้อบังคับ

ส่วนของบทบัญญัติ เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งเลขมาตรามี L นำหน้า ได้แก่ L 132-1 ถึง L 132-5 จำนวน 5 มาตรา⁷⁴

มาตรา L 132-1 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้บริโภค สัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้บริโภค ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมาของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา จะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายของ Conseil d'Etat ซึ่งออกโดยการแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา L 132-2 สามารถกำหนดประเภทของข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรมได้ตามความหมายของวรรคแรก

⁷³ แหล่งเดิม. หน้า 249.

⁷⁴ แหล่งเดิม. หน้า 191-192.

ภาคผนวกตามประมวลกฎหมายปัจจุบันประกอบไปด้วยรายการตัวอย่างข้อสัญญาซึ่งอาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรม หากเข้าเงื่อนไขตามวรรคแรก ในกรณีมีการฟ้องร้องเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น ผู้ฟ้องร้องมีภาระพิสูจน์ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การพิจารณาว่ามีลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ไม่จำเป็นต้องนำรูปแบบหรือค่าตอบแทนในข้อสัญญามาพิจารณา ไม่ว่าจะอยู่ในประเภทสัญญาใด: สัญญาซื้อขาย การชำระเงิน การรับประกัน ใบส่งสินค้า หรือตัวโดยสาร ไม่ว่าจะมีการเจรจาข้อสัญญาหรือไม่ หรือมีการอ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปที่ตกลงกันก่อนหน้าหรือไม่

ภายใต้หลักการตีความตามมาตรา 1156 ถึง 1161 1163 และ 1164 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง การตีความในลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้พิจารณาในเวลาที่ได้ทำสัญญาขึ้น โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงในขณะที่ทำสัญญานั้น รวมถึงข้อสัญญาอื่นๆ ที่มีอยู่ในขณะนั้น หรือข้อสัญญาที่ได้ทำไว้แล้วในกรณีที่มีสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอีกฉบับหนึ่ง

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้รวมถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายในวรรคแรก ไม่นำเอาสาระสำคัญของสัญญา หรือ ราคา มาพิจารณา หากว่าสาระสำคัญหรือราคานั้น เขียนชัดเจนและเข้าใจได้แล้ว

หากข้อสัญญาถูกตัดสินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ส่วนอื่นของสัญญายังคงสามารถใช้บังคับได้ หากสามารถใช้บังคับโดยปราศจากข้อสัญญาที่ถูกเพิกถอน

บทบัญญัติในข้อนี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

บัญญัติรายการ (List) ที่ฝรั่งเศสได้นำมาแนบท้าย Consumer Code มี 17 ประการ ซึ่งเป็นผลมาจากการอนุวัติตาม Directive ตามความตกลงของสหภาพยุโรป เพื่อให้ผู้ให้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคาดคะเนได้ว่าข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ Article 3 (3) ได้กล่าวไว้ว่ารายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่าง (Non-Exhaustive List) นอกจากนี้ รายการนี้ระบุข้อสัญญาที่ “อาจ” ไม่เป็นธรรมเท่านั้น โดยข้อสัญญาที่อยู่ในรายการนี้จึงอาจจะมิใช่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ โดยข้อสัญญา 17 ประการที่อยู่ในรายการตัวอย่าง มีดังนี้⁷⁵

1) ข้อสัญญาข่มขู่หรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้บริโภค

2) ข้อสัญญาข่มขู่หรือจำกัดความรับผิดชอบโดยไม่สมควรที่ผู้บริโภคมีต่อผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน รวมทั้งสิทธิในการหักกลบลบหนี้

⁷⁵ พินัย ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 578-579.

3) ข้อสัญญาที่กำหนดให้หน้าที่ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการในการให้บริการแก่ผู้บริโภคตามสัญญา อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ความสำเร็จของเงื่อนไขนั้นขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการแต่เพียงฝ่ายเดียว

4) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้ว ในกรณีที่ผู้บริโภคไม่ทำสัญญาให้ลุล่วงไปหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยมีได้ให้สิทธิผู้บริโภคได้รับค่าเสียหายจำนวนเท่าเทียมกันในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา

5) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ครบถ้วนชำระค่าเสียหายสูงเกินส่วน

6) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยกเลิกสัญญาได้อำเภอใจเพียงฝ่ายเดียว หรือยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วโดยที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยังไม่มีได้จัดบริการตามสัญญาให้แก่ผู้บริโภคในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญาเสียเอง

7) ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้บริโภคทราบตามสมควร

8) ข้อสัญญาในสัญญาที่มีกำหนดเวลาแน่นอนที่กำหนดว่า กำหนดเวลาตามสัญญาจะขยายออกไปทันทีเมื่อผู้บริโภคมิได้แจ้งเป็นประการอื่น โดยที่สัญญานั้นกำหนดเวลาให้ผู้บริโภคแจ้งความประสงค์ที่จะไม่ให้ขยายระยะเวลาตามสัญญา แต่กำหนดให้แจ้งล่วงหน้านานมากจนเกินสมควร

9) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคผูกพันตามข้อสัญญาที่ผู้บริโภคไม่มีโอกาสอย่างแท้จริงที่จะทำความคุ้นเคยก่อนเข้าทำสัญญา

10) ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุผลโดยชอบ

11) ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือบริการได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุโดยชอบ

12) ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนดราคาในเวลาส่งมอบหรือขึ้นราคาได้โดยไม่ให้สิทธิผู้บริโภคเลิกสัญญา หากราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงกว่าราคาที่ได้ตกลงกันในเวลาทำสัญญามาก

13) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตัดสินใจว่า สินค้าหรือบริการเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ หรือให้ผู้ประกอบการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการตีความข้อสัญญา

14) ข้อสัญญาที่จำกัดหนี้ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่เกิดจากการที่ตัวแทนของตนให้ข้อผูกพัน (Commitments) แก่ผู้บริโภคร หรือกำหนดให้ข้อผูกพันที่ตนมีต่อผู้บริโภคต้องมีการปฏิบัติตามกระบวนการใดเป็นพิเศษ

15) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคปฏิบัติกรชำระหนี้ให้ครบถ้วน แม้ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนของตน

16) ข้อสัญญาที่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ โอนสิทธิหรือหนี้ตามสัญญาได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภค โดยที่การโอนดังกล่าวอาจทำให้หลักประกันของผู้บริโภคลดน้อยลง

17) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือขัดขวางสิทธิของผู้บริโภคในการดำเนินคดีหรือดำเนินการเสียหายทางกฎหมายโดยประการอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการกำหนดให้ผู้บริโภคต้องนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งมีได้เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการรับรองโดยทบปญญติแห่งกฎหมาย หรือโดยการจำกัดสิทธิในการแสดงพยานหลักฐาน หรือโดยการกำหนดให้ผู้บริโภคมีหน้าที่นำสืบต่างๆ ที่ตามกฎหมายผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายต้องนำสืบ

ส่วนทบปญญติของความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาในประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค

มาตรา L 132-2 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรี มีหน้าที่รับผิดชอบในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีหน้าที่ตรวจสอบรูปแบบของสัญญาที่ผู้ประกอบการเสนอทำสัญญาต่อผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค คณะกรรมการมีหน้าที่ในการสำรวจไม่ว่ารูปแบบของสัญญาจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่”

มาตรา L 132-3 บัญญัติว่า “รัฐมนตรีกิจการผู้บริโภคอาจยื่นคำร้องไปยังคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือยื่นต่อสมาคมคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับการรับรอง หรือต่อผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีส่วนได้เสีย เพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบตามที่กฎหมายกำหนด แต่ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีอำนาจดำเนินการด้วยตนเองได้ด้วย”

มาตรา L 132-4 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสามารถออกข้อแนะนำเพื่อระงับการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่ไม่อาจมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมได้ รัฐมนตรีกิจการผู้บริโภคอาจดำเนินการด้วยตนเอง หรือได้รับการร้องขอจากคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในการออกประกาศข้อแนะนำต่อสาธารณะ ซึ่งอาจจะไม่ระบุข้อมูลเกี่ยวกับสัญญาใดเป็นการเฉพาะเจาะจงก็ได้”

มาตรา L 132-5 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องออกรายงานประจำปีเกี่ยวกับกิจกรรมและข้อเสนอในการปรับเปลี่ยนกฎหมายหรือบทบัญญัติที่เหมาะสม รายงานดังกล่าวให้ประกาศต่อสาธารณะ”

ส่วนบทบัญญัติของความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาในประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค มาตรา L 132-1 ได้บัญญัติลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ ต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าและผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค และเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเกิดจากความไม่เท่าเทียมกันอย่างมาก ส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างรายการ (List) ของข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม ในภาคผนวก จำนวน 17 รายการ โดยจะพิจารณาข้อสัญญาในขณะที่ทำสัญญาและพฤติการณ์ทั้งปวง และพิจารณาจากสัญญาทุกฉบับที่เกี่ยวข้องกัน แต่จะไม่นำเอาสาระสำคัญในสัญญา ราคา มาใช้พิจารณาความไม่เป็นธรรมอีก หากปรากฏว่าในสัญญาได้กำหนดไว้ชัดเจนและเข้าใจได้แล้ว โดยบทบัญญัตินี้ใช้กับสัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะมีการเจรจาในสัญญาหรือไม่ โดยคู่สัญญาไม่อาจตกลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมายได้ (loi imperatives)

ผลของข้อสัญญาที่ถูกตัดสินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ ไม่มีผลใช้บังคับ แต่ส่วนอื่นยังคงสามารถบังคับใช้ได้ต่อไป

มาตรา L 132-2 ถึง L 132-5 บัญญัติให้มีคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่เฉพาะในการให้ความคุ้มครองให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริโภค มีหน้าที่สำรวจสัญญาที่ผู้ประกอบการใช้กับผู้บริโภค หน้าที่ดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริโภคเช่น ดำเนินคดีแทนผู้บริโภค หน้าที่ออกคำแนะนำให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค หน้าที่ออกรายงานประจำปีเกี่ยวกับกิจกรรมที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภค

ส่วนของข้อบังคับ เป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเลขมาตรามี R นำหน้า โดยมีที่มาจากการรวบรวมกฎหมายลำดับรองที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเข้าไว้ในประมวลกฎหมาย ซึ่งก็คือ กฎหมายเลขที่ 78-23 ได้แก่ R 132-1 และ R 132-2 จำนวน 2 มาตรา⁷⁶

มาตรา R 132-1 บัญญัติว่า “ในสัญญาซื้อขายที่เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพฝ่ายหนึ่งกับผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่มีความมุ่งหมายหรือมีผลในการยกเว้นหรือลดสิทธิในการเยียวยาของผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค เพื่อที่จะไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ ให้ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ต้องห้าม เพราะมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมตามความแห่งมาตรา L 132-1”

⁷⁶ วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 193.

มาตรา R 132-2 บัญญัติว่า “ในสัญญาซึ่งกระทำระหว่างผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งกับผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการสงวนสิทธิของผู้ประกอบการที่จะแก้ไขลักษณะของสินค้าที่ต้องส่งมอบหรือบริการที่ต้องทำแต่ฝ่ายเดียว ให้เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้าม

อย่างไรก็ตาม ในสัญญาดังกล่าวอาจมีข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสินค้าที่ต้องส่งมอบหรือบริการที่ต้องทำในด้านเทคนิคได้ แต่จะต้องไม่มีผลเป็นการเพิ่มราคาหรือเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสินค้าหรือบริการ และในสัญญานั้นจะต้องเปิดโอกาสให้แก่ผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคที่จะกำหนดลักษณะสำคัญของสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการตามข้อสัญญาด้วย”

ในส่วนของข้อบังคับของความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาในประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภคนี้ บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการมีข้อสัญญาที่มีความมุ่งหมายหรือมีผลในการยกเว้นหรือลดสิทธิในการเยียวยาของผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค และห้ามมิให้มีข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการสงวนสิทธิของผู้ประกอบการที่จะแก้ไขลักษณะของสินค้าที่ต้องส่งมอบหรือบริการที่ต้องทำแต่ฝ่ายเดียว เว้นแต่ ข้อสัญญาดังกล่าวนั้นเกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคนิคของสินค้าหรือบริการ และต้องไม่มีผลเป็นการเพิ่มราคาหรือเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสินค้าหรือบริการ จะให้สิทธิแก่ผู้บริโภคแก้ไขข้อสัญญาด้วย ทั้งต้องเปิดโอกาสให้แก่ผู้บริโภคกำหนดลักษณะสำคัญของสินค้าหรือบริการนั้นด้วย

ราคา และสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญา (Price and Subject-matter) มาตรา L 132-1 วรรคเจ็ด “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายในวรรคแรก ไม่นำเอาสาระสำคัญในสัญญา หรือ ราคา มาพิจารณา หากว่าสาระสำคัญหรือราคานั้น เขียนชัดเจนและเข้าใจได้แล้ว”

ซึ่งมาตรา L 132-1 วรรคแรก เป็นขอบเขตของความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม “ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าและผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค สัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา จะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”

กล่าวคือ จะไม่นำเอา “ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญในสัญญา” (Subject-matter) หรือ ข้อสัญญาเรื่อง “ราคา” (Price) มาพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค อันจะก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง

ผู้ประกอบการค้ากับผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภค (สัญญาผู้บริโภค) หากปรากฏว่าในสัญญาได้กำหนด “ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญในสัญญา” หรือข้อสัญญาเรื่อง “ราคา” ไว้ชัดเจนและเข้าใจได้แล้ว

การบังคับใช้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนกับกฎหมายคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้กับสัญญาผู้บริโภค (Consumer contract) เท่านั้น สัญญาทางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส

4.4.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษ” ตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่

1) มาตรการลงโทษทางแพ่ง ในกรณีที่มีการฝ่าฝืน กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 สัญญานั้นย่อมไม่สมบูรณ์ (ตามกฎหมาย) กล่าวคือ ไม่สามารถกล่าวอ้างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้เลย เป็นการยกเลิกไม่ให้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นระหว่างคู่สัญญา

ส่วนในกรณีที่มีการฝ่าฝืน Consumer Code หากศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาดังกล่าวก็จะไม่มีผลใช้บังคับ (เป็นโมฆะ) แต่ส่วนอื่นยังคงสามารถบังคับใช้ได้ต่อไป ตามมาตรา L 132-1

2) การออกคำสั่งคุ้มครอง (Injunction) เมื่อมีการขอคุ้มครองเกี่ยวกับการใช้ข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม ซึ่งได้รับอนุญาตจาก EU Directive

3) การออกข้อกำหนดหรือกฎระเบียบ ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อออกข้อกำหนดและระเบียบเกี่ยวกับการประกอบกิจการ เพื่อให้ประชาชนทั่วไปทราบและนำไปปฏิบัติตาม

“บทลงโทษ” ไม่มีบทลงโทษในบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของเยอรมัน (มีแต่การขอคุ้มครอง Injunction)

4.4.3 องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย

Conseil d'Etat มีอำนาจออกกฤษฎีกาตามความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ตั้งขึ้นมาตามมาตรา 36 หากข้อสัญญาที่ใช้นั้นเป็นข้อสัญญาที่บังคับใช้กับผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้บริโภค โดยข้อสัญญามีลักษณะการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินสมควร

คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม เป็นองค์กรหนึ่งของ Conseil d'Etat จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจมาตรา 36 ของกฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978

คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ประกอบด้วย ตุลาการ กรรมการของ Conseil d'Etat ที่ปรึกษากฎหมาย ฝ่ายบริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ประกอบวิชาชีพ รวมทั้งหมดจำนวน 15 คน

มีอำนาจออกกฤษฎีกา เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยออกคำสั่งห้าม ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคที่มีเนื้อหาที่เอาเปรียบผู้บริโภคเกินสมควร ทั้งมีอำนาจทำข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ใช้กับประชาชนเป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

โดยคณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาแบบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ เมื่อได้รับข้อร้องเรียนจากรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ หรือจากสมาคมที่ได้รับมอบหมาย หรือจากผู้ประกอบวิชาชีพ รวมทั้งคณะกรรมการก็มีอำนาจเริ่มพิจารณาด้วยตนเองได้

4.5 ประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของออสเตรเลียนั้นมีแนวคิดมาจากปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของบุคคลทำให้อำนาจการต่อรองไม่เสมอกัน ทั้งการกำกับดูแลระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันก็ยังมีไม่เพียงพอสำหรับคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อรัฐเห็นข้อเท็จจริงที่ระบบตลาดของออสเตรเลียนั้นมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค โดยอำนาจรอบงาตลาดของบริษัทมีมากจนเกิดปัญหาความเท่าเทียมกัน รัฐเห็นความจำเป็นนี้ จึงได้บัญญัติ กฎหมาย The Trade Practices Act 1974 ขึ้นมาบังคับใช้กับพฤติกรรมตลาดเพื่อให้เกิดมาตรฐานและเพื่อให้หน่วยงานของรัฐเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือดูแลและปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ

สถานการณ์ในปัจจุบัน ท่ามกลางภาวะเศรษฐกิจที่ถดถอยที่ร้ายแรงที่สุดในรอบ 75 ปีของโลก ออสเตรเลียต้องเผชิญกับระบบตลาดที่มีความซับซ้อนและการใช้แผนการตลาดที่ชาญฉลาด และเกิดช่องทางใหม่ๆ ที่ให้ผู้บริโภคสามารถซื้อของออนไลน์และทางโทรศัพท์มือถือ รวมทั้งมีระบบการชำระเงินผ่านช่องทางใหม่ๆ ที่มีความซับซ้อน ตลอดจนมีการขายสินค้าและการให้บริการใหม่ๆ เป็นจำนวนมาก ออสเตรเลียจึงต้องปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของโลก จึงได้ตั้งคณะทำงานขึ้นมาดำเนินการ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2008 ซึ่งคณะกรรมการได้เห็นพ้องต้องกันในการสร้างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแห่งชาติขึ้น โดยอาศัยพื้นฐานการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีอยู่แล้วใน The Trade Practices Act 1974 โดยพิจารณาจากมาตรการที่ดีที่สุดที่มีในกฎหมายมลรัฐต่างๆ และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแห่งชาติด้วย จึงได้ร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคขึ้น (Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009, 24 June 2009) โดยร่างกฎหมายนี้ได้นำเสนอการเปลี่ยนแปลงการให้ความคุ้มครอง

ผู้บริโภคเกี่ยวกับสัญญาสำเร็จรูปที่ชัดเจนและเป็นธรรมมากขึ้นกว่าเดิม ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่ประสิทธิภาพมากขึ้น⁷⁷

ในที่สุด ปี ค.ศ. 2011 ออสเตรเลียได้แก้ไขกฎหมาย The Trade Practices Act และมีการแก้ไขชื่อกฎหมาย โดยใช้ชื่อใหม่ว่า “Competition and Consumer Act 2010” โดยเริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 1 มกราคม 2011

4.5.1 มาตรการทางกฎหมาย

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้านสัญญา ได้แก่ The Trade Practices Act 1974 ต่อมาระบบตลาดกลับมีความซับซ้อนและมีการใช้แผนการตลาดและช่องทางใหม่ๆ เอาเปรียบผู้บริโภคมากขึ้น จึงได้ปรับปรุงกฎหมายขึ้นใหม่ โดยนำมาตรการที่ดีที่สุดที่มีในกฎหมายมลรัฐต่างๆ และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแห่งชาติมาบัญญัติ จึงเกิดความคุ้มครองตามกฎหมาย Competition and Consumer Act 2010 ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติใน Volume 3 Schedule 2-The Australian Consumer Law ซึ่งเริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 1 มกราคม 2011 เป็นต้นไป

4.5.1.1 Competition and Consumer Act 2010

Competition and Consumer Act 2010 ที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค อยู่ในส่วนของ Volume 3 Schedule 2-The Australian Consumer Law โดยให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair terms of consumer contracts) เฉพาะในสัญญาผู้บริโภคที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปเท่านั้น

ลักษณะของสัญญาผู้บริโภค คือ ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคเป็น โฆษะ (Void) ถ้าปรากฏว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard form contract)

ในส่วนของข้อสัญญาที่เป็นโฆษะนั้น ไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอื่นๆ ที่ยังสามารถปฏิบัติได้ โดยที่ไม่ต้องมีข้อสัญญาที่เป็นโฆษะ (โฆษะแยกส่วน)

นิยามของ “สัญญาผู้บริโภค” (A consumer contract) หมายถึง การจำหน่ายสินค้า หรือบริการ หรือ การขายหรือให้ประโยชน์ในที่ดินของบุคคลโดยการเข้าถือเอาสินค้าหรือประโยชน์นี้ทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของบุคคลนี้เพื่อตน หรือใช้ภายในหรือครัวเรือนหรือเพื่อบริโภค

⁷⁷ Emerson Craig. (2009, June 24). Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009.

Retrieved September 9, 2010, from

<http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22chamber%2Fhansard%2F2009-06-24%2F0078%22>

มาตรา 24 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ประกอบด้วย องค์ประกอบดังนี้

“(1) ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภค “ไม่เป็นธรรม” ถ้า

(a) ถ้ามันจะเป็นเหตุให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกันอย่าง
มากในข้อสัญญานั้น และ

(b) ถ้าข้อสัญญาไม่มีความจำเป็นตามสมควรในการที่จะปกป้อง
ผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของคู่สัญญาที่ได้รับประโยชน์จากข้อสัญญานั้น และ

(c) ข้อสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความเสียหาย (ไม่ว่าจะเป็นความเสียหาย
ทางการเงิน หรือด้านอื่นๆ) ต่อคู่สัญญา หากว่าข้อสัญญานั้นมีผลบังคับ

(2) การพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ตาม (1)
ให้ศาลพิจารณา โดยอาจนำเอาสิ่งที่เกี่ยวข้องมาร่วมพิจารณาได้ แต่สิ่งดังต่อไปนี้ต้องนำมาพิจารณา
ร่วมด้วยเสมอ

(a) ระดับความโปร่งใส หรือความชัดเจน (Transparent)

(b) ต้องพิจารณาจากข้อสัญญาทั้งหมด

(3) ข้อสัญญานั้น “โปร่งใส” (Transparent) ถ้าเป็นข้อสัญญาที่

(a) ใช้ภาษาที่เรียบง่ายตามสมควร และ

(b) อ่านออกง่าย และ

(c) แสดงไว้อย่างชัดเจน และ

(d) คู่สัญญาที่ได้รับผลกระทบจากข้อสัญญานี้สังเกตได้ง่าย

(4) เพื่อประโยชน์แห่ง (1) (b) ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภค ให้สันนิษฐานไว้
ก่อนว่า เป็นข้อสัญญาไม่มีความจำเป็นตามสมควรในการที่จะปกป้องผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของ
คู่สัญญาที่ได้รับประโยชน์จากข้อสัญญานั้น ตาม (1) (b) เว้นแต่ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จาก
ข้อสัญญานั้นจะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น (กล่าวคือ ภาระพิสูจน์ตกแก่ฝ่ายที่ร่างสัญญา)”

ตัวอย่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Examples of unfair term) ตามมาตรา 25

“(1) ภายใต้บังคับมาตรา 3 ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคดังต่อไปนี้ อาจถือว่าเป็น
เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

(a) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่
ต้องปฏิบัติตามสัญญา หรือจำกัดการปฏิบัติตามสัญญา (โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิเช่นนั้น)

(b) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอก
เลิกสัญญา (โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิเช่นนั้น)

(c) ข้อสัญญาที่ลงโทษ หรือมีผลเป็นการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง จากการผิดสัญญาหรือบอกเลิกสัญญา (โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีบทลงโทษเช่นนั้น)

(d) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิเช่นนั้น)

(e) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการต่อหรือไม่ต่อสัญญา (โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิเช่นนั้น)

(f) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการเปลี่ยนแปลงค่าตอบแทนที่ตกลงกันไว้ในสัญญา (โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญานั้น)

(g) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการเปลี่ยนลักษณะของสินค้า หรือบริการ หรือสิทธิในที่ดิน แต่เพียงฝ่ายเดียว

(h) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว ในการวินิจฉัยว่ามีการผิดสัญญาหรือไม่ หรือให้ตีความสัญญาดังกล่าว

(i) ข้อสัญญาที่จำกัด หรือมีผลเป็นการจำกัดความรับผิด (Vicarious liability) ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจากการกระทำของตัวแทนของตน

(j) ข้อสัญญาที่อนุญาต หรือมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการโอนสิทธิตามสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยปราศจากความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายนั้น

(k) ข้อสัญญาที่จำกัด หรือมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(l) ข้อสัญญาที่จำกัด หรือมีผลเป็นการจำกัดพยานหลักฐานที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถกล่าวอ้างในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น

(m) ข้อสัญญาที่กำหนด หรือมีผลเป็นการกำหนดภาระในการพิสูจน์แก่คู่ความฝ่ายหนึ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น

(n) ข้อสัญญาที่มีลักษณะ หรือที่มีผลในลักษณะเดียวกับข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในประกาศ (Regulations)

(2) ก่อนที่ Governor-General จะออกประกาศตามอนุมาตรา (1)ⁿ เพื่อกำหนดลักษณะของข้อสัญญา หรือลักษณะของผลของข้อสัญญา รัฐมนตรีจะต้องคำนึงถึง

(a) ความเสียหายต่อผู้บริโภค จากข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าว

- (b) ผลกระทบต่อธุรกิจโดยทั่วไป จากการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะนั้น
- (c) ผลประโยชน์ของมหาชน”

ราคา และสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนึ่งของสัญญา

ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญในสัญญาผู้บริโภค (Subject matter) ฯลฯ จะไม่ถูกกระทบกระเทือน (กล่าวคือ ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญนี้ จะไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะถือเป็นข้อสัญญาที่เป็นแก่นของสัญญา เป็นสาระสำคัญระหว่างคู่สัญญาที่ตกลงกัน จึงไม่ต้องนำมาพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่) ตามมาตรา 26

“(1) ไม่นำมาใช้บังคับกับข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภค เฉพาะข้อสัญญาดังนี้

- (a) กำหนดสาระสำคัญของสัญญา หรือ
- (b) กำหนดค่าตอบแทน (Upfront price) ในสัญญา
- (c) เป็นข้อสัญญาที่ถูกกำหนดหรือได้รับอนุญาตอย่างชัดเจน โดยกฎหมายของสหพันธรัฐหรือ กฎหมายของรัฐหรือ กฎหมายของเขตปกครอง

(2) ค่าตอบแทน (Upfront price) ที่จะต้องชำระตามสัญญาผู้บริโภค คือ

- (a) ค่าตอบแทนที่ถูกเตรียม หรือจะถูกเตรียมเพื่อการจัดหาให้ ขาย หรืออนุญาตภายใต้สัญญานั้น และ
- (b) ค่าตอบแทนที่ถูกเปิดเผยไว้ในขณะ หรือในเวลาก่อนที่จะทำสัญญานั้น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงค่าตอบแทนที่เปลี่ยนแปลงตามเหตุการณ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ”

สัญญาสำเร็จรูป (Standard form contract) ตามมาตรา 27

“(1) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา กล่าวอ้างว่าสัญญาใด เป็นสัญญาสำเร็จรูป ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูป เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นจะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น

(2) การพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือไม่ ให้ศาลอาจพิจารณา โดยคำนึงถึงเหตุทั้งปวงที่เห็นว่าเกี่ยวข้องมาร่วมพิจารณาได้ แต่จะต้องนำสิ่งที่กล่าวดังต่อไปนี้ นำมาพิจารณาด้วยเสมอ

- (a) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเด็ดขาดหรือเกือบเด็ดขาดในการเจรจา ต่อรองเกี่ยวกับธุรกรรมนั้นหรือไม่
- (b) สัญญาถูกเตรียมไว้โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก่อนที่คู่สัญญาจะทำการ เจรจาเกี่ยวกับธุรกรรมนั้นหรือไม่
- (c) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเพียงที่จะรับเอาหรือปฏิเสธข้อสัญญาที่ คู่สัญญาอีกฝ่ายกำหนดหรือไม่ เว้นแต่เป็นข้อสัญญาตามมาตรา 5 (1) (Subject matter)

(d) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับโอกาสตามสมควรในการเจรจาต่อรองข้อสัญญาหรือไม่ เว้นแต่เป็นข้อสัญญาตามมาตรา 5 (1) (Subject matter)

(e) นอกจากข้อสัญญาตามมาตรา 5 (1) (Subject matter) ข้อสัญญานั้นได้มีการพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะตัวของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือลักษณะเฉพาะของธุรกรรมนั้นหรือไม่ (เป็นการร่างสัญญาเฉพาะกิจหรือไม่นั่นเอง)

(f) เหตุอื่นใดตามที่ประกาศกำหนด (ประกาศโดย Regulation)”

มาตรา 28 สัญญาที่ไม่ใช่บังคับในส่วน (Part) นี้ (ส่วนของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม) ได้แก่

(1) สัญญาเรือ สัญญาเช่าเรือ สัญญารับขนของทางทะเล

(2) ภายใต้บังคับ (1)c ให้รวมถึงสัญญาใดๆ ที่อยู่ภายใต้ความหมายของเอกสารที่เกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลของ Hague Rules ที่กำหนดในมาตรา 7 (1) ของพระราชบัญญัติขนส่งของทางทะเล (Carriage of Good by sea Act 1991)

(3) สัญญาที่เป็นการจัดตั้งบริษัท (the constitution of a company) การบริหารการลงทุน (managed investment scheme) หรือสัญญาในลักษณะเดียวกัน

ดังนั้น การบังคับใช้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนกับกฎหมายคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของออสเตรเลีย จึงไม่อาจมีได้ เพราะกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Contract Terms) ของออสเตรเลีย เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญญาผู้บริโภค

4.5.2 มาตรการลงโทษและบทลงโทษ

“มาตรการลงโทษและบทลงโทษ” ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Contract Terms) จะมีมาตรการลงโทษแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งได้บัญญัติใน Competition and Consumer Act 2010 **Schedule 2** The Australian Consumer Law **Chapter 5- Enforcement and remedies** โดยมีศาลเป็นองค์กรที่ใช้มาตรการลงโทษและบทลงโทษนี้

1) คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunction)

Regulator เป็นผู้มีอำนาจยื่นคำขอให้ศาลคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และศาลอาจมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับข้อสัญญาดังกล่าว ถ้าศาลเห็นว่าเป็นการสมควร ถ้าศาลพอใจว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องข้องกับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน หรือพยายามฝ่าฝืน หรือช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือแนะนำหรือชักจูงหรือช่วยเหลือหรือสมคบกับผู้อื่นให้มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 232-235

2) หนังสือเตือนประชาชน (Public Warning Notices)

Schedule 2 The Australian Consumer Law **Chapter 5** Enforcement and remedies

Part 5-1 Enforcement **มาตรา 223** Regulator may issue a public warning notice

Regulator อาจออกหนังสือเตือนประชาชนเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งประกอบด้วย คำเตือนเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ถ้าหากว่า

Regulator มีเหตุตามสมควรที่จะสงสัยว่า การกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนในบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ Regulator พอใจว่าบุคคลตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไปได้รับความเสียหายหรือน่าจะได้รับความเสียหายจากผลของการกระทำนั้น และ Regulator เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่สาธารณะในการออกคำเตือนดังกล่าว

ทั้งในช่วงเวลาที่ Regulator ให้ส่งหนังสือชี้แจงข้อมูล Regulator อาจออกหนังสือเตือนประชาชนได้ หากเป็นประโยชน์สาธารณะ

3) คำสั่งแก้ไขเยียวยาผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดี (Orders to Redress Loss or Damage Suffered by Non-Parties Consumer ect.)

ตาม **Chapter 5-Enforcement and remedies Part 5/ 2-Remedies Division 4-** Compensation orders etc. for injured persons and orders for non-party consumers **Subdivision B-** Orders for non-party consumers

คำสั่งให้แก้ไขเยียวยาความสูญเสียหรือความเสียหายที่เกิดแก่ผู้บริโภคที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา (กับผู้ประกอบธุรกิจ) ที่ได้รับความสูญเสียหรือความเสียหายจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 239-241

ผู้บริโภคที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา (ที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิด) (Non-party consumer) หมายถึง บุคคลที่ไม่ได้เป็น หรือเคยเป็นคู่สัญญาต่อกระบวนการบังคับที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ

ลักษณะของคำสั่ง (Order) ให้แก้ไขเยียวยาความสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับโดยผู้บริโภคผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่สัญญา มาตรา 239

(1) คำสั่งให้แก้ไขเยียวยาความสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับโดยผู้บริโภคที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญานี้

(a) ใช้บังคับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติ Chapter 2 ซึ่งหมายรวมถึง Unfair Contract Terms ใน Part 2-3 ด้วย

(b) การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น เป็นเหตุหรือน่าจะเป็นเหตุให้กลุ่มบุคคลได้รับความสูญเสียหรือความเสียหาย

(c) กลุ่มบุคคลดังกล่าว รวมถึง ผู้บริ โภคซึ่งมิใช่คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย

ศาลอาจมีคำสั่งตามคำขอของคณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันและการบริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (ACCC) หรือมีคำสั่งอย่างอื่นที่นอกเหนือจากการให้ชดใช้ค่าเสียหาย (เช่น การให้แก้ไขข้อสัญญา) ตามที่ศาลเห็นสมควรต่อบุคคลตาม (2)

(2) คำสั่งภายใต้ (1) อาจมีคำสั่งให้กระทบถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้น

(3) ห้ามศาลออกคำสั่งตาม (1) เว้นแต่ ศาลเห็นว่า คำสั่งนั้นจะ

(a) แก้ไขความสูญเสียหรือความเสียหายทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ที่ผู้บริ โภคซึ่งมิใช่คู่สัญญาได้รับ อันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย

(b) ป้องกัน หรือ ลด ความสูญเสียหรือความเสียหายที่ผู้บริ โภคซึ่งมิใช่คู่สัญญาได้รับหรือจะ ได้รับ อันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย

การขอให้ออกคำสั่ง (Application for order) ให้แก้ไขเยียวยาความสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับ โดยผู้บริ โภคที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา ตาม (4) คำขอนั้นอาจกระทำได้ภายใต้ (1) แม้ว่ากระบวนการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติจะยังมีได้เริ่มขึ้นก็ตาม

(4) คำขอภายใต้ (1) อาจกระทำในเวลาใดๆ ภายในระยะเวลาเวลา 6 ปี นับแต่วันที่เหตุแห่งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติได้เกิดขึ้น

การพิจารณาออกคำสั่ง (Determining whether to make an order) ตามมาตรา 240

(1) ในการพิจารณาว่าการออกคำสั่งภายใต้มาตรา 239 (1) ต่อบุคคลตาม (2) หรือไม่นั้น ศาลอาจพิจารณาจากการกระทำของบุคคลนั้น และของผู้บริ โภคซึ่งมิใช่คู่สัญญา ที่เกี่ยวเนื่องกับการฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้น นับแต่การฝ่าฝืนนั้น ได้เกิดขึ้น

(2) พิจารณาจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้กระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และผู้บริ โภคที่มีคู่สัญญา นับแต่เวลาที่ได้ถูกเปิดเผยขึ้น

(3) ในการพิจารณาออกคำสั่งภายใต้ (1) ศาลไม่จำเป็นต้องค้นหาสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

(a) บุคคลใดบ้างเป็นผู้บริ โภคซึ่งมิใช่คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติ

(b) ลักษณะของความสูญเสียหรือความเสียหายที่บุคคลเช่นนั้น ได้รับหรือจะ ได้รับ

เวลาที่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความถูกผูกพันโดยคำสั่ง (When a non-party consumer is bound by an order etc.) ตามมาตรา 241 ถ้า

(1) คำสั่งได้ออกภายใต้ มาตรา 239 (1) ต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด และความสูญเสียหรือความเสียหายที่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความได้รับหรือจะ ได้รับ อันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติ ได้รับการแก้ไข ป้องกัน หรือ ลดผลกระทบจากคำสั่งนั้น และ

(a) ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความได้ตกลงในการแก้ไข การป้องกัน หรือการลดผลกระทบนั้น และ

(b) ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความจะถูกผูกพันโดยคำสั่งนั้น และ

(2) คำสั่งอื่นๆ ที่ออกภายใต้มาตรา 239 (1) ซึ่งเกี่ยวกับความสูญเสียหรือความเสียหายนั้น ไม่มีผลกระทบต่อผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความนั้น และ

(3) มีพิกัดคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นใดของกฎหมายฉบับนี้ หรือกฎหมายอื่นใดของสหพันธ์ หรือรัฐ หรือเขตปกครอง ที่มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดีเกี่ยวกับความสูญเสียหรือความเสียหายนั้นก็ตาม

ประเภทของคำสั่งที่อาจออกเพื่อแก้ไขความสูญเสียหรือความเสียหายที่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความได้รับ ตาม มาตรา 243 มีดังนี้

ภายใต้บังคับมาตรา 237 (1) 238 (1) หรือ 239 (1) คำสั่งที่ศาลอาจสั่งภายใต้ อนุมาตราดังกล่าวต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด (ผู้รับคำสั่ง) หมายรวมถึง คำสั่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

(a) คำสั่งที่แสดงว่าสัญญาทั้งฉบับหรือแต่บางส่วน ซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้รับคำสั่งกับผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความตามอนุมาตราดังกล่าว หรือข้อตกลงเพิ่มเติม ที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญานั้น

(i) เป็นโมฆะ และ

(ii) หากศาลเห็นสมควร จะให้สัญญานั้นเป็น โมฆะ ตั้งแต่เริ่มแรกหรือตั้งแต่เวลาที่กำหนดในคำสั่งนั้นก็ได้ (ซึ่งอาจเป็นวันก่อนที่ทำคำสั่ง)

(b) คำสั่ง

(i) แก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงเพิ่มเติมตามที่กำหนดไว้ในคำสั่ง และ

(ii) หากศาลเห็นสมควร-แสดงว่าสัญญาหรือข้อตกลงเพิ่มเติม นั้น มีผลบังคับตามที่ได้แก้ไข เปลี่ยนแปลง นับแต่วันที่กำหนดในคำสั่ง (ซึ่งอาจเป็นวันก่อนวันที่ทำคำสั่งก็ได้)

(c) คำสั่งปฏิเสธไม่บังคับใช้ข้อสัญญาทั้งหมดหรือข้อหนึ่งข้อใด หรือข้อตกลงเพิ่มเติม

(d) คำสั่งให้ผู้รับคำสั่งคืนเงิน หรือทรัพย์สินแก่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความตามอนุมาตราดังกล่าว

(e) คำสั่งให้ผู้รับคำสั่ง ซ่อมแซม หรือจัดหาอะไหล่ สำหรับสินค้าที่ส่งมอบภายใต้สัญญาหรือข้อตกลงเพิ่มเติม นั้น แก่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความตามอนุมาตราดังกล่าว โดยเป็นค่าใช้จ่ายของผู้รับคำสั่งเอง

(f) คำสั่งให้ผู้รับคำสั่ง จัดหาบริการตามที่กำหนดให้แก่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความตามอนุมาตราดังกล่าว โดยเป็นค่าใช้จ่ายของผู้รับคำสั่งเอง

(g) คำสั่งเกี่ยวกับตราสารที่ก่อ หรือโอนสิทธิในที่ดิน (ภายใต้ความหมายของมาตรา 53A) ที่สั่งให้ผู้รับคำสั่งดำเนินการตามตราสารที่

(i) แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือมีผลของการเปลี่ยนแปลงตราสารลำดับแรกที่กล่าวถึง หรือ

(ii) ยกเลิก หรือมีผลเป็นอย่างอื่น หรือมีผลเป็นการยกเลิก หรือมีผลเป็นอย่างอื่นต่อการดำเนินการนั้น หรือผลกระทบของตราสารลำดับแรกที่กล่าวถึงนั้น

4) การลงโทษทางการเงิน (Pecuniary Penalties)

ตาม Chapter 5-Enforcement and remedies Part 5/ 2-Remedies Division 1- Pecuniary penalties

การลงโทษทางการเงิน หรือโทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน (Civil Pecuniary Penalties) เป็นมาตรการลงโทษที่ศาลกำหนดค่าเสียหายทางการเงินให้แก่ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติ หรือพยายามฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว หรือช่วย ใ้ แนะนำ จัดหาให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดไม่ว่าทางใด ทางตรงหรือทางอ้อม หรือรู้เห็นหรือเป็นคู่สัญญากับผู้ที่ทำกรฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว หรือสมคบคิดกับบุคคลอื่นที่ทำกรฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องต่างๆ อาทิเช่น สัญญาขายตรง (unsolicited consumer agreements) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair practices) การกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (unconscionable conduct) เป็นต้น

ศาลอาจสั่งให้บุคคลนั้นจ่ายค่าเสียหายทางการเงินให้แก่ Commonwealth ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล โดยศาลจะคำนึงถึงเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งลักษณะ ขอบเขตของการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำ และความเสียหายที่ได้รับจากผลของการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น ภาวะที่มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำ เป็นบุคคลที่เคยถูกพิจารณาภายใต้ ความคุ้มครอง การกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรม และ การลงโทษทางการเงินนี้ หรือการกระทำที่คล้ายคลึงกัน ตามมาตรา 224 (1)

การใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกลงโทษทางการเงินได้ หากเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (Unconscionable conduct) ซึ่งเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงที่ขาดสามัญสำนึก เช่น การหลอกลวงให้ผู้ที่มีความบกพร่องในความสามารถหรือผู้ที่อ่านหนังสือไม่ออกให้เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ศาลจะพิจารณาการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (unconscionable conduct) จากอำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา ความรู้ความเข้าใจของผู้บริโภคในเอกสารนั้น ข้อเรียกร้องที่ให้ผู้บริโภคปฏิบัติตามเงื่อนไขโดยที่ไม่จำเป็นสำหรับการปกป้องคู่สัญญาอีกฝ่าย การมีอิทธิพลครอบงำในการตัดสินใจ ราคาหรือสภาวะการณ์ที่ผู้บริโภคได้มา เป็นต้น

อัตราการลงโทษทางการเงิน มีตารางอัตราการลงโทษ 15 อัตรา สำหรับการกระทำ ความผิดที่แตกต่างกัน แต่ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเพียงบางความผิดเท่านั้น ตามมาตรา 224 ซึ่งอยู่ภายใต้ Amount of pecuniary penalty ดังนี้

ตารางอัตราการลงโทษทางการเงิน ภายใต้ Number of Penalty Units

ตารางที่ 4.1

อัตราค่าปรับทางการเงิน (Amount of pecuniary penalty)		
Item	สำหรับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ต้องด้วยมาตราดังต่อไปนี้	อัตราค่าปรับทางแพ่ง
1	การกระทำที่ฝ่าฝืน Part 2-2 คือ การกระทำที่ฝ่าฝืนการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (unconscionable conduct)	ก. ถ้าผู้ฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคล ปรับไม่เกิน 1.1 ล้านดอลล่าร์ออสเตรเลีย ข. ถ้าผู้ฝ่าฝืนไม่ใช่นิติบุคคล ปรับไม่เกิน 220,000 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย
2	การกระทำที่ฝ่าฝืน Division 2 ของ Part 3-2 (other than section 85) คือ การกระทำที่ฝ่าฝืนสัญญาขายตรง unsolicited consumer agreements	ก. ถ้าผู้ฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคล ปรับไม่เกิน 50,000 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย ข. ถ้าผู้ฝ่าฝืนไม่ใช่นิติบุคคล ปรับไม่เกิน 10,000 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย
3	การกระทำที่ฝ่าฝืน Part 3-1 (other than section 47(1)) คือ การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair practices)	ก. ถ้าผู้ฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคล ปรับไม่เกิน 1.1 ล้านดอลล่าร์ออสเตรเลีย ข. ถ้าผู้ฝ่าฝืนไม่ใช่นิติบุคคล ปรับไม่เกิน 220,000 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย

5) คำสั่งตัดคุณสมบัติ (Disqualification Orders)

อยู่ใน Schedule 2-The Australian Consumer Law Chapter 5-Enforcement and remedies Part 5-2-Remedies Division 5-Other remedies Order disqualifying a person from managing corporations มาตรา 248 และ 249

อำนาจในการยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งตัดสิทธิบุคคลจากการจัดการบริษัท (คำสั่งตัดคุณสมบัติกรรมการบริษัท) ได้แก่ คณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันและการบริโภคแห่งประเทศไทย ออสเตรเลีย (ACCC)

กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่ คณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันและการบริโภคแห่งประเทศไทย (ACCC) อาจมีคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งตัดสิทธิบุคคลออกจากการจัดการบริษัท เป็นระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร ถ้าศาลพอใจว่า บุคคลนั้นได้กระทำ หรือได้พยายามกระทำ หรือเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังต่อไปนี้ สัญญาขายตรง (unsolicited consumer agreements) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair practices) การกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (unconscionable conduct) เป็นต้น

และศาลต้องพอใจว่าการตัดสิทธิดังกล่าวเป็นธรรม เช่นนี้แล้ว ศาลก็อาจมีคำสั่งตัดสิทธิบุคคลจากการจัดการบริษัทได้ โดยศาลจะต้องแจ้งคำสั่งนี้ไปให้ ASIC ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดูแลบริษัทด้วย

ทั้งนี้การบัญญัติการตัดสิทธิในการจัดการบริษัทในส่วนนี้ จะต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทด้วย

การใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกลงโทษโดยคำสั่งตัดสิทธิบุคคลออกจากการจัดการบริษัทได้ หากเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (Unconscionable conduct) ซึ่งเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงที่ขาดสามัญสำนึก เช่น การหลอกลวงให้ผู้ที่มีความบกพร่องในความสามารถหรือผู้ที่อ่านหนังสือไม่ออกให้เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยศาลจะพิจารณาจากการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (unconscionable conduct) เช่น อำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา ความรู้ความเข้าใจของผู้บริโภค เป็นต้น (ซึ่งเหมือนกับการพิจารณามาตรการการลงโทษทางการเงิน (Pecuniary Penalties))

6) คำสั่งอื่นๆ ที่ศาลอาจมีคำสั่ง เช่น คำสั่งห้ามชำระเงิน หรือโอนเงิน หรือทรัพย์สินอื่นๆ หรือคำสั่งอื่นๆ ที่ศาลเห็นสมควรได้⁷⁸

⁷⁸ Gerard Brody. (2010, July 1). AUSTRALIAN CONSUMER LAW. Retrieved March 18, 2011, from

4.5.3 องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย

คณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันและการบริโภคแห่งประเทศไทย (Australian Competition Consumer Commission) หรือ ACCC⁷⁹

ACCC เป็นองค์กรอิสระ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย (อาศัยอำนาจกฎหมาย The Trade Practice Act 1974) ซึ่งอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการผู้บริโภค

ACCC ประกอบด้วย (มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี)

- (1) ประธาน 1 คน
- (2) รองประธาน 1 คน
- (3) คณะกรรมการที่ทำงานเต็มเวลา จำนวนหนึ่ง
- (4) ผู้ช่วยคณะกรรมการที่ทำงานนอกเวลา จำนวนหนึ่ง

ACCC มีบทบาทหน้าที่ในการส่งเสริมการแข่งขันและการค้าที่เป็นธรรมเพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภค ให้การศึกษาและให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนและตลาดเพื่อส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมและคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งวางระเบียบให้ตลาดบริการหรือตลาดอื่นมีการแข่งขันในวงจำกัด

ส่วนภารกิจของ ACCC ภายใต้กฎหมาย The Trade Practice Act คือ

- 1) มีหน้าที่ในการสืบสวนกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติใน The Trade Practice Act ที่เกี่ยวกับการแข่งขันและการคุ้มครองผู้บริโภค
- 2) หาทางเยียวยาให้แก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย
- 3) มีอำนาจในการจัดการกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือกรณีที่ตลาดมีการผูกขาดในกรณีที่ ACCC เห็นว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม
- 4) มีอำนาจในการนำคดีไปสู่ศาล ซึ่งคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับการค้า โดยดำเนินคดีเรียกร้องค่าเสียหายแทนผู้บริโภค

⁷⁹ Australian Competition Consumer Commission. (n.d.). Retrieved March 18, 2011, from

**คณะกรรมการกำกับดูแลบริษัท ตลาดเงิน และการให้บริการทางการเงินของออสเตรเลีย
(The Australian Securities and Investments Commission) หรือ ASIC⁸⁰**

ASIC เป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรอิสระ โดยเป็นหน่วยงานระดับสหพันธรัฐ (มิใช่รัฐใดรัฐหนึ่ง) จะบริหารงานและจัดการงานภายใต้ พระราชบัญญัติคณะกรรมการหลักทรัพย์ และการลงทุนแห่งออสเตรเลีย (Securities and Investments Commission Act) และ พระราชบัญญัติบริษัท (Corporation Act)

ASIC มีหน้าที่ในการกำกับดูแลบริษัท ตลาดเงิน และองค์กรที่ให้บริการทางการเงิน

ในส่วนการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค ASIC มีบทบาทหน้าที่ในการส่งเสริมความเชื่อมั่นและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของนักลงทุนและผู้บริโภคในระบบการเงิน ส่งเสริมผลประโยชน์แก่ผู้บริโภค ปกป้องสิทธิผู้บริโภค เช่น ให้การศึกษา ให้ข้อมูลที่เป็นกลางและเชื่อถือได้แก่ผู้บริโภค ทั้งยังทำงานกับผู้ให้บริการทางการเงินอย่างใกล้ชิดและสนับสนุนวิธีการดำเนินงานที่ดีของผู้ให้บริการ

4.6 สรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

ตารางสรุปการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

ตารางที่ 4.2

ประเทศ	กฎหมายที่ใช้ บังคับ	การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
อังกฤษ (มี 2 ฉบับ)	The Unfair Contract Term Act 1977 หรือ UCTA	ให้ความคุ้มครองเฉพาะข้อสัญญาที่ขกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ (Exemption Clauses) ในทุกประเภทสัญญา และทุกคู่สัญญา ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค-	มีผล 2 ประการ ได้แก่ 1. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบอย่างเด็ดขาด หากมีการฝ่าฝืน ผลคือ “ข้อความดังกล่าวก็จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย” 2. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่เด็ดขาด

⁸⁰ Australian Securities and Investments Commission. (n.d.). Retrieved March 18, 2011, from

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	กฎหมายที่ใช้บังคับ	การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
อังกฤษ		<p>(B-C) หรือสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน (B-B) แบ่งความคุ้มครองเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เด็ดขาด (หากฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาจะมีผลให้ “ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย”) 2. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เด็ดขาด (หากฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาจะมีผลให้ “บังคับได้เพียงที่ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล”) 	หากมีการฝ่าฝืน ผลคือ “จะใช้บังคับได้เพียงที่ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลเท่านั้น (Reasonableness Test)”
	The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 หรือ UTCCR	ให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ (B-C) เท่านั้น และต้องเป็นสัญญาที่มีได้มีการเจรจาต่อรองตัวและเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสุจริตด้วย ซึ่งทำให้อุสัญญาฝ่ายผู้บริโภคได้รับความเสียหาย	ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สร้างขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตนั้น “ไม่มีผลผูกพัน” คือ ไม่มีผลใช้บังคับ ถือเป็นเหมือนไม่มีการตกลงในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ส่วนข้อสัญญาอื่นที่เป็นธรรมสามารถใช้บังคับต่อไปได้โดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น “ยอมผูกพันต่อไป”

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	กฎหมายที่ใช้บังคับ	การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
อเมริกา	Uniform Commercial Code หรือ UCC มาตรา 2-203	ให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract) หรือสัญญามาตรฐานสำเร็จรูปใช้กับทุกคู่สัญญา ไม่ว่าจะเป็ นสัญญาที่ ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (B-C) หรือสัญญาที่ ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน (B-B) โดยศาลจะใช้ “หลักความ สม เ ห ตุ ส ม ผล ” (Unconscionability) มาใช้ แก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อสัญญา	มาตรา 2-203 (1) หากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unconscionable) ศาลมีอำนาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาทั้งหมด หรือจะบังคับให้เฉพาะข้อสัญญาที่เป็นธรรมเท่านั้นที่จะมีผลบังคับใช้ต่อไปได้
เยอรมัน	German Civil Code หรือ BGB มาตรา 305-309	นอกจากจะให้ความคุ้มครองในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract) (ต้องไม่มีการเจรจาตัวต่อตัวระหว่างคู่สัญญา) แล้วยังขยายรวมไปถึงข้อสัญญาที่ไม่ชัดเจนและเข้าใจยาก หรือกรณีที่มีสัญญาย่อยหลายฉบับ และใช้กับสัญญาจ้างแรงงานด้วย แต่ก็ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาจ้างแรงงานด้วย	มาตรา 306 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลเป็น “โมฆะ” ส่วนข้อสัญญาอื่นที่เป็นธรรมสามารถใช้บังคับต่อไปได้โดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น “ยอมผูกพันคู่สัญญาต่อไป” หากอนุমানได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะ-

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	กฎหมายที่ใช้ บังคับ	การให้ความคุ้มครองข้อ สัญญา	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
เยอรมัน		แบ่งความคุ้มครองเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้ 1. ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ห้าม ใช้ไม่ได้ขาดเนื่องจากอาจไม่ เหมาะสมหรือ บัญชีสีเทา ตามมาตรา 308 โดยศาลจะ วินิจฉัยจากเนื้อหาสาระและ พฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ร่วมด้วย 2. ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ห้าม ใช้โดยเด็ดขาด หรือบัญชีสีดำ ตามมาตรา 309 โดยไม่ต้อง พิจารณาสิ่งใดๆ อีก	แต่ถ้าการบังคับใช้ข้อสัญญา ส่วนที่เหลือนั้นจะก่อให้เกิด ภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาให้ สัญญาตกเป็น โหมะใช้ไม่ได้ ทั้งหมด
ฝรั่งเศส (มี 2 ฉบับ)	กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978	กำหนดคำสั่งห้าม ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับ สัญญา ที่ ทำ ขึ้น ระหว่างผู้ประกอบการกับ ผู้บริโภค (B-C) โดยใช้ อำนาจทางเศรษฐกิจที่ เหนือกว่าโดยไม่สุจริตกับฝ่าย ผู้บริโภค ทำสัญญาที่มีเนื้อหา เอาเปรียบผู้บริโภคเกิน สมควร	ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ ผู้บริโภคที่ขัดต่อกฎหมายเลขที่ 78-23 มีผล “ไม่สมบูรณ์” กล่าวคือ ไม่สามารถกล่าวอ้าง ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้เลย

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	กฎหมายที่ใช้บังคับ	การให้ความคุ้มครองข้อสัญญา	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
ฝรั่งเศส	The Consumer Code มาตรา L 132-1 ถึง L 132-5, R 132-1 ถึง R 132-2	ให้ความคุ้มครองในสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้ากับผู้บริโภคเท่านั้น (B-C) ทั้งนี้ให้ความคุ้มครองรวมถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย และมีความคุ้มครองในข้อสัญญาที่ห้ามใช้ไม่เด็ดขาด เนื่องจากอาจไม่เหมาะสมหรือ บัญชีสีเทา แบนทำาย Consumer Code	ผลของข้อสัญญาที่ถูกตัดสินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือ “ไม่มีผลใช้บังคับ” ส่วนข้อสัญญาอื่นที่เป็นธรรมยังคงสามารถบังคับใช้ได้ต่อไป ข้อสัญญาที่ห้ามใช้ไม่เด็ดขาด เนื่องจากอาจไม่เหมาะสมหรือ บัญชีสีเทา เป็นรายการข้อสัญญาที่ “อาจ” ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยพฤติการณ์ทั้งปวง
ออสเตรเลีย	Competition and Consumer Act 2010 ในส่วน Schedule 2 The Australian Consumer Law	บังคับใช้กับสัญญาสำเร็จรูป (Standard form contract) ในสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้ากับผู้บริโภคเท่านั้น (B-C) ประกอบด้วย 1. ข้อสัญญาเป็นเหตุให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกันอย่างมาก และ 2. ถ้าข้อสัญญาไม่มีความจำเป็นตามสมควรในการที่จะปกป้องผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของกลุ่มสัญญาที่ได้รับประโยชน์จากข้อสัญญานั้น และ	หากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีผลให้ “ข้อสัญญาเป็นโมฆะ” แต่ส่วนของข้อสัญญาที่เป็นโมฆะนั้น ไม่กระทบถึงข้อสัญญาอื่นๆ ที่ยังสามารถปฏิบัติได้ (โมฆะแยกส่วน)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	กฎหมายที่ใช้ บังคับ	การให้ความคุ้มครองข้อ สัญญา	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
		<p>3. ข้อสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญา โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ทั้งปวง ที่ระบุตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม</p> <p>(Examples of unfair term)</p>	

บทที่ 5

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในการดำรงชีวิตของบุคคลทุกคนจะต้องพบเจอกับการทำสัญญาอยู่เสมอๆ ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาเพื่อประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน หรือการทำสัญญาในการบริโภคซึ่งมักเป็นผู้มีรายได้น้อย เช่น สัญญาเช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า สัญญาบัตรเครดิต โดยผู้บริโภคส่วนใหญ่ มักจะเป็นผู้เสียเปรียบในการทำข้อสัญญาอยู่เสมอทั้งรู้ตัวและไม่รู้ตัว แต่กลับมีการร้องเรียนให้ตรวจสอบสัญญาเพียง 17,220 ราย ซึ่งเฉลี่ยวันละ 47 รายเท่านั้น และก็ยังมีการฟ้องคดีน้อยมาก ซึ่งอาจจะเป็นเพราะความไม่แพร่หลายของกฎหมาย และความคุ้มครองของกฎหมายที่ยังมีจำนวนน้อย และไม่ครอบคลุม อันแสดงให้เห็นว่าเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีความสำคัญมาก จึงจำเป็นต้องสร้างความเข้าใจ ให้ความรู้ และอำนวยความสะดวกในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคให้มากขึ้น ทั้งต้องเร่งแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีการบังคับใช้ได้จริงและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีความสำคัญที่ต้องเร่งศึกษาและแก้ไขปัญหา ผู้เขียนขอเสนอประเด็นศึกษาดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาการบังคับใช้ “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”

ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นเริ่มมีบทบาทมากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาในระยะหลังๆ เริ่มมีการยกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ วินิจฉัยมากขึ้น แต่ด้วยลักษณะพิเศษของกฎหมายฉบับนี้ที่บัญญัติให้เป็นดุลพินิจของศาลในการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และบทบัญญัติของกฎหมายก็สั้นและไม่ชัดเจนนัก จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในส่วนที่ยังไม่ชัดเจน ดังต่อไปนี้

5.1.1 ปัญหา “การตีความ” บทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

พ.ศ. 2540

หลักของการทำสัญญาคือ สัญญาจะต้องชัดเจนและต้องสมความมุ่งประสงค์ของคู่สัญญาได้ ดังนั้น บทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนย่อมเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการทำสัญญาของเอกชน แต่ก็เป็นกรยากที่จะบัญญัติให้กฎหมายมีความชัดเจนและครอบคลุมได้ทุกเรื่อง ดังนั้นในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายเกิดความไม่ชัดเจน เคลือบคลุม หรือมีช่องว่างของกฎหมาย จึงต้องอาศัยการตีความเพื่อที่จะได้นำบทบัญญัติกฎหมายมาบังคับใช้ได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่ให้ความสำคัญคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะ โดยบัญญัติขึ้นเพื่อช่วยเสริมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาค่าการทำสัญญาเอาเปรียบแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ดังนั้น การตีความกฎหมายจึงมีความสำคัญ เพราะจะส่งผลถึงการบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

5.1.1.1 การบังคับใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยให้ข้อสัญญา “มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี”

ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 สามารถแบ่งผลได้สามทางได้แก่

1) ข้อสัญญายังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลจะปรับลดและ “บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง มาตรา 5 มาตรา 6 ตอนท้าย และมาตรา 8 วรรคสอง โดยศาลมีอำนาจพิพากษาคดีโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ตามมาตรา 10

2) ข้อสัญญายังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่ศาลจะ “ลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริง” ในกรณีมีค่าสูงเกินส่วน ตามมาตรา 7

3) “ข้อสัญญาไม่มีผลใช้บังคับได้เลย” ในกรณีที่เป็นข้อสัญญาตามมาตรา 6 ตอนต้น มาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9

ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ได้แก่ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร มาตรา 5 ได้แก่ ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทํานิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ มาตรา 6 ตอนท้าย และมาตรา 8 วรรคสอง ได้แก่ ข้อตกลง

ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบซึ่งไม่เป็นโมฆะ โดยผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวคือ ข้อสัญญายังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลจะปรับลดและ “บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” นั้น หมายความว่า สัญญามีได้เป็นโมฆะเสียเปล่าทั้งหมด แต่ข้อสัญญาดังกล่าวยังมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่สัญญาอยู่ เพียงแต่ข้อสัญญานั้นจะมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี โดยศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจปรับข้อสัญญา ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่ข้อสัญญาโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ที่ข้อสัญญาไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาเลย โดยถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ต้น

ส่วนข้อสัญญาอื่นๆ นอกจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ยังสามารถบังคับใช้ได้ ซึ่งจะไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 คือ หากพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็น โมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็น โมฆะ ก็ให้ข้อสัญญาส่วนที่เหลือสามารถบังคับได้ระหว่างคู่สัญญาต่อไป แต่ถ้าไม่พึงสันนิษฐานได้ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น โมฆะทั้งสิ้น

การใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยพิเคราะห์จากพฤติการณ์ทั้งปวง¹ ไม่ใช่ใช้ดุลพินิจได้โดยไม่มีขอบเขต แต่ก็ยังมีปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลอยู่ ซึ่งตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบันมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จำนวนน้อยมาก โดยจะขอกล่าวถึงและวิเคราะห์ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของศาลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1989/2552 ดังต่อไปนี้

¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 10

“ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันตจิตใจเงิน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง.”

กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552 เป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อสัญญาที่มีข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ซึ่งหากข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติของข้อสัญญาแล้ว เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยข้อตกลงนี้มีได้เป็นโมฆะ แต่ให้สัญญามีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งศาลจะต้องวินิจฉัยข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพโดยคำนึงว่าคู่สัญญาต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ โดยพิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

ข้อเท็จจริงของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552 มีอยู่ว่า ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาจ้างนักบินซึ่งเป็นสัญญาจ้างแรงงานที่ทำขึ้นระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งเป็นสัญญาให้ทุนฝึกอบรมการบินในต่างประเทศแก่นักบินลูกจ้าง โดยมีข้อตกลงกำหนดให้ลูกจ้างจะต้องกลับมาทำงานให้นายจ้างหรือต้องยอมชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนและเบี้ยปรับ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีลักษณะเพื่อปกป้องกิจการของตน (นายจ้าง) ไม่ให้สูญเสียพนักงานที่อุตสาหกรรมลงทุนส่งไปอบรมเพื่อให้มีคุณสมบัติในการขับเคลื่อนตามกฎระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการบิน นายจ้างจึงสามารถกำหนดข้อตกลงดังกล่าวเพื่อปกป้องกิจการของตนได้เท่าที่เป็นธรรม

เมื่อสัญญาให้ทุนฝึกอบรมการบินมีข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกจ้างจะต้องกลับมาทำงานให้นายจ้างหรือต้องยอมชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืน ซึ่งเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 และมาตรา 5 ด้วย ศาลจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยข้อพิพาทนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า “ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้สัญญาเลือกที่จะกลับมาทำงานให้นายจ้างหรือต้องยอมชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนนั้น เป็นข้อกำหนดที่ไม่ทำให้ลูกจ้างต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ” ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลในส่วนนี้ แต่การที่ศาลวินิจฉัยต่อไปว่า “ลูกจ้างสามารถจะเลือกเอาได้ว่า จะกลับมาทำงานกับโจทก์เป็นเวลา 3 ปี หรือ ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนให้นายจ้างพร้อมกับเสียเบี้ยปรับ 3 เท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน เป็นข้อกำหนดที่ไม่ทำให้ลูกจ้างต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ” ด้วยความเคารพ ในส่วนนี้เป็นส่วนที่ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ

ศาล เนื่องจากสิทธิของลูกหนี้ที่มีสิทธิเลือกนั้น ลูกจ้างจะต้องเลือกกระทำสิ่งเลวร้ายสองสิ่ง ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้าง แต่ศาลกลับเห็นว่าการที่มีทางเลือกแล้วจึงทำให้เป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรม

ข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกจ้างต้องทำงานทดแทนถึง 3 ปี เนื่องจากการที่นายจ้างส่งไปฝึกอบรมการบินเพียง 14 วัน โดยมีค่าใช้จ่ายประมาณ 223,872 บาทเท่านั้น จึงเป็นการกำหนดให้ลูกจ้างต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ การกำหนดข้อตกลงนี้เป็นการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ นายจ้าง ไว้ล่วงหน้าในกรณีที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญาอันเป็นลักษณะของเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ซึ่งถ้ากำหนดไว้สูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ส่วนจะลดลงเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใดนั้น กฎหมายให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกทางอันชอบด้วยกฎหมาย เมื่อข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกจ้างต้องทำงานทดแทน 3 ปี จากการส่งไปฝึกอบรมการบินเพียง 14 วัน เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจึงมีอำนาจปรับลดข้อสัญญาให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นด้วย แต่การใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับข้อสัญญาที่กำหนดให้ทำงานทดแทนจาก 3 ปี เป็นการทำงานทดแทน 1 ปีนั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากการที่ศาลปรับลดการทำงานทดแทนลงเหลือ 1 ปีเท่ากับการทำงานชดใช้ทดแทนเป็นจำนวน 365 วัน ซึ่งเป็นการกำหนดให้ลูกจ้างต้องทำงานทดแทนถึง 26 เท่าของการส่งลูกจ้างไปฝึกอบรม 14 วัน ซึ่งหากพิจารณาถึงส่วนได้เสียของคู่สัญญาในข้อสัญญาที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าวแล้ว การฝึกอบรมใช้เวลาเพียง 14 วัน และมีค่าใช้จ่ายเพียงสองแสนกว่าบาท การทำงานชดใช้การฝึกอบรมดังกล่าวจึงน่าจะเทียบกับการชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเรียนและชดใช้ในเวลาที่นายจ้างเสียประโยชน์คือช่วงที่ส่งนักบินใหม่ไปอบรม ซึ่งเมื่อรวมกันแล้วไม่น่าจะเกินสองเท่า คือจำนวน 28 วัน ดังนั้นเบี้ยปรับควรลดลงเป็นจำนวนเพียงหนึ่งเท่า ซึ่งเดิมก็เคยมีคำพิพากษาที่ศาลกำหนดเบี้ยปรับจำนวนหนึ่งเท่า ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 252/2548, 1909/2541, 7047/2538 และ 5620/2537 เป็นต้น

ส่วนอีกทางเลือกหนึ่งของลูกจ้าง คือ ข้อกำหนดที่ลูกจ้างต้องยอมชดใช้ค่าใช้จ่ายการฝึกอบรมที่นายจ้างทรงจ่าย และเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ถึง 3 เท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน โดยศาลมีคำวินิจฉัยว่า เบี้ยปรับดังกล่าวไม่เป็นข้อกำหนดที่ทำให้จำเลย (ลูกจ้าง) ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ นั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากหากพิจารณาถึงส่วนได้เสียของคู่สัญญาในข้อสัญญาที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าวแล้ว หากนายจ้างต้องส่งนักบินไปฝึกอบรมใหม่ก็จะใช้เวลาเพียง 14 วัน และมีค่าใช้จ่ายเพียงสองแสนกว่าบาท การกำหนดเบี้ยปรับจึงควรต้องคำนวณจากค่าใช้จ่ายในการเรียนและชดใช้ในเวลาที่นายจ้างเสียประโยชน์คือช่วงที่ส่งนักบินใหม่ไปอบรม ซึ่งเมื่อรวมกันแล้วเบี้ยปรับที่เป็นค่าเสียหาย

ไม่น่าจะเกินหนึ่งเท่า กล่าวคือ ศาลควรพิพากษาให้ลูกจ้างต้องยอมชดใช้ค่าใช้จ่ายการฝึกอบรมที่นายจ้างทรงจ่าย และเบี้ยปรับจำนวน 1 เท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน และรวมถึงดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลที่กำหนดเบี้ยปรับจำนวนหนึ่งเท่าที่ได้กล่าวมาแล้ว

กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1989/2552 เป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค หรือที่เรียกว่าสัญญาผู้บริโภค ซึ่งอยู่ในความตกลงเกี่ยวกับบัตรเครดิต อยู่ในความคุ้มครองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่าให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่นั้น ให้วินิจฉัยจากข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ โดยนำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม ดังนั้น การการที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ ต้องพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และเมื่อเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลก็มีดุลพินิจวินิจฉัยให้ข้อสัญญามีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้

นอกจากนี้สัญญาบัตรเครดิตที่เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้ว ยังได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วย โดยอยู่ในความคุ้มครองของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (2) (3) ที่บัญญัติว่า สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีความหมายทำนองเดียวกันในข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาของผู้ประกอบการ หรือข้อสัญญาที่ให้ผู้บริโภคต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายจากการใช้บัตรเครดิตโดยที่ไม่ได้เป็นความผิดของผู้บริโภค

ข้อเท็จจริงของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1989/2552 มีอยู่ว่า ข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญาบัตรเครดิตซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค โดยมีข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ถือบัตรเครดิต (ผู้บริโภค) ต้องแจ้งให้ศูนย์บัตรเครดิตของธนาคารให้ทราบถึงความสูญหายของบัตรเครดิต ถูกลักขโมย หรือถูกบุคคลอื่นใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ถือบัตร โดยพลันเพื่อให้ระงับการใช้บัตรเครดิตโดยไม่ชอบ โดยมีข้อกำหนดว่าภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นก่อนมีการแจ้งนั้นธนาคารจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมแล้ว เนื่องจากการสูญหายเกิดจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อที่ไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอของผู้ถือบัตรเอง ข้อสัญญานี้ย่อมมีผลใช้บังคับได้ เพราะเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรม

ส่วนข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ถือบัตรต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังแจ้งให้ธนาคารทราบแล้วไม่เกิน 5 นาทีนั้น เป็นการกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้บริโภค) ต้องรับภาระนอกเหนือจากพฤติการณ์ที่ผู้ถือบัตรซึ่งเป็นผู้บริโภคจะสามารถกระทำได้ และเป็นข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการค้าเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ซึ่งมีผลให้ผู้ถือบัตรเครดิตต้องรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติในข้อกำหนดให้ภาระความเสียหายนั้นตกแก่ผู้ถือบัตรเครดิต ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 วรรคสาม ย่อมเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งศาลจะต้องวินิจฉัยให้ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ถือบัตรต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังแจ้งให้ธนาคารทราบแล้วไม่เกิน 5 นาทีนั้น เป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ โดยพิจารณาพฤติการณ์ต่างๆ ได้แก่ จากความสุจริตของผู้ถือบัตรเครดิต (ผู้บริโภค) อำนาจต่อรองของคู่สัญญาเนื่องจากเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่มีการต่อรองในการเขียนข้อสัญญา นอกจากนี้การกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวยังขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่บุคคลจักต้องปฏิบัติตาม ซึ่งก็คือ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 ซึ่งอาศัยอำนาจออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 4 (3) ที่บัญญัติว่า “สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่ให้ผู้บริโภคต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายจากการใช้บัตรเครดิตโดยที่ไม่ได้เป็นความผิดของผู้บริโภค” ทั้งการกำหนดข้อสัญญานี้ยังขัดแย้งกับข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตอีกข้อหนึ่งที่กำหนดว่า “ธนาคารจะระงับการเรียกเก็บเงินจากผู้ถือบัตร หากผู้ถือบัตรปฏิเสธว่ามีได้เป็นผู้สั่งซื้อสินค้าหรือเป็นผู้ขอบริการ...” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าธนาคารจะปฏิเสธหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการแจ้ง 5 นาทีว่าเป็นความผิดของผู้ถือบัตรไม่ได้ เพราะผู้ถือบัตรปฏิเสธว่ามีได้เป็นผู้สั่งซื้อสินค้าหรือเป็นผู้ขอบริการอยู่ก่อนแล้ว ทั้งจากภาระหน้าที่ที่หนักกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญา

ที่กำหนดให้ผู้ถือบัตรต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังแจ้งให้ธนาคารทราบแล้วไม่เกิน 5 นาที จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจกำหนดให้ข้อสัญญามีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

คำวินิจฉัยของศาลที่กล่าวว่า ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ถือบัตรต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังแจ้งให้ธนาคารทราบแล้วไม่เกิน 5 นาทีนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากความรับผิดชอบของผู้ถือบัตรอยู่นอกเหนือความคาดหมายของผู้ถือบัตรซึ่งก็เป็นวิญญูชน รวมทั้งมิใช่ความผิดของผู้ถือบัตรเครดิตที่แจ้งช้า แต่ได้แจ้งเร็วที่สุดนับแต่เวลาที่ทราบว่าเป็นบัตรเครดิตสูญหายแล้ว และภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นนั้นก็เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของร้านค้าที่จะต้องตรวจเช็คลายมือในเชลสลิปต้องตรงกับลายมือชื่อของผู้ถือบัตรซึ่งปรากฏบนหลังบัตรซึ่งเป็นแนวทางที่เคยปฏิบัติระหว่างร้านค้ากับธนาคาร แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าลายมือชื่อในเชลสลิปกับผู้ถือบัตรต่างกันอย่างชัดเจน ธนาคารเจ้าของบัตรเครดิตจึงสามารถเรียกให้ร้านค้าดังกล่าวชำระภาระหนี้สินดังกล่าวได้ตามข้อตกลงระหว่างร้านค้ากับธนาคาร ซึ่งร้านค้าจะต้องรับผิดชอบต่อธนาคารในความเสียหายซึ่งเกิดจากร้านค้านั้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากข้อสัญญาอีกข้อหนึ่งที่ระบุให้ธนาคารจะระงับการเรียกเก็บเงินจากผู้ถือบัตร หากผู้ถือบัตรปฏิเสธว่ามีได้เป็นผู้สั่งซื้อสินค้าหรือเป็นผู้ขอบริการ ดังนั้นธนาคารย่อมมีสิทธิที่จะเรียกเงินที่ชำระไปแล้วคืนจากร้านค้า แทนการเรียกเก็บเงินจากผู้ถือบัตรเครดิตได้อยู่แล้ว ซึ่งจะทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายด้วย

เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์ที่มีการแจ้งให้ธนาคารนับแต่คราวแรกที่รู้ว่าบัตรเครดิตหาย ธนาคารสามารถแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ทันทีที่มีการแจ้ง ดังนั้น การที่ศาลใช้ดุลพินิจมีคำวินิจฉัยว่า ข้อตกลงและเงื่อนไขการใช้บัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้ถือบัตรต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังแจ้งให้ธนาคารทราบแล้วไม่เกิน 5 นาที ไม่มีผลใช้บังคับได้ เพราะเป็นการเอาเปรียบจำเลยเกินสมควรและเป็นการผลักภาระให้ต้องรับผิดชอบเกินกว่าวิญญูชนทั่วไปจะคาดหมายได้ตามปกติ จึงถือว่าเป็นการวินิจฉัยและพิพากษาให้ข้อสัญญามีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีแล้ว เพราะเมื่อเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเลย ก็น่าจะบังคับไม่ได้เลย เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 791/2513 ที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจไม่กำหนดเบี้ยปรับให้เลยได้ หากผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายแล้ว เบี้ยปรับจึงมิใช่ค่าเสียหายที่ศาลจะต้องกำหนดเสมอ หากการไม่กำหนดเบี้ยปรับจะทำให้สัญญาเป็นธรรม ศาลจะไม่กำหนดเบี้ยปรับก็ได้ เช่นเดียวกับผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเลย ศาลก็ย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดให้สัญญาไม่มีผลใช้บังคับเลยได้เช่นเดียวกัน

5.1.1.2 การตีความความไม่เป็นธรรมในสาระสำคัญของสัญญา หรือราคา

ความไม่เป็นธรรมในสาระสำคัญของสัญญา (Subject-matter) หมายถึง ความไม่เป็นธรรมซึ่งเกี่ยวโยงกับแก่นหรือหัวใจของสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญากัน เช่น สัญญาอสังหาริมทรัพย์ในโรงเรือน คู่สัญญาไม่อาจโต้แย้งว่าข้อสัญญาที่ระบุว่าจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากเหตุอื่น เช่น วาทภัย อุทกภัย เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาคือการประกันภัยที่เกิดจากอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น²

ความไม่เป็นธรรมในเรื่องราคา (Price) เป็นความไม่เป็นธรรมที่มีลักษณะที่เกี่ยวโยงกับเรื่องความสมบูรณ์ของภาวะตลาดซึ่งเป็นเรื่องของการแข่งขันทางการค้า หากว่ามีการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ความไม่เป็นธรรมเรื่องราคาก็จะไม่เกิดขึ้น แต่หากสภาพตลาดที่มีการแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์แล้วย่อมเกิดการผูกขาดทางการค้า ซึ่งจะทำให้ราคา (Price) ถูกกำหนดโดยผู้มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ เช่น สัญญาที่กำหนดราคาอัตราค่าบริการ ในลักษณะผูกขาดที่มีผู้ประกอบการรายเดียวเป็นผู้ประกอบกิจการนั้น

ความสำคัญของความไม่เป็นธรรมในสาระสำคัญของสัญญาหรือราคานั้น จะสะท้อนถึงความไม่เป็นธรรมของสัญญาได้ จึงมีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้อำนาจศาลเข้าไปวินิจฉัยในสาระสำคัญของสัญญา (Subject-matter) หรือราคา (Price) ได้หรือไม่ โดยการตีความเรื่องสาระสำคัญของสัญญา (Subject-matter) และเรื่องราคา (Price) ในแต่ละประเทศจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน แต่มีข้อแตกต่างกันออกไปบ้าง โดยมีแนวทางในการพิจารณาแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ข้อสัญญาที่กำหนดสาระสำคัญของสัญญา (Subject-matter) หรือราคา (Price) ไร้ชัดเจนแล้ว ศาลไม่สามารถพิจารณาถึงสาระสำคัญหรือราคาดังกล่าวได้อีก โดยบัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจนว่า “หากข้อสัญญาเกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาหรือราคาได้เขียนไว้ชัดเจนและเข้าใจได้ง่ายแล้ว คู่สัญญาไม่อาจโต้แย้งว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ซึ่งคู่สัญญา ศาล และบุคคลใดๆ จะไม่อาจกล่าวอ้างถึงความไม่เป็นธรรมในเรื่องสาระสำคัญของสัญญาหรือ ราคาดังกล่าวได้อีก เพราะเป็นเรื่องเสรีภาพของคู่สัญญา โดย “สาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญา” เป็นสิ่งที่เป็แก่นของสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกัน จึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันอย่างชัดเจนแล้ว คู่สัญญาจึงไม่อาจกล่าวอ้างเป็นอย่างอื่นได้ ส่วน “ราคา” เป็นสิ่งที่โต้แย้งไม่ได้ เนื่องจาก “ราคา” เป็นสิ่งตอบแทนที่คู่สัญญาคาดหวังในขณะที่ทำสัญญา เพื่อให้ตนบรรลุสิ่งที่ตนคาดว่าจะได้รับตอบแทน และราคาเป็นเรื่องที่มี

² พินัย ฌ นคร. เล่มเดิม. หน้า 580.

ลักษณะเป็นอัตตวิสัย ราคาจึงมิใช่เรื่องที่ไม่รู้หรือไม่เข้าใจได้ ดังนั้น หากสัญญาที่เขียนด้วยภาษาที่เรียบง่ายและเป็นที่ยอมรับ การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของสัญญาจะต้องไม่ไปวินิจฉัยกับสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือความเหมาะสมของราคาหรือค่าตอบแทนที่เป็นการแลกเปลี่ยนกับสินค้าหรือบริการนั้น

ประเทศที่มีแนวความคิดนี้ได้แก่ ประเทศอังกฤษใน Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 (UTCCR) มาตรา 6 (2) โดยมีเนื้อหาว่า “...ห้ามมิให้ผู้บริโภคโต้แย้งราคาหรือสาระสำคัญของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากสัญญาที่เขียนด้วยภาษาที่เรียบง่ายและเป็นที่ยอมรับของผู้สัญญา (plain and intelligible language)...” ประเทศฝรั่งเศสใน Consumer Code มาตรา L 132-1 วรรคเจ็ด “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายในวรรคแรกไม่นำเอาสาระสำคัญในสัญญา หรือ ราคา มาพิจารณา หากว่าสาระสำคัญหรือราคานั้น เขียนชัดเจนและเข้าใจได้แล้ว” เป็นต้น ซึ่งประเทศเหล่านี้มีแนวคิดและได้รับหลักการนี้จาก EU Directive (COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC) Directive on Unfair in Consumer Contracts ใน Article 4 (2)³ ในเรื่อง “Subject-matter” โดยการบัญญัติกฎหมายที่อนุวัติมาจาก EU Directive นั้น EU (สหภาพยุโรป) ได้เปิดช่องให้ประเทศสมาชิกจะนำเอาเรื่องแก่นของสัญญาที่คู่สัญญาคงกัน (Subject-matter) มาบัญญัติในกฎหมายที่ให้ควบคุมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ก็ได้

แนวทางที่สอง ศาลสามารถใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อสัญญาเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสัญญา (Subject-matter) หรือราคา (Price) ได้ หากเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะมีการกำหนดข้อสัญญานั้นไว้ชัดเจนและเข้าใจได้แล้วก็ตาม เนื่องจากความไม่เป็นธรรมมิใช่เรื่องเกี่ยวกับการตกลงระหว่างบุคคล แต่ความไม่เป็นธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้การพิจารณาเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสัญญา หรือราคา ดังกล่าวว่าจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น จำต้องนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอย่างอื่นด้วย

ประเทศที่มีแนวความคิดนี้ได้แก่ ประเทศสเปน ประเทศเดนมาร์ก เป็นต้น⁴ ซึ่งมิได้นำเอา EU Directive (COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC) มาอนุวัติในกฎหมายของตน ซึ่งหากศาลเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจยกข้อสัญญาดังกล่าว

³ “The assessment of the unfair nature of the term shall net relate to the category of the price and remuneration in so far as these terms are in plain and intelligible language.”

⁴ Martin Ebers. (n.d.). Unfair Contract Terms Directive (93/13). Retrieved March 18, 2011, from http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2c_en.pdf

ขึ้นวินิจฉัยได้ แม้จะเป็นข้อสัญญาที่เกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสัญญา หรือราคาที่ได้เขียนไว้ชัดเจน และเข้าใจได้แล้วก็ตาม เพราะเป็นข้อที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและไม่มีบัญญัติกฎหมายห้ามไว้โดยชัดเจนว่าห้ามศาลใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอย่างอื่นด้วย

สำหรับประเทศไทย เป็นที่น่าสงสัยว่าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่อง สาระสำคัญแห่งสัญญา (Subject-matter) และเรื่องราคา (Price) ได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก บทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็มีบัญญัติโดยบัญญัติห้ามมิให้พิจารณาในสาระสำคัญแห่งสัญญา (Subject-matter) และเรื่องราคา (Price) ซึ่งเหมือนกับ ประเทศสเปน เดนมาร์ก ที่ถือว่าความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในสาระสำคัญแห่งสัญญา หรือราคาเป็น เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกัน จึงอาจ อนุมานได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีความมุ่งหมายที่ให้อำนาจ ศาลสามารถยกข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา หรือราคา ขึ้นพิจารณาวินิจฉัยได้ หากศาล เห็นว่าอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งเมื่อพิจารณาจากระบบการพิจารณาคดีผู้บริโภคตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่จะต้องพิจารณาคดีด้วยระบบไต่สวนแล้ว แสดงว่ากฎหมายประสงฆ์ให้ศาลจะต้องเข้ามามีบทบาทในการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้บริโภค ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจยกข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาหรือราคาขึ้นพิจารณาวินิจฉัยได้ เสมอ หากศาลเห็นว่าอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้ข้อสัญญาดังกล่าวจะเขียนไว้ชัดเจนและ เข้าใจได้ง่ายแล้วก็ตาม ทั้งนี้ศาลจะต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอย่างอื่นด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า การไม่มีบัญญัติห้ามมิให้ศาลเข้าไปหยิบยกหรือยกขึ้นโต้แย้งใน เรื่องสาระสำคัญแห่งสัญญา (Subject-matter) และเรื่องราคา (Price) โดยเฉพาะในคดีผู้บริโภค นั้น มี ข้อดี คือ เป็นการช่วยเหลือผู้บริโภคที่มีความรู้สั้น โดยผู้บริโภคอาจเข้าทำสัญญาในภาวะที่ไม่เป็น ธรรมในขณะที่ตลาดยังมีการแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์และยังมีการผูกขาดทางการค้า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เหมาะสมกับสังคมไทย เช่น สัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยเขียนข้อสัญญาไว้ชัดเจนว่า ให้ผู้เช่าจ่ายมัด จังก่อนเข้าพักอาศัยจำนวน 3 เท่าของค่าเช่ารายเดือน ซึ่งหากผู้เช่าอยู่ไม่ครบ 1 ปี จะถูกริบมัดจำ ทั้งหมด เช่นนี้หากศาลมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องราคานี้ว่าเป็นค่าปรับที่กำหนดเป็นจำนวนมากกว่าความ เสียหายที่แท้จริงที่ผู้ให้เช่าจะได้รับ ศาลก็จะสามารถปรับลดได้ ซึ่งจะทำให้เกิดความเป็นธรรม

5.1.2 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับ สัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน”

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มีความสำคัญอยู่ไม่น้อย คือ ประเด็นปัญหาว่า “สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่” เนื่องจากเริ่มมีการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมากขึ้น เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และปัญหาความชัดเจนของบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มีได้บัญญัติไว้แจ้งชัดว่า สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

“สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน” หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตามระบบกฎหมายไทยมีการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง คือ “สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจะต้องนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง โดยศาลปกครองจะพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักการตามคดีปกครอง แต่หากเป็นประเภทที่สอง คือ “สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางแพ่ง” จะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลแพ่ง โดยใช้หลักกฎหมายทางแพ่ง โดยการแบ่งแยกอำนาจการพิจารณาของศาลดังกล่าวจึงเป็นที่มาของปัญหาที่ว่า “สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่” เนื่องจากแต่ละศาลย่อมมีเขตอำนาจในการพิจารณาที่แตกต่างกัน และมีหลักในการวินิจฉัยที่แตกต่างกัน ทั้งในปัจจุบันเริ่มมีการยกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นให้ศาลวินิจฉัยในการดำเนินคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในศาลปกครองมากขึ้น แต่ก็ยังไม่มีคำวินิจฉัยโดยตรงว่าศาลปกครองสามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นวินิจฉัยระหว่างข้อพิพาทดังกล่าวได้หรือไม่ ทั้งนี้ทนายความก็มีแนวความคิดในการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในชั้นพิจารณาแตกต่างกันออกไปเป็น 3 ฝ่าย ดังนี้

แนวความคิดที่หนึ่ง เห็นว่า สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วย ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ด้วยเหตุผลดังนี้

เหตุผลแรก คือ การค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น จะต้องค้นหาจากจิตวิญญาณของบทบัญญัติกฎหมาย โดยพิจารณาจากตัวอักษรบทบัญญัติกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่ง

ก็คือความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายนั่นเอง โดยในชั้น “ร่างพระราชบัญญัติด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม...” มีการตัดบทบัญญัติที่ห้ามใช้กับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนออกไป โดยมี การตรา มาตรา 3 ที่ว่า

“พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ใช้บังคับแก่

(1) สัญญาที่ทำระหว่างกระทรวง ทบวง กรมด้วยตนเอง หรือระหว่างกระทรวง ทบวง กรมกับเอกชน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มุ่งหมายจะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ สาธารณะ

(2) ...-(5)”

เมื่อมีการตรา มาตราดังกล่าว ทำให้มีการอธิบายว่านิติกรรมสัญญา 8 ประเภทที่อยู่ใน ขอบเขตการตรวจสอบด้านความเป็นธรรมโดยศาลตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ หมายรวมทั้งนิติ กรรมสัญญาระหว่างเอกชนด้วยตนเองและนิติกรรมสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย⁵ ดังนี้ แสดงว่าผู้ร่างกฎหมายมีความมุ่งหมายให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 สามารถใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท ซึ่งรวมทั้งคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐด้วย ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ทำให้บทบัญญัติในปัจจุบันจึงไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ใช้บังคับ กับสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน ดังนั้นจึงต้องตีความว่า พระราชบัญญัติว่า ด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ต้องใช้บังคับกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ด้วย⁶

เหตุผลที่สอง คือ บทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขความ ไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม โดยกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณาและ พิพากษาแก่ศาล เพื่อให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงเกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาและรักษาความสงบ แก่สังคม ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะต้องกระทำเพื่ออำนวยความยุติธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และให้เกิด ความเป็นธรรมอย่างสูงสุด

เหตุผลที่สาม คือ การสร้างหลักกฎหมายปกครองของศาลปกครองนั้น ศาลปกครอง จะต้องสร้างหลักกฎหมายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับระบบกฎหมายปกครองขึ้นเพื่อนำมาใช้เป็น การเฉพาะ แต่หากหลักกฎหมายปกครองไม่มี ก็อาจนำเอาหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ได้ ทั้งนี้เพื่อ

⁵ ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 415.

⁶ จรัญ ภัคศิรนากุล ก. เล่มเดิม. หน้า 83.

อำนวยความสะดวกและเพื่อคุ้มครองดูแลผลประโยชน์สาธารณะที่เป็นหลักความคุ้มครองของกฎหมายปกครองด้วย ดังนั้น ศาลปกครองจึงสามารถนำเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นวินิจฉัยในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้ด้วย ทั้งนี้โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งจะต้องไม่ขัดกับหลักกฎหมายปกครองดังกล่าว

ด้วยเหตุผลนี้ ไม่ว่าจะเป็นศาลใดก็ต้องบังคับใช้กฎหมายเพื่อสร้างความยุติธรรมตามธรรมชาติให้มากยิ่งขึ้นกว่าการมุ่งใช้กฎหมายเพื่อให้เป็นความยุติธรรมตามตัวอักษร ดังภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “Bonus iudex secundum stricti iuris praefert” แปลว่า ผู้พิพากษาที่ดีย่อมวินิจฉัยและตัดสินเพื่อความยุติธรรมตามทางที่ชอบ และถือเอาความเป็นธรรมสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายอันเคร่งครัด⁷ เนื่องจากกฎหมายเป็นเพียงกฎเกณฑ์อย่างหนึ่งที่เป็นเครื่องมือในการหาทางออกแก่สังคมให้เกิดความสงบสุขเท่านั้น ฉะนั้น ศาลจึงสามารถนำเครื่องมือซึ่งก็คือกฎหมาย เพื่อนำมาสร้างความยุติธรรมให้แก่สังคมได้ทั้งสิ้น

ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ก็เห็นว่า บุคคลควรได้รับความเป็นธรรมโดยเท่าเทียมกันเพื่อความยุติธรรม โดยไม่คำนึงถึงเขตอำนาจศาล ศาลจึงสามารถใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้

และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศเยอรมัน ซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 310 ที่บัญญัติว่า หลักการวินิจฉัยข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ตกเป็นโมฆะโดยทั่วไป ตามมาตรา 307 (1) (2) นั้น (ข้อสัญญาสำเร็จรูปจะต้องไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควร ซึ่งหากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วย่อมมีผลให้สัญญาเป็นโมฆะ) นำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองด้วย

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ด้วยเหตุผลที่ว่า ตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติว่า “หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับต้องมีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญา

⁷ ฎิธิญา วัฒนรุ่ง. (2544). ธรรมสารที่ 44. หน้า 246.

อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว...” ซึ่งแสดงถึงความมุ่งหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น⁸

เหตุผลที่สอง คือ สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนที่อาศัยหลักพื้นฐานคือหลักแพ่งทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้นอาศัยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง โดยสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีลักษณะของการกระทำทางปกครองที่มีรากฐานมาจากกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชน ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทาง หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน¹⁰ เป็นต้น

กฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐ โดยมีหลักความชอบด้วยกฎหมายที่หน่วยงานของรัฐจะต้องกระทำภายใต้กรอบของกฎหมาย ซึ่งจะต้องมีกฎหมายรับรอง จึงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ ซึ่งจะต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด โดยเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างใดแล้วต้องปฏิบัติตามนั้น จะเลือกปฏิบัติให้ต่างไปจากที่กำหนดไม่ได้ เช่น เงื่อนไขการให้สัมปทาน การเพิกถอนสัมปทาน และบทบัญญัติเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง โดยหน่วยงานของรัฐมีเอกสิทธิ์แต่ฝ่ายเดียวที่จะกระทำได้ เพื่อที่รัฐจะได้ดำเนินกิจกรรมในการบริการสาธารณะได้อย่างต่อเนื่อง และเป็นประโยชน์แก่ประชาชนมากที่สุด ซึ่งแตกต่างกับหลักพื้นฐานสัญญาทางแพ่งที่คำนึงถึงความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการทำสัญญา โดยที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน เสมอภาคกันในการเจรจาต่อรองในการทำสัญญา ทั้งนี้สิทธิพิเศษของคู่สัญญาจะเกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกัน จึงอาจถือได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพของบุคคล

⁸ วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. เล่มเดิม. หน้า 281-282.

⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก. เล่มเดิม. หน้า 29-41.

¹⁰ บุษผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 19.

ตารางข้อแตกต่างของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

ตารางที่ 5.1

สัญญาทางปกครอง	สัญญาทางแพ่ง
<p>1. “หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา” ของหน่วยงานของรัฐถูกจำกัดโดยกฎหมาย เช่น ระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ โดยกระบวนการทำสัญญาอยู่ภายใต้กระบวนการประกวดราคา หรือ คู่สัญญาต้องมีคุณสมบัติตามระเบียบ เป็นต้น ซึ่งในสัญญาในการบริการสาธารณะนั้นหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาของรัฐจะถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา ตามทฤษฎีคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญในการทำสัญญา หรือหลัก <i>Intuitus personae</i>¹¹ ดังนั้น หลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาจึงมีน้อย</p>	<p>1. “หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา” โดยคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพในการแสดงเจตนากันอย่างเต็มที่</p>
<p>2. หน่วยงานของรัฐไม่มี “เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา” เนื่องจากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้นต้องทำข้อสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น ระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ และในบางสัญญาที่มีวงเงินเกินหนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จะต้องส่งให้สำนักอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาด้วย ซึ่งหากพิจารณาจากฝ่ายปกครองแล้ว “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา” จึงไม่อาจมีได้¹²</p>	<p>2. “เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา” คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะกำหนดข้อสัญญาให้สมเจตนาของคู่สัญญา ตามแดนของกฎหมายเอกชน คู่สัญญาย่อมมี “เสรีภาพในการทำสัญญา”</p>

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 112-113.

¹² แหล่งเดิม. หน้า 115-117.

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

สัญญาทางปกครอง	สัญญาทางแพ่ง
<p>3. “หลักกฎหมายในกระบวนการทำสัญญา”¹³ เพื่อให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเอกชนเข้ามาทำสัญญากับรัฐและเปิดโอกาสให้แข่งขันกันอย่าง เป็นธรรมและเท่าเทียมกันในขอบเขตของ กฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ที่อยู่เบื้องหลัง คือ วัตถุประสงค์เพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ ทำให้ลักษณะกระบวนการทำสัญญาระหว่าง รัฐกับเอกชนจึงมีเงื่อนไขที่รัฐกำหนดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ เช่น การ ประกวดราคาเพื่อความโปร่งใสป้องกันการ ททุจริต หรือการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญา ที่ต้องมีความชำนาญและมีความน่าเชื่อถือว่า สามารถตอบสนองตามสัญญาได้เพื่อป้องกันการ ผิดพลาดที่จะส่งผลเสียต่อประโยชน์ สาธารณะ</p>	<p>3. “หลักกฎหมายในกระบวนการทำสัญญา” ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป ใน ฐานะที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นไป ตามหลักเสรีภาพของบุคคล การกำหนดเงื่อนไขการทำสัญญาจึงเป็นไป ตามหลักเสรีภาพของคู่สัญญา</p>
<p>4. “หลักกฎหมายในการพิจารณาคดี” สัญญา ทางปกครองเกิดจากจุดประสงค์เพื่อการบริการ สาธารณะ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยการ บริการสาธารณะ ทั้งนี้เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ ของฝ่ายปกครองที่ต้องตอบสนองความ ต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิก ในสังคมให้ได้รับการบริการสาธารณะต่างๆ ที่ รัฐจะต้องจัดหาให้ เพราะเอกชนไม่อยู่ในฐานะ ที่จะจัดหาเองได้</p>	<p>4. “หลักกฎหมายการพิจารณาคดี” สัญญาทาง แพ่งนั้น หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความ ไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาแล้ว ก็ย่อมได้รับการ เยียวยาเพื่อความ เป็นธรรมแก่คู่สัญญา ซึ่งมี ฐานะเท่าเทียมกัน หลักการพิจารณาคดีพิพาท ย่อมต้องคำนึงถึง ความสุจริต ฐานะทาง เศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ เป็นต้น (ตาม มาตรา 10 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540)</p>

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 117-120.

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

สัญญาทางปกครอง	สัญญาทางแพ่ง
<p>การพิจารณาจึงต้องคำนึงถึงหลักการทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ¹⁴ ได้แก่ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ดังนั้น เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม การบริการสาธารณะต้องกระทำโดยต่อเนื่อง เช่นนี้ หากมีการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองย่อมต้องคำนึงถึงหลักการบริการสาธารณะต้องกระทำโดยต่อเนื่องเสมอ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเสียเปรียบไม่ได้รับความเป็นธรรมก็ตาม แต่ศาลก็ได้เยียวยาความเสียหายคู่สัญญาฝ่ายนั้นเสมอ</p>	<p>สัญญาจะคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัวของคู่สัญญา</p>
<p>5. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์หลายประการที่สามารถนำมาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ตลอดอายุของสัญญาทางปกครอง เช่น สิทธิในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง การควบคุมการลงโทษ การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น ซึ่งเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้รับการยืนยันโดยหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ และเหตุจากการกระทำของฝ่ายปกครองนี้ ศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยให้คู่สัญญาได้รับค่าชดเชยด้วย¹⁵</p>	<p>5. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน คู่สัญญาไม่มีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง</p>

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 11-13.

¹⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). กฎหมายปกครอง. หน้า 388.

เมื่อประเทศไทยมีระบบศาลคู่ที่มีศาลปกครองและศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีปกครองโดยเฉพาะ ฉะนั้น ศาลปกครองจึงเป็นผู้สร้างและเป็นผู้ใช้หลักกฎหมายปกครองที่มีสภาพพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

เหตุผลที่สาม คือ ความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่¹⁶ ซึ่งรวมถึง สำนักงานอัยการสูงสุด¹⁷ ที่มีความเห็นไปในทำนองเดียวกันว่า ตามหลักกฎหมายมหาชนแล้วพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ฉบับนี้ไม่ควรบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน เนื่องจากความผูกพันที่เกิดขึ้นในสัญญาแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน เพราะหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่า ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของรัฐไม่ใช่ของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง หลักการคุ้มครองคู่สัญญาจึงแตกต่างกัน ข้อสัญญาที่กำหนดต้องมีผลผูกพันเพื่อประโยชน์ที่รัฐจะต้องได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ จึงมีลักษณะที่จะได้เปรียบมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน ซึ่งเป็นลักษณะธรรมดาโดยทั่วไปของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน ดังนั้นหลักความเป็นธรรมแห่งสัญญาตามกฎหมายมหาชนย่อมแตกต่างจากหลักความเป็นธรรมตามกฎหมายเอกชน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นหลักการที่ใช้กับความเป็นธรรมตามกฎหมายเอกชน ไม่ใช่หลักกฎหมายที่จะนำไปใช้กับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางกฎหมายมหาชนได้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะอ้างความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาไม่ได้ เพราะเอกชนต้องยอมรับถึงการมีอำนาจเหนือกว่าของรัฐที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่แล้ว¹⁸ และเมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว น่าจะเป็นเรื่องของการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในทางแพ่งที่ตั้งอยู่บนประโยชน์ของเอกชนด้วยกัน ในขณะที่สัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะและประโยชน์ส่วนรวม และเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม¹⁹

¹⁶ “นักกฎหมายในกลุ่มนี้ ได้แก่ รศ.ดร.คาราพร ธีระวัฒน์, รศ.ดร.โกสิน พลกุล และอาจารย์วรวิฑิต ทาวาทสิน.”

¹⁷ ส่วนวนข้อหาหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขรับที่ ท.102/2551.

¹⁸ คาราพร ธีระวัฒน์, เล่มเดิม, หน้า 93.

¹⁹ โกสิน พลกุล, (2547). สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย, หน้า 76.

แนวความคิดที่สาม เห็นว่า สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่ จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ด้วย

ก่อนที่กล่าวถึงการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนตามแนวความคิดที่สามนี้ จะต้องทราบถึงลักษณะของสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเสียก่อน ซึ่งแยกเป็นประเภทได้ดังนี้

1. สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาเพื่อจัดให้มีสาธารณูปโภค สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนลักษณะนี้เป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามตามบทกฎหมาย

2. สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งหน่วยงานของรัฐยังต้องกระทำตามที่ระเบียบกฎหมายกำหนด เช่น ต้องประกาศให้มีการประกวดราคา หรือการประกาศคุณสมบัติของผู้เข้าประกวดราคา โดยหน่วยงานของรัฐเป็นผู้มีอำนาจกำหนดฝ่ายเดียว รัฐไม่ได้มีฐานะเท่าเทียมกับเอกชน ดังนั้น สัญญาหน่วยงานของรัฐลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

3. สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า สัญญาขาย สัญญากู้ยืม นอกเหนือจากระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งหน่วยงานของรัฐมีฐานะเท่าเทียมกับเอกชนอย่างแท้จริง สัญญาสัญญาหน่วยงานของรัฐลักษณะนี้จึงมีฐานะเป็นสัญญาทางแพ่ง

รศ.ดร.ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์ มีแนวความคิดตามแนวความคิดที่สามนี้ โดยให้ความเห็นว่า ในการพิจารณาเรื่องนี้จะต้องพิจารณาก่อนว่าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ เพราะสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเสียทั้งหมด ในกรณีที่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้นเป็นสัญญาทางแพ่งย่อมตกอยู่ในบังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่หากเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองย่อมไม่อยู่ในบังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540²⁰

หากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเป็นการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) โดยที่คู่สัญญามีได้มีความเสมอภาคกัน ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาปกครอง สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองมีหลักการให้ความคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ

²⁰ ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 415-416.

อยู่แล้ว และมีได้ถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Sanctity of contract) โดยเคร่งครัด ทั้งสัญญาทางปกครองก็มีได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอีกด้วย²¹ หากแต่ตกอยู่ภายใต้ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”²² ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองจึงไม่มีความจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เลย

แต่หากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคโดยสมัครใจ โดยมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะสัญญาดังกล่าวเป็นการที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนในแดนของกฎหมายเอกชน โดยมีได้มีเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเลย เช่น หน่วยงานของรัฐนำที่ดินของตนออกให้เอกชนเช่าในเชิงพาณิชย์ หรือรับจ้างทำงานในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

จึงสรุปแนวความคิดที่สามได้ว่า หากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาดังกล่าวก็จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่หากเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวนั้นก็จะไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เมื่อกล่าวแนวความคิดทั้งสามแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับความคิดเห็นของนักวิชาการฝ่ายที่หนึ่ง เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีจุดมุ่งหมายที่จะให้ความเป็นธรรมกับสัญญาทุกประเภท โดยให้ศาลเป็นด่านสุดท้ายในการให้ความเป็นธรรมแก่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมทุกประเภท ไม่ว่าจะศาลจะเป็นศาลปกครองหรือศาลแพ่ง และในชั้นการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็มีการตัดบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 สามารถใช้บังคับได้กว้างขวาง ซึ่งรวมทั้งสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย

ทั้งการวินิจฉัยว่าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนใดเป็นสัญญาทางปกครองของศาลปกครองก็ยังไม่แน่นอน อาจทำให้มีผลต่อการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ ซึ่งหากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองตาม

²¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข (2542, มิถุนายน). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 2. หน้า 274.

²² แหล่งเดิม. หน้า 272.

มาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็จะต้องนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง แต่หากเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเป็นสัญญาทางแพ่ง จะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลแพ่ง

ส่วนข้อโต้แย้งที่ว่า เมื่อพิจารณาจากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแล้ว อาจอนุมานได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ใช้บังคับกับเฉพาะกับสัญญาระหว่างเอกชนเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า มิใช่เพียงพิจารณาจากหมายเหตุท้ายฎีกาเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาจากที่มาของกฎหมายด้วย ได้แก่ การพิจารณาจากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ รายงานการประชุมยกร่างกฎหมายนั้น ซึ่งจะทำให้ทราบความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นๆ เมื่อในชั้นการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีการตัดบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนออกไป จึงแสดงถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย

และอีกหนึ่งข้อโต้แย้งที่ว่า หากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว อาจส่งผลต่อการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองด้วยนั้น (เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีสิทธิในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว) ก็สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ด้วยการเพิ่มเติมบทบัญญัติว่า การวินิจฉัยของศาลในการให้ความเป็นธรรมเกี่ยวกับข้อสัญญาจะต้องคำนึงถึงลักษณะของสัญญาประเภทนั้นๆ ด้วย ซึ่งจะทำให้การพิจารณาข้อสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ศาลจะต้องวินิจฉัยข้อสัญญาโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย

ดังนั้น เพื่อขจัดปัญหาการแปลความการตีความและการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงควรบัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจน โดยมีหลักการว่า “บทบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย ทั้งนี้โดยคำนึงถึงลักษณะสำคัญของสัญญาทางปกครองด้วย (สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน)...” อันเป็นนวัตกรรมการก้าวใหญ่ที่สำคัญที่กำหนดให้ความคุ้มครองด้านสัญญาสามารถนำไปใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย แต่ก็ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองด้วยเสมอ (special features of administrative contract)

โดยแนวโน้มการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันเริ่มเป็นไปในทิศทางที่ขยายกว้างมากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของเยอรมันในฉบับเดิมก่อนแก้ไบนั้น บัญญัติไม่ให้ใช้บังคับกับสัญญา

แรงงาน แต่ปัจจุบันเมื่อมีการแก้ไขกฎหมายแล้ว ก็บัญญัติให้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับกับสัญญาแรงงานด้วย

5.1.3 ปัญหาความเป็นธรรมของข้อสัญญาในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ทำให้ “นิติกรรมอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก” ตามกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

หลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือหลัก *Clausula rebus sic stantibus* ของเยอรมัน ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 313 เป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งจะต้องเป็นเหตุที่กระทบต่อรากฐานแห่งสัญญาจนทำให้สัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก และคู่สัญญามีได้คาดเห็นมาก่อนว่าจะเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้น หรือหากคู่สัญญาได้คาดเห็นมาก่อนก็จะไม่ทำสัญญาเช่นนั้น จึงขอยกตัวอย่างของพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เช่น ในกรณีที่ประเทศไทยประสบกับวิกฤตทางเศรษฐกิจเกิดภาวะค่าเงินบาทลอยตัวในปี พ.ศ. 2540 ทำให้ค่าเงินบาทมีอัตราแลกเปลี่ยนเพิ่มขึ้นถึงเท่าตัว หรือกรณีที่เกิดสึนามิที่ภาคใต้ในปลายปี พ.ศ. 2547 ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายต้องสิ้นเนื้อประดาตัว โดยเหตุการณ์ที่กล่าวมาเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการต้องประสบปัญหาเกี่ยวกับการชำระหนี้ ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ก็ดีหรือในฐานะของลูกค้าหนี้ก็ดี ซึ่งพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวได้กระทบต่อรากฐานของสัญญาอย่างรุนแรง ซึ่งอาจทำให้ผู้ชำระหนี้ตกอยู่ในฐานะลำบากหากมีการบังคับชำระหนี้ต่อไป และอาจเป็นการไม่ยุติธรรมแก่คู่สัญญา จนอาจกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในที่สุด เนื่องจากขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญามีได้คาดคิดมาก่อนว่าจะเกิดพฤติการณ์ดังกล่าว

แต่หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาคาดเห็นมาก่อนหรืออาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดเหตุการณ์นั้น และคู่สัญญายอมรับที่จะเข้าเสี่ยงภัยทางธุรกิจเอง โดยที่คู่สัญญาได้คำนวณถึงความเสี่ยงภัยที่อาจจะได้รับนั้นแล้ว เมื่อเกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น คู่สัญญาย่อมจะต้องรับเอาความเสี่ยงภัยดังกล่าว โดยจะอ้างว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะตนจะต้องชำระหนี้ยากลำบากกว่าตอนทำสัญญาไม่ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องปกติที่เหตุการณ์นั้นจะเกิดขึ้น เช่น กรณีการบินไทยสั่งซื้อน้ำมันล่องหน้า เพราะเป็นช่วงที่น้ำมันพุ่งสูงสุด 147 ดอลลาร์/บาร์เรล ในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2551 และลดลงต่ำสุดเหลือ 40 ดอลลาร์/บาร์เรล ในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2551 ซึ่งการบินไทยยอมรับความเสี่ยงสั่งซื้อน้ำมันล่องหน้าเองในช่วงเวลาที่ราคาน้ำมันผันผวน มิใช่เหตุการณ์ที่การบินไทยในฐานะผู้ประกอบการไม่อาจคาดเห็นว่าราคาน้ำมันจะพุ่งขึ้นหรือลดลงได้

ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเกิดจากเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (*Clausula rebus sic stantibus*) นั้น คู่สัญญามีสิทธิตามกฎหมายดังนี้ สิทธิในการการปรับข้อสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา แต่หากการปรับข้อสัญญาไม่เกิด

ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาแล้วหรือการปรับข้อสัญญาจะเป็นอันไร้ประโยชน์แก่คู่สัญญา กฎหมายก็ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการที่จะบอกเลิกสัญญาได้

ตัวอย่างที่มีการวินิจฉัยในลักษณะของการนำเอาหลัก Clausula rebus sic stantibus มาใช้ของประเทศไทย เช่น การวินิจฉัยคำร้องทุกข์ที่ 12/2524 ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา “...เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพดินอ่อนในชั้นถัดไปไม่เป็นที่รู้มาก่อนระหว่างคู่กรณี โดยเป็นดินอ่อนเฉพาะบริเวณที่ก่อสร้าง มิใช่พื้นที่ข่านนั้นทั้งหมด กรณีย่อมอยู่นอกเหนือการคาดหมายแต่เดิมของคู่กรณี (sujetion imprevue) เมื่อเนื้องานเพิ่มขึ้น ก็ต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นตามส่วน...”²³

แต่ปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มียกเว้นข้อสัญญา “หลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก” (Clausula rebus sic stantibus) ไม่ว่าจะเพี้ยนไปเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือในกฎหมายฉบับอื่นใด ทั้ง “หลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก” ก็มีใช้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย ตามมาตรา 218 และ 219 และก็มีใช้บทบัญญัติเรื่องการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ตามมาตรา 156-158

หลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย ตามมาตรา 218 และ 219 เป็นการชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้ที่เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ หรือเป็นสิ่งที่ปฏิบัติไม่ได้²⁴ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้อย่างแน่แท้ แต่เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากระยะนี้ คู่สัญญาอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้ ดังนั้น การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยกับเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จึงเป็นคนละเรื่องกัน

ส่วนหลักกฎหมายเรื่องการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ตามมาตรา 156-158 เป็นการแสดงเจตนาออกมาที่แตกต่างกับเจตนาภายในที่นึกคิด โดยผู้แสดงเจตนาไม่ทราบว่าตนสำคัญผิด แต่เหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากระยะนี้ สัญญาเกิดขึ้นต้องตรงกันตามเจตนาของคู่สัญญา โดยการแสดงเจตนาและการแสดงออกของคู่สัญญานั้นตรงกัน มิได้เกิดจากการสำคัญผิดแต่ประการใด ดังนั้น การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดกับเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จึงเป็นคนละเรื่องเช่นกัน

²³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2524). ครบรอบ 48 ปี. หน้า 171-181. อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. หน้า 167-169.

²⁴ จีต เศรษฐบุตร. (2548). หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะหนี้. หน้า 28.

ตารางเปรียบเทียบเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กับ
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ตารางที่ 5.2

Clausula rebus sic stantibus ตาม 313 BGB	การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย ตามมาตรา 218 และ 219 ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์	การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ตามมาตรา 156-158 ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์
คู่สัญญาอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติ ได้	การชำระหนี้ตามสัญญาของ ลูกหนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ หรือเป็นสิ่งที่ปฏิบัติไม่ได้	-
สัญญาเกิดขึ้นความต้อง ตรงกันตามเจตนาของ คู่สัญญา โดยการแสดงเจตนา กับการแสดงออกของคู่สัญญา นั้นตรงกัน (มิได้สำคัญผิด)	-	สัญญาเกิดขึ้นโดยเจตนาไม่ ต้องตรงกันในสิ่งที่แสดง ออกมากับเจตนาภายในที่นึก คิด โดยที่ผู้แสดงเจตนาไม่ ทราบว่าจะตนสำคัญผิด

ปัจจุบันหากไทยประสบกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว ศาลอาจใช้หลักการ
ตีความสัญญามาใช้ได้เหมือนเช่นเยอรมันในอดีต โดยอาศัยหลักการตีความเจตนา มาตรา
171²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้ตีความเจตนาโดยฟังเสียงถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่า
ตัวอักษร ซึ่งเจตนาที่แท้จริงน่าจะหมายถึง เจตนาที่แท้จริงตามที่ได้แสดงออกมา และไม่จำเป็นต้อง
ยึดถือถ้อยคำหรือตัวหนังสือที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่แสดงออกมา แต่ต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมาย
อันแท้จริงของผู้แสดงเจตนาประกอบกับเหตุผลแวดล้อมอื่นด้วย²⁶ แต่ถ้าไม่สามารถค้นหาเจตนาที่
แท้จริงได้ก็ต้องถือว่ากรณีที่มีเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากทำให้
สัญญาเกิดช่องว่าง โดยเป็นช่องว่างของสัญญาที่คู่สัญญามีได้มีเจตนาตกลงกันไว้ จึงต้องอาศัยการ
ตีความสัญญา ตามมาตรา 368²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างของสัญญา โดย

²⁵ “ในการตีความการแสดงเจตนาอัน ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร.”

²⁶ อนุช ชาญเจริญ. เล่มเดิม. หน้า 83.

²⁷ “สัญญานั้นทำให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย.”

ต้องตีความสัญญาไปในทางสุจริต โดยคำนึงถึงปกติประเพณี เพื่อความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตามมาตรา 5²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการวินิจฉัยดังที่กล่าวมาก่อนข้างลำบาก ดังนั้น จึงควรบัญญัติกฎหมายในการให้ความคุ้มครองในเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Clausula rebus sic stantibus) ไว้เป็นบทบัญญัติเฉพาะ

ส่วนความคุ้มครองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะสามารถครอบคลุมถึงกรณีที่มีเหตุการณ์ทำให้รากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหรือไม่ หากมีเหตุการณ์ทำให้รากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจนทำให้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันไว้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญา ศาลจะสามารถยกบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นปรับใช้กับเหตุการณ์ดังกล่าวได้หรือไม่

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยพิจารณาข้อสัญญาในขณะที่ทำสัญญา โดยพิจารณาถึงอำนาจต่อรองของคู่สัญญา แต่ความคุ้มครองตามหลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือหลัก Clausula rebus sic stantibus เป็นความคุ้มครองที่เกี่ยวข้องด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ โดยเป็นเหตุที่มีใช้ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด และมีได้เกิดจากความทุจริตของคู่สัญญา แต่เป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่คู่สัญญาไม่อาจหยั่งทราบได้ (เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ทำสัญญาแล้ว)

ผลของเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้นั้น การชำระหนี้ยังอาจกระทำได้ แต่ต้องเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะขอให้ปรับเปลี่ยนข้อสัญญาอันเป็นความประสงค์ของคู่สัญญา ซึ่งการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาจะต้องกระทำอยู่ในกรอบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ต่างจากผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่กระทำในขณะที่ทำสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งจะทำให้ข้อสัญญามีผลเท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีตามดุลพินิจของศาล มิใช่ตามความประสงค์ของคู่สัญญา

จากการวิเคราะห์ข้างต้น ทำให้เห็นความแตกต่างของเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Clausula rebus sic stantibus) กับ หลักการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมีข้อน่าสังเกตดังนี้

²⁸ “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต.”

ตารางเปรียบเทียบหลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Clausula rebus sic stantibus) กับ หลักการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ตารางที่ 5.3

<p>Clausula rebus sic stantibus ตาม 313 BGB</p>	<p>หลักการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม</p>
<p>องค์ประกอบข้อ 1 “รากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก” หมายความว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปในรากฐานแห่งสัญญาจนทำให้สัญญาเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น (แสดงว่าความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญา)</p>	<p>เห็นว่าการตีความว่าความไม่เป็นธรรมนั้นพิจารณาในขณะที่ทำสัญญา เช่นเดียวกับ UCC และ Restatement (second) of Contract ของประเทศอเมริกา ที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่า สัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นดูขณะที่ทำสัญญา</p>
<p>องค์ประกอบข้อ 2 “คู่สัญญามีได้คาดเห็นมาก่อนว่าจะเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้น” หมายความว่า คู่สัญญาไม่รู้ว่าจะมีเหตุการณ์มาทำให้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (กล่าวคือ ไม่รู้เลยว่าอนาคตจะเกิดเหตุการณ์นั้น) เช่น สงคราม ความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นวิญญูชนก็ไม่สามารถเห็นได้เช่นกัน</p>	<p>“ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ” มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แสดงว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น วิญญูชนคาดหมายได้</p>
<p>องค์ประกอบข้อ 3 “ถ้าคู่กรณีคาดเห็นมาก่อนก็จะกำหนดสัญญาในลักษณะอื่น” แสดงชัดไปอีกว่าเป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่คู่สัญญาไม่อาจหยั่งถึง (มิใช่เกิดจากอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่า) เช่น สัญญาซื้อขายบ้าน ถ้ารู้มาก่อนว่าผู้ซื้อไม่มีงานทำแล้วจะไม่จ่ายก็จะไม่ขายบ้านให้</p>	<p>ข้อสัญญาเกิดจากการตกลงกัน (ข้อสัญญาเกิดขึ้นจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญา) เป็นข้อสัญญาที่คู่สัญญาผู้และทราบได้ ในขณะที่ทำสัญญา</p>

ตารางที่ 5.3 (ต่อ)

Clausula rebus sic stantibus ตาม 313 BGB	หลักการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรม ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
ผล : หลัก Clausula rebus sic stantibus นั้น เป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะขอให้ปรับข้อสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แต่ถ้าการปรับข้อสัญญาทำไม่ได้หรือไม่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาแล้ว คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ (เป็นสิทธิของคู่สัญญา)	ผล : หลักการปรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นั้น ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการปรับข้อสัญญาเท่าที่เห็นว่าเป็นธรรมและสมควรแก่กรณี ซึ่งจะเห็นว่า คู่สัญญาไม่มีทางเลือก ไม่มีสิทธิเหมือนอย่างหลัก Clausula rebus sic stantibus
ฝรั่งเศสใช้หลัก Clausula rebus sic stantibus ในศาลปกครอง เยอรมันใช้หลัก Clausula rebus sic stantibus เป็นหลักทั่วไป ไทยยังไม่หลัก Clausula rebus sic stantibus นี้	

เมื่อบทบัญญัติกฎหมายของไทยในปัจจุบันจึงยังไม่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากเหตุอันมิอาจคาดการณได้ ดังนั้น จึงควรบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองเหตุอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือ Clausula rebus sic stantibus โดยมีเนื้อหา ดังนี้²⁹

“(1) เมื่อได้ทำสัญญาขึ้นแล้ว และพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ซึ่งหากคู่กรณีในสัญญาได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าในขณะที่ตกลงทำสัญญากันก็คงจะไม่เข้าทำสัญญานั้น หรือทำขึ้น โดยมีเนื้อหาแตกต่างออกไป ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งกรณี โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการแบ่งภาระความเสี่ยงตามที่ตกลงกัน หรือตามกฎหมายแล้ว หากการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายใดต้องผูกพันตามสัญญาโดยเคร่งครัดจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายเกินที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจเรียกร้องให้ปรับปรุงเนื้อหาแห่งสัญญานั้นได้

²⁹ สุรศักดิ์ มณีศร. เล่มเดิม. หน้า 7.

(2) หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของใจสำคัญและเป็นรากฐานแห่งสัญญาอันมิได้เป็นไปตามที่คู่กรณีเข้าใจกัน ก็ให้ถือว่าเป็นกรณีพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญด้วย

(3) หากการปรับข้อสัญญาเป็นการอันผันวิสัย หรือจะเป็นที่เดือดร้อนเสียหายเกินที่ควรคาดหมายได้ตามปกติแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้ฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบจากสัญญานั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ในกรณีที่สัญญาผูกพันสัมพันธ์ต่อเนื่องกันก็ให้การบอกเลิกสัญญามีผลให้นิติสัมพันธ์อันจะมีมาในอนาคตเป็นอันระงับสิ้นไป”

โดยอาจบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของการทำสัญญา ซึ่งจะมีผลให้หลักเหตุอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากสามารถใช้บังคับได้กับทุกประเภทสัญญา หรือบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง

5.1.4 ปัญหาการขาดมาตรการป้องกันและมาตรการลงโทษ

ปัญหาการขาดมาตรการป้องกันและมาตรการลงโทษส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้ความคุ้มครองสัญญาผู้บริโภค ซึ่งรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคให้ครอบคลุมทั้งมาตรการเชิงป้องกันและมาตรการเชิงแก้ไข รวมทั้งกำหนดมาตรการลงโทษสำหรับการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคด้วย

เหตุที่ผู้เขียนต้องการให้กฎหมายบัญญัติให้มีมาตรการเชิงป้องกันและมาตรการลงโทษเฉพาะแก่สัญญาผู้บริโภคเท่านั้น (B-C) เพราะการทํานิติกรรมสัญญาในฐานะผู้บริโภคเพื่อการบริโภคนั้น ผู้บริโภคซึ่งเป็นประชาชนโดยส่วนใหญ่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่าคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการ ดังนั้นรัฐจึงต้องให้ความคุ้มครองในสัญญาผู้บริโภคอย่างเข้มงวดและครอบคลุมอย่างยิ่ง เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ส่วนความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันนั้น การบัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจในการปรับข้อสัญญาให้เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเพียงพอแล้ว เพราะเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาที่จะใช้อำนาจต่อรองกันซึ่งกันและกันได้ ทั้งเพื่อไม่เป็นการที่รัฐก้าวล่วงเข้าไปบัญญัติกฎหมายให้กระทบกับเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ของเอกชนมากเกินไป

ปัญหาการขาดมาตรการป้องกันของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในส่วนสัญญาผู้บริโภคนั้น จะเห็นว่ามาตรการเชิงแก้ไขของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในสัญญาผู้บริโภคนั้นคุ้มครองทุกประเภทสัญญาแล้ว แต่การให้ความคุ้มครองสัญญาผู้บริโภคในมาตรการเชิงป้องกันโดยประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่ง

ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 นั้น ยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองในสัญญาผู้บริโภคทุกประเภทสัญญา โดยในปัจจุบันมีความคุ้มครองเพียง 8 ประเภทธุรกิจสัญญาเท่านั้น ซึ่งได้แก่ ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ธุรกิจขายห้องชุด ธุรกิจบัตรเครดิต ธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค ของสถาบันการเงิน ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ธุรกิจการซื้อขายรถยนต์ที่มีการจอง และธุรกิจการให้บริการออกกำลังกาย ดังนั้น การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในมาตรการเชิงป้องกันยังบกพร่องอยู่ ซึ่งอาจแก้ไขได้ด้วยการบัญญัติประเภทธุรกิจสัญญาเพิ่มเติมซึ่งจะกล่าวรายละเอียดใน 5.2.1 เรื่อง “ปัญหาความชัดเจนและความทันสมัยของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากับความเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน” หรือแก้ไขปัญหาความบกพร่องของมาตรการเชิงป้องกันในสัญญาผู้บริโภคด้วยการรวมกฎหมาย ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดไว้ใน 5.4 เรื่อง “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ” ต่อไป

ส่วนปัญหาการขาดมาตรการลงโทษของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในส่วนสัญญาผู้บริโภค ซึ่งเมื่อผู้ประกอบการทำสัญญาฝ่าฝืนบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ผลของการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายมีเพียง เป็นข้อสัญญาที่ไม่มีโอกาสบังคับต่อไปได้ทั้งหมด หรือยังคงเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมายอยู่เพียงแต่ศาลจะปรับลดและบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น แต่กลับไม่มีมาตรการลงโทษที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดแต่ประการใด ทั้งประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้จากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็ไม่สามารถเรียกคืนได้ เนื่องจากกฎหมายบัญญัติว่าคู่สัญญาผู้ซึ่งชำระเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปแล้วไม่มีสิทธิจะได้รับคืนทรัพย์สินนั้น เพราะกฎหมายให้ถือว่าเป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้เป็นคู่สัญญาได้กระทำการชำระหนี้ตามอำเภอใจโดยปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมาย โดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ กฎหมายจึงให้ถือว่าบุคคลนั้นไม่มีสิทธิจะได้รับคืนทรัพย์สินนั้น ตามกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 โดยผลทางกฎหมายดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์จากผู้บริโภคคุ้มค่าแล้ว ก็มิได้รับความเสียหายอะไรจากผลทางกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่เกิดความเกรงกลัวในการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและผู้ประกอบกิจการรายใหม่ก็ยังคงดำเนินกิจการไปในแนวทางเดียวกัน แสดงให้เห็นว่าการให้ความคุ้มครองในมาตรการเชิงแก้ไขเหี่ยวยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงสมควรที่จะแก้ไขปัญหาการขาดมาตรการลงโทษ ด้วยการบัญญัติมาตรการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญา

ที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดไว้ใน 5.3.2 เรื่อง “ปัญหาบทบัญญัติมาตรการลงโทษตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ต่อไป

5.1.5 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาล

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นมาตรการเชิงแก้ไขของระบบความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม องค์กรศาลจึงเป็นผู้ที่มีหน้าที่บังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยศาลจะเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลจะต้องบังคับใช้กฎหมายเสมอ

การให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้ศาลมีดุลพินิจ มีความยืดหยุ่นในการพิจารณาคดี ฉะนั้น ศาลจึงเข้ามามีบทบาทในกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเต็มตัว อันนำมาซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติในกระบวนการวินิจฉัยของศาลได้ ซึ่งการใช้ดุลพินิจของศาลจะมีผลต่อประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง

โดยการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของศาลไทย ซึ่งมีการบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2541 จนมาถึงปัจจุบันเป็นเวลากว่าสิบสามปี กลับพบว่าทางปฏิบัติศาลไทยใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้แก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่น้อยมาก อาจเป็นเพราะปัญหาจากความชำนาญ ความรู้ ความเข้าใจของศาลแต่ละบุคคล เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ศาลในระยะหลังๆ นี้ก็เริ่มใช้ดุลพินิจโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายฉบับนี้มากขึ้น ซึ่งเกิดจากการสั่งสมประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายของศาลจนเกิดความชำนาญในการใช้บังคับกฎหมาย ซึ่งก็สมเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจดีกว่าอย่างมากที่จะถูกเอาเปรียบจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า เพื่อทำให้เกิดความเป็นธรรมและให้สังคมมีความสุข

นอกจากปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลแล้ว ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในกระบวนการวินิจฉัยคดีผู้บริโภคก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากัน เนื่องจากร้อยละ 80 ของคดีแพ่งเป็นคดีผู้บริโภค ซึ่งดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลมีบทบาทมากในกระบวนการพิจารณาคดีแตกต่างจากกระบวนการวิธีพิจารณาคดีสามัญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้ระบบกล่าวหา โดยศาลในคดีผู้บริโภคจะมีการพิจารณาคดีโดยใช้ระบบไต่

สวน ซึ่งศาลจะต้องกระตือรือร้น (Active) และศาลก็ยังมีอำนาจพิเศษต่างๆ เช่น อำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบ อำนาจพิพากษาเกินคำขอ อำนาจสั่งคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งจะเห็นว่าศาลมีบทบาทอย่างมากในการแสวงหาความยุติธรรมให้แก่ผู้บริโภคที่มีความรู้และมีความรู้และมีความรู้ที่น้อยกว่าผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อจะช่วยเหลือคุ้มครองผู้บริโภค แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่เป็นเช่นนั้น การพิจารณาของศาลในคดีผู้บริโภคยังเป็นการพิจารณาคดีระบบกล่าวหา โดยผู้บริโภคยังคงต้องโต้แย้งกฏหมายที่ทำให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นเอง เช่น ความคุ้มครองตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา และยังเป็น การพิจารณาในระบบส่งเอกสาร กล่าวคือ ศาลจะทำการพิจารณาคดีโดยเพียงรับสำนวนและอ่านสัญญาประนีประนอมให้คู่ความฟังเท่านั้น และในบางครั้งศาลจะไม่ทำการไต่สวนใดๆ มีเพียงการส่งสำนวนคดีเท่านั้น โดยที่ไม่ได้มีการถ่วงถ่วงในข้อสัญญาที่นำมาสู่ศาล ทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแทบจะไม่เกิดขึ้น ทั้งการช่วยเหลือของเจ้าพนักงานคดีในแต่ละศาลจะต่างกันออกไป โดยในบางศาลสำนวนคดีจะผ่านเจ้าพนักงานคดีก่อน แต่เจ้าพนักงานก็ได้เพียงแต่แนะนำการฟ้องเท่านั้น แต่ในบางศาลที่มีคดีผู้บริโภคจำนวนมากแต่มีเจ้าพนักงานคดีน้อย สำนวนคดีก็จะไม่ได้ผ่านเจ้าพนักงานคดีก่อน แต่เจ้าพนักงานคดีจะเข้ามาให้คำปรึกษาแก่ผู้บริโภคในห้องพิจารณาคดี ซึ่งให้คำปรึกษาได้เพียงว่าหากประนีประนอมแล้วผลคำพิพากษาจะมีผลอย่างไรเท่านั้น เนื่องจากใกล้เวลาที่ศาลจะมีคำพิพากษาแล้วผู้บริโภคจึงไม่อาจสอบถามอย่างอื่นได้ นอกจากนี้ยังอาจเกิดจากปัญหาความไม่ชำนาญในการใช้อำนาจไต่สวนของศาลในคดีผู้บริโภค เนื่องจากไม่มีการจัดอบรมหลักสูตรเกี่ยวกับการพิจารณาคดีผู้บริโภคแก่ศาลโดยเฉพาะ

กระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคของศาลที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการพิจารณาคดีผู้บริโภครวดเร็วมากเกินไป ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ศาลเป็นด่านกั้นกรองความยุติธรรมด้านสุดท้าย โดยใช้วิธีพิจารณาระบบไต่สวน ทั้งผู้บริโภคก็ยังมีความรู้ที่น้อยจึงไม่สามารถอาศัยความรู้ของตนในการยกข้อต่อสู้ให้เป็นประเด็นข้อพิพาทในศาลได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลมักเน้นให้มีการประนีประนอมยอมความกัน โดยที่ไม่มีการตรวจสอบความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อสัญญาใดๆ แม้กระทั่งความเป็นธรรมพื้นฐานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ในสัญญาเลข และศาลเพียงอ่านสัญญาประนีประนอมให้ฟัง ซึ่งอาจทำให้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังคงใช้กับผู้บริโภคต่อไป เพราะไม่ถูกตรวจสอบจากองค์กรใดๆ ทั้งการตรวจสอบของศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลเท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีนั้น ก็ได้สร้าง

ความไม่ความชัดเจนในการใช้ดุลพินิจของศาล ซึ่งขึ้นอยู่กับสำนึกและความรู้ความสามารถของศาลเท่านั้น แม้กฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นก็ตาม

ส่วนปัญหาที่ว่า “จะอย่างไร ให้ในทางปฏิบัติของศาลจะทราบว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” คำตอบคือ การสร้างความชำนาญให้แก่ศาล ซึ่งต้องแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติ โดยการให้ความรู้แก่ศาล แต่อย่างไรก็ตามคงต้องรอให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้พัฒนามาพร้อมกับความเจริญและประสบการณ์การถูกเอาเปรียบ ซึ่งจะทำให้ศาลเกิดความชำนาญในการใช้กฎหมายเพื่อความยุติธรรมเหมือนดังเช่นในต่างประเทศที่มีการใช้บังคับกฎหมายมานาน และให้มีการแก้ไขกฎหมายอย่างต่อเนื่อง

และยังสามารถแก้ไขปัญหาว่า “จะอย่างไร ให้ในทางปฏิบัติของศาลจะทราบว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ด้วยการบัญญัติให้ศาลต้องรู้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพื้นฐานที่กฎหมายกำหนด คือ ให้ศาลต้องยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นวินิจฉัยให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเสมอ ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาคความไม่รู้ของศาลในทางกฎหมายที่จะทำให้ศาลทราบถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกทางหนึ่งด้วย โดยจะทำให้ศาลสามารถบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดใน 5.3.1 เรื่อง “ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในการพิจารณาคดีผู้บริโภค”

การแก้ไขความไม่รู้ของศาลที่มองเห็นเป็นรูปธรรมได้อย่างชัดเจน คือ การสร้างความชำนาญให้แก่ศาล ซึ่งในต่างประเทศมีการสร้างความชำนาญให้แก่ศาลด้วยการจัดให้มีการพิจารณาคดีโดยเฉพาะ กล่าวคือ การพิจารณาคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ทางแพ่ง (Small Claim Cases) ซึ่งเป็นการพิจารณาคดีสำหรับคดีแพ่งเล็กน้อยที่มีทุนทรัพย์เล็กน้อยและเป็นคดีที่ไม่ซับซ้อนหรือไม่มีข้อยุ่งยาก โดยใช้บังคับกับทุกประเภทคดี ไม่ว่าจะเป็คดีผู้บริโภคหรือไม่ โดยเป็นการพิจารณาคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ทางแพ่ง ที่ได้เปลี่ยนแปลงแนวคิดในการพิจารณาคดีพิจารณาความแพ่งรูปแบบเดิมที่มีค่าใช้จ่ายสูงและมีระยะเวลาในการดำเนินคดียาวนานให้เป็นวิธีพิจารณารูปแบบใหม่ที่เน้นการดำเนินคดีในศาลด้วยตัวคู่ความเอง และให้ความสะดวกแก่ประชาชนทั่วไปโดยเฉพาะคนที่ฐานะยากจนที่ได้รับความเสียหายเล็กๆ น้อยๆ เพื่อปกป้องสิทธิของตน และให้การเข้าถึงความยุติธรรมด้วยการปรับปรุงกฎหมายสารบัญญัติ ลดความยุ่งยากในการวินิจฉัยคดี และใช้กลวิธีที่ไม่เป็นทางการในแก้ไขข้อพิพาท จำกัดระยะเวลาในการยุติข้อพิพาทไม่ให้ยาวนานมากเกินไป ตลอดจนเน้นการไกล่เกลี่ย เพื่อให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมีความพึงพอใจ (Win/Win) ด้วยการบัญญัติวิธีสบัญญัติสำหรับคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ (Procedure Small Claim Cases) โดยมีศาล (Small Claim Courts) ที่พิจารณาคดีเล็กๆ น้อยๆ ต่างหากจากคดีแพ่งทั่วไป โดยมีวิธีพิจารณาคดีที่เน้นการไกล่เกลี่ย มีวิธีพิจารณาคดีที่เรียบง่ายไม่เป็นทางการ ไม่เน้นกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดในการค้นหาพยานหลักฐาน

กระชับ และประหยัด กระทำโดยเปิดเผยในห้องพิจารณา โดยผู้พิพากษามีบทบาทในเชิงรุกให้ความช่วยเหลือและค้นหาความจริง ให้อิสระแก่ศาลในการที่จะนำเอาวิธีพิจารณาที่เห็นว่าจะเกิดความยุติธรรมและเท่าเทียมกันของคู่สัญญามาซึ่งขาดได้ ให้อำนาจทำการไต่สวนให้ทราบข้อเท็จจริง และการทำคำพิพากษาไม่จำเป็นต้องตัดสินตามตัวบทกฎหมาย และในบางคดีจะสนับสนุนให้คู่ความยุติข้อพิพาทโดยเท่าเทียมกันได้ เพื่อให้ทุกฝ่ายเชื่อมั่นว่าจะได้รับความยุติธรรมจากศาล³⁰ จะเห็นว่า ศาลมีความชำนาญในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมาก ซึ่งเป็นแนวทางที่สามารถสร้างความชำนาญให้แก่ศาลได้ และยังเป็นการแก้ไขปัญหาคือว่า “จะอย่างไร ให้ในทางปฏิบัติของศาลจะทราบว่าคุณคู่สัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ได้อีกทางหนึ่งด้วย

ด้วยลักษณะของวิธีพิจารณาสำหรับคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ดังกล่าว จึงอาจมีข้อเสนอแนะให้มีแผนกคดีมโนสาเร่ในศาลแขวงที่มีผู้พิพากษาที่รับผิดชอบระดับข้อพิพาทคดีมโนสาเร่ โดยเฉพาะ เพื่อให้ศาลมีความชำนาญในการพิจารณาคดีเล็กน้อย โดยใช้อำนาจในระบบไต่สวนและเน้นการไกล่เกลี่ย เพื่อดึงดูดความสนใจแก่ประชาชน โดยทั่วไป ทำให้ประชาชนเข้าถึงได้ง่ายและรู้สึกสะดวก และมั่นใจในกระบวนการช่วยเหลือด้วย เช่น กำหนดให้ศาล Small Claim Courts เปิดทำการในวันหยุด เพื่อมิให้กระทบต่อประชาชน โดยเฉพาะคนชนชั้นแรงงานอาจที่ต้องหยุดงานเพื่อขอความคุ้มครองตามกฎหมาย

และสุดท้ายนี้ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะถูกนำไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ความตระหนักในภารกิจที่จะประสาทความยุติธรรมแก่สังคมของผู้พิพากษาคดี ความรู้ความเข้าใจในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี และความเอาใจใส่ของรัฐบาลซึ่งทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งการดำเนินการเช่นนั้นสามารถกระทำได้โดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ทันต่อเหตุการณ์และกาลสมัย การจัดอบรมให้ความรู้ในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่บุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีและประชาชนทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ

³⁰ พิชยา มณีนาถ. (2544). ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีมโนสาเร่. หน้า 81-139.

5.1.6 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

นอกจากนี้ยังมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนี้

1. “ราคาค่าบริการที่มีได้กำหนดไว้ล่วงหน้า จะคิดเกินกว่าที่เป็นธรรมและพอสมควรไม่ได้” ซึ่งเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายอีกข้อหนึ่ง ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ตกลงในข้อสัญญาในเรื่องราคาค่าบริการที่มีในอนาคตด้วย หากว่าราคาหรือค่าบริการดังกล่าวเกินสมควรที่จะเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อสัญญาเรื่องราคาหรือค่าบริการที่ไม่เป็นธรรมได้

2. “ถ้าจงใจใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้อีกฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้” เป็นการบัญญัติถึงสิทธิของผู้เสียหายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ โดยเกิดจากความไม่สุจริตของคู่สัญญาที่จะเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายเห็นว่าตนจะได้รับความเสียหายมากและไม่ต้องการให้สัญญามีผลใช้บังคับอีกต่อไปย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งเป็นมาตรการลงโทษแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกทางหนึ่ง โดยข้อเสนอนี้ให้สิทธิผู้เสียหายที่จะเลิกสัญญาที่คล้ายกับผลของความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ทำให้นิติกรรมอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

3. “ให้ผู้บริโภคเสนอคดีต่อศาลได้ ถ้ามีเหตุสมควรขอคุ้มครองจากศาล” เป็นการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหาย โดยเป็นข้อเสนอให้มีการขอความคุ้มครอง (Injunction) จากผู้บริโภคอื่นที่มีได้เป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิโดยตรงได้

การขอคุ้มครองชั่วคราว (Injunction) ก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 63 กำหนดให้ศาลสามารถสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ ผู้ซึ่งมีอำนาจยื่นคำขอคุ้มครองได้แก่ คู่ความในคดีเท่านั้น (ซึ่งอาจเป็นผู้บริโภคเอง สมาคมที่อื่นฟ้องแทน หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค) หรือในกรณีที่ศาลเห็นสมควร หรือปรากฏจากรายงานเจ้าพนักงานคดี แต่หากเป็นผู้บริโภคอื่นที่มีได้เป็นคู่ความในคดีที่มีได้เป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิ ก็จะไม่สามารถขอความคุ้มครองได้เลย ทั้งนี้ ที่การให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้นจึงควรบัญญัติให้ผู้บริโภคอื่นสามารถขอความคุ้มครองได้ แต่ต้องกระทำผ่านองค์กรของรัฐ ซึ่งได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดกับผู้บริโภคและมีความรู้เกี่ยวกับผู้บริโภคมากที่สุด เพื่อให้มีการกลั่นกรองตรวจสอบความถูกต้องก่อน และเป็นการป้องกันการกลั่นแกล้งจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งเหมือนกับการขอคุ้มครองชั่วคราว

(Injunction) ของต่างประเทศที่ต้องขอคุ้มครองโดยผ่านองค์กรของรัฐก่อน เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

4. “ให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ครอบคลุมบังคับใช้กับสัญญาทุกประเภท โดยคำนึงถึงลักษณะของสัญญาประเภทนั้นๆ ด้วย” เป็นการบัญญัติให้ศาลสามารถใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาทุกประเภท เช่น ให้ขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้ใช้บังคับกว้างไปถึงสัญญาทางปกครอง สัญญาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้นด้วย ซึ่งหากไม่บัญญัติกฎหมายให้เปิดกว้างใช้กับสัญญาทุกประเภท ก็จะทำให้สัญญาบางประเภทที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายฉบับใดเลย

5.2 ปัญหาการบังคับใช้ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

ปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเริ่มให้ความรู้แก่ประชาชนในเชิงรุกมากขึ้น ด้วยการให้ความรู้ให้การศึกษาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในสถานศึกษา แต่ก็ยังไม่สามารถให้ความรู้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึง และประชาชนเองก็ยังไม่ตื่นตัวในการปกป้องสิทธิผู้บริโภคของตนมากนัก ทั้งการรวมตัวของภาคประชาชนหรือองค์กรที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคก็ยังไม่มีความเข้มแข็งมากพอ

นอกจากนี้ยังมีปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 อยู่มาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ดังนี้

5.2.1 ปัญหาความชัดเจนและความทันสมัยของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากับความเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นมาตรการเชิงป้องกันของระบบความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบอำนาจให้ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา และเป็นผู้กำหนดประเภทธุรกิจสัญญาที่ถูกควบคุม โดยกำหนดข้อสัญญาที่ให้ใช้และข้อสัญญาที่ห้ามใช้ ซึ่งเป็นลักษณะของข้อสัญญามาตรฐานทางกฎหมาย เพื่อให้เป็นมาตรฐานของสังคมและป้องกันการเอาเปรียบจากผู้บริโภค โดยประเภทธุรกิจสัญญาที่จะถูกควบคุมสัญญาจะต้องเป็นการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการ และต้องเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือที่ตามปกติ

ประเพณีทำเป็นหนังสือ และจะต้องเข้าลักษณะดังต่อไปนี้ คือ เป็นธุรกิจที่ใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็น
 ธรรมดาต่อผู้บริโภค และเป็นธุรกิจที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย และเป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการ
 ธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความ
 เข้าใจ และความสันทัดชัดเจน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม
 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 35 ทวิ มาตรา 35 ตริ และมาตรา
 35 จัตวา

เนื่องด้วยลักษณะของประเภทสัญญาควบคุมที่กล่าวมาข้างต้น ประกอบกับความไม่เท่า
 เทียมกันของบุคคลในสังคม ไม่ว่าจะเป็นสถานะทางเศรษฐกิจ สถานะทางสังคม การศึกษา ระดับ
 สติปัญญา จึงต้องมีการประกาศประเภทธุรกิจสัญญาควบคุม โดยบัญญัติเป็น “ประกาศ
 คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ซึ่งในปัจจุบันมีการประกาศควบคุมสัญญาไว้เพียง 8 ประเภทธุรกิจ
 สัญญาเท่านั้น ได้แก่ ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ธุรกิจขายห้องชุด ธุรกิจบัตรเครดิต
 ธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า ธุรกิจให้เช่าซื้อ
 รถยนต์และรถจักรยานยนต์ ธุรกิจการซื้อขายรถยนต์ที่มีการจอง และธุรกิจการให้บริการออกกำลัง
 กาย เท่านั้น ซึ่งก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสัญญาที่ผู้บริโภคเสียเปรียบอยู่อีกมากมาย และเป็นประเภท
 สัญญาที่สมควรจะประกาศให้เป็นสัญญาที่ถูกรักษาด้วย เช่น สัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัย (Rental
 Agreement) สัญญาทามแชร์ (Time-share agreement) สัญญาท่องเที่ยว (Package Tour) สัญญาซื้อ
 ขายผู้บริโภค (Purchase of consumer goods) ฯลฯ

และจากจำนวนประเภทธุรกิจที่ประกาศให้ความคุ้มครองในปัจจุบันที่มีจำกัดนี้ จึงทำ
 ให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในทางปฏิบัติเป็นอย่างมาก
 กล่าวคือ ประเภทธุรกิจที่ประกาศให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในการทำสัญญายังไม่สอดคล้องกับ
 สถานะทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน ซึ่งจะเห็นว่าการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังมี “จำนวนน้อย”
 “ไม่ครอบคลุม” และยัง “ไม่เพียงพอ” ต่อธุรกิจสัญญาที่ผู้บริโภคได้ทำสัญญาโดยเสียเปรียบแก่ผู้
 ประกอบธุรกิจอยู่มาก

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหามาของประเภทธุรกิจที่ประกาศควบคุมการทำสัญญาที่ไม่ทันต่อ
 เหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลง และมีความเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจตลอดเวลา จึงควรเพิ่มประเภทธุรกิจ
 สัญญาควบคุม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคสมตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ
 คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.
 2541 ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัย (Rental Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค เพื่อการได้ใช้และครอบครองห้องพัก ไม่ว่าจะทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ตาม เช่น บ้าน อาคาร อาคารชุด อพาร์ทเมนต์ แมนชั่น หอพัก ฯลฯ

เมื่อสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัย โดยส่วนใหญ่หรือตามปกติมีประเพณีทำเป็นหนังสือ และเป็นธุรกิจที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย โดยเป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค จึงมักจะใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภคอยู่เสมอ

กฎหมายซึ่งให้ความคุ้มครองในประเภทธุรกิจสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยแก่ผู้บริโภคในปัจจุบันนั้น มีเฉพาะการควบคุมรายการหลักฐานการรับเงินเท่านั้น คือ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจการให้เช่าที่อยู่อาศัยที่เรียกเงินประกันเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน พ.ศ. 2549 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่ผู้ประกอบการให้เช่าที่อยู่อาศัยได้ใช้อำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่ามากเอารัดเอาเปรียบผู้เช่าซึ่งเป็นผู้บริโภคได้ ซึ่งจะเห็นได้จากสัญญาเช่าที่อยู่อาศัยที่ผู้ประกอบการให้เช่าอยู่ในปัจจุบันมีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภคมาก และมีอยู่ในแทบทุกฉบับ ดังนั้น ควรต้องกำหนดความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในประเภทสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยด้วย โดยประกาศกำหนดให้เป็น “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.” ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าและผู้ให้เช่า ความรับผิดชอบของผู้เช่าและผู้ให้เช่า การกำหนดเบี้ยปรับ เช่น

สัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัย (Rental Agreement) หมายถึง บรรดาข้อตกลงทั้งหมด สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภค ไม่ว่าจะทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ตาม ซึ่งมีข้อตกลงหรือเงื่อนไขกำหนดการใช้และการครอบครองห้องพัก

การกำหนดค่าเช่า ซึ่งเป็นเงินที่ผู้เช่าจ่ายให้แก่ผู้ให้เช่า เพื่อประโยชน์ที่ได้ใช้ห้องพักนั้น โดย “ผู้ให้เช่า” หมายถึง ผู้ที่ทำสัญญากับผู้เช่า ซึ่งหมายความถึงเจ้าของ ผู้ดูแลจัดการห้องเช่าด้วย

การกำหนดเงินมัดจำที่ต้องกำหนดอัตราที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเรียกได้ เช่น ห้ามเรียกมัดจำการเช่ามากกว่าอัตราค่าเช่าที่ผู้เช่าต้องชำระเป็นระยะเวลาเกินกว่า 1 เดือน

ข้อสัญญาที่ไม่ให้ใช้ในสัญญาเช่า เช่น ข้อตกลงละเว้นการรับเสียหายที่ผู้เช่ามีสิทธิตามกฎหมาย ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญาของผู้ประกอบการธุรกิจ เป็นต้น

การเลิกสัญญาเช่า ซึ่งผู้ให้เช่าจะต้องกำหนดระยะเวลาที่ผู้ให้เช่าจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้า เช่น สัญญาเช่ารายเดือน ผู้ให้เช่าต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นหนังสือไม่น้อยกว่า 60 วัน

2) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญาตามแชร์ (Time-share agreements) ซึ่งสัญญาตามแชร์เริ่มเข้ามามีบทบาทในประเทศไทย โดยเป็นสัญญาที่มีรูปแบบที่ผู้บริโภคไทยยังไม่มีควมคุ้นเคย ดังนั้นจึงควรกำหนดให้มีการประกาศคุ้มครองสัญญาประเภทนี้ด้วย เพื่อเป็นการป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ โดยประกาศกำหนดให้เป็น “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจสัญญาตามแชร์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.” ซึ่งจะต้องมีการกำหนดลักษณะและตัวอย่างของสัญญาตามแชร์ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค เช่น

สัญญาตามแชร์ คือ สัญญาที่ผู้ประกอบการจัดหาหรือจะจัดหาให้ซึ่งสิทธิในการใช้สิ่งก่อสร้างเป็นระยะเวลาหนึ่งซึ่งได้กำหนดไว้หรือจะได้กำหนดไว้ให้แก่ผู้บริโภค แลกเปลี่ยนกับการชำระราคาทั้งหมด เพื่อประโยชน์ในการพักผ่อนหรืออยู่อาศัย โดยระยะเวลาที่อยู่อาศัยต้องเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 3 ปี โดย “สิทธิ” นั้นอาจเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นก็ได้ และสิทธิเพื่อประโยชน์ในการพักผ่อนหรืออยู่อาศัยนี้ อาจเกิดจากการเป็นสมาชิกสมาคมหนึ่งหรือเป็นส่วนหนึ่งในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน ซึ่งที่กล่าวมาเป็นเพียงตัวอย่างของลักษณะสัญญาตามแชร์เท่านั้น

การกำหนดแบบของหนังสือสัญญาตามแชร์ และกำหนดข้อสัญญาที่มีผลเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นการกำหนดข้อสัญญาห้ามใช้นั้นเอง โดยห้ามมิให้กำหนดข้อสัญญาเป็นการแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดของสัญญาตามแชร์ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่เป็นผลร้ายแก่ผู้บริโภค

การบัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคนั้น เช่น สิทธิเลือกใช้อาคารใดอาคารหนึ่งในกลุ่มอาคารที่ให้สิทธิแก่ผู้บริโภค สิทธิในการยกเลิกสัญญาตามแชร์

การบัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ประกอบการ เช่น หน้าที่ในการจัดให้มีหนังสือชี้ชวนในสัญญาตามแชร์ ภาษาที่ใช้ในสัญญาตามแชร์ เป็นต้น

3) การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาซื้อขายผู้บริโภค (Purchase of consumer goods) ซึ่งเป็นสัญญาที่ต้องได้รับความคุ้มครองมากกว่าสัญญาซื้อขายทั่วไป เนื่องจากสัญญาผู้บริโภคเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองต่างกันมาก จึงต้องมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคต่างจากสัญญาธุรกิจที่เป็นการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ประกอบการ

ดังนั้น เมื่อสัญญาซื้อขายผู้บริโภคเป็นธุรกิจที่อาจมีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค และเป็นธุรกิจที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย ทั้งเป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภคด้วย จึงต้องบัญญัติข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการจะต้องใช้ข้อสัญญาหรือข้อสัญญาที่ห้ามใช้ โดยประกาศกำหนดให้เป็น “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจสัญญาซื้อขายผู้บริโภคเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.” ซึ่งจะต้องมีเนื้อหารายละเอียดที่ให้ความคุ้มครองดังนี้ เช่น ความหมายหรือคำจำกัดความของ “สัญญาซื้อขายผู้บริโภค” (Purchase of

consumer goods) คือ ผู้บริโภคซื้อสินค้าที่เป็นสังหาริมทรัพย์จากผู้ประกอบธุรกิจ โดยบทบัญญัตินี้ ไม่รวมถึงการซื้อขายสินค้ามือสองจากการขายทอดตลาดที่ซื้อในฐานะของผู้บริโภคเอง

ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในความชำรุดบกพร่อง ซึ่งกฎหมาย จะต้องให้ความคุ้มครองมากกว่าสัญญาซื้อขายทั่วไป เช่น ข้อตกลงที่ทำกันไว้ก่อนที่ผู้ประกอบธุรกิจจะทราบถึงความชำรุดบกพร่อง โดยจะตกลงให้ผู้ซื้อไม่มีสิทธิหรือตกลงให้สิทธิของผู้ซื้อ แตกต่างไปจากการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ขายต้องแก้ไขความชำรุดบกพร่องตามวิธีการที่กฎหมาย กำหนดไว้ไม่ได้ ตามมาตรา 475 ประกอบกับมาตรา 437 และมาตรา 439 ข้อตกลงกำหนดให้ยื่นอายุ ความของสิทธิเรียกร้องการขอให้แก้ไขความชำรุดบกพร่องไม่ได้ เป็นต้น

ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องในเรื่องการเปลี่ยนสินค้า (Returning unwanted goods) ในบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในมาตรการเชิงป้องกัน

การกำหนดเงื่อนไขการเปลี่ยนสินค้าคืน (Goodwill return policy) ของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อเป็นการรับประกัน (Warranty) ความพอใจของสินค้าให้แก่ผู้บริโภค เป็นข้อสัญญาที่เกิดจากความยินยอมของคู่สัญญา ซึ่งเกิดจากการแข่งขันทางการค้า มิใช่เกิดจากการคุ้มครองโดยบทบัญญัติ ของกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป

ส่วนความคุ้มครองของกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนสินค้าในกรณีชำรุดบกพร่อง (Returning unwanted goods) ของไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472-474 ไม่มี บทบัญญัติให้ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องต่อผู้ซื้อด้วยการเปลี่ยนสินค้าให้ โดยความ รับผิดชอบของผู้ขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเพียงให้ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบ แต่ มิได้บัญญัติว่าผู้ขายจะต้องมีความรับผิดชอบอย่างไร ต้องรับผิดชอบด้วยการเปลี่ยนสินค้าให้หรือให้ชดใช้ ค่าเสียหายให้อย่างไร

ส่วนความคุ้มครองในกรณีชำรุดบกพร่องตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 41 ก็บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคต่อเมื่อมีการฟ้องคดีแล้วเท่านั้น และให้ ความคุ้มครองเฉพาะกับความชำรุดบกพร่องในสินค้าที่อาจเกิดอันตรายแก่ร่างกาย สุขภาพ หรือ อนามัยของผู้บริโภคเท่านั้น ที่ศาลจะมีอำนาจพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้แก่ ผู้บริโภคแทนการแก้ไขซ่อมแซมสินค้าที่ชำรุดบกพร่องได้

เมื่อความคุ้มครองทางกฎหมายสาระบัญญัติ ซึ่งเป็นความคุ้มครองก่อนการฟ้องคดีของ ไทยที่เกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสินค้าไม่มีบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ กล่าวคือ ไม่มี กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเชิงป้องกัน ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุศาสตร์ และบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคโดยเฉพาะ

จึงควรเพิ่มเติมบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองในกรณีที่สินค้าชำรุดบกพร่องอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ผู้ซื้อควรจะได้รับจากการทำสัญญา โดยนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งอาจจัดทำเป็น “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจสัญญาซื้อขายผู้บริโภค (Purchase of consumer goods) เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.” โดยนำเอาความคุ้มครองเกี่ยวกับการเปลี่ยนสินค้าแก่ผู้ซื้อในกรณีสินค้าชำรุดบกพร่อง (Returning unwanted goods) ในต่างประเทศมาเป็นต้นแบบ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code หรือ BGB) มาตรา 437 ประกอบกับมาตรา 439 ในบทบัญญัติเรื่องซื้อขาย แลกเปลี่ยน (Purchase, exchange) ในบทบัญญัติทั่วไป (General provisions) ซึ่งได้อนุญาตตาม EU Directive เรื่องสัญญาซื้อขายผู้บริโภค ที่บัญญัติให้ผู้ขายต้องมีความรับผิดชอบในสินค้ามีความชำรุดบกพร่อง โดยผู้ขายมีหน้าที่จะต้องเยียวยา หรือลดราคา หรือยกเลิกสัญญา หรือชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ซื้อ ซึ่งการเยียวยาที่ผู้ซื้อมีสิทธิที่จะเลือกให้แก่ใจสินค้า โดยให้ผู้ขายเป็นผู้มีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายในการเยียวยา เช่น ค่าเดินทาง ค่าวัสดุ เป็นต้น หรือผู้ซื้อเลือกที่จะให้ส่งสินค้าที่ไม่ชำรุดบกพร่องแทนแล้ว ผู้ขายมีสิทธิเรียกสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นคืนได้

การบัญญัติ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจสัญญาซื้อขายผู้บริโภค เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.” ที่ผู้เขียนเสนอแนะนี้จะต้องบัญญัติให้มีความคุ้มครองเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสินค้าในเรื่องการเปลี่ยนสินค้า (Returning unwanted goods) ด้วย โดยบัญญัติให้มีสาระสำคัญดังนี้ “ผู้ขายซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้า หากความชำรุดบกพร่องดังกล่าวมีอยู่ในขณะส่งมอบสินค้านั้น โดยผู้ซื้อซึ่งเป็นบริโคมมีสิทธิเลือกที่จะให้เยียวยา หรือขอให้ลดราคา หรือยกเลิกสัญญา หรือชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ซื้อ ซึ่งการเยียวยาที่ผู้ซื้อมีสิทธิที่จะเลือกให้แก่ใจสินค้า โดยให้ผู้ขายเป็นผู้มีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายในการเยียวยา เช่น ค่าเดินทาง ค่างาน ค่าวัสดุ ด้วย หรือในกรณีที่ผู้ซื้อเลือกที่จะให้ส่งสินค้าที่ไม่ชำรุดบกพร่องแทน (เปลี่ยนสินค้า) แล้ว ผู้ขายย่อมมีสิทธิเรียกสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นคืนได้....”

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรเพิ่มบทบัญญัติความคุ้มครองเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสินค้านี้ไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไป นอกจากจะบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 25540 แล้ว กล่าวคือ ควรเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย เหมือนเช่นประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (The German Civil Code หรือ BGB) ที่บัญญัติไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไปในบทบัญญัติเรื่องซื้อขาย แลกเปลี่ยน

และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ควรกำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาต้องทบทวนและเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาทุกๆ ปี

นอกจากนี้การแก้ไขปัญหของ “ประเภทสัญญาที่ได้รับความคุ้มครอง” ยังอาจแก้ไขได้ด้วยการรวมกฎหมาย ซึ่งจะทำให้สัญญาทุกประเภทที่เป็นสัญญาผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองทุกประเภท ซึ่งจะได้อีกว่าไว้ใน 5.4 เรื่อง “ความซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ต่อไป

5.2.2 ปัญหาการให้ความคุ้มครองในรายละเอียดเนื้อหาของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ประกาศใช้ในปัจจุบัน

ปัจจุบันธุรกิจที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ประกาศเป็นธุรกิจควบคุม โดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 นั้น มีเพียง 8 ประเภทธุรกิจเท่านั้น ซึ่งได้แก่ ธุรกิจการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ธุรกิจขายห้องชุด ธุรกิจบัตรเครดิต ธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ธุรกิจการซื้อขายรถยนต์ที่มีการจอง และธุรกิจการให้บริการออกกำลังกาย แต่รายละเอียดในเนื้อหาที่ให้ความคุ้มครองยังไม่รัดกุม และเพียงพอต่อผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจจึงยังคงใช้ช่องของกฎหมายอยู่เสมอๆ โดยมีปัญหาในการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในแต่ละประเภทสัญญาที่ถูกควบคุมยังไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือ บทบัญญัติเนื้อหาที่ให้ความคุ้มครองยังไม่เพียงพอและไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง โดยบทบัญญัติในประเภทสัญญาหนึ่งให้ความคุ้มครองไว้ แต่ในอีกประเภทสัญญาหนึ่งกลับไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวให้ความคุ้มครองไว้ ทั้งที่ควรจะต้องมีบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีตัวอย่างปัญหาการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ดังนี้

บทบัญญัติในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 มีแต่บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการคืนค้ำมัดจำที่ชำระไปแล้วแก่ผู้บริโภคในกรณีและผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถดำเนินโครงการต่อไปได้ ตามข้อ 3 (8) 8.7) แต่รายละเอียดเรื่องมัดจำกลับไม่ได้กล่าวไว้ ซึ่งต่างจากบทบัญญัติในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจการขายรถยนต์ที่มีการจองเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2551 ข้อ 3 (4) (5) ที่บัญญัติให้ผู้บริโภคมีสิทธิบอกเลิกสัญญา หากมีข้อเท็จจริงที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับทราบว่าคุณบริโภคต้องขอสินเชื่อเพื่อการซื้อรถยนต์ และผู้บริโภคไม่ได้รับอนุมัติสินเชื่อตามที่ขอภายในที่คาดว่าจะส่งมอบรถยนต์ ซึ่งเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาตามแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจต้องคืนเงินหรือสิ่งใดที่รับไว้เป็นมัดจำทั้งหมดแก่ผู้บริโภคภายใน 15 วัน จึงควรบัญญัติสิทธินี้ไว้ในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ด้วย

บทบัญญัติในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 เรื่องสิทธิการบอกเลิกสัญญาเมื่อมีการผิดนัดการเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ตามข้อ 3 (4) บัญญัติว่า “ผู้ให้เช่าซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าซื้อ ได้ในกรณีผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่าเช่าซื้อรายงวด 3 งวดติดๆ กัน และผู้ให้เช่าซื้อที่มีหนังสือบอกกล่าวผู้เช่าซื้อให้ใช้เงินรายงวดที่ค้างชำระนั้นภายในเวลาอย่างน้อย 30 วันนับแต่วันที่ผู้เช่าซื้อได้รับหนังสือและผู้เช่าซื้อละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าวนั้น” ซึ่งเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองที่มากกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 574 วรรคหนึ่ง³¹ เนื่องจากเห็นว่าการเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์มีความสำคัญยิ่งกว่าการซื้อขายสิ่งทั่วไป ดังนั้นจะเห็นว่าการเช่าซื้อห้องชุดซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีความสำคัญมากยิ่งขึ้นกว่าสังหาริมทรัพย์ จึงควรบัญญัติในลักษณะเดียวกัน แต่ในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 กลับไม่มีบทบัญญัตินี้แต่อย่างใด ซึ่งหากเกิดการผิดนัดการเช่าซื้อห้องชุดขึ้นก็ต้องบังคับไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 574 วรรคหนึ่ง ซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคได้ จึงควรบัญญัติสิทธินี้ไว้ในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ด้วย

บทบัญญัติในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ข้อ 3 (5) ได้บัญญัติเรื่องการนำรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ออกขายให้แก่บุคคลอื่น ซึ่งก่อนที่จะนำเอารถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ออกขายให้แก่บุคคลอื่นจะต้องแจ้งเป็นหนังสือล่วงหน้าแก่ผู้เช่าซื้อไม่น้อยกว่า 7 วันเพื่อให้ผู้เช่าซื้อที่มีสิทธิซื้อได้ตามมูลหนี้ส่วนที่ขาดตามสัญญา และกรณีการขายทอดตลาดมีมูลค่าเกินกว่าส่วนที่ขาดต้องคืนส่วนที่เกินแก่ผู้เช่าซื้อ แต่ถ้าขายได้น้อยกว่ามูลหนี้ในส่วนที่ขาด ผู้เช่าซื้อจะรับผิดชอบในส่วนที่ขาดเฉพาะกรณีที่ยขายโดยวิธีประมูลหรือขายทอดตลาดที่เหมาะสมเท่านั้น แต่กลับไม่ได้บัญญัติไว้ในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นการเช่าซื้อที่มีความสำคัญเป็นปัจจัยสี่ที่ควรจะได้รับ ความคุ้มครองเป็นอย่างยิ่ง จึงควรบัญญัติความคุ้มครองนี้ไว้ในธุรกิจขายห้องชุดตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ด้วย

³¹ “ในกรณีผิดนัดไม่ใช้เงินสองคราวติดๆ กัน หรือกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญ เจ้าของทรัพย์สินจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้ ถ้าเช่นนั้นบรรดาเงินที่ได้ใช้มาแล้วแต่ก่อน ให้รับเป็นของเจ้าของทรัพย์สิน และเจ้าของทรัพย์สินชอบที่จะกลับเข้าครองทรัพย์สินนั้นได้ด้วย.”

จากตัวอย่างที่กล่าวมา ข้อสัญญาบางอย่างเป็นหลักการที่สามารถใช้บังคับได้ทั่วไปกับทุกประเภทสัญญา แต่อาจเกิดการผิดพลาดจากการบัญญัติกฎหมายทำให้บางประเภทสัญญาไม่ได้รับความคุ้มครองตามตัวอย่างที่กล่าวมา จึงส่งผลให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความคุ้มครองจากมาตรการเชิงป้องกันเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างเต็มที่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรบัญญัติให้กฎหมายสามารถใช้บังคับได้กับทุกประเภทธุรกิจสัญญา โดยบัญญัติเป็นตัวอย่างของข้อสัญญาที่ต้องใช้ หรือข้อสัญญาที่ห้ามใช้ที่จะต้องใช้กับทุกประเภทสัญญา เหมือนกับข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ (Non-Exhaustive List) ของ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 ของประเทศอังกฤษ Consumer Code ของประเทศฝรั่งเศส Competition and Consumer Act 2010 ของประเทศออสเตรเลีย เช่น ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาของผู้ประกอบธุรกิจ ข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับผู้ค้าประกัน การจัดให้มีค่าเดือนหรือหนังสือเดือนแก่ผู้ค้าประกัน เป็นต้น ส่วนข้อสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะแต่ละประเภทสัญญาก็บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดิม เช่น ข้อกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจส่งใบแจ้งรายการการใช้บัตรให้ผู้บริโภคทราบล่วงหน้าก่อนถึงกำหนดชำระอย่างน้อย 10 วัน ในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 เหมือนกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้จะทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองอย่างทั่วถึง และครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ที่จะช่วยให้กฎหมายไม่มีความซับซ้อนที่จะต้องบัญญัติซ้ำๆ กันในความคุ้มครองทุกประเภทสัญญา ซึ่งการบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวนี้จะส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง

ทั้งการบัญญัติประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในเรื่องต่างๆ ควรแบ่งประเภทให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 และประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ควรรวมเป็น “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยเรื่องสัญญาเช่าซื้อผู้บริโภค พ.ศ.” เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ย ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับด้วยเรื่องราคา (Price) ที่อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ หากมีการกำหนดในอัตราที่ไม่เป็นธรรม ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์ปัญหาอัตราดอกเบี้ยในธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ซึ่งรัฐจะต้องกำหนด “อัตราดอกเบี้ย” ที่จะใช้กับผู้บริโภคให้ชัดเจน และเป็นธรรม

บทบัญญัติของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ข้อ 3 (5) บัญญัติข้อกำหนดให้

สัญญากู้ยืมเงินที่มีเบี้ยปรับหรือค่าธรรมเนียมเงินกู้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องกำหนดอัตรา และจำนวนเงินดังกล่าวในสัญญาให้ชัดเจน แต่ประกาศคณะกรรมการฉบับนี้ก็ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ ดังนั้น อัตราดอกเบี้ยของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นสถาบันการเงินที่มีธนาคาร (Non-Bank) จึงต้องใช้อัตราดอกเบี้ยตามที่กำหนดโดยธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งออกประกาศกำหนดควบคุมผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นสถาบันการเงินที่มีธนาคาร (Non-Bank) ของธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค ได้แก่ ประกาศกระทรวงการคลัง (ประกาศโดยธนาคารแห่งประเทศไทย) ว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน (Non-Bank) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงินมีสิทธิเรียกดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมต่างๆ ได้สูงสุดถึงร้อยละ 28 ต่อปี ด้วยเหตุผลที่ว่า หากให้สถาบันการเงินที่มีธนาคาร (Non-Bank) มีอำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้เพียงร้อยละ 15 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงินหรือ Non-Bank อาจจะหลีกเลี่ยงไม่ปล่อยสินเชื่อให้แก่ผู้มีรายได้น้อย เพราะมีต้นทุนในการทำธุรกรรมสูง และเสี่ยงต่ออัตราการผิดนัดชำระหนี้สูง ซึ่งจะไม่คุ้มกับต้นทุน ดังนั้นหากกำหนดอัตราดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายไว้ต่ำก็จะกระทบต่อการขอสินเชื่อของผู้มีรายได้น้อยด้วย รัฐจึงต้องคำนึงถึงผลเสียที่จะเกิดขึ้นตามปัญหานี้ด้วย ในที่สุดธนาคารแห่งประเทศไทยจึงกำหนดอัตราการเรียกดอกเบี้ยไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี และเมื่อรวมดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมต่างๆ แล้วต้องไม่เกินอัตราร้อยละ 28 ต่อปี³² และกำหนดให้สามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่ายตามที่ได้อำนาจไปจริงและพอสมควรแก่เหตุเฉพาะตามรายการที่ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยได้แนบท้ายในประกาศไว้เท่านั้น³³

³² ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน, ข้อ 4.5 (1)

“ให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติในการเรียกเก็บดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ และค่าใช้จ่ายตามที่ได้อำนาจไปจริงและสมควรแก่เหตุ เกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจอาจเรียกเก็บดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ เกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ทั้งนี้ ดอกเบี้ยที่เรียกเก็บต้องไม่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ (ร้อยละ 15 ต่อปี) โดยอัตราสูงสุดของดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ ดังกล่าว รวมกันแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี (Effective Rate).”

³³ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน, ข้อ 4.5 (2)

แต่เหตุผลของการกำหนดอัตราดอกเบี้ยของสถาบันการเงินที่มีธนาคาร (Non-Bank) อาจถูกโต้แย้งด้วยเหตุผลว่า การบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นคนชนชั้นต่ำมาหากินในอัตราดอกเบี้ยโหดของสถาบันการเงินที่มีธนาคาร หรือ Non-Bank (เช่น บริษัทอิตอน ธนสินทรัพย์ จำกัด บริษัทอิชียาย จำกัด) ที่เบงกัซชาติกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเรียกได้สูงสุดถึงอัตราร้อยละ 28 ต่อปีนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับการให้กู้ยืมของบุคคล ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นบุคคลกลับต้องถูกขู่จำกัดอัตราดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 กรณีที่สัญญาผู้มิได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ชัดเจน กฎหมายให้เรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราร้อยละ เจ็ดครึ่งต่อปี และอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่อาจเรียกเก็บได้ คือ ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ตามมาตรา 654 และในกรณีที่คู่สัญญาผิดนัด กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้กู้สามารถเรียกดอกเบี้ยในฐานะที่คู่สัญญาผิดนัดได้อีกในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี มาตรา 224 วรรคแรก และอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 ซึ่งสามารถเรียกดอกเบี้ยกู้ยืมเงินในอัตราไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปีเท่านั้นด้วย จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า การให้กู้ยืมของบุคคลธรรมดากับการให้กู้ยืมของสถาบันการเงินที่มีธนาคาร (Non-Bank) ทำไมจึงมีอัตราที่ไม่เท่ากัน

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจยังอาจหาช่องทางกฎหมายที่จะเรียกเก็บดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้นอีก (มากกว่าร้อยละ 28) ด้วยการเลี่ยงประกาศกระทรวงการคลัง (ประกาศโดยธนาคารแห่งประเทศไทย) ว่าด้วยการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีสถาบันการเงิน ด้วยการทำสัญญาในรูปของสัญญาลักษณะอื่นๆ ที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้ความคุ้มครองได้ ซึ่งมีรูปแบบการให้สินเชื่อหลาย

“นอกจากดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ ตาม (1) แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจเรียกเก็บค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปจริงและพอสมควรแก่เหตุได้ ตามรายการที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดแบบแนบท้ายประกาศฉบับนี้ เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องจ่ายให้แก่ราชการ

(2) ค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องจ่ายให้แก่บุคคลอื่น หรือหน่วยงานภายนอกโดยมีหลักฐานการชำระเงินที่สามารถตรวจสอบตามประเภทที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดแบบแนบท้ายประกาศนี้ และประเภทอื่นๆ ตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย

(3) ค่าใช้จ่ายที่ทำให้ต้นทุนในการดำเนินของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มขึ้น อันเนื่องมาจากการให้บริการแก่ผู้บริโภค หรือการผิดนัดชำระหนี้ของผู้บริโภคแล้วแต่กรณี เฉพาะรายการตามประเภทที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดแบบแนบท้ายประกาศนี้ และประเภทอื่นๆ ตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย

เครดิตฟองซิเออร์

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะเรียกเก็บค่าใช้จ่ายประเภทเดียวกันตามที่ระบุไว้ข้างต้นซ้ำซ้อนกันไม่ได้”

รูปแบบ เช่น สินเชื่อทางการค้า ได้แก่ การให้กู้ยืมเงินโดยทำในลักษณะของสัญญาต่างๆ การเช่าซื้อทรัพย์สินหรือสินเชื่อลิซซิ่ง การซื้อขายเงินผ่อน หรือการทำสัญญาร่วมทุน เป็นต้น

ลักษณะของการให้สินเชื่อต่างๆ ที่กล่าวมาเป็นการให้สินเชื่อที่เป็นการให้กู้ยืมเงินแก่ผู้บริโภคทั้งสิ้น แต่กลับมีการจำกัดอัตราดอกเบี้ยแตกต่างกัน เช่น สัญญาเช่าซื้อทรัพย์สิน หรือสินเชื่อลิซซิ่ง คือ การให้สินเชื่อ โดยให้เช่าทรัพย์สิน และผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์เมื่อชำระราคาครบถ้วนแล้ว มีลักษณะเป็นการกำหนดการผ่อนชำระเป็นงวดๆ ให้แก่ผู้บริโภคที่มีรายได้น้อย โดยมีกฎหมายจำกัดอัตราดอกเบี้ยในสัญญาเช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเท่านั้น แต่สัญญาเช่าซื้อสินค้าอื่นๆ เช่น การเช่าซื้อโต๊ะ เติง ตู้ ผู้ประกอบการธุรกิจกลับไม่ถูกจำกัดอัตราดอกเบี้ยตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ผู้ประกอบการธุรกิจจึงเรียกดอกเบี้ยได้ตามอำเภอใจ

ส่วนสัญญาซื้อขายเงินผ่อนก็เป็นการให้สินเชื่ออย่างหนึ่ง โดยมีการโอนกรรมสิทธิ์มายังผู้ซื้อนับแต่วันที่ซื้อ เพียงแต่ผู้ซื้อต้องชำระราคาตอบแทน ซึ่งไม่อยู่ในบังคับการจำกัดอัตราดอกเบี้ยตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเรียกดอกเบี้ยได้ไม่จำกัด ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายเงินผ่อนสินค้าประเภทใดก็ตาม

ส่วนการทำสัญญาร่วมทุน คือ การนำทรัพย์สินมาลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจร่วมกัน เมื่อมีผลกำไรก็จะมีการปันผลแก่หุ้นส่วน ซึ่งการทำสัญญาร่วมทุนเพื่ออำพรางสัญญากู้ยืมเงินแก่ผู้บริโภคนี้ก็จะไม่ถูกจำกัดอัตราดอกเบี้ยแต่อย่างใด

ทั้งการเช่าซื้อทรัพย์สินหรือสินเชื่อลิซซิ่ง การซื้อขายเงินผ่อน และการทำสัญญาร่วมทุนก็มีใช้หนี้เงิน จึงไม่ถูกจำกัดอัตราดอกเบี้ยตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475

เมื่อเป็นการทำนิติกรรมสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงการทำสัญญากู้ยืมเงินแก่ผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อผู้ประกอบการจะสามารถเรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราที่สูงขึ้น แต่เมื่อพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงคือ การขอกู้ยืมเงินทั้งสิ้น แต่กลับถูกจำกัดการเรียกอัตราดอกเบี้ยไว้แตกต่างกัน

ส่วนข้อโต้แย้งที่ว่า การเช่าซื้อเป็นการให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภค โดยมีทรัพย์สินเป็นหลักประกันในการให้สินเชื่อ จึงแตกต่างกับสินเชื่อบัตรเครดิตที่เป็นการให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภค ซึ่งก็เป็นการให้กู้ยืมเงินอย่างหนึ่งเช่นกัน แต่ไม่มีหลักประกัน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องใช้อัตราดอกเบี้ยสูงสำหรับการให้สินเชื่อบัตรเครดิต เพื่อให้คุ้มกับหนี้เสีย (NPL) ที่อาจเกิดจากการผิดสัญญา ซึ่งข้อโต้แย้งนี้อาจถูกหักล้างด้วยหลักการพิจารณาการให้สินเชื่อของผู้ประกอบการธุรกิจ โดยการให้สินเชื่อบัตรเครดิตแก่ผู้บริโภคนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจจะพิจารณาจากความสามารถในการคืนเงินกู้ของผู้ขอสินเชื่อ ดังนั้น ข้อโต้แย้งนี้จึงไม่น่าจะทำให้อัตราดอกเบี้ยของการให้กู้ยืมเงินแก่ผู้บริโภคแตกต่างกัน

และเมื่อสัญญาเช่าซื้อทรัพย์สิน สินเชื่อสินเชื่อหรือการซื้อขายเงินผ่อน ต่างก็มีลักษณะของการให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภคทั้งสิ้น ซึ่งถือเป็น “สัญญากู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค” จึงควรกำหนดให้ “สัญญากู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค” มีอัตราดอกเบี้ยเท่ากัน คือ ห้ามมิให้เรียกดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี โดยกำหนดเป็น “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค ...” โดยให้ใช้บังคับกับสัญญากู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคทุกประเภท และกำหนดความชัดเจนเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ย และค่าธรรมเนียมค่าบริการต่างๆ ในการคุ้มครองก่อนทำสัญญาตามเจตนาของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 (เป็นการบัญญัติที่เหมือนเช่นกับการกำหนดอัตราดอกเบี้ยของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ข้อ 4 (7) ที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ให้เช่าซื้อคิดเบี้ยปรับหรือเงินอื่นใดในกรณีที่ผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระหนี้รวมกันแล้วเกินกว่าอัตราร้อยละสิบห้าต่อไป”) เพื่อให้มีผลดังนี้

ลักษณะของ “สัญญากู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค” ให้หมายความถึงสัญญาทุกประเภทที่มีลักษณะของการให้สินเชื่อเพื่อการกู้ยืมเงินของผู้บริโภค เช่น สัญญาเช่าซื้อทรัพย์สิน สินเชื่อสินเชื่อหรือการซื้อขายเงินผ่อน สินเชื่อเงินกู้จากบัตรเครดิต เป็นต้น เหมือนกับการควบคุมธุรกรรมการให้สินเชื่อเพื่อผู้บริโภคของประเทศอังกฤษ คือ Consumer Credit Act 1974

ลักษณะของดอกเบี้ยและค่าตอบแทน โดย “อัตราดอกเบี้ย” ให้หมายรวมถึงหมายถึงดอกเบี้ย และค่าตอบแทนในการให้กู้ยืมเงินแก่ผู้บริโภคที่ต้องคำนวณ เช่น ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมต่างๆ เพื่อป้องกันการกำหนดเรียกดอกเบี้ยแฝงในรูปของค่าใช้จ่ายอย่างอื่นเพื่อเลี่ยงกฎหมาย

ทั้งการกำหนด “เรื่องประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค....” ที่บัญญัติห้ามมิให้เรียกดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปีนี้ จะมีผลบังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกประเภทที่ประกอบธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล ธนาคาร (Bank) และสถาบันการเงินที่ไม่มีธนาคาร (Non-Bank) เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายสอดคล้องกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475

อัตราดอกเบี้ยในต่างประเทศนั้นก็มีการกำหนดไว้ในอัตราที่แตกต่างกัน โดยไม่น่าจะมีหลักเกณฑ์ตายตัวในการกำหนดอัตราดอกเบี้ย เช่น³⁴ ในรัฐนิวยอร์กมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยอัตรา ร้อยละ 16 ต่อปี เพียงอัตราเดียวสำหรับผู้บริโภคและไม่ใช่ผู้บริโภค รัฐฮาวายกำหนดอัตราดอกเบี้ย อัตราร้อยละ 12 ต่อปี เพียงอัตราเดียวสำหรับผู้บริโภคและไม่ใช่ผู้บริโภค รัฐอาคันซอกำหนดอัตรา ดอกเบี้ยสำหรับผู้บริโภคร้อยละ 17 ต่อปี มีไม่ใช่ผู้บริโภคร้อยละ 5+อัตราดอกเบี้ยกลาง รัฐโคโลราโด กำหนดอัตราดอกเบี้ยสำหรับผู้บริโภคร้อยละ 12 ต่อปี มีไม่ใช่ผู้บริโภคไม่เกินร้อยละ 45 ต่อปี รัฐ เนวาดาไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้เลย เป็นต้น ด้วยเหตุนี้การกำหนดอัตราดอกเบี้ยจึงน่าจะขึ้นอยู่กับรัฐแต่ละรัฐจะเป็นผู้กำหนดควบคุมอัตราดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมทางการเงินต่างๆ โดยไม่มีอัตรา ดอกเบี้ยที่เป็นสากลแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงควรกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค เพราะจะมี ผลต่อความเป็นอยู่ของประชาชนและความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วย ดังนี้รัฐจึงบัญญัติให้ กำหนดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี เพื่อให้สอดคล้องกับอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นอัตรา ดอกเบี้ยตามบทบัญญัติกฎหมาย

อย่างไรก็ตามการกำหนดอัตราดอกเบี้ยแบบคงที่ (Flat rate) อาจเป็นความไม่เป็นธรรม ที่ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ จึงอาจกำหนดให้มีการเรียก ดอกเบี้ยในอัตราแบบลอยตัว (Floating rate) เหมือนกับประกาศคณะกรรมการเรื่องให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 2)³⁵ เช่น การกำหนดอัตราดอกเบี้ยในรัฐอาคัน ซอ ซึ่งกำหนดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 5+อัตราดอกเบี้ยกลาง เป็นต้น

³⁴ The 'Lectric Law Library. (n.d.). State Interest Rates and Usury Limits. Retrieved March 18, 2011, from

<http://www.lectlaw.com/files/ban02.htm>

³⁵ “คำว่า “อัตราดอกเบี้ย” ในข้อ 3 (1) ของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็น ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 นั้น ไม่หมายความรวมถึงการเปลี่ยนแปลงเฉพาะอัตรา MRR ซึ่งทำให้อัตราดอกเบี้ย บัตรเครดิตเปลี่ยนแปลงไป.”

5.2.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

อำนาจและหน้าที่ของ “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ในการให้คุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ อำนาจการสืบสวนการกระทำที่ฝ่าฝืนกับประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการฝ่าฝืนข้อห้ามตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา และอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองซึ่งก็คือ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ที่มีอำนาจสั่งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดส่งเอกสารหรือข้อมูล หรือเรียกให้บุคคลมาชี้แจงและให้ข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องที่มีการร้องเรียนได้ แต่การปฏิบัติงานของสำนักงานคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในปัจจุบันกลับไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเห็นได้จากอัตราการร้องเรียนที่มีจำนวนน้อย ส่งผลให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงยังคงถูกใช้อยู่เป็นจำนวนมาก อันแสดงให้เห็นถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง ส่วนการขอความช่วยเหลือในการฟ้องคดีจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคม ก็เป็นเพียงการให้ความช่วยเหลือที่ปลายเหตุเท่านั้น ทั้งการประชาสัมพันธ์ขอความร่วมมือจากผู้ประกอบธุรกิจในการใช้ข้อสัญญาที่เป็นธรรมให้เป็นไปตามประกาศก็ยังมีจำนวนน้อย และไม่ได้รับความร่วมมือเพราะขาดจิตสำนึกของผู้ประกอบธุรกิจที่ดีที่จะมีต่อผู้บริโภคและสังคม นอกจากนี้ลักษณะของสังคมไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ประชาชนยังขาดความรู้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่พัฒนาแล้วที่ประชาชนผู้บริโภคตื่นตัวในสิทธิของตน

ดังนั้น ประเทศไทยจะต้องหามาตรการที่จะให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคสามารถปฏิบัติงานให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างแท้จริง เพื่อแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นในขั้นตอนการร้องเรียนเพื่อขอความช่วยเหลือในการเข้าตรวจสอบข้อสัญญาผู้บริโภค เมื่อเห็นว่าตนเองไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมจากข้อสัญญาดังกล่าวได้ กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญาแล้ว ผู้บริโภคไม่ทราบว่าจะต้องขอความช่วยเหลือจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ณ ที่ใด เนื่องจากจำนวนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีเพียงแห่งเดียวอยู่ที่ส่วนกลาง หรือในต่างจังหวัดสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็มีได้มีสำนักงานเป็นหลักแหล่ง มีเพียงชื่อสำนักงานที่อยู่ในศาลากลางจังหวัดเท่านั้น โดยเจ้าพนักงานที่ให้ความช่วยเหลือมิได้มีความรู้ที่จะสามารถช่วยเหลือผู้บริโภคเป็นการเฉพาะได้ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้บริโภคจึงเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนนั้นมีจำนวนน้อยไม่คุ้มค่ากับการร้องขอความช่วยเหลือจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและการฟ้องร้องคดี ผู้บริโภคจึงยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจเอาเปรียบตนอยู่เสมอ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคเป็นจำนวนมาก และยัง

ส่งผลให้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นไม่ถูกตรวจสอบโดยมาตรการทางกฎหมาย และเป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นยังคงใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่ต่อไป อันทำให้ประชาชนยังคงไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาเช่นเดิม ซึ่งเป็นปัญหาที่พบบ่อยครั้งและซ้ำซาก ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนที่จะขอความช่วยเหลือให้มีการตรวจสอบข้อสัญญาสามารถกระทำได้ง่าย สะดวก และรวดเร็วขึ้น จึงควรสร้างวัฒนธรรมใหม่ให้แก่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้วยการนำหน่วยบริการของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคเข้าไปอยู่ในห้างสรรพสินค้า เพื่อความสะดวกในการให้บริการผู้บริโภคซึ่งเป็นประชาชน ให้คำปรึกษาและ รับเรื่องร้องเรียน เนื่องจากห้างสรรพสินค้าเป็นที่สาธารณะที่ทุกคนเข้าถึงได้ง่ายและใกล้ชิดกับการก่อกวนนิติกรรมสัญญา ซึ่งจะช่วยคุ้มครองผู้บริโภคได้ง่าย และสะดวก ทั้งหากมีการใกล้เคียงในชั้นของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคก็จะช่วยเยียวยาผู้เสียหายและลดการฟ้องร้องคดีต่อศาลได้ เหมือนเช่นการทำงานของกระทรวงแรงงานที่มีหน่วยงานอยู่ในห้างสรรพสินค้า ซึ่งจะช่วยให้มีการใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากขึ้น หรืออาจนำหน่วยงานบริการไปไว้ที่สำนักงานศาลยุติธรรมซึ่งที่เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทคดีผู้บริโภคอยู่แล้ว โดยสำนักงานศาลยุติธรรมนั้นมีอยู่ทั่วประเทศที่ผู้บริโภคซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงและติดต่อขอความช่วยเหลือได้ง่าย เป็นต้น

นอกจากการเพิ่มเติมสถานที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคแล้ว ก็ควรแก้ไขปัญหาจำนวนผู้ปฏิบัติหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย โดยเฉพาะจำนวนผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในต่างจังหวัด เนื่องจากในจังหวัดหนึ่งๆ มีสำนักงานเพียงแห่งเดียว และผู้ปฏิบัติงานก็ยังเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีงานประจำอยู่แล้ว เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด ข้าราชการจังหวัด เป็นต้น ซึ่งจะทำให้การตรวจสอบข้อสัญญาเป็นไปล่าช้า และเกิดความล่าช้าในการให้ความคุ้มครองที่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้จริง ซึ่งจะมีผลต่อความสามารถในการตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างมาก จึงควรเพิ่มเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองด้วย

5.2.4 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเริ่มมีบทบาทและหลากหลายมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นมาตรการเชิงรุก หรือมาตรการเชิงรับ ซึ่งทั้งสองมาตรการก็ล้วนแต่เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น เหตุที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาต้องทำงานเชิงรุกมากขึ้น ได้แก่ ความไม่รู้กฎหมายของผู้บริโภค และความคุ้มครองปัจจุบันมักเป็นมาตรการในเชิงรับ กล่าวคือกฎหมายจะให้ความคุ้มครองเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลหรือเมื่อมีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนแล้วจึงจะเข้าตรวจสอบข้อสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้กับผู้บริโภค ซึ่งจะเห็นว่าที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครอง

ผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่เป็น “มาตรการเชิงป้องกัน” ของการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของรัฐ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อไม่ให้มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคในขณะที่ทำสัญญา มิใช่เพื่อแก้ไขข้อสัญญาภายหลังทำสัญญาแล้ว ส่วน “มาตรการแก้ไขเยียวยา” ของศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็ควรเป็นมาตรการที่ให้ความคุ้มครองในลำดับสุดท้าย ทั้งปัญหาการตรวจสอบข้อสัญญาของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ยังมีการตรวจสอบน้อยมาก และคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก็ไม่มีอำนาจเชิงบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจทำสัญญาที่เป็นธรรมอย่างเคร่งครัด จึงจำเป็นต้องค้นหามาตรการที่จะทำให้สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้มากขึ้น

ความพยายามในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในเชิงรุกของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในปัจจุบัน ได้แก่ การให้ความรู้เกี่ยวกับความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่นักเรียนในโรงเรียนมัธยม แต่การแก้ไขเชิงรุกในการให้ความรู้แก่ผู้บริโภคดีังกล่าวเพียงอย่างเดียวคงไม่เพียงพอ ควรมีมาตรการเชิงรุกอื่นๆ ที่จะสามารถทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจให้ความร่วมมือในใช้สัญญาให้เป็นธรรมด้วย เช่น การออก “ฉลากสัญญา SURE” ซึ่งเป็นฉลากที่การันตีข้อสัญญาพื้นฐานที่ผู้ประกอบการใช้ดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะคล้ายกับการออก “ฉลากเบอร์ 5” ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิต (กฟผ.) เพื่อเป็นการแก้ปัญหาในเชิงรุกเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสัญญาแก่ผู้บริโภค เป็นต้น

5.3 ปัญหาการบังคับใช้ “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551” ในคดีผู้บริโภคที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ซึ่งได้แก่ การพิจารณาคดีที่พิพาทระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งกับผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีผลใช้บังคับไม่นานมานี้ จึงอาจมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคอยู่บ้าง เช่น ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในคดีผู้บริโภค ปัญหาการเยียวยาผู้บริโภค

5.3.1 ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในการพิจารณาคดีผู้บริโภค

ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในการพิจารณาคดีผู้บริโภค หมายถึง ปัญหาการบังคับใช้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในชั้นการพิจารณาของศาล เนื่องจาก “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งมีปัญหาว่า ความมีอยู่ของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

ตามกฎหมายลักษณะพยาน เป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย อันจะมีผลต่อการวินิจฉัยคดีของศาล

การวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทของศาลตามกฎหมายลักษณะพยาน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเด็นปัญหาข้อเท็จจริง และประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ซึ่งหากเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริง กฎหมายกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างปัญหาข้อเท็จจริงใดเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน มีภาระจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หรือมีหน้าที่นำสืบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 และหากเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องรู้ข้อกฎหมายนั่นเอง และจะต้องวินิจฉัยให้โดยที่คู่ความไม่ต้องกล่าวอ้าง

เมื่อ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” เป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง จึงมีปัญหาเช่นเดียวกันกับปัญหาที่ว่า “กฎหมายลำดับรอง” เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ถือว่าศาลรู้ได้เอง หรือเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ ซึ่งตามแนวคำพิพากษายังมิได้เคร่งครัดในการจัดลำดับว่ากฎหมายลำดับรองประเภทใดเป็นปัญหาข้อกฎหมาย กฎหมายลำดับรองประเภทใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริง³⁶ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาสมาสามารถแบ่งออกได้ 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มแรก คือ กลุ่มที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาวินิจฉัยว่า กฎหมายลำดับรองเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ เช่น ประกาศของคณะกรรมการจังหวัดกฎหมายตรา ๒๕๓๖ ประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรกำหนดเขตควบคุมการแปรรูปไม้ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ประกาศกระทรวงการคลังเรื่องอัตราดอกเบี้ยสูงสุด เป็นต้น ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ตั้งแต่กฎกระทรวงขึ้นไป เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างชัดเจน และเป็นกฎหมายลำดับรองที่จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีจำนวนไม่มากนักและอยู่ในวิสัยที่พิพากษาจะติดตามรับทราบได้ ซึ่งหากเป็นไปตามเหตุผลนี้ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งคู่ความมีหน้าที่นำสืบ จะต้องระบุในบัญชีระบุพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 ด้วย มิเช่นนั้นแล้วศาลจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ เนื่องจากต้องห้ามตามมาตรา 86 วรรคหนึ่ง

ซึ่งนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ ได้แก่ จรัญ ภักดีธนากุล พรเพชร วิชิตชลชัย เข็มชัย ชูติวงษ์ เป็นต้น ต่างเห็นด้วยกับคำพิพากษาส่วนนี้ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ตั้งแต่กฎกระทรวงขึ้นไป กฎหมายเหล่านี้มีฐานะค่อนข้างชัดเจน และเป็นกฎหมายลำดับรอง

³⁶ ชนาทร จิตติเดโช. (2551, มิถุนายน). “สถานะของกฎหมายลำดับรองในกฎหมายลักษณะพยาน: ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ศาลต้องรู้เองหรือคู่ความต้องนำสืบ.” *บทบัญญัติ*, 64, 2. หน้า193.

ที่จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและอนุมัติหรือเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งในทางปฏิบัติมีจำนวนไม่มากนักอยู่ในวิสัยที่นักกฎหมายโดยเฉพาะศาลจะติดตามรับทราบความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงได้ แต่กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎกระทรวงลงไป เช่น ประกาศกระทรวงประกาศของคณะกรรมการที่ออกตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ในปัญหาที่ว่ากฎหมายลำดับรองเหล่านั้นบังคับใช้อยู่หรือไม่ เป็นปัญหาข้อเท็จจริง เพราะจำนวนของกฎหมายลำดับรองมีปลิกย่อยรายละเอียดเป็นจำนวนมากและมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขค่อนข้างจะรวดเร็ว ไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้พิพากษาจะติดตามรับรู้ด้วยตนเอง จึงถือเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำเสนอ ถึงแม้ว่ากฎหมายลำดับรองเหล่านั้นจะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ถึงแม้ว่าปัญหาการตีความกฎหมายลำดับรองเหล่านั้นจะเป็นปัญหาข้อกฎหมายก็ตาม³⁷

ความเห็นของนักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น อาจถูกโต้แย้งถึงการให้เหตุผลที่หลักการให้คู่ความนำเสนอถึงกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎกระทรวงได้ด้วยข้อโต้แย้งที่ว่า การให้เหตุผลอธิบายที่ไม่ชัดเจน และหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ไม่ชัดเจน มีแต่การใช้เหตุผลที่มุ่งเน้นเอาผลสุดท้ายที่ต้องการให้คู่ความต้องมีหน้าที่นำเสนอกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎกระทรวงเท่านั้น³⁸ ซึ่งอ้างว่า เพราะกฎหมายลำดับรองเหล่านั้นมีจำนวนมาก หากที่ศาลจะรู้ได้เอง แต่ไม่คำนึงถึง “สภาพบังคับของกฎหมาย” โดยกฎหมายทุกฉบับ รวมทั้งกฎหมายลำดับรองทุกประเภท ไม่ว่าจะมีการตรากฎหมายอย่างไรก็ตาม กฎหมายก็จะมีผลใช้บังคับกับประชาชนทุกคนเสมอภาคเท่าเทียมกัน และบุคคลใดจะอ้างว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้³⁹

กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาวินิจฉัยว่า กฎหมายลำดับรองเป็นข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เอง เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องแรงงานสัมพันธ์ ข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นต้น ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายทุกฉบับมีผลใช้บังคับกับบุคคลเป็นการทั่วไปอย่างเสมอภาค เนื่องจากเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” แม้ว่ากฎหมายลำดับรองแต่ละประเภทจะมีวิธีการตรากฎหมายที่แตกต่างกันก็ตาม⁴⁰ หากเป็นไปตามเหตุผลนี้ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

ทั้งนี้ความเห็นของนักกฎหมายที่สนับสนุนคำพิพากษากลุ่มนี้ ให้เหตุผลว่า “พระราชกำหนดกฎหมาย ได้แก่ บรรดาตัวบทกฎหมายที่ได้ประกาศใช้ในบ้านเมือง ซึ่งมีชื่อเรียกต่างๆ กัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา พระราชกำหนด กฎหรือ

³⁷ จรัญ ภัคดีธนากุล ข (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 45.

³⁸ ชนาทร จิตติเดโช. เล่มเดิม. หน้า 197.

³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2.

⁴⁰ ชนาทร จิตติเดโช. เล่มเดิม. หน้า 196.

ข้อบังคับของกระทรวง ตลอดจนประกาศหรือแจ้งความของราชการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายหรือเกี่ยวในปกครอง เป็นข้อความที่ศาลรู้ได้เอง”⁴¹ โดยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในลำดับชั้นใด ก็เป็นกฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เอง แต่ความเห็นของนักกฎหมายที่สนับสนุนคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่า กฎหมายลำดับรองเป็นข้อความที่ศาลจะต้องรู้เอง อาจถูกโต้แย้งว่าเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้พิพากษาเกินสมควรในการวินิจฉัยพิพากษาบรรดคดี

เมื่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็น “กฎหมายลำดับรอง” ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายลำดับรองตามกฎหมายลักษณะพยานนี้เช่นเดียวกันว่า ความมีอยู่ของเนื้อหาของ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” มีอยู่อย่างไรนั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เองหรือเป็นปัญหาเท็จจริงที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ ซึ่งยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา แต่มีแนวความคิดของนักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง หรือปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 แนวความคิด ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง คือกลุ่มที่มีแนวคิดว่า “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นข้อเท็จจริง” ที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ⁴² ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับกลุ่มที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาวินิจฉัยว่า กฎหมายลำดับรองเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎกระทรวงลงไป มีจำนวนมาก รายละเอียดปลีกย่อยมาก และมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขค่อนข้างจะรวดเร็ว ไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้พิพากษาจะติดตามรับรู้ด้วยตนเอง

กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มที่มีแนวคิดว่า “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นข้อกฎหมาย” ที่ศาลจะต้องรู้เอง ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ใช้กับบุคคลทั่วไปเด็ดขาด ตามภาษิตกฎหมายที่ว่า “Nemo censetur ignorare legem” แปลว่า “ไม่มีใครที่จะปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมายได้”⁴³ โดยเห็นว่าเป็น “เรื่องที่ศาลรู้เอง” (Judicial Notice) ดังเช่นตามประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย

⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 194-195.

⁴² ชนะชัย ผดุงธิตติ. (2544). คำอธิบายสัญญาธุรกิจควบคุมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522: สัญญาธุรกิจให้เช่าซื้อ รถยนต์ รถจักรยานยนต์ และเครื่องใช้ไฟฟ้า ธุรกิจบัตรเครดิต สัญญาธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน หลักกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเช่าซื้อ บัตรเครดิต และบัญชีเดินสะพัด. หน้า 3.

⁴³ ชนาทร จิตติเตโช. เล่มเดิม. หน้า 204.

Common Law ที่ศาลจะต้องรู้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อบัญญัติ (Statute) ภายในประเทศ⁴⁴ ซึ่งศาลมีหน้าที่วินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อกฎหมายแห่งคดีโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐาน ในประเด็นนั้นศาลสามารถวินิจฉัยประเด็นข้อกฎหมายได้เอง โดยไม่ต้องมีคำขอจากคู่ความก่อน ดังนั้น ดังภาษิตที่ว่า “Da mihi factum, dabo tibi jus” แปลว่า “ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล⁴⁵ เมื่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายก็ไม่ได้นำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 และมาตรา 84/1 อีก

ดังนั้น บทสรุปของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีฐานะในทางกฎหมาย พยานหลักฐานอย่างไร จึงมีความสำคัญในการวินิจฉัยคดีผู้บริโภครของศาล เพราะหากสรุปว่า ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะเป็นปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลจะต้องยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นวินิจฉัยเสมอ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) มิฉะนั้นจะเป็นการวินิจฉัยและพิพากษาไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากสรุปว่า ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อเท็จจริง คู่ความจะต้องยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นนำสืบในศาล เพราะมิใช่ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยเหมือนกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งศาลจะต้องยกขึ้นวินิจฉัยให้ โดยที่คู่ความไม่ต้องกล่าวอ้างให้เป็นประเด็นแห่งคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามมาตรา 142 (5)

นอกจากเหตุผลเกี่ยวกับฐานะทางกฎหมายของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาแล้ว ยังมีเหตุผลอื่นๆ ที่ทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในชั้นการพิจารณาของศาลด้วย ได้แก่ ความไม่แพร่หลายของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง ทำให้มีผู้รู้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคอยู่ในวงจำกัด แม้แต่นักศึกษากฎหมาย นักกฎหมาย หรือทนายความบางส่วนก็ยังไม่ทราบว่าธุรกิจประเภทใดบ้างที่ถูกควบคุมสัญญา รายละเอียดเป็นอย่างไร และมีผลทางกฎหมายอย่างไร

และยังมีปัญหาต่างๆ ในชั้นการพิจารณาคดีของศาลที่ทำให้คู่ความมิได้ยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นให้ศาลวินิจฉัย ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับตัวศาลเอง ซึ่งศาลอาจไม่พบความผิดปกติของข้อสัญญา เนื่องจากเป็นดุลพินิจในการพิจารณาของศาลและความชำนาญความสามารถของศาลแต่ละบุคคล หรือปัญหาของคู่สัญญาที่ไม่ได้ยกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

⁴⁴ แหล่งเดิม, หน้า 200.

⁴⁵ วรรณชัย บุญบำรุง ธนกร วรปรัชญาคุณ และสิริพันธ์ พลรบ. (2548). **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2**. หน้า 42.

เป็นประเด็นข้อพิพาทว่า “ข้อสัญญาดังกล่าวขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่” ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้ หากผู้ประกอบการเป็น โจทย์ย่อมยกเฉพาะข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ตนเท่านั้น ส่วนฝ่ายผู้บริโภคก็อาจไม่รู้ถึงสิทธิของตนที่จะได้รับความคุ้มครองตามประกาศ จึงไม่ได้ยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นให้ศาลพิจารณาดูตรวจสอบ และการฟ้องคดีผู้บริโภคกว่าร้อยละ 90 เป็นการฟ้องบังคับชำระหนี้จากผู้บริโภคและผู้บริโภคส่วนใหญ่มาศาลในฐานะจำเลยโดยไม่มีทนายความคอยให้ความช่วยเหลืออีกด้วย ผู้บริโภคจึงไม่ได้ยกข้อสัญญาให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญานั้น หรือปัญหาการพิจารณาคดีโดยขาดนัด ในกรณีที่ผู้บริโภคขาดนัดพิจารณา ทำให้มีการพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียว ซึ่งอาจจะมีผลให้ไม่มีการยกข้อสัญญาขึ้นให้ศาลตรวจสอบข้อสัญญามาตรฐานว่า ได้ทำข้อสัญญาที่ขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่ หรือปัญหาชั้นการประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งการประนีประนอมยอมความอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในขั้นตอนการประนีประนอมยอมความก่อนมีการฟ้องคดีและจะเกิดขึ้นในขั้นตอนที่มีการฟ้องคดีแล้ว โดยศาลเป็นผู้เยียวยากำหนดจำนวนค่าเสียหาย ซึ่งในความเป็นจริงประเด็นในการประนีประนอมมักมีเพียงว่า “จ่ายได้เท่าไรหรือผ่อนได้จำนวนเท่าไร” เท่านั้น ส่วนประเด็นที่ว่าข้อสัญญาที่นำมาฟ้องนั้นขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่นั้นไม่มีการตรวจสอบแต่อย่างใด ซึ่งอาจทำให้การประนีประนอมยอมความนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งหากมีการประนีประนอมโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็จะสามารถให้ความคุ้มครองและเยียวยาผู้บริโภคได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรม แต่หากการประนีประนอมนั้นเกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การเยียวยาก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจสร้างความสงบเรียบร้อยให้แก่สังคมได้

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาคารับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในการพิจารณาคดีผู้บริโภค และเพื่อขจัดปัญหาความไม่ชัดเจน จึงควรบัญญัติให้ “ให้ศาลพิจารณาคดีผู้บริโภคโดยคำนึงถึงประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาด้วยเสมอ โดยให้ถือว่าประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องหยิบยกขึ้นพิจารณาด้วยเสมอ” ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการแรก เพื่อให้สอดคล้องกับระบบการพิจารณาคดีคดีผู้บริโภค ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาคดีด้วยระบบไต่สวน คือ ศาลเป็นผู้มีบทบาทในเชิงรุก ในการค้นหาความจริงด้วยตัวเอง ซึ่งศาลจะต้องกระตือรือร้น (Active) โดยศาลจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาด้วย เพื่อช่วยเหลือผู้บริโภคที่มีความรู้และอำนาจต่อรองน้อยกว่าให้ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายด้วย

ประการที่สอง เพื่อแก้ไขปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาล ซึ่งดุลพินิจนั้นเป็นสิ่งที่เป็ นนามธรรมจับต้องไม่ได้ การใช้ดุลพินิจของศาลจะมีอย่างไรและมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับศาล และขึ้นอยู่กับจิตสำนึกของศาลแต่ละบุคคล อันมีลักษณะเป็นนามธรรมมากเกินไป ซึ่งอาจแก้ไขได้ ด้วยการกำหนดให้ศาลต้องวินิจฉัยโดยทบทวนถึงกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก่อน เสมอ

ประการที่สาม การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยว ด้วยความสงบเรียบร้อยนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง มิใช่หน้าที่ของกลุ่มความ ดังนั้น จึงควรบัญญัติ ให้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายซึ่งศาลจะต้องยกขึ้นวินิจฉัยให้เสมอ มิใช่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องตั้งเป็นประเด็นข้อพิพาทเพื่อให้ศาลวินิจฉัยให้

ผู้เขียนจึงขอเสนอลักษณะข้อดี-ข้อเสียของการบัญญัติให้ศาลต้องยกประกาศ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นตรวจสอบเสมอ ดังตารางข้างล่างนี้

ตารางข้อดี-ข้อเสีย ของแนวความคิดที่จะบัญญัติให้ศาลต้องยกมาตรการเชิงป้องกันขึ้น

ตรวจสอบก่อนเสมอ

ตารางที่ 5.4

ข้อดี	ข้อเสีย
1. ทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคซึ่ง ส่วนใหญ่ไม่มีความรู้ด้านกฎหมายเกี่ยวกับ สัญญาควบคุม ส่งผลให้สิทธิที่ผู้บริโภคมีอยู่ ตามกฎหมายได้รับความคุ้มครองในชั้นศาล ด้วย	1. เป็นภาระแก่ศาลและเจ้าพนักงานคดีมากขึ้น
2. ส่งผลให้การทำงานของกฎหมายทั้งสาม ฉบับทำงานได้อย่างสอดคล้องกัน คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 กับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดี ผู้บริโภค พ.ศ. 2551 (พิจารณาในระบบไต่ สวน)	2. -

ตารางที่ 5.4 (ต่อ)

ข้อดี	ข้อเสีย
3. แก้ไขปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลที่เป็นนามธรรม	3. ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลที่เป็นนามธรรมก็ยังคงมีอยู่ (ปัญหาจะหมดไปเฉพาะสัญญา 8 ประเภทสัญญาเท่านั้น)
4. เพิ่มศักยภาพในการตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	4. กระบวนการพิจารณาของศาลอาจเกิดความล่าช้าเพิ่มขึ้น
5. เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องปรามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค	5. -
6. เกิดการขยายความเสียหายแก่ผู้บริโภคมากขึ้น	6. -

การบัญญัติให้ศาลต้องพิจารณาคดีผู้บริโภคโดยคำนึงถึงประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเสมอ นั้น อาจมีข้อโต้แย้งอย่างหนึ่งที่ว่า “ท่าอย่างไรที่จะให้ศาลรู้และยกปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายจะเกิดจากความคุ้นเคยในการบังคับใช้กฎหมายเป็นประจำ ซึ่งต้องอาศัยเวลาเพื่อสร้างความชำนาญให้แก่ศาลในการบังคับใช้กฎหมายผู้บริโภค ซึ่งเมื่อศาลใช้บังคับกฎหมายเป็นประจำก็จะคุ้นเคยและทราบถึงความไม่เป็นธรรมในข้อสัญญา ดังนั้น การแก้ปัญหาความไม่รู้ของศาลในทางปฏิบัติอาจทำได้ด้วยการสร้างความชำนาญให้แก่ศาลซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายในด้านสุดท้าย โดยการจัดอบรมหลักสูตรให้แก่ศาล “หลักสูตรพิจารณาคดีผู้บริโภค” เพื่อสร้างความชำนาญในการวินิจฉัยและพิพากษาคดีผู้บริโภคโดยเฉพาะ นอกจากนี้ยังต้องแก้ปัญหาความไม่รู้ของศาลในทางกฎหมายด้วยการบัญญัติให้ “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัยให้เสมอ” โดยศาลสามารถขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานคดีได้ ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานคดีในคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ข้อ 20⁴⁶ ซึ่งเจ้าพนักงานคดีก็อาจขอความช่วยเหลือจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งมี

⁴⁶ ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อให้ได้ความแจ่มชัดในข้อเท็จจริงแห่งคดี ศาลอาจมอบหมายให้เจ้าพนักงานคดีดำเนินการเพื่อให้มีการตรวจสอบพยานหลักฐานอันเป็นประเด็นแห่งคดี การตรวจสอบกระบวนการผลิต

ความชำนาญมากกว่าได้ตามข้อกำหนดมาตรฐานนี้ได้ โดยควรเพิ่มเติมบทบัญญัติว่า “เจ้าพนักงานคดีอาจส่งข้อสัญญานั้นให้แก่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เพื่อนำข้อสัญญาดังกล่าวไปตรวจสอบว่าข้อสัญญาดังกล่าวได้ทำข้อสัญญาตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่” และหากศาลเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่ชอบประกาศแล้วก็จะแจ้งให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคทราบเพื่อกระทำตามกฎหมายต่อไป กล่าวคือ มีการเปรียบเทียบปรับตามขั้นตอนของกฎหมาย และในกรณีที่ เป็นสัญญาสำเร็จรูปผู้ประกอบการจะต้องส่งสัญญาฉบับใหม่ที่ชอบด้วยประกาศแก่ผู้บริโภครายต่อไป ซึ่งจะทำให้สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกแก้ไขให้ถูกต้อง และถูกนำไปใช้แก่ผู้บริโภคอื่นๆ ต่อไป อันจะเกิดความเป็นธรรมทั้งฝ่ายผู้ประกอบการและฝ่ายผู้บริโภค ทั้งยังทำให้มีการใช้สัญญาที่ถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายให้แพร่หลายออกไปในสังคม เนื่องจากหากผู้ประกอบการถูกเปรียบเทียบปรับย่อก็จะกระทบกระเทือนทางการเงินได้ ซึ่งจะเป็นการปรามมิให้กระทำความผิดอีก นอกจากนี้ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะผู้ประกอบการกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42⁴⁷ ได้อีกด้วย

ส่วนข้อโต้แย้งที่ว่า การกำหนดให้ศาลต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก่อนเสมอ อาจทำให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภค ตามคำกล่าวที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้า หมายถึง การปฏิเสธความยุติธรรม” (Justice delayed is Justice denied)⁴⁷ ซึ่งความล่าช้าอาจก่อให้เกิดความล้มเหลวในกระบวนการยุติธรรม เพราะจะส่งผลถึงค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี จนอาจทำให้การเยียวยาของศาลอาจจะไม่เป็นที่นิยม ซึ่งหากคู่มือวินิจฉัยจะเป็นข้อโต้แย้งที่น่าเห็นด้วยอย่างยิ่ง เนื่องจากความรวดเร็วเป็นข้อดีของการไต่

สินค้าหรือบริการ การตรวจพิสูจน์สินค้าหรือความเสียหายอันเกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ หรือตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ทุนจดทะเบียน รายได้ รายชื่อหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้น หรือกรรมการของผู้ประกอบการ หรือเรียกให้หน่วยงานหรือบุคคลใดมาให้ข้อมูลหรือจัดส่งพยานหลักฐาน หรือตรวจสอบข้อเท็จจริงอื่นใดเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาพิพากษาคดี

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานคดีอาจประสานงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอให้ตรวจพิสูจน์หรือขอข้อมูลที่จำเป็น หรือมีหนังสือเรียกบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาให้ข้อมูลหรือจัดส่งเอกสารมาเพื่อประกอบการดำเนินการ แล้วจัดทำรายงานเสนอต่อศาล โดยอาจระบุถึงพยานหลักฐานที่ศาลสมควรเรียกมาสืบเพิ่มเติมตามมาตรา 33 หรือผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลสมควรรับฟังความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษามาตรา 36.”

⁴⁷ ไซยศ วรนนท์ศิริ. (2539, มกราคม-มีนาคม). “ความล่าช้าของกระบวนการยุติธรรมเปรียบประดุจการปฏิเสธความยุติธรรม.” *ตุลพาห*, 43, 1. หน้า 161.

เกลี้ย แต่ความรวดเร็วอย่างเดียวก็ไม่ใช่วิธีที่แก้ไขที่ดีที่สุด รวมทั้งปัญหาความไม่เป็นธรรมไม่ใช่สิ่งที่ไกลเกลี้ยได้ ฉะนั้นหากมีการประนีประนอมยอมความเพื่อให้ได้การเยียวยาอย่างรวดเร็ว แล้วปล่อยให้มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีก โดยที่ไม่มีการกล่าวถึงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่โต้แย้งหรือต่อสู้กันในศาล ไม่มีการสืบหาพยานหลักฐาน ไม่มีการกล่าวอ้างว่าจะไร้ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งหากมีการประนีประนอมยอมความแล้ว ต่อมาก็จะมีการนำคดีมาฟ้องเพื่อให้เยียวยาในเรื่องเดียวกันอีก เช่นนี้จะเรียกว่าเป็นการช่วยเหลือให้ความยุติธรรมที่แท้จริงแล้วหรือไม่ และเป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุและยั่งยืนหรือไม่ เพราะ “ความไม่เป็นธรรมไม่ใช่เรื่องการประนีประนอมยอมความ”

ทั้งจุดมุ่งหมายของการบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คือ การให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในการทำสัญญาในขณะหรือก่อนทำสัญญา ซึ่งมีลักษณะคล้ายข้อสัญญามาตรฐานที่ผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตาม และจุดมุ่งหมายของการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 คือ การตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน โดยเป็นกระบวนการแก้ไขปัญหาความยุติธรรมที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่สร้างขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่า ส่วนการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมยอมความ (Mediation หรือ Conciliation) เป็นกระบวนการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีด้วยความสมัครใจ ด้วยการประนีประนอมยอมความกัน โดยมีจุดมุ่งหมายให้เกิดการยอมรับของคู่กรณี (win/win) ดังนั้น กระบวนการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงควรที่จะเริ่มด้วยกระบวนการตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก่อน แล้วจึงทำการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมยอมความ จึงจะถือว่าเป็นกระบวนการที่อำนวยความสะดวกยุติธรรมอย่างสมบูรณ์

ฉะนั้น กระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องอยู่ภายใต้หลักยุติธรรมด้วย กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยจะต้องกระทำด้วยความเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก่อนจะเกิดกระบวนการไกล่เกลี่ยของคู่สัญญา ศาลจะต้องพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก่อน ด้วยเหตุผลที่ว่า ปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่คู่สัญญาไม่อาจประนีประนอมยอมความได้ และหากมีการประนีประนอมยอมความก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งความไม่รู้สิทธิของตนของคู่สัญญา อาจทำให้การประนีประนอมไม่อาจบรรลุความยุติธรรมได้ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าการ

ประนีประนอมมิใช่การระงับซึ่งปัญหาทุกสิ่ง และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นความไม่เป็นธรรมที่ จะต้องมี การค้นหาคำความจริงอย่างสุจริตก่อน จึงจะเกิดความเป็นธรรมคู่สัญญาและแก่สังคม

นอกจากการแก้ไขปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาของศาลในการ พิจารณาคดีผู้บริโภคด้วยการบัญญัติให้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ที่ศาลจะต้องวินิจฉัยให้เสมอแล้ว ยังอาจแก้ไขปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ของศาลในการพิจารณาคดีผู้บริโภคได้ด้วยการรวมกฎหมาย ซึ่งเป็นการรวมกฎหมายระหว่าง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เข้าด้วยกัน ซึ่งจะมีผลให้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบ เรียบร้อยที่ศาลจะต้องขึ้นวินิจฉัยด้วยเสมอ โดยที่คู่ความมิต้องกล่าวอ้างให้เป็นประเด็นแห่งคดี ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดไว้ใน 5.4 “ปัญหา การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ”

5.3.2 ปัญหาบทบัญญัติ “มาตรการลงโทษ” ตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มี ประสิทธิภาพนั้นจะต้องให้ความสนใจแก่การบัญญัติมาตรการลงโทษด้วย เช่นเดียวกับสหภาพ ยุโรป (European Union) ที่ได้มองเห็นถึงความสำคัญของการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม จึงได้กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นจริง เช่น การขอคุ้มครองชั่วคราว (Injunction) เพื่อเป็นการป้องกันการ กระทำความผิด รวมทั้งประเทศต่างๆ ก็ได้รับอิทธิพลจาก Directive ด้วย เช่น ประเทศ ออสเตรเลีย ก็มีการกำหนดมาตรการลงโทษต่างๆ เพื่อให้กฎหมายมีการบังคับใช้ได้อย่างมี ประสิทธิภาพ ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยมีการ การ บังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพ และเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ความระมัดระวัง ในการทำสัญญามากขึ้น จึงควรให้ความสำคัญกับการบัญญัติมาตรการลงโทษด้วย

“มาตรการลงโทษ” เป็นมาตรการในการตอบแทนแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งเรียกว่า “โทษ” (Punishment) มีหลายสถานแตกต่างกันไปตามจุดมุ่งหมายในการควบคุมและความคุ้มครอง ดังนั้น การบัญญัติมาตรการลงโทษจึงควรบัญญัติให้ตรงกับลักษณะกับสิ่งที่มุ่งจะให้ความคุ้มครอง และต้องตรงตามจุดมุ่งหมายในการควบคุมด้วย ด้วยเหตุนี้การกำหนดมาตรการลงโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืน ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงมีความสำคัญในลำดับต้นๆ ทั้งนี้เพื่อจุดมุ่งหมายในการบังคับใช้

กฎหมายให้สามารถบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้อย่างแท้จริง และเพื่อเป็นการป้องปราม ป้องกันและยับยั้งการกระทำผิดคิดได้อีกทางด้วย

มาตรการลงโทษที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมและให้ความคุ้มครองในการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคเท่านั้น (B-C) เนื่องจากการทำสัญญาผู้บริโภคเกิดขึ้นจากความแตกต่างของอำนาจต่อรองของกลุ่มสัญญาอย่างมาก ดังนั้น รัฐจึงต้องมุ่งให้ความคุ้มครองแก่สัญญาผู้บริโภค ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประชาชนอันเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในสังคมนั่นเอง

โดยการกำหนดมาตรการลงโทษที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นมาตรการการลงโทษ โทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน มาตรการการลงโทษนิเทศบุคคล มาตรการการเยียวยาผู้บริโภคที่มีใช้คู่ความในคดี ควรบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เพื่อให้มีผลกับกรณีที่มีฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคทุกประเภทความคุ้มครอง ไม่ว่าจะเป็นความคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา ด้านฉลาก ด้านการขายตรง คดีความคุ้มครองเกี่ยวกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ฯลฯ ด้วย ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะมิผลให้ผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับโทษทั้งสิน มิใช่บัญญัติไว้เฉพาะแต่กรณีฝ่าฝืนบทบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เท่านั้น โดยได้แนวคิดมาจาก Competition and Consumer Act 2010 Schedule 2 The Australian Consumer Law Chapter 5-Enforcement and remedies โดยมีศาลเป็นองค์กรที่ใช้มาตรการลงโทษและบทลงโทษดังกล่าว

5.3.2.1 ปัญหาของบทบัญญัติ “โทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน” ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เหตุที่ต้องให้ความสำคัญแก่การบัญญัติมาตรการลงโทษ คือ ผลของการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันที่มีการบังคับใช้เบาบางมาก สัญญาที่บังคับใช้กันที่ชอบด้วยกฎหมายก็มีอยู่จำนวนน้อย ด้วยเหตุผลนี้ผู้ประกอบการจึงสังเกตเห็นแล้วว่าคู่ค้าที่จะเสี่ยงฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย เพราะมีผลได้มากกว่าผลเสีย

ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีผลดังนี้

ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 คือ ศาลจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยและพิพากษาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีอายุบังคับต่อไปได้ทั้งหมด หรือยังคงเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมายอยู่เพียงแต่ศาลจะปรับและบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีได้ แต่การฝ่าฝืนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้จะ “ไม่มีมาตรการลงโทษ” ทางอาญาแต่อย่างใด ส่วนเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับไปแล้วจากผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายบัญญัติว่าคู่สัญญาผู้ซึ่งชำระเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปแล้ว ไม่มีสิทธิจะได้รับคืนทรัพย์สินนั้น เพราะกฎหมายให้ถือว่าเป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้เป็นคู่สัญญาได้กระทำการชำระหนี้ตามอำเภอใจโดยปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมาย โดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ กฎหมายจึงให้ถือว่าบุคคลนั้นไม่มีสิทธิจะได้รับคืนทรัพย์สินนั้น ตามกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจในปัจจุบันยังคงใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อไปเนื่องจากเล็งเห็นความคุ้มค่าดังกล่าว และผู้ประกอบการรายใหม่ก็ยังยังคงดำเนินกิจการไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องรีบแก้ไขอย่างเร่งด่วน เพื่อเป็นบรรทัดฐานต่อไป

ส่วนผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คือ ข้อสัญญาใดกฎหมายกำหนดให้ใช้ข้อสัญญาใด ถ้าสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าวให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น ส่วนข้อสัญญาใดกฎหมายกำหนดให้ไม่ใช่ข้อสัญญาใดแล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น และการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 นี้ยัง “มีมาตรการลงโทษ” ทางอาญาด้วย ได้แก่ “โทษปรับ” และหรือ “โทษจำคุก” ตามมาตรา 35 ทวิ มาตรา 35 เบญจ มาตรา 35 อัฐ ประกอบมาตรา 57 ซึ่งการให้ความคุ้มครองของมาตรการเชิงป้องกันนี้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจสุ่มตรวจข้อสัญญาได้ แต่ก็มีการตรวจสอบน้อยมาก ทั้งเมื่อมีการร้องทุกข์ไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเจ้าหน้าที่จะมีหนังสือแจ้งให้คู่กรณี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันก่อน หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จก็จะรวบรวมพยานหลักฐานส่งไปยังคณะกรรมการเฉพาะเรื่องพิจารณาคำเนิมนคดีแทนผู้บริโภคต่อไป

“มาตรการลงโทษ” ของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่กล่าวมา ได้แก่ โทษจำคุก ปรับ โดยการกำหนดมาตรการลงโทษดังกล่าวจะต้องกำหนดโทษแต่ละฐานความผิดให้สัมพันธ์กับการกระทำความผิดด้วย ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับจุดมุ่งหมาย

เพื่อการยุติการกระทำผิด การบังคับใช้กฎหมาย การป้องกันและยับยั้งการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำข้อสัญญาเอาเปรียบแก่ผู้ที่ค้อยกว่า

“โทษปรับ” เป็นมาตรการลงโทษของการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่งที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการทดแทน ป้องกันและยับยั้งการกระทำผิดเกี่ยวกับการกระทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน โดยโทษที่บังคับต่อทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและริบทรัพย์สิน ดังนั้น บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยส่วนมากจึงกำหนดโทษปรับ

ส่วน “โทษจำคุก” ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 นั้นเป็นมาตรการลงโทษที่ไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มุ่งคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สินเลย เพราะ “โทษจำคุก” เป็นโทษที่บังคับต่อเสรีภาพ ซึ่งหากมีแนวคิดในการปรับปรุงกฎหมายแบบเดิมๆ โดยการเพิ่มโทษจำคุกให้หนักขึ้นจะเป็นการกำหนดโทษที่ไม่ตรงกับลักษณะของการกระทำผิดที่เป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน และอย่างไรก็ตามการมีโทษจำคุกในปัจจุบันก็ไม่ช่วยให้การบังคับมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

เมื่อการก่อให้เกิดสัญญาเป็นการกระทำเกี่ยวกับทรัพย์สินที่รัฐมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินของประชาชน ประเภทของโทษที่จะบังคับใช้ในฐานความผิดเกี่ยวกับการทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและริบทรัพย์สิน ดังนั้น การบัญญัติมาตรการลงโทษจึงควรเน้นไปที่การเปรียบเทียบปรับ ซึ่งในปัจจุบันก็มีบทบัญญัติ “โทษปรับ” อยู่แล้ว แต่ยังไม่สอดคล้องกับการกระทำผิดของผู้กระทำความผิด เพราะผู้ประกอบการแต่ละบุคคลย่อมมีฐานะหรือมีอำนาจต่อรองเศรษฐกิจแตกต่างกัน และยังไม่สอดคล้องกับอัตราความผันผวนของค่าเงินที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา กล่าวคือ เมื่อความรับผิดชอบและสถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบกิจการต่างกัน ก็ควรจะได้รับโทษที่ต่างกัน เช่น ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นบริษัทซึ่งมีทุนจดทะเบียนสูง กับผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กที่เป็นบุคคลธรรมดา เป็นต้น ซึ่งคล้ายกับคำกล่าวที่ว่า “ผู้ก่อการร้ายมาก ก็ควรจะได้รับโทษมาก” ทั้งนี้เพื่อให้มีผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริง

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ของไทยในปัจจุบัน ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้ข้อสัญญาที่ขัดต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาต้องถูกลงโทษด้วยการเปรียบเทียบปรับ โดยเป็นอำนาจของผู้มีอำนาจเปรียบเทียบปรับในการใช้ดุลพินิจกำหนดอัตราค่าปรับ โดยใช้ “แนวทางปฏิบัติสำหรับการกำหนดค่าปรับในการเปรียบเทียบตาม

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522” โดยแบ่งการกำหนดโทษเป็นความผิดในลักษณะรุนแรง ความผิดในลักษณะรุนแรงปานกลาง ความผิดในลักษณะไม่รุนแรง และในความผิดในลักษณะอื่นๆ ก็แบ่งเป็นกรณีที่เป็นการกระทำความผิดครั้งแรก กรณีที่เป็นการกระทำความผิดซ้ำเป็นครั้งที่สอง กรณีที่เป็นการกระทำความผิดซ้ำเป็นครั้งที่สาม และกรณีที่เป็นการกระทำความผิดซ้ำเป็นครั้งที่สี่และครั้งต่อไป โดยอัตราเปรียบเทียบปรับสูงสุดไม่เกินหนึ่งแสนบาทเพียงอัตราเดียวเท่ากันในทุกความผิดและใช้อัตราเดียวกับทุกคน ไม่ว่าผู้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกระทำความผิดที่มีมูลค่าสูงมากก็ตาม ซึ่งมาตรการลงโทษดังกล่าวไม่อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีทุนสูงได้รับความกระทบกระเทือนจากการเปรียบเทียบปรับแต่อย่างใด มาตรการลงโทษของไทยในปัจจุบันจึงไม่ได้บัญญัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการเปรียบเทียบปรับที่ต้องการให้ผู้นั้นได้รับความกระทบกระเทือนทางการเงิน ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดก่อความผิดขึ้นได้อีก

ส่วนการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศออสเตรเลียนั้น ได้บัญญัติให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ใช้ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องได้รับโทษ ซึ่งเป็นโทษที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งเป็นการกระทำทางแพ่ง โดย Competition and Consumer Act 2010 ได้บัญญัติ “มาตรการลงโทษ” ในการเปรียบเทียบปรับ เรื่อง การลงโทษทางการเงิน (Pecuniary Penalties) มาตรา 224 ในส่วนของการบังคับใช้และการเยียวยา (Schedule 2 Enforcement and remedies under Competition and Consumer Act 2010) ซึ่งมีการแก้ไขล่าสุดในปี ค.ศ. 2010 มีการแยกการเปรียบเทียบปรับสำหรับผู้กระทำความผิดเป็นสองประเภท โดยมีอัตราค่าปรับแตกต่างกัน คือ ผู้ฝ่าฝืนที่เป็นนิติบุคคล กับผู้ฝ่าฝืนที่มีได้เป็นนิติบุคคล ซึ่งคำนึงถึงความรุนแรงของการกระทำความผิดของผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลที่มีการกระทำความผิดที่มีมูลค่าสูงกว่าผู้ประกอบการที่มีได้เป็นนิติบุคคล และแยกไปตามประเภทของการกระทำความผิด

เมื่อมีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภคที่เป็นการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (Unconscionable conduct) ศาลสามารถสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับโทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน (Civil Pecuniary Penalties) ได้ ถ้าหากเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงที่ขาดสามัญสำนึก เช่น การหลอกลวงให้ผู้ที่มีความบกพร่องในความสามารถหรือผู้ที่อ่านหนังสือไม่ออก ให้เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถือว่าเป็น “การกระทำที่ขาดสามัญสำนึก” (Unconscionable conduct) ที่ผู้ฝ่าฝืนที่เป็นนิติบุคคลอาจจะถูกศาลสั่งให้ถูกปรับในอัตราไม่เกิน 1.1 ล้านดอลล่าร์ออสเตรเลีย หรือถ้าผู้ฝ่าฝืนมิได้เป็นนิติบุคคลจะต้องถูกปรับในอัตราไม่เกิน 200,000 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย โดยศาลจะพิจารณาจากอำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา ความรู้ความเข้าใจของผู้บริโภค

ในเอกสารนั้น ชื่อเรียกร้องที่ให้ผู้บริโภคปฏิบัติตามเงื่อนไขโดยที่ไม่จำเป็นสำหรับการปกป้องคู่สัญญาอีกฝ่าย การมีอิทธิพลครอบงำในการตัดสินใจ ราคาหรือสภาวะการณ์ที่ผู้บริโภคได้มา เป็นต้น

ดังนั้น การกำหนดอัตราเปรียบเทียบปรับจึงต้องคำนึงถึงสภาพทางการเงินที่แตกต่างของผู้ประกอบธุรกิจด้วย เพราะการประกอบธุรกิจของบุคคลธรรมดาย่อมก่อความเสียหายน้อยกว่าการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคล การกำหนดมาตรการลงโทษจึงต้องกำหนดโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการเปรียบเทียบปรับด้วย กล่าวคือ การเปรียบเทียบปรับมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องปรามการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นอัตราการเปรียบเทียบปรับจะต้องมีผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับความกระทบกระเทือนทางการเงิน โดยผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางการเงินที่แตกต่างกันย่อมต้องได้รับการเปรียบเทียบปรับในอัตราที่แตกต่างกันด้วย ทั้งยังควรมีมาตรการลงโทษนิติบุคคลอื่นๆ ด้วย ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อ 5.3.3.2 “ปัญหามาตรการลงโทษนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ต่อไป

ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติการเปรียบเทียบปรับนี้ แม้ไม่อาจแก้ไขการที่นิติบุคคลจะใช้ชื่อบุคคลอื่นเป็นผู้แทนนิติบุคคลก็ตาม แต่ก็สามารถทำให้ผู้ประกอบการเกรงกลัวการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างแท้จริงได้ เพราะผู้ประกอบการไม่กล้าติดคุก เนื่องจากอาจมีการใช้ให้ผู้อื่นเป็นผู้แทนนิติบุคคล แต่ผู้ประกอบการกลัวมากที่สุดคือ การไม่ได้กำไร ดังนั้น หากมีการกำหนดอัตราค่าปรับให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับมูลค่าของการก่อการร้ายแล้ว ก็ย่อมจะเป็นการป้องปรามผู้ประกอบการได้ไปในตัว

แม้การคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยจะระบุให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำของนิติบุคคลด้วยก็ตาม⁴⁸ แต่ก็ยังเป็นเพียงการกำหนดความรับผิดชอบเบื้องต้นเท่านั้น โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มิได้แบ่งแยกอัตราการเปรียบเทียบปรับระหว่างการกระทำความผิดของบุคคลธรรมดา กับนิติบุคคล ซึ่งประเทศไทยบัญญัติให้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการเปรียบเทียบปรับ โดยมีอัตราสูงสุดในการเปรียบเทียบปรับเพียงอัตราเดียวสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืน และมีเพดานต่ำเมื่อเทียบกับผลกระทบที่ผู้ประกอบการจะได้รับจากการเปรียบเทียบปรับ ดังนั้น อัตราเปรียบเทียบปรับในปัจจุบันยังไม่สามารถสร้างความกระทบกระเทือนแก่ผู้ประกอบการที่เป็นนิติบุคคลที่มีทุนสูงได้ การกำหนดการเปรียบเทียบของ ไทยจึงยังขัดกับจุดมุ่งหมายที่สำคัญของการกำหนดมาตรการลงโทษ คือ การยุติการกระทำความผิด

⁴⁸ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551, มาตรา 44.

การบังคับใช้กฎหมาย การป้องกันและยับยั้งการกระทำผิด รวมทั้งมาตรการลงโทษที่ดีควรจะ เป็นการลงโทษเพื่อทดแทนผู้เสียหายด้วย

และการคำนวณอัตราค่าปรับของไทยเป็นการกำหนดแบบตายตัว (Fixed Sum System) ซึ่งการกำหนดอัตราค่าปรับแบบตายตัวนี้มีข้อเสียคือ การแก้ไขจำนวนค่าปรับกระทำได้ ยาก และไม่สอดคล้องกับค่าเงินในปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากอัตราค่าปรับของไทยกำหนดไว้ไม่เกิน หนึ่งแสนบาท ในปี พ.ศ. 2541 เป็นเวลาสิบกว่าปีแล้ว จึงไม่เหมาะสมกับค่าเงินในปัจจุบัน ซึ่งกรณี นี้แก้ไขได้ด้วยการกำหนดอัตราค่าปรับเป็นยูนิต (Unit-Fine) เพื่อง่ายแก่การแก้ไขอัตราค่าปรับ และ แก้ไขปัญหาเกี่ยวกับอัตราค่าเงินที่เปลี่ยนแปลงทุกๆ ปี เช่นตามอัตราเงินเฟ้อ ซึ่งแต่เดิมกฎหมาย ของออสเตรเลียก็มีแนวความคิดที่จะให้มีอัตราค่าปรับเป็นยูนิตเช่นนี้ ตาม Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009⁴⁹

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรปรับปรุงแก้ไขบัญญัติมาตรการลงโทษเกี่ยวกับ “การ เปรียบเทียบปรับ” ให้เหมาะสมกับสภาพทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจ และให้สอดคล้องกับ จุดมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืน ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจในระดับที่เหมาะสม เพื่อเป็นการป้องปรามผู้ประกอบธุรกิจ และเป็น การยับยั้งการกระทำผิดด้วย จึงควรแยกมาตรการลงโทษการเปรียบเทียบปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน ให้เป็นอัตราเปรียบเทียบปรับสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลและที่มีไซ่เป็นนิติบุคคลไว้ใน พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เพื่อให้การเปรียบเทียบปรับมีผลกับการที่ฝ่าฝืน บทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคทุกความคุ้มครอง ไม่ว่าจะเป็นความคุ้มครองผู้บริโภค ด้านการโฆษณา ฉลาก การขายตรง คดีความคุ้มครองเกี่ยวกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ฯลฯ ด้วย มิใช่บัญญัติไว้เฉพาะแต่ กรณีฝ่าฝืนบทบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เท่านั้น

5.3.2.2 ปัญหา “มาตรการลงโทษนิติบุคคล” ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่ เป็นธรรม

สำหรับมาตรการลงโทษนิติบุคคลนั้น นอกจากข้อเสนอให้บัญญัติมาตรการ ลงโทษการเปรียบเทียบปรับสำหรับนิติบุคคลเป็นการเฉพาะแล้ว ควรสร้างมาตรการลงโทษอื่นที่ เหมาะสมกับความรับผิดชอบของนิติบุคคลด้วย เนื่องจากลักษณะเฉพาะของ “นิติบุคคล” ที่ต่างไปจาก “บุคคลธรรมดา” โดยนิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น ซึ่งหากนิติบุคคลจะกระทำการใด

⁴⁹ Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009. (2009). Retrieved May 16, 2011, from <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2009B00132>

ต้องกระทำการด้วยการแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ตามมาตรา 70 และจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจและตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 69 นิติบุคคลจึงไม่อาจรับโทษจำคุกได้ เนื่องจากนิติบุคคลไม่มีสภาพบุคคล แต่นิติบุคคลก็ต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำภายในขอบอำนาจของนิติบุคคล โดยนิติบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาเมื่อมีกฎหมายบัญญัติโทษไว้อย่างชัดเจน ฉะนั้น ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฝ่าฝืนต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ตามมาตรา 59⁵⁰ ซึ่งได้แก่ โทษเปรียบเทียบปรับ ส่วนโทษจำคุกนิติบุคคลไม่อาจมีได้ ซึ่งโทษเปรียบเทียบปรับเพียงสถานเดียวย่อมไม่อาจเพียงพอในการยับยั้งการกระทำผิดของนิติบุคคลได้

ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น บัญญัติให้ศาลมีเพียงอำนาจปรับลดข้อสัญญาในสัญญาให้เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีเท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติมาตรการลงโทษแก่นิติบุคคลไว้ ไม่ว่าจะ เป็นมาตรการทางอาญาหรือโทษในการชดเชยค่าเสียหายที่หนักขึ้น (ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ) หรือบทลงโทษอื่นๆ

ส่วนมาตรการลงโทษตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44⁵¹ บัญญัติให้อำนาจศาลในการเรียกผู้แทนนิติบุคคลเข้ามาเป็นจำเลยร่วมกับนิติบุคคลในคดีที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกฟ้องเป็นนิติบุคคล เป็นมาตรการลงโทษ เพื่อช่วยเหลือผู้บริโภคในการ

⁵⁰ “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น.”

⁵¹ “ในคดีที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกฟ้องเป็นนิติบุคคล หากข้อเท็จจริงปรากฏว่านิติบุคคลดังกล่าวถูกจัดตั้งขึ้นหรือดำเนินการโดยไม่สุจริต หรือมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลอกลวงผู้บริโภค หรือมีการชักย้ายถ่ายเททรัพย์สินของนิติบุคคลไปเป็นประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และทรัพย์สินของนิติบุคคลมีไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ตามฟ้อง เมื่อคู่ความร้องขอหรือศาลเห็นสมควร ให้ศาลมีอำนาจเรียกหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลหรือผู้รับมอบทรัพย์สินจากนิติบุคคลดังกล่าวเข้ามาเป็นจำเลยร่วม และให้มีอำนาจพิพากษาให้บุคคลเหล่านั้นร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่นิติบุคคลมีต่อผู้บริโภคได้ด้วย เว้นแต่ผู้นั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดดังกล่าว หรือในกรณีของผู้รับมอบทรัพย์สินนั้นจากนิติบุคคลจะต้องพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน

ผู้รับมอบทรัพย์สินจากนิติบุคคลตามวรรคหนึ่งให้ร่วมรับผิดชอบไม่เกินทรัพย์สินที่ผู้นั้นได้รับจากนิติบุคคลนั้น.”

ได้รับการเยียวยาค่าเสียหายอย่างเต็มที่เท่านั้น ส่วนมาตรา 42⁵² ซึ่งกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ สำหรับกรณีและผู้ประกอบธุรกิจกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบ จงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่นำพาความเสียหายแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริโภค แม้จะเป็นมาตรการที่ป้องปรามการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ แต่ก็มีข้อบทบัญญัติที่ป้องปรามการกระทำของนิติบุคคลโดยตรง ฉะนั้น สิทธิในการ ได้รับการเยียวยาค่าเสียหายของผู้บริโภคเพียงอย่างเดียวจากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลจึงยังไม่ เพียงพอต่อการยับยั้งและป้องกันการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคลได้ ด้วยเหตุนี้ มาตรการลงโทษที่กำหนดอยู่ในปัจจุบันจึงยังไม่เหมาะสม และไม่สอดคล้องกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละบุคคล เพราะผู้ประกอบธุรกิจแต่ละบุคคลย่อมมีฐานะหรือมีอำนาจต่อรอง เศรษฐกิจแตกต่างกัน ทั้งผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคลก็ยังคงเห็นผลประโยชน์ที่คุ้มค่ากับความ เสี่ยงที่ตนจะถูกเปรียบเทียบปรับจากการที่ฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาอยู่ ทำให้ กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันจึงไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น จึงควรเพิ่มมาตรการลงโทษแก่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคล เพื่อ ยับยั้งและป้องกันการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งจะมีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมี ความระมัดระวังในการใช้อำนาจบริหารงานบริษัท และตัดสินใจเพื่อกระทำกิจการต่างๆ มากขึ้น เพราะผู้แทนนิติบุคคลหรือกรรมการบริษัทจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของนิติบุคคล ตามหลัก ความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious liability) เนื่องจากนิติบุคคลจะแสดงเจตนาและ กระทำการต่างๆ ออกมาโดยผ่านผู้แทนของนิติบุคคลเสมอ จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า หากมีการกระทำ ของนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลก็ย่อมต้องมีส่วนร่วมรู้เห็น หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำความผิด นั้นด้วย ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าที่แท้จริงแล้วความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของ

⁵² “ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค โดยไม่ เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่ จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจ ได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจ การที่ผู้ประกอบธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจน การที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของ ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนเงินไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมี อำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด.”

บุคคลธรรมดาตนเอง (any crime committed in corporate name must be committed by a person)⁵³ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้แทนนิติบุคคลด้วย เพื่อที่จะลงโทษ ต้นเหตุของความผิดที่เกิดขึ้นและเพื่อให้การแก้ไขปัญหาระเบิดการกระทำความผิดของนิติบุคคล เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ต้นแบบการกำหนดมาตรการลงโทษที่ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคล ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งได้บัญญัติการเปรียบเทียบปรับที่มีอัตราค่าปรับของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะ โดยมีอัตราค่าปรับสูงกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นบุคคลธรรมดา ดังในหัวข้อที่กล่าวมาแล้ว และการตัดคุณสมบัติผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคล ใน Competition and Consumer Act 2010 **Schedule 2** The Australian Consumer Law (ความคุ้มครองเกี่ยวกับผู้บริโภค) **Chapter 5-Enforcement and remedies** (การบังคับใช้ และการเยียวยา) **Part 5-2-Remedies** (การเยียวยา) **Division 5-Other remedies Order disqualifying a person from managing corporations** (คำสั่งตัดคุณสมบัติของบุคคลในการจัดการบริษัท) มาตรา 248 ซึ่งกำหนดให้มีมาตรการลงโทษนิติบุคคลด้วยการตัดคุณสมบัติในการเป็นคณะกรรมการบริหารจัดการนิติบุคคลของผู้กระทำความผิดนั้น ซึ่งเป็นมาตรการลงโทษที่มีได้บัญญัติให้ใช้ได้เฉพาะการกระทำความผิดด้านสัญญาเท่านั้น เพราะกฎหมายเปิดช่องให้เป็นมาตรการลงโทษแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนกฎหมายการกระทำผิดต่อผู้บริโภคโดยกว้าง เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการใช้สินค้าที่ไม่ปลอดภัย กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า การโฆษณา เป็นต้น

การใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคลที่อาจจะถูกศาลสั่งให้ตัดคุณสมบัติในการเป็นคณะกรรมการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้น จะต้องเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ร้ายแรงถึงขนาดที่เป็นการกระทำที่ขาดสามัญสำนึก (Unconscionable conduct) เช่น การหลอกลวงให้ผู้ที่มีความบกพร่องในความสามารถหรือผู้ที่อ่านหนังสือไม่ออกให้เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยศาลจะพิจารณาจาก อำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา ความรู้ความเข้าใจของผู้บริโภค ข้อเรียกร้องที่ให้ผู้บริโภคปฏิบัติตามเงื่อนไขโดยที่ไม่จำเป็นสำหรับการปกป้องคู่สัญญาอีกฝ่าย การมีอิทธิพลครอบงำในการตัดสินใจ ราคาหรือสภาวะการณ์ที่ผู้บริโภคได้มา เป็นต้น

อำนาจในการยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตัดสิทธิบุคคลออกจากการจัดการบริษัท ได้แก่ คณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันและการบริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (ACCC)

⁵³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และองอาจ เทียนหิรัญ. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ระยะที่ 2 (รายงานงานวิจัย). หน้า 19-21.

โดยศาลอาจมีคำสั่งตัดสิทธิบุคคลออกจากการจัดการบริษัทเป็นระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร ถ้าศาลเห็นสมควรว่า บุคคลนั้นได้กระทำ หรือได้พยายามกระทำ หรือเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรม และศาลเห็นสมควรแล้วว่าการตัดสิทธิดังกล่าวเป็นธรรม

เมื่อประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตัดคุณสมบัติผู้แทนนิติบุคคลในการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ขาดสามัญสำนึกแก่ผู้บริโภค (Unconscionable conduct) จึงควรกำหนดมาตรการลงโทษนิติบุคคลด้วยการตัดคุณสมบัติในการเป็นคณะกรรมการบริหารจัดการนิติบุคคลของผู้กระทำผิดนี้ไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 โดยศาลมีอำนาจสั่งตัดสิทธิบุคคลออกจากการจัดการบริษัทเป็นระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควรได้ หากศาลเห็นว่านิติบุคคลนั้นได้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ร้ายแรงโดยขาดสามัญสำนึกแก่ผู้บริโภค (Unconscionable conduct) โดยให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้มีอำนาจยื่นคำขอ เพื่อให้เป็นองค์กรที่จะกั้นกรองว่า ผู้ประกอบธุรกิจได้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ร้ายแรงโดยไม่มีสามัญสำนึก (Unconscionable conduct) กับผู้บริโภค หรือไม่ และเพื่อป้องกันการกั้นกั๊งจากผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน

ทั้งนี้ควรบัญญัติควบคู่กับอัตราเปรียบเทียบปรับสำหรับนิติบุคคลในเรื่อง 5.3.2.1 “ปัญหาของบทบัญญัติโทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงินที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ที่ได้อธิบายไปแล้ว

5.3.2.3 ปัญหาการเยียวยาผู้บริโภคที่มีใช้คู่ความในคดี

ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค นั้น คือ “ความเสียหาย” ซึ่งเกิดจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบธุรกิจที่มีรูปแบบเป็นสัญญามาตรฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้ทำสัญญากับผู้บริโภคต่างๆ โดยมีได้มีการเจรจาต่อรองกัน ซึ่งในสัญญาจะมีข้อสัญญาอย่างเดียวกัน เพียงแต่เปลี่ยนชื่อผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งการเยียวยาผู้บริโภคในการกระทำเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ได้แก่ การฟ้องคดี เพื่อเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่การเยียวยาผู้บริโภคโดยวิธีการฟ้องคดีนี้ก็ยังมีปัญหาอยู่มาก เช่น ปัญหาเกี่ยวกับผลของคำพิพากษา ซึ่งจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีที่ฟ้องร้องเท่านั้น ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145, ปัญหาการเข้าเป็นคู่ความร่วมในคดีโดยการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามตามมาตรา 57 (1) ต้องเป็นการตั้งประเด็นเข้ามาใหม่เพื่อโต้แย้งสิทธิโจทก์กับจำเลย จึงมิใช่การฟ้องเพื่อให้ศาลพิพากษาในคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน, ส่วนการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมตามมาตรา 57 (2) ผู้ร้องสอดจะต้องมีส่วนได้เสียในคดีที่พิพาทอยู่

โดยตรง ซึ่งคู่สัญญาอื่นก็มีได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีที่พิพาทโดยตรง หรือการเข้าเป็นคู่ความร่วมมือ ตามมาตรา 59 ก็ต้องเป็นการร่วมกันฟ้องคดีเข้ามาด้วยกันในฐานะคู่ความร่วมมือ ซึ่งคู่ความอาจไม่ได้รวมตัวมาฟ้องคดีด้วยกันในเวลาเดียวกันก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้คำพิพากษามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความ ทั้งๆ ที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปฉบับเดียวกันนี้กับผู้บริโภคอื่นๆ และศาลยังจะต้องวินิจฉัยให้เป็นในทิศทางอย่างเดียวกันกับคดีก่อน อีกทั้งยังมีปัญหาค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามมา ซึ่งอาจทำให้ความเสียหายไม่คุ้มกับการฟ้องคดี และปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคดีของศาลด้วย

จากปัญหาที่เกิดจากการฟ้องคดีเหล่านี้ จึงเกิดแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันกับข้อเท็จจริงในคดีก่อนที่ศาลได้วินิจฉัยไว้แล้ว โดยมี “ศาล” เป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการเยียวยา ซึ่งศาลในคดีหลังอาจมีคำสั่งให้ถือว่าข้อเท็จจริงเป็นอันยุติ เช่นเดียวกับคดีก่อน โดยไม่ต้องสืบพยานหลักฐานได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 30⁵⁴ ทั้งนี้เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาคดีการพิจารณาและพิพากษาคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อไม่ให้จำเลยได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาที่ต่างกัน ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสถานการณ์เดียวกัน มีการใช้พยานหลักฐานเดียวกัน เนื่องจากศาลอาจมีคำพิพากษาต่างกันได้ เพราะศาลมีดุลพินิจพิพากษาให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลบังคับใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

การบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 30 ที่กล่าวแล้วนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อลดงานศาล แต่กลับให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการยกข้อพิพาทที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันขึ้นเอง ซึ่งไม่ตรงกับความมุ่งหมาย (concept) ที่ต้องการลดภาระแก่ศาล ทั้งความคุ้มครองในการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายตามกฎหมายไทยนั้นจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการฟ้องคดีก่อนเสมอ ซึ่งการพิจารณาของศาลอาจสร้างความล่าช้าในการเยียวยาแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายได้ และอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับความชำนาญของผู้พิพากษา และถึงแม้ผู้บริโภคจะได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 18 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีค่าใช้จ่ายอื่นในการฟ้องคดีด้วย เช่น ค่าเดินทาง ค่าหาพยานหลักฐาน เป็นต้น

⁵⁴ “ถ้าภายหลังที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีผู้บริโภคแล้ว ปรากฏว่ามีการฟ้องผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันเป็นคดีผู้บริโภคอีกโดยข้อเท็จจริงที่พิพาทเป็นอย่างเดียวกับคดีก่อนและศาลในคดีก่อนได้วินิจฉัยไว้แล้ว ศาลในคดีหลังอาจมีคำสั่งให้ถือว่าข้อเท็จจริงในประเด็นนั้นเป็นอันยุติเช่นเดียวกับคดีก่อน โดยไม่ต้องสืบพยานหลักฐาน เว้นแต่ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีก่อนนั้นยังไม่เพียงพอแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี หรือเพื่อให้โอกาสแก่คู่ความที่เสียเปรียบต่อผู้คดี ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองหรืออนุญาตให้คู่ความนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควรก็ได้.”

ทั้งความต้องการของผู้บริโภคในการได้รับการเยียวยาจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ คือ การออกกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในการได้รับการเยียวยาโดยไม่ต้องฟ้องคดี เพื่อช่วยลดภาระในการฟ้องคดีของผู้บริโภคแต่ละคน และช่วยลดเวลาการปฏิบัติขั้นตอนทางกฎหมาย ซึ่งการเยียวยาความเสียหายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 30 ที่กล่าวมาแล้วนั้น ยังไม่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้ เนื่องจากผู้บริโภคจะได้รับการเยียวยาก็ต่อเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลก่อนเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมองหามาตรการเยียวยาผู้บริโภคที่มีประสิทธิภาพมากกว่าที่บัญญัติอยู่ในปัจจุบัน นั่นก็คือ คำสั่งแก้ไขเยียวยาผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดี (Orders to Redress Loss or Damage Suffered by Non-Parties Consumer ect.) ใน Competition and Consumer Act 2010 **Schedule 2-The Australian Consumer Law** (ความคุ้มครองเกี่ยวกับผู้บริโภค) **Chapter 5-Enforcement and remedies** (การบังคับใช้ และ การเยียวยา) **Part 5/2-Remedies** (การเยียวยา) **Division 4-Compensation orders etc. for injured persons and orders for non-party consumers** (คำสั่งอื่นสำหรับบุคคลที่ได้รับความเสียหาย และคำสั่งสำหรับผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดี) **Subdivision B-Orders for non-party consumers** (คำสั่งสำหรับผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดี) ของประเทศออสเตรเลีย

การเยียวยาผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดี เป็นมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคที่มีคู่ความในคดี โดยมีหน่วยงานของรัฐ คือ ACCC (คณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันและการบริโภคแห่งประเทศไทย) เป็นผู้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาล โดยที่ผู้บริโภคไม่ต้องยื่นฟ้องต่อศาล แต่ให้เป็นอำนาจของ ACCC ที่จะยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งเยียวยาผู้บริโภคที่มีได้เป็นคู่ความในคดีได้เอง ถ้า ACCC เห็นว่าเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำแทนผู้บริโภคที่มีความประสงค์ได้รับการเยียวยา

โดยทั้งนี้บทบัญญัติมาตรการลงโทษนี้เป็นมาตรการลงโทษทั่วไปที่ใช้กับคดีผู้บริโภคทุกคดี โดยไม่จำเป็นต้องเป็นเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น กรณีความเสียหายที่เกิดจากการใช้สินค้าที่ไม่ปลอดภัย การผูกขาดทางการค้า การโฆษณา หลาก เป็นต้น

ผลของการที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนคำสั่งของศาลที่มีคำสั่งเยียวยา นี้คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่ยังคงฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติคุ้มครองที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องถูกเปรียบเทียบปรับต่อไปจนกว่าจะมีการกระทำตามคำสั่ง

การทำหน้าที่ของ ACCC คือ การส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมและคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งคล้ายกับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ของไทย โดยการใช้อำนาจของ ACCC นี้ จะช่วยแก้ไขข้อเสียของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 30

ได้ กล่าวคือ ผู้บริโภคไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดี เช่น ค่าใช้จ่ายการส่งหมายเรียก การหาพยานหลักฐาน การให้พยานผู้เชี่ยวชาญ การตรวจสอบทางวิทยาศาสตร์ ค่ายานพาหนะ และอื่นๆ รวมทั้งยังช่วยลดภาระศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงว่า ข้อพิพาทใดมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันกับข้อพิพาทที่มีการพิพากษาคัดลาคดีไปแล้ว และลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาล

ทั้งยังมีข้อดีของการกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้มีอำนาจสั่ง คือ มีการถ่วงรอกความถูกต้องอีกชั้นหนึ่งก่อน เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่คุ้มครองและให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริโภคโดยตรง ทั้งเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดและรับรู้ความทุกข์ร้อนของผู้บริโภคเสมอ ดังนั้น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจึงเป็นหน่วยงานที่มีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับผู้บริโภคมากที่สุด จึงเป็นหน่วยงานของรัฐที่ช่วยถ่วงรอกความถูกต้องอีกชั้นหนึ่งก่อนการพิจารณาของศาลได้ และจากสภาพสังคมของไทยที่ประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้เกี่ยวกับสิทธิของตน จึงเป็นการยากที่ผู้บริโภคจะยกมาตรฐานการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 30 ให้ศาลขึ้นวินิจฉัย เพราะเป็นการยากที่ผู้บริโภคจะทราบถึงข้อเท็จจริงว่ามีคดีฟ้องคดีนี้เป็นข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันกับคดีก่อนที่มีคำพิพากษาไปแล้ว ได้ จึงสมควรให้มีหน่วยงานของรัฐที่ช่วยดูแลอีกชั้นหนึ่งก่อน ทั้งการที่จะให้ศาลรู้ว่ามีการฟ้องคดีโดยใช้สัญญาอย่างเดียวกันกับคดีก่อนในทางปฏิบัติก็เป็นไปได้ยาก ถ้าหากไม่ฟ้องคดีใดๆ กันมา ซึ่งจะสร้างภาระแก่ศาลมากและทำให้สิทธิในการได้รับการเยียวยาของผู้บริโภคน้อยลง

และอำนาจการยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งเยียวยาผู้บริโภคที่มีได้เป็นคู่ความในคดีของ ACCC นั้นยังช่วยแก้ไขข้อเสียของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ที่เป็นการเยียวยาผู้เสียหายที่มีผู้เสียหายจะฟ้องคดีเป็นจำนวนมากในประเด็นปัญหาเดียวกัน เพื่อให้มีคำพิพากษาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยมี “ผู้แทนกลุ่ม” เป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาล โดยผู้แทนกลุ่มนี้จะต้องสามารถปกป้องผลประโยชน์ของสมาชิกทุกคนของกลุ่มที่มีผลประโยชน์ร่วมกันในประเด็นแห่งคดีได้อย่างเป็นธรรมและเพียงพอได้ โดยสามารถแก้ไขปัญหากับผู้แทนกลุ่มได้ เพราะการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาลจะช่วยแก้ไขปัญหาคำร้องขอความเข้าใจข้อเท็จจริงและความซื่อสัตย์ของผู้แทนกลุ่มนี้ได้ และยังแก้ไขปัญหาคำร้องขอการฟ้องเพื่อทำลายข้อเสียของผู้ประกอบธุรกิจได้ด้วย โดยการยื่นคำร้องนี้จะต้องผ่านการถ่วงรอกของหน่วยงานของรัฐชั้นหนึ่งก่อน ทั้งยังแก้ไขปัญหาคำร้องขอความซับซ้อนของข้อเท็จจริงในคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ซึ่งอาจมีขั้นตอนพิเศษต่างจากคดีทั่วไปที่ศาลจะต้องมีความชำนาญ ฉะนั้น หากมีหน่วยงานของรัฐมาทำหน้าที่ถ่วงรอกข้อเท็จจริงชั้นหนึ่งก่อนแล้วก็จะช่วยแก้ไขปัญหาลดภาระของศาลได้

ดังนั้น จึงควรบัญญัติให้ “สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อได้รับการเยียวยาความเสียหาย โดยที่ผู้บริโภคไม่ต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาล” กล่าวคือ ให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจในการยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งเยียวยาผู้บริโภคอื่นที่มีใช้คู่ความในคดี โดยไม่ต้องมีการฟ้องคดี เพื่อช่วยอำนวยความสะดวกให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาเพิ่มมากขึ้น ซึ่งแม้ไม่มีการฟ้องร้องคดี ผู้บริโภคก็สามารถได้รับการเยียวยาจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ก่อความเสียหายได้ เพราะสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดและมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคมากที่สุด ทั้งผู้ที่มีหน้าที่ริเริ่มบังคับใช้กฎหมายนั้นคือ ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้บริหารกฎหมาย จึงควรให้ฝ่ายปกครองโดยหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจร้องขอต่อศาล

และหากมีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรจะปรับปรุงการทำงานของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย เนื่องจากข้อจำกัดในการทำงานในทางปฏิบัติของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในปัจจุบันมีแต่ข้าราชการที่มีงานประจำอยู่แล้ว ซึ่งในต่างจังหวัดเจ้าหน้าที่ที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริโภค ได้แก่ ผู้ว่า นายอำเภอ ส่วนในกรุงเทพมหานคร ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิโดยรัฐมนตรีแต่งตั้ง เป็นต้น โดยการปฏิบัติงานดังกล่าว ก็จะส่งผลกระทบต่อการทำงานในทางปฏิบัติโดยตรง ทั้งทำให้เกิดความล่าช้าและด้อยประสิทธิภาพแก่การให้ความคุ้มครอง

5.4 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของโลกนั้นต่างเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งได้กำหนดกฎหมายกลาง (EU Directive) ที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคขึ้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกเลือกรับเอาไปอนุวัติตาม และเพื่อให้ง่ายต่อการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งนี้กลุ่มประเทศสมาชิกอาจให้ความคุ้มครองที่มากกว่าสัญญาผู้บริโภคได้ เช่น ประเทศอังกฤษเลือกที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทั้งผู้บริโภคและสัญญาอื่นๆ ประเทศเยอรมันเลือกที่จะให้ความคุ้มครองในสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งรวมไปถึงสัญญาผู้บริโภคที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปด้วย ประเทศฝรั่งเศสเลือกที่จะให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะผู้บริโภค เป็นต้น ทำให้ภูมิภาคอื่นๆ ต่างก็ให้ความสนใจกฎหมายฉบับนี้ (EU Directive) และได้นำไปเป็นแบบอย่าง (Model Law) ในการบัญญัติกฎหมายของประเทศตน รวมทั้งประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลดังกล่าวด้วย โดยประเทศไทยได้เลือกที่จะให้ความคุ้มครองแก่สัญญาสำเร็จรูป สัญญาผู้บริโภค และสัญญาอื่นๆ โดยนำกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส มาเป็นต้นแบบ จึงเกิดมาตรการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งก็ได้แก่

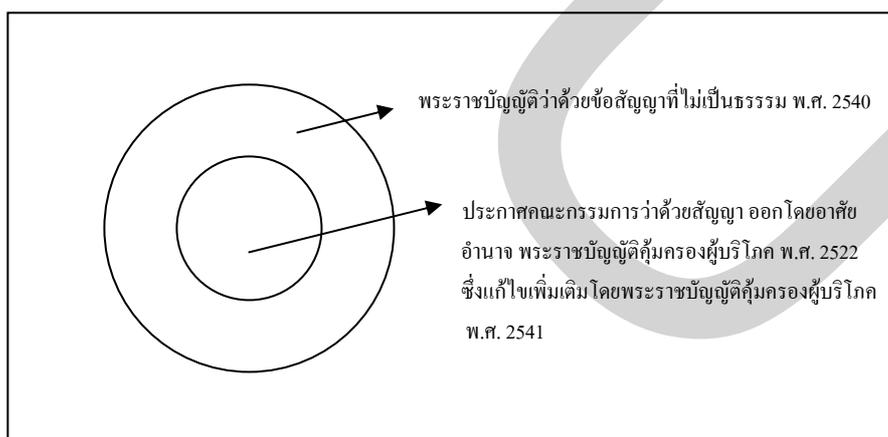
พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

กฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญของไทย ซึ่งมีที่มาและแนวคิดในการให้ความคุ้มครองพร้อมๆ กัน โดยแต่เดิมในชั้น “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.” มีแนวคิดการให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสัญญาผู้บริโภคและสัญญาอื่นๆ โดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. อยู่ใน “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.” ในหมวดการคุ้มครองผู้บริโภคด้านนิติกรรมสัญญา ดังกล่าว แต่ขณะนั้นผู้ร่างเห็นว่าอาจเป็นการให้ความคุ้มครองที่กว้างเกินไปอาจกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชน จึงตัดความคุ้มครองในส่วน of พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกไป แต่ในที่สุดก็มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ออกมาก่อนด้วยแรงผลักดันของกระทรวงยุติธรรม แล้วก็มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ออกตามมา⁵⁵

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของกฎหมายทั้งสองฉบับ มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่ใกล้เคียงกันอยู่ ดังรูปข้างล่างนี้

ขอบเขตการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ภาพที่ 5.1



⁵⁵ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 434.

แต่การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยในปัจจุบัน มีความคุ้มครองแยกออกเป็นสองมาตรการทางกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นมาตรการเชิงแก้ไขเยียวยาที่ให้ความคุ้มครองเมื่อมีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แล้วนำคดีมาฟ้องต่อศาลแล้วเท่านั้น และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกันที่ให้ความคุ้มครองตั้งแต่เริ่มเขียนสัญญา และเมื่อระบบการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแบ่งเป็นสองมาตรการ ซึ่งมีระบบการให้ความคุ้มครองที่แยกกันทำงานอย่างสิ้นเชิง โดยระบบการให้ความคุ้มครองยังไม่สอดคล้องกัน จนทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ และปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) ปัญหาการรับฟังกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดีผู้บริโภคของศาล ตามหัวข้อที่ 5.3.1 ซึ่งหากมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศาลมีอำนาจที่ยกข้อสัญญาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) แต่หากเป็นกรณีที่ข้อสัญญาฝ่าฝืนต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 แล้วกลับมีปัญหว่า ศาลจะยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกันขึ้นพิจารณาได้หรือไม่ เหตุเพราะประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวง ซึ่งตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานถือว่าปัญหาเกี่ยวกับความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องยกขึ้นเป็นประเด็นข้อพิพาทให้ศาลพิจารณาและจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นด้วย ทั้งๆ ที่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเป็นกฎหมายที่ทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม โดยประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีลักษณะคล้ายกับข้อสัญญามาตรฐานที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องใช้ข้อสัญญาที่กำหนด และจะต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่ต้องห้าม ซึ่งน่าจะต้องให้ศาลยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นวินิจฉัยให้เสมอ เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

2) ปัญหาความชัดเจนและความทันสมัยของกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคกับความเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน ตามหัวข้อที่ 5.2.1 เนื่องจากความคุ้มครองตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกันนั้น มีความคุ้มครองเพียง 8 ประเภทสัญญาเท่านั้น แต่มิได้ครอบคลุมคุ้มครองสัญญาผู้บริโภคทุกประเภท สัญญา ซึ่งต่างกับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่ให้ความคุ้มครองแก่สัญญาผู้บริโภคทุกประเภทสัญญา ทำให้ผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจากประเภทสัญญาหรือข้อสัญญาอื่นที่มีได้บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาต้องมีทางเลือกเดียวคือ ต้องไปยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอความเป็นธรรมตามมาตรการเชิงแก้ไข เพราะสามารถให้ความคุ้มครองในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคได้ทุกประเภทสัญญา ซึ่งการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันนี้จึงเป็นข้อจำกัดที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างทั่วถึง

3) ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรการลงโทษในกรณีที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยผู้ซึ่งฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้รับโทษต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นการใช้ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งยังมีได้มีการฟ้องคดี จะมีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องใช้ข้อสัญญาที่ประกาศคณะกรรมการกำหนดให้ใช้หรือต้องไม่ใช้ข้อสัญญาที่ประกาศคณะกรรมการห้ามไม่ให้ใช้ และผู้ฝ่าฝืนต้องรับโทษทางอาญา ได้แก่ โทษปรับ และโทษจำคุก ซึ่งแตกต่างจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในกรณีที่มีการฟ้องคดีแล้ว ที่จะมิผลให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่อาจใช้บังคับต่อไปได้ทั้งหมด หรือยังคงเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์อยู่เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี โดยเป็นดุลพินิจของศาลในการปรับลดและบังคับใช้ข้อสัญญาให้เป็นธรรม จึงอาจเกิดปัญหาความไม่แน่นอน ความไม่ชัดเจน ในการบังคับใช้ข้อสัญญาของศาลได้ ทั้งไม่มีมาตรการลงโทษทางอาญาที่จะลงโทษผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแต่อย่างใด แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคก็ตาม ทำให้ผู้ประกอบการที่ถูกดำเนินคดีในชั้นศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่เกิดความเกรงกลัวต่อมาตรการเชิงแก้ไขนี้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการจะได้จากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วก็นับว่าคุ้มค่า เนื่องจากการชำระหนี้ที่เกิดจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ผู้บริโภคไม่สามารถเรียกคืนได้ เพราะกฎหมายให้ถือว่าเป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้เป็นคู่สัญญาได้กระทำการชำระหนี้ตามอำเภอใจโดยปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมาย โดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ ผู้บริโภคจึงไม่มีสิทธิจะเรียกคืนทรัพย์สินนั้น ตามกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 ทั้งผู้

ประกอบธุรกิจก็มีได้รับโทษทางอาญาในผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่อย่างไร ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจึงยังคงใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อไป

4) ปัญหาต้นทุนการประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเกิดจากความซับซ้อนของกฎหมายที่เกินความจำเป็น โดยก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎหมาย (Compliance Cost) ของฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจ และยังก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายกับฝ่ายผู้บริโภคด้วย เช่น ค่าทนายความ เป็นต้น

5) ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย เนื่องจากมาตรการให้ความคุ้มครองของไทยมีการแบ่งแยกมาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกเป็นสองมาตรการ (สองฉบับ) ซึ่งได้ก่อให้เกิดความสับสน และซับซ้อนในการใช้บังคับกฎหมายแก่ประชาชนทั่วไป กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคนั้น ต้องเริ่มต้นด้วยการพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามบทบัญญัติของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่ก่อน แล้วจึงมาพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นขัดหรือเป็นไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่ตามลำดับ ด้วยเหตุลำดับการพิจารณานี้ จึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับใช้ของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งแม้แต่นักกฎหมายก็มีความเข้าใจในระบบการทำงานและลำดับการพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจำนวนน้อย โดยเป็นความซับซ้อนของกฎหมายที่เกินความจำเป็น

ปัญหาความซับซ้อนของกฎหมายเกินจำเป็นจึงเป็นปัญหาที่มีความสำคัญ แม้ทั้งในประเทศฝรั่งเศสก็เห็นถึงปัญหาความซับซ้อนของกฎหมายเกินจำเป็นนี้ โดยกฎหมายที่ดีจะต้องเป็นกฎหมายที่เหมาะสม มีการปรึกษาหารือและฟังความคิดเห็น มีการทดลองใช้กฎหมาย มีการศึกษาผลกระทบการใช้กฎหมาย และที่สำคัญกฎหมายจะต้องชัดเจนและเข้าใจง่ายไม่ซับซ้อนเกินความจำเป็น เช่น กรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่มีเนื้อหาซับซ้อนเกินความจำเป็นนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวได้เน้นย้ำว่า ความเสมอภาคในทางกฎหมาย (การเข้าถึงกฎหมาย) และการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเรื่องหนึ่งจะบังเกิดผลอย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อประชาชนรู้ว่าในเรื่องนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมาย

ฉบับใดใช้บังคับอยู่ และบทบัญญัติของกฎหมายนั้นจะต้องไม่ซับซ้อนจนพ้นวิสัยจะเข้าใจได้ ทั้งกฎหมายต้องเข้าถึงได้ง่าย เพื่อคุณภาพในการบังคับใช้กฎหมาย⁵⁶

ฉะนั้น เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาคความบกพร่องของระบบการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันของไทยที่ยังไม่สามารถเชื่อมโยงกฎหมายได้อย่างเป็นระบบ และปัญหาการให้ความคุ้มครองก็ยังคงมีความซับซ้อนของกฎหมายโดยไม่จำเป็น จึงเกิดแนวคิดในการพัฒนากฎหมายที่จะช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายกระทำได้อย่างง่าย และลดความซับซ้อนของกฎหมายที่เกินความจำเป็น ด้วยการหาแนวทางซึ่งจะทำให้มาตรการเชิงป้องกันและมาตรการเชิงแก้ไขเยียวยาสามารถทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองที่เชื่อมโยงกันได้ และมีการปฏิบัติหน้าที่ให้ความคุ้มครองเป็นไปในทิศทางเดียวกันและสามารถทำงานควบคู่กันไปได้โดยมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมายด้วยการรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญของไทย ซึ่งได้แก่ การรวมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เข้าไว้ด้วยกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายดังนี้

1) เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับประเภทสัญญาผู้บริโภคที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ด้วย ซึ่งเมื่อรวมกฎหมายทั้งสองฉบับเข้าด้วยกันแล้ว จะทำให้สัญญาผู้บริโภคทุกประเภทสัญญาได้รับความคุ้มครอง

2) เพื่อแก้ไขปัญหาคารับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในชั้นพิจารณาคดีผู้บริโภคของศาล ซึ่งหากมีการรวมกฎหมายทั้งสองฉบับเข้าด้วยกันแล้ว ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาย่อมมีฐานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ มิใช่กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงอีกต่อไป ซึ่งจะมีผลให้ปัญหาความมืออยู่ของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยที่คู่ความไม่ต้องยกปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นเป็นประเด็นข้อพิพาทก่อน ศาลก็มีอำนาจยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นวินิจฉัยเองได้ ซึ่งจะช่วยแก้ไขปัญหาคความไม่เป็นธรรมในสังคมที่ประชาชนยังไม่มีความรู้ความเข้าใจในสิทธิของตนที่เป็นผู้บริโภคมากนัก

⁵⁶ Mme Célia Vérot. (2549, พฤศจิกายน). คุณภาพของกฎหมาย: สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขในฝรั่งเศส. สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2554, from <http://library.uru.ac.th/webdb/images/krisdika.go.th-23.pdf>

3) เพื่อให้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสามารถป้องปรามผู้กระทำผิดที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ซึ่งเมื่อรวมกฎหมายทั้งสองฉบับเข้าด้วยกัน จะมีผลให้ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้รับโทษอันเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ที่ฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นการฝ่าฝืนไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะได้รับโทษทางอาญา ซึ่งได้แก่ โทษเปรียบเทียบปรับ และหรือจำคุก แต่ทั้งนี้ควรบัญญัติให้มาตรการลงโทษทางอาญามีผลใช้บังคับกับเฉพาะสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น เนื่องจากรัฐควรมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะคู่สัญญาที่เป็นผู้บริโภคซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และเพื่อไม่เป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนมากเกินไป ทั้งหากเป็นสัญญาธุรกิจทั่วไปย่อมมีการต่อรองผลประโยชน์ ทางได้เสีย และคู่สัญญาย่อมมีความรู้ความเข้าใจในข้อสัญญาดีอยู่แล้ว

4) เพื่อลดความซับซ้อนที่เกินจำเป็น ด้วยการกำหนดให้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีเพียงฉบับเดียว โดยการรวมกฎหมายจะส่งผลให้มาตรการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งจะเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายมากขึ้น และเกิดประโยชน์อีกมากมาย เช่น ช่วยลดความซับซ้อน (Complexity) ในระบบกฎหมาย ซึ่งจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน, ประชาชนทั่วไปหรือผู้ใช้กฎหมายโดยตรงสามารถใช้กฎหมายได้ง่ายและสามารถเข้าใจได้ง่ายขึ้น, ลดการฝ่าฝืนที่ไม่ได้ตั้งใจ, ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎหมาย (Compliance Cost) ทั้งของฝ่ายผู้ประกอบการและฝ่ายผู้บริโภค เช่น ค่าทนายความ และยังส่งผลให้ลดค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้กฎหมาย (Administrative Cost) ด้วย เป็นต้น ทั้งยังเป็นการพัฒนากฎหมายทำให้กฎหมายง่ายต่อการศึกษาและทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย

แนวคิดใน “การรวมกฎหมาย” เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพียงแห่งเดียว จึงเป็นแนวทางที่นานาชาติเริ่มให้ความสนใจและกำหนดใช้กันมากขึ้น ได้แก่ ประเทศที่กำลังพยายามรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น ในประเทศอังกฤษ ซึ่งปรากฏใน Unfair Contract Terms Bill 2005 (UCTB) โดยเป็นการรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพียงฉบับเดียว คือ Unfair Contract Term Act 1977 ที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะข้อสัญญาที่มีลักษณะของข้อจำกัดความรับผิดชอบและจำกัดความรับผิด และ Unfair Term in Consumer Contracts Regulation 1999 โดยมีการแก้ไข Unfair Term in Consumer Contracts (Amendment) Regulation 2001 ที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภคเท่านั้น โดยมีได้จำกัดลักษณะของข้อสัญญา และกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความคุ้มครองด้านสัญญาด้วย

และอิทธิพลของประเทศที่ได้รวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือ BGB (2002) ของประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นการรวมกฎหมายต่างๆ ไว้แห่งเดียวกัน รวมทั้งกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย โดยจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย, Consumer Code ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการรวมกฎหมายที่ประกาศไว้ต่างๆ ไว้ที่แห่งเดียวกัน โดยเป็นการรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันไว้ที่เดียวกันโดยจัดเป็นหมวดหมู่ (Law Compilation) ซึ่งสังเกตได้จากเลขมาตราขึ้นด้วย “L” คือ Loi (Legislative) ที่แปลว่ากฎหมาย เช่น L 132-2 ส่วน “R” คือ Regulatory ที่เป็นกฎหมายลำดับรอง เช่น R 132-1 โดยได้รวบรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ในฉบับเดียวกันนี้, Competition and Consumer Act ของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเดิมใช้ Case Law ในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ปัจจุบันก็มีการรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่างๆ ที่ดีที่สุดจากทุกมลรัฐของออสเตรเลียไว้เป็นฉบับเดียว เพื่อใช้เป็นกฎหมายหลักในระดับสหพันธรัฐที่ทุกมลรัฐจะต้องใช้บังคับเป็นเอกภาพ

เหตุผลของแนวคิดใน “การรวมกฎหมาย” ที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพียงแห่งเดียวของนานาชาติ คือ กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในปัจจุบันมีหลายฉบับทำให้บทบัญญัติกฎหมายที่มีความคล้ายคลึงกัน ทับซ้อนกัน ในบางบทบัญญัติ มีการใช้ภาษาและแนวคิดที่ต่างกัน แต่มีผลทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน โดยกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ประจำวันของประชาชนได้ถูกสร้างขึ้นให้มีความยากและซับซ้อนโดยไม่จำเป็น ซึ่งแม้แต่นักกฎหมายซึ่งมีความเชี่ยวชาญยังปฏิบัติตามได้ยาก การบังคับใช้กฎหมายหลายฉบับร่วมกันจึงนำมาซึ่งความสับสนที่แพร่หลายเป็นวงกว้างแก่ผู้บริโภคภาคธุรกิจ และบรรดาที่ปรึกษาทั้งหลาย⁵⁷ กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในทุกๆ ส่วนนั้นมีประสิทธิภาพ แต่อาจปรับปรุงให้ดีกว่านี้ได้ โดยกฎหมายแต่ละฉบับมีความต่างกันและทับซ้อนกัน ซึ่งสิ่งเหล่านี้ก่อให้เกิดต้นทุนแก่ผู้ประกอบการ และผู้บริโภคในการปฏิบัติตามกฎหมายเกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งจะต้องจัดระบบกับกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ใหม่ โดยจะต้องลดความยุ่งยาก ความสับสน และความซับซ้อนของกฎหมายนี้ เพื่อให้การคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยการเสนอกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมีฉบับเดียว ซึ่งจะช่วยเปลี่ยนแปลงทำให้ชีวิตของประชาชนโดยเฉพาะผู้บริโภคง่ายขึ้นกว่าเดิม ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

⁵⁷ Law Commission. (n.d.). Unfair Terms in Contracts: Summary. Retrieved May 16, 2011, from

มากขึ้นกว่าเดิม โดยกฎหมายฉบับเดียวที่บังคับใช้นี้เป็นวิธีการที่ดีที่สุดที่จะส่งผลดีต่อผู้บริโภค ผู้ประกอบการ และประชาชนทั่วไป มากกว่าที่จะพึ่งพาให้รัฐบาลเปลี่ยนแปลงกฎหมาย⁵⁸

เพื่อให้เห็นถึงประโยชน์ ข้อดี และข้อเสียของแนวคิดในการรวบรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพียงฉบับเดียว ผู้เขียนจึงขอแสดงตารางเปรียบเทียบข้างล่างนี้

ตารางข้อดี-ข้อเสีย ของแนวความคิดที่จะให้มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียว

ตารางที่ 5.5

ข้อดี	ข้อเสีย
1. ช่วยลดความซับซ้อน(Complexity)ในระบบกฎหมาย ทำให้กฎหมายมีความชัดเจน	1. กระทำได้ยาก เพราะกฎหมายทั้ง 2 ฉบับแม้จะมีเป้าหมายเดียวกัน แต่ก็มีวิธีการบังคับใช้ที่ต่างกัน (เดิมก็มีความคิดที่จะให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน แต่ติดที่ปัญหาบางประการ)
2. ลดการฝ่าฝืนที่ไม่ได้ตั้งใจ	2. -
3. ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎหมาย (Compliance Cost) ทั้งฝ่ายผู้ประกอบการ และฝ่ายผู้บริโภค เช่น ค่าทนายความ และยังส่งผลให้ลดค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้กฎหมาย (Administrative Cost) ด้วย	3. -
4. ประชาชนทั่วไป/ผู้ใช้กฎหมายโดยตรงสามารถใช้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาได้ง่ายและสามารถเข้าใจได้ง่ายขึ้น	4. -

⁵⁸ Emerson Craig. (2009). Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009. Retrieved September 9, 2010, from

<http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22chamber%2Fhansard%2F2009-06-24%2F0078%22>

ตารางที่ 5.5 (ต่อ)

ข้อดี	ข้อเสีย
5. เมื่อกฎหมายมีความชัดเจน การบังคับใช้กฎหมายก็จะมีประสิทธิภาพ	5. -
6. ทำให้มีการใช้มาตรการทางปกครอง (Administrative Measures) กับทุกสัญญาที่รัฐต้องการจะควบคุม	6. -
7. ตัวอย่างของกฎหมายต่างประเทศที่มีการรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นฉบับเดียวแล้ว Model Law ได้แก่ BGB (2002) ของ German, Consumer Code ของ France, Competition and Consumer Act 2010 (ใน ส่วน Schedule 2 The Australian Consumer Law) ของ Australia	7. -
ประเทศที่มีความพยายามที่จะรวมให้เป็นฉบับเดียวกัน Model Law ได้แก่ UCTB (2005) ของ United Kingdom	

สำหรับความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยในปัจจุบัน ซึ่งมีลักษณะที่ให้ความคุ้มครองที่ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ มีความคุ้มครองในมาตรการเชิงป้องกันซึ่งได้แก่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค (Consumer Contract) และความคุ้มครองในมาตรการเชิงแก้ไขซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่ให้ความคุ้มครองแก่สัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract) สัญญาธุรกิจ (Business Contract) สัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) สัญญาขายฝาก สัญญาที่มีมัดจำ ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ ข้อตกลงประกาศหรือคำแจ้งความที่ให้ไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับ

หลักการของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ต่างมีหลักการเดียวกัน คือ เพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค ทั้งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยที่รัฐต้องบัญญัติให้ความคุ้มครองอย่างเข้มงวดอย่างยิ่งด้วย และเมื่อศึกษาถึงความเป็นมาของแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยแล้ว กฎหมายทั้งสองฉบับก็มีความเป็นมาจากกฎหมายฉบับเดียวกัน คือ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ...” ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป (EU Directive) ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน เป็นต้น โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้รับอิทธิพลจาก Unfair Contract Term Act 1977 ของประเทศอังกฤษ The Standard Contract Act 1977 ของประเทศเยอรมัน และกฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 ของประเทศฝรั่งเศส โดยจะมีความคล้ายคลึงกับ Unfair Contract Term Act 1977 มากที่สุด⁵⁹ ส่วนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คาดว่าได้รับอิทธิพลจาก กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 ของประเทศฝรั่งเศสที่เป็นกฎหมายลำดับรอง

อนึ่ง มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยมีที่มาจาก ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ซึ่งเกิดจากแรงผลักดันของศาลยุติธรรม โดยผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ต่อมามีการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ซึ่งเกิดจากแรงผลักดันของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มาในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยชี้แจงว่าเป็นมาตรการเชิงป้องกันที่ไม่ได้ขัดแย้งกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ซึ่งเป็นมาตรการเชิงแก้ไข ขอให้มีการตรากฎหมายออกใช้บังคับ แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีว่า กฎหมายทั้งสองฉบับมีหลักการที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทำนองเดียวกัน ยังไม่ควรผลักดันให้ออกกฎหมายในขณะนี้ และขอให้ชะลอ

⁵⁹ Daraporn Thirawat. (2541, มิถุนายน). “The Fundamentals of the 1997 Thai Unfair Contract Terms Act.” วารสารนิติศาสตร์, 28, 2. หน้า 277-278.

การนำร่างกฎหมายทั้งสองฉบับเข้าพิจารณาในสภาผู้แทนราษฎรก่อน เพื่อให้มีการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมายดังกล่าวอย่างรอบคอบก่อน⁶⁰ และคณะกรรมการกฤษฎีกายังได้ให้ความเห็นว่า การจะมองว่าการดำเนินการของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคกับศาลเป็นคนละขั้นตอนก็ไม่ได้ เพราะการมองกฎหมายจะต้องมองเป็นระบบที่ต้องมีความสอดคล้องกันทั้งหมด ต้องมีการพิจารณากฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกันทั้งหมด⁶¹ ทั้งในชั้นยกร่างของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. ก็ได้กำหนดกฎหมายให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาให้เป็นไปตามแนวทางการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ด้วย⁶² จึงปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับไม่มีความเกี่ยวข้องกันและมีหลักการให้ความคุ้มครองทำนองเดียวกัน ทั้งการกำหนดให้มีหลักการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในคดีผู้บริโภคสองฉบับ อาจก่อให้เกิดความสับสนและเกิดปัญหาในการประกอบธุรกิจได้ แต่ในที่สุดด้วยเหตุผลของการเร่งผลักดันกฎหมายให้ออกมาบังคับใช้โดยเร็ว เพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน เพราะหากต้องรอให้มีการพิจารณาร่างกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยรวมไว้ในกฎหมายฉบับเดียว คือ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.” อาจต้องใช้ระยะเวลาอันนานและอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ ด้วยเหตุดังกล่าว จึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาก่อน และในปีต่อมาก็ได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเฉพาะในสัญญาผู้บริโภคตามมา โดยรัฐกระทำได้เพียงบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองฉบับให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและไม่ขัดกันเท่านั้น

การออกบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีที่มาจากต่างกันนั้น เป็นเพราะลำดับศักดิ์หรือฐานะทางกฎหมายของกฎหมายทั้งสองฉบับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีฐานะเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กฎหมายจะต้องผ่านการกลั่นกรองจากรัฐสภา ส่วนประกาศคณะกรรมการว่าด้วย

⁶⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2540). “บันทึกเรื่องพิจารณาเสร็จ: เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่) พ.ศ.” สรุปข้อเท็จจริงและความเห็น.

⁶¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2540). “ระเบียบวาระการประชุมร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่) พ.ศ.” วันอังคารที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2540.

⁶² แหล่งเดิม.

สัญญาในฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่เป็นฝ่ายบริหารโดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองจากรัฐสภา เพื่อประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองให้ทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน มีความยืดหยุ่น และไม่ต้องผ่านรัฐสภาซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการออกกฎหมายหนึ่งฉบับเท่านั้น

วิธีการคุ้มครองของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคโดยอัตโนมัติ โดยเป็นกฎหมายที่ห้ามใช้ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ ซึ่งคล้ายๆ กับ Black-List หรือให้ใช้ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ ส่วนวิธีการคุ้มครองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้ศาลวินิจฉัยข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมแก่สัญญาผู้บริโภค และสัญญาอื่นๆ ซึ่งคล้ายๆ กับ Gray-List และมีข้อสัญญาที่ต้องห้ามซึ่งจะมีผลให้ข้อสัญญาเป็นโมฆะนั้นก็คือ Black-List ดังนั้น หากนำกฎหมายทั้งสองฉบับมารวมเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียว ย่อมทำให้ง่ายแก่การบังคับใช้กฎหมาย โดยทำให้ลำดับการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่ในกฎหมายเดียวกัน โดยเฉพาะลำดับการพิจารณาในสัญญาผู้บริโภค ซึ่งคล้ายกับความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศเยอรมัน ใน German Civil Code หรือ BGB ที่มีลำดับการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ได้แก่ ข้อสัญญาที่ห้ามใช้เด็ดขาด (Black-List) มาตรา 309 และข้อสัญญาที่ห้ามใช้ไม่เด็ดขาดหรือข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม (Gray-List) มาตรา 308

หน่วยงานที่ให้ความคุ้มครองหรือผู้มีอำนาจดูแล ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่มีหน่วยงานที่ให้ความคุ้มครอง แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ศาลจะเป็นหน่วยงานที่วินิจฉัยให้ความเป็นธรรม โดยเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับเป็นด่านสุดท้ายทั้งสิ้น

เมื่อกฎหมายทั้งสองฉบับมีแนวคิด ที่มา และหลักการอย่างเดียวกัน พอที่จะรวมเข้าด้วยกันได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า วิธีการปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยด้วยการรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญทั้งสองฉบับเข้าด้วยกันจะสามารถสร้างประโยชน์แก่ผู้ใช้กฎหมายได้อย่างยิ่ง โดยการรวมกฎหมายไว้เพียงฉบับเดียวจะช่วยสร้างประโยชน์และแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ได้แก่ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาความซับซ้อนของกฎหมายที่เกินจำเป็น และปัญหาการเข้าถึงกฎหมาย ซึ่งเป็นปัญหาการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนทั่วไปที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ด้อย

ความสามารถเช่น ผู้บริโภค ซึ่งเป็นประชาชนโดยส่วนใหญ่ที่ยังไม่สามารถเข้าใจกฎหมายที่ซับซ้อนเกินจำเป็น ฉะนั้น การบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพียงฉบับเดียว ย่อมทำให้กฎหมายมีความชัดเจนและเกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นความสำคัญในการรวมกฎหมายอย่างยิ่ง

วิธีการปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยจึงกระทำด้วยการรวมกฎหมาย ซึ่งอาจเริ่มต้นด้วยการจัดหมวดหมู่ใหม่ (Law Compilation) โดยการรวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันที่กระจัดกระจายอยู่ให้รวมอยู่ไว้ในที่เดียวกัน ด้วยการจัดทำเป็นหมวดหมู่ใหม่ โดยมีได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาเดิม โดยผู้เขียนเสนอให้มีชื่อร่างกฎหมายว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.” ซึ่งประกอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

ต้นแบบของการรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยที่ผู้เขียนได้นำมาเป็นต้นแบบ (Model Law) คือ Unfair Contract Terms Bill 2005 (UCTB)⁶³ ของประเทศอังกฤษ โดย UCTB นี้ The Scottish Law Commission ได้เริ่มจัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2005 และรัฐบาลได้รับหลักการเมื่อปี 2006 และได้ศึกษาผลกระทบในการรวมกฎหมายฉบับนี้มาจนถึงปี 2011 แต่ก็ยังคงรอบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรป (The draft EU Consumer Rights Directive) เพื่อนำมารวมไว้ในกฎหมายฉบับนี้ และคาดว่าจะสำเร็จในปลายปี 2011⁶⁴

เมื่อเปรียบเทียบความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษกับประเทศไทย จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีความใกล้เคียงกับ Unfair Contract Term Act 1977 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ โดยไม่จำกัดประเภทสัญญา แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะบัญญัติให้ความคุ้มครองเฉพาะบางประเภทสัญญาเท่านั้น แต่ก็ครอบคลุมสัญญาเกือบทั้งหมด และกฎหมายไทยยังบัญญัติให้ความคุ้มครองกว้างกว่า โดยมีได้จำกัดเฉพาะข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการยกเว้น

⁶³ The Law Commission and The Scottish Law Commission. (2005). Unfair Contract Terms Bill 2005.

Retrieved May 16, 2011, from

http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf

⁶⁴ Law Commission. (n.d.). Unfair Terms in Contracts. Retrieved May 16, 2011, from

<http://www.justice.gov.uk/lawcommission/areas/unfair-terms-in-contracts.htm>

หรือจำกัดความรับผิด และผลของการฝ่าฝืนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็จะมีผลให้ข้อสัญญานั้น “เป็นโมฆะ” ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ส่วนข้อสัญญาอื่นยังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลบังคับใช้สัญญาได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งมีผลเช่นเดียวกับ Unfair Contract Term Act 1977 ซึ่งมีผลให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ส่วนการฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาที่ห้ามใช้ไม่เด็ดขาด (Non-Exhaustive) ก็จะทำให้ข้อสัญญามีผลบังคับได้เพียงที่ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็มีที่มาจาก Unfair Contract Term Act 1977 ด้วย แต่ประเทศไทยได้บัญญัติให้มีความคุ้มครองมากขึ้น มิใช่ให้ความคุ้มครองเฉพาะข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเท่านั้น

ส่วนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ก็มีความใกล้เคียงกับ Unfair Term in Consumer Contracts Regulation 1999 ซึ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น (Consumer Contract) โดยมีได้จำกัดลักษณะของข้อสัญญา ส่วนความคุ้มครองตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ก็ให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น เช่นกัน โดยผลของการฝ่าฝืนบทบัญญัติประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญานั้น ก็จะมีผลให้ข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ใช้ข้อสัญญาใดแล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ ให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น เช่นเดียวกันกับผลของการฝ่าฝืน Unfair Term in Consumer Contracts Regulation 1999 ที่มีผลให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลผูกพัน กล่าวคือ ไม่มีผลใช้บังคับถือเสมือนไม่มีการตกลงในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น

นอกจากนี้ประเทศไทยและประเทศอังกฤษต่างก็มีมาตรการที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสองมาตรการเช่นกัน คือ มาตรการเชิงป้องกันและมาตรการเชิงแก้ไข โดยประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่ให้ความคุ้มครองก่อนที่จะมีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกัน และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่เป็นการให้คุ้มครองเมื่อมีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วนำมาฟ้องเป็นคดี ซึ่งเป็นมาตรการเชิงแก้ไข ส่วนความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษ มีมาตรการเชิงแก้ไข ใน The Unfair Contract Term Act 1977 โดยข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมจะต้องผ่านกระบวนการทดสอบความเป็นธรรมโดยศาล และมีมาตรการเชิงป้องกัน ใน The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 หากสำนักงานการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading หรือ OFT) เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็มีอำนาจยื่น

คำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครอง (Injunction) เพื่อป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นอำนาจในเชิงป้องกันได้⁶⁵

หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองในมาตรการเชิงป้องกันของทั้งสองประเทศก็เป็นหน้าที่ที่คล้ายกัน โดยความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเชิงป้องกันของประเทศไทยนั้น มีสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการตรวจสอบข้อสัญญาว่าชอบด้วยประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาหรือไม่ เพื่อป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นอำนาจในเชิงป้องกัน ส่วนความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเชิงป้องกันของประเทศไทยนั้น มีสำนักงานการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading หรือ OFT) ที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจยื่นคำร้องขอต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครอง (Injunction) หากเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นอำนาจในเชิงป้องกัน

ผู้เขียนจึงขอแสดงตารางเปรียบเทียบระหว่างมาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยและประเทศอังกฤษไว้ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบมาตรการการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ

ตารางที่ 5.6

	Unfair Contract Terms		Unfair Terms in Consumer Contracts	
	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย
กฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง	Unfair Contract Term Act 1977 (UCTA)	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	Unfair Term in Consumer Contracts Regulation 1999 (UTCCR)	ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติ -

⁶⁵ Law Commission. (n.d.). Unfair Terms in Contracts: Summary. Retrieved May 16, 2011, from

ตารางที่ 5.6 (ต่อ)

	Unfair Contract Terms		Unfair Terms in Consumer Contracts	
	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย
				คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
มาตรการทางกฎหมาย	ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเท่านั้น ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยไม่จำกัดประเภทสัญญา	ให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญญาบางประเภท ได้แก่ สัญญาผู้บริโภค, สัญญาสำเร็จรูป, สัญญาขายฝาก (ที่เป็นคดีผู้บริโภค), การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ, ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ, มัดจำ, ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด	คุ้มครองเฉพาะสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น	คุ้มครองเฉพาะสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันมีเพียง 8 ประเภทธุรกิจสัญญา

ตารางที่ 5.6 (ต่อ)

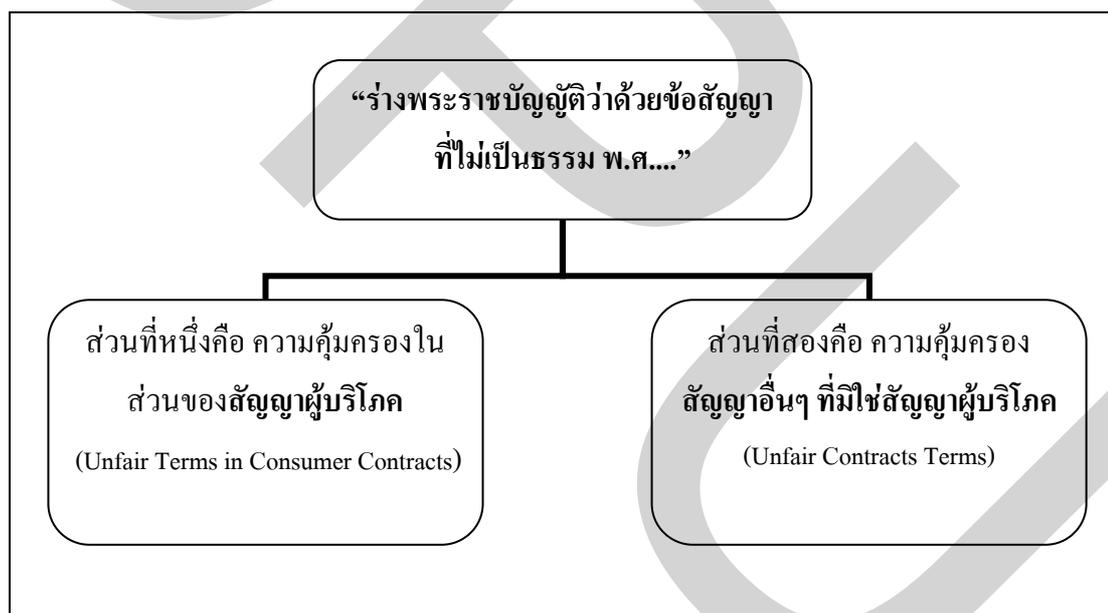
	Unfair Contract Terms		Unfair Terms in Consumer Contracts	
	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย
ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	ข้อสัญญาที่ห้ามใช้เด็ดขาด หากฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญา จะมีผลให้ “ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย” ส่วนข้อสัญญาที่ห้ามใช้ไม่เด็ดขาด หากฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญา จะมีผลให้ “บังคับได้เพียงเท่าที่ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล”	บทบัญญัติที่ห้ามใช้ หากฝ่าฝืนใช้ จะมีผลให้ข้อสัญญานั้น “เป็นโมฆะ” ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ส่วนข้อสัญญาอื่นยังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลจะปรับและ “บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี”	ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะ “ไม่มีผลผูกพัน” กล่าวคือ ไม่มีผลใช้บังคับ ถือเป็นเหมือนไม่มีการตกลงในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น	ข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องใช้ข้อสัญญาใด ถ้าสัญญานั้นมิได้ใช้ให้ถือว่า “สัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว” ข้อสัญญาที่กำหนดห้ามมิให้ใช้ข้อสัญญาใดถ้าสัญญานั้นใช้ ให้ถือว่า “ไม่มีข้อสัญญานั้น”
หน่วยงานของรัฐในมาตรการเชิงป้องกัน	-	-	สำนักงานการค้าที่เป็นธรรม หรือ Office of Fair Trading. (OFT)	สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.)

เมื่อกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย มีหลักการการให้ความคุ้มครอง มาตรการความคุ้มครอง และหน่วยงานที่ให้ความคุ้มครองคล้ายคลึงกัน ผู้เขียนจึงได้นำ Unfair Contract Terms Bill 2005 (UCTB) ของประเทศอังกฤษมาเป็นต้นแบบการปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ด้วยวิธีการ

ปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยนั้น อาจเริ่มต้นด้วยการรวมกฎหมาย โดยการจัดหมวดหมู่ใหม่ (Law Compilation) มิได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาเดิม โดยผู้เขียนเสนอให้มีชื่อร่างกฎหมายว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.” ซึ่งประกอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยกำหนดให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแบ่งออกเป็น 2 ส่วน (Part) คือ ส่วนที่หนึ่งคือ ความคุ้มครองในส่วนของสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) และส่วนที่สองคือ ความคุ้มครองสัญญาอื่นๆ ที่มีใช้สัญญาผู้บริโภค ดังรูปต่อไปนี้

ขอบเขตความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของ “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.”

ภาพที่ 5.2



โดย “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.” ที่ผู้เขียนเสนอนี้ เป็นการยกร่างขึ้นใหม่แทนที่กฎหมาย 2 ฉบับเดิม คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยมีแนวทางที่จะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน และง่ายต่อการปฏิบัติตามกฎหมายมากกว่าเดิม และเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยจะมีผลทำให้ประเภทสัญญาผู้บริโภคในมาตรการเชิงป้องกันมีความคุ้มครองอย่างกว้าง มีใช้แค่เพียง 8 ประเภทสัญญาที่

ประกาศใช้ในปัจจุบันเท่านั้น และมีผลทำให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีมาตรการลงโทษ ซึ่งได้แก่ โทษเปรียบเทียบปรับ และหรือจำคุก ทั้งยังมีผลให้ปัญหาความมีอยู่ของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ นอกจากนี้ยังช่วยลดความซับซ้อนของกฎหมายที่เกินจำเป็น ซึ่งเป็นการพัฒนากฎหมายทำให้กฎหมายง่ายต่อการศึกษาและง่ายต่อการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอเสนอและยกตัวอย่างของ กรอบเนื้อหาของ “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.” โดยนำเอาต้นแบบมาจาก Unfair Contract Terms Bill 2005 (UCTB)⁶⁶ ของประเทศอังกฤษมาร่างเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย โดยนำเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาปรับปรุงเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียว โดยมีตัวอย่างของกรอบเนื้อหาของ “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.” ดังตารางข้างล่างนี้

ตารางตัวอย่างกรอบเนื้อหาของ “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.”

ตารางที่ 5.7

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
บททั่วไป	บทนิยามกฎหมาย และ การตีความกฎหมาย (Interpretation) เช่น การตีความสัญญาสำเร็จรูป	มาตรา 3, 4 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

⁶⁶ The Law Commission and The Scottish Law Commission. (2005). Unfair Contract Terms Bill 2005.

Retrieved May 16, 2011, from

http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf

ตารางที่ 5.7 (ต่อ)

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
<p>หมวดที่ 1 (Part 1) สัญญาผู้บริโภค Consumer Contracts</p>	<p>ความคุ้มครองในส่วนของสัญญาผู้บริโภค ได้แก่</p> <p>1. ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ประกาศควบคุมสัญญาทั้ง 7 ฉบับ</p> <p>ผลของการใช้ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนี้ คือ กฎหมายกำหนดให้ต้องใช้ข้อสัญญาใด ถ้ามิได้ใช้ให้ถือว่าใช้ข้อสัญญาดังกล่าว, กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ใช้ข้อสัญญาใด ถ้าใช้ให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญานั้น</p> <p>2. ข้อตกลงในสัญญาผู้บริโภคที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร</p> <p>3. สิทธิและหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจ</p>	<p>ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาว่าด้วยเรื่องสัญญาควบคุมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541</p> <p>มาตรา 35 ตริ, 35 จัตวา, 35 ฉ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541</p> <p>มาตรา 4 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p> <p>มาตรา 35 สัตต, 35 อัฐ, 35 นว พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541</p>

ตารางที่ 5.7 (ต่อ)

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
	<p>4. คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาผู้บริโภค (ทำให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจตรวจสอบทุกประเภทสัญญา มิใช่เฉพาะตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเท่านั้น ตามข้อ 2. ข้างต้น) ซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกัน</p> <p>และยังคงให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเช่นเดิม (ซึ่งเป็นความคุ้มครองเฉพาะแก่สัญญาผู้บริโภค)</p>	<p>พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541</p> <p>มาตรา 35 ทวิ 35 เบญจ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541</p>
<p>หมวดที่ 2 (Part 2) ข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรมอื่นนอกจาก สัญญาผู้บริโภค Non-Consumer Contracts</p>	<p>ความคุ้มครองในส่วนข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอื่นนอกจากสัญญาผู้บริโภค ได้แก่</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. สัญญาสำเร็จรูปที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร 2. สัญญาขายฝากที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร 3. ข้อตกลงในสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ 	<p>มาตรา 4 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p> <p>มาตรา 4 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p> <p>มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p>

ตารางที่ 5.7 (ต่อ)

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
	<p>4. มัดจำ</p> <p>5. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ</p> <p>6. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในกรณีอื่นที่มีใช้ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น</p>	<p>มาตรา 7 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p> <p>มาตรา 6 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p> <p>มาตรา 8 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p>
หมวดที่ 3 (Part 3) ข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม หรือ บัญชีสีเทา (Gray-List)	<p>ข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม (Examples of unfair term) หรือ บัญชีสีเทา (Gray-List) โดยใช้บังคับกับทุกประเภทสัญญา ได้แก่</p> <p>1. ข้อตกลงที่มีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเกินสมควร</p>	<p>มาตรา 4 วรรคสาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p>
หมวดที่ 4 (Part 4) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือ บัญชีสีดำ (Black-List)	<p>ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเด็ดขาด หรือ บัญชีสีดำ (Black-List) โดยใช้บังคับกับทุกประเภทสัญญา ได้แก่</p> <p>1. ความตกลงหรือความยินยอมที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบ</p>	<p>มาตรา 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p>

ตารางที่ 5.7 (ต่อ)

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
	2. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น	มาตรา 8 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
หมวดที่ 5 (Part 5) การวินิจฉัยข้อสัญญาที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี	การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (เป็นการวินิจฉัยผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ)	มาตรา 10 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
หมวดที่ 6 (Part 6) หลักฐานการรับเงิน	เป็นความคุ้มครองเกี่ยวกับประเภทสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องออกหลักฐานการรับเงินให้แก่ผู้บริโภค	ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาว่าด้วยเรื่องหลักฐานการรับเงิน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541
หมวดที่ 7 (Part 7) (Choice of law)	ห้ามมิให้ผู้สัญญากำหนดยกเว้นบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน	มาตรา 11 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
หมวดที่ 8 (Part 8) มาตรการลงโทษในกรณีที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (Sanctions)	โทษเปรียบเทียบปรับและหรือจำคุก	มาตรา 57, 57 ทวิ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

ตารางที่ 5.7 (ต่อ)

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
หมวดที่ 9 (Part 9) เบ็ดเตล็ด (Miscellaneous)	เช่น อำนาจเรียกผู้เชี่ยวชาญ	มาตรา 13, 14 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
หมายเหตุ	<p>เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในปัจจุบันมีหลายฉบับ โดยมีบทบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงและทับซ้อนกัน และมีการใช้ภาษาและแนวคิดที่แตกต่างกัน บางประการ แต่มีผลทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน และมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างดีเดียวกัน คือ ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยกฎหมายหลายฉบับนี้ ได้สร้างความยาก และซับซ้อนของกฎหมายโดยไม่จำเป็น ที่มีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ประจำวันของประชาชน จนทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย และนำไปสู่ปัญหาการเข้าถึงกฎหมาย ซึ่งเป็นปัญหาการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ด้อยความสามารถเช่น ผู้บริโภค ซึ่งเป็นประชาชนโดยส่วนใหญ่ที่ยังไม่สามารถเข้าใจกฎหมายที่ซับซ้อนเกินจำเป็น เป็นเหตุให้ประชาชนไม่อาจเข้าถึงความยุติธรรมได้ตามความมุ่งหมาย -</p>	

ตารางที่ 5.7 (ต่อ)

หัวข้อ	กรอบเนื้อหา	ที่มา
	<p>ของกฎหมาย และแม้แต่นักกฎหมายซึ่งมีความเชี่ยวชาญก็ยังปฏิบัติตามได้ยาก ทั้งการใช้กฎหมายหลายฉบับร่วมกันก็จะนำมาซึ่งความสับสนที่แพร่หลายเป็นวงกว้างแก่ผู้บริโภค ภาคธุรกิจ และบรรดาที่ปรึกษาทั้งหลาย จึงสมควรกำหนดให้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงมีฉบับเดียว และต้องกำหนดความคุ้มครองไว้โดยชัดเจน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม จึงสมควรตราพระราชบัญญัติขึ้น</p>	

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้มีการเพิ่มตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม (Non-Exhaustive) ที่ Annex ของ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts⁶⁷ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค โดยมีจำนวน 17 ข้อซึ่งประเทศต่างๆ ในสหภาพยุโรปปรับไปอนุวัติตาม และเพิ่มตัวอย่างข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามตามมาตรา 309 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

การปรับปรุงกฎหมายด้วยการรวมกฎหมายที่กล่าวมา จะทำให้มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยมีมาตรการทางกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ส่วน (Part) คือ ส่วนที่หนึ่งคือ ความคุ้มครองในส่วนของสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) และส่วนที่สองคือ ความคุ้มครองสัญญาอื่นๆ ที่มีใช้สัญญาผู้บริโภค และผู้เขียนขอเสนอแนะให้มีการกำหนดมาตรการลงโทษที่ใช้บังคับกับเฉพาะส่วนที่ให้ความคุ้มครองในสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น

⁶⁷ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

(1993, April 21). Retrieved May 16, 2011, from <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML

เนื่องจากการทำนิติกรรมสัญญาในฐานะผู้บริโภคเพื่อการบริโภคนั้น ผู้บริโภคซึ่งเป็นประชาชนมักมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจมาก จึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองในสัญญาผู้บริโภคอย่างเข้มงวดเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ส่วนความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันนั้น การบัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจในการปรับข้อสัญญาให้เป็นธรรมก็เพียงพอแล้ว เพราะเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองและใช้อำนาจอำนาจต่อรองนั้นซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นการที่รัฐจะก้าวล่วงเข้าไปบัญญัติกฎหมายให้กระทบกับเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนมากเกินไป ซึ่งจะมีลักษณะที่คล้ายกับบทบัญญัติความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศออสเตรเลีย Competition and Consumer Act 2010 ในส่วน Schedule 2 The Australian Consumer Law ที่มีบัญญัติมาตรการลงโทษใน Chapter 5-Enforcement and remedies ที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการลงโทษและมาตรการเยียวยาผู้บริโภค เช่น โทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน มาตรการลงโทษนิติบุคคล การเยียวยาผู้บริโภคอื่นที่มีใช้คุ้มครองในคดี หนังสือเดือนประชาชน ฯลฯ

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรบัญญัติให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญายังคงมีอำนาจในการประกาศใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในคดีผู้บริโภคอยู่เช่นเดิม ด้วยการบัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจออกประกาศกฎหมายเพิ่มเติมได้ เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองได้ทันต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน ส่วนการบัญญัติความคุ้มครองในสัญญาอื่นที่มีใช้สัญญาผู้บริโภคคงต้องผ่านการกลั่นกรองของรัฐสภาก่อนเช่นเดิม ซึ่งคล้ายกับความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศสที่มีการออกกฎหมายทั้งในระดับรัฐบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง โดยนำกฎหมายลำดับรอง (กฎหมายเลขที่ 78-23) ที่ออกมาไปรวมไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเป็นฉบับเดียวกัน คือ Consumer Code เพื่อให้ง่ายต่อการใช้อกฎหมายและเข้าถึงกฎหมาย โดยรัฐยังคงเปิดช่องให้มีการออกกฎหมายเลขที่ 78-23 เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันอยู่เช่นเดิม อันจะเห็นได้จากแผนภาพข้างล่างนี้

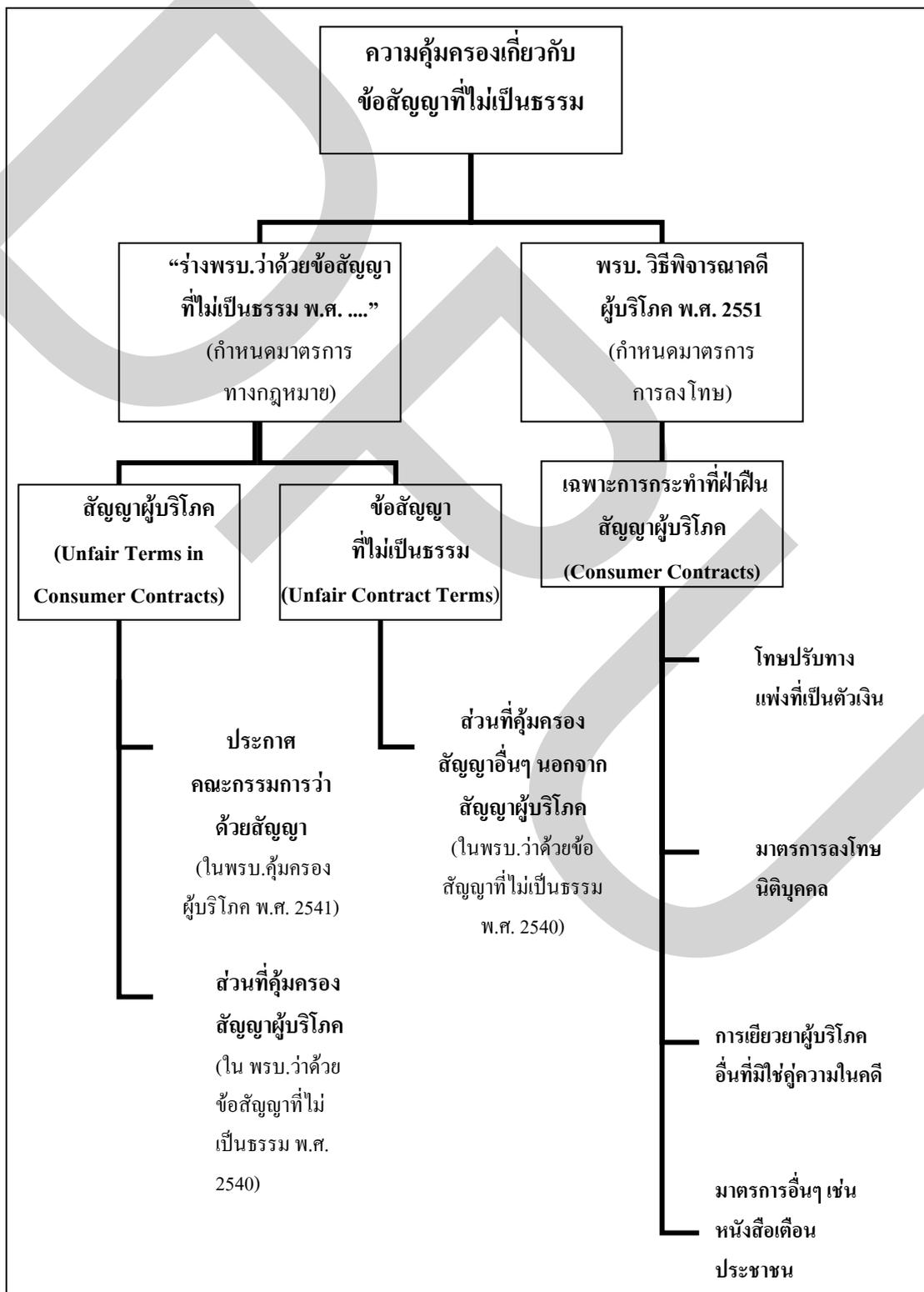
แนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็น

ธรรม

แนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็น

ธรรม

ภาพที่ 5.3



การกำหนดให้มีมาตรการการลงโทษที่ใช้บังคับกับเฉพาะส่วนที่ให้ความคุ้มครองในสัญญาผู้บริโภคนี้ ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรการลงโทษไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคโดยเฉพาะ โดยผู้เขียนได้เสนอมาตรการลงโทษไว้ในบทวิเคราะห์ก่อนหน้านี้แล้ว ได้แก่ โทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน มาตรการลงโทษนิติบุคคล การเยียวยาผู้บริโภคอื่นที่มีใช้คู่ความในคดี เป็นต้น

ทั้งนี้ก่อนที่จะมีการปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วยการรวมกฎหมายนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรต้องมีการศึกษาผลกระทบต่างๆ เสียก่อน ซึ่งเป็นขั้นตอนหนึ่งของการร่างกฎหมาย โดยกฎหมายที่ดีจะต้องเป็นกฎหมายที่เหมาะสม มีการปรึกษาหารือและฟังความคิดเห็น มีการทดลองใช้กฎหมาย มีการศึกษาผลกระทบการใช้กฎหมาย และที่สำคัญกฎหมายจะต้องชัดเจนและเข้าใจง่ายไม่ซับซ้อนเกินความจำเป็น

เมื่อมีการรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญของไทยทั้งสองฉบับเข้าด้วยกันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ต่อมาอาจรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกฎหมายต่างๆ ไว้ด้วยกัน เช่น พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ประกาศนาคารแห่งประเทศไทยว่าด้วยการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบการที่มีใช้สถาบันการเงิน เป็นต้น เหมือนเช่น Unfair Contract Terms Bill 2005 ของประเทศอังกฤษ และ Consumer Code ของประเทศฝรั่งเศส สุดท้ายก็จะนำไปสู่การรวมกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยนำไปไว้ในบรรพสาม เรื่องเอกเทศสัญญา เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยสัญญาได้อยู่ในฉบับเดียวกัน เหมือนเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code หรือ BGB) ของประเทศเยอรมัน

ดังนั้น เราจึงควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาคความซับซ้อน (Complexity) ของกฎหมาย อันเป็นลักษณะของการแก้ไขวิธีการใช้กฎหมาย มิใช่เพียงมุ่งที่จะแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลักษณะของการแก้ไขเนื้อหาของกฎหมายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะช่วยส่งเสริมให้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น และมีการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สอดคล้องและครอบคลุมอย่างแท้จริง และสุดท้ายเชื่อมั่นว่าการรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่า “สัญญา” จะต้องเกิดจากเจตนาที่เป็นเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และต้องคำนึงถึงอำนาจต่อรองของคู่สัญญาด้วย เมื่อสัญญาในปัจจุบันเริ่มมีลักษณะของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปมากขึ้น กับทั้งสัญญาเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อผู้บริโภคมากขึ้น โดยผู้ประกอบการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาที่ได้เปรียบผู้บริโภคเกินสมควร ทำให้ผู้บริโภคต้องเข้าทำสัญญาด้วยความจำยอมอยู่เสมอ ซึ่งการทำสัญญาลักษณะนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องเข้ามาดูแลและควบคุมการใช้ข้อสัญญาอย่างใกล้ชิด จึงได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนในระบบกฎหมายไทย ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 มาตรการ ได้แก่

1. มาตรการในเชิงป้องกัน (Preventive Measures) เป็นมาตรการทางกฎหมายในลักษณะป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองก่อนหรือขณะทำสัญญา ซึ่งได้แก่ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 และ

2. มาตรการในเชิงแก้ไขเยียวยา (Remedial or Corrective Measures) เป็นมาตรการทางกฎหมายที่เข้าไปแก้ไขเยียวยาข้อสัญญาที่มีการใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาแล้ว ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยจึงสามารถให้ความคุ้มครองได้ตั้งแต่ก่อนทำสัญญาตลอดไปจนเมื่อเกิดสัญญาแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้ความคุ้มครองเกิดความสมดุล แต่กระนั้นก็ยังพบปัญหาการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งล้วนมาจากปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกือบทั้งสิ้น ฉะนั้น เราจึงควรให้ความสำคัญกับการศึกษาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังต่อไปนี้

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้แก่

ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยและพิพากษาคดี ซึ่งศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยได้อย่างกว้างขวางอันจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันที่ยังไม่มีความแน่นอน

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เนื่องจากรัฐเริ่มมีการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมากขึ้น และความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มีได้บัญญัติไว้แจ้งชัดว่า สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่

ปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากเหตุอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Clausula rebus sic stantibus) ซึ่งเป็นความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในอนาคตภายหลังจากการทำสัญญา โดยมีได้เกิดจากเจตนาทุจริตของคู่สัญญา

ปัญหาการขาดมาตรการป้องกันและมาตรการลงโทษของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนความคุ้มครองของสัญญาผู้บริโภค ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจยังคงใช้ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายและไม่มีความเกรงกลัวในการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้แก่ ปัญหาการให้ความคุ้มครองของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยประเภทสัญญาของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ให้ความคุ้มครองในปัจจุบันที่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ทันต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน เพราะยังมีจำนวนน้อย ไม่ครอบคลุม และยังไม่เพียงพอต่อธุรกิจสัญญาที่ผู้บริโภคได้ทำสัญญาโดยเสียเปรียบแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอยู่มาก และในส่วนของรายละเอียดเนื้อหาของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในปัจจุบันก็ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ครอบคลุม และการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองในแต่ละประเภทสัญญาก็ยังไม่สอดคล้องกัน ทั้งประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งเป็นมาตรการเชิงป้องกันที่ควบคุมในปัจจุบันก็ยังไม่สอดคล้องกับมาตรการเชิงแก้ไขเยียวยาด้วย

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นปัญหาทางปฏิบัติในการร้องเรียนเพื่อขอความช่วยเหลือจากคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา โดยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังคงไม่ถูกตรวจสอบโดยมาตรการทางกฎหมายแต่อย่างใด

ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในชั้นพิจารณาของศาล ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นปัญหาในการตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในคดีผู้บริโภคในชั้นการพิจารณาคดีของศาล กล่าวคือ ไม่มีการตรวจสอบการใช้ข้อสัญญามาตรฐานของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้มีการทำข้อสัญญาตามที่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศกำหนดไว้หรือไม่ เนื่องจากปัญหาจากความไม่รู้ในสิทธิของผู้บริโภค หรือมีการขาดนัดพิจารณาที่จะทำให้ไม่มีการยกข้อสัญญาที่ถูกควบคุมขึ้นพิจารณา หรือการประนีประนอมยอมความในศาล ทั้งศาลไม่มีอำนาจในการยกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นวินิจฉัยเอง แม้จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยก็ตาม

ปัญหาของมาตรการลงโทษหรือบทลงโทษของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมาตรการลงโทษทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยในปัจจุบัน ได้แก่ การเปรียบเทียบปรับและโทษจำคุก ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เท่านั้น ส่วนมาตรการลงโทษของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น ก็มีได้บัญญัติไว้แต่อย่างใด มีเพียงมาตรการทางแพ่งในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยให้ข้อสัญญานั้น ไม่มีผลใช้บังคับหรือใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและตามสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ส่วนการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 และพระราชวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 30 ได้บัญญัติให้มีการเยียวยาแก่ผู้เสียหายที่เป็นผู้ฟ้องคดีเท่านั้น ซึ่งยังไม่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคที่ต้องการได้รับการเยียวยาโดยไม่ต้องมีการฟ้องคดีได้

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญของไทย ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยเริ่มให้ความคุ้มครองตั้งแต่ก่อนทำสัญญาไปจนถึงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่การบัญญัติกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่

ไม่เป็นธรรมอย่างเดียวกันไว้ต่างฉบับกันนั้น ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาของประเภทธุรกิจสัญญาที่ให้ความคุ้มครองตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ปัญหาการรับฟังประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในชั้นพิจารณาคดีผู้บริโภคของศาล ปัญหามาตรการลงโทษหรือบทลงโทษของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในคดีผู้บริโภค ปัญหาความซับซ้อนและความยากในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีหลายฉบับ ซึ่งมีผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอย่างยิ่ง

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญของไทยและการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ดังต่อไปนี้

1. ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

1) เพิ่มบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อแก้ไขปัญหาการตีความกฎหมาย ดังนี้

(1) บัญญัติให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

(2) บัญญัติให้มีความคุ้มครองเหตุอันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือ *Clausula rebus sic stantibus*

2) เพิ่มความคุ้มครองในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มากขึ้น โดยบัญญัติให้มีหลักการดังนี้

(1) “ราคาค่าบริการที่มีได้กำหนดไว้ล่วงหน้า จะคิดเกินกว่าที่เป็นธรรมและพอสมควรไม่ได้”

(2) “ถ้าจงใจใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้อีกฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้”

(3) “ให้ผู้บริโภคเสนอคดีต่อศาลได้ ถ้ามีเหตุสมควรขอคุ้มครองจากศาล”

(4) “ให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ครอบคลุมบังคับใช้กับสัญญาทุกประเภท โดยคำนึงถึงลักษณะของสัญญาประเภทนั้นๆ ด้วย”

2. ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ด้วยการแก้ไข เพิ่มเติม บทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

1) เพิ่มเติมประเภทธุรกิจสัญญาควบคุม ได้แก่ สัญญาเช่าที่อยู่อาศัย สัญญาทามแชรส์ สัญญาท่องเที่ยว (Package Tour) สัญญาซื้อขายผู้บริโภค (Purchase of consumer goods) ความชำรุดบกพร่องของสินค้าในเรื่องการเปลี่ยนสินค้า (Returning unwanted goods) ฯลฯ และเพิ่มเติมรายละเอียดความคุ้มครองในประเภทธุรกิจสัญญาที่ให้ความคุ้มครองในปัจจุบัน เพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นไปความเคลื่อนไหวในลักษณะการทำสัญญาในปัจจุบัน

ทั้งนี้ควรกำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาต้องทบทวนบทบัญญัติกฎหมาย ทุกๆ ปี เพื่อให้ความคุ้มครองของกฎหมายสอดคล้องกับความเป็นจริงในสังคมอย่างแท้จริง

2) เพิ่มสถานที่ให้ความคุ้มครองมากขึ้น ด้วยการเพิ่มหน่วยงานบริการสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้มากขึ้น เช่น ห้างสรรพสินค้า เพื่อให้คำปรึกษาและรับเรื่องร้องเรียนแก่ผู้บริโภคได้ง่าย สะดวก และรวดเร็วยิ่งขึ้น และเพิ่มเติมเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้มีการปฏิบัติงานทำหน้าที่ได้จริง

3) ข้อเสนอแนะในเชิงรุกด้วยการประชาสัมพันธ์ให้ความรู้ อบรมสัมมนา และสร้างความเข้าใจในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ รวมทั้งสิทธิของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคตระหนักถึงสิทธิของตน และมาตรการที่สามารถทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจให้ความร่วมมือใช้ข้อสัญญาที่เป็นธรรมได้ เช่น การออกฉลากที่การันตีข้อสัญญาพื้นฐานที่ผู้ประกอบการใช้

3. ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ด้วยการแก้ไข เพิ่มเติม บทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

1) เพิ่มเพิ่มมาตรการลงโทษ สำหรับกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายด้านสัญญาผู้บริโภค โดยนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เพื่อให้ผู้ที่ฝ่าฝืนใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ต่างต้องได้รับโทษทั้งสิ้น และเพื่อป้องปรามและยับยั้งการกระทำ ความผิดด้วย ได้แก่ บทบัญญัติมาตรการลงโทษ “โทษปรับทางแพ่งที่เป็นตัวเงิน” โดยแบ่งเป็นสองอัตรา สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา เพื่อให้มาตรการบทลงโทษการเปรียบเทียบปรับมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละบุคคล และบทบัญญัติมาตรการลงโทษ “มาตรการลงโทษนิติบุคคล” ด้วยการตัดคุณสมบัติผู้แทนนิติบุคคล

ในความผิดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลตระหนักในการบริหารกิจการ

2) เพิ่มเติมบทบัญญัติ “คำสั่งแก้ไขเยียวยาผู้บริโภคซึ่งมิใช่คู่ความในคดี” โดยไม่ต้องไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลก่อน ซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำแทนผู้บริโภคที่มีความประสงค์ได้รับการเยียวยา เพื่อช่วยลดภาระในการฟ้องคดีของผู้บริโภคแต่ละคน และช่วยลดเวลาการปฏิบัติขั้นตอนทางกฎหมาย ทั้งช่วยลดภาระของศาลในการพิจารณาการเยียวยาผู้บริโภค

3) เพิ่มเติมบทบัญญัติให้มีการตรวจสอบการใช้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในชั้นศาล เพื่อให้มีการตรวจสอบการใช้ข้อสัญญามาตรฐานตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในทางปฏิบัติ รวมไปถึงในชั้นการพิจารณาของศาลด้วย

4. จัดการฝึกอบรมหลักสูตรเกี่ยวกับการพิจารณาคดีผู้บริโภคแก่ศาลโดยเฉพาะ เพื่อแก้ไขปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาล เพื่อสร้างความชำนาญให้แก่ศาลในการวินิจฉัยและพิพากษาอรรถคดี

5. ข้อเสนอแนะประการสุดท้าย คือ ข้อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยยกร่างกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใหม่ ด้วยวิธีการการรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเริ่มต้นด้วยการจัดหมวดหมู่ใหม่ (Law Compilation) ซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันที่กระจัดกระจายอยู่ให้รวมอยู่ไว้ในที่เดียวกัน โดยจัดทำเป็นหมวดหมู่ใหม่ โดยมีได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาเดิม ซึ่งมีชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.” ซึ่งประกอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนากฎหมายให้มีการปฏิบัติงานของมาตรการคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นไปในทิศทางเดียวกันและสอดคล้องกัน โดยปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากมาตรการคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองฉบับมาตรการต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ เพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคด้วยเหมือนกัน (เป็นความคุ้มครองที่ทับซ้อนกันอยู่) ทั้งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่รัฐต้องบัญญัติให้ความคุ้มครองอย่างเข้มงวดอย่างยิ่งเช่นกัน เพียงแต่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองต่างเวลากัน

และเมื่อศึกษาจากความเป็นมาของแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยแล้ว กฎหมายทั้งสองฉบับก็มีความเป็นมาจากกฎหมายฉบับเดียวกัน คือ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค...” ส่วนการออกบทบัญญัติของกฎหมายนั้น พระราชบัญญัติ

ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะต้องผ่านการกลั่นกรองจากรัฐสภา เพราะมีฐานะเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะออกโดยผ่านคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร โดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองจากรัฐสภา เพราะมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง เพื่อประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองให้ทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน โดยที่ไม่ต้องผ่านรัฐสภาซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการออกกฎหมายหนึ่งฉบับเท่านั้น

วิธีการคุ้มครองนั้น แม้ว่าประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะให้ความคุ้มครองในสัญญาผู้บริโภคโดยอัตโนมัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ห้ามใช้ข้อสัญญา (Black-List) หรือต้องให้ใช้ข้อสัญญา ส่วนวิธีการคุ้มครองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้กำหนดข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม (Gray-List) และข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับ (Black-List) ในสัญญาผู้บริโภค และสัญญาอื่นๆ ซึ่งจะเห็นว่า เป็นความคุ้มครองที่ทับซ้อนกันอยู่ จึงควรนำกฎหมายทั้งสองฉบับรวมเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียว เพื่อให้ง่ายแก่การบังคับใช้กฎหมาย และทำให้ลำดับการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่ในกฎหมายเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งลำดับการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค

หน่วยงานที่ให้ความคุ้มครองหรือผู้มีอำนาจดูแลในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่มีหน่วยงานที่ให้ความคุ้มครอง แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามศาลจะเป็นหน่วยงานที่วินิจฉัยให้ความเป็นธรรมเป็นด่านสุดท้ายทั้งสิ้น

เมื่อกฎหมายทั้งสองฉบับมีแนวคิด ที่มา และหลักการอย่างเดียวกันพอที่จะรวมเข้าด้วยกันได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การรวมกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สำคัญทั้งสองฉบับเข้าด้วยกันจะสามารถสร้างประโยชน์แก่ผู้ใช้กฎหมายได้อย่างยิ่ง โดยการรวมกฎหมายไว้เพียงฉบับเดียว จะช่วยสร้างประโยชน์และแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งได้แก่ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาความซับซ้อนของกฎหมายที่เกินจำเป็น ตลอดจนปัญหาการเข้าถึงกฎหมาย ซึ่งเป็นปัญหาที่มีความสำคัญทั้งสิ้น โดยเฉพาะปัญหาการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนทั่วไปนั้นเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ด้อยความสามารถ เช่นผู้บริโภค ซึ่งเป็นประชาชนโดยส่วนใหญ่ที่ยังไม่สามารถเข้าใจกฎหมายที่ซับซ้อนเกินจำเป็นนั้นได้

นอกจากนี้ การรวมกฎหมายยังมีผลให้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีความคุ้มครองครอบคลุมสัญญาผู้บริโภคทุกประเภท (มิได้ถูกจำกัดอยู่เพียง 8 ประเภทสัญญานั้น) และศาลสามารถยกปัญหาความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นวินิจฉัยได้เอง เนื่องจากเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย ทั้งจะมีผลให้ผู้ที่ไม่ได้ฝืนใช้ข้อสัญญาที่ขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องได้รับโทษทั้งสิ้น ฉะนั้น การบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพียงฉบับเดียว ย่อมทำให้กฎหมายมีความชัดเจนและเกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริง

จึงอาจกล่าวได้ว่า ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยเกือบทั้งหมด อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองฉบับเข้าด้วยกัน โดยมีแนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของนานาประเทศในปัจจุบันที่มีการรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ในฉบับเดียวกัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือ BGB (2002) ของประเทศเยอรมัน, Consumer Code ของประเทศฝรั่งเศส, Competition and Consumer Act 2010 (ใน ส่วน Schedule 2 The Australian Consumer Law) ของประเทศออสเตรเลีย และประเทศที่มีความพยายามที่จะรวมให้เป็นฉบับเดียวกัน ได้แก่ Unfair Contract Terms Bill หรือ UCTB (2005) ของประเทศอังกฤษ



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กำธร กำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ. (2540). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- แจ่มชัย ชุตินวงศ์. (2551). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- จิต เศรษฐบุตร. (2548). **หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะหนี้** (พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ติงศกัทธิย์. (2548). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรมและสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- จรรย์ ภัคดีชนากุล. (2551). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- จิตฤดี วีระเวสส์. (2552). **สรุปย่อหลักกฎหมายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1** (พ.ศ. 2552-2553). กรุงเทพฯ: อภิโชติ.
- จำปี โสถถิพันธ์. (2543). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2550). **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). **นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชูศักดิ์ จรุธสวัตต์. (2542). **เศรษฐศาสตร์เพื่อชีวิต**. กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2535). **กฎหมายว่าด้วยสัญญา**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ณรงค์ศักดิ์ ชนวิบูลย์. (2542). **หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร. (2544). **หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ส่วนที่ 3)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- คาราพร ธีระวัฒน์. (2542). **กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทงศักดิ์ คลยกาญจน์. (2539). **หลักและปัญหาในสัญญาบัญชีเดินสะพัดและบัตรเครดิต**. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- ชนะชัย ผดุงธิตี. (2544). **คำอธิบายสัญญาธุรกิจควบคุมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522: สัญญาธุรกิจให้เช่าซื้อ รถยนต์ รถจักรยานยนต์ และเครื่องใช้ไฟฟ้า ธุรกิจบัตรเครดิต สัญญาธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน หลักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเช่าซื้อ บัตรเครดิต และบัญชีเดินสะพัด**. กรุงเทพฯ: นิติรัฐ.
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. (2551). **กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.
- _____. (2544). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.
- ธานี ปิติสุข. (2535). **Franchise เส้นทางใหม่ของการทำธุรกิจ**. กรุงเทพฯ: บีบีคิว.
- นันท์วัฒน์ บรมานันท์. (2552). **กฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นราทิพย์ ชุตินวงศ์. (2542). **หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). **สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานปกครอง
- ประชุม โฉมฉาย. (2541). **หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2552). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2538). **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง**. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- _____. (2539). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง**. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. (2552). **กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค**. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- ไพโรจน์ อาจารย์รักษา. (2547). **ครบเครื่องเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค: ครบเครื่องเรื่องสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- _____. (2544). **คลินิกผู้บริโภคร: ตอบปัญหาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 (พิมพ์ครั้งที่ 2).** กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2553). **เคล็ดไม่ลับในการใช้สิทธิฟ้องคดีผู้บริโภค.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2544). **รามฯ รพี 44.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- โกคิน พลกุล. (2547). **สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย.** กรุงเทพฯ: กองทุนเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครอง.
- มานิตย์ จุมปา. (2549). **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1.** กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2551). **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 2).** กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- รองพล เจริญพันธ์. (2520). **กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1.** กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.
- ร.แลงกาด์. (2526). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย.** กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- วรรณชัย บุญบำรุง ชนกร วรปรัชญากุล และศิริพันธ์ พลรบ. (2548). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3).** กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วิษณุ เครืองาม. (2549). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซ้ำขาย แลกเปลี่ยน ให้.** กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- วีระพงษ์ บุญโญภาส. (2547). **กระบวนการยุติธรรมกับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์. (2551). **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 13).** กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ศักดิ์ สอนองชาติ. (2536). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.** กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- สมยศ เชื้อไทย. (2531). **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์.** กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินต์ติ้งเฮาส์.
- สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. (2548). **เศรษฐศาสตร์.** กรุงเทพฯ: อมรินทร์พรินต์ติ้ง.

- ศุภม ศุภนิตย์. (2552). **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2544). **องค์การเอกชนเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เสนีย์ ปราโมช. (2527). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิชย์.
- โสภณ รัตนากร. (2551). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน**. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (2550). **สคบ. กับการคุ้มครองผู้บริโภค** (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: อรุณการพิมพ์.
- อมร จันทรสุมบูรณ์. (2527). **กฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: ป.สัมพันธ์พานิชย์.
- อรรษา สิ้นห์สงบ. (2550). **กฎหมายว่าด้วยสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- อัชราท จุฬารัตน. (2552). **กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ศาลปกครอง.

บทความ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2538, ธันวาคม). “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย.” **วารสารกฎหมายปกครอง, 14, 3**. หน้า 95-120.
- จรัญ ภัคศิรนากุล. (2541, มกราคม-มิถุนายน). “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.” **ตุลพาห, 45, 1**. หน้า 77-154.
- ชนาทร จิตติเดโช. (2551, มิถุนายน). “สถานะของกฎหมายลำดับรองในกฎหมายลักษณะพยาน: ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ศาลต้องรู้เองหรือคู่ความต้องนำสืบ.” **บทบัณฑิตย์, 64, 2**. หน้า 181-209.
- ไชยยศ วรรณทีศิริ. (2539, มกราคม-มีนาคม). “ความล่าช้าของความยุติธรรมเปรียบประดุจการปฏิเสธความยุติธรรม.” **ตุลพาห, 43, 1**. หน้า 161-170.
- Daraporn Thirawat. (2541, มิถุนายน). “The Fundamentals of the 1997 Thai Unfair Contract Terms Act.” **วารสารนิติศาสตร์, 28, 2**. หน้า 277-281.
- ทวีศิลป์ รักษ์ศรี สมชาย รัตนเชื้อสกุล และอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พนธ์กุล. (2528, มีนาคม). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมนีว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป.” **วารสารนิติศาสตร์, 15, 1**. หน้า 44-54.
- พินัย ฌ นคร. (2543, ธันวาคม). “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ.” **วารสารนิติศาสตร์, 30, 4**. หน้า 546-588.

- วรพจน์ วิสฤตพิชญ์. (2534, มีนาคม). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์การตุลาการ.” *บทบัณฑิตย*, 47, 1. หน้า 45-65.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542, มิถุนายน). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.” *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2. หน้า 262-276.
- วีระพงษ์ บุญโยธาส. (2549, กุมภาพันธ์). “การลงโทษอย่างอื่นแทนการปรับ.” *วารสารกฎหมาย*, 25, 1. หน้า 23-37.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. (2528, มีนาคม). “สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 15, 1. หน้า 20-32.
- สุยม ศุภนิธย์. (2542, พฤษภาคม). “การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541.” *วารสารกฎหมาย*, 19, 2. หน้า 9-21.

วิทยานิพนธ์

- ขวัญชัย ไทยาภิรมย์. (2544). การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา: ศึกษากรณีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จิรสุดา ชนะวงส์. (2550). อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ: ศึกษากรณีการดำเนินการกับทรัพย์สินทางแพ่งที่เกี่ยวกับการให้กู้ยืมเงินที่มีใช่สถาบันการเงิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ชรยา จิตต์ธรรมวงศ์. (25). ข้อสัญญาและแนวปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม: ศึกษากรณีสัญญาและแนวปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจให้สินเชื่อเงินด่วนโดยเอกชนซึ่งไม่ใช่สถาบันการเงินกับผู้ขอสินเชื่อ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชวลิต เสวตสุด. (2548). สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นพดล ปกรณ์นิมิตดี. (2542). ปัญหาสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- บุษรานี หงษ์คำ. (2549). **ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแพ่งโดยผู้แทนกลุ่มผู้ต้องเสียหาย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พิชยา มณีนาวา. (2544). **ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีโมโนสาร.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. (2533). **กฎหมายลำดับรองในประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิรัช จีระแพทย์. (2523). **กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิรัช จิตตपालกุล. (2531). **สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิรัช ธีบุญพาณิชย์. (2539). **ปัญหาการใช้เยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภคตาม พรบ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. (2545). **แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุนันทา วัฒนไทย์วิทย์. (2536). **ปัญหาสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุรัตน์ ชาญชัยกิตติกร. (2551). **การเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยโดยการดำเนินคดีแบบกลุ่ม.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อนงค์ สมบุญเจริญ. (2549). **ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อรนุช อาษาทองสุข. (2535). **การควบคุมและแก้ไขสัญญาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เอกสารอื่นๆ

- ชาญณรงค์ ปราณจิตต์ และคณะ. (2543). การวินิจฉัยเพื่อหาวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาล (รายงานการวิจัย). ทุนอุดหนุนการวิจัยเรื่องประเภทกำหนดเรื่องประจำปี 2540. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.
- ถาวร พาณิชพันธ์. (2544). แนวทางการปรับปรุงกฎหมายและการดำเนินการในการคุ้มครองผู้บริโภค (รายงานการวิจัย). วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และองอาจ เทียนหิรัญ. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ระยะที่ 2 (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- ปิยะ กันตังกุล. (2549). เปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับหลักนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. คณะวิทยาศาสตร์การแพทย์ หลักสูตรวิทยาศาสตร์บัณฑิตและนิติศาสตร์บัณฑิต. มหาวิทยาลัยนเรศวร.
- ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายเพื่อความสะดวกของประชาชนในการค้นคว้ากฎหมาย. การจัดทำประมวลกฎหมายโดยวิธีการรวบรวมตัวบทกฎหมายต่างๆ ในเรื่องเดียวกันและไม่มีการเปลี่ยนแปลงของเนื้อหา (codification a' droit constant) ของฝรั่งเศส.
- สุรศักดิ์ มณีสร. (2551). เอกสารในการบรรยายเรื่อง *Clausula rebus sic stantibus* ชั้นปริญญาโท ปี 2551. วิชากฎหมายแพ่งชั้นสูง. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- สำนวนข้อหาหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขรับที่ ท.102/2551.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2540). “ระเบียบวาระการประชุมร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่) พ.ศ.” วันอังคารที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2540.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2540). “บันทึกเรื่องพิจารณาเสร็จ: เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่) พ.ศ.” สรุปข้อเท็จจริงและความเห็น.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา. สืบค้นเมื่อ 8 กันยายน 2553, จาก http://www.ocpb.go.th/file_pdf/protection_promise.pdf

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). การดำเนินคดีแทนผู้บริโภค. สืบค้นเมื่อ 8 กันยายน 2553, จาก

http://www.ocpb.go.th/main_consumer_determination_of_punishment.asp

Mme Célia Vérot. (2549, พฤศจิกายน). คุณภาพของกฎหมาย: สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขในฝรั่งเศส. สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2554, จาก

<http://library.uru.ac.th/webdb/images/krisdika.go.th-23.pdf>

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston. (2006). **The German Law of Contract: A Comparative Treatise** (2nd ed.). Oxford and Portland, OR: Hart.

Linda Mulcahy. (2008). **Contract law in perspective** (5th ed.). London: Routledge-Cavendish.

Peter C. Ward. (1992). **Federal Trade Commission: Law Practice and Procedure**. New York: New York University.

Reinhard Zimmermann. (2005). **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press.

ARTICLES

Manfred Lowisch. (2003). "New Law of Obligations in Germany." **Ritsumeikan Law Review**, 20. pp. 141-156.

John A. Sebert Jr. (1975). "Enforcement of state Deceptive Trade Practice Statutes." **Tennessee Law Review**, 42. pp. 698-704.

ELECTRONIC SOURCES

Australian Competition Consumer Commission. (n.d.). Retrieved March 18, 2011, from

<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/142>

Australian Securities and Investments Commission. (n.d.). Retrieved March 18, 2011, from

<http://www.asic.gov.au/asic/asic.nsf>

Aziz T Saliba. (2001, September). Rebus sic stantibus: A Comparative Survey. Retrieved September 9, 2010, from

http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

(1993, April 21). Retrieved May 16, 2011, from **[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML)**

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML)

Emerson Craig. (2009, June 24). Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009. Retrieved September 9, 2010, from

<http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22chamber%2Fhansard%2F2009-06-24%2F0078%22>

Geoffrey Woodroffe and Dimitrios Giannouloupoulos. (2002, December). Comparative Study of Consumer Policy. Retrieved March 18, 2011, from

<http://www.berr.gov.uk/files/file41128.pdf>

Gerard Brody. (2010, July 1). AUSTRALIAN CONSUMER LAW. Retrieved March 18, 2011, from

<http://www.lawhandbook.org.au/handbook/ch12s03s01.php#>

Law Commission. (n.d.). Unfair Terms in Contracts. Retrieved May 16, 2011, from

<http://www.justice.gov.uk/lawcommission/areas/unfair-terms-in-contracts.htm>

Law Commission. (n.d.). Unfair Terms in Contracts: Summary. Retrieved May 16, 2011, from

http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts_Summary.pdf

Martin Ebers. (n.d.). Unfair Contract Terms Directive (93/13). Retrieved March 18, 2011, from

http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2c_en.pdf

- The Law Commission and The Scottish Law Commission. (2005). Unfair Contract Terms Bill 2005. Retrieved May 16, 2011, from http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf
- The 'Lectric Law Library. (n.d.). State Interest Rates and Usury Limits. Retrieved March 18, 2011, from <http://www.lectlaw.com/files/ban02.htm>
- The Office of Fair Trading. (n.d.). About the OFT. Retrieved January 13, 2011, from <http://www.oft.gov.uk/about-the-oft/>
- Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009. (2009). Retrieved May 16, 2011, from <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2009B00132>
- Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (No. 1) 2010. (2010). Retrieved September 9, 2010, from <http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/843C26B5CBBAB553CA25770A0023F5A9?OpenDocument&VIEWCAT=item&COUNT=999&START=1>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล นางสาวแพทริญา อรัญมิ่ง

วัน เดือน ปี เกิด 27 กันยายน 2526

ที่อยู่ 917/2 หมู่ 15 ถนนชายทุ่ง อำเภอชุมแพ จังหวัดขอนแก่น 40130

วุฒิการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2547
เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 62 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
ปีการศึกษา 2552

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน ทนายความ