ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหภาพยุโรป

เรืออากาศตรี ระณัชย์ อาทรธุระสุข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
พ.ศ. 2559

Legal Problems Relating to Unfair Terms in Adhesion Contracts

A Study on Thai Law in Comparison to European Union Law

Plt. Off. Ranat Artornturasuk

A Thesis Submitted in Partial Fulfilment of the Requirements for

the Degree of Master of Laws in Business Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2016

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหภาพยุโรป

ชื่อและนามสกุล เรืออากาศตรี ระณัชย์ อาทรธุระสุข

วิชาเอก กฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

อาจารย์ที่ปรึกษา 1. รองศาสตราจารย์ศิริศักดิ์ ศุภมนตรี

2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์

วิทยานิพนธ์นี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ ดร.ประพันธ์ ทรัพย์แสง)

..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ศิริศักดิ์ ศุภมนตรี)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

.....กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร. สราวุธ ปิติยาศักดิ์)

.....ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา

(ศาสตราจารย์ ดร. สิริวรรณ ศรีพหล)

ชื่อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหภาพยุโรป

ผู้วิจัย เรืออากาศตรี ระณัชย์ อาทรธุระสุข **รหัสนักศึกษา** 2524000136 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา (1) รองศาสตราจารย์ศิริศักดิ์ ศุภมนตรี (2) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์
ปีการศึกษา 2559

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา ข้อบกพร่อง รวมทั้งหาวิธีแก้ไขเพิ่มเติม ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540’ โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับ ‘Directive 93/13/EEC’ ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรป และมีขอบเขตของการวิจัยโดยมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะ ‘ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม’ ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภค (หรือ สัญญาผู้บริโภค) เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ‘สัญญาสำเร็จรูป’ หรือ ‘สัญญามาตรฐาน’

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยการวิเคราะห์จากเอกสาร ข้อมูลภายในประเทศได้จากตัวบทกฎหมาย ตำรา บทความ และเอกสารสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ของไทย ส่วนข้อมูลของต่างประเทศส่วนใหญ่ได้จากการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ต

ผลการวิจัยพบว่า ถึงแม้ ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540’ มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ แต่ก็ยังขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนทั้งในเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภค และการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา เห็นได้ชัดจากกรณี ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลิตผลทางการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลาง ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้กลับไม่ได้รับการคุ้มครอง และในส่วนของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ก็มิได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่า ข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการทำสัญญาและในเนื้อหาของข้อสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มิได้บัญญัติรายการตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาให้เพียงพอสำหรับศาลไทยได้ใช้ในการวินิจฉัยได้อย่างชัดเจน หลังจากศึกษาจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยเสนอให้แยกบทบัญญัติออกเป็นสองภาค โดยแยก ‘สัญญาผู้บริโภค’ และ ‘สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก’ ออกจากสัญญาอื่นๆ และจัดให้อยู่ในภาคหนึ่ง ส่วนสัญญาอื่นๆ รวมทั้งข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความ ความตกลงหรือความยินยอมนั้น ให้อยู่ในอีกภาคหนึ่งของพระราชบัญญัติฯ ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษาครั้งนี้ เนื่องจาก ‘Directive 93/13/EEC’ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับ ‘สัญญาผู้บริโภค’ โดยตรง จึงควรใช้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ประกอบกับข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540’ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในส่วนของ ‘สัญญาผู้บริโภค’ และ ‘สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก’ และเพียงพอต่อศาลไทยที่จะใช้ในการวินิจฉัยคดีได้อย่างเป็นธรรม

คำสำคัญ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูป สัญญามาตรฐาน

Thesis title: Legal Problems Relating to Unfair Terms in Adhesion Contracts A Study on Thai Law in Comparison to European Union Law

Researcher: Plt. Off. Ranat Artornturasuk; **ID:** 2524000136; **Degree:** Master of Laws;

Thesis advisors: (1) Sirisak Suphamontree, Associate Professor; (2) Dr.Varaporn Vanapituk, Assistant Professor;

Academic year: 2016

Abstract

The objective of this research was to study the flaws and also to find the way for the amendment of the 'Unfair Contract Terms Act, B.E.2540'. For these purposes, parallel law of the European Union, i.e. 'Directive 93/13/EEC' was compared and contrasted. The research was kept within the bounds of the 'unfair contract terms' in the contracts between traders or professionals and consumers (or consumer contracts) only, specifically 'adhesion contract' or 'standard form contract'

This research was a qualitative study based on documentary research. Domestic data were obtained from original legal sources as well as scholarly literatures such as legal articles and legal drafting documents of Thailand, whereas foreign data were collected mainly from internet searching.

The study revealed that, although the Thai Act aimed mainly at protecting consumers, but it lacked in both clear concepts in consumer protection and also rules for contract term unfairness determination. A distinct example was in the case of farmers, who should be protected when selling farm produces to the middlemen, were not protected at all. And also in the case of unfairness determination, the Act did not set out a statutorily provided clear definition that a contract term regarded to be unfair must be both procedurally and substantively unfair. Especially, its provisions did not contain sufficient examples of substantive unfairness for the Thai Court to enable the determination. Based on the findings, this thesis made the following recommendations. For the amendment of this Act, it was necessary to separate the provisions into two sections. The 'Consumer Contract' and the 'Small Business Contract' should be in one section; the other types of contracts, and also agreements, notices, etc. should be in the other and were outside the scope of this study. Since 'Directive 93/13/EEC' contained provisions setting out solely for consumer protection, it should be used, together with the proposals from the reports of the Law Commission and Scotland Law Commission, as a guidance for the amendment of the 'Unfair Contract Terms Act, B.E.2540' in the part of 'Consumer Contract' and 'Small Business Contract' section, so as to be able to provide clear and sufficient guideline for the Thai Court to enable the determination fairly.

Keywords: Unfair Contract Term, Consumer Contract, Adhesion Contract, Standard Form Contract

กิตติกรรมประกาศ

การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์ศิริศักดิ์ ศุภมนตรี รองศาสตราจารย์ ดร. สราวุธ ปิติยาศักดิ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่ได้กรุณาให้คำปรึกษา แนะนำ และติดตามการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้อย่างใกล้ชิดตลอดมา นับตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสำเร็จเรียบร้อยสมบูรณ์

ขอขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.ประพันธ์ ทรัพย์แสง ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา (อดีตประธานศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง) ที่ให้ข้อเสนอแนะและคำแนะนำที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความถูกต้องสมบูรณ์ ผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของท่านเป็นอย่างยิ่ง

ขอขอบคุณ นายเอกชัย พานเอกกุล ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์ในการจัดหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จากห้องสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และส่งให้ผู้วิจัยทาง e-mail และขอขอบคุณ นางรมิตา อั้นวงษ์ ที่ได้กรุณาตรวจแก้ไขและเป็นผู้ดำเนินการแทนข้าพเจ้าจนเสร็จสิ้นกระบวนการจัดทำเล่มวิทยานิพนธ์ และส่งให้สำนักบัณฑิตศึกษา

ระณัชย์ อาทรธุระสุข

สิงหาคม 2559

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ง

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... จ

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

สารบัญตาราง ..... ฌ

สารบัญภาพ ..... ญ

บทที่ 1 บทนำ 1

ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย 1

วัตถุประสงค์ของการวิจัย 4

กรอบแนวคิดของการวิจัย 4

ประเด็นปัญหาในการวิจัย 7

ขอบเขตของการวิจัย 7

คำจำกัดความที่ใช้ในการวิจัย 7

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 9

บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 10

แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสัญญา 11

แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 25

ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ 41

ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย 57

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 67

บทที่ 3 กฎหมายและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสหภาพยุโรป 84

ข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Directive 93/13/EEC) 85

การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศฝรั่งเศส 100

การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศอังกฤษ 114

หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ 121

กรณีตัวอย่างความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในตลาดผูกขาดในประเทศไทย 141

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 4 วิเคราะห์ เปรียบเทียบกฎหมาย และแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย
ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ 145
การวิเคราะห์การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป..... 146
การเปรียบเทียบ Directive 93/13/EEC กับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 150
ความแตกต่างระหว่าง Directive 93/13/EEC กับพระราชบัญญัติว่าด้วย
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 154
แนวทางในการปรับปรุง แก้ไข และการรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
ของอังกฤษให้เป็นฉบับเดียว 157
รายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษ และคณะกรรมาธิการ
ฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ 163
พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ 171
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 189
บทสรุป 189
ข้อเสนอแนะ 197
บรรณานุกรม 206
ภาคผนวก 213
ก ข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป
(Directive 93/13/EEC) …….. 214
ข พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ……..... 225
ประวัติผู้วิจัย ……..... 231

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 3.1 คดี บริษัททัวร์โธมัสคุค จำกัด ……. 129

ตารางที่ 3.2 Thomas Cook Tour Operation Limited case ……... 129

ตารางที่ 3.3 คดี ธนาคารบาร์เคลส์ บมจ. …….. 130

ตารางที่ 3.4 Barclays Bank, plc. Case ……. 131

ตารางที่ 3.5 การร้องเรียนในปี 2553 – 2554 ……. 133

ตารางที่ 3.6 การดำเนินคดีแทนผู้บริโภค ……. 134

ตารางที่ 3.7 การไต่สวนคดีผู้บริโภค ……..... 135

ตารางที่ 3.8 การตรวจสอบและการหาข้อมูล ……..... 135

ตารางที่ 4.1 ความหมายของคำสำคัญ ……..... 150

ตารางที่ 4.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ……..... 151

ตารางที่ 4.3 หลักเกณฑ์ที่ใช้ช่วยในการประเมินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
หรือไม่ ……..... 152

ตารางที่ 4.4 การตีความ ……..... 153

ตารางที่ 4.5 ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ……..... 153

สารบัญภาพ

หน้า

ภาพที่ 3.1 ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป 87

ภาพที่ 3.2 ประเภทของคำร้องเรียนคิดเป็นร้อยละของคำร้องเรียนทั้งหมด 134

ภาพที่ 4.1 โครงสร้างของบทบัญญัติส่วนที่สำคัญใน
The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ……... 176

ภาพที่ 4.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า
“เป็นการประพฤติปฏิบัติที่มิชอบหรือไม่” ตาม
The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 …… 178

ภาพที่ 4.3 หลักเกณฑ์การประเมินว่าเป็นการประกอบธุรกิจการค้า
อย่างเป็นธรรมหรือไม่ ……..... 179

บทที่ 1
บทนำ

1. ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจและสังคม ทำให้สภาพสังคมปัจจุบันในประเทศไทยเปลี่ยนแปลงไปมาก มีการเอารัดเอาเปรียบกันโดยวิธีการซึ่งกำหนดไว้ในข้อสัญญาต่าง ๆ ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภค เพราะว่าอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจฯ ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าสามารถกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในข้อสัญญาเสียเอง ปัญหานี้จะเกิดขึ้นมากสำหรับสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) เนื่องจากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อใช้ทั่วไปกับคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาเป็นจำนวนมาก สัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดข้อสัญญาไว้จำนวนมากในลักษณะที่เรียกว่าทำข้อสัญญาเผื่อไว้ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญาจึงไม่ใช่เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ปัญหาจะเกิดขึ้นอีกทางหนึ่งกับสัญญาที่มีระยะเวลายาว (Long-term Contract) เช่น สัญญาสินเชื่อ สัญญาใช้บริการต่าง ๆ สัญญาใช้บริการบัตรเครดิต สัญญาใช้บริการโทรทัศน์ที่บอกรับเป็นสมาชิก เป็นต้น วิธีการแก้ไขปัญหาที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ดำเนินการคือการกำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบธุรกิจฯ มีสิทธิปรับแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนไป อย่างไรก็ดี ปัญหาของข้อสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาที่ใช้สัญญาสำเร็จรูปเป็นฝ่ายที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขในภายหลังได้ฝ่ายเดียวนี้ ควรให้มีผลบังคับได้เพียงใด เพราะอาจเป็นกรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้ [1]

การที่คู่กรณีเข้าทำสัญญากัน และผู้ประกอบธุรกิจฯ บางกลุ่มทำสัญญาเอาเปรียบผู้บริโภค ผลก็คือ มีการเอารัดเอาเปรียบกันโดยข้อสัญญา และเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล ศาลก็ไม่อาจเข้าไปแทรกแซงหรือโต้แย้งคัดค้านโดยการปรับข้อสัญญานั้นให้เหมาะสมและเป็นธรรมได้ เพราะยึดหลักความเคารพในความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ ซึ่งศาลก็คงต้องวินิจฉัยว่า ข้อสัญญานั้นใช้บังคับได้และผูกพันกัน เว้นแต่ข้อสัญญานั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย

---

[1] ดาราพร ถิระวัฒน์ (2552) “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา การตีความสัญญา” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และ ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง* หน่วยที่ 5 นนทบุรี สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 5-21

หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น (มาตรา 150) ซึ่งตามปกติข้อสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ทำเป็นสัญญาสำเร็จรูปนั้น ทำโดยผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอยู่แล้ว โอกาสที่จะมีข้อสัญญาอันไม่ชอบเช่นนั้นยากที่จะเกิดขึ้น ศาลจึงเข้าไปแตะต้องไม่ได้[2]

ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจฯ จึงหาทางทำข้อสัญญาที่ไม่ขัดต่อหลักการตามมาตรา 150 ออกมาในรูปของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งก็มีข้อพิพาทมาสู่ศาลฎีกามากมายว่าไม่ขัดต่อมาตรา 150 ศาลก็คงต้องวินิจฉัยบังคับตามข้อสัญญานั้น ในสภาพความเป็นจริงจึงทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลอยู่ในระดับที่น่าตกใจในทุก ๆ ด้าน เช่น ด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา ฐานข้อมูล และโอกาสที่จะเลือกซึ่งมีมากกว่า มีเครื่องไม้เครื่องมือที่ดีกว่า มีที่ปรึกษาหรือผู้ชำนาญการพิเศษทางกฎหมายที่เหนือกว่า สามารถนำหลักศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาเอารัดเอาเปรียบบุคคลอื่น ๆ ได้[3]

เนื่องจากความรุนแรงของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทวีขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเดิมทีก็เพียงแต่ป้องกันการบิดพริ้วสัญญาของลูกหนี้ หรือผู้บริโภค แต่นานเข้ากลับกลายเป็นการกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้บริโภคทุกวิถีทาง เมื่อคดีตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านี้เข้ามาสู่ศาล ศาลก็คงได้แต่เฝ้ามองดู โดยที่ไม่อาจเข้าไปใช้ความเป็นธรรมในส่วนนี้ได้เพราะขาดเครื่องมือ[4]

ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงเกิดขึ้นด้วยการริเริ่มของฝ่ายศาลยุติธรรมโดยกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ.2540 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตราขึ้นด้วยความประสงค์ดีและมุ่งคุ้มครองคู่สัญญาจากการเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบอย่างมากในสภาพทางการค้าในปัจจุบัน แต่แนวความคิดที่นำมาประสานกันเป็นกฎหมายฉบับนี้มีความไม่ชัดเจน ซ้ำยังผิดพลาดและสับสนหลายประการ อันเป็นผลให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้รับความเชื่อถือจากทั้งผู้ประกอบธุรกิจการค้าและวิชาชีพ และผู้บริโภค อันที่จริงแล้ว ในการยกร่างกฎหมายฉบับนี้ กระทรวงยุติธรรมได้ลอกเลียนแนวความคิดมาจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ของอังกฤษ (The Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA) เป็นส่วนใหญ่ ทั้ง ๆ ที่แนวความคิดหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน UCTA ก็ไม่ถูกต้อง หลังจากพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ มี

---

[2] พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา (2552) *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน หน้า 29-37

[3] เรื่องเดียวกัน

[4] เรื่องเดียวกัน

การฟ้องร้องกันตามพระราชบัญญัติฉบับนี้น้อยมาก เพราะขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องความเป็นธรรมของข้อสัญญา ดังนั้น ทั้งผู้ประกอบธุรกิจฯ และผู้บริโภคจึงไม่อาจคาดล่วงหน้าได้ว่า หากจะนำคดีขึ้นสู่ศาลในเรื่องนี้ ศาลจะวินิจฉัยว่า ข้อสัญญานั้น ๆ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม [5]

ตามความเป็นจริง เนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิด (Exclusion Clauses) กฎหมายฉบับนี้จึงมิใช่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่ว ๆ ไปด้วยเช่นกัน หลังจากนั้น ในปี 1993 สหภาพยุโรปได้ตรากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่องค์กรธุรกิจนำมาใช้กับผู้บริโภค ชื่อว่า Directive 93/13/EEC เพื่อให้ประเทศสมาชิกนำไปใช้เป็นแนวทางเพื่อบัญญัติเป็นกฎหมายสำหรับบังคับใช้ในประเทศของตนตามกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป ประเทศสมาชิกจะบัญญัติกฎหมายให้ดีกว่า Directive ก็ได้ แต่จะให้ด้อยกว่าไม่ได้ สำหรับประเทศอังกฤษได้ลอก Directive 93/13/EEC มาแทบทุกตัวอักษรเรียกว่า พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations หรือ UTCCR) ดังนั้น จึงมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อม ๆ กันสองฉบับ

การที่ประเทศอังกฤษมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสองฉบับก่อให้เกิดปัญหาการซ้ำซ้อนและการขัดกันของกฎหมาย และในบางครั้งก็นำ UTCCR มาใช้กับคดีเฉพาะเรื่องไม่ได้ กฎหมายสองฉบับนี้จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีความสลับซับซ้อน (Complexity) เมื่อกฎหมายซึ่งมีผลต่อชีวิตประจำวันของบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไปถูกทำให้ยุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็น จึงได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงแก้ไข ตลอดจนรวมกฎหมายทั้งสองฉบับให้เป็นฉบับเดียว หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ทำงานดังกล่าวคือ คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษ (Law Commission) และคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ (Scotland Law Commission)

เนื่องจาก ประเทศไทยได้ลอกเลียนแนวความคิดจาก UTCA มายกร่างเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เสียเป็นส่วนใหญ่ รวมทั้งในการบัญญัติ UTCCR ประเทศอังกฤษได้ลอก Directive 93/13/EEC มาแทบทุกตัวอักษร ดังนั้น วิธีการแก้ไขปัญหา และแนวคิดที่จะรวมกฎหมายทั้งสองของประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ ดังกล่าว จึงเป็นเรื่องน่าศึกษาเพื่อนำมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ของไทยด้วย

---

[5] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 547

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เกิดจากการริเริ่มของฝ่ายศาลยุติธรรมเพื่อใช้เป็นเครื่องมือที่สำคัญให้ศาลเข้าไปเยียวยาแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยกำหนดกรอบหรือขอบข่ายเพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจที่เหมาะสมได้ หากวิเคราะห์หลักทั่วไปในมาตรา 4 จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญเช่นเดียวกับ UCTA อย่างไรก็ตาม การลอกเลียนแนวความคิดมาจากหลักทั่วไปของ UCTA ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคมีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพรายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้นกฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ผู้บริโภคตามบทนิยาม ประเทศไทยก็ยึดถือหลักเกณฑ์เดียวกัน ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลิตผลการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็นผู้บริโภค และไม่ได้รับการคุ้มครองจากพระราชบัญญัติฉบับนี้เช่นเดียวกัน

วัตถุประสงค์ของการวิจัยครั้งนี้เพื่อศึกษาข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยเน้นในด้านการให้ความคุ้มครองจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ นำมาใช้กับผู้บริโภค หรือสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูป และศึกษาหาวิธีแก้ไขเพิ่มเติมตัวบทกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างครอบคลุมยิ่งขึ้น

3. กรอบแนวคิดของการวิจัย

สมัยเริ่มต้นของศตวรรษที่ 20 กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้า หรือ บริการแก่ลูกค้าคนสุดท้าย ยังเป็นกฎหมายที่ใช้กับกรณีทั่ว ๆ ไป เพราะว่าสภาพของสังคมและเศรษฐกิจสมัยนั้นยังเป็นแบบที่แต่ละคนเป็นทั้งผู้บริโภคและในขณะเดียวกัน เป็นผู้ประกอบการค้าด้วยไม่มากก็น้อยไปพร้อม ๆ กัน ต่อมา การเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากการพัฒนาอย่างรวดเร็ว ประกอบกับความสามารถในการผลิตครั้งละมาก ๆ (Mass Production) ทำให้เกิดชนชั้นขึ้นกลุ่มหนึ่ง ซึ่งบทบาททางเศรษฐกิจถูกลดลงมาเหลือเพียงเป็นผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ที่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าผลิตขึ้นมาจำหน่ายให้เท่านั้น ดังนั้นจึงเกิดแนวความคิดว่าน่าจะต้องมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ ซึ่งก็คือ ผู้บริโภค นั่นเอง ผู้ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วย่อมมีความรู้เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์นั้นน้อยกว่าผู้ผลิตอย่างเทียบกันไม่ได้

สหภาพยุโรป หรือประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในสมัยนั้นจึงออก Directive 93/13/EEC ลงวันที่ 5 เมษายน 1993 กำหนดมาตรการเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศ

สมาชิกได้ออกกฎหมายให้เป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อบังคับใช้ในประเทศของตน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนในฐานะผู้บริโภคจาก ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการซึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) รวมทั้งข้อตกลงเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมเพราะถูกกำหนดมาจากผู้ขายเพียงฝ่ายเดียว ทั้งนี้ จะเกิดผลดีแก่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย เพราะจะเป็นการกระตุ้นการแข่งขัน ช่วยให้ผู้ขายขายสินค้าได้มากขึ้นทั้งตลาดในประเทศและนอกประเทศ ฝ่ายผู้ซื้อก็จะได้ประโยชน์เพราะมีทางเลือกมากขึ้น

ปัจจุบัน แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในสหภาพยุโรปเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียวเป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อม ๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของตลาดไปด้วย ยกตัวอย่างเช่นในประเทศอังกฤษ สำนักงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้านการคุ้มครองผู้บริโภคได้แก่ สำนักงานส่งเสริมการประกอบธุรกิจการค้าอย่างเป็นธรรม (Office of Fair Trading หรือ OFT) หน้าที่หลักของ OFT คือ คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค และที่สำคัญพอ ๆ กันอีกอย่างหนึ่งคือ การกำกับดูแลให้การดำเนินงานของธุรกิจต่าง ๆ เป็นไปอย่างเป็นธรรมและมีการแข่งขันกัน ตลาดที่มีการแข่งขันกันมีผลดีสองประการ คือ มีผลต่อแรงจูงใจที่จะทำให้ธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้น และมีผลต่อความพยายามที่จะตอบสนองอุปสงค์ของผู้บริโภคมากขึ้น การทำงานของตลาดที่เป็นไปตามธรรมชาติ และมีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงนั้น จะเป็นผลดีในระยะยาว เพราะจะเป็นตัวขับเคลื่อนให้มีการเพิ่มผลผลิต ซึ่งเป็นผลดีต่อการฟื้นฟูเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มต้นทุนของทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายธุรกิจเอกชน

ทางด้านกฎหมายนั้น สหภาพยุโรปยังคงพัฒนาแนวความคิดเรื่อง การส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศสมาชิก รวมทั้งการยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง ทฤษฎีใหม่ซึ่งส่งผลให้เกิดกฎหมายใหม่ตามมาอีกฉบับหนึ่งมีว่า กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจการค้าให้โปร่งใสยังคงแตกต่างกันอยู่ในแต่ละประเทศ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการค้าขาย หรืออีกนัยหนึ่งปัญหาไม่ได้อยู่ที่ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศหนึ่งเข้มงวดกว่าอีกประเทศหนึ่ง แต่อยู่ที่ว่ากฎหมายดังกล่าวของแต่ละประเทศยังบัญญัติแตกต่างกันออกไป จึงจำเป็นต้องตรากฎหมายออกมาอีกฉบับหนึ่งเพื่อลดความแตกต่างดังกล่าว และในขณะเดียวกันให้ยังคงคุ้มครองผู้บริโภคได้ดีเหมือนเดิม ซึ่งจะเป็นผลดีแก่ทั้งฝ่ายธุรกิจและฝ่ายผู้บริโภค ที่ดีกับฝ่ายธุรกิจเพราะต่อไปจะไม่ต้องพะวงกับกฎข้อบังคับที่แตกต่างกันเมื่อจะส่งสินค้าออก ที่ดีกับผู้บริโภคเพราะจะเป็นการยกระดับการคุ้มครองให้สูงขึ้น อีกประการหนึ่ง เมื่อผู้บริโภครู้ว่าจะได้รับการคุ้มครองโดยมาตรฐานเดียวกันก็จะซื้อสินค้าจากประเทศสมาชิกอื่นมากขึ้นซึ่งจะส่งผลให้การค้าระหว่างประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้นไปในตัว

เนื่องจากแนวความคิดดังกล่าว คณะมนตรีและสภาแห่งสหภาพยุโรปจึงร่วมกันบัญญัติข้อกำหนดแนวทางที่ 2005/29/EC (Directive 2005/29/EC) เรียกว่า ข้อกำหนดแนวทางควบคุมการประกอบธุรกิจการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair Commercial Practices Directive หรือ UCPD)

ขึ้นอีกฉบับหนึ่ง เจตนารมณ์ของ UCPD คือ ต้องการประสานประโยชน์ของทั้งฝ่ายผู้บริโภคและฝ่ายธุรกิจให้ได้รับประโยชน์สูงสุดด้วยกันทั้งสองฝ่าย (maximum harmonization) ซึ่งจะเกิดขึ้นได้โดยประเทศสมาชิกต้องออกกฎหมายตามมาตรฐานที่วางไว้ใน UCPD อย่างเคร่งครัด จะให้สูงกว่านั้นไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่ง UCPD กำหนดให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเท่าที่บัญญัติไว้เท่านั้น จะให้เกินกว่านั้นไม่ได้

วงการนิติศาสตร์ของไทยในอดีตนั้น คำว่า สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) ยังไม่เป็นที่รู้จักกันมากนัก ในการพิจารณาถึงความมีผลบังคับของสัญญาสำเร็จรูป นักกฎหมายทั่วไปก็ดี ศาลก็ดี จะไม่คิดว่า สัญญาสำเร็จรูป เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องใช้มาตรการพิเศษในการควบคุม แต่จะคิดว่า สัญญาสำเร็จรูป คือสัญญาธรรมดาอย่างหนึ่ง ในการนำบทกฎหมายมาใช้บังคับแก่สัญญาดังกล่าวก็จะพิจารณาเพียงว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเอกเทศสัญญาใด เช่น เป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ หรือว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อซึ่งไม่อยู่ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อรู้ว่าเป็นสัญญาประเภทใดแล้วก็จะนำบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นมาใช้บังคับ ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ยังคงมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายไทยอยู่มาก แม้ว่าสัญญาจะเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมาก ศาลก็จะไม่เข้าไปแทรกแซง ปรับเปลี่ยนสัญญา หรือไม่บังคับตามสัญญา เนื่องจากยังไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น หากสัญญามีผลสมบูรณ์จากการแสดงเจตนา หรือคำเสนอคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน ไม่บกพร่องจากการแสดงเจตนา เช่น การถูกข่มขู่ การฉ้อฉล การสำคัญผิด และไม่สมบูรณ์เพราะความสามารถของคู่สัญญา เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ เป็นต้น ศาลก็ถือว่าสัญญามีผลสมบูรณ์ หากไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ก็ต้องบังคับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งคู่กรณีจักต้องถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากมายเพียงใดก็ตาม[6]

เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เพียงพอที่จะเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงได้มีการตรากฎหมายพิเศษขึ้น เพื่อให้คู่สัญญาโต้แย้งได้ว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเป็นสิ่งพึงประสงค์ แต่ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ร่างขึ้นโดยเอา The Unfair Contract Terms Act 1977 (หรือ UCTA) ของประเทศอังกฤษมาเป็นแม่แบบ บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ UCTA

---

[6] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร (2545) "แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย หน้า 204-205

4. ประเด็นปัญหาในการวิจัย

หลังจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีผลบังคับใช้ มีการฟ้องร้องกันตามกฎหมายนี้น้อยมาก เพราะพระราชบัญญัติฉบับนี้ขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องความเป็นธรรมของข้อสัญญา ประเด็นในการวิจัยครั้งนี้ได้แก่ สาระสำคัญของตัวบทกฎหมาย ปรัชญาของการคุ้มครองผู้บริโภค และ หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา

4.1 สาระสำคัญในตัวบทกฎหมายมีความชัดเจน ครบถ้วน หรือยังต้องแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไร หรือไม่

4.2 แนวคิดของการคุ้มครองผู้บริโภคมีความชัดเจนและคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างทั่วถึงหรือไม่

4.3 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญามีความชัดเจน ครบถ้วนหรือยังต้องแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไร หรือไม่

5. ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้จะจำกัดขอบเขตโดยการศึกษาเฉพาะเรื่องความไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพนำมาใช้กับผู้บริโภคเท่านั้น ซึ่งในที่นี้จะเรียกว่า สัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาผู้บริโภคที่อยู่ในรูปของสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract)

6. คำจำกัดความที่ใช้ในการวิจัย

ความหมายของคำว่า สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือ สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract)

ตามความเป็นจริง Standard Form Contract หรือ Adhesion Contract เป็นสัญญาประเภทเดียวกันและมีลักษณะเหมือน ๆ กัน คำว่า Standard Form Contract ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น อังกฤษ อเมริกา หรือ ออสเตรเลีย เป็นต้น ส่วนคำว่า Adhesion Contract มาจากคำว่า contract d' adhesion ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญชาวฝรั่งเศส ชื่อ Raymond Saleilles เป็นผู้ให้ชื่อเรียกเป็นคนแรก คำว่า Adhesion Contract ซึ่งแต่เดิมมีบัญญัติใช้ในกฎหมาย

แพ่งของฝรั่งเศสได้แพร่หลายไปสู่สหรัฐอเมริกาในปี 1919 โดย Edwin W. Patterson ได้เขียนบทความลงพิมพ์ในนิตยสาร Harvard Law Review เป็นครั้งแรก

สัญญาประเภทนี้จะต้องมีลักษณะหลายลักษณะรวมกันอยู่ คือ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือมีความรู้ความสามารถทางเทคนิคเหนือกว่า เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ และมีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดเนื้อหาสาระไว้ล่วงหน้า เป็นสัญญาที่ทำไว้เป็นจำนวนมากเพื่อใช้กับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และไม่จำกัดตัวผู้เข้าทำสัญญา เป็นการทำขึ้นฝ่ายเดียว ซึ่งกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่เพียงจะต้องยอมรับ หรือปฏิเสธเท่านั้น เพราะไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาของสัญญาประเภทนี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองหรือตกลงกันอย่างแท้จริง

คำว่า สัญญาสำเร็จรูป มิได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า สัญญามาตรฐาน เสียทีเดียว เพราะสัญญาสำเร็จรูป หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่เปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญาด้วย (Co-determination of Contractual Terms) ในขณะที่ สัญญามาตรฐาน ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้ทำไว้เป็นมาตรฐานเพื่อสามารถใช้ได้ทันทีกับลูกค้าทุกรายโดยไม่ต้องร่างสัญญากันเป็นราย ๆ ไป สัญญาสำเร็จรูปจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญามาตรฐาน หากผู้ประกอบธุรกิจฯ เพียงกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียว แต่มิได้มุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวเป็นแบบมาตรฐานในการค้า เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่ร่างไว้ล่วงหน้าสำหรับการจ้างผู้เชี่ยวชาญโดยมิได้ใช้เป็นแบบมาตรฐานสำหรับการจ้างรายอื่น ๆ ด้วย[7]

ในการวิจัยครั้งนี้ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ หรือสหภาพยุโรป ผู้วิจัยจะใช้คำว่า สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะใช้คำว่า สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) และในกรณีทั่ว ๆ ไปจะใช้ควบกันทั้งสองคำว่า สัญญามาตรฐาน หรือ สัญญาสำเร็จรูป ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดความสับสน ความจริงใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับร่างก็ใช้คำว่า สัญญามาตรฐาน เพราะใช้กฎหมายของอังกฤษเป็นแม่แบบในการยกร่าง ต่อเมื่อเข้ารัฐสภาจึงได้มีการเปลี่ยนไปเรียกว่า สัญญาสำเร็จรูป

---

[7] พินัย ณนคร (2543) “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 555

7. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

7.1 การศึกษา The Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA ซึ่งเป็นที่มาของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ทำให้รู้ถึงข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ทั้งในด้านสาระสำคัญของตัวบทกฎหมาย ปรัชญาของการคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา

7.2 การศึกษา Directive 93/13/EEC ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรงเป็นประโยชน์ในการนำมาใช้เพื่อปรับปรุง แก้ไข โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพิ่มเติมส่วนที่ยังขาดอยู่ เช่น ตัวอย่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทางด้านเนื้อหา ซึ่งจะทำให้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่าเดิมมาก

7.3 การศึกษารายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษ (Law Commission) และคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ (Scotland Law Commission) ซึ่งทำการศึกษาปัญหาของ UCTA และ Directive 93/13/EEC และทำรายงานเสนอเพื่อแก้ไข ปรับปรุง ตลอดจนการรวมกฎหมายทั้งสองฉบับให้เป็นฉบับเดียว จะมีประโยชน์มากในการใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

7.4 การศึกษา Directives มีประโยชน์ไม่เฉพาะกับนักกฎหมายหรือนักศึกษาวิชากฎหมายเท่านั้น แต่ยังเป็นประโยชน์กับ ผู้ผลิตสินค้า นักอุตสาหกรรม หรือผู้ส่งออกในประเทศอื่น ๆ ด้วย เพราะว่าเมื่อจะส่งสินค้าไปขายในสหภาพในยุโรปก็ต้องปฏิบัติตาม Directives ด้วยเช่นกัน[8]

---

[8] ตัวอย่างคำประกาศของผู้ผลิต Laser printer ยี่ห้อหนึ่ง :

Declaration of Conformity (Europe only)

(English)

Brother declares that this product is in compliance with the essential requirements of Directives 2004/108/EC, 2006/95/EC and 2005/32/EC…….

(Deutsch)

Brother erclärt, dass sich dieses Produkt in Übereinstimmung mit den grundlegenden Anforderungen der Richtlinien 2004/108/EG, 2006/95/EG und 2005/32/EG befindet…….

(Français)

Brother déclare que ce produit est conforme aux principales exigences des directives 2004/108/CE, 2006/95/CE et 2005/32/CE……

บทที่ 2
แนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมา ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในอดีตสภาพทางสังคมไม่มีความสลับซับซ้อน สัญญาที่เกิดขึ้นจึงมีลักษณะง่าย ๆ และกฎหมายที่ใช้บังคับก็ยอมรับบังคับให้ตามสัญญา ความแน่นอนของการบังคับตามสัญญาเป็นสิ่งสำคัญสำหรับการติดต่อค้าขายว่า เมื่อมีการทำสัญญากันแล้วจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญาทำให้อีกฝ่ายเสียหายจะต้องชดใช้หรือปฏิบัติตามสัญญา โดยฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาสามารถบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ตามสัญญา ฉะนั้น กฎหมายลักษณะสัญญาที่มีผลใช้บังคับอยู่ก็เพียงพอที่จะใช้รองรับและบังคับใช้ แต่เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป มีความสลับซับซ้อนทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคม โดยเฉพาะเมื่อมีแนวคิด หรือลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) และระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (Capitalism) เพิ่มมากขึ้น จึงเป็นการส่งเสริมและสร้างเจ้าของกิจการที่มีขนาดใหญ่มากขึ้นเรื่อย ๆ มีการติดต่อค้าขายมากขึ้น มีการทำธุรกรรมระหว่างกันมากขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงจากการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในครอบครัวเป็นการผลิตเพื่อขาย จนกระทั่งเป็นการผลิตในเชิงอุตสาหกรรม สิ่งเหล่านี้เป็นพฤติกรรมที่เป็นผลมาจากลักษณะการแสวงหาความมั่งคั่งในลักษณะเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ผลที่ตามมาในด้านสัญญาก็คือการที่ต้องมีการเจรจาติดต่อและทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเป็นราย ๆ ไปที่ต้องมีการร่างสัญญาหลายฉบับที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้าย ๆ กัน ก็กลายมาเป็นการจัดทำสัญญาไว้ในลักษณะแบบฟอร์ม เนื้อหาต่าง ๆ มีการกำหนดไว้เหมือนกัน เพียงแต่เว้นช่องว่างในแบบฟอร์มไว้ให้คู่สัญญากรอกเท่านั้น เมื่อมีการทำกันนาน ๆ เข้าจึงกลายเป็นสัญญาที่มีจำนวนข้อสัญญามากมายหลายหน้ากระดาษ เพราะเป็นการสะสมลักษณะของข้อสัญญาที่มีมาแต่เดิม และข้อสัญญาที่มีการระบุไว้ในสัญญามักเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้จัดทำสัญญา สุดท้าย เงื่อนไขของสัญญาจึงมีแต่ข้อกำหนดที่ฝ่ายที่ไม่ได้จัดทำสัญญาเสียประโยชน์อยู่ฝ่ายเดียว นอกจากนี้ หากไม่มีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าเพื่อให้คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าได้เลือกแล้ว จึงทำให้เกิดสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น เพราะว่าในความเป็นจริงแล้วแทบจะไม่มีตลาดแข่งขันสมบูรณ์ เพราะมนุษย์เราพยายามแข่งขันเพื่อให้มีการสร้างความมั่งคั่งแก่ตน การพยายามทำให้ตลาดไม่มีการผูกขาดจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด โดยหวังว่าจะก่อให้เกิดความมั่งคั่งและประโยชน์สูงสุดเป็นเรื่องยาก ดังนั้น จึงมีเพียงตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดและตลาดผู้ขายน้อยราย เมื่อนำแนวคิดที่ให้มีการแข่งขันเสรีโดยรัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวและให้เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญาก็ยิ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมมากขึ้น เนื่องจากผู้ที่ไม่มีอำนาจต่อรองหรืออ่อนแอ

กว่า หรือผู้ที่ไม่มีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าย่อมถูกเอารัดเอาเปรียบจากการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในช่วงแรกนักกฎหมายยังไม่ตระหนักถึงปัญหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะยังคงบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านั้น โดยรู้สึกว่ามันเป็นความชอบธรรมแล้วที่เมื่อฝ่ายใดไม่สามารถกระทำหรือปฏิบัติตามสัญญาได้ก็ควรถูกบังคับตามสัญญา เพราะยินยอมที่จะทำสัญญานั้นก็ต้องผูกพันและรับผิดตามสัญญาที่ตนลงลายมือชื่อ แต่ต่อมานักกฎหมายเริ่มรู้สึกถึงผลของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านั้นว่า หากปล่อยให้มีการบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ต่อไปโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง ย่อมเกิดผลเสียทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายที่เห็นถึงปัญหาดังกล่าวจึงเริ่มคิดและหาวิธีการที่จะควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงทำให้เกิดกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น[9]

1. แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสัญญา

'laissez-faire' (leave things alone) หรือ แนวคิดแบบเสรีนิยม (liberalism)

ความหมายของ laissez-faire ตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และการเมือง คือ ระบบเศรษฐกิจจะดำเนินไปได้ดีที่สุดถ้าไม่มีการแทรกแซงจากรัฐ โดยมีพื้นฐานมาจากความเชื่อที่ว่าการปล่อยให้ระบบเศรษฐกิจจัดการเองตามธรรมชาติ โดยปราศจากการรบกวน เช่น การกระตุ้นเทียม หรือการออกกฎระเบียบควบคุม จะนำไปสู่การกินดีอยู่ดีของแต่ละคนและในที่สุดมีผลไปจนถึงชุมชนทั้งมวลได้มากที่สุด นักเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิคในประเทศอังกฤษก็มีแนวคิดเดียวกัน คือ เน้นในเรื่องการไม่เข้าไปควบคุมโดยตรงของรัฐ การปล่อยให้ระบบ หรือ กลไกราคาเป็นตัวดำเนินการเปรียบเสมือนมีมือล่องหน (invisible hand) และการมีระบบการแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition)

ความหมายของ laissez-faire ตามทฤษฎีทางนิติศาสตร์ว่าด้วยกฎหมายสัญญาคือ บุคคลควรมีเสรีภาพในการทำสัญญา โดยที่รัฐหรือศาลเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยน้อยที่สุด
(A theory of contract law that persons ought to have freedom of contract with minimal state or judicial interference)

---

[9] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร (2545) "แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย หน้า 25-26

1.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

1.1.1 บทบาทสำคัญของเจตนาในทางข้อเท็จจริง

1) เจตนา: ตัวก่อให้เกิดสัญญา

เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญา ตลอดจนการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลง สัญญาเกิดขึ้นตามหลักของคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน การตกลงยินยอมร่วมกันที่จะผูกพันกันตามสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะให้สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจะต้องมีการแสดงออกมาให้ปรากฏภายนอกว่ามีความต้องการเช่นไร ไม่ว่าด้วยท่าทาง วาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร เจตนาจะต้องประกอบด้วยความยินยอมสมัครใจที่บุคคลนั้นแสดงออกมา ซึ่งจะต้องไม่มีควาผิดพลาดหรือบกพร่องของเจตนา เช่นในกรณีของการสำคัญผิด ข่มขู่ การฉ้อฉล อันจะทำให้การแสดงเจตนานั้นไม่สมบูรณ์ นอกจากนี้ การแสดงเจตนาที่จะถือว่าเป็นการตกลงยินยอมโดยสมัครใจนี้ ยังต้องเป็นเจตนาที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาด้วย ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา[10]

2) เจตนา: ตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา

คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาที่ตนสมัครใจเข้าผูกมัดตน โดยสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่าง ๆ ไว้ในสัญญาเท่าที่เห็นว่าเหมาะสม แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดสิทธิหน้าที่พื้นฐานตามประเภทของสัญญาต่าง ๆ ไว้ แต่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพียงหลักพื้นฐานไว้เท่านั้น คู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียดอื่น ๆ เพื่อผูกพันระหว่างกันเพิ่มขึ้นหรือแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[11]

3) เจตนา: ตัวกำหนดผลของสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สัญญามีผลผูกพันคู่สัญญาตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามข้อผูกพันดังกล่าว เมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญามีผลผูกพันอย่างไร การตีความสัญญาตามหลักกฎหมายมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ตีความไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา หลักตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ให้สัญญาถูกบังคับไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันไว้ โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมด้วย[12]

---

[10] ดาราพร ถิรวัฒน์ (2552) “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา: การตีความสัญญา” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง* หน่วยที่ 5 นนทบุรี สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 5-5

[11] เรื่องเดียวกัน

[12] เรื่องเดียวกัน หน้า 5-6

1.1.2 รากฐานข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

ข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นข้อความคิดที่เกิดมาจากหลัก 2 ประการ คือ หลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมเรื่อง เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)[13]

1) หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism)

กฎหมายสัญญามีหลักกฎหมายที่ให้ความสำคัญแก่เจตนา ดังเช่นที่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ตั้งแต่มาตรา 149 – 171 และมาตรา 354 – 368 ในการศึกษาถึงหลักการของกฎหมาย จำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงข้อความคิดที่เป็นพื้นฐานของหลักการดังกล่าว อันได้แก่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (the Autonomy of the Will) ซึ่งเป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่า การก่อหนี้ขึ้นผูกพันบุคคลอยู่บนรากฐานเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่า เจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ไม่ได้หมายความเพียงว่า เจตนามีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนา ที่นั่นก็ไม่มีสิทธิด้วย บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะทำให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญาตลอดจนมีปัญหาการตีความสัญญา ข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นข้อความคิดที่ว่า อำนาจบังคับทั้งหมดของสัญญาอยู่ที่เจตนาของคู่สัญญา อำนาจบังคับที่ผูกพันคู่สัญญานี้เปรียบเสมือนกฎหมายที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม[14]

2) หลักเสรีนิยม (Liberalism): เสรีภาพในการทำสัญญา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาถูกยอมรับด้วยเหตุผลอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนหลักนี้ คือ หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 มีเศรษฐกิจแบบการค้าเสรี (laissez-faire, laissez-passer) กล่าวคือ หลักที่ว่าบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางกรณีที่เป็นการสมควรที่จะวางข้อจำกัดเสรีภาพลง กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรจะมีคือ กฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาซึ่งมีความเท่าเทียมกันเป็นผู้ตกลงกันเอง โดยถือว่ากฎเกณฑ์ที่ตกลงกันได้นั้นเป็นกฎเกณฑ์อันหนึ่งที่เกิดจากเจตนาที่ให้ใช้บังคับแก่กรณีของตนโดยเฉพาะ ซึ่งจะเป็นกฎเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เอกชนด้วยกันเอง ข้อความคิดนี้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่ให้คู่สัญญามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐไม่อาจบัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของบุคคลได้ตามลำพัง กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น

---

[13] เรื่องเดียวกัน หน้า 5-7

[14] เรื่องเดียวกัน หน้า 5-7

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้เป็นหลักที่อธิบายว่า หนี้ที่เกิดจากสัญญาจะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีการเอารัดเอาเปรียบเกินไป หรือหนี้ที่ตนรับภาระไว้มีมากกว่าหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับข้อตกลงก่อให้เกิดหนี้นั้น โดยการไม่ตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่า คู่สัญญาเห็นว่าหนี้นั้นยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะอ้างภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อคู่สัญญาเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่จำต้องตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อตกลงทำสัญญาแล้ว สัญญาจะยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้ อย่างไรก็ดี คำอธิบายนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อสภาพข้อเท็จจริง ผู้ที่เข้ามาตกลงทำสัญญานั้นมีเสรีภาพอย่างแท้จริง สามารถไตร่ตรองความผูกพันที่จะเกิดโดยไม่ได้อยู่ในสภาพจำต้องยอมรับข้อสัญญานั้น โดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ในการทำสัญญา[15]

1.2 ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม

เมื่อสังคมมนุษย์ได้ขยายจากรูปแบบที่อยู่กันอย่างโดดเดี่ยว ทำการล่าสัตว์เพียงลำพังและคบค้าสมาคมกับบุคคลใกล้ชิดเพียงไม่กี่คนมาเป็นสังคมที่มีคนหมู่มาก มีการติดต่อค้าขายและสัมพันธ์กัน มีการแลกเปลี่ยนสิ่งของต่าง ๆ เมื่อจำนวนประชากรเพิ่มมากขึ้น สังคมมนุษย์ได้ขยายกว้างออกไป หมู่บ้านกระจัดกระจายเพิ่มมากขึ้น ขยายจากหมู่บ้านเดียวเป็นหลาย ๆ หมู่บ้าน เป็นชุมชนย่อย ๆ เป็นท้องถิ่น เป็นเมือง และเป็นประเทศขึ้น การขยายตัวเช่นนี้ช่วยให้ธุรกิจต่าง ๆ ด้านการค้าขาย และการคมนาคมได้ขยายตามไปด้วย การค้าซึ่งเคยเป็นแบบแลกเปลี่ยนสินค้าต่าง ๆ ระหว่างเมืองกับหมู่บ้านใกล้เคียงก็ขยายออกไปยังเมืองที่อยู่ห่างไกลออกไป และเกิดศูนย์กลางการค้าที่เรียกว่า ตลาด (market) เพื่อเป็นแหล่งกลางติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างพ่อค้าและบุคคลอื่น ๆ การที่เกิดระบบตลาดขึ้นมา นอกจากจะดึงดูดให้พ่อค้ามาพบปะมากขึ้น นำสินค้ามาเสนอขายมากขึ้นแล้วก็ยังก่อให้เกิดกลไกในการกำหนดราคาโดยวิธีการให้ราคาสูงที่สุดหรือดีที่สุดในสินค้าที่นำมาค้าขาย ดังนั้น กลไกราคาจึงเป็นตัวจักรกลสำคัญในระบบการค้าเสรี ที่ต่างคนต่างก็มีสิทธิและเสรีภาพในการเสนอขายหรือแสวงหาสินค้าที่ตนมีหรือต้องการ เมื่อการค้าขยายตัวมากขึ้นเรื่อย ๆ ความยุ่งยากและสลับซับซ้อนของธุรกิจการค้าก็ได้ทวีขึ้น ระบบการค้าที่เคยดำเนินการโดยเอกชนซึ่งอาศัยกลไกราคาและการทำงานของระบบตลาดก็ไม่ค่อยจะราบรื่นนัก เกิดขัดกันในผลประโยชน์ระหว่างพ่อค้าต่อพ่อค้า การเอารัดเอาเปรียบระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภค รวมทั้งมีความจำเป็นในการจัดหาสินค้าและบริการบางประเภทให้กับประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศที่เอกชนมิอาจจะกระทำได้ ดังนั้น

---

[15] เรื่องเดียวกัน

บทบาทของรัฐก็เริ่มมีมากขึ้นและค่อย ๆ เบี่ยงเบนจากการเป็นเพียงผู้แนะนำ และผู้เก็บผลประโยชน์บางส่วนจากการค้ามาเป็นการเข้าควบคุมดูแล บางครั้งก็เข้ามากระทำเอง และได้มีการออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับและระเบียบต่าง ๆ เพื่อให้การดำเนินงานของเอกชนเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เพื่อเข้าประกอบกิจการบางอย่างที่เอกชนไม่สามารถจะทำได้ และเพื่อเข้าแก้ไขปัญหาบางอย่างที่กระทบกระเทือนต่อประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ

ดังนั้น ระบบเศรษฐกิจที่เป็นมาตั้งแต่สมัยโบราณในรูปแบบการแลกเปลี่ยนสิ่งของต่อสิ่งของก็วิวัฒนาการมาเป็นแบบการใช้สื่อกลางในการแลกเปลี่ยน การมีระบบตลาดและกลไกราคาตลาด ตลอดจนการเข้าสู่ระบบที่ยุ่งยากสลับซับซ้อน ก็ได้กลายมาเป็นระบบเศรษฐกิจใหญ่ ๆ สองระบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คือ ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (free enterprise economic system) และระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม (socialistic economic system)[16]

1.2.1 ระบบเศรษฐกิจ

1) ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (free enterprise economic system) หรือระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (capitalistic economic system or capitalism) หรือ ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (market economic system) ถ้าจะกล่าวถึงลักษณะสำคัญของระบบเศรษฐกิจแบบนี้ อันจะนำไปสู่ความเข้าใจในแนวทาง หรือกลไกการทำงานของระบบก็อาจสรุปได้เป็น 5 ประเด็นดังนี้ คือ

(1) กรรมสิทธิ์

ทุกคนมีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สินต่าง ๆ ตามกฎหมาย บุคคลที่มีกรรมสิทธิ์หรือเป็นเจ้าของทรัพย์สินใด ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะใช้หรือแจกจ่ายทรัพย์นั้นไปในลักษณะใด ๆ ก็ได้ ตราบใดที่การกระทำเช่นนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบแบบแผน ตลอดจนศีลธรรมอันดีหรือกระทบถึงบุคคลอื่น การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนย่อมส่งเสริมให้บุคคลนั้น ๆ มีแรงจูงใจที่จะลงทุน หรือพัฒนาทรัพยากรที่ตนมีอยู่เพื่อให้เกิดประโยชน์ทั้งแก่ตนเองและแก่ผู้อื่นให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

(2) เสรีภาพ

การประกอบอาชีพ หรือการเลือกประกอบกิจการต่าง ๆ มักกระทำโดยเอกชน (private enterprise) ยกเว้นธุรกิจบางประเภทที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เช่น กิจการสาธารณูปโภค เป็นต้น ดังนั้นในระบบเศรษฐกิจแบบนี้ ประชาชนจึงมีเสรีภาพอย่างกว้างขวางในการประกอบอาชีพ หรือเลือกอาชีพตามความถนัดเพื่อที่จะให้ผลตอบแทน

---

[16] ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย (2552) “ระบบเศรษฐกิจ” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชา หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น* หน่วยที่ 2 นนทบุรี สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 38 - 67

แก่ตนมากที่สุด เอกชนมีอิสระในการเลือกวิธีการผลิต มีเสรีภาพในการที่จะเสนอขายหรือไม่เสนอขายสินค้าที่ตนผลิตหรือมีอยู่แก่ผู้ใดก็ได้ ถ้าการกระทำเช่นนั้นไม่ทำความเดือดร้อนให้แก่คนส่วนใหญ่

(3) การดำเนินการ

กลไกของราคา (price mechanism) หรือระบบตลาด (market system) จะเป็นตัวควบคุมให้การดำเนินงานทุกส่วนของระบบเศรษฐกิจเป็นไปอย่างถูกต้อง หรือก่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือความต้องการของคนส่วนใหญ่ เช่นในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจทั้ง 3 ประการนั้น กลไกราคาจะเป็นตัวกำหนดเองว่า

ก. ควรจะผลิตสินค้าอะไรโดยอาศัยหลักความจริงว่า ถ้าสินค้าชนิดใดที่มีคนต้องการมากที่สุดที่ผลิตแล้วจะขายได้ราคาดีที่สุด ผู้ผลิตก็จะเลือกผลิตสินค้าชนิดนั้น

ข. การที่จะเลือกผลิตด้วยกรรมวิธีใด กลไกราคาก็จะเป็นตัวช่วยในการตัดสินโดยถือหลักว่า วิธีใดที่ผลิตแล้วเสียต้นทุนการผลิตต่ำที่สุดก็ควรจะเลือกใช้กรรมวิธีนั้น

ค. การที่จะตัดสินใจว่า เมื่อผลิตสินค้าและบริการแล้วจะขายให้แก่ผู้ใด กลไกราคาก็เป็นตัวกำหนดอีกว่า ผู้ที่ให้ราคาดีที่สุดในหมู่ผู้บริโภคก็ควรจะได้รับสินค้านั้น

(4) การแข่งขัน

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การแข่งขันถือเป็นปัจจัยสำคัญของระบบในการที่จะป้องกันการแสวงหากำไรเกินควร เนื่องจากว่าทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเข้าหรือออกจากระบบเศรษฐกิจ ดังนั้น ถ้าเมื่อใดมีผู้ผลิตรายใดหรือกลุ่มใดคิดจะผูกขาดหรือรวมหัวกันขึ้นราคาสินค้าเพื่อหวังกำไรเกินปกติ ผู้ผลิตรายใหม่ ๆ ก็จะเข้ามาตั้งกิจการเพื่อผลิตแข่งขัน เพราะตนเห็นว่าสินค้านั้นขายได้ราคาดี ในที่สุด เมื่อจำนวนผู้ผลิตของสินค้านั้นมีมากขึ้น ปริมาณสินค้าที่เสนอขายในตลาดก็มีมากขึ้น ก็จะเกิดการแย่งกันขาย แย่งกันลดราคา แทนที่ราคาสินค้าจะสูงขึ้นกลับลดลง และแทนที่ผู้ผลิตจะได้กำไร อาจเกิดการขาดทุนหรือได้กำไรน้อยลง

(5) บทบาทของรัฐบาล

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม รัฐบาลมิได้เข้ามาควบคุมกิจการต่าง ๆ มากนัก โดยหลักการแล้ว รัฐบาลไม่มีหน้าที่ในการยุ่งเกี่ยวกับกิจการค้าของเอกชน แต่ในเรื่องนี้ Adam Smith เน้นในเรื่อง laissez faire ซึ่งมีแนวคิดว่า รัฐควรเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะในเรื่องป้องกันประเทศ โดยการเตรียมการทางด้านการทหาร การดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศโดยการจัดตำรวจและระบบตุลาการไว้คอยตัดสินกรณีพิพาทต่าง ๆ ของประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อระบบเศรษฐกิจได้วิวัฒนาการและขยายออกไปมาก ความคิดดังกล่าวก็ได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะถ้าปล่อยให้เอกชนดำเนินการทุกอย่างแล้วอาจเกิดปัญหาต่าง ๆ เช่น การแก่งแย่งชิงดีกัน การเอารัดเอาเปรียบ เป็นต้น ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมดูแลบ้าง เช่น มีการออกกฎหมายหรือระเบียบเพื่อป้องกันการผูกขาด การดูแลสวัสดิการของผู้ใช้แรงงาน ตลอดจนการเข้าควบคุมหรือเข้าดำเนินกิจการ

บางอย่างที่เป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นสำหรับประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ซึ่งเป็นกิจการที่เอกชนอาจไม่เหมาะหรือไม่สามารถจะดำเนินการได้ ดังนั้น บทบาทของรัฐบาลในระบบเศรษฐกิจก็มีมากขึ้นและได้วิวัฒนาการมาเป็นระบบเศรษฐกิจอื่นอีกหลายแบบ

จากลักษณะสำคัญทั้งห้าประการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จะเห็นได้ว่า กลไกราคาและระบบการแข่งขันเป็นลักษณะพิเศษที่ทำให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมแตกต่างจากระบบเศรษฐกิจแบบอื่น ๆ

หลักโดยทั่วไปของกลไกราคาก็คือ ถ้ามีการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการตลอดจนปัจจัยต่าง ๆ ของทุก ๆ สิ่งจะมีราคาของมันเอง ซึ่งราคานี้อาจไม่ตายตัว อาจเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ตามความจำเป็น ตามความเหมาะสม ตลอดจนตามกลไกอื่น ๆ ซึ่งในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่ประกอบด้วยผู้ขายและผู้ซื้อจำนวนมากที่แต่ละคนมีอิสระเสรี มีความพึงพอใจ มีสิทธิในการดำเนินงานของตน ราคานี้จะสะท้อนให้เห็นถึงการกำหนดปริมาณสินค้าที่ผู้ขายแต่ละรายจะยินดีนำออกเสนอขาย และในขณะเดียวกันก็เป็นราคาที่ผู้ซื้อมีความพอใจ หรือมีความปรารถนาที่จะซื้อสินค้านั้น ดังนั้น ถ้าตราบใดที่ผู้ซื้อรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายปรารถนาที่จะได้สินค้าชนิดหนึ่ง หรือ ปรารถนาที่จะได้ปริมาณสินค้าชนิดนั้นเพิ่มขึ้นก็ต้องยินดีที่จะให้ราคาแก่สินค้านั้นมากขึ้น ผลก็คือทำให้ราคาของสินค้านั้นสูงขึ้น อันมีผลจูงใจหรือสนับสนุนให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายทำการผลิต หรือเสนอขายสินค้านั้นในปริมาณที่เพิ่มขึ้น ในทางตรงกันข้าม ถ้าเมื่อใดผู้ซื้อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งเกิดมีความต้องการในสินค้าหรือบริการนั้นลดลงกว่าเดิม หรือผู้ซื้อหลาย ๆ คนมีความรู้สึกเช่นเดียวกันว่าอยากลดปริมาณการซื้อสินค้าหรือบริการนั้น สินค้าหรือบริการนั้นก็จะขายไม่หมดเพราะของก็ได้ผลิตออกมาวางขายในตลาดแล้ว แต่เผอิญความต้องการในของสิ่งนั้นเกิดลดน้อยลง จึงมีของเหลือหรือตกค้างในตลาด เพราะความต้องการในสินค้านั้นมีน้อยกว่าปริมาณที่มีอยู่ ราคาสินค้าหรือบริการนั้นก็ต้องลดลงเพื่อจูงใจให้ผู้บริโภคหันมาซื้อ เพราะถ้าขายในราคาเดิมอาจขายไม่ออก เมื่อราคาของสินค้าหรือบริการลดลง ผู้ผลิตหรือผู้ขายมีความรู้สึกว่าควรจะลดปริมาณการผลิตหรือการเสนอขายลง ดังนั้น สินค้านั้นจะมีปริมาณลดน้อยลงจนในที่สุดส่วนที่มีเกินไปจากความต้องการของตลาดอันเนื่องมาจากการที่ผู้บริโภคได้ลดจำนวนการซื้อลงก็จะค่อย ๆ หายไป เพราะเมื่อราคาลดลง ผู้ซื้อที่ไม่เคยซื้ออาจเห็นว่าในตอนนี้น่าจะซื้อ เพราะได้สิ่งของที่ราคาถูกกว่าเก่า ประกอบกับการที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าเหล่านั้นได้ลดปริมาณการผลิตหรือการเสนอขายของสินค้าเหล่านั้นลง จึงมีปริมาณสินค้าที่จะเสนอขายในตลาดลดลง จะเห็นได้ว่า การที่มีการปรับตัวของปริมาณของสินค้าทำให้มีการปรับตัวของราคา และการปรับตัวของราคาสินค้าก็จะมีผลทำให้สินค้านั้นได้ดุลยภาพหรือเกิดความพอดีขึ้นในตลาด กลไกราคาหรือระบบตลาดจึงเป็นหัวใจสำคัญของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่จะช่วยให้การจัดสรรทรัพยากรอันจำกัดได้ประสิทธิภาพที่สุด เพราะการจัดสรรที่ไม่ดีและการดำเนินการที่ไม่มีประสิทธิภาพย่อมจะทำให้ต้นทุนการผลิตหรือการ

ดำเนินการสูง อันจะทำให้ต้องขายสินค้าหรือบริการของตนในราคาสูง ผลก็คือสินค้านั้นจะขายไม่หมด และอาจต้องออกไปจากอุตสาหกรรมนั้น เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นที่มีความสามารถมากกว่าเข้ามาดำเนินการแทน ซึ่งในที่สุดก็จะได้ดุลยภาพที่มีการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพ[17]

2) ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม หมายถึง ระบบเศรษฐกิจที่รัฐบาลมีกรรมสิทธิ์ในทุนหรือปัจจัยการผลิตทั้งหมดที่มีอยู่ในระบบเศรษฐกิจ และรัฐบาลเข้าดำเนินการหรือเป็นเจ้าของในกิจการแทบทุกอย่างโดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ด้วยวิธีการเช่าซื้อ หรือทำการก่อสร้างเองจากเงินภาษีอากร หรือเงินกู้ยืมจากประชาชน ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมมุ่งจัดสวัสดิการให้แก่ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ระบบนี้มีข้อดีในด้านความคล่องตัว แต่มีข้อเสียในเรื่องการบริหารงานจากส่วนกลางที่ไม่มีประสิทธิภาพ การขาดเสรีภาพ และการไม่มีความเจริญทางเศรษฐกิจเท่าที่ควร[18]

1.2.2 โครงสร้างตลาด

คำว่า ตลาด (market) ในความหมายโดยทั่ว ๆ ไปมักจะหมายถึงสถานที่ใดสถานที่หนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะว่าเป็นสถานที่ที่มีผู้ขายจำนวนมาก นำสินค้ามากมายหลายชนิดออกมาวางขาย อย่างไรก็ตาม ในความหมายทางเศรษฐศาสตร์ คำว่าตลาดจะกินความหมายที่กว้างกว่านี้มาก ตลาดสินค้าชนิดหนึ่ง ๆ จะเกิดขึ้นได้ทันทีที่มีการตกลงซื้อขายกัน โดยที่ผู้ซื้อและผู้ขายอาจไม่จำเป็นต้องพบกันเลยก็ได้ เช่น ติดต่อผ่านคนกลางที่เป็นตัวแทน การติดต่อตกลงอาจทำกันได้โดยทางโทรศัพท์ แฟกซ์ หรือ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce หรือ E-commerce) ก็ได้ ตราบเท่าที่การตกลงซื้อขายสินค้าสามารถเกิดขึ้นได้ก็เรียกได้ว่า ได้เกิดตลาดสินค้านั้น ๆ ขึ้นแล้ว ดังนั้น ด้วยพัฒนาการทางด้านการคมนาคมขนส่งและการสื่อสารที่ก้าวหน้าออกไปทุกขณะ ตลาดสินค้าชนิดหนึ่ง ๆ มีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตกว้างออกไปมากขึ้น ๆ จากตลาดที่จำกัดวงอยู่ภายในท้องถิ่น ก็จะขยายเป็นตลาดภายในจังหวัด ภายในประเทศ หรือภายในภาคพื้น เช่น ตลาดเอเชีย ตลาดยุโรป และขยายขนาดได้ถึงระดับตลาดโลก ลักษณะของตัวสินค้าเองก็มีส่วนกำหนดขอบเขตของตลาดได้เช่นกัน เช่น ข้าว แบ่งออกเป็นเปอร์เซนต์ต่าง ๆ ตลาดจะยิ่งกว้างออกไปมาก เพราะการตกลงซื้อขายจะสามารถเกิดขึ้นได้โดยง่ายโดยที่ผู้ซื้อไม่จำเป็นต้องเห็นตัวสินค้าที่ตนจะทำการซื้อ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่ช่วยขยายตลาดของสินค้าแต่ละชนิดออกไปได้ ดังจะเห็นได้ว่า ด้วยเทคโนโลยีที่พัฒนาออกไป ตลาดผัก ผลไม้ และอาหารสดอื่น ๆ สามารถที่จะขยายจากวงแคบ ๆ ภายในประเทศไปยังตลาดระดับโลกได้ในปัจจุบัน โดยผ่านกระบวนการเก็บรักษาของ

---

[17] เรื่องเดียวกัน

[18] เรื่องเดียวกัน

สดโดยการแช่แข็ง

ในทางเศรษฐศาสตร์ ตลาดแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ตลาดสินค้าและบริการ (goods and service market) และตลาดปัจจัยการผลิต (factor of production market) หรือเรียกสั้น ๆ ว่า ตลาดสินค้า (product market) และตลาดปัจจัยการผลิต (factor market) ซึ่งการแบ่งตามประเภทของตลาดนั้นใช้วัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการเป็นตัวจำแนก กล่าวคือ ถ้าเป็นตลาดสินค้า วัตถุประสงค์ของการซื้อสินค้านั้นเพื่อนำไปบริโภคหรือใช้ (final demand) ในขณะที่ตลาดปัจจัยการผลิต การซื้อสินค้านั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปผลิตต่อ (intermediate demand) เป็นสินค้าสำเร็จรูปเพื่อจำหน่ายต่อไป

ในส่วนที่เป็นตลาดสินค้านั้น อาจจำแนกออกเป็นประเภทต่าง ๆ โดยอาศัยจำนวนคนและลักษณะของตลาดเป็นเกณฑ์ ได้แก่ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition) และตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfect competition)

ในส่วนของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ยังสามารถจำแนกออกเป็น ตลาดผูกขาด ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และตลาดผู้ขายน้อยราย

1) ตลาดแข่งขันสมบูรณ์

ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ หมายถึง ตลาดที่มีจำนวนผู้ซื้อและผู้ขายเป็นจำนวนมาก แต่ละคนซื้อหรือขายสินค้าครั้งละไม่มากนัก และสินค้าที่ซื้อขายกันในตลาดดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกัน หรือคล้ายกันมากจนไม่มีความแตกต่างที่จะซื้อจากผู้ขายรายใดในตลาดก็ได้ ลักษณะสำคัญของตลาดแข่งขันสมบูรณ์มีดังนี้

(1) จำนวนผู้ซื้อและผู้ขายสินค้า มีจำนวนมาก และแต่ละคนซื้อขายสินค้าในแต่ละครั้งน้อยมาก (large number with small amount)

(2) ลักษณะของสินค้า สินค้ามีลักษณะและคุณภาพเหมือนกันทุกประการ (homogeneous product) จนผู้ซื้อไม่ได้เกิดความรู้สึกแตกต่างว่าจะซื้อจากผู้ขายรายใด

(3) การเข้าและออกจากตลาด ผู้ขายรายใหม่ ๆ สามารถเข้ามาสู่ตลาดได้โดยเสรีปราศจากข้อกีดกันหรืออุปสรรคกีดขวางทางการค้าใด ๆ ตลอดจนไม่มีกฎหมายห้ามการเข้ามาประกอบกิจการของผู้ค้ารายใหม่ ๆ ส่วนผู้ขายรายเก่าที่ต้องการจะออกจากตลาด หรือเลิกประกอบกิจการก็สามารถทำได้โดยเสรีเช่นเดียวกัน (free exit and entry)

(4) การเคลื่อนย้ายของปัจจัยการผลิตและสินค้า ปัจจัยการผลิตและสินค้าสามารถเคลื่อนย้ายจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งได้โดยเสรี (perfect mobility) และปราศจากค่าขนส่งที่จะทำให้ราคาปัจจัยการผลิตและสินค้าสูงขึ้น

(5) ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและตลาด ผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดประเภทนี้ต่างได้รับรู้ข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าที่ต้องการและข้อความอื่น ๆ อย่างสมบูรณ์

(perfect knowledge and information)

จากลักษณะของตลาดที่กล่าว จะเห็นได้ว่า ค่อนข้างจะหายากในสภาพความเป็นจริง ดังนั้น บางคนเรียกตลาดแข่งขันสมบูรณ์ว่าเป็นตลาดในอุดมคติ หรือในอุดมการณ์มากกว่าที่จะเป็นจริง และเนื่องจากว่า ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์นี้ ผู้ขายมักไม่สามารถจะกำหนดราคาสินค้าเองได้ จะต้องขายสินค้าตามราคาตลาด เนื่องจากว่าเป็นผู้จำหน่ายรายเล็ก ๆ ที่มีสัดส่วนในส่วนแบ่งตลาด (market share) น้อยมาก ดังนั้น จึงเรียกหน่วยธุรกิจในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ว่าเป็นผู้ยอมรับราคา (price taker) และเรียกตลาดแข่งขันสมบูรณ์ว่าเป็นตลาดของผู้ซื้อ (buyer market) ในประเด็นที่ว่า ผู้ซื้อมีอำนาจในการกำหนดราคามากกว่าผู้ขาย[19]

2) ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์

(1) ตลาดผูกขาด

ก. ความหมายของตลาดผูกขาด

ตลาดผูกขาดเป็นตลาดที่มีหน่วยธุรกิจที่เป็นผู้ผลิตและผู้ขายเพียงรายเดียว และเรียกหน่วยธุรกิจรายเดียวนี้ว่า หน่วยธุรกิจผูกขาด (monopoly firm) หรือผู้ผูกขาด (monopolist) ซึ่งจะมีขนาดเล็กหรือขนาดใหญ่ไม่ใช่สิ่งสำคัญ ที่สำคัญคือสินค้าและบริการที่หน่วยธุรกิจผูกขาดนำออกมาจำหน่ายจะต้องไม่มีหน่วยธุรกิจรายอื่นใดอีกเลยที่จัดหามาจำหน่ายอยู่ในท้องตลาด และจะต้องไม่มีสินค้าและบริการชนิดอื่นใด ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันที่ผู้บริโภคจะสามารถนำมาใช้ทดแทนกันได้ ถ้ามีสินค้าและบริการชนิดอื่นใดที่ผู้บริโภคจะสามารถนำมาใช้ทดแทนกันได้อย่างใกล้เคียงมากขึ้นเท่าไร ลักษณะการผูกขาด ของธุรกิจรายเดียวนี้จะยิ่งลดลงมากเท่านั้น

ตลาดผูกขาดตามความหมายที่ว่าดำเนินการโดยเอกชนแต่เพียงผู้เดียวโดยลำพังจัดเป็นตลาดที่หาได้ยาก เนื่องจากในสภาพปัจจุบันเกือบจะไม่พบสินค้าและบริการชนิดใดเลยที่ดำเนินการโดยหน่วยธุรกิจเพียงรายใดรายหนึ่งรายเดียวที่ผู้บริโภคจะไม่สามารถหาสินค้าอื่นใดมาทดแทนได้เลย แต่ไม่ได้หมายความว่าการผูกขาดจะไม่มีอยู่เลย การผูกขาดยังคงมีให้พบเห็นอยู่เป็นประจำได้แก่ กรณีที่หน่วยธุรกิจมีขนาดใหญ่ โดยมีสัดส่วนของสินค้าที่หน่วยธุรกิจผลิตออกมาจำหน่ายมีจำนวนมากเมื่อเทียบกับหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ จนกระทั่งหน่วยธุรกิจรายใหญ่นี้มีอำนาจในการควบคุมตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ในทางปฏิบัติ หน่วยธุรกิจขนาดใหญ่นี้จึงมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจในตลาดผูกขาด

---

[19] ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย (2542) “ตลาดแข่งขันสมบูรณ์” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา เศรษฐศาสตร์จุลภาค* หน่วยที่ 6 นนทบุรี สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 5 - 6

ข. สาเหตุการเกิดตลาดผูกขาด

การผูกขาดเกิดขึ้นได้จากการเกิดสิ่งกีดขวางที่ทำให้มีหน่วยธุรกิจเพียงรายเดียวเท่านั้นที่จะอยู่ในตลาดได้ หน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ จะถูกกีดขวางโดยปัจจัยชนิดใดชนิดหนึ่ง หรือหลายชนิดรวมกัน ทำให้หน่วยธุรกิจเหล่านั้นไม่สามารถเข้าไปแข่งขันกับหน่วยธุรกิจรายเดียวนั้นได้ ปัจจัยที่เป็นสิ่งกีดขวางอันก่อให้เกิดตลาดผูกขาดอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ปัจจัย คือ

ก) การผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) เป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) ทำให้หน่วยธุรกิจเล็ก ๆ ถูกกีดกัน เกิดการผูกขาดโดยหน่วยธุรกิจขนาดใหญ่ กล่าวคือ ในการผลิตสินค้าบริการของอุตสาหกรรมบางชนิด ตัวอย่างเช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ จะต้องใช้เทคโนโลยีการผลิตซึ่งเหมาะสำหรับหน่วยธุรกิจที่มีขนาดใหญ่เพียงรายเดียวในการที่จะผลิตสินค้าบริการทั้งหมดออกสู่ตลาด โดยต้นทุนการผลิตเฉลี่ยในระยะยาว (long term average cost) ที่หน่วยธุรกิจรายใหญ่เพียงรายเดียวใช้ในการผลิตจะยิ่งลดลงเมื่อเพิ่มปริมาณการผลิตให้มากขึ้น

ข) การกระทำของหน่วยธุรกิจ เป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการที่หน่วยธุรกิจพยายามทำให้สินค้าที่ตนผลิตเพื่อนำออกจำหน่ายมีลักษณะแตกต่างจากสินค้าประเภทเดียวกันที่ผลิตโดยหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ ความแตกต่างของสินค้าอาจเป็นไปในแง่คุณภาพของปัจจัยการผลิตที่นำมาใช้ในการผลิต หรือในแง่กรรมวิธีที่ใช้ในการผลิตที่ยังไม่มีผู้ใดใช้มาก่อน หรือในแง่คุณลักษณะของสินค้า ก็ได้ ความแตกต่างของสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยหน่วยธุรกิจรายใดรายหนึ่งย่อมจะทำให้สินค้าของหน่วยธุรกิจนั้นเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดที่มีลักษณะผูกขาดได้ อย่างไรก็ตาม ลักษณะของการผูกขาดดังกล่าวจะไม่อยู่คงทนตลอดไป เมื่อหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ สามารถเรียนรู้เทคโนโลยีการผลิต หรือค้นพบแหล่งปัจจัยการผลิตที่มีคุณภาพเหมือนกันได้ การผูกขาดในกรณีนี้ก็จะหมดไป

ค) การกีดกันโดยรัฐรวมถึงการออกกฎหมายกีดกัน เป็นปัจจัยกีดขวางที่ทำให้เกิดหน่วยธุรกิจผูกขาดโดยรัฐออกใบอนุญาตให้สัมปทาน ให้สิทธิพิเศษรวมไปถึงการจดลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรให้หน่วยธุรกิจเฉพาะรายดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าได้แต่ผู้เดียว เป็นเหตุให้หน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าที่ถูกกีดกันโดยรัฐนั้นได้ การที่รัฐกีดกันการเข้ามาแข่งขันของหน่วยธุรกิจรายอื่น อันเป็นการส่งเสริมให้เกิดตลาดผูกขาดในสินค้าบางชนิดนั้น บางครั้งมีเหตุผลว่า เพื่อให้มีมาตรฐานในการจัดหาและจำหน่ายสินค้าบริการชนิดนั้น ๆ หรืออาจมีเหตุผลว่าเพื่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาดอันเนื่องมาจากการขยายขนาดการผลิตโดยหน่วยธุรกิจเพียงรายเดียวจะทำให้เกิดต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยต่ำกว่าการปล่อยให้หน่วยธุรกิจหลายรายเข้ามาแข่งขันกันผลิต หรืออาจมีเหตุผลว่าเพื่อให้เกิดการวิจัยพัฒนาเทคโนโลยีเพื่อเพิ่มผลผลิต หรือเพื่อให้เกิดการคิดค้นผลิตสินค้าชนิดใหม่ ๆ โดยผู้คิดค้นเทคโนโลยีหรือผลผลิต

ชนิดใหม่จะกีดกันการลอกเลียนแบบ เทคโนโลยีหรือผลผลิตชนิดใหม่ได้ด้วยการขอสิทธิบัตรซึ่งออกให้โดยรัฐ อย่างไรก็ตาม การผูกขาดที่เกิดจากการกีดกันโดยรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการให้อนุญาตสัมปทาน ให้สิทธิพิเศษ หรือการจดสิทธิบัตร จะมีลักษณะที่ไม่คงอยู่ตลอดไป แต่จะมีการกำหนดระยะเวลาของสัมปทาน การให้สิทธิพิเศษ การออกสิทธิบัตร ซึ่งจะมีระยะเวลานานเท่าไรนั้นขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของผู้พิจารณาในแต่ละสังคม

สำหรับประเทศไทย สาเหตุการผูกขาดที่เกิดจากการกีดกันโดยรัฐและกฎหมายจัดเป็นสาเหตุที่ที่มีความสำคัญมาก ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากกรณีตัวอย่างของตลาดการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นตลาดผูกขาดตามกฎหมายที่กีดกันหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ ไม่ให้เข้าไปในอุตสาหกรรมชนิดนี้ [20]

(2) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition)

ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดมีลักษณะสำคัญดังนี้

ก. มีหน่วยธุรกิจขนาดเล็กจำนวนมากในตลาด ดังนั้น การดำเนินงานของหน่วยธุรกิจหน่วยหนึ่งหน่วยใดจะไม่มีผลกระทบต่อหน่วยธุรกิจอื่น

ข. สินค้าที่แต่ละหน่วยธุรกิจผลิตจำหน่ายมีลักษณะแตกต่างกัน

ค. หน่วยธุรกิจ แต่ละหน่วยสามารถกำหนดราคาสินค้าของตนได้

ง. มีการเข้าและออกจากตลาดได้โดยเสรี

ตลาดนี้รวมเอาลักษณะของตลาดแข่งขันสมบูรณ์และตลาดผูกขาดไว้ด้วยกัน ส่วนที่เหมือนกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ก็คือ มีหน่วยธุรกิจขนาดเล็กจำนวนมากในตลาดและหน่วยธุรกิจใหม่ ๆ สามารถเข้ามาดำเนินการได้ง่าย ส่วนที่ต่างกันคือ สินค้าที่ผู้ผลิตแต่ละรายผลิตออกจำหน่ายมีลักษณะไม่เหมือนกัน ความแตกต่างของสินค้าทำให้หน่วยธุรกิจสามารถกำหนดราคาสินค้าของตนได้ ดังนั้น จึงมีอำนาจผูกขาดในตลาดอยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม การที่สินค้ามีลักษณะต่างกัน และการที่ผู้บริโภคคุ้นเคยกับสินค้ายี่ห้อที่เคยใช้อยู่เป็นประจำ (brand loyalty) ก็เป็นอุปสรรคสำหรับหน่วยธุรกิจใหม่ที่จะเข้ามาดำเนินการด้วย ดังนั้น หน่วยธุรกิจที่เข้ามาใหม่ในตลาดนี้จึงอาจประสบปัญหาด้านการเงินและการตลาดมากกว่าหน่วยธุรกิจใหม่ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์

ในตลาดที่จำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกัน จะเห็นว่ามีหลายตลาดที่สินค้าที่หน่วยธุรกิจต่าง ๆ ผลิตออกจำหน่ายจะมีลักษณะไม่เหมือนกัน และผู้บริโภคก็มักมองเห็นความแตกต่างนั้นด้วย ตัวอย่างเช่น สบู่ แชมพูสระผม ยาสีฟันยี่ห้อต่าง ๆ เป็นต้น ผู้บริโภคบางรายยินดีจ่ายเงินซื้อสินค้าบางยี่ห้อในราคาที่แพงกว่า ผู้ผลิตจึงสามารถกำหนดราคาสินค้าของตนเองได้

---

[20] ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย (2542) “ตลาดผูกขาด” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา เศรษฐศาสตร์จุลภาค* หน่วยที่ 7 นนทบุรี สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 43 - 46

อำนาจในการกำหนดราคาจะมีมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับว่าหน่วยธุรกิจนั้นจะสามารถทำให้สินค้าของตนแตกต่างจากสินค้าของหน่วยธุรกิจอื่นได้มากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ตามอำนาจนี้ก็มีอยู่ในขอบเขตจำกัด เนื่องจากผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นทดแทนได้ หากหน่วยธุรกิจกำหนดราคาสูงมากจนเกินไป

(3) ตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly)

ในขณะที่ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดมีลักษณะใกล้เคียงกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ตลาดผู้ขายน้อยรายจะมีลักษณะใกล้เคียงกับตลาดผูกขาดมากกว่า อาจกล่าวได้ว่าโครงสร้างตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดก็คือโครงสร้างของตลาดผู้ขายน้อยรายแบบพิเศษที่เน้นในประเด็นเรื่องความแตกต่างของสินค้าที่จำหน่ายในตลาดและการที่หน่วยธุรกิจสามารถเข้าหรือออกจากตลาดได้โดยเสรีนั่นเอง ลักษณะสำคัญของตลาดผู้ขายน้อยรายมีดังนี้

ก. มีหน่วยธุรกิจอยู่ไม่กี่รายในตลาด

ข. การเข้ามาดำเนินงานของหน่วยธุรกิจรายใหม่เป็นไปได้ยาก

ค. หน่วยธุรกิจแต่ละรายคำนึงถึงกลยุทธ์ของคู่แข่งในการตัดสินใจดำเนินการของตน

ง. สินค้าที่ผลิตจำหน่ายในตลาดอาจมีลักษณะเหมือนกันทุกประการ หรืออาจต่างกันก็ได้

การเข้ามาดำเนินงานของหน่วยธุรกิจรายใหม่ในตลาดนี้เป็นไปได้ยาก เนื่องจากหน่วยธุรกิจที่มีอยู่เดิมอาจขัดขวางด้วยวิธีการต่าง ๆ เป็นต้นว่า อาจจงใจจำหน่ายสินค้าในราคาที่ต่ำมากโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขับไล่คู่แข่งขันให้ออกจากตลาด หรืออาจลดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตของหน่วยธุรกิจที่จะเข้ามาใหม่ (predatory pricing) แม้ว่าตนเองอาจต้องขาดทุนอยู่บ้างในช่วงแรกแต่ก็หวังว่าจะถอนทุนคืนได้ภายหลังเมื่อหน่วยธุรกิจที่เข้ามาใหม่ต้องออกจากตลาดไป

ในตลาดผู้ขายน้อยราย สินค้าที่หน่วยธุรกิจต่าง ๆ ผลิตออกจำหน่ายอาจมีลักษณะเหมือนกันทุกประการ เช่น ไฟฟ้า เหล็กกล้า อลูมิเนียม หรืออาจต่างกันก็ได้ เช่น รถยนต์ อุปกรณ์ไฟฟ้า คอมพิวเตอร์ เป็นต้น หน่วยธุรกิจแต่ละหน่วยทราบดีว่า การดำเนินงานของตนมีผลต่อราคาสินค้าในตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกำไรของคู่แข่งขัน ดังนั้น การตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคา ปริมาณการผลิต การโฆษณา การลงทุน และอื่น ๆ จึงต้องคำนึงถึงกลยุทธ์ของหน่วยธุรกิจคู่แข่งขันด้วย อำนาจผูกขาดและกำไรของหน่วยธุรกิจส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับกลยุทธ์ที่ใช้ หน่วยธุรกิจอาจร่วมมือกันหรืออาจแข่งขันกันดำเนินการก็ได้

หน่วยธุรกิจในตลาดผู้ขายน้อยรายมีแนวโน้มที่จะรวมกลุ่มหรือร่วมมือกันดำเนินการมากกว่าแข่งขันตัดราคากันเอง การรวมกลุ่มอาจเป็นไปในลักษณะเปิดเผย

ชัดเจนโดยหน่วยธุรกิจที่เป็นสมาชิกของกลุ่มมีพันธะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงร่วมกัน หรืออาจเป็นในลักษณะไม่ชัดเจน โดยหน่วยธุรกิจหน่วยหนึ่งหน่วยใดเป็นผู้นำในการกำหนดราคาหรือปริมาณผลิตและหน่วยธุรกิจอื่น ๆ ที่เหลือดำเนินการตามก็ได้ [21]

1.3 สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบัน

ตอนปลายคริสต์ศตวรรษ**ที่** 19 ต้นคริสต์ศตวรรษที่ 2**0 นี้** เกิดปรากฏการณ์หนึ่งขึ้นในการทำสัญญา นักกฎหมายพบว่าบทบาทเจตนาของบุคคลในการเข้าทำสัญญาได้ลดความสำคัญลง รูปแบบในการทำสัญญาเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไป แต่หลักกฎหมายสัญญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ไม่มีการเปลี่ยนแปลง ยังเป็นหลักกฎหมายที่ผู้ร่างได้วางหลักโดยพิจารณาความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากสภาพของการทำสัญญาในตอนต้นคริสต์ศตวรรษ**ที่** 19 ซึ่งสภาพของเศรษฐกิจและสังคมในด้านอุสาหกรรมก็ดี ด้านธุรกิจการค้าก็ดี ยังอยู่ในขั้นพื้นฐานที่ใช้ฝีมือในการประกอบการหรือทำกันภายในครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ไม่ว่าระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภคยังมีลักษณะใกล้ชิดเป็นส่วนตัวเฉพาะตัว สัญญาต่าง ๆ เกิดขึ้นผูกมัดระหว่างกันยังมีบรรยากาศการเจรจาต่อรองกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ส่วนอื่น ๆ ที่ไม่สำคัญคู่สัญญามักจะตกลงให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ดังนั้น สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายจึงอยู่ในสภาพบทกฎหมายสำรอง ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สภาพของสัญญามีความเปลี่ยนแปลงอย่างมาก ทั้งวิธีการทำสัญญาและเนื้อหาที่ถูกกำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งผู้ร่างกฎหมายสัญญาไม่อาจคาดคิดหรือคาดการณ์ถึงสภาพข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงนี้ได้ สภาพของสัญญาที่เปลี่ยนไปนี้มีปัญหาเกิดขึ้นว่าจะยังอยู่ในขอบเขตของหลักกฎหมายสัญญาที่อยู่บนพื้นฐานของความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอีกต่อไปได้หรือไม่ สัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน มีความได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างมากอันจะทำให้มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมในสังคมและเศรษฐกิจได้ สัญญาในรูปแบบใหม่เกิดขึ้นในแบบของสัญญามาตรฐาน (standard form contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (adhesion contract)[22]

สัญญาปัจจุบันที่อยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูปนี้ อาจกล่าวได้ว่า ด้านหนึ่งเป็นความก้าวหน้าหรือเป็นการพัฒนาในการทำสัญญา หากมองว่าข้อตกลงของสัญญา

---

[21] ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย (2542) “ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดและตลาดผู้ขายน้อยราย” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา เศรษฐศาสตร์จุลภาค* หน่วยที่ 8 นนทบุรี สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 85 - 101

[22] ดาราพร ถิระวัฒน์ (2538) *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 23-24

ที่ทำขึ้นมีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา และช่วยคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบทั้งทางเศรษฐกิจและความรู้ความสามารถ แต่ในทางตรงกันข้าม อีกด้านหนึ่งมองว่า ถ้าข้อตกลงที่เกิดขึ้นในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป มีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายโดยตรงต่อผลบังคับตามเนื้อหาของสัญญาที่เกิดขึ้นจากการมีโอกาสได้กำหนดข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ทำสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อน เพื่อเป็นการบังคับแก่บุคคลที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง สภาพเช่นนี้ก็จะเป็นความเสื่อมของหลักสัมพันธภาพของสัญญาที่ไม่มีความเป็นอิสระ และเจตนาของคู่สัญญาไม่มีความสำคัญ เพราะเป็นสัญญาที่ขาดการเจรจาต่อรองกันได้อย่างแท้จริงในระหว่างคู่สัญญา[23]

ปัญหาของกฎหมายสัญญาที่เกิดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 20 นี้ นักกฎหมายได้ตั้งคำถามหลายปัญหา เช่น การเกิดขึ้นของสัญญายังเป็นเรื่องของการตกลงยินยอมระหว่างบุคคลอีกหรือไม่ สัญญามีเนื้อหาที่สมเหตุสมผลที่จะใช้บังคับผูกมัดกันหรือไม่ เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า มีความรู้ความสามารถที่สูงกว่าเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่ต้องการหลีกเลี่ยงความรับผิดของตน หรือให้ตนมีสิทธิที่เหนือกว่า หรือมากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ทฤษฎีหรือ หลักกฎหมายสัญญาจะสามารถกำหนดลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาประเภทใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญายังคงมีอยู่หรือไม่ เป็นต้น[24]

2. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การตกลงทำสัญญากันในปัจจุบันจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานเป็นส่วนมาก โดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจหรือมีความรู้ความสามารถทางเทคโนโลยีที่เหนือกว่าเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า เพื่อใช้บังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องเข้ามาทำสัญญาด้วย สัญญาจึงเกิดขึ้นจากการตกลงของคู่สัญญานี้ แม้จะเป็นความสมัครใจที่ไม่มีการข่มขู่ สำคัญผิด หรือกลฉ้อฉล ที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ แต่เป็นความสมัครใจที่จำยอมต้องตกลงในลักษณะที่ไม่มีอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกันในระหว่างคู่สัญญา เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่เข้ามาทำสัญญาตกลงด้วยอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบอย่างมาก จึงทำให้เกิดปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะเป็นข้อสัญญาที่ขาดความสมดุลในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสิทธิ และหน้าที่ความรับผิดระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สภาพของการตกลงทำสัญญาเช่นนี้ถือว่าเป็นวิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นต่อสัญญา อันมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและความ

---

[23] เรื่องเดียวกัน

[24] เรื่องเดียวกัน

มั่นคงของเอกชน ซึ่งในที่สุดก็จะมีผลโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวความคิดในการคุ้มครองคู่สัญญาที่เสียเปรียบจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยการปรับใช้หลักสุจริต หลักความสงบเรียบร้อย ตลอดจนบัญญัติกฎหมายพิเศษสำหรับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.1 ลักษณะความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาในปัจจุบัน

ก่อนปลายคริสต์ศตวรรษ**ที่** 19 ความไม่เสมอภาคของคู่สัญญามีปรากฏอยู่ในการทำสัญญาเสมอ แต่ความไม่เสมอภาคนี้ไม่มีลักษณะที่ทำให้เกิดความเสียหาย หรือการได้เปรียบเสียเปรียบอย่างชัดแจ้ง หรือมีสภาพการต่อรอง หรือการกำหนดราคาโดยไม่เป็นธรรมชาติเช่นในปัจจุบัน โดยปกติ การตกลงที่ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะรู้ถึงสภาพของวัตถุแห่งหนี้ดีกว่า ซึ่งไม่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือการได้เปรียบเสียเปรียบอย่างชัดแจ้ง หรือรู้ถึงสาระสำคัญในการปฏิบัติการชำระหนี้ดีกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ในสัญญาซื้อขาย ปกติผู้ขายซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายนั้นจะรู้จักดีถึงสภาพของของที่จะขายดีกว่าผู้ซื้อ แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะตกลงราคาที่ซื้อขายกันจนเป็นที่ยอมรับได้สำหรับทั้งสองฝ่าย แม้ผลที่ได้จากสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับประโยชน์ที่ไม่ถึงกับเท่ากันทีเดียว แต่ก็เป็นที่ตกลงยอมรับกันได้ ความไม่เสมอภาค การได้เปรียบเสียเปรียบนั้นแม้จะมีอยู่ ก็เป็นเพียงความไม่เสมอภาคตามธรรมชาติของสัญญาทั่วไป ซึ่งมีอยู่ในลักษณะปกติธรรมดา

การทำสัญญาในปัจจุบันมีลักษณะความไม่เสมอภาคในอีกรูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาที่ประกอบวิชาชีพด้วยกันเองและความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบต่อผู้ประกอบวิชาชีพ ความไม่เสมอภาคทั้งในข้อเท็จจริงและทั้งในข้อกฎหมายที่ปรากฏในปัจจุบันเป็นผลมาจากความก้าวหน้า และความจำเป็นของสภาพสังคมที่เจริญเติบโตสลับซับซ้อน ประกอบกับเทคโนโลยีใหม่ ทำให้เกิดการตกลงทำสัญญาที่ยุ่งยากสลับซับซ้อนขึ้นในรูปแบบของสัญญาที่ไม่มีลักษณะของสัญญาดั้งเดิม ซึ่งอยู่ในรูปแบบง่าย ๆ ที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

2.1.1 ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง

ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเองมีขึ้นในระหว่างนายจ้างลูกจ้างก็ดี ระหว่างผู้ผลิตกับผู้จำหน่ายสินค้าหรือผู้ให้บริการก็ดี เป็นลักษณะที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษ**ที่** 19 ในยุโรปที่มีการพัฒนาระบบอุตสาหกรรมที่ใหญ่ขึ้น ระบบนายทุนและระบบการใช้เครื่องจักรเกิดขึ้นและขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทำให้อำนาจการต่อรองรวมอยู่ที่เจ้าของ หรือนายทุน ลูกจ้างอยู่ในสภาพโดดเดี่ยวจากกลุ่มนายจ้างซึ่งมีการรวมตัวจัดตั้งเป็นองค์กรอาชีพของนายจ้าง เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาจ้างแรงงานเพื่อผูกมัดลูกจ้างมากขึ้นตามลำดับ จนในที่สุด ฝ่ายลูกจ้างจำต้องรวมตัวกันเพื่อต่อต้านเรียกร้องสิทธิกับนายจ้าง ประกอบกับรัฐได้เข้ามามี

บทบาทช่วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่าง ๆ มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้าง กำหนดสวัสดิการสำหรับคุ้มครองลูกจ้างขึ้น นอกจากนี้ ลูกจ้างได้รวมตัวกันจัดตั้งสหพันธ์ หรือองค์กรลูกจ้าง เพื่อต่อรองกับนายจ้างในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงาน

สภาพดังกล่าวเกิดขึ้นเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพในด้านผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าพืชผลทางการเกษตร สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างชาวไร่ชาวนาที่ทำกับนายทุนผู้ทำหน้าที่เป็นผู้จัดจำหน่ายพืชผล ผู้จัดจำหน่ายซึ่งเป็นเจ้าของทุนจะเป็นผู้ออกทุน ทั้งด้านเครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตร เมล็ดพันธุ์ สัตว์เลี้ยง ให้ชาวไร่ชาวนาซึ่งเป็นผู้ผลิตพืชผลออกมาเพื่อส่งให้ผู้จัดจำหน่ายนำออกสู่ตลาด หรือป้อนโรงงานอุตสาหกรรมต่อไป อำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจจะมีสภาพเช่นเดียวกับกรณีระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง คือ ชาวไร่ชาวนาอยู่ในสภาพเสียเปรียบนายทุน ผู้จัดจำหน่ายซึ่งเป็นกลุ่มโรงงานอุตสาหกรรม หรือกลุ่มพ่อค้าที่สามารถกำหนดเงื่อนไขของสัญญาในสภาพที่เขาได้เปรียบ ซึ่งในที่สุดรัฐจะต้องเข้ามามีบทบาทเข้ามาควบคุมเพื่อกำหนดมาตรการที่เป็นธรรมคุ้มครองชาวไร่ชาวนาผู้ผลิตที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบ[25]

2.1.2 ความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบต่อผู้ประกอบวิชาชีพ

ในปัจจุบัน ผลผลิตและการให้บริการมีหลายชนิด หลายประเภท อันเป็นผลของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อน จึงทำให้ผู้ผลิตอยู่ในฐานะได้เปรียบในการกำหนดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาทั้งด้านราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการ ผู้บริโภค ซึ่งในที่นี้ได้แก่ บุคคลผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญาในการรับบริการ หรือซื้อสินค้าเพื่อสนองความต้องการส่วนตัว โดยมิใช่เพื่อการประกอบวิชาชีพ ดังนี้ ผู้บริโภคอาจเป็นผู้ที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพเลย หรืออาจเป็นผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งไม่ได้ทำสัญญาเพื่อสนองความต้องการในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกัน แต่อยู่ในฐานะผู้บริโภคผู้หนึ่งเท่านั้น เช่น โรงงานอุตสาหกรรมทอผ้าทำสัญญาซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จากบริษัทขายเครื่องคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นนี้ ถือว่าโรงงานอุตสาหกรรมเป็นผู้บริโภคที่ทำสัญญากับผู้ประกอบวิชาชีพ ที่ผู้ซื้อมีความรู้ทางเทคนิคที่อยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าผู้ขายซึ่งอาจจะเสียเปรียบในข้อสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นได้ ดังนี้ ความได้เปรียบเสียเปรียบที่เกิดขึ้นนี้จึงเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพในธุรกิจนั้น ๆ กับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพมีความรู้ทางเทคนิค หรือเศรษฐกิจที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก

ลักษณะความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบที่จะต้องยอมจำนนต่อการที่ต้องเข้าผูกพันตามสัญญาทั้งด้านราคาและคุณภาพของสินค้าและบริการที่ออกสู่ท้องตลาดในลักษณะเป็นการผลิตสินค้าหรือบริการจำนวนมากสำหรับบุคคลทั่วไป (mass production) เช่นนี้ ทุก

---

[25] เรื่องเดียวกัน หน้า 31-34

ประเทศจึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นผู้ด้อยกว่าทั้งทางเศรษฐกิจและทั้งความรู้ทางเทคนิค และไม่สามารถต่อรองทั้งราคาและคุณภาพได้โดยส่วนตัว[26]

2.2 สัญญามาตรฐาน (standard form contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (adhesion contract)

2.2.1 ความจำเป็นที่จะต้องนำสัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ในธุรกิจ

ในยุคปัจจุบันที่มีการผลิตสินค้าหรือบริการจำนวนมากสำหรับบุคคลทั่วไป (mass production) การเจรจาร่างสัญญากันเป็นราย ๆ ไปเพื่อใช้กับลูกค้าแต่ละรายเป็นการไม่สะดวกและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย (transaction costs) อันจะทำให้ราคาสินค้าและบริการสูงขึ้น ดังนั้น การตกลงทำสัญญาธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกิจการค้าประเภทใด ได้แก่ การประกันภัย การขนส่ง การธนาคารพาณิชย์ การซื้อขาย การทำธุรกิจบริการ การท่องเที่ยว การโรงแรม ฯลฯ การทำสัญญาจะมีการร่างข้อสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้าเป็นจำนวนมาก ที่จะใช้กับบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง ลักษณะนี้ ผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลังจะอยู่ในลักษณะจำยอมต้องรับเอาข้อสัญญานั้น ๆ โดยไม่สามารถต่อรองแก้ไขได้ สัญญาประเภทใหม่ทั้งสองนี้เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น นักกฎหมายทุกประเทศต่างสนใจต่อปัญหาของรูปแบบการทำสัญญาประเภทนี้ว่า จะหาวิธีป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่สัญญา ที่ต้องเสียเปรียบกับการต้องเข้ามารับเอารูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปกันอย่างไร[27]

2.2.2 ลักษณะของสัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาในปัจจุบันมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้วางข้อกำหนดในสัญญาขึ้นฝ่ายเดียว ซึ่งอาจจะมีข้อสัญญาแตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในเรื่องสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้ เมื่อมีการวางข้อกำหนดสัญญาแตกต่างกันไปเช่นนี้ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ควรจะต้องมีการจำกัดลักษณะของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปไว้ให้ชัดเจนเพื่อประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมาย ลักษณะของสัญญาประเภทนี้จะต้องมีหลายลักษณะรวมกันอยู่ คือ

1) เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือมีความรู้ความสามารถทางเทคนิคเหนือกว่า หรือได้เปรียบกว่า ซึ่งอาจจะมีลักษณะของการผูกขาดในทางข้อเท็จจริง หรือในทางกฎหมายก็ได้

---

[26] เรื่องเดียวกัน หน้า 31-34

[27] เรื่องเดียวกัน หน้า 34-38

2) คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่านี้เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ และมีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดเนื้อหาสาระไว้ล่วงหน้า ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำไว้เป็นจำนวนมาก เพื่อใช้กับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และไม่จำกัดตัวผู้เข้าทำสัญญา

3) การกำหนดข้อสัญญาต่าง ๆ เป็นการทำขึ้นฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นข้อกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่เพียงจะต้องยอมรับข้อกำหนดที่ได้วางไว้แล้วนั้น หรือปฏิเสธไม่ต้องการทำสัญญาด้วย เพราะไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาของสัญญานี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองหรือตกลงกันอย่างแท้จริง[28]

2.2.3 ความหมายของ สัญญามาตรฐาน และสัญญาสำเร็จรูป

คำว่า สัญญาสำเร็จรูป มิได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า สัญญามาตรฐาน เพราะสัญญาสำเร็จรูป หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่เปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญาด้วย (Co-determination of Contractual Terms) ในขณะที่สัญญามาตรฐาน ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้ทำไว้เป็นมาตรฐานเพื่อสามารถใช้ได้ทันทีกับลูกค้าทุกรายโดยไม่ต้องร่างสัญญากันเป็นราย ๆ ไป สัญญาสำเร็จรูปจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญามาตรฐาน หากผู้ประกอบธุรกิจฯ เพียงกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียว แต่มิได้มุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวเป็นแบบมาตรฐานในการค้า เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่ร่างไว้ล่วงหน้าสำหรับการจ้างผู้เชี่ยวชาญโดยมิได้ใช้เป็นแบบมาตรฐานสำหรับการจ้างรายอื่น ๆ ด้วย[29]

2.3 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เนื่องจากปัญหาสัญญาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีความไม่เท่าเทียมกันในระหว่างคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจ ความรู้ทางเทคโนโลยีที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก สัญญาจึงเกิดขึ้นโดยขาดอำนาจการต่อรองและการเจรจาตกลงกันอย่างแท้จริง บทบัญญัติในกฎหมายสัญญาที่ใช้ในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติชัดแจ้งให้การแสดงเจตนาที่ขาดอำนาจการต่อรองเป็นองค์ประกอบของความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ในการทำนิติกรรมสัญญา การแสดงเจตนาย่อมสมบูรณ์เมื่อมีการแสดงโดยใจสมัคร ไม่สำคัญผิด หรือถูกข่มขู่ หรือแสดงโดยกลฉ้อฉล การแสดงเจตนานั้นมีผลผูกพันตามกฎหมายได้ เหตุที่กฎหมายนิติกรรมสัญญาไม่ได้มีการบัญญัติเน้นถึงความตกลงยินยอมในการเสนอสนองรับก่อให้เกิดเป็นสัญญาจะต้องเกิดจากการแสดงเจตนาที่มีการต่อรองกันได้ เพราะสภาพของเศรษฐกิจสังคมในขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายสัญญาในคริสต์ศตวรรษที่ 18-19 นั้น การทำ

---

[28] เรื่องเดียวกัน หน้า 34-38

[29] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 555

สัญญายังไม่ได้มีสภาพของความไม่เท่าเทียมกันที่ไม่เป็นธรรมชาติในระหว่างคู่สัญญาดังเช่นในปัจจุบัน สัญญาในสมัยนั้นยังเป็นสัญญาที่เกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่แต่ละฝ่ายมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจ มีความสามารถในการเจรจาต่อรองกันได้อย่างจริงจัง[30]

แต่สภาพของการทำสัญญาในปัจจุบันที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ใช้ความได้เปรียบกำหนดข้อสัญญาต่าง ๆ พิมพ์ไว้ล่วงหน้าก่อน ดังที่เราเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ที่มีแบบฟอร์มของข้อสัญญาที่ตายตัว เปลี่ยนแปลงไม่ได้ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้เป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำข้อสัญญาไว้ล่วงหน้า ในลักษณะที่กำหนดแต่ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนใหญ่ หรือกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายจัดทำสัญญาไว้ ในบางครั้ง ข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะเป็นข้อสัญญาที่ขาดความสมดุลในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสิทธิและหน้าที่ความรับผิดระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่แต่ละฝ่ายมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจ มีความสามารถในการเจรจาต่อรองกันได้อย่างจริงจัง[31]

ลักษณะสำคัญของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่จะกำหนดไว้ในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป คือ[32]

1. ข้อสัญญา ไม่ว่าจะอยู่ในสัญญาประเภทใดจะมีลักษณะเหมือนเป็นเงื่อนไขทั่วไปหรือมาตรฐานทั่วไป เป็นเงื่อนไขที่ต้องมีอยู่เปลี่ยนแปลงไม่ได้

2. การใช้แบบฟอร์มของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ในวงธุรกิจมีส่วนดี คือ ช่วยทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน สัญญามีแบบเดียวกันในธุรกิจแต่ละประเภท และเกิดความก้าวหน้าในทางกฎหมายธุรกิจ โดยเฉพาะธุรกิจประเภทใหม่ ๆ ทำให้เกิดสัญญาประเภทไม่มีชื่อ (innominate contracts) มากขึ้นซึ่งเป็นการกำหนดข้อสัญญาตามความต้องการและความมุ่งหมายของประเภทธุรกิจนั้น ๆ เช่น สัญญา factoring สัญญา franchise สัญญา joint-venture เป็นต้น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เกิดอันตรายสำหรับการทำสัญญาประเภทใหม่ ๆ เหล่านี้ คือลักษณะความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา เพราะฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจฯ ที่มีความรู้ถึงขั้นตอนของการผูกมัดตามสัญญาจึงกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ตนได้เปรียบกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก

3. ความไม่เท่าเทียมกันด้านความรู้ เทคโนโลยี เศรษฐกิจ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการต้องปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาโดยปริยาย การมีโอกาสกำหนดข้อสัญญาต่าง ๆ ไว้

---

[30] ดาราพร ถิระวัฒน์ (2538) *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 46-50

[31] เรื่องเดียวกัน

[32] เรื่องเดียวกัน

ล่วงหน้า เป็นช่องทางที่ทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะที่ให้ผลประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปรียบในการได้ทำสัญญาไว้ก่อนล่วงหน้า ซึ่งเราจะไม่พบผลประโยชน์เดียวกันหรือผลประโยชน์อื่นที่กำหนดไว้ทดแทนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเลย ลักษณะของข้อสัญญามักจะมีการกำหนดเนื้อหาของสิทธิหน้าที่ที่แตกต่างไปจากกฎหมายสัญญาโดยทั่วไป ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นการบิดเบือนบทบัญญัติของกฎหมาย และมีการทำลายหลักพื้นฐานของสัญญา

ปัจจุบันเราจะพบข้อสัญญาที่มีลักษณะข้างต้นในสัญญาธุรกิจการค้าการพาณิชย์เกือบทุกประเภทซึ่งจะอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ บางทีก็เป็นสัญญาที่มีข้อสัญญาพิมพ์ไว้ล่วงหน้าทั้งหมดเหลือช่องว่างในการกรอกชื่อ ที่อยู่ และลายมือชื่อของคู่สัญญาไว้เท่านั้น หรืออาจจะเป็น ข้อสัญญาที่มีขนาดตัวพิมพ์ที่เล็กมากหลายหน้ากระดาษ หรือพิมพ์เป็นข้อความที่อยู่ด้านหลังของ ใบสั่งของ จดหมายตอบรับ ใบเสร็จ ใบส่งของ ใบตราส่ง เสมือนเป็นรายละเอียดต่าง ๆ ของสัญญา หรืออาจพิมพ์อยู่ในเอกสารต่างหากอีกฉบับหนึ่งเสริมต่อสัญญาประธาน หรืออยู่ในรูปของประกาศที่ติดอยู่ในที่ต่าง ๆ ที่มีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ที่ต้องรับผิดชอบ[33]

ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม มีปัญหาเดียวกันที่ว่าข้อสัญญาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการได้เปรียบจากการเตรียมการฝ่ายเดียวของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลังไม่มีโอกาสหรือไม่มีความสามารถจะเจรจาแก้ไขเป็นอย่างอื่นได้ ข้อสัญญาดังกล่าว บางครั้งคู่สัญญาผู้ใช้สัญญาดังกล่าวอาจไม่ได้เป็นผู้ทำขึ้นหรือร่างขึ้นเอง แต่เป็นองค์กรวิชาชีพของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเป็นผู้ทำขึ้น เช่น ธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงิน บริษัทประกันภัย บริษัทขนส่ง บริษัทธุรกิจก่อสร้าง ตลอดจนรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจการเกี่ยวกับบริการสาธารณะต่าง ๆ เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา โทรศัพท์ แม้กระทั่งการนำแบบฉบับข้อสัญญาธุรกิจประเภทนั้นจากต่างประเทศนำมาแปล หรือปรับแต่งใช้กับธุรกิจในประเทศเป็นแบบสากลของสัญญาที่ถูกนำมาใช้ [34]

การที่บุคคลที่จะเข้ามาร่วมเป็นคู่สัญญาภายหลังที่อยู่ในลักษณะจำยอมเข้ารับเอาข้อสัญญาที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้า เป็นเสมือนเงื่อนไขทั่วไปที่ต้องมีอยู่ในสัญญาที่เขาไม่มีโอกาสได้แก้ไขเปลี่ยนแปลง นอกจากสาเหตุที่ไม่มีอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกัน อาจมีสาเหตุจากความไม่เข้าใจเพราะภาษาที่ใช้ในสัญญาเป็นภาษาที่เข้าใจยาก ใช้ข้อความที่สลับซับซ้อน หรือความไม่สนใจเพราะไม่เห็นความสำคัญ หรืออาจเป็นเพราะราคาของสินค้าหรือบริการไม่คุ้มกับการเสียเวลาต่อรองกัน หรือข้อความของข้อสัญญาที่พิมพ์ตัวเล็กมากจนคู่สัญญาไม่อาจสังเกตได้ชัดแจ้ง[35]

---

[33] เรื่องเดียวกัน

[34] เรื่องเดียวกัน

[35] เรื่องเดียวกัน

ตัวอย่างของข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมที่มักพบในสัญญาที่จะกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้า ดังนี้

1. ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่จะส่งมอบเพื่อชำระหนี้ที่กำหนดในลักษณะที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าที่จะเป็นผู้กำหนดฝ่ายเดียวว่าทรัพย์สินที่จะส่งมอบอยู่ในสภาพเช่นไร หรือข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าที่จะส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่ไม่ตรงกับที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือผิดแผกไปจากที่ตกลงไว้ในสัญญาก็ได้

2. ข้อสัญญาในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร เช่น ข้อสัญญาให้สิทธิเลิกสัญญาไม่ว่ากรณีใด ๆ โดยไม่จำต้องบอกกล่าวล่วงหน้า หรือกำหนดระยะเวลาบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาได้กำหนดระยะเวลาที่ไม่สมควรเพียงพอที่ปกติจะชำระหนี้ให้ได้ หรือข้อสัญญาจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีมีการละเลยไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้า หรือจำกัดสิทธิในการเลิกสัญญาสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าเป็นผู้มีสิทธิแต่ฝ่ายเดียว

3. ข้อสัญญาเกี่ยวกับราคาที่ต้องชำระตามสัญญา โดยกำหนดราคาไว้ไม่แน่นอน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้ามีสิทธิเปลี่ยนแปลงราคาได้ หรือกำหนดให้ราคาขึ้นอยู่กับพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นกรณี ๆ ไป

4. ข้อสัญญายกเว้นความรับผิด หรือจำกัดความรับผิดในจำนวนค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาล่วงหน้านั้นต้องรับผิดชอบ ซึ่งเป็นความรับผิดในการชำระหนี้ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

เนื้อหาของข้อสัญญาที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างที่เรามักจะพบในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ที่ใช้กันอยู่ในธุรกิจการค้าเป็นประจำ ไม่ว่าจะเป็น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญากู้ยืม สัญญาจ้างทำของ สัญญาขนส่ง สัญญาค้ำประกัน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพจะทำข้อสัญญาไว้ล่วงหน้า ซึ่งมักจะมีข้อสัญญากำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ไว้มากมายสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่จะเข้ามาทำสัญญากันในภายหลัง โดยหน้าที่ในส่วนของตนจะไม่มี หรือมีน้อยมากเมื่อเทียบกับหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ก่อนจะเป็นข้อสัญญาที่ให้สิทธิต่าง ๆ แก่ตนเป็นส่วนใหญ่ [36]

2.4 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญา

ความไม่เป็นธรรมในกฎหมายสัญญาสามารถจำแนกได้เป็นสองประเภท คือ ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unfairness) และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive unfairness) ส่วนการให้อ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะต้อง

---

[36] เรื่องเดียวกัน

ปรากฏว่า ข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการของการทำสัญญา และทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาเอง

2.4.1 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เป็นเรื่องของการตรวจสอบว่าในระหว่างที่คู่สัญญาได้ทำสัญญานั้น ได้มีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้นในลักษณะที่กระทบเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ ดังนั้น การข่มขู่ การใช้กลฉ้อฉล การให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยมิได้มีเจตนาฉ้อฉล หรือการสำคัญผิด ล้วนถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น แต่ในสภาพตลาดปัจจุบัน ข้อเท็จจริงที่จัดได้ว่า เป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญายังรวมไปถึงการใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่ซ่อนเร้น ไม่อาจมองเห็นได้ชัดเจน อ่านไม่เข้าใจ หรือการไม่มีโอกาสตรวจพิเคราะห์เนื้อหาของข้อสัญญาอย่างแท้จริง เป็นต้น

2.4.2 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา เป็นเรื่องความไม่เป็นธรรมในตัวเนื้อหาของสัญญา หรือข้อสัญญาโดยตรง การกล่าวถึงข้อสัญญาที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก จึงเป็นการกล่าวถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาหรือข้อสัญญา แต่ส่วนใหญ่แล้ว ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญามักมีความเกี่ยวข้องกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งจะอาศัยวิธีการอันไม่เป็นธรรมเพื่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่งรับเอาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรม

2.4.3 การกำหนดให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ต้องปรากฏทั้งความไม่เป็นธรรมทางกระบวนการของการทำสัญญา และความไม่เป็นธรรมทางเนื้อหาของสัญญานั้น มีข้อควรพิจารณาว่าหากมีพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญายุคใหม่ กล่าวคือ มีการผูกขาดหรือมีการไม่รู้ ไม่เข้าใจข้อสัญญา แต่ข้อสัญญามิได้มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมเลย กฎหมายควรจะให้อ้างว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้หรือไม่

การให้ศาลตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหาย แต่เมื่อเนื้อหาของข้อสัญญาไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียเปรียบแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับเอาสัญญาที่กำหนดโดยผู้ผูกขาด หรือแก่คู่สัญญาที่มิได้รู้หรือเข้าใจข้อสัญญาในขณะทำสัญญาแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รับความเสียหาย จึงไม่มีเหตุผลที่จะให้ข้อสัญญานั้นตกไปหรือแก้ไขโดยศาล ผู้ฟ้องร้องเพื่อให้ข้อสัญญานั้นตกไปหรือถูกแก้ไขโดยศาลในกรณีนี้ประสงค์เพียงหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญาด้วยเหตุผลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเสียประโยชน์ตามสัญญา (เช่น ไม่ต้องการสินค้าตามสัญญา และต้องการนำเงินไปลงทุนด้านอื่น เป็นต้น)[37]

---

[37] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 549-563

2.5 เหตุผลของการควบคุมข้อสัญญา

การควบคุมข้อสัญญาจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่สมบูรณ์ของตลาด (Market Imperfection) ซึ่งเมื่อพิเคราะห์สภาพความไม่สมบูรณ์ของตลาดในปัจจุบันแล้ว หากไม่มีการผูกขาดทางการค้า สิ่งที่ควรจะเป็นเหตุผลที่แท้จริงของการเข้าไปควบคุมข้อสัญญาในแง่ความไม่เป็นธรรมก็คือ การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาซึ่งอาจเกิดจากการที่ผู้กำหนดข้อสัญญาใช้ข้อสัญญาที่ซ่อนเร้น หรืออ่านไม่เข้าใจ หรือเกิดจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสเข้าตรวจพิเคราะห์เนื้อหาของข้อสัญญาอย่างแท้จริง หากปราศจากพฤติการณ์เหล่านี้ ก็ไม่ควรวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่พิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ผู้ร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า เหตุผลสำคัญที่ต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมข้อสัญญาเป็นเพราะคู่สัญญามีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยไม่ได้เน้นการไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา (Cognitive Element) เป็นเหตุผลหลัก

2.5.1 ความไม่สมบูรณ์ของตลาด (Market Imperfection)

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ที่รองรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาต่างตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่า ตลาดมีความสมบูรณ์ ซึ่งเป็นสภาพที่ไม่มีการผูกขาดและผู้ซื้อผู้ขายได้รับข้อมูลอย่างสมบูรณ์ ในแง่ของการทำสัญญา การได้รับข้อมูลอย่างสมบูรณ์ก็คือการที่คู่สัญญารู้และเข้าใจลักษณะและผลของสัญญาและข้อสัญญาอย่างถ่องแท้ สัญญาที่ทำขึ้นภายใต้สภาพทางตลาดที่สมบูรณ์ซึ่งคู่กรณีได้บรรลุอัตประโยชน์ตามประสงค์เรียกว่า สัญญาที่สมบูรณ์ (Perfect Contract)

ด้วยเหตุนี้ การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือควบคุมข้อสัญญาโดยไม่ขัดแย้งกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักเสรีนิยมจึงกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าตลาดไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ามีการผูกขาดทางการค้า ซึ่งเป็นผลให้ผู้บริโภคจำต้องรับเอาสัญญาที่ผู้ผูกขาดเสนอโดยไม่มีทางเลือกอื่น หรือเมื่อปรากฏว่ามีปัจจัยที่ทำให้คู่สัญญาอยู่ในสภาพที่ไม่อาจรู้หรือเข้าใจข้อสัญญาจึงได้ตกลงเข้าทำสัญญาโดยรับเอาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไปด้วยโดยไม่รู้ถึงข้อสัญญานั้น ในสภาพเศรษฐกิจปัจจุบัน การผูกขาดทางการค้าแทบจะไม่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่า ในสภาพที่ไม่ปรากฏว่ามีการผูกขาด กฎหมายควรให้มีการกล่าวอ้างว่า ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เฉพาะเมื่อผู้กล่าวอ้างไม่รู้หรือเข้าใจข้อสัญญานั้นขณะทำสัญญา หากบุคคลใดเข้ารับข้อสัญญาที่เสียเปรียบต่ออีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากโดยรู้และเข้าใจข้อสัญญานั้น ก็ไม่อาจอ้างได้ว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม แม้ว่าตนจะอยู่ในสถานการณ์ที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่าก็ตาม (เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปรียบเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สัญญาสำเร็จรูป) สัญญาในพฤติการณ์เช่นนี้เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ภายใต้ตลาดที่สมบูรณ์ การเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบจึงเกิดจากความสมัครใจและเห็นว่าจะได้ประโยชน์คุ้มค่า

โดยปกติ แต่ละคนมีเกณฑ์การวัดอัตประโยชน์ที่ต่างกัน และมีหลายกรณีที่สมัครใจรับเอาข้อสัญญาที่หนักกว่าปกติ เช่นยอมทำสัญญาซื้อสินค้าเงินผ่อนโดยรับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบมากบางประการเพราะเห็นว่า ผู้ขายเสนอราคาถูกกว่าผู้ขายรายอื่น หรือมิได้กำหนดให้ผู้ซื้อต้องวางเงินดาวน์ดังเช่นที่ผู้ขายรายอื่นกำหนด การยอมรับเอาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นสิ่งที่น่าพึงพอใจสำหรับผู้ซื้อ ในทำนองเดียวกัน หากบุคคลยอมซื้อบัตรชมการแสดงของนักแสดงคนที่ตนคลั่งไคล้โดยซื้อต่อจากผู้ซื้อคนอื่นที่คิดราคาสูงกว่าราคาเดิมถึง 10 เท่า ก็แสดงว่าผู้ซื้อต่อรายนั้นเห็นว่าคุ้มค่ากับความสุขพอใจส่วนตัว บางคนก็รับเอาข้อสัญญาที่ตนเสียเปรียบมากเพราะประสงค์เสี่ยงโชค เช่น สัญญาซื้อขายข้าวซึ่งกำลังปลูกอยู่ในนาแปลงหนึ่ง โดยผู้ขายกำหนดให้ผู้ซื้อชำระราคาเต็มส่วน แม้จะปรากฏในภายหลังว่า ข้าวในนาแปลงนั้นจะล้มตายโดยสิ้นเชิง สัญญาเช่นนี้มิใช่สัญญาซื้อขายทรัพย์อันใดอันหนึ่งเท่านั้น (emptio rei speratae) แต่เป็นสัญญาซื้อขายความคาดหวังด้วย (emptio spei) ผู้ซื้อจึงไม่อาจอ้างว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม

อันที่จริง การผูกขาดและการไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญานั่นเอง เมื่อเราสรุปหลักทั่วไปว่ากฎหมายควรยอมให้มีการกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เฉพาะเมื่อปรากฏว่ามีพฤติการณ์ผูกขาด หรือพฤติการณ์ที่ผู้กล่าวอ้างไม่รู้หรือเข้าใจข้อสัญญาขณะทำสัญญา ก็เท่ากับเป็นการสรุปหลักทั่วไปว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาจะถูกลบล้างหรือเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อเกิดจากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเท่านั้น [38]

2.5.2 การผูกขาดทางการค้า (Monopoly)

การผูกขาดทางการค้าทำให้ปัจเจกชนไม่สามารถใช้เหตุผลตัดสินใจเลือกข้อสัญญาที่ต้องการได้ และจำต้องรับข้อสัญญาที่ผู้ผูกขาดเสนอ ในบางกรณี การผูกขาดทางการค้าอยู่ในรูปแบบของการตกลงหรือร่วมมือกัน (cartelization) เพื่อกำหนดราคาหรือข้อสัญญาอย่างเดียวกันที่ผู้บริโภคเสียเปรียบอย่างมาก เช่น ในคดี Henningsen V. Bloomfield Motors Inc. ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเหตุผลหนึ่งที่ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญาประกันคุณภาพรถยนต์ในสัญญาซื้อขายรถยนต์ไม่มีผลบังคับ ก็คือว่า ไม่มีการแข่งขันในตลาดในธุรกิจการซื้อขายรถยนต์เลย เนื่องจากผู้ผลิตรถยนต์จำนวนถึง 93.5% ต่างเป็นสมาชิกสมาคมผู้ผลิตรถยนต์ และสมาคมนี้กำหนดสัญญาซื้อขายรถยนต์เป็นมาตรฐานเดียวกัน ผู้ซื้อจึงไม่สามารถแสวงหาข้อสัญญาที่ดีกว่าได้เลย พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดผลการผูกขาดยังอาจอยู่ในรูปของการตกลงร่วมกันจำกัดการค้า (Restrictive Practices) เช่น ตกลงว่าจะไม่ติดต่อทำการค้ากับผู้ค้ารายอื่นนอกกลุ่มตน ประเทศต่าง ๆ มีกฎหมายควบคุมหรือป้องกันการผูกขาดอยู่แล้ว ในประเทศอังกฤษมีกฎหมายหลายฉบับ เช่น Resale Prices Act 1976

---

[38] เรื่องเดียวกัน

(ซึ่งห้ามการตกลงร่วมมือกันกำหนดราคา) Restrictive Trade Practices Act 1976 (ซึ่งห้ามการตกลงในลักษณะจำกัดการค้าที่ขัดต่อประโยชน์มหาชน) Fair Trading Act 1972 (ซึ่งให้ Monopolies and Mergers Commission วินิจฉัยว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่มีส่วนแบ่งตลาดในสินค้าหรือบริการนั้นอย่างน้อยร้อยละ 25 เป็นไปโดยขัดกับประโยชน์สาธารณะหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นก็จะเสนอให้รัฐมนตรีสั่งการต่อไป โดยคณะกรรมการอาจเสนอมาตรการป้องกันหรือแก้ไขด้วย) และ Competition Act 1980 (ซึ่งให้อำนาจ Director General of Fair Trading Office ตรวจสอบพฤติกรรมที่ขัดขวางการแข่งขันทางการค้า ไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจการค้าจะมีส่วนแบ่งในตลาดเพียงใด) นอกจากนี้ มาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปก็ยังห้ามพฤติกรรมทางการค้าที่มีผลจำกัดขัดขวางหรือบิดเบือนการแข่งขันโดยเสรี

เมื่อมีกฎหมายควบคุมหรือป้องกันการผูกขาดที่มีประสิทธิภาพ การผูกขาดจึงเกิดขึ้นได้น้อยมากและแทบจะไม่เกิดขึ้นเลยในสินค้าที่จำเป็นสำหรับผู้บริโภค (Necessities) สินค้าที่ผลิตโดยผู้ผลิตรายเดียวมีอยู่บ้างในประเภทอื่น ๆ เช่น สินค้าฟุ่มเฟือย ในกรณีเช่นนั้น บุคคลที่รับเอาข้อสัญญาที่ผู้ผูกขาดกำหนดนั้นเห็นว่าตนจะได้รับอัตประโยชน์ที่พึงพอใจ เมื่อเป็นเช่นนี้ เหตุผลที่ต้องตรากฎหมายเพื่อให้คู่สัญญากล่าวอ้างกันได้ว่า ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม จึงอยู่ที่การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา[39]

2.5.3 การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา

การขาดความรู้หรือความเข้าใจในข้อสัญญาทำให้ตัดสินประโยชน์ที่ได้รับจากสัญญาผิดไป โดยหลงเข้าใจว่า ข้อสัญญานั้นจะนำมาซึ่งประโยชน์อันน่าพอใจทั้งที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ประเด็นที่น่าคิดคือ จะให้คู่สัญญาอ้างได้หรือไม่ว่าราคาไม่เป็นธรรมเพราะเป็นราคาที่สูงเกินไป อันเนื่องมาจากตนมิได้รู้ในขณะทำสัญญาว่าผู้อื่นจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นในราคาที่ต่ำกว่ามาก หรือเนื่องมาจากตนไม่ทราบถึงคุณลักษณะหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการ จึงรับเอาราคาที่สูงเกินคุณภาพ อันที่จริงแล้ว การที่ไม่รู้ถึงราคาที่ต่ำกว่าที่มีอยู่ในตลาด หรือไม่รู้ถึงคุณภาพหรือลักษณะของสินค้าไม่ควรจะเป็นเหตุที่กฎหมายจะอนุญาตให้กล่าวอ้างได้ว่าราคาที่รับเอามานั้นไม่เป็นธรรม ในการซื้อสินค้า ผู้ซื้อทั่วไปคาดหวังแต่เพียงให้สินค้านั้นสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ตามความมุ่งหมายของตน โดยมิได้คำนึงถึงส่วนประกอบภายในของตัวสินค้าเป็นสำคัญ ราคาที่ตกลงชำระจึงเป็นสิ่งตอบแทนประโยชน์ที่คาดหวังเช่นนั้นและมีลักษณะที่เป็นอัตวิสัย (subjective) เช่น ผู้ไม่มีความรู้พิเศษเกี่ยวกับเครื่องคอมพิวเตอร์ซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์โดยมุ่งหวังให้เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นใช้ประโยชน์ในการพิมพ์งานคำนวณหรือวิเคราะห์ข้อมูลได้ ดังนั้น เมื่อเครื่อง

---

[39] เรื่องเดียวกัน

คอมพิวเตอร์สามารถใช้งานเพื่อการเหล่านี้ได้ดีตามที่มุ่งหวัง ผู้ซื้อก็ได้บรรลุในสิ่งที่ตนคาดว่าจะได้รับในขณะที่ทำสัญญาแล้ว แม้ต่อมา ผู้ซื้อจะทราบว่าราคาที่ผู้ซื้อได้ตกลงชำระนั้นสูงกว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ยี่ห้อเดียวกัน รุ่นเดียวกัน และมีคุณสมบัติจำเพาะอันเดียวกันที่มีจำหน่ายในท้องตลาด ก็หาสมควรหลุดพ้นจากความผูกพันต้องชำระราคาที่ตกลงตามสัญญาไม่ การได้บรรลุความคาดหวังในขณะทำสัญญาจึงเป็นเหตุผลที่หนักแน่น ส่วนในกรณีของผู้ซื้อที่มีความรู้เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการใดเป็นพิเศษและคาดหวังให้สินค้าหรือบริการนั้นมีคุณภาพหรือคุณสมบัติอย่างใดเป็นพิเศษเช่นเดียวกัน ผู้ซื้อประเภทนี้จะกำหนดในสัญญาให้สินค้าหรือบริการมีคุณภาพหรือคุณสมบัติดังกล่าวตามที่คาดหวังและตกลงชำระราคาที่คุ้มค่ากับความคาดหวังนั้น จึงถือว่าได้บรรลุสิ่งที่คาดหวังในขณะที่ทำสัญญาเช่นเดียวกัน แม้ต่อมาจะพบว่า มีผู้อื่นเสนอราคาที่ต่ำกว่าก็หาเป็นเหตุหลุดพ้นจากการชำระราคาตามสัญญาไม่ เป็นที่สังเกตว่า Directive 93/13/EEC ก็ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่ให้นำเอาราคาหรือค่าตอบแทนตามสัญญาขึ้นมาเป็นข้อวินิจฉัยว่าเป็นราคา หรือค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม เมื่อปรากฏว่าข้อสัญญาที่กำหนดราคาหรือค่าตอบแทนนั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่ายและเป็นที่เข้าใจแก่คู่สัญญา

เมื่อพิเคราะห์แล้วการไม่รู้หรือไม่เข้าใจที่เป็นเหตุผลสำหรับการให้อ้างได้ว่าข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรมจึงมิใช่การไม่รู้ว่า มีราคาถูกกว่าหรือไม่รู้ว่าราคาไม่สมคุณภาพของสินค้าหรือบริการ เหตุผลที่แท้จริงอยู่ที่การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาหรือผลของข้อสัญญาต่างหาก

การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญานับเป็นปัญหาใหญ่ที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภคในยุคปัจจุบัน กรณีที่พบทั่วไปอาจจำแนกได้เป็น 3 กรณีหลัก คือ

1) การไม่เข้าใจสัญญาอันเนื่องมาจากการเขียนข้อสัญญาด้วยภาษาที่บุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าใจได้

กรณีนี้เกิดขึ้นมากที่สุด เพราะว่าในยุคปัจจุบันสัญญาส่วนใหญ่เป็น สัญญาสำเร็จรูปและมักเป็นสัญญามาตรฐาน การใช้สัญญาทั้งสองประเภทนี้เป็นสิ่งจำเป็นในยุคปัจจุบันที่มีการผลิตสินค้าหรือบริการจำนวนมากสำหรับบุคคลทั่วไป (Mass Production) การเจรจาร่างสัญญากันเป็นราย ๆ ไปเพื่อใช้กับลูกค้าแต่ละรายเป็นการไม่สะดวกและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย (Transaction Costs) อันจะทำให้ราคาสินค้าและบริการสูงขึ้น ดังนั้น การที่มีผู้โต้แย้งว่า การใช้สัญญาลักษณะนี้เป็นสิ่งไม่ชอบด้วยเหตุผลเพียงว่า เป็นข้อสัญญาที่อยู่ในสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน โดยให้อีกฝ่ายหนึ่งเลือกเพียงรับหรือไม่รับข้อสัญญา (take it or leave it) จึงไม่สมเหตุสมผลและต้องมีเหตุผลอื่นประกอบเสมอ (ซึ่งก็คือ การผูกขาด หรือการไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญานั่นเอง) การใช้สัญญามาตรฐาน มิใช่การกดขี่ตลาดหากผู้บริโภคยังมีทางเลือกอื่นในตลาด ปัญหาที่แท้จริงของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน จึงมิได้อยู่ที่การขาดโอกาสเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญา แต่อยู่ที่การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาต่างหาก สาเหตุสำคัญของการขาดความเข้าใจข้อสัญญา คือการที่ข้อสัญญา

นั้นเขียนขึ้นโดยใช้ภาษาที่ยุ่งยากซับซ้อนที่บุคคลทั่วไปไม่อาจเข้าใจได้ ครั้นเมื่อได้ทราบถึงผลของข้อสัญญานั้นในภายหลัง จึงเกิดความประหลาดใจเป็นอย่างมาก

ข้อเท็จจริงในคดี Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. เป็นตัวอย่างที่ดีของการใช้ภาษาที่ยุ่งยากซับซ้อนที่บุคคลทั่วไปไม่อาจเข้าใจได้ สัญญาซื้อขายเครื่องไฟฟ้าแบบผ่อนชำระราคามีข้อสัญญาที่กำหนดว่า "สินค้าที่ผู้ซื้อเคยซื้อไปจากผู้ขายในครั้งก่อนจะกลายเป็นหลักประกันหนี้ที่เกิดจากการซื้อขายครั้งใหม่ด้วย สัญญายังระบุว่าเมื่อผู้ซื้อชำระค่างวดสินค้ารายใด ผู้ขายมีสิทธิหักเงินที่ชำระงวดนั้นไปเป็นเงินชำระค่างวดสินค้ารายอื่นที่ยังค้างชำระอยู่ก็ได้ และเมื่อผู้ซื้อผิดนัดชำระหนี้เป็นประการใดก็ตาม ผู้ขายก็สามารถเข้ายึดและกลับเข้าครอบครองสินค้าที่ซื้อไปทุกรายการเพื่อบังคับหนี้ได้" ข้อสัญญาที่กำหนดให้มีผลเช่นว่านี้เรียกว่า ข้อสัญญาทวีผล (Add-on Clause) ซึ่งมีผลกระทบผู้บริโภคอย่างร้ายแรงมาก เพราะมีผลให้หนี้ชำระราคาของผู้ซื้อในสินค้ารายหนึ่งยังคงมีอยู่ตลอดไปจนกว่าจะได้ชำระราคาสินค้ารายอื่นทุกรายที่ซื้อมาจนหมดสิ้นแล้ว (และแม้แต่สินค้าที่ซื้อรายใหม่ก็จะกลายเป็นหลักประกันสินค้ารายก่อน ๆ ไปหมด) เช่น ผู้ซื้อได้ซื้อตู้เย็นโดยตกลงชำระราคา 24 งวด หลังจากที่ได้ชำระราคางวดที่ 23 ไปแล้ว จึงได้ซื้อโทรทัศน์จากผู้ขายรายนี้อีก ครั้นผู้ซื้อชำระราคาตู้เย็นงวดสุดท้าย ผู้ขายก็ได้ใช้สิทธิตามสัญญานำเงินค่างวดของตู้เย็นไปชำระค่าโทรทัศน์แทน จึงมีผลให้ค่างวดของตู้เย็นยังคงไม่ระงับลง ต่อมา ผู้ซื้อชำระค่างวดโทรทัศน์ไม่ถูกต้องเพียงเล็กน้อย ผู้ขายก็ยึดและกลับเข้าครอบครองทั้งตู้เย็นและโทรทัศน์ หากพิเคราะห์แล้ว คงไม่มีผู้ซื้อรายใดประสงค์ให้สัญญามีผลเช่นนี้ ผู้ซื้อได้รับเอาข้อสัญญาเพราะไม่เข้าใจว่าข้อสัญญาจะมีผลเช่นนี้ ข้อสัญญาทวีผลข้อหนึ่งมีข้อความซึ่งเป็นสำนวนภาษาที่แม้แต่นักกฎหมายเองก็ยังต้องอ่านหลายครั้งจึงจะเข้าใจความหมายที่แท้จริง ดังนี้

"เงินที่ผู้ซื้อได้ชำระแต่ละงวดตามสัญญานี้ ให้ถือเป็นเงินรวมชำระค่าสินค้าแต่ละงวดที่มีขึ้นจากการซื้อสินค้ารายก่อน ๆ ด้วย และเงินรายใดที่ผู้ซื้อชำระในขณะนี้หรือในอนาคตให้นำไปเป็นเครดิตตามสัดส่วนสำหรับหนี้ที่ผู้ซื้อยังคงค้างชำระแก่บริษัท (ผู้ขาย) อยู่ในขณะที่ชำระเงินรายนั้น" [40]

2) การไม่รู้ว่ามีข้อสัญญานั้นอยู่ในสัญญา

ในบางกรณี คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจไม่รู้ถึงความมีอยู่ (existence) ของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเลย จึงเท่ากับถูกตัดโอกาสที่จะทำความเข้าใจข้อสัญญาตั้งแต่ต้นด้วยซ้ำ แม้อาจจะเป็นผู้ที่สามารถเข้าใจข้อสัญญาได้ก็ตาม สิ่งที่มักจะทำให้คู่สัญญาไม่รู้ถึงการมีอยู่ของข้อสัญญาก็คือ การเขียนข้อสัญญานั้นด้วยตัวอักษรขนาดเล็กกว่าปกติ หรือเล็กกว่าข้อสัญญาข้ออื่น (Small Print) หรือการเขียนข้อสัญญาซ่อนไว้ในที่ซึ่งไม่อาจเห็นได้ง่าย ประเทศที่ใช้ระบบ

---

[40] เรื่องเดียวกัน

Common Law ได้มีหลัก Common Law เรื่อง Reasonable Notice ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญากระทำการอันสมควรเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะที่จะทราบถึงข้อสัญญานั้นได้ มิฉะนั้น จะไม่ถือว่าข้อสัญญานั้นได้รับการผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่ง (Incorporated) ของสัญญา หลักนี้กำเนิดจากคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดความรับผิดในตั๋วโดยสารในประเทศอังกฤษ แต่ต่อมาศาลได้ขยายให้ใช้หลักนี้กับกรณีทั่วไปและกับข้อสัญญาทุกประเภท หลักนี้จึงช่วยแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาไม่อาจมองเห็นได้ง่าย แต่ในประเทศอังกฤษหลักนี้ยังไม่มีความสมบูรณ์เนื่องจากถูกจำกัดใช้เฉพาะในกรณีที่สัญญาไม่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะโต้แย้งข้อสัญญานั้น หากสัญญามีการลงนาม คู่สัญญาที่ลงนามจะโต้แย้งไม่ได้ว่าไม่ได้รู้ถึงข้อสัญญานั้น ส่วนในสหรัฐอเมริกาก็มีหลัก Reasonable Notice ซึ่งมีผลบังคับไม่จำกัดอยู่เพียงสัญญาที่ไม่ลงนามเท่านั้น สำหรับประเทศไทยมิได้มีหลัก Reasonable Notice อยู่อย่างชัดเจน[41]

3) การไม่มีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา

แม้การเขียนข้อสัญญาในลักษณะที่เห็นได้ง่ายช่วยให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ว่าข้อสัญญานั้น มีอยู่แต่ก็มิอาจสรุปได้เสมอไปว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะรู้ว่าข้อสัญญาที่มีอยู่นั้น มีเนื้อหาสาระหรือมีความหมายอย่างไร ทั้งนี้เนื่องจาก ในยุคปัจจุบันผู้บริโภคมักจะอยู่ในสภาวะที่ไม่มีโอกาสที่จะตรวจสอบข้อสัญญาได้ ในความเป็นจริงผู้บริโภคเพียงแต่ลงนามโดยไม่มีเวลาอ่านข้อสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพก็ไม่คาดหวังให้ลูกค้าอ่านสัญญาแต่ละหน้า เนื่องจากมีลูกค้ารายอื่นรออยู่เป็นจำนวนมาก ในกรณีที่สัญญา (ซึ่งมักเป็นสัญญามาตรฐาน) มีข้อความโยงไปยังเอกสารอื่นแม้ผู้ประกอบธุรกิจฯ จะจัดเตรียมเอกสารนั้นให้ลูกค้าตรวจสอบได้ แต่ในความเป็นจริงลูกค้าก็ไม่สามารถที่จะกระทำเช่นนั้นได้เลย จึงเข้ารับเอาข้อสัญญาโดยมิได้รู้ถึงข้อสัญญาที่ตนจะต้องเสียเปรียบเป็นอย่างมาก

หลัก Reasonable Notice มีที่มาจากคดีตั๋วโดยสาร (Ticket Case) ซึ่งในตั๋วมีข้อความสั้น ๆ กล่าวโยงถึงข้อสัญญาพิเศษ ซึ่งมักเป็นข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เขียนไว้ในเอกสารอื่น ศาลได้ตัดสินว่า หากข้อความที่โยงไปยังเอกสารอื่นนั้นมีความชัดเจนและเห็นได้ชัดแล้วก็ถือว่า ผู้ใช้สัญญากระทำการอันสมควรที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ถึงข้อสัญญาพิเศษเหล่านั้นแล้ว เพราะการใช้ถ้อยคำกล่าวโยงในลักษณะที่เห็นได้ชัดเจนเช่นนั้นย่อมทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาส หรือวิถีทางที่จะเข้าไปตรวจตราข้อสัญญาพิเศษที่ถูกกล่าวโยงได้ ทั้งนี้ ศาลในคดีหลัง ๆ อธิบายเพิ่มเติมว่า การที่คู่สัญาสามารถเห็นข้อสัญญาใด (รวมถึงข้อสัญญาที่กล่าวโยงถึงเอกสารอื่น) ได้อย่างชัดเจนก็ย่อมรู้ว่ามีข้อสัญญาบางประการอยู่ และเมื่อได้รับเอาข้อสัญญาแล้วก็ต้องถือได้ว่าตนได้ตรวจตราศึกษาข้อสัญญาเหล่านั้นแล้ว หรือไม่ก็ยินดีผูกพันตามข้อสัญญาเหล่านั้นโดยไม่ติดใจจะ

---

[41] เรื่องเดียวกัน

ตรวจตราข้อสัญญา เหตุผลเช่นนี้ (ซึ่งปัจจุบันใช้บังคับกับกรณีและข้อสัญญาทั่วไป) ไม่สอดคล้องกับสภาพการค้าในปัจจุบันที่สภาวะเร่งรีบทำให้ผู้บริโภคไม่อาจตรวจพิเคราะห์เนื้อหาของข้อสัญญาได้ แม้แต่ในคดีตั๋วหลายคดี ศาลอังกฤษก็ได้ตระหนักถึงสภาวะเร่งรีบ เช่น ในคดี Thornton VS Shoes Lane Parking Ltd. (1971) 1All E.R.686 at 689 Lord Denning M.R กล่าวว่า "คงไม่มีผู้โดยสารคนใดในบรรดาผู้โดยสารนับพันคนได้อ่านข้อสัญญา (ในตั๋ว) หากจะหยุดอ่านก็คงจะตกรถไฟหรือเรือ" และ Megaw J. ก็กล่าวทำนองเดียวกันว่า หากเจ้าของรถที่นำรถเข้ามาจอดในลานจอดรถออกจากรถมาพิเคราะห์ข้อสัญญา เจ้าของลานจอดรถคงจะฉุนเฉียวเป็นอันมาก เนื่องจากรถจอดขวางรถคันอื่น ๆ เป็นแถวยาวไป: Ibid. at 693. แต่ในคดีเหล่านี้ ศาลต้องผูกพันตามบรรทัดฐานในคดีเดิม ๆ ที่ตัดสินว่า การระบุข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดหลังตั๋วหรือโยงถึงข้อสัญญาในเอกสารอื่น ๆ อย่างชัดแจ้งเป็นการให้ Reasonable Notice แล้ว[42]

2.5.4 อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Inequality of Bargaining Power)

เมื่อกล่าวถึงการควบคุมข้อสัญญาก็มักมีการกล่าวถึงอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Unequal Bargaining Power) และมักจะกล่าวกันว่า สาเหตุที่คู่สัญญาเข้ารับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็เป็นเพราะมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง จึงเห็นกันว่า อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการพิเคราะห์ว่าข้อสัญญาเป็นธรรมหรือไม่ แต่อันที่จริงแล้ว ต้องตระหนักว่าคำว่า อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน มีความหมายกว้าง ซึ่งหมายถึงสภาพที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง (ไม่ว่าด้วยเหตุประการใด) การที่คู่สัญญาไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาในพฤติการณ์ตามข้อ 1) ข้อ 2) และข้อ 3) ในหัวข้อ 2.5.3 ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นก็อยู่ในความหมายของอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันด้วยเช่นกัน

เมื่อคำว่า อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันมีความหมายกว้างเช่นนี้ หากกฎหมายจะกำหนดว่า การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาเป็นธรรมหรือไม่ ต้องพิเคราะห์ถึงอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันด้วย กฎหมายก็ควรจะกำหนดกรอบให้ชัดเจนว่าผู้วินิจฉัยต้องไม่วินิจฉัยไปในทางที่มีผลว่า ข้อสัญญาที่กล่าวอ้างเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้ง ๆ ที่คู่สัญญา (ฝ่ายที่ด้อยกว่า) ได้รู้และเข้าใจข้อสัญญานั้นเป็นอย่างดี (เว้นแต่ในกรณีการผูกขาด) เช่น ในกรณีที่บริษัท ก. รับเอาสัญญาซื้อขายที่กำหนดในรูปของสัญญามาตรฐาน โดยบริษัท ข. ซึ่งเป็นบริษัทที่ใหญ่กว่าบริษัท ก. หลายเท่า แต่บริษัท ก. ได้รู้และเข้าใจข้อสัญญาในสัญญานี้เป็นอย่างดี กฎหมายต้องไม่เปิดช่องให้ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่บริษัท ข. ได้ประโยชน์มากกว่าบริษัท ก. อย่างมากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเหตุที่บริษัท ก. มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าบริษัท ข. มาก กรณีทำนองนี้เป็นกรณีที่ไม่มีความเป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ข้อสัญญาที่กล่าวอ้างจึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม[43]

---

[42] เรื่องเดียวกัน

[43] เรื่องเดียวกัน

3. ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

ในสมัยที่ประเทศอังกฤษยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาใช้บังคับกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น แนวความคิดที่ว่าควรจะควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลใช้บังคับตามความเป็นธรรม หรือมีผลใช้บังคับในขอบเขตของความสมเหตุสมผล (Reasonable) ยังไม่แพร่หลาย เนื่องจากยังตกอยู่ภายใต้อิทธิพลและแนวความคิดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเป็นคดีมาสู่ศาล ศาลอังกฤษในอดีตจึงวินิจฉัยสัญญาต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายที่ยังคงอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาที่มักจะสอดแทรกอยู่ในสัญญาต่าง ๆ เสมอคือข้อสัญญาเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion or Limitation Liability Clauses) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลักษณะหนึ่งที่มักจะกำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเป็นคดีความขึ้นมา ศาลอังกฤษจะพิจารณาวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างเคร่งครัดว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้จะผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือมีผลบังคับได้เพียงใดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้เป็นผู้ร่างหรือกำหนดเงื่อนไขของสัญญา การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการจำกัดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงนี้ มักจะเป็นฝ่ายผู้กำหนดหรือร่างสัญญานั้นที่จะต้องเป็นฝ่ายรับผิด และที่เป็นปัญหาส่วนใหญ่มักจะเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract)

3.1 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

วิธีการที่ศาลอังกฤษนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในช่วงเวลาที่ประเทศอังกฤษยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรงมีหลายวิธี ดังนี้

3.1.1 การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา (Incorporation into Contract)

เมื่อมีการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่ใช่ส่วนหนึ่งของสัญญา หรือไม่ถูกผนวกเข้าในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้กำหนดข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ไม่อาจใช้อ้างเพื่อปฏิเสธหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ แนวทางของศาลว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือถูกผนวกเข้าในสัญญาหรือไม่แยกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) การลงลายมือชื่อรับทราบ (Signature)

หากบุคคลใดลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา (Contractual Document) บุคคลนั้นย่อมต้องผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญานั้น ซึ่งรวมทั้งข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้อ่านเอกสารนั้น ๆ ก็ตาม เพราะโดยปกติแล้วการที่ลงลายมือชื่อในเอกสาร หากไม่มีการฉ้อฉลหรือการแจ้งที่ไม่ตรงกับความจริง (Absence of Fraud or Misrepresentation) แทบจะเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการยากที่จะปฏิเสธได้ว่าไม่ได้ทำสัญญา นอกจากนี้การลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีลักษณะที่เป็นสัญญานั้นก็เป็นหลักฐานว่า ได้มีการแจ้งให้ทราบว่ามีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดแล้ว บุคคลผู้นั้นจึงต้องผูกพันตามที่เขาลงลายมือชื่อ[44]

2) การแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ (Notice)

หากคู่สัญญาไม่ได้ลงลายมือชื่อในสัญญา ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดอาจถูกพิมพ์ในเอกสารซึ่งมีการส่งจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจจะมีการปิดประกาศในร้านค้า หรือห้องขายตั๋ว หรือที่อื่น ๆ ที่สัญญาเกิดขึ้น ในกรณีนี้ ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่ง หรือผนวกเข้าในสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะไม่ได้ลงลายมือชื่อในเอกสารใด ๆ หาก

(1) คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้ถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดนั้น หรือ

(2) มีการแจ้งให้คู่สัญญานั้นทราบถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิด

การถือว่าได้มีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบนั้น มีองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. ลักษณะของเอกสาร (Nature of the Document)

ในขั้นแรกจะต้องพิจารณาจากลักษณะของเอกสารว่า ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดจะมีผลผูกพันคู่สัญญาจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือเป็นเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา หากอยู่ในเอกสารที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และคู่สัญญาควรจะได้รับรู้ว่าเอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่เขาต้องผูกพัน ถือว่าได้มีการแจ้งให้คู่สัญญานั้นทราบถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดแล้ว แต่หากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รู้ว่าเอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คู่สัญญานั้นย่อมไม่ควรถูกผูกพันตามข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดในเอกสารนั้น ซึ่งความไม่รู้นี้ต้องเป็นระดับความไม่รู้ของวิญญูชนทั่ว ๆ ไป [45]

---

[44] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร (2545) “แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2540” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย หน้า 42-48

[45] เรื่องเดียวกัน

ข. ความเพียงพอของการแจ้งให้ทราบ

แม้จะมีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบข้อยกเว้นความรับผิด แต่ก็ต้องพิจารณาว่าเป็นการแจ้งให้ทราบอย่างเพียงพอตามสมควรหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบเหล่านี้ คือ

(ก) ขั้นตอนในการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ (Steps taken to give notice)

การแจ้งให้ทราบโดยระบุไว้ในสัญญา ปกติถ้าได้ระบุไว้ในที่เห็นได้ชัด หรืออ้างไว้ด้านหน้าของเอกสารก็ถือว่าเพียงพอแล้ว

ตัวอย่างคดี Thompson VS London, Midland & Scottish Railway Co., ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า "โจทก์ซึ่งอ่านหนังสือไม่ออกให้เงินหลานสาวไปซื้อตั๋วนำเที่ยวรถไฟในราคา 2 ชิลลิง 7 เพนนี ด้านหน้าตั๋วเขียนคำว่า ดูด้านหลัง ด้านหลังตั๋วมีข้อความว่า ตั๋วนี้ออกให้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในตารางเวลาเดินรถของบริษัทรถไฟซึ่งขายในราคา 6 เพนนี ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวได้ระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของบริษัทรถไฟเกี่ยวกับการบาดเจ็บความตาย หรือกรณีอื่น ๆ ไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุอะไรก็ตาม โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากความประมาทเลินเล่อของบริษัทรถไฟ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การแจ้งให้ทราบตามที่ระบุนั้นเพียงพอแล้ว แม้จะวกวนไปบ้าง เพราะว่าด้านหน้าตั๋วอ้างถึงเงื่อนไขซึ่งอยู่ในตารางเวลาเดินรถที่ออกจำหน่าย การแจ้งให้ทราบนั้นได้ทำโดยชัดแจ้ง และตั๋วดังกล่าวก็เป็นตั๋วที่ใช้กันโดยทั่วไป ซึ่งปกติจะมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่เสมอ"

คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวข้างต้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เพราะว่าราคาตารางเวลาเดินรถเกือบ 1 ใน 5 ของราคาตั๋วรถไฟ และตารางดังกล่าวมีความหนามากและจำเลยระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ที่หน้า 552 ดังนั้นโอกาสที่ผู้โดยสารจะซื้อตารางเวลาเพื่ออ่านข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจึงมีน้อยมาก และดูเหมือนว่าตอนนี้มาตรการที่ทำไปเพื่อผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะไม่เพียงพอ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ได้ชี้ให้เห็นหลักที่ว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดสามารถผนวกเข้าไว้ในสัญญาโดยการอ้างอิงได้ (by reference) เหตุผลที่ต้องยอมรับการผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยการอ้างอิงเพราะถ้าไม่ยอมให้ทำได้ คู่สัญญาจะต้องระบุข้อความดังกล่าวทุกข้อไว้ในสัญญาซึ่งจะทำให้เอกสารสัญญาหนาเกินไป

ในทางตรงกันข้าม ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ถือว่าผนวกเข้าไว้ในสัญญา ถ้าไม่มีข้อความทางด้านหน้าของเอกสารเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ หรือมีข้อความแต่อ่านไม่ออก เนื่องจากมีการพิมพ์วันที่ทับข้อความดังกล่าว หรือข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่ท่ามกลางข้อความโฆษณาอื่น ๆ

ตัวอย่างคดี Sugar VS London, Midland & Scottish Railway Co., ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า "โจทก์ได้ซื้อตั๋วรถไฟจากบริษัทจำเลย ซึ่งในตั๋วระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของจำเลยไว้ ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ด้านหน้าตั๋วรถไฟมีข้อความระบุว่า สำหรับเงื่อนไขดูด้านหลัง แต่ข้อความดังกล่าวนี้ถูกปิดทับจากการที่พนักงานของจำเลยประทับตราประจำวัน ศาลจึงตัดสินให้โจทก์ชนะคดี โดยศาลเห็นว่า จำเลยไม่มีการดำเนินการแจ้งอย่างเพียงพอให้โจทก์ทราบว่าเงื่อนไขเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา"[46]

(ข) ลักษณะของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Nature of the clause)

ถ้าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีลักษณะผิดแผกไปจากปกติ คู่สัญญาต้องดำเนินมาตรการมากกว่าปกติเพื่อแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด คู่สัญญาจะผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นโดยการส่งหรือการแสดงเอกสารที่ระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างธรรมดาไม่ได้ คู่สัญญาต้องแสดงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นให้เห็นโดยชัดแจ้ง หรือต้องดำเนินมาตรการเป็นพิเศษเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับรู้ถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ตัวอย่างเช่น โดยปกติบุคคลซึ่งขับรถของตนไปจอดในสถานที่รับฝากรถอาจคาดหมายได้ว่า จะพบตั๋วสัญญาระบุข้อความที่ยกเว้นความรับผิดของเจ้าของสถานที่รับฝากรถในความสูญหายหรือความเสียหายแก่รถดังกล่าว เช่น ในคดี Thornton VS Shoe Lane Parking Ltd.

ตัวอย่างคดี Thornton VS Shoe Lane Parking Ltd., ข้อเท็จจริงของคดีมีว่า "ขณะนำรถไปฝาก โจทก์ได้รับตั๋วที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการบาดเจ็บแก่กาย ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินมาตรการตามสมควรเพื่อให้โจทก์ทราบข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด มาตรการที่จำเลยทำไปนั้นเพียงพอสำหรับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอัน เนื่องมาจากความสูญหายหรือความเสียหายอันเกิดแก่รถ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดปกติเท่านั้น" [47]

(ค) เวลาในการแจ้งให้ทราบ (Time of Notice)

การแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องดำเนินการแจ้งให้ทราบก่อน หรืออย่างช้าขณะทำสัญญา เพราะหากแจ้งให้ทราบเมื่อทำสัญญาแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาไตร่ตรองว่าจะเข้าทำ

---

[46] วิชัย จิตตปาลกุล (2531) "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 68-71

[47] เรื่องเดียวกัน

สัญญาหรือเข้าเสี่ยงภัยจากการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้เลย เช่น คดี Olley VS Marlborough Court Ltd

ตัวอย่างคดี Olley VS Marlborough Court Ltd., ข้อเท็จจริงมีว่า "โจทก์และสามีของโจทก์จองและชำระค่าที่พักล่วงหน้า 1 สัปดาห์ให้แก่โรงแรมของจำเลย เมื่อโจทก์เข้าห้องพัก โจทก์จึงได้เห็นประกาศปิดแสดงอยู่ในห้องพักว่า "ทางโรงแรมจะไม่รับผิดชอบในกรณีทรัพย์สินสูญหายหรือถูกขโมย นอกจากผู้พักจะส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในการเก็บรักษาของผู้จัดการโรงแรม" และด้วยความประมาทเลินเล่อของพนักงานโรงแรมที่อนุญาตให้บุคคลภายนอกนำกุญแจห้องพักไป ทำให้เสื้อขนสัตว์ของโจทก์ถูกขโมยไป โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิด ส่วนฝ่ายจำเลยก็พยายามอ้างประกาศที่ปิดอยู่ในห้องพักในโรงแรมว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเพื่อยกเว้นความรับผิด ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า สัญญาเกิดที่เคาน์เตอร์พนักงานต้อนรับ เมื่อจำเลยตกลงรับจองห้องพักกับโจทก์ที่จะเข้าพักในโรงแรมเป็นเวลา 1 สัปดาห์ ดังนั้น ประกาศที่ติดอยู่ในห้องพักจึงไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เพราะโจทก์ไม่เห็นประกาศดังกล่าว จนกระทั่งภายหลังได้ทำสัญญาและเข้าพักในโรงแรมของจำเลยแล้ว จำเลยจึงต้องรับผิดในความสูญหายของทรัพย์สินโจทก์"

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเห็นว่า การแจ้งให้โจทก์ทราบถึงข้อสัญญายกเว้นความรับผิดเกิดขึ้นหลังสัญญา และเป็นลักษณะข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับคดี Thornton VS Shoe Lane Parking Ltd. ว่า เวลาในการแจ้งให้ทราบนั้นเป็นเวลาภายหลังจากที่โจทก์ขับรถยนต์เข้าไปในที่จอดรถยนต์แล้วเครื่องกั้นอัตโนมัติจึงได้ออกตั๋วจอดรถยนต์ให้ ฉะนั้น โจทก์จึงทราบข้อยกเว้นความรับผิดของเจ้าของที่จอดรถยนต์ภายหลังจากได้รับตั๋วจอดรถยนต์แล้ว จำเลยจึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้ [48]

3) แนวทางที่เคยถือปฏิบัติกันมา (Course of Dealing)

แนวทางที่คู่สัญญาถือปฏิบัติกันมาก็สามารถนำมาพิจารณาได้ว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรับทราบข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นและจำกัดความรับผิดแล้ว เพราะมีการติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดี Thornton VS Shoe Lane Parking Ltd. นั้นจะปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาทั้งสองคดีไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน จึงไม่อาจถือแนวทางปฏิบัติของคู่สัญญามาพิจารณาได้ แต่มีหลายคดีที่ศาลวินิจฉัยโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า คู่สัญญาเคยติดต่อกันมาก่อนและรู้แนวทางปฏิบัติต่อกัน ดังนั้น จึงถือได้ว่าคู่สัญญารับทราบและรับรู้แล้วว่ามีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่ เท่ากับสมัครใจและยินยอมรับเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดนั้น ข้อสัญญา

---

[48] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร (2545) "แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2540" ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย หน้า 53-63

ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจึงถือเป็นเป็นส่วนหนึ่งหรือถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาที่ทำระหว่างกันด้วย นอกจากนี้ หากเป็นกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจในลักษณะคล้ายกัน ก็อาจคาดการณ์ได้ว่า โดยการประกอบกิจการธุรกิจตามปกติจะต้องมีข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาเหมือนกัน เช่น คดี British Crane Hire Corporation Ltd. VS Ipswich Plant Hire Ltd.

คดีตัวอย่าง British Crane Hire Corporation Ltd. VS Ipswich Plant Hire Ltd. ข้อเท็จจริงมีว่า "ทั้งโจทก์และจำเลยเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการให้เช่าอุปกรณ์สำหรับขุดดิน จำเลยกำลังดำเนินการระบายน้ำออกจากหนองน้ำและต้องการเครนลากโดยด่วน จึงได้ทำสัญญาเช่าเครนลากจากโจทก์ทางโทรศัพท์ โจทก์พูดจาตกลงจัดหาอุปกรณ์ดังกล่าวมาให้จำเลยเช่าเท่านั้น โจทก์และจำเลยตกลงเฉพาะเกี่ยวกับเงื่อนไขการชำระค่าเช่า แต่ไม่มีการพูดคุยตกลงถึงเงื่อนไขในการเช่า โจทก์ได้ส่งสำเนาเงื่อนไขในการเช่าอุปกรณ์ให้แก่จำเลยซึ่งมีเงื่อนไขอยู่ข้อหนึ่งว่า ผู้เช่าต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้เครน ต่อมา ก่อนที่จำเลยจะลงลายมือชื่อในเอกสารดังกล่าว เครนได้ตกและจมลงในหนองน้ำโดยไม่ใช่ความผิดของจำเลย โจทก์เรียกค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมเครน จำเลยต่อสู้ว่าไม่ผูกพันข้อสัญญาที่ผู้เช่าต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการใช้เครน เนื่องจากจำเลยยังไม่ได้ลงลายมือชื่อในเงื่อนไขการเช่า ศาลอุทธรณ์ตัดสินโดยให้เหตุผลว่า โจทก์และจำเลยมีอำนาจในการต่อรองที่เท่ากัน (Equal bargaining Power) และจำเลยก็รู้เงื่อนไขที่พิมพ์มาว่าเหมือนกับเงื่อนไขที่โจทก์ใช้ตามปกติ (Common Use) ในธุรกิจ โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะเข้าใจว่าจำเลยยอมรับเครนโดยมีข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขเหล่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขที่ให้จำเลยต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้เครนจึงเป็นส่วนหนึ่งของคู่สัญญา โจทก์จึงเป็นฝ่ายชนะคดี" [49]

3.1.2 การแปลและตีความสัญญา (Interpretation and Construction)

อีกมาตรการหนึ่งของศาลที่ใช้ในการแก้ปัญหาการใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายคือ การแปลและตีความสัญญา

1) หลักการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างข้อสัญญาน้อยที่สุด (Contra Proferentem Rule)

หลักการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างข้อสัญญาน้อยที่สุดหมายความว่า หากข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีความหมายคลุมเครือ (ambiguous) ข้อสัญญาเหล่านั้นจะถูกตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างข้อสัญญาน้อยที่สุด เพราะคู่สัญญาฝ่ายจัดทำสัญญาที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมักจะใช้ภาษาที่ไม่ชัดแจ้งและคลุมเครือเพื่อปกปิดจุดประสงค์ของพวกเขา ดังเช่นคดี Houghton VS Trafalgar Insurance

---

[49] เรื่องเดียวกัน

คดีตัวอย่าง Houghton VS Trafalgar Insurance ข้อเท็จจริงมีว่า "จำเลยรับประกันภัยรถยนต์ของโจทก์ รถยนต์ของโจทก์เป็นรถยนต์ 5 ที่นั่ง แต่ขณะเกิดอุบัติเหตุรถยนต์บรรทุกผู้โดยสารจำนวน 6 คน กรมธรรม์ประกันภัยระบุข้อยกเว้นความรับผิดของผู้รับประกันภัยว่าจะไม่รับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นถ้าเกิดอุบัติเหตุในขณะที่รถยนต์บรรทุกน้ำหนักเกินอัตราของรถ (carrying any load in excess) ศาลวินิจฉัยว่า บริษัทประกันภัยต้องรับผิดต่อโจทก์ เพราะข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ขยายความไปจนถึงกรณีที่รถยนต์บรรทุกผู้โดยสารเกินอัตรา โดยศาลมีความเห็นว่า คำว่าบรรทุก (load) ควรตีความหมายอย่างแคบ จึงตีความคำว่าบรรทุกหมายถึงบรรทุกสินค้า ไม่ได้หมายความรวมถึงบรรทุกคน" [50]

2) หลักข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ

(1) หลักความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อ (Liability for Negligence)

การตีความในกรณีความเสียหายเกิดจากเหตุประมาทเลินเล่อ หากมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด จะต้องใช้ถ้อยคำโดยชัดแจ้งไม่คลุมเครือ และคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องผูกพันกับข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะต้องตกลงด้วย หากมีการใช้คำที่ชัดเจนเพียงพอ ผู้ร่างสัญญาจะสามารถอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นได้ แต่กรณียกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องไม่ขยายกว้างรวมไปถึงความรับผิดจากการละเมิดด้วย เช่น คดี Rutter VS Palmer

ตัวอย่างคดี Rutter VS Palmer ข้อเท็จจริงมีว่า "โจทก์ฝากรถยนต์ไว้ที่อู่ของจำเลยเพื่อขาย สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยมีว่า รถยนต์ของลูกค้าที่นำมาฝากขาย ถ้าขับโดยลูกจ้างของจำเลยให้ถือว่าอยู่ในความเสี่ยงภัยของลูกค้าแต่เพียงผู้เดียว (Customers' cars are driven by your_(the defendant's)_ servants at customers' sole risk) ต่อมา ลูกจ้างจำเลยนำรถยนต์ออกไปลองขับแล้วเกิดอุบัติเหตุ โจทก์ฟ้องศาลให้จำเลยรับผิดในความเสียหายของรถยนต์ จำเลยปฏิเสธความรับผิดโดยยกข้อต่อสู้เรื่องยกเว้นความรับผิดในสัญญา ศาลตัดสินว่า ข้อยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อมีผลผูกพันโจทก์ เพราะมีการใช้คำในสัญญาเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างชัดเจนเพียงพอ (clear words)" [51]

(2) หลักการตีความโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

หลักการตีความสัญญาโดยเคร่งครัดเป็นการตีความข้อสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะต้องรับผิด แม้บางครั้งจะไม่ประมาทหรือเลินเล่อก็ตาม ดังนั้น การตีความโดยเคร่งครัดก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ศาลสามารถนำมาใช้ในการ

---

[50] เรื่องเดียวกัน

[51] เรื่องเดียวกัน

วินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาว่า หากเป็นกรณีที่ใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแล้ว ศาลมักจะมีความรู้สึกว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเข้าร่วมทำสัญญา ฉะนั้น เมื่อยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การใช้วิธีการตีความสัญญาโดยเคร่งครัดก็เป็นอีกวิธีหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่ใช้คำในสัญญาที่ชัดเจนเพียงพอ หรือมีลักษณะคลุมเครือก็จะถูกตีความอย่างเคร่งครัดโดยให้มีผลจำกัด และไม่ให้ผู้ร่างสัญญาอาศัยข้อสัญญานั้นยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ ซึ่งการใช้คำในสัญญาที่มีลักษณะคลุมเครือหรือไม่ชัดเจนนี้ก็เป็นลักษณะของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาประการหนึ่งนั่นเอง [52]

3.1.3 หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา (Fundamental Breach of Contract)

เนื่องจากหลักการตีความสัญญามีข้อจำกัด กล่าวคือ จะใช้ได้ต่อเมื่อสัญญามีความหมายไม่ชัดเจนแน่นอน ถ้าผู้ร่างสัญญามีความชำนาญในการร่างสัญญามากขึ้น จะร่างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่มีความหมายชัดเจนแน่นอน ไม่เปิดช่องให้ศาลมีโอกาสตีความเพื่อช่วยเหลือคู่สัญญาอีกฝ่าย ศาลจึงได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อหลีกเลี่ยงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ร่างไว้อย่างระมัดระวังที่สุด หลักดังกล่าวคือ The Principle of Fundamental Breach

หลักกฎหมายเกี่ยวกับ Fundamental Breach มี 2 กรณี คือ กรณีที่มีการทำผิดข้อสัญญาในส่วนที่เป็นรากฐานของสัญญา (Fundamental term) และกรณีที่การทำผิดสัญญามีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือ จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

1) กรณีที่มีการทำผิดข้อสัญญาในส่วนที่เป็นรากฐานของสัญญา

มีหลักกฎหมายว่า ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดจะไม่สามารถนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาในส่วนที่เป็นรากฐานของสัญญา แม้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะใช้คำที่ชัดเจนครอบคลุมถึงการทำผิดสัญญานั้นก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขาย ถ้าผู้ขายส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อผิดไปจากที่ตกลงซื้อขายกันมาก ผู้ขายจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เช่นคดี Pinnock Bros. VS Lewis & Peat Ltd.

ตัวอย่างคดี Pinnock Bros. VS Lewis & Peat Ltd. ข้อเท็จจริงมีว่า “จำเลยตกลงจะขายเนื้อมะพร้าวตากแห้งให้โจทก์ โดยมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของจำเลยว่าเนื้อมะพร้าวตากแห้งที่ขายให้นั้น ผู้ขายไม่รับประกันว่าจะมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ ปรากฏว่าเนื้อมะพร้าวตากแห้งที่จำเลยส่งมอบให้โจทก์มีเมล็ดละหุ่งผสมอยู่มาก ซึ่งเป็นอันตรายต่อสัตว์ที่กินเข้าไป ศาลวินิจฉัยว่า ในกรณีที่คู่สัญญาส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแตกต่างไปจากที่ตกลงกัน

---

[52] เรื่องเดียวกัน

มาก คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เพราะการส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาผิดไปจากที่ตกลงกันมาก จะถือว่าเป็นความชำรุดบกพร่องไม่ได้" [53]

2) กรณีที่การทำผิดสัญญามีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือ จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ลักษณะของการทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรงเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทำผิดสัญญา ตัวอย่างการใช้หลักกฎหมายข้อนี้ คือ กรณีที่ผู้รับฝากของคืนสิ่งของให้แก่บุคคลผิดตัว ซึ่งกรณีดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยแล้วว่า จำเลยผู้รับฝากจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เช่นคดี Alexander VS Railway Executive

ตัวอย่างคดี Alexander VS Railway Executive ข้อเท็จจริงมีว่า "จำเลยมีหน้าที่ดูแลห้องรับฝากของที่สถานีรถไฟ จำเลยยอมให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจเคลื่อนย้ายของที่โจทก์ฝากไว้โดยไม่ได้แสดงตั๋วของห้องรับฝาก ศาลวินิจฉัยว่า กรณีที่เป็นการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา จำเลยไม่อาจอ้างความคุ้มครองจากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความสูญหายหรือการส่งมอบผิดตัว ในกรณีที่มีการส่งมอบของให้ผู้รับผิดตัวโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้รับฝากจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้เช่นกัน" [54]

3.1.4 ข้อจำกัดอื่น ๆ ตามหลัก Common Law

1) หลักคำมั่นที่ชัดแจ้ง (Express Undertaking)

หลักนี้ศาลอังกฤษวางแนวทางไว้ว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเอกสารสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นอาจถูกลบล้างด้วยคำมั่นที่ชัดแจ้งซึ่งขัดกับสัญญา และได้ให้ไว้ก่อนหรือขณะทำสัญญา ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อสินค้าจากการขายทอดตลาดเรียกค่าเสียหายคืนจากผู้ขายได้เนื่องจากผู้ขายผิดคำมั่นด้วยวาจาที่ให้ไว้ในขณะที่ทำสัญญาซื้อขาย แม้ว่าเงื่อนไขที่พิมพ์ไว้ของสัญญาซื้อขายจะยกเว้นผู้ขายจากความรับผิดทั้งปวงเพื่อความชำรุดบกพร่องก็ตาม หรือ ผู้เช่าตามสัญญาเช่าซื้อบังคับตามข้อรับประกันเกี่ยวกับสภาพของสินค้าที่เช่าซึ่งผู้ให้เช่าได้ให้ไว้ในขณะทำสัญญาเช่าได้ แม้ว่าในสัญญาเช่าซื้อจะระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ให้เช่าเกี่ยวกับสภาพของสินค้าที่เช่าไว้ก็ตาม[55]

---

[53] วิชัย จิตตปาลกุล (2531) "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 77-84

[54] เรื่องเดียวกัน

[55] เรื่องเดียวกัน

2) หลักการกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation)

คู่สัญญาซึ่งกล่าวผิดความจริงไปจากเนื้อหาหรือผลของข้อความที่ตนเองใส่ไว้ในสัญญา ถึงแม้จะกล่าวโดยสุจริตก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ไม่สามารถอ้างข้อความดังกล่าว เช่น คดี Curtis VS Chemicle Cleaning and Dyeing Co. Ltd.

ตัวอย่างคดี Curtis VS Chemicle Cleaning and Dyeing Co. Ltd. ข้อเท็จจริงมีว่า "โจทก์นำชุดแต่งงานสีขาวซึ่งตรงชายผ้าขลิบด้วยลูกปัดและเครื่องประดับที่ทำด้วยกระจกแผ่นกลม ๆ ไปให้จำเลยซักรีด ผู้ช่วยผู้จัดการของจำเลยได้มอบเอกสารชิ้นหนึ่งพิมพ์ที่หน้ากระดาษว่า ใบรับ ให้โจทก์ และขอให้โจทก์ลงชื่อในเอกสารนี้ โจทก์ถามว่าทำไมต้องลงชื่อในเอกสาร ผู้ช่วยผู้จัดการตอบว่า เป็นเรื่องที่จำเลยขอยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการเสี่ยงภัยในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับลูกปัดและเครื่องประดับที่ขลิบไว้ โจทก์จึงยอมลงชื่อให้ ความจริงในเอกสารฉบับนี้มีข้อความว่า "บริษัทจะไม่รับผิดชอบ ไม่ว่าจะมีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นและด้วยวิธีใด" ปรากฏว่าชุดแต่งงานของโจทก์มีรอยเปื้อน โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย จำเลยต่อสู้โดยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลยในใบรับ ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้เพราะจำเลยชักจูงให้โจทก์ลงชื่อในใบรับโดยกล่าวเนื้อหาของใบรับผิดความจริง" [56]

3.2 การบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นลายลักษณ์อักษร (The Unfair Contract Terms Act 1977)

เนื่องจากวิธีการต่าง ๆ ที่ศาลนำมาใช้ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญามาตรฐานได้ เช่น หลักการผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญาแม้จะช่วยแก้ไขปัญหาได้บ้าง แต่ก็มีสัญญาส่วนน้อยที่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้รับการผนวกเข้าไว้ในสัญญา เพราะว่าผู้ร่างสัญญาส่วนใหญ่รู้ว่าตนเองต้องทำอย่างไรเพื่อผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา และได้พยายามดำเนินการตามข้อกำหนดดังกล่าวจนครบถ้วน หลักการตีความสัญญาก็ใช้ได้อย่างจำกัด เพราะเมื่อผู้ร่างสัญญามีความชำนาญในการร่างสัญญามากขึ้น ก็มีวิธีการร่างสัญญาที่ไม่เปิดช่องให้ศาลมีโอกาสตีความช่วยเหลือคู่สัญญาอีกฝ่าย หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญาก็ประสบปัญหาเช่นกัน เพราะในชั้นต้น หลักนี้มุ่งหมายจะให้เป็นหลักกฎหมายสารบัญญัติซึ่งการใช้หลักนี้จะไม่คำนึงถึงเจตนาของคู่สัญญา แต่ต่อมาได้รับการโต้แย้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากศาลฎีกาในคดี The Suisse Atlantique case และ The Photo Production Case โดยฝ่ายนี้เห็นว่า ในเมื่อมีการทำผิดสัญญา คู่สัญญาจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้หรือไม่นั้น เป็นเรื่องการตีความสัญญาเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา

---

[56] เรื่องเดียวกัน

จึงเสื่อมลงโดยกลายสภาพจากการเป็นหลักกฎหมายสารบัญญัติมาเป็นเพียงหลักการตีความสัญญา ส่วนข้อจำกัดอื่น ๆ เช่น หลักคำมั่นที่ชัดแจ้ง หรือหลักกล่าวผิดความจริงนั้นมีขอบเขตการใช้ที่จำกัด เพราะว่า ถ้าไม่มีการให้คำมั่นของผู้ร่างนอกเหนือจากในสัญญา หรือไม่มีการกล่าวผิดความจริงไปจากข้อความในสัญญา หลักทั้งสองนี้ก็ไม่สามารถคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายได้

เนื่องจากวิธีการต่าง ๆ ที่ศาลอังกฤษพยายามนำมาใช้ในการแก้ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญามาตรฐานนั้นยังล่าช้าและไม่เพียงพอ รัฐสภาอังกฤษจึงบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว คือ "The Unfair Contract Terms Act 1977" (UCTA) เนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion Clauses) กฎหมายฉบับนี้จึงมิใช่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาทั่วไปที่ไม่เป็นธรรม

3.2.1 ลักษณะทั่วไปของ UCTA

แม้ว่าเนื้อหาส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด แต่ UCTA ก็สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่ว ๆ ไปด้วยเช่นกัน บทบัญญัติหลักคือ Section 2 และ section 3 ทั้งนี้ Section 2 บัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการกระทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท (Negligence Liability) โดยกำหนดให้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายไม่มีผลบังคับ (ห้ามโดยเด็ดขาด) และให้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอื่น ๆ มีผลบังคับเพียงเท่าที่สมเหตุสมผลเท่านั้น (reasonable) ส่วน Section 3 นับได้ว่าเป็นหัวใจของ UCTA เนื่องจากเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับผลของข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการไม่ปฏิบัติตามสัญญา และให้ข้อสัญญานั้นมีผลบังคับเพียงเท่าที่สมเหตุสมผลเช่นกัน ส่วนบทบัญญัติอื่น ๆ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงข้อสัญญาเฉพาะเรื่อง เช่น ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าหรือบริการตาม Section 6 และ Section 7 เป็นต้น Section 2 และ Section 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักของ UCTA บัญญัติไว้ว่า

1) *Section 2 ความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อ (Negligence liability)*

(1) ห้ามบุคคลใดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความตาย หรือการบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อโดยการอ้างถึงข้อสัญญาใด ๆ หรือประกาศแจ้งแก่บุคคลทั่วไป หรือบุคคลเฉพาะเจาะจง

(2) ในกรณีความสูญหายหรือความเสียหายอื่น ๆ ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความประมาทเลินเล่อ เว้นแต่ข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

(3) เมื่อข้อสัญญาหรือหนังสือแจ้งมุ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เพื่อความประมาทเลินเล่อ การตกลงหรือการรับรู้ของบุคคลต่อข้อสัญญาหรือหนังสือแจ้งดังกล่าวในตัวเอง ไม่ถือว่าเป็นการบ่งชี้ถึงการยอมรับความเสี่ยงภัยใด ๆ โดยใจสมัครของบุคคลนั้น

2) *Section 3 ความรับผิดที่เกิดขึ้นในสัญญา (Liability arising in contract)*

(1) มาตรานี้ใช้ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค หรือทำสัญญากับข้อสัญญามาตรฐาน (written standard term of business) ของอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) ห้ามคู่สัญญากระทำการดังต่อไปนี้ อันเป็นปฏิปักษ์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการอ้างถึงข้อสัญญาใด ๆ

ก. ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใด ๆ ของตนในการทำผิดสัญญาที่ตนก่อขึ้น

ข. เรียกร้องสิทธิ

ก) ที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาผิดไปจากสิ่งซึ่งได้รับความคาดหมายว่าตนจะปฏิบัติ หรือ

ข) ที่จะทำให้ตนไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมด หรือส่วนใดส่วนหนึ่งในกรณีใด ๆ ที่กล่าวถึงข้างต้นในอนุมาตรานี้ ให้ยกเว้นเพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

ถึงแม้ UCTA เป็นกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด แต่ Section 13 (1) บัญญัติให้คำว่า ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด มีความหมายครอบคลุมไปถึง

*(ก) การกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ไม่สมเหตุสมผล*เมื่อประสงค์จะบังคับสัญญา เช่น กำหนดว่า คู่สัญญาที่จะเรียกค่าเสียหายต้องแจ้งให้ฝ่ายที่ต้องรับผิดทราบถึงความเสียหายภายในระยะเวลาที่สั้นกว่าปกติมาก

(ข) การยกเว้นหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี เช่น การกำหนดว่า ห้ามคู่สัญญาเลิกสัญญาในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาเลย โดยให้คงมีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหายเท่านั้น หรือการกำหนดในลักษณะที่ให้คู่สัญญาได้รับผลร้ายบางประการหากประสงค์จะฟ้องสิทธิตามสัญญา เช่น กำหนดว่า หากผู้ซื้อบังคับสิทธิตามสัญญา ผู้ขายจะไม่ยอมให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าไปขายต่ออีกต่อไป

(ค) การยกเว้นหรือจำกัดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิสูจน์พยานหรือกระบวนการดำเนินคดี

เหตุที่ต้องกำหนดให้คำว่ายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดให้มีความหมายกว้างเช่นนี้ก็เพราะผู้ร่างสัญญาอาจไม่เขียนสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยตรง แต่จะเขียนให้มีผลเช่นนี้ทางอ้อม โดยเขียนในลักษณะที่ยังคงให้มีความรับผิดตามสัญญาอยู่ แต่จำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะบังคับตามสิทธินั้น หรือในลักษณะที่สร้างความยุ่งยากแก่คู่สัญญาที่ประสงค์จะบังคับ

ตามสิทธิ การเขียนข้อสัญญาหลบเลี่ยงความรับผิดทางอ้อมยังปรากฏในรูปของการกำหนด (define) หน้าที่ตามสัญญา โดยมุ่งให้เกิดผลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในท้ายที่สุด เช่น บริษัทรักษาความปลอดภัยเขียนข้อสัญญาว่า “การที่บริษัทใช้ความระมัดระวังคัดเลือกบุคคลที่ไม่มีประวัติเสื่อมเสียเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ ถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญานี้ครบถ้วนแล้ว” เมื่อยามไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง บริษัทฯ อาจต่อสู้ว่า โดยที่บริษัทฯ ได้คัดเลือกผู้ไม่มีประวัติเสื่อมเสียเข้ามาปฏิบัติงานแล้ว บริษัทฯ ก็ได้ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว จึงไม่ต้องรับผิด จะเห็นว่าบุคคลทั่วไปย่อมไม่คาดหมายว่าสัญญาจะมีผลเช่นว่านั้น Section 3 2) (2) ก. จึงบัญญัติให้ข้อสัญญาที่อนุญาตให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ผิดแผกแตกต่างไปจากที่อาจคาดหมายตามสมควรจากคู่สัญญาฝ่ายนั้น (render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him) ไม่มีผลบังคับ เว้นแต่จะแสดงให้ศาลเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่สมเหตุสมผล ข้อสัญญาประเภทนี้มักเรียกว่า Definitional Clause ยังพบในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์จะหลบเลี่ยงความรับผิดทางละเมิด เช่นในคดี Phillips Products VS Hyland (1987) 1 W.L.R. 659

ตัวอย่างคดี Phillips Products VS Hyland ข้อเท็จจริงมีว่า “ผู้ให้เช่ารถขุดดินได้กำหนดข้อสัญญาว่า ให้ถือว่า ผู้ขับรถขุดดิน (ซึ่งผู้ให้เช่าจัดให้ด้วย) เป็นลูกจ้างของผู้เช่า ข้อสัญญาเช่นนี้ต้องการยกเว้นความรับผิดที่กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง Vicarious Liability) อย่างเห็นได้ชัด Slade J. จึงกล่าวว่า ข้อสัญญาใดมีผลผลักความรับผิดจาก A ไปยัง B ย่อมต้องถือว่าเป็นข้อสัญญาจำกัดความรับผิดทั้งสิ้น”[57]

3.2.2 ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค

บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA รวมทั้ง Section 3 มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลบังคับกับผู้บริโภค (a person dealing as consumer) เท่านั้น กฎหมายได้นิยามคำว่า ผู้บริโภค ไว้ว่า คู่สัญญาจะทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเมื่อไม่ได้ทำสัญญาในทางการค้า และไม่ได้แสดงให้ปรากฏแก่ผู้อื่นว่า ได้ทำสัญญาในทางการค้าในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในทางการค้า ดังนั้น สัญญาที่มิได้ทำกับผู้บริโภคจึงไม่ได้รับความคุ้มครอง (เว้นแต่เป็นสัญญามาตรฐาน) การไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่ได้อยู่ในฐานะผู้บริโภคเป็นสิ่งเหมาะสม เพราะผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพด้วยกันย่อมอยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้อยู่แล้ว การทำสัญญาก็มักจะดำเนินการโดยที่ปรึกษากฎหมาย ปัญหาการไม่รู้ไม่เข้าใจข้อสัญญาจึงไม่ค่อยเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดสัญญาก็ไม่คาดหมายด้วยว่า คู่กรณีที่ประกอบการค้าจะไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจฯ รายเล็ก

---

[57] พินัย ณนคร (2543) “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 569-570

(เช่น ผู้ประกอบกิจการเจ้าของคนเดียว บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนรายเล็ก) มิได้มีสถานะต่างกับผู้บริโภคมากจึงน่าจะได้รับความคุ้มครองด้วย

แม้ UCTA มุ่งคุ้มครองสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ทำกับผู้บริโภค แต่มาตรา 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักของ UCTA เกี่ยวกับยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทางสัญญา ให้ผู้ประกอบธุรกิจฯ อ้างได้ว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญามาตรฐาน (written standard term of business) ดังนั้น ผู้ค้ารายใหญ่ระดับบริษัทข้ามชาติซึ่งได้ตกลงรับเอาสัญญามาตรฐานที่กำหนด โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของ UCTA แนวความคิดนี้นับเป็นแนวความคิดที่ผิด ความสามารถในการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจฯ ไม่เสื่อมเสียไปด้วยเหตุที่สัญญาที่จะทำนั้นเป็นสัญญามาตรฐาน ผู้ประกอบธุรกิจฯ ที่ควรจะได้รับความคุ้มครองจึงควรเป็นผู้ประกอบธุรกิจฯ รายเล็กที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้บริโภคเท่านั้น (ในเรื่องนี้ คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของประเทศอังกฤษอธิบายว่าเหตุที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ด้วยก็เพราะในหลายกรณีผู้ประกอบธุรกิจฯอยู่ในสถานะที่คล้ายกับผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างที่คณะกรรมาธิการฯ ยกมาประกอบคำอธิบายเป็นตัวอย่างเกี่ยวกับเจ้าของร้าน (shop-keeper) ทำสัญญากับนิตยสารเพื่อโฆษณาสินค้าของตน จึงเห็นได้ว่าเป็นกรณีของผู้ประกอบธุรกิจฯ รายเล็ก จึงเป็นสิ่งน่าแปลกที่กฎหมายที่ออกมาท้ายสุดกลับให้ความคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจฯ รายใหญ่ด้วย) นอกจากนี้ ศาลอังกฤษได้เคยตัดสินคดีหลายคดีว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญามาใช้เอง (รวมถึงใช้ในกิจการของตน) โดยมิใช่เพื่อนำสินค้านั้นไปขายต่อในทางการค้า ก็ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจฯ นั้นทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเช่นกัน แนวคำพิพากษาดังกล่าวก็ไม่น่าจะถูกต้อง เพราะไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจฯ จะซื้อสินค้าหรือจัดหาบริการมาใช้เพื่อการใด ผู้ประกอบธุรกิจฯ ก็อยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนได้เหมือนกัน[58]

3.2.3 เกณฑ์การวัดความเป็นธรรมใน UCTA

UCTA กำหนดเกณฑ์การวัดความสมเหตุสมผล (Reasonableness Test) ไว้ใน Section 11 โดยกำหนดให้ศาลพิเคราะห์ว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงที่คู่สัญญาได้รู้ หรือควรจะได้รู้ในขณะที่ทำสัญญา อนึ่ง หากข้อสัญญาที่พิพาทเป็นข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ หรือเกี่ยวกับการที่ทรัพย์ไม่ตรงกับคำพรรณนาหรือตัวอย่างในสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาที่มีผลโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์หรือการครอบครองทรัพย์นั้น UCTA กำหนดให้ศาลคำนึงถึงข้อพิจารณาที่ระบุใน Schedule 2 ท้าย UCTA แต่ในทางปฏิบัติศาลก็ได้ใช้ข้อพิจารณาที่ระบุใน Schedule 2 ในการวินิจฉัย

---

[58] เรื่องเดียวกัน หน้า 571-572

ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทั่วไปด้วย

ข้อพิจารณาใน Schedule 2 มีดังต่อไปนี้

1. อำนาจต่อรองของคู่กรณี ทั้งนี้ โดยพิจารณาว่ามีทางอื่นใดที่คู่สัญญาจะได้รับประโยชน์ตามสัญญาหรือไม่

2. คู่สัญญาได้รับการชักจูงใจให้เข้าทำสัญญาหรือไม่ หรือมีโอกาสเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นโดยไม่จำต้องรับเอาข้อสัญญาทำนองเดียวกันกับข้อสัญญาที่พิพาทหรือไม่

3. คู่สัญญาได้รู้ หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ (existence) และขอบเขตของข้อสัญญา (extent of the term) หรือไม่ ทั้งนี้ โดยพิเคราะห์ถึงการติดต่อทางการค้าที่คู่สัญญาเคยมีกันมาด้วย

4. ในกรณีที่ข้อสัญญานั้นยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้พิเคราะห์ว่าในขณะที่ทำสัญญานั้นควรคาดหมายได้หรือไม่ว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น

5. สินค้าตามสัญญาเป็นสินค้าที่ต้องผลิตตามคำสั่งพิเศษของลูกค้าหรือไม่

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ข้อ 1 - 3 เป็นเกณฑ์วัดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา อาจมีเพียงข้อ 4 เท่านั้นที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา และในส่วนของข้อ 5 นั้น เห็นได้ชัดว่า เป็นเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ หรือการที่ทรัพย์ไม่ตรงกับคำพรรณาหรือตัวอย่างในสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาที่มีผลโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์หรือการครอบครองทรัพย์เท่านั้น เนื่องจากโดยลักษณะแล้วไม่อาจนำไปเป็นหลักเกณฑ์วัดความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอื่น ๆ โดยทั่วไปได้

ด้วยเหตุนี้ UCTA จึงมิได้ให้หลักเกณฑ์ที่ใช้วัด หรือให้ตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาอย่างพอเพียง การบัญญัติหลักเกณฑ์วัดความเป็นธรรม (ความสมเหตุสมผล) ของข้อสัญญาในลักษณะที่รวมระบุข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญามาไว้ด้วยกันโดยมิได้กล่าวหรือระบุตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ เนื่องจากอาจโน้มน้าวให้ศาลตัดสินความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาจากกระบวนการที่ไม่เป็นธรรมเป็นหลัก ซึ่งในคดีส่วนใหญ่ศาลก็ได้วินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของสัญญาโดยอาศัยข้อพิจารณาใน Schedule 2 เป็นหลัก โดยไม่สร้างหลักเกณฑ์ที่ใช้วัดความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ศาลมักกล่าวถึงอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน หรือการใช้สัญญามาตรฐาน มีเพียงบางคดีเท่านั้นที่คำพิพากษาบางส่วนสะท้อนถึงเกณฑ์วัดความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา เช่นในคดี Singer Co. (U.K.) Ltd. VS Tees and Hartlepool Port Authority (1988) 2 Lloyd's Rep. 164 at 170

คดีตัวอย่าง Singer Co. (U.K.) Ltd. VS Tees and Hartlepool Port Authority ซึ่งศาลเห็นว่า “ข้อสัญญาที่ทางการท่าเรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดกับสินค้าให้เหลือเพียงตันละ £800 สมเหตุสมผล เพราะโดยปกติการบรรจุหีบห่อสินค้าและการให้รายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าโดยผู้ส่งสินค้าหรือผู้ใช้บริการท่าเรือมิได้กระทำอย่างดี และการท่าเรือก็มิได้รู้ถึงลักษณะของสินค้า ฉะนั้น การท่าเรือจึงมีความจำเป็นต้องจำกัดความรับผิด คำพิพากษาส่วนนี้สะท้อนให้เห็นว่าศาลใช้หลักความจำเป็นของการคุ้มครองประโยชน์ มาเป็นเกณฑ์พิเคราะห์ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา”

ที่น่าสังเกตคือ ข้อพิจารณา ข้อ 1 ใน Schedule 2 ได้กล่าวถึงอำนาจต่อรองของคู่กรณีด้วย ดังที่เห็นได้ว่า อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันอาจใช้ในความหมายอย่างกว้างโดยหมายรวมถึงกรณีที่คู่สัญญาไม่รู้ หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาด้วย แต่เมื่อข้อพิจารณาข้อ 3 ก็ได้กล่าวถึงความรู้ความเข้าใจข้อสัญญาด้วย จึงยิ่งนำพาให้ศาลเข้าใจว่า คำว่า อำนาจต่อรอง ตามข้อ 1 มีความหมายอย่างแคบโดยหมายถึงกรณีที่คู่สัญญาใช้สัญญาสำเร็จรูป โดยไม่ยอมให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต่อรองเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วย ดังนั้น ศาลอาจตัดสินให้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเมื่อปรากฏว่าเป็นข้อสัญญาที่ถูกกำหนดโดยคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว โดยที่อีกฝ่ายไม่มีโอกาสเจรจาเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ซึ่งแนวคิดเช่นนี้ไม่ถูกต้อง การจัดความคิดในการร่าง UCTA จึงมีความบกพร่อง UCTA ควรกำหนดหลักให้ชัดเจนว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วย ทั้งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการของการทำสัญญา และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา นอกจากนี้ UCTA ควรกำหนดตัวอย่างหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้พิเคราะห์ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาอย่างเพียงพอเพื่อเป็นแนวทางแก่ศาล มิใช่มุ่งกล่าวเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาเป็นหลัก

เนื่องจากในการยกร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย ผู้ร่างกฎหมายได้ลอกเลียนแนวความคิดมาจาก UCTA เป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น แม้ UCTA มีข้อบกพร่องหลายประการ ผู้ร่างกฎหมายของไทยก็ได้หยิบยืมเอาข้อบกพร่องจาก UCTA มาบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศไทยด้วย[59]

[59] เรื่องเดียวกัน หน้า 572-574

4. ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

วงการนิติศาสตร์ของไทยในอดีต คำว่า สัญญาสำเร็จรูป ยังไม่เป็นที่รู้จักกันมากนัก ในการพิจารณาถึงความมีผลบังคับของสัญญาสำเร็จรูป นักกฎหมายทั่วไปก็ดี ศาลก็ดี จะไม่คิดว่าสัญญาสำเร็จรูปเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องใช้มาตรการพิเศษในการควบคุม แต่จะคิดว่าสัญญาสำเร็จรูป คือสัญญาธรรมดาอย่างหนึ่ง ในการนำบทกฎหมายมาใช้บังคับแก่สัญญาดังกล่าวก็จะพิจารณาเพียงว่า สัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเอกเทศสัญญาใด เช่น เป็นสัญญาซื้อขาย สัญญา เช่าซื้อ ฯลฯ หรือว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อซึ่งไม่อยู่ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อรู้ว่าเป็นสัญญาประเภทใดแล้วก็จะนำบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นมาใช้บังคับ ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ยังคงมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายไทยอยู่มาก ในอดีต แม้ว่าสัญญาจะเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมาก ศาลก็จะไม่เข้าไปแทรกแซงปรับเปลี่ยนสัญญา หรือไม่บังคับตามสัญญา เนื่องจากยังไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น หากสัญญามีผลสมบูรณ์จากการแสดงเจตนา หรือคำเสนอคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกันไม่บกพร่องจากการแสดงเจตนา เช่น การถูกข่มขู่ การฉ้อฉล การสำคัญผิดและไม่สมบูรณ์เพราะความสามารถของคู่สัญญา เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ ฯลฯ ศาลก็ถือว่าสัญญามีผลสมบูรณ์ หากไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ก็ต้องบังคับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งคู่กรณีจักต้องถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากมายเพียงใดก็ตาม[60]

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ศาลไทยจะเข้าไปแทรกแซงในเรื่องสัญญาไม่ได้ แต่ศาลไทยก็ได้เคยพยายามเยียวยาแก้ไขในเรื่องความไม่เป็นธรรมจากสัญญาที่เข้าไปแทรกแซงไม่ได้โดยใช้ดุลยพินิจในแต่ละเรื่องเท่าที่จะสามารถทำได้ ตัวอย่างเช่น ในการเยียวยาอันเนื่องมาจาก ปพพ.มาตรา 150 ที่จะเป็นโมฆะก็ต่อเมื่อขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพพยายามที่จะใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทำสัญญาเอาเปรียบได้โดยไม่ตกเป็นโมฆะ เช่นเรียกเก็บดอกเบี้ยสูงกว่าที่กฎหมายกำหนดโดยปรับเปลี่ยนเป็นค่าธรรมเนียมหรือค่าอื่นใดตามแต่จะกำหนดขึ้นมานั้น ศาลไทยก็ทำได้โดยมีแนวทางคำพิพากษาในเรื่องดอกเบี้ยหรือค่าอื่นๆที่เรียกเก็บจากคู่สัญญาโดยให้ถือว่าเงินทั้งหมดที่เรียกเก็บซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมนั้นเป็นเบี้ยปรับ และเมื่อเป็นเบี้ยปรับศาลก็สามารถใช้ดุลยพินิจในการลดเบี้ยปรับได้

---

[60] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร (2545) “แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย หน้า 204-205

หรือการที่โรงแรมปฏิเสธไม่รับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจาการเข้าพำนักในโรงแรมนั้น ศาลถือว่าไม่สามารถจะปฏิเสธความรับผิดได้ เรื่องต่างๆเหล่านี้กับกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจถือว่าเป็นโมฆะ แต่คู่สัญญาเสียเปรียบ แนวทางดังกล่าวมานั้นเป็นเพียงแนวทางที่ศาลได้เข้ามาทำการเยียวยาเท่าที่จะทำได้เท่านั้น มิใช่เป็นระบบที่วางไว้เพื่อแก้ไขปัญหาสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างเป็นกระบวนการหรือเป็นระบบที่ชัดเจนแต่อย่างใด

4.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทยก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) การวินิจฉัยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่ามีผลใช้บังคับเพียงใด ก่อนที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จำกัดอยู่ภายใต้หลักกฎหมายดั้งเดิม (Classical Doctrine) ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะเห็นได้จากหลักกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้ดังนี้

4.1.1 หลักสุจริต (มาตรา 5)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

มาตรา 5 เป็นหลักทั่วไปสำหรับช่วยผดุงความยุติธรรมในการที่คู่กรณีจะปฏิบัติต่อกันและกัน หรือ ในการที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณีมิได้แสดงไว้โดยละเอียดถึงวิธีปฏิบัติ หรือกระทำกิจการใด ๆ มาตรานี้ให้ถือเอาความสุจริตเป็นหลัก หลักสุจริตตามมาตรา 5 เป็นหลักเกี่ยวกับความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ คำว่า สุจริต เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน ที่เป็นภาษาละตินว่า ‘Bona fides’ แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือสัจจะที่ดี หลักสุจริตนี้เป็นการแสดงถึงความประพฤติปฏิบัติระหว่างบุคคลในสังคม เป็นหลักธรรมดาสามัญใน
สังคมประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน ถือได้ว่า มาตรา 5 เป็นหัวใจของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมาตรานี้นำมาใช้ได้อย่างกว้างขวางเพื่อประกอบการใช้ดุลยพินิจให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะในการใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่กรณีโดยไม่ทำให้บทบัญญัติเดิมต้องเสียไป

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ปรับเข้ากับหลักสุจริต

คำพิพากษาฎีกาที่ 186-188/2477 “หลักการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดต้องอาศัยความซื่อสัตย์สุจริตระหว่างกัน”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2742/2517 “จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้แก่โจทก์ แต่โจทก์รู้เห็นยินยอมให้จำเลยโอนขายที่ดินนั้นแก่ผู้อื่น แล้วโจทก์มาฟ้องว่าจำเลยผิด

สัญญา ดังนี้ เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง” [61]

4.1.2 หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา

มาตรา 171 “ในการตีความการแสดงเจตนานั้น ให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

มาตรา 368 “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย”

หลักในการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกันระหว่างคู่กรณีจากเจตนาที่แสดงออกมาเท่านั้น โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลหนึ่ง ๆ ถ้าเขามีเจตนาหรือรู้สำนึกเช่นนั้น เขาควรจะแสดงเจตนาออกมาเช่นไร ทั้งนี้เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ประกอบกับหลักสุจริต และปกติประเพณี

ดังนั้น เมื่อมีปัญหาการตีความสัญญา ผู้ตีความจะพิจารณาขั้นตอนแรกโดยใช้หลักของมาตรา 171 เพื่อกำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมาของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเพื่อที่จะรู้ถึงความสัมพันธ์ต่าง ๆ ตามข้อตกลงอันถือเสมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาต้องการให้มีผลผูกมัดกัน ผู้ตีความจะอาศัยหลักเกณฑ์ในมาตรา 368 คือ หลักสุจริต และปกติประเพณีที่ปฏิบัติกันในกิจการนั้น ๆ มาประกอบการวินิจฉัย ดังนี้ จะเป็นการทำให้การวินิจฉัยของผู้ตีความไม่เป็นนามธรรม แต่เป็นการกำหนดเนื้อหาของเรื่องให้เป็นรูปธรรมโดยการปรับหลักสุจริตอันเป็นหลักที่คำนึงถึงความซื่อสัตย์และไว้วางใจตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจ พร้อมทั้งผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกันของคู่กรณี ขณะเดียวกันก็คำนึงถึงปกติประเพณีที่พึงปฏิบัติต่อกัน ดังนั้น หลักในการตีความสัญญาในมาตราทั้งสองนี้จึงเป็นหลักที่ให้พิเคราะห์ใคร่ครวญข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เพื่อให้ได้ผลในการตีความที่ถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาตามหลักการตีความการแสดงเจตนาตาม มาตรา 171

คำพิพากษาฎีกาที่ 558/2500 “แม้สัญญาเช่าที่ดินจะห้ามมิให้เช่าช่วง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรก็ดี ถ้าผู้ให้เช่ายินยอมให้เช่าช่วงได้ แม้ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ต้องถือว่าผู้ให้เช่ายินยอม”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1686/2512 “การตีความการแสดงเจตนานั้น กฎหมายให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร ในการแบ่งที่ดินระหว่างเจ้าของรวมซึ่งมีกรรมสิทธิ์คนละส่วนเท่า ๆ กัน แม้ฝ่ายหนึ่งจะตกลงให้อีกฝ่ายหนึ่งเลือกเอาก่อน โดยมิได้กำหนดวิธีการรังวัดแบ่งแยกไว้ชัดแจ้ง ก็มิได้หมายความว่าฝ่ายที่มีสิทธิเลือกจะเลือกชี้แบ่งเอาได้ตามใจชอบ

---

[61] เรื่องเดียวกัน

เมื่อมีปัญหาว่าจะแบ่งอย่างไรจึงจะถูกต้องตรงตามเจตนา ศาลย่อมต้องพิเคราะห์ถึงสภาพที่ดินประกอบเพื่อหยั่งทราบถึงเจตนาอันแท้จริง”

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในหลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368

กรณีการตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงหลักสุจริตประกอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 649/2513 “ข้อสัญญาว่า ผู้รับผูกขาดจะต้องชำระเงินค่าผูกขาดล่วงหน้าในปีแรกภายใน 15 วัน นับแต่วันสร้างท่าเทียบเรือเสร็จ ส่วนในปีต่อไปจะต้องชำระค่าผูกขาดภายในเดือนตุลาคมของทุก ๆ ปี ดังนี้หมายความว่า ค่าผูกขาดสำหรับปีที่ 2 และปีต่อ ๆ ไปจะต้องชำระล่วงหน้าด้วย”

กรณีการตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี

คำพิพากษาฎีกาที่ 439/2435 “การเช่าอาคารนั้น ตามปกติวิสัยก็ย่อมเป็นการเช่าอาคารทั้งหลัง มิใช่ว่าการเช่าอาคารนั้นเป็นการเช่ากันเฉพาะส่วนในของอาคาร เว้นแต่จะมีข้อสัญญาระบุไว้เป็นพิเศษ ฉะนั้น ผู้ให้เช่าจึงไม่มีอำนาจที่จะเอาหลังคาตึกเช่านั้นไปให้ผู้อื่นเช่าติดป้ายโฆษณาอีก และถ้าขืนกระทำไป ผู้เช่าย่อมมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายและให้รื้อป้ายโฆษณานั้นไปได้”, [62]

4.1.3 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

หลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นขอบเขตของเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มิชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ หลักดังกล่าวเป็นหลักให้ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาได้เลยทีเดียวตาม มาตรา 150 ให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะ

หลักความสงบเรียบร้อยนี้เป็นหลักที่มีความหมายกว้างมาก และเป็นการยากที่จะจำกัดความหมายที่ตายตัวลงไปได้ว่ามีอะไรบ้างที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่มีประมวลกฎหมายใดในโลกที่จะกำหนดหรือจำกัดความหมายของหลักดังกล่าวไว้ตายตัว หรือเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องใช้วิจารณญาณตามพฤติการณ์และกาลสมัย ในสมัยหนึ่งอาจเห็นกันว่า ข้อตกลงเรื่องหนึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

---

[62] ดาราพร ถิระวัฒน์ (2538) *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 58-64

ประชาชน แต่อีกสมัยหนึ่งอาจเห็นว่าไม่ขัดก็ได้ ตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2501 ศาลวินิจฉัยว่า "ข้อตกลงที่ผู้ประมูลก่อสร้างคนหนึ่งตกลงจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ประมูลคนอื่นเพื่องดการประมูลแข่งขัน โดยให้ยื่นประมูลในราคาสูงกว่าพอเป็นพิธีนั้น เป็นพาณิชย์นโยบาย ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 297/2501) แต่ในปี พ.ศ.2519 ศาลวินิจฉัยว่า ข้อตกลงที่จำเลยซึ่งเป็นผู้ประมูลสร้างทางหลวงตกลงจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ประมูลคนอื่นเพื่อจะไม่ประมูลสร้างทางแข่งขัน โดยให้ยื่นประมูลในราคาสูงกว่านั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะมีการจำกัดราคาไม่ให้คนอื่นมาแข่งขันในราคาต่ำกว่าที่จำเลยยื่น เพื่อให้จำเลยเป็นผู้รับประมูล ทำให้รัฐเชื่อว่า มีการประมูลกันจริง และต้องจ่ายเงินไปเพราะจำเลยกับพวกหลอกลวง กระทำการโดยไม่สุจริต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ร่วมกันบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต ย่อมทำให้รัฐเสียหาย" (คำพิพากษาฎีกา 2022/2519)

ตัวอย่างที่ 1 ศาลวินิจฉัยโดยยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501

ป.พ.พ. มาตรา 113, 987, 968

"สัญญาให้ค่าตอบแทนโดยมีข้อตกลงให้โจทก์ยื่นประมูลสูงกว่าจำเลยเพื่อที่จำเลยจะได้รับประมูลนั้น เป็นแต่เพียงล่อให้ผู้ให้ประมูลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้ให้ราคาต่ำที่สุดเท่านั้น เป็นนโยบายของการประมูล ไม่ใช่ล่อลวงให้หลงเชื่อ ผู้ให้ประมูลย่อมต้องใช้วิจารณญาณของตนประกอบด้วยและมีสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ผู้ประมูลขั้นต่ำ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเป็นเพียงพาณิชโยบาย ใช้บังคับกันได้"

ตัวอย่างที่ 2 ศาลวินิจฉัยตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519

ป.พ.พ. มาตรา 113, 5

ป.วิ.พ. มาตรา 142(5)

"ห้างหุ้นส่วนจำกัด น. และบริษัทอื่น ๆ ตกลงกับจำเลยจะไม่ประมูลสร้างทางแข่งกับจำเลย โดยจะแกล้งยื่นประมูลราคาให้สูงกว่าราคาที่จำเลยยื่นประมูล และจำเลยสัญญาจะจ่ายเงินเพราะมีการจำกัดราคาไม่ให้คนอื่นมาแข่งขันในราคาต่ำกว่าที่จำเลยยื่น เพื่อให้จำเลยเป็นผู้ได้รับประมูล กรมทางหลวงหลงเชื่อว่ามีการประมูลกันจริงและต้องจ่ายเงินไป เพราะจำเลยกับพวกหลอกลวงกระทำการโดยไม่สุจริต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ร่วมกันบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต ย่อมทำให้รัฐเสียหาย เมื่อจำเลยจ่ายเช็คพิพาทให้แก่ห้างหุ้นส่วนจำกัด น. ตามข้อตกลงไม่ประมูลสร้างทางแข่งกันดังกล่าวหนี้ตามเช็คพิพาทจึงเกิดจากสัญญาอันมีวัตถุประสงค์เป็นการ

ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 (ปัจจุบันมาตรา 150) โจทก์รับโอนเช็คพิพาทจากห้างหุ้นส่วนจำกัด น. โดยรู้ถึงมูลหนี้ดังกล่าว แล้วนำเช็คพิพาทมาฟ้องจำเลย เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงไม่มีอำนาจฟ้อง" [63]

มีตัวอย่างคำพิพากษาอีก 2 กรณีที่ศาลฎีกาไทยได้วินิจฉัยปรับหลักความสงบเรียบร้อยเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า คือ ในกรณีสัญญาจ้างแรงงานกรณีหนึ่ง และอีกกรณีหนึ่งในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะจำยอมต้องเข้าทำสัญญา เนื่องจากมีการใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

กรณีสัญญาจ้างแรงงาน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1401/2527, 2409/2527 ศาลมีคำวินิจฉัยว่า "ลูกจ้างมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาน้อยกว่านายจ้าง และอยู่ในภาวะจำยอมเข้าทำสัญญา และถือว่า ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องคุ้มครองแรงงานนั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองลูกจ้างที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า จึงได้ตีความว่า ประกาศดังกล่าวเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น ข้อสัญญาที่กำหนดตัดสิทธิของลูกจ้างที่จะพึงได้รับค่าชดเชย หรือข้อสัญญาที่กำหนดแตกต่างจากประกาศฉบับดังกล่าวบัญญัติ จึงเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้"

กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะจำยอมต้องเข้าทำสัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 3292/2528 ศาลมีคำวินิจฉัยว่า "สัญญาเกิดจากผลของการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นบริษัทที่เช่าโรงกลั่นน้ำมันของหน่วยราชการจำยอมทำสัญญาให้จำเลยขนส่งน้ำมัน โดยจำเลยสัญญาให้ประโยชน์แก่โจทก์ ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานผู้ควบคุมหน่วยราชการนั้น ได้ดำเนินการให้จำเลยเป็นผู้ขนส่งน้ำมันดิบเข้าโรงกลั่นได้สำเร็จ โดยที่โรงกลั่นอยู่ในฐานะจำยอมที่จะต้องจ้างขน เช่นนี้ สัญญาที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนดังกล่าวเป็นสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับ" [64]

---

[63] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร (2545) "แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย หน้า 197-200

[64] ดาราพร ถิระวัฒน์ (2538) *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 69

4.1.4 หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้

มาตรา 11 “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะต้องเป็นผู้เสียในมูลหนี้นั้น”

มาตรา 11 ตาม ป.พ.พ. นี้ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 1162 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งมีหลักกฎหมายเหมือนกันโดยบัญญัติว่า ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความข้อตกลงเป็นโทษแก่ฝ่ายเรียกร้องในมูลหนี้และเป็นคุณแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติในมูลหนี้ เมื่อเทียบกับการปรับใช้มาตรา 11 แห่ง ป.พ.พ. ไทย คำว่า ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ (the party who incurs the obligation) นี้ ก็น่าจะตีความคลุมถึงคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ เพราะการอยู่ในฐานะจำยอมโดยไม่สามารถต่อรองในมูลหนี้นั้นได้ เนื่องมาจากฐานะทางเศรษฐกิจหรือเทคโนโลยีที่ด้อยกว่า จำต้องยอมรับข้อสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้เปรียบและร่างข้อกำหนดสิทธิหน้าที่ไว้ล่วงหน้าตามที่ต้องการฝ่ายเดียวไว้ก่อนแล้วนั้นได้ ดังจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันนักกฎหมายและศาลไทยได้นำหลักมาตรา 11 มาใช้แก่การตีความในสัญญาประกันภัยมากกว่า

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในหลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1806/2500, 1003/2501, 784/2502, 1002/2505 “ถ้าข้อกำหนดในกรมธรรม์ประกันภัยเป็นที่สงสัย เพราะว่าผู้รับประกันภัยเป็นผู้กำหนดเขียนข้อความนั้นขึ้นมา จะเขียนไม่ชัดเพื่อทิ้งไว้เป็นช่องทางเอาเปรียบผู้เอาประกันภัยหาได้ไม่”

คำพิพากษาฎีกาที่ 476/2507, 596/2507 “กรณีเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดเป็นหน้าที่ผู้รับประกันภัยต้องยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีและมีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงเหล่านั้น”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2179/2526 “ข้อความใดจะเป็นเงื่อนไขแห่งสัญญาหรือไม่ต้องตกลงกันให้ชัด มิฉะนั้น เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้เอาประกันภัย โดยไม่ถือว่าเป็นเงื่อนไข ผู้รับประกันภัยจะปฏิเสธความรับผิดไม่ได้” [65]

4.1.5 หลักความตกลงยกเว้นความรับผิดที่ทำไว้ล่วงหน้า

มาตรา 373 “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

คำว่า กลฉ้อฉล ตามมาตรา 373 หมายถึงการไม่ชำระหนี้หรือการทำให้เสียหายโดยจงใจ ดังนั้น ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นโดยไม่จงใจ เช่น เกิดจากความประมาทเลินเล่อแล้วคู่สัญญาอาจตกลงกันยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้าได้ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าความประมาทเลินเล่อนั้นถึงขนาดที่เรียกว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กฎหมายก็ไม่ยอมให้ยกเว้นความรับผิด

---

[65] เรื่องเดียวกัน หน้า 70-75

เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นถือว่าเท่ากับความผิดโดยจงใจเหมือนกัน

ตัวอย่างที่ศาลใช้มาตรา 373 บังคับ เช่น กรณีเกี่ยวกับการที่เจ้าของรถขับรถของตนเข้าไปจอดในบริเวณสถานีบริการน้ำมัน โดยทางสถานีบริการน้ำมันคิดค่าตอบแทนด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นมีว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของรถกับเจ้าของสถานีบริการน้ำมันคืออะไร จะเป็นสัญญาฝากทรัพย์หรือสัญญาเช่าทรัพย์ หรือสัญญาลักษณะอื่น เหตุที่ต้องพิจารณาว่าเป็นสัญญาลักษณะใดก็เนื่องจากผลทางกฎหมายมีอยู่แตกต่างกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นฝากทรัพย์ หากทรัพย์ที่ฝากสูญหายหรือเสียหายไปในระหว่างรับฝาก ทำให้ผู้รับฝากไม่สามารถคืนทรัพย์ที่ฝากได้ หรือคืนทรัพย์ที่ฝากในสภาพที่เสียหายเช่นนี้ ผู้รับฝากจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฝาก เพราะถือว่าผู้รับฝากทำผิดสัญญาในข้อที่ว่าไม่รักษาสงวนทรัพย์ที่ฝาก แต่ถ้ากรณีดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าทรัพย์ (เช่าสถานที่จอดรถ) ผู้ให้เช่ามีหน้าที่จะต้องส่งมอบสถานที่จอดรถให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ ผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในการที่รถซึ่งนำเข้ามาในสถานที่เช่าสูญหาย หรือบุบสลายอันมิใช่ความผิดของผู้ให้เช่า ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ถ้าจากพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น การปฏิบัติต่อกันของคู่สัญญาแสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาต้องการทำสัญญาฝากทรัพย์ แล้วเหตุใดเจ้าของสถานีบริการน้ำมันจึงระบุว่าเป็นการให้เช่าที่จอดรถ โดยเขียนไว้ทั้งในประกาศและใบเสร็จรับเงินที่ออกให้เป็นหลักฐานการชำระค่าตอบแทน เช่นนี้ ในหลายคดีศาลวินิจฉัยว่า ข้อความในประกาศและใบเสร็จรับเงินไม่มีผลทำให้การฝากทรัพย์กลายเป็นการเช่าไปได้ การที่เจ้าของสถานีบริการน้ำมันพยายามเบี่ยงเบนการรับฝากทรัพย์ให้เป็นการให้เช่าทรัพย์นั้นย่อมแสดงว่าจงใจจะไม่ดูแลสงวนทรัพย์ที่ฝากมาแต่เริ่มแรกอันเป็นกลฉ้อฉลแล้ว ข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวจึงต้องห้ามตามมาตรา 373

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในหลักความตกลงยกเว้นความรับผิดที่ทำไว้ล่วงหน้า

กรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างเจ้าของรถกับเจ้าของสถานีบริการน้ำมันเป็นสัญญาฝากทรัพย์

คำพิพากษาฎีกาที่ 365/2521 “การที่จำเลยยินยอมให้บุคคลอื่นนำรถเข้าไปจอดในบริเวณปั๊มน้ำมันของจำเลย โดยปั๊มได้รับเงินค่าจอดเป็นประโยชน์ตอบแทน เมื่อปั๊มปิดจะมีรั้วเหล็กปิดกั้นหน้าปั๊มไว้ด้วย พฤติการณ์ดังกล่าวย่อมถือได้ว่า ทางปั๊มได้รับมอบทรัพย์สินไว้เพื่อดูแลเก็บรักษาไว้ในอารักขาของตน เป็นการรับฝากทรัพย์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 657 แม้ทางปั๊มจะมีประกาศว่าให้เช่าเป็นที่จอดรถ รวมทั้งระบุข้อความในใบรับเงินและเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งไม่ต้องรับผิด ก็เป็นการกระทำของจำเลยฝ่ายเดียว บุคคลภายนอกมิได้มีข้อตกลงตามนั้น อันจะทำให้เกิดผลเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติของจำเลยที่1 ไปในรูปลักษณะของนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่ใช่ลักษณะของการรับฝากทรัพย์”

กรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างเจ้าของรถกับเจ้าของสถานีบริการน้ำมันเป็นสัญญาเช่าทรัพย์

คำพิพากษาฎีกาที่ 286/2525 "เจ้าของรถนำรถเข้าไปจอดเองในสถานีบริการน้ำมันแล้วนำกุญแจรถกลับไปด้วย เจ้าของรถต้องดูแลรับผิดชอบรถเอง เจ้าของสถานีบริการน้ำมันจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการจอดรถ ทั้งยังมีข้อตกลงกันว่าให้เช่าเฉพาะที่จอดรถ ไม่รับผิดชอบในการที่รถสูญหายหรือเสียหายด้วย ใบเสร็จรับเงินที่ออกให้ก็เขียนไว้ทุกฉบับว่าเป็นค่าเช่าที่จอดรถ ดังนี้ ข้อตกลงและพฤติการณ์ที่ปฏิบัติต่อกันระหว่างเจ้าของสถานีบริการน้ำมันกับเจ้าของรถเป็นเรื่องให้เช่าที่จอดรถ เจ้าของสถานีบริการน้ำมันมิได้รับมอบรถเพื่อเก็บรักษาไว้ในความอารักขาแห่งตน จึงไม่เป็นการรับฝากทรัพย์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 657 ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายเกี่ยวกับรถที่สูญหาย" [66]

4.2 ความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.5.2 แล้วว่า หากไม่มีประเด็นเรื่องการผูกขาดเข้ามาเกี่ยวข้อง สาเหตุที่แท้จริงของการรับเอาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือ การไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาหรือการไม่มีโอกาสเข้าตรวจพิเคราะห์ข้อสัญญา การใช้หลักต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้ว เช่น หลักสุจริตก็มิใช่จะใช้ได้กับพฤติการณ์เหล่านี้ได้เสมอไป แม้แต่ในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่สุจริตของคู่สัญญา เช่น การจงใจกำหนดข้อสัญญาในลักษณะซ่อนเร้นเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเห็นได้ การปรับใช้หลักสุจริตก็เป็นเพียงการตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเท่านั้น มิได้ตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น จะต้องมีทั้งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาด้วย

อนึ่ง แม้กฎหมายสัญญาจะมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่รู้หรือไม่เข้าใจผลที่ไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาได้ แต่หลักกฎหมายในเรื่องนี้ไม่น่าจะเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในบริบทของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะผลทางกฎหมายของการสำคัญผิดคือ โมฆกรรมของสัญญาทั้งฉบับ ในขณะที่วัตถุประสงค์มีเพียงมุ่งเยียวยาเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากข้อสัญญาที่พิพาทโดยไม่กระทบข้อสัญญาข้ออื่น และแม้จะแก้ไขหลักกฎหมายเรื่องสำคัญผิดให้มีผลว่า การสำคัญผิดในข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทำให้ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะโดยไม่กระทบส่วนอื่นของสัญญา แต่การวินิจฉัยว่าความสำคัญผิดในข้อสัญญาใดเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรมหรือไม่ก็จะต้อง

---

[66] วิชัย จิตตปาลกุล (2531) "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 162-166

พิเคราะห์จากเนื้อหาของข้อสัญญานั้นอยู่ดี จึงไม่ต่างกับกรณีการมีกฎหมายพิเศษให้ศาลตรวจสอบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ การตรากฎหมายพิเศษยังสามารถกำหนดขอบเขตการบังคับใช้และเนื้อหาของข้อกฎหมายได้ เช่น กำหนดว่า ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพควรได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ควรให้คู่สัญญาโต้แย้งว่าราคาตามสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ เป็นต้น

เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เพียงพอที่จะเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงได้มีการตรากฎหมายพิเศษขึ้น เพื่อให้คู่สัญญาโต้แย้งได้ว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเป็นสิ่งพึงประสงค์ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ร่างขึ้นโดยเอา The Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA ของประเทศอังกฤษมาเป็นแม่แบบ บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ UCTA

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตราขึ้นด้วยความประสงค์ดีและมุ่งคุ้มครองคู่สัญญาจากการเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบอย่างมากในสภาพทางการค้าในปัจจุบัน แต่แนวความคิดที่นำมาประสานกันเป็นกฎหมายฉบับนี้มีความไม่ชัดเจน ซ้ำยังผิดพลาดและสับสนหลายประการ อันเป็นผลให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้รับความเชื่อถือจากทั้งผู้ประกอบธุรกิจฯ และผู้บริโภค[67]

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตั้งแต่ วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ.2540 อันที่จริงแล้ว ในการยกร่างกฎหมายฉบับนี้กระทรวงยุติธรรมได้ลอกเลียนแนวความคิดมาจาก UCTA เป็นส่วนใหญ่ ทั้ง ๆ ที่แนวความคิดหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน UCTA ก็ไม่ถูกต้อง หลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2541 เป็นต้นมา มีการฟ้องร้องกันตามกฎหมายนี้น้อยมาก เพราะพระราชบัญญัติฉบับนี้ขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องความเป็นธรรมของข้อสัญญา ดังนั้น ทั้งผู้ประกอบธุรกิจฯ และผู้บริโภคจึงไม่อาจคาดล่วงหน้าได้ว่า หากจะนำคดีขึ้นสู่ศาลในเรื่องนี้ ศาลจะวินิจฉัยว่า ข้อสัญญานั้น ๆ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม[68]

---

[67] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 588

[68] เรื่องเดียวกัน หน้า 547

5. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ประเทศไทยได้มีการประกาศ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ.2540 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2541 เป็นต้นมา หลักการและเหตุผลในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ คือ

"เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้"

5.1 ลักษณะทั่วไปของ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มาตรา 3 วรรคแรกบัญญัติว่า "ข้อสัญญา หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย"

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพิจารณาได้ว่า ข้อสัญญาที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายเท่านั้น แต่ยังรวมถึง ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม ประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายเดียวด้วย

นอกจากบทบัญญัติมาตรา 3 ดังกล่าวแล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ใช้ครอบคลุมกับสัญญาทุกประเภท แต่มีการจำกัดการใช้บังคับกับสัญญาบางประเภทเท่านั้นตามบทบัญญัติของมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 8 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก (มาตรา 4)

2. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ (มาตรา 5)

3. ข้อตกลงยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค (มาตรา 6)

4. ข้อสัญญาที่ได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ (มาตรา 7)

5. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด หรือผิดสัญญา (มาตรา 8)

6. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด (มาตรา 9)

บทบัญญัติซึ่งวางหลักทั่วไป (General Principle) เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาตามพระราชบัญญัตินี้อยู่ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ส่วนบทบัญญัติอื่น ๆ ตั้งแต่มาตรา 5 ถึงมาตรา 9 เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับข้อตกลงเฉพาะเรื่อง ทั้งนี้ ข้อตกลงพิเศษบางประการ กฎหมายก็ห้ามเป็นการเด็ดขาด มิใช่กำหนดให้ใช้บังคับได้เมื่อผ่านหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นธรรม เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย การที่กฎหมายห้ามใช้ข้อตกลงหรือข้อสัญญาใดเป็นการเด็ดขาดนั้นอาจเกิดจากเหตุผลพิเศษ เช่น เหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ (Public interest) จึงมิใช่สิ่งที่จะต้องวิเคราะห์กันในแง่ของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ดังนั้น ข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่กฎหมายห้ามเป็นการเด็ดขาดก็ไม่มีผลบังคับระหว่างคู่กรณี แม้คู่กรณีทุกฝ่ายจะรู้และเข้าใจผลของข้อตกลงหรือข้อสัญญานั้นอย่างดีก็ตาม[69]

5.1.1 ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

“ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

---

[69] พินัย ณนคร (2543) “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 580-588

หลักการในมาตรา 5 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับข้อตกลงเกี่ยวกับ การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม ซึ่งในปัจจุบัน ข้อตกลงเช่นว่านี้มีอยู่เสมอ เช่น ห้ามประกอบอาชีพประเภทเดียวกันแข่งขันในท้องที่ หรือปริมณฑล หรือห้ามทำสัญญาร้องเพลงหรือแสดงภาพยนตร์กับคนอื่นอีก หรือห้ามขายลิขสิทธิ์ให้แก่บุคคลอื่นภายในระยะเวลา 5 ปี หรือการให้ทุนไปศึกษาต่อแล้วกลับมาใช้ทุนคืนในระยะเวลาหนึ่ง เป็นต้น ข้อตกลงหรือสัญญาเหล่านี้สามารถใช้บังคับได้ไม่เป็นโมฆะ เพราะถ้าตกเป็นโมฆะใช้ไม่ได้ก็จะไปเข้าหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 กรณีเหล่านี้ถึงแม้จะไม่ตกเป็นโมฆะ แต่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลอื่นในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ มาตรา 5 จึงวางหลักเกณฑ์ ไว้คุ้มครองทุกคนที่เกี่ยวข้อง โดยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น การวางข้อจำกัดไว้เช่นนี้จะต้องมีหลักพิจารณาด้วยว่าความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น มีขอบข่ายแค่ไหนเพียงใด ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ด้วยเหตุนี้ในวรรคสองจึงได้กำหนดหลักการไว้ประกอบการพิจารณาดังนี้

1. ขอบเขตในด้านพื้นที่
2. ระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ
3. ความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ
4. ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

การวางหลักเกณฑ์ไว้เช่นนี้ นอกจากเป็นประโยชน์สำหรับศาลในการพิจารณาขณะวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังที่กล่าวนั้น ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายหรือไม่แล้ว ยังเป็นประโยชน์สำหรับคู่สัญญาอีกด้วย เพราะว่า ในการทำข้อตกลงกันก็ควรพิจารณาจากหลักการในมาตรา 5 วรรคสองด้วย ทั้งนี้เพื่อมิให้มีปัญหาพิพาทกันในภายหลัง เพราะเมื่อมีปัญหาพิพาทกันและคดีขึ้นสู่ศาล ศาลก็ต้องยึดหลักในการวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในมาตรา 5 วรรคสองเป็นสำคัญ[70]

5.1.2 ข้อตกลงยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค

มาตรา 6 บัญญัติว่า “สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตลงยกเว้นหรือจำกัดความรับ

---

[70] พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา (2542) *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540* คำอธิบายโดยสังเขปในรูปเชิงอรรถ กรุงเทพมหานคร วิญญชน หน้า 16-17

ผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

อันที่จริงแล้ว ข้อสัญญาพิเศษในมาตรา 6 นี้ บัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค ในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณี อาจมีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ซึ่งหลักการทั่วไปว่าด้วยการชำระหนี้มีอยู่ในบทบัญญัติว่าด้วยหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่กรณีอาจมีข้อตกลงในเรื่องต่าง ๆ เป็นพิเศษ เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิ ข้อตกลงเช่นว่านี้ มักจะเป็นฝ่ายที่จัดทำสัญญาสำเร็จรูปเป็นผู้กำหนดขึ้นมา ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 6 จึงได้กำหนดขอบเขตในเรื่องสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพไว้ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ มิให้ผู้ประกอบธุรกิจฯ กำหนดข้อตกลงในสัญญาได้ตามอำเภอใจ

ในกรณีของมาตรา 6 นี้ สามารถแบ่งแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณีคือ

1. กรณีที่ผู้บริโภคไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง หรือเหตุแห่งการรอนสิทธิในขณะทำสัญญา ข้อตกลงประเภทนี้ไม่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายฉบับนี้

2. กรณีที่ผู้บริโภครู้ถึงความชำรุดบกพร่อง หรือเหตุแห่งการรอนสิทธิในขณะทำสัญญา ข้อตกลงประเภทนี้สามารถทำได้ เพียงแต่ศาลมีอำนาจจะปรับลดได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ประเด็นที่เป็นปัญหาก็คือ เรื่องความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องก็ดี หรือความรับผิดในการรอนสิทธิก็ดี และรวมทั้งข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดก็ดี มีสาระสำคัญบัญญัติไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายตั้งแต่มาตรา 472 ถึงมาตรา 485 อยู่แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความลักลั่นกับมาตรา 473 (1) และมาตรา 476 เนื่องจาก ตามหลักของมาตรา 473 (1) และมาตรา 476 นั้น ผู้ขายไม่ต้องรับผิดในกรณีที่ผู้ซื้อได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิแล้วในขณะซื้อขาย ถึงแม้ว่าจะไม่ปรากฏว่า สัญญาซื้อขายดังกล่าวมีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขายไว้ก็ตาม ประเด็นปัญหาดังกล่าว นักกฎหมายมีความคิดแบ่งเป็น 2 แนวความคิด กล่าวคือ

แนวความคิดที่ 1 เห็นว่า มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้อาจก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายได้ เนื่องจากเมื่อผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ไม่ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 (1) หรือ มาตรา 476 แล้ว คู่สัญญาก็ไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเอาไว้อีก และถึงแม้ว่าจะทำไว้ก็ไม่สามารถทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเกิดความรับผิดขึ้นได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้

จึงแทบไม่มีโอกาสใช้ในสัญญาซื้อขายเลย อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าอาจมีกรณีอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น ในสัญญาจ้างทำของก็อาจมีข้อตกลงจำกัดความรับผิดไว้ได้ ผลก็คือสามารถนำบทบัญญัติ มาตรา 6 มาใช้บังคับได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ สาระสำคัญในวรรคสองตอนท้ายของมาตรา 6

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักการตีความกฎหมายแล้ว กฎหมายเฉพาะจะต้องนำมาใช้บังคับก่อนหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น อาศัยการตีความดังกล่าว หากมีการขัด หรือความลักลั่นกันระหว่าง มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับ มาตรา 473 (1) หรือ มาตรา 476 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ควรต้องนำมาตรา 6 มาใช้บังคับก่อนในฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ซื้อที่เป็นผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในขณะทำสัญญาซื้อขายข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวก็ต้องถูกตรวจสอบในเรื่องของความเป็นธรรม ซึ่งจะใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี [71]

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 2 เพราะว่าเป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในเรื่องสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเป็นการทั่วไป ในขณะเดียวกัน ก็ควรยกเลิก มาตรา 473 (1) หรือ มาตรา 476 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย เพื่อมิให้ลักลั่นกัน

5.1.3 ข้อสัญญาที่ได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ

มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องริบมัดจำถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้ริบได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้”

มัดจำและเบี้ยปรับนั้น เป็นเรื่องของคู่สัญญาที่ได้ตกลงกันไว้เป็นพิเศษ เพื่อเรียกเพิ่มเติมจากค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น การกำหนดมัดจำและเบี้ยปรับของคู่สัญญาจึงเป็นการเพิ่มความรับผิดให้กับฝ่ายลูกหนี้มากขึ้นนอกเหนือจากลักษณะของกฎหมายว่าด้วยลักษณะหนี้โดยทั่วไป หากคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเจ้าหนี้ทำสัญญาในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบลูกหนี้อย่างไม่เป็นธรรม เช่น กำหนดมัดจำเอาไว้ในอัตราที่สูงเกินไป แต่ในเรื่องมัดจำนี้มิได้ให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะลดลงมาได้ ต่างกับกรณีเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ซึ่งถ้าเบี้ยปรับสูงเกินส่วนก็ให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะลดลงได้ ดังนั้น ในมาตรา 7 จึงได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่จะต้องริบมัดจำ ถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลศาลจะลดลงให้ริบได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้

---

[71] อรรยา สิงห์สงบ (2550) *กฎหมายว่าด้วยสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร วิญญชน หน้า 247-249

หลักการเรื่องนี้มีความสำคัญ เพราะในการทำสัญญาในเรื่องต่าง ๆ มักจะมีการวางมัดจำไว้ ถ้ามีการผิดสัญญากัน ฝ่ายที่วางมัดจำก็จะถูกริบมัดจำไปทั้งหมด โดยไม่คำนึงว่าจะเสียหายมากน้อยเพียงใดหรือไม่ ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายที่ถูกริบมัดจำ[72]

จากบทบัญญัติในมาตรา 7 จะเห็นได้ว่า ศาลมีอำนาจที่จะลดมัดจำได้ทำนองเดียวกับการลดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ศาลสั่งลดได้เฉพาะมัดจำที่ริบไว้แล้ว และมัดจำที่สูงเกินส่วนเท่านั้น ดังนั้น หากมัดจำนั้นยังไม่มีการผิดสัญญา หรือหากมัดจำที่ถูกริบนั้นเป็นจำนวนพอสมควรอยู่แล้ว ศาลก็ไม่มีอำนาจปรับลดลงได้ ส่วนการจะพิจารณาว่า แค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นมัดจำที่สูงเกินส่วนนั้น ต้องพิจารณาจากความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับมัดจำนั่นเอง[73]

บทบัญญัติในมาตรา 7 มิได้กล่าวถึงว่า ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี หากกล่าวถึงเฉพาะว่า ให้ลดมัดจำลงโดยให้ริบได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริง ดังนั้น จึงไม่อาจนำหลักในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามบทบัญญัติ มาตรา 10 มาใช้บังคับได้ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 7 นี้มิใช่เป็นบทบังคับศาล เพราะความในตอนท้ายของมาตรา 7 ใช้คำว่า ก็ได้ จึงอยู่ในดุลพินิจของศาลว่าสมควรจะลดมัดจำลงหรือไม่ ก็ได้[74]

5.1.4 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้”

“ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

---

[72] พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา (2542) *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540* คำอธิบายโดยสังเขปในรูปเชิงอรรถ วิญญูชน กรุงเทพมหานคร หน้า 19

[73] อรรยา สิงห์สงบ (2550) *กฎหมายว่าด้วยสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร วิญญูชน หน้า 249

[74] พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา (2542) *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540* คำอธิบายโดยสังเขปในรูปเชิงอรรถ วิญญูชน กรุงเทพมหานคร หน้า 20

มาตรา 8 ว่าด้วยข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องต่าง ๆ ดังระบุไว้ในวรรคหนึ่ง เช่น ความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กรณีเหล่านี้ไม่อาจนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ เนื่องจากปัจจุบันนี้มักจะมีประกาศ หรือคำแจ้งความยกเว้นความรับผิดมาใช้กันอย่างแพร่หลาย ซึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหายหรือเสียเปรียบ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดหลักการเช่นนี้ไว้เพื่อคุ้มครองสาธารณชน

ตามบทบัญญัติมาตรา 8 นี้ ข้อตกลงก็ดี ประกาศก็ดี หรือคำแจ้งความก็ดีต้องเป็นกรณีที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเท่านั้น แต่ถ้าหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นแล้ว เช่น มีการผิดสัญญา หรือมีการกระทำละเมิดต่อกันแล้ว การที่คู่กรณีมาทำความตกลงเพื่อชดใช้ค่าเสียหายแก่กัน หรือไม่ต้องรับผิดแก่กัน ดังนี้ ย่อมเป็นกรณีประณีประนอมยอมความกัน ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 ถึงมาตรา 852 และไม่อยู่ในบังคับของมาตรานี้

เรื่องความตกลงไว้ล่วงหน้าดังกล่าวต้องพิจารณาประกอบมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยว่า ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นการยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาว่า ความตกลงไว้ล่วงหน้าที่ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373 จึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องนำมาพิจารณาตามมาตรา 8 คงพิจารณาเฉพาะกรณีที่ไม่ตกเป็นโมฆะเท่านั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 8 วรรคสอง[75]

5.1.5 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

หลักกฎหมายทั่วไปมีอยู่ว่า ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volonti non fit injuria) มีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลที่เข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความสียหายนั้นมิได้ และความยินยอมทำให้ผู้กระทำความเสียหายไม่ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ถือว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้นเลยที่เดียว และหลักที่ว่านี้ย่อมนำมาใช้ในกฎหมายไทยได้ด้วย

มาตรา 9 บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย แม้ว่าจะได้ตกลงหรือยินยอมสำหรับการกระทำตามกรณีที่กฎหมายกำหนด ซึ่งลักษณะดังที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นเป็นเรื่องในคดีละเมิด โดยกำหนดไว้เป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ คือ การที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบ

---

[75] เรื่องเดียวกัน หน้า 21 - 22

เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้ครอบคลุมการกระทำต่าง ๆ ได้หลายประการ ข้อควรพิจารณาคือ หลักการในมาตรา 9 นี้เป็นเรื่องการทำละเมิด ไม่ใช่เป็นเรื่องนิติกรรมสัญญา แต่เมื่อกล่าวถึงความยินยอมแล้วก็คงจะแปลได้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้น แม้ในคดีละเมิดก็ตาม มีลักษณะเป็นนิติกรรม เพราะเกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้เสียหายเอง จึงนำมาบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย[76]

ตัวอย่างคดี ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510

"การที่โจทก์ท้าให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนอยู่คงนั้นเป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลย ให้รับผิดชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้"

คดีตามตัวอย่างข้างต้นเกิดขึ้นก่อนบังคับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และศาลวินิจฉัยไปตามหลักความยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้เป็นละเมิด ความจริงคดีดังกล่าวเป็นเรื่องการกระทำละเมิด ไม่ใช่นิติกรรมสัญญา แต่เมื่อกล่าวถึงความยินยอมแล้ว มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้นับให้รวมอยู่ความหมายของข้อสัญญาด้วย มาตรา 9 บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย เพราะถือว่าเป็นเรื่องต้องห้ามชัดแจ้ง หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

5.2 ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค[77]

มาตรา 3 วรรคสองบัญญัติว่า "ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้ำประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย"

มาตรา 3 วรรคสามบัญญัติว่า "ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อ

---

[76] เรื่องเดียวกัน หน้า 21

[77] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 583-584

จัดให้ซึ่งทรัพย์สินบริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการหรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน”

หากวิเคราะห์หลักทั่วไปในมาตรา 4 เปรียบเทียบกับ UCTA ของประเทศอังกฤษ จะเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญเช่นเดียวกัน ความส่วนแรกในมาตรา 4 จึงกล่าวถึง “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” โดยกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจฯ ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในการนี้ ได้นิยามคำว่า ผู้บริโภค ให้มีความหมายสรุปได้ว่า ต้องเป็นผู้เข้าทำสัญญาโดยมีค่าตอบแทนและโดยมิใช่เพื่อการค้า อย่างไรก็ตาม การลอกเลียนแนวความคิดมาจากหลักทั่วไปใน Section 3 ของ UCTA (ซึ่งใช้บังคับกับสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจฯ และผู้บริโภค หรือกับข้อสัญญามาตรฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษร) ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้มีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย เนื่องจากความตอนต่อไปในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ให้อำนาจศาลตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาที่มิได้อยู่ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจฯ ด้วย ถ้าเป็นข้อตกลงที่อยู่ในสัญญาสำเร็จรูป ดังนั้น ในกรณีที่บริษัทข้ามชาติสองบริษัททำสัญญากันโดยใช้สัญญาสำเร็จรูปของฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายก็อาจอ้างได้ว่า ข้อสัญญาหนึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งได้วิเคราะห์ไว้ในข้อ 3.2.2 แล้วว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ทำสัญญากับผู้อื่น กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ควรให้ความคุ้มครอง เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจฯ รายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไป สำหรับกรณีผู้ประกอบธุรกิจฯ รายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้น กฎหมายกลับไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ผู้บริโภคตามบทนิยาม สำหรับประเทศไทยก็ยึดถือหลักเกณฑ์เดียวกัน ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนาที่ทำสัญญาขายผลิตผลการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็นผู้บริโภค และไม่ได้รับการคุ้มครองจากพระราชบัญญัติฉบับนี้เช่นเดียวกัน

ใน ข้อ 3.2.2 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับ ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคของ UCTA ได้กล่าวแล้วว่า ศาลอังกฤษได้ตัดสินในหลายคดีว่า ผู้ประกอบธุรกิจฯ ก็เป็นผู้บริโภคและได้ รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หากทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญาไปใช้ในกิจการของตน (เช่น เพื่อนำไปใช้ในสำนักงานของบริษัท) มิใช่เพื่อนำไปจำหน่ายต่อ แม้ผลของคำตัดสินดังกล่าวจะไม่ถูกต้อง แต่ดูเหมือนว่า ผู้มีบทบาทสำคัญในการริเริ่มและผลักดัน UCTA จะเห็นไปในทางเดียวกัน ในประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน จรัล ภักดีธนากุล ได้อธิบายไว้ในสรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ว่า “อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจฯ จะไม่มีโอกาสที่จะอยู่ในฐานะผู้บริโภค เพราะหากเป็นการซื้อสินค้าหรือบริการ หรือประโยชน์อื่นใดมาเพื่ออุปโภคหรือ

บริโภคเองที่บ้านหรือแม้แต่ในสำนักงาน โดยมิได้นำมาขายต่อหรือใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าโดยตรงแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นการเข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ได้"

นอกจากนี้ มาตรา 4 ยังใช้บังคับกับสัญญาขายฝาก โดยให้ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ซื้อฝากได้เปรียบผู้ขายฝากเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ความส่วนนี้ซึ่งถูกเพิ่มเข้าไปในชั้นรัฐสภา มิได้กำหนดให้ใช้บังคับกับสัญญาขายฝากที่ทำกับผู้บริโภคเท่านั้น แต่ในทางความเป็นจริง สัญญาขายฝากมักทำกับชาวบ้านธรรมดา ๆ ซึ่งก็เป็นผู้บริโภคนั่นเอง ความส่วนนี้จึงมิได้เป็นปัญหาในแง่ของปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ปัญหาของความส่วนนี้ก็มีอยู่ว่า เมื่อมาตรา 4 เป็นบทบัญญัติที่วางหลักทั่วไป การนำเอาความส่วนที่กล่าวถึงข้อตกลงในสัญญาขายฝาก ซึ่งเป็นกรณีของข้อตกลงพิเศษ ทำนองเดียวกับมาตรา 5 – 9 มาบัญญัติรวมไว้ในมาตรานี้ด้วยจึงเป็นความผิดพลาดในการประมวลความคิด (Conceptualisation)[77]

5.3 เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรม[78]

5.3.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา

การที่มาตรา 4 กล่าวถึงการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดด้วยว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 4 วรรค 3) และยังให้ตัวอย่างข้อตกลงเช่นนี้ไว้ 9 ประการดังนี้

1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา

2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

---

[78] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 584-588

7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

การบัญญัติตัวอย่างไว้เช่นนี้เป็นสิ่งพึงประสงค์ แต่ทว่า รายการข้อสัญญาตัวอย่างเหล่านี้มิได้มีมากพอที่จะเป็นแนวทางให้ศาลวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาได้อย่างแท้จริง จะเห็นว่า ตัวอย่างข้อสัญญาหลายตัวอย่างซ้ำซ้อนกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวอย่างตามข้อ 2) 5) 7) และ 9) ล้วนกล่าวถึงข้อสัญญาที่อีกฝ่ายหนึ่งรับภาระสูงเกินควร ซึ่งก็มิได้มีผลขยายความคำว่า ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร หรือคำว่า ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสามในสาระสำคัญ นอกจากนี้ตัวอย่างตามข้อ 1) ซึ่งกล่าวถึงข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา ก็เป็นสิ่งที่ไร้ความหมาย เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 8 (และหากมองกันว่ามาตรา 8 เหมาะสมแล้ว) ทั้งนี้เพราะมาตรา 8 กำหนดไว้เป็นพิเศษแล้วเกี่ยวกับ ข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ฉะนั้น เมื่อตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจมีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมถึง 5 ตัวอย่าง ในข้อ 1) 2) 5) 7) และ 9) ไร้ความหมายเสียแล้ว ตัวอย่างที่แท้จริงจึงมีเพียง 4 ตัวอย่างเท่านั้นตามข้อ 3) 4) 6) และ 8) ซึ่งก็ยังเป็นที่สงสัยว่า ศาลของประเทศไทยจะสามารถสร้างหลักเกณฑ์วัดความไม่เป็นธรรมทางเนื้อหาของข้อสัญญาได้เองหรือไม่

อนึ่ง เห็นได้ชัดว่าตัวอย่างในข้อ 7) กล่าวถึงข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อสูงเกินกว่าที่ควรด้วย ความส่วนนี้จึงอาจโน้มนำให้ศาลเห็นว่ากฎหมายของไทยประสงค์ให้อ้างกันได้ว่า ราคาที่สูงเกินไปเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่าผู้ซื้อสินค้าหรือบริการจะได้รับสิ่งที่คาดหมายจากสัญญาอย่างเต็มที่แล้วก็ตาม ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นคงไม่ถูกต้อง ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในข้อ 2.5.3

5.3.2 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ส่วนที่เข้าใจได้ว่าเป็นการกล่าวถึง ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาปรากฏอยู่ในความหลายตอนในมาตรา 10 ซึ่งบัญญัติว่า

ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

พฤติการณ์ที่กล่าวในข้อ 1) และข้อ 2) เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมในกระบวนการทำสัญญา กล่าวคือ เป็นเรื่องของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนที่กล่าวถึง ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มิได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่า ข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาและในกระบวนการทำสัญญา จึงเป็นไปได้ว่า ศาลอาจจะวินิจฉัยให้ข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อศาลเห็นว่าเนื้อหาของข้อสัญญานั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายกำหนดข้อสัญญาได้เปรียบมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมาก โดยที่ศาลมิได้พิเคราะห์อย่างแท้จริงว่ามีพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ กฎหมายจึงควรกำหนดอย่างชัดเจนให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยความไม่เป็นธรรมทั้งสองประเภท

นอกจากนี้ ในการระบุตัวอย่างพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา มาตรา 10 ได้ระบุถึง ความสุจริต อำนาจต่อรอง และฐานะทางเศรษฐกิจด้วย ในบริบทของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น กฎหมายไม่ควรอธิบายความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยอิงกับคำว่า สุจริต เพราะว่ามิใช่เป็นกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่สุจริตในความหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการใช้ภาษากฎหมายเขียนสัญญาซึ่งผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้ หรือกรณีที่ผู้บริโภคขาดโอกาสเข้าพิเคราะห์ข้อสัญญาอันเนื่องมาจากสภาวะเร่งรีบ ส่วนความที่กล่าวถึง อำนาจต่อรองและฐานะทางเศรษฐกิจ นั้น ศาลต้องไม่ใช้กฎหมายให้มีผลในลักษณะที่วินิจฉัยให้ข้อสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมาก เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ เข้าใจ และมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญานั้นอย่างแท้จริง แม้จะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้น หรือมีสถานะทางการเงินด้อยกว่าก็ตาม เป็นต้น

ส่วนพฤติการณ์ที่ระบุในข้อ 3) คือ เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ทั้งนี้ ส่วนที่กล่าวถึงเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา อาจเป็นเกณฑ์พิเคราะห์ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญามากกว่า เช่น กรณีที่ผู้บริโภคต้องรับภาระหนักเป็นเวลานานก็อาจชี้ให้เห็นว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค แต่ส่วนที่กล่าวถึงสถานที่ในการทำสัญญาไม่แน่ชัดว่าหมายถึงสิ่งใด

สำหรับพฤติการณ์ในข้อ 4) ที่กล่าวถึงการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเสียมากกว่า แต่การนำมากล่าวไว้อีกในมาตรา 10 (4) คงจะเป็นสิ่งที่ไร้ความหมาย เพราะซ้ำกับสิ่งที่กล่าวมาแล้วในมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสาม ที่กล่าวถึง ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ นั่นเอง ซึ่งเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าการร้อยเรียงความคิดในการตรากฎหมายฉบับนี้เป็นไปอย่างไม่เป็นระบบ และสร้างความสับสนและความไม่แน่นอน[78]

5.4 ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยโดยใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

ตัวอย่างที่ 1 สัญญาบัตรเครดิต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1989/2552

พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4

“ข้อตกลงการใช้บัตรวีซ่า ข้อ 8 ที่กำหนดให้จำเลยต้องรับผิดต่อโจทก์ในกรณีที่บัตรเครดิตสูญหาย ถูกลักขโมย หรือถูกใช้โดยบุคคลอื่นโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ถือบัตร (จำเลย) ที่ได้แจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้ศูนย์บัตรเครดิตของธนาคาร (โจทก์) ทราบแล้วโดยพลัน เพื่อให้ระงับการใช้บัตรเครดิต ในภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นก่อนมีการแจ้งดังกล่าวในจำนวนเงินที่เกิดจากการใช้บัตรเครดิตของผู้ถือบัตร ซึ่งถูกนำไปใช้โดยมิชอบ รวมถึงภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นหลังจากแจ้งให้ธนาคารทราบแล้วไม่เกิน 5 นาที นอกจากจะขัดแย้งกับข้อตกลงการใช้บัตรวีซ่า ข้อ 6 วรรคสองแล้ว ยังถือเป็นข้อสัญญาที่ทำให้จำเลยต้องรับภาระในหนี้ที่เกิดจากการใช้บัตรเครดิตที่จำเลยไม่ได้ก่อขึ้นและไม่ได้อยู่ในความรับผิดชอบของจำเลย ทั้งโจทก์ยังมีทางแก้ไขความเสียหายของโจทก์ได้โดยหากโจทก์ตรวจสอบแล้วปรากฏว่าลายมือชื่อผู้ใช้บัตรเครดิตในเซลสลิปไม่ตรงกับลายมือชื่อของจำเลยผู้ถือบัตร โจทก์สามารถเรียกเงินที่ได้จ่ายไปคืนจากร้านค้าได้ ฉะนั้น เมื่อโจทก์ได้รับแจ้งจากจำเลยว่าบัตรเครดิตได้สูญหายไปเพื่อขอให้โจทก์ระงับการใช้บัตรเครดิต โจทก์จะต้องรีบดำเนินการให้จำเลยโดยเร็ว ก็จะทราบได้ทันทีว่า ลายมือชื่อผู้ใช้บัตรเครดิตในเซลสลิปไม่ตรงกับลายมือชื่อของจำเลย แต่โจทก์มิได้ทำเช่นนั้น โดยเห็นว่ามีข้อตกลงการใช้บัตรวีซ่า ข้อ 8 ที่ให้จำเลยต้องรับผิดต่อโจทก์อยู่แล้ว ถือเป็นการเอาเปรียบจำเลยเกินสมควรและเป็นการผลักภาระให้จำเลยต้องรับผิดเกินกว่าวิญญูชนทั่วไปจะคาดหมายได้ตามปกติ อันเข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อตกลงการใช้บัตรวีซ่า ข้อ 8 จึงไม่มีผลใช้บังคับจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชำระหนี้ให้โจทก์”

ตัวอย่างที่ 2 สัญญาใช้บริการวิทยุคมนาคม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6288/2548

ป.พ.พ. มาตรา 215, 222

พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 3, 4

“สัญญาการใช้บริการวิทยุคมนาคมอันเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งโจทก์ทำกับจำเลยที่กำหนดว่า ผู้ใช้บริการยินยอมชำระค่าติดตามทวงถาม ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และค่าทนายความ ที่บริษัทต้องเสียไปในการติดตามทวงถามหรือเรียกร้องค่าใช้บริการที่ค้างชำระและฟ้องร้องเกี่ยวกับการผิดสัญญาให้แก่บริษัทฯ จนครบถ้วน มีลักษณะเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากโจทก์ซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่จำเลยซึ่งเป็นเจ้าหนี้ จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 215 ซึ่งการเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ย่อมได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 222 วรรคแรก เช่นค่าติดตามทวงถามให้ชำระหนี้ตามปกติย่อมกระทำโดยมีหนังสือทวงถามส่งไปโดยพนักงานเป็นผู้ส่งหรือส่งไปทางไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือโดยวิธีอื่น ซึ่งหากจำเลยจ่ายไปจริงย่อมเป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ ดังนั้น ข้อตกลงที่กำหนดให้โจทก์ต้องชำระค่าติดตามทวงถามดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ อันถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้จำเลยได้เปรียบโจทก์และเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 จำเลยมีสิทธิเรียกเอาค่าติดตามทวงถามจากโจทก์ได้ แต่ค่าติดตามทวงถามที่จำเลยคิดในอัตรา ร้อยละ 15 ของจำนวนหนี้ที่ค้างชำระทั้งหมดเป็นการแน่นอน จะเป็นความเสียหายตามสมควรเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้หรือไม่ เป็นข้อเท็จจริง เมื่อโจทก์ขออนุญาตอุทธรณ์เฉพาะข้อกฎหมายโดยตรงต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวให้ไม่ได้

โจทก์ทำสัญญากับจำเลยใช้บริการแบบเหมาจ่าย อัตรา 750 บาทต่อเดือน ซึ่งการเหมาจ่ายค่าใช้บริการเช่นนี้โจทก์จะได้ประโยชน์จากการใช้บริการตามระยะเวลาการใช้บริการโดยมีจำนวนเวลาการใช้นานกว่าการใช้บริการตามปกติ ทั้งได้รับสิทธิพิเศษในการเสียค่าบริการต่อนาทีที่ถูกกว่าโดยไม่จำกัดระยะทางทั่วประเทศ ลักษณะของสัญญาประเภทนี้มีส่วนที่เป็นประโยชน์แก่โจทก์ผู้ใช้บริการมากกว่าสัญญาการใช้บริการวิทยุคมนาคมตามปกติอยู่ด้วย แต่โจทก์ก็มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการใช้บริการที่ทำสัญญากับจำเลยเช่นกัน การที่โจทก์ไม่ชำระค่าบริการตามที่ตกลงกัน โจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา จำเลยมีสิทธิระงับการใช้บริการได้ก่อนครบกำหนดระยะเวลาและเรียกค่าใช้บริการตามระเบียบการใช้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าข้อ 4.1 ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวหาใช่ข้อตกลงที่ทำให้จำเลยซึ่งเป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบโจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญา

อีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรไม่ ถือไม่ได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4”

ตัวอย่างที่ 3 สัญญาขนส่งทางอากาศ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2553

พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4, 8, 10

“สินค้าที่ผู้ขนส่งจ้างให้จำเลยทั้งสองขนส่งทางอากาศมีมูลค่าเกินกว่าจำนวนสูงสุดที่จำเลยที่ 2 อนุญาตให้สำแดงได้ คือ 500 ดอลลาร์สหรัฐ ผู้ส่งทราบถึงเงื่อนไขการขนส่งและข้อจำกัดความรับผิดของจำเลยที่ 2 แล้ว แต่สมัครใจเข้าทำสัญญารับขนกับจำเลยที่ 2 และไม่ได้แจ้งหรือระบุมูลค่าสินค้าเพื่อการขนส่งไว้ ทั้งยังได้ทำประกันภัยสินค้าระหว่างการขนส่งกับโจทก์เต็มมูลค่าของสินค้าโดยยอมเสียเบี้ยประกันภัย แสดงถึงเจตนาที่จะเข้าเอาประโยชน์จากการที่จะไม่ต้องเสียค่าระวางเพิ่มและหากสินค้าสูญหายหรือเสียหายผู้ส่งยังได้รับชดใช้ตามกรมธรรม์ประกันภัยเต็มตามมูลค่าของสินค้า นอกจากนี้ยังมีบริษัทที่ประกอบกิจการรับขนสินค้าที่มีมูลค่าสูงโดยเฉพาะให้ผู้ส่งได้เลือกใช้บริการ แต่จะคิดค่าระวางขนส่งที่สูงกว่าจำเลยที่ 2 ดังนั้น ผู้ส่งจึงมิได้อยู่ในฐานะที่ต้องเสียเปรียบหรือต้องผูกมัดให้ทำสัญญาโดยไม่มีผู้ประกอบการรายอื่นที่จะเลือกใช้บริการเงื่อนไขการขนส่งและข้อจำกัดความรับผิดดังกล่าวมิได้ มีผลให้ผู้ส่งซึ่งเป็นผู้เอาประกันรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือทำให้จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นผู้ขนส่งได้เปรียบผู้เอาประกันภัยเกินสมควร จึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและบังคับได้”

ตัวอย่างที่ 4 สัญญาเช่า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2298/2553

ป.พ.พ. มาตรา 182

ป.วิ.พ. มาตรา 87, 142 วรรค (5)

พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 3, 4 วรรค (3)

“สัญญาเช่าเป็นสัญญาแบบพิมพ์ที่โจทก์กำหนดขึ้นล่วงหน้าและโจทก์นำมาใช้กับผู้เช่าทุกคน อันเป็นการนำมาใช้ในการที่โจทก์นำตึกแถวไปให้บุคคลทั่วไปเช่า สัญญาเช่าดังกล่าวจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูปตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 3 ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 4 ได้ หากปรากฏว่าข้อตกลงนั้นมีผลทำให้ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร โดยคู่สัญญาไม่จำต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพแต่อย่างใด พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 4 (3) ที่บัญญัติว่าข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญนั้น

เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งของข้อตกลงที่ถือว่าทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ยังไม่ถึงขนาดว่าหากเป็นไปตามลักษณะนี้ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรอันจะมีผลทำให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

สัญญาเช่าข้อ 8 ระบุว่า ถ้าผู้ให้เช่าต้องการสถานที่เช่าคืนในระหว่างที่ยังไม่สิ้นสัญญาด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้ให้เช่าจะบอกผู้เช่าให้ทราบล่วงหน้าก่อนไม่ต่ำกว่า 30 วัน และผู้เช่ายอมออกจากสถานที่เช่านั้นภายในกำหนดของผู้ให้เช่า โดยยอมรับว่าสัญญาเช่าฉบับนี้สิ้นสุดลงในวันที่ผู้ให้เช่ากำหนดนั้นแทนวันสิ้นสุดสัญญาเช่าในข้อ 1 และจะไม่ขอเรียกร้องค่าเสียหายหรือชดใช้ใด ๆ ทั้งสิ้นจากผู้ให้เช่า แต่ทางนำสืบของจำเลยไม่ปรากฏว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นการเอาเปรียบฝ่ายผู้เช่าเกินสมควรอย่างไร เพราะเหตุใด อันจะเป็นประเด็นให้ศาลวินิจฉัยถึง ลำพังเพียงการตกลงตามข้อ 8 ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าได้เปรียบฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นผู้เช่าเกินสมควร จึงไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ทั้งไม่มีลักษณะเป็นข้อความอันบังคับไว้ให้สัญญาเช่าเป็นผลหรือสิ้นผลต่อเมื่อมีเหตุการณ์อันไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ในอนาคตตาม ป.พ.พ. มาตรา 182 แต่เป็นเรื่องของการตกลงให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ก่อนที่อายุสัญญาตามที่ตกลงกันไว้จะสิ้นสุดลง โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าชั่วระยะเวลาหนึ่ง จึงไม่ใช่เงื่อนไขของสัญญาเช่าแต่อย่างใด กรณีจึงไม่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นเงื่อนไขที่ฝ่าฝืนกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า เมื่อสัญญาเลิกกันแล้วคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าจำเลยได้ชำระค่าทำสัญญาเช่าหรือเงินบำรุงวัดจำนวน 1,000,000 บาท แก่โจทก์ โจทก์จึงต้องคืนเงินดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยแก่จำเลย ปัญหานี้เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142 (5) แต่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังกล่าวจะต้องเป็นข้อกฎหมายที่ได้จากข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยชอบ เมื่อไม่ปรากฏจากคำฟ้องหรือคำให้การว่าจำเลยได้ชำระค่าทำสัญญาเช่าหรือเงินบำรุงวัดจำนวน 1,000,000 บาท แก่โจทก์ ก่อนมีการทำสัญญาเพื่อเป็นการตอบแทนการที่โจทก์ทำสัญญาเช่ากับจำเลย ข้อเท็จจริงที่ได้ความตามที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยจึงเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดจากพยานหลักฐานนอกเรื่องนอกประเด็น ไม่เกี่ยวกับที่คู่ความมีหน้าที่นำสืบ ศาลย่อมไม่อาจรับฟังมาวินิจฉัยเป็นข้อกฎหมายตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142 (5) ได้ เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกระบวนพิจารณาต้องห้ามตามมาตรา 87”

ตัวอย่างที่ 5 ข้อตกลงห้ามบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8758/2553

พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง

"เมื่อพิเคราะห์ถึงความสุจริต อำนาจต่อรอง ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจนความคาดหมายและทางได้เสียทุกอย่างของโจทก์ จำเลยในคดีนี้ตามสภาพที่เป็นจริงแล้ว ข้อสัญญา ข้อ 7 ที่ห้ามจำเลยบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดและหากจำเลยขายทรัพย์สินก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา จำเลยจะต้องจ่ายค่าบำเหน็จตัวแทนแก่โจทก์เสมือนหนึ่งโจทก์ได้ปฏิบัติหน้าที่ติดต่อจัดหาผู้ซื้อได้สำเร็จนั้น เห็นได้ว่าเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้จำเลยปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่ถือได้ว่าทำให้โจทก์ผู้กำหนดข้อความในสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบจำเลยเกินสมควรจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คงมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เท่านั้น"

บทที่ 3
กฎหมายและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสหภาพยุโรป

สมัยเริ่มต้นของศตวรรษที่ 20 กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้า หรือ บริการแก่ลูกค้าคนสุดท้าย ยังเป็นกฎหมายที่ใช้กับกรณีทั่ว ๆ ไป เพราะว่าสภาพของสังคมและเศรษฐกิจสมัยนั้นยังเป็นแบบที่แต่ละคนเป็นทั้งผู้บริโภค และในขณะเดียวกันเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพด้วยไม่มากก็น้อยไปพร้อม ๆ กัน ต่อมา การเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากการพัฒนาอย่างรวดเร็ว ประกอบกับความสามารถในการผลิตครั้งละมาก ๆ (Mass Production) ทำให้เกิดชนชั้นขึ้นกลุ่มหนึ่ง ซึ่งบทบาททางเศรษฐกิจถูกลดลงมาเหลือเพียงเป็นผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ที่ผู้ประกอบธุรกิจฯ ผลิตมาจำหน่ายให้เท่านั้น ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดว่าน่าจะต้องมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ ซึ่งก็คือผู้บริโภคนั่นเอง ผู้ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว ย่อมมีความรู้เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์นั้นน้อยกว่าผู้ผลิตอย่างเทียบกันไม่ได้

ความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเริ่มขึ้นในสหรัฐอเมริกาก่อน ในทวีปยุโรปนั้น การประชุมสุดยอดระดับประมุขของประเทศและหัวหน้ารัฐบาลที่จัดขึ้นในกรุงปารีสในปี 1972 มีผลทำให้มีการริเริ่มการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและผู้บริโภคขึ้นเป็นครั้งแรก ต่อมาในปี 1975 จึงได้มีข้อชี้แนะจากคณะมนตรีของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC Council Resolution) เรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคประกาศออกมาเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 1975 แต่ในเมื่อเป็นเพียงข้อชี้แนะ ในทางปฏิบัติในแต่ละประเทศจึงยังคงลักลั่นกันอยู่

ในช่วงต้นทศวรรษที่ 90 ประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (เดิม) มีความประสงค์ที่จะส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศสมาชิกให้มากยิ่งขึ้น แต่ยังมีปัญหาที่กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ กับผู้บริโภคในแต่ละประเทศสมาชิกยังลักลั่นกัน เป็นเหตุให้ผู้บริโภคในประเทศหนึ่ง ซึ่งโดยทั่ว ๆ ไปมักไม่คุ้นเคยกับกฎหมายที่ควบคุมสัญญาซื้อขายของอีกประเทศหนึ่ง ซื้อสินค้าจากประเทศอื่นน้อยไป คณะมนตรีของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงออกข้อกำหนดแนวทาง Council Directive 93/13/EEC ลงวันที่ 5 เมษายน 1993 กำหนดมาตรการเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกได้ออกกฎหมายให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน เพื่อบังคับใช้ในประเทศของตน

ก่อนหน้าที่คณะมนตรีประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะตรา Directive 93/13/EEC ออกมา ประเทศสมาชิกในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคใช้อยู่แล้ว แต่เป็นไปใน

ลักษณะต่างคนต่างทำ เมื่อมี Directive 93/13/EEC ออกมาจึงปรับปรุงกฎหมายในประเทศของตนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

1. ข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Directive 93/13/EEC)

1.1 ความเป็นมาของ ข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13 ของคณะมนตรีประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Council Directive 93/13/EEC)

1.1.1 กำเนิดของสหภาพยุโรป

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศต่าง ๆ ได้ร่วมกันจัดตั้งกลุ่มการค้าขึ้นหลายกลุ่มในแต่ละภูมิภาคของโลก เช่น สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (The North American Free Trade Agreement หรือ NAFTA) และ เขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area หรือ AFTA) เป็นต้น แต่ที่สำคัญ และมีประสิทธิภาพมากที่สุดคือ สหภาพยุโรป

ในทวีปยุโรป ได้มีความพยายามที่จะรวมกลุ่มกันเพื่อลดความขัดแย้งระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นตลอดเวลา แต่ความพยายามนี้เริ่มส่อเค้าได้ผลเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง และทวีปยุโรปได้รับความเสียหายอย่างหนักจนมีความรู้สึกโดยทั่วไปที่จะต้องยุติความขัดแย้งระหว่างเชื้อชาติต่าง ๆ และหันมาพัฒนาเศรษฐกิจอย่างจริงจังโดยการรวมกลุ่มระหว่างประเทศ

การรวมกลุ่มที่ถือได้ว่ามีผลในด้านการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่สอดคล้องกันเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน และเป็นจุดเริ่มต้นของสหภาพยุโรป คือ การที่ 6 ประเทศ ได้แก่ เบลเยี่ยม เนเธอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก ฝรั่งเศส เยอรมนี และอิตาลี ได้ร่วมกันตั้งประชาคมยุโรปทางด้านถ่านหินและเหล็ก (European Coal and Steel Community หรือ ECSC) ในปี 1952 โดยมีวัตถุประสงค์หลักที่จะฟื้นฟูอุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายมาก และมีขอบเขตความร่วมมือทางเศรษฐกิจเฉพาะในด้านถ่านหินและเหล็ก

หลังจากนั้น ได้มีความเคลื่อนไหวที่จะขยายขอบเขตการรวมกลุ่มไปทางด้านการค้าและการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิต ซึ่งในที่สุดก็ประสบความสำเร็จเมื่อประเทศทั้ง 6 ได้จัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community หรือ EEC) เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1958 และในสนธิสัญญาแห่งกรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่งจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป มีการระบุชัดเจนให้ประเทศสมาชิกต้องร่วมกันดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายใน 12 ปี ดังนี้

1) ประเทศสมาชิกต้องยกเลิกมาตรการทุกชนิดที่จำกัดการค้าระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน เพื่อให้การค้าเป็นไปอย่างเสรี เช่น การอุดหนุนการส่งออก

2) ประเทศสมาชิกต้องร่วมกันจัดทำมาตรการที่สอดคล้องกันเพื่อให้การเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตทุกชนิดระหว่างประเทศสมาชิกเป็นไปอย่างเสรี เช่น มีอัตราภาษีเดียวกัน

3) มีการกำหนดนโยบายร่วมกันสำหรับสินค้าที่ประเทศสมาชิกเห็นความสำคัญ เช่น การกำหนดนโยบายประมงร่วม

4) มีการกำหนดนโยบายการค้าร่วมกันเพื่อให้การดำเนินความสัมพันธ์ทางการค้ากับประเทศนอกกลุ่มเหมือนกัน เช่น การกำหนดอัตราภาษีร่วม

ประเทศในทวีปยุโรปเริ่มทยอยกันเข้าร่วมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป มีผลให้อำนาจทางเศรษฐกิจของกลุ่มนี้เพิ่มพูนมากขึ้นเรื่อย ๆ นอกจากการขยายตัวแล้ว ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้พัฒนารูปแบบไปในทางที่จะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้น เช่น มีการจัดตั้งคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commissions) เพื่อสร้างนโยบายร่วมกัน และมีระบบศาลสถิตยุติธรรมร่วมที่พิจารณาข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก แต่ที่สำคัญ คือ

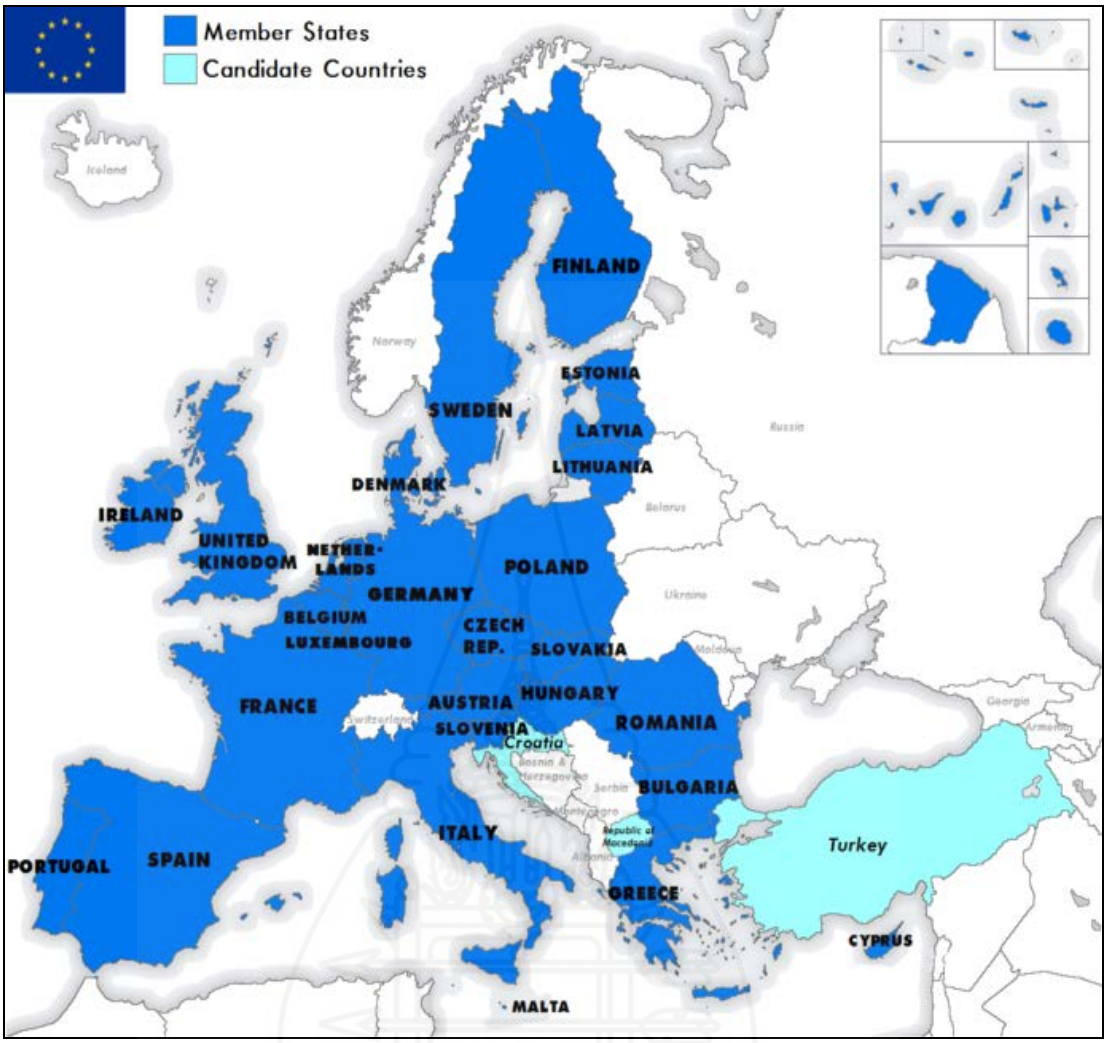
(1) การเปิดพรมแดนเป็นตลาดเดียว (Single Market) ประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ตกลงออกกฎหมายยุโรปเดียว (Single European Act) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 1987 โดยมีสาระสำคัญที่จะยกเลิกกฎระเบียบต่าง ๆ ที่พรมแดน เพื่อให้มีการเคลื่อนย้ายของสินค้า บริการ แรงงาน และทุนอย่างเสรีภายในปี 1992 ซึ่งหมายความว่า จะไม่มีการตรวจการเคลื่อนย้ายที่ชายแดนอีกต่อไป สภาพการเช่นนี้ทำให้ตลาดยุโรปกลายเป็นตลาดที่ใหญ่มากสำหรับผู้ผลิตภายใน

(2) การพัฒนาเป็นสหภาพยุโรป (European Union) ในการประชุมสุดยอดผู้นำประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปที่เมือง Maastricht ในเดือน ธันวาคม 1991 ที่ประชุมได้ตกลงที่จะลงนามในสนธิสัญญาว่าด้วย สหภาพยุโรป (Treaty on European Union) เพื่อจัดตั้งสหภาพยุโรป และกำหนดที่จะเริ่ม ใช้เงินตราสกุลเดียวกันทั่วสหภาพยุโรป เรียกว่า ecu โดยวางแผนที่จะให้ทุกประเทศเริ่มปรับตัวตั้งแต่ปี 1997 เพื่อเริ่มใช้ตั้งแต่ปี 2000 สภาพเช่นนี้ทำให้สหภาพยุโรปกลายเป็นสหภาพทางเศรษฐกิจและการเงิน (Economic and Monetary Union) ที่ใหญ่ที่สุดในโลก[79]

ในปี 2007 สหภาพยุโรปมีผลิตภัณฑ์มวลรวมภายใน (GDP) ถึง12,276.2 พันล้านยูโร ซึ่งนับว่าสูงที่สุดในโลก การทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (มูลค่าส่งออกรวม + มูลค่านำเข้ารวม) ในปี 2005 ของสหภาพยุโรปมีมูลค่าทั้งสิ้น 2,255.7 พันล้านยูโร ซึ่งก็สูงที่สุดในโลกเช่นเดียวกัน การค้าส่วนใหญ่เป็นการค้าระหว่างประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปด้วยกัน เช่นในปี 2005 เป็นการส่งออกไปสู่ภายในประเทศสมาชิกด้วยกันถึงร้อยละ 69.64 ของการส่งออกทั้งหมด

---

[79] สมจินต์ สันถวรักษ์ (2543) “การรวมกลุ่มทางการค้า” ใน *ประมวลสาระ ชุดวิชาเศรษฐศาสตร์ระหว่างประเทศ* หน่วยที่ 8 นนทบุรี สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 36–38



ภาพที่ 3.1 ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป[80]

ที่มา: http://en.wikipedia.org/wiki/European_Union. Retrieved 30/08/2010

[80] สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) ปัจจุบันมีสมาชิก 27 ประเทศ คือ Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden และ United Kingdom

1.1.2 ความจำเป็นที่จะต้องออกข้อกำหนดแนวทาง Council Directive 93/13/EEC

Council Directive 93/13/EEC หรือ ที่เรียกชื่อเต็ม ๆ ว่า Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts คือ ข้อกำหนดแนวทางที่ออกโดยคณะมนตรีของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เมื่อวันที่ 5 เมษายน 1993 ว่าด้วยเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค โดยวางกฎเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปทั้งหมดออกกฎหมายใช้บังคับในประเทศของตนให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน

สืบเนื่องจากประเทศสมาชิกในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีจุดมุ่งหมายให้ตลาดภายในประชาคมปราศจากพรมแดน โดยให้ทั้ง คน สินค้า บริการ และเงินทุน เคลื่อนไหวภายในตลาดได้โดยไม่ติดขัด จึงต้องกำหนดมาตรการเพื่อขจัดอุปสรรคต่าง ๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับข้อความในสัญญาระหว่างผู้จำหน่ายสินค้า หรือบริการ กับผู้บริโภค ของประเทศสมาชิกยังแตกต่างกันมาก ทำให้เงื่อนไขในตลาดซื้อขายสินค้าและบริการในแต่ละประเทศแตกต่างกัน มีผลให้ระบบการแข่งขันในตลาดผู้ขายบิดเบี้ยวเมื่อมีการซื้อขายข้ามประเทศ อีกอย่างหนึ่งที่สำคัญมาก คือ กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในแต่ละประเทศสมาชิกยังแปลกแยกกันมาก เป็นเหตุให้ผู้บริโภคในประเทศหนึ่ง ซึ่งโดยทั่ว ๆ ไป มักไม่คุ้นเคยกับกฎหมายที่ควบคุมสัญญาซื้อขายของอีกประเทศหนึ่ง ซื้อสินค้าจากประเทศอื่นน้อยเกินไป

ดังนั้น เพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งซื้อสินค้าจากประเทศอื่น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้หมดไป โดยการออกกฎหมายที่เป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อคุ้มครองประชาชนในฐานะผู้บริโภคจากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการซึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) รวมทั้งข้อตกลงเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม เพราะถูกกำหนดมาจากผู้ขายเพียงฝ่ายเดียว อันจะเป็นผลดีแก่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย เพราะจะเป็นการกระตุ้นการแข่งขัน ช่วยให้ผู้ขายขายสินค้าได้มากขึ้นทั้งตลาดในประเทศและนอกประเทศ ฝ่ายผู้ซื้อก็จะได้ประโยชน์ เพราะมีทางเลือกมากขึ้น

คณะมนตรีของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงออก Directive 93/13/EEC ลงวันที่ 5 เมษายน 1993 กำหนดมาตรการเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกได้ออกกฎหมายให้เป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อบังคับใช้ในประเทศของตน ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งปัจจุบันได้พัฒนาเป็น สหภาพยุโรป มีสมาชิก 27 ประเทศ และทุกประเทศได้รับ Directive 93/13/EEC มาเพื่อใช้เป็นต้นแบบในการตรากฎหมายออกมาใช้ในประเทศของตน เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วทั้งประชาคม

1.1.3 กระบวนการในการออกกฎหมายของสหภาพยุโรป

1) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union)

The Council of the European Union มักจะเรียกสั้น ๆ อย่างเป็นทางการว่า Council บางครั้งเรียกว่า Council of Ministers และมีชื่อเรียกในภาษาลาตินคือ Consilium เป็นหนึ่งในสองสถาบันที่ทำหน้าที่ออกกฎหมายของสหภาพยุโรป คณะมนตรีฯ ประกอบด้วยรัฐมนตรีจากประเทศสมาชิกทั้ง 27 ประเทศ ๆ ละหนึ่งคน ซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประเทศสมาชิกในการออกกฎหมาย ดังนั้น ถ้าจะเรียก (Council) ว่า สภารัฐมนตรี (Council of Ministers) ก็น่าจะได้เช่นกัน

การออกเสียงและการลงมติในคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป รัฐมนตรีซึ่งทำหน้าที่แทนรัฐบาลของตนจากประเทศสมาชิกมีสิทธิออกเสียงไม่เท่ากัน ประเทศใหญ่กว่าซึ่งมีพลเมืองมากกว่ามีสิทธิออกเสียงมากกว่า ตัวอย่างเช่น รัฐมนตรีจากประเทศ อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และอิตาลี ซึ่งมีพลเมืองตั้งแต่ 60 – 80 ล้านคน มีสิทธิออกเสียงประเทศละ 29 เสียง ประเทศที่มีสิทธิออกเสียงน้อยที่สุดคือประเทศ มอลตา ซึ่งมีพลเมือง 4 แสนคน มีสิทธิออกเสียงได้ 3 เสียง และเมื่อรวมเสียงทั้งหมดจากประเทศสมาชิก 27 ประเทศ จะมีเสียงทั้งหมด 345 เสียง การลงมติของคณะมนตรีฯ ทำได้ 3 วิธี คือ เป็นเอกฉันท์ แบบเสียงข้างมาก และ แบบ Qualified majority ส่วนใหญ่คณะมนตรีฯ ใช้แบบหลัง คือ (Qualified majority) ซึ่งหมายความว่า จะต้องได้เสียง 255 เสียงจาก 345 เสียง (73.9 %) และเสียงส่วนใหญ่นั้นต้องแทน 62 เปอร์เซ็นต์ ของจำนวนพลเมืองทั้งหมดของสหภาพยุโรป การลงมติแบบเป็นเอกฉันท์มักใช้กับการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศหรือบางครั้งเกี่ยวกับ ตำรวจ หรือความร่วมมือทางการศาล

2) สภายุโรป (European Parliament)

อีกสถาบันหนึ่งของสหภาพยุโรปซึ่งทำหน้าที่ออกกฎหมายเช่นเดียวกันคือสภายุโรป (European Parliament เรียกชื่อย่อว่า Europarl หรือ EP) Council หรือ คณะมนตรีฯ (หรือ สภารัฐมนตรี) ทำหน้าที่เป็นสภาสูง ในขณะที่ Europarl หรือสภายุโรปทำหน้าที่เป็นสภาล่าง สมาชิกของสภายุโรป ได้รับเลือกตั้งเข้ามาโดยตรง เมื่อรวมกับสภารัฐมนตรี แล้วจะเป็นสถาบันออกกฎหมายระบบสองสภาที่ทรงพลังที่สุดแห่งหนึ่ง สภายุโรปเองมีที่นั่งถึง 736 ที่นั่ง ซึ่งนับว่าเป็นเขตเลือกตั้งที่มีผู้มีสิทธิเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยมากที่สุดเป็นอันดับสองของโลกรองจากอินเดีย (การเลือกตั้งในปี 2009 มีผู้มีสิทธิเลือกตั้ง 375 ล้านคน)

3) กระบวนการในการออกกฎหมายของสหภาพยุโรป

อำนาจในการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปถูกแบ่งระหว่างสภารัฐมนตรีและสภายุโรป ส่วนใหญ่ของกฎหมายใช้กระบวนการในการออกกฎหมายตามปกติ (ordinary legislative procedure) ซึ่งมีหลักการว่ากฎหมายจะต้องผ่านทั้งสองสภาจึงจะใช้บังคับได้ กระบวน

การเริ่มต้นด้วย คณะกรรมาธิการยุโรป (The European Commission) เสนอร่างกฎหมายต่อสภาทั้งสอง ในการพิจารณาวาระแรก Europarl มีสิทธิแก้ไขร่างกฎหมาย และถ้าคณะมนตรีฯ รับร่างฉบับแก้ไข ถือว่าร่างกฎหมายได้รับการอนุมัติให้ผ่าน แต่ถ้าสภารัฐมนตรี ไม่เห็นด้วยก็สามารถปรับปรุงร่างกฎหมายให้มีลักษณะเป็นกลางมากขึ้นและส่งกลับให้สภายุโรปพิจารณาอีกครั้ง ในการพิจารณาวาระที่สอง ถ้าสภายุโรปยอมรับและไม่แก้ไขอีก ถือว่าสภายุโรป อนุมัติให้ผ่านแล้ว แต่ถ้า สภายุโรปแก้ไขอีก หรืออาจจะตีกลับโดยไม่แก้ไขเลยโดยเสียงข้างมากของจำนวนสมาชิกของสภายุโรปทั้งหมด (absolute majority) ในครั้งนี้ ถ้าสภารัฐมนตรียังคงไม่เห็นด้วย ร่างกฎหมายฉบับนี้จะถูกส่งไปยังคณะกรรมการประนีประนอม ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนจากสภาทั้งสอง ฝ่ายละเท่า ๆ กัน ถ้าคณะกรรมการประนีประนอมทำงานสำเร็จ ร่างกฎหมายจะถูกส่งไปให้สภาทั้งสองอนุมัติเป็นครั้งสุดท้ายเพื่อผ่านเป็นกฎหมายต่อไป แต่ถ้าไม่ผ่านสภาครั้งนี้ ร่างกฎหมายฉบับนี้เป็นอันตกไป

4) ประเภทของกฎหมายที่ออกโดยสหภาพยุโรป

ประเภทของกฎหมายที่ออกโดยสหภาพยุโรปตามลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีดังนี้ คือ

(1) ข้อบังคับ (Regulation) มีศักดิ์สูงสุด เพราะมีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกโดยตรง

(2) ข้อกำหนดแนวทาง (Directive) เป็นแม่แบบของกฎหมายที่ออกมาเพื่อเป็นมาตรฐานให้ประเทศสมาชิกนำไปตราเป็นกฎหมายเพื่อการบังคับใช้ในประเทศของตน ประเทศสมาชิกจะร่างกฎหมายให้ดีเกินกว่าข้อกำหนดแนวทางก็ได้ แต่จะให้ด้อยกว่าไม่ได้

ตัวอย่าง เช่น Directive 93/13 EEC ที่กำลังศึกษานี้ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศฝรั่งเศษบัญญัติไว้ดีกว่า ละเอียดกว่า Directive 93/13 เสียอีก ส่วนในประเทศอังกฤษ นักกฎหมายของอังกฤษลอก Directive 93/13 มาทั้งฉบับ โดยแทบไม่ได้แก้ไขเลย

1.2 สาระสำคัญของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใน Directive 93/13/EEC

Directive 93/13/EEC มี 11 มาตรา รวมทั้งภาคผนวกซึ่งแสดงตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีก 17 ข้อ สาระสำคัญของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใน Directive 93/13/EEC มีดังนี้คือ

1.2.1 มาตรา 2[81] ได้นิยามคำว่า ผู้บริโภค และ ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ ดังนี้

ผู้บริโภค หมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์นอกเหนือขอบเขตทางการค้า ธุรกิจหรือวิชาชีพของตน

---

[81] ดูภาคผนวก ก

ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ หมายถึง บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล ผู้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะเป็นกิจการสาธารณะหรือกิจการส่วนตัว

1.2.2 มาตรา 3[82] ได้นิยามคำว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ไว้ดังนี้

มาตรา 3(1) "ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว (not individually negotiated) จะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นขัดต่อความสุจริต ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา จนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย"

มาตรา 3(2) วรรคหนึ่ง "ข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว คือ กรณีที่สัญญานั้น มีการร่างไว้ล่วงหน้า และผู้บริโภคไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการทำในรูปของสัญญามาตรฐาน"

มาตรา 3(2) วรรคสอง "ถึงแม้ข้อเท็จจริงเป็นที่ประจักษ์ว่า ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวถึงแง่มุมของข้อสัญญาบางข้อ หรือข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งเป็นการเฉพาะกันจริงก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นลักษณะโดยรวมมีรูปแบบเป็นสัญญามาตรฐาน ก็จะต้องนำบทบัญญัติของมาตรานี้มาใช้บังคับกับสัญญาส่วนที่เหลือด้วย

มาตรา 3(2) วรรคสาม กำหนดเรื่องภาระการพิสูจน์ว่า "หากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอ้างว่าสัญญามาตรฐานนั้น ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวกันแล้ว ภาระการพิสูจน์เช่นว่านั้นต้องตกแก่ผู้อ้าง"

1.2.3 มาตรา 4[83] บัญญัติหลักเกณฑ์ที่ใช้ช่วยในการวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ดังนี้

มาตรา 4(1) "ในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ให้พิเคราะห์จากธรรมชาติของสินค้าหรือบริการที่กำลังทำสัญญากันอยู่ และต้องดูพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในขณะทำสัญญา รวมทั้งข้อสัญญาอื่น ๆ ทั้งหมดในสัญญาเดียวกัน หรือในสัญญาฉบับอื่นที่ถูกพาดพิงถึงประกอบด้วย"

มาตรา 4(2) "ในการประเมินลักษณะความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ห้ามมิให้นำเรื่องคำจำกัดความของสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่า ราคาหรือค่าตอบแทนนั้นคุ้มค่ากับสินค้าหรือบริการที่ได้รับหรือไม่ มาเป็นข้อโต้แย้ง ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา"

---

[82] ดูภาคผนวก ก

[83] ดูภาคผนวก ก

1.2.4 มาตรา 5 [84] กำหนดแนวทางในการตีความความหมายของข้อสัญญาไว้ว่า

มาตรา 5 "ในกรณีที่มีการเสนอสัญญาต่อผู้บริโภคเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทั้งฉบับ หรือเพียงข้อสัญญาบางข้อ ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องใช้ภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา ในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความหมายของข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใด จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคอย่างที่สุด"

1.2.5 มาตรา 6 [85] ข้อ (1) บัญญัติถึง ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า

มาตรา 6(1) "ประเทศสมาชิกจะต้องบัญญัติกฎหมายในประเทศของตนเพื่อใช้บังคับไม่ให้ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการทำกับ ผู้บริโภคนั้น มีผลผูกพันผู้บริโภคได้ และเมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญานั้นยังมีส่วนที่สมบูรณ์เหลืออยู่ ก็ให้มีผลผูกพันต่อไปได้"

1.3 ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค

Directive 93/13/EEC ใช้บังคับกับข้อสัญญาทั่วไป และมุ่งคุ้มครองเฉพาะกรณีที่ผู้บริโภคทำสัญญากับผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ โดยได้ให้นิยามคำว่า ผู้บริโภค หมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์นอกเหนือขอบเขตทางการค้า ธุรกิจหรือวิชาชีพ ซึ่งก็คือบุคคลทั่วไปที่มิได้ทำสัญญาในทางการค้านั่นเอง และนิยามคำว่า ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ หมายถึง ผู้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพ (acting for purposes relating to his trade, business or profession) การที่บทนิยาม ผู้บริโภค หมายถึง บุคคลธรรมดาเท่านั้น ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพรายเล็กที่จัดตั้งในรูปของนิติบุคคล หรือแม้แต่ในกรณีของผู้ประกอบธุรกิจฯ รายเล็กที่เป็นบุคคลธรรมดา แต่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภค อยู่นอกความคุ้มครองของกฎหมายทันที เนื่องจากได้ทำสัญญาในทางการค้า มิใช่ "นอกเหนือขอบเขตทางการค้า" ตัวอย่างเช่น กรณีที่เจ้าของร้านค้าขายปลีกซื้อสินค้าจากผู้ขายส่งมาจำหน่ายในร้านของตน เป็นต้น ซึ่งอันที่จริงแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจฯ ประเภทนี้ควรได้รับความคุ้มครองด้วย [86]

ตาม Directive 93/13/EEC ผู้บริโภคจะโต้แย้งว่า ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เฉพาะในกรณีที่เป็นข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว (not individually negotiated) ซึ่งก็คือ กรณีที่สัญญานั้น "มีการร่างไว้ล่วงหน้า และผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของสัญญามาตรฐาน" จึงเห็นได้ว่า Directive 93/13/EEC มุ่งคุ้มครอง

---

[84] ดูภาคผนวกก

[85] ดูภาคผนวก ก

[86] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 574–575

ผู้บริโภคที่เข้าทำสัญญาสำเร็จรูป โดยมิได้จำกัดว่าต้องเป็นสัญญามาตรฐาน[87]

1.4 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและในเนื้อหาของข้อสัญญา

บทบัญญัติมาตรา 3 วรรคแรกซึ่งเป็นหัวใจของ Directive 93/13/EEC บัญญัติไว้ว่า "ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวจะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นขัดต่อความสุจริต ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญาจนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย"

บทบัญญัตินี้ให้ผู้บริโภคโต้แย้งว่า ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เฉพาะเมื่อมีความไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการทำสัญญาและในเนื้อหาของข้อสัญญา ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

1.4.1 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ข้อกำหนดเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาปรากฏในส่วนของคำว่า "ขัดต่อความสุจริต" (contrary to the requirement of good faith) ในมาตรา 3 นั่นเอง คำว่า ความสุจริต ในที่นี้มิได้มีความหมายเหมือนกับหลักสุจริตที่รู้จักกันในระบบกฎหมาย civil law หากแต่ประสงค์ให้หมายถึงพฤติการณ์ที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เนื่องจาก มาตรา 4 วรรคแรกของ Directive 93/13/EEC กล่าวว่า ในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาให้พิเคราะห์จากพฤติการณ์ในขณะทำสัญญา และย่อหน้าที่ 16 ของอารัมภบทของ Directive 93/13/EEC[88] ก็กล่าวว่า ในการวินิจฉัยความสุจริตให้พิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ คือ อำนาจต่อรองของคู่สัญญาเท่าเทียมกันหรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ชักจูงให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาหรือไม่ สินค้าหรือบริการได้จำหน่ายให้ผู้บริโภคตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภคหรือไม่ และประการสุดท้าย ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ติดต่อหรือเจรจากับผู้บริโภคด้วยความเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (fair and equitably) หรือไม่ ปัจจัยเหล่านี้ล้วนเกี่ยวข้องกับความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น[89]

Directive 93/13/EEC กล่าวถึง อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาด้วย แต่ก็ไม่ควรตีความว่า ในพฤติการณ์ที่ไม่มีการผูกขาด Directive 93/13/EEC ประสงค์จะให้ข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อผู้บริโภครับเอาข้อสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนดเพียงฝ่ายเดียว โดยที่ผู้บริโภคได้รู้และเข้าใจข้อสัญญานั้น ส่วนการกล่าวถึงการจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภคก็เป็นไปในทำนองเดียวกับที่ปรากฏใน UCTA ของ

---

[87] เรื่องเดียวกัน

[88] ดูภาคผนวก ก หน้า 215 5 บรรทัดสุดท้าย

[89] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 576 - 577

อังกฤษนั่นเอง สำหรับความที่กล่าวถึง การติดต่อหรือเจรจาด้วยความเป็นธรรม (fair and equitable dealing) มีความหมายกว้างมากจนครอบคลุมพฤติการณ์ทุกอย่าง (catch-all) ซึ่งรวมถึงกรณีการเขียนข้อสัญญาด้วยตัวอักษรตัวเล็ก หรือในลักษณะที่ไม่อาจเห็นได้ชัดเจน การใช้สำนวนภาษายากที่ผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้ หรือแม้กระทั่ง การที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสเข้าพิเคราะห์ข้อสัญญาเนื่องมาจากสภาวะเร่งรีบในทางการค้า[90]

แม้การบัญญัติเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่แสดงถึงกระบวนการที่ไม่เป็นธรรมจะเป็นสิ่งเหมาะสม แต่ก็ไม่ควรร่างถ้อยคำในลักษณะที่ยึดโยงกับคำว่าความสุจริต ทั้งนี้ เนื่องจากพฤติการณ์บางอย่าง มิใช่เป็นกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่สุจริตในความหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการใช้ภาษากฎหมายเขียนสัญญาซึ่งผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้ หรือกรณีที่ผู้บริโภคขาดโอกาสเข้าพิเคราะห์ข้อสัญญาอันเนื่องมาจากสภาวะเร่งรีบ[91]

1.4.2 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา

1) ภาพทั่วไป

ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาปรากฏอยู่ในถ้อยคำของมาตรา 3 ที่ว่า “ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญาจนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย” อันที่จริงแล้ว ส่วนที่แสดงให้เห็นถึง ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาจริง ๆ ก็คือ ความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา ส่วนถ้อยคำที่ว่า จนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย (to the detriment of the consumer) นั้น เป็นเพียงส่วนประกอบซึ่งมีผลเป็นการตัดโอกาสผู้บริโภคมิให้ได้รับการเยียวยา หากปรากฏว่า แม้ข้อสัญญาจะมีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหา แต่ครั้นสภาพการณ์ได้คลี่คลายออกในภายหลังก็ไม่ปรากฏว่าได้ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเลย (หรือแม้จะเสียหายก็มิได้เกิดจากข้อสัญญานั้น แต่เกิดจากปัจจัยภายนอก) เช่น สัญญาซื้อขายให้สิทธิผู้ขายบอกเลิกสัญญาได้ทันที หากผู้ซื้อไม่ปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้องแม้เพียงเล็กน้อยประการใดก็ตาม แต่หลังจากที่ทำสัญญาแล้ว ผู้ซื้อกลับไม่ประสงค์สินค้านั้นอีกต่อไป และเป็นฝ่ายที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญาเองเสียด้วยซ้ำ ผู้บริโภคที่ซื้อสินค้านั้นจึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าข้อสัญญาเช่นนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ในทางปฏิบัติ ปัญหานี้ไม่ค่อยเกิดขึ้น เพราะผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเสียหายคงจะไม่นำคดีมาฟ้องร้องให้เสียเวลา[92]

การประเมินความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาโดยการพิเคราะห์ความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา เป็นการประเมินภาพรวมของตัว

---

[90] เรื่องดียวกัน

[91] เรื่องดียวกัน

[92] เรื่องเดียวกัน

สัญญา อันที่จริงแล้ว ย่อหน้าที่ 16 ของอารัมภบทก็กล่าวเช่นนั้น นอกจากนี้ มาตรา 4(1) ยังกำหนดว่า ให้พิเคราะห์ข้อสัญญาข้ออื่น ๆ ในสัญญาเดียวกัน หรือสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย[93]

2) รายการข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรม[94]

Directive 93/13/EEC บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญา 17 ประการที่อาจจะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้ในภาคผนวกท้าย Directive 93/13/EEC เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคะเนได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ มาตรา 3(3) ได้กล่าวชัดเจนว่า รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่าง (non-exclusive list) นอกจากนี้ รายการนี้ระบุข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมเท่านั้น ข้อสัญญาที่อยู่ในรายการนี้จึงอาจจะมิใช่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ

ข้อสัญญา 17 ประการที่อยู่ในรายการตัวอย่างมีดังต่อไปนี้ คือ ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ หรือ มีผลทำให้

(1) ยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดตามกฎหมายของผู้จำหน่ายสินค้า หรือบริการ ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต หรือร่างกายของผู้บริโภค อันเกิดจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ

*(2) ยกเว้น หรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภค*ที่มีต่อผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการโดยไม่สมควร ในกรณีที่ ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่จัดการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญา แต่ในทางตรงกันข้ามให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ มีทางเลือกที่จะแปลงหนี้ที่ผู้บริโภคต้องชำระแก่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ อย่างไรก็ได้

(3) ทำข้อตกลงผูกมัดผู้บริโภคโดยไม่มีเงื่อนไข ในขณะที่การบริการที่ผู้บริโภคจะได้รับจริงมีเงื่อนไขตามแต่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนด

(4) ยินยอมให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการริบเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้ว ถ้าผู้บริโภคเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ในขณะเดียวกันไม่ยอมให้ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจำนวนเดียวกัน ถ้าผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญาเสียเอง

(5) กำหนดให้ผู้บริโภคที่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ครบถ้วนต้องชำระค่าเสียหายในอัตราที่สูงเกินส่วน

(6) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการใช้ดุลพินิจยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ในขณะที่ฝ่ายผู้บริโภคไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว หรือ ยินยอมให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ต้องคืนเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้ว ทั้ง ๆ ที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายบอกเลิก

---

[93] เรื่องเดียวกัน

[94] ดูภาคผนวก ก

สัญญาเสียเองโดยที่ยังไม่ได้ให้บริการเลย

*(7) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยกเลิกสัญญา*ที่ไม่ได้ระบุระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญา โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในระยะเวลาอันสมควร เว้นไว้แต่กรณีที่จำเป็นอย่างยิ่ง

*(8) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการต่ออายุสัญญา*ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาแน่นอนได้โดยอัตโนมัติ ในเมื่อฝ่ายผู้บริโภคยังไม่ได้แจ้งเป็นอย่างอื่น โดยที่กำหนดระยะเวลาสำหรับการแจ้งไม่ต่อสัญญาไว้สั้นเกินไป

(9) ผูกมัดผู้บริโภคไว้กับข้อสัญญาที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ โดยที่ผู้บริโภคไม่มีโอกาสได้ทำความคุ้นเคยกับสัญญานั้นมาก่อน

(10) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องแจ้งเหตุผลตามที่ระบุไว้ในสัญญา

*(11) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของสินค้าหรือบริการ*ที่จัดให้แก่ผู้บริโภคโดยไม่ต้องมีเหตุผลอันสมควร

(12) ยินยอมให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนดราคาของสินค้าเองได้ ในเวลาส่งมอบ หรือ ยินยอมให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการขึ้นราคาได้ โดยที่ทั้งสองกรณีผู้บริโภคไม่ได้รับสิทธิที่ควรจะมีให้บอกเลิกสัญญาได้ ถ้าเห็นว่าราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงเกินกว่าราคาที่ได้ตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญามาก

(13) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการในการใช้ดุลพินิจเองว่าสินค้าหรือบริการนั้นถูกต้องตรงตามสัญญาหรือไม่ หรือ มอบสิทธิให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นผู้ตีความข้อสัญญาใด ๆ ในสัญญานั้นเสียเอง

(14) ตั้งข้อจำกัดภาระผูกพันที่ตัวแทนของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ทำไว้ หรือ กำหนดให้ข้อผูกพันที่ตนมีต่อผู้บริโภคต้องปฏิบัติตามตามกฎเกณฑ์บางอย่างเป็นพิเศษ

(15) บังคับให้ทางฝ่ายผู้บริโภคต้องปฏิบัติการชำระหนี้โดยครบถ้วน ในขณะที่ฝ่ายผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ต้องปฏิบัติเช่นนั้นด้วย

(16) ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการสามารถโอนสิทธิหรือภาระผูกพันตามสัญญาไปให้ผู้อื่น ซึ่งอาจจะมีผลทำให้หลักประกันของผู้บริโภคลดน้อยลง โดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภค

(17) ยกเลิก หรือ ขัดขวาง ผู้บริโภคในการใช้สิทธิตามกฎหมาย หรือ ทางกระบวนการยุติธรรมอย่างอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดให้ผู้บริโภคต้องนำข้อพิพาทไปสู่

อนุญาโตตุลาการ เท่านั้น ซึ่งมิได้เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการจำกัดสิทธิในการแสดงพยานหลักฐาน หรือการกำหนดให้ผู้บริโภคมีหน้าที่นำสืบ ทั้ง ๆ ที่ตามกฎหมายตนเองเป็นฝ่ายที่ต้องนำสืบ

3) ราคาและสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา

Directive 93/13/EEC ห้ามมิให้ผู้บริโภคโต้แย้งว่า ราคาหรือค่าตอบแทนเป็นราคาหรือค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม และมิให้โต้แย้งว่า ข้อสัญญาที่กำหนดสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา (main subject matter) เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา ก็คือสิ่งที่เป็นแก่นสาร (essence or core) ของสิ่งที่ตกลงกันจึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของคู่กรณี เช่น ในสัญญาประกันอัคคีภัยสำหรับโรงเรือน คู่สัญญาไม่อาจโต้แย้งว่า ข้อสัญญาที่ระบุว่า ผู้รับประกันไม่รับผิดในความเสียหายอันเกิดแก่โรงเรือนจากเหตุอื่นด้วย (เช่น อุทกภัย วาตภัย) เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญานี้ คือการประกันภัยที่เกิดจากอัคคีภัยเท่านั้น แต่ข้อสัญญาอื่น ๆ เช่นข้อสัญญาจำกัดความรับผิดของผู้รับประกันภัยในอัคคีภัยที่เกิดขึ้น อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ปรัชญาของการห้ามนำสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญามาโต้แย้งว่าไม่เป็นธรรม ก็คือว่า เมื่อคู่สัญญาตกลงกันอย่างชัดแจ้งให้ปฏิบัติการชำระหนี้เป็นประการใดเป็นการเฉพาะแล้ว ก็หาชอบไม่ที่จะมาโต้แย้งว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ประการนั้นไม่เป็นธรรม อันที่จริงแล้ว Directive 93/13/EEC ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเช่นนี้ เพราะกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันกำหนดการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นประการใดเป็นการเฉพาะก็ย่อมเป็นกรณีที่ไม่มีความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญา คู่สัญญาจึงไม่สามารถโต้แย้งเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้อยู่แล้ว การบัญญัติเกี่ยวกับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญาก่อให้เกิดความยุ่งยาก เพราะศาลจะต้องวินิจฉัยจากเจตนาของคู่กรณีซึ่งศาลย่อมไม่อยู่ในสถานะที่จะหยั่งทราบได้ เช่น เมื่อวินิจฉัยข้อสัญญาในสัญญาประกันอัคคีภัยที่ระบุว่า ผู้รับประกันภัยจะจ่ายค่าเสียหายให้ผู้เอาประกันภัยเมื่อปรากฏว่า โรงเรือนที่ประกันไม่มีอุปกรณ์ที่ใช้ก๊าซหุงต้มอยู่เลย ศาลไม่อาจหยั่งทราบว่า คู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญาประกันอัคคีภัยในโรงเรือนที่ไม่มีอุปกรณ์ที่ใช้ก๊าซหุงต้มหรือสัญญาประกันภัยโรงเรือนทั่วไป[95]

---

[95] พินัย ณนคร (2543) "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ" *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 580

1.5 ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตัวอย่างดังต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเกิดขึ้นในประเทศเยอรมนี และศาลได้วินิจฉัยแล้วว่า เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งก็คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญานั่นเอง

ตัวอย่างที่ 1

ศาลชั้นต้นตัดสินคดีเกี่ยวกับการให้บริการการสื่อสารทางไกล

คดีที่ (26 0 218/9) วันที่ 13 มีนาคม 1993

องค์การคุ้มครองผู้บริโภคของเยอรมันพบว่ามีข้อสัญญา 2 ข้อในสัญญามาตรฐานซึ่งกำหนดโดยบริษัทยักษ์ใหญ่ในวงการสื่อสารทางไกล The Telecom Company ไม่เป็นธรรม จึงนำเรื่องขึ้นสู่ศาล

ข้อสัญญาข้อแรกมีใจความว่า “ถ้าลูกค้าบอกเลิกสัญญาโดยที่มิใช่เป็นความผิดของบริษัท Telecom บริษัทอาจตกลงยินยอมให้เลิกได้ภายใน 3 เดือน หลังจากได้รับหนังสือจากลูกค้าโดยมีข้อแม้ดังนี้

1. ในกรณีที่บริษัทยังไม่ได้ลงมือติดตั้งอุปกรณ์ ลูกค้าจะต้องจ่ายเงินชดเชยเท่ากับค่าบริการ 3 เดือน บวกกับค่าใช้จ่ายที่บริษัทได้ใช้จ่ายไปในการทำสัญญา

2. ในกรณีอื่น ลูกค้าจะต้องจ่ายเงินชดเชยเท่ากับครึ่งหนึ่งของจำนวนเงินที่ลูกค้าจะต้องจ่ายถ้าลูกค้าใช้บริการครบตามสัญญา อย่างไรก็ตาม บริษัทจะไม่คิดเกิน 3 ปี และในกรณีที่ลูกค้าบอกเลิกเพียงบางส่วนของสัญญา บริษัทก็จะคิดลดให้ตามส่วนโดยอนุโลม (mutatis mutandis) ข้อสัญญาข้อสองมีใจความว่า “นอกจากสิทธิต่าง ๆ ที่บริษัทผู้ให้บริการมีตามกฎหมายแล้ว บริษัท Telecom ยังมีสิทธิพักการให้บริการลูกค้าที่ไม่ชำระเงินตามกำหนด บริษัทฯอาจจะตัดสายโทรศัพท์ก็ได้ ถ้าลูกค้าไม่ชำระเงินภายใน 5 วัน หลังจากได้รับใบเรียกเก็บเงิน หรือเมื่อลูกค้าปฏิเสธไม่ยอมรับใบทวงหนี้”

คำตัดสินของศาลในคดีนี้ คือ “ข้อสัญญาที่องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคยกขึ้นมาฟ้องต่อศาล ที่ยินยอมให้บริษัทเรียกเงินชดเชยสำหรับการบอกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ และลูกค้าเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดได้ก็จริง แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับลูกค้าธรรมดาซึ่งเป็นผู้บริโภค การร่างข้อสัญญาเช่นนี้ถือว่าไม่ชัดเจน และอาจทำให้ลูกค้าต้องจ่ายเงินชดเชยในกรณีที่บอกเลิกสัญญาโดยมีเหตุผลเพียงพอและไม่ต้องรับผิดก็เป็นได้ ยิ่งกว่านั้น บริษัทยังตั้งจำนวนเงินชดเชยขึ้นมาลอย ๆ โดยไม่มีฐานอ้างอิง” สำหรับข้อสัญญาข้อที่สอง ศาลตัดสินว่า “ข้อสัญญานี้ไม่เป็นไปตามหลักสุจริต (ย่อหน้า 9 (1) and (2) point 1 of AGBG) และไม่สอดคล้องกับ บทบัญญัติของกฎหมาย (ย่อหน้า 320 (1) และย่อหน้า 320 (2) of AGBG) ซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิด คิดว่า บริษัท Telecom มีสิทธิตัดสายโทรศัพท์ได้ตลอดเวลา

ถ้าผู้บริโภคค้างชำระไม่ว่าจะเป็นเงินเล็กน้อยก็ตาม หรือถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิด" ศาลมีความเห็นต่อไปอีกว่า "ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นผลเสียหายแก่ผู้บริโภคเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นเรื่องน่ารำคาญสำหรับผู้บริโภคที่ต้องใช้โทรศัพท์เป็นประจำ การที่ผู้ให้บริการสามารถตัดสายโทรศัพท์แม้เพียงเหตุชำระเงินช้าบ้างเล็กน้อย หรือแม้แต่การชักช้านั้นไม่ได้เกิดจากลูกค้าเอง เป็นเรื่องที่เกินไปและไม่เป็นธรรม และอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคซึ่งต้องใช้โทรศัพท์ในการประกอบธุรกิจ อีกทั้งระยะเวลา 5 วันที่กำหนดให้ผู้บริโภคชำระเงินเป็นระยะเวลาที่น้อยเกินไป ไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย" ศาลย้ำในที่สุดว่า "ข้อความในสัญญาและการตีความความหมายของข้อสัญญาจะต้องไม่ทำให้เกิดการละเมิดผลประโยชน์ของผู้บริโภค"

ตัวอย่างที่ 2

สำหรับหน่วยงานที่ให้บริการสาธารณะ ภาคไฟฟ้าก็มีคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน ศาลอุทธรณ์ตัดสินคดี (2/2 O 45/99) วันที่ 18 พฤษภาคม 2000 โดยมีคำพิพากษาว่าข้อสัญญาดังต่อไปนี้ผิดกฎหมาย "สัญญาที่ทำกันมีอายุ 36 เดือน และหลังจากสัญญาหมดอายุแล้ว ถ้าไม่มีการบอกเลิกสัญญาภายใน 3 เดือนก่อนสัญญาหมดอายุ จะมีการต่ออายุสัญญาออกไปอีก 36 เดือนโดยอัตโนมัติ เพราะขัดกับ (ย่อหน้า 9 (1) of AGBG) ซึ่งห้ามไม่ให้ออกกฎระเบียบที่ละเมิดผลประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างร้ายแรง" ยิ่งกว่านั้น ศาลยังเห็นว่า ขัดต่อกฎระเบียบของหลักการคำนวณค่าไฟฟ้าด้วย ซึ่งวางไว้ว่า การเลิกสัญญาการใช้กระแสไฟฟ้า สามารถทำได้เมื่อเวลาผ่านพ้นไปแล้วเป็นเวลา 1 ปีหลังจากวันทำสัญญา (ต่อมาลดลงเหลือเพียง 1 เดือน) ศาลเห็นว่ากรณีนี้เป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคอย่างร้ายแรง ภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ตัวอย่างที่ 3

ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทางด้านบริการการขายทางอินเทอร์เน็ต

ศาลสูงของสหพันธรัฐเยอรมนี (Bundesgerichthof หรือ Federal Supreme Court) ในปี 2004 ตัดสินคดีที่ VIII ZR 284/04 ว่าข้อสัญญาดังต่อไปนี้ไม่มีผลบังคับใช้ "ถ้าบริษัทไม่สามารถจัดส่งผลิตภัณฑ์ดังกล่าวมาให้ท่านได้ บริษัทจะส่งผลิตภัณฑ์ทดแทนที่มีราคาและคุณภาพเดียวกันมาให้ทันที ซึ่งท่านสามารถส่งคืนได้ภายใน 14 วันถ้าไม่ต้องการ แต่ถ้าไม่สามารถจัดส่งทั้งผลิตภัณฑ์เดิมหรือผลิตภัณฑ์ทดแทนได้ บริษัทจำเป็นต้องขอสงวนสิทธิที่จะไม่ต้องส่งสินค้าให้ท่าน" ศาลสูงตัดสินว่า "ข้อความในสัญญามาตรฐานซึ่งผู้ประกอบธุรกิจเสนอไว้ในการขายทางอินเทอร์เน็ตนั้นไม่เป็นธรรมและขัดต่อบทบัญญัติของ (ย่อหน้า 307 (1) of AGBG) และดังนั้นจึงเป็นโมฆะ"

ตัวอย่างที่ 4

อีกคดีหนึ่งเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ เป็นข้อสัญญาที่จัดทำโดยผู้ประกอบธุรกิจด้านการประปา

ศาลชั้นต้นตัดสินคดี (2/2 075/98) วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 1999

ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญาดังต่อไปนี้เป็นการปัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการจากการรับประกัน “การรับประกันเป็นอันสิ้นสุดเมื่อท่อน้ำใสหรือท่อน้ำทิ้งเกิดการอุดตันอีก ด้วยสาเหตุซึ่งแตกต่างจากสาเหตุซึ่งทำให้เกิดการอุดตันของครั้งก่อน เนื่องจากไม่ได้แสดงกฎเกณฑ์ของความเป็นไปได้ที่การอุดตันทั้งสองครั้งเกี่ยวเนื่องกัน”

ศาลให้ความเห็นว่า “ข้อสัญญาดังกล่าวขัดต่อกฎหมายมาตรา 11 (10 a) ของ AGBG[96] เนื่องจากไม่ได้แสดงกฎเกณฑ์ของความเป็นไปได้ที่การอุดตันทั้งสองครั้งเกี่ยวเนื่องกัน”

2. การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศฝรั่งเศส

2.1 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับแรกของฝรั่งเศส

2.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส มีนักกฎหมายคนสำคัญชื่อ Raymond Saleilles เป็นผู้ให้ความสนใจต่อสถานะของสัญญาที่มีคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวขึ้นผูกพัน และได้ให้คำศัพท์เรียกลักษณะสัญญาดังกล่าวขึ้นเป็นครั้งแรกว่า ‘contrat d’adhèsion’ โดยอธิบายว่าเป็นสัญญาก็เพียงแต่ในนามเท่านั้น นักกฎหมายผู้นี้ได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาประเภทนี้ แต่ไม่ได้อธิบายถึงมาตรการการแก้ปัญหา อย่างไรก็ดี แม้ศาลฝรั่งเศสจะปฏิเสธความคิดที่จะมองว่า สัญญาที่จะเกิดขึ้นในลักษณะที่ไม่มีการเจรจาต่อรองกันนี้ว่าจะไม่เป็นสัญญา และไม่กำหนดข้อพิจารณาให้แตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป โดยถือว่ายังเป็นสัญญาที่เกิดจากข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองต้องผูกมัดปฏิบัติก็ตาม ศาลก็ให้แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผลบังคับบางประการที่เกี่ยวกับสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป เช่น ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับให้ข้อสัญญาในสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้ ถ้าศาลเห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เข้าผูกพันต่อข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้นไม่ได้แสดงเจตนายอมรับไว้โดยชัดแจ้ง ศาลตีความโดยยึดหลักเจตนาของคู่สัญญา โดยตีความให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาที่จำยอมรับเอาข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เป็นต้น[97]

---

[96] AGBG = Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen หรือ The German Standard Contract Terms Act of 9 December 1976 หรือ กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญามาตรฐาน 1976

[97] ดาราพร ถิระวัฒน์ (2538) *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 80 – 84

การยอมรับถึงลักษณะใหม่ที่เกิดขึ้นกับข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ในทางคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสจะมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไป และมีวงจำกัดในการแก้ไขปัญหาแก่คู่สัญญาที่เสียเปรียบจากการเข้าทำสัญญาดังกล่าว ในประเทศฝรั่งเศสนั้นสมาคมผู้บริโภคซึ่งเป็นองค์กรที่มีกำลังต่อรองอย่างมากได้เป็นกำลังสำคัญในการผลักดันให้มี กฎหมายพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการทำสัญญาที่ปรากฏมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือกฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่อง การคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภค ผลิตภัณฑ์และบริการ โดยเฉพาะหมวดที่ 4 การคุ้มครองผู้บริโภคต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 35-38) กฎหมายฉบับนี้ถือว่ามีความสำคัญ เพราะเป็นครั้งแรกที่มีกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคที่เป็นหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทุกประเภท และเป็นจุดเชื่อมต่อของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป กับการคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้ ผู้ร่างยังมีจุดประสงค์ให้กฎหมายฉบับนี้เสริมต่อจากหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยชี้ให้เห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้ร่างยังคงยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่าจะต้องมีอยู่ในการทำสัญญา ดังนั้น กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับนี้ ผู้ร่างพยายามทำให้เกิดความเสมอภาคในการทำสัญญาบนพื้นฐานของหลักความซื่อตรงและให้หลักประกันความมั่นคงแก่คู่สัญญา[98]

2.1.2 หลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส

ลักษณะของสัญญาที่กฎหมายฝรั่งเศสให้การคุ้มครองไม่เน้นที่ลักษณะของการเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป แต่เน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่า ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาชนิดใดไม่ว่าจะเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงกันก็ตามถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับเพื่อพิจารณาว่า มีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับการเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดในการประกันหนี้ว่ามีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ[99]

---

[98] เรื่องเดียวกัน

[99] เรื่องเดียวกัน

เหตุที่นักกฎหมายฝรั่งเศสไม่จำกัดความหมายของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปในกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากนักกฎหมายเห็นว่า ลักษณะของสัญญาดังกล่าวไม่ตายตัวและเป็นการลำบากที่จะกำหนดลักษณะเฉพาะได้ เพราะลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจอยู่ในรูปแบบของสัญญาประเภทใดก็ได้ และอยู่ในเอกสารชนิดใดก็ได้ โดยไม่จำกัดวัตถุแห่งหนี้และประเภทของทรัพย์ที่เข้ามาเกี่ยวข้อง[100]

องค์กรที่มีหน้าที่ในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้คือ คณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Commission for Abusive Clause) ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d'Etat (หรือ Council of State) ซึ่งมีองค์ประกอบของคณะกรรมาธิการฯ จากบุคคลฝ่ายต่าง ๆ เช่น ตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมาย ตัวแทนฝ่ายบริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ประกอบวิชาชีพ เป็นต้น รวมทั้งหมด 15 คน ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐสมาคมคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมผู้ประกอบวิชาชีพให้พิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญาว่ามีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ ถ้าคณะกรรมาธิการฯ พิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมาธิการฯ ชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม และประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเลขที่ 78-464 วันที่ 28 มีนาคม 1978 ที่ได้ประกาศให้ข่าวสาร ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่คณะกรรมการได้พิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ดังนี้

1) ในสัญญาซื้อขายที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเลิกหรือลดสิทธิในการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาผู้ไม่ประกอบวิชาชีพ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

2) กรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์สินที่จะส่งมอบ หรือบริการที่จะต้องดำเนินการให้

3) กรณีสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพไม่อาจประกันความรับผิดตามสัญญาที่มีการส่งมอบของ หรือให้บริการที่ไม่ชัดแจ้ง

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมาธิการฯ ประกาศแล้วว่า เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม[101]

---

[100] เรื่องเดียวกัน

[101] เรื่องเดียวกัน

กฎหมายฉบับที่ 2 วันที่ 22 ธันวาคม 1987 ได้กำหนดข้อสัญญามาตรฐานสำหรับสัญญาให้ประกันและบริการภายหลังการซื้อขายเกี่ยวกับอุปกรณ์ไฟฟ้าภายในบ้าน และคณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังได้ประกาศเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาของผู้บริโภค 30 รายการ ที่แนะนำให้ผู้ประกอบการค้าและสมาคมทางการค้าควรใช้ในสัญญา นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายฉบับล่าสุดคือ กฎหมายฉบับที่ 5 วันที่ 5 มกราคม 1988 ที่กำหนดให้องค์กรผู้บริโภคมีสิทธิขอให้ศาลสั่งห้ามการใช้คำที่มีความหมายพิเศษในสัญญาธุรกิจสำเร็จรูปกับผู้บริโภค[102]

การที่กฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่า ข้อสัญญาลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล[103]

สรุปได้ว่า หลักการและเหตุผลของการออกกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือ มีจุดมุ่งหมายบังคับแก่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาร่วมทำสัญญาโดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของข้อสัญญาให้เกิดความเหมาะสม[104]

2.2 การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฉบับแรกของฝรั่งเศส หรือ Act 78-23 หรือที่เรียกกันว่า ‘loi scrivener’ ได้กำหนดให้คณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นผู้วางกฎเกณฑ์ให้แก่หน่วยงานของรัฐเพื่อการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คณะกรรมาธิการฯ ชุดนี้มีสิทธิให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Executive Decree) เพื่อห้ามใช้ข้อสัญญาใด ๆ ที่คณะกรรมาธิการฯ เห็นว่าไม่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติคณะกรรมาธิการฯ ชุดนี้ไม่มีผลงานทางด้านการผลิตกฎหมายมากนัก เพราะผลิตกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาได้เพียงสองฉบับเท่านั้น แต่บทบาทอื่นที่สำคัญของคณะกรรมาธิการฯ ชุดนี้คือ การวางนโยบายเกี่ยวกับผู้บริโภค โดยวางแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเข้าข่ายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

---

[102] เรื่องเดียวกัน

[103] เรื่องเดียวกัน

[104] เรื่องเดียวกัน

ในปี 1991 ศาลสูงแห่งประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่า ข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อขยายการควบคุมให้กว้างขวางยิ่งขึ้น สองปีต่อมา คือในปี 1993 ได้บรรจุ LOI # 78-23 ไว้ในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งตราขึ้นใหม่ คือ (Code de la consommation) ส่วนใหญ่อยู่ในมาตรา 132 และมีบางส่วนอยู่ในมาตราถัด ๆ ไป ดังนั้น ตั้งแต่ปี 1998 เป็นต้นมา ผู้บริโภคในประเทศฝรั่งเศสได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ทั้งจากภาครัฐซึ่งเป็นกรณีทั่ว ๆไป และจากศาลซึ่งเป็นกรณีเฉพาะราย และจากสถาบันอื่น เช่น คณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย

Directive 93/13/EEC ของคณะมนตรีประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่ออกมานั้น ฝรั่งเศสได้รับเข้ามาบรรจุไว้ในระบบกฎหมายของประเทศโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย (Act 95 – 96) ซึ่งขณะนั้นฝรั่งเศสมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เรียกได้ว่าสมบูรณ์อยู่แล้ว ในการปฏิบัติตาม Directive 93/13/EEC ประเทศฝรั่งเศสจึงเพียงแต่ปรับปรุงประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Code de la consommation) ของตนเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศสได้ชื่อว่าสมบูรณ์ที่สุดฉบับหนึ่งในยุโรป

2.3 สาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส (Article L.132-1 of the Consumer Code)

มาตราที่สำคัญที่สุดคือ มาตรา L.132-1 (1) ซึ่งเปรียบเทียบได้กับ มาตรา 3 (1) ของ Directive 93/13/EEC ที่กำหนดกฎเกณฑ์ไว้ว่า ข้อสัญญาอย่างใดจึงจะเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.3.1 มาตรา L.132-1 (1)[105] บัญญัติไว้ว่า

"ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ที่ประกอบวิชาชีพและผู้ที่ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค หากก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากของสิทธิและภาระผูกพันระหว่างคู่สัญญาเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม"

มาตรานี้แบ่งคู่สัญญาออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพ (professionals) หรือ ผู้ประกอบการค้า (entrepreneurs) ฝ่ายหนึ่ง และฝ่ายผู้ไม่ประกอบวิชาชีพ

---

[105] L.132-1 (1): Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. (In contracts concluded between a business and a non-business or consumers, clauses which aim to create or result in the creation, to the detriment of the non-professional or the consumer, of a significant imbalance between the rights and obligations of the parties to the contract, are unfair.)

(non-professionals) หรือ ผู้บริโภค (consumers) อีกฝ่ายหนึ่ง ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ข้อสัญญาที่จะเข้าข่ายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องมีเจตนาก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบ หรือความไม่เท่าเทียมกันระหว่างสิทธิและภาระผูกพันแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร จนเป็นผลทำให้ฝ่ายผู้บริโภคต้องได้รับความเสียหาย

ถ้าพิจารณามาตรา L.132-1 (1) เปรียบเทียบกับ Directive 93/13/EEC มาตรา 3 (1) จะสังเกตเห็นได้ว่า

1) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศส แบ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้บริโภคออกเป็นสองประเภท คือ ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพ กับบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ซื้อคนสุดท้ายของระบบการผลิตและการจำหน่ายและซื้อเพื่อใช้เองเป็นการส่วนตัวประเภทหนึ่ง และระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้ซื้อซึ่งมิได้ซื้อไปใช้เอง แต่ซื้อให้บริษัท ห้างร้าน หรือหน่วยงานของตนใช้ อีกประเภทหนึ่ง ซึ่งในกรณีหลังนี้ ถ้าหน่วยงานเหล่านั้นไม่ได้ทำธุรกิจชนิดเดียวกับที่ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้เชี่ยวชาญอยู่ ก็ต้องถือว่าผู้ซื้อประเภทหลังนี้เป็นผู้บริโภคด้วยเช่นเดียวกัน

2) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศส ไม่ได้บัญญัติคำว่า มีวัตถุประสงค์ในทางไม่สุจริต (contrary to the requirement of good faith) ไว้ในมาตรา L.132-1 (1) ซึ่งแตกต่างกับบทบัญญัติในมาตรา 3 (1) ของ Directive 93/13/EEC ทั้งนี้ อธิบายได้ว่า ในการตีความ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศสคำนึงถึงถ้อยคำสำนวน หรือตัวอักษร ในสัญญาแต่อย่างเดียว นั่นคือ ดูแต่เจตนาภายนอก (Objective Intent) และไม่ได้คำนึงถึง เจตนาภายใน (Subjective Intent) ด้วย

2.3.2 มาตรา L.132-1 (4)[106] บัญญัติไว้ว่า

"บทบัญญัติเหล่านี้ใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของ ใบสั่งซื้อสินค้า ใบขนสินค้า พันธบัตร เอกสารหรือใบส่งมอบสินค้า ตั๋วเดินทางหรือตั๋วโดยสารซึ่งระบุเงื่อนไขเอาไว้ ไม่ว่าจะได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวกันหรือไม่ก็ตาม หรืออ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปที่ได้กำหนดเอาไว้ล่วงหน้า"

---

[106] L.132-1 (4) : Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. (These provisions apply whatever the contract form or medium. This is the case, in particular, for purchase orders, invoices, performance bonds, delivery notes or slips,travel vouchers or tickets, containing stipulations which may, or may not, have been freely negotiated, or references to general terms fixed in advance.)

มาตรา L.132-1 (4) กำหนดให้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับสัญญาทุกชนิดทุกประเภท โดยไม่จำกัดว่าได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวกันหรือไม่ (individually negotiated) ดังนั้น มาตรา L.132-1 (4) ให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากกว่า Directive 93/13/EEC เพราะว่า

1) ตาม มาตรา 3 (1) ของ Directive 93/13/EEC นั้น ข้อสัญญาที่จะเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะต้องมีคุณสมบัติครบทั้ง 3 อย่าง คือ ไม่ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว โดยไม่สุจริต และก่อให้เกิดความได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร แต่มาตรา L.132-1 (4) ทำให้ง่ายขึ้นเพราะเพียงแต่ ก่อให้เกิดความได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ก็เข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว

2) ระบุชัดเจนว่า ใช้บังคับกับสัญญาทุกชนิด รวมทั้งใบสั่งซื้อสินค้า ใบขนสินค้า พันธบัตร ใบส่งมอบสินค้า ตลอดจนตั๋วเดินทางหรือตั๋วโดยสาร ทำให้ง่ายขึ้นในการตีความ

3) ระบุให้ครอบคลุมไปถึงข้อสัญญาในสัญญาอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องด้วย

4) กฎหมายให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคอย่างทั่วถึง คือ ทั้งผู้บริโภคที่ไม่ตระหนักในสิทธิที่ตนมี ตลอดจนผู้บริโภคที่ตระหนักว่าตนถูกเอาเปรียบและพยายามต่อรองด้วย นั่นคือ ผู้บริโภคที่มีโอกาสได้เจรจาต่อรองตัวต่อตัว นั่นเอง

2.3.3 มาตรา L. 132-1 (5)[107] ของประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศส บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการช่วยวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีข้อความเหมือนในมาตรา 4 (1) ของ Directive 93/13/EEC โดยไม่ผิดเพี้ยน ดังนี้

“ในการวินิจฉัยลักษณะความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา จะต้องดูพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในขณะทำสัญญา รวมทั้งข้อสัญญาอื่น ๆ ทั้งหมดในสัญญาฉบับนั้นด้วย

---

[107] L.132-1 (5): Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. (Without prejudice to the rules of interpretation provided for in articles 1156 to 1161, 1163 and 1164 of the civil code, the unfair nature of a term is assessed by referring, when the contract is concluded, to all the circumstances surrounding its conclusion, as well as to all the other contractual clauses. It is also evaluated in respect of those contained in another contract where the conclusion or performance of these two contracts are legally dependent upon one another.)

อีกทั้งต้องนำข้อสัญญาในสัญญาฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาด้วย ถ้าหากว่า การเกิดของสัญญาหรือการชำระหนี้ตามสัญญาของสัญญาทั้งสองฉบับนี้จะสมบูรณ์มีผลตามกฎหมายได้ก็ต้องพึ่งพาซึ่งกันและกัน"

2.3.4 มาตรา L.132-1 (7)[108] ก็เช่นเดียวกัน มาตรานี้เปรียบเทียบได้กับ มาตรา 4 (2) ของ Directive 93/13/EEC และมีข้อความตรงกันทุกประการ

L.132-1 (7) "ในการวินิจฉัยลักษณะความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ห้ามมิให้นำเรื่องคำจำกัดความของสาระสำคัญของวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือว่า ราคาหรือค่าตอบแทนนั้นคุ้มค่ากับสินค้าหรือบริการที่ได้รับหรือไม่ มาเป็นข้อโต้แย้ง ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา"

2.3.5 มาตรา L.133- 2[109] เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการนำเสนอและการตีความสัญญา ซึ่งเปรียบเทียบได้กับ มาตรา 5 ของ Directive 93/13EEC และมีข้อความตรงกับมาตรา 5 ของ Directive 93/13/EEC ทุกประการ คือ

"ข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ (entrepreneurs or professionals) เสนอต่อผู้ที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค (non- professionals or consumers) จะต้องนำเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนและอ่านเข้าใจได้ง่าย ในกรณีที่มีข้อสงสัยจะต้องตีความข้อสัญญาเหล่านั้นให้เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือผู้ไม่ประกอบวิชาชีพอย่างที่สุด"

---

[108] L.132-1 (7): L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. (Evaluation of the unfair nature of terms in the sense of the first paragraph does not involve either the definition of the main purpose of the contract nor the adequacy of the price of, or remuneration for, the goods being sold or the service being offered, provided that the terms are written in a clear and comprehensible manner.)

[109] L.133-2: Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6. (Contract terms proposed by professionals to consumers or non-professionals must be presented and written in a clear and comprehensible manner. In the event of doubt, they are interpreted in the sense which is most favourable to the consumer or the non-professional. This paragraph does not, however, apply to procedures implemented on the basis of article L. 421-6.)

2.3.6 มาตรา L.132-1 (6)[110] บัญญัติถึงผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า เท่ากับไม่เคยเขียนไว้ (non écrite หรือ not written) ซึ่งก็คือ เป็นโมฆะ (void) นั่นเอง

L.132-1 (6) "ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องถือว่าเป็นโมฆะ"

2.3.7 มาตรา L.132-1 (8)[111] บัญญัติให้ข้อสัญญาที่เหลืออยู่ หลังจากที่ตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ยังมีผลผูกพันคู่สัญญา ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้น มีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย

L.132-1 (8) "ในกรณีที่บางส่วนของสัญญาถูกวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ส่วนที่เหลืออยู่ของสัญญา ถ้ายังมีผลสมบูรณ์ ก็ยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาต่อไปตามที่กฎหมายบัญญัติ"

มาตรา L.132-1 (6) รวมกับ มาตรา L.132-1 (8) เปรียบเทียบได้กับ มาตรา 6 (1) ของ Directive 93/13/EEC เพราะสรุปแล้วมีข้อความตรงกันทุกประการ เพียงแต่ใช้คำพูดต่างกัน Directive 93/13/EEC ใช้คำแบบเชิงลบ คือ ถ้ามีข้อสัญญาข้อใดไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา เนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาที่เหลือยังมีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่กฎหมายของฝรั่งเศสใช้คำแบบเชิงบวก คือ บัญญัติว่า ข้อสัญญาทุกข้อผูกมัดผู้บริโภค ยกเว้นข้อสัญญาที่ศาลสั่งว่าไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา L.132-1 (8) ให้ข้อสัญญาส่วนที่เหลืออยู่ยังมีผลผูกพันคู่สัญญาตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นมีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย

2.3.8 มาตรา L.134-1 [112] เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมนอกเหนือจาก Directive 93/13/EEC มาตรานี้มีข้อความว่า "ฝ่ายที่เสนอข้อสัญญามีหน้าที่ต้องให้ทุกคนที่มีส่วนได้เสียในสัญญาได้เห็นข้อความในสัญญาก่อน เมื่อได้รับการร้องขอ" วัตถุประสงค์ของมาตรานี้ก็เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้คุ้นเคยกับสัญญามาตรฐาน ในเวลาอันสมควร ก่อนที่จะสรุปการซื้อขาย

---

[110] L.132-1 (6): Les clauses abusives sont réputées non écrites. (Unfair terms are deemed to be null and void.)

[111] L.132-1 (8): Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. (The contract shall continue to be applicable in all its provisions other than those deemed to be unfair if it can continue to exist without said terms.)

[112] L.134-1: Les professionnels vendeurs ou prestataires de services doivent remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement. (Professional sellers or service providers must submit, to any interested party that makes a request, a copy of its standard agreements.)

2.3.9 มาตรา L.132-1 (3)[113] ซึ่งตรงกับ Directive 93/13/EEC มาตรา 3 (3) แจ้งให้ทราบว่า “ตัวอย่างข้อสัญญาซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา L.132-1 (1) นั้น มีบัญญัติไว้ในภาคผนวกของประมวลกฎหมายนี้” ซึ่งก็คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญานั่นเอง

ตัวอย่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกฎหมายของฝรั่งเศสบัญญัติตามแนวทางที่ให้ไว้ใน Directive 93/13/EEC ทั้ง 17 ข้อโดยมิได้แก้ไขเลย นอกจากนี้ยังนำไปบรรจุไว้ใน มาตรา 385 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสอีกด้วย ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีในศาล โจทก์มีหน้าที่ต้องแสดงข้อเท็จจริงว่า ข้อสัญญาเหล่านี้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.4 มาตรการในการการคุ้มครองผู้บริโภคจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศฝรั่งเศส

เนื่องจาก มาตรา 7 ของข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13/EEC กำหนดให้ประเทศสมาชิกดำเนินการตามกฎหมาย เพื่อให้ศาล หรือ หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาในสัญญาที่ทำขึ้นใช้ทั่ว ๆ ไปนั้น เข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพื่อที่จะได้จัดวางมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิผล ไม่ให้มีการนำข้อสัญญาเหล่านั้นมาใช้ได้อีกต่อไป

มาตรการที่วงการกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตาม Directive 93/13/EEC ได้แก่

2.4.1 ออกกฎหมายจัดตั้งหน่วยงาน

มาตรา L.132-1 (2)[114] บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐที่จะจัดตั้งขึ้นมีอำนาจออกกฎหมาย หรือมีคำสั่งชี้ขาดว่า ข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา L.132-1 (1) โดยมีคณะกรรมาธิการคณะหนึ่ง ซึ่งจะจัดตั้งขึ้นตาม มาตรา L.132-2 เป็นผู้ให้คำแนะนำ

---

[113] L.132-1 (3): Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause. (An annex to this code includes an illustrative and non-exhaustive list of clauses that may be regarded as unfair if they satisfy the conditions posed in the first paragraph. In the event of dispute concerning a contract that includes one such clause, the applicant is not exempt from submitting proof of the unfair nature of this clause.)

[114] L.132-1 (2): Des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa. (Council of State decrees issued upon the advice of the committee set up as per article L. 132-2, may determine the types of clauses that must be regarded as unfair in the sense of the first paragraph.)

หน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งขึ้นและมีอำนาจออกกฎหมายตาม มาตรา L.132-1 (2) ดังกล่าวข้างต้น คือ สภาปรึกษากิจการบ้านเมือง (Conseil d'Etat หรือ Council of State) ซึ่งนับว่าแก้ปัญหาถูกทาง เพราะว่า ในขณะที่ฝ่ายตุลาการที่มีหน้าที่ตัดสินคดีความอย่างเดียว แต่ Council of State สามารถเข้าไปแทรกแซง แก้ไข ปรับปรุงกฎเกณฑ์ที่ใช้ในทางปฏิบัติก็ได้ หรือออกกฎหมายสำหรับใช้ทั่ว ๆ ไปก็ได้

สถาบันอีกแห่งหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ คณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Commission des Clauses Abusives หรือ Commission for Abusive Clauses) ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยมีกฎหมายรับรองโดยการเสนอแนะของผู้ที่มีอำนาจ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคุ้มครองผู้บริโภค หรือโดยสมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือโดยผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพผู้มีส่วนได้เสีย ก็ได้ หน้าที่ของคณะกรรมาธิการฯ ชุดนี้ คือ ประเมินข้อสัญญาในสัญญามาตรฐาน ว่าเป็นธรรมหรือไม่ และกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่ให้แก่หน่วยงาน หรือผู้ประกอบการที่ขอมา การทำงานของคณะกรรมการชุดนี้มีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อการพิพากษาในศาล และต่อการกำหนดนโยบายด้านการคุ้มครองผู้บริโภค

2.4.2 กระบวนการยุติธรรมในการการคุ้มครองผู้บริโภคจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส

เมื่อบริการทางเทคโนโลยีซึ่งในปัจจุบันใคร ๆ ก็สามารถซื้อหามาได้เข้าสู่ตลาดประกอบกับ การทำสัญญากับบริษัทมือถือเป็นจำนวนมาก การเข้าถึงอินเทอร์เน็ต การบอกรับเป็นสมาชิกโทรทัศน์ตามสาย และโทรทัศน์จากดาวเทียม ถึงแม้จะเป็นที่ยอมรับกันว่ามีประโยชน์มากก็ตาม แต่ก็เกิดความเสี่ยงขึ้นแก่ผู้รับบริการคนสุดท้าย ซึ่งก็คือผู้บริโภค นั่นเอง เพราะถูกทอนสิทธิลงไปเรื่อย ๆ หลังจากที่ถูกจูงใจโดยข้อเสนอที่ยั่วยุ ผู้บริโภคมารู้สึกตัวทีหลังว่าถูกเอาเปรียบโดยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็จะขอความช่วยเหลือจากสถาบันที่เกี่ยวข้อง หรือขอพึ่งศาลยุติธรรม คดีเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเข้าสู่ศาลเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากปี 1998 เมื่อสถาบันที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้รับสิทธิให้ดำเนินการทางศาลได้ด้วย เมื่อคดีที่นำเข้าสู่การพิจารณาของศาลมีมากขึ้น บทบาทของคณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็มากตามไปด้วย บทบาทของคณะกรรมาธิการฯ คือการประเมินว่าข้อสัญญาใดเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และการจัดทำกฎเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อเป็นแนวทางให้แก่ทั้งศาล และแก่ผู้ประกอบการค้าด้วย จำนวนผู้ที่ขอคำปรึกษาเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ดังจะเห็นได้จากสถิติว่า ในปี 2004 มีผู้ขอคำปรึกษา 3,385 ราย ปี 2005 มีผู้ขอคำปรึกษา 8,238 ราย และในปี 2006 มีจำนวนถึง 123,187 ราย ศาลเองก็มักจะขอความเห็นจากคณะกรรมาธิการฯ ในคดีที่กำลังพิจารณาอยู่เสมอ คำแนะนำของ

คณะกรรมาธิการฯ มีอิทธิพลในการกำหนดนโยบายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศฝรั่งเศสมาก อีกทั้งในการตัดสินคดี ศาลมักคล้อยตามคำแนะนำของคณะกรรมาธิการฯ เสมอ ยิ่งแสดงให้เห็นถึงบทบาทที่สำคัญของคณะกรรมาธิการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยิ่งขึ้น

2.5 ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศฝรั่งเศส

กระบวนการยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสินให้ข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานซึ่งเกี่ยวกับการบริการทางเทคโนโลยีเป็นโมฆะไปแล้วเป็นจำนวนมาก เนื่องจากบริการดังกล่าวมีผู้ใช้บริการเป็นวงกว้าง จึงอาจกลายเป็นผลเสียต่อผู้บริโภค ที่เห็นได้ชัดส่วนใหญ่จะเป็น บริการอินเทอร์เน็ต หรือโทรศัพท์มือถือ ซึ่งข้อความในสัญญาที่ผู้ประกอบการค้าเสนอมาทำให้ลักษณะของบริการที่ผู้บริโภคจะได้รับนั้นบิดเบี้ยวไป หรือเปลี่ยนไปจากที่ผู้บริโภคสั่งโดยสิ้นเชิง

ตัวอย่างที่ 1 และ 2 (บริการอินเทอร์เน็ต)

ตัวอย่างที่ 1 เป็นคำตัดสินคดีของศาลสูงในเมือง Nanterre (Tribunal De Grande Instance De Nanterre หรือ The High Court in Nanterre)

วันที่ 3 มีนาคม 2006 ศาลสูงตัดสินว่าข้อความในสัญญาที่ทำกับลูกค้าซึ่งให้สิทธิผู้ใช้ในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตโดยไม่จำกัดที่มีข้อความดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ “ผู้เป็นลูกค้าได้รับทราบและยอมรับว่า...ด้วยเหตุผลซึ่งขึ้นอยู่กับการทำงานของเครือข่ายและด้วยความจำเป็นที่จะต้องปกป้องการใช้ประโยชน์ของลูกค้าเอง...ผู้ให้บริการมีสิทธิตัดสัญญาณได้ทุกขณะไม่ว่าจะเป็นขณะที่ผู้ใช้กำลังใช้งานอยู่หรือไม่ก็ตาม โดยผู้ให้บริการไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย” หรือว่า “ลูกค้าสามารถใช้บริการอินเทอร์เน็ตโดยมีข้อสงวนว่าอาจมีการขาดหายอันเนื่องมาจากการทำงานของเครือข่าย หรือจากการกระทำเพื่อปกป้องการใช้ประโยชน์ของลูกค้าเอง”

คำวินิจฉัยของศาลต่อข้อสัญญาดังกล่าวมีว่า “เมื่อผู้ให้บริการผูกพันตัวเองที่จะให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยไม่จำกัด ผู้ให้บริการก็มีภาระที่จะต้องทำตามนั้น (มิฉะนั้นก็ไม่เรียกว่าให้บริการโดยไม่จำกัด) ผู้ให้บริการอาจหาเหตุยกเว้นได้แต่ด้วยเหตุสุดวิสัย (force majeure) เท่านั้น ยิ่งกว่านั้น ข้อสัญญาดังกล่าวยังไม่ได้ระบุว่า ผู้ให้บริการจะตัดสัญญาณเมื่อใด เวลาใด กี่ครั้ง โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่ในขณะเดียวกันข้อสัญญาผูกมัดลูกค้าโดยไม่มีข้อยกเว้น”

นอกจากนี้ ศาลยังชี้ข้อบกพร่องอื่นของสัญญาด้วยว่า ไม่มีระบุให้ผู้ให้บริการต้องแจ้งถึงสาเหตุและระยะเวลาที่อาจคาดได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องตัดสัญญาณให้ผู้เช่าทราบ

ตัวอย่างที่ 2 เป็นการให้สิทธิผู้ประกอบการค้าเปลี่ยนข้อความในสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว รวมทั้งการรบกวนสิทธิของผู้บริโภคโดยการยินยอมให้ผู้ประกอบการค้าเป็นผู้ตัดสินใจเองว่าผู้บริโภคควรได้รับบริการแบบไหนในสัญญาเช่าตู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

วันที่ 5 เมษายน 2005 ศาลสูงในนครปารีส (Tribunal De Grande Instance De Paris หรือ the High Court in Paris) ได้ตัดสินข้อสัญญาที่อาจเข้าข่ายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2 ข้อ คือ

ในกรณีแรก ศาลตัดสินว่า “ข้อสัญญาที่สงวนสิทธิให้ผู้ประกอบการค้ายกเลิกตู้จดหมายรวมทั้งข่าวสารอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งบรรจุอยู่ในตู้ได้ในกรณีที่ผู้เช่าตู้ว่างเว้นการใช้งานนานเกินกำหนดเวลาตามระเบียบการชำระค่าเช่าตู้” เป็นข้อสัญญาที่ผิดกฎหมาย เพราะว่าเป็นการใช้สิทธิข้างเดียวเพื่อเปลี่ยนแปลงลักษณะของการให้บริการตามหน้าที่ (ex officio) โดยไม่แจ้งเตือนก่อน

ส่วนข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการค้าส่งหรือไม่ส่งข่าวสารแบบไหนเข้าตู้รับจดหมาย ถึงแม้ว่า อาจจะเกิดจากเจตนาดีที่จะลดข่าวสารขยะก็ตาม แต่เป็นการให้สิทธิผู้ประกอบการค้าประเมินคุณภาพของข่าวสารแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งศาลเห็นว่าผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างที่ 3, 4 และ 5 (บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่)

การรบกวนสิทธิของผู้บริโภคมักพบบ่อย ๆ ในกิจการที่ให้บริการข้ามเขตแดน เช่น กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ตัวอย่างที่ 3 เป็นตัวอย่างของการใช้สิทธิแต่ฝ่ายเดียวของผู้ประกอบกิจการด้านโทรคมนาคมในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานที่ได้ทำไว้กับผู้บริโภค ตัวอย่างที่ 4 เป็นการเรียกเก็บเงินประกันการค้างชำระหนี้ในอนาคต และตัวอย่างที่ 5 เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการค้ายังคงเรียกเก็บเงินได้ถึงแม้บริการที่ให้จะหยุดชะงักไปแล้วก็ตาม

ตัวอย่างที่ 3 วันที่ 16 มีนาคม 1999 ศาลแขวงได้ตัดสินว่าข้อความดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ

“ทางบริษัทฯ จะออกใบเรียกเก็บเงิน (bills) ทุก ๆ เดือน อย่างไรก็ตาม บริษัท Sagem Company ขอสงวนสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงวันที่ และออกใบเรียกเก็บเงินชั่วคราว(temporary bills) แทนก็ได้”

เรื่องนี้ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่า บริษัท Sagem ได้ให้สิทธิตัวเองแต่ฝ่ายเดียวในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในสถานะที่ไม่อาจคาดเดาได้ว่า งวดต่อไปค่าบริการจะเป็นเท่าไร ซึ่งเป็นผลเสียแก่ผู้บริโภคเป็นอย่างมาก ดังนั้นศาลจึงมีคำสั่งให้ตัดข้อความนี้ออกเสียจากสัญญามาตรฐานที่บริษัทฯ จัดทำขึ้นเพื่อใช้กับผู้บริโภค

ตัวอย่างที่ 4 เป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิที่ได้รับและหนี้ที่ต้องชำระจนทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาจนเกินสมควร

วันที่ 26 เมษายน 2001 ศาลชั้นต้นในเมือง Toulouse (Tribunal D’ Instance De Toulouse หรือ the Court of Instance in Toulouse) มีคำสั่งว่า:

“สัญญาที่ผู้ประกอบการค้าให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จัดทำขึ้น โดยกำหนดให้ผู้ใช้โทรศัพท์ต้องวางเงินล่วงหน้าจำนวนหนึ่ง เพื่อเป็นประกันการค้างจ่ายในอนาคตนั้นผิดกฎหมาย”

โดยที่ศาลเห็นว่า ข้อสัญญาเช่นนั้นก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในด้านสิทธิและหนี้ เป็นอย่างยิ่ง เพราะผู้บริโภคถูกบังคับให้ต้องจ่ายเงินอีกจำนวนหนึ่งนอกเหนือไปจากเงินที่ต้องจ่ายเฉลี่ยตามใบเรียกเก็บเงินอยู่แล้ว อีกประการหนึ่งเป็นการกำหนดข้อสัญญาจากฝ่ายเดียว

ตัวอย่างที่ 5 เป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิที่ได้รับและหนี้ที่ต้องชำระเช่นเดียวกัน

วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2004 ศาลชั้นต้นแห่งนครปารีส เขต 3 (Tribunal D'Instance De Paris 11 Ème หรือ the Court of Instance in Paris-District 11) มีคำสั่งว่า "ข้อสัญญาที่ระบุให้ผู้บริโภคยังคงต้องจ่ายเงิน ในขณะที่การให้บริการหยุดชะงัก เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" เพราะว่าทำให้ผู้ประกอบการค้าได้เงินโดยไม่ได้ให้บริการตอบแทนแก่ผู้บริโภค

ตัวอย่างที่ 6 และ 7 (บริการประปา ไฟฟ้า)

ในอุตสาหกรรมอื่นก็อาจเกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากสิทธิและหนี้ที่ต้องชำระระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้บริโภคไม่ได้สัดส่วนกัน มีผลให้ผู้บริโภคต้องรับภาระเกินกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ดังเช่นในกรณีของบริษัทจำหน่ายน้ำประปา และกระแสไฟฟ้าเป็นต้น

ตัวอย่างที่ 6 เป็นกรณีของบริษัทให้บริการน้ำประปา

วันที่ 10 พฤษภาคม 2000 ศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Pau (Tribunal D'Appel De Pau หรือ the Court of Appeal in Pau) มีคำสั่งว่า

ข้อสัญญาที่ระบุว่า "ผู้ใช้น้ำไม่มีสิทธิขอลดค่าใช้น้ำ ในกรณีที่การรั่วไหลเกิดขึ้นหลังมาตรวัดน้ำ" เป็นโมฆะ คำสั่งศาลครั้งนี้เป็นกรณีพิเศษ เนื่องจากบริษัทที่ให้บริการน้ำประปาติดตั้งประตูน้ำไกลและเข้าถึงยาก จนเป็นเหตุให้ผู้ใช้น้ำไม่สามารถควบคุมการรั่วไหลได้

ตัวอย่างที่ 7 เป็นกรณีของบริษัทจำหน่ายกระแสไฟฟ้า

วันที่ 30 มีนาคม 1999 ศาลอุทธรณ์ได้มีคำสั่งว่า ข้อความดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ

"ผู้ใช้ไฟฟ้าเป็นผู้ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดจากการซ่อมบำรุงจุดเชื่อมต่อทางไฟฟ้า ซึ่งจะต้องกระทำตามกำหนดเวลา ..."

"และผู้ใช้ไฟฟ้าเป็นฝ่ายต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดเพลิงไหม้ในสถานที่ที่ผู้ใช้ไฟฟ้าเป็นเจ้าของ หรือเช่าอยู่ ไม่ว่าเพลิงจะเกิดจากสาเหตุใด ๆ ก็ตาม ตลอดจนห้ามไม่ให้ ผู้ใช้ไฟฟ้าฟ้องร้องบริษัทฯ ในความเสียหายใด ๆ อันเกิดจากเพลิงนั้นด้วย"

ในการวินิจฉัยคดีนี้ ศาลได้พิจารณาเห็นว่า บริษัทจำหน่ายกระแสไฟฟ้าเป็นผู้ประกอบการค้าผูกขาดในเขตนั้นและผู้บริโภคจำต้องใช้บริการโดยไม่มีทางเลือก การที่บริษัททำ

สัญญายกเว้นความรับผิดชอบให้ตัวเองเช่นนี้ ทำให้ผู้บริโภคต้องตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบเป็นอย่างมาก เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงมีคำสั่งให้ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ

3. การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศอังกฤษ

ก่อนหน้าที่จะมีการตรากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นลายลักษณ์อักษรออกใช้ ประเทศอังกฤษ ซึ่งตามระบบกฎหมาย Common Law อาศัยคำพิพากษาเก่า ๆ เป็นบรรทัดฐานได้มีกฎเกณฑ์เป็นเครื่องมือคุ้มครองผู้บริโภคที่ดีอยู่แล้วเช่นกัน เช่น "สัญญามาตรฐานจะผูกพันคู่สัญญาก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้เข้าใจข้อความในสัญญาอย่างถ่องแท้แล้ว" หรือ "การตีความสัญญาจะต้องไม่ตีความเข้าข้างฝ่ายเสนอ" กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นลายลักษณ์อักษรที่ออกใช้ฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 1977 (The Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA)[115] ซึ่งนอกจากใช้บังคับระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภคแล้ว ยังใช้บังคับระหว่างผู้ประกอบธุรกิจฯ ด้วยกัน และในบางกรณี ระหว่างบุคคลธรรมดาด้วยกันเองอีกด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ยังบัญญัติไว้ไม่กว้างขวางนัก เพราะใช้บังคับกับข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้เท่านั้น เมื่อมี Directive 93/13/EEC ออกมา ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายตามแนวทางของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแทบทุกตัวอักษรในปี 1994 เรียกว่า พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค หรือ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations[116] และบทบัญญัติของกฎหมายนี้ กำหนดให้ สำนักงานส่งเสริมการประกอบธุรกิจการค้าอย่างเป็นธรรม (Office 0f Fair Trading หรือ OFT) เป็นผู้กำกับดูแล แต่ทว่า หน้าที่ของ OFT ยังไม่ค่อยตรงกับกฎเกณฑ์ของ Directive 93/13/EEC นัก เพราะว่ายังไม่มีสิทธิเป็นตัวแทนของผู้บริโภคโดยตรง จนกระทั่งในปี 1999 ได้มีการปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ใหม่ เรียกว่า The Unfair Terms in

---

[115] 'Act' คือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ซึ่งตรงกับคำว่า "พระราชบัญญัติ" ในประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และรัฐบัญญัติในประเทศที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุขเช่นในประเทศฝรั่งเศส หรือ สหรัฐอเมริกา

[116] 'Regulation' คือกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหลัก (Act) ซึ่งตรงกับคำว่า พระราชกฤษฎีกาในประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หรือ รัฐกฤษฎีกาในประเทศอื่นที่ไม่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

Consumer Contracts Regulations 1999 [117] หรือ UTCCR เพื่อใช้ประกอบกับกฎหมายฉบับเดิม คือ UCTA ประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคสองฉบับ อย่างไรก็ตามกฎหมายสองฉบับนี้ยังมีข้อบกพร่องอยู่ เพราะใช้ถ้อยคำต่างกัน และยังมีถ้อยคำบางตอนที่ซ้ำกันและขัดแย้งกัน ต่อมา ในปี 2005 จึงได้มีแนวคิดที่จะปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวอีกครั้ง เพื่อให้ได้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สมบูรณ์

3.1 สาระสำคัญของ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค 1999 (The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999)

ในการร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ประเทศอังกฤษได้นำเอาข้อความใน Directive 93/13/EEC มาใช้โดยแทบไม่ได้แก้ไขเลย ตัวอย่างเช่น ความหมายของ “ผู้บริโภค” และ “ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ” ในมาตรา 3 (1) เป็นการลอก มาตรา 2 (b) และ 2(c) ของ Directive 93/13/EEC มาแบบคำต่อคำเลยทีเดียว

3.1.1 คำจำกัดความของ “ผู้บริโภค” และ “ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ” ในมาตรา 3 (1) ของ UTCCR

ผู้บริโภค หมายถึง บุคคลธรรมดา ซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์นอกเหนือขอบเขตทางการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน

ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ หมายถึง บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล ผู้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะเป็นกิจการสาธารณะหรือกิจการส่วนตัว[118]

มาตราที่สำคัญที่สุดคือ มาตรา 5 ซึ่งเปรียบเทียบได้กับ มาตรา 3 ของ Directive 93/13/EEC ที่กำหนดกฎเกณฑ์ไว้ว่า ข้อสัญญาอย่างใดจึงจะเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็เช่นเดียวกัน นักกฎหมายของอังกฤษได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำเพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่กฎเกณฑ์ของข้อกฎหมายเหมือน Directive 93/13/EEC ทุกประการ

---

[117] ‘The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999’ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอังกฤษเป็นผู้เสนอกฎหมาย โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2(2) ของ ‘The European Communities Act 1972’ ร่างกฎหมายถูกส่งให้สภารับรอง เมื่อ 22 กรกฎาคม 1999 และมีผลบังคับใช้เมื่อ 1 ตุลาคม 1999

[118] มาตรา 3 (1) ของ UTCCR

3.—(1) In these Regulations–

“consumer” means any natural person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession;“seller or supplier” means any natural or legal person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned;

3.1.2 คำจำกัดความของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 5 ข้อ (1) และ ข้อ (2) ของ UTCCR[119] บัญญัติไว้ว่า

1) ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว (not individually negotiated) จะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นขัดต่อความสุจริต ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา จนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

2) ข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว คือกรณีที่สัญญานั้นมีการร่างไว้ล่วงหน้า และผู้บริโภคไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการทำในรูปของสัญญามาตรฐาน

มาตรา 5 ข้อ (3) และ (4)[120] แห่ง UTCCR ขยายความต่อไปว่า

3) ถึงแม้ข้อเท็จจริงเป็นที่ประจักษ์ว่า ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวถึงแง่มุมของข้อสัญญาบางข้อ หรือข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งเป็นการเฉพาะกันจริงก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นลักษณะโดยรวมมีรูปแบบเป็นสัญญามาตรฐานก็จะต้องนำบทบัญญัติของมาตรานี้มาใช้บังคับกับสัญญาส่วนที่เหลือด้วย

4) มาตรา 5 ข้อ (4) กำหนดเรื่องภาระการพิสูจน์ว่า “หากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอ้างว่าสัญญามาตรฐานนั้นได้มีการเจรจาตัวต่อตัวกันแล้ว ภาระการพิสูจน์เช่นว่านั้น ต้องตกแก่ผู้อ้าง”

ในการประเมินข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น นักกฎหมายของอังกฤษได้นำบทบัญญัติของ Directive 93/13/EEC มาตรา 4 (1) และ (2) มาบัญญัติไว้ใน UTCCR มาตรา 6 (1) และ (2) โดยไม่ผิดเพี้ยนแบบคำต่อคำ มีเพียง มาตรา 4 (2) ที่มีการสลับถ้อยคำบ้างเล็กน้อย ดังนี้

---

[119] 5.—(1) A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

(2) A term shall always be regarded as not having been individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract

[120] (3) Notwithstanding that a specific term or certain aspects of it in a contract has been individually negotiated, these Regulations shall apply to the rest of a contract if an overall assessment of it indicates that it is a pre-formulated standard contract.

(4) It shall be for any seller or supplier who claims that a term was individually negotiated to show that it was

3.1.3 หลักเกณฑ์ช่วยในการประเมินว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 6 แห่ง UTCCR[121] บัญญัติว่า

1) "ในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ให้พิเคราะห์จากธรรมชาติของสินค้าหรือบริการที่กำลังทำสัญญากันอยู่ และต้องดูพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในขณะทำสัญญา รวมทั้งข้อสัญญาอื่น ๆ ทั้งหมดในสัญญาเดียวกัน หรือในสัญญาฉบับอื่นที่ถูกพาดพิงถึงประกอบด้วย"

2) "ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา ในการประเมินลักษณะความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ห้ามมิให้นำเรื่องต่อไปนี้มาเป็นข้อโต้แย้ง

*(1) คำจำกัดความของสาระสำคัญ*ที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่า *(2) ราคาหรือค่าตอบแทนนั้นคุ้มค่า*กับสินค้าหรือบริการที่ได้รับหรือไม่"

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการตีความข้อสัญญาที่มีความหมายไม่ชัดเจนนั้นมีปรากฏอยู่ใน UTCCR มาตรา 7 (1) และ (2) โดยที่นักกฎหมายอังกฤษได้นำมาตรา 5 แห่ง Directive 93/13/EEC มาใช้ทั้งหมด ดังนี้

3.1.4 การตีความข้อสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร

มาตรา 7 แห่ง UTCCR[122] บัญญัติว่า

*1) ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการต้องทำให้เป็นที่แน่ใจ*ได้ว่า ข้อสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องใช้ภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา

---

[121] 6.—(1) Without prejudice to regulation 12, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent.

(2) In so far as it is in plain intelligible language, the assessment of fairness of a term shall not relate–

(a) to the definition of the main subject matter of the contract, or

(b) to the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services supplied in exchange

[122] Written contracts

7.—(1) A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain, intelligible language.

(2) If there is doubt about the meaning of a written term, the interpretation which is most favourable to the consumer shall prevail but this rule shall not apply in proceedings brought under regulation 12.

2) ในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความหมายของข้อสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคอย่างที่สุด

สำหรับผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น นักกฎหมายของอังกฤษถ่ายทอดข้อความจาก มาตรา 6 (1) แห่ง Directive 93/13/EEC มาบัญญัติไว้ในมาตรา 8 ทุกประการ โดยบัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลผูกพันผู้บริโภคเช่นเดียวกัน ซึ่งแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสอยู่บ้างที่บัญญัติไว้เด็ดขาดไปเลยว่าเท่ากับไม่ได้เขียนเอาไว้ หรือเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น

3.1.5 ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 8 แห่ง UTCCR[123] บัญญัติว่า

1) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการทำกับผู้บริโภคนั้น ไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค

2) เมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญาส่วนที่เหลือยังสมบูรณ์ตามกฎหมาย ก็ให้มีผลผูกพันต่อไป

3.2 ตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ประเทศอังกฤษได้ถ่ายทอดตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจากภาคผนวก (Annex 1) ของ Directive 93/13/EEC มาอย่างครบถ้วนทุกตัวอักษร ทั้ง 17 ข้อ ซึ่งก็คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญานั่นเอง โดยบรรจุไว้ในส่วนที่ 2 ของ UTCCR

3.3 หน่วยงานที่ทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ

ในขณะที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนำ Directive 93/13/EEC ออกมาใช้นั้น ประเทศอังกฤษได้มีหน่วยงานซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคอยู่แล้ว เรียกว่า สำนักงานส่งเสริมการประกอบธุรกิจการค้าอย่างเป็นธรรม (Office of Fair Trading หรือ OFT) ดังนั้น OFT จึงได้รับการมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ กำกับดูแลทางด้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะอีกด้วย ได้แก่ สำนักงานกำกับดูแลการคมนาคม (Office of Communication หรือ OfCom) เพื่อควบคุมเรื่องเกี่ยวกับการสื่อสารทางไกล (Telecommunication) และ สำนักงานกำกับดูแลตลาดก๊าซและไฟฟ้า (Office of Gas and Electricity Markets) สำหรับเรื่องเกี่ยวกับ ก๊าซและไฟฟ้า

---

[123] Effect of unfair term

8.—(1) An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer.

(2) The contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair term.

3.4 ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

ผลจากการวิเคราะห์ในประเทศอังกฤษ พบว่า มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 5 ของ Directive 93/13/EEC หรือ มาตรา 7(1) ของ UTCCR มากที่สุด นั่นคือ “ในกรณีที่มีการเสนอสัญญาต่อผู้บริโภคเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องใช้ภาษาเรียบ ๆ อ่านเข้าใจได้ง่าย” การฝ่าฝืนมีหลายแบบ ดังนี้

3.4.1 แบบที่ 1 อ้างกฎหมายฉบับอื่นโดยไม่ได้อธิบายความ ตัวอย่างเช่น UK Online Ltd. อ้างไว้ในข้อสัญญาว่า “ข้อสัญญาและเงื่อนไขต่อไปนี้ไม่มีข้อใดที่ริดรอนสิทธิตามกฎหมายของท่าน”

หรือ ในกรณีของ Hutchison 3G Ltd. ซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาเกี่ยวกับสิทธิและภาระผูกพัน ว่า “ผู้บริโภคไม่สามารถบอกเลิกสัญญานี้โดยวิธีที่บัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (การขายทางไกล) ค.ศ.2000 ได้”

หรือ (ในสัญญาฉบับเดียวกัน) ให้ความมั่นใจแก่ผู้บริโภคไว้ในสัญญาว่า สิทธิทั้งหลายทั้งปวงของผู้บริโภคจะได้รับการเคารพ โดยอ้างว่า “ไม่มีข้อใดในสัญญาที่จำกัด หรือปัดความรับผิดของ 3’s ต่อการฉ้อฉล การสูญเสียต่อชีวิตหรือร่างกายอันเกิดจากการละเลย หรือความรับผิดอื่นใดที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ให้จำกัดหรือปัดความรับผิด และด้วยเหตุนี้ สิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภคจึงไม่ถูกกระทบกระเทือน”

3.4.2 แบบที่ 2 เป็นข้อสัญญาที่ใช้ถ้อยคำสลับซับซ้อนยากที่จะเข้าใจ ซึ่งสำนักงานควบคุมการสื่อสารทางไกล (Office of Communication หรือ OfCom) ได้สั่งให้ตัดออกอยู่บ่อย ๆ เพราะผู้อ่าน ๆ แล้วไม่สามารถเข้าใจได้ จนกว่าจะได้อ่านสัญญาทั้งฉบับ ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาซึ่งร่างโดย บริษัท O2 (UK) Ltd. “ท่านจะต้องไม่ใช้ หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้บริการนอกเหนือจากการใช้เครือข่ายตามกรมธรรม์ของบริษัทตามที่ตกลงกันไว้ และ (ถ้าบริษัทเห็นสมควร) มาตรฐานทางอินเทอร์เน็ตอื่นใดที่เกี่ยวข้อง” การที่จะให้เข้าใจว่า การใช้เครือข่ายตามกรมธรรม์ของบริษัท และมาตรฐานทางอินเทอร์เน็ต คืออะไร เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ถ้าไม่ได้อ่านข้อความเกี่ยวกับส่วนดังกล่าวมาก่อน

3.4.3 แบบที่ 3 ที่ OfCom พบบ่อย ๆ ได้แก่ข้อสัญญาที่ขัดกับข้อ 1 (b) ของตัวอย่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในภาคผนวกของข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13/EEC (Article 1(b) of Annex to the Directive 93/13) เพราะเป็นการจำกัดสิทธิหรือตัดสิทธิของผู้บริโภค เช่น กรณีของ บริษัท Namesco Ltd. ซึ่งแจ้งไว้ในใบรับประกันว่า “ภายใต้สัญญานี้ บริษัทจะไม่รับผิดชอบต่อผู้บริโภคสำหรับความเสียหายใด ๆ ต่อ กำไร รายได้ และกูดวิลล์”

อีกตัวอย่างหนึ่ง เป็นสัญญามาตรฐานที่จัดทำขึ้นโดยบริษัท UK Online Ltd. ซึ่งมีข้อความจำกัดความรับผิดของบริษัทเป็นครั้งคราวว่า “บริษัท UK Online Ltd. สามารถหยุดให้

บริการได้ชั่วคราวเพื่อการบำรุงรักษาหรือการแก้ไขทางเทคนิค โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า และบริษัทฯไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบจ่ายเงินทดแทนแก่ผู้บริโภคสำหรับการชะงักงันของบริการด้วย”

บางครั้งบริษัทที่ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ใช้คำพูดเป็นนัย ๆ โดยที่ผู้เช่าใช้บริการแทบไม่รู้ตัวเลยว่าตนถูกจำกัดสิทธิ เช่นตัวอย่างของบริษัท O2 (UK) Ltd. ซึ่งกล่าวไว้ในสัญญาว่า “เราจะทำอย่างดีที่สุดที่จะให้บริการแก่ลูกค้า รวมทั้งบริการเสริมที่ลูกค้าขอมา เช่น การโทรฯ ข้ามประเทศ (roaming) หรือการเปลี่ยนแปลงบริการ เช่น การปิดกั้นการโทรฯ เข้า (to bar calls) ณ วันใดวันหนึ่งที่ตกลงกัน อย่างไรก็ตาม อาจมีเหตุสุดวิสัยซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุม ทำให้บริษัทไม่สามารถให้บริการได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ บริษัทฯ ไม่สามารถรับผิดชอบได้” ข้อสัญญานี้เป็นตัวอย่างที่ดีที่สุดในการตีวงกั้นให้ผู้ประกอบการค้าไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะผู้อ่านเคลิบเคลิ้มไปกับส่วนแรกของสัญญาซึ่งรับรองว่าจะให้บริการอย่างดีที่สุด จนลืมส่วนหลังซึ่งเป็นส่วนที่สำคัญที่สุด เพราะจริง ๆ แล้วเป็นข้อความจำกัดสิทธิของผู้บริโภคนั่นเอง

3.4.4 แบบที่ 4 คือการฝ่าฝืนกฎข้อ 1 (i) ของตัวอย่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในภาคผนวกของ Directive 93/13/EEC (Article 1 (i) of Annex to the Directive 93/13) ว่าด้วยเรื่องการผูกมัดผู้บริโภคไว้กับข้อสัญญาที่ผู้บริโภคไม่มีโอกาสได้ทำความคุ้นเคยมาก่อน เช่นตัวอย่างของบริษัท O2 (UK) Ltd. ซึ่งเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ บังคับให้ลูกค้าต้องจ่ายค่าใช้บริการถึงแม้ว่าบริษัทจะขึ้นราคาในช่วงระยะเวลาก่อนปิดบัญชี ทั้ง ๆ ที่ยังไม่ทราบว่าอัตราจะเป็นเท่าไร ข้อความมีว่า “เราอาจจะพิจารณาจำกัดการใช้โทรศัพท์ของท่าน และอาจตัดสัญญาณของท่านถ้าใช้เกินขีดจำกัด แต่เนื่องจากว่า ระบบการลงรายการอาจจะลงรายการไม่ทันโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อท่านโทรฯ ข้ามประเทศจนเกินกำหนด ในกรณีเช่นนี้ ท่านจะต้องจ่ายส่วนที่เกินกำหนดด้วยก่อนที่บริษัทจะต่อสัญญาณให้ใหม่ และส่วนที่เกินกำหนดนี้ทางบริษัทอาจจะคิดอีกราคาหนึ่งก็ได้”

3.4.5 แบบอื่น ๆ เช่น ใส่ข้อความลงไปเองในสัญญามาตรฐานว่า

“ลูกค้าเห็นชอบกับข้อสัญญาในเอกสารทั้งหมดที่บริษัท 3G ได้จัดทำขึ้น ตลอดจนข้อสัญญาอื่น ๆ ที่บริษัท 3G อาจจะจัดทำขึ้นในอนาคตด้วย” หรือบอกว่า

“บริษัท 3G อาจจะจัดพิมพ์นโยบาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับของลูกค้า เพื่อให้รายละเอียดเกี่ยวกันกฎเกณฑ์สำหรับใช้บริการของ 3G ขึ้น และถ้าบริษัทฯ จัดพิมพ์ขึ้นแล้ว ก็อาจจะมีการแก้ไขข้อสัญญาอีกเป็นครั้งคราว ในกรณีเช่นนี้ ผู้บริโภคจะหาดูได้ในเว็บไซต์ของบริษัท หรือขอสำเนาได้จากแผนกบริการลูกค้า” หรือ

“บริษัท Namesco ได้รับฉันทานุมัติให้คิดดอกเบี้ยเงินค้างชำระในอัตรา 4% เกินจากอัตราฐาน NatWest แบบวันต่อวัน” เป็นต้น

4. หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

Directive 93/13/EEC มาตรา 1 ระบุความประสงค์ต้องการให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมระหว่าง ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกับผู้บริโภค ตามแนวทางที่กำหนดไว้ใน Directive 93/13/EEC นอกจากนั้น ยังกำหนดแนวทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายไว้ด้วยในมาตรา 7(1) และ (2) ดังนี้

ข้อ 1. เพื่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคและของผู้ที่แข่งขันกันในทางการค้า ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการที่เพียงพอและมีประสิทธิผลในการป้องกันไม่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการนำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ตนเองจัดทำขึ้นมาใช้กับผู้บริโภคอีกต่อไป

ข้อ 2. ขยายความว่า มาตรการตามที่กล่าวถึงในมาตรา 7 (1) นั้น ให้หมายรวมถึง ต้องมีการจัดตั้งหน่วยงาน หรือองค์กรที่มีความชอบธรรมตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศนั้นดำเนินการตามกฎหมาย เพื่อให้ศาล หรือ หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาในสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อใช้กับบุคคลทั่วไปนั้น เข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพื่อที่จะได้จัดวางมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิผล ไม่ให้มีการนำข้อสัญญาเหล่านั้นมาใช้ได้อีกต่อไป

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นผู้นำในด้านกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เพราะมีระบบกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่สมบูรณ์ มีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายมายาวนาน มีองค์กร NGO มากมายหลายองค์กรคอยช่วยเหลือและคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะและเอกชน การวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยจึงเลือกศึกษาองค์กรคุ้มครองผู้บริโภคของอังกฤษ ซึ่งมีชื่อว่า สำนักงานส่งเสริมการประกอบธุรกิจการค้าอย่างเป็นธรรม (Office of Fair Trading หรือ OFT)

OFT เป็นหน่วยงานอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1973 เนื่องจากในปัจจุบันแนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียว เป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อม ๆ กับการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของตลาดไปด้วย ดังนั้น นอกจาก OFT จะมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแล้ว ยังมีหน้าที่กำกับดูแลให้การดำเนินงานของธุรกิจต่าง ๆ เป็นไปอย่างยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอีกด้วย ตลาดที่มีการแข่งขันมีผล 2 ประการ คือ มีผลต่อแรงจูงใจที่จะทำให้ธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้น และมีผลต่อความพยายามที่จะตอบสนองอุปสงค์ของผู้บริโภคมากขึ้น โดยธรรมชาติของตลาด ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าของผู้บริโภคขึ้นอยู่กับตลาดที่มีการแข่งขันที่มีทั้งสินค้าและราคาให้เลือก ในขณะเดียวกันตลาดจะมีการแข่งขันกันอย่างแข็งขันก็ต่อเมื่อผู้บริโภคซื้อสินค้าด้วยความมั่นใจ เนื่องจาก OFT มีภาระหน้าที่ทั้งสองด้าน ดังนั้น ในการทำงาน OFT จึงต้องมองภาพรวมของตลาดและแก้ปัญหาทั้งระบบ

งานส่วนใหญ่ของ OFT ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด การวิเคราะห์ตลาด สอดส่องดูแลการยุบรวมกิจการ การรวมหัว

กันผูกขาดตลาด หรือการฮั้วกัน (Cartel) รับจดทะเบียนธุรกิจผ่อนส่ง ธุรกิจให้กู้เงิน สอดส่องดูแลบริษัทตัวแทนซื้อขายที่ดิน ให้การสนับสนุนแก่หน่วยงานอื่น ทำงานร่วมกับหน่วยงานอื่นให้ความรู้แก่ธุรกิจและผู้บริโภค ให้คำปรึกษาแก่ผู้บริโภคโดยตรง ฯลฯ ทั้งหมดนี้ ที่ OFT ถือว่าเลวร้ายที่สุด คือ การฮั้วกัน ซึ่ง OFT ถือว่าเป็นเรื่องเลวร้ายที่จะต้องดำเนินการเป็นอันดับแรก เพราะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อผู้บริโภคและธุรกิจที่ดี

4.1 ภารกิจของ Office of Fair Trading

ภารกิจของ OFT คือ การทำตลาดให้เป็นตลาดของผู้ซื้อ ในทางทฤษฎี ตลาดจะเป็นตลาดของผู้ซื้อได้ต้องเป็นตลาดเปิด ผู้ประกอบการค้าต้องดำเนินกิจการค้าอย่างเป็นธรรม และมีความกระตือรือร้นในการแข่งขันหาลูกค้ากันอย่างจริงจัง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของ OFT ที่จะต้องพยายามทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ในทุก ๆ ภาคของตลาด เพราะว่ายิ่งผู้บริโภคมีทางเลือกมากก็ยิ่งมีอำนาจต่อรองมากขึ้น

เป้าหมายของ OFT คือ ตลาดที่มีการแข่งขัน มีประสิทธิภาพ มีผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ และที่สำคัญคือ มีความใส่ใจต่อผู้บริโภคสูง ผู้บริโภคมีความรู้เพียงพอก่อนที่จะตัดสินใจซื้อสินค้า ส่วนทางฝ่ายธุรกิจก็ปฏิบัติตัวอยู่ในกรอบของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน ที่สำคัญคือ กฎหมายจะต้องไม่เพิ่มภาระแก่ธุรกิจจนเกินจะรับได้ ตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างโปร่งใสจะเป็นตัวขับเคลื่อนการเพิ่มผลผลิตในระยะยาว เป็นผลดีต่อการฟื้นฟูเศรษฐกิจโดยไม่ต้องเพิ่มต้นทุนจากทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายธุรกิจเอกชน แนวทางของ OFT ในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมาย ดังนี้

4.1.1 กระตุ้นให้ธุรกิจปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน และกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค และดำเนินการให้การทำธุรกรรมทางการค้าอยู่ภายในกรอบของกฎหมายโดยการควบคุมตัวเอง

4.1.2 จัดการอย่างเด็ดขาดกับผู้กระทำผิดอย่างชัดแจ้ง

4.1.3 ติดตามศึกษาตลาด และถ้ามีสิ่งผิดปกติจะรายงานต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทันที (Competition Commission)

4.1.4 ติดอาวุธผู้บริโภค โดยให้ความรู้ถึงวิธีการเลือกซื้อสินค้า และซื้อสินค้าได้คุ้มกับค่าเงินที่จ่ายไป รวมทั้งช่วยแก้ปัญหาระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อให้ได้สื่อสารกันโดยตรง

4.2 อำนาจหน้าที่ของ Office of Fair Trading

วัตถุประสงค์ของ OFT คือ การทำให้ผู้บริโภคได้ตลาดที่ดีขึ้น ส่วนอีกทางหนึ่ง เป็นผู้ชี้นำให้แก่ธุรกิจในการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย และในการนี้ OFT ได้รับมอบอำนาจ เพื่อการดำเนินการในด้านต่าง ๆ ดังนี้

4.2.1 การแทรกแซงโดยการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement interventions)

กฎหมายให้อำนาจ OFT ปรับบริษัท รวมทั้งการขอคำสั่งศาลให้กรรมการบริษัทขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการได้อีกด้วย ถ้าพบว่าบริษัททำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน นอกจากนี้ยังสามารถดำเนินคดีทางแพ่งแทนผู้บริโภคในกรณีที่ธุรกิจทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค และในกรณีที่ร้ายแรง เช่น การฮั้วกัน OFT สามารถดำเนินคดีทางอาญาซึ่งมีทั้งโทษปรับและโทษจำ หรือทั้งปรับทั้งจำได้อีกด้วย ทางด้านธุรกิจผ่อนส่งและธุรกิจบริการให้กู้เงินซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียน OFT มีอำนาจเพิกถอนหรือไม่รับการจดทะเบียน หรือตั้งเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และยังมีอำนาจตักเตือนหรือสั่งห้ามบริษัทตัวแทนซื้อขายที่ดินดำเนินกิจการก็ได้

4.2.2 การควบกิจการ (Mergers)[124]

OFT มีหน้าที่ที่จะต้องรายงานต่อ Competition Commission ถ้าเห็นว่า กำลังจะมีการควบกิจการ หรือได้มีการควบกิจการกันแล้ว และการควบกิจการนั้นกำลังจะทำให้ หรือได้ทำให้การแข่งขันในตลาดลดน้อยลง

4.2.3 การตกลงร่วมมือกันเพื่อลดการแข่งขัน หรือการฮั้วกัน (Cartel)[125]

OFT ถือว่าการฮั้วกันเป็นเรื่องเลวร้ายที่จะต้องจัดการเป็นอันดับแรก เพราะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งแก่ผู้บริโภคและธุรกิจที่ดี ภายใต้กฎหมาย Competition Act 1998 และ

---

[124] Acquisition หรือ Amalgamation คือ การรวมกิจการ ซึ่งมีวิธีการและระดับการรวมต่าง ๆ กัน ตั้งแต่การที่หน่วยธุรกิจหนึ่งซื้อหุ้นสามัญจำนวนมากของอีกแห่งหนึ่งจนมีเสียงข้างมากในการควบคุมไปจนถึงหน่วยธุรกิจที่ต้องการรวมกิจการตกลงยุบกิจการเดิมแล้วจัดตั้งหน่วยธุรกิจใหม่ขึ้นมา

รูปแบบการรวมธุรกิจที่นิยมอาจแบ่งได้ 2 แบบ ดังนี้

1. การรวมกิจการเป็นบริษัทใหม่ (Consolidation) คือ การรวมบริษัทตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไปเข้าด้วยกัน โดยเลิกบริษัทเดิมและจัดตั้งเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา มีจุดมุ่งหมายเพื่อรวมทุนเข้าด้วยกัน และขยายกิจการให้ใหญ่โตยิ่งขึ้น และ

2. การควบกิจการ (Merger) คือการรวมบริษัทตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไปโดยยังใช้ชื่อเดิมของบริษัทใดบริษัทหนึ่ง มีจุดมุ่งหมายเพื่อลดการแข่งขันระหว่างกัน หรือขยายกำลังการผลิตเพื่อลดต้นทุน

โดยทั่ว ๆ ไป การรวมกิจการในรูปแบบต่าง ๆ มีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาอำนาจการควบคุมตลาด หรือรักษาส่วนแบ่งตลาด และขยายอำนาจการควบคุมไปสู่บริษัทอื่นโดยควบคุมบางส่วนหรือทั้งหมด
ที่มา: พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542

[125] Cartel คาร์เทล การรวมหัว การฮั้ว มักเรียกทับศัพท์ว่า คาร์เทล เป็นการรวมหัวของหน่วยธุรกิจเพื่อลดการแข่งขันและเพื่อเพิ่มอำนาจผูกขาดในการขาย ซึ่งทำให้หน่วยธุรกิจที่รวมหัวกันนั้นมีแนวโน้มในการหากำไรได้มากขึ้น การรวมหัวอาจมีข้อตกลงร่วมกันในลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

1. กำหนดราคาร่วมกัน
2. แบ่งสรรลูกค้า

EC Treaty Article 81 ธุรกิจที่ทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการฮั้วกันอาจถูกปรับถึง 10% ของรายได้ทั้งหมดทั่วโลก ทั้งมีความผิดทางอาญาตามกฎหมาย Enterprise Act 2002 ที่มีโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี และโทษปรับโดยไม่จำกัดอีกด้วย

4.2.4 ให้การสนับสนุน ให้คำปรึกษาและให้ความรู้ (Advocacy, advice and education)

OFT มีหน้าที่ให้ความรู้แก่ผู้บริโภคให้เข้าใจถึงประโยชน์ของตลาดที่มีการแข่งขัน รวมทั้งให้คำแนะนำแก่ผู้วางนโยบายของรัฐ ถ้าเห็นว่านโยบายใดจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ตลอดจนให้ความรู้แก่ธุรกิจและชักจูงธุรกิจให้ทำตามกฎหมาย

4.2.5 การแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในตลาด (Action in markets)

ถ้า OFT เห็นว่าการทำงานของตลาดใดไม่เป็นผลดีแก่ผู้บริโภค หรือ ได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภค ก็จะทำการศึกษาตลาด และถ้าปรากฏว่าการแข่งขันในตลาดนั้นถูกกีดกัน ถูกจำกัด หรือถูกทำให้บิดเบือน ก็อาจรายงานต่อ (Competition Commission) เพื่อขยายการสืบสวนต่อไป ในขณะเดียวกันพยายามหาวิธีแก้ไขโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย Fair Trading Act 1973 และ Enterprise Act 2002

4.2.6 การรับจดทะเบียนธุรกิจที่เกี่ยวกับการให้เครดิต (Credit licensing)

เช่น ธุรกิจการให้กู้ยืมเงิน ธุรกิจการขายสินค้าผ่อนส่ง เป็นต้น

4.3 วิธีการทำงานของ Office of Fair Trading

4.3.1 การจัดลำดับความสำคัญ (Prioritisation)

ในการจัดลำดับความสำคัญ มีข้อที่ต้องนำมาพิจารณา คือ ผลกระทบต่อผู้บริโภค เรื่องที่จะทำตรงกับวัตถุประสงค์ของ OFT หรือไม่ ผลที่ตามมาจะเป็นอย่างไร ค่าใช้จ่ายคุ้มกับผลที่จะได้รับหรือไม่ เป็นต้น

---

3. แบ่งตลาดโดยแบ่งปริมาณขายหรือแบ่งเขต และ

4. ควบคุมปริมาณผลผลิต

ข้อตกลงอาจมีข้อเดียวหรือหลายข้อก็ได้ ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอาจถูกลงโทษด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น เพิกถอนใบอนุญาตบางประเภทซึ่งได้รับร่วมกันในนามของกลุ่ม เป็นต้น ตัวอย่างการรวมหัวดังกล่าวของหน่วยธุรกิจระหว่างประเทศได้แก่ กลุ่ม OPEC (Organization of Petroleum Exporting Countries) สำหรับการรวมหัวในประเทศได้แก่ กลุ่มผู้ผลิตถ่านหินและเหล็กกล้าในประเทศเยอรมนี (ตะวันตก) การที่ผู้ผลิตรวมตัวเป็นคาร์เทลนั้นก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในการขาย ทำให้ผู้บริโภคต้องแบกภาระในเรื่องราคา ซึ่งมักจะสูงกว่าระดับราคาที่ไม่มีการรวมหัวกัน

ที่มา: เรื่องเดียวกัน

4.3.2 เป็นภาระแก่ธุรกิจน้อยที่สุด (Minimising burdens on business)

ในขณะทำหน้าที่ดูแลให้ตลาดเป็นตลาดของผู้บริโภคอย่างแท้จริงนั้น OFT ตระหนักอยู่ตลอดเวลาว่าเป็นหน้าที่ของตนที่จะต้องไม่เพิ่มภาระให้กับธุรกิจโดยไม่จำเป็น เพราะว่าท้ายที่สุดธุรกิจก็จะโอนภาระที่เพิ่มขึ้นไปให้ผู้บริโภคอยู่ดี ไม่ว่าจะโดยการเพิ่มราคา ลดคุณภาพ หรือลดทางเลือก ดังนั้น OFT จะใช้ทรัพยากรของตนจัดการกับกรณีที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ธุรกิจต้องแบกภาระและต้นทุนมากเกินไป

4.3.3 เน้นความโปร่งใส (Transparency)

OFT ถือเป็นพันธะที่จะทำงานอย่างโปร่งใส โดยการแจ้งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับคดีให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบเป็นระยะ ๆ ตั้งแต่ต้นจนจบ และในการดำเนินการไต่สวนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขัน 1998 (Competition Act 1998 หรือ CA 98) OFT จะแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตั้งแต่ต้นว่า ใครเป็นใครในเจ้าหน้าที่ไต่สวน และใครเป็นผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจ ซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องจะมีโอกาสได้พบปะกับบุคคลดังกล่าว รวมทั้งหัวหน้าคณะก่อนประกาศผลด้วย

4.3.4 มีการประเมินผลงาน (Evaluation)

OFT ถือเป็นพันธะที่จะต้องมีการประเมินผลงานของตนเอง ซึ่งได้แก่ การวัดผลกระทบของการดำเนินงาน การประมาณมูลค่าที่ผู้บริโภคประหยัดได้ ตลอดจนอัตราส่วนผลประโยชน์ต่อต้นทุน ซึ่งประเมินโดยองค์กรอิสระและพิมพ์ออกเผยแพร่ในรายงานประจำปี มีการเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานให้รวดเร็วยิ่งขึ้น (Delivering faster, agile and innovative outcome) โดยการ

1) เพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการทำงาน ได้แก่ การลดเวลาที่ใช้ในการศึกษาตลาดลงจนในปัจจุบันเหลือโดยเฉลี่ยประมาณ 9 เดือนครึ่ง เป็นการช่วยประหยัดเงินของผู้บริโภค

2) การพิมพ์ข้อแนะนำขั้นตอนการไต่สวนตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน (CA 98) ออกเผยแพร่ ทำให้ธุรกิจเข้าใจวิธีการของ OFT ชัดเจนขึ้น มีผลทำให้การไต่สวนดำเนินไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น

3) การพิมพ์เผยแพร่นโยบายของ OFT เกี่ยวกับการส่งเสริม และชักจูงให้ธุรกิจปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ทำให้ธุรกิจเข้าใจและคาดหวังวิธีการทำงานได้ดีขึ้น

4.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

วัตถุประสงค์หลักของ OFT คือการทำตลาดให้เป็นตลาดของผู้ซื้อ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย OFT มีเครื่องมือ ซึ่งก็คือกฎหมายต่าง ๆ หลายฉบับที่ให้อำนาจไว้ ดังนี้

1. Courts and Legal Services Act 1990

เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจการฟ้องร้องคดีต่อศาลแทนผู้บริโภคของ OFT รวมทั้งบทบัญญัติสำหรับศาลใช้ในการพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า

2. Competition Act 1998

เป็นบทบัญญัติให้ธุรกิจแข่งขันกันบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน รวมทั้งให้อำนาจสืบสวนและอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดแก่ OFT ด้วย

3. Consumer Credit Act 1974

กำหนดให้ธุรกิจผ่อนส่งส่วนใหญ่และธุรกิจให้กู้ยืมเงินต้องมาจดทะเบียนกับ OFT ผู้ที่ฝ่าฝืนมีความผิดทางอาญาและอาจถูกปรับ หรือจำ หรือทั้งปรับทั้งจำก็ได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ธุรกิจผ่อนส่งและธุรกิจให้เช่าบางประเภทต้องทำสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนดด้วย

4. Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นตามแนวทางของ (Directive 2005/29/EC)

5. Distance Selling Regulations 2000

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้กับการขายของทางอินเทอร์เน็ต ทางโทรทัศน์ ทางไปรษณีย์ ทางแค็ตตาล็อก ทางโทรศัพท์หรือแฟกซ์ กฎหมายให้อำนาจ OFT และหน่วยงานอื่นบางหน่วยมีอำนาจสอบสวนตลอดจนฟ้องคดีแทนผู้บริโภคได้

6. Enterprise Act 2002

กฎหมายฉบับนี้บัญญัติไว้กว้างขวางมากเพื่อใช้บังคับทั้งฝ่ายธุรกิจและฝ่ายผู้บริโภค เป็นการปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคครั้งสำคัญ และใช้เป็นกฎหมายหลักในการปราบปรามผู้ประกอบธุรกิจการค้าอย่างไม่เป็นธรรมที่ทำให้ผู้บริโภคและธุรกิจดี ๆ ต้องเสียหาย เป็นการส่งเสริมผู้ประกอบธุรกิจการค้าดี รวมทั้งเกื้อหนุนให้มีการผลิตมากขึ้นด้วย บรรพ 8 ของกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจ OFT และหน่วยงานอื่นบางหน่วยงานที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย เช่น Trading Standard Department มากขึ้น เพื่อให้ทำหน้าที่ฟ้องคดีแทนผู้บริโภครวมทั้งขอคำสั่งศาลบังคับธุรกิจที่ชอบฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคโดยผ่านทางกฎหมายต่าง ๆ เช่น Unfair Contract Terms Act 1977, Control of Misleading Advertisements Regulations 1988, Sale of Goods Act 1979, Supply of Goods and Services Act 1982 และ Consumer Protection (Distant Selling) Regulations 2000 เป็นต้น

7) Estate Agent Act 1979

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้บังคับกับตัวแทนซื้อขายที่ดินให้ตัวแทน ทำหน้าที่อย่างซื่อสัตย์ เป็นธรรม และไม่ชักช้า ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ซื้อและผู้ขาย

8) Financial Services and Markets Act 2000

กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจ OFT เป็นผู้กำกับดูแลตลาดและบริการทางการเงินให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของ FSA (The Financial Services Authority)

9) Transport Acts 2000 and 2001

กฎหมาย 2 ฉบับนี้มอบให้เป็นหน้าที่ของ OFT ในการทดสอบโครงการ หรือการประมูลต่าง ๆ ทางด้านการขนส่งให้มีการแข่งขันกันอย่างยุติธรรม

10) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

4.5 การบังคับใช้กฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคของ Office of Fair Trading

4.5.1 วิธีการในการบังคับใช้กฎหมาย

OFT มีหน้าที่การงานเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคที่กว้างขวางมาก วิธีการในการบังคับใช้กฎหมาย ใช้การหาข่าวนำหน้า (Intelligence led approach) แต่ก่อนเริ่มดำเนินการจะพิจารณาถึงผลดีผลเสียที่จะตามมาเสียก่อน (Risk based approach) โดยใช้เครื่องมือที่มีอยู่แก้ไขตลาดที่มีปัญหาด้วยวิธีการใหม่ ๆ และมองตลาดในภาพรวม (Innovative and holistic ways) เครื่องมือเหล่านี้ได้แก่การบังคับใช้กฎหมายโดยตรง การจูงใจธุรกิจให้อยู่ในกรอบของกฎหมายโดยการควบคุมตัวเอง รวมทั้งการสื่อสารกับอุตสาหกรรมและหน่วยงานที่กำกับดูแลเพื่อกระตุ้นให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางหนึ่ง และเผยแพร่ความรู้ให้แก่ผู้บริโภคและธุรกิจอีกทางหนึ่งด้วย

กฎหมายใหม่ ๆ เช่น Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 และ Consumer Credit Act 2006 ทำให้โฉมหน้าของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสหราชอาณาจักรเปลี่ยนแปลงไปมาก การนำกฎหมายสองฉบับดังกล่าวมาใช้รวมกับกฎหมาย Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 และ Enterprise Act 2002 ทำให้แนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภคเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียว เป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อม ๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของตลาดไปด้วย ในขณะเดียวกัน เพิ่มเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายโดยการเพิ่มอำนาจการสอบสวน และให้อำนาจ OFT ในการดำเนินคดีอาญาซึ่งมีโทษปรับนอกเหนือจากอำนาจการดำเนินคดีทางแพ่งซึ่งมีอยู่แต่เดิมอีกด้วย

4.5.2 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของ OFT

1) ข้อสัญญาที่ OFT ถือว่าไม่เป็นธรรมคือ “ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสุจริต (good faith) ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในสิทธิและภาระผูกพัน (rights and obligations) แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก จนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย”

โดยสุจริต คือ “การประกอบธุรกิจการค้าหรือบริการอย่างเปิดเผยและเป็นธรรมต่อผู้บริโภค ข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานนั้น อาจร่างไว้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ทาง

การค้าก็จริงอยู่ แต่จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์และสิทธิของผู้บริโภคด้วยเช่นกัน นั่นคือจะต้องไม่ปกป้องผลประโยชน์ทางการค้าซึ่งตนมีอยู่แล้วโดยชอบธรรมจนเกินความจำเป็น"[126]

2) สำหรับสัญญาที่ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งกำหนดไว้ใน Directive 93/13/EEC ว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องใช้ภาษาที่เรียบง่าย OFT วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ถ้าผู้บริโภคต้องเสียประโยชน์เพราะข้อสัญญานั้นไม่ชัดเจน ก็ต้องถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถึงแม้ผู้มีอาชีพทนายความจะอ่านเข้าใจถูกต้องตามนั้นก็ตาม และถ้ามีข้อสงสัยใด ๆ เกิดขึ้น ก็จะต้องตีความหมายให้เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคอย่างที่สุด

3) มีข้อสัญญาบางประเภทที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่

(1) ข้อสัญญาที่จำเป็นต้องใส่ไว้เพราะกฎหมายบังคับ

(2) ข้อสัญญาที่ได้มีการเจรจาทำความตกลงกันตัวต่อตัว

(3) สัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือระหว่างบุคคลด้วยกัน

(4) ผู้เข้าทำสัญญาไม่ใช่ผู้บริโภค เช่น สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

4) ข้อความที่บรรยายลักษณะหรือราคาของผลิตภัณฑ์ โดยปกติจะไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตราบเท่าที่ใช้ถ้อยคำที่เข้าใจง่าย

หมายเหตุ:

เว็บไซต์ www.oft.uk/ ของ Office of Fair Trading ปิดการให้บริการไปแล้วตั้งแต่ปี 2557 ผู้ที่ประสงค์จะเข้าไปค้นคว้าหาข้อมูลจาก OFT ควรเปิดไปที่

www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading ก่อน แล้ว click ที่ tab 'view the closed OFT site in the UK Government Web Archive'

---

[126] Good faith means that you must deal fairly and openly with consumers. Standard terms may be drafted to protect commercial needs but must also take account of the interests and rights of consumers by going no further than is necessary to protect those legitimate commercial interests.

4.5.3 ตัวอย่างการวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของ OFT

ตารางที่ 3.1 คดี บริษัททัวร์โธมัสคุค จำกัด

ข้อสัญญาเดิม	ความเห็นของผู้บังคับใช้กฎหมาย	การแก้ไข	ข้อสัญญาใหม่
การเปลี่ยนแปลงก่อนออกเดินทางซึ่งทางบริษัทถือว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย	1(k) สิทธิในการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่จัดเตรียมไว้ให้ลูกค้า: 1(k) การเปลี่ยนแปลงเวลาออกเดินทางออกไปไม่เกิน 12 ช.ม.หรือการบินโดยไม่หยุดพักเปลี่ยนเป็นบินโดยตรงหรือบินโดยอ้อม หรือชั่วโมงการเดินทางสะสมที่เพิ่มขึ้นรวมแล้วไม่เกิน 12 ช.ม. ทางบริษัทจะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยซึ่งไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบและผู้บริโภคไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชยด้วย	ข้อสัญญาดังกล่าวได้รับการแก้ไขเป็นว่าการเปลี่ยนแปลงที่ทางบริษัทเห็นว่าไม่สำคัญ (การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือการเปลี่ยนแปลงที่มีผลกระทบอย่างมากต่อความสำราญของผู้บริโภคผู้กำลังใช้เวลาพักผ่อนในวันหยุด) ทางบริษัทจะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยซึ่งผู้บริโภคไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชย	การเปลี่ยนแปลงก่อนออกเดินทางซึ่งทางบริษัทถือว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย

ที่มา: What we do – The Office of Fair Trading

ตารางที่ 3.2 Thomas Cook Tour Operation Limited case

Original term	Enforcer view	How changed	New term
Minor changes by us before travel	1(k) Right to change what is supplied : 1(k) Provided that a change to the departure time by up to 12 hours, or non-stop flights becoming direct or non-direct flights, or cumulative travelling time being increased by up to 12 hours would all constitute minor changes which Thomas Cook would not have to tell the consumer about and which would not entitle the consumer to compensation	Revised to provide that changes that were not 'significant changes' (defined as those which have a significant effect on the consumer's enjoyment of the holiday) would be considered minor changes and would not entitle the consumer to compensation	Minor changes by us before travel

ที่มา: What we do – The Office of Fair Trading

Retrieved 01/09/2553 from: www.oft.gov.uk/about - the - oft/what/ (ดูหมายเหตุหน้า 128)

ตารางที่ 3.3 คดี ธนาคารบาร์เคลส์ บจม.

ข้อสัญญาเดิม	คำวินิจฉัยของ OFT	การแก้ไข	ข้อสัญญาใหม่
เงื่อนไขของข้อสัญญาเรื่องดอกเบี้ยเงินฝากประจำของพันธบัตรออมทรัพย์ประจำปี 2004 ข้อ 10) ทั่วไป "เราอาจเปลี่ยนแปลงข้อตกลงตามสัญญานี้ โดยให้บริการที่ต่างออกไป ถ้ามีเหตุผลดังต่อไปนี้คือ มีการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมาย ภาษี กฎระเบียบ หรือความจำเป็นอื่นใดซึ่งมีผลต่อเรา หรือด้วยเหตุผลอื่นใดที่เราเห็นสมควร"	การยินยอมให้ทางธนาคารเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค "ด้วยเหตุผลอื่นใดที่เราเห็นสมควร" เป็นการให้สิทธิเกินขอบเขตแก่ทางธนาคารฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญา คำว่า "ด้วยเหตุผลอื่นใดที่เราเห็นสมควร"เป็นเหตุผลที่ฟังไม่ขึ้น การใช้คำพูดที่เปิดกว้างเช่นนี้ไม่ทำให้ธนาคารมีเหตุผลเพียงพอในการแก้สัญญา	หลังเดือนเมษายน 2006 ทางธนาคารได้ตัดข้อความ "ด้วยเหตุผลอื่นใดที่เราเห็นสมควร" ออก	การแก้ไขสัญญา "เราอาจเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของข้อสัญญาและให้บริการที่ต่างออกไปเมื่อไรก็ได้ ถ้าต้นทุนในการให้บริการแก่ลูกค้าเปลี่ยนไปหรือมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมาย หรือกฎระเบียบอื่น ๆ ที่มีผลกระทบต่อธนาคาร หรือระบบหรือการพัฒนาผลิตภัณฑ์ของธนาคาร แต่ทางธนาคารจะไม่เปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยที่จ่ายให้ลูกค้าตลอดช่วงเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา"
เงื่อนไขของข้อสัญญาเรื่องดอกเบี้ยเงินฝากประจำของพันธบัตรออมทรัพย์ประจำปี 2006 ข้อ 8.1) "โดยปกติ การเปลี่ยนแปลงจะเกิดจาก --" ข้อ 8.3) "โดยปกติ เราจะแจ้งให้ท่านทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 30 วัน ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่จะทำให้ท่านเสียประโยชน์"	คำว่า "โดยปกติ" ในข้อ 8.1) ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ และในข้อ 8.3) ทำให้เกิดความไม่แน่ใจในระยะเวลาที่จะแจ้งให้ผู้บริโภคทราบล่วงหน้า OFT เชื่อว่า การใส่คำว่า "โดยปกติ" ในข้อ 8.1) ในการอ้างเหตุผลเป็นการไม่เหมาะสม เพราะจะทำให้เข้าใจได้ว่า ทางธนาคารไม่ได้ให้เหตุผลทั้งหมด มีผลทำให้ลูกค้าไม่มีอิสระในการบอกเลิกสัญญา	ทางธนาคารเห็นด้วยให้ตัดคำว่า "โดยปกติ" ออกจากข้อสัญญาในการพิมพ์ครั้งต่อไป และในระหว่างนั้นจะไม่ใช้คำว่า "โดยปกติ" อีก และทางธนาคารเห็นด้วยที่จะแจ้งให้ลูกค้าทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 30 วัน ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่จะทำให้ลูกค้าเสียประโยชน์	"ทางธนาคารจะแจ้งให้ท่านทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 30 วัน ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่จะทำให้ท่านเสียประโยชน์ และในกรณีที่ทางธนาคารเชื่อโดยสุจริตว่าการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาจะไม่ทำให้ท่านเสียประโยชน์ ทางธนาคารอาจจะเปลี่ยนไปก่อนแล้วแจ้งให้ท่านทราบภายในระยะเวลา 30 วัน"

ที่มา: What we do – The Office of Fair Trading.

Retrieved 01/09/2553 from: www.oft.gov.uk/about - the - oft/what/ (ดูหมายเหตุหน้า 128)

ตารางที่ 3.4 Barclays Bank, plc. Case

Original term	Application of regulations/Enforcer view	How changed	New term
Terms and Conditions of Barclays Fixed Rate Saving Bond (2004 version) 10 General 'We may alter the terms of this agreement and introduce changes to our services for the following reasons: d) Changes in legal, tax, regulatory requirement or other requirements affecting us or any other good reason'	1 (j) General variation clause :We think that allowing the firm to vary the terms of its contract with consumers for 'any other good reason' gives it excessive discretion to unilaterally vary the contract. We also think a reference to ''any other good reason' is not a clearly and unambiguously defined valid reason. We think that by including this open-ended phrase in the term, the firm has not specified a valid reason for varying the contract.	The firm has removed the reference to 'or any other good reason' from the terms in contracts issued after April 2006	Variation 'We may change these Terms and Conditions and introduce changes to our services at any time. Changes will be caused by changes in the cost of providing a service to you, predicted changes in legal or other regulatory requirements affecting us, or any system or product development. We will not change the contractual rate of interest payable to you during the term of your bond'.
Terms and Conditions of Barclays Fixed Rate Saving Bond (2006 version) 8.1 'Changes will normally be caused by' 8.3 'We will normally give you at least 30 days' advance notice of any changes which are to your disadvantage. Similar wording is found in the 2004 version of the Barclays Fixed Rate Savings Bond Bond Terms and Conditions	1 (j) General variation clause :We believe that the word 'normally' in condition 8.1 introduces ambiguity about the valid reasons for which the contract terms may be varied, and in condition 8.3 introduces uncertainty about the notice period to be given to consumers. We believe that the use of the word 'normally' in condition 8.1 to qualify the list of reasons is not appropriate as it means the firm has not given an exhaustive list of valid reasons. In reaching this view one of the factors that we have taken into consideration is that the customer is not free to dissolve the contract	The firm has agreed to remove the word 'normally' from the terms when it next reprints them. In the meantime, the firm has agreed, with immediate affect, not to rely on the word 'normally'. The firm has agreed to give customers at least 30 days advance notice of any changes which are to their disadvantage	Variation 'We may change these Terms and Conditions and introduce changes to our services at any time. Changes will be caused by changes in the cost of providing a service to you, predicted changes in legal or other regulatory requirements affecting us, or any system or product development. We will not change the contractual rate of interest payable to you during the term of your bond'. We will give you at least 30 days'advance notice of any changes which are to your disadvantage. We may introduce changes immediately and advice you within 30 days of the change if we reasonably consider the change is not to your disadvantage.'

ที่มา: What we do – The Office of Fair Trading.

Retrieved 01/09/2553 from: www.oft.gov.uk/about - the - oft/what/ (ดูหมายเหตุหน้า 128)

4.6 ตัวอย่างผลการดำเนินงานของ Office of Fair Trading

ยกตัวอย่าง รายงานประจำปี 2553 – 2554 ของ OFT (เริ่มจาก 1 เมษายน 2553 ถึง 31 มีนาคม 2554) ได้แสดงผลงานขององค์กรไว้ดังนี้

4.6.1 การร้องเรียนจากผู้บริโภค

OFT แบ่งเรื่องร้องเรียนออกเป็น 8 หมวดได้แก่

1) หมวด 1 เกี่ยวกับบ้าน เช่น การสร้างบ้าน การซ่อมแซมบ้าน ส่วนประกอบของบ้าน เช่น การปูพื้น กระจก และอุปกรณ์ภายในบ้าน เช่น เฟอร์นิเจอร์ ผ้าม่าน ตลอดจนเครื่องใช้ไฟฟ้าทั้งขนาดใหญ่ เช่น เตาหุงต้ม ตู้เย็น เครื่องซักผ้า และขนาดเล็ก เช่น เครื่องดูดฝุ่น เครื่องเป่าผม จักรเย็บผ้า เป็นต้น

2) หมวด 2 เกี่ยวกับสิ่งที่จำเป็นต้องมีไว้ในบ้าน เพื่อการยังชีพ เช่น อาหาร เครื่องดื่ม น้ำ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น เช่น เครื่องมือสื่อสาร เชื้อเพลิง เครื่องครัว เป็นต้น

3) หมวด 3 เกี่ยวกับของใช้ประจำตัว เช่น เสื้อผ้า รองเท้า เครื่องสำอาง ยา เครื่องเขียน เป็นต้น

4) หมวด 4 เกี่ยวกับการให้บริการ เช่น การให้บริการทางการเงิน การประกันภัยหรือการให้บริการโดยบุคคลที่เป็นมืออาชีพ เช่น นักกฎหมาย สถาปนิก โบรกเกอร์ เป็นต้น

5) หมวด 5 เกี่ยวกับการขนส่ง เช่น การซื้อรถใหม่ การซื้อรถใช้แล้ว บริการซ่อมรถยนต์ บริการให้เช่ารถ น้ำมันเชื้อเพลิง น้ำมันหล่อลื่น เป็นต้น

6) หมวด 6 การพักผ่อนหย่อนใจ เช่น โรงแรม โรงภาพยนตร์ ร้านอาหาร ไนท์คลับ สถานออกกำลังกาย หนังสือ ซีดี ดีวีดี วิดีโอเกมส์ เป็นต้น

7) หมวด 7 สินค้าและบริการที่เสนอขายในตลาด

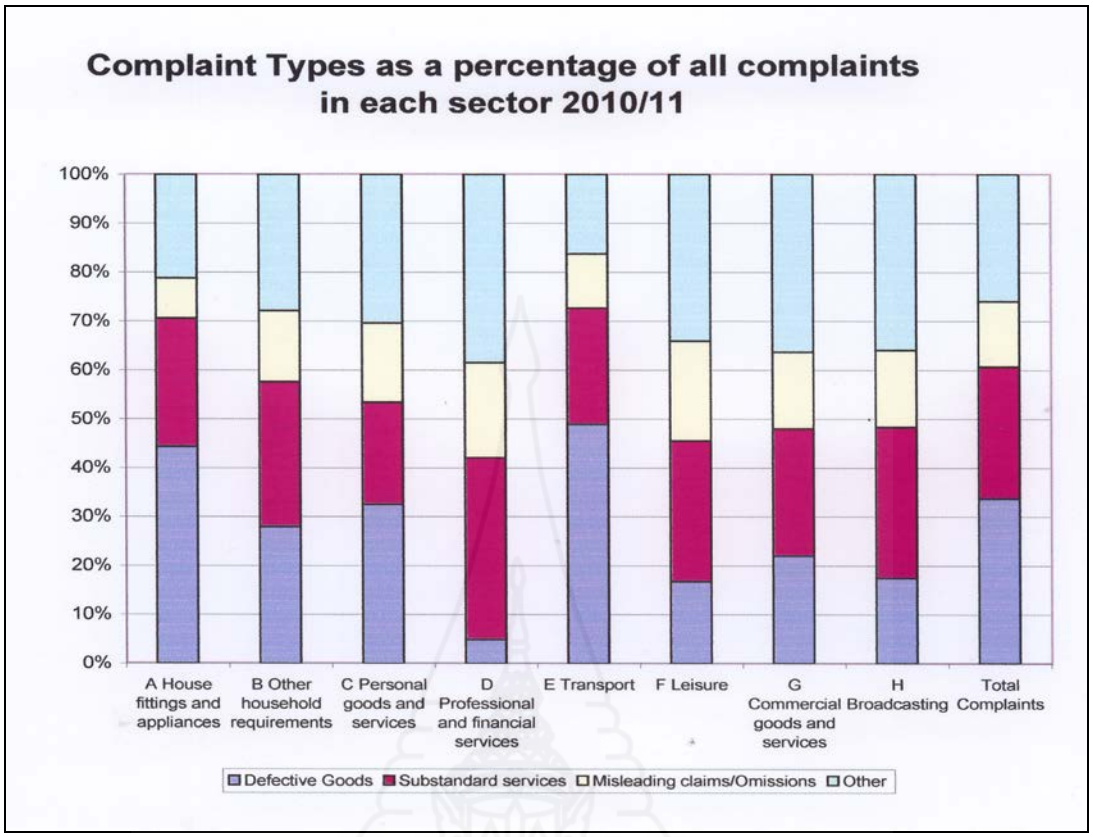
8) หมวด 8 การแพร่เสียง แพร่ภาพ

สรุป ในปี 2553 – 2554 ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2553 ถึงวันที่ 31 มีนาคม 2554 มีการร้องรียนรวมทั้งสิ้น 835,430 ราย เป็นการร้องเรียนเกี่ยวกับสินค้าบกพร่อง จำนวน 281,571 ราย บริการต่ำกว่ามาตรฐาน จำนวน 225,432 ราย คำโฆษณาที่ทำให้เข้าใจผิด จำนวน 111,101 ราย และอื่น ๆ อีก จำนวน 217,326 ราย

ตารางที่ 3.5 การร้องเรียนในปี 2553 – 2554 (1 เมษายน 2553 – 31 มีนาคม 2554)

เรื่องที่ร้องเรียน	ประเภทของการร้องเรียน				
	สินค้าบกพร่อง (ราย)	บริการต่ำกว่ามาตรฐาน (ราย)	คำโฆษณาที่ทำให้เข้าใจผิด (ราย)	อื่น ๆ (ราย)	รวม (ราย)
หมวด 1 เกี่ยวกับบ้านส่วนประกอบของบ้านและอุปกรณ์ภายในบ้าน	116,486	68,862	21,683	55,737	262,768
หมวด 2 เกี่ยวกับสิ่งที่จำเป็นต้องมีไว้ในบ้าน	28,502	30,306	14,789	28,513	102,110
หมวด 3 เกี่ยวกับของใช้ประจำตัวในบ้าน	32,420	20,812	16,177	30,328	99,737
หมวด 4 เกี่ยวกับการให้บริการ	4,581	35,163	18,356	38,723	96,823
หมวด 5 การขนส่ง	81,198	39,295	18,358	27,048	165,899
หมวด 6 การพักผ่อนหย่อนใจ	17,016	29,333	20,750	34,688	101,787
หมวด 7 สินค้าและบริการที่เสนอขายในตลาด	1,299	1,539	926	2,147	5,911
หมวด 8 การแพร่เสียงแพร่ภาพ	69	122	62	142	395
รวมจำนวนเรื่องร้องเรียน	281,571	225,432	111,101	217,326	835,430

ที่มา : Office of Fair Trading Annual Report and Accounts 2010 – 2011
www.oft.uk/shared_oft/annual_report/2011/annual-report-10-11.pdf
(ดูหมายเหตุหน้า 128)



ภาพที่ 3.2 ประเภทของคำร้องเรียนคิดเป็นร้อยละของคำร้องเรียนทั้งหมด

ที่มา : Office of Fair Trading Annual Report and Accounts 2010 – 2011 (ดูหมายเหตุหน้า 128)

4.6.2 การดำเนินการทางกฎหมาย

ตารางที่ 3.6 การดำเนินคดีแทนผู้บริโภค (1 เมษายน 2553 – 31 มีนาคม 2554)

	2009 - 2010	2010 - 2011
การดำเนินคดีแทนผู้บริโภคและคดีสิ้นสุดลงแล้ว	20 ราย	43 ราย
การนำคดีสู่ศาลสูง	0 ราย	0 ราย
ศาลสูงมีคำสั่ง	1 ราย	0 ราย

ที่มา : Office of Fair Trading Annual Report and Accounts 2010 – 2011

www.oft.uk/shared_oft/annual_report/2011/annual-report-10-11.pdf (ดูหมายเหตุหน้า 128)

ตารางที่ 3.7 การไต่สวนคดีผู้บริโภค (1 เมษายน 2553 – 31 มีนาคม 2554)

	1 เมษายน 2553 – 31 มีนาคม 2554
การไต่สวนและสามารถปิดคดีได้แล้ว	20 ราย
การไต่สวนที่ยังคงดำนินการอยู่	8 ราย

ที่มา : Office of Fair Trading Annual Report and Accounts 2010 - 2011
www.oft.uk/shared_oft/annual_report/2011/annual-report-10-11.pdf (ดูหมายเหตุหน้า 131)

ตารางที่ 3.8 การตรวจสอบและการหาข้อมูล (1 เมษายน 2553 – 31 มีนาคม 2554)

	2009 - 2010	2010 - 2011
การตรวจสอบฉสถานที่เกิดเหตุตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ม. 22 (1)	1 ราย	0 ราย
การตรวจสอบและออกคำสั่งฉสถานที่เกิดเหตุ	60 ราย	60 ราย

ที่มา : Office of Fair Trading Annual Report and Accounts 2010 - 2011
www.oft.uk/shared_oft/annual_report/2011/annual-report-10-11.pdf (ดูหมายเหตุหน้า 128)

4.7 ตัวอย่างการดำเนินคดีของ Office of Fair Trading

OFT มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายหลายฉบับ มีเครื่องมือสำหรับใช้ในการบังคับใช้กฎหมายอย่างกว้างขวาง มีอำนาจการสืบสวนสอบสวนและฟ้องคดีในความผิดทางอาญาหลายประเภท ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันและกฎหมายผู้บริโภค รวมทั้งความผิดในกรณีฮั้วกันภายใต้กฎหมาย Enterprise Act 2002 ความผิดภายใต้กฎหมาย Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 และ Consumer Credit Act 2005 ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างการดำเนินคดีของ OFT

ตัวอย่างคดีที่ 1

คดี Office of Fair Trading VS Abbey National plc. and Others [2009] UKSC 6, [2009] EWCA 116, [2008] (คดีเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมธนาคารในสหราชอาณาจักรซึ่งผู้เปิดบัญชีกับธนาคาร เบิกเงินเกินบัญชีเกินวงเงินที่ได้รับอนุมัติ)

เมื่อลูกค้าของธนาคารต้องการถอนเงิน (ไม่ว่าโดยวิธีใด เช่น ตามคำสั่งประจำ การหักบัญชี หรือใช้เครื่องเอ.ที.เอ็ม. หรือใช้บัตรถอนเงินสด) โดยทั่ว ๆ ไปธนาคารจะจ่ายเงินตามที่ร้องขอและคิดค่าธรรมเนียม (ซึ่งอาจจะรวมดอกเบี้ยซึ่งต้องจ่ายตามปกติและ ค่าธรรมเนียมสำหรับส่วนที่เกินวงเงินที่ได้รับอนุมัติ) ซึ่งสะสมเป็นรายวันไปเรื่อย ๆ ตราบเท่าที่ยังเบิกเงินเกินบัญชีอยู่ Office of Fair Trading (หรือ OFT) ซึ่งทำหน้าที่แทนผู้บริโภคโต้แย้งว่าค่าธรรมเนียมเหล่านี้ไม่เป็นธรรม โดยอ้างกฎหมาย The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือ UTCCR ซึ่งอนุวัติมาจาก Directive 93/13/EEC (ในอังกฤษเรียกว่า Unfair Terms Directive หรือ UTD)

OFT อ้างว่าค่าธรรมเนียมที่ธนาคารคิดสูงเกินเหตุ ไม่ได้สะท้อนต้นทุนของธนาคารอย่างเป็นธรรมแต่เป็นเสมือนการปรับผู้บริโภคหรือผู้เปิดบัญชีมากกว่า ดังนั้น จึงผิดกฎหมาย ถ้าค่าธรรมเนียมเหล่านี้ถูกพิสูจน์ได้ว่าเป็นค่าปรับเพราะผิดสัญญาแล้ว ภายใต้กฎหมายของสหราชอาณาจักรจำนวนค่าปรับที่อาจปรับได้จะถูกจำกัด เพื่อให้สะท้อนถึงต้นทุนที่แท้จริงของธนาคาร (ซึ่งจะน้อยกว่ามาก)

ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าถึงแม้ค่าธรรมเนียมจะไม่ใช่ค่าปรับ แต่ยังอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย ดังนั้น ความเป็นธรรมของสัญญาถูกประเมินโดย OFT ได้ ศาลอุทธรณ์มีความเห็นตามและยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นอย่างเป็นเอกฉันท์ โดยพิพากษาย้ำว่า ค่าธรรมเนียมธนาคารต้องถูกประเมินได้ แต่ศาลฎีกากลับคำตัดสินโดยวินิจฉัยว่า ไม่ว่า OFT หรือศาลไม่มีอำนาจประเมินความเป็นธรรมของค่าธรรมเนียม

ศาลฎีกามีความเห็นว่า เนื่องจาก UTCCR Article 6 (2) ซึ่งสหราชอาณาจักรอนุวัติมาจาก UTD ยกเว้นไม่ให้มีการประเมินความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาที่เป็นแกนของสัญญาและเพราะว่า ค่าธรรมเนียมเบิกเงินเกินบัญชีถือเป็นสินจ้าง (Remuneration) ของธนาคาร ดังนั้น จึงไม่สามารถโต้แย้งค่าธรรมเนียมที่ธนาคารคิดกับผู้บริโภคได้ Baroness Hale แถลงว่า ในขณะที่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทำอะไรได้ แต่สภาสามารถที่จะแปลความหมายของ UTD แบบให้กว้างกว่านี้ได้ และเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ตรากฎหมายที่จะตกลงให้เป็นอย่างอื่น ศาลฎีกาแถลงปิดคดีโดยปฏิเสธว่าไม่ได้ตัดสินโดยอ้างอิงศาลยุติธรรมของยุโรป

เนื่องจากผลของคดี ทำให้มีการโต้แย้ง UTCCR ว่าไม่สามารถถ่ายทอดบทบัญญัติของ UTD มาใช้กับคดีเฉพาะเรื่องได้

ตัวอย่างคดีที่ 2

คดี Office of Fair Trading VS Foxtons case - implications for all consumer contracts (OFT ถือว่าคดีนี้เป็นคดีสำคัญที่ธุรกิจทั่ว ๆ ไปควรดูเป็นตัวอย่าง ไม่เฉพาะแต่ธุรกิจให้เช่า) OFT โต้แย้งข้อสัญญาหลายข้อในข้อตกลงที่บริษัทนายหน้า Foxtons ทำกับเจ้าของที่ดิน โดยอ้างว่าข้อสัญญาเหล่านั้นไม่เป็นธรรมภายใต้การบังคับของ 'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999' ข้อสัญญาเหล่านั้นให้สิทธิบริษัทฯ เรียกค่านายหน้าได้ไม่เฉพาะแต่ระยะเวลาที่ให้เช่าตามสัญญาเช่าเท่านั้น แต่รวมไปถึงเมื่อหมดสัญญาเช่าและผู้เช่าอยู่ต่อไป และยังรวมถึงหลังจากที่เจ้าของที่ดินขายทรัพย์สินให้ผู้เช่าไปแล้วอีกด้วย

ผู้พิพากษาวินิจฉัยชี้ขาดว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม เพราะว่าไม่ใช่สิ่งที่ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย[127] (ซึ่งก็คือ เจ้าของที่ดิน[128]) คาดหวังว่าจะได้เห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริษัทฯ ไม่ได้ทำให้ข้อสัญญาเหล่านั้นปรากฏให้เห็นเด่นชัดในใบโฆษณาขายและในเว็บไซต์ ผู้พิพากษาไม่ได้วินิจฉัยว่าข้อสัญญาเหล่านั้นไม่เป็นธรรมในตัวของมันเอง (per se) ดังนั้น ในอนาคต ถ้ามีการต่อสัญญาเช่า และบริษัทนายหน้าต้องการคิดค่านายหน้าอีกก็จะต้องทำให้เห็นเด่นชัดเท่า ๆ กับครั้งแรก และจะต้องลงในใบโฆษณาของบริษัทฯ อธิบายถึงบริการต่าง ๆ ที่บริษัทเสนอให้ชัดเจน

เมื่อมองในมุมที่กว้างกว่านี้ ในสัญญาระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภคทั้งหลายทั้งปวงนั้น ผู้บริโภคควรจะได้รับการคาดหวังว่าธุรกิจจะให้ข้อมูลแถวหน้าทั้งหมดถึงความพัวพันทางการเงินระยะยาวอย่างเต็มที่ในสัญญา ทั้งในตัวสัญญาเองและในใบโฆษณาขาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับค่านายหน้า ค่าธรรมเนียมซ้ำ และค่าบริการอื่น ๆ โดยปกติแล้วไม่จำเป็นต้องทำเช่นนั้นเสมอไป แต่ข้อสัญญาที่น่าจะมีผลทำให้ผู้บริโภคต้องพัวพันทางการเงินเท่านั้นที่จะต้องทำให้เห็นอย่างเปิดเผยเป็นการล่วงหน้า ไม่ใช่ฝังตัวอยู่ในดงของตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว เพื่อจะก่อให้เกิดเหตุบางอย่างในอนาคต ในลักษณะของกับดักหรือระเบิดเวลา (เป็นคำที่ศาลใช้จริง ๆ ในคดี Foxtons)

---

[127] 'ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย' ไม่ใช่เป็นผู้บริโภคจริง ๆ แต่เป็นผู้บริโภคที่สมมุติขึ้นมาว่าเป็นคนธรรมดาที่ได้รับข้อมูลมากพอสมควร มีความช่างสังเกตและมีความรอบคอบพอสมควร (Reasonably well informed, reasonably observant and circumspect)

[128] UTCCR ใช้บังคับระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภคเท่านั้น ในที่นี้ผู้บริโภคคือเจ้าของที่ดิน

ตัวอย่างคดีที่ 3

คดี Office of Fair Trading VS Ashbourne Management Services Ltd and others [2011] EWHC 1237 (Ch)

ประเภทของสัญญา: สัญญาผู้บริโภค

จำเลย: เป็นผู้ให้บริการทางด้านการจัดการและจัดเก็บค่าธรรมเนียม สำหรับโรงยิมและสโมสร

ผู้ร้อง: Office of Fair Trading ได้รับการร้องเรียนเกี่ยวกับสัญญาต่าง ๆ ของจำเลยว่า

1. สัญญาเหล่านั้นเป็นข้อตกลงเรื่องสินเชื่อหรือไม่
2. ข้อสัญญาของจำเลยเป็นธรรมหรือไม่

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง:

1. Consumer Credit Act 1974, s 8
2. Enterprise Act 2002
3. Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, SI 1996/2083
4. Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, SI 2008/1277

คำพิพากษาย่อ

ศาลฎีกาพบว่า ถึงแม้สัญญาหลายฉบับของจำเลยที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการโรงยิมจะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสินเชื่อก็ตาม แต่ก็มีข้อสัญญาจำนวนไม่น้อยมีความไม่เป็นธรรม และขัดต่อ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

บริษัทจำกัดฯ ซึ่งเป็นจำเลยที่หนึ่งประกอบธุรกิจเป็นผู้บริหารธุรกิจการให้บริการออกกำลังกาย และสโมสรสุขภาพ จำเลยที่สองและที่สามเป็นกรรมการของบริษัทฯ จำเลยทั้งสามเป็นผู้จัดหาคนมาเป็นสมาชิกของสโมสร และจัดให้มีการใช้ข้อตกลงที่มีรูปแบบเป็นสัญญามาตรฐาน นอกจากข้ออื่น (inter alia) ในการเก็บเงินจากสมาชิกของสโมสร หลังจากได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภคจำนวนหนึ่งเกี่ยวกับวิธีดำเนินการทางธุรกิจของจำเลย Office of Fair Trading ผู้ร้องจึงได้เริ่มทำการสอบสวนการทำธุรกิจของจำเลยในปี 2002 ตั้งแต่เริ่มมีการสอบสวนในเรื่องนี้ จำเลยได้ทำการแก้ไขสัญญาส่วนหนึ่งไปแล้วหลังจากที่ได้มีการหารือกับผู้ร้อง อย่างไรก็ตาม ยังมีสัญญาอื่น ๆ ระหว่างจำเลยและสโมสรที่ใช้ถ้อยคำสำนวนแตกต่างออกไปเหลืออยู่อีกจำนวนหนึ่ง ผู้ร้องจึงได้ดำเนินคดีกับจำเลยโดยกล่าวหาว่าจำเลยได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ Consumer Credit Act 1974, Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 และ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

ผู้ร้องได้บรรยายคำฟ้องว่า จำเลยได้กระทำการ ดังนี้

1. สนับสนุนให้ผู้ใช้โรงยิมเป็นสมาชิกโดยทำข้อตกลงในลักษณะของสัญญาสินเชื่อตามความหมายของ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสินเชื่อผู้บริโภค (Consumer Credit Act 1974 หรือ CCA) และข้อตกลงที่ทำนั้นมีรูปแบบเป็นสัญญามาตรฐานที่ไม่ต้องตามแบบ และข้อความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 (1)(a) ของ CCA

2. สนับสนุนให้ผู้ใช้โรงยิมเป็นสมาชิกโดยทำข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายของ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UTCCR)

3. ใช้วิธีการทำธุรกิจที่มิชอบธรรมและขัดต่อ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (CPR).

คำวินิจฉัยของศาล

ในการตีความสัญญาตามความเป็นจริง สัญญาทั้งหลายของจำเลยมิได้เป็นสัญญาสินเชื่อแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม มีสัญญาจำนวนหนึ่งที่จำเลยสนับสนุนให้สโมสรใช้ ซึ่งบรรจุข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและขัดต่อ UTCCR สัญญาเหล่านี้รวมถึงข้อความที่จำเลยใส่ไว้ในสัญญาฉบับที่สี่ที่ยินยอมให้จำเลยมีสิทธิเรียกร้องค่าสมาชิกทั้งหมดรวมทั้งส่วนลดจากผู้ใช้โรงยิมเพื่อให้คุ้มกับระยะเวลาขั้นต่ำของการเป็นสมาชิก ยิ่งกว่านั้น การที่จำเลยนำสิทธิตามสัญญามาใช้เพื่อบอกเลิกสัญญาในกรณีที่สมาชิกทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรงแล้วไม่แก้ไขให้เสร็จสิ้นภายในเจ็ดวันหลังจากได้รับจดหมายเตือน หรือ ทำผิดซ้ำอีกภายในหกเดือนหลังจากได้รับจดหมายเตือนนั้น เป็นความรับผิดที่อาจนำไปใช้กับกรณีที่ผู้ทำผิดสัญญากระทำการอย่างสมเหตุสมผลและทั้งไม่ได้แสดงท่าทีว่าจะไม่ยอมถูกผูกมัดโดยสัญญาอีกต่อไปก็ได้ ศาลเห็นเป็นการไม่สมควรให้จำเลยมีสิทธิเรียกร้องค่าสมาชิกทั้งหมดจากสมาชิกของสโมสรในกรณีดังกล่าว

จำเลยได้กระทำการอันก่อให้เกิดการละเมิดต่อประชาคมภายใต้บทบัญญัติของ Enterprise Act 2002 ผู้ร้องมีสิทธิที่จะนำประกาศและคำสั่งห้ามของศาลไปใช้บังคับตามคำพิพากษา

ตัวอย่างคดีที่ 4

คดี Mylcrist Builders Ltd VS G Buck [2008] EWHC 2172

บริษัทก่อสร้างเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลบังคับตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ตัดสินข้อพิพาทหลังจากที่ได้มีกรณีพิพาทเกิดขึ้น ผู้ถูกร้องได้ลงนามในสัญญาและเงื่อนไขมาตรฐานของบริษัทก่อสร้างซึ่งมีข้อสัญญาระบุให้บริษัทฯ นำข้อขัดแย้งทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไปสู่อนุญาโตตุลาการได้ บริษัทก่อสร้างเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการเอง แต่ Mrs. Buck ปฏิเสธไม่เห็นด้วยกับคำตัดสิน เพราะว่า อนุญาโตตุลาการถูกเลือกโดยบริษัทฯ และได้

ตัดสินให้เป็นประโยชน์แก่บริษัทฯ เท่านั้น

บริษัทก่อสร้างซึ่งเป็นผู้ขอคำสั่งศาลโต้แย้งว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และตนเองได้ทำสัญญาโดยสุจริต และ UTCCR No. 2083 จะนำมาใช้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ 1996 (Arbitration Act 1996) ไม่ได้

ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรม เพราะไม่ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว และก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญาโดยการขัดขวางการใช้สิทธิของ Mrs. Buck ในทางศาลยุติธรรม หรือหาทางแก้ไขด้วยวิธีอื่น

หมายเหตุ:

สำนักงาน Office of Fair Trading เปิดทำการตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1973 เมื่อกฎหมาย Fair Trading Act 1973 เริ่มบังคับใช้ ภาระหน้าที่ของ OFT คือ ทำให้ตลาดทำงานเพื่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างดีที่สุด ตลาดจะทำงานได้ดีเมื่อธุรกิจดำเนินกิจกรรมโดยเปิดเผยอย่างเป็นธรรม และที่สำคัญคือ ต้องมีการแข่งขันหาลูกค้ากันอย่างจริงจัง

ตลอดระยะเวลากว่า 40 ปีที่ผ่านมา OFT มีผลงานมากมาย เป็นต้นว่า เพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจสินเชื่อผู้บริโภค 44 ราย ทำหน้าที่แทนผู้บริโภคดำเนินคดีจนคดีถึงที่สุด 22 คดี ทำโครงการเพื่อศึกษาตลาด 14 โครงการ วินิจฉัยกรณีที่มีการควบกิจการของธุรกิจ 100 ราย และส่งไปให้คณะกรรมาธิการการแข่งขัน (Competition Commission) ดำเนินการต่อ 16 ราย OFT ได้ทำการปรับบริษัทขนาดใหญ่สองบริษัท รวมแล้ว กว่า 60 ล้านปอนด์ คือ British Airways และ Mercedes Benz เพราะมีพฤติกรรมขัดกับนโยบายตลาดที่มีการแข่งขัน

OFT ต้องปิดตัวลงเมื่อ วันที่ 31 มีนาคม 2557 เพราะมีการจัดระบบหน่วยงานใหม่ หน้าที่ส่วนใหญ่ของ OFT ซึ่งได้แก่ การคุ้มครองผู้บริโภค และการดูแลตลาดให้มีการแข่งขัน ปัจจุบันตกเป็นหน้าที่ของ Competition and Markets Authority หรือ CMA ซึ่งตั้งขึ้นใหม่

เว็บไซต์ www.oft.uk/ ของ Office of Free Trading ปิดการให้บริการไปแล้วตั้งแต่ปี 2557 ผู้ที่ประสงค์จะเข้าไปค้นคว้าหาข้อมูลจาก OFT ควรเปิดไปที่

www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading ก่อน แล้ว click ที่ tab ‘view the closed OFT site in the UK Government Web Archive’

5. กรณีตัวอย่างความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในตลาดผูกขาดในประเทศไทย

ในปัจจุบัน ตลาดผูกขาดตามความหมายที่ว่าดำเนินการโดยเอกชนแต่เพียงผู้เดียวโดยลำพังจัดเป็นตลาดที่หาได้ยาก แต่ไม่ได้หมายความว่าการผูกขาดจะไม่มีอยู่เลย การผูกขาดยังคงมีให้พบเห็นอยู่เป็นประจำ ตัวอย่างเช่น กรณีที่หน่วยธุรกิจมีขนาดใหญ่ โดยมีสัดส่วนของสินค้าที่หน่วยธุรกิจผลิตออกมาจำหน่ายมีจำนวนมากเมื่อเทียบกับหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ จนกระทั่งหน่วยธุรกิจรายใหญ่นี้มีอำนาจในการควบคุมตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ในทางปฏิบัติ หน่วยธุรกิจขนาดใหญ่นี้จึงมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจในตลาดผูกขาด สาเหตุของการผูกขาดอีกทางหนึ่งอาจเกิดจากการกระทำของรัฐเองก็ได้โดยการออกกฎหมายกีดกันซึ่งเป็นปัจจัยกีดขวางที่ทำให้เกิดหน่วยธุรกิจผูกขาดขึ้น เช่น การออกใบอนุญาตให้สัมปทาน ให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยธุรกิจเฉพาะรายดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าได้แต่ผู้เดียว เป็นต้น เป็นเหตุให้หน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าที่ถูกกีดกันโดยรัฐนั้นได้ สำหรับประเทศไทย สาเหตุการผูกขาดที่เกิดจากการกีดกันโดยรัฐและกฎหมายโดยการให้สัมปทานจัดเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมาก ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากกรณีตัวอย่างของตลาดการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นตลาดผูกขาดตามกฎหมายที่กีดกันหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ ไม่ให้เข้าไปในอุตสาหกรรมชนิดนี้ ผลเสียที่เกิดขึ้นก็คือผลประโยชน์ที่รัฐ หรือผู้บริโภคควรจะได้รับจะถูกถ่ายโอนไปสู่ผู้ได้รับสัมปทานอย่างมหาศาลในรูปของ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset หรือ I)

ก่อนอื่นควรทำความเข้าใจก่อนว่า ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset หรือ I) นั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ที่สามารถจำแนกแยกแยะได้ (Identifiable Intangible Asset) ส่วนมากมักจะเป็นบรรดาทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property หรือ IP) ทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่ว ๆ ไปเกิดจากการบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ การออกแบบ สูตรต่าง ๆ ความลับทางการค้า เป็นต้น[129]

2. ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ที่ไม่สามารถจำแนกแยกแยะได้ (Unidentifiable Intangible Asset หรือ U) เช่น goodwill ชื่อเสียง ทักษะการบริหารจัดการ เครือข่ายผู้แทนจำหน่าย แรงงานที่มีทักษะและได้รับการอบรมจนชำนาญ เป็นต้น[130]

---

[129] ปรีดา ยังสุขสถาพร (2551) *"ทรัพย์สินทางปัญญาน่ารู้และวิธีประเมินค่า (Intellectual Property and Valuation Technique")* สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หน้า 68-71

[130] เรื่องเดียวกัน

ต่อไปนี้จะแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในตลาดผูกขาด โดยการยกตัวอย่างบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือบริษัทมหาชนสองบริษัทซึ่งอยู่ในตลาดที่แตกต่างกันขึ้นมาเปรียบเทียบ บริษัทแรกได้แก่บริษัท Ford Motor ซึ่งประกอบการอยู่ในตลาดเสรีในสหรัฐอเมริกา และอีกบริษัท คือบริษัท Advanced Info Service หรือ AIS ซึ่งได้รับสัมปทานผูกขาดจากรัฐบาลไทย ข้อมูลที่แสดงข้างล่างเป็นข้อมูลที่สามารถหาได้จากตลาดหลักทรัพย์ และข้อมูลจากบัญชีงบดุลของบริษัทเอง

5.1 บริษัท Ford Motor[131]

ในปี 2543 มูลค่าตามบัญชีของบริษัท FORD แสดงว่า

Market Capitalization (C)	=	48,400 million us $
Total Assets (A)	=	276,230 million us $
Total Liabilities (L)	=	248,700 million us $
Intangible Assets (I)	(ไม่ปรากฏ)	

เมื่อพิจารณาข้อมูลของ Ford Motor จะเห็นว่า บริษัทนี้ไม่มี ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset หรือ I) เลย แต่มีสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา หรือทรัพย์สินทางปัญญา (IP) อยู่ในมือถึงกว่า 5,300 สิทธิบัตร ซึ่งสามารถคำนวณหามูลค่าได้ ดังนี้

วิธีการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญาโดยคิดจากราคาตลาด (The market approach) เริ่มจากการหามูลค่าตามบัญชี (book value) ซึ่งได้จากการนำเอาค่า สินทรัพย์รวม (A) ลบด้วย หนี้สินรวม (L) และถ้ามูลค่าตามบัญชีนั้นรวมค่าของ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (I) ใด ๆ ไว้ก็ให้ลบค่านั้นออกไปด้วย

ดังนั้น จะได้สมการค่าสุทธิของ สินทรัพย์ที่จับต้องได้ (Net Tangible Asset หรือ N) ดังนี้

Net Tangible Assets (N) = A – L – I ..... (1)

A = total assets (สินทรัพย์รวม)

L = total liabilities (หนี้สินรวม)

I = intangible assets (ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้)

มูลค่าตลาด (market capitalization หรือ C) ของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ คือ ราคาต่อหุ้น คูณด้วยจำนวนหุ้นของบริษัท ข้อมูลนี้สามารถหาได้จากตลาดหลักทรัพย์

[131] เรื่องเดียวกัน

ค่าโดยประมาณของทรัพย์สินจับต้องไม่ได้ที่ **ไม่** สามารถจำแนกแยกแยะได้ (unidentifiable intangible assets หรือ U) เช่น goodwill สามารถประมาณได้ว่าเท่ากับร้อยละ 10 ของมูลค่าตลาดทั้งหมด

U = 0.1 x C …….. (2)

การประเมินค่าตลาดของบริษัทจะได้จากสมการ

มูลค่าตลาด (C) = ทรัพย์สินที่จับต้องได้ (N) + ทรัพย์สินจับต้องไม่ได้ที่ไม่สามารถจำแนกแยกแยะได้ (U) + ทรัพย์สินทางปัญญา (IP) หรือ

C = N + U + IP assets …… (3)

หรือ IP assets **=** **C – N – U**

= C – (N + 0.1 x C)

= **0.9 C – N** ……..... (4)

โดยการแทนค่า ในสมการ (4) ข้างบน จะได้มูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา หรือ IP assets ของ FORD

IP assets = 0.9 x C - N

= 0.9 x C – (A – L)

= 0.9 x 48,400 – (276,230 – 248,700) us million $

= 43,560 – 27,530 million us $

= 16,030 million us $

ในปี 2543 บริษัท Ford Motor มีสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาอยู่ในมือกว่า 5,300 สิทธิบัตร และจากการคำนวณข้างบนพบว่า Ford Motor มีทรัพย์สินทางปัญญาเป็นมูลค่าโดยประมาณถึงร้อยละ 33 ของมูลค่าหลักทรัพย์ตามราคาตลาด หรือ 16,030 ล้านเหรียญสหรัฐ หมายความว่า ตลาดทุนได้ให้ราคาแก่สิทธิบัตรของ Ford Motor ราว 3 ล้านเหรียญสหรัฐต่อหนึ่งสิทธิบัตร[132]

5.2 บริษัท Advanced Info Service หรือ AIS[133]

AIS ได้รับสัมปทานผูกขาดในการดำเนินธุรกิจด้านโทรคมนาคม และจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชน ในประเทศไทย ข้อมูลต่อไปนี้เป็นข้อมูลจากตลาดหลักทรัพย์ และข้อมูลจาก

---

[131] เรื่องเดียวกัน

[132] เรื่องเดียวกัน

[133] เรื่องเดียวกัน

บัญชีงบดุลของบริษัทฯ AIS เอง

Market Capitalization (C) = 281,472.06 ล้านบาท (ณ วันที่ 17 พฤษภาคม 2548)

Total Assets (A) = 121,167.60 ล้านบาท (ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2547)

Total Liabilities (L) = 53,080.43 ล้านบาท (ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2547)

Intangible Assets (I) = 90,431.65 ล้านบาท (จากการคำนวณรวมค่า assets under concession agreement, concession rights, goodwill and others ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2547)

แต่จากฐานข้อมูลของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ณ วันที่ 18 เมษายน 2548 บริษัท AIS ไม่มีสิทธิบัตรอยู่ในมือเลยแม้แต่ชิ้นเดียว ดังนั้น มูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาของบริษัท AIS จึงมีค่าเท่ากับศูนย์ เมื่อดูจากข้อมูลข้างบนแล้วจะเห็นได้ว่า AIS มีทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (I) ถึง 90,431.65 ล้านบาท ซึ่งเป็นผลประโยชน์ส่วนเกินจากการที่ได้รับสัมปทานผูกขาด (assets under concession agreement, concession rights) นั่นเอง

บทที่ 4
วิเคราะห์ เปรียบเทียบกฎหมาย และแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไข กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

กฎหมายประเภท Directive ของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายแม่แบบที่ตราออกมาเพื่อเป็นมาตรฐานให้ประเทศสมาชิกนำไปอนุวัติเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในประเทศของตน สำหรับ Directive 93/13/EEC ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น กำหนดไว้ว่า ประเทศสมาชิกจะร่างให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์เกินกว่าที่กำหนดใน Directive อย่างไรก็ได้ แต่ต้องไม่ให้ด้อยกว่า

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้ตราขึ้นใช้เป็นฉบับแรก คือ Loi 78-23 เมื่อวันที่ 10 มกราคม 1978 ในปี 1991 ศาลสูงของฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สองปีต่อมา คือในปี 1993 ได้บรรจุ Loi 78-23 ไว้ในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งตราขึ้นใหม่ (Code de la Consommation) เมื่อมี Directive 93/13/EEC ออกมา ขณะนั้น ฝรั่งเศสมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สมบูรณ์อยู่แล้ว จึงเพียงแต่ปรับปรุงกฎหมายเก่าของตนเพียงเล็กน้อยก็ใช้ได้เลย

ในประเทศอังกฤษ หลักพื้นฐานในการซื้อขายแต่ดั้งเดิมคือ ผู้ซื้อพึงระวัง (caveat emptor) และสถานการณ์เป็นเช่นนี้จนกระทั่งมีการประมวลเป็นพระราชบัญญัติการขายของ (Sales of Goods Act 1893) ซึ่งทำให้การขายทุกครั้งมีนัยของการรับประกันว่าสินค้าเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่ออกใช้ฉบับแรกในประเทศอังกฤษ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความปลอดภัยของผู้บริโภค 1978 (Consumer Safety Act 1978) และ พระราชบัญญัติว่าด้วยความปลอดภัยของผู้บริโภค (ฉบับแก้ไข) 1986 หรือ Consumer Safety Act (Amendment) 1986 ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค 1987 (Consumer Protection Act 1987) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ที่นำมาขายตามแนวทางของ Directive 85/374/EEC ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 1987 กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นลายลักษณ์อักษรที่นำออกใช้ฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 1977 (The Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA) เมื่อมี Directive 93/13/EEC ออกมา ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายตามแนวทางของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแทบทุกตัวอักษรในปี 1994 เรียกว่า พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) ต่อมา ในปี 1999 ได้มีการปรับปรุงพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้เสียใหม่ เรียกว่า The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือ UTCCR เพื่อใช้ประกอบกับ

กฎหมายฉบับเดิม คือ ‘The Unfair Contract Terms Act 1977’ ประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคทางด้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสองฉบับ

กฎหมายสองฉบับนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีความสลับซับซ้อน (Complexity) มีทั้งที่ซ้ำกันและขัดกัน เมื่อกฎหมายซึ่งมีผลต่อชีวิตประจำวันของบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไปถูกทำให้ยุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็น ดังนั้น จึงได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงแก้ไข และรวมกฎหมายทั้งสองฉบับให้เป็นฉบับเดียว

เนื่องจาก ประเทศไทยได้ลอกเลียนแนวความคิดจาก UTCA มายกร่างเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เสียเป็นส่วนใหญ่ [134] รวมทั้งในการบัญญัติ UTCCR ประเทศอังกฤษได้ลอก Directive 93/13/EEC มาแทบทุกตัวอักษร ดังนั้น การศึกษาถึงปัญหาและแนวคิดที่จะปรับปรุงแก้ไข ตลอดจนการรวมกฎหมายทั้งสองฉบับของประเทศอังกฤษให้เป็นฉบับเดียวจึงเป็นเรื่องน่าศึกษาเพื่อนำมาใช้ในการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ของประเทศไทยให้ชัดเจน และสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

1. การวิเคราะห์การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

1.1 การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศฝรั่งเศส

ในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามแนวทางของ Directive 93/13 EEC นั้น นักกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้เบี่ยงเบนไปจากแนวทางของกฎหมายต้นแบบเลย แต่ได้บัญญัติข้อความชัดเจนทำให้ง่ายในทางปฏิบัติ เช่นในกรณีของ การประเมินว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น จนอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส (Consumer code chapter 2 – chapter 6 on Unfair Terms, article L132-1 – L136-1) สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้ดีที่สุดฉบับหนึ่ง จุดเด่นของกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส ได้แก่

1.1.1 ความหมายของคำ

1) ข้อสัญญา (contractual terms)

กฎหมายของฝรั่งเศสระบุชัดเจนว่า ให้ใช้บังคับกับสัญญาทุกชนิด รวมทั้งใบสั่งซื้อสินค้า ใบขนสินค้า พันธบัตร ใบส่งสินค้า ตลอดจนตั๋วโดยสาร ทำให้ง่ายขึ้นในการตีความ

---

[134] พินัย ณนค (2543) “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” *วารสารนิติศาสตร์* 30 : 4 (ธันวาคม 2543) หน้า 555

2) ผู้บริโภค (consumers)

กฎหมายของฝรั่งเศสแบ่งคู่สัญญาออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพ (professionals) หรือผู้ประกอบการค้า (entrepreneurs) ฝ่ายหนึ่ง และฝ่ายที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพ (non-professionals) หรือผู้บริโภค (consumers) อีกฝ่ายหนึ่ง ทำให้ความหมายของคำว่าผู้บริโภคกว้างขวางมาก เพราะไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ซื้อคนสุดท้ายและซื้อไปบริโภคเองเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงองค์ภาวะอื่น (other entities)[135] ที่ซื้อเพื่อนำไปใช้ในธุรกิจที่มิใช่ธุรกิจเดียวกันกับที่ผู้ขายเป็นผู้เชี่ยวชาญอยู่อีกด้วย มีผลทำให้ผู้บริโภคทุกชนิดทุกประเภทได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้อย่างทั่วถึง

1.1.2 การประเมินว่าข้อสัญญาใดเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เป็นที่น่าสังเกตว่านักกฎหมายของฝรั่งเศสบัญญัติกฎหมายข้อนี้ผิดแผกไปจาก Directive 93/13/EEC อยู่บ้าง แต่เป็นไปในทางที่ดีกว่า ดังนี้

1) กฎหมายของฝรั่งเศสตัดประเด็นปัญหาเรื่อง เจตนาภายใน (subjective intent) ออกไปเลย เพราะไม่มีข้อความที่ว่า “มีวัตถุประสงค์ในทางไม่สุจริต (contrary to the requirement of good faith)” อยู่ด้วย การที่นักกฎหมายของฝรั่งเศสบัญญัติกฎหมายผิดแผกไปจาก Directive 93/13/EEC ในประเด็นนี้ ต้องถือว่าเป็นการกระทำในทางบวก เพราะว่าในการพิจารณาคดีจริง ๆ แล้ว ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะชี้ว่า การกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำใดสุจริต หรือไม่สุจริต การตัดข้อความดังกล่าวออกไปทำให้การประเมินว่า ข้อสัญญาใดเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมง่ายขึ้น เพราะที่เหลือพิจารณาดูจากเจตนาภายนอก (objective intent) แต่เพียงอย่างเดียว ได้แก่ ความได้เปรียบเสียเปรียบ ความไม่เท่าเทียมกันในสัญญา

2) ตาม Directive 93/13/EEC นั้น ข้อสัญญาที่จะเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะต้องมีคุณสมบัติครบทั้ง 3 ประเด็น คือ ไม่ได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกัน ขัดต่อความสุจริต และมีความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพัน แต่นักกฎหมายของฝรั่งเศสทำให้ง่ายขึ้น เพราะเพียงแต่ก่อให้เกิดความได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรก็เข้าข่ายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว รวมทั้งให้ครอบคลุมไปถึงข้อสัญญาในสัญญาอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องด้วย

3) กฎหมายให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคอย่างทั่วถึง คือ ทั้งผู้บริโภคที่ไม่ตระหนักในสิทธิที่ตนมี ตลอดจนผู้บริโภคที่ตระหนักว่าตนถูกเอาเปรียบและพยายามต่อรองด้วย

---

[135] entity (องค์ภาวะ) ใน New Model English – Thai Dictionary compiled by So Sethaputra, library edition, fourth edition 1970, Published by Thai Watana Panich. หมายถึงสิ่งซึ่งมีโดยจริงจัง จะมีชีวิตหรือไม่มีชีวิต จะถูกต้องได้หรือถูกต้องไม่ได้ ก็ได้ทั้งสิ้น

(นั่นคือ ผู้บริโภคที่มีโอกาสได้เจรจาต่อรองตัวต่อตัว)

1.1.3 การตีความ

มาตรา L.133- 2 ของประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศส บัญญัติเกี่ยวกับการตีความสัญญาไว้เหมือน ๆ กับประเทศอื่น ๆ ซึ่งเปรียบเทียบได้กับ มาตรา 5 ของ Directive 93/13/EEC และมีข้อความตรงกันทุกประการ คือ “ในกรณีที่มีข้อสงสัย จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือฝ่ายที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพอย่างที่สุด” (In the event of doubt, they are interpreted in the sense which is most favourable to the consumer or the non-professional.)

1.1.4 ผลของข้อสัญญาส่วนที่ไม่เป็นธรรม และผลของสัญญาส่วนที่เหลือ

1) ผลของข้อสัญญาส่วนที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศสบัญญัติให้ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้อย่างชัดเจนว่า เท่ากับไม่เคยเขียนไว้ (non écrite หรือ not written) คือ ให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลเท่ากับว่าไม่เคยเขียนไว้ หรือ เป็นโมฆะ (nul and void) และมีผลมาตั้งแต่แรก (ex tunc) เหมือนกับว่าคู่สัญญาไม่เคยได้ใส่ข้อความนั้นไว้ในสัญญาเลย ในขณะที่ Directive 93/13/EEC กำหนดให้ข้อสัญญาที่ได้รับการวินิจฉัยว่าไม่เป็นธรรมไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค (not binding)

2) ผลของสัญญาส่วนที่เหลือ

ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในสหภาพยุโรปถอดข้อความจากมาตรา (6) ของ Directive 93/13/EEC ออกมาตรง ๆ ให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค และเมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญานั้นยังมีส่วนที่สมบูรณ์เหลืออยู่ ก็ให้มีผลผูกพันต่อไปได้ ถ้านับว่า Directive 93/13/EEC ใช้ถ้อยคำในเชิงลบ นักกฎหมายของฝรั่งเศสก็บัญญัติกฎหมายของตนโดยใช้ถ้อยคำในเชิงบวก โดยให้ผลของสัญญาส่วนที่เหลืออยู่ หลังจากที่ตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ยังมีผลผูกพันคู่สัญญา ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นมีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งดูเผิน ๆ แทบจะไม่แตกต่างกัน แต่ความจริงแล้ว ผลที่เกิดขึ้นแตกต่างกัน เพราะตามกฎหมายของฝรั่งเศสสัญญาฉบับนั้นจะมีผลผูกพันผู้บริโภคก็ต่อเมื่อข้อสัญญาที่ถูกวินิจฉัยแล้วว่าไม่เป็นธรรมนั้น ถูกตัดทิ้งออกไปก่อนแล้ว

1.2 การอนุวัติ Directive 93/13/EEC ในประเทศอังกฤษ

ในการบัญญัติกฎหมายตามแนวทางของ Directive 93/13/EEC นั้น (ในอังกฤษเรียก Directive ฉบับนี้ว่า Unfair Terms Directive 1993 หรือ UTD) มีข้อที่น่าสังเกตคือ ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายโดยลอก UTD มาแทบทุกตัวอักษร เรียกว่า พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) ข้อที่ประเทศอังกฤษได้เปรียบประเทศอื่น คือ ไม่ต้องแปลเป็นภาษาแม่ก่อน ทำให้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น

ธรรมของอังกฤษตรงตาม Directive 93/13/EEC มากที่สุด ข้อดีอีกอย่างหนึ่งคือ มีจำนวนมาตราน้อย เพราะไม่ต้องมีการขยายความ ในปี 1999 ได้มีการปรับปรุง UTCCR อีกครั้งหนึ่งและเรียกกฎหมายฉบับแก้ไขใหม่นี้ว่า The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือ UTCCR

ก่อนหน้า UTCCR ประเทศอังกฤษมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของตัวเองใช้อยู่แล้ว คือ The Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA จากการที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสองฉบับ โดยที่ฉบับ UTCA มีแนวคิดแบบประเพณีนิยมของอังกฤษ และฉบับ UTCCR ซึ่งลอก UTD ของสหภาพยุโรปมาทั้งหมด บทบัญญัติของกฎหมายสองฉบับนี้มีทั้งที่ซ้ำซ้อนกันและขัดกัน UCTA เน้นเรื่องข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ใช้กับสัญญาหลายประเภทซึ่งรวมทั้งสัญญาระหว่างธุรกิจด้วยกันและสัญญาระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภคอีกด้วย ส่วน UTCCR ใช้บังคับระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภคเท่านั้น แต่บัญญัติถึงข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันอย่างกว้างขวาง ดังนั้น หลายปีที่ผ่านมากฎหมายสองฉบับนี้จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ายุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็น

ในปี 2001 กรมการค้าและอุตสาหกรรมของอังกฤษ (Department of Trade and Industry) ได้ขอให้ คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ (Law Commission และ Scotland Law Commission) ทำการศึกษาและยกร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเสียใหม่ให้ชัดเจนและเข้าถึงได้ง่ายขึ้น และให้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะคุ้มครองธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจขนาดเล็กด้วย ในปี ค.ศ.2005 คณะกรรมาธิการทั้งสองได้จัดทำรายงานขึ้นฉบับหนึ่ง รวมถึงการเสนอร่างกฎหมายใหม่ซึ่งรวมเอากฎหมายเก่าทั้งสองฉบับ คือ UTCA และ UTCCR ให้เป็นฉบับเดียว แต่ก็ไม่ได้มีการดำเนินการต่อแต่ประการใด

ต่อมาในปี 2009 เกิดปัญหาการตีความข้อกฎหมายซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 6 (2) ของ UTCCR หรือ มาตรา 4 (2) ของ UTD ที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นำเรื่องราคาหรือค่าตอบแทนนั้นคุ้มค่ากับสินค้าหรือบริการที่ได้รับหรือไม่มาเป็นข้อโต้แย้ง ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา” ในคดี Office of Fair Trading VS Abbey National plc. ศาลสูงวินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ทำให้มีการรื้อฟื้นกฎหมายสองฉบับนี้ขึ้นมาศึกษากันใหม่ ซึ่งคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายทั้งสองคณะได้รับมอบหมายจาก Department for Business, Innovation and Skills หรือ (BIS) ให้ทำการศึกษาเรื่องข้อสัญญาระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภคอีกครั้งหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการตีความเรื่องราคาดังกล่าว จึงได้มีรายงานจากคณะกรรมาธิการฯ ทั้งสองเพิ่มเติมอีกฉบับหนึ่งในปี 2012

2. การเปรียบเทียบ Directive 93/13/EEC กับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

2.1 การเปรียบเทียบในสาระสำคัญของกฎหมาย

ในการเปรียบเทียบสาระสำคัญของตัวบทกฎหมายสองฉบับนี้ มีหัวข้อที่จะทำการเปรียบเทียบ 5 หัวข้อ ได้แก่ ความหมายของคำสำคัญ ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หลักเกณฑ์ที่ใช้ช่วยในการประเมินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ การตีความข้อสัญญา และผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.1.1 ความหมายของคำสำคัญ

ตารางที่ 4.1 ความหมายของคำสำคัญ

Directive 93/13/EEC	พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
1. ผู้บริโภค หมายถึง 1) บุคคลธรรมดา 2) กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์นอกเหนือขอบเขตทางการค้า ธุรกิจ หรือ วิชาชีพของตน	1. ผู้บริโภค หมายถึง 1) ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะใดฐานะหนึ่งดังนี้ ผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด 2) เพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน 3) การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด
2. ผู้จำหน่ายสินค้า หรือ บริการ หมายถึง 1) บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล 2) กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน 3) ไม่ว่าจะเป็น กิจการสาธารณะ หรือกิจการส่วนตัว	2. ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หมายถึง 1) ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะใดฐานะหนึ่งดังนี้ ผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด 2) เพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด 3) การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น เป็นการค้าปกติของตน

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

Directive 93/13/EEC	พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
3. สัญญามาตรฐาน หมายถึง 1) สัญญาที่มีการร่างไว้ล่วงหน้า 2) ไม่ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว 3) ผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้	3. สัญญาสำเร็จรูป หมายถึง 1) สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร 2) มีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า 3) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้นำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

2.1.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตารางที่ 4.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

Directive 93/13/EEC	พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 1. เป็นข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว 2. ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา 3. เป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย 4. ทั้งนี้ โดยขัดต่อความสุจริต	ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 1. ข้อตกลงในสัญญาที่ทำให้ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝาก ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2. ข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

2.1.3 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

ตารางที่ 4.3 หลักเกณฑ์ที่ใช้ช่วยในการประเมินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

Directive 93/13/EEC	พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
1. หลักเกณฑ์ในการประเมินความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา 1) จะต้องพิเคราะห์จากธรรมชาติของสินค้าหรือบริการที่กำลังทำสัญญากันอยู่ และต้องดูพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในขณะทำสัญญา รวมทั้งข้อสัญญาอื่น ๆ ทั้งหมดในสัญญาเดียวกัน หรือสัญญาฉบับอื่นที่ถูกพาดพิงถึงประกอบด้วย 2) มีพฤติกรรมขัดต่อความสุจริต ส่วนการวินิจฉัยความสุจริตให้พิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ คือ อำนาจการต่อรองของคู่สัญญาเท่าเทียมกันหรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ชักจูงให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาหรือไม่ สินค้าหรือบริการได้จำหน่ายให้ผู้บริโภคตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภคหรือไม่ และผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ติดต่อหรือเจรจากับผู้บริโภคด้วยความเป็นธรรมและเท่าเทียมกันหรือไม่	1. หลักเกณฑ์ในการประเมินความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา 1) ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง 2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น 3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา 4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
2. หลักเกณฑ์ในการประเมินความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา 1) บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญา 17 ประการที่อาจจะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้ เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคะเนได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ และรายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่างที่ระบุข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมเท่านั้น 2) ห้ามมิให้นำเรื่องคำจำกัดความของสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่า ราคาหรือค่าตอบแทนนั้นคุ้มค่ากับสินค้าหรือบริการที่ได้รับหรือไม่ มาเป็นข้อโต้แย้ง ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา	2. หลักเกณฑ์ในการประเมินความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญามีดังนี้ คือ “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติอาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” และได้ให้ตัวอย่างข้อตกลงไว้ 9 ประการ อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างหลายตัวอย่างซ้ำซ้อนกัน จึงเหลือตัวอย่างที่แท้จริงเพียง 4 ตัวอย่างเท่านั้น คือ ข้อ (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ข้อ (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด

2.1.4 การตีความ

ตารางที่ 4.4 การตีความ

Directive 93/13/EEC	พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
	ข้อ (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี ข้อ (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย ฯลฯ สูงกว่าที่ควร ในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้
การตีความ เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความหมายของข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคอย่างที่สุด	การตีความ ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

2.1.5 ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตารางที่ 4.5 ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

Directive 93/13/EEC	พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 1. ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการทำกับผู้บริโภคนั้น ไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค 2. เมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญานั้นยังมีส่วนที่สมบูรณ์เหลืออยู่ ก็ให้มีผลผูกพันต่อไปได้	ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

3. ความแตกต่างระหว่าง Directive 93/13/EEC กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

3.1 Directive 93/13/EEC

3.1.1 ใช้บังคับกับข้อสัญญาทุกชนิดในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการนำมาใช้กับผู้บริโภค (นั่นคือ สัญญาผู้บริโภค หรือ consumer contract) เท่านั้น ยกเว้นห้ามมิให้ผู้บริโภคโต้แย้งว่า ข้อสัญญาเรื่องราคาหรือค่าตอบแทน และข้อสัญญาที่กำหนดสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา (main subject matter) เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3.1.2 ใช้กับสัญญาผู้บริโภค (Consumer contract) เท่านั้น

3.1.3 ไม่มีการบัญญัติให้ข้อสัญญาประเภทใดไม่มีผลบังคับใช้เพราะตกเป็นโมฆะ

3.1.4 ในทุกกรณีจะต้องมีการพิสูจน์ก่อนว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงจะใช้กฎหมายบังคับได้

3.1.5 ไม่มีการกำหนดแนวทางให้ใช้ประกอบในการพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาหรือไม่ แต่มีข้อสัญญาตัวอย่างซึ่งใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาเหล่านี้ อาจจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

3.1.6 ภาระในการพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมตกอยู่แก่ผู้บริโภค

3.1.7 ใช้กับข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว (individually negotiated) เท่านั้น

3.1.8 ใช้กับสัญญาผู้บริโภค (consumer contract) ทุกชนิด

3.1.9 ไม่เพียงแต่มีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น แต่ยังมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่นในการบังคับใช้กฎหมายได้ด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกต่อไป เช่น ในประเทศอังกฤษ Office of Fair Trading เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้ UTCCR เป็นต้น

3.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

3.2.1 ข้อสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้แก่ ข้อสัญญาในสัญญาระหว่างหน่วยธุรกิจกับผู้บริโภค และระหว่างหน่วยธุรกิจด้วยกันเอง และยังรวมถึงข้อตกลงความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายเดียวอีกด้วย

3.2.2 พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับกับสัญญาประเภทต่าง ๆ ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 8 ประเภท คือ

1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ

2) สัญญาสำเร็จรูป

3) สัญญาขายฝาก

4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ

5) ข้อตกลงยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค

6) ข้อสัญญาที่ได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ

7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด หรือผิดสัญญา

8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด

3.2.3 มีข้อสัญญา 4 ประเภทที่ไม่มีผลใช้บังคับเพราะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากมีเนื้อหาที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ได้แก่

1) ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง หรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นในขณะทำสัญญา

2) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด หรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย

3) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

4) ข้อสัญญาที่มิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้บังคับ

3.2.4 ข้อสัญญาอื่น ๆ จะเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่ หลักเกณฑ์ในการพิจารณา คือ เป็นข้อตกลงอันมีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งถือว่าเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือไม่

3.2.5 แนวทางที่ศาลใช้ประกอบในการวินิจฉัยหลักของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี มี 5 ข้อ คือ

1) ปัจจัยซึ่งเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาเอง ได้แก่ ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

2) ปัจจัยเกี่ยวกับปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

3) ปัจจัยเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือ ในการปฏิบัติตามสัญญา

4) ปัจจัยในการรับภาระของคู่สัญญาโดยเปรียบเทียบภาระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายประกอบกัน

5) ปัจจัยอันเกี่ยวกับความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิ หรือผู้เชี่ยวชาญ

3.2.6 ภาระการพิสูจน์ ฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมต้องเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เว้นแต่มีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง คู่ความฝ่ายนั้นก็มีหน้าที่นำสืบว่าตนเข้าองค์ประกอบของข้อสันนิษฐานแล้วเท่านั้น จากนั้นภาระการพิสูจน์ก็จะตกอยู่กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

3.2.7 ส่วนใหญ่ใช้ในการจำแนกว่าข้อสัญญานั้นได้มีการเจรจาต่อรอง หรือเป็นแบบฟอร์มสำเร็จรูป

3.2.8 ไม่ได้ใช้บังคับกับสัญญาบางประเภท เพราะไม่ถือว่าบุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้บริโภค หรือผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

1) ผู้ขายสินค้าหรือบริการไม่ถือว่าเป็นผู้บริโภค เนื่องจากมิใช่เป็นผู้ซึ่งเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด เช่น ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลิตผลการเกษตรให้กับพ่อค้าคนกลาง

2) ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการเพื่อนำมาขายต่อ หรือนำมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าเพื่อขายต่อไปโดยตรง เช่น บริษัทผลิตยาซื้อตัวยาเพื่อนำมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตยาตัวอื่นเพื่อจำหน่ายต่อไป

3) จากบทบัญญัติคำนิยามของ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพนั้น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งเป็นผู้จำหน่ายสินค้า หรือบริการเป็นครั้งคราว มิใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้าปกติของตนก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

3.2.9 มีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น

4. แนวทางในการปรับปรุงแก้ไข และการรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษให้เป็นฉบับเดียว

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สองฉบับ คือ Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ UCTA และ Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999 หรือ UTCCR กฎหมายฉบับแรกเน้นเรื่องข้อสัญญายกเว้นความรับผิดเป็นสำคัญ ใช้บังคับระหว่างหน่วยธุรกิจกับผู้บริโภค ระหว่างหน่วยธุรกิจด้วยกันเอง และในบางกรณีใช้กับสัญญาที่ทำกันเป็นการส่วนตัวโดยที่ทั้งสองฝ่ายไม่ได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจอีกด้วย ข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดส่วนใหญ่จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ เช่น ข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในกรณีเงินชดเชยในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค หรือข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดอันเนื่องมาจากการละเลยในกรณีละเมิดเป็นต้น ส่วนกฎหมายฉบับหลังบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้อย่างกว้างขวาง แต่ใช้กับสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น

4.1 ความแตกต่างระหว่าง UCTA และ UTCCR

4.1.1 UCTA

1) ใช้บังคับกับข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด และข้อสัญญาที่เกี่ยวกับเงินชดเชยเท่านั้น

2) กำหนดให้ข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดบางประเภทให้ไร้ผลไปเลย

3) กำหนดให้ข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดประเภทอื่น ๆ ต้องผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล

4) บัญญัติแนวทางในการทดสอบความสมเหตุสมผลไว้ให้

5) ภาระการพิสูจน์ว่าข้อสัญญาเป็นธรรมต้องตกอยู่แก่ผู้ซึ่งอ้างข้อสัญญานั้น

6) มักจะใช้เมื่อเกิดปัญหาว่าข้อสัญญานั้นได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันหรือว่าเป็นสัญญามาตรฐาน

7) ไม่ใช้บังคับกับสัญญาบางประเภท/ลักษณะ ถึงแม้ว่าจะเป็นสัญญาผู้บริโภคก็ตาม

8) ใช้บังคับกับคู่สัญญาเท่านั้น

9) ใช้กับข้อสัญญาและประกาศแจ้งความยกเว้นความรับผิดบางประเภทในเรื่องเกี่ยวกับละเมิด และยังใช้กับสัญญาระหว่างหน่วยธุรกิจกับหน่วยธุรกิจ รวมทั้งสัญญาซื้อขายสินค้าเป็นการส่วนตัว ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจอีกด้วย

4.1.2 UTCCR

1) ใช้กับข้อสัญญาทุกชนิด ยกเว้นข้อสัญญาที่กำหนดสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา

2) ไม่ได้บัญญัติให้ข้อสัญญาชนิดใดให้ไร้ผลไปเลย

3) ข้อสัญญาต่าง ๆ จะต้องผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล

4) ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดแนวทางในการทดสอบความสมเหตุสมผลไว้ แต่มีรายการตัวอย่างข้อสัญญาซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ให้แทน (grey list)

5) กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมเป็นของผู้บริโภค

6) ใช้บังคับกับข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันเท่านั้น

7) บังคับใช้กับสัญญาผู้บริโภคทุกชนิด

8) ไม่เพียงแต่มีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น แต่ยังมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่น เช่น Office of Fair Trading บังคับใช้ UTCCR ได้ด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกต่อไป

9) ไม่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างหน่วยธุรกิจด้วยกัน หรือสัญญาซึ่งทำกันเป็นการส่วนตัว

4.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

4.2.1 ปัญหาเนื่องจากการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสองฉบับ

การที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันทีเดียวสองฉบับทำให้เกิดความสับสนและความไม่แน่ใจ ดังสาเหตุต่อไปนี้

1) เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมถูกแยกออกเป็นสองฉบับเวลาต้องการค้นหาข้อกฎหมายจึงต้องค้นทั้งสองฉบับ

2) บทบัญญัติข้อกฎหมายใน UCTA และ UTCCR บางข้อซ้ำกัน บางข้อก็ขัดกัน ใช้ภาษาและแนวคิดที่แตกต่างกันเพื่อก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกัน แต่ไม่ใช่ผลอันเดียวกัน (similar but not identical) นอกจากนั้น ลักษณะของการใช้ถ้อยคำ (Terminology) ก็ต่างกันด้วย

3) ขอบเขตของการใช้กฎหมายแต่ละฉบับไม่เหมือนกัน UCTA มีขอบเขตการใช้กว้างขวางกว่าแต่มีบทบัญญัติน้อยกว่าและเน้นเรื่องการยกเว้นความรับผิด ครอบคลุมถึงข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งความที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในเรื่องต่าง ๆ เช่น ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการที่ทำให้บุคคลอื่นตายหรือบาดเจ็บ ความสูญเสียหรือความเสียหายซึ่งเกิดจากการละเลยหน้าที่ในการดูแล การทำผิดข้อสัญญาบางข้อที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ และการผิดสัญญาโดยทั่ว ๆ ไป

UCTA นั้น นอกจากใช้เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว ยังใช้กับสัญญาที่ทำกันระหว่างหน่วยธุรกิจกับหน่วยธุรกิจ สัญญาการจ้างแรงงาน และยังใช้ในขอบเขตจำกัดกับสัญญาที่ทำกันเป็นการส่วนตัว โดยที่ทั้งสองฝ่ายมิใช่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ยังมีการยกเว้นการใช้ UCTA บังคับในสัญญาบางประเภท ที่สำคัญเช่น สัญญาประกันภัย และสัญญาเกี่ยวกับผลประโยชน์ในที่ดิน

ส่วน UTCCR นั้น ทั้งแคบกว่าและกว้างกว่า UCTA ที่แคบกว่าคือใช้กับสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น แต่บัญญัติให้คุ้มครองผู้บริโภคไว้กว้างขวางกว่า ไม่มีข้อยกเว้นสำหรับสัญญาประกันภัยหรือสัญญาเกี่ยวกับผลประโยชน์ในที่ดิน ยิ่งกว่านั้น ยังใช้กับข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันทั้งหมด เว้นไว้แต่ว่ามีการยกเว้นเอาไว้เป็นการเฉพาะ

4) ในการยกร่าง UCTA นักกฎหมายอังกฤษใช้วิธีการร่างแบบเข้มข้น ใช้ศัพท์เทคนิคสูง ๆ จนแม้แต่ทนายความที่เชี่ยวชาญก็ยังตามไม่ค่อยทัน แต่ในการยกร่าง UTCCR นั้น นักกฎหมายอังกฤษได้ลอก UTD มาแทบทุกตัวอักษร ทำให้เป็นที่เข้าใจยากสำหรับทนายความชาวอังกฤษผู้ซึ่งไม่คุ้นเคยกับแนวคิดแบบยุโรป

5) UCTA กำหนดให้ข้อสัญญาบางข้อไร้ผล ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคจะกลายเป็นโมฆะไปโดยอัตโนมัติถ้าระบุยกเว้นความรับผิดให้ผู้จำหน่ายสินค้าที่ทำให้เกิดการตายหรือบาดเจ็บ หรือจัดส่งสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพตามที่ผู้บริโภคต้องการ ข้อสัญญาอื่น ๆ จะมีผลก็ต่อเมื่อเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาที่ยอมให้ผู้จำหน่ายสินค้ามีสิทธิชำระหนี้ตามสัญญาแตกต่างเกินจากที่ผู้บริโภคคาดหวังมาก จะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อเป็นข้อสัญญาที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรม

UTCCR บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้ใน Schedule 2 เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคะเนได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่าง (non-exclusive list) ซึ่งลอกมาจาก UTD (ในอังกฤษเรียกว่า รายการสีเทา หรือ grey list) เพราะระบุข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมเท่านั้น ข้อสัญญาที่อยู่ในรายการนี้จึงอาจจะมิใช่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้หากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ ในขณะเดียวกันข้อสัญญาที่มิได้อยู่ในรายการนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ grey list มีส่วนช่วยเป็นแนวทางที่สำคัญให้เข้าใจวัตถุประสงค์ของ UTD

UTD มีความสำคัญอย่างมากต่อศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ในประเทศอังกฤษ ในการบังคับใช้ UTCCR ศาลจะต้องตีความตามถ้อยคำและเจตนารมณ์ของ UTD และถ้ามีความไม่แน่ใจในความหมายของ UTD ก็ต้องส่งให้ศาลของสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) เป็นผู้ตีความเท่านั้น

6) UTCCR ใช้บังคับกับคู่สัญญาเท่านั้น แต่ UCTA ไม่เพียงมีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น แต่ยังมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่น เช่น Office of Fair Trading บังคับใช้

UTCCR ได้ด้วย

4.2.2 ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา (main subject matter and price)

UTD กำหนดข้อยกเว้นสำหรับข้อสัญญาบางข้อไม่ให้นำมาพิจารณา ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา

มาตรา 4 (2) ของ UTD บัญญัติว่า “ในการประเมินความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ห้ามมิให้นำเรื่องคำจำกัดความของสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่าราคาหรือค่าตอบแทนนั้นคุ้มค่ากับสินค้าหรือบริการที่ได้รับหรือไม่มาเป็นข้อโต้แย้ง” นักกฎหมายอังกฤษได้ลอกมาตรา 4 (2) ของ UTD มาทั้งหมด เพียงแต่สลับข้อความเพียงเล็กน้อย และบรรจุไว้ในมาตรา6 (2) ของ UTCCR

ข้อยกเว้นดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าตีความยากเป็นพิเศษ ทำให้การดำเนินคดีในศาลมีความยุ่งยาก คดีที่เป็นปัญหาคือ คดี Office of Fair Trading VS Abbey National plc. ซึ่งสิ้นสุดลงในปี 2009 โดยการพิพากษาของศาลฎีกา คดีนี้เป็นคดีตัวอย่างระหว่าง OFT และธนาคาร ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยคือ ค่าธรรมเนียมการเบิกเงินเกินบัญชีส่วนที่เกินวงเงินที่ได้รับการอนุมัติจะได้รับการยกเว้นจากการประเมินความไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพราะถือว่าเป็นข้อตกลงเรื่องราคา

ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้รับการยกเว้นจากการประเมินความไม่เป็นธรรม เพราะไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงหลักของคู่สัญญา และเห็นว่าผู้บริโภคทั่ว ๆ ไปไม่น่าจะถือว่าค่าธรรมเนียมเป็นส่วนหนึ่งของราคา แต่เมื่อคดีมาถึงศาลฎีกา ศาลฎีกากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ เพราะเห็นว่า ค่าธรรมเนียมเบิกเงินเกินบัญชีควรได้รับการยกเว้น ศาลฎีกาไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่า ข้อตกลงเรื่องราคาอาจแยกออกได้เป็นข้อตกลงหลักและข้อตกลงรอง แต่เห็นว่าควรพิจารณาตามวัตถุประสงค์ในการทำสัญญา ไม่ใช่ตามความเห็นของคนธรรมดาทั่ว ๆ ไป เนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวแปลความได้ยาก ทำให้ผู้ใช้กฎหมาย และผู้ประกอบธุรกิจต่างแสดงความเห็นแตกต่างกันไป

4.2.3 ความต้องการคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก

จากการศึกษาของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ พบว่า ธุรกิจขนาดเล็กมักจะประสบปัญหาต้องจำใจยอมรับสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่กฎหมายไม่ยอมให้โต้แย้ง ส่วนมากมักเกิดกับชาวไร่ชาวนา ผู้ผลิต หรือผู้ก่อสร้างรายย่อย ธุรกิจขนาดเล็กอาจถูกบังคับให้ต้องจ่ายเงินชดเชยแก่ธุรกิจขนาดใหญ่สำหรับความเสียหายที่ไม่ใช่ความผิดของตน หรือถูกยึดเงินมัดจำ หรือจำต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงราคาหลังจากเซ็นสัญญากันแล้ว บางครั้งอาจพบว่าธุรกิจขนาดใหญ่เป็นฝ่ายที่มีสิทธิ

บอกเลิกสัญญาได้ตามใจชอบ หรือจากสาเหตุที่ผิดสัญญาเพียงเล็กน้อย ในขณะที่ฝ่ายธุรกิจขนาดเล็กต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายธุรกิจขนาดใหญ่นำสัญญามาตรฐานมาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กที่อ่อนแอกว่า ธุรกิจขนาดเล็กอาจไม่เข้าใจข้อสัญญา หรือถึงแม้เข้าใจก็ไม่มีอำนาจการต่อรองที่จะเปลี่ยนแปลงอะไรได้

ข้อสัญญาที่ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองแต่ธุรกิจไม่ได้รับการคุ้มครอง ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับเรื่อง เงินมัดจำ หรือการยึดเงินที่จ่ายไปแล้ว การต่ออายุโดยอัตโนมัติ การเปลี่ยนแปลงราคา การจ่ายเงินชดเชย การบอกเลิกสัญญา เป็นต้น

4.3 แนวคิดในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

วัตถุประสงค์ของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ คือการรวมกฎหมายสองฉบับเข้าด้วยกัน โดยยังคงให้ระดับการคุ้มครองผู้บริโภคเหมือนเดิม ในส่วนที่กฎหมายสองฉบับแตกต่างกันก็จะใช้วิธีการรวมความแตกต่างเข้าไว้ด้วยกันโดยไม่มีการตัดทอน

4.3.1 แนวคิดเรื่องสัญญาผู้บริโภค

UTD เป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคอย่างน้อยที่สุดที่สหภาพยุโรปกำหนดไว้ ซึ่งหมายความว่า สหราชอาณาจักรจะร่างกฎหมายให้การคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าที่กำหนดไว้ใน UTD ก็ได้ แต่จะให้น้อยกว่าไม่ได้ ดังนั้น ในการร่างกฎหมายใหม่ ที่ใดที่จำเป็นต้องใช้ถ้อยคำแตกต่างไปจาก UTD ก็จะต้องระวังไม่ให้ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองน้อยลง แนวทางในการร่างกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค คือ

1) จะต้องนำบทบัญญัติของ UTCCR มาใส่ไว้ในกฎหมายที่จะร่างขึ้นใหม่ทุกข้อ

2) ยังคงไว้ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดสำหรับการตายหรือบาดเจ็บ หรือข้อยกเว้นเรื่องสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพ

3) ให้ครอบคลุมทั้งข้อสัญญาที่ได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกัน และข้อสัญญาในสัญญามาตรฐาน ซึ่งจะเป็นการปิดช่องว่างไม่ให้หน่วยธุรกิจถือโอกาสเอาเปรียบผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น การเรียกร้องเงินมัดจำสูง ๆ

4) กฎหมายที่จะร่างขึ้นใหม่จะให้เป็นหน้าที่ของหน่วยธุรกิจที่จะต้องพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรม ทั้งนี้ เพราะว่าหน่วยธุรกิจโดยทั่ว ๆ ไปมีทรัพยากรที่จะใช้มากกว่าผู้บริโภคมาก ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับความเป็นธรรมของข้อสัญญา จึงควรให้หน่วยธุรกิจพิสูจน์เองว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมแล้ว กรณีนี้ไม่ใช่เป็นกรณีของการป้องกันการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะเรื่องการป้องกันเป็นหน้าที่ของ Office of Fair Trading อยู่แล้วที่จะต้องพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม

4.3.2 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองหน่วยธุรกิจขนาดเล็ก

แนวทางในการคุ้มครองหน่วยธุรกิจขนาดเล็กคือ จะไม่สอดเข้าไปเกี่ยวข้องกับสัญญาที่มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญาอย่างแท้จริง แต่จะคุ้มครองเมื่อเกิดปัญหาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนำสัญญามาตรฐานมาใช้กับหน่วยธุรกิจขนาดเล็กที่ขาดอำนาจการต่อรองเท่านั้น

1) กฎหมายใหม่จะให้ความคุ้มครองแก่ธุรกิจขนาดเล็กที่สุดและอ่อนแอที่สุดเท่านั้น โดยทั่ว ๆ ไปจะจัดให้เป็นธุรกิจขนาดจิ๋ว (micro business) ซึ่งให้คำนิยามว่าเป็นธุรกิจที่มีพนักงาน 9 คน หรือน้อยกว่า

2) ธุรกิจขนาดจิ๋วนี้มีสิทธิจะโต้แย้งข้อสัญญาใด ๆ ก็ได้ในสัญญามาตรฐานที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันเพื่อแก้ไขข้อความ แต่มีข้อแม้ว่า ข้อสัญญานั้นจะต้องไม่ใช่สาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่าราคา (main subject matter or price)

3) กฎหมายใหม่จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับธุรกิจที่สามารถดูแลตัวเองได้ ดังนั้นจึงมีการตั้งข้อยกเว้นที่จะไม่ให้ความคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็กบางประเภท เช่น จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่สัญญาให้บริการทางการเงิน สัญญาที่มีมูลค่าเกินกว่า 500,000 ปอนด์ หรือกรณีที่ธุรกิจขนาดเล็กหลายธุรกิจรวมกันเป็นกลุ่มจนมีพนักงานเกิน 9 คน

4) จะมีการนำบทบัญญัติข้อยกเว้นใน UCTA มาใช้ด้วย เช่น จะไม่คุ้มครองสัญญาที่เกี่ยวกับที่ดิน สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น เพราะโดยปกติคู่สัญญาในกรณีดังกล่าวมักจะไปขอคำปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอยู่แล้ว

4.3.3 แนวคิดเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา

จากการศึกษาของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ พบว่า ส่วนใหญ่เห็นว่าข้อยกเว้นดังกล่าวมีความไม่แน่นอน ทั้งกลุ่มผู้บริโภคและองค์กรผู้รักษากฎหมายต่างมีความรู้สึกว่าเป็นการบ่อนทำลายความสำเร็จผลของการตรากฎหมาย (undermine the effectiveness of the legislation) เพราะว่า ทางฝ่ายผู้บริโภคไม่สามารถทำตามกฎหมายได้อย่างมั่นใจ บทบัญญัติที่สลับซับซ้อนและอาจนำไปสู่ความล่าช้าในการตีความในศาลไม่น่าจะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค การวินิจฉัยของศาลฎีกาทำให้ต้องเพิ่มความระมัดระวังในการประเมินความไม่เป็นธรรม ถึงแม้จะมีวิธีการแปลคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเป็นอย่างอื่น แต่ก็อาจถูกลบล้างโดยศาลของสหภาพยุโรปได้เช่นเดียวกัน แต่ที่น่าสนใจคือ ศาลฎีกาของสหพันธรัฐเยอรมัน German Federal Supreme Court) มีความเห็นต่างกับ UTD ว่า ค่าธรรมเนียมเสริมของธนาคาร (ancillary bank charges) ไม่ได้รับการยกเว้นจากการประเมินความไม่เป็นธรรม

ข้อเสียที่เป็นผลมาจากคำวินิจฉัยคือ

1) อาจมีผลให้ธุรกิจบางรายเกิดความเข้าใจผิด ๆ ว่ากฎหมายยอมให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมเสริมสูง ๆ ได้โดยสะดวก

2) ในโลกของการเปรียบเทียบราคาตามเวบไซต์ต่าง ๆ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าอาจถูกกดดันให้ต้องแสดงราคาบนหัวข่าวต่ำ ๆ และไปหากำไรเอาจากการคิดค่าธรรมเนียมเสริมอื่น ๆ การกระทำเช่นนี้เป็นการบั่นทอนการแข่งขันซึ่งควรจะต้องมีกฎหมายป้องกัน

3) ความไม่แน่ใจเรื่องข้อยกเว้นนี้มีผลเสียต่อธุรกิจด้วยเช่นเดียวกับผู้บริโภค คือถ้าธุรกิจใช้วิธีเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเสริมสูง ๆ เพื่อทดแทนราคาที่ตั้งไว้ต่ำ ๆ บนหัวข่าว ธุรกิจก็มีความเสี่ยงถ้าภายหลังข้อสัญญาเหล่านั้นถูกวินิจฉัยว่าไม่เป็นธรรม ธุรกิจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในคดีความ จ่ายเงินคืนให้ผู้บริโภค เสียชื่อเสียง และเป็นการสิ้นสุดของรูปแบบของการทำธุรกิจ

5. รายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์

เมื่อมีปัญหาซึ่งเกิดจากการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้สองฉบับ คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ ได้รับมอบหมายให้ทำการศึกษา และได้เสนอรายงานฉบับหนึ่งในปี 2005 ต่อมาในปี 2012 เกิดมีปัญหาเรื่องการคิดค่าธรรมเนียมเสริมของธนาคาร คณะกรรมาธิการทั้งสองจึงได้รับมอบหมายให้ทำการศึกษาเรื่องเดิมอีกครั้งหนึ่ง และได้เสนอรายงานอีกฉบับหนึ่งในปี 2012

5.1 ข้อเสนอของคณะกรรมาธิการฯ ฉบับปี 2005

คณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นว่า ควรมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียว ข้อเสนอของคณะกรรมาธิการฯ มีหลายเรื่อง รวมทั้งการเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ด้วย แต่ในที่นี้จะนำเสนอแต่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคและธุรกิจขนาดเล็ก จากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น

5.1.1 ข้อเสนอที่เกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภค

แนวทางของคณะกรรมาธิการฯ คือจะต้องไม่ทำให้ระดับของการคุ้มครองผู้บริโภคน้อยลงกว่าเดิม กฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ควรนำบทบัญญัติของ SCGD[136] ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคมาใส่รวมไว้ด้วย แต่จะไม่นำบทบัญญัติจากกฎหมายฉบับอื่น หรือกฎเกณฑ์

---

[136] SCGD เป็นคำย่อของ ‘Council Directive 99/44/EC of 25 May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees’ ซึ่งเป็นข้อกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการรับประกันทางกฎหมาย และการรับประกันทางการค้า ประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายตาม Directive ฉบับนี้ โดยให้ชื่อว่า Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2022 หรือ SSGCR

จากกฎหมายระบบ Common Law ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคเข้ามารวม

1) คำจำกัดความ (Definition)

(1) คำจำกัดความของผู้บริโภค ควรหมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของตน

(2) ตามร่างกฎหมายใหม่นี้ บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่เป็นผู้บริโภค

(3) คำว่า ธุรกิจ ควรรวมกิจกรรมของหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานของท้องถิ่นเข้าไปด้วย

(4) ในกรณีที่เป็นปัจเจกบุคคลเข้าทำสัญญาด้วยวัตถุประสงค์ผสมกัน ควรเว้นให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาว่า วัตถุประสงค์หลักคืออะไร เพื่อที่จะบอกได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาผู้บริโภคหรือไม่

(5) ในกฎหมายใหม่ส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภค ควรใช้แต่คำว่าสัญญาใด ๆ (contract) เท่านั้น คำว่า สัญญา (contract) ในที่อื่นควรปล่อยไว้เช่นเดิม

(6) คณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นว่า ไม่ควรนำกฎเกณฑ์บางข้อใน UCTA ในปัจจุบันมาใส่ไว้ในกฎหมายฉบับใหม่ ตัวอย่างเช่น ข้อที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งกำลังทำหน้าที่เป็นตัวแทนของธุรกิจอยู่นั้น ไม่ถือว่ามีฐานะเป็นผู้บริโภค” เป็นต้น

2) ข้อสัญญาที่ไร้ผล (Terms of no effect)

(1) ข้อสัญญาซึ่งจะกลายเป็นไร้ผลไปโดยอัตโนมัติตาม UCTA ควรให้ไร้ผลต่อไปในกฎหมายซึ่งจะร่างขึ้นใหม่

(2) ข้อสัญญาที่ฝ่ายธุรกิจจัดทำขึ้นเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดสำหรับการตายหรือบาดเจ็บอันเนื่องมาจากละเลย (ไม่กระทำตามหน้าที่) ควรให้เป็นเป็นสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ ถึงแม้จะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสำหรับการจัดหา การโอน หรือการสิ้นสุดของผลประโยชน์ในที่ดินก็ตาม

3) ข้อสัญญาที่มีการเจรจาต่อรอง (Negotiated terms)

ข้อสัญญาทุกข้อในสัญญาผู้บริโภคยกเว้นข้อที่เป็นแกนของสัญญาควรจะต้องผ่านการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ไม่ว่าข้อสัญญานั้นจะได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันหรือไม่ก็ตาม

4) สัญญาบางประเภทควรได้รับการยกเว้นหรือไม่ (Questions over whether some types of contract should be excluded)

(1) บทบัญญัติที่ใช้บังคับทั่ว ๆ ไปกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคควรนำมาใช้ในกรณีที่ผู้บริโภคกลายเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการด้วย

(2) ในกฎหมายฉบับใหม่นี้ สัญญาผู้บริโภคในสัญญาประกันภัย และสัญญาสำหรับการโอนผลประโยชน์ในที่ดิน และสัญญาสำหรับการเกิดหรือการโอนผลประโยชน์ในหลักทรัพย์ ไม่ควรได้รับการยกเว้น

5) การทดสอบโดยทั่วไป (General test)

(1) การทดสอบซึ่งจะนำมาใช้กับข้อสัญญาที่โต้แย้งได้แต่ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ ควรเป็นการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล

(2) ในกฎหมายใหม่ การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลควรจะตัดคำว่า โดยสุจริต (good faith) ออกไป

(3) การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น จะต้องพิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

ก. เวลาในขณะที่ทำสัญญากัน

ข. ต้องนำสาระสำคัญ และผลกระทบของข้อสัญญา และพฤติการณ์ทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญามาพิจารณาด้วย

(4) การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่ควรวินิจฉัย จาก

ก. ความโปร่งใส

ข. สาระสำคัญของสัญญาและผลที่เกิดจากสัญญา และ

ค. พฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญา

(5) ความไม่โปร่งใสเพียงอย่างเดียวก็สามารถทำให้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้

(6) กฎหมายฉบับใหม่ควรบรรจุข้อชี้แนะให้มากพอที่จะนำมาใช้ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลได้

(7) กฎหมายฉบับใหม่ควรมีกฎเกณฑ์สำหรับการตีความให้เป็นคุณต่อผู้บริโภค ถ้ามีข้อสงสัยในความหมายของข้อสัญญา ต้องยกประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภค

6) รายการตัวอย่าง (Indicative list)

(1) ควรปรับปรุงรายการตัวอย่างเสียใหม่ให้ใช้แนวคิดและภาษาที่ผู้อ่านในสหราชอาณาจักรเข้าใจได้

(2) ควรมีคำอธิบายข้อสัญญาในร่างกฎหมายฉบับใหม่ ควรแสดงตัวอย่างของข้อสัญญาที่ต้องตกเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในรายการตัวอย่าง

(3) รายการข้อยกเว้นในรายการตัวอย่างใน UTCCR ควรให้คงไว้ แต่ควรวางกฎเกณฑ์เสียใหม่ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

7) ภาระการพิสูจน์ (Burden of proof)

ในกรณีที่มีการหยิบยกข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งในสัญญาผู้บริโภคขึ้นมากล่าวอ้างว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือสมเหตุสมผลหรือไม่ ภาระการพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่ ควรตกอยู่แก่ฝ่ายธุรกิจ

8) ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

(1) บทบัญญัติในร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่บัญญัติว่า "ถ้าข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคข้อใดข้อหนึ่งเป็นผลเสียต่อผู้บริโภค ธุรกิจจะใช้ข้อสัญญานั้นบังคับหาได้ไม่ เว้นไว้แต่ว่าข้อสัญญานั้นจะเป็นธรรมและมีเหตุผลสมควร" ควรใช้บังคับในลักษณะที่ว่า ถ้ามีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งในหลาย ๆ ข้อไม่เป็นธรรมและไม่สมเหตุสมผลเพียงข้อเดียว ข้อสัญญาส่วนที่เหลือควรมีผลบังคับใช้ได้ตามปกติ

(2) ถ้าได้พิสูจน์แล้วว่าข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมเพียงบางส่วนจริง ถ้าเป็นไปได้ก็ควรให้คงไว้ซึ่งข้อสัญญาส่วนที่เหลือ

(3) กฎหมายฉบับใหม่ควรมีบทบัญญัติข้อหนึ่งซึ่งใช้ได้กับสัญญาทุกชนิดที่อยู่ภายใต้กฎหมายใหม่ ให้ข้อสัญญาในสัญญาอุปกรณ์ทั้งหมดอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายเช่นเดียวกับสัญญาประธาน แต่ในกรณีสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันเองอย่างจริงใจเพื่อลดความขัดแย้งเช่นนี้ ควรได้รับการยกเว้น

9) อำนาจในการป้องกัน (Preventive powers)

(1) กฎหมายฉบับใหม่ควรจัดให้มีระบบการป้องกันโดยมอบอำนาจให้องค์กรต่าง ๆ ดำเนินการป้องกันไม่ให้ธุรกิจใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้อีกต่อไป

(2) ควรเพิ่มอำนาจในการป้องกันให้ครอบคลุมไปถึงการใช้ข้อสัญญาใด ๆ ที่กฎหมายใหม่บัญญัติไว้ว่าให้ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ

(3) อำนาจในการป้องกันควรรวมไปถึงข้อสัญญาต่าง ๆ ที่ธุรกิจเคยพยายามนำมาใส่ไว้ในสัญญาแต่ไม่สำเร็จ และประกาศแจ้งความต่าง ๆ ที่ธุรกิจอาจจะประกาศเอาไว้เฉย ๆ แต่ไม่ตั้งใจจะใส่ลงไว้ในสัญญาด้วย

(4) สำนักงาน Office of Fair Trading และหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ควรมีอำนาจออกคำสั่งห้าม (Injunction) ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบางชนิดที่ธุรกิจพยายามจะใส่ไว้ในสัญญาผู้บริโภคที่ตนต้องการ

(5) อำนาจในการป้องกันของ OFT หรือหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอื่น ควรรวมถึงการได้รับอนุญาตให้ดำเนินคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าส่วนใหญ่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมทั้งหมดก็ตาม เพราะว่าข้อสัญญานั้นไม่โปร่งใส

(6) แนวทางใหม่ของการใช้อำนาจในการป้องกันไม่ควรมีอำนาจโดยเฉพาะสั่งห้ามใช้ข้อสัญญาทั่ว ๆ ไปได้ เพราะเพียงแต่ว่าสัญญานั้นไม่ได้ใส่ข้อมูลที่สำคัญ ๆ บางอย่างไว้เท่านั้น

(7) ในการดำเนินคดีของหน่วยงานที่มีอำนาจในการป้องกันนั้น ภาระในการพิสูจน์ว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมควรตกอยู่แก่หน่วยงานที่ได้รับการมอบหมายอำนาจ

5.1.2 ข้อเสนอที่เกี่ยวกับธุรกิจขนาดเล็ก

1) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับสิทธิโต้แย้งข้อสัญญามาตรฐานใด ๆ ที่ไม่ใช่ข้อสัญญาแกน ('non-core' standard term) ของสัญญา ภายใต้การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล

2) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับความคุ้มครองในการติดต่อทำธุรกิจกับธุรกิจอื่นโดยไม่จำกัดว่าธุรกิจอื่นจะมีขนาดเท่าใด

3) ขนาดของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรได้รับความคุ้มครองตามระบบกฎหมายใหม่ คือ มีจำนวนพนักงาน 9 คนหรือน้อยกว่า

4) ขนาดของธุรกิจควรคำนวณจากค่าเฉลี่ยของจำนวนพนักงานที่ธุรกิจนั้นจ้างไว้ หรือดูจากจำนวนพนักงานของธุรกิจนั้นและธุรกิจอื่นที่ร่วมกัน (ถ้ามี) ของปีที่ผ่านมา

5) ธุรกิจขนาดเล็กที่เข้าร่วมทำธุรกิจกับธุรกิจขนาดใหญ่จะไม่ถูกนับรวมเข้าอยู่ในระบบธุรกิจขนาดเล็กด้วย

6) สัญญาที่มีมูลค่าเกิน 5 แสนปอนด์จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก

7) ในกรณีที่เป็นสัญญาฉบับหนึ่งในชุดที่ประกอบด้วยสัญญาหลายฉบับ ควรรวมจำนวนเงินที่ซื้อขายในสัญญาทั้งหมดเข้าด้วยกัน และถ้าจำนวนเงินรวมกันแล้วเกิน 5 แสนปอนด์ สัญญาชุดนั้นไม่ควรจะอยู่ในระบบการควบคุมของธุรกิจขนาดเล็ก

8) ควรมีข้อยกเว้นการควบคุมสัญญาของธุรกิจขนาดเล็ก สำหรับสัญญาซึ่งธุรกิจขนาดเล็กเข้าไปทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจบริการทางการเงินที่มีกฎเกณฑ์ควบคุมอยู่แล้ว

9) ข้อสัญญาบางข้อเท่านั้นในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรเปิดให้โต้แย้งได้ ได้แก่ ข้อสัญญาซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งนำมาใช้ในสัญญามาตรฐาน และข้อสัญญานั้นไม่ได้รับการแก้ไขให้เป็นประโยชน์กับธุรกิจขนาดเล็ก หลังจากที่ได้มีการเจรจาต่อรองกัน

10) สัญญาทางธุรกิจบางประเภทที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ควรนำมาใช้กับสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กด้วยเช่นเดียวกัน

11) ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ ควรนำวิธีการทดสอบความความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลที่ใช้กับสัญญาอื่น ๆ มาใช้กับสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กด้วย

12) ควรนำรายการตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจจะถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กด้วย

13) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของธุรกิจขนาดเล็ก การพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมควรตกเป็นภาระของธุรกิจขนาดเล็ก

14) ในกรณีที่ข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กถูกพบว่า ไม่เป็นธรรม ควรให้สัญญาส่วนที่เหลือยังคงมีผลต่อไปเท่าที่จะเป็นไปได้

15) ควรดำเนินการให้มีวิธีการป้องกันธุรกิจอื่น ๆ หลีกเลี่ยงการควบคุมสัญญาธุรกิจขนาดเล็กโดยวิธีการใช้ทุติยสัญญา (Secondary contracts)

5.2 ข้อเสนอของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ ฉบับปี 2012

ในเดือน พฤษภาคม ปี 2012 คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ ได้รับมอบหมายจาก Department for Business, Innovation and Skills หรือ (BIS) ให้ รื้อฟื้นรายงานฉบับปี 2005 ขึ้นมาศึกษาถึงผลกระทบที่มีต่อสัญญาที่ทำกันระหว่างธุรกิจและผู้บริโภคอีกครั้งหนึ่ง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่กำลังมีข้อถกเถียงกันอย่างมาก คือเรื่อง ข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 6 (2) ของ UTCCR

5.2.1 ข้อเสนอเรื่อง ข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา (Exemption for subject matter and price)

คณะกรรมาธิการฯ ทั้งสองมีความเห็นว่า ควรมีการปฏิรูปในเรื่องข้อยกเว้นดังกล่าว เพราะว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีความไม่แน่นอนถึงขนาดรับไม่ได้ ในการใช้กฎหมายจำเป็นต้องมีผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายคอยนำทาง ถึงกระนั้นก็ตาม ผลที่ออกมาก็ยังคาดเดาไม่ได้ ทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจการค้าอาจได้รับผลเสียจากความไม่แน่นอนนี้ทั้งสองฝ่าย

คณะกรรมาธิการฯ ทั้งสองมีข้อเสนอว่า ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับราคา หรือสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ควรได้รับการยกเว้นจากการตรวจสอบก็ต่อเมื่อข้อสัญญานั้นโปร่งใสและเด่นชัด (Transparent and Prominent) เท่านั้น การเข้าถึงปัญหาโดยการใช้ความโปร่งใสและความเด่นชัดนำ ทำให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างข้อสัญญาที่ผู้บริโภคนำไปใช้ในการตัดสินใจซื้อสินค้า และข้อสัญญาที่หายไปในดงของตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว

(Small print) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการเน้นเรื่อง ความเด่นชัดช่วยให้เห็นความแตกต่างระหว่างราคาที่พาดหัวกับค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ได้ชัดเจนขึ้น และยังเน้นให้เห็นอีกด้วยว่าข้อสัญญาที่ถูกยกเว้นนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือไม่

คำว่า โปร่งใส ควรหมายความว่า ใช้ภาษาธรรมดา ๆ เข้าใจได้ง่าย ไม่ต้องเสียเวลาคิดหรือตีความ และถ้าทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ควรทำให้อ่านง่าย

การทดสอบ ความเด่นชัด ควรหมายถึงการทดสอบโดยผู้บริโภคโดยเฉลี่ย ซึ่งวิธีการนี้ใช้กันอย่างกว้างขวางในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของยุโรป คำว่า ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย ไม่ใช่เป็นผู้บริโภคจริง ๆ แต่เป็นผู้บริโภคที่สมมุติขึ้นมาว่าเป็นบุคคลธรรมดาที่ได้รับข้อมูลมากพอสมควร มีความช่างสังเกตและมีความรอบคอบพอสมควร (Reasonably well informed, reasonably observant and circumspect) และข้อสัญญาที่เรียกได้ว่าเด่นชัด คือ ข้อสัญญาที่ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยสามารถรับรู้ได้โดยง่าย ข้อสัญญายิ่งแปลก หรือยิ่งหนัก ก็ยิ่งจำเป็นต้องทำให้เด่นชัดขึ้น

สำหรับ ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว นั้น คณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นในเรื่องข้อยกเว้นว่าต้องคำนึงถึงความชัดเจนในความแตกต่างระหว่างข้อสัญญาที่ใช้สำหรับการแข่งขันในทางการค้า และข้อสัญญาที่ฝังตัวอยู่ในตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว ในที่ซึ่งผู้บริโภคสามารถรับรู้ถึงข้อสัญญาที่เสนอโดยผู้ประกอบธุรกิจการค้า และสามารถนำไปใช้ในการเลือกซื้อสินค้าได้ กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องเสนอตัวเข้าไปคุ้มครองผู้บริโภคจากผลของการที่ตนตัดสินใจเอง ในทางตรงกันข้าม ผู้บริโภคแทบจะไม่ได้อ่านตัวพิมพ์เล็กจิ๋วเลย ตัวพิมพ์เล็กจิ๋วไม่ได้หมายถึงขนาดของตัวพิมพ์เท่านั้น แต่ยังหมายถึงตำแหน่งในการวาง การใช้ภาษาที่เข้าใจยาก ตลอดจนการนำศัพท์ทางกฎหมายมาใช้ โดยทั่ว ๆ ไป มักจะใช้หัวเรื่องว่า “ข้อสัญญาและเงื่อนไข” ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าผู้บริโภคไม่สนใจจะอ่านอยู่แล้ว

คณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นว่าข้อสัญญาที่พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์เล็กจิ๋วทั้งหมดควรจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาทุกข้อของสัญญาควรจะต้องโปร่งใส ไม่เช่นนั้นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะต้องใช้อำนาจดำเนินการตามกฎหมายได้ ตามความเป็นจริง ไม่อาจทำให้ข้อสัญญาเด่นชัดได้เสมอไปทุกข้อ และถ้าสัญญาไม่เด่นชัดก็ไม่ได้หมายความว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม หรือตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่เป็นธรรม เพียงแต่ว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรมได้

5.2.2 ข้อเสนอเรื่องอื่น ๆ

1) คำจำกัดความของ ผู้บริโภค

ควรจำกัดความหมายให้แคบลงกว่าที่บัญญัติไว้ใน UCTA ที่ว่าเป็นผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค (Dealing as a consumer) และให้ใช้คำว่า ผู้บริโภค อย่างเดียวโดยตลอดในกฎหมายผู้บริโภคฉบับใหม่

2) ภาระในการพิสูจน์ความเป็นธรรมของสัญญา

ในกรณีนี้ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (CJEU) ยอมรับว่า มีผู้บริโภคจำนวนไม่มากนักที่มีความรู้ทางกฎหมายพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงให้แนวทางว่า ศาลยุติธรรมในประเทศสมาชิกต้องพิจารณาความไม่เป็นธรรมของสัญญาเอาเอง เรื่องนี้ทางคณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นว่า กฎหมายฉบับใหม่ ควรบัญญัติเรื่องนี้ให้ชัดเจนเพื่อให้ศาลรับทราบหน้าที่ของตน และไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องภาระการพิสูจน์ไว้ในกฎหมายฉบับใหม่ เพราะในทางปฏิบัติแล้วปัญหาเรื่องนี้ไม่น่าจะเกิดขึ้น

3) รายการตัวอย่าง (The Grey List)

(1) ใน Schedule 2 UTCCR มีข้อสัญญาตัวอย่าง 17 ข้อซึ่งใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่า ข้อสัญญาเหล่านี้ อาจจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ รายการตัวอย่างนี้นักกฎหมายของอังกฤษลอกภาคผนวกของ UTD มาแบบคำต่อคำ คณะกรรมาธิการฯ เสนอว่า ควรบัญญัติลงในกฎหมายฉบับใหม่ เจาะจงให้ใช้ตัวอย่างเหล่านี้ในการประเมินความเป็นธรรมของสัญญา

(2) คณะกรรมาธิการฯ เสนอว่า ควรปล่อยให้รายการตัวอย่างอยู่ในรูปแบบเดิม พร้อมทั้งมีข้อเสนอตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมเพิ่มเติมอีก 3 ข้อ คือ

ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ... หรือมีผลทำให้...

ก. ผู้ประกอบธุรกิจการค้าสามารถอ้างสิทธิในเงินชดเชยเป็นจำนวนเงินสูงเกินส่วน หรือในเงินค่าบริการที่ตนเองยังไม่ได้จัดทำให้ ในกรณีที่ผู้บริโภคพยายามบอกเลิกสัญญา

ข. ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าตั้งราคาได้ตามใจชอบหลังจากที่ผู้บริโภคได้ถูกผูกมัดโดยสัญญาไปแล้ว

ค. ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าเลือกสาระสำคัญที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ได้ตามใจชอบ หลังจากที่ผู้บริโภคได้ถูกผูกมัดโดยสัญญาไปแล้ว

6. พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ

สหภาพยุโรป มีแนวความคิดที่จะเพิ่มระดับการคุ้มครองผู้บริโภครวมทั้งการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันให้มากยิ่งขึ้นอยู่ตลอดมา โดยมีทฤษฎีว่ากฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจการค้าให้โปร่งใสยังคงแตกต่างกันอยู่ในแต่ละประเทศ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการค้าขาย หรืออีกนัยหนึ่งปัญหาไม่ได้อยู่ที่ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศหนึ่งเข้มงวดกว่าอีกประเทศหนึ่ง แต่อยู่ที่ว่ากฎหมายดังกล่าวของแต่ละประเทศยังบัญญัติแตกต่างกันออกไป จึงจำเป็นต้องตรากฎหมายออกมาอีกฉบับหนึ่งเพื่อลดความแตกต่างดังกล่าว และในขณะเดียวกันให้ยังคงคุ้มครองผู้บริโภคได้ดีเหมือนเดิม ซึ่งจะเป็นผลดีแก่ทั้งฝ่ายธุรกิจและฝ่ายผู้บริโภค ที่ดีกับฝ่ายธุรกิจเพราะต่อไปจะไม่ต้องพะวงกับกฎข้อบังคับที่แตกต่างกันเมื่อจะส่งสินค้าออกที่ดีกับผู้บริโภค เพราะจะเป็นการยกระดับการคุ้มครองให้สูงขึ้น อีกประการหนึ่ง เมื่อผู้บริโภครู้ว่าจะได้รับการคุ้มครองโดยมาตรฐานเดียวกันก็จะซื้อสินค้าจากประเทศสมาชิกอื่นมากขึ้น ซึ่งจะมีผลทำให้การค้าระหว่างประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้นอีกด้วย

เนื่องจากแนวความคิดดังกล่าว คณะมนตรีและสภาแห่งสหภาพยุโรปจึงร่วมกันบัญญัติข้อกำหนดแนวทางที่ 2005/29/EC ขึ้น (Directive 2005/29/EC) เรียกว่า ข้อกำหนดแนวทางควบคุมการประกอบธุรกิจการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair Commercial Practices Directive) วัตถุประสงค์ของ Directive 2005/29/EC คือให้ได้กฎหมายที่ทั้งผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้บริโภคได้รับประโยชน์สูงสุดด้วยกันทั้งสองฝ่าย นั่นคือ ประเทศสมาชิกถูกกำหนดให้ตรากฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคตามมาตรฐานที่วางไว้เท่านั้น จะให้เกินกว่านั้นไม่ได้

ประเทศอังกฤษได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป 1972 (The European Communities Act 1972) ออกเป็นพระราชกฤษฎีกา เรียกว่า พระราชกฤษฎีกาคุ้มครองผู้บริโภคจากการประกอบธุรกิจการค้าอย่างไม่เป็นธรรม 2008 (Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 หรือ CPR) และประกาศบังคับใช้ในวันที่ 26 พฤษภาคม 2551 พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่โดยปกติของธุรกิจที่จะต้องไม่ใช้วิธีดำเนินการโดยมิชอบ รวมทั้งต้องมีความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจการค้าอย่างโปร่งใสอีกด้วย นับว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้บริโภค และในขณะเดียวกันเป็นการยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคให้สูงขึ้นอีกระดับหนึ่งด้วย

การตรากฎหมายใหม่ ๆ เช่น CPR และ Consumer Credit Act 2006 ทำให้โฉมหน้าของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสหราชอาณาจักรเปลี่ยนแปลงไปมาก การนำกฎหมายสองฉบับดังกล่าวมาใช้รวมกับกฎหมาย Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UTCCR)

และ Enterprise Act 2002 ทำให้แนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภคเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียว เป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อม ๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของตลาดไปด้วย นอกจากนี้ CPR ยังวางกรอบเป็นแนวทางให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าประพฤติปฏิบัติอีกด้วย

CPR มีขอบเขตการบังคับใช้กว้างขวางมาก เพราะใช้บังคับได้ทั้งก่อนทำสัญญา ขณะทำสัญญาและหลังจากทำสัญญา อีกประการหนึ่งที่แตกต่างจากกฎหมายฉบับก่อน ๆ มาก คือ ความหมายของคำ ยกตัวอย่างคำว่าผลิตภัณฑ์ (product)[137] ในกฎหมายฉบับอื่นอาจหมายถึง สินค้าและบริการ เท่านั้น แต่ใน CPR มีความหมายแบบกว้าง คือหมายรวมถึง สินค้าและบริการ อสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนสิทธิและภาระผูกพันอีกด้วย

การศึกษาครั้งนี้จะกล่าวถึงแต่ส่วนที่สำคัญที่สุดของกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ การประเมินว่าการทำธุรกรรมทางการค้าอย่างไรจึงเป็นการกระทำที่มิชอบและมีความผิดตาม CPR CPR จัดลำดับพฤติกรรมในการทำธุรกรรมทางการค้าซึ่งถือว่าไม่เป็นธรรมไว้ 3 ขั้น คือ

6.1 การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด (Practices prohibited in all circumstances) ตาม CPR, SCHEDULE 1. ข้อ 1 ถึง 31

6.2 การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามเพราะเข้าข่ายเป็นการหลอกลวงและก้าวร้าว (Prohibitions of misleading and aggressive practices) ตาม CPR มาตรา 5, 6 และ 7

6.3 การประพฤติปฏิบัติทางการค้าที่ต้องห้ามเพราะเข้าข่ายเป็นการประพฤติปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมโดยทั่ว ๆ ไป (A general prohibition of unfair commercial practices) ตาม CPR มาตรา 3

6.1 การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด (Practices prohibited in all circumstances)

มีบัญญัติไว้ 31 ข้อ ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามข้อใดข้อหนึ่งใน 31 ข้อนี้จะมีความผิดทันทีโดยไม่ต้องมีผู้เสียหาย เพราะเป็นความผิดเด็ดขาด ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างบางข้อของการประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด

1. ร้านขายกล้องถ่ายรูปร้านหนึ่งโฆษณาไปทั่วประเทศว่า “มีกล้องถ่ายรูปดิจิตอลขายในราคา £3” โดยทางร้านเตรียมกล้องไว้สำหรับขายเพียงจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น ประกาศเชิญชวนให้คนมาซื้อสินค้า (Invitation to purchase) ของร้านนี้เป็นความผิดตาม CPR เพราะจำนวนกล้องที่ทางร้านมีไว้จำหน่ายจริง ๆ ในราคา £3 จะไม่พอขายตามที่ออกโฆษณาไปทั่วประเทศอย่างแน่นอน

---

[137] ‘product’ means any goods or service and includes immovable property, rights and obligations;

และทางร้านก็รู้ แต่แกล้งไม่บอกให้ชัดเจนว่ากล้องมีจำนวนจำกัด[138]

2. ร้านขายโทรทัศน์ร้านหนึ่งโฆษณาขายโทรทัศน์หน้าร้านว่า “โทรทัศน์ราคา £300” เมื่อมีลูกค้าเข้ามาถาม ทางร้านแกล้งเอาเครื่องเสีย ๆ มาสาธิตให้ดู แล้วเสนอขายโทรทัศน์รุ่นอื่นที่ได้กำไรดีกว่า พฤติกรรมของร้านนี้เป็นความผิดตาม CPR[139]

3. บริษัทขายบ้านหลอกลูกค้าว่า ราคาบ้านใหม่จะสูงขึ้นอีก ถ้าไม่รีบซื้อภายในหนึ่งสัปดาห์ เพื่อกดดันให้ลูกค้าต้องรีบตัดสินใจซื้อบ้านเร็ว ๆ ต้องรับผิดตาม CPR[140]

4. ร้านขายเครื่องเขียนโฆษณาว่า “มีปากกาขาย ถ้าปากกาชำรุดบกพร่อง เราจะเปลี่ยนให้ใหม่ หรือคืนเงินให้ทันที ท่านจะไม่พบข้อเสนอแบบนี้อีกไม่ว่าที่ไหน” โฆษณาของร้านนี้เป็นความผิดตาม CPR เพราะลูกค้ามีสิทธิที่จะขอให้เปลี่ยนใหม่ หรือขอเงินคืนได้อยู่แล้วตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา[141]

5. บริษัทซึ่งทำกิจการฮอลิเดย์คลับ (Holiday club) ให้รางวัลสมาชิกที่หาสมาชิกใหม่เข้าคลับโดยให้ค่าตอบแทนสูง ๆ ซึ่งเมื่อเทียบกันแล้ว รางวัลที่ได้จากการหาสมาชิกใหม่มากกว่าประโยชน์ที่ได้รับจากการเป็นสมาชิกคลับมาก ดังนี้ เข้าข่ายเป็นความผิดตาม CPR[142]

---

[138] CPRs SHEDULE 1 (5): Making an invitation to purchase products at a specified price without disclosing the existence of any reasonable grounds the trader may have for believing that he will not be able to offer for supply or to procure another trader to supply, those products or equivalent products at that price for a period that is, and in quantities that are, reasonable having regard to the product, the scale of advertising of the product and the price offered (bait advertising).

[139] CPRs SHEDULE 1 (6): Making an invitation to purchase products at a specified price and then:

(a) refusing to show the advertised item to consumers; or

(b) refusing to take orders for it or deliver it within a reasonable time; or

(c) demonstrating a defective sample of it, with the intention of promoting a different product (bait and switch)

[140] CPRs SCHEDULE 1 (7): Falsely stating that a product will only be available for a very limited time, or that it will only be available on particular terms for a very limited time, in order to elicit an immediate decision and deprive consumers of sufficient opportunity or time to make an informed choice

[141] CPRs SCHEDULE 1 (10): Presenting rights given to consumers in law as a distinctive feature of the trader's offer.

[142] CPRs SCHEDULE 1 (14): Establishing, operating or promoting a pyramid promotional scheme where a consumer gives consideration for the opportunity to receive compensation that is derived primarily from the introduction of other consumers into the scheme rather than from the sale or consumption of products.

6. ร้านจำหน่ายเสื้อผ้าแขวนป้ายที่หน้าต่างร้านว่า “ขายเลหลัง – ปิดกิจการ” ดังนี้ ถ้าร้านไม่ปิดกิจการจริงก็มีความผิดตาม CPR[143]

7. ร้านจำหน่ายเตียงบำบัดกระดูกสันหลังขายเตียงให้ผู้สูงอายุโดยโฆษณาว่า “เตียงพิเศษของเรามีคุณสมบัติรักษาโรคปวดหลังได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด” ดังนี้ ถ้าไม่จริงตามคำโฆษณาซึ่งเป็นข้อความที่มีความหมายเฉพาะเจาะจง ทางร้านก็ต้องรับผิดตาม CPR ในกรณีที่เรื่องมาถึงศาล ศาลอาจสั่งให้มีการพิสูจน์โดยการการกระทำจริง ๆ ก็ได้[144]

8. เต๊นท์จำหน่ายรถมือสองนำรถใช้แล้วไปจอดที่ริมถนนใกล้ ๆ พร้อมกับป้ายเขียนด้วยมือมีข้อความว่า “รถครอบครัว เจ้าของมือเดียว รักษารถเป็นอย่างดี ขายราคาประมาณ £2,000 สนใจติดต่อ แจ๊ค โทร.01234 56789” ป้ายที่แสดงทำให้คนหลงผิดไปว่าเป็นรถบ้านไม่ใช่รถจากเต๊นท์จำหน่ายรถ ดังนี้ เป็นความผิดตาม CPR[145]

9. เซลส์แมนขายของตามบ้านแวะเยี่ยมลูกค้าเพื่อเสนอขายผลิตภัณฑ์สำหรับทำความสะอาด ลูกค้าไม่สนใจซื้อผลิตภัณฑ์และบอกให้ไปเสีย แต่เซลส์แมนยังดื้อดึงและขืนจะให้ลูกค้าซื้อให้ได้ ดังนี้ ต้องรับผิดตาม CPR[146]

10. พ่อค้าขายตรงโทรศัพท์ไปหาลูกค้าเพื่อเสนอขายผลิตภัณฑ์ แต่ลูกค้าไม่สนใจและบอกพ่อค้าอย่างชัดแจ้งให้ลบชื่อของตนออกจากรายชื่อผู้ติดต่อ และไม่ให้โทรฯ มาอีก แต่พ่อค้ายังดื้อรั้นโทรฯ มาอีกหลายครั้ง ดังนี้ ต้องรับผิดตาม CPR[147]

---

[143] CPRs SCHEDULE 1 (15): Claiming that the trader is about to cease trading or move premises when he is not.

[144] CPRs SCHEDULE 1 (17): Falsely claiming that a product is able to cure illnesses, dysfunction or malformations.

[145] CPRs SCHEDULE 1 (22): Falsely claiming or creating the impression that the trader is not acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession, or falsely representing oneself as a consumer.

[146] CPRs SCHEDULE 1 (25): Conducting personal visits to the consumer's home ignoring the consumer's request to leave or not to return except in circumstances and to the extent justified, under national law, to enforce a contractual obligation.

[147] CPRs SCHEDULE 1 (26): Making persistent and unwanted solicitations by telephone, fax, e-mail or other remote media except in circumstances and to the extent justified under national law to enforce a contractual obligation. This is without prejudice to Article 10 of Directive 97/7/EC and Directives 95/46/EC [2] and 2002/58/EC

11. โฆษณาในหนังสือการ์ตูนสำหรับเด็กมีใจความว่า “เตรียมอ่านการผจญภัยของฟลัฟฟี่ เดอะ บันนี่ ในหนังสือการ์ตูนเล่มใหม่ ออกทุกอาทิตย์ – อย่าลืมเตือนคุณแม่ให้ซื้อจากร้านหนังสือใกล้บ้านด้วย” การบอกเด็กให้เตือนคุณแม่ให้ซื้อหนังสือ เป็นความผิดตาม CPR[148]

12. ร้านขายเครื่องครัวมีจดหมายถึงลูกค้าแจ้งให้ทราบว่า มีผลิตภัณฑ์ใหม่ซึ่งเป็นผ้าเช็ดจานที่สามารถลบรอยเปื้อนของไขมันได้อย่างชะงัด ขายในราคา £2.99 และได้สอดตัวอย่างมาให้ดูด้วย ในจดหมายแจ้งว่าถ้าลูกค้าไม่ส่งผ้าดังกล่าวคืนภายใน 7 วัน ก็จะเรียกเก็บเงิน £2.99 ดังนี้ เป็นความผิดตาม CPR[149]

6.2 การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามเพราะเข้าข่ายเป็นการหลอกลวง และก้าวร้าวต่อผู้บริโภค (Prohibitions of misleading and aggressive practices)

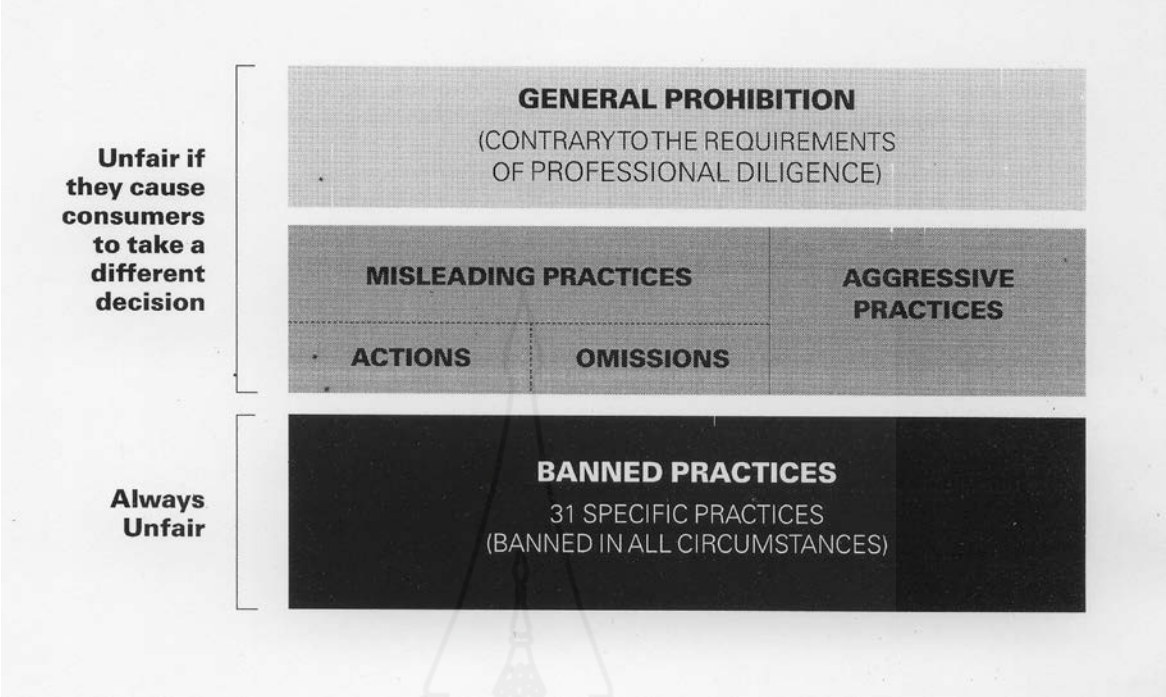
กล่าวอย่างกว้าง ๆ CPR ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้กับการประพฤติปฏิบัติที่อาจมีผลกระทบต่อผู้บริโภค เป็นการเสริมกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่มีอยู่เดิมให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้ว่า ไม่มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้ศึกษามาแต่แรกเลย (ไม่ว่าจะเป็น Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts ของสหภาพยุโรป หรือ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ของอังกฤษ) CPR ใช้บังคับกับการทำธุรกรรมทางการค้าระหว่างธุรกิจกับผู้บริโภคโดยตรงเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจการค้าอาจจะมีการกระทำหรือละเว้นการกระทำต่อผู้บริโภคก็ได้ทั้งสองอย่าง ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมการขาย หรือการรับผลิตภัณฑ์ หรือการส่งผลิตภัณฑ์ และไม่ว่าจะเป็นก่อนทำสัญญา ขณะทำสัญญา หรือภายหลังทำสัญญาก็ได้ทั้งสิ้น แต่จะไม่ใช้กับกรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้บริโภคด้วยกัน หรือทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าด้วยกัน เว้นไว้แต่ว่าการทำธุรกรรมนั้นมีผลกระทบต่อผู้บริโภค

นอกจากกรณีผู้ประกอบธุรกิจการค้าทำธุรกิจกับผู้บริโภคโดยตรงยังมีการบังคับใช้ CPR ในกรณีอื่น ๆ ด้วย ดังนี้

1. การทำธุรกิจที่มีความเป็นไปได้สูงที่จะมีผลกระทบต่อทั้งผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจ ขายอะไหล่คอมพิวเตอร์ทางอินเทอร์เน็ต โดยมีผลิตภัณฑ์ให้เลือกหลายประเภท หลายแบบ ถ้าผู้บริโภคเป็นผู้ซื้อผลิตภัณฑ์ ผู้ประกอบธุรกิจการค้า ก็ต้องปฏิบัติตาม CPR

. [148] CPRs SCHEDULE 1 (28): Including in an advertisement a direct exhortation to children to buy advertised products or persuade their parents or other adults to buy advertised products for them.
This provision is without prejudice to Article 16 of Directive 89/552/EEC on television broadcasting.

[149] CPRs SCHEDULE 1 (29): Demanding immediate or deferred payment for or the return or safekeeping of products supplied by the trader, but not solicited by the consumer except where the product is a substitute supplied in conformity with Article 7(3) of Directive 97/7/EC (inertia selling).



ภาพที่ 4.1 โครงสร้างของบทบัญญัติส่วนที่สำคัญใน The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

ที่มา: Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. Office of Fair Trading. Retrieved 18/07/2554 from: http://www.oft.gov.uk/business-advice/treating-customers-/protection (เว็บไซต์นี้ปิดไปแล้ว -- ดูหมายเหตุท้ายบท)

2. การทำธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าด้วยกันและเกี่ยวข้องโดยตรงกับการขายผลิตภัณฑ์ให้ผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าผลิตและขายเนยแข็งชนิดแผ่นบางให้ซุเปอร์มาเก็ต กรณีนี้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจการค้าไม่ได้ขายผลิตภัณฑ์ให้ผู้บริโภคโดยตรงก็ตาม แต่ก็ยังมีหน้าที่ต้องทำฉลากให้ตรงตามข้อกำหนดของ CPR เหมือนกับขายตรงให้ผู้บริโภคด้วย

3. เมื่อผู้ประกอบธุรกิจการค้าเป็นฝ่ายซื้อผลิตภัณฑ์เสียเองจากผู้บริโภค ก็ต้องประพฤติปฏิบัติตาม CPR ด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านเครื่องลายครามของจีนบอกผู้บริโภคว่า แจกันราชวงศ์หมิงที่ผู้บริโภคนำมาขายเป็นของปลอม ทั้ง ๆ ที่เป็นแจกันราชวงศ์หมิงจริง ดังนี้ เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเข้าใจผิด (misleading action) เป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมและมีความผิดตาม CPR แล้ว

การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามในข้อนี้ไม่เป็นความผิดเด็ดขาดเหมือนข้อแรก แต่ต้องครบองค์ประกอบ 2 ประการ จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 3 คือ

1. การประพฤติปฏิบัติซึ่งเป็นการกระทำ (Action) หรือละเว้นการกระทำ (Omission) อันก่อให้เกิดการเข้าใจผิด (misleading) หรือ การประพฤติปฏิบัติซึ่งเข้าข่ายเป็นการก้าวร้าว หรือระราน (aggressive) ผู้บริโภค และ

2. การประพฤติปฏิบัติดังกล่าวในข้อ 1) มีผลทำให้การตัดสินใจในการทำธุรกรรมทางการค้า (Transactional decision) ของผู้บริโภคโดยเฉลี่ย (average consumer)[150] ต้องผิดเพี้ยนไป

การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามเพราะเข้าข่ายเป็นการหลอกลวงและก้าวร้าวต่อผู้บริโภค (Prohibitions of misleading and aggressive practices) แบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังต่อไปนี้

6.2.1 การประพฤติปฏิบัติซึ่งเป็นการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิด (CPR มาตรา 5 Misleading actions)

การเข้าใจผิดอาจจะเกิดจากการกระทำ ละเว้นการกระทำ หรือทั้งสองอย่างก็ได้ ความมุ่งหมายของมาตรานี้ก็เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลของผลิตภัณฑ์ได้อย่างถูกต้อง ชัดเจนทันเวลา ก่อนที่จะทำการตัดสินใจ การกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิดอาจจะมาจากข้อมูลที่เป็นเท็จ หรือการนำเสนอที่หลอกลวงก็ได้ ซึ่งทั้งสองอย่างเป็นสาเหตุให้การตัดสินใจของผู้บริโภคโดยเฉลี่ย (Average consumer) เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างอื่น ตัวอย่างเช่น คนขายหลอกคนซื้อว่า หม้อน้ำ (boiler) เสียเกินซ่อม ต้องซื้อใหม่ เช่นนี้ เป็นต้น

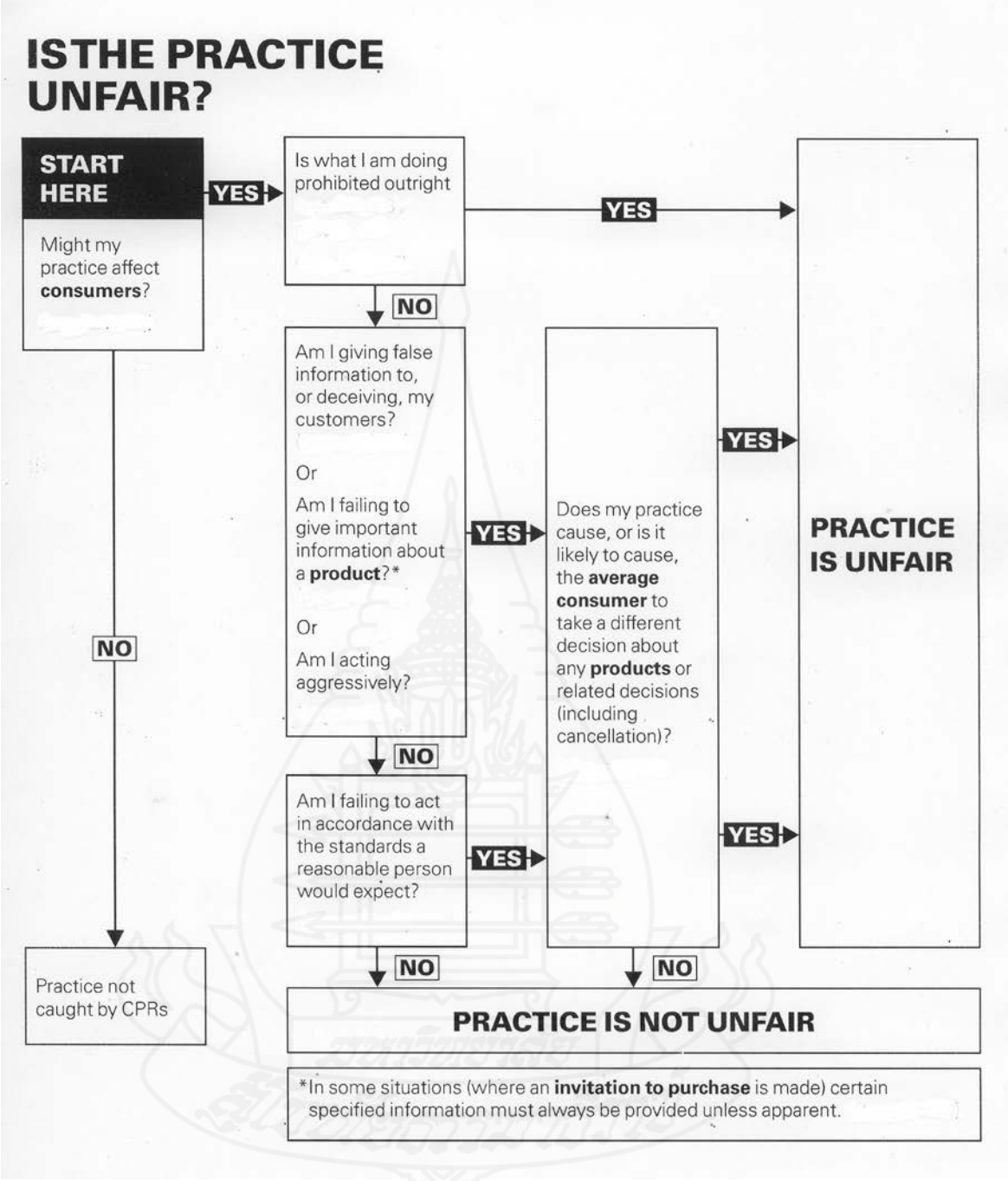
---

[150] ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย (average consumer) CPR แบ่งผู้บริโภคโดยเฉลี่ยออกเป็น 3 กลุ่ม

1) ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยโดยทั่ว ๆ ไป ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงการเฉลี่ยทางสถิติ แต่หมายถึงผู้บริโภคที่ได้รับข้อมูลมากพอสมควร มีความช่างสังเกตและความรอบคอบเพียงพอ โดยคำนึงถึงสถานะทางสังคม วัฒนธรรม และภาษาที่พูด โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ได้หมายถึงผู้บริโภคจริง ๆ และไม่มีความจำเป็นต้องหาหลักฐานมาแสดงว่าได้รับผลกระทบจากการประพฤติปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจริง

2) ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยของกลุ่มเป้าหมาย (Average member of a targeted group) ตัวอย่างเช่น การโฆษณาในโทรทัศน์ระหว่างรายการของเด็ก แสดงว่ากลุ่มเป้าหมายคือ เด็ก เป็นต้น

3) ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยของกลุ่มอ่อนแอ (Average member of a vulnerable group) ในความหมายของ CPR หมายถึงความอ่อนแอทางร่างกาย จิตใจ อายุ หรือเป็นคนเชื่อง่าย (ในบางเรื่อง)



ภาพที่ 4.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า “เป็นการประพฤติปฏิบัติที่มิชอบหรือไม่”
ตาม The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

ที่มา: Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008.Office of FairTrading. Retrieved 18/07/2554 from: http://www.oft.gov.uk/business-advice/treating-customers-fairly/protection. (เว็บไซต์นี้ปิดไปแล้ว ดูหมายเหตุท้ายบท)

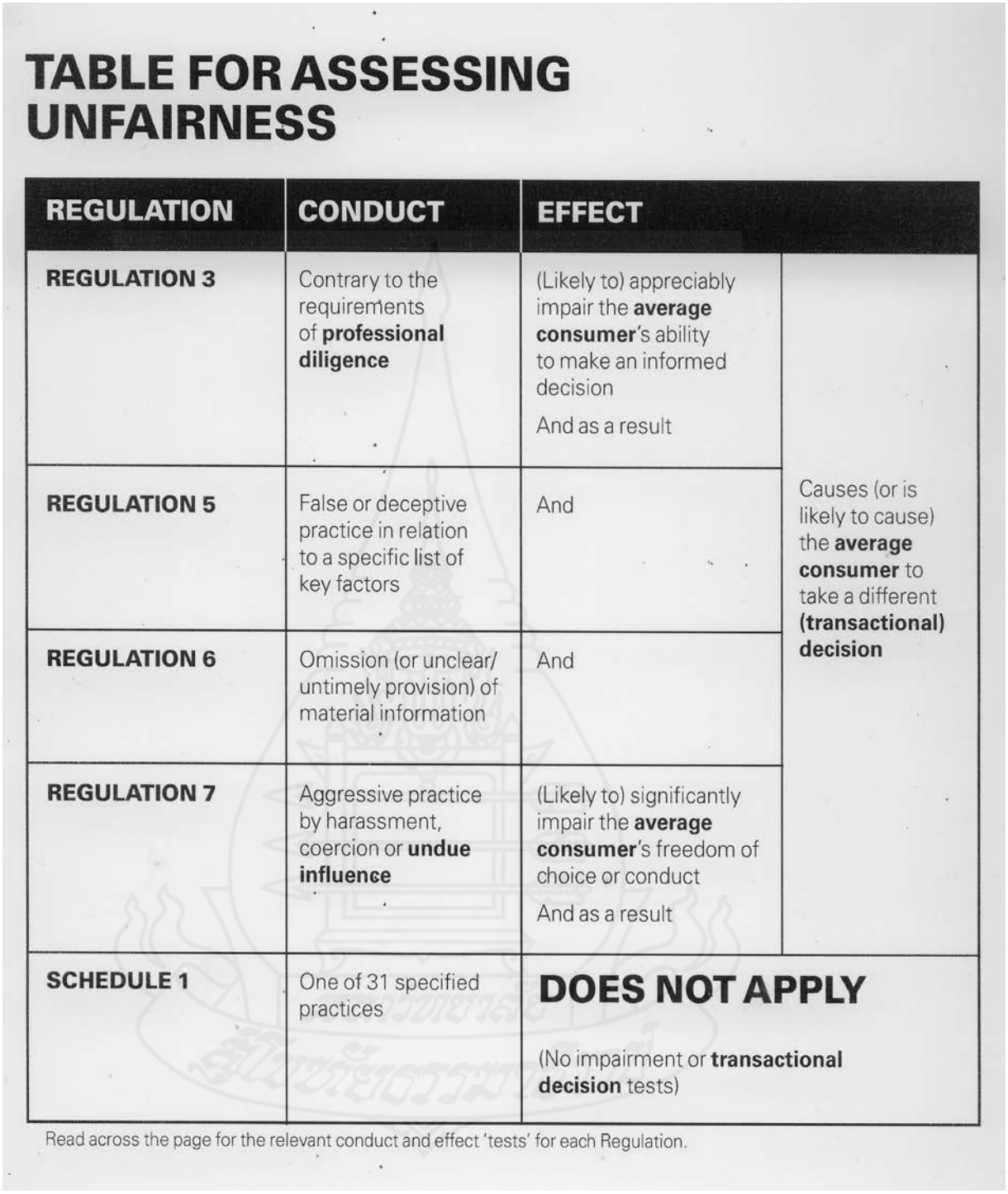


TABLE FOR ASSESSING UNFAIRNESS

REGULATION	CONDUCT	EFFECT	
REGULATION 3	Contrary to the requirements of **professional diligence**	(Likely to) appreciably impair the **average consumer**'s ability to make an informed decision And as a result	Causes (or is likely to cause) the **average consumer** to take a different **(transactional) decision**
REGULATION 5	False or deceptive practice in relation to a specific list of key factors	And	
REGULATION 6	Omission (or unclear/ untimely provision) of material information	And	
REGULATION 7	Aggressive practice by harassment, coercion or **undue influence**	(Likely to) significantly impair the **average consumer**'s freedom of choice or conduct And as a result	
SCHEDULE 1	One of 31 specified practices	**DOES NOT APPLY** (No impairment or **transactional decision** tests)	

Read across the page for the relevant conduct and effect 'tests' for each Regulation.

ภาพที่ 4.3 หลักเกณฑ์การประเมินว่าเป็นการประกอบธุรกิจการค้าอย่างเป็นธรรมหรือไม่

ที่มา: Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. Office of Fair Trading. Retrieved 18/07/2554 from: http://www.oft.gov.uk/business-advice/treating-customers-fairly/protection. (เว็บไซต์นี้ปิดไปแล้ว ดูหมายเหตุท้ายบท)

CPR แบ่งการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิดออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ หรือลวง หรือน่าจะลวง โดยข้อมูลเท็จนั้นปะปนอยู่ในรายการของข้อมูลจริง จนทำให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยหลงเชื่อ และมีผลต่อการตัดสินใจให้เปลี่ยนไปเป็นอย่างอื่น ตัวอย่างเช่น คนขายพยายามขายแพ็คเกจโทรทัศน์ดาวเทียมโดยอ้างว่า แพ็คเกจนั้นรับช่องสำคัญ ๆ ได้มากมายหลายช่อง ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าไม่จริง เพราะถ้าจะรับช่องเหล่านั้นจะต้องเสียเงินเพิ่ม ดังนี้ คนขายได้ให้ข้อมูลที่เป็นเท็จในลักษณะสำคัญของผลิตภัณฑ์ ซึ่งในที่นี้คือจำนวนช่อง ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจซื้อแพ็คเกจนั้นซึ่งตามปกติแล้วจะไม่ซื้อ มีความผิดตาม CPR

2) สร้างความสับสนให้เกิดขึ้นระหว่างผลิตภัณฑ์ของตนกับผลิตภัณฑ์ของคู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นตัวผลิตภัณฑ์เอง หรือเครื่องหมายการค้า หรือชื่อผลิตภัณฑ์ก็ตาม จนเป็นเหตุให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจ หรือน่าจะตัดสินใจเปลี่ยนไปเป็นอีกอย่างหนึ่ง ตัวอย่างเช่น คนขายแว่นตากันแดดตั้งชื่อแว่นตารุ่นใหม่ของตนคล้ายกับของคู่แข่งขันมากเสียจนทำให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยซื้อ ทั้ง ๆ ที่ตามปกติแล้วจะไม่ซื้อ ดังนี้ ต้องรับผิดตาม CPR

3) ประพฤติผิดจรรยาบรรณของอาชีพ ได้แก่การที่ผู้ประกอบธุรกิจการค้ารับรองว่าจะผูกพันตามจรรยาบรรณ หรือกฎเกณฑ์ของอาชีพแล้วไม่ปฏิบัติตามนั้นจนเป็นผลให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยหลงเชื่อและตัดสินใจ หรือน่าจะตัดสินใจเปลี่ยนไปเป็นอีกอย่างหนึ่ง ตัวอย่างเช่น บริษัทขายผลิตภัณฑ์ที่ทำจากไม้ตั้งข้อปฏิบัติผูกมัดตัวเองว่า จะไม่ใช้ไม้เนื้อแข็งจากต้นไม้ที่หายากและได้ทำเป็นโลโกสำหรับโฆษณาไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม ถ้ามีการพบว่าบริษัทฯ ใช้ไม้เนื้อแข็งจากป่าเขตมรสุมที่ใกล้จะสูญพันธ์ ก็มีความผิดตาม CPR เพราะว่า ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยย่อมจะต้องเชื่อว่าบริษัทฯ จะผูกมัดตัวเองกับข้อผูกพันที่ตนทำขึ้นจริง

6.2.2 การประพฤติปฏิบัติซึ่งเป็นการละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิด (CPR มาตรา 7 Misleading omissions)

1) ภาพทั่วไป

การประพฤติปฏิบัติซึ่งเป็นการละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิด คือการให้ข้อมูลที่ไม่เพียงพอของผลิตภัณฑ์ หรือไม่ให้ข้อมูลที่จำเป็นสำหรับทำการตัดสินใจเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ ซึ่งจะเกิดขึ้นในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ เช่น ละเว้น หรือซ่อนส่วนที่เป็นสาระสำคัญของข้อมูล หรือใช้คำพูดที่ไม่ชัดเจน เข้าใจยาก คลุมเครือ หรือหน่วงเหนี่ยวข้อมูล จนมีผลทำให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจ หรือน่าจะตัดสินใจเปลี่ยนไปเป็นอย่างอื่น การละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิดอาจเกิดขึ้นได้อีกทางหนึ่งเมื่อผู้ประกอบธุรกิจการค้าไม่แสดงเจตนาให้เห็น เช่น ไม่มีราคาหรือเห็นแล้วไม่แน่ใจว่าเป็นโฆษณาขายสินค้าหรือเป็นบทความ

ส่วนที่เป็นสาระสำคัญของข้อมูลคือส่วนที่ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยจำเป็นต้องใช้ในการตัดสินใจ เช่น เป็นผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับอะไร เสนอขายที่ไหน อย่างไร แตกต่างออกไปจากผลิตภัณฑ์ธรรมดา ๆ ซึ่งไม่ต้องการข้อมูลมากจนถึงผลิตภัณฑ์ที่ซับซ้อน แต่ในแทบทุกกรณี ราคาเป็นข้อมูลที่จำเป็นต้องเสนอ การไม่แสดงราคาในเวลาอันสมควรเข้าข่ายเป็นการละเว้นการกระทำ ตัวอย่างเช่น ในภัตตาคาร จะต้องเสนอราคาอาหารและเครื่องดื่มก่อนที่ผู้บริโภคจะสั่ง เป็นต้น

ตัวอย่างของการละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดการเข้าใจผิด เช่น สัญญาไม่ระบุระยะเวลาบังคับใช้ เป็นการละเว้นข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญ หรือโฆษณาขายโทรศัพท์มือถือมือสอง จะต้องแจ้งผู้บริโภคให้ทราบอย่างชัดเจนว่าเป็นของใช้แล้ว หรือบริการรับฝากรถ จะต้องแสดงป้ายราคาให้เห็นก่อนที่คนขับจะขับรถเข้าไปและคิดเงิน

2) การเชื้อเชิญให้ซื้อ (Invitation to Purchase)

CPR วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การเชื้อเชิญให้ซื้อ” ไว้เป็นพิเศษหลายข้อ โดยระบุให้ต้องใส่ข้อมูลที่จำเป็นไว้ในคำเชื้อเชิญ มิฉะนั้นจะเข้าข่ายเป็นการละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิดได้ เว้นไว้แต่ว่า คำเชื้อเชิญนั้นมีความสมบูรณ์ในตัวอยู่แล้ว ข้อมูลที่จำเป็นได้แก่ ช่องทางการสื่อสารในการซื้อขาย ลักษณะของผลิตภัณฑ์และราคา ให้พอเหมาะกับช่องทางที่ใช้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่จำเป็นเพียงพอก่อนที่จะตัดสินใจตอบตกลง ตัวอย่างการเชื้อเชิญให้ซื้อที่มีการแจ้งรายละเอียดและราคาของผลิตภัณฑ์ ครบถ้วน เช่น การโฆษณาในหนังสือพิมพ์ที่มีพื้นที่ส่วนหนึ่งเป็นแบบฟอร์มสำหรับสั่งของเพื่อให้ส่งกลับไปยังผู้ขายโดยตรงได้ หรือการโฆษณาทางโทรทัศน์ซึ่งมีการแจ้งให้ทราบว่า เมื่อต้องการซื้อของ จะสั่งโดยตรงได้ที่ไหน หรือบนหน้าเว็บไซต์ซึ่งผู้บริโภคสามารถสั่งของได้ เป็นต้น

ข้อที่ควรทราบคือ มีกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการเชื้อเชิญให้ซื้อ แต่ก็ยังเข้าข่ายเป็นการละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเข้าใจผิดได้เหมือนกัน เช่น การสื่อสารทางการค้าซึ่งไม่แสดงลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์ ไม่ว่าด้วยตัวอักษร รูปภาพ หรืออย่างอื่น หรือการสื่อสารทางการค้าที่ไม่มีการแจ้งราคาให้ทราบ หรือการสื่อสารทางการค้าที่ไม่มีการแจ้งให้ทราบว่าจะติดต่อกลับได้อย่างไร เป็นต้น

ข้อมูลที่จำเป็นต้องมีในการเชื้อเชิญให้ซื้อ ได้แก่ ลักษณะสำคัญของผลิตภัณฑ์ เป็นต้นว่าเป็นผลิตภัณฑ์อะไร ทำหน้าที่อะไร ต้องระบุให้พอเหมาะกับสื่อที่ใช้ ชื่อบริษัท ห้างร้าน หรือตราสินค้า หรือเป็นตัวแทนของใคร ตั้งอยู่ที่ไหน ราคาสินค้า (รวมภาษี) การส่งของ ราคาค่าส่ง ค่าแสตมป์ วิธีการจ่ายเงิน วิธีการรับของหรือมีบริการรับส่งของ การรับเรื่องร้องเรียน สิทธิในการยกเลิกการสั่งซื้อ (ถ้ามี)

ตัวอย่างของการเชื้อเชิญให้ซื้อ ซึ่งแสดงข้อมูลที่จำเป็นต้องมีถูกต้องตาม CPR มาตรา 6 (4) สำหรับสินค้าแต่ละประเภท ซึ่งแตกต่างกันออกไป เช่น

(1) ดินสอดำ

ดินสอถือเป็นผลิตภัณฑ์ที่ธรรมดาที่สุด ในร้านซึ่งมีดินสอมากมายหลายชนิดวางโชว์พร้อมทั้งแจ้งราคาให้ทราบถือว่าเป็นการเชื้อเชิญให้ซื้อแล้ว เพราะผู้บริโภคเพียงแต่นำดินสอไปที่เคาน์เตอร์และจ่ายเงิน การซื้อขายก็เสร็จสมบูรณ์ เพราะว่าตัวดินสอเองแสดงลักษณะสำคัญของผลิตภัณฑ์อยู่แล้ว และตัวดินสอรวมกับราคาที่แสดงบนป้ายคือการสื่อสารทางการค้านั่นเอง

ตามตัวอย่างนี้ ลักษณะที่สำคัญของดินสอเช่น สี ความอ่อนความแข็งก็ปรากฏบนตัวดินสอซึ่งมองเห็นได้ง่าย ข้อมูลที่จำเป็นคือราคาที่แสดงอยู่บนป้ายราคา ส่วนข้อมูลอื่น ๆ เช่น ชื่อร้าน ที่อยู่ของร้าน วิธีการจ่ายเงิน วิธีการรับส่งของ การร้องเรียนของชำรุดตลอดจนการขอยกเลิกการซื้อขาย เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นทั้งสิ้น

(2) การสั่งซื้อ ทีเชิ้ต ทางไปรษณีย์

การโฆษณาขาย (*ทีเชิ้ต* หรือ เสื้อยืดคอกลม) ในหนังสือวารสาร ที่มีการแจ้งขนาดและราคาให้ทราบ และที่ครึ่งล่างของโฆษณาเป็นใบสั่งของซึ่งผู้บริโภคสามารถเติมข้อความลงไปได้ พร้อมกับรายละเอียดวิธีการจ่ายเงินแนบติดไปพร้อมกับใบสั่ง สำหรับส่งไปให้คนขายโดยตรงด้วย ดังนี้ เป็นการเชื้อเชิญให้ซื้อแล้ว

ในที่นี้ ลักษณะสำคัญของผลิตภัณฑ์ เช่น ขนาด สี ชนิดของเนื้อผ้าแสดงอยู่ในโฆษณาแล้วพร้อมทั้งชื่อและที่อยู่ของผู้ขาย วิธีการจ่ายเงิน วิธีการรับส่งผลิตภัณฑ์ ในโฆษณาได้แจ้งให้ผู้บริโภคทราบถึงสิทธิในการยกเลิกการซื้อขาย รวมทั้งระยะเวลาที่ราคาดังกล่าวมีผลครบถ้วนแล้ว

(3) รถยนต์

ในโชว์รูมซึ่งมีรถยนต์ใช้แล้วจอดโชว์พร้อมกับป้ายบอกราคาขายวางอยู่บนรถ ดังนี้ (รถยนต์รวมกับป้าย) เป็นการเชื้อเชิญให้ซื้อแล้ว เพราะว่าผู้บริโภคสามารถซื้อและจ่ายเงินได้ภายในห้องนั้นนั่นเอง

ในที่นี้ ลักษณะสำคัญของรถจะถูกระบุไว้ในป้าย (Sales card) เช่น ยี่ห้อ (บริษัทผู้ผลิต) รุ่น ตัวเลขเข็มไมล์ ขนาดเครื่องยนต์ สี ฯลฯ ชื่อผู้ขาย ราคาขายเห็นได้ชัดเจนภายในห้อง ข้อกำหนดอื่น ๆ เช่น วิธีการจ่ายเงิน การรับส่งรถ การร้องเรียนการชำรุดบกพร่องนั้น ผู้ซื้อสามารถจ่ายเงินและขับรถออกไปได้เลย และถ้าพบว่ามีชำรุดบกพร่องก็สามารถนำรถมาคืนได้

6.2.3 การประพฤติปฏิบัติทางการค้าซึ่งเข้าข่ายเป็นการก้าวร้าวผู้บริโภค (CPR มาตรา 7 Aggressive commercial practices)

1) การประพฤติปฏิบัติทางการค้าซึ่งต้องห้าม เพราะ CPR เห็นว่าเป็นการก้าวร้าวต่อผู้บริโภคได้แก่ การรบกวน (harassment) การคุกคาม (coercion) และการใช้อิทธิพล

ข่มขู่ (undue influence) จนทำให้ความอิสระในการเลือกผลิตภัณฑ์ของผู้บริโภคโดยเฉลี่ยเสียไป มีผลหรือน่าจะมีผลทำให้การตัดสินใจเปลี่ยนไปเป็นอย่างอื่น

2) การรบกวนและการคุกคาม CPR หมายรวมถึงการรบกวนและการคุกคามโดยการใช้กำลัง ไม่ใช้กำลังและการกดดันทางใจด้วยเช่นกัน ส่วนการใช้อิทธิพลข่มขู่นั้นเป็นการใช้อำนาจที่มีเหนือผู้บริโภค โดยใช้กำลังหรือไม่ใช้กำลังก็ตาม กดดันจนความสามารถในการตัดสินใจของผู้บริโภคถูกจำกัดลง ตัวอย่างเช่น อู่ซ่อมรถยนต์ซ่อมรถเกินกว่าที่ได้ตกลงกันไว้แล้วเรียกร้องให้ผู้บริโภคจ่ายค่าซ่อมให้ทั้งหมด มิฉะนั้นจะไม่คืนรถให้ เป็นต้น

3) ความอิสระในการตัดสินใจ ไม่ได้นับเฉพาะแต่กรณีซื้อหรือไม่ซื้อผลิตภัณฑ์เท่านั้น แต่ยังนับรวมกรณีอื่นด้วย เช่น การคุกคามอาจมีผลทำให้ต้องซื้อผลิตภัณฑ์แพงขึ้นหรือเงื่อนไขเปลี่ยนเป็นผลเสียมากขึ้น หรืออาจซื้อซ้ำแล้วซ้ำอีกจากผู้ขายคนละคนก็ได้

4) การประเมินว่าอย่างไรจึงเข้าข่ายเป็นการประพฤติปฏิบัติอย่างก้าวร้าวต่อผู้บริโภค ข้อที่ควรนำมาพิจารณาในการประเมินได้แก่

(1) กาลเวลา สถานที่ ธรรมชาติ หรือ ความดื้อดึง ตัวอย่างเช่น เซลส์แมนขายของตามบ้านกดดันให้ผู้บริโภคจ่ายค่าซ่อมเครื่องใช้ในบ้านเป็นเงินสดในทันทีทันใด โดยย้ำแล้วย้ำอีกว่าถ้าเงินไม่พอก็จะขับรถไปส่งถึงธนาคารเอง ดังนี้ อาจเข้าข่ายเป็นการบังคับขู่เข็ญหรือใช้อิทธิพลข่มขู่ก็ได้

(2) ใช้ภาษาหรือกิริยาข่มขู่ ตัวอย่างเช่น คนทวงหนี้กดดันลูกหนี้ให้ใช้หนี้ด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น ทวงหนี้ดึก ๆ ดื่น ๆ หรือตามไปทวงหนี้ที่ที่ทำงานทั้ง ๆ ที่ลูกหนี้ขอร้องไม่ให้ทำ

(3) ขู่ว่าจะใช้วิธีนอกกฎหมาย เช่น ขู่ลูกหนี้ว่าจะยึดทรัพย์ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมาย เป็นต้น

(4) ผู้ประกอบธุรกิจการค้าถือประโยชน์จากเคราะห์กรรมของผู้บริโภค กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจนมีผลทำให้การตัดสินใจเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์เปลี่ยนไป ตัวอย่างเช่น คณะทำงานในโรงพิธีปลงศพกดดันให้ญาติของผู้ตายที่กำลังทุกข์โศกซึ่งกำลังเลือกซื้อโลงศพให้ซื้อโลงราคาแพงเพื่อไม่ให้ขายหน้าชาวบ้าน เป็นต้น

(5) ใช้วิธีนอกสัญญากีดกันไม่ให้ผู้บริโภคใช้สิทธิตามสัญญา รวมทั้งสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญา หรือเปลี่ยนไปซื้อผลิตภัณฑ์อื่น หรือซื้อจากคนอื่นแทน

6.3 การประพฤติปฏิบัติทางการค้าที่ต้องห้ามเพราะเข้าข่ายเป็นการประพฤติปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมโดยทั่ว ๆ ไป (The general prohibition of unfair commercial practices)

CPR มาตรา 3(1) และ 3(3) กำหนดแนวทางทั่ว ๆ ไปสำหรับผู้ประกอบธุรกิจการค้าให้ถือเป็นหน้าที่ที่จะไม่ประพฤติปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรม บทบัญญัติเกี่ยวกับการ

ประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามในข้อนี้ รวมทั้งการประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามตามข้อ 6.2 (การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามเพราะเข้าข่ายเป็นการหลอกลวง และก้าวร้าว) และการประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามตามข้อ 6.1 (การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด) ช่วยให้หน่วยบังคับใช้กฎหมายดำเนินการกับผู้ที่ฝ่าฝืนได้อย่างครอบคลุม เพราะว่าบทบัญญัติข้อ 6.3 นี้ทำหน้าที่เสมือนร่างแหที่คอยกั้นการประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามที่เล็ดลอดมาจากข้อ 6.1 และ 6.2 ได้

การประพฤติปฏิบัติที่ต้องห้ามโดยทั่ว ๆ ไป ที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องมีองค์ประกอบ 2 ข้อ คือ

1) การประพฤติปฏิบัติที่ไม่ต้องตามจรรยาบรรณของวิชาชีพ (Professional diligence)

2) และมีผลกระทบ หรือน่าจะมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อผู้บริโภคโดยเฉลี่ยในการจัดการกับผลิตภัณฑ์นั้น ๆ

6.4 ตัวอย่างการดำเนินคดี โดยการบังคับใช้กฎหมาย Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (หรือ CPR)

ตัวอย่างแรกในข้อ 6.4.1 เป็นคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษและใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ (หรือ CPR) ในการดำเนินคดี ส่วนตัวอย่างที่สองในข้อ 6.4.2 นั้นเกิดขึ้นในประเทศไทย ผู้วิจัยได้แสดงเปรียบเทียบให้เห็นว่า ในกรณีหลังนี้ ถ้าเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ และใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ (CPR) บังคับ จะเกิดผลแตกต่างออกไปอย่างไรบ้าง

6.4.1 ตัวอย่างการดำเนินคดีโดย Office of Fair Trading ในประเทศอังกฤษ

คดี บริษัท We Buy Any Car Ltd.

ผู้ร้องเรียน:

OFT ดำเนินการเองโดยไม่มีผู้ร้องเรียน

ผู้ที่ถูกไต่สวน:

บริษัท We Buy Any Car Ltd. มีสำนักงานอยู่ที่ Nixon Street, Rochdale, Lancashire, OL11 3JW. และมีเว็บไซต์ชื่อ www.webuyanycar.com

ความเป็นมา:

บริษัทฯ ตีราคารถยนต์ให้ทางอินเทอร์เน็ต แล้วชวนผู้บริโภคให้นำรถมาที่บริษัทฯ OFT พบว่า บริษัทฯ มีการกระทำที่ไม่โปร่งใสในการทำธุรกิจกับผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับสถานะและธรรมชาติของการตีราคารถทางอินเทอร์เน็ต เพราะว่าเมื่อผู้บริโภคยอมเสียเวลานำรถมาให้ตรวจสภาพที่บริษัทฯ กลับพบว่าบริษัทฯ มักให้ราคาสุดท้ายต่ำกว่าราคาทางอินเทอร์เน็ต ด้วยเหตุผลที่ไม่เคยบอกให้ทราบมาก่อน เช่น อ้างสภาวะตลาดปัจจุบัน นอกจากนี้ยังพบว่า มีวิธีการขายบางอย่างที่น่าสงสัย

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง:

1. พระราชกฤษฎีกาคุ้มครองผู้บริโภคจากการประกอบธุรกิจการค้าอย่างไม่เป็นธรรม 2008 (The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 หรือ CPR) และ

2. พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค 1999 (The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือ UTCCR)

ลักษณะของคดี:

การสืบสวนครั้งนี้เป็นการริเริ่มของ OFT เองเพื่อจะสืบสวนวิธีการทำธุรกิจของบริษัทฯ ซึ่งเสนอบริการซื้อรถต่อสาธารณชน ผู้บริโภคถูกชักจูงให้เข้าไปดูเว็บไซต์ (webuyanycar.com) ซึ่งเชิญชวนให้ผู้บริโภคกรอกข้อมูลรายละเอียดและสภาพของรถเพื่อการตีราคาทางออนไลน์ และถ้าผู้บริโภคพอใจราคาที่ให้ก็สามารถนัดกันให้พารถมาตรวจได้ที่สำนักงานสาขาของบริษัทฯ ซึ่งมีอยู่ถึง 114 แห่งทั่ว อังกฤษ สก๊อตแลนด์ และเวลส์ (ณ วันที่ 3 สิงหาคม 2010)

การสืบสวนของ OFT พบว่า เกือบ 96 % ของจำนวนผู้บริโภคที่ขายรถให้บริษัทฯ ระหว่าง 1 กรกฎาคม 2009 - 30 มิถุนายน 2010 ได้รับเงินน้อยกว่าราคาที่ตีให้โดยทางออนไลน์ OFT ถือเป็นหน้าที่ของตนที่จะต้องทำความกระจ่างในประเด็นที่ว่า ทางบริษัทหักราคารถจากราคาที่ตีให้ทางออนไลน์ด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุสภาพรถตามที่บริษัทฯ ตรวจพบ ไม่ตรงกับที่ผู้บริโภคแจ้งทางออนไลน์

ตามทางการสอบสวน OFT ได้ข้อสรุปว่า บริษัทน่าจะกำลังทำความผิดตามกฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ CPR และ UTCCR โดยเฉพาะอย่างยิ่ง OFT เพ่งเล็งการประพฤติปฏิบัติของบริษัทฯ ในหัวข้อดังต่อไปนี้เป็นพิเศษ

1. สร้างความประทับใจให้ผู้บริโภคว่าจะได้ราคาตามที่ตีให้ทางออนไลน์ ถ้าผู้บริโภคแจ้งลักษณะและสภาพของรถตรงตามที่เป็นจริง แต่ตามที่ปรากฏ ราคาที่บริษัทตีให้เมื่อนำรถมาให้ตรวจที่สาขาอาจขึ้นกับปัจจัยอื่นอีกต่างหาก เช่น การอ้างสภาวะตลาด เป็นต้น

2. สร้างความประทับใจให้ผู้บริโภคว่า ราคาที่ตีให้ทางออนไลน์ มีระยะเวลา 7 วัน ซึ่งจริง ๆ แล้วไม่เป็นไปตามนั้น

3. ไม่บอกให้ชัดเจนว่า ราคาที่ตีให้ทางออนไลน์นั้นรวมเงินที่จะขอคืนได้จากภาษีป้ายทะเบียน (Road tax) ด้วย ทำให้เป็นภาระของผู้บริโภคที่จะต้องไปขอคืนเอง

4. การให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ที่ทำการตรวจสภาพรถซึ่งใช้วิธีการคำนวณว่า ยิ่งตีราคารถน้อยลงเท่าไร ยิ่งได้รางวัลมากขึ้นเท่านั้น เป็นวิธีการที่ไม่เป็นธรรม เพราะเป็นการกระตุ้นให้ผู้ที่ทำการตรวจตีราคาต่ำ ๆ

5. ไม่บอกให้ชัดเจนว่า บริการชำระเงินในวันทำการถัดไป เป็นบริการที่มีไว้ให้เลือก อาจทำให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าบริการอีก 24.75 ปอนด์ โดยไม่จำเป็น

6. ไม่มีวิธีการรับเรื่องร้องเรียนที่เหมาะสม ตลอดจนไม่มีทั้งแบบฟอร์มและวิธีการร้องเรียนอย่างเป็นทางการ

7. ข้อสัญญาในสัญญาที่บริษัทเตรียมไว้มีบางข้อเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่นการจำกัดความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างการตรวจสภาพรถ เป็นต้น

OFT มีความกังวลว่า ผู้บริโภคจะนำรถไปสถานที่ตรวจรถโดยไม่มีข้อมูลเพียงพอ และมีความเห็นเพิ่มเติมว่า เมื่อผู้บริโภคนำรถมาถึงสถานที่ตรวจรถแล้ว ย่อมจะมีความเป็นไปได้สูงที่จะยอมรับราคาที่ต่ำกว่า ถึงแม้จะไม่เต็มใจรับก็ตาม เพราะเสียเวลามาแล้ว รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่จ่ายหรือกำลังจะย้ายไปอยู่ประเทศอื่น ซึ่งถ้าผู้บริโภคได้รับข้อมูลครบถ้วนแล้วอาจจะตัดสินใจเอารถไปขายที่อื่นก็ได้

ระหว่างการไต่สวน บริษัทฯ ได้ให้ความร่วมมือกับ OFT เป็นอย่างดี รวมทั้งให้คำรับรองว่าต่อไปจะประพฤติปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างโปร่งใสและเป็นธรรมให้มากขึ้น

ภายหลังการไต่สวน OFT ได้แจ้งเตือนว่า บริษัทฯ กำลังทำผิดกฎหมาย และจะพิจารณาร้องขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับ เว้นไว้แต่ว่าทางบริษัทฯ จะให้คำรับรองอย่างเป็นทางการว่าจะหยุดและไม่ประพฤติปฏิบัติเช่นนั้นต่อไปอีก ทางบริษัทฯ และผู้อำนวยการของบริษัทฯ ได้ทำเป็นหนังสือยอมรับเพียงว่า บริษัทฯ อาจทำผิดกฎหมายตามที่ OFT ชี้ ในขณะที่บริษัทฯ ไม่ได้ยอมรับตรง ๆ ว่า กระทำความผิดจริงก็ตาม แต่ก็ได้ทำเป็นหนังสือรับรองว่าจะแก้ไขวิธีการประพฤติปฏิบัติให้เป็นไปตามที่ OFT ตั้งข้อสังเกตุทุกประการ บริษัทฯ ยอมรับจะแก้ไขตามการพิจารณาของ OFT ดังนี้

1. แจ้งผู้บริโภคให้ทราบอย่างชัดเจน ทั้งก่อนและขณะทำการตีราคาทางออนไลน์ว่าราคานี้ไม่ใช่ราคาที่บริษัทฯ เสนอซื้อ แต่เป็นราคาที่บริษัทตั้งให้ตามการประเมินสภาพรถของผู้บริโภคเอง และอาจเปลี่ยนแปลงได้หลังจากการตรวจสภาพรถจริง ๆ

2. จะไม่หักราคารถด้วยเหตุเนื่องจากสภาพตลาดเปลี่ยนแปลงอีก เว้นไว้แต่ว่า

2.1 ได้แจ้งผู้บริโภคได้ทราบเสียก่อนในขณะทำการตีราคาทางออนไลน์ ว่า อาจจะมีกรณีเช่นนี้ และถ้ามี จะต้อง

2.2 พยายามแจ้งให้ผู้บริโภคทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง ก่อนการตรวจสภาพรถว่า ราคาอาจถูกหักเนื่องจากเหตุดังกล่าวอีกเป็นจำนวนเงินเท่าไร

3. ในการตรวจสภาพรถ จะไม่ใช้วิธีการยิ่งตีราคารถน้อยลงเท่าไร ยิ่งได้รางวัลมากขึ้นเท่านั้นอีก ก่อนตรวจสภาพรถ เป็นหน้าที่ของบริษัทฯ ที่จะต้องบอกผู้บริโภคให้ทราบล่วงหน้าอย่างชัดเจนว่า จะมีการหักราคาในกรณีใดบ้าง

4. จะไม่ประกาศว่า จะยืนราคาตามที่เสนอทางอินเทอร์เน็ตเป็นระยะเวลาเท่านั้น ๆ วัน ถ้าบริษัทฯ ไม่คิดจะทำตามที่ประกาศไว้

5. จะไม่หักค่าธรรมเนียมป้ายทะเบียนรถส่วนที่ขอคืนได้จากราคารถอีก

6. แก้ไขปรับปรุงวิธีการรับเรื่องร้องเรียนให้ได้มาตรฐาน

7. แก้ไขข้อสัญญาทุกข้อที่ระบุไม่ให้บริษัทฯ ต้องรับผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อสัญญาดังกล่าวข้างล่างนี้

7.1 ข้อสัญญาด้วยปากที่พนักงาน หรือตัวแทนของบริษัทฯ ได้ให้ไว้แก่ผู้บริโภค

7.2 ข้อสัญญาเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากการตรวจสภาพรถโดยประมาท

6.4.2 กรณีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

1) คดีตัวอย่างที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภค

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภคแจ้งว่า เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ผู้ร้องได้ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ใช้แล้ว ยี่ห้อดี รุ่นซี เข็มไมล์รถยนต์ที่ 86,423 กิโลเมตร ในราคา 650,000 บาท (หกแสนห้าหมื่นบาทถ้วน) กับบริษัท ฟ้า จำกัด ซึ่งในวันดังกล่าว ผู้ร้องได้ชำระเงินมัดจำ จำนวน 50,000 บาท (ห้าหมื่นบาทถ้วน) และได้รับรถยนต์มาเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2550 ต่อมา ผู้ร้องได้นำรถยนต์คันดังกล่าวไปตรวจสอบสภาพที่ศูนย์บริการ โดยศูนย์ฯ ได้ตรวจสอบข้อมูลรถยนต์กับบริษัท แดง จำกัด ตามเอกสารประวัติงานซ่อมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2551 พบว่าเข็มไมล์รถยนต์อยู่ที่ 120,580 กิโลเมตร จากกรณีดังกล่าว ผู้ร้องเห็นว่า บริษัท ฟ้า จำกัด ได้ทำการปรับเข็มไมล์รถยนต์มีเจตนาที่จะปกปิดข้อเท็จจริงในสาระสำคัญของสินค้า จึงมีความประสงค์เรียกร้องค่าเสียหาย เป็นเงินจำนวน 300,000 บาท (สามแสนบาทถ้วน) จึงขอความเป็นธรรม

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้มีหนังสือเรียกผู้ประกอบการและเชิญผู้ร้องเรียนเข้าเจรจาไกล่เกลี่ยต่อคณะอนุกรรมการไกล่เกลี่ยเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภค ชุดที่ 2 โดยผลการดำเนินการเจรจาไกล่เกลี่ยปรากฏว่า ผู้ประกอบการได้ชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้ร้องเรียนเป็นเงินจำนวน 20,000 บาท (สองหมื่นบาทถ้วน) ผู้ร้องพอใจและขอยุติเรื่องร้องเรียนและสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้แจ้งให้บริษัทฯ ปฏิบัติตามประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยฉลากอย่างเคร่งครัด

2) ถ้าคดีดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษปัจจุบัน

การประพฤติปฏิบัติของผู้ประกอบการมีความผิดแล้วตาม The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 หลายข้อ และบางข้อยังเป็นความผิดเด็ดขาดอีกด้วย Office of Fair Trading สามารถดำเนินคดีกับผู้ประกอบการได้ทันทีโดยไม่ต้องมีผู้ร้องเรียนดังนี้

*(1) ผู้ประกอบการได้ให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ*ในลักษณะสำคัญของผลิตภัณฑ์ นั่นคือ โกหกว่ารถเพิ่งวิ่งมา 25,000 ไมล์ ข้อความอันเป็นเท็จอาจทำให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจผิดไป เช่น ตัดสินใจซื้อตามราคาที่เห็น ซึ่งตามปกติแล้วไม่น่าจะซื้อ หรือไม่ซื้อแน่นอนถ้ารู้ความจริง เพราะว่าหลักเกณฑ์ในการตีราคารถเก่า ส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับว่าใช้มากใช้น้อย การกระทำดังกล่าวเป็นการให้ข้อมูลอันเป็นเท็จซึ่งทำให้ หรือน่าจะทำให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจผิดพลาดไป เป็นความผิดตาม มาตรา 5 ของ CPR

(2) การไม่บอกข้อเท็จจริง เป็นการละเว้นการกระทำอันอาจก่อให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจเปลี่ยนไปเป็นอย่างอื่น เป็นความผิดตามมาตรา 6 ของ CPR

(3) การหมุนเข็มไมล์กลับ ไม่ใช่การประพฤติปฏิบัติทางการตลาดที่ซื่อสัตย์อย่างแน่นอน และเกือบจะเป็นของแน่ว่าทำให้ตรรกทางเศรษฐศาสตร์ของผู้บริโภคผันแปรไปจนเป็นเหตุให้การตัดสินใจเปลี่ยนแปลงไป ผู้ที่หมุนเข็มไมล์กลับ มีความผิดโดยไม่ต้องมีผู้เสียหายร้องเรียนตามมาตรา 3 ของ CPR

(4) สำหรับผู้ประกอบการ ถึงแม้อาจจะเป็นคนละคนกับคนหมุนเข็มไมล์ก็อาจต้องรับผิดด้วยเพราะอาจถูกมองว่าเป็นต้นเหตุของการกระทำความผิด

มหาวิทยาลัยรังสิต

หมายเหตุ:

เว็บไซต์ www.oft.uk/ ของ Office of Free Trading ปิดการให้บริการไปแล้วตั้งแต่ปี 2557 ผู้ที่ประสงค์จะเข้าไปค้นคว้าหาข้อมูลจาก OFT ควรเปิดไปที่

www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading ก่อน แล้ว click ที่ tab ‘view the closed OFT site in the UK Government Web Archive’

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

สัญญาในปัจจุบันในธุรกิจทุกประเภทเป็นสัญญาที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) หรือสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันทั้งในแง่ของอำนาจการต่อรองในทางเศรษฐกิจ ความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยี และทั้งในแง่ฐานะของการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและการเป็นผู้บริโภคของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากสถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันดังกล่าวเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถือว่าเป็นวิกฤติการณ์ที่เกิดขึ้นกับสัญญาในปัจจุบันที่ทำให้นักกฎหมายเห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบจากการเข้าผูกพันกับข้อสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญามาตรฐานในลักษณะดังกล่าว

ในประเทศอังกฤษสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาใช้บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น แนวความคิดที่ว่าควรจะควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลใช้บังคับตามความเป็นธรรม หรือมีผลใช้บังคับในขอบเขตของความสมเหตุสมผล (Reasonable) ยังไม่แพร่หลาย เนื่องจากยังตกอยู่ภายใต้อิทธิพลและแนวความคิดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาที่มักจะสอดแทรกอยู่ในสัญญาต่าง ๆ เสมอ คือข้อสัญญาเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion or Limitation Liability Clauses) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลักษณะหนึ่งที่มักจะกำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเป็นคดีความ ศาลอังกฤษจะพิจารณาวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างเคร่งครัดว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้จะผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีผลบังคับได้เพียงใดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้เป็นผู้ร่างหรือกำหนดเงื่อนไขของสัญญา ที่เป็นปัญหาส่วนใหญ่มักจะเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญามาตรฐาน และวิธีการที่ศาลอังกฤษนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีหลายวิธี ได้แก่การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา (Incorporation into Contracts) การแปลและตีความสัญญา (Interpretation and Construction) หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา (Fundamental Breach of Contract) และข้อจำกัดอื่น ๆ ตามหลัก Common Law

เนื่องจากวิธีการต่าง ๆ ที่ศาลนำมาใช้ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญามาตรฐาน รัฐสภาอังกฤษจึงบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นลายลักษณ์

อักษรออกมาบังคับใช้เป็นครั้งแรกในปี 1977 เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว คือ The Unfair Contract Terms Act 1977 (หรือ UCTA) เนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion Clauses) ถึงแม้กฎหมายฉบับนี้จะมิใช่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาทั่วไปที่ไม่เป็นธรรม แต่ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปด้วยเช่นกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลกับผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม UCTA ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ที่สำคัญคือ แนวคิดในเรื่องปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ถูกต้อง รวมทั้งหลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมก็ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ

ในประเทศไทย เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจและสังคม ทำให้สภาพสังคมปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปมาก มีการเอารัดเอาเปรียบโดยวิธีการซึ่งกำหนดไว้ในข้อสัญญาต่าง ๆ ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ กับผู้บริโภค เพราะว่าอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจฯ ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าสามารถกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในข้อสัญญาเสียเอง ปัญหานี้จะเกิดขึ้นมากสำหรับสัญญาสำเร็จรูป เนื่องจากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นล่วงหน้าเพื่อใช้ทั่วไปกับคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาเป็นจำนวนมาก สัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดข้อสัญญาไว้จำนวนมากในลักษณะที่เรียกว่าทำข้อสัญญาเผื่อไว้ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญาจึงไม่ใช่เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

เนื่องจากความรุนแรงของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทวีขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเดิมก็เพียงแต่ป้องกันการบิดพริ้วสัญญาของลูกหนี้ หรือผู้บริโภค แต่นาน ๆ เข้ากลับกลายเป็นการกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้บริโภคทุกวิถีทาง เมื่อคดีตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านี้เข้าสู่ศาล ศาลก็ไม่อาจเข้าไปใช้ความเป็นธรรมในส่วนนี้ได้เพราะขาดเครื่องมือ ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงเกิดขึ้นด้วยความริเริ่มของฝ่ายศาลยุติธรรมโดยกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2541

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตราขึ้นด้วยความประสงค์ดีและมุ่งคุ้มครองคู่สัญญาจากการเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบอย่างมากในสภาพทางการค้าในปัจจุบัน แต่แนวความคิดที่นำมาประสานกันเป็นกฎหมายฉบับนี้มีความไม่ชัดเจน ซ้ำยังผิดพลาดและสับสนหลายประการ อันเป็นผลให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้รับความเชื่อถือจากทั้งผู้ประกอบธุรกิจการค้าและวิชาชีพ และผู้บริโภค อันที่จริงแล้ว ในการยกร่างกฎหมายฉบับนี้ กระทรวงยุติธรรมได้ลอกเลียนแนวความคิดมาจาก UCTA เสียเป็นส่วนใหญ่ ทั้ง ๆ ที่แนวความคิดหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน UCTA ก็ไม่ถูกต้อง ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคมีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย

1.1 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญา

หากจะจำแนกความไม่เป็นธรรมในกฎหมายสัญญาแล้ว สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unfairness) และ ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive unfairness)

1.1.1 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เป็นเรื่องของการตรวจสอบว่า ในระหว่างที่คู่สัญญาได้ทำสัญญานั้น มีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้นในลักษณะที่กระทบเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ ดังนั้น การข่มขู่ การใช้กลฉ้อฉล การให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยมิได้มีเจตนาฉ้อฉล หรือการสำคัญผิด ล้วนถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น แต่ในสภาพตลาดปัจจุบัน ข้อเท็จจริงที่จัดได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญายังรวมไปถึงการใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่ซ่อนเร้น ไม่อาจมองเห็นได้ชัดเจน อ่านไม่เข้าใจ หรือการไม่มีโอกาสตรวจพิเคราะห์เนื้อหาของข้อสัญญาอย่างแท้จริง

1.1.2 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา เป็นเรื่องความไม่เป็นธรรมในตัวเนื้อหาของสัญญาหรือข้อสัญญาโดยตรง การกล่าวถึงข้อสัญญาที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก จึงเป็นการกล่าวถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาหรือข้อสัญญานั่นเอง

ส่วนใหญ่แล้ว ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญามักมีความเกี่ยวข้องกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งจะอาศัยวิธีการอันไม่เป็นธรรมเพื่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่งรับเอาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรม ส่วนการให้อ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะต้องปรากฏว่า ข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการของการทำสัญญา และทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาเอง

1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1.2.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

1) ปัญหาอันเกิดจากข้อบกพร่องของ The Unfair Contract Terms Act 1977

ถึงแม้เนื้อหาส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด แต่ UCTA ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่ว ๆ ไปด้วยเช่นกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลกับผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตาม UCTA ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการที่สำคัญได้แก่

(1) แนวคิดในเรื่องปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ถูกต้อง ทำให้ผู้ประกอบการค้ารายเล็กที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้บริโภคไม่ได้รับการคุ้มครองด้วย

(2) หลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมยังไม่ชัดเจน ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าเกณฑ์การวัดความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาต้องประกอบด้วยทั้งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา แต่ UCTA มุ่งกล่าวเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาเป็นหลัก โดยไม่ได้กำหนดตัวอย่างหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้พิเคราะห์ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาอย่างเพียงพอ

ต่อมาในปี 1994 ประเทศอังกฤษได้อนุวัติ Directive 93/13/EEC ของสหภาพยุโรป ซึ่งในอังกฤษเรียกว่า Unfair Terms Directive (หรือ UTD) และกฎหมายที่อังกฤษอนุวัติจาก UTD คือ พระราชกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) ในปี 1999 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชกำหนดฉบับนี้อีกครั้งหนึ่งและเรียกพระราชกำหนดฉบับนี้ว่า Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (หรือ UTCCR) UTCCR ใช้บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่วไปโดยไม่จำกัดเพียงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด และเป็นกฎหมายเสริม UCTA ปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้สองฉบับ

2) ปัญหาของการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันสองฉบับ

การที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันทีเดียวสองฉบับทำให้เกิดความสับสนและความไม่แน่ใจ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) เมื่อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมถูกแยกออกเป็นสองฉบับ เมื่อต้องการค้นหาข้อกฎหมายต้องเสียเวลาค้นทั้งสองฉบับ

(2) บทบัญญัติข้อกฎหมายใน UCTA และ UTCCR บางข้อซ้ำกัน บางข้อก็ขัดกัน ใช้ภาษาและแนวคิดที่แตกต่างกันเพื่อก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกัน แต่ไม่ใช่ผลอันเดียวกัน (similar but not identical) นอกจากนั้น ลักษณะของการใช้ถ้อยคำ (Terminology) ก็ต่างกันด้วย

(3) ขอบเขตของการใช้กฎหมายแต่ละฉบับไม่เหมือนกัน UCTA มีขอบเขตการใช้กว้างขวางกว่า และเน้นเรื่องการยกเว้นความรับผิด ส่วน UTCCR นั้น แคบกว่าและกว้างกว่า UCTA ที่แคบกว่าคือ ใช้กับสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น แต่บัญญัติให้คุ้มครองผู้บริโภคไว้กว้างขวางกว่า ยิ่งกว่านั้น ยังใช้กับข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันทั้งหมด เว้นไว้แต่ว่ามีการยกเว้นเอาไว้เป็นการเฉพาะ

(4) ในการยกร่าง UCTA นักกฎหมายอังกฤษใช้วิธีการร่างแบบเข้มข้น ใช้ศัพท์เทคนิคสูง ๆ จนแม้แต่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายก็ยังตามไม่ค่อยทัน ส่วนในการยกร่าง UTCCR นั้น ผู้ร่างได้ลอก Directive 93/13/EEC มาแทบทุกตัวอักษรทำให้เป็นที่เข้าใจยากสำหรับนักกฎหมายชาวอังกฤษผู้ซึ่งไม่คุ้นเคยกับแนวคิดแบบยุโรป

(5) UCTA กำหนดให้ข้อสัญญาบางข้อไร้ผล ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคจะกลายเป็นโมฆะไปโดยอัตโนมัติถ้าระบุยกเว้นความรับผิดให้ผู้จำหน่ายสินค้าที่ทำให้เกิดการตายหรือบาดเจ็บ หรือจัดส่งสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพตามที่ผู้บริโภคต้องการ ข้อสัญญาอื่น ๆ จะมีผลก็ต่อเมื่อเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล

UTCCR บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาต่อผู้บริโภคไว้ใน Schedule 2 เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคะเนได้ว่าข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่าง (non-exclusive list) ซึ่งลอกมาจาก UTD (ในอังกฤษเรียกว่า รายการสีเทา หรือ grey list) ในทางปฏิบัติ grey list มีส่วนช่วยเป็นแนวทางที่สำคัญให้เข้าใจวัตถุประสงค์ของ UTD

(6) UTCCR ใช้บังคับกับคู่สัญญาเท่านั้น แต่ UCTA ไม่เพียงมีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น แต่ยังมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่น เช่น Office of Fair Trading บังคับใช้ UTCCR ได้ด้วย

3) ความต้องการคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก

ธุรกิจขนาดเล็กมักจะประสบปัญหาต้องจำใจยอมรับสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่ปีนธรรมที่กฎหมายไม่ยอมให้โต้แย้ง ส่วนมากมักเกิดกับชาวไร่ ชาวนา ผู้ผลิต หรือผู้ก่อสร้างรายย่อย ธุรกิจขนาดเล็กอาจถูกบังคับให้ต้องจ่ายเงินชดเชยแก่ธุรกิจขนาดใหญ่สำหรับความเสียหายที่ไม่ใช่ความผิดของตน หรือถูกยึดเงินมัดจำ หรือจำต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงราคาหลังจากเซ็นสัญญากันแล้ว บางครั้งอาจพบว่าธุรกิจขนาดใหญ่เป็นฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามใจชอบหรือจากสาเหตุที่ผิดสัญญาเพียงเล็กน้อย ในขณะที่ฝ่ายธุรกิจขนาดเล็กต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายธุรกิจขนาดใหญ่นำสัญญามาตรฐานมาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กที่อ่อนแอกว่า ธุรกิจขนาดเล็กอาจไม่เข้าใจข้อสัญญา หรือถึงแม้เข้าใจก็ไม่มีอำนาจการต่อรองที่จะเปลี่ยนแปลงอะไรได้

4) ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา (main subject matter and price)

UTD กำหนดข้อยกเว้นสำหรับข้อสัญญาเรื่องสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่าราคาหรือค่าตอบแทนไม่ให้นำมาพิจารณา ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา

ข้อยกเว้นดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าตีความยากเป็นพิเศษ ทำให้การดำเนินคดีในศาลมีความยุ่งยาก คดีที่เป็นปัญหาคือคดี Office of Fair Trading VS Abbey National plc. ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมเบิกเงินเกินบัญชี

ส่วนที่เกินวงเงินที่ได้รับอนุมัติไม่ได้รับการยกเว้นจากการประเมินความไม่เป็นธรรม แต่เมื่อคดีมาถึงศาลฎีกา ศาลฎีกากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ เพราะเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวควรได้รับการยกเว้นด้วยเช่นกัน

1.2.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ร่างขึ้นโดยเอา UCTA ของประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบ บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ UCTA ดังนั้น ข้อบกพร่องที่มีอยู่หลายประการใน UCTA ก็ติดมาอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย ข้อบกพร่องเหล่านี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง มาตรา 4 วรรคสาม และมาตรา 10 ดังนี้

1) ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค

(1) ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคหนึ่งนั้นจะทำให้ ผู้ค้ารายใหญ่ซึ่งได้ตกลงรับเอาสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนด โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ผิด เพราะความสามารถในการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจการค้าไม่ได้เสื่อมเสียไปด้วยเหตุที่สัญญาที่จะทำนั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่สำหรับกรณีผู้ประกอบธุรกิจการค้ารายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้นกฎหมายกลับไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ผู้บริโภคตามบทนิยาม ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนาที่ทำสัญญาขายผลิตผลการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็นผู้บริโภค และไม่ได้รับการคุ้มครองจากพระราชบัญญัติฉบับนี้

(2) ในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญามาใช้เอง (รวมถึงใช้ในกิจการของตน) โดยมิใช่เพื่อนำสินค้านั้นไปขายต่อในทางการค้า ก็ถือว่าผู้ประกอบการค้านั้นทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเช่นกัน แนวคิดดังกล่าวก็ไม่น่าจะถูกต้องเช่นกันเพราะไม่ว่าผู้ประกอบการค้าจะซื้อสินค้าหรือจัดหาบริการมาใช้เพื่อการใด ผู้ประกอบการค้าก็อยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนได้เหมือนกัน

(3) ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ซื้อฝากได้เปรียบผู้ขายฝากเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ความส่วนนี้ซึ่งถูกเพิ่มเข้าไปในชั้นรัฐสภามิได้เป็นปัญหาในแง่ของปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ปัญหาของความส่วนนี้ก็มีอยู่ว่า เมื่อมาตรา 4 เป็นบทบัญญัติที่วางหลักทั่วไป การนำเอาความส่วนที่กล่าวถึงข้อตกลงในสัญญาขายฝาก ซึ่งเป็นกรณีของข้อตกลงพิเศษ ทำนองเดียวกับมาตรา 5 – 9 มาบัญญัติรวมไว้ในมาตรานี้ด้วยก็เป็นความผิดพลาดในการประมวลความคิด (Conceptualisation)

2) เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรม

(1) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

มาตรา 4 กล่าวถึงการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดด้วยว่าข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 4 วรรค 3) และยังให้ตัวอย่างข้อตกลงเช่นนี้ไว้ 9 ข้อ แต่ทว่า ตัวอย่างข้อสัญญาหลายตัวอย่างซ้ำซ้อนกัน ตัวอย่างที่แท้จริงจึงมีเพียง 4 ตัวอย่างเท่านั้น ตัวอย่างเหล่านี้จึงมิได้มีมากพอที่จะเป็นแนวทางให้ศาลวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาได้อย่างแท้จริง

(2) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ส่วนที่เข้าใจได้ว่าเป็นการกล่าวถึง ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ปรากฏอยู่ในมาตรา 10 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีว่าให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

ก. ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

ข. ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

ค. เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

ง. การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

พฤติการณ์ที่กล่าวในข้อ ก. และข้อ ข. เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมในกระบวนการทำสัญญา กล่าวคือ เป็นเรื่องของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนที่กล่าวถึง ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ส่วนพฤติการณ์ที่ระบุถึงความสุจริตนั้น กฎหมายไม่ควรอธิบายความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยอิงกับคำว่า สุจริต เพราะมิใช่เป็นกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้า หรือบริการไม่สุจริตในความหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการใช้ภาษากฎหมายเขียนสัญญาซึ่งผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้ หรือ กรณีที่ผู้บริโภคขาดโอกาสเข้าพิเคราะห์ข้อสัญญาอันเนื่องมาจากสภาวะเร่งรีบ

พฤติการณ์ที่ระบุในข้อ ค. คือ เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แต่ส่วนที่กล่าวถึงสถานที่ในการทำสัญญาไม่แน่ชัดว่าหมายถึงสิ่งใด สำหรับพฤติการณ์ในข้อ ง. ที่กล่าวถึงการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญา

ฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเสียมากกว่า

พระราชบัญญัติฉบับนี้มิได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่า ข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาและในกระบวนการทำสัญญา จึงเป็นไปได้ว่า ศาลอาจจะวินิจฉัยให้ข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อศาลเห็นว่าเนื้อหาของข้อสัญญานั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายกำหนดข้อสัญญาได้เปรียบมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมาก โดยที่ศาลมิได้พิเคราะห์อย่างแท้จริงว่ามีพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ กฎหมายจึงควรกำหนดอย่างชัดเจนให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยความไม่เป็นธรรมทั้งสองประเภท

1.3 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

1.3.1 แนวทางในการแก้ไขปัญหาทางด้านตัวบทกฎหมาย

หลายปีที่ผ่านมากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษทั้งสองฉบับ คือ UCTA และ UTCCR ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ายุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็น The Law Commission และ The Scottish Law Commission จึงได้รับมอบหมายให้ทำการศึกษาและยกร่างกฎหมายสองฉบับนี้เสียใหม่ให้ชัดเจนและเข้าถึงได้ง่ายขึ้น และให้พิจารณาความเป็นไปได้ที่จะคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก ตลอดจนการศึกษาปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคาด้วย

คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ ทั้งสองได้เสนอความเห็นไว้ในรายงานว่า ควรรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองฉบับให้เหลือเพียงฉบับเดียว พร้อมทั้งเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ด้วย

1.3.2 แนวทางในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย

ปัจจุบัน แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียวเป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อม ๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของตลาดไปด้วย สำนักงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ ได้แก่ Office of Fair Trading (หรือ OFT) ดังนั้น นอกจาก OFT จะมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแล้ว ยังมีหน้าที่กำกับดูแลให้การดำเนินงานของธุรกิจต่าง ๆ เป็นไปอย่างยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอีกด้วย ตลาดที่มีการแข่งขันกันมีผลดีสองประการ คือ มีผลต่อแรงจูงใจที่จะทำให้ธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้น และมีผลต่อความพยายามที่จะตอบสนองอุปสงค์ของผู้บริโภคมากขึ้น การทำงานของตลาดที่เป็นไปตามธรรมชาติ และมีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงนั้นจะเป็นผลดีในระยะยาว เพราะจะเป็นตัวขับเคลื่อนให้มีการเพิ่มผลผลิต ซึ่งเป็นผลดีต่อการฟื้นฟูเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มต้นทุนของทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายธุรกิจเอกชน

OFT เป็นหน่วยงานอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายตั้งแต่ปี 1973 วัตถุประสงค์หลักของ OFT คือ การทำตลาดให้เป็นตลาดของผู้ซื้อ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย OFT มีเครื่องมือ ซึ่งก็คือกฎหมายต่าง ๆ ถึงสิบกว่าฉบับ กฎหมายใหม่ ๆ เช่น Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 และ Consumer Credit Act 2006 ทำให้โฉมหน้าของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสหราชอาณาจักรเปลี่ยนแปลงไปมาก การนำกฎหมายสองฉบับดังกล่าวมาใช้รวมกับกฎหมาย Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 และ Enterprise Act 2002 ทำให้แนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภคเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียว เป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อม ๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของตลาดไปด้วย

งานส่วนใหญ่ของ OFT ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด การวิเคราะห์ตลาด สอดส่องดูแลการควบกิจการ (merger) การฮั้วกัน (Cartel) รับจดทะเบียนธุรกิจผ่อนส่ง ธุรกิจให้กู้เงิน สอดส่องดูแลบริษัทตัวแทนซื้อขายที่ดิน ให้การสนับสนุนแก่หน่วยงานอื่น ทำงานร่วมกับหน่วยงานอื่นให้ความรู้แก่ธุรกิจและผู้บริโภค ให้คำปรึกษาแก่ผู้บริโภคโดยตรง ฯลฯ ทั้งหมดนี้ ที่ OFT ถือว่าเลวร้ายที่สุดที่จะต้องจัดการเป็นอันดับแรกคือการฮั้วกัน เพราะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งแก่ผู้บริโภคและธุรกิจที่ดี ธุรกิจที่ทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการฮั้วกันเพื่อผูกขาดตลาดอาจถูกปรับถึง 10% ของรายได้ทั้งหมดทั่วโลก ทั้งมีความผิดทางอาญาตามกฎหมาย Enterprise Act 2002 ที่มีโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี และโทษปรับโดยไม่จำกัดอีกด้วย

เนื่องจากปัญหาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในประเทศไทยคล้าย ๆ กับปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เพราะไทยใช้กฎหมายของอังกฤษเป็นแม่แบบในการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนั้นข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ ทั้งสองจึงเป็นประโยชน์ในการที่จะนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ของประเทศไทยด้วย

2. ข้อเสนอแนะ

ผลจาการศึกษาเปรียบเทียบในครั้งนี้พบว่า โดยทั่ว ๆ ไปการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษได้ก้าวไกลไปกว่าประเทศไทยมาก ทั้งในด้านการบัญญัติกฎหมายใหม่ ๆ ขึ้นมาใช้และวิธีการในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจาก Directive 93/13/EEC เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคโดยตรง จึงควรใช้บทบัญญัติของ UTD เป็นแม่แบบ ประกอบกับข้อเสนอในรายงานของ คณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ของไทย ดังนี้

2.1 ข้อเสนอแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ จำเป็นต้องแยกบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ ออกเป็นสองภาค โดยแยกสัญญาผู้บริโภค และสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก ออกจากสัญญาอื่น ๆ ทั้งนี้ เพื่อแสดงวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนว่าต้องการคุ้มครองผู้บริโภคและธุรกิจขนาดเล็กโดยตรง ดังนั้น สัญญาอื่น ๆ เช่นสัญญาธุรกิจ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาซื้อขายที่ทำกันเป็นการส่วนตัว หรือสัญญามีชื่อหรือไม่มีชื่ออื่น ๆ ตลอดจน ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ความตกลงหรือความยินยอม จะอยู่ในอีกภาคหนึ่งของพระราชบัญญัติฯ และอยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษาครั้งนี้

2.1.1 สัญญาผู้บริโภค

1) สาระสำคัญของสัญญาผู้บริโภค

(1) ความหมายของคำ

คำจำกัดความของผู้บริโภค ควรจำกัดความหมายให้แคบลงกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฯ ซึ่งบัญญัติว่าเป็น ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะ ... และควรใช้คำว่า ผู้บริโภค อย่างเดียวโดยตลอดในกฎหมายฉบับแก้ไขใหม่

คำว่า ผู้บริโภค ควรจะหมายถึง “บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน”

คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ก็เช่นเดียวกัน ควรจะหมายถึง “บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล ผู้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจหรือวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะเป็นกิจการสาธารณะหรือกิจการส่วนตัว” และคำว่า ธุรกิจ ควรจะรวมกิจกรรมของหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานของท้องถิ่นเข้าไว้ด้วย

คำว่า สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญามาตรฐาน ควรหมายถึง “สัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว มีการร่างไว้ล่วงหน้า และผู้บริโภคไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้”

(2) ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลของข้อสัญญานั้น ควรจะตัดคำว่า โดยขัดต่อความสุจริต ออกไป เพราะว่า ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะชี้ว่า การกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำใด ๆ สุจริต หรือไม่สุจริต การตัดข้อความดังกล่าวออกไปทำให้การวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาใดเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมง่ายขึ้นเพราะเหลือการพิจารณาดูเจตนาภายนอกแต่เพียงอย่างเดียว ได้แก่ ความได้เปรียบเสียเปรียบ ความไม่เท่าเทียมกันในสัญญา ดังนั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเหลือเพียง 3 ข้อ คือ

ก. เป็นข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจากันตัวต่อตัว

ข. ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา

ค. เป็นผลให้ผู้บริโภคต้องได้รับความเสียหาย

(3) ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ควรบัญญัติให้มีผลดังนี้

ก. ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการทำกับผู้บริโภคนั้น ไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค

ข. เมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญานั้นยังมีส่วนที่สมบูรณ์เหลืออยู่ ก็ให้มีผลผูกพันต่อไปได้

(4) การตีความ

กฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ควรมีกฎเกณฑ์สำหรับการตีความให้เป็นคุณต่อผู้บริโภค และถ้ามีข้อสงสัยในความหมายของข้อสัญญา ต้องยกประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภค

(5) ภาระการพิสูจน์

หากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอ้างว่าสัญญามาตรฐานนั้น ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวกันแล้ว ภาระการพิสูจน์ควรต้องตกแก่ผู้อ้าง

(6) ข้อเสนอเพิ่มเติมจากรายงานของคณะกรรมาธิการฯ

ก. ข้อสัญญาที่ฝ่ายธุรกิจจัดทำขึ้นเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดสำหรับการตายหรือบาดเจ็บอันเนื่องมาจากละเลย (ไม่กระทำตามหน้าที่) ควรให้เป็นข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ

ข. ข้อสัญญาทุกข้อในสัญญาผู้บริโภค ยกเว้นข้อที่เป็นแกนของสัญญา ควรจะต้องผ่านการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ไม่ว่าข้อสัญญานั้นจะได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันหรือไม่ก็ตาม

ค. ถ้าได้พิสูจน์แล้วว่า ข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งไม่เป็นธรรม หรือไม่เป็นธรรมเพียงบางส่วนจริง ถ้าเป็นไปได้ก็ควรให้คงไว้ซึ่งข้อสัญญาส่วนที่เหลือ

ง. บทบัญญัติที่ใช้บังคับทั่ว ๆ ไปกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคควรนำมาใช้ในกรณีที่ผู้บริโภคกลายเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการด้วย

2) เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค

ความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยสัญญาสามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยทั้ง ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

(1) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ตามข้อเสนอของคณะกรรมาธิการฯ การทดสอบความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งจะนำมาใช้กับข้อสัญญาที่โต้แย้งได้แต่ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ ควรเป็นการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล มีดังนี้

ก. การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ควรจะตัดคำว่าโดยสุจริต ออกไป

ข. การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ควรจะพิจารณาจาก

ก) ทุกสิ่งทุกอย่างที่เกี่ยวข้องในขณะที่ทำสัญญากัน

ข) ต้องนำสาระสำคัญ และผลที่เกิดจากข้อสัญญา และพฤติการณ์ทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญามาพิจารณาด้วย

ค. การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ควรวินิจฉัยจาก

ก) ความโปร่งใส

ข) สาระสำคัญของสัญญา และผลที่เกิดจากสัญญา

ค) พฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะที่ทำสัญญา

ง. ความไม่โปร่งใสเพียงอย่างเดียวก็สามารถทำให้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้

จ. กฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ควรบรรจุข้อชี้แนะให้มากพอที่จะนำมาใช้ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลได้

(2) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา

รายการตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาซึ่งมีอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีน้อยมาก จึงจำเป็นต้องนำรายการตัวอย่าง (หรือ The Grey List) ใน Directive 93/13/EEC ทั้ง 17 ข้อ (หน้า 95 – 97) รวมทั้งข้อสัญญาตัวอย่างอีก 3 ข้อที่คณะกรรมาธิการฯ เสนอไว้ในรายงาน ฉบับปี 2005 (หน้า 170) มาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขใหม่นี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าตัวอย่างข้อสัญญาเหล่านี้ อาจจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างบางข้อจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 (หน้า 76 – 77) ซึ่งสามารถนำมารวมกับ The Grey List และจะทำให้มีตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาเพิ่มขึ้นอีก รวมกันแล้วกว่า 20 ตัวอย่าง

3) ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา

บทบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคานี้ไม่ได้มีบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ถ้าจะนำมาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วยก็ควรนำข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมาธิการฝ่ายกฎหมายฯ เกี่ยวกับเรื่อง ข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคามาเป็นแนวทางดังนี้ คือ

(1) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับราคา หรือสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ ควรได้รับการยกเว้นจากการตรวจสอบก็ต่อเมื่อข้อสัญญานั้น โปร่งใสและเด่นชัดเท่านั้น การเข้าถึงปัญหาโดยการใช้ความโปร่งใสและความเด่นชัดนำ ทำให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างข้อสัญญาที่ผู้บริโภคนำไปใช้ในการตัดสินใจซื้อสินค้า และข้อสัญญาที่หายไปในดงของตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว

(2) คำว่า โปร่งใส ควรหมายความว่า ใช้ภาษาธรรมดา ๆ เข้าใจได้ง่าย ไม่ต้องเสียเวลาคิดหรือตีความ และถ้าทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ควรทำให้อ่านง่าย

(3) การทดสอบความเด่นชัด ควรหมายถึง การทดสอบโดยผู้บริโภคโดยเฉลี่ย ซึ่งวิธีการนี้ใช้กันอย่างกว้างขวางในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของยุโรป คำว่า ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย ไม่ใช่เป็นผู้บริโภคจริง ๆ แต่เป็นผู้บริโภคที่สมมุติขึ้นมาว่าเป็นคนธรรมดาที่ได้รับข้อมูลมากพอสมควร มีความช่างสังเกตและมีความรอบคอบพอสมควร และข้อสัญญาที่เรียกได้ว่าเด่นชัด คือข้อสัญญาที่ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยสามารถรับรู้ได้โดยง่าย ข้อสัญญายิ่งแปลก หรือยิ่งหนัก ก็ยิ่งจำเป็นต้องทำให้เด่นชัดขึ้น

(4) สำหรับ ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว นั้น คณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นในเรื่อง ข้อยกเว้น ว่าต้องคำนึงถึงความชัดเจนในความแตกต่างระหว่างข้อสัญญาที่ใช้สำหรับการแข่งขันในทางการค้า และข้อสัญญาที่ฝังตัวอยู่ในตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว ในที่ซึ่งผู้บริโภคสามารถรับรู้ถึงข้อสัญญาที่เสนอโดยผู้ประกอบการค้า และสามารถนำไปใช้ในการเลือกซื้อสินค้าได้ กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องเสนอตัวเข้าไปคุ้มครองผู้บริโภคจากผลของการที่ตนตัดสินใจเอง ในทางตรงกันข้าม ผู้บริโภคแทบจะไม่ได้อ่านตัวพิมพ์เล็กจิ๋วเลย ตัวพิมพ์เล็กจิ๋วไม่ได้หมายถึงขนาดของตัวพิมพ์เท่านั้น แต่ยังหมายถึงตำแหน่งในการวาง การใช้ภาษาที่เข้าใจยาก ตลอดจนนำการศัพท์แสงทางกฎหมายมาใช้

คณะกรรมาธิการฯ มีความเห็นว่าข้อสัญญาที่พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์เล็กจิ๋วทั้งหมดควรจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาทุกข้อของสัญญาควรต้องโปร่งใส ไม่เช่นนั้น หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะต้องใช้อำนาจดำเนินการตามกฎหมายได้ ตามความเป็นจริงไม่อาจทำให้ข้อสัญญาเด่นชัดได้เสมอไปทุกข้อ และถ้าสัญญาไม่เด่นชัดก็ไม่ได้หมายความว่า

ข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม หรือตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่เป็นธรรม เพียงแต่ว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรมได้

2.1.2 สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก

ความบกพร่องอีกข้อหนึ่งของ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 คือ ไม่ได้คุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็ก ซึ่งตามความเป็นจริงก็มีฐานะระดับเดียวกับผู้บริโภคนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ชาวไร่ชาวนาที่ขายผลผลิตให้แก่พ่อค้าคนกลาง แต่ที่สำคัญคือ ต้องวางกฎเกณฑ์ให้เหมาะสมว่าขนาดเล็กเพียงใดจึงควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งตามแนวทางของคณะกรรมาธิการฯ นั้น ธุรกิจที่ควรได้รับการคุ้มครอง ควรเป็นธุรกิจขนาดเล็กที่สุดและอ่อนแอที่สุด ซึ่งโดยทั่ว ๆ ไปมักจะเรียกว่า ธุรกิจขนาดจิ๋ว (micro business) นั่นเอง การศึกษาข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมาธิการฯ จะช่วยในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ ให้เหมาะสมกับสภาวะของประเทศไทย ซึ่งสรุปได้ดังนี้

*1) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับสิทธิในการโต้แย้ง*ข้อสัญญามาตรฐานใด ๆ ที่ไม่ใช่ข้อสัญญาแกนของสัญญา ภายใต้การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล

*2) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับความคุ้มครอง*ในการติดต่อทำธุรกิจกับธุรกิจอื่นโดยไม่จำกัดว่าธุรกิจอื่นจะมีขนาดเท่าใด

*3) ขนาดของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรได้รับความคุ้มครอง*ตามระบบกฎหมายใหม่ของประเทศอังกฤษ คือ มีจำนวนพนักงาน 9 คนหรือน้อยกว่า

*4) ขนาดของธุรกิจควรคำนวณจากค่าเฉลี่ย*ของจำนวนพนักงานที่ธุรกิจนั้นจ้างไว้ หรือดูจากจำนวนพนักงานของธุรกิจนั้นและธุรกิจอื่นที่ร่วมกันของปีที่ผ่านมา

5) ธุรกิจขนาดเล็กที่เข้าร่วมทำธุรกิจกับธุรกิจขนาดใหญ่จะไม่ถูกนับรวมเข้าอยู่ในระบบธุรกิจขนาดเล็ก

6) ตามระบบกฎหมายใหม่ของประเทศอังกฤษนั้น สัญญาที่มีมูลค่าเกิน 5 แสนปอนด์ จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก

7) ในกรณีที่เป็นสัญญาฉบับหนึ่งในชุดที่ประกอบด้วยสัญญาหลายฉบับ ควรรวมจำนวนเงินที่ซื้อขายในสัญญาทั้งหมดเข้าด้วยกัน และถ้าจำนวนเงินรวมกันแล้วเกิน 5 แสนปอนด์ สัญญาทั้งหมดในชุดนั้นก็ไม่ควรอยู่ภายใต้การบังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก

8) ควรมีข้อยกเว้นให้สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมในกรณีที่ธุรกิจขนาดเล็กเข้าไปทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจบริการทางการเงินที่มีกฎเกณฑ์ของตัวเองควบคุมอยู่แล้ว

9) ข้อสัญญาบางข้อเท่านั้นในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรเปิดให้โต้แย้งได้ ได้แก่ ข้อสัญญาซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งนำมาใช้ในสัญญามาตรฐาน และข้อสัญญานั้นไม่ได้รับการแก้ไขให้เป็นประโยชน์กับธุรกิจขนาดเล็ก หลังจากที่ได้มีการเจรจาต่อรองกัน

*10) สัญญาทางธุรกิจบางประเภทที่ได้รับการยกเว้น*ให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ควรนำมาใช้กับสัญญาธุรกิจขนาดเล็กด้วยเช่นเดียวกัน

11) ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ ควรนำวิธีการทดสอบความความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลที่ใช้กับสัญญาอื่น ๆ มาใช้กับสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก

12) ควรนำรายการตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจจะถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กด้วย

13) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก การพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้น ๆ ไม่เป็นธรรมควรให้เป็นภาระของธุรกิจขนาดเล็ก

14) ในกรณีที่พบว่าข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กไม่เป็นธรรม ควรให้สัญญาส่วนที่เหลือยังคงมีผลต่อไปเท่าที่จะเป็นไปได้

15) ควรดำเนินการให้มีวิธีการป้องกันธุรกิจอื่น ๆ หลีกเลี่ยงการควบคุมสัญญาธุรกิจขนาดเล็กโดยวิธีการใช้ทุติยสัญญา (secondary contract)

2.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดกัน

บทบัญญัติมาตรา 6 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติว่า

“สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ ...” ขัดกับบทบัญญัติเรื่องสัญญาซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างตรงกันข้าม เพราะใน บรรพ 3 ลักษณะ 1 หมวด 1 ส่วนที่ 4 “ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิด” มาตรา 483 บัญญัติว่า

“คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่า ผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือ เพื่อการรอนสิทธิ ก็ได้”

เนื่องจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็นกฎหมายเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีที่มีการปฏิรูปกฎหมายฉบับนี้ก็ควรถือโอกาสยกเลิกบทบัญญัติที่ขัดกันในกฎหมายฉบับอื่นไปในคราวเดียวกันด้วย

2.2 ข้อเสนอแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นผู้นำในด้านกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค มีระบบกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่สมบูรณ์ และมีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายมายาวนาน มีทั้งองค์กรอิสระที่รัฐจัดตั้งขึ้น และองค์กร NGO มากมายหลายองค์กรคอยช่วยเหลือและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะและเอกชน ประเทศไทยจึงควรศึกษาวิธีการบังคับใช้กฎหมายของ Office of Fair Trading เพื่อเป็นแบบอย่างในการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทย

หน้าที่หลักที่สำคัญของ OFT คือ การบังคับใช้กฎหมาย และการสอดส่องดูแลตลาดให้มีการแข่งขันกัน เพื่อป้องกันการผูกขาด ในปัจจุบัน ตลาดผูกขาดตามความหมายที่ว่าดำเนินการโดยเอกชนแต่เพียงผู้เดียวโดยลำพังจัดเป็นตลาดที่หาได้ยาก แต่ไม่ได้หมายความว่าการผูกขาดจะไม่มีอยู่เลย การผูกขาดยังคงมีให้พบเห็นอยู่เป็นประจำ ได้แก่ กรณีที่หน่วยธุรกิจมีขนาดใหญ่ โดยมีสัดส่วนของสินค้าที่หน่วยธุรกิจผลิตออกมาจำหน่ายมีจำนวนมากเมื่อเทียบกับหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ จนกระทั่งหน่วยธุรกิจรายใหญ่นี้มีอำนาจในการควบคุมตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ในทางปฏิบัติ หน่วยธุรกิจขนาดใหญ่นี้จึงมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจในตลาดผูกขาด

สาเหตุของการผูกขาดอีกทางหนึ่งอาจเกิดจากการกระทำของรัฐเองก็ได้โดยการออกกฎหมายกีดกันซึ่งเป็นปัจจัยกีดขวางที่ทำให้เกิดหน่วยธุรกิจผูกขาดขึ้น เช่น การออกใบอนุญาต ให้สัมปทาน ให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยธุรกิจเฉพาะรายดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าได้แต่ผู้เดียว เป็นต้น เป็นเหตุให้หน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าที่ถูกกีดกันโดยรัฐนั้นได้ สำหรับประเทศไทย สาเหตุการผูกขาดที่เกิดจากการกีดกันโดยรัฐและกฎหมายโดยการให้สัมปทานจัดเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมาก ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากกรณีตัวอย่างของตลาดการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นตลาดผูกขาดตามกฎหมายที่กีดกันหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ ไม่ให้เข้าไปในอุตสาหกรรมชนิดนี้ ผลเสียที่เกิดขึ้นก็คือผลประโยชน์ที่รัฐและผู้บริโภคควรจะได้รับจะถูกถ่ายโอนไปสู่ผู้ได้รับสัมปทานอย่างมหาศาลในรูปของ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset) ข้อมูลจาก Consolidated and Company Financial Statement, 31 December 2004 แสดงให้เห็นว่า บริษัท AIS ผู้ได้รับสัมปทาน มีทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ถึง 90,431.65 ล้านบาท (จากการคำนวณรวมค่า assets under concession agreement, concession rights, goodwill and other assets – net ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2547)

2.3 ข้อเสนอเพิ่มเติม

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว ควรยกร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพิ่มขึ้นอีกฉบับหนึ่ง เพื่อใช้ควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติม นั่นคือกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการค้า

อย่างไม่เป็นธรรม โดยใช้ Directive 2005/29/EC ของสหภาพยุโรป (หรือ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของประเทศอังกฤษ) เป็นแม่แบบ กฎหมายฉบับนี้จะเป็นประโยชน์มากสำหรับผู้บริโภคในประเทศไทย เพราะสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยกำหนดลงไปในเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างชัดเจนว่า ให้เป็นหน้าที่โดยปกติของหน่วยธุรกิจที่จะต้องไม่ใช้วิธีดำเนินการโดยมิชอบ รวมทั้งต้องมีความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจการค้าอย่างโปร่งใสอีกด้วย นับว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้บริโภค และในขณะเดียวกัน เป็นการยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคให้สูงขึ้นอีกระดับหนึ่งด้วย

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

กมล สนธิเกษตริน. (2539). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 พร้อมด้วยคำแปลภาษาอังกฤษ*. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ.

ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย. (2542). "ระบบเศรษฐกิจ" ใน *เอกสารการสอนชุดวิชา หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น* หน่วยที่ 2 ตอนที่ 2.3 สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

ดาราพร ถิระวัฒน์. (2552). "การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา: การตีความสัญญา" ใน *ประมวลสาระชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง* หน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

_____. (2538). *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประชุม โฉมฉาย. (2552). *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปรีดา ยังสุขสถาพร. (2551). *ทรัพย์สินทางปัญญาน่ารู้ และวิธีการประเมินมูลค่า*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี.

พินัย ณนคร. (2543). "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ". *วารสารนิติศาสตร์*, ธันวาคม 2543, 30 (4), 546 – 588.

พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา. (2542). *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

ลาวัณย์ ฉนัดศิลปะกุล. (2553). "สนธิสัญญา" ใน *เอกสารการสอนชุดวิชา 41451 กฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)* หน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. (2542). *พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. (2545). *แนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2540* (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.

วิชัย จิตตปาลกุล. (พ.ศ.2531). *สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.

ศาลฎีกา. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1989/2552. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6288/2548. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2553. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6087/2550. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2298/2553. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8758/2553. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

_____. (ม.ป.ป.). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8818/2551. สืบค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2553 จาก http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp.

สมจินต์ สันถวรักษ์. (2543). “ตัวอย่างการรวมกลุ่มการค้า” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา เศรษฐศาสตร์ระหว่างประเทศ* หน่วยที่ 8 ตอนที่ 8.3 เรื่องที่ 8.3.3 นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์.

สถาบันการต่างประเทศเทววงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ. (2552). คำศัพท์ – คำย่อทางการทูตและการต่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่ 4 ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 2). สืบค้นวันที่ 25 กันยายน พ.ศ.2553 จาก: http://www.mfa.go.th/web/856.php.

อรรยา สิงห์สงบ. (2550). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). (n.d.). *German Civil Code.* Retrieved August 30, 2012, from: http://bundes-recht.juris.de/bgb/index.html.

General Secretariat of the French Government. (n.d.). *Code de la consummation, Livre 1er: Information des consommateurs et formation des contrats, Titre III, Conditions générales des contrats, Article L132-1 à L136-1.* Retrieved May 21, 2012, from : http://www.legifrance.gouv.fr/ tranductions/en-English/Legifrance-translations.

_____. (n.d.). *Consumer code, Title 3, General contractual provisions, Articles L132-1 to L136-1.* Retrieved May 21, 2012, from: http://www.legifrance.gouv.fr/tranductions/en-English/Legifrance-translations http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri.

_____. (n.d.). LEGIFRANCE CONSUMER CODE, BOOK 1, TITLE 3, *General Contractual Provision Article L 131-1 to L 136-1.* Retrieved June 28, 2012 from: http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=61&r=2138.

European Union. (n.d.). Directive 2005/29/EC, Unfair Commercial Practices Directive. *The European Parliament and The Council of the European Union.* Retrieved July 4, 2012, from : http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm.

_____. (n.d.). Consumer Law Aquis Compendium. *Legislation 83, Germany (DE) DE1, German Civil Code* (Reference in Official Journal :BGBI. I 2002, 42). Retrieved August 30, 2012, from: http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm.

_____. (n.d.). Legislation 138, United Kingdom (UK) Nr. 14 : *Unfair Contract Terms Act 1977.* Retrieved August 30, 2012, from: http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm.

_____. (n.d.). Legislation 127,United Kingdom (UK) Nr.3 : *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999 (Reference in Official Journal : Statutory Instrument 1999 No. 2083). Retrieved August 30, 2012, from: http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm.

_____. (n.d.). Legislation 361, France (FR) Nr.1 : *Consumer Protection Act, Legislative Act N° 89 – 421 of 23rd July 1989* (Reference in Official Journal : Journal Officiel du 29 juin 1989 p.8047). Retrieved August 30, 2012, from: http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm.

European Union. (n.d.). *Exports to other EU members as a percentage of each country's total Exports (2005).* Retrieved August 30, 2010, from: http://europa.eu/abc/keyfigures/tradeandeconomy/index_en.htm.

_____. (n.d.). *GDP in billions of euro (2007).* Retrieved August 30, 2010, from: http://europa.eu/abc/keyfigures/tradeandeconomy/index_en.htm.

_____. (n.d.). *GDP growth (percentage change over previous Year).* Retrieved August 30, 2010, from: http://europa.eu/abc/keyfigures/tradeandeconomy/index_en.htm.

_____. (n.d.). *International trade in goods, in billions of euro (2005).* Retrieved August 30, 2010, from: http://europa.eu/abc/keyfigures/tradeandeconomy/index_en.htm.

Office of Fair Trading. (n.d.). *Legal power, Office of Fair Trading.* Retrieved September 1, 2010, from: http://www.oft.gov.uk/about-the-oft/legal-powers/lega.

_____. (n.d.). *Investigation: Barclay's Bank PLC, Office of Fair Trading.* Retrieved July 9, 2010, from: http://www.oft.uk/OFTwork/consumer-enforcement/traders/3334/1/.

_____. (n.d.). *Investigation into alleged unfair practices by a trader offering a vehicle buying service to consumers, Office of Fair Trading.* Retrieved July 22, 2011, from: http://www.oft.uk/OFTwork/consumer-enforcement-complete.

_____. (n.d.). *Published undertakings and court actions, Office of Fair Trading.* Retrieved September 1, 2010, from: http://www.oft.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/.

_____. (n.d.), *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, Office of Fair Trading.* Retrieved July 4, 2011, from: http://www.oft.gov.uk/business-advice/treating-customers-fairly/protection.

_____. (n.d.). *What we do, Office of Fair Trading.* Retrieved September 1, 2010, from: http://www.oft.gov.uk/about-the-oft/what/.

_____. (n.d.). Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations, Office of Fair Trading. Retrieved July 3, 2011, from: http://www.oft.gov.uk/business-advice/treating-customers-fairly/protection.

_____. (n.d.). *Annual Report and Resource Accounts 2009-2010, Office of Fair Trading.* Retrieved July 4, 2011, from: http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-catagories/corporate/annual-report.

Office of Fair Trading. (n.d.). Annual Report and Resource Accounts 2010-2011." Office of Fair Trading. Retrieved July 4, 2011, from: http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-catagories/corporate/annual-report.

Skory Maciej. (Warsaw 2007). *Abusive Clauses_Application of the Provisions of Directive 93/13 in Poland and in Selected countries of European Union.* Retrieved August 30, 2010, from: http://www.uokik.gov.pl/.

The Council of the European Communities. (n.d.). *Directive 3_en : Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts,* Official Journal L095, 21/04/1993, P.0029 – 0034. Retrieved August 30, 2010, from: http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm.

The Law Commission and the Scottish Law Commission. (2002). *Unfair Terms in Consumer Contracts,* A Joint Consultation Paper. Retrieved August 30, 2014, from: http://www.lawcom.gov.uk and http:/www.scotlawcom.gov.uk Law commission.justice.gov.uk/docs/lc292.pdf.

_____. (2002). Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach. Retrieved August 30, 2014, from: http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/unfair_consumer_contracts.htm and http:/www.scotlawcom.gov.uk.

_____. (2002). *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills.* Retrieved August 30, 2014, from: http:/www.lawcom.gov.uk and http:/www.scotlawcom.gov.uk law. commission.justice.gov.uk/publications/unfair_terms.htm.

Wikipedia, the free encyclopedia. (n.d.). *Unfair Commercial Practices Directive.* Retrieved July 22, 2011, from: http://en.wikipedia.org/wiki/Unfair_Commercial_Practices_Directive.

_____. (n.d.). *European Union Map.* Retrieved August 30, 2010, from: http://en.wikipedia.org/wiki/European_Union.

_____. (n.d.). *European Parliament.* Retrieved September 1, 2010, from: http://en.wikipedia.org/wiki/European_Parliament.

_____. (n.d.). *European Union legislative procedure.* Retrieved September 1, 2010, from: http://en.wikipedia.org/wiki/Council_of_the_European_Union.

Wikipedia, the free encyclopedia. (n.d.). *Council of the European Union.* Retrieved September 1, 2010, from : http://en.wikipedia.org/wiki/Council_of_the_European_Union.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ข้อกำหนดแนวทางที่ 93/13 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

(DIRECTIVE 93/13/EEC)

EU Consumer Law Acquis Compendium

Directives

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

Official Journal L 095 , 21/04/1993 P. 0029 – 0034

Finnish special edition: Chapter 15 Volume 12 P. 0169

Swedish special edition: Chapter 15 Volume 12 P. 0169

COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Article 100 A thereof,

Having regard to the proposal from the Commission (1),

In cooperation with the European Parliament (2),

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee (3),

Whereas it is necessary to adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market before 31 December 1992; whereas the internal market comprises an area without internal frontiers in which goods, persons, services and capital move freely;

Whereas the laws of Member States relating to the terms of contract between the seller of goods or supplier of services, on the one hand, and the consumer of them, on the otherhand, show many disparities, with the result that the national markets for the sale of goods and services to consumers differ from each other and that distortions of competition may arise amongst the sellers and suppliers, notably when they sell and supply in other Member States;

Whereas, in particular, the laws of Member States relating to unfair terms in consumer contracts show marked divergences;

Whereas it is the responsibility of the Member States to ensure that contracts concluded with consumers do not contain unfair terms;

Whereas, generally speaking, consumers do not know the rules of law which, in Member States other than their own, govern contracts for the sale of goods or services; whereas this lack of awareness may deter them from direct transactions for the purchase of goods or services in another

member State;

Whereas, in order to facilitate the establishment of the internal market and to safeguard the citizen in his role as consumer when acquiring goods and services under contracts which are governed by the laws of Member States other than his own, it is essential to remove unfair terms from those contracts;

Whereas sellers of goods and suppliers of services will thereby be helped in their task of selling goods and supplying services, both at home and throughout the internal market; whereas competition will thus be stimulated, so contributing to increased choice for Community citizens as consumers;

Whereas the two Community programmes for a consumer protection and information policy (4) underlined the importance of safeguarding consumers in the matter of unfair terms of contract; whereas this protection ought to be provided by laws and regulations which are either harmonized at Community level or adopted directly at that level;

Whereas in accordance with the principle laid down under the heading 'Protection of the economic interests of the consumers', as stated in those programmes: 'acquirers of goods and services should be protected against the abuse of power by the seller or supplier, in particular against one-sided standard contracts and the unfair exclusion of essential rights in contracts';

Whereas more effective protection of the consumer can be achieved by adopting uniform rules of law in the matter of unfair terms; whereas those rules should apply to all contracts concluded between sellers or suppliers and consumers; whereas as a result inter alia contracts relating to employment, contracts relating to succession rights, contracts relating to rights under family law and contracts relating to the incorporation and organization of companies or partnership agreements must be excluded from this Directive;

Whereas the consumer must receive equal protection under contracts concluded by word of mouth and written contracts regardless, in the latter case, of whether the terms of the contract are contained in one or more documents;

Whereas, however, as they now stand, national laws allow only partial harmonization to be envisaged; whereas, in particular, only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this Directive; whereas Member States should have the option, with due regard for the Treaty, to afford consumers a higher level of protection through national provisions that are more stringent than those of this Directive;

Whereas the statutory or regulatory provisions of the Member States which directly or indirectly determine the terms of consumer contracts are presumed not to contain unfair terms; whereas, therefore, it does not appear to be necessary to subject the terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the principles or provisions of international conventions to which the Member States or the Community are party; whereas in that respect the wording 'mandatory statutory or regulatory provisions' in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established;

Whereas Member States must however ensure that unfair terms are not included, particularly because this Directive also applies to trades, business or professions of a public nature;

Whereas it is necessary to fix in a general way the criteria for assessing the unfair character of contract terms;

Whereas the assessment, according to the general criteria chosen, of the unfair character of terms, in particular in sale or supply activities of a public nature providing collective services which take account of solidarity among users, must be supplemented by a means of making an overall evaluation of the different interests involved; whereas this constitutes the requirement of good faith; whereas, in making an assessment of good faith, particular regard shall be had to the strength of the bargaining positions of the parties, whether the consumer had an inducement to agree to the term and whether the goods or services were sold or supplied to the special order of the consumer; whereas the requirement of good faith may be satisfied by the seller or supplier where he deals fairly and equitably with the other party whose legitimate interests he has to take into account;

EU Consumer Law Acquis Compendium

Directives

Whereas, for the purposes of this Directive, the annexed list of terms can be of indicative value only and, because of the cause of the minimal character of the Directive, the scope of these terms may be the subject of amplification or more restrictive editing by the Member States in their national laws;

Whereas the nature of goods or services should have an influence on assessing the unfairness of contractual terms;

Whereas, for the purposes of this Directive, assessment of unfair character shall not be made of terms which describe the main subject matter of the contract nor the quality/price ratio of the goods or services supplied; whereas the main subject matter of the contract and the price/quality ratio may nevertheless be taken into account in assessing the fairness of other terms; whereas it follows, inter alia, that in insurance contracts, the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer's liability shall not be subject to such assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer;

Whereas contracts should be drafted in plain, intelligible language, the consumer should actually be given an opportunity to examine all the terms and, if in doubt, the interpretation most favourable to the consumer should prevail;

Whereas Member States should ensure that unfair terms are not used in contracts concluded with consumers by a seller or supplier and that if, nevertheless, such terms are so used, they will not bind the consumer, and the contract will continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair provisions;

Whereas there is a risk that, in certain cases, the consumer may be deprived of protection under this Directive by designating the law of a non-Member country as the law applicable to the contract; whereas provisions should therefore be included in this Directive designed to avert this risk;

Whereas persons or organizations, if regarded under the law of a Member State as having a legitimate interest in the matter, must have facilities for initiating proceedings concerning terms of

contract drawn up for general use in contracts concluded with consumers, and in particular unfair terms, either before a court or before an administrative authority competent to decide upon complaints or to initiate appropriate legal proceedings; whereas this possibility does not, however, entail prior verification of the general conditions obtaining in individual economic sectors;

Whereas the courts or administrative authorities of the Member States must have at their disposal adequate and effective means of preventing the continued application of unfair terms in consumer contracts,

HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE:

Article 1

1. The purpose of this Directive is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to unfair terms in contracts concluded between a seller or supplier and a consumer.

2. The contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the provisions or principles of international conventions to which the Member States or the Community are party, particularly in the transport area, shall not be subject to the provisions of this Directive.

Article 2

For the purposes of this Directive:

(a) 'unfair terms' means the contractual terms defined in Article 3;

(b) 'consumer' means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession;

(c) 'seller or supplier' means any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned.

EU Consumer Law Acquis Compendium

Directives

Article 3

1. A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights an obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

2. A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract.

The fact that certain aspects of a term or one specific term have been individually negotiated shall not exclude the application of this Article to the rest of a contract if an overall assessment of the contract indicates that it is nevertheless a pre-formulated standard contract.

Where any seller or supplier claims that a standard term has been individually negotiated, the burden of proof in this respect shall be incumbent on him.

3. The Annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair.

Article 4

1. Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent.

2. Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplies in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language.

EU Consumer Law Acquis Compendium

Directives

Article 5

In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail. This rule on interpretation shall not apply in the context of the procedures laid down in Article 7 (2)

Article 6

1. Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms.

2. Member States shall take the necessary measures to ensure that the consumer does not lose the protection granted by this Directive by virtue of the choice of the law of a non-Member country as

ANNEX

TERMS REFERRED TO IN ARTICLE 3 (3)

1. Terms which have the object or effect of:

(a) excluding or limiting the legal liability of a seller or supplier in the event of the death of a consumer or personal injury to the latter resulting from an act or omission of that seller or supplier;

(b) inappropriately excluding or limiting the legal rights of the consumer vis-à-vis the seller or supplier or another party in the event of total or partial non-performance or inadequate performance by the seller or supplier of any of the contractual obligations, including the option of offsetting a debt owed to the seller or supplier against any claim which the consumer may have against him;

(c) making an agreement binding on the consumer whereas provision of services by the seller or supplier is subject to a condition whose realization depends on his own will alone;

(d) permitting the seller or supplier to retain sums paid by the consumer where the latter decides not to conclude or perform the contract, without providing for the consumer to receive compensation of an equivalent amount from the seller or supplier where the latter is the party cancelling the contract;

(e) requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation;

(f) authorizing the seller or supplier to dissolve the contract on a discretionary basis where the same facility is not granted to the consumer, or permitting the seller or supplier to retain the sums paid for services not yet supplied by him where it is the seller or supplier himself who dissolves the contract;

(g) enabling the seller or supplier to terminate a contract of indeterminate duration without reasonable notice except where there are serious grounds for doing so;

(h) automatically extending a contract of fixed duration where the consumer does not indicate otherwise, when the deadline fixed for the consumer to express this desire not to extend the contract is unreasonably early;

(i) irrevocably binding the consumer to terms with which he had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract;

(j) enabling the seller or supplier to alter the terms of the contract unilaterally without a valid reason which is specified in the contract;

(k) enabling the seller or supplier to alter unilaterally without a valid reason any characteristics of the product or service to be provided;

(l) providing for the price of goods to be determined at the time of delivery or allowing a seller of goods or supplier of services to increase their price without in both cases giving the consumer the corresponding right to cancel the contract if the final price is too high in relation to

the price agreed when the contract was concluded;

(m) giving the seller or supplier the right to determine whether the goods or services supplied are in conformity with the contract, or giving him the exclusive right to interpret any term of the contract;

(n) limiting the seller's or supplier's obligation to respect commitments undertaken by his agents or making his commitments subject to compliance with a particular formality; (o) obliging the consumer to fulfil all his obligations where the seller or supplier does not perform his;

(o) obliging the consumer to fulfil all his obligations where the seller or supplier does not perform his;

(p) giving the seller or supplier the possibility of transferring his rights and obligations under the contract, where this may serve to reduce the guarantees for the consumer, without the latter's agreement;

(q) excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions, unduly restricting the evidence available to him or imposing on him a burden of proof which, according to the applicable law, should lie with another party to the contract.

2. Scope of subparagraphs (g), (j) and (l)

(a) Subparagraph (g) is without hindrance to terms by which a supplier of financial services reserves the right to terminate unilaterally a contract of indeterminate duration without notice where there is a valid reason, provided that the supplier is required to inform the other contracting party or parties thereof immediately.

(b) Subparagraph (j) is without hindrance to terms under which a supplier of financial services reserves the right to alter the rate of interest payable by the consumer or due to the latter, or the amount of other charges for financial services without notice where there is a valid reason, provided that the supplier is required to inform the other contracting party or parties thereof at the

earliest opportunity and that the latter are free to dissolve the contract immediately.

Subparagraph (j) is also without hindrance to terms under which a seller or supplier reserves the right to alter unilaterally the conditions of a contract of indeterminate duration, provided that he is required to inform the consumer with reasonable notice and that the consumer is free to dissolve the contract.

(c) Subparagraphs (g), (j) and (l) do not apply to:

- transactions in transferable securities, financial instruments and other products or services where the price is linked to fluctuations in a stock exchange quotation or index or a financial market rate that the seller or supplier does not control;

- contracts for the purchase or sale of foreign currency, traveller's cheques or international money orders denominated in foreign currency;

(d) Subparagraph (l) is without hindrance to price-indexation clauses, where lawful, provided that the method by which prices vary is explicitly described.

ภาคผนวก ข

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

พระราชบัญญัติ
ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
พ.ศ. ๒๕๔๐

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๐

เป็นปีที่ ๕๒ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐”

มาตรา ๒[๑] พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อสัญญา” หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้ำประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

“ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

---

๑ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๔/ตอนที่ ๗๒ ก/หน้า ๓๒/๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๐

“สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

มาตรา ๔ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

(๑) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา

(๒) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

(๓) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

(๔) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(๕) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

(๖) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

(๗) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

(๘) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

(๙) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา ๑๐ มาใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๕ ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่

ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

มาตรา ๖ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

มาตรา ๗ ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องริบมัดจำถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้ริบได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้

มาตรา ๘ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

มาตรา ๙ ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

มาตรา ๑๐ ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(๑) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(๒) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้นกฤษฎีกา

(๓) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(๔) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๑๑ ข้อสัญญาใดที่มิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ

มาตรา ๑๒ พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่นิติกรรมหรือสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๑๓ ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัตินี้เมื่อคู่ความร้องขอ หรือศาลเห็นสมควร ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้

มาตรา ๑๔ ให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลขอให้มาให้ความเห็นได้รับค่าป่วยกาค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

มาตรา ๑๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ
พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ
นายกรัฐมนตรี

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ศุภสรณ์ / อภิสิทธิ์ ผู้จัดทำ

๒๑/๐๓/๒๕๔๖

สัญชัย/ปรับปรุง

๑๘ กรกฎาคม ๒๕๔๙

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	เรืออากาศตรี ระณัชย์ อาทรธุระสุข
วัน เดือน ปีเกิด	27 เมษายน 2476
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดระนอง
ประวัติการศึกษา	วศ.บ. (ไฟฟ้ากำลัง) จุฬาลงกรณมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2497
	Cert. C.B.I. (Electrical Power plant Engineering),
	Confederation of British Industries (1963), UK.
	บ.ธบ. (การจัดการทั่วไป) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (พ.ศ.2538)
	น.บ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (พ.ศ.2541)
	ศ.ม. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (พ.ศ.2550)
สถานที่ทำงาน	ภูเรือชาเล่ท์รีสอร์ท อำเภอภูเรือ จังหวัดเลย
ตำแหน่ง	เจ้าของ