

บทที่ 3

ลักษณะของข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

ปัจจุบันธุรกิจให้เช่าพื้นที่ในศูนย์การค้าเกิดขึ้นจำนวนมาก การเช่าพื้นที่ในศูนย์การค้าเป็นการเช่าพื้นที่เชิงพาณิชย์ จึงมีข้อตกลงพิเศษทางการค้าซึ่งไม่มีในสัญญาเช่าพื้นที่มาตรฐานทั่วไป หรือสัญญาอื่นที่มีกฎหมายควบคุมไว้ ข้อตกลงการเช่าจึงต้องเกิดจากการเจรจาร่วมกันระหว่างผู้ให้เช่าและผู้เช่าพื้นที่ เพื่อให้ข้อตกลงเป็นที่ยึดตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อนการทำสัญญา ไว้เป็นหลักฐานหากเกิดกรณีพิพาท แต่สัญญาระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าโดยส่วนใหญ่จะถูกกำหนดและจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ให้เช่าไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว สัญญาเช่าพื้นที่ในศูนย์การค้าดังกล่าวจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งมีข้อสัญญาได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3¹ อันเป็นปัญหาสำคัญที่รัฐไม่สามารถแก้ไขกฎหมายให้มีสภาพบังคับใช้ให้ทันทั่วถึงกับธุรกิจให้เช่าพื้นที่ในศูนย์การค้าที่เกิดขึ้นใหม่จำนวนมาก เมื่อกฎหมายยังไม่ได้มีการแก้ไข ศาลจึงไม่อาจตัดสินให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ปัญหาความไม่เป็นธรรมทางสัญญาจึงแปรสภาพมาเป็นความไม่เป็นธรรมทางกฎหมาย และความไม่เป็นธรรมทางคำพิพากษาของศาล ทำให้ผู้เช่าหรือผู้บริโภคได้รับความไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุดังกล่าวพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงต้องเป็นส่วนหนึ่งในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้บรรเทาเบาบางลงได้

3.1 หลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เจตนารมณ์ในการออกพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เนื่องจากหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพแห่งสัญญาอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยสมัครใจแล้ว คู่กรณีต้องถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด แม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากก็ตาม

¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 3.

หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องและเป็นธรรมตลอดมาในอดีต เนื่องจากมีพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและเสรีภาพแห่งบุคคลรองรับอยู่ เมื่อสังคมยอมรับว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมายและต่างมีเสรีภาพที่จะถูกบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในนิติกรรมสัญญา แต่ความเป็นจริงของสังคมปัจจุบัน หลักความเสมอภาคของบุคคลเป็นเพียงหลักการไม่ได้ถูกนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ ความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลอยู่ในระดับที่ต่างกันมาก ไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา ฐานข้อมูล และโอกาสที่จะเลือกสิ่งที่เกิดขึ้นในชีวิต มีเพียงคนส่วนน้อยในสังคมที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคนทั่วไปในด้านต่างๆ และสามารถนำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาเอาردادเอาเปรียบคนส่วนใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอย่างใดก็ได้ กฎหมายและศาลไม่สามารถเข้าไปช่วยแก้ไขเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นได้ ตรงกันข้ามกลับตกอยู่ในสภาพที่เป็นเพียงเครื่องมือให้การเอาردادเอาเปรียบนั้นมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

สภาพสังคมจึงเสมือนปลาใหญ่กินปลาเล็ก และมือใครยาวสาวได้สาวเอา ครั้นเมื่อสังคมสลับซับซ้อนมากขึ้น ระบบการผลิตและจำหน่ายสินค้าและการประกอบธุรกิจ มีความเข้มแข็งและมีอำนาจครอบงำตลาดมากขึ้น ประชาชนส่วนใหญ่ที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านั้นกลับมีทางเลือกน้อยลง ช่องว่างทางเศรษฐกิจและสังคมขยายตัวมากขึ้นจนถึงระดับทำให้คนที่ด้อยกว่าตกอยู่ในฐานะที่ไม่เพียงแต่จะตั้งเงื่อนไขต่อรองในเนื้อหาสาระแห่งสัญญาไม่ได้เท่านั้น แม้จะใช้เสรีภาพไม่ยอมเข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและสังคมมิได้เปิดโอกาสให้มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมเพียงพอ บรรดาผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพรวมทั้งผู้ที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคนทั่วไป ไป จึงอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบในการทำสัญญาอย่างยิ่ง ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยที่ได้ใช้ข้อได้เปรียบนี้กำหนดเงื่อนไขในร่างสัญญาให้เป็นคุณแก่ตนฝ่ายเดียว โดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมและน่า เสนอร่างสัญญานั้นต่อผู้บริโภคและคู่กรณีที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในลักษณะมัดมือชก ถ้าไม่ยอมตกลงทำสัญญาตามเงื่อนไขนี้ก็ไปให้พ้น ไม่ต้องมาขอทำธุรกิจด้วย (take it or leave it contract)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นให้บรรเทาเบาบางลง โดยมุ่งที่จะให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ ว่ามีลักษณะของการเอาردادเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ หากเป็นการเอาเปรียบกันเกินไปก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

กล่าวโดยสรุปก็คือ พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้การพิจารณาที่จะปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาردادเอาเปรียบ

กับทางสัญญาลงได้ตามสมควร โดยได้วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาลไว้อย่างแยบยล ดังนั้นความสำเร็จของพระราชบัญญัตินี้ จึงขึ้นอยู่กับบทบาทและสำนึกแห่งความยุติธรรม (Sense of Justice) ของศาลเป็นสำคัญ

3.2 ขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

1. พระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจศาลสามารถตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในนิติกรรมอื่นที่ใกล้เคียงกับสัญญาได้ ได้แก่ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตาม มาตรา 8² และความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดตาม มาตรา 9³ ดังนั้น จึงต้องบัญญัตินิยามศัพท์คำว่า “ข้อสัญญา” ไว้ในมาตรา 3 ให้หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย⁴

2. พระราชบัญญัตินี้มิได้ให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบหรือปรับแก้นิติกรรมสัญญาได้เป็นการทั่วไป เฉพาะนิติกรรมสัญญาบางประเภทบางลักษณะเท่านั้นที่อยู่ในขอบอำนาจตรวจสอบของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้แก่นิติกรรมสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ได้แก่

(1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 4

(2) สัญญาสำเร็จรูป ตามมาตรา 4

(3) สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 5⁵

(4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงานและข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5⁶ ไม่ว่าจะตกลงกันในสัญญาประเภทใดก็ตาม

² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 8.

³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 9.

⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 3.

⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4.

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 5.

(5) ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคมตามสัญญาที่ทำ ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 6⁷

(6) ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 7⁸

(7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัด ความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ตามมาตรา 8⁹

(8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดตามมาตรา 9¹⁰ นิติกรรม สัญญาอื่นๆ นอกจากที่ระบุในข้อ 1 - 8 ไม่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น คู่กรณีจึงต้อง ถูกผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปเปลี่ยนแปลงหรือปรับลดเพื่อให้เกิดความ เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้

3. สำหรับนิติกรรมสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่ศาลสามารถให้ความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัตินี้ได้นั้น โดยหลักแล้วกฎหมายมิได้บัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องตกเป็นโมฆะ หรือเสียเปล่าไปทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านี้ยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมายเพียงแต่อาจจะบังคับกันให้เต็ม ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เท่านั้น ทั้งนี้ ให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าแค่ไหนเพียงไร จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งในการใช้ดุลพินิจของศาลนั้น จะต้องเป็นไปตามแนวทางที่ระบุไว้ในมาตรา 10 ซึ่งให้ศาลพิเคราะห์ถึง พฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้ง

(1) สภาพของคู่สัญญาในด้านต่างๆ ได้แก่ ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทาง เศรษฐกิจ ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่ง¹¹

⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 6.

⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 7.

⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 8.

¹⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 9.

¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 10.

4. ข้อยกเว้น มีกรณียกเว้นอยู่ 3 กรณี ที่พระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้เสียเปล่าไปทั้งหมด เสมือนหนึ่งตกเป็นโมฆะจะนำมาอ้างบังคับกันไม่ได้เลย ได้แก่

(1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง หรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นในขณะที่ทำสัญญา (ตามมาตรา 6)¹²

(2) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ตกลงผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย (ตามมาตรา 8 วรรค 1)¹³

(3) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดซึ่งมีลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (ตามมาตรา 9)¹⁴

5. ข้อสัญญาที่ระบุว่ามิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 11¹⁵ เป็นการป้องกันมิให้มีการทำสัญญาหลีกเลี่ยง

6. ตามหลักทั่วไปของการบังคับใช้กฎหมายแพ่งนั้น เมื่อมีการตรากฎหมายใหม่ออกมาแก้ไขหลักเกณฑ์ในกฎหมายเดิมโดยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายใหม่ไว้ว่าจะมีผลย้อนหลังไปใช้กับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนการบังคับใช้กฎหมายใหม่นั้น ไว้เป็นการเฉพาะอย่างไรแล้ว ต้องถือว่ากฎหมายใหม่มีผลบังคับกับ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนแล้ว หลักทั่วไปดังกล่าวนี้อาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนใน สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่ทำกันไว้ก่อนวันใช้บังคับกฎหมายใหม่ได้ ยิ่งถ้ากฎหมายใหม่มีการเปลี่ยนแปลงหลักการที่สำคัญๆ ของกฎหมายเดิมซึ่งคู่สัญญาใช้เป็นฐานแห่ง การเจรจาต่อรองและกำหนดสิทธิหน้าที่กันไว้ การที่จะให้กฎหมายใหม่มีผลย้อนหลัง ไปใช้กับสัญญาที่ได้ทำกันไว้ก่อนย่อมจะเกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ ที่คู่สัญญาเคยมีอยู่ตามกฎหมายเดิมอย่างมาก ดังนี้ ในมาตรา 12 จึงได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่นิติกรรมหรือสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับ นี้ใช้บังคับ”¹⁶ ผลจึงทำให้บรรดานิติกรรมสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่

¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 6.

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 8 วรรค 1.

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 9.

¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 11.

¹⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 12.

15 พฤษภาคม 2541 ซึ่งเป็นวันเริ่มต้นการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้อยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบของศาล ตามพระราชบัญญัตินี้

7. นิติกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภท ที่อยู่ในขอบเขตการตรวจสอบด้านความเป็นธรรมโดยศาลตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึงทั้งนิติกรรมสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง และนิติกรรมสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย กล่าวคือพระราชบัญญัตินี้สามารถใช้กับนิติกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภทตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ถึง มาตรา 9 โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือเป็นนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาสัมปทานต่างๆ เป็นต้น ข้อแตกต่างคงมีเพียงว่าต่อไปเมื่อมีการตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะต้องไปดำเนินคดีกันที่ศาลปกครอง แต่ถ้าสัญญาสัมปทานนั้นเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดในข้อสัญญาทั้ง 8 ประเภท ตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 แล้ว ศาลปกครองก็มีอำนาจที่จะใช้พระราชบัญญัตินี้ตรวจสอบนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายเอกชน ข้อที่อาจเป็นไปได้ก็คือการใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีของศาลปกครอง และศาลยุติธรรมนั้นอาจจะแตกต่างและลักลั่นกันได้มาก เนื่องจากเป็นศาลคนละระบบแยกต่างหากจากกัน แนวการใช้ดุลพินิจหรือแม้แต่การตีความกฎหมายและสัญญาฉบับเดียวกันจึงอาจผิดแผกแตกต่างกันได้อย่างมาก

8. นิติกรรมสัญญาบางชนิดอาจมีระบบตรวจสอบความเป็นธรรมตามกฎหมายเฉพาะอยู่แล้ว เช่น สัญญาประกันภัย สัญญาเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และสัญญาซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น สัญญาที่มีกฎหมายกำกับดูแลโดยเฉพาะเหล่านี้ ส่วนใหญ่มักจะอยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมตามสัญญาชนิดนั้นอยู่แล้ว และส่วนใหญ่ก็ไม่อยู่ในนิติกรรมสัญญา 8 ประเภท ตามพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น โดยทั่วไปจึงไม่ต้องถูกตรวจสอบความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ความซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายเฉพาะเหล่านี้กับพระราชบัญญัตินี้ จึงมีไม่มากนัก แต่ก็ยังมีโอกาสเป็นไปได้ที่จะเกิดความซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งกันของกฎหมายสองระบบนี้ได้ เช่น บริษัทประกันภัยกำหนดเงื่อนไขในกรมธรรม์ประกันภัยไว้ตามคำแนะนำของกรมการประกันภัย ซึ่งน่าจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวอยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและไม่จำเป็นต้องให้ศาลเข้าไปตรวจสอบตามพระราชบัญญัตินี้อีกแล้ว แต่ในความเป็นจริงปรากฏว่ายังมีข้อสัญญาบางข้อบางลักษณะในกรมธรรม์ประกันภัยที่ยังมีแง่มุมของการเอาเปรียบและความไม่เป็นธรรมอยู่ประกอบกับสัญญาประกันภัยเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภค และเป็นสัญญาสำเร็จรูป ดังนั้นจึงอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

ในกรณีที่สัญญาที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลต้องมาอยู่ในขอบเขตการตรวจสอบด้านความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ด้วยนั้น อาจอธิบายได้ว่ามิใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติซ้ำซ้อนกัน แต่เป็นการตรวจสอบต่างระบบกัน กฎหมายเฉพาะนั้นอาจจะมีได้มุ่งที่จะตรวจสอบในด้านความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาเหมือนดังความมุ่งหมายของพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายเฉพาะมักเป็นการตรวจสอบในเชิงป้องกัน กล่าวคือ มีการตรวจสอบ แนะนำ หรือให้ความเห็นชอบกับร่างสัญญาก่อนที่จะนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ส่วนพระราชบัญญัตินี้เป็นการตรวจสอบในเชิง แก้ไขเยียวยาเพื่อปรับลดความไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ทำกันไว้แล้ว อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวมาให้ศาลตรวจสอบตามพระราชบัญญัตินี้ ศาลอาจต้องคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาชนิดนี้ด้วย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของศาลไม่ไปขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเฉพาะโดยไม่จำเป็น

3.3 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ข้อสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่อาจถูกตรวจสอบได้มีเฉพาะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ถึง มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ซึ่งในบรรดาข้อสัญญาเหล่านี้ ข้อสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 4 รวม 3 ประเภทจะถูกตรวจสอบได้กว้างขวางที่สุด ส่วนข้อสัญญาอีก 5 ประเภท ที่ระบุไว้ในมาตรา 5 ถึง มาตรา 9 นั้น อาจถูกตรวจสอบในลักษณะเฉพาะด้านใดด้านหนึ่งตามที่ระบุไว้ในแต่ละมาตราเท่านั้น

3.3.1 ข้อตกลงในสัญญา 3 ประเภท ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มาตรา 4 ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือ วิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
 - (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
 - (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
 - (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
 - (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
 - (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
 - (7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
 - (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ยเบี้ยปรับค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีผิดนัด หรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้
 - (9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม¹⁷
- ข้อสัญญาที่จะถูกตรวจสอบให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง จะต้องมึลักษณะ 3 ประการคือ
- (1) เป็นข้อตกลงในสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งใน 3 ประเภท ดังนี้
 - สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ
 - สัญญาสำเร็จรูป
 - สัญญาขายฝาก
 - (2) เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝาก แล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และ
 - (3) การได้เปรียบดังกล่าวใน ข้อ 2. เป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร¹⁸

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4.

¹⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง.

3.3.2 สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้บริโภค” ตามนิยามศัพท์ที่ระบุไว้ใน มาตรา 3 และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” ตามที่มาตรา 3 ให้คำ นิยามศัพท์ไว้เช่นกัน สัญญาประเภทนี้จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำด้วยวาจา จะเป็นสัญญาโดย ชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็อยู่ในข่ายที่อาจถูกตรวจสอบตามมาตรา 4 ได้ หากมีข้อตกลงใดที่ทำให้ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภคเกินสมควร

1. “ผู้บริโภค” ตามนิยามศัพท์ในมาตรา 3 หมายความว่า “ผู้เข้าทำสัญญา ในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด โดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อ การค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เช่าทำสัญญาในฐานะ ผู้ ค้ำประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำเพื่อการค้าด้วย” ตามคำนิยามศัพท์นี้แม้จะให้ ความหมายของผู้บริโภคไว้อย่างกว้างขวาง แต่ก็ไม่รวมถึงบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้ขายสินค้าหรือบริการโดยอ้อมมิใช่ผู้บริโภคสินค้าหรือบริการนั้น แม้จะ เป็นการขายให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพก็ตาม เพราะตามนิยามศัพท์ที่ยกมาข้างต้น จะถือว่าเป็นผู้บริโภคก็เฉพาะแต่ผู้ที่เข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด เท่านั้น ผู้ขายสินค้าหรือบริการจึงมิใช่ผู้บริโภค ดังนั้นชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลผลิตผลการเกษตร ของตนให้แก่พ่อค้าคนกลาง จึงมิใช่ผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ และหากสัญญานั้นมิได้มีลักษณะ เป็นสัญญาสำเร็จรูปด้วยแล้วก็แทบจะไม่อาจขอความคุ้มครองจากพระราชบัญญัตินี้ได้เลย ทั้งๆ ที่ ในความเป็นจริงยังมีการทำสัญญาเอาเรียดเอาเปรียบชาวไร่ ชาวนา ผู้ขายผลผลิตผลการเกษตรกันอยู่ไม่ น้อย

(2) ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อนำไปขายต่อหรือนำมาใช้ เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าเพื่อขายต่อไปโดยตรง ทั้งนี้ เพราะนิยามศัพท์ได้ระบุไว้ด้วยว่าจะถือว่าเป็น ผู้บริโภคต่อเมื่อ “การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือ ประโยชน์อื่นใดนั้น” อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพจะไม่มี โอกาสที่จะอยู่ในฐานะผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้เลยเพราะหากเป็นการซื้อสินค้าหรือบริการหรือ ประโยชน์อื่นใดมาเพื่ออุปโภค บริโภคเองที่บ้าน หรือแม้แต่ในสำนักงานโดยมิได้นำมาขายต่อหรือใช้ เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าเพื่อขายต่อโดยตรงแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นการเข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัตินี้ได้

(3) ผู้ที่ได้สินค้า บริการ หรือประโยชน์อื่นใดมาโดยไม่มีค่าตอบแทน มิใช่ผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ แม้ในความเป็นจริงเขาจะเป็นผู้ที่ได้อุปโภค บริโภคสินค้าบริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นโดยตรงก็ตามข้อที่น่าสังเกตก็คือ กฎหมายใช้คำว่าต้อง “มีค่าตอบแทน” โดยจงใจให้กว้างกว่าคำว่า “โดยเสียค่าตอบแทน” ดังนั้น ถ้าในการเข้าทำสัญญาซื้อสินค้าบริการหรือประโยชน์อื่นใดนั้น มีการจ่ายค่าตอบแทนด้วย ก็ถือว่าเป็นผู้บริโภคได้แล้วโดยไม่ต้องคำนึงว่าใครจะเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทน

(4) ผู้ที่ทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันหนี้ให้แก่ผู้บริโภค โดยกระทำเป็นทางการค้าของตน เช่น บริษัทที่ประกอบกิจการรับเป็นผู้ค้าประกันในด้านต่างๆ โดยมีค่าตอบแทนได้เข้าทำสัญญาผู้ค้าประกันหนี้ให้แก่ผู้บริโภคย่อมมิใช่ผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ เพราะนิยามศัพท์ให้ถือว่าผู้ค้าประกันของผู้บริโภคจะถือว่าเป็นผู้บริโภคไปด้วยก็ต่อเมื่อได้กระทำไปโดยมิใช่เพื่อการค้าข้อที่ยังไม่ชัดเจนก็คือ ผู้ที่นำทรัพย์สินมาทำสัญญาจำนำ หรือจำนองเพื่อประกันหนี้ให้แก่ผู้บริโภคโดยมิใช่เพื่อการค้า จะถือว่าเป็นผู้บริโภคด้วยหรือไม่ เพราะกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกัน” เท่านั้น มิได้กล่าวถึงผู้จำนำ หรือผู้จำนองด้วย แต่ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ในทุกขั้นตอนก็ไม่ปรากฏเลยว่าผู้ร่างประสงค์จะให้ถ้อยคำนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ในทุกขั้นตอนก็ไม่ปรากฏเลยว่าผู้ร่างประสงค์จะให้ถ้อยคำนี้ หมายถึงผู้ค้าประกันตามสัญญาผู้ค้าประกันเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้จำนำหรือผู้จำนองด้วย เมื่อพิจารณาประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้บริโภค และจำกัดการเอาเปรียบกันอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่น่าจะมีความแตกต่างกันระหว่างการประกันด้วยบุคคลหรือการประกันด้วยทรัพย์สิน โดยสาระแห่งกฎหมายแล้วผู้จำนำและผู้จำนองหนี้ของผู้อื่นนั้น แท้ที่จริงก็คือ ผู้ค้าประกันรูปแบบหนึ่งนั่นเอง เมื่อต้องถูกบังคับจำนำหรือจำนองไปแล้วย่อมมีสิทธิมาไต่เบียดเอาคืนจากลูกหนี้ชั้นต้นได้ เช่นเดียวกับผู้ค้าประกัน หากตีความเคร่งครัดไปตามตัวอักษรแล้วจะทำให้ผู้บริโภคต้องเสียประโยชน์ไปโดยไม่มีเหตุผลที่ชัดเจนสนับสนุนได้เลย¹⁹

เมื่อวิเคราะห์นิยามคำว่า "ผู้บริโภค" ตามมาตรา 3 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า การที่ผู้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเข้าทำสัญญาเช่าพื้นที่ในฐานะผู้เช่ากับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพื่อให้ได้มาซึ่งพื้นที่เช่าและบริการจากผู้ให้เช่า โดยมีค่าตอบแทนให้กับผู้ให้เช่า ยังไม่ถือเป็นบริโภคตามมาตรา 3 ที่จะได้รับคุ้มครองจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แม้ว่า สัญญาเช่าพื้นที่จะถูกกำหนดและจัดทำขึ้นเป็นสัญญามาตรฐานโดยฝ่ายผู้ให้เช่า ซึ่งทำให้ผู้ให้

¹⁹ จรรย์ ภัคดีธนากุล, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2541), หน้า 17

เข้าได้เปรียบผู้เช่าเกินสมควร สัญญาเช่าพื้นที่ดังกล่าวจึงไม่เป็นธรรมต่อผู้เช่าและขัดแย้งกับหลักการ แสดงเจตนาในการทำนิติกรรมของคู่สัญญา แต่จากคำนิยามตามมาตรา 3 ผู้เช่าพื้นที่ก็ยังไม่ได้รับความคุ้มครองในการทำสัญญาจากรัฐและกฎหมายแต่อย่างใด

2. “ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” ตามนิยามศัพท์ในมาตรา 3 ให้ความหมายว่า “ผู้เช่าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้เช่ากู้ ผู้รับประกันภัย หรือ ผู้เช่าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเช่าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น เป็นทางค้าปกติของตน” ผู้ที่จำหน่ายสินค้า บริการ หรือประโยชน์อื่นใดเป็นครั้งคราว มิใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้าปกติของตน ยังไม่เป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพตามพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้บริโภคก็ไม่ทำให้สัญญาที่ทำในกรณีนี้ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ²⁰

3.3.3 สัญญาสำเร็จรูป

มีคำนิยามศัพท์อยู่ในมาตรา 3 เช่นกัน โดยให้หมายความว่า “สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”

การที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้สัญญาสำเร็จรูปต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลด้วยก็เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่นำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ในการประกอบกิจการของตนมักจะอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายอื่นๆ และในทางปฏิบัติก็มักจะมีการกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมไว้ในสัญญาชนิดนี้ในหลายลักษณะด้วย

ในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมันก็มีความพยายามที่จะจำกัดขอบเขตการเอาเปรียบกันอย่างไม่เป็นธรรมในสัญญาประเภทนี้ในหลาย ๆ ด้าน โดยเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า Standard Form Contract ซึ่งเป็นที่รู้จักในหมู่นักกฎหมายไทยว่า “สัญญามาตรฐาน” แต่ชื่อในภาษาไทยอาจทำให้ผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับกฎหมายอังกฤษเข้าใจผิดไปได้ว่าหมายถึงสัญญาที่ดีได้มาตรฐาน ซึ่งไม่ตรงกับสภาพที่เป็นจริงของสัญญาประเภทนี้ที่มักมีการเอาเปรียบกันอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงตั้งใจที่จะไม่ใช้คำว่า “สัญญามาตรฐาน” ตามถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายอังกฤษ และเลือกใช้ คำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” แทน ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศสเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า contrat d’ adhesion หรือ Adhesion Contract

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 3.

สำหรับความหมายของสัญญาสำเร็จรูปตามนิยามศัพท์ในพระราชบัญญัตินี้ จะต้องมืองค์ประกอบครบ 3 ประการ คือ

1. ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Contract) ดังนั้น สัญญาที่ทำด้วยวาจา (Verbal Contract) จึงไม่สามารถเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้แม้จะมีการบันทึกเทปหรือวิดีโอเทปไว้เป็นหลักฐานก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แม้จะมีได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ก็มีใช้ข้อสำคัญ เช่น สัญญาที่ทำผ่านเครื่องโทรสารหรืออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ดังจะเห็นข้อความนี้ได้จากถ้อยคำในนิยามศัพท์ที่ว่า “ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด” ขยายความอยู่ด้วย

2. ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร นั้นจะต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาจนตกลงกันได้เช่นนั้น หากแต่เป็นข้อที่คู่สัญญาฝ่ายที่นำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ยืนยันว่าจะต้องมีข้อสัญญาเป็นเช่นนั้น มิฉะนั้นก็จะมีไม่มีการทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามตกอยู่ในภาวะ ที่จะเลือกได้เพียงว่าจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น ส่วนการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นจะไม่สามารถกระทำได้เลย อนึ่ง ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านี้ไม่จำเป็นต้องบันทึกไว้ในกระดาษเสมอไป จะบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ หรือสื่ออื่นใดก็ได้ จุดสำคัญอยู่ที่จะต้องไม่มีการเจรจาต่อรองในสาระสำคัญของข้อสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าสัญญาสำเร็จรูปจะมีการเจรจาต่อรองไม่ได้เลย แม้จะมีการเจรจาต่อรองกันในข้อสัญญาบางข้อ แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญบางข้อที่กำหนดไว้ล่วงหน้าโดยไม่มี การเจรจาต่อรองกัน สัญญานั้นก็อาจเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าข้อที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาเจรจาต่อรองกันได้นั้นมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ส่วนการแยกแยะว่าข้อสัญญาข้อไหนเป็นข้อสาระสำคัญ ข้อไหนเป็นเรื่องปลีกย่อยนั้นจะต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญานั้นโดยรวม ประกอบกับเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ โดยอาจเทียบเคียงได้กับแนวการแบ่งข้อสัญญาออกเป็น Condition กับ Warranty ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งศาลฎีกาของไทยนำมาใช้เป็นหลักที่จะวินิจฉัยว่าเมื่อมีการผิดสัญญาข้อนั้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ หากข้อสัญญาที่มีการฝ่าฝืนนั้นเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา (Condition) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387²¹ แต่ถ้าข้อที่มีการฝ่าฝืนนั้นมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญ

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 387.

(Warranty) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะ ใช้เป็นเหตุบอกเลิกสัญญาไม่ได้ คงได้แต่ฟ้องเรียกค่าเสียหาย จากฝ่ายที่ผิดสัญญาข้อนั้น เท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ต้องตีความสัญญาสำเร็จรูปนั้น มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ดังนั้น หากจะต้อง ตีความข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าว่าเป็นข้อสาระสำคัญ หรือไม่ จึงต้องนำหลักการตีความให้เป็น คุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้นมาใช้ด้วย²²

3. ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า นั้น จะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของ คู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว องค์ประกอบของข้อนี้ มุ่งจะแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่ทำ ในการประกอบธุรกิจการค้า กับสัญญาที่บุคคลทั่วไป ทำเป็นครั้งคราว โดยจะถือว่าเป็นสัญญา สำเร็จรูปก็เฉพาะแต่สัญญาที่ทำในทางธุรกิจการค้าหรือการประกอบกิจการอื่นเท่านั้น คำว่า “ประกอบกิจการ” ในองค์ประกอบข้อนี้ แม้จะกว้างกว่าคำว่าประกอบธุรกิจการค้า แต่ส่วนใหญ่ ในทางปฏิบัติของการนำสัญญาสำเร็จรูปไปใช้ก็มักจะเป็นการใช้ในทางธุรกิจการค้านั่นเอง การที่ คู่สัญญาฝ่าย หนึ่งฝ่ายใดนำข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้ามาระบุไว้เป็นข้อสาระสำคัญแห่งสัญญา เพื่อใช้ในการประกอบกิจการของตน อันจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูปนั้น กฎหมายมิได้ บังคับว่าจะต้องเป็นการนำมาใช้ในการประกอบกิจการตามปกติ เหมือนดังที่มีอยู่ในนิยามศัพท์ของคำ ว่า “ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” ดังนั้น แม้เป็นการนำมาใช้เป็นครั้งแรกในการประกอบ กิจการของตนก็อาจทำให้เข้าองค์ประกอบเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้แล้ว²³

3.3.4. ข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

สัญญา 3 ประเภทตามมาตรา 4 ยังมีใช้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในตัวเอง จะต้อง มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการ คำหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากแล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องเป็น การได้เปรียบที่เกินสมควร จึงจะทำให้เฉพาะข้อสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรม และอาจถูกศาลปรับลดให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ โดยกฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดทำให้ได้เปรียบ หรือไม่ ไว้ในมาตรา 4 วรรคสาม และบัญญัติถึงแนวทางการพิจารณาข้อได้เปรียบนั้นว่าเป็นการ ได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ไว้ในมาตรา 4 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 10

²² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4 วรรคสอง.

²³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 3.

มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบกัน ไว้ในเชิงนิยามศัพท์ว่า “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะถึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” และได้ให้ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบกันไว้ถึง 9 ลักษณะ ตาม (1) - (9) ของมาตรา 4 วรรค 3)

จากบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสามนี้ อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ข้อตกลงใดจะทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันหรือไม่นั้น ไม่เกี่ยวกับเจตนาของคู่สัญญาเลย หากแต่จะต้องดูที่ลักษณะ หรือผลของข้อตกลงนั้น ว่าทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติการ ใด หรือต้องรับภาระใด ที่หนักเกินไปกว่าที่วิญญูชนจะถึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ หากหนักเกินไปก็ถือว่าข้อตกลงนั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว การที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้มาตราฐานวิญญูชน เป็นเกณฑ์ตัดสินนั้นมีผลโดยตรงที่ทำให้กฎหมายเป็นภาวะวิสัย (Objective) มากขึ้น และมีแนวทางในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของศาลได้ชัดเจนขึ้น

แม้มาตรา 4 วรรคสาม จะบัญญัติแนวทางในการพิจารณาว่าข้อตกลงใด จะทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันหรือไม่เอาไว้แล้ว แต่ยังเป็นการยากสำหรับผู้ปฏิบัติอยู่ดี เพราะกฎหมายเรื่องนี้เป็นกฎหมายใหม่ ยังไม่เคยมีตัวอย่างในการใช้มาก่อน ดังนั้น จึงได้มีการบัญญัติถึงตัวอย่างของข้อตกลงที่ถือว่าทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันเอาไว้ให้เทียบเคียงในทางปฏิบัติถึง 9 ตัวอย่าง โดยรวบรวมจากกฎหมายต่างประเทศ และจากการทำสัญญาเอาเปรียบกันตามที่ปรากฏในทางปฏิบัติดังนี้

1. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
2. ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
3. ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
4. ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
5. ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
6. ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี
7. ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

8. ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควร ในกรณีผิดนัดหรือเกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

9. ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ข้อตกลงทั้ง 9 ลักษณะข้างต้นนี้เป็นเพียงตัวอย่างของข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในตัวเอง เฉพาะข้อที่ทำให้ได้เปรียบกันมากเกินไปเท่านั้นที่จะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ในทาง ตรงกันข้าม ข้อตกลงที่ไม่เข้าลักษณะใดใน 9 ตัวอย่างข้างต้นเลย ก็ยังอาจเป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันได้ หากมีลักษณะหรือมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้อง ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ²⁴

ตัวอย่าง 1 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา (Exemption Clause)

ตามหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ทำผิดสัญญาย่อมต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น อาจถูกฟ้องบังคับให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาให้ชดใช้ค่าเสียหายหรือให้ชำระดอกเบี้ยในกรณีของหนี้เงิน แต่หลักทั่วไปดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดนั้นให้ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ ทั้งนี้ในกรณีที่กฎหมายห้ามไว้ชัดแจ้ง หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้ จึงมีผลผูกพันและใช้บังคับกันได้ เว้นแต่จะถึงขนาดไปตกลงยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากกฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน จึงจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373

การที่กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาทั่วไปยอมให้คู่กรณีทำสัญญายกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาได้อย่างกว้างขวางตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อ มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นนี้²⁵ เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามักตั้งเงื่อนไขในการทำสัญญาว่าจะต้องมีข้อตกลงยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนด้วยทำให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้นในหลายสถานการณ์ จนกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของหลายประเทศต่างเพ่งเล็งข้อตกลงประเภทนี้เป็นพิเศษ การที่

²⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4.

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 373

มาตรา 4 วรรคสาม (1) กำหนดให้ข้อตกลงประเภทนี้เป็นตัวอย่างของการเอาเปรียบกันไว้อย่างชัดเจน เช่นนี้จึงถูกต้องแล้ว

ในกฎหมายอังกฤษเรียกข้อตกลงประเภทนี้ว่า Exemption Clause²⁶ ซึ่งถ้าทำในลักษณะยกเว้นความรับผิดทั้งหมดก็เรียกว่า Exclusion Clause²⁷ แต่ถ้าทำเพียงแค่จำกัดความรับผิดลงบางส่วนก็เรียกว่า Restriction Clause²⁸ ข้อตกลงที่เป็นตัวอย่างของการเอาเปรียบตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) นี้ จึงมีที่มาจากแนวคิดในเรื่อง Exemption Clause ของกฎหมายอังกฤษนั่นเอง แต่ความหมายอาจจะยังแคบกว่า Exemption Clause ในกฎหมายอังกฤษอยู่บ้างตรงที่ Exemption Clause หมายรวมถึงข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากละเมิด หรือความรับผิดตามกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ด้วย ในขณะที่ ตัวอย่างการเอาเปรียบตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) นี้จำกัดอยู่เฉพาะข้อตกลงยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาเท่านั้น อย่างไรก็ตามแม้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากละเมิด หรือกฎหมายเฉพาะบทใดบทหนึ่งจะไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันตามตัวอย่าง 1 นี้ แต่ศาลก็อาจถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ตามเนื้อความของมาตรา 4 วรรคสาม ถ้าข้อตกลงนั้นมีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติมีปัญหว่าถ้าคู่สัญญากำหนดข้อตกลงว่าแม้จะมีได้ปฏิบัติตามสัญญาข้อใด ก็มีให้ถือว่าเป็นการผิดสัญญา เช่นนี้จะถือว่าเป็น Exemption Clause ตามตัวอย่าง 1 หรือไม่ ถ้าดูตามตัวอักษรก็อาจตอบว่าไม่ใช่ เพราะมิได้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา แต่เป็นข้อตกลงที่มีให้เกิดการผิดสัญญาขึ้นต่างหาก แต่การตีความเช่นนั้นน่าจะจะไม่ตรงตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัตินี้ เพราะในที่สุดผลของข้อตกลงดังกล่าวก็คือการทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย คือการยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญาในความหมายทั่วไป นั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นว่่าจะต้องตีความว่าเป็นข้อตกลงตามตัวอย่าง 1 นี้ด้วย

²⁶IN BRIEF HELPING WITH LIFES LEGAL ISSUES, “Exemption Clauses in Contract Law”, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, <https://www.inbrief.co.uk/contract-law/exemption-clauses-in-contract/>

²⁷Wikipedia, “Exclusion clause”, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, https://en.wikipedia.org/wiki/Exclusion_clause

²⁸Law insider, “Reasonable Restrictions Sample Clauses”, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, <https://www.lawinsider.com/clause/reasonable-restrictions>

ตามหลักการตีความกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง²⁹ ที่ให้คำนึงถึงความมุ่งหมายของกฎหมายด้วย ทั้งยังเป็นการตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่จะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11³⁰ อีกประการหนึ่ง และไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นไรก็ตามข้อตกลงดังกล่าวนี้ก็มักจะเข้าตามตัวอย่างใน (2) หรือ (4) หรือ (5) ได้อยู่ดี

ในกฎหมายอังกฤษ The Unfair Contract Terms Act 1977 ได้บัญญัติขยายความของคำว่า Exemption Clause ไว้ใน Section 13 (1) ว่าให้หมายรวมถึง

(a) ข้อตกลงที่กำหนดให้ความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า จะเกิดขึ้นหรือจะถูกบังคับให้เป็นจริงได้ ภายใต้เงื่อนไขที่เคร่งครัดหรือยากกว่าปกติธรรมดา

(b) ข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิหรือช่องทางเยียวยาของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองต่อยกกว่าให้น้อยลงกว่าปกติ หรือข้อตกลงที่ทำให้บุคคลดังกล่าวจะต้องถูกกระทบสิทธิหรือเสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งไป หากยืนยันที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิหรือช่องทางเยียวยาปกติของตน และ

(c) ข้อตกลงที่กำหนดให้ยกเว้นไม่ต้องนำกฎหมายตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความมาใช้ทั้งหมดหรือบางส่วนอันเป็นผลให้ความรับผิดชอบภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าลดน้อยหรือหมดสิ้นไป แต่อย่างไรก็ตาม Section 13 (2) ได้ระบุยกเว้นไว้ว่า ข้อตกลงให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ (Arbitration Clause) นั้น ไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exemption Clause)³¹

สำหรับการตีความของนักกฎหมายไทย เห็นว่าข้อตกลงในลักษณะที่ระบุไว้ใน (a), (b), และ (c) ของ Section 13 (1) ตามกฎหมายอังกฤษนั้น น่าจะถือว่าเป็นข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามตัวอย่าง (1) นี้ได้ด้วย แต่ส่วนข้อตกลงให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการก่อนจึงจะฟ้องคดีได้นั้น ในบางกรณีอาจถูกนำไปใช้ เพื่อจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากอันเป็นผลให้เป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ เช่นข้อตกลงที่กำหนดว่าหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 4.

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 11.

³¹ The Unfair Contract Terms Act 1977, Section 13.

วิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากเกิดขึ้น จะต้องเสนอข้อพิพาทนั้น ต่ออนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ หรือต่างจังหวัดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่อยู่ในฐานะที่จะไป ดำเนินการได้เสียก่อน เช่นนี้ น่าจะต้องถือว่าเป็นข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทยได้ เหตุผลที่ กฎหมายอังกฤษไม่ต้องห่วงปัญหาการเอาเปรียบกัน โดยใช้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ อาจเป็นเพราะกฎหมายอังกฤษมีข้อจำกัดไว้ว่าไม่ให้นำ The Unfair Contract Terms Act 1977 ไปใช้บังคับกับสัญญาการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งต่างกับสถานะทางกฎหมายของไทยที่พระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มิได้มีข้อจำกัดเช่นนั้น ดังนั้น สัญญาที่พ้อค้าในประเทศ ไทยทำกับพ้อค้าต่างประเทศเกี่ยวกับธุรกิจการค้าระหว่างประเทศทั้งหมด จึงต้องอยู่ในบังคับแห่ง พระราชบัญญัตินี้ด้วย หากถือว่าข้อตกลงให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ โดยทุกกรณีไม่เป็นการเอาเปรียบกันแล้ว ก็อาจมีการเลี่ยงกฎหมายโดยระบุข้อตกลงประเภทนี้ไว้อย่าง ไม่เป็นธรรมในสัญญาการค้าระหว่างประเทศได้ แต่ถ้าถือว่าข้อตกลงให้ต้องเสนอ ข้อพิพาท ต่ออนุญาโตตุลาการเป็นการเอาเปรียบกันไปเสียทุกกรณี ก็อาจเป็นอุปสรรคต่อนโยบายส่งเสริมการ ระวังข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ทั้งยังเป็นปัญหาข้อขัดข้องแก่การ ทำสัญญา การค้าระหว่างประเทศซึ่งนิยมให้มีข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการรวมไว้ในสัญญาการค้า ระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause)³² เป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันหรือไม่ และการได้เปรียบนั้นจะมากเกินสมควร จนกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไปหรือไม่ จึงเป็นปัญหาที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนอันจักต้อง กระทำด้วยความระมัดระวัง

ตัวอย่าง 2 ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

ข้อตกลงตามตัวอย่างนี้เป็นการเอาเปรียบในลักษณะที่ตรงข้ามกับการเอาเปรียบ ในตัวอย่าง 1 กล่าวคือ ในตัวอย่าง 1 เป็นการเอาเปรียบโดยตกลงให้ฝ่ายที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าไม่ต้อง รับผิดหรือรับผิดน้อยลง ส่วนการเอาเปรียบตามตัวอย่าง 2 นี้ เป็นการเอาเปรียบโดยตกลงให้ฝ่ายที่อยู่ใน ฐานะด้อยกว่าต้องรับผิดหรือรับภาระมากขึ้นเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด

ในการพิจารณาว่าข้อตกลงใดทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันตามตัวอย่างที่ 2 นี้ หรือไม่นั้น ขั้นแรกจะต้องดูก่อนว่าความรับผิดหรือภาระที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะด้อยกว่า มีอยู่ตาม กฎหมายนั้นเป็นอย่างไร จากนั้นจึงนำข้อตกลงที่เป็นปัญหามาพิจารณาว่าผลของข้อตกลงนั้นทำให้

³² Wikipedia, “Arbitration clause”, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, https://en.wikipedia.org/wiki/Arbitration_clause

ความรับผิดหรือภาระของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเพิ่มมากขึ้นไปกว่าที่ เป็นอยู่ตามกฎหมายในลักษณะใด ลักษณะหนึ่งหรือไม่ เช่นข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อรถยนต์ที่กำหนดว่าหากรถยนต์ที่เช่าซื้อสูญหายหรือ ถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชอบใช้ราคารถยนต์นั้นให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อ ข้อตกลงนี้เป็น ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ให้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อ ตามตัวอย่างที่ 2 เพราะหากไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ผู้เช่า ซื้อย่อมไม่มีความรับผิดตามกฎหมายที่จะต้องชำระราคารถยนต์ที่สูญหายทำลายโดยเหตุสุดวิสัยให้แก่ ผู้ให้เช่าซื้อ เนื่องจากในกรณีดังกล่าวกฎหมายถือว่าเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยโดยผู้เช่าซื้อ มิได้เป็นฝ่ายผิด ผู้เช่าซื้อจึงหลุดพ้นจากการชำระหนี้ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ พานิชย์ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง³³ เมื่อข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อกลับระบุให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิด ในกรณี นี้ จึงถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดมากกว่าที่กฎหมายกำหนด อันถือเป็นข้อตกลงที่ ทำให้ผู้ให้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อตามมาตรา 4 วรรคสาม (2)

ในทางตรงข้าม ถ้าสัญญาเช่าซื้อกำหนดราคาเช่าซื้อรถยนต์นั้นไว้สูงกว่า ราคา ตลาดมาก เช่นในทางตลาดปกติในขณะที่ทำสัญญา รถยนต์นั้นมีราคาเพียง 1,000,000.- บาท แต่กลับ ตกลงราคาเช่าซื้อกันสูงถึง 2,000,000.- บาท เช่นนี้ ยังไม่ถือว่าข้อตกลงที่กำหนดราคาดังกล่าวเป็น การเอาเปรียบตามตัวอย่างที่ 2 เพราะในเรื่องราคาทรัพย์สินที่เช่าซื้อไม่มีบทกฎหมายใดบังคับว่าให้ เป็นไปตามราคาตลาด มีแต่หลักกฎหมายที่ถือว่าราคาเช่าซื้อให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันแต่ ข้อตกลงดังกล่าวอาจไปเข้าลักษณะเป็นการเอาเปรียบตามตัวอย่างที่ 2 ก็ได้ เพราะเป็นข้อตกลง ที่ “กำหนดราคาเช่าซื้อหรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร”

มีข้อสังเกตว่า สัญญาเช่าซื้อมิได้เป็นสัญญาที่ศาลอาจตรวจสอบความเป็นธรรมได้ โดยตรง ตามมาตรา 4 แต่เนื่องจากสัญญาเช่าซื้อส่วนใหญ่มักเป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการ การค้าหรือวิชาชีพ กับผู้บริโภค หรือไม่ก็เป็นสัญญาสำเร็จรูป ดังนั้น ส่วนใหญ่จึงถูกตรวจสอบได้ตาม มาตรา 4 ส่วนสัญญาเช่าซื้อที่คนทั่วไปทำกันเองเป็นการเฉพาะกิจ เช่น สัญญาเช่าซื้อรถยนต์ เพื่อน บ้าน หรือเพื่อนร่วมงานทำกันเอง ย่อมไม่อาจถูกตรวจสอบได้ตามมาตรา 4 แม้จะมีข้อตกลงที่เอา เปรียบกันมากเพียงใด ก็ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 แต่อาจถูกตรวจสอบตาม มาตรา 5 ถึง มาตรา 8 ได้ ถ้ามีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เพราะกรณีที่ระบุไว้ในมาตรานั้นๆ

ตัวอย่าง 3 ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอก เลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์ , มาตรา 219 วรรค 1.

ข้อตกลงตามตัวอย่างนี้เป็นช่องทางการเอาเปรียบทางสัญญาอีกลักษณะหนึ่ง ที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามักจะนำมากำหนดไว้ในสัญญาเพื่อป้องกันไว้ล่วงหน้าว่า หากต่อไปหลังจากทำสัญญากันแล้วเกิดเหตุการณ์พลิกผันทาง เศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง ทำให้ ภาระตามสัญญานั้นตกแก่ฝ่ายตนมากขึ้นจนรับไม่ได้ ก็ให้สัญญานั้นสิ้นสุดลง หรือให้ตนมีสิทธิบอกเลิก สัญญาได้ทันที เข้าลักษณะเป็นการทำสัญญาแบบเห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1. ข้อตกลงให้สัญญาเลิกกันหรือสิ้นสภาพผูกพันกันต่อไป เมื่อเกิดเหตุการณ์อย่าง ใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ภาระตามสัญญาของฝ่ายตนหนักขึ้น ทั้งนี้ โดยไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญาเลยและ
2. ข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามีสิทธิเลือกว่าจะบอกเลิก สัญญาหรือไม่ก็ได้แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีได้ผิดสัญญาเลยก็ตามข้อตกลงในกลุ่มที่หนึ่งของตัวอย่าง นี้ จะต้องกำหนดให้สัญญาเลิกหรือสิ้นสุดลงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร จึงจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง หากมีเหตุอันสมควรที่จะให้สัญญาเลิกกันได้ ก็ไม่ถือว่าเป็นการ เอาเปรียบกันตามตัวอย่างนี้ เช่น ข้อตกลงในสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่กำหนดให้สัญญาเลิกกัน หาก เกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้บริษัทผู้รับจ้างก่อสร้างต้องขาดทุน หรือขาด กำไรที่คาดว่าจะ ได้ไป น่าจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่กำหนดให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และเป็นการเอา เปรียบกันตามตัวอย่างนี้ แต่ถ้าตกลงกันให้สัญญาเลิก หากการก่อสร้างตามสัญญาไม่สามารถกระทำ ได้ตามวิธีการที่คาดหมายไว้ในสัญญา ก็น่าจะถือว่าเป็นเหตุอันสมควรที่จะตกลงให้สัญญาเลิกกันได้ และไม่นับว่าเป็นการเอาเปรียบกันตามตัวอย่างนี้

สำหรับข้อตกลงในกลุ่มที่สองของตัวอย่างนี้ จะต้องกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่มี อำนาจต่อรองเหนือกว่ามีอำนาจบอกเลิกสัญญาได้ โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ ผิดสัญญาในข้อ สาระสำคัญ หากเป็นการให้สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาในข้อ สาระสำคัญก็ไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันแต่อย่าง ใด เพราะสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม กฎหมายก็เป็นเช่นนั้นอยู่แล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 และ มาตรา 388 ตัวอย่างเช่น ในสัญญาที่สถาบันการเงินให้ลูกค้ากู้เงินไปลงทุนประกอบกิจการ หากมีข้อตกลงว่าผู้ให้ กู้ มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้และเรียกหนี้ที่ค้างชำระคืนเมื่อใดก็ได้ โดยไม่คำนึงว่าจะมีการผิดสัญญาหรือไม่ ย่อมถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้สถาบันการเงินได้เปรียบลูกค้าตามตัวอย่างนี้ แต่ถ้าเป็นข้อตกลงที่ให้ สิทธิบอกเลิกสัญญาได้และเรียกเงินคืนได้ ถ้าผู้กู้ผิดนัดไม่ชำระดอกเบี้ยตามที่กำหนด ในสัญญาก็น่าจะ ถือว่าเป็นการได้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ในข้อสาระสำคัญ จึงไม่เป็น ข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันตามตัวอย่างนี้ ปัญหาสำคัญคงอยู่ที่ว่าจะมีแนวแบ่งแยกอย่างไรว่าสัญญา ข้อใดเป็นข้อสาระสำคัญ ข้อใดมิใช่ข้อสาระสำคัญ

ในกฎหมายอังกฤษมีการแบ่งแยกข้อตกลงในสัญญาออกเป็นสองลักษณะ ในทำนองนี้เช่นกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญจะเรียกชื่อว่า Conditions ซึ่งหากมีการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่ถ้าเป็นข้อสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญจะเรียกกันว่า Warranties ซึ่งการผิดสัญญาให้ สิทธิอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาเท่านั้น หากก่อให้เกิดสิทธิบอกเลิกสัญญาไม่ แนวการแบ่งแยกว่า ข้อสัญญาใดเป็น Conditions ข้อสัญญาใดเป็น Warranties ก็ยังไม่ชัดเจนนัก ขึ้นอยู่กับการตีความสัญญาเป็นเรื่องราวๆ ไป โดยพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญาและปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้นประกอบกัน ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางที่นำมาใช้กับการแบ่งแยกว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสาระสำคัญหรือไม่ ตามตัวอย่างนี้ได้ด้วย ดังนั้น ข้อตกลงในสัญญาเข้าซื้อที่ให้บริษัทผู้ให้เช่าซื้อ มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีที่ผู้เช่าซื้อผิดนัดไม่ส่งค่างวดตามกำหนด แม้เพียงงวดเดียวจึงน่าจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่เอาเปรียบกันตามตัวอย่างนี้ เพราะปกติ ประเพณีของสัญญาเข้าซื้อนั้นต้องผิดนัดไม่ส่งค่างวดสองครั้งติดกัน ผู้ให้เช่าซื้อจึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

ตัวอย่าง 4 ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ข้อตกลงตามตัวอย่างนี้เป็นข้อตกลงที่มุ่งเอาเปรียบกันโดยให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญาข้อหนึ่งข้อใดได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรกรณีหนึ่ง กับข้อตกลงที่ให้สิทธิที่จะล่าช้าในการปฏิบัติตามสัญญาได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งทั้งสองกรณีนี้จะถือว่าเป็นการเอาเปรียบกันก็ต่อเมื่อเป็นการให้สิทธิไว้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งมุ่งจะให้เป็นตัวกำกับทั้งกรณีของสิทธิที่จะล่าช้า และสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วย ดังนั้น ข้อตกลงที่ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดได้โดยมีเหตุผลอันสมควร จึงไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันตามตัวอย่างนี้ เช่น ข้อตกลงในสัญญาเช่าที่ให้สิทธิสถาบันการเงินผู้ให้เช่าเรียกเงินกู้ทั้งหมดคืนได้ทันทีหากผู้กู้ผิดนัดชำระดอกเบี้ยงวดใดงวดหนึ่ง น่าจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิสถาบันการเงินผู้ให้เช่าที่ไม่ต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระตามสัญญาเสียก่อน โดยมีเหตุผลอันสมควรคือผู้กู้ผิดนัดชำระหนึ่งงวดใดงวดหนึ่ง ดังนั้น จึงมิใช่ข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันตามตัวอย่างนี้

มีปัญหาว่า หากคู่สัญญามีได้ทำสัญญากำหนดพันธกรณีไว้ก่อน แล้วมีข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้น หรือให้สิทธิที่จะปฏิบัติล่าช้าได้ แต่กลับร่างข้อสัญญาให้สิทธิที่จะปฏิบัติตามการต่างๆ ไปไว้ ว่ามีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามในเรื่องนั้น หรือจะปฏิบัติในเวลาใดก็ได้ โดยที่การนั้นมีได้เป็นพันธกรณีตามสัญญา เช่นนี้จะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันตามตัวอย่างนี้หรือไม่ ข้อนี้เห็นว่าจะให้คำตอบทันทียังไม่ได้ต้องพิจารณาโดยการ

ตีความสัญญา นั้น เสียก่อนว่ามีเหตุผลที่จะให้การปฏิบัติในเรื่องนั้นเป็นพันธกรณีแห่งสัญญาหรือไม่ หากมีเหตุผลที่จะให้ตีความว่าการปฏิบัติในเรื่องนั้นเป็นพันธกรณีแห่งสัญญาแล้วข้อตกลง ให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติหรือล่าช้าในการปฏิบัติการณ์นั้น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรย่อมอยู่ในฐานะที่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันตามตัวอย่างนี้ แม้จะมีได้มีการระบุนั้นให้เป็นพันธกรณีตามสัญญาไว้ก่อนก็ตาม

ตัวอย่าง 5 ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่ง ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

ข้อตกลงตามตัวอย่างนี้มีลักษณะของการเอาเปรียบที่ตรงข้ามกับข้อตกลงตาม ตัวอย่าง 4 กล่าวคือ ข้อตกลงตามตัวอย่าง 4 มุ่งที่การลดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจ ต่อรองเหนือกว่าให้น้อยลง ส่วนข้อตกลงตามตัวอย่าง 5 นี้ มุ่งไปที่การเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่คู่สัญญา ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เช่น ข้อตกลงในสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับลูกค้าที่ให้สถาบัน การเงินเพิ่มอัตราดอกเบี้ยให้สูงกว่าที่เป็นอยู่ในสัญญาได้ หรือข้อตกลงในสัญญาค้าประกันที่ให้สิทธิ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ กำหนดวงเงินที่ผู้ค้าประกันจะต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้นจากที่เป็นอยู่ ในขณะที่ทำสัญญาได้ เป็นต้น

ข้อสังเกต มาตรา 4 วรรคสาม (5) ให้ถือว่าข้อตกลงตามตัวอย่างนี้มีลักษณะเป็น การเอาเปรียบกันโดยไม่คำนึงว่าจะมีเหตุผลสนับสนุนการให้สิทธิที่จะเรียกร้องหรือ กำหนดให้อีกฝ่าย หนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นหรือไม่ ถ้าเป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าไปเพิ่มภาระ ให้หนักขึ้นแก่อีกฝ่ายหนึ่งก็ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งตามตัวอย่างนี้แล้ว ถึงแม้ว่าจะมีเงื่อนไขของการให้สิทธินั้น สิทธินั้นเหมาะสมเพียงใดก็ตาม เพียงแต่ในกรณีที่มีเงื่อนไขที่ เหมาะสมกับการให้สิทธิอยู่นั้นอาจต้องถือว่าเป็นการได้เปรียบที่ไม่เกินสมควร จึงยังไม่ถึงกับเป็น ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจึงไม่อาจปรับลดสภาพบังคับของข้อตกลงนั้นได้ ดังนั้นข้อตกลงในสัญญา กู้ที่ระบุไว้ล่วงหน้าว่าหากผู้กู้ค้างชำระดอกเบี้ยเกินหนึ่งปีก็ให้ผู้กู้มีสิทธิที่จะนำดอกเบี้ยที่ค้างชำระ นั้นมารวมเป็นต้นเงินแล้วคิดดอกเบี้ยต่อไปได้ จึงถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ให้กู้ได้เปรียบผู้กู้ ตามตัวอย่าง 5 นี้แล้ว เพราะเป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิผู้ให้ กู้กำหนดให้ผู้กู้ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่า ภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญาเนื่องจากในขณะที่ทำสัญญาผู้กู้มีภาระต้องเสียดอกเบี้ยไม่ทบต้น แต่ผล ของข้อตกลงนี้ทำให้ผู้กู้ต้องเสียดอกเบี้ยทบต้น ซึ่งแม้จะสามารถทำข้อตกลงในลักษณะนี้กันได้ ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 655 วรรคหนึ่ง³⁴ แต่ต้องถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ให้กู้ ได้เปรียบผู้กู้ แต่การได้เปรียบนี้จะมากเกินไปเกินสมควรหรือไม่จะต้องวิเคราะห์กันตาม มาตรา 4 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 10 อีกชั้นหนึ่ง

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 655 วรรคหนึ่ง.

การเพิ่มภาระให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ เช่น ในสัญญาสำเร็จรูปที่ส่วนราชการจ้างบริษัทที่ปรึกษาทางวิศวกรรมมาคุมงานจ้าง เหมาก่อสร้างที่เดิมมี กำหนดเวลาก่อสร้าง 3 ปี ต่อมามีปัญหาขาดแคลนวัสดุก่อสร้างหรือ ปัญหาขาดสภาพคล่องทาง เศรษฐกิจในระดับมหภาค คณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างขยายเวลาก่อสร้างออกไป ได้อีกหนึ่งปี ผลของการขยายเวลาก่อสร้าง เป็นประโยชน์แก่บริษัทรับเหมาก่อสร้าง แต่กลับเพิ่มภาระ ให้แก่บริษัทที่ปรึกษาทางวิศวกรรมที่รับควบคุมงานที่จะต้องทำงานนานขึ้นกว่าเดิมอีกหนึ่งปี เช่นนี้ หากในสัญญาจ้างควบคุมงานมีข้อตกลงให้สิทธิส่วนราชการที่จะเพิ่มภาระในทางอ้อมเช่นนี้ได้ ก็น่าจะ ต้องถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งตามตัวอย่าง 5 นี้ แต่จะเป็นการได้เปรียบที่เกิน สมควรหรือไม่ต้องวินิจฉัยกันอีกประเด็นหนึ่ง

3.3.5 การได้เปรียบที่เกินสมควร

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ข้อตกลงที่จะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 4 จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบ 3 ประการ คือ

1. เป็นข้อตกลงในสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งในสามประเภท ได้แก่ สัญญา ระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ กับผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูป หรือ สัญญาขายฝาก
2. เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภค หรือ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทำให้ผู้ซื้อฝากได้เปรียบผู้ขายฝาก แล้วแต่กรณี และ

3. การได้เปรียบนั้นเป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร ซึ่งการได้เปรียบใดจะเกิน สมควรหรือไม่นั้น มาตรา 4 วรรคท้าย บัญญัติให้นำปัจจัยต่างๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 10 มาใช้ ประกอบการพิจารณาโดยอนุโลม

มาตรา 10 เป็นบทบัญญัติที่วางแนวทางในการวินิจฉัยถึงระดับความเป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีของสภาพบังคับแห่งสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าอยู่ที่จุดใด เพื่อให้ศาลสามารถ บังคับการให้คู่กรณีต้องผูกพันกันในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นได้ ดังนั้น จึงมีสภาพ เป็นเครื่องมือที่ศาลจะใช้ในการปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มาอยู่ ณ จุดที่เป็น ธรรมได้อย่างมีหลักเกณฑ์และสมเหตุสมผล ทั้งนี้เพื่อมิให้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปตามอำเภอใจ ไร้แนวทางโดยไม่มีเหตุผล

ปัจจัยที่มาตรา 10 ระบุให้ต้องนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการหาจุด ที่เป็นธรรมของสัญญา ซึ่งจะต้องอนุโลมมาใช้ในการพิจารณาว่าการได้เปรียบในสัญญาตามมาตรา 4 นี้จะเป็นการได้เปรียบที่เกินสมควรหรือไม่ด้วยนั้น มีอยู่ทั้งหมด 13 ปัจจัยด้วยกัน คือ

(1) พฤติการณ์ทั้งปวงในสัญญาที่พิพาทกันว่าเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม นั้นมีอยู่
อย่างไร

(2) ความสุจริตของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายแตกต่างกันหรือไม่ เพียงใด

(3) อำนาจต่อรองของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเหนือกว่ากันอย่างไร

(4) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเหลื่อมล้ำกันมากน้อยเพียงใด

(5) ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพและผลแห่งสัญญาที่คู่สัญญา แต่ละฝ่ายมีอยู่
มากน้อยกว่ากันอย่างไร

(6) ความสันทัดชัดเจนในกิจการที่เป็นพื้นฐานแห่งสัญญาที่คู่สัญญา แต่ละฝ่ายมี
อยู่มากน้อยกว่ากันอย่างไร

(7) ความคาดหมายของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นอย่างไร

(8) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกันเป็นมาอย่างไร

(9) ทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญามีมากน้อยต่างกันหรือไม่

(10) ทางได้เสียอื่นๆ ทุกอย่างของคู่สัญญาเป็นอย่างไร

(11) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(12) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(13) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับ
คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ในมาตรา 10 นี้มีความมุ่งหมายที่จะสร้างเครื่องมือหรือแนวทางให้ไว้เพื่อช่วยให้
การใช้ดุลพินิจของศาลมีหลักเกณฑ์และเหตุผลอ้างอิงได้หลากหลายและละเอียดมากขึ้นเท่านั้น มิได้
มุ่งที่จะบังคับให้ต้องมีปัจจัยทั้ง 13 ประการ ครบถ้วนในแต่ละคดีจึงจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจ
ที่ถูกต้อง เพราะในความเป็นจริงคงจะปฏิบัติเช่นนั้นได้ยาก³⁵

มีข้อสงสัยว่า ในกรณีที่มีปัจจัยต่างๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 10 นี้ นำ ไปสู่ผลที่ขัดแย้ง
กันจะทำอย่างไร จะถือว่าปัจจัยใดสำคัญกว่าได้หรือไม่ คำตอบที่แน่นอนประการหนึ่งก็คือ กฎหมาย
มิได้มุ่งที่จะแบ่งแยกน้ำหนักหรือระดับความสำคัญของแต่ละปัจจัยให้แตกต่างกัน ดังนั้นจึงกล่าวไม่ได้
ว่าปัจจัยตามมาตรา 10 (1) สำคัญกว่า ปัจจัยตามมาตรา 10 (2) เพราะกฎหมายมิได้มีเจตนาที่จะให้
เรียงลำดับความสำคัญลดหลั่นกันไปแต่อย่างใด ในกรณีที่ปัจจัยหนึ่งเป็นคุณแก่ฝ่ายหนึ่ง แต่ก็มีอีก
ปัจจัยหนึ่งเป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น นับว่าเป็นกรณีที่ยุ่งยากซึ่งจะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง

³⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 10.

และควรจะต้องมีปัจจัยอื่นๆ มาประกอบการใช้ดุลพินิจให้มากที่สุด แต่ถ้าไม่ปรากฏปัจจัยอื่นๆ ในสำนวนอีกเลย ก็อาจจะต้องอ้างพฤติการณ์ทั้งปวงในคดีนั้นมาเป็นเหตุผล ในการใช้ดุลพินิจสำหรับกรณีที่ยากยิ่งนี้

3.3.6 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่อง

มาตรา 6 สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ที่มี การชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภคร่วม จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคร่วมได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น³⁶

ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 6 นี้ ความจริงก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 อยู่แล้ว เพราะเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพและเป็นข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exemption Clause) ที่เกิดจากการผิดสัญญา จึงเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภคร่วม ตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) และเป็นการใช้เปรียบเกินสมควรตามแนวทางที่ให้ไว้ใน มาตรา 4 วรรคท้าย ครอบคลุมประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 4 เกือบทุกกรณีอยู่แล้ว แต่เหตุที่มาตรา 6 ต้องบัญญัติให้มีการตรวจสอบเป็นการเฉพาะไว้ก็เพราะต้องการให้ข้อตกลงในลักษณะนี้ไม่มีสภาพบังคับกันเลย ถ้าผู้บริโภคร่วมไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิ นั้นในขณะที่ทำสัญญาซึ่งต่างจากผลของข้อสัญญาไม่เป็น ตามมาตรา 4 ที่ยังคงสมบูรณ์มีผลผูกพันกันอยู่ เพียงแต่ศาลอาจปรับลดสภาพบังคับให้เบาลงได้เท่านั้น

ในกรณีที่ผู้บริโภคร่วมได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้ว ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาการตรวจสอบ ตามมาตรา 4 อาจจะทำไม่ได้ เนื่องจากเมื่อนำความรู้ของผู้บริโภคร่วมในความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิมาพิจารณาประกอบ ตามมาตรา 4 วรรคท้ายด้วยแล้ว ผลอาจทำให้การเอาเปรียบผู้บริโภคร่วม ในกรณีนี้ไม่มากเกินสมควร อันเป็นเหตุให้ไม่ครอบคลุมประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 ดังนั้น มาตรา 6 ตอนท้าย จึงได้บัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคร่วมไว้เป็นการเฉพาะว่า “ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

³⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 6.

ปัญหามีอยู่ว่า ในกรณีที่ผู้บริโภครู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญานี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473³⁷ และมาตรา 476 บัญญัติว่าผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้นซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องอนุโลมไปใช้กับสัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาเช่า และสัญญาเช่าซื้อด้วย³⁸ เมื่อผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ ในฐานะผู้ขาย ผู้แลกเปลี่ยน ผู้ให้เช่า หรือผู้ให้เช่าซื้อ ได้รับความรับผิดชอบตามกฎหมายในกรณีนี้แล้ว คู่สัญญาก็ไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีนี้ไว้อีก และถึงแม้จะทำไว้ก็ไม่สามารถทำให้ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพเกิดความรับผิดชอบขึ้นได้ ดังนั้น บทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 6 ตอนท้ายนี้จึงแทบจะไม่มีโอกาสได้ใช้เลย อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 6 ตอนท้าย จะไม่มีโอกาสใช้เสียทั้งหมด เนื่องจากยังมีอีกหลายกรณีถึงแม้ผู้บริโภคจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญา แต่ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพก็ยังต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้นอยู่ตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีเหล่านี้ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ ยังจำเป็นต้องกำหนดให้มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวก็จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อาจถูกปรับลดสภาพบังคับลงได้ตามความใน มาตรา 6 ตอนท้าย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1. เนื่องจากสัญญาที่ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค ตามมาตรา 6 นี้ มิได้จำกัดอยู่แค่เพียงสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน เช่าทรัพย์สิน และเช่าซื้อเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสัญญาอื่นๆ อีกหลายชนิด เช่น สัญญาจ้างทำของ จ้างก่อสร้าง หรือสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่เข้าลักษณะเป็นการซื้อขาย แลกเปลี่ยน เช่าทรัพย์สิน หรือเช่าซื้อ เป็นต้น ในสัญญาเหล่านี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อนุโลมเอา มาตรา 473 และมาตรา 476 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปใช้ ดังนั้นผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพยังคงมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ในกรณีที่ผู้บริโภครู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่อันเป็นเหตุให้ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบ นั้นอาจถูกปรับลดสภาพบังคับให้เบาลง ตามมาตรา 6 ตอนท้ายได้ เช่น ในสัญญาที่ผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการหรือเอกชนว่าจ้างให้บริษัทรับเหมาก่อสร้างทำการก่อสร้างอาคาร บ้านเรือนหรือถนนหนทางให้ แล้วปรากฏว่าอาคาร บ้านเรือน หรือถนนหนทางที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคนั้นเกิดความชำรุดบกพร่องหรือถูกรอนสิทธิ โดยที่ผู้บริโภครู้ถึงเหตุเหล่านี้ก่อนแล้วในขณะที่ทำสัญญา

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 473.

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 476.

บริษัทรับเหมาก่อสร้างก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคนอยู่ และแม้จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ ข้อตกลงนั้นก็อาจถูกศาลปรับลดสภาพบังคับลงให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้

2. คำว่า “ทรัพย์สิน” ที่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพจะต้องส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคนั้นโดยทั่วไปก็เข้าใจว่าหมายถึงทรัพย์สินที่มีรูปร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงจะมีสภาพที่ส่งมอบแก่กันได้ แต่ในชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ ก็ไม่เคยปรากฏว่าผู้ร่างมุ่งจะให้ มีความหมายอย่างแคบเฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่างจับต้องได้เท่านั้น ดังนั้นจึงยังเป็นไปได้ที่จะตีความ คำว่า “ทรัพย์สิน” ในมาตรา 6 นี้ ให้มีความหมายอย่างกว้าง รวมไปถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ตัวเงิน หรือแม้แต่หุ้นในบริษัทได้ การส่งมอบทรัพย์สินประเภทนี้อาจเป็นการโอนหรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้ ตัวอย่างเช่น ในสัญญาโอนลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้บริโภคนั้น มีค่าตอบแทนผู้โอนซึ่งเป็นบริษัทผู้ประกอบการในทางเผยแพร่และจำหน่ายลิขสิทธิ์ต่างๆ ได้กำหนดให้มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในการรอนสิทธินั้นอยู่ด้วย สัญญาโอนลิขสิทธิ์นั้นมิใช่สัญญาซื้อขาย หรือแลกเปลี่ยน ดังนั้นแม้ผู้บริโภคนั้นจะรู้ถึงเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา แต่ก็ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติว่าผู้โอนไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการรอนสิทธินั้น ผู้โอนยังอาจต้องรับผิดชอบเพื่อการรอนสิทธิอยู่ และข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้นคงมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

3. ในต่างประเทศมักจะมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นพิเศษแยกต่างหาก จากกฎหมายแพ่งหรือพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ ทั่วๆ ไป โดยถือว่าสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน เช่าทรัพย์สิน หรือเช่าซื้อที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพนั้น ผู้ส่งมอบทรัพย์สินจะต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทุกกรณี แม้ว่าผู้บริโภคนั้นจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา และข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพก็ต้องอยู่ในบังคับของการตรวจสอบตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย ดังนั้นถ้าต่อไปมีการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคของไทยให้คุ้มครองผู้บริโภคในด้านนิติกรรมสัญญาด้วยแล้ว อาจมีบทบัญญัติให้ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค แม้ผู้บริโภคจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาก็ตาม และเมื่อกฎหมายพัฒนาไปจนถึงจุดนั้น ข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิใน กรณีดังกล่าวก็จะมาอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลตามมาตรา 6 ตอนท้าย แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้

อาจเป็นไปได้ว่า บทบัญญัติใน มาตรา 6 นี้เองแสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัตินี้ มีความมุ่งหมายที่จะแยกเรื่องความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิในสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพออกมาบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ไม่ให้อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 473 และมาตรา 476 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนในสัญญาซื้อขายทั่วไป และการที่ มาตรา 6 ตอนท้าย บัญญัติให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีที่ผู้บริโภค ได้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ย่อมแสดงอยู่โดยปริยายแล้วว่ามุ่งที่จะให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพยังต้องรับผิดชอบในกรณีนี้ แต่ยอมให้ทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นได้เพียงเท่าที่อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น แนวการตีความเช่นนี้เป็นการตีความเพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับได้ และเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคตรงตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคเสียก่อน ตามนัยที่กล่าวไว้ในข้อ 3 ซึ่งยังไม่แน่ว่าจะต้องใช้เวลาอีกนานเท่าใด จึงจะกระทำได้

3.3.7 สัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ

มาตรา 7 ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องรับมัดจำ ถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประเภทที่ 6 ตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 7 นี้ มุ่งที่จะแก้ปัญหาความลักลั่นกันระหว่างเรื่องมัดจำกับเบี้ยปรับตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป อันจะเป็นผลให้เกิดความเป็นธรรมในการรับมัดจำมากขึ้นอีกทางหนึ่ง กล่าวคือในกรณีของเบี้ยปรับนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้อำนาจศาลที่จะลดเบี้ยปรับที่กำหนดกันไว้สูงเกินส่วนให้ลงมาอยู่ที่จำนวนพอสมควรได้³⁹ แต่ในส่วนของมัดจำนั้นจะต้องรับหรือส่งคืนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 378 โดยในกรณีที่รับมัดจำได้ตามมาตรา 378 (2)⁴⁰ เพราะฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ ตกเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ หรือมีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายนั้น กฎหมายกลับไม่เปิดช่องให้ศาลลดมัดจำที่จะต้องถูกรับนั้นได้เลย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าผู้รับมัดจำมิได้เสียหายอย่างไร หรือจำนวนมัดจำที่จะรับนั้นสูงเกินกว่าค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาเพียงใดก็ตาม

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 383 วรรคหนึ่ง.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 378 (2).

ตัวอย่างเช่น ในสัญญาจะซื้อขายที่ดินแปลงหนึ่ง ผู้จะซื้อวางเงินมัดจำไว้ 100,000 บาท กำหนดวันจดทะเบียนโอนและชำระราคากันไว้แน่นอนเป็นสำคัญ หากผู้จะซื้อไม่ชำระราคาตามกำหนดยอมให้รับมัดจำ ถ้าผู้จะขายไม่ไปจดทะเบียนโอนที่ดินให้ตามสัญญา ยอมให้ผู้จะซื้อปรับ 100,000 บาท เช่นกัน ในสัญญาประเภทนี้ ถ้าต่อมาฝ่ายผู้จะขายผิดสัญญาไม่จดทะเบียนโอนให้ผู้จะซื้อบอกเลิกสัญญาและฟ้องเรียกเบี้ยปรับได้ แต่ถ้าปรากฏว่าการผิดสัญญาของผู้จะขายมิได้ทำให้ผู้จะซื้อเสียหายเลยเพราะระยะนั้นที่ดินกำลังราคาตก ที่ผู้จะซื้อบอกเลิกสัญญาได้ก็นับว่าเป็นประโยชน์แก่ผู้จะซื้อมากอยู่แล้ว เช่นนี้ศาลอาจลดจำนวนเงินเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในสัญญาลงจนหมดเลยก็ยังได้ แต่ถ้าผู้จะซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญาไม่มีเงินไปชำระราคาที่ดินตามกำหนด ผู้จะขายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 388⁴¹ และรับมัดจำทั้งหมดได้ ตามมาตรา 378 (2)⁴² แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการผิดสัญญาของผู้จะซื้อมิได้ทำให้ผู้จะขายเสียหายเลย เพราะในช่วงนั้นที่ดินกำลังมีราคาสูงขึ้น และความจริงผู้จะขายสามารถนำที่ดินแปลงเดียวกันนั้นไปขายให้ผู้อื่นได้ราคาสูงกว่าเสียอีก ในกรณีเช่นนี้ศาลจะลดจำนวนมัดจำลงไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้

ความลึกลับและไม่เป็นธรรมของกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นช่องทางให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า หรือมีความรู้ทางกฎหมายมากกว่า กำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งได้ในหลายลักษณะ แต่เมื่อพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้ว มาตรา 7 จะช่วยให้ความลึกลับและไม่เป็นธรรมของกฎหมายเรื่องนี้บรรเทาลงไปได้มาก เพราะมาตรา 7 นี้สามารถใช้กับการรับมัดจำที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะทำกันเป็นหนังสือหรือด้วยวาจา และแม้จะมีใช้สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพก็ตาม

บทบัญญัติมาตรา 7 มิได้ให้อำนาจศาลเข้าไปลดมัดจำได้เป็นการทั่วไป เฉพาะในกรณีที่จะต้องรับมัดจำที่ไว้แล้วเท่านั้นศาลจึงเข้าไปตรวจสอบได้ หากยังไม่มีผิดสัญญาหรือเหตุอื่นอันจะให้รับมัดจำได้ แม้ผู้ให้มัดจำจะเห็นว่ามัดจำนั้นสูงเกินไปก็จะมาขอให้ศาลลดมัดจำลงบางส่วนแล้วคืนส่วนที่เหลือให้แก่ตนไม่ได้ ต่อเมื่อผู้รับมัดจำอ้างสิทธิที่จะรับมัดจำแล้วเท่านั้น ผู้วางมัดจำจึงขอให้ศาลปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงได้

กรณีที่จะต้องรับมัดจำนั้นปกติก็คือ กรณีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378 (2) รวม 3 กรณี ดังได้กล่าวไว้แล้วนั่นเอง แต่ถ้ามีข้อสัญญาระบุให้รับมัดจำในกรณีอื่นใดไว้ด้วย ผู้รับมัดจำก็อาจรับมัดจำในกรณีนั้นได้ และถือเป็นกรณีที่จะต้องรับมัดจำ อันเป็นเหตุให้ศาลเข้าไปตรวจสอบ ตามมาตรา 7 ได้เช่นกัน

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 388.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 378 (2).

อำนาจศาลที่จะลดมัดจำตามมาตรา 7 นี้ มีลักษณะเดียวกันกับการลดเบี้ยปรับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง⁴³ คือลดได้เฉพาะมัดจำที่สูงเกินส่วน เท่านั้น หากมัดจำที่จะถูกริบนั้นมีจำนวนพอสมควรอยู่แล้ว ศาลก็ไม่มีอำนาจปรับลดลงได้ สำหรับการพิจารณาว่าแค่ไหนเพียงใดจึงจะเป็นมัดจำที่สูงเกินส่วน นั้นน่าจะต้องเทียบกับความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับมัดจำ หากมัดจำนั้นน้อยกว่าหรือพอๆ กับความเสียหายที่ผู้รับมัดจำได้รับแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นมัดจำที่สูงเกินส่วน แต่ถ้ามัดจำมีมูลค่าหรือราคาสูงกว่าความเสียหายที่ผู้รับมัดจำได้รับน่าจะถือว่าเป็นมัดจำที่สูงเกินส่วนและอาจถูกศาลปรับลดได้

สำหรับระดับในการปรับลดมัดจำของศาลนั้น มาตรา 7 มิได้บัญญัติให้ลดลงมาอยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเหมือนดังในมาตราอื่นๆ แต่บัญญัติให้ศาลปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนนั้นลงมาให้รบกกันได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ ดังนั้น จึงไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 10 ที่จะต้องนำปัจจัยต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรานั้นมาประกอบการพิจารณา

ความเสียหายที่แท้จริง ตามมาตรา 7 นี้ หมายถึงความเสียหายที่แท้จริงของผู้รับมัดจำ และน่าจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากเหตุที่ทำให้รับมัดจำได้เท่านั้น ไม่รวมถึงความเสียหายที่เกิดจากเหตุปัจจัยอื่น

มีปัญหาอยู่ที่คำว่า “ก็ได้” ท้ายมาตรา 7 เพราะอาจแปลว่าเป็นคำที่เน้นให้เห็นว่าการปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนนี้เป็นอำนาจของศาลที่จะใช้หรือไม่ก็ได้มิใช่บทบังคับว่าศาลจะต้องปรับลดให้โดยทุกกรณี นอกจากนี้ยังอาจแปลความต่อไปได้ว่า เป็นคำที่กล่าวโดยปริยายว่าการปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงนั้น ศาลอาจจะปรับลดลงมาให้เท่ากับความเสียหายที่แท้จริงเลยก็ได้ หรือจะปรับลดลงมาบางส่วน แต่ยังคงสูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ เพราะแม้จะไม่ปรับลดให้เลยก็ยังมีอำนาจ ที่จะทำได้ ซึ่งเห็นว่าจะต้องตีความไปได้ทั้งสองความหมายเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและความเป็นธรรมได้มากที่สุด⁴⁴

⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 333 วรรคหนึ่ง.

⁴⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 7.

3.4 ลักษณะของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาเช่าพื้นที่ศูนย์การค้า

3.4.1 เรื่องสัญญาจองและเงินมัดจำ

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป ฯลฯ ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น⁴⁵

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา⁴⁶ และ

⁴⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4.

⁴⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้

โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดัดจัดเจน⁴⁷

เมื่อนำมาพิจารณาตามค่านิยมศัพท์ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 "ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำการเพื่อการค้าด้วย และ "ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน ดังนั้น ประชาชนผู้เช่าพื้นที่จากผู้ให้เช่าพื้นที่ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าโดยปกติธุระจึงเป็นผู้บริโภค และผู้ให้เช่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 ดังกล่าว ซึ่งผู้ให้เช่าได้นำสัญญาสำเร็จรูปที่มีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้ามาใช้ทำสัญญาจอง สัญญาเช่าพื้นที่ สัญญาบริการและสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้เช่า สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล โดยผู้ให้เช่าจะอ้างความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาหรือเสรีภาพในการทำสัญญาไม่ได้

จากปัญหาการจัดทำสัญญาสำเร็จรูปจากฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพดังกล่าว จึงเกิดปัญหาจากการจัดทำสัญญาสำเร็จรูปเรื่องเงินมัดจำว่า หากผู้จองพื้นที่เช่าไม่ไปทำสัญญาเช่าพื้นที่และสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้เช่าพื้นที่ตามวันที่กำหนดไว้ ผู้จองจะถูกริบเงินจองทั้งหมด และสิทธิตามสัญญาจองต้องระงับไปโดยผู้ให้เช่ามีต้องบอกกล่าว เมื่อมาพิจารณาข้อสัญญา

⁴⁷ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้ผู้จองจะมีได้ไปทำสัญญาเช่าพื้นที่กับผู้ให้เช่าตามวันที่กำหนดไว้ แต่ผู้ให้เช่าก็ยังมีได้เกิดความเสียหายแต่อย่างใด เนื่องจากฝ่ายผู้ให้เช่าก็ยังมีได้ดำเนินการก่อสร้างหรือต่อเติมพื้นที่เช่าให้มีความคืบหน้าเพื่อให้เกิดความมั่นใจกับผู้เช่าพื้นที่แต่อย่างใด หรือหากจะเกิดความเสียหายกับผู้ให้เช่าอย่างไร ผู้ให้เช่าก็ต้องบอกกล่าวและแจ้งความเสียหายที่เกิดขึ้นให้ผู้เช่าพื้นที่รับทราบก่อน อาศัยความตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า "ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ" ข้อสัญญาเรื่องมัดจำดังกล่าว จึงถือเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งหากฝ่ายผู้ให้เช่าได้รับความเสียหายที่เกิดจากการจองของผู้เช่าพื้นที่อย่างไร ก็ให้บัญญัติให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีอยู่แล้ว แต่ทั้งนี้ผู้ให้เช่าก็ต้องแสดงให้เห็นได้ว่าได้รับความเสียหายอย่างไรด้วยเช่นกัน

เมื่อเงินจองถือเป็นส่วนหนึ่งของเงินมัดจำ กรณีผู้ให้เช่าได้รับเงินจองไว้แล้วก็ถือเป็นการยืนยันที่จะปฏิบัติตามสัญญาและเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี ดังนั้น ควรมีข้อความระบุไว้ในสัญญาจองให้ชัดเจนเกี่ยวกับเงินจองหรือเงินมัดจำว่า ถ้าฝ่ายผู้ให้เช่าผิดสัญญาต้องคืนเงินจองหรือเงินมัดจำ พร้อมทั้งดอกเบี้ยอกร้อยละ 15 ต่อปี นับแต่วันที่ผู้ให้เช่าได้รับเงินจองหรือเงินมัดจำไว้ แต่หากว่าผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา ผู้ให้เช่ามีสิทธิริบเงินจอง หรือเงินมัดจำของผู้ให้เช่าได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378 (2)⁴⁸ และในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 7 บัญญัติว่า "มัดจำนั้น ถ้าสูงเกินส่วนศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริง"⁴⁹ การที่ผู้ให้เช่าจะริบเงินจองหรือเงินมัดจำโดยมิได้บอกกล่าวก่อน หรือมิได้ชี้แจงความเสียหายที่ผู้ให้เช่าได้รับในขณะที่ผู้ให้เช่ายังมีได้ดำเนินการก่อสร้างหรือต่อเติมพื้นที่เช่า จึงถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมสำหรับผู้เช่า

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 378 (2).

⁴⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 7.

อาศัยความตาม มาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร (2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้ และมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้ (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดัดเจน

เมื่อพิจารณาบทกฎหมายข้างต้นจึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ประกอบการและใช้อย่างแพร่หลาย และผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า ข้อสัญญาเรื่องการรับเงินจองและเงินมัดจำดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าพื้นที่จำนวนมาก เข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าว ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

3.4.2 เรื่องการโฆษณาประชาสัมพันธ์

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติข้อกำหนดเกี่ยวกับ การโฆษณาไว้ดังนี้

มาตรา 47 ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะ เป็นของตนเอง หรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้ อยู่แล้วว่าอาจ ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁰

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกระทำความผิดซ้ำอีก ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 48 ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา 22 (3) หรือ (4) หรือข้อความ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22 (5) หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 หรือมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁵¹

มาตรา 49 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่ง ตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้า หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 50 ถ้าการกระทำตามมาตรา 47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 เป็นการ กระทำของเจ้าของสื่อโฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของ โฆษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น

มาตรา 51 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 47 มาตรา 48 มาตรา 49 หรือ มาตรา 50 เป็นความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือไม่เกิน สองเท่าของค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการโฆษณานั้น ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม⁵²

⁵⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 47.

⁵¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 48.

⁵² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 51.

สรุปได้ว่า มาตรา 47-51 มีอัตราโทษปรับสูงสุด ได้บัญญัติไว้ไม่เกินหนึ่งแสนบาท โดยกำหนดโทษสำหรับการโฆษณาอันเป็นเท็จ หรือโฆษณาข้อความที่รู้หรือควรอยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด มีโทษปรับอย่างเดียวไม่เกินห้าหมื่นบาท

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้มืองค์กรพิเศษขึ้นรับผิดชอบควบคุมดูแลคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคโดยเฉพาะในด้านนี้ คือ “คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา” ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522⁵³ คณะกรรมการว่าด้วยโฆษณา มีอำนาจและหน้าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และตามที่ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมาย คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจหน้าที่ ดำเนินการคุ้มครองผู้บริโภคตาม มาตรา 22 ถึงมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522⁵⁴ เฉพาะเรื่องที่ยังมิได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ดังนี้

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาโดยใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(ก) ถ้าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง หรือเป็นข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำการโฆษณาแก้ไขข้อความ หรือวิธีการในการโฆษณา ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา ห้าม การโฆษณา หรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา และหรือใช้โฆษณาเพื่อแก้ไขความ เข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนด

(ข) ถ้าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดย อ้อมให้มีการกระทำความผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ หรือเป็นข้อความที่จะทำให้ความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน หรือเป็นข้อความอย่างอื่นตามที่กฎหมายในกฎกระทรวง คณะกรรมการว่า ด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่ง ในทำนองเดียวกันกับข้อ (ก) หรือเสนอความเห็นให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคดำเนินคดีกับผู้กระทำการโฆษณาดังกล่าว

⁵³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 14.

⁵⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 22-29.

ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าหรือบริการใดของผู้บริโภค จำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพ ฐานะ และรายละเอียดอย่างอื่นเกี่ยวกับผู้ประกอบการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณา สินค้าหรือบริการนั้นต้องให้ ข้อเท็จจริงดังกล่าวตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีมติวินิจฉัยว่าข้อความโฆษณานั้นมี ลักษณะอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คือ เป็นข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อ ผู้บริโภค คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาก็จะได้ใช้อำนาจออกคำสั่ง อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หรือหลายอย่างให้ผู้กระทำการโฆษณาปฏิบัติ คือ

- 1) ให้แก้ไขข้อความ หรือวิธีการในการโฆษณา
- 2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- 3) ห้ามการโฆษณาหรือการใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา
- 4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตาม

หลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการฯ กำหนด (มาตรา 27 พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522)

การฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการฯ เป็นความผิดทางอาญา และจะต้องได้รับ โทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การไม่ส่งเอกสารหรือไม่มาชี้แจงต่อคณะกรรมการฯ มีโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 46)⁵⁵ ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งของคณะกรรมการฯ ที่สั่งตามมาตรา 27 และมาตรา 28 คือให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการ โฆษณา ห้ามใช้ข้อความบางอย่างในการโฆษณา และให้โฆษณาแก้ไขความเข้าใจผิด มีโทษจำคุก ไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 49)⁵⁶ แต่ถ้าเป็นการกระทำ ของเจ้าของสื่อ โฆษณาหรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำคงมีโทษเพียงกึ่งหนึ่ง และถ้าเป็นการ กระทำความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำอาจถูกลงโทษปรับวันละไม่เกินห้าพันบาทหรือไม่เกินสองเท่าของ ค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการโฆษณานั้นตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม (มาตรา 15)⁵⁷

⁵⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 254, มาตรา 46.

⁵⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 49.

⁵⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 15.

นอกจากนี้ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้ หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท (มาตรา 47)⁵⁸

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 57 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ”...⁵⁹

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า “ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เจื่อนใจ และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา⁶⁰

⁵⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 47.

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 57.

⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

ตามพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันตจิตใจ⁶¹

เมื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าผู้เช่าซึ่งเป็นผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการจากผู้ให้เช่าซึ่งเป็นผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลดังกล่าวอย่างถูกต้องและโปร่งใสแก่ผู้บริโภค ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 57 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 4 การได้รับข้อมูลดังกล่าวอย่างไม่ถูกต้องและโปร่งใสจากผู้ให้เช่าทำให้เกิดปัญหาเกิดขึ้นแก่ผู้เช่า ตัวอย่างเช่น การโฆษณาว่าจะก่อสร้างสะพานทางเชื่อมที่สามารถเดินข้ามจากถนนฝั่งตรงข้ามหรือจากศูนย์การค้าฝั่งตรงข้าม เชื่อมเข้าถึงภายในศูนย์การค้าในบริเวณชั้นที่ 1 และ 2 ของอาคารผู้ให้เช่า เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนเดินมาในศูนย์การค้าได้หลายทาง ทำให้ผู้เช่าพื้นที่ขายสินค้าได้จำนวนมากขึ้น แต่ปรากฏว่าผู้ให้เช่าไม่สามารถก่อสร้างสะพานได้ หรือก่อสร้างสะพานเสร็จไม่ทันภายในกำหนดเปิดโครงการ

การที่ผู้ให้เช่ามีเจตนาหลอกลวงผู้เช่ามาแต่แรกตั้งแต่วันที่ทำสัญญานั้น ถือว่าผู้ให้เช่ามีเจตนาทุจริตหลอกลวงผู้เช่าด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และการหลอกลวงตั้งแต่วันนั้น ทำให้ผู้หลอกลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้เช่าการกระทำของผู้ให้เช่าจึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341⁶² และมาตรา 343⁶³ ผู้ให้เช่ามีความผิดและต้องระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อีกส่วนหนึ่ง

กรณีดังกล่าว ผู้เช่าพื้นที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้เช่าดำเนินการสร้างตามที่ได้โฆษณาไว้ได้หรือไม่ ข้อความในโฆษณาจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าหรือไม่

⁶¹ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 341.

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 343.

ปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้เช่าดังกล่าวเมื่อผู้ให้เช่าไม่สามารถดำเนินการตามที่ได้โฆษณาไว้ เมื่อผู้เช่าพื้นที่รับมอบพื้นที่เช่าแล้ว แต่ผู้ให้เช่ายังไม่ดำเนินการไว้ตามที่โฆษณา ผู้เช่าพื้นที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้เช่าดำเนินการอย่างไรได้หรือไม่

เมื่อมาพิจารณาจากสัญญาเช่าพื้นที่ของผู้ให้เช่าพื้นที่แล้ว จะไม่มีปรากฏอยู่ในสัญญาดังกล่าว หรือถ้าจะมีปรากฏอยู่บ้างก็จะมีในลักษณะยกเว้น หรือ ยกเลิก ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าพื้นที่ที่ระบุไว้ว่า... “สัญญานี้ยกเลิกข้อตกลง และสัญญาอื่นใดที่อาจมีมาก่อนระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะไม่ถือข้อกล่าวอ้างด้วยวาจาในโฆษณาใดๆ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้...”

ข้อความดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงความเอาเปรียบของผู้ให้เช่าให้ผู้เช่าพื้นที่ กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญาเช่าพื้นที่ ผู้ให้เช่าได้โฆษณาการก่อสร้างโครงการแล้วเสร็จไว้ อย่างสวยงาม เพื่อจูงใจให้ผู้เช่าพื้นที่เช่าทำสัญญาจอง และวางเงินจองไปแล้วจำนวนหนึ่ง เมื่อมาถึงคราวทำสัญญาเช่าพื้นที่ได้ระบุยกเลิกสัญญาอื่นๆ ที่ทำมาก่อนหน้านี้รวมทั้งโฆษณา ทางด้านผู้เช่าพื้นที่แม้จะเห็นว่าไม่ถูกต้องหากไม่เช่าทำสัญญาเช่าพื้นที่ก็จะเป็นผู้ผิดสัญญาจองซึ่งจะถูกริบเงินจองได้

เมื่อสัญญาเช่าพื้นที่ระบุให้สัญญาอื่นใดที่ทำมาก่อนหน้านี้ให้เป็นอันยกเลิกรวมทั้งการโฆษณาที่ได้แจ้งไว้ ก็ไม่สามารถบังคับหรือเรียกร้องกันได้อีก การโฆษณาเป็นเพียงการจูงใจหรือชักชวนให้ผู้บริโภคเช่าทำสัญญา ข้อความในโฆษณา โดยทั่วไปไม่ใช่สิ่งที่มีผลบังคับกันได้ ถ้าไม่ปรากฏอยู่ในสัญญาเช่าพื้นที่หรือเอกสารแนบต่อทำสัญญาเช่าพื้นที่ ข้อสัญญาเกี่ยวกับการโฆษณาดังกล่าว จึงเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าทำให้ผู้เช่าเสียเปรียบเกินควร

อาศัยความตาม มาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร (2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้ และมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนด

ธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า "คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้ (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันตจิตใจ"

วิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เช่า สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ให้เช่าและใช้อย่างแพร่หลายและผู้ให้เช่ามีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า การโฆษณา ภาพถ่าย ข้อความ หรือสื่อออนไลน์ต่างๆ จากผู้ให้เช่าเพื่อจูงใจผู้บริโภคให้มาเช่าพื้นที่ โดยไม่ได้นำรายละเอียดการโฆษณาดังกล่าวมาระบุไว้ในสัญญาและกำหนดบทลงโทษหากผิดสัญญาให้ชัดเจน เมื่อผู้ให้เช่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ให้เช่าดำเนินการหรือเรียกร้องค่าเสียหายจากการหลอกลวงโฆษณาเกินจริงได้ ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าพื้นที่ที่ต้องเข้าทำสัญญาสำเร็จรูปจำนวนมาก เข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

3.4.3 เรื่องข้อสัญญาเกี่ยวกับสิทธิการให้เช่าพื้นที่

ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า ทำเลที่ตั้งของศูนย์การค้าเป็นสิ่งสำคัญอย่างมากในการนำมาโฆษณาให้ประชาชนทั่วไปสนใจและตัดสินใจเช่าพื้นที่ ปัญหาสำคัญของการทำธุรกิจคือ ปัจจุบันมีผู้ให้เช่าพื้นที่จำนวนมากตั้งอยู่ในย่านธุรกิจ โดยเฉพาะพื้นที่ในกรุงเทพมหานคร ทุกพื้นที่ทั้งบนที่ดินและพื้นที่ในอาคารต่างๆ ถูกนำมาพัฒนาทำธุรกิจต่างๆ เกือบทั้งหมดแล้ว ดังนั้น การสรรหาพื้นที่ ที่มีทำเลที่ตั้งให้เหมาะสมกับธุรกิจให้เช่าพื้นที่ จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่ผู้ให้เช่าพื้นที่จะสรรหาพื้นที่ที่เหมาะสมนำมาพัฒนาต่อ โดยวิธีการซื้อเพื่อให้ได้กรรมสิทธิ์จากเจ้าของเดิม เพราะเจ้าของเดิมอาจไม่ประสงค์จะขายหรือผู้ให้เช่าเองก็ไม่มีความสามารถทางการเงินเพียงพอที่จะซื้อมาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เองได้ จากปัญหาดังกล่าว ผู้ให้เช่าจำนวนมากจึงเลือกใช้วิธีการทำสัญญาเช่าระยะยาวจากเจ้าของเดิม เพื่อที่จะสามารถควบคุมปัจจัยเสี่ยงไว้ แล้วจึงนำพื้นที่เช่ามาดัดแปลงต่อเติมออกให้

ประชาชนที่สนใจเช่าพื้นที่ โดยผู้ให้เช่าจะระบุข้อความในสัญญาเช่าพื้นที่ทำนองว่า “ผู้ให้เช่าเป็นผู้มีสิทธินำพื้นที่ออกให้เช่า” ซึ่งหมายถึงเป็นผู้มีสิทธินำพื้นที่ออกให้เช่าตามกฎหมายแต่ไม่ใช่ผู้มีกรรมสิทธิ์ที่จริงตามกฎหมาย ทำให้ผู้เช่าเข้าใจได้ว่า ผู้ให้เช่าพื้นที่น่าจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่เช่าตามกฎหมายโดยการซื้อมา โดยไม่มีใครตรวจสอบสัญญาให้เช่าพื้นที่ระหว่างเจ้าของเดิมกับผู้ให้เช่า ทั้งนี้ เมื่อเกิดปัญหาการผิดสัญญาระหว่างเจ้าของเดิมกับผู้ให้เช่า อันเป็นเหตุแห่งการเลิกสัญญาเช่า ทำให้ผู้ให้เช่าไม่สามารถใช้ประโยชน์จากพื้นที่เช่าได้อีกต่อไป และต้องส่งมอบคืนพื้นที่เช่าให้กับเจ้าของเดิมตามสัญญา ส่งผลให้ผู้ให้เช่าไม่มีพื้นที่ให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ตามข้อตกลงในสัญญาเช่าพื้นที่ แต่ผู้เช่าได้รับความเสียหายจากการชำระค่าเช่าให้กับผู้เช่าไปล่วงหน้าก่อนแล้ว แต่ไม่สามารถใช้พื้นที่ประกอบการตามสัญญาเช่าพื้นที่ได้ แต่ระยะเวลาในการเช่ายังคงมีอยู่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาพิพาทเรื่องการเช่าช่วงระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าที่ปัจจุบันเกิดขึ้นจำนวนมาก และมีผู้เช่าที่เป็นผู้เสียหายจำนวนมาก

จากปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่า มีการบัญญัติถึงเรื่องการเช่าช่วง และการโอนสิทธิการเช่าเอาไว้อย่างชัดเจนเพียง 2 มาตรา คือ มาตรา 544⁶⁴ และ มาตรา 545⁶⁵ เท่านั้น และทั้งสองมาตราดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติขึ้นตั้งแต่การทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2471 และยังมีได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ทั้งสองมาตราดังกล่าวนี้ ก็ได้บัญญัติถึงเรื่องความหมาย ลักษณะ และความสัมพันธ์ ในระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในเรื่องของการเช่าช่วง และการโอนสิทธิการเช่าเอาไว้อย่างชัดเจน และถึงแม้ว่าจะมีความเห็นจากการตีความกฎหมายของนักกฎหมายหลายๆ ท่าน หรือคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้อธิบายถึงความหมาย ลักษณะ และความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญา ทั้งในเรื่องของการเช่าช่วงกับการโอนสิทธิการเช่าว่าควรจะเป็นเช่นใดไว้แล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นความเห็นที่ไม่ชัดเจน อันอาจจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในระหว่างคู่สัญญาได้ ดังนั้น การคุ้มครองคู่สัญญาในเรื่องการเช่าช่วง หรือการโอนสิทธิการเช่ายังคงมีความไม่ชัดเจน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวเอาไว้เพียงเล็กน้อยและไม่ชัดเจน จึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าเมื่อต้องเช่าทำสัญญากับผู้ให้เช่าซึ่งเป็นผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ โดยสัญญาได้ถูกจัดทำไว้ล่วงหน้าเป็นสัญญามาตรฐานแล้ว ผู้เช่าไม่มีโอกาสต่อรอง ทำให้ผู้ให้เช่าได้เปรียบฝ่ายผู้ให้เช่าเกินควร ข้อสัญญาเรื่องสิทธิการให้เช่าพื้นที่ข้างต้น จึงเป็นข้อสัญญาที่ลักษณะไม่เป็นธรรมตามแก่ผู้เช่าทำให้ผู้เช่าเสียเปรียบเกินควร

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 544.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 545.

ตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการ (2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้"⁶⁶ และตามมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้ (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ และความสันติชัดเจน"⁶⁷

จากหลักกฎหมายดังกล่าว จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ประกอบการและใช้อย่างแพร่หลายและผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า การที่ผู้ให้เช่าระบุข้อความในสัญญาเช่าพื้นที่ทำนองว่า "ผู้ให้เช่าเป็นผู้มีสิทธินำพื้นที่ออกให้เช่า" แต่ไม่ใช่ผู้มีกรรมสิทธิที่แท้จริงตามกฎหมาย ทำให้ผู้เช่าเข้าใจได้ว่าหลงเชื่อว่าผู้ให้เช่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในพื้นที่เช่าตามกฎหมายโดยการซื้อและมีสิทธิใช้พื้นที่อย่างถูกต้องตามกฎหมายตลอดอายุสัญญาเช่า โดยผู้ให้เช่าไม่ได้แจ้งให้ผู้เช่าทราบ และไม่ได้ระบุในสัญญาเช่าให้ชัดเจนว่า มีสิทธิในพื้นที่เช่าเพียงใด หากผู้ให้เช่าไม่สามารถนำพื้นที่เช่าให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ตามอายุสัญญาได้ ผู้ให้เช่าจะต้องรับผิดชอบ

⁶⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

⁶⁷ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3

อย่างไรและรับผิดชอบจำนวนเท่าไร ผู้เช่าไม่รู้จักความจริง ไม่มีอำนาจต่อรองเพื่อทราบความจริงและแก้ไขสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายผู้ให้เช่าจัดทำมาให้ลงนาม

ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าพื้นที่ซึ่งต้องเช่าทำสัญญาสำเร็จรูปจำนวนมาก จึงเข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

3.4.4 เรื่องข้อสัญญาเกี่ยวกับการชำระค่าตอบแทนในการเช่าสถานที่ล่วงหน้า

ข้อตกลงในการชำระค่าเช่าสถานที่ ค่าบริการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ตามสัญญาเช่าพื้นที่และสัญญาบริการ ผู้ให้เช่าที่ได้จัดทำสัญญาที่มีข้อความที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าไว้ล่วงหน้าแล้ว เช่น

“ผู้เช่าจะเริ่มให้บริการในสถานที่นับตั้งแต่วันเปิดทำการร้านค้าเป็นต้นไป โดยผู้เช่าจะต้องเปิดให้บริการทุกวันตามกำหนดวัน และเวลาเปิด-ปิดทำการของพลาซ่าโดยเคร่งครัด ซึ่งในวันทำสัญญานี้ ผู้เช่าทราบดีว่า พลาซ่ามีเวลาเปิด-ปิดทำการของทุกวัน ตั้งแต่เวลา 10.00 น. ถึงเวลา 19.00 น. หากผู้เช่าประสงค์จะหยุดให้บริการในวันหรือเวลาใดเวลาหนึ่งในเวลาเปิดทำการพลาซ่า ผู้เช่ายินยอมให้ผู้ให้เช่าปรับ เป็นเงินจำนวน 5,000 บาท (ห้าพันบาทถ้วน) ต่อวัน และ ผู้เช่าต้องชำระทันทีที่ผู้ให้เช่าแจ้งให้ทราบ ทั้งนี้ หากผู้เช่าไม่เปิดบริการติดต่อกันเป็นระยะเวลา 3 (สาม) วัน และ/หรือรวมกันไม่เกิน 10 (สิบ) วัน ภายใน 1 ปี ผู้ให้เช่ามีสิทธิยกเลิกสัญญานี้และสัญญาอื่นได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกล่วงหน้า และมีสิทธิปรับบรรดาเงินจำนวนใดๆ ที่ผู้เช่าได้ชำระหรือส่งมอบให้แก่ผู้ให้เช่าไว้ได้จนเต็มจำนวนเป็นค่าเสียหาย เว้นแต่การหยุดให้บริการนั้นจะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าแล้ว”

“ค่าตอบแทนดังกล่าว กรณีสัญญาเช่าเลิกกันโดยไม่ใช้ความผิดของผู้ให้เช่า ผู้เช่าตกลงยินยอมให้รับค่าตอบแทนส่วนที่เหลือดังกล่าวทั้งหมดได้ทันทีโดยไม่ต้องคืนให้กับผู้เช่า”

“หากผู้เช่าประพฤติผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใดในสัญญานี้ หรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้อง (หากมี) ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่านี้และสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้เช่าแก้ไขก่อน เว้นแต่หากในสัญญานี้ๆ ได้กำหนดให้ผู้ให้เช่า มีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยต้องบอกกล่าวผู้เช่าให้จัดการแก้ไขให้ถูกต้องก่อน ถ้าผู้เช่าไม่จัดการแก้ไขให้ถูกต้องภายในกำหนดตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้”

จากข้อความในสัญญาทำนองดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการประกอบธุรกิจศูนย์การค้า การเปิดร้านจำหน่ายสินค้าของผู้เช่าเป็นสิ่งสำคัญต่อภาพลักษณ์ของศูนย์การค้า ดังนั้น หากร้านค้าใด ปิดร้านจำหน่ายสินค้าจะต้องแจ้งให้ทางผู้ให้เช่าพิจารณาอนุมัติก่อน เพราะหากร้านค้าใดปิดร้าน จำหน่ายสินค้าบ่อยครั้ง หรือร้านค้าหลายร้านปิดพร้อมกันโดยไม่ได้แจ้งผู้ให้เช่าทราบล่วงหน้าเพื่อ จัดระเบียบจากผู้ให้เช่า เมื่อมีการปิดร้านจากเหตุดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของ ศูนย์การค้า ดังนั้น ในสัญญาเช่าพื้นที่ที่ไม่มีข้อความให้สิทธิผู้เช่าเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยผู้ให้เช่า ไม่ยินยอม จึงเกิดปัญหาว่าเมื่อผู้เช่าบอกเลิกสัญญาและออกจากพื้นที่เช่าแล้ว สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่จะบังคับไปในทันทีด้วยหรือไม่ ผู้เช่ายังต้องชำระค่าเช่าให้กับผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่อีกหรือไม่ อันทำให้ผู้ให้เช่าถูกโต้แย้งสิทธิ และมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้เช่าซึ่งส่งจ่ายเช็คมอบไว้ ให้กับผู้ให้เช่าล่วงหน้าได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าว เป็นประเด็นพิพาทในทางแพ่ง หากไม่มีการ ฟ้องร้องเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว ในทางปฏิบัติผู้เช่าและผู้ให้เช่าก็ต้อง ยึดหลักตามที่สัญญาพื้นที่กำหนดไว้ ประกอบกับเมื่อเช็คมีมูลหนี้ตามกฎหมาย พนักงานสอบสวนต้อง รับแจ้งความและดำเนินคดีอาญาเอาผิดกับผู้เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่ เมื่อผู้ทรงเช็คไม่สามารถเรียกเก็บ เงินตามเช็ค ไม่สามารถเรียกเก็บเงินตามเช็คได้ (เช็คค้าง) ไม่ว่าจะกรณีใด ผู้เช่าจะมีความผิดทางอาญา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534⁶⁸ โดยการร้องทุกข์หรือ ฟ้องร้องดำเนินคดีนั้น ก็ต้องทำภายในกำหนดอายุความ กล่าวคือ สำหรับในคดีอาญานั้นต้อง ดำเนินการภายในกำหนด 3 เดือนนับจากวันที่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินตามเช็ค (วันที่เช็คค้าง)

การจ่ายเช็คค้างนอกจากมีสิทธิติดคุกแล้ว ยังจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งด้วยตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 900 "บุคคลผู้ลงลายมือชื่อของตนในตั๋วเงินยอม จะต้องรับ ผิดตามเนื้อความ ในตั๋วเงินนั้น ถ้าวางเพียงแต่เครื่องหมายอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น แกงไตหรือลายพิมพ์ นิ้วมืออ้าง เอาเป็นลายมือชื่อในตั๋วเงินนั้นไซ้ แม้ถึงว่าจะมีพยานลงชื่อรับรองก็ตาม ท่านว่าทำให้ผล เป็น ลงลายมือชื่อในตั๋วเงินนั้นไม่"⁶⁹

การชำระค่าเช่า ค่าบริการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ตามสัญญาเช่าพื้นที่ สัญญาบริการ บ้านพักแนบท้ายสัญญา หรือบันทึกข้อตกลงใดๆ โดยวิธีการส่งจ่ายเป็นเช็คลงจำนวนเงินและวันที่ ล่วงหน้า มอบไว้ให้กับผู้ประกอบการหากเกิดกรณีพิพาทและผู้ประกอบการไม่ยินยอมเลิกสัญญาเช่า พื้นที่ ผู้เช่าอาจถูกดำเนินคดีทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง เนื่องจากเช็คส่งจ่ายไว้ล่วงหน้ามีมูลหนี้ตาม สัญญาเช่าพื้นที่ สัญญาบริการ บ้านพักแนบท้ายสัญญา หรือบันทึกข้อตกลง โดยที่ยังไม่มีการพิสูจน์

⁶⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค, พ.ศ. 2534.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 900.

หรือมีค่าตัดสินที่แน่ชัดว่าผู้เช่ายังคงมีหน้าที่ต้องชำระเงินตามข้อตกลงในสัญญาต่อไปอีกหรือไม่ แต่ผู้เช่าก็ต้องถูกดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญา ต้องเสียเงินประกันตัวต่อผู้คดี เสียค่าทนายความ เสียค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งปวง รวมถึงเสียเวลาและชื่อเสียงอีกด้วย ปัญหาดังกล่าวเป็นสำคัญที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจำนวนมาก ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่าต้องชำระเงินตามข้อตกลงจนสิ้นสุดสัญญา แม้ผู้เช่าจะแจ้งยกเลิกสัญญาแล้ว จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อตกลงถูกกำหนดจากฝ่ายผู้ให้เช่าเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งผู้เช่าไม่มีอำนาจต่อรองเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูปมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เช่า ทำให้ผู้เช่าถูกเอาเปรียบจากผู้ให้เช่าเกินควร

ตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร (2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้"⁷⁰ และตามมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้ (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ และความสันทัดัดเจน"⁷¹

⁷⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

⁷¹ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

จากหลักกฎหมายดังกล่าว จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ให้เช่า และใช้อย่างแพร่หลาย และผู้ให้เช่ามีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า การที่ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่า ต้องชำระเงินตามข้อตกลงจนสิ้นสุดสัญญา แม้ผู้เช่าจะแจ้งยกเลิกสัญญาแล้ว จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าซึ่งต้องเช่าทำสัญญาสำเร็จรูป จึงเข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราช กฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

3.4.5 เรื่องข้อสัญญาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ย

จากการผิदनัด

ข้อความในสัญญาเช่าพื้นที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ให้เช่าเป็นผู้กำหนดข้อความ ในสัญญาไว้เรียบร้อยแล้วนั้นจะกำหนดเรื่องการผิदनัดซึ่งผู้เช่าต้องเสียค่าเบี้ยปรับ หรือจะต้องเสีย ดอกเบี้ย หรือถูกริบเงินที่ชำระไปแล้วแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนทางด้านผู้ให้เช่ามิได้กำหนดสิ่งเหล่านี้ไว้ จะกำหนดไว้บ้าง ก็แต่การคืนเงินที่ผู้เช่าได้ชำระไปแล้วเท่านั้น ซึ่งเงินดังกล่าวนั้นก็เงินของผู้เช่า ที่มีสิทธิจะต้องได้รับคืนอยู่แล้ว ส่วนเรื่องจะชดเชยความเสียหายหรือดอกเบี้ย แทบจะไม่ได้กำหนดไว้ เลย เมื่อเกิดกรณีที่ผู้ให้เช่าเป็นฝ่ายผิदनัดชำระหนี้ เช่น ไม่ดำเนินก่อสร้างพื้นที่เช่าตามสัญญา ฝ่าย ผู้เช่าจะต้องฟ้องร้องเรียกเงินที่ชำระไปแล้ว คืนพร้อมกับค่าเสียหายหรือดอกเบี้ยอีกส่วนหนึ่ง ก็ไม่ใช่ เรื่องง่ายนักสำหรับประชาชนผู้เช่าดังได้กล่าวมาแล้ว

การดำเนินการของผู้ให้เช่าส่วนใหญ่จะให้ผู้เช่าวางเงินจองไว้ก่อน ต่อมาก็ให้ ผู้เช่าทำสัญญาเช่าพื้นที่แล้วชำระค่าเช่าตามสัญญา ในขณะที่ผู้ให้เช่ามิได้ดำเนินเริ่มก่อสร้างพื้นที่เช่า แต่อย่างใด และการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ให้เช่า ผู้เช่าก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี เพิ่มมากขึ้นไปอีก ต้องเสียเวลาอีกเป็นปีกกว่าคดีจะเสร็จสิ้น เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วก็ต้องดำเนินการบังคับ คดีกันอีก ถึงเวลานั้นผู้ให้เช่าอาจหลบหนีหรือไม่มีทรัพย์สินจะให้บังคับคดีได้

ข้อสัญญาที่ระบุเรื่องค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยจากการผิदनัด รวมทั้ง การริบเงินที่ผู้เช่าได้ชำระไว้แล้วนั้น ผู้ให้เช่าสามารถกำหนดได้ตามนั้นหรือไม่ และเมื่อเกิดการผิदनัด ผู้ให้เช่าสามารถจะบังคับตามข้อสัญญาเหล่านั้นได้เพียงใด หลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์แห่งการเจตนาและ เสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา เมื่อได้ทำสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยความ

สมัครใจ ข้อสัญญานั้นก็จะเป็นผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150⁷² ซึ่งกำหนดไว้ว่า “การใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” เมื่อสัญญาเช่าพื้นที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการพันวิสัยและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนี้ก็ใช้บังคับกันได้ แม้หลักในกฎหมายแพ่งจะทำได้ แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือข้อสัญญาที่ระบุไว้ในสัญญาสำเร็จรูปนั้นเป็นธรรมหรือไม่ ผู้ให้เช่าได้เปรียบผู้เช่าเกินสมควรหรือไม่ เช่นข้อสัญญาที่ระบุว่า “หากผู้เช่าผิดนัดการชำระเงินงวดใดงวดหนึ่งให้ถือว่าผิดนัดทั้งหมด สัญญาเป็นอันระงับ ผู้ให้เช่ายกเลิกสัญญาได้โดยมีต้องบอกกล่าวล่วงหน้าพร้อมทั้งมีสิทธิริบเงินที่ผู้เช่าที่ชำระไว้แล้วทั้งหมด” ในขณะที่ผู้ให้เช่ายังมีได้ดำเนินก่อสร้างพื้นที่เช่าแต่อย่างใด และในสัญญาก็มิได้ กำหนดเวลาว่าจะเริ่มก่อสร้างเมื่อไร สิ้นสุดเมื่อไร

ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาเช่าพื้นที่นี้ถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้เช่าและผู้ให้เช่าต่างเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ผู้ให้เช่าเป็นเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระราคาเช่า และในขณะเดียวกันก็เป็นลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่า ผู้เช่าก็เช่นเดียวกันเป็นเจ้าหนี้ที่จะได้รับมอบซึ่งทรัพย์สินที่เช่า และในขณะเดียวกันก็เป็นลูกหนี้ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ผู้ให้เช่าด้วย

ในแง่ของผลแห่งสัญญา ถ้าเป็นเรื่องของสัญญาต่างตอบแทนแล้ว ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ตอบแทน กล่าวคือ หากว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเรียกเองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามการชำระหนี้ โดยฝ่ายที่เรียกเองมิได้ชำระหนี้ของตนตอบแทนแล้วละก็ ฝ่ายที่ถูกเรียกเองก็สามารถปฏิเสธไม่ชำระหนี้ได้ การปฏิเสธชำระหนี้เมื่ออีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ต่างตอบแทนนี้ มีศัพท์วิชาการเฉพาะในภาษาละตินว่า “exceptio non adimpleti contractus”

ในขณะที่ผู้เช่าได้มีการชำระจนครบจำนวนที่ตกลงไว้แล้วก็ตาม แต่ทางด้านผู้ให้เช่ายังมีได้มีการเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ผู้เช่าแต่อย่างใด หากผู้เช่ามีการผิดนัดชำระหนี้ไม่ว่างวดใดงวดหนึ่ง ในสัญญากำหนดให้ผู้ให้เช่ายกเลิกสัญญาแล้วริบเงินที่ชำระไปแล้วทั้งหมดได้ โดยมีต้องบอกกล่าว หรือจะต้องเสียดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับจากการผิดนัด จึงถือได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมสำหรับผู้เช่า

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 150.

ตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร (2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้⁷³ และมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้ (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ และความสันติชัดเจน⁷⁴

จากหลักกฎหมายดังกล่าว จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เช่า สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ให้เช่า และใช้อย่างแพร่หลาย และผู้ให้เช่ามีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่าต้องชำระค่าเช่าจนครบจำนวนที่ตกลงไว้ แต่ทางด้านผู้ให้เช่ายังมิได้มีการเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ผู้เช่าแต่อย่างใด โดยสัญญาเช่าไม่มีการกำหนดค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยให้ผู้ให้เช่าต้องชำระจากการผิดนัดแต่อย่างใด กลับกันหากผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดนัดชำระหนี้ไม่ว่างวดใดงวดหนึ่งในสัญญา จะกำหนดให้ผู้ให้เช่ายกเลิกสัญญาแล้วริบเงินที่ชำระไปแล้วทั้งหมดได้ โดยมีต้องบอกกล่าว หรือ

⁷³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

⁷⁴ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

จะต้องเสียดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับจากการผิดนัดอย่างสูงฝ่ายเดียว จึงถือได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมสำหรับผู้บริโภคจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่า ซึ่งต้องเข้าทำสัญญาสำเร็จรูป จึงเข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

3.5 แนวทางในการปรับสภาพบังคับแห่งสัญญาให้อยู่ในกรอบของความเป็นธรรม

เนื่องจากบรรดาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้เกือบทุกกรณี มิได้เป็นโมฆะเสียเปล่าไปแต่อย่างใด ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่ยังมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่กรณีได้อยู่ พระราชบัญญัตินี้เพียงแต่เปิดช่องทางให้มีการปรับลดสภาพบังคับลงได้โดยให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและเหมาะสมแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งถ้าคู่กรณีไม่อาจหาข้อยุติระหว่างกันเองได้ว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี แล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้ โดยใช้ดุลพินิจพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีสำหรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นออกมาให้ได้

โดยที่การวินิจฉัยในประเด็นนี้เป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและต้องการความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงได้บัญญัติให้มีเครื่องมือเพื่อช่วยในการวินิจฉัยไว้ด้วยตามมาตรา 10 กรณีหนึ่ง และตามมาตรา 13 อีกกรณีหนึ่ง

มาตรา 10 ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ดังต่อไปนี้

1. ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสีย ทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

2. ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

3. เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

4. การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

3.5.1 ปัจจัยที่ใช้ประกอบการพิจารณาถึงความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น มาตรา 10 ได้บัญญัติให้พิเคราะห์ถึงปัจจัยต่างๆ ที่ระบุไว้ถึง 13 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ความสุจริตของคู่สัญญา การกำหนดให้นำความสุจริตของคู่สัญญามาเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนี้ คณะกรรมการยกร่างฯ ได้รับแนวคิดมาจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และเยอรมัน ซึ่งมีการให้ความหมายที่กว้างกว่าที่ใช้อยู่ในมาตรา 5⁷⁵ และมาตรา 368⁷⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาก ทำให้ศาลสามารถใช้หลักสุจริตนี้ขัดเกลาข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จไปให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นได้หลายหลายกรณีโดยเฉพาะในกฎหมายเยอรมันนั้น หลักสุจริตมิได้มีความหมายจำกัดอยู่แต่ในเรื่องของความซื่อสัตย์ การแสวงหาประโยชน์โดยชอบและไม่มุ่งร้ายกลั่นแกล้งกันเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานซึ่งวิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันทางการค้าอีกด้วย ดังนั้น การนำปัจจัยด้านความสุจริตของคู่สัญญามาใช้ตาม มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้ จึงไม่อาจที่จะจำกัดความหมายให้อยู่ในขอบเขตที่เข้าใจกันอยู่ตาม มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

(2) อำนาจต่อรองของคู่สัญญาเป็นปัจจัยสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะวินิจฉัยว่าพันธกรณีตามสัญญาที่พิพาทอยู่ในชุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีหรือไม่ ข้อสัญญาที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นธรรมนั้น หากมาอยู่ในสัญญาที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองต่างกันมากๆ อาจจะต้องถือว่ามีนัยแห่งความไม่เป็นธรรมอยู่ก็ได้

คำว่า “อำนาจต่อรอง” นี้ จะมีความหมายธรรมดาแห่งภาษาที่ใช้ซึ่งหมายถึงฐานะแห่งบุคลิกภาพของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่าอยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายตรงข้ามยอมรับพันธกรณีตามที่ตนกำหนดได้มากน้อยเพียงไร ผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นยอมรับข้อเสนอหรือเงื่อนไขที่ตนกำหนดขึ้นได้มากเท่าใด ก็ถือว่ามีอำนาจต่อรองมากเท่านั้น

(3) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้ความจริงเป็นส่วนย่อยส่วนหนึ่งของอำนาจต่อรองนั่นเอง แต่เนื่องจากเป็นส่วนที่มีผลกระทบในชีวิตจริงค่อนข้างมาก กฎหมายจึงแยกระบุให้นำมาประกอบการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะส่วนฐานะทางสังคมหรือทางการงานนั้น แม้มิได้ระบุไว้ก็สามารถนำมาประกอบการพิจารณาถึงอำนาจ ต่อรองได้อยู่แล้วโดยทั่วๆ ไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจมั่นคงกว่า ย่อมมีทางเลือกมากกว่าและจึงมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญา

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 35.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 368.

ฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่า การหยั่งหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีจึงต้องคำนึงถึงปัจจัยข้อนี้ด้วย แต่ก็อาจเป็นไปได้ว่าในบางสถานการณ์คู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าอาจขาดความรู้ความเข้าใจในกิจการที่เป็นฐานแห่งสัญญา หรือขาดข้อมูลที่สำคัญบางประการจึงทำให้ไม่มีโอกาสที่จะใช้ทางเลือกอย่างอื่น แม้ความจริงจะมีอยู่ก็ตาม ในกรณีเช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าอาจอยู่ในฐานะที่ดีกว่าและได้เปรียบกว่าก็ได้ มิใช่ว่าฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าจะเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบเสมอไป

(4) ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้ก็เป็นส่วนย่อยของอำนาจต่อรองเช่นกัน เพราะโดยทั่วไปผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องต่างๆ มากกว่าย่อมมีทางเลือกที่ดีกว่า และจึงมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ที่ขาดความรู้ความเข้าใจในกิจการที่ทำนั้น

คำว่า “ความรู้ความเข้าใจ” ในที่นี้หมายรวมถึงความรู้ความเข้าใจในทุกๆ เรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาที่ทำ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการวิปฏิบัติในการทำสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำ และข้อมูลที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ดังนั้นสัญญาที่นักธุรกิจทำกันเป็น ปกติโดยไม่รู้สึกรู้ว่าขัดต่อความเป็นธรรม เช่น สัญญาจำนองที่มีข้อตกลงว่าเมื่อบังคับจำนองแล้วยังไม่พอชำระหนี้ ขาดอยู่เท่าไรให้ลูกหนี้รับผิดชอบนั้น ถ้าผู้จำนองมีไซคนที่อยู่เนื้องการค้า แต่เป็นชาวไร่ชาวนาที่ขาดการศึกษา ขาดความรู้ความเข้าใจในผลทางกฎหมายของข้อตกลงนั้น เข้าทำสัญญากับผู้รับจำนองที่มีความสันทัดจัดเจนกว่า โดยผู้จำนองไม่มีที่ปรึกษากฎหมายเช่นนี้ แม้ผู้จำนองจะมีฐานะทางเศรษฐกิจดีแต่ในพฤติการณ์โดยรวมก็อาจกล่าวได้ว่าผู้จำนองมีอำนาจต่อรองที่ต่ำกว่า และอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ สมควรที่จะได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายตามสมควร

(5) ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้มีนัยสำคัญทำนองเดียวกับความรู้ความเข้าใจนั่นเอง และส่วนใหญ่มักจะให้ผลไปในทิศทางเดียวกันกับความรู้ ความเข้าใจ เพียงแต่ในบางเรื่องบางกรณีบ่มุ่งเน้นไปที่ความสันทัดจัดเจนในทางปฏิบัติมากกว่า

โดยทั่วไปผู้ที่มีความสันทัดจัดเจนในกิจการใด ย่อมมีความรู้ความเข้าใจในกิจการนั้นมากกว่า จึงมีช่องทางที่จะกำหนดข้อสัญญาไปในทางเอารัดเอาเปรียบผู้ที่ไม่สันทัดจัดเจนได้มากกว่า เช่น พนักงานขายสินค้าหรือบริการที่มีความสันทัดจัดเจน ในการชักจูงหวานล่อมลูกค้าให้เห็นแต่ข้อดีข้อเด่นของสินค้าหรือบริการนั้น จนลูกค้าใจอ่อนยอมเข้าทำสัญญาด้วย ดังที่ปรากฏอยู่ในธุรกิจขายตรงที่นิยมกันอยู่ในปัจจุบันนี้ เป็นตัวอย่างที่กฎหมายว่าด้วยสินเชื่อผู้บริโภค (The Consumer Credit Act 1974)⁷⁷ ของอังกฤษถือว่าเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภครูปแบบหนึ่ง

⁷⁷ The Consumer Credit Act 1974.

จึงได้มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นพิเศษ ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสินเชื่อในลักษณะนี้ แต่ก็อาจถือได้ว่าสัญญาที่ผู้บริโภคทำไปโดยการให้ความสัมพันธ์ชัดเจนของพนักงานขายตรง โดยที่มิได้ต้องการซื้อสินค้าหรือบริการนั้นจริงจังเลย มีลักษณะของความไม่เป็นธรรมอยู่ระดับหนึ่ง ซึ่งหากสัญญานั้นเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประเภทใดประเภทหนึ่งแล้ว ศาลย่อมปรับสภาพบังคับของสัญญานั้นให้เป็นธรรมแก่ผู้ที่อยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าได้

(6) ความคาดหมายของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้มีความใกล้เคียงกับเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งใช้เป็นปัจจัยหลักในการตีความสัญญาอยู่มากแต่ก็มีใช้สิ่งเดียวกัน เพราะความคาดหมายคู่จะมีความหมายที่กว้างกว่าเจตนาอยู่มาก เช่น คู่สัญญามีเจตนาที่จะซื้อขายที่ดินกันจึงเข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินนั้น แต่ในการทำสัญญาซื้อขายดังกล่าวผู้ซื้ออาจมีความคาดหมายที่จะนำไปขายต่อหากทำได้โดยที่ผู้ขายไม่คาดคิดว่าจะมีใครที่โหนสนใจซื้อที่ดินแปลงนั้นในราคาที่สูงไปกว่านี้แล้ว ความคาดหมายของคู่สัญญาในกรณีนี้อาจจะไม่มีผลต่อการตีความสัญญาเลย แต่หากมีข้อตกลงใดในสัญญานี้เข้าลักษณะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งจะมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ก็จำเป็นที่จะต้องนำความคาดหมายของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมาประกอบการพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีด้วย

ตัวอย่างเช่น ในสัญญาจ้างว่าความมีข้อตกลงว่า “ผู้ว่าจ้างจะไม่ถอน หนายความจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หากมีการถอนหนายความก่อนคดีถึงที่สุด โดยหนายความมิได้กระทำผิดหน้าที่ผู้ว่าจ้างตกลงที่จะชำระค่าสินจ้างให้เต็มตามจำนวนที่กำหนด ไว้ในสัญญา” ข้อตกลงนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะมิใช่ข้อสัญญาที่ผูกมัดตัดทอนเสรีภาพของ ผู้ว่าจ้างมิให้ถอนหนายความเป็นการเด็ดขาด เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าหากถอนหนายความ ผู้ว่าจ้างก็ยังคงต้องชำระค่าสินจ้างให้ผู้รับจ้างเต็มจำนวนในสัญญาเท่านั้น จึงไม่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 คำพิพากษาฎีกาที่ 6025/2539⁷⁸ แต่สัญญาจ้างว่าความในกรณีนี้เป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ และข้อตกลงดังกล่าวเป็นผลให้ผู้บริโภคต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด เพราะตามกฎหมายเรื่องจ้างทำของนั้น เมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาในระหว่างที่งานยังไม่แล้วเสร็จ ผู้ว่าจ้างจะต้องใช้เงินตามควรค่าแห่งงานส่วนที่ทำ กับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาให้แก่ผู้รับจ้างเท่านั้น ข้อตกลงที่ให้ผู้ว่าจ้างต้องชำระสินจ้างเต็มจำนวนจึงเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภค ตามมาตรา 4 วรรคสาม (2) ทั้งเป็นการได้เปรียบเกินสมควร ตามมาตรา 4 วรรคท้าย เนื่องจากหนายความย่อมมีความรู้ทางกฎหมายและความสัมพันธ์ชัดเจน

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6025/2539, <https://deka.in.th/view-11245.html>, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

เงินในการทำสัญญาจ้างว่าความเหนือกว่าผู้บริโคมมาก กรณีครบองค์ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในการวินิจฉัยว่าอย่างไรจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น

นอกจากจะมีปัจจัยด้านความรู้ความเข้าใจ ความสัมพันธ์ชัดเจน และอำนาจต่อรองของทนายความเหนือกว่าผู้จ้างว่าความแล้ว ยังมีปัจจัยด้านความคาดหวังของคู่สัญญา สนับสนุนการปรับลดผลบังคับของข้อตกลงนี้อยู่อีกด้วย เพราะสัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของที่คู่สัญญามุ่งหวังและคาดว่าจะได้ผลสำเร็จของงานที่คุ้มค่ากับสินจ้างที่กำหนดไว้ ดังนั้นจึงควรปรับลดให้ผู้ว่าจ้างจ่ายค่าสินจ้างแก่ทนายความตามมูลค่าแห่งงานส่วนที่ทำบวกกับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาก่อนกำหนดเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าสินจ้างเต็มจำนวนที่กำหนดไว้ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

อนึ่ง ความคาดหวังของคู่สัญญาที่จะมีน้ำหนักรับ จะต้องเป็นความคาดหวังที่เป็นไปในทางสุจริตและชอบด้วยกฎหมาย ยิ่งถ้าเป็นความคาดหวังที่สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งวิญญูชนหรือสอดคล้องกับหลักกฎหมายด้วยแล้วก็จะยิ่งมีน้ำหนักมากขึ้น

(7) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกัน ปัจจัยนี้ตรงกับแนวทางที่ใช้ตีความสัญญาทั่วไป ซึ่งหากการตีความสัญญาสามารถทำให้บรรลุผลแห่งความเป็นธรรมได้แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องมาหาทางปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กันอีก

ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าซื้อมีข้อตกลงว่า ถ้าผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่าเช่าซื้องวดหนึ่งงวดใดสัญญาเป็นอันเลิกกันโดยไม่ต้องบอกกล่าว ข้อตกลงนี้ไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่เป็นโมฆะ แต่ถ้าข้อเท็จจริง ปรากฏว่าผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่างวดหลายครั้ง ผู้ให้เช่าซื้อก็ได้ถือว่าสัญญาเลิกกันตามข้อตกลงดังกล่าว แต่กลับติดตามเรียกเก็บค่างวดที่ค้างจากผู้เช่าซื้อได้ครบทุกครั้ง แสดงว่าคู่สัญญายังคงปฏิบัติต่อกันเสมือนหนึ่งสัญญาจะใช้บังคับอยู่ มิได้ถือกำหนดเวลาชำระค่างวดตามข้อตกลงดังกล่าวเป็นสาระสำคัญต่อไป ดังนั้น แม้อต่อมาผู้เช่าซื้อจะผิดนัดไม่ชำระค่างวดให้ตรงตามกำหนดเวลาอีก สัญญาก็ไม่ระงับไปตามข้อตกลงซึ่งคู่สัญญาได้ถือเป็นสาระแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4211/2539⁷⁹ และ 5794/2539⁸⁰ ในกรณีเช่นนี้จึงไม่จำเป็นต้องให้ศาลปรับลดสภาพบังคับของข้อตกลงนั้นตามพระราชบัญญัตินี้

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4211/2539, <https://deka.in.th/view-4402.html>, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

ในกรณีที่การตีความสัญญาไม่สามารถอำนวยความสะดวกเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาได้ การตรวจสอบตามพระราชบัญญัตินี้ย่อมมีความจำเป็นและจะต้องนำแนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกันมาประกอบการพิจารณาในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย

(8) ทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้เป็นส่วนประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของอำนาจต่อรองของคู่สัญญา เพราะผู้ที่มีทางเลือกที่จะทำสัญญารูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นแทนสัญญาที่พิพาทได้ ย่อมอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ที่ไม่มีความเลือกเช่นนั้น การปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงควรเป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ที่ไม่มีความเลือกอื่น

ทางเลือกอื่นในที่นี้ต้องอยู่ในบังคับแห่งหลักสุจริตและความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แม้ตามความเป็นจริงจะยังพอมีทางเลือกอื่นอยู่บ้าง แต่เป็นทางเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือหลักสุจริต ก็ไม่ถือว่ามีทางเลือกนั้นอยู่

(9) ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปัจจัยข้อนี้ คณะกรรมการยกเว้นฯ เทียบเคียงมาจากปัจจัยที่มาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ใช้เป็นหลักในการพิจารณาลดเบี้ยปรับแต่ถ้อยคำมิได้ตรงกันทีเดียว โดยในมาตรา 383 ใช้คำว่า “ทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน”⁸¹ ดังนั้นความหมายและแนวคิดจึงอาจจะต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือข้อพิจารณาในการลดเบี้ยปรับจะมุ่งไปที่ทางได้เสียของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ เพื่อจะได้ลดเบี้ยปรับลงมาให้ใกล้เคียงกับความเสียหายโดยรวมของเจ้าหนี้ได้มากที่สุด ส่วนปัจจัยที่เป็นข้อพิจารณาตาม มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้จะมุ่งไปที่ความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่าย จึงได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา มิใช่ของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว

ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามปัจจัยข้อนี้ หมายถึงทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายและหลักสุจริตเท่านั้น ทางได้เสียที่ขัดต่อหลักกฎหมายหรือหลักสุจริตไม่อาจจะนำมาใช้เป็นปัจจัยประกอบการพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมทางสัญญาตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ถึงแม้มาตรา 10 (1) จะมีได้มีข้อความคำว่า “อันชอบด้วยกฎหมาย” กำกับไว้เหมือนดังในเรื่องเบี้ยปรับก็ตาม ทั้งคำว่า “ตามสภาพที่เป็นจริง” ที่กำกับอยู่ตอนท้ายของ มาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ ก็คงมุ่งหมายเพียงว่าในการพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสภาพของคู่สัญญาทั้ง 9 ประการนั้น ให้คำนึงถึง

⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5794/2539, <https://deka.in.th/view-4776.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 383

สภาพที่เป็นจริงให้มากที่สุด เพื่อที่ศาลจะได้สามารถปรับสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมตามสภาพที่เป็นจริงได้ แต่ทั้งนี้ยังต้องอยู่ในกรอบแห่งหลักสุจริตและความชอบด้วยกฎหมายด้วย

ในกรณีของการลดเบี้ยปรับนั้น กฎหมายมุ่งที่จะให้อยู่ในระดับเดียวกันกับความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงมีภาระที่จะต้องนำสืบให้ปรากฏชัดว่าได้รับความเสียหายตามจำนวนเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในสัญญา หากเจ้าหนี้มีได้นำสืบให้ปรากฏเช่นนั้น ศาลย่อมใช้ดุลพินิจลดเบี้ยปรับตามสัญญาลงได้เท่าที่สมควรแก่พฤติการณ์ในคดี คำพิพากษาฎีกาที่ 5194/2539⁸² แนวทางดังกล่าวนี้ น่าจะต้องนำมาใช้กับกรณีของการปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่พิพาทมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 ถึง มาตรา 9 หรือไม่หน้าที่นำสืบควรจะต้องอยู่กับฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าข้อตกลงนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เมื่อฟังได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวเข้าองค์ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ในการวินิจฉัยว่าควรจะให้ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับได้เพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามแนวทางใน มาตรา 10 นั้น น่าจะต้องเป็นภาระของฝ่ายที่อ้างเอาประโยชน์ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นที่จะต้องนำสืบถึงปัจจัยต่างๆ ทั้ง 13 ปัจจัย ในมาตรา 10 เพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับเต็มตามที่ตกลงกันได้โดยไม่เสียความเป็นธรรมหรือพอสมควรแก่กรณีไป หากผู้กล่าวอ้างเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นมิได้นำสืบให้เห็นว่ามีปัจจัยต่างๆ ในมาตรา 10 มาสนับสนุนได้อย่างไรแล้ว ศาลย่อมใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญานั้นลงได้เท่าที่ศาลเห็นสมควรว่าอยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ทั้งนี้โดยเทียบเคียงจากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 5194/2539 ที่วางหลัก ทำนองเดียวกันนี้ไว้ในเรื่องเบี้ยปรับ

หลักอีกประการหนึ่งที่อาจเทียบเคียงได้จากแนวการลดเบี้ยปรับก็คือ เรื่องการลดเบี้ยปรับนั้นเป็นอำนาจของศาลที่มาตรา 383 วรรคหนึ่ง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะมิใช่เป็นสิทธิของลูกหนี้ที่จะต้องยกขึ้นกล่าวอ้างหรือร้องขอ⁸³ ดังนั้นแม้ลูกหนี้จะไม่ได้กล่าวอ้างให้เป็นประเด็นไว้ในคำให้การและศาลชั้นต้นก็ได้กำหนดเรื่องการลดเบี้ยปรับไว้เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีก็ตาม หากศาลเห็นว่าเป็นเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนแล้ว ศาลก็มีอำนาจที่จะให้

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5194/2539, <https://deka.in.th/view-4613.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 383 วรรคหนึ่ง.

ลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 6646/2539⁸⁴ หลักปฏิบัติดังกล่าวนี้จำเป็นต้องนำมาใช้กับการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย เพราะบทบัญญัติแห่งพระราช

บัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่เป็นเป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ บุคคลจะหลีกเลี่ยงโดยทำสัญญามิให้นำไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไม่ได้ หากฝ่าฝืนทำไป มาตรา 11 ก็บัญญัติให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจศาลที่จะปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงมาอยู่ ณ จุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามแนวทางในมาตรา 10 ดังนั้น แม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างในคำคู่ความและแม้ศาลจะมีได้กำหนดให้เป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงในสำนวนว่า ข้อตกลงใดเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจปรับลดข้อตกลงนั้นให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ไม่ถือเป็นการวินิจฉัยนอกประเด็น

ตัวอย่าง (1) ในสัญญาสำเร็จรูปที่ส่วนราชการจ้างบริษัทเอกชนวางท่อ มีข้อตกลงว่า “หากผู้ว่าจ้างไม่พอใจผลการทำงานของผู้รับจ้างให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา เมื่อเลิกสัญญาแล้วให้บรรดางานที่นำไปก่อนหน้านั้นตกเป็นสิทธิของผู้ว่าจ้างโดยไม่ต้องชำระค่าตอบแทน และหากผู้ว่าจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้ผู้รับจ้างรายใหม่สูงกว่าค่าจ้างตามสัญญาเดิม ผู้รับจ้างเดิมต้องชำระส่วนที่สูงเกินกว่าค่าจ้างเดิมนั้นให้ผู้ว่าจ้างด้วย” ข้อตกลงนี้มีใช่เบี้ยปรับเพราะมิใช่สิ่งที่ผู้รับจ้างต้องชำระในกรณีผิดสัญญา แต่เป็นข้อตกลงให้สิทธิผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาได้โดยผู้รับจ้างมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ตาม มาตรา 4 วรรคสาม (3) และยังเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้รับจ้างต้องรับภาระมากกว่าที่ กฎหมายกำหนดตามมาตรา 4 วรรคสาม (2) อีกด้วย ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างได้เปรียบผู้รับจ้างเกินสมควร จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งเมื่อคำนึงถึงความสุจริต อำนาจต่อรอง และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริงแล้ว ศาลอาจให้ข้อตกลงนี้มีผลบังคับเพียงแค่นี้ให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่จะต้องให้ค่าตอบแทนการวางท่อส่วนที่ได้ทำไปแล้วตามคุณค่าของงานรวมทั้งค่าเสียหายตามสมควรจึงจะเป็นธรรม เพราะไม่ปรากฏว่าผู้รับจ้างมีส่วนผิดหรือไม่สุจริตแต่ประการใด เพียงแค่นี้ก็นับว่าเป็น “ทางได้” ของผู้ว่าจ้าง และเป็น “ทางเสีย” ของผู้รับจ้างมากพอสมควรอยู่แล้ว หากบังคับมากไปกว่านี้ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับจ้างอย่างเห็นได้ชัด แต่ถ้าจะไม่ให้มีผลบังคับกันได้เลยก็อาจจะผิดไปจากความคาดหมายของคู่สัญญาไปและกลับไม่เป็นธรรมแก่ผู้ว่าจ้างได้เช่นกัน

⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 6646/2539, <https://deka.in.th/view-11290.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

ในกรณีข้างต้นนี้ ถ้ามีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า เหตุที่ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ก็เพราะผู้รับจ้างปฏิบัติผิดสัญญาหลายครั้ง ทั้งคุณภาพงานที่ทำก็ไม่น่าประทับใจ เช่นนี้ ศาลอาจให้ ข้อตกลงมีผลถึงขนาดให้ผู้ว่าจ้างไม่ต้องชำระค่าตอบแทน การงานส่วนที่ได้ทำไปก่อนบอกเลิกสัญญา แล้วก็ได้ แต่จะเรียกเอาค่าจ้างที่ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายเพิ่มให้แก่ผู้รับจ้างรายใหม่ไม่ได้ ดังตัวอย่างการใช้ดุลพินิจลดเบี้ยปรับของศาลในคำพิพากษาฎีกาที่ 5268/2539⁸⁵

ตัวอย่าง (2) ในสัญญาสังกัดค่ายเพลงระหว่างนักร้องกับบริษัทต้นสังกัดมีข้อสัญญาว่าบริษัทต้นสังกัดจะต้องจัดให้นักเองให้ร้องเพลงบันทึกเสียงอย่างน้อยปีละครั้งเป็นเวลา 3 ปี ในระหว่างอายุสัญญา 3 ปี นักร้องไปรับงานแสดงภาพยนตร์และร้องเพลงประกอบภาพยนตร์ให้แก่บริษัทอื่น เช่นนี้ บริษัทต้นสังกัดจะฟ้องห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการผิดสัญญาได้หรือไม่เพียงไร เห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ต้องห้าม โดยบทกฎหมายใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย จึงไม่เป็นโมฆะ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7155/2539 แต่เป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของนักร้องที่เป็นภาระมากกว่าจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 5 ซึ่งจะมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และเมื่อพิจารณาถึงอำนาจต่อรองฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันติชัดเจน ความคาดหมาย ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาแล้ว ศาลอาจปรับลดข้อห้ามมิให้ร้องเพลงบันทึกเสียงให้ผู้อื่นลงจาก 3 ปี เหลือ 2 ปี หรือ 1 ปี ก็ได้ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้น บริษัทต้นสังกัดก็จะมาฟ้องห้ามมิให้ร้องเพลงประกอบภาพยนตร์ไม่ได้ ส่วนการแสดงภาพยนตร์มิได้ถูกห้าม ไว้ตามข้อสัญญาดังกล่าวอยู่แล้ว นักร้องจึงสามารถกระทำได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 7155/2539⁸⁶

(10) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น ปัจจัยข้อนี้แยกบัญญัติอยู่ในมาตรา 10 (2) ซึ่งเป็นคนละกรณีกับ “แนวทางที่เคยปฏิบัติของคู่สัญญา ตามมาตรา 10 (1) ปัจจัย ข้อนี้มีได้ดูที่ทางปฏิบัติของคู่สัญญาแต่มุ่งที่ทางปฏิบัติของคนทั่วไปในสัญญาชนิดเดียวกันนั้น คือให้ดูว่าในสัญญาชนิดนั้นบุคคลทั่วไปเขาปฏิบัติกันอย่างไร ก็ควรบังคับให้ไปในแนวเดียวกับทางปฏิบัติของคนทั่วไปนั้น อย่างไรก็ตาม ปัจจัยนี้เป็นเพียงปัจจัยย่อยประการหนึ่งใน 13 ประการ ที่มาตรา 10 ให้นำมาประกอบการพิจารณา ดังนั้น หากปัจจัยอื่นๆ บ่งชี้ว่าการบังคับไปตามทางปฏิบัติปกติของ

⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5268/2539, <https://deka.in.th/view-4636.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7155/2539, <https://deka.in.th/view-11308.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

คนทั่วไปจะไม่เกิดความเป็นธรรมแล้ว ก็ไม่ควรที่จะถือเคร่งครัดตามปัจจัยนี้ เช่น ในกรณีของสัญญาเช่าซื้อที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพนั้น มักนิยมกำหนดข้อสัญญาผูกมัดเอาเปรียบผู้บริโภคไว้หลายลักษณะ แต่วิธีปฏิบัติที่เอาัดเอาเปรียบกันทางการค้าเช่นนั้นไม่น่าจะถือว่าเป็น “ปกติประเพณี” ได้ เพราะสิ่งที่จะได้รับการยอมรับจากกฎหมายว่าเป็นประเพณีนั้น น่าจะต้องหมายถึงแบบวิธีปฏิบัติที่ตีงามมีคุณค่าต่อสังคมทางใดทางหนึ่งเท่านั้น การเอาัดเอาเปรียบกันนั้นไม่มีคุณค่าเพียงพอที่จะได้รับการยกย่องให้เป็นประเพณีได้

คำว่า “ปกติประเพณีของสัญญา” ในที่นี้มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ปกติประเพณีของการทำสัญญา” เพราะมุ่งหมายที่จะให้รวมไปถึงปกติประเพณีของผลแห่งสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญาด้วย ดังนั้น หากในการทำสัญญามักนิยมกำหนด ข้อตกลงที่เอาเปรียบกันมากมายจนเป็นปกติประเพณีของการทำสัญญาชนิดนั้น แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่นิยมบังคับใช้ข้อตกลงที่ได้เปรียบนั้นอย่างไรเหตุผล เช่นนี้ก็จะต้องนำปกติประเพณีของการบังคับใช้สัญญาชนิดนั้นมาประกอบการพิจารณาด้วย

ตัวอย่าง ในสัญญาตกเขี้ยวลำไย ซึ่งมีประเพณีท้องถิ่นถือว่าเป็นการซื้อขายกันเด็ดขาดตั้งแต่ต้นลำไยเพิ่งจะออกดอก โดยคู่สัญญาจะต้องคาดการณ์ถึงปริมาณและคุณภาพของผลลำไยเอาจากดอกลำไยและกำหนดราคากันไว้เป็นที่แน่นอน หลังจากทำสัญญากันแล้ว ผู้ซื้อจะต้องคอยดูแลบำรุงรักษาสวนลำไยเองจนกว่าจะเก็บผลลำไยได้ ในการทำสัญญาดังกล่าวนี้ชาวสวนลำไยได้ขอให้ระบุเป็นข้อตกลงในสัญญาไว้ด้วยว่า ไม่ว่าสวนลำไยจะเสียหายเพราะเหตุใด แม้จะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ขายหรือของลูกจ้างของผู้ขาย ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบและยังคงมีสิทธิได้รับค่าซื้อลำไยเต็มจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญา ข้อตกลงดังกล่าวนี้เป็นข้อตกลงยกเว้นความรับผิดที่ทำไว้ล่วงหน้าในความเสียหายต่อทรัพย์สินเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 8 วรรคสอง ซึ่งมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น แต่ในกรณีตามตัวอย่างนี้ เมื่อพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ประกอบกับปกติประเพณีของสัญญาตกเขี้ยวลำไย ที่ถือว่าหลังจากทำสัญญากันแล้ว ผู้ซื้อจะต้องคอยดูแลบำรุงรักษาสวนลำไยเองแล้ว เห็นว่าข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในกรณีนี้น่าจะใช้บังคับกันได้ตามที่ตกลงกันไว้จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

(11) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา ปัจจัยข้อนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 (3) ซึ่งในทางปฏิบัติมีนัยสำคัญต่อการพิจารณาลดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง ค่อนข้างมากและสามารถนำมาเป็นแนวทางในการใช้ปัจจัยนี้ประกอบการพิจารณาปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ด้วย

ตัวอย่าง (1) สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี มีข้อตกลงให้ธนาคารคิดดอกเบี้ย ทบตัน จากยอดเงินที่ลูกค้าเบิกเกินบัญชีไปได้จนกว่าธนาคารจะหักทอนบัญชีและแจ้ง ยอดหนี้ไปเรียกเก็บ จากลูกค้า สัญญานี้เป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพกับผู้บริโภค ซึ่งมีข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร อันเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคเกินสมควร จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 ถ้าความจริงปรากฏว่าธนาคารคิดดอกเบี้ยทบต้นจากลูกค้าตลอดมา แม้บัญชีจะหยุดเดินสะสมมานานถึงปีเศษแล้ว ซึ่งถ้าข้อตกลงนี้มีผลบังคับได้เต็มที่ ย่อมเป็นภาระแก่ลูกค้ายาวนานเกินสมควร ในกรณีเช่นนี้ศาลอาจลดระยะเวลาที่ธนาคารจะคิดดอกเบี้ยทบต้นจากลูกค้าให้อยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ โดยอาจจะให้คิดดอกเบี้ยทบต้นได้เพียงแค่วันสุดท้ายที่มีการเดินสะสมทางบัญชีกันก็ได้

ตัวอย่าง (2) สัญญาจ้างก่อสร้างมีข้อตกลงจำกัดความรับผิดของผู้รับจ้างไว้ว่า ถ้างานไม่เสร็จตามกำหนด ผู้รับจ้างต้องรับผิดเพียงไม่เกินวันละ 1,000.-บาท เท่านั้น ผู้รับจ้างทำงานล่าช้าถึง 196 วัน และเป็นเหตุให้ผู้ว่าจ้างเสียหายนับล้านบาทเช่นนี้ ผู้รับจ้างจะอ้างข้อตกลงดังกล่าวจำกัดความรับผิดไว้แค่ 196,000-บาท เท่านั้นได้หรือไม่ เห็นว่าข้อตกลงนี้เข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 8 วรรคสอง มิใช่ข้อสัญญาให้เบี่ยงปรับตามมาตรา 379 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อตกลงจำกัดความรับผิดนี้จะบังคับได้เพียงใดจึงจะเป็นธรรมจะต้องคำนึงถึงระยะเวลาของการปฏิบัติตามสัญญาและระยะเวลาของความล่าช้าด้วย

ตัวอย่าง (3) สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาไปศึกษาต่อมีข้อตกลงว่า เมื่อเสร็จการศึกษาแล้วจะต้องกลับมารับราชการตามที่ต้นสังกัดกำหนดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 2 เท่าของเวลาที่ไปศึกษา มิเช่นนั้นจะต้องใช้เบี่ยงปรับ ผู้ลาใช้เวลาศึกษาต่อ 3 ปี กลับมาทำงานได้เพียง 2 ปี ก็ลาออกจากราชการเพราะถูกคำสั่งให้ย้ายไปรับราชการที่จังหวัดชายแดน ต่อมาได้ขอกลับเข้ารับราชการใหม่ ในตำแหน่งที่ไม่ต้องย้ายไปต่างจังหวัดและทำงานต่อมาอีก 6 ปี ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยลาออกในขณะที่ยังใช้ทุนไม่ครบตามสัญญา แม้ภายหลังจำเลยจะกลับเข้ารับราชการใหม่ แต่โจทก์ก็ได้ยินยอมให้ถือเป็นการทำงานเพื่อใช้ทุนต่อ จึงไม่อาจนับเวลาราชการต่อกันเพื่อเป็นการชดใช้ทุนตามสัญญาได้ แต่เนื่องจากจำเลยกลับเข้ารับราชการใหม่เป็นเวลามากกว่าระยะเวลาใช้ทุนที่ ขาดอยู่เกือบเท่าตัว เมื่อคำนึงถึงเวลาราชการที่ขาดและเวลาราชการที่จำเลยเข้ารับราชการใหม่ ประกอบกับทางได้เสียของโจทก์แล้ว ศาลไม่มีกำหนดเบี่ยงปรับให้เลย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1179/2536⁸⁷ หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงนี้ก็เข้าลักษณะเป็น

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1179/2536, <https://deka.in.th/view-8168.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 5 ซึ่งอาจถูกปรับลดลงจนไม่มีผลบังคับเลยก็ได้ เช่นเดียวกับแนวการลดเบี้ยปรับของศาล ทั้งนี้โดยอาศัยปัจจัยด้านเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา ตามมาตรา 10 (3) เป็นสำคัญ

(12) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ปัจจัยข้อนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 (4) เป็นปัจจัยที่มีความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก ซึ่งในทางปฏิบัติศาลก็ได้นำมาใช้ประกอบการพิจารณาลดเบี้ยปรับเรียบร้อยแล้วเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ข้าราชการผิดสัญญาลาศึกษาต่อ ซึ่งจะต้องเสียเบี้ยปรับตามสัญญาแต่ไม่มีเงินชำระเบี้ยปรับ ส่วนราชการจึงฟ้องผู้ค้ำประกันให้รับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยเป็นเพียงผู้ค้ำประกัน ยอมตนเข้าผูกพันโดยไม่มีผลประโยชน์ตอบแทน เพื่อประโยชน์แก่การศึกษาของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดของโจทก์เอง จึงเป็นประโยชน์แก่โจทก์แต่ฝ่ายเดียว มีเหตุผลควรได้รับความเห็นใจ สมควรลดเบี้ยปรับให้จำเลยที่ 2 ึ่งหนึ่ง” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2536⁸⁸ สัญญาค้ำประกันในกรณีนี้ ถ้าทำเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็อาจถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 ได้ แต่แม้จะมีได้ทำเป็นสัญญาสำเร็จรูป ก็อาจถือว่าเป็นสัญญาอุปกรณ์ของข้อตกลงที่จะทำงานใช้ทุนในสัญญาศึกษาต่อ เมื่อข้อตกลงในสัญญาประธานเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 5 สัญญาค้ำประกันก็ต้องเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามไปด้วย หรือมีเช่นนั้นผู้ค้ำประกันก็สามารถยกข้อต่อสู้ทั้งหลายที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย ตามมาตรา 694 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁹ ดังนั้นจึงขอให้ศาลปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นลงได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

กรณีเช่าซื้อถ้าราคาค่าเช่าซื้อได้สูงเกินไป แต่รถสูญหายถูกทำลายไปโดยเหตุที่ไม่ใช่ความผิดของผู้เช่าซื้อ กรณีนี้ถ้าผู้เช่าซื้อจะต้องชำระราคาค่าเช่าซื้อให้ครบตามสัญญาโดยมิได้กรรมสิทธิ์ในรถนั้นตามความคาดหมายในขณะเข้าทำสัญญา ย่อมเป็นภาระที่หนักมากสำหรับผู้เช่าซื้อ ในขณะที่ผู้ให้เช่าซื้อแทบจะไม่สูญเสียอะไรเลย ดังนั้น จึงควรต้องปรับลดสภาพบังคับของข้อตกลงดังกล่าวนี้ลงให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างภาระการรับภาระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2536, <https://deka.in.th/view-95162.html>, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2561.

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 694.

(13) พฤติการณ์ทั้งปวง ปัจจัยข้อนี้บัญญัติอยู่ในตอนต้นของ มาตรา 10 มีลักษณะเป็นบทเปิดเสรี (Sweeping Clause) ปิดท้ายปัจจัยอื่นๆ ที่กล่าวไว้โดยเฉพาะเจาะจงอีกทีหนึ่ง จึงมีความยืดหยุ่นมากที่สุด หมายถึงทุกสิ่งที่มีเหตุผลแสดงให้เห็นความเป็นธรรมและพอสมควรในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ข้อสำคัญจะต้องเป็นพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดีนั้นเท่านั้น จะนำพฤติการณ์นอกสำนวนมาใช้ไม่ได้

3.5.2 ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 13 “ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อคู่ความร้องขอหรือศาลเห็นสมควร ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้”⁹⁰

เครื่องมืออีกชิ้นหนึ่งที่พระราชบัญญัตินี้จัดไว้ให้เพื่อช่วยให้การใช้อธิบายของศาลมีหลักมีเกณฑ์และมาตรฐานดีขึ้นก็คือการให้ศาลสามารถขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้ หลักการดังกล่าวนี้ได้รับแนวคิดมาจากทางปฏิบัติของศาลในระบบ Common Law ที่อาจเชิญผู้ทรงคุณวุฒิมาให้ความเห็นแก่ศาลได้ ในฐานะ “เพื่อนของศาล” (Amicus Curia) มิใช่ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) ดังนั้นผู้ที่ได้รับเชิญมาในฐานะพิเศษเช่นนี้จึงให้ความเห็นแก่ศาลได้ทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ต่างจากพยานผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นได้ในปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น

การที่ศาลมีโอกาสดำเนินการฟังความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญได้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ ช่วยให้ศาลมีข้อมูลประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีได้ละเอียดมากยิ่งขึ้น ทั้งไม่ต้องถูกผูกมัด ให้ต้องใช้วิธีการสืบพยานอย่างกรณีของพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย เครื่องมือชิ้นนี้จะมีประโยชน์มากยิ่งขึ้นถ้านำมาใช้ในคดีที่ต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น คดีแรงงาน คดีภาษีอากร คดีทรัพย์สินทางปัญญา คดีการค้าระหว่างประเทศ และคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลขอให้มาให้ความเห็น ตามมาตรา 13 นี้ คู่ความฝ่ายใดจะร้องขอก็ได้ หรือแม้ไม่มีใครร้องขอ ศาลก็อาจริเริ่มเองได้ ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้นศาลอุทธรณ์ หรือแม้แต่ศาลฎีกา และเมื่อมาให้ความเห็นแล้วก็สามารถให้ความเห็นได้ในทุกประเด็นของการใช้อธิบายว่าตัวข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น ข้อตกลงที่พิพาทเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็น

⁹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 13.

ธรรมประเภทใดหรือไม่ และถ้าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ควรจะปรับลดสภาพบังคับลงหรือไม่ เพียงไร จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

มาตรา 14 บัญญัติให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลขอให้มาให้ความเห็น ได้รับค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พัก ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง ซึ่งน่าจะดำเนินการ กำหนด ระเบียบเรื่องนี้ไว้ให้เรียบร้อย ก่อนที่พระราชบัญญัตินี้จะมีผลบังคับ คือตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 เป็นต้นไป เพื่อให้ศาล ทว่าราชอาณาจักรสามารถใช้เครื่องมือขึ้นนี้ได้จริงในทางปฏิบัติและสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ ประชาชนตามแนวคิดและแนวทางแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้ตามที่สังคมคาดหวังไว้⁹¹

3.6 หลักการเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ

3.6.1 ประเทศเยอรมัน

ศาลเยอรมันยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา ตลอดมาจนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เริ่มมีแนวคำพิพากษาที่ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการเข้า ควบคุมเนื้อหาของสัญญาที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อน ในลักษณะสัญญามาตรฐานหรือสัญญา สำเร็จรูปที่ไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมตามสัญญา โดยเฉพาะสิทธิและหน้าที่ที่เกิดจากลักษณะของ สัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาจะต้องผูกมัดระหว่างกัน ศาลได้วินิจฉัยวางหลักสำคัญที่ไม่มีผลใช้บังคับ ได้ ถ้าเป็นข้อจำกัดความรับผิดของลูกหนี้ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าในกรณีที่เป็น ความรับผิดร้ายแรงที่เกิดจากตัวลูกหนี้เองหรือเป็นกรณีที่คาดไว้ล่วงหน้าได้

ปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการใช้ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนนี้ได้ถูกหยิบ ยกขึ้นมาโดย Prof. Ludwig Raiser ในปี 1935 ที่ได้สรุปในหนังสือชื่อ The Law of Standard Terms of Business ถึงความไม่เพียงพอและเหมาะสมของหลักทั่วไปของกฎหมายสัญญาต่อปัญหา ของสถานะใหม่ของสัญญาที่เกิดขึ้น และสมควรที่จะมีบทบัญญัติกฎหมายพิเศษออกมาใช้บังคับปัญหา ที่นักกฎหมายถกเพียงกันในตอนนั้นคือ เป็นการสมควรหรือไม่ที่จะต้องมีหลักกฎหมายพิเศษสำหรับ สัญญาลักษณะใหม่ที่เกิดขึ้น หรือควรแต่เพียงแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ใช้กับสัญญาทั่วไปใน

⁹¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 14.

ประมวลกฎหมาย ปัญหาการตีความหลักความสงบเรียบร้อย ปัญหาการนำหลักสำรองของกฎหมาย สัญญาที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหนี้ลูกหนี้ตามสัญญาฉบับปรับใช้ เมื่อคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันได้ ปัญหาการกำหนดรายละเอียดของข้อสัญญาที่จะมีลักษณะไม่เป็นธรรมนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะสามารถ กำหนดไว้ได้อย่างครอบคลุมหมดหรือไม่ ปัญหาของขอบเขตของกฎหมายพิเศษที่จะบังคับกับ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าจะใช้กับสัญญาประเภทใดบ้าง จะใช้เฉพาะข้อสัญญาในสัญญาที่ใช้กับ ผู้บริโภค หรือรวมถึงสัญญาทางการค้าการพาณิชย์ทุกประเภท การดำเนินการร่างกฎหมายใหม่โดย กลุ่มทำขึ้นเสร็จเป็นกฎหมาย ในวันที่ 9 ธันวาคม 1976 และมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 1977 เรียกชื่อกฎหมายฉบับนี้ว่า The Standard Contracts Act⁹²

กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติแบ่งเป็น 5 หมวด หมวดแรก (มาตรา 1-11) บัญญัติ หลักทั่วไปของสัญญาที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขหรือมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดไว้ ล่วงหน้า หมวดที่ 2 (มาตรา 12) บัญญัติถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (หลักขัดกันแห่งกฎหมาย) หมวดที่ 3 (มาตรา 13-22) บัญญัติถึงกระบวนการพิจารณาคดี หมวดที่ 4 (มาตรา 23-24) และ หมวดที่ 5 (มาตรา 25-30) บัญญัติถึงขอบเขตการใช้กฎหมายฉบับนี้และบทเฉพาะกาล

หลักการสำคัญที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ หมวดแรกเป็นหมวดที่สำคัญที่สุด ของกฎหมายฉบับนี้ โดยมีคำจำกัดความในมาตรา 1 ถึงข้อสัญญาที่เป็นเงื่อนไขหรือมาตรฐานทั่วไป ในสัญญา คือข้อสัญญาที่ทำขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนเพื่อใช้กับสัญญาจำนวนมากไม่จำกัดจำนวนโดย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เพื่อใช้บังคับกับคู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่งในที่เข้ามาผูกพันกับข้อสัญญานั้นในภายหลัง ข้อสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นเงื่อนไขทั่วไป หรือข้อสัญญาสำเร็จรูปโดยไม่มีการเจรจา ตกลงกันถึงรายละเอียดต่างๆ ที่กำหนดไว้ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และข้อสัญญานี้อาจจะอยู่กับ คนละส่วนของสัญญา หรือเป็นส่วนหนึ่งในสัญญา หรืออาจพิมพ์อยู่ในรูปแบบใดก็ได้

หลักการตีความ ตามมาตรา 5 กำหนดให้ในกรณีมีข้อสงสัยให้ตีความข้อสัญญา สำเร็จรูป หรือข้อสัญญามาตรฐานนั้นให้เป็นประปรักษ์กับคู่สัญญาผู้ที่ทำขึ้น หรือใช้ข้อสัญญานั้น

มาตรา 9-10-11 เป็นบทบัญญัติแสดงให้เห็นถึงจุดมุ่งหมายของกฎหมาย ฉบับนี้ ที่ต้องการป้องกันผู้ที่ทำหรือผู้ใช้ข้อสัญญาที่เป็นมาตรฐาน หรือข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ได้เปรียบ ที่มี สถานะการต่อรองที่เหนือกว่าเพราะอำนาจเศรษฐกิจ ความรู้ความสามารถที่มากกว่า จึงกำหนดเป็น แนวทางให้ศาลพิจารณาเห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่ควรให้มีผลบังคับได้ หรือเป็นโมฆะโดยมี

⁹² ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหา ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 77.

พื้นฐานของหลักสุจริต ข้อสันนิษฐานของกฎหมายในกรณีการทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไม่เหมาะสม เมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกับหลักพื้นฐานที่สำคัญตามกฎหมาย หรือจำกัดสิทธิ หน้าที่อันเนื่องมาจากสัญญาที่มีลักษณะทำให้หลักพื้นฐานสำคัญของสัญญานั้นถูกทำลายไป

ลักษณะพิเศษของกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูปเยอรมัน

(1) เป็นกฎหมายที่ได้ประมวลลักษณะของข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมที่ศาลอาจพิพากษาให้เป็นโมฆะ (ตามมาตรา 10) และที่กฎหมายให้ตกเป็นโมฆะ (ตามมาตรา 11) ข้อดีในการบัญญัติถึงลักษณะของข้อสัญญาต่างๆ เช่นนี้คือทำให้ศาลสามารถพิจารณาถึงข้อสัญญาที่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ที่จะมีลักษณะที่ไม่เหมาะสม หรือไม่เป็นธรรมในสัญญาว่าจะมีการกำหนดในลักษณะใดได้บ้าง แต่อย่างไรก็ดีการบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมายยังมีขีดจำกัดที่ว่าถึงอย่างไรก็ไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนครอบคลุมได้ทุกปัญหาทุกกรณี เพราะสัญญาแต่ละประเภทจะมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างกัน ในที่สุดหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับพิเศษดังกล่าว ศาลเยอรมันก็ยังมีปัญหาในการตีความกฎหมายในเรื่องลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่บัญญัติไว้ในกรณีต่างๆ ว่ามีความหมายและขอบเขตแค่ไหนเพียงไร

(2) เป็นกฎหมายที่มีกฎหมาย 3 ประเภทรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน คือ กฎหมายสารบัญญัติ ที่กำหนดถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคล กฎหมายวิธีสบัญญัติ ที่กำหนดถึงวิธีพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาสำเร็จรูป (มาตรา 13) และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย (มาตรา 12)

(3) เป็นกฎหมายที่เพิ่มมาตรการบางอย่างพิเศษสำหรับการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูป กล่าวคือ บุคคลที่จะดำเนินการฟ้องร้องคดีไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เสียหายจากข้อสัญญาเท่านั้น กฎหมายยังกำหนดให้องค์กร สมาคมที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคมีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการใช้หรือแนะนำการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่ทั้งนี้สิทธิในการดำเนินคดีขององค์กรหรือสมาคมดังกล่าว มีเพียงร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามเท่านั้น ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ในการดำเนินคดีก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยตัดสินชี้ขาด กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดให้ศาลต้องฟังข้อเท็จจริงจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องควบคุมสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ในกรณีสัญญาประกันภัย ศาลต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบควบคุมสัญญาประกันภัย (มาตรา 16)

กล่าวโดยสรุปจากเนื้อหาของสาระของหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่เป็นเงื่อนไขทั่วไป หรือข้อสัญญาสำเร็จรูปของเยอรมันฉบับนี้ มีโดยมุ่งหมายที่จะป้องกันการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญาที่ต้องเข้าทำสัญญาที่มีการกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นผลมาจากการถกเถียงและแรงกระตุ้นของนักกฎหมายเยอรมันร่วมกับองค์กร อดสาหกรรม การพาณิชย์ การประกันภัย การธนาคาร ตลอดจนองค์กรคุ้มครองผู้บริโภค ที่มองเห็นความจำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษฉบับนี้ จนทำให้รัฐสภาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่เกิดจากสัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูปฉบับพิเศษดังกล่าวออกมาใช้บังคับ

3.6.2 ประเทศฝรั่งเศส

นักกฎหมายฝรั่งเศสคนสำคัญ ชื่อ Raymond Saleilles เป็นผู้ให้ความสนใจต่อสถานะของสัญญาที่มีคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวขึ้นผูกพัน และได้ให้คำศัพท์เรียกลักษณะสัญญาดังกล่าวขึ้นเป็นครั้งแรกว่า “contrat d’ adhesion” โดยอธิบายว่าเป็นสัญญาก็เพียงแต่ในนามเท่านั้น นักกฎหมายผู้นี้ได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาประเภทนี้แต่ไม่ได้อธิบายถึงมาตรการการแก้ไขปัญหา อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้ศาลฝรั่งเศสจะปฏิเสธความคิดที่จะมองว่าสัญญาที่เกิดขึ้นในลักษณะที่ไม่มีการต่อรองเจรจากันนี้ว่าจะไม่เป็นสัญญา และไม่กำหนดข้อพิจารณาให้แตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป โดยถือว่ยังเป็นสัญญาที่เกิดจากข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองต้องผูกมัดปฏิบัติก็ตาม ศาลก็ให้แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผลบังคับบางประการที่เกี่ยวกับ สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป เช่น ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับให้ข้อสัญญาในสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้ ถ้าศาลเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เข้าผูกพันต่อข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าไม่ได้แสดงเจตนายอมรับไว้โดยชัดแจ้ง ศาลตีความโดยยึดหลักเจตนาของคู่สัญญาโดยตีความให้ประโยชน์คู่สัญญาที่ยอมรับเอาข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการยอมรับถึงลักษณะใหม่ที่เกิดขึ้นกับข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปในทางคำพิพากษาของศาลเยอรมันหรือศาลฝรั่งเศส จะมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไป และมีวงจำกัดในการเข้าแก้ไขปัญหาแก่คู่สัญญาที่เสียเปรียบจากการเข้าทำสัญญาดังกล่าว โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสนั้นสมาคมผู้บริโภคซึ่งเป็นองค์กรที่มีกำลังต่อรองอย่างมาก ได้เป็นกำลังสำคัญในการผลักดันให้มีกฎหมายพิเศษ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการทำสัญญาที่ปรากฏมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ โดยเฉพาะหมวด 4 การคุ้มครองผู้บริโภคต่อข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35-38) กฎหมายฉบับนี้ถือว่ามีความสำคัญ เพราะเป็นครั้งแรกที่มีกฎหมายเพื่อ

ประโยชน์แก่ผู้บริโภคที่เป็นหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทุกประเภท และเป็นชุดเชื่อมต่อของสัญญาสำเร็จรูปกับการคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้ผู้ร่างยังมีจุดประสงค์ให้กฎหมายฉบับนี้เสร็จต่อจากหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยชี้ให้เห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้ร่างยังคงยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่าจะต้องมีอยู่ในการทำสัญญา ดังนั้นกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฉบับนี้ ผู้ร่างพยายามทำให้เกิดความเสมอภาคในการทำสัญญาบนพื้นฐานของหลักความซื่อตรงและให้หลักประกันความมั่นคงแก่คู่สัญญา

หลักการของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสนี้มีหลักการเหมือนกับของเยอรมัน แตกต่างในแง่วิธีการให้การคุ้มครอง ลักษณะของสัญญาที่กฎหมายฝรั่งเศสให้การคุ้มครองคุ้มครอง ไม่เน้นที่ลักษณะของการเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปเช่นกฎหมายเยอรมัน แต่เน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่าถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปเช่นกฎหมายเยอรมันแต่เน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่า ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาชนิดใด ไม่ว่าจะ เป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการ ชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ การระงับการรับ การเสียภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิด มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิด ความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณไม่มีผลบังคับ

เหตุที่นักกฎหมายฝรั่งเศสไม่จำกัดความหมายของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปในกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากนักกฎหมายเห็นว่าลักษณะของสัญญาดังกล่าวไม่ตายตัวและเป็นการลำบากที่จะกำหนดลักษณะเฉพาะออกมาได้ เพราะลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจอยู่ในรูปแบบของสัญญาประเภทใดก็ได้ และอยู่ในเอกสารชนิดใดก็ได้โดยไม่จำกัดวัตถุประสงค์และประเภทของทรัพย์สินที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

องค์กรที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d’Etat ซึ่งมีองค์ประกอบของคณะกรรมการจากบุคคลฝ่ายต่างๆ เช่น ตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมาย ตัวแทนฝ่ายบริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ประกอบการวิชาชีพ รวมทั้งหมด 15 คน (มาตรา 36)

ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพ ให้พิจารณา แล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม และประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเลขที่ 78-464 วันที่ 28 มีนาคม 1978 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่คณะกรรมการได้พิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคดีังนี้

(1) ในสัญญาซื้อขายที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเลิกหรือลดสิทธิในการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา

(2) กรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพ มีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์สินที่จะส่งมอบ หรือบริการที่จะต้องดำเนินการให้

(3) กรณีที่ข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพไม่อาจประกันความรับผิดชอบตามสัญญาที่มีการส่งมอบของหรือให้บริการที่ไม่ชัดเจน

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ประกาศแจ้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายฉบับที่ 2 วันที่ 22 ธันวาคม 1987 ได้กำหนดข้อสัญญามาตรฐานสำหรับสัญญาให้ประกันและบริการภายหลังการซื้อขายเกี่ยวกับอุปกรณ์ไฟฟ้าภายในบ้าน นอกจากนี้คณะกรรมการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังได้ทำประกาศเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาของผู้บริโภค 30 รายการ ที่แนะนำให้ผู้ประกอบการธุรกิจและสมาคมทางการค้าควรใช้ในสัญญา นอกจากนี้ยังมีกฎหมายฉบับล่าสุด คือ กฎหมายฉบับที่ 5 มกราคม 1988 ที่กำหนดให้องค์กรผู้บริโภคมีสิทธิขอให้ศาลสั่งห้ามการใช้คำที่มีความหมายพิเศษในสัญญาธุรกิจสำเร็จรูปกับผู้บริโภค

การที่กฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่าข้อสัญญาลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล⁹³

⁹³ เฟ็งอ้วง, น.83.

จากตัวอย่างกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมทั้งของเยอรมัน และของฝรั่งเศส ซึ่งมีหลักการและเหตุผลของกฎหมายเดียวกัน คือมีจุดมุ่งหมายบังคับแก่ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่าได้กำหนดข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาร่วมทำสัญญา โดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของข้อสัญญาให้เกิดความเหมาะสม

3.6.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่จะใช้ควบคุมสัญญาสำเร็จรูป ดังนั้นตั้งแต่เริ่มต้นมาจนปัจจุบัน ศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นผู้ค้นหาวิธีการต่างๆ มาแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูป ในตอนแรกศาลได้ใช้หลักสัญญาที่มีอยู่เดิมแก้ไขปัญหาดังกล่าว หลักสัญญาที่มีอยู่เดิมมีความอย่างเสรีเพื่อให้เหมาะสมแก่คดี หลักสัญญาที่ว่ามีอ้างอิงถึงแนวความคิดต่างๆ เช่น ไม่มีความยินยอมร่วมกัน (lack of mutual assent) ไม่มีการต่างตอบแทนกัน (lack of mutuality) ความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (failure of consideration) ข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (defects in formation of the contract) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) และการตีความสัญญา (construction) เป็นต้น แต่เนื่องจากหลักสัญญาที่มีอยู่เดิมซึ่งศาลนำมาแก้ไขปัญหานั้นมีขอบเขตการใช้ที่จำกัด ดังนั้นศาลอเมริกาจึงค้นหาวิธีแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีอื่นๆ และเนื่องจากการร่าง Uniform Commercial Code⁹⁴ ขึ้น ซึ่งในมาตรา 2 - 302 ของประมวลดังกล่าว ได้บรรจุหลักความไม่มีมโนธรรม (unconscionability) อันเป็นหลักที่ใช้แก้ไขปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปเอาไว้ ศาลจึงได้นำเอาหลักความไม่มีมโนธรรม ที่ปรากฏในมาตรา 2 - 302 ไปใช้เพื่อเสริมหลักที่มีอยู่เดิม⁹⁵ หลักกฎหมายต่างๆ ที่ศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมสำเร็จรูป คือ

(1) หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน

ต้องมีการแสดงออกซึ่งการแลกเปลี่ยนความยินยอมระหว่างกัน การแสดงออกดังกล่าวต้องเห็นพ้องต้องกันทั้งสองฝ่าย อาจกล่าวได้ว่าความยินยอมร่วมกัน คือ การพบกันของจิตใจ

⁹⁴ Wikipedia , “Uniform Commercial Code” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code

⁹⁵ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 107.

ของคู่สัญญา แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้อ่านหรือเข้าใจข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นนี้ ไม่ถือว่าการพบกันของจิตใจหรือมีความยินยอมร่วมกัน แม้กระนั้นคู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ต้องผูกพันตามสัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีเหตุที่จะร้องได้ว่าคู่สัญญาของตนไม่ได้อ่านหรือเข้าใจสัญญา อย่างไรก็ตามที่กล่าวมาแล้วนั้นเป็นกฎเกณฑ์ดั้งเดิม แต่ในปัจจุบันมีการใช้สัญญาสำเร็จรูปกันมากและโดยภาพของสัญญาสำเร็จรูปนี้เองคู่สัญญามักจะไม่มีโอกาสอ่านสัญญา ดังนั้นในการพิจารณาเงื่อนไขการพบกันของจิตใจหรือเงื่อนไขของความยินยอมร่วมกันจึงต้องตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายร่างสัญญาสำเร็จรูป ศาลในหลายคดีได้ตัดสินว่าเมื่อข้อสัญญาที่น่าแปลกใจและไม่สมเหตุผลใส่ไว้ในสัญญาสำเร็จรูปจะไม่มีผลบังคับ เพราะไม่มีความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าว ตัวอย่างคดีที่ตัดสินไว้ เช่น ในคดี Joseph V. Sears Roebuch & Co. โจทก์สั่งซื้อสินค้าชนิดหนึ่งจากบริษัทจำเลยในหนังสือคู่มือการใช้สินค้าของบริษัทจำเลย มีข้อจำกัดความรับผิดชอบของบริษัทจำเลย ศาลวินิจฉัยว่า ข้อจำกัดความรับผิดชอบในหนังสือคู่มือการใช้สินค้านั้นไม่มีผลบังคับเพราะโจทก์มิได้รู้เห็นกับข้อจำกัดความรับผิดชอบนี้ด้วย

(2) หลักไม่มีการต่างตอบแทน

การต่างตอบแทนกันในหนี้โดยทั่วไป หมายถึงการที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายต่ออีกฝ่ายหนึ่ง (เว้นแต่จะได้อำนาจไว้เป็นอย่างอื่น) การก่อให้เกิดสัญญาต้องมีการต่อรองซึ่งการต่อรองต้องมีการต่างตอบแทน แต่ละฝ่ายให้ค้ำประกันและต่างก็เป็นลูกหนี้ซึ่งกันและกัน อย่างไรก็ตามบางครั้งมีการใช้หลักการต่างตอบแทนกันในหนี้ไปในทางที่หมายถึงการมีการต่างตอบแทนที่เพียงพอแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้ให้ค้ำประกัน แต่มีการให้ค่าตอบแทนซึ่งเป็นการต่างตอบแทนกัน (Executed Consideration) ก็ถือได้ว่าคู่สัญญามีการต่างตอบแทนที่เพียงพอ ศาลในหลายคดีได้ใช้หลักไม่มีการต่างตอบแทนกันในหนี้เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่าสัญญาไม่ได้ทำขึ้นในเมื่อปรากฏว่าโจทก์ไม่ได้ให้ค้ำประกันใดๆ แก่จำเลย

หลักไม่มีการต่างตอบแทนกันในหนี้เป็นหลักอีกอันหนึ่งที่ใช้แก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในการใช้สัญญาสำเร็จรูปและหลักนี้มักใช้กับสัญญาสำเร็จรูประหว่างผู้แทนจำหน่ายกับผู้ผลิต ตัวอย่างคดีที่ตัดสินไว้เช่น ในคดี American Agri. Chem. Co. V. Kennedy & Crawford ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าบริษัทจำเลยทำสัญญาจัดส่งปุ๋ยเคมีให้แก่บริษัทโจทก์ สัญญานี้เป็นสัญญาสำเร็จรูป ความข้อหนึ่งในสัญญามีว่าจำเลยมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ ศาลวินิจฉัยว่าสัญญานี้ไม่มีผลบังคับ เพราะผู้แทนจำหน่ายจำเลยมิได้ยอมรับข้อกำหนดนี้และเพราะสัญญานี้เป็นสัญญาที่อาจสิ้นสุดได้ตามอำเภอใจของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากตามความเป็นจริงแล้วผู้ผลิตไม่มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ ในเรื่องนี้ศาลเคร่งครัดมากและเห็นว่าการเลิกสัญญานั้นจะต้องเป็นไปโดยสุจริตและสมเหตุสมผล

(3) หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายหลังให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ตอบแทนแก่คู่สัญญาฝ่าย แรก แต่ปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหลังนี้ละเลยที่จะปฏิบัติกรตอบแทน เราเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็นการ ล้มเหลวของการต่างตอบแทน ความล้มเหลวดังกล่าวเป็นข้อแก้ตัวที่คู่สัญญาอีก ฝ่ายจะยกขึ้นเป็นข้อปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำมั่นของตนเองและเป็นเหตุผลอันหนึ่งสำหรับการบังคับ ให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ปฏิบัติตามคำมั่น

(4) หลักข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา

วิธีการหนึ่งที่ศาลพยายามจะบรรเทาความเสียหายของคู่สัญญา คือการสร้าง หลักเกณฑ์ประการหนึ่งขึ้นมาที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญา หลักเกณฑ์นี้เป็นกรณีที่คู่สัญญานั้น ผูกพันตามสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายได้ทำขึ้นแล้ว ต่อมาฝ่ายหนึ่งได้ส่งเอกสารให้อีกฝ่ายหนึ่ง เอกสารนั้น อาจอยู่ในรูปหนังสือรับรองรายการแสดงรายละเอียดสินค้าซึ่งในเอกสารเหล่านี้จะมีข้อความจำกัด ความรับผิดชอบของผู้ขายไว้ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นศาลจะวินิจฉัยว่า ข้อจำกัดความรับผิดชอบนี้ไม่เป็นส่วนหนึ่งของ สัญญา ตัวอย่างใน คดี Celanese Corp. of America V. John Clark Industries, Inc. ศาลวินิจฉัย ว่าข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ผลิตสินค้าที่ใส่ไว้ในหนังสือรับรองที่ส่งให้แก่ลูกค้าหลังจากสัญญาลงนาม แล้วนั้น ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

(5) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

บางครั้งศาลใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อทำให้ข้อกำหนดอันไม่ เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปไม่มีผลบังคับในคดี ที่ศาลใช้หลักดังกล่าวในการตัดสินนั้นบางคดีศาล ก็อ้างหลักนี้ไว้ชัดเจน ในบางคดีจำต้องพิเคราะห์จากรูปคดี และเหตุผลที่ศาลอ้างประกอบจึงจะชี้ได้ว่า ศาลได้อาศัยหลักดังกล่าวในการตัดสินคดีที่ศาลใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพื่อต่อต้าน สัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมที่ใช้อ้างอิงในตำราต่างๆ บ่อยครั้งคือ คดี Henningsen V. Bloomfield Motors Inc. ข้อเท็จจริงมีว่า Henningsen ซื้อรถยนต์คันหนึ่งจากผู้แทนจำหน่ายคนหนึ่งและได้ลงชื่อ ในสัญญาโดยไม่ได้อ่านข้อกำหนดต่างๆ ที่พิมพ์ไว้ด้านหลังของสัญญา ข้อกำหนดดังกล่าวข้อหนึ่งระบุ ว่า “ผู้ผลิตและผู้แทนจำหน่ายไม่รับประกันในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าโดยชัดเจนหรือโดยปริยาย ยกเว้นการ เปลี่ยนอะไหล่ที่ชำรุดบกพร่องทั้งนี้ภายใน 90 วัน นับแต่วันซื้อหรือภายในระยะทาง 4,000 ไมล์ ที่รถวิ่งไป” ปรากฏว่า นาง Henningsen ภริยาของนาย Henningsen เจ้าของรถยนต์ ได้รับบาดเจ็บขณะขับรถยนต์คันดังกล่าวซึ่งเป็นรถ Plymouth รุ่นปี 1955 อุบัติเหตุครั้งนี้เกิดจาก เกียร์ของพวงมาลัยแตก นายและนาง Henningsen จึงฟ้องผู้แทนจำหน่ายและผู้ผลิต (Chrysler

Corperation) เรียกค่าเสียหาย จำเลยให้การต่อสู้ว่าข้อกำหนดของสัญญาซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูป จำกัดความรับผิดในการทำผิดข้อรับประกันไว้ แต่การเปลี่ยนอะไหล่แทนอะไหล่ที่ชำรุดบกพร่อง ศาลกล่าวว่า ข้อจำกัดนิติสัมพันธ์ในการซื้อขายสินค้าจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักกฎหมายได้ต่อเมื่อ ภาวะการตลาดเป็นปกติ กล่าวคือ เมื่อผู้ผลิตและผู้ซื้อมาพบกันโดยมีอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกัน สินค้าไม่มีความซับซ้อนและผู้ผลิตสามารถแนะนำให้ผู้ซื้อตรวจตราสินค้าเพื่อประเมินคุณภาพ และ

ศาลกล่าวอีกตอนหนึ่งว่า “หนี้ของผู้ผลิตไม่ควรจะอาศัยนิติสัมพันธ์เพียงอย่างเดียว หนี้ของผู้ผลิตควร จะต้องเป็นไปตามความต้องการของความยุติธรรมทางสังคม (The demands of social justice) ด้วย ศาลได้ปฏิเสธข้อกำหนดจำกัดการรับประกันในสัญญาโดยกล่าวว่า “ความรู้สึกสำนึกโดย สัญชาติญาณแห่งความยุติธรรมเรียกร้องให้ต่อต้านการต่อรองดังกล่าว” และตัดสินว่าข้อกำหนด ดังกล่าวเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย แก่โจทก์

(6) หลักการตีความสัญญา

การใช้หลักต่างๆ เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าในสัญญาสำเร็จรูป จำกัดไว้ แต่พฤติการณ์แวดล้อมเฉพาะเรื่อง เช่น หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทนกัน ไม่สามารถใช้กับคดี ที่สินค้าที่ซื้อขายมีความชำรุดบกพร่องเล็กน้อย ศาลจึงให้หลักการตีความสัญญาควบคุมสัญญา สำเร็จรูปแทน หลักการตีความสัญญาที่ศาลใช้ในการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปมีดังนี้

หลักนี้กล่าวว่า ถ้าสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรบรรจุคำหรือวลีซึ่งอาจมี ความหมายที่สมเหตุสมผลได้ 2 นัย นัยหนึ่งเป็นคุณแก่ฝ่ายหนึ่ง อีกนัยหนึ่งเป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หลักนี้ ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ร่างสัญญาให้น้อยที่สุด หลักนี้จะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่มีอำนาจ ต่อรองน้อยกว่าซึ่งมีทางเลือกข้อสัญญาน้อย หรือไม่มีทางเลือกเลย นอกจากจะต้องรับข้อสัญญาที่ฝ่าย ซึ่งมีอำนาจต่อรองสูงกว่าร่างขึ้น อย่างไรก็ตามหลักนี้ใช้อ้างโดยทั่วไปในเรื่องต่างๆ ที่ไม่ได้แสดงถึง ความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจการต่อรองระหว่างคู่สัญญา การตีความสัญญาสำเร็จรูปโดยอาศัยหลัก the contra proferentem rule นั้น ศาลได้วินิจฉัยเป็นแนวทางไว้ดังนี้

ศาลจะแบ่งข้อรับประกัน (Warranty) ออกเป็น 2 ส่วน คือ ข้อรับประกันทั่วไป (General Warranty) และ ข้อรับประกันเฉพาะ (Specific Warranty) และถือว่าข้อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดให้อ้างได้เมื่อมีการทำผิดข้อรับประกันเฉพาะเท่านั้น

ศาลจะแยกความแตกต่างของข้อรับประกันต่างๆ ออกเป็นข้อรับประกันโดย ปริยาย (Implied Warranties) กับข้อรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranties) และจำกัดการใช้

ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เพียงอันใดอันหนึ่ง ดังนั้น ในหลายคดีข้อยกเว้นความรับผิดจึงถูกตีความว่ายกเว้นเพียงข้อรับประกันโดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่ไม่ยกเว้นข้อรับประกันโดยปริยายว่าสินค้ามีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้ซื้อ ตัวอย่างเช่น ในคดี Hardy V. General Motors Acceptance Corp. ศาลวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาที่ระบุว่าผู้ขายไม่รับประกันนั้น มีความหมายคลุมเครือและศาลตีความว่าเป็นการยกเว้นเฉพาะข้อรับประกันโดยชัดแจ้งเท่านั้น

การพรรณานาสินค้าที่ซื้อขายลบล้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด วิธีการตีความสัญญาอีกประการหนึ่งที่ใช้แก้ไขข้อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดอันไม่เป็นธรรมที่ปรากฏอยู่ในสัญญาสำเร็จรูป วิธีนี้ถือว่าการพรรณานาสินค้าที่ซื้อขายลบล้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดกว้างๆ (7) หลักความไม่มีมโนธรรม

หลักสัญญาที่มีอยู่เดิมที่ศาลใช้ในการแก้ไขปัญหาสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมนั้นมิชอบเขตการใช้ที่จำกัดและไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ และเครื่องมือที่ใช้ขัดขวางสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมได้ร่างขึ้นใน มาตรา 2-302 ของ Uniform Commercial Code (UCC.) ร่างขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1940 ถึงต้นทศวรรษที่ 1950 และต้นฉบับทางการฉบับแรกของประมวลนี้ได้ประกาศโฆษณาในปี ค.ศ.1952 ประมวลนี้ หลังจากการยอมรับอย่างเป็นทางการในการผนวกหลักความไม่มีมโนธรรมไว้ใน UCC. หลักนี้ก็มีมั่นคงขึ้นเนื่องจากการนำเอามาใช้ไว้ใน The Restatement (Second) of Contracts และใน Uniform Consumer Credit Code (UCCC.) Uniform Commercial Code (UCC.) เป็นจุดเริ่มต้นในการพัฒนาหลักความไม่มีมโนธรรม หลักสำคัญใน UCC. คือ “ถ้าศาลพบว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่มีมโนธรรมในขณะทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญาโดยไม่มีข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม หรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาใดที่ไม่มีมโนธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลใดๆ ที่ไม่มีมโนธรรม” เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดราคาสินค้าไว้สูงเกินไป ข้อยกเว้นการรับประกัน ข้อยกเว้นการเยียวยา ข้อสัญญากำหนดการเร่งชำระหนี้ ข้อสัญญาที่กำหนดการสิ้นสุดของสัญญา ข้อสัญญา กำหนดการสละข้อต่อสู้ ข้อสัญญา กำหนดการละเว้นที่จะเรียกเอาค่าเสียหายในการชำระหนี้ล่าช้า

“เมื่อมีการร้องขอหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่ว่ามันนั้นอาจไม่มีมโนธรรม คู่สัญญาต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมวัตถุประสงค์ของผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย”

สรุป ในยุคก่อนมี Uniform Commercial Code ศาลได้ใช้วิธีการโดยทางอ้อมชนิดต่างๆ เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป แต่วิธีต่างๆ นั้นก็มีขอบเขตที่จำกัดและไม่มีวิธีใดแก้ไขข้อกำหนดอันไม่เป็นธรรมโดยตรง จึงได้มีการร่าง Uniform Commercial Code ขึ้น ในมาตรา 2-302 ของประมวลดังกล่าว ซึ่งบรรจุหลักความไม่มีมโนธรรม (conscionability)

อันเป็นหลักที่ใช้แก้ปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาสำเร็จรูป

3.6.4 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้พยายามนำวิธีการต่างๆ มาช่วยในการแก้ไขปัญหาค่าสัญญาสำเร็จรูปที่มีผลมาจากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด รัฐสภาอังกฤษเองเห็นว่าวิธีการต่างๆ ที่ศาลนำมาใช้นั้นยังล่าช้าและไม่เพียงพอ รัฐสภาอังกฤษจึงออกกฎหมายมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ข้อจำกัดผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดส่วนใหญ่บรรจุอยู่ใน The Unfair Contract Terms Act 1977 และมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารเข้าไปควบคุมการใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด คือ The Fair Trading Act 1973

1. The Unfair Contract Terms Act 1977

คณะกรรมการกฎหมาย (Law Commission) ได้เสนอรายงาน 2 ฉบับ คือ ฉบับแรกเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ.1969 เรื่องข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา และฉบับที่สองเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ.1975 เรื่องข้อกำหนดยกเว้นหรือจำกัดหน้าที่หรือหนี้ตามกฎหมาย หลังจากนั้นรัฐสภาอังกฤษได้ออกพระราชบัญญัติฉบับนี้ The Unfair Contract Terms Act 1977 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1978 วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้คือ การจำกัดสิทธิในการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในบางสถานการณ์ พระราชบัญญัตินี้ใช้เทคนิค 2 ประการ ในการควบคุมการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เทคนิคอันแรกคือการห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้ใส่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด บางประการไว้ในสัญญา เทคนิคอันที่สองคือการทดสอบความสมเหตุสมผล (test of reasonableness) ของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด บางอัน พระราชบัญญัตินี้แบ่งออกเป็น 3 ส่วน

(1) ข้อกำหนดที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ตามพระราชบัญญัตินี้ ความพยายามที่จะยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดไม่1มีผลบังคับสืบเชิง ในกรณีต่อไปนี้

ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บุคคลอื่นถึงตาย หรือบาดเจ็บแก่กาย ในมาตรา 2 (1) ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความตายหรือการบาดเจ็บแก่กาย ที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อ โดยการอ้างข้อสัญญาใดๆ หรือประกาศแจ้งแก่บุคคลทั่วไปหรือบุคคลเฉพาะเจาะจง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเลยหน้าที่ หรือฝ่าฝืนหนี้ใดๆ ไม่ใช่สาระสำคัญว่าการละเลย หรือการฝ่าฝืนจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือไม่ หรือว่าความรับผิดเพื่อการนั้นเกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำ ของตนเองหรือจากการกระทำของผู้อื่นแต่บุคคลนั้นต้องรับผิด ดังนั้นนายจ้างจึงไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเองจากการกระทำผิดของลูกจ้าง

คำรับรองสินค้าเพื่อผู้บริโภค ในมาตรา 5 เกี่ยวกับข้อกำหนด ในคำรับรองสินค้า เพื่อผู้บริโภคที่โดยปกติเป็นประเภทที่จัดทำเพื่อการอุปโภคหรือบริโภคส่วนตัว มาตรา 5 (2) ให้คำจำกัดความคำว่า “คำรับรอง” หมายถึงคำมั่นหรือการประกันเป็นหนังสือว่าความชำรุดบกพร่อง ของสินค้าจะได้รับการแก้ไขให้คืนดีด้วยการเอาสินค้าใหม่ทั้งหมดหรือบางส่วนมาแทนหรือด้วยการ ซ่อมแซม การใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินหรือด้วยวิธีอื่น มาตรา 5 (1) ระบุห้ามบุคคลโดยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดเพื่อความสูญหายหรือความเสียหายเนื่องจากความชำรุดบกพร่องในสินค้า ระหว่างการใช้ประโยชน์ โดยการอ้างถึงข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งใดๆ ที่ใส่ไว้ในหรือที่ใช้โดยการอ้าง ถึงคำรับรองสินค้า ในเมื่อความชำรุดบกพร่องเกิดจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ การผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า มาตรา 5 (1) (ก) ระบุว่าสินค้า ถือว่าอยู่ในระหว่างการใช้ประโยชน์ เมื่อบุคคลกำลังใช้สินค้าหรือมีสินค้าอยู่ในความครอบครองของตนเพื่อการใช้ประโยชน์ มิใช่มีไว้เพื่อ วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เช่น ถ้าสินค้าเป็นรถยนต์ก็ต้องได้ความว่าความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากความ ชำรุดบกพร่องในรถยนต์ขณะที่เจ้าของรถยนต์ขับรถยนต์อยู่ หรือขณะที่จอดไว้ในบ้าน แต่ถ้ามีรถยนต์ ไว้ในครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เช่นมีไว้เพื่อขาย เช่นนี้ไม่อยู่ในบังคับของ มาตรา 5 (1) ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีดังกล่าวได้

การใช้ มาตรา 5 ถูกจำกัดอย่างยิ่ง เพราะว่ามาตรา 5 กล่าวถึงการห้ามยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดในการฝ่าฝืนข้อกำหนดในคำรับรองสินค้าเพื่อผู้บริโภค แต่ความจริงแล้วผู้ผลิต และผู้จำหน่ายสินค้าไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องทำคำรับรองสินค้า ดังนั้น ถ้าผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้า ไม่ได้ทำคำรับรองสินค้า กรณีก็ไม่อาจนำ มาตรา 5 มาใช้

ในมาตรา 7 (2) ระบุห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดเกี่ยวกับความตรงกัน ของสินค้า กับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือคุณภาพหรือความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์เฉพาะใดๆ ของ สินค้า อันเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคโดยการอ้างข้อสัญญาดังกล่าว

(2) ข้อกำหนดที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล มาตรา 11 (5) ระบุให้ บุคคลที่อ้างว่าข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลเป็นผู้พิสูจน์ว่า กรณีเป็นเช่นนั้น

ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย นอกจากทำให้ตาย หรือบาดเจ็บแก่กาย มาตรา 2 (2) ระบุว่า ในกรณีความสูญหายหรือความเสียหายอื่นๆ นอกจากความ ตายหรือการบาดเจ็บแก่กาย ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความประมาท เลินเล่อ เว้นแต่ข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล กรณีความสูญ หายหรือความเสียหายอื่นๆ นอกจากความตายหรือการบาดเจ็บแก่กาย ได้แก่ความสูญหายหรือความ เสียหายทางทรัพย์สินในประการต่างๆ พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ห้ามการยกเว้นหรือ

จำกัดความรับผิดชอบเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเป็นการเด็ดขาด แต่ให้อยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

สัญญาเพื่อผู้บริโภคและสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 3 ใช้กับสถานการณ์ 2 ประการ คือ ใช้กับสัญญาใดๆ ระหว่างบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจกับบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค ประการหนึ่งและใช้กับสัญญาซึ่งคู่สัญญา (ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค) เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจ เป็นหนังสือซึ่งบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจเป็นผู้ร่างขึ้น ในกรณีดังกล่าวบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจกระทำในสิ่งต่อไปนี้ไม่ได้ เว้นแต่จะผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลแล้ว

ก. ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบใดๆ ของตนในการทำผิดสัญญาที่ตนก่อขึ้น

ข. เรียกร้องสิทธิที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาผิดไปจากสิ่งซึ่งได้ ได้รับความคาดหวังว่าตนจะปฏิบัติ

ค. เรียกร้องสิทธิที่จะทำให้ตนไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือ ส่วนใดส่วนหนึ่ง การที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ห้ามการกระทำดังกล่าวเพราะว่าบุคคลอาจร่างสัญญาให้ตนมีดุลพินิจอิสระในอันที่จะเลือกว่าจะปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ กรณีเช่นนี้อาจไม่มี “หนี้ตามสัญญา” ทางฝ่ายบุคคลนั้นเลย และในกรณีดังกล่าวย่อมถือว่าข้อสัญญาเช่นนี้ไม่สมเหตุสมผล

(3) ข้อกำหนดการชดใช้ค่าเสียหาย (Indemnity Clauses)

พระราชบัญญัติฉบับนี้ มาตรา 4 (1) ระบุห้ามบุคคลใดทำข้อสัญญาที่ระบุให้บุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่บุคคลนั้นจะก่อขึ้นด้วยความประมาทเลินเล่อหรือการทำผิดสัญญา เว้นแต่ข้อสัญญาดังกล่าวผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล สัญญาอาจระบุว่าคุณสัญญาฝ่ายหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลที่สามเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องชดใช้เงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายแรกเพื่อความรับผิดชอบดังกล่าว ความสมเหตุสมผลแก่ข้อสัญญาซึ่งบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคให้คำมั่นที่จะชดใช้เงินแก่บุคคลอื่นเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางธุรกิจที่คู่สัญญาอีกฝ่ายก่อให้เกิดความประมาทเลินเล่อหรือการทำผิดสัญญา

(4) การกล่าวผิดความจริง ถ้าสัญญาระบุข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความ รับผิดชอบใดๆ ที่คู่สัญญาอาจอยู่ภายใต้บังคับเนื่องจากการกล่าวผิดความจริงของคู่สัญญา ก่อนที่สัญญาจะทำขึ้นหรือการเยียวยาใดๆ ที่ใช้ได้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเนื่องจากการกล่าวผิดความจริงดังกล่าว ข้อสัญญานั้นจะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เว้นแต่ข้อสัญญานั้นจะผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล ที่ระบุไว้ในมาตรา 11 (1) ของ The Unfair Contract Terms Act 1977 และเพื่อการอ้างสิทธิ

เหล่านั้น ข้อสัญญาต้องผ่านการทดสอบเงื่อนไขอันนั้นเพื่อจะแสดงว่าเป็นเช่นนั้น ตัวอย่างของการกล่าวผิดความจริง เช่นในคดี Curtis V. Chemical Cleaning and Dyeing Co. Ltd. ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า โจทก์นำชุดแต่งงานสีขาวซึ่งตรงชายผ้าขลิบด้วยลูกปัดและเครื่องประดับที่ทำด้วยกระจก แผ่นกลมๆ ไปให้จำเลยซักกรีด ผู้ช่วยผู้จัดการของจำเลยได้มอบเอกสารชิ้นหนึ่งพิมพ์ที่หน้ากระดาษว่าใบรับให้โจทก์ และขอให้โจทก์ลงชื่อในเอกสารนี้ โจทก์ถามว่าทำไมต้องลงชื่อในเอกสาร ผู้ช่วยผู้จัดการตอบว่าเป็นเรื่องที่จำเลยขอยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการเสี่ยงภัยในความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นกับลูกปัดและเครื่องประดับที่ขลิบไว้ โจทก์จึงยอมลงชื่อให้ ความจริงในเอกสารฉบับนี้มีข้อความว่า “บริษัทจะไม่รับผิดชอบ ไม่ว่าจะมีความเสียหายอย่างไรเกิดขึ้นและโดยวิธีใด” ปรากฏว่าชุดแต่งงานของโจทก์มี รอยเปื้อน โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย จำเลยต่อสู้โดยอ้างขอยกเว้นความรับผิดของจำเลยในใบรับ ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยอ้างขอยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เพราะจำเลยชักจูงให้โจทก์ลงชื่อในใบรับโดยกล่าวเนื้อหาของใบรับผิดความจริง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสมเหตุสมผล มีผู้คัดค้านว่าเงื่อนไขความสมเหตุสมผลที่ศาลจะใช้นั้นก่อให้เกิดความไม่แน่นอน ดังนั้นเพื่อลบล้างข้อคัดค้านดังกล่าว พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล และระบุแนวทางสำหรับการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล คือ

(1) เวลาในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล มาตรา 11 (1) ให้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมที่เป็นอยู่ที่คู่สัญญาหรือควรได้รู้ขณะทำสัญญา ดังนั้น เวลาที่สำคัญจึงได้แก่เวลาทำสัญญา ไม่ใช่เวลาที่ความรับผิดเกิดขึ้น ลักษณะหรือความร้ายแรงของความสูญหายหรือความเสียหายที่ได้รับไม่มีผลต่อความสมเหตุสมผลของขอยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เว้นแต่สิ่งนั้นจะอยู่ในความคาดหมาย หรือควรจะอยู่ในความคาดหมายในเวลาทำสัญญา

(2) แนวทาง ในมาตรา 11 (4) ระบุว่า เมื่อบุคคลใดพยายามจำกัดความรับผิดไว้เป็นจำนวนเงินแน่นอนนั้น ในการที่จะวินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ให้พิจารณาดังต่อไปนี้

ก. แห่่งที่บุคคลนั้นสามารถหาทรัพย์สินมาชำระหนี้ได้

ข. กรณีดังกล่าวบุคคลผู้รับผิดชอบสามารถเอาประกันภัยได้หรือไม่

ตามองค์ประกอบทั้งสองข้อนี้การจำกัดความรับผิดของผู้ผลิต ในความชำรุดบกพร่องจะไม่สมเหตุสมผล ถ้าผู้ผลิตสามารถเอาประกันภัยความรับผิดได้ โดยไม่ต้องขึ้นราคาสินค้าเป็นจำนวนมาก เมื่อข้อกำหนดในสัญญาจัดหาสินค้าอยู่ภายใต้บังคับการทดสอบของเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

(5) สถานการณ์ที่ไม่อยู่ในภายใต้บังคับของ พ.ร.บ.นี้ ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของบุคคลที่ไม่ได้ทำเป็นธุรกิจ โดยทั่วไปข้อสัญญาดังกล่าว ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ พระราชบัญญัตินี้เพียงจำกัดสิทธิของบุคคลในอันที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางประการที่เกิดจากสัญญาซื้อขาย และสัญญาเช่าซื้อสินค้า และสัญญาที่ผู้อ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดกล่าวผิดความจริงเท่านั้น⁹⁶

2. The Fair Trading Act 1973⁹⁷

พระราชบัญญัติฉบับนี้เพิ่มเติมเทคนิคเพื่อการแก้ไขปัญหาค้ายกเว้น หรือจำกัดความรับผิดด้วยการให้อำนาจฝ่ายบริหารเข้าไปควบคุมการแทรกแซงของฝ่าย นิติบัญญัติที่จะลบล้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความมีผลบังคับตามกฎหมาย อาจเป็นวิธีที่ยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมข้อความดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีระหว่างผู้บริโภคฝ่ายหนึ่งกับผู้จัดหาสินค้าและบริการทางการค้าอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าสัญญาระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ผู้บริโภคอาจเชื่อว่าตนต้องผูกพันตามข้อความดังกล่าว และผู้บริโภคจะไม่ดำเนินการฟ้องร้องเมื่อผู้จำหน่ายทำผิดสัญญา และแม้ผู้บริโภคฟ้องร้องผู้จำหน่ายอาจประนีประนอมเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ศาลแสดงว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่มีผลบังคับ และยังคงใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต่อไป เพื่อแก้ไขปัญหานี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเข้าแทรกแซง

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค และรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคดังนี้

(1) การห้ามการใช้วิธีปฏิบัติทางการค้า ถ้าวิธีปฏิบัติทางการค้ามีผลต่อการทำข้อสัญญาและเงื่อนไขของสัญญาเพื่อผู้บริโภคเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรม วิธีปฏิบัติดังกล่าวจะถูกห้ามใช้และผู้จำหน่ายต้องรับโทษทางอาญา โดยสรุปก็คือถ้ามีการใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ต่อไปอาจเป็นความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตามความผิดที่กระทำลงนั้น ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะหรือฟ้องร้องไม่ได้

⁹⁶ LawTeacher, “Unfair Contract Terms Act 1977,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, <https://www.lawteacher.net/acts/unfair-contract-terms-act-1977.php>

⁹⁷ Legislation.gov.uk, “Fair Trading Act 1973,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2561, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41>

(2) หลักประกันและการยับยั้งแนวทางปฏิบัติทางการค้า เมื่อแนวทางปฏิบัติก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของผู้บริโภคและไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค อธิบดีต้องพยายามให้ได้หลักประกันว่าจะมีการหยุดปฏิบัติเช่นนั้น ถ้าไม่มีหลักประกันดังกล่าวอธิบดีอาจขอคำสั่งจาก The Restrictive Practice & Court เพื่อยับยั้งแนวทางปฏิบัติ

(3) การส่งเสริมการจัดทำประมวลวิธีปฏิบัติ อธิบดีมีหน้าที่สนับสนุนสมาคมการค้าที่เตรียมประมวลวิธีปฏิบัติเพื่อแนะนำในการป้องกันและส่งเสริมผลประโยชน์ผู้บริโภคประมวลเหล่านี้ในบางกรณีนำไปสู่การนำเอาสัญญาสำเร็จรูปมาใช้เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคมากขึ้นกว่าสัญญาสำเร็จรูปที่ใช้อยู่ก่อนหน้านี้

สรุป

The Unfair Contract Terms Act 1977 มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดสิทธิในการอ้าง ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในบางสถานการณ์โดยใช้เทคนิค 2 ประการ คือ

เทคนิคประการแรก เป็นการห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้ใส่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางประการไว้ในสัญญา ข้อความดังกล่าวถ้าใส่ไว้ในสัญญาจะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ข้อความที่ว่านี้ได้แก่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความตายหรือการบาดเจ็บแก่กาย ที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อ ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความสูญหายหรือความเสียหายเนื่องจากความชำรุดบกพร่องในสินค้าระหว่าง การใช้ประโยชน์ในเมื่อความชำรุดบกพร่องเกิดจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า มาตรา 5 (1) 5 ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดคำมั่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่แสดงในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อโดย The Sale of Goods Act 1979 มาตรา 12 และ The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 มาตรา 8 ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดคำมั่นเกี่ยวกับความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่างและเกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหมาะสม กับวัตถุประสงค์เฉพาะที่แสดงในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ

เทคนิคประการที่สอง คือ การทดสอบความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางประการ ข้อความที่ว่านี้ได้แก่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความสูญหายหรือความเสียหายอื่นๆ นอกจากความตายหรือการบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อ ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ในการทำผิดสัญญาที่ผู้ร่างสัญญาก่อขึ้น ข้อความที่ให้สิทธิผู้ร่างสัญญาที่จะเป็นผลให้ผู้ร่างสัญญาปฏิบัติผิดไปจากสิ่งซึ่งได้รับความคาดหวังว่าผู้ร่างสัญญาจะปฏิบัติ ข้อความที่ให้สิทธิผู้ร่างสัญญาที่จะเป็นผลให้ผู้ร่างสัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 6 (2) ทั้งนี้เมื่อข้อความดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาอันไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค มาตรา 6 (3) ข้อความ

ที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ที่คู่สัญญาอาจอยู่ภายใต้บังคับเนื่องจากการกล่าวผิดความจริงของ คู่สัญญาก่อนที่สัญญาจะทำขึ้น

The Fair Trading Act 1973 ได้เพิ่มเติมเทคนิคเพื่อการแก้ไขปัญหาซื้อขายยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดด้วยการให้อำนาจฝ่ายบริหารเข้าไปควบคุมพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนด มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคและรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยการห้ามการใช้วิธีปฏิบัติ ทางการค้าที่มีผลต่อการทำสัญญาและเงื่อนไขของสัญญาที่เป็นปฏิกิริยาต่อผู้บริโภคอย่างไม่เป็น ธรรม โดยการสร้างหลักประกันว่าจะมีการหยุดการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ ของผู้บริโภค และไม่เป็นธรรม นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังระบุให้ทางการสนับสนุนสมาคม การค้าให้จัดทำประมวลวิธีปฏิบัติเพื่อแนะนำในการป้องกันและส่งเสริมผลประโยชน์ผู้บริโภค

