

บทที่ 4

ปัญหาข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบการให้เช่าพื้นที่ในศูนย์การค้า

ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 เป็นต้นมา โดยกฎหมายดังกล่าวนี้ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หากมีลักษณะเอาเปรียบกันมากเกินไป ให้ศาลมีอำนาจพิพากษาให้มีผลบังคับกันได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้เกิดปัญหาขึ้นระหว่างผู้ให้เช่าพื้นที่กับผู้เช่าเป็นระยะเวลานานมาแล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทและนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา รวมถึงหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในบทนี้ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์ปัญหาของสัญญาเช่าพื้นที่ระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่า ซึ่งผู้ให้เช่าได้จัดทำและกำหนดข้อตกลงไว้ล่วงหน้าเป็นสัญญาสำเร็จรูป ผู้เช่าไม่มีอำนาจแก้ไขและต่อรองได้ โดยนำหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540¹ มาวิเคราะห์ ดังนี้

4.1 ปัญหาเรื่องสัญญาจองและเงินมัดจำ

การนำพื้นที่ออกให้เช่าของผู้ให้เช่าที่ผ่านมา ก่อนการดำเนินการก่อสร้างโครงการหรือตัดแปลงต่อเติมพื้นที่เช่า ผู้ให้เช่าจะดำเนินการจัดสรรแบ่งพื้นที่เช่าและจัดทำแผนผัง พร้อมระบุขนาดที่เช่าไว้ให้เล็กลง มีทั้งพื้นที่เช่าเปล่าและพื้นที่เช่าที่ตกแต่งแล้ว และนำออกให้ประชาชนที่สนใจจองพื้นที่เช่าตามแผนผังที่ผู้ให้เช่าพื้นที่จัดเตรียมไว้ โดยวางมัดจำหรือเงินจองเป็นเงินสดไว้บางส่วนพร้อมทำสัญญาจอง และกำหนดวันทำสัญญาเช่า หากผู้เช่าต้องการกู้เงินจากธนาคารก็สามารถนำสิทธิการเช่าพื้นที่ไปค้ำประกันการกู้ยืมเงินกับธนาคาร แล้วผ่อนชำระเงินกู้ยืมกับธนาคารต่อไป

ธุรกิจให้เช่าพื้นที่นี้ได้พัฒนาเรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบัน ผู้ให้เช่าส่วนใหญ่จะใช้วิธีระดมเงินจากประชาชนที่ต้องการเช่าพื้นที่ มาใช้เป็นทุนหมุนเวียนในการดำเนินการส่วนหนึ่ง นอกจากเงินหมุนเวียนที่ตนมีอยู่แล้ว หรือจากสถาบันการเงินมาดำเนินการอีกส่วนหนึ่ง ในบางโครงการผู้ให้เช่า

¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.

ขนาดยินยอมผูกพันตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงินของผู้เช่าที่ได้นำสิทธิการเช่าพื้นที่ไปค้ำประกันการกู้ยืมเงินกับธนาคาร ซึ่งพบไม่มากนัก

การระดมเงินทุนจากประชาชนผู้ต้องการเช่าพื้นที่เพื่อทำการค้าดังกล่าว กระทำโดยวิธีให้ประชาชนผู้ให้ประสงค์จะเช่าพื้นที่วางเงินจอง โดยทั่วไปแล้วผู้ให้เช่าจะจัดหาพื้นที่เช่าโดยวิธีซื้อมาจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือทำสัญญาเช่าระยะยาวจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ไว้ แล้วนำมาวางผังแบ่งเป็นพื้นที่ย่อย ลงในแผนผังการก่อสร้างโครงการที่นำมาจัดสรรนั้น การจัดทำแผนผังพื้นที่ย่อยดังกล่าวได้พยายามเขียนออกมาให้สวยงามเพื่อดึงดูดความสนใจจากผู้เช่า เช่น มีสะพานทางเชื่อมที่สามารถเดินข้ามจากถนนฝั่งตรงข้าม หรือศูนย์การค้าฝั่งตรงข้าม เชื่อมเข้าถึงภายในศูนย์การค้าในบริเวณชั้นที่ 1 และ 2 แล้วทำเป็นแผนผังและแผ่นพับโฆษณา และจัดทำการตลาดเปิดให้เช่าพื้นที่ให้ผู้สนใจเช่าวางเงินจองตามแผนผังแปลงย่อยที่จัดแบ่งไว้แล้ว ซึ่งแท้จริงแล้วในระหว่างนั้นผู้ให้เช่ายังไม่ได้ดำเนินการก่อสร้างหรือปรับปรุงพื้นที่บริเวณนั้นแต่อย่างใด

ในการจองพื้นที่เช่า ผู้เช่าจะต้องวางเงินมัดจำให้แก่ผู้ให้เช่าพื้นที่เป็นค่าจองประมาณ 5,000 – 50,000 บาท อัตราค่าจองคำนวณจากทำเลและขนาดของพื้นที่เช่านั้น ซึ่งเงินที่ผู้เช่านำมาชำระเป็นค่าจองดังกล่าวเมื่อรวมกันหลายๆ ราย จะมีจำนวนมากพอที่ผู้ให้เช่าสามารถนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนซื้อวัสดุก่อสร้าง และชำระค่าจ้างให้กับผู้รับเหมารายต่างๆ ตลอดจนขยายการเช่าพื้นที่เพิ่มเติมได้ ประชาชนผู้เช่าเมื่อวางเงินจองแล้วจะได้รับเพียงใบรับเงินไว้เป็นหลักฐานเท่านั้น แต่หลังจากนั้นอีก 15-45 วัน ผู้เช่าจะต้องไปทำสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการกับผู้ให้เช่า

กรณีเช่ารายเดือนหรือสัญญาเช่าระยะสั้นจะต้องมีการชำระเงินมัดจำเพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งมีมัดจำมูลค่าเท่ากับค่าเช่าพื้นที่และ/หรือค่าบริการ จำนวน 3 เดือน และผู้เช่าต้องชำระค่าเช่าพื้นที่และ/หรือค่าบริการล่วงหน้าอีกจำนวน 1 เดือน รวมเป็นเงินค่าเช่าและ/หรือค่าบริการจำนวน 4 เดือน ที่ผู้เช่าต้องชำระให้กับผู้ให้เช่าเป็นเงินสดตามสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการในวันเซ็นสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการ

หากเป็นกรณีเช่ารายปีหรือสัญญาเช่าระยะยาว จะมีการชำระเงินมัดจำเพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งมีมัดจำมูลค่าเท่ากับค่าเช่าพื้นที่และ/หรือค่าบริการ จำนวน 3 เดือน และผู้เช่าต้องชำระค่าเช่าพื้นที่และ/หรือค่าบริการล่วงหน้าอีกจำนวน 1 เดือน รวมเป็นเงินค่าเช่าและ/หรือค่าบริการจำนวน 4 เดือน ที่ผู้เช่าต้องจ่ายเป็นเงินสดตามสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการในวันเซ็นสัญญาเช่าและ/หรือสัญญาบริการ โดยมีข้อเสนอว่าหากผู้เช่าต้องการกู้เงินจากธนาคารมาชำระค่าเช่าพื้นที่ให้กับผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าตกลงยินยอมกับธนาคารให้ผู้เช่านำสิทธิการเช่าพื้นที่ไปค้ำประกันการกู้ยืมเงินกับธนาคาร หรือ กรณีผู้เช่าชำระค่าเช่าพื้นที่เป็นเงินสดเต็มจำนวนในวันทำสัญญา ผู้ให้เช่าการตกลงลดค่าเช่าพื้นที่ให้กับผู้เช่าทันที 5-10 เปอร์เซ็นต์

จากอัตราค่าเช่าพื้นที่ทั้งหมด เป็นต้น ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวเป็นที่พอใจแก่ผู้เช่า เพราะสามารถทำให้ผู้เช่ามีโอกาสได้รับการอนุมัติเงินกู้ยืมจากธนาคารเพื่อนำมาชำระค่าเช่าได้มากขึ้น เนื่องจากมีหลักประกันการกู้ยืมเงินเป็นสิทธิการเช่า ซึ่งได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า หรือการได้รับส่วนลดค่าเช่าจากการชำระค่าเช่าเป็นเงินสดทำให้ผู้เช่าจ่ายค่าเช่าน้อยลงในทันที จึงเป็นการโฆษณาจูงใจที่ได้ผล ผู้ให้เช่าก็สามารถนำเงินที่ได้รับไปลงทุนหมุนเวียนกิจการต่อไป และในขณะที่ผู้เช่าได้ทำสัญญาเช่าพื้นที่และชำระค่าเช่าพื้นที่ให้กับผู้ให้เช่าตามสัญญาแล้วแต่ยังไม่ถึงกำหนดเปิดโครงการ ผู้ให้เช่าก็ยังมีได้เริ่มดำเนินการก่อสร้างหรือต่อเติมพื้นที่เช่า แม้แต่การยื่นขออนุญาตดำเนินการต่างๆ จากทางราชการ จนกว่าผู้ให้เช่าจะมั่นใจว่า โครงการของตนนั้นมีประชาชนเข้าทำสัญญาจอง หรือทำสัญญาเช่าพื้นที่เกือบครบทุกพื้นที่แล้วจึงจะเริ่มดำเนินการก่อสร้างหรือต่อเติมพื้นที่เช่า ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นการเอาเปรียบผู้เช่า ซึ่งผู้เช่าไม่มีหลักประกันอะไรเลย หากผู้ให้เช่าไม่ดำเนินการก่อสร้างหรือต่อเติมพื้นที่เช่าตามแผนผังที่ได้โฆษณาไว้ สัญญาจองจะกำหนดระยะเวลาที่ผู้จองและผู้รับจองจะต้องไปทำสัญญาเช่าพื้นที่ได้จองไว้ หากฝ่ายใดไม่สามารถทำสัญญาได้ภายในกำหนดแบบของสัญญาให้รับเงินจอง

ตามข้อเท็จจริงในสัญญาจองของผู้ให้เช่าพื้นที่ทั่วไปซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปนั้น จะมีการลงนามแต่เพียงด้านผู้จองเท่านั้น ซึ่งมีผลทำให้ผู้จองเพียงฝ่ายเดียว ที่จะต้องมีหน้าที่ต่อผู้รับจอง และข้อสัญญาในสัญญาจองยังระบุข้อความในลักษณะให้ผู้จองต้องรับผิดชอบแต่เพียงฝ่ายเดียวตัวอย่างเช่น

“...หากผู้จองไม่มาทำสัญญาเช่าพื้นที่และ/หรือ สัญญาที่เกี่ยวข้อง ภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันจอง ผู้จองยินยอมให้รับเงินจองที่ชำระแล้วทั้งหมด และสิทธิตามหนังสือจองนี้เป็นอันระงับไปทันที โดยผู้รับจองไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าแต่อย่างใด “...หนังสือสัญญาจองฉบับนี้ ผู้จองจะทำการจำหน่ายจ่ายโอนเปลี่ยนมือหรือ แสวงหาประโยชน์อื่นใดมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้รับจองก่อน และผู้จองจะโอนสิทธิการจองให้กับบุคคลอื่น ผู้จองจะต้องชำระเงินค่าโอนสิทธิให้ผู้รับจองเป็นเงินจำนวน 10,000 บาท

จะเห็นได้ว่าในสัญญาจอง จะไม่มีข้อความให้ฝ่ายผู้ให้เช่าหรือผู้รับจองจะต้องรับผิดชอบผู้จอง แม้ผู้ให้เช่าหรือผู้รับจองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาจองก็ตามอีกประการหนึ่ง การที่ผู้จองจะโอนสิทธิการจองให้แก่บุคคลอื่น ผู้จองจะต้องชำระเงินให้แก่ผู้ให้เช่าเป็นเงินจำนวน 10,000 บาท

เมื่อพิจารณาปัญหาในเรื่องนี้แล้ว ผู้ให้เช่ามิได้เสียหายแต่ประการใด แม้มีการเปลี่ยนมือหรือโอนสิทธิการจองไปให้แก่บุคคลอื่นก็ตาม ซึ่งการจะโอนสิทธิการจองไปให้ใครนั้นเป็นสิทธิของผู้จอง มิใช่สิทธิของผู้รับจอง เมื่อผู้จองจะโอนสิทธิการจองของตนไปให้บุคคลอื่น กลับจะต้องชำระเงินให้กับผู้รับจองอีกเสมือนหนึ่งว่าสิทธิการจองนั้นมีใช่ของตน ซึ่งไม่เป็นธรรมในส่วนนี้ถือประการหนึ่ง หากจะให้เป็นธรรมด้วยกันทั้งสองฝ่าย ในสัญญาจองจะต้องลงลายมือชื่อในใบจองด้วยกันทั้งสองฝ่าย คือ ทั้งผู้จองและผู้รับจอง ผลในทางกฎหมายจะทำให้การจองเป็นสัญญาสองฝ่ายที่คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน ฝ่ายที่คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน และระบุให้ผู้รับจองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้จองหากฝ่ายผู้ขายหรือผู้รับจองเป็นฝ่ายผิดสัญญา

จากปัญหาดังกล่าวมีหลักกฎหมายที่น่ามาวิเคราะห์ปัญหา ดังนี้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า "ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้เช่าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เช่าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเช่าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เช่าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำเพื่อการค้าด้วย และ "ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ" หมายความว่า ผู้เช่าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้เช่ากู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เช่าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเช่าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน² และ

มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป ฯลฯ ที่ทำให้ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น³

เมื่อพิจารณาจาก มาตรา 3 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าประชาชนผู้เช่าพื้นที่จากผู้ให้เช่าพื้นที่ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการการค้าจึงมีสถานะเป็นผู้บริโภค และผู้ให้เช่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ การที่ผู้ให้เช่านำสัญญาที่กำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้ามาใช้ทำสัญญาจอง สัญญาเช่าพื้นที่ สัญญาบริการและสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้เช่า สัญญาดังกล่าวจึงเป็น

² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 3.

³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4.

สัญญาสำเร็จรูปมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สามารถบังคับใช้เท่าที่เป็นธรรมแก่กรณี ตามมาตรา 4 จึงต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล โดยผู้ให้เช่าจะอ้างความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาหรือเสรีภาพในการทำสัญญาไม่ได้

จากปัญหาการจัดทำสัญญาสำเร็จรูปจากฝ่ายผู้ให้เช่าดังกล่าว จึงเกิดปัญหาจากการข้อตกลงล่วงหน้าในสัญญาสำเร็จรูปเรื่องเงินมัดจำว่า หากผู้จองพื้นที่เช่าไม่ไปทำสัญญาเช่าพื้นที่และสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้เช่าพื้นที่ตามวันที่กำหนดไว้ ผู้จองจะถูกริบเงินจองทั้งหมด และสิทธิตามสัญญาจองต้องระงับไปโดยผู้ให้เช่ามีต้องบอกกล่าว เมื่อมาพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าแม้ผู้จองจะมีได้ไปทำสัญญาเช่าพื้นที่กับผู้ให้เช่าตามวันที่กำหนดไว้ แต่ผู้ให้เช่าก็ยังมีได้เกิดความเสียหายแต่อย่างใด เนื่องจากฝ่ายผู้ให้เช่าก็ยังมีได้ดำเนินการก่อสร้างหรือต่อเติมพื้นที่เช่าให้มีความคืบหน้าเพื่อให้เกิดความมั่นใจกับผู้เช่าพื้นที่แต่อย่างใด หรือหากจะเกิดความเสียหายกับผู้ให้เช่าอย่างไร ผู้ให้เช่าก็ต้องบอกกล่าวและแจ้งความเสียหายที่เกิดขึ้นให้ผู้เช่าพื้นที่รับทราบก่อนความตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ได้บัญญัติว่า

"ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความสำเร็จรูป ไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ"

ข้อสัญญาเรื่องมัดจำดังกล่าวจึงถือเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งหากฝ่ายผู้ให้เช่าได้รับความเสียหายที่เกิดจากการจองของผู้เช่าพื้นที่อย่างไร ก็ให้บัญญัติให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีอยู่แล้ว แต่ทั้งนี้ผู้ให้เช่าก็ต้องแสดงให้เห็นได้ว่าได้รับความเสียหายอย่างไรด้วยเช่นกัน

หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เงินจอง ถือเป็นเงินมัดจำหรือไม่ ความหมายของการวางมัดจำในต้วบภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Unless earnest is given” ซึ่งเป็นคำเดียวกับคำว่า “มัดจำ” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 และ378 จึงมีความหมายเหมือนกัน คืออาจเป็นสิ่งของหรือเงินก็ได้ที่คู่สัญญา

มอบให้ไว้ล่วงหน้าเป็นการยืนยันประกันว่าจะปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงไว้ ฝ่ายใดจะเป็นผู้ให้ก็ได้และเมื่อให้ไว้แล้วก็เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี ไม่ว่าฝ่ายรับหรือฝ่ายที่วางมัดจำยอมฟ้องร้องบังคับคดีได้ทั้งสองฝ่าย

บทบัญญัติในบรรพ 2 มาตรา 377 บัญญัติว่า “เมื่อเข้าทำสัญญาถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่ากรณีที่ให้มัดจำนั้นยอมเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่งมัดจำนี้ยอมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย”⁴

มาตรา 378 บัญญัติว่า “มัดจำนั้น ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ท่านให้เป็นไปดังจะกล่าวต่อไปนี้คือ

- (1) ให้ส่งคืน หรือจัดเอาเป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้
- (2) ให้รับ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตก เป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ หรือถ้ามีการเลิก สัญญาเพราะความผิดของฝ่ายนั้น
- (3) ให้ส่งคืน ถ้าฝ่ายที่รับมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตก เป็นพันวิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนี้ต้องรับผิดชอบ⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2527⁶ ในการซื้อขายบ้านและที่ดินพิพาท ระหว่างโจทก์จำเลย มีการทำหลักฐานกันไว้ตามใบจองเอกสารหมายเลข จ. 1 ฉบับเดียว ซึ่งมีใจความว่าจำเลยตกลงจองบ้านแบบ พ. พร้อมที่ดินแปลงหมายเลขที่ 128 ของโจทก์ผู้ขาย โดยตกลงชำระเงินให้โจทก์ในวันจองเป็นเงิน 40,600 บาท และจะชำระต่อไป งวดที่ 1 ในวันที่ 20 มิถุนายน 2518 เป็นเงิน 19,000 บาท ส่วนค่าบ้านค่าที่ดินงวดต่างๆ จะชำระภายใน 30 วัน นับจากรับแจ้งจากโจทก์ทุกครั้งไป หากจำเลยไม่ชำระตาม กำหนดเวลาให้ถือว่าจำเลยผิดนัดและสละสิทธิในบ้านและที่ดินที่สั่งจองไว้ ยอมให้โจทก์รับเงินที่ชำระไปแล้วทั้งสิ้นและลงชื่อโจทก์จำเลย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าใบจองนี้มี ลักษณะเป็นหลักฐานแห่งสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์รายพิพาท⁷

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 377.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 378.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2527, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2561, <http://deka.supremecourt.or.th/search>

⁷ รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 44 ปีการศึกษา 2534, เล่ม 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2534) หน้า 173.

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

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้"

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

ตามพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การ

⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

ประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดัดเจน⁹

เมื่อพิจารณาบทกฎหมายข้างต้นจึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ประกอบการและใช้อย่างแพร่หลาย และผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า ข้อสัญญาเรื่องการรับเงินจองและเงินมัดจำดังกล่าวข้างต้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าเช่าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา

สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส ลักษณะของสัญญาที่กฎหมายฝรั่งเศสให้การคุ้มครองไม่เน้นที่ลักษณะของการเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปเช่นกฎหมายเยอรมัน แต่เน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่าถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ไม่ประกอบการหรือผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปเช่นกฎหมายเยอรมัน เน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่า ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ไม่ประกอบการหรือผู้บริโภคแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาชนิดใด ไม่ว่าจะ เป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับ การเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบ มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิด ความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ

⁹ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

เหตุที่นักกฎหมายฝรั่งเศสไม่จำกัดความหมายของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ในกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากนักกฎหมายเห็นว่าลักษณะของสัญญาดังกล่าวไม่ตายตัวและเป็น การลำบากที่จะกำหนดลักษณะเฉพาะออกมาได้ เพราะลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจอยู่ใน รูปแบบของสัญญาประเภทใดก็ได้ และอยู่ในเอกสารชนิดใดก็ได้โดยไม่จำกัดวัตถุแห่งหนี้และประเภท ของทรัพย์สินที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

องค์กรที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศส ฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d'Etat ซึ่งมี องค์ประกอบของคณะกรรมการจากบุคคลฝ่ายต่างๆ เช่น ตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมาย ตัวแทนฝ่าย บริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ประกอบการวิชาชีพ รวมทั้งหมด 15 คน (มาตรา 36) ทำ หน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบการวิชาชีพหรือผู้บริโภค เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคม ผู้ประกอบการวิชาชีพให้ พิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือ แก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม และประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ

ตัวอย่างเช่น กฎหมายเลขที่ 78-464 วันที่ 28 มีนาคม 1978 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่ เป็นธรรมที่คณะกรรมการได้พิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคดังนี้

(1) ในสัญญาซื้อขายที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเลิกหรือลดสิทธิในการชดใช้ค่าเสียหาย ให้แก่คู่สัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา

(2) กรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพ มีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์สินที่จะส่งมอบ หรือบริการที่จะต้อง ดำเนินการให้

(3) กรณีที่ข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพไม่อาจประกันความรับผิดชอบตาม สัญญาที่มีการส่งมอบของหรือให้บริการที่ไม่ชัดเจน

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ประกาศแจ้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายฉบับที่ 2 วันที่ 22 ธันวาคม 1987 ได้กำหนดข้อสัญญามาตรฐาน สำหรับ สัญญาให้ประกันและบริการภายหลังการขายเกี่ยวกับอุปกรณ์ไฟฟ้าภายในบ้าน นอกจากนี้ คณะกรรมการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังได้ทำประกาศเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาของผู้บริโภค 30 รายการ ที่แนะนำให้ผู้ประกอบการธุรกิจและสมาคมทางการค้าควรใช้ในสัญญา นอกจากนี้ยังมีกฎหมาย

ฉบับล่าสุด คือ กฎหมายฉบับที่ 5 มกราคม 1988 ที่กำหนดให้องค์กรผู้บริโภคมีสิทธิขอให้ศาลสั่งห้ามการใช้คำที่มีความหมายพิเศษในสัญญาธุรกิจสำเร็จรูปกับผู้บริโภค

การที่กฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามา ช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่าข้อสัญญาลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล

จากตัวอย่างกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมทั้งของเยอรมัน และของฝรั่งเศส ซึ่งมีหลักการและเหตุผลของกฎหมายเดียวกัน คือมีจุดมุ่งหมายบังคับแก่ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่าได้กำหนดข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาร่วมทำสัญญา โดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของข้อสัญญาให้เกิดความเหมาะสม

4.2 ปัญหาเรื่องการโฆษณาประชาสัมพันธ์

การโฆษณาประชาสัมพันธ์เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับธุรกิจการค้า ยิ่งธุรกิจประเภทใหม่ จำเป็นต้องโฆษณาให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบ ถ้าไม่มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ ประชาชนก็จะไม่รู้สินค้าก็จะจำหน่ายไม่ได้ หรือได้บ้างก็ไม่มาก ไม่คุ้มกับการลงทุน ผู้ให้เช่าพื้นที่มีวิธีการชักชวนประชาชนให้คล้อยตามคำโฆษณา มีการพรรณนาผังโครงการที่สวยงาม มีระบบสาธารณูปโภค มีสิ่งอำนวยความสะดวก สะดวกในโครงการมากมาย ปัญหาที่เกิดขึ้นแก่ผู้เช่า คือ ข้อความในคำโฆษณานั้น แจ้งไว้ว่าจะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ มากมายหลายประการ อาทิเช่น ถนนทางเข้าโครงการมีความกว้างขนาดมาตรฐาน เช่น 8 เมตร หรือ 10 เมตร สะพานทางเชื่อมที่สามารถเดินข้ามจากถนนฝั่งตรงข้าม หรือศูนย์การค้าฝั่งตรงข้าม เชื่อมเข้าถึงภายในศูนย์การค้าในบริเวณชั้น 1 และชั้น 2 ฯลฯ สิ่งเหล่านี้ทำให้ประชาชนที่จะเช่าพื้นที่ได้ตัดสินใจที่จะเช่าพื้นที่ในโครงการที่มีสิ่งต่างๆ ในคำโฆษณา แต่เมื่อได้ทำสัญญาเช่าพื้นที่และสัญญาที่เกี่ยวข้องแล้ว หรือแม้กระทั่งในวันทำสัญญาเช่าพื้นที่ ข้อความต่างๆ เหล่านี้ก็มิได้มีไว้ในสัญญาแต่อย่างใด เมื่อมีการส่งมอบพื้นที่และผู้เช่าได้เข้าตกแต่งและเปิดร้านจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการแล้ว ผู้ให้เช่าก็ยังมีได้ดำเนินการก่อสร้างสิ่งต่างๆ ตามที่ได้โฆษณาไว้ เมื่อชำระเงินค่าเช่าพื้นที่ล่วงหน้าตามระยะเวลาการเช่าแล้ว ผู้ให้เช่าจะรับส่งมอบพื้นที่เช่าให้กับผู้เช่าในทันที ทั้งที่ยังมิได้ดำเนินการในเรื่องสาธารณูปโภคให้แล้วเสร็จ

สาเหตุประการหนึ่งให้ผู้ให้เช่าได้ทำการโฆษณาแผนผังโครงการก่อนที่จะได้รับอนุญาต ก็เพราะขั้นตอนการขออนุญาตที่ล่าช้า ใช้เวลานานซึ่งมีขั้นตอนการขออนุญาตไว้พอสมควร ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวนี้น ผู้ให้เช่าได้ดำเนินการโฆษณาไปก่อน ซึ่งจะทำประโยชน์ให้แก่ผู้ให้เช่าในหลายด้านเช่น

1. ในด้านการเงิน สามารถเปิดให้ผู้สนใจเข้าจองพื้นที่ และได้รับเงินจอง ทำให้มีเงินหมุนเวียนในกิจการ ในช่วงก่อนได้รับใบอนุญาตเป็นเงินจำนวนมาก

2. ในด้านการตลาด สามารถเปิดการขายได้ก่อนคู่แข่ง และเป็นการวัดคะแนนความนิยมของผู้บริโภค หรือประชาชนผู้ต้องการเช่าพื้นที่ในโครงการของตน โดยใช้จำนวนผู้จองเป็นตัววัดว่าสมควรจะดำเนินโครงการต่อไปหรือไม่ หรือใช้ในการปรับแผนการดำเนินการให้เป็นไปตามที่ตลาดต้องการ

แต่เดิมนั้นเมื่อมีผู้ร้องเรียนต่อสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค จะพิจารณามีคำสั่งให้ดำเนินการแก้ไข ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ข้อ 27 และ 28 แล้วแต่กรณี มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งผู้ประกอบการทุกรายจะดำเนินธุรกิจในรูปแบบของนิติบุคคล โทษจำคุกจึงไม่มีความหมายและใช้ไม่ได้ผลกับธุรกิจประเภทของนิติบุคคล สำหรับโทษปรับนั้นก็เบาบางมาก ปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท ผู้ให้เช่าสามารถที่จะชำระค่าปรับได้ เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ธุรกิจของตนเองจะได้รับ วิธีการที่ผู้ให้เช่าใช้สำรวจความต้องการของประชาชนก่อนด้วยการโฆษณา ถ้ามีผู้มาจองมากหรือจองหมดก็จะดำเนินการต่อไป แต่ถ้ามีผู้มาจองน้อยก็จะล้มเลิกโครงการโดยไม่ต้องเสียเงินลงทุนมาก

จากปัญหาดังกล่าวมีหลักกฎหมายที่นำมาวิเคราะห์ปัญหา ดังนี้

ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เกี่ยวกับการโฆษณา ในมาตรา 47-51 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 47 ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นอย่างตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกระทำความผิดซ้ำอีก ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 48 ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา 22 (3) หรือ (4) หรือข้อความตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22 (5) หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 หรือมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 49 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 50 ถ้าการกระทำตามมาตรา 47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 เป็นการกระทำของเจ้าของสื่อโฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น

มาตรา 51 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 47 มาตรา 48 มาตรา 49 หรือมาตรา 50 เป็นความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำต้องระวางโทษปรับวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือไม่เกินสองเท่าของค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการโฆษณานั้น ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม

สรุปได้ว่า มาตรา 47-51 ได้บัญญัติโทษปรับไว้สูงสุดไม่เกินหนึ่งแสนบาท โดยกำหนดโทษสำหรับการโฆษณาอันเป็นเท็จ หรือโฆษณาข้อความที่รู้หรือควรอยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด มีโทษปรับอย่างเดียวไม่เกินห้าหมื่นบาท

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้มีองค์กรพิเศษขึ้นรับผิดชอบควบคุมดูแลคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคโดยเฉพาะในด้านนี้ คือ “คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา” ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 คณะกรรมการว่าด้วยโฆษณามีอำนาจและหน้าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมาย คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจหน้าที่ดำเนินการคุ้มครอง

ผู้บริโภคตามมาตรา 22 ถึงมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 เฉพาะเรื่องที่ยังมิได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ดังนี้

ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจโฆษณาโดยใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(ก) ถ้าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง หรือเป็นข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำการโฆษณาแก้ไขข้อความ หรือวิธีการในการโฆษณา ห้ามการใช้ข้อความ

บางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา ห้าม การโฆษณา หรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา และหรือใช้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

(ข) ถ้าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดย อ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ หรือเป็นข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน หรือเป็นข้อความอย่างอื่นตามที่กฎหมายในกฎกระทรวง คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งในทำนองเดียวกันกับข้อ (ก) หรือเสนอความเห็นให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคดำเนินคดีกับผู้กระทำการโฆษณาดังกล่าว

ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าหรือบริการใดของผู้บริโภค จำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพ ฐานะ และรายละเอียดอย่างอื่นเกี่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจ

คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณา สินค้าหรือบริการนั้น ต้องให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีมติวินิจฉัยว่าข้อความโฆษณานั้นมีลักษณะอันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คือ เป็นข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาก็จะใช้อำนาจออกคำสั่ง อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้หรือหลายอย่างให้ผู้กระทำการโฆษณาปฏิบัติ คือ

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

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

การฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการฯ เป็นความผิดทางอาญา และจะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การไม่ส่งเอกสารหรือไม่มาชี้แจงต่อคณะกรรมการฯ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 46) ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการฯ ที่สั่งตามมาตรา 27 และมาตรา 28 คือให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา ห้ามใช้ข้อความบางอย่างในการ โฆษณา และให้โฆษณาแก้ไขความเข้าใจผิด มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 49) แต่ถ้าเป็นการกระทำของเจ้าของสื่อ โฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำคงมีโทษเพียงกึ่งหนึ่ง และถ้าเป็นการกระทำความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำอาจถูกลงโทษปรับวันละไม่เกินห้าพันบาทหรือไม่เกินสองเท่าของค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการ

โฆษณาอันตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม (มาตรา 15) นอกจากนี้ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท (มาตรา 47)¹⁰

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 57 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”¹¹ และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ”...¹²

หลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ให้เข้ามีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลดังกล่าวอย่างถูกต้องและโปร่งใสแก่ผู้บริโภค¹³ การได้รับข้อมูลดังกล่าวอย่างไม่ถูกต้องและโปร่งใสจากผู้ให้เข้าทำให้เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภค ตัวอย่าง เช่น การโฆษณาว่าจะก่อสร้างสะพานทางเชื่อมที่สามารถเดินข้ามจากถนนฝั่งตรงข้าม หรือศูนย์การค้าฝั่งตรงข้าม เชื่อมเข้าถึงภายในศูนย์การค้าในบริเวณชั้นที่ 1 และ 2 ปรากฏว่าไม่สามารถก่อสร้างได้ภายในกำหนดเปิดโครงการ

¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 47-มาตรา 51.

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 57.

¹² อนุวัฒน์ ธรรมชัย, รายงานการวิจัยส่วนบุคคล เรื่องบทบาทของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในกรแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคด้านอสังหาริมทรัพย์ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานเลขาธิการนายกรัฐมนตรีน (กรุงเทพฯ : ม.ป.ท. 2540-2541), หน้า 31

¹³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 4.

การที่ผู้ให้เช่ามีเจตนาหลอกลวงผู้เช่ามาแต่แรกตั้งแต่วันทำสัญญานั้น ถือว่าผู้ให้เช่ามีเจตนาทุจริตหลอกลวงผู้เช่าด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และการหลอกลวงตั้งแต่วันนั้น ทำให้หลอกลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้เช่าการกระทำของผู้ให้เช่าจึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 ประกอบกับ มาตรา 343 ผู้ให้เช่ามีความผิดและต้องระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อีกส่วนหนึ่ง

กรณีดังกล่าว ผู้เช่าจะเรียกร้องให้ผู้ให้เช่าดำเนินการสร้างตามที่ได้โฆษณาไว้ได้หรือไม่ ข้อความในโฆษณาจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าหรือไม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้เช่าดังกล่าวเมื่อผู้ให้เช่าไม่สามารถดำเนินการตามที่ได้โฆษณาไว้ เมื่อผู้เช่ารับมอบพื้นที่เช่าแล้ว แต่ผู้ให้เช่ายังไม่ดำเนินการไว้ตามที่โฆษณา ผู้เช่าจะเรียกร้องให้ผู้ให้เช่าดำเนินการอย่างไรได้หรือไม่

เมื่อมาพิจารณาจากสัญญาเช่าพื้นที่ของผู้ให้เช่าแล้ว จะไม่มีปรากฏอยู่ในสัญญาดังกล่าว หรือถ้าจะมีปรากฏอยู่บ้างก็จะมีในลักษณะยกเว้น หรือ ยกเลิก ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าพื้นที่ที่ระบุไว้ว่า... “สัญญานี้ยกเลิกข้อตกลง และสัญญาอื่นใดที่อาจมีมาก่อนระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะไม่ถือข้อตกลงอ้างด้วยวาจาในโฆษณาใดๆ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้...”

ข้อความดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงความเอาเปรียบของผู้ให้เช่า กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญาเช่าพื้นที่ ผู้ให้เช่าได้โฆษณาการก่อสร้างโครงการแล้วเสร็จไว้อย่างสวยงาม เพื่อจูงใจให้ผู้เช่าเช่าทำสัญญาจอง และวางเงินจองไปแล้วจำนวนหนึ่ง เมื่อมาถึงคราวทำสัญญาเช่าพื้นที่ได้ระบุยกเลิกสัญญาอื่นๆ ที่ทำมาก่อนหน้านี้รวมทั้งโฆษณา ทางด้านผู้เช่าแม้จะเห็นว่าไม่ถูกต้องหากไม่เช่าทำสัญญาเช่าพื้นที่ก็จะเป็นผู้ผิดสัญญาจองซึ่งจะถูกริบเงินจองได้

เมื่อสัญญาเช่าพื้นที่ระบุให้สัญญาอื่นใดที่ทำมาก่อนหน้านี้ให้เป็นอันยกเลิกรวมทั้งการโฆษณาที่ได้แจ้งไว้ ก็ไม่สามารถบังคับหรือเรียกร้องกันได้อีก การโฆษณาเป็นเพียงการจูงใจหรือชักชวนให้ผู้บริโภคเช่าทำสัญญา ข้อความในโฆษณา โดยทั่วไปไม่ใช่สิ่งที่มีผลบังคับกันได้ ถ้าไม่ปรากฏอยู่ในสัญญาเช่าพื้นที่หรือเอกสารแนบต่อท้ายสัญญาเช่าพื้นที่ ดังนั้น ถ้าไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกตามโฆษณา อยู่ในสัญญาเช่าพื้นที่ก็ไม่ถือว่าการโฆษณาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ผู้เช่าจึงไม่สามารถเรียกร้องหรือบังคับให้ผู้ให้เช่าดำเนินการได้โดยตรง แต่หากนำข้อมูลจากผู้ให้เช่าใช้โฆษณา ไม่ว่าจะโฆษณาเรื่องรูปลักษณ์ความสวยงาม หรือสิ่งอำนวยความสะดวกก็ตาม แนบไว้ท้ายสัญญาหรือเป็นเอกสารต่อท้ายสัญญา ข้อมูลดังกล่าวก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบังคับตามกฎหมายกับผู้ให้เช่าได้

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3374/2559 ศาลวินิจฉัยว่า ตามคำโฆษณาโครงการยูเนียนมอลล์ของจำเลย ภายในโครงการนอกจากจะมีพื้นที่ให้เช่าขายสินค้าแล้วยังมีร้านอาหาร สถานที่ออกกำลังกาย และสถานที่อื่นๆ อีก แสดงว่าจำเลยมีเจตนาจัดให้มีสถานบริการดังกล่าวเพื่อจูงใจให้ลูกค้าจองสิทธิและทำสัญญาเช่าพื้นที่ภายในโครงการ การเช่าพื้นที่ภายในโครงการระหว่างโจทก์กับจำเลยมีเหตุผลให้เชื่อว่า เกิดจากเจตนาของจำเลยที่เสนอจะจัดให้มีสถานบริการดังกล่าวตามที่จำเลยโฆษณาไว้ และโจทก์ได้แสดงเจตนาสนองรับเข้าทำสัญญาเช่าพื้นที่ดังกล่าวเพราะเชื่อตามที่จำเลยได้โฆษณาไว้ซึ่งจะเป็นโครงการที่ทันสมัยมีผู้คนเข้าไปจับจ่ายใช้สอยจำนวนมากทำให้โจทก์ มีโอกาสที่จะจำหน่ายสินค้าของโจทก์ได้มากขึ้น คู่การค้ากับการลงทุนเช่าพื้นที่ แม้ข้อความในสัญญาเช่าจะไม่ได้ระบุข้อความตามที่จำเลยโฆษณาไว้ก็ตาม แต่จำเลยก็ต้องผูกพันและมีหน้าที่ต้องจัดให้ มีสถานบริการตามคำโฆษณาที่โฆษณาไว้ต่อโจทก์และลูกค้ารายอื่น คำโฆษณาของจำเลยที่มีลักษณะเป็นการจูงใจโจทก์ให้เข้าทำสัญญาเช่าพื้นที่นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าพื้นที่ภายในโครงการระหว่างโจทก์กับจำเลยด้วย เมื่อปรากฏว่าในวันเปิดโครงการจำเลยยังดำเนินการจัดให้มีสถานบริการและกิจการตามคำโฆษณาดังกล่าวของจำเลยไม่ครบถ้วน โดยไม่ปรากฏเหตุแห่งความล่าช้าที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของจำเลย จำเลยจึงเป็นฝ่ายปฏิบัติผิดสัญญาเช่า โจทก์มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าแก่จำเลยโดยโจทก์และจำเลยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง¹⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15846/2557 ในการโฆษณาให้เช่าพื้นที่โครงการของจำเลยระบุว่าให้มีสถานบริการประเภทร้านค้า ร้านอาหารและ สถานที่ออกกำลังกายภายในพื้นที่โครงการของจำเลย แสดงว่าโครงการของจำเลยมีเจตนาจัดให้มีสถานบริการเพื่อจูงใจให้ลูกค้าเช่าจองสิทธิและทำสัญญาเช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้ายูเนียนมอลล์ในโครงการ การทำสัญญาเช่าพื้นที่ศูนย์การค้าของโจทก์กับจำเลยจึงเกิดจากเจตนาของจำเลยที่เสนอจะจัดให้มีสถานบริการดังกล่าวในพื้นที่ตามที่จำเลยได้โฆษณาไว้และโจทก์แสดงเจตนาสนองรับเข้าทำสัญญาเช่าเพราะเชื่อตามที่จำเลยได้โฆษณา แม้ข้อความในสัญญาเช่าจะไม่ได้ระบุข้อความว่าจำเลยจะต้องจัดให้มีกิจการตามคำโฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลยก็ตาม แต่จำเลยก็ต้องผูกพันและมีหน้าที่ต้องจัดให้มีกิจการตามคำโฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลย คำโฆษณาของจำเลยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าพื้นที่ศูนย์การค้าระหว่างโจทก์กับจำเลยด้วย เมื่อปรากฏว่าในวันเปิดศูนย์การค้าของจำเลย จำเลยยังดำเนินการจัดให้มีกิจการ

14

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3374/2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2561,

<http://deka.supremecourt.or.th/search>

ตามคำโฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลยไม่ครบถ้วนตามที่โฆษณาไว้โดยไม่ปรากฏเหตุแห่งความล่าช้า ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของจำเลย จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์มีสิทธิบอกเลิกสัญญา แก่จำเลยโดยโจทก์และจำเลยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง ส่วนจำเลยที่ 2 เป็นกรรมการของบริษัทจำเลยที่ 1 กระทำการภายในขอบอำนาจของบริษัทจำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว¹⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15124/2557 ข้อความที่ระบุในแผ่นพับโฆษณาให้เข้าพื้นที่อาคารของจำเลยที่ 1 เป็นต้นว่า มีร้านค้ากว่า 250 ร้าน โดยชั้นล่างเป็นพื้นที่จำหน่ายสินค้า ชั้น 2 เป็นพื้นที่ศูนย์อาหารและร้านค้า ชั้น 3 เป็นพื้นที่สถาบันสอนภาษาและกวดวิชา ศูนย์อาหาร และสำหรับสถานที่จอดรถมีพื้นที่รองรับได้รวม 100 คัน ล้วนเป็นการชักจูงให้ผู้ประกอบธุรกิจสนใจโดยเชื่อมั่นว่าหากข้อเท็จจริงเป็นดังที่ระบุไว้ การเข้าประกอบธุรกิจในสถานที่นี้ย่อมจะบังเกิดผลดีแก่ตน และจำเลยที่ 1 ยังออกบูธประชาสัมพันธ์โครงการ ตัดแผ่นป้ายโฆษณา และพนักงานของจำเลยที่ 1 อธิบายต่อผู้สนใจซึ่งรวมทั้งโจทก์ว่า ในศูนย์การค้านี้จะมีร้านค้าที่มีชื่อเสียง รวมตลอดทั้งจำเลยที่ 1 จะทำแผนการตลาดให้ทีมบริหารที่มีความสามารถทำการชักจูงลูกค้าให้เข้าใช้บริการประกอบธุรกิจภายในอาคาร แต่ข้อเท็จจริงมิได้เป็นเช่นนั้น ดังนี้ สัญญาให้ได้รับสิทธิการเช่าบูธและสัญญาเช่าพื้นที่ในอาคารระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 ที่ทำไว้ต่อกัน เป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งทั้งสองฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันแม้แผ่นพับโฆษณามีได้แนบรวมอยู่ในสัญญาด้วยก็ตาม ต้องถือว่าข้อเท็จจริงที่โฆษณาไว้เป็นสาระสำคัญที่จำเลยที่ 1 มีเจตนาชักจูงใจให้โจทก์เข้าทำสัญญาด้วย เมื่อจำเลยที่ 1 มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่โฆษณา จึงถือมิได้ว่าโจทก์ได้รับมอบพื้นที่ให้เช่าตรงตามที่ตกลงกันไว้ จำเลยที่ 1 ต้องคืนเงินเพื่อให้ได้รับสิทธิในการเช่าแก่โจทก์ รวมทั้งค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายในการตกแต่งสถานที่ที่โจทก์เสียไปในการเข้าดำเนินการตามสิทธิแห่งสัญญา¹⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4413/2555 แม้ข้อความในบันทึกชำระค่าจองสิทธิการเช่าและสัญญาเช่าจะไม่ได้รับข้อความว่าจำเลยจะต้องจัดให้มีกิจการตามคำโฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลยให้ครบถ้วนเมื่อใดก็ตามแต่จำเลยก็ต้องผูกพันและมีหน้าที่ต้องจัดให้มีกิจการตามคำโฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลยตามเจตนาที่เสนอโดยประกาศโฆษณาไว้ต่อโจทก์ แผ่นโฆษณาแสดงภาพจำลอง

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15846/2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2561, <http://deka.supremecourt.or.th/search>

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15124/2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2561, <http://deka.supremecourt.or.th/search>

อาคารศูนย์การค้าของจำเลยนั้นถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าพื้นที่ศูนย์การค้าระหว่างโจทก์กับจำเลยด้วย เมื่อปรากฏว่าในวันเปิดศูนย์การค้าของจำเลย จำเลยยังดำเนินการจัดให้มีกิจการตามคำโฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลยไม่ครบถ้วนตามที่จำเลยได้โฆษณาไว้ โดยไม่ปรากฏเหตุแห่งความล่าช้าที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของจำเลย จำเลยจึงเป็นฝ่ายประพฤติผิดสัญญาดังกล่าว โจทก์ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาแก่จำเลย โดยโจทก์และจำเลยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง คำโฆษณาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าซึ่งจำเลยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำโฆษณาจำเลยจะอ้างว่าคำโฆษณาของจำเลย เป็นเพียงหนังสือเชิญชวนซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ในอนาคตไม่ได้ เพราะเป็นการเอาเปรียบโจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญา และการมีโรงภาพยนตร์และกิจการตามที่จำเลยได้โฆษณาในศูนย์การค้าของจำเลย ย่อมทำให้มีบุคคลเข้ามาจับจ่ายใช้สอยที่ศูนย์การค้าของจำเลยมากขึ้น ทำให้โจทก์มีโอกาสที่จะขายสินค้าของโจทก์ได้มากขึ้นไปด้วย ไม่ใช่ไม่มีผลต่อกิจการของโจทก์ เมื่อจำเลยเป็นฝ่ายประพฤติผิดสัญญาเช่าพื้นที่ศูนย์การค้า โจทก์ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาแก่จำเลย โดยโจทก์และจำเลยคู่สัญญาจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จำเลยจึงต้องคืนเงินค่าจองสิทธิการเช่าจำนวน 359,000 บาท ให้โจทก์พร้อมดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่จำเลยได้รับไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่งและวรรคสอง¹⁷

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 บัญญัติว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้ ... ฯลฯ¹⁸

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ผู้ให้เช่ามักจะโฆษณาแผนผังโครงการ หรือการจัดสรรพื้นที่เช่าก่อนที่จะขออนุญาตก่อสร้าง ดัดแปลง ต่อเติมหรือ แกะไขอาคาร หรือถ้าได้อนุญาตแล้วแต่โฆษณาแผนผังโครงการผิดไปจากที่ได้รับอนุญาตไว้ จะเป็นการฝ่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ข้อ 22 ซึ่งเมื่อมีการฝ่าฝืนก็จะมีโทษเพียงจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โทษจำคุกนี้ไม่มีความสำคัญกับผู้ให้เช่าที่เป็นนิติบุคคล คงมีผลแต่เฉพาะโทษปรับซึ่งเป็นจำนวนเงินเพียงห้าพันบาทเท่านั้น จึงถือว่าเป็นโทษเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับธุรกิจของผู้ให้เช่าสำหรับผู้เช่าพื้นที่หากผู้ให้เช่าพื้นที่ไม่ดำเนินการตามโฆษณาหรือสร้างไม่ตรงตามแบบที่โฆษณาไว้

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4413/2555, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2561, <http://deka.supremecourt.or.th/search>

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 391.

จะไม่สามารถบังคับได้ตามสัญญาเช่าพื้นที่ ถ้ามิได้มีการกำหนดเรื่องต่อสัญญาเช่าพื้นที่ แต่ผู้เช่าสามารถนำคดีไปร้องเรียนต่อสำนักงานผู้บริโภคได้ ให้เรียกผู้ให้เช่ามารับทราบและดำเนินการหรือพิจารณาดำเนินคดีกับผู้ให้เช่า หรือยื่นฟ้องเป็นโจทก์เองในคดีแพ่ง ปัญหาที่เกิดขึ้นคือผู้ให้เช่ามักจะดำเนินการในฐานะนิติบุคคล และมีที่ปรึกษาทางกฎหมายที่วางแผนจัดการเกี่ยวกับด้านทรัพย์สินของนิติบุคคลไว้หมดแล้ว แม้ผู้เช่าจะชนะคดีตามข้อกฎหมายต่างๆ แต่ก็ไม่สามารถเอาผิดกับผู้แทนของนิติบุคคลให้รับผิดชอบได้ และได้รับชำระเงินคืนจากการที่ได้ชำระเงินค่าเช่าและค่าบริการล่วงหน้าให้กับผู้ให้เช่าไปแล้ว เพราะทรัพย์สินของผู้ให้เช่าได้ถูกวางแผนหลีกเลี่ยงการบังคับคดีไปจนหมดสิ้น จึงควรแก้กฎหมายเพิ่มโทษโดยต้องลงโทษตัวกรรมการผู้จัดการ หรือกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้น ให้รับโทษร่วมกับนิติบุคคลหนักขึ้นด้วย

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา¹⁹

ตามพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35.

พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันตจิตใจ²⁰

เมื่อพิจารณาบทกฎหมายข้างต้น จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ให้เช่า และใช้อย่างแพร่หลาย ซึ่งผู้ให้เช่ามีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า การโฆษณา ภาพถ่าย ข้อความ หรือสื่อออนไลน์ต่างๆ จากผู้ให้เช่าเพื่อจูงใจผู้เช่ามาเช่าพื้นที่ โดยไม่ได้นำรายละเอียดการโฆษณาดังกล่าวมาระบุไว้ในสัญญาและกำหนดบทลงโทษหากผิดสัญญาให้ชัดเจน เมื่อผู้ให้เช่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ให้เช่าดำเนินการหรือเรียกร้องค่าเสียหายจากการหลอกลวงโฆษณาเกินจริงได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าที่ต้องเช่าทำสัญญาสำเร็จรูป เข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาชนิดใด ไม่ว่าจะเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญา สำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการ ชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับความเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบ มีลักษณะไม่เป็นธรรม

²⁰ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3

หรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ

องค์กรที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d'Etat ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพให้พิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมและประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ประกาศแจ้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การที่กฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่าข้อสัญญาลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล มีจุดมุ่งหมายบังคับแกข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่าได้กำหนดข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาร่วมทำสัญญา โดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของข้อสัญญาให้เกิดความเหมาะสม

4.3 ปัญหาข้อสัญญาเกี่ยวกับสิทธิการให้เช่าพื้นที่

การเริ่มต้นธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า ทำเลที่ตั้งของศูนย์การค้าเป็นสิ่งสำคัญอย่างมากในการนำมาโฆษณาให้ประชาชนทั่วไปสนใจและตัดสินใจเช่าพื้นที่ ปัญหาสำคัญของการทำธุรกิจคือ ปัจจุบันมีผู้ให้เช่าพื้นที่จำนวนมากตั้งอยู่ในย่านธุรกิจ โดยเฉพาะพื้นที่ในกรุงเทพมหานครทุกพื้นที่ทั้งบนที่ดินและพื้นที่ในอาคารต่างๆ ถูกนำมาพัฒนาทำธุรกิจต่างๆ เกือบทั้งหมดแล้ว ดังนั้นการสรรหาพื้นที่ ที่มีทำเลที่ตั้งให้เหมาะสมกับธุรกิจให้เช่าพื้นที่ จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่ผู้ให้เช่าพื้นที่จะสรรหาพื้นที่ที่เหมาะสมนำมาพัฒนาต่อ โดยวิธีการซื้อเพื่อให้ได้กรรมสิทธิจากเจ้าของเดิม เพราะ

เจ้าของเดิมอาจไม่ประสงค์จะขายหรือผู้ให้เช่าเองก็ไม่มีความสามารถทางการเงินเพียงพอที่จะซื้อมาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิเองได้

ผู้ให้เช่าจำนวนมากจึงเลือกใช้วิธีการทำสัญญาเช่าระยะยาวจากเจ้าของเดิม เพื่อที่จะสามารถควบคุมปัจจัยเสี่ยงไว้ แล้วจึงนำพื้นที่เช่ามาดัดแปลงต่อเติมออกให้ประชาชนที่สนใจเช่าพื้นที่ โดยผู้ให้เช่าจะระบุข้อความในสัญญาเช่าพื้นที่ทำนองว่า “ผู้ให้เช่าเป็นผู้มีสิทธินำพื้นที่ออกให้เช่า” ซึ่งหมายถึงเป็นผู้มีสิทธินำพื้นที่ออกให้เช่าตามกฎหมายแต่ไม่ใช่ผู้มีกรรมสิทธิที่จริงตามกฎหมาย ทำให้ผู้เช่าเข้าใจได้ว่า ผู้ให้เช่าน่าจะจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในพื้นที่เช่าตามกฎหมายโดยการซื้อเข้ามา โดยไม่มีใครตรวจดูสัญญาให้เช่าพื้นที่ระหว่างเจ้าของเดิมกับผู้ให้เช่า ทั้งนี้ เมื่อเกิดปัญหาการผิดสัญญา ระหว่างเจ้าของเดิมกับผู้ให้เช่า อันเป็นเหตุแห่งการเลิกสัญญาเช่า ทำให้ผู้ให้เช่าไม่สามารถใช้ประโยชน์จากพื้นที่เช่าได้อีกต่อไป และต้องส่งมอบคืนพื้นที่เช่าให้กับเจ้าของเดิมตามสัญญา ส่งผลให้ผู้ให้เช่าไม่มีพื้นที่ให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ตามข้อตกลงในสัญญาเช่าพื้นที่ แต่ผู้เช่าได้รับความเสียหายจากการชำระค่าเช่าให้กับผู้เช่าไปแล้วล่วงหน้าก่อนแล้ว แต่ไม่สามารถใช้พื้นที่ประกอบการตามสัญญาเช่าพื้นที่ได้ แต่ระยะเวลาในการเช่ายังคงมีอยู่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาพิพาทเรื่องการเช่าช่วงระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าที่ปัจจุบันเกิดขึ้นจำนวนมาก และมีผู้เช่าที่ เป็นผู้เสียหายจำนวนมาก

จากปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่า มีบัญญัติถึงเรื่องการเช่าช่วง และการโอนสิทธิการเช่าเอาไว้อย่างชัดเจนเพียง 2 มาตรา คือ มาตรา 544 กับ มาตรา 545 เท่านั้น และทั้งสองมาตราดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติขึ้นตั้งแต่การทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2471 และยังมีได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ทั้งสองมาตราดังกล่าวนี้ ก็ได้บัญญัติถึงเรื่องความหมาย ลักษณะ และความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในเรื่องของการเช่าช่วง และการโอนสิทธิการเช่าเอาไว้ อย่างชัดเจน และถึงแม้ว่าจะมีความเห็นจากการตีความกฎหมายของนักกฎหมายหลายๆ ท่าน หรือ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้อธิบายถึงความหมาย ลักษณะ และความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาทั้งในเรื่องของการเช่าช่วงกับการโอนสิทธิการเช่าว่าควรจะเป็นเช่นใดไว้แล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็น ความเห็นที่ไม่ชัดเจน อันอาจจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในระหว่างคู่สัญญาได้ การคุ้มครองคู่สัญญา ในเรื่องการเช่าช่วง หรือการโอนสิทธิการเช่ายังคงมีความไม่ชัดเจน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวเอาไว้เพียงเล็กน้อยและไม่ชัดเจน จึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาในบางฝ่ายได้²¹ โดยจะแบ่งประเด็นปัญหาออกเป็น

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 544 และ มาตรา 545.

1. ลักษณะของการเช่าช่วง

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 ได้บัญญัติถึงเรื่องการเช่าช่วงไว้เพียงสั้นๆ และไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะของการเช่าช่วงเอาไว้ให้ชัดเจนว่า อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการเช่าช่วง ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนหากเกิดข้อพิพาท เกิดขึ้นว่าข้อเท็จจริงบางประการที่เกิดขึ้นจะสามารถนำบทบัญญัติในเรื่องของการเช่าช่วงมาใช้บังคับได้หรือไม่ ประเด็นหนึ่งที่จะก่อให้เกิดความไม่เป็นที่ยุติแก่คู่สัญญาบางฝ่ายได้ก็คือ นักกฎหมายหลายๆ ท่านรวมถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาบางฉบับซึ่งได้มีการทำคำพิพากษาเป็นแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดว่าการเช่าทรัพย์สินในสัญญาฉบับหลังที่จะถือได้ว่า เป็นการเช่าช่วงนั้นทรัพย์สินที่มีการเช่ากันในสัญญาเช่าฉบับหลังจะต้องเป็นทรัพย์สินชิ้นเดียวกัน กับทรัพย์สินในสัญญาเช่าฉบับแรก การเช่าในครั้งหลังจึงจะเป็นการเช่าช่วงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประเด็นดังกล่าวนี้ จะพิจารณาเฉพาะที่การเช่าในสัญญาเช่าพื้นที่ฉบับแรก เป็นการเช่าเพื่อธุรกิจให้เช่าพื้นที่ ซึ่งผู้ให้เช่าได้แจ้งความประสงค์มาตั้งแต่ก่อนเช่าทำสัญญาแล้วว่า เมื่อทำสัญญาเช่าทรัพย์สินกันเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้ให้เช่าจะนำพื้นที่เช่ามาดัดแปลงต่อเติมแล้วนำออกให้บุคคลอื่นเช่าช่วง หรือมีการโอนสิทธิการเช่าไปให้บุคคลภายนอกเช่าพื้นที่ต่อ ซึ่งเป็นการทำสัญญาเช่าฉบับที่ 2 โดยอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นที่ยุติแก่ฝ่ายผู้ให้เช่า ตลอดจนส่งผลกระทบต่อผู้เช่าได้ เนื่องจากหากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ในการทำสัญญาเช่าพื้นที่ในระหว่างผู้ให้เช่ากับเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ให้เช่ามีข้อสัญญาตกลงกันว่า ผู้ให้เช่าตกลงเช่าพื้นที่จากเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยผู้ให้เช่าจะทำการก่อสร้าง ดัดแปลง ต่อเติมบนพื้นที่เช่าดังกล่าว เมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่าแล้ว ผู้ให้เช่าตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้าง ดัดแปลง ต่อเติม ดังกล่าวตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของกรรมสิทธิ์พื้นที่ เช่นนั้นจะส่งผลทำให้ในระหว่างสัญญาเช่า ผู้ให้เช่าสามารถนำสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวออกให้บุคคลภายนอกเช่าต่อได้ อาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 อันอาจทำให้เจ้าของกรรมสิทธิ์เกิดความเสียหายได้ หากบุคคลภายนอกมาเช่าพื้นที่เช่าจากผู้ให้เช่า แต่ดูแลรักษาทรัพย์สินที่เช่าไม่ดีจนทำให้เกิดความเสียหายแก่พื้นที่เช่า การตีความว่าการเช่าทรัพย์สินที่จะถือเป็นการเช่าช่วงได้นั้น จึงต้องเป็นการเช่าทรัพย์สินชิ้นเดียวกันกับที่เจ้าของกรรมสิทธิ์และผู้ให้เช่าได้มีการเช่ากันมาก่อน จึงเป็นการตีความที่ถูกต้องแล้ว

ในส่วนประเด็นเรื่องความระงับหรือสิ้นสุดลงของสัญญาเช่าทรัพย์สินจะส่งผลต่อสัญญาเช่าช่วงหรือไม่นั้น เมื่อการเช่าทรัพย์สินนั้นบุคคลผู้นำทรัพย์สินไปเช่าออกให้เช่ามีจำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์สัญญาเช่าก็มีผลสมบูรณ์ ประกอบกับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 ได้บัญญัติเอาไว้แต่เพียงว่าหากการเช่าช่วงเกิดขึ้นโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ก่อนแล้วจะ

ส่งผลเพียงว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิเพียงบอกเลิกสัญญาเช่าทรัพย์สินเท่านั้น เช่นนี้แล้วการที่สัญญาเช่าทรัพย์สินฉบับแรก ในระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์กับผู้ให้เช่าจะได้รับการชำระหรือสิ้นสุดลงด้วยประการใดๆ ก็ตาม จะไม่ส่งผลทำให้สัญญาเช่าในฉบับที่สองในระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าช่วงชำระหรือสิ้นสุดลงไปด้วยสัญญาเช่าช่วงในระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าช่วงยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาอยู่เช่นเดิม เพียงแต่เมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์มาเรียกทรัพย์สินจากผู้เช่าช่วง โดยอาศัยอำนาจตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336²² ผู้เช่าช่วงก็ต้องคืนทรัพย์สินดังกล่าวแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ หากผู้เช่าช่วงเกิดความเสียหายอย่างใด ๆ ขึ้น ผู้เช่าช่วงคงทำได้เพียงเรียกร้องเอาจากผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่าช่วงในฐานรอนสิทธิ ดังนั้น การตีความในเรื่องดังกล่าวนี้จึงสามารถตีความได้ว่า ความชำระหรือสิ้นสุดลงของสัญญาเช่าทรัพย์สินจะไม่ส่งผลทำให้สัญญาเช่าช่วงชำระหรือสิ้นสุดลง นอกจากนี้หากสัญญาเช่าทรัพย์สินได้ชำระหรือสิ้นสุดลงเนื่องจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยมิได้เกิดจากการกระทำของผู้เช่าช่วงแล้ว เจ้าของกรรมสิทธิ์ควรที่จะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าช่วงที่มีต่อผู้เช่าช่วงแทนผู้เช่า ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติเป็นแนวทางไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิผู้เช่าช่วงทั้งกรณีผู้เช่าช่วงทราบและไม่ทราบถึงการให้เช่าช่วงผู้ให้เช่าก็ตาม

2. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เช่าช่วง

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 545 ได้กำหนดในเรื่องความรับผิดชอบของผู้เช่าช่วงไว้แต่เพียงว่า “...ผู้เช่าช่วงย่อมต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยตรง...” แต่ก็ไม่ได้บัญญัติต่อไปว่าผู้เช่าช่วงจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าในขอบเขตแค่ไหน อย่างไร ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาข้อถกเถียงขึ้นว่า เมื่อเกิดปัญหาหรือความเสียหายบางประการ กรณีดังกล่าวใครจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบผู้เช่าช่วงจะต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้เช่าช่วงที่มีต่อผู้ให้เช่าโดยตรงเอาไว้เช่นนี้นั้น เป็นการบัญญัติเอาไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากหลักทั่วไปที่สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความเท่านั้น ดังนั้น การตีความข้อยกเว้นจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 545 นั้น ได้บัญญัติต่อมาถึงเรื่องค่าเช่าเท่านั้นการตีความจึงสามารถตีความได้ว่าหน้าที่ของผู้เช่าช่วงที่มีต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยตรงนี้หมายถึง เฉพาะหน้าที่ในเรื่องของค่าเช่าเท่านั้น ผู้เช่าช่วงจะไม่มีหน้าที่อื่นใดต่อผู้ให้เช่าอีก

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1336.

ค่าเช่าที่ผู้เช่าช่วงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยตรงนี้เป็นค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน มิใช่ค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วง เนื่องจากการที่เจ้าของกรรมสิทธิ์เกิดสิทธิในการเรียกเอาค่าเช่าจากผู้เช่าช่วง ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 นี้เกิดขึ้นเนื่องจากเจ้าของกรรมสิทธิ์เรียกเอาค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินจากผู้ให้เช่าแต่ผู้ให้เช่าไม่ชำระค่าเช่าหรือชำระค่าเช่าไม่ครบ ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า แม้ผู้เช่าช่วงจะได้ชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วงให้แก่ผู้ให้เช่าแล้วก็ตาม ผู้เช่าช่วงก็ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ เช่นนี้เราสามารถตีความได้ว่าเมื่อผู้เช่าช่วงชำระหนี้ตามสัญญาเช่าช่วงแล้วสิทธิเรียกร้องดังกล่าวย่อมระงับสิ้นไป ดังนั้น สิทธิเรียกร้องที่ยังคงมีอยู่ก็คือสิทธิเรียกร้องในค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน มิใช่ว่าแค่สิทธิเรียกร้องในค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วงจะได้ระงับสิ้นไปแล้ว ผู้เช่าช่วงยังก็ต้องชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วงต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยผู้เช่าช่วงต้องรับผิดชอบชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่ไม่เกินจำนวนที่ได้กำหนดเอาไว้ในสัญญาเช่าช่วง เนื่องจากอาจจะก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เช่าช่วงมากเกินไป เช่น ผู้ให้เช่าเช่าพื้นที่ เพื่อทำร้านค้าจากเจ้าของกรรมสิทธิ์มา 1,000 ร้าน ต่อมาผู้เช่าช่วงได้เช่าช่วงร้านค้าจากผู้ให้เช่ามาเพียง 1 ร้าน เช่นนี้หากผู้เช่าช่วงต้องรับผิดชอบในค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินทั้งหมดแล้วย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าช่วงเป็นอย่างยิ่ง โดยเจ้าของกรรมสิทธิ์จะเกิดสิทธิในการเรียกเอาค่าเช่าจากผู้เช่าช่วงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 ก็ต่อเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้เรียกเอาค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินจากผู้ให้เช่าก่อน แล้วผู้ให้เช่ามิได้ชำระค่าเช่าหรือชำระค่าเช่าไม่ครบ เช่นนี้เจ้าของกรรมสิทธิ์จึงจะมีสิทธิตามมาตรา 545

นอกจากนี้แล้วในการทำสัญญาเช่าบางประเภทก็มักจะมีข้อกำหนดข้อสัญญาบางประการที่ไม่มีหรือแปลกแตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในเรื่องของการเช่าทรัพย์สิน เช่น ในการเช่าพื้นที่ในห้างสรรพสินค้าหรือในย่านธุรกิจ เจ้าของกรรมสิทธิ์มักจะกำหนดข้อสัญญาข้อหนึ่งเอาไว้ว่า "ผู้เช่าจะต้องทำการเปิดร้านทุกวัน ห้ามปิดร้าน หรืออาจจะกำหนดว่าอนุญาตให้ปิดร้านได้ไม่เกินสามวัน หากฝ่าฝืนจะต้องเสียค่าปรับต่อวัน" เช่นนี้หากต่อมาผู้ให้เช่าได้นำพื้นที่ดังกล่าวที่ตนได้เช่ามาออกให้แก่บุคคลอื่นเช่าช่วงต่ออีกทอดหนึ่งแล้ว ผู้เช่าช่วงจะมีหน้าที่ที่ต้องทำการเปิดร้านทุกวันหรือปิดร้านได้ไม่เกินกว่าที่ได้กำหนดเอาไว้ในสัญญาเช่าในระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์กับผู้ให้เช่าด้วยหรือไม่ เมื่อหน้าที่ของผู้เช่าช่วงที่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยตรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 มีเพียงในเรื่องของค่าเช่าเท่านั้น ผู้เช่าช่วงจึงไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามสัญญาเช่าทรัพย์สินต่อผู้ให้เช่า หากเกิดความเสียหายใดๆเกิดขึ้นผู้ให้เช่าก็ต้องไปเรียกเอาจากผู้เช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินดังกล่าว

3. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เช่า

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องความสัมพันธ์ของผู้ให้เช่าที่จะมีต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือผู้เช่าช่วงให้ชัดเจนว่าจะเป็นเช่นใด ประกอบกับเมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วการที่ผู้ให้เช่าให้ผู้เช่าช่วงทรัพย์สินต่อจากตนอีกทอดหนึ่งแล้วใน ผู้ให้เช่าย่อมต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เช่าช่วงไป ดังนั้น ผู้ที่ครอบครองใช้สอยและเป็นผู้ที่สามารถดูแลรักษาทรัพย์สินได้ในความเป็นจริงแล้วก็ควรจะต้องเป็นผู้เช่าช่วง และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นกรณีที่เป็นการเช่าช่วงกันทั้งหมดอันผู้ให้เช่าจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ตนได้เช่ามาให้แก่ผู้เช่าช่วงทั้งหมดแล้ว ฉะนั้น หากจะมีการกำหนดให้ผู้เช่าต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าเพื่อความเสียหายที่เกิด จากหน้าที่ในการใช้หรือดูแลรักษาทรัพย์สินจึงอาจจะไม่เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริง แต่เมื่อการเช่าช่วงจะต้องมีการเรียกเอาค่าเช่าเนื่องจากการเช่าช่วงก็คือการเช่าทรัพย์สินประเภทหนึ่งแล้ว ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าผู้เช่ายังคงต้องการผูกพันตนเองสัญญาเช่าช่วงอยู่เช่นเดิม ผู้เช่าประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์เป็น ค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วงจากผู้เช่าช่วงอยู่ นอกจากนี้ยังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 562 บัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่า "ผู้เช่าต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ตนเช่ามาจากผู้ให้เช่า แม้ว่า จะเป็นการกระทำของผู้เช่าช่วงก็ตาม"²³ จะเห็นได้ว่าแม้มีการเช่าช่วงเกิดขึ้นแต่ก็มีได้เป็นเหตุให้สัญญาเช่าทรัพย์สินระงับไปแต่อย่างใดไม่ผู้ให้เช่าจึงมิได้หลุดพ้นไปจากสัญญาเช่าทรัพย์สินแต่ประการใด

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าผู้ให้เช่ายังคงต้องการผูกพันตนเองทั้งตามสัญญาเช่าทรัพย์สินและสัญญาเช่าช่วง หากผู้ให้เช่าประสงค์ที่จะหลุดพ้นไปจากสัญญาทั้งสองแล้ว ผู้ให้เช่าต้องทำสัญญาประเภทอื่น อันจะส่งผลทำให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดไป หรืออาจจะขอลีกสัญญากับเจ้าของกรรมสิทธิ์แล้วปล่อยให้เจ้าของกรรมสิทธิ์กับผู้เช่าช่วงได้ตกลงเช่าทำสัญญากันเอง แต่ทั้งนี้หากว่าผู้เช่าช่วงได้ชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 ได้ กำหนดเอาไว้แล้ว ผู้ให้เช่าจึงเกิดหน้าที่ที่ต้องชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าทรัพย์สินดังกล่าวต่อผู้เช่าช่วง ผู้รับช่วงสิทธิในค่าเช่าดังกล่าวจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 226 และ มาตรา 227²⁴ พร้อมทั้งดอกเบี้ยนับแต่วันที่ผู้เช่าช่วงได้ชำระค่าเช่าตามมาตรา 545 ให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 562.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 226 และ มาตรา 227.

การคุ้มครองคู่สัญญาในเรื่องการเช่าช่วง หรือการโอนสิทธิการเช่ายังคงมีความไม่ชัดเจน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวเอาไว้เพียงเล็กน้อยและไม่ชัดเจน จึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าเมื่อต้องเช่าทำสัญญากับผู้ให้เช่าซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยฝ่ายผู้ให้เช่าได้จัดทำสัญญาเช่าพื้นที่ไว้ล่วงหน้าเป็นสัญญามาตรฐานแล้ว ผู้เช่าไม่มีโอกาสต่อรองหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาให้เป็นธรรมกับตนเองได้ ปัญหาข้อสัญญาเรื่องสิทธิการให้เช่าพื้นที่ข้างต้น จึงเป็นข้อสัญญาที่ลักษณะไม่เป็นธรรมตามแก่ผู้เช่าทำให้ผู้เช่าเสียเปรียบเกินควร

จากปัญหาข้อสัญญาที่ลักษณะไม่เป็นธรรมดังกล่าว อาศัยความตาม มาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา²⁵ และ

มาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดัดเจน²⁶

จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ประกอบการและใช้อย่างแพร่หลาย และผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า การที่ผู้ให้เช่าระบุข้อความในสัญญาเช่าพื้นที่ทำนองว่า “ผู้ให้เช่าเป็นผู้มีสิทธินำพื้นที่ออกให้เช่า” แต่ไม่ใช่ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงตามกฎหมาย ทำให้ผู้เช่าเข้าใจได้ว่าหลงเชื่อว่าการให้เช่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่เช่าตามกฎหมายโดยการซื้อและกรรมสิทธิ์ใช้พื้นที่อย่างถูกต้องตามกฎหมายตลอดอายุสัญญาเช่า โดยผู้ให้เช่าไม่ได้แจ้งให้ผู้เช่าทราบ และไม่ได้ระบุในสัญญาเช่าให้ชัดเจนว่า มีสิทธิในพื้นที่เช่าเพียงใด หากผู้ให้เช่าไม่สามารถนำพื้นที่เช่าให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ตามอายุสัญญาได้ ผู้ให้เช่าจะต้องรับผิดชอบผู้เช่าอย่างไรและรับผิดชอบเท่าไร ผู้เช่าไม่มีความจริง ไม่มีอำนาจต่อรองเพื่อทราบความจริงและแก้ไขสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายผู้ให้เช่าจัดทำมาให้ลงนาม

ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าซึ่งต้องเช่าทำสัญญาสำเร็จรูปจำนวนมาก จึงเข้าใจเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาชนิดใดไม่ว่าจะเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญา สำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการ ชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา

²⁶ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับภาระเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบ มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิด ความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ

องค์กรที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d’Etat ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค

เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพให้พิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมและประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ประกาศแจ้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การที่กฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่าข้อสัญญา ลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล มีจุดมุ่งหมายบังคับแก่ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่าได้กำหนดข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาร่วมทำสัญญา โดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของข้อสัญญาให้เกิดความเหมาะสม

4.4 ปัญหาข้อสัญญาเกี่ยวกับการชำระค่าตอบแทนในการเช่าสถานที่และค่าบริการล่วงหน้า

ภายหลังจากการที่ผู้เช่าได้จองพื้นที่เช่าและชำระเงินจองหรือเงินมัดจำพื้นที่เช่าแล้ว ผู้ให้เช่าและผู้เช่าต้องมาทำสัญญาเช่าพื้นที่ร่วมกัน โดยจะมีข้อตกลงเรื่องการชำระเงินค่าตอบแทนในการเช่าสถานที่ ค่าบริการล่วงหน้า และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ให้กับผู้ให้เช่าล่วงหน้า ตามระยะเวลาการเช่า ซึ่งการชำระเงินดังกล่าวจะแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

4.4.1 กรณีชำระเป็นเช็ค

การชำระค่าตอบแทนในการเช่าสถานที่ ค่าบริการล่วงหน้า และค่าใช้จ่ายอื่นๆ โดยผู้เช่าส่งจ่ายเป็นเช็คลงจำนวนเงินและวันที่ล่วงหน้า มอบไว้ให้กับผู้เช่า ตามกำหนดระยะเวลาการเช่า เช่น สัญญาเช่า 3 ปี เอาค่าเช่ามาคำนวณรวมกัน แล้วหารด้วย 36 เดือน ส่งจ่ายเช็คตามยอดเงินที่ได้แยกออกเป็น จำนวน 36 ฉบับ ซึ่งเป็นวิธีการชำระหนี้ที่นิยมที่สุด เนื่องจากเป็นการให้เครดิตผู้เช่าไม่ต้องนำเงินสดมาชำระค่าตอบแทนในการเช่าสถานที่ ค่าบริการล่วงหน้า และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในทีเดียว ผู้เช่ายังสามารถหาเงินมาหมุนเวียนทำธุรกิจอย่างอื่น แล้วนำเงินมาเข้าไว้ในธนาคารเมื่อครบกำหนดชำระเงินตามเช็ค เพื่อให้ผู้ทรงเช็คเรียกเก็บเงินตามเช็คโดยวิธีของธนาคาร จึงเป็นข้อดีในด้านการบริหารเงินของผู้เช่า

ปัญหาคือ การชำระหนี้ด้วยเช็คลงวันที่ส่งจ่ายจำนวนเงินไว้ล่วงหน้าดังกล่าว เป็นการส่งจ่ายเช็คตามสัญญาเช่าพื้นที่และสัญญาบริการ จึงเป็นหนี้ที่มีอยู่จริงและบังคับได้ตามกฎหมาย กรณีหากผู้เช่ามีความประสงค์จะขอยกเลิกสัญญาเช่าพื้นที่ ก่อนครบกำหนดระยะเวลาการเช่าไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม เช่น ผู้ให้เช่าขอยกเลิกสัญญาเนื่องจากไม่สามารถขายสินค้าได้ ผลมาจากการที่ผู้ประกอบการไม่สามารถก่อสร้างสะพานทางเชื่อมเข้าบริเวณชั้น 2 ของศูนย์การค้าและอยู่ในระหว่างการฟ้องร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาก่อสร้างสะพานทางเชื่อมให้แล้วเสร็จ ซึ่งผู้เช่าได้ออกจากพื้นที่เช่าไปในช่วงฟ้องร้อง โดยผู้ให้เช่าไม่ยินยอม แม้ผู้เช่าจะได้มีหนังสือแจ้งคืนพื้นที่เช่าก่อนย้ายออกจากพื้นที่เช่า หรือย้ายออกจากพื้นที่เช่าทันทีโดยไม่ได้แจ้งผู้ให้เช่าทราบก่อนก็ตาม หากตีความตามสัญญาเช่าพื้นที่ จะถือว่าผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดสัญญาและถูกริบเงินตามสัญญาทั้งหมด ดังนั้น เมื่อผู้เช่าส่งจ่ายเงินค่าเช่าเป็นเช็คลงวันที่ล่วงหน้า ก็หมายความว่าผู้เช่ามีหน้าที่ต้องเอาเงินเข้าธนาคารตามเช็คภายในวันที่ที่ระบุไว้ในเช็คแต่ละฉบับ ซึ่งหากผู้เช่าไม่ได้ดำเนินการตามข้อตกลงในสัญญา โดยไม่เมื่อถึงกำหนดวันที่เรียกเก็บเงินตามเช็ค ผู้ให้เช่าได้นำเช็คเรียกเก็บเงินกับธนาคารตามเช็ค แต่ธนาคารตามเช็คปฏิเสธการจ่ายเงิน หรือไม่สามารถเรียกเก็บเงินตามเช็คได้ (เช็คแดง) ไม่ว่าจะกรณีใด ผู้ให้เช่าซึ่งเป็นผู้ที่ครอบครองเช็คก็จะดำเนินการตามกฎหมายเอากับผู้เช่าซึ่งเป็นผู้ส่งจ่ายเช็ค ผู้เช่าจะมีความผิดทางอาญา ตามพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ซึ่งมีโทษจำคุก โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

มาตรา 4 ผู้ใดออกเช็คเพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริงและบังคับได้ตามกฎหมายโดยมีลักษณะหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) เจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้น
- (2) ในขณะที่ออกเช็คนั้นไม่มีเงินอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้

(3) ให้ใช้เงินมีจำนวนสูงกว่าจำนวนเงินที่มีอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้ในขณะที่ออกเช็คคนั้น

(4) ถอนเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนออกจากบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินตามเช็คจนจำนวนเงินเหลือไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็คคนั้นได้

(5) ห้ามธนาคารมิให้ใช้เงินตามเช็คคนั้นโดยเจตนาทุจริต

เมื่อได้มีการยื่นเช็คเพื่อให้ใช้เงินโดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้าธนาคารปฏิเสธไม่ใช้เงินตามเช็คคนั้นผู้ออกเช็คมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ²⁷

เมื่อเกิดกรณีปัญหาข้างต้น ผู้เช่ามักจะเข้าใจว่า หากได้แจ้งขอยกเลิกการเช่าพื้นที่ก่อนออกจากพื้นที่ให้กับผู้ให้เช่าได้รับทราบแล้ว สัญญาเช่าและสัญญาบริการจะสิ้นสุดลงทันที สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ ตามสัญญาเช่าก็จะหมดไป รวมถึงเช็คค่าเช่าและค่าบริการพื้นที่ที่ได้ส่งจ่ายลงวันที่ล่วงหน้ามอบไว้ให้กับผู้ให้เช่าก็ไม่สามารถนำมาเรียกเก็บเงินตามเช็คได้เช่นกัน แต่ฝ่ายผู้ให้เช่าไม่ได้ยินยอมเช่นนั้น โดยพิจารณาจากสัญญาเช่าพื้นที่ที่จัดทำโดยฝ่ายผู้ให้เช่าจะมีข้อความที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าไว้ล่วงหน้าแล้ว เช่น

“ผู้เช่าจะเริ่มให้บริการในสถานที่นับตั้งแต่วันเปิดทำการร้านค้าเป็นต้นไป โดยผู้เช่าจะต้องเปิดให้บริการทุกวันตามกำหนดวัน และเวลาเปิด-ปิดทำการของพลาซ่าโดยเคร่งครัด ซึ่งในวันทำสัญญานี้ ผู้เช่าทราบว่า พลาซ่ามีเวลาเปิด-ปิดทำการของทุกวัน ตั้งแต่เวลา 10.00 น. ถึงเวลา 19.00 น. หากผู้เช่าประสงค์จะหยุดให้บริการในวันหรือเวลาใดเวลาหนึ่งในเวลาเปิดทำการพลาซ่า ผู้เช่ายินยอมให้ผู้ให้เช่าปรับ เป็นเงินจำนวน 5,000.00 บาท (ห้าพันบาทถ้วน) ต่อวัน และผู้เช่าต้องชำระทันทีที่ผู้ให้เช่าแจ้งให้ทราบ ทั้งนี้ หากผู้เช่าไม่เปิดบริการติดต่อกันเป็นระยะเวลา 3 (สาม) วัน

และ/หรือรวมกันไม่เกิน 10 (สิบ) วัน ภายใน 1 ปี ผู้ให้เช่ามีสิทธิยกเลิกสัญญานี้ และสัญญาอื่นใดทันทีโดยไม่ต้องบอกล่วงหน้า และมีสิทธิริบบรรดาเงินจำนวนใดๆ ที่ผู้เช่าได้ชำระหรือส่งมอบให้แก่ผู้ให้เช่าไว้ได้จนเต็มจำนวนเป็นค่าเสียหาย เว้นแต่การหยุดให้บริการนั้นจะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าแล้ว”

“คำตอบแทนดังกล่าว กรณีสัญญาเช่าเลิกกันโดยไม่ใช่ความผิดของผู้ให้เช่า ผู้เช่าตกลงยินยอมให้รับค่าตอบแทนส่วนที่เหลือดังกล่าวทั้งหมดได้ทันทีโดยไม่ต้องคืนให้กับผู้เช่า”

²⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534, มาตรา 4.

“หากผู้เช่าประพฤติดิสัยสัญญาข้อหนึ่งข้อใดในสัญญา หรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้อง (หากมี) ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่านี้และสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้เช่าแก้ไขก่อน เว้นแต่หากในสัญญานั้นๆ ได้กำหนดให้ผู้ให้เช่า มีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยต้องบอกกล่าวผู้เช่าให้จัดการแก้ไขให้ถูกต้องก่อน ถ้าผู้เช่าไม่จัดการแก้ไขให้ถูกต้องภายในกำหนดตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้”

จากข้อความทำนองดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการประกอบธุรกิจศูนย์การค้า การเปิดร้านจำหน่ายสินค้าของผู้เช่าเป็นสิ่งสำคัญต่อภาพลักษณ์ของศูนย์การค้า ดังนั้น หากร้านค้าใดปิดร้านจำหน่ายสินค้าจะต้องแจ้งให้ทางผู้ให้เช่าพิจารณาอนุมัติก่อน เพราะหากร้านค้าใดปิดร้านจำหน่ายสินค้าบ่อยครั้ง หรือร้านค้าหลายร้านปิดพร้อมกันโดยไม่ได้แจ้งผู้ให้เช่าทราบล่วงหน้าเพื่อจัดระเบียบจากผู้ให้เช่า เมื่อมีการปิดร้านจากเหตุดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของศูนย์การค้า ดังนั้น ในสัญญาเช่าพื้นที่ที่ไม่มีข้อความให้สิทธิผู้เช่าเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยผู้ให้เช่าไม่ยินยอม จึงเกิดปัญหาว่า เมื่อผู้เช่าบอกเลิกสัญญาและออกจากพื้นที่เช่าแล้ว สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่จะจับไปในพื้นที่ด้วยหรือไม่ ผู้เช่ายังต้องชำระค่าเช่าให้กับผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่อีกหรือไม่ การยกเลิกสัญญาก่อนกำหนดเป็นการโต้แย้งสิทธิผู้ให้เช่า จนมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้เช่าซึ่งส่งจ่ายเช็คมอบไว้ให้กับผู้ให้เช่าล่วงหน้าได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าว เป็นประเด็นพิพาทในทางแพ่ง หากไม่มีการฟ้องร้องเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว ในทางปฏิบัติผู้เช่าและผู้ให้เช่าก็ต้องยึดหลักตามที่สัญญาพื้นที่กำหนดไว้ แนวทางการปฏิบัติ เมื่อเช็คมีมูลหนี้ตามกฎหมาย พนักงานสอบสวนต้องรับแจ้งความและดำเนินคดีอาญาเอาผิดกับผู้เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่ เมื่อผู้ทรงเช็คไม่สามารถเรียกเก็บเงินตามเช็คได้ไม่ว่ากรณีใด (เช็คแต่ง) ผู้เช่าจะมีความผิดทางอาญา ตามพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ตามอัตราโทษที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยการร้องทุกข์หรือฟ้องร้องดำเนินคดีนั้น ก็ต้องทำภายในกำหนดอายุความ กล่าวคือ สำหรับในคดีอาญานั้นต้องดำเนินการภายในกำหนด 3 เดือนนับจากวันที่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินตามเช็ค (วันที่เช็คแต่ง)

ทั้งนี้ การจ่ายเช็คแต่งนอกจากมีสิทธิติดคุกแล้ว ยังจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 900 "บุคคลผู้ลงลายมือชื่อของตนในตั๋วเงินยอม จะต้องรับผิดชอบตามเนื้อความ ในตั๋วเงินนั้น ถ้าลงเพียงแต่เครื่องหมายอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น แกลงหรือลายพิมพ์ นิ้วมืออ้าง เอาเป็นลายมือชื่อในตั๋วเงินนั้นไซ้ แม้ถึงว่าจะมีพยานลงชื่อรับรองก็ตาม ท่านว่าหาให้ผลเป็น ลงลายมือชื่อในตั๋วเงินนั้นไม่"²⁸

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 900.

โดยคดีแพ่งต้องฟ้องร้องภายในอายุความ ดังต่อไปนี้

1. ฟ้องผู้รับรองตัวแลกเงิน ผู้ออกสัญญาใช้เงิน มีกำหนด 3 ปีนับแต่วันถึงกำหนด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1001)
2. ฟ้องผู้สลักหลังและผู้ส่งจ่าย มีกำหนด 1 ปีนับแต่วันที่ตัวเงินถึงกำหนดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1002)
3. ฟ้องไล่เบี้ยกันเอง และฟ้องไล่เบี้ยผู้ส่งจ่าย มีกำหนด 6 เดือน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1003)²⁹

การชำระค่าเช่า ค่าบริการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ตามสัญญาเช่าพื้นที่ สัญญาบริการ บันทึกแนบท้ายสัญญา หรือบันทึกข้อตกลงใดๆ โดยวิธีการส่งจ่ายเป็นเช็คคลงจำนวนเงินและวันที่ล่วงหน้า มอบไว้ให้กับผู้ให้เช่าหากเกิดกรณีพิพาทและผู้ให้เช่าไม่ยินยอมเลิกสัญญาเช่าพื้นที่ ผู้เช่าอาจถูกดำเนินคดีทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง เนื่องจากเช็คส่งจ่ายไว้ล่วงหน้ามีมูลหนี้ตามสัญญาเช่าพื้นที่ สัญญาบริการ บันทึกแนบท้ายสัญญา หรือบันทึกข้อตกลง โดยที่ยังไม่มีการพิสูจน์หรือมีคำตัดสินที่แน่ชัดว่าผู้เช่ายังคงมีหน้าที่ต้องชำระเงินตามข้อตกลงในสัญญาต่อไปอีกหรือไม่ แต่ผู้เช่ากับต้องถูกดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญา ต้องเสียเงินประกันตัวต่อผู้คดี เสียค่าทนายความ เสียค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งปวง รวมถึงเสียเวลาและชื่อเสียงอีกด้วย ปัญหาดังกล่าวเป็นสำคัญที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจำนวนมาก ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่าต้องชำระเงินตามข้อตกลงจนสิ้นสุดสัญญา แม้ผู้เช่าจะแจ้งยกเลิกสัญญาแล้ว จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อตกลงถูกกำหนดจากฝ่ายผู้ให้เช่าเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งผู้เช่าไม่มีอำนาจต่อรองเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูปมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เช่า ทำให้ผู้เช่าถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ให้เช่าเกินควร

4.4.2 กรณีชำระเป็นเงินสด

การชำระค่าตอบแทนในการเช่าสถานที่ ค่าบริการล่วงหน้า และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เป็นเงินสดมอบให้กับผู้ให้เช่าทั้งหมดตามข้อตกลง แม้จะไม่มีความเสี่ยงในการถูกดำเนินคดีอาญาและคดีแพ่งเหมือนในกรณีชำระเป็นเช็คข้างต้นก็ตาม แต่หากเกิดกรณีพิพาทและผู้ให้เช่าไม่ยินยอมเลิกสัญญาเช่าพื้นที่ ผู้เช่าอาจถูกริบเงินสดที่ได้ชำระมาแล้วทั้งหมด เพราะสัญญาเช่าพื้นที่ส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาเช่าพื้นที่ที่มีกำหนดระยะเวลาเช่าเป็นระยะยาว เช่น 3 ปี 5 ปี หรือ 7 ปี เป็นต้น ดังนั้นการชำระค่าเช่าล่วงหน้าค่าบริการล่วงหน้า และค่าใช้จ่ายอื่นๆ จึงต้องชำระล่วงหน้าครั้งเดียวเป็นจำนวนมาก

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1001-1003.

ปัญหาคือ หากผู้เช่าต้องการจะให้ผู้ให้เช่าคืนเงินทั้งหมดที่ได้ชำระไปแล้ว ผู้เช่าจะต้องใช้สิทธิทางศาลยื่นฟ้องผู้ให้เช่าเป็นจำเลยให้ศาลมีคำวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทดังกล่าว และมีคำสั่งในคืนเงินแก่ผู้เช่า หากผู้ให้เช่าไม่ชำระเงินตามคำพิพากษาให้กับผู้เช่า ผู้เช่าต้องดำเนินการบังคับคดีตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป ซึ่งผู้ให้เช่าที่ดำเนินการโดยผู้แทนนิติบุคคลเกือบทุกแห่งจะมีที่ปรึกษากฎหมายจัดสรรทรัพย์สินของนิติบุคคลเพื่อเกิดกรณีปัญหาต่างไว้หมดแล้ว ทำให้การสืบทรัพย์สินบังคับคดีเอากับผู้ประกอบการไม่เจอทรัพย์สินอะไรที่บังคับเอากับผู้ให้เช่าได้ จึงทำให้ผู้เช่าที่ชำระเช่าสถานที่ ค่าบริการล่วงหน้า และค่าใช้จ่ายอื่นๆเป็นเงินสดได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก และยิ่งไปกว่านั้น บางกรณีผู้เช่าได้กู้เงินจากธนาคารมาก่อนแล้วชำระเป็นเงินสดให้กับผู้ประกอบการไปแล้ว เมื่อเกิดกรณีดังกล่าวผู้เช่านอกจากไม่สามารถบังคับคดีเอากับผู้ให้เช่าได้แล้ว ยังต้องแบกรับภาระดอกเบี้ยเงินกู้ตามอัตราที่ธนาคารกำหนดไว้ซึ่งเป็นอัตราที่สูงอีกส่วนหนึ่งด้วย ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูปมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เช่า ทำให้ผู้เช่าถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ให้เช่าเกินควร

จากปัญหาสัญญาสำเร็จรูปมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว อาศัยความตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมาย กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติ ประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา³⁰ และ

มาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

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

พิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดจัดเจน³¹

จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ประกอบการและใช้อย่างแพร่หลาย และผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าต้องชำระเงินตามข้อตกลงจนสิ้นสุดสัญญาแม้ผู้เช่าจะแจ้งยกเลิกสัญญาและย้ายออกจากพื้นที่เช่าแล้ว ทั้งในกรณีส่งจ่ายเป็นเช็คอันเป็นสาเหตุให้ถูกดำเนินคดีอาญาได้ และกรณีชำระเงินสดผู้ให้เช่าจะถูกริบเงินทั้งหมดที่ชำระเป็นค่าเช่าล่วงหน้า ผู้เช่าจึงต้องฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ให้เช่าเพื่อเรียกเงินคืน โดยไม่มีความแน่นอนว่าหากชนะคดีแล้วผู้ให้เช่าจะมีเงินคืนให้หรือไม่ อีกทั้งยังต้องแบกรับดอกเบี้ยเงินกู้หากเงินที่นำมาชำระค่าเช่าล่วงหน้าให้กับผู้เช่าเป็นเงินที่กู้มาจากธนาคารหรือบุคคลอื่น ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าพื้นที่ซึ่งต้องเข้าทำสัญญาสำเร็จรูปจำนวนมากโดยไม่มีอำนาจต่อรอง จึงเข้าใจเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

³⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

³¹ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาชนิดใด ไม่ว่าจะ เป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญา สำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการ ชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับความเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบ มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิด ความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ

องค์กรที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d'Etat ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค

เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพให้พิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมและประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ประกาศแจ้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การที่กฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่า ข้อสัญญาลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล มีจุดมุ่งหมายบังคับแก่ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่าได้กำหนดข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ที่เข้ามาร่วมทำสัญญา โดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของสัญญาให้เกิดความเหมาะสม

4.5 ปัญหาข้อสัญญาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยจากการผิดนัด

มีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคว่า ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจให้เช่าพื้นที่ ผู้ประกอบการธุรกิจส่วนใหญ่ใช้สัญญาสำเร็จรูปที่มีข้อสัญญาไม่ธรรมต่อผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบ แต่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็ไม่สามารถบังคับผู้ประกอบการธุรกิจได้ เพราะเป็นเสรีภาพของบุคคลตามหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ซึ่งยึดถือหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักแห่งเสรีภาพในการทำสัญญาโดยเคร่งครัด คือ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยความสมัครใจแล้ว คู่กรณีจะต้องถูกผูกพันและต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายไม่เป็นการพันวิสัย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมสัญญานั้นก็สามารถใช้บังคับกันได้ แม้ว่าผลของสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม เช่น สัญญาที่กำหนดการผิดนัดของผู้เช่าว่า หากผู้เช่าผิดประพฤติผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาและริบเงินที่ชำระมาแล้วทั้งหมด ทั้งที่ผู้ให้เช่ายังมีได้ดำเนินการพัฒนาพื้นที่เช่า หรือก่อสร้างตามแบบที่โฆษณาไว้แต่อย่างใด กรณีกลับกันหากผู้ให้เช่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา ผู้ให้เช่าจะต้องรับผิดชอบแต่คืนเงินที่ได้รับไว้จากผู้เช่าแล้วเท่านั้น โดยไม่มีข้อความระบุว่าผู้ให้เช่ายินยอมชดเชยค่าเสียหายที่เกิดกับผู้เช่าอย่างไรบ้าง ซึ่งเงินที่ผู้ให้เช่ายอมคืนให้แก่ผู้เช่านั้น เป็นเงินของผู้เช่าที่ได้มอบให้ผู้ให้เช่าไว้ล่วงหน้า ผู้เช่าจึงมีสิทธิโดยชอบที่จะได้รับคืนอยู่แล้วเมื่อผู้ให้เช่าผิดสัญญาเช่าพื้นที่

ในอดีตหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรม แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของบุคคล ในสภาพความจริงของสังคม ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่าบุคคลไม่มีความเสมอภาคกัน บุคคลไม่มีความเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง บุคคลที่อยู่ในฐานะของผู้บริโภคย่อมไม่อยู่ในฐานะที่มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจ ไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจ

กรณีข้อตกลงในสัญญาเช่าพื้นที่ที่เกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยจากการผิดนัดเช่น

"ข้อ... หากผู้เช่าประสงค์จะหยุดให้บริการในวันหรือเวลาใดเวลาหนึ่งในเวลาเปิดทำการ พลาซ่า ผู้เช่ายินยอมให้ผู้ให้เช่าปรับ เป็นเงินจำนวน 5,000 บาท ต่อวัน ผู้เช่าต้องชำระทันทีที่ผู้ให้เช่า แจ้งให้ทราบ ทั้งนี้ หากผู้เช่าไม่เปิดบริการติดต่อกันเป็นระยะเวลา 3 วัน และ/หรือรวมกันไม่เกิน 10 วัน ภายใน 1 ปี ผู้ให้เช่ามีสิทธิยกเลิกสัญญาและสัญญาอื่นใดทันทีโดยไม่ต้องบอกล่วงหน้า และมี สิทธิริบบรรดาเงินจำนวนใดๆ ที่ผู้เช่าได้ชำระหรือส่งมอบให้แก่ผู้ให้เช่าไว้ได้จนเต็มจำนวนเป็น ค่าเสียหาย เว้นแต่การหยุดให้บริการนั้นจะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าแล้ว

ผู้เช่าต้องเข้าทำการตกแต่งร้านค้าให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 60 วันก่อนวันเริ่มอายุ สัญญาเช่า ด้วยค่าใช้จ่ายของผู้เช่า และการตกแต่งดังกล่าวต้องดูสวยงามเรียบร้อย

ก่อนการตกแต่งร้านค้าในวรรคก่อน ผู้เช่าต้องส่งแบบการตกแต่งพร้อมรายละเอียด ให้กับผู้ให้เช่า พิจารณานุมัติก่อนดำเนินการตกแต่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน และเมื่อผู้ให้ เช่าอนุมัติแบบให้ผู้เช่าดำเนินการตกแต่งแล้ว ผู้เช่ามีหน้าที่วางเงินประกันความเสียหายจากการ ตกแต่งให้กับผู้ให้เช่าเป็นเงินจำนวน 200,000 บาท (รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) ผู้เช่าจึงจะสามารถเข้า ดำเนินการตกแต่งในสถานที่ได้

ข้อ... เมื่อพ้นระยะเวลาตามข้อ 11 หากผู้เช่าไม่สามารถเปิดร้านค้าในสภาพสมบูรณ์ได้ ผู้เช่าจะต้องชำระค่าปรับให้แก่ผู้ให้เช่าเป็นเงินจำนวน 50,000 บาท ต่อวัน จนกว่าผู้เช่าจะเปิดร้านค้า ได้ตามปกติ

ข้อ... กรณีการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญานี้ให้กับบุคคลอื่น โดยได้รับความยินยอม เป็นหนังสือจากผู้ให้เช่า ผู้เช่าต้องชำระค่าธรรมเนียมการโอนสิทธิให้กับผู้ให้เช่า เป็นจำนวนเงิน 100,000 บาท

ข้อ... เมื่อสัญญานี้เลิกกันหรือสิ้นสุดลงไม่ว่ากรณีใดๆ โดยผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าได้นำคดีขึ้น สู่ศาลหรือไม่ก็ตาม หรือคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลหรือไม่ก็ตาม ผู้เช่าจะต้องส่งมอบคืน สถานที่ สิ่งติดตังตรงรา สิ่งตกแต่ง เครื่องประกอบหรืออุปกรณ์ทั้งปวงในสภาพสมบูรณ์เรียบร้อย ครบถ้วน และผู้เช่าตกลงปรับปรุงสถานที่ให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้สถานที่ที่มีสภาพเหมือนกับก่อนที่จะ มีการตกแต่ง ตามสัญญาเช่าทุกประการ ให้แก่ผู้ให้เช่าภายใน 15 วัน โดยปราศจากข้อโต้แย้ง เว้นแต่ ผู้ให้เช่าจะพิจารณาอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรให้ผู้เช่าไม่ต้องปรับปรุงสถานที่ให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ทั้งนี้ ผู้เช่ามีหน้าที่ต้องขนย้ายทรัพย์สินที่ผู้เช่านำเข้ามาไว้ในสถานที่และบิรวารออกไปจาก สถานที่ ภายใน 15 วัน

หากผู้เช่าไม่ส่งมอบคืนสถานที่ และสิ่งติดตรึงตราดังกล่าวให้แก่ผู้ให้เช่า และ/หรือขนย้ายทรัพย์สินและบริวารออกไปจากสถานที่ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่สัญญานี้หรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้สิ้นสุดลง ผู้เช่ายินยอมให้ทรัพย์สินสิ่งของที่ ผู้เช่านำเข้ามาในสถานที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้เช่าทันที และผู้เช่ายินยอมให้ผู้ให้เช่ามีสิทธิที่จะเข้ายึดหรือครอบครองสถานที่โดยทำลายกุญแจ สิ่งกีดขวาง เพื่อให้ผู้ให้เช่าเข้าครอบครองและล็อกกุญแจสถานที่ดังกล่าว และขนย้ายทรัพย์สินดังกล่าวออกจากสถานที่ไปเก็บไว้ ณ สถานที่อื่น ที่ผู้ให้เช่าเห็นสมควรและ/หรือปิดกั้นมิให้ผู้เช่าและบริวารเข้ามาในสถานที่ หรือกระทำการใดๆ เพื่อเป็นการระงับมิให้ผู้เช่าและบริวารใช้หรือยุ่งเกี่ยวกับสถานที่ได้ทันที โดยผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมดต่อผู้เช่า

การยึดสถานที่และทรัพย์สินของผู้เช่าและบริวารในสถานที่ ไม่ตัดสิทธิผู้ให้เช่า ในการเรียกค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนและค่าเสียหายจากผู้เช่าตามกฎหมาย”

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในข้อสัญญาที่เกี่ยวกับค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือ ดอกเบี้ยจากการผิดนัด จะมีลักษณะคล้ายกัน หรือกำหนดไว้ทำนองเดียวกันคือ

- 1) ถ้าผู้เช่าผิดนัดชำระเงินงวดใดงวดหนึ่ง ถือว่าผู้ให้เช่าสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที โดยมีต้องบอกกล่าวและรับเงินที่ผู้เช่าได้ชำระไว้แล้ว ทั้งหมด
- 2) หากให้ผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา ผู้ให้เช่าเพียงแต่คืนเงินที่ได้รับไว้แล้ว
- 3) หากผู้เช่าจะเปลี่ยนนิติกรรมสัญญาให้แก่บุคคลที่สาม ผู้เช่าต้องเสียค่าเปลี่ยนสัญญา 10,000.00 บาท ให้แก่ผู้ให้เช่า
- 4) หากผู้เช่าผิดนัดชำระเงินงวดใดงวดหนึ่ง ผู้เช่าต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้เช่าของจำนวนเงินที่ผิดนัด

จะเห็นได้ว่าข้อความในสัญญาเช่าพื้นที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป ที่ผู้ให้เช่าเป็นผู้กำหนดข้อความในสัญญาไว้เรียบร้อยแล้วนั้นจะกำหนดเรื่องการผิดนัดซึ่งผู้เช่าต้องเสียค่าเบี้ยปรับ หรือจะต้องเสียดอกเบี้ย หรือถูกริบเงินที่ชำระไปแล้วแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนทางด้านผู้เช่ามิได้กำหนดสิ่งเหล่านี้ไว้ จะกำหนดไว้บ้างก็แต่การคืนเงินที่ผู้เช่าได้ชำระไปแล้วเท่านั้น ซึ่งเงินดังกล่าวนั้นก็จะเป็นเงินของผู้เช่าที่มีสิทธิจะต้องได้รับคืนอยู่แล้ว ส่วนเรื่องจะชดเชยความเสียหาย หรือดอกเบี้ย แทบจะไม่ได้กำหนดไว้เลย ซึ่งเมื่อเกิดกรณีที่ผู้ให้เช่าเป็นฝ่ายผิดนัดชำระหนี้ เช่น ไม่ดำเนินการก่อสร้างพื้นที่เช่าตามสัญญา ฝ่ายผู้เช่าจะต้องฟ้องร้องเรียกเงินที่ชำระไปแล้ว คืนพร้อมกับค่าเสียหายหรือดอกเบี้ยอีกส่วนหนึ่ง ก็ไม่ใช่เรื่องง่ายนักสำหรับประชาชนผู้เช่าดังได้กล่าวมาแล้วว่า การดำเนินการของผู้ให้เช่าส่วนใหญ่จะให้ผู้เช่าวางเงินจองไว้ก่อน ต่อมาก็ให้ผู้เช่าทำสัญญาเช่าพื้นที่แล้วชำระค่าเช่าตามสัญญาตาม

สัญญา ในขณะที่ผู้ให้เช่ามิได้ดำเนินเริ่มก่อสร้างพื้นที่เช่าแต่อย่างใด และการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ให้เช่า ผู้เช่าก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีเพิ่มมากขึ้นไปอีก จะต้องเสียเวลาอีกเป็นปี กว่าคดีจะเสร็จสิ้น เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วก็ต้องดำเนินการบังคับคดีกันอีก ถึงเวลานั้นผู้ให้เช่าอาจหลบหนีหรือไม่มีทรัพย์สินจะให้บังคับคดีก็ได้

ข้อสัญญาที่ระบุเรื่องค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยจากการผิดนัด รวมทั้งการริบเงินที่ผู้เช่าได้ชำระไว้แล้วนั้น ผู้ให้เช่าสามารถกำหนดได้ตามนั้นหรือไม่ และเมื่อเกิดการผิดนัดผู้ให้เช่าสามารถจะบังคับตามข้อสัญญาเหล่านั้นได้เพียงใด หลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์แห่งกาเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา เมื่อได้ทำสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยความสมัครใจ ข้อสัญญานั้นก็จะผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้าม ขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”³² เมื่อสัญญาเช่าพื้นที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการพนันวิสัยและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนี้ก็ใช้บังคับกันได้ แม้หลักในกฎหมายแพ่งจะทำได้ แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือข้อสัญญาที่ระบุไว้ในสัญญาสำเร็จรูป นั้นเป็นธรรมหรือไม่ ผู้ให้เช่าได้เปรียบผู้เช่าเกินสมควรหรือไม่ เช่นข้อสัญญาที่ระบุว่า “หากผู้เช่าผิดนัดการชำระเงินงวดใดงวดหนึ่งให้ถือว่าผิดนัดทั้งหมดสัญญาเป็นอันระงับ ผู้ให้เช่ายกเลิกสัญญาได้โดยมิต้องบอกกล่าวล่วงหน้าพร้อมทั้งมีสิทธิริบเงินที่ผู้เช่าที่ชำระไว้แล้วทั้งหมด” ในขณะที่ผู้ให้เช่ายังมิได้ดำเนินก่อสร้างพื้นที่เช่าแต่อย่างใด และในสัญญาก็มิได้กำหนดเวลาว่าจะเริ่มก่อสร้างเมื่อไร สิ้นสุดเมื่อไร

ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาเช่าพื้นที่นี้ถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้เช่าและผู้ให้เช่าต่างเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ผู้ให้เช่าเป็นเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระราคาเช่า และในขณะเดียวกันก็เป็นลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่า ผู้เช่าก็เช่นเดียวกันเป็นเจ้าหนี้ที่จะได้รับมอบซึ่งทรัพย์สินที่เช่า และในขณะเดียวกันก็เป็นลูกหนี้ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ผู้ให้เช่าด้วยในแง่ของผลแห่งสัญญา ถ้าเป็นเรื่องของสัญญาต่างตอบแทนแล้ว ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ตอบแทน กล่าวคือ หากว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเรียกเองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้ โดยฝ่ายที่เรียกเองมิได้ชำระหนี้ของตนตอบแทนแล้วละก็ ฝ่ายที่ถูกเรียกเองก็สามารถปฏิเสธไม่ชำระหนี้ได้ การปฏิเสธชำระหนี้เมื่ออีกฝ่ายไม่ชำระหนี้

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 150.

ต่างตอบแทนนี้ มีศัพท์วิชาการเฉพาะในภาษาละตินว่า “exceptio non adimpleti contractus”³³ ในขณะที่ผู้จะเช่าได้มีการชำระจนครบจำนวนที่ตกลงไว้แล้วก็ตาม แต่ทางด้านผู้ให้เช่ายังมิได้มีการเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ผู้เช่าแต่อย่างใด หากผู้เช่ามีการผิดนัดชำระหนี้ไม่ว่าวงเวดใดวงเวดหนึ่งในสัญญากำหนดให้ผู้ให้เช่ายกเลิกสัญญาแล้วรับเงินที่ชำระไปแล้วทั้งหมดได้ โดยมีต้องบอกกล่าวหรือจะต้องเสียดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับจากการผิดนัด จึงถือได้ว่าไม่เป็นธรรมสำหรับผู้บริโภค

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 “ข้อตกลงใน สัญญาระหว่าง ผู้บริโภค กับผู้ประกอบการธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป ที่ทำให้ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

การได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นการได้เปรียบที่เกินสมควรจึงจะทำให้ข้อสัญญาที่ได้เปรียบนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้โดยกฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดทำให้ได้เปรียบหรือไม่ ไว้ในมาตรา 4 วรรคสาม และบัญญัติถึงแนวทางการพิจารณาข้อได้เปรียบนั้นว่าเป็นการได้เปรียบกันเกินสมควรหรือไม่ไว้ในมาตรา 4 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 10³⁴

มาตรา 4 วรรคสาม “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

มาตรา 10 ในการวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกออกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

³³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา (กรุงเทพมหานคร:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 55.

³⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์อักษร, 2541), หน้า 22.

- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลา และสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

การที่ไม่ระบุไว้ในสัญญาว่าจะเริ่มก่อสร้างศูนย์การค้าเมื่อไร พอจะอนุมานได้ว่าเป็นการให้สิทธิผู้ให้เช่าที่จะปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคสาม (4) ซึ่งทางด้านผู้เช่าก็เชื่อว่าได้ชำระค่าเช่าพื้นที่ให้กับผู้ให้เช่าแล้ว ผู้ให้เช่าก็จะเริ่มก่อสร้างศูนย์การค้าไปด้วยเพื่อให้เสร็จทันเวลาที่โฆษณาไว้

สำหรับเวลาและสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่าและสถานที่ที่จะทำการก่อสร้าง อยู่ห่างไกลกันโดยระยะทาง ผู้เช่าจะไม่สามารถทราบได้ว่าผู้เช่าจะได้เริ่มดำเนินการก่อสร้างศูนย์การค้าไปบ้างหรือไม่หากผู้เช่ามิได้ไปติดตามดูแล การที่ผู้เช่าอาจผัดนัดชำระชำระเงินค่างวดใดงวดหนึ่ง โดยผู้ให้เช่ามีสิทธิยกเลิกสัญญาและริบเงินที่ผู้เช่าชำระไปแล้วทั้งหมดได้ทันทีโดยมิได้บอกกล่าว หรือคิดดอกเบี้ยในการผัดนัดหรือคิดเบี้ยปรับอย่างใดอย่างหนึ่งก็ตาม ในขณะที่ผู้ให้เช่ายังมิได้เริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ให้กับผู้เช่าบ้างเลย ผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและถึงแม้ว่าฝ่ายผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดสัญญาชำระเงินค่างวดก็ตาม ซึ่งจะเป็นเหตุให้ผู้เช่ามีสิทธิริบมัดจำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378 (2) ก็ตาม แต่ในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พ.ศ 2540) กำหนดให้ศาลสามารถปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ผู้ริบมัดจำอ้างสิทธิจะริบมัดจำแล้วเท่านั้น ผู้วางมัดจำจึงจะขอให้ศาลปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงได้ ส่วนระดับในการปรับลดมัดจำของศาลตามมาตรา 7 นี้ มิได้บัญญัติให้ลดลงมาอยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเหมือนดังในมาตราอื่นๆ แต่ให้ศาลปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนนั้นลงมาให้ริบกันได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริง ในเรื่องมัดจำตามมาตรา 7 นี้ จึงไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 10 ที่จะต้องนำปัจจัยต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรานั้นมาประกอบการพิจารณา และความเสียหายที่แท้จริงตามมาตรา 7 นี้ คือความเสียหายที่แท้จริงของผู้ริบมัดจำ ต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากเหตุที่ทำให้ริบมัดจำได้เท่านั้น ไม่รวมความเสียหายที่เกิดจากเหตุปัจจัยอื่น³⁵

³⁵ เฝิงอ๋าง, หน้า 62.

ตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมาย กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา³⁶ และ

มาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า " คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะ กำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย

(3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดัดชัดเจน³⁷

³⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541, มาตรา 35 ทวิ.

³⁷ พระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

เมื่อพิจารณาบทกฎหมายข้างต้น จึงวิเคราะห์ได้ว่า ธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้า เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูปถูกจัดทำขึ้นโดยฝ่ายผู้ประกอบการและใช้อย่างแพร่หลายและผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้เช่า ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่าต้องชำระค่าเช่าจนครบจำนวนที่ตกลงไว้ แต่ทางด้านผู้ให้เช่ายังมีได้มีการเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ผู้เช่าแต่อย่างใด โดยสัญญาเช่าไม่มีการกำหนดค่าเสียหาย เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยให้ผู้ให้เช่าต้องชำระจากการผิดนัดแต่อย่างใด กลับกันหากผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดนัดชำระหนี้ไม่ว่างวดใดงวดหนึ่งในสัญญาจะกำหนดให้ผู้ให้เช่ายกเลิกสัญญาแล้วริบเงินที่ชำระไปแล้วทั้งหมดได้ โดยมีต้องบอกกล่าว หรือจะต้องเสียดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับจากการผิดนัดอย่างสูงฝ่ายเดียว จึงถือได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมสำหรับผู้บริโภคจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าพื้นที่ซึ่งต้องเช่าทำสัญญาสำเร็จรูปจำนวนมาก จึงเข้าเงื่อนไขที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่ภายในศูนย์การค้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา โดยการกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542

สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคแล้ว เป็นสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (มาตรา 35) โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาชนิดใดไม่ว่าจะเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญา สำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการ ชำระราคา ระยะเวลาในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับความเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบ มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันก่อให้เกิด ความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ

องค์กรที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศส ฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d'Etat ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค

เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพให้พิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมและประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดโทษปรับในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญา
ที่คณะกรรมการข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ประกาศแจ้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การที่กฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสเพิ่มองค์กรฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณา
เกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กรหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่
ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่าข้อสัญญา
ลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้ เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่
ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล มีจุดมุ่งหมายบังคับ
แก่ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากคู่สัญญาที่ใช้อำนาจเศรษฐกิจที่เหนือกว่าได้กำหนดข้อสัญญาที่
ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควร เป็นสัญญาที่ไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาร่วม
ทำสัญญา โดยไม่มีอำนาจต่อรองได้ เป็นการเข้าควบคุมเนื้อหาสาระของข้อสัญญาให้เกิดความ
เหมาะสม

