



ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในสัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ระณัชย์ อาทรรุระสุข*

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้มีที่มาจากวิทยานิพนธ์ในชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหภาพยุโรป” แต่เพื่อไม่ให้เกิดความฉงนไขว่คว้าเกินไป จึงได้ตัดทอนลงมาเหลือเพียงการเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ผลการวิจัยพบว่าถึงแม้ ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐’ มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ แต่ก็ยังขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนทั้งในเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภค และการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา เห็นได้ชัดจากกรณี ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลิตผลทางการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลาง ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้กลับไม่ได้รับการคุ้มครอง และในส่วนของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ก็ได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่าข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการทำสัญญาและในเนื้อหาของข้อสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มิได้บัญญัติรายการตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาให้เพียงพอสำหรับศาลไทยได้ใช้ในการวินิจฉัยได้อย่างชัดเจน หลังจากศึกษาจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยเสนอให้แยกบทบัญญัติออกเป็นสองภาค โดยแยก ‘สัญญาผู้บริโภค’ และ ‘สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก’ ออกจากสัญญาอื่นๆ และจัดให้อยู่ในภาคหนึ่ง ส่วนสัญญาอื่นๆ รวมทั้งข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความ ความตกลงหรือความยินยอมนั้น ให้อยู่ในอีกภาคหนึ่งของพระราชบัญญัติฯ ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษาค้นคว้านี้ เนื่องจาก ‘The Unfair

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช



Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๙' ของประเทศอังกฤษเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับ 'สัญญาผู้บริโภค' โดยตรง จึงควรใช้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ประกอบกับข้อเสนอในรายงานของ คณะกรรมการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม 'พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐' เพื่อให้เกิดความชัดเจนในส่วนของ 'สัญญาผู้บริโภค' และ 'สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก' และเพียงพอต่อศาลไทยที่จะได้ใช้ในการวินิจฉัยคดีได้อย่างเป็นธรรม

คำสำคัญ : ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูป

Abstract

This research article was derived from my thesis in Master of Laws (LL.M.) for Sukhothai Thammathirat Open University, titled 'Legal Problems Relating to Unfair Contract Terms in Adhesion Contracts; a Study on Thai Law in Comparison to European Union Law'. But in this case only the English Law has been brought up for comparison, lest the article would be too long.

The study revealed that, although the Thai Act aimed mainly at protecting consumers, but it lacked in both clear concepts in consumer protection and also rules for contract term unfairness determination. A distinct example was in the case of farmers, who should be protected when selling farm produces to the middlemen, were not protected at all. And also in the case of unfairness determination, the Act did not set out a statutorily provided clear definition that a contract term regarded to be unfair must be both procedurally and substantively unfair. Especially, its provisions did not contain sufficient examples of substantive unfairness for the Thai Court to enable the determination. Based on the findings, this thesis made the following recommendations. For the amendment of this Act, it was necessary to separate the provisions into two sections. The 'Consumer Contract' and the 'Small Business Contract' should be in one section; the other types of contracts, and also agreements, notices, etc. should be in the other and were outside the scope of this study. Since the English Law 'The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๙' contained provisions setting out solely for consumer protection, it should be used, together with the proposals from the reports of the Law Commission and Scotland Law Commission, as a guidance for the amendment of the 'Unfair Contract Terms Act, B.E.๒๕๕๐' in the part of 'Consumer Contract' and 'Small Business Contract' section, so as to be able to provide clear and sufficient guideline for the Thai Court to enable the determination fairly.

Keywords: Unfair Contract Term, Consumer Contract, Adhesion Contract



บทนำ

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง สภาพทางเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอันมาก การประกอบธุรกิจได้พัฒนาก้าวหน้าทำให้เกิดสัญญาธุรกิจประเภทใหม่ๆ ในธุรกิจทุกประเภท สัญญาที่ผู้ประกอบการทำในปัจจุบันจะอยู่ในรูปแบบของ ‘สัญญามาตรฐาน’ (Standard Form Contract) หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ (Adhesion Contract) กันทั้งสิ้น สัญญาดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองกันอย่างแท้จริง แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญาที่มีความไม่เท่าเทียมกันทั้งในแง่ของอำนาจการต่อรองในทางเศรษฐกิจ และความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยี เนื่องจากคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจมีความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยีที่เหนือกว่าซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพในธุรกิจหนึ่งๆ เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด โดยการกำหนดข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดความรับผิดของตนตามสัญญาให้มีหน้าที่ความรับผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องมีความรับผิดมากกว่าที่ควรจะมีตามปกติที่กฎหมายกำหนด หรือกำหนดสิทธิคู่สัญญาที่อีกฝ่ายควรจะมีตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งก็คือฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคนั่นเอง จำต้องยอมรับเอาข้อสัญญานั้นโดยไม่สามารถต่อรองแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้เลย เพราะมีอำนาจต่อรองทางธุรกิจที่น้อยกว่า

สัญญาธุรกิจประเภทใหม่นี้ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายส่วนของเอกเทศสัญญา ดังนั้น การจะนำหลักทั่วไปของกฎหมายสัญญามาปรับใช้กับลักษณะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันก็มีปัญหา เนื่องจากลักษณะของสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญามีลักษณะพิเศษเฉพาะที่แตกต่างไปจากความผูกพันของหลักสัญญาทั่วไป ปัญหาดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นถึงวิกฤติการณ์ที่เกิดขึ้นกับสัญญาในปัจจุบัน ถึงปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสถานะสัญญา และปัญหาของการปรับใช้ตีความหลักกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายของประเทศต่างๆ จึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดกฎหมายสำหรับปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใน ‘สัญญามาตรฐาน’ หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ โดยเฉพาะ^๑

ในประเทศอังกฤษสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาใช้บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น แนวความคิดที่ว่าควรจะควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลใช้บังคับตามความเป็นธรรม หรือมีผลใช้บังคับในขอบเขตของความสมเหตุสมผล (Reasonable) ยังไม่แพร่หลาย เนื่องจากยังคงอยู่ภายใต้อิทธิพลและแนวความคิดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาที่มักจะสอดแทรกอยู่ในสัญญาต่างๆ เสมอคือข้อสัญญาเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion or Limitation Liability Clauses) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลักษณะหนึ่งที่ยังจะกำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเป็นคดีความขึ้นมา ศาลอังกฤษจะพิจารณาวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างเคร่งครัดว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้จะผูกพัน

^๑ คาราดร อีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘), ๑๑๕.



คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีผลบังคับได้เพียงใดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็น ผู้ร่างหรือกำหนดเงื่อนไขของสัญญา ที่เป็นปัญหาส่วนใหญ่มักจะเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใน ‘สัญญามาตรฐาน’ และวิธีการที่ศาลอังกฤษนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด มีหลายวิธี ได้แก่ การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา (Incorporation into Contracts) การแปลและตีความสัญญา (Interpretation and Construction) หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐาน ของสัญญา (Fundamental Breach of Contract) และข้อจำกัดอื่นๆ ตามหลัก Common Law

เนื่องจากวิธีการต่างๆ ที่ศาลนำมาใช้ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา มาตรฐาน รัฐสภาอังกฤษจึงบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นลายลักษณ์อักษรออกมา บังคับใช้เป็นครั้งแรกในปี ๑๙๗๗ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว คือ “The Unfair Contract Terms Act ๑๙๗๗” (หรือ UCTA) เนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัด ความรับผิด (Exclusion Clauses) ถึงแม้กฎหมายฉบับนี้จะมีใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาทั่วไป ที่ไม่เป็นธรรม แต่ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป ด้วยเช่นกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลกับผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม UCTA ยังมีข้อบกพร่องอยู่ หลายประการ ที่สำคัญคือ แนวคิดในเรื่องปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ถูกต้อง รวมทั้งหลักการ การวัดความเป็นธรรมก็ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ

ในประเทศไทย เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจและสังคม ทำให้สภาพสังคมปัจจุบัน เปลี่ยนแปลงไปมาก มีการเอารัดเอาเปรียบกันโดยวิธีการซึ่งกำหนดไว้ในข้อสัญญาต่างๆ ระหว่าง ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ กับผู้บริโภค เพราะอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าสามารถกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในข้อสัญญา เสียเอง ปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นมากสำหรับ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ (Adhesion Contract) เนื่องจากเป็นสัญญา ที่ทำขึ้นล่วงหน้าเพื่อใช้ทั่วไปกับคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาเป็นจำนวนมาก สัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดข้อ สัญญาไว้จำนวนมากในลักษณะที่เรียกว่าทำข้อสัญญาเพื่อไว้ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญาจึงไม่ชัดเจนว่า ที่แท้จริงของคู่สัญญา ปัญหาจะเกิดขึ้นอีกทางหนึ่งกับ ‘สัญญาที่มีระยะเวลายาว’ (Long-term Contract) เช่น สัญญาสินเชื่อ สัญญาใช้บริการต่างๆ เช่น สัญญาใช้บริการบัตรเครดิต สัญญาใช้บริการโทรศัพท์น ที่บอกรับเป็นสมาชิก เป็นต้น วิธีการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ผู้ประกอบการกำหนดข้อสัญญา ที่ให้สิทธิผู้ประกอบการ มีสิทธิปรับแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้น ในอนาคตที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลง ข้อที่ควรพิจารณาคือ ข้อสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาที่ใช้ สัญญาสำเร็จรูป เป็นฝ่ายที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขในภายหลังได้ฝ่ายเดียวนี้ควรมีผลบังคับได้เพียงใด เพราะอาจเป็นกรณีของ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้^๒

^๒ดรารพร ภิระวัฒน์, “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา การตีความสัญญา” ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และ ตักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ ๕ (นันทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๒), ๕ - ๒๑.



เนื่องจากความรุนแรงของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเดิมทีก็เพียงแค่ป้องกัน การบิดพลิ้วสัญญาของลูกค้า หรือผู้บริโภค แต่นาน ๆ เข้ากลับกลายเป็นการกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบ ผู้บริโภคทุกวิถีทาง เมื่อคดีตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านี้เข้ามาสู่ศาล ศาลก็ไม่อาจเข้าไป ใช้ความเป็นธรรมในส่วนนี้ได้เพราะขาดเครื่องมือ ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงเกิดขึ้นด้วยความริเริ่มของฝ่ายศาลยุติธรรมโดยกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอร่างกฎหมาย ต่อรัฐสภา และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๑๕ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๕๑^๑

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ ตราขึ้นด้วยความประสงค์และ มุ่งคุ้มครองคู่สัญญาจากการเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบอย่างมากในสภาพทางการค้าในปัจจุบัน แต่แนวความคิดที่นำมาประสานกันเป็นกฎหมายฉบับนี้มีความไม่ชัดเจน ซ้ำยังผิดพลาดและสับสนหลาย ประการ อันเป็นผลให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้รับความเชื่อถือจากทั้งผู้ประกอบการค้าและวิชาชีพ และผู้บริโภค อันที่จริงแล้ว ในการยกร่างกฎหมายฉบับนี้ กระทรวงยุติธรรมได้ลอกเลียนแนวความคิด มาจาก UCTA เสียเป็นส่วนใหญ่ ทั้ง ๆ ที่แนวความคิดหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน UCTA ก็ไม่ถูกต้อง ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคมีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการธุรกิจ การค้าหรือวิชาชีพรายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้นกฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ ‘ผู้บริโภค’ ตามบทนิยาม ประเทศไทยก็ยึดถือ หลักเกณฑ์เดียวกัน ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลิตผลการเกษตร ของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็น ‘ผู้บริโภค’ และไม่ได้รับการคุ้มครองจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ เช่นเดียวกัน^๒

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วัตถุประสงค์ของการวิจัยครั้งนี้เพื่อศึกษาข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐ โดยกำหนดศึกษาเฉพาะในด้านของการให้ความคุ้มครองจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในสัญญาที่ผู้ประกอบการฯ นำมาใช้กับผู้บริโภค หรือ ‘สัญญาผู้บริโภค’ (Consumer Contract) เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาผู้บริโภคที่อยู่ในรูปแบบของ ‘สัญญามาตรฐาน’ หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ และ ศึกษาหาวิธี แก้ไข เพิ่มเติมตัวบทกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างสมบูรณ์ และครอบคลุมยิ่งขึ้น

วิธีการศึกษา

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยการวิเคราะห์จากเอกสาร ข้อมูลภายในประเทศได้จาก ตัวบทกฎหมาย ตำรา บทความ และเอกสารสิ่งพิมพ์ต่างๆ ของไทย และข้อมูลของต่างประเทศส่วนใหญ่ ได้จากการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ต

^๑พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๒), ๒๕ - ๓๗.

^๒พินัย ฉนกร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” (๒๕๕๓) ๓๐: ๔, วารสารนิติศาสตร์, ๕๔๗.



ผลของการศึกษาวิเคราะห์

ก่อนที่จะศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษต่อไป ควรทำความเข้าใจ และกำหนดความหมายของคำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ (Standard Form Contract) หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ (Adhesion Contract) ให้ชัดเจนเสียก่อน ตามความเป็นจริงสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาประเภทเดียวกันและมีลักษณะเหมือนๆ กัน คำว่า Standard Form Contract ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น อังกฤษ อเมริกา หรือ ออสเตรเลีย เป็นต้น ส่วนคำว่า Adhesion Contract มาจากคำว่า ‘contrat d’ adh’sion’ ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญชาวฝรั่งเศสชื่อ Raymond Saleilles เป็นผู้ให้ชื่อเรียกเป็นคนแรก คำว่า ‘Adhesion Contract’ ซึ่งแต่เดิมมีบัญญัติใช้ในกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้แพร่หลายไปสู่สหรัฐอเมริกาในปี ๑๙๑๕ โดย Edwin W. Patterson ได้เขียนบทความลงพิมพ์ในนิตยสาร Harvard Law Review เป็นครั้งแรก

สัญญาประเภทนี้จะต้องมีลักษณะหลายลักษณะรวมกันอยู่ คือ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือมีความรู้ความสามารถทางเทคนิคเหนือกว่า เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ และมีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดเนื้อหาสาระไว้ล่วงหน้า เป็นสัญญาที่ทำไว้เป็นจำนวนมากเพื่อใช้กับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และไม่จำกัดตัวผู้เข้าทำสัญญา เป็นการทำขึ้นฝ่ายเดียวซึ่งกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่เพียงจะต้องยอมรับหรือปฏิเสธเท่านั้น เพราะไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาของสัญญาประเภทนี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองหรือตกลงกันอย่างแท้จริง^๕

คำว่า ‘สัญญาสำเร็จรูป’ มิได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ เสียทีเดียว เพราะ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ หมายถึงสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่เปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญาด้วย (Co-determination of Contractual Terms) ในขณะที่ ‘สัญญามาตรฐาน’ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้ทำไว้เป็นมาตรฐานเพื่อสามารถใช้ได้ทันทีกับลูกค้าทุกรายโดยไม่ต้องร่างสัญญากันเป็นรายๆ ไป ‘สัญญาสำเร็จรูป’ จึงไม่จำเป็นต้องเป็น ‘สัญญามาตรฐาน’ หากผู้ประกอบธุรกิจฯ เพียงกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียว แต่มิได้มุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวเป็น ‘แบบมาตรฐาน’ ในการค้า เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่ร่างไว้ล่วงหน้าสำหรับการจ้างผู้เชี่ยวชาญโดยมิได้ใช้เป็น ‘แบบมาตรฐาน’ สำหรับการจ้างรายอื่นๆ ด้วย^๖

ในบทความนี้ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้เขียนจะใช้คำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ จะใช้คำว่า ‘สัญญาสำเร็จรูป’ และในกรณีต่างๆ ไปจะใช้ควบกันทั้งสองคำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ ความจริงในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับร่างก็ใช้คำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ เพราะ

^๕ คาราวร ภิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๓๘), ๓๕.

^๖ พันิช วนนคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” (๒๕๕๓), ๓๐: ๔, วารสารนิติศาสตร์, ๕๔๕-๕๖๓.



ใช้กฎหมายของอังกฤษเป็นแม่แบบในการยกร่าง ต่อเมื่อเข้าสู่สภาจึงได้มีการเปลี่ยนไปเรียกว่า ‘สัญญา
 สำเร็จรูป’

๑. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญา

หากจะจำแนกความไม่เป็นธรรมในกฎหมายสัญญาแล้ว สามารถจำแนกได้เป็นสองประเภท คือ
 ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ (Procedural unfairness) และ ‘ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของ
 สัญญา’ (Substantive unfairness)

๑) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เป็นเรื่องของการตรวจสอบว่าในระหว่างที่
 คู่สัญญาได้ทำสัญญานั้น ได้มีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้นในลักษณะที่กระทบเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ ดังนั้น
 การข่มขู่ การใช้กลฉ้อฉล การให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยมิได้มีเจตนาฉ้อฉล หรือการสำคัญผิด ล้วน
 ถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น แต่ในสภาพตลาดปัจจุบัน ข้อเท็จจริงที่จัดได้
 ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาโดยรวมไปถึงการใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่ซ่อนเร้น ไม่
 อาจมองเห็นได้ชัดเจน อ่านไม่เข้าใจ หรือการไม่มีโอกาสตรวจพิเคราะห์เนื้อหาของข้อสัญญาอย่างแท้จริง
 เป็นต้น^๑

๒) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา เป็นเรื่องความไม่เป็นธรรมในตัวเนื้อหาของ
 สัญญา หรือข้อสัญญาโดยตรง การกล่าวถึงข้อสัญญาที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่า
 อีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก จึงเป็นการกล่าวถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา หรือข้อสัญญานั้นเอง^๒

ส่วนใหญ่แล้ว ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญามักมีความเกี่ยวข้องกับความไม่
 เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งจะอาศัยวิธีการอันไม่เป็นธรรมเพื่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่ง
 รับเอาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรม ส่วนการให้อ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะ
 ต้องปรากฏว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการของการทำสัญญา และทั้งในเนื้อหาของข้อ
 สัญญาเอง^๓

๒. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

๒.๑ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

๒.๑.๑ ปัญหาอันเกิดจากข้อบทพร่องของ The Unfair Contract Terms Act
 ๑๙๗๗ (UCTA)

ถึงแม้เนื้อหาส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความ
 รับผิด แต่ UCTA ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่ว ๆ
 ไปด้วยเช่นกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้น

^๑ เฟ็งอ้าง, ๕๔๕-๕๖๓.

^๒ เฟ็งอ้าง, ๕๔๕-๕๖๓.

^๓ เฟ็งอ้าง, ๕๔๕-๕๖๓.



หรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลกับผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตาม UCTA ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการที่สำคัญได้แก่

๑) แนวคิดในเรื่องปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ถูกต้อง ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้บริโภคไม่ได้รับการคุ้มครองด้วย

๒) หลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมยังไม่ชัดเจน ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมของข้อสัญญาต้องประกอบด้วยทั้งความเป็นธรรมในกระบวนการของการทำสัญญา และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา แต่ UCTA มุ่งกล่าวเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาเป็นหลัก โดยไม่ได้กำหนดตัวอย่างหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาอย่างเพียงพอ

ต่อมาในปี ๑๙๙๔ ประเทศอังกฤษได้อนุมัติ Directive ๙๓/๑๓/EEC ของสหภาพยุโรป ซึ่งในอังกฤษเรียกว่า Unfair Terms Directive (หรือ UTD) และกฎหมายที่อังกฤษอนุมัติจาก UTD คือพระราชกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) ในปี ๑๙๙๕ ได้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชกำหนดฉบับนี้อีกครั้งหนึ่งและเรียกพระราชกำหนดฉบับนี้ว่า 'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๕' (หรือ UTCCR) UTCCR ใช้บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่วไปโดยไม่จำกัดเพียงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด และเป็นกฎหมายเสริม UCTA ปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้สองฉบับ

๒.๑.๒ ปัญหาของการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันสองฉบับ การที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันที่เดียวสองฉบับทำให้เกิดความสับสนและความไม่แน่ใจ เพราะว่า

๑) เมื่อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมถูกแยกออกเป็นสองฉบับ เวลาต้องการค้นหาข้อกฎหมายจึงต้องเสียเวลาค้นทั้งสองฉบับ

๒) บทบัญญัติข้อกฎหมายใน UCTA และ UTCCR บางข้อซ้ำกัน บางข้อก็ขัดกัน ใช้ภาษาและแนวคิดที่แตกต่างกันเพื่อก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกันแต่ไม่ใช่ผลอันเดียวกัน (similar but not identical) นอกจากนั้นลักษณะของการใช้ถ้อยคำ (Terminology) ก็ต่างกันด้วย

๓) ขอบเขตของการใช้กฎหมายแต่ละฉบับไม่เหมือนกัน UCTA มีขอบเขตการใช กว้างขวางกว่า และเน้นเรื่องการยกเว้นความรับผิด ส่วน UTCCR นั้นทั้งแคบกว่าและกว้างกว่า UCTA ที่แคบกว่าคือใช้กับสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น แต่บัญญัติให้คุ้มครองผู้บริโภคไว้กว้างขวางกว่า ยิ่งกว่านั้น ยังใช้กับข้อสัญญาที่มีได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันทั้งหมด เว้นไว้แต่จะมีการยกเว้นเอาไว้เป็นการเฉพาะ



๔) ในการร่าง UCTA นักกฎหมายอังกฤษใช้วิธีการร่างแบบเข้มข้น ใช้ศัพท์เทคนิคสูงๆ จนแม้แต่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายก็ยังคงตามไม่ค่อยทัน ส่วนในการร่าง UTCCR นั้น ผู้ร่างได้ลอก Directive ๕๓/๑๓/ EEC มาแทบทุกตัวอักษรทำให้เป็นที่เข้าใจยากสำหรับนักกฎหมายชาวอังกฤษผู้ซึ่งไม่คุ้นเคยกับแนวคิดแบบยุโรป

๕) UCTA กำหนดให้ข้อสัญญาบางข้อไร้ผล ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคจะกลายเป็นโมฆะไปโดยอัตโนมัติถ้าระบุยกเว้นความรับผิดชอบให้ผู้จำหน่ายสินค้าที่ทำให้เกิดการตายหรือบาดเจ็บ หรือจัดส่งสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพตามที่ผู้บริโภคต้องการ ข้อสัญญาอื่นๆ จะมีผลก็ต่อเมื่อเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล

UTCCR บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาต่อผู้บริโภคไว้ใน Schedule ๒ เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคะเนได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่าง (non-exclusive list) ซึ่งลอกมาจาก UTD (ในอังกฤษเรียกว่า ‘รายการสีเทา’ หรือ grey list) ในทางปฏิบัติ grey list มีส่วนช่วยเป็นแนวทางที่สำคัญให้เข้าใจวัตถุประสงค์ของ UTD

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

๒.๑.๓ ความต้องการคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก

ธุรกิจขนาดเล็กมักจะประสบปัญหาต้องจำใจยอมรับสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่กฎหมายไม่ยอมให้โต้แย้ง ส่วนมากมักเกิดกับชาวไร่ ชาวนา ผู้ผลิต หรือผู้ก่อสร้างรายย่อย ธุรกิจขนาดเล็กอาจถูกบังคับให้ต้องจ่ายเงินชดเชยแก่ธุรกิจขนาดใหญ่สำหรับความเสียหายที่ไม่ใช่ความผิดของตน หรือถูกยึดเงินมัดจำ หรือจำต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงราคาหลังจากเซ็นสัญญากันแล้ว บางครั้งอาจพบว่าธุรกิจขนาดใหญ่เป็นฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามใจชอบ หรือจากสาเหตุที่ผิดสัญญาเพียงเล็กน้อย ในขณะที่ฝ่ายธุรกิจขนาดเล็กต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายธุรกิจขนาดใหญ่นำ ‘สัญญามาตรฐาน’ มาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กที่อ่อนแอกว่า ธุรกิจขนาดเล็กอาจไม่เข้าใจข้อสัญญา หรือถึงแม้เข้าใจก็ไม่มีอำนาจการต่อรองที่จะเปลี่ยนแปลงอะไรได้

๒.๑.๔ ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา (Exemption for main subject matter and price)

UTCCR กำหนดข้อยกเว้นสำหรับข้อสัญญาเรื่องสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่าราคาหรือค่าตอบแทนไม่ให้นำมาพิจารณา ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญา



ข้อยกเว้นดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าตีความยากเป็นพิเศษ ทำให้การดำเนินคดีในศาลมีความยุ่งยาก คดีที่เป็นปัญหาคือคดี Office of Fair Trading v. Abbey National plc. ในคดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าข้อสัญญาเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมเบิกเงินเกินบัญชี ส่วนที่เกินวงเงินที่ได้รับอนุมัติไม่ได้รับการยกเว้นจากการประเมินความไม่เป็นธรรม แต่เมื่อคดีมาถึงศาลฎีกา ศาลฎีกากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ เพราะเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวควรได้รับการยกเว้นด้วยเช่นกัน

๒.๒ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้ร่างขึ้นโดยเอา UCTA ของประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบ บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ UCTA ดังนั้น ข้อบกพร่องที่มีอยู่หลายประการใน UCTA ก็ติดมาอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ด้วย ข้อบกพร่องเหล่านี้ปรากฏอยู่ในมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔ วรรคสาม และมาตรา ๑๐ ดังนี้

๒.๒.๑ ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค

หลักทั่วไปเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาปรากฏอยู่ในมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญเช่นเดียวกับ UCTA โดยกำหนดให้ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น การไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่ได้อยู่ในฐานะผู้บริโภคเป็นสิ่งเหมาะสม เพราะผู้ประกอบการค้าด้วยกันย่อมอยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การลอกเลียนแนวความคิดมาจากหลักทั่วไปของ UCTA ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้มีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย เนื่องจากความตอนต่อไปให้อำนาจศาลตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาที่มีได้อยู่ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าด้วยถ้าเป็นข้อตกลงที่อยู่ใน ‘สัญญาสำเร็จรูป’ นอกจากนี้ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ยังใช้บังคับกับสัญญาขายฝากอีกด้วย มีข้อควรพิจารณาบทบัญญัติในส่วนนี้ดังนี้คือ

๑) ตามบทบัญญัติในมาตรา ๔ วรรคหนึ่งนั้นจะทำให้ ผู้ค้ารายใหญ่ ซึ่งได้ตกลงรับเอาสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัตินี้ด้วย ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ผิด เพราะความสามารถในการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ประกอบการค้าไม่ได้เสื่อมเสียไปด้วยเหตุที่สัญญาที่จะทำนั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่สำหรับกรณีผู้ประกอบการค้ารายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้นกฎหมายกลับไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ ‘ผู้บริโภค’ ตามบทนิยาม ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนาที่ทำสัญญาขายผลผลิตผลการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็น



ผู้บริโภค และไม่ได้รับการคุ้มครองจากราชบัญญัติฉบับนี้^{๑๑}

๒) ในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญา มาใช้เอง (รวมถึงใช้ในกิจการของตน) โดยมีใจเพื่อนำสินค้านั้นไปขายต่อในทางการค้า ก็ถือว่าผู้ประกอบการค้านั้นทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเช่นกัน แนวคิดดังกล่าวก็ไม่น่าจะถูกต้องเช่นกันเพราะไม่ว่าผู้ประกอบการค้าจะซื้อสินค้าหรือจัดหาบริการมาใช้เพื่อการใด ผู้ประกอบการค้าก็อยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนได้เหมือนกัน^{๑๒}

๓) ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ซื้อฝากได้เปรียบผู้ขายฝากเกินสมควรเป็น ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ความส่วนนี้ซึ่ง ถูกเพิ่มเข้าไปในชั้นรัฐสภาได้เป็นปัญหาในแง่ของปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ปัญหาของความ ส่วนนี้ก็มีอยู่ว่า เมื่อมาตรา ๔ เป็นบทบัญญัติที่วาง ‘หลักทั่วไป’ การนำเอาความส่วนที่กล่าวถึงข้อตกลง ในสัญญาขายฝาก ซึ่งเป็นกรณีของ ‘ข้อตกลงพิเศษ’ ทำนองเดียวกับมาตรา ๕ – ๕ มาบัญญัติรวม ไว้ในมาตรานี้ด้วยก็เป็นความผิดพลาดในการประมวลความคิด (Conceptualisation)^{๑๒}

๒.๒.๒ เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรม

๑) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

มาตรา ๔ กล่าวถึง ‘การได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร’ ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดด้วยว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ‘ปฏิบัติหรือรับภาระ เกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ’ อาจถือได้ว่าทำให้ ‘ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง’ (มาตรา ๔ วรรค ๓) และยังให้ตัวอย่างข้อตกลงเช่นนี้ไว้ ๕ ข้อ แต่ทว่าตัวอย่างข้อสัญญาหลายตัวอย่าง ข้ำซ้อนกัน ตัวอย่างที่แท้จริงจึงมีเพียง ๔ ตัวอย่างเท่านั้นตามข้อ (๓) (๔) (๖) และ (๘) ได้แก่ (๓) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ (๔) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (๖) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อ ฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี และ (๘) ข้อตกลง ในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใด สูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่เกิดหนี้หรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้ รายการข้อสัญญาตัวอย่างเหล่านี้ จึงมิได้มีมากพอที่จะเป็นแนวทางให้ศาลวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาได้อย่างแท้จริง^{๑๓}

^{๑๑} อังอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๒} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๓} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๔} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.



๒) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ส่วนที่เข้าใจได้ว่าเป็นการกล่าวถึง ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ ปรากฏอยู่ในมาตรา ๑๐ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าจะมีผลบังคับเพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(๑) ความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่าง ของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(๒) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(๓) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(๔) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

พฤติการณ์ที่กล่าวในข้อ (๑) และข้อ (๒) เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมในกระบวนการทำสัญญา กล่าวคือ เป็นเรื่องของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนที่กล่าวถึง ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ส่วนพฤติการณ์ที่ระบุถึงความสุจริตนั้น กฎหมายไม่ควรอธิบาย ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ โดยอิงกับคำว่า ‘สุจริต’ เพราะมิใช่เป็นกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้า หรือบริการไม่สุจริตในความหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการใช้ภาษา กฎหมายเขียนสัญญาซึ่งผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้ หรือ กรณีที่ผู้บริโภคขาดโอกาสเข้าพิเคราะห์ข้อสัญญา อันเนื่องมาจากสภาวะเร่งรีบ^{๑๔}

พฤติการณ์ที่ระบุในข้อ (๓) คือเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แต่ส่วนที่กล่าวถึงสถานที่ในการทำสัญญา ไม่แน่ชัดว่าหมายถึงสิ่งใด

สำหรับพฤติการณ์ในข้อ (๔) ที่กล่าวถึงการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเสียมากกว่า^{๑๕}

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่า ข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาและในกระบวนการทำสัญญา จึงเป็นไปได้ว่าศาลอาจจะวินิจฉัยให้ข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อศาลเห็นว่าเนื้อหาของข้อสัญญานั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายกำหนดข้อสัญญาได้เปรียบมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมาก โดยที่ศาล

^{๑๔} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๕} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.



มิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่ามีพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ กฎหมายจึงควรกำหนดอย่างชัดเจนให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยความเป็นธรรมทั้งสองประเภท^{๑๖}

๓. แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

๓.๑ แนวทางในการแก้ไขปัญหาทางด้านกฎหมาย

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

คณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ ทั้งสองได้เสนอความเห็นไว้ในรายงานว่า ควรรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองฉบับให้เหลือเพียงฉบับเดียว พร้อมทั้งเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ด้วย

๓.๒ แนวทางในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย

ปัจจุบัน แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียวเป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อมๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของตลาดไปด้วยสำนักงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ ได้แก่ ‘Office of Fair Trading’ (หรือ OFT) ดังนั้น นอกจาก OFT จะมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแล้วยังมีหน้าที่กำกับดูแลให้การดำเนินงานของธุรกิจต่างๆ เป็นไปอย่างยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอีกด้วย ตลาดที่มีการแข่งขันกันมีผลดีสองประการ คือ มีผลต่อแรงจูงใจที่จะทำให้ธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้น และมีผลต่อความพยายามที่จะตอบสนองอุปสงค์ของผู้บริโภคมากขึ้น การทำงานของตลาดที่เป็นไปตามธรรมชาติ และมีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงนั้นจะเป็นผลดีในระยะยาว เพราะจะเป็นตัวขับเคลื่อนให้มีการเพิ่มผลผลิต ซึ่งเป็นผลดีต่อการฟื้นฟูเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มต้นทุนของทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายธุรกิจเอกชน

OFT เป็นหน่วยงานอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายตั้งแต่ปี ๑๙๙๓ วัตถุประสงค์หลักของ OFT คือ การทำตลาดให้เป็นตลาดของผู้ซื้อ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย OFT มีเครื่องมือ ซึ่งก็คือกฎหมายต่างๆ ถึงสิบกว่าฉบับ กฎหมายใหม่ๆ เช่น Consumer Protection from Unfair Trading Regulations ๒๐๐๘ และ Consumer Credit Act ๒๐๐๖ ทำให้โฉมหน้าของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสหราชอาณาจักรเปลี่ยนแปลงไปมาก การนำกฎหมายสองฉบับดังกล่าวมาใช้ร่วมกับกฎหมาย Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๕ และ Enterprise



Act ๒๐๐๒ ทำให้แนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภคเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียว เป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อมๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานในตลาดไปด้วย

งานส่วนใหญ่ของ OFT ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด การวิเคราะห์ตลาด สอดส่องดูแลการควบกิจการ (merger) การฮั้วกัน (Cartel) รับผิดชอบเป็นธุรกิจผ่องส่ง ธุรกิจให้กู้เงิน สอดส่องดูแลบริษัทตัวแทนซื้อขายที่ดิน ให้การสนับสนุนแก่หน่วยงานอื่น ทำงานร่วมกับหน่วยงานอื่นให้ความรู้แก่ธุรกิจและผู้บริโภค ให้คำปรึกษาแก่ผู้บริโภคโดยตรง ฯลฯ ทั้งหมดนี้ ที่ OFT ถือว่าเลวร้ายที่สุดที่จะต้องจัดการเป็นอันดับแรก คือการฮั้วกัน เพราะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งแก่ผู้บริโภคและธุรกิจที่ดี ธุรกิจที่ทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการฮั้วกันเพื่อผูกขาดตลาดอาจถูกปรับถึง ๑๐% ของรายได้ทั้งหมดทั่วโลก ทั้งมีความผิดทางอาญา ตามกฎหมาย Enterprise Act ๒๐๐๒ ที่มีโทษจำคุกสูงสุด ๕ ปี และโทษปรับโดยไม่จำกัดอีกด้วย

หลังจากที่ได้ทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพอย่างยาวนานมาถึง ๔๑ ปี OFT ได้ปิดตัวลงเมื่อวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๕๗ นี้เอง เพราะมีการจัดระบบหน่วยงานใหม่ หน้าที่ส่วนใหญ่ ซึ่งได้แก่ การคุ้มครองผู้บริโภค และการดูแลตลาดให้มีการแข่งขันกัน ในปัจจุบันตกเป็นหน้าที่ของ Competition and Markets Authority หรือ CMA ซึ่งตั้งขึ้นใหม่

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผลจากการศึกษาเปรียบเทียบในครั้งนี้นับว่าโดยทั่วๆ ไปการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ ได้ก้าวไกลไปกว่าประเทศไทยมาก ทั้งในด้านการบัญญัติกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นมาใช้และวิธีการในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากปัญหาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในประเทศไทยคล้ายๆ กับปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เพราะไทยใช้กฎหมายของอังกฤษเป็นแม่แบบในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ดังนั้นข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ ทั้งสองจึงเป็นประโยชน์ในการที่จะนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ของประเทศไทยด้วย

ในการแก้ไขเพิ่มเติม ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐’ นั้น เนื่องจาก UTCCR เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคโดยตรง จึงควรใช้บทบัญญัติของ UTCCR เป็นแม่แบบ ประกอบกับข้อเสนอในรายงานของ คณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม

๑. ข้อเสนอแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐

ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ จำเป็นต้องแยกบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ ออกเป็นสองภาค โดยแยกสัญญาผู้บริโภค และสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก ออกจากสัญญาอื่นๆ ทั้งนี้ เพื่อแสดงวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนว่าต้องการคุ้มครองผู้บริโภคและธุรกิจขนาดเล็กโดยตรง ดังนั้น สัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาธุรกิจ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาซื้อขายที่ทำกันเป็นการส่วนตัว หรือสัญญาที่มีชื่อหรือไม่มีชื่ออื่นๆ ตลอดจน ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ความตกลงหรือความยินยอม จะอยู่ในอีกภาคหนึ่งของพระราชบัญญัติฯ และอยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษาครั้งนี้



๑.๑ ข้อเสนอเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภค

๑.๑.๑ สารสำคัญของสัญญาผู้บริโภค

๑) ความหมายของคำ

คำจำกัดความของ ‘ผู้บริโภค’ ควรจำกัดความหมายให้แคบลงกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฯ ซึ่งบัญญัติว่าเป็น ‘ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะ ... และควรใช้คำว่า ‘ผู้บริโภค’ อย่างเดียวโดยตลอดในกฎหมายฉบับแก้ไขใหม่

คำว่า ‘ผู้บริโภค’ ควรจะหมายถึง “บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน”

คำว่า ‘ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ’ ก็เช่นเดียวกัน ควรจะหมายถึง “บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล ผู้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อื่นเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะ เป็นกิจการสาธารณะหรือกิจการส่วนตัว” และคำว่า ‘ธุรกิจ’ ควรจะรวมกิจกรรมของหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานของท้องถิ่นเข้าไว้ด้วย

คำว่า ‘สัญญา’ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ‘สัญญามาตรฐาน’ ควรหมายถึง “สัญญาที่มีได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว มีการร่างไว้ล่วงหน้า และผู้บริโภคไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้”

๒) ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลของข้อสัญญานั้น ควรจะตัดคำว่า ‘โดยขัดต่อความสุจริต’ ออกไป เพราะว่า ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะชี้ว่า การกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำใดๆ สุจริต หรือไม่สุจริต เพราะเป็นเรื่องของเจตนาภายใน (subjective intent) การตัดข้อความดังกล่าวออกไปจะทำให้การวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาใดเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมง่ายขึ้นเพราะเหลือการพิจารณาเจตนาภายนอก (objective intent) แต่เพียงอย่างเดียว ได้แก่ ความได้เปรียบเสียเปรียบ ความไม่เท่าเทียมกันในสัญญา ดังนั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเหลือเพียง ๓ ข้อ คือ

(๑) เป็นข้อสัญญาที่มีได้มีการเจรจากันตัวต่อตัว

(๒) ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพัน

อันเกิดจากสัญญา

(๓) เป็นผลให้ผู้บริโภคต้องได้รับความเสียหาย

๓) ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ควรบัญญัติให้มีผลดังนี้

(๑) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการทำกับผู้บริโภคนั้น ไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค



(๒) เมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญา นั้นยังมีส่วนที่สมบูรณ์เหลืออยู่ ก็ให้มีผลผูกพันต่อไปได้

๔) การตีความ กฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ควรมีกฎเกณฑ์สำหรับการตีความให้เป็นคุณต่อผู้บริโภค และถ้ามีข้อสงสัยในความหมายของข้อสัญญา ต้องยกประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภค

๕) ภาระการพิสูจน์หากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอ้างว่า 'สัญญามาตรฐาน' นั้น ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวกันแล้ว ภาระการพิสูจน์ควรต้องตกแก่ผู้อ้าง

๖) ข้อเสนอเพิ่มเติมจากรายงานของคณะกรรมการฯ

(๑) ข้อสัญญาที่ฝ่ายธุรกิจจัดทำขึ้นเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดสำหรับการตายหรือบาดเจ็บอันเนื่องมาจากทะเลย (ไม่กระทำตามหน้าที่) ควรให้เป็นข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ

(๒) ข้อสัญญาทุกข้อในสัญญาผู้บริโภค ยกเว้นข้อที่เป็น 'แกน' ของสัญญา ควรจะต้องผ่านการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ไม่ว่าข้อสัญญา นั้นจะได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันหรือไม่ก็ตาม

(๓) ถ้าได้พิสูจน์แล้วว่า ข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมเพียงบางส่วนจริง ถ้าเป็นไปได้ก็ควรให้คงไว้ซึ่งข้อสัญญาส่วนที่เหลือ

(๔) บทบัญญัติที่ใช้บังคับทั่ว ๆ ไปกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคควรนำมาใช้ในกรณีที่ผู้บริโภคกลายเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการด้วย

๑.๑.๒ เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค

ได้กล่าวมาแล้วว่า ความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยสัญญาสามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ 'ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา' และ 'ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา' ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยทั้งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

๑) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ตามข้อเสนอของคณะกรรมการฯ การทดสอบความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งจะนำมาใช้กับข้อสัญญาที่โต้แย้งได้แต่ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ ควรเป็นการทดสอบ 'ความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล' มีดังนี้

(๑) การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ควรจะตัดคำว่า 'โดยสุจริต' ออกไป



(๒) การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น

ควรพิจารณาจาก

- ก. ทุกสิ่งทุกอย่างที่เกี่ยวข้องในขณะที่ทำสัญญากัน
- ข. ต้องนำสาระสำคัญ และผลที่เกิดจากข้อสัญญา และ

พฤติการณ์ทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญามาพิจารณาด้วย

(๓) การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น

ควรวินิจฉัยจาก

- ก. ความโปร่งใส
- ข. สาระสำคัญของสัญญา และผลที่เกิดจากสัญญา และ
- ค. พฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะที่ทำสัญญา

(๔) ความไม่โปร่งใสเพียงอย่างเดียวก็สามารถทำให้ข้อสัญญา

ไม่เป็นธรรมได้

(๕) กฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ควรบรรจุข้อชี้แนะให้มากพอที่

จะนำมาใช้ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลได้

๒) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา

รายการตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาซึ่งมีอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐ มีน้อยมาก จึงจำเป็นต้องนำรายการตัวอย่าง (หรือ The Grey List) ใน UTCCR ทั้ง ๑๗ ข้อ มาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขใหม่เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าตัวอย่างข้อสัญญาเหล่านี้ ‘อาจจะ’ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

UTCCR บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญา ๑๗ ประการที่อาจจะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้ใน Schedule ๒ (Indicative and non-exhaustive list of terms which may be regarded as unfair) เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตระหนักได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่างซึ่งระบุข้อสัญญาที่ ‘อาจ’ ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ข้อสัญญาที่อยู่ในรายการนี้จึงอาจจะมิใช่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ ข้อสัญญา ๑๗ ประการที่อยู่ในรายการตัวอย่างมีดังต่อไปนี้ คือ

ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ-- หรือ มีผลทำให้--

(๑) ยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบตามกฎหมายของ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต หรือร่างกายของ ‘ผู้บริโภค’ อันเกิดจากการกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำของ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’



(๒) ยกเว้น หรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายของ ‘ผู้บริโภค’ ที่มีต่อ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ โดยไม่สมควร ในกรณีที่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ไม่จัดการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญา แต่ในทางตรงกันข้ามให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ มีทางเลือกที่จะแปลงหนี้ที่ ‘ผู้บริโภค’ ต้องชำระแก่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ใดๆก็ได้

(๓) ทำข้อตกลงผูกมัด ‘ผู้บริโภค’ โดยไม่มีเงื่อนไข ในขณะที่การบริการที่ผู้บริโภคควรจะได้รับจริงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามแต่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ จะกำหนด

(๔) ยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ริบเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้ว ถ้า ‘ผู้บริโภค’ เป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ในขณะเดียวกัน ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ มีสิทธิได้รับเงินชดเชยจำนวนเดียวกัน ถ้า ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ เป็นฝ่ายยกเลิกสัญญาเสียเอง

(๕) กำหนดให้ ‘ผู้บริโภค’ ที่ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ครบถ้วนต้องชำระค่าเสียหายในอัตราที่สูงเกินส่วน

(๖) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ใช้ดุลพินิจยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ในขณะที่ฝ่าย ‘ผู้บริโภค’ ไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว หรือยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ไม่ต้องคืนเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วทั้งๆ ที่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาเสียเองโดยที่ยังไม่ได้ให้บริการเลย

(๗) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ยกเลิกสัญญาที่ไม่ได้ระบุระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญา โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในระยะเวลาอันสมควร เว้นไว้แต่กรณีที่จำเป็นอย่างยิ่ง

(๘) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ต่ออายุสัญญาซึ่งมีกำหนดระยะเวลาแน่นอนได้โดยอัตโนมัติ ในเมื่อฝ่าย ‘ผู้บริโภค’ ยังไม่ได้แจ้งเป็นอย่างอื่น โดยที่ กำหนดระยะเวลาสำหรับการแจ้งไม่ต่อสัญญาไว้สั้นเกินไป

(๙) ผูกมัด ‘ผู้บริโภค’ ไว้กับข้อสัญญาที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ โดยที่ ‘ผู้บริโภค’ ไม่มีโอกาสได้ทำความคุ้นเคยกับสัญญานั้นมาก่อน

(๑๐) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องแจ้งเหตุผลตามที่ระบุไว้ในสัญญา

(๑๑) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ แก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของสินค้า หรือบริการที่จัดให้แก่ ‘ผู้บริโภค’ โดยไม่ต้องมีเหตุผลอันสมควร



(๑๒) ยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ กำหนดราคาของสินค้าเองได้ในเวลาส่งมอบ หรือยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ขึ้นราคาได้ โดยที่ทั้งสองกรณี ‘ผู้บริโภค’ ไม่ได้รับสิทธิที่ควรจะมีให้บอกเลิกสัญญาได้ ถ้าเห็นว่าราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงเกินกว่าราคาที่ได้ตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญา

(๑๓) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ในการใช้ดุลพินิจเองว่าสินค้าหรือบริการนั้นถูกต้องตรงตามสัญญาหรือไม่ หรือ มอบสิทธิให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ เป็นผู้ตีความข้อสัญญาใดๆ ในสัญญานั้นเสียเอง

(๑๔) ตั้งข้อจำกัดภาระผูกพันที่ตัวแทนของ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ได้ทำไว้ กับผู้บริโภค หรือ กำหนดให้ภาระผูกพันที่ตนมีต่อ ‘ผู้บริโภค’ ต้องมีการปฏิบัติตามตามกฎหมายบางอย่างเป็นพิเศษ

(๑๕) บังคับให้ทางฝ่าย ‘ผู้บริโภค’ ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้โดยครบถ้วน ในขณะที่ฝ่าย ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ไม่ต้องปฏิบัติตามนั้นด้วย

(๑๖) ให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ สามารถโอนสิทธิหรือภาระผูกพันตามสัญญาไปให้ผู้อื่น ซึ่งอาจจะมีผลทำให้หลักประกันของ ‘ผู้บริโภค’ ลดน้อยลง โดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจาก ‘ผู้บริโภค’

(๑๗) ยกเลิก หรือ ชัดขวาง ‘ผู้บริโภค’ ในการใช้สิทธิตามกฎหมาย หรือ ทางกระบวนการยุติธรรมอย่างอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้ ‘ผู้บริโภค’ ต้องนำข้อพิพาทไปสู่อนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งมีได้เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการรับรองโดยทบวงยุติแห่งกฎหมาย หรือการจำกัดสิทธิในการแสดงพยานหลักฐานหรือการกำหนดให้ ‘ผู้บริโภค’ มีหน้าที่นำสืบต่างๆ ที่ตามกฎหมายตนเองเป็นฝ่ายที่ต้องนำสืบ

นอกจากนี้ยังมี รายการตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมซึ่งเสนอเพิ่มเติมโดยคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ อีก ๓ ข้อ ซึ่งควรนำมาเข้ามารวมไว้ด้วย ได้แก่

ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ --- หรือมีผลทำให้ ---

(๑) ผู้ประกอบธุรกิจการค้าสามารถอ้างสิทธิในเงินชดเชยเป็นจำนวนเงินสูงเกินส่วน หรือในเงินค่าบริการที่ตนเองยังไม่ได้จัดทำให้ ในกรณีที่ผู้บริโภคพยายามบอกเลิกสัญญา

(๒) ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าตั้งราคาได้ตามใจชอบ หลังจากที่ผู้บริโภคได้ถูกผูกมัดโดยสัญญาไปแล้ว

(๓) ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าเลือกสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งนี้ได้ตามใจชอบ หลังจากที่ผู้บริโภคได้ถูกผูกมัดโดยสัญญาไปแล้ว



๑.๑.๓ ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา

บทบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคาไม่ได้มีบัญญัติไว้ใน ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐’ ซึ่งถ้าจะนำมาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วยก็ควรนำข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการฯ ฝ่ายกฎหมายฯ เกี่ยวกับเรื่อง ‘ข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา’ มาเป็นแนวทางดังนี้คือ

๑) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับราคา หรือสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ควรได้รับการยกเว้นจากการตรวจสอบก็ต่อเมื่อข้อสัญญานั้น ‘โปร่งใสและเด่นชัดเท่านั้น’ การเข้าถึงปัญหาโดยการใช้ ‘ความโปร่งใส’ และ ‘ความเด่นชัด’ นำ ทำให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างข้อสัญญาที่ผู้บริโภคนำไปใช้ในการตัดสินใจซื้อสินค้า และข้อสัญญาที่หายไปในดวงของ ‘ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว’

๒) คำว่า ‘โปร่งใส’ ควรหมายความว่า ใช้ภาษาธรรมดาๆ เข้าใจได้ง่าย ไม่ต้องเสียเวลาคิดหรือตีความ และถ้าทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ควรทำให้อ่านง่าย

๓) การทดสอบ ‘ความเด่นชัด’ ควรหมายถึงการทดสอบโดย ‘ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย’ ซึ่งวิธีการนี้ใช้กันอย่างกว้างขวางในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของยุโรป (คำว่า ‘ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย’ ไม่ใช่เป็นผู้บริโภคจริงๆ แต่เป็นผู้บริโภคที่สมมุติขึ้นมาว่าเป็นคนธรรมดาที่ได้รับข้อมูลมากพอสมควร มีความช่างสังเกตและมีความรอบคอบพอสมควร) ข้อสัญญาที่เรียกว่าเด่นชัดคือ ข้อสัญญาที่ ‘ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย’ สามารถรับรู้ได้โดยง่าย ข้อสัญญาที่แปลก หรือยิ่งหนัก ก็ยิ่งจำเป็นต้องทำให้เด่นชัดขึ้น

๔) สำหรับ ‘ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว’ นั้น คณะกรรมการฯ ฝ่ายกฎหมายฯ มีความเห็นในเรื่องข้อยกเว้นว่า ต้องคำนึงถึงความชัดเจนในความแตกต่างระหว่างข้อสัญญาที่ใช้สำหรับการแข่งขันในทางการค้า และข้อสัญญาที่ฝังตัวอยู่ในตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว ในที่ซึ่งผู้บริโภคสามารถรับรู้ถึงข้อสัญญาที่เสนอโดยผู้ประกอบการค้า และสามารถนำไปใช้ในการเลือกซื้อสินค้าได้ กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องเสนอตัวเข้าไปคุ้มครองผู้บริโภคจาก

ผลของการที่ตนตัดสินใจเอง ในทางตรงกันข้าม ผู้บริโภคแทบจะไม่ได้อ่านตัวพิมพ์เล็กจิ๋วเลย ตัวพิมพ์เล็กจิ๋วไม่ได้หมายถึงขนาดของตัวพิมพ์เท่านั้น แต่ยังหมายถึงตำแหน่งในการวาง การใช้ภาษาที่เข้าใจยาก ตลอดจนการนำศัพท์แสงทางกฎหมายมาใช้อีกด้วย

คณะกรรมการฯ ฝ่ายกฎหมายฯ มีความเห็นว่าข้อสัญญาที่พิมพ์ด้วย ‘ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว’ ทั้งหมดควรจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาทุกข้อของสัญญาควรต้องโปร่งใส ไม่เช่นนั้นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะต้องใช้อำนาจดำเนินการตามกฎหมายได้ ตามความเป็นจริงไม่อาจทำให้ข้อสัญญาเด่นชัดได้เสมอไปทุกข้อ และถ้าสัญญาไม่เด่นชัดก็ไม่ได้หมายความว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม หรือตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่เป็นธรรม เพียงแต่ว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรมได้



๑.๒ ข้อเสนอเกี่ยวกับสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก

ความบกพร่องอีกข้อหนึ่งของ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐ คือ ไม่ได้คุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็ก ซึ่งตามความเป็นจริงก็มีฐานะระดับเดียวกับผู้บริโภคนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ชาวไร่ชาวนาที่ขายผลผลิตให้แก่พ่อค้าคนกลาง แต่ที่สำคัญคือต้องวางกฎเกณฑ์ให้เหมาะสมว่า ขนาดเล็กเพียงใดจึงควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งตามแนวทางของคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ นั้น ธุรกิจที่ควรได้รับการคุ้มครอง ควรเป็นธุรกิจขนาดเล็กที่สุดและอ่อนแอที่สุด ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเรียกว่า ‘ธุรกิจขนาดจิ๋ว’ (micro business) นั่นเอง การศึกษาข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ จะช่วยในการปรับปรุงแก้ไข และเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติฯ ให้เหมาะสมกับสภาวะของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งสรุปได้ดังนี้

- ๑) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับสิทธิในการโต้แย้งข้อสัญญามาตรฐานใดๆ ที่ไม่ใช่ข้อสัญญาแกนของสัญญา ภายใต้การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล
- ๒) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับความคุ้มครองในการติดต่อทำธุรกิจกับธุรกิจอื่น โดยไม่จำกัดว่าธุรกิจอื่นจะมีขนาดเท่าใด
- ๓) ขนาดของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรได้รับความคุ้มครองตามระบบกฎหมายใหม่ของประเทศอังกฤษ คือ มีจำนวนพนักงาน ๕ คนหรือน้อยกว่า
- ๔) ขนาดของธุรกิจควรคำนวณจากค่าเฉลี่ยของจำนวนพนักงานที่ธุรกิจนั้นจ้างไว้ หรือ ดูจากจำนวนพนักงานของธุรกิจนั้นและธุรกิจอื่นที่ร่วมกันของปีที่ผ่านมา
- ๕) ธุรกิจขนาดเล็กที่เข้าร่วมทำธุรกิจกับธุรกิจขนาดใหญ่จะไม่ถูกนับรวมเข้าอยู่ในระบบธุรกิจขนาดเล็กด้วย
- ๖) ตามข้อเสนอของคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ นั้น สัญญาที่มีมูลค่าเกิน ๕ แสนปอนด์ จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก และ
- ๗) ในกรณีที่เป็นสัญญาฉบับหนึ่งในชุดที่ประกอบด้วยสัญญาหลายฉบับ ควรรวมจำนวนเงินที่ซื้อขายในสัญญาทั้งหมดเข้าด้วยกัน และถ้าจำนวนเงินรวมกันแล้วเกิน ๕ แสนปอนด์ สัญญาทั้งหมดในชุดนั้นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก
- ๘) ควรมีข้อยกเว้นให้สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมในกรณีที่ธุรกิจขนาดเล็กเข้าไปทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจบริการทางการเงินที่มีกฎเกณฑ์ของตัวเองควบคุมอยู่แล้ว
- ๙) ข้อสัญญาบางข้อเท่านั้นในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรเปิดให้โต้แย้งได้ ได้แก่ ข้อสัญญาซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งนำมาใช้ในสัญญามาตรฐาน และข้อสัญญานั้นไม่ได้รับการแก้ไขให้เป็นประโยชน์กับธุรกิจขนาดเล็ก หลังจากที่ได้มีการเจรจาต่อรองกัน



๑๐) สัญญาทางธุรกิจบางประเภทที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ควรนำมาใช้กับสัญญาธุรกิจขนาดเล็กด้วยเช่นเดียวกัน

๑๑) ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ ควรนำวิธีการทดสอบความความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลที่ใช้กับสัญญาอื่นๆ มาใช้กับสัญญาธุรกิจขนาดเล็กด้วย

๑๒) ควรนำรายการตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจจะถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กด้วย

๑๓) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก การพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นๆ ไม่เป็นธรรมควรให้เป็นการระของธุรกิจขนาดเล็ก

๑๔) ในกรณีที่พบว่าข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กไม่เป็นธรรม ควรให้สัญญาส่วนที่เหลือยังคงมีผลต่อไปเท่าที่จะเป็นไปได้

๑๕) ควรดำเนินการให้มีวิธีการป้องกันธุรกิจอื่นๆ หลีกเลี่ยงการควบคุมสัญญาธุรกิจขนาดเล็กโดยวิธีการใช้ทุติยสัญญา (secondary contract)

๒. ข้อเสนอแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นผู้นำในด้านกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค มีระบบกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่สมบูรณ์ และมีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายมายาวนาน มีทั้งองค์กรอิสระที่รัฐจัดตั้งขึ้นและองค์กร NGO มากมายหลายองค์กรคอยช่วยเหลือและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะและเอกชน ประเทศไทยจึงควรศึกษาวิธีการบังคับใช้กฎหมายของ Office of Fair Trading เพื่อเป็นแบบอย่างในการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทย

หน้าที่หลักที่สำคัญของ OFT คือ การบังคับใช้กฎหมาย และการสอดส่องดูแลตลาดให้มีการแข่งขันกัน เพื่อป้องกันการผูกขาด ในปัจจุบัน ตลาดผูกขาดตามความหมายที่ว่าดำเนินการโดยเอกชนแต่เพียงผู้เดียวโดยลำพังจัดเป็นตลาดที่หาได้ยาก แต่ไม่ได้หมายความว่า การผูกขาดจะไม่มีอยู่เลย การผูกขาดยังคงมีให้เห็นอยู่เป็นประจำ ได้แก่กรณีที่หน่วยธุรกิจมีขนาดใหญ่ โดยมีสัดส่วนของสินค้าที่หน่วยธุรกิจผลิตออกมาจำหน่ายมีจำนวนมากเมื่อเทียบกับหน่วยธุรกิจรายอื่นๆ จนกระทั่งหน่วยธุรกิจรายใหญ่มีอำนาจในการควบคุมตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ในทางปฏิบัติ หน่วยธุรกิจขนาดใหญ่จึงมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจในตลาดผูกขาด

สาเหตุของการผูกขาดอีกทางหนึ่งอาจเกิดจากการกระทำของรัฐเองก็ได้โดยการออกกฎหมายกีดกันซึ่งเป็นปัจจัยกีดขวางที่ทำให้เกิดหน่วยธุรกิจผูกขาดขึ้น เช่น การออกใบอนุญาตให้สัมปทานให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยธุรกิจเฉพาะรายดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าได้แต่ผู้เดียว เป็นต้น เป็นเหตุให้หน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าที่ถูกกีดกันโดยรัฐนั้นได้ สำหรับประเทศไทยสาเหตุการผูกขาดที่เกิดจากการกีดกันโดยรัฐและกฎหมายโดยการ



ให้สัมปทานจัดเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมาก ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากกรณีตัวอย่างของตลาดการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นตลาดผูกขาดตามกฎหมายที่กีดกันหน่วยธุรกิจรายอื่น ๆ ไม่ให้เข้าไปในอุตสาหกรรมชนิดนี้ ผลเสียที่เกิดขึ้นก็คือผลประโยชน์ที่ผู้บริโภคควรจะได้รับจะถูกถ่ายโอนไปสู่ผู้ได้รับสัมปทานอย่างมหาศาลในรูปของ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset) ยกตัวอย่างเช่น จากข้อมูลของ Consolidated and Company Financial Statement, ๓๑ December ๒๐๐๔ แสดงให้เห็นว่า บริษัท AIS ผู้ได้รับสัมปทาน มีทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ถึง ๕๐,๔๓๑.๖๕ ล้านบาท (จากการคำนวณรวมค่า assets under concession agreement, concession rights, goodwill and other assets – net ณ วันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๔๓)^{๑๖}

๓. ข้อเสนอเพิ่มเติม

๓.๑ นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติม ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐’ แล้ว ควรยกร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพิ่มขึ้นอีกฉบับหนึ่ง เพื่อใช้ควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติม นั่นคือกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการค้าอย่างไม่เป็นธรรม โดยใช้ Directive ๒๐๐๕/๒๙/EC ของสหภาพยุโรป (หรือ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations ๒๐๐๘ ของประเทศอังกฤษ) เป็นแม่แบบ กฎหมายฉบับนี้จะเป็นประโยชน์มากสำหรับผู้บริโภคในประเทศไทย เพราะสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยกำหนดลงไปเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างชัดเจนว่า ให้เป็นหน้าที่โดยปกติของหน่วยธุรกิจที่จะต้องไม่ใช่วิธีดำเนินการโดยมิชอบ รวมทั้งต้องมีความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจการค้าอย่างโปร่งใสอีกด้วย นับว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้บริโภค และในขณะเดียวกันเป็นการยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคให้สูงขึ้นอีกระดับหนึ่งด้วย

๓.๒ บทบัญญัติของกฎหมายไทยบางมาตราที่ขัดกันควรได้รับการพิจารณาแก้ไข หรือยกเลิกไปเสียตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเรื่องสัญญาซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใน บรรพ ๓ ลักษณะ ๑ หมวด ๑ ส่วนที่ ๔ “ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบ” มาตรา ๔๘๓ ซึ่งบัญญัติว่า “คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่า ผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือ เพื่อการรอนสิทธิ ก็ได้” ขัดกับบทบัญญัติในมาตรา ๖ ของ ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐’ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้” อย่างตรงกันข้าม

^{๑๖}ปรีดา ยังสุขสถาพร, ทรัพย์สินทางปัญญานำรู้และวิธีประเมินค่า, สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: อัมรินทร์ปริ้นติ้งกรุ๊ปจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๕๑), ๗๐.



บรรณานุกรม

คาราพร ติระวัฒน์, “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา การตีความสัญญา”
ใน *ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และ ลักษณะละเมิด และ
หลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ ๕* (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช,
๒๕๕๒)

คาราพร ติระวัฒน์, *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,*
(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘)

พินัย ฉนกร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ”
๓๐ : ๔, *วารสารนิติศาสตร์* (๒๕๔๓)

พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐* (กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, ๒๕๔๒)

อรรยา สิงห์สงบ, *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๐)

Office of Fair Trading, “Legal power” *Office of Fair Trading*, Retrieved September
๑, ๒๐๑๑ <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/legal-powers/lega>>

_____, “Published undertakings and court actions” *Office of Fair
Trading*, Retrieved September ๑, ๒๐๑๑, <[http://www.offt.gov.uk/OFTwork/
consumer-enforcement](http://www.offt.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement)>

_____, “What we do” *Office of Fair Trading*, Retrieved September ๑,
๒๐๑๑, <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/what>>



_____, “Annual Report and Resource Accounts ๒๐๐๕-๒๐๐๖” *Office of Fair Trading*, Retrieved July ๔, ๒๐๐๖ <<http://www.offt.gov.uk/OFTwork/publications/publication-catagories/corporate/annual-report>>

_____, “Annual Report and Resource Accounts ๒๐๐๖-๒๐๐๗” *Office* Retrieved July ๔, ๒๐๐๖ <<http://www.offt.gov.uk/OFTwork/publications/publication-catagories/corporate/annual-report>>

Skory Maciej (Warsaw ๒๐๐๗) “Abusive Clauses_Application of the Provisions of Directive ๙๓/๑๓ in Poland and in Selected countries of European Union” Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๖ <<http://www.uokik.gov.pl>>

The Council of the European Communities. Directive ๓_en: “Council Directive ๙๓/๑๓/EEC of ๕ April ๑๙๙๓ on unfair terms in consumer contracts” *Official Journal L๐๕๕*, ๒๑/๐๔/๑๙๙๓ P.๐๐๒๕ – ๐๐๓๔, Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๖ <http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm>

The law commission and the Scottish law commission (๒๐๐๒) “Unfair terms in contracts” *A Joint Consultation Paper*, Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๔ <<http://www.lawcom.gov.uk> and <http://www.scotlawcom.gov.uk/lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc๒๕๒.pdf>>

The law commission and the Scottish law commission (๒๐๐๒) “Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?” Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๔ <http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/unfair_consumer_contracts.htm and <http://www.scotlawcom.gov.uk>>



The law commission and the Scottish law (๒๐๑๒) “Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills.” Retrieved August ๓๐, ๒๐๑๔ <<http://www.lawcom.gov.uk> and <http://www.scotlawcom.gov.uk> [uklawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair_terms.htm](http://www.uklawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair_terms.htm)>