



สถาบันพระปกเกล้า



กฎหมาย

ที่เกี่ยวกับการทำ สัญญาทางแพ่ง ที่อาจก่อให้เกิด

ความไม่เป็นธรรม

เนื่องจากความไม่เสมอภาคของผู้สัญญา

ดร. ชิต เที่ยมจำรูญลาภ

เรื่อง

กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาทางแพ่งที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเนื่องจากความไม่เสมอภาคของคู่สัญญา

ผู้แต่ง

ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

Nattional Library of Thalland Cataloging in Publication Data

กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาทางแพ่งที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเนื่องจากความไม่เสมอภาคของคู่สัญญา.--กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2566.

206 หน้า

1. สัญญา. I. ชื่อเรื่อง.

346.022

ISBN 978-616-476-331-9

ผู้ประสานงาน

นางกัณฐรัตน์ ลาเทศ

รหัสสิ่งพิมพ์สถาบัน

สสว.66-10-00.0 (ebook)

พิมพ์ครั้งที่ 1

มีนาคม 2566

สงวนลิขสิทธิ์

©2566

ลิขสิทธิ์ของสถาบันพระปกเกล้า

สถาบันพระปกเกล้า

จัดพิมพ์โดย

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ80 พรรษา อาคารรัฐประศาสนภักดีชั้น 5 (โซนทิศใต้)

เลขที่ 120 หมู่3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่กรุงเทพฯ 10210

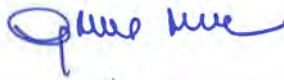
โทรศัพท์0-2141-9550 โทรสาร 0-2143-8174

<http://www.kpi.ac.th>



หลักกฎหมายแพ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันมีวิวัฒนาการมายาวนานกว่าสองพันปี ตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งถือเป็นหลักว่า “คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน” กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอิสระและมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการเลือกทำสัญญาหรือกำหนดข้อตกลงในสัญญาและหลักการดังกล่าวนี้ ก็ยังคงได้รับการยึดถืออยู่ในปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องหลีกเลี่ยงการเข้าไปแทรกแซงการตกลงกันของเอกชน อย่างไรก็ตาม ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้ทำให้เห็นว่าในหลายกรณี คู่สัญญาอาจจะไม่ได้อยู่ในสถานะเท่าเทียมกันเสมอไป โดยอาจเกิดจากความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยอมทำสัญญาที่ตนเองจะเสียเปรียบเพราะไม่มีทางเลือก ส่งผลให้ปัจจุบันหลายประเทศได้ออกกฎหมายมากำหนดให้รัฐสามารถเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชนได้ในบางเงื่อนไขเพื่อไม่ให้เกิดการเสียเปรียบกันมากจนเกินไป หรือแม้แต่ในประเทศไทยเองก็มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่ก็ยังเกิดปัญหาในการบังคับใช้

สถาบันพระปกเกล้า จึงจัดให้มีการศึกษา เรื่อง “กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางแพ่งที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเนื่องจากความไม่เสมอภาคของผู้สัญญา” ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา ซึ่งศึกษาวิจัยโดย ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมุ่งศึกษากฎหมายต่างประเทศที่กำหนดให้รัฐเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชน เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในการทำสัญญา เพื่อให้ข้อเสนอแนะสำหรับการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทย สถาบันพระปกเกล้า หวังเป็นอย่างยิ่งว่ารายงานการศึกษานี้จะเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติในการนำไปประกอบการพิจารณาเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป



(ศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย)

เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

สารบัญ

ตารางแสดงคำศัพท์และอักษรย่อ	IX
บทนำ	1
บทที่ 1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่าง เอกชนและการแทรกแซงโดยรัฐ	11
1.1 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักเสรีภาพในการทำ สัญญา	13
1.1.1 แนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism)	14
1.1.2 แนวคิดเศรษฐกิจศาสตร์เสรีนิยม (Economic Liberalism)	15
1.1.3 ปัญหาที่เกิดจากเสรีภาพในการทำสัญญา	16
1.2 ความหมายของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา	17
1.2.1 เสรีภาพในองค์ประกอบของสัญญา	17
1.2.2 เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา	25
1.2.3 เสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญา	27
1.3 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา	28
1.3.1 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาในแง่ของ องค์ประกอบของสัญญา	28
1.3.2 การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของ สัญญา	33
1.3.3 การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญา	39
บทสรุป	41

บทที่ 2 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร	43
2.1 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรป	45
2.1.1 คู่สัญญาของสัญญาผู้บริโภค	45
2.1.2 ข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญา	50
2.1.3 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	52
2.1.4 ผลของสัญญาที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรม	56
2.2 กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสหราชอาณาจักร	60
2.2.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ค.ศ.1977	61
2.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้บริโภค ค.ศ. 2015	68
บทสรุป	72

บทที่ 3 บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา	77
3.1 สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศระยะยาว	79
3.1.1 สาระสำคัญของสัญญา	80
3.1.2 ปัญหาการคุ้มครองคู่สัญญาในทางปฏิบัติ	82
3.2 สัญญาจ้างทำของกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล	86
3.2.1 ข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล	87
3.2.2 ปัญหาความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล	88

3.3 ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงิน	91
3.3.1 การคุ้มครองผู้กู้ในปัจจุบัน	91
3.3.2 ปัญหาความไม่เป็นธรรม	96
3.4 สัญญาตัวเงิน: เชื้อ	100
3.4.1 การใช้เชื้อเป็นเครื่องมือผ่อนเวลาชำระหนี้	101
3.4.2 ปัญหาการคุ้มครองลูกหนี้ในกรณีที่ใช้เชื้อ ทำหน้าที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้	103
3.5 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	107
3.5.1 สาระสำคัญของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	108
3.5.2 ปัญหาการคุ้มครองผู้ถือหุ้นตามสัญญาระหว่าง ผู้ถือหุ้น	111
บทสรุป	114
บทที่ 4 การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	117
4.1 ขอบเขตการใช้บังคับ	119
4.1.1 คู่สัญญา	119
4.1.2 เนื้อหาหรือลักษณะของสัญญา	121
4.2 การใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยศาลไทย	124
4.2.1 การพิจารณาคู่สัญญา	124
4.2.2 การพิจารณาถึงความสมัครใจและ ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา	129
4.2.3 การพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญา	131
4.2.4 การยกประเด็นเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็น ธรรมขึ้นพิจารณาเองของศาล	132
บทสรุป	134

**บทที่ 5 แนวทางการดำเนินการเพื่อลดความไม่เสมอภาค
ในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกัน 135**

**5.1 แนวทางการพัฒนากฎหมายและการปรับใช้
กฎหมายโดยองค์กรตุลาการ 137**

5.1.1 ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด
ในสัญญาทั่วไป 137

5.1.2 ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด
ในสัญญาซื้อขาย 141

5.1.3 ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด
ในสัญญาที่มีการโอนทรัพย์สินอื่น 147

5.2 การจัดทำและพัฒนาแนวปฏิบัติสำหรับคู่สัญญา 152

5.2.1 แนวปฏิบัติในการพิจารณาความโปร่งใส 152

5.2.2 แนวปฏิบัติในการพิจารณาการได้เปรียบ
มากเกินไปสมควร 160

5.2.3 แนวปฏิบัติในการพิจารณาความสุจริต 163

5.2.4 แนวปฏิบัติในการพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวง 165

5.3 การศึกษาและวิจัยในอนาคต 167

5.3.1 การพัฒนาเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วย
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 167

5.3.2 การทำให้แนวปฏิบัติสำหรับคู่สัญญา
มีผลบังคับใช้ 169

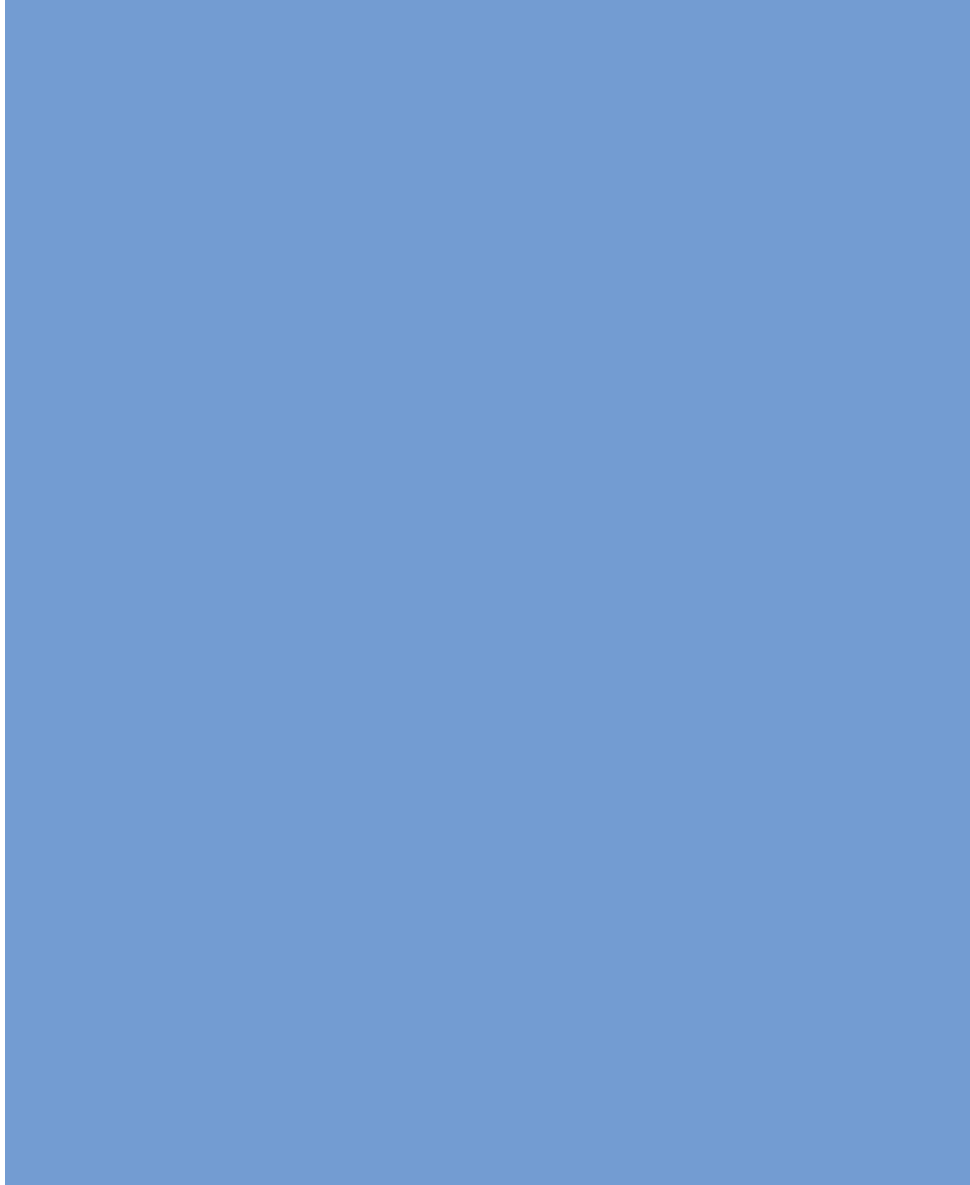
บทสรุป 170

ภาคผนวก 173

บรรณานุกรม 179

ประวัติผู้แต่ง 187

ตารางแสดงคำศัพท์และอักษรย่อ	
คำศัพท์และอักษรย่อ	ความหมาย
Amazon	บริษัทผู้ให้บริการเว็บไซต์ซื้อขายออนไลน์อเมซอน
Aziz	นายอาซิช (ผู้บริโภคในกรณีศึกษาคดี Aziz)
BBVA SA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (ธนาคารบิลเบาวิซคาญาอาร์เจนตินาเรีย)
Catalunya Caixa	ธนาคารกาทาลูญญา ไคซ่า
Cloud storage	การเก็บข้อมูลโดยใช้พื้นที่แบบออนไลน์โดยจะมีผู้ให้บริการเป็น Server ขนาดใหญ่หรือที่เราเรียกว่า Cloud ให้กับผู้ให้บริการสามารถเก็บข้อมูลประเภทต่าง ๆ ผ่านบัญชีที่ลงทะเบียนไว้
EU Commission Notice	COMMISSION NOTICE Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts
Fernández Gabarro	นายแฟร์นันเดส กาบารโร (ผู้บริโภคในกรณีศึกษาคดี BBVA)
Francisco Gutiérrez Naranjo	นายฟรานซิสโก กูเตอร์เรส นารันโจ (ผู้บริโภคในกรณีศึกษาคดี Gutiérrez Naranjo)
KPC	The kodeks postę powania cywilnego (กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศโปแลนด์)
López Durán	นางโลเปส ดูแรน (ผู้บริโภคในกรณีศึกษาคดี BBVA)
Menéndez Álvarez	นายเมเนนเดซ อัลวาเรซ (ผู้บริโภครณีศึกษาคดี Construc-tora Principado)
Peñalva López	นายเปنالวา โลเปส (ผู้บริโภคในกรณีศึกษาคดี BBVA)
PKO	Powszechna Kasa Oszczędności (ธนาคารพาณิชย์ของประเทศโปแลนด์)
UCTD	COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts
Van Hove	นายวาน โฮฟ (ผู้บริโภครณีศึกษาคดี Van Hove)
Verein für Konsumenteninformation	องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรีย



บทนำ



1

หลักการและเหตุผล



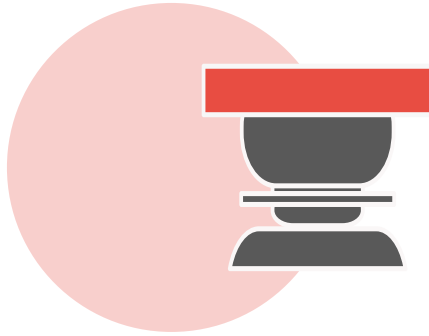
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดให้มีมาตรการหรือกลไกที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคในทุกด้าน ซึ่งรวมถึงการทำสัญญา โดยประเด็นเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นถูกกำหนดไว้ในยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม ทั้งนี้ กฎหมายหลักที่กำหนดเรื่องเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ ก็เปิดช่องให้ผู้สัญญาสามารถตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติได้ ถ้าหากความตกลงที่แตกต่างจากกฎหมายนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว บัญญัติขึ้นภายใต้หลักการและแนวคิดว่าคุณสัญญามีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น ผู้สัญญาจึงมีเสรีภาพที่จะทำความตกลงกันอย่างไรก็ได้

ในความเป็นจริงคู่สัญญาอาจไม่ได้มีความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอีกฝ่าย ส่งผลให้ข้อตกลงบางประการในสัญญาทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ คู่สัญญาอีกฝ่ายก็แทบจะมีอำนาจต่อรองน้อยมาก และแม้ว่าจะมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่ก็ยังพบว่า มีสัญญาหลายรูปแบบที่สร้างความไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ส่งผลให้รัฐต้องเข้าแทรกแซงการทำสัญญาระหว่างเอกชนเพื่อสร้างความเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการศึกษาทบทวนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาระหว่างเอกชน เพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางการปฏิรูปประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฯ และในแผนยุทธศาสตร์ชาติต่อไป



สภาพ ปัญหา

ข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนานั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ปัจเจกบุคคลสามารถตัดสินใจและมีการกระทำที่รักษาผลประโยชน์ของตนเองได้อย่างดีที่สุด อย่างไรก็ตามปัจเจกบุคคลบางรายอาจไม่อยู่ในสภาวะที่จะสามารถรักษาประโยชน์ของตนเองได้อย่างเต็มที่เนื่องจากข้อจำกัด เช่น อำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจ เช่น กรณีของผู้ซื้อสินค้าซึ่งเป็นผู้บริโภคตามสัญญาซื้อขายลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ และผู้กู้ตามสัญญากู้ยืมเงิน การที่ปัจเจกบุคคลไม่อาจรักษาประโยชน์ของตนเองได้อย่างเต็มที่นั้น อาจเกิดขึ้นจากรูปแบบในการเข้าทำสัญญาในปัจจุบัน เช่น การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการทำธุรกรรมผ่านระบบออนไลน์ซึ่งฝ่ายผู้บริโภคไม่ได้มีโอกาสใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของตนเพื่อต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้กำหนดสัญญาได้ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้ข้อความที่มีความสลับซับซ้อนจนผู้บริโภคซึ่งอ่านข้อความนั้นไม่อาจเข้าใจเนื้อหาและไม่อาจต่อรองสัญญาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้อย่างเต็มที่



สืบเนื่องจากสภาพข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นจะสามารถมีส่วนช่วยในการสร้างความเป็นธรรมอันเกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ก่อภาระให้กับผู้บริโภคเกินสมควรได้หรือไม่ และมีกรณีใดบ้างที่บทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบันนั้น ไม่สามารถแก้ไขปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ในปัจจุบัน หรืออาจมีกรณีที่บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น ไม่สามารถถูกปรับใช้ได้ ในทางปฏิบัติเนื่องจากขาดรายละเอียดที่ชัดเจน

3 สมมติฐาน

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีเจตนารมณ์ที่สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรป (EU Council Directive on unfair terms in consumer contracts 93/13/EEC) และสหราชอาณาจักร (Unfair Contract Terms Act 1977 และ Consumer Rights Act 2015) อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังมีปัญหาการปรับใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากตัวบทกฎหมายยังขาดรายละเอียดและยังขาดแนวการปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร

การพิสูจน์สมมติฐานของงานวิจัยนี้ อาศัยการวิเคราะห์หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) โดยอาศัยระเบียบวิธีวิจัยได้แก่ “การวิจัยหลักกฎหมาย” (doctrinal research methodology) และทำการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรในเชิงเปรียบเทียบ (comparative study and analysis) และอาศัยข้อเท็จจริงตลอดจนทางปฏิบัติในการทำสัญญาระหว่างเอกชนเพื่อวิเคราะห์ และแสดงให้เห็นถึงปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในประเทศไทย

วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาแนวคิด และทฤษฎีในการยอมให้รัฐแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชน
2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญา และศึกษาพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ว่ามีการบังคับใช้ได้ดีเพียงใด หรือมีข้อบกพร่องอย่างไร
3. เพื่อให้ได้ผลการศึกษาที่เป็นแนวทางให้แก่สมาชิกรัฐสภาในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงหรือเสนอกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับการปฏิรูปประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และแผนยุทธศาสตร์ชาติ

ประโยชน์ที่จะได้รับ

1. สมาชิกรัฐสภาในฐานะองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ มีข้อมูลในการพิจารณา ร่างกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้อง
2. สมาชิกรัฐสภา มีข้อมูลเพื่อใช้สำหรับการพิจารณาเพื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงกฎหมายซึ่งเป็นหนึ่งในประเด็นการปฏิรูปประเทศด้านเศรษฐกิจ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

6 ขอบเขตในการดำเนินงาน และระเบียบวิธีวิจัย

ในการดำเนินงานวิจัยโครงการวิจัยดังกล่าวนี้ เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งมีขอบเขตในการศึกษา ดังนี้

1. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญา (หรือความตกลงกันเอง) ระหว่างเอกชนด้วยกัน และแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการยอมให้รัฐเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจการของเอกชน
2. กรณีศึกษาต่างประเทศเกี่ยวกับขอบเขตในการยอมให้รัฐเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจการของเอกชนในการทำสัญญา
3. บทบัญญัติเรื่องหนี้ และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา
4. ตัวอย่างข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญาเอกชนทั้งในกรณีของสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ในทางปฏิบัติ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายอื่นนั้น อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาเอกชน

5. พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และการบังคับใช้
6. กฎหมายต่างประเทศที่มีการบัญญัติในลักษณะของพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกรณีศึกษาที่แสดงให้เห็นถึงแนวทางและปัญหาในการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศดังกล่าว
7. แนวทางการดำเนินการเพื่อลดความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกัน



1

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับ
การทำสัญญาระหว่างเอกชน
และการแทรกแซงของรัฐ

เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) หมายถึง อิสระของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ เลือกคู่สัญญา กำหนดเนื้อหาของสัญญา และต้องลงสัญญาได้อย่างอิสระ และในอีกแง่หนึ่งยังหมายรวมถึง อิสระที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองในอนาคตอีกด้วย¹ ทั้งนี้ บนพื้นฐานของการยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของปัจเจกบุคคล² จุดเริ่มต้น และวิวัฒนาการของเสรีภาพดังกล่าวได้รับอิทธิพลและยึดโยงอยู่กับพัฒนาการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอย่างมีนัยสำคัญ³ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการทำสัญญานั้นเป็นสิ่งที่มิใช่ข้อจำกัดและถูกแทรกแซงโดยรัฐและกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรม⁴ เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและทำความเข้าใจเนื้อหาของเสรีภาพในการทำสัญญา งานวิจัยนี้จะได้อธิบายและยกตัวอย่างเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา ตามลำดับดังต่อไปนี้ (1) แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการทำสัญญา (2) ความหมายและองค์ประกอบของเสรีภาพในการทำสัญญา และ (3) ข้อจำกัดของเสรีภาพในการทำสัญญา

¹ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 379. และโปรดดูผลงาน วิชาการต่างประเทศซึ่งได้อธิบายถึงและอภิปรายเสรีภาพในการทำสัญญาใน เช่น Mark L. Movsesian, Two Cheers for Freedom of Contract, Cardozo Law Review (Vol.23:4 (2002)): 1529; Carolyn Edwards, "Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues", UMKC Law Review (Vol.17:3 (2009)): 648; Reshma Korde, "Good Faith and Freedom of Contract", UCL Jurisprudence Review (2000): 142 เป็นต้น

² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เล่ม 1 (ภาค 1-2) พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 8.

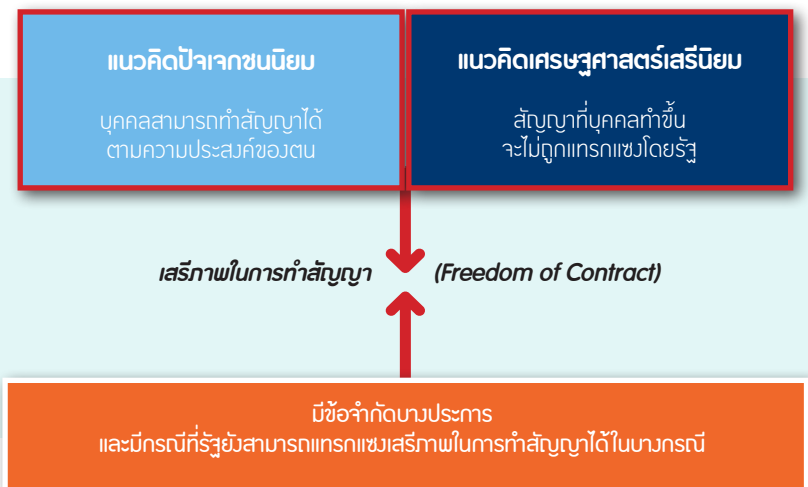
³ David P. Weber, "Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition" Yale Human Rights and Development Journal (Vol. 16: 1 (2013)): 51.

⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540" ตุลพาหน (มกราคม-มิถุนายน 2541), หน้า 77.

1.1 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) และแนวคิดเศรษฐกิจเสรีนิยม (Economic Liberalism) ในศตวรรษที่ 18 ซึ่งส่งผลให้ระบบกฎหมายต้องยอมรับอิสระของบุคคลในการแสดงเจตนาทำสัญญาและยอมรับผลของสัญญาที่บุคคลได้ทำขึ้นโดยอิสระ อย่างไรก็ตาม ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 20 ระบบกฎหมายก็ได้ถูกพัฒนาต่อให้รัฐเข้าแทรกแซงและจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี ตามแผนภาพที่ 1.1

แผนภาพที่ 1.1: ข้อความคิดพื้นฐานกับเสรีภาพในการทำสัญญา



1.1.1 แนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism)

ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เกิดแนวคิดเรื่องปัจเจกชนนิยมขึ้น เพื่อต่อสู้กับรัฐ แนวคิดดังกล่าวยืนยันว่ารัฐจะต้องรับรู้ถึงสิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งมนุษย์มีอยู่ตามธรรมชาติและจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล⁵

อิสระของปัจเจกชนทั้งหลายที่จะกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนอย่างไร กับใคร ด้วยวิธีการอย่างไร หรือมีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ รวมทั้งสามารถใช้เสรีภาพของตนเองจำกัดเสรีภาพของตนเองในอนาคตได้อีกด้วย⁶ และสามารถกล่าวได้ว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) ซึ่งหมายถึงอำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองทั้งในส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ในทางส่วนตัว เช่น เรื่องการสมรส การหย่า ในทางทรัพย์สิน เช่น การซื้อขาย การให้ การแลกเปลี่ยน ซึ่งสามารถจัดการโดยใช้นิติกรรมสัญญา⁷

⁵ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (พิมพ์ครั้งที่ 2) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 15.

⁶ ศันนกรณ์, อ้วนแล้ว เจิงอรรถที่ 1, หน้า 295.

⁷ เพิ่งอ้าง.

1.1.2 แนวคิดเศรษฐกิจเสรีนิยม (Economic Liberalism)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นตั้งอยู่บนสมมติฐานแนวคิดเศรษฐกิจเสรีนิยมแบบคลาสสิก ซึ่งรัฐควรปล่อยให้กลไกตลาด (Market Mechanism) ทำหน้าที่กำหนดว่าควรจะมีการผลิตสินค้าและบริการอะไร (What) ผลิตอย่างไร (How) และผลิตเพื่อใคร (For whom) โดยปล่อยให้ปัจเจกบุคคลทำธุรกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ บนพื้นฐานของความเชื่อว่าปัจเจกชนเป็นผู้มีความสามารถตัดสินใจได้ (Rational being) จึงสามารถปกป้องผลประโยชน์ของตัวเองได้ (Self-Interest Protection) และจะตัดสินใจกระทำการในสิ่งที่ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ตนเอง (Maximum Benefits)⁹

เมื่อระบบเศรษฐกิจให้ความสำคัญกับการตัดสินใจของปัจเจกบุคคล ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรจะมีก็คือ กฎเกณฑ์ที่บุคคลซึ่งมีความเท่าเทียมกันไม่ว่าในแง่ของอำนาจในการต่อรอง ทักษะ หรือความรู้ เป็นผู้ตกลงกันเอง โดยถือว่ากฎเกณฑ์ที่ได้ตกลงกันนั้นเป็นกฎเกณฑ์อันหนึ่งที่เกิดจากเจตนาที่ให้ใช้บังคับแก่กรณีของตนเองโดยเฉพาะซึ่งจะเป็นกฎเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เอกชนด้วยกันเอง¹⁰ และในขณะเดียวกัน รัฐก็ควรที่จะต้องลดบทบาทในการแทรกแซงซึ่งกฎเกณฑ์ที่เอกชนได้ตกลงกันขึ้นและมีหน้าที่บังคับให้การเป็นไปตามกฎเกณฑ์เหล่านั้น¹¹

⁹ ศักดา ธนิตกุล, แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา: กฎหมายกับธุรกิจ พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 5.

¹⁰ ฟินัย ณ นคร, กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ, วารสารนิติศาสตร์ 30: 4 หน้า 550 และโปรดดู รายละเอียดเกี่ยวกับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และกฎหมายเพิ่มเติมใน ธัญญานัฐ ตันติกุล, การผิดสัญญาในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์, ดุลพินิจ (เล่มที่ 3 ปีที่ 55 กันยายน-ธันวาคม พ.ศ. 2551).

¹⁰ ดาราพร อ่างแล้ว เชิงอรธที่ 5 หน้า 16.

¹¹ Roscoe Pound, 'Liberty of Contract' Yale Law Journal (1909), หน้า 456-457.

1.1.3 ปัญหาที่เกิดจากเสรีภาพในการทำสัญญา

ตามแผนภาพที่ 1.1 แนวคิดปัจเจกชนและเศรษฐกิจเสรีนิยมรับรองความมีอิสระของปัจเจกบุคคลที่จะสรรค์สร้างสัญญาที่ตนประสงค์ และสัญญาดังกล่าวจะไม่ถูกแทรกแซงโดยรัฐตามลำดับ อย่างไรก็ตามในศตวรรษที่ 20 รัฐต่าง ๆ ได้เห็นถึงความจำเป็นในการเข้าแทรกแซงซึ่งเสรีภาพในการทำสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีความอ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ¹² เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำสัญญาสำเร็จรูปที่มีการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีโอกาสเจรจาหรือต่อรอง โดยอาจมีเนื้อหาของสัญญาที่เป็นภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมากเกินไป จนอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการทำสัญญาที่แท้จริงนั้นไม่ได้มีอยู่ต่อไป¹³

ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายจึงได้ถูกพัฒนาเพื่อเข้าแทรกแซงซึ่งเสรีภาพในการทำสัญญาตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁴ ในประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายหลายฉบับขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาที่มีความอ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นต้น ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 1.3 ต่อไป

¹² ศนันกรณ อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 หน้า 291.

¹³ ดาราพร อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 5 หน้า 18.

¹⁴ สุขุม คุณินิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551).

1.2

ความหมายของหลักเสรีภาพ ในการทำสัญญา

การศึกษาแนวคิดในเชิงประวัติศาสตร์ได้แสดงให้เห็นถึงจุดเริ่มต้น และพัฒนาการของเสรีภาพ หรืออิสระของปัจเจกบุคคลในการทำสัญญา กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า เมื่อนำ “เสรีภาพ” ดังกล่าว มาใช้ในบริบทของการทำสัญญาแล้ว ความมีอิสระในการทำสัญญาจะมีความหมายที่เป็นรูปธรรมอย่างไร การตอบปัญหาดังกล่าวสามารถเริ่มจากการพิจารณาความหมายและองค์ประกอบของสัญญาเพื่อพิจารณาว่า ความมีอิสระของปัจเจกบุคคลนั้น มีบทบาทต่อการทำสัญญาอย่างไร ขั้นตอนใด และในองค์ประกอบใดของสัญญานี้บ้าง

1.2.1 เสรีภาพในองค์ประกอบของสัญญา

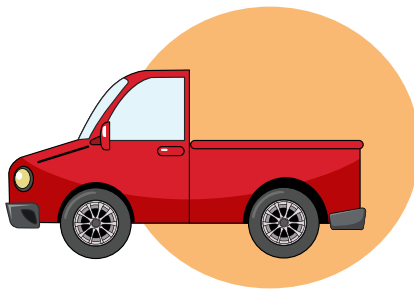
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัตินิยามของสัญญาเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทภรณ์ โสคติพันธ์ ได้ให้นิยามของสัญญาโดยพิจารณาถึงความหมายของสัญญา ตามคำร่ำท้าว ๆ ไป และนิยามของนิติกรรมเอาไว้ว่า **“สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคล ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ที่มุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง สงวนหรือระงับนิติสัมพันธ์”**¹⁵ จากนิยามข้างต้น เราอาจแยกแยะองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาได้ดังต่อไปนี้ บุคคลผู้ทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา เจตนา แบบ และมีอิสระที่จะกำหนดเนื้อหา ตลอดจนกำหนดผลของสัญญาได้อีกด้วย

¹⁵ ศนันทภรณ์ อ้วนแล้ว เจริญธรรมที่ 1 หน้า 287.

1.2.1.1 คู่สัญญา

บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะเลือกที่จะทำสัญญากับใครก็ได้ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม เช่น นาย ก. มีอิสระที่จะทำสัญญา ซื้อรถกระบะจากนาย ข. ได้ หรือหากนาย ก. เห็นว่านาย ข. เป็นเพียง บุคคลธรรมดาและเกรงว่าจะอาจมีปัญหาในเรื่องบริการหลังการขายได้ นาย ก. ก็มีอิสระที่จะเลือกซื้อรถยนต์รุ่นเดียวกันจากบริษัท A ซึ่งเป็นบริษัท ที่มีชื่อเสียงได้ในทางกลับกัน นาย ข. และบริษัท A ก็มีอิสระที่จะขายรถยนต์ ให้นาย ก. หรือไม่ก็ได้

แม้ว่าจะมีอิสระในการเลือกตัวคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง นาย ก. นาย ข. และ บริษัท A อาจมีความไม่เท่าเทียมกันก็เป็นได้ ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาอาจเกิดได้จากหลายปัจจัย เช่น การมีข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกัน (asymmetric information) กล่าวคือ เป็นสถานการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีข้อมูลที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มี¹⁶ เช่น การที่ นาย ข. หรือ บริษัท A ผู้ขายรถยนต์มีข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติ และความชำรุดบกพร่องของรถกระบะที่ นาย ก. กำลังจะซื้อ มากกว่าตัว นาย ก. จากความไม่เท่าเทียมกันของการมีข้อมูลดังกล่าว แม้ว่า นาย ก.



¹⁶ Quy-Toan Do, "Asymmetric Information" (online) แหล่งที่มา https://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/84797-111443727_4304/Asymmetric_Info_Sep2003.pdf

จะมีเสรีภาพที่จะเลือกทำสัญญากับบุคคลใดก็ได้ กรณีนี้ย่อมถือได้ว่า นาย ก. ตกอยู่ในภาวะที่ไม่เท่าเทียมกับ นาย ข. หรือ บริษัท A ซึ่งกรณี มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าระบบกฎหมายของประเทศไทยจะป้องกัน และแก้ปัญหาดังกล่าวอย่างไร เช่น หากผู้ขายกำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบ ในความชำรุดบกพร่องเอาไว้ในสัญญา รัฐจะสามารถแทรกแซงและ จำกัดผลของข้อจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวได้หรือไม่ (ซึ่งเป็นประเด็นที่จะ ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ต่อไป)

นอกเหนือจากการมีข้อมูลไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาแล้ว ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญายังอาจเกิดจาก “อำนาจต่อรอง ทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน” ระหว่างคู่สัญญาได้ เช่น กรณีของสัญญา จ้างแรงงาน สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญาเอกชน ได้แก่ นายจ้างและลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วนายจ้างมักจะมีอำนาจ ต่อรองในทางเศรษฐกิจมากกว่าลูกจ้าง¹⁷ และสามารถกำหนดข้อสัญญา ที่เป็นคุณกับฝ่ายตนเองโดยที่ฝ่ายลูกจ้างไม่อาจเจรจาต่อรองได้ในความเป็นจริง ด้วยเหตุนี้ จึงมีการตรากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน (พระราช บัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541) เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ ในการคุ้มครองลูกจ้างและเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญา โดยคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันยกเว้นพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ในทางที่ทำให้ลูกจ้างเสียประโยชน์ได้¹⁸

¹⁷ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, ย่อหลักกฎหมายแรงงาน: พื้นฐานความรู้ทั่วไปกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 23 (สำนักพิมพ์นิติธรรม: กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2551), หน้า 40.

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 193/2534.

1.2.1.2 วัตถุประสงค์

ในฐานะที่เป็นนิติกรรมชนิดหนึ่ง สัญญาจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ วัตถุประสงค์ หมายถึง ความมุ่งหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่คู่สัญญาหวังที่จะได้รับ โดยหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นอาจหมายถึงความประสงค์ในการก่อ เปลี่ยนแปลง สงวน หรือระงับสิทธิ วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นสามารถมีทั้งวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัย (Objective) และอัตวิสัย (Subjective) วัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยนั้นจะพิจารณาจากหน้าหรือหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องชำระต่อกัน ตามกรณีตัวอย่าง การซื้อขายรถยนต์ระหว่าง นาย ก. และนาย ข. นั้นย่อมมีวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัย คือการที่ นาย ก. นั้นทำการชำระหนี้เพื่อแลกเปลี่ยนกับกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ โดยวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยของการซื้อขายดังกล่าวได้ถูกรับรองเอาไว้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 ซึ่งบัญญัติว่า

“

อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย
โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ
และผู้ซื้อตกลงที่จะใช้ราคาทรัพย์สินนั้น ให้แก่ผู้ขาย

”

ส่วนวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัยนั้นอาจเรียกได้ว่าเป็นเป้าหมายส่วนตัวของผู้ทำสัญญา¹⁹ โดยจะต้องเป็นสิ่งที่คู่สัญญานั้นรับรู้ร่วมกัน มิใช่สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์หรือนึกคิดอยู่เพียงฝ่ายเดียว ดังเช่นตามกรณี

¹⁹ ศนันกรณ อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1 หน้า 64.

ตัวอย่างนั้นนาย ก. และนาย ข. มีอิสระที่จะตกลงกันว่ารถยนต์ที่นาย ก. ซื้อมันจะต้องเป็นรถยนต์สามารถขับเคลื่อนได้ทั้งสี่ล้อเพื่อที่นาย ก. จะนำรถยนต์ดังกล่าวไปเป็นยานพาหนะในพื้นที่ทุรกันดาร

1.2.1.3 แบบ

แบบ ในความหมายทั่วไป หมายถึง วิธีการในการแสดงเจตนาทำสัญญา²⁰ โดยผู้ทำสัญญาสามารถที่จะทำสัญญาด้วยวิธีการใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจา กริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม ตามกรณีตัวอย่างเมื่อนาย ก. ประสงค์ที่จะซื้อรถยนต์จากนาย ข. นาย ก. อาจเลือกทำสัญญาซื้อขายดังกล่าวด้วยการพูดกับนาย ข. ถึงความประสงค์ดังกล่าวได้ หากนาย ข. ตกลงสัญญาซื้อขายรถยนต์ ย่อมก่อให้เกิด นาย ก. มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะใช้ราคาทรัพย์สินเพื่อแลกกับการที่นาย ข. จะโอนกรรมสิทธิ์ในรถยนต์คันดังกล่าว ตามกรณีตัวอย่างข้างต้นกล่าวได้ว่า นาย ก. ผู้ซื้อ และนาย ข. ผู้ขาย มีเสรีภาพที่จะเลือกแบบของสัญญาได้ว่า จะทำโดยวาจา กริยาอาการ หรือทำโดยลายลักษณ์อักษร

1.2.1.4 การแสดงเจตนา

เสรีภาพในการทำสัญญานั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าผู้ทำสัญญาได้ก่อมูลเหตุจูงใจ คิด ตัดสินใจ และแสดงเจตนาออกมาโดยอิสระ และเป็นเจตนาที่แท้จริง หากผู้ทำสัญญานั้นถูกฉ้อฉลหรือข่มขู่แล้ว เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลผู้ถูกฉ้อฉลหรือข่มขู่ในแง่ของการแสดงเจตนา ย่อมถูกจำกัดลง เช่นเดียวกับกรณีที่ผู้ทำสัญญาได้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญาย่อมเป็นกรณีที่เสรีภาพในการทำสัญญานั้นถูกจำกัดลง ซึ่งสามารถยกตัวอย่างได้ตามแผนภาพที่ 1.2

²⁰ เพิ่งอ้าง หน้า 90.

แผนภาพที่ 1.2 : เสรีภาพในการแสดงเจตนา²¹

กรณีมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา  นาย ก.	กรณีเสรีภาพในการแสดงเจตนา ถูกจำกัดลง
แสดงเจตนา ประสงค์ที่จะซื้อรถกระบะ เพื่อใช้เป็นยานพาหนะ	ถูกนาย ข. ผู้ขายและผู้มีอิทธิพล ประจำท้องถิ่นข่มขู่ ให้ซื้อรถกระบะ จากตน มิฉะนั้นจะทำร้ายร่างกาย นาย ก. (ถูกข่มขู่)
ตัดสินใจ ตัดสินใจที่จะซื้อรถกระบะยี่ห้อ โตโยต้าซึ่งเป็นรุ่นที่สามารถ ขับเคลือนสี่ล้อได้จากนาย ข.	ถูกนาย ข. หลอกลวงว่ารถกระบะคัน ที่ขายสามารถขับเคลือนสี่ล้อ ทั้งที่ ความจริงรถกระบะคันดังกล่าว ไม่สามารถขับเคลือนสี่ล้อได้ (ถูกฉ้อฉล)
แสดงเจตนา ทำคำเสนอซื้อรถกระบะ ดังกล่าวแก่ นาย ข. โดยวาจา	นาย ก. แสดงเจตนาซื้อรถกระบะ ออกมาไม่ตรงกับที่ตนเข้าใจ (เจตนาที่ แสดงออกมาไม่ตรงกับใจจริง)

ฝั่งซ้ายของแผนภาพที่ 1.2 ได้แสดงให้เห็นถึงกรณีที่นาย ก. ได้แสดงเจตนาเพื่อซื้อรถกระบะจากนาย ข. โดยอิสระและเป็นไปตามความตั้งใจของนาย ก. อย่างไรก็ตาม ฝั่งขวาของแผนภาพดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงกรณีที่เสรีภาพในการแสดงเจตนาของนาย ก. ถูกจำกัดลงด้วยเหตุจากนาย ข. หรือความผิดพลาดในการแสดงเจตนาด้วยตัวเอง

²¹ เพิ่งอ้าง หน้า 107.

จากแผนภาพด้านซ้ายจะเห็นได้ว่านาย ก. มีเสรีภาพที่จะคิดและตัดสินใจที่จะซื้อรถกระบะเพื่อใช้เป็นยานพาหนะ โดยนาย ก. สามารถเลือกที่จะซื้อรถกระบะยี่ห้อใด รุ่นใด สีใด มีสมรรถนะแค่ไหนก็ได้โดยอิสระ หากกรณีเป็นดังแผนภาพนี้ ย่อมถือได้ว่านาย ก. แสดงเจตนาทำสัญญาซื้อขายกับ นาย ข. โดยตรงกับเจตนาภายในและโดยปราศจากความวิปริตในการแสดงเจตนา หรืออีกนัยหนึ่งคือมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลอาจมีปัญหาจากการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับใจจริง เช่น การแสดงเจตนาซ่อนเร้น การแสดงเจตนาหลง ตลอดจนการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม²² และการแสดงเจตนาโดยวิปริต เช่น การสำคัญผิดในคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของบุคคลหรือทรัพย์สิน การแสดงเจตนาโดยถูกฉ้อฉล และการแสดงจากการถูกข่มขู่ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้การแสดงเจตนาดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะและโมฆียะแล้วแต่กรณี²³ กรณีมีข้อสังเกตว่าการที่รัฐเข้าแทรกแซงการแสดงเจตนาในกรณีนี้ เกิดขึ้นโดยเหตุผลคือการคุ้มครองบุคคลจากการแสดงเจตนาที่บกพร่องไม่ใช่เรื่องการที่รัฐเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาเนื่องจากความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 1.3

²² เพิ่งอ้าง, หน้า 112-129.

²³ เพิ่งอ้าง, หน้า 129-145.

นอกจากนี้ กรณีมีข้อสังเกตต่อไปว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ตกเป็นโมฆียะย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยรับรองหลักการที่ว่าการแสดงเจตนาอันจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมพร้อมใจและไม่ตกอยู่ในสภาวะที่ถูกบังคับ จนทำให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นผิดไปจากความต้องการที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตต่อไปว่าอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเป็นปัจจัยที่ทำให้การทำสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความยินยอมพร้อมใจในความเป็นจริง แต่ก็ไม่ถึงขนาดเป็นการแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีนี้ รัฐอาจจะต้องเข้าแทรกแซงการเสรีภาพในการทำสัญญาโดยกลไกอื่นนอกจากประมวลแพ่งและพาณิชย์ เช่น กรณีของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ตามที่ได้อธิบายในหัวข้อ 1.2.1.1

นอกเหนือจากเรื่องความบกพร่องในการแสดงเจตนาแล้ว กรณียังมีประเด็นต้องพิจารณาถึง “โอกาส” ในการเจรจาต่อรองสัญญาในความเป็นจริงตามตัวอย่างที่กล่าวในแผนภาพที่ 1.2 เป็นไปได้ที่ นาย ก. ผู้ซื้อที่มีข้อมูลเกี่ยวกับรถกระบะที่ตนกำลังจะซื้ออย่างครบถ้วน ไม่ได้สำคัญผิดไม่ถูกข่มขู่และไม่ได้ถูก นาย ข. ทำกลล่อหลอแต่ประการใด แต่ นาย ก. อาจตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ หากว่า นาย ก. ไม่มีโอกาสที่จะเจรจาสัญญาซื้อขายในความเป็นจริง เช่น นาย ข. อาจกำหนดข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเอาไว้ล่วงหน้า นาย ก. ควรจะมีโอกาสที่จะเจรจาต่อรองกับ นาย ข. ในความเป็นจริง เช่น ขอให้ นาย ข. ลดราคายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวออกไป หรือหากไม่ลด อาจเจรจาให้ นาย ข. ลดราคารถกระบะลงแทน ซึ่งแนวคิดเรื่องการมีโอกาสนegotiateต่อรองสัญญาเป็นรายกรณีนี้จะได้อธิบายและแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างต่อไปในหัวข้อ 2.3 ของบทที่ 2 ต่อไป

1.2.2 เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญามีความหมายหรือองค์ประกอบในอีกแง่ คืออิสระของคู่สัญญาที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้ตามกรณีตัวอย่าง นาย ก. และนาย ข. สามารถกำหนดข้อสัญญาต่าง ๆ ได้โดยอิสระ เช่น กำหนดเวลาในการโอนกรรมสิทธิ์รถกระบะตามสัญญา วิธีการชำระ และระยะเวลาการชำระราคารถกระบะ ตลอดจนมีอิสระที่จะกำหนดวิธีการส่งมอบและสิทธิหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขาย ตามกรณีตัวอย่าง หากนาย ก. และนาย ข. ประสงค์ที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้นาย ข. มีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ในรถกระบะแก่นาย ก. ต่อเมื่อนาย ก. ได้ชำระราคาครบถ้วนแล้ว ซึ่งเป็นเวลาภายหลัง จากที่ได้ทำสัญญาแล้ว นาย ก. และนาย ข. จะสามารถตกลงเนื้อหาของสัญญาในลักษณะดังกล่าวได้หรือไม่ และจะถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวขัดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 458 ซึ่งบัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่เมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน” หรือไม่

จากประเด็นประเด็นปัญหาข้างต้น นาย ก. และนาย ข. ย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาซื้อขายให้มีลักษณะแตกต่างไปจากบทบัญญัติมาตรา 458 ได้โดยสามารถใช้เสรีภาพในการทำสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 151 ซึ่งบัญญัติว่า

“

การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย
กับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับ ความสมบรูณ์หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
การนั้นไม่เป็นโทษ

”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 151 การที่นาย ก. และนาย ข. จะใช้เสรีภาพ กำหนดเนื้อหาของสัญญาให้มีลักษณะแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ก็ต่อเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 458 นั้น “ไม่ได้เป็น” กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนหรือตายตัว

จากประเด็นปัญหาประเด็นนี้ พระยาเทพวิฑูร ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เบื้องต้นโดยให้พิจารณาว่า กฎหมายซึ่งเกี่ยวกับมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวกับคู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว อาจนับได้ว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน²⁴ โดยสามารถยกตัวอย่างได้ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายมหาชน หรือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองความสามารถของบุคคล ความมั่นคงของสถาบันครอบครัว การคุ้มครองบุคคลภายนอก การคุ้มครองคู่กรณีที่อ่อนแอกว่าอายุความ²⁵

จากประเด็นปัญหาประเด็นนี้ สามารถพิจารณาได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 458 นั้น ไม่ได้เป็นเรื่องของมหาชน แต่เป็นเรื่องของนาย ก. และนาย ข. โดยแท้ ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 458 จึงไม่เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุนี้ นาย ก. และนาย ข. จึงมีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้กรรมสิทธิ์ในรถกระบะโอนไปยังนาย ก. ต่อเมื่อนาย ก. ชำระราคาจนครบถ้วนแล้วก็ได้

²⁴ ศนันกรณ อ่างแก้ว เชิงอรรถที่ 1, หน้า 32.

²⁵ เพ็งอ่าง, หน้า 34.

1.2.3 เสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญา

นอกจากการรับรองอิสระในองค์ประกอบของสัญญาตามที่กล่าวในหัวข้อ 1.2.1 และการกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามที่กล่าวในหัวข้อ 1.2.2 แล้ว เสรีภาพในการทำสัญญายังมีความหมายครอบคลุมถึงอิสระที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้ และเมื่อมีการกำหนดแล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนาของคู่สัญญา²⁶ ตามหลัก **“สัญญาต้องเป็นสัญญา”** หรือที่เรียกว่า *“pacta sunt servanda”*²⁷ โดยเมื่อคู่สัญญาตกลงยินยอมตามเจตนาของแต่ละฝ่ายซึ่งปราศจากข้อบกพร่องแล้ว ทั้งสองฝ่ายจะต้องผูกพันกันตามสัญญา จะกล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายเปรียบเพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามผลของสัญญานั้นไม่ได้²⁸

ตามกรณีตัวอย่างนั้น เมื่อนาย ก. ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์กับนาย ข. โดยตกลงกันว่านาย ก. จะซื้อรถกระบะยี่ห้อโตโยต้าสีขาวตามสัญญา โดยนาย ก. จะชำระราคาเป็นค่าตอบแทนโดยแบ่งเป็นงวดการชำระ 10 งวด เป็นเงินสด โดยนาย ข. ตกลงที่จะให้นาย ก. เปลี่ยนรถกระบะคันใหม่ได้ตามความประสงค์ของนาย ก. แม้ว่ารถกระบะดังกล่าวจะไม่มี ความชำรุดบกพร่องแต่ประการใด สัญญาซื้อขายดังกล่าวย่อมสามารถใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของนาย ก. และนาย ข. นาย ข. จะมาอ้างในภายหลังว่าตนเองเป็นฝ่ายเสียเปรียบนาย ก. ไม่ได้

²⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 29.

²⁷ Oxford Reference, pacta sunt servanda (online) (March 2020) แหล่งที่มา <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100300496>

²⁸ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527 และ 945/2536 ประกอบ.

1.3 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาตามที่ได้กล่าวในหัวข้อ 1.2 ข้างต้น เป็นสิ่งที่ถูกแทรกแซงและจำกัดลงได้ โดยผลของกฎหมายไม่ว่าในรูปของข้อห้ามหรือการปฏิเสธผลของสัญญาที่สร้างขึ้น²⁹ เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจข้อจำกัดของเสรีภาพในการทำสัญญา งานวิจัยนี้จะได้อธิบายถึงข้อจำกัดของเสรีภาพในการทำสัญญาตามประเด็นดังต่อไปนี้ (1.3.1) การจำกัดเสรีภาพในองค์ประกอบของสัญญา (1.3.2) การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา และ (1.3.3) การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญา

1.3.1 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาแห่งองค์ประกอบของสัญญา

ปัจเจกบุคคลย่อมมีอิสระที่จะเข้าทำสัญญากันหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น นาย ก. และนาย ข. มีอิสระที่จะกำหนดวัตถุประสงค์หรือประโยชน์สุดท้ายของการทำสัญญา และมีสิทธิที่จะเลือกวิธีการในการทำสัญญา อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในองค์ประกอบของสัญญาดังกล่าวนั้นสามารถถูกจำกัดลงได้ในกรณีเหล่านี้

²⁹ Mark Pettit, Jr., Freedom, Freedom of Contract, and the "Rise and Fall", *Boston University Law Review* (Vol. 79 (1999)): 280.

1.3.1.1 คู่สัญญา

ตามกรณีตัวอย่างรถกระบะคันที่นาย ก. ประสงค์จะซื้อนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของนาย ข. ตามปกติแล้ว นาย ข. ย่อมมีสิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนรถยนต์อันเป็นทรัพย์สินของตน³⁰ ได้โดยมีอิสระที่จะทำสัญญาซื้อขายกับนาย ก. ตามกรณีตัวอย่างใน 1.2.1.1 ข้างต้น อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของนาย ข. ในการขายรถดังกล่าวให้นาย ก. อาจถูกจำกัดได้โดยผลของกฎหมาย เช่น กรณีที่นาย ข. ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้มพันตัว และถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้วตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 24 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์³¹ ของลูกหนี้แล้ว ห้ามมิให้ลูกหนี้กระทำการใดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือกิจการของตน เว้นแต่จะได้กระทำตามคำสั่ง หรือความเห็นชอบของศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้จัดการทรัพย์ หรือที่ประชุมเจ้าหนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

ดังนั้น เมื่อนาย ข. ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว นาย ข. ย่อมถูกจำกัดเสรีภาพที่จะทำสัญญาขายรถกระบะของตนให้นาย ก. การจำกัดเสรีภาพของนาย ข. โดยผลของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายของนาย ข. เพื่อให้ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของนาย ข. เพื่อความเป็นธรรม ซึ่งสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อสร้างความเป็นธรรม และความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ³²

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สิน มีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

³¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 6 บัญญัติว่า “พิทักษ์ทรัพย์” หมายความว่า พินิจทรัพย์สินไม่ว่าเด็ดขาดหรือชั่วคราว

³² สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552) หน้า 17.

1.3.1.2 วัตถุประสงค์

“วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม” หมายถึง ความประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำนิติกรรมของคู่กรณีในนิติกรรมนั้น³³ โดยทั่วไปแล้วบุคคลย่อมมีความประสงค์ที่หลากหลายหรืออาจกล่าวได้ว่าบุคคลย่อมมีอิสระที่จะกำหนดความต้องการของตน และสะท้อนความต้องการนั้นผ่านการทำสัญญา หรือโดยอาศัยสัญญาเพื่อให้ได้รับประโยชน์นั้น อย่างไรก็ตาม ความต้องการของบุคคลก่อความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงได้บัญญัติข้อยกเว้นของหลักอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการทำสัญญาในแง่ของวัตถุประสงค์เอาไว้ในมาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นเป็นโมฆะ”

เมื่อพิจารณามาตรา 150 แล้ว จะเห็นได้ว่าคู่สัญญาถูกจำกัดเสรีภาพมิให้กำหนด “วัตถุประสงค์” หรือประโยชน์สุดท้ายของสัญญาในลักษณะที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นสัญญาที่ทำขึ้นจะตกเป็นโมฆะ จะเห็นได้ว่าถ้อยคำตามมาตรา 150 คือ “ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย” “เป็นการพนันวิสัย” หรือ “เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้น เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะยืดหยุ่นและสามารถครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมากและก่อให้เกิดประเด็นจะต้องพิจารณาว่าศาลจะใช้หลักเกณฑ์ หรือมาตรฐานใดในการวินิจฉัยเพื่อที่จะไม่บังคับการตามสัญญา³⁴

³³ ศนันท์กรณ, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1, หน้า 64.

³⁴ เสนีย์ อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 2 หน้า 115.

1.3.1.3 แบบ

ในบางกรณีกฎหมายก็จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการกำหนดแบบของสัญญาเอาไว้โดยกำหนดวิธีในการแสดงเจตนาทำสัญญาเอาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็นสองประเภท คือ แบบที่เป็นองค์ประกอบแห่งความสมบูรณ์ของสัญญา กล่าวคือ ถ้าไม่ทำตามแบบในลักษณะนี้แล้วสัญญาจะเป็นโมฆะ และแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แต่ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตามแบบดังกล่าว

ตามกรณีตัวอย่างกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของการทำสัญญาซื้อขายรถยนต์เอาไว้ ดังนั้น ตามที่ได้กล่าวในหัวข้อ 1.2.1.3 นาย ก. และ นาย ข. สามารถเลือกที่จะทำสัญญาซื้อขายโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากว่า นาย ก. ต้องการที่จะซื้อที่ดินเพื่อสร้างโรงจอดรถด้วย นาย ข. จึงเสนอขายที่ดินแปลงหนึ่งให้กับ นาย ก. ด้วย ในกรณีนี้ นาย ก. และ นาย ข. ถูกจำกัดเสรีภาพในการกำหนดแบบของสัญญาเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติเอาไว้ว่า

“

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน
ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
กับซื้อขายแพและ สัตว์พาหนะด้วย

”

ดังนั้น นาย ก. และ นาย ข. จะต้องทำสัญญาซื้อขายที่ดินเป็นหนังสือและจดทะเบียนสัญญาซื้อขายที่ดินดังกล่าวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นสัญญาจะตกเป็นโมฆะ จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุของสัญญาเป็นอสังหาริมทรัพย์แล้ว เสรีภาพในการกำหนดแบบของ นาย ก. และ นาย ข. ได้ถูกจำกัดลงโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.3.1.4 การแสดงเจตนา

ตามที่ได้กล่าวในหัวข้อ 1.2.1.4 ถ้าหาก นาย ก. แสดงเจตนาโดยมีความวิปริตในการแสดงเจตนา เช่น ถูกนาย ข. ช่มชู้ให้ซื้อรถกระบะในราคาแพงกว่าราคาตลาด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 159 วรรคหนึ่งบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงเจตนาของ นาย ก. โดยบัญญัติให้การทำสัญญาซื้อขายระหว่าง นาย ก. และ นาย ข. ตกเป็นโมฆียะ นาย ก. สามารถบอกล้างสัญญาดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 159 วรรคสาม ก็ได้บัญญัติคุ้มครองความไว้นื้อเชื่อใจของนาย ข. ในกรณีที่ นาย ก. ถูกบุคคลภายนอกทำกลฉ้อฉลใส่ เช่น นาย ข. ไม่ได้เป็นผู้หลอกลวง นาย ก. ถึงคุณสมบัติของรถกระบะ แต่เป็น นาย ค. ซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญากับ นาย ก. ในกรณีนี้ ถ้าหาก นาย ข. ไม่รู้หรือไม่ควรได้รู้ถึงการที่ นาย ค. หลอกลวง นาย ก. แล้ว นาย ก. จะบอกล้างสัญญาที่ทำขึ้นกับ นาย ข. ไม่ได้ แม้ว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวจะไม่ได้เป็นไปโดยการแสดงเจตนาโดยอิสระของ นาย ก. ก็ตาม

1.3.2 การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

เสรีภาพในการแสดงเจตนาตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่าบุคคลสามารถรักษาผลประโยชน์ของตัวเองได้ดีที่สุด อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วตลาดมีความไม่สมบูรณ์อยู่ คู่สัญญาอาจไม่ได้มีความรู้ความชำนาญ ประสบการณ์ ข้อมูล หรืออำนาจต่อรองเท่ากันเสมอไป จึงเป็นไปได้ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ขาดความรู้ หรืออาจขาดอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาระหว่างผู้ประกอบการการค้ากับผู้บริโภค ระบบกฎหมายไทยจึงได้พัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งในขั้นตอนก่อนทำสัญญา ขั้นตอนทำสัญญา และขั้นตอนหลังทำสัญญา³⁵ โดยงานวิจัยนี้จะกล่าวถึงแต่เฉพาะส่วนที่แทรกแซงและจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาโดยสังเขป แผนภาพที่ 1.3

³⁵ ในประเด็นนี้ รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ ได้อธิบายว่า ในขั้นตอนก่อนทำสัญญา กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดทำสินค้าและบริการที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการผลิตเพื่อให้สินค้าและบริการมีคุณภาพและปลอดภัยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค เช่น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เป็นต้น ในส่วนขั้นตอนการทำสัญญา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นต้น ในส่วนขั้นตอนหลังทำสัญญา เช่น การดำเนินคดีแบบกลุ่มตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และกระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เป็นต้น โปรดดู ดาราพร ธีระวัฒน์, **สัญญาผู้บริโภค** (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) หน้า 105-106.

แผนภาพที่ 1.3 : ตัวอย่างการจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

การจำกัดเสรีภาพของการกำหนดเนื้อหาของสัญญา	
บังคับให้มีเนื้อหาของสัญญา ตามกฎหมาย	บังคับให้เนื้อหาของสัญญา ใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น
เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาฉบับต่าง ๆ	เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (มาตรา 14/1)

1.3.2.1 การบังคับให้มีเนื้อหาของสัญญาตามกฎหมาย

ตามกรณีตัวอย่างหากปรากฏข้อเท็จจริงว่านาย ข. เป็นผู้มิอาชีพค้าขายรถยนต์ซึ่งเป็นสินค้าที่ผลิตไว้เพื่อขาย³⁶ และ นาย ก. ผู้ซื้อสินค้าจากนาย ข. หากข้อเท็จจริงเป็นดังนี้ นาย ก. ย่อมมีฐานะเป็นผู้บริโภค³⁷ และ

³⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย

³⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบแม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

นาย ข. ย่อมมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ³⁸ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 จากการตกอยู่ในบังคับของกฎหมายดังกล่าว เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาสัญญาระหว่างนาย ก. และนาย ข. ย่อมอาจถูกจำกัดลงได้ตามมาตรา 35 ทวิของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติว่า

“ ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้น มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ”

ผลจากข้อกฎหมายข้างต้น การทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ใช้แล้วระหว่าง นาย ก. และ นาย ข. ตกอยู่ในบังคับของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายรถยนต์ใช้แล้วเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2562 ซึ่งกำหนดให้สัญญาซื้อขายรถยนต์ใช้แล้วต้องมีข้อความ เป็นภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร โดยมีจำนวนไม่เกินสิบเอ็ดตัวอักษรในหนึ่งนิ้วและต้องใช้ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

³⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้า มาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย

(1) รายละเอียดเกี่ยวกับรถยนต์ ได้แก่ ยี่ห้อ รุ่น ปี สี หมายเลขเครื่องยนต์ หมายเลขตัวถังขนาดกำลังเครื่องยนต์ หมายเลขทะเบียน และอุปกรณ์ที่ติดมากับรถยนต์ (ถ้ามี) ระยะทางที่ได้ใช้แล้วโดยให้มีหน่วยเป็น กิโลเมตรหรือไมล์ ราคาซื้อขาย เงินจอง เงินมัดจำ เงินดาวน์ หรือเงินค่าใช้จ่ายอื่นที่ได้รับจากผู้บริโภค (ถ้ามี) และวัน เดือน ปี ที่รับชำระเงินจากผู้บริโภค

(2) กำหนด วัน เดือน ปี และสถานที่ที่ส่งมอบรถยนต์

(3) กำหนดเกี่ยวกับการส่งมอบสมุดคู่มือจดทะเบียนรถยนต์ และเอกสารอื่นที่ใช้สำหรับดำเนินการจดทะเบียนการโอนทะเบียนรถยนต์ตามที่กรมการขนส่งทางบกกำหนด เมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว

(4) ผู้บริโภคมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(4.1) มีการปรับเปลี่ยนราคารถยนต์สูงขึ้นจากที่ตกลงกันไว้

(4.2) ไม่ส่งมอบรถยนต์ให้กับผู้บริโภคภายในระยะเวลาที่กำหนด

...

เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาสัญญาระหว่าง นาย ก. และ นาย ข. ย่อมถูกแทรกแซงโดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เช่น ถึงแม้ว่านาย ก. และ นาย ข. จะ “สมัครใจ” กำหนดข้อสัญญาซื้อขายรถกระบะใช้แล้วโดย “ไม่ได้” รับรองสิทธิของ นาย ก. ซึ่งเป็นผู้บริโภคในการบอกเลิกสัญญาหาก นาย ข. ผู้ขายเปลี่ยนราคารถยนต์ให้สูงขึ้นจากที่ตกลงกัน หรือ

“กำหนด” ว่า นาย ก. ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาไม่ว่าในกรณีใด ๆ แต่เมื่อสัญญาซื้อขายรถยนต์ใช้แล้วเป็นสัญญาควบคุมตามกฎหมาย เนื้อหาของสัญญาที่ถูกกำหนดขึ้นโดย นาย ก. และ นาย ข. จึงถูกบังคับให้เป็นตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศกำหนด³⁹ กล่าวคือ นาย ก. มีสิทธิบอกเลิกสัญญาหากว่านาย ข. ผู้ขายเปลี่ยนราคารถยนต์ให้สูงขึ้นจากที่ตกลงกัน

1.3.2.2 การบังคับให้เนื้อหาของสัญญามีผลใช้บังคับได้ เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ตามกรณีตัวอย่าง หากว่านาย ข. ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ใช้แล้วให้นาย ก. เพื่อการค้า โดยที่ นาย ก. ผู้ซื้อมิได้เข้าทำสัญญาซื้อขายในลักษณะที่ทำการค้าด้วย นาย ก. ย่อมอยู่ในฐานะผู้บริโภค⁴⁰ และนาย ข. ย่อมอยู่ในฐานะผู้ประกอบการการค้า⁴¹ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนั้น สัญญาซื้อขายรถกระบะที่ทำขึ้นระหว่าง

³⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ตีไว้บัญญัติว่า “เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไข ในการใช้สัญญานั้นด้วยตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าว แต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้นแล้ว แต่กรณี”

⁴⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอันใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อันใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อันใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

⁴¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอันใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อันใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อันใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน”

นาย ก. และนาย ข. จึงเป็นข้อตกลงระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้า ซึ่งมาตรา 4 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า

“ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝาก ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

เมื่อการทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ย่อมส่งผลให้สัญญาดังกล่าวอาจถูกแทรกแซงผลการบังคับใช้ของสัญญาได้ (ซึ่งแตกต่างจากภารกิจของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่แทรกแซงเสรีภาพในการ “กำหนดเนื้อหา” ของสัญญา เช่น หากว่า นาย ก. และนาย ข. สมัครใจกันกำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบของ นาย ข. ไม่ว่าในกรณีใด ๆ โดยรวมถึงกรณีที่ นาย ข. บอกเลิกสัญญาได้แม้ว่า นาย ก. ผู้ซื้อจะไม่ได้มีความผิดใด ๆ ข้อสัญญาดังกล่าวอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

นอกเหนือจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้ว ระบบกฎหมายไทยยังมีกฎหมายเฉพาะเรื่องที่กำหนดให้สัญญามีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เช่น มาตรา 14/1 เช่น กรณีของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551)

บัญญัติให้ศาลมีอำนาจแทรกแซงผลของสัญญาจ้างแรงงานเพื่อสร้างความเป็นธรรมขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง โดยบัญญัติว่า

“ สัญญาจ้างระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบ หรือคำสั่งของนายจ้างที่ทำให้นายจ้างได้เปรียบลูกจ้างเกินสมควร ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้สัญญาจ้าง ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบ หรือคำสั่งนั้นเป็นผลใช้บังคับเพิกถอนให้เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ”

1.3.3 การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญา

คู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญา กล่าวคือ สัญญาที่ได้ตกลงกันแล้วย่อมบังคับได้ตามนั้น อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของคู่สัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้น อาจถูกจำกัดลงตามหลักที่ว่า “ความผูกพันย่อมเป็นไปตามพฤติการณ์” (clausula rebus sic stantibus) ซึ่งหมายความว่าความผูกพันตามสัญญาใดย่อมตั้งอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญานั้น⁴²

ในแง่ของการเป็นข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้น หลักความผูกพันย่อมเป็นตามพฤติการณ์นั้น มีหลักการว่าภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้ว ยังมีได้มีการปฏิบัติตามชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญาแต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา หากยังต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมาก

⁴² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554) หน้า 115-116.

เกินสมควรและอีกฝ่ายเสียเปรียบเกินสมควร⁴³ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น คู่สัญญาอาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน⁴⁴

จากกรณีตามตัวอย่างถ้าหากเกิดวิกฤตเศรษฐกิจขึ้นภายหลังจากที่นาย ก. และ นาย ข. ได้ทำสัญญากันแล้วปรากฏว่าเกิดวิกฤตเศรษฐกิจหรือสงครามขึ้นส่งผลให้คนส่วนใหญ่ของประเทศต้องตกงาน และไม่มีกำลังซื้อสินค้าอีกต่อไป กรณีนี้อาจถือได้ว่าการจะบังคับให้นาย ก. ชำระราคาตามสัญญาอาจเป็นภาระแก่นาย ก. มากเกินสมควรและจะก่อความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังนั้น กรณีอาจปรับใช้หลักความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์เพื่อให้ นาย ก. หลุดพ้นหรือได้รับการผ่อนผันจากการชำระหนี้ให้นาย ข. ได้⁴⁵ อาจมีข้อต้องพิจารณาต่อไปว่าระบบกฎหมายไทยและศาลฎีกาไทยจะยอมรับหลักการดังกล่าวหรือไม่

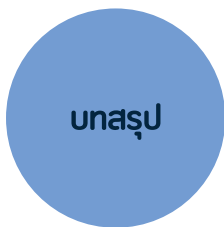
ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาไทยเคยวินิจฉัยโดยกล่าวถึงหลักความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546 ซึ่งวินิจฉัยว่าการเกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจของประเทศไทยอาจมีผลกระทบต่อลูกหนี้บางคนทำให้ไม่สามารถชำระหนี้สินที่ตนมีต่อสถาบันการเงินได้เหมือนเช่นปกติ แต่ถือเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้ กลายเป็นพันธียเสียทีเดียวไม่ได้ ต้องพิจารณาเป็นกรณีไปในคดีนี้ศาลฎีกาพิพากษาให้ลูกหนี้ยังคงต้อง

⁴³ คำนันกรณี อ่างแล้ว เชิงอรธรที่ 1 หน้า 294.

⁴⁴ William L. Scheffler, 'The Politicization and Death of Rebus Sic Stantibus' *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (Vol. 2: Issue 1, Article 5): 67.

⁴⁵ ตามปกติแล้วสัญญาหากการชำระหนี้ตกเป็นพันธียด้วยเหตุอย่างใดอันจะโทษลูกหนี้มิได้แล้ว ลูกหนี้อย่อมจะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 219 อย่างไรก็ตาม การชำระหนี้เงินเพื่อเป็นราคาของรถกระบะตามสัญญานั้นไม่อาจถือได้ว่า เป็นพันธียเสียทีเดียว เพียงแต่จะเป็นภาระแก่นาย ก. มากเกินสมควรเท่านั้น กรณีจึงไม่อาจนำมาตรา 219 มาปรับแก้กรณีได้

รับผิดชอบหนี้ต่อไป แม้ว่าจะประสบวิกฤตเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาดังกล่าว ก็ได้แสดงให้เห็นว่าศาลไทยไม่ได้ปฏิเสธแนวคิดในเรื่อง ความผูกพันย่อมเป็นไปตามพฤติการณ์ แต่การจะปรับใช้หลักการดังกล่าว เพื่อยกเว้นผลของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้นจะต้องพิจารณาเป็น รายกรณีไป



เสรีภาพในการทำสัญญานั้น หมายถึง อิสระของบุคคลที่จะกำหนด องค์ประกอบของสัญญา ได้แก่ การเลือกคู่สัญญา กำหนดวัตถุประสงค์ กำหนดแบบ และมีอิสระในการแสดงเจตนาโดยปราศจากความวิปริตหรือ ความบกพร่อง คู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาและผลของ สัญญาที่ประสงค์จะผูกพันกันได้ ตามกรณีตัวอย่าง นาย ก. และนาย ข. ย่อมมีอิสระที่จะทำสัญญาซื้อขายรถกระบะตามวัตถุประสงค์ของแต่ละฝ่าย ทั้งสองสามารถเลือกแบบในการทำสัญญาได้ไม่ว่าโดยวาจา กริยา หรือ ลายลักษณ์อักษร ทั้งสองมีอิสระที่จะกำหนดเนื้อหาและผลของสัญญาได้ ตามความประสงค์ของตน อันสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ ในการแสดงเจตนาตามแนวคิดปัจเจกชนนิยม และการที่รัฐปล่อยให้บุคคล มีอิสระในดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายไทยก็ได้ปล่อยให้บุคคลนั้นสามารถใช้เสรีภาพในการทำสัญญาได้โดยไร้ข้อจำกัด กฎหมายเข้าแทรกแซงและจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล ทั้งในส่วนขององค์ประกอบสัญญา การกำหนดเนื้อหา และผลของสัญญา ตามกรณีตัวอย่าง นาย ข. สามารถถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญากับ นาย ก. หากตนเองถูกพิทักษ์ทรัพย์แล้ว หรือสัญญาที่ นาย ก. จำวานให้ นาย ข. ไปฆ่า นาย ค. ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 เช่นคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” หรือ “ศีลธรรมอันดี” นั้น เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะยืดหยุ่นและอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้

ในส่วนของการจำกัดเนื้อหาของสัญญานั้น ในกรณีเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค “เนื้อหา” และ “ผล” ของสัญญาอาจถูกจำกัดโดยผลของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิและมาตรา 35 ตริ ประกอบกับประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายรถยนต์ใช้แล้วเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นอกจากนี้ยังมีกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น มาตรา 14/1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551) ซึ่งบัญญัติให้ศาลมีอำนาจแทรกแซงผลของสัญญาจ้างแรงงานเพื่อสร้างความเป็นธรรมขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้างได้อีกด้วย

2

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
ของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร

กรอบทบทวนกฎหมายซึ่งกำหนดหลักการ (principle-based) ให้รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาในแง่ของ “เนื้อหาสัญญา” ของคู่สัญญาเอกชนในสหภาพยุโรปนั้นเป็นไปตาม COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “UCTD ”) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง “ผู้บริโภค” จากข้อสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (business-to-consumer) ทุกประเภท⁴⁶ เพื่อให้หลักการคุ้มครองผู้บริโภคที่ปรากฏใน UCTD ถูกนำไปปรับใช้ทางปฏิบัติ สหราชอาณาจักรจึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้บริโภค ค.ศ. 2015 Consumer Rights Act 2015 (“CRA”) ขึ้น อย่างไรก็ตาม CRA นั้น มีข้อยกเว้นว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเพียงฉบับเดียวในสหราชอาณาจักร เนื่องจากได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ในปี ค.ศ. 1977 (Unfair Contract Terms Act 1977 หรือ (“UTCA”) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากข้อสัญญาในสัญญาทางแพ่งที่จำกัดความรับผิดชอบจากการผิดสัญญา ความประมาทเลินเล่อ และการผิดหน้าที่ในกรณีอื่น ๆ ในบทนี้จะได้กล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมายทั้งสามฉบับเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังต่อไปนี้

⁴⁶ COMMISSION NOTICE Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Introduction.

หลักการสำคัญของ UCTD ได้แก่ การรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาโดยละเอียดถี่ถ้วนและมีโอกาสได้ “เจรจา” สัญญาที่กำลังเข้าเป็นคู่สัญญาซึ่งได้สะท้อนหลักการพื้นฐานของแนวคิดเรื่องเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (Economic Liberalism) และความจำเป็นในการที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลซึ่งอาจมีความไม่เสมอภาคกันด้วยเหตุปัจจัยหลายประการ ซึ่งในบทนี้การศึกษาจากคำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรปในประเด็นเกี่ยวกับ (2.1.1) คู่สัญญาของสัญญาผู้บริโภค (2.1.2) ความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา (2.1.3) ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ (2.1.4) ผลของสัญญาที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

2.1.1 คู่สัญญาของสัญญาผู้บริโภค

สัญญาที่ UCTD กำหนดให้รัฐสมาชิกเข้าแทรกแซงการทำสัญญานั้น จะต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้ขายหรือผู้จัดหากับผู้บริโภค โดยได้กำหนดนิยามของ “ผู้บริโภค” เอาไว้ว่า หมายถึง บุคคลธรรมดาใด ๆ ซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์นอกทางการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตนซึ่งเข้าทำสัญญาที่ตกอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้⁴⁷ ส่วน “ผู้ขายหรือผู้จัดหา” หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล (ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของโดยเอกชนหรือรัฐ) ซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับทางการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพ

⁴⁷ Council Directive on unfair terms in consumer contracts 93/13/EEC, Article 2(b).

ของตนซึ่งเข้าทำสัญญาที่ตกอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้⁴⁸ ซึ่งกรณีศึกษาคดี Air Berlin ตามที่จะได้กล่าวในหัวข้อ (2.1.1.1) ได้แสดงให้เห็นว่าสัญญาผู้บริโภคที่ตกอยู่ในบังคับของ UCTD นั้น ได้แก่ สัญญาผู้บริโภคในทุกภาคส่วนของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และ กรณีศึกษาคดี Dumitru Tarcău ในหัวข้อ (2.1.1.2) จะแสดงให้เห็นถึงแนวทางในการพิจารณาสถานะของผู้บริโภคในกรณีของสัญญาหลักประกันหรือสัญญาที่ให้หลักประกันซึ่งทำขึ้นระหว่างบุคคลธรรมดาและสถาบันที่ให้สินเชื่อ

2.1.1.1 ผลบังคับต่อคู่สัญญาในทุกภาคของกิจกรรมทาง

เศรษฐกิจ: กรณีศึกษาคดี Air Berlin

กรณีศึกษาเกี่ยวกับการมีผลบังคับของ UCTD ต่อคู่สัญญาในทุกภาคของกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นมีคำพิพากษาในคดี Air Berlin ซึ่งเป็นคดีพิพาทในเรื่องเกี่ยวกับการมีผลบังคับของกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนีซึ่งอนุวัติการตาม UCTD และหน้าที่ในการแสดงข้อมูลเกี่ยวกับราคาจำหน่ายตัวเครื่องบิน โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่ามีผู้จองตัวเครื่องบินของสายการบิน Air Berlin ผ่านเว็บไซต์ของสายการบินในวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 2010 ซึ่งมีข้อความส่วนหนึ่งกำหนดราคาให้ผู้จองต้องชำระจำนวน 3 ยูโร ภายใต้หัวข้อ “ภาษีและค่าใช้จ่าย” อย่างไรก็ตาม ในการจองอีกครั้งหนึ่ง (ซึ่งเกิดขึ้นในวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 2010) ระบุว่าราคาที่ต้องชำระคือ 1 ยูโรภายใต้หัวข้อ “ภาษีและค่าใช้จ่าย”⁴⁹



⁴⁸ เพิ่งอ้าง, Article 2(c).

⁴⁹ Case C-290/16 Air Berlin, para 10.

ผู้จองตั๋วเครื่องบินมีความเห็นว่าราคาที่แสดงบนหน้าเว็บไซต์ดังกล่าว นั้น มีราคาต่ำกว่าราคาที่มีการเรียกเก็บโดยสายการบินเป็นอย่างมากในทางปฏิบัติ ซึ่งสามารถก่อความเข้าใจผิดให้กับผู้บริโภคได้⁵⁰ และเป็นการกระทำที่ขัดต่อหน้าที่ในการแสดงราคาตั๋วเครื่องบินซึ่งต้องมีการระบุค่าโดยสาร ภาษี ค่าใช้สนามบิน และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ อย่างชัดเจนตาม Regulation (EC) No. 1008/2008⁵¹ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า “เสรีภาพในการกำหนดราคา” (pricing freedom) ตาม Regulation (EC) No. 1008/2008 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ประกอบการมีเสรีภาพในการกำหนดราคาค่าโดยสาร (shall freely set air fares and air rates)⁵² นั้นจะส่งผลทำให้กฎหมายภายในของประเทศเยอรมนีซึ่งอนุวัติการตาม UCTD นั้น ไม่มีผลบังคับในกรณีนี้หรือไม่

จากประเด็นข้อกฎหมายข้างต้น ศาลแห่งสหภาพยุโรปได้มีคำพิพากษาว่า UCTD นั้น มีผลบังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ขายหรือผู้จัดหากับผู้บริโภค โดย “ครอบคลุมถึงทุกภาคของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (all sectors of economic activity)” ทั้งนี้ UCTD นั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดเสรีภาพในการกำหนดราคาของบรรดาสายการบิน หากแต่บังคับให้รัฐสมาชิกต้องจัดหาเครื่องมือที่ช่วยสัญญาแต่ละสัญญานั้นถูกเจรจาและตรวจสอบแล้ว⁵³

⁵⁰ เพิ่งอ้าง, para 11.

⁵¹ Regulation (EC) No. 1008/2008, Article 23 para 1.

⁵² เพิ่งอ้าง, Article 22 para 1.

⁵³ Case C-290/16 Air Berlin, para 44.

2.1.1.2 ข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะความเป็นผู้บริโภค : กรณีศึกษาคดี Dumitru Tarcău

คดี Dumitru Tarcău ซึ่งเป็นกรณีที่ นายดุมิตรู ทาเกา (Dumitru Tarcău) ลูกค้าของธนาคารพาณิชย์ (ผู้ให้กู้) นั้นประสงค์ที่จะนำอสังหาริมทรัพย์ของตนไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อกับธนาคาร (credit agreement) โดยทำเป็นเอกสารแนบท้ายสัญญา⁵⁴ โดยสินเชื่อดังกล่าวนั้นเป็นสินเชื่อที่ให้กับบริษัท Crisco ซึ่งเป็นบริษัทที่บุตรของผู้ขอสินเชื่อเป็นเจ้าของและกรรมการแต่เพียงผู้เดียว (sole shareholder and director)

ต่อมาผู้ขอสินเชื่อก็ได้ดำเนินคดีในศาลภายในของประเทศโรมาเนียเพื่อให้ข้อสัญญาเกี่ยวกับหลักประกันดังกล่าวสิ้นผลลง เนื่องจากเหตุที่ข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม (โดยอ้างอิงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศโรมาเนียซึ่งอนุวัติการตาม UCTD ได้แก่ Law No. 193/2000 on unfair contracts between traders and consumers⁵⁵) อย่างไรก็ตาม ศาลภายใน (รวมถึงศาลอุทธรณ์) ของประเทศโรมาเนียได้มีคำพิพากษาว่า Law No. 193/2000 on unfair contracts between traders and consumers นั้น ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีพิพาทได้ เนื่องจากผู้รับประกันในสัญญาสินเชื่อคือ Crisco ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ประกอบกิจการพาณิชย์และไม่ได้มีสถานะเป็นผู้บริโภคตามกฎหมาย⁵⁶

⁵⁴ Case C-74/15 Dumitru Tarcău, para 10.

⁵⁵ Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori.

⁵⁶ Case C-74/15 Dumitru Tarcău, para 14.

ด้วยเหตุนี้ ผู้ขอสินเชื่อจึงได้ดำเนินในศาลแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งคดีมีประเด็นสำคัญต้องวินิจฉัยว่าผู้ขอสินเชื่อในกรณีนี้เป็น “ผู้บริโภค” ตามความของ UCTD หรือไม่ ซึ่งศาลแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า

“UCTD นั้นจะต้องถูกตีความให้สามารถใช้นับค้ำได้กับสัญญาหลักประกัน หรือสัญญาที่ให้หลักประกัน ซึ่งทำขึ้นระหว่างบุคคลธรรมดาและสถาบันที่ให้สินเชื่อเพื่อก่อนนิติสัมพันธ์ (ทางสัญญา) ระหว่างบริษัทที่ประกอบกิจการพาณิชย์กับสถาบันที่ให้สินเชื่อ ในกรณีที่บุคคลธรรมดานั้นกระทำการนอกทางการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตนและไม่ได้มีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงในเชิงธุรกิจ (a link of functional nature) กับบริษัทดังกล่าว⁵⁷

นอกจากนี้ ศาลแห่งสหภาพยุโรปยังได้มีคำวินิจฉัยให้สัญญาดังต่อไปนี้ เป็นสัญญาที่ตกอยู่ในบังคับของ UCTD ได้แก่

- (1) สัญญาที่พักอาศัยที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่ไม่ได้กระทำการในทางพาณิชย์กับผู้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (เป็นอาชีพ)
- (2) สัญญาให้บริการด้านกฎหมาย
- (3) สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างสถาบันการศึกษาซึ่งกำหนดให้นักเรียนชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการลงทะเบียนเพื่อทัศนศึกษา และ
- (4) สัญญากู้ยืมเงินที่มีจำนวนที่นายจ้างให้ลูกจ้างและคู่สมรสกู้ยืมเงินเพื่อวัตถุประสงค์ในทางส่วนตัว⁵⁸

⁵⁷ เพ็งฮ้าง, para 30.

⁵⁸ Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts (2019), หน้า 10.

2.1.2 ข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญา

มาตรา 3 ของ UCTD บัญญัติว่าสัญญาที่ไม่ได้ถูกเจรจาต่อรอง เป็นรายกรณีนั้นจะถือว่าไม่เป็นธรรม หากมีลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต และ “ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างคู่สัญญา” ในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาอันเป็นผลเสียต่อผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐ (เช่น ศาล) จะใช้พิจารณาถึงความไม่เท่าเทียมกันดังกล่าว ซึ่งได้ปรากฏหลักการในคดี Aziz และคดี Constructora Principado

2.1.2.1 การพิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี หากไม่มีสัญญา : กรณีศึกษาคดี Aziz

นายอาซิช (Aziz) ได้เข้าทำสัญญากู้ยืมเงินโดยมีการจำนอง อสังหาริมทรัพย์ (ได้แก่ บ้านซึ่งนายอาซิชเป็นเจ้าของ) กับธนาคาร กาทาลูญญา ไคซ่า (Catalunya Caixa) โดยข้อ 15 ของสัญญาดังกล่าวกำหนด เกี่ยวกับจำนวนหนี้ที่นายอาซิช มีหน้าที่ต้องชำระเขาไว้ว่า ธนาคาร กาทาลูญญา ไคซ่า มีสิทธิดำเนินการบังคับคดีหนี้ที่ค้างชำระและมีสิทธิที่จะ ระบุจำนวนที่ค้างชำระโดยการส่งเอกสารยืนยันจำนวนหนี้อีกด้วย⁵⁹ ต่อมานายอาซิช ผิดนัดชำระหนี้และถูกบังคับจำนอง อย่างไรก็ตาม นายอาซิช ได้ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยว่าข้อ 15 ของสัญญา กู้ยืมเงินโดยมีการจำนองอสังหาริมทรัพย์เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในส่วนของกระบวนการบังคับคดี⁶⁰

⁵⁹ Case C-415/11 Aziz, para 22.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง, para 27.

ศาลแห่งสหภาพยุโรปมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหรือไม่ โดยศาลได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา คือ ดูว่ามี “กฎหมาย” อะไรที่จะใช้บังคับกับกรณีหากว่าไม่มีข้อสัญญา การเปรียบเทียบกับกล่าวจะช่วยให้ศาลสามารถประเมินว่าข้อสัญญาได้ทำให้ผู้บริโภคนั้นอยู่ในสถานะที่ดีหรือแย่กว่าสภาพการณ์ตามกฎหมายของประเทศ⁶¹

2.1.2.2 การพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้บริโภค : กรณีศึกษาที่ Constructora Principado

นายเมเนนเดซ อัลวาเรซ (Menéndez Álvarez) ได้ทำสัญญาซื้อที่อยู่อาศัยจาก บริษัทรับเหมาก่อสร้างชื่อ Constructora Principado ซึ่งข้อ 13 ของสัญญาดังกล่าว กำหนดว่า “ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องเสียภาษีท้องถิ่นในอัตราที่เพิ่มสูงขึ้นตามมูลค่าของที่ดินในเขตเมือง และราคาทรัพย์สินที่ซื้อนั้นจะถูกพิจารณาตามอัตราภาษีที่เพิ่มสูงขึ้นดังกล่าว” และ “ผู้ซื้อมีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณูปโภค เช่น ค่าน้ำ ค่าแก๊ส ค่าไฟฟ้า ค่าระบายน้ำ ในกรณีที่ผู้ขายได้ชำระให้ก่อน⁶² ต่อมา นายเมเนนเดซ อัลวาเรซ ได้ชำระค่าภาษีท้องถิ่นตามมูลค่าที่เพิ่มสูงขึ้นของที่ดิน⁶³ อย่างไรก็ตาม นายเมเนนเดซ อัลวาเรซ ได้ฟ้องคดีต่อศาลภายในเพื่อเรียกเงินดังกล่าวคืนและโต้แย้งว่าสัญญาข้อ 13 นั้นไม่เป็นธรรมเนื่องจากไม่ได้ถูกเจรจาต่อรองและก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญา⁶⁴

⁶¹ เพิ่งอ้าง, para 68.

⁶² Case C-226/12 Constructora Principado, para 9.

⁶³ เพิ่งอ้าง, para 10.

⁶⁴ เพิ่งอ้าง, para 11.

ศาลแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่าประเด็นเกี่ยวกับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญานั้นไม่อาจจำกัดเพียงการประเมินในเชิงเศรษฐกิจโดยอาศัยการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่ารวมของธุรกรรมตามสัญญาและราคาที่ผู้บริโภคต้องชำระตามสัญญา⁶⁵ ความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญานั้นอาจมีเหตุเกิดจากสถานการณ์ทางกฎหมายที่ทำให้ผู้บริโภคนั้นตกอยู่ในบังคับของสิทธิและหน้าที่ที่เป็นผลร้าย หรือที่ไม่อาจคาดเห็นได้ตามกฎหมาย⁶⁶

2.1.3 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตาม UCTD รัฐสามารถเข้าแทรกแซงการทำสัญญาในกรณีที่สัญญาผู้บริโภคนั้นเป็นสัญญาที่ “ไม่ได้” ถูกเจรจาต่อรองเป็นรายการ⁶⁷ ซึ่งมาตรา 3 วรรคสองของ UCTD ได้บัญญัติบทสันนิษฐานของการที่สัญญาไม่ได้ถูกเจรจาต่อรองเป็นรายการ หากว่าเป็นสัญญาที่ถูกเตรียมเอาไว้ล่วงหน้าและผู้บริโภคไม่ได้มีอิทธิพลใด ๆ ต่อเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาสำเร็จรูปที่ถูกเตรียมเอาไว้ล่วงหน้า (pre-formulated standard contract) ซึ่งมีกรณีศึกษา คือ คดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon นอกจากนี้ มาตรา 4 วรรคสองของ UCTD บัญญัติว่าการประเมินลักษณะความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเรียบง่ายและจับต้องได้ของภาษาที่ใช้ในการร่างสัญญา (plain tangible language) ซึ่งมีกรณีศึกษา คือ คดี Van Hove

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, para 22.

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, para 23.

⁶⁷ Council Directive 93/13/EEC Council Directive on unfair terms in consumer contracts 93/13/EEC, Article 2(a) ประกอบกับ Article 3(1).

2.1.3.1 สัญญาสำเร็จรูปที่ถูกเตรียมเอาไว้ล่วงหน้า : กรณี ศึกษาคดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon

คดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมข้อสัญญาที่ถูกเตรียมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์บนเว็บไซต์อเมซอน (Amazon) ซึ่งเป็นผู้ทำสัญญาซื้อขายอิเล็กทรอนิกส์กับผู้บริโภค ในคดีนี้ บริษัท Amazon ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศลักเซมเบิร์ก แต่ทำการขายสินค้าให้กับผู้บริโภคชาวออสเตรียผ่านทางเว็บไซต์ชื่อ “amazon.de.” โดยที่ บริษัทอเมซอนไม่ได้มีสำนักงานตั้งอยู่ในประเทศออสเตรีย⁶⁸ สัญญาสำเร็จรูปที่บริษัทอเมซอน กำหนดขึ้นนั้นให้สิทธิแก่บริษัทอเมซอนในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับความคิดเห็นของลูกค้าและความชื่นชอบสินค้าที่ลูกค้าส่งให้ณะทำการซื้อขาย โดยสัญญาดังกล่าวกำหนดว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานี้ได้แก่กฎหมายของประเทศลักเซมเบิร์ก⁶⁹

องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรีย (“Verein für Konsumenteninformation”) ได้ยื่นคำขอต่อศาลของประเทศออสเตรียเพื่อป้องกันการมีผลบังคับของข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ Amazon กำหนดขึ้นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา แต่ด้วยความไม่แน่นอนในการตีความกฎหมาย คดีจึงถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป⁷⁰

⁶⁸ Charles Russell Speechlys, ‘ECJ Decision VKI v Amazon’ (Oxford, 29 September 2016) < <https://www.law.ox.ac.uk/businesslaw-blog/blog/2016/09/ecj-decision-vki-v-amazon> > accessed 25 March 2020.

⁶⁹ เพิ่งอ้าง.

⁷⁰ เพิ่งอ้าง.

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปอ้างถึง Rome Regulation I⁷¹ และ II⁷² ในการพิจารณาถึงกฎหมายที่จะมีผลบังคับกับกรณีมาตรา 6(1) ของ Rome Regulation II บัญญัติว่ากฎหมายที่จะมีผลบังคับแก่หน้าที่ที่ไม่ได้เกิดจากข้อสัญญาซึ่งเกิดจากการกระทำอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้นั้น กฎหมายของประเทศที่ผู้บริโภคมีผลประโยชน์อยู่ หรือจะได้รับผลกระทบ⁷³ ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ประเทศออสเตรีย

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยังได้วินิจฉัยต่อไปว่าในกรณีที่สัญญาไม่ได้ถูกเจรจาเป็นรายการณ ข้อสัญญาที่กำหนดว่ากฎหมายของประเทศลักเซมเบิร์กเท่านั้นที่จะมีผลบังคับแก่กรณีมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม⁷⁴ เนื่องจากทำให้ผู้บริโภคเข้าใจไปว่ามีเพียงกฎหมายของประเทศที่ผู้ขายเท่านั้นที่จะสามารถบังคับกับกรณีได้ และไม่ได้แจ้งให้ผู้บริโภคได้ทราบว่า (ตาม Rome I Regulation) ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายของประเทศใดจะบังคับแก่กรณีหากว่าไม่ได้มีการทำข้อสัญญาเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา⁷⁵



⁷¹ REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

⁷² REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

⁷³ Charles Russell Speechlys, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 68.*

⁷⁴ เพิ่งอ้าง, para 60.

⁷⁵ Case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation v Amazon, para 69-70.

2.1.3.2 หลักเกณฑ์การประเมินความไม่เป็นธรรมของ

ข้อสัญญา : กรณีศึกษาคดี Van Hove

นายวาน โฮฟ (Van Hove) นั้นได้เข้าทำสัญญาประกันภัยแบบกลุ่มกับบริษัทประกันภัยชื่อ “CNP Assurances” โดยข้อสัญญาระบุว่าสัญญาประกันภัยนี้จะครอบคลุมถึงการคืนเงิน (ตามสัญญากู้ยืมเงินที่นาย Van Hove เป็นลูกหนี้) ด้วยเหตุอันเนื่องมาจาก “ความตายของผู้เอาประกันและร้อยละ 75 ของจำนวนที่ต้องคืนตามสัญญากู้ยืมเงินในกรณีที่ไม่สามารถทำงานได้เลย”⁷⁶ ต่อมา นายวาน โฮฟ ได้ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยว่านิยามของคำว่า “การไม่สามารถทำงานได้เลย” นั้นไม่เป็นธรรม⁷⁷

ในประเด็นเกี่ยวกับการประเมินความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ศาลของสหภาพยุโรปได้อธิบายถึงเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการประเมินว่าข้อสัญญา มีความเป็นธรรม (ในกรณีของข้อตกลงในสัญญาประกันภัยซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อชดใช้เงินตามสัญญากู้ยืมเงินในกรณีที่ผู้กู้สูญเสียความสามารถในการทำงาน) กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ข้อสัญญานั้นมีลักษณะและการกำหนด (ตามบริบททางข้อเท็จจริงของเรื่องนั้น) ถึงองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของกรอบในทางสัญญา และประการที่สอง ความเข้าใจได้หรือจับต้องได้ของข้อสัญญานั้นไม่ได้พิจารณาเพียงด้านไวยากรณ์เท่านั้น แต่จะต้องรวมถึงการกำหนดการทำงานของข้อตกลงอย่างโปร่งใส ซึ่งทำให้ผู้บริโภคนั้นอยู่ในภาวะที่สามารถประเมินจุดยืนและผลทางเศรษฐกิจของข้อสัญญาดังกล่าวได้⁷⁸

⁷⁶ Case C-96/14 Van Hove, para 11.

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, Para 16.

⁷⁸ เพิ่งอ้าง, para 50.

2.1.4 ผลของสัญญาที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

ในเชิงกระบวนการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค มาตรา 7 วรรคหนึ่งของ UCTD บัญญัติให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ทำให้มีวิธีการในการทำให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลใช้บังคับอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ ซึ่งหมายความว่าผู้บริโภคนั้น จะต้องได้รับการเยียวยาตามเงื่อนไขที่สมเหตุสมผล และไม่ตกอยู่ในสถานการณ์ที่พินิจหรือประสบความยากลำบากอย่างยิ่งยวดในการได้รับความคุ้มครอง⁷⁹ โดยกรณีศึกษาคดี Gutiérrez Naranjo ที่จะได้กล่าวในหัวข้อ (2.1.4.1) จะแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม UCTD นั้น จะไม่ผูกพันคู่สัญญาเสมือนว่าไม่เคยมีข้อสัญญานั้นเลย กรณีศึกษาคดี PKO (ในหัวข้อ 2.1.4.2) จะแสดงให้เห็นถึงสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ (effective remedy) และกรณีศึกษาคดี BBVA (ในหัวข้อ 2.1.4.3) จะแสดงให้เห็นถึงสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับข้อมูล (ในกระบวนการบังคับจำนองของผู้ประกอบธุรกิจ)

2.1.4.1 ไม่ผูกพันคู่สัญญาเสมือนว่าไม่เคยมีข้อสัญญานั้นเลย

: กรณีศึกษาคดี Gutiérrez Naranjo

นายฟรานซิสโก กูเตอร์เรส นารันโจ (Francisco Gutiérrez Naranjo) ทำสัญญากู้ยืมเงินที่มีการจำนองกับบริษัท Cajasur Banco SAU ซึ่งมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งตามมาตรา 6 (1) ของ UCTD นั้นจะต้อง “ไม่มีผลบังคับผูกพัน” ผู้บริโภค⁸⁰ ตามบทบัญญัติดังกล่าวนั้น ข้อสัญญา

⁷⁹ Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts (2019), หน้า 59.

⁸⁰ Joined Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15 Gutiérrez Naranjo. 81

ที่ไม่เป็นธรรมจะต้องถือเสมือนว่าไม่เคยมีอยู่เลยและจะต้องไม่มีผลต่อผู้บริโภค หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้บริโภคนั้นจะต้องกลับไปอยู่ในสถานการณ์ทั้งทาง “ข้อเท็จจริง” และ “ข้อกฎหมาย” เสมือนหนึ่งว่าไม่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่⁸¹

2.1.4.2 สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ : กรณีศึกษาคดี PKO

ธนาคาร Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) ได้ทำสัญญาอนุมัติการใช้บัตรเครดิตให้กับ นาย Michalski ต่อมา PKO ได้ทวงถามให้นาย Michalski ชำระหนี้ และได้ฟ้องคดีต่อศาลภายในของประเทศโปแลนด์ เพื่อบังคับชำระหนี้ทั้งเงินต้นและดอกเบี้ย ทั้งนี้ การฟ้องร้องคดีดังกล่าวนี้มีหลักฐานสนับสนุนโดยอาศัยระบบการทวงถามซึ่งมีตัดเอาข้อความจากบัญชีแยกประเภท (banking ledger) ของ PKO การประทับตราของ PKO และหนังสือทวงถามที่ออกให้ นาย Michalski⁸² โดยกรณีนี้มีข้อสังเกตว่าระบบการทวงถามซึ่งมีตัดเอาข้อความจากบัญชีแยกประเภท (banking ledger) นั้น ไม่ได้มีการยืนยันถึงการมีอยู่ของสัญญาเครดิตของผู้บริโภคและเงื่อนไขของสัญญาดังกล่าวแต่ประการใด⁸³

⁸¹ เพิ่งอ้าง, para 61.

⁸² Case C-632/17 PKO, para 18-19.

⁸³ เพิ่งอ้าง, para 20.

มาตรา 491(1) ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศโปแลนด์ (The kodeks postępowania cywilnego (Civil Procedure Code) หรือ “KPC”) ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการในการเรียกให้จำเลยดำเนินการชำระหนี้ตามคำฟ้องให้ชำระหนี้โดยบัญญัติว่า ศาลมีอำนาจในการออกคำสั่งให้จำเลยดำเนินการชำระหนี้ทั้งหมดหรือโต้แย้งการทวงถามภายใน 2 สัปดาห์ นับแต่ได้รับการทวงถาม⁸⁴ ซึ่งศาลแห่งสหภาพยุโรปมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่า การจำกัดเวลาดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักประสิทธิภาพในการป้องกันผลของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งของ UCTD หรือไม่ ซึ่งศาลได้วางหลักในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวเอาไว้ว่า

“สิทธิในการได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ (effective remedy) นั้นจะต้องได้รับการคุ้มครองทั้งในแง่ของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี และรายละเอียดของกระบวนการ ในการพิจารณาว่ากระบวนการนั้นได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ ศาลจะต้องพิจารณาว่ากระบวนการที่เกี่ยวข้องนั้นได้ก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญที่จะทำให้ผู้บริโภคไม่ใช้สิทธิโต้แย้งหรือไม่”⁸⁵

ในคดี PKO ศาลได้วินิจฉัยว่ามาตรา 491(1) ของ KPC ซึ่งบัญญัติให้ผู้บริโภคมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการทวงถามในระยะเวลาเพียง 2 สัปดาห์ได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้บริโภคในการโต้แย้งการทวงถาม⁸⁶

⁸⁴ The kodeks postępowania cywilnego (Civil Procedure Code), มาตรา 491(1).

⁸⁵ Case C-632/17 PKO, para 45.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง, para 46.

2.1.4.3 สิทธิที่จะได้รับข้อมูล: กรณีศึกษาคดี BBVA

ธนาคารบิลเบาวิซคาญาอาร์เจนตินาเรีย (BBVA SA) ได้ดำเนินการบังคับจำนองนายแฟร์นันเดส กาบารโร (Fernández Gabarro) นายเปนาลวา โลเปซ (Peñalva López) และ นางโลเปซ ดูแรน (López Durán) อย่างไรก็ดีตาม จำเลยทั้งสามได้โต้แย้งว่าระยะเวลาที่กฎหมายเปิดโอกาสให้โต้แย้งกระบวนการบังคับจำนองดังกล่าว (1 เดือน) นั้น ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และไม่เพียงพอที่จะเปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาเนื้อหาและรายละเอียดของสัญญากู้ยืมเงินซึ่งมีการให้หลักประกันโดยการจำนองซึ่งมีการโต้แย้งว่ามีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอยู่⁸⁷

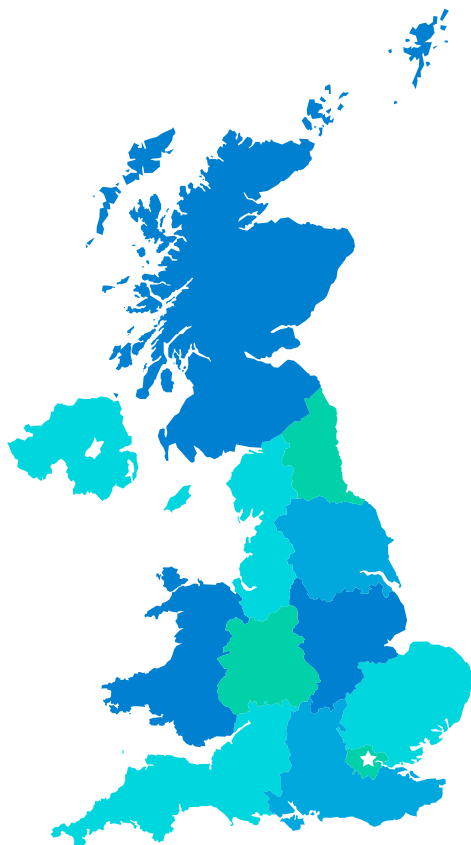
ในการพิจารณาคดีในประเด็นเกี่ยวกับการเยียวยาผู้บริโภคนั้น ศาลแห่งสหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับการที่ผู้บริโภคได้รับ “ข้อมูล” ที่เพียงพอในการโต้แย้งกระบวนการบังคับจำนอง โดยได้กล่าวในคำพิพากษาว่า แม้จำเลยแต่ละรายจะได้รับหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเวลา 10 วัน อย่างไรก็ดีตามหนังสือบอกกล่าวดังกล่าวนั้น ไม่ได้มีข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิของจำเลยในการจะโต้แย้งกระบวนการบังคับจำนองซึ่งการไม่มีข้อมูลดังกล่าว (ประกอบกับระยะเวลาที่จำกัดในการโต้แย้ง) ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถใช้สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพได้⁸⁸

⁸⁷ Case C-8/14 BBVA, para 10 และ 11.

⁸⁸ เพิ่งอ้าง, para 33-39.

2.2 กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในสหราชอาณาจักร

UCTA (Unfair Contract Terms Act) และ CRA (Consumer Rights Act) เป็นกฎหมายของสหราชอาณาจักร ที่ทำหน้าที่ในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทย กล่าวคือ เป็นกรณีที่รัฐใช้อำนาจทางนิติบัญญัติในการแทรกแซงเสรีภาพของคู่สัญญาในการกำหนด “ผลของสัญญา” โดยมีการแทรกแซงผลการบังคับใช้หรือการมีผลบังคับผูกพันของข้อตกลงในสัญญาที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาแล้ว โดยกฎหมายทั้งสองฉบับมีสาระสำคัญสรุปได้ตามหัวข้อ 2.2.1 และ 2.2.2 ดังต่อไปนี้



2.2.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977

UTCA เป็นบทบัญญัติที่ถูกตราขึ้นเพื่อจำกัดข้อตกลงในสัญญาที่ยกเว้นหรือหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา ความประมาท หรือหน้าที่อื่น ๆ ซึ่งในปัจจุบัน UTCA มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ (2.2.1.1) ความรับผิดชอบที่เกิดจากความประมาท (2.2.1.2) ความรับผิดชอบที่เกิดจากสัญญา (2.2.1.3) การซื้อขายและการเช่าซื้อ (2.2.1.4) สัญญาเบ็ดเตล็ดซึ่งมีสินค้า โอนผ่าน (2.2.1.5) การทำกลฉ้อฉล และ (2.2.1.6) การพิจารณาความสมเหตุสมผล⁸⁹

2.2.1.1 ความรับผิดชอบที่เกิดจากความประมาท⁹⁰

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 บัญญัติว่าบุคคล (person) ไม่อาจอ้างถึงข้อตกลงในสัญญาหรือคำประกาศอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะเจาะจงเพื่อยกเว้นมิให้ตนต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับความตายหรือบาดเจ็บอันเป็นผลมาจากความประมาทเงินแล้วได้⁹¹

⁸⁹ โดยกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าวนี้ใช้บังคับกับพื้นที่ในส่วนของประเทศอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ ส่วนพื้นที่ของประเทศสกอตแลนด์นั้นจะมีเพียงรายละเอียดเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา การควบคุมข้อยกเว้นที่ไม่สมเหตุสมผลในสัญญาผู้บริโภคหรือสัญญาสำเร็จรูป ข้อสัญญากำหนดการหลุดพ้นความรับผิดชอบที่ไม่สมเหตุสมผล การรับรองของสินค้าเพื่อการบริโภค หน้าที่โดยปริยายในสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจัดหาสินค้า ผลของการผิดสัญญา และการทดสอบความสมเหตุสมผล เท่านั้น ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเปรียบเทียบงานวิจัยนี้จึงจะกล่าวถึงส่วนที่บังคับกับพื้นที่ในส่วนของประเทศอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ เนื่องจากมีเนื้อหาที่ครอบคลุมมากกว่าส่วนของประเทศสกอตแลนด์

⁹⁰ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ใช้กับสัญญาผู้บริโภคตาม CRA ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อ 3.2.2

⁹¹ Unfair Contract Terms Act 1977, มาตรา 2(1).

สำหรับความรับผิดอื่น ๆ ก็ไม่สามารถยกเว้นได้จนกว่าข้อตกลงหรือประกาศนั้นจะผ่านเกณฑ์ความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)⁹² นอกจากนี้ การที่บุคคลได้แสดงความตกลงหรือได้รับรู้ข้อตกลงในสัญญาหรือคำประกาศนั้นไม่ได้หมายความว่าบุคคลดังกล่าวสมควรใจที่จะยอมรับความเสี่ยง⁹³

นอกจากนี้ UCTA ได้บัญญัติถึงนิยามของ “ความประมาทเลินเล่อ” เอาไว้ว่า การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) หรือความสามารถตามสมควร (reasonable skill) ในการปฏิบัติการตามสัญญา ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือปริยายจากข้อตกลงในสัญญา⁹⁴ นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึงการฝ่าฝืนหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรหรือความสามารถตามสมควรตาม common law⁹⁵ และหน้าที่ตาม Occupiers' Liability Act 1957 อีกด้วย⁹⁶

⁹² เพ็งอ้าง, มาตรา 2(2).

⁹³ เพ็งอ้าง, มาตรา 2(3).

⁹⁴ เพ็งอ้าง, มาตรา 1(1)(a).

⁹⁵ เพ็งอ้าง, มาตรา 1(1)(b).

⁹⁶ เพ็งอ้าง, มาตรา 1(1)(c).

2.2.1.2 ความรับผิดที่เกิดจากสัญญา⁹⁷

UCTA บัญญัติข้อจำกัดในการกำหนดเนื้อหาสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อธุรกิจ⁹⁸ โดยบัญญัติห้ามมิให้มีการกล่าวอ้างข้อตกลงใด ๆ ในสัญญาขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา⁹⁹ หรือไม่อาจเรียกร้องให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งแตกต่างไปจากความคาดหมายตามปกติหรือเพื่อที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติการตามสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผ่านเกณฑ์ความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)¹⁰⁰

2.2.1.3 การซื้อขายและการเช่าซื้อ¹⁰¹

UCTA บัญญัติห้ามมิให้มีการอาศัยข้อตกลงในสัญญาใด ๆ เพื่อยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากหน้าที่โดยปริยายของผู้ขายเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดหาสินค้า (ข้อตกลงโดยปริยาย) ค.ศ. 1973 เกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นวัตถุของสัญญาเช่าซื้อ¹⁰² นอกจากนี้ ข้อตกลงที่ยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับหน้าที่โดยปริยายของผู้ขายเกี่ยวกับการที่สินค้ามีลักษณะตรงตามลักษณะหรือตามคำพรรณนาคุณภาพหรือวัตถุประสงค์เฉพาะ และข้อตกลงตามมาตรา 9 10 หรือ 11

⁹⁷ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช้กับสัญญาผู้บริโภคตาม CRA ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อ 3.2.2

⁹⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 3(1).

⁹⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 3(2)(a).

¹⁰⁰ เพิ่งอ้าง, มาตรา 3(2)(b).

¹⁰¹ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช้กับสัญญาผู้บริโภคตาม CRA ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อ 3.2.2

¹⁰² Unfair Contract Terms Act 1977, มาตรา 6(1).

ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดหาสินค้า (ข้อตกลงโดยปริยาย) ค.ศ. 1973 เกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นวัตถุของสัญญาเข้าซื้อไม่อาจยกเว้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ผ่านมาเกณฑ์ความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)¹⁰³

2.2.1.4 สัญญาเบ็ดเตล็ดซึ่งมีสินค้าโอนผ่าน¹⁰⁴

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 บัญญัติว่า ความรับผิดเกี่ยวกับการที่สินค้ามีลักษณะต้องตรงตามลักษณะหรือตามคำพรรณา คุณภาพหรือวัตถุประสงค์เฉพาะนั้นไม่สามารถถูกยกเว้นหรือจำกัดได้โดยอาศัยข้อตกลงเว้นแต่เป็นกรณีที่ผ่านเกณฑ์ความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)¹⁰⁵ ความรับผิดอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดในมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติการจัดหาสินค้าและบริการ (Supply of Goods and Services Act 1982) ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่โดยปริยายเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในสัญญาที่มีการโอนทรัพย์สิน ไม่อาจถูกอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้¹⁰⁶

นอกจากนี้ ความรับผิดเกี่ยวกับสิทธิในการโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้า หรือการโอนการครอบครอง หรือการรับรองสิทธิในการครอบครองอย่างสงบของผู้รับสินค้าตามสัญญานั้นไม่อาจถูกยกเว้นหรือจำกัดได้โดยอาศัยข้อตกลงในสัญญาเว้นแต่เป็นกรณีที่ผ่านเกณฑ์ความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)¹⁰⁷

¹⁰³ เพิ่งอ้าง, มาตรา 6(1A).

¹⁰⁴ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช้กับสัญญาผู้บริโภคตาม CRA ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อ 3.2.2

¹⁰⁵ Unfair Contract Terms Act 1977, มาตรา 7(A1).

¹⁰⁶ เพิ่งอ้าง, มาตรา 7(3A)

¹⁰⁷ เพิ่งอ้าง, มาตรา 7(4)

2.2.1.5 การทำกล้อจฉ

ในกรณีทีสัญญามีข้อตกลงซึ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่สัญญาอาจจะต้องรับผิดชอบจากการที่ตนได้แสดงความเท็จก่อนที่สัญญาจะเกิด หรือยกเว้นหรือจำกัดการเยียวยาของคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยการแสดงความเท็จ ให้ข้อตกลงนั้นไม่มีผลบังคับ (no effect) เว้นแต่ผ่านเกณฑ์ความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)¹⁰⁸

2.2.1.6 การพิจารณาความสมเหตุสมผล

ความสมเหตุสมผลตามกฎหมาย หมายถึง ข้อตกลงจะต้องมีความเป็นธรรมและมีความสมเหตุสมผล โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่คู่สัญญาควรจะคาดหมายได้ตามปกติ หรือได้รู้ในขณะทำสัญญา¹⁰⁹ ในการพิจารณาความสมเหตุสมผลในเรื่องการซื้อขายและการเช่าซื้อและสัญญาเบ็ดเตล็ดซึ่งมีสินค้าโอนผ่านจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ได้แก่ ความเข้มแข็งและอำนาจต่อรองของคู่สัญญาโดยพิจารณาถึงคู่สัญญาแต่ละฝ่ายโดยพิจารณาถึงทางเลือกอื่นๆ ซึ่งจะทำให้ลูกค้าบรรลุความต้องการได้

การพิจารณายังครอบคลุมไปถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ลูกค้าได้รับการชักนำให้ทำการตกลงหรือมีโอกาสที่จะทำข้อตกลงอื่นที่มีลักษณะคล้ายกันกับบุคคลอื่นซึ่งมีเนื้อหาต่างกับที่ได้ทำก่อนยอมรับข้อตกลงหรือไม่ และข้อเท็จจริงที่ว่าลูกค้าได้รู้หรือควรจะได้รับการมีอยู่ของข้อตกลงหรือไม่

¹⁰⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 8

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 11(1)

นอกจากนี้ การพิจารณาความสมเหตุสมผลยังพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่มีเงื่อนไขยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หากว่ามีการฝ่าฝืนข้อตกลงข้อหนึ่งข้อใด และข้อเท็จจริงที่ว่าสินค้าถูกผลิต ผ่านกระบวนการ หรือปรับเปลี่ยนตามคำสั่งของลูกค้า เป็นกรณีพิเศษหรือไม่¹¹⁰

ในทางปฏิบัติ ศาลยุติธรรมของสหราชอาณาจักรได้นำเอาปัจจัยการพิจารณาความสมเหตุสมผลตามที่บัญญัติใน UCTA มาปรับใช้เพื่อพิจารณาความไม่สมเหตุสมผลของสัญญา ยกตัวอย่างเช่น คดี St Albans City and DC v International Computers Ltd. โดยในคดีดังกล่าวคู่พิพาทคือ St Albans City และสภาแขวง (District Council) กับบริษัทซอฟต์แวร์ชื่อ International Computers Ltd. โดย International Computers Ltd. มีหน้าที่ติดตั้งซอฟต์แวร์เพื่อการลงทะเบียนของผู้เสียภาษีให้กับ St Albans City และสภาแขวง โดยมีข้อสัญญาจำกัดความรับผิดของบริษัทเอาไว้ที่ 100,000 ปอนด์ อย่างไรก็ตาม ซอฟต์แวร์ที่ถูกติดตั้งนั้นมีความผิดพลาดและส่งผลให้สภาแขวงได้รับความเสียหายถึง 1,313,846 ปอนด์ อย่างไรก็ตาม International Computers Ltd. ปฏิเสธที่จะชำระค่าเสียหายเต็มจำนวนโดยอ้างถึงข้อจำกัดความรับผิดตามสัญญา

ศาลยุติธรรมของสหราชอาณาจักรวินิจฉัยว่า สัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง St Albans City และสภาแขวง (District Council) กับ International Computers Ltd. นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปในการธุรกิจ ดังนั้นจึงตกอยู่ในบังคับของ UCTA และจะต้องถูกพิจารณาความสมเหตุสมผล

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง, Schedule 2.

โดยศาลได้ระบุในคำพิพากษาว่า International Computers Ltd. นั้น มีทรัพยากรจำนวนมาก อีกทั้งยังมีสัญญาประกันภัยพิบัติภัยที่ครอบคลุมพื้นที่ทั่วโลกในวงเงินถึง 50 ล้านปอนด์ ในขณะที่สมาคมเวลานั้นอยู่ในสถานะที่อ่อนแอกว่าในการต่อรอง เนื่องจากขาดทรัพยากรทางการเงินและไม่ได้เป็นผู้ที่ประกอบธุรกิจ ทั้งยัง ไม่มีโอกาสที่จะได้ทำข้อตกลงอื่นนอกจากข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบตามปัญหา ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีคำพิพากษาว่า ข้อจำกัดความรับผิดชอบตามสัญญามีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และพิพากษาให้ International Computers Ltd. ชดเชยค่าเสียหายมากกว่าจำนวนที่ถูกจำกัดเอาไว้¹¹¹

อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อสังเกตว่าในการให้ความคุ้มครองกับคู่สัญญานั้น ศาลยุติธรรมของสหราชอาณาจักรยังพิจารณาถึง “ลักษณะการกระทำของฝ่ายที่ใช้สิทธิเรียกร้อง” อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น กรณีศึกษาในคดี Sam Business System v Hedley ซึ่งเป็นกรณีที่ Hedley ได้ว่าจ้างให้ Sam ทำการติดตั้งซอฟต์แวร์ อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าซอฟต์แวร์ที่ติดตั้งมีข้อขัดข้อง ซึ่ง Hedley มีสิทธิตามสัญญาที่จะปฏิเสธซอฟต์แวร์ดังกล่าวและรับเงินคืน ในการวินิจฉัยถึงค่าเสียหายที่ Hedley พึงจะได้รับนั้น ศาลได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงว่า Hedley ละเลยที่จะใช้สิทธิดังกล่าว ในสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองมีข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบในกรณีของ “ความเสียหายอันเกิดจากแนวปฏิบัติของคู่สัญญา” ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ข้อสัญญานี้ไม่ได้มีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล (และสามารถบังคับใช้ได้)

¹¹¹ St Albans City and DC v International Computers Ltd [1996] EWCA Civ 1296

2.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้บริโภค

ค.ศ. 2015

CRA (ในส่วนของข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม) ใช้บังคับกับสัญญา ระหว่างผู้ประกอบการค้า (trader) กับ ผู้บริโภค (consumer)¹¹² โดยจะไม่ใช้ บังคับกับสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาฝึกงาน¹¹³ นอกจากนี้ ยังใช้บังคับกับ การบอกกล่าว (notice) (ซึ่งหมายรวมถึง การประกาศไม่ว่าโดยวาจา หรือลายลักษณ์อักษร)¹¹⁴ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่าง ผู้ประกอบการค้ากับผู้บริโภค หรือมีวัตถุประสงค์ที่จะยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดชอบกับผู้บริโภค¹¹⁵ และในทำนองเดียวกับการไม่ใช้บังคับกับสัญญา จ้างแรงงาน CRA ไม่ใช้บังคับกับการบอกกล่าวเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่าง นายจ้างและลูกจ้าง¹¹⁶ โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับ (2.2.2.1) เงื่อนไขเพื่อสร้าง ความเป็นธรรมของข้อตกลงและการบอกกล่าว (2.2.2.2) ข้อตกลงที่อาจ ถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรม (2.2.2.3) ข้อยกเว้นการประเมินว่าเป็นธรรม หรือไม่ และ (2.2.2.4) ข้อห้ามการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ จาก ความประมาทเลินเล่อ

¹¹² Consumer Rights Act 2015, มาตรา 61(1).

¹¹³ เท็งฮ้าง, มาตรา 61(2).

¹¹⁴ เท็งฮ้าง, มาตรา 61(8).

¹¹⁵ เท็งฮ้าง, มาตรา 61(4).

¹¹⁶ เท็งฮ้าง, มาตรา 61(5).

2.2.2.1 เว้นใจเพื่อสร้างความเป็นธรรมของข้อตกลงและการบอกกล่าว

ข้อสัญญาหรือการบอกกล่าวที่ไม่เป็นธรรมจะ “ไม่มีผลบังคับผูกพัน” (binding on) ผู้บริโภค¹¹⁷ อย่างไรก็ตาม การไม่มีผลบังคับผูกพันดังกล่าว ไม่ได้เป็นการตัดสิทธิของผู้บริโภคที่จะอ้างข้อสัญญาหรือการบอกกล่าวดังกล่าว¹¹⁸ การไม่มีผลบังคับผูกพันดังกล่าวสัญญายังคงมีอยู่ (continues) ต่อไปเท่าที่เป็นธรรม¹¹⁹ ในการพิจารณาความไม่เป็นธรรม ข้อตกลงและการบอกกล่าวจะต้องคำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้

ตารางที่ 2.1 : ปัจจัยพิจารณาความไม่เป็นธรรมของข้อตกลงและการบอกกล่าว

ปัจจัยด้านเนื้อหา

ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมีนัยสำคัญ (significant imbalance) เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณีทางที่เป็นโทษกับผู้บริโภคโดยมีลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อเงื่อนไขของความสุจริต (good faith)¹²⁰ ซึ่งศาลยุติธรรมของสหราชอาณาจักรได้วางหลักเอาไว้ว่าเงื่อนไขของความสุจริตในบริบทของข้อสัญญาที่เป็นธรรมนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการธุรกิจที่เป็นธรรมและเปิดเผย (fair and open dealing)¹²¹

ปัจจัยในการพิจารณา

โดยให้พิจารณาถึงลักษณะของเรื่องในกรณีนั้น ๆ และพิจารณาถึงพฤติการณ์ (circumstances) ที่มีอยู่ในขณะทำข้อตกลงหรือการบอกกล่าว และพิจารณาถึงข้อตกลงอื่นๆ ด้วย¹²²

¹¹⁷ เพิ่งอ้าง, มาตรา 62(1) และ (2).

¹¹⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 62(8).

¹¹⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 67.

¹²⁰ เพิ่งอ้าง, มาตรา 62(4) และ (6).

¹²¹ Per Lord Bingham of Cornhill in Director General of Fair Trading v First National Bank plc [2001] UKHL 52

¹²² เพิ่งอ้าง, มาตรา 62(5) และ (7).

ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาความไม่เป็นธรรมของสัญญาผู้บริโภค แม้ว่าคู่กรณีจะมีได้ยกประเด็นดังกล่าวขึ้นต่อผู้ชั้นศาล¹²³ อย่างไรก็ตาม ศาลมีดุลพินิจที่จะพิจารณาว่ากรณีพิพาทนั้น มีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เพียงพอในการจะต้องพิจารณาความไม่เป็นธรรมของข้อตกลงหรือไม่¹²⁴ (หากพิจารณาแล้วว่าไม่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอย่างเพียงพอ ก็ไม่จำเป็นจะต้องยกประเด็นขึ้นพิจารณา)

2.2.2.2 ข้อตกลงที่อาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรม

CRA ได้บัญญัติตัวอย่างของข้อตกลงที่อาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรมเอาไว้ในเอกสารแนบท้ายหมายเลข 2 เช่น ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบหรือจำกัดสิทธิของผู้บริโภค กล่าวคือ (1) ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการค้าจากความรับผิดที่เกี่ยวกับความตายหรือความบาดเจ็บของผู้บริโภคอันเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ประกอบการค้า¹²⁵ และ (2) ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภคต่อผู้ประกอบการค้าในกรณีเกี่ยวกับการที่ผู้ประกอบการค้าไม่ชำระหนี้ทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือชำระหนี้ไม่เพียงพอ (inadequate performance) ซึ่งเป็นสิทธิทางหนี้ตามสัญญา ซึ่งหมายรวมถึงทางเลือกในการหักกลบลบหนี้ที่มีต่อผู้ประกอบการค้ากับสิทธิเรียกร้องที่ผู้บริโภคมียกต่อผู้ประกอบการค้า¹²⁶

¹²³ เติ้งฮ้าง, มาตรา 72(2).

¹²⁴ เติ้งฮ้าง, มาตรา 71(3).

¹²⁵ เติ้งฮ้าง, Schedule 2 Part 1 para 1.

¹²⁶ เติ้งฮ้าง, Schedule 2 Part 1 para 2.

นอกจากนี้ CRA ยังได้ให้ตัวอย่างของข้อตกลงที่อาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรมเพิ่มเติม เช่น ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์หรือส่งผลให้สัญญา มีผลบังคับผูกพันต่อผู้บริโภคเฉพาะในกรณีที่มีการบริการตามสัญญาขึ้นอยู่ กับเงื่อนไขที่ผู้ประกอบการค้ามีดุลพินิจแต่เพียงผู้เดียว¹²⁷ และข้อตกลงที่มี วัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการอนุญาตให้ผู้ประกอบการค้าสามารถ ยึดถือเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระ ในกรณีที่ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะไม่ทำหรือ ปฏิบัติการตามสัญญา โดยปราศจากการให้ค่าสินไหมทดแทนกับผู้บริโภค ในจำนวนที่เท่ากันในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าเป็นผู้ยกเลิกสัญญา¹²⁸

2.2.2.3 ข้อยกเว้นการประเมินว่าเป็นธรรมหรือไม่

ข้อตกลงในสัญญาผู้บริโภคจะไม่ถูกประเมินว่าเป็นธรรมหรือไม่ ตามปัจจัยที่กล่าวในข้อ 2.2.2.1 ในกรณีที่ข้อตกลงนั้นได้ระบุถึงเนื้อหาหลัก ของสัญญาหรือเป็นกรณีที่ราคาที่ต้องชำระตามสัญญานั้นมีความเหมาะสม กับสินค้า เนื้อหาออนไลน์ หรือบริการตามสัญญา¹²⁹ อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวจะสามารถถูกใช้ได้เฉพาะเมื่อข้อตกลงนั้นมีความ “โปร่งใส” และ “ชัดเจน”¹³⁰

ความโปร่งใส (transparency) คือการที่ข้อตกลงนั้นถูกแสดงออก โดยภาษาที่เรียบง่ายและเข้าใจได้ง่ายและสามารถอ่านออกได้ (ในกรณีเป็น ข้อตกลงลายลักษณ์อักษร)¹³¹ ส่วนความชัดเจน (prominent) นั้น จะเกิดขึ้น เมื่อข้อตกลงได้ถูกเสนอให้ผู้บริโภคพิจารณาในระดับที่ทำให้ผู้บริโภค ตามปกติรับรู้ถึงข้อตกลง¹³²

¹²⁷ เพิ่งอ้าง, Schedule 2 Part 1 para 3.

¹²⁸ เพิ่งอ้าง, Schedule 2 Part 1 para 4.

¹²⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 64(1).

¹³⁰ เพิ่งอ้าง, มาตรา 64(2).

¹³¹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 64(3).

¹³² เพิ่งอ้าง, มาตรา 64(4).

2.2.2.4 ข้อห้ามการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความ ประมาทเลินเล่อ

CRA ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการค้ายกเว้นความรับผิด
ในกรณีความตายหรือบาดเจ็บของผู้บริโภคอันเกิดจากความประมาท
เลินเล่อได้¹³³ ในกรณีที่ข้อตกลงหรือการบอกกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเว้น
หรือจำกัดความรับผิดในกรณีความตายหรือบาดเจ็บของผู้บริโภคอันเกิดจาก
ความประมาทเลินเล่อ มิให้ถือว่าผู้บริโภคได้สมัครใจยอมรับความเสี่ยงนั้น
เพียงเพราะการที่ได้ยอมรับหรือรับรู้ข้อตกลงหรือการบอกกล่าว¹³⁴



ในส่วนของกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป ศาลแห่งสหภาพยุโรป
ได้ปรับใช้ UCTA อย่างกว้างขวาง โดยคดี Air Berlin ได้แสดงให้เห็นว่ารัฐ
สามารถเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการกำหนดราคาค่าบริการของสายการบิน
แม้ว่าจะมีกฎหมายเฉพาะ (เรื่องการกำหนดราคาโดยการบิน) กำหนด
เสรีภาพในการกำหนดราคาค่าบริการเอาไว้ ในกรณีนี้ รัฐสมาชิกมีหน้าที่
ต้องจัดหาเครื่องมือที่ช่วยให้สัญญาแต่ละสัญญานั้น ถูกเจรจาและตรวจสอบ
อีกด้วย ส่วนคดี Dumitru Tarcău นั้น แสดงให้เห็นว่าแม้ผู้รับประโยชน์จาก

¹³³ เพิ่งอ้าง, มาตรา 65(1).

¹³⁴ เพิ่งอ้าง, มาตรา 65(2).

การทำสัญญาหลักประกันจะเป็นนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจ แต่หากสัญญาหลักประกันนั้นทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมตกอยู่ในบังคับของ UCTA กล่าวคือ เป็น “สัญญาผู้บริโภค”

เมื่อเป็นสัญญาผู้บริโภคแล้ว กรณีมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า สัญญาที่ทำขึ้นนั้นได้ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาหรือไม่ คดี Aziz แสดงให้เห็นว่าในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว รัฐอาจเปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ตามสัญญากับกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีได้ ส่วนคดี Constructora Principado แสดงให้เห็นว่าความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญานั้น อาจมีเหตุเกิดจากสถานการณ์ทางกฎหมายที่ทำให้ผู้บริโภคนั้นตกอยู่ในบังคับของสิทธิและหน้าที่ที่เป็นผลร้าย หรือที่ไม่อาจคาดเห็นได้ตามกฎหมาย

UCTA ได้กล่าวถึงสัญญาที่ถูกเตรียมเอาไว้ล่วงหน้าและ “ผู้บริโภคไม่ได้มีอิทธิพลใด ๆ ต่อเนื้อหาของสัญญา” โดยเฉพาะอย่างสัญญาสำเร็จรูปที่ถูกเตรียมเอาไว้ล่วงหน้า (pre-formulated standard contract) ซึ่งคดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon ที่ได้วินิจฉัยว่าเงื่อนไขและข้อตกลงการให้บริการในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในคดีนี้ถือเป็นสัญญาที่ไม่ได้ถูกเจรจาต่อรอง ส่วนคดี Van Hove ได้แสดงให้เห็นว่ารัฐอาจพิจารณาถึงความมีหรือเพียงพอของสาระสำคัญของสัญญาและการสื่อสารที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าใจผลของสัญญา มาประกอบการพิจารณาความเป็นธรรมของสัญญาได้

ในส่วนของผลทางกฎหมายของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั้น คดี Gutiérrez Naranjo ได้แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคนั้นจะต้องกลับไปอยู่ในสถานการณ์ทั้งทาง “ข้อเท็จจริง” และ “ข้อกฎหมาย” เสมือนหนึ่งว่า

ไม่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการกิจ
ของรัฐในการทำให้ผู้บริโภคสามารถโต้แย้งคัดค้านการถูกบังคับตามสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม คดี PKO ได้วางหลักเอาไว้ว่าการที่กฎหมายวิधिพิจารณาความ
ของประเทศให้เวลาแก่ผู้บริโภคโต้แย้งคัดค้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
เพียง 2 สัปดาห์ ถือเป็นการฝ่าฝืนต่อสิทธิของผู้บริโภคในการที่จะได้รับ
เยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ และคดี BBVA แสดงให้เห็นว่ารัฐมีหน้าที่ต้อง
คุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับข้อมูลเพื่อที่จะโต้แย้งผลของ
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย

ในสหราชอาณาจักรมีการตรา UCTA และ CRA เพื่อทำหน้าที่เป็น
บทบัญญัติซึ่งให้อำนาจรัฐในการแทรกแซง “ผลของสัญญา” เช่นเดียวกับ
พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทย
หากพิจารณาโดยภาพรวมแล้วสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายของทั้งสอง
ประเทศสามารถเปรียบเทียบกันผ่านการศึกษาและวิเคราะห์ในเชิงภารกิจ
(functional comparative study/methodology)

UCTA ทำหน้าที่ในการจำกัดผลของข้อตกลงยกเว้นความรับผิด
อันเกิดจากความประมาทเล็กน้อย ความรับผิดที่เกิดจากสัญญา การซื้อขาย
และการเช่าซื้อ สัญญาเบ็ดเตล็ดซึ่งมีสินค้าอินผ่าน และความรับผิดในกรณี
การทำกลั่นแกล้ง อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อสังเกตว่า UCTA ได้บัญญัติถึง
หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสมเหตุสมผล (reasonableness)
เอาไว้อีกด้วย

CRA มีขอบเขตการบังคับที่สามารถเปรียบเทียบกับขอบเขตการบังคับตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยมีการกำหนดว่ากฎหมายจะใช้บังคับกับผู้ประกอบการค้า (trader) กับ ผู้บริโภค (consumer) และกำหนดผลของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า “ไม่มีผลบังคับผูกพัน” (binding on) ต่อผู้บริโภคและผลของสัญญา ยังคงมีอยู่ (continues) เท่าที่เป็นธรรม ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกับผลข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมาตรา 4 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติว่า “ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” นอกจากนี้ CRA ยังได้บัญญัติถึงปัจจัยการพิจารณาความไม่เป็นธรรมของข้อตกลงและการบอกกล่าวซึ่งสามารถเปรียบเทียบกับเกณฑ์ในการวินิจฉัยผลบังคับของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540





3

บทบัญญัติ
ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา

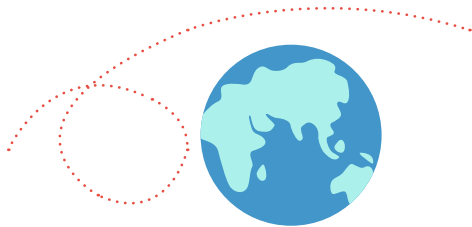
บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องหนี้และเอกเทศสัญญา นั้น เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับนิติสัมพันธ์ทางแพ่งและพาณิชย์ของคู่สัญญา ซึ่งโดยหลักแล้วคู่สัญญาเอกชนสามารถอาศัยหลักอิสระทางแพ่ง (private autonomy) และเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ในการกำหนดตัวคู่สัญญา เนื้อหา และผลของสัญญา อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาของคู่สัญญาซึ่งตั้งอยู่บนฐานของหลักการข้างต้น และขณะเดียวกันก็ตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บางมาตราอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาได้ งานวิจัยนี้พบว่าโดยทั่วไปแล้ว บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาได้ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยนี้พบว่า ความไม่เป็นธรรมจากบทบัญญัติอาจเกิดขึ้นจากสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ซึ่งเมื่อบทบัญญัติถูกนำมาปรับใช้แก่กรณีตามสัญญาแล้วจะส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้

บทที่ 3 นี้มุ่งที่จะวิเคราะห์เพื่อแสดงให้เห็นว่า นิยามของเหตุสุดวิสัยและหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น

- ในกรณีของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่างประเทศระยะยาว (3.1)
- สิทธิของผู้ว่าจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจก่อให้เกิดความไม่ธรรมกับผู้รับจ้างซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้ (3.2)
- ข้อห้ามเรียกดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจไม่อาจป้องกันการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราได้ในทางปฏิบัติเนื่องจากผู้กู้และผู้ให้กู้อาจทำสัญญารูปแบบอื่นเพื่ออำพรางการกู้ยืมเงิน (3.3)
- การคุ้มครองลูกหนี้ผู้ออกเช็คจากความเสี่ยงด้านอาญา (ตามพระราชบัญญัติความรับผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค) นั้นอาจส่งผลให้ลูกหนี้ต้องเข้าทำสัญญาเพื่อเพิ่มหลักประกันอื่นให้กับผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินซึ่งอาจมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมก็เป็นได้ (3.4)
- และสิทธิของผู้ถือหุ้นในการตั้งกรรมการและควบคุมบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจเป็นอุปสรรค ในการลงทุนทำธุรกิจในปัจจุบัน (3.5)

สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ระยะยาว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา มาตรา 453 บัญญัติว่า สัญญาซื้อขายนั้น **“คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”** นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย กรอบของนิติสัมพันธ์สำหรับสัญญาซื้อขายดังกล่าว ย่อมมีโอกาสที่จะถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ระยะยาว เช่น ในกรณีที่ผู้ผลิตและขายสินค้าที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย ทำสัญญาขายสินค้าตามคำสั่งซื้อของผู้ซื้อ ซึ่งตั้งอยู่ต่างประเทศ ในทางปฏิบัติสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศระยะยาวดังกล่าว มีทั้งส่วนที่สามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้ ในขณะที่เดียวกันก็ปรากฏส่วนที่คู่สัญญามักจะไม่นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ระหว่างคู่สัญญาหรือไม่สามารถทำให้คู่สัญญาได้รับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ตามเจตนาของคู่สัญญา



3.1.1 สาระสำคัญของสัญญา

การวิเคราะห์ในส่วนนี้จะอาศัยตัวอย่างสัญญาซื้อขายอัญมณีระหว่างประเทศระยะยาว ซึ่งผู้ผลิตและผู้ขายชาวไทยได้ทำสัญญากับผู้ซื้อ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการจำหน่ายอัญมณีที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ (“Long-Term Supply Agreement”)¹³⁵ โดยสัญญาดังกล่าวทำหน้าที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายระยะยาว (ไม่ใช่การซื้อขายเพียงครั้งเดียว) กล่าวคือ ผู้ซื้อจะมีสิทธิทำคำสั่งซื้อ (Purchase Order: “PO”) เพื่อสั่งให้ผู้ขายทำการผลิตและส่งมอบสินค้าเป็นคราว ๆ การสั่งซื้อและส่งมอบสินค้าแต่ละครั้งนั้นจะกำหนดรายละเอียดเพียงจำนวนและคุณภาพของสินค้าที่ผู้ซื้อต้องการและผู้ขายตกลงจะผลิตและส่งมอบให้ ส่วนสิทธิหน้าที่อื่น ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา Supply Agreement ซึ่งสามารถแสดงได้ตามตารางที่ 3.1



¹³⁵ ต้นแบบสัญญาซื้อขายอัญมณีระหว่างประเทศระยะยาว (ซึ่งผู้เขียนได้รับอนุญาตให้ใช้ข้อความในสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาและวิจัยโดยไม่เปิดเผยชื่อสัญญา)

ตารางที่ 3.1: นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในการซื้อขายระหว่างประเทศระยะยาว

Long-Term Supply Agreement

ทำหน้าที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในเรื่องเกี่ยวกับ

- การติดต่อสื่อสาร
- แนวทางในการตกลงราคาและการปฏิบัติในกรณีราคาวัตถุดิบมีความผันผวน
- หน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขาย
- การส่งมอบ
- การเตรียมวัตถุดิบในการผลิต
- ความล่าช้า
- ระยะเวลาและกระบวนการเกี่ยวกับการชำระราคา
- การรับรองคุณภาพ
- ระยะเวลาของสัญญาและการเลิกสัญญา
- ผลของการเลิกสัญญา
- หน้าที่ของผู้ขายในการจัดการประกันภัย (ในกรณีที่สินค้าก่ออันตรายให้กับผู้บริโภคซึ่งผู้ซื้อได้นำสินค้าที่ได้จากผู้ขายไปจำหน่ายต่อในต่างประเทศ)
- สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
- การรักษาความลับ
- การโอนสิทธิตามสัญญา
- เหตุสุดวิสัย

Purchase Order

กำหนดปริมาณคุณภาพและราคาซื้อขายของสินค้าในงวดนั้น ๆ

(จะไม่มีการซื้อขายจนกว่าจะมีการตกลงกันในเรื่องเหล่านี้ แม้ว่าจะมีการลงนามในสัญญา Long-Term Supply Agreement แล้วก็ตาม)

กระบวนการทำสัญญาตามกรอบแห่งนิติสัมพันธ์ข้างต้น มักจะเริ่มต้นด้วยการที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงเรื่องปริมาณ คุณภาพ และราคากันตามเอกสาร PO เมื่อผู้ขายได้รับการยืนยันแล้ว ผู้ขายจะเริ่มดำเนินการผลิต โดยจะต้องมีการจัดหาวัตถุดิบในการผลิต เช่น ซื้อแร่ธาตุตามคำสั่งซื้อมาเพื่อดำเนินการเจียระไนและผลิตให้เป็นไปตามแบบที่ได้รับคำสั่งซื้อ เมื่อผ่านกระบวนการดังกล่าวแล้ว ผู้ขายมีหน้าที่ต้องดำเนินการส่งมอบสินค้าให้กับผู้ซื้อเพื่อให้ผู้ซื้อตรวจรับและดำเนินการเพื่อชำระราคาตามขั้นตอนที่กำหนดใน Long-Term Supply Agreement

3.1.2 ปัญหาการคุ้มครองคู่สัญญาในทางปฏิบัติ

ตามกระบวนการที่ได้กล่าวในหัวข้อ 3.1.1 ผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงราคาของสินค้าก่อนที่ผู้ขายจะเริ่มดำเนินการผลิต ซึ่งมักจะมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าในกรณีที่มีเหตุ (ในทางข้อเท็จจริง) แทรกแซงในภายหลังจากที่สัญญาเกิดและส่งผลทำให้การผลิตมีต้นทุนสูงขึ้น ฝ่ายผู้ขายจะสามารถเรียกร้องให้มีการปรับราคาของสินค้าที่ตกลงไปแล้วได้หรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นว่าหากสินค้าที่ส่งมอบนั้นมีคุณภาพไม่ตรงตามที่คู่สัญญาดตกลงกันในเอกสาร PO ผู้ซื้อจะสามารถปฏิเสธการซื้อขายในครั้งนั้นและไม่ชำระราคาได้หรือไม่

(1) การแบกรับความเสี่ยงที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของต้นทุนภายหลังจากการตกลงเรื่องราคา

กรณีมีความเป็นไปได้ที่ต้นทุนในการผลิตนั้นมีความผันผวนและสูงขึ้นจากเหตุปัจจัยที่ผู้ขายไม่สามารถคาดเห็นได้ อีกทั้งเป็นเหตุที่ผู้ขาย

ไม่ต้องรับผิดชอบ โดยทั่วไปแล้วคู่สัญญามักจะกำหนดให้มีข้อสัญญาว่า
ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายที่ประสบเหตุสุดวิสัยอาจไม่ต้องปฏิบัติ
การชำระหนี้ในส่วนของตนโดยไม่มีความรับผิด เช่น ไม่ถูกคิดเบี้ยปรับได้
และให้สัญญาฉบับนี้ตกอยู่ในบังคับของกฎหมายไทย กรณีจะมีประเด็นให้
ต้องพิจารณาต่อไปว่า “เหตุสุดวิสัย” นั้น หมายถึงกรณีใดบ้าง ซึ่งประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัตินิยามของเหตุสุดวิสัยเอาไว้ว่า

“เหตุสุดวิสัย” หมายความว่า เหตุใด ๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี
จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้บุคคลผู้ต้องประสบ
หรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร
อันมีคณาหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น¹³⁶

หากเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถจัดหาวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตได้
ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเนื่องจากเกิดภัยธรรมชาติ ผู้ขายอาจสามารถอ้าง
ข้อสัญญาเรื่องเหตุวิสัยประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
เพื่อทำให้ตนไม่ต้องรับผิด ในกรณีไม่อาจผลิตและส่งมอบสินค้าได้ทัน
ตามกำหนด อย่างไรก็ตาม หากมีใช้กรณีที่ผู้ขายหาวัตถุดิบไม่ได้ แต่เป็น
กรณีที่วัตถุดิบมี “ราคา” สูงขึ้นเนื่องจากมีออกกฎหมายเพิ่มภาษีนำเข้า
วัตถุดิบดังกล่าว จนผู้ขายจะประสบกับการขาดทุนหรือไม่ได้กำไรในอัตรา
ที่คาดการณ์ไว้ตอนตกลงราคากับผู้ซื้อ ผู้ขายจะสามารถอ้างข้อสัญญา
เรื่องเหตุวิสัยประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อปรับราคา
สินค้าที่ได้ตกลงไปแล้วได้หรือไม่ โดยทั่วไปแล้วการที่ผู้ขายจะได้กำไรจาก
การทำธุรกิจน้อยลง ย่อมไม่ได้หมายความว่าผู้ขายจะชำระหนี้กระทำการ

¹³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 8.

หรือส่งมอบทรัพย์สินในส่วนของตนไม่ได้ กรณีนี้จึงไม่อาจใช้นิยามของ เหตุสุดวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อสร้างความเป็นธรรม แก่คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายได้

นอกจากนี้ การที่รัฐมีการออกหรือแก้ไขกฎหมายซึ่งส่งผลให้ การประกอบธุรกิจของคู่สัญญาทำได้ยากขึ้นหรือมีข้อจำกัด ก็ยังก่อให้เกิด ปัญหาการตีความขึ้นว่าความเสี่ยงและผลกระทบจากการออกกฎหมายใหม่ ดังกล่าว มีลักษณะเป็นเหตุสุดวิสัยหรือไม่ หากไม่มีลักษณะเป็นเหตุสุดวิสัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 8 คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ผลกระทบย่อมไม่อาจอ้างนิยามของเหตุสุดวิสัยเพื่อสร้างความเป็นธรรม ให้กับตนได้

เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนดังกล่าวคู่สัญญาจึงมักจะกำหนดให้ นิยามของเหตุสุดวิสัยตามสัญญาครอบคลุมถึงกรณีต่าง ๆ โดยรวมถึงกรณี ที่มีเหตุไม่สงบ การคว่ำบาตรของรัฐบาล และการใช้อำนาจของรัฐ ในการออกกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อสังเกตว่าข้อสัญญา ว่าด้วยนิยามของเหตุสุดวิสัยดังกล่าวนั้น ยังคงกำหนดให้เหตุสุดวิสัยจะต้อง เป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจควบคุมได้ (beyond the affected party's control) ไม่อาจคาดหมายได้ และไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

(2) การส่งมอบและตรวจรับสินค้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้ผู้ขายจะต้อง ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้ผู้ซื้อ¹³⁷ และผู้ซื้อจะต้องรับมอบทรัพย์สิน ที่ตนได้รับซื้อและใช้ราคาตามข้อสัญญาซื้อขาย¹³⁸ ในกรณีที่ผู้ขายส่งมอบ

¹³⁷ เพิ่งอ้าง, มาตรา 461.

¹³⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 486.

ตามที่ได้สัญญาไว้ระคนกับทรัพย์สินอย่างอื่นอันมิได้รวมอยู่ในข้อสัญญา
ไว้ว่า ท่านว่าผู้ซื้อจะรับเอาทรัพย์สินไว้แต่ตามสัญญา และนอกกว่านั้น
ปดเสียก็ได้ หรือจะปดเสียทั้งหมดก็ได้¹³⁹ หากปรับใช้ปรับบทบัญญัติ
ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องหน้าที่ในส่งมอบดังกล่าว ก็อาจ
เป็นไปได้ที่ผู้ซื้อจะปฏิเสธการส่งมอบสินค้าในคราวนั้น โดยอาศัยบทบัญญัติ
ให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการส่งมอบสินค้าทั้งในแง่
ปริมาณและคุณภาพ

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว
อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้ขาย (ผู้ส่งมอบ) ได้ เนื่องจากการซื้อ
ขายอัญมณีตาม Long-Term Supply Agreement ไม่ใช่การซื้อขายสินค้า
เพียงหนึ่งชิ้น แต่ทำหน้าที่เป็นกรอบของสัญญาซื้อขายสินค้าจำนวนมาก
และอาจเป็นการซื้อขายหลายครั้ง ในการส่งสินค้าหนึ่งงวดอาจจะมีอัญมณี
ที่ถูกส่งมอบ 1 ล้านชิ้น ซึ่งผู้ซื้อจะต้องใช้เวลาในการตรวจสอบทั้งปริมาณ
และคุณภาพของสินค้านี้ดังกล่าว การที่สินค้าขาดไปหนึ่งชิ้นหรือมีสินค้าที่มี
ความชำรุดบกพร่องเพียงหนึ่งชิ้นก็อาจเป็นเหตุให้ผู้ซื้อปฏิเสธการรับมอบ
สินค้าในการส่งงวดนั้นทั้งหมด ซึ่งอาจเป็นภาระอันเกินสมควรแก่ผู้ขาย

ด้วยเหตุนี้ ในทางปฏิบัติสัญญาจึงมักกำหนดสิทธิและหน้าที่
เกี่ยวกับการส่งมอบสินค้าเพิ่มเติมเพื่อป้องกันปัญหาความไม่เป็นธรรม
ดังกล่าว เช่น กำหนดให้ผู้ซื้อทำการตรวจสอบสินค้าให้เสร็จภายในเวลา
ที่กำหนดและให้สิทธิปฏิเสธสินค้าเฉพาะชิ้นที่ชำรุดบกพร่อง และให้สิทธิ
ในการเรียกให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าเพิ่มเติมแต่ไม่ได้ให้สิทธิที่จะปฏิเสธสินค้า
ทั้งงวดนั้น

¹³⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 465 (3).

3.2

สัญญาจ้างทำของ กับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้าง ตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น"

ในปัจจุบัน การทำสัญญาจ้างทำของสามารถเกิดขึ้นในรูปแบบที่มีการว่าจ้างให้ผู้รับจ้างการวิเคราะห์ข้อมูลและส่งผลการวิเคราะห์ให้ผู้ว่าจ้าง การวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าวอาจมีขอบเขตรวมไปถึงการวิเคราะห์ข้อมูลส่วนบุคคล ที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้เก็บรวบรวมและส่งให้ผู้รับจ้างทำการประมวลผลให้โดยมีค่าตอบแทน ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติให้ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างดังกล่าว มีหน้าที่ต้องทำข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล (Data Processing Agreement) กรณีจึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาได้หรือไม่



3.2.1 ข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจมอบหมายให้บุคคลหรือนิติบุคคลอื่นดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งหรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูล ในกรณีนี้ บุคคลหรือนิติบุคคลที่ได้รับการมอบหมายให้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะมีสถานะเป็น “ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล” (“Data processor”) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

แผนภาพที่ 3.1: ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล¹⁴⁰



¹⁴⁰ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, ชวิน อุณวัทร, ปิติ เอี่ยมจรรย์ลดา, พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล และ จิตติรัตน์ ทิพย์สัมฤทธิ์กุล, แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Thailand Data Protection Guidelines 2.0) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า 135.

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติให้ ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ ดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามคำสั่งที่ได้รับจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น เว้นแต่คำสั่งนั้นขัดต่อกฎหมายหรือบทบัญญัติ ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ จัดให้มีมาตรการ รักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือ โดยมิชอบ รวมทั้งแจ้งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงเหตุการณ์ละเมิด ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้น และจัดทำและเก็บรักษาบันทึกการของ กิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด¹⁴¹ ซึ่งกรณีมีประเด็นว่าผู้ประมวลผลข้อมูลนั้น จะต้องทำสัญญาซึ่งมีเนื้อหาอย่างไรกับผู้ควบคุมข้อมูลเพื่อประกัน การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ และข้อตกลงดังกล่าวจะก่อให้เกิดภาระเกินสมควรกับผู้ประมวลผลข้อมูลหรือไม่

3.2.2 ปัญหาความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากข้อตกลงระหว่าง ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดให้มีข้อตกลงระหว่างกัน เพื่อควบคุมการดำเนินงานตามหน้าที่ของผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลให้ เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้¹⁴² โดยทั่วไปแล้ว ข้อตกลงที่เกี่ยวกับสิทธิและ หน้าที่ในเรื่องการประมวลผลข้อมูลนั้น มักจะถูกผนวกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่ง ของสัญญาการให้บริการ เช่น Customer Agreement หรือสัญญาที่ก่อตั้ง

¹⁴¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, มาตรา 40.

¹⁴² เพิ่งอ้าง, มาตรา 40 วรรคสอง.

นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการในชื่ออื่น ๆ เพื่อกำหนดสิทธิ และหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยอาจกำหนดข้อสัญญา เช่น

“

ข้อตกลงให้ประมวลผลข้อมูลนี้ใช้บังคับ
กับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ
โดยข้อตกลงนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาการให้บริการ

”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลและผู้ประมวลผลข้อมูลยังมักจะกำหนดหน้าที่ของผู้รับจ้างว่า

“

ผู้ให้บริการจะทำการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อได้รับคำสั่ง
ที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ให้บริการแล้วเท่านั้น เว้นแต่คำสั่งนั้น
ขัดต่อกฎหมายหรือบทบัญญัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
ตามพระราชบัญญัตินี้

”

ในความเป็นจริง หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลมา โดยปราศจากฐานทางกฎหมาย เช่น เป็นกรณีที่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ประมวลผลต่อ หากแต่ผู้ว่าจ้างไม่ได้ขอความยินยอม และนำข้อมูลที่เก็บรวบรวมมาใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมาสั่งให้ผู้รับจ้างทำการวิเคราะห์ข้อมูล และแจ้งว่าการไม่ขอความยินยอมดังกล่าวนั้นไม่ได้เป็นประเด็นที่ผู้รับจ้างต้องนำมาพิจารณาในการให้บริการวิเคราะห์ข้อมูล

ส่วนบุคคล หากผู้รับจ้างปฏิเสธที่จะทำการวิเคราะห์ข้อมูลจนเลยเวลา
ที่กำหนดในสัญญา ผู้ว่าจ้างอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 593
ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า

“

ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืน
ข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิด
ของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายใน
กำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้
มีพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดล่าช้าของนั้นเลย

”

หากพิจารณาในมิติของสัญญาจ้างทำของแล้ว การที่ผู้รับจ้าง
วิเคราะห์ข้อมูลไม่ดำเนินการชำระหนี้ของตนทั้งที่สามารถทำได้ (กล่าวคือ
ฝ่ายผู้ว่าจ้างได้ส่งข้อมูลที่จะให้ทำการวิเคราะห์แล้ว) แต่กลับไม่ดำเนินการ
ชำระหนี้ของตน จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายใน
กำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ก็อาจกล่าวได้ว่าการที่กฎหมายยอมให้ผู้ว่าจ้าง
เลิกสัญญาได้ทันทีนั้นมีเหตุผลรองรับ อย่างไรก็ตาม หากบังคับการตามสิทธิ
ดังกล่าวแล้วย่อมเป็นการส่งเสริมให้มีการประมวลผลข้อมูลที่ไม่ชอบด้วย
กฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นกรณีที่เกิดความไม่เป็นธรรม
กับผู้รับจ้างประมวลผลข้อมูลที่ปฏิบัติตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง (2) ของ
พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

3.3 ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ย ในสัญญากู้ยืมเงิน

ในส่วนของสัญญาใช้เงินเปลี่ยน¹⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี” ด้วยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว คู่สัญญากู้ยืมเงิน กล่าวคือ ผู้กู้และผู้ให้กู้ย่อมถูกแทรกแซงเสรีภาพของคู่สัญญาในการกำหนดเนื้อหาของสัญญากู้ยืมเงินในส่วน of ดอกเบี้ย เพื่อสร้างความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา นอกจากบทบัญญัติดังกล่าว การคิดดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงินในปัจจุบันยังคงอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ซึ่งสามารถอธิบายแนวการปรับใช้และปัญหาความไม่เป็นธรรมได้ดังต่อไปนี้

3.3.1 การคุ้มครองผู้กู้ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 มาตรา 4(1) บัญญัติห้ามมิให้ผู้กำหนดเรียกดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงินหรือนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงินเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอัตราที่กฎหมายกำหนดก็คือร้อยละ 15 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่ง

¹⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 บัญญัติว่า อันว่าใช้เงินเปลี่ยนนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แก่ทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น

และพาณิชย์ มาตรา 654 โดยกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น “ไม่ใช่กฎหมายที่ช่วยให้คนจนได้เปรียบคนมี แต่เป็นกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเศรษฐกิจของชาติมิให้ตกต่ำลงไปเนื่องแต่การที่บีบคั้นเอาดอกเบี้ยกันมากเกินไป”¹⁴⁴ กล่าวได้ว่าข้อกำหนดของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 การฟื้นฟูเงินเงินไขดังกล่าวนั้นจะส่งผลกระทบต่อผลทางกฎหมายทั้งในส่วนของการคุ้มครองสิทธิของนิติกรรมและผลในเรื่องลามิควรได้ดังที่ได้แสดงในตารางที่ 3.2 นี้

ตารางที่ 3.2: ผลทางกฎหมายของการคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด

ความสมบูรณ์ของข้อสัญญาเรื่องดอกเบี้ย	ลามิควรได้ (ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด)
ข้อสัญญาที่กำหนดให้ลูกหนี้ต้องชำระดอกเบี้ยเกินอัตราตกเป็นโมฆะ (ไม่ใช่เพียงลดลงเหลือร้อยละ 15 ต่อปีตามมาตรา 654 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)	ถือไม่ได้ว่าจำเลยชำระหนี้โดยจงใจฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือเป็นการกระทำอันใดตามอำเภอใจเสมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้อยู่ว่าตนไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่ต้องชำระ (เจ้าหน้าที่ต้องนำเงินที่ชำระเพื่อดอกเบี้ยซึ่งเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไปหักเงินต้นค้างชำระ)
ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7058/2558 ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150	ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2131/2560 ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองยังคงเป็นแบบบรรทัดฐานในปัจจุบัน

¹⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 698/2479.

ในแง่ของความสมบูรณ์ของข้อสัญญาเรื่องดอกเบี้ยนั้น หากผู้ให้กู้ทำสัญญากู้ยืมเงินโดยกำหนดให้ผู้กู้มีหน้าที่ชำระดอกเบี้ยในอัตราเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ผลคือ ข้อตกลงว่าด้วยดอกเบี้ยที่เกินอัตราร้อยละ 15 ดังกล่าวนั้น จะตกเป็นโมฆะเนื่องจากเป็นนิติกรรมที่วัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 การปรับใช้มาตรา 150 ดังกล่าวมีคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7058/2558 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า

“ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าหนี้ฉบับนี้เป็นกรณีที่โจทก์ทั้งสองมอบเงินให้จำเลยที่ 1 หลายครั้งเพื่อปล่อยกู้ในระบบ คัดดอกเบี้ยจากผู้กู้ร้อยละ 5 ต่อเดือน จึงเท่ากับร้อยละ 60 ต่อปี อันเป็นการกระทำผิดอาญาตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 (ก) ประกอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 นิติกรรมระหว่างโจทก์ทั้งสองกับจำเลยที่ 1 จึงมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150¹⁴⁵

¹⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7058/2558.

แม้ว่าพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 จะถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560¹⁴⁶ แล้วแต่แนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับการเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ เป็นการคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654) บัญญัติตาม 4(1) ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ยังคงใช้เป็นบรรทัดฐานได้ต่อไป เนื่องจากทั้งพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 นั้น เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองลูกหนี้ซึ่งมักจะเป็นบุคคลที่มีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจจำกัด

ส่วนในแง่ของลางมิควรได้นั้น ในอดีตศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า ในกรณีที่ผู้กู้ได้ชำระดอกเบี้ยที่เกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปีให้กับผู้ให้กู้แล้ว ผู้กู้ไม่สามารถเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวคืนจากผู้ให้กู้ได้เนื่องจากถือเป็นกรณีที่ได้กระทำการอันใดตามอำเภอใจเหมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้อยู่ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ ผู้กู้จึงไม่มีสิทธิจะได้รับเงินที่ได้ชำระเพื่อดอกเบี้ยที่เกินอัตราได้ตามมาตรา 407 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาในคำพิพากษาที่ 2131/2560 ได้กลับหลักดังกล่าวโดยวินิจฉัยว่า

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560, มาตรา 3.

“ โจทก์ (ผู้ให้กู้) คิดดอกเบี้ยจากจำเลย (ผู้กู้) รวมค่าใช้จ่ายร้อยละ 1.3 ต่อเดือน หรืออัตราร้อยละ 15.6 ต่อปี อันเป็นการคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด เป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 3 ประกอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 มีผลให้ดอกเบี้ยดังกล่าวตกเป็นโมฆะ กรณีถือไม่ได้ว่าจำเลยชำระหนี้โดยจงใจฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำอันใดตามอำเภอใจ เสมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้ยู่่ว่าตนไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่ต้องชำระ อันจะเป็นเหตุให้จำเลยไม่มีสิทธิได้รับทรัพย์สินนั้นคืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 เมื่อข้อเท็จจริงเกี่ยวกับดอกเบี้ยของโจทก์เป็นโมฆะ เท่ากับสัญญากู้ยืมมิได้มีการตกลงเรื่องดอกเบี้ยกันไว้ โจทก์ไม่มีสิทธิได้ดอกเบี้ยก่อนผิดนัดและไม่อาจนำมาเป็นที่จำเลยชำระแก่โจทก์มาแล้วไปหักออกจากดอกเบี้ยที่โจทก์ไม่มีสิทธิคิดได้ จึงต้องนำเงินที่จำเลยชำระหนี้ไปชำระต้นเงินทั้งหมด ”

นอกจากนี้ในแง่ของกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้นยังปรากฏมาตรา 10 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งบัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับให้นิติกรรมใดต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้นั้น มิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้บริโภคในการฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจชำระหนี้” ซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคที่ทำสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท แต่ไม่ได้ลงลายมือชื่อตามมาตรา 653 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังสามารถดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจในกรณีที่เป้นคดีผู้บริโภคได้ด้วยเหตุนี้ ผู้กู้ซึ่งเป็นผู้บริโภคจึงสามารถดำเนินคดีกับผู้ให้กู้ ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องนำมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่ผู้บริโภคนในการฟ้องคดีผู้บริโภค และการพิสูจน์ถึงนิติกรรมหรือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคนกับผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4594/2562 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า

“เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่เพียงต้องการคุ้มครองผู้บริโภคในฐานะปัจเจกเท่านั้น หากยังมุ่งคุ้มครองและเป็นการเอื้อสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภคในการดำเนินกระบวนการพิจารณากรณีที่เป็นจำเลยอีกด้วย การตีความการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าว จึงต้องหมายความรวมถึงการต่อสู้คดีของผู้บริโภคด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้สิทธิของผู้บริโภคทั้งในฐานะปัจเจกและจำเลย สอดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและเป็นไปตามหลักการไม่เคร่งครัด”

3.3.2 ปัญหาความไม่เป็นธรรม

เมื่อพิจารณาข้อ 3.3.1 แล้ว สามารถกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 นั้น สามารถคุ้มครองผู้กู้ให้ไม่ต้องชำระดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี และในกรณีที่ได้ชำระดอกเบี้ยเกินอัตราดังกล่าวไป ผู้ให้กู้ที่รับชำระดอกเบี้ยเกินอัตราก็จะต้องนำเงินค่าดอกเบี้ยที่เกินอัตราดังกล่าวไปหักยอดเงินต้นค้างชำระ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติหากผู้กู้และผู้ให้กู้ที่ตกลงกันโดยใจสมัครที่จะทำสัญญากู้ยืมเงินที่คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี เนื่องจากเหตุผลทางธุรกิจ หรือเป็นกรณีเร่งด่วนที่ผู้กู้จำเป็นต้องใช้เงิน ในขณะที่เดียวกันผู้ให้กู้ก็มีภาระค่าใช้จ่ายในการจัดหาเงินกู้ดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือหากผู้ให้กู้ไม่สามารถคิดดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ปีได้ ธุรกิจของผู้กู้ก็อาจหยุดชะงักหรือเกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญได้

เพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดในทางกฎหมายดังกล่าวผู้กู้และผู้ให้กู้อาจเลือกที่จะทำนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงิน (3.3.2.1) และอาจทำสัญญาหลายฉบับเพื่อเลี่ยงการตกอยู่ในบังคับของข้อห้ามการเรียกดอกเบี้ยเงินกู้เกินอัตรา (3.3.2.2)

3.3.2.1 นิติกรรมอำพราง

ในกรณีข้างต้น ผู้กู้และผู้ให้กู้อาจตกลงกันทำนิติกรรมอำพรางสัญญากู้ยืมเงิน เช่น ทำสัญญาซื้อขายเพื่ออำพรางสัญญากู้ยืมเงิน โดยผู้ให้กู้สมคบกับผู้กู้แสดงออกว่าทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินราคา 10 ล้านบาท มีกำหนดชำระราคาเมื่อครบกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันทำสัญญาเพื่ออำพรางสัญญากู้ยืมเงิน 8 ล้านบาท ซึ่งคิดดอกเบี้ย 2 ล้านบาท (ร้อยละ 20 ต่อปีอันเป็นอัตราเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าการแสดงเจตนาลวง โดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะซึ่งหมายความว่าสัญญาซื้อขายย่อมตกเป็นโมฆะ และเมื่อสัญญาซื้อขายถูกทำขึ้นเพื่ออำพรางสัญญากู้ยืมเงิน มาตรา 155 วรรคสองให้นับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ

ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องผูกพันกันตามสัญญากู้ยืมเงินซึ่งเป็นนิติกรรมที่ถูกอำพรางอยู่ และในกรณีนี้ดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 20 ต่อปี ย่อมตกเป็นโมฆะในขณะเดียวกันผู้ให้กู้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ซึ่งใช้บังคับกับการกระทำอันมีลักษณะเป็นการอำพรางการให้กู้ยืมเงิน

3.3.2.2 การแยกสัญญาในทางปฏิบัติ

ในทางปฏิบัติหากผู้กู้และผู้ให้กู้ประสงค์ที่จะทำสัญญากู้ยืมเงิน โดยทำให้ผู้ให้กู้ได้รับชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 20 ปี และยังคงเป็นสิทธิเรียกร้องที่บังคับกันได้ตามกฎหมายแล้ว ผู้กู้และผู้ให้กู้อาจทำความตกลง โดยแยกสัญญากู้ยืมเงินกับสัญญาต่างตอบแทนอีกหนึ่งฉบับ ตามตัวอย่าง ในตารางที่ 3.3 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.3: การแยกสัญญากู้ยืมเงินกับสัญญาต่างตอบแทน

จุดประสงค์ คือ ให้ผู้ให้กู้ได้รับผลตอบแทน 2 ล้านบาท จากการให้เงินต้น 8 ล้านบาทใน 1 ปี	
สัญญาฉบับที่ 1	สัญญาฉบับที่ 2
สัญญากู้ยืมเงินที่กำหนดให้ผู้กู้ชำระดอกเบี้ยของเงินต้นในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี และกำหนดให้ชำระดอกเบี้ย 1,200,000 บาท เมื่อครบกำหนด 1 ปี นับแต่วันทำสัญญา (ซึ่งเป็นวันที่ส่งมอบเงินให้ผู้กู้)	สัญญาจ้างบริการให้คำปรึกษาด้านการเงินและการลงทุน โดยกำหนดให้ผู้รับจ้าง (ผู้ให้กู้) มีหน้าที่ให้คำปรึกษาด้านการเงินและการลงทุนเป็นเวลา 1 ปี และผู้ว่าจ้าง (ผู้กู้) มีหน้าที่ต้องชำระค่าบริการเป็นเงิน 800,000 บาท

ตามสัญญาฉบับที่ 2 ผู้รับจ้างอาจให้คำปรึกษาแก่ผู้ว่าจ้างจริง แต่อาจเป็นการให้คำปรึกษาเพียงเล็กน้อยซึ่งกรณีจะถือว่าสัญญาจ้างบริการนั้น เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่ออำพรางสัญญากู้ยืมเงินก็ไม่อาจจะพิจารณา ได้ณต้นๆ เนื่องจากคู่สัญญามีได้ผูกพันตนตามสัญญาจ้างและมีการปฏิบัติ หน้าที่ตามสัญญาจ้างบริการจริง ซึ่งในกรณีที่สัญญาจ้างบริการมีผลบังคับ ตามกฎหมาย ข้อห้ามการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ประกอบกับ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ย่อมไม่อาจนำมา ปรับใช้กับสัญญาจ้างบริการได้

ความแตกต่างระหว่างสัญญากู้ยืมเงินและสัญญาจ้างบริการมีอยู่ ในส่วนที่ว่าด้วยการชำระหนี้ต่างตอบแทน ในกรณีของสัญญากู้ยืมเงินนั้น ผู้กู้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้คืนให้กับผู้ให้กู้เมื่อได้มีการส่งมอบเงิน ในขณะที่ สัญญาจ้างบริการนี้ หากผู้รับจ้างไม่ได้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตนตามที่ กำหนดเอาไว้ ผู้ว่าจ้างก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนตามหลักสัญญา ต่างตอบแทนได้¹⁴⁷

¹⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 บัญญัติว่า ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะ ไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด

3.4 สัญญาตัวเงิน: เช็ค

ในการชำระหนี้เงินนั้น ลูกหนี้สามารถออกเช็คซึ่งเป็นตัวเงินประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴⁸ สันนาครที่ตนเปิดบัญชีกระแสรายวันจ่ายเงินให้กับเจ้าหนี้ได้ โดยทั่วไปแล้วธนาคารมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินให้กับผู้ทรงเช็ค เว้นแต่ในกรณีดังกล่าวต่อไปนี้ คือ (1) ไม่มีเงินในบัญชีของผู้เคยค้าคนนั้นเป็นเจ้าหนี้พอจะจ่ายตามเช็คนั้น หรือ (2) เช็คนั้นยื่นเพื่อให้ใช้เงินเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันออกเช็ค หรือ (3) ได้มีคำบอกกล่าวว่าเช็คนั้นหายหรือถูกลักไป¹⁴⁹ ปัจจุบัน เช็คถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือซึ่งทำหน้าที่ในการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญา โดยอาศัยการออกเช็คล่วงหน้า และมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าลูกหนี้ผู้ออกเช็คนั้นจะมีความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 หรือไม่



¹⁴⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 898 อันตัวเงินตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้มีสามประเภท ๆ หนึ่ง คือตัวแลกเงิน ประเภทหนึ่ง คือตัวสัญญาใช้เงิน ประเภทหนึ่ง คือเช็ค

¹⁴⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 991.

3.4.1 การใช้เช็คเป็นเครื่องมือผ่อนเวลาชำระหนี้

คู่สัญญายอมมีเสรีภาพชำระหนี้ด้วยเช็ค ในกรณีของสัญญากู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้และผู้กู้อาจตกลงกันที่จะให้ผู้กู้ชำระหนี้ด้วยเช็คได้โดยไม่จำเป็นที่จะต้องระบุในสัญญากู้ยืมเงิน ตัวอย่างเช่น สัญญากู้ยืมเงิน 1,000,000 บาท มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ 1 ปี นับแต่วันที่ทำสัญญาและส่งมอบเงินกู้โดยกำหนดให้มีดอกเบี้ยร้อยละ 12 ต่อปี กำหนดให้ชำระดอกเบี้ยทุกเดือน เดือนละ 10,000 บาท ทุกวันทำการสุดท้ายของเดือน โดยในเดือนสุดท้ายให้ชำระเงินต้นคืนเต็มจำนวน ผู้กู้ชำระดอกเบี้ยทุกเดือนโดยไม่ผิดนัด อย่างไรก็ตาม เมื่อถึงกำหนดเดือนสุดท้ายลูกหนี้ไม่สามารถชำระเงินต้น 1,000,000 บาท คืนให้แก่ผู้ให้กู้ได้ ผู้กู้และผู้ให้กู้อาจตกลงกันให้ผู้กู้ออกเช็คส่งจ่ายเงิน 1,040,000 บาท (เงินต้น 1,000,000 บาท บวกด้วยดอกเบี้ยงวดสุดท้าย และดอกเบี้ยเพิ่มเติมอีกร้อยละ 3 ต่อปี) โดยลงวันที่ล่วงหน้าไปอีก 2 เดือนเพื่อผ่อนเวลาการชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินได้ และส่งมอบเช็คดังกล่าวให้ผู้ให้กู้ครอบครองไว้ เพื่อรอวันที่จะนำเช็คดังกล่าวไปเรียกเก็บเงินจากธนาคาร ตามตัวอย่างในตารางที่ 3.4 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.4: การใช้เช็คเป็นเครื่องมือผ่อนเวลาชำระหนี้

สัญญาที่ยืมเงิน	เช็ค
ทำหน้าที่เป็นมูลหนี้ประธานระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้และทำให้ผู้ให้กู้เป็นผู้ทรงเช็คโดยชอบด้วยกฎหมาย ¹⁵⁰	ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือในการให้เครดิตทางการเงินแก่ผู้กู้ กล่าวคือผู้กู้ได้เวลาในการชำระหนี้เงินกู้เพิ่มเติมอีก 2 เดือนและมีการกำหนดจำนวนเงินโดยเพิ่มดอกเบี้ยอีกร้อยละ 3 ต่อปีเข้าไปในจำนวนส่งจ่าย (เช็คไม่อาจกำหนดให้มีการชำระดอกเบี้ยลงบนตราสารได้)

ต่อมาเมื่อถึงวันที่ลงในเช็คปรากฏว่าธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน 1,040,000 บาท เนื่องจากไม่มีเงินในบัญชีพอจ่าย หากผู้ให้กู้ประสงค์จะดำเนินคดีอาญากับผู้กู้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ผู้ให้กู้มีหน้าที่นำสืบให้ได้ความว่าจำเลยส่งจ่ายเช็คพิพาทให้โจทก์เพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริงและบังคับได้ตามกฎหมาย การกระทำของจำเลยจึงจะครบองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁵⁰ เติ้งอว้าง, มาตรา 904 อันผู้ทรงหนี้ หมายความว่า บุคคลผู้มีตัวเงินไว้ในครอบครอง โดยฐานเป็นผู้รับเงิน หรือเป็นผู้รับสลักหลัง ถ้าและเป็นตัวเงินส่งจ่ายให้แก่ผู้ถือ ๆ กันนับว่าเป็นผู้ทรงเหมือนกัน

ผู้ได้ออกเช็คเพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริงและบังคับได้ตามกฎหมาย โดยมีลักษณะหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้น
- (2) ในขณะที่ออกเช็คนั้นไม่มีเงินอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้
- (3) ให้ใช้เงินมีจำนวนสูงกว่าจำนวนเงินที่มีอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้ในขณะที่ออกเช็คนั้น
- (4) ถอนเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนออกจากบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินตามเช็คจนจำนวนเงินเหลือไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็คนั้นได้
- (5) ห้ามธนาคารมิให้ใช้เงินตามเช็คนั้นโดยเจตนาทุจริต

เมื่อได้มีการยื่นเช็คเพื่อให้ใช้เงินโดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้านาคารปฏิเสธไม่ใช้เงินตามเช็คนั้น ผู้ออกเช็คมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

3.4.2 ปัญหาการคุ้มครองลูกหนี้ในกรณีที่เช็คทำหน้าที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้

ในทางปฏิบัติการออกเช็คเพื่อชำระหนี้นั้นไม่ได้ถูกใช้เพียงเพื่อการผ่อนเวลาการชำระหนี้หรือให้เครดิตทางการเงินกับลูกหนี้เท่านั้น หากแต่ยังถูกใช้เป็น “หลักประกัน” ในการปฏิบัติตามสัญญาอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ในสัญญากู้ยืมเงินซึ่งผู้ให้กู้ประสงค์ที่จะได้หลักประกันโดยเช็ดบนพื้นฐานของความเชื่อที่ว่าหากเช็คดังกล่าว ปฏิเสธการชำระเงินแล้ว ผู้ให้กู้จะสามารถดำเนินคดีอาญากับผู้กู้ได้แนวทางดังกล่าวถูกคาดหวัง

ที่จะทำให้ผู้กู้มีแรงจูงใจในการชำระหนี้ หรือดำเนินการให้มีเงินในบัญชี เพียงพอในวันที่เชื่อกถึงกำหนดชำระ เช่น

“

ผู้กู้ตกลงที่จะนำเช็คฉบับที่ล่องหนที่ออกโดยผู้กู้ส่งจ่าย
ผู้ให้กู้เป็นเงิน ... หาก มาเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันสำหรับผู้กู้
และผู้กู้ตกลงที่จะนำเช็คฉบับที่ล่องหน
ที่ออกโดยผู้กู้ส่งจ่ายผู้ให้กู้เป็นเงินมูลค่าทั้งสิ้น ... หาก
มาเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันสำหรับดอกเบี้ย
ก่อนหรือภายในวันที่เบิกใช้เงินกู้

”

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานเอาไว้ว่าการออกเช็คไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ นั้นอาจไม่สามารถทำให้ผู้กู้มีความรับผิดชอบทางอาญาได้ โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6581-6582/2556 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “จำเลยออกเช็คให้ผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายรู้ว่าขณะที่ออกเช็คนั้น จำเลยไม่อาจชำระเงินตามเช็คได้ แต่จำเลยอยู่ในภาวะที่ต้องออกเช็คเพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้เสียหายในเวลาที่ผู้เสียหายรู้ว่าจำเลยยังไม่มีเงินที่จะมาชำระหนี้แก่ผู้เสียหาย จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าจำเลยกับผู้เสียหายมีเจตนาใช้เช็คพิพาทเป็นการชำระหนี้”

ตามแนวบรรทัดฐานดังกล่าว หากการออกเช็คนั้นเป็นการออกเพื่อเป็น “หลักประกันการชำระหนี้” แล้ว ผู้ให้กู้ย่อมมีข้อจำกัดในการสร้างหลักประกันการปฏิบัติการตามสัญญากู้ยืมเงินโดยอาศัยเช็ค ซึ่งในทางปฏิบัติ ผู้ให้กู้ (ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจมากกว่าผู้กู้) อาจกำหนดให้ผู้กู้หาหลักประกันอื่นแทนหรือ

ประกอบการออกเช็คลงวันที่ล่วงหน้า เช่น การนำเอาหุ้นซึ่งเป็นทรัพย์สินของผู้กู้ หรือ บุคคลอื่น (เช่น กรรมการของบริษัทผู้กู้) มาเป็นหลักประกันเพิ่มเติมตามตารางที่ 3.5 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.5: การเพิ่มหลักประกันในสัญญากู้ยืมเงิน

จำนำหุ้นของผู้กู้ (หุ้นที่ผู้กู้ถืออยู่ในบริษัทอื่น)	จำนำหุ้นของบุคคลอื่น (กรรมการของบริษัทผู้กู้)
ผู้กู้มีหน้าที่ทำสัญญาจำนำสิทธิการครอบครองหุ้นของตนในบริษัท ... โดยให้คำรับรองว่าเป็นหุ้นชนิดไม่ต้องฟ้องร้องและมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้อื่นเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินทั้งส่วนเงินต้นและดอกเบี้ย	ผู้กู้ตกลงที่จะนำหุ้นสามัญที่ นาย ... (กรรมการของบริษัท) มูลค่าทั้งสิ้น ... บาท ซึ่งมีราคาพาร์ณ ปัจจุบัน หุ้นละ ... บาท มาเป็นหลักประกันค้ำประกันในวันทำสัญญา โดยการนำหุ้นมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินทั้งส่วนเงินต้นและดอกเบี้ย และต้องจัดให้มีการทำสัญญาจำนำหุ้นระหว่างผู้กู้และ นาย ... (กรรมการของบริษัท)

การจำนำหุ้นดังกล่าวอาจมีความจำเป็นในทางปฏิบัติ เนื่องจากผู้กู้มีความจำเป็นที่จะต้องใช้เงินกู้ ในขณะที่ผู้ให้กู้มีประสงค์ที่จะได้รับหลักประกันที่มากพอจะตัดสินใจให้กู้ยืมเงิน อย่างไรก็ตาม กรณีมีประเด็นตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ต้องพิจารณาว่าข้อกำหนดในเรื่องของการจำนำหุ้นดังกล่าวนั้น เป็นข้อกำหนดที่ผู้ให้กู้อาจจะเอาหรือรับเอาซึ่งประโยชน์อื่นนอกจากดอกเบี้ย ไม่ว่าจะเป็นเงิน หรือสิ่งของหรือโดยวิธีการใด ๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้น

มากเกินไปส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืมเงินหรือไม่ หากเป็นข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 และทำให้ผู้ให้กู้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁵¹

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ต่างมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้กู้ให้ได้รับความเป็นธรรมกล่าวคือไม่ถูกดำเนินคดีอาญา (ในกรณีของเช็ค) โดยสร้างความกดดันให้ชำระหนี้ในทางแพ่ง และในขณะเดียวกันก็ถูกคุ้มครองมิให้ต้องรับภาระมากเกินไป (ในกรณีของการทำสัญญาจำนำหุ้น) อย่างไรก็ตาม งานวิจัยนี้ขอตั้งข้อสังเกตว่า ในท้ายที่สุดการแทรกแซงเสรีภาพของผู้กู้และผู้ให้กู้ในกรณีนี้อาจสร้างปัญหาให้กับผู้กู้ (ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง) ได้ เนื่องจาก ผู้ให้กู้ (ซึ่งมีใช่สถาบันการเงิน)¹⁵² อาจตัดสินใจที่จะไม่ให้ผู้กู้ยืมเงินเนื่องจากไม่มั่นใจในฐานะทางการเงินของลูกค้า

¹⁵¹ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560, มาตรา 4(3).

¹⁵² พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 มาตรา 4 บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขภาวะเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย มีอำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงิน อาจคิดจากผู้กู้ยืมหรือคิดให้ผู้ให้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีได้

3.5 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาจัดตั้งบริษัทเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น¹⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติที่กำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นในการบริหารจัดการบริษัทที่ตนถือหุ้น นอกจากนี้ โดยทั่วไปแล้วผู้ถือหุ้นย่อมมีอิสระในการบริหารจัดการหุ้นของตนเอง เช่น มีสิทธิจำหน่ายโอนหุ้นที่ตนเป็นเจ้าของได้ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยนี้พบปัญหาในทางปฏิบัติ อันเกิดจากการที่ผู้ถือหุ้นอาจทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders Agreement) ซึ่งส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถือหุ้นข้างน้อย (Minority Shareholders)



¹⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1012.

3.5.1 สารสำคัญของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลใด ๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ นอกจากนี้ ยังอาจมีการจัดทำข้อบังคับบริษัทเพื่อกำหนดกระบวนการขั้นตอนเกี่ยวกับหุ้นและผู้ถือหุ้น กรรมการ การประชุมผู้ถือหุ้น งบดุล เงินปันผลและเงินสำรอง และผู้ชำระบัญชี

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติผู้ถือหุ้นอาจทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นอีกฉบับเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในเรื่องเกี่ยวกับบริษัทที่ถูกจัดตั้งขึ้น เช่น คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะบันทึกความตกลงและข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริหารจัดการธุรกิจของบริษัทร่วมทุน รวมถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในส่วนที่เกี่ยวข้องหุ้นในบริษัทร่วมทุน ซึ่งในสัญญาดังกล่าวสามารถกำหนดข้อหน้าที่ตามสัญญาให้กับผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายเช่นหน้าที่ตามตารางที่ 3.6 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.6: หน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาทุนของผู้ถือหุ้นและการเลิกกิจการของบริษัท

คู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงที่จะร่วมกันจัดหาเงินลงทุนให้แก่บริษัทร่วมทุนตามความจำเป็นเพื่อใช้ในการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท โดยการให้กู้ยืมแก่บริษัทร่วมทุน การซื้อหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทร่วมทุนหรือวิธีการอื่นใดตามที่คู่สัญญาตกลงกัน

ในกรณีที่คู่สัญญาเห็นว่าบริษัทร่วมทุนบริษัทใด ไม่มีความจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของคู่สัญญา คู่สัญญาทั้งสามฝ่ายอาจตกลงกันเพื่อเลิกกิจการและชำระบัญชีบริษัทร่วมทุนดังกล่าวก็ได้ โดยดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการที่กฎหมายกำหนด

ในส่วนของการกรรมาการบริษัทนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144 บัญญัติว่า “บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง” อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสามารถกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกรรมการเพิ่มเติม เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (เช่น ผู้ลงทุนจำนวนมากและเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทร่วมทุน) มีสิทธิเป็นกรรมการบริษัทร่วมทุนเสมอ

ในส่วนเงินปันผลนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1201 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า ห้ามมิให้ประกาศอนุญาตเงินปันผล นอกจากโดยมติของที่ประชุมใหญ่ ซึ่งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล เช่น

“

คู่สัญญาตกลงว่าจะดำเนินการให้บริษัทร่วมทุนจ่ายเงินปันผล
ไม่น้อยกว่าร้อยละสิบ (10) ของกำไรสุทธิหลังหักภาษีและ
หลังหักสำรองตามกฎหมาย โดยให้จ่ายเป็นรายปี
อย่างไรก็ดี คู่สัญญาจะพิจารณาจ่ายเงินปันผลโดยพิจารณาตาม
ความเหมาะสมของสภาพธุรกิจ เช่น พิจารณาจากแผนการลงทุนใน
การขยายกิจการ หรือเพื่อจ่ายชำระคืนเงินกู้ยืม หรือเป็น
เงินทุนหมุนเวียนภายในบริษัทร่วมทุน

”

นอกจากนี้ คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังอาจกำหนดหน้าที่ในการให้การสนับสนุนการบริหารงานของกรรมการบริษัท เช่น

“ คู่สัญญาตกลงกันว่าในการดำเนินธุรกิจของบริษัทร่วมกัน กรรมการ
จะมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงาน และดำเนินธุรกิจตามปกติของ
บริษัทร่วมกัน และคู่สัญญาตกลงที่จะให้ความช่วยเหลือ และ
สนับสนุนการดำเนินธุรกิจของบริษัทร่วมกันอย่างเต็มความสามารถ
ไม่ว่าด้านการเงิน ด้านการประชาสัมพันธ์ และการให้ความช่วยเหลือ
ในด้านอื่น ”

กรณีมีข้อสังเกตว่าเพื่อให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับ
อาจมีการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นดำเนินการลงมติหรือให้ความเห็นชอบ
เพื่อให้การเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้ อย่างไรก็ตาม
กรณีมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับความเป็นกฎหมาย เกี่ยวกับ
ความสงบเรียบร้อยของสถาบันนิติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทซึ่งอาจทำให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกเป็น
โมฆะได้ เช่น กรณีที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นระบุว่า

“ ข้อ 1 (1)(3) กำหนดว่า "ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจะดำเนินการให้กรรมการ
ของบริษัทถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นในบริษัทในการออกหุ้น
แต่ละครั้งและจะไม่ออกหุ้นใหม่ของบริษัทให้แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งจะมีผล
ทำให้กรรมการถือหุ้น คิดเป็นร้อยละต่ำกว่าร้อยละที่ระบุไว้ข้างต้นโดย
ไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นและผู้ร้อง" และข้อ 3 กำหนดว่า
"บริษัทและผู้ถือหุ้นจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนสำหรับต้นทุนค่าใช้จ่าย
ค่าสูญหายและค่าเสียหาย (รวมทั้งค่าธรรมเนียมทางกฎหมายที่
สมเหตุสมผล) ที่เกิดขึ้นต่อผู้ลงทุนอันเกี่ยวเนื่องกับการที่บริษัทและ
ผู้ถือหุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ได้"

ศาลฎีกาในคำพิพากษาที่ 3402/2548 วินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวในส่วนของผู้ถือหุ้นกับผู้ร้องขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท อันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกันและมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.5.2 ปัญหาการคุ้มครองผู้ถือหุ้นตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นสามารถช่วยให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ร่วมลงทุน สามารถกำหนดกรอบของนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทที่ตนลงทุนได้ อย่างไรก็ตาม กรณีความเป็นไปได้ที่คู่สัญญา (ผู้ถือหุ้นหรือผู้ลงทุน) แต่ละฝ่ายนั้นจะมีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น ฝ่ายที่หนึ่งเป็นฝ่ายที่เป็นผู้ลงทุนเป็นหลักและมีสัดส่วนการถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง (เช่น ร้อยละ 51) ส่วนข้อสัญญาฝ่ายอื่นไม่ได้นำเงินมาลงทุนเป็นหลักหากแต่ได้รับหุ้นเนื่องจากเป็นผู้มีความรู้หรือมีประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจของบริษัทร่วมทุนนั้น ในกรณีนี้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจถูกสร้างขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายที่หนึ่งเป็นหลักและจำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยหรือเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อย

(1) การแต่งตั้งกรรมการ

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจกำหนดให้มีกรรมการเพียงคนเดียวและเป็นกรรมการที่มีอำนาจลงนามโดยเป็นบุคคลที่ผู้ถือหุ้นข้างมากหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่เป็นผู้เสนอ ผู้ถือหุ้นรายอื่นตกลงที่จะลงมติในการประชุมใหญ่เพื่อบังคับตามสัญญาดังกล่าว ตามตัวอย่างข้อสัญญาตามตารางที่ 3.7 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.7: ข้อกำหนดในการแต่งตั้งกรรมการบริษัท

กรรมการของบริษัทร่วมทุนประกอบด้วยกรรมการทั้งหมดจำนวนหนึ่ง (1) คน โดยเป็นผู้แทนจากคู่สัญญาที่หนึ่ง	คู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงว่ากรรมการของบริษัทร่วมทุนตามสัญญานี้เป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงนาม (Authorized Director) ของบริษัทร่วมทุนแต่เพียงผู้เดียว
--	---

กรณีมีข้อสังเกตว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 นั้น เฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่เท่านั้นอาจจะตั้งหรือถอดถอนกรรมการได้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะยกเว้นการแต่งตั้งกรรมการผ่านการประชุมผู้ถือหุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การประชุมตามกฎหมายยังคงมีอยู่เพียงแต่ผู้ถือหุ้นตกลงที่จะลงมติตามที่กำหนดในสัญญา ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่ามิใช่ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายและอาจไม่ตกเป็นโมฆะตามกฎหมาย

(2) การโอนหุ้น

ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งเป็นผู้ลงทุนหลักของบริษัทร่วมทุนอาจต้องการความรู้และประสบการณ์ของผู้ถือหุ้นรายเล็กเพียงช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้น เช่น ในช่วง 5 ปีแรกของการเริ่มต้นธุรกิจ และประสงค์ที่จะผู้ถือหุ้นรายย่อยดังกล่าวโอนขายหุ้นของตนออกไป¹⁵⁴ คู่สัญญาทั้งสามฝ่ายจึงอาจทำข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตาม ตารางที่ 3.8 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.8: การโอนหุ้นของผู้ถือหุ้นข้างน้อย

การโอนหุ้นหรือการจำหน่ายหรือการก่อให้เกิดภาระติดพันใด ๆ ในหุ้นของบริษัทร่วมทุน จะกระทำได้อีกเมื่อได้รับความยินยอมจากกรรมการของบริษัทร่วมทุน ซึ่งการให้ความยินยอม เช่นว่านั้นจะต้องไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือทำให้ล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร	ฝ่ายที่สองและฝ่ายที่สามตกลงที่จะโอนหุ้นของตนไม่น้อยกว่าร้อยละ 90 ของสัดส่วนที่ตนถือตามที่กำหนดในสัญญาฉบับนี้ ให้กับฝ่ายที่หนึ่ง เมื่อพ้น 5 ปีนับจากที่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้ลงนามในสัญญาฉบับนี้แล้ว
---	---

อาจกล่าวได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่หนึ่งอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่สองและฝ่ายที่สามเป็นอย่างยิ่ง การกำหนดให้มีการขายหุ้นออกไปตามเงื่อนไขเวลานั้นอาจไม่ได้เป็นข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ซึ่งกรณีมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าข้อตกลงดังกล่าวมีโอกาสที่จะตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่

¹⁵⁴ โปรดดูตัวอย่างที่ได้ในข้อย่อย (1) ของหัวข้อ 3.2.5

อุปสรรค

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาได้ อย่างไรก็ตาม **งานวิจัยนี้พบว่า ความไม่เป็นธรรมจากบทบัญญัติอาจเกิดขึ้นจากสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ซึ่งเมื่อบทบัญญัติถูกนำมาปรับใช้แก่กรณีตามสัญญาแล้วจะส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้** นิยามของเหตุสุดวิสัยและหน้าที่ในการส่งมอบสินค้าตามมาตรา 8 และมาตรา 466 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจส่งผลให้ผู้ขายต้องรับความเสี่ยงจากเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น change-in-law risk โดยมีอาจอ้างเหตุสุดวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ และอาจต้องปฏิเสธการรับมอบสินค้าเนื่องจากมีสินค้าชำรุดบกพร่องเพียงเล็กน้อย ในส่วนของสัญญาจ้างวิเคราะห์ข้อมูลนั้น การให้สิทธิผู้ว่าจ้างเลิกสัญญาโดยไม่คำนึงว่าผู้รับจ้างมีสิทธิปฏิเสธ การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมโดยปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับ อาจเป็นการส่งเสริมให้ผู้รับจ้างต้องฝ่าฝืนหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในส่วนของสัญญากู้ยืมเงินและการชำระหนี้ด้วยเช็คนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพดานดอกเบี้ยเงินกู้ไว้ที่ร้อยละ 15 ต่อปี อาจส่งผลให้ผู้กู้ซึ่งมีความตั้งใจจะกู้เงินโดยได้พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น ทางเลือกในการกู้ยืมเงินโดยที่ถ้วนแล้ว ไม่สามารถกู้ยืมเงินจากผู้ที่ต้องการดอกเบี้ยมากกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้ หรือถูกกดดันให้ต้องให้หลักประกันเพิ่ม หรือทำสัญญาอื่นมาอำพรางการกู้ยืมเงิน

ตารางที่ 3.9: สรุป

สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศระยะยาว	สัญญาจ้างทำของ	สัญญากู้ยืมเงิน (ดอกเบี้ย)	เช็ค
นิยามของ เหตุสุดวิสัยและ หน้าที่ในการ ส่งมอบสินค้า ตามมาตรา 8 และ มาตรา 466 ของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	สิทธิของผู้ว่าจ้าง ในการเลิกสัญญา ตามมาตรา 594 ของประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์	การกำหนดเพดาน ของดอกเบี้ย ในสัญญากู้ยืมเงิน เอาไว้ที่ร้อยละ 15 ต่อปี ตามมาตรา 654 ของประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบ พระราชบัญญัติ ห้ามเรียกดอกเบี้ย เกินอัตรา พ.ศ. 2560	การชำระหนี้ด้วย เช็คประกอบ พระราชบัญญัติ ห้ามเรียกดอกเบี้ย เกินอัตรา พ.ศ. 2560
บทบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา			

การศึกษาสภาพข้อเท็จจริงและการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา เอกชนในทางปฏิบัติช่วยแสดงให้เห็นว่าโดยทั่วไปแล้ว บทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่ได้สร้างปัญหาความไม่เป็นธรรม ระหว่างคู่สัญญาเอกชนขึ้นโดยตรง อย่างไรก็ตาม ปัญหาความไม่เป็นธรรม อาจเกิดขึ้นจากการที่บทบัญญัติบางมาตราอาจถูกนำไปใช้กับสัญญาในทาง ปฏิบัติ เช่น กรณีของสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศระยะยาว สัญญาจ้าง ทำของ ส่วนกรณีของสัญญากู้ยืมเงิน (ดอกเบี้ย) และสัญญาเช็คนั้นแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาเอกชนอาจหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมายโดยอาศัย เสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อทำสัญญารูปแบบอื่น ๆ ซึ่งอาจส่งผลให้เกิด ความไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายลูกหนี้ได้



4

การบังคับใช้พระราชบัญญัติ
ว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม
พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นบทบัญญัติที่ถูกร่างขึ้นเพื่อแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของกลุ่มสัญญาในมิติ “ผล” ของสัญญา กรณีจึงมีประเด็นให้ต้องศึกษาว่า การแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าวนั้นจะเกิดขึ้นในกรณีใดบ้าง กล่าวคือในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาประเภทใดและจะแทรกแซงเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดบ้าง (4.1) นอกจากการศึกษาตัวบทกฎหมายแล้ว กรณียังความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวการปรับใช้และตีความกฎหมายโดยศาลอีกด้วย (4.2) เนื่องจากถ้อยคำที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เช่น “ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร” หรือ “ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี”¹⁵⁵

¹⁵⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง.

4.1 ขอบเขตการใช้บังคับ

การใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น มีปัจจัยหลักที่จะต้องพิจารณาอยู่สองประการ ได้แก่ (4.1.1) คู่สัญญา และ (4.1.2) เนื้อหาหรือลักษณะของสัญญา โดยมุ่งไปที่การจำกัดผลของสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันแล้ว ซึ่งจะแตกต่างกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคที่จะแทรกแซงเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา¹⁵⁶

4.1.1 คู่สัญญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกิจการค้าหรือวิชาชีพ ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูป¹⁵⁷ หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร¹⁵⁸ โดยได้บัญญัตินิยามของผู้บริโภคและผู้ประกอบการกิจการค้า หรือวิชาชีพเอาไว้ดังที่ได้แสดงในตารางที่ 4.1 ดังต่อไปนี้

¹⁵⁶ โปรดดูหัวข้อ 1.3.2.1 ในบทที่ 1

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

¹⁵⁸ เห่งอ้าง, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง.

ตารางที่ 4.1: นิยามของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ¹⁵⁹

ผู้บริโภค	ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ
ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความ รวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย	“ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้น ต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าในชั้นการร่างกฎหมายได้ร่างขอบบทบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับกับสัญญาที่ทำระหว่างกระทรวง ทบวง กรม ด้วยกันเอง หรือระหว่างกระทรวง ทบวง กรมกับเอกชนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะ” แต่ถ้อยคำดังกล่าวได้ถูกตัดออกไป¹⁶⁰

¹⁵⁹ เติ้งอว้าง, มาตรา 3.

¹⁶⁰ จักรูญ กักติธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” *จุลพจน* เล่ม 1 ปีที่ 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 83.

4.1.2 เนื้อหาหรือลักษณะของสัญญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มุ่งที่จะเข้าแทรกแซงผลของสัญญา 8 ประเภทตามที่บัญญัติในมาตรา 4 ถึง มาตรา 9 ประเภทที่หนึ่ง ได้แก่ “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร” ยกตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายรถยนต์ระหว่างบริษัทผู้จำหน่ายรถยนต์กับบุคคลธรรมดาที่กำหนดขึ้นโดยบริษัทผู้จำหน่ายรถยนต์ที่ข้อตกลงให้บริษัทผู้จำหน่ายได้เปรียบผู้ซื้อเกินสมควร

ประการที่สอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะใช้บังคับกับ ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปที่ทำให้ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร¹⁶¹ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (โดยไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า)¹⁶² ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่สัญญาซื้อขายรถยนต์ระหว่างบริษัทผู้จำหน่ายรถยนต์กับบุคคลธรรมดาที่กำหนดขึ้นโดยบริษัทผู้จำหน่ายเอาไว้ล่วงหน้า ซึ่งผู้ซื้อ (ในฐานะผู้บริโภค) มิได้มีโอกาสที่จะเจรจาต่อรอง หากแต่จะต้องยอมรับสัญญาที่ได้กำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าดังกล่าว

¹⁶¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง

¹⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16093/2557.

ประการที่สาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะใช้บังคับกับสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร (เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี) เช่น กรณีที่มีข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี¹⁶³

ประการที่สี่ ได้แก่ ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น¹⁶⁴ ซึ่งสามารถยกตัวอย่างได้ เช่น ข้อสัญญาที่ไม่ได้จำกัดห้ามการประกอบอาชีพของบุคคลอย่างเด็ดขาดตลอดไป (หากเด็ดขาดและตลอดไปอาจส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) แต่เป็นการจำกัดสิทธิโดยมีข้อจำกัด

ประการที่ห้า ได้แก่ ข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภคที่มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ ซึ่งผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น¹⁶⁵

¹⁶³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 4 วรรคสาม (6).

¹⁶⁴ เพิ่งอ้าง, มาตรา 5 วรรคหนึ่ง

¹⁶⁵ เพิ่งอ้าง, มาตรา 6.

ประการที่หก ได้แก่ สัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องรับมัดจำ ถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้¹⁶⁶

ประการที่เจ็ด ได้แก่ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วยจะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้¹⁶⁷

ประการที่แปด ได้แก่ ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้¹⁶⁸

¹⁶⁶ เพิ่งอ้าง, มาตรา 7.

¹⁶⁷ เพิ่งอ้าง, มาตรา 8.

¹⁶⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 9.

4.2

การใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยศาลไทย

ขอบเขตการบังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะพิจารณาจากคู่สัญญาและเนื้อหาของสัญญาเป็นสำคัญ กรณีนี้จึงมีประเด็นให้ต้องศึกษาต่อไปถึงแนวทางการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยศาลฎีกาของประเทศไทย ซึ่งครอบคลุมในส่วนขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายกับ (4.2.1) การพิจารณา คู่สัญญา (4.2.2) การพิจารณาถึงความสมัครใจและความเท่าเทียมกัน ของคู่สัญญา (4.2.3) การพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญา และ (4.2.4) การยกประเด็นเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมขึ้นพิจารณาเองของศาล

4.2.1 การพิจารณาคู่สัญญา

ในกรณีที่ไม่ใช่สัญญาสำเร็จรูป ศาลจะสามารถปรับใช้มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อสร้างความ เป็นธรรมแก่คู่สัญญาก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นสัญญาระหว่าง ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภค จากหลักกฎหมายข้างต้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะสามารถ ถูกนำมาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมกับข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูล ส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล (data processing agreement)¹⁶⁹ ได้

¹⁶⁹ โปรดดูหัวข้อ 3.2 ของบทที่ 3

ก็ต่อเมื่อเป็นสัญญาที่ฝ่ายผู้ว่าจ้างให้ประมวลผลข้อมูลนั้นไม่ได้ทำสัญญาเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด (ผู้ว่าจ้างจึงมีสถานะเป็นผู้บริโภค) และทำนองเดียวกัน ผู้กู้จะต้องไม่ได้ทำสัญญากู้ยืมเงินเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด (ผู้กู้จึงมีสถานะเป็นผู้บริโภค) ทั้งนี้ การพิจารณาข้อเท็จจริงว่าสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ “ทางการค้า” หรือไม่นั้น เป็นการวิเคราะห์ตามบรรทัดฐานของคำพิพากษาฎีกาที่ 8171/2547 ซึ่งวินิจฉัยว่า

“พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า ผู้บริโภคซึ่งเข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อจะได้รับ ความคุ้มครองตามความในมาตรา 4 ต้องไม่ได้เข้าทำสัญญา เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด แต่ตามคำร้องและการนำสืบของผู้ร้อง ยืนยันว่า ผู้ร้องซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์ทางการค้า ผู้ร้องจึงไม่ใช่ผู้บริโภคตามความหมายดังกล่าว”

ดังนั้น การจะปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในทางปฏิบัติจึงมีประเด็นต้องวิเคราะห์ว่าคู่สัญญานั้นทำสัญญาขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้จะแสดงบทวิเคราะห์ในกรณี (1) ข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและ ผู้ประมวลผลข้อมูล และ (2) สัญญากู้ยืมเงิน

(1) วิเคราะห์กรณีข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูล

ตามตัวอย่างในหัวข้อ 3.3 ข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลจะตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ผู้ใช้บริการ (ผู้ว่าจ้าง) เป็นผู้บริโศคกล่าวคือไม่ได้ทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางการค้า ดังเช่นกรณีตัวอย่างตามตารางที่ 4.1 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.2: ข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และผู้ประมวลผลข้อมูล ที่ผู้รับบริการไม่ได้ว่าจ้างให้ประมวลผลข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

ผู้รับจ้าง	ผู้ว่าจ้าง
มีหน้าที่ทำการเก็บรวบรวมข้อมูลของผู้ว่าจ้างในระบบ cloud ของตน	ชำระค่าตอบแทนสำหรับระบบ cloud storage ตามสัญญาเพื่อการใช้งานส่วนบุคคลโดยมีการส่งข้อมูลส่วนบุคคลของตนไปเก็บยังระบบ cloud ของผู้ให้บริการ

สัญญาให้บริการตามตัวอย่างในตารางที่ 4.2 จะตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้รับบริการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ทางการค้า หากข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลมีข้อสัญญาที่สร้างภาระให้กับผู้รับบริการมากเกินไปจนสมควร มาตรา 4 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม กรณีจะมีปัญหาให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการใช้ระบบการเก็บข้อมูลโดยใช้พื้นที่แบบออนไลน์โดยจะมีผู้ให้บริการเป็น Server ขนาดใหญ่ (cloud storage) ของบุคคลคนหนึ่งนั้น อาจเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัวที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าก็ได้ นอกจากนี้ หากผู้ให้บริการเป็นนิติบุคคลต่างชาติซึ่งตั้งหรือดำเนินการประมวผลในต่างประเทศกรณีมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าศาลไทยจะสามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาปรับใช้กับกรณีได้หรือไม่ สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายไทยนี้ จะต้องพิจารณามาตรา 13 วรรคหนึ่งและสองของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งบัญญัติว่า

“ มาตรา 13 ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเขตนาชของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่มีอาชยักราบเขตนาชชัดเจนหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอื่นเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอื่นร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอื่นเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่หากันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม่อาชยักราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น ”

ข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวผลข้อมูลตามกรณีตัวอย่างเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลสัญชาติและสัญญาอื่น ดังนั้น จึงต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น อย่างไรก็ตาม

หากการทำสัญญาที่เกิดขึ้นผ่านระบบออนไลน์ กล่าวคือ อยู่ห่างกัน โดยระยะทาง กรณีนี้จึงให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งถ้าระบบการจัดเก็บข้อมูลนั้นตั้งอยู่ที่ต่างประเทศก็อาจต้องบังคับตามกฎหมายของประเทศนั้น และไม่อาจนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาปรับใช้ได้

(2) วิเคราะห์กรณีสัญญากู้ยืมเงิน

โดยทั่วไปแล้วในสัญญากู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้ต้องการหลักประกันจำนวนมาก เช่น การจำนำหุ้นของตัวผู้กู้หรือของบริษัทที่เกี่ยวข้องและมักจะเป็นสัญญาที่ตัวผู้กู้ประสงค์จะกู้ยืมจำนวนมากและนำไปใช้เพื่อประกอบธุรกิจต่อ ตัวอย่างเช่น กรณีที่กรรมการของบริษัทเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินมาให้บริษัทนำไปใช้เป็นทุนในการทำธุรกิจต่อ (เนื่องจากผู้ให้กู้มีความเชื่อในตัวในเครดิตทางการเงินของตัวกรรมการมากกว่าบริษัท) โดยอาจมีการกำหนดข้อสัญญาว่า

“ ผู้ให้กู้ตกลงให้ผู้กู้ ภายใต้วงเงินรวมกับสิ้นจำนวน ... เพื่อใช้
การเข้าซื้อหุ้นจาก บริษัท ... เพื่อใช้ในการปรับโครงสร้าง
และดำเนินงานในธุรกิจการบริหารจัดการบริษัท ”

กรณีที่ผู้ให้กู้ต้องการหลักประกันจำนวนมากก็ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ แต่มีประเด็นให้พิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวก่อภาระเกินสมควรให้กับผู้กู้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้กู้ประสงค์ที่จะนำเงินกู้ดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของบริษัทที่ตนเป็นกรรมการ ก็อาจทำให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่อาจถูกนำมาปรับใช้กับกรณีได้เนื่องจากตัวผู้กู้ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้บริโภค

4.2.2 การพิจารณาถึงความสมัครใจและความเท่าเทียมกัน ของคู่สัญญา

ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ประกอบการกิจการค้าได้เปรียบผู้บริโภคมากเกินไปจนสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในการวินิจฉัยคดีของศาล ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานเอาไว้ว่าจะต้องคำนึงถึงความสมัครใจและพื้นฐานที่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2507/2552 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า

“...ถือว่าการทำสัญญากับจำเลยเป็นไปด้วยความสมัครใจของโจทก์และตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันทั้งสองฝ่าย ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบซึ่งกันและกัน ทั้งว่าจำเลยก็ได้นำสืบถึงสาเหตุของการบอกเลิกสัญญา โดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือบอกเลิกสัญญาโดยที่โจทก์ไม่ได้กระทำการใดๆ ที่เป็นการผิดสัญญาหรือผิดข้อตกลงตามสัญญา ข้อตกลงข้อ 11.3 จึงไม่เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้โจทก์ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่สัญญาจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ หรือเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้จำเลยได้เปรียบโจทก์จึงไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”

อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อสังเกตว่าการพิจารณาว่าคู่สัญญานั้นมีความสมัครใจและตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันนั้น อาจเป็นเรื่องที่ประเมินได้ยากในทางปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่น กรณีการที่ผู้บริโภคสมัครใจที่จะเสี่ยงภัยเองทั้งที่มี “ทางเลือก” อื่นอยู่ ศาลอาจพิจารณาว่าข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจการค้าไม่ได้มีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2553 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า

“

สินค้าที่ผู้ขนส่งจ้างให้จำเลยนั้นสองขนส่งทางอากาศมีมูลค่าเกินกว่าจำนวน
 สูงสุดที่จำเลยที่ 2 อนุญาตให้สำแดงได้ คือ 500 ดอลลาร์สหรัฐ ไปมาก
 ผู้ส่งทราบถึงเงื่อนไขการขนส่งและข้อจำกัดความรับผิดชอบของจำเลยที่ 2
 แล้วแต่สมัครใจเข้าทำสัญญารับขนกับจำเลยที่ 2 และไม่ได้อ้างหรือระบุ
 มูลค่าสินค้าเพื่อการขนส่งไว้ ทั้งยังได้ทำประกันภัยสินค้าระหว่างการขนส่ง
 กับโจทก์ที่เต็มมูลค่าของสินค้าโดยยอมเสียเบี้ยประกันภัย แสดงถึงเจตนา
ที่จะเข้าเอาประโยชน์จากการที่จะไม่ต้องเสียค่าระวางเพิ่มและหากสินค้า
 สูญหายหรือเสียหายผู้ส่งยังได้รับชดใช้ตามกฎหมายประกันภัยเต็ม
 ตามมูลค่าของสินค้า นอกจากนี้ยังมีบริษัทที่ประกอบกิจการรับขนส่งสินค้า
 ที่มีมูลค่าสูงโดยเฉพาะให้ผู้ส่งได้เลือกใช้บริการ แต่จะคิดค่าระวางขนส่ง
 ที่สูงกว่าจำเลยที่ 2 ดังนั้น ผู้ส่งจึงมิได้อยู่ในสถานะที่ต้องเสียเปรียบหรือ
 ต้องถูกมัดให้ทำสัญญาโดยไม่มีผู้ประกอบการรายอื่นที่จะเลือกใช้บริการ
 เมื่อขนส่งทางขนส่งและข้อจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าว มิได้มีผลให้ผู้ส่งซึ่งเป็น
 ผู้ประกอบการรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือ
 ทำให้จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นผู้ขนส่งได้เปรียบผู้เอาประกันภัยเกินสมควร
 จึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและบังคับได้

”

ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2553 จะเห็นได้ว่าศาลฎีกานั้น
 พิจารณาถึง “เจตนา” ของผู้บริโภคนั้นในกรณีนี้ปรากฏข้อเท็จจริง
 ที่สื่อให้เห็นถึงความต้องการเอาประโยชน์จากการไม่ต้องเสียค่าระวางเพิ่ม
 เดิม และพิจารณาต่อไปว่าผู้บริโภคนั้น “มีทางเลือก” ที่จะใช้บริการผู้ขนส่ง
 รายอื่น ความมีทางเลือกดังกล่าวจึงส่งผลให้ผู้บริโภคนั้นได้ถูก “ผูกมัด”
 ให้ทำสัญญากับผู้ขนส่งรายนี้เพียงรายเดียว ซึ่งส่งผลให้ข้อสัญญาจำกัด
 ความรับผิดชอบในกรณีนี้ (ซึ่งไม่ได้ทำให้มีการรับภาระมากเกินไปที่วิญญูชนจะพึง
 คาดหมาย) สามารถบังคับใช้ได้

4.2.3 การพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำรุดบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ กิติ ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญากิติ ท่านว่าผู้ขาย/ผู้ให้เช่าซื้อต้องรับผิดชอบในการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการการค้ากับผู้เช่าซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภค ฝ่ายผู้ประกอบการการค้าอาจกำหนดว่าตนจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องใด ๆ ไม่ว่าตรวจพบขณะส่งมอบหรือไม่ ในกรณีนี้ศาลฎีกาจะวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงก่อน หากไม่เป็นโมฆะแล้ว จึงจะปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2560 ซึ่งวินิจฉัยว่า

“กรณีมีข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อ ระบุว่าเจ้าของไม่ต้องรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องใด ๆ ไม่ว่าตรวจพบขณะส่งมอบหรือไม่ แม้คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตาม ปพพ.มาตรา 472 และ 473 ได้เพราะมิใช่ข้อกำหนดเกี่ยวกับความสมบรูณ์ แต่ข้อตกลงที่ยกเว้นความชำรุดบกพร่องที่เห็นไม่ประจักษ์ในขณะส่งมอบและเป็นเรื่องที่ควรอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบการธุรกิจย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ไม่อาจบังคับได้ ใจกก็ไม่ถือกริบยกเลิกสัญญา”

ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9789/2560 เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการขอยกเว้นความรับผิดในความชำรุดบกพร่องนั้น ถูกแทรกแซงโดยศาลฎีกา กล่าวคือ ทำให้ไม่สามารถบังคับได้แม้ว่าจะไม่ตกเป็นโมฆะก็ตาม นอกจากนี้ ในการพิจารณา “ภาระมากเกินไปจนสมควร” ศาลฎีกาอาจพิจารณาถึง “เวลาการรับประโยชน์ที่ฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจการค้าจะได้รับ” ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9789/2560 ซึ่งวินิจฉัยว่า



กรณีโจทก์ขอคืนซื้อจากธนาคารจำเลย และมีข้อตกลงว่า ถ้าโจทก์ยกเลิกการใช้วงเงินสินเชื่อต้องเสียค่าธรรมเนียมปรับร้อยละ 2 ของวงเงินที่แจ้งยกเลิก โดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาที่ต้องผูกพัน เสียค่าธรรมเนียมปรับว่าเป็นระยะเวลาเพียงใด เท่ากับจำเลยจะได้รับประโยชน์จากสัญญาข้อนี้อยู่เสมอหากมีการเลิกสัญญากับ เป็นข้อตกลงที่จำเลยได้เปรียบโจทก์เกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม



หากเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2560 จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมปรับในอัตราร้อยละ 2 ของวงเงินสินเชื่อ นั้น ไม่ตกเป็นโมฆะ หากแต่ถูกวินิจฉัยว่าเป็นภาระมากเกินไปจนสมควรเนื่องจาก ไม่ปรากฏว่าการรับประโยชน์ของธนาคารในกรณีนี้ “มีระยะเวลา” เพียงใด จึงสามารถกล่าวได้ว่า เวลาการรับประโยชน์นั้นเป็นปัจจัยที่ศาลฎีกานำมา พิจารณาประกอบการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา

4.2.4 การยกประเด็นเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ชั้นพิจารณาเองของศาล

โดยหลักแล้ว คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ

เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อยกเว้นในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้¹⁷⁰ ซึ่งประเด็นการพิจารณาว่าสัญญาในคดีพิพาทเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1455/2562 วินิจฉัยว่าปัญหานี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกายกขึ้นวินิจฉัยเองได้

“... (ข้อสัญญา) ที่ระบุความว่า ผู้เช่าซื้อไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ สำหรับความชำรุดบกพร่องของรถยนต์ที่เกิดขึ้นหรือปรากฏหลังจากวันที่ผู้เช่าซื้อรับมอบรถยนต์ ไม่ว่าตรวจพบขณะส่งมอบหรือไม่ เจ้าของไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากความชำรุดบกพร่องนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 6 บัญญัติว่า สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภคจะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ปัญหานี้เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกายกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142(5) ประกอบพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 7 ”

¹⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 142(5).

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีขอบเขตการใช้บังคับกับสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ ซึ่งศาลฎีกาอาจจะพิจารณาถึง “ประโยชน์ทางการค้า” ที่ผู้บริโภคจะได้รับ หากเป็นกรณีที่ได้รับประโยชน์ทางการค้าก็อาจไม่ได้เป็น ผู้บริโภคตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8171/2547 อย่างไรก็ตาม ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16093/2557 พระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น สามารถใช้บังคับกับสัญญา ที่ถูกกำหนดเอาไว้ล่วงหน้าโดยผู้ประกอบธุรกิจการค้าให้ผู้ประกอบธุรกิจ การค้าอีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ โดยมีพิกัดองค์หนึ่งว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือไม่

ในแง่ของการพิจารณาลักษณะหรือเนื้อหาของข้อสัญญา ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศาลฎีกาตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2560 จะเริ่มวินิจฉัยจาก ความสมบูรณ์ของข้อสัญญาก่อน กล่าวคือพิจารณาว่าข้อสัญญาตามกรณี พิพาทเป็นโมฆะหรือไม่ แล้วจึงพิจารณาถึงความเป็นธรรมของข้อสัญญา ต่อไป โดยมีข้อสังเกตว่าศาลฎีกาสามารถนำเอาปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณา ความไม่เป็นธรรม เช่น เจตนาและทางเลือกของผู้บริโภคตามนัยคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 2068/2553 หรือระยะเวลาในการรับเอาประโยชน์ของผู้ประกอบ ธุรกิจการค้าตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9789/2560

5

แนวทางการดำเนินการ
เพื่อลดความไม่เสมอภาค
ในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา
ที่เป็นเอกชนด้วยกัน

การศึกษากฎหมายของต่างประเทศแสดงให้เห็นว่า UCTD และกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร ได้แก่ UTCA และ CRA ล้วนเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นเพื่อแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของกลุ่มสัญญาเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนขอ “การกำหนดเนื้อหา” สัญญา ซึ่งเป็นการึกที่สามารถเปรียบเทียบได้กับ (functional comparative) พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ตาม การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังคงมีปัญหาในการปฏิบัติโดยเฉพาะยิ่งการตีความกฎหมายและการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับองค์ประกอบตามกฎหมาย เนื่องจากต้องทำตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นถูกออกแบบมาให้มีความยืดหยุ่นและครอบคลุมข้อเท็จจริงได้หลากหลายกรณี อันนำมาซึ่งปัญหาในการตีความเพื่อสร้างความเป็นธรรมในแต่ละกรณี ดังนั้น ในบทที่ 5 นี้ จึงขอเสนอ (5.1) แนวทางการพัฒนากฎหมายและแนวทางปรับใช้กฎหมายโดยองค์กรตุลาการ¹⁷¹ และ (5.2) แนวปฏิบัติสำหรับคู่สัญญา

¹⁷¹ สอดคล้องกับข้อเสนอของ อภิการ์ตัน นิยมไทย ในบทความวิชาการ ‘เหตุใดต้องทำการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม’ จุฬินิติ (มี.ค.-เม.ย. 2552): 107 และ 113 ซึ่งเสนอให้ เติมนบทบัญญัติของกฎหมายให้เปิดกว้าง กำหนดให้การทำสัญญาในลักษณะใดก็ตามที่มีกระบวนการในการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเพิ่มเติมตัวอย่างของข้อสัญญาที่ศาลอาจวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยของศาลให้มากขึ้น

5.1

แนวทางการพัฒนานกฎหมาย และการปรับใช้กฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ

การที่มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น บัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้กว้าง ๆ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย เช่น (5.1.1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา (ในกรณีทั่วไป) ลักษณะใดที่จะกลายเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม (5.1.2) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา (ในกรณีสัญญาซื้อขาย) ลักษณะใดที่จะกลายเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม และ (5.1.3) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา (ที่มีการโอนทรัพย์สินอื่น) ลักษณะใดที่จะกลายเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม

5.1.1 ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาทั่วไป

ตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากสัญญาที่กำหนดขึ้นโดยผู้ประกอบการการค้า “อาจ” ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วสัญญาระหว่างเอกชนย่อมมีข้อจำกัดความรับผิดได้เป็นปกติ (โดยที่เป็นการใช้เสรีภาพของตน

อย่างโดยอิสระ) ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติกฎหมายไว้ตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายเพื่อสร้าง ความเป็นธรรมแก่กรณี และหากพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะหรือ มีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึง คาดหมายได้แล้ว “ผล” ทางกฎหมายจะเป็นประการใด ในประเด็นข้างต้น UCTA ได้ให้รายละเอียดเอาไว้ตามตารางที่ 5.1 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5.1: เปรียบเทียบข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาทั่วไป

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ทั่วไปเป็นธรรม พ.ศ. 2540	UCTA
มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือ รับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึง คาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลง ที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น (1) ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิด สัญญา	มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า (a) ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็น ฝ่ายผิดสัญญา มีสิทธิที่จะ ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ได้ และ (b) ห้ามมิให้เรียกร้องให้มีการ ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ในลักษณะที่แตกต่างไปจากที่ คาดหมายได้ตามสมควร หรือ ห้ามมิให้ยกข้อสัญญาไม่ว่า ทั้งหมดหรือบางส่วนขึ้นเพื่อ ปฏิเสธการชำระหนี้ของตน เว้นแต่ข้อตกลงนั้นจะผ่าน เงื่อนไขความสมเหตุสมผล แล้ว (requirement of reasonableness)

ตารางที่ 5.1: เปรียบเทียบข้อสัญญาวันหรือจำกัดความรับผิดชอบในสัญญาทั่วไป (ต่อ)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ทั่วไปเป็นธรรม พ.ศ. 2540

UCTA

มาตรา 4 วรรคสี่ บัญญัติว่า
ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้
เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรค
สาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควร
หรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้บังคับ
โดยอนุโลม

มาตรา 10 บัญญัติว่า ในการวินิจฉัย
ว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึง
เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้
พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง
ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้
ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน
ความคาดหมาย แนวทางที่เคย
ปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และ
ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา
ตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิด
นั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำ
สัญญาหรือในการปฏิบัติตาม
สัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของ
คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบ
เทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า
เงื่อนไขความสมเหตุสมผล
(requirement of reasonableness)
มีหลักการที่ว่าข้อตกลงจะถือว่าเป็น
ธรรมและสมเหตุสมผลเมื่อคู่สัญญา
ได้รู้ หรือควรจะรู้ถึงพฤติการณ์ใน
ขณะทำสัญญา

กรณีข้อตกลงระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลตามตัวอย่างที่กล่าวในหัวข้อ 3.2 ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดว่า “ผู้ให้บริการจะทำการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อได้รับคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ให้บริการแล้วเท่านั้น เว้นแต่คำสั่งนั้นขัดต่อกฎหมายหรือบทบัญญัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้” หากว่าผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสั่งให้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นผู้ให้บริการดำเนินการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจึงปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามการขำระหนี้ในส่วนของตน ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะใช้สิทธิเลิกสัญญาเนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างไม่เริ่มดำเนินการชำระหนี้ตามเวลา

กรณีที่มาตรา 4 วรรคสาม (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ อาจก่อให้เกิดปัญหาการปรับใช้กฎหมายได้ เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายจะต้องตีความว่าการให้สิทธิบอกเลิกสัญญาดังกล่าวนั้นถือว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลปฏิบัติผิดสัญญาในข้อสำคัญหรือไม่ (หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาจ้างกำหนดว่าเวลาในการนำส่งมอบงานนั้นเป็นสาระสำคัญ)

การพัฒนาตัวบทและการปรับใช้ มาตรา 4 วรรคสาม (3) และแนวทางการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยอาศัยมาตรา 3 วรรคสองของ UCTA อาจช่วยให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 สามารถสร้างความเป็นธรรมได้มากขึ้น กล่าวคือ ในกรณีนี้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นฝ่ายผิดสัญญาจึงไม่อาจยกเว้นความรับผิดของตนได้

5.1.2 ข้อสัญญาทวงวันหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาซื้อขาย

มาตรา 4 วรรคสาม (1) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา” นั้น อาจมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกจำกัดหรือหลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยไม่ได้กล่าวถึงการจำกัดความรับผิดตามสัญญาซื้อขายดังกรณีของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ดังที่แสดงไว้ในตารางที่ 5.2 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5.2: เปรียบเทียบข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือ รับประทานเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึง คาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่ อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น (1) ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิด สัญญา

UCTA

มาตรา 6 วรรคหนึ่ง บัญญัติห้ามมิให้ มีการยกเอาข้อสัญญามากมายเกินหรือ จำกัด

- (a) ความรับผิดของผู้ขายอันเกิดจาก การไม่ชำระหนี้อันเกิดหน้าที่
 - (b) หน้าที่โดยปริยาย (implied undertaking) ตามมาตรา 12 ของ Sale of Goods Act 1893¹⁷²
- ความรับผิดของผู้ให้เช่าซื้ออันเกิด จากการไม่ชำระหนี้อันเกิดหน้าที่ โดยปริยาย (implied undertaking) ตามมาตรา 8 ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973¹⁷³

¹⁷² มาตรา 12 ของ Sale of Goods Act 1893 บัญญัติว่า เว้นแต่พฤติการณ์ของสัญญาจะแสดงให้เห็นว่ามีเจตนา เป็นอย่างอื่น สัญญาซื้อขายจะ (i) มีเงื่อนไขโดยปริยายในส่วนของผู้ขายว่า ผู้ขายมีสิทธิที่จะขายสินค้า และ ในกรณีของสัญญาจะซื้อขาย ผู้ขายมีสิทธิที่จะขายสินค้าในเวลาที่จะต้องโอน สินค้า (ii) คำรับรองโดยปริยาย (implied warranty) ว่าผู้ซื้อจะสามารถครอบครองสินค้าได้โดยปราศจากการรบกวน และ (iii) คำรับรองโดยปริยายว่า สินค้าที่ซื้อขายนั้นปราศจากค่าใช้จ่ายหรือภาระติดพันซึ่งเป็นคุณกับบุคคลที่สาม ซึ่งไม่ได้ถูกแจ้งต่อผู้ซื้อหรือผู้ซื้อ ไม่ได้รู้ในขณะทำสัญญา

¹⁷³ มาตรา 8 วรรคหนึ่งของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 บัญญัติว่า เว้นแต่เป็นกรณีตามมาตรา 8 วรรคสอง ให้สัญญาเช่าซื้อทุกสัญญามีเงื่อนไขโดยปริยายว่า (a) เจ้าของสินค้ามีสิทธิที่จะขายสินค้าในเวลาที่ จะต้องโอนสินค้า และ (b) คำรับรองโดยปริยายว่าสินค้านั้นจะปราศจาก และจะยังคงปราศจากค่าใช้จ่ายหรือ ภาระติดพันซึ่งไม่ได้ถูกแจ้งต่อผู้ซื้อหรือผู้ซื้อไม่ได้รู้ในขณะทำสัญญา และคำรับรองว่าผู้เช่า จะสามารถครอบครอง สินค้าได้โดยปราศจากการรบกวน เว้นแต่เป็นค่าใช้จ่ายหรือการรบกวนโดยบุคคลผู้มีสิทธิที่ (ผู้เช่า) รู้หรือได้รู้อยู่แล้ว มาตรา 8 วรรคสอง ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 บัญญัติว่า ในสัญญาเช่าซื้อ หากปรากฏ ตามสัญญาหรือพึงอนุมานได้ตามพฤติการณ์ของสัญญาหรือเจตนาของคู่สัญญาว่าเจ้าของสินค้านั้นมีหน้าที่ โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า ให้สัญญา (a) คำรับรองโดยปริยายว่าค่าใช้จ่ายหรือภาระ ติดพันที่เจ้าของสินค้ามีหน้าที่ และ ผู้เช่าซื้อไม่รู้นั้น ได้ถูกเปิดเผยก่อนที่จะทำสัญญา (b) คำรับรองโดยปริยายว่าเจ้าของสินค้าหรือบุคคลที่สามหรือ บุคคลใด ๆ จะ ไม่รบกวนการครอบครองสินค้า

ตารางที่ 5.2: เปรียบเทียบข้อสัญญาคว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในสัญญา (ต่อ)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

UCTA

มาตรา 6 วรรคสอง บัญญัติห้ามมิให้
อ้างถึงข้อสัญญาเพื่อยกเว้นหรือจำกัด
ความรับผิดชอบอันเกิดจาก

- (a) หน้าที่โดยปริยายของผู้ขายเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าตามมาตรา 13¹⁷⁴ มาตรา 14¹⁷⁵ หรือ มาตรา 15¹⁷⁶ ของ Sale of Goods Act 1893
- (b) หน้าที่โดยปริยายของผู้ให้เช่าซื้อตามมาตรา 9¹⁷⁷ มาตรา 10¹⁷⁸ หรือ มาตรา 11¹⁷⁹ ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973

¹⁷⁴ มาตรา 13 ของ Sale of Goods Act 1893 บัญญัติว่า ในกรณีสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา ให้มีคำรับรองโดยปริยายว่าสินค้านั้นมีคุณสมบัติตรงตามคำพรรณนา และหากเป็นการขายสินค้าตามตัวอย่างและการขายสินค้าตามคำพรรณนา การที่กองสินค้ามีลักษณะตรงตามคำพรรณนา ไม่เป็นเหตุให้ผู้ขายหลุดพ้นจากความรับผิดในสินค้าชิ้นที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคำพรรณนา

¹⁷⁵ มาตรา 14 ของ Sale of Goods Act 1893 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ ไม่มีการให้คำรับรองโดยปริยายเกี่ยวกับคุณภาพ (quality) และความเหมาะสม (fitness) ของสินค้าที่ซื้อขาย เว้นแต่ (i) ในกรณีที่ผู้ซื้อได้ทำ (ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย) ให้ผู้ขายรับรู้ถึงวัตถุประสงค์เฉพาะของสินค้านั้นและผู้ซื้ออาศัยทักษะหรือการตัดสินใจของผู้ขาย และสินค้ามีคุณสมบัติตามที่การกระทำของผู้ขาย (ไม่ว่าผู้ขายจะเป็นผู้ผลิตหรือไม่ก็ตาม) ให้มีเงื่อนไขการรับรองโดยปริยายว่าสินค้านั้นเหมาะสมกับการใช้งานตามสมควร ... (ii) ในกรณีที่สินค้าถูกซื้อตามคำพรรณนาจากผู้ขายซึ่งทำการค้าเกี่ยวกับคุณสมบัติชิ้น (ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตหรือไม่) ให้มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าสินค้าดังกล่าวมีคุณภาพในระดับที่ค้าขายได้ อย่างใกล้เคียง หากว่าผู้ซื้อได้ตรวจสอบสินค้าแล้ว ไม่ให้มีเงื่อนไขโดยปริยายเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่อง

¹⁷⁶ มาตรา 15 ของ Sale of Goods Act 1893 วรรคสอง บัญญัติว่า ในสัญญาซื้อขายตามตัวอย่างนั้น (a) ให้มีเงื่อนไขโดยปริยายว่ากองสินค้ามีคุณภาพตามตัวอย่าง (b) มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าผู้ซื้อมีโอกาสตามสมควรที่จะเปรียบเทียบตัวอย่างกับกองสินค้า และ (c) มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าสินค้านั้นปราศจากความชำรุดบกพร่องและสามารถถูกค้าขายได้ ซึ่งจะไม่ปรากฏโดยชัดแจ้งหากมีการตรวจสอบตัวอย่างตามสมควร

¹⁷⁷ มาตรา 9 ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า หากเป็นการให้เช่าตามคำพรรณนา ให้มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าสินค้านั้นมีลักษณะตรงตามคุณสมบัติ และหากเป็นการให้เช่าตามคำพรรณนาที่กองสินค้ามีลักษณะตรงตามคำพรรณนาให้เป็นเหตุให้ผู้ขายหลุดพ้นจากความรับผิดในสินค้าชิ้นที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคำพรรณนา

¹⁷⁸ มาตรา 10 ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้ให้เช่าซื้อทำสัญญาในทางการค้า ให้มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าสินค้านั้นมีคุณภาพที่จะถูกทำการค้าขายได้ เว้นแต่ (a) ความชำรุดบกพร่องที่ได้ทำให้ผู้เช่าได้ทราบก่อนที่จะทำสัญญา หรือ (b) หากผู้เช่าได้ตรวจสอบสินค้าก่อนที่จะทำสัญญา ในส่วนของความชำรุดบกพร่องที่การตรวจสอบนั้นจะเผยให้เห็นถึงความชำรุดบกพร่อง

¹⁷⁹ มาตรา 11 ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 บัญญัติว่า ในกรณีของการเช่าตามตัวอย่างนั้น (a) ให้มีเงื่อนไขโดยปริยายว่ากองสินค้ามีคุณภาพตามตัวอย่าง (b) มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าผู้เช่ามีโอกาสตามสมควรที่จะเปรียบเทียบตัวอย่างกับกองสินค้า และ (c) มีเงื่อนไขโดยปริยายว่าสินค้านั้นปราศจากความชำรุดบกพร่องและสามารถถูกค้าขายได้ ซึ่งจะไม่ปรากฏโดยชัดแจ้งหากมีการตรวจสอบตัวอย่างตามสมควร

ตารางที่ 5.2: เปรียบเทียบข้อสัญญาทวงเงินหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา (ต่อ)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

UCTA

มาตรา 4 วรรคสี่ บัญญัติว่า
ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้
เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรค
สาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควร
หรือไม่ให้นำมาตรา 10 มาใช้บังคับ
โดยอนุโลม

มาตรา 10 บัญญัติว่า ในการวินิจฉัย
ว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึง
เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้
พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง
(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะ
ทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ
ความสันตติจิตใจ ความคาดหวัง
แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือก
อย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่าง
ของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

มาตรา 6 วรรคสาม บัญญัติว่า ความ
รับผิดตามกล่าวในวรรคสองสามารถ
ถูกยกเว้นหรือจำกัดโดยอาศัยข้อสัญญา
ได้หากเป็นการยกขึ้นต่อบุคคลอื่น
ที่ไม่ใช่ผู้บริโภค หากว่าข้อตกลงนั้น
ผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผลแล้ว
(requirement of reasonableness)

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า
เงื่อนไขความสมเหตุสมผล
(requirement of reasonableness)
มีหลักการที่ว่าข้อตกลงจะถือว่าเป็น
ธรรมและสมเหตุสมผลเมื่อคู่สัญญา
ได้รู้ หรือควรจะรู้ถึงพฤติการณ์
ในขณะทำสัญญา

มาตรา 11 วรรคสอง บัญญัติว่า
ในการพิจารณาว่าข้อตกลงในสัญญานั้น
ผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผล
หรือไม่นั้นให้พิจารณาจากปัจจัยตามที่
กำหนดบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2

บัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 (“แนวการ
ปฏิบัติ” สำหรับการทดสอบความ
สมเหตุสมผล) บัญญัติว่าในการ
พิจารณาความสมเหตุสมผลตาม
มาตรา 6 วรรคสาม ให้พิจารณาถึง
ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการณื่อดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5.2: เปรียบเทียบข้อสัญญาทวิส่วนหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา (ต่อ)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	UCTA
(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญา หรือในการปฏิบัติตามสัญญา (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง	(a) ความเข้มแข็งและอำนาจต่อรองของคู่สัญญาโดยพิจารณาถึงคู่สัญญาแต่ละฝ่ายโดยพิจารณาถึงทางเลือกอื่น ๆ ซึ่งจะทำให้ลูกค้าบรรลุความต้องการได้ (b) ลูกค้าได้รับการชักนำให้ทำการตกลงหรือมีโอกาสดังกล่าวซึ่งจะทำการตกลงอื่นที่มีลักษณะคล้ายกันกับบุคคลอื่นซึ่งมีเนื้อหาต่างกับที่ได้ทำก่อนยอมรับข้อตกลงหรือไม่ (c) ลูกค้าได้รู้หรือควรจะได้รู้การมีอยู่ของข้อตกลงหรือไม่ (d) พิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่มีเงื่อนไขยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหากว่ามีการฝ่าฝืนข้อตกลงข้อหนึ่งข้อใด (e) สินค้าถูกผลิต ผ่านกระบวนการหรือปรับเปลี่ยนตามคำสั่งของลูกค้าเป็นกรณีพิเศษหรือไม่

จะเห็นได้ว่า UCTA สร้างความชัดเจนเกี่ยวกับการ “ห้าม” ตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ อันเกิดหน้าที่โดยปริยาย (implied undertaking) ตามมาตรา 12 ของ Sale of Goods Act 1893 และความรับผิดของผู้ให้เช่าซื้ออันเกิดจากการไม่ชำระหนี้อันเกิดหน้าที่โดยปริยาย (implied undertaking) ตามมาตรา 8 ของ Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางการตีความและปรับใช้ “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กล่าวคือ หากสัญญาซื้อขายสินค้ามีข้อกำหนดยกเว้นหน้าที่ของผู้ขายในการโอนสินค้าในเวลาที่กำหนด (ฝ่าฝืนต่อหน้าที่โดยปริยายของผู้ขายตามมาตรา 12 ของ Sale of Goods Act 1893) ศาลไทยอาจพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวนั้น มีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและไม่ให้มีผลบังคับ โดยอาจไม่จำเป็นที่จะต้องแก้ไขตัวบทของมาตรา 4 วรรคสาม (1)

นอกจากนี้ มาตรา 6 วรรคสองของ UCTA ยังแสดงให้เห็นถึงแนวทางในการปรับใช้กฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมโดยคำนึงกับบริบทในการทำธุรกรรมพาณิชย์ของคู่สัญญาอีกด้วย แตกต่างจากมาตรา 6 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติ “ห้าม” ยกข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยไม่มีข้อยกเว้น ข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 6 วรรคสอง คำรับรองโดยปริยายเกี่ยวกับคุณสมบัติของสินค้านั้นอาจยกขึ้นยันบุคคล “ที่ไม่ใช่ผู้บริโภคได้” และ “ผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผลแล้ว”

ยกตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายอัญมณีระหว่างประเทศระยะยาว ซึ่งผู้ผลิตและขายชาวไทยได้ทำสัญญากับผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้ประกอบการจำหน่ายอัญมณีที่ตั้งอยู่ต่างประเทศนั้น อาจมีข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณภาพของ

อัญมณีที่จะต้องมีกำไลส่งออก ซึ่งอาจเกิดในลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป (ซึ่งตกอยู่ในบังคับของมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540) ในทางธุรกิจผู้ขายอาจไม่ต้องการรับรองคุณภาพของวัตถุดิบที่ตนต้องจัดหาเพื่อผลิต ซึ่งฝ่ายผู้ซื้อก็ยอมรับแนวการปฏิบัติดังกล่าว

หากมีการพัฒนาตัวบทกฎหมายและแนวทางในการปรับใช้ มาตรา 4 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยอาศัยมาตรา 6 วรรคสองของ UCTA แล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็สามารถ (ฝ่ายผู้ซื้อในกรณีนี้ไม่ใช่ผู้บริโภคแต่กรณีตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เนื่องจากเป็นสัญญาสำเร็จรูป) ตกลงยกเว้นหน้าที่ที่รับรองคุณภาพตามคำพรรณนา (ซึ่งเป็นการยกเว้นหน้าที่ในการขายทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนาตาม มาตรา 503 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) โดยจะต้องเป็นกรณีผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผล (ในกรณีของประเทศไทยคือการพิจารณาปัจจัยตามมาตรา 10 ของ UCTA)

5.1.3 ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาที่มีการโอนทรัพย์สินอื่น

การทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นอาจไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ โดยที่สัญญาดังกล่าวนั้นอาจมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าได้ การที่มาตรา 4 วรรคสาม (1) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา” นั้นอาจมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกจำกัดหรือลดพ

จากความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาว่า จะมีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ตารางที่ 5.3: เปรียบเทียบข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาที่มีการโอนทรัพย์สินอื่น

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา

UCTA

มาตรา 7 วรรคสอง บัญญัติห้ามมิให้มีการยกเอาข้อตกลงมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกี่ยวกับการที่สินค้ามีลักษณะตามคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือคุณภาพหรือความเหมาะสมในการใช้งานมาใช้ยันกับผู้บริโภค

มาตรา 7 วรรคสาม บัญญัติว่า ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกี่ยวกับการที่สินค้ามีลักษณะตามคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือคุณภาพหรือความเหมาะสมในการใช้งานมาใช้ยันกับบุคคลที่ไม่ได้เป็นผู้บริโภคได้ทราบเท่าที่ผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผลแล้ว (requirement of reasonableness)

มาตรา 7 วรรคสี่ บัญญัติว่า ความรับผิดเกี่ยวกับ (a) สิทธิในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือการครอบครองของสินค้า หรือ (b) การครอบครองของผู้รับโอน โดยปราศจากการบกพร่องนั้นจะไม่สามารถยกขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้เว้นแต่จะผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผลแล้ว (requirement of reasonableness)

ตารางที่ 5.3: เปรียบเทียบข้อสัญญาที่เว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในสัญญา
ที่มีการโอนทรัพย์สินอื่น (ต่อ)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

UCTA

มาตรา 4 วรรคสี่ บัญญัติว่า ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสามจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ให้นำมาตรา 10 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 10 บัญญัติว่า ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันติดีจิตใจ ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญา หรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 11 วรรคสอง บัญญัติว่า ในการพิจารณาว่าข้อตกลงในสัญญานั้นผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้นให้พิจารณาจากปัจจัยตามที่กำหนดบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2

บัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 (“แนวการปฏิบัติ” สำหรับการทดสอบความสมเหตุสมผล) บัญญัติว่าในการพิจารณาความสมเหตุสมผลตามมาตรา 7 วรรคสามและวรรคสี่ให้พิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังต่อไปนี้

- (a) ความเข้มแข็งและอำนาจต่อรองของคู่สัญญาโดยพิจารณาถึงคู่สัญญาแต่ละฝ่ายโดยพิจารณาถึงทางเลือกอื่น ๆ ซึ่งจะทำให้ลูกค้าบรรลุความต้องการได้
- (b) ลูกค้าได้รับการชักนำให้ทำการตกลงหรือมีโอกาสที่จะทำข้อตกลงอื่นที่มีลักษณะคล้ายกันกับบุคคลอื่นซึ่งมีเนื้อหาต่างกับที่ได้ทำก่อนยอมรับข้อตกลงหรือไม่
- (c) ลูกค้าได้รู้หรือควรจะได้รับการมีอยู่ของข้อตกลงหรือไม่
- (d) พิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่มีเงื่อนไขยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบหากมีการฝ่าฝืนข้อตกลงข้อหนึ่งข้อใด

ในปัจจุบัน พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 บัญญัติให้มีการทำธุรกิจ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล และผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล¹⁸⁰ สินทรัพย์ดิจิทัลนั้น หมายความว่ารวมถึงโทเคนดิจิทัล¹⁸¹ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยนั้น โทเคนดิจิทัล มีสถานะเป็นทรัพย์สินเนื่องจากเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้¹⁸² ในทางปฏิบัติ การจะถือเอาคริปโทเคอร์เรนซีนั้น สัญญาโอนขาย โทเคนดิจิทัลอาจมีข้อจำกัดความรับผิดของผู้โอนในทำนองว่าผู้โอน จะไม่ต้องรับผิดหากมูลค่าของโทเคนดิจิทัลผันผวนและต่ำลง หรืออาจจะ ไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ในอนาคต โดยอาจมีข้อความในสัญญากำหนด ว่าผู้รับโอนนั้น ได้ทราบลักษณะทางเทคนิคของโทเคนดิจิทัลเป็นอย่างดี และเป็นผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับการลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นอย่างดีแล้ว

การที่มาตรา 4 วรรคสามของข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติเพียงว่าข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นว่าจะมีการปรับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อสร้าง ความเป็นธรรมในระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาโอนโทเคนดิจิทัลดังกล่าว อย่างไร กรณีนี้ผู้ใช้กฎหมายอาจนำเอาหลักการที่ปรากฏตามมาตรา 7

¹⁸⁰ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561, มาตรา 3.

¹⁸¹ “โทเคนดิจิทัล” หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) กำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ (2) กำหนดสิทธิ ในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ และให้หมายความรวมถึงหน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

¹⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 138.

ของ UCTA มาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมได้ โดยในกรณีที่ผู้รับโอนเป็นผู้บริโภคอาจถือได้ว่าข้อตกลงที่กำหนดเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด อันเกิดจากการที่โทเคนดิจิทัลนั้น มีลักษณะไม่ตรงตามคำพรรณนาหรือ ตัวอย่าง หรือขาดคุณภาพหรือขาดความเหมาะสมในการใช้งาน

อย่างไรก็ตาม หากเป็นสัญญาโอนโทเคนดิจิทัลระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เนื่องจากเป็นสัญญาสำเร็จรูป การพัฒนาตัวบทและการปรับใช้ มาตรา 4 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยอาศัยมาตรา 7 วรรคสามของ UCTA ย่อมมีส่วนช่วยสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการทำสัญญาและการที่รัฐจะใช้อำนาจ เพื่อแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญา ในด้านหนึ่งระบบกฎหมายไทยเปิด โอกาสให้มีการทำธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล แต่ในขณะเดียวกัน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็มีหน้าที่สร้างความ เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาเอกชน

ในกรณีที่ผู้รับโอนเป็นผู้ประกอบธุรกิจ หากรัฐแทรกแซงเสรีภาพ ในการทำสัญญามากเกินไป เช่น ห้ามทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิด ทั้งที่ ผู้รับโอนก็มีความรู้ความเข้าใจในธุรกรรมพาณิชย์ที่ตนทำลงอย่างแท้จริง ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่ ผู้รับโอนเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าแล้ว ผู้ใช้กฎหมาย เช่น องค์การตุลาการ อาจพิจารณาเงื่อนไขความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness) เช่น ผู้รับโอนมีอำนาจต่อรองอย่างเต็มที่แล้ว ก็อาจให้วินิจฉัยข้อตกลง ยกเว้นความรับผิดในกรณีนี้มีผลบังคับได้

ข้อเสนอในส่วนที่สองนี้มุ่งที่จะสร้างความชัดเจนให้กับคู่สัญญาที่ประสงค์จะปฏิบัติตามกฎหมายโดยหลีกเลี่ยงการทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือหากผู้ประกอบการหรือฝ่ายที่เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปประสงค์ที่จะกำหนดข้อสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายแล้วจะต้องปฏิบัติอย่างไร ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยนี้จึงขอเสนอแนวทางในการทำ (5.2.1) แนวปฏิบัติในการพิจารณาความโปร่งใส (5.2.2) แนวปฏิบัติในการพิจารณาการได้เปรียบมากเกินไป (5.2.3) แนวปฏิบัติในการพิจารณาความสุจริต และ (5.2.4) แนวปฏิบัติในการพิจารณาความสุจริต

5.2.1 แนวปฏิบัติในการพิจารณาความโปร่งใส

ในปัจจุบันการทำธุรกรรมผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์หรือผ่านระบบออนไลน์นั้น ได้รับความนิยมมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยก็ถูกพัฒนาในรองรับการบังคับใช้ได้ของธุรกรรมที่เกิดขึ้นในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์¹⁸³ ยกตัวอย่างเช่น การซื้อขายของผ่านระบบออนไลน์ในการซื้อขายของผ่านระบบออนไลน์นั้น ผู้ให้บริการมักจะกำหนด

¹⁸³ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, มาตรา 7.

ข้อตกลงการให้บริการ ซึ่งผู้ให้บริการ (ผู้บริโภค) จะต้องยอมรับเงื่อนไขดังกล่าว จึงจะสามารถทำธุรกรรมผ่านระบบออนไลน์นั้นได้ เช่น “เว็บไซต์ www.lazada.co.th และ/หรือ LAZADA mobile app.” ซึ่งกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดเอาไว้เช่น

“ด้วยการเข้าถึงแพลตฟอร์มและ/หรือใช้บริการ ท่านตกลงที่จะผูกพันโดยเงื่อนไขในการใช้บริการนี้ หากท่านไม่ตกลงด้วยกับเงื่อนไขในการใช้บริการนี้ ห้ามเข้าใช้และ/หรือใช้แพลตฟอร์มนี้หรือบริการ”

6.1 การไม่รับรองหรือรับประกัน: บริการ แพลตฟอร์ม และเอกสารข้อมูล ให้บริการในหลักเกณฑ์ “ตามที่เป็น” และ “ตามที่มี” ข้อมูลและ/หรือข้อสนเทศทั้งหลายที่อยู่ในแพลตฟอร์ม บริการ หรือเอกสารข้อมูล ถูกให้ไว้เพื่อใช้เป็นข้อมูลเท่านั้น ไม่มีการรับรองหรือรับประกันใดๆ ไม่ว่าโดยปริยาย ชัดแจ้งหรือโดยบทบัญญัติใดๆ รวมทั้งการรับประกันการไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลภายนอก กรรมสิทธิ์ความสามารถในการนำไปค้าขายได้ คุณภาพที่เป็นที่พอใจ หรือความเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ให้ไว้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแพลตฟอร์ม บริการ หรือเอกสารข้อมูล โดยไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อผลบังคับของทีกล่าวมาก่อนหน้า เราไม่รับประกัน:

(ก) ความถูกต้อง เหมาะแก่เวลา ความพอเพียง มูลค่าในทางพาณิชย์ หรือความครบถ้วนของข้อมูล และ/หรือข้อสนเทศทั้งหลายที่อยู่ในแพลตฟอร์ม บริการ หรือเอกสารข้อมูล

(ข) ว่าแพลตฟอร์ม บริการ หรือเอกสารข้อมูลใด ๆ จะมีให้โดยไม่เกิดการติดขัด มีความมั่นคง หรือปราศจากความผิดพลาดหรือตกหล่น หรือข้อขัดข้องบกพร่องใด ๆ ที่ระบุได้จะได้รับการแก้ไข

(ค) ว่าแพลตฟอร์ม บริการ หรือเอกสารข้อมูล ปราศจากไวรัสคอมพิวเตอร์หรือ รหัสที่สร้างขึ้นด้วยเจตนาร้าย รหัสที่ทำให้เกิดการทำลาย หรือรหัสที่ทำให้เกิดการขัดข้อง โปรแกรมตัวแทน หรือกลุ่มคำสั่ง หรือมาโครอื่นใดที่เป็นอันตราย ก่อความเสียหาย หรือทำให้เกิดการขัดข้อง และ

(ง) ความปลอดภัยในข้อมูลใด ๆ ที่ส่งโดยท่านหรือไปยังท่านผ่านทางแพลตฟอร์ม บริการ และท่านยอมรับความเสี่ยงว่าข้อมูลใด ๆ ที่ส่งหรือได้รับผ่านทางบริการหรือแพลตฟอร์มอาจจะถูกเข้าถึงโดยบุคคลภายนอกที่ไม่ได้รับอนุญาตได้ และ/หรือเปิดเผยโดยฝ่ายเราหรือเจ้าหน้าที่ ลูกจ้าง หรือตัวแทนของเราให้แก่บุคคลภายนอกที่อ้างว่าเป็นท่านหรืออ้างว่ากระทำการโดยได้รับมอบอำนาจจากท่าน การส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตและไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์อาจจะถูกขัดขวาง ขาดการติดต่อ ล่าช้าจากความแออัดในการส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตหรือมีการส่งข้อมูลไม่ถูกต้องเนื่องจากลักษณะของอินเทอร์เน็ตที่อาจถูกเปิดเผยต่อสาธารณะได้¹⁸⁴

¹⁸⁴ Lazada, เงื่อนไขในการใช้บริการ [ออนไลน์], มีนาคม 2563 แหล่งที่มา https://www.lazada.co.th/terms-conditions/?spm=a2o4m.14099073.footer_top.10.9c9d389d84s489

ข้อกำหนดข้างต้นมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการซึ่งจะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เนื่องจากเป็นสัญญาสำเร็จรูป กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ฝ่ายผู้ให้บริการทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน¹⁸⁵ ซึ่งกล่าวได้ว่าการกำหนดสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าว เป็นรูปแบบการประกอบกิจของผู้ให้บริการซื้อขายสินค้าออนไลน์ เนื่องจากเว็บไซต์ย่อมเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงและใช้งานได้ กรณีย่อมเป็นไปได้ยากยิ่งที่ผู้ให้บริการเว็บไซต์จะทำสัญญากับผู้ใช้บริการเป็นรายคน

เมื่อการใช้สัญญาสำเร็จรูปนั้นกลายเป็นแนวการปฏิบัติในการทำธุรกิจของผู้ให้บริการซื้อขายสินค้าออนไลน์แล้ว ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ ข้อตกลงที่กำหนดนั้นจะกลายเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ซึ่งถูกศาลสามารถแทรกแซงเพื่อจำกัดผลของสัญญาได้ในทุกข้อตกลงและทุกกรณีหรือไม่ต่อประเด็นข้างต้น มาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติแนวทางการพิจารณากว้าง ๆ เอาไว้ให้พิจารณาถึงความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ซึ่งมีแนวทางที่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรคหนึ่งของ UCTD ซึ่งก็ได้บัญญัติถึงการต่อรองและความสุจริตของคู่สัญญาและความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเอาไว้เช่นกัน

¹⁸⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, มาตรา 3.

ตารางที่ 5.4: แนวทางการพิจารณาลักษณะของข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

UCTA

มาตรา 10 บัญญัติว่า ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันติจิตใจ ความคาดหวัง ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

ข้อตกลงในสัญญาซึ่งไม่ได้ถูกเจรจาต่อรองเป็นรายกรณีจะถือว่าไม่เป็นธรรมหากว่าก่อให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันเป็นโทษกับผู้บริโภค ในทางที่ฝ่าฝืนต่อความสุจริต

คดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon ได้แสดงให้เห็นว่าสัญญาที่สร้างขึ้นล่วงหน้าโดยผู้ให้บริการขายสินค้าออนไลน์เป็นสัญญาที่ไม่ได้ถูกเจรจาต่อรองโดยคู่สัญญาเป็นรายกรณีนั้นตกอยู่ในบังคับการพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งกรณีสามารถเทียบเคียงได้กับการเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ปัญหาประการถัดไป คือ จะพิจารณาความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาดังกล่าวโดยวิธีการใด ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้แสดงแนวทางเอาไว้ที่น่าสนใจ คือ “การให้ข้อมูลกับผู้บริโภค” โดยในกรณีของคดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon ได้แก่การที่ Amazon ควรจะแจ้งถึงสิทธิที่ผู้บริโภคพึงมี ได้แก่ การให้สัญญาตกอยู่ในบังคับของกฎหมายออสเตรเลียและไม่ถูกทำให้เข้าใจว่ากฎหมายของลักเซมเบิร์กเท่านั้นที่สามารถใช้กับกรณีได้

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการให้ข้อมูลหรือ “ความโปร่งใส” ของข้อตกลง ตัวอย่างเช่น ในคดี Air Berlin ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป ได้แสดงให้เห็นว่าการทำธุรกรรมออนไลน์ผ่านทางเว็บไซต์ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บริโภคทำธุรกรรมบนฐานของข้อตกลงที่กำหนดเอาไว้ล่วงหน้า โดยผู้ให้บริการ (ในกรณีนี้คือบริษัทสายการบิน) นั้น เป็นเรื่องที่สามารถทำให้เกิดความเป็นธรรมได้ผ่านการ “ให้ข้อมูล” ที่ชัดเจน โดยศาลได้วินิจฉัยว่า บริษัทสายการบินจะต้องแสดงรายการเกี่ยวกับรายการต่าง ๆ เกี่ยวกับการชำระราคาให้ชัดเจน เช่น รายการเกี่ยวกับภาษี รายการเกี่ยวกับค่าบริการสนามบินและรายการอื่น ๆ นอกจากนี้ ตามมาตรฐานของสหภาพยุโรปแล้ว การมีลายมือชื่อของผู้บริโภคในหน้าสุดท้ายของสัญญา ไม่ได้แปลว่าสัญญามีการเจรจาเป็นรายการดีเสมอไป¹⁸⁶

ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่า การทำสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมควรจะมีลักษณะอย่างไร ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 “สัญญาสำเร็จรูป” ที่ทำให้ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี กฎหมายไม่ได้ห้ามการทำสัญญาสำเร็จรูป หากผู้ที่กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาสำเร็จรูปควรจะมีแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณา “ความเป็นธรรม” ของข้อสัญญา โดยมาตรา 10 ได้บัญญัติให้พิจารณาถึง “ความรู้ความเข้าใจ ความสันติจัดชัดเจน” ของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง¹⁸⁷

¹⁸⁶ EU Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Para 1.2.2.

¹⁸⁷ มาตรา 4 วรรคท้ายของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า ในการพิจารณาข้อตกลงที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม.

ดังนั้น ปัจจัยประการหนึ่งที่จะทำให้ข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปไม่มีลักษณะทำให้ผู้กำหนดสัญญาได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรย่อมจะต้องทำให้ฝ่ายผู้ที่ไม่ได้กำหนดสัญญาเกิดความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง (ซึ่งสามารถเทียบเคียงได้กับกรณีศึกษาคดี Verein für Konsumenteninformation v Amazon) การจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กำหนดสัญญาเกิดความรู้ความเข้าใจอาจสามารถดำเนินการได้โดยการสร้าง “ความโปร่งใส” (transparency) ในการทำสัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสัญญาออนไลน์) ตามแนวทางที่แสดงในตารางที่ 5.5 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5.5: ความโปร่งใสของสัญญา

การเข้าถึงสัญญา	• ผู้บริโภคได้มีโอกาสสร้างความคุ้นเคยกับสัญญาก่อนที่จะทำสัญญาหรือไม่¹⁸⁸ • ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงหรือถูกจัดการให้สามารถเข้าถึง (access) สัญญา (และเอกสารแนบท้ายทั้งหมด) และสามารถอ่านสัญญาได้หรือไม่¹⁸⁹ • ผู้บริโภคได้รับข้อมูลซึ่งช่วยให้สามารถประเมินค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นได้¹⁹⁰
ลักษณะของข้อตกลงที่มีความโปร่งใส	• การกำหนดข้อตกลงหรือการแจ้งใด ๆ ควรจะใช้ภาษาที่เข้าใจได้ง่าย ใช้ภาษาที่เข้าใจได้ และมีความชัดเจน¹⁹¹ • สิทธิและหน้าที่ของผู้สัญญาจะต้องถูกแสดงอย่างชัดเจนในรูปแบบที่สามารถถูกทำความเข้าใจได้ และที่สำคัญคือจะต้องทำให้ผู้บริโภคอยู่จุดที่สามารถเข้าใจสาระสำคัญในทางปฏิบัติ (practical significance) ได้¹⁹²
ผลของข้อตกลงที่ไม่โปร่งใส	• หากข้อตกลงขาดความโปร่งใส ข้อตกลงจะกลายเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและไม่อาจใช้บังคับกับผู้บริโภคได้¹⁹³ • ในกรณีแปลความได้หลายนัย ให้บังคับตามนัยที่เป็นคุณกับผู้บริโภค¹⁹⁴

¹⁸⁸ EU Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Para 3.3.1.

¹⁸⁹ เฝ้าอ้าง.

¹⁹⁰ เฝ้าอ้าง.

¹⁹¹ Competition & Markets Authority, 'Unfair contract terms guidance Guidance on the unfair terms provisions in the Consume Rights Act 2015' [online] July 2015 แหล่งที่มา https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf accessed 29 เมษายน พ.ศ. 2563, หน้า 19.

¹⁹² เฝ้าอ้าง.

¹⁹³ เฝ้าอ้าง, หน้า 20.

¹⁹⁴ ซึ่งอาจมีความสอดคล้องกับมาตรา 11 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณี ฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้

5.2.2 แนวปฏิบัติในการพิจารณาการได้เปรียบมากเกินไป

สมคว

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังกำหนดให้ “การได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร” อาจทำให้ข้อสัญญานั้นกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยให้พิจารณาตามปัจจัยที่กำหนดในมาตรา 10 เช่น “การรับภาระที่หนักกว่ามาก ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาของคู่สัญญานั้น ต่างฝ่ายย่อมต่างได้ประโยชน์ ตามความประสงค์ของตน เช่น ผู้ซื้อบางรายอาจสนใจที่จะซื้อสินค้าหรือ รับบริการที่มีราคาสูงกว่าราคาตลาดทั่วไป หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการได้เปรียบผู้บริโภคอยู่บ้างแต่ก็ไม่มากเกินไปจนเกินไป กรณีย่อมเกิดปัญหา การตีความและปรับใช้หลักการทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองคู่สัญญา เพื่อไม่ให้เสียเปรียบมากเกินไป ซึ่งแนวทางในการพิจารณา การได้เปรียบมากเกินไป สามารถแสดงได้ตามตารางที่ 5.6 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5.6: การได้เปรียบมากเกินไปจนสมควร

กรณีได้ เปรียบมาก เกินสมควร

- ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีดุลพินิจหรือมีสิทธิกำหนดภาระให้กับผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุอันควร¹⁹⁵
- การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิและหน้าที่เท่ากับผู้บริโภคก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีโอกาสก่อการได้เปรียบมากเกินไปจนสมควร เช่น การกำหนดห้ามมิให้ผู้สัญญาทั้งสองฝ่ายเลิกสัญญา อาจก่อความไม่ธรรมกับผู้บริโภคในกรณีที่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจนั้นไม่มีเจตนาที่จะเลิกสัญญาอยู่ก่อนแล้ว (ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าหน้าที่ที่กำหนดให้กับผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีความเป็นธรรมหากเทียบกับหน้าที่เดียวกันนี้ของผู้บริโภค)¹⁹⁶
- การที่ผู้ประกอบการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำ ไม่ได้หมายความว่าสัญญาจะไม่มีโอกาสก่อความได้เปรียบมากเกินไปจนสมควร เช่น หากมีข้อสัญญาว่าผู้ประกอบการธุรกิจสามารถยึดเงินที่ชำระเอาไว้ล่วงหน้าไม่ว่าในกรณีใด ๆ อาจเป็นข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้เปรียบผู้บริโภคมากเกินไปจนสมควร แม้จะปรากฏว่าราคาขายสินค้าหรือบริการนั้นคุ้มค่ากับราคา (good value for money)¹⁹⁷
- การพิจารณาความได้เปรียบมากเกินไปจนสมควรนั้น เป็นการพิจารณาจาก “โอกาส” ในการเกิดความไม่เป็นธรรม โดยไม่จำเป็นต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจริงแล้ว¹⁹⁸

¹⁹⁵ Competition & Markets Authority, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 191, หน้า 21.

¹⁹⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 21-22.

¹⁹⁷ เพิ่งอ้าง, หน้า 22.

¹⁹⁸ เพิ่งอ้าง, หน้า 23.

ตารางที่ 5.6: การได้เปรียบมากเกินไปจนสมควร (ต่อ)

ลักษณะของ ข้อตกลงที่มี ความโปร่งใส

- ข้อตกลงที่ทำให้ผู้บริโภคเสียสิทธิที่พึงได้ตามกฎหมาย อาจมีลักษณะเป็นการสร้างภาระมากเกินไปจนสมควรได้¹⁹⁹ เช่น การกำหนดให้ผู้บริโภคต้องเสียภาษี ทั้งที่ตามกฎหมายแล้ว หน้าที่ดังกล่าวเป็นของผู้ประกอบการธุรกิจ²⁰⁰
- การเปรียบเทียบผลการประเมินทางเศรษฐศาสตร์ (เช่น มูลค่าของธุรกรรม) เป็นเพียงหลักเกณฑ์ประการหนึ่ง ในการพิจารณาความไม่สมดุลอย่างมีนัยสำคัญระหว่าง คู่สัญญา (significant imbalance) เท่านั้น²⁰¹ แม้กรณีจะมีความสมดุลทางเศรษฐศาสตร์ แต่หากปรากฏว่าสิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภคถูกจำกัดลงอย่างมีนัยสำคัญ กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าการก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมีนัยสำคัญระหว่างคู่สัญญา
- การกำหนดบทลงโทษในสัญญาที่อาจสร้างความไม่สมดุลระหว่างคู่สัญญาได้หากไม่ได้สัดส่วน (proportionate) เช่น กรณีกำหนดให้ผู้บริโภคต้องรับผิดชอบมากกว่าที่กฎหมายกำหนด²⁰²

¹⁹⁹ EU Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Para 3.4.2.

²⁰⁰ เพิ่งอ้าง.

²⁰¹ เพิ่งอ้าง.

²⁰² เพิ่งอ้าง, para 3.4.3.

5.2.3 แนวปฏิบัติในการพิจารณาความสุจริต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติเอาไว้ว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต²⁰³ และไม่ได้ให้นิยามเอาไว้ โดยที่ตามมาตรา 4 ประกอบมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 “ความสุจริต” ของคู่สัญญา เป็นปัจจัยในการพิจารณาความได้เปรียบเทียบกับเกินสมควร (ซึ่งอาจนำไปสู่การเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้) หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายของสหราชอาณาจักรที่ได้วางหลักเอาไว้ว่า ข้อตกลงกรณีทำให้อีกฝ่ายได้เปรียบมากเกินไปเกินสมควรหากปรากฏว่าฝ่าฝืนต่อความสุจริต (good faith) อย่างไรก็ตาม ปัญหาในทางปฏิบัติที่ตามมา ได้แก่ แนวทางในการปรับใช้และตีความ “ความสุจริต” ของคู่สัญญาในบริบทของการทำสัญญา²⁰⁴ ซึ่งแนวทางการพิจารณาความสุจริตของคู่สัญญาสามารถแสดงได้ ตามตารางที่ 5.7 ดังต่อไปนี้

²⁰³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 5.

²⁰⁴ ในทางวิชาการมีการอธิบายว่า “สุจริต” ในความหมายอย่างกว้างที่ใช้เป็นหลักทั่วไปที่กำหนดมาตรฐานในการใช้สิทธิและการชำระหนี้ของบุคคล หมายถึง ความซื่อสัตย์ ความไว้วางใจ ความถูกต้องชอบธรรม ในความหมายอย่างแคบที่ใช้เพื่อคุ้มครองผู้สุจริตในกรณีต่าง ๆ เฉพาะเรื่อง หมายถึง ความรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือความไม่รู้ถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีมาก่อน โปรดดู ณัฐพงศ์ โปษะบุตร, หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, *Assumption University Law* (Journal Vol. III August, 2012).

ตารางที่ 5.7: ความสุจริตของผู้สัญญา

การดำเนิน ธุรกิจอย่าง เปิดเผยและ เป็นธรรม

- ในบริบทของการทำสัญญา ความสุจริตจะเกี่ยวข้องกับว่าสัญญานั้นถูกร่างและนำเสนออย่างไร ตลอดจนว่าสัญญานั้นถูกเจรจาอย่างไร²⁰⁵
- โดยสัญญานั้นต้องไม่ใช่ข้อความคิดทางเทคนิค หากแต่จะต้องถูกพิจารณาจากมาตรฐานการมีจริยธรรมที่ดีในทางธุรกิจ ทั้งนี้ สัญญาควรจะถูกทำขึ้นเพื่อรักษา “ประโยชน์อันชอบธรรม” (legitimate interest) ของผู้บริโภค²⁰⁶

ความเปิดเผย

- การแสดงออกอย่างชัดเจน มีความชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ โดยปราศจากการซ่อนหลุมพรางหรือกับดัก²⁰⁷
- ไม่อาจคาดหมายว่า ผู้บริโภคจะสามารถระบุถึงข้อสัญญาที่สำคัญ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาที่มีเนื้อหาหมก) เองได้²⁰⁸

การดำเนิน ธุรกิจอย่าง เป็นธรรม

- ในการร่างและการบังคับการตามสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจ “ควรจะ” หลีกเลี่ยงการจงใจจะเอาเปรียบผู้บริโภคจากสถานการณ์ที่ผู้บริโภคกำลังเผชิญอยู่²⁰⁹
- สถานการณ์ที่ผู้บริโภคกำลังเผชิญอยู่ เช่น การที่ผู้บริโภคขาดแคลนเงินทุน ความจำเป็นของผู้บริโภคที่จะต้องซื้อสินค้าหรือบริการนั้น การขาดประสบการณ์ในการเจรจา หรือความไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของสัญญา²¹⁰
- ผู้ประกอบธุรกิจควรจะต้องสื่อสารให้ผู้บริโภคได้ทราบถึงข้อสัญญาที่สำคัญของสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บริโภคที่อาจจะประสบความยากลำบากในการเก็บรวบรวม และประมวลผลข้อมูล เช่น กลุ่มบุคคลที่อายุน้อย (ที่ขาดประสบการณ์) กลุ่มผู้สูงอายุ หรือกลุ่มที่มีเวลาในการตัดสินใจอย่างจำกัด²¹¹

²⁰⁵ Competition & Markets Authority, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 191, หน้า 24.

²⁰⁶ เฟิงอ้าง.

²⁰⁷ เฟิงอ้าง.

²⁰⁸ เฟิงอ้าง.

²⁰⁹ เฟิงอ้าง.

²¹⁰ เฟิงอ้าง.

²¹¹ เฟิงอ้าง, หน้า 26.

5.2.4 แนวการปฏิบัติในการพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวง

ตามมาตรา 4 ประกอบมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 การพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายมากเกินไปจนสมควรหรือไม่นั้น จะพิจารณาจาก “พฤติการณ์ทั้งปวง” ปัญหาในทางปฏิบัติที่ตามมา ได้แก่ แนวทางในการปรับใช้และตีความ “พฤติการณ์ทั้งปวง” ของคู่สัญญาในบริบทของการทำสัญญา กล่าวคือ พฤติการณ์ทั้งปวงที่ว่านั้นมีลักษณะอย่างไร และจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในเวลาใด ซึ่งแนวทางการพิจารณาดังที่ได้แสดงได้ตามตารางที่ 5.8 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5.8: พฤติการณ์ทั้งปวง

ลักษณะของข้อเท็จจริง

- พฤติการณ์ที่หากรู้หรือควรได้รู้แล้วจะส่งผลต่อการปฏิบัติตามสัญญา²¹² เช่น กรณีของสัญญากู้ยืมเงินที่ความเสี่ยงเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยนเงิน พฤติการณ์ทั้งปวงในกรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าจากมุมมองของผู้ให้กู้แล้ว ความเสี่ยงเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยนของผู้กู้ผ่านเกณฑ์เรื่องความสุจริตในการทำสัญญาหรือไม่²¹³

²¹² EU Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, para 3.4.5.

²¹³ Competition & Markets Authority, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 191*, หน้า 26.

ตารางที่ 5.8: พฤติการณ์ที่ปวง (ต่อ)

เป็นข้อเท็จจริง
ที่มีอยู่ในเวลาที่
ทำความเข้าใจ
(มีติด้านเวลา)

- ผู้บริโภคมีโอกาสอย่างแท้จริงในการพิจารณาและทำความเข้าใจข้อตกลงหรือไม่²¹⁴ (อย่างไรก็ตาม กรณีไม่รวมถึงการถูกทำกลฉ้อฉล ซึ่งจะทำให้นิติกรรมกลายเป็นโมฆะ)
- พิจารณาส่งที่คู่สัญญาทำการพิจารณาในขณะที่ทำสัญญาและไม่พิจารณาพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในภายหลัง²¹⁵ เช่น กรณีที่สัญญาขั้วมเงินกำหนดให้ผู้ให้กู้มีสิทธิเรียกให้ผู้กู้ชำระเงินคืนเต็มจำนวนในทันทีหากว่าผิดนัดชำระครบตามจำนวนที่กำหนด ความเป็นธรรมจะต้องถูกพิจารณาจากจำนวนการผิดนัด “ที่กำหนดในสัญญา” ไม่ใช่จำนวนการผิดนัดที่เกิดขึ้นจริงโดยผู้กู้²¹⁶

²¹⁴ เพิ่งอ้าง, หน้า 27.

²¹⁵ เพิ่งอ้าง, หน้า 28.

²¹⁶ EU Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, para 3.4.5.

5.3 การศึกษาและวิจัยในอนาคต

เพื่อให้แนวทางการดำเนินการเพื่อลดความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกันตามที่ได้เสนอในหัวข้อ 5.1 และ 5.2 สามารถดำเนินการได้จริง งานวิจัยนี้จึงขอเสนอการศึกษาและวิจัยในอนาคตที่จะมีส่วนสนับสนุนในการพัฒนาเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และการทำให้แนวปฏิบัติสำหรับคู่สัญญามีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

5.3.1 การพัฒนาเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

หากจะมีการแก้ไขเพื่อเพิ่มเติมเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เช่น ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 ตามแนวทางของ UCTA และ UTCD หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องควรจะดำเนินการตามแนวทางของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ซึ่งจะต้องมีการแสดงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายและต้องวิเคราะห์โดยมีข้อมูลและเอกสารหลักฐานประกอบชัดเจนว่าไม่เป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น

คุ้มค่ากับภาระที่เกิดขึ้นแก่รัฐและประชาชน รวมทั้งไม่สามารถใช้มาตรการหรือวิธีการอื่นใดนอกจากการตราเป็นกฎหมาย²¹⁷ ตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมาย²¹⁸ และการตรวจสอบผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์ผลกระทบ²¹⁹

ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการทำการศึกษาวิจัยเพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการแก้ไขกฎหมาย ความพร้อมและต้นทุนของรัฐในการปฏิบัติตามและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย²²⁰ กรณีมีข้อสังเกตว่าการศึกษาและวิเคราะห์ดังกล่าวนั้น จำเป็นจะต้องอาศัยองค์ความรู้ที่มากไปกว่าการอาศัยองค์ความรู้ด้านนิติศาสตร์เท่านั้น เนื่องจากแนวทางการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (พ.ศ. 2562) กำหนดให้มีการความพร้อมและต้นทุนของรัฐในการปฏิบัติตามและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งมีข้อกำหนดให้ต้องแสดงถึง “ต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่คาดว่าจะต้องใช้ในการปฏิบัติตามและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายในระยะ 3 ปีแรก เป็นจำนวน.....บาท อัตราค่าจ้างที่ต้องใช้.....อัตรา อัตราค่าจ้างที่มีอยู่แล้ว.....อัตรา อัตราค่าจ้างที่ต้องเพิ่มขึ้น.....อัตรา”²²¹

²¹⁷ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562, มาตรา 12.

²¹⁸ เพิ่งอ้าง, หมวด 3.

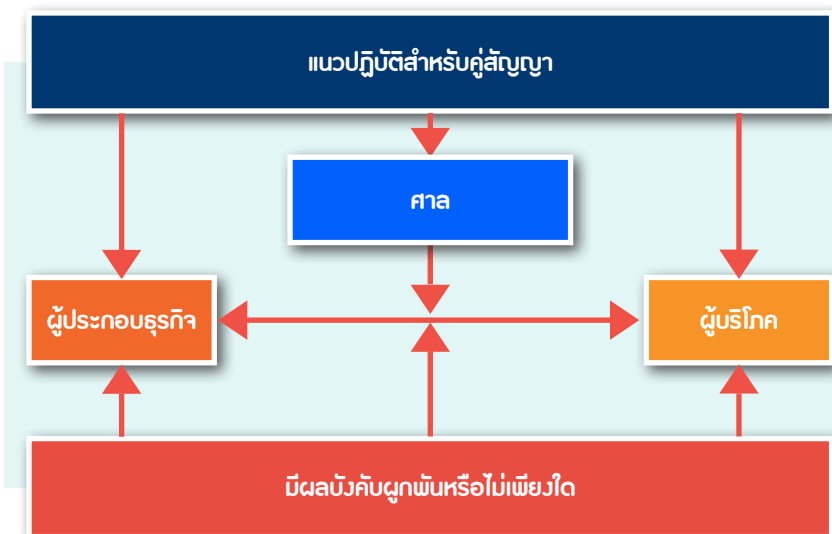
²¹⁹ เพิ่งอ้าง, หมวด 4.

²²⁰ แนวทางการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (พ.ศ. 2562) (อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 และมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562)

²²¹ เพิ่งอ้าง, (รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย).

5.3.2 การทำให้แนวปฏิบัติสำหรับคู่สัญญามีผลบังคับใช้

การสร้างแนวปฏิบัติในการพิจารณาความโปร่งใส แนวปฏิบัติในการพิจารณาการได้เปรียบมากเกินไปจนสมควร แนวปฏิบัติในการพิจารณาความสุจริต หรือแนวการปฏิบัติในการพิจารณาพฤติกรรมทั้งปวง หากปฏิบัติตามแนวทางที่ได้เสนอในหัวข้อ 5.2 นั้น มีโอกาสที่จะประสบปัญหาในทางปฏิบัติว่า “หน่วยงานใด” จะเป็นผู้พัฒนาและจัดทำแนวปฏิบัติดังกล่าวและที่สำคัญหน่วยงานนั้น “มีอำนาจ” ในการออกแนวปฏิบัติ ซึ่งมีผลบังคับทางกฎหมายหรือไม่เพียงใด เช่น เมื่อออกแนวปฏิบัติมาแล้วองค์กรตุลาการจะต้องปรับใช้แนวปฏิบัตินั้นหรือไม่ ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามแนวปฏิบัติมี “หน้าที่” ต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัตินั้นหรือไม่ ตลอดจนประเด็นที่ว่าผู้บริโภคมจะสามารถอ้างอิงแนวปฏิบัตินั้นต่อผู้ประกอบธุรกิจได้หรือไม่เพียงใด ด้วยเหตุนี้ การศึกษาและวิจัยในอนาคตควรจะวิเคราะห์และเสนอแนวทางในการป้องกันและแก้ปัญหาข้างต้นโดยครอบคลุมถึงประเด็นตามแผนภาพด้านล่างนี้



หากพิจารณาจากมุมมองของกฎหมายเปรียบเทียบแล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น มีวัตถุประสงค์และสาระที่สามารเทียบเคียงได้กับ UCTA และ UTCD อย่างไรก็ตาม ปัญหาในทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายอาจเกิดความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายและแนวการปฏิบัติของคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ การพัฒนา “ตัวบทกฎหมาย” ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม โดยให้คำนึงถึงความสมดุลในการรักษาเสรีภาพในการทำสัญญาและลักษณะการประกอบกิจการในปัจจุบัน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์หรือการทำธุรกรรมออนไลน์) ย่อมส่งผลดีต่อการปรับใช้กฎหมาย เช่น ตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับ “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา” ซึ่งมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ในความเป็นจริง สัญญาระหว่างคู่สัญญาเอกชนอาจมีการกำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการได้ โดยปราศจากความไม่เป็นธรรมก็เป็นได้

ดังนั้น ตัวบทมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงควรถูกพัฒนาโดยการเพิ่มเนื้อหาและรายละเอียดของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กลายเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม เช่น บทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจยกเอาข้อสัญญามายกเว้นหรือจำกัด และยกเว้นที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยกเอาข้อสัญญามายกเว้นหรือจำกัดได้ โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ เช่น

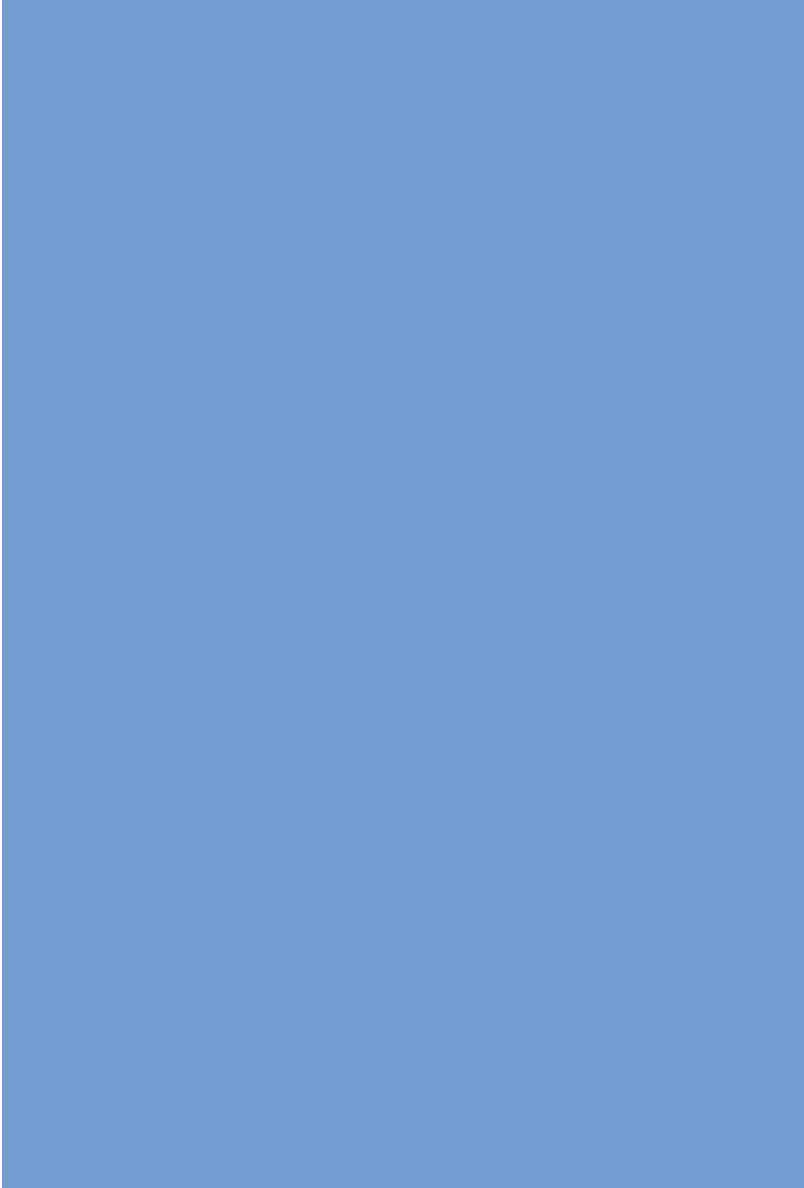
reasonable test ของสหราชอาณาจักร ซึ่งจะทำให้กฎหมายสามารถ ถูกบังคับใช้ได้มากขึ้นบนความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการทำสัญญากับ การที่รัฐเข้าแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าว

นอกจากพัฒนาตัวบทกฎหมายและแนวทางในการตีความหรือ บังคับใช้กฎหมายแล้ว งานวิจัยนี้ขอเสนอว่า การจัดแนวทางการปฏิบัติ เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่สุจริตและประสงค์ที่จะปฏิบัติตามกฎหมายสามารถ ปฏิบัติตามกฎหมายได้ย่อมส่งผลดีต่อการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น กรณีนี้ การทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ หากผู้ประกอบการธุรกิจมีความจำเป็นที่ต้อง ทำสัญญาเอาไว้ล่วงหน้าเพื่อให้ผู้บริโภคจำนวนมากเห็นและยอมรับเงื่อนไข ผ่านหน้าเว็บไซต์ แต่ขณะเดียวกันก็ประสงค์ที่จะทำให้อัตราสัญญาที่ถูก เตรียมไว้ล่วงหน้าดังกล่าวมีความเป็นธรรม ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้อง ดำเนินการอย่างไร

ด้วยเหตุนี้ การพัฒนาแนวการปฏิบัติซึ่งอาจไม่ได้มีสถานะเป็น กฎหมาย เช่น แนวปฏิบัติในการพิจารณาความโปร่งใส แนวปฏิบัติ ในการพิจารณาการได้เปรียบมากเกินไปจนสมควร แนวปฏิบัติในการพิจารณา ความสุจริต และ แนวปฏิบัติในการพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวงของคู่สัญญา ในการทำสัญญาจึงมีส่วนช่วยในการปฏิบัติตามกฎหมายในทางปฏิบัติ เช่น การกล่าวถึงแนวปฏิบัติในการเข้าทำสัญญาโดยแนะนำให้ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือผู้กำหนดสัญญาดำเนินการให้ผู้บริโภคเข้าถึง (access) และสามารถ อ่านเอกสารทั้งหมดก่อนที่จะทำสัญญา (มีส่วนช่วยสร้างความโปร่งใสและ ลดโอกาสในการที่ข้อตกลงจะกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลง) หรือแนะนำวิธีการทำสัญญาโดยสุจริต เช่น ดำเนินการให้ผู้บริโภคได้ทราบ ถึงข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญและไม่คาดการณ์ไปล่วงหน้าว่าผู้บริโภคจะ สามารถทราบถึงข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญเองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

สัญญาที่มีความยาว แนวการปฏิบัติข้างต้นนี้ นอกจากจะช่วยให้คู่สัญญาปฏิบัติตามกฎหมายได้ง่ายขึ้นแล้ว ในขณะเดียวกันยังสามารถช่วยให้องค์กรตุลาการมีแนวทางในการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อีกด้วย

เพื่อให้แนวทางการดำเนินการเพื่อลดความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกัน งานวิจัยนี้ขอเสนอให้มีการจัดการศึกษาและวิจัยเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบอันอาจเกิดจากการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 และการจัดการศึกษาและวิจัยเกี่ยวกับผลบังคับผูกพันของแนวปฏิบัติสำหรับคู่สัญญา



הכנתה את

Consumer Rights Act 2015 (c. 15) Schedule 2 —
Consumer contract terms which may be regarded as unfair
Part 1 — List of terms SCHEDULE 2 Section 63

CONSUMER CONTRACT TERMS WHICH MAY BE REGARDED AS UNFAIR

PART 1

LIST OF TERMS

1. A term which has the object or effect of excluding or limiting the trader's liability in the event of the death of or personal injury to the consumer resulting from an act or omission of the trader. This does not include a term which is of no effect by virtue of section 65 (exclusion for negligence liability).
2. A term which has the object or effect of inappropriately excluding or limiting the legal rights of the consumer in relation to the trader or another party in the event of total or partial non-performance or inadequate performance by the trader of any of the contractual obligations, including the option of offsetting a debt owed to the trader against any claim which the consumer may have against the trader.
3. A term which has the object or effect of making an agreement binding on the consumer in a case where the provision of services by the trader is subject to a condition whose realisation depends on the trader's will alone.

4. A term which has the object or effect of permitting the trader to retain sums paid by the consumer where the consumer decides not to conclude or perform the contract, without providing for the consumer to receive compensation of an equivalent amount from the trader where the trader is the party cancelling the contract.
5. A term which has the object or effect of requiring that, where the consumer decides not to conclude or perform the contract, the consumer must pay the trader a disproportionately high sum in compensation or for services which have not been supplied.
6. A term which has the object or effect of requiring a consumer who fails to fulfil his obligations under the contract to pay a disproportionately high sum in compensation.
7. A term which has the object or effect of authorising the trader to dissolve the contract on a discretionary basis where the same facility is not granted to the consumer, or permitting the trader to retain the sums paid for services not yet supplied by the trader where it is the trader who dissolves the contract.
8. A term which has the object or effect of enabling the trader to terminate a contract of indeterminate duration without reasonable notice except where there are serious grounds for doing so. This is subject to paragraphs 21 (financial services) and 24 (sale of securities, foreign currency etc).

9. A term which has the object or effect of automatically extending a contract of fixed duration where the consumer does not indicate otherwise, when the deadline fixed for the consumer to express a desire not to extend the contract is unreasonably early.
10. A term which has the object or effect of irrevocably binding the consumer to terms with which the consumer has had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract.
11. A term which has the object or effect of enabling the trader to alter the terms of the contract unilaterally without a valid reason which is specified in the contract. This is subject to paragraphs 22 (financial services), 23 (contracts which last indefinitely) and 24 (sale of securities, foreign currency etc).
12. A term which has the object or effect of permitting the trader to determine the characteristics of the subject matter of the contract after the consumer has become bound by it. This is subject to paragraph 23 (contracts which last indefinitely).
13. A term which has the object or effect of enabling the trader to alter unilaterally without a valid reason any characteristics of the goods, digital content or services to be provided.
14. A term which has the object or effect of giving the trader the discretion to decide the price payable under the contract after the consumer has become bound by it, where no price or method of

determining the price is agreed when the consumer becomes bound. This is subject to paragraphs 23 (contracts which last indefinitely), 24 (sale of securities, foreign currency etc) and 25 (price index clauses).

15. A term which has the object or effect of permitting a trader to increase the price of goods, digital content or services without giving the consumer the right to cancel the contract if the final price is too high in relation to the price agreed when the contract was concluded. This is subject to paragraphs 24 (sale of securities, foreign currency etc) and 25 (price index clauses).
16. A term which has the object or effect of giving the trader the right to determine whether the goods, digital content or services supplied are in conformity with the contract, or giving the trader the exclusive right to interpret any term of the contract.
17. A term which has the object or effect of limiting the trader's obligation to respect commitments undertaken by the trader's agents or making the trader's commitments subject to compliance with a particular formality.
18. A term which has the object or effect of obliging the consumer to fulfil all of the consumer's obligations where the trader does not perform the trader's obligations.

19. A term which has the object or effect of allowing the trader to transfer the trader's rights and obligations under the contract, where this may reduce the guarantees for the consumer, without the consumer's agreement.
20. A term which has the object or effect of excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, in particular by—
- (a) the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions,
 - (b) unduly restricting the evidence available to the consumer, or
 - (c) imposing on the consumer a burden of proof which, according to the applicable law, should lie with another party to the contract.



បន្តការបុគ្គល

หนังสือ

กิตติศักดิ์ ปรกิติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้
(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วิญญูชน 2554)

ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและ
ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2) (กรุงเทพฯ: สำนัก
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542)

ดาราพร ธีระวัฒน์, สัญญาผู้บริโภค (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559)

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง ชวิน อุณหัทร ปิติ เอี่ยมจัญญาลาภ พีรพัฒน์ โชคสุ
วัฒน์สกุล และ อ.สิริรัตน์ ทิพย์สัมฤทธิ์กุล, แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการ
คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Thailand Data Protection
Guidelines 2.0) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
2562)

วิจิตรา (ฟุ้งลดดา) วิเชียรชม, ย่อหลักกฎหมายแรงงาน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป
กฎหมายแรงงาน พิมพ์ครั้งที่ 23 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม
2551)

ศันนกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558)

ศักดิ์ ธนิตกุล, แนวคิดหลักกฎหมาย และคำพิพากษา: กฎหมายกับธุรกิจ
พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม 2555)

ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย
นิติกรรมและสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติ
บรรณาการ 2547)

สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ พิมพ์ครั้งที่ 8
(กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2552)

สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551)

เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา
เล่ม 1 (ภาค 1-2) พิมพ์ครั้งที่ 3 พ.ศ. 2559 ปรับปรุงแก้ไขโดย
มนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2559)

บทความภาษาไทย

จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม
พ.ศ. 2540” ตุลพาห (มกราคม-มิถุนายน 2541)

ณัฐพงศ์ โปษะบุตร, หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์, Assumption University Law Journal (Vol. III August, 2012)

ธัญญานุช ดันติกุล, การผิดสัญญาในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์, ตุลพาห
(เล่มที่ 3 ปีที่ 55 กันยายน-ธันวาคม พ.ศ. 2551)

พินัย ณ นคร, กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่
เชิงเปรียบเทียบ, วารสารนิติศาสตร์ (30: 4)

อวิการ์ตน์ นิยมไทย, ‘เหตุใดต้องทำการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม’ จุลนิติ (มี.ค.-เม.ย. 2552)

เอกสารไม่ตีพิมพ์

ต้นแบบสัญญาซื้อขายอัญมณีระหว่างประเทศระยะยาว (ซึ่งผู้เขียนได้รับอนุญาตให้ใช้ข้อความในสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาและวิจัยโดยไม่เปิดเผยชื่อคู่สัญญา)

คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1455/2562

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16093/2557

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1732/2503

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2553

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2560

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3506/2546

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 698/2479

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7058/2558

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8171/2547

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 945/2536

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9789/2560

กฎหมาย

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการขายรถยนต์ใช้แล้วเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2562

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541)

พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 254



Carolyn Edwards, “Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues”, UMKC Law Review (Vol.17:3 (2009))

David P. Weber, “Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition” Yale Human Rights and Development Journal (Vol. 16: 1 (2013))

Mark L. Movsesian, Two Cheers for Freedom of Contract, Cardozo Law Review (Vol.23:4 (2002))

Mark Pettit, Jr., Freedom, Freedom of Contract, and the “Rise and Fall”, Boston University Law Review (Vol. 79 (1999))

Reshma Korde, “Good Faith and Freedom of Contract”, UCL Jurisprudence Review (2000)

Roscoe Pound, ‘Liberty of Contract’ Yale Law Journal (1909)

William L. Scheffler, ‘The Politicization And Death Of Rebus Sic Stantibus’ Syracuse Journal of International Law and Commerce (Vol. 2: Issue 1, Article 5)

เอกสารไม่ตีพิมพ์

Competition & Markets Authority, ‘Unfair contract terms guidance Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015’ [online] July 2015 แหล่งที่มา https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf

Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts (2019)

Lazada, ‘เงื่อนไขในการใช้บริการ’ [ออนไลน์] มีนาคม 2563 แหล่งที่มา https://www.lazada.co.th/terms-conditions/?spm=a2o4m.14099073.footer_top.10.9c9d_389d84s489> accessed 25 มีนาคม 2563.

Oxford Reference, ‘pacta sunt servanda’ [online] March 2020 แหล่งที่มา <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100300496>

Quy-Toan Do, 'Asymmertic Information' [online] แหล่งที่มา
https://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/84797-1114437274304/Asymmetric_Info_Sep2003.pdf

Rosti, 'Privacy notice for employees – GDPR' [online] May 2018 https://www.rosti.com/wp-content/uploads/2018/05/Privacy-Notice_Employee-GDPR-GROUP-LEVEL.pdf

คำพิพากษา/คำวินิจฉัย

Case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation v Amazon

Case C-226/12 Constructora Principado

Case C-290/16 Air Berlin

Case C-415/11 Aziz

Case C-632/17 PKO

Case C-74/15 Dumitru Tarcău

Case C-8/14 BBVA

Case C-96/14 Van Hove

Joined Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15 Gutiérrez Naranjo

กฎหมายต่างประเทศ

Consumer Rights Act 2015 (UK)

EU Commission Notice: Guidance on the interpretation and application
of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer
contracts

EU Council Directive on unfair terms in consumer contracts 93/13/
EEC

Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate
între comercianți și consumatori.

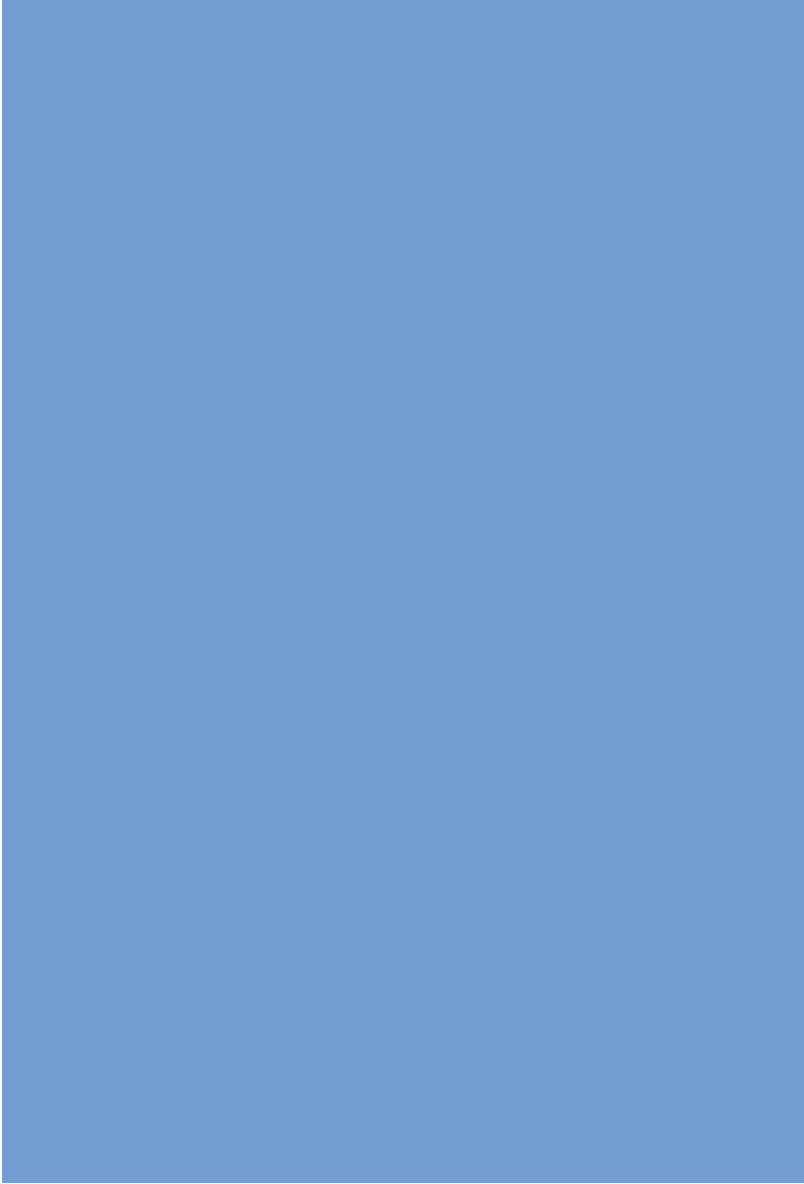
Regulation (EC) No. 1008/2008

Sale of Goods Act 1893 (UK)

Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (UK)

The kodeks postępowania cywilnego (Civil Procedure Code)

Unfair Contract Terms Act 1977 (UK)



ប្រវត្តិដ្ឋាន



Full Name Piti Eiamchmaroonlarp

Address: Faculty of Law, Chulalongkorn University 254 Phayathai
Road Pathumwan Bangkok 10330

Fax: 0 2218 2018

Email: piti.e@chula.ac.th

Nationality ...Thai.../ Date of Birth: (08/01/1987)

Educational / Professional Memberships

Educational background

- Ph.D. in oil and gas law, University of Aberdeen, the United Kingdom, 29th January 2016 (sponsored by the Office of Higher Education, Thailand)
- Master of Public Law (LL.M.), Thammasat University, 31st May 2013
- Certificate of completion for a training: "Changing policies and cultures in Europe and Russia: Environmental, Resources, and Energy", awarded by the University of Tartu, Euro College, Estonia, September 2013
- Oil & Gas Production Sharing Contract Negotiation Exercise Certificate, awarded by Oil and Gas Academy of Scotland & Mildwater Consulting at the University of Aberdeen, the United Kingdom, June 2013
- Master of Oil and Gas Law (LL.M.) with commendation, University of Aberdeen, the United Kingdom, 29th November 2012 (sponsored by the Office of Higher Education, Thailand)
- Oil and Gas Law II: ASEAN Integration 2015, Economics, Taxation, Negotiations and Contracting Certificate, awarded by Chulalongkorn University, September 2012
- Introduction to German law at Goethe University, Frankfurt, Germany (sponsored by the German-Southeast Asian Centre of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG)), 2011
- Bachelor of Law (LL.B.) with Honor (Certificates of Excellence Academic Record), Thammasat University, 22nd February 2009

Professional memberships

- Education Advisory Board of the Association of International Petroleum Negotiators (AIPN) (since 2019)
- Barrister at Law (Year 62), The Thai Bar Association, June 2010
- Certificate of completion for lawyer license training, awarded by the Lawyers Council of Thailand, August, 2009

Current Position

- Member of the sub-committee on energy businesses laws examination and development (Energy Regulatory Commission: ERC)
- Full-time lecturer & director of the LL.M. (Business Law) International Program (Faculty of Law, Chulalongkorn University)
- Legal advisor to the Office of International Affairs (Chulalongkorn University)
- Special lecturer (teaching Administrative Law for Business) & an editor of Thai Legal Studies (TLS) (Faculty of Law, Thammasat University)
- An editor of Journal of Legal Studies (Brawijaya University, Indonesia)

Professional Experience

- **Chulalongkorn University:** a legal expert/researcher (September 2016 to present)
 - *Energy Regulatory Commission:* drafting energy (electricity and natural gas) competition regulations (rules on M&A and energy license transfer approval, definitions of energy markets, dominant players in energy markets, and anti-competitive conduct)
 - *Energy Regulatory Commission:* drafting regulation on compensation for landowner and occupier affected by power grids construction
 - *Office of the National Water Resources:* drafting regulation on water use license and water use fees

- *Electricity Generating Authority of Thailand (EGAT)*: drafting model wheeling service agreements for the transmission systems owned by EGAT
 - *Metropolitan Electricity Authority (MEA) and Provincial Electricity Authority (PEA)*: drafting model wheeling service agreements for the distribution systems owned by MEA and PEA
 - *Energy Regulatory Commission*: conducting legal research on disruptive technologies for power purchasing businesses, analyzing legal challenges as well as providing legal solutions to evolving power purchasing models especially those driven by disruptive technologies
 - *Electricity Generating Authority of Thailand (EGAT)*: analyzing legal challenges as well as providing legal solutions to P2P power purchasing through digital platforms
 - *Provincial Waterworks Authority (PWA)*: serving as a legal expert for the water pricing of PWA
 - *Toyota Motor Thailand (TMC)*: preparation of model EV sharing service agreement as well as analysis on personal data protection requirements under the Personal Data Protection Act B.E. 2562
 - *Sports Authority of Thailand (SATs)*: analyzing legal challenges and providing legal solutions to a public-private partnership project (a national sports stadium)
 - *Airports of Thailand (AOTs)*: analyzing legal challenges and providing legal solutions to a public-private partnership project (airport cargo & ground support equipment project)
 - *Bangkok Mass Transit Authority (BMTA)*: preparing EV bus rental and EV bus service agreements in accordance with the Public Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2560 (2017)
- **LS Horizon Ltd, Bangkok (Thailand)**: as a Junior Associate (January 2009 to June 2011)
 - *Government of Laos*: advising on credit facility for \$2.7 billion 'Hongsa Mine-Mouth Power Project' in Lao PDR

- *Electricity Generating Authority of Thailand ('EGAT'):* conducting a legal research on framework for nuclear power development and delivering a presentation on the regulatory aspect of nuclear development and civil liability
- *Gulf Power Generation Supply Co., Ltd.:* giving legal opinions on environment impacts assessment (EIA) to the Department of Public Works and Town & Country Planning
- *Salamander Energy Co., Ltd.:* drafting land occupation agreements for an onshore oil exploration project
- *Chevron Co., Ltd.:* conducting legal research on potential resolution of an administrative dispute concerning revocation of (offshore) petroleum concessions in the Gulf of Thailand

Arbitration/Mediation Experience

Publications

- *"The Single Buyer Model as a Challenge and an Opportunity in relation to Sustainable Energy Democracy"* in Fleming, R.(ed.), Huhta, K. (ed.), and Reins, L. (ed.), *Sustainable Energy Democracy and the Law* (accepted and to be published by Brill/Nijhoff in July 2021)
- *"Stabilization Provisions: Do they provide the desired protection?"* (co-authors: Eduardo G. Pereira, Marianthi Pappa, Thomas Kojo Stephens, Alicia Elias-Roberts, and Alberto Lopes), *Oil Gas & Energy Quarterly* (accepted and to be published in June 2021)
- *"Renewable Energy Investment in Thailand and Vietnam from a Legal Perspective"* published in *Proceedings of the 2018 International Conference on Energy and Mining Law (ICEML 2018)*

- *"The Role of Law in Promoting Investment in the Exploration and Production Industry: Petroleum Licensing in the UK"* published in Nitipat NIDA Journal Year 7 Issue 1, January to June 2018
- *"Chevron vs. Ecuador: Harmony of Environmental Protection and Economic Development from the Legal Perspective"* published in Asian Journal of Legal Studies (Volume VII), Second Issue July, 2017
- *"The Legal Nature and Comparison of Petroleum Concession Agreements, Production Sharing Agreements, and Risk Service Agreements"* published in Thammasat Law Journal Year 46 Issue 2, June 2017
- *"Myanmar Oil and Gas: Managed by the People for the People"* (Young Academic Voice) Issue 18 December 2015 published in Kyoto Review of Southeast Asia: The Blooming Years, February 2017
- *"Combating corruption in the Petroleum Sector: Implementation of Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)"*, published in Ramkhamheang Law Journal Year 4 Issue 2 (1July-31 December 2015)
- *"Facilitating Oil Contract Transparency and Combating Oil Revenue Corruption: Right of Access to Information and Freedom of Information Laws"*, published in Contemporary Issues in Laws (2014) Volume 13 Issue 2
- *"Legal and Policy Issues for Capacity Remuneration Mechanisms in the Evolving European Internal Energy Market"* (together with Kaisa Huhta, James Kroeger and Tade Oyewunmi), published in European Energy and Environmental Law Review (2014) Volume 23 Issues 3
- *"Human Rights and Oil Blessing: Possibilities of Applying Freedom of Information to Ensure Right of Access to Primary Oil Agreements"*, published in Revista Perspectivas do Desenvolvimento (2014) Volume 2 Number 2
- *"Forms of Business Organisation of a Petroleum Joint Operating Agreement under the Thai Legal System"*, published in the State Attorney Journal Year 27 Issue 272 (July-September 2014)

- *"Legal Problems Challenging the Electricity Reform in Thailand"*, published in Graduate Law Journal (Thammasat University) Year 7 Issue 4 (December 2013)
- A co-author of *"Thailand Personal Data Protection Guidelines 1.0, 2.0, and 3.0"* published by Chulalongkorn University in 2018, 2019, and 2020)

Languages

Thai

English

“

แม้ว่าจะมีการใช้บังคับ

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

แต่ก็ยังพบว่ามีสัญญาหลายรูปแบบ

ที่สร้างความไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
ส่งผลให้รัฐต้องเข้าแทรกแซงการทำสัญญาระหว่างเอกชน
เพื่อสร้างความเป็นธรรม

”



สถาบันพระปกเกล้า

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 ฝั่งทิศใต้
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทร. 02-141-9600 Fax. 02-143-8181
www.kpi.ac.th

www.kpi.ac.th



ISBN

BAR CODE

ราคา บาท