

ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วย
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ส่วนที่ 1 ปัญหาขอบเขตของกฎหมาย

1. ปัญหาในเรื่องขอบเขตของนิติกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภท

1.1 สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ถือเป็นนิติกรรมสัญญาประเภทแรก ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขอบเขตของสัญญาชนิดนี้ อาจแบ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน ด้วยกันคือ

ส่วนที่ 1 คือ นิยามคำว่า ผู้บริโภค อันหมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้

1. ผู้ซื้อ
2. ผู้เช่า
3. ผู้เช่าซื้อ
4. ผู้กู้
5. ผู้เอาประกัน
6. ผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือ ประโยชน์อื่นใด โดยมีค่าตอบแทน
7. ผู้ค้าประกัน บุคคลดังกล่าวข้างต้น

จากคำนิยามข้างต้น มีประเด็นในเรื่องขอบเขตดังนี้

1. ขอบเขตนิยามใน ข้อที่ 6 ได้แสดงให้เห็นว่า ขอบเขตการทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคนั้น ได้ขยายไปถึงสัญญาประเภทอื่น ๆ ซึ่งอาจเป็นสัญญาประเภทใดก็ได้ ที่ทำให้ผู้บริโภคได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด โดยมีค่าตอบแทน ซึ่งขอบเขตดังกล่าวนี้ มีส่วนทำให้ความหมายของคำว่า ผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ขยายกว้างออกไปมาก แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าว รวมถึงขอบเขตนิยามในข้ออื่น ๆ

จะต้องเป็นสัญญาที่ทำกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เท่านั้น จึงจะอยู่ในขอบเขตของนิยาม ตามกฎหมาย

2. ผู้เข้าทำสัญญา ในฐานะผู้ค้าประกัน ตามนิยามคำว่า ผู้บริโภค มีขอบเขตเพียงใด อันเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ไม่ได้ให้นิยามที่ชัดเจน จึงมีความเห็นที่แตกต่าง เป็น 2 ฝ่าย คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า มาตรา 680 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง คำประกัน จะเป็นเรื่องของการทำสัญญาคำประกันด้วยบุคคลเท่านั้นจะไม่เกี่ยวกับการจำนองและจำนำ ซึ่งเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินแต่ประการใด ผู้ค้าประกันตามนิยามคำว่า ผู้บริโภคดังกล่าว จึงไม่อาจรวมถึง ผู้จำนำ และ ผู้จำนอง

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ผู้ค้าประกัน ในที่นี้ สามารถตีความให้รวมถึง ผู้จำนำและ ผู้จำนอง ได้ด้วย (หากผู้จำนำและผู้จำนอง ดังกล่าวมิได้กระทำเพื่อการค้า) ด้วยเพราะแท้ที่จริง ผู้จำนำหรือผู้จำนอง ก็คือ ผู้ค้าประกัน รูปแบบหนึ่ง ซึ่งความเห็นดังกล่าว เป็นการตีความกฎหมาย เพื่อให้มีความยืดหยุ่นในการใช้เพื่อยังผลให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด

จากความเห็นของทั้งสองฝ่าย ดังกล่าวข้างต้น การพิจารณา คำว่า ผู้ค้าประกัน อันเป็นส่วนหนึ่งในนิยามของคำว่า ผู้บริโภค ว่าจะมีขอบเขตเพียงใดนั้น เห็นว่าควรพิจารณาคำว่า ผู้ค้าประกัน ในนิยามคำว่า ผู้บริโภค แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าเป็น ผู้ค้าประกัน ตามหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาเห็นว่า สัญญาซึ่งจะนำมาสู่การพิจารณาของศาล ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็คือสัญญาที่มีการจัดทำตามหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังกล่าวนี้นี้ ผู้ค้าประกันตามนิยามคำว่า ผู้บริโภค แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จึงควรหมายถึง ผู้ค้าประกัน ตามหลักการแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้วางหลัก ในเรื่อง คำประกัน จำนอง และจำนำ โดยแบ่งแยกเป็น 2 กรณี คือ

- ก. การประกันด้วยบุคคล คือ คำประกัน
- ข. การประกันด้วยทรัพย์สิน คือ จำนอง จำนำ

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แยกบทบัญญัติเรื่อง คำประกัน จำนอง และจำนำ เป็นเรื่อง ๆ ไป อันอาจแสดงให้เห็นนัยหนึ่งว่า ต้องการให้เรื่องการประกัน

ด้วยบุคคล กับ การประกันด้วยทรัพย์สิน เป็นคนละส่วนกัน อีกทั้งในบทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 2 กรณีดังกล่าว ยังมีหลักการของกฎหมายที่แตกต่างกันอยู่ ฉะนั้น ผู้ค้าประกัน ตามนิยามคำว่า ผู้บริโภครวม ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จึงเห็นว่า ไม่ครอบคลุมถึง ผู้จำนำ และ ผู้จำนอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น

3. นิยาม คำว่า ผู้บริโภค ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จากการศึกษา วิเคราะห์จะเห็นได้ว่า แตกต่างจากนิยามคำว่า ผู้บริโภค ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้น แม้อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะบัญญัติถึงเรื่องผู้บริโภค ไว้ก็ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วย เพราะแนวคิดของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว แตกต่างกัน เพียงแต่มีจุดมุ่งหมายบางประการที่ตรงกัน

ส่วนที่ 2 คือ นิยามคำว่า ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

นิยามศัพท์คำนี้ มีความหมายที่สำคัญอย่างมาก เช่นเดียวกับคำว่า "ผู้บริโภค" เพราะเป็นส่วนที่จะนำมาใช้พิจารณาว่า สัญญานั้นนี้ ควรอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบของศาลตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ข้อสังเกตที่น่าพิจารณาคือว่า นิยามนี้ ประกอบด้วย 2 ส่วนด้วยกันคือ 1. ผู้ประกอบธุรกิจการค้า กับ 2. ผู้ประกอบวิชาชีพ ดังนั้น จึงไม่ใช่ นิยามศัพท์ ในความหมายเดียวกันกับ คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งไม่ได้กล่าวถึง ผู้ประกอบวิชาชีพ ด้วยเหตุที่เป็นแนวคิดและกฎหมายต่างฉบับกัน เราอาจกล่าวได้ว่า สัญญาของผู้บริโภค ที่เข้ามาอยู่ในขอบเขตของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ จึงมีแง่มุมบางประการที่ยังแตกต่างกันอยู่ แต่มีความคาบเกี่ยวกันอยู่บ้าง เพียงบางลักษณะ เช่น กรณีของสัญญาจะซื้อจะขายบ้านและที่ดิน ผู้ประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน อาจถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค และเป็น ผู้ประกอบธุรกิจการค้า ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้ในขณะเดียวกัน แต่ไม่ใช่ทุกประเภท สิ่งนี้จึงเป็นสิ่งที่ต้องแยกความแตกต่างกัน เพราะแนวคิดในกฎหมายคุ้มครองผู้

บริโศค จะเป็นแนวคิดในเชิงป้องกัน ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะเป็นแนวคิดในเชิงเยียวยา ซึ่งกรณีนี้ จะกล่าวเพิ่มเติมอีก ในหัวข้อ ปัญหาขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

1.2 สัญญาสำเร็จรูป

ความหมายและขอบเขตของสัญญาสำเร็จรูป อันเป็นหนึ่งในแปด ประเภทนิติกรรมสัญญา¹ มีกรณีที่น่าพิจารณาคือ อันเนื่องจากชื่อของสัญญาดังกล่าวนั้น แรกเริ่มนั้น ตามร่างเดิมของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ไม่ได้ใช้ชื่อนี้ แต่ใช้ชื่อว่า สัญญามาตรฐาน โดยแปลจากภาษาอังกฤษคำว่า Standard Form Contract แต่ด้วยเหตุที่เกรงว่าจะมีผู้เข้าใจสับสน เข้าใจว่าถ้าเป็นมาตรฐานแล้วแสดงว่าข้อสัญญานั้นดี จึงเปลี่ยนมาเป็น สัญญาสำเร็จรูป โดยมีนิยามไว้ในมาตรา 3 ว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน ในส่วนดังกล่าวนี้เอง เมื่อนำมาเชื่อมโยงกับกฎหมายของเยอรมัน (The Standard Contracts Act 1977) ซึ่งในบทบัญญัตินั้น มีการนิยามศัพท์ คำว่า ข้อสัญญาสำเร็จรูป * ซึ่งมีสิ่งที่แตกต่างในแง่ความคิดที่สำคัญก็คือ กฎหมายเยอรมัน จะเป็นไปในลักษณะ ข้อสัญญา ที่ผู้ทำสัญญาทำไว้ล่วงหน้า สำหรับใช้กับสัญญาจำนวนมาก หรือบางประเทศ เมื่อพูดถึงสัญญาสำเร็จรูป จะหมายถึง สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ เท่านั้น แต่มุมมองในกฎหมายว่าด้วย

* มาตรา 1 คำนิยาม (1) ข้อสัญญาสำเร็จรูป คือ ข้อสัญญาทั้งหลายซึ่งผู้ใช้สัญญาทำไว้ล่วงหน้าสำหรับใช้กับสัญญาจำนวนมาก และเป็นข้อสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในขณะตกลงทำสัญญากัน โดยไม่สำคัญว่าข้อสัญญานี้ได้ถูกแยกไว้ต่างหากจากสัญญา หรืออยู่ในสัญญานั้นเอง หรือจำนวนของข้อสัญญาไม่ว่าจะเสนอในรูปแบบใดก็ตาม ไม่มีความสำคัญ

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย จะเป็นภาพที่แตกต่างกันออกไป เพราะเมื่อพิจารณาจาก นิยาม มีข้อความตอนหนึ่งว่า "ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน" ซึ่งคำว่า กิจการของตน นี้ คงจะไม่ใช่การประกอบการค้าปกติ ก็ได้ ฉะนั้น การประกอบ กิจการนี้ จะปกติหรือไม่ปกติก็ได้ ฉะนั้นบางท่านจึงอาจมีความเห็นว่า กรณีของสัญญาที่คู่ สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมีอำนาจต่อรอง สิทธิเท่าเทียมกัน แต่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการ กำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า และนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน ก็ถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้ว อันจะอยู่ในขอบเขตการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งในกรณีตามตัวอย่างนี้ บางความเห็นอาจเห็นว่า ไม่น่าจะใช้ เจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะแนวคิด ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อยู่บน พื้นฐานที่พิจารณาถึงอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา ที่ต้องการคุ้มครองเหยี่ยวาคนที่ เสียเปรียบและเนื่องจากกฎหมายประเภทนี้ เป็นกฎหมายในลักษณะจำกัดสิทธิ นิยามคำว่า สัญญาสำเร็จรูป ของกฎหมายบางประเทศ จึงมีการ จำกัดขอบเขตและการใช้ไว้ ดัง กล่าวข้างต้นนี้จึงเห็นว่า ปัญหา เป็นปัญหาของตัวบทกฎหมายที่ตีความไปได้ แต่ในขณะที่ เจตนารมณ์จริง ไม่ใช่จากปัญหานี้ ในอีกแง่หนึ่ง บางท่านก็อาจมองว่า แม้เป็นสัญญาที่ ทำขึ้น ระหว่างบุคคล 2 คน ถ้าเข้านิยามศัพท์ สัญญาสำเร็จรูป ก็ถือว่าอยู่ภายใต้การ ตรวจสอบของศาลด้วย การตีความกฎหมายในลักษณะนี้ ก็เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น

กรณีดังกล่าวข้างต้น เห็นว่าการตีความกฎหมายนี้ จำต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ประสงค์แก้ไขปัญหา การทำสัญญาโดยผู้ที่มีอำนาจ ต่อรองทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน และการทำสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมาก ซึ่งต่อไป เมื่อมีคำพิพากษาศาลฎีกาในประเด็นเรื่อง สัญญาสำเร็จรูป ออกมาก็คงมีความชัดเจนมากกว่านี้

ส่วนขอบเขตของ สัญญาสำเร็จรูป ในเรื่ององค์ประกอบของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่ง กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ที่ต้องการ ให้พิจารณาส่งที่อาจเป็นปัญหาก็คือ องค์ประกอบที่ว่า " ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร " ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า แม้จะมีได้มีการลงลาย มือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ก็มีใช้ข้อสำคัญ ตรงนี้อาจมีปัญหา เพราะเดิม ก่อนที่จะมีพระราช บัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3046/2537 ที่มี ประเด็นในเรื่องการทำสัญญาซื้อขายผ่านทางโทรพิมพ์ ซึ่งถึงแม้สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ก็ไม่อาจ พ้องร้องให้บังคับคดีได้ เพราะไม่ปรากฏหลักฐานการชำระหนี้บางส่วนหรือการวางมัดจำหรือ

ลายมือชื่อของจำเลยที่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ อาจมีปัญหาต่อการตีความ และปรับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถ้าศาลนำแนวคำพิพากษาฉบับนี้มาพิจารณา แต่จากการศึกษาวิเคราะห์หาคำตอบดังกล่าวนี้ จะเห็นว่า เมื่อพิจารณาด้อยคำที่ว่า "ไม่ว่า จะทำในรูปแบบใด" ในนิยามศัพท์ สัญญาสำเร็จรูป นั้นได้ แสดงถึงลักษณะพิเศษของสัญญา สำเร็จรูป อันแตกต่างจากแนวคิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น สัญญาสำเร็จรูป ตามนิยามของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย แม้จะทำสัญญาผ่านทางเครื่อง โทรพิมพ์ โทรสาร หรืออิเล็กทรอนิกส์โดยมิได้มีการลงลายมือชื่อกำกับไว้ ก็มีข้อสำคัญ และข้อสัญญาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปเอกสารกระดาษเสมอไป จะอยู่ในสื่อแบบใดก็ได้

1.3 สัญญาขายฝาก

สัญญาขายฝาก เป็นสัญญาประเภทที่สาม ที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาขายฝากดังกล่าวนี้ มีข้อสังเกตที่น่า พิจารณามากกล่าวถึง คือ ตามร่างเดิมของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ฉบับที่เสนอเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎรขณะนั้น ไม่ได้มีในเรื่องของสัญญาขายฝาก ตามหลักฐานจากรายงานการประชุมของสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ มา ความเดิมของมาตรา 4 จะบัญญัติถึง 1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ 2. สัญญาสำเร็จรูป และ 3. สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำ สัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก ซึ่งสัญญาประเภทที่ 3 นี้ เป็นสัญญาที่มีการกล่าวถึงกันมาก ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันตั้งแต่ขั้นคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของ กระทรวงยุติธรรม การสัมมนาที่ผ่านมา ที่จัดกันก็มีการถกเถียงในประเด็นนี้ ด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันไป บางฝ่ายก็มองว่าเป็นคำที่กว้างมาก บางฝ่ายต้องการให้มีการนิยามศัพท์ ในท้ายที่สุด ก็มีการตัดสัญญาประเภทที่ 3 นี้ไป และบัญญัติเรื่องสัญญาขายฝากแทน ผู้เขียนอยากแสดงความคิดเห็นว่า สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก น่าจะถือได้ว่าเป็น แนวความคิดหลัก ที่สำคัญของ กฎหมายฉบับนี้ก็ได้ เพราะเป็นประโยคที่บ่งถึงเจตนารมณ์อย่างชัดเจนของกฎหมายว่า ด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้ในแง่ของบางฝ่ายมองว่า สัญญาประเภทดังกล่าวนี้ ดูกว้างเกินไป เพราะ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น

อาจหมายถึง สัญญาประเภทใดก็ได้ ซึ่งผู้วิจัยก็เห็นด้วย แต่ถึงแม้ว่าจะป็นสัญญาประเภทใดก็ได้ แต่โดยขอบเขตก็จำกัดเพียงเฉพาะ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า เท่านั้น ดังกล่าวข้างต้นคือข้อสังเกตที่ต้องการนำเสนอ อีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ไม่เห็นด้วยกับการเอาสัญญาขายฝากมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เพราะจะทำให้ภาพรวมของนิติกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภท ดูเปลี่ยนไปทันที เพราะตามร่างเดิมสัญญาแต่ละประเภทจะใช้คำกว้าง ๆ ไว้ก่อน เช่น สัญญาระหว่างผู้บริโภคมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป เป็นต้น การเขียนระบุเป็นการเฉพาะในเรื่องสัญญาขายฝากนั้น อาจทำให้แลดูเหมือนกฎหมายฉบับนี้ เน้นหนักพิเศษเฉพาะ สัญญาขายฝาก และอันที่จริงแม้จะไม่เขียนระบุเฉพาะไว้ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็มีทางเข้าไปตรวจสอบได้อยู่แล้ว

กรณีปัญหา เรื่องขอบเขตของสัญญาขายฝาก ที่เห็นว่าควรนำมาพิจารณาแล้วถึงอันเป็นการศึกษาวิเคราะห์ต่อเนื่องจากบทที่ 3 คือในเรื่องความคาบเกี่ยวกันระหว่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง ขายฝาก สัญญาขายฝากนั้น จะอยู่ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถ้าเป็นข้อสัญญาที่ผู้ซื้อฝาก ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินควร ก็จะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลทำให้ศาลสามารถปรับลดให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งจะต้องพิจารณาประกอบมาตรา 10 นั้น กรณีนี้เองที่ทำให้เกิดความสับสน อันเนื่องจาก ป.พ.พ ในเรื่องขายฝากนั้น ถ้ามีการกำหนดราคาขายฝาก ที่สูงเกินกว่า ราคาขายฝากที่แท้จริงเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี กฎหมายจะกำหนดราคาขายฝากให้เพียง ราคาขายฝากที่แท้จริง บวกด้วยประโยชน์ตอบแทนร้อยละ 15 ต่อปีเท่านั้น ซึ่งตรงนี้บางท่านก็ยังเห็นว่า ยังมีความแน่นอน ถึงลดยังไรก็ 15% แต่กรณีตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อาจมีปัญห เพราะศาลอาจใช้ดุลพินิจปรับลดลงมาต่ำกว่า 15% ก็ได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ จากการศึกษาวิเคราะห์เห็นว่า ในส่วนที่กฎหมาย 2 ฉบับดังกล่าวที่มีบทบัญญัติที่ซ้ำซ้อนกัน ก็มีความเห็นว่าคุณต้องให้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อน คือลดลงตายตัวที่ร้อยละ 15 จากนั้นจึงวิเคราะห์ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเมื่อมีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสัญญาขายฝาก ป.พ.พ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ก็ควรให้นำมาปรับใช้ก่อน ซึ่งหมายความว่า เป็นไปได้ว่า แม้จะถูกปรับลดเหลือ 15% แล้วตาม ป.พ.พ. แต่เมื่อผู้ทำสัญญาที่ถูกเอาเปรียบ เห็นว่ายังไม่

เป็นธรรม ก็อาจฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกได้ ซึ่งในแง่มุมหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะมีความยืดหยุ่นกว่ากรณีนี้ จะเห็นว่า การตีความกฎหมาย ในลักษณะนี้ จะเป็นการคุ้มครองผู้ที่เสียเปรียบ ซึ่งก็คือ ผู้ขายฝาก ได้มากกว่า อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1.4 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

การศึกษาในบทที่ 3 นั้นทำให้เราทราบว่า องค์ประกอบที่จะทำให้ข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือต้องเป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องนำสืบและพิสูจน์ตามแนวทางดังต่อไปนี้

- ก) ระยะเวลาและเขตพื้นที่
- ข) โอกาสและความสามารถในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่น
- ค) ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา

ปัญหาคือ ความในวรรค 2 ของมาตรา 5 นี้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์ทั้ง ก, ข, ค นี้ ว่าขอบเขตของแต่ละปัจจัยมันมีเพียงใด เพราะมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจของศาลอย่างมาก เพราะความเป็นจริง ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี อาจแตกต่างกันออกไป จุดของความเป็นธรรมย่อมแตกต่างกันออกไป เดิมทีก่อนมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ คือ 2548-2549/2533 ว่า จำกัดเวลา 2 ปีเหมาะสมแล้ว คำถามอาจมีว่า ศาลยังจะผูกติดกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้หรือไม่ เพราะในระบบศาลไทย แนวคำพิพากษาเดิมที่ผ่านมา มีผลต่อการพิจารณาอยู่บ้างเหมือนกัน ซึ่งถ้าต่อไป สมมติมีคน

ทำสัญญาห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันเป็นเวลา 5 ปี แม้อาจจะยังไม่เป็นโมฆะ แต่จะถือว่าเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งตรงนี้คงเป็นคำถามที่น่าคิดเหมือนกัน คำตอบในเรื่องนี้ น่าจะไม่ใช่ดูเพียงระยะเวลาและเขตพื้นที่ หรือ โอกาสและความสามารถ เท่านั้น ข้อ ค. ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา คือช่องทางที่กฎหมายเปิดช่องไว้ เพื่อให้ศาลพิจารณาในแง่มุมอื่นๆ ด้วย ฉะนั้น แม้จะเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาว่า สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ 2 ปีเหมาะสมแล้ว แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป คนที่ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพทำเป็นเพียงอาชีพเดียว ไม่มีความรู้ ความสามารถอย่างอื่นแล้ว 2 ปี ก็อาจจะมากเกินไปก็ได้ ฉะนั้น ในเรื่องนี้ จึงเป็นเรื่องการทดสอบระหว่าง Freedom of Contract กับ Fundamental of human rights ว่าอะไรควรจะมาก่อนหรือควรจะขยับน้ำหนักอย่างไร

ประเด็นนี้ ยังมีปัญหาที่น่าคิดอยู่เหมือนกัน ในกรณีของมาตรา 5 ที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ดี สัญญาให้เทคโนโลยีต่าง ๆ ซึ่งมักมีข้อความ หนึ่งระบุว่า ถ้าสัญญานี้เลิกกัน ห้ามมิให้ประกอบธุรกิจแข่งขัน ซึ่งโดยปกติ เราจะเห็นว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีก็ดี มักเป็นสัญญาที่ตามมาจาก สัญญาร่วมทุน (Joint Venture) ซึ่งเหตุผลที่ห้ามมิให้ประกอบธุรกิจแข่งขัน ก็มีเหตุผลที่น่ารับฟังอยู่มาก เพราะมันมีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง เทคโนโลยีบางอย่างเป็นเรื่องที่เขาหวงแหนมาก เช่นกรณีธุรกิจปิโตรเคมีเคิล เป็นต้น ซึ่งแทบจะไม่มีใครจดสิทธิบัตร เลย เพราะเขาถือว่าเป็นความลับ ถ้าไปจดสิทธิบัตร ก็กลัวคนอื่นจะรู้ เวลาจะถ่ายทอดเทคโนโลยี ก็ต้องมีคนคอยคุม ซึ่งแน่นอน มันเกี่ยวกับ ผลประโยชน์ทั้งด้านเงินทอง และอื่น ๆ อยู่มาก ซึ่งตรงนี้ก็เห็นเหตุผลที่น่ารับฟัง แต่ปัญหาอาจจะเป็นเรื่องแค่นั้น เพียงใด จึงถือเป็นเหตุผิดสัญญา จนมีเหตุผลเพียงพอให้ห้ามประกอบธุรกิจแข่งขัน เนื่องจาก มาตรา 5 เป็นเพียงแง่มุมการพิจารณาในตัวข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเท่านั้น ไม่ได้กล่าวถึงเหตุอันเป็นที่มาของข้อตกลง ฉะนั้น จึงเห็นว่า เหตุผลอันนำมาเป็นเหตุให้มีข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพตาม มาตรา 5 น่าจะต้องนำมาพิจารณาประกอบ แม้จะผ่านจากมาตรา 150 ป.พ.พ. มาแล้ว

* ชวลิต อัครศาสตร์, "ไขปัญหากฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วยสัญญา," บรรยายที่ โรงแรมมณเฑียร (สิงหาคม 2541)

1.5 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค

เมื่อได้ศึกษาหลักการของความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิเปรียบเทียบกับมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 483 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นมาตราที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด โดยอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 6 ตาม พ.ร.บ. นี้ เป็นกฎหมายพิเศษที่ออกมาจากการบังคับใช้มาตรา 483 เพราะจากการศึกษาวิเคราะห์ที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่า มาตรา 483 นั้นคือ ขั้นตอนที่ 3 ของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ เป็นมาตราที่เปิดทางให้ผู้ขายหลีกเลี่ยงการต้องรับผิดในเรื่องความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิได้ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัตินี้ จึงเข้ามาแก้ไขหลักการเดิมอันมีผลทำให้การทำข้อสัญญายกเว้น ตาม มาตรา 483 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำไม่ได้ และยังเสริมหลักการใหม่เข้าไปจากหลักการเดิมคือ

เรื่องความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่อง ตามมาตรา 473 จากเดิมที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิด ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้ว ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่อง มาเป็นหลักการใหม่ตามกฎหมายพิเศษนี้ โดยแม้ผู้ซื้อจะรู้ ศาลก็อาจยังปรับลดข้อสัญญาให้ผู้ขายยังคงต้องรับผิดได้ ซึ่งเท่ากับเปลี่ยนแปลงหลักการเดิมในมาตรา 473(1)

เช่นเดียวกับ ความรับผิดในการรอนสิทธิ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ยกเว้นหลักการในมาตรา 483 ในเรื่องการทำข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดเพื่อการรอนสิทธิจะทำได้ และเป็นการเสริมหลักการใหม่ในเรื่องความรับผิดในการรอนสิทธิ ในมาตรา 476 จากเดิมผู้ขายไม่ต้องรับผิดถ้าผู้ซื้อรู้แล้ว ถึงสิทธิของผู้ก่อการรอนสิทธิในเวลาซื้อขาย เป็นหลักการใหม่ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า แม้ผู้ซื้อจะรู้ถึงการรอนสิทธิ ศาลก็ยังมีอำนาจปรับลดข้อสัญญาให้ผู้ขายยังคงต้องรับผิดได้

กรณีนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างจากความที่ผู้วิจัยกล่าวมาข้างต้น ในกรณีที่บางท่านอาจตีความว่า วรรคท้ายของมาตรา 6 โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ โดยมองว่ามาตรา 6 วรรคท้ายว่าไม่น่ามีโอกาสได้ใช้นั้น กรณีดังกล่าวเห็นว่า ขอบเขตการใช้ มาตรา 6 ควรจะใช้แนวการตีความกฎหมายให้มีผลบังคับใช้ได้ ดังที่กล่าวมาตอนต้นนี้ เพื่อให้เป็นธรรมต่อผู้บริโภค จึงจะสมดังเจตนารมณ์กฎหมายฉบับนี้

ความหมายของคำว่า " ทรัพย์สิน " ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

คำว่า ทรัพย์สิน ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ อันเนื่องจากในตัวกฎหมาย ไม่ได้มีการให้คำนิยามเฉพาะไว้ จึงคงต้องมาพิจารณา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่ว่าด้วยเรื่อง ทรัพย์สิน

มาตรา 137 ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุ มีรูปร่าง

มาตรา 138 ทรัพย์สิน หมายความว่า รวมทั้ง ทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้

เมื่อ คำว่า ทรัพย์สิน ในมาตรา 6 นี้ มีความหมายตามมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่น่าคิดอยู่ประการหนึ่งว่า คำว่า ทรัพย์สิน ตามมาตรา 6 นี้ รวมถึง ทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ ยังมีความคิดเห็นที่แบ่งแยกเป็น 2 ทาง คือ ทั้งไม่เห็นด้วย กับ เห็นด้วย ซึ่งส่วนที่เห็นด้วยนั้นก็ปรากฏว่า มีคำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน บางเล่ม ก็ได้กล่าวไว้อยู่เสมอเหมือนกันว่า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และสิทธิในเครื่องหมายการค้า ก็จัดเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง อันเป็นประเภทวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ และนักกฎหมายบางท่าน ก็มีความเห็น อันเป็นไปในทำนองนี้ด้วยเช่นกัน

สำหรับประเด็นนิยาม คำว่า ทรัพย์สิน นั้น เห็นว่า คงต้องพิจารณาแยกประเด็นเป็น 2 ส่วน ด้วยกัน กล่าวคือ

ประเด็นแรก ความหมายของคำว่า ทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่เรานำมาใช้ในมาตรา 6 ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ เราอาจได้ข้อสรุปอย่างเป็นกลาง ๆว่า อาจให้ตีความรวมถึง ทรัพย์สินทางปัญญาได้ ซึ่งเมื่อได้ข้อสรุปตรงนี้ ก็จะนำมาสู่การพิจารณาในประเด็นต่อมา

ในประเด็นที่สองก็คือ ทรัพย์สิน ที่ให้ตีความรวมถึง ทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยนั้น สามารถนำมาปรับใช้กับ ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ตามมาตรา 6 นี้ ได้มากน้อยเพียงใด

คำตอบในส่วนนี้ คงต้องแยกพิจารณา เป็น 2 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ

ส่วนแรก ในเรื่องของความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องนั้น โดยหลักการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว และตามเจตนารมณ์เดิมตอนร่างกฎหมายนั้น น่าจะพิจารณาได้ว่า คงต้องเป็นเรื่องที่เกิดกับทรัพย์สิน ในลักษณะของความชำรุดบกพร่อง เช่น แตก หัก ร้าว เสื่อมคุณภาพ เป็นต้น ซึ่งหมายความว่า ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในทรัพย์สิน น่าจะมีได้ในกรณีวัตถุมีรูปร่าง เท่านั้น

ส่วนที่สอง ในเรื่องของการรอนสิทธิ การรอนสิทธิตามหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องที่มีชื่อทรัพย์สินถูกบุคคลภายนอกมารบกวนหรือขัดสิทธิของผู้ชื่อ ซึ่งสิทธิอันนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้เป็นบุคคลสิทธิ ก็มีการรอนสิทธิกันได้ ซึ่งเมื่อเรื่องการรอนสิทธิ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เท่านั้น ก็สามารถนำมาปรับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพราะถ้ามองในอีกแง่มุมหนึ่ง ทรัพย์สินทางปัญญา ก็คือสิทธิที่เป็นทรัพย์สินนั่นเอง ซึ่งได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ฉะนั้น โดยลักษณะแนวคิดกฎหมายในเรื่องการรอนสิทธิ จึงไม่น่าจะขัดกับการนำมาปรับใช้กับเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งตรงนี้เองที่แตกต่างจากเรื่องความชำรุดบกพร่องที่เป็นเรื่องที่น่าจะใช้กับวัตถุที่มีรูปร่างมากกว่า เพราะการนำปรับใช้กับเรื่อง ทรัพย์สินทางปัญญา อาจเป็นเรื่องที่ขัดแย้งกันอยู่

โดยสรุป จึงอาจกล่าวได้ว่า ความหมายของคำว่า ทรัพย์สิน ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อาจจะสามารถตีความให้หมายความถึง ทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ได้ดังที่ความเห็นทางกฎหมายรองรับอยู่ แต่ความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินทางปัญญา คงไม่น่าสามารถจะมีได้ ดังเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คงมีได้แต่เรื่องการรอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งหมายความว่า ถ้ามีการทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ในการรอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ตามมาตรา 6 นี้แล้ว ก็อยู่ในขอบเขตที่ศาลจะใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เข้ามาตรวจสอบได้

1.6 ข้อสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากต้องริบมัดจำ และมัดจำนั้นสูงเกินส่วน

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ประเภทที่ 6 นี้ จะระบุไว้ในมาตรา 7 ปัญหาขอบเขตของมาตรา 7 นี้ ก็คงจะเป็นช่วงความวรรคท้ายของมาตรานี้ ที่ว่า ให้ริบได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ โดยเฉพาะคำว่า ก็ได้ ว่าจะมีความหมายประการใด เพราะยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันอยู่

ความเห็นแรก มองว่า เป็นคำที่เน้นให้เห็นว่า การปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนนี้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะใช้หรือไม่ก็ได้ ซึ่งก็คือ ตีความว่า มิใช่บังคับศาล แต่เป็นดุลพินิจของศาลว่าสมควรจะลดมัดจำลงหรือไม่ก็ได้ ซึ่งความเห็นนี้มีปรากฏอยู่ในคำอธิบายกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บางเล่ม

ความเห็นที่สอง จะมีมุมมองในอีกแง่มุมหนึ่งว่า คำว่า ก็ได้ เป็นคำที่กล่าวโดยปริยายว่า การปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงนั้น ศาลอาจปรับลดลงมาให้เท่ากับความเสียหายที่แท้จริงเลยก็ได้ หรือจะปรับลดลงมาบางส่วน แต่ยิ่งสูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ เพราะแม้จะไม่ปรับลดให้เลย ก็ยังมีอำนาจที่จะทำได้²

ความเห็นทั้งสองฝ่าย ก็ต่างมีมุมมองและมีเหตุผลที่แตกต่างกัน ซึ่งในท้ายที่สุดก็เห็นด้วยว่าน่าจะต้องตีความไปได้ทั้งสองความหมาย เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเป็นธรรมมากที่สุด

² จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," หน้า 46.

1.7 ข้อตกลง ประกาศ หรือ คำแจ้งความ เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า ตามมาตรา 8

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะเป็นการกล่าวถึง ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (exemption clause) ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวไว้ 3 กรณีด้วยกันคือ

กรณีที่หนึ่ง จะอยู่ในมาตรา 4 วรรคสาม (1) กรณีที่สอง จะอยู่ในมาตรา 6 และกรณีที่สาม คือ มาตรา 8 นี้ อย่างที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ขอบเขตและการใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะเป็นลักษณะกฎหมายพิเศษ ที่มายกเว้นหลักกฎหมายบางประการในตัวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น โดยหลักการก็จะต้องถือหลักตาม ป.พ.พ. ซึ่งประเด็นที่จะกล่าว คือ ปัญหาความคาบเกี่ยวกันในเรื่อง ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใน ป.พ.พ. กับ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันเนื่องจากในตัว ป.พ.พ. ก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดอยู่ส่วนหนึ่ง จึงต้องศึกษาว่า ขอบเขตของมาตรา 8 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะไปกระทบต่อบทบัญญัติบางมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

มาตรา 625 ใบรับ ใบตราส่ง หรือเอกสารอื่น ๆ ทำนองนั้น กี่ตี ซึ่งผู้ขนส่งออกให้แก่ผู้ส่งนั้น ถ้ามีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งประการใด ท่านว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น

มาตรา 639 ตัว ใบรับ หรือเอกสารอื่นทำนองเช่นว่านี้ อันผู้ขนส่งได้ส่งมอบแก่คนโดยสารนั้น หากมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งอย่างใด ๆ ท่านว่าข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนโดยสารจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น

มาตรา 677 ถ้ามีคำแจ้งความปิดไว้ในโรงแรม โอเต็ล หรือ สถานที่อื่นทำนองเช่นว่านี้ เป็นข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของเจ้าสำนักไซร์ท่านว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนเดินทางหรือแขกอาศัยจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตั้งแต่วันนั้น

มาตรา 772 บทบัญญัติมาตรา 616, 619, 623, 625, 630, 631 และ 632 อันว่าด้วยการรับขนนั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับแก่การเก็บของในคลังสินค้า อนุโลมตามควรแก่บท

ข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา ทั้งหมดข้างต้นนี้ ที่กำหนดขึ้นโดยฝ่ายเดียว จะไม่ผูกมัดคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่ประการใด เพราะตามบทบัญญัติของกฎหมายในมาตราดังกล่าวข้างต้นไว้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องตกลงโดยชัดแจ้ง มิฉะนั้น ข้อจำกัดความรับผิดนั้นตกเป็นโมฆะ เว้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งจะได้ตกลงโดยชัดแจ้งในการจำกัดความรับผิดเช่นนั้น³

ปัญหาก็คือ เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกาศใช้แล้ว มาตราต่าง ๆ ใน ป.พ.พ. ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ยังมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายมากน้อยเพียงใด

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ก่อนมี กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น การตกลงโดยชัดแจ้ง (expressly agree) ตามกฎหมายไทยนั้น หมายความว่า ผู้ส่งหรือคนโดยสารหรือแขกอาศัยจะต้องลงชื่อยินยอมตกลงด้วยกับข้อจำกัดความรับผิดนั้น และการลงชื่อดังกล่าว แม้จะได้ลงชื่อในเอกสารก็ต้องมีความชัดเจน เพียงพอว่า เป็นการลงชื่อเพราะต้องการแสดงความตกลงโดยชัดแจ้งในข้อจำกัดความรับผิดนั้น⁴ ซึ่งแนวคิดนี้ คือการตีความสัญญาของศาล ก็เพื่อช่วยคู่สัญญาที่เสียเปรียบ แต่ก็ไม่ได้ผลเต็มที่ เท่าที่ควรนัก เพราะเมื่อมีคำพิพากษาศาลฎีกาออกมา ในแต่ละกรณี แต่ละข้อเท็จจริง ฝ่ายผู้ประกอบการก็มักจะมีการปรับแนวทางและข้อสัญญาต่าง ๆ ให้ชัดแจ้ง ตามมา การใช้แนวทาง การตีความ เพื่อช่วยคู่สัญญาที่เสียเปรียบ จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างถาวร

ฉะนั้น ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ของผู้ขนส่ง หรือ เจ้าสำนักโรงแรม จะไม่เป็นโมฆะ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งได้ตกลงโดยชัดแจ้ง

³ สุจิตรา โทษะยะ, "ลักษณะและขอบเขตของข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 66.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

เมื่อมาพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อน ๆ แล้วว่า ข้อสัญญานั้น จะต้องผ่านการตรวจสอบตาม ป.พ.พ แล้วจึงมาตีความหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น จึงไม่ใช่เรื่องของความเข้าใจ ช้อน แต่เป็นเรื่องของหลักการใหม่ ที่เสริมและยกเว้นหลักการเดิมใน ป.พ.พ. ซึ่งเมื่อพิจารณา ตาม ป.พ.พ. ใน 4 มาตรา ดังกล่าวมา คงต้องแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีตาม มาตรา 8 วรรค 1 และวรรค 2

ก) มาตรา 639 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องสัญญารับขนคน โดยสาร ซึ่งตามมาตรา นี้ หมายความว่า ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบต้อง ผ่านการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อน ซึ่งถ้าเป็นโมฆะแล้ว ก็ไม่ต้องมาพิจารณาอะไรอีกตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่สำหรับกรณีที่ไม่น่าเป็นโมฆะ โดยมีข้อเท็จจริงว่า มีการแสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งนั้น เดิมทีก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถ้ามีข้อเท็จจริงว่ามีการแสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งแล้ว ข้อตกลงนั้น เป็นอันใช้ได้ แต่หลังจากมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คงต้องแยกเป็น 2 กรณี

1) ถ้าสัญญารับขนคนโดยสาร มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิด หรือผิดสัญญา ในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น (มาตรา 8 วรรค 1) จะถือว่าใช้ได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันเป็นหลักการใหม่ ที่แตกต่างจาก ป.พ.พ. เดิม ซึ่งถ้ามีข้อเท็จจริงว่า ตกลงชัดแจ้งแล้ว ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบใช้ได้

2) ถ้าสัญญารับขนคนโดยสาร มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ได้กล่าวในข้อ 1 (มาตรา 8 วรรค 2) ตามหลักการใหม่ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจะมีอำนาจปรับลดข้อจำกัดความรับผิดชอบ ให้มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จากเดิมที่มาตรา 639 ตาม ป.พ.พ. ระบุว่า ถ้ามีข้อตกลงชัดแจ้ง ก็มีผลบังคับใช้ได้เต็มที่

ข) กรณีมาตรา 625 สัญญารับขนของ ,มาตรา 677 และมาตรา 772 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากตัวบท จะพิจารณาได้ว่าอยู่ในข่ายของมาตรา 8 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะจะเป็นลักษณะความเสียหาย ต่อชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ มากกว่า 3 มาตรา จาก ป.พ.พ. นี้ เมื่อผ่าน

จากเงื่อนไขเดิมของแต่ละมาตรา ที่ว่า ต้องมีการตกลงด้วยชัดแจ้ง ซึ่งจะทำให้ไม่เป็นโมฆะ มาตรา 8 วรรคสอง ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะเข้ามา ซึ่งจะเป็น หลักการใหม่ ที่เข้าไปเปลี่ยนหลักการทั้ง 3 มาตรา ใน ป.พ.พ จากเดิม ให้ศาลมี อำนาจปรับลดข้อตกลงเหล่านั้น ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ทั้งหมดนี้ คือตัวอย่างที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์ให้เห็นถึงปัญหาขอบเขตของ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่มีความคาบเกี่ยวกับหลักการ เดิม ของ ป.พ.พ เพื่อให้เห็นว่า มาตรา 8 เป็นหลักการใหม่ที่ช่วยคุ้มครองสัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ

ประเด็นต่อมา ในเรื่อง ขอบเขตของมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม ที่มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า จะมีผลกระทบต่อธุรกิจอย่างมาก คือ กรณีมาตรา 8 วรรค 2 เพราะเมื่อศึกษาวิเคราะห์ตัวกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรม ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในมาตรา 4 ก็จะเป็นเรื่องเฉพาะสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขาย ฝาก เท่านั้น ส่วนมาตรา 6 ก็จะเป็นเรื่อง ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเฉพาะ เรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ แต่มาตรา 8 วรรค 2 จะครอบคลุมข้อสัญญา ทุกประเภทที่มุ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนอกเหนือจากที่ได้กล่าวไว้ในวรรคแรกของ มาตรา 8 และ มาตรา 4 และมาตรา 6

กรณีผลกระทบของมาตรา 8 วรรคสอง ที่มีต่อธุรกิจ ผู้วิจัยขอ ยกตัวอย่าง กรณี ธุรกิจการเงิน ซึ่งมีบางแง่มุมที่น่าสนใจคือ "ขอบเขตของความเสียหายในความรับผิดที่ผู้ขาย สินค้าและบริการ ด้านการเงินการธนาคาร ย่อมรับ ย่อมจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการ กำหนดต้นทุน และผลกำไรในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น ถ้าจะกำหนดกฎหมายบังคับให้ผู้ ประกอบการรับความเสี่ยงต่างๆ เอาไว้ ทั้งหมดอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการค้าของเขา โดยไม่ยินยอมให้คู่สัญญา ตกลงแบ่งหรือโยกย้ายความเสี่ยงในระหว่างกันเอง ก็ย่อมจะ ส่งผลให้ราคาของสินค้าหรือค่าบริการ ในธุรกิจการเงินการธนาคารสูงขึ้น"⁵ ซึ่งถ้ามองกลับ

⁵ พรชัย วิวัฒน์ทรกุล , "พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับ ผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน," วารสารกฎหมาย 18 (กันยายน 2541) : 17.

ในอีกแง่หนึ่ง ธนาคารพาณิชย์ ซึ่งก็คือ ภาคธุรกิจเอกชน แม้จะมีการขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ และเป็นบริษัทมหาชน และมีการกระจายหุ้นก็ตาม แต่ในความเป็นจริง ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ ก็คือกลุ่มคนเพียงไม่กี่กลุ่ม ผู้ถือหุ้นข้างน้อย หรือผู้ถือหุ้นทั่วไป ที่เป็นประชาชนแทบจะไม่มีสิทธิ มีเสียงอะไรมาก ฉะนั้น ข้อเท็จจริง ก็คือ การบริหารงานของธนาคารพาณิชย์ที่ผ่านมา จึงเป็นการมองประโยชน์ของภาคธุรกิจมาก่อนเสมอทุกกรณี ยกตัวอย่างกรณีของ ปัญหาหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ หรือ NPL เป็นตัวอย่างหนึ่งที่เราเห็นได้ว่า ธนาคารผลกระทบให้กับผู้บริโภค ผู้ที่ฝากเงินกับธนาคาร โดยการลดอัตราดอกเบี้ยเงินฝาก เป็นต้น ทั้งที่ปัญหา NPL เกิดจากปัญหาการบริหารงานของธนาคารเอง จากเหตุผลโดยสรุปข้างต้น จึงเห็นได้ว่าการทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด คือการผลกระทบให้กับผู้ฝากเงิน ผู้ใช้บริการของธนาคารนั่นเอง และข้อเท็จจริงที่ผ่านมา ธนาคารบางแห่ง ได้มีการปรับ อัตรา ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ ขึ้นมาอย่างมาก ยกตัวอย่างจากเดิม แคชเชียร์เช็ค เรียกเก็บค่าธรรมเนียม 10 บาท ในขณะนี้ ขึ้นเป็น 20 บาท ซึ่งหมายความว่าขึ้น 100 % เท่าตัว ซึ่งปัจจุบัน ธนาคารหลายแห่ง การจัดทำสัญญา ก็ยังมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่ และธนาคารก็ยังขึ้นอัตรา ค่าธรรมเนียม และค่าบริการ ต่างๆ อยู่ดี ฉะนั้น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ภาคธุรกิจการเงิน ใส่ไว้ในสัญญา ยังคงเป็นการตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มองแต่ผลประโยชน์ของภาคธุรกิจมาก่อนผู้บริโภคเสมอ

สุดท้ายนี้ มาตรา 8 โดยเฉพาะวรรคสองนั้น แม้ดูเหมือนว่า จะมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างอยู่มาก เพราะใช้ได้กับสัญญาทุกประเภท ที่มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด แต่มาตราดังกล่าวก็เห็นว่ามีผลดีต่อคู่สัญญาที่เสียเปรียบอยู่มาก เพราะทำให้ศาลมีความยืดหยุ่นในการตีความกฎหมายเพื่อยังผลให้เกิดความเป็นธรรมในการทำสัญญา

1.8 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด

การศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 3 ทำให้ทราบว่า หลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด (*Volenti non fit injuria*) เป็นหลักกฎหมายละเมิด มิใช่นิติกรรมสัญญา ดังนั้น จึงไม่คำนึงว่า ความยินยอมนั้น จะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่^๕ แต่มาตรา 9 ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะเป็นหลักการใหม่ ที่กฎหมายต้องการเข้ามาแก้ไขความไม่เป็นธรรมที่มีต่อผู้เสียหาย โดยแม้จะมีความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย แต่ถ้าต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ก็ยังต้องรับผิดชอบ ปัญหาของมาตรา 9 นี้ก็คือ อาจยังมีบางฝ่ายเห็นว่า หลักการกฎหมายใหม่ตามมาตรา 9 นี้เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา ซึ่งจากการศึกษา ก็อาจมีเหตุผลที่พิจารณาไปเช่นนั้นได้ แต่ในอีกแง่หนึ่ง นักกฎหมายบางท่านก็เห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายถือว่า เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง อันเป็นความเห็นของคณะกรรมการวิสามัญของสภา ซึ่งมีส่วนทำให้มาตรา 9 นี้ ผ่านสภาออกมาได้

กรณีดังกล่าวข้างต้น ถ้าพิจารณาว่ามาตรา 9 ไม่ใช่หลักนิติกรรมสัญญา คำถามที่อาจมีว่า จะเป็นหลักกฎหมายละเมิดใช่หรือไม่ คำตอบ สำหรับกรณีดังกล่าวคงไม่ใช่กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรา 9 นี้ น่าจะเป็นหลักกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างนิติกรรมสัญญากับหลักกฎหมายละเมิด มากกว่า สำหรับกรณีดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า ถ้าความตกลงหรือความยินยอม นั้น ถูกลำมาใส่ไว้ในสัญญา ซึ่งในทางปฏิบัติ สัญญาที่มีข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ก็มี และเมื่อ ข้อตกลงดังกล่าวถูกเขียนในสัญญาแล้ว เราก็อาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญา ได้เหมือนกัน ซึ่งในประเด็นนี้อาจทำให้มีคำถามต่อไปได้อีกว่า ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9 นี้ จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ คำตอบคือ ไม่จำเป็น เพราะถ้ากฎหมายต้องการให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็คงต้องมีการระบุลงไปในมาตรา 9 แล้ว

ประเด็นปัญหาของมาตรา 9 อีกกรณีหนึ่งคือ กรณีที่ความตกลงหรือความยินยอม

^๕ จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," หน้า 53.

ของผู้เสียหายไม่ต้องห้ามโดยกฎหมาย และมีได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี
 ของประชาชน ศาลจะปรับลดผลบังคับแห่งความตกลงหรือความยินยอมเพียงเท่าที่เป็นธรรม
 และพอสมควรแก่กรณี คือ ให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบผู้เสียหาย บางส่วน และยกเว้น
 ความรับผิดชอบให้บางส่วนจะได้หรือไม่ คำตอบจาก คณะกรรมการวิชาการวิสามัญของสภาผู้แทน
 ราษฎร ที่พิจารณามาตรา 9 นี้มองว่า ความตกลงหรือความยินยอมในกรณีนี้พอถือได้ว่า เป็น
 ข้อตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้า ยกเว้น ความรับผิดชอบในทางละเมิด ตามมาตรา 8 พอจะได้ ดังนั้น
 จึงอาจถูกตรวจสอบและปรับลดสภาพบังคับได้ ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง
 แล้วแต่กรณี ⁷

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

2. ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1128/2523 กับ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1128/2523

โจทก์ไปติดต่อกู้เงินจาก จำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 4 โดยนำรถยนต์นิพาทไปเป็นหลักประกัน จำเลยที่ 3 ที่ 4 ตกลง โดยทำเป็นวิธีการให้โจทก์โอนขายรถยนต์นิพาทแก่ จำเลยที่ 3 ให้จำเลยที่ 3 ขายต่อไปยังจำเลยที่ 1 แล้วโจทก์จึงทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์นิพาทนั้นจาก จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นวิธีการทางการค้าของจำเลยที่ 1 ที่ 3 ถึงแม้ว่า ขณะโจทก์ลงชื่อในสัญญาเช่าซื้อนั้น ยังไม่ได้มีการกรอกข้อความก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องที่โจทก์ทราบถึงวิธีการทางการค้าของจำเลยที่ 1 ที่ 3 ค้อยอยู่แล้ว จึงมอบหมายให้จำเลยที่ 1 กรอกข้อความในแบบพิมพ์สัญญาเช่าซื้อได้ หากการไม่มีข้อความกรอกไว้ขณะ โจทก์ลงชื่อ เป็นหลักฐานว่า สัญญาเช่าซื้อนั้นเป็นนิติกรรมอำพรางไม่ แม้ความประสงค์เดิมของโจทก์ เป็นเรื่องต้องการกู้เงิน ไม่ใช่ต้องการได้รถยนต์นิพาท แต่เมื่อโจทก์ยอมทำนิติกรรมตามความประสงค์ของจำเลยที่ 1 ที่ 3 เพื่อในที่สุดจะได้เงินตามที่ต้องการ ก็แสดงว่า โจทก์เปลี่ยนมายินยอมผูกพันตามนิติกรรมที่ทำขึ้น

ข้อเท็จจริงตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวนี้ รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับอื่น ๆ ที่ตามมาในลักษณะเดียวกันนี้ มีเหตุที่ควรนำมาพิจารณาศึกษาวิเคราะห์ อันเนื่องจากการทำนิติกรรมสัญญาในลักษณะข้อเท็จจริงดังกล่าว อาจเป็นลักษณะหนึ่งของการหลีกเลี่ยงผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าว ยังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 102/2525, 1576/2525, 3147/2527, 1523-1524/2528, 3959/2528 และ 69/2533

ด้วยความเคารพอย่างสูง ต่อแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ถ้านำมาปรับใช้กับกรณี เรื่องของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น จะมีกรณีที่น่าพิจารณาศึกษา เพราะสัญญาเช่าซื้อ ดังกล่าวอาจจะเข้าข่ายเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภค กับผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป ก็ได้ และสิ่งที่เห็นได้จาก ข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาศาลฎีกาก็คือ บางครั้งมันอาจเป็นเรื่องของความจำยอมของผู้บริโภค หรือ ของผู้ที่ต้องการเงินก็ได้ ที่ต้องทำสัญญา ในลักษณะเช่นนี้ ทั้งที่รู้อยู่ว่าไม่ถูก แต่เนื่องจากขณะนั้น ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อ

สัญญาที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งข้อจำกัดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวอาจไม่เอื้ออำนวยให้ศาลช่วยฝ่ายที่เสียเปรียบได้มาก จึงออกมาในรูปการดังนี้

อันที่จริง ข้อเท็จจริงในสภาพสังคมปัจจุบัน ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวนั้น ยังปรากฏจนถึงปัจจุบัน บริษัทที่บอกว่า รับจําหน่ายรถยนต์ รถจักรยานยนต์ หรือ รับจําหน่ายขยะอันตราย ก็ได้ปฏิบัติในลักษณะเช่นนี้ ทั้งที่ข้อเท็จจริง เจตนาของลูกค้าย่อมคือ ต้องการกู้เงิน โดยการจําหน่ายรถยนต์ รถจักรยานยนต์ ซึ่งอาจถือได้ว่า เป็นการทําสัญญาอุปกรณ แต่กรณีดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า บริษัทเหล่านี้ต้องการหลีกเลี่ยงการทําสัญญากู้เงิน เพราะส่วนหนึ่งอาจเป็นไปได้ที่ความต้องการหลีกเลี่ยงปัญหาในเรื่องอัตราดอกเบี้ยด้วย โดยทำเป็นว่า ให้ลูกค้ายที่ต้องการมากู้เงิน ทำหลักฐานการโอนลอยไปให้บริษัทก่อน และให้ลูกค้าทำเป็นว่า ลูกค้าเข้าชื่อ มาทําสัญญาเข้าชื่อรถคันนั้นไปแทน ซึ่งตามแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ก็พิจารณาว่าเป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงเปลี่ยนเจตนามาผูกผันตามนิติกรรมสัญญาที่สร้างขึ้นใหม่ และต้องผูกผันตามนิติกรรมสัญญาที่สร้างขึ้นใหม่นั้น โดยพิจารณาว่าไม่ใช่นิติกรรมอำพราง ซึ่งตามหลักกฎหมาย ก็เห็นด้วยที่กล่าวว่า ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง เพราะหลักกฎหมายไม่เอื้อไปในทางตีความเช่นนั้นได้ แต่ถ้ามองในลักษณะของความเป็นธรรมแล้ว บางกรณีอาจเป็นเรื่องของความจำยอมก็ได้ ฉะนั้น ลูกค้าที่ไปขอกู้เงินของบริษัทเหล่านี้ มักเสียเปรียบอย่างมาก เพราะลักษณะและผลทางกฎหมายของสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้ แตกต่างกัน ยกตัวอย่าง กู้เงิน 10,000 บาท แล้วใช้วิธีการทางการค้า โดยการทําสัญญาเข้าชื่อ เป็นมูลค่ากว่า 15,000 บาท ผ่อนชำระภายในเวลา 6 เดือน ซึ่งถ้าคิดเป็นอัตราดอกเบี้ยต่อเดือนแล้ว ก็ตกประมาณ 8% ต่อเดือน ซึ่งแน่นอน ถ้าทำเป็นสัญญากู้เงิน ย่อมคิดดอกเบี้ยเช่นนี้ไม่ได้ เพราะตามกฎหมายให้เพียงร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งถ้าพิจารณาตามสัญญาเข้าชื่อที่สร้างขึ้นใหม่นี้ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็อาจมี คำถามว่า จะพิจารณาในลักษณะสัญญาชนิดไหน

ถ้าพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกา ที่กล่าวว่า ต้องผูกผันตามนิติกรรมที่สร้างขึ้นใหม่ ก็คือ สัญญาเข้าชื่อ คำถามก็คงมีว่า ถ้ามีการฟ้องคดีและต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 วรรค 3 (7) ราคาของรถที่เข้าชื้อดังกล่าว จะถือว่าเป็นธรรม ต่อลูกค้าเหล่านั้น หรือไม่ เพราะอันที่จริงแล้ว ถ้าสมมติ นำรถจักรยานยนต์มาขอกู้เงิน 10,000 บาท เวลาจ่ายคืน ทั้งต้นและดอกเบี้ย สมมติ 15,000 บาท ถ้าจะพิจารณาตามมูลค่าของการเข้าชื้อ รถจักรยานยนต์คันนี้ว่า เป็น 15,000 บาท จะสูง

เกินกว่าที่ควรหรือไม่นั้น อาจจะกล่าวค่อนข้างยาก ถ้ารถจักรยานยนต์ ที่นำมาขอกู้ยังมีสภาพใหม่ และมูลค่าของมัน ยังสูงกว่า 15,000 บาท ซึ่งถ้าพิจารณาตามลักษณะสัญญาเช่าซื้อ ราคา 15,000 บาท อาจจะกลายเป็นราคาที่ต่ำไปเสียก็ได้

กรณีดังกล่าวข้างต้นเห็นว่า ถ้ามีการฟ้องคดีตามสัญญาเช่าซื้อในลักษณะเช่นนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในเรื่องของการพิจารณาและใช้ดุลพินิจของศาลนั้น ตามมาตรา 10 ถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ที่ว่า พฤติการณ์ทั้งปวง น่าจะเป็นทางออกให้ศาลได้นำเอาเจตนารมณ์ของการทำสัญญาอันแท้จริงของคู่สัญญา มาพิจารณาประกอบ เพื่อหาความเป็นธรรมและเหมาะสมควรแก่กรณี ซึ่งกรณีนี้ ถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เช่น The Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศ อังกฤษ ในตัวบทกฎหมายจะมีแนวทางแก้ไขปัญหาในลักษณะกรณีดังกล่าวข้างต้นอยู่เหมือนกัน คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงกฎหมาย UCTA โดยการทำสัญญาฉบับที่สอง (Secondary Contract) แต่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดูเหมือนยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายรองรับกับปัญหาในลักษณะเช่นนี้ มีเพียง มาตรา 11 ที่บัญญัติถึงข้อสัญญาที่มีให้นำกฎหมายนี้ไปใช้บังคับ ว่าเป็นโมฆะเท่านั้น

3. ใญ่หาขอบเขตกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

หากเปรียบเทียบ เจตนารมณ์ของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ที่ได้กล่าวมาในบทที่ 1 แล้วนั้น จะเห็นได้ประการหนึ่งว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา แม้จะมีเจตนารมณ์ที่ใกล้เคียงกัน ดังบางมาตรา ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่มีส่วนสัมพันธ์กับเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค แต่เราก็ไม่สามารถที่จะพิจารณาว่าเหมือนกันหมดได้ ในกรณีของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้จะมีส่วนหนึ่งที่กล่าวถึงการคุ้มครองผู้บริโภค ในแง่ของการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภค กับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรืออาจเป็นในเรื่อง สัญญาสำเร็จรูป หรือ กรณีความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ หรือมัดจำ เป็นต้น ซึ่งดังกล่าวมานี้ อาจพิจารณาได้ว่า มีความสัมพันธ์กับ ผู้บริโภค ได้ ถ้าในกรณีดังกล่าวผู้บริโภคเป็นคู่สัญญา แต่โดยลักษณะของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ กฎหมายในลักษณะของการเยียวยา แก้ไข โดยให้ศาลเข้ามาเป็นผู้ใช้ดุลพินิจปรับลดข้อสัญญาให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี โดยมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น และสิ่งแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ไม่มีบทลงโทษทางอาญา กรณีนี้จึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้กล่าวถึงผู้บริโภคเพียงบางส่วนเท่านั้นเอง ซึ่งจะแตกต่างกับแนวคิด กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในดำเนินสัญญาเพราะแนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภค จะใช้แนวทางแบบ (Administrative process) ในรูปแบบกฎหมายปกครอง โดยรัฐมีหน้าที่เข้ามาคุ้มครองผู้บริโภคในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้าโฆษณา, เรื่องฉลาก, และเรื่องสัญญา ซึ่งเป็นแนวทางในเชิงป้องกัน โดยหน่วยงานของรัฐ ซึ่งก็คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค จะเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญา โดยการควบคุมในแง่การกำหนดข้อสัญญา หรือห้ามใช้ข้อสัญญา และมีบทลงโทษทางอาญา ลงโทษต่อผู้ประกอบการ ที่ไม่ส่งมอบสัญญาให้กับคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

กรณีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ที่มีแนวคิดบางประการที่มีความสัมพันธ์กัน อาจจำแนกให้เห็นชัดเจนได้ดังนี้

เริ่มต้นที่นิยามศัพท์ก่อน ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้กล่าวถึงในส่วนที่เกี่ยวกับ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา โดยมีนิยามคำว่า **สัญญา** ไว้ว่า คือความตกลงระหว่างผู้บริโภค และผู้ประกอบการเพื่อซื้อและขายสินค้าหรือให้และรับบริการ ในขณะที่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้นิยามศัพท์คำว่า **ข้อสัญญา** โดยหมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความ เพื่อยกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบ โดยคำว่า ข้อสัญญา นี้ อาจหมายถึง ข้อตกลง ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือ ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูป หรือ สัญญาขายฝาก หรืออาจเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ซึ่งกรณีนี้ไม่ได้มีส่วนสัมพันธ์กับเรื่องผู้บริโภค และกรณีอื่น ๆ ตามแต่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีว่าจะเกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญาประเภทใด ใน 8 ประเภท ฉะนั้น จะเห็นได้จากการศึกษาวิเคราะห์จุดนี้ว่า สัญญา ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จะเป็นเรื่องระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างกว่า

ประเด็นต่อมา ซึ่งจะเป็นเรื่องที่สัมพันธ์กันคือ คำว่า **ผู้บริโภค** อย่างที่ได้กล่าวมาตอนต้นแล้วว่า แนวคิด (Concept) ของคำว่า "ผู้บริโภค" ในกฎหมาย 2 ฉบับนี้อาจยังมีบางแง่มุมที่แตกต่างกันอยู่ในบางประเด็น กล่าวคือ

สัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ไม่ได้ใช้บังคับกับสัญญาที่ผู้ประกอบการเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการ เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการได้ซื้อหรือเช่าซื้อรถยนต์ เพื่อใช้ในกิจการของบริษัท แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ความหมายของผู้บริโภค ไม่จำกัดเฉพาะผู้บริโภคที่เป็นประชาชนทั่วไปเท่านั้น ผู้ประกอบการก็อยู่ใน

ฐานะผู้บริโภคได้ ถ้าหากได้อยู่ในฐานะเป็นผู้ซื้อหรือรับบริการโดยเสียค่าตอบแทน^๕ เพราะฉะนั้น การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค จึงครอบคลุมกว้างกว่าในแง่กรณีในสัญญา แต่อาจแคบกว่าในแง่ของประเภทของสัญญา เนื่องจากจะต้องประกาศประเภทธุรกิจที่ถูกระบุการทำสัญญาเป็นการเฉพาะในเบื้องต้น ดังนั้น หากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น เนื่องจากมีผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา และยังมีสัญญาดังกล่าว (ผู้บริโภค) คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ประกอบการ เพราะซื้อไปเพื่อใช้ในสำนักงานหรือใช้ในการประกอบกิจการของตน กรณีเช่นนี้ย่อมไม่อาจอาศัยอำนาจศาลเพื่อขอความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้^๖ ซึ่งในกรณีดังกล่าวเห็นว่า ความแตกต่างที่เห็นชัดระหว่าง ผู้บริโภค ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา กับ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็คือ กรณีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ตามนิยามคำว่า ผู้บริโภค จะเป็นผู้เสียค่าตอบแทน เท่านั้น แต่กรณีของ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทน ก็ถือว่าเป็นผู้บริโภคได้

กรณีประเภทของสัญญาที่จะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา จะเห็นได้ว่า สัญญาบางประเภทอาจอยู่ในขอบเขตและการใช้ของกฎหมายดังกล่าวได้ทั้ง 2 ฉบับ ซึ่งในส่วนที่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้จะแยกประเด็นพิจารณาได้ดังนี้

^๕ มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2)พ.ศ. 2541 บัญญัติความหมายของคำว่า ผู้บริโภค ไว้ว่า "ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจาก ผู้ประกอบการหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบการ เพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

^๖ สุขุม ศุภนิตย์, "การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2)พ.ศ. 2541," วารสารกฎหมาย 19 (พฤษภาคม 2542)

กรณีตามมาตรา 35 ทวิ ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา นั้น จะเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการ เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา โดยสัญญานี้ ตามนิยามศัพท์ก็คือ สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 ก็มีการกล่าวถึงเรื่องสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามตัวบทกฎหมายแล้ว ก็คือ สัญญาประเภทกลุ่มเดียวกันนั่นเอง ตรงนี้อาจทำให้เกิดคำถามขึ้นมาได้ว่า จะมีความซ้ำซ้อนกันหรือไม่ประการใดบ้าง ซึ่งตรงนี้เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งเท่านั้น ข้อสัญญาที่ถูกควบคุม โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา อาจเกี่ยวข้องกับ เรื่องสัญญาสำเร็จรูป, เรื่องของความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค และอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้ คำตอบ กรณีดังกล่าว นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ความคาบเกี่ยวกันเพียงบางส่วน ไม่น่าจะขัดกันแต่ประการใด ด้วยเหตุผลที่ได้ศึกษาวิเคราะห์กันมาแล้วว่า กฎหมาย 2 ฉบับนี้ เป็นการตรวจสอบต่างระบบกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาซื้อขายบ้านและที่ดิน ซึ่งสัญญาประเภทนี้ มักมีปัญหาการเอาผิดเอาเปรียบกันมาก สมมติว่า คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีการประกาศให้เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว โดยมีข้อสัญญาที่คณะกรรมการกำหนดให้ใช้ หรือห้ามใช้ ตามมาตรา 35 ทริ และ 35 จัตวา แต่ต่อมาภายหลัง เกิดมีข้อพิพาทโต้แย้งสิทธิจนนำคดีขึ้นมาสู่ศาล ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 ประกอบกับมาตรา 10 ได้ เพราะอาจเป็นไปได้อยู่เหมือนกัน ว่าข้อเท็จจริงและสถานการณ์ในแต่ละคดีแต่ละปัญหา แม้จะเป็นสัญญาเดียวกัน ก็อาจมีประเด็นปัญหาที่แตกต่างกัน อีกทั้งสถานการณ์ ภาวะการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไป แม้ว่าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา อาจเห็นว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นเป็นธรรม แต่ในความเป็นจริง อาจเป็นไปได้ ที่ในบางกรณีอาจไม่เป็นธรรมตามสภาพข้อเท็จจริงในคดีนั้น กรณีเช่นนี้ การให้ศาลเข้ามาตรวจสอบสัญญาอีกทีหนึ่งโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะมีส่วนอย่างมากในการเข้ามาปรับลดข้อสัญญาให้เกิดความเป็นธรรม ซึ่งหมายความว่า เป็นไปได้ที่ศาลอาจจะพิจารณาให้ข้อสัญญาที่แม้ผ่านคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามาแล้ว ไม่เป็นธรรม และปรับลดข้อสัญญาให้เกิดความเป็นธรรม แต่โดยกรณีดังกล่าวข้างต้นก็เห็นว่า มีความเป็นไปได้น้อยมาก ซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ ก็มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ถ้ากลไกของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา ได้กระทำอย่างโปร่งใส คือมีการประกาศกำหนด รายละเอียด และลักษณะข้อความที่ถือว่าไม่เป็นธรรม ตลอดจนข้อความที่จำเป็น

ต้องมีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภครวม โดยมีการเปิดโอกาสให้มีการแสดงความคิดเห็นก่อนประกาศใช้ รวมทั้งต้องบังคับใช้ โดยให้ผู้ประกอบธุรกิจมีระยะเวลาเพียงพอ ในการปรับตัว ก็จะเป็นการช่วยลดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องข้อสัญญาได้ในระดับหนึ่ง โดยไม่ต้องมาฟ้องคดีตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

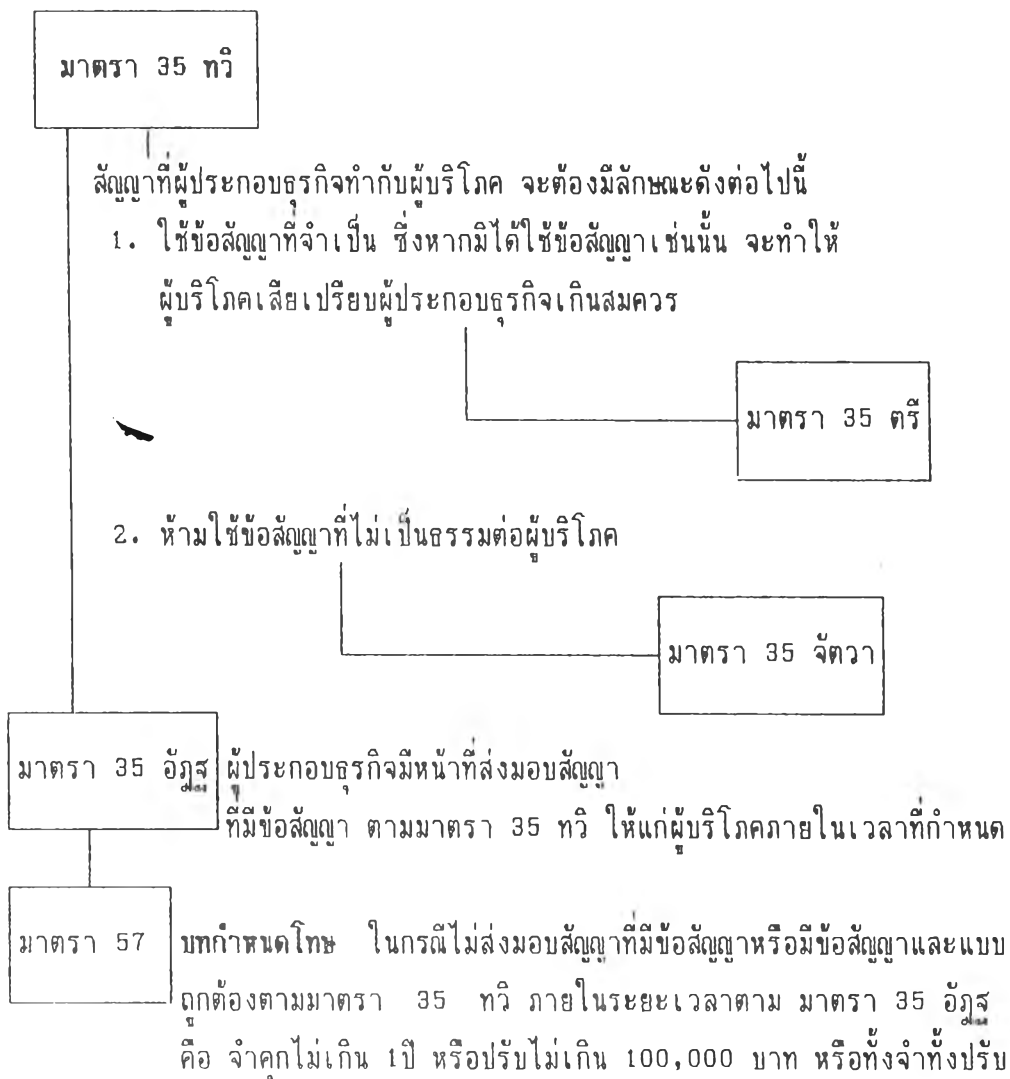
จากการศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าว จะเห็นว่า กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ จะเป็นกฎหมายที่มีส่วนสัมพันธ์กัน โดยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา จะเป็นกฎหมายในลักษณะเชิงป้องกัน ในขณะที่ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นกฎหมายในลักษณะเชิงเยียวยา ซึ่งถ้าพิจารณาในเบื้องต้นอาจเข้าใจว่า ต้องใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาก่อนแล้ว จึงมาใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ภายหลัง คำตอบในส่วนนี้ อาจวิเคราะห์ได้ว่าไม่จำเป็นเสมอไป เพราะกลไกในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 35 ทวิ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะต้องมีการประกาศให้ธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และอีกทั้ง สัญญาที่จะควบคุมนั้น จะต้องมีการกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือด้วย ฉะนั้น ขอบเขตการให้ความคุ้มครองจึงมีขอบเขตเพียงระดับหนึ่งเท่านั้น เราจึงอาจกล่าวได้ว่า กลไกของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา มีเจตนารมณ์ ในการเข้ามาป้องกันปัญหาความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาในระดับหนึ่ง เท่านั้น ดังนั้น ถ้ามีกรณีที่คู่สัญญา ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล ตามข้อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยไม่จำเป็นว่า สัญญาดังกล่าว จะต้องให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ประกาศเป็นสัญญาที่ถูกควบคุมก่อน

กรณีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กับ คำพิพากษาของศาล ในคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่อาจไม่สอดคล้องกัน และอาจจะมีปัญหาในเรื่องบรรทัดฐานการพิจารณาในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น คำตอบในกรณีนี้ เห็นว่า อาจเป็นไปได้ดังที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้นว่า เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรม ต่อมาถ้ามีการนำข้อสัญญานี้มาฟ้องตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมก็ได้ แต่กรณีนั้นก็ตามกรณีนี้ก็เห็นว่า การพิจารณาคดีของศาลตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็นำจะนำหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาพิจารณา มาประกอบกับการใช้ดุลพินิจของศาล ด้วยเหตุผลที่ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวเคยผ่านการพิจารณามาก่อนแล้ว และอีกทั้งในมาตรา 10 ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง

และในทางกลับกัน ข้อสัญญาที่คู่กรณีนำคดีมาฟ้องร้องสู่ศาล ตามข้อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก่อนและต่อมาจึงมีคำพิพากษาตัดสินออกมา โดยที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ยังไม่ได้ประกาศเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ซึ่งภายหลัง ถ้ามีการพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าวที่ผ่านการวินิจฉัยจากศาล คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก็นำจะนำหลักเกณฑ์จากแนวคำพิพากษามาประกอบการพิจารณา กำหนดข้อสัญญาที่จะประกาศให้ใช้ หรือ ห้ามใช้ ตามมาตรา 35 ทวิ ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

ผลทางกฎหมาย

ผลทางกฎหมายของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา กับ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ยังมีส่วนที่แตกต่างกันอยู่บางประการ เริ่มต้นที่ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาก่อน โดยพิจารณาจากแผนภูมิ เพื่อประกอบความเข้าใจ ดังรูปต่อไปนี้



ผลทางกฎหมายของข้อสัญญา ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา นั้น จะเห็นว่า คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงในเนื้อหาของสัญญา ที่คู่สัญญาทำตั้งแต่ต้น ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 2 กรณีคือ

กรณีแรก ตามมาตรา 35 ตรี ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา นี้ เป็นกรณีที่ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใด โดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วย ถ้าไม่ใช้ ให้ถือว่า สัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว กรณีที่น่าพิจารณาคือ ถ้ามีผู้ใดฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตาม คือไม่ยอมใช้ข้อสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด จะทำอย่างไร และในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ก็ไม่มีการบัญญัติถึง กรณีของผู้ไม่ปฏิบัติตาม ว่าจะมีผลประการใด กรณีดังกล่าวเห็นว่า เราคงต้องกลับไปดูในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นบทกฎหมายทั่วไป โดยอาจกล่าวได้ว่า ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ใช้นั้น ก็ถือได้ว่าเป็นมูลหนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว แต่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค อันเป็นกฎหมายมหาชน ฉะนั้นผู้บริโภค จึงสามารถฟ้องผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าวได้ โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีที่สอง ตามมาตรา 35 จัตวา ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา นี้ เป็นกรณีที่ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนดไม่ให้ใช้ข้อสัญญาใด ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่า สัญญานั้น ไม่มีข้อสัญญาดังกล่าว เช่นว่านั้น

ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาคือ ผลทางกฎหมายของข้อสัญญาในกรณีนี้ มีผลโดยประการใด เพราะในกฎหมาย ใช้น้ำว่า ให้ถือว่า ไม่มี เพียงแค่นี้ โดยไม่มีการบัญญัติถึงผลที่ชัดเจน จึงอาจทำให้เห็นได้ว่า จุดนี้ยังเป็นประเด็นที่ไม่ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่าน ให้ความเห็นว่า กรณีดังกล่าวนี้อาจมีผลเท่ากับเป็นโมฆะแล้ว

ข้อสังเกต บทลงโทษทางอาญา ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ในมาตรา 57 นี้ เป็นบทลงโทษทางอาญา กับผู้ไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 35 อักขร ซึ่งเป็นเรื่องของการไม่ส่งมอบสัญญา ที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามมาตรา 35 ทวิ ให้แก่ผู้บริโภคภายในกำหนด เท่านั้น ซึ่งถ้าแม้ ผู้ประกอบการส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตาม 35 ทวิ ให้แก่ผู้บริโภคภายในกำหนด แต่ผู้ประกอบการไม่สนใจที่จะปฏิบัติตามข้อสัญญาเหล่านั้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ก็ไม่สามารถเข้าไปลงโทษทางอาญา แก่ผู้ประกอบการได้ แต่กระนั้นก็ตาม บทลงโทษทางอาญา นี้ก็เป็น

ส่วนหนึ่งที่ได้ไว้ว่า แตกต่างจาก กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ไม่คุ้มครองโทษทางอาญา

ผลทางกฎหมายของข้อสัญญา ตาม กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น จะแตกต่างจาก กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เพราะข้อสัญญา ที่ศาลจะตัดสินตามข้อกฎหมายนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งผลของคดีนั้น จะมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความเท่านั้น ซึ่งผลทางกฎหมายของข้อสัญญา จะมี 2 อย่าง คือ

1. กรณีใช้บังคับไม่ได้ เสมือนหนึ่งตกเป็นโมฆะ ซึ่งมี 3 กรณีคือ กรณีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค (มาตรา 6) ,กรณี ข้อตกลงประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (มาตรา 8วรรค 1)และ กรณี ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด (มาตรา 9)
2. กรณีข้อสัญญาที่มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี โดยศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าแค่ไหนเพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เช่น กรณีมาตรา 4 เป็นต้น โดยมีมาตรา 10 เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาล

ส่วนที่ 2 ปัญหาการใช้กฎหมาย

1. ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลและอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

คดีที่จะอยู่ภายในขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยทั่วไปแล้วจะเกิดจากนิติกรรมสัญญา ซึ่งถือได้ว่าเป็นคดีแพ่ง ดังนั้น เขตอำนาจศาลและอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ก็ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่อาจมีกรณีปัญหาได้เหมือนกันว่า คดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายนี้ เป็นคดีที่ศาลหลายศาลอาจมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ เช่น กรณีสัญญาจ้างแรงงาน ถ้ามีการฟ้องตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่นนี้ จะฟ้องศาลชั้นต้น เช่น ศาลแพ่ง หรือ ศาลแรงงาน ดังนี้ เป็นต้น คำตอบในเรื่องนี้ ก็คงพิจารณาได้ว่า ถ้าคดีนั้นเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษ ที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นต้นพิเศษ แล้ว ศาลชั้นต้นพิเศษก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ อีกทั้งศาลชั้นต้นพิเศษบางศาล เช่น ศาลทรัพย์สินฯ ในกฎหมายจัดตั้งศาลเอง ก็ให้ความสำคัญ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มากกว่า ศาลชั้นต้นธรรมดามาก แต่ถ้าคดีนั้น ฟ้องร้องด้วยปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามปกติแล้ว ก็ต้องอยู่ภายใต้ อำนาจศาลชั้นต้นตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถือได้ว่าเป็นกฎหมายพิเศษ เป็นกฎหมายที่ยกเว้นหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับแพ่ง ทุกศาลมีอำนาจปรับใช้กฎหมายฉบับนี้ แต่ทั้งนี้ ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดีควรอยู่ในอำนาจศาลใด

ส่วนปัญหาในเรื่องอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ที่บางฝ่าย มีข้อสังเกตว่า ควรมีองค์คณะเป็นพิเศษ หรือบางความเห็นถึงกับว่า ควรมีศาลเฉพาะคดีสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ด้วยนั้น จากการศึกษาพบว่า ในกฎหมายต่างประเทศก็ไม่ได้ถึงมีการจัดตั้งศาลเป็นกรณีเฉพาะ สำหรับคดีประเภทนี้ ส่วนเรื่ององค์คณะนั้น เห็นว่า องค์คณะตามที่ปรากฏในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม นั้นก็สามารถนำมาปรับใช้ กับคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้แล้ว สำหรับกรณีของศาลแขวงที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งทุนทรัพย์ ไม่เกิน 40,000 บาท นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เมื่อคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ขึ้นสู่ศาลแขวง แม้จะเป็นผู้พิพากษาเพียงท่านเดียวก็น่าจะพิจารณาคดีประเภทนี้ได้ และเหตุผลอีกประการหนึ่ง ก็เพราะคดีมีทุนทรัพย์ไม่มาก การให้มีองค์คณะจำนวนมาก อาจจะเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณของแผ่นดินได้

2. ข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 4 วรรค 3)

มาตรา 4 วรรคสาม ได้บัญญัติถึงลักษณะของข้อสัญญา ที่ทำให้ได้เปรียบกันไว้ในเชิงนิยามคั่นที่ว่า " ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระมากกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยในวรรคสามนี้ จะมี (1)-(9) บัญญัติเรียงตามมา

กรณีบทบัญญัติของมาตรา 4 วรรคสาม (1)-(9) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มีนักกฎหมายบางท่านให้ความคิดเห็นไว้ว่า เป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย กรณีนี้เห็นว่าควรจะมีการศึกษาวิเคราะห์ เพราะว่า ถ้าเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย จะมีผลต่อเนื่องไปยังภาระการพิสูจน์ด้วย เพราะตามมาตรา 84(2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมาย เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้น ต้องพิสูจน์แต่เพียงว่า ตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว ซึ่งบางฝ่ายมองว่า เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้ประกอบการค้า เพราะผู้บริโภคเพียงกล่าวอ้างว่า ตนไม่ได้รับความเป็นธรรม จากข้อตกลงเช่น (1) ของมาตรา 4 วรรคสาม "ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา" ฯลฯ หน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ ก็จะเป็นของฝ่ายผู้ประกอบการค้าแล้ว แต่จากการศึกษา วิเคราะห์ เอกสาร ข้อมูลต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รายงานการประชุมของคณะกรรมการที่พิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะปรากฏว่า ร่างเดิมของกฎหมาย โดยเฉพาะความในวรรคสาม นี้ จะใช้คำว่า "ข้อตกลงที่สันนิษฐานว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง" ซึ่งถ้ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉบับที่ประกาศใช้ปัจจุบัน ได้ใช้ถ้อยคำที่เหมือนกัน ก็น่าจะเข้าใจได้ว่าเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

โดยตามร่างเดิมนั้น มาตรานี้ โดยเฉพาะวรรค 3 ก็มีวงเล็บย่อย ๆ ลงมา ซึ่งที่สำคัญ ก็คือ วงเล็บสุดท้าย ซึ่งตามร่างเดิมบางฉบับจะบัญญัติว่า "ข้อตกลงอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง" ซึ่งถ้าด้วยกฎหมายเป็นไปตามร่างเดิม ก็เห็นด้วยที่จะบอกว่า เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เพราะมันจะสอดคล้องกับวรรค 3 แต่ในกรณีของกฎหมายฉบับปัจจุบัน การตีความว่า มาตรา 4 วรรค 3 นี้ เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย จะเป็นสิ่งที่น่าห่วงมาก เพราะเหตุผลที่สำคัญก็คือ มาตรา 4 วรรค 3 นี้ ข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้

เปรียบคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ตาม (1)-(9) อาจยังมีเพิ่มขึ้นได้อีก เพราะกฎหมายใช้คำว่า เช่น ในช่วงท้ายของวรรค 3 ซึ่งหมายความว่า ในอนาคตข้างหน้า ถ้ามีคดีขึ้นสู่ศาล ที่ ศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่า ข้อสัญญานั้น เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง แม้จะอยู่นอกเหนือ 9 วงเล็บนี้ ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายนี้ได้ ถ้าศาล เห็นว่า ข้อตกลงนั้นมีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่ วิทยุชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ คำถามจึงมีว่า ถ้าพิจารณาว่า (1)-(9) เป็นข้อ สันนิษฐานของกฎหมายแล้ว ต่อไปในอนาคตข้างหน้า กรณีของข้อตกลงลักษณะอื่น ที่ไม่อยู่ใน ด้วบทกฎหมาย ที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจ พิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่ สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตามมาตรานี้ จะถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายด้วยหรือไม่ ถ้าใช่ ข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ก็เท่ากับ เราตีความให้ศาลสร้างข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ได้ ด้วยตนเอง ถ้าไม่ใช่ ข้อสันนิษฐานกฎหมาย ก็เท่ากับมีความขัดแย้งกันในด้วบทกฎหมาย ใน ขณะที่เราบอกว่า มาตรา 4 วรรค 3 (1)-(9) เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย แต่ข้อ ทกลงที่ศาลอาจพิจารณาให้อยู่ในข่ายของมาตรา 4 วรรค 3 ต่อจาก (9) บอกว่า ไม่ใช่ เช่นนั้นหรือกรณีดังกล่าวจึงเห็นว่า เหตุผลที่มองว่า มาตรา 4 วรรค 3 (1)-(9) เป็นข้อ สันนิษฐานของกฎหมาย อาจเป็นเพราะ ตามร่างกฎหมายเดิม เจตนาให้เป็นข้อสันนิษฐาน ทางกฎหมายจริง โดยวงเล็บสุดท้ายได้บัญญัติว่า ข้อตกลงอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่ง เป็นลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องกัน เพราะตามร่างเดิม กรณีของข้อตกลงอื่นที่กำหนด ในกฎกระทรวง นี้ เป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหาร ในการออกกฎกระทรวง เพิ่มเติมข้อ สันนิษฐานของกฎหมายได้ แต่ต่อมาเข้าใจว่า ทางคณะกรรมการที่พิจารณาร่างกฎหมาย ต้องการเปลี่ยนให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณา ข้อตกลง ที่ควรรอยู่ในมาตรา 4 วรรค 3 ที่ จะต่อท้ายจาก (9) โดยตัดคำว่า ข้อสันนิษฐาน ออกไป ซึ่งเมื่อลักษณะด้วบทกฎหมาย เปลี่ยนไปจากร่างเดิมมาก เช่นนี้ แม้คำในด้วบทกฎหมาย ที่บัญญัติว่า ข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า สามารถตอบได้ไม่น่าใช่ข้อสันนิษฐานของกฎหมาย และอีกเหตุผลหนึ่งก็คือ ด้วบทกฎหมาย ที่กำหนดไว้ให้เป็นข้อสันนิษฐานส่วนใหญ่ มักปรากฏคำว่า สันนิษฐาน อยู่ในด้วบทกฎหมาย ถึงแม้ว่าจะมีบางมาตรา ที่ไม่มีคำว่า "สันนิษฐาน" แต่ความในด้วบทกฎหมายก็สื่อความ ได้ว่าเป็นข้อสันนิษฐาน ด้วยเหตุผลต่างๆ เหล่านี้ ประกอบกับด้วหลักฐานความเห็นที่ ได้จากรายงานการประชุม และ จากการสอบถามจากท่านคณะกรรมการบางท่านที่ร่วมอยู่ ในการพิจารณาร่างกฎหมาย จึงอาจสรุปได้ความว่า มาตรา 4 วรรคสาม (1)-(9)

น่าจะไม่ใช่ข้อ สันนิษฐานของกฎหมาย แต่เป็นเพียงตัวอย่างของข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันเท่านั้นซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับ เรื่องของ จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตามกฎหมายก็ไม่ได้ให้ตัวอย่างไว้ แต่เมื่อศาลไทยได้ปรับใช้กฎหมาย และมีคดีนำขึ้นสู่ศาล จนมีคำตัดสินออกมา ก็มีตัวอย่างปรากฏตามมาเป็นลำดับ เช่นเดียวกับ มาตรา 4 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 วงเล็บ (1)-(9) จึงเป็นเพียงตัวอย่างของถ้อยประโยคที่ว่า ข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เท่านั้นเนื่องจากกฎหมายนี้เป็นกฎหมายใหม่ ทางผู้ร่างเกรงว่า ศาลจะใช้เวลานานมากในการปรับใช้กฎหมาย จึงได้บัญญัติตัวอย่าง (1)-(9) ไว้ มาตราดังกล่าว ไม่ได้เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายแต่ประการใด แต่เป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ที่ศาลต้องพิจารณาว่า ข้อตกลงนั้นมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งใน 9 ข้อนั้นหรือไม่ โดยที่คู่ความที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดมีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นให้ศาลรับรู้

3. ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ กฎหมายลักษณะพยาน

ในบทที่ 4 หัวข้อนี้ จะเป็นการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในแง่กฎหมาย ที่ต่อเนื่องจากในบทที่ 3 ในเรื่อง พยานหลักฐาน ซึ่งในบทที่ 3 ที่กล่าวผ่านมานั้น จะเป็นเพียงการอธิบายขอบเขตการใช้ด้วยกฎหมายเท่านั้น

หัวข้อนี้ จะแยกวิเคราะห์ปัญหาเป็น 2 หัวข้อย่อย เช่นเดียวกัน

3.1 กรณีปัญหาของมาตรา 84 ตาม ป.วิ.พ เรื่องหน้าที่นำสืบ หรือภาระการพิสูจน์

3.2 ปัญหาในระบบเรื่อง ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ

3.1 กรณีปัญหาของมาตรา 84 ตาม ป.วิ.พ เรื่อง หน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์

หน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ ในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะต้องเป็นไปตาม ป.วิ.พ มาตรา 84 อันเป็นหลักการที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ" ปัญหาก็คือ การกำหนดหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ เช่นนี้ตามมาตรา 84 แห่ง ป.วิ.พ ในคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะถือว่ามีความเหมาะสมและเป็นธรรม มากน้อยเพียงใด เพราะในแง่กฎหมายของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือการให้ผู้ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมอันเกิดจากข้อสัญญา ได้ยกกฎหมายนี้ขึ้นมาต่อสู้กับคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า ซึ่งเมื่อเป็นไปตามมาตรา 84 ลูกหนี้หรือจำเลยที่อ้างว่า สัญญาไม่เป็นธรรม จึงต้องนำสืบ ซึ่งในแง่กฎหมายนี้มีผลอย่างมาก เพราะหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ มีผลอย่างมากต่อรูปคดี การให้ฝ่ายที่เสียเปรียบต้องนำสืบ ก็คงไม่สามารถนำสืบอะไรได้มากเพราะไม่มีข้อมูลอะไรที่จะแสดงให้เห็นว่าเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม แต่ในอีกมุมมองของอีกฝ่าย อาจมองว่า คดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ควรใช้หลักหน้าที่นำสืบอันเป็นไปตาม ป.วิ.พ อันให้อยู่ในปัจจุบันนี้ ดีแล้ว โดยมองว่าถ้าให้ผู้ประกอบธุรกิจนำสืบ เขาก็ต้องนำสืบว่าเป็นธรรมดีแล้ว การให้ฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจ นำสืบเรื่องความเป็นธรรมจะไม่มีประโยชน์ เพราะถ้าให้นำสืบ เขาก็ยังนำสืบว่า สัญญาเป็นธรรม

ประเด็นปัญหานี้ เคยได้มีการกล่าวถึงอยู่บ้าง มาตั้งแต่ตอนร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในชั้นของคณะกรรมการพิจารณา ของกระทรวงยุติธรรม โดยปรากฏ

หลักฐานจากรายงานการประชุม^๑ ว่าเดิมที่ตามร่างเดิมฉบับแรกๆ ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 11 วรรคสอง (จะใกล้เคียงกับมาตรา 10 ตามกฎหมายปัจจุบัน) มีใจความว่า

"ในการที่จะวินิจฉัยถึงความเป็นธรรมและความสมควรแก่กรณีของข้อตกลงหรือความยินยอมตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาถึง อำนาจต่อรอง ความรู้ ความเข้าใจ ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ความสุจริต และประโยชน์ได้เสียทุกอย่างของคู่กรณีตามสภาพที่แท้จริงทั้งก่อนและหลังการทำสัญญา หรือการให้ความยินยอม รวมทั้งให้คำนึงถึงประเพณีปฏิบัติของการทำสัญญาชนิดนั้น และขอบเขตในด้านเวลา สถานที่ ปริมาณและความรุนแรงของข้อตกลงหรือความยินยอมนั้นด้วย ทั้งนี้ โดยให้ผู้ที่กล่าวอ้างความเป็นธรรมหรือความสมควรแก่กรณีของข้อตกลงหรือความยินยอมเป็นผู้หน้าที่นำสืบ"

ในตอนขึ้นของคณะกรรมการพิจารณา ก็มีความเห็นที่แยกเป็น 2 ฝ่าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นนี้ เช่นเดียวกัน แต่ในท้ายที่สุดก็ได้ตัดในเรื่องหน้าที่นำสืบตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ทิ้งไป

แม้ข้อสรุปของกฎหมายฉบับนี้ออกมา โดยไม่มีการกำหนดหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ อันเป็นไปตามความเห็นของอีกฝ่ายก็ตาม แต่กรณีความเห็นดังกล่าวที่ว่าควรมีการกำหนดเรื่องหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ ก็ยังมีเหตุผลที่ยังน่าพิจารณารับฟังอยู่มาก ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว เหตุผลของทั้ง 2 ฝ่าย ต่างมีเหตุผลที่น่ารับฟังกันในแง่หนึ่งอาจพิจารณาว่า ไม่มีประโยชน์ที่จะให้ฝ่ายผู้ประกอบการนำสืบ เพราะถ้าเขานำสืบเขาก็ต้องนำสืบว่า ข้อสัญญาที่ทำอยู่ดีแล้ว ซึ่งกรณีความเห็นดังกล่าวก็เห็นด้วย แต่ในอีกแง่หนึ่งถ้าจะให้ฝ่ายผู้บริโภคหรือฝ่ายที่มีอำนาจต่อรอง ความรู้ความสามารถน้อยกว่า มีภาระการพิสูจน์ หรือหน้าที่นำสืบ ก็อาจเป็นเรื่องลำบาก อีกทั้งการประกอบธุรกิจในสภาวะการณปัจจุบัน ที่มีการปรับโฉมหน้าไปอย่างรวดเร็ว ตามยุคการสื่อสารไร้พรมแดน คนธรรมดาทั่วไป ที่ไม่ได้ทำธุรกิจต่าง ๆ ก็คงยากที่จะมีความเข้าใจที่เพียงพอ แง่มุมที่มองว่า หน้าที่นำสืบหรือ

^๑ กระทรวงยุติธรรม, "รายงานการประชุม คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, ครั้งที่ 13/2534," 8 สิงหาคม 2534.

ภาระการพิสูจน์ ควรอยู่แก่ฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งแน่นอนเขาต้องอ้างว่าเป็นธรรมนั้น เป็น ผู้พิสูจน์ว่า ข้อสัญญานั้นเป็นธรรมเพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลนั้น ก็ชอบด้วยเหตุผล เหมือนกัน เพราะเขาต้องพยายามพิสูจน์ออกมาให้ได้ว่า สิ่งที่เขาเขียนไม่ได้เอาเปรียบ ซึ่ง กรณีนี้ ถ้าพิจารณาในอีกด้านหนึ่ง เห็นว่าจะได้ประโยชน์เหมือนกัน เพราะถ้าข้อสัญญาที่ เขียนนั้น มันเอารัดเอาเปรียบผู้อื่นมาก จนเห็นชัดอยู่แล้ว ก็คงไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะพิสูจน์ว่า สิ่งที่เขารัดเอาเปรียบผู้อื่นนั้น คือ สิ่งที่เป็นธรรม ฉะนั้น กรณีนี้จึงเห็นว่า น่าจะ พิจารณาซึ่งน้ำหนักว่า แบบไหนจะมีประโยชน์มากกว่า ต่อผู้มีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่า มีฐานะ ทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ความรู้ต่ำกว่า เพราะคงไม่ใช่เป็นชาวเป็นดำในเหตุผลของทั้ง 2 ฝ่ายที่กล่าวมา แต่จะต้องมองถึงแนวคิดของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ ต้องการคุ้มครองผู้ที่เสียเปรียบจากการทำสัญญามากกว่า

ปัญหาในเรื่องหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์นี้ แม้ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม ฉบับปัจจุบัน จะต้องเป็นไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ตาม แต่ก็อาจมีทางออกในเรื่องนี้ ที่จะปรับเปลี่ยนให้เกิดความเป็นธรรมได้ โดยเราอาจจะ พิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5194/2539 เรื่องการลดเบี้ยปรับ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ตามสัญญาลาไปศึกษาต่อมีข้อตกลงว่า...เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว...จะกลับมารับ ราชการต่อไป...หากลาออกก่อนกำหนด...ยอมใช้เงินเป็นจำนวน 3 เท่า หมายความว่า ไม่ว่าจะสำเร็จการศึกษาหรือไม่ ก็มีหน้าที่ต้องกลับมารับราชการต่อไป เมื่อจำเลยลาออก ไปก่อนที่จะกลับมารับราชการจึงเป็นการผิดสัญญา แม้โจทก์จะอนุมัติให้จำเลยลาออก จำเลยก็ต้องชำระเบี้ยปรับ การที่โจทก์เรียกให้จำเลยที่ 1 ชำระเงินจำนวนที่ได้รับไปจาก โจทก์ในระหว่างลาไปศึกษาต่อ ถือไม่ได้ว่าเป็นการยอมรับให้ชำระเบี้ยปรับจำนวน 1 เท่า จำเลยที่ 1 จะต้องชำระหนี้ให้แก่โจทก์คือ กลับมาปฏิบัติงานให้ตามระยะเวลาที่ระบุไว้ใน สัญญา เมื่อ จำเลยที่ 1 ยังไม่ได้ชำระหนี้ข้อนี้เลยจะถือว่าโจทก์ยอมรับชำระหนี้โดยสงวน สิทธิในเรื่องเบี้ยปรับตาม ป.พ.พ มาตรา 381 วรรคท้ายไม่ได้

การกำหนดเบี้ยปรับเป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าเมื่อลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ป.พ.พ มาตรา 383 วรรคแรกบัญญัติให้ศาลมีอำนาจลดลง ได้เป็นจำนวนพอสมควรหากเห็นว่าเกินส่วน มิใช่แต่ทางทรัพย์สินเท่านั้น และเมื่อโจทก์มิ ได้นำสืบให้ปรากฏชัดแจ้งว่าได้รับความเสียหายตามจำนวนค่าปรับที่กำหนดไว้ในสัญญา ศาล ย่อมให้ดุลพินิจลดค่าปรับหรือเบี้ยปรับตามสัญญาลงได้

ช่วงท้ายของคำนิพจนานุกรมภาษาศาสตร์ฉบับนี้ อาจจะนำมาเป็นแนวทางใช้กับกรณีของการปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้ด้วย กล่าวคือ ในประเด็นแรกที่ว่า ข้อตกลงที่พิพาทมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 หรือไม่ หน้าที่นำสืบควรจะตกอยู่กับฝ่ายที่กล่าวอ้างว่า ข้อตกลงนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เมื่อฟังได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวเข้าองค์ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ในการวินิจฉัยว่าควรจะให้ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับได้เพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามแนวทางในมาตรา 10 นั้น น่าจะต้องเป็นภาระของฝ่ายที่อ้างเอาประโยชน์ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นที่จะต้องนำสืบถึงปัจจัยต่าง ๆ ทั้ง 13 ปัจจัย ในมาตรา 10 เพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับเต็มตามที่ตกลงกันได้โดยไม่เสียความเป็นธรรมหรือพอสมควรแก่กรณีไป หากผู้กล่าวอ้างเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นมิได้นำสืบให้เห็นว่า มีปัจจัยต่าง ๆ ในมาตรา 10 มาสนับสนุนได้อย่างไรแล้ว ศาลย่อมใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญานั้นลงได้เท่าที่ศาลเห็นสมควรว่าอยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี¹⁰ ซึ่งแนวคำนิพจนานุกรมภาษาศาสตร์ฉบับนี้ อาจเป็นทางออกทางหนึ่ง ที่ศาลอาจนำมาใช้แก้ปัญหาในเรื่องที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ไว้ได้ ซึ่งจะเป็นการผ่อนคลายหลักการตามมาตรา 84 ป.วิ.พ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละกรณี แต่ละข้อเท็จจริงลงได้

¹⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," หน้า 63.

3.2 ปัญหาในระบบเรื่อง ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ

แนวคิดและระบบเรื่องผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ ได้ปรากฏในระบบกฎหมายของไทยมาเป็นเวลานานแล้ว อย่างที่ได้ศึกษาค้นคว้าในบทที่ 3 มาแล้วว่า คำว่า ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ไม่ใช่ความหมายเดียวกับพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง Amicus Curia ไม่ใช่ expert witness โดยเฉพาะ Amicus Curia นั้นจะมีฐานะพิเศษที่ไม่เหมือนพยานผู้เชี่ยวชาญ และโดยแนวคิดของ Amicus Curia ไม่ถือว่า ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ มีฐานะเป็นพยาน ทั้งหมดนี้คือ ทฤษฎีที่ได้ศึกษามา แต่ในความเป็นจริง ในศาลชั้นอุทธรณ์ เช่น ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ ในทางปฏิบัติ ก็ไม่ค่อยได้ใช้แนวทางผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ มาช่วยในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล หรือในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งมีระบบในเรื่องผู้พิพากษาสมทบอยู่แล้ว ก็ปรากฏว่ามีการนำหลักการเรื่องผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาใช้ในทางปฏิบัติค่อนข้างน้อย จากทั้งหมดนี้อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า แนวคิดในเรื่องระบบผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายที่เรามีอยู่แล้วนั้น ในขณะนี้ ก็แทบที่จะไม่ได้มีการนำมาใช้เลยในทางปฏิบัติ และอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญ ที่ได้จากการศึกษา ค้นคว้า เอกสาร คำสอนต่าง ๆ ในหนังสือบางเล่ม ก็มันักกฎหมายบางท่านตีความว่า ฐานะของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ ตามกฎหมายพิเศษเหล่านี้ มีฐานะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ตาม ป.วิ.พ ด้วย เช่น กรณีข้อกำหนดคดีภาษีอากร อันจะเป็นเพราะเหตุที่ข้อกำหนดหนึ่ง ที่มีความว่า ในกรณีของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญนั้น ให้นำเอาป.วิ.พ ในส่วนที่เกี่ยวกับพยานบุคคลมาใช้โดยอนุโลม ซึ่งตรงนี้นั้นเห็นว่า คำว่า "อนุโลม" แสดงให้เห็นแล้วว่า มันไม่เหมือนกัน ฉะนั้น จึงไม่เห็นด้วย กับการตีความในลักษณะนี้ ด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ตั้งแต่บทที่ 3 จนถึงหัวข้อนี้

สำหรับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น เห็นว่า ถ้าศาลได้เปิดกว้างรับเอาแนวคิดในเรื่องผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ มาช่วยศาลในการให้ความคิดความเห็น และไม่ผูกติดกับ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยแล้ว การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้เกิดความเป็นธรรมในการทำสัญญา ก็จะมีสัมฤทธิ์ผล

4. ปัญหาหลักเกณฑ์เรื่อง ความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 10

การมีผลบังคับของสัญญา ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดถึงการมีผลบังคับของสัญญาคือ มีผลบังคับใช้ได้ และมีผลบังคับใช้ไม่ได้ 2 กรณี คือ เป็นโมฆะกรรมและเป็นโมฆียะกรรม ส่วนผลบังคับของสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับนี้ ได้เพิ่มขึ้นตอนการมีผลบังคับใช้ขึ้นอีกลักษณะหนึ่งคือ สัญญามีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี โดยมีหลักให้ศาลวินิจฉัยว่าจะมีผลบังคับเท่าไร โดยวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10¹¹

ผลดีของหลักการของผลบังคับของสัญญาเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี คือ การยึดหยุ่นของลักษณะผลบังคับใช้ของข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม ที่ไม่ถึงกับเด็ดขาดให้ข้อสัญญานั้นเสียไปไม่มีผลตามกฎหมายไปทั้งหมด แต่ให้มีผลบังคับใช้ได้บางส่วนเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีที่จะบังคับแก่คู่สัญญาได้ แต่ก็มี ผลเสียก็คือ การใช้ดุลพินิจของศาลในกรณีนี้เป็นหลักการที่ยากที่ศาลจะใช้ เป็นหลักการที่ไม่ชัดเจนและไม่ให้ความแน่นอนแก่ศาลในการตัดสินวินิจฉัยคดี เพราะหลักเกณฑ์ที่ให้ไว้ในมาตรา 10 เป็นแนวทางกว้าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเคลือบคลุมสงสัยแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจ และจะเกิดความไม่แน่นอนของผลบังคับของข้อสัญญาหนึ่ง ๆ เพราะกฎหมายไม่มีมาตรา ซึ่ง ตวง วัดที่แน่นอน เป็นเรื่องของเหตุผลของเรื่องแต่ละกรณีไป¹²

กรณีหลักเกณฑ์ของมาตรา 10 บางข้อ ที่อาจก่อให้เกิดความเคลือบคลุมสงสัย เช่น มาตรา 10(2) ที่บัญญัติว่า ปกติประเพณีของสัญชาตินั้น ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เพียงถ้อยประโยคเดียว โดยเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาในแต่ละกรณีไป ว่า ข้อสัญญาใดจะมีผลบังคับเพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

¹¹ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 94.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

ปกติประเพณีของสัญญา ในปัจจัยข้อดังกล่าวนี้มุ่งที่ทางปฏิบัติของคนทั่วไป ในสัญญาประเภทเดียวกัน มิได้พิจารณาที่ทางปฏิบัติของคู่สัญญา แต่กรณีที่ต้องพิจารณาก็คือ ถ้าทางปฏิบัติของคนทั่วไปเหล่านั้น เป็นทางปฏิบัติที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง มักทำสัญญาเอาเปรียบจนกลายเป็นประเพณีไปแล้ว จะพิจารณาโดยประการใด ดังเช่น กรณีของข้อเท็จจริงตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 1128/2523 ซึ่งข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการกู้ยืมเงิน โดยนำรถยนต์มาเป็นหลักประกัน แต่คู่สัญญาอีกฝ่าย กลับเปลี่ยนให้จัดทำสัญญาเช่าซื้อแทน ซึ่งอาจเป็นด้วยเหตุที่ต้องการหลีกเลี่ยงอัตราดอกเบี้ยที่กฎหมายกำหนด ซึ่ง ณ ปัจจุบัน การทำนิติกรรมสัญญาในลักษณะดังกล่าวยังปรากฏอยู่ คำตอบในกรณีดังกล่าว เห็นว่า การพิจารณาหลักเกณฑ์มาตรา 10 ของศาล เพื่อวินิจฉัยข้อสัญญา ในแต่ละข้อเท็จจริงของคดี แนวทางในมาตรา 10 ทั้ง 13 ปัจจัยดังกล่าวนี้ ไม่ได้บังคับว่าต้องใช้แนวทางใด เพียงแนวทางเดียว ศาลสามารถนำมาใช้เพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ฉะนั้น แม้ตามบทบัญญัติกฎหมายจะบัญญัติไว้เพียง ปกติประเพณีของสัญญา แต่เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับ ปัจจัยในข้อที่ว่าด้วย พฤติการณ์ทั้งปวงแล้ว ก็สามารถพิจารณาได้ว่า ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น ก็ควรหมายถึง ปกติประเพณีของสัญญาที่ยอมรับได้และเป็นธรรม ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งการพิจารณาในลักษณะเช่นนี้ จะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

กรณีปัจจัยข้ออื่น ๆ ในมาตรา 10 ก็อาจมีกรณีที่ต้องพิจารณาดังเช่น ปัจจัยในข้อที่ว่าด้วยเรื่อง ปกติประเพณีของสัญญา แต่ก็พิจารณาได้ว่า ถ้าในการวินิจฉัยข้อสัญญา ได้นำเอาปัจจัยในเรื่อง พฤติการณ์ทั้งปวง มาเป็นแนวทางประกอบการวินิจฉัย ก็จะเป็นการแก้ไขปัญหาความเคลือบคลุมของปัจจัยอื่นได้

หลักเกณฑ์ของมาตรา 10 ดังกล่าวนี จากการศึกษา วิเคราะห์พบว่า ยังมีความเข้าใจอันตรงกันข้ามกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยมีการกล่าวถึง เรื่อง ส่วนได้เสียสาธารณะอื่น ๆ ว่ามิได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 10 และกล่าวอีกว่า มาตรา 10 มิได้กล่าวถึงความสำคัญของส่วนได้เสียของประชาชนและระบบเศรษฐกิจโดยรวม ที่อาจถูกกระทบ หากทว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา มิได้ถูกได้นำมาปฏิบัติอย่างเต็มที่ ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวไม่น่าจะถูกต้อง ด้วยเหตุผลว่า การประกอบการของธุรกิจบางประเภทนั้น แม้จะเป็นบริษัทมหาชน อันมีการขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า ส่วนหนึ่งมี

ความรับผิดชอบต่อมหาชน หรือแม้ธุรกิจบางประเภท ที่การดำเนินการอาจจะกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ ถ้าธุรกิจดังกล่าวมีอันต้องล้มลงหรือล้มละลายไป เหตุผลดังกล่าวนี้ ก็ไม่อาจถือได้ว่า มีส่วนสัมพันธ์กับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หน้าที่และความรับผิดชอบของธุรกิจที่ประกอบการ เป็นคนละส่วนกับ การทำนิติกรรมสัญญา ซึ่งไม่อาจนำเรื่องดังกล่าว สองเรื่อง มาพิจารณาปะปนกันได้ หลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญา เป็นหลักกฎหมายที่พิจารณาจากพื้นฐานของการจัดทำนิติกรรมสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ที่อยู่บนแนวคิดของทฤษฎีกฎหมายในเรื่อง เสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา โดยมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นกฎหมายที่บัญญัติเสริมขึ้นมา เพื่อให้หลักการกฎหมายดังกล่าวทั้งสองหลักการ อยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมอย่างแท้จริง อีกทั้ง ผลของคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง จึงยังไม่น่าจะกระทบต่อส่วนได้เสียสาธารณะ ระบบเศรษฐกิจของประชาชาติอย่างมากมาย แม้ว่าการดำเนินธุรกิจบางประเภท อาจจะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม หากการดำเนินธุรกิจมีปัญหา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ภาคธุรกิจนั้น จะมีสิทธิทำสัญญาเอารัดเอาเปรียบประชาชนทั่วไปได้ ข้อสัญญาต่าง ๆ ในตัวสัญญาของภาคธุรกิจ นั้นก็ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่เอารัดเอาเปรียบกัน แง่มุมผลประโยชน์ทางธุรกิจที่พึงมีพึงได้ หรือกำไรพอสมควร ที่ควรได้ก็ควรได้ แต่ก็ควรอยู่บนความพอดี ไม่ใช่โดยการใส่ข้อสัญญา ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ และผลภาระให้ผู้บริโภคหรือประชาชน

5. ปัญหาข้อเท็จจริง และ ปัญหาข้อกฎหมาย ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

นิติกรรมสัญญา ทั้ง 8 ประเภท ที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะอยู่ในมาตรา 4-9 อันเป็นมาตราหลัก โดยมีมาตรา 10 เป็นมาตราที่ให้แนวทางแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณา ปัญหาจึงมีว่า อะไรคือ ข้อเท็จจริง อะไรคือ ข้อกฎหมาย ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะจากการศึกษาวิเคราะห์จะพบว่า มีทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ปะปนกันอยู่ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ดังนี้

มาตรา 4-9 อันเป็นมาตราหลักๆ นั้น การพิจารณาว่า อะไรเป็นปัญหาข้อเท็จจริง อะไรเป็นปัญหาข้อกฎหมาย จะขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของแต่ละมาตรา ซึ่งบางเงื่อนไขก็เป็นข้อเท็จจริง บางเงื่อนไขก็เป็นข้อกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น

คำว่า สัญญาสำเร็จรูป นั้น ซึ่งตามกฎหมายบอกว่า ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด นำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

การพิจารณาว่า สัญญานี้มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ จะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่จะเป็นสัญญาสำเร็จรูปตามกฎหมาย หรือไม่ ถือเป็นข้อกฎหมาย หรือต่อมาในมาตรา 4 ที่กล่าวถึง ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝาก การพิจารณาว่า จะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาประกอบตามมาตรา 10 นั้น จะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง เพราะจะเป็นการใช้ดุลพินิจในการวิเคราะห์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ฯลฯ เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องนำสืบให้ศาลรู้ แต่ถ้าเป็นในกรณี มาตรา 4 วรรคสาม ที่กล่าวถึงลักษณะของข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมี (1)-(9) บัญญัติไว้เป็นตัวอย่างนั้น จะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย หรือกรณีมาตรา 9 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดนั้น การพิจารณาว่า มีการให้ความตกลงหรือความยินยอมกันหรือไม่ จะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ในความวรรคท้ายที่กล่าวว่า ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลต้องวินิจฉัย