

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไข

ดังที่เราได้กล่าวมาแล้วว่า สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ เกิดจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่คู่สัญญามีอำนาจในการต่อรองไม่เท่าเทียมกัน จึงทำให้เกิดความไม่ชอบธรรมของสัญญานั้น ศาลได้นำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดี และจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่นำหลัก Restraint of Trade มาใช้ ก็ยังไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ส่วนศาลไทย เนื่องจากมีคำพิพากษาตัดสินในเรื่องนี้น้อย และจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา ตัดสินให้สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ใช่เรื่องที่จะให้คู่สัญญาตกลงกันเองได้ อย่างไรก็ตามจะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลพิจารณาจากความพอเหมาะพอควรของข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เป็นเรื่อง ๆ ไป จะให้อธิบายว่า Public Policy คืออะไร ย่อมทำไม่ได้ และยากที่จะอธิบาย เพราะเป็นสิ่งที่ไม่อยู่คงที่ ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามอัธยาศัย ความสามารถ และโอกาสของประชาชน' ปัญหาที่เกิดขึ้น ก็คือว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน สามารถทำให้สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเกิดความชอบธรรมหรือไม่ โดยจะพิจารณารายละเอียดดังต่อไปนี้คือ

' สี่ห์ คลายนสูตร, " ความสงบเรียบร้อยของประชาชน," อุลพาท 3 (มกราคม 2499) : 19.

4.1 อำนาจการต่อรองของสัญญาจ้างแรงงาน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 บัญญัติว่า “สัญญาจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้”

สัญญาจ้างแรงงานจึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ต่างมีสิทธิและหน้าที่ตอบแทนกัน ด้วยความสมัครใจ และควมมีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ด้วยภาวะทางเศรษฐกิจและตลาดแรงงาน ทำให้นายจ้างพยายามกำหนดข้อสัญญาบางอย่างขึ้นมา ผู้กมัดลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานนั้น เพื่อแสวงหาประโยชน์ให้กับตนโดยเอาัดเอาเปรียบ ลูกจ้างซึ่งมีสถานภาพด้อยกว่าทั้งด้านทุนทรัพย์สติปัญญา ความสามารถ และสภาพแข่งขันในตลาดแรงงานที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และจำต้องยอมรับข้อผูกพันในสัญญานั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้กฎหมายจะยอมรับสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ เพราะอำนาจแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นจากความจำยอมต้องสมัครใจ เพราะอำนาจการต่อรองที่ไม่ทัดเทียมกันมากกว่า

ซึ่งในเรื่องนี้ นักกฎหมายบางท่าน มีความเห็นว่า² ลูกจ้างอาจมีอำนาจต่อรองทัดเทียมกับนายจ้างได้ ในบางกรณี ถ้าลูกจ้างผู้นั้นเป็นผู้มีความสามารถในระดับสูง เช่น ผู้จัดการ (กฎหมายแรงงานของไทย ถือว่าลูกจ้างระดับผู้จัดการ คือ นายจ้าง เพราะเป็นผู้มีอำนาจให้คุณให้โทษกับลูกจ้างทั่ว ๆ ไปได้ และยังมีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลผู้เป็นนายจ้างได้อีกด้วย) หรือลูกจ้างซึ่งเป็นกรรมการสหภาพแรงงาน ผู้ทรงอิทธิพลในสถานประกอบการนั้น

อย่างไรก็ตาม ในสถานภาพของนายจ้างย่อมต้องการแสวงหาผลกำไรสูงสุดในการประกอบธุรกิจ ทำทุกวิถีทางเพื่อให้ได้แรงงานที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพการทำงานสูง คู่มีกับค่าตอบแทน และสวัสดิการที่ตนได้ลงทุนไป หากสามารถลดต้นทุนการผลิตในเรื่องค่าแรงงานลงได้ ก็ยิ่งจะทำให้ผลการดำเนินงานของนายจ้างประสบความสำเร็จยิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันฝ่ายลูกจ้าง ย่อมต้องการได้ค่าตอบแทนและสวัสดิการที่สูง เพื่อความเป็นอยู่ในสภาพสังคม และเศรษฐกิจ และย่อมต้องการแสวงหาความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน สิ่งใหม่และดี

² ดูชาติ ศาสตราธิบดี, “การห้ามการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ,” หน้า 22.

ที่สุดในชีวิต ผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย จึงสวนทางกันอยู่ตลอดเวลา สัมพันธภาพระหว่างนายจ้างและลูกจ้างย่อมขัดแย้งกัน โดยต่างฝ่ายต่างมุ่งรักษาประโยชน์ของตนให้มากที่สุด และเป็นเช่นนี้ทุกยุคสมัยตลอดมา จากแนวคำพิพากษาของต่างประเทศ แม้เป็นชาติที่เจริญแล้วมีการพัฒนาและคุ้มครองสถานะของลูกจ้างเป็นอย่างดี ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาค่าความไม่เท่าเทียมกันของนายจ้างและลูกจ้างไปได้ อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของนายจ้างและลูกจ้างนี้ จึงเป็นสิ่งที่ต้องยอมรับกันทั่วไปว่า ย่อมเกิดขึ้นได้กับทุกชาติ ทุกสภาพการณ์ และทุกยุคสมัย โดยที่ไม่สามารถจะทำให้อำนาจต่อรองนั้นเกิดความทัดเทียมกันได้ การทำสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง จึงเป็นเรื่องธรรมดาที่จะต้องเกิดขึ้น

เมื่อมีสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อ เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจากอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน การแก้ไขปัญหาก็ไม่ใช่ทำให้อำนาจการต่อรองของคู่สัญญาเกิดความเท่าเทียมกัน เพราะเป็นที่ยอมรับแล้วว่าไม่สามารถทำให้อำนาจต่อรองเกิดความเท่าเทียมกันได้ แต่อยู่ที่ว่าทำอย่างไร จึงจะให้สัญญานั้น เกิดความเป็นธรรมแก่นายจ้างและลูกจ้างมากที่สุด ซึ่งเราจะศึกษาต่อไป

4.2 การใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตัดสินคดี

ดังที่เราได้ศึกษาแล้วว่าสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ เกิดจากอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของนายจ้างและลูกจ้าง และเป็นที่ยอมรับว่าไม่สามารถหาหนทางใดแก้ไขให้อำนาจการต่อรองของนายจ้างและลูกจ้างเท่าเทียมกันได้ การแก้ปัญหาคู่สัญญาอันไม่เป็นธรรมเช่นนี้ ก็โดยการทำให้สัญญาเกิดความไม่เป็นธรรม ทั้งต่อคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย และต่อสังคม จากแนวคำพิพากษาของศาลไทย ได้นำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาเป็นข้อพิจารณาโดยตลอด ปัญหาก็คือว่าหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน สามารถแก้ปัญหาคู่สัญญาอันไม่เป็นธรรมได้มากน้อยเพียงใด

ในการพิจารณาสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ โดยปกติบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และประกอบกิจการแข่งขันกันได้โดยเสรี การห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด น่าจะถือว่าเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่พิจารณาในอีกแง่หนึ่งเห็นว่า เป็นความสมัครใจของคู่กรณี และเป็นประโยชน์ส่วนตัวเสียของเขา กฎหมายก็น่าจะยอมผ่อนปรนให้ทำกันได้ ถ้าหากจะไม่

ก่อนความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น³ ศาลวางหลักเบื้องต้นในการพิจารณาให้สัญญาามีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่จะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยจะต้องไม่เกินเลยไปจากความพอเหมาะพอควร และอย่างไรจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เราได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 นั้น ว่าจะต้องพิจารณาเป็นกรณีราย ๆ ไป ทั้งนี้โดยอาศัยความนึกคิดของบุคคลธรรมดาทั่วไปเกณฑ์วินิจฉัย โดยปกติเท่าที่พิจารณาจากคำพิพากษาของศาล จะปรากฏว่า เป็นเรื่องที่ส่วนมากรวมอยู่ในกรณีของวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามโดยกฎหมาย เช่น ทำสัญญาขายใบอนุญาตที่ได้รับจากทางราชการ ให้ส่งขายไปต่างประเทศ เป็นสัญญาที่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกู้เงินไปเพื่อทำการค้าหญิงโสเภณี ย่อมเป็นนิติกรรมที่นอกจากจะขัดต่อกฎหมายแล้ว ยังขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชนด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 125/2521)⁴ เมื่อสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ มักมีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น จากอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งหากปล่อยให้คู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยศาลเห็นว่าเป็นเรื่องของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เป็นเรื่องของคู่สัญญาตกลงกันต่างต้องรักษาประโยชน์ของตนเองแล้ว ความไม่ชอบธรรมก็อาจจะเกิดขึ้นได้

การแก้ปัญหาสัญญาอันไม่เป็นธรรมนี้ จึงอยู่ที่ว่าศาลจะต้องนำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน มาใช้ในการแก้ปัญหาก็ได้ หากศาลปล่อยให้คู่สัญญามีเสรีภาพ โดยนำหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนามาใช้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ความไม่ชอบธรรมก็จะเกิดขึ้น และไม่สามารถแก้ปัญหานี้ได้ ซึ่งปัญหาของสัญญาอันไม่เป็นธรรม เป็นผลในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและความศักดิ์สิทธิ์ เป็นหน้าที่ของศาลต้องค้นหาเจตนาของคู่กรณี ศาลจะพิจารณาคดีโดยไม่คำนึงถึงเจตนาของคู่กรณีไม่ได้⁵

³ ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 51.

⁴ อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 113.

⁵ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 24.

ผู้เขียนมีความเห็นว่า จากแนวคำพิพากษาของศาลไทยค่อนข้างมีความแน่นอนว่า ศาลควรจะนำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาแก้ไขความไม่ชอบธรรมเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานต่อไป ปัญหาต่อไปก็คือว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน สามารถแก้ปัญหาข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรมได้ทุกกรณีหรือไม่ การวิเคราะห์ปัญหานี้ พิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้เคยตัดสินกันมาแล้ว ศาลใช้หลักเกณฑ์ใดตัดสินปัญหาว่า สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในบทที่ 3 พบว่าการพิจารณาว่า อย่างไร ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลคำนึงถึงความเหมาะสมพอควร โดยตลอดจากคำวินิจฉัย ดังต่อไปนี้ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 ศาลชั้นต้น เห็นว่า "...สัญญา...เป็นการห้ามเกินสมควร ทำลายผลประโยชน์ของสาธารณชน จึงเป็นการผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 113 เป็นโมฆะเสียเปล่าบังคับไม่ได้ตามกฎหมาย..."

ศาลอุทธรณ์พิจารณาเห็นว่า "...ข้อกำหนดเวลาเพียง 5 ปี นั้นก็สมควรอยู่ ส่วนข้อกำหนดเขตต์นอกกรุงเทพฯ ออกไปนั้นเป็นการตัดอาชีพเกินสมควรไป นับว่าเป็นการขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นโมฆะตามมาตรา 113 [150]..."

ศาลฎีกา เห็นว่า "...จะนั้นข้อวินิจฉัยเฉพาะคดีนี้จึงอยู่ในปัญหาที่ว่า การห้ามมิให้กระทำในเขตต์กรุงเทพฯเป็นการพอสมควรหรือไม่ ซึ่งศาลนี้เห็นว่าเป็นการรักษาผลประโยชน์ของโจทก์พอควรแก่เหตุ ย่อมไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงแยกบังคับได้..."

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 725/2519 ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า "คดีคงมีประเด็นมาสู่ศาลฎีกาข้อเดียวว่า สัญญาท้ายฟ้องขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่... บริษัทโจทก์มิได้กำหนดให้ จำเลยที่ 1 ต้องทำงานอยู่กับบริษัทโจทก์จนตลอดชีวิตหรือเป็นระยะเวลาอันยาวนานเกินควร... บริษัทโจทก์มิได้กำหนดอัตราเงินเดือนโดยเอาอัตราเปรียบจำเลยที่ 1 เกินไป..."

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533 ตัดสินว่า "สัญญาดังกล่าวนั้นมิใช่เป็นการห้ามจำเลยทั้งสองมิให้กระทำโดยเด็ดขาด จำเลยทั้งสองอาจกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากโจทก์ การกระทำที่ห้ามนั้นเป็นการห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นแข่งขันกับงานของโจทก์ และเฉพาะส่วนของงานที่จำเลยทั้งสองเคยทำกับโจทก์ ทั้งกำหนดเวลาที่ห้ามไว้นั้นก็มีเพียง 24

เดือน นับแต่จำเลยทั้งสองนั้นจากการเป็นลูกจ้างโจทก์เท่านั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดเหตุนี้ในการงดเว้นการกระทำตามที่แสดงโดยเจตนาของคู่กรณีเช่นนี้ ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งสองทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควรเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่กันไปโดยชอบ ในเชิงของการประกอบธุรกิจไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้^๑

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นขอบเขตประการหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อจำกัดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เพราะผลประโยชน์ของสังคม หรือส่วนรวม ย่อมอยู่เหนือเสรีภาพ และผลประโยชน์ของเอกชน ดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ดี ปัญหาที่ยังในการพิจารณาว่า นิติกรรมใด จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ก็คือปัญหาที่ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ดี ศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ดี มีความหมายประการใด เหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติความหมายของคำ ๆ นี้ไว้ ก็เพราะต้องการให้ความหมายยืดหยุ่นได้ตามสภาพสังคม และกาลเวลา ประกอบกับความรู้สึกของประชาชนแต่ละยุค^๑ หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสามารถแก้ปัญหาข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรมได้ เพราะเป็นหลักที่กว้าง และสามารถปรับได้กับข้อเท็จจริงทุกเรื่อง ซึ่งย่อมมีความเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ว่ามีความเหมาะสมพอควรอย่างไร ดังที่ศาลได้ใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาตลอดมา ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์สำคัญในการพิจารณาว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หากไม่นำสืบข้อเท็จจริงนั้น หรือนำสืบไม่สม ศาลย่อมไม่สามารถนำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาปรับกับข้อเท็จจริงนั้น เพื่อหาความเหมาะสมพอควรให้เกิดความชอบธรรมได้

หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยคำนึงถึงการรักษาประโยชน์ของคู่สัญญาให้มีความเท่าเทียมกันเป็นสำคัญ เมื่อเทียบกับหลัก Restraint of trade ของต่างประเทศแล้ว ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 จะเห็นว่า หลัก Restraint of trade ของต่างประเทศใช้ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (public interest) หรือ หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พิจารณาเป็น

^๑ เข็มชัย ชุตินวงศ์ และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำบรรยายกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 23. (อัดสำเนา)

กรณีราย ๆ ไป เช่นเดียวกัน แต่จากการศึกษาพบว่า ความพอเหมาะพอควรของศาลต่างประเทศนั้น บางกรณีก็มีการใช้อย่างกว้าง ๆ เหมือนกัน เช่น ในคดี Foster & Son, Ltd. V. Suggest ตัดสินว่าคู่สัญญา ซึ่งเป็นผู้จัดการสัญญาว่าจะไม่ทำธุรกิจระจกตลอดสหราชอาณาจักร เป็นการรักษาความลับของวิธีการผลิตระจก และการค้าของนายจ้างอย่างเป็นธรรม และคดี Fitch V. Dewes เสมียนทนายในเมืองแทมวอร์ธถูกห้ามทำงานกับบริษัททนายความ โดยไม่ได้จำกัดเวลาไว้ ศาลตัดสินว่า ข้อตกลงนี้สมบูรณ์ โดยอธิบายว่า เสมียนทนายได้รับความรู้ และติดต่อกับลูกค้าในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งถ้าไม่ทำสัญญาจำกัดสิทธิไว้ อาจจะทำให้ความนิยมในธุรกิจของนายจ้างเสื่อมเสียไป เป็นต้น

จากแนวคำพิพากษาอังกฤษทั้ง 2 คดี เห็นว่า ศาลคงจะคำนึงถึงการป้องกันความลับทางการค้า และกีดกันของกิจการมากกว่าความพอเหมาะพอควร เพราะไม่ได้คำนึงว่า ธุรกิจระจกครอบคลุมทั่วราชอาณาจักรหรือไม่ และในคดีที่ 2 ก็ไม่ได้คำนึงว่าความสัมพันธ์กับลูกค้าย่อมมีการจัดจางลง

จากแนวคำพิพากษาของศาลไทย ถือหลักความพอเหมาะพอควรตัดสินคดีมาโดยตลอด และยังไม่เคยยอมให้มีการจำกัดสิทธิอย่างกว้าง ๆ เช่น ตลอดประเทศ หรือตลอดชีวิต (แม้จะเป็นคดีเกี่ยวกับการรักษาความลับทางค้า เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533 ก็ตาม) จนเป็นการตัดหนทางในการประกอบอาชีพ จากคำตัดสินคดีของศาลต่างประเทศที่หยิบยกมาเป็นตัวอย่างนี้ หากเกิดขึ้นในประเทศไทย จากแนวคำพิพากษาของศาลไทย เชื่อว่า ศาลคงจะต้องนำหลักความพอเหมาะพอควรมาใช้ในการตัดสินให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญามากขึ้น ตามแนววินิจฉัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533 ส่วนในคดี Littewoods V. Harris ซึ่งเราได้เคยศึกษากันในบทที่ 2 ไว้ ศาลยอมให้สัญญาที่ห้ามจำเลยเป็นลูกจ้างบริษัทคู่แข่งยักษ์ใหญ่ ที่ตั้งอยู่นอกราชอาณาจักร บังคับได้นั้น หากพิจารณาถึงหลักความพอเหมาะพอควรแล้ว ศาลไทยก็คงจะไม่ยอมให้มีการจำกัดสิทธิกว้างถึงเพียงนั้น เช่นกัน เพราะควรคำนึงถึงภาวะการณ์ที่เหมาะสมต่าง ๆ ด้วย

ข้อพิจารณาประการหนึ่ง ของความพอเหมาะพอควร คือ ไม่สามารถกำหนดแน่นอนได้ว่ามีขอบเขตเพียงใด จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป ว่าอย่างไรจึงจะมีความเหมาะสมสำหรับข้อเท็จจริงเช่นนั้น โดยไม่เป็นการรักษาประโยชน์ของนายจ้างจนเกินความจำเป็น และตัดหนทางการประกอบกิจการงานของลูกค้าจนไม่สามารถดำรงชีพอยู่ได้ ปัญหาจึงเป็นปัญหาที่ยากในการตัดสินคดี เพราะไม่สามารถหาหลักเกณฑ์อะไรได้อีกประการหนึ่ง จะต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในการพิจารณาด้วย หากไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาล

เห็น หรือเชื่อว่า มีข้อเท็จจริงเช่นนั้น อาจทำให้เกิดความไม่ชอบธรรมขึ้นได้ ยกตัวอย่างเช่น การห้ามทอผ้าไหมในท้องถิ่นที่ทำธุรกิจเลี้ยงไหม ปลูกไหม่อน เป็นหลัก ย่อมแตกต่างกับท้องถิ่นที่ไม่มีคนทำธุรกิจนั้นเลย หรือการห้ามเป็นลูกจ้างในบริษัททางการแพทย์ทุกแห่ง ย่อมมีความแตกต่างกับการห้ามเป็นลูกจ้างกับบริษัทเฉพาะที่เป็นคู่แข่ง เพราะในกรณีแรก เท่ากับเป็นการกำจัดให้ลูกจ้างออกจากวงการอาชีพนั้นเลยทีเดียว อีกประการหนึ่ง การพิจารณาความเหมาะสมสมควรดังกล่าว อาจอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เคยตัดสินไว้ช่วยในการพิจารณาเท่านั้น แต่ไม่สามารถตัดสินเช่นเดียวกันได้ แม้จะมีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันก็ตาม เพราะความเหมาะสมสมควรนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ค่านิยม สภาพเศรษฐกิจ และสังคม ของแต่ละยุคสมัย นิติกรรมใดเข้าลักษณะมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ต้องพิจารณาตามกาลเทศะ เพราะศีลธรรมของประชาชน อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตาม กาลสมัย ต้องเอาความรู้สึกของบุคคลที่มีฐานะปานกลางเป็น 'เครื่องวัด' ยกตัวอย่างเช่น ในยุคของข่าวสาร ขอบเขตท้องที่ที่ถือว่ามีความเหมาะสมสมควร ย่อมกว้างไกลกว่าในยุคสมัยเก่า หรือ ในประเทศที่มีความเจริญทางเทคโนโลยี ย่อมให้ความสำคัญในการป้องกันความลับในการผลิตที่ซับซ้อน และต้องใช้ชั้นวิธีการประดิษฐ์สูง มากกว่าประเทศที่มีความเจริญน้อยกว่า หรือในสมัยที่ธุรกิจค้าเพชรเฟื่องฟู การห้ามการแข่งขัน ย่อมมีความสำคัญมากกว่าในยุคที่ธุรกิจค้าเพชรซบเซา หรือในยุคที่เงินบาทมีค่าสูง การถูกห้ามแข่งขัน เพื่อตอบแทนค่าใช้จ่ายที่ได้รับการฝึกอบรม ย่อมยาวนานกว่าสมัยที่ค่าเงินบาทถูกลง (แต่ค่าใช้จ่ายก็ย่อมสูงตามไปด้วย ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกัน) เป็นต้น

สัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพใด ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น จากแนวคำพิพากษาศาลไทยและอังกฤษ ได้พิจารณาถึงความเหมาะสมสมควรในเรื่องลักษณะธุรกิจที่ห้ามแข่งขัน ขอบเขตท้องที่ และระยะเวลา โดยมีแนวคิดที่คล้ายคลึงกัน แต่คำพิพากษาศาลอังกฤษมีวิวัฒนาการยาวนาน และคดีเกิดขึ้นมากกว่าศาลไทย ประการแรก ในการพิจารณาถึงลักษณะของธุรกิจที่ต้องห้ามในสัญญา เพื่อป้องกันการชักชวนหรือจูงใจ และความลับทางการค้า จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจของนายจ้างและลักษณะงานที่ลูกจ้างมีหน้าที่รับผิดชอบด้วย ไม่ครอบคลุมถึงธุรกิจที่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง ศาลไทยได้วางแนวทางการพิจารณาไว้เช่นเดียวกัน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2479 ข้อสัญญาห้ามลูกจ้างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีด เป็นคนใช้ธุรกิจอื่น ตกเป็นโมฆะ เป็นต้น ซึ่ง

⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ หนึ่ง, หน้า 130.

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการพิจารณาคดีดังกล่าว สามารถนำมาเป็นแนวทางให้เกิดความชอบธรรมแก่คู่สัญญาได้ โดยจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีประกอบด้วย ประการที่สอง การพิจารณาถึงขอบเขตท้องที่ของสัญญา แนวคำพิพากษาศาลอังกฤษ ถ้าเป็นการป้องกันการชักชวนจงใจลูกค้า ธุรกิจของนายจ้างจะต้องครอบคลุมถึงท้องที่นั้นด้วย แต่ถ้าเป็นการป้องกันความลับทางการค้า บางคดี ศาลยอมให้มีการจำกัดสิทธิที่กว้าง ๆ ได้ เช่น ตลอดประเทศ หรือทั่วโลก เป็นต้น โดยเห็นว่า เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดขอบเขตท้องที่ เพื่อป้องกันการชักชวนของลูกค้าของนายจ้างได้ ประการสุดท้าย ช่วงเวลาที่เหมาะสม ในการป้องกันการชักชวนหรือจงใจลูกค้า คำนึงถึงช่วงเวลาในการหาลูกค้าคนใหม่ และสามารถติดต่อกับลูกค้าได้ดี กับช่วงเวลาที่มีความสัมพันธ์กับลูกค้าจืดจางไป ส่วนช่วงเวลาป้องกันการลักลอบทางการค้านั้น จะคำนึงถึงความยุ่งยาก ซับซ้อนของความลับทางการค้านั้น ประเภทของลูกค้าที่จะติดต่อกับ วิธีการติดต่อกับลูกค้า และบ่อยครั้งเพียงใดที่ติดต่อกับลูกค้า เป็นต้น ทั้งสองกรณี จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงประกอบเป็นรายกรณีไป ซึ่งจะทำให้เกิดความชอบธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ศาลไทยนำมาใช้ เป็นหลักการพิจารณาที่ใกล้เคียงกับหลัก Restraint of trade ของกฎหมายต่างประเทศมาก แต่หลักที่ใช้ในศาลอังกฤษ ก็คงมีประโยชน์ในการเทียบเคียงเท่านั้น ศาลไทยจะวินิจฉัยอย่างไร ต้องแล้วแต่จะเหมาะสมแก่สภาพการณ์ในเมืองไทย ไม่หมายความว่าต้องใช้หลักอย่างเดียวกับอังกฤษ...”*

4.3 ปัญหาบางประการของสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ

ปัญหาว่าสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพใด มีความพอเหมาะพอควร และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในสำนวนแต่ละคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป ยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนลงไปได้ แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มักแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย ดังที่เราได้เคยศึกษามาแล้ว และมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งจะเห็นได้ว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษบางคดี มีแนวคิดไม่เหมือนของไทย ขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สภาวะการจ้างงาน สังคมของประเทศนั้น และความสงบเรียบร้อย

* หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2479

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยังมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน กับกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ การพิจารณาว่าบทกฎหมายมาตราใด เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นี้ ความยากอยู่ตรงข้อที่ว่า อะไรจะเป็นเครื่องชี้ให้เห็นเช่นนั้นได้^๑ และไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนว่า อย่างไรจึงจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายแพ่งของนานาประเทศ จึงได้กำหนดหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในลักษณะที่ยืดหยุ่น และมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นกรณี ๆ ไป^๒

ความชอบธรรมของสัญญา จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่น่าสืบต่อศาล หากคู่สัญญาไม่นำสืบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีให้ศาลเห็นว่า สัญญานั้นมีความไม่ชอบธรรมหรือเอาผิดเอาเปรียบกันอย่างไร คู่สัญญานั้นจะกล่าวว่า ศาลตัดสินโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ เพราะข้อเท็จจริงที่ต่างกัน ย่อมมีผลต่อการพิเคราะห์ของศาลว่า ข้อสัญญานั้นมีความชอบธรรมหรือไม่ เช่น การจำกัดสิทธิลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถ และล่วงรู้ความลับทางการค้าของนายจ้าง ย่อมแตกต่างไปจากการจำกัดสิทธิลูกจ้างระดับต่ำกว่า หรือการห้ามลูกจ้างทำงานแข่งขันเฉพาะธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับงานที่ทำ ย่อมแตกต่างกับการห้ามลูกจ้างประกอบธุรกิจทุกประเภท หรือในท้องที่มีธุรกิจประเภทเดียวกับนายจ้างมาก ย่อมแตกต่างจากท้องที่มีไม่มีธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างเลย หรือในท้องที่มีผู้คนอาศัยหนาแน่นน้อย ย่อมแตกต่างจากท้องที่มีคนอาศัยหนาแน่นมาก เป็นต้น ซึ่งคู่สัญญาอาจอ้างผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ มาเป็นพยานต่อศาล เช่น นำสืบว่า ความรู้ที่ลูกจ้างได้มาระหว่างการทำงานในสาขาวิชาการแขนงนั้น ถือว่าเป็นขั้นตอนการผลิตที่มีความสำคัญเพียงพอที่จะนำไปประกอบกิจการแข่งขันต่อไปถึงขนาดเรียกว่า เป็นความลับทางการค้านั้นได้หรือไม่ เป็นต้น

พยานผู้เชี่ยวชาญ จะต้องมีความรู้ความชำนาญในสาขาวิชาการแขนงที่เป็นปัญหา ความรู้ความชำนาญที่อาจจะได้มาจากการศึกษาเล่าเรียนจนได้ปริญญา หรือประกาศนียบัตร หรือหนังสือรับรองอื่น ๆ หรืออาจได้จากการทำงานในสาขานั้นมาเป็นเวลานาน จนมี

^๑ พวงผกา บุญโสภาคย์, คำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, หน้า 85.

^๒ อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," หน้า 22.

ความชำนาญก็ได้¹⁰ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1610/2498 ผู้ใหญ่บ้าน แม้ไม่ใช่ผู้ชำนาญการพิเศษ แต่มีอาชีพทางทำนา มีกระบือหลายตัว ก็สามารถรู้ลักษณะของกระบือตัวและตาฝ้าแตกต่างกันอย่างไร สามัญชนพอจะเห็นข้อแตกต่างกันได้จึงรับฟังเป็นพยานในข้อดำเนินกระบือดังกล่าวได้

การให้อำนาจศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า สัญญาใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ แม้อาจถือเท่ากับให้ผู้พิพากษาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายก็ตาม แต่หากไม่ทำเช่นนั้น ก็จะทำให้กฎหมายไม่มีความยืดหยุ่น จำกัดอยู่ในวงแคบ และไม่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ทันทั่วทั้ง ในกรณีเช่นนี้ ต่อบทกฎหมายที่มีลักษณะยืดหยุ่น จึงมีความจำเป็น เพราะอาจนำมาปรับใช้กับทัศนคติที่ก้าวหน้าของยุคสมัย และแสวงหาความถูกต้องเหมาะสมเป็นราย ๆ แล้วแต่กรณี ดังนั้น การมีลักษณะเป็นนามธรรมของหลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงน่าจะกล่าวว่าเป็นหัวใจของการใช้กฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นผลดีมากกว่าเป็นผลร้าย¹¹

การวินิจฉัยว่า การใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแห่งยุค ศาลสมควรจะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลสูงในอดีตประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการ และบุคคลทั่วไป ตลอดจนให้ความสนใจพิจารณา สังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคม และลัทธิทางสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงด้วย¹² มีข้อสังเกตว่า แม้ในคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน การพิจารณาถึงความชอบธรรมของสัญญา บางกรณีก็อาจจะแตกต่างกันได้ ตามแต่การพิเคราะห์ของศาลในแต่ละกรณี กระทรวงยุติธรรม กิ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* มีสาระสำคัญเพื่อให้รัฐโดยศาลยุติธรรม มีอำนาจบังคับให้ผลของสัญญาที่ผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า ที่นำเอาหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา เอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และเกิดความไม่สงบสุขในสังคม ซึ่งถ้าร่างพระราชบัญญัตินี้ มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว จะเป็นการวางแนวทางแก่ศาลในการวินิจฉัยสัญญาอันไม่เป็นธรรม ควรพิเคราะห์ถึงอะไรบ้าง เพื่อให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีต่อไป

¹⁰ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 190.

¹¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," หน้า 22.

¹² เรื่องเดียวกัน. *ภาคผนวก , หน้า 123.