

ข้อสัญญาและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า :  
ศึกษากรณีสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อย



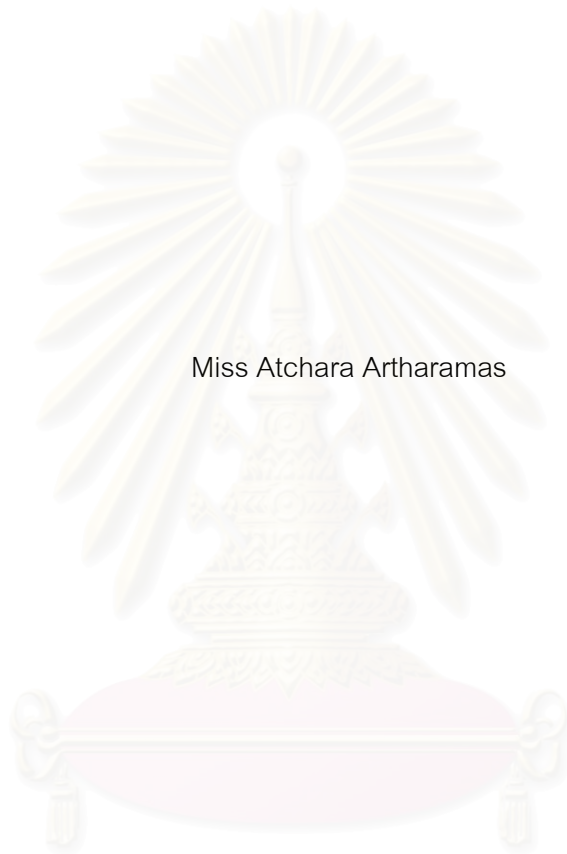
นางสาวอัจฉรา อาธารมาศ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2547

ISBN 974-53-1694-6

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNFAIR TRADE PRACTICE AND CONTRACT TERMS :  
STUDY ON AGREEMENT BETWEEN LARGE RETAILERS AND SMALL SUPPLIERS



Miss Atchara Artharamas

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2004

ISBN 974-53-1694-6

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ข้อสัญญาและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า : ศึกษากรณีสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อย

โดย

นางสาวอัจฉรา อาธารมาศ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์ลำเรียง เมฆเกรียงไกร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบุญ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษา  
(รองศาสตราจารย์ลำเรียง เมฆเกรียงไกร)

.....กรรมการ  
(ศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล)

.....กรรมการ  
(ศาสตราจารย์สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

.....กรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

อัจฉรา อาธารมาศ : ข้อสัญญาและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า: ศึกษากรณีสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อย (UNFAIR TRADE PRACTICE AND CONTRACT TERMS : A STUDY ON AGREEMENT BETWEEN LARGE RETAILERS AND SMALL SUPPLIERS) อาจารย์ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ลำเรียง เมฆเกรียงไกร, 198 หน้า. ISBN 974-53-1694-6.

ผลจากการเปิดเสรีให้กับธุรกิจค้าปลีกนอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจการค้าการลงทุนโดยรวมแล้ว การแข่งขันกันอย่างรุนแรงของห้างดีสเคาท์สโตรยังส่งผลเสียหายต่อบรรดาผู้ประกอบการในตลาดค้าปลีกของไทยด้วย โดยเฉพาะผู้ผลิตสินค้าที่แม้มิได้ประกอบกิจการในระนาบเดียวกับผู้ค้าปลีกก็ตาม แต่ด้วยอำนาจซื้อที่มีมากขึ้นทำให้ผู้ค้าปลีกสามารถต่อรองบีบบังคับให้ผู้ผลิตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ของตนได้อย่างไม่เป็นธรรม สภาพดังกล่าวเป็นระบบการค้าที่ไม่ยุติธรรม แม้จะสืบเนื่องมาจากนโยบายการค้าที่เน้นการแข่งขันโดยเสรีก็ตาม แต่ผู้ประกอบการก็ควรจะต้องมีพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นธรรมด้วย

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางในการควบคุมพฤติกรรมการค้าของผู้ค้าปลีกที่มีแนวโน้มว่าจะเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจต่อรองในทางที่มิชอบเอาเปรียบคู่ค้าของตนอย่างไม่เป็นธรรม โดยได้นำแนวทางในการแก้ไขปัญหาของต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ ซึ่งพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นได้นำเรื่องการห้ามปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่ประเทศไทยกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาตรา 29 ยังขาดความชัดเจนของบทบัญญัติ ทำให้ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง ซึ่งปัญหานี้ผู้เขียนได้เสนอแนะให้มีการให้อำนาจแก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมตามมาตรา 29 ให้เป็นรูปธรรมและให้มีสภาพบังคับมากกว่า Guideline ที่มีอยู่เดิม อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวต้องได้รับการพัฒนาควบคู่ไปกับการสร้างความเป็นอิสระขององค์กรที่จะบังคับใช้ด้วย การควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวจึงจะมีประสิทธิภาพ

นอกจากในส่วนของพฤติกรรมทางการค้าของผู้ค้าปลีกแล้ว ผู้เขียนยังได้ศึกษาสภาพของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตด้วย ซึ่งแม้ว่าในต่างประเทศจะมีแนวโน้มว่าศาลได้ใช้กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างจำกัดกับสัญญาทางธุรกิจก็ตาม แต่สำหรับประเทศไทยหากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้กลุ่มผู้ประกอบการสามารถดำเนินคดีแบบกลุ่มผลประโยชน์ได้และมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยอย่างจริงจังย่อมจะเป็นประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจการค้าได้ในระดับหนึ่ง

## 4486132934 : MAJOR LAWS

KEY WORD : UNFAIR TRADE PRACTICE / UNFAIR CONTRACT TERMS / RETAIL / DISCOUNT

STORE / ABUSE OF BARGAINING POWER

ATCHARA ARTHARAMAS : UNFAIR TRADE PRACTICE AND CONTRACT TERMS : A STUDY ON AGREEMENT BETWEEN LARGE RETAILERS AND SMALL SUPPLIERS. THESIS

ADVISOR : ASSOC PROF. SAMRIENG MEKKRIENGKRAI, 198 pp. ISBN 974-53-1694-6.

The impact of free opening up retailing business to free competition is not only beneficial to the economy in general but it also causes severe competition among discount stores and thereby brings serious damage to Thai retailers and the suppliers who are not even on the same level with those retailers. But with higher purchasing power the retailers can bargain more forcefully and cause the suppliers to accept certain conditions which are unfair. This happening is one of unfair trade. It may be by - product of the trade policy which seeks free competition but the actor should have also fair trade practice.

This research aims to study ways to control the practice of the retailers who have a tendency to exercise abuse of bargaining power by taking advantage of their trading partner. This is carried out by looking at the solutions of foreign countries in making an analysis. The study reveals that U.S.A. and Japan have used the unfair trade practice provisions under the anti-trust law to cope with this case in a rather fruitful way where as Article 29 of the Thai Competition Act still lacks a clear provision to yield actual enforcement. This caused the author to propose the Thai Fair Trade Committee should be given power to spell out the behavior under Article 29 to give a clearer picture and to allow actual enforcement to replace the former guideline. However it must be in tandem with the formulation of independence of the enforcing agency only then one would see an efficient enforcement.

Apart from looking at the trade behavior of the retailers the author also made a study on the actuality of the unfair contracts between the retailers and the suppliers. Cases in foreign countries indicate that courts can also apply unfair contract legislative to business contracts in a restrictive way. But the Thai scenario would be better if there is a revision to allow the entrepreneurs to make a class action and the Unfair Contract Term Act is fully enforced, it would be helpful in solving unfair contracts in the business circle.

Field of study Laws

Academic year 2004

Student's signature \_\_\_\_\_

Advisor's signature \_\_\_\_\_

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้เนื่องจากได้รับความช่วยเหลือและกรุณาอย่างยิ่งจากรองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและปรับแต่งโครงร่างวิทยานิพนธ์และเนื้อหาจนสำเร็จ ลุล่วง และรองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล ที่กรุณาให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบุญรัตน์ รองศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล และศาสตราจารย์สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ซึ่งนอกจากจะรับเป็นประธานกรรมการและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว ยังได้ช่วยสละเวลาตรวจแก้และให้คำแนะนำข้อมูลเพิ่มเติมต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูรที่ได้ให้ความกรุณาแปลบทคัดย่อวิทยานิพนธ์ภาษาอังกฤษให้แก่ผู้เขียน

นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่อาจสำเร็จได้หากไม่ได้รับการช่วยเหลืออนุเคราะห์ข้อมูลและข้อคิดเห็นในทางกฎหมาย และข้อเท็จจริงต่างๆ จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น สำนักแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน สำนักผังเมือง กรมโยธาธิการและผังเมือง รวมถึงตลอดจนบรรดาผู้ประกอบการต่างๆ ที่ได้ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ และผู้เขียนขอขอบคุณธนาคารกสิกรไทยที่ได้ให้ทุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนเพื่อนๆ พี่ ๆ ที่ให้การช่วยเหลือในส่วนของงานจัดพิมพ์ และตรวจรูปแบบของวิทยานิพนธ์ให้ถูกต้อง

ท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณพี่ชายของผู้เขียนที่แนะนำให้เขียนทำวิทยานิพนธ์ในหัวข้อดังกล่าว รวมทั้งช่วยแก้ไขปัญหาเมื่อผู้เขียนเจออุปสรรคต่างๆ ทั้งในด้านการเรียนและการดำเนินชีวิตดีเสมอมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์อยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาแด่บิดา มารดา รวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
<b>บทที่ 1    บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1.   ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2.   สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	5
3.   วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	5
4.   ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
5.   วิธีการศึกษาวิจัย.....	6
6.   ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
<b>บทที่ 2   แนวคิดระบบเศรษฐกิจทุนนิยมและโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกในปัจจุบัน.....</b>	<b>7</b>
1.   วิวัฒนาการและแนวคิดเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	7
1.1   วิวัฒนาการของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	7
1.2   ความหมายของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	8
1.3   ลักษณะที่สำคัญของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	8
1.4   รากฐานของแนวคิดในระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	8
2.   ข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	10
2.1   ข้อดีของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	10
2.2   ข้อเสียของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม.....	11
3.   การแก้ไขข้อเสียของระบบทุนนิยมโดยกระบวนการนิติบัญญัติ.....	12
3.1   กฎหมายป้องกันการผูกขาด.....	12
3.2   กฎหมายป้องกันการทุ่มตลาด.....	12
3.3   กฎหมายคุ้มครองแรงงาน.....	13
3.4   กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค.....	13
3.5   กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	14
4.   โครงสร้างของธุรกิจค้าปลีกในปัจจุบัน.....	14
4.1   ความหมายของธุรกิจค้าปลีก.....	15
4.2   โครงสร้างของธุรกิจค้าปลีก.....	15
4.3   การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกจากอดีต-ปัจจุบัน.....	16



	หน้า
5. ผลกระทบที่เกิดจากการเปิดเสรีธุรกิจค้าปลีก.....	19
5.1 ผลดีของการเปิดเสรีการค้าปลีก.....	21
5.1.1 ผลดีต่อผู้บริโภค.....	21
5.1.2 ผลดีต่อเศรษฐกิจการค้า.....	21
5.2 ผลเสียของการเปิดเสรีทางการค้า.....	21
5.2.1 ผลกระทบต่อผู้ค้าส่ง.....	21
5.2.2 ผลกระทบต่อผู้ค้าปลีกรายใหญ่.....	21
5.2.3 ผลกระทบต่อผู้ค้าปลีกรายย่อย (โชวห่วย).....	22
5.2.4 ผลกระทบต่อผู้ผลิตสินค้า.....	22
5.2.5 ผลกระทบต่อผู้บริโภค.....	23
5.2.6 ผลกระทบต่อกลไกตลาด.....	23
<b>บทที่ 3   สภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต.....</b>	<b>25</b>
1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	25
2. ลักษณะความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาในปัจจุบัน.....	26
2.1 ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการอาชีพด้วยกัน.....	27
2.2 ความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบต่อผู้ประกอบการอาชีพ.....	27
3. รูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต.....	28
3.1 สัญญาซื้อขายสินค้าเครดิต (Credit).....	28
3.2 สัญญาเช่าเฉพาะพื้นที่หรือสัญญาฝากขาย (Leased Department หรือ Consignment).....	28
3.3 สัญญาซื้อขายสินค้าส่งผลิต (Private Label หรือ House brand ).....	29
4. สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา.....	31
4.1 สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายทั่วไป.....	31
4.1.1 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขาย.....	31
4.1.2 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ซื้อ.....	33
4.2 สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่ตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด.....	35
4.2.1 สิทธิในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมรูปแบบต่าง ๆ จากผู้ผลิต.....	35
4.2.2 สิทธิในการคืนสินค้าโดยไม่มีเหตุอันควร.....	36
4.2.3 เงื่อนไขในการชำระราคา.....	36
4.2.4 ศูนย์กระจายสินค้าและระบบจัดส่ง.....	36
4.2.5 เงื่อนไขจำกัดสิทธิในการผลิตสินค้าของผู้ผลิต.....	37
5. สภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น.....	38



5.1	สภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญา.....	38
5.1.1	การรับภาระหนักกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่าย.....	38
5.1.2	ข้อตกลงที่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์หรือความพอใจของเจ้าหนี้.....	40
5.1.3	ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา.....	41
5.1.4	ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพและผลแห่งสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีอยู่.....	42
5.1.5	ความสันทัดัดเจนในกิจการอันเป็นพื้นฐานแห่งสัญญา.....	43
5.1.6	ทางเลือกอื่นของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย.....	44
5.2	สภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากพฤติกรรมทางการค้า.....	44
5.2.1	การขึ้นค่าธรรมเนียมต่าง ๆ โดยไม่มีหลักเกณฑ์.....	44
5.2.2	พฤติกรรมคำสั่งซื้อสินค้า House brand หรือ Private Label.....	46
5.2.3	การบังคับให้ใช้ศูนย์กระจายสินค้าและระบบจัดส่งของทางห้าง.....	48
5.2.4	พฤติกรรมตอบโต้หรือมาตรการลงโทษของทางห้าง.....	49
5.2.5	การเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ผลิตแต่ละราย.....	50

<b>บทที่ 4</b>	<b>การควบคุมการปฏิบัติทางการค้าและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยกฎหมาย</b>	
	<b>แข่งขันทางการค้า และกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ.....</b>	<b>51</b>
1.	กฎหมายแข่งขันทางการค้า.....	51
1.1	แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม( unfair trade practice ).....	53
1.2	กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา.....	55
1.2.1	ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย.....	55
1.2.2	บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม.....	59
1.2.3	กรณีศึกษาคดี Toys “R” Us กับพฤติกรรมเลือกปฏิบัติทางด้านราคา.....	62
1.3	กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น.....	65
1.3.1	ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย.....	65
1.3.2	บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม.....	66
	1) รูปแบบพฤติกรรม unfair trade practice ในกลุ่มทั่วไป.....	68
	2) รูปแบบพฤติกรรม unfair trade practice ในกลุ่มเฉพาะ.....	71
1.3.3	พฤติกรรมกรปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก.....	72
1.3.4	กรณีศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ.....	76
	1) คดี Mitsukoshi Co.....	76

	หน้า
2) คดี Lawson KK.....	76
2. กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	78
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	80
1) เหตุผลในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	80
2) การวิเคราะห์สภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญา.....	80
3) หลักการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรม.....	82
2.2 กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา.....	84
2.2.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย.....	84
2.2.2 ขอบเขตของกฎหมาย.....	86
1) ประเภทของสัญญาที่อยู่ภายใต้หลัก Unconscionability.....	86
2) ขอบเขตในการวินิจฉัยความเป็นธรรมของสัญญาตามหลัก Unconscionability.....	87
2.2.3 แนวทางในการใช้หลัก Unconscionability กับสัญญาทางธุรกิจ.....	92
1) ประเด็น Procedural Unconscionability.....	92
2) ประเด็น Substantive Unconscionability.....	93
2.3 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ.....	93
2.3.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย.....	93
2.3.2 ขอบเขตของกฎหมาย.....	94
2.3.3 หลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมของสัญญาตาม UCTA.....	100
2.3.4 แนวทางในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลในสัญญาทางธุรกิจของศาล.....	102
1) หลักเกณฑ์ในการพิจารณา “สัญญาสำเร็จรูป”.....	103
2) การเปรียบเทียบความเข้มแข็งของการต่อรอง.....	105
3) การพิจารณาถึงระดับความยินยอม.....	107
4) การพิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญา.....	107
<b>บทที่ 5    มาตรการทางกฎหมายของไทยในการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ค้าปลีกรายใหญ่และแนวทางในการนำกฎหมายต่างประเทศมาประยุกต์ใช้.....</b>	<b>110</b>
1. กฎหมายแข่งขันทางการค้า.....	110
1.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม.....	110
1.2 แนวทางในการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกของไทย .....	112
1.2.1 ประเด็นในเรื่อง “หลักเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด” ตามมาตรา 25.....	112
1.2.2 แนวทางในการปรับใช้มาตรา 29 กับพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกรายใหญ่.....	115

	หน้า
1) ประเด็นเรื่อง “ความเสียหายที่เกิดขึ้น” ตามมาตรา 29.....	115
2) แนวทางในการพิจารณา “พฤติกรรม” ของผู้ค้าปลีก.....	120
1.3 ปัญหาในการบังคับใช้มาตรา 29.....	122
1.3.1 ปัญหาในการพิจารณา “พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม” ของผู้ค้าปลีก.....	123
1.3.2 ปัญหาในการพิสูจน์ถึง ความเสียหายที่เกิดขึ้น.....	124
1.4 แนวทางในการนำกฎหมายต่างประเทศมาประยุกต์ใช้.....	125
1.4.1 การกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เป็น unfair trade practice.....	127
1.4.2 กระบวนการร้องเรียนสู่ FTC .....	129
2. กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	130
2.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย.....	130
2.2 แนวทางในการปรับใช้กฎหมายกับสัญญาทางธุรกิจ.....	135
2.2.1 สัญญาสำเร็จรูป.....	135
2.2.2 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือ การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ.....	137
2.3 การปรับใช้กฎหมายกับสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิต.....	139
2.3.1 สัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป.....	139
2.3.2 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ผลิต.....	142
2.4 ปัญหาในการใช้กฎหมายกับสัญญาทางธุรกิจ.....	145
2.5 การนำแนวทางของกฎหมายต่างประเทศมาประยุกต์ใช้.....	147
2.5.1 แนวทางการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาล.....	147
2.5.2 การฟ้องคดีโดยกลุ่มผลประโยชน์ (Class Action).....	150
3. ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง.....	153
<b>บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....</b>	<b>159</b>
<b>รายการอ้างอิง.....</b>	<b>165</b>
<b>ภาคผนวก.....</b>	<b>170</b>
ภาคผนวก ก ตัวอย่างสัญญาซื้อขายสินค้า.....	171
ภาคผนวก ข ตัวอย่างหนังสือขอความร่วมมือจากซัพพลายเออร์.....	184
ภาคผนวก ค การจัดประเภทธุรกิจค้าปลีกค้าส่งในประเทศไทย.....	186
ภาคผนวก ง ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง พ.ศ.....	187
<b>ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....</b>	<b>198</b>

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1	18
ตารางที่ 2	19
ตารางที่ 3	20
ตารางที่ 4	39
ตารางที่ 5	116
ตารางที่ 6	117
ตารางที่ 7	118
ตารางที่ 8	119
ตารางที่ 9	127
ตารางที่ 10	148
ตารางที่ 11	154

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ธุรกิจค้าปลีกเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจภายในประเทศเป็นอย่างมากเพราะนอกจากจะเป็นธุรกิจที่ทำรายได้สูงเป็นอันดับสองรองจากภาคอุตสาหกรรม และมีการจ้างงานมากเป็นอันดับสามรองจากภาคเกษตรและภาคบริการแล้ว มูลค่าในตลาดของธุรกิจค้าปลีกยังมีมากกว่า 500,000 ล้านบาท/ปีอีกด้วย การเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วในระหว่างปี 2529-2538 ประกอบกับการเปิดเสรีทางการเงินในปี 2534 เป็นผลให้เงินทุนสามารถเคลื่อนย้ายเข้าออกจากประเทศได้โดยเสรี สถาบันการเงินมีสภาพคล่องสูง ผู้ประกอบการค้าปลีกสามารถกู้เงินมาขยายกิจการได้อย่างรวดเร็ว และยังมีเกิดผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ อีกหลายราย และด้วยปัจจัยทางด้านผู้บริโภคที่มีกำลังซื้อมากขึ้น และมีแนวโน้มที่จะเลือกซื้อสินค้าจากห้างสรรพสินค้าที่อำนวยความสะดวกให้มากกว่า พฤติกรรมการจับจ่ายใช้สอยของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ ทำให้ธุรกิจค้าปลีกได้รับความสนใจจากนักลงทุน ทั้งไทยและต่างประเทศเป็นอย่างมาก มีการร่วมทุนกันกับผู้ประกอบการค้าปลีกจากต่างประเทศ อาทิ โลตัสซูเปอร์เซ็นเตอร์เป็นการร่วมทุนระหว่างกลุ่มซีพีกับเทสโก้จากประเทศอังกฤษ คาร์ฟูร์เป็นการร่วมทุนระหว่างกลุ่มเซ็นทรัลและกลุ่มคาร์ฟูร์จากประเทศฝรั่งเศส

แต่หลังจากวิกฤติเศรษฐกิจในประเทศที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่กลางปี 2540 เป็นต้นมา ทำให้ผู้ประกอบการไทยในภาคธุรกิจต่างๆ จำนวนมากต้องหยุดชะงักลง เนื่องจากประสบกับปัญหาที่คล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะความสามารถในการประกอบการที่ขาดทั้งเงินลงทุนและเงินทุนหมุนเวียนในกิจการ ความต้องการเงินตราจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศเพื่อมาแก้ไขวิกฤติเศรษฐกิจ ทำให้ไทยไม่อาจปฏิเสธที่จะเปิดเสรีทางการค้าตามข้อตกลงขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ได้

หลังจากที่ไทยได้ยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (ปว. 281) ซึ่งเคยจำกัดสิทธิคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท และออกพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาบังคับใช้แทน เป็นการเปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในกิจการบางประเภทได้ง่ายขึ้น จากที่เคยถูกห้ามไว้ในกฎหมายเดิม (ปว. 281)

ธุรกิจค้าปลีกเป็นหนึ่งในกิจการที่เปิดให้ชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้กำหนดให้เป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการ

---

\* การร่วมทุนในช่วงนั้นเป็นลักษณะที่ไทยยังเป็นฝ่ายถือหุ้นข้างมาก คือ เกินกว่ากึ่งหนึ่งอยู่

กับคนต่างด้าว (ในบัญชี 3(14)) และในการอนุญาตประกอบธุรกิจค้าปลีกตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 8(3) กำหนดให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดีกรมทะเบียนการค้า ซึ่งอธิบดีจะพิจารณาอนุญาตโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่หากกิจการดังกล่าวได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนจาก คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนอยู่ด้วยแล้ว ให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอ หนังสือรับรอง ในการนี้อธิบดีต้องออกหนังสือรับรองให้แก่ผู้ประกอบการดังกล่าวโดยเร็ว (มาตรา 12) เนื่องจาก ธุรกิจค้าปลีกแบบ Modern Trade เป็นธุรกิจขนาดใหญ่จึงมีการลงทุนในจำนวนมหาศาล มีการจ้างงานจำนวนมาก และโดยเฉพาะการนำเทคโนโลยีเครือข่ายการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพมาใช้ในการดำเนินงานจึงเป็น คุณสมบัติ หรือเงื่อนไขที่ตรงตามที่คณะกรรมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวและคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สมควรพิจารณาเห็นชอบให้ประกอบธุรกิจในไทยได้ และยังได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจจาก บัตรส่งเสริมการลงทุนอีกด้วย

การที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวประกอบกิจการค้าปลีกได้ ทำให้ ผู้ประกอบการค้าปลีกต่างชาติรายใหญ่ อาทิ จากอังกฤษ (เทสโก้ โลตัส) ฝรั่งเศส (คาร์ฟูร์) และ เนเธอร์แลนด์ (แม็คโคร) เข้ามาประกอบธุรกิจในไทยหลายรายและด้วยเงินทุนที่มากกว่า ประกอบกับความ อ่อนแอของผู้ค้าปลีกไทย ทำให้ธุรกิจค้าปลีกไทยซึ่งมีมูลค่านับ 500,000 ล้านบาทต่อปี ต้องตกเป็นของต่างชาติ ด้วยการถูกซื้อหรือครอบครองกิจการไป\*\*

ในยุคแรก ๆ สภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาระหว่างผู้ผลิตและผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ยังไม่ปรากฏให้เห็นเด่นชัดนัก เนื่องจากการเติบโตของบรรดาธุรกิจค้าปลีกรายใหญ่เพิ่งเริ่มขยายตัว การเลือกสถานที่ตั้งในทำเลที่ดี และความสามารถในการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ การอำนวยความสะดวกสบายที่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้หลากหลาย เป็นสิ่งที่ดึงดูดให้ยอดขายสูงขึ้น ซึ่งยังไม่รวมถึง รายได้ที่มาจากกาให้เช่าพื้นที่ในศูนย์การค้าที่ผู้ค้าปลีกสร้างขึ้นอีกด้วย แต่ด้วยจำนวนผู้บริโภคที่มีแนวโน้ม เพิ่มขึ้น ปริมาณการจับจ่ายที่สร้างกำไรให้แก่ผู้ค้าปลีกได้อย่างแน่นอน เป็นแรงดึงดูดอย่างสำคัญที่ทำให้ผู้ค้าปลีกรายใหญ่เร่งขยายสาขาอย่างรวดเร็ว อันเป็นการสร้างแรงกดดันให้เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกด้วยกันเอง ในการแย่งผู้บริโภค การแข่งขันกันอย่างรุนแรงในธุรกิจค้าปลีกจึงเกิดขึ้น แม้จะก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้บริโภคในแง่ที่ได้สินค้าราคาถูกลง คุณภาพดี มีของสมนาคุณลดแลกแจกแถมต่าง ๆ แต่กลยุทธการขาย นานับปการนี้ หากมองให้ลึกลงไปแล้ว จะพบว่าต้นทุนในการจูงใจผู้บริโภคดังกล่าว ส่วนใหญ่แล้วจะถูกผลักไป เป็นภาระค่าใช้จ่ายของผู้ผลิตสินค้า (supplier) อย่างไม่รู้ตัว

\* ปัจจุบันกรมทะเบียนการค้าเปลี่ยนเป็นกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

\*\* กรณีตัวอย่าง ได้แก่ การตัดสินใจของกลุ่มเครือข่ายภาคเอกชนในการขายหุ้นส่วนใหญ่ในร้านโลตัสให้แก่ กลุ่มเทสโก้จากอังกฤษในราคา 12,700 ล้านบาท (ผู้จัดการรายวัน 19 พฤษภาคม 2541 : หน้า 14)



จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าปัจจัยที่ส่งผลให้เกิดปัญหาคือ

## 1. การแข่งขันกันอย่างรุนแรงของผู้ประกอบการค้ารายใหญ่

ที่เห็นได้ชัดเจน คือ การแข่งขันทางด้านราคา ซึ่งถือเป็นหลักการเบื้องต้นของธุรกิจการค้า โดยเฉพาะการลดราคาเพื่อขายสินค้าให้ถูกกว่าคู่แข่งรายอื่น อันเป็นวิธีที่สามารถดึงดูด ผู้บริโภคได้ทุกโอกาส อย่างไรก็ตามหากมีการแข่งขันกันลดราคามากจนเกินไป ในทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่าผู้ที่เข้าแข่งขันนั้นจะเป็นผู้แบกรับภาระความเสียหายเอง

ในระยะเวลาที่การต่อสู้ระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่เพิ่งเริ่มขึ้นความพยายามในการเพิ่มยอดขายของผู้ค้าปลีกแต่ละราย (โดยเฉพาะห้าง Discount Store) ทำให้ต้องลดราคาลงเป็นจำนวนมาก และเป็นระยะเวลาที่ติดต่อกันเพื่อจะดึงดูดลูกค้าไว้ แต่ด้วยต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้นมากนี้ทำให้ผู้ประกอบการค้าปลีกไม่อาจแบกรับภาระขาดทุนต่อไปได้ จึงพยายามหลีกเลี่ยงไปใช้กลยุทธ์อื่นแทน ทำให้รูปแบบและวิธีการแข่งขันมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น หนึ่งในกลยุทธ์เหล่านั้นคือ การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในรูปแบบต่างๆ จากผู้ผลิตสินค้า เช่น ค่าธรรมเนียมแรกเข้าค่า rebate bonus, ค่าเปิดห้างใหม่, ค่าเสนอตัวสินค้าชนิดใหม่, ค่าลงโฆษณา, ค่าจัดตกแต่งร้าน เป็นต้น

## 2. พฤติกรรมการบริโภคที่เปลี่ยนแปลงไป

ความได้เปรียบอย่างมากในอำนาจต่อรองของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ที่มีต่อผู้ผลิต (Suppliers) จะไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย ถ้าปริมาณการจับจ่ายใช้สอยของผู้บริโภคส่วนใหญ่จะไม่อยู่ที่เหล่า Modern Trade รูปแบบต่างๆ ด้วยข้อเท็จจริงที่ว่าผู้บริโภคหันมาเลือกซื้อสินค้าจากร้านค้าสมัยใหม่มากขึ้น เนื่องจากในภาวะการณปัจจุบัน ความเจริญของเศรษฐกิจและปัญหาจราจรมีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของคนในเมืองเป็นจำนวนมาก รูปแบบร้านค้าที่เปิดจำหน่ายสินค้าตลอด 24 ชั่วโมง จึงอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี และประการสำคัญ ด้วยทำเลที่ตั้งที่อยู่ในย่านชุมชน สะดวกแก่การเดินทาง รูปแบบการจัดร้านเป็นระเบียบ สะอาดและสะดวกสบาย มีสินค้าหลากหลายชนิดตามที่ต้องการ รวมทั้งมีบริการต่างๆ เช่น Food center Super market โรงภาพยนตร์ ร้านหนังสือ ร้านตัดผม ตลอดจนสวนสนุกสำหรับเด็ก ๆ ร้าน Modern Trade เหล่านี้จึงมีลักษณะเป็นศูนย์การค้าที่ผู้บริโภคคนนอกจากจะมาจับจ่ายใช้สอยสินค้าแล้ว ยังเป็นสถานที่พักผ่อนหย่อนใจได้อีกด้วย

ความสามารถในการตอบสนองของความต้องการของผู้บริโภคได้อย่างหลากหลายทำให้รูปแบบธุรกิจ Modern trade ประสบความสำเร็จในการค้าปลีกเป็นอย่างมาก และโดยเฉพาะร้านค้าประเภท Discount Store ที่มุ่งกลุ่มเป้าหมายไปที่ผู้บริโภคที่มีรายได้ระดับปานกลางจนถึงระดับต่ำได้ด้วยราคาสินค้าที่ถูกกว่า Modern trade ในรูปแบบอื่น ๆ ห้าง Discount Store จึงเกิดขึ้นและเติบโตอย่างรวดเร็วทั้งในชุมชนเมือง และต่างจังหวัด เมื่อปริมาณการใช้จ่ายของผู้บริโภคส่วนใหญ่อยู่ในกลุ่มร้านค้าสมัยใหม่ ผู้ผลิตสินค้าจึงไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่อาศัยร้านค้าปลีกเหล่านี้เป็นช่องทางในการจัดจำหน่ายสินค้าได้เลย



### 3. ผู้ผลิตสินค้าไม่มีอำนาจต่อรอง

ตั้งแต่ช่วงต้นทศวรรษ 2500 ที่รัฐบาลมีนโยบายส่งเสริมการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้า ทำให้ภาคการผลิตได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมตลอดมา ก่อให้เกิดกลุ่มผู้ผลิตสินค้าขึ้นมากมาย แม้จะมีผู้ผลิตรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย\* แต่ผู้ประกอบการขนาดเล็กก็มีเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน การแข่งขันกันของผู้ผลิตสินค้าแต่ละรายในสินค้าประเภทเดียวกัน\*\* ย่อมเป็นผลดีต่อผู้ค้าปลีกรายใหญ่ที่จะเลือกซื้อสินค้าจากผู้ผลิตที่ให้ราคาถูกในสินค้าที่คุณภาพดีที่สุดได้ไม่ยาก แม้ว่าในอดีตกระบวนการจัดกระจายสินค้าไปถึงมือผู้บริโภคจะอยู่ในการควบคุมของผู้ผลิต (รวมทั้งผู้ค้าส่ง) โดยผู้ค้าปลีกมีหน้าที่เพียงคนกลางเลือกชนิดสินค้าที่คิดว่าจะขายได้จากผู้ผลิต เพื่อมาจำหน่ายให้ผู้บริโภค ผู้ผลิตจะเป็นผู้กำหนดราคา เงื่อนไขในการขาย และชนิดสินค้าที่จะขาย แต่เมื่อผู้ค้าปลีกได้กลายเป็นผู้ซื้อรายใหญ่ที่มีเครือข่ายสาขาทั่วประเทศและมีประสิทธิภาพสูง จึงเป็นการสร้างอำนาจต่อรองให้แก่ ผู้ค้าปลีกโดยสิ้นเชิงต่อผู้ผลิต ในกรณีนี้ผู้ผลิตที่ต้องการให้ผู้ค้าปลีกรายใหญ่ดังกล่าวเป็นช่องทางในการกระจายสินค้า ซึ่งครอบคลุมพื้นที่จำนวนมากย่อมต้องยอมจำนนต่อทุกข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไขประการใด ๆ ต่อการเข้าเป็นคู่ค้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

จากสภาพที่กล่าวมาข้างต้น เป็นระบบการค้าที่ไม่ยุติธรรมและนำไปสู่ต้นทุนทางสังคมที่เห็นได้ชัดคือ จะเกิดปัญหาการกระจายรายได้ เงินส่วนใหญ่จะกระจุกอยู่ในห้างสรรพสินค้าใหญ่ๆ ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตโดยเฉพาะรายเล็กรายย่อย ไม่สามารถจะเติบโตได้ อันเป็นการทำลายอาชีพผู้ผลิตรายย่อยโดยทางอ้อม

ในมาตรา 87 ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เป็นภาระกิจที่รัฐจะต้องสนับสนุนการค้าแบบเสรี โดยอาศัยกลไกของตลาด และจะต้องกำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คำว่า “อย่างเป็นธรรม” เป็นปัญหาว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าปัจจุบัน มีการส่งเสริมการแข่งขันอย่างยุติธรรมระหว่างธุรกิจของคนไทยด้วยกันเอง และระหว่างธุรกิจคนไทยกับธุรกิจข้ามชาติหรือไม่อย่างไร เพราะการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการนี้ จะเกิดขึ้นได้ นอกจากผู้แข่งขันจะต้องอยู่ภายใต้กติกาเดียวกันแล้ว ผู้แข่งขันที่แข็งแกร่งกว่าจะต้องไม่อาศัยช่องว่างของกติกาเอารัดเอาเปรียบผู้แข่งขันที่อ่อนแอกว่า หรือผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรม นอกจากไม่สร้างเสริมระบบเศรษฐกิจให้เข้มแข็งยั่งยืนแล้วยังเป็นการบั่นทอนศักยภาพและความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการรายย่อยอีกด้วย กรณีดังกล่าว จึงเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่รัฐ

\* เช่น บริษัท ยูนิลีเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด, บริษัท สหพัฒน์พิบูล จำกัด (มหาชน), บริษัทคอลลเกต ปาล์มโอลีฟ (ประเทศไทย) จำกัด เป็นต้น

\*\* สินค้าอุปโภคบริโภคเป็นสินค้าที่มีความแตกต่างของสินค้าต่ำ (Low Level of Product Differentiation) และสามารถใช้ทดแทนกันได้ง่าย

จะต้องเข้ามาแทรกแซงในธุรกิจค้าปลีก เพื่อให้เกิดความสมดุลย์ทางการค้าแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เพราะความสัมพันธ์หรือธุรกรรมที่เกิดขึ้นมิได้อยู่ในลักษณะที่ผลประโยชน์ของทุกฝ่ายกลมกลืนกัน ดังเช่นในความคิดของลัทธิเสรีนิยมที่ Adam Smith กล่าวไว้ ให้อาศัยเพียงกลไกของตลาด เป็นเครื่องมือเท่านั้น

## 2. สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อย มีหลายประเด็นที่ทำขึ้นบนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองทางการค้า ทำให้เกิดสภาพการเอาเปรียบกันทางธุรกิจเป็นอย่างมาก แต่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามมีความเป็นไปได้ว่าหากได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว กฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวอาจจะเข้ามาจัดสรรความสัมพันธ์ดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายใหม่เพื่อควบคุมธุรกิจค้าปลีกเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

## 3. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม และวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียของระบบเศรษฐกิจดังกล่าว
2. เพื่อศึกษาสภาพปัญหาที่แท้จริงที่เกิดขึ้นในวงจรกิจการค้าปลีกรวมทั้งวิเคราะห์สาเหตุของปัญหาและผลกระทบในด้านต่างๆ รวมทั้งแนวทางแก้ไขในกระบวนการนิติบัญญัติตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักการและเหตุผล และข้อกฎหมายในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประกอบการพิจารณาว่าพฤติกรรมการบางอย่างระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ กับผู้ผลิต เข้าข่ายจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือไม่หรือเป็นสัญญาที่ถูกควบคุมตามกฎหมายหรือไม่
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ หลักการ เหตุผลของข้อกฎหมาย และแนวทางการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ เพื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการนำมาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าวด้วย

## 4. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาวิเคราะห์เพื่อแยกแยะสิทธิหน้าที่ในสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อย ตามหลักสัญญาซื้อขายทั่วไป และที่เป็นข้อตกลงพิเศษอื่นๆ ที่กฎหมายยอมให้ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติได้แค่ไหน เพียงไร ประกอบกับการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนกฎหมายลักษณะดังกล่าวของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในวงจรกิจการค้าปลีกดังกล่าว

## 5. วิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาและวิจัยค้นคว้าแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้อง ทั้งที่เป็นเอกสารตำราทางวิชาการ บทความในวารสารต่างๆ ตั๋วบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทย และภาษาอังกฤษ รวมตลอดทั้งบรรดาข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามสื่อต่างๆ และจากผู้ประกอบการ และนำข้อมูลเหล่านี้มาศึกษา วิจัย ค้นหา แนวคิด หลักเกณฑ์ และวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของแนวคิดเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ที่ไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจเสมอไป และโดยเฉพาะหากกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ในสังคมได้
2. การศึกษาหลักการเหตุผลและตั๋วบทกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ใช้กฎหมายที่จะได้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์เบื้องหลังของกฎหมายแต่ละฉบับ และนำไปปรับใช้ได้ถูกต้องเหมาะสม
3. การวิเคราะห์ข้อกฎหมาย เพื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จที่เกิดขึ้นทำให้ได้เห็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย และเห็นช่องว่างของกฎหมายที่ชัดเจนขึ้น เพื่อเป็นประโยชน์ในการปรับปรุงแก้ไขต่อไป
4. เพื่อให้สามารถนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมธุรกิจค้าปลีกแต่อย่างใด

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## แนวคิดของระบบเศรษฐกิจทุนนิยมและโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกในปัจจุบัน

### 1. วิวัฒนาการและแนวความคิดเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

#### 1.1 วิวัฒนาการของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

ระบบเศรษฐกิจทุนนิยมนั้นกล่าวได้ว่า เริ่มเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17-18 ในแถบยุโรป ซึ่งขณะนั้นมีความเจริญทางด้าน การค้า นำหน้าประเทศอื่น ๆ เป็นอย่างมาก แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพทางการค้าอันเป็นพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจทุนนิยมจึงก่อตัวขึ้นและมีอิทธิพลเข้าไปในจิตสำนึกของพ่อค้าและนักเศรษฐศาสตร์ทั้งหลาย และเริ่มแผ่ขยายวงกว้างขวางไปสู่ประเทศต่าง ๆ อย่างรวดเร็วโดยเฉพาะในยุคสมัยที่ประเทศในแถบยุโรปนิยมล่าเมืองอาณานิคม แนวความคิดในการทำธุรกิจแบบทุนนิยม จึงถูกนำไปใช้กับระบบเศรษฐกิจของประเทศอาณานิคมต่างๆ ที่มีอยู่ทั่วทุกมุมโลก ทั้งยังได้รับการยอมรับว่าแนวคิดนี้ เป็นหลักการที่อาศัยกฎธรรมชาติในการขับเคลื่อนตามที่สำนักคลาสสิก เรียกว่าหลัก Laissez-faire หลัก Laissez-faire นี้ มีแนวความคิดว่า ควรปล่อยให้ทุกคนทำโดยเสรี คือ เมื่อปล่อยให้ทุกคนแสวงหาประโยชน์ตามหลักเสรีภาพทางเศรษฐกิจแล้วทุกอย่างจะเรียบร้อยไปเอง เพราะมีหลักเรื่องการแข่งขันคอยเหนี่ยวรั้งอยู่ โดยรัฐไม่ต้องเข้าไปแทรกแซง ถ้ารัฐเข้าไปแทรกแซงจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ควรปล่อยให้ทุกอย่างดำเนินไปตามกฎธรรมชาติของมัน การแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวจะนำไปสู่ผลประโยชน์ของส่วนรวมในที่สุด<sup>1</sup>

ระบบเศรษฐกิจทุนนิยมดำเนินมาจนกระทั่งถึงปี ค.ศ.1930 ในยุโรปเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้เศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ในทศวรรษที่ 30 (The Great Depression of The Nineteenth Thirty) นับเป็นวิกฤติเศรษฐกิจที่รุนแรงและยาวนานอย่างไม่เคยมีมาก่อนและยังส่งผลกระทบไปทั่วโลก ทำให้นักเศรษฐศาสตร์ทั้งหลายต้องกลับมาทบทวนว่าระบบเศรษฐกิจทุนนิยมสามารถแก้ปัญหาต่างๆ ได้ด้วยตัวของมันเอง โดยรัฐไม่ต้องเข้าไปแทรกแซงจริงหรือ หลังจากนั้นเป็นต้นมาแนวคิดที่ว่าระบบทุนนิยมมีกลไกอัตโนมัติที่สามารถแก้ไขปัญหาได้ด้วยตัวเองได้เปลี่ยนแปลงไป โดยจะให้บทบาทแก่รัฐมากขึ้น และในปัจจุบันหน้าที่ของรัฐในระบบเศรษฐกิจทุนนิยมได้พัฒนามากขึ้นตามลำดับ เพราะรัฐได้เข้ามามีบทบาทถึงขนาดเป็นผู้กำหนดโครงสร้างการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ รวมทั้งออกกฎหมายในทางเศรษฐกิจต่าง ๆ เพื่อควบคุมให้กลไกของการแข่งขันดำเนินไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม

---

<sup>1</sup> นภาพร แดดภู, “การกำหนดราคาขายปลีก : ข้อจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539) , หน้า 13.

## 1.2 ความหมายของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

ระบบเศรษฐกิจทุนนิยม หรือที่เรียกกันว่าระบบตลาด (market system) นั้น มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้คำนิยามไว้ดังนี้

ด.ร.ธรรมนุญ ไสภารัตน์ ได้ให้คำนิยามของระบบทุนนิยมไว้ในหนังสือหลักเศรษฐศาสตร์ของท่านไว้ดังนี้<sup>2</sup>

**ระบบทุนนิยม** คือ ระบบเศรษฐกิจที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทุกชนิด และมีเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีกำไรจูงใจ (profit incentives) ในระบบเศรษฐกิจทุนนิยมนี้รัฐบาลมีหน้าที่ดูแลพิทักษ์ผลประโยชน์ เช่น จัดระเบียบ ออกกฎหมาย โดยรัฐบาลจะไม่แทรกแซงธุรกิจของเอกชน

อาจารย์อัมพร วิจิตรพันธ์ ได้ให้คำนิยามของระบบทุนนิยมในหนังสือหลักเศรษฐศาสตร์ของท่านไว้ดังนี้<sup>3</sup>

**ระบบทุนนิยม** คือ ระบบเศรษฐกิจที่กิจกรรมทางเศรษฐกิจดำเนินไปตามที่เจ้าของทุนจะเห็นดีเห็นชอบ โดยมุ่งหวังเพื่อกำไรเป็นสำคัญ

อาจารย์ฉัตรทิพย์ นาถสุภา ได้ให้คำนิยามของระบบทุนนิยม ซึ่งท่านเรียกว่า ระบบเศรษฐกิจธุรกิจเอกชน ในหนังสือเรื่องระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ ของท่านไว้ดังนี้<sup>4</sup>

**ระบบเศรษฐกิจธุรกิจเอกชน** (private enterprise economy) คือ ระบบเศรษฐกิจที่หน่วยกิจกรรมทางเศรษฐกิจมีเอกชนเป็นเจ้าของ และเป็นอิสระที่จะดำเนินการผลิตและการบริโภคตามกลไกแห่งราคา (price mechanism) ของตลาด ระบบเศรษฐกิจธุรกิจเอกชนนี้ชื่อเรียกอีก อย่างหนึ่งว่า ระบบเศรษฐกิจนายทุน (Capitalism)

ทั้งนี้ โดยอาศัยนิยามทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นนี้ อาจสรุปได้ว่า ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม คือ ระบบเศรษฐกิจที่เอกชนมีเสรีภาพในการทำมาค้าขาย โดยไม่มีรัฐหรือผู้ใดเข้ามากีดกันหรือขัดขวาง หากแต่รัฐจะแทรกแซงเท่าที่จำเป็น เพื่อสาธารณประโยชน์และความมั่นคงแห่งรัฐเท่านั้น และประการสำคัญระบบทุนนิยมนี้เป็นระบบเศรษฐกิจที่ให้เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้อย่างบริบูรณ์

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>2</sup> ธรรมนุญ ไสภารัตน์, หลักเศรษฐศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : ป สัมพันธพานิชย์, 2529), หน้า 20.

<sup>3</sup> อัมพร วิจิตรพันธ์, หลักเศรษฐศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), หน้า 56.

<sup>4</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2512), หน้า



### 1.3 ลักษณะที่สำคัญของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม<sup>5</sup>

ระบบเศรษฐกิจทุนนิยม มีลักษณะที่สำคัญ พอสรุปได้ดังนี้คือ

1. เอกชนเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต มีสิทธิและถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน
2. เอกชนมีเสรีภาพในการเลือกผลิตสินค้าและบริการ ตามความสามารถและประสิทธิภาพของแต่ละบุคคล
3. ผลตอบแทนในการดำเนินธุรกิจ หรือประกอบการ คือ กำไร ดอกเบี้ย และค่าเช่า จะเป็นสิ่งกระตุ้น และแรงเสริมให้มีการขยายกิจการและคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาใช้ในการผลิต
4. ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกบริโภคตามรายได้และความสามารถของแต่ละบุคคล
5. รัฐบาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงหรือทำการแข่งขันกับภาคเอกชนในการประกอบธุรกิจ แต่จะสนับสนุนและอำนวยความสะดวกในการดำเนินการในทางเศรษฐกิจ
6. ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ใช้ราคาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจพื้นฐานทางเศรษฐกิจ ราคาที่กำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานของสิ่งนั้นในตลาด ถ้าจำนวนซื้อและจำนวนขายเท่ากันพอดี ราคาก็จะคงที่ ไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากจำนวนซื้อและจำนวนขายไม่เท่ากัน ราคาก็จะเคลื่อนไหวทันที โดยราคาจะสูงขึ้น ถ้าจำนวนซื้อ มีมากกว่าจำนวนขาย และราคาจะลดลงถ้าจำนวนซื้อ มีน้อยกว่าจำนวนขาย<sup>6</sup>

### 1.4 รากฐานของแนวคิดในระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

จากลักษณะสำคัญของระบบเศรษฐกิจทุนนิยมที่กล่าวมา หลักการดังกล่าวล้วนเกิดจากปรัชญากฎหมายที่สำคัญ คือ หลักปัจเจกชนนิยม และ หลักเสรีนิยม

1.4.1 หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) หลักนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปรัชญาในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นผลจากความคิดทางการเมืองที่ต้องการยืนยันหลักปัจเจกชนนิยมต่อผู้กับรัฐ โดยยืนยันหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากกว่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล เว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควร จึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้

<sup>5</sup> ทับทิม วงศ์ประยูร, *ประวัติและลัทธิเศรษฐกิจ*, (กรุงเทพมหานคร : วี.เจ.พี.ริ้นดิง , 2536) , หน้า 158.

<sup>6</sup> วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน , *เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น* พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 10-11.

1.4.2 หลักเสรีนิยม (Liberalism) หลักนี้มีขึ้นเพื่อรับรองสิทธิที่ปัจเจกชนมีอยู่ตามธรรมชาติ ที่สามารถจะทำอะไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น หรือเป็นเรื่องที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจที่เป็นบ่อเกิดของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม หรือ ระบบการค้าเสรีนั่นเอง

## 2. ข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

### 2.1 ข้อดีของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบนี้มีข้อดีในแง่ที่ทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และยังก่อให้เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้เพราะการที่ระบบเศรษฐกิจให้เสรีภาพแก่เอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและให้สิทธิแก่เอกชนในการสะสมทรัพย์สิน จึงเป็นแรงจูงใจให้เอกชนมีความกระตือรือร้นที่จะเลือกดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ทำให้ตนได้รับประโยชน์สูงสุด กล่าวคือ ผู้ผลิตจะพยายามแสวงหากำไรสูงสุดด้วยการเลือกผลิตสินค้าที่ประชาชนต้องการมากที่สุด เพราะถ้าเลือกผลิตสินค้าที่ไม่มีใครต้องการแล้ว ก็จะทำให้เขาขาดทุนและต้องเลิกกิจการไป ซึ่งการที่ผู้ผลิตอาศัยหลักเกณฑ์ดังกล่าว ในการตัดสินใจเลือกผลิตสินค้าชนิดต่าง ๆ ย่อมทำให้สินค้าที่ผลิตขึ้นในระบบเศรษฐกิจสอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภค และเนื่องจากในระบบเศรษฐกิจแบบนี้เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกัน ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทำให้ผู้ผลิตไม่สามารถหากำไรจากการตั้งราคาให้สูงได้ แต่กลับต้องหากำไรโดยพยายามปรับปรุงเทคนิคการผลิตอยู่ตลอดเวลา เพื่อลดต้นทุนการผลิต เมื่อผู้ผลิตทุกคนสามารถทำการผลิตได้ในต้นทุนที่ต่ำ ย่อมทำให้ราคาสินค้าต่ำไปด้วย ซึ่งการที่ผู้ผลิตต้องปรับปรุงเทคนิคการผลิตให้มีประสิทธิภาพอยู่ตลอดเวลา ย่อมเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจในแง่ของการประหยัดทรัพยากร และความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี นอกจากนี้ การที่ผู้ผลิตต้องเลือกผลิตสินค้าในปริมาณและคุณภาพที่ตรงกับความต้องการของผู้บริโภค และยังคงขายในราคาถูกย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในแง่ที่สามารถหาซื้อสินค้าที่ตนพอใจมาบำบัดความต้องการได้ในราคาถูก เป็นการเพิ่มสวัสดิการของบุคคลในสังคม และประการสุดท้าย การที่บุคคลมีสิทธิเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต และมีเสรีภาพในการใช้ปัจจัยการผลิตที่ตนครอบครองได้ตามความพอใจ ทำให้เจ้าของปัจจัยการผลิตพยายามเสนอขายปัจจัยการผลิตให้ได้ผลตอบแทนสูงสุด เช่น คนงานก็พยายามหางานที่ให้ค่าจ้างสูง เจ้าของที่ดินและทุนก็พยายามหารายได้จากที่ดินและทุนให้ได้มากที่สุด และผู้ประกอบการก็พยายามเลือกผลิตสินค้าที่ให้กำไรมากที่สุด ฯลฯ เป็นต้น<sup>7</sup>

<sup>7</sup> รัตนา สายคณิต และ ชลลดา จามรกุล, หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : ใยรี่บุ๊กพับลิชเชอร์, 2537), หน้า 2.



## 2.2 ข้อเสียของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม

จากที่กล่าวมาเห็นได้ชัดว่า ระบบเศรษฐกิจทุนนิยม ให้เสรีภาพแก่เอกชนทั้งภาคครัวเรือน และภาคการผลิต โดยประชาชนทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการจับจ่ายใช้สอย การประกอบอาชีพ หรือการแสวงหารายได้ โดยรัฐบาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงในกิจกรรมเหล่านั้น คือจะปล่อยให้เอกชนแข่งขันกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ตามหลักการของ Adam Smith แต่โดยความเป็นจริงแล้วหลักการแข่งขันมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์แต่เพียงด้านเดียว แต่ยังเกิดข้อบกพร่องในตัวของมันเองด้วย ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์ท่านหนึ่งได้สรุปไว้ อย่างชัดเจน คือ<sup>8</sup>

1) เกิดช่องว่างระหว่างชนชั้น เนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันในรายได้ เพราะผู้ที่มีทุนมาก ก็ทำการลงทุนได้มาก และได้รับผลตอบแทนสูง ทำให้เกิดปัญหาในการกระจายรายได้ไม่เท่าเทียมกัน กลุ่มที่มี การลงทุนก็จะมีรายได้เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ คือ คนรวยก็ยิ่งรวยมากขึ้น ส่วนคนจนก็ยังคงจนต่อไป เพราะรายได้ที่เป็นตัวเงินมีมูลค่าในการแลกเปลี่ยนน้อยลง จึงเกิดความเหลื่อมล้ำทางรายได้ของบุคคล คนร่ำรวยหรือนายทุน จะมีเป็นส่วนน้อย ประชาชนส่วนใหญ่จะยากจน เกิดการกระจุกตัวของรายได้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนา เศรษฐกิจและสังคมซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพทางการเมืองต่อไป

2) มีการใช้ทรัพยากรสิ้นเปลือง เนื่องจากเอกชนมีเสรีภาพในการผลิตจึงมีการใช้ปัจจัยการผลิตอย่างฟุ่มเฟือย ทำให้สิ้นเปลืองทรัพยากรมาก อนึ่งลักษณะการใช้จะเป็นการสนองความต้องการของคนกลุ่มน้อย ไม่ใช่ส่วนรวม เช่น มีสถานเริงรมย์ สำหรับคนร่ำรวยหรือผู้มีรายได้สูง สินค้าที่อำนวยความสะดวกของผู้มีฐานะดี เป็นต้น

3) ในภาวะการณ์ฉุกเฉิน เช่น เกิดอุบัติเหตุ ภัยธรรมชาติ เช่น เกิดวาตภัย หรือเกิด สงครามระบบเศรษฐกิจทุนนิยมไม่สามารถจะแก้ไขสถานการณ์ได้ เพราะเอกชนได้ดำเนินการเศรษฐกิจโดยเสรี และทรัพย์สินส่วนใหญ่เป็นของเอกชน ไม่อาจนำมาใช้จ่ายในประโยชน์ส่วนรวม หรือเพื่อประเทศชาติได้

4) นายทุนหรือผู้ผลิตสินค้ามีโอกาสที่จะรวมตัวกันผูกขาดการผลิตสินค้า และบริการได้ง่าย เพราะรัฐไม่ได้เข้าไปแทรกแซงกิจการการผลิต ผู้ผลิตมีโอกาสที่จะขึ้นราคาสินค้าได้ตามใจชอบ และสามารถจะ กดค่าจ้างแรงงานได้ แรงงานก็จะถูกเอาเปรียบมากขึ้น เศรษฐกิจของประเทศก็ยิ่งจะตกต่ำ เพราะนายทุนจะรวมตัวกันตั้งราคาสินค้าเองโดยไม่สนใจกลไกของราคาอีกต่อไปค่าจ้างแรงงานจะต่ำ แต่ราคาสินค้าและบริการจะสูง ประชาชนส่วนใหญ่จะได้รับความเดือดร้อน ภาวะเศรษฐกิจจะตกต่ำ เพราะคนส่วนใหญ่ของประเทศยากจน รวมทั้งรัฐบาลก็จะไม่มีรายได้มาพัฒนาประเทศ

5) ถ้าเกิดการแข่งขันอย่างรุนแรง ธุรกิจเล็ก ๆ จะไม่สามารถยืนหยัดอยู่ได้และจะต้องเลิกกิจการไป ผู้ที่ไม่มีงานทำก็จะอดอยากแร้นแค้น เกิดเป็นปัญหาสังคม เนื่องจากรัฐบาลให้ความสนใจต่อนายทุนฝ่ายเดียว เพราะยึดมั่นว่านายทุนเป็นผู้สร้างสรรค์ทางระบบเศรษฐกิจ ทำความเจริญให้แก่ชาติบ้านเมือง<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ทับทิม วงศ์ประยูร, ประวัติและลัทธิเศรษฐกิจ, หน้า 159.

### 3. การแก้ไขข้อเสียของระบบทุนนิยมโดยกระบวนการนิติบัญญัติ<sup>10</sup>

ด้วยสาเหตุที่ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีหรือระบบทุนนิยมนี้มีข้อเสียและปัญหาต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว จึงทำให้ประเทศในยุโรปและสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นผู้นำของเศรษฐกิจแบบนี้ และได้ประสบปัญหาดังกล่าวนี้นานมาแล้วได้ศึกษาแนวทางในการแก้ไขจุดอ่อนหรือข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีหรือทุนนิยมโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือการออกกฎหมาย ดังนี้

#### 3.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-Monopoly Law)

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นว่า มีข้อเสียประการหนึ่ง คือ การเกิดสภาพของการผูกขาดขึ้นในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากสาเหตุทางเศรษฐกิจ เช่น หลังจากการแข่งขันแล้วเหลือผู้ผลิตอยู่แต่เพียงผู้เดียว หรือผู้ผลิตได้เป็นเจ้าของปัจจัยสำคัญในการผลิต หรือผลิตผลมีลักษณะแตกต่างกันใช้แทนกันได้จำกัดมาก หรืออาจเนื่องจากสาเหตุทางการเมืองและสังคมก็ได้ รัฐบาลหรือบุคคลในรัฐบาลอาจให้อภิสิทธิ์ผูกขาดแก่โรงงานหนึ่งเดียวในกิจกรรมหนึ่ง ๆ ระบบธุรกิจเอกชนที่ปราศจากการควบคุมของรัฐบาลที่ดีใกล้ชิด ย่อมเกิดสภาพผูกขาดได้ง่าย หน่วยการผลิตในธุรกิจเอกชนไม่แสวงหาการผูกขาดเพื่อผลกำไร และโดยที่สถาบันกรรมสิทธิ์ส่วนตัวคุ้มครองอยู่ สภาพการผูกขาดจึงจะจำกัดให้หมดไปได้ยาก<sup>11</sup> ปัญหาเหล่านี้ในหลายประเทศ จึงได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมดังที่กล่าวเกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจ

#### 3.2 กฎหมายป้องกันการทุ่มตลาด

การทุ่มตลาด โดยปกติหมายถึง การขายสินค้าในต่างประเทศในราคาต่ำกว่าราคา ภายในประเทศ หรือในราคาต่ำกว่าราคาต้นทุนของสินค้านั้น ทั้งนี้การที่บริษัทต่างชาติทำการทุ่มตลาดนั้น อาจเกิดขึ้นได้ด้วยหลายสาเหตุ เช่น

1. เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่ต้องการเพิ่มส่วนแบ่งในตลาดของตนภายในตลาดต่างประเทศ
2. เพื่อต้องการแข่งขันกับบริษัทที่อยู่ในตลาดของประเทศผู้นำเข้า เนื่องจากมีบางกรณีที่บริษัทซึ่งทำการทุ่มตลาดไม่สามารถพบสภาพการแข่งขันทางการค้าได้ภายในประเทศของตนอันเนื่องจากการที่รัฐบาลของประเทศมีนโยบายกีดกันทางการค้าจนทำให้บริษัทต่างชาติอื่น ๆ ไม่สามารถส่งสินค้าเข้ามาแข่งขัน

<sup>9</sup> ระวัง เนตรโพธิ์แก้ว, หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พิทักษ์อักษร, 2530), หน้า 85.

<sup>10</sup> นกคด ปกรณนิมิตติ, “ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 10.

<sup>11</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ, หน้า 9.

ภายในประเทศของตนได้อย่างเต็มที่ จึงอาจกล่าวได้ว่า การทุ่มตลาดในลักษณะนี้เกิดขึ้นเพราะบริษัทต้องการที่จะพบสภาพการแข่งขันทางการค้า

3. เพื่อต้องการระบายสินค้าไปยังตลาดต่างประเทศในระหว่างที่เวลาอุปสงค์ภายในประเทศของตนลดลง ซึ่งการทุ่มตลาดในกรณีนี้จะเป็นไปในชั่วระยะเวลาอันสั้นเท่านั้น เมื่ออุปสงค์ภายในประเทศเพิ่มขึ้นแล้ว บริษัทเหล่านี้ก็จะปรับราคาสินค้าให้สูงขึ้นต่อไป

4. เพื่อให้สามารถเพิ่มผลผลิตสินค้าให้ได้ปริมาณมาก ต้นทุนต่อหน่วยจะลดลง ทำให้บริษัทสามารถทำกำไรได้อย่างมากมาย<sup>12</sup>

การทุ่มตลาดจึงถือเป็นการเอารัดเอาเปรียบจากนายทุน พ่อค้า เพราะถ้านายทุนหรือพ่อค้าทุ่มตลาดจนตัวเองสามารถครอบครองตลาดได้ก็อาจเกิดสภาพการผูกขาดอันขัดกับหลักการค้าเสรีในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม กฎหมายป้องกันการทุ่มตลาดจึงมีขึ้นมาเพื่อแก้ไขจุดอ่อนของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

### 3.3 กฎหมายคุ้มครองแรงงาน

โดยที่ระบบเศรษฐกิจทุนนิยมมีหลักการสำคัญ คือ ยอมรับให้เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ แต่แม้ว่าเอกชนแต่ละคนจะมีสิทธิเสรีภาพโดยเท่าเทียมกันในด้านต่างๆ ก็หาใช่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะถูกแบ่งปันอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ระบบเศรษฐกิจทุนนิยมเป็นระบบที่ต่อจากระบบศักดินา ตามวิวัฒนาการของระบบเศรษฐกิจ ซึ่งเมื่อระบบศักดินาถูกผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงและเกิดมีระบบนายทุนขึ้นแทนที่ โพรที่ถูกลดปล่อยก็คือแรงงานอิสระที่ไม่มีปัจจัยการผลิตนั่นเอง ฉะนั้นจากที่เคยบังคับเอาส่วยจากไพร่ จึงเปลี่ยนมาเป็นขูดรีดแรงงานกดค่าจ้างจากลูกจ้างแทน รัฐจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เพื่อดูแลในเรื่องค่าจ้างที่เป็นธรรม และสภาพการจ้างงานต่างๆ ไม่ให้ลูกจ้างถูกนายจ้างเอารัดเอาเปรียบจนเกินไป

### 3.4 กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

สถานการณ์ทางเศรษฐกิจในโลกปัจจุบันนี้ ปรากฏว่า ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Faire) เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันเต็มที่ โดยที่รัฐจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องในการจัดการธุรกิจ (เว้นแต่การวางกฎหรือระเบียบเพื่อประโยชน์ในการดำรงไว้ซึ่งความปลอดภัยแห่งรัฐนั้น) มิได้เอื้ออำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคเท่าที่ควร ด้วยเหตุที่ผู้บริโภคไม่มีอำนาจต่อรอง (Inequality of bargaining power) ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมก็ต่อเมื่อผู้ผลิตและผู้บริโภคต่างมีอำนาจและความเข้มแข็งเท่ากัน เมื่อผู้ผลิตพยายามทุกวิถีทางที่ได้มาซึ่งผลกำไรในการจำหน่ายไม่ว่าจะด้วยการรวมตัว

<sup>12</sup> บุญฤทธิ์ โศภิต บัณฑิตวิทยาลัย, “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการทุ่มตลาดในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 5.

กันขึ้นราคา กักตุนสินค้า หรือลดจำนวนการผลิตเพื่อให้เกิดความต้องการในตลาดสูงขึ้น และหวังกำไรจากการขึ้นราคาตลอดจนผลเสียอันเกิดแก่ผู้บริโภคซึ่งสืบเนื่องมาจากการปล่อยปละละเลย ขาดความรับผิดชอบในการควบคุมการผลิตและคุณภาพที่ไม่ได้มาตรฐาน เพราะใช้วัตถุดิบที่มีคุณภาพต่ำเพื่อลดต้นทุนการผลิต สิ่งเหล่านี้ผู้บริโภคเองไม่อาจจะรวมตัวกันต่อสู้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ภาวะความไม่เสมอภาคในทางเศรษฐกิจภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมนี้เอง ทำให้รัฐจำเป็นต้องเข้ามามีส่วนช่วยเหลือผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น<sup>13</sup> โดยการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งการคุ้มครองตามกฎหมายอาจจะเป็นในลักษณะคุ้มครองการโฆษณา หรือคุ้มครองในเรื่องฉลากสินค้า หรือคุ้มครองเรื่องการทำสัญญา เป็นต้น

### 3.5 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจัดได้ว่าเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหอันเกิดจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ในลักษณะของการทำนิติกรรมสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่าจำต้องยอมทำนิติกรรมสัญญาดังกล่าว ซึ่งก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาเหล่านี้ถือว่ามีผลผูกพันคู่สัญญาตามหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา อันเป็นหลักกฎหมายที่สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม การแก้ไขเยียวยาปัญหาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความเป็นธรรมจึงเป็นไปด้วยความลำบาก ดังนั้นการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงทำให้ศาลมีทางออกในการช่วยเหลือคู่สัญญาที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมได้ในระดับหนึ่ง

## 4. โครงสร้างของธุรกิจค้าปลีกในปัจจุบัน

ธุรกิจค้าปลีก เป็นอีกหนึ่งธุรกิจที่รัฐมุ่งส่งเสริมให้เกิดการค้าการลงทุนโดยเสรี แม้จะสืบเนื่องจากหน้าที่สำคัญที่รัฐจะต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจทุนนิยมก็ตาม แต่ผลจากการเปิดเสรีธุรกิจค้าปลีกให้กับนักลงทุนต่างด้าว นั้น นอกจากจะเกิดผลดีในแง่ของการลงทุน อาทิ การสร้างงาน การสร้างรายได้ การนำเข้าซึ่งเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพแล้ว ยังเกิดผลเสียตามมาอีกอย่างไม่คาดถึง ทั้งต่อตัวผู้ลงทุนเอง ผู้ผลิต และแม้กระทั่งผู้บริโภคด้วย และจากหลักการที่ว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ไม่อาจจะขับเคลื่อนได้ด้วยตัวของตัวเอง หากแต่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงการกระทำบางอย่างของผู้ประกอบการ เพื่อให้ตลาดนั้นๆ มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมนั้น ในธุรกิจค้าปลีกนี้จึงเป็นอีกปัญหาหนึ่งที่รัฐจะต้องกำหนดบทบาทของตนให้เหมาะสม โดยเฉพาะในสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน

<sup>13</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 4.

แม้ว่าการค้าปลีกจะเป็นธุรกรรมที่คนส่วนใหญ่เข้าถึงลักษณะของการเกิดปฏิสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา กันคืออยู่แล้ว แต่ในการที่จะศึกษาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในโครงสร้างของธุรกิจค้าปลีก จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้อง กำหนดคำจำกัดความให้ชัดเจน และศึกษาถึงโครงสร้างพื้นฐานของธุรกิจค้าปลีกเพื่อความเข้าใจตรงกันใน เบื้องต้นก่อน

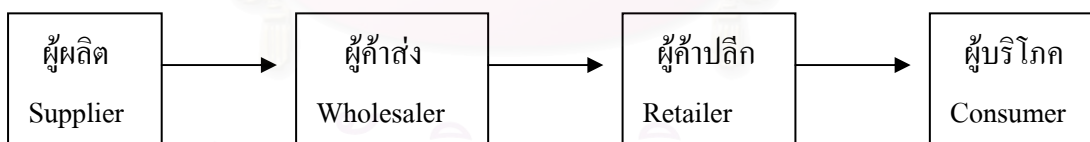
#### 4.1 ความหมายของธุรกิจค้าปลีก

คำว่า “ธุรกิจค้าปลีก” ไม่พบคำนิยามที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง แต่ได้พบ คำนิยามของการค้าปลีกในความหมายทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งได้ให้คำนิยามว่า “การค้าปลีก”( Retailing) เป็น ส่วนหนึ่งของกระบวนการทางการตลาดที่ทำหน้าที่นำสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิต ( Manufacturer) ไปเสนอขาย แก่ผู้บริโภค (Consumer) ซึ่งซื้อสินค้าหรือบริการไปเพื่อบริโภคขั้นสุดท้าย ( Ultimate Consumption )<sup>14</sup> ฉะนั้น ในทางการตลาดจึงเห็นว่า การค้าปลีก (Retailing) เป็นการขายสินค้าและบริการให้กับผู้บริโภคคนสุดท้าย โดยตรง<sup>15</sup>

ดังนั้น “ธุรกิจค้าปลีก” จึงหมายถึง ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือบริการโดยตรงแก่ ผู้บริโภคคนสุดท้าย โดยผู้บริโภคจะนำไปใช้ตอบสนองความต้องการของตนเองไม่เพื่อธุรกิจ

#### 4.2 โครงสร้างของธุรกิจค้าปลีก

ตามปกติสินค้าและบริการจากผู้ผลิตจะสามารถเคลื่อนย้ายไปสู่ผู้บริโภคจะต้องมีช่องทางในการ จัดจำหน่าย ซึ่งถือเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในสภาพตลาดปัจจุบันโดยรูปแบบพื้นฐานของโครงสร้างธุรกิจปลีกจะเป็น ดังนี้



1. **ผู้ผลิต (Supplier)** จุดเริ่มต้นของธุรกิจการค้าคือภาคการผลิต โดยผู้ผลิตจะผลิตสินค้าหรือ บริการขึ้นมาเพื่อจำหน่าย ผู้ประกอบการผลิตทุกรายในตลาดที่ต้องการให้สินค้าจำหน่ายไปยังผู้บริโภคที่อยู่ กระจายตัวในท้องที่ต่างๆ อย่างทั่วถึงจำเป็นต้องอาศัยผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกที่มีประสบการณ์ในการจัด จำหน่ายสินค้าและคุ้นเคยกับผู้บริโภคในท้องที่นั้นเป็นเส้นทางผ่านของสินค้าไปยังผู้บริโภค

<sup>14</sup> William H. Golen , “Retailing and Retailer Defined” *Contemporary Retailing* ( United State : Prentice – Hall , Inc., 1978 ), p.4.

<sup>15</sup> สุมนา อยู่โพธิ์, *การค้าปลีก* , (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2538 ) หน้า 3.



2. **ผู้ค้าส่ง (Wholesaler)** หมายถึง พ่อค้า ตัวแทน หรือผู้รวบรวม ซึ่งประกอบกิจการเข้าแทรกอยู่ระหว่างผู้ผลิตด้านหนึ่งกับผู้ค้าปลีกหรือผู้ใช้ (User) อีกด้านหนึ่ง
3. **ผู้ค้าปลีก (Retailer)** เป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคคนสุดท้ายโดยตรง โดยสินค้านั้นผู้ค้าปลีกอาจซื้อมาจากผู้ค้าส่ง หรือซื้อมาจากผู้ผลิตสินค้านั้น ๆ โดยตรงก็ได้
4. **ผู้บริโภค (Consumer)** หมายถึง ผู้ซึ่งซื้อสินค้าหรือบริการไปเพื่อใช้ส่วนตัว ไม่ใช่เพื่อธุรกิจ

จะเห็นได้ว่าในโครงสร้างการค้าปลีกจะประกอบไปด้วยบุคคล 4 ฝ่าย คือ ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก และผู้บริโภค แต่ในระหว่างผู้ผลิตจนถึงผู้บริโภคนี้อาจมีผู้ค้าส่งหรือผู้ค้าปลีกคั่นกลางอยู่หรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับศักยภาพในการจัดจำหน่ายสินค้าและบริการของผู้ผลิตนั่นเอง และรวมตลอดทั้งประสิทธิภาพในการเข้าถึงผู้บริโภคของผู้ค้าส่ง หรือผู้ค้าปลีกว่ามีอิทธิพลต่อผู้บริโภคมากน้อยเพียงไร อันเป็นปัจจัยให้สภาพตลาดในธุรกิจค้าปลีกเปลี่ยนแปลงไปตามยุคตามสมัย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 4.3 การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกไทยจากอดีต-ปัจจุบัน

ในระยะแรกเริ่ม ช่วงเวลาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ภาคการผลิตยังไม่เติบโต สินค้าในตลาดส่วนใหญ่ยังต้องพึ่งพาการนำเข้าจากต่างประเทศ โดยส่วนใหญ่ผู้นำเข้าจะเป็นพ่อค้าชาวจีนที่ลงทุนค้าขายตั้งหลักปักฐานในประเทศไทย พ่อค้าชาวจีนเหล่านี้อาศัยความสัมพันธ์ที่ดีกับบริษัทผู้นำเข้า เพื่อสืบหาข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่จะนำเข้ามา และติดต่อเหมาสินค้าชนิดต่างๆ ที่ตลาดต้องการไว้เป็นจำนวนมาก<sup>16</sup> เนื่องจาก ณ เวลานั้นยังไม่มีฐานการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมภายในประเทศ ประกอบกับต้นทุนในการนำเข้านี้ต่ำกว่าการผลิตเอง เพราะอัตราภาษีสินค้านำเข้าค่อนข้างต่ำ ทำให้พ่อค้าที่สามารถจัดหาสินค้านำเข้ามาจำหน่ายได้เป็นผู้มีอำนาจในตลาดค้าส่งและค้าปลีก โดยผู้ผลิตในประเทศแทบเรียกได้ว่ายังไม่มียุทธศาสตร์ในโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกเลย

ต่อมาการเติบโตทางเศรษฐกิจในกลางทศวรรษ 2490 ทำให้โครงสร้างการค้าปลีกเริ่มเปลี่ยนไปจากเดิม เนื่องจากผู้ผลิตในประเทศเริ่มผลิตสินค้าทดแทนการนำเข้าที่มีราคาต่ำกว่าสินค้านำเข้าได้เอง ประกอบกับในช่วงตอนต้นทศวรรษ 2500 รัฐบาลเริ่มมีนโยบายส่งเสริมการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้า โดยให้สิทธิประโยชน์มากมายแก่ผู้ประกอบการภายในประเทศ นอกจากนี้การประกาศขึ้นภาษีนำเข้าสินค้าเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เพิ่งเกิดใหม่ ทำให้ภาคการผลิตโดยเฉพาะโรงงานขนาดใหญ่ที่มีต้นทุนการผลิตที่ต่ำ กลับมามีอำนาจต่อรองมากขึ้นในธุรกิจค้าปลีกแทนผู้นำเข้าสินค้าในยุคแรก ๆ

<sup>16</sup> สถาบันการวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “การค้าส่งการค้าปลีกไทย (รายงานทิศทางเศรษฐกิจและการค้าไทย : ภาควิชาการค้าภายในประเทศ งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, มีนาคม 2542 ,หน้า 11.

ในระยะนี้กลุ่มพ่อค้าที่เคยนำเข้าสินค้าได้เปลี่ยนมารับซื้อสินค้าจากผู้ผลิตภายในประเทศหรือแม้กระทั่งหันมาเป็นผู้ผลิตเอง การแข่งขันกันเองของผู้ผลิตภายในประเทศ ทำให้ราคาของสินค้าค่อนข้างต่ำ เป็นการสร้างความสามารถให้แก่บุคคลทั่ว ๆ ไป ในการลงทุนตั้งร้านค้าปลีกได้บ้าง ในช่วงนี้ร้านค้าปลีกเริ่มมีมากขึ้น โดยส่วนใหญ่จะเป็นร้านขายของชำขนาดเล็กที่ขายให้กับผู้บริโภคที่อาศัยอยู่ในละแวกใกล้เคียง มีการจำหน่ายสินค้าที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต การบริหารกิจการมีรูปแบบง่าย ๆ ไม่สลับซับซ้อน กิจการค้าปลีกของไทยในช่วงนั้นโดยภาพรวมจึงเป็นธุรกิจค้าปลีกแบบดั้งเดิม (Traditional Trade) และมีส่วนแบ่งตลาดตามมูลค่ากว่าร้อยละ 60-70<sup>17</sup> แต่ด้วยต้นทุนการดำเนินงานค่อนข้างต่ำ ทำให้ร้านค้าปลีกทยอยย่ำแย่ซึ่งเป็นส่วนใหญ่นี้มีกำลังการจำหน่ายสินค้าน้อย ทำให้ต้องสั่งซื้อสินค้าจำนวนน้อยจากผู้ค้าส่งแทนที่จะสั่งซื้อกับผู้ผลิตโดยตรง อำนาจต่อราคาสินค้าของร้านค้าปลีกทยอยย่ำแย่ดังกล่าวจึงน้อยตามไปด้วย

ต่อมาเมื่อเศรษฐกิจในประเทศมีอัตราการขยายตัวค่อนข้างสูง ในยุคเศรษฐกิจฟองสบู่ ส่งผลให้รูปแบบของธุรกิจร้านค้าปลีกเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม มีการปรับปรุงร้านค้าให้มีขนาดใหญ่ขึ้น เพื่อรองรับความต้องการที่หลากหลาย มีต้นทุนการดำเนินงานเพิ่มขึ้น มีบุคลากรมากขึ้น และการบริหารจัดการภายในองค์กรอย่างเป็นระบบซึ่งตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี รูปแบบธุรกิจค้าปลีกดังกล่าว เริ่มจากห้างสรรพสินค้า (Department Store) และพัฒนาออกไปเป็นประเภทต่างๆ ซึ่งเป็นการค้าปลีกในรูปแบบใหม่ (Modern Trade) เช่น ซูเปอร์มาเก็ต, ร้านค้าสะดวกซื้อ (Convenience store) ร้านค้าส่วนลด (Discount store) เป็นต้น

แต่นับจากวิกฤติเศรษฐกิจปี 2540 เป็นต้นมา ส่งผลให้กำลังซื้อของประชาชนหดตัวอย่างรุนแรง ผู้ประกอบการค้าปลีกสมัยใหม่ของไทยที่ประสบปัญหาสภาพคล่องและมีหนี้สินต่างประเทศจำนวนมาก ก็ต้องปรับตัวโดยการขายกิจการให้ต่างชาติหรือดึงชาวต่างชาติเข้ามาร่วมทุนเพื่อแก้ไขปัญหาสภาพคล่องดังกล่าว เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท ผู้ประกอบการค้าปลีกอาจจัดตั้งกิจการในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนได้ แต่ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนที่มีหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าว หรือบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าว ถือหุ้นตั้งแต่ 50% ขึ้นไป ต้องพิจารณาตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ซึ่งมีข้อจำกัดเกี่ยวกับธุรกิจทางพาณิชย์กรรมที่เป็นการค้าปลีกทุกชนิด ตามข้อ 4 วรรคแรก และในบัญชี ข หมวด 3 (1) ทำายประกาศฉบับดังกล่าว ซึ่งห้ามคนต่างด้าวกระทำการค้าปลีก เว้นแต่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเป็นประการอื่น ดังนั้นคนต่างด้าวที่ต้องการประกอบธุรกิจค้าปลีกดังกล่าว ต้องมีการลงทุนเป็นหุ้นส่วนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของทุน หรือ

<sup>17</sup> ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน), “แนวโน้มภาวะเศรษฐกิจและธุรกิจปี 2546 : การขยายตัวของดีสคานท์สโตร์ผลกระทบต่อธุรกิจค้าปลีกไทย,”วารสารปราชญ์บัณฑิตศึกษาศาสตร์ฉบับเศรษฐกิจวิเคราะห์ 20,10 (ตุลาคม 2545) : 2.



จำนวนผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวไม่ถึงกึ่งหนึ่ง (49%) ในช่วงนั้นจึงมีการร่วมลงทุนระหว่าง ผู้ประกอบการคนไทย กับคนต่างด้าว ในลักษณะใช้ชื่อร้านค้าของชาวต่างด้าวประกอบเป็นชื่อร้านค้าใหม่ และมีสถานะภาพทางกฎหมายเป็นธุรกิจของคนไทย

แต่ต่อมาจากการเปิดเสรีทางการค้าตามข้อกำหนดขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) และจากการที่ไทยต้องเผชิญกับภาวะวิกฤติการณ์ทางการเงิน ทำให้ต้องขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ประเทศไทยจึงต้องดำเนินมาตรการแก้ไขวิกฤติเศรษฐกิจตามแนวทางที่ไอเอ็มเอฟกำหนด โดยแนวทางหลัก ๆ คือ การออกกฎหมายฟื้นฟูเศรษฐกิจ 11 ฉบับ ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นหนึ่งในกฎหมายฟื้นฟูเศรษฐกิจดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกอย่างใหญ่หลวง กล่าวคือ ประกาศคณะปฏิบัติฉบับที่ 281 (ปว 281) ได้ถูกยกเลิกไป และได้นำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นี้มาบังคับใช้แทน ฉะนั้นจากที่เคยจำกัดสิทธิคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจค้าปลีกไว้ ก็เป็นการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในกิจการค้าปลีกได้ง่ายขึ้น เพราะพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ธุรกิจค้าปลีกเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว (ในบัญชี 3 (14) ) ที่คนต่างด้าวสามารถยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจค้าปลีกได้ตามมาตรา 8 (3)

ในขณะเดียวกันยังได้มีการแก้ไขกฎหมายให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินในไทยได้ จึงส่งผลให้กลุ่มทุนต่างชาติหลังไหลเข้ามาลงทุนในไทยอย่างต่อเนื่อง และมากมายในธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่ (Modern Trade) รูปแบบต่าง ๆ โดยหลังจากปี 2541 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ส่วนแบ่งตลาดของร้านค้าปลีกทยอยเริ่มปรับตัวลดลงอย่างต่อเนื่องจากร้อยละ 70 เหลือร้อยละ 46 ในปี 2544 ขณะที่สัดส่วนของร้านค้าปลีกสมัยใหม่มีทิศทางเติบโตอย่างต่อเนื่องจากร้อยละ 30 ในปี 2542 เป็นร้อยละ 54 ในปี 2544 ดังตารางที่ 1 และในปัจจุบันธุรกิจโมเดิร์นเทรดต่าง ๆ จะยังคงมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นต่อไปตามแนวโน้มการขยายสาขาที่มีอยู่อย่างต่อเนื่อง<sup>18</sup>

#### ตารางที่ 1 ส่วนแบ่งตลาดของร้านค้าปลีกดั้งเดิม และร้านค้าปลีกสมัยใหม่

หน่วย : ร้อยละ

ธุรกิจ	2542	2543	2544	2545
ค้าปลีกดั้งเดิม	70	60	46	36
ค้าปลีกสมัยใหม่	30	40	54	64

หมายเหตุ : ทั้งหมดเป็นตัวเลขประมาณการ

ที่มา : วารสารเศรษฐกิจวิเคราะห์ (ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน))

\* เช่น การรวมตัวกันของห้างโลตัส ในเครือเจริญโภคภัณฑ์กับห้างเทสโก้ซึ่งเป็นผู้ค้าปลีกรายใหญ่จากประเทศอังกฤษ (ผู้จัดการรายวัน , 19 พฤษภาคม 2541 : หน้า 14.)

<sup>18</sup> ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน), เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

อย่างไรก็ตามนอกจากปัจจัยภายในประเทศดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ส่งผลให้กลุ่มทุนต่างชาติขยายเครือข่ายในไทยอย่างรวดเร็วก็คือ ธุรกิจค้าปลีกในประเทศที่พัฒนาแล้วถึงจุดอิ่มตัวหรือบางประเทศก็มีการระงับจำกัดการขยายตัวของธุรกิจขนาดใหญ่ ดังนั้นบริษัทยักษ์ใหญ่เหล่านั้นจึงต้องขยายกิจการไปทั่วโลก เมื่อประกอบกับอุปสรรคทางการค้าและการลงทุนทั่วโลกเริ่มลดลงจึงเป็นปัจจัยเกื้อหนุนให้ผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่จากต่างชาตินำมาลงทุนภายนอกประเทศแทน<sup>19</sup>

## 5. ผลกระทบที่เกิดจากการเปิดเสรีธุรกิจค้าปลีก

ได้กล่าวมาแล้วว่า โครงสร้างของธุรกิจค้าปลีกในปัจจุบัน กลุ่มผู้ค้าปลีกสมัยใหม่ (Modern Trade) ได้ขยายบทบาทความสำคัญขึ้นอย่างรวดเร็ว ด้วยรูปแบบที่หลากหลายและล่าสุดทำให้เกิดกระแสการวิพากษ์วิจารณ์ค่อนข้างมากในหลาย ๆ ประเทศ ต่อการเติบโตของค้าปลีกในรูปแบบดิสเคาท์สโตร์ เนื่องจากได้ส่งผลให้เกิดการล่มสลายของธุรกิจค้าปลีกรายย่อยอย่างชัดเจน รวมถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมทางด้านอื่น ๆ ติดตามมา การขยายเครือข่ายอย่างรวดเร็วของกลุ่มค้าปลีกดิสเคาท์สโตร์ สามารถวัดได้จากส่วนแบ่งตลาดของกลุ่มผู้ค้าปลีกสมัยใหม่ด้วยกัน ที่กลุ่มดิสเคาท์สโตร์ซึ่งมีผู้ประกอบการในไทยเพียง 4 ราย แต่สามารถขึ้นมามีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดในกลุ่มค้าปลีกสมัยใหม่ได้ ดังแสดงในตารางที่ 2 นี้

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบมูลค่าการซื้อขายผ่านร้านค้าปลีกสมัยใหม่และส่วนแบ่งตลาด<sup>20</sup>

ธุรกิจ	2539	2542	2544	ส่วนแบ่งตลาด
ห้างสรรพสินค้า	100,000	80,280	97,000	33.6
ซูเปอร์มาเก็ต	16,000	18,900	22,785	7.9
ดิสเคาท์สโตร์	56,000	84,000	126,000	43.7
คอนวีเนียนสโตร์	22,000	27,300	34,175	11.8
สเปเชียลสโตร์	6,000	6,300	8,545	3.0
รวม	200,000	216,780	288,905	100

ที่มา : คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ยกเว้นข้อมูล ปี 2544 มาจากประชาชาติธุรกิจ

หมายเหตุ : คำนวณส่วนแบ่งตลาดจากข้อมูลปี 2544

\* เช่น ในประเทศญี่ปุ่น มี Large Scale Retail Store Law ฝรั่งเศสมีกฎหมายควบคุมกิจการค้าปลีก พ.ศ.2516 (เรียกว่า La loi d' orientation du Commerce et de l' Artisanat) เป็นต้น

<sup>19</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย “การค้าปลีกไทย (รายงานทิศทางเศรษฐกิจและการค้าไทย : ภาคการค้าภายในประเทศ), หน้า 43.

<sup>20</sup> ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน), เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

จากตารางที่แสดง แม้ส่วนแบ่งตลาดค้าปลีกโดยรวมจะยังเป็นของธุรกิจค้าปลีกแบบดั้งเดิม ที่มีสัดส่วนมากที่สุดถึงร้อยละ 36 (ในตารางที่ 1) แต่ก็เป็นส่วนแบ่งตลาดที่สร้างจากผู้ประกอบการรายย่อย ถึงประมาณ 3 แสนราย และอยู่ในสถานะที่กำลังสูญเสียส่วนแบ่งตลาดไปเรื่อย ๆ

ในขณะที่การขยายสาขาของดิสเคาท์สโตร์ในช่วงปี 2537 เป็นต้นมา มีการเติบโตอย่างต่อเนื่อง แม้จะได้รับผลกระทบจากสภาพเศรษฐกิจที่ชะลอตัวลงในปี 2541 แต่มาตรการการเปิดกว้างให้ต่างชาติสามารถเข้ามาลงทุนในกิจการค้าปลีกก็ทำให้กิจการค้าปลีกรายใหญ่ระดับโลกเข้ามาขยายเครือข่ายสาขาอย่างรวดเร็ว (ดังตารางที่ 3) นอกจากนี้ ปัจจุบันการจับจ่ายใช้สอยของภาคเอกชนในประเทศเริ่มปรับตัวดีขึ้น ผู้ประกอบการจึงมีการเร่งขยายสาขา พร้อมกับการใช้กลยุทธ์การแข่งขันด้านราคาค่อนข้างมาก โดยอาศัยความได้เปรียบจากอำนาจการต่อรองในการสั่งซื้อสินค้า และยังมีการผลิตสินค้าภายใต้ยี่ห้อของตนเอง (House Brand) จากผู้ผลิต (Supplier) ในราคาที่ถูกลงอีกด้วย

ตารางที่ 3 จำนวนสาขาของดิสเคาท์สโตร์ ตั้งแต่ปี 2537-2545<sup>21</sup>

ผู้ประกอบการ	2537	2538	2539	2540	2541	2542	2543	2544	2545*
เทสโก้โลตัส	1	0	5	12	14	17	24	33	38
คาร์ฟูร์	0	0	2	6	7	9	11	15	17
บิ๊กซี	1	6	11	19	20	20	23	29	32
แม็คโคร	6	10	14	15	16	17	19	20	21
รวม	8	16	32	52	57	63	77	97	108
การเติบโต (ร้อยละ)	-	100	100	62.5	9.6	10.5	22.2	25.8	11.3

ที่มา : หนังสือพิมพ์บิสซิเนสไทย 9-16 กันยายน 2544 และจากการรวบรวม

หมายเหตุ : \* เป็นข้อมูลตั้งแต่เดือน มกราคม - พฤศจิกายน 2545

จะเห็นได้ว่านอกจากผลทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาดำเนินธุรกิจค้าปลีก และถือครองที่ดินได้แล้ว ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการค้าปลีกต่างชาติขยายเครือข่ายได้อย่างรวดเร็วนั้น ยังอาศัยความได้เปรียบทางด้านเงินทุนและเทคโนโลยีในการพัฒนาระบบกระจายสินค้า (Logistics) สมัยใหม่ และการจัดการระบบห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย อีกทั้งพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปของผู้บริโภค ประการทั้งปวงล้วนมีส่วนทำให้เหล่า Modern Trade มียอดขายสินค้าจำนวนมากในตลาดค้าปลีก โดยเฉพาะร้านค้าปลีกรูปแบบดิสเคาท์สโตร์ โดยผู้ผลิตไม่อาจปฏิเสธได้ว่า Modern Trade เหล่านี้ทำหน้าที่เป็นช่องทางในการจัดจำหน่ายสินค้าในภาคการผลิตที่สำคัญยิ่งในปัจจุบัน อันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมของประเทศในหลายๆ ด้าน ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

<sup>21</sup> ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน), เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

## 5.1 ผลดีของการเปิดเสรีการค้าปลีก

5.1.1 **ผลดีต่อผู้บริโภค** กล่าวคือ เมื่อเกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการมากขึ้นย่อมทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากขึ้น ทั้งทางด้านความหลากหลายของสินค้าและบริการ รวมถึงลดถึงการพัฒนาคุณภาพและราคาที่ถูกลง

5.1.2 **ผลดีต่อเศรษฐกิจการค้า** การเปิดเสรีทางการค้าทำให้มีการลงทุนของชาวต่างชาติมากขึ้น มีเงินทุนไหลเข้าประเทศ ก่อให้เกิดการจ้างงาน มีการพัฒนาคุณภาพบุคลากร ตลอดจนมีการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในไทยมากขึ้น ซึ่งการนำเข้าซึ่งเทคโนโลยีในฮาร์ดแวร์จากต่างประเทศนี้ ย่อมเป็นผลดีต่อการพัฒนาธุรกิจการค้าของไทย ประกอบกับการเปิดเสรีทางการค้าส่งเสริมให้ผู้ประกอบการต่างชาติที่มีศักยภาพสามารถเข้าสู่ตลาดได้อย่างเสรี จึงเป็นตัวกระตุ้นให้ผู้ประกอบการค้าปลีกไทยพยายามพัฒนาศักยภาพของตนเองมากขึ้นอีกด้วย

## 5.2 ผลเสียของการเปิดเสรีทางการค้า

เนื่องจากบริษัทต่างชาติมีเทคโนโลยีในฮาร์ดแวร์ที่ดีกว่า จึงมีประสิทธิภาพในการบริหารงานและศักยภาพในการแข่งขันสูง และเมื่อธุรกิจต่างประเทศมีอำนาจต่อรองกับซัพพลายเออร์สูง จึงสร้างกลยุทธ์ราคาได้ดีกว่า ในระยะยาวจึงทำให้เกิดผลกระทบต่อกลุ่มคนต่าง ๆ ตามมา คือ<sup>22</sup>

### 5.2.1 ผลกระทบต่อผู้ค้าส่ง

เนื่องจากผู้ค้าส่งเป็นผู้ที่ประกอบธุรกิจคั่นกลางระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิต แต่เมื่ออำนาจต่อรองของผู้ค้าปลีกมีสูงขึ้น โดยสามารถสั่งซื้อสินค้าในปริมาณมาก ๆ จากผู้ผลิตโดยตรงด้วยตนเอง จึงสามารถตัดค่าใช้จ่ายส่วนคนกลางไปได้อย่างสิ้นเชิง ทำให้ผู้ค้าส่งถูกลดบทบาทลงอย่างมาก แม้กระทั่งบทบาทต่อร้านค้าปลีกขนาดเล็ก (โชห่วย) ซึ่งก็หันไปซื้อสินค้าจากห้างใหญ่ โดยเฉพาะแหล่ง Discount Store ที่มีสินค้าราคาถูกเช่นกัน

### 5.2.2 ผลกระทบต่อผู้ค้าปลีกรายใหญ่

การแข่งขันกันอย่างรุนแรงทำให้ผู้ค้าปลีกรายใหญ่ต้องปรับตัวอย่างมากในการดำเนินธุรกิจ โดยเฉพาะห้างสรรพสินค้าขนาดกลางและขนาดเล็ก และธุรกิจค้าปลีกประเภทซูเปอร์มาร์เก็ต ซึ่งมีลูกค้าเป้าหมายเป็นกลุ่มเดียวกับธุรกิจ Discount Store รวมทั้งการแข่งขันของเหล่า Discount Store ด้วยกันเอง

<sup>22</sup> เรียบเรียงจาก บริษัท ซีอี อินเทอร์เน็ตชั้นนำออนไลน์ฟอร์เมชั่น จำกัด “โครงการศึกษาผลกระทบของการแข่งขันและการรวมตัวของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ในประเทศที่มีผลต่อผู้บริโภค และร้านค้าปลีกขนาดเล็ก” งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, กันยายน 2542, หน้า 93-96

โดยเฉพาะทางด้านราคา และค่าใช้จ่ายในช่วงที่ทำการส่งเสริมการขายของทางห้าง แม้จะสามารถผลักดันค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ผลิตได้ แต่หากยอดขายยังไม่ดีขึ้นตามเป้าหมายส่วนนี้ผู้ค้าปลีกก็ต้องแบกรับภาระเอง จึงทำให้กำไรที่ควรจะได้ลดลงไปอย่างมาก จากภาวะการแข่งขันที่รุนแรงนี้

### 5.2.3 ผลกระทบต่อผู้ค้าปลีกรายย่อย (โชห่วย)

โดยร้านค้าโชห่วยที่ได้รับผลกระทบมากจะเป็นร้านโชห่วยที่มีขนาดใหญ่พอสมควรที่มีการดำเนินงานในลักษณะการจ้างลูกจ้างในการขายโดยกลุ่มลูกค้ามักมีปริมาณการซื้อค่อนข้างมากถึง 300-400 บาทต่อครั้ง โดยจะหันไปเข้าร้าน Discount Store แทน แต่ในร้านค้าโชห่วยขนาดเล็กโดยเฉพาะที่ตั้งอยู่ในแหล่งชุมชน ประกอบกิจการกันในครอบครัว จะได้รับผลกระทบน้อยกว่า เพราะยังเข้าถึงผู้บริโภคได้ง่ายในลักษณะทำเลที่ตั้งที่สะดวกต่อการซื้อสินค้าในปริมาณที่ไม่มากนัก

### 5.2.4 ผลกระทบต่อผู้ผลิตสินค้า

ผู้ผลิตสินค้าจะได้รับผลกระทบโดยตรง เพราะเป็นคู่ค้าของผู้ค้าปลีก แต่อยู่ในระดับความรุนแรงที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่ต้องพึ่งพาผู้ค้าปลีกใหญ่ในการเป็นช่องทางในการกระจายสินค้าและลักษณะของสินค้าที่ผลิตว่าเป็นที่นิยมของผู้บริโภคหรือไม่ เพราะหากเป็นสินค้าที่อยู่ในความต้องการของผู้บริโภคแล้ว ผู้ค้าปลีกใหญ่ต้องจัดหาสินค้านั้นมาจำหน่าย มิฉะนั้นจะเสียโอกาสในการขายสินค้านั้นไป จึงขอกล่าวถึงผลกระทบต่อผู้ผลิตที่อยู่ในสถานะที่ต่างกันดังนี้

#### 1) ผู้ผลิตสินค้าที่เป็นที่นิยมของผู้บริโภค

ยกตัวอย่าง เช่น ผู้ผลิตเครื่องดื่ม “เป๊ปซี่” (บริษัท เสิรมสุข จำกัด) ผู้ผลิตเครื่องดื่ม “โค้ก”(บริษัทไทยน้ำทิพย์จำกัด) ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์นมตราแม่ลิและออริคิด (บริษัทอุตสาหกรรมนมไทย จำกัด) ผู้ผลิตเหล่านี้เดิมมีสัดส่วนในการจำหน่ายให้แก่ร้านค้าปลีกแบบ Modern Trade ประมาณ 10% ในขณะที่เหลืออีก 80-90% จะจัดจำหน่ายเองโดยผ่านหน่วยรถของบริษัท แต่หลังจากเปิดเสรีธุรกิจค้าปลีกกลับส่งผลดีแก่ผู้ผลิตเหล่านี้ โดยมีช่องทางการจัดจำหน่ายมากขึ้น โดยผู้ผลิตหลายรายหันมาให้ความสำคัญกับกลุ่ม Discount Store มากขึ้น

#### 2) ผู้ผลิตสินค้าอุปโภคบริโภครายใหญ่

เช่น บริษัทยูนิลีเวอร์ไทยโฮลดิ้ง จำกัด บริษัทสหพัฒน์ปิบูล จำกัด ผู้ผลิตเหล่านี้มีสัดส่วนการกระจายสินค้าสู่ผู้บริโภคที่เป็น Modern Trade ประมาณ 40-50 % จะได้รับผลกระทบพอสมควรเนื่องจากอำนาจต่อรองของผู้ค้าปลีกที่มากขึ้นจากการมีปริมาณการสั่งซื้อจำนวนมาก โดยการต่อรองจะอยู่ในรูปแบบของการขอผลตอบแทนจากผู้ผลิต ซึ่งจะเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ในแต่ละปี เป็นค่า Entrance Fee ค่าขนส่ง การขอให้ร่วมรายการส่งเสริมการขาย ค่าเช่าพื้นที่วางสินค้า ค่าแผนผังในการโฆษณา โดยในการเจรจาจัดซื้อสินค้าทุกอย่างจะเป็นไปตามนโยบายของผู้ค้าปลีกใหญ่โดยไม่มี การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหมือนเช่นในอดีต หากผู้ผลิตรายใดไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดได้ ก็ไม่สามารถวางสินค้าจำหน่าย



ได้เช่นนี้ ผู้ผลิตบางรายจึงพยายามสร้างช่องทางในการกระจายสินค้าด้วยตนเองให้มากขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

### 3) ผู้ผลิตสินค้า Private Label

ปัจจุบันผู้ค้าปลีกรายใหญ่มักนิยมสั่งซื้อสินค้าโดยให้ผู้ผลิตใช้ Brand ของผู้ค้าปลีกเอง เนื่องจากสามารถทำอะไรให้กับผู้ค้าปลีกได้มากกว่าสินค้าปกติ โดยเฉพาะทางด้านราคา ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อยอดขายสินค้าของผู้ผลิตสินค้านิตเดียวกันนั้นด้วย และในความเป็นจริงผู้ผลิตบางรายก็เป็นผู้รับผลิตสินค้า Private Label ให้กับทางห้างฯ เอง เช่นนี้เมื่อสินค้า Brand ของผู้ผลิตเอง มียอดขายลดลง ผู้ผลิตย่อมต้องหันไปผลิตสินค้า Private Label ให้มากขึ้นเรื่อย ๆ จนอาจทำให้ผู้ผลิตนั้น ๆ ตกอยู่ในสถานะเป็นเหมือนโรงงานรับผลิตสินค้าป้อนให้กับผู้ค้าปลีกรายใหญ่อีกครั้งในที่สุด

### 4) ผู้ผลิตรายย่อย

ผู้ผลิตรายย่อยนี้จะได้รับผลกระทบมากเนื่องจากไม่มีเงินทุนสำหรับสร้างเครือข่ายกระจายสินค้าเอง รวมทั้งสินค้าที่จำหน่ายก็ไม่มีที่นิยมของผู้บริโภค ทำให้ผู้ค้าปลีกยิ่งมีอำนาจต่อรองมาก โดยผู้ค้าปลีกจะพิจารณาจากศักยภาพในการทำยอดขายของสินค้านั้น ๆ และจะต้องจ่ายส่วนแบ่งกำไรขั้นต้นให้กับทางห้างฯ ในอัตรา 25-30% รวมถึงค่าธรรมเนียมแรกเข้าและค่าเปิดตัวสินค้าใหม่ด้วย เมื่อผู้ผลิตรายย่อยนี้นำสินค้าเข้าไปจำหน่ายแล้ว ผู้ค้าปลีกมักจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อแข่งขันกัน และต่อรองให้ผู้ผลิตรายย่อยนี้รับภาระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ นี้เอง ทำให้ผู้ผลิตรายย่อยนี้มีต้นทุนสูงขึ้น ซึ่งหากผู้ผลิตรายใดไม่ให้ความร่วมมือจะถูกจัดวางสินค้าในตำแหน่งที่ไม่เป็นที่สนใจของลูกค้า และส่งผลกระทบต่อยอดขาย ทำให้ต้องออกจากตลาดไปในที่สุด

## 5.2.5 ผลกระทบต่อผู้บริโภค

แม้การแข่งขันกันในเรื่องการค้าปลีกจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการได้สินค้าคุณภาพดี ราคาถูก แต่หากสินค้าของผู้ผลิตรายย่อยไม่สามารถเข้าถึงผู้บริโภคได้ ย่อมทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกน้อยลง ประกอบกับการแข่งขันจะมุ่งเน้นทางด้านราคาเป็นสำคัญโดยเฉพาะกลุ่ม Discount Store คุณภาพของสินค้าจึงไม่ถูกพัฒนาไปมากนัก เนื่องจากผู้ผลิตก็ต้องลดค่าใช้จ่ายของตนเองเช่นกัน จึงไม่พยายามที่จะต่อสู้กันในเชิงคุณภาพของสินค้าเท่าที่ควร

## 5.2.6 ผลกระทบต่อกลไกตลาด

ปัจจุบันตลาดสินค้าอุปโภคบริโภคซึ่งส่วนใหญ่เป็นการผลิตและจำหน่ายโดยผู้ผลิตรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย ผู้ค้าปลีกรายใหญ่มักให้ความสำคัญกับการขายสินค้าของผู้ผลิตรายใหญ่นั้น ในขณะที่ยุคค้าปลีกเล็กและร้านโชห่วยมีแนวโน้มเลิกกิจการ และลดจำนวนลงมาก จึงทำให้ตลาดสินค้าอุปโภคบริโภคของผู้ผลิตรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดหาช่องทางในการจัดจำหน่ายสินค้ายากขึ้นและเติบโตยากขึ้น ส่งผลให้ตลาดสินค้าอุปโภคบริโภคขึ้นอยู่กับผู้ผลิตรายใหญ่ ๆ เพียงไม่กี่ราย โดยระบบการค้าปลีกในปัจจุบันจะมีแนวโน้มเข้าสู่ลักษณะผูกขาดตามกลไกที่ผู้ค้าปลีกรายใหญ่วางไว้ ทั้งนี้อำนาจต่อรองของผู้ผลิตจะลดลงเรื่อย ๆ

ด้วยการอ้างว่าผู้ผลิตที่ไม่สามารถทำตามเงื่อนไขที่กำหนดได้จึงถูกยกเลิกการจำหน่าย อันเป็นลักษณะของการสร้างการผูกขาดโดยใช้ระบบของการจัดการเป็นตัวกำหนด



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



### บทที่ 3

## สภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต

ได้กล่าวมาแล้วว่าการขยายตัวอย่างรวดเร็วของกลุ่มธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่ โดยเฉพาะดิสเคาท์สโตร์ นั้น นอกจากจะส่งผลกระทบต่อร้านค้าปลีกขนาดเล็ก (โชห่วย) กลุ่มผู้ค้าส่งและกลุ่มธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่รูปแบบอื่น ๆ ด้วยกันเองแล้ว การมีเครือข่ายสาขาอย่างกว้างขวางและเข้าถึงผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพยังส่งผลให้ดิสเคาท์สโตร์เหล่านี้มีอำนาจต่อรองเหนือผู้ผลิตสินค้าอีกด้วย โดยอำนาจต่อรองนี้ นอกจากจะทำให้ผู้ค้าปลีกสามารถซื้อสินค้าจากผู้ผลิตได้ในราคาที่ถูกลงแล้ว ยังนำมาซึ่งการเรียกให้ผู้ผลิตปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ถูกระบุในสัญญาดังกล่าวอีกด้วย ซึ่งในเงื่อนไขเหล่านั้นมีหลายฝ่ายมองว่าเป็นการใช้อำนาจต่อรองเพื่อเอาเปรียบผู้ผลิตอย่างไม่เป็นธรรม ดังเช่นที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์หลายฉบับ ตลอดช่วงปี 2541-2545 มาแล้ว ซึ่งได้รายงานข่าวเกี่ยวกับผลของการสัมมนาของกลุ่มผู้ค้าปลีกขนาดเล็ก และกลุ่มซัพพลายเออร์ (ผู้ผลิต) เกี่ยวกับพฤติกรรมของห้างดิสเคาท์สโตร์ ตัวอย่างของรายงานข่าวดังกล่าว มีดังนี้

“ถึงคิวซัพพลายเออร์ร้อง ยักษ์ค้าปลีกทำธุรกิจพัง”

“ซัพพลายเออร์แฉข้อมูลใหม่ ยักษ์ค้าปลีกต้นเหตุทำร้านค้าปลีกย่อยเจ๊งยับ เผยยอมใช้วิธีการขายขาดทุนเพื่อดึงมวลชน แต่ตัวเองไม่เสียหาย เพราะจะไปชูตริตจากซัพพลายเออร์มา แทนส่วนที่เสียไป ไม่ว่าจะเป็นการเรียกค่าสินค้าใหม่ ค่านำเข้าสินค้า ค่าลงโฆษณา ที่หนักสุดคือ ดีเบสที่คิดจากยอดขาย 3-10% โดยในแต่ละเดือนพันทิป่าไรไม่ต่ำกว่า 150-500 ล้านบาท ล่าสุดยักษ์ค้าปลีกเรียกค่าเปิดสาขาใหม่จากซัพพลายเออร์ 800 ราย ๆ ละ 1-2.5 แสนบาท “เนวิน” ขอให้ร้องเข้ามาแล้วจะไปจัดการให้” (ผู้จัดการรายวัน, 21 พฤษภาคม 2545, หน้า 1)

กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่า ภายใต้ทฤษฎีเสรีนิยม ที่ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญานั้น หากคู่สัญญาอยู่ในสภาพที่ไม่มีความเสมอภาคกันในความเป็นจริงแล้ว ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร สภาพบังคับในสัญญาจะเกิดปัญหาหรือไม่ เพียงใด ดังจะศึกษาต่อไปนี้

#### 1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพแห่งสัญญาอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยสมัครใจแล้ว คู่กรณีก็ต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด

ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญาจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากเพียงไรก็ตาม<sup>23</sup> ทั้งนี้ เพราะสังคมทั่วไปรับรู้ว่าคุณค่าของคนแต่ละคนมีความเสมอภาคกันในด้านกฎหมาย บุคคลทุกคนจึงมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำนิติกรรมสัญญาหรือไม่ก็ได้ โดยกฎหมายจะต้องทำหน้าที่บังคับให้บุคคลผู้นั้นผูกพันและปฏิบัติตามที่ได้ให้สัญญาแก่กันและกันได้

แต่ในสภาพความเป็นจริง ในปัจจุบันสังคมมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น การพัฒนาเทคโนโลยีและธุรกิจการค้าต่างๆ อย่างรวดเร็วภายใต้ระบบนายทุน ทำให้ความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลมีมากขึ้น ผู้ที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่ามักอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบคนส่วนใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าตลอดมาโดยกฎหมายไม่อาจเข้ามาแก้ไขเยียวยาได้ เนื่องจากต้องยึดถือหลักที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” เท่านั้น

## 2. ลักษณะความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาในปัจจุบัน

ก่อนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาปรากฏอยู่ในการทำสัญญาเสมอ แต่ความไม่เสมอภาคนี้ไม่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือการได้เปรียบเสียเปรียบอย่างชัดเจนเช่นในปัจจุบัน กล่าวคือ โดยปกติการตกลงที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นนั้นจะมี คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรู้ถึงสภาพของวัตถุแห่งหนี้ดีกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอยู่แล้ว เช่น คู่สัญญาซื้อขาย ปกติผู้ขายซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายนั้นจะรู้จักดีถึงสภาพของสินค้าที่จะขายดีกว่าผู้ซื้อ แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะตกลงราคาซื้อขายกันจนเป็นที่ยอมรับได้สำหรับสองฝ่าย แม้ผลที่ได้จากสัญญาคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับประโยชน์ที่ไม่ถึงกับเท่ากันทีเดียว แต่ก็เป็นที่ตกลงยอมรับกันได้ การได้เปรียบเสียเปรียบนั้นแม้จะมีอยู่ก็เป็นเพียงความไม่เสมอภาคตามธรรมชาติของคู่สัญญาทั่วไปซึ่งมีอยู่ในลักษณะปกติธรรมดาเท่านั้น

แต่ความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาปัจจุบันที่จะกล่าวถึงนี้ มีลักษณะความไม่เสมอภาคในอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งน่าพิจารณา กล่าวคือความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาที่ประกอบอาชีพด้วยตนเองประการหนึ่ง และความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบต่อผู้ประกอบการอาชีพอีกประการหนึ่ง เป็นความไม่เสมอภาคทั้งในข้อเท็จจริงและทั้งในข้อกฎหมายที่ปรากฏในปัจจุบันอันเป็นผลมาจากความก้าวหน้า และความจำเป็นของสภาพสังคมที่เจริญเติบโตสลับซับซ้อน ประกอบกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้เกิดการตกลงทำสัญญาที่ยุ่งยากสลับซับซ้อนขึ้น รูปแบบของคู่สัญญาไม่มีลักษณะของคู่สัญญาดั้งเดิม ซึ่งอยู่ในรูปแบบง่าย ๆ ที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติไว้ สภาพของความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีลักษณะดังนี้<sup>24</sup>

<sup>23</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, *สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540*, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 2541), หน้า 77.

## 2.1 ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการอาชีพด้วยกัน

อย่างเช่นในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่ดี หรือ สัญญาระหว่าง ผู้ผลิตที่เป็นชาวไร่ ชาวนา กับผู้จำหน่ายสินค้า หรือผู้ให้บริการที่ดี ล้วนเป็นลักษณะความไม่เสมอภาคของผู้ทำสัญญาที่มีปรากฏให้เห็นตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 นับแต่ที่มีการพัฒนาระบบอุตสาหกรรมครั้งใหญ่ การเกิดขึ้นและขยายตัวอย่างรวดเร็วของระบบนายทุน ทำให้อำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจกระจุกตัวอยู่กับกลุ่มเจ้าของทุนที่เป็นนายจ้าง ที่สามารถกำหนดเงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงานเพื่อผูกมัดลูกจ้างใด ๆ ก็ได้จนในที่สุดลูกจ้างต้องรวมตัวเพื่อต่อต้านนายจ้างและเรียกร้องสิทธิบางประการ ซึ่งรัฐได้เข้ามาไกล่เกลี่ย อันนำมาซึ่งกฎหมายคุ้มครองแรงงานในหลาย ประเทศในที่สุด

## 2.2 ความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบต่อผู้ประกอบการอาชีพ

ผู้บริโภคในที่นี้คือบุคคลที่เข้ามาเป็นผู้สัญญาในการรับบริการ หรือซื้อสินค้าจากผู้ให้บริการหรือจากผู้ผลิตที่เป็นผู้ประกอบการค้า ความได้เปรียบเสียเปรียบที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่สัญญานี้จึงเกิดขึ้นเนื่องจากฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบอาชีพในธุรกิจนั้น ๆ จึงมีความรู้ทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจดีกว่าอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้บริโภคเป็นอย่างมาก ผู้ประกอบการมักอาศัยความได้เปรียบดังกล่าว บิดเบือนในเรื่องคุณภาพและราคาของสินค้า ตลอดจนสร้างข้อผูกพันทางการขายอื่นๆ ต่อผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรม ประเทศต่างๆ จึงต้องออกกฎหมายเพื่อมาคุ้มครองผู้บริโภค เพราะเล็งเห็นว่าผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบนั่นเอง

ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้ค้าปลีกรายใหญ่ก็เช่นเดียวกัน หากจะจัดอยู่ในกลุ่มที่กล่าวมาข้างต้น ก็ต้องถือว่าเป็นความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ซึ่งแต่เดิมการซื้อขายสินค้าระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีกจะไม่มีความสะดวกสบาย เพียงผู้ผลิตส่งมอบสินค้าและผู้ค้าปลีกชำระราคาให้ โดยอาจมีการให้ส่วนลดการค้าหากเป็นการสั่งซื้อสินค้าจำนวนมาก หรือมีเงื่อนไขในการชำระเงินเป็นเครดิตก็ตามแต่จะตกลงกันบนพื้นฐานของความเสมอภาค ซึ่งอาจมีความไม่เสมอภาคตามธรรมชาติบ้างตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ก็เพียงข้อปลีกย่อยที่ไม่ทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียหายมากนัก แต่ในภาวะการณ์ปัจจุบันธุรกิจค้าปลีกมีการแข่งขันกันสูง ทำให้ผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ ๆ เหล่านั้น ต้องใช้กลยุทธ์ต่างๆ ดึงดูดลูกค้า และโดยอาศัยอำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือผู้ผลิตก็ได้ผลัดการชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ นั้นไปเป็นความรับผิดชอบของผู้ผลิต ซึ่งด้วยความที่ผู้ค้าปลีกรายใหญ่โดยเฉพาะห้างดีสเคาท์สโตร์เป็นช่องทางการจัดจำหน่ายที่สำคัญยิ่งในปัจจุบัน ผู้ผลิตจึงตกอยู่ในสภาพ Take it or leave it contract คือ ถ้าไม่ยอมตกลงตามเงื่อนไขนี้ ก็ไม่ต้องมาขอทำธุรกิจด้วยนั่นเอง

<sup>24</sup> ดาราพร ติระวัฒน์ , กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2541), หน้า 33-36.

สภาพดังกล่าวแม้จะมีผู้เห็นว่าผู้ค้าปลีกรายใหญ่ใช้อำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือผู้ผลิตกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ อย่างไม่สมเหตุสมผล อันอาจเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) ได้ แต่ก็มิใช่ข้อโต้แย้งว่า ผู้ผลิตมิได้ถูกบังคับให้ต้องทำสัญญา แต่เป็นความสมัครใจหรือความร่วมมือของผู้ผลิตเอง และบางครั้งก็เป็นค่าใช้จ่ายที่ผู้ผลิตยินดีจ่ายด้วย เนื่องจากเป็นประโยชน์แก่ตัวสินค้าของผู้ผลิตเอง เช่นนี้จึงต้องศึกษาว่าแต่เดิมรูปแบบของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีกรายใหญ่มีลักษณะอย่างไร ข้อตกลงหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ทางผู้ค้าปลีกเรียกเก็บจากผู้ผลิตเพิ่มขึ้นนั้น มีความเชื่อมโยงกับสัญญาหลักและมีความสมเหตุสมผลมากน้อยเพียงไร และที่สำคัญผู้ผลิตตกอยู่ในสถานะ Take it or leave it contract จริงหรือไม่

### 3. รูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต

ตามปกตินิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตจะมีพื้นฐานของสัญญาซื้อขายเป็นสำคัญ แต่ด้วยลักษณะเฉพาะของสินค้าแต่ละชนิด รวมทั้งรูปแบบในการเจรจาต่อรองของคู่ค้าที่มีสถานะที่แตกต่างกัน ทำให้สัญญาซื้อขายระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตสามารถจำแนกประเภทกว้าง ๆ ได้ 3 ลักษณะ ดังนี้

#### 3.1 สัญญาซื้อขายสินค้าเครดิต (Credit)

สัญญารูปแบบนี้ ผู้ผลิตจะเป็นผู้เสนอขายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกรายใหญ่ เมื่อผู้ผลิตส่งสินค้าให้แก่ผู้ค้าปลีกแล้ว ผู้ค้าปลีกก็จะชำระเงินให้โดยมีเงื่อนไขเครดิต ในการกำหนดราคาขายสินค้าของผู้ผลิต นอกจากจะคำนวณจากต้นทุนบวกกำไรแล้ว ยังขึ้นอยู่กับปริมาณในการสั่งซื้อด้วย โดยในรายที่ร้านค้าปลีกมีขนาดใหญ่ หรือมีจำนวนสาขาครอบคลุมหลายพื้นที่ หรือบางแห่งมีการสั่งซื้อสินค้าจากผู้ผลิตแต่ละรายในลักษณะการรวมศูนย์การสั่งซื้อ ส่งผลให้มูลค่าการสั่งซื้อสินค้าต่อครั้งสูง อำนาจต่อรองในเรื่องราคาตลอดจนเงื่อนไขเครดิตของผู้ค้าปลีกรายใหญ่เหล่านี้ย่อมสูงขึ้นตามไปด้วย ซึ่งในความเป็นจริง แม้ว่าผู้ผลิตจะขายสินค้าในราคาที่ถูกลง แต่ในสัดส่วนหรือปริมาณที่มีการสั่งซื้อเป็นจำนวนมากนี้ สามารถช่วยผู้ผลิตให้ลดค่าใช้จ่ายในการจัดส่งสินค้าและค่าใช้จ่ายในการบริหาร stock ของสินค้าได้เป็นอย่างดี

#### 3.2 สัญญาเช่าเฉพาะพื้นที่ หรือ สัญญาฝากขาย (Leased Department หรือ Consignment)

สัญญารูปแบบนี้ ส่วนใหญ่มักนิยมใช้ในห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ (Department store) โดยที่ห้างสรรพสินค้ายินยอมให้เจ้าของสินค้า (ผู้ผลิต) เข้ามาเช่าสถานที่ในบริเวณห้างสรรพสินค้าเพื่อเปิดดำเนินการจำหน่ายสินค้าโดยผู้ให้เช่าจะได้รับค่าเช่าตอบแทนตามแต่จะตกลงกันหรืออาจจะได้รับผลตอบแทนในลักษณะของเปอร์เซ็นต์ต่อยอดขายสินค้าสัญญารูปแบบนี้วงการค้าปลีกมักนิยมเรียกกันว่า การฝากขาย (Consignment)<sup>25</sup> ทั้งนี้

<sup>25</sup> บริษัท ซี เอ อินเทอร์เน็ตชั้นนำ อินฟอเมชั่น จำกัด, โครงการศึกษาผลกระทบของการแข่งขันและการรวมตัวของผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ในประเทศที่มีต่อผู้บริโภคและร้านค้าปลีกขนาดเล็ก, หน้า 14.

ความรับผิดชอบต่างๆ เช่น ค่าใช้จ่ายในการจัดเตรียมเฟอร์นิเจอร์วางสินค้า ค่าตกแต่งร้าน รวมไปถึงพนักงานขายสินค้า ล้วนเป็นภาระของเจ้าของสินค้า (ผู้ผลิต) หรือ ผู้มาเช่าสถานที่ ไม่ใช่เจ้าของสถานที่ (ผู้ค้าปลีก) แต่อย่างใด

### 3.3 สัญญาซื้อขายสินค้าสั่งผลิต (Private Label หรือ House brand)

บางกรณีผู้ผลิตอาจผลิตสินค้าเพื่อจำหน่ายให้แก่ผู้ค้าปลีกรายใหญ่โดยใช้ตราสินค้าภายใต้ชื่อของผู้ค้าปลีกเอง เช่น ยี่ห้อเทสโก้โลตัส ยี่ห้อคาร์ฟูร์ โดยจะเน้นสินค้าคุณภาพดีและราคาถูก หรือ อาจจะใช้ชื่ออื่นๆ ที่ไม่ใช่ชื่อของห้างแทนเพื่อเป็น Private Label ก็ได้ เช่น ยี่ห้อคัมค่า ยี่ห้อเฟรสไลน์ ยี่ห้อฮาร์โมนี เป็นต้น โดยจุดมุ่งหมายเพื่อให้ตราสินค้านั้นติดตลาด โดยผู้ค้าปลีกอาจจะเป็นผู้กำหนดแนวทางและรูปแบบของสินค้าให้เอง ทั้งนี้เพื่อตรงตามฤดูกาล หรือสัณยนิยม หรือตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคให้มากที่สุด ส่วนใหญ่จะเป็นสินค้าประเภทเสื้อผ้าเครื่องแต่งกาย และปัจจุบันมีแนวโน้มว่าสินค้าอุปโภคบริโภคประเภทที่ใช้สิ้นเปลืองก็ถูกนำมาทำเป็น House Brand มากขึ้น เช่น หมูยอ น้ำมันพืช โลชั่นบำรุงผิว ผงซักฟอก กระดาษA4 เป็นต้น โดยมากผู้ผลิตสินค้า House Brand นี้จะผูกพันว่าต้องผลิตสินค้านั้นๆ ให้กับผู้ค้าปลีกที่สั่งซื้อรายเดียวเท่านั้น คือ ห้ามผลิตหรือขายสินค้านั้นๆ ให้แก่ผู้ค้าปลีกรายอื่น

จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ทั้ง 3 รูปแบบที่กล่าวมานี้เป็นไปในลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน และหากเป็นการเจรจาต่อรองบนพื้นฐานของความเสมอภาคกันแล้ว ย่อมสามารถแบ่งปันผลได้และผลเสียระหว่างกันได้ ดังนี้

1. สัญญาซื้อขายในสินค้าเครดิต ผู้ค้าปลีกรายใหญ่ยอมรับภาระ stock ที่สั่งซื้อ สินค้าในปริมาณมากไว้ แต่ตั้งเงื่อนไขว่าผู้ผลิตจะต้องขายสินค้าให้ในราคาที่ถูก และให้เงื่อนไขเครดิตตอบแทน ผู้ผลิตมีโอกาสที่จะขายสินค้าในปริมาณมาก แม้ว่ากำไรจะลดลงเนื่องจากราคาที่ถูกลง แต่ก็ยังนำไปชดเชยได้กับค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่สามารถตัดไปได้จากการที่ได้ระบายสินค้าออกเร็ว

2. ส่วนรูปแบบของการฝากขายมีลักษณะเกื้อกูลผลประโยชน์กันระหว่างผู้ผลิตสินค้า (ผู้เช่า) กับผู้ค้าปลีก (ผู้ให้เช่า) โดยผู้ให้เช่าไม่ต้องเสี่ยงต่อสินค้าเสื่อมสภาพ หรือสูญหายและไม่จำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญในลักษณะของสินค้านั้นๆ ซึ่งหากเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงแล้วย่อมเป็นประโยชน์กับห้าง ที่สามารถดึงดูดลูกค้าได้มากขึ้นสำหรับผู้เช่าหรือผู้ผลิตสินค้าก็ไม่ต้องกังวลเรื่องทำเลร้านค้าและยังได้รับประโยชน์จากการที่ห้างทำการส่งเสริมการขายด้วย<sup>26</sup>

3. สัญญาซื้อขายในสินค้าสั่งผลิตนั้นผู้ผลิตเพียงแต่ผลิตสินค้าให้ตรงตามรูปแบบคุณสมบัติที่ผู้ค้าปลีกกำหนดแล้วใช้ชื่อสินค้าภายใต้ House Brand ของผู้ค้าปลีกเช่นนี้ สินค้าจะขายได้หรือไม่

<sup>26</sup> บริษัท ซี เอ อินเตอร์เนชั่นแนล อินฟอर्मेशन จำกัด, เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.



ยอมเป็นหน้าที่ที่ผู้ค้าปลีกจะต้องดูแล เพราะเหตุผลประการสำคัญคือ เป็น Brand ของผู้ผลิตเอง เช่นนี้ผู้ผลิตจึงไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการ promote สินค้า ในขณะที่ฝ่ายผู้ค้าปลีกก็จะได้รับประโยชน์จากการที่มี Brand ของตนเอง ซึ่งสามารถพัฒนาให้เข้าถึงตลาดได้ในอนาคต

จากรูปแบบของสัญญาทั้ง 3 ประเภทข้างต้น นอกจากสัญญาฝากขายสินค้า (Consignment) แล้ว สัญญาซื้อขายสินค้าเครดิต และสัญญาซื้อขายสินค้าส่งผลิตนั้น ไม่ว่าจะในรายละเอียดคู่สัญญาจะตกลงแตกต่างกันอย่างไร แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาย่อมเป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ และการชำระราคาตอบแทน ตามลักษณะของสัญญาซื้อขายโดยทั่วไปเช่นเดียวกัน โดยผู้ซื้อและผู้ขายต่างมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกัน ให้วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นบรรลุถึงข้อตกลงในที่สุด หากเรื่องใดที่กฎหมายให้คู่สัญญาตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งต้องเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สิทธิหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายก็ให้บังคับตามข้อสัญญา แต่หากเรื่องใดที่ในสัญญามีได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายย่อมเป็นไปตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้

ฉะนั้นในสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต นอกจากสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาซื้อขายที่ทำต่อกัน ภายใต้หลักเสรีภาพและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาแล้วยังอาจต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญาในลักษณะซื้อขายด้วย โดยเฉพาะในส่วนที่ในสัญญามีได้ระบุไว้ แต่ในความเป็นจริงสัญญาทางธุรกิจการค้าคู่สัญญามักกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันให้ ครอบคลุมไปทุกเรื่องทุกประเด็นจนแทบไม่ต้องนำกฎหมายมาบังคับใช้ก็เป็นได้ แต่ในการศึกษาถึงสภาพความเป็นธรรมของสัญญาดังกล่าวจำเป็นต้องนำสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปในส่วนของเอกเทศสัญญามาศึกษาเทียบเคียงกับสัญญาที่คู่สัญญาได้ใช้หลักเสรีภาพตกลงกัน ทั้งนี้เพราะสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นธรรมในระดับหนึ่ง หากแต่กฎหมายก็ต้องเคารพหลักเสรีภาพส่วนบุคคลที่จะตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน จึงเป็นไปได้ว่าข้อสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากจะอาศัยช่องทางนี้ถือโอกาสกำหนดข้อตกลงที่เอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างไม่เป็นธรรมได้

#### 4. สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา

##### 4.1 สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายทั่วไป

ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาซื้อขายสินค้าเป็นจุดเริ่มต้นของธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกกับผู้ผลิตซึ่งเมื่อเกิดเป็นสัญญาซื้อขายขึ้นแล้วต่างฝ่ายต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามกฎหมายหรือข้อกำหนดในสัญญา โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญาได้บัญญัติสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายไว้ดังนี้



#### 4.1.1 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขาย

##### 1) หน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินและการโอนกรรมสิทธิ์

สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้ซื้อ โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้นจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในเวลาเดียวกันนั้น หรือได้ทำการโอนกรรมสิทธิ์ก่อนการส่งมอบ หรือหลังการส่งมอบก็ได้ กฎหมายบางประเทศถือว่าการส่งมอบและการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นพร้อมกัน ถ้าไม่ส่งมอบก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ แต่ตามกฎหมายไทยการส่งมอบและการโอนกรรมสิทธิ์อาจเป็นคนละส่วน คนละเวลากันได้<sup>27</sup>

ในกรณีของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตนี้ หน้าที่ที่สัญญาซื้อขายเกิดขึ้น ผู้ผลิตย่อมมีหน้าที่ต้องส่งมอบสินค้าดังกล่าวตามจำนวน เวลา และสถานที่ที่ผู้ค้าปลีกกำหนด ซึ่งโดยส่วนใหญ่ผู้ค้าปลีกมักจะมีคำสั่งซื้อ (purchase order) ระบุจำนวนสินค้า และกำหนดเวลาส่งสินค้าให้กับผู้ผลิต เมื่อผู้ผลิตทำการส่งมอบสินค้าให้กับทางห้าง ฯ และทางห้างได้ทำการตรวจนับและรับของแล้วย่อมถือว่าการส่งมอบนั้นเสร็จสมบูรณ์ตามหน้าที่ของผู้ผลิตแล้ว

##### 2) สิทธิยึดหน่วงของผู้ขาย

เกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายนั้น แม้จะเป็นหน้าที่ที่ผู้ขายจะต้องปฏิบัติตามสัญญา แต่กรณีกฎหมายก็ให้สิทธิแก่ผู้ขายที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินได้ โดยยังไม่ต้องส่งมอบแก่ผู้ซื้อ แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปแล้วหรือไม่ก็ตาม<sup>28</sup> ในกรณีดังนี้

(1) การยึดหน่วงจนกว่าจะได้ราคา คือ หากในสัญญาไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเวลาให้ใช้ราคาไว้ ผู้ขายสามารถยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระราคาจากผู้ซื้อ (มาตรา 468)

(2) สิทธิยึดหน่วงกรณีผู้ซื้อล้มละลาย กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้ขายไม่อาจมั่นใจได้ว่า ผู้ซื้อจะมีความสามารถในการชำระค่าสินค้าตอบแทนตามสัญญา เพราะเหตุว่าผู้ซื้อตกเป็นบุคคลล้มละลายก่อนจะส่งมอบทรัพย์สิน หรือล้มละลายในเวลาที่ทำสัญญาซื้อขาย โดยที่ผู้ขายไม่รู้มาก่อนก็ได้ หรือ ผู้ซื้อกระทำให้หลักทรัพย์ที่ไว้เพื่อประกันการชำระเงินนั้นเสื่อมเสียหรือลดน้อยลงก็ดี เช่นนี้ผู้ขายชอบที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้ได้ แม้สัญญาจะมีกำหนดเงื่อนไขเวลาให้ใช้ราคาก็ตาม เว้นแต่ผู้ซื้อจะหาประกันที่สมควรให้ (มาตรา 469)

<sup>27</sup> วิชาญ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ ,2540), หน้า 174.

<sup>28</sup> ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ,2536), หน้า 106.

### 3) ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง

ความชำรุดบกพร่อง (defect) ต่างกับการขาดตกบกพร่อง (deficiency) เพราะความชำรุดบกพร่องเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นกับตัวทรัพย์สิน ในแง่ของการชำรุดเสียหาย เสื่อมสภาพ อันเป็นเรื่องของคุณภาพ (quality) ของสินค้าไม่ใช่เรื่องของการขาดตกบกพร่องที่เป็นเรื่องของปริมาณ (quantity) ที่ผู้ซื้อจะต้องทวงถามตั้งแต่นั้นตอนการตรวจนับสินค้าแล้ว เพราะเป็นกรณีที่ผู้ขายส่งมอบสินค้าไม่ถูกต้อง ซึ่งผู้ซื้ออาจรับไว้แต่เพียงบางส่วนนั้น หรือไม่รับสินค้าเลยก็ได้

ตามมาตรา 472 ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง เป็นหน้าที่ที่ผู้ขายต้องรับผิดชอบในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ความชำรุดบกพร่องนั้น ต้องถึงขนาดให้ทรัพย์สินที่ซื้อนั้นเสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ตามปกติ หรือประโยชน์ที่มุ่งหมายตามสัญญา

(2) ความชำรุดบกพร่องนี้จะต้องเกิดขึ้นก่อนหรืออย่างน้อยที่สุดที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาซื้อขาย ซึ่งผู้ซื้อไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้น ถ้าความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้นหลังจากที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นตกเป็นของผู้ซื้อแล้วต้องพิจารณาเรื่องการรับบาปเคราะห์ตามมาตรา 370 ต่อไป ซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน

(3) ความชำรุดบกพร่องนี้ ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะรู้หรือไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ยังมีกรณีที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องด้วย กล่าวคือกรณีที่ไปไปตามข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมาย ตามมาตรา 473 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวต่อไปนี้คือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้เช่นวิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด”

### 4) ความรับผิดชอบในการรอนสิทธิ

การรอนสิทธิ (eviction) หมายถึงการที่ผู้ซื้อทรัพย์สินถูกบุคคลภายนอกมาถือการรบกวนขัดสิทธิในอันที่จะครองทรัพย์สินโดยปกติสุข การรอนสิทธิจึงเป็นความรับผิดชอบของผู้ขาย เพราะผู้ขายมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ผู้ซื้อจะสามารถเข้าครองทรัพย์สินนั้นได้โดยปกติสุขตามวิสัยของการซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป<sup>29</sup>

เมื่อมีการรอนสิทธิเกิดขึ้น ผู้ขายต้องรับผิดชอบดังต่อไปนี้

<sup>29</sup> วิชาญ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 228.

- (1) ผู้ขายต้องรับผิดชอบในค่าสินค้าใหม่ทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรอนสิทธิ
- (2) ถ้าการรอนสิทธิไม่ทำให้เกิดความเสียหายร้ายแรงจนถึงขนาดที่ผู้ซื้อไม่ได้รับประโยชน์ตามที่สัญญาแล้ว ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา แต่ถ้าเป็นกรณีร้ายแรง ย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีของการชำระหนี้พ้นวิสัย ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกให้ผู้ขายรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามผู้ขายอาจไม่ต้องรับผิดชอบได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้ซื้ออยู่แล้วในเวลาซื้อขายว่ามีผู้อื่นก่อนการรอนสิทธิหรือมีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อ ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ
- (2) ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องตกอยู่ในบังคับแห่งการจำยอมโดยกฎหมาย ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่ผู้ขายจะรับรองไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินนั้นจะปลอดจากการจำยอมใด ๆ ทั้งสิ้น เป็นต้น

#### 4.1.2 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ซื้อ

##### 1) หน้าที่ต้องรับมอบทรัพย์สิน

ผู้ซื้อจำต้องรับมอบทรัพย์สินที่ตนได้รับซื้อ ( มาตรา 486) ผู้ซื้ออาจจะบอกปิดไม่รับมอบได้ หากปรากฏว่าผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินน้อยกว่าหรือมากกว่า หรือไม่ตรงตามที่ตกลงในสัญญา แต่หากผู้ซื้อรับมอบไว้ก็ต้องชำระราคาตามส่วนที่รับมอบ ( มาตรา 465) ในกรณีที่ผู้ซื้อไม่ยอมรับมอบทรัพย์สินที่ส่งมอบโดยไม่มีมูลอันจะอ้างกฎหมายได้แล้ว ย่อมถือว่า ผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญา ผู้ขายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา เรียกค่าสินไหมทดแทนได้

##### 2) หน้าที่ในการชำระราคา

สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ต้องชำระค่าสินค่านั้นตอบแทนตามจำนวนที่ตกลงกัน ซึ่งตามกฎหมายหากสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ให้ผู้ซื้อชำระราคาเป็นเงินสด ในเวลาที่ได้มีการส่งมอบสินค้ำกันแล้ว

แต่ในสัญญาระหว่างผู้ผลิตกับผู้ประกอบการค้าปลีกนี้ โดยมากแล้วจะตกลงชำระค่าสินค้ำแบบมีเงื่อนไขเครดิต ซึ่งระยะเวลาในการชำระเงินจะขึ้นอยู่กับขั้นตอนการเจรจาซื้อขายสินค้ำ ตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งอาจเป็น 15 วัน , 30 วัน, 60 วัน, หรือ 90 วัน นับจากวันส่งสินค้ำ หรือวันวางบิล เป็นต้น ทั้งนี้ผู้ผลิตอาจต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการรับเงินบางประการที่ผู้ค้าปลีกเป็นผู้กำหนดขึ้น เช่น ผู้ค้าปลีกจะชำระค่าสินค้ำเป็นเช็คทุกวันที่ 15 ของเดือน เช่นนี้แม้วันที่ครบกำหนดรับเงินของผู้ผลิตจะตรงกับวันที่ 16 ของเดือนนั้น ก็ไม่อาจรับเงินได้ เพราะต้องรอจนถึงวันที่ 15 ของเดือนถัดไป เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ผลิตได้รับชำระค่าสินค้ำจากผู้ค้าปลีกแล้ว ย่อมถือว่าผู้ค้าปลีกได้ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ซื้ออย่างครบสมบูรณ์แล้วเช่นกัน

### 3) สิทธิยึดหน่วงของผู้ซื้อ

มาตรา 468 กล่าวถึงสิทธิของผู้ขายที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้จนกว่าจะใช้ราคาที่ตั้งได้กล่าวมาแล้ว สิทธิของผู้ซื้อก็ทำนองเดียวกัน กล่าวคือ

(1) เมื่อผู้ซื้อพบเห็นความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ตนได้รับซื้อโดยผู้ขายต้องรับผิดชอบแล้ว ผู้ซื้อขอจะยึดหน่วงราคาที่ยังไม่ได้ชำระไว้ทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่ผู้ขายจะหาประกันที่สมควรให้ไว้ ( มาตรา 488)

(2) ถ้าผู้ซื้อถูกผู้รับจ้างหรือบุคคลผู้เรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ขายนั้นชู้ว่าจะฟ้องเป็นคดี หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะถูกชู้เช่นนั้นก็ดี ผู้ซื้อขอจะยึดหน่วงราคาไว้ทั้งหมดหรือบางส่วนได้ จนกว่าผู้ขายจะบำบัดภัยอันนั้นให้สิ้นไปหรือจนกว่าผู้ขายจะหาประกันที่สมควรให้ ( มาตรา 489)

สิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้สัญญาที่กล่าวข้างต้นนี้เป็นเพียงกรณีที่ถูกกฎหมายได้วางแนวทางที่กฎหมายเห็นว่าเป็นธรรมไว้เท่านั้น หากผู้สัญญาเห็นเป็นอย่างอื่น เช่น ผู้ขายยินดีรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องแม้เป็นความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นหลังการส่งมอบแล้วก็ตาม เช่นนี้กฎหมายก็ยอมให้ผู้สัญญาตกลงกันได้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการเยียวยาชดเชย เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเอง

แต่ในสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีกนี้ แม้ว่าจะมีข้อกำหนดให้ผู้สัญญาต่างต้องปฏิบัติตามกันตามข้อตกลงในฐานะผู้ซื้อและผู้ขาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขาย เช่น ในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สิน การชำระราคา ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิแล้ว ยังมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญในสัญญาซื้อขายเข้ามาเป็นองค์ประกอบของสัญญาดังกล่าวอีกด้วย โดยแต่เดิมนักกฎหมายเรียกข้อตกลงในลักษณะนี้ว่า “สัญญาไม่มีชื่อ” ( innominate contracts) คือ เป็นสัญญาชนิดที่ประมวลกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ อันเป็นการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลอาจตกลงทำสัญญากันให้แตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายได้<sup>30</sup> โดยผู้ที่ทำสัญญาไม่มีชื่อนี้จะทำโดยมีองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงกับสัญญาชนิดใดชนิดหนึ่งที่มีชื่อ หรือเพิ่มเติมองค์ประกอบบางประการให้กับสัญญาที่มีชื่อ<sup>31</sup> เช่นในสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตจะมีลักษณะของสัญญาซื้อขายโดยทั่วไปผนวกกับข้อตกลงหรือเงื่อนไขบางประการที่แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

<sup>30</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์ , กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 31.

<sup>31</sup> จำปี ไสตทิพันธุ์,คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน ,2540) หน้า 66.

#### 4.2 สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่ตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด

ตามที่มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักไว้ว่า การใดที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากไม่ใช่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมบังคับกันได้นั้น เป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันในรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาได้โดยเสรี โดยเฉพาะสัญญาในทางธุรกิจการค้าที่ได้กล่าวมาแล้ว คู่สัญญามักจะตกลงกันในการกำหนดสาระสำคัญของข้อสัญญา หรือแม้กระทั่งในรายละเอียดปลีกย่อยอื่นๆ ที่แตกต่างจากกฎหมายได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการแสวงหาและรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้ได้มากที่สุดเท่าที่กฎหมายเปิดช่อง อีกทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดข้อขัดแย้งกันในเรื่องความไม่ชัดเจนและความบกพร่องของข้อสัญญาด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ในสภาพที่คู่สัญญามีอำนาจในการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน บทบัญญัติเดียวกันนี้กลับเป็นช่องทางให้คู่สัญญาฝ่ายที่เหนือกว่ากำหนดเงื่อนไขของสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียว หรืออย่างน้อยก็จะผลักดันที่ความรับผิดชอบต่างๆ ให้แก่อีกฝ่ายที่ต้องรับภาระหนักกว่ามากโดยไม่มีเหตุอันควร

ในสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อยก็เช่นเดียวกัน แม้ว่าในรูปแบบของการเจรจาตกลงกันไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าเครดิต สินค้าฝากขาย หรือแม้กระทั่งสินค้าส่งผลิตจะดูเหมือนว่าเป็นสัญญาที่ต่างฝ่ายได้รับประโยชน์และเสียประโยชน์ตอบแทนซึ่งกันและกัน แต่เมื่อคู่สัญญาอยู่ในสถานะที่แตกต่างกันอย่างมากระยะนั้นนอกไปจากสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายแล้ว ข้อกำหนดอื่น ๆ ยังถูกสร้างขึ้นโดยผู้ค้าปลีกรายใหญ่ ซึ่งได้อาศัยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ผลิตอย่างมากนี้กำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจบางประการขึ้นเพื่อให้ผู้ผลิตต้องผูกพันในฐานะคู่สัญญา โดยข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่ผู้ค้าปลีกกำหนดขึ้นมักมีลักษณะ ดังนี้

##### 4.2.1 สิทธิในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมรูปแบบต่าง ๆ จากผู้ผลิต

1) ค่าธรรมเนียมแรกเข้า (Entrance Fee) เป็นค่าใช้จ่ายแรกเข้าที่ผู้ผลิตจะต้องจ่ายให้แก่ทางห้างฯ เพื่อแลกกับการที่จะเข้าไปขายสินค้าให้กับห้างฯ โดยปกติจะเก็บในจำนวน 100,000 - 200,000 บาท / ผู้ผลิต 1 ราย

2) ส่วนลดคืนกำไร (Rebate bonus) เป็นจำนวนเงินที่ทางห้างฯ เรียกเก็บเป็นเปอร์เซ็นต์ จากยอดที่ผู้ผลิตส่งสินค้าให้กับทางห้างฯ โดยมีอัตราตั้งแต่ 20% - 30% ซึ่งกำหนดระยะเวลาในการต้องจ่ายเงินส่วนนี้จะกำหนดแตกต่างกันขึ้นอยู่กับปริมาณการค้าขายของผู้ผลิตแต่ละรายกับทางห้างฯ มีตั้งแต่เก็บปีละ 1 ครั้ง จนกระทั่งเก็บทุกเดือน โดยการเก็บ Rebate bonus นี้ อาจจะไม่หักจากยอดเงินที่ทางห้างฯ ดำเนินการชำระราคาสินค้าของผู้ผลิตรายนั้นก็ได้

3) ค่าพื้นที่วางสินค้าบนหัว Shelf หากสินค้ายี่ห้อใดถูกจัดวางในลักษณะที่โดดเด่นกว่าสินค้ายี่ห้ออื่นโดยผู้ผลิตสินค้านั้นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพิ่ม ทั้งนี้อาจเป็นไปได้ทั้งกรณีกับทางห้างฯ เป็นผู้กำหนดให้จัดวางโดยขอความร่วมมือให้ผู้ผลิตสินค้านั้น ๆ เสียค่าใช้จ่าย และกรณีที่ผู้ผลิตยินดีที่จะจ่ายค่าวางสินค้าบน Shelf เอง เนื่องจากเป็นประโยชน์แก่ยอดขายของตน



4) ค่าธรรมเนียมโฆษณาและค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายในวาระโอกาสและเทศกาลต่าง ๆ ทางห้างจะมีการขอความร่วมมือจากผู้ผลิตในการให้ร่วมจัดรายการส่งเสริมการขาย ทั้งในรูปแบบของการให้ลดราคาสินค้าต่ำกว่าปกติ และในเรื่องของแจกของแถม รวมไปถึงการถูกจัดเก็บเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดทำแผ่นพับใบปลิว ที่ทางห้าง ฯ แจกจ่ายให้กับผู้บริโภค เพื่อจูงใจให้เข้ามาซื้อสินค้าโดยเฉพาะในช่วงเทศกาลต่าง ๆ เช่น เทศกาลปีใหม่ วาระครบรอบวันเกิดของห้าง เป็นต้น อัตราในการจัดเก็บค่า Promotion นี้จะขึ้นอยู่กับสินค้าที่ถูกถ่ายรูปลงโฆษณาโดย ปกติจะเก็บจำนวน 10,000 – 20,000 บาท / สินค้า 1 ชิ้น

5) เงินช่วยสำหรับสินค้าใหม่ ในกรณีที่ทางผู้ผลิตเสนอตัวสินค้าใหม่ เพื่อจะนำมาวางขายให้แก่ทางห้าง ฯ ผู้ผลิตจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเปิดตัวสินค้าใหม่ ในจำนวน 10,000 – 20,000 บาท / สินค้าใหม่ 1 ชิ้น

6) เงินช่วยและสินค้าฟรีสำหรับเปิดสาขาใหม่ทุกครั้งที่มีการขยายสาขาของทางห้าง ฯ จะมีการเรียกเก็บเงินค่าเปิดสาขาใหม่จากผู้ผลิต ในอัตรา 20,000 – 50,000 บาท / สาขา หรืออาจเรียกเก็บเป็นตัวสินค้าฟรี (Free good) แทน โดยเฉพาะในผู้ผลิตรายที่ผลิตสินค้าที่เป็นที่ต้องการของตลาดในจำนวนที่ตามแต่ทางห้างจะกำหนดขึ้น

#### 4.2.2 สิทธิในการคืนสินค้า โดยไม่มีเหตุอันควร

ในการซื้อขายสินค้านั้นระหว่างผู้ค้าปลีกขายใหญ่กับผู้ผลิตนี้ เมื่อผู้ผลิตได้ผลิตสินค้าตามคุณภาพ และจำนวนที่ผู้ค้าปลีกสั่งซื้อ และส่งมอบแล้วบางกรณีผู้ผลิตยังต้องผูกพันด้วยว่าหากสินค้าที่วางขายนั้น ไม่เป็นที่นิยมของผู้บริโภค ผู้ค้าปลีกมีสิทธิคืนสินค้านี้ดังกล่าวได้

#### 4.2.3 เงื่อนไขในการชำระราคา

ในการซื้อขายสินค้าของห้าง ฯ โดยมากแล้วจะมีข้อตกลงที่มีเงื่อนไขในการชำระเงินเป็นเครดิต ซึ่งระยะเวลาที่ผู้ผลิตส่วนใหญ่ตกลงให้เครดิตแก่ทางห้างจะมีตั้งแต่ 30 วัน, 40 วัน, 60 วัน และ 90 วัน วิธีการในการชำระเงินนั้น บางห้าง ฯ อาจจ่ายเป็นเช็คหรือโอนผ่านบัญชีธนาคาร แต่ไม่ว่าในกรณีใดทางห้าง ฯ มักจะกำหนดวันจ่ายเป็นเวลาที่แน่นอน เช่น ทุกวันที่ 25 ของเดือน เช่นนี้ สมมติว่าหากผู้ผลิต ก ส่งสินค้าให้แก่ทางห้าง ฯ ในวันที่ 27 กันยายน 2546 มีเงื่อนไขเครดิต 60 วัน เช่นนี้ผู้ผลิต ก จะได้รับชำระเงินในวันที่ 25 ธันวาคม 2546 ซึ่งเมื่อนับคำนวณวันแล้วทางห้างจะได้รับเครดิตจริง ๆ ถึง 89 วัน

#### 4.2.4 ศูนย์กระจายสินค้าและระบบจัดส่ง

ศูนย์กระจายสินค้าเป็นแหล่งรวมสินค้าที่ผู้ค้าปลีกจัดสร้างขึ้นเพื่อให้ผู้ผลิตสินค้าไปยังศูนย์กระจายสินค้าเพียงแห่งเดียว หลังจากนั้นศูนย์กระจายสินค้าจะทำการจัดส่งสินค้าเหล่านั้นไปยังสาขาของผู้ค้าปลีกเอง แม้ว่าโดยภาพรวมแล้วจะมองว่าระบบศูนย์กระจายสินค้านี้จะทำให้ผู้ผลิตลดค่าใช้จ่ายในการจัดส่งสินค้าตามแต่ละสาขาได้ แต่ในสภาพความเป็นจริงแล้ว ผู้ค้าปลีกบางรายจะมีรายได้จากการเก็บค่าขนส่งจากผู้ผลิตด้วยในลักษณะที่สูงกว่าที่ควรจะเป็น เมื่อเปรียบเทียบกับบริษัทขนส่งสินค้าทั่ว ๆ ไป หรือต้นทุนที่ทางผู้ผลิตทำการจัดส่งเอง ในกรณีนี้ผู้ผลิตไม่อาจเลือกจะจัดส่งด้วยตนเองได้ เนื่องจากเป็นนโยบายของทางห้าง ฯ



ที่จะรับสินค้าจากศูนย์กระจายสินค้าเท่านั้น ผู้ผลิตจึงไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกหากทำการจัดส่งเอง โดยอาจถูกจำกัดเวลาในการจัดส่งทำให้ต้องเลือกใช้บริการของทางห้าง ฯ ในที่สุด

#### 4.2.5 เงื่อนไขจำกัดสิทธิในการผลิตสินค้าของผู้ผลิต

นอกจากที่กล่าวมาผู้ค้าปลีกยังอาจใช้อำนาจซื้อบีบบังคับให้ผู้ผลิตซึ่งเป็นซัพพลายเออร์ของตนร่วมทำข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจบางประการด้วย ทั้งนี้เพื่อกีดกันไม่ให้ไปทำธุรกิจกับผู้ค้าปลีกรายอื่น ซึ่งเป็นคู่แข่งกับตน เช่น <sup>32</sup>

(1) ข้อตกลง Exclusive Supply เป็นข้อตกลงที่บังคับผู้ผลิตมิให้ส่งสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกคู่แข่ง

(2) ข้อตกลง Forced Men Clause ข้อตกลงที่ห้ามผู้ผลิตขายสินค้าให้ผู้ค้าปลีกรายอื่นในราคาต่ำกว่าที่ขายให้แก่ตน <sup>33</sup>

(3) ข้อตกลง Minimum advertising requirement เป็นมาตรการที่ผู้ค้าปลีกบีบบังคับให้ผู้ผลิตต้องทำการโฆษณาสินค้าของผู้ผลิตตามงบประมาณที่ผู้ค้าปลีกตั้งไว้เสียก่อน จึงจะรับสินค้าของผู้ผลิตเข้ามาขายในห้าง

(4) ข้อตกลง Sunk facility requirement เป็นลักษณะของการปฏิเสธไม่รับสินค้าของผู้ผลิตมาขายจนกว่าผู้ผลิตจะแสดงให้เห็นว่ามีการลงทุนเพื่อสร้างกระบวนการผลิตสินค้าที่ดีเสียก่อน เพื่อเป็นการกำหนดมาตรฐานของสินค้าที่จะเข้ามาขายภายในห้างของผู้ค้าปลีก ซึ่งมีผลทำให้ผู้ผลิตรายย่อยที่จะเข้ามาเป็นคู่ค้ากับห้างไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะลงทุนดังกล่าวได้

จากเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ชัดว่าล้วนเป็นภาระหน้าที่ที่ถูกกำหนดเพิ่มเติมขึ้นเพื่อให้เป็นความรับผิดชอบของผู้ผลิตซึ่งอยู่ในฐานะผู้ขายสินค้าให้กับทางห้าง ฯ แทบทั้งสิ้น แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะไม่ได้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้ขายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่อย่างไร อย่างไรก็ตามข้อตกลงดังกล่าวก็ย่อมบังคับใช้แก่กันได้ เพราะถือว่าเป็นส่วนที่คู่สัญญาตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด และไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นเมื่อผู้ผลิตตกลงเข้าทำสัญญาแล้วย่อมต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดขึ้นในสัญญา แม้ว่าข้อผูกพันนั้นจะเป็นการเอาเปรียบตนมากน้อยเพียงไรก็ตาม ทั้งนี้เพราะเป็นไปตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” นั้นเอง

<sup>32</sup>จิรัตน์ เขียวขุ่ม “พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก”( วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2545) หน้า 37.

<sup>33</sup>นิพนธ์ พัวพงศกร และคณะ , การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ , หน้า 201-203 อ้างถึงใน จิรัตน์ เขียวขุ่ม , เรื่องเดียวกัน , หน้า 37.

## 5. สภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น

ได้กล่าวมาแล้วว่าการแข่งขันกันอย่างรุนแรงของกลุ่มผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะห้างดีเอสไอที่ส่งผลกระทบต่อผู้ค้าปลีกแต่ละรายต้องนำกลยุทธ์ต่าง ๆ มาใช้เพื่อต่อสู้กับคู่แข่งเพื่อแย่งชิงลูกค้า และ / หรือเพื่อเพิ่มยอดขายให้กับห้างตนเอง กลยุทธ์ที่สำคัญประการแรกคือ “Every Day Low Price : EDLP” หรืออาจเรียกว่า “ถูกทุกวัน”<sup>34</sup> การแข่งขันกันด้านราคานี้ ถือเป็นหลักการเบื้องต้นของธุรกิจการค้าที่ผู้บริโภคสามารถรับรู้ได้ง่ายที่สุด โดยในทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่าหากมีการแข่งขันกันลดราคามากเกินไป ผู้ที่เข้าแข่งขันนั้นจะเป็นผู้แบกรับภาระความเสียหายเอง<sup>35</sup>

แต่ในตลาดค้าปลีกนี้ กลยุทธ์การขาย สินค้าราคาถูกอันเนื่องมาจากการแข่งขันระหว่างผู้ค้าปลีกนี้ กลับนำไปสู่การเรียกเก็บค่าใช้จ่ายต่าง ๆ (slotting allowance)<sup>36</sup> จากผู้ผลิต เช่น ค่าธรรมเนียมแรกเข้า (Entrance Fee) ค่าส่วนลดคืนกำไร (Rebate Bonus) ค่าครอบรอบสาขา ค่าเปิดสาขาใหม่ และ ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายรูปแบบต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว รวมตลอดถึงการวางเงื่อนไขหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดให้ผู้ผลิตต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็นการให้ใช้บริการของศูนย์กระจายสินค้าและระบบจัดส่งของทางห้าง กำหนดระยะเวลาในการจ่ายเช็ค หรือแม้กระทั่งข้อผูกพันที่ผู้ผลิตมีต่อยอดขายสินค้าของทางห้าง ฯ ภาระผูกพันเช่นนี้ สะท้อนให้เห็นถึง การใช้อำนาจต่อรองของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ที่มีอยู่เหนือผู้ผลิตเป็นอย่างมาก ที่สามารถจะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ขึ้น ในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้อย่างง่ายดาย โดยการใช้อำนาจดังกล่าวแสดงให้เห็นในรูปของสภาพความไม่เป็นธรรมในสัญญาและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### 5.1 สภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญา

#### 5.1.2 การรับภาระหนักกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่าย

หากนำตัวอย่างสัญญาซื้อขายสินค้าที่เป็น Vender Agreement ที่ผู้ประกอบการค้าปลีกรายหนึ่งมีไว้เพื่อเจรจาตกลงกับผู้ผลิตแต่ละรายมาพิจารณาจะพบว่า สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายมีลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหนักกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเห็นได้ชัด ทั้งที่เป็นหน้าที่ความรับผิดชอบที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ และคู่สัญญาได้ตกลงเพิ่มเติมขึ้นใหม่ ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบหน้าที่ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างผู้ผลิตกับผู้ประกอบการค้าปลีก ดังต่อไปนี้

<sup>34</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ , หน้า 52.

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 29.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 53.

\* ตัวอย่างสัญญาดังกล่าวแสดงอยู่ในภาคผนวก ก

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบหน้าที่และความรับผิดชอบในสัญญาซื้อขาย  
ระหว่างผู้ผลิตกับผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่

ข้อสัญญา	หน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ซื้อ (ผู้ประกอบการค้าปลีก)	หน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ขาย (ผู้ผลิต)	เงื่อนไขและข้อกำหนดเพิ่มเติม
1. ส่งมอบทรัพย์สินและโอนกรรมสิทธิ์		×	-มีการปรับหากมีการส่งมอบล่าช้า
2. ชำระราคา	×		-กำหนดเงื่อนไขเครดิต -ชำระทุกวันที่ 12 และ 25 ของเดือน
3. ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง		×	
4. ความรับผิดชอบในการรอนสิทธิ์		×	ในสัญญาไม่ได้ระบุ จึงเป็นไปตามกฎหมาย
5. การปรับราคาสินค้า		×	จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้า 2 เดือน ก่อนปรับราคา
6. คืนสินค้า		×	ตามแต่ผู้ซื้อจะเห็นสมควร (แม้สินค้าจะไม่ชำรุดบกพร่องแต่อย่างใด)
7. ส่วนลดคืนกำไร		×	ในอัตราที่ตกลงกัน
8. ค่าบริการชั้นวางทั่วไป		×	ในอัตราที่ตกลงกัน
9. ค่าบริการหัวชั้น		×	ในอัตราที่ตกลงกัน
10. ค่าธรรมเนียมการโฆษณา		×	ในอัตราที่ตกลงกัน
11. เงินช่วยเหลือสำหรับสินค้ารายการใหม่		×	ในอัตราที่ตกลงกัน
12. เงินช่วยเหลือและสินค้าฟรีสำหรับเปิดสโตร์ใหม่		×	ในอัตราที่ตกลงกัน
13. การรับประกัน (ในสินค้า)		×	
14. การชดใช้ค่าเสียหาย		×	แม้สัญญานี้จะสิ้นสุดลง
15. การบอกเลิกสัญญา	หากผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายและค่าชดเชยอื่นใดจากผู้ขาย	หากผู้ซื้อผิดสัญญาผู้ขายไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายและค่าชดเชยอื่นใด	

จากตารางเปรียบเทียบข้างต้น เห็นได้ชัดว่าหน้าที่ความรับผิดชอบต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาส่วนใหญ่แล้วจะตกเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายผู้ขาย ซึ่งคือผู้ผลิตสินค้าโดยผู้ประกอบการค้าปลีกหรือห้าง ๆ นอกจากนี้จะมีหน้าที่ชำระราคาสินค้าประการหนึ่งแล้ว ภาระผูกพันอื่น ๆ ที่เกิดจากสัญญานี้มีน้อยมาก แต่ในทางตรงกันข้ามสัญญานี้กลับระบุถึงสิทธิของผู้ประกอบการค้าปลีกในฐานะผู้ซื้อสินค้าไว้อย่างมากมายที่จะเรียกร้องเอาจากฝ่ายผู้ขาย แม้ตามปกติความได้เปรียบเสียเปรียบที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่กำหนดให้ฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งนี้ กฎหมายจะยังไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในตัวเองก็ตาม ทั้งนี้เพราะกฎหมายเห็นว่าล้าพั้งเพียงข้อตกลงที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ยังคงต้องอ้างอิงถึงความรับผิดชอบหรือภาระนั้นเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ด้วย<sup>37</sup>

ฉะนั้นแม้ตารางเปรียบเทียบหน้าที่ความรับผิดชอบของคู่สัญญาข้างต้น จะแสดงออกมาชัดเจนว่าผู้ขายต้องรับภาระหนักกว่าผู้ซื้อเป็นอย่างมากก็ตาม ก็ยังไม่อาจสรุปได้ว่าข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมาย หากแต่ตารางเปรียบเทียบดังกล่าวพอจะอธิบายได้ในแง่ที่ว่า สภาพการเอาเปรียบที่มีในสัญญามีลักษณะอย่างไร และในความเป็นจริงแล้วมีระดับความรุนแรงมากน้อยเพียงไร อันจะเป็นแนวทางให้วินิจฉัยถึงสภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในสัญญาดังกล่าวได้ต่อไป

### 5.1.2 ข้อตกลงที่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์หรือความพอใจของเจ้าหนี้

ตามปกติแล้วสัญญาตกลงกันไว้อย่างไร คู่สัญญาต่างก็ต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามนั้นในฐานะคู่สัญญา กล่าวคือ เมื่อข้อตกลงกำหนดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไว้ย่อมต้องหมายถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้ฝ่ายแรกได้รับประโยชน์ตามสิทธิในสัญญา อันทำให้หนี้ของตนได้ปลดปล่อยไป แต่หากในสัญญามีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ไม่เป็นการแน่นอน เช่นขึ้นอยู่กับความพอใจของเจ้าหนี้หรือขึ้นอยู่กับเหตุการณ์อันเป็นเงื่อนไขบางประการ ย่อมเป็นการทำให้หน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีการสิ้นสุด เพราะไม่อาจแน่ใจได้ว่าสิทธิหน้าที่ดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อใด อันเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยที่ตนไม่ยินยอมหรือไม่อาจรับรู้ล่วงหน้า ซึ่งข้อตกลงลักษณะดังกล่าวมีปรากฏอยู่ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกกับผู้ผลิตอย่างชัดเจน เมื่อพิจารณาข้อสัญญาดังต่อไปนี้

“1) ผู้ซื้อจะมีสิทธิหักส่วนลดได้ทุกเมื่อตามที่ผู้ซื้อเห็นสมควร ในอัตราดังต่อไปนี้ \_\_\_\_\_%  
จากราคาซื้อปกติ

<sup>37</sup> วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 211.

2) ผู้ซื้ออาจเลือกที่จะโฆษณาสินค้าตามแต่ผู้ซื้อจะเห็นสมควรในหนังสือโฆษณาสินค้า.....เพื่อการส่งเสริมการขาย ในกรณีนี้ผู้ซื้อเลือกที่จะโฆษณาสินค้า ผู้ขายตกลงจ่ายค่าธรรมเนียมการโฆษณาในอัตราดังต่อไปนี้

- 3) ในกรณีที่ผู้ซื้อเปิดสไตรใหม่ ผู้ขายตกลงดังนี้
- ผู้ซื้อจะมีสิทธิ์หักส่วนลดพิเศษในอัตรา.....
  - ผู้ขายตกลงจะจ่ายเงินช่วยแก่ผู้ซื้อในอัตรา.....
  - ผู้ขายตกลงจะให้สินค้าแก่ผู้ซื้อโดยไม่คิดราคา ตามจำนวนที่ระบุ”

จะพบว่า ข้อตกลงทั้ง 3 ประการดังกล่าวกำหนดสิทธิของผู้ซื้อว่า “หากผู้ซื้อเห็นสมควรผู้ขายจะต้องมีหน้าที่...” เช่นนี้ เท่ากับว่า หน้าที่ดังกล่าวของผู้ขายขึ้นอยู่กับความพึงพอใจหรือความเหมาะสมตามแต่ผู้ซื้อจะเห็นสมควร แม้ในสัญญาจะได้กำหนดอัตราเป็นเปอร์เซ็นต์ (%) ที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าวไว้เป็นการแน่นอนก็ตาม แต่เหตุการณ์หรือเงื่อนไขก่อนที่จะทำให้ผู้ขายต้องมีหน้าที่จ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ นั้น ขึ้นอยู่กับผู้ซื้อแต่ฝ่ายเดียว จึงอาจเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่อาจรับรู้ได้ล่วงหน้า หรือไม่ยินยอมก็ได้ เช่น ผู้ผลิตสินค้า (ผู้ขาย) ไม่อาจรับรู้ล่วงหน้าว่าในปีที่เซ็นสัญญานี้ ผู้ขายจะต้องจ่ายค่าเปิดสไตรใหม่เป็นจำนวนเงินเท่าไร หรือในกรณีที่ข้อตกลงกำหนดให้ “ผู้ผลิตต้องจ่ายเงินช่วยเป็นจำนวน.....สำหรับสไตรที่ปรับปรุงพื้นที่ใหม่” ด้วย ก็ยังไม่อาจแน่ใจได้ว่า ภายใน 1 เดือน ทางห้าง ฯ จะมีการปรับปรุงพื้นที่ของแต่ละสไตรกี่ครั้ง ฉะนั้นแม้ในข้อสัญญาจะกำหนดอัตราเป็น % ไว้ สำหรับการคำนวณค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่จะต้องเสียแล้วก็ตาม แต่เหตุการณ์ที่จะเป็นเงื่อนไขให้ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกิดขึ้นนั้น ผู้ผลิตสินค้า (ผู้ขาย) ไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าตนมีภาระหน้าที่ผูกพันเท่าใด เช่นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะของการให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่อย่างกว้างขวาง แม้จะมีการจำกัดขอบเขตที่สิทธิดังกล่าวจะครอบคลุมถึงไว้เป็น “อัตรา (ตามที่ระบุ)” ก็ตาม ก็ยังถือได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดหน้าที่ของผู้ขายไว้ไม่มีที่สิ้นสุดอันเป็นลักษณะของสัญญาที่เป็นการเอาใจเอาเปรียบกันอย่างมากอีกประการหนึ่งเช่นกัน

### 5.1.3 ข้อตกลงยกเว้น หรือ จำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา

ตามปกติแล้วเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีการกำหนดในสัญญาว่าไม่ต้องรับผิดหรือจำกัดความรับผิด จึงเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ผิดสัญญา ซึ่งข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้เป็นข้อสัญญาที่มีการระบุไว้ในสัญญามากที่สุด ซึ่งหลายประเทศจะถือว่าข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายด้วย<sup>38</sup>

ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตก็มีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในลักษณะดังกล่าวเช่นกัน ดังนี้ (จากภาคผนวก)

<sup>38</sup> วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.



“ข้อ 15.1 ในกรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญาไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด ผู้ขายจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาทันทีและผู้ขายขอชดเชยสิทธิใด ๆ ทั้งหมดในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าชดเชยอื่นใดก็ตามจากผู้ซื้อ” แต่ในทางกลับกัน

“ข้อ 15.2 ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาทันที และการบอกเลิกสัญญาไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อสิทธิของผู้ขายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าชดเชยเอาจากผู้ขายอีก”

แม้ว่าในสัญญาจะระบุว่า เป็นกรณีที่ผู้ขายขอชดเชยสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายและค่าชดเชยอื่นใดจากผู้ซื้อเองก็ตาม แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็ยังคงมีผลเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ผู้ซื้อเช่นกัน จึงถือได้ว่าเป็นสภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาดังกล่าวอย่างแท้จริง

#### 5.1.4 ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพและผลแห่งสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีอยู่

คำว่า “ความรู้ความเข้าใจ” ในที่นี้หมายถึงความรู้ความเข้าใจในทุก ๆ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ทำ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการปฏิบัติในการทำสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำและข้อมูลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ด้วย ซึ่งโดยปกติผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องต่าง ๆ มากกว่าย่อมมีทางเลือกที่ดีกว่าและจึงมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ที่ขาดความรู้ความเข้าใจในกิจการที่วานั้น<sup>39</sup> ในธุรกิจค้าปลีก โดยเฉพาะในปัจจุบันอำนาจต่อรองต่าง ๆ ตกเป็นของกลุ่มผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย ผู้ผลิตที่ประสงค์จะเป็นคู่ค้ากับทางห้าง ๆ จะต้องเข้าไปติดต่อเสนอขายสินค้าของตนกับฝ่ายจัดซื้อของทางห้าง ๆ หากได้มีการเจรจาตกลงซื้อขายกัน ผู้ผลิตก็ต้องเซ็นสัญญาเป็นซัพพลายเออร์ให้กับทางห้าง ๆ โดยทางห้าง ๆ จะใช้ร่างสัญญา หรือแบบฟอร์มสัญญาที่มีอยู่มาให้ผู้ผลิตแต่ละรายเซ็น อันแสดงให้เห็นว่าสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกกับผู้ผลิตนี้ เงื่อนไขต่างๆ ที่ระบุในสัญญาส่วนใหญ่แล้วจะถูกกำหนดขึ้นโดยฝ่ายผู้ค้าปลีกอยู่ก่อนแล้ว การเจรจาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีกนั้น เป็นเพียงการตกลงกันในรายละเอียด เช่น ในเรื่องราคาสินค้า กำหนดเวลาส่งสินค้า เครดิทเทอมในการชำระเงิน อัตราค่าธรรมเนียมแรกเข้า (Entrance Fee) อัตราส่วนลดคืนกำไร (Rebate Bonus) เป็นต้น

ในการนี้จึงเป็นไปได้ว่า ในบางเรื่องบางประเด็นของข้อสัญญา ผู้ผลิตมีความเข้าใจในผลแห่งสัญญาน้อยมาก หรืออาจไม่เข้าใจเลยจนกว่าจะได้มีการบังคับกันตามสัญญา โดยเฉพาะในกรณีที่ทางห้าง ๆ ใช้ศัพท์เฉพาะในการเรียกค่าใช้จ่ายรูปแบบต่างๆ อันเป็นศัพท์ทางเทคนิคที่ผู้รู้และเข้าใจกันเป็นการเฉพาะ ประกอบกับการคำนวณอัตราการจัดเก็บเป็นรายสัปดาห์ที่เพิ่มภาระแก่ผู้ผลิตเป็นอย่างมาก เช่น “ค่า opening Fee คือ เงินช่วยสำหรับสินค้ารายการใหม่ ผู้ขายจะต้องจ่ายให้แก่ผู้ซื้อในอัตรา (ระบุ) บาท ต่อสินค้ารายการใหม่แต่ละรายการต่อสัปดาห์”

<sup>39</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, หน้า 137.

\* จากการสอบถามข้อมูลจากผู้ผลิตสินค้าซึ่งเป็นซัพพลายเออร์ให้กับห้างดิสเคาท์สโตร์แห่งหนึ่ง



หากในสัญญาระบุให้ผู้ขายจ่ายค่า opening Fee 10,000 บาทต่อสินค้ารายการใหม่แต่ละรายการต่อสไตร์ โดยห้าง ฯ ดังกล่าวมี 20 สาขา เช่นนี้หากผู้ขายเสนอสินค้าตัวใหม่ 1 รายการ ผู้ขายจะต้องจ่ายค่า opening Fee 200,000 บาท ไม่ใช่เพียงแค่ 10,000 บาท เท่านั้น สภาพดังกล่าวอาจทำให้ผู้ผลิตบางรายตกลงเป็นคู่ค้า โดยยังไม่เข้าใจข้อตกลงดีพอก็เป็นได้

#### 5.1.5 ความสันทัดจัดเจนในกิจการอันเป็นพื้นฐานแห่งสัญญา

ปัจจัยข้อนี้มีนัยสำคัญทำนองเดียวกันกับความรู้ความเข้าใจนั่นเอง และส่วนใหญ่มักจะให้ผลไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งโดยทั่วไปผู้ที่มีความสันทัดจัดเจนในกิจการโดยอ้อมมีความรู้ความเข้าใจในกิจการนั้นมากกว่า จึงมีช่องทางที่จะกำหนดข้อสัญญาไปในทางเอารัดเอาเปรียบผู้ที่ไม่สันทัดจัดเจนได้มากกว่า<sup>40</sup> เช่นในเรื่องกำหนดเวลาในการชำระเงินจากตัวอย่างสัญญา (ในภาคผนวก) ที่ว่า

“ ข้อ 3.1 ภายใต้บังคับแห่งข้อ 3.2 ผู้ซื้อจะต้องชำระราคาภายใน \_\_\_\_\_ วัน นับแต่วันที่ผู้ซื้อได้รับการส่งมอบ

ข้อ 3.2 การชำระราคาอาจชำระได้ด้วยเช็ค ในวันที่ 10 และ 25 ของเดือน”

กรณีตัวอย่าง หากว่าบริษัท ก. ส่งสินค้าในวันที่ 14 พฤษภาคม 2547 โดยมีเงื่อนไขเครดิต 30 วัน เมื่อนับตามเงื่อนไข 30 วัน บริษัท ก. จะมีกำหนดรับเงินในวันที่ 13 มิถุนายน 2547 แต่ด้วยข้อ 3.1 จะได้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของข้อ 3.2 ฉะนั้น บริษัท ก. จะรับเงินได้จริงในวันที่ 25 มิถุนายน 2547 รวมระยะเวลาแล้วเท่ากับ 42 วัน นับจากวันส่งมอบสินค้า

ซึ่งในปัจจุบันมีแนวโน้มว่า หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกับข้อ 3.2 นี้ จะมีความเข้มงวดมากขึ้น โดยกำหนดให้รับเช็คได้เพียงวันเดียว (ในหนึ่งเดือน) จากที่เคยกำหนดไว้ 2 วัน เช่น

“ ข้อ 3.2 การชำระราคาอาจชำระได้ด้วยเช็ค ในวันที่ 12 ของเดือน” เช่นนี้ หากเป็นกรณีเดียวกับข้างต้น บริษัท ก. จะได้รับเงินในวันที่ 12 กรกฎาคม 2547 เท่ากับ 59 วัน นับจากวันส่งมอบสินค้า

เห็นได้ว่าการที่ทางห้าง ฯ กำหนดวันจ่ายเช็คไว้เพียง 2 วัน หรือ 1 วันในหนึ่งเดือนนั้นเป็นเทคนิคอย่างหนึ่งในการยืดระยะเวลาในการชำระเงิน ซึ่งในวงการธุรกิจการค้าเทคนิคนี้มีการใช้กันโดยทั่วไป และหลายฝ่ายอาจมองว่าเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติของผู้ประกอบการค้า แต่ในความเป็นจริงแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่า กฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวมีขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ทางห้าง ฯ และเป็นผลทำให้ข้อตกลงในเงื่อนไขเครดิต เช่น 30 วัน ในกรณีตัวอย่างนั้นไม่เป็นไปตามที่ตกลงกัน แม้ทางห้าง ฯ จะอ้างว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีไว้เพื่อความสะดวกรวดเร็วทางการบัญชีและการเงิน ที่สามารถกำหนดวันทำเช็คจ่ายได้แน่นอน แต่การที่จำกัดให้รับเช็คได้เพียง 1 วัน หรือ 2 วัน ในหนึ่งเดือนนั้น ไม่น่าจะสอดคล้องกับเหตุผลนัก โดยเฉพาะหากเปรียบเทียบ

<sup>40</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, หน้า 137.

\* จากการสอบถามข้อมูลจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายบัญชีและการเงินของห้างดีสเคทส์สไตร์แห่งหนึ่ง

กับประโยชน์ในการยืดระยะเวลาในการชำระเงินออกไปกลับจะมีน้ำหนักมากกว่า จึงเป็นกรณีที่ทางห้าง ฯ ใช้ความสันตติจิตต์ในวิธีปฏิบัติทางการเงินมาเป็นข้อได้เปรียบกับซัพพลายเออร์อย่างไม่เป็นธรรม ดังมีผู้กล่าวว่า พฤติกรรมเช่นนี้ เท่ากับเป็นการยืมเงินจากซัพพลายเออร์มาโดยไม่เสียดอกเบี้ย<sup>41</sup>

### 5.1.6 ทางเลือกอื่นของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

ปัจจัยข้อนี้เป็นส่วนสำคัญอีกประการหนึ่งในการพิจารณาถึงอำนาจต่อรองของคู่สัญญา อันหมายถึง การได้เปรียบเสียเปรียบกันในผลแห่งสัญญา เพราะผู้ที่มีทางเลือกที่จะทำสัญญารูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นได้มากกว่าย่อมอยู่ในฐานะมีอำนาจต่อรองเหนือกว่า ผู้ที่ไม่มีทางเลือกเช่นนั้น<sup>42</sup> และในสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตนี้ ผู้ค้าปลีกที่มีรายใหญ่อยู่เพียงไม่กี่รายแต่มีส่วนแบ่งอยู่มากในตลาดนี้ ย่อมเป็นช่องทางสำคัญในการกระจายสินค้าไปสู่ผู้บริโภค และด้วยข้อจำกัดของผู้ผลิตที่มีจำนวนมากและส่วนใหญ่จะผลิตสินค้าอุปโภคบริโภคที่เป็นสินค้าที่มีความแตกต่างของสินค้าต่ำ (Low Level of Product Differentiation) ซึ่งสามารถใช้ทดแทนกันได้ง่าย ทำให้ผู้ค้าปลีกมีทางเลือกมากกว่าผู้ผลิต ในขณะที่ผู้ผลิตยังคงแข่งขันกันเองที่จะนำสินค้าไปวางจำหน่ายในห้าง ฯ ให้ได้มากที่สุด เพราะห้าง ฯ เป็นแหล่งที่กระจายสินค้าไปสู่ผู้บริโภคได้ง่ายและมีประสิทธิภาพยิ่งในปัจจุบัน ภาวะเช่นนี้ย่อมทำให้ผู้ผลิตโดยเฉพาะรายที่ต้องพึ่งพาผู้ค้าปลีกรายใหญ่ ๆ เป็นช่องทางในการกระจายสินค้าที่สำคัญจะต้องยินยอมต่อข้อเรียกร้องหรือ เงื่อนไขต่างๆ ทั้งนี้เพราะผู้ผลิตส่วนใหญ่จะเห็นว่า แม้จะมีกำไรขั้นต้นต่ำ แต่จะได้ปริมาณการขายสินค้าจำนวนมาก<sup>43</sup> แต่นัยกลับกันปริมาณการสั่งซื้อจำนวนมากนี้ก็ยิ่งทำให้ผู้ค้าปลีกมีโอกาสเรียกร้องให้ผู้ผลิตต้องจ่ายค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้มากยิ่งขึ้นเช่นกัน

## 5.2 สภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากพฤติกรรมทางการค้า

นอกจากสภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่กับ ผู้ผลิตจะปรากฏให้เห็นชัดเจนในรูปของข้อสัญญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีลักษณะพฤติกรรมทางการค้าบางประการที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ที่เหนือกว่า ผู้ผลิตเป็นอย่างมากในการเอารัดเอาเปรียบคู่ค้าของตน ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวได้แก่

### 5.2.1 การขึ้นค่าธรรมเนียมต่าง ๆ โดยไม่มีหลักเกณฑ์

โดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบการค้าปลีกมักเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ จากผู้ผลิต สินค้า เพื่อแลกเปลี่ยนกับการนำสินค้าที่ผลิตมาวางขายในพื้นที่ของห้าง ในทางทฤษฎีแล้ว ค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บ

<sup>41</sup> ลิขิต ธีระเวคิน, “การเอารัดเอาเปรียบในการประกอบธุรกิจ,” ผู้จัดการรายวัน (1 พฤศจิกายน 2545):

9.

<sup>42</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, *สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540*, หน้า

140.

<sup>43</sup> บริษัท ซี เอ อินเตอร์เนชั่นแนล อินฟอร์เมชั่น จำกัด, *การศึกษาผลกระทบของการแข่งขันและการรวมตัวของผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ในประเทศที่มีต่อผู้บริโภคและร้านค้าปลีกขนาดเล็ก*, หน้า 94.

ดังกล่าวก็คือค่าธรรมเนียมที่ห้างเรียกเก็บจากซัพพลายเออร์ในแต่ละครั้งที่น่าสินค้าตัวใหม่เข้ามาวางขายในห้าง เพื่อนำไปใช้เป็นค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการดำเนินการจัดเก็บสต็อกสินค้า ค่าพนักงานดูแลชั้นสินค้า ค่าใช้จ่ายดำเนินการขนย้ายและจัดวางสินค้า เป็นต้น<sup>44</sup>

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพื้นที่ชั้นวางสินค้าของห้างมีจำนวนจำกัด ไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้ผลิตสินค้าที่มีจำนวนมาก ประกอบกับการที่ห้างค้าปลีกเป็นผู้สั่งซื้อสินค้าเป็นจำนวนมากจากผู้ผลิตสินค้า ดังนั้นห้างค้าปลีกจึงสามารถใช้อำนาจซื้อที่มีในการเจรจาต่อรองกับผู้ผลิตสินค้าเพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวในอัตราที่สูง โดยในต่างประเทศพบว่ามีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม (Slotting Allowances) สูงถึง 1 แส่นเหรียญสหรัฐต่อ 1 SKU (stock keeping unit) ส่วนในประเทศไทยนอกจากค่าธรรมเนียมแรกเข้า (Entrance Fee) ที่ห้างเรียกเก็บโดยประมาณ 100,000 – 200,000 บาท ต่อผู้ผลิตรายใหม่ 1 รายแล้วยังมีส่วนลดคืนกำไร (Rebate bones) ที่ห้างเรียกเก็บจากยอดเงินรวมที่ผู้ผลิตจัดส่งสินค้าในแต่ละเดือนเป็นอัตราร้อยละ ซึ่งจะอยู่ที่ประมาณ 10-30% ค่าเปิดห้างสาขาใหม่อัตรา 20,000-50,000 บาท/1 สาขา ค่าปรับปรุงพื้นที่ของห้างอัตรา 10,000-20,000/1 สาขา ค่าลงโฆษณา 10,000-20,000/สินค้า 1 รายการ นอกจากนี้ยังมีการขอให้ผู้ผลิตสนับสนุนเงินช่วยเหลือหรือสินค้าฟรีในวาระโอกาสเทศกาลต่าง ๆ เช่น ครบรอบปีเกิดของห้างหรือในเทศกาลปีใหม่ห้างจะจัดรายการลดราคาสินค้ามากกว่าปกติ ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ห้างจะเรียกเก็บจากซัพพลายเออร์ โดยกระบวนการในการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายต่าง ๆ นั้นจะมีการเจรจากันโดยผ่านฝ่ายจัดซื้อของทางห้างในลักษณะที่ขอความร่วมมือจากซัพพลายเออร์ มีหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรให้ซัพพลายเออร์ลงลายมือชื่อยินยอมให้ความร่วมมือ ซึ่งถือเป็นค่าใช้จ่ายที่ตกลงกันเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในตัวสัญญาซื้อขายเดิม

แม้ว่าโดยหลักการของสัญญาแล้วการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวของห้างจะสามารถกระทำได้ตามหลักการทั่วไปของสัญญาที่ต่างฝ่ายต่างตกลงยินยอม และในทางเศรษฐศาสตร์วิธีการดังกล่าวก็เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารพื้นที่และสินค้าของทางห้างใน 2 ด้าน<sup>45</sup> คือ 1. ทำให้ห้างสามารถใช้พื้นที่ที่มีอยู่จำกัดขายสินค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด ตรวจสอบได้ที่กำหนดค่าธรรมเนียมเป็นไปตามกลไกการกำหนดราคาอย่างแท้จริง และ 2. เป็นการแบ่งสรรความเสี่ยง (Risk sharing) ระหว่างห้าง

<sup>44</sup> OECD, 1999, Buying Power of Multiproduct Retailers, p 38-39, อ้างถึงใน ,สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ , หน้า 260.

\* ตัวอย่างหนังสือขอความร่วมมือในการจ่ายค่าธรรมเนียมในการโฆษณาและสินค้าฟรีจากซัพพลายเออร์ของห้างดิสเคาท์สโตร์แห่งหนึ่ง : แสดงในภาคผนวก ข

<sup>45</sup> Federal Trade Commission staff, 2001, Report on the Federal Trade Commission workshop on slotting Allowances and other Marketing practices in the Grocery Industry, p. 13-15, อ้างถึงใน สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, หน้า 261.

ค่าปลีกกับผู้ผลิตสินค้าเพราะการที่ห้างนำสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งมาวางขายในพื้นที่ของห้าง ย่อมหมายความว่าห้างต้องแบกรับความเสี่ยงในแง่ต้นทุนเสียโอกาสหากสินค้าบนชั้นไม่สามารถขายได้ตามเป้าหมาย ห้างเหล่านี้จึงมีการผลักภาระบางส่วนให้แก่ผู้ผลิตสินค้าโดยจัดเก็บในรูปแบบค่าธรรมเนียมนำสินค้ามาวางขายบนชั้น วิธีดังกล่าวนอกจากจะช่วยลดความเสี่ยงหากห้างขายสินค้าไม่ได้แล้วยังทำให้ผู้ผลิตจะต้องควบคุมคุณภาพสินค้ารวมทั้งผลิตและพัฒนาคุณภาพสินค้าให้เป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภคอีกด้วย

แต่หากพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายของการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมบางประเภทของห้างแล้ว ค่าใช้จ่ายบางตัวไม่มีความเกี่ยวข้องกับการที่ผู้ผลิตหรือซัพพลายเออร์ต้องมีส่วนรับผิดชอบเลย เช่น ค่าปรับปรุงพื้นที่ของห้าง เงินช่วยเหลือหรือสินค้าฟรีเมื่อทางห้างจัดรายการในช่วงเทศกาลต่าง ๆ ค่าส่วนลดคืนกำไร (Rebate Bonus) ที่เรียกเก็บเป็น % จากรายได้ของผู้ผลิต ซึ่งถือเป็นการเรียกเก็บเป็นค่าแบ่งส่วนกำไรของผู้ผลิตไป ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ล้วนมีแนวโน้มว่าจะมีการเก็บในอัตราที่สูงขึ้นและถี่ขึ้นคือมีจำนวนครั้งมากขึ้น โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน นับเป็นการผลักภาระที่ห้างค้าปลีกมีอยู่ในการที่ต้องแข่งขันกับห้างอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งสำคัญโดยเฉพาะในเรื่องของราคาไปให้ผู้ผลิตหรือซัพพลายเออร์รับผิดชอบ โดยห้างได้นำรายได้ที่เรียกเก็บจากซัพพลายเออร์เหล่านี้ไปชดเชยให้กับรายได้ที่ห้างต้องเสียไปในการแข่งขันเพื่อให้ได้ผลประโยชน์ที่ตรงตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ในทุก ๆ ปี<sup>\*</sup>

### 5.2.2 พฤติกรรมการสั่งซื้อสินค้า House brand หรือ Private Label

สินค้า House brand หรือ Private Label ที่ผู้ประกอบการค้าปลีกขายใหญ่กว่าจ้างให้ซัพพลายเออร์เป็นผู้ผลิตให้แล้วใช้ตราสินค้าของผู้ค้าปลีกเองนั้น ในปัจจุบันกำลังเข้ามามีบทบาทอย่างมากในธุรกิจค้าปลีก โดยเฉพาะในกลุ่มธุรกิจค้าปลีกรูปแบบ Discount store ที่สามารถสร้างยอดขายจากสินค้า House brand นี้สูงขึ้นมากเมื่อเทียบกับยอดขายโดยรวม และมีแนวโน้มว่าจะเพิ่มมากขึ้นตามลำดับด้วยประเภทของสินค้า House brand ที่มีมากขึ้น โดยพฤติกรรมดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ดังนี้<sup>\*\*</sup>

\* โดยฝ่ายจัดซื้อของห้างจะถูกหัวหน้าแผนกของตนมอบหมายให้เจรจาเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ จากซัพพลายเออร์แต่ละรายให้ได้ตามจำนวนที่กำหนด เช่น เรียกเก็บรายละ 20,000 บาทจากซัพพลายเออร์ 20 รายโดยลงในใบแจ้งหนี้ว่าเป็นค่า promotion หรือค่าธรรมเนียมใดๆก็ตาม ( แล้วแต่จะเรียก ) เพื่อนำไปเป็นรายได้ของแผนกและชดเชยให้กับภาระที่แผนกต้องขาดรายได้ไปจากการขายสินค้าลดราคา ทั้งนี้เพื่อให้ได้กำไรตรงตามเป้าหมายที่ทางห้างกำหนดในแต่ละเดือน / ปี : จากประสบการณ์ของผู้เขียนที่เคยติดต่อกับฝ่ายจัดซื้อในฐานะซัพพลายเออร์ของห้างดิสเคาท์สโตร์แห่งหนึ่ง

\*\* เมื่อพิจารณาถึงรายได้ของสินค้า House brand ของ Discount store แต่ละรายพบว่า Tesco Lotus Super center สามารถทำยอดขายจากสินค้าได้ประมาณ 3% ของยอดขายรวม หรือประมาณ 1,200 ล้านบาท/ มีด้วยยี่ห้อ Super Save , Tesco Lotus และคุ่มค่า ส่วน carrefour Hypermarket นั้น สามารถสร้างรายได้จากสินค้า House brand ภายใตยี่ห้อ Carrefour , Harmonie เฟิร์สไลน์ และบลูสกาย ประมาณ 5% ของยอดขายทั้งปี หรือประมาณ 700 - 1,000 ล้านบาท ขณะที่ Makro ก็เป็นผู้ประกอบการอีกรายที่สามารถสร้างยอดขาย

1) พฤติกรรมการผลิตสินค้า House brand ที่มีการบรรจุภัณฑ์ลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกับสินค้า Brand ที่มีชื่อเสียงอยู่แล้ว ทำให้กลุ่มผู้ผลิตสินค้านั้นรายใหญ่ ๆ ต้องทุ่มเงินมากขึ้นทั้งทางด้านการตลาดและการโฆษณาเพื่อตอกย้ำยี่ห้อสินค้าของตนเอง ควบคู่ไปกับการพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ ออกมาเพื่อสร้างความแตกต่างจากสินค้า House brand ของคู่แข่ง และโดยเฉพาะผู้ผลิตรายใหญ่ยังต้องให้ความสำคัญต่อการพยายามหาแนวทางสำหรับลดต้นทุนการผลิตเพื่อแข่งขันกับสินค้า House brand เพื่อรองรับการแข่งขันทางด้านราคาที่สูงขึ้นอีกด้วย

2) กลุ่มผู้ผลิตรายย่อยที่มักจะได้รับผลิตสินค้าให้แก่ผู้ประกอบการค้าปลีกที่มีสินค้า House brand ของตนเอง ซึ่งผู้ประกอบการค้าปลีกบางรายมีการผลิตสินค้า House brand หลายยี่ห้อด้วยกัน โดยบางกลุ่มจะได้รับผลดีจากการรับจ้างผลิตโดยเฉพาะสินค้าในกลุ่มที่แข่งขันกันรุนแรง เนื่องจากไม่ต้องทำการตลาดเอง แต่ก็สามารถสร้างรายได้จากการผลิตสินค้าขาย ซึ่งวิธีนี้ดูเหมือนเป็นการสร้างงานให้กับผู้ประกอบการรายย่อยได้ดีระดับหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันผู้ผลิตสินค้าบางกลุ่มที่มีสินค้าเป็นของตนเองอยู่แล้วเมื่อมารับจ้างผลิตสินค้า House brand ให้กับบรรดาผู้ประกอบการค้าปลีกจึงเท่ากับว่าเป็นการผลิตสินค้าเพื่อแข่งขันกับสินค้าของตนเองด้วย ขณะที่กลุ่มผู้ผลิตรายเล็กอื่น ๆ ย่อมต้องลำบากยิ่งขึ้น เพราะโดยปกติแล้วสินค้าของกลุ่มผู้ผลิตรายย่อยดังกล่าว ก็อาจจะไม่เป็นที่รู้จักอยู่แล้ว ฉะนั้นโอกาสที่จะขายสินค้าเมื่อมีสินค้า House brand เป็นคู่แข่งก็ย่อมจะยากยิ่งขึ้นไปอีก

3) กลุ่มผู้บริโภค ถึงแม้ว่าโดยภาพรวมแล้วการสั่งผลิตสินค้า House brand จะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์เนื่องจากมีตัวเลือกเพื่อการบริโภคเพิ่มขึ้นและในด้านราคาที่ประหยัดกว่าเดิม แต่ในระยะยาวนั้นผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์หรือไม่ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมการตลาดของผู้ค้าปลีกเป็นหลัก เพราะหากไม่มีคู่แข่งหรือเหลือคู่แข่งน้อยรายก็อาจก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดที่ผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่สามารถปรับราคาสินค้าสูงขึ้นได้

นอกจากนี้ผู้ผลิต สินค้า House brand หรือ Private Label ยังอาจต้องรับเงื่อนไขของผู้ค้าปลีกที่ห้ามมิให้ผู้ผลิตสินค้าขายสินค้าให้แก่ผู้อื่นนอกจากเจ้าของยี่ห้อแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) และข้อห้ามมิให้ผู้ผลิตสินค้าไปอนุเคราะห์ (Exclusive supply) อีกด้วย

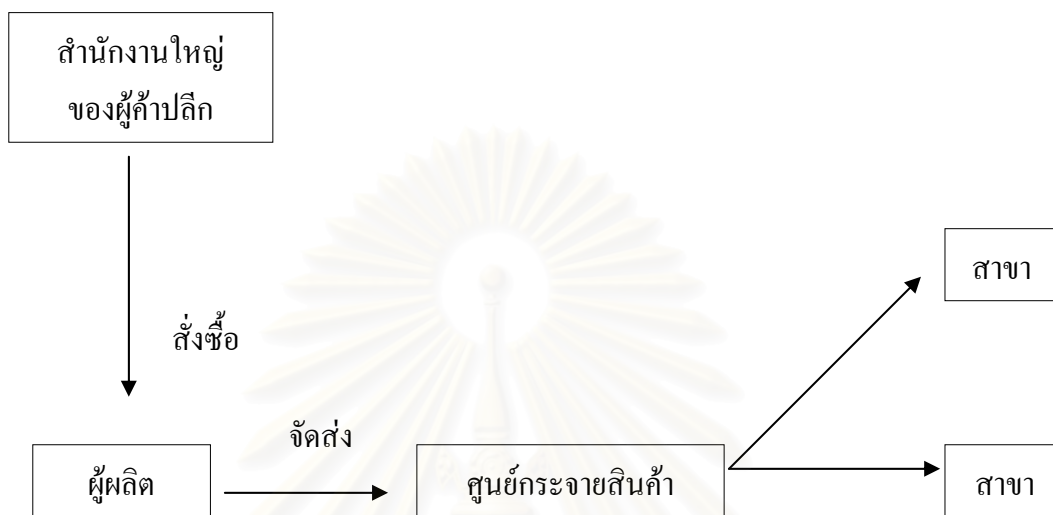
---

จากสินค้า House brand ได้เฉลี่ย 5% จากยอดขายในแต่ละปีภายใต้ยี่ห้ออาโร , เซฟแพ็ค และคิว-บิช เป็นต้น และ Big C Supercenter ที่เปิดร้านจำหน่ายสินค้า House brand โดยเฉพาะในชื่อร้านลีดเดอร์โพธิ์ สามารถทำยอดขายได้สาขาละประมาณ 50,000 – 60,000 บาท/วัน : โปรดดูบริษัทศูนย์วิจัยกสิกรไทย จำกัด, “สินค้าแฮนด์แบรนด์ : ทะลัดสู่ตลาดอีกย่างก้าวของยักษ์ค้าปลีก” วารสารมองเศรษฐกิจ, ปีที่ 8, ฉบับที่ 10487 (พฤษภาคม 2545)



### 5.2.3 การบังคับให้ใช้ศูนย์กระจายสินค้าและระบบจัดส่งของทางห้าง

โดยทั่วไปรูปแบบในการจัดส่งสินค้าจากผู้ผลิตไปถึงผู้ค้าปลีก(ห้าง)จะผ่านศูนย์กระจายสินค้าของห้างดังรูปนี้



ศูนย์กระจายสินค้า เป็นแหล่งรวมสินค้าที่ร้านค้าปลีกสั่งซื้อสินค้าจากซัพพลายเออร์ ทั้งหมด โดยให้ซัพพลายเออร์ส่งสินค้าที่ศูนย์กระจายสินค้าเพียงแห่งเดียว หลังจากนั้นศูนย์กระจาย สินค้าจะทำการ จัดสรรสินค้าของซัพพลายเออร์แต่ละรายออกเป็นหน่วยย่อย ๆ ตามปริมาณการสั่งซื้อสินค้าของร้านค้าปลีกแต่ ละแห่ง แล้วทำการรวมสินค้าหน่วยย่อย ๆ ของซัพพลายเออร์นั้นและจัดส่งไปยังร้านค้าปลีกสาขาต่าง ๆ ซึ่ง ประโยชน์ที่จะได้รับจากศูนย์กระจายสินค้า คือ

- 1) ซัพพลายเออร์สามารถจัดส่งสินค้าให้กับศูนย์กระจายสินค้าเพียงแห่งเดียว แทนที่ จะต้องจัดส่งสินค้ากับแต่ละสาขาซึ่งมีจำนวนมากจะทำให้ซัพพลายเออร์ลดต้นทุนการขนส่งได้
- 2) ร้านค้าปลีกได้ประโยชน์จากการที่ไม่ต้องเสียเวลาในการรับสินค้าจากซัพพลาย เออร์หลาย ๆ รายที่มาสินค้าไม่ตรงเวลากัน
- 3) ร้านค้าปลีกสามารถเพิ่มรายได้ เนื่องจากศูนย์กระจายสินค้า สามารถจัดส่งสินค้า ให้กับร้านค้าปลีกในปริมาณที่น้อยลงได้และถี่มากขึ้นได้ ซึ่งจะทำให้ร้านค้าปลีกไม่ต้องมีการเก็บสินค้า คงคลัง จำนวนมาก ซึ่งทำให้ลดต้นทุนทางการเงินในการเก็บรักษาสต็อกสินค้าได้ และยังสามารถใช้พื้นที่ขายของร้านค้า วางสินค้าเพื่อจำหน่ายได้เพิ่มขึ้น หรือลดค่าใช้จ่ายในการเช่าพื้นที่ลง

แม้ว่าโดยภาพรวมแล้ว ระบบศูนย์กระจายสินค้าของห้างจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทั้ง ผู้ผลิต (Supplier) และผู้ค้าปลีกแต่ในความเป็นจริงบางกรณีแล้วผู้ค้าปลีกกลับมีรายได้จากการเก็บค่าขนส่งจาก ผู้ผลิตด้วยในลักษณะที่สูงกว่าที่ควรจะเป็น เมื่อเปรียบเทียบกับบริษัทขนส่งสินค้าทั่ว ๆ ไปหรือ ต้นทุนที่บริษัททำ



การจัดส่งเอง<sup>\*</sup> ในการนี้ผู้ผลิตไม่อาจเลือกที่จะจัดส่งด้วยตนเองได้เนื่องจากเป็นนโยบายของทางห้างที่จะรับสินค้าจากศูนย์กระจายสินค้าเท่านั้น หรือหากอนุโลมให้ ก็จะต้องใช้เวลาในการรับสินค้าจากผู้ผลิต อันเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ผลิตที่ใช้บริการศูนย์กระจายสินค้ากับผู้ผลิตที่ทำการจัดส่งสินค้าด้วยตนเอง<sup>\*\*</sup>

#### 5.2.4 พฤติกรรมตอบโต้หรือมาตรการลงโทษของทางห้าง

ผู้ผลิตหลายรายทั้งในประเทศตะวันตกและในประเทศไทยระบุว่าตนถูกบังคับให้ทำตามข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของทางห้าง หากไม่ยินยอม สินค้าของตนอาจถูกตัดออกจากห้าง หรือถูกเปลี่ยนให้ลงมาวางในชั้นล่าง หรือในตำแหน่งที่ไม่เป็นที่สนใจของลูกค้า ซึ่งทำให้สินค้าขายไม่ค่อยได้<sup>46</sup> ซึ่งอาจต้องออกจากห้างไปในที่สุด โดยลักษณะการตอบโต้ของทางห้างนี้จะเห็นได้ชัดในกรณีที่เป็นผู้ผลิตรายย่อยที่ไม่มีอำนาจต่อรอง ซึ่งต้องอาศัยห้างเหล่านี้เป็นช่องทางหลักในการขายสินค้าโดยนอกจากถูกเรียกให้จ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในอัตราที่สูงกว่าปกติแล้ว หากผู้ผลิตรายย่อยใดไม่ยินยอมหรือไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะจ่ายให้กับค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ก็จะถูก Black list จัดว่าเป็นซัพพลายเออร์ที่ไม่ให้การสนับสนุนกิจกรรมของทางห้าง อันหมายถึงจะส่งผลกระทบต่อปริมาณการสั่งซื้อสินค้าในครั้งต่อไป รวมถึงลดถึงการคืนสินค้าที่ได้ส่งให้แก่ทางห้างแล้ว (Refusal to stock or delisting) หรือแม้กระทั่งกำหนดเวลาในการชำระเงินที่ได้ส่งสินค้าไปแล้วอาจเลื่อนไปด้วยการอ้างเหตุผลบางประการ<sup>\*\*</sup> อันเป็นการสร้างภาวะกดดันให้กับซัพพลายเออร์ ทำให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ในที่สุด

---

\* สอบถามข้อมูลจากซัพพลายเออร์รายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าให้แก่ห้างสรรพสินค้าในเครือของ Central ได้ใช้บริการขนส่งของบริษัท เซ็นทรัลรีเทล คอร์ปอเรชั่น จำกัด ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวน 6,000 บาทในสินค้าที่เป็นเสื้อผ้าเพียง 2,000 ตัว เนื่องจากสถานที่จัดส่งได้แก่ เวสต์เทรต (Zen) Central ซิดลม สีสลม สีสลมคอมเพล็กซ์ บางนา ลาดพร้าว เป็นต้น โดยมีสาขาต่างจังหวัดเพียง 2 แห่ง คือ กาดสวนแก้ว (เชียงใหม่) และหาดใหญ่ (สงขลา) ซึ่งหากซัพพลายเออร์เป็นผู้จัดส่งเองจะเสียค่าใช้จ่ายไม่เกิน 3,000 บาท

\*\* ซึ่งในประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัตินั้น กรณีดังกล่าวเคยเป็นปัญหาขึ้นสู่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่เนื่องจากการประสานงานกับระหว่างสมาคมผู้ผลิต (สมาคมเครื่องหนังไทย สมาคมรองเท้าไทย สมาคมเครื่องสำอางนำเข้า) ที่ไม่อาจให้ข้อมูลได้ชัดเจนเพียงพอที่จะดำเนินการเอาผิดกับผู้ค้าปลีกดังกล่าวได้ (เซ็นทรัล) เนื่องจากข้อมูลส่วนใหญ่ที่สมาคมได้รับจากสมาชิกรายนั้นยังไม่ลงลึกจนถึงขนาดเป็นตัวเลขที่ชัดเจนส่วนมากจะเป็นภาพรวม ๆ เนื่องจากสมาชิกหลายรายที่ได้รับความเดือดร้อนไม่กล้าเปิดเผยตัว : สุวานศรชฎกิจ “กรรมการค้าภายในจัดเซ็นทรัลไม่ลง” 11-14 สิงหาคม 2545

<sup>46</sup> บริษัท ซี.เอ. อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล อินฟอร์เมชั่น จำกัด , โครงการศึกษาผลกระทบของการแข่งขันและการรวมตัวของผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ในประเทศที่มีต่อผู้บริโภคและร้านค้าปลีกขนาดเล็ก , หน้า 95.

<sup>\*\*\*</sup> ข้อมูลจากการสอบถามบุคคลซึ่งเคยเป็นฝ่ายจัดซื้อของห้างดิสเคาท์สไตร์แห่งหนึ่ง : ผู้เขียน

### 5.2.5 การเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ผลิตแต่ละราย

นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้ว การเรียกเก็บค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของผู้ค้าปลีกนี้ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตสินค้ารายใหญ่ที่มีเงินทุนมาก อาจขอเข้าตกลงกับห้างค้าปลีกในลักษณะแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างกัน โดยที่ผู้ผลิตรายใหญ่จะเสนอจ่ายค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ในจำนวนเงินที่สูงมาก เพื่อแลกกับพื้นที่วางขายสินค้าที่ดี ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวถือว่าเป็นผลเสียต่อการแข่งขัน เพราะทำให้ผู้ผลิตรายย่อยที่เสียเปรียบในด้านเงินทุนไม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ อีกทั้งยังทำให้ผู้ผลิตหน้าใหม่มีต้นทุนในการเข้าสู่ตลาดสูงมากขึ้นด้วย

กรณีตัวอย่างที่ชัดเจนได้แก่กรณีบริษัท McCormick ผู้ผลิตเครื่องเทศและซอสปรุงรสรายใหญ่ในสหรัฐอเมริกาและมีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในสหรัฐอเมริกา มีพฤติกรรมกีดกันผู้ผลิตสินค้าคู่แข่งรายอื่น โดยอาศัยความได้เปรียบจากอำนาจซื้อที่ตนมีและต่อรองให้ผลประโยชน์มากมายแก่ร้านค้าปลีก<sup>47</sup> ซึ่งจากข้อเท็จจริงพบว่าบริษัท McCormick ได้ทำการเจรจาต่อรองและเสนอราคาขายแก่ร้านค้าปลีกบางราย และคิดส่วนลด (Discount) ค่าธรรมเนียมวางขายสินค้าในร้าน (slotting allowance) งบประมาณเหลือโฆษณาหรือแม่แต่ของแถม (Free goods) เป็นกรณีพิเศษทำให้ราคาขายสุทธิ (Net price) แก่ร้านค้าปลีกเหล่านี้ถูกกว่ารายอื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม บริษัท McCormick ได้กำหนดให้ร้านค้าที่เป็นลูกค้าของตนเองห้ามซื้อสินค้าจากบริษัทผู้ผลิตสินค้าอื่นเด็ดขาด (Exclusive dealing) นอกจากนี้ยังเรียกร้องให้ร้านจัดพื้นที่วางขายสินค้าแก่สินค้าของบริษัท McCormick มากกว่าผู้ผลิตรายอื่น ๆ ในบางกรณีก็ได้กำหนดให้ร้านต้องจัดวางสินค้าของตนในพื้นที่ขายไม่น้อยกว่าร้อยละ 90 ของพื้นที่ขายสินค้าปรุงรสและเครื่องเทศทั้งหมด ซึ่งกรณีดังกล่าวคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา (Fair Trade Commission) ได้ตัดสินให้บริษัท McCormick มีความผิดจากการขายสินค้าโดยกำหนดราคาไม่เท่าเทียมกันในลักษณะเลือกปฏิบัติแก่ร้านค้าปลีกแต่ละราย (Price discrimination) และมีพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) ทำให้ผู้ผลิตรายอื่นไม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้

สภาพการเอารัดเอาเปรียบทางการค้าที่เกิดจากภาวะที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากนี้เป็นภาวะที่ย่อมเกิดขึ้นได้ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ซึ่งหากสภาพการเอารัดเอาเปรียบนั้นมีความรุนแรงถึงขนาดเกิดสภาพความไม่เป็นธรรมขึ้น เช่น เกิดสภาพการจ้างงานที่ไม่เป็นธรรม เกิดการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือเกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันส่งผลกระทบต่อคนกลุ่มใหญ่ในสังคมแล้ว รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงโดยกระบวนการทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น ซึ่งกรณีระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อยก็เช่นเดียวกัน ที่รัฐจะต้องเข้ามามีบทบาทในการควบคุมดูแลให้ธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตนี้ ตั้งอยู่บนกฎกติกาที่เท่าเทียมกัน มิใช่มุ่งหมายที่จะคอยเอารัดเอาเปรียบซึ่งกันและกัน อันเป็นการทำลายผู้ประกอบการรายย่อยที่อ่อนแอกว่า และจะนำมาซึ่งภาระทางเศรษฐกิจและสังคมในที่สุด โดยในต่างประเทศก็ได้มีมาตรการทางกฎหมายที่เข้ามาจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งจะกล่าวในบทต่อไป

<sup>47</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าปลีกไทย: ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ, หน้า 261.

**การควบคุมการปฏิบัติทางการค้าและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม**  
**โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้า และกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ**

**1. กฎหมายแข่งขันทางการค้า**

ข้อกล่าวหาเรื่องการใช้อำนาจต่อรองเอาัดเอาเปรียบผู้ผลิตอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีก รายใหญ่ โดยเฉพาะห้างค้าปลีกไฮเปอร์มาร์เก็ต มีได้เกิดขึ้นแต่ในประเทศไทยเท่านั้น ข้อกล่าวหานี้ได้เคยเกิดขึ้นมาก่อนแล้วในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งได้มีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันของประเทศต่างๆ ในเรื่องของการใช้อำนาจซื้ออย่างไม่เป็นธรรม (abuse of buying power) อันได้แก่ การถูกห้างไฮเปอร์มาร์เก็ตเรียกขอส่วนลดเพิ่มขึ้นอย่างไรเหตุผล การขอให้เข้าร่วมในรายการลดราคาประเภท “loss leader” การเรียกเก็บค่าแรกเข้า ค่าขึ้นวางสินค้า ค่าโฆษณา ค่าขยายสาขาใหม่ ค่าส่วนลดประจำปี ฯลฯ<sup>48</sup> ดังที่ได้กล่าวแล้ว ซึ่งปัญหาในเรื่องการใช้อำนาจซื้ออย่างไม่เป็นธรรมนี้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของหลาย ๆ ประเทศมีแนวทางที่แตกต่างกันในการที่จะเห็นว่า การใช้อำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือคู่ค้าของผู้ค้าปลีกรายใหญ่นั้นเป็นความผิด ทั้งนี้เพราะกรณีดังกล่าวมิใช่เป็นกรณีของการใช้อำนาจผูกขาดที่มีอยู่เหนือตลาดกระทำการบางอย่างเพื่อเป็นประโยชน์แก่ธุรกิจตนแล้วส่งผลเสียแก่ผู้บริโภค และระบบการแข่งขันในตลาดอย่างชัดเจน

จากการศึกษาในกลุ่มประเทศสมาชิก OECD\* พบว่าผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ (multi-product retailer) ซึ่งมีอำนาจในการต่อรองเหนือผู้ผลิต (Supplier /manufacturer) ได้กระทำการอันมีผลเสียต่อการแข่งขันหลายประการ ซึ่งพอจะสรุปพฤติกรรมต่างๆ ได้ดังนี้<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ, หน้า 201.

\* OECD ประกอบด้วยประเทศสมาชิก 30 ประเทศได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา สาธารณรัฐชิลี เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมันนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ ไอร์แลนด์ อิตาลี เกาหลี ลักเซมเบิร์ก เม็กซิโก นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ โปรตุเกส สาธารณรัฐสโลวาเกีย สเปน สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ ตุรกี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

<sup>49</sup> สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า “อำนาจต่อรองของผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ ในกลุ่มประเทศ OECD”วารสารเปิดโลกแข่งขันทางการค้า 2 (เมษายน 2545) : 1-3.

### 1) การเลือกปฏิบัติ ( Discrimination )

ผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองสามารถเลือกที่จะติดต่อกิจการกับผู้ผลิตซึ่งจะให้ประโยชน์แก่ตนในด้านอื่นนอกเหนือจากราคาที่ต่ำลง ตัวอย่างเช่น ห้าง Woolworth เป็นร้านค้าปลีกที่ใหญ่ที่สุดในออสเตรเลีย ซึ่งอบขนมปังเองแต่ก็ขายขนมปังของผู้ทำขนมปังอิสระชื่อ Tip Top ด้วย เมื่อร้านค้าปลีกอีกรายเริ่มลดราคาขนมปังของ Tip Top ห้าง Woolworth จึงกดดัน Tip Top ให้กำหนดราคาขายปลีกแก่ร้านค้าปลีกนั้นเพื่อที่จะให้ยุติการลดราคาดังกล่าว ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวคณะกรรมการการแข่งขันและผู้บริโภคแห่งออสเตรเลีย (ACCC) ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามการกำหนดราคาขายปลีกใน Trade Practice Act (กฎหมายการแข่งขันและคุ้มครองผู้บริโภคของออสเตรเลีย) และได้ปรับ Woolworth เป็นเงิน 1.25 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียในเดือนพฤษภาคม 1997 หรือในกรณีของบริษัท Toy “R” US (TRU) ซึ่งเป็นห้างค้าปลีกที่ขายของเล่นเด็กรายใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกา ทำความตกลงกับผู้ผลิตในลักษณะจำกัดการแข่งขันของผู้แข่งหลายประการ เช่น ไม่ให้ขายสินค้าชนิดเดียวกับที่ขายให้ TRU แก่ Warehouse Club ซึ่งเป็นห้างค้าปลีกของเล่นเด็กคู่แข่งที่กำลังเติบโตอย่างรวดเร็ว ซึ่งหากผู้ผลิตไม่ปฏิบัติตาม TRU ก็ขู่ว่าจะไม่ส่งสินค้าจากผู้ผลิตรายนั้นอีก เงื่อนไขดังกล่าวเป็นการทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการ 2 ราย

### 2) การขายสินค้าขาดทุนหรือการขายต่ำกว่าทุน ( Loss Leading )

การที่ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ลดราคาสินค้าลงอย่างมาก และบางครั้งต่ำกว่าทุนเป็นกลยุทธ์ทั่วไปในการดึงดูดลูกค้าเข้ามาในร้าน ซึ่งลูกค้าเหล่านี้ในที่สุดจะซื้อสินค้าประเภทอื่นในราคาปกติ การขายสินค้าขาดทุนหรือขายต่ำกว่าทุน แม้ว่าจะทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์ในระยะสั้นก็ตาม แต่หากในภายหลังผู้ประกอบการค้าปลีกหันมาใช้วิธีการกำหนดราคาที่ต่ำเกินควรเพื่อทำลายคู่แข่ง (Predatory Pricing) ก็เกิดผลเสียต่อกระบวนการแข่งขันได้เช่นกัน โดยผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการขายสินค้าขาดทุนหรือการขายต่ำกว่าทุนคือผู้ค้าปลีกย่อย ๆ ซึ่งจะต้องออกจากธุรกิจไปในที่สุด ตัวอย่างเช่น ร้านทำขนมปังขนาดเล็กในพื้นที่เดียวกันอาจต้องเลิกกิจการไป ถ้าหากร้านค้าปลีกขนาดใหญ่เลือกที่ขายขนมปังในราคาต่ำกว่าทุน นอกจากนี้การขายสินค้าขาดทุนหรือต่ำกว่าทุนยังอาจมีผลทำให้ผู้ผลิตจำเป็นต้องลดคุณภาพของสินค้าให้สอดคล้องกับราคาขายที่ต่ำลงอีกด้วย

### 3) การกำหนดราคาขายปลีกสูง

การกำหนดราคาขายปลีกสูงเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ผลิตสินค้าประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นยี่ห้อของตนเอง ( House Brand หรือ Private Label ) แข่งขันกับผู้ผลิตผู้ประกอบการค้าปลีกนั้นจะพยายามเพิ่มช่องว่างราคาระหว่างสินค้าของผู้ผลิตและสินค้านี้ยี่ห้อของตนให้มากขึ้น โดยการกำหนดให้ผู้ผลิตตั้งราคาสินค้าสูงกว่าราคาสินค้าของตนมาก ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีผลขัดขวางการแข่งขันและฝ่าฝืนข้อกำหนดในการกำหนดราคาขายปลีกในกฎหมายการแข่งขันของประเทศสมาชิก OECD

#### 4) การเรียกให้ซัพพลายเออร์จ่ายค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆที่ห้างค้าปลีกขนาดใหญ่กำหนด

ผู้ผลิตขนาดเล็กซึ่งไม่มีเงินทุนมากพอที่จะจ่ายค่าธรรมเนียมดังกล่าวจะได้รับการปฏิเสธจากร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ไม่ให้นำสินค้ามาวางขายในร้าน ซึ่งวิธีการดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการกีดกันผู้ผลิตขนาดเล็กรวมทั้งเป็นการสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตรายใหม่

ทั้งนี้พฤติกรรม 3 ประการแรกของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ล้วนส่งผลเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดค้าปลีกอย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของนานาประเทศก็พยายามที่จะควบคุมการกระทำดังกล่าวไม่ให้เกิดขึ้นด้วยการบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด ห้ามมิให้กระทำ (Prohibition approach) แต่อย่างไรก็ตาม ในพฤติกรรมที่กำหนดให้ซัพพลายเออร์ ต้องจ่ายเงินเป็นค่าใช้จ่ายในรายการต่างๆ เป็นจำนวนมาก จะถือเป็นการเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) หรือไม่นั้น คำถามนี้ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัดจากคณะกรรมการแข่งขันในประเทศไทยที่พัฒนาแล้ว ทั้งนี้เพราะตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ระบุว่า หากซัพพลายเออร์มีอำนาจตลาดสูง และไม่มีการผูกขาดในตลาดค้าปลีก การใช้อำนาจซื้อเรียกค่าใช้จ่ายต่างๆ จากซัพพลายเออร์จะเป็นประโยชน์ทำให้สวัสดิการในสังคมดีขึ้น หากผู้ค้าปลีกนั้นได้ส่งต่อผลประโยชน์ไปยังผู้บริโภคอย่างแท้จริง

โดยปกติแล้วหลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะกำหนดไว้เป็นแนวทางเดียวกันว่า พฤติกรรมดังต่อไปนี้ ถือเป็นการจำกัดหรือกีดกันทางการค้า อันขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า คือ

- 1) การใช้อำนาจเหนือตลาด (abuse of dominance)
- 2) การควบรวมธุรกิจ (merger)
- 3) การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (collusive practice หรือ agreement)

แต่ในเรื่องของการใช้อำนาจซึ่งเอาเปรียบซัพพลายเออร์อย่างไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกรายใหญ่นั้น ในบางประเทศจะจัดเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดภายใต้บทบัญญัติในเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่ในบางประเทศที่ไม่มีเรื่องบทบัญญัติดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวความคิด และทฤษฎีที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

##### 1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)

โดยทั่วไปแล้ว พฤติกรรมที่จัดว่าเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะเป็นพฤติกรรมที่จำกัดหรือกีดกันการแข่งขันในแนวตั้ง (vertical restrictions) ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างธุรกิจต่อธุรกิจด้วยกันเอง เช่น การเลือกปฏิบัติในการซื้อขายสินค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น การปฏิเสธที่จะประกอบธุรกรรมด้วยการบังคับซื้อสินค้าพ่วง การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นธรรม ฯลฯ พฤติกรรมเหล่านี้จะต่างจากพฤติกรรมที่เรียกว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal restrictions) เช่น การแบ่งตลาด การร่วมกันกำหนด



ราคาหรือปริมาณสินค้า หรือการฮั้วกันในการประมูล ซึ่งมักจะเป็นการกระทำของผู้ประกอบการเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภคมากกว่าที่จะเป็นการกลั่นแกล้งกันเอง และโดยทั่วไปแล้วพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งดังกล่าวมักจะปรากฏอยู่ในส่วนของการใช้อำนาจเหนือตลาด (abuse of dominance) ด้วย แต่ความแตกต่างกันก็คือ ในส่วนของ บทบัญญัติในการใช้อำนาจเหนือตลาดนั้นจะต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน กล่าวคือ จะต้องพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีเหตุผลในเชิงประสิทธิภาพ (efficiency defense) แต่กลับจะมีผลที่ทำให้การแข่งขันในตลาดลดลง ซึ่งสุดท้ายแล้วจะส่งผลเสียต่อผู้บริโภค แต่ในส่วนของบทบัญญัติของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจะต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกระทำมิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตลาด โดยอาจพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น รายได้ อัตรากำไร หรือโอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติทางการค้านั้น<sup>50</sup>

และจากการศึกษากฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ พฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) นั้นมีหลากหลายและแตกต่างกันมากในมุมมองของแต่ละประเทศ เนื่องจากพฤติกรรมที่จัดว่าเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นมิได้มีหลักทฤษฎีในเชิงวิชาการที่สามารถใช้อธิบายได้ดังเช่นในกรณีของการใช้อำนาจเหนือตลาด การกระทำการตกลงร่วมกัน หรือการรวมธุรกิจ ซึ่งล้วนเกี่ยวข้องกับทฤษฎีว่าด้วยการผูกขาดทางตลาดในทางเศรษฐศาสตร์ทั้งสิ้น แต่สำหรับการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น จะเกี่ยวข้องกับ “มาตรฐานของจรรยาบรรณในทางการค้า (business ethics)” เป็นหลัก<sup>51</sup> โดยพฤติกรรมเดียวกันอาจเป็นที่ยอมรับได้ในประเทศหนึ่ง แต่อาจถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมซึ่งต้องห้ามในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากปรัชญาหรือเป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน

โดยบางประเทศมองว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายที่จะคุ้มครองผู้บริโภคโดยการรักษากระบวนการแข่งขันในตลาด การบังคับใช้กฎหมายจึงเน้นเฉพาะการจำกัดพฤติกรรมที่อาจเป็นการทำลายกระบวนการแข่งขันในตลาดที่ทำให้การแข่งขันในตลาดลดลง ซึ่งสุดท้ายแล้ว จะส่งผลเสียแก่ผู้บริโภคในรูปแบบของราคา คุณภาพ หรือความหลากหลายของสินค้า ในมุมมองดังกล่าวพฤติกรรมทางการค้าในลักษณะใด ๆ แม้จะไม่ใช่เป็นธรรมในเชิงธุรกิจ แต่หากมิได้มีผลในการจำกัดการแข่งขันในตลาดโดยรวมแล้วจะเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องควบคุม หลักการดังกล่าวทำให้ประเทศเหล่านี้ไม่มีการจำกัดพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาด เพราะการกระทำของผู้ประกอบการเหล่านี้ถึงแม้ว่าจะเป็นกรกลั่นแกล้งผู้ประกอบการรายอื่น แต่จะไม่ส่งผลกระทบต่อภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวมไม่ทำให้ผู้บริโภคเสีย

<sup>50</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก, งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, สิงหาคม 2544, หน้า 3:13

<sup>51</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 : 12



ประโยชน์ แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่เน้นการแข่งขันในลักษณะเสรี โดยพิจารณาจากผลของการกระทำมากกว่าการกระทำในตัวของตัวเองว่าเป็นธรรมหรือไม่

ในทางตรงข้าม ประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ Unfair trade practice นั้นมองว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายไม่เพียงแต่ที่จะจำกัดพฤติกรรมที่ทำให้เกิดผลในทางลบต่อภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวมเท่านั้น แต่มีวัตถุประสงค์ที่จะวางกติกากในการแข่งขันในเชิงธุรกิจในลักษณะที่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการด้วยกันเองด้วย ฉะนั้นในมุมมองดังกล่าวแม้พฤติกรรมของผู้ประกอบการบางรายจะไม่มีผลกระทบต่อภาวะการแข่งขันในตลาด แต่หากมีลักษณะของการค้าที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ก็จะต้องถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้าม<sup>52</sup>

ดังนั้นเมื่อแนวความคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ถือว่าการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยบางประเทศอาจจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ไม่เป็นธรรมเลย เช่น อังกฤษ และสหภาพยุโรป แต่ในขณะที่บางประเทศจะบัญญัติถึงพฤติกรรมที่จัดเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ กรณีดังกล่าวจึงขอศึกษาบทบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ Unfair trade practice เพื่อนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีก รายใหญ่กับผู้ผลิตโดยเฉพาะรายย่อยดังต่อไปนี้

## 1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

ก่อนที่จะกล่าวถึงแนวทางในการควบคุมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนเห็นว่าความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในสหรัฐอเมริกามีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจกับบทบัญญัติในเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมพอสมควร โดยเฉพาะในด้านของพัฒนาการของกฎหมายอันมีผลต่อการนำบทบัญญัติเรื่อง การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาบัญญัติได้ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงในเบื้องต้น ดังนี้

### 1.2.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำความคิดเสรีนิยม (Liberalism) มีความเชื่ออย่างยิ่งว่าควรปล่อยให้การค้าดำเนินไปอย่างเสรี โดยให้ตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภค บทบาทของรัฐจำกัดอยู่ที่การสร้างกติกากในการแข่งขันของผู้ประกอบการให้เป็นธรรม ภายใต้นโยบายการแข่งขันเสรีอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าการกระทำใดที่มีผลทำให้การแข่งขันเสียไป เป็นสิ่งต้องห้ามไม่สมควรให้เกิดขึ้น ดังนั้น

<sup>52</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3:4, 3:5

รัฐจึงกำหนดมาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีลักษณะเข้มงวดเคร่งครัด โดยบัญญัติกฎหมายในลักษณะห้ามมิให้กระทำไว้ (Prohibition approach)<sup>53</sup>

ซึ่งสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ (large business enterprises) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาด (market power) ตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (abusive practices) จุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายนี้คือให้ตลาดมีการแข่งขันโดยเสรี มีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยรวม ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกสินค้าและบริการที่มีคุณภาพและราคาเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องการควบคุมโครงสร้าง (structural control) ของตลาดสินค้าและบริการไม่ให้มีลักษณะกระจุกตัว (concentration) พยายามลด ขัดขวางหรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้เพื่อแสวงหาอำนาจผูกขาด (antitrust) เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ได้โดยสะดวก<sup>54</sup>

กฎหมายที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทคือ The Sherman Act ซึ่งบัญญัติในปี 1890 โดยกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด ดังนี้

**มาตรา 1** \* บรรดาสัญญาหรือการรวมตัวกัน หรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือเป็นอันมิชอบด้วยกฎหมาย บรรดาบุคคลที่ทำสัญญารวมตัวกันหรือสมคบกันในลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมายข้างต้น ถือว่ามีความผิดโดยอาจต้องโทษปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคล และไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญสหรัฐกรณีบุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลเห็นสมควร

<sup>53</sup> กวี เปรมรัตน์ชัย, “การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 40-41.

<sup>54</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (ศึกษาทางด้านกฎหมาย) งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, สิงหาคม 2542, หน้า 2 : 1 – 2 : 3

\* Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000 or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court

มาตรา 2\* บุคคลใดกระทำหรือพยายามกระทำการผูกขาดหรือรวมตัวกัน หรือสมคบกันกับบุคคลอื่นใดเพื่อผูกขาดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐถือว่ามีความผิด โดยอาจต้องโทษปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคล และไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญกรณีบุคคลธรรมดาหรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลเห็นควร

ในมาตรา 1 ของ The Sherman Act ได้ห้ามการทำสัญญา (Contracts) การรวมตัวกัน (Combinations) หรือการสมคบกัน (Conspiracies) เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Restraint of trade) และมาตรา 2 เป็นเรื่องของการห้ามกระทำการผูกขาด (Monopolization) หรือพยายามที่จะผูกขาด (Attempt to Monopolize) เจตนารมณ์ก็เพื่อให้กฎหมายนี้เป็นเครื่องมือในการต่อต้านการรวมตัวกันทางธุรกิจที่มีการผูกขาด ซึ่งศาลสหรัฐก็ได้พยายามใช้หลักกฎหมายใน The Sherman Act นี้ตลอดมา เพื่อทำลายล้างปฏิบัติการที่เป็นการกีดกันทางการค้า และลดบทบาทของ Trust อันทำให้การผูกขาดลดลงได้ในระดับหนึ่ง ตัวอย่างเช่น การสลายตัวของ The Standard oil Company of New Jersey และการสลายตัวของบริษัท American Tobacco Company<sup>55</sup>

โดย Senator Sherman ได้กล่าวว่า กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่แต่เป็นการนำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีมาช้านาน และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปมาบังคับใช้ แต่ด้วยเหตุที่มีการคิดค้นรูปแบบใหม่ ๆ ของการจำกัดการค้าเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายมากขึ้น กฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่สามารถใช้บังคับครอบคลุมถึงการจำกัดการค้าใหม่ ๆ ในยุคนั้นได้จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะ

แต่ด้วยเหตุที่ The Sherman Act มีเพียง 3-4 มาตราที่ระบุถึงการกระทำที่เป็นความผิดและครอบคลุมการกระทำไว้อย่างกว้างขวาง<sup>56</sup> อันเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะกว้างและไม่ตายตัว ซึ่งเป็นเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทิ้งปัญหานี้ไว้ให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้แก้ไข ศาลสูงของสหรัฐจึงสร้างหลักแห่ง

\* Section 2 Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person \$350,000 or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

<sup>55</sup> วิบูลย์ ตั้งกิตติภาภรณ์, “การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 57-58.

<sup>56</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, หน้า 2 : 4

เหตุผล (Rule of Reason) ขึ้นมาใช้กับ Anti-trust Law ของสหรัฐฯ หมายความว่าศาลจะพิพากษาว่าการทำสัญญา การรวมตัวหรือการสมคบกันเพื่อจำกัดทางธุรกิจเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการจำกัดอย่างไม่สมควรและไม่มีเหตุผลเท่านั้น มิใช่ว่าการกระทำทุกอย่างที่มีผลเป็นการจำกัดทางธุรกิจจะเป็นความผิดไปเสียหมด\*

อย่างไรก็ตามจากข้อบกพร่องของ The Sherman Act ที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงกว้าง ๆ ไม่ชัดเจน ต่อมาเพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว สภานิติบัญญัติจึงได้ประกาศใช้กฎหมายอีก 2 ฉบับคือ The Clayton Act of 1914 และ The Federal Trade Commission Act of 1914 โดยมีวัตถุประสงค์ที่ต่างจาก The Sherman Act ที่มุ่งต่อต้านการผูกขาดเป็นหลัก แต่ The Clayton Act มีเป้าหมายที่จะยับยั้งการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรม<sup>57</sup>

ส่วน The Federal Trade Commission Act ได้ถูกตราขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1914 ภายหลังจากที่ สภานิติบัญญัติได้ผ่านร่าง The Clayton Act ได้เพียง 2-3 สัปดาห์ โดยรัฐมีความมุ่งหมายที่จะจัดตั้งองค์กรบริหารขึ้นเพื่อที่จะดำเนินการบริหารงานให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้มากยิ่งขึ้น<sup>58</sup> ซึ่งองค์กรที่ว่านี้คือ “คณะกรรมการการค้าสหพันธ์” (The Federal Trade Commission หรือ FTC.) โดยกฎหมายได้มอบอำนาจให้อย่างกว้างขวางในการที่จะตีความและบังคับตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับต่าง ๆ ของสหรัฐฯ และโดยเฉพาะภารกิจที่สำคัญคือการห้ามการแข่งขันในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ (Unfair methods of competition)

ต่อมาในภายหลังมีการออกกฎหมายอีกหลายฉบับเพื่ออุดช่องว่าง (loopholes) ของกฎหมายทั้งสามฉบับและเพื่อเป็นประโยชน์แก่สหรัฐฯ เองอีกด้วย อาทิเช่น Webb-Pomerene Act of 1918 ซึ่งบัญญัติยกเว้นให้มีการรวมกลุ่มของธุรกิจเพื่อการส่งออกได้ (export cartel) เช่นเดียวกับ Merchant Marine Act of 1920 กรณีประกันภัยทางทะเล และ Robinson-Patman Act of 1936 กำหนดความชัดเจนเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา Celler-Kefauver of 1950 ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการควบกิจการ เป็นต้น

---

\* ท่านผู้พิพากษา White ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้วางหลักนี้ในคำตัดสินคดี Standard Oil Co. V. United States 221 U.S. 1, (1911), cited in เข็มชัย ชูติวงศ์, “สภาพบังคับทางกฎหมาย เพื่อป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้า”, วารสารอัยการ, 4,37 (มกราคม 2524) : 53, อ้างถึงใน วรภา วรพิชโยทัย, นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีคดีฟูจิ โกดัก (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 52.

<sup>57</sup> ประพจน์ คณาวิทยา, “ประสิทธิภาพและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 81.

<sup>58</sup> ประพจน์ คณาวิทยา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

### 1.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)

แม้แต่เดิม The Sherman Act จะมุ่งต่อต้านการผูกขาดเป็นหลัก แต่ต่อมาก็ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติ The Clayton Act มาเพื่อขยายเป้าหมายไปสู่การยับยั้งการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมด้วย<sup>59</sup> กล่าวคือ The Clayton Act ได้ขยายรายละเอียดของการประกอบธุรกิจการค้าโดยมิชอบ เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรู้และคาดได้ว่ากรกระทำใดเป็นการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายและเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้ใช้ได้กับการรวมตัวทุกรูปแบบที่มีการพัฒนารูปแบบของการจำกัดทางการค้าหรือพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาด ซึ่งมีลักษณะพิเศษ 4 รูปแบบ อันได้แก่

- (1) การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (Price discrimination)
- (2) การบังคับให้ติดต่อกิจเฉพาะกับตน (exclusive dealing)
- (3) การควบรวมกิจการ (acquisitions of competing companies)
- (4) การรวมอำนาจบริหารจัดการ (interlocking directorates)<sup>60</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่า The Clayton Act เป็นบทบัญญัติที่ได้วางแนวทางเกี่ยวกับรูปแบบการประกอบธุรกิจการค้าโดยมิชอบที่กฎหมายเล็งเห็นว่ารูปแบบพฤติกรรมดังกล่าว อาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดได้ แม้ว่าพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบจะมีได้เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominance) ซึ่งจะเป็นความผิดในตัวเอง (per se rule) เพราะมีผลร้ายแรงต่อกระบวนการแข่งขัน หากแต่เป็นพฤติกรรมที่จัดว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจบางประการที่จะทำให้บรรลุถึงผลประโยชน์ของธุรกิจตนโดยมิชอบ ฉะนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่ จึงต้องพิจารณาถึงระดับของผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำว่าเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก (substantially to lessen competition) หรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่ง (any line of commerce) หรือไม่<sup>61</sup>

บทบัญญัติใน The Clayton Act ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจซื้ออย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่นั้น FTC ได้นำเอามาตรา 2 ซึ่งว่าด้วยเรื่องของการควบคุมการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination) มาปรับใช้ โดยเฉพาะในส่วนที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา (a) – (f) ของ The

<sup>59</sup> ประพจน์ คณาวิทยา, “ประสิทธิภาพและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 81.

<sup>60</sup> จันทลักษณ์ โชติรัตนดิถ, “กฎหมายป้องกันการผูกขาดกิจการโทรคมนาคม”, *วารสารนิติศาสตร์* 23,4 (ธันวาคม 2536) : 666, อ้างถึงใน วราภา วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีคดีฟูจิ โกดัก,” หน้า 52.

<sup>61</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย*, หน้า 2 : 5.



Robinson-Patman Act of 1936 ประกอบกับ The Federal Trade Commission Act. มาตรา 5 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 2 ของ The Clayton Act ว่าด้วยเรื่องการทำกรงกระทำอันเป็นการกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ซื้อต่างรายกัน ซึ่งจะทำให้ระบบตลาดลดลง บทบัญญัตินี้มีความมุ่งหมายที่จะแก้ปัญหาการปฏิบัติเพื่อจำกัดคู่แข่งให้หมดไป หรือเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างชัดเจน (substantially lessen competition) ดังนั้น การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาที่มีได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน (Injury to competition) จึงไม่ถูกห้ามมิให้กระทำแต่อย่างใด<sup>\*</sup>

ด้วยคำที่ใช้ในบทบัญญัติมาตรา 2 นี้มีความหมายกว้างขวางมาก ทำให้ศาลแปลความบทบัญญัติมาตรา 2 แตกต่างกันไป โดยในคดี Goodyear Tire & Rubber Co. 22 V FTC 232 (1936) ศาลได้วางหลักข้อยกเว้นแก่ผู้ขายจากการลดราคาตามจำนวนที่ซื้อ (Quantity discount) ว่าไม่เป็นการละเมิดกฎหมาย โดยในคำตัดสินนั้นมิได้กล่าวถึงการเปลี่ยนแปลงในต้นทุนจากปริมาณการขายที่แตกต่างกันแต่อย่างใด (cost justification) ผลจากคำพิพากษานี้จึงก่อให้เกิดความได้เปรียบแก่ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ รวมทั้งกลุ่มร้านค้าปลีกแบบลูกโซ่ (Chain store) เป็นอย่างมาก<sup>62</sup> ทั้งนี้เพราะผู้ประกอบการดังกล่าวเป็นกลุ่มที่ได้รับประโยชน์จากการที่

---

<sup>\*</sup> บทบัญญัติมาตรา 2 ของ The Clayton Act ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Robinson Patman Act มีดังนี้

it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly to discriminate in price between different purchasers of commodities, which commodities are sold for use, consumption or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, where the effect of such discrimination may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce: Provide, That nothing herein contained shall prevent discrimination in price between purchasers of commodities on account of differences in the grade, quality or quantity of the commodity sold, or that makes only due allowance for difference in the cost of selling or transportation, discrimination in price in the same or different communities made in good faith to meet competition. And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transaction and not in restraint of trade.

<sup>62</sup> Terry Calvani and Glide Breidenbach, "An introduction to the Robinson Patman Act and its enforcement by the government," *Antitrust Law Journal*, 59 ( 1990 -1992 ) : 767-768 อ้างถึงในกี ปรมรัตน์ชัย, "การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า44.

ตนมีกำลังซื้อซึ่งย่อมมีการลดราคาอย่างมากตามมาด้วย เป็นผลให้บรรดาร้านค้าปลีกเล็ก ๆ ต่างพากันรวมตัวกันจัดตั้งสหกรณ์ (corporations) เพื่อให้เกิดประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (Achieve scale economics) และเพื่อเพิ่มอำนาจซื้อ (buying power) ทั้งนี้เพื่อแข่งขันกับกลุ่มร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ จึงได้มีการเรียกร้องให้รัฐสภาหรือออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากผู้มีอำนาจซื้อรายใหญ่ดังกล่าว<sup>63</sup> ต่อมาจึงได้มีการผ่านร่างกฎหมาย The Robinson Patman Act ออกมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมความชัดเจนให้กับบทบัญญัติมาตรา 2 ของ The Clayton Act.<sup>64</sup> ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้<sup>64</sup>

“การกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ซื้อต่างรายกันในสินค้าที่มีระดับและคุณภาพเหมือนกัน ซึ่งเป็นผลให้การแข่งขันลดน้อยลง หรือมุ่งที่จะเสริมสร้างการผูกขาดถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย”

อย่างไรก็ตามการกำหนดราคาโดยการเลือกปฏิบัติสามารถกระทำได้ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้ :-  
ถ้าหากผู้ขายสามารถแสดงหลักฐานให้ปรากฏว่า

(1) การกระทำนั้นกระทำด้วยความสุจริตใจและไม่อยู่ในสภาพที่จะเป็นผลให้เกิดการจำกัดทางการค้าหรือผูกขาด

(2) เพราะเหตุระดับความแตกต่างของต้นทุนการขาย หรือการขนส่ง และคุณภาพที่แตกต่างกัน

(3) เพราะเหตุปริมาณต่างกัน

(4) เพราะเหตุมีเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป

(5) เพราะความจำเป็นที่จะก่อให้เกิดการแข่งขัน

(6) เพราะเป็นสหกรณ์

The Robinson-Patman Act ยังได้บัญญัติอนุญาตให้ขายปริมาณส่วนลดราคาได้เฉพาะกรณีที่ผู้ขายสามารถแสดงหลักฐานให้ประจักษ์ถึงรายรับรายจ่ายที่แท้จริงในด้านเศรษฐกิจของ ต้นทุนการผลิต การขาย และการขนส่งของผู้ขาย รวมไปถึงกรณีที่สินค้าเป็นสินค้าเนาเป็อย่างง่าย หรือสินค้าตามฤดูกาล หรือในกรณีของการเลิกกิจการยังได้กระทำด้วยสุจริตใจก็สามารถกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติได้

นอกจากนี้ The Robinson Patman Act ยังได้บัญญัติห้ามไปถึงการกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติในทางอ้อมด้วย เช่นกรณีดังต่อไปนี้

<sup>63</sup> Ibid., p. 768.

<sup>64</sup> ประพจน์ คณาวิทยา,,เรื่องเดียวกัน, หน้า 81-82.

(1) การจ่ายเงินสำหรับค่านายหน้า (Commission) ค่าธรรมเนียม (Fees) หรือการหักส่วนลด (Discounts) ส่วนที่ยอมให้ (Allowances) เมื่อการจ่ายเงินดังกล่าวไม่มีค่าบริการเป็นการแลกเปลี่ยนตอบแทนกัน ทั้งนี้รวมไปจนถึงการให้สินค้าโดยไม่คิดราคา (Free goods) ด้วย

(2) การให้พิเศษสำหรับการโฆษณา หรือการบริการในทางการค้าอย่างอื่นที่ไม่ได้ เว้นแต่ว่าการให้นี้ได้เสนอแก่ลูกค้าผู้แข่งขันทุกคนบนพื้นฐานเดียวกัน หรือมีโอกาสได้รับผลประโยชน์เท่าเทียมกัน

จะเห็นได้ว่าจุดมุ่งหมายของ The Robinson Patman Act คือการวางมาตรการเพื่อปกป้องกลุ่มผู้ค้าปลีกรายย่อยและบรรดาซัพพลายเออร์รายเล็ก ๆ จากการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมที่เกิดจากการกระทำในแนวตั้งของเครือข่ายผู้ค้าปลีกขนาดใหญ่ (the major legislative purpose behind the Robinson-Patman Act was to provide some measure of protection to small independent retailers and their independent suppliers from what was thought to be unfair competition from vertically integrated, multi-location chain stores.<sup>65</sup> ทั้งนี้ เพราะผู้ร่างกฎหมายเชื่อว่าผู้ซื้อที่มีอิทธิพล เช่น ผู้ค้าปลีกรายใหญ่อาจใช้อำนาจทางการตลาดบังคับในเรื่องของราคาจากผู้ผลิตและผู้ขายรายอื่น ๆ อย่างที่คู่แข่งรายเล็ก ๆ กว่าจะทำไม่ได้นั่นเอง

### 1.2.3 กรณีศึกษา คดี Toys “R” US กับพฤติกรรมเลือกปฏิบัติทางด้านราคา

คดี Toys “R” US เป็นกรณีศึกษาที่ชัดเจนในเรื่องของการใช้อำนาจซื้อของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ซัพพลายเออร์ของตนให้กระทำการบางอย่างเพื่อเป็นการจำกัดโอกาสในการแข่งขันของคู่แข่งซึ่งเป็นผู้ค้าปลีกสินค้าชนิดเดียวกันอย่างไม่เป็นธรรม อันส่งผลเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันในตลาด ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้<sup>66</sup>

#### ข้อเท็จจริงในคดี

แต่เดิมบริษัท Toys “R” US (TRU) เป็นผู้ค้าปลีกของเล่นรายใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกา โดยมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 30% ของตลาดของเล่นทั้งหมด ต่อมาห้าง Warehouse Club ได้เข้าสู่ตลาดผู้ค้าปลีกของเล่น และกลายเป็นคู่แข่งสำคัญกับ Toys “R” US ด้วยอัตราการเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว จากที่เริ่มต้นเปิดแห่งแรกเมื่อปี 1976 และขยายเครือข่ายสาขาอย่างรวดเร็วจนในปี 1992 มีสาขาทั้งหมด 600 ร้าน และด้วยเทคนิคการประหยัดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ทำให้ห้าง Warehouse Club สามารถขายสินค้า brand name ได้ในราคาถูกลงกว่าผู้ค้าปลีกรายใหญ่ในสหรัฐหลายราย และที่สำคัญราคาสินค้าของห้าง Warehouse Club จะต่ำกว่าราคาของ Toys “R” US โดยคณะกรรมการ FTC พบว่า Margins ของ Toys “R” US จะอยู่ที่ 30% จากต้นทุน ในขณะที่ห้าง Warehouse Club จะอยู่ประมาณ 9% ช่วงปลายปี 1980 ห้าง Warehouse Club เริ่มมีความสำคัญมากขึ้นและสามารถเลือกซื้อสินค้าจากผู้ผลิตของเล่นได้อย่างเต็มที่

<sup>65</sup> OECD. 1999. *Buying Power of Multiproduct Retailers*. DAF/CLP (99) 21, Paris. p. 232.

<sup>66</sup> เรียบเรียงจาก OECD 1999, *ibid*, p.227-232.

ต้นปี 1989 Toys “R” US มีความกังวลว่าห้าง Warehouse Club จะเข้ามาเป็นคู่แข่งสำคัญในด้านสินค้าราคาถูกกับตน แม้ Toys “ R” US จะได้ลดราคาสินค้าลงแต่ก็ไม่อาจสู้ราคาของห้าง Warehouse Club ได้ Toys “ R” US จึงได้เริ่มเจรจากับซัพพลายเออร์บางรายให้ปฏิเสธหรือจำกัดการส่งสินค้าบางชนิดที่สำคัญให้กับห้าง Warehouse Club โดยในขั้นต้น Toys “R” US ได้แจ้งต่อซัพพลายเออร์ว่าจะไม่ซื้อสินค้าจากผู้ผลิตที่ขายให้กับห้าง Warehouse Club ซึ่งหลังจากการต่อรองกันยาวนานระหว่าง Toys “R” US กับผู้ผลิตของเล่น ปรากฏว่า Toys “R” US ได้ขอให้ซัพพลายเออร์ขายสินค้าให้ Warehouse Club เฉพาะสินค้าที่แตกต่างมาก ๆ (ซึ่งอาจเป็นสินค้าราคาแพงกว่า หรือสินค้าที่ขายเป็นชุดให้กับ Warehouse Club ที่เรียกว่า Combo Package\* และขอให้ Toys “R” US ได้พิจารณาเลือกซื้อสินค้าก่อนขายให้กับห้าง Warehouse Club

Toys “R” US ไม่เพียงแต่เป็นนโยบาย “Club” เท่านั้น แต่ได้ไปพบปะเจรจากับบรรดาซัพพลายเออร์ให้ยินยอมด้วยว่าเข้าใจนโยบายและยินดีทำตาม ซึ่งคณะกรรมการ FTC ได้พบว่ามี การกระทำบางอย่างที่สามารถพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของข้อตกลงหรือการเจรจาตกลงดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ซัพพลายเออร์บางรายเสนอสินค้าของ Club ให้ Toys “R” US พิจารณาเลือกซื้อก่อน และในบางครั้ง Toys “R” US ก็ได้เจรจากับต้นให้ซัพพลายเออร์บางรายลงเลิกที่จะต้องยินยอมตามนโยบายของ Club และเมื่อเกิดการผิดสัญญาขึ้น Toys “R” US ก็จะทำให้คู่สัญญานั้นจ่ายค่าชดเชยหรือทำการตกลงกันใหม่

#### ความเห็นของคณะกรรมการ FTC

คณะกรรมการ FTC พบว่าผลจากการทำสัญญาเหล่านี้ทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมากดังต่อไปนี้ (Competition was substantially restrained in the following respects:)

1. นโยบายที่ไม่แน่นอนของการขายสินค้าดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคไม่มีข้อมูลเปรียบเทียบในด้านราคา
2. นโยบายขายสินค้าเป็น packages ให้กับ Warehouse Club ทำให้ราคาของเล่นเฉลี่ยที่ Warehouse Club เพิ่มสูงขึ้น
3. การเติบโตอย่างรวดเร็วของยอดขายของ Warehouse Club หยุดชะงัก ถดถอย
4. ที่สำคัญที่สุด การแข่งขันทางด้านราคาจาก Warehouse Club ที่จะทำให้ Toys “R” US ต้องลดราคาสินค้าลงต้องหยุดชะงักและทำได้ยาก

#### มติและคำสั่งของคณะกรรมการ FTC

คณะกรรมการจึงมีมติเห็นว่า Toys “R” US มีความผิดฐานละเมิด Anti-trust Law ในส่วนของ Federal Trade Commission มาตรา 5 และ The Clayton Act ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Robinson Patman Act โดยถือว่าเป็นการใช้สถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจค้าปลีกของเล่นเด็กเพื่อให้

---

\* เป็นลักษณะของการเสนอขายสินค้า 2-3 ชนิดรวมกันเป็นชุด (packages) โดยไม่แยกขาย

ราคาของเล่นเด็กสูงเช่นเดิม และทำให้ทางเลือกของผู้บริโภคลดลง คณะกรรมการ FTC จึงสั่งให้ Toys R US หยุดการกระทำดังกล่าวในเดือนตุลาคม 1998

จากคดี Toy “R” US จะเห็นได้ว่าที่คณะกรรมการ FTC มีมติว่า Toys “R” US มีความผิดและสั่งให้หยุดการกระทำดังกล่าว เนื่องจาก

1. เป็นการกระทำโดยผู้มีอำนาจในตลาด (ส่วนแบ่งตลาด 30%)
2. กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา และขัดต่อ “วิธีการแข่งขันที่เป็นธรรม (Unfair methods of Competition) และ
3. มีผลให้การแข่งขันในตลาดลดลง

เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมาย The Clayton Act นี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะบัญญัติในเรื่องของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade practice) ลงไปอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในประเด็นของการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดดังกล่าว ที่ความเสียหายจากพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบจะต้องเกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน มิใช่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกระทำตามแนวทางของเรื่องการปฏิบัติของทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบทบัญญัติใน The Clayton Act จะไม่เข้าไปควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่กระทำการบางอย่างอันเป็นการเอาเปรียบผู้ประกอบธุรกิจอื่นจนได้รับความเสียหาย แต่ในระดับที่ The Clayton Act บัญญัติควบคุมอยู่นั้นได้เน้นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน ซึ่งนั่นย่อมเป็นการรวมเอาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการรายที่ถูกกระทำไปในตัว ทั้งนี้เพราะเมื่อการกระทำผิด (ในพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบ) เกิดผลเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดเดียวกันนั้นย่อมถูกกระทบไปด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ฉะนั้นเมื่อความเสียหายของผู้ประกอบธุรกิจถูกรวมอยู่ในความเสียหายของระบบตลาดแล้ว จึงอนุมานได้ว่า The Clayton Act นี้มีบทบัญญัติส่วนหนึ่งที่ เกี่ยวเนื่องกับการควบคุมการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย แต่ในทางกลับกัน หากการกระทำดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการบางรายเท่านั้น พฤติกรรมเช่นนี้ย่อมไม่ถือเป็นความผิดตามแนวทางของ The Clayton Act ทั้งนี้เพราะเจตนารมณ์แรกเริ่มเดิมทีของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐ (The Sherman Act) เน้นที่การรักษากระบวนการแข่งขันให้มีประสิทธิภาพมากกว่าที่จะปกป้องผู้ประกอบการรายย่อยที่ถูกกลั่นแกล้ง ฉะนั้นแม้ว่าบ่อเกิดของ The Robinson Patman Act จะเกิดขึ้นจากความห่วงใยในเรื่องอำนาจซื้อที่ผู้ค้าปลีกรายใหญ่มีต่อซัพพลายเออร์และผู้ค้าปลีกรายเล็ก แต่ศาลสูงสุดก็ได้แสดงให้เห็นในหลาย ๆ คดีว่า กฎหมายดังกล่าวจะต้องถูกตีความให้เข้ากับนโยบายที่กว้างขวางของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐ (เช่นในคดีของ Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp. ศาลได้กล่าวว่า “กฎหมายจะเอาผิดกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาเฉพาะที่ส่งผลเสียหายต่อการแข่งขันเท่านั้น เพราะสภา Congress ไม่ต้องการห้ามราคาที่แตกต่างกันที่เกิดจากกระบวนการแข่งขัน” (Act condemns price discrimination only to the extent that it threatens to injure



competition. Congress did not intend to outlaw price differences that result from or further the forces of competition.)<sup>67</sup>

### 1.3 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

#### 1.3.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย

ตั้งแต่ในสมัยเมจิจนถึงปลายสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลญี่ปุ่นไม่เคยให้การสนับสนุนนโยบายการค้าเสรีแต่อย่างใด กล่าวคือรัฐบาลในสมัยนั้นกลับให้การส่งเสริมให้เอกชนเกิดการรวมตัวกันของผู้ประกอบการธุรกิจในรูปของ Cartel โดยรัฐบาลได้เริ่มเป็นผู้ประกอบการเองก่อนโดยเฉพาะในอุตสาหกรรมสำคัญ ๆ เช่น เหล็กแร่ ต่อเรือ ทอผ้า และหลังจากนั้นก็ขยายต่อให้เอกชนในราคาถูก และรัฐบาลก็ได้ลดบทบาทของตนเอง แต่ก็ยังให้การช่วยเหลือตลอดจนให้ความคุ้มครองในการดำเนินธุรกิจดังกล่าว ส่งผลให้เศรษฐกิจของญี่ปุ่นตกอยู่ในอำนาจครอบงำทางเศรษฐกิจของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่เพียงไม่กี่บริษัท

แต่ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ภายใต้อำนาจของฝ่ายพันธมิตรผู้ชนะสงคราม ส่งผลให้ญี่ปุ่นต้องดำเนินนโยบายด้านอุตสาหกรรมแบบเสรีขึ้น มาตรการพิเศษ ต่าง ๆ ได้ถูกนำมาใช้เพื่อพัฒนาพื้นฐานความต้องการทางด้านเศรษฐกิจและสังคมประชาธิปไตย และในส่วนของ การดำเนินนโยบายทางอุตสาหกรรมนั้น เป้าหมายหลักก็คือการทำลายการรวมตัวของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ต่าง ๆ โดยล้มเลิกมาตรการทั้งหลายอันเป็นการสนับสนุนให้เกิดการผูกขาดและสร้างกฎเกณฑ์เพื่อการแข่งขันโดยเสรี ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการกระจายอำนาจทางเศรษฐกิจ และยุบองค์การเอกชนที่ทำหน้าที่ควบคุมเศรษฐกิจลง โดยมุ่งเน้นที่จะสร้างโครงสร้างเชิงสถาบันซึ่งภาคเอกชนจะมีโอกาสที่จะแข่งขันกันได้อย่างเท่าเทียมกันภายใต้การค้าแบบเสรี อันนำมาซึ่งการประกาศใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Anti-Monopoly Act 1947 หรือ AMA ในปี 1947) และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าโดยธรรม (The Fair Trade Commission : JFTC) ขึ้นมาในปีเดียวกัน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบังเกิดผล โดย AMA นั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากสหรัฐอเมริกา<sup>68</sup>

แม้ต่อเมื่อองค์การกำลังพันธมิตรถอนกำลังออกไปในปี 1953 ญี่ปุ่นจะได้มีการแก้ไขกฎหมาย AMA ฉบับปี 1947 เพื่อผ่อนคลายความเข้มงวดลง แต่กระนั้นในปีต่อ ๆ มาญี่ปุ่นก็ได้กลับมาแก้ไข

<sup>67</sup> Ibid., p. 232

\* กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น มีชื่อเต็มว่า “กฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินธุรกิจอย่างยุติธรรมและป้องกันการผูกขาดในภาคเอกชน” (Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade)

<sup>68</sup> วรภา วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลกศึกษารณคดีฟูจิ-โกดัก,” หน้า 62-64.

กฎหมาย AMA ใหม่เพื่อให้ความเข้มงวดมากยิ่งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ\*

- (1) ปกป้องผลประโยชน์ทั่วไปของผู้บริโภค และ
- (2) เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประชาธิปไตยและเศรษฐกิจของประเทศ

ซึ่งกลไกในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แก่การส่งเสริมให้การแข่งขันเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

- กระตุ้นให้มีการก่อตั้งกิจการขึ้นใหม่
- สนับสนุนกิจกรรมทางด้านธุรกิจต่าง ๆ
- เพิ่มจำนวนการว่าจ้างแรงงานและเพิ่มระดับรายได้<sup>69</sup>

โดย AMA ได้บัญญัติให้การกระทำ 3 ประเภทต่อไปนี้เป็นความผิดหลัก (three main pillars) <sup>70</sup>

- 1) การผูกขาดโดยเอกชน (private monopolization)
- 2) การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (unreasonable restraint of trade)
- 3) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)

### 1.3.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)<sup>71</sup>

การห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นบทบัญญัติหลักบทหนึ่งในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น โดยมาตรา 19 ของ AMA บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจใดในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม (No entrepreneur shall employ unfair trade practices) ซึ่งพฤติกรรมอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมนั้น มาตรา 2 (9) ได้ให้คำนิยามไว้โดยกำหนดตัวลักษณะของการกระทำไว้อย่างกว้าง ๆ 6 ประการด้วยกัน ได้แก่

---

\* Section 1 of the AMA "...to promote free and fair competition, to stimulate the creative initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprises, to heighten the level of employment and people's real income and thereby to promote the democratic and wholesome development of the national economy as well as to assure the interests of consumers in general. "As means to these purposes, the AMA eliminates "any unreasonable constraint to business activities, "Such as restraint on price, by "prohibiting private monopoly, unreasonable restraint of trade and unfair trade practices, and preventing excessive concentration of market power."

<sup>69</sup> วราภา วรพิชโยทัย, "นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีคดีฟูจิ-โกดัก," หน้า 70.

<sup>70</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (การศึกษาด้านกฎหมาย), หน้า 1 : 6

<sup>71</sup> คันคว่าเพิ่มเติมและเรียบเรียงจากสุธีร์ ศุภนิตย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น,"วารสารนิติศาสตร์, 3 (กันยายน 2527) หน้า 209-210.

- 1) การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร (Unreasonable discrimination)
- 2) การกำหนดราคาอย่างไม่เหมาะสม (Unreasonable price)
- 3) การชักจูงหรือบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งชั้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรเพื่อให้หันมาติดต่อกับตน (Unreasonable inducement)
- 4) การดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตนโดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม (unjust restriction)
- 5) การดำเนินธุรกิจร่วมกับผู้อื่นโดยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าบีบบังคับอย่างไม่เป็นธรรม (abuse of one's dominant position)
- 6) การเข้าไปแทรกแซงกิจการของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (Unreasonable inference in the affairs of competitor)

ซึ่งการกระทำทั้ง 6 ประการนั้นแต่ละประการล้วนมีแนวโน้มที่จะทำลายการแข่งขันอย่างยุติธรรมในระหว่างบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดนั้นทั้งสิ้น<sup>72</sup>

โดย FTC ได้อธิบายว่ารูปแบบการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดเงื่อนไขดังต่อไปนี้ ข้อใดข้อหนึ่งไปคือ

- 1) ขาดการแข่งขันโดยอิสระระหว่างผู้ประกอบการ (existence of competition)
- 2) ไม่มีการแข่งขันอย่างอิสระในเรื่องของราคา คุณภาพและบริการ (methods of competition)
- 3) ผู้ประกอบการไม่สามารถตัดสินใจในเรื่องการต่อรองและเงื่อนไขได้อย่างอิสระ (Free decision making in business)<sup>73</sup>

ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ FTC ที่จะประกาศเพื่อกำหนดว่าการประกอบธุรกิจแบบใดจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม (The FTC is empowered by its quasi-legislative

<sup>72</sup> เรียบเรียงจาก Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2<sup>nd</sup>.ed., (London, oxford university Press, 1999) P. 319-328.

<sup>73</sup> T. Hienuki in : Atsuya ed., cited in., Hiroshi Oda, *Japanese Law*, P.320.

power to designate unfair trade practice)<sup>74</sup> โดยพิจารณาว่ามีการประกอบธุรกิจแบบใดบ้างที่จะอยู่ในตัวอย่างการกระทำทั้ง 6 ประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ในการดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ FTC ได้แบ่งรูปแบบของการประกอบธุรกิจที่จะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ<sup>75</sup>

1. กลุ่มทั่วไป (Generally Designated)
2. กลุ่มเฉพาะ (Specially Designated)

### 1 รูปแบบพฤติกรรม unfair trade practice ในกลุ่มทั่วไป

ในเรื่องของการกำหนดกลุ่มทั่วไปที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมนั้น เป็นการกำหนดรูปแบบการประกอบธุรกิจที่จะใช้บังคับแก่อุตสาหกรรมทุกประเภทโดยทั่วไป ซึ่งเท่าที่ผ่านมาใน Fair Trade Commission Notification No.15 of 1982<sup>76</sup> ได้ระบุการกระทำไว้ 16 ประการที่ JFTC เห็นว่าเป็นพฤติกรรมที่มีผลเป็นการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมตามมาตรา 19 ซึ่งสามารถจัดเป็นกลุ่มพฤติกรรมตามลักษณะการกระทำที่ตามมาตรา 2 (9) กำหนดค่านิยามไว้ 6 กลุ่ม ได้แก่

#### 1) การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร (Unreasonable discrimination) ซึ่งได้แก่

(1) การร่วมกันปฏิเสธที่จะทำการค้าด้วย (Concerted Refusal to Deal) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันกระทำการ (Concerted or group boycotts) ดังต่อไปนี้

1) ปฏิเสธที่จะทำการค้ากับผู้ประกอบการบางราย หรือจำกัดในเรื่องปริมาณหรือวัตถุประสงค์ของสินค้าหรือบริการ รวมตลอดถึงการติดต่อในทางธุรกรรมกับผู้ประกอบการบางรายโดยไม่มีเหตุผลอันควร หรือ 2) เป็นสาเหตุให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ กระทำตาม 1)

(2) การปฏิเสธโดยประการอื่นที่จะไม่ทำการค้า ( Other Refusal to Deal) เป็นพฤติกรรมเดียวกับการร่วมกันปฏิเสธที่จะทำการค้า (Concerted Refusal to Deal) ในพฤติกรรมที่กล่าวไว้ในข้อ (1) เพียงแต่เป็นการกระทำโดยผู้ประกอบการรายเดียว (individually) ที่ทำการปฏิเสธที่จะทำการค้ากับผู้ประกอบการบางรายหรือกระทำการบางอย่างที่เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ กระทำการอย่างเดียวกัน

<sup>74</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2<sup>nd</sup> ed., (London, Oxford University Press, 1999), pp.319-320.

<sup>75</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น”, *วารสารนิติศาสตร์* 3 (กันยายน, 2527) หน้า 209-210.

<sup>76</sup> Fair Trade Commission Note Fiction No. 15 of 1982 [Online]. Available from <http://www2.jft.go.jp/e-page/legislation/unfair.html>

(3) การเลือกปฏิบัติในด้านราคา (Discriminatory Pricing) โดยปกติแล้วการตั้งราคาสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันย่อมไม่เป็นความผิด เว้นแต่การกระทำนั้นจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่นมีพฤติกรรมการจัดส่งหรือยอมรับสินค้าหรือบริการในราคาที่ไม่เท่าเทียมกันในระหว่างพื้นที่ต่าง ๆ กัน หรือในระหว่างผู้ประกอบการต่าง ๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(4) การเลือกปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจ (Discriminatory Treatment on Transaction Term, etc.) เป็นการเลือกที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา หรือปฏิบัติตามสัญญาอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่นการเลือกปฏิบัติในวิธีการชำระเงิน

(5) การเลือกปฏิบัติโดยสมาคมทางการค้า (Discriminatory Treatment in a Trade association, etc.) เป็นพฤติกรรมที่ไม่ยอมให้ผู้ประกอบการบางรายเข้าสมาคมการค้าด้วยอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือไม่ยอมให้ทำกิจกรรมด้วย อันทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นเกิดความยากลำบากในการประกอบธุรกิจในตลาดนั้น ๆ

## 2) การกำหนดราคาอย่างไม่เหมาะสม (Unreasonable price) ได้แก่

(1) การกำหนดราคาขายต่ำเกินควร (Unjust Low Price Sales) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการจัดส่งสินค้าหรือบริการอย่างต่อเนื่องในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนอย่างมากหรือในราคาที่ไม่ต่ำอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการประกอบธุรกิจขึ้นสำหรับผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน ตัวอย่างเช่น พฤติกรรมการขายตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (Predatory pricing) เป็นต้น

(2) การกำหนดราคาซื้อสูงเกินควร (Unjust High Price Purchasing) พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ซื้อสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ในราคาที่สูงกว่าปกติ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรก็อาจส่งผลเสียหายต่อผู้ประกอบการแข่งขันในตลาดเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การรับซื้อสินค้าในราคาที่สูงเกินควร อันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการรายอื่น หรือการจงใจซื้อสินค้าจากซัพพลายเออร์ในราคาที่สูงกว่าต้นทุนของสินค้า House Brand ของตน เป็นต้น

## 3) การชักจูงหรือบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เพื่อให้หันมาติดต่อกับตน (Unreasonable inducement) ได้แก่

(1) การชักจูงลูกค้าโดยการหลอกลวง (Deceptive customer Inducement) เป็นการชักจูงลูกค้าของคู่แข่งให้มาค้ากับตนเองอย่างไม่ยุติธรรม โดยทำให้เกิดความเข้าใจผิดว่าวัสดุของสินค้าหรือบริการของตนเองหรือการทำธุรกิจกับตนเองนั้นดีกว่าคู่แข่งเป็นอย่างมาก เช่นการโฆษณาสินค้าหรือบริการด้วยข้อความเท็จ



(2) การชักจูงลูกค้าด้วยผลประโยชน์ที่ไม่ถูกต้อง (Customer Inducement by Unjust Benefits) เป็นพฤติกรรมการชักจูงลูกค้าของคู่แข่งให้มาค้ากับตนเองโดยการเสนอผลประโยชน์ให้อย่างไม่สมเหตุสมผลสำหรับการประกอบธุรกิจตามปกติธรรมดาอันเป็นเหตุให้คู่แข่งของตนประสบปัญหาในการประกอบธุรกิจ

(3) การขายพ่วงสินค้า (Tie-in sales, etc) พฤติกรรมใด ๆ ที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากตนเองหรือจากผู้ประกอบการที่ตนเองกำหนดด้วยการขายพ่วงสินค้าหรือบริการ หรือบังคับให้ฝ่ายดังกล่าวทำการค้ากับผู้ประกอบธุรกิจที่ตนกำหนดขึ้น

#### 4) การดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตนโดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม (unjust restriction) ซึ่งได้แก่

(1) การห้ามไม่ให้ประกอบธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่น (Dealing on Exclusive Terms) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งทำการค้ากับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง โดยมีเงื่อนไขอีกฝ่ายนั้นต้องไม่ไปทำการค้ากับคู่แข่งของตนเองด้วย อันเป็นการลดโอกาสในการทำธุรกิจของคู่แข่งนั่นเอง โดยพฤติกรรมดังกล่าวมักเรียกว่า exclusive dealings

(2) ข้อจำกัดในเรื่องราคา (Resale price Restriction) เป็นกรณีที่ส่งสินค้าให้อีกฝ่ายหนึ่งโดยมีเงื่อนไขให้ผู้ซึ่งซื้อสินค้าจากตนนั้นต้องถูกบังคับตามเงื่อนไขต่อไปนี้

1) เป็นสาเหตุให้ฝ่ายนั้นต้องตรึงราคาขายตามที่ตนเองกำหนดหรือไม่ก็จำกัดให้ฝ่ายนั้นต้องขายในราคาที่ตนเองกำหนด

2) บังคับให้ฝ่ายดังกล่าวไปทำให้ผู้ประกอบการที่ซื้อสินค้าจากฝ่ายนั้นไปให้คงราคาขายที่ตนกำหนด หรือไม่ก็ทำให้ฝ่ายนั้นไปบังคับลูกค้ารายนั้นให้ต้องขายในราคาที่กำหนด

ซึ่งการกำหนดราคาจำหน่ายจะเป็นความผิดได้ต่อเมื่อเงื่อนไขที่กำหนดราคานั้นมีผลผูกมัด (Binding) กันจริง เช่น ผู้ผลิตสินค้าสั่งให้ผู้ขายส่งและผู้ขายปลีกจำหน่ายสินค้าในราคาที่ตนกำหนด อันมีผลทำให้การแข่งขันลดลงหรือหมดสิ้นไป

(3) การจำกัดเขตจำหน่ายและกลุ่มลูกค้าในแนวตั้ง (Vertical territorial and customer restriction) เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการกำหนดเงื่อนไขต่อคู่สัญญาของตนอย่างไม่สมควรในเรื่องของการจำกัดเขตพื้นที่การจำหน่าย หรือการกำหนดกลุ่มลูกค้า เช่นกรณีที่ผู้ผลิตแบ่งเขตการจำหน่ายให้ Dealer แต่ละรายขายสินค้าเฉพาะในเขตที่กำหนด ซึ่งการกระทำนี้จะผิดกฎหมายต่อเมื่อมีการแบ่งเขตจำหน่ายอย่างเด็ดขาด (strict territorial restriction) และมีผลให้ผู้ผลิตสินค้าสามารถรักษาระดับราคาได้

#### 5) การดำเนินธุรกิจร่วมกับผู้อื่นโดยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าบีบบังคับอย่างไม่เป็นธรรม (abuse of one's dominant position)

เป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของตนเองโดยมิชอบในการกระทำการต่อไปนี้อย่างไม่ยุติธรรมในการค้าอย่างปกติธรรมดา

- 1) เป็นต้นเหตุให้ฝ่ายนั้นต้องทำธุรกิจต่อเนื่องกับตนเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ นอกเหนือจากที่ทำธุรกิจกันอยู่
- 2) เป็นต้นเหตุให้ฝ่ายนั้นต้องจ่ายเงินหรือบริการเพิ่มหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เพิ่มให้ตนเอง
- 3) กำหนดหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในทางธุรกิจในทางที่จะทำให้คู่ค้าของตนเสียเปรียบ
- 4) นอกเหนือจากที่กล่าว 3) ก็ยังทำสิ่งอื่น ๆ ที่ทำให้อีกฝ่ายเสียเปรียบในข้อสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญา หรือ
- 5) เป็นต้นเหตุให้บริษัทซึ่งเป็นคู่ค้าของตนเองต้องทำตามที่กำหนดไว้ล่วงหน้า หรือบังคับให้เห็นชอบในเรื่องที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของบริษัทนั้น

#### 6) การเข้าไปแทรกแซงกิจการของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (Unreasonable inference in the affairs of competitor)

(1) การแทรกแซงทางการค้าของคู่แข่ง (Interference with a competitor's Transaction) เป็นพฤติกรรมที่ไปแทรกแซงการทำธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นคู่แข่งในพื้นที่เดียวกับตนเองหรือเป็นคู่แข่งกับบริษัทซึ่งตนเองถือหุ้นอยู่ หรือเป็นเจ้าของที่รวมทั้งคู่ค้าของตนเองโดยการป้องกันไม่ให้มีการทำสัญญากัน หรือโดยการหลอกลวงให้ละเมิดสัญญาหรือโดยวิธีการอื่นใด

(2) การแทรกแซงกิจการภายในของบริษัคู่แข่ง (Interference with Internal Operation of a competing company) เป็นการสร้างความปั่นป่วนให้กับบริษัทของคู่แข่งโดยการหลอกลวงหรือบังคับให้ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่เป็นคู่แข่งของตนหรือเป็นคู่แข่งของบริษัทที่ตนถือหุ้นหรือเป็นเจ้าของที่อยู่ทำการอันขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทนั้นไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น การชักจูงผู้จัดการหรือบรรดาผู้ถือหุ้นในบริษัทคู่แข่งให้ออกเสียงในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทนั้น หรือให้โอนหุ้นให้แก่ผู้ประกอบการอื่น หรือให้เปิดเผยความลับทางธุรกิจ เป็นต้น

## 2 รูปแบบพฤติกรรม unfair trade practice ในกลุ่มเฉพาะ

ส่วนการกำหนดกลุ่มเฉพาะที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมนั้น เป็นกรณีที่ FTC จะประกาศก็ต่อเมื่อพิจารณาเห็นว่า การประกอบธุรกิจในอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่งในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในปัจจุบัน JFTC ได้ออกประกาศไปแล้ว 11 ฉบับ ครอบคลุมการประกอบธุรกิจในอุตสาหกรรมหลายแขนง เช่น การผลิตซีอิ๊ว การผลิตรองเท้ายาง การพิมพ์ตำราเรียน การผลิตไม้ขีดไฟ อาหารกระป๋อง อาหารบรรจุขวด การพิมพ์หนังสือพิมพ์ การขนส่งทางทะเลรวมไปจนถึงการดำเนินงานของห้างสรรพสินค้า เป็นต้น

### 1.3.3 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก

จากรูปแบบพฤติกรรมที่ JFTC ประกาศกำหนดไว้ข้างต้น เห็นได้ชัดว่าสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับซัพพลายเออร์ได้ดังต่อไปนี้

#### 1) พฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of dominant position)

โดยทั่วไปแล้วการตัดสินใจใด ๆ ในทางธุรกิจนั้นจะเกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ประกอบการนั้น ๆ แต่ผู้ค้าปลีกที่มีอำนาจซื้อสูงมักจะมีอำนาจที่เหนือกว่าซัพพลายเออร์ และใช้อำนาจนั้นบีบบังคับเอาเปรียบซัพพลายเออร์อย่างไม่เป็นธรรม<sup>77</sup>

ใน AMA ได้บัญญัติห้ามในเรื่องของการใช้อำนาจต่อรองอย่างไม่เป็นธรรมไว้ด้วย เพราะถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่ยุติธรรม (unfair trade practice) เช่นกัน เนื่องจากเห็นว่าเป็นการผิดกฎหมายที่จะบีบบังคับให้คู่ค้าของตนซื้อสินค้าหรือบริการที่ไม่เกี่ยวกับธุรกรรมที่มีต่อกัน รวมทั้งการบีบบังคับให้จ่ายเงินหรือเรียกค่าบริการและผลประโยชน์อื่น ๆ อย่างเอาัดเอาเปรียบคู่สัญญา (disadvantage of the other party) กรณีที่เห็นได้ชัดเจนก็คือ ในกรณีที่ JFTC พบว่ามีห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ใช้อำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือกว่าบรรดาซัพพลายเออร์ ซึ่งมีอยู่หลายรายและแข่งขันกันที่จะนำสินค้าเข้ามาวางขายในห้างที่มีชื่อเสียงแห่งนี้ โดยทางห้างได้อาศัยข้อได้เปรียบดังกล่าวบีบบังคับ (forced) ให้ซัพพลายเออร์เหล่านั้นซื้อสินค้าและบริการจากทางห้าง รวมทั้งให้จ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ด้วย<sup>78</sup>

สิ่งที่น่าสังเกตในรูปแบบพฤติกรรมนี้คือ ความหมายของคำว่า “การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of dominant position) นั้นมิได้หมายถึงสถานภาพที่เหนือกว่าโดยการเป็นผู้ผูกขาดในตลาด (does not mean a dominant or monopolistic status in the market) หากแต่หมายถึงการมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็เพียงพอแล้ว (in a position superior to that of the opposite party)

#### General Designation ของ Abuse of dominant position

โดย FTC ได้ให้คำจำกัดความ “พฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ” ไว้ใน Section 14

<sup>77</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law*, P. 326.

<sup>78</sup> Consent Decision of the FTC, June 17, 1982. ( Shinketsushu 29-31; Mitsukoshi Department Store case) cited in Hiroshi Oda, *Ibid.*, p. 326.

ของ General Designation<sup>79</sup> ว่าหมายถึง การกระทำใด ๆ ที่มีการเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเปิดเผยในการทำธุรกิจทั่วไป โดยการกระทำที่กำหนดไว้ใน Designation ได้แก่

- 1) บังคับให้อีกฝ่ายต้องทำธุรกิจต่อเนื่องโดยการซื้อสินค้าหรือบริการจากตนมากกว่าที่ทำการอยู่
- 2) บังคับให้อีกฝ่ายต้องจ่ายเงิน บริการ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เพิ่มให้แก่ตน และ
- 3) กำหนดหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาทางธุรกิจในทางที่จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ

นอกจากนี้ FTC ยังได้ออกประกาศในเรื่อง “แนวทางเกี่ยวกับระบบการกระจายสินค้าและการทำธุรกรรม” (the Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices” (July 1991) ซึ่งมีส่วนทำให้เรื่องการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบชัดเจนขึ้น อันเป็นการช่วยไม่ให้ผู้ประกอบการต่าง ๆ ต้องละเมิด AMA และสามารถทำกิจกรรมที่เหมาะสมได้ต่อไป

โดยใน Guideline ดังกล่าวได้กำหนดประเภทของพฤติกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในระบบการกระจายสินค้าของญี่ปุ่นและการทำธุรกิจของญี่ปุ่นโดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “การใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ” นั้น ใน Guide line ได้เสนอว่าสิ่งต่อไปนี้จะก่อให้เกิดปัญหาได้มากที่สุดภายใต้บทบัญญัติ AMA :

- 1) การบังคับให้ซื้อ (coercion to purchase)
- 2) การคืนสินค้าที่ขายไม่ได้ (return of unsold goods)
- 3) การขอให้ส่งพนักงานขายไปประจำตามพื้นที่ขาย (request for dispatch of salespersons to shops)
- 4) การบังคับเรียกเก็บเงินช่วย (coercive collection of contributions)
- 5) การขอให้ส่งสินค้าครั้งละน้อยและบ่อยครั้ง (request for frequent delivery in small lots)

#### Specific Designation ของ Unfair Trade Practices in the Department Store Industry

ในขณะที่ Section 14 ของ General Designation ข้างต้นครอบคลุมในเรื่อง “การใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ” ไว้กว้าง ๆ สำหรับระบบการกระจายสินค้าและการดำเนินธุรกรรมแต่ FTC ยังได้เพิ่มเติมรูปแบบพฤติกรรมในกลุ่มเฉพาะ (Specific Designation) โดยการประกาศกำหนด “Specific Unfair Trade Practices in the Department Store Industry” ไว้ใน FTC Commission Notification No.7 of 1954<sup>80</sup> เพื่อใช้กับการ

<sup>79</sup> Fair Trade Commission Notification No.15 of 1982 [Online]. Available: [http : //www2.jftc.go.jp/e-page/legislation/unfair.html](http://www2.jftc.go.jp/e-page/legislation/unfair.html)

<sup>80</sup> เรียบเรียงจาก oecd .1999,ibid.,pp. 189-191.

ดำเนินธุรกิจของห้างค้าปลีกรายใหญ่โดยเฉพาะ ซึ่งใน Specific Designation นี้ได้กำหนดให้การกระทำของผู้ค้าปลีกดังต่อไปนี้เป็นการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบต่อซัพพลายเออร์

- 1) การให้รับคืนสินค้าที่ขายไม่ได้โดยไม่เหมาะสม (unjust return of unsold goods)
- 2) การบังคับให้ลดราคาอย่างไม่เหมาะสม (unjust coercion to discount)
- 3) การบังคับให้จ่ายค่าหน้าอย่างไม่เหมาะสม (unjust coercion to commission sale)
- 4) การให้ลดราคาสินค้าบางอย่างในกรณีพิเศษ (unjust discount of specific goods)
- 5) การปฏิเสธในการสั่งซื้อสินค้าอย่างไม่เหมาะสม (unjust refusal of supply of orders)
- 6) การขอให้ส่งพนักงานขายไปประจำตามพื้นที่ขาย (request for dispatch of salesperson to shops)
- 7) การใช้มาตรการตอบโต้แก่ผู้ค้าปลีก (retaliatory measures)

อย่างไรก็ตาม นอกจากพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบแล้ว FTC ยังพบว่าผู้ค้าปลีกรายใหญ่มักมีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมรูปแบบอื่น ๆ อีกอันขัดต่อบทบัญญัติ AMA เช่นกัน ดังต่อไปนี้

## 2) การปฏิเสธที่จะไม่ทำธุรกรรมด้วย (Refusal to deal )

การที่ผู้ประกอบการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ใดย่อมเป็นสิทธิตามหลักกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา แต่การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยของผู้ประกอบการอาจเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ผิดกฎหมายตามข้อ 2. ของ Notification No. 15 ได้ หากการปฏิเสธนั้นทำไปเพื่อสนับสนุนพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ หรือเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกันคู่แข่งของตน

ตัวอย่างของพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจซื้อโดยมิชอบปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยโดยผู้ค้าปลีกนั้น ตัวอย่างเช่น การใช้มาตรการปลดสินค้าออกจากร้าน (Delisting) หากซัพพลายเออร์ไม่ปฏิบัติตามความต้องการของผู้ค้าปลีกที่ผิดกฎหมาย หรือหากซัพพลายเออร์ละเมิดข้อห้ามที่ห้ามซัพพลายเออร์ส่งสินค้าให้แก่คู่แข่งของผู้ค้าปลีก ซึ่งเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกันคู่แข่งของผู้ค้าปลีกนั้น

## 3) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ ( Exclusive Supply )

การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ คือ การทำความตกลงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่อ่อนแอกว่าต้องยอมรับเงื่อนไขที่จะไม่ทำธุรกรรมกับคู่แข่งของคู่สัญญาที่เข้มแข็งกว่า ซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม Notification No.15 ตัวอย่างเช่น ผู้ค้าปลีกที่มีอำนาจซื้อสูงการจำกัดสิทธิมิให้ซัพพลายเออร์ส่งสินค้าให้คู่แข่ง



ของตนโดยการขู่ว่าจะเลิกซื้อหรือลดปริมาณการซื้อสินค้าจากซัพพลายเออร์หากซัพพลายเออร์ส่งสินค้าให้แก่ผู้แข่งขัน

#### 4) การเลือกปฏิบัติด้านราคา (Price Discrimination)

การเลือกปฏิบัติด้านราคาโดยการตั้งราคาให้แตกต่างกันตามท้องที่หรือแตกต่างระหว่างผู้ซื้อต่างรายกัน ถือเป็นกรกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตาม Notification No. 15 ข้อ 3 โดย JFTC ได้ออก Guideline ในปี 1984 วางแนวทางในการกำหนดพฤติกรรมที่เป็นการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาอันเป็นความผิดตามกฎหมายไว้ดังนี้

เป็นการเลือกปฏิบัติโดยการลดราคาสำหรับบางพื้นที่หรือลูกค้าบางรายในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งดังนี้

- (1) ผู้ค้าปลีกลดราคาสินค้าสำหรับพื้นที่ที่มีคู่แข่งเพื่อกำจัดคู่แข่งนั้น
- (2) ผู้ค้าปลีกลดราคาให้แก่ลูกค้าของคู่แข่งเพื่อดึงดูดให้ลูกค้านั้นมาเป็นลูกค้าของตน

#### 5) การจำหน่ายในราคาต่ำโดยไม่เป็นธรรม (Unjust low price sales)

การจำหน่ายต่ำกว่าทุนนั้น ถือเป็นกรกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตาม Notification No. 15 ข้อ 6 ที่ห้ามผู้ค้าปลีกจำหน่ายสินค้าในราคาต่ำกว่าต้นทุนเกินสมควร หรือจำหน่ายสินค้าในราคาต่ำโดยไม่เป็นธรรมโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพื่อสร้างความยากลำบากให้แก่ผู้อื่น

โดย JFTC ได้ออก Guideline ในปี 1984 วางแนวทางในการกำหนดพฤติกรรมที่เป็นการจำหน่ายต่ำกว่าทุนอันเป็นความผิดตามกฎหมายไว้ดังนี้

(ก) ความสัมพันธ์ระหว่างราคากับต้นทุน พิจารณาโดยการเปรียบเทียบราคาระหว่างราคาซื้อกับราคาขาย โดยราคาซื้อนั้นจะต้องเป็นราคาที่หักส่วนลดต่างๆ แล้วเพื่อหาราคาซื้อที่แท้จริง

(ข) ผลกระทบต่อคู่แข่ง สร้างความยากลำบากให้แก่ผู้อื่นนั้นโดยทั่วไปผู้อื่นนั้นหมายถึงผู้ค้าปลีกอื่นที่ขายสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่มีการขายราคาต่ำโดยไม่เป็นธรรม และผู้ค้าปลีกอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งของผู้ค้าปลีกที่ได้ทำการลดราคาสินค้า และผู้อื่นนั้นยังอาจหมายถึงผู้ผลิตสินค้าที่แข่งขันกับสินค้าที่ได้มีการลดราคานั้น

ส่วนการสร้างความยากลำบากที่จะเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมนั้นไม่ต้องถึงขนาดที่เป็นกรรบกวนการประกอบธุรกิจของผู้อื่น แต่เกิดความเป็นไปที่จะรบกวนก็เพียงพอแล้ว ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยพิจารณาขนาดและพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกนั้น และปริมาณสินค้าที่ทำการลดราคา ระยะเวลาที่ทำการลดราคา การโฆษณาประชาสัมพันธ์การลดราคานั้น และธรรมชาติของสินค้าประกอบด้วย

(ค) เหตุผลอันสมควร ที่จะถือว่าเป็นกรขายสินค้าในราคาต่ำที่เป็นธรรม นั้น เช่น สินค้าที่เสียง่าย สินค้าตามฤดูกาล การขายล้างสต็อก หรือสินค้านำมาใหม่ เป็นต้น

### 1.3.4 กรณีศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ

#### 1) คดี Mitsukoshi co<sup>81</sup>

บริษัท Mitsukoshi เป็นห้างสรรพสินค้าที่มีผู้นิยมมากที่สุดในญี่ปุ่น มียอดขายเป็นอันดับหนึ่งในวงการห้างสรรพสินค้า (FY 1977) และมียอดขายเป็นอันดับ 2 ในวงการค้าปลีก (FY 1977) ภายใต้เงื่อนไขและสถานการณ์นี้ ห้าง Mitsukoshi ได้บังคับซัพพลายเออร์ให้ทำดังนี้

(1) ให้ซื้อสินค้าหรือบริการที่ส่งเสริมโดย Mitsukoshi

(2) ให้จ่ายค่าใช้จ่ายบางส่วนสำหรับเป็นค่าโฆษณา ค่าปรับรุ่นสินค้า ค่า refurbish และอื่น ๆ โดยไม่มีมาตรฐานแน่นอน (without giving specific standards)

ในการนี้ซัพพลายเออร์จำต้องยอมให้ตามข้อเรียกร้องเพื่อรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับ Mitsukoshi ไว้ (supplier were obliged to comply with these requests in order to maintain business relations with Mitsukoshi)

คดีนี้ JFTC ได้แจ้งให้ Mitsukoshi ทราบว่าได้ละเมิด section 19 ของ AMA ในเรื่องของการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Bargaining Position) Article 14 ของ Unfair Trade Practice เมื่อวันที่ 16 เมษายน 1979 และตัดสินในปี 1982

#### 2) คดี Lawson KK<sup>82</sup>

คดีนี้บริษัท Lawson K.K. จำกัด (Lawson) ดำเนินธุรกิจด้านร้านค้าสะดวกซื้อในลักษณะให้เฟรนไชส์กับสมาชิกเครือข่ายร้านค้าปลีกภายใต้ชื่อ Lawson โดยมีจำนวนสมาชิกร้านค้าและยอดขายเป็นอันดับสองรองจาก Seven-Eleven ในธุรกิจร้านค้าสะดวกซื้อ รวมทั้งมียอดขายเป็นอันดับห้าในธุรกิจค้าปลีกรวม ตลอดจนมีจำนวนร้านค้าสมาชิกและยอดขายเพิ่มขึ้นทุกปี

Lawson เป็นผู้บริหารจัดการในการดำเนินธุรกิจร้านค้าสะดวกซื้อให้กับสมาชิกร้านค้าปลีกของตนทั้งในรูปแบบการจัดร้าน การขายสินค้า และการให้บริการลูกค้า รวมทั้งเป็นผู้บริหารงานด้านการคัดเลือกและสั่งซื้อผลิตภัณฑ์จากซัพพลายเออร์ให้กับสมาชิกร้านค้าปลีกด้วยการเน้นผลิตภัณฑ์ที่ผู้บริโภคนิยมซื้อเป็นสำคัญ หาก Lawson นำผลิตภัณฑ์จากซัพพลายเออร์รายใดเข้ามาจำหน่ายในร้านค้าของสมาชิกจะส่งผลให้เกิดความเชื่อมั่นกับผู้บริโภคในผลิตภัณฑ์นั้น ดังนั้น ซัพพลายเออร์ต่าง ๆ พยายามแข่งขันเสนอขายผลิตภัณฑ์ให้กับ Lawson ซึ่งส่งผลให้ Lawson มีอำนาจต่อรองที่จะกำหนดเงื่อนไขการซื้อผลิตภัณฑ์จากซัพ

<sup>81</sup> OECD, ibid, p. 192

<sup>82</sup> สำนักส่งเสริมการค้าแข่งขัน (กรมการค้าภายใน) “การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบในธุรกิจร้านค้าสะดวกซื้อประเทศไทย” วารสารเปิดโลกการแข่งขันทางการค้า 1, 20 (ธันวาคม 2545) : 1-2.

พลายเออร์ตามที่ตนต้องการ นอกจากนี้ Lawson มีรูปแบบการสั่งซื้อผลิตภัณฑ์จากซัพพลายเออร์ในลักษณะ ส่วนลดคืนกำไร (Rebates) ด้วยการอิงปริมาณการสั่งซื้อจากปีที่ผ่านมาและเจรจาให้ได้ราคาตามที่ตนต้องการ

ในปี 1997 ยอดขายของ Lawson ต่ำกว่าประมาณการเป้าหมาย จึงให้ ซัพพลายเออร์จ่ายค่าส่วนลดคืนกำไรเพิ่มให้กับ Lawson อย่างไม่มีหลักการและไม่มีมาตรฐานในการคำนวณ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้เดิม

นอกจากนี้ Lawson มีมาตรการเพิ่มยอดขายด้วยการส่งเสริมให้ผลิตภัณฑ์อยู่ในร้านค้าพร้อมขายได้ตลอดเวลา จึงต้องมีระบบการจัดเก็บผลิตภัณฑ์คงคลังที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งต้องมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ โดยได้ร้องขอให้ซัพพลายเออร์รับภาระค่าใช้จ่ายบางส่วนในเรื่องดังกล่าวด้วยการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้กับ Lawson ในลักษณะที่ไม่คิดค่าผลิตภัณฑ์ แต่ติดขัดในทางปฏิบัติด้านบัญชีจึงเปลี่ยนให้ซัพพลายเออร์ขายผลิตภัณฑ์ให้กับ Lawson ในราคา 1 เยนต่อชิ้น

ในด้านซัพพลายเออร์มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการตามความประสงค์ของ Lawson เพื่อรักษาผลิตภัณฑ์ของตนอยู่ในเครือข่ายสมาชิกร้านค้าปลีกของ Lawson ในปีต่อไป เนื่องจากเป็นผู้สั่งซื้อรายใหญ่ในธุรกิจค้าปลีกและผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในเครือข่ายสมาชิกร้านค้าปลีกของ Lawson เป็นที่นิยมของผู้บริโภค

JFTC ได้ดำเนินการสืบสวนพบว่ามีความเป็นไปได้ที่ Lawson ใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบอันเป็นการละเมิดมาตรา 19 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วยการกำหนดเพิ่มค่าส่วนลดคืนกำไรเกินควรอย่างไม่เป็นธรรมและบังคับให้ซัพพลายเออร์รับภาระค่าใช้จ่ายสำหรับระบบการจัดเก็บผลิตภัณฑ์คงคลังบางส่วนด้วยการให้ซัพพลายเออร์จำหน่ายผลิตภัณฑ์ในราคา 1 เยนต่อชิ้น ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ ทั้งหมดควรเป็นภาระของ Lawson หรือเครือข่ายสมาชิกร้านค้าปลีก อย่างไรก็ตามในขณะที่ JFTC ดำเนินการสืบสวน Lawson ได้หยุดการกระทำดังกล่าว

1. JFTC จึงได้ออกหนังสือเตือนถึง Lawson ว่ามีความเป็นไปได้ที่ Lawson ใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบอันเป็นการละเมิดมาตรา 19 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและควรยุติการกระทำดังกล่าว

2. JFTC ให้ Lawson จัดทำหนังสือแจ้งถึงซัพพลายเออร์ว่าจะยุติการกระทำที่ขอเพิ่มค่าส่วนลดคืนกำไรเกินควรจากซัพพลายเออร์และยกเลิกการกำหนดให้ซัพพลายเออร์จำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้กับเครือข่ายสมาชิกร้านค้าปลีกของ Lawson ในราคา 1 เยนต่อชิ้น รวมทั้งจะไม่กระทำการอย่างนี้อีกในอนาคต

จากที่ได้ศึกษามาตรการกฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือ Antitrust ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น เห็นได้ว่าทั้ง 2 ประเทศมีการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ที่มีการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้แม้ว่าภายใต้กฎหมาย The Robinson Patman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีใช้ลักษณะของการบัญญัติกฎหมาย เพื่อควบคุมพฤติกรรม กากการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) เป็นการเฉพาะ หากแต่เป็นการห้ามในเรื่องของการเล็งปฏิบัติทางด้านราคาก็ตาม แต่ก็สามารถจัดการใช้อำนาจต่อรองอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกได้ในระดับหนึ่ง โดยมีข้อจำกัดว่าพฤติกรรมเลือกปฏิบัตินั้นต้องส่งผลเสียหายต่อการแข่งขันใน

ตลาดด้วย สำหรับประเทศญี่ปุ่นนั้นมีบทบัญญัติในเรื่อง unfair trade practice เป็นการเฉพาะ และยังมี การกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีกอย่างเป็นรูปธรรมด้วย จึงทำให้สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ควบคุมพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อจุดมุ่งหมายให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในระหว่างผู้ประกอบการเป็นสำคัญ โดยไม่ต้องนำเรื่องผลเสียหายต่อกลไกตลาดเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด

## 2. กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากมาตรการตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ควบคุมในส่วนของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกแล้ว ยังอาจนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาดูแลในส่วนของข้อสัญญาที่มีสภาพการเอารัดเปรียบกันทางธุรกิจการค้าด้วย ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่า ความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาในปัจจุบัน มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการอาชีพด้วยกัน กับอีกลักษณะหนึ่งคือ ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการอาชีพกับผู้บริโภค โดยลักษณะประการหลังนี้ในแต่ละประเทศมักจะมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว ทั้งนี้เพราะต่างเล็งเห็นว่าผู้บริโภคมักจะเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบ หากเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการอาชีพที่มีความเชี่ยวชาญในธุรกิจนั้น ๆ โดยเฉพาะ แต่สำหรับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการอาชีพด้วยกันจะเป็นการยากที่จะระบุว่าในการทำสัญญาในทางธุรกิจการค้านั้นคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบ เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วกฎหมายจะเห็นว่าคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกันจะมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการตกลงทำสัญญา

อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงสภาพความไม่เท่าเทียมกันในสัญญาทางธุรกิจย่อมเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีความเข้มแข็งในอำนาจต่อรองเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยเฉพาะหากเกิดจากการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการที่ทำสัญญานั้น ทำให้ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดมีความสามารถในการต่อรองเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย และอาศัยประโยชน์ในฐานะที่เหนือกว่านั้นไปในการเจรจาต่อรองเพื่อทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับเงื่อนไขบางประการในสัญญา ซึ่งเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจต่อรองไปในทางที่มีชอบ (Abuse of Bargaining Position)<sup>83</sup> ในธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ กับผู้ผลิตก็เช่นเดียวกันที่ตกอยู่ในภาวะที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจในการต่อรองสูงกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก ทำให้ข้อสัญญาที่เกิดขึ้นมักจะมีเงื่อนไขที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ฝ่ายผู้ค้าปลีกเป็นอย่างมาก โดยผู้ผลิตจะตกเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบ

<sup>83</sup> John Cartwright, *Unequal Bargaining* ( New York : Clarendon Press , 1991 ), P.197, อ้างถึงใน วัฒนนา เทพวุฒิสถาพร, “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” หน้า 94.

และต้องยอมรับเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา เพราะหากไม่ยอมรับก็ไม่มีโอกาสเข้าทำสัญญาเป็นคู่ค้ากับผู้ค้าปลีกเลย

สภาวะเช่นนี้ กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมน่าจะเข้ามามีบทบาทในการปรับลดระดับความรุนแรงของความไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้โดยไม่จำกัดว่ากฎหมายดังกล่าวมุ่งหมายคุ้มครองเฉพาะผู้ที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเท่านั้น เพราะจากกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตโดยเฉพาะรายย่อยนั้นย่อมเห็นได้ชัดว่าผู้ผลิตรายย่อยก็ตกอยู่ในฐานะที่ไม่ต่างจากผู้บริโภคมากนัก โดยเฉพาะในประเด็นของ take it or leave it Contract แต่จะสามารถนำกฎหมายมาปรับใช้ได้มากน้อยเพียงไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของแต่ละประเทศที่ครอบคลุมเนื้อหาสัญญาประเภทใด และเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจเพียงไรในสัญญาทางธุรกิจ ซึ่งในการนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักการในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังจะกล่าวต่อไป

## 2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม<sup>84</sup>

ในปัจจุบันปัญหาเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นเรื่องที่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายทั่วโลก โดยหลายประเทศได้ตรากฎหมายพิเศษเพื่อควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา มี Doctrine of Unconscionability อยู่ในมาตรา 2-302 ของ Uniform Commercial Code (UCC) ที่ให้อำนาจศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรือข้อสัญญาที่ศาลเห็นว่าไม่เป็นธรรม ประเทศอังกฤษก็มี The Unfair Contract Term Act 1977 (UCTA) และ ประเทศเยอรมันก็มี The Standard Terms Act 1976 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในลักษณะเดียวกัน แต่เน้นไปที่สัญญามาตรฐาน หรือ สัญญาสำเร็จรูป (Standard – Form Contracts หรือ Adhesion Contracts) มากกว่า ประเทศไทยเองก็ได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อใช้ แก้ไขเยียวยาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นกัน

แต่หลังจากที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแทบจะไม่มีคดีความที่ฟ้องร้องกันตามกฎหมายนี้เลย ทั้งกรณีที่เป็นสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค หรือ สัญญาทางธุรกิจ ทั้งนี้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นว่าเป็นเพราะพระราชบัญญัตินี้ขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องการควบคุมความเป็นธรรมของข้อสัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ข้อคิดเห็นในเชิงกฎหมายดังกล่าวเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำความเข้าใจในหลักการพื้นฐานของแนวคิดที่เกี่ยวกับการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะประเด็นที่เชื่อมโยงหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามทฤษฎีเสรีนิยมไว้กับเหตุผลความจำเป็นที่ต้องควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือโดยหลักการแล้ว “การควบคุม” กับ “หลักเสรีภาพ” เป็นเรื่องที่ขัดแย้งกัน แต่การควบคุมก็อาจ

<sup>84</sup> ส่วนใหญ่ผู้เขียนเรียบเรียงจาก พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์ 30, 4 (ธันวาคม 2543) : 546-588.



เกิดขึ้นได้หากเป็นมาตรการที่เป็นไปเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมที่ก่อให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น อันสามารถนำแนวคิดดังกล่าวมาอธิบายถึงความชอบธรรมในการที่ศาลจะเข้าไปแทรกแซงในข้อสัญญาที่เอกชนทำขึ้นได้ โดยไม่จำกัดเฉพาะสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการอาชีพกับผู้บริโภคเท่านั้น แต่รวมไปถึงสัญญาที่คู่สัญญาทำกันในทางการค้าด้วย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

## 1) เหตุผลในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

โดยหลักการแล้วทฤษฎีเสรีนิยม เป็นแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่รองรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Sanctity of Will) ของบุคคล แต่ทฤษฎีดังกล่าวได้ตั้งอยู่บนสมมติฐานว่าตลาดต้องมีความสมบูรณ์ (Perfect Market) ซึ่งจากสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่าสภาพที่ไม่มีการผูกขาด ผู้ซื้อผู้ขายได้รับข้อมูลอย่างสมบูรณ์ หรือในแง่ของการทำสัญญาคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความรู้ความเข้าใจในลักษณะและผลของสัญญาอย่างถ่องแท้เท่าเทียมกันนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้จริง ฉะนั้นกฎหมายที่จะทำหน้าที่ควบคุมความไม่เป็นธรรมของสัญญาดังกล่าวจึงต้องเข้ามามีบทบาทต่อเมื่อความไม่เป็นธรรมของสัญญานั้นเกิดจากสภาพตลาดที่ไม่สมบูรณ์เท่านั้น

**สภาพตลาดที่ไม่สมบูรณ์ (Imperfect Market)** ในเชิงของสัญญาจะแสดงให้เห็นใน 2 ลักษณะคือ

(1) การผูกขาดทางการค้า ซึ่งมีผลให้ผู้บริโภคจำต้องรับเอาสัญญาที่ผู้ผูกขาดเสนอโดยไม่มีความเลือกอื่น หรือ

(2) เมื่อปรากฏว่ามีปัจจัยบางอย่างที่ทำให้คู่สัญญาอยู่ในสภาพที่ไม่อาจรู้ หรือเข้าใจในข้อสัญญาจึงได้ตกลงเข้าทำสัญญาโดยรับเอาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไปด้วยโดยไม่รู้ถึงผลของข้อสัญญานั้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจปัจจุบันที่การผูกขาดทางการค้าแทบจะไม่เกิดขึ้นด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่าในสภาพที่ไม่ปรากฏว่ามีกรผูกขาดในตลาด กฎหมายควรให้มีกรกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เฉพาะกรณีที่ผู้กล่าวอ้างไม่รู้หรือเข้าใจข้อสัญญานั้นขณะทำสัญญา หากบุคคลใดเข้ารับเอาข้อสัญญาซึ่งมีผลให้ตนเสียเปรียบต่ออีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากโดยรู้และเข้าใจซึ่งผลอันนั้น ก็ไม่อาจอ้างได้ว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมแม้ว่าตนจะอยู่ในสถานการณ์ที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่าก็ตาม เช่นในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปรียบเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สัญญาสำเร็จรูป หากผู้เข้าทำสัญญาได้รู้และเข้าใจถึงผลบังคับของสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวเป็นอย่างดี คู่สัญญานั้นจะอ้างว่าสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมไม่ได้ ทั้งนี้เพราะการรู้และเข้าใจในข้อสัญญา และยังเข้าทำสัญญานั้นเท่ากับว่าแสดงการยอมรับในข้อสัญญาที่ตนเสียเปรียบนั้นโดยสมัครใจ

## 2) การวิเคราะห์สภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญา

หากจะจำแนกความไม่เป็นธรรมในสัญญาเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ตามกฎหมายแล้วสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภทคือ (1) “ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา” (Procedural unfairness) และ (2) “ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา” (Substantive unfairness)

ความไม่เป็นธรรมประเภทแรกเป็นเรื่องของการตรวจสอบว่าในระหว่างที่คู่สัญญาได้ทำสัญญานั้นได้มีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้นในลักษณะที่กระทบเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ เช่น การข่มขู่ การใช้กลล่อลวง การให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยมิได้มีเจตนาข่มขู่ หรือการสำคัญผิด ล้วนถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น ซึ่งในกรณีสิ่งผิดปกติดังกล่าวมีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอย่างรุนแรงถึงขนาดว่าหากไม่มีสิ่งผิดปกตินั้นอาจไม่มีการทำสัญญาเกิดขึ้น หรืออาจมีการทำสัญญาที่มีเนื้อหาสาระที่แตกต่างไปจากเดิมแล้ว กฎหมายให้ถือว่า การแสดงเจตนาอันไม่สมบูรณ์ ส่งผลให้สัญญานั้นอาจเป็นโมฆะ (เช่นกรณีการข่มขู่ การใช้กลล่อลวง การสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรม) หรือเป็นโมฆียะ (เช่น กรณีการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญ) ตามแต่กรณี และในสภาพตลาดปัจจุบันข้อเท็จจริงที่จัดได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญายังรวมไปถึงการใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่ซ่อนเร้น ไม่อาจมองเห็นได้ชัดเจน อ่านไม่เข้าใจ หรือการไม่มีโอกาสตรวจพิเคราะห์เนื้อหาของข้อสัญญาอย่างแท้จริงด้วย อย่างเช่นในการใช้สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญามาตรฐาน\* ที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาแทบจะไม่มีโอกาสทำความเข้าใจในข้อสัญญาเลย เป็นต้น

ส่วนความไม่เป็นธรรมในประเภทหลัง เป็นเรื่องความไม่เป็นธรรมในตัวเนื้อหาของสัญญา หรือข้อสัญญาโดยตรง เช่น ข้อสัญญาที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก แต่ส่วนใหญ่แล้วความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญามักมีความเกี่ยวข้องกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งจะอาศัยวิธีการอันไม่เป็นธรรมเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งรับเอาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมไว้

---

\* คำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” (Adhesion Contract) มิได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า “สัญญามาตรฐาน” (Standard-Form Contract) เพราะสัญญาสำเร็จรูปหมายถึง สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่เปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญาด้วย (Co-determination of Contractual Terms) ในขณะที่สัญญามาตรฐานผู้ประกอบการค้าได้ทำไว้เป็นมาตรฐานเพื่อสามารถใช้ได้ทันทีกับลูกค้าทุกรายโดยไม่ต้องร่างสัญญากันเป็นราย ๆ ไป สัญญาสำเร็จรูปจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญามาตรฐานหากผู้ประกอบการเพียงกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียว แต่มิได้มุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวเป็น “แบบมาตรฐาน” ในการค้า เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่ร่างไว้ล่วงหน้าสำหรับการจ้างผู้เชี่ยวชาญโดยมิได้ใช้เป็นแบบมาตรฐานสำหรับการจ้างรายอื่น ๆ ด้วย : พินัย ณ นคร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์ 30,4 ( ธันวาคม 2543) : 555.

### 3) หลักการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะเข้ามามีบทบาทควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อเมื่อสภาพความไม่เป็นธรรมนั้นเกิดจาก (1) การผูกขาด และ(2) การไม่รู้และไม่เข้าใจในข้อสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาให้ดีแล้ว จะเห็นได้ว่าเหตุผลทั้ง 2 ข้อ นั้น เป็นเรื่องของข้อบกพร่องหรือสิ่งผิดปกติกที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการทำสัญญา หรือที่เรียกว่า “ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unfairness) นั่นเอง ฉะนั้นเมื่อเกิดสภาพความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาขึ้น (Substantive unfairness) คู่สัญญาที่เสียเปรียบจะต้องอ้างถึงทั้งความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและพฤติการณ์ที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาที่มีผลต่อการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นด้วย เพราะ “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาจะถูกบล้างหรือเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อเกิดจากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเท่านั้น” \*

ซึ่งลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา ได้แก่ ข้อสัญญาที่ขาดความสมดุลในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งโดยทั่วไปมักจะกำหนดไว้ล่วงหน้า โดยฝ่ายที่มีศักยภาพในการจัดทำสัญญา ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา ดังกล่าว ได้แก่<sup>85</sup>

(1) ข้อสัญญาที่ให้ระยะเวลาเกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าในการตัดสินใจสนองรับต่อข้อเสนอของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือ กำหนดระยะเวลาเกินสมควรหรือไม่กำหนดเวลาในการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้า

(2) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่จะส่งมอบเพื่อชำระหนี้ที่กำหนดในลักษณะที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายจัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าที่จะเป็นผู้กำหนดฝ่ายเดียวว่าทรัพย์สินที่จะส่งมอบอยู่ในสภาพเช่นไร หรือข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายจัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าที่จะส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่ไม่ตรงกับที่กำหนดไว้ในสัญญา

\* นัยกลับกัน หากข้อเท็จจริงมีเพียงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เช่น เข้าทำสัญญาสำเร็จรูปโดยไม่มีโอกาสที่จะได้อ่านหรือทำความเข้าใจในข้อสัญญาเลยจะมาอ้างว่าสัญญาไม่เป็นธรรมไม่ได้ หากไม่ปรากฏว่าข้อสัญญานั้นมีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาด้วย ทั้งนี้เพราะมาตรการที่ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของสัญญานั้นเป็นการเยียวยาแก้ไขความเสียหาย แต่เมื่อข้อสัญญาไม่มีเนื้อหาให้อีกฝ่ายต้องเสียเปรียบเป็นอย่างมากแล้ว จึงไม่มีเหตุผลให้ศาลเข้าแทรกแซงข้อสัญญานั้น ๆ แต่อย่างไร

<sup>85</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์ , กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 48-49.

(3) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่มีเหตุอันควร เช่น บอกเลิกสัญญาได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ หรือ ใช้สิทธิบอกเลิกในเวลาใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้า หรือมีกำหนดระยะเวลาบอกกล่าวแต่เป็นระยะเวลาที่ไม่สมควร

(4) ข้อสัญญาเกี่ยวกับราคาที่ต้องชำระตามสัญญา โดยกำหนดราคาไว้ไม่แน่นอน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้ามีสิทธิเปลี่ยนแปลงราคาได้ หรือกำหนดให้ราคาขึ้นอยู่กับพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นกรณี ๆ ไป

(5) ข้อสัญญายกเว้นความรับผิด หรือจำกัดความรับผิดในจำนวนเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาล่วงหน้านั้นต้องรับผิด

กรณีดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงตัวอย่างส่วนหนึ่งของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาที่มักพบได้ในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในธุรกิจการค้า โดยที่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพมักจะเป็นฝ่ายกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวไว้ล่วงหน้าในลักษณะที่กำหนดหน้าที่ต่างๆ มากมายสำหรับคู่สัญญาที่จะเข้ามาทำสัญญาในภายหลัง โดยหน้าที่ในส่วนของตนจะมีน้อยมากเมื่อเทียบกับอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาดังกล่าวมักจะทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการอาชีพ กับผู้บริโภค และส่วนใหญ่จะเข้าลักษณะของ “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ด้วยปัจจัยดังนี้

1. กระบวนการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ; คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคที่มักจะไม่มีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญาในขั้นตอนการทำสัญญาเนื่องด้วยภาวะที่เร่งรีบในทางการค้า ที่มีผู้บริโภคที่ต้องการเข้าทำสัญญาเป็นจำนวนมาก ผู้ประกอบการจึงเป็นฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าเพื่อใช้กับลูกค้าทุกราย
2. เนื้อหาในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ; คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการค้ามักจะอาศัยข้อได้เปรียบที่ตนเป็นฝ่ายกำหนดข้อสัญญาแต่เพียงผู้เดียวในการร่างสัญญาที่เอื้อประโยชน์ หรือให้สิทธิแก่ฝ่ายตนเป็นอย่างมาก และในทางกลับกันก็กำหนดหน้าที่แก่อีกฝ่ายอย่างมากด้วยเช่นกัน

แต่สำหรับสัญญาที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างเป็นผู้ประกอบการนั้น จะเป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา ทั้งนี้เพราะในทางปฏิบัติแล้วผู้ประกอบการค้ามักจะมีการเจรจา ต่อบรรณกันในการการค้าเพื่อกำหนดให้ชัดเจนถึงสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอยู่แล้ว เช่น ในเรื่องของกำหนดเวลาในการชำระหนี้ ราคา ระยะเวลาการส่งมอบ การผิดสัญญา การชดเชยค่าเสียหายและอื่นๆ ฉะนั้นข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาอันหมายถึงความไม่รู้และไม่เข้าใจในผลของสัญญาจึงเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นหรือพิสูจน์ได้ยากมากในสัญญาทางธุรกิจ แม้ว่าในเนื้อหาของสัญญาอาจมีบางกรณีที่คู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการรายย่อยต้องเสียเปรียบต่อผู้ประกอบการรายใหญ่เป็นอย่างมากก็ตาม แต่หากไม่มีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นถึงข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญาแล้ว ศาลจะไม่มีโอกาสเข้าไปแทรกแซงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการการค้าเลย

แต่อย่างไรก็ตาม เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ศาลจะเข้ามาสืบบทบาทในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าได้ ก็คือ สภาวะการผูกขาดในตลาด แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วการผูกขาดจะเกิดขึ้นได้ยากมาก หรือหากเกิดขึ้นก็เป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามโดยกฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด

อยู่แล้วก็ตาม แต่ยังมีพฤติกรรมบางอย่างที่แม้จะไม่รุนแรงถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาไม่มีทางเลือกอื่นเหมือนเช่นกรณีการผูกขาด แต่ก็มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเข้าทำสัญญาเช่นกัน กล่าวคือในกรณีที่ผู้ประกอบการบางรายที่มีสถานะในทางการค้าที่เหนือกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ และใช้สถานะที่เหนือกว่านั้นไปในทางชักจูง ครอบงำ ชูเชี่ยว หรือ บังคับให้ผู้ประกอบการรายที่ด้อยกว่าต้องเข้าทำสัญญาในลักษณะที่ทำให้ตนต้องเสียเปรียบเป็นอย่างมากแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่ศาลน่าจะใช้เป็นเหตุผลในการเข้าแทรกแซงข้อสัญญาดังกล่าวได้ เพราะการใช้อำนาจต่อรองในทางที่มีขอบ (Abuse of Bargaining Position) ดังกล่าว ย่อมเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อขั้นตอนหรือกระบวนการในการทำสัญญาเช่นกัน โดยกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมน่าจะเข้ามามีบทบาทได้ในระดับหนึ่ง กรณีดังกล่าวผู้เขียนขอศึกษาถึงกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาในทางธุรกิจการค้าเพื่อใช้ในการเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

## 2.2 กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา

### 2.2.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มียกเว้นกฎหมายเฉพาะที่จะใช้ควบคุมสัญญาสำเร็จรูป ดังนั้นตั้งแต่เริ่มต้นมาจนปัจจุบันจึงเป็นหน้าที่ของศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นผู้ค้นหาวิธีการต่างๆ มาแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูป โดยในช่วงแรกศาลได้ใช้หลักสัญญาที่มีอยู่เดิมแก้ไขปัญหาดังกล่าว หลักสัญญาที่มีอยู่ถูกตีความอย่างเสรีเพื่อให้เหมาะสมกับแต่ละคดีซึ่งหลักสัญญาที่ว่านี้ได้อ้างถึงแนวความคิดต่างๆ เช่น หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน (lack of mutual assent), หลักไม่มีการต่างตอบแทนกัน (lack of mutuality) , หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (Failure of consideration) , ข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (defects in formation of contract), หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) และหลักการตีความสัญญา (Construction) เป็นต้น<sup>86</sup>

แต่เนื่องจากหลักสัญญาที่มีอยู่เดิมซึ่งศาลนำมาแก้ไขปัญหานั้นมีขอบเขตการใช้ที่จำกัด จึงมีการค้นหาวินัยแก้ไขสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วยวิธีอื่นๆ และเมื่อมีการร่าง Uniform Commercial Code (UCC) ขึ้นซึ่งในมาตรา 2-302 ของประมวลนี้ได้มีการนำหลักความไม่มีมโนธรรม\* (Unconscionability) มา

<sup>86</sup> Sinai Deutch, *Unfair Contracts : The Doctrine of Unconscionability*. (Lexington Book, Massachusetts : D.C. Heath and Company 1977), P.11 และ Jane P. Mallor, *Unconscionability in Contracts between Merchants*, 40 Southwestern L.J. 1069-1070 (1986) อ้างถึงใน วิชัย จิตตปาสดกุล, “สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) หน้า 107

\* คำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” นี้เป็นคำเริ่มที่ใช้ใน วิชัย จิตตปาสดกุล, “สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” , และในวิทยานิพนธ์ฉบับต่อมา และเนื่องจากยัง



บัญญัติไว้ ศาลจึงได้นำเอาหลักนี้มาใช้อธิบายข้อเสียของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถือได้ว่าศาลได้นำเอาหลักความไม่มีมโนธรรม (Unconscionability) ที่บรรจุใน UCC นี้ มาเสริมหลักสัญญาที่มีอยู่เดิมในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเวลาต่อมา

หลักความไม่มีมโนธรรม (Unconscionability) นี้เดิมอยู่ในระบบกฎหมายแองโกล – อเมริกันมาตั้งแต่ก่อนมีการร่าง UCC โดยมีอยู่ทั้งที่เป็นหลักกฎหมายและหลักกฎหมายความเป็นธรรม (law and equity) ซึ่งได้ใช้เพื่อเยียวยาผลของการใช้สิทธิตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเมื่อมีการใช้หลักความไม่มีมโนธรรมกันมากขึ้น หลายครั้งจึงกลายเป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักเกณฑ์ (Doctrine)<sup>87</sup> และรับรู้กันว่า Unconscionability เป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสัญญาโดยทั่วไปและได้ถูกนำมาใส่ไว้ใน UCC ในที่สุด

แม้ว่า UCC ที่เริ่มประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1952 จะผ่านการแก้ไขปรับปรุงในปี ต่อๆ มาอีกหลายครั้ง แต่การเปลี่ยนแปลงต่างๆ ก็ไม่ได้กระทบหลักการของมาตรา 2-302 แต่อย่างใด (เว้นแต่การแก้ไขเล็กน้อย ในฉบับอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 1957) กล่าวคือ แนวความคิดเรื่องความไม่มีมโนธรรมที่ถูกใส่ไว้ในมาตรา 2-302 ของ UCC มีหลักการสำคัญ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

#### มาตรา 2-302 สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นมโนธรรม

“(1) หากศาลเห็นว่าสัญญา หรือข้อสัญญาใดไม่มีมโนธรรมในเวลาที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญา หรือ อาจบังคับตามสัญญาส่วนที่เหลือ โดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นมโนธรรม หรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นมโนธรรมนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่เป็นมโนธรรม

(2) เมื่อมีการกล่าวอ้าง หรือปรากฏต่อศาลว่า สัญญาหรือข้อสัญญาใดนั้น อาจไม่มีมโนธรรม คู่สัญญาจะต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์ และผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย”

จะเห็นได้ว่า คำสำคัญของมาตรานี้คือ คำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” โดยกฎหมายได้กล่าวถึงทั้งกรณีที่เป็นสัญญาที่ไม่เป็นมโนธรรม (Unconscionable contract) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นมโนธรรม (Unconscionable clause) แต่มิได้ให้ความหมายของ Unconscionability ให้ชัดเจน รวมทั้งไม่มีแนวทางในการบังคับใช้หลักนี้แต่อย่างใด

ไม่มีผู้ให้คำแปลของคำ ๆ นี้ ได้ถูกต้อง ครบถ้วนตามใจความสำคัญของคำว่า Unconscionability เป็นคำอื่นอีกเลยฉะนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” เป็นคำแปลของ “Unconscionability” เช่นกัน

<sup>87</sup> John D. Calamari and Joseph M. Perillo, *The Law of Contract*, 2<sup>nd</sup> ed. (Minnesota : West Publishing Co., 1977) p. 318 อ้างถึงใน วัฒนา เทพวุฒิสถาพร “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” หน้า 118.

นอกจากนี้มาตรา 2-302 ยังเน้นว่า ปัญหาข้อสัญญาหรือสัญญามีความไม่มีโมฆกรรม หรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย (Matter of Law)<sup>88</sup> ที่ศาลสามารถยกประเด็นขึ้นมาวินิจฉัยเองได้ และในการตรวจสอบเพื่อวินิจฉัยปัญหานี้ จะต้องพิจารณาถึงเวลาเมื่อมีการทำสัญญา (At the time when the contract is made) และมาตรา 2-302 นี้ได้นำเอาบทบัญญัติทางวิธีพิจารณาความให้คู่สัญญามีหน้าที่เสนอพยานหลักฐานต่างๆ แก่ศาล ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าศาลจะได้ข้อมูลอย่างเพียงพอในการตัดสินประเด็นเกี่ยวกับความไม่มีโมฆกรรม

เมื่อในบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงมาตรฐานหรือแนวทางที่ใช้ในการตัดสินว่าสัญญาหรือข้อสัญญาอย่างไรจึงจะไม่มีโมฆกรรม<sup>89</sup> และใน UCC เองมิก็ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ความไม่มีโมฆกรรม (Unconscionability)” ไว้ และนอกจากนี้ยังมีความเห็นว่าเป็นที่สมควรที่จะพยายามให้คำจำกัดความดังกล่าว ทั้งนี้เพราะมีผู้เห็นว่าควรตั้งอยู่บนรากฐานที่ว่าศาลควรที่จะแก้ปัญหาความไม่มีโมฆกรรมเป็นคดี ๆ ไปด้วยที่จะไประบุคำจำกัดความของคำว่า “ความไม่มีโมฆกรรม”<sup>90</sup> จึงต้องศึกษาหลักนี้จากประวัติการร่างและแนวคำพิพากษาที่ศาลได้เคยวางไว้

## 2.2.2 ขอบเขตของกฎหมาย

### 1) ประเภทของสัญญาที่อยู่ภายใต้หลัก Unconscionability

แม้ว่าหลักความไม่มีโมฆกรรม (Unconscionability) จะถูกบรรจุอยู่ใน Uniform Commercial Code (UCC) ซึ่งตามประวัติการร่างนั้น UCC เป็นกฎหมายที่สมาคมนักธุรกิจแห่งเมืองนิวยอร์ก (The Merchants Association of the City of New York ) สนับสนุนให้เป็นกฎหมายซื้อขายแห่งสหรัฐ (Federal Sales Act) เพื่อให้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างรัฐก็ตาม แต่หลักความไม่มีโมฆกรรมไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงในสัญญาซื้อขายเท่านั้น กล่าวคือ โดยหลักแล้วตามบทบัญญัติ หมวด 2 แห่ง UCC กำหนดให้ปรับใช้กับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินค้า ดังนั้นสัญญาซึ่งไม่ใช่สัญญาซื้อขายและไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 2-302 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหมวด 2 แต่อย่างไรก็ตามศาลได้สร้างวิธีตีความอันหนึ่งด้วยการพึ่งพา วัตถุประสงค์ของ UCC ดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 1-102 (1) ที่ว่า

“ข้อบัญญัติต้องตีความและใช้อย่างกว้างขวาง เพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์และนโยบายที่รองรับ”

<sup>88</sup> วัฒนาศ เทพวุฒิสถาพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 118

<sup>89</sup> Sinai Dutch, *Unfair Contracts : the Doctrine of Unconscionability*, pp. 52-53., อ้างถึงใน วัฒนาศ เทพวุฒิสถาพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

<sup>90</sup> Robert J. Nordstrom, *Handbook of the Law of Sales*, 3<sup>rd</sup> ed. (Minnesota: West Publishing Co., 1990), pp. 126., อ้างถึงใน วัฒนาศ เทพวุฒิสถาพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

ผลของบทบัญญัติดังกล่าวศาลได้ใช้วิธีการตีความเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งกับสัญญาซื้อขายสินค้าและสัญญาที่มีประกันว่าเป็นปัญหาเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้าให้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 2-302 เช่นกัน ซึ่งนอกจากนี้แล้วในเวลาต่อมา The Restatement (Second) of Contract ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายสัญญาที่ได้จัดทำขึ้นและใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภทก็ได้นำเอาหลัก Unconscionability ที่อยู่ในมาตรา 2-302 ของ UCC มาบัญญัติไว้ในมาตรา 1-208 ของ Restatement เช่นกัน หลัก Unconscionability จึงถือเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายสัญญาโดยไม่จำกัดอยู่เพียงสัญญาซื้อขายเท่านั้น<sup>91</sup>

## 2) ขอบเขตในการวินิจฉัยความเป็นธรรมของสัญญาตามหลัก Unconscionability

หลัก Unconscionability ที่ใช้ในการวินิจฉัยความเป็นธรรมของสัญญานี้ ในบันทึกประกอบการร่างกฎหมาย (ที่เรียกว่า Official Comment) ได้แสดงให้เห็นถึงแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของสหรัฐอเมริกาได้เป็นอย่างดีซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ ดังนี้<sup>92</sup>

ในบันทึกประกอบลำดับที่ 1 ของมาตรานี้ระบุว่าหลักการของหลัก Unconscionability คือ “การป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจครอบงำและความประหลาดใจอันไม่เป็นธรรม (Prevention of Oppression and Unfair Surprise)” ซึ่งความประหลาดใจอันไม่เป็นธรรม นั้น เป็นการกล่าวถึงพฤติการณ์ของคู่สัญญาที่ไม่รู้หรือไม่เข้าใจในข้อสัญญาซึ่งเมื่อได้เข้าใจในผลของสัญญาในภายหลังจึงได้เกิดความประหลาดใจในผลที่ไม่เป็นธรรมนั้น และจากคำพิพากษาที่ผ่านมาพบว่า ความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรมนี้ ครอบคลุมทั้งกรณีที่คู่สัญญาไม่เข้าใจข้อสัญญาเนื่องจากความซับซ้อนของภาษาในข้อสัญญา หรือการไม่รู้ว่ามีข้อสัญญานั้นอยู่เนื่องจากการเขียนข้อความในสัญญาที่ไม่อาจเห็นได้ชัด หรือในกรณีที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสเข้าตรวจสอบข้อสัญญาได้

ส่วนการกล่าวถึง “การใช้อำนาจครอบงำ” (Oppression) นั้น แม้บันทึกประกอบมิได้อธิบายไว้อย่างชัดเจน แต่นักวิชาการและศาลเห็นว่าหมายถึง (1) กรณีที่คู่สัญญาถือโอกาสกำหนดข้อสัญญาให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอย่างมากเมื่อรู้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในพฤติการณ์ อ่อนแอกว่าตน และ (2) กรณีที่มีการผูกขาดทางการค้า อย่างไรก็ตามในคดีส่วนใหญ่ที่มีการกล่าวอ้างถึงการผูกขาดนั้นศาลได้ตัดสินว่าคู่สัญญาสามารถเลือกทำสัญญากับผู้ผลิตสินค้าหรือบริการรายอื่นในตลาดได้ ข้อสัญญาที่พิพาทจึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และแม้ในคดีที่ศาลยกเอาการผูกขาดมาเป็นเหตุผลว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็

<sup>91</sup> พินัย ณ นคร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์ : 564.

<sup>92</sup> ส่วนใหญ่ผู้เขียนเรียบเรียงจาก พินัย ณ นคร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์ : 564-567.

มักปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการไม่รู้หรือเข้าใจข้อสัญญา หรือการไม่มีโอกาสเข้าตรวจสอบข้อสัญญาอยู่ด้วย

ต่อไปนี้จะยกตัวอย่างข้อเท็จจริงในบางคดีที่ศาลได้อาศัยแนวทาง ดังกล่าวในการวินิจฉัยตามหลักความไม่มีมโนธรรมของสัญญา

ข้อเท็จจริงในคดี *Williams V. Walker-Thomas Furniture Co.*<sup>93</sup> อาจเป็นตัวอย่างได้เป็นอย่างดี คดีนี้เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเครื่องไฟฟ้าแบบผ่อนชำระ ข้อสัญญากำหนดว่าสินค้าที่ผู้ซื้อเคยซื้อไปจากผู้ขายในครั้งก่อนจะกลายเป็นหลักประกันหนี้ที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าครั้งใหม่ด้วย สัญญาจะระบุว่าเมื่อผู้ซื้อชำระค่างวดสินค้ารายใด ผู้ขายมีสิทธิหักเงินที่ชำระงวดนั้นไปเป็นเงินชำระค่างวดสินค้ารายอื่นที่ยังค้างชำระอยู่ก็ได้ และเมื่อผู้ซื้อผิดนัดชำระหนี้เป็นประการใดก็ตาม ผู้ขายก็สามารถเข้ายึดและกลับเข้าครอบครองสินค้าที่ซื้อไปทุกรายการเพื่อบังคับหนี้ได้ ข้อสัญญาที่กำหนดให้มีผลเช่นนี้ เรียกว่า “Add-on Clause” ซึ่งมีผลกระทบต่อผู้บริโภคอย่างร้ายแรงมาก เพราะมีผลให้หนี้ชำระราคาของผู้ซื้อในสินค้ารายหนึ่งยังคงมีอยู่ตลอดไป จนกว่าจะได้ชำระราคาสินค้ารายอื่นทุกรายที่ซื้อมาจนหมดสิ้นแล้ว และสินค้าที่ซื้อรายใหม่ก็จะกลายเป็นหลักประกันสินค้ารายก่อน ๆ ไปด้วย เช่น ผู้ซื้อได้ซื้อตู้เย็นโดยตกลงชำระราคา 24 งวด หลังจากที่ได้ชำระราคางวดที่ 23 ไปแล้ว จึงได้ซื้อโทรทัศน์จากผู้ขายรายนี้อีก ครั้นเมื่อผู้ซื้อชำระราคาตู้เย็นงวดสุดท้าย ผู้ขายก็ได้ใช้สิทธิตามสัญญานำเงินค่างวดตู้เย็นไปชำระค่างวดโทรทัศน์แทน จึงมีผลให้ค่างวดสำหรับตู้เย็นยังคงไม่ระงับลง หากต่อมาผู้ซื้อชำระเงินค่างวดโทรทัศน์ไม่ถูกต้องเพียงเล็กน้อย ผู้ขายก็ยึดและกลับเข้าครอบครองทั้งตู้เย็นและโทรทัศน์ หากพิเคราะห์แล้วคงไม่มีผู้ซื้อรายใดประสงค์ให้สัญญามีผลเช่นนี้ ผู้ซื้อได้รับเอาข้อสัญญาเพราะไม่เข้าใจว่าข้อสัญญาจะมีผลเช่นนี้ ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวระบุ ข้อความดังนี้

“เงินที่ผู้ซื้อได้ชำระแต่ละงวดตามสัญญานี้ ให้ถือเป็นเงินรวมชำระสินค้าแต่ละงวดที่มีขึ้นจากการซื้อสินค้ารายก่อน ๆ ด้วย และเงินรายใดที่ผู้ซื้อชำระในขณะนี้หรือในอนาคต ให้นำไปเป็นเครดิตตามสัดส่วนสำหรับหนี้ที่ผู้ซื้อยังคงค้างชำระแก่บริษัท (ผู้ขาย) อยู่ในขณะที่ชำระเงินรายนั้น”

จากข้อความในสัญญา จะเห็นได้ว่าเป็นการใช้สำนวนภาษาที่แม้แต่ นักกฎหมายยังอาจต้องอ่านหลายครั้งจึงจะเข้าใจความหมายที่แท้จริง คดีนี้นาง Williams ซึ่งเป็นคนมีการศึกษาน้อย จึงตกอยู่ในสภาพไม่รู้และไม่เข้าใจข้อความในสัญญาดังกล่าวว่าจะมีผลประหลาดอันไม่เป็นธรรมเช่นนั้น โดยศาลได้วางเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงความไม่มีมโนธรรมไว้ว่า “คู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่ทำสัญญามีโอกาสตามสมควรที่จะทำความเข้าใจข้อสัญญาหรือไม่ หรือข้อสัญญาที่สำคัญถูกซ่อนไว้ด้วย ความซับซ้อนของตัวพิมพ์เล็ก ๆ และปกปิดด้วยวิธีปฏิบัติในการทำสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะหลอกลวงหรือไม่ ... เมื่อคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า

<sup>93</sup> (1965) 350 F. 2d.445. อ้างถึงในพินัย ณ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 556-559.

ซึ่งมีทางเลือกอื่นอันน้อยนิดได้ลงชื่อในสัญญาที่ไม่สมเหตุผลในทางพาณิชย์ ด้วยความรู้น้อย หรือไม่รู้ ถึงผลของข้อสัญญาเลย จึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ ที่จะถือว่าเขาได้ให้ความยินยอมสำหรับสัญญาทุกข้อ”<sup>94</sup>

หรือในคดี Tony Brower, et al. V. GATEWAY 2000, Inc; et al. (1998)

คดีนี้โจทก์ได้ซื้อคอมพิวเตอร์และซอฟต์แวร์จากจำเลยคือบริษัท Gateway 2000 โดยผ่านการขายตรงไปรษณีย์ หรือสั่งซื้อทางโทรศัพท์ ปกติแล้วเวลาลูกค้าตกลงซื้อสินค้า ทางบริษัท Gateway จะใส่อุปกรณ์ของสินค้าพร้อมกับแนบสัญญาข้อตกลงและเงื่อนไข (Standard Term and Conditions Agreement รวมทั้งใบรับประกันสินค้าลงไปในกล่องตอนจัดส่งให้ลูกค้าด้วย สัญญาข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าวมีข้อความเริ่มต้นด้วย “Note To Customer” ระบุใจความว่า “ถ้าลูกค้าไม่พอใจให้คืนสินค้าภายใน 30 วันหากหลังจาก 30 วันไปแล้วจะถือว่าลูกค้ายอมรับสัญญาข้อตกลงและเงื่อนไขต่างๆ เหล่านั้น จากข้อเท็จจริงโจทก์ได้คืนสินค้าเหล่านี้เกิน 30 วัน ที่กำหนดไว้ ซึ่งบริษัท Gateway ไม่ยินยอม

กลุ่มผู้บริโภคได้ฟ้องคดีแบบ Class Action ต่อบริษัท Gateway 2000 และกล่าวหาบริษัทว่ากล่าวผิดความเป็นจริงในโฆษณาที่สัญญาว่า “จะบริการลูกค้าทุกเวลาที่ลูกค้าต้องการ รวมไปถึง Free technical support ตลอด 24 ชั่วโมง และการบริการลูกค้าถึงที่ ซึ่งบริษัทไม่เพียงจะไม่ให้บริการดังที่กล่าวแล้ว บริษัทยังคงโฆษณาให้สัญญาดังกล่าวต่อสาธารณชนอยู่

ทางบริษัท Gateway ได้เคลื่อนไหวให้มีการยกฟ้องคดีนี้ โดยอ้างว่าคดีได้ตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญาอนุญาตต่อตุลาการ แต่โจทก์อ้างว่า

1. ข้อสัญญาอนุญาตต่อตุลาการเป็นโมฆะตาม UCC มาตรา 2-207
2. เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ใช้บังคับไม่ได้
3. ไร้โมฆกรรม ตาม UCC มาตรา 2-302

ในประเด็นเรื่องสัญญาสำเร็จรูป และสัญญาไร้โมฆกรรมนั้น ศาลได้พิจารณาเห็นว่า ข้อสัญญาและเงื่อนไขของบริษัท Gateway ไม่ใช่ข้อสัญญาสำเร็จรูป ผู้บริโภคไม่ได้อยู่ในฐานะ take it or leave it เพราะผู้บริโภคสามารถปฏิเสธข้อตกลงของบริษัท Gateway โดยคืนสินค้าภายใน 30 วันและซื้อสินค้าจากคู่แข่งแทนได้ ดังนั้นตาม UCC มาตรา 2-302 ภายใต้กฎหมายของ New York สัญญาจะบังคับใช้ไม่ได้ถ้าสัญญานั้นไร้โมฆกรรม ทั้งกระบวนการทำสัญญา (Procedural) และ ในเนื้อหาของสัญญา (Substantive) ศาลได้พิจารณาในเบื้องต้นเห็นว่าสัญญานั้นไม่ได้ไร้โมฆกรรมอันเนื่องมาจากความไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหรือเกี่ยวข้องกับพฤติการณ์แวดล้อย่อม (not procedurally unconscionable) โดยอ้างว่า ผู้บริโภคยังสามารถที่จะคืนสินค้านั้นได้

<sup>94</sup> Sinai Deutch, *Unfair Contracts : The Doctrine of Unconscionability*, (Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977), pp. 124-125 อ้างถึงใน วัฒนา เทพวุฒิสถาวร , เรื่องเดียวกัน , หน้า 131.



แต่อย่างไรก็ตามศาลก็พิจารณาว่าข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นข้อสัญญาที่ไร้  
มโนธรรม อันเนื่องมาจาก เนื้อหาในสัญญานั้นเอง (substantively unconscionable) กล่าวคือ <sup>95</sup>

ข้อสัญญาและเงื่อนไขที่แนบมานั้นมีข้อตกลงในเรื่องวิธีการระงับข้อพิพาท  
(Dispute Resolution) ด้วย ซึ่งในสัญญาระบุให้ผู้บริโภคที่จะฟ้องร้องบริษัทจะต้องดำเนินการผ่าน  
International Chamber of Commerce หรือ ICC เท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายของ ICC (The ICC's Rules of  
Conciliation and Arbitration) ได้กำหนดเรื่องค่าใช้จ่ายไว้ในจำนวนเงินที่สูงมาก ยกตัวอย่างเช่น การฟ้องร้อง  
หรือคำร้องเกี่ยวกับสินค้าที่มีมูลค่าต่ำกว่า \$ 50,000 จะต้องจ่ายเงินค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องล่วงหน้าจำนวน  
\$4,000 ซึ่งสูงกว่าราคาสินค้าส่วนใหญ่ของบริษัท Gateway และจำนวนเงินดังกล่าวยังไม่รวมค่าลงทะเบียนยื่น  
เรื่องร้องเรียนต่างหากอีกจำนวน \$2,000 ซึ่งผู้ฟ้องร้องจะไม่สามารถขอคืนได้ นอกจากนี้ผู้ฟ้องร้องยังต้องจ่ายค่า  
เดินทางที่ไม่เหมาะสมกับความเสียหายอีกประมาณ \$1,000 ต่อ 1 คน รวมไปถึงจนถึงการแบกรับภาระค่าใช้จ่ายที่  
เป็นค่าธรรมเนียมตามกฎหมายของบริษัท Gateway ในกรณีที่ลูกค้าซึ่งเป็นผู้ฟ้องร้องไม่ชนะคดี ตามกฎหมายของ  
ICC ที่ว่า “คนแพ้ต้องจ่าย” (Loser Pays) ด้วยซึ่งศาลเห็นว่าบรรดาค่าใช้จ่ายดังกล่าวมีส่วนสกัดกั้นผู้บริโภค  
แต่ละรายในการเรียกร้องใช้สิทธิในเรื่องอนุญาตตุลาการ

คดีนี้ศาลเห็นว่าแม้ว่าตามกฎหมาย New York หลักในเรื่อง  
Unconscionability โดยทั่วไปจะถูกยืนยันได้ต่อเมื่อมีการแสดงถึงขั้นตอนการจัดทำสัญญา (Procedural)  
และตัวเนื้อหาของสัญญา (substantive) แต่ตัวเนื้อหาอย่างเดียวน่าจะเพียงพอที่จะทำให้ข้อตกลงหรือ  
ข้อกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับใช้ได้ (unenforceable) โดยในเรื่องค่าใช้จ่ายที่แพงเกินไป อย่างเช่นค่าใช้จ่ายที่  
เกิดขึ้นระหว่างขั้นตอนการฟ้องร้องกับ ICC นี้ จึงสามารถนำมากล่าวอ้างถึงความไม่สมเหตุสมผล  
(unreasonable) ของตัวสัญญาได้

คดีนี้ศาลมีคำสั่งให้ Gateway ส่งข้อตกลงอันใหม่ไปยังลูกค้าทุกคนที่ซื้อสินค้า  
ทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต โดยข้อตกลงอันใหม่นี้ต้องระบุว่าลูกค้าสามารถที่จะเลือกระหว่าง American  
Arbitration Association (AAA) หรือ International Chamber at Commerce (ICC) เป็น อนุญาตตุลาการซึ่ง  
ขาดในกรณีที่เกิดฟ้องร้องกันขึ้น รวมทั้งระบุเบอร์ดิตต่อ ของ AAA และ ICC ตลอดจนข้อมูลเกี่ยวกับการ  
ดำเนินการและค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องต่างๆ ด้วย ซึ่งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตาม AAA นี้จะอยู่ในราว  
\$500-1,000 ต่อ 1 คน ซึ่งถูกกว่า ICC อย่างมาก

จากคดี Gateway แม้ศาลจะตัดสินให้ข้อตกลงในเรื่องอนุญาตตุลาการ  
(Arbitration provision) ขัดต่อหลัก unconscionable โดยอ้างถึงไม่มีความสมเหตุสมผล ในเนื้อหาของสัญญา  
แต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่กล่าวถึงเรื่องกระบวนการทำสัญญาที่ได้วินิจฉัยในตอนต้นว่า สัญญานี้ไม่ใช่สัญญา  
สำเร็จรูปจึงไม่มีประเด็นในเรื่องความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าศาลมิได้ละเลย

<sup>95</sup> [www. Stel.edv/ facelty-dir/ ricks/ casebook/ Brower V Gateway 2000. htm.](http://www.Stel.edv/facelty-dir/ricks/casebook/Brower V Gateway 2000.htm)

ในเรื่องดังกล่าว หากวินิจฉัยในมุมมองที่ว่าเมื่อแยกข้อตกลงในส่วน Arbitration clause ออกจากสัญญาซื้อขายสินค้า การที่ในสัญญากำหนดให้ผู้บริโภคต้องใช้สิทธิฟ้องร้องโดยผ่าน ICC เพียงองค์กรเดียวนั้น เท่ากับว่าบังคับไม่ให้ผู้บริโภคมีทางเลือกอย่างอื่น ซึ่งเทียบเท่ากับเป็นกรณีของการผูกขาดอันเป็นข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาที่คู่สัญญาไม่มีทางเลือกอื่นเช่นกัน และเมื่อใน ICC มีกฎเกณฑ์ในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องที่สูงมากซึ่งเป็นความไม่สมเหตุสมผลในเนื้อหา เหตุผล ดังกล่าวก็ชอบที่ศาลจะเข้ามาแทรกแซงสัญญาดังกล่าวได้

จากคดีที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง 2 คดีล้วนเป็นกรณีที่ศาลใช้หลัก Unconscionable กับสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคที่ศาลมักเห็นเสมอว่าสัญญาดังกล่าวมักจะมีปัจจัยทางด้านความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionable) และความไม่เป็นธรรมในด้านเนื้อหาของสัญญา (Substantive unconscionable) เสมอแต่สำหรับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันแล้ว จากคำพิพากษาที่ผ่านมาชี้แนะว่าศาลจะจำกัดการใช้หลัก Unconscionable เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในประเด็นของข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาที่ศาลมักจะมองว่าเป็นทางปฏิบัติในธุรกิจการค้าปกติที่ยากจะเกิดกรณีของการไม่รู้หรือไม่เข้าใจในข้อสัญญาขึ้นจึงไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่าในตัวเนื้อหาของสัญญาจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายเป็นอย่างมากเพียงไรก็ตาม

ตัวอย่างเช่นในคดี Architectural Aluminum Co.p.v. Macarr, Inc.<sup>96</sup> ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐาน เนื่องจากศาลเห็นว่าข้อสัญญาที่ได้เถียงกันนั้นเป็นข้อสัญญาที่ใช้กันตามปกติในอุตสาหกรรมนั้น แม้อาจเป็นไปได้ว่าข้อสัญญาที่ใช้กันตามปกตินั้นเป็นผลมาจากการใช้สัญญาจำยอม (Adhesion Contract) ที่ไม่เป็นธรรมก็ตาม

หรือในคดี Hydra form Products Corp v. American steel<sup>97</sup> ในคดีนี้แม้ศาลจะพิจารณาถึงอำนาจต่อรองที่แตกต่างกัน แต่ก็ตัดสินว่าข้อสัญญาที่พิพาทมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะคู่สัญญาที่ได้แย้งมิใช่ผู้ที่ขาดความเจนจัดทางการค้า ทั้งยังรู้ถึงข้อสัญญานั้นอีกด้วยโดยที่ได้ทำการค้ากันมาก่อนแล้ว

<sup>96</sup> 70 Misc. 2d 495, 333 N.Y.S. 2d 818 ( N.Y.Sup.Ct. 1972 ) อ้างถึงใน วัฒนาศ พงษ์พิศมิตถพร, เรื่องเดียวกัน , หน้า 124.

\* แม้ข้อเท็จจริงในคดีจะเป็นการใช้สัญญาจำยอม หรือ สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) ก็ตาม ก็มิได้ หมายความว่า การใช้สัญญาสำเร็จรูปนั้นจะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอ้างว่าเป็นกระบวนการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ทั้งนี้เพราะลำพังเพียงการทำสัญญาสำเร็จรูปมิใช่เหตุผลที่แท้จริงของการอ้างความไม่เป็นธรรมของสัญญาแต่อยู่ที่การรู้หรือเข้าใจในผลของข้อสัญญานั้นต่างหาก ซึ่งในสัญญาทางธุรกิจคู่สัญญาอยากที่จะทำให้ศาลเชื่อได้ว่า ตนไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา

<sup>97</sup> (1985) 498 A. 2d. 339 อ้างถึงใน พินัย ณ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 567.

### 2.2.3 แนวทางการใช้หลัก Unconscionability กับสัญญาทางธุรกิจ

#### 1) ประเด็น procedural unconscionability

จากกรณีตัวอย่างในคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าคดีส่วนใหญ่ที่เป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน การจะอ้างความไม่เป็นธรรมในสัญญาตามมาตรา 2-302 นี้จะมีความลำบากมาก (เนื่องด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว) แต่หากพฤติการณ์เปลี่ยนไปในสัญญาทางธุรกิจที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจในทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าอีกฝ่ายและใช้อำนาจนั้นในลักษณะที่ไม่ชอบเพื่อการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าต่างๆ โดยการนำหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Sanctity of will) มาเป็นเครื่องยืนยันความชอบธรรมในการกระทำดังกล่าว และการกระทำนั้นมีความเป็นไปได้ว่าอาจเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) อันเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมาย Anti-Trust ด้วยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าหากกฎหมายในเรื่องสัญญายังยืนยันที่จะบังคับตามสัญญาดังกล่าว โดยปฏิเสธข้อบกพร่องในเรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ที่มีพฤติการณ์น่าปรารถนาที่มีผลต่อการตัดสินใจเข้าทำสัญญาของผู้ที่อยู่ในสถานะที่ด้อยกว่าทางเศรษฐกิจว่าไม่ใช่ข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญา (procedural unconscionable) ย่อมเป็นการบังคับใช้กฎหมายทั้ง 2 ลักษณะที่มีจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกันไปในทางที่ขัดแย้งกัน แม้ว่าคำพิพากษาเพียงเรื่องอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้ศาลมีเหตุผลที่จะเข้าไปแทรกแซงในสัญญาได้ เพราะอำนาจต่อรองที่เหนือกว่านั้นจะถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) ก็ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกอื่นอีกแล้ว เช่นกรณีของการมีอำนาจผูกขาดในตลาด<sup>98</sup> แต่หากได้พิจารณาว่ามีการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่านั้น เพื่อมุ่งหมายที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้ว ภาวะที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ( เป็นเพราะหากไม่เข้าทำสัญญาหรือไม่ยินยอมตามเงื่อนไขใด ๆ ในสัญญาแล้วจะส่งผลเสียหายต่อธุรกิจตนอย่างมาก ) เช่นนี้ศาลน่าจะอ้างว่าพฤติกรรมอันไม่เป็นธรรมในการค้าดังกล่าว เป็นข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาได้เช่นกัน โดยเฉพาะหากเป็นสัญญาทางธุรกิจที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการรายย่อยและได้ทำสัญญากับผู้ประกอบการขนาดใหญ่ ย่อมอยู่ในฐานะที่ไม่ต่างจากผู้บริโภคมากนัก<sup>99</sup>

<sup>98</sup> ศาลได้กล่าวถึงในคดี Kosches V. Nichols : 68 Misc. 2d 795, 327 N.Y.S. 2d 468 L.N.Y. Civ. Ct. 1971 อ้างถึงใน , วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, เรื่องเดียวกัน หน้า 134

<sup>99</sup> John D. Donell, A. Jame Barnes and Michael B. Metzger, Law For Business (United state : Richard D. Irwin , INC., 1980-1983 ) p. 214.

## 2) ประเด็น Substantive Unconscionability

สำหรับในการพิจารณาว่าสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในหลาย ๆ คดีว่าไม่อาจอาศัยเพียงการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นก่อภาระหนัก (onerous) มีลักษณะกดขี่ (oppressive) หรือเป็นการอยู่ฝ่ายเดียว (one-sided) เท่านั้น แต่ต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่สมเหตุสมผลนั้นเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงของธุรกิจ (business risk)<sup>100</sup> รวมทั้งพฤติการณ์แวดล้อมทั่วไปประกอบด้วย อาทิเช่น เรื่อง “ความจำเป็นในทางพาณิชย์ของการค้าเฉพาะเรื่อง (the commercial needs of the particular trade) ที่ศาลเคยมีความเห็นในคดีหนึ่ง<sup>101</sup>ว่า ข้อสัญญาที่ก่อภาระหนักโดยแท้จริงแล้วบางกรณีอาจเป็นการอำนวยความสะดวกบางประการให้แก่ฝ่ายที่รับภาระหนักนั้น หรือเป็นการลดความเสี่ยงภัยทางธุรกิจที่อาจจะเกิดขึ้นแก่อีกฝ่ายก็ได้ ตามหลักการแบ่งสรรความเสี่ยง เพราะหากไม่พิจารณาประเด็นต่างๆ ในมุมมองทางการค้าดังกล่าวแล้ว ลำพังเพียงสัญญาทางธุรกิจที่ย่อมมีความเหลื่อมล้ำในผลประโยชน์ตามปกติก็อาจถูกหยิบยกขึ้นมาในประเด็นความไม่เป็นธรรมได้ และการใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นการผลักดันให้การปฏิบัติหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของผู้สัญญาที่เฉลียวฉลาดให้กลายเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องไป ซึ่งไม่ใช่จุดมุ่งหมายของกฎหมายภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมแต่อย่างใด

### 2.3 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ

#### 2.3.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย

แต่เดิมนั้น ประเทศอังกฤษยังไม่มีกฎหมายที่ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและเมื่อเกิดข้อพิพาทในเรื่องการใช้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมจนเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ศาลมักจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าจะบังคับให้ตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นหรือไม่และเพียงไร อันเป็นลักษณะของการ ควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยศาล (Judicial Control)<sup>102</sup> ซึ่งศาลได้ใช้ดุลยพินิจไปตามความสมเหตุสมผล (Reasonable) จากคดีที่เกิดขึ้นเป็นคดีๆ ไป ในระยะเวลาอันยาวนานจึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์ ต่าง ๆ ที่ศาลวางไว้ เช่น หลักการวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ (Incorporation into Contracts) หรือ หลักการแปลหรือตีความสัญญา (Interpretation and Construction) เป็นต้น แต่วิธีการหรือแนวทางต่าง ๆ ของศาลมีข้อจำกัดและไม่อาจแก้ปัญหาได้ สาเหตุหนึ่งนั้นเป็นผลมาจากคดีเกิดความไม่แน่นอนจากการใช้หลักการตีความสัญญาของศาลด้วย ดังนั้นในปี ค.ศ. 1977 รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น

<sup>100</sup> ศาลได้กล่าวถึงคดี In re Elksdell Mfg. Co., Inc. : 58 N.J. 522, 543, 279 A.2d 640, 652 (1971) อ้างถึงใน วัฒนาศ พงษ์พิศมิตถพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 137

<sup>101</sup> คดี In re Elksdell Mfg. Co., Inc

<sup>102</sup> วัฒนาศ พงษ์พิศมิตถพร “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) หน้า 42.

ธรรม ค.ศ. 1977 ขึ้น (The Unfair Contract Term Act 1977 หรือ UCTA) เพื่อเป็นเครื่องมือให้ศาลได้ใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นในคดี

โดยหลักการสำคัญของกฎหมายฉบับนั้นได้ออกมาใช้บังคับกับข้อตกลง ยกเว้นความรับผิดโดยเฉพาะ ในหลายกรณีกฎหมายบัญญัติให้ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางอย่างไม่มีผลบังคับ และบางอย่างไม่มีผลบังคับจนกว่าจะพิจารณาแล้วว่ามี ความสมเหตุสมผล (Reasonableness)<sup>103</sup> จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีใช้กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่บังคับกับสัญญาโดยทั่วไปได้ หากแต่ได้วางหลักเกณฑ์ครอบคลุมถึงเฉพาะข้อตกลงยกเว้นความรับผิดที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม (Unfair Exemption Clauses) เท่านั้น

### 2.3.2 ขอบเขตของกฎหมาย

#### 1) ขอบเขตในด้านตัวบุคคล

บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองบุคคลที่เป็นผู้บริโภคโดยสังเกตได้จาก UCTA บัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางอย่างจะไม่มีผลบังคับ ทันทีถ้าทำกับผู้บริโภค (a person dealing as consumer) โดยกฎหมายได้นิยามคำว่า “ผู้บริโภค” ไว้ว่าคู่สัญญาจะทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเมื่อไม่ได้ทำสัญญาในทางการค้าและไม่ได้แสดงให้ปรากฏแก่ผู้อื่นว่าได้ทำสัญญาในทางการค้า ในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในทางการค้าและกรณีดังกล่าวศาลได้วางแนวทางไว้ในหลาย ๆ คดีว่าให้หมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบการค้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคด้วย

ซึ่งใน Law commission<sup>\*</sup> ได้อธิบายไว้สอดคล้องกันว่าเหตุที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกอบการค้าด้วยก็เพราะในหลายกรณีที่ผู้ประกอบการค้าอยู่ในสถานะที่คล้ายกับผู้บริโภค โดยได้ยกตัวอย่างเกี่ยวกับกรณีเจ้าของร้าน (shop-keeper) ทำสัญญากับบริษัทนิตยสารเพื่อโฆษณาสินค้าของตน ก็สามารถกล่าวถึงความไม่เป็นธรรมในตัวสัญญาได้ และทำให้ศาลใช้ เหตุผลดังกล่าวในการวินิจฉัยในหลาย ๆ คดีต่อมา เช่นในคดี Rasbora Ltd v. J.C.L. Marine<sup>104</sup> ศาลได้กล่าวว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญามาใช้เอง โดยมีใช้เพื่อนำไปขายต่อในทางการค้านั้น ถือว่าผู้ประกอบการค้านั้นทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเช่นกัน

<sup>103</sup> Guenter treitel, *The Law of Contract*, 10<sup>th</sup> ed. (London : Sweet & Maxwell, 1999), p.226.

อ้างถึงในวัฒนา เทพวุฒิสถาพร “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) หน้า 67.

<sup>\*</sup> ดู Law Commission No. 147.

<sup>104</sup> (1977) 1 Lloyd's Rep. 645.



อย่างไรก็ตามจากคำแนวคำพิพากษาดังกล่าว การที่ผู้ประกอบการค้า เข้าทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญามาใช้เองนั้น คงต้องหมายความรวมทั้งการนำไปใช้ส่วนตัวและใช้ในธุรกิจการค้าด้วย เช่น กรณีที่บริษัท A ประกอบกิจการร้านอาหารทำสัญญาเช่าซื้อรถกับบริษัทขายรถ การทำสัญญาดังกล่าวย่อมถือว่าบริษัท A เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค ไม่ว่าจะนำรถที่ซื้อนั้นมาให้กรรมการใช้ส่วนตัว หรือนำมาใช้จัดส่งสินค้าให้ลูกค้าก็ตาม ทั้งนี้เพราะบริษัท A อยู่ในฐานะที่ไม่ใช่ผู้มีความรู้ความชำนาญเท่ากับอีกฝ่ายในเรื่องของการซื้อขายรถ เนื่องจาก UCTA มีวัตถุประสงค์เพื่อพยายามป้องกันความไม่ยุติธรรมในการต่อรองระหว่างคู่สัญญา (try and prevent an unfair inequality of bargaining strength and knowledge between the parties)<sup>105</sup>

แม้ใน UCTA จะมุ่งคุ้มครองสัญญาที่ผู้ประกอบการค้าทำกับผู้บริโภคเป็นหลัก แต่ในมาตรา 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักของ UCTA เกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตามสัญญาก็สามารถให้ผู้ประกอบการค้าอ้างได้ว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นเป็น “ข้อสัญญามาตรฐาน” (written standard term of business)<sup>106</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตตัวบุคคลที่ UCTA มุ่งคุ้มครอง ได้แก่<sup>107</sup>

1. ผู้บริโภค (Consumer)
2. ผู้ประกอบการค้าที่ได้ทำสัญญามาตรฐาน (Non-consumer on written

standard term)

รวมทั้งผู้บริโภคหรือบุคคลที่มิใช่ผู้บริโภคที่ได้ทำสัญญาที่มีข้อตกลง ยกเว้นความผิดตามลักษณะที่กฎหมายระบุไว้ด้วย

## 2) ขอบเขตของสัญญา

ได้กล่าวมาแล้วว่า UCTA ไม่ใช่กฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาทั่วไป แต่จะใช้เฉพาะกับสัญญาที่มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion Clauses) ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น การจะพูดถึงขอบเขตของสัญญาที่ UCTA มุ่งคุ้มครอง จึงต้องพิจารณาจากประเภทของข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ UCTA กำหนดไว้ ซึ่งสามารถแบ่งลักษณะของข้อตกลงดังกล่าวออกเป็น 2 ประเภทตามระดับความรุนแรงของสภาพความไม่เป็นธรรม คือ ประเภทที่ข้อสัญญานั้นไม่มีผลบังคับใช้ กับประเภทที่ข้อสัญญานั้นตกอยู่ภายใต้หลักการทดสอบความสมเหตุสมผล (The Test of Reasonableness) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

<sup>105</sup> David Tiplady, “Some Problems with the Unfair Contract Terms Act 1977” *New Law Journal* 137 (May 8, 1987) : 429.

<sup>106</sup> พิณัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญานี้ไม่เป็นธรรม แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” *วารสารนิติศาสตร์* : 571.

<sup>107</sup> John Smith, *Smith and Thomas : A Casebook on contract.* ( London : sweet & Maxwell, 1996) p. 470-472.

### (1) ข้อสัญญาที่ไม่มีผลบังคับใช้อย่างเด็ดขาด

ในประเภทนี้ หากมีการระบุข้อสัญญาตามที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่สามารถใช้บังคับได้ คือ ไม่สามารถอ้างขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ ซึ่ง ข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับตาม UCTA มีดังต่อไปนี้

(1.1) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับการบาดเจ็บหรือการตายของบุคคล (Personal injury or death) ตามมาตรา 2 (1) ของ UCTA<sup>\*</sup>

(1.2) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าสำหรับผู้บริโภค ตามมาตรา 5 (1)<sup>\*\*</sup>

(1.3) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองของผู้ขายหรือเจ้าของทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 6 (1)<sup>\*\*\*</sup>

---

<sup>\*</sup> มาตรา 2 (1) บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเองจากความตายหรือความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการละเลยโดยการอ้างถึงข้อสัญญาใดหรืออ้างถึงการแจ้งซึ่งให้ไว้เป็นการทั่วไป หรือต่อบุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจง

<sup>\*\*</sup> มาตรา 5 (1) บัญญัติว่า “ในกรณีสินค้าประเภทที่จัดไว้ตามธรรมดาเพื่อใช้สำหรับการบริโภคส่วนตัว หากความสูญเสียหรือเสียหาย

(a) เกิดจากสินค้าที่พิสูจน์ว่าชำรุดบกพร่องในระหว่างการใช้ของผู้บริโภคและ

(b) เกิดจากการละเลยของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการผลิตหรือจำหน่ายสินค้า

ความรับผิดจากการสูญเสียหรือเสียหายไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดโดยการอ้างถึงข้อสัญญาหรือประกาศใด ๆ ซึ่งรวมอยู่ในหรือใช้โดยอ้างถึงการรับประกันคุณภาพสินค้า”

<sup>\*\*\*</sup> มาตรา 6 (1) บัญญัติว่า “ความรับผิดจากการผิดต่อข้อผูกพัน ซึ่งเกิดจาก

(a) มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979

(b) มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดหาสินค้า ค.ศ. 1973

“ไม่สามารถอ้างถึงข้อสัญญาใด ๆ ได้เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด”

ผลจากข้อนี้ระบุนำผู้ขายสินค้าหรือเจ้าของผู้ทำสัญญาเช่าซื้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการให้คำมั่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของสินค้า เพราะสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979 (The Sale of Goods Act 1979) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดหาสินค้า ค.ศ. 1973 (The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973) จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้าในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ ฉะนั้นข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นความรับผิดของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อที่ไม่รับรองว่าตนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในเวลาที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้เช่าซื้อแล้วแต่กรณี จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับได้ : - วิชัย จิตตपालกุล,

(1.4) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต่อผู้บริโภคใน คุณภาพสินค้าว่าตรงกับการพรรณนาตามมาตรา 6 (2)\*

(1.5) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่มีต่อผู้บริโภคในสัญญาใด ๆ ซึ่งสินค้าถูกโอนไปตามมาตรา 7 (2)\*\*

จากข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทั้ง 5 ข้อข้างต้น UCTA เห็นว่าเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่มีลักษณะของความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรง โดยในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับการบาดเจ็บการตายของบุคคลเป็นเรื่องที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยในสังคม การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองเป็นการยกเว้นที่มีผลทำให้ความคาดหวังของคู่สัญญาหมดสิ้นไปอย่างสิ้นเชิง และการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องของความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่มีต่อผู้บริโภคในสัญญาที่มีลักษณะต่าง ๆ เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ประกอบการค้ากับผู้บริโภค ซึ่งตามปกติจะอยู่ในฐานะที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านข้อสัญญา รวมทั้งคุณภาพของสินค้าตามสัญญาดีกว่าผู้บริโภคอยู่แล้ว จึงมีความจำเป็นที่ UCTA จะต้องปกป้องผู้บริโภคมิให้ได้รับผลเสียหายจากการที่ผู้ประกอบการได้อาศัยความได้เปรียบดังกล่าวยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนไว้อย่างไม่เป็นธรรม

เห็นได้ว่าการที่ UCTA กำหนดให้ข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวโดยเฉพาะในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค ไม่มีผลบังคับใช้โดยพิจารณาจากระดับความร้ายแรงของสถานภาพไม่เป็นธรรมนั้น สอดคล้องกับแนวคิดของกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้กล่าวข้างต้น ในเรื่องของความไม่เป็นธรรมของสัญญาจะต้องประกอบไปด้วยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยในเรื่องเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมก็คือ ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในลักษณะต่าง ๆ ที่

“สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) หน้า 90.

\* มาตรา 6 (2) บัญญัติว่า “ในฐานะข้อต่อสัญญากับบุคคลที่เกี่ยวข้องในฐานะผู้บริโภค ความรับผิดจากการผิดต่อข้อผูกพันซึ่งเกิดจาก

(a) มาตรา 13, 14 หรือ 15 แห่งพระราชบัญญัติ ค.ศ. 1979 (ในเรื่องคำมั่นโดยปริยายของผู้ขายเกี่ยวกับความสอดคล้องของสินค้ากับการพรรณนาหรือตัวอย่างหรือเกี่ยวกับคุณภาพหรือความสมบูรณ์ของสินค้าสำหรับความมุ่งหมายเฉพาะ)

(b) มาตรา 9, 10 หรือ 11 แห่งพระราชบัญญัติ ค.ศ. 1973 (ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ) ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยอ้างข้อสัญญาใด ๆ ได้

\*\* มาตรา 7 (2) บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาประเภทอื่น ๆ ที่ไม่จำเพาะเจาะจงว่าต้องเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา (4) เท่านั้น แต่ยังคงมีวัตถุประสงค์ในเรื่องของสิทธิครอบครองหรือการโอนกรรมสิทธิ์ให้สามารถนำหลักเกณฑ์เดียวกันนั้น (ในเรื่องความรับผิดเกี่ยวกับคำพรรณนา ตัวอย่าง คุณภาพ หรือความสมบูรณ์ของสินค้า) มาบังคับใช้ได้ เช่น สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจำนำ สัญญาเช่า เป็นต้น

กฎหมายกำหนดไว้ และในส่วนของ การเข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคคือการขาดความรู้ความเข้าใจในข้อสัญญา ซึ่งอาจเกิดจากการไม่มีโอกาสได้ตรวจสอบสัญญา ตรวจสอบสินค้า หรือเหตุผลประการอื่น ๆ ซึ่งเป็นความไม่เป็นธรรมในขั้นตอนการทำสัญญานั้นเอง

## (2) ข้อสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้การทดสอบความสมเหตุสมผล (The Test of Reasonableness)<sup>\*</sup>

นอกจากที่กล่าวมาแล้วใน UCTA ยังมีบทบัญญัติบางข้อที่ให้ ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางอย่างสามารถที่จะใช้บังคับได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลตามสมควรด้วย โดย UCTA ได้กำหนดให้ข้อสัญญาดังต่อไปนี้<sup>108</sup> ต้องผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลก่อน จึงจะมีผลบังคับใช้ได้

(2.1) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในทรัพย์สินอันเกิดจากประมาทเล็กน้อยตามมาตรา 2 (2) ของ UCTA<sup>\*\*</sup>

(2.2) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการผิดสัญญาหรือข้อตกลงที่ให้สิทธิในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่แตกต่างจากที่ตกลงได้ในสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคหรือไม่

<sup>\*</sup> ได้มีคำวิจารณ์เกี่ยวกับการนำเอาหลักการทดสอบความสมเหตุสมผลมาใช้ แต่ในที่สุดคณะกรรมการกฎหมายเห็นว่าหลักการทดสอบความสมเหตุสมผลมีข้อดีหลายประการ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับข้อเสียซึ่งอาจมีบ้างเช่น อาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้แล้วเห็นว่าควรนำหลักนี้มาใช้ คณะกรรมการกฎหมายได้ระบุว่าหลักการทดสอบความสมเหตุสมผลนั้นมีข้อดีหลายประการ คือทำให้มีการควบคุมกว้างๆ ซึ่งคิดว่าจำเป็นต้องมี นอกจากนี้หลักนี้ยังใช้บังคับอย่างยืดหยุ่นทำให้ใช้แก่สถานการณ์ต่าง ๆ ได้มากขึ้น ประการสุดท้ายหลักนี้ไม่จำกัดการใช้แก่เรื่องใดเฉพาะแต่จะใช้กับเรื่องที่เหมาะสม, ดู The Law Commission Report No.69 (1975), pp.36-38 อ้างถึงในวิชชย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) หน้า 93.

<sup>108</sup> วัฒนา เทพวุฒิสถาพร “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”, หน้า 72-73.

<sup>\*\*</sup> มาตรา 2 (2) บัญญัติว่า “ในกรณีของการเสียหายหรือสูญหายอื่นบุคคลไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการประมาทเล็กน้อย ยกเว้นเพียงเท่าที่ข้อสัญญาหรือประกาศผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

สัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจตามมาตรา 3 (1) และ (2)<sup>\*</sup>

(2.3) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคเป็นผู้ชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลอื่นตามมาตรา 4 (1)<sup>\*\*</sup>

(2.4) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อต่อบุคคลที่มีใช้ผู้บริโภคตามมาตรา 6 (3)<sup>\*\*\*</sup>

(2.5) ข้อสัญญาใด ๆ ที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต่อบุคคลที่มีใช้ผู้บริโภคตามมาตรา 7 (3)<sup>†</sup>

จะเห็นได้ว่าประเภทของข้อสัญญาที่ UCTA มุ่งหมายที่จะให้มีผลบังคับใช้ได้แต่ต้องผ่านการพิจารณาความสมเหตุสมผลก่อนนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อสัญญาที่ทำกับบุคคลที่มีใช้ผู้บริโภคซึ่งยอมหมายถึงสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าด้วยกันและการทำสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า<sup>††</sup> หรือที่เรียกว่า

<sup>\*</sup> มาตรา 3 (1) บัญญัติว่า มาตรานี้ใช้บังคับกับสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคหรือในสัญญาซึ่งทำด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจที่เป็นลายลักษณ์อักษรของอีกฝ่ายหนึ่ง และมาตรา 3 (2) บัญญัติว่า “คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่อาจยกข้อต่อสู้ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยอ้างข้อสัญญาใด ๆ ซึ่ง

- (a) ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเมื่อตนเป็นฝ่ายผิดสัญญา หรือ
- (b) อ้างว่าตนมีสิทธิ

(i) ที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาแตกต่างออกไปอย่างมากเกินกว่าที่ตนควรคาดหมายได้ตามสมควร

- (iii) ที่จะไม่ปฏิบัติภาระหนี้ในส่วนที่เป็นข้อผูกพันตามสัญญาของตนทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

<sup>\*\*</sup> มาตรา 4 (1) มีบทบัญญัติว่า “บุคคลที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคต้องไม่ถูกอ้างโดยข้อสัญญาใด ๆ เพื่อชดใช้ความเสียหายแก่บุคคลหนึ่ง (ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาหรือไม่) ในส่วนของความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่อหรือผิดสัญญาของบุคคลอื่น เว้นแต่เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล

<sup>\*\*\*</sup> มาตรา 6 (3) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ใช้บังคับกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากฐานะผู้บริโภค ความรับผิดที่ระบุใน (2) ข้างต้น (หมายถึงการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้เช่าซื้อที่สินค้าไม่เป็นไปตามคำพรรณนา คุณภาพ หรือความเหมาะสมแก่วัตถุประสงค์ของสินค้า ) อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

<sup>†</sup> มาตรา 7 (3) บัญญัติว่า “ในฐานะข้อต่อสู้กับบุคคลที่เข้าทำสัญญาในฐานะอื่นที่มีใช้ผู้บริโภค ความรับผิดดังกล่าวอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยอ้างถึงข้อสัญญาเช่นว่านั้นเพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

<sup>††</sup> เพราะหากไม่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า เพียงแต่คู่สัญญาเป็นผู้ประกอบการค้าก็อาจเข้าข่ายการทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคได้



“สัญญาทางการค้าหรือสัญญาธุรกิจ” นั้น เป็นการบัญญัติกฎหมายโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า “บุคคลที่ไม่ใช่ผู้บริโภค” (Non-Consumer) ย่อมเข้าทำสัญญาโดยมีความรู้ความเข้าใจในข้อสัญญาอันเป็นเรื่องธุรกิจการค้าของตนเป็นอย่างดีเท่าเทียมกัน จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องเข้าแทรกแซงข้อสัญญาทางการค้านั้น แม้จะมีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาอีกฝ่ายไว้ก็ตาม เพราะหากอีกฝ่ายรับรู้และเข้าใจในผลของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น ยังยินดีที่จะเข้าทำสัญญาย่อมเป็นกรณีที่สังเกตเห็นแล้วว่าผลประโยชน์ที่ได้จากสัญญาคุ้มค้ำกับความเสียหายที่อาจไม่ได้รับการชดเชยเพราะฝ่ายนั้นจำกัดความรับผิดไว้ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาทางธุรกิจก็อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ (เช่น ในสัญญาสำเร็จรูป) ซึ่งในกรณีนี้ UCTA ได้กำหนดให้การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวต้องอยู่ในลักษณะที่สมเหตุสมผลด้วย โดยให้ศาลพิจารณาถึงการมีผลบังคับใช้ภายใต้หลักเกณฑ์การวัดความสมเหตุสมผล (Reasonableness Test)

### 2.3.3 หลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมของสัญญาตาม UCTA

UCTA กำหนดเกณฑ์การวัดความสมเหตุสมผล (Reasonableness Test) ไว้ในมาตรา 11 โดยกำหนดให้ศาลพิจารณาว่า “ข้อสัญญานั้นเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้ในขณะที่ทำสัญญาหรือไม่” และหากข้อสัญญาที่พิพาทกันเป็นเรื่องยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน หรือ เกี่ยวกับการที่ทรัพย์สินหรือสินค้าไม่ตรงกับคำพรรณนาหรือตัวอย่างในสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาที่มีผลในการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองในทรัพย์สินแล้ว (เป็นสัญญาตามมาตรา 6 และมาตรา 7) UCTA กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาดังกล่าวจาก Schedule 2 ท้าย UCTA นี้ด้วย<sup>109</sup> โดยข้อพิจารณาใน Schedule 2 มีดังต่อไปนี้

(ก) อำนาจต่อรองของคู่กรณี ทั้งนี้โดยพิจารณาว่ามีทางเลือกที่คู่สัญญาจะได้รับประโยชน์ตามสัญญาหรือไม่

(ข) คู่สัญญาได้รับการชักจูงใจให้เข้าทำสัญญาหรือไม่หรือมีโอกาสเข้า ทำสัญญากับบุคคลอื่นโดยไม่จำเป็นต้องรับเอาข้อสัญญาทำนองเดียวกันกับข้อสัญญาที่พิพาทหรือไม่

(ค) คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้ถึงความมีอยู่ (existence) และขอบเขตของ ข้อสัญญา (extent of the term) หรือไม่ ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงการติดต่อทางการค้าที่คู่สัญญาเคยมีกันมาด้วย

(ง) ในกรณีที่ข้อสัญญานั้นยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้พิจารณาว่าในขณะที่ทำสัญญานั้นควรคาดหมายได้หรือไม่ว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น

(จ) สินค้าตามสัญญาเป็นสินค้าที่ต้องผลิตตามคำสั่งพิเศษของลูกค้าหรือไม่

<sup>109</sup> ฟินัย ญ นคร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ”

อย่างไรก็ตามแม้ UCTA จะกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ใน Schedule 2 กับข้อ ตกลงหรือ ยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 6 และ 7 เท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติศาลก็ได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการวินิจฉัยถึงความสมเหตุสมผลในข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเรื่องทั่ว ๆ ไปด้วย<sup>110</sup>

จากการที่ UCTA กำหนดให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้ ในขณะที่ทำสัญญาในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลในสัญญาทั่วไป หรือให้ดูในเรื่องอำนาจต่อรองของคู่สัญญา การได้รับการชักจูง การได้รู้หรือควรจะรู้ถึงการมีอยู่และขอบเขตของสัญญา หรือการคาดหมายของคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นมิใช่หรือไม่ ตามหลักเกณฑ์ใน schedule 2 นั้นส่วนใหญ่ล้วนเป็นกรณีตัวอย่างที่ UCTA มุ่งหมายที่จะให้ศาลพิจารณาถึงความบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญาที่คู่สัญญามีอยู่ในขณะตัดสินใจเข้าทำสัญญาที่มีข้อความที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติของ UCTA ในส่วนที่กำหนดประเภทของข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางอย่างไว้โดยให้ไม่มีผลบังคับจนกว่าจะผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลนั้น เป็นการบัญญัติถึงประเภทของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาเพื่อช่วยจำกัดขอบเขตของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา (Substantive Unfairness) เป็นการเบื้องต้นก่อน เพราะการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสิ่งที่เป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของตนย่อมเป็นความไม่เป็นธรรมอยู่ในตัวเนื่องจากทำให้อีกฝ่ายที่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้รับการชดใช้ที่พอเพียง<sup>111</sup> และในส่วนหลักเกณฑ์ของความสมเหตุสมผลตาม schedule 2 แม้ว่าเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแล้วจะพบว่ามุ่งที่จะบัญญัติแนวทางเพื่อให้ศาลพิจารณาถึงข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญา (Unfairness) เป็นหลัก แต่ก็มิได้หมายความว่าหลักเกณฑ์ตาม schedule 2 นั้นจะให้ศาลพิจารณาถึง Procedural unfairness แต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องประกอบกันทั้ง 2 อย่าง โดยในคดี Smith v. Eric S Bush ผู้พิพากษา Lord Griffiths ยอมรับว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะระบุปัจจัยที่แน่นอนเป็นข้อ ๆ แต่ปัจจัย 4 ประการต่อไปนี้ควรที่จะถูกนำมาใช้พิจารณาประกอบการทดสอบว่าข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่

1. คู่สัญญามีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันหรือไม่
2. คู่สัญญาได้รับคำแนะนำเป็นทางเลือกอื่นหรือไม่
3. ความยากง่ายของงานที่มีการกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิด
4. ผลในทางปฏิบัติของคำพิพากษาจะเป็นอย่างไร

ทั้งนี้เพราะศาลไม่ควรจะจำกัดการพิจารณาอยู่เพียงแต่เนื้อหาของสัญญาเท่านั้น แต่ยังต้องพิจารณาในด้านอื่น ๆ ทั้งจากรูปแบบและเนื้อหาของสัญญา รวมถึงคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องและพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ด้วย<sup>110</sup>

<sup>110</sup> Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, (London : Format Publishing, 1990) p.149-150, อ้างถึงในวัฒนา เทพวุฒิสถาพร, หน้า 82.

ฉะนั้น แม้ในคดี Hart v. O'Connor<sup>111</sup> ผู้พิพากษา Brightman จะกล่าวว่า “หากสัญญาถูกอ้างว่าไม่เป็นธรรม มันอาจไม่เป็นธรรมจากหนึ่งในสองทาง ทางแรกอาจไม่เป็นธรรมโดยเหตุผลของวิธีการที่ไม่เป็นธรรม เช่น สัญญาเกิดจากการถูกชักชวนให้ทำสัญญาโดยการใช้อำนาจครอบงำโดยมิชอบ (Undue Influence) ซึ่งทำให้ไม่เป็นธรรม ตามความหมายทางแรกนี้ อาจจะเรียกให้ง่ายว่าเป็นความไม่เป็นธรรมทางกระบวนการ (Procedural Unfairness) ทางที่สองอาจไม่เป็นธรรมโดยเหตุผลของข้อเท็จจริงที่ว่าเงื่อนไขในสัญญาเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้แยกความแตกต่างจากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการอาจจะเรียกความไม่เป็นธรรมทางที่สองให้ง่ายว่า เป็นความไม่เท่าเทียมกันตามสัญญา (Contractual Imbalance)”

แต่เมื่อภายใต้บทบัญญัติ UCTA ที่สามารถให้อ้างเรื่องความไม่เป็นธรรมของสัญญาได้ เฉพาะในเรื่องข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กฎหมายกำหนดโดยให้ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลย่อมเป็นกรณียืนยันว่าข้อสัญญาที่จะอ้างว่าไม่เป็นธรรมตาม UCTA จะต้องมีความไม่เป็นธรรมตามเนื้อหาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการประกอบกัน คำพิพากษาข้างต้นที่กล่าวว่า “สัญญาอาจถูกอ้างว่าไม่เป็นธรรมได้จากหนึ่งในสองทาง” จึงเห็นว่าไม่ถูกต้องนัก

#### 2.3.4 แนวทางในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลในสัญญาทางธุรกิจของศาล

แม้ว่าใน UCTA จะมีบทบัญญัติเพื่อใช้เป็นแนวทางของศาลในการทดสอบความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาที่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ข้างต้น ซึ่งศาลอังกฤษก็ได้ใช้หลักดังกล่าวในการวินิจฉัยถึงสภาพความไม่เป็นธรรมในสัญญาตลอดมา และแนวทางดังกล่าวก็ได้ช่วยลดความไม่แน่นอนในอดีตวิสัยของหลักการทดสอบความสมเหตุสมผลลงได้ แต่ด้วยข้อจำกัดในขอบเขตของแนวทางดังกล่าวนี้เข้าใจยาก<sup>112</sup> และอาจถูกใช้อย่างไม่อยู่กับร่องกับรอย และประการสำคัญแนวทางเหล่านี้วางขอบเขตไว้แคบไป<sup>113</sup> ฉะนั้นเมื่อนำมาปรับใช้กับสัญญาในทางธุรกิจจึงมักจะประสบปัญหา ทั้งนี้ เพราะโดยพื้นฐานแล้วกฎหมายจะมองว่าในสัญญาทางธุรกิจ คู่สัญญาจะมีความเท่าเทียมกันในการต่อรองเข้าทำสัญญา จึงเป็นการยากที่จะพิจารณาความไม่สมเหตุสมผลของในสัญญาข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการเปรียบเทียบอำนาจต่อรอง

<sup>111</sup> (1985) AC 1000, 1017-18 อ้างถึงในวัฒนา เทพวุฒิสถาพร, “แนวความคิดและวิชาการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2540,” หน้า 95.

<sup>112</sup> ท่านอาจารย์พินัย ฦ นคร ได้แสดงข้อคิดเห็นไว้ว่าเป็นเพราะ UCTA มีข้อบกพร่องในการบัญญัติกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนในเรื่องของหลักการพิจารณาความไม่เป็นธรรมของสัญญาที่จะต้องประกอบกันทั้งในส่วนของเนื้อหาและกระบวนการทำสัญญา (พินัย ฦ นคร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์ : 574.

<sup>113</sup> วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเมื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”, หน้า 99.

<sup>114</sup> G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 6<sup>th</sup> ed. (London : Stevens & Sons, 1983), pp. 201, อ้างถึงในวิชัย จิตตपालกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 99.

ของคู่สัญญา หรือดูจากการรู้และเข้าใจในสภาพและผลของข้อสัญญา ทั้งนี้เพราะความปกติการค้า คู่สัญญามักจะมีความรู้ความชำนาญในธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอยู่แล้ว การจะอ้างถึงการไม่รู้และไม่เข้าใจในข้อสัญญาตลอดจนข้อบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาอื่น ๆ จึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ แม้จะมีข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้น ๆ อยู่ก็ตาม ทั้งนี้เพราะศาลจะมองว่าคู่สัญญาที่มีความสามารถที่ปฏิเสธที่จะไม่ทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ แต่หากยังยินดีเข้าทำสัญญายอมเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นยินยอมที่จะรับความเสี่ยงที่อาจมีขึ้นจากการผิดสัญญา และไม่ได้รับการชดเชยเพื่อแลกกับผลประโยชน์ที่จะได้จากสัญญานั้น แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่ผ่านมาในหลาย ๆ คดีพอที่จะนำแนวคิดบางประการมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของสัญญาในทางธุรกิจได้บ้าง ดังนี้

### 1) หลักเกณฑ์ในการพิจารณา “สัญญาสำเร็จรูป”

ในมาตรา 3 (1) ของ UCTA กำหนดให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบหรืออ้างว่าตนมีสิทธิชำระหนี้แตกต่างหรือไม่ต้องชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนในสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจนั้นต้องผ่านหลักเกณฑ์การทดสอบความสมเหตุสมผลก่อน ศาลได้วางแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับ “สัญญาสำเร็จรูป” ไว้ในคดี *A Schroeder Music Publishing Co., Ltd v Macaulay*<sup>114</sup> ผู้พิพากษา Diplock ได้เขียนบรรยายความเห็นไว้ว่า สัญญาสำเร็จรูปมี 2 ประเภท ประเภทแรก คือ สัญญาสำเร็จรูปที่มีต้นกำเนิดดั้งเดิมซึ่งมาจากการทำการค้าของพ่อค้าที่เกิดขึ้นตามปกติ โดยข้อสัญญาจะทำให้การค้าสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ยกตัวอย่างเช่น ใบตราส่ง สัญญาเช่าเรือ และกรรมกรรมประกันภัย สัญญาสำเร็จรูปเหล่านี้มีการเจรจาต่อรองโดยตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการค้าขายสินค้าและบริการเหล่านั้นเป็นเวลาหลาย ๆ ปี และได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย เพราะประสบการณ์จากการค้าขายทำให้รู้ว่าสัญญาอย่างไรที่จะทำให้การค้าเป็นไปได้อย่างสะดวก หากความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลจะนำมาพิจารณาในการบังคับใช้ตามสัญญาซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าสัญญานั้นมีการใช้อย่างแพร่หลายโดยคู่สัญญาที่มีอำนาจในการต่อรองเท่าเทียมกันควรจะได้รับการสนับสนุนอย่างยิ่งว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นมีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผล<sup>115</sup>

ยกตัวอย่างเช่นในคดี *RW Green Ltd. v. Cade Bros Farms*<sup>116</sup> สัญญาในคดีนี้เป็นสัญญาซื้อขายเมล็ดพืชชนิดหนึ่ง สัญญาจำกัดเวลาในการทำค่าได้แย้งเกี่ยวกับสินค้าและมีการจำกัดค่าเสียหายเพียงราคาสินค้าที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น แม้คดีนี้ผู้พิพากษาจะตัดสินว่าระยะเวลาที่จำกัด (time limit) ไม่มีความสมเหตุสมผลเนื่องจากภายในกำหนดระยะเวลาตามสัญญา (3 วัน หรือ 10 วัน แล้วแต่กรณี) ไม่มีใครที่จะสามารถทำค่าได้แย้งคัดค้านเกี่ยวกับข้อบกพร่องของ สินค้าได้ทัน แต่ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการจำกัดค่าเสียหายนั้น ศาลได้ตัดสินว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลที่จะอ้างสัญญาสำเร็จรูปได้ เพราะสัญญาสำเร็จรูปนั้นได้รับ

<sup>114</sup> (1994) 1 WCR 1308.

<sup>115</sup> วัฒนาศ เทพวุฒิสถาพร, “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 85.

<sup>116</sup> (1987) 1 Lloyd' s Rep 602.



การพัฒนาต่อเนื่องกันเป็นเวลาหลายปี จำเลยจะต้องทำสัญญาที่มีเงื่อนไขเหมือนข้อพิพาทในคดีนี้เสมอ ศาลเห็นว่าสัญญานั้นได้มีการใช้มาเป็นเวลาหลายปีและมีการให้การยอมรับจากองค์กรที่เป็นตัวแทนของโจทก์และจำเลย โดยโจทก์เป็นพ่อค้า ส่วนจำเลยก็เป็นชาวไร่ ซึ่งกลุ่มพ่อค้าและกลุ่มชาวไร่ได้มีการเจรจาตกลงสัญญา เช่นนี้เป็นระยะเวลาอันยาวนาน และนอกจากนี้ศาลยังชี้ให้เห็นว่าผู้ซื้อที่มีทางเลือกที่จะซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่น หรือผู้ซื้อที่สามารถที่จะซื้อเมล็ดพืชที่มีการรับรองคุณภาพได้แต่ผู้ซื้อกลับไม่เลือกทำเช่นนั้น เนื่องจากเมล็ดพืชที่ไม่ได้รับการรับรองคุณภาพนั้นจะมีราคาถูกกว่าเมล็ดพืชที่มีการรับรองคุณภาพ ซึ่งในคดีนี้ผู้ซื้อได้เลือกเมล็ดพืชที่ไม่ได้มีการรับรองคุณภาพเพราะราคาถูกกว่า เมื่อเมล็ดพืชที่ซื้อมาติดเชื้อไวรัสผู้ขายจึงสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าในสัญญาหนึ่งที่ถูกอ้างว่าไม่เป็นธรรม อาจมีทั้ง ข้อสัญญาที่ไม่สมเหตุสมผลและข้อสัญญาที่สมเหตุสมผลอยู่ด้วยกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญานั้น ๆ ในคดีนี้ผู้ขายไม่สามารถที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบเพราะผู้ซื้อได้แย้งในเรื่องสินค้าเกินกำหนดเวลาได้ แต่สามารถจำกัดค่าเสียหายที่จะชดใช้ได้

อย่างไรก็ตามในคดีที่ใช้สัญญาสำเร็จรูปเหมือนกัน แต่หากคู่สัญญามีสภาวะแวดล้อมหรือพฤติการณ์ต่างกันผลของข้อสัญญาอาจถูกวินิจฉัยให้แตกต่างกันได้ เช่นในคดี **George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd**<sup>117</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าจำเลยเป็นพ่อค้าเมล็ดพืช จำเลยขายเมล็ดพืชพันธุ์ Dutch Winter Cabbage แก่โจทก์ น้ำหนัก 30 ปอนด์ เป็นเงิน 152 ปอนด์ หลังจากโจทก์นำเมล็ดพืชที่ซื้อจากจำเลยไปเพาะปลูกแล้ว ปรากฏว่าเมล็ดพืชเป็นพันธุ์ที่แตกต่างไปจากที่ระบุไว้และติดเชื้อโรคด้วย การเพาะปลูกของโจทก์เสียหายทั้งหมดจำนวน 63 เอเคอร์ โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเป็นเงิน 60,000 ปอนด์ ตามมูลค่าของพันธุ์พืชที่โจทก์ต้องเสียไป จำเลยอ้างข้อสัญญาที่ระบุในใบแจ้งหนี้ ซึ่งจำกัดความรับผิดชอบเพียงการเปลี่ยนสินค้าหรือชดใช้ราคาแทน House of Lords ตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่สมเหตุสมผล ซึ่งในคดีนี้จำเลยเองก็ยอมรับว่าในสถานการณ์เช่นเดียวกันนี้ตามปกติจำเลยจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ชาวไร่ซึ่งได้รับความเสียหาย ดังนั้น House of Lords จึงมีความรู้สึกที่ว่าจำเลยเองยอมรับว่าข้อสัญญานี้ไม่สมเหตุสมผล นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องที่ศาลนำมาพิจารณาประกอบก็คือ การผิดสัญญานี้มีลักษณะที่ร้ายแรงเพราะจำเลยมีความประมาทเลินเล่ออย่างมาก และผู้ขายที่เป็นพ่อค้าเมล็ดพันธุ์พืชก็สามารถจะเอาประกันภัยความเสี่ยงได้ง่ายกว่าผู้ซื้อและ ผู้ซื้อไม่สามารถตรวจสอบในขณะที่ทำสัญญาได้ว่าเมล็ดพืชที่ตนซื้อไปเป็นพันธุ์ที่ตนต้องการหรือติดเชื้อไวรัสหรือไม่

จากคดีข้างต้น แม้คู่สัญญาจะเป็นพ่อค้าและชาวไร่เช่นเดียวกับคดีแรกและศาลน่าจะยึดแนวทางแรกในการวินิจฉัยว่าสัญญาสำเร็จรูปนี้เกิดขึ้นจากการเจรจาของกลุ่มตัวแทนของทั้ง 2 ฝ่าย และใช้กันมาหลายปี ควรจะได้รับการสันนิษฐานว่าสัญญานั้นเป็นธรรมและสมเหตุสมผลนั้น แต่คดีนี้ลักษณะของการผิดสัญญามีผลมาจากการประมาทเลินเล่อของจำเลยและส่งผลให้โจทก์เสียหายอย่างมาก ซึ่งตามปกติการค้า

<sup>117</sup> (1982) 3 WLR 1036.



จำเลยเองก็ขอให้ค่าเสียหายให้แก่ชาวไร่ในสถานการณ์เดียวกันจึงเป็นพฤติการณ์ที่ศาลนำมาวินิจฉัยประกอบด้วย

จะเห็นได้ว่าในสัญญาทางธุรกิจการค้า ศาลไม่อาจยึดหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ว่า สัญญาสำเร็จรูปที่เกิดจากการเจรจาของกลุ่มผลประโยชน์และใช้กันอย่างแพร่หลายมีความเป็นธรรมและ สมเหตุสมผลได้ในทุก ๆ คดี แต่จะต้องพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงของคู่กรณีแต่ละคดีประกอบด้วย เพื่อจะตอบว่าข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้น ๆ สมเหตุ สมผลหรือไม่

อย่างไรก็ตามในความเห็นของผู้พิพากษา Diplock ยังมีสัญญาสำเร็จรูปอีกประเภทหนึ่ง ที่เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในสมัยใหม่ซึ่งเป็นผลมาจากการรวมศูนย์กลางของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง มีคนไม่กี่กลุ่มและมีลักษณะสัมพันธ์กัน เช่น กรณีของตัวเดินทางในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นตัวอย่างแรก ๆ ของ ข้อสัญญาสำเร็จรูปประเภทนี้ ที่มักไม่ได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา หรือไม่ได้มีการรับรองโดยองค์กรที่ เรียกร้องผลประโยชน์แทนคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า ข้อสัญญาจะถูกเขียนขึ้นโดยคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรอง เห็นอกว่าเพื่อมีการใช้โดยลำพังหรือใช้ในสินค้าหรือบริการที่เหมือนกัน ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจ ต่อรองมากกว่าสามารถที่จะพูดกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า “หากจะทำสัญญาก็ทำ หากไม่ต้องทำก็ไม่ต้องทำ” (Take it or leave it) สัญญาสำเร็จรูปประเภทนี้ส่วนใหญ่คู่สัญญาอีกฝ่ายก็คือผู้บริโภคนั่นเอง ซึ่ง UCTA ได้มี บทบัญญัติคุ้มครองผู้ที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคอยู่แล้วในหลาย ๆ มาตรา ซึ่งจะไม่รวมอยู่ในความหมาย ของ “สัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจ” (ตามมาตรา 3 (1)) นี้

## 2) การเปรียบเทียบความเข้มแข็งของการต่อรอง (Comparative Bargaining Strength)

การเปรียบเทียบความเข้มแข็งของการต่อรองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเป็นไปได้ในการ ยอมรับเงื่อนไขที่มีความแตกต่างกันและเป็นการพิสูจน์ว่าได้มีการให้ความยินยอมในข้อสัญญานั้นอย่างแท้จริง หรือไม่ ปัจจัยข้อนี้มีระบุไว้ในแนวทางตาม schedule 2 ซึ่งมีกรกล่าวถึงปัจจัยนี้อย่างมากในหลายคดี แต่แม้ว่า ผู้พิพากษาจะมีการอ้างถึงอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Inequality of Bargaining Power) ในหลายคดี แต่ผู้พิพากษาก็ไม่เคยกำหนดให้ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญานั้นมักจะมีการ อาศัยประโยชน์ในฐานะที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปใช้ในการเจรจาต่อรองเพื่อทำให้คู่สัญญาอีกฝ่าย ยอมรับเงื่อนไขในสัญญาซึ่งเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจต่อรองในทางที่มิชอบ (Abuse of Bargaining Position) ปกติมักเกิดจากผู้ที่มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเขาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งมีฐานะยากจนและไม่มีความรู้<sup>118</sup>

<sup>118</sup> John Cartwright, *Unequal Bargaining* (New York : Clarendon Press, 1991), pp.197-201.

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ยังไม่อาจถือว่าเป็นเป็นการตกลงทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและศาลอังกฤษมักจะกล่าวว่ามีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Unfair Bargain) ยังไม่เพียงพอที่จะกล่าวอ้างได้ว่ามีลักษณะความไม่มิมโนธรรมในการต่อรอง (Unconscionable Bargain) แต่จะต้องได้ใช้ประโยชน์จากอำนาจต่อรองนั้น เพื่อให้อีกฝ่ายได้เข้าทำสัญญาโดยที่ตนได้เปรียบอย่างมากด้วย ซึ่งในการพิจารณาว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลหรือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้นได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลอังกฤษมีการแบ่งแยกแนวคิดของความไม่เป็นธรรมออกเป็น 2 กรณี คือ ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญากับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา และยังเห็นว่าความเข้มแข็งของอำนาจต่อรองของคู่สัญญามีส่วนที่ทำให้สัญญาไม่เป็นธรรมในตัวเอง แต่เพราะมักมีการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเพื่อทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับเอาเงื่อนไขในสัญญา หรือที่เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าไปในทางที่มีขอบ ซึ่งอาจเกิดจากคู่สัญญาที่เข้าสัญญาไม่มีความเชี่ยวชาญในสัญญาที่ทำหรือเกิดจากการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการที่ทำสัญญานั้น ทำให้ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดมีอำนาจในการต่อรองที่เหนือกว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายและนำอำนาจนั้นไปใช้ในทางที่ผิดคือการร่างสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่เข้าทำสัญญา โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือหาเงื่อนไขในสัญญาที่ดีกว่าจากผู้ประกอบการรายอื่นได้เนื่องจากการผูกขาดหรือเพราะการไม่รู้ถึงผลที่ไม่เป็นธรรมนั้น ดังนั้นศาลอังกฤษจึงเห็นว่าความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะเกิดจากปัจจัยที่ว่าฝ่ายที่เข้าทำสัญญากับผู้กำหนดข้อสัญญาไม่มีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าหรืออาจจะไม่รู้ว่ามีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อตนอยู่ในสัญญา ถ้าอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าไม่สามารถบังคับให้ใครเข้าทำสัญญาและยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาได้เพราะหากเขาารู้ถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและมีทางเลือกอื่นในการทำสัญญากับบุคคลอื่นที่มี เงื่อนไขที่เป็นธรรมมากกว่า เขาก็ย่อมที่จะไม่ยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น<sup>119</sup>

ฉะนั้นในการที่จะอ้างว่าสัญญาในทางธุรกิจมีความไม่เป็นธรรมหรือไม่สมเหตุสมผลด้วยเหตุผลว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งนั้นข้ออ้างดังกล่าวเป็นเพียงปัจจัยเบื้องต้นที่จะต้องพิสูจน์ต่อไปในประเด็นที่ว่าฝ่ายที่ถูกกล่าวหาสามารถใช้อำนาจต่อรองที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบหรือไม่ คือมีพฤติกรรมที่ชี้ให้เห็นว่าฝ่ายที่เข้าทำสัญญายินยอมเข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะ (1) ไม่มีทางเลือกอื่น (เนื่องจากการผูกขาดในสินค้าหรือบริการนั้น ๆ หรือ (2) มีความไม่รู้และไม่เข้าใจในผลของข้อสัญญาดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งภาระการพิสูจน์ทั้ง 2 ประเด็นนี้ย่อมทำให้ผู้ที่จะอ้างว่าสัญญาในทางธุรกิจไม่เป็นธรรมเกิดจากความยากลำบากมาก และแม้ว่า UCTA จะกำหนดให้สัญญาสำเร็จรูปในทางธุรกิจอยู่ภายใต้การควบคุมของหลักความสมเหตุสมผลก็ตาม แต่ Law Commission ก็เห็นว่าในกรณีที่คู่สัญญาตลอดทั้งผลของข้อสัญญาอย่างถ่องแท้แล้ว ก็สมควรต้องผูกพันตามสัญญา แม้สัญญานั้นจะเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็ตาม<sup>120</sup>

<sup>119</sup> วัฒนาศ เทพวุฒิสถาพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

<sup>120</sup> ดู Law Commission No. 69 para 158 อ้างถึงใน พินัย ณ นคร , เรื่องเดียวกัน, หน้า 574.

### 3) การพิจารณาถึงระดับความยินยอม (The Degree of Consent)

ในการทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะต้องตกลงยินยอมในเนื้อหาของสัญญานั้น แต่อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าในแต่ละสัญญาจะมีการให้ความยินยอมแตกต่างกันออกไป ยิ่งเป็นการให้ความยินยอมในข้อสัญญานั้นมากเท่าไรข้อสัญญานั้นอาจจะถูกพิจารณาว่าผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล การให้ความยินยอมที่แท้จริงจะเกี่ยวข้องกับการค้นหาว่าวัตถุประสงค์และสาเหตุของการทำสัญญานั้นคืออะไร รวมถึงความรู้และเข้าใจของคู่สัญญาที่ปรากฏเนื้อหาของสาระของข้อสัญญา รวมทั้งความพึงพอใจของคู่สัญญาจากผลของการทำสัญญานั้น ยกตัวอย่างเช่น

**คดี Macrae and Dick Ltd v Philip**<sup>121</sup> ข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีที่ตัวแทนขายรถยนต์ได้ขายรถยนต์ยี่ห้อ Rolls-Royce ในขณะที่ส่งมอบรถยนต์ ผู้ซื้อได้รับการขอร้องให้ลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีเงื่อนไขกำหนดว่าให้ผู้ขายมีสิทธิที่จะปฏิเสธการขายรถยนต์ได้ภายในกำหนดระยะเวลา 12 เดือน โดยให้ผู้ขายมีสิทธิซื้อรถยนต์คืนจากผู้ซื้อได้ตามแต่ผู้ขายต้องการ ซึ่งกล่าวได้ว่าข้อสัญญานี้เป็นการยินยอมให้ตัวแทนขายรถยนต์ปฏิบัติการชำระหนี้ต่างจากสิ่งที่ผู้ซื้อคาดหวังไว้ (UCTA มาตรา 4(1) ผู้พิพากษาคัดสินว่าเงื่อนไขของข้อสัญญาดังกล่าวนี้สมเหตุสมผล โดยปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้พิพากษาคัดสินเช่นนี้ก็คือ แม้ว่าขณะที่มีการร่างสัญญาเป็นครั้งแรกนั้น สัญญาไม่ได้ระบุเงื่อนไขให้ผู้ขายมีสิทธิซื้อรถยนต์คืน แต่ในขณะที่ส่งมอบรถยนต์นั้นผู้ซื้อถูกขอร้องให้ลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีข้อสัญญาให้ผู้ขายมีสิทธิซื้อรถยนต์คืนได้ ซึ่งผู้พิพากษาเห็นว่าผู้ซื้อสามารถที่จะยืนยันว่าต้องการให้ส่งมอบรถยนต์โดยต้องไม่มีเงื่อนไขดังกล่าวเพิ่มเติม และผู้ซื้อสามารถที่จะฟ้องร้องผู้ขายว่าผิดสัญญาได้ แต่ผู้ซื้อก็เลือกที่จะลงลายมือชื่อในเอกสารซึ่งมีเงื่อนไขดังกล่าว เอกสารนั้นจึงได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคู่สัญญาผู้พิพากษาจึงไม่เห็นว่าการร่างข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมและไม่สมเหตุสมผลอย่างไร<sup>122</sup>

### 4) การพิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญา (The Content of the Term)

นอกจากการพิจารณาความไม่เป็นธรรมในส่วนของขั้นตอนการทำสัญญาแล้ว ศาลอังกฤษยังได้วางแนวทางไว้หลาย ๆ ประการในการวินิจฉัยถึงความสมเหตุสมผลของการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญา ดังนี้

ในคดี **Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd**<sup>123</sup> ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า บริษัทจำเลยทำสัญญากับโจทก์โดยให้บริการเจ้าหน้าที่สายตรวจในบริเวณโรงงานของโจทก์ในช่วงเวลากลางวันและวันสุดสัปดาห์ มีค่าบริการสัปดาห์ละ 8.15 ปอนด์ หรือประมาณ 26 ชิลลิงต่อการออกตรวจ 1 ครั้ง สัญญามีข้อยกเว้นความรับผิดของบริษัทจำเลยว่า “บริษัท (จำเลย) จะไม่รับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายหรือความบกพร่องโดยลูกจ้างของบริษัท (จำเลย) เว้นแต่การกระทำหรือความบกพร่องดังกล่าวสามารถ

<sup>121</sup>(1982) SLT 5.

<sup>122</sup>Richard Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 5<sup>th</sup> ed. (London : Sweet & Maxwell, 1998) p.140 อ้างถึงในวัฒนา เทพวุฒิสถาพร, เรืองเดียวกัน, หน้า 83.

<sup>123</sup>(1980) A.C.827.

คาดการณ์หรือหลีกเลี่ยงโดยใช้ความระมัดระวังตามสมควรของบริษัท (จำเลย) ในฐานะที่เป็นนายจ้าง” ต่อมาในคืนวันอาทิตย์คืนหนึ่งในขณะออกตรวจ ลูกจ้างของบริษัทจำเลยจงใจจุดไฟกองเล็ก ๆ ขึ้นในโรงงานของโจทก์ และกองไฟนั้นไม่สามารถควบคุมได้จึงลุกลามไหม้โรงงานและคลังสินค้าของโจทก์เสียหายเป็นส่วนใหญ่ ค่าเสียหายมีมูลค่าประมาณ 615,000 ปอนด์ โจทก์ฟ้องร้องจำเลยให้รับผิดชอบ บริษัทจำเลยได้ต่อสู้โดยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดตามสัญญา ในชั้นแรก The Court of Appeal ตัดสินว่า บริษัทจำเลยเข้าผูกพันในการรักษาความปลอดภัยโรงงานของโจทก์ ดังนั้นข้อยกเว้นความรับผิดไม่ครอบคลุมถึงการกระทำโดยจงใจของลูกจ้างจำเลยที่จุดไฟขึ้น บริษัทจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหาย แต่ The House of Lords พิพากษากลับคำพิพากษาของ The Court of Appeal โดย The House of Lords ตีความเนื้อหาของสัญญาว่า ข้อสัญญามีความชัดเจนและไม่คลุมเครือ โดยเฉพาะการจำกัดลักษณะงานภายใต้สัญญา อัตราค่าบริการที่พอสมควรและความสามารถของเจ้าของโรงงานที่จะเอาประกันอัคคีภัยโรงงานของตนเอง The House of Lords จึงเห็นว่าความเสี่ยงที่บริษัทจำเลยได้รับนั้นมีลักษณะที่พอสมควร ดังนั้นบริษัทจำเลยจึงสามารถที่จะกำหนดหน้าที่ภายใต้สัญญาในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรในฐานะที่ตนเองเป็นนายจ้าง (ของเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย) และไม่มีหลักฐานใดบ่งชี้ว่าบริษัทจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการคาดการณ์หรือป้องกันเหตุไฟไหม้ ดังนั้นบริษัทจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>124</sup>

จากคดี Photo Production นี้ จะเห็นว่าศาลได้พิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ในคดี เช่น อัตราค่าจ้างบริษัทจำเลยมีราคาที่เหมาะสมหรือจะเรียกได้ว่าไม่แพงเกินไป ดังนั้น เมื่ออัตราค่าจ้างไม่แพง บริษัทจำเลยก็สามารถที่จะยกเว้นความรับผิดบางประการในสัญญาได้ และตัวบริษัทโจทก์เองเมื่อเสียค่าจ้างให้แก่บริษัทจำเลยในอัตราที่ไม่แพง หากต้องการให้ได้รับความคุ้มครองในความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นมากกว่านี้ เช่น ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากอัคคีภัยก็ควรที่จะนำเงินบางส่วนไปเอาประกันภัยกับบริษัทประกันภัย แต่จากข้อเท็จจริงในคดีบริษัทโจทก์ประหยัดค่าใช้จ่ายโดยเข้าทำสัญญากับบริษัทจำเลยที่มีอัตราค่าจ้างตามสัญญาไม่แพงอยู่แล้วและไม่ทำประกันอัคคีภัย เมื่อสัญญาระบุขอบเขตอย่างชัดเจนของหน้าที่ที่บริษัทจำเลยจะต้องรับผิดชอบนั้นเมื่อเกิดความเสียหายเกิดขึ้นโดยไม่ปรากฏว่าบริษัทจำเลยไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว บริษัทจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ศาลยังได้นำเรื่องผลในทางปฏิบัติหลังจากมีคำพิพากษาออกไปมาพิจารณาถึงทางได้ทางเสีย และความสมเหตุสมผลของการอ้างข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น ๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดี *Rasbora Ltd v. JCL Marine Ltd.*<sup>125</sup> ข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องที่โจทก์ว่าจ้างจำเลยสร้างเรือเร็วที่มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดอันเป็นข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า (Sale of Goods Act) โดยจำเลยกำหนดในสัญญาว่าจะซ่อมหรือเปลี่ยนอะไหล่ให้ใหม่หากเกิดความบกพร่องของเรือที่

<sup>124</sup> J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 27<sup>th</sup> ed., (New York : Oxford university Press, 1998) pp.172 – 173 อ้างถึงในวิวัฒนา เทพวุฒิสถาพร, หน้า 89 – 90.

<sup>125</sup> (1977) 1 Lloyd's Rep 645.



เป็นผลมาจากความผิดพลาดในการใช้สัมภาระหรือความผิดพลาดที่เกิดจากการสร้างเรือ ต่อมาปรากฏว่าเรือเร็วที่จำเลยสร้างนั้นเกิดไฟไหม้และจมลง ซึ่งเป็นผลมาจากความบกพร่องในการสร้าง ประเด็นอยู่ที่ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่จำเลยจะกล่าวอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบได้หรือไม่ ในคดีดังกล่าวนี้ผู้ซื้อเรือได้ทำประกันภัยเรือไว้ แต่จะไม่ได้รับชดใช้ค่าเสียหายใด ๆ หากผลคำพิพากษาคัดสินว่าจำเลยสามารถอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบได้ ศาลเห็นว่าประเด็นดังกล่าวนี้มีความสำคัญมากในคดีนี้ที่มีลักษณะพิเศษจึงไม่ควรพิจารณาเป็นกรณีทั่ว ๆ ไป เพราะเมื่อมีการนำข้อสัญญายกเว้นความรับผิดมาอ้างได้แล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่สามารถชดใช้ค่าเสียหาย ศาลจึงมักมีมาตรการต่าง ๆ มากมายที่จะไม่บังคับตามข้อยกเว้นความรับผิดนั้น

จากที่กล่าวมาทั้งหมด แม้ว่าในมาตรา 2-302 ของ UCC ของสหรัฐอเมริกาจะมีได้บัญญัติกฎหมายให้มีตัวอย่างหรือหลักทั่วไปว่าข้อสัญญาในลักษณะใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมีโมธรรมตามหลัก Unconscionability ก็ตาม แต่จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลพบว่าข้อเท็จจริงที่ศาลเห็นว่าเป็นสัญญาที่ไม่มีมีโมธรรม จะต้องประกอบไปด้วยความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) แทบทุกกรณีไป โดยไม่จำกัดอยู่เพียงสัญญาที่ทำกับ ผู้บริโภคเท่านั้น สัญญาทางธุรกิจก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันนี้ด้วย และใน The Unfair Contract Term Act 1977 (UCTA) ของอังกฤษก็เช่นเดียวกันที่มีบทบัญญัติทั้งในส่วนที่คุ้มครองบุคคลที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคและไม่ใช่อุบริโภค โดยหากเป็นกรณีที่ไม่ใช่ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคแล้ว ข้อสัญญาที่ตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลก่อน และแม้ว่า UCTA จะไม่บัญญัติชัดเจนถึงแนวคิดที่ว่าความไม่เป็นธรรมของสัญญาจะต้องวินิจฉัยในส่วนของเนื้อหาประกอบกับส่วนของกระบวนการทำสัญญาและบางครั้งก็เป็นเหตุให้ศาลวินิจฉัยคดีไปในทางที่ไม่สอดคล้อง แต่โดยภาพรวมแล้วศาลทั้ง 2 ประเทศจะใช้หลัก procedural unconscionability นี้้อย่างจำกัดคือเฉพาะกรณีการผูกขาดและการไม่รู้และไม่เข้าใจในข้อสัญญา ซึ่งเมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ในสัญญาทางธุรกิจการค้า ผู้ที่จะกล่าวอ้างถึงสภาพความไม่มีมีโมธรรมหรือความไม่สมเหตุสมผลของข้อสัญญาจะได้รับความยากลำบากมาก โดยเฉพาะในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญา ฉะนั้นในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต แม้จะมีลักษณะของการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเข้าแทรกแซงการตัดสินใจเข้าทำสัญญา หรือให้ยอมรับเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาเพิ่มเติม อันแสดงถึงการมีข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญาอยู่ก็ตาม แต่การพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นภาระที่หนักมากสำหรับผู้ผลิตที่เป็นฝ่ายกล่าวอ้างถึงความไม่เป็นธรรมในสัญญา จึงอาจกล่าวได้ว่าปัญหาข้อสัญญาที่ไม่มีมีโมธรรมในทางธุรกิจนั้นจะใช้วิธีการเยียวยาโดยอ้างความไม่เป็นธรรมตามสัญญาต่อศาลเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากยิ่ง



## มาตรการทางกฎหมายของไทยในการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ และแนวทางในการนำกฎหมายต่างประเทศมาประยุกต์ใช้

ปัญหาในเรื่องการใช้อำนาจต่อรองในทางที่มีขอบ (abuse of bargaining position) ของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ที่กระทำต่อผู้ผลิตในประเทศไทยนั้น มีรูปแบบพฤติกรรมที่คล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงในต่างประเทศในหลายประเด็น โดยเฉพาะในเรื่องของการจัดเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆจากผู้ผลิตในอัตราที่สูงมากและไม่มีเหตุผลในเชิงประสิทธิภาพที่จะสามารถอธิบายถึงความจำเป็นในการจัดเก็บได้ ซึ่งปัญหานี้ในบทที่ 4 ได้แสดงแล้วว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นได้นำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาเป็นเครื่องมือในการจัดการกับพฤติกรรมดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยผ่านทางบทบัญญัติในเรื่องของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ซึ่งประเทศไทยเองก็มีบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่ก็ยังไม่อาจแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม แม้จะมีความพยายามเคลื่อนไหวของกลุ่มผู้ผลิตในระดับหนึ่ง แต่ก็ไม่อาจหาข้อสรุปที่แน่ชัดว่าพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ค้านั้นเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ในไทยยังคงดำเนินนโยบายในการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายต่างๆ ในอัตราที่สูงจากผู้ผลิตอยู่เช่นเดิม ทั้งนี้โดยอาศัยความชอบธรรมที่บรรดาผู้ผลิตต่างๆ ต่างได้แสดงความยินยอมโดยการลงลายมือชื่อในเอกสารขอความร่วมมือในเรื่องต่างๆ ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอศึกษาถึงหลักการของบทบัญญัติในมาตรา 29 ในเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของไทย และข้อบกพร่องที่อาจเกิดขึ้นอันนำไปสู่ปัญหาในการบังคับใช้มาตราดังกล่าว รวมถึงข้อจำกัด และปัญหาในการนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวดังต่อไปนี้

### 1. กฎหมายแข่งขันการค้า

#### 1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของไทยได้กำหนดข้อห้ามสำหรับการดำเนินธุรกิจไว้หลายรูปแบบที่มีลักษณะพฤติกรรมของการจำกัดหรือลดการแข่งขันในตลาด โดยในส่วนของมาตรา 25 ได้พูดถึงพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาด มาตรา 26 เป็นเรื่องของการควบรวมธุรกิจ และมาตรา 27 เป็นเรื่องของการกระทำการตกลงร่วมกันในการจำกัดหรือลดการแข่งขันในตลาด ซึ่งทั้ง 3 มาตรานี้ถือเป็นบทบัญญัติที่สืบเนื่องมาจากจุดมุ่งหมายเพื่อต่อต้านการผูกขาดในตลาดสินค้าและบริการเป็นหลัก ซึ่งนอกจากนี้แล้วกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามาตรา 29 นี้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกเอารัดเอาเปรียบและเสียหาย จากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งต่างจากวัตถุประสงค์ของมาตรา 25 26 และ 27 ซึ่งมีเป้าหมายอยู่ที่ป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดในตลาดอันเป็นผลร้ายต่อผู้บริโภค กล่าวคือ จุดประสงค์ของมาตรา 29 ได้แก่ ความพยายามที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจการค้าภายใต้กฎกติกาของกลไกตลาดอย่างแท้จริง โดยปราศจากการปฏิบัติการค้าโดยมิชอบไม่ว่าจะด้วยรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ถึงแม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 29 นี้จะเขียนไว้กว้างมาก ซึ่งอาจทำให้ภาคธุรกิจเกิดความไม่มั่นใจว่าพฤติกรรมใดบ้างที่จะจัดว่าเป็นการฝ่าฝืนการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม แต่ก็ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มีคุณค่ายิ่งมาตราหนึ่งในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับมาตราอื่นๆ ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกันนี้แล้ว สามารถกล่าวได้ว่ามาตรา 29 มีลักษณะพิเศษหลายประการ ดังนี้

1) มาตรา 29 สามารถใช้บังคับได้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายที่มีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ถึงเรื่องการมีอำนาจเหนือตลาดเหมือนในพฤติกรรมตามมาตรา 25 กล่าวคือ ในมาตรา 25 ได้กำหนดลักษณะของพฤติกรรมไว้ 4 รูปแบบ ที่ถือว่าเป็นความผิดหากได้กระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งเรื่อง “ความมีอำนาจเหนือตลาด” นี้เป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยากมาก เพราะเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากหลายปัจจัยที่มีผลต่ออำนาจทางตลาด ทั้งในเรื่องของส่วนแบ่งตลาด ยอดขายและอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (entry barrier) ซึ่งต้องอาศัยองค์ความรู้และข้อมูลค่อนข้างมากและซับซ้อน<sup>128</sup>

ดังนั้นหากมีผู้ประกอบการบางรายได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างใน 4 รูปแบบที่มาตรา 25 กำหนดไว้ แต่คู่กรณีมีอาจพิสูจน์ถึง “การมีอำนาจเหนือตลาด” ของผู้ประกอบการรายนั้นได้ เช่นนี้ อาจนำมาตรา 29 นั้นมาบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวได้ หากรูปแบบพฤติกรรมที่ทำเข้าลักษณะตามที่มาตรา 29 กำหนดไว้ คือ มิใช่การแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม

2) ในมาตรา 29 นี้ แม้ว่าผู้ประกอบการจะได้กระทำการที่แสดงให้เห็นว่า “มิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม “ แล้วก็ตาม ก็ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้กระทำผิดตามมาตรา 29 แต่ยังคงพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิด “ผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้

<sup>128</sup> เรียบเรียงจาก สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา .โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. หน้า 4.1 – 4.2

ประกอบธุรกิจอื่นหรือเพื่อให้ผู้อ่านประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” หรือไม่ด้วย ทั้งนี้เพราะการบังคับใช้มาตรา 29 นี้ ต้องยึดหลัก rule of reason คือ หลักการพิจารณาความผิดจากผลที่เกิดขึ้น มิใช่ดูจากการกระทำดังเช่นลักษณะของมาตรา 25 ที่ต้องพิจารณาโดยยึดหลัก per se rule ซึ่งไม่ต้องการพิสูจน์ผลกระทบของพฤติกรรมดังกล่าว หากมีข้อเท็จจริงเพียงว่า ผู้ประกอบการเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และได้กระทำตามพฤติกรรมใน 4 รูปแบบที่ต้องห้ามตามที่กฎหมายระบุไว้แล้ว ย่อมมีความผิดทันที

3) มาตรา 29 เน้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่ถูกกลั่นแกล้ง มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม ซึ่งชี้ให้เห็นชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ในการมีบทบัญญัติในมาตรา 29 นี้ก็เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการรายอื่น มิใช่เป็นการคุ้มครองหรือรักษากระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวม (ดังเช่นในกรณีของมาตรา 25, 26 และ 29)

## 1.2 แนวทางในการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า เพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกของไทย

ปัญหาในระยะแรก ๆ ที่เป็นผลมาจากการขยายตัวอย่างรวดเร็วของบรรดาผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ คือ ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการค้าปลีกรายเล็ก รายย่อย หรือโซ่วัยซึ่งเป็นเหล่าพ่อค้าแม่ค้าคนไทยที่ไม่อาจแข่งขันกับห้าง ใหญ่ ๆ ได้จนทำให้ต้องปิดกิจการไปเป็นจำนวนมาก และในเวลาต่อมการแข่งขันกันอย่างรุนแรงของกลุ่มผู้ค้าปลีกรายใหญ่ที่มีจำนวนมากขึ้นดังกล่าวนี้ก็ได้ทำให้เกิดพฤติกรรมทางการค้าบางประการที่ได้ส่งผลกระทบต่อบรรดาผู้ผลิตสินค้าด้วยเช่นกัน โดยได้มีการร้องเรียนต่อภาครัฐ ถึงพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของบรรดาผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ ในกรณีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือ กรมการค้าภายในโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการหยิบยกเอาบทบัญญัติมาตรา 25 และ มาตรา 29 มาพิจารณา เพื่อปรับใช้กับปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีประเด็นทางกฎหมายหลายประการที่ต้องพิจารณา ดังนี้

### 1.2.1 ประเด็นในเรื่อง “อำนาจเหนือตลาด” ตามมาตรา 25

ในเบื้องต้นที่มีการนำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาด้วยจุดมุ่งหมายที่จะใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกรายใหญ่นั้นได้มีการนำบทบัญญัติมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวมาพิจารณาด้วย ซึ่งมาตรา 25 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรง หรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือ การจำหน่ายสินค้า

หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการธุรกิจอื่น

(3) ระวัง ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร”

ซึ่งจากการพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นแล้ว ได้ข้อสรุปว่าหากผู้ค้าปลีกรายใหญ่รายได้มีอำนาจเหนือตลาดและได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 25 (1) – (4) แล้วจะถือว่ามีความผิด ซึ่งเมื่อพิจารณา อนุมาตรา (1) – (4) กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการดำเนินธุรกิจของผู้ค้าปลีกรายใหญ่แล้วอาจนำมาปรับใช้ได้ดังนี้

ในอนุมาตรา (1) กฎหมายได้ห้ามผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนด หรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้า หรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม อาทิ เช่น พฤติกรรมของห้างดิสเคานต์โร้ ในการกำหนดราคาขายสินค้าให้ต่ำกว่าทุนในสินค้าบางรายการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งย่อมมีผลทำให้ผู้ประกอบการค้าปลีกรายอื่น โดยเฉพาะร้านค้าโชว์ห่วย และคู่แข่งที่เป็น Modern trade ประเภทอื่นๆ ที่ขายสินค้าชนิดเดียวกับที่ห้างดิสเคานต์โร้ทำการลดราคาไม่อาจแข่งขันทางด้านราคาได้ เพราะการที่ห้าง ดิสเคานต์โร้ขายสินค้าบางรายการด้วยราคาที่ต่ำกว่าทุนนี้ แม้ผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์โดยสามารถซื้อสินค้าดังกล่าวได้ในราคาที่ถูกลงก็ตาม แต่เมื่อต้องซื้อสินค้าชนิดอื่น ๆ ในราคาที่บวกกำไรตามปกติของห้าง ฯ แล้ว ในท้ายที่สุดผู้บริโภคก็มิได้ซื้อสินค้าในราคาที่ถูกลงแต่อย่างใด และประการสำคัญหากการลดราคาลงอย่างมาคนั้นมาจากเจตนาของผู้มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อที่จะทำลายคู่แข่ง (Predatory Pricing) ด้วยแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่มีใช้การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม อันถือว่าเป็นความผิดเพราะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดนั้นในทางที่มีขอบ

และที่สำคัญในการที่ทางห้าง ฯ ใช้อำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือผู้ผลิต บีบบังคับโดยทางตรงหรือโดยอ้อมให้ผู้ผลิตต้องกระทำการบางอย่างอันเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของทางห้างแล้ว อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามที่อนุมาตรา (4) ที่มาตรา 25 กำหนดไว้ด้วย ซึ่งได้ห้ามมิให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่นกรณีที่ทางห้างฯ เรียกให้ผู้ผลิตที่เป็นซัพพลายเออร์ของตนต้องจ่ายค่าธรรมเนียมและให้รวมรายการสนับสนุนการขายเป็นค่าใช้จ่ายรูปแบบต่างๆ ของทางห้างฯ

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่จะเข้าข่ายเป็นการกระทำตามที่กฎหมายระบุไว้ว่าเป็นความผิด แต่หลักการของมาตรา 25 เป็นเรื่องของ การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจึงยังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้กระทำนั้นอยู่ในฐานะเป็น “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ด้วย ซึ่งในการนี้ มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำนิยาม “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด”ไว้ว่าหมายถึง “ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่ง

ตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้โดยให้พิจารณาสภาพแข่งขันของตลาดด้วย”

ดังนั้นในการที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดอยู่ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งที่ผ่านมาคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีความพยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ “ผู้มีอำนาจในธุรกิจค้าปลีก”<sup>129</sup> อยู่หลายครั้ง โดยครั้งล่าสุดได้มีข้อสรุปออกมาเป็นมติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2547 ดังนี้

“ธุรกิจค้าปลีกค้าส่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง

1) ผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไปและมียอดขายตั้งแต่ 27,000 ล้านบาทขึ้นไปในปีที่ผ่านมา

2) ผู้ประกอบการธุรกิจ 3 รายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 33.33 ขึ้นไป และมียอดขายรวมกันตั้งแต่ 45,000 ล้านบาท ขึ้นไปในปีที่ผ่านมา

กรณีผู้ประกอบการรายใดใน 3 รายมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 ผู้ประกอบการรายนั้นจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด”

และได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตตลาดในธุรกิจค้าปลีกค้าส่งไว้ดังนี้

“ขอบเขตตลาดธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง กำหนดเป็นขอบเขตตลาดเดียวกันทั่วประเทศ และเป็นตลาดเฉพาะร้านค้าปลีกสมัยใหม่ 5 ประเภทคือ ดิสเคาน์สโตร์ ห้างสรรพสินค้า ซูเปอร์มาร์เก็ต ร้านสะดวกซื้อ และร้านค้าเฉพาะอย่าง”<sup>\*</sup>

แต่หลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการฯ มีมติออกมาข้างต้นนี้ไม่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี โดยคณะรัฐมนตรีให้นำกลับมาทบทวนใหม่ ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าอาจจะไม่มีการนำมาพิจารณาเพื่อบังคับใช้กับธุรกิจค้าปลีกอีก เมื่อปัญหาในเรื่อง “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ดังกล่าวไม่สามารถหาข้อสรุปได้โดยเร็ว ประกอบกับได้มีการร้องเรียนจากบรรดาผู้ผลิตสินค้าเพิ่มมากขึ้น ความเคลื่อนไหวดังกล่าว ทำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้หยิบยกเอาบทบัญญัติ มาตรา 29 ในเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมขึ้นมาพิจารณาเพื่อนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ด้วย ซึ่งมีรายละเอียดหลายประเด็นที่สำคัญที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

<sup>129</sup> มติคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ครั้งที่ 1/2547 (วันที่ 14 พฤษภาคม 2547) [Online]: Available from : [www.dit.co.th/](http://www.dit.co.th/)

<sup>\*</sup> ดูการจัดประเภทของธุรกิจค้าปลีกค้าส่งในประเทศไทย ที่สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายในเป็นผู้จัดทำขึ้นในภาคผนวก ค



## 1.2.2 แนวทางในการปรับใช้มาตรา 29 กับพฤติกรรมทางการค้าของผู้ค้าปลีกรายใหญ่

ในเบื้องต้นได้กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติมาตรา 29 นี้ถึงแม้จะเป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่กว้างขวางมากก็ตาม แต่ด้วยหลักการของมาตรา 29 ที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกกลั่นแกล้งจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยให้การดำเนินธุรกรรมทางการค้าเป็นไปตามกลไกตลาดที่แท้จริง ฉะนั้นการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น โดยใช้พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม จึงล้วนอยู่ภายใต้การตรวจสอบดูแลของมาตรานี้ และด้วยเหตุที่กฎหมายไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าผู้ประกอบการแต่ละรายจะมีกลยุทธ์ทางการค้าแบบใด และหรือหากสามารถคาดการณ์ได้ แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปพฤติกรรม ดังกล่าวก็อาจพัฒนารูปแบบไปเพื่อให้ออกพ้นจากการตรวจสอบของกฎหมาย เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นการจำเป็นที่บทบัญญัติมาตรา 29 นี้ จะต้องวางขอบเขตไว้ให้ครอบคลุมเพื่อให้เข้าถึงกับทุกรูปแบบพฤติกรรมรวมทั้งไม่จำกัดบุคคลที่ถูกตรวจสอบด้วย ฉะนั้นเมื่อพิจารณาหลักการของมาตรา 29 แล้ว พฤติกรรมของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ ถึงแม้จะไม่อยู่ในสถานะของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 แต่มาตรา 29 ก็สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ และไม่ว่าจะเป็นการดำเนินธุรกรรมทางการค้ารูปแบบใด หากมีการพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นๆ มีใช้การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม อันมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย แก่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ แล้วย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 29

### 1) ประเด็นเรื่อง “ความเสียหายที่เกิดขึ้น” ตามมาตรา 29

ด้วยเหตุที่มาตรา 29 เป็นการพิจารณาความผิดของผู้กระทำจากผลของการกระทำตามหลักการของหลัก rule of reason ดังนั้นปัญหาในเรื่องผลเสียหายที่เกิดขึ้นจึงเรื่องที่ต้องนำมาพิจารณาเป็นประเด็นแรก ๆ ของมาตรานี้และเมื่อพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นมาจากการดำเนินธุรกิจของผู้ค้าปลีกรายใหญ่แล้ว ไม่ว่าจะเป็ผลกระทบที่เกิดกับบรรดาร้านค้าปลีกรายเล็กรายย่อย (โชวห่วย) กลุ่มผู้ค้าส่ง หรือกลุ่มผู้ผลิตสินค้าล้วนพบว่า ประเด็นที่สำคัญที่ต้องพิจารณา คือ อะไรเป็นสาเหตุที่แท้จริงของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกลุ่มผู้ประกอบการดังกล่าว ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1.1) กรณีร้านค้าปลีกรายเล็กรายย่อย (โชวห่วย)

ผลกระทบของการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ที่มีต่อร้านค้าปลีกรายเล็กรายย่อยหรือโชวห่วยนั้นเกิดขึ้นอย่างรุนแรง ถึงขนาดที่ทำให้กิจการร้านค้าปลีกรายเล็กรายย่อยต้องปิดกิจการไปเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพราะร้านค้าปลีกรายเล็กรายย่อยนี้เป็นผู้ประกอบการที่อยู่ในระนาบเดียวกับ (Horizontal) ผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ในฐานะเป็นแหล่งกระจายสินค้าไปสู่ผู้บริโภคชั้นสุดท้ายเช่นเดียวกัน จึงตกอยู่ในสภาวะที่เป็นคู่แข่งกัน ซึ่งจากผลการสำรวจของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย เมื่อ ปี 2545 พบว่าสาเหตุหลัก ๆ ที่เป็นผลให้ร้านค้าขนาดเล็กได้รับความเสียหายนั้นเป็นผลเนื่องมาจากความไม่พร้อมที่จะแข่งขันของร้านค้าขนาดเล็กนั่นเอง (พิจารณาตารางที่แสดงข้างล่างนี้ประกอบ)

ตารางที่ 5 สาเหตุที่ทำให้ร้านค้าปลีกขนาดเล็กไม่สามารถแข่งขันกับร้านค้าสมัยใหม่ได้<sup>130</sup>

ลำดับ	สาเหตุ	ร้อยละ
1	สินค้าของ Modern Trade ขายถูกกว่า	39.7
2	รูปแบบการจัดตกแต่งร้านทันสมัยกว่า	17.8
3	Modern Trade มีบริการด้านอื่นๆ ดีกว่า	16.5
4	Modern Trade มีต้นทุนสินค้าถูกกว่า	12.3
5	Modern Trade มีสินค้าหลากหลายชนิดกว่า	9.6
6	ทำเลที่ตั้ง Modern Trade ดีกว่า	2.7
7.	Modern Trade มีเทคโนโลยีในการบริหารงานดีกว่า	1.4
รวม		100.0

ที่มา : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , การสำรวจผู้ค้าปลีก , กุมภาพันธ์ 2545.

ฉะนั้นเมื่อไม่สามารถกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ลักษณะที่เป็นการกีดกันแก่งอ้านมีผลให้ร้านค้าปลีกรายเล็กขายย่อยได้รับความเสียหายแล้ว จึงไม่อาจนำบทบัญญัติมาตรา 29 มาบังคับใช้กับกรณีนี้ได้ ทั้งนี้ย่อมสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่จะไม่ปกป้องผู้ประกอบการที่อ่อนแอ ซึ่งจะต้องออกจากตลาดไปตามกลไกการแข่งขันเอง

### 1.2) กรณีผู้ค้าส่ง

ในอดีตกลุ่มผู้ค้าส่งเป็นผู้ที่เปรียบเสมือนคนกลางระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีกก่อนที่สินค้าจะไปถึงมือผู้บริโภค ผู้ค้าส่งจะมีส่วนช่วยในการจัดหาสินค้า ดูแลในเรื่องราคาและการให้สินเชื่อแก่ร้านค้าปลีกขนาดเล็กในสินค้าที่จะนำไปจำหน่าย เพราะผู้ค้าส่งจะมีอำนาจในการต่อรองกับผู้ผลิตดีกว่าร้านค้าขนาดเล็ก แต่ต่อมาบทบาทของผู้ค้าส่งลดลงไปอย่างมาก จนเกือบจะเรียกได้ว่าถูกตัดออกจากธุรกิจค้าปลีกเลยทีเดียว สาเหตุส่วนใหญ่ก็เป็นผลมาจากการเติบโตของธุรกิจค้าปลีกแบบ Modern Trade โดยเฉพาะประเภทที่เป็นดิสเคาท์สโตร์ที่ทำให้ร้านค้าปลีกขนาดเล็กหันไปซื้อสินค้าจากห้างฯ มากกว่า (พิจารณาตารางที่แสดงข้างล่างนี้ประกอบ

<sup>130</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ (งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ , สิงหาคม 2545) หน้า 159.

### ตารางที่ 6 สาเหตุที่ทำให้ผู้ค้าส่งเสียเปรียบห้างดิสเคาท์สโตร<sup>131</sup>

ลำดับ	สาเหตุ	ร้อยละ
1.	ผู้ค้าส่งขายสินค้าบางอย่างแพงกว่าดิสเคาท์สโตร	36.4
2	ไม่มีที่จอดรถบริการลูกค้า	22.9
3	การบริหารงานไม่ดีเท่าดิสเคาท์สโตร	20.5
4	สถานที่ไม่สะดวกสบายเท่าดิสเคาท์สโตร	6.8
5	ระบบการซื้อสินค้าไม่ทำให้ต้นทุนค้าต่ำได้เท่ากับดิสเคาท์สโตร	9.1
6	เงินทุนหมุนเวียนไม่มากเท่าดิสเคาท์สโตร	4.5
รวม		100.0

ที่มา : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , การสำรวจผู้ค้าส่ง , กุมภาพันธ์ 2545

จากตารางข้างต้นเห็นได้ว่าการดำเนินงานของผู้ค้าส่งเมื่อเปรียบเทียบกับห้างดิสเคาท์สโตร โดยเฉพาะหากเป็นห้างประเภท Cash and Carry (ร้านค้าส่งขนาดใหญ่) เช่น แม็คโคร แล้วจะทำให้ผู้ค้าส่งเดิมเสียเปรียบอย่างมาก เนื่องจากมีต้นทุนในการซื้อสินค้าและดำเนินงานสูงกว่า การบริการลูกค้า และสถานที่ไม่สะดวกสบายเท่า ซึ่งนั่นหมายถึงศักยภาพในการแข่งขันที่ด้อยกว่านั่นเอง จึงเป็นกรณีที่มาตรา 29 ไม่อาจเข้าไปแทรกแซงภาวะการณดังกล่าวได้ (เช่นเดียวกับกรณีของร้านค้าปลีกขนาดเล็ก) เนื่องจากการดำเนินธุรกิจตามปกติการค้าของห้าง ฯ มิได้เป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ค้าส่งดังกล่าวต้องเสียหายแต่อย่างใด

#### 1.3) กรณีผู้ผลิตสินค้า

นอกจากผลกระทบที่เกิดกับร้านค้าปลีกรายเล็กรายย่อย และผู้ค้าส่งแล้วผู้ผลิตสินค้าก็ได้รับความเสียหายด้วยเช่นกัน ซึ่งจากการที่ผู้ผลิตสินค้าอยู่ในฐานะที่เป็นคู่ค้ากับผู้ค้าปลีก ความสัมพันธ์ทางธุรกิจจึงอยู่ในแนวตั้ง (Vertical) ซึ่งตามปกติแล้วความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในแนวตั้งนี้ จะมีส่วนเกื้อหนุนกันและกัน<sup>132</sup> กล่าวคือ หากผู้ผลิตสามารถที่จะผลิตสินค้าได้ดีมีคุณภาพสูง ผู้ค้าปลีกก็มีการจำหน่ายสินค้าได้มากขึ้นตามไปด้วย นัยกลับกันหากผู้ค้าปลีกขายสินค้าได้ไม่ดี ก็กระทบกับจำนวนสั่งซื้อสินค้าจากผู้ผลิตเช่นกัน แต่หลักการดังกล่าวนี้ย่อมต้องตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าคู่ค้านั้นมีความเท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองทางการค้าจึงจะจัดสรรผลประโยชน์ทางการค้าได้อย่างสมดุลย์ แต่จากข้อเท็จจริงที่ว่าในปัจจุบันผู้ค้าปลีกรายใหญ่ โดยเฉพาะ Modern Trade ประเภทดิสเคาท์สโตรนั้นได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในวงการค้า

<sup>131</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

<sup>132</sup> สรวิศ ลิ้มปริงชี , กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา : ฉบับรวมบทความ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติกรรม, 2543) หน้า 119.

ปลีก และจากผลการสำรวจพบว่าผู้ผลิตสินค้าหรือซัพพลายเออร์มีความจำเป็นที่ต้องนำสินค้าไปขายในดิสเคาท์ สโตร์ ด้วยเหตุผลดังนี้

ตารางที่ 7 เหตุผลที่ผู้ผลิตนำสินค้าเข้าไปขายในดิสเคาท์สโตร์<sup>133</sup>

ลำดับ	สาเหตุ	ร้อยละ
1.	ทำให้ขายสินค้าได้มากขึ้น	38.9
2.	คู่แข่งก็ขายสินค้าผ่านช่องทางนี้อยู่ด้วย	22.1
3.	คิดว่าเป็นช่องทางที่จะกระจายสินค้าได้ทั่วประเทศ	16.6
4.	เป็นการสร้างภาพพจน์สินค้าให้ดูดี	5.6
5.	เป็นช่องทางเดียวที่ขายสินค้าอยู่ในปัจจุบัน	5.6
6.	เป็นช่องทางที่ตรงกับลูกค้าเป้าหมาย	5.6
7.	อื่นๆ	5.6
รวม		100.0

หมายเหตุ จำนวนกลุ่มตัวอย่างผู้ผลิต 9 ราย

ที่มา : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , การสำรวจซัพพลายเออร์, มีนาคม พ.ศ. 2545

จากตารางข้างต้นแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการที่ห้างดิสเคาท์สโตร์ได้เข้ามามีบทบาทเป็นช่องทางกระจายสินค้าไปสู่ผู้บริโภครายใหญ่นั้นเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้เกิดอำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือผู้ผลิตสินค้าขึ้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ผลิตรายเล็กรายย่อยที่ไม่มีเครือข่ายในการกระจายสินค้าของตนเอง หรือเป็นผู้ผลิตสินค้าที่โดยสภาพของสินค้าแล้วจำเป็นต้องอาศัยห้างฯ เหล่านี้เป็นช่องทางหลักในการจำหน่าย เมื่อความได้เปรียบดังกล่าวสร้างอำนาจต่อรองขึ้น ประกอบกับสภาวะการแข่งขันระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่ด้วยกันเองก็อยู่ในภาวะที่รุนแรงการนำอำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือผู้ผลิตสินค้ามาใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดจึงนำมาเป็นกลยุทธ์ในทางการค้าของผู้ค้าปลีกด้วย ซึ่งผลจากการใช้อำนาจต่อรองดังกล่าวได้มีการสำรวจว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่บรรดาผู้ผลิตดังนี้

<sup>133</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

ตารางที่ 8 ความเสียหายที่ผู้ผลิตสินค้าได้รับจากการขายสินค้าให้กับห้างฯ ประเภทต่างๆ <sup>134</sup>

ผลเสียหาย	ประเภทของห้าง (ร้อยละ)		
	ไฮเปอร์มาร์เก็ต	ร้านสะดวกซื้อ	ซูเปอร์มาร์เก็ต
1. ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อนำสินค้าเข้าไปขายในห้างฯ	22.9	16.0	21.2
2. ถูกห้างเอาวัตถุดิบไปเปรียบ	22.9	16.0	21.2
3. ประโยชน์ที่ได้รับไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายต่างๆ	11.4	16.0	9.1
4. ผู้บริหารของห้างไม่อะลุ่มอล่วยกับเงื่อนไขต่างๆในการทำธุรกิจ	20.0	12.0	12.1
5. ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เพื่อให้สินค้าคงอยู่ในห้างต่อไป	17.1	20.0	9.1
6. ระยะเวลาการชำระเงิน(Credit term) ใช้เวลานาน	5.7	20.0	27.3
รวม	100.0	100.0	100.0

หมายเหตุ จำนวนกลุ่มตัวอย่างผู้ผลิต 9 ราย

ที่มา : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , การสำรวจชีพพลายเออร์, มีนาคม 2545

ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ผลิตสินค้าที่ได้แสดงในตารางข้างต้นนั้น ส่วนหนึ่งอาจกล่าวได้ว่ามาจากการที่ถูกห้างฯ ใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดเงื่อนไขบางประการให้ต้องปฏิบัติตาม เช่น การเรียกร้องให้ผู้ผลิตต้องจ่ายเงินค่าเปิดสาขาใหม่ ค่าขยายสาขาใหม่ ค่าลงโฆษณา หรือค่าส่งเสริมการขายรูปแบบต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 จึงเป็นกรณีที่มีความเป็นไปได้ว่าห้างอาจมีพฤติกรรมทางการค้าบางประการที่มีใช้การประกอบธุรกิจตามปกติของการค้าปลีก ซึ่งมีได้อยู่บนพื้นฐานของการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมอันมีผลโดยตรงให้เกิดความเสียหายแก่บรรดาผู้ผลิตสินค้า แต่คำกล่าวนี้ก็มิอาจใช้เป็นบทสรุปได้กับทุก ๆ พฤติกรรมของผู้ค้าปลีก อีกทั้งยังไม่อาจเป็นข้อโต้แย้งที่ผู้ผลิตจะใช้ได้เหมือนกันทุกราย ทั้งนี้เพราะจากการศึกษาวิจัยเชิงเศรษฐศาสตร์ของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยพบว่ามีค่าใช้จ่ายบางรายการที่ทางห้างเรียกเก็บจากผู้ผลิตที่นอกจากจะนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการบางอย่างที่จำเป็นของห้างแล้ว ยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตัวสินค้าของผู้ผลิตเองด้วย <sup>135</sup> เช่น ค่าใช้จ่ายในการจัดทำแผ่นพับไปปลิวที่ทางห้างทำแจกแก่ผู้บริโภค ซึ่งย่อมมีส่วนช่วยให้สินค้าของผู้ผลิตที่ได้ลงโฆษณาดังกล่าวมียอดขายที่ดีขึ้นอันจะส่งผลให้ผู้ผลิตได้รับการสั่งซื้อสินค้าเพิ่มขึ้นเช่นกัน และประการสำคัญค่าใช้จ่ายบางอย่างที่ทางห้างเรียกเก็บจากผู้ผลิตก็

<sup>134</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ, หน้า 219.

<sup>135</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 226.



เป็นไปตามหลักการแบ่งสรรความเสี่ยง (share risking)<sup>136</sup> ที่ทางห้างฯจะได้รับจากการเลือกสินค้าใดสินค้าหนึ่ง มาวางจำหน่ายในพื้นที่ด้วย เพราะการที่ห้างตัดสินใจนำสินค้าชนิด A มาวางขายย่อมหมายความว่าทางห้าง เห็นว่าสินค้า A มีจุดที่น่าสนใจและคาดว่าจะสามารถทำยอดขายได้ดีกว่าสินค้า B แต่การตัดสินใจดังกล่าวก็อาจ เกิดความผิดพลาดได้เมื่อสภาพตลาดเปลี่ยนแปลงไป เช่นนี้ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการพลาดโอกาสในการขายสินค้า ชนิดอื่นๆ ของห้างอาจชดเชยได้ด้วยการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายบางรายการจากผู้ผลิต เช่น ค่าบริการชั้นวางสินค้า ทั้งนี้ผู้ผลิตรายที่มีความมั่นใจว่าสินค้าของตนมีศักยภาพที่จะสร้างยอดขายได้ ย่อมมีความสามารถที่จะเสีย ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ได้ เสมือนเป็นการยืนยันความพร้อมที่จะแข่งขันกับผู้ผลิตรายอื่นโดยการแบ่งปันความเสี่ยงที่ ทางห้างฯ อาจได้รับการจัดสรรพื้นที่ขายที่มีอย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีค่าใช้จ่ายในบางรายการที่ทางห้างเรียกเก็บโดยปราศจาก เหตุผลและความจำเป็นที่สามารถอธิบายได้ในเชิงเศรษฐศาสตร์ เช่น การเรียกเก็บเพื่อนำไปชดเชยผล ประโยชน์ของทางห้างหรือเป็นไปเพื่อประโยชน์ของห้างแต่เพียงอย่างเดียว โดยที่ไม่มีหลักเกณฑ์ในการคิด ค่าตอบแทนที่เป็นมาตรฐาน หรือมิได้มีการตกลงกันล่วงหน้า ทั้งนี้รวมตลอดถึงเงื่อนไขในลักษณะที่ก่อให้เกิด ประโยชน์แก่ทางห้างประการอื่น ๆ อีกที่ผู้ผลิตจำเป็นต้องปฏิบัติตามโดยไม่เกิดประโยชน์แก่ตน หรืออาจ ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการเพิ่มต้นทุนในทางธุรกิจของตนโดยไม่จำเป็น เช่นกรณีที่ห้างขอให้ส่งพนักงาน ขายไปประจำพื้นที่ในห้าง หรือการกำหนดเงื่อนไขโดยทางอ้อมให้ต้องใช้บริการศูนย์กระจายสินค้าของทางห้าง (ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3) เป็นต้น ฉะนั้นในการจะนำมาตรา 29 มาใช้กับกรณีนี้ จึงต้องพิจารณาถึง สาเหตุของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ผลิตเป็นราย ๆ ไป (Case by Case) ทั้งนี้เพราะหากการจำกัดค่าใช้จ่าย ดังกล่าวของห้างมีเหตุผลในเชิงประสิทธิภาพแล้ว ผู้ผลิตสินค้ารายที่ได้รับความเสียหายอาจเป็นผลมาจาก ความไม่มีศักยภาพในการ แข่งขันกับผู้ผลิตรายอื่น ๆ ก็เป็นไปได้

## 2) แนวทางในการพิจารณา “พฤติกรรม” ของผู้ค้าปลีก

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าพฤติกรรมต่างๆ ของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ มิได้เป็นการเอาัดเอาเปรียบ ผู้ผลิตสินค้าเสมอไปเพราะอาจเป็นค่าใช้จ่ายที่จัดเก็บเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจระหว่างกัน หรือ เป็นการช่วยลดต้นทุนซึ่งทั้งคู่อาจได้รับประโยชน์ร่วมกันก็ได้ (win-win situation) แต่นัยกลับกันเงื่อนไขบางอย่าง ก็อาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจซื้อที่ผู้ค้าปลีกมีอยู่บีบบังคับผู้ผลิตสินค้าโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อให้ได้มาซึ่ง ผลประโยชน์ของตนแต่ฝ่ายเดียวก็ได้เช่นกัน จึงเป็นประเด็นปัญหาว่าพฤติกรรมอย่างไรจึงจะถือเป็นการ ปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 29 และพฤติกรรมอย่างไรที่ผู้ประกอบการจะ สามารถดำเนินธุรกิจนั้นๆ ได้โดยไม่ถูกควบคุมและตรวจสอบ ซึ่งในการนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องมีการกำหนดรูปแบบและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมในธุรกิจค้าปลีก ให้ชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดแนวทางในการดำเนินธุรกิจค้าปลีกที่ผู้ประกอบการสามารถยึดเป็น หลักการต่อไปได้ ในการนี้จึงได้มีการกำหนด “แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้า

<sup>136</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , เรื่องเดียวกัน, หน้า 228.

ส่งคำปลีก” หรือ Guidelines ขึ้น โดยได้วางหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการพิจารณาพฤติกรรมของธุรกิจค้าปลีกค้าส่งไว้ดังนี้<sup>137</sup>

- (1) ต้องไม่มีการบังคับ
- (2) ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ
- (3) ต้องมีบรรทัดฐานที่ชัดเจน
- (4) ต้องมีข้อตกลงกันล่วงหน้า
- (5) ต้องไม่เป็นการกีดกันและต้องมีการแข่งขันที่เป็นธรรม

หลักเกณฑ์ทั้ง 5 ข้อข้างต้นเป็นเสมือนแนวทางที่กำหนดกรอบไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจค้าปลีกได้มองเห็นภาพว่าการกระทำที่ขัดต่อลักษณะดังกล่าวอาจเข้าข่ายเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีกได้

ซึ่งนอกจากนี้แล้วเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้นใน Guideline ดังกล่าวยังได้ระบุถึงตัวอย่างของพฤติกรรมที่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบันที่ถือว่าเข้าข่ายเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 5 รูปแบบพฤติกรรมด้วยกันคือ

1. **พฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่ำเกินควร (Unfair Low Price Sales)** เช่น ขายต่ำกว่าใบแจ้งหนี้ เว้นแต่เป็นการขายที่มีความจำเป็นสามารถอธิบายเหตุผลได้ อันได้แก่ สินค้าใกล้หมดอายุ สินค้าที่มีการใช้เฉพาะบางฤดูกาล สินค้าตกุ่นล้าสมัย

2. **พฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร** ในลักษณะทำลายทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ซึ่งได้แก่การกระทำดังต่อไปนี้

(1) การบังคับให้ลูกค้าซื้อ ขายสินค้าหรือบริการ (Coercion to Purchase) เช่น การบังคับให้ลูกค้าใช้จ่ายโฆษณา เพื่อส่งเสริมการขายสินค้าของตนเอง โดยไม่เกิดผลต่อยอดขายของลูกค้า การบังคับให้ซื้อบริการข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจ โดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรืออิเล็กทรอนิกส์ (B2B E-Commerce) การบังคับให้ใช้บริการขนส่งหรือการกระจายสินค้า (Distribution Service)

(2) การบังคับให้ลูกค้าส่งพนักงานของลูกค้าไปประจำ ณ สถานที่ขายของตนเอง (Request for Dispatch of Salespersons to Shops) โดยมีเจตนาลดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจของตนเอง

(3) การบังคับให้ลูกค้าแบ่งผลประโยชน์ให้ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การขอแบ่งกำไรที่ลูกค้าได้รับ

<sup>137</sup> สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, เอกสารประกอบกาสัมมนา เรื่อง แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ในธุรกิจค้าส่งค้าปลีก (Guidelines) ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, 19 กันยายน 2546 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

(4) การบังคับให้ลูกค้าต้องขายสินค้าหรือให้บริการตามปริมาณที่กำหนด โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(5) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่ทำให้ลูกค้าเสียเปรียบ และเอื้อประโยชน์ต่อตนเอง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การเก็บค่าธรรมเนียมวางสินค้าแรกเข้า ส่วนลดการค้าส่วนลดคืนกำไร ส่วนลดชดเชยของหาย และส่วนลดการชำระสินค้าล่วงหน้า

(6) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจ หรือการทำข้อตกลงพิเศษที่มีลักษณะจำกัดโอกาสในการประกอบธุรกิจของลูกค้า เช่น ห้ามลูกค้าขายสินค้าให้แก่คู่แข่ง

(7) การให้ลูกค้าต้องขายสินค้าในราคาที่กำหนด (Resale Price Maintenance) เว้นแต่ราคาที่ให้ขายนั้นเป็นราคาแนะนำที่ไม่มีเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตาม

3. พฤติกรรมการปฏิบัติต่อลูกค้าไม่เท่าเทียมกัน เช่น กำหนดเงื่อนไขหรือราคาที่แตกต่างกัน (Price Discrimination) หรือการปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจด้วย โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อันได้แก่การยกเลิกการขายสินค้าของลูกค้า (Delete) โดยนำสินค้าชนิดเดียวกันของตนเองมาขายแทน

4. การกระทำด้วยประการใด ๆ ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของลูกค้า แล้วนำมาเป็นประโยชน์ในการแข่งขันกับลูกค้า อย่างไม่เป็นธรรม เช่น การผลิตสินค้าที่มีลักษณะหรือภาชนะบรรจุที่คล้ายคลึงกับของลูกค้าแล้วนำมาวางขายคู่กัน เพื่อให้ผู้บริโภคสำคัญผิดว่าเป็นสินค้าของผู้อื่นที่วางขายอยู่แล้ว การยกเลิกการขายสินค้าของลูกค้า เพื่อให้มีสินค้าของตนเองขายเพียงตราเดียว

5. การบังคับหรือชักจูงให้ลูกค้าต้องประกอบธุรกิจกับตนเองโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การสร้างให้เกิดความเข้าใจผิด การเสนอผลประโยชน์ที่ไม่สมเหตุผลในทางการค้า หรือ การบังคับให้ซื้อสินค้าอื่นพ่วงไปกับสินค้าที่ต้องการซื้อ (Tying Purchase) เป็นต้น

จากรูปแบบพฤติกรรมที่ Guideline กำหนดไว้ข้างต้น ถึงแม้ว่าจะดูเหมือนกับว่ามีลักษณะจำเพาะเจาะจงที่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการค้าปลีกเท่านั้น แต่จุดมุ่งหมายของ guideline ดังกล่าวประสงค์ที่จะวางกรอบแนวทางของธุรกิจค้าปลีกค้าส่งทั้งระบบเพื่อให้การค้าเงินธุรกิจค้าปลีกเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ฉะนั้นผู้ประกอบการทุกรายที่เกี่ยวข้องธุรกรรมของการค้าปลีกค้าส่ง ไม่ว่าจะเป็นผู้ค้าปลีกรายใหญ่รายเล็ก ผู้ค้าส่งและแม้กระทั่งผู้ผลิตเองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎกติกาเดียวกันนี้ด้วย แต่ด้วยเหตุที่สภาพตลาดค้าปลีกปัจจุบันพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมมักเกิดจากการกระทำทางฝ่ายผู้ค้าปลีกรายใหญ่เป็นส่วนใหญ่เพราะมีอำนาจในการต่อรองมากกว่า ฉะนั้นรูปแบบพฤติกรรมที่ปรากฏเป็นพฤติกรรมตัวอย่าง ใน guideline จึงเน้นไปที่การควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกเป็นหลักนั่นเอง

### 1.3) ปัญหาในการบังคับใช้มาตรา 29

การที่จะพิจารณาว่าพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งของผู้ประกอบการเป็นการกระทำผิดตามมาตรา 29 หรือไม่นั้นจะต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นถึง 2 องค์ประกอบที่สำคัญ คือ

1. พฤติกรรมนั้นเป็นการกระทำที่มีใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม และ
2. พฤติกรรมนั้นได้ส่งผลให้เกิดความเสียหายเป็นการทำลายกีดกันหรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีสภาพบังคับในทางอาญา (มาตรา 51) จึงทำให้มีข้อจำกัดในการตีความอยู่เป็นอันมาก โดยต้องตีความอย่างแคบและจำกัดเท่าที่ตัวบทกฎหมายจะเปิดช่องตามหลักการของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในการกระทำที่มืองค์ประกอบความผิดที่สลับซับซ้อนทั้งยังต้องอาศัยความรู้และความเข้าใจทางเศรษฐศาสตร์เป็นการเฉพาะในเรื่องนั้นๆ ด้วย<sup>138</sup>

ฉะนั้นปัญหาในการบังคับใช้มาตรา 29 ก็คือ ความยากลำบากในการตีความกฎหมายเพื่อจะพิสูจน์การกระทำของผู้ประกอบการนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดทั้ง 2 ประการหรือไม่นั่นเอง กล่าวคือ

### 1.3.1 ปัญหาในการพิจารณา “พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม” ของผู้ค้าปลีก

แม้มาตรา 29 จะเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้กว้าง ๆ สำหรับการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ว่าการกระทำใด ๆ ก็ตามที่มีใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม แต่กระนั้นเพื่อการชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าวก็ได้มีการออก Guidelines ของธุรกิจค้าปลีกค้าส่งขึ้นมาเพื่อขยายความคำว่า “การกระทำที่มีใช่การแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม” โดยให้หมายถึง (1) การกระทำที่มีการบังคับ (2) มีการเลือกปฏิบัติ (3) ไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจน (4) ไม่มีการตกลงกันล่วงหน้า และ (5) เป็นการกีดกันและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม ซึ่งเมื่อพิจารณาตามถ้อยคำที่ระบุอยู่ใน Guidelines แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้สร้างความชัดเจนให้กับมาตรา 29 ได้ในระดับหนึ่ง แต่กระนั้นก็ยังไม่ได้เกิดประสิทธิภาพในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกแต่อย่างใด ซึ่งเหตุผลหลัก ๆ ก็คือ สถานะของ Guideline นี้มีใช้กฎหมาย เป็นแต่เพียงแนวทางในการพิจารณาที่คณะกรรมการใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ตามกฎหมายกำหนดขึ้น จึงไม่มีสภาพบังคับที่ผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตาม อีกทั้งไม่ได้อยู่ในฐานะที่เป็นคำเตือน หรือคำสั่งที่คณะกรรมการกำหนดโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย (มาตรา 31) ซึ่งหากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามย่อมมีบทโทษตามมาตรา 52 จึงอาจกล่าวได้ว่า ผลที่ได้รับจาก Guideline ดังกล่าวเปรียบเสมือนความตกลงร่วมกันเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันใน 2 ระดับ คือ ในระดับระหว่างผู้ประกอบการกับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าการกระทำในลักษณะที่ Guideline ระบุดังกล่าวอาจเข้าข่ายเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ได้ และในระดับระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันโดยผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิต จะต้องพยายามหลีกเลี่ยงมิให้การดำเนินธุรกิจของตนเข้าข่ายตามที่ Guideline ระบุว่าเป็นความผิดนั่นเอง

<sup>138</sup> เข็มชัย ชูติวงศ์, “สภาพบังคับทางกฎหมายเพื่อประกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้าวารสารอัยการ 4,37 (มกราคม 2524) : 47.

อย่างไรก็ตามยังมีความไม่ชัดเจนว่าในส่วนท้ายของ Guideline ที่ได้มีการยกตัวอย่างพฤติกรรมที่ถือว่าการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 5 รูปแบบด้วยกัน (ดังได้กล่าวมาแล้ว) คือ

- 1) การกำหนดราคาขายต่ำเกินควร (Unfair Low Price Sales)
- 2) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรใน 7 ลักษณะ
- 3) การปฏิบัติกับคู่ค้าไม่เท่าเทียมกันโดยกำหนดเงื่อนไขหรือราคาที่แตกต่างกัน (Price Discrimination) หรือการปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจด้วยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 4) การกระทำด้วยประการ ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของคู่ค้า แล้วนำมาเป็นประโยชน์ในการแข่งขันกับคู่ค้า
- 5) การบังคับหรือชักจูงให้ลูกค้าต้องประกอบธุรกิจกับตนเอง

แม้ว่าจากตัวอย่างพฤติกรรมข้างต้นจะทำให้มองเห็นหลักการของ Guideline เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น แต่ก็ไม่ส่งผลให้มีการบังคับใช้ มาตรา 29 กับผู้ค้าปลีกที่มีพฤติกรรมดังกล่าวแต่อย่างใด เช่นกัน ทั้งนี้ย่อมเป็นผลมาจากตัวอย่างพฤติกรรมใน Guideline ดังกล่าวนั้นได้อยู่ภายใต้หลักการของ Guideline ที่ว่าต้องไม่เป็นการบังคับ ไม่มีการเลือกปฏิบัติต้องมีบรรทัดฐานที่ชัดเจน ต้องมีการตกลงกันล่วงหน้า และต้องไม่เป็นการกีดกันและมีการแข่งขันที่เป็นธรรมด้วย ฉะนั้นหากผู้ประกอบการได้มีการตกลงกันล่วงหน้า หรือเมื่อไม่ปรากฏมีข้อเท็จจริงใด ๆ ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการบังคับกันแล้ว ย่อมไม่ถือว่าการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม กล่าวโดยสรุปก็คือเมื่อ Guideline ทั้งในส่วนของ “หลักการ” และ “รูปแบบพฤติกรรม” มีใช้ลักษณะของการบัญญัติเป็นกฎหมายจึงไม่มีสภาพบังคับในทันที ฉะนั้นแม้ว่าจะได้มีการยกตัวอย่างรูปแบบพฤติกรรมที่ถือว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ไว้ใน Guideline ชัดเจนเพียงไรก็ตาม ย่อมไม่อาจเอาผิดกับผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมดังกล่าวได้ จนกว่าจะได้มีการพิสูจน์ถึงลักษณะของ “การกระทำที่มีใช้เป็นการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม” เช่น ในเรื่องของการบังคับ การเลือกปฏิบัติ การไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจน ไม่มีการตกลงกันล่วงหน้า เป็นต้น ซึ่งน่าจะเป็นภาระที่หนักยิ่งของผู้ประกอบการที่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากยอมอยู่ในภาวะที่ด้อยกว่าเป็นอย่างมากอยู่แล้ว

### 1.3.2 ปัญหาในการพิสูจน์ถึง “ความเสียหายที่เกิดขึ้น”

นอกจากการพิสูจน์ถึง “การกระทำที่มีใช้การแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมแล้ว” ในองค์ประกอบที่ 2 ของความผิดตามมาตรา 29 จะต้องมีการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการด้วยว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และความเสียหายนี้มีสาเหตุมาจากอะไร ซึ่งได้กล่าวแล้วใน 1.2.2 ข้อ 1) ในประเด็นเรื่อง “ความเสียหายที่เกิดขึ้น” ตามมาตรา 29 ว่าเป็นปัญหาที่ต้องมีการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป (Case by Case) ทั้งนี้เพราะมีหลายปัจจัยเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะใน 2 ปัจจัยหลัก ๆ คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีสาเหตุมาจากความไม่พร้อมของตัวผู้ประกอบการเองในการที่จะแข่งขันกับในเรื่องของเหตุผลและความจำเป็นทางธุรกิจการค้าที่ผู้ค้าปลีกสามารถอธิบายได้ในเชิงเศรษฐศาสตร์ อันก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการ



ดำเนินธุรกิจของทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งปัจจัยต่างๆ เหล่านี้จะเป็นตัวแปรอย่างสำคัญที่จะทำให้ไม่สามารถนำมาตรา 29 มาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้

นอกจากประเด็นข้างต้นแล้ว การขาดข้อมูลหลักฐานที่ชัดเจนยังเป็นปัญหาสำคัญที่ทำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถเอาผิดกับผู้ประกอบการค้าปลีกได้<sup>\*</sup> แม้ว่าจะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า มีพฤติกรรมบางอย่างที่อาจเข้าข่ายเป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็ตาม ทั้งนี้เพราะผู้ผลิตซึ่งได้รับความเสียหายไม่กล้าที่จะร้องเรียน และแสดงหลักฐานที่จำเป็นแก่คณะกรรมการเพื่อใช้ในการสืบสวนสอบสวน เกี่ยวกับการกระทำผิดนั้น เนื่องจากเกรงว่าอาจมีผลกระทบต่อการค้าดำเนินธุรกิจของตน

#### 1.4 แนวทางการนำกฎหมายต่างประเทศมาประยุกต์ใช้

ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย ยังอยู่ในขั้นเริ่มต้นของการบังคับใช้ ฉะนั้นการนำแนวทางของกฎหมายต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ถึงถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย แนวทางขององค์กรที่ใช้บังคับกฎหมาย รวมตลอดถึงคำพิพากษาศาลของประเทศที่มีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นระยะเวลาอันยาวนานอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น จึงมีความสำคัญยิ่งต่อการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย โดยเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 29 ที่ยังขาดแนวทางที่ชัดเจนในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็น “การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” (unfair trade practice) ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 4 พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น สามารถนำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาจัดการกับปัญหาการใช้ อำนาจต่อรองโดยมิชอบของผู้ค้าปลีก (abuse of bargaining power) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ทั้ง 2 ประเทศ นั้นมีลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติในเรื่องของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้โดยเฉพาะ เพราะแรกเริ่มเดิมทีกฎหมาย Antitrust ของสหรัฐอเมริกามีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายต่อต้านการผูกขาด ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขัน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นหลัก จึงไม่มีแนวคิดที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องผู้ประกอบการที่ถูกกลั่นแกล้ง แม้ต่อมากฎหมาย Antitrust ของสหรัฐอเมริกา เช่น The Clayton Act จะมีแนวโน้มว่าจะขยายเป้าหมายไปสู่การยับยั้งการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมด้วย โดยกำหนดพฤติกรรมไว้ 4 รูปแบบที่มีลักษณะของการจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่ก็ดูเหมือนว่าพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบนั้นยังคงยืนยันหลักการเดิม คือการป้องกันการผูกขาด โดยการควบคุมตัดตอนพฤติกรรมที่เป็นขั้นตอนหรือกระบวนการที่จะนำไปสู่การ มีอำนาจผูกขาด

---

\* ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่ผู้ผลิตร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมเลือกปฏิบัติในการกำหนดช่วงเวลาจัดส่งสินค้าของห้างสรรพสินค้าเซ็นทรัลและการคิดค่านวนค่าบริการขนส่งสินค้าที่สูงกว่าความเป็นจริงนั้น ปรากฏว่าสมาคมผู้ผลิตสินค้าต่างๆ ไม่สามารถให้ข้อมูลที่ชัดเจนเพียงพอแก่คณะกรรมการ จึงไม่สามารถเอาผิดกับห้างฯ ได้: สุวานเศรษฐกิจ “กรมการค้าภายในจัดเซ็นทรัลไม่ลง” ( 11-14 สิงหาคม 2545)

อย่างไรก็ตามในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบของผู้ค้าปลีกนั้น JFTC ของสหรัฐอเมริกาได้นำเรื่องของการควบคุมการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination) อันเป็นรูปแบบพฤติกรรมหนึ่งใน The Clayton Act มาปรับใช้ โดยเฉพาะในส่วนที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย The Robinson-Patman Act ซึ่งแม้การบัญญัติ The Robinson-Patman Act จะเกิดขึ้นจากความต้องการที่จะปกป้องกลุ่มผู้ค้าปลีกรายย่อย และบรรดาซัพพลายเออร์รายเล็ก ๆ ที่เกิดจากการใช้อำนาจซื้อที่ไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีก แต่ในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว อย่างเช่น ในคดี Toy 'R' Us คำพิพากษาของศาลก็ยิ่งตีความโดยยึดถือหลักการต่อต้านการผูกขาดอันเป็นนโยบายที่กว้างขวางของสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก คำพิพากษาที่ออกมาจึง เน้นไปที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคในประเทศเป็นสำคัญ

ส่วนในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีการบัญญัติห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมขึ้นเป็นบทบัญญัติเฉพาะในมาตรา 19 สำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีลักษณะการค้าเงินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งรูปแบบพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น มาตรา 2 (9) ก็ได้กำหนดพฤติกรรมตัวอย่างไว้ 6 ประการด้วยกันอันเป็นผลให้มาตรา 19 ที่บัญญัติไว้กว้าง ๆ เพื่อครอบคลุมพฤติกรรมเป็นการทั่วไปมีความชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้น ซึ่งนอกจากนี้แล้วกฎหมายยังให้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative power) แก่ JFTC ในการที่จะประกาศเพื่อกำหนดว่าการประกอบธุรกิจแบบใดที่จะถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย ซึ่งในการดำเนินการตามกฎหมายนี้ JFTC ได้แบ่งรูปแบบของพฤติกรรมที่จะควบคุมออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ กลุ่มทั่วไป (Generally Designated) และ กลุ่มเฉพาะ (Specially Designated) ซึ่งเมื่อปรากฏว่ามีผู้ประกอบการรายใดมีพฤติกรรมที่เข้าข่ายตาม JFTC ระบุไว้ JFTC จะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบและดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และเท่าที่ผ่านมามีคดีที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบของผู้ค้าปลีกอยู่หลายคดี เช่น คดีของห้าง Lawson KK และคดีของห้าง Mitsukoshi ซึ่ง JFTC ได้ออกหนังสือเตือนว่ามีความเป็นไปได้ที่ห้างดังกล่าวจะใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบอันเป็นการละเมิดมาตรา 19 ของ AMA และให้ยุติการกระทำดังกล่าว

จากที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นมีลักษณะการบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีของผู้ค้าปลีกแตกต่างกันดังนี้

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 9 เปรียบเทียบมาตรการในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกของประเทศสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น

ข้อแตกต่าง	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น
1. บทบัญญัติ	- ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่อง unfair trade practice	- มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่อง unfair trade practice (มาตรา 19)
2. พฤติกรรมที่ควบคุม	- ปรับใช้กับพฤติกรรมที่เป็น price discrimination ตาม The Robinson-Patman Act.	- ปรับใช้กับพฤติกรรม Abuse of dominant position
3. สภาพปัญหาและที่มาของกฎหมาย	- เกิดจากข้อเรียกร้องของกลุ่มผู้ค้าปลีกรายย่อย ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจซื้อของห้างใหญ่	- มีการร้องเรียนจากผู้ผลิตสินค้าที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจซื้อของห้างใหญ่
4. เป้าหมายของกฎหมาย	- เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค คุ้มครองการแข่งขันของตลาด	- เพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ไม่มีการกีดกันแก่งแย่งกันเปรียบเทียบกัน ระหว่างผู้ประกอบการ

จากตารางเปรียบเทียบข้อแตกต่างข้างต้น เห็นได้ชัดเจนว่าประเทศไทยมีลักษณะของการบัญญัติกฎหมายในเรื่อง Unfair trade practice ที่ใกล้เคียงกับบทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่นมาก กล่าวคือเป็นลักษณะของการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้เป็นการเฉพาะเพื่อควบคุมพฤติกรรมที่มีลักษณะของการประกอบธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อจุดมุ่งหมายที่คล้ายกันคือเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ไม่มีการกีดกันแก่งแย่งกันระหว่างผู้ประกอบการ ฉะนั้นในการนำกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการปรับใช้กับมาตรา 29 ของไทยนั้นผู้เขียนจึงขอเน้นที่กฎหมายของญี่ปุ่นเป็นหลักเนื่องจากความคล้ายคลึงของกฎหมายข้างต้น ประกอบกับสภาพปัญหาในธุรกิจค้าปลีกที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ดังต่อไปนี้

#### 1.4.1 การกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เป็น unfair trade practice

มาตรา 19 ของ AMA นั้นมีบัญญัติไว้กว้าง ๆ เช่นเดียวกับมาตรา 29 ของไทยว่า “ห้ามมิให้ ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจใดในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม” แต่มาตรา 2 (9) ก็ยังได้ให้อำนาจกึ่ง นิติบัญญัติ (quasi -legislative power) แก่ FTC ในการที่จะสร้างกฎ (rule - making power) เพื่อกำหนดว่าพฤติกรรมอย่างไรจึงจะเป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งให้กรณีของพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ค้าปลีกนี้ JFTC มีประกาศที่เกี่ยวข้องคือ

1) Notification No. 15 of 1982 ข้อ 14 กำหนดว่า การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Bargaining Position) เป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมรูปแบบหนึ่ง อันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 19 (Generally Designated)

2) Guideline 1991 เสนอแนวทางว่าการกระทำดังต่อไปนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาได้มากที่สุดภายใต้บทบัญญัติ AMA ซึ่งได้แก่การบังคับให้ซื้อ การคั่นสินค้าที่ขายไม่ได้ กាขอให้ส่งพนักงานขายไป

ประจำพื้นที่ของห้าง การบังคับเรียกเงินช่วย และการขอให้ส่งสินค้าครั้งละน้อย และบ่อยครั้ง Guideline นี้จึงมีลักษณะเหมือนหนังสือแนะนำ<sup>139</sup> ในลักษณะที่อธิบายถือว่าผู้ประกอบการควรจะทำธุรกรรมอย่างไรจึงจะไม่ขัดต่อกฎหมาย

3) Notification No. 9 of 1954 กำหนดว่าการกระทำของผู้ค้าปลีกดังต่อไปนี้ เป็นการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบต่อซัพพลายเออร์ (Specially Designated)

- (1) การให้รับกันสินค้าที่ขายไม่ได้อย่างไม่เหมาะสม
- (2) การบังคับให้ลดราคาอย่างไม่เหมาะสม
- (3) การบังคับให้จ่ายค่านายหน้าอย่างไม่เหมาะสม
- (4) การให้ลดราคาสินค้าบางอย่างในกรณีพิเศษ
- (5) การปฏิเสธที่จะส่งสินค้าอย่างไม่เหมาะสม
- (6) การขอให้ส่งพนักงานขายไปประจำพื้นที่ขาย
- (7) การใช้มาตรการตอบโต้แก่ผู้ติดต่อซัพพลายเออร์

จึงเห็นได้ว่าแม้มาตรา 19 ของ AMA จะบัญญัติไว้กว้าง ๆ แต่ก็มีกฎหมายให้อำนาจแก่ JFTC ที่จะกำหนดรูปแบบของพฤติกรรมที่เป็นความผิดไว้ด้วย ซึ่ง JFTC ได้ใช้อำนาจดังกล่าวออกมาใน 2 ระดับ คือ

- (1) ออกหนังสือแนะนำ (guideline) เพื่ออธิบายว่าการกระทำอย่างไรที่จะก่อให้เกิดปัญหาภายใต้ AMA ได้มากที่สุด ซึ่งผู้ประกอบการจะอาศัยเป็นแนวทางที่จะไม่ดำเนินธุรกิจลักษณะดังกล่าว
- (2) ประกาศกำหนด รูปแบบพฤติกรรมที่ถือว่าขัดต่อ มาตรา 19 ซึ่งตราบไต่ที่ยังไม่มีประกาศกำหนดรูปแบบพฤติกรรมออกมา การกระทำของผู้ประกอบการจะยังไม่เป็นความผิด แต่เมื่อมีประกาศกำหนดออกมาแล้ว ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องถูกตรวจสอบ และหากพบว่ากระทำความผิดจริงก็จะดำเนินการตามกฎหมาย

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติ มาตรา 29 ของไทย ซึ่งบัญญัติไว้กว้าง ๆ เช่นเดียวกัน แม้ต่อมาจะได้มีการออก Guideline เกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีกค้าส่งขึ้นมา แต่ก็มีผลเพียงระดับเดียว คือ เป็นการอธิบายว่าการกระทำตามที่ guideline ระบุอาจเข้าข่ายเป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ ทั้งยังส่งผลให้ผู้ประกอบการอาศัยหลักการใน guideline เป็นเครื่องมือเพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบโดยกฎหมายได้ด้วย ทั้งที่มีลักษณะพฤติกรรมของการใช้อำนาจซื้อเอาต์เอาเปรียบซัพพลายเออร์เพื่อประโยชน์ของห้างอยู่ก็ตาม เช่น ห้างจะมีความระมัดระวังในการจัดเก็บค่าใช้จ่ายต่าง ๆ จากซัพพลายเออร์มากขึ้น โดยการให้ซัพพลายเออร์ลงชื่อให้ความร่วมมือเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อแสดงถึงการไม่บังคับ เป็นต้น

<sup>139</sup> สุธีร์ ศุภนิติย์ “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น”

ฉะนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควรนำแนวทางการให้อำนาจแก่ JFTC ในการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เป็นความผิดมาใช้ เพิ่มเติมจากที่ออก guideline ไปแล้ว เพื่อให้เกิดสภาพบังคับมากยิ่งขึ้น โดยบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ JFTC ดังกล่าว อาจเป็นลักษณะเดียวกับที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีอำนาจเหนือตลาด ก็ได้

#### 1.4.2 กระบวนการร้องเรียนสู่ FTC

เนื่องจากพฤติกรรมการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกนี้เป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า เขาได้เอาเปรียบคู่ค้าของตนจึงมีความเป็นไปได้ยากที่ผู้ผลิตหรือซัพพลายเออร์ที่เป็นผู้ค้ากับห้างจะให้ข้อมูลที่ตนมีอยู่อย่างชัดเจนแก่ FTC จนสามารถเอาผิดแก่ผู้กระทำได้ เพื่อแก้ไขความยากลำบากนี้ในกระบวนการเสนอข้อร้องเรียนสู่ JFTC ของญี่ปุ่น มีวิธีการดังนี้<sup>140</sup>

บุคคลใด ๆ สามารถที่จะรายงานข้อเท็จจริงให้กับคณะกรรมการ JFTC ได้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดตามกฎหมายนี้ หากเชื่อว่ามีผลกระทบความผิดนั้นจริง เพื่อให้คณะกรรมการ JFTC ดำเนินการที่สมควรต่อไป โดยการร้องเรียนจะต้องปฏิบัติดังนี้

1. จะต้องร้องเรียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือวาจา เกี่ยวกับ ชื่อ ที่อยู่ ของผู้ร้องเรียน ซึ่งคณะกรรมการ JFTC จะเก็บข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ
2. ระบุชื่อของผู้ที่กระทำผิดกฎหมาย ที่อยู่ รายละเอียด วัน เวลา สถานที่ และข้อเท็จจริงอื่นๆ โดยจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร
3. ในข้อมูลหลักฐานเอกสารอื่นๆ ที่จะใช้ในการสืบสวนหาข้อเท็จจริง เช่น สำเนาเอกสาร รูปภาพในโฆษณา เป็นต้น ซึ่งข้อมูลดังกล่าวจะถูกเก็บไว้เป็นความลับโดยคณะกรรมการ JFTC

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย มาตรา 53 จะได้บัญญัติให้การเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการหรือการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจที่ตามปกติวิสัยของผู้ประกอบธุรกิจพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผยซึ่งได้มาหรือล่วงรู้มาจากการปฏิบัติตามกฎหมายนี้เป็นความผิดอาญาก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นในตอนท้ายว่า เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการหรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่กล้าที่จะให้ข้อมูลหลักฐานที่ชัดเจน เนื่องจากเกรงว่าหากเอกสารหลักฐานต่างๆ นั้นถูกอ้างในการสอบสวนหรือพิจารณาคดีแล้วจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจของตน ผู้เขียนเห็นควรว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ประกอบการซึ่งได้มาจากการปฏิบัติงานของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าให้ชัดเจน ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประกอบการที่มีความประสงค์จะร้องเรียนพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมต่างๆ มีความมั่นใจว่าเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่ตนนำมายืนยันข้อเท็จจริงนั้นจะไม่ถูกเปิดเผย หรือไม่ใช้ในทางที่มีขอบ

<sup>140</sup> วรภากร วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศักยภาพคดีฟูจิ-โกดัก,” หน้า 81.



## 2. กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการแล้ว ยังมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขในส่วนข้อสัญญาทางธุรกิจการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ด้วย แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการบัญญัติกฎหมายว่าจะครอบคลุมสัญญาประเภทใดบ้าง และให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจได้มากน้อยเพียงไร ในการนี้ผู้เขียนจึงขอศึกษาถึงหลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย โดยเน้นถึงผลบังคับว่าจะนำมาปรับใช้กับสัญญาในทางธุรกิจได้หรือไม่เป็นสำคัญ ซึ่งอาจจะเป็นอีกทางเลือกหนึ่งสำหรับผู้ผลิตสินค้าสามารถจะใช้กฎหมายนี้ลดระดับความไม่เป็นธรรมในการทำธุรกรรมกับผู้ค้าปลีกได้ไม่มากนักด้วย

### 2.1 ความเป็นมาและหลักการสำคัญของกฎหมาย

แต่เดิมนักกฎหมายและศาลไทยก็ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นสำคัญเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ โดยรัฐจะเข้าแทรกแซงเฉพาะการที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าถือโอกาสเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมเพื่อแก้ไขสภาพดังกล่าวจึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น<sup>141</sup>

#### 2.1.1 ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

แม้กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะเกิดจากความพยายามที่จะช่วยเหลือผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความคุ้มครองทางด้านสัญญาดีพอกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเดิมก็ตาม<sup>142</sup> แต่กฎหมายนี้ก็มิได้จำเพาะ

<sup>141</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

<sup>142</sup> นพดล ปกรณ์นิมิตติ, “ปัญหาขอบเขตการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 2542.” หน้า 24. และต่อมาก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาเป็นการเฉพาะปรากฏอยู่ แต่ก็ได้กำหนดวิธีป้องกันความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามข้อกำหนดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาว่าเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา กฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีผลใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการแต่อย่างใด : สุชม ศุภนิศย์ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2541 วารสารกฎหมาย 19 (พฤษภาคม, 2542) หน้า 9.

เจาะจงว่าให้ใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นกับผู้บริโภคเท่านั้น แต่ได้ให้อำนาจศาลเข้าไปแทรกแซงข้อสัญญาที่มีสภาพการเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรมได้ทั้งที่เป็นสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคและสัญญาในทางธุรกิจการค้า จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมีที่มาจากข้อบกพร่องของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคก็ตาม แต่ก็มีวัตถุประสงค์และวิธีการเยียวยาความเสียหายที่แตกต่างกันบางประการดังจะกล่าวต่อไป

### 1) เจตนารมณ์ของกฎหมาย

กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีเจตนารมณ์ที่จะแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาที่ปรากฏอยู่ทั่วไปในสังคม ซึ่งมักเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมาก ในขณะที่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญามุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมเมื่อได้เข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญมากกว่าตน

### 2) มาตรการทางกฎหมาย

โดยที่กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมุ่งแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญา จึงเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลในการเข้าแทรกแซงสัญญาที่มีสภาพที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยสามารถปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมนั้นให้มีผลใช้บังคับได้เพียงพอที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ในขณะที่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นมาตรการปกป้องผู้บริโภค มิให้ถูกเอาเปรียบจากการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจ จึงได้กำหนดข้อปฏิบัติให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจว่าต้องจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศกำหนดขึ้น เพื่อเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนเข้าทำสัญญา

### 3) ผู้บังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นกรณีที่ผู้มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายตุลาการ ซึ่งได้แก่ศาลให้มีอำนาจ ในการปรับลดสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญา ในขณะที่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจะมีหน่วยงานของรัฐ คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้กฎหมายนี้

จากข้อแตกต่างที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ชัดเจนว่า แม้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับจะมีเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใกล้เคียงกันก็ตาม แต่หากจะนำมาแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาทางธุรกิจการค้าแล้ว กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาจะไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้ ซึ่งนอกจากเหตุผลในทางเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ในทางเศรษฐศาสตร์ยังมองว่าหากเป็นกรณีที่ผู้บริโภคได้ประโยชน์ เช่น กรณีที่ห้างเรียกเก็บค่าใช้จ่ายต่างๆ จากผู้ผลิตเพื่อมาเป็นต้นทุนในการลดราคาให้แก่ลูกค้าเช่นนี้ แม้จะปรากฏสภาพของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นก็ตาม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาก็จะไม่เข้าไปยุ่ง เพราะผู้บริโภคมิใช่เป็นผู้เสียหายนั่นเอง ฉะนั้นเพื่อประโยชน์ในการนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาปรับใช้กับสัญญาทางธุรกิจการค้า ผู้เขียนจึงขอศึกษาถึงหลักการสำคัญของพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังต่อไปนี้

### 2.1.2 หลักการสำคัญของกฎหมาย

หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือ ให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลยพินิจสั่งว่าข้อสัญญาใดมีสภาพที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีซึ่งในกรณีนี้ศาลจะใช้อำนาจดังกล่าวได้เฉพาะในข้อสัญญาประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งมี 8 ประเภท และมีผลทางกฎหมายดังต่อไปนี้<sup>143</sup>

- 1) ข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (มาตรา 4)
- 2) สัญญาสำเร็จรูป (มาตรา 4)
- 3) สัญญาขายฝาก (มาตรา 4)

ข้อสัญญาในกรณีตาม 1) 2) และ 3) นี้ หากเป็นข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ข้อตกลงเช่นนี้กฎหมายให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (มาตรา 5)

5) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ข้อตกลงเช่นนี้กฎหมายห้ามเป็นการเด็ดขาด แต่ถ้าผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา กฎหมายให้ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (มาตรา 6)

6) ข้อตกลงเกี่ยวกับมัดจำ กฎหมายให้อำนาจศาลลดมัดจำที่จะรับกันตามสัญญาลงเหลือเพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงหากศาลเห็นว่ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน (มาตรา 7)

7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำให้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา กฎหมายห้ามอย่างเด็ดขาดหากมีผลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งตนต้องรับผิดชอบด้วย แต่หากมีผลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายอย่างอื่น กฎหมายให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (มาตรา 8)

8) ความตกลงหรือยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายห้ามมิให้นำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

<sup>143</sup> พินัย ณ นคร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์, : 582

จากประเภทของสัญญาและผลทางกฎหมายข้างต้น เห็นได้ว่ากฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยนี้มีได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมในสัญญาเท่านั้น เพราะในข้อสัญญาที่มีลักษณะของความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรง เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบให้ผู้บริโภค หรือในเรื่องของข้อตกลง ประกาศ ค่าจ้างความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัยของผู้อื่น หรือในข้อตกลงยินยอมของผู้เสียหายในการละเมิด กฎหมายมิให้มีผลใช้บังคับอย่างเด็ดขาดโดยมิต้องให้ศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาและปรับลดระดับสภาพความไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายเล็งเห็นว่าข้อสัญญาหรือสัญญาลักษณะดังกล่าวมีลักษณะของความไม่เป็นธรรมอย่างชัดแจ้งและไม่สมควรให้มีการบังคับใช้ จึงอาจถือได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายให้เป็นเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Public interest) มากกว่าที่จะเป็นประเด็นในเรื่องความไม่เป็นธรรมของสัญญา<sup>144</sup> ที่ศาลจะต้องเข้ามาปรับลดสภาพที่ไม่เป็นธรรมนั้น

อย่างไรก็ตามนอกจากสัญญาทั้ง 3 ประเภทที่กฎหมายมิให้มีผลบังคับใช้อย่างเด็ดขาดแล้ว สัญญาที่ไม่ได้กล่าวถึงข้างต้นศาลย่อมมีโอกาสเข้าตรวจสอบสภาพความเป็นธรรมได้ตามหลักการของพระราชบัญญัตินี้ โดยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ในการแก้ไขปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมของสัญญาที่ศาลมีอำนาจปรับลดสภาพที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว เมื่อมีการหยิบยกประเด็นปัญหาเรื่องความไม่เป็นธรรมในสัญญาขึ้นมาโดยศาลเห็นหรือโดยการเสนอของคู่ความ ในชั้นแรกศาลจะต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาที่อ้างว่าไม่เป็นธรรมนั้นมีสภาพความไม่เป็นธรรมจริงหรือไม่ โดยกฎหมายให้พิจารณาว่ามีลักษณะของการ “ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควร” หรือไม่ ซึ่งกฎหมายได้อธิบายและยกตัวอย่างสภาพที่ถือว่าการ “ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่าย” ไว้ในมาตรา 4 วรรค 3 ดังนี้

“ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- 1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- 2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- 3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิยกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- 4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

<sup>144</sup> พินัย ญ นคร ,เรื่องเดียวกัน, หน้า 583.

- 6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี
- 7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- 8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ยเพื่อปรับค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่เกิดผิดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้
- 9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

เมื่อศาลได้พิเคราะห์ถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามแนวทางข้างต้น ศาลยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการได้เปรียบนั้นเป็นกรณีที่เกิดสมควรหรือไม่ด้วย ทั้งนี้เพราะได้เคยกล่าวในบทที่ 2 แล้วว่าตามปกติของสัญญาคู่สัญญาจะมีความไม่เสมอภาคตามธรรมชาติอยู่เสมอ เช่นอีกฝ่ายหนึ่งอาจได้รับประโยชน์จากข้อสัญญามากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งบ้าง อันเป็นลักษณะปกติธรรมดาของคู่สัญญาโดยทั่วไป ฉะนั้นกรณีที่ศาลจะพิจารณาว่าเกินสมควร จึงเป็นกรณีที่ต้องมีพฤติการณ์ที่ผิดปกติธรรมดา ซึ่งกฎหมายก็ได้วางแนวทางให้ศาลต้องใช้ในการวิเคราะห์ไว้ในมาตรา 4 วรรคท้ายว่า

“ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายตามวรรคสามจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

ซึ่งมาตรา 10 ให้ศาลพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งปัจจัยดังต่อไปนี้

- 1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- 2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- 3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- 4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ประการสุดท้าย เมื่อศาลได้พิเคราะห์แล้วว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควรอันถือว่าเป็นสภาพของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจะมีอำนาจสั่งปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมของสัญญาดังกล่าวได้ โดยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งในการนี้มาตรา 10 กำหนดให้ศาลพิเคราะห์จากพฤติการณ์ทั้งปวงของคู่สัญญา รวมทั้งปัจจัยทั้งหลายที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นด้วย

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาในประเภทที่กฎหมายให้อำนาจศาลในการตรวจสอบเพื่อปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมแล้ว เห็นได้ชัดเจนว่ากฎหมายจะเน้นไปที่ข้อสัญญาที่มีคู่สัญญา



ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคเป็นสำคัญ<sup>145</sup> เช่น ข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ข้อสัญญาขายฝาก (แม้จะไม่ได้ระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภค แต่โดยลักษณะทั่วไปข้อสัญญาแล้ว การขายฝากย่อมทำให้โดยผู้ประกอบธุรกิจการค้ากับผู้บริโภคเป็นส่วนใหญ่ ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชานั้นเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบให้ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคได้รู้ถึงเหตุนี้แล้วในขณะทำสัญญา เป็นต้น ฉะนั้น จึงมีสัญญาอยู่เพียง 2 ประเภทที่สามารถปรับใช้กับสัญญาในทางธุรกิจการค้าได้<sup>146</sup> คือ

- 1) สัญญาสำเร็จรูป (มาตรา 4)
- 2) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

ซึ่งจะกล่าวถึงแนวทางที่ศาลจะนำการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในแนวทางของสัญญาสำเร็จรูปและข้อตกลงจำกัดสิทธิและเสรีภาพมาใช้ในบริบทของสัญญาทางธุรกิจการค้าในหัวข้อต่อไปนี้

## 2.2 แนวทางในการปรับใช้กฎหมายกับสัญญาทางธุรกิจ

### 2.2.1 สัญญาสำเร็จรูป

หลักการสำคัญของมาตรา 4 คือกำหนดให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่มักจะทำให้ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีนี้กฎหมายได้ให้คำนิยามคำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” ไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

“สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้นำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”

จากคำนิยามทำให้สามารถสรุปลักษณะสำคัญของสัญญาสำเร็จรูปได้ดังนี้<sup>147</sup>

<sup>145</sup> พินัย ฦ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 583.

<sup>146</sup> ทั้งนี้ ในข้อตกลงเกี่ยวกับมัดจำ (มาตรา 7) และข้อตกลงหรือประกาศหรือคำแจ้งความที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายอย่างอื่น (ที่ไม่เกี่ยวกับชีวิตร่างกาย อนามัยของผู้อื่น) (มาตรา 8) แม้กฎหมายจะไม่ได้จำกัดว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริโภค ซึ่งน่าจะนำมาปรับใช้กับสัญญาในทางธุรกิจการค้าได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อตกลงเฉพาะเรื่อง (พินัย ฦ นคร, อ้างแล้ว : 583) จึงไม่ขอหรือยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาในที่นี้

<sup>147</sup> จรัญ ภักดีธนากุล. สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 2541) หน้า 89-90.

1) ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written contract) ดังนั้นสัญญาที่ทำด้วยวาจา (Verbal contract) จึงไม่สามารถเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ แม้จะมีการบันทึกเทปหรือวีดีโอเทปไว้เป็นหลักฐานก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วแม้จะมีได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ก็มีใช้ข้อสำคัญ เช่น สัญญาที่ทำผ่านเครื่องโทรสาร หรืออิเล็กทรอนิกส์เมล เป็นต้น เพราะในคำนิยามมาตรา 3 กล่าวว่า “ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด”

2) ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา กล่าวคือ ข้อสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาจนตกลงกันได้เช่นนั้น หากแต่เป็นข้อที่คู่สัญญาฝ่ายที่นำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ยืนยันว่าจะต้องมีข้อสัญญาเป็นเช่นนั้น มิฉะนั้นก็จะไม่มีการทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามตกอยู่ในภาวะที่จะเลือกได้เพียงว่าจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น ส่วนการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นจะไม่สามารถกระทำได้เลย เว้นแต่จะเป็นการเจรจาในข้อที่ไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา

3) ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้นจะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว ลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปข้อนี้ทำให้เห็นได้ว่าผู้ร่างมุ่งหมายที่จะแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่ทำในการประกอบธุรกิจการค้ากับสัญญาที่บุคคลทั่วไปทำเป็นครั้งคราว โดยจะถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็ต่อเมื่อนำไปใช้ในทางธุรกิจการค้าของผู้ซึ่งเป็นผู้กำหนดข้อสัญญานั้น

จากลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้ที่เข้าทำสัญญาจะอยู่ในฐานะใด ซึ่งอาจเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบการอาชีพทำกับผู้บริโภคก็ได้ อย่างเช่นสถาบันการเงินจัดทำสัญญาขึ้นเพื่อใช้สำหรับลูกค้าของธนาคาร หรือบริษัทเช่าซื้อรถยนต์จัดทำสัญญาสำเร็จรูปขึ้นเพื่อใช้กับผู้เช่าซื้อรถ เป็นต้น โดยผู้ที่เข้าสัญญาในฐานะผู้บริโภคนั้นจะไม่มีส่วนร่วมในการกำหนดข้อสัญญา และไม่มีโอกาสเจรจาต่อรองในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาแต่อย่างใด คงมีทางเลือกแต่เพียงว่าจะทำสัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น (ซึ่งในกรณีดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ายังสามารถปรับเข้ากับกรณีของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภคได้ ซึ่งเป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่งในมาตรา 4 ที่ศาลสามารถตรวจสอบความไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน) ซึ่งนอกจากนี้แล้วสัญญาสำเร็จรูปยังอาจเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าด้วยกันก็ได้ เช่น สัญญาเช่าพื้นที่ขายสินค้า สัญญาอนุญาตให้ใช้แฟรนไชส์ เป็นต้น กรณีดังกล่าวผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าเช่นผู้ให้เช่าพื้นที่หรือเจ้าของแฟรนไชส์มักจะเป็นผู้กำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาให้ผู้ประสงค์จะประกอบธุรกิจการค้าร่วมกับตนต้องปฏิบัติตามสัญญา โดยฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าจะไม่สามารถเจรจาต่อรองในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้ ทำให้ต้องยินยอมเข้าทำสัญญาทั้งๆ ที่อาจรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่เอาเปรียบตนอย่างมาก

จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวทางในการแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 4 นั้น กฎหมายมุ่งไปที่กระบวนการในการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นสำคัญ กล่าวคือ การที่ผู้เข้าทำสัญญาไม่สามารถที่จะตกลงเจรจาในเนื้อหาของสาระของสัญญาได้ คงมีเพียงทางเลือกว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่เท่านั้น เป็นกรณีที่เกิดข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญาหรือเกิดสภาพความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (procedural unfairness) นั่นเองที่เป็นเหตุผลให้ศาลต้องมีหน้าที่ตรวจสอบข้อสัญญาที่ขาดการเจรจา

กันอย่างแท้จริงดังกล่าวว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาได้อาศัยความได้เปรียบดังกล่าวกำหนดข้อสัญญาไปในทางที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างเกินสมควรหรือไม่ อันเป็นเรื่องของการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในเนื้อหา (Substantive unfairness) ทั้งนี้ ไม่จำกัดว่าคู่สัญญาดังกล่าวจะเข้าทำสัญญาในฐานะใด จุดสำคัญอยู่ที่ว่าเกิดสภาพที่ไม่เป็นธรรมของกระบวนการสัญญาคือเป็นข้อสัญญาสำเร็จรูปจริงหรือไม่เท่านั้น ซึ่งกระบวนการต่อจากนั้นจะเป็นหน้าที่ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาถึงสภาพที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาต่อไปโดยจะเป็นสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคหรือเป็นสัญญาทางธุรกิจก็ได้

### 2.2.2 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (มาตรา 5)

นอกจากสัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 4 แล้วในมาตรา 5 ให้อำนาจศาลในการเข้าตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจได้ หากมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมโดยมาตรา 5 ได้บัญญัติว่า

“ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการดำเนินการในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับการได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

จากบทบัญญัติมาตรา 5 ข้างต้นสามารถสรุปลักษณะของข้อตกลงดังกล่าวได้ 3 ประการ คือ

- 1) ต้องเป็นข้อตกลงที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หากเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเรื่องอื่นจะไม่เข้ามาตรา 5 นี้

2) เป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นโมฆะ เพราะหากเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพที่รุนแรงก็อาจตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เนื่องจากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเมื่อตกเป็นโมฆะแล้วย่อมใช้บังคับไม่ได้ จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาถึงความไม่เป็นธรรมของสัญญา

3) ข้อตกลงนั้นจะต้องมีผลให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการดำเนินกิจกรรมตามมาตรา 5 นี้สามารถนำมาใช้กับสัญญาในทางธุรกิจได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายมิได้จำกัดว่าข้อตกลงดังกล่าวต้องอยู่ในสัญญาอะไร หรือใครเป็นคู่สัญญา ฉะนั้นสัญญาใด ๆ ก็ตามที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการดำเนินกิจกรรมที่มีผลทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติก็ต้องถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะพบข้อตกลงประเภทนี้ในสัญญาประเภทอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางการค้าบางอย่างระหว่างผู้ประกอบการ เช่น ข้อตกลงในเรื่องการกำหนดราคาสินค้าหรือค่าบริการ หรือ เงื่อนไขในการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ซึ่งหากสัญญาประเภทหลังนี้มีลักษณะการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รุนแรงอันส่งผลเสียหายต่อกลไกตลาดแล้วย่อมบังคับใช้สัญญาดังกล่าวไม่ได้ เพราะเป็นนิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยชัดแจ้ง กรณีดังกล่าวจึงไม่ต้องพิจารณาถึงความไม่เป็นธรรมของสัญญาอีก<sup>148</sup> จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพตามมาตรา 5 นี้ ส่วนหนึ่งเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันในทางธุรกิจการค้า (Restraint of trade)<sup>149</sup> นั่นเอง เพราะการจำกัดนี้มิได้มีขอบเขตเฉพาะในเรื่องการค้า (Trade) เท่านั้น แต่หมายรวมถึงการจำกัดทางธุรกิจ (Business) อาชีพ (Occupation) หรือวิชาชีพ (Profession) ด้วย<sup>150</sup> โดยข้อตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทนี้ระดับการยอมรับของกฎหมายจะแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยด้วยกัน อาทิ ลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ขอบเขตและระยะเวลาในการจำกัด สถานะของคู่สัญญา เป็นต้น และด้วยเหตุที่

---

\* อันที่จริงสัญญาทุกประเภทตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ก็ต้องเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นโมฆะเช่นเดียวกัน เพราะหากตกเป็นโมฆะแล้วย่อมไม่ต้องนำมาพิจารณาเรื่องความไม่เป็นธรรมของสัญญา แต่ที่มาตรา 5 ระบุไว้ก็เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนว่าการตรวจสอบของศาลตามมาตรา 5 จะเข้าช้อนกับมาตรา 150 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งเมื่อมาตรา 5 ระบุเอาไว้ว่าใช้กับสัญญาที่ไม่เป็นโมฆะ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งตรวจสอบข้อสัญญาที่ผ่านมาตรา 150 มาแล้วเท่านั้น : จรัญ ภักดีธนากุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

<sup>148</sup> ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม "สัญญาจำกัดอาชีพหรือการแข่งขันทางการค้า" วารสารสภาพนายความ 4,21 ( กันยายน 2524 ) : 24.

<sup>149</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

<sup>150</sup> ธาดา ศาสตรสาธิต "การห้ามการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ" วารสารศาลแรงงาน. 3,12 ( มีนาคม 2524 ) : 21.

บทบัญญัติมาตรา 5 นี้มีส่วนของข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันในทางธุรกิจการค้า (Restraint of trade) รวมอยู่ด้วย จึงสามารถนำมาตรา 5 นี้มาปรับใช้กับสัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในทางธุรกิจการค้าได้ ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีกฎหมายแข่งขันทางการค้าควบคุมดูแลในเรื่องของการจำกัดการแข่งขันในผลทางการค้าของผู้ประกอบการอยู่แล้วก็ตาม เช่นในมาตรา 27 ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันจำกัดหรือลดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา (1) – (10) เป็นต้น ซึ่งผลในทางสัญญาของข้อตกลงที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นการอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายโดยชัดแจ้งไม่อาจบังคับกันตามสัญญาได้ แต่การควบคุมดูแลโดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าดังกล่าวยังไม่มียกเว้นในเชิงป้องกันและเยียวยาเอาต์เอาเปรียบกันในทางสัญญาอย่างเพียงพอ<sup>151</sup> เนื่องจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดมีวัตถุประสงค์หลักที่ต่างไปจากกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ มุ่งที่จะส่งเสริมให้ตลาดมีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม ฉะนั้นข้อสัญญาที่แม้จะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในทางธุรกิจการค้า หากไม่มีองค์ประกอบทางด้านผลเสียต่อภาวะการแข่งขันในตลาดด้วยแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อเยียวยาสภาพการเอาต์เอาเปรียบกันตามสัญญาได้ ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงได้นำข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางธุรกิจการค้า ดังกล่าวมาอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบด้านความเป็นธรรมด้วย

### 2.3 การปรับใช้กฎหมายกับสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิต

ได้กล่าวมาแล้วว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมุ่งหมายแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมในสัญญาที่เกิดจากภาวะการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของผู้สัญญา แม้ว่าบุคคลทั่วไปและแม้กระทั่งนักกฎหมายส่วนใหญ่จะเข้าใจว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคมิให้ถูกเอาต์เอาเปรียบทางสัญญาจากผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าก็ตาม แต่จากการพิจารณาในตัวบทกฎหมายรวมทั้งเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายมิได้เฉพาะเจาะจงไปที่สัญญาที่ทำกับผู้บริโภคเท่านั้น สัญญาที่มีการเอาต์เอาเปรียบกันในทางธุรกิจการค้าก็สามารถฟ้องร้องกันตามกฎหมายฉบับนี้ได้โดยอาศัยมาตรา 4 ในเรื่องของสัญญาสำเร็จรูปและมาตรา 5 ในเรื่องของข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ในการปรับลดสภาพความไม่เป็นธรรมในการทำธุรกิจการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกกับผู้ผลิตได้บ้างด้วยแนวทางดังต่อไปนี้

#### 2.3.1 สัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป

##### 1) Vender Agreement

ได้กล่าวมาแล้วว่าพื้นฐานของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าปลีกกับผู้ผลิตก็คือสัญญาซื้อขายซึ่งมักจะมีข้อตกลงพิเศษอื่น ๆ เพิ่มเติมขึ้นมาจากหน้าที่ในการส่งมอบและชำระราคา ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้ผลิตจะเป็นฝ่ายที่เดินเข้าไปขอเป็นซัพพลายเออร์ให้กับทางห้าง ในกรณีนี้ทางห้างจะพิจารณาคุณสมบัติ

<sup>151</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.



ต่าง ๆ ของผู้ผลิตรวมตลอดถึงสินค้าที่น่าเสนอ หากเห็นว่าอาจสามารถค้าขายกันได้จะให้คู่สัญญาที่เรียกว่า Vender Agreement ซึ่งจะระบุถึงสิทธิหน้าที่ของผู้ขายตามปกติของห้าง รวมตลอดถึงเงื่อนไขพิเศษต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า เช่น สิทธิในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายรูปแบบต่าง ๆ สิทธิในการคืนสินค้าและเงื่อนไขในการชำระราคาสินค้า เป็นต้น โดยผู้ผลิตส่วนใหญ่โดยเฉพาะผู้ผลิตรายย่อยจะไม่มีโอกาสต่อรองให้ลดภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้เลย แต่ผู้ผลิตยังคงมีระยะเวลาเพียงพอในการที่จะตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญานั้นหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากลักษณะการเข้าทำสัญญา Vender Agreement แล้วย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ามีลักษณะที่มีองค์ประกอบของสัญญาสำเร็จรูปอย่างครบถ้วน กล่าวคือ 1) เป็นสัญญาที่จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร 2) ได้มีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า และ 3) สัญญานั้นได้ถูกนำมาใช้ในกิจการค้าของผู้กำหนดสัญญา ซึ่งผลจากการเป็นสัญญาสำเร็จรูปนี้จะทำให้ศาลมีโอกาสเข้าตรวจสอบสภาพความเป็นธรรมของสัญญาได้ แต่กฎหมายมิได้ถือว่าสัญญาที่มีลักษณะสำเร็จรูปนั้นจะตกเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในทันที เพราะจะต้องพิจารณาต่อไปว่าผลของสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวทำให้ผู้ที่กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ด้วย จึงกล่าวได้ว่าผู้ผลิตที่ตกลงเข้าทำสัญญาเป็นซัพพลายเออร์ให้กับทางห้างนี้ด้วย Vender Agreement แม้สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ผลิตไม่มีโอกาสในการเจรจาต่อรองในเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาได้ จะมากกล่าวอ้างว่าสัญญานั้นไม่เป็นธรรมแก่ตนเพียงเพราะตนไม่มีโอกาสต่อรองไม่ได้แต่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ทำให้ผู้ค้าปลีกได้เปรียบตนอย่างเกินสมควร เช่น ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อสัญญาที่ผู้ผลิตต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ค้าปลีกเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพิ่มขึ้นจากที่มีอยู่ในเวลาทำสัญญาหรือข้อสัญญาที่มีการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบผู้ค้าปลีกผิดสัญญา เป็นต้น ซึ่งในการนี้ศาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาต่อไปว่าข้อตกลงที่ผู้ค้าปลีกได้เปรียบผู้ผลิตนั้นเป็นการเกินสมควรหรือไม่โดยศาลจะต้องพิจารณาทั้งพฤติกรรมการทั้งปวง รวมทั้งปัจจัยที่มาตรา 10 กำหนดไว้ด้วย

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าในสัญญา Vender Agreement นี้ แม้จะเป็นลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปที่มีสภาพการเอาเปรียบผู้ผลิตอยู่ก็ตาม แต่จะถือว่าเป็นการได้เปรียบผู้ผลิตอย่างเกินสมควรหรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาจากหลาย ๆ ปัจจัย เช่น ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น แนวทางที่เคยปฏิบัติมา อำนาจในการเจรจาต่อรอง หรือทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากเกิดข้อพิพาทในประเด็นนี้ขึ้นจริง ศาลจะมองว่าผู้ผลิตมีทางเลือกที่จะไม่เข้าทำสัญญา Vender Agreement ตั้งแต่แรก เมื่อรู้ข้อสัญญานั้นมีลักษณะของการเอาเปรียบกันทางธุรกิจอย่างเกินสมควร แต่เมื่อได้ตัดสินใจตกลงเข้าทำสัญญาย่อมเป็นกรณีที่ผู้ผลิตอาจเล็งเห็นว่าภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดจาก Vender Agreement เป็นต้นทุนที่คุ้มค่าแก่การได้เข้าเป็นคู่ค้ากับห้าง ซึ่งผู้ผลิตเองย่อมมีความสันตติจิตต์ในกิจการค้าเช่นนั้นพอสมควร และยังถ้าเป็น Vender Agreement ที่เรียกเก็บค่าใช้จ่ายหรือค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่มีเหตุผลอธิบายได้ในเชิงเศรษฐศาสตร์ด้วยแล้ว เช่น ค่าขึ้นวางสินค้า ค่าโฆษณาสินค้า ย่อมเป็นแนวทางที่ต้องยอมรับว่าเป็นสากลที่เคยปฏิบัติมา หรือเป็นปกติประเพณีของการค้าชนิดนั้น ๆ เช่นนี้การได้เปรียบดังกล่าวย่อมไม่ใช่เรื่องที่เกิดเกินสมควรแต่อย่างใด Vender

Agreement จึงจะถูกกล่าวอ้างเรื่องความไม่เป็นธรรมของสัญญาต่อศาลได้ยาก เพราะผู้ผลิตมิได้อยู่ในฐานะที่เลือกไม่ได้ และไม่มีปัจจัยใด ๆ กดดัน บีบบังคับให้ทำสัญญา

## 2) เอกสารขอความร่วมมือจากซัพพลายเออร์

นอกจากสัญญาสำเร็จรูปที่เป็น Vender Agreement ที่ผู้ผลิตตกลงทำสัญญาตั้งแต่เริ่มต้นค้าขายกับทางห้างฯ แล้ว เมื่อติดต่อกับห้างฯ ไประยะหนึ่ง ยังมีบางกรณีที่ทางห้างฯ จะมีหนังสือหรือจดหมายมาถึงผู้ผลิตที่เป็นซัพพลายเออร์ของตนเพื่อขอความร่วมมือในการสนับสนุนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของทางห้างฯ เช่น ขอความร่วมมือในการสนับสนุนเงินช่วยเหลือ หรือสินค้าฟรีเพื่อใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายหรือเพื่อฉลองครบรอบปีเกิดของห้าง (Aniversary) หรือเพื่อสนับสนุนการเปิดสาขาใหม่ของทางห้างฯ ในการนี้แม้ข้อความที่ระบุในเอกสารที่เป็นหนังสือหรือจดหมายจะชี้แจงว่าเป็น “การขอความร่วมมือ” ซึ่งย่อมหมายถึงการตกลงยินยอมจะขึ้นอยู่กับความสมัครใจของผู้ผลิต แต่ในทางปฏิบัติผู้ผลิตมักจะตอบตกลง เนื่องจากหากไม่ให้การสนับสนุนเงินช่วยเหลือหรือสินค้าฟรีต่าง ๆ ตามจำนวนที่ทางห้างฯ เรียกร้องมาแล้วจะส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้าของตนกับทางห้างฯ เนื่องจากกลยุทธ์ในการขอความร่วมมือของทางห้างฯ จะกล่าวอ้างโดยฝ่ายจัดซื้อว่าซัพพลายเออร์รายอื่น ๆ ก็ยินดีให้การสนับสนุน ฉะนั้นหากผู้ผลิตรายใดมีเงื่อนไขหรือไม่ยินยอมตามข้อเรียกร้องทางห้างฯ ก็ต้องพิจารณาจัดระดับความสัมพันธ์ทางธุรกิจใหม่ พฤติกรรมดังกล่าวจึงเท่ากับเป็นการใช้อำนาจต่อรองที่มีอยู่เหนือกว่าผู้ผลิตโดยมิชอบ (abuse of bargaining power) ซึ่งหากนำมาตรา 29 ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าในเรื่อง unfair trade practice มาปรับใช้จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะที่กำหนดใน Guideline คือจะต้อง 1) ไม่มีการบังคับ 2) ไม่มีการเลือกปฏิบัติ 3) มีบรรทัดฐานที่ชัดเจน 4) ต้องมีการตกลงกันล่วงหน้า และ 5) ต้องไม่มีการกีดกันและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม ฉะนั้นเมื่อปรากฏว่าผู้ผลิตได้ลงชื่อในหนังสือเป็นการแสดงความร่วมมือสนับสนุนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ กับทางห้างฯ แล้ว ย่อมเท่ากับว่าการกระทำของทางห้างฯ ได้มีการตกลงกันล่วงหน้าและไม่เป็นการบังคับ จึงยากแก่การนำเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 มาใช้ได้

แต่เมื่อพิจารณาว่าหนังสือขอความร่วมมือดังกล่าวมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร กำหนดสาระสำคัญเอาไว้ล่วงหน้าและได้ถูกนำมาใช้ในกิจการของผู้ค้าปลีกแล้วย่อมเป็นกรณีที่ศาลสามารถเข้าแทรกแซงสภาพบังคับของสัญญานี้ได้ในฐานะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป เพราะเมื่อพิจารณาถึงผลของสัญญาที่ทำให้ห้างฯ มีสิทธิเรียกร้องเงินช่วยเหลือหรือสินค้าฟรีจากผู้ผลิตแล้วย่อมปรากฏชัดเจนว่าเป็นกรณีที่สัญญานั้นกำหนดสิทธิให้แก่ผู้ค้าปลีกในการเรียกร้องต่อผู้ผลิตนอกเหนือจากที่ตกลงกันในสัญญา อันหมายถึงการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งการได้เปรียบนั้นจะเกินสมควรหรือไม่ หากศาลพิจารณาว่าผู้ค้าปลีกได้อาศัยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า เนื่องจากผู้ผลิตจำต้องยินยอมเพื่อรักษาความสัมพันธ์ทางการค้ากับทางห้างฯ ไว้เป็นเครื่องมือในการบีบบังคับให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ตามสัญญาดังกล่าวแล้วย่อมเป็นกรณีที่เป็นการได้เปรียบอย่างเกินสมควร อันถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งศาลสามารถเข้ามาปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมนั้นได้ตามสมควรแก่กรณี

### 2.3.2 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ผลิต

จากการที่ได้เคยกล่าวไว้ในบทที่ 3 ถึงพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมของทางห้างนั้นในรูปแบบการสั่งผลิตสินค้า Private label หรือ House brand ผู้ผลิตจะต้องถูกผูกพันตามสัญญาห้ามมิให้ผลิตสินค้ายี่ห้อเดียวกันนั้นให้แก่ผู้อื่นที่ไม่ใช่เจ้าของยี่ห้อด้วย (Exclusive distribution) หรืออาจเป็นการห้ามมิให้ผลิตสินค้าอย่างเดียวกันนั้นป้อนให้แก่คู่แข่ง (Exclusive supply) ก็ได้ ข้อตกลงที่มีสัญญาดังกล่าวเป็นการชัดเจนว่ามีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบธุรกิจการค้าของผู้ผลิต ซึ่งหากเป็นการกระทำของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ย่อมส่งผลเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันอย่างร้ายแรง ซึ่งมาตรา 25 ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าก็ได้บัญญัติห้ามมิให้กระทำไว้ในมาตรา 25 (2) โดยการห้ามผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรง หรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต หรือการจำหน่ายสินค้า...” และอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 29 เนื่องจากเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน แต่ด้วยความยากลำบากในการบังคับใช้ของทั้งมาตรา 25 ในเรื่องหลักเกณฑ์ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” และพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทำให้ข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ผลิตดังกล่าวยังคงมีอยู่และบังคับใช้ได้ ซึ่งหากนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาปรับใช้ได้โดยมาตรา 5 เพื่อปรับลดสภาพความไม่เป็นธรรมในสัญญาแล้ว ย่อมเป็นการจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงลักษณะและผลทางกฎหมายของสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลยพินิจของศาล ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงพอสังเขปดังนี้

จากอดีตที่ผ่านมาข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวเป็นคดีความเข้าสู่ศาลไทยไม่มากนัก และส่วนใหญ่แล้ว (ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม) ศาลไทยจะวินิจฉัยข้อสัญญาดังกล่าวโดยอาศัยหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)\*

---

\* ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2479 จำเลยทำสัญญาเป็นลูกจ้างโจทก์ และตกลงว่าถ้าจำเลยออกจากบริษัทโจทก์ไปแล้วภายในเวลา 5 ปี จำเลยจะไม่เข้าทำงานเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของในกิจการใดที่เป็นปฏิปักษ์แก่โจทก์ในเขตกรุงเทพฯ หรือบริเวณ 600 เส้นจากกรุงเทพฯ นั้น ไม่เป็นการเกินสมควร หากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะไม่

หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519 ข้อสัญญาที่ว่าโจทก์ออกเงินส่งจำเลยไปฝึกงานที่ประเทศญี่ปุ่น แล้วจำเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี โดยโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตามความพอใจของโจทก์แต่ฝ่ายเดียวนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่าข้อตกลงนี้มีได้ผู้มัดจำเลยตลอดชีวิตหรือยาวนานเกินไป และแม้โจทก์จะให้เงินเดือนจำเลยต่ำกว่าที่อื่นก็ไม่เป็นการเอาเปรียบเกินสมควร เพราะบริษัทอื่นไม่ต้องลงทุนส่งคนไปฝึกงานก่อน ข้อตกลงนี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาสมัครใจต่อกัน ซึ่งต่างจะต้องระวังรักษาผลประโยชน์ของตนเอง ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่เป็นโมฆะ

โดยการอธิบายว่าสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ อิศรภาพของเอกชนพลเมืองจนเกินสมควร ปราศจากเหตุผล เป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยข้อสัญญาด้วยเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Public interest) มากกว่าที่จะมุ่งหมายเพื่อแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของศาลอังกฤษที่วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวไว้ในกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>152</sup> เช่น ในสัญญาจ้างแรงงาน หากมีการกำหนดข้อตกลงในลักษณะที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของลูกจ้างแล้ว ศาลจะพิจารณาในเบื้องต้นบนพื้นฐานที่ว่าอำนาจต่อรองระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างมีไม่เท่าเทียมกัน ฉะนั้นเพื่อที่จะได้งานทำลูกจ้างมักจะต้องยอมตกลงผูกพันตามข้อกำหนดห้ามต่าง ๆ ที่นายจ้างเสนอมา ข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในสัญญาจ้างแรงงานจึงมักถูกตีความอย่างเคร่งครัด กล่าวคือจะใช้ได้เฉพาะเท่าที่สมเหตุสมผลเท่านั้น เช่น ข้อกำหนดห้ามจะต้องไม่เกินไปกว่างานที่ลูกจ้างรับทำ\* และต้องไม่กำหนดท้องที่และระยะเวลาว่างหรือนานเกินสมควร\*\* โดยจะกำหนดพื้นที่และระยะเวลาเท่าใดจึงจะพอสมควรนั้น ศาลจะพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการคุ้มครองผลประโยชน์ของนายจ้าง และโอกาสในการประกอบอาชีพอื่นของลูกจ้างเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตามนอกจากสัญญาจ้างแรงงานแล้วยังมีสัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมอีกประเภทหนึ่งที่มักนิยมใช้กัน คือ สัญญาระหว่างผู้ชายกับผู้ชายซื้อกิจการค้าอุตสาหกรรมหรือค่านิยมทางการค้า (Good will) หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing Agreement) สัญญาประเภทนี้ศาลจะตีความไม่เคร่งครัดเท่ากับสัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง เพราะโดยพื้นฐานแล้วสัญญาดังกล่าวมักทำขึ้นระหว่างพ่อค้า นักธุรกิจ ที่มีความสัมพันธ์ชัดเจนในการดำเนินธุรกิจของตน

<sup>152</sup> ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

\* Commercial Plastic Ltd. v. Vincent (1964) 3 All E.R. 546 คดีนี้โจทก์ได้ว่าจ้างจำเลยซึ่งเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับพลาสติกให้ร่วมวิจัยและพัฒนาการผลิตวัตถุหลอมเหลวเป็นกาวสำหรับผนึกท่อของ โดยจำเลยให้สัญญาว่าภายในระยะเวลา 1 ปี ภายหลังจากออกจากงาน จำเลยจะไม่รับจ้างบริษัทคู่แข่งของโจทก์ทำงานเกี่ยวกับวัตถุหลอมเหลวใด ๆ ต่อมาจำเลยได้ลาออก และเสนอที่จะทำงานให้บริษัทคู่แข่งของโจทก์ โจทก์จึงขอให้ศาลมีคำสั่งห้าม ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษวินิจฉัยว่างานที่จำเลยจ้างทำให้โจทก์นั้นเกี่ยวกับการผลิตแผ่นวัตถุหลอมเหลวเป็นกาวสำหรับผนึกท่อของ แต่ข้อกำหนดห้ามมิได้รวมถึงวัตถุหลอมเหลวใด ๆ จึงไม่เป็นธรรมและโมฆะ

\*\* Financial Collection Agencies (U.K.) v. Batey, The Times 3 may (1973) สัญญาที่พนักงานเก็บเงินของบริษัทประจำเมืองเบอร์มิงแฮมตกลงจะไม่ติดต่อธุรกิจกับลูกค้าของบริษัทในเมืองเบอร์มิงแฮมเป็นโมฆะหรือในคดี M.L.S Draper v. Reynolds (1957) 1 w.L.R.9 สัญญาที่พนักงานเก็บเงินของบริษัทขายผ้าตกลงว่าภายในระยะเวลา 5 ปี หลังจากออกจากงานจะไม่ติดต่อขายสินค้าให้ลูกค้าของบริษัทถือว่านานเกินสมควรเป็นโมฆะ



อยู่แล้ว การตกลงทำสัญญาดังกล่าวจึงยอมตั้งอยู่บนพื้นฐานที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน กล่าวโดยสรุปคือสัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ประกอบการค้านี้ศาลอังกฤษมักจะยอมรับบังคับให้ยิ่งกว่าสัญญาจ้างแรงงาน เพราะเหตุที่คู่สัญญาต่างมีอำนาจที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อธุรกิจของตนหรือไม่ก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามข้อกำหนดที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพระหว่างผู้ประกอบการดังกล่าวก็ต้องอยู่บนพื้นฐานที่สมเหตุสมผลด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นการจำกัดเฉพาะในกิจการที่ซื้อขายหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิกันตามสัญญาเท่านั้น และจะต้องมีขอบเขตพื้นที่และระยะเวลาที่พอสมควรในการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการค้าของทั้ง 2 ฝ่ายด้วย หากเป็นการกำหนดระยะเวลาที่นานหรือขอบเขตท้องที่ที่กว้างเกินไป ศาลอังกฤษจะไม่ยอมรับบังคับให้เพราะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ

นอกจากนี้สัญญาที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการในลักษณะที่เป็นสัญญารวมหัวกันทางการค้า เช่น ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายอาจตกลงกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการหรือเงื่อนไขในการผลิตหรือจำหน่ายอันเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าแนวทางของศาลอังกฤษมักจะสันนิษฐานว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวนั้นขัดต่อประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งจะตัดสินว่าเป็นโมฆะห้ามปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นหรือห้ามตกลงใด ๆ ซึ่งมีผลเป็นอย่างเดียวกับข้อตกลงนี้\*

จากแนวทางของศาลอังกฤษจะเห็นได้ว่าสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือในการทำนิติกรรมนี้ หากเป็นข้อกำหนดที่ขัดต่อประโยชน์ของส่วนรวม เช่น สัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้วจะตกเป็นโมฆะ ส่วนข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หรือการทำธุรกิจของบุคคล ศาลจะยอมรับบังคับให้ก็แต่เฉพาะข้อจำกัดนั้นสมเหตุสมผล เพียงเท่าที่คุ้มครองแก่กรณีเท่านั้น

แม้ว่ามาตรา 5 จะกำหนดให้ข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่ไม่เป็นโมฆะอยู่ในอำนาจการตรวจสอบสภาพความไม่เป็นธรรมของศาลก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติจะเป็นการยากที่ศาลจะหยิบยกข้อสัญญาที่ผ่านการตรวจสอบตามมาตรา 150 ขึ้นมาวินิจฉัยถึงสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาอีก ทั้งนี้เพราะในการวินิจฉัยข้อสัญญาตามมาตรา 150 ศาลได้อธิบายถึงเหตุผลในการไม่นำสัญญาที่มีลักษณะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวมาใช้ก็เนื่องมาจากการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นเป็นการเกินสมควรอันหมายถึงเกินขอบเขตที่คู่สัญญาประสงค์จะให้คุ้มครองผลประโยชน์ของกันและกัน ฉะนั้นจึงเป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อการวินิจฉัยตามมาตรา 150 ศาลดูจากเรื่องข้อจำกัดนั้นเกิน

\* สัญญารวมหัวกับทางการค้าในประเทศอังกฤษ มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องคือ Restrictive Trade Practices Act 1976 และ Fair Trading Act 1973 ซึ่งบังคับให้คู่กรณีต้องนำข้อตกลงนั้นไปจดทะเบียนต่อ Director General of Fair trading เมื่อจดทะเบียนแล้ว Director General of Fair Trading จะนำข้อตกลงนั้นไปให้ศาล Restrictive Practices Court พิจารณาหากขัดต่อประโยชน์ของส่วนรวมก็จะตัดสินว่าโมฆะและห้ามไม่ให้ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น : ซัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 24



สมควรหรือไม่ไปแล้ว การวินิจฉัยสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้จะมีแนวทางไปอย่างไร ในเมื่อมาตรา 5 กำหนดว่าหากการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นมีผลให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี นอกจากนี้ในวรรค 2 ของมาตรา 5 ยังกำหนดว่าในการวินิจฉัยว่าเป็นการรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่นั้นให้พิจารณาถึงในด้านขอบเขตพื้นที่และระยะเวลา ซึ่งเป็นปัจจัยซึ่งถูกนำมาพิจารณาตามมาตรา 150 แล้ว

กล่าวโดยสรุปก็คือแม้ว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตจะสามารถเสนอต่อศาลให้วินิจฉัยถึงความเป็นธรรมได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วระดับของความเป็นธรรมในสิ่งที่ผู้ถูกจำกัดสิทธิพึงคาดหมายได้นั้นควรเป็นอย่างไร และต่างจากการวินิจฉัยตามมาตรา 150 อย่างไร ยังเป็นปัญหาอยู่

## 2.4 ปัญหาในการใช้กฎหมายกับสัญญาทางธุรกิจ

### 2.4.1 ปัญหาในการนำคดีขึ้นสู่ศาล

คดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ถือได้ว่าเป็นคดีแพ่งประเภทหนึ่ง เพราะเป็นเรื่องที่พิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญา เดิมก่อนมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ เมื่อมีข้อพิพาทโต้แย้งเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาศาลจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน ส่วนที่ว่าด้วยนิติกรรมสัญญามาใช้ และวิธีพิจารณาความก็จะปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมา และกฎหมายนี้ก็มิได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาคดีจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกัน<sup>153</sup> ซึ่งในการดำเนินคดีนั้นคู่สัญญาต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้

#### 1) อำนาจฟ้อง

การดำเนินคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 55 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลไว้ดังนี้

“เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งหรือ ประมวลกฎหมายนี้”

<sup>153</sup> นพดล ปกรณ์นิมิตดี, “ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 142.

จากบทบัญญัติมาตรา 55 นี้หมายความว่า คดีแพ่งที่จะขึ้นสู่ศาลได้จะมี 2 กรณีคือ

1. กรณีมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง
2. กรณีที่บุคคลใดต้องใช้สิทธิทางศาล ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลแสดงสิทธิของตน ซึ่งการที่บุคคลจะใช้สิทธิทางศาลได้ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือกำหนดไว้เท่านั้น<sup>154</sup>

ในกรณีข้อ 2 นี้จากรายงานของคณะกรรมการที่ร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่กระทรวงยุติธรรม ได้ปรากฏความเห็นประกอบที่ชัดเจนว่า กรณีของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้จะต้องมีการพิพาทหรือโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงจะเสนอคดีต่อศาลได้ มิได้หมายความว่า จะให้ศาลสั่งว่าสัญญาไม่เป็นธรรมและแก้ไขสัญญาได้โดยที่ไม่ต้องมีการโต้แย้งสิทธิ<sup>155</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าการดำเนินกระบวนการทางศาลในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ไม่ใช่เรื่องที่จะให้บุคคลซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งจะใช้สิทธิทางศาลโดยยื่นเป็นคำร้องขอแต่ฝ่ายเดียวได้ เพราะเรื่องของข้อสัญญานั้นเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย จึงต้องเป็นกรณีที่มีข้อโต้แย้งในเรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญาก่อนแล้วจึงยกประเด็นที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นมาให้ศาลวินิจฉัย

## 2) คู่ความ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (11) บัญญัติว่า

“คู่ความ หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำแทนบุคคลนั้นๆ ตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ”

ตัวคู่ความในคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงได้แก่ โจทก์และจำเลยที่มีข้อโต้แย้งในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในการที่จะเป็นคู่ความในคดีได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลตามกฎหมาย อันได้แก่ บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการที่ผู้ผลิตจะนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้ เพื่อแก้ไขเสียสภาพที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ทำกับผู้ค้าปลีกรายใหญ่ได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกโต้แย้งสิทธิตามสัญญาแล้วฟ้องร้องเป็นคดีความกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อสัญญาที่มักจะกำหนดให้ผู้ค้าปลีกเป็นผู้มีสิทธิต่างๆ แล้ว กรณีพิพาทส่วนใหญ่จึงมักจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาหรือเงื่อนไขต่างๆ ที่ผู้ค้าปลีกกำหนดขึ้น กรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าคู่สัญญาจะต้องเผชิญหน้าเป็นคดีความกัน ซึ่งเป็น

<sup>154</sup> ปริญญา จิตรกรรมนทีกิจ, สรุปวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2538) หน้า 13. อ้างถึงใน นพดล ปกรณ์นิมิตดี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

<sup>155</sup> กระทรวงยุติธรรม , รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขข้อสัญญาที่เป็นธรรม , ครั้งที่ 2/2536 , 11 มีนาคม 2536, อ้างถึงใน นพดล ปกรณ์นิมิตดี , เรื่องเดียวกัน , หน้า 143.

ภาวะที่ผู้ประกอบการธุรกิจแทบทุกรายไม่พึงประสงค์ เพราะนอกจากจะเป็นการทำลายความสัมพันธ์ในทางการค้าระหว่างกันแล้ว ยังอาจส่งผลเสียหายต่อภาพพจน์ขององค์กรในมุมมองของสาธารณชน รวมไปถึงคู่ค้ารายอื่นๆ ด้วย ปัญหานี้จึงถือเป็นข้อต่อประการหนึ่งของการนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้กับสัญญาทางธุรกิจ

#### 2.4.2 ข้อจำกัดในการเยียวยาตามกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขสภาพความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญา มาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ศาลก็คือ การปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับได้เพียงพอที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งหากแนวทางนี้ได้ถูกใช้ในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค ศาลย่อมช่วยบรรเทาสภาพความไม่เป็นธรรมตามสัญญาที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภคได้ในระดับหนึ่ง เช่น การปรับลดมัดจำที่จะริบกันตามสัญญาให้มีสิทธิริบได้เพียงพอที่เสียหายจริง หรือการแก้ไขสภาพที่ผู้ประกอบการมีสิทธิเปลี่ยนแปลงราคาได้โดยมีต้องบอกกล่าว หรือเงื่อนไขในการผ่อนชำระค่าสินค้าและเหตุแห่งการผิดนัดที่ก่อให้เกิดสิทธิบางประการแก่ผู้ประกอบการที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค เนื่องจากสัญญาที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบการย่อมเกิดขึ้นในครั้งเดียว สภาพของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งศาลใช้ดุลยพินิจปรับลดความไม่เป็นธรรมในสัญญานั้นย่อมเพียงพอที่จะเยียวยาสิทธิทางแพ่งของผู้บริโภคได้ แต่สำหรับสัญญาการธุรกิจการค้า ซึ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องของธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน การปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมตามสัญญาย่อมหมายถึง ศาลจะต้องมองว่าสัญญาดังกล่าวมีการเอารัดเอาเปรียบอย่างเกินสมควรหรือไม่ และช่วยบรรเทาสภาพการเอารัดเอาเปรียบกันในสัญญานั้น ๆ ให้เบาบางลง เช่นนี้หากการใช้อำนาจปรับลดความไม่เป็นธรรมดังกล่าวมีผลผูกพันเฉพาะในสัญญาหนึ่ง ๆ เท่านั้น ธุรกรรมหรือสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนนี้ หรือที่จะมีขึ้นภายหลังจากนี้ ศาลย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชดใช้ค่าเสียหาย หรือ สั่งห้ามมิให้จัดทำสัญญาในลักษณะที่ให้ผลที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวอีกได้ ประเด็นดังกล่าวจึงเป็นข้อต่ออีกประการหนึ่งของการนำกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้กับสัญญาทางธุรกิจ

### 2.5 การนำแนวทางของกฎหมายต่างประเทศมาประยุกต์ใช้

#### 2.5.1 แนวทางการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาล

จากที่ได้ศึกษาการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมาในบทที่ 4 จะเห็นได้ว่าทั้ง 2 ประเทศมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้แตกต่างจากของไทยกล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกามีได้มีบทบัญญัติเฉพาะในการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เป็นการนำหลักความไม่มีความเป็นธรรม (Unconscionability) ซึ่งเป็นหลักกฎหมาย Common Law ที่อยู่ใน UCC ขึ้นมาใช้กับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยศาลได้พัฒนาหลักการขึ้นว่าสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรมจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญา (procedural unconscionability) อันส่งผลให้เกิดการกำหนดเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา (substantive unconscionability) ขึ้น ซึ่งศาลสามารถที่จะปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามสัญญานั้นหรืออาจให้บังคับตามสัญญาเฉพาะส่วนที่เป็นธรรมก็ได้ และศาลมักจะปฏิเสธการเข้าแทรกแซงในสัญญาทางธุรกิจเสมอเพราะ

เห็นว่าสัญญาที่นั้นปราศจากข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญาอย่างแท้จริง เนื่องจากคู่สัญญาต่างมีความเจตนาในกิจการค้าเท่า ๆ กัน

ส่วนในประเทศอังกฤษ แม้จะมี The Unfair Contract Term Act 1977 หรือ UCTA ขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะ แต่ก็มิได้ใช้ได้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป กล่าวคือ UCTA ได้วางหลักเกณฑ์ครอบคลุมถึงเฉพาะข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Exemption Clauses) เท่านั้น โดย UCTA กำหนดให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางอย่างไม่มีผลบังคับใช้อย่างเด็ดขาด และบางอย่างจะต้องอยู่ภายใต้การทดสอบความสมเหตุสมผล (The Test of Reasonableness) โดย UCTA กำหนดให้ศาลพิจารณาความสมเหตุสมผลจากพฤติการณ์ทั้งปวงที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะได้รู้ในขณะทำสัญญา แม้บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA จะมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลัก แต่หากผู้ประกอบการค้าได้เข้าทำสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจหรือเข้าทำสัญญาที่มีการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในลักษณะที่ UCTA กำหนดไว้ก็อาจได้รับการคุ้มครองตาม UCTA ได้ โดยข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นให้ศาลพิจารณาดังถึงความสมเหตุสมผล กล่าวโดยสรุปสามารถเปรียบเทียบข้อแตกต่างของกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยได้ดังนี้

**ตารางที่ 10 เปรียบเทียบความแตกต่างของกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา  
อังกฤษ และไทย**

ข้อแตกต่าง	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย
1. การบัญญัติกฎหมาย	ไม่มีกฎหมายเฉพาะ แต่ใช้หลัก Unconscionability ที่อยู่ในมาตรา 2-302 ของ UCC	มีกฎหมายเฉพาะคือ The Unfair Contract Term Act 1977 (UCTA)	มีกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
2. ประเภทของสัญญา	ไม่จำกัดประเภทของสัญญา	ครอบคลุมเฉพาะข้อสัญญาที่มีการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนด	เฉพาะข้อสัญญาประเภทที่กฎหมายกำหนด
3. ลักษณะของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	ไม่มีไม่ธรรม	มีการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดอย่างไม่สมเหตุสมผล (unreasonable)	มีลักษณะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควร
4. ผลทางกฎหมายและอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาล	ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรือบังคับเฉพาะส่วนที่เป็นธรรมตามสัญญาก็ได้	แบ่งเป็น 2 กรณี คือ 1. กฎหมายไม่ให้มีผลบังคับใช้เด็ดขาด 2. ต้องผ่านการทดสอบ	แบ่งเป็น 2 กรณีคือ 1. กฎหมายไม่ให้มีผลบังคับใช้เด็ดขาด 2. บังคับใช้ได้เท่าที่เป็น

ข้อแตกต่าง	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศอังกฤษ	ประเทศไทย
		ความสมเหตุสมผลก่อน จึงจะบังคับใช้ได้	ธรรมและพอสมควรแก่ กรณี
5. การบังคับใช้กับสัญญา ทางธุรกิจ	ใช้ได้กับสัญญาทางธุรกิจ ที่เกิดจากกระบวนการทำ สัญญาที่ไม่เป็นธรรมและ มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรม	ศาลเข้าแทรกแซงได้ เฉพาะข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดใน สัญญาสำเร็จรูปทาง ธุรกิจ มาตรา 3 (1) และ ในสัญญาที่มีข้อความ ยกเว้นหรือจำกัดความรับ ผิดที่กฎหมายกำหนดโดย คู่สัญญามีใช้ผู้บริโภค มาตรา 6 (3) มาตรา 7(3)	ใช้ได้กับสัญญาสำเร็จรูป ทางธุรกิจ (มาตรา 4) และสัญญาที่มีลักษณะ จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพใน การประกอบอาชีพการ งาน หรือนิติกรรม (มาตรา 5)

จากตารางเปรียบเทียบทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศมีลักษณะแตกต่างกัน ทำให้มีผลต่อการแทรกแซงสภาพที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจที่แตกต่างกัน โดยหลักความไม่มีมโนธรรมตามมาตรา 2-302 ของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะครอบคลุมและใช้ได้กับสัญญาทุกประเภท เพราะกฎหมายมิได้กำหนดประเภทของสัญญาไว้ แต่ในการปรับใช้กฎหมายของศาลจะวางข้อจำกัดให้กับสัญญาทางธุรกิจค่อนข้างมาก ทำให้หลักความไม่มีมโนธรรม (Unconscionability) ถูกนำมาใช้กับสัญญาทางธุรกิจได้ยาก แต่จากการศึกษาแนวทางในการวินิจฉัยปัญหา ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาลสหรัฐในคดีต่าง ๆ ทำให้เห็นบทบาทในการตีความคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” ของศาลได้เป็นอย่างดี ซึ่งย่อมเป็นประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงสภาพสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของศาลไทย โดยเฉพาะเมื่อต้องวินิจฉัยระดับของการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควร สำหรับการนำไปใช้ในกรณีสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตนั้น ในการวินิจฉัยถึงสภาพที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควร น่าจะต้องพิจารณาว่าสภาพที่ไม่เป็นธรรมนั้นเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจเข้าครอบงำ (Oppression) เพื่อให้ได้มาซึ่งการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างคาดไม่ถึง (Unfair Surprise) หรือไม่ ซึ่งน่าจะนำไปใช้ได้กับกรณีที่ทางห้างมีหนังสือขอความร่วมมือมายังซัพพลายเออร์ให้ช่วยสนับสนุนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของทางห้าง โดยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเข้ากดดันให้ซัพพลายเออร์ต้องยินยอมตามข้อเรียกร้องนั้น แต่ในส่วนของ Vender Agreement ลักษณะของการใช้อำนาจเข้าครอบงำยังไม่เกิดขึ้นเพราะผู้ผลิตยังคงมีอิสระที่จะตัดสินใจได้ว่า จะเข้าทำสัญญาเป็นซัพพลายเออร์ให้กับห้างฯ หรือไม่ หากตกลงใจเข้าทำสัญญาที่มีลักษณะเอาัดเอาเปรียบตนอย่างมาก ย่อมไม่อาจกล่าวอ้างสภาพที่ไม่เป็นธรรมนั้นต่อศาลได้ เพราะไม่ใช่ลักษณะของ Unfair Surprise อย่างแท้จริง เนื่องจากตนมีอิสระที่จะตัดสินใจเข้าทำนั้นหรือไม่ ในเวลาเข้าทำสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายไทย



ส่วน UCTA ของประเทศอังกฤษเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยจะมีลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ UCTA มาก โดยเฉพาะในการกำหนดให้ข้อสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะบางอย่างไม่มีผลบังคับใช้อย่างเด็ดขาด และบางอย่างให้มีผลบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางเดียวกับการทดสอบความสมเหตุสมผล (Reasonable Test) ของศาลอังกฤษที่ได้วางบรรทัดฐานสำหรับกรวินิจฉัยความไม่สมเหตุสมผลในสัญญาทางธุรกิจไว้อย่างมากมาย เช่นในหลักเกณฑ์การพิจารณา “สัญญาสำเร็จรูป” หรือเรื่องการเปรียบเทียบอำนาจการต่อรอง ระดับของการยินยอม และการพิจารณาเนื้อหาของสัญญา เป็นต้น แม้ว่า UCTA จะมีข้อจำกัดเพราะกฎหมายบัญญัติครอบคลุมเฉพาะข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมเท่านั้นก็ตาม แต่ด้วยหลักการที่ใกล้เคียงกัน แนวทางของศาลอังกฤษจึงย่อมเป็นประโยชน์แก่ศาลไทยได้พอสมควร โดยในการปรับใช้กับสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตนั้นเห็นได้ว่าสัญญาได้มีการพัฒนาขึ้นจากการเจรจาต่อรองของกลุ่มผลประโยชน์ของทั้ง 2 ฝ่าย แต่เกิดจากการกำหนดข้อสัญญาโดยฝ่ายเดียว อันถือเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่ผลของสัญญาสำเร็จรูปที่เหมือนกันมิใช่จะทำให้ศาลสามารถเข้าแทรกแซงข้อสัญญานั้นได้ทุกกรณี แต่ศาลจะต้องพิจารณาถึงสถานะแวดล้อมและพฤติการณ์ต่าง ๆ ของคู่สัญญาประกอบด้วย เช่นการเปรียบเทียบความเข้มแข็งของอำนาจการต่อรองและการพิจารณาถึงระดับความยินยอมในการตอบสนองตามเงื่อนไขที่ผู้ค้าปลีกขอความร่วมมือมาศาลอาจต้องพิจารณาต่างกันสำหรับผู้ผลิตที่มีศักยภาพในการต่อรองกับผู้ค้าปลีกแตกต่างกันกล่าวคือ หากเป็นผู้ผลิตรายย่อยอำนาจในการต่อรองแทบจะไม่มี เมื่อถูกภาวะ การกดดันบีบบังคับจากผู้ค้าปลีกด้วยความเกรงกลัวว่าจะได้รับผลเสียหายต่อธุรกิจตนเมื่อไม่ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องจึงต้องยินยอมต่อเงื่อนไขดังกล่าวของผู้ค้าปลีก ย่อมเป็นสภาพของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่หากลักษณะภาวะการกดดันที่เหมือนกันหรือในระดับเดียวกันนี้ได้กระทำต่อผู้ผลิตรายใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองกับผู้ค้าปลีกพอสมควร ศาลน่าจะวินิจฉัยให้มีผลแตกต่างไปจากกรณีของผู้ผลิตรายย่อย เนื่องจากระดับของการยินยอมตามข้อเรียกร้องจะมีมากขึ้นหากภาวะการกดดันน้อยลงเมื่อเปรียบเทียบความเข้มแข็งของอำนาจการต่อรองของทั้ง 2 ฝ่าย

### 2.5.2 การฟ้องคดีโดยกลุ่มผลประโยชน์ (Class Action)

จากขั้นตอนในการดำเนินการตามกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่คู่สัญญาจะต้องมีข้อพิพาทกันก่อนแล้วจึงจะนำคดีที่ได้แย้งในเรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญานั้นขึ้นสู่ศาลได้ เป็นผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีการนำมาใช้เท่าที่ควร เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมตามสัญญามักจะเป็นฝ่ายผู้บริโภค หรือผู้ประกอบการรายเล็กที่ขายสัญญากับผู้ประกอบการรายใหญ่ จึงอยู่ในภาวะที่อ่อนแอกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายและมักจะไม่กล้าที่จะเป็นคดีความกับบริษัทใหญ่ รวมทั้งยังไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะต่อสู้คดี กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้ที่ถูกเอาเปรียบจากข้อสัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ตนมีอยู่ตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ในการนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายควรจะเป็นโอกาสให้องค์กรอิสระที่มีฐานะเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ มาใช้อำนาจดำเนินคดีในศาลได้ อาทิเช่น สมาคมผู้บริโภคในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค หรือสมาคมผู้ประกอบการแขนงต่าง ๆ ที่ถูกเอาเปรียบจากข้อสัญญา เป็นต้น ซึ่งอาจทำได้โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเพื่อนำวิธีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) มาใช้ในพระราชบัญญัติว่า

ด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ และนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าว ผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวคิด และหลักเกณฑ์ของการดำเนินคดีแบบกลุ่มในเบื้องต้นดังนี้<sup>156</sup>

### 1) แนวคิดในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

แนวความคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของประชาชนภายในรัฐ ที่จากเดิมยึดถือหลักที่ว่าให้เอกชนพลเมืองมีหน้าที่รักษาสีทธิในทางแพ่งของตนเอง ตามหลัก private right แต่ด้วยข้อจำกัดในการดำเนินคดีโดยเอกชนแต่ละราย ที่ไม่อาจเยียวยาความเสียหายตามสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายของตนเองได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากการดำเนินคดีโดยเอกชนมักจะประสบปัญหาในเรื่องค่าเสียหายมีจำนวนน้อยเกินไปไม่คุ้มค่ากับค่าใช้จ่ายที่จะฟ้องคดี ความสามารถในการต่อสู้คดี รวมไปถึงถึงศักยภาพในการสืบหาพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในทางคดี เช่น ค่าพยานการพยาน ค่าธรรมเนียมศาล สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาที่สำคัญที่ทำให้การฟ้องคดีโดยเอกชนไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ต่อมาจึงเกิดแนวคิดให้มีการดำเนินคดีรูปแบบอื่น เพิ่มเติมจากที่ให้เอกชนเป็นผู้รักษาสีทธิของตนเอง เช่น การให้หน่วยงานของรัฐที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นผู้ดำเนินการฟ้องคดีแทนเอกชนผู้เสียหาย หรือแม้กระทั่งการให้เอกชนรายใดรายหนึ่งทำหน้าที่ดำเนินคดีแทนเอกชนรายอื่นๆ ได้ ซึ่งแต่ละประเทศได้นำวิธีการดังกล่าวมาใช้ในคดีที่แตกต่างกันดังนี้

1. การให้หน่วยงานของรัฐที่เชี่ยวชาญพิเศษเฉพาะด้าน (The specialized governmental attorney – general ) เป็นผู้ดำเนินคดีแทนเอกชน

แนวทางนี้ปรากฏขึ้นราวปี ค.ศ. 1970 ประเทศสวีเดนได้มีการก่อตั้ง Consumer Ombudsman ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่ทำหน้าที่สอบสวนค่ากล่าวหาของพลเรือนที่มีต่อรัฐบาลหรือ คำร้องจากผู้บริโภค และได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่นำคดีขึ้นสู่ศาลหรือร้องสอดเข้าในคดีแทนประชาชนผู้เสียหาย หน่วยงานนี้ประกอบด้วยสมาชิก 25 คน ที่เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐศาสตร์ ฯลฯ และหน้าที่ประการหนึ่งของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวคือ การฟ้องคดีแทนประชาชนในกรณีที่มีโฆษณาเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในทางที่ผิดหรือใช้รูปแบบทางการตลาดที่ฉ้อฉลต่อประชาชนต่อศาลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ เรียกว่า ศาลการตลาด (Market Court)

ปี ค.ศ. 1968 ประเทศอินเดียได้ตรากฎหมายพระราชบัญญัติการจำกัดการปฏิบัติและการผูกขาด 1969 กำหนดให้อำนาจนายทะเบียนทางการค้ามีอำนาจที่จะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นทนายความฟ้องคดีต่อศาลแทนประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการตกลงทางการค้าและการปฏิบัติ

<sup>156</sup> ส่วนใหญ่ผู้เขียนเรียบเรียงจาก รัชฎ บุญสินสุข “การดำเนินคดีแบบกลุ่มในระบบกฎหมายคอนมอนลอว์ และซีวิลลอว์” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) หน้า 6-10.

ปี ค.ศ. 1973 ประเทศอังกฤษเช่นเดียวกัน มีการแต่งตั้งผู้อำนวยการค้าที่เป็น  
ธรรม (Director – General of fair trading) มีหน้าที่หลักคือ นำคดีขึ้นสู่ศาลเฉพาะคดีที่เป็นการละเมิดกฎหมาย  
ว่าด้วยการผูกขาดทางการค้าแทนผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญพิเศษเฉพาะทางมี  
ข้อจำกัดเช่นกัน นั่นคือ การแปลความกฎหมาย การใช้อำนาจที่เคร่งครัดไม่ทันต่อสภาพความเปลี่ยนแปลงของ  
เอกชนและสภาพสังคมที่เปลี่ยนไป และยังคงอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองและเศรษฐกิจ เช่น การได้รับ  
เงินทุนสนับสนุนจากภาครัฐหรือเอกชนที่เป็นผู้กระทำละเมิดตามกฎหมาย เป็นต้น

## 2. การให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินคดีแทน (The private attorney General Solution)

แนวทางนี้กำหนดให้เอกชนสามารถฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีแทนเอกชนรายอื่น  
ที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเดียวกันได้โดยมิต้องมีการมอบหมายให้ดำเนินคดีแทน และโดยผลของ  
คำพิพากษาจะผูกพันกลุ่มบุคคลเอกชนที่ได้รับการดำเนินคดีแทนทั้งหมด ทั้งนี้หลักการที่สำคัญคือ เอกชนผู้  
ดำเนินคดีแทนจะต้องพิสูจน์ต่อศาลว่าตนมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะดำเนินคดีแทนเอกชนรายอื่นได้

แนวคิดนี้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย  
คอมมอนลอว์ปรากฏในศาลแซนเซอร์รี่ ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลักกฎหมายเอคควิตี้ดังกล่าวของ  
ประเทศอังกฤษมาปรับใช้ โดยกำหนดให้มีรูปแบบการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยเอกชน (Class action) ใน  
ข้อกำหนดรัฐบาลกลางว่าด้วยวิธีพิจารณาความ ซึ่งประเทศที่รับอิทธิพลแนวคิดของการฟ้องคดีแบบกลุ่มโดย  
เอกชนในอดีตนั้น ได้แก่

ปี ค.ศ. 1967 ประเทศอิตาลียอมรับให้ประชาชนที่เสียหายจากการที่รัฐยอมให้มีการ  
การก่อสร้างที่ผิดกฎหมายสามารถฟ้องคดีแทนประชาชนรายอื่นที่เสียหายอันเนื่องมาจากเหตุเดียวกันได้

ปี ค.ศ. 1965 ประเทศสหพันธรัฐเยอรมันมีการแก้ไขข้อกำหนดในปี ค.ศ. 1909  
อนุญาตให้สมาคมผู้บริโภคเสนอคดีต่อศาลสำหรับกรณีที่มีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความ  
เสียหายของประชาชนแต่ละราย

ปี ค.ศ. 1969 ประเทศสวีเดน กฎหมายรักษาสีสิ่งแวดล้อม (Swedish Law of 1969  
for Preservation of Environment) กำหนดให้หน่วยงานบริหารพิเศษ (Special administration body) หรือ  
เอกชนแต่ละรายสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งใด ๆ ห้ามการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม แม้ว่า  
เอกชนแต่ละรายจะไม่ใช่ผู้เสียหายจากการละเมิดสิ่งแวดล้อมดังกล่าว

## 2) หลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม<sup>157</sup>

เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาจากประเทศที่ใช้  
ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ฉะนั้นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทยจึงมีลักษณะดังนี้

<sup>157</sup> รชฎ บุญสินสุข , เรื่องเดียวกัน , หน้า 92.

- 1) การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะมีขึ้นได้เฉพาะตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ของกลุ่มบุคคลเท่านั้น
- 2) โดยการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบุคคลเป็นผู้แทนกลุ่มทำหน้าที่ดำเนินคดีแทน

ซึ่งจากการศึกษาพบว่าประเทศไทยได้นำแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นควรให้นำแนวคิดเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย เช่นเดียวกับกฎหมายสัญญาสำเร็จรูปของประเทศเยอรมัน กล่าวคือ ในหมวด 3 ว่าด้วยเรื่องการดำเนินคดีทางกฎหมาย ของ The Standard Terms Act 1996 ของเยอรมันนั้น มาตรา 13 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการร้องขอให้มีการสั่งหยุดใช้หรือยกเลิกการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไว้ว่า.....

“2) การร้องขอเช่นว่านี้ ต้องดำเนินการโดย

1. สมาคมซึ่งเป็นนิติบุคคล และมีวัตถุประสงค์ของสมาคมในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการให้ข้อมูลข่าวสารและให้คำปรึกษาภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสมาคมนี้มีสมาชิกเช่นเดียวกับสมาคมอื่นที่มีกิจกรรมในทำนองเดียวกัน หรือมีสมาชิกเป็นบุคคลธรรมดาไม่น้อยกว่า 75 คน

2. สมาคมซึ่งเป็นนิติบุคคลและได้จัดตั้งขึ้นเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม และธุรกิจ

3. สภาอุตสาหกรรม และหอการค้า หรือสมาคมช่างฝีมือ<sup>158</sup>

จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายเยอรมันนี้สามารถกระทำได้โดยกลุ่มบุคคลที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งมีได้ทำเฉพาะสมาคมผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังสามารถทำได้โดยสภาอุตสาหกรรม และหอการค้า หรือสมาคมช่างฝีมือ เช่นเดียวกับสมาคมอื่นๆ ที่มีสถานะ เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย และได้จัดตั้งขึ้นเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมและธุรกิจ กรณีดังกล่าวจึงอาจนำมาเป็นแนวทางในการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยได้ โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขององค์กรอิสระที่มีฐานะเป็นตัวแทนของกลุ่มต่าง ๆ เช่นสมาคมผู้บริโภค สมาคมผู้ผลิตให้มีอำนาจดำเนินคดีทางศาลเกี่ยวกับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยการร้องขอต่อศาลให้มีการวินิจฉัยถึงสภาพความไม่เป็นธรรมตามสัญญาที่สมาชิกของสมาคมได้รับได้

### 3. ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

นอกจากการใช้กฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ และการแก้ไขเยียวยาในเรื่องของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ในอดีตยังเคยมีความพยายามที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจค้าปลีกในเชิงโครงสร้าง

<sup>158</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

ทางกายภาพด้วย โดยการร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งขึ้นมา โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีมาตรการที่พอจะสรุปได้ดังนี้<sup>159</sup>

1. มาตรการเสริมสร้างศักยภาพในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการย่อย ซึ่งได้แก่ การส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดการรวมตัวของผู้ค้าปลีกรายย่อย การจัดหาแหล่งเงินทุน สนับสนุนระบบกระจายสินค้าและการขนส่ง เป็นต้น

2. มาตรการจำกัดความเสียหายเปรียบระหว่างธุรกิจ โดยการห้ามมีการเรียกให้จ่ายผลประโยชน์ทางการค้าหรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่นๆ โดยใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า ห้ามการขายสินค้าราคาต่ำโดยไม่เป็นธรรม ห้ามการบิดเบือนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับราคา ปริมาณ คุณภาพและมาตรฐานของสินค้า

3. มาตรการปกป้องผลกระทบต่อชุมชน และสภาพแวดล้อม ได้แก่ การกำหนดให้มีการขออนุญาตตั้งสาขาหรือขยายสาขา และให้ทำกิจกรรมต่างๆ รวมทั้งป้องกันแก้ไขผลกระทบต่างๆ ต่อสภาพแวดล้อมของชุมชน

จากแนวทางข้างต้นจะเห็นได้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวมีความเข้าช้ซ้อนกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอย่างมาก เพื่อความชัดเจน ผู้เขียนได้แสดงความเข้าช้ซ้อนดังกล่าวไว้ในตารางดังนี้

#### ตารางที่ 11 ความเข้าช้ซ้อนของร่างพระราชบัญญัติค้าปลีกค้าส่งกับกฎหมายปัจจุบัน

มาตรการตามร่างพรบ.ฯ	กฎหมายปัจจุบัน	มาตรการตามกฎหมายปัจจุบัน
1. เสริมสร้างศักยภาพในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายย่อย	พรบ. ส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อย พ.ศ. 2543  พรบ. ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520	- จัดตั้งกองทุนเพื่อสนับสนุนช่วยเหลือเงินทุนและพัฒนาผู้ประกอบการรายย่อยในด้านต่างๆ  - ประกาศสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ที่ป. 12/2543 ฉบับลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2543 ให้ส่งเสริมการลงทุนในกิจการค้าส่งสินค้าที่ผลิตในประเทศ
2. การจำกัดความเสียหายเปรียบระหว่างธุรกิจ - ห้ามกำหนดให้ธุรกิจอื่นจ่ายผลประโยชน์ทางการค้าหรือ	พรบ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542	- มาตรา 29 ห้ามปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม

<sup>159</sup> จิรัตน์ เขียวขุ่ม, "พฤติกรรมกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก," หน้า 146-150.



มาตรการตามร่างพรบ.๕	กฎหมายปัจจุบัน	มาตรการตามกฎหมายปัจจุบัน
<ul style="list-style-type: none"> <li>- กำหนดเงื่อนไขในการทำธุรกิจร่วมกันโดยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า</li> <li>- ห้ามแสดงข้อความบิดเบือนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับราคาปริมาณคุณภาพและมาตรฐานของสินค้า</li> <li>- ห้ามตั้งราคาขายโดยไม่เป็นธรรม</li> </ul>	<p>พรบ. ว่าด้วยข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p> <p>พรบ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2532</p> <p>พรบ. ว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542</p>	<p>มาตรา 5 ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการค้า หรือ การทำนิติกรรม</p> <p>มาตรา 22 ห้ามผู้ค้าปลีกรายใหญ่โฆษณาโดยใช้ข้อความที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค และเกิดผลเสียต่อสังคม</p> <p>กำหนดหลักเกณฑ์ที่ทำให้ราคาสูง/ต่ำ เกินสมควรหรือทำให้เกิดความปั่นป่วน</p>
<p>3. มาตรการปกป้องผลกระทบต่อชุมชน</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- การกำหนดให้มีการขออนุญาตตั้งสาขา หรือขยายสาขา</li> </ul>	<p>พรบ. การผังเมือง พ.ศ. 2518</p> <p>พรบ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522</p>	

ความซ้ำซ้อนของกฎหมายดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดภาระที่เพิ่มขึ้นของผู้ประกอบการ แม้เจตนารมณ์ของกฎหมายจะมีเพื่อให้เกิดระเบียบในกิจการค้าปลีกก็ตาม แต่ก็หมายความว่า จะมีผลให้กระบวนการทางกฎหมายมีความยุ่งยากมากขึ้นด้วย ( red tape)<sup>160</sup> ซึ่งจะเป็นการสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (entry barrier) เพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น อันอาจทำให้ห้างที่มีอยู่และตั้งอยู่แล้วตกอยู่ในสภาพผูกขาดตลาด เนื่องจากผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยากขึ้น

ส่วนประเด็นเรื่องการใช้อำนาจต่อรองที่ไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกต่อผู้ผลิตนั้น แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีผลให้ผู้ค้าปลีกขยายสาขาได้ลำบากขึ้น ซึ่งอาจจะมีผลโดยทางอ้อมในการช่วยควบคุมอำนาจซื้อของผู้ค้าปลีกมิให้เพิ่มมากขึ้นได้ก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวก็มิได้มีผลควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจซื้อที่ต้นเหตุ จึงเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งไม่มีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติขึ้นแต่อย่างใด อีกทั้งในการควบคุมการขยายสาขาก็สามารถกระทำได้โดยอาศัย กฎหมายผังเมือง และกฎหมายควบคุมอาคาร ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

<sup>160</sup> มีพาดิน โปตระนันท์. “ปัญหาภัยค้าปลีกต่างชาติยึดครองตลาดเราจะดำเนินการอย่างไร”

## 1. พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522

แนวทางตามกฎหมายฉบับนี้คือ การกำหนดมาตรการในด้านการควบคุมเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรงของอาคาร การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมและการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร โดยหลักการของกฎหมายนี้ มาตรา 8 กำหนดว่ารัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจออกข้อกำหนดต่าง ๆ รวมถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับบริเวณที่ห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย และใช้หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารชนิดใดหรือประเภทใด

ในกรณีที่ยังมิได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดเรื่องใดตามมาตรา 8 ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดให้กำหนดเรื่องนั้นได้ (ตามมาตรา 9 )

ในกรณีที่ไม่มีกฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดตามมาตรา 8 (10) ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของอธิบดีกรมโยธาธิการหรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นแล้วแต่กรณี มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา ห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย และใช้หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารในบริเวณนั้นเป็นการชั่วคราวได้ (มาตรา 13)

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจค้าปลีกนั้น มาตรา 5 (พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 ได้เพิ่มบทนิยามคำว่า "อาคารขนาดใหญ่พิเศษ" ว่าหมายถึง อาคารที่ก่อสร้างขึ้นเพื่อใช้พื้นที่อาคารหรือสวนใดของอาคารเป็นที่อยู่อาศัยหรือประกอบกิจการประเภทเดียวหรือหลายประเภท โดยมีพื้นที่รวมกันทุกชั้นในหลังเดียวกันตั้งแต่หมื่นตารางเมตรขึ้นไป โดยมาตรา 32 ทวิ กำหนดให้เจ้าของอาคาร ( 1 ) อาคารขนาดใหญ่พิเศษ...ต้องจัดให้มีผู้ตรวจสอบด้านวิศวกรรมหรือสถาปัตยกรรมแล้วแต่กรณี ทำการตรวจสอบสภาพอาคาร โครงสร้างของตัวอาคาร ระบบการเตือน การป้องกันอันตราย ระบบระบายอากาศ ระบบบำบัดน้ำเสีย เป็นต้น แจ้งรายงานผลการตรวจสอบต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้อาศัยอำนาจตามมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ยังได้มีประกาศกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารบางชนิดหรือบางประเภท<sup>161</sup>ในบางพื้นที่เอาไว้ด้วย โดยในประกาศดังกล่าวได้กำหนดค่านิยามเกี่ยวกับอาคารที่ใช้ในการประกอบธุรกิจค้าปลีกไว้ว่า "อาคารพาณิชย์กรรมประเภทค้าปลีกค้าส่ง" หมายความว่า อาคารที่ใช้ประโยชน์เพื่อการพาณิชย์กรรมในอาคารหลังเดียวหรือหลายหลัง ที่มีพื้นที่ใช้สอยอาคารรวมกันเพื่อประกอบกิจการขายปลีกขายส่งสินค้าอุปโภคบริโภคหลายประเภทที่ใช้ในชีวิตประจำวัน ตั้งแต่ 300 ตารางเมตรขึ้นไป แต่ไม่หมายความรวมถึงตลาดตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข และอาคารที่ใช้ดำเนินการเพื่อส่งเสริมหรือจำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นผลผลิตหรือผลิตภัณฑ์ของชุมชน

<sup>161</sup> ประกาศกระทรวงมหาดไทย "เรื่องกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารบางชนิดบางประเภท" ราชกิจจานุเบกษา 120 ตอนพิเศษ 101" (4 กันยายน 2546)

อาคารพาณิชย์กรรมประเภทค้าปลีกค้าส่งตามคำนิยามดังกล่าวกฎหมายจะควบคุมมิให้มีการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารในบางพื้นที่ตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ยังกำหนดให้การใช้อาคารที่มีลักษณะดังกล่าว ผู้ประกอบการจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้อย่างเช่น ต้องมีพื้นที่ว่างด้านหน้าอาคารห่างจากถนนสาธารณะไม่น้อยกว่า 50 เมตร มีที่จอดรถไม่น้อยกว่า 1 คันต่อพื้นที่อาคาร 20 ตารางเมตร กำหนดเขตที่พืชชะง่อนผลอยให้ห่างจากที่ดินของผู้อื่นหรือถนนสาธารณะไม่น้อยกว่า 4 เมตร เป็นต้น

อย่างไรก็ตามประกาศกระทรวงดังกล่าว มีผลบังคับใช้ 1 ปี นับจากวันนี้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งหากต้องการให้มีผลเป็นกฎหมายที่ถาวรจะต้องจัดทำเป็นกฎกระทรวงต่อไป ซึ่งในกรณีกระทรวงมหาดไทย โดยความรับผิดชอบของสำนักผังเมืองก็ได้ออกเป็นกฎกระทรวงมาแล้ว เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2547

## 2. พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518

แนวทางตามพระราชบัญญัตินี้ในการควบคุมการขยายสาขาของผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีก คือ การกำหนดเขตพื้นที่ (Zoning) ที่ไม่อนุญาตให้มีการประกอบกิจการพาณิชย์กรรมขนาดใหญ่ โดยการดำเนินการกำหนดเขตผังเมืองนี้ มาตรา 5 ได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการออกกฎกระทรวง ซึ่งในเขตพื้นที่ที่ได้มีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมแล้ว ห้ามบุคคลใดใช้ประโยชน์ที่ดินผิดไปจากที่ได้กำหนดไว้ในผังเมืองรวม หรือ ปฏิบัติการใดๆ ซึ่งขัดแย้งกับข้อกำหนดของผังเมืองรวมนั้น (มาตรา 27 )

ในการกำหนดเขตผังเมืองรวมในธุรกิจค้าปลีกนี้ โดยหลักการแล้วกรมการผังเมืองได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า

1. อาคารพาณิชย์กรรมค้าปลีกค้าส่งที่มีพื้นที่ขนาด 300-1,000 ตารางเมตร สามารถอยู่ในเขตชุมชน เขตเทศบาลและบริเวณใกล้เคียงได้
2. อาคารพาณิชย์กรรมค้าปลีกค้าส่ง ที่มีพื้นที่ขนาด 1,000 ตารางเมตรขึ้นไปให้อยู่นอกเขตชุมชน เขตเทศบาลและบริเวณใกล้เคียง

ส่วนพื้นที่ที่อยู่นอกเขตผังเมืองรวม คือ ยังไม่มีการประกาศบังคับใช้ผังเมืองในท้องที่นั้น ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการผังเมืองระดับจังหวัดพิจารณาหลักเกณฑ์ให้ตั้งอาคารพาณิชย์กรรมค้าปลีกส่งกันเอง โดยคำนึงถึงความต้องการของชุมชนเป็นสำคัญ โดยส่วนกลางได้วางหลักเกณฑ์ไว้เป็นแนวทางกว้าง ๆ ว่าควรอนุญาตให้มีการตั้งอาคารพาณิชย์กรรมค้าปลีกค้าส่งขนาดใหญ่ ได้เฉพาะบริเวณที่ห่างจากเขตเทศบาลของจังหวัดอย่างน้อย 15 กิโลเมตร แต่ทั้งนี้หากท้องถิ่นจะเห็นแตกต่างจากแนวทางที่ส่วนกลางวางไว้ก็ได้ และมีอำนาจในการกำหนดผังเมืองเฉพาะของตนได้ ซึ่งทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ การผังเมือง(ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535<sup>162</sup> ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถใช้ดุลยพินิจในการวางจัดทำผังเมืองเฉพาะได้

สำหรับในเขตกรุงเทพมหานครนั้น การวางผังเมืองจะอยู่ในความรับผิดชอบของ กรุงเทพมหานคร ซึ่งได้ออกเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นขึ้นมา ซึ่งโดยหลักการในการควบคุมการขยายสาขาของ ธุรกิจค้าปลีกก็ได้ใช้แนวทางเดียวกับที่กรมการผังเมืองได้วางไว้

จากกฎหมายทั้ง 2 ฉบับจะเห็นได้ว่าแม้มาตรการต่างๆ จะมีส่วนทำให้ผู้ค้าปลีกขยายสาขา ได้ลำบากขึ้น ซึ่งอาจจะมีผลควบคุมอำนาจซื้อของผู้ค้าปลีกให้เพิ่มขึ้นได้ แต่มาตรการดังกล่าวก็ไม่ได้มีผล ควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจซื้อของผู้ค้าปลีกที่ต้นเหตุ ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ดังกล่าว จะไม่มี ส่วนแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้ผลิตแต่อย่างไร หากแต่จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการค้าปลีกรายเล็กรายย่อย (โซวช่วย) มากกว่า



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. สรุป

ผลจากการเปิดเสรีให้กับธุรกิจค้าปลีกนอกจากจะเป็นประโยชน์ในด้านการลงทุน การจ้างงาน การพัฒนาเทคโนโลยี และเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคแล้ว การแข่งขันกันอย่างรุนแรงของกลุ่มผู้ค้าปลีกโดยเฉพาะห้างดีสเคาท์สโตร์ยังส่งผลเสียหายต่อบรรดาผู้ประกอบการในตลาดค้าปลีกของไทยด้วย ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ของไทย กลุ่มผู้ค้าส่ง ร้านปลีกรายย่อย(โชห่วย) หรือแม้กระทั่งผู้ผลิตสินค้าที่อยู่ในฐานะเป็นคู่ค้ากับทางห้าง แม้ว่าตามปกติผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจแนวตั้ง (Vertical) อย่างเช่นผู้ผลิตที่เป็นซัพพลายเออร์ให้กับห้างนี้จะมีส่วนเกี่ยวพันในทางธุรกิจการค้าซึ่งกันและกันก็ตาม แต่จากข้อเท็จจริงในปัจจุบันผู้ค้าปลีกรายใหญ่ได้เข้ามามีบทบาทในวงการค้าปลีกเป็นอย่างมาก เพราะได้กลายมาเป็นช่องทางกระจายสินค้ารายใหญ่ของประเทศ ทำให้มีอำนาจในการต่อรองสูง ประกอบกับการเร่งขยายสาขาอย่างรวดเร็วของห้างเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพจากการประหยัดต่อขนาด (economic of scale) ยิ่งเป็นตัวกระตุ้นให้การแข่งขันระหว่างผู้ค้าปลีกยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น อันเป็นการสร้างแรงกดดันอย่างสำคัญต่อตัวผู้ค้าปลีกเองในการที่จะต้องหากลยุทธ์ทางการค้าต่างๆ เพื่อมาแย่งชิงลูกค้าให้ได้มากที่สุด ภาวะการแข่งขันดังกล่าวแม้จะก่อให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภคในแง่ของการได้บริโภคสินค้าคุณภาพดี ราคาถูก มีของสมนาคุณการลดแลกแจกแถมต่างๆ แต่ต้นทุนในการจูงใจผู้บริโภคเหล่านี้ส่วนใหญ่แล้วทางห้างจะผลักไปให้เป็นภาระค่าใช้จ่ายของผู้ผลิต ซึ่งเป็นคู่ค้าของตนอย่างไม่เป็นธรรม โดยการใช้อำนาจซื้อที่มีอยู่ต่อรองบีบบังคับให้ผู้ผลิตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ สภาพดังกล่าวเป็นระบบการค้าที่ไม่ยุติธรรม แม้จะสืบเนื่องมาจากนโยบายการค้าที่เน้นการแข่งขันโดยเสรีก็ตาม แต่ผู้ประกอบการควรจะต้องมีพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นธรรมด้วย จึงเป็นการจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจค้าปลีกนี้ ทั้งในแง่ของพฤติกรรมทางการค้าและในการทำสัญญาให้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวได้เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศมาแล้ว แม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งจากหลายฝ่ายว่าการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ (Slotting Allowances) จากซัพพลายเออร์นั้นอาจจะเป็นประโยชน์ในแง่การจัดสรรทรัพยากร (พื้นที่ขาย) อย่างคุ้มค่า และมีการส่งผ่านผลประโยชน์ที่ได้นั้นไปยังผู้บริโภคอย่างแท้จริงก็ตาม แต่การได้มาซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวมีลักษณะของการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบ (abuse of bargaining power) จึงทำให้หลายประเทศเห็นควรว่าเป็นพฤติกรรมที่น่าจะขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Law) ซึ่งจากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นแล้วพบว่า Antitrust Law ของสหรัฐอเมริกามีได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องปัญหาการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบเป็นการเฉพาะแต่ได้นำเอาบทบัญญัติในเรื่องการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination) ที่ปรากฏอยู่ใน The Robinson Patman Act ขึ้นมาปรับใช้กับกรณีนี้ แม้กฎหมายฉบับนี้จะเกิดขึ้นจากข้อเรียกร้องของกลุ่มร้านค้าปลีกขนาดเล็ก ที่ได้รับความเสียหายทางด้านราคาจากการใช้อำนาจซื้อของผู้ค้าปลีกรายใหญ่ก็ตาม แต่ในการปรับใช้กฎหมายศาลมักจะไม่ปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กที่อ่อนแอ แต่จะเอาผิดกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาเฉพาะที่ส่งผลเสียหายต่อการแข่งขันเท่านั้น และไม่ห้ามราคาที่แตกต่างกันที่เกิดจากกระบวนการ



แข่งขันตามปกติ ส่วนการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในประเทศไทยนั้นได้มีกฎหมาย Antitrust ที่มีบทบัญญัติในเรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) เป็นการเฉพาะ แม้กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดไว้อย่างกว้างๆ แต่กฎหมายก็ได้กำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่ถือเป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 6 รูปแบบ ซึ่งสามารถนำมาใช้กับปัญหาดังกล่าวได้ในรูปแบบพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบ นอกจากนี้กฎหมายยังให้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi legislative power) แก่ JFTC ในการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมให้ชัดเจนขึ้นด้วย โดยใน Notification Commission No. 15 ข้อ 14 ในเรื่องการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (abuse of Dominant Bargaining Position) นั้นได้ขยายความพฤติกรรมไว้ในหลายลักษณะ ซึ่งรวมทั้งพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ เพื่อให้ผู้อื่นต้องจ่ายเงินหรือบริการเพิ่มหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เพิ่มแก่ตนเองด้วย ซึ่ง JFTC ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ควบคุมพฤติกรรมการค้าของผู้ค้าปลีกหลายรายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยให้ยุติการกระทำนั้น และห้ามกระทำในลักษณะเดียวกันนี้อีกในอนาคต

สำหรับประเทศไทย ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในเบื้องต้นได้มีการนำ มาตรา 25 ในเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาใช้ แต่ด้วยข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายมาตราดังกล่าว โดยเฉพาะในเรื่องของหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับผู้ประกอบการค้าปลีกที่มีพฤติกรรมการใช้อำนาจที่เหนือกว่าโดยมิชอบได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 29 ของไทย ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบการที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมไว้ด้วย โดยจะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงบรรดาพฤติกรรมต่างๆ ที่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมไว้ แม้การบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะกว้างนี้จะประโยชน์ต่อการนำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับพฤติกรรมรูปแบบต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีข้อบกพร่องในตัวเองที่ขาดความชัดเจนในเรื่องของลักษณะหรือรูปแบบพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งย่อมทำให้การบังคับใช้บทบัญญัตินี้มีความยากลำบากตามไปด้วย โดยในปัญหาพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีกนี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของไทยได้ขาดความไม่ชัดเจนดังกล่าวลงด้วยการออก Guideline เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง ซึ่งได้กำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 5 รูปแบบด้วยกัน คือ 1) การขายสินค้าต่ำกว่าทุน 2) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า เปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรในลักษณะต่างๆ 3) การปฏิบัติกับคู่ค้าไม่เท่าเทียมกันโดยกำหนดเงื่อนไขหรือราคาที่แตกต่างกัน หรือการปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจด้วยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร 4) การกระทำด้วยประการใด ๆ ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของคู่ค้า แล้วนำมาเป็นประโยชน์ในการแข่งขันกับคู่ค้า และ 5) การบังคับหรือชักจูงให้ลูกค้าต้องประกอบธุรกิจกับตนเองโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมที่ถือว่าไม่เป็นธรรมไว้ 5 ประการคือ 1) มีลักษณะการบังคับ 2) เป็นการเลือกปฏิบัติ 3) ไม่มีบรรทัดฐานที่แน่นอน 4) ไม่มีการตกลงกันล่วงหน้า 5) มีลักษณะกีดกันและไม่ใช่การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม

จากรูปแบบพฤติกรรมและเกณฑ์ในการพิจารณาที่ปรากฏใน Guideline แม้จะความชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้น แต่ Guideline ดังกล่าวมีผลเป็นเพียงการทำความเข้าใจร่วมกันระหว่างคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ผู้ประกอบการค้าปลีกและผู้ผลิตสำหรับรูปแบบพฤติกรรมในธุรกิจค้าปลีกค้าส่งที่จะถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 29 เนื่องจาก Guideline ไม่มีสภาพบังคับ จึงมีผลในเชิงป้องปรามและป้องกันเท่านั้น กล่าวคือ ผู้ประกอบการจะหลีกเลี่ยงไม่ให้มีการใช้อำนาจต่อรองในลักษณะดังกล่าวหรือหากมีก็จะหันมาใช้วิธีการให้มีการตกลงกันล่วงหน้า โดยการให้ผู้ผลิตลงลายมือชื่อเป็นหลักฐาน เพื่อแสดงว่าได้มีการให้ความยินยอมอันเป็นการยืนยันว่าไม่ใช้การบังคับทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับผู้ค้าปลีกที่มีพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้

อย่างไรก็ตามในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทยก็ได้เปิดโอกาสให้ศาลเข้ามาแทรกแซง ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยไม่จำกัดเฉพาะสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคเท่านั้น สัญญาในทางธุรกิจการค้าก็สามารถกล่าวอ้างถึงความไม่เป็นธรรมได้ โดยศาลจะมีอำนาจปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมนั้นให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณี แม้แนวโน้มของการแก้ไขปัญหาคือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศที่ได้ศึกษาในบทที่ 4 (หลักความไม่มีมโนธรรม (unconscionability) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และหลักการทดสอบความสมเหตุสมผล (Reasonable Test ของประเทศอังกฤษ) จะมีข้อจำกัดสำหรับการใช้กฎหมายดังกล่าวกับสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการจ้อย่างมากก็ตาม แต่มิใช่ว่าแนวทางวินิจฉัยของศาลต่างประเทศจะปฏิเสธไม่ให้ศาลเข้าแทรกแซงสัญญาในทางธุรกิจการค้าเลย หากแต่มีข้อกำหนดที่ศาลสามารถเข้าแก้ไขสภาพที่ไม่เป็นธรรมของสัญญาได้ต่อเมื่อปรากฏว่า การทำสัญญานั้นมีข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญา ที่เรียกว่า มีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (unfair procedural) อันเป็นผลให้เกิดสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรม (unfair substantive) นั้นขึ้น ซึ่งสัญญาในทางธุรกิจที่กล่าวอ้างความไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่ตามแนววินิจฉัยของศาลต่างประเทศ จะไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงสภาพความไม่เป็นธรรม ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาได้ และนอกจากนี้ศาลมักเห็นว่า สัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการจะเกิดจากการเจรจาต่อรองที่ต่างฝ่ายต่างมีความเจตนาทางการค้าเท่าๆ กัน ศาลจึงไม่เห็นเหตุผลที่จะเข้าแทรกแซงสภาพที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายไทย แม้แนวคิดในการวินิจฉัยดังกล่าวจะไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนนัก แต่ผลในทางกฎหมายสำหรับการปรับใช้กับสัญญาทางธุรกิจจะสอดคล้องไปในทางเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยให้อำนาจศาลเข้าแทรกแซงสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจการค้าได้เฉพาะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป (ตามมาตรา 4) และสัญญาที่มีข้อความจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม (ตามมาตรา 5) เท่านั้น ซึ่งสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้ มีลักษณะของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาอยู่ในตัวที่เป็นเหตุผลโดยชอบที่คู่ความจะกล่าวอ้างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาต่อศาลได้

ฉะนั้นในการปรับใช้กฎหมายนี้กับสัญญาที่ทำระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตจึงต้องเข้าข่าย เป็นสัญญาประเภทหนึ่งประเภทใดใน 2 ประเภทนี้ ซึ่งจากการพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาที่ทำระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตไม่ว่าจะเป็น Vender Agreement หรือ หนังสือขอความร่วมมือต่างๆ ล้วนมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่ศาลจะเข้าแทรกแซงเพื่อปรับลดระดับความไม่เป็นธรรมได้เฉพาะในส่วนที่เป็นข้อเรียกร้องเพิ่มเติมที่อยู่ในรูปจดหมาย หรือหนังสือขอความร่วมมือเท่านั้น เนื่องจากมีพฤติการณ์ที่มีลักษณะบีบบังคับเป็นการกดดันให้ต้อง

ยินยอมตามสัญญาที่เข้ามาเป็นองค์ประกอบด้วย แต่สำหรับข้อสัญญาที่เป็น Vender Agreement อันเป็นสัญญาฉบับแรกที่กำกับห้าง ผู้ผลิตยังคงมีอิสระเต็มที่ในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาเป็นซัพพลายเออร์หรือไม่ แม้ Vender Agreement จะมีลักษณะข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ค้าปลีกเป็นผู้กำหนด แต่ฝ่ายเดียวก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เป็นการทำให้ผู้ค้าปลีกได้เปรียบผู้ผลิตอย่างเกินสมควรที่จะทำให้ศาลเข้าแทรกแซงสัญญาได้ เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วผู้ผลิตย่อมปฏิเสธที่จะเป็นคู่ค้าด้วยตั้งแต่ต้นนั่นเอง

ส่วนสัญญาที่มีข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม (ตามมาตรา 5) นั้น ศาลจะเข้าแทรกแซงได้ต่อเมื่อสัญญานั้นมีผลทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งกฎหมายให้พิจารณาจากเรื่องของขอบเขตพื้นที่และระยะเวลาที่จำกัดสิทธิ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางวินิจฉัยของศาลต่างประเทศ (ประเทศอังกฤษ) แล้วพบว่า สัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวจะถูกวินิจฉัยไปในทางมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่เท่านั้น โดยใช้เกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องขอบเขตพื้นที่ และระยะเวลาเช่นเดียวกัน การปรับใช้กฎหมายในสัญญาประเภทนี้จึงยังคงมีปัญหาย่อยว่าระดับของความไม่เป็นธรรมของสัญญาดังกล่าวจะเป็นอย่างไร โดยเฉพาะเมื่อสัญญาดังกล่าวได้ผ่านการตรวจสอบตามมาตรา 150 ถึงการมีผลบังคับใช้ในข้อพิจารณาอย่างเดียวกันมาแล้ว ฉะนั้นในการปรับใช้กับสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกกับผู้ผลิตจึงยังคงมีข้อสงสัยอยู่ แม้สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ เช่น ข้อกำหนดห้ามผู้ผลิตผลิตสินค้าให้กับคู่แข่ง เมื่อข้อตกลงนั้นไม่ถูกพิจารณาว่าต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย (Antitrust law) และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะไม่ใช่การห้ามที่ตัดทางทำมาหากินอย่างเด็ดขาด การพิจารณาถึงระดับที่ไม่เป็นธรรมที่ผู้ผลิตซึ่งถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายตามปกติจะเป็นเช่นไรจึงเป็นปัญหาอยู่

## 2. ข้อเสนอแนะ

ในส่วนของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ผู้เขียนเห็นควรว่า

1. ให้เพิ่มเติมบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ในลักษณะของอำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi legislative power) เพื่อกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ซึ่งในการดำเนินการตามข้อนี้ คณะกรรมการอาจนำแนวทางที่ปรากฏอยู่ใน Guideline มาใช้ได้ เนื่องจากเป็นลักษณะพฤติกรรมที่ผู้ร่าง Guideline นำรูปแบบมาจากประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีการควบคุมพฤติกรรมของผู้ค้าปลีกได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. ในขั้นตอนของการร้องเรียนและดำเนินการสอบสวนหาข้อเท็จจริงนั้น ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นระเบียบปฏิบัติของผู้ดำเนินการตามกฎหมายนี้ให้ชัดเจน โดยเฉพาะประเด็นในเรื่องหน้าที่การเก็บรักษาความลับ ซึ่งเป็นข้อมูลที่ผู้ประกอบการร้องเรียนเข้ามา ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ร้องเรียนเกิดความมั่นใจว่าตนจะไม่ได้รับผลร้ายจากการให้ข้อมูลนั้น แม้ว่าในมาตรา 53 จะบัญญัติว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับกิจการหรือการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งได้มาเนื่องจากการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอาญาก็ตาม แต่ตอนท้ายของมาตราดังกล่าวก็ได้มีข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยได้เพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือ

พิจารณาคดี อันมีผลอย่างกว้างขวางให้เปิดเผยข้อมูลต่างๆ ได้ ฉะนั้นจึงควรมีความชัดเจนในเรื่องของขอบเขตของข้อมูลที่จะเปิดเผยตามความจำเป็น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองในส่วนของคุณสมบัติทางการค้า และป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับเจ้าของข้อมูลต่อไปด้วย

อย่างไรก็ตามแม้ว่าปัญหาการใช้อำนาจต่อรองโดยมิชอบ (abuse of dominant bargaining power) ของผู้ค้าปลีกนี้ในต่างประเทศจะได้นำกฎหมาย Antitrust Law มาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่สำหรับประเทศไทยกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพียงจะมีการประกาศใช้ การวินิจฉัยกฎหมายมาตราต่างๆ จึงยังไม่มีการพัฒนาไปมากนัก โดยเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 29 ที่ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน ประกอบกับองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายนี้ไม่มีอิสระในการดำเนินการกับผู้กระทำผิดได้อย่างเต็มที่ ฉะนั้นแม้ว่าจะได้มีการดำเนินการตามที่ผู้เขียนได้เสนอแนะไปโดยการให้อำนาจแก่คณะกรรมการในการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่เป็น unfair trade practice ก็ตาม การบังคับใช้มาตรา 29 ก็อาจจะไม่ประสบความสำเร็จได้ หากขั้นตอนในการประกาศกำหนดรูปแบบพฤติกรรมนั้นยังคงต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ เพราะมีความเป็นไปได้ว่าการดำเนินการของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอาจถูกแทรกแซงจากภาคการเมืองและภาคธุรกิจ อย่างเช่น กรณีของการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 25 ได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการในการบังคับใช้ หรือในการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้านั้นจะต้องได้รับการพัฒนาควบคู่ไปกับการสร้างความเป็นอิสระขององค์กรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายนั้นด้วย

แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าว ไม่อาจรอพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าภายใต้องค์กรบังคับใช้ที่เป็นอิสระแต่เพียงอย่างเดียวได้ ในกรณีนั้นนอกจากพฤติกรรมทางการค้าที่ถูกต้องควบคุมโดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้วสภาพความไม่เป็นธรรมยังปรากฏให้เห็นในรูปของสัญญาด้วย ผู้เขียนเห็นว่าควรนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาช่วยปรับลดระดับของความไม่เป็นธรรมในส่วนของสัญญาอีกทางหนึ่ง โดยเฉพาะเพื่ออุดช่องว่างที่ผู้ประกอบการค้าปลีกหลีกเลี่ยงการกระทำผิดตาม Guideline โดยการให้ผู้ผลิตลงลายมือชื่อในจดหมายหรือหนังสือขอความร่วมมือต่างๆ อันทำให้พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบนั้นสามารถกล่าวอ้างความชอบธรรมที่เกิดจากสัญญาได้

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ผลิตจะยกประเด็นเรื่องสภาพความไม่เป็นธรรมของสัญญาตามกฎหมายนี้ต่อศาล แม้จะเป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถช่วยลดระดับของความไม่เป็นธรรมในการทำธุรกิจการค้าได้ แต่ด้วยขั้นตอนหรือกระบวนการในการใช้กฎหมายดังกล่าวต้องผ่านศาล ย่อมเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการทั้ง 2 ฝ่าย ต้องเผชิญหน้าเป็นคดีความกัน ซึ่งเป็นภาวะที่ผู้ประกอบการทุกรายไม่พึงประสงค์ เพราะจะเป็นการทำลายความสัมพันธ์ในทางการค้าอย่างสิ้นเชิง จึงถือเป็นข้อด้อยของวิธีการแก้ไขปัญหาคือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว ซึ่งปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นควรว่า กฎหมายน่าจะเปิดโอกาสให้องค์กรเอกชนที่มีฐานะเป็นตัวแทนของผู้ประกอบการต่างๆ เข้ามา มีบทบาทในการดำเนินคดีทางศาลได้ด้วย ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากันอันเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้ที่ได้รับความไม่เป็นธรรมตามสัญญาไม่กล้าที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล



แม้ว่าในเรื่องของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้จะเป็นปัญหาของเอกชน ที่ต่างฝ่ายต่างต้องผูกพันเฉพาะในสัญญาส่วนของตน แต่โดยลักษณะของสภาพที่ไม่เป็นธรรมตามสัญญาทางธุรกิจ โดยเฉพาะสัญญาสำเร็จรูปนั้น ย่อมมีองค์ประกอบข้อเท็จจริงหลายส่วนที่มีความเกี่ยวโยงกัน การเปิดโอกาสให้องค์กรเอกชนของผู้ประกอบการ เช่น สมาคมผู้ผลิตสินค้าต่างๆ หรือแม้แต่สมาคมผู้บริโภค (ในกรณีพิพาทในเรื่องสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค) เข้ามามีบทบาทในการนำคดีขึ้นสู่ศาล นอกจากจะหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากันแล้ว ยังเพื่อประโยชน์ต่อการเก็บรวบรวมข้อมูลเอกสาร พยานหลักฐาน และข้อเท็จจริงต่างๆ เพื่อพิสูจน์ถึงลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปและสถานะความได้เปรียบอย่างเกินสมควรของผู้สัญญาอีกฝ่ายได้ด้วย

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้องค์กรเอกชนต่างๆ ที่ได้รับผลกระทบจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีอำนาจฟ้องคดีในประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ด้วย ซึ่งหากได้เพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะเกิดประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมายนี้หลายประการ ดังนี้

1. ทำให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลในประเด็นข้อพิพาทเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากขึ้น ซึ่งจะทำให้กฎหมายนี้มีพัฒนาการต่อไปไม่หยุดอยู่กับที่
2. เมื่อองค์กรเอกชนเป็นผู้ฟ้องคดีย่อมเป็นประโยชน์ต่อการรวบรวมข้อมูล เอกสารหลักฐาน และข้อเท็จจริงต่างๆ จากสมาชิกขององค์กร ซึ่งจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการนำสืบประเด็นต่างๆ ต่อศาล
3. คำตัดสินของศาลในคดีหนึ่ง ๆ นอกจากจะช่วยแก้ไขสภาพของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ปรากฏในคดีแล้ว ย่อมเป็นบรรทัดฐานในการทำสัญญาที่มีลักษณะเดียวกันได้ในระดับหนึ่งด้วย
4. เมื่อองค์กรเอกชน หรือสมาคมของผู้ประกอบการเป็นผู้ฟ้องคดี ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน หากต้องการให้ศาลปรับลดระดับสภาพที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาของตนด้วย ย่อมต้องเข้าร่วมกับสมาคม ให้ข้อมูลและข้อเท็จจริงต่างๆ จึงเกิดเป็นความร่วมมือขึ้น ซึ่งจะช่วยให้สมาคมมีความเข้มแข็ง สร้างอำนาจต่อรองขึ้นมาได้
5. เป็นการวางแนวทางเพื่อนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายนี้กับสัญญาในทางธุรกิจที่มีสภาพที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจอื่นๆ ที่มีอยู่มากมายในสังคมด้วย
6. นอกจากนี้สมาคมคุ้มครองผู้บริโภคยังสามารถดำเนินคดีแทนผู้บริโภคที่ได้รับความไม่เป็นธรรมจากสัญญาได้ อันเป็นการเยียวยาแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมที่ผลของสัญญาเพิ่มเติมจากการคุ้มครองผู้บริโภคในกระบวนการก่อนทำสัญญา ที่มีการประกาศเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

กระทรวงยุติธรรม .รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. ครั้งที่ 2/2536,11  
มีนาคม 2536.

กวี เปรมรัตนชัย .การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541.

เข้มชัย ชุตินวงศ์ .สภาพบังคับทางกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาด และจำกัดการแข่งขันทางการค้า.วารสาร  
อัยการ 4 ,37 (มกราคม 2524 ) : 47-60.

จรัญ ภักดีธนากุล .สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.  
กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2541.

จันทร์ลักษณ์ โชติรัตนดิกลง .กฎหมายป้องกันการผูกขาดกิจการโทรคมนาคม .วารสารนิติศาสตร์ 23 , 4  
(ธันวาคม 2536) : 650-671.

จิรัตน์ เขียวขุ่ม .พฤติกรรมกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะ  
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2547.

จำปี ไสภดิพันธ์ .คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา.พิมพ์ครั้งที่ 3 .กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน  
, 2540.

ฉัตรทิพย์ นาถสุภา .ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิชย์, 2512.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม .สัญญาจำกัดอาชีพ และการแข่งขันทางการค้า .วารสารสภาพนายความ 4,21 (กันยายน  
2524 ) : 20-26.

ดารารพ ธีระวัฒน์ .กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์  
ครั้งที่ 2 .กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541.

ทับทิม วงศ์ประยูร .ประวัติและลัทธิเศรษฐกิจ. กรุงเทพมหานคร : วี.เจ. พรินติ้ง , 2536.

ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน) .แนวโน้มภาวะเศรษฐกิจและธุรกิจปี 2546 : การขยายตัวของดีเอสเคานท์  
สตรี ผลกระทบต่อธุรกิจค้าปลีกไทย.วารสารประชาสารสังขฉบับเศรษฐกิจวิเคราะห์ 20,10 (ตุลาคม  
2545 ) :1-3.

ธรรมบุญ ไสภรัตน์ .หลักเศรษฐศาสตร์.กรุงเทพฯ : ป. สัมพันธะนาฎณ์ 2529.

ธาดา ศาสตราธิต .การห้ามการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ .วารสารศาลแรงงาน 3, 12  
( มีนาคม 2524 ) : 22-30.

นพดล ปกรณ์นิมิตดี .ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2542.

นภาพร แดดภู .การกำหนดราคาขายปลีก : ข้อจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง,2539.

นิพนธ์ พัวพงศกร และคณะ .การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่  
จากต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2545.

- บริษัท ซีเอ อินเตอร์เนชั่นแนลอินฟอร์เมชั่น จำกัด.โครงการศึกษาผลกระทบของการแข่งขันและการรวมตัวของ  
ผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ในประเทศที่มีผลต่อผู้บริโภค และร้านค้าปลีกขนาดเล็ก. งานวิจัย  
เสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, กันยายน 2545.
- บริษัท ศูนย์วิจัยกสิกรไทย จำกัด .สินค้าแฮนด์แบรนด์ : ทะลักสู่ตลาด อีกอย่างก้าวของยักษ์ค้าปลีก.วารสารมอง  
เศรษฐกิจ. 8,1048 ( 7 พฤษภาคม 2545 :1-6.
- บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย . มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการฟุ้งตลาดในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2542.
- ปริญญา จิตรกรรมนทีกิจ .สรุปวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2538.
- ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงใช้อาคารบางชนิดหรือ  
บางประเภท .ราชกิจจานุเบกษา. 120 ตอนพิเศษ 101 ง ( 4 กันยายน 2546 )
- ประพนธ์ คณาวิทยา .ประสิทธิภาพและมาตรการทางกฎหมาย เกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการ  
ผูกขาดตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย , 2541.
- ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร บุญญพันธ์ .คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย.  
พิมพ์ครั้งที่ 10 .กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ, 2536.
- พระราชบัญญัติการผังเมือง (ฉบับที่ 3 ) พ.ศ. 2535.ราชกิจจานุเบกษา.109 ตอน 10 ( 14 กุมภาพันธ์ 2535 )
- พินัย ณ นคร .กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ.วารสารนิติศาสตร์  
30 ,4 ( ธันวาคม 2543 ) : 546- 588.
- มติคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ครั้งที่ 1/2547 วันที่ 14 พฤษภาคม 2547
- มีพาศน์ โปตระนันท์ .ปัญหาการค้าปลีกต่างชาติ ยึดครองตลาดเราจะดำเนินการอย่างไรดี.วารสารดุลพาน  
1,49 ( มกราคม – เมษายน 2545 ) : 109-116.
- รชฎ บุญสินสุข .การดำเนินคดีแบบกลุ่มในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์.วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2545.
- รัตนา สายคณิต และชลลดา จามรกุล .หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : เอียร์บุ๊กพับลิชเชอร์,  
2537.
- ระวัง เนตรโพธิ์แก้ว .หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. กรุงเทพ มหานคร : สำนักพิมพ์พิทักษ์อักษร,2530.
- ลิขิต ธีระเวคิน .การเอาตัวเขาเปรียบในการประกอบธุรกิจ .ผู้จัดการรายวัน (1 พฤศจิกายน 2545 ) : 9.
- วรภา วรพิชโยทัย .นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีคดีฟู้จิกัดัก.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2543.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน.เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น.พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2540.
- วัฒนา เทพวุฒิสถาพร .แนวความคิดและวิชาการเพื่อความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่  
เป็นธรรม พ.ศ. 2540. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,  
2545.

- วิชณุ เครื่องงาม .คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้.พิมพ์ครั้งที่7 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
นิติบรรณาการ, 2540.
- วิชัย จิตตपालกุล .สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.วิทยานิพนธ์  
ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2535.
- วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์ .การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย.วิทยานิพนธ์ปริญญา  
วิทยาศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2525.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย .การค้าส่งค้าปลีก (รายงานทิศทางเศรษฐกิจและการค้าไทย : ภาค  
การค้าภายในประเทศ. งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ , มีนาคม 2542.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย .โครงการศึกษาการปฏิบัติการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศ  
ต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการ  
ส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน  
กระทรวงพาณิชย์ , สิงหาคม 2544.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย .การค้าปลีกของไทย : ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบการค้า  
ปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ.งานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ , สิงหาคม  
2545.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ .โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของสหรัฐอเมริกา  
สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1 (ศึกษาด้านกฎหมาย).งานวิจัยเสนอต่อ  
กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ , สิงหาคม 2542.
- สรวิศ ลิ้มปรางษ์ .กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐานเจตนารมณ์และปัญหา : ฉบับรวมบทความ.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติกรรม, 2543.
- สุนา อยุ่โพธิ์ .การค้าปลีก. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2538.
- สุธีร์ ศุภนิตย์ .กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจประเทศญี่ปุ่น .วารสารนิติศาสตร์.  
14, 3 ( กันยายน 2527 ) : 194-212.
- สุขสม ศุภนิตย์ .การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2)  
พ.ศ. 2541.วารสารกฎหมาย 19 ( พฤษภาคม 2542 )
- สุขสม ศุภนิตย์ .คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2540.
- สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า .การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบในธุรกิจร้านสะดวกซื้อประเทศ  
ญี่ปุ่น .วารสารเปิดโลกแข่งขันทางการค้า1,20 ( ธันวาคม 2545 ) :1-2.
- สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า .อำนาจต่อรองของผู้ประกอบการค้าปลีกขนาดใหญ่ในกลุ่มประเทศ OECD.  
วารสารเปิดโลกแข่งขันทางการค้า 2 ( เมษายน 2545 ) 1-3.
- สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า .เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้า  
ที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าส่งค้าปลีก (Guideline) ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.  
2542. กรุงเทพมหานคร : บพิตรการพิมพ์, 2546.
- อัมพร วิจิตรพันธ์ .หลักเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง,2525.

## ภาษาอังกฤษ

- Beatson, J. Anson's Law of Contract ( 27 th ed.). New York : Oxford University Press, 1998.
- Brower V. Gateway 2000 case [Online] Available from: <http://www.Stel. Edv/facelty-dir/ricks/casebook/Brower V. Gateway 2000. html>.
- Calamari, John D. and Joseph M. Perillo. The Law at Contracts. 2 nd ed, Minnesota : West Publishing Co, 1977.
- Cartwright, John. Unequal Bargaining. New York : Clarendon Press, 1991.
- Consent Decision of the FTC, June 17, 1982 .Shginketsu shu 29-31; mitsukoshi Department Store case
- Deutch, Sinai .Unfair Contract : The Doctrine of Unconscionability. Massachusetts : D.C. Heath and Company 1977.
- Fair Trade Commission Notification No. 15 of 1982.[Online] Available from: <http://www2.jftc.go.jp/c.pape / legislation / unfair.html>
- Federal Trade Commission staff .Report on Federal Trade Commission Workshop on stating Allowances and other marketing practice in the Grocery Industry. 2001.[Online] Available from: <http://www.ftc.gov/bcslotting>
- Golen, William H. Retailing and Retailer Defined .Contemporary Retailing. United state : Prentice – Hall, Inc., 1978.
- Hiroshi Oda .Japanese Law. 2 nd , ed, London, oxford university Press, 1999.
- Jacobs, Edward .Effective Exclusion clauses. London : Fourmat Publishing , 1990.
- John, D. Donell, A. Jame Barnes and Michael, B. Metzger. Law for Business. United state : Richard D. Irwin, INC., 1980-1983.
- Lawson, Richard .Exclusion Clauses and Unfair Contract Term. 5 th ed. London : Sweet & Maxwell, 1980.
- Mallor, Jane P. Unconscionability in Contracts between Merchants. 40 Southwestern L.J. , 1986 :1069-1070.
- Miyashita, K. and D. Russel, Suside .Japan's keiretse, Tokyo, 1996.
- Nordstrom, Robert. J. Handbook of the Law of Sales. 3re ed. Minnesota : West Publishing Co., 1990.
- OECD. Buying Power of Mutiprodukt Retailers. (DAFFE/CLP (99) 21, Paris, 1999.
- Smith John .Smith and Thomas : A Casebook on contract. London : Sweet & Maxwell, 1996.
- Terry Calvani and Glide Breidenbach. An introduction to the Robinson Patman Act and its enforcement by the government .Antitrust Law Journal 59 (1990-1992) : 765-770.

Tiplady David .Some Problems with the Unfair Contract Term Act 1977. New Law Journal 137 (May 1987 ): 427-430.

Treitel, G.H., .The Law of Contract. 6 th ed. London : Stevens & Sons, 1983.

Treite Guenter .The Law at Contract.10 th ed. London : Sweet & maxwell, 1999.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย





ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก  
 AGREEMENT FOR PURCHASE AND SALE OF GOODS  
 สัญญาซื้อขายสินค้า

No.  
 เลขที่ \_\_\_\_\_

THIS AGREEMENT is made on the \_\_\_day of \_\_\_\_\_ between  
 สัญญานี้ทำขึ้นเมื่อวันที่ \_\_\_\_\_ ระหว่าง

\_\_\_\_\_ having its office located at \_\_\_\_\_  
 Tel. \_\_\_\_\_  
 Division: \_\_\_\_\_ Department : \_\_\_\_\_ (the “Buyer”) and  
 \_\_\_\_\_ ซึ่งมีสำนักงานตั้งอยู่ที่ \_\_\_\_\_  
 ฝ่าย \_\_\_\_\_ แผนก \_\_\_\_\_ (ผู้ซื้อ) และ

Name: \_\_\_\_\_  
 Address : \_\_\_\_\_  
 Tel. \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
 Seller Code : \_\_\_\_\_ Tax ID: \_\_\_\_\_  
 (the “Seller”)  
 ชื่อ : \_\_\_\_\_  
 ที่อยู่ \_\_\_\_\_  
 โทรศัพท์ : \_\_\_\_\_ โทรสาร : \_\_\_\_\_  
 รหัสผู้ขาย : \_\_\_\_\_ เลขประจำตัวผู้เสียภาษี \_\_\_\_\_  
 (ผู้ขาย)

IT IS AGREED as follows:

คู่สัญญาดตกลงกันดังต่อไปนี้ :

## 1. Definitions

In this Agreement, the following terms have the following meanings:

- 1.1 “Goods” means goods of the type (s) set out in Annex 1 or as the parties may agree to change, after, or add hereinafter and shall include containers packages and tables therefore.
- 1.2 “Order” means a written order of the Buyer given in accordance with Clause 2.4 below.
- 1.3 “Price” means the price of Goods that the Buyer agrees to purchase from the Seller (exclusive of Vat).
- 1.4 “Store” means the branch (s) of the Buyer where the Goods are placed for sale.
- 1.5 “Item” means each type of goods.
- 1.6 “total price payable” means the accumulate yearly purchase

## 1. คำจำกัดความ

ในสัญญาฉบับนี้ คำสั่งต่อไปนี้มีมีความหมายดังต่อไปนี้

- 1.1 “สินค้า” หมายถึง สินค้าตามประเภทที่ระบุในภาคผนวก 1 หรือที่คู่สัญญาอาจตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิ่มเติมในภายหลัง และให้หมายความรวมถึง ภาชนะที่บรรจุสินค้า หีบห่อที่บรรจุสินค้า และฉลากของสินค้าด้วย
- 1.2 “คำสั่งซื้อ” หมายถึง คำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรของผู้ซื้อที่ออกตามข้อ 2.4
- 1.3 “ราคา” หมายถึง ราคาของสินค้าที่ผู้ซื้อตกลงซื้อจากผู้ขาย (ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม)
- 1.4 “สโตร์” หมายถึง สาขาของผู้ซื้อที่มีการจัดวางสินค้าเพื่อจำหน่าย
- 1.5 “รายการ” หมายถึง สินค้าแต่ละประเภท
- 1.6 “ราคารวมชำระ” หมายถึง ยอดซื้อรวมทั้งปีของทุกสโตร์

## 2. Duration and Supply of Goods

- 2.1 This Agreement shall be valid as from \_\_\_\_\_ to \_\_\_\_\_
- 2.2 The Seller agrees to sell the Goods to the Buyer in accordance with the quality and Price sated in Annex 1 Or as the parties may agree to change, after or add hereinafter.
- 2.3 The Seller shall accept Order from the Buyer to buy the Goods during the term of this Agreement.
- 2.4 Every Order shall

2.4.1 specify, by reference to the common item code and item name stipulated in Amex 1 or as the parties may agree to change, after, or a hereinafter, the Goods which are to be supplied.

2.4.2 specify the quantity of the Goods which are to be supplied.

2.4.3 specify the location where the Goods are to be delivered.

2.5 The Seller shall deliver the Goods to the Buyer within \_\_\_\_\_day from the date stipulated in the Order, and at the location stipulated in the Order or other location as instructed by the Buyer , provided that if the delivery location is not in the area of Bangkok, Samutprakarn, or Pathumthani, the Buyer shall allow an additional \_\_\_\_\_days for delivery. Late delivery shall be subject to a penalty at the rate of \_\_\_\_\_% of the Price of the undeliver Goods per day.

2.6 The Seller shall use its best endeavours to maintain sufficient stocks of ;the goods to fulfill all the Orders placed by the Buyer. In the event that the Seller does not have sufficient stocks of the Goods, the Seller shall notify the Buyer immediately. In the event that the Seller cannot deliver the Good to the Buyer whether in whole or in part as a result of not having sufficient stocks of the Goods, the Seller shall be subject to a penalty at the rate of Baht\_\_\_\_\_per unit item of the Goods in addition to the penalty stated in Clause 2.5. The Seller consents to be liable for paying any other damages incurred therefrom.

2.7 The parties agrees that the ownership of the Goods shall be transferred to the Buyer upon the Buyer's acceptance of delivery. The Seller shall bear loss should the Goods be lost, destroyed or damaged before the buyer's acceptance of delivery.

## 2. ระยะเวลาและการจัดหาสินค้า

2.1 สัญญานี้มีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ \_\_\_\_\_ ถึงวันที่ \_\_\_\_\_

2.2 ผู้ขายตกลงขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อตามคุณภาพและราคาที่จะระบุในภาคผนวก หรือที่คู่สัญญาอาจตกลงเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมในภายหลัง

2.3 ผู้ขายจะต้องรับคำสั่งซื้อจากผู้ซื้อเพื่อการซื้อสินค้าในระหว่างระยะเวลาของสัญญานี้

2.4 คำสั่งซื้อทุกครั้งจะต้อง

2.4.1 ระบุอ้างอิงรหัสรายการและชื่อรายการทั่วไปที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 หรือที่คู่สัญญาอาจตกลงเปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือเพิ่มเติมในภายหลัง ของสินค้าที่จะซื้อ

2.4.2 ระบุปริมาณของสินค้าที่จะซื้อ

2.4.3 ระบุสถานที่ที่จะส่งมอบสินค้า

2.5 ผู้ขายจะต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อภายใน \_\_\_\_\_ วันนับจากวันที่ระบุในคำสั่งซื้อและ ณ สถานที่ที่ระบุในคำสั่งซื้อหรือสถานที่อื่นตามคำสั่งของผู้ซื้อ ทั้งหากสถานที่ส่งมอบอยู่นอกเขตกรุงเทพมหานคร สมุทรปราการหรือปทุมธานี ผู้ซื้อจะต้องให้เวลาเพิ่มสำหรับการส่งมอบอีก

\_\_\_\_\_ วันการส่งมอบล่าช้าจะต้องเสียเบี้ยปรับในอัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคา  
ของสินค้าที่ไม่ได้ส่งมอบต่อวัน

- 2.6 ผู้ขายจะใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดในการดำรงสต็อกสินค้าไว้ให้เพียงพอ เพื่อตอบสนองคำสั่งซื้อ  
ทั้งหมดที่ออกโดยผู้ซื้อ ในกรณีที่ผู้ขายไม่มีสต็อกสินค้าเพียงพอ ผู้ขายจะต้องถูกปรับในอัตรา  
\_\_\_\_\_ บาทต่อสินค้าหนึ่งหน่วยนอกเหนือไปจากการปรับตามข้อ 2.5 ทั้งนี้ผู้ขายยินยอมรับผิดชอบ  
ค่าเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นอีกด้วย
- 2.7 คู่สัญญาตกลงกันว่ากรรมสิทธิ์ในสินค้าจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อรับการส่งมอบ ผู้ขายจะต้องเป็นผู้  
รับประกันความเสียหายในกรณีที่สินค้าสูญหายถูกทำลายหรือเสียหายก่อนที่ผู้ซื้อจะรับการส่งมอบ

### 3. Payment and Set-Off

- 3.1 Subject to Clause 3.2, payment of the Price by the Buyer shall be made within \_\_\_\_\_ days  
from the date the Buyer accepts the delivery.
- 3.2 Payment of the Price may be made by cheque on the  10<sup>th</sup> and 25<sup>th</sup> of the month.
- 3.3 In the event that the Buyer provides the Seller with a more convenient payment system  
whereby the buyer centralizes all invoices of the Seller and Seller can pick up cheque at the  
Standard Chartered Bank, the Seller agrees to pay the fee to the Buyer at the rate of  
\_\_\_\_\_ % of the amount of total Price .
- 3.4 Payment of any debts owed by the Seller under this Agreement shall be paid to the Buyer  
within 15 days from the date stipulated in the invoice, otherwise the Buyer may set-off  
against any sums due to the Seller whether under this Agreement or otherwise any lawful  
set-off or counterclaim which the Buyer may at any time be entitled, without obtaining any  
consent from or being required to give any notice to the Seller.
- 3.5 Late payment by the Seller shall subject to interest at the rate of 15% per year.
- 3.6 Both parties agree that each of them shall be responsible for VAT ant/or withholding tax or  
any other taxes as imposed on each of them by law.



### 3. การชำระเงินและการหักกลบลบหนี้

- 3.1 ภายใต้บังคับแห่งข้อ 3.2 ผู้ซื้อจะต้องชำระราคาภายใน \_\_\_\_\_ วันนับแต่วันที่ผู้ซื้อรับการส่งมอบ
- 3.2 การชำระราคาอาจชำระได้ด้วยเช็คในวันที่  10 และ 25 ของเดือน
- 3.3 ในกรณีที่ผู้ซื้อจัดระบบการชำระเงินที่สะดวกยิ่งขึ้นให้แก่ผู้ขาย โดยการที่ผู้ซื้อจะรวบรวมใบแจ้งหนี้ทั้งหมดของผู้ขายไว้ที่ศูนย์กลาง และผู้ขายสามารถขอรับเช็คได้ที่ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ด ผู้ขายตกลงจะชำระค่าธรรมเนียมให้แก่ผู้ซื้อในอัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของจำนวนของราคารวม
- 3.4 การชำระหนี้ใด ๆ ที่ผู้ขายจะต้องชำระตามสัญญา ผู้ขายจะต้องชำระให้แก่ผู้ซื้อภายใน 15 วัน นับจากวันที่กำหนดไว้ในใบแจ้งหนี้ มิฉะนั้นผู้ซื้ออาจทำการหักกลบลบหนี้หรือการเรียกร้องแย้งที่ชอบด้วยกฎหมายโดยประการอื่นใดที่ผู้ซื้ออาจมีสิทธิไม่ว่าในเวลาใดก็ตาม โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ขายหรือต้องบอกกล่าวต่อผู้ขาย
- 3.5 หากผู้ขายชำระเงินล่าช้าผู้ขายจะต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี
- 3.6 คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องรับผิดชอบต่อภาษีมูลค่าเพิ่มแล หรือภาษีหัก ณ ที่จ่าย หรือภาษีอื่นใดตามที่กฎหมายเรียกเก็บเอาจากตน

### 4. Price Adjustment

In the case where the Seller is desirous of adjusting the Price, the Seller shall notify the buyer in writing, by registered mail, at least 2 months prior to sale adjustment. The Price can only be adjusted by mutual agreement between the parties, provided that the adjustment shall be confirmed by the Buyer writing.

### 4. การปรับราคา

ในกรณีที่ผู้ขายประสงค์จะปรับราคา ผู้ขายจะต้องแจ้งให้ผู้ซื้อทราบเป็นลายลักษณ์อักษรโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียน อย่างน้อย 2 เดือน ก่อนการปรับราคาดังกล่าว ราคาจะสามารถปรับได้ก็แต่โดยความแตกต่างร่วมกันระหว่างคู่สัญญา แต่ทั้งนี้การปรับราคาจะต้องได้รับการยืนยันจากผู้ซื้อเป็นลายลักษณ์อักษร

### 5. Discount on the Price

The Seller agrees that the Buyer shall be entitled to deduct discount at any time that the Buyer deems appropriate at the following rates: \_\_\_\_\_% from normal price.

5. ส่วนลดของราคา ผู้ขายตกลงว่าผู้ซื้อสิทธิหักส่วนลดได้ทุกเมื่อตามที่ผู้ซื้อเห็นสมควรในอัตราดังต่อไปนี้ \_\_\_\_\_% จากราคาซื้อปกติ ส่วนลดปกติและส่วนลดส่งเสริมการขายในอัตราตามที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 หรือที่คู่สัญญาอาจตกลงเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมในภายหลัง

## 6. Return of Goods

- The Seller agrees to permit the Buyer to return any of the Goods at any time notwithstanding that the Good may have already been accepted Buyer. In such case, the Seller agrees to refund all money paid by the Buyer to the Seller with regard to the returned Good to the Buyer within from the date of return, otherwise the Buyer shall be entitled to deduct such amount of money from the money that the Buyer is to pay to the Seller the next payment.
- The Seller agrees that the Buyer shall be entitled to return the defective Goods, bad quality Goods, Goods that are not made in compliance with laws such as the consumer protection law or Goods that are claimed counterfeit goods or an infringement of any third party's intellectual pro right (such as copyright, patent right or trademark right) at any time notwithstanding that the Goods may have already been accepted by the Buyer such case, the Seller to return all money paid by the Buyer to the Seller with regard to the returned Goods to the Buyer within 7 days from date of return, otherwise the Buyer shall be entitled to deduct such amount of money that the river is to pay to the Seller at the payment.

## 6. การคืนสินค้า

- ผู้ขายตกลงที่จะอนุญาตให้ผู้ซื้อคืนสินค้าได้ทุกเมื่อ แม้ว่าผู้ซื้ออาจได้รับมอบสินค้าไปแล้ว ในกรณีดังกล่าว ผู้ขายตกลงที่จะคืนเงินทั้งหมดที่ผู้ซื้อชำระให้แก่ผู้ขายสำหรับสินค้าที่ส่งคืนให้แก่ผู้ซื้อภายใน 7 วัน นับจากวันที่ส่งคืน มิฉะนั้นผู้ซื้อจะมีสิทธิหักเงินดังกล่าวจากเงินที่ผู้ซื้อจะต้องชำระแก่ผู้ขายในงวดถัดไปได้
- ผู้ขายตกลงว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิส่งคืนสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง สินค้าที่มีคุณภาพไม่มี สินค้าที่ไม่ได้ทำขึ้นตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหรือสินค้าที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์สินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลภายนอก (เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า) ได้ทุกเมื่อ แม้ว่าผู้ซื้อ อาจได้รับมอบสินค้าไปแล้ว ในกรณีดังกล่าว ผู้ขายตกลงที่จะคืนเงินทั้งหมดที่ผู้ซื้อชำระให้แก่ผู้ขาย สำหรับสินค้าที่ส่งคืนให้แก่ผู้ซื้อภายใน 7 วัน นับจากวันที่ส่งคืนมิฉะนั้น ผู้ซื้อจะมีสิทธิหักเงินดังกล่าวจากเงินที่ผู้ซื้อจะต้องชำระแก่ผู้ขายในงวดถัดไปได้

## 7. Rebates

### 7.1 Unconditional rebates

The Seller agrees to make refund to the Buyer at the rate of \_\_\_\_\_% of the total Price. The rebates pursuant to this Clause will be calculated to Buyer :

- Quarterly                       Semiannually                       Annually

## 7.2 Conditional Rebates

In the event that the aggregate Price of the goods bought by the Buyer is in accordance with the following schedule, the Seller agrees to make to the Buyer, in addition to the refund made by the Seller to the Buyer pursuant to Clause 7.1 above at the following rate :

Aggregate Price of more that \_\_\_\_\_ % of the total Price

Aggregate Price of more that \_\_\_\_\_ % of the total Price

Aggregate Price of more that \_\_\_\_\_ % of the total Price

Aggregate Price of more that \_\_\_\_\_ % of the total Price

The rebate s pursuant to this Clause will be calculated by the Buyer:

Quarterly  Semiannually  Annually

## 7. ส่วนลดคีนกำไร

### 7.1 ส่วนลดคีนกำไรโดยไม่มีเงื่อนไข

ผู้ขายตกลงจะให้ส่วนลดคีนกำไรแก่ผู้ซื้อในอัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม ผู้ซื้อจะติดค่านวนส่วนลดคีนกำไรตามข้อนี้เป็น

รายไตรมาส  รายครึ่งปี  รายปี

### 7.2 ส่วนลดคีนกำไรโดยมีเงื่อนไข

ในกรณีที่ราคาโดยรวมของสินค้าที่ซื้อโดยผู้ซื้อเป็นไปตามตารางดังต่อไปนี้ ผู้ขายตกลงจะให้ส่วนลดคีนกำไรแก่ผู้ซื้อ นอกเหนือไปจากการให้ส่วนลดคีนกำไรแก่ผู้ซื้อตามข้อข้างต้นในอัตราดังต่อไปนี้

ราคารวมเกินกว่า \_\_\_\_\_ อัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม

ราคารวมเกินกว่า \_\_\_\_\_ อัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม

ราคารวมเกินกว่า \_\_\_\_\_ อัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม

ราคารวมเกินกว่า \_\_\_\_\_ อัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม

ผู้ซื้อจะติดค่านวนส่วนลดคีนกำไรตามข้อนี้เป็น

รายไตรมาส  รายครึ่งปี  รายปี

#### 8. Common Assortment Fees

The Seller agrees to pay the Common Assortment Fees to the Buyer in consideration that the Buyer has selected and purchased the Goods to sell in its Store at the following rate:

#### 8. ค่าบริการชั้นวางของทั่วไป

ผู้ขายตกลงจ่ายค่าบริการชั้นวางของทั่วไป ให้แก่ผู้ซื้อเพื่อตอบแทนการที่ผู้ซื้อได้คัดเลือกและซื้อสินค้าเพื่อขายในร้านค้า ในอัตราดังต่อไปนี้

#### 9. Top Gondola (TG) Promotional Fees

In the event that the Seller is desirous of having the Goods positioned or displayed in the Store to be highly visible to customers, the Seller agrees to pay Promotional Fees at the following rate:

- \_\_\_\_\_ Baht minimum per position per Store each time, at least \_\_\_\_\_ time (s) per year or \_\_\_\_\_% of the total Price whichever is the higher
- \_\_\_\_\_ Baht per position per Store
- \_\_\_\_\_ % of the total Price payable     Monthly     Quarterly

#### 9. ค่าบริการหัวชั้น

ในกรณีที่ผู้ขายประสงค์จะให้มีการจัดวางหรือจัดแสดงสินค้าในสโตร์ให้เป็นที่สะดุดตาแก่ลูกค้ามากยิ่งขึ้น ผู้ขายตกลงจะจ่ายค่าบริการหัวชั้นในอัตราดังต่อไปนี้

- อย่างน้อย \_\_\_\_\_ บาทต่อตำแหน่งที่วางสินค้าต่อสโตร์ต่อครั้ง (อย่างน้อย \_\_\_\_\_ ครั้งต่อปี) หรือร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม แล้วแต่ที่จำนวนใดสูงกว่า
- \_\_\_\_\_ บาทต่อตำแหน่งที่วางสินค้าต่อสโตร์
- ร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม ชำระเป็น     รายเดือน     รายไตรมาส

#### 10. Advertisement Fees

- The Buyer may, at its discretion, choose to advertise any goods in Catalogue for promotional purposes. In the event that the Buyer choose to advertise the Goods, the Seller agrees to pay an advertisement fees at the following rate:

- \_\_\_\_\_ Baht per Item per Store
- \_\_\_\_\_% of the total Price payable     Monthly     Quarterly
- at least \_\_\_\_\_ photo/ year.

#### 10. ค่าธรรมเนียมการโฆษณา

- ผู้ซื้ออาจเลือกที่จะโฆษณาสินค้าตามแต่ผู้ซื้อจะเห็นสมควรในหนังสือโฆษณาสินค้าเพื่อการส่งเสริมการขาย ในกรณีที่ผู้ซื้อเลือกที่จะซื้อเลือกที่จะโฆษณาผู้ขายตกลงจ่ายค่าธรรมเนียมการโฆษณาในอัตราดังต่อไปนี้
- \_\_\_\_\_ บาทต่อรายการต่อสโตร์
- ร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม ชำระเป็น     รายเดือน     รายไตรมาส
- อย่างน้อย \_\_\_\_\_ รูป ต่อปี

#### 11. Premium for New Item

In the event that the Buyer first introduces a new Item of Goods to its Store, the Seller agrees to pay a premium to the Buyer at the rate of \_\_\_\_\_ Buyer per new Item per Store.

#### 11. เงินช่วยสำหรับสินค้ารายการใหม่

ในกรณีที่ผู้ซื้อสินค้ารายการใหม่เข้ามาขายเป็นครั้งแรกในสโตร์ของตน ผู้ขายตกลงที่จะจ่ายเงินช่วยให้แก่ผู้ซื้อในอัตรา \_\_\_\_\_ บาทต่อสินค้ารายการใหม่แต่ละรายการสโตร์



## 12. Premium and Free Goods for Opening a New Store

In the event that Buyer opens a new Store, the Seller agrees as follows

- 12.1 The Seller agrees that the Buyer shall be entitled to deduct a special discount at the rate of \_\_\_\_\_% of the Price of the goods that the Buyers purchased before the grand opening date of such store and until \_\_\_\_\_days after the grand opening date.
- 12.2 Payment of the price of the goods ordered not later than \_\_\_\_\_days after the grand opening date shall be made within \_\_\_\_\_day from the date of delivery or from the date of grand opening whichever come last.
- 12.3 The Seller agrees to pay a premium to the Buyer at the following rate:
- \_\_\_\_\_ Baht per Item per store
- \_\_\_\_\_ Baht per Store
- \_\_\_\_\_ Baht per Reopening Store
- \_\_\_\_\_ % of the total Price payable  Quarterly  Semiannually
- 12.4 The Seller agrees to give Goods to the Buyer free of charge in the amount described in Annex 2, provided that such free Goods shall be delivered to the Buyer at the same time as the delivery of the Goods as per the first Order.

## 12. เงินช่วยเหลือและสินค้าฟรีสำหรับการเปิดสโตร์ใหม่ ในกรณีที่ผู้ซื้อเปิดสโตร์ใหม่ ผู้ขายตกลงดังนี้

- 12.1 ผู้ขายตกลงว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิหักส่วนลดพิเศษในอัตราร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคาของสินค้าที่ซื้อ ก่อนวันเปิดสโตร์อย่างเป็นทางการ จนถึง \_\_\_\_\_ วันหลังจากวันเปิดสโตร์อย่างเป็นทางการ
- 12.2 สินค้าที่ส่งมอบก่อนวันเปิดห้าง จนถึงวันเปิดห้างอย่างเป็นทางการ รวมทั้งสินค้าที่ส่งมอบหลังวันเปิดห้างไปอีก \_\_\_\_\_ วัน จะมีระยะเวลาการชำระเงิน \_\_\_\_\_ วัน
- สำหรับสินค้าที่ส่งมอบก่อนเปิดห้าง ให้นำจากวันเปิดห้างอย่างเป็นทางการ เป็นวันเริ่มนับระยะเวลาการชำระเงิน
  - สำหรับสินค้าที่ส่งมอบในวันเปิดห้างเป็นต้นไป ให้นำระยะเวลา การชำระเงินตาม วันที่ได้รับส่งมอบสินค้าเข้าห้าง
- 12.3 ผู้ขายตกลงที่จะจ่ายเงินช่วยเหลือแก่ผู้ซื้อในอัตราดังต่อไปนี้
- \_\_\_\_\_ บาทต่อรายการต่อสโตร์
- \_\_\_\_\_ บาทต่อสโตร์
- \_\_\_\_\_ บาทต่อสโตร์ปรับปรุงใหม่
- ร้อยละ \_\_\_\_\_ ของราคารวม ชำระเป็น  รายไตรมาส  รายครึ่งปี
- 12.4 ผู้ขายตกลงที่จะให้สินค้าแก่ผู้ซื้อโดยไม่คิดราคาตามจำนวนที่ระบุในภาคผนวกสินค้าฟรีดังกล่าวจะต้องส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อในเวลาเดียวกับการส่งมอบสินค้าตามคำสั่งซื้อครั้งแรก

### 13. Warranties

13.1 The Seller warrants to the Buyer that the Goods are made in compliance with the laws particularly, but not limited to, the law concerning consumer protection and are of merchantable quality and are not counterfeit goods or an infringement of any third party's intellectual property right (such as-copyright, patent right or trademark right).

13.2 The Seller warrants to the Buyer that each Item of Goods (except for fresh food ) shall have, on its package, proper bar codes that are in compliant with the industrial Product standards Act, B.E. 2511 and relevant rules and regulations issued by virtue of such law or issued by the FAN The Seller warrants to the Buyer that each item of Textile Goods shall be delivered with hanger or shoes shall have Carrefour standard shoes size sticker, otherwise the Seller agrees to pay a penalty to the Buyer at the rate of \_\_\_\_\_ Baht per unit item of Goods .

### 13. การรับประกัน

13.1 ผู้ขายรับประกันต่อผู้ซื้อสินค้าได้ทำขึ้นตามที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งแต่ไม่จำกัดอยู่เพียงกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและเป็นสินค้าที่มีคุณภาพที่สามารถนำออกขายได้ และไม่ เป็นสินค้าปลอมแปลง หรือละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลภายนอก (เช่นลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรหรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า)

13.2 ผู้ขายรับประกันต่อผู้ซื้อว่าหีบห่อของสินค้าแต่ละรายการ (ยกเว้นอาหารสด) จะต้องมียี่ห้อที่ถูกต้องตาม พ.ร.บ. มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องที่ออกตามกฎหมายดังกล่าวหรือออกโดยสถาบันสัญลักษณ์รหัสนี้สแห่งไทย มิฉะนั้น ผู้ขายยอมให้ผู้ซื้อปรับในอัตราบาทต่อสินค้าหนึ่งหน่วย ผู้ขายรับประกันต่อผู้ซื้อว่าจะส่งสินค้าประเภทเสื้อผ้าเครื่องแต่งกายพร้อมไม้แขวน หรือสินค้าประเภท รองเท้าพร้อมสติกเกอร์บอกขนาดรองเท้า มิฉะนั้น ผู้ขายยอมให้ผู้ซื้อปรับในอัตรา \_\_\_\_\_ บาทต่อสินค้าหนึ่งหน่วย

### 14. Indemnity

The Seller shall indemnify and hold the Buyer harmless against all actions, claims, demands, liabilities, losses, costs, and expenses including legal fees which may arise or which may be made against the Buyer in connection with the Goods, including but not limited to the claim of non compliance with consumer protection law or counterfeit goods or an infringement of any third party's intellectual property right. The Seller agrees that this Clause shall survive the termination of this Agreement .

#### 14. Indemnity

The Seller shall indemnify and hold the Buyer harmless against all actions, claims, demands, liabilities, losses, costs, and expenses including legal fees which may arise or which may be made against the Buyer in connection with the Goods, including but not limited to the claim of non compliance with consumer protection law or counterfeit goods or an infringement of any third party's intellectual property right. The Seller agrees that this Clause shall survive the termination of this Agreement.

#### 14. การชดใช้ค่าเสียหาย

ผู้ขายจะต้องชดใช้และดำเนินการเพื่อให้ผู้ซื้อปลอดจากการดำเนินคดี การเรียกร้อง การทวงถาม ความรับผิด ความเสียหาย ค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายรวมถึงค่าธรรมเนียมทางกฎหมายทั้งหมด ที่อาจเกิดขึ้น หรือมีขึ้นต่อผู้ซื้ออันเกี่ยวกับสินค้ารวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงการกล่าวอ้างว่าสินค้านั้นไม่ได้เป็นไปตามที่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคกำหนด หรือสินค้าปลอมแปลงหรือละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลภายนอก ผู้ขายตกลงว่าข้อสัญญาข้อนี้จะมีผลใช้บังคับต่อไปภายหลังจากที่สัญญานี้สิ้นสุดลงด้วย

#### 15. Termination

- 15.1 In the event that the Buyer is in breach of any provision of this Agreement, the Seller shall have the right to terminate this Agreement forthwith the Seller hereby waives any and all right to claim for any damages or other compensation whatsoever from the Buyer.
- 15.2 In the event that the Seller is in breach of any provision of this Agreement, the Buyer shall have the right to terminate this Agreement forthwith this shall not prejudice the Buyer's right to claim for damages or further compensation from the Seller.

#### 15. การบอกเลิกสัญญา

- 15.1 ในกรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญาไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด ผู้ขายจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ทันที และผู้ขายขอสงวนสิทธิใดๆ ทั้งหมดในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าชดเชยอื่นใดก็ตาม
- 15.2 ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ทันที และการบอกเลิกสัญญานี้ไม่เป็นการร่อมเสียของผู้ซื้อที่จะเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าชดเชยเอาจากผู้ขายอีก

This Agreement is made in duplicate, one for each party, both parties having read and understood its purpose thoroughly, have hereunto set their hands seals in the presence of witnesses on the day, month and year first written above.

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นเป็นสองฉบับ สำหรับคู่สัญญาแต่ละฝ่ายถือไว้ฝ่ายละฉบับ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อ่านและเข้าใจวัตถุประสงค์ของสัญญาโดยตลอดแล้ว และได้ลงลายมือชื่อและประทับตราไว้ต่อหน้าพยานเมื่อวันที่... ที่ระบุข้างต้น

Buyer

ผู้ซื้อ

Seller

ผู้ขาย

(.....)

(.....)

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ภาคผนวก ข

ATTN.....

Fax No.....

Supplier Name.....

Date.....

Supplier Code.....

เรียน ท่านผู้จัดจำหน่ายสินค้า

เนื่องจากทางห้างฯ ได้จัดทำแคตตาล็อกโฆษณาสินค้า ช่วงวันที่ 1/12/47 - 5/1/48 เพื่อโฆษณาสินค้า และสร้างยอดขาย ซึ่งทางแผนกต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดทำแคตตาล็อก จำนวน 1 ล้านบาท ดังนั้น ทางห้างฯ จึงขอความร่วมมือมายังท่านผู้จัดจำหน่ายช่วยสนับสนุนกิจกรรมดังกล่าว เป็นจำนวนเงิน 20,000 บาท ซึ่งท่านสามารถลงโฆษณาเล่มนี้ได้ 1 รูป

ห้างหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับความอุปการะคุณจากท่านผู้จัดจำหน่ายด้วยดี เช่นที่เคยได้รับเสมอมา

ขอแสดงความนับถือ

ฝ่ายจัดซื้อ

ข้าพเจ้ามีความยินดีมอบเงินจำนวน 20,000 บาท เพื่อร่วมสนับสนุนกิจกรรมดังกล่าวข้างต้น

ลงนามผู้จัดจำหน่าย

บริษัท/ ห้างร้าน

ตรงประทับสำคัญ



ATTN.....

Fax No.....

Supplier Name.....

Date.....

Supplier Code.....

เรียน ท่านผู้จัดจำหน่ายสินค้า

เนื่องจากทางห้างฯ ได้จัดรายการพิเศษเพื่อสมนาคุณแก่ลูกค้า ห้างฯ เฉลิมฉลองครบรอบ ..... ปี (...st Anniversary) ทางห้างฯ จึงใคร่ขอความร่วมมือมายังท่านผู้จัดจำหน่ายช่วยสนับสนุนกิจกรรมต่างๆ ที่จะจัดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว โดยมอบส่วนลดพิเศษ 5% ของยอดซื้อทั้งหมดในช่วงระหว่าง วันที่ 1 กันยายน – 31 ตุลาคม 2547

ห้างฯ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับความอุปการะคุณจากท่านผู้จัดจำหน่ายด้วยดี เช่นที่เคยได้รับเสมอมา สำหรับส่วนลดพิเศษที่ท่านได้มอบให้ทางห้างฯ เป็นผู้จัดส่งไปแจ้งหนี้ไปยังท่านภายหลัง ขอขอบพระคุณมา ณ โอกาสนี้

ขอแสดงความนับถือ

ฝ่ายจัดซื้อ

ข้าพเจ้ามีความยินดีมอบเงินจำนวน 20,000บาท เพื่อร่วมสนับสนุนกิจกรรมดังกล่าวข้างต้น

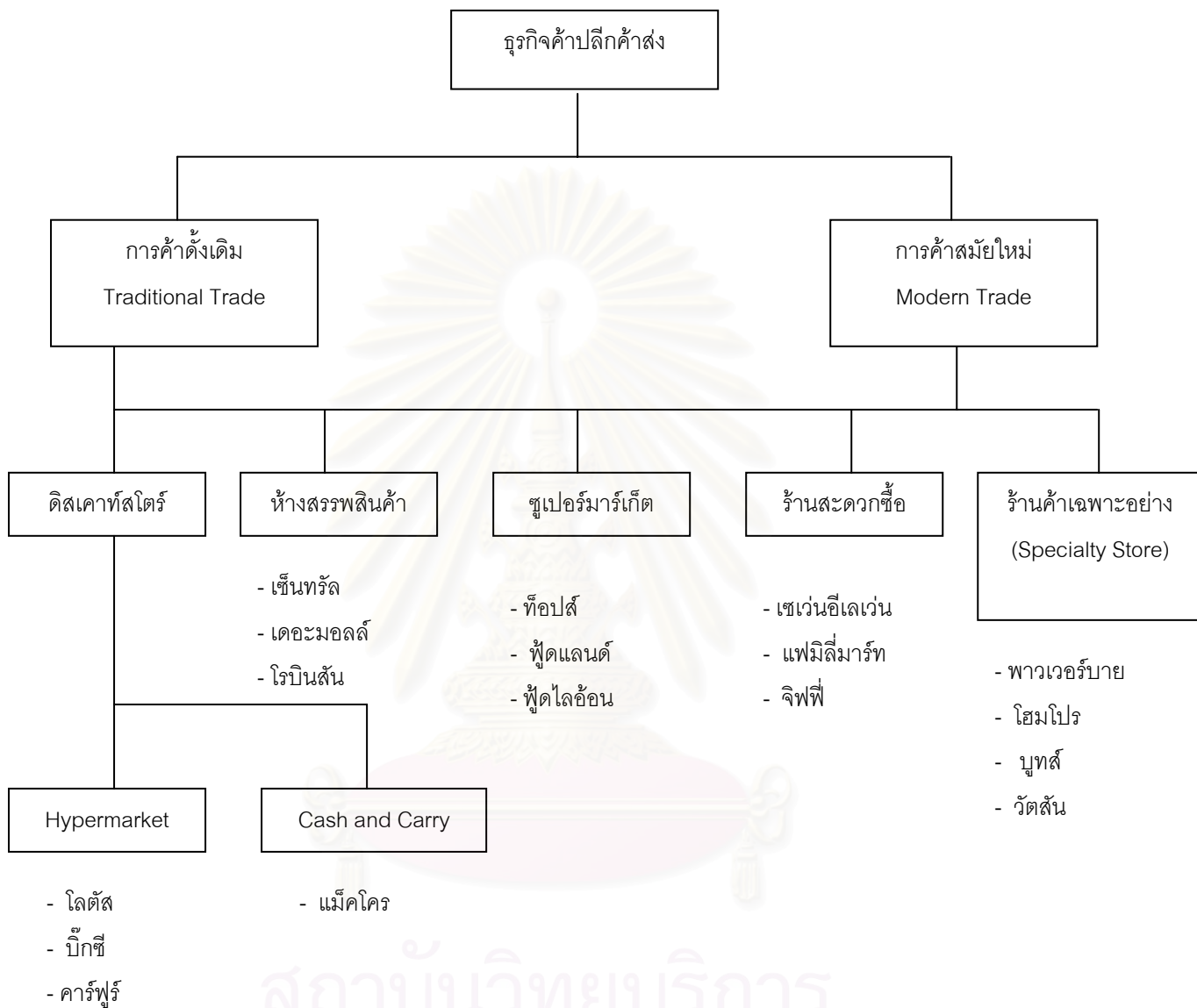
ลงนามผู้จัดจำหน่าย

บริษัท/ ห้างร้าน

ตรงประทับสำคัญ

## ภาคผนวก ค

## การจัดประเภทของธุรกิจค้าปลีกค้าส่งในประเทศไทย\*



\* ที่มา : สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า,เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง (Guideline) ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ( กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์ , 2546 )

## ภาคผนวก ง.

## ร่าง

บันทึกหลักการเหตุผล

ประกอบร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

พ.ศ.....

หลักการ

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

เหตุผล

โดยที่ธุรกิจค้าปลีกค้าส่งเป็นภาคเศรษฐกิจที่สำคัญต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ได้ประสบปัญหาและรับผลกระทบจากการแข่งขันที่รุนแรงทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศ ประกอบกับมีการใช้กลยุทธ์ทางการตลาดเอาเปรียบซึ่งกันและกัน ทำให้ธุรกิจค้าปลีกค้าส่งบางรายไม่อาจแข่งขันได้ต้องออกจากตลาดโดยไม่เป็นธรรม และในระยะยาวเมื่อคงเหลือผู้ประกอบการน้อยราย ผู้บริโภคจะขาดทางเลือกในการบริโภคสินค้า ดังนั้นเพื่อจัดระเบียบการค้าปลีกค้าส่งให้เกิดประโยชน์ต่อภาคเศรษฐกิจการค้าและบริการ และเกิดประโยชน์ต่อสาธารณชนและผู้บริโภค รวมทั้งเป็นการสร้างโอกาสแก่ผู้ประกอบการรายใหม่จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ร่าง  
พระราชบัญญัติ  
การประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง  
พ.ศ.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง  
พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา  
๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๑ มาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ มาตรา ๔๘ และ มาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง  
พ.ศ.....”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป  
มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ธุรกิจ” หมายความว่า กิจกรรมในทางพาณิชย์กรรม การบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจกรรมอื่น  
ที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

“ค้าปลีก” หมายความว่า การประกอบธุรกิจโดยการขายหรือให้บริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง

“ค้าส่ง” หมายความว่า การประกอบธุรกิจโดยการขายหรือให้บริการแก่ผู้ซื้อที่นำไปขายหรือให้บริการ  
ต่อ และให้หมายความรวมถึงการขายเป็นจำนวนมากตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

“ขาย” หมายความว่า การโอนกรรมสิทธิในสินค้าให้แก่บุคคลอื่น รวมทั้งจำหน่าย จ่ายโอน หรือ  
ให้บริการ

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจแต่งตั้ง  
พนักงานเจ้าหน้าที่กับออกกฎกระทรวงและประกาศ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

## หมวด ๑

## คณะกรรมการกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

มาตรา ๕ ให้มีคณะกรรมการกลางกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง เรียกโดยย่อว่า “กกค.” ประกอบด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรม ปลัดกระทรวงสาธารณสุข เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ผู้แทนสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ทรงคุณวุฒิไม่น้อยกว่าสี่คนไม่เกินหกคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนไม่น้อยกว่าสองคน เป็นกรรมการ และอธิบดีกรมการค้าภายในเป็นกรรมการและเลขานุการ

มาตรา ๖ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๕ มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปี

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระหรือในกรณีที่ได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิเพิ่มขึ้นในระหว่างที่กรรมการซึ่งแต่งตั้งไว้แล้วยังมีวาระอยู่ให้ผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทน หรือเป็นกรรมการเพิ่มขึ้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการซึ่งได้รับแต่งตั้งไว้แล้ว

เมื่อครบกำหนดตามวาระในวาระหนึ่ง หากยังมีได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระนั้นอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับแต่งตั้งใหม่เข้ารับหน้าที่

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้

มาตรา ๗ นอกจากพ้นจากตำแหน่งตามวาระมาตรา ๖ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

- (๑) ตาย
- (๒) ลาออก
- (๓) รัฐมนตรีให้ออกเพราะมีความประพฤติเสื่อมเสีย บกพร่องต่อหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ
- (๔) เป็นบุคคลล้มละลาย
- (๕) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๖) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

มาตรา ๘ การประชุมให้เป็นไปตามระเบียบการที่ กกค. กำหนด

การนัดประชุมต้องทำเป็นหนังสือและแจ้งให้กรรมการทุกคนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน เว้นแต่กรรมการนั้นจะได้ทราบการปกปิดในที่ประชุมแล้ว กรณีดังกล่าวนี้จะทำหนังสือแจ้งนัดเฉพาะกรรมการที่ไม่ได้มาประชุมก็ได้

บทบัญญัติในวรรคสองมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งประธานกรรมการจะนัดประชุมเป็นอย่างอื่นก็ได้

มาตรา ๙ การประชุม กกค. ต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม



กรณีที่มีการประชุมครั้งใดต้องเลื่อนมาเพราะไม่ครบองค์ประชุม หากได้มีการนัดประชุมเรื่องนั้นอีก ภายในสิบสี่วันนับแต่วันนัดประชุมที่เลื่อนมา และการประชุมครั้งหลังนี้มีกรรมการประชุมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม ของจำนวนกรรมการทั้งหมดให้ถือว่าเป็นองค์ประชุม

ให้ประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุมในกรณีที่ประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการซึ่งมาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา ๑๐ ในการประชุมต้องมีรายงานการประชุมเป็นหนังสือ

ถ้ามีความเห็นแย้งให้บันทึกความเห็นแย้ง พร้อมเหตุผลไว้ในรายงานการประชุมและถ้ากรรมการฝ่ายข้างน้อยเสนอความเห็นแย้งเป็นหนังสือก็ให้บันทึกไว้ด้วย

มาตรา ๑๑ ถ้าปรากฏภายหลังว่ากรรมการใน กกค. ขาดคุณสมบัติอันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

มาตรา ๑๒ ในการพิจารณาของ กกค. ตามมาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ หากกรรมการผู้ใดมีส่วนได้เสียใดๆ ในเรื่องที่พิจารณา ห้ามมิให้เข้าร่วมพิจารณาในเรื่องนั้น

ในการพิจารณาตามวรรคหนึ่ง กรรมการอาจถูกคัดค้านได้ เพราะเหตุที่ตนมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อมในเรื่องที่พิจารณานั้น

เมื่อมีกรณีตามวรรคสองให้ประธานกรรมการเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเหตุที่คัดค้านนั้น ในการประชุมดังกล่าวกรรมการที่ถูกคัดค้านเมื่อได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและตอบข้อซักถามแล้วต้องออกจากที่ประชุม ในระหว่างที่กรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุมให้ถือว่าคณะกรรมการนั้นประกอบด้วยกรรมการทุกคนที่ไม่ถูกคัดค้าน

ถ้าที่ประชุมมีมติให้กรรมการผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไปด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสาม ของกรรมการที่ไม่ถูกคัดค้าน ก็ให้กรรมการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ มติดังกล่าวให้กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ และให้เป็นที่สุด

การยื่นคำคัดค้านและการพิจารณาคำคัดค้านให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๓ การพิจารณาหรือมติใดๆ ของกรรมการที่ได้กระทำไปก่อนหยุดการพิจารณาหรือมีคำสั่งมิให้เข้าร่วมในการพิจารณาของ กกค. ย่อมไม่เสียไป

มาตรา ๑๔ บทบัญญัติมาตรา ๑๒ และมาตรา ๑๓ ไม่ให้นำมาใช้บังคับกับกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้

มาตรา ๑๕ กกค. มีอำนาจและหน้าที่กำหนดนโยบายและแผนงานกำกับดูแลการประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง ตลอดจนการส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจ เพื่อประโยชน์ต่อเศรษฐกิจการค้าของประเทศและการพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน และให้มีอำนาจหน้าที่ในทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ดังต่อไปนี้ด้วย

(๑) กำหนดให้ธุรกิจประเภทหนึ่งประเภทใดที่มีลักษณะหรือขนาดของธุรกิจตามที่กำหนดเป็นธุรกิจที่ถูกรับควบคุมตามมาตรา ๒๗

(๒) กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตตั้งหรือขยายสาขาและการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบตามมาตรา ๓๑

(๓) กำหนดหลักเกณฑ์การลงทะเบียนทางปกครองตามมาตรา ๔๔

(๔) เชิญบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำ หรือความเห็น

(๕) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ กกค.

มาตรา ๑๖ ให้มีคณะกรรมการส่วนจังหวัดกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง เรียกโดยย่อว่า “กจค.” ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

(๑) ในเขตกรุงเทพมหานครให้ กกค. ทำหน้าที่คณะกรรมการส่วนจังหวัดกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง กรุงเทพมหานคร

(๒) ในเขตจังหวัดอื่น ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธานกรรมการ โยธาธิการจังหวัด ผังเมืองจังหวัด ผู้แทนหอการค้าจังหวัด ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมจังหวัด นายกองดีการบริหารส่วนจังหวัด ผู้แทนสมาคมการค้าที่มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง ผู้แทนสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ทรงคุณวุฒิไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเจ็ดคนซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้ง โดยมีผู้ทรงคุณวุฒิจากภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ และพาณิชย์จังหวัดเป็นกรรมการและเลขานุการ และหัวหน้าสำนักงานการค้าภายในจังหวัด กรรมการค้าภายในเป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

กรณีจังหวัดใดไม่มีสภาอุตสาหกรรมจังหวัดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งผู้แทนสมาคมการค้าที่มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งเป็นกรรมการ

มาตรา ๑๗ การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๑๖ (๒) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเสนอให้ กกค. เห็นชอบ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ กกค. กำหนด

มาตรา ๑๘ ให้ กจค. มีอำนาจหน้าที่ในเขตจังหวัดของตน ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งที่ถูกควบคุมปฏิบัติตามมาตรา ๒๙

(๒) กำหนดมาตรการส่งเสริมสนับสนุนการประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งตามมาตรา ๓๐

(๓) พิจารณาคำขออนุญาตตั้งหรือขยายสาขาตามมาตรา ๓๒

(๔) สั่งการให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง ระวัง หยุดหรือแก้ไขปรับปรุงการกระทำตาม

มาตรา ๓๗

(๕) กำหนดวิธีการและขั้นตอนการลงทะเบียนทางปกครองตามมาตรา ๔๔

(๖) พิจารณาเรื่องที่มีการร้องเรียนตามมาตรา ๒๑ (๔)

(๗) เชิญบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น

(๘) ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของ กกค. และปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ กกค.

มอบหมาย

(๙) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ กจค.

การใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งของ กจค. จะขัดหรือแย้งกับกรณีที่ กกค. กำหนดตามมาตรา ๑๕ ไม่ได้

มาตรา ๑๙ ให้นำความในมาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๘ มาตรา ๙ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ มาใช้บังคับกับการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งและการประชุมของ กกค. โดยอนุโลม

มาตรา ๒๐ กกค. หรือ กจค. อาจแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่มอบหมายแล้วรายงานต่อ กกค. หรือ กจค. ก็ได้ และให้นำความในมาตรา ๘ มาตรา ๙ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ มาใช้บังคับกับการประชุมของคณะกรรมการโดยอนุโลม

## หมวด ๒

### สำนักงานคณะกรรมการกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

มาตรา ๒๑ ให้กรรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการกลางกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง และสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการส่วนจังหวัดกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง กรุงเทพมหานคร เรียกโดยย่อว่า “สำนักงาน กกค.” โดยมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) ปฏิบัติงานธุรการของ กกค. คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ กจค. กรุงเทพมหานครและคณะกรรมการที่ กกค. แต่งตั้ง และทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางประสานงานกับ กจค. ในจังหวัดอื่น

(๒) ติดตามความเคลื่อนไหวและสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งแล้วรายงานต่อ กกค. และ กจค. กรุงเทพมหานคร

(๓) ศึกษา วิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง และพฤติกรรมประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง รวมทั้งเสนอความเห็นหรือมาตรการในการดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

(๔) รับเรื่องร้องเรียนที่บุคคลใดอ้างว่าได้มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้

(๕) ประสานกับส่วนราชการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้

(๖) ปฏิบัติตามมติ กกค. กจค. กรุงเทพมหานคร หรือตามที่ กกค. กจค. กรุงเทพมหานคร คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์หรือคณะกรรมการที่ กกค. แต่งตั้งมอบหมาย

มาตรา ๒๒ ให้สำนักงานพาณิชย์จังหวัด กระทรวงพาณิชย์ในทุกจังหวัดทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการส่วนจังหวัดกำกับดูแลธุรกิจค้าปลีกค้าส่งในจังหวัดอื่น เรียกโดยย่อว่า “สำนักงาน กจค.” โดยมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) ปฏิบัติงานธุรการของ กจค. และคณะกรรมการซึ่ง กจค. แต่งตั้ง และทำหน้าที่ประสานงานกับ กกค.

(๒) ปฏิบัติการเช่นเดียวกันกับมาตรา ๒๑ (๒) (๓) (๔) (๕) ในเขตจังหวัดนั้นแล้วเสนอต่อ กจค.

(๓) ปฏิบัติการตามมติของ กกค. และ กจค. และปฏิบัติการอื่นตามที่ กจค. มอบหมาย  
มาตรา ๒๓ ในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดังต่อไปนี้

(๑) มีหนังสือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ แจ้งข้อเท็จจริงหรือทำคำชี้แจงเป็นหนังสือ รวมทั้งให้ส่งบัญชี ทะเบียน เอกสารหรือหลักฐานเพื่อตรวจสอบหรือประกอบการพิจารณา

(๒) เข้าไปในสถานที่ทำการ สถานที่ประกอบธุรกิจ สถานที่ให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งหรือบุคคลใดในระหว่างเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ในการนี้ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริง หรือเรียกบัญชี ทะเบียน เอกสารหรือหลักฐานอื่นจากผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งหรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง ตลอดจนสั่งให้บุคคลดังกล่าวซึ่งอยู่ในสถานที่นั้นปฏิบัติตามหน้าที่จำเป็น

(ก) आयัตบัญญัติ ทะเบียน เอกสารหรือหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและดำเนินคดีตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๒๔ ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องอำนวยความสะดวกตามสมควร

มาตรา ๒๕ ในการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง บัตรประจำตัวให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๒๖ ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ให้ กกค. กจค. กรรมการพิจารณาอุทธรณ์อนุกรรมการ และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

### หมวด ๓

#### การจัดระบบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

มาตรา ๒๗ เพื่อประโยชน์ในการดำรงรักษาระบบค้าปลีกค้าส่ง ความมั่นคงและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ การจัดความเสียเปรียบระหว่างธุรกิจ การป้องกันผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ให้ กกค. มีอำนาจประกาศกำหนดให้ธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งประเภทหนึ่งประเภทใดที่มีลักษณะหรือขนาดของธุรกิจตามที่กำหนดเป็นธุรกิจที่ถูกควบคุม

ให้ กกค. พิจารณาบททวนการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่ง และหากเห็นว่าภาวะตลาดหรือข้อเท็จจริงที่อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาใช้อำนาจของ กกค. เปลี่ยนแปลงไปหรือสิ้นสุดลง ให้ กกค. ประกาศเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการใช้อำนาจนั้น

ประกาศ กกค. ตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

มาตรา ๒๘ ให้ กกค. กำหนดนโยบายและแผนงานการจัดระบบการค้าปลีกค้าส่ง การดูแลการประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง การพัฒนาชุมชนและสิ่งแวดล้อม และการสนับสนุนส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งที่มีการประกาศควบคุมตามมาตรา ๒๗ ให้ กกค. ปฏิบัติ

มาตรา ๒๙ เมื่อได้มีการประกาศควบคุมธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งตามมาตรา ๒๗ แล้ว ให้ กกค. มีอำนาจกำหนดมาตรการกำกับดูแลหรือสนับสนุนส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและความต้องการของแต่ละท้องถิ่นภายใต้กรอบนโยบายของ กกค. ตามมาตรา ๒๘ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดให้การตั้งหรือขยายสาขาของธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งต้องขออนุญาตก่อนดำเนินการ

(๒) กำหนดให้ธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งตั้งในบริเวณหรือพื้นที่ที่กำหนด รวมทั้งห้ามขายในบริเวณหรือพื้นที่ที่กำหนดไม่ว่าจะเป็นการขายโดยลักษณะวิธีการวางสินค้าในที่หนึ่งใดเป็นปกติหรือเร่ขาย ทั้งนี้โดยให้คำนึงถึงจำนวนประชากร จำนวนร้านค้า หรือระยะห่างระหว่างร้านค้าในแต่ละพื้นที่และการใช้ประโยชน์ที่ดิน รวมทั้งปัจจัยอื่นที่จำเป็น

(๓) กำหนดจำนวนธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง หรือขนาดของพื้นที่ในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งการแบ่งแยกประเภทของธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง

(๔) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งเสนอแผนการจัดระบบการประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งให้ กกค. เห็นชอบก่อนดำเนินการ

(๕) กำหนดวัน เวลา และชั่วโมงในการเปิดปิด

(๖) กำหนดมาตรการดูแลไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างธุรกิจ

(๗) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งเก็บสินค้าหรือห้ามขาย กรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าสินค้านั้น อาจเกิดอันตรายแก่สุขภาพ หรือไม่ปลอดภัยในการอุปโภคบริโภค

(๘) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง ดำเนินการป้องกันหรือแก้ไขผลกระทบที่เกิดจากการประกอบธุรกิจ กรณีที่การประกอบธุรกิจนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนและเสียหายต่อธุรกิจใกล้เคียง ระบบการจราจร ประโยชน์สาธารณะหรือสิ่งแวดล้อมเกินสมควร

(๙) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งจัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกต่อสาธารณะ การใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งให้กระทำเป็นประกาศ โดยต้องระบุเหตุผลในการออกประกาศไว้ด้วย มาตรา ๓๐ ให้ กจค. มีอำนาจกำหนดมาตรการส่งเสริมสนับสนุนธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งขนาดเล็ก ขนาดกลางให้สามารถประกอบธุรกิจ โดยที่มีการเชื่อมโยงเครือข่ายธุรกิจเข้าด้วยกัน หรือมีการรวมกลุ่มดำเนินกิจกรรมทางการตลาด เพื่อลดต้นทุนสินค้า ภาระการขนส่งตลอดจนการพัฒนาผลิตภัณฑ์สินค้า เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ โดยไม่ขัดต่อการแข่งขันที่เป็นธรรม

มาตรา ๓๑ กรณีที่ กจค. ใช้อำนาจตามมาตรา ๒๙ (๑) ผู้ขออนุญาตต้องยื่นคำขอ และจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบธุรกิจใกล้เคียง ชุมชน สิ่งแวดล้อม รวมทั้งแผนการแก้ไขผลกระทบและการพัฒนาชุมชน สิ่งแวดล้อมตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ กจค. กำหนด

มาตรา ๓๒ เมื่อได้รับคำขออนุญาตตามมาตรา ๓๑ แล้ว ให้ กจค. พิจารณารายละเอียดของคำขอ สภาพเศรษฐกิจและความต้องการของท้องถิ่น กรณีที่เห็นว่าการตั้งหรือขยายสาขาของผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ การประกอบธุรกิจของธุรกิจอื่น ความเป็นอยู่ของประชาชน การคมนาคมสิ่งแวดล้อมหรือนโยบายการผังเมืองก็ให้สั่งอนุญาต ในการอนุญาต กจค. อาจกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งที่ได้รับอนุญาตปฏิบัติตามก็ได้

กรณีมีคำสั่งไม่อนุญาต ให้แจ้งคำสั่งเป็นหนังสือไปยังผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งที่ขออนุญาต หากผู้ขออนุญาตไม่เห็นด้วยให้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับแจ้งคำสั่ง

ในการมีคำสั่งตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ต้องระบุเหตุผลในคำสั่งทั้งในปัญหา ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว

ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งจะเรียกร้องค่าเสียหายจาก กจค. เพราะเหตุที่มีคำสั่งตามวรรคสอง มิได้

การแจ้งคำสั่งตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองให้กระทำภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ มีคำสั่ง กรณีให้บุคคลนำไปส่ง ถ้าผู้รับไม่ยอมรับหรือถ้าขณะนำไปส่งไม่พบผู้รับ และหากได้ส่งให้กับบุคคลใด ซึ่งบรรลุนิติภาวะที่อยู่หรือทำงานในสถานที่นั้น หรือในกรณีที่ผู้รับไม่ยอมรับหากได้วางหนังสือนั้นหรือปิดหนังสือนั้นไว้ในที่ซึ่งเห็นได้ง่าย ณ สถานที่นั้นต่อหน้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่ไปเป็นพยานก็ให้ถือว่าได้รับแจ้งแล้ว

การแจ้งโดยวิธีส่งทางไปรษณีย์ตอบรับให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อครบกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันส่ง



มาตรา ๓๓ ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งที่ได้รับคำสั่งตามมาตรา ๓๒ ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เว้นแต่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จะมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งหรือให้ยกเลิกคำสั่งของ กจค.

มาตรา ๓๔ ในการพิจารณากรณีตามมาตรา ๓๒ ให้พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับคำขอ ทั้งนี้ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง อนุกรรมการ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือผู้ซึ่ง เกี่ยวข้องชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนตามสมควร เว้นแต่เมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้หนึ่งผู้ใด หรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือเมื่อจะมีผลทำให้การพิจารณาอนุญาตไม่ทันระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีที่มีความจำเป็นที่ไม่อาจจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่งได้ กจค. จะ ขยายเวลาออกไปได้อีกไม่เกินสิบห้าวัน แต่ต้องบันทึกแสดงผลและความจำเป็นที่ต้องขยายเวลาไว้ใน การพิจารณาวินิจฉัยด้วย

มาตรา ๓๕ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งกำหนดให้ธุรกิจค้าปลีกค้าส่งรายอื่นจ่าย ผลประโยชน์ทางการค้า ค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายอื่นในทำนองเดียวกันที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา ๓๖ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งแสดงข้อความบิดเบือนข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิด ความเข้าใจผิดต่อผู้บริโภคเกี่ยวกับราคา ค่าบริการ ปริมาณ คุณภาพ มาตรฐาน หรือสาระสำคัญของ สินค้าหรือการให้บริการ

มาตรา ๓๗ ในกรณีที่ กจค. พบว่าผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่งรายใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม พระราชบัญญัตินี้หรือตามมาตรการ หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดให้ กจค. มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือ ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ระงับ หยุดหรือแก้ไขปรับปรุงการกระทำที่ฝ่าฝืน ในการนี้ กจค. จะกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ในคำสั่งด้วยก็ได้

ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกหรือค้าส่ง ซึ่งได้รับคำสั่งตามวรรคหนึ่งไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิ อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่ง

ให้นำความในมาตรา ๓๒ วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่ วรรคห้า และวรรคหก มาตรา ๓๓ และมาตรา ๓๔ มาใช้บังคับกับการพิจารณา การออกคำสั่งและการแจ้งคำสั่งโดยอนุโลม

## หมวด ๔

### การอุทธรณ์

มาตรา ๒๘ ให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์คณะหนึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินหกคน ซึ่ง แต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรีเป็นกรรมการ

ให้กรรมการพิจารณาอุทธรณ์เลือกกรรมการพิจารณาอุทธรณ์คนหนึ่งเป็นประธานกรรมการพิจารณา อุทธรณ์

ให้อธิบดีกรมการค้าภายในแต่งตั้งข้าราชการพิจารณาอุทธรณ์จะเป็นกรรมการในคณะกรรมการนี้ได้

มาตรา ๔๐ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของ กจค. ตามมาตรา ๓๒ หรือมาตรา ๓๗

- (๒) มีคำสั่งทุเลาการปฏิบัติตามคำสั่งของ ก.จ.ค. ตามมาตรา ๓๒ หรือมาตรา ๓๗
- (๓) กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการยื่นอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์
- (๔) มีหนังสือเรียกบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์

มาตรา ๔๑ ให้ผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๓๘ มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสี่ปี

ในวาระเริ่มแรกเมื่อครบสองปีให้กรรมการพิจารณาอุทธรณ์ออกจากตำแหน่งจำนวนสามคน โดยวิธีจับฉลากและให้ถือว่า การออกจากตำแหน่งโดยการจับฉลากดังกล่าวเป็นการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

ให้นำความในมาตรา ๖ วรรคสอง วรรคสามและวรรคสี่ มาตรา ๗ มาตรา ๘ มาตรา ๙ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ มาใช้บังคับเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่ง การประชุมและการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์โดยอนุโลม

มาตรา ๔๒ หลักเกณฑ์ วิธีการยื่นอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้การพิจารณาอุทธรณ์ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งของ ก.จ.ค. ด้วย

ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำอุทธรณ์ แล้วแจ้งคำวินิจฉัยเป็นหนังสือไปยังผู้อุทธรณ์ และให้นำความในมาตรา ๓๒ วรรคสาม วรรคห้า วรรคหก และมาตรา ๓๔ มาใช้บังคับการพิจารณาการออกคำสั่งและการแจ้งคำสั่งโดยอนุโลม

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยเป็นประการใดให้ ก.จ.ค. และผู้ประกอบการกิจการค้าปลีกคำสั่งปฏิบัติตามนั้น

## หมวด ๕

### บทกำหนดโทษ

มาตรา ๔๓ โทษทางปกครอง มีดังต่อไปนี้

(๑) ต่าหนีโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

(๒) ปรับทางปกครอง

มาตรา ๔๔ การลงโทษทางปกครองตามมาตรา ๔๓ (๑) ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.จ.ค. กำหนด

ในการลงโทษปรับทางปกครองตามมาตรา ๔๓ (๒) จำนวนค่าปรับทางปกครองต้องไม่เกินสองแสนบาทในแต่ละกรรม โดยให้คำนึงถึงพฤติกรรมการกระทำและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้นด้วย

ถ้าผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองตามวรรคหนึ่งไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครองให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๔๕ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือเรียกของ ก.จ.ค. ก.จ.ค. คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐานตามมาตรา ๑๕ (๔) มาตรา ๑๘

(๗) มาตรา ๒๓ (๑) หรือมาตรา ๔๐ (๔) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินห้าพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๔๖ ผู้ใดขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๒๓ (๒) (๓) หรือมาตรา ๓๒ วรรคห้า ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๔๗ ผู้ใดไม่อำนวยความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๒๔ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๔๘ ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๙ (๕) (๙) ต้องรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๔๓ (๑) หากยังไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องอีกต้องรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๔๓ (๒)

มาตรา ๔๙ ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๙ (๑) (๒) (๓) (๔) (๖) (๗) (๘) ต้องรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๔๒ (๒)

มาตรา ๕๐ ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๙ และรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๔๔ หรือมาตรา ๔๙ ไปแล้ว แต่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๙ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๕๑ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ กจค. ตามมาตรา ๓๗ หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๔๒ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงสามล้านบาทและปรับอีกไม่เกินวันละห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๕๒ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๓๕ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๕๔ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการหรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมหรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว

มาตรา ๕๕ บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ให้ กจค. มีอำนาจเปรียบเทียบได้ในการใช้อำนาจดังกล่าว กจค. อาจมอบหมายให้อธิบดีกรมการค้าภายใน ผู้ว่าราชการจังหวัด พาณิชย์จังหวัด หัวหน้าสำนักงานการค้าภายในจังหวัดหรือพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำแทนได้

เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้วให้ถือว่าคดีเลิกกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอัจฉรา อาธารมาศ เกิดวันที่ 31 ตุลาคม 2522 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2543 เข้าศึกษาต่อหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ปีการศึกษา 2544 ปัจจุบันประกอบกิจการของครอบครัว



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย