

ขอบเขตและการใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ

1. กฎหมายของเยอรมันเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

(The German Standard Contracts Act)

1.1 ลักษณะของกฎหมาย¹

กฎหมายฉบับนี้ ส่วนหนึ่งเป็นการรวมคำอธิบาย ขยาย หรือจำกัดความหลักเกณฑ์ที่ศาลเคยสร้างขึ้นมาก่อน ในการวางหลักกฎหมายควบคุมปัญหา อันเกิดจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในส่วนนี้เป็นการนำเอากฎหมายที่มีมาแล้วก่อนปี 1977 มาบัญญัติขึ้นรวมกันไว้ไม่มากนัก นอกจากนั้นพระราชบัญญัตินี้ ได้มีการระบุให้จัดตั้งองค์กรกฎหมายขึ้นมาด้วยคือ มีทบบัญญัติทางวิธีสบัญญัติให้สิทธิของค์กรของผู้บริโภค้องคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการใช้ข้อความบางอันในสัญญาสำเร็จรูปได้ ดังนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเป็นการนำเอาความคิดใหม่และความคิดเดิมมาผสมผสานเข้าด้วยกัน พระราชบัญญัติฉบับนี้มี 30 มาตรา แบ่งออกเป็น 5 ส่วน ส่วนแรกมี 11 มาตรา (มาตรา 1-11) เป็นหลักสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาสำเร็จรูป ส่วนที่สองมีเพียงมาตราเดียว (มาตรา 12) เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย เป็นเรื่องว่าด้วยสัญญาทางการค้าซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หากแต่ได้กระทำลงในเยอรมัน ส่วนที่สาม มี 10 มาตรา (มาตรา 13-22) ซึ่งเป็นการนำเอาการเยียวยาที่สำคัญทางวิธีพิจารณาความมาใช้ ส่วนที่สี่ มี 2 มาตรา (มาตรา 23-24) ว่าด้วยขอบเขตที่พระราชบัญญัติฉบับนี้จะใช้

¹ อรุณช อษาทองสุข, " การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม " (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2536) หน้า 30

บังคับ ส่วนที่ห้ามี 6 มาตรา (มาตรา 25-30) ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมและบทเฉพาะกาล

1.2 ขอบเขตของกฎหมาย

1.2.1 ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่เจรจากันตัวต่อตัว ²

มาตรา 1 (2) ระบุว่าข้อสัญญาที่คู่สัญญาเจรจากันตัวต่อตัว นั้นไม่เป็นข้อสัญญาสำเร็จรูปตามกฎหมายฉบับนี้ อันหมายความว่า กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่บังคับแก่ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่มีการเจรจากันตัวต่อตัว แม้ว่าภายหลังการเจรจาจะไม่มี การแก้ไขข้อสัญญาเลขที่ตาม หลักเกณฑ์นี้ได้ง่าย แต่อันที่จริงแล้วมีข้อยุ่งยาก เพราะบ่อยครั้งที่เกือบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะกำหนดว่า การยอมรับสัญญาเป็นผลของการเจรจาที่แท้จริงระหว่างคู่สัญญาหรือไม่ ในการวิเคราะห์ขั้นสุดท้าย การตัดสินใจต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป ³ การพิจารณาว่าการเจรจาดังกล่าวได้เกิดขึ้นหรือไม่ ผู้ทำสัญญาเป็นผู้พิสูจน์ ผู้ทำสัญญาอาจแสดงว่าความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่าย ไม่ใช่ให้อย่างไม่มีความหมาย ความยินยอมดังกล่าวถูกให้หลังจากการอธิบายหรือการเจรจาอย่างระมัดระวังในระหว่างที่คู่สัญญามีโอกาสแลกเปลี่ยนข้อสัญญากัน ⁴

การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความแห่งสัญญาอาจแสดงว่าข้อสัญญามีการเจรจกันตัวต่อตัว แต่ถ้การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะ ไม่ก่อประโยชน์อะไรแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีเช่นนี้ผู้ทำสัญญาอาจไม่สามารถอ้างว่าข้อสัญญามีการเจรจกันตัวต่อตัว ดังนั้นผู้ทำสัญญาที่ชำนาญอาจนำข้อความที่ก่อภาระหนักมาใส่ไว้ในสัญญาขณะที่มีการเจรจกัน

² วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม " (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 31.

³ Harry Silberberg, The German Standard Contract Act (Fritzknapp verlag, Frankfurt and Main, 1979) ,p 16-17

⁴ Otto Sandrock, "The Standard Terms Act 1976 of West Germany" American Journal of Comparative Law (1978) : 557.

และการทำเช่นนั้นอาจช่วยสนับสนุนข้ออ้างของผู้ทำสัญญาว่าข้อสัญญาได้มีการเจรจาตัวต่อตัว^๕

มาตรา 4 กำหนดว่า ข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวลบล้างข้อสัญญาสำเร็จรูป ข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวนั้นเป็นข้อสัญญาเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับนิติกรรมเฉพาะส่วนเท่านั้น เช่น เวลาส่งมอบ, ลักษณะเฉพาะของสินค้า, ปริมาณของสินค้าและสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน ข้อสัญญาเหล่านี้ไม่ใช่ข้อสัญญาสำเร็จรูป หลักเกณฑ์ที่ว่าด้วยข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวลบล้างข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น เป็นการแสดงออกของหลักที่ว่าบทบัญญัติเฉพาะลบล้างบทบัญญัติทั่วไป หลักเกณฑ์นี้ไม่ได้ยกเลิกหลักการตีความดั้งเดิมที่ว่า ในการตีความสัญญาจำต้องต้องพิจารณาข้อสัญญาทุกข้อ ข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัว ต้องตีความตามข้อความแวดล้อม และถ้าเป็นไปได้ต้องให้สอดคล้องกับข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งมีแนวโน้มว่าจะขัดกับข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัว วิธีนี้มักจะนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปเสริมข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวมากกว่าที่จะขัดแย้ง ถ้าไม่สามารถตีความให้ข้อสัญญาทั้งสองประเภทสอดคล้องกันก็ต้องละทิ้งข้อสัญญาสำเร็จรูป อันนี้โดยปกติจะเกิดขึ้นเมื่อข้อสัญญาสำเร็จรูป ทำให้ข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวแทบจะไม่มีประโยชน์ถึงขนาดทำลายวัตถุประสงค์ในการระบุข้อสัญญาดังกล่าวไว้ในสัญญา ตามหลักเกณฑ์ที่ว่านี้ ผู้ขายซึ่งตกลงจะส่งมอบสินค้าในเวลาที่เหมาะสมจะไม่สามารถอ้างข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ระบุว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าเขาไม่ส่งมอบสินค้าในเวลาที่กำหนด

บ่อยครั้งปรากฏว่ามีการเพิ่มเติมข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวต่อไปจากสัญญาสำเร็จรูปที่พิมพ์ไว้ อย่างไรก็ตามกรณีนี้ไม่ใช่เรื่องสำคัญเพราะข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัว อาจเขียนไว้ในเอกสารอีกฉบับหนึ่งหรืออาจเป็นคำพูดด้วยวาจาก็ใช้ได้ ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวลบล้างข้อสัญญาสำเร็จรูปจึงใช้กับข้อสัญญาที่แยกออกไปต่างหากจากเอกสารที่บรรจุข้อสัญญาสำเร็จรูปด้วย

^๕ Harry Silberberg, The German Standard Contract Act, p 17.

1.2.2 นิตินกรรมที่ถูกซ่อนเร้น ⁶

มาตรา 7 ระบุว่ากฎหมายฉบับนี้ใช้แก่ข้อสัญญาสำเร็จรูปทุกอันโดยไม่คำนึงว่าจะทำขึ้นในรูปแบบอย่างไรและจะถูกซ่อนเร้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น สมาคมอาจร่างข้อบังคับขึ้นและวางเงื่อนไขการจัดการจัดหาสินค้าให้แก่สมาชิก โดยสมาคมดังกล่าวมีเจตนาซ่อนเร้นที่จะไม่ทำตามเงื่อนไขในข้อบังคับนี้ เช่นนี้ ข้อบังคับดังกล่าวซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาสำเร็จรูปยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้

⁶ วิชัย จิตตपालกุล, " สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, " หน้า 36.

1.2.3 สัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้

มาตรา 23 ระบุว่า กฎหมายฉบับนี้มิได้ครอบคลุมไปถึงสัญญาที่เกี่ยวกับกฎหมายแรงงาน , กฎหมายมรดก , กฎหมายครอบครัวและกฎหมายว่าด้วยบริษัท (รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วน) ⁷ นอกจากนั้นสัญญาอื่นบางอย่างได้รับการยกเว้นจากการบังคับของบทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายนี้

สาเหตุที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่กับสัญญาตามมาตรา 23 นั้น มีผู้อธิบายว่า ในเรื่องของความสัมพันธ์ทางด้านแรงงานนั้น สหภาพแรงงาน คุณผลประโยชน์ของลูกจ้างซึ่งโดยปกติเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในสัญญาจ้างแรงงานอยู่ ในเรื่องกฎหมายมรดกและครอบครัว การใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่เพียงไม่มีใครรู้จักเท่านั้น แต่เนื่องจากลักษณะส่วนตัวแท้ ๆ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวในด้านเนื้อหา แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับความสัมพันธ์ทางด้านการแลกเปลี่ยนต่างตอบแทนในทางการค้า ส่วนข้อตกลงเข้าหุ้นส่วนนั้นเกือบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะมองเห็นคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า ซึ่งจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตรงข้ามโดยหลักการแล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนถือว่ามีอำนาจต่อรองเท่ากัน ⁸

⁷ ตารานทร ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538) , หน้า 131.

⁸ วิชัย จิตตपालกุล , "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" หน้า 60.

1.2.4 ขอบเขตในด้านตัวบุคคล

(Personal scope of application of the act)

มาตรา 24 ของกฎหมายเยอรมัน บัญญัติว่า

บทบัญญัติมาตรา 2, มาตรา 10, มาตรา 11, มาตรา 12 แห่งกฎหมายฉบับนี้ไม่ครอบคลุมไปถึงข้อสัญญาสำเร็จรูป

1. ซึ่งได้ใช้ในสัญญาที่ทำกับพ่อค้าในการทำธุรกิจ
2. ซึ่งได้ใช้ในสัญญาที่ทำกับสถาบันและบริษัทตามกฎหมายมหาชน

บทบัญญัติมาตรา 9 ปรบใช้แก่กรณีที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน ในกรณีที่ข้อสัญญาสำเร็จรูปมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 10 และ 11 นั้นจะต้องวิเคราะห์ถึงธรรมเนียมปฏิบัติและปกติประเพณีในทางการค้าด้วย^๙

มาตรา 24 ระบุว่า มาตรา 2, มาตรา 10, มาตรา 11, มาตรา 12 แห่งกฎหมายฉบับนี้ไม่ใช้แก่นิติกรรมทางธุรกิจ กล่าวคือ ไม่ใช้แก่สัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำในทางธุรกิจของตน นอกจากนั้นมาตรา 2, มาตรา 10, มาตรา 11, มาตรา 12 ไม่ใช้กับสัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นสถาบันหรือบริษัทของรัฐ กล่าวคือ สถาบันและบริษัทดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับสาขาปกครองหรือสาขาอื่นของกฎหมายมหาชน ตัวอย่างของสถาบันดังกล่าว เช่น มหาวิทยาลัยท้องถิ่น^{๑๐}

^๙ คารานพ ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 132.

^{๑๐} วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", หน้า 60-61.

1.2.5 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาอาจเป็นโมฆะ¹¹

มาตรา 10 ระบุข้อสัญญา 8 ประเภท ในสัญญาสำเร็จรูปซึ่งอาจเป็นโมฆะ ลักษณะร่วมกันของข้อสัญญาเหล่านี้คือ หลักต่าง ๆ ที่วางลงในข้อสัญญาเหล่านี้ต้องได้รับการวินิจฉัยจากศาลถึงเนื้อหาสาระว่าใช้ได้หรือไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวมีดังนี้

(1) มาตรา 10 อนุมาตรา 1" ระยะเวลาในการสนองรับและการชำระหนี้"

ข้อสัญญาที่ผู้ให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนระยะเวลาไว้ให้แก่ตนเอง โดยไม่มีกำหนดเวลานั่นเองหรือกำหนดเวลานานเกินสมควร สำหรับการสนองรับคำเสนอหรือสำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้¹²

สัญญาสำเร็จรูปมีกระบวนว่า ผู้เสนอต้องผูกผันคำเสนอของตนเป็นระยะเวลาหนึ่งหรือไม่จำกัดเวลาจนกว่า ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปในฐานะเป็นผู้รับคำเสนอจะสนองรับหรือบอกปิดไม่รับ ในกรณีที่ผู้เสนอต้องผูกผันตามคำเสนอเป็นระยะเวลาหนึ่งนั้น ข้อความเช่นนี้เป็นโมฆะถ้าระยะเวลาที่ต้องผูกผันนานเกินควร ระยะเวลาอันเกินควรหรือไม่ ให้พิจารณาจากประเภทของนิติกรรมที่ทำ ส่วนในกรณีที่ผู้เสนอต้องผูกผันตามคำเสนอโดยไม่จำกัดเวลา ข้อความเช่นนี้เป็นโมฆะเพราะว่าคลุมเครือเกินไป¹³

(2) มาตรา 10 อนุมาตรา 2 การขยายระยะเวลา

ข้อสัญญาที่ผู้ให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนระยะเวลาเพิ่มเติมไว้แก่ตนเอง โดยไม่กำหนดเวลานั่นเอง หรือกำหนดเวลานานเกินสมควร สำหรับการชำระหนี้ ภายหลังถึงกำหนดชำระแล้ว (ตรงข้ามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 326 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง)

¹¹ อรุณฯ อาษาทองสุข , "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 34-39.

¹² คำแปลกฎหมายเยอรมันในหัวข้อนี้ อ้างอิงจากอาจารย์ ดารานพร ติระวัฒน์ , กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ภาคผนวก ก

¹³ Harry Silberberg, The German Standard Contracts Act , p.44

ในกฎหมายเยอรมันเวลาไม่ใช่สาระสำคัญ เว้นแต่ได้มีการตกลงในเรื่องเวลาไว้เป็นพิเศษ หรือไม่ก็สัญญาแสดงโดยปริยายว่าเวลาเป็นสาระสำคัญ สัญญาสำเร็จรูปส่วนใหญ่ระบุไว้ชัดเจนว่าเวลาในการชำระหนี้ของผู้ทำสัญญาไม่ใช่สาระสำคัญ ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อไม่อาจเลิกสัญญาหรือฟ้องร้องผู้ขายซึ่งละเลยที่จะส่งมอบสินค้าตามเวลากำหนด เว้นแต่ผู้ซื้อได้ทวงถามเป็นทางการให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าในเวลาอันควร ในสัญญาสำเร็จรูปมักระบุข้อสัญญาขยายเวลาดังกล่าวออกไปอีกมาก มาตรา 10 อนุมาตรา 2 ห้ามการกระทำเช่นนั้น ¹⁴

(3) มาตรา 10 อนุมาตรา 3 การสงวนสิทธิในการบอกเลิกสัญญา

ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน โดยปราศจากมูลเหตุอันควร และไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่เป็นหนี้ที่ต่อเนื่องกันไป

ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปมักสงวนสิทธิที่จะเลิกสัญญาตามที่ตนสะดวกโดยไม่ต้องรับผิดชอบคู่สัญญาอีกฝ่าย มาตรา 10 อนุมาตรา 3 ห้ามข้อสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม มาตรา 10 อนุมาตรา 3 ไม่ใช่กับหนี้ที่ต่อเนื่องกันไป เช่น สัญญาเช่า, สัญญาประกันภัย (นอกจากกรมธรรม์ครอบคลุมเหตุการณ์เฉพาะเรื่อง) และสัญญาส่งมอบสินค้า หรือการชำระหนี้บริการ (เช่น การบำรุงรักษาเครื่องมือ) ในเวลาหยุดใช้งานเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องการ ¹⁵

(4) มาตรา 10 อนุมาตรา 4 "การสงวนสิทธิในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในการปฏิบัติชำระหนี้"

ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปมีสิทธิเปลี่ยนแปลงหนี้ที่ตนได้ตกลงกระทำหรือแก้ไขจากหนี้ดังกล่าว เว้นแต่คำอธิบายได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้ถึงผลประโยชน์ที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้รับ

ห้ามข้อสัญญาซึ่งยอมให้ผู้ทำสัญญาเบี่ยงเบนจากข้อสัญญาต่าง ๆ เช่น ส่งมอบรถหรือ เฟอร์นิเจอร์ที่มีสีแตกต่างจากรถหรือเฟอร์นิเจอร์ที่ตกลงกัน เว้นแต่ คำอธิบายได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายเห็นด้วยกับการเบี่ยงเบนดังกล่าว การกระทำนี้สะท้อนว่าการเบี่ยงเบนสมเหตุสมผลหรือไม่ตกอยู่กับผู้ทำสัญญาสำเร็จรูป ¹⁶

¹⁴ Ibid., p. 45.

¹⁵ Ibid., p. 46.

¹⁶ Ibid., p. 47.

(5) มาตรา 10 อนุมาตรา 5 "การแสดงเจตนาโดยปริยาย"

ข้อสัญญาที่ให้ถือว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายได้แสดงเจตนาหรือไม่ได้แสดงเจตนา ถ้าหากว่า คู่สัญญาฝ่ายนั้น ทำหรือละเว้นไม่ทำการบางอย่าง เว้นแต่

(ก) คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีเวลาตามสมควรที่จะแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง และ

(ข) ถ้าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปดำเนินการเป็นพิเศษให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รู้ และการดำเนินการของผู้ใช้ข้อสัญญานี้ได้กระทำตั้งแต่เริ่มต้นที่จะให้ถือว่า การกระทำหรือละเว้นกระทำบางอย่างของคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นการแสดงเจตนา

หลักกฎหมายทั่วไปมีอยู่ว่าการปฏิบัติของคู่สัญญา เช่น การกระทำและการละเว้น การกระทำของเขาอาจมีผลเป็นอย่างไรก็ตามเกี่ยวกับข้อความที่แสดงออกชัดแจ้ง และผู้ทำสัญญาสำเร็จรูป มักพยายามอ้างข้อดีของหลักนี้ ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่ารถโดยปกติ บรรจุข้อกำหนดว่า "ในการรับมอบรถ ผู้เช่ายอมรับว่ารถไม่มีความชำรุดบกพร่องและอยู่ในสภาพที่แล่นได้" สัญญาซื้อขายสินค้ามักบรรจุข้อกำหนดทำนองเดียวกัน ในขณะที่สัญญาระยะยาวเช่น สัญญาจ้างบริการซ่อมบำรุง เครื่องจักรและอุปกรณ์อื่น ๆ มักระบุว่าให้ถือว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายยินยอมในการแก้ไขข้อบกพร่องเดิม เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะคัดค้านโดยส่งใบรับจดหมายคืนทางไปรษณีย์ ในอดีตศาลสนับสนุนการควบคุมผลของข้อความดังกล่าวด้วยวิธีต่าง ๆ ปัจจุบัน มาตรา 10 อนุมาตรา 5 กำหนดว่าข้อความดังกล่าวจะมีผลหรือไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 2 ประการคือ ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปต้องเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับรู้ผลของการปฏิบัติของเขาในเวลาที่สมควร เช่น ในเวลาส่งมอบสินค้า และให้เขามีเวลาเพียงพอเพื่อการคัดค้าน¹⁷

(6) มาตรา 10 อนุมาตรา 6 "การแสดงเจตนาตอบรับโดยปริยาย"

ข้อสัญญาที่ให้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายตอบรับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป ในเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

¹⁷ Ibid., p. 48.

ข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งระบุว่าให้ถือว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ทำสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งโดยแท้จริงเขาไม่ได้รับนั้นเป็นโมฆะ ถ้าการแสดงเจตนาเป็นเรื่องสำคัญเป็นพิเศษ เช่น จดหมายจากธนาคารที่แนะนำลูกค้าให้เบิกเงินเกินบัญชี มาตรา 10 อนุมาตรา 6 ห้ามข้อสัญญาที่ "ให้ถือเอาอย่างใดอย่างหนึ่ง" ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อขจัดความยุ่งยากที่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปอาจจะเผชิญ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายเปลี่ยนแปลงที่อยู่ ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปจะระบุว่า ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาที่ส่งแก่เขาโดยไปรษณีย์ลงทะเบียนถึงที่อยู่สุดท้ายที่ทราบครั้งสุดท้าย¹⁸

(7) มาตรา 10 อนุมาตรา 7 "การเลิกสัญญา"

สัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปมีสิทธิเรียกร้องในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาแล้ว

(ก) ค่าตอบแทนสูงเกินควรสำหรับการจ้างแรงงาน หรือการใช้สิ่งของหรือการใช้สิทธิ หรือสำหรับผลประโยชน์อื่นใดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับ

(ข) จำนวนเงินมากเกินควรเป็นค่าชดเชยสำหรับค่าใช้จ่ายที่ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปต้องเสียไป

เมื่อมีการบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาซึ่งได้ชำระหนี้ในส่วนของตนหรือมิฉะนั้นก็ก่อค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับสัญญา อาจเรียกค่าเสียหายหรือขอให้กลับคืนสู่สภาพเดิมซึ่งอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมที่สัญญาได้ถูกบอกเลิก การเรียกร้องดังกล่าวมักถูกจำกัดและยากแก่การพิสูจน์ ดังนั้นโดยปกติผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปจึงพยายามแก้ไขความยุ่งยากดังกล่าวและเพิ่มจำนวนเงินที่เขาจะใช้สิทธิเรียกร้องโดยการกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายจ่ายค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า, เบี้ยปรับ, และเครื่องอุปกรณ์อื่นๆ ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าซื้อระบุว่านอกจากการใช้เงินค่างวดที่ถึงกำหนดแล้ว ผู้เช่าซื้อต้องใช้ราคาเช่าซื้อคิดเป็นเปอร์เซ็นต์แน่นอนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสินค้า หากมีการส่งมอบสินค้ากลับคืนหรือผู้ให้เช่าซื้อกลับเข้าครองสินค้า ก่อนที่ผู้เช่าซื้อใช้เงินเต็มจำนวนโดยหลักแล้ว ข้อสัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของพ่อค้าและผู้ประกอบวิชาชีพ แต่มาตรา 10 อนุมาตรา 7 ห้ามข้อกำหนดจำนวนเงินที่สูงเกินควร¹⁹

¹⁸ Ibid., p 49.

¹⁹ Ibid., pp 49-50.

(8) มาตรา 10 อนุมาตรา 8 "การเลิกใช้กฎหมาย"

ข้อตกลงซึ่งระบุถึงการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือกฎหมายของประเทศ
สาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน ถ้าปรากฏว่ามีผลประโยชน์อันไม่ชอบด้วยกฎหมายในการ
ปรับใช้กฎหมายดังกล่าว

ห้ามใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งระบุว่าสัญญาต้องตีความไปตามกฎหมายต่างประเทศ
เว้นแต่มีการใช้กฎหมายต่างประเทศในการให้เหตุผลเป็นพิเศษตามพฤติการณ์แวดล้อมของ
คดีเฉพาะเรื่อง วัตถุประสงค์ของมาตรา 10 อนุมาตรา 8 คือ เป็นประกันว่า ผู้อาศัยอยู่
ในประเทศเยอรมันไม่ว่าจะมีสัญชาติใดจะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้²⁰

1.2.6 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ²¹

(1) มาตรา 11 อนุมาตรา 1 " การขึ้นราคาในระยะสั้น"

ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปขึ้นราคาสินค้าหรือบริการภายใน 4 เดือน
หลังจากทำสัญญา เว้นแต่สินค้าหรือบริการที่จะต้องชำระเป็นงวด ๆ หรือมีการชำระหนี้ที่ต่อ
เนื่องกันไป หรือหนี้ที่กำหนดมูลค่าตามบทบัญญัติ มาตรา 99(1) หรือมาตรา 99 (2) ข้อ 1
แห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด

เป็นไปได้ว่ามาตรา 11 อนุมาตรา 1 จะใช้บังคับโดยไม่คำนึงว่าผู้ผลิตสินค้าหรือ
บริการสงวนสิทธิที่จะขึ้นราคาที่สูงลงกันไว้ด้วยเหตุผลเฉพาะเรื่องหรือไม่ เช่น การเพิ่มต้นทุน
การผลิต หรือผู้ผลิตทำเช่นนั้นด้วยข้อสัญญากว้าง ๆ หรือไม่ เช่น สินค้าทั้งปวงขายในราคา
ตาม ห้องตลาดทั่วไป หรือตามราคา ขายปลีก ในเวลาส่งมอบ อย่างไรก็ตาม มาตรา 11
อนุมาตรา 1 ไม่ใช่แค่ราคาในสัญญาที่ระบุการชำระหนี้ที่ต่อเนื่องกันไป²²

²⁰ Ibid., p 50.

²¹ อรุณ อชาทองสุข, " การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,"
หน้า 39

²² Harry Silberberg, The German Standard Contract Act ,
p.51.

(2) มาตรา 11 อนุมาตรา 2 "สิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้"

ข้อสัญญาที่

(ก) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตนตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320 หรือ

(ข) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิที่จะสงวนไว้ซึ่งสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตนตามสัญญาอันเนื่องมาจากการรู้ถึงความบกพร่องของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป

ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 320 ที่ มาตรา 11 อนุมาตรา 2(ก) แห่งกฎหมายฉบับนี้ อ้างถึงนั้น ระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาสองฝ่าย หรือสัญญาต่างตอบแทนที่มีสิทธิระงับการชำระหนี้ของตนจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะชำระหนี้ตอบแทน แต่เดิมศาลฎีกาเยอรมันยอมรับข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320 โดยให้เหตุผลว่า ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320 เป็นหลักเกณฑ์เพื่อความสะดวกแก่คู่สัญญา การคำนึงถึงเรื่องความยุติธรรมมีอยู่เพียงส่วนน้อย แต่ข้อสัญญาดังกล่าวขณะนี้เป็นโมฆะตามมาตรา 11 อนุมาตรา 2 (ก) ส่วนมาตรา 11 อนุมาตรา 2(ข) ห้ามการยกเว้นสิทธิที่จะสงวนไว้ซึ่งการใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320 ²³

(3) มาตรา 11 อนุมาตรา 3 "การยกเว้นสิทธิหักกลบลบหนี้"

ข้อสัญญาที่ตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายในอันที่จะหักกลบลบหนี้ที่ไม่มีข้อโต้แย้งหรือที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด

กฎหมายฉบับนี้ ระบุว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาปฏิเสธสิทธิหักกลบลบหนี้เกี่ยวกับฟ้องแย้งของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นชนะคดี แต่ผู้ทำสัญญายังคงมีสิทธิยกเว้นการหักกลบลบหนี้สิทธิเรียกร้องที่ยังมีข้อต่อสู้ และผู้ทำสัญญาอาจลบล้างฟ้องแย้งดังกล่าวโดยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าตนเป็นหนี้ตามฟ้องแย้ง ²⁴

²³ Harry Silberberg, The German Standard Contract Act, p 52.

²⁴ Ibid., pp 53-54.

(4) มาตรา 11 อนุมาตรา 4 "การทวงถาม , ระยะเวลาผ่อนผัน"

ข้อสัญญาที่ปลดเปลื้องภาระผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทวงถามคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งผิดนัด หรือเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันกำหนด

สัญญาสำเร็จรูปแต่เดิมมักปลดเปลื้องผู้ทำสัญญาจากหน้าที่ส่งหนังสือทวงถามและระบุข้อความเช่นว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายจะถูกถือว่าผิดนัดถ้าเขาละเลยที่จะชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันควร ขณะนี้ มาตรา 11 อนุมาตรา 4 ห้ามข้อความดังกล่าวทั้งหมด ²⁵

(5) มาตรา 11 อนุมาตรา 5 "ค่าเสียหายกำหนดไว้ล่วงหน้า"

ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้รับชำระค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า หรือได้รับชดใช้ค่าเสียหายในการที่ราคาวัตถุตกต่ำ

(ก) ถ้าจำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้าสูงกว่าจำนวนค่าเสียหายหรือราคาวัตถุตกต่ำซึ่งโดยปกติคาดเห็นได้ หรือ

(ข) จำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ หรือราคาวัตถุไม่ได้ตกต่ำหรือค่าเสียหายหรือราคาวัตถุตกต่ำน้อยกว่าจำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้ามาก

สัญญาสำเร็จรูปมักระบุว่าผู้ขายมีสิทธิทวงถามให้ชำระค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เช่น ชำระเงินจำนวนหนึ่งซึ่งปกติแสดงเป็นเปอร์เซ็นต์ของมูลค่าตามสัญญา ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายทำผิดสัญญา จำนวนเงินต้องเป็นการประมาณค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปอาจได้รับในกรณีมีการทำผิดสัญญา ตามมาตรา 11 อนุมาตรา 5 (ก) ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าต้องไม่เกินกว่า "จำนวนค่าเสียหายหรือราคาวัตถุตกต่ำ" คำว่า "ค่าเสียหาย" อ่างชัดแจ้งถึงความสูญเสียผลกำไรที่คาดหวัง

ตามมาตรา 11 อนุมาตรา 5(ข) ข้อกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเป็นโมฆะเช่นกัน ถ้าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ให้โอกาสคู่สัญญาอีกฝ่ายพิสูจน์ว่าผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ หรือพิสูจน์ว่าความเสียหายดังกล่าวน้อยกว่าค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า

²⁵ Ibid., pp 54-55.

มาก ตรงกันข้ามผู้ทำสัญญามีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายเกินจำนวนที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ถ้าเขาพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่ได้รับจริงสูงกว่านั้น ภาระการพิสูจน์ว่าสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าไม่สูงเกินข้อจำกัดที่วางไว้ในมาตรา 11 อนุมาตรา 5 (ก) ผู้ทำสัญญาเป็นผู้พิสูจน์²⁶

(6) มาตรา 11 อนุมาตรา 6 “เบี้ยปรับ”

ข้อสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องให้คำมั่นแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปว่าจะต้องชำระเบี้ยปรับ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นละเลยหรือชกช้าที่จะรับชำระหนี้จากผู้ให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือละเลยที่จะชำระหนี้ตอบแทนตามเวลากำหนด หรือในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นบอกเลิกสัญญา

มาตรา 11 อนุมาตรา 6 ระบุว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปในนิติกรรมเพื่อผู้บริโภคเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดการชำระเบี้ยปรับ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่าย (1) ละเลยหรือชกช้าที่จะยอมรับสินค้าหรือบริการจากผู้ทำสัญญาสำเร็จรูป (2) ละเลยที่จะชำระค่าสินค้าหรือบริการตามเวลากำหนด หรือ (3) ยกเลิกสัญญา²⁷

(7) มาตรา 11 อนุมาตรา 7 “ความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทน ตามกฎหมายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการชำระหนี้ บทบัญญัตินี้บังคับใช้กับความเสียหายที่เกิดจากการทำผิดหน้าที่ในระหว่างการเจรจาก่อนที่จะทำสัญญาด้วย

มาตรา 11 อนุมาตรา 7 ระบุว่าผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเกี่ยวกับความเสียหายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจจะได้รับเนื่องจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของ “ตัวแทนตามกฎหมาย” มาตรา 11 อนุมาตรา 7 ไม่ได้กล่าวถึงการทำผิดสัญญาโดยจงใจของผู้ทำสัญญา เพราะผู้ทำสัญญาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยจงใจตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 276

สำหรับ “ตัวแทนตามกฎหมาย” นั้น คือ บุคคลใดซึ่งอาจถือเอาว่าเป็นตัวแทนของบริษัท ห้างหรือสมาคม ไม่จำกัดว่าต้องเป็นลูกจ้าง อาจเป็นผู้รับจ้างเหมาอิสระก็ได้

²⁶ Ibid., p 56.

²⁷ Ibid., p 57.

มาตรา 11 อนุมาตรา 7 ขยายผลไปถึงหน้าที่ระมัดระวังเป็นพิเศษซึ่งคู่สัญญาเป็นลูกหนี้ซึ่งกันและกันในระหว่างการเจรจาสัญญา การทำผิดหน้าที่อื่นนี้เป็นที่รู้จักกันว่าเป็นความผิดก่อนมีสัญญา (culpa in contrahendo) แนวความคิดนี้ใช้กับทุกเรื่องที่คู่สัญญาจะเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับผิดชอบที่อาจเป็นไปได้ว่าจะมีผลกระทบต่อความเต็มใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นที่จะตกลงสัญญาที่มีการเจรจาอภิปราย ²⁸

(8) มาตรา 11 อนุมาตรา 8 "การผัดนัด, การพ้นวิสัย "

ข้อสัญญาที่

(ก) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญา หรือ

(ข) ยกเว้นสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเรียกค่าเสียหาย หรือจำกัดสิทธิดัง

กล่าว อันเป็นการขัดต่อมาตรา 11 อนุมาตรา 7 ข้างต้น ถ้าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปผัดนัดในการชำระหนี้ของตนหรือถ้าการชำระหนี้ดังกล่าวกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุการณ์ซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องรับผิดชอบ

มาตรา 11 อนุมาตรา 8 (ข) ห้ามการยกเว้นสิทธิเรียกค่าเสียหายของคู่สัญญาอีกฝ่ายและการจำกัดสิทธินี้ถ้าผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปผัดนัดเนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้นการจำกัดความรับผิดเพื่อความสูญเสียหรือความเสียหายจึงยังคงมีผลบังคับถ้าผู้ทำสัญญาผัดนัดเนื่องจากความประมาทเลินเล่อธรรมดา และในกรณีต่าง ๆ ดังกล่าวผู้ทำสัญญา อาจจำกัดความรับผิดของเขาไม่เพียงไว้แต่จำนวนเงินแน่นอนเท่านั้น แต่ยังสามารถไว้แต่ความเสียหายบางประเภทด้วยโดยเฉพาอย่างยิ่งการยกเว้นความรับผิดเพื่อความสูญเสียที่คาดเห็นได้ยังคงมีผลบังคับ ²⁹

²⁸ Ibid., p 57-58.

²⁹ Ibid., p 59-60.

(9) มาตรา 11 อนุมาตรา 9 "การผิติดแต่เพียงบางส่วน, การผันวิสัยแต่เพียงบางส่วน"

ข้อสัญญาที่ยกเว้นสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเรียกค่าเสียหาย ด้วยเหตุที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้ละเลยที่จะชำระหนี้ครบถ้วน หรือยกเว้นสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาทั้งหมด ถ้าการชำระหนี้แต่เพียงบางส่วนจะไม่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นในเมื่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปผิติดชำระหนี้แต่เพียงบางส่วนหรือการชำระหนี้กลายเป็นผันวิสัยแต่เพียงบางส่วน เพราะพฤติการณ์ซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องรับผิดชอบ

มาตรา 11 อนุมาตรา 9 ขยายความมาตรา 11 อนุมาตรา 8 ไปถึงกรณีที่ทำสัญญาสำเร็จรูปผิติดแต่เพียงบางส่วนเท่านั้น ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับประโยชน์จากการชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน ในกรณีดังกล่าวคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจบอกเลิกสัญญาทั้งหมดและเรียกค่าเสียหายเพื่อการไม่ชำระหนี้ในขอบเขตที่การเรียกค่าเสียหายอันนี้ไม่ถูกยกเว้น หรือจำกัดภายในข้อจำกัดที่ มาตรา 11 อนุมาตรา 8 (ข) ให้ทำได้ กล่าวคือ การจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความสูญเสียหรือความเสียหายยังมีผลบังคับ ถ้าผู้ทำสัญญาผิติดแต่เพียงบางส่วนเนื่องจากความประมาทเลินเล่อธรรมดา³⁰

(10) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 "การรับประกันเพื่อความชำรุดบกพร่อง"
ข้อสัญญาในสัญญาจัดหาของและผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นใหม่ที่

1) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 (ก) ระบุว่าผู้จำหน่ายสินค้าใหม่ไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องจนสิ้นเชิง หมายความว่า ผู้จำหน่ายสินค้าไม่อาจตัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเลิกสัญญาหรือเรียกให้ลดราคาตามที่เหมาะสมด้วยประการทั้งปวง แต่สิทธิเหล่านี้อาจถูกระงับไว้ชั่วคราวเท่าที่ผู้จำหน่ายสินค้ามีสิทธิที่สงวนสิทธิ (1) เพื่อแก้ไขความชำรุดบกพร่อง หรือ (2) เพื่อเอาสินค้าใหม่มาแทน หรือ (3) เพื่อมอบสิทธิดังกล่าวแก่ลูกค้าของตน เพราะว่าตนเองอาจฟ้องบุคคลที่สาม เช่น ฟ้องผู้จำหน่ายของตนในเรื่องความชำรุดบกพร่องและยืนยันว่าลูกค้าต้องพยายามขอให้ผู้จำหน่ายเหล่านั้น แก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือเอาสินค้าใหม่มาแทนจนเป็นที่พอใจ แต่มาตรา 11 อนุมาตรา 10(ก) ระบุว่าผู้จำหน่ายสินค้าใหม่ไม่อาจกำหนดให้ลูกค้าฟ้องบุคคลที่สามดังกล่าว

³⁰ Ibid., p 60.

2) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 (ข) ระบุว่าสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่าย (ลูกค้า) ที่จะยกเลิกสัญญาหรือเรียกให้ลดราคาจะกลับคืนมา ถ้าผู้จำหน่ายไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไปหรือไม่เอาสินค้าใหม่มาแทน หรือถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความพอใจจากบุคคลที่สามที่เขาได้ขอให้แก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือหาสินค้าใหม่มาแทน สัญญาสำเร็จรูปต้องระบุข้อความชัดเจนถึงสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะยกเลิกสัญญาหรือเรียกให้ผู้จำหน่ายลดราคา ถ้าผู้จำหน่ายไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไปหรือหาสินค้าใหม่มาแทนให้เป็นที่พอใจ การแก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไป หรือการหาสินค้าใหม่มาแทนต้องดำเนินการให้เสร็จภายในเวลาอันควร คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ผูกมัดที่จะยอมให้ผู้จำหน่ายแก้ไขสินค้าอย่างไม่มีกำหนดเวลา

3) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 (ค) ผู้จำหน่ายต้องรับประกันทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการแก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือการหาสินค้าใหม่มาแทน ผู้จำหน่ายไม่อาจกำหนดให้ลูกค้าจ่ายค่าแรงงานหรือค่าใช้จ่ายในการส่งมอบสินค้า ยกเว้นต้นทุนการขนส่งที่เพิ่มขึ้น เกิดจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายเคลื่อนย้ายสินค้าจากที่อยู่อาศัยหรือถิ่นที่อยู่ของธุรกิจ อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นนี้ไม่ใช่ ถ้าของเช่น รถยนต์ถูกเคลื่อนย้ายในระหว่างการใช้ปกติ

4) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 (ง) ห้ามข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้จำหน่ายเรียกให้ลูกค้าชำระราคาเต็มจำนวนหรือชำระราคาสูงอย่างไม่ได้สัดส่วนกับสิ่งตอบแทนก่อนที่ผู้จำหน่ายจะได้แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไปหรือหาสินค้าใหม่มาแทน อย่างไรก็ตามถ้าผู้จำหน่ายชำระหนี้ของตนเสร็จสิ้น เขาก็มีสิทธิเรียกให้ลูกค้าชำระราคาเต็มจำนวนทันที ถ้าราคาดังกล่าวถึงกำหนดชำระหรือถ้าราคาชำระได้เป็นงวด ผู้จำหน่ายก็มีสิทธิเรียกให้ชำระทุกงวดที่ลูกค้าระงับไว้ ไม่เช่นนั้นผู้จำหน่ายอาจปฏิเสธที่จะส่งคืนสินค้าหรือเอาสินค้าใหม่มาแทน

5) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 (จ) ระบุว่าข้อสัญญาที่ปลดปล่อยผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปจากความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่อง ที่ไม่เห็นประจักษ์ โดยกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายแจ้งให้ผู้ทำสัญญาทราบถึงความชำรุดบกพร่อง ภายในระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งสั้นกว่าระยะเวลาที่จำกัดไว้โดยกฎหมาย เพื่อความรับผิดในความชำรุดบกพร่องดังกล่าวนี้เป็นโมฆะ

6) มาตรา 11 อนุมาตรา 10 (ฉ) ระบุว่าโดยทั่วไปว่า ข้อสัญญาใดที่ยกเว้นความรับผิดของผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปเพื่อความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ โดยการันระยะเวลาตามบทบัญญัติกฎหมายที่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่อง ให้สั้นลงกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นโมฆะ

ข้อบัญญัติทั้งหมดของมาตรา 11 อนุมาตรา 10 ใช้กับสัญญาจัดหาของใหม่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องในสินค้ามือสองจะใช้บังคับได้เสมอไป ข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวจะใช้บังคับได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับที่บังคับของเงื่อนไขความสุจริตตามมาตรา 9 ³¹

(11) มาตรา 11 อนุมาตรา 11 "ความรับผิดในการทำผิดข้อรับประกันที่ชัดเจน"
ข้อสัญญาในสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างแรงงานที่ต้องกระทำจนถึงผลสำเร็จ หรือสัญญาจ้างทำของ ที่ยกเว้นหรือจำกัดการเรียกค่าเสียหายจากผู้ซื้อสัญญาสำเร็จรูปในการทำผิดข้อรับประกันที่ชัดเจนว่าของที่ขายหรือจัดหามาหรือให้บริการมีคุณภาพหรือลักษณะพิเศษเฉพาะ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 463, มาตรา 480(2), มาตรา 635)

มาตรา 11 อนุมาตรา 11 ระบุว่าข้อสัญญาเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ทำสัญญาสำเร็จรูป เมื่อมีการทำผิดข้อรับประกันที่ว่าของมีคุณภาพหรือลักษณะพิเศษ ข้อรับประกันดังกล่าวอาจแสดงโดยปริยาย เช่น แสดงว่าสินค้าเป็นไปตามตัวอย่างหรือเหมือนกันกับแบบอย่างที่แสดงไว้ หรือแสดงโดยชัดเจน เช่น แสดงว่าสินค้าเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์เฉพาะ คำว่า "คุณภาพ" และ "ลักษณะพิเศษ" ได้รับการให้ความหมายอย่างกว้างขวาง ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า ข้อความที่ว่ารถยนต์ไม่เคยใช้เป็นรถแท็กซี่มาก่อน เป็นข้อรับประกันและการทำผิดข้อรับประกันให้สิทธิผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา ข้อความทุกคำที่เกี่ยวกับคุณภาพหรือลักษณะพิเศษของสินค้าเป็นข้อรับประกัน และในกรณีทำผิดข้อรับประกัน ผู้จำหน่ายไม่อาจยกเว้นความรับผิดเพื่อความเสียหายและความสูญเสียที่คาดเห็นซึ่งสามารถคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผล ในด้านตรงข้าม ศาลจะยอมให้ยกเว้นความรับผิด ถ้าความเสียหายที่ได้รับไกลกว่าเหตุจนไม่อาจถือว่าอยู่ในความไตร่ตรองของคู่สัญญา ³²

³¹ Ibid., pp 60-64.

³² Harry Silberberg, The German Standard Contract Act, pp 64-65.

(12) มาตรา 11 อนุมาตรา 12 "ระยะเวลาของหนี้ที่ต่อเนื่องกัน"

ข้อสัญญาในสัญญาที่ผู้ให้เช่าสัญญาสำเร็จรูปต้องจัดหาสินค้า บริการหรือแรงงาน และ วัสดุเป็นปกติซึ่ง

(ก) ผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายเป็นเวลานานเกินกว่าสองปี

(ข) กำหนดให้มีการต่อสัญญาใหม่โดยปริยาย และผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายเป็นเวลานาน เกินกว่าหนึ่งปีในแต่ละครั้ง หรือ

(ค) กำหนดให้ผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายแจ้งถึงการเลิกสัญญานานเกินกว่าสามเดือนก่อนสิ้นสุด ระยะเวลา ซึ่งสัญญาที่ได้ทำในครั้งแรกหรือครั้งที่ต่อใหม่โดยปริยาย

มาตรา 11 อนุมาตรา 12 ห้ามข้อสัญญาที่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปพยายามทำให้หนี้ที่ ต่อเนื่องกันไปดำรงอยู่เรื่อยไป มาตรา 11 อนุมาตรา 12 ห้ามสัญญาสำเร็จรูปที่มีระยะเวลา นานเกินกว่าสองปีในครั้งแรก และนานเกินกว่าหนึ่งปีในแต่ละครั้งสำหรับสัญญาที่ต่อเวลาออก ไปโดยอัตโนมัติ นอกจากนั้นยังห้ามข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายแจ้งให้ทราบนานเกิน กว่าสามเดือน ถ้าผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายประสงค์จะเลิกสัญญา^{๓๓}

(13) มาตรา 11 อนุมาตรา 13 " การโอนสัญญาโดยผู้ให้เช่าสัญญาสำเร็จรูป"

ข้อสัญญาตามสัญญาซื้อขายหรือบริการ หรือจัดหาแรงงานและวัสดุที่บุคคลที่สามรับ โอน หรือมีสิทธิรับโอนสิทธิและหนี้ตามสัญญาแทนที่ผู้ให้เช่าสัญญาสำเร็จรูป ยกเว้นในข้อสัญญา ดังกล่าว กำหนดถึง

(ก) ชื่อของบุคคลที่สาม หรือ

(ข) ผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

มาตรา 11 อนุมาตรา 13 ระบุว่าข้อสัญญาที่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปมีสิทธิโอนหนี้ของ เขาแก่บุคคลที่สาม เป็นโมฆะ เว้นแต่ในขณะที่ทำสัญญากับบุคคลที่สามมีข้อระบุไว้ในสัญญา หรือ ถ้ามีการโอนหนี้ดังกล่าว ผู้ให้เช่าสัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา^{๓๔}

^{๓๓} Ibid., p 65.

^{๓๔} Ibid., p 65.

(14) มาตรา 11 อนุมาตรา 14 "ความรับผิดชอบของตัวแทน"

ข้อสัญญาซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดบังคับตัวแทนซึ่งเข้าทำสัญญาเพื่อหรือในนามของคู่สัญญาอีกฝ่าย

(ก) ให้รับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วม หรือในฐานะผู้ค้ำประกันแทนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ตัวแทนยอมรับเอาความรับผิดชอบดังกล่าวโดยชัดแจ้ง หรือ

(ข) ขยายความรับผิดชอบของตัวแทนดังกล่าวเกินกว่าข้อกำหนดในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 179 ในกรณีตัวแทนที่ทำโดยปราศจากอำนาจ

ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 179 ระบุว่าตัวแทนที่ทำสัญญาทั้ง ๆ ที่รู้หรือรู้ว่าตนไม่มีอำนาจ ต้องรับผิดชอบตามสัญญาอย่างเต็มที่ ถ้าตัวการไม่ให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้น ตัวแทนซึ่งไม่รู้หรือว่าตนไม่มีอำนาจ ต้องรับผิดชอบเฉพาะเพื่อความสูญเสียโดยแท้จริงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับเนื่องจากความไว้นั้นเชื่อใจในอำนาจตัวแทน ตัวแทนจะไม่ต้องรับผิดชอบเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงการไม่มีอำนาจ โดยการให้ความระมัดระวังตามควร ตัวแทนซึ่งเป็นผู้เยาว์หรือบุคคลที่ถูกล่ามคอความสามารถในการทำสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะรู้หรือควรจะได้รู้ถึงความไม่มีความสามารถของบุคคลดังกล่าวหรือไม่ เว้นแต่ผู้เยาว์ได้กระทำด้วยความยินยอมของผู้ปกครองหรือผู้แทนตามกฎหมาย³⁵

(15) มาตรา 11 อนุมาตรา 15 "ภาระการพิสูจน์"

ข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(ก) ข้อสัญญากำหนดบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีภาระการพิสูจน์ถึงพฤติการณ์แวดล้อมซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป

(ข) ข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับความมีอยู่ของข้อเท็จจริงบางอย่างกรณีตามข้อ (ข) จะไม่นำมาใช้บังคับแก่กรณีเอกสารที่ได้ลงนามแยกไว้ต่างหาก

³⁵ Ibid., p 66.

ตามมาตรา 11 อนุมาตรา 15 ทำให้ข้อสัญญาที่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปพยายามขัดขวางคู่สัญญาอีกฝ่าย ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายจำต้องดำเนินคดีเพื่อแสดงสิทธิของตน เป็นโมฆะ

1) มาตรา 11 อนุมาตรา 15 (ก) กล่าวว่า สัญญาสำเร็จรูปเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาหลักการการพิสูจน์ไปให้คู่สัญญาอีกฝ่าย อันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่องพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าข้อกำหนดดังกล่าวกำหนดการการพิสูจน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ทำสัญญา

2) มาตรา 11 อนุมาตรา 15 (ข) ห้ามข้อความหรือหนังสือรับรองข้อเท็จจริงที่มุ่งขัดขวางคู่สัญญาอีกฝ่ายในการปฏิเสธความแท้จริงของข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ถูกต้อง ตัวอย่างเช่น ข้อความว่า ข้าพเจ้ารับรองว่าข้อสัญญาแห่งข้อตกลงทุก ๆ ข้อได้เจรจากันตัวต่อตัว หรือ " ข้าพเจ้าขอยืนยันว่าข้าพเจ้าได้รับคำแนะนำในการใช้สินค้าแล้วและมีการอธิบายคำแนะนำแก่ข้าพเจ้าว่า..."³⁶

(16) มาตรา 11 อนุมาตรา 16 "แบบของการแจ้งให้ทราบและการบอกกล่าว" ข้อสัญญาที่กำหนดให้การแจ้งให้ทราบหรือการบอกกล่าวที่ต้องทำต่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป หรือต่อบุคคลที่สาม ทำในแบบฟอร์มที่เข้มงวดกว่าการทำเป็นหนังสือ หรือกำหนดเงื่อนไขพิเศษเกี่ยวกับการได้รับการแจ้งให้ทราบหรือการบอกกล่าว

มาตรา 11 อนุมาตรา 16 ห้ามข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งระบุว่า การแจ้งหรือการบอกกล่าวที่ส่งแก่ผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปไม่มีผลบังคับ เว้นแต่การแจ้งหรือการบอกกล่าวทำตามเงื่อนไขของแบบบางอย่าง ข้อสัญญาดังกล่าวโดยปกติเกี่ยวกับคำบอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องหรือการบอกเลิกสัญญาที่มีระยะยาว ผู้ทำสัญญาใส่ข้อสัญญาเหล่านี้ไว้ด้วยความหวังว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะมองข้ามไปหรือลืมว่าการแจ้งหรือการบอกกล่าวต้องทำตามแบบเฉพาะและสิ่งนี้จะช่วยปลดเปลื้องผู้ทำสัญญาจากความรับผิดชอบหรือช่วยผู้ทำสัญญายืนยันว่าระยะเวลาของสัญญาขยายออกไปโดยอัตโนมัติ ดังนั้น มาตรา 11 อนุมาตรา 16 จึงระบุว่า ข้อกำหนดทั้งปวงนี้กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทำ มากกว่าส่งหนังสือธรรมดาโดยไปรษณีย์ เป็นโมฆะ³⁷

³⁶ Ibid., p 67.

³⁷ Ibid., p 67-68.

1.3 การใช้กฎหมาย

1.3.1 การดำเนินคดีตามกฎหมาย

1.3.1.1 เขตอำนาจศาล

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจะอยู่ในมาตรา 14 ดังนี้

(1) การฟ้องคดีที่อ้างในมาตรา 13 แห่งกฎหมายฉบับนี้ให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของศาลท้องถิ่นในท้องที่ที่จำเลยมีสถานที่ประกอบธุรกิจ หรือถ้าจำเลยไม่ได้ประกอบธุรกิจก็อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของท้องที่จำเลยมีภูมิลำเนา ถ้าจำเลยไม่มีทั้งสถานที่ประกอบธุรกิจและภูมิลำเนาในเยอรมัน ศาลในเขตที่จำเลยอาศัยอยู่ย่อมเป็นศาลที่มีอำนาจและถ้ามิใช่กรณีที่ว่านี้ ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลในเขตที่ได้มีการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นโมฆะนั้น

(2) เพื่อความรวดเร็วในการดำเนินคดี รัฐบาลมีอำนาจแต่งตั้งศาลท้องถิ่นแห่งหนึ่งให้มีอำนาจดำเนินคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ในหลายท้องที่ รัฐบาลอาจมอบอำนาจนี้ให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้ตามกฎข้อบังคับ

(3) ในการดำเนินคดีต่อศาลที่ได้รับการแต่งตั้งตาม (2) แห่งกฎหมายฉบับนี้ คู่สัญญาอาจมีทนายผู้มิใบอนุญาตให้ความในศาลท้องถิ่นซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดี ถ้าไม่มีการแต่งตั้งศาลท้องถิ่นตามความใน (2)

(4) ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากการมีทนายตาม (3) แต่เป็นทนายที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ความในศาลที่พิจารณาคดีนั้น ไม่อาจเรียกคืนได้ ^{๒๒}

1.3.1.2 การดำเนินคดี

มาตรา 15 (1) ระบุว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้นำมาใช้กับการพิจารณา เว้นแต่จะขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายนี้ ดังนั้นการดำเนินคดีจะดำเนินคดี ตามหลักในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของเยอรมัน เป็นหลักก่อน และใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบ

^{๒๒} ดารานพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และ ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 128.

1.3.1.3 การพิจารณาคดีและคำวินิจฉัยคดี

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจะอยู่ในมาตรา 16 และมาตรา 17 ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ของเยอรมัน

1.3.2 อำนาจศาลในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ^{๓๑}

กฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่ศาลที่จะพิจารณาว่าข้อสัญญาใดขัดต่อหลักความเป็นธรรมและเป็นโมฆะ โดยบทบัญญัติมาตรา 9 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นบทสรุปอย่างกว้างๆว่า ศาลจะมีบทบาทในการควบคุมความเป็นธรรมของข้อสัญญาได้อย่างไร มาตรา 9 (1) จึงระบุว่า ข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นโมฆะถ้าข้อสัญญาดังกล่าวทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียเปรียบเกินควรถึงขนาดที่เป็นการขัดกับข้อเงื่อนไขว่าด้วยความสุจริต มาตรา 9 (2) ระบุว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจะมีการเสียเปรียบเกินควร ถ้าข้อสัญญามีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังนี้ 1) ขัดกับหลักพื้นฐานของบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ข้อสัญญาเบี่ยงเบนไป หรือ 2) จำกัดสิทธิหรือหน้าที่ขั้นพื้นฐานตามสภาพของสัญญาถึงขนาดทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา

ความสำคัญของมาตรา 9 คือ มาตรานี้ระบุให้ศาลมีอำนาจในการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปโดยตรงทั้งในสัญญาเพื่อผู้บริโภค และสัญญาทางธุรกิจ ซึ่งหมายความว่า ถ้าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางธุรกิจ คือเป็นสัญญาที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญาเป็นพ่อค้าและทำสัญญาเพื่อธุรกิจ ซึ่งไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 10 และมาตรา 11 ตุกฎหมายฉบับนี้ มาตรา 24 สัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นโมฆะตามมาตรา 9 นี้ได้

^{๓๑} อรุณฯ อาชาทองสุข, " การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม",

1.3.3 การฟ้องคดีโดยกลุ่มผลประโยชน์ (Class Action) ⁴⁰

ในหมวด 3 ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ของเยอรมันนั้น ได้เสนอแนวทางทางด้านวิธีพิจารณาความในการควบคุมข้อสัญญามาตรฐาน

ในขณะที่ร่างกฎหมายนั้น ในขั้นตอนของการเตรียมการ ก็มีการถกเถียงกันมากในเรื่องแนวทาง ทางด้านวิธีพิจารณาความ ว่าควรจะเป็นเช่นไร ผู้ร่างกฎหมายได้ปรับปรุงแยกย่อยความเห็นต่าง ๆ ออกมา ที่สำคัญพอสรุปได้ดังนี้

1. ควบคุมในเรื่องสัญญามาตรฐานก่อนใช้ โดยองค์กรรัฐพิเศษ
2. อำนาจในการปรับใช้ ในเรื่องการให้ความเห็นชอบข้อสัญญามาตรฐานก่อนหรือขณะใช้ โดยองค์กรรัฐพิเศษ เช่น รูปแบบของประเทศอิสราเอล เป็นต้น
3. การจดทะเบียนข้อสัญญามาตรฐาน โดยองค์กรรัฐพิเศษ และให้สิทธิองค์กรในการห้าม การใช้ข้อสัญญา ที่นับว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยในทุกลักษณะการ
4. ควบคุมข้อสัญญามาตรฐานทั้งหมดก่อนหรือขณะใช้ อำนาจนี้จะดำเนินการโดยองค์กรที่มีอำนาจในการปกครองตนเองของธุรกิจเอกชน เช่น หอการค้าพาณิชย์หรืออุตสาหกรรม
5. กำหนดรูปแบบข้อสัญญามาตรฐาน สำหรับธุรกิจเอกชนแต่ละประเภท โดยองค์กรรัฐพิเศษ หรือ หน่วยงานที่มีอำนาจปกครองตนเองของธุรกิจเอกชน โดยเขาเหล่านั้นจะถกเถียงถึงรูปแบบสัญญาที่ควรจะถูกผันด้วยหรือไม่
6. แต่งตั้ง ผู้ตรวจสอบของผู้บริโภค (Consumer-ombudsman) เช่นเดียวกับรูปแบบ สวีเดน ซึ่งมีอำนาจแทรกแซง ข้อสัญญาที่ภาคธุรกิจใช้และกระทบผู้บริโภค โดยความเห็นชอบของผู้บริโภคหรือ ผู้ที่สามารถแสดงความต้องการในศาล ในเรื่องการห้ามใช้ข้อสัญญาเหล่านั้น

ข้อเสนอที่ได้รับการพิจารณา คือข้อสุดท้าย ซึ่งเป็นรูปแบบที่อยู่ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสวีเดน ในปี 1971 ในมาตรา 13 ของกฎหมายเยอรมันจะเป็นเรื่องข้อกำหนดในเรืกร้อง การห้ามหรือเพิกถอนข้อสัญญามาตรฐานให้เป็นโมฆะ ตามมาตรา 9-11 เทียบเคียงกับกฎหมายสวีเดน การร้องขอนี้ไม่ได้ทำได้เฉพาะสมาคมผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังสามารถทำได้โดยสภาอุตสาหกรรม และหอการค้าหรือสมาคมช่างฝีมือ เช่นเดียวกับสมาคมอื่น ๆ ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่มีผลประโยชน์ทางการพาณิชย์

⁴⁰ Otto Sandrock, The Standard Terms Act 1976 of West Germany, p. 565-566.

มาตรา 13 ให้อำนาจหน่วยงานในการดำเนินคดีโดยองค์กรที่แน่นอน เพื่อตำบลบุคคล ซึ่งใช้หรือแนะนำ การใช้ข้อสัญญา หรือเงื่อนไขในสัญญามาตรฐานซึ่งเป็นโมฆะ ตามมาตรา 9-11 ของกฎหมาย การบรรเทาคือ การที่ศาลได้รับสิทธิในการให้คำชี้ขาด ในการห้ามใช้ หรือสนับสนุนการใช้ข้อสัญญามาตรฐานในอนาคต การดำเนินการต่อบุคคลซึ่งสนับสนุนการใช้ ข้อสัญญาที่เป็นโมฆะศาลอาจสั่งห้ามมิให้ใช้หรือถอนออกไป องค์กรผู้บริโภคจะไม่มีสิทธิใน การมาที่ศาล (locus standi) ถ้าข้อสัญญามาตรฐานนั้นถูกใช้เพียงแต่ทางธุรกิจ ข้อสัญญา มาตรฐานมักถูกสนับสนุนโดยสมาคมทางการค้า

ผลกระทบของคำพิพากษาที่จะมีต่อผู้ใช้ข้อสัญญามาตรฐาน จะมีจำกัด ถ้าคำพิพากษา ดังกล่าวผูกผันเฉพาะผู้ใช้ ซึ่งถ้าผู้ใช้ข้อสัญญายังคงใช้ข้อสัญญาอันถูกประกาศให้เป็นโมฆะ ผู้ ใช้ข้อสัญญาจะต้องรับผิดชอบในเรื่องค่าปรับ และถ้ายังยินกราน ก็อาจถึงขั้นจำคุก อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ใช้ข้อสัญญาไปไกลถึงขั้นฟ้องคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยใช้ข้อสัญญาซึ่งเป็นโมฆะ คู่สัญญาที่ถูกฟ้อง จะได้รับสิทธิอ้างคำพิพากษาในเรื่อง Class Action อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ว่า ข้อ สัญญามาตรฐานได้ถูกประกาศให้เป็นโมฆะ ในขบวนการ Class Action ไม่ได้ป้องกัน จำเลยจากการใช้หรือแนะนำ ดังกล่าวนี่เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเพื่อจัดการกับ ข้อสัญญาเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้ข้อสัญญาเหล่านี้จะถูกฟ้องได้เฉพาะ ศาลท้องถิ่นที่ผู้ ประกอบธุรกิจดำเนินธุรกิจ (มาตรา 14) สิ่งที่เป็นไปได้คือข้อสัญญามาตรฐานอันเดียวกัน อาจถูกสั่งพิพากษาให้เป็นโมฆะในศาลแห่งหนึ่ง แต่อาจถูกรับรองโดยอีกศาลหนึ่ง Class Action มักจะเป็นการควบคุมในเบื้องต้น ซึ่งหมายถึง อาจมีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปได้ ศาลฎีกาจะตัดสินการมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญามาตรฐาน การขจัดสิ่งที่ไม่ลงรอยกัน ซึ่งเป็น ความขัดแย้งจากศาลล่าง ถ้าสมมติ ศาลฎีกาตัดสินรับรองข้อสัญญามาตรฐานซึ่งถูกตัดสินให้ เป็นโมฆะ โดยศาลล่างในคดีอื่น ผู้ใช้ข้อสัญญามีสิทธิดำเนินการกับคำสั่งซึ่งออกมาเป็นผล เสียกับผู้ใช้ข้อสัญญา (มาตรา 19) และถึงแม้ว่าผู้ใช้ข้อสัญญาจะไม่ดำเนินการ กับคำ พิพากษาดังกล่าว ในทางปฏิบัติ คำสั่งห้ามใช้ข้อสัญญาจะไม่ขัดขวางผู้ทำสัญญาในการใช้ข้อ สัญญาดังกล่าว ⁴¹

⁴¹ Harry Silberberg, The German Standard Contracts Act, p.71-72.

2. กฎหมายของอังกฤษเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
(The Unfair Contract Terms Act 1977)

2.1 บทบาทของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ

ในปี 1977 รัฐสภาของประเทศอังกฤษ เห็นว่าความพยายามของศาลในการแก้ไขปัญหานั้นเกิดจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังไม่เพียงพอ จึงได้มีการออกกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า The Unfair Contract Terms Act 1977

ในกฎหมาย Common Law ความสมเหตุสมผลของข้อจำกัดความรับผิดจะขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ ถ้าข้อสัญญาที่นำมาใส่ไว้ในสัญญา ครอบคลุมการทำผิดสัญญาซึ่งมักเกิดขึ้นกับการตีความแล้ว แสดงว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีประสิทธิภาพ แต่ทว่า UCTA ไม่ได้ยึดเหนี่ยวกฎหมาย Common Law แต่ UCTA เพียงทำให้การบรรลุผลของข้อจำกัดความรับผิดขึ้นอยู่กับความยุติธรรม ข้อจำกัดความรับผิดจะเกี่ยวข้องกับ UCTA ใน 3 ทางด้วยกัน ซึ่งข้อสัญญานั้นอาจถูกพิจารณาว่า

1. โฆษะ
2. ขึ้นอยู่กับหลักความสมเหตุสมผล
3. ไม่ถูกควบคุมโดยกฎหมายฉบับนี้

ใน 3 แนวทางนี้ กฎหมายจะสามารถแยกความแตกต่างในข้อจำกัดความรับผิดได้

เหตุผลที่ว่า เมื่อตรวจสอบข้อสัญญาโดย UCTA แล้ว จึงพิจารณาเรื่องกฎหมาย Common Law เพราะว่า เมื่อข้อสัญญาถูกพิจารณาว่าเป็นโฆษะโดย UCTA แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาการมีผลใช้บังคับได้ใน Common Law อย่างไรก็ตาม ถ้าข้อสัญญานั้นต้องพิจารณาโดยหลักความสมเหตุสมผลแล้ว การตรวจสอบโดยกฎเกณฑ์ใน Common Law จะเข้ามาเกี่ยวข้อง

ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวถูกพิจารณาว่าใช้ได้ตาม Common Law ข้อสัญญานั้นจะต้องถูกพิจารณาอีกโดยหลักความสมเหตุสมผลใน UCTA ⁴²

⁴² Roger Kay and Tim Sewell, A Practical Approach to Contract and Consumer Law (London: Financial Training Publications, 1984), p 106-107

ในประเทศอังกฤษนั้น การแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น นอกจาก The Unfair Contract Terms Act 1977 แล้ว ก็ยังมีการควบคุมโดยฝ่ายบริหารที่เรียกว่า administrative control คือ Fair Trading Act 1973 อันเนื่องจากการควบคุมโดยฝ่ายศาล อาจจะไม่ได้ผลเท่าที่ควร ถ้าคู่ความไม่นำคดีมาสู่ศาล ฉะนั้นการศึกษาในเรื่องการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในอังกฤษ จึงจะศึกษาในตัวกฎหมาย 2 ฉบับไปพร้อมๆ กัน และเนื่องจากปัจจุบัน ยุโรปมีการรวมกลุ่มทางการค้า ประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 ซึ่งจะได้กล่าวถึงในช่วงท้ายต่อไป

2.2 ลักษณะของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ส่วนที่ 1 มี 14 มาตรา (มาตรา 1-14) เป็นส่วนที่บรรจุเนื้อหาสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ เช่น กล่าวถึงข้อกำหนดที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ข้อกำหนดที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขความสมเหตุสมผล หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสมเหตุสมผล ส่วนที่ 2 มี 11 มาตรา (มาตรา 15-25) ซึ่งใช้กับสก็อตแลนด์เท่านั้น ส่วนที่ 3 มี 7 มาตรา (มาตรา 26-32) ใช้ทั่วสหราชอาณาจักร

2.3 ขอบเขตของกฎหมาย

2.3.1 ขอบเขตในด้านเนื้อหาแห่งกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ โดยภาพรวม จะควบคุมข้อจำกัดความรับผิด ในแต่ละประเภทดังนี้

1. ผู้บริโภคกับผู้จัดจำหน่าย
 - 1.1 สำหรับการฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยปริยาย
 - 1.2 สำหรับการฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง
 - 1.3 สำหรับการกล่าวผิดความจริง
 - 1.4 ความประมาทเลินเล่อ
 - 1.5 ค่าเสียหายอันไม่สมควร

2. ผู้บริโภคกับบุคคลที่สาม

2.1 คำรับรอง

2.2 ความประมาทเลินเล่อ⁴³

2.3.2 สถานการณ์ที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายนี้⁴⁴

สถานการณ์เหล่านี้แยกเป็น 2 ประเภท คือ สถานการณ์ที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายฉบับนี้ และสถานการณ์ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ ถ้าสถานการณ์ดังกล่าวไม่ถูกยกเว้นไว้โดยเฉพาะ

1. สถานการณ์ที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายนี้

ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของบุคคลที่ไม่ได้ทำเป็นธุรกิจ โดยทั่วไปข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ กฎหมายนี้เพียงแต่จำกัดสิทธิของบุคคลดังกล่าวในอันที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางประการ ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อสินค้า และสัญญาที่ผู้อ่างขอยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดกล่าวผิดความจริง

2. สถานการณ์ที่ยกเว้นไว้โดยเฉพาะ

กฎหมายนี้บางมาตราหรือทั้งหมดไม่ใช้บังคับในกรณีต่อไปนี้

2.1 กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 1(2) ระบุว่า การบังคับใช้มาตรา 2 ถึงมาตรา 4 และมาตรา 7 อยู่นอกข้อยกเว้นของตารางที่ 1 ท้ายกฎหมายนี้ ซึ่งระบุว่า

⁴³ Ibid., p. 107.

⁴⁴ อรุณ อากาศทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," , หน้า 112.

(1) กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 2 ถึงมาตรา 4 ไม่ใช้กับ

(ก) สัญญาประกันภัย (รวมถึงสัญญาจ่ายเงินปีเพื่อดำรงชีวิต)

* เหตุผลที่มีการยกเว้นสัญญาประเภทนี้ เพราะว่า ในอังกฤษ มีแนวทางปฏิบัติ (Code of practice) ระหว่างกรมการค้าและธุรกิจประกันภัย อยู่แล้ว อีกทั้งในตัวสัญญามักเป็นการกล่าวถึงความเสี่ยงมากกว่าการยกเว้นความรับผิดชอบ⁴⁵

(ข) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดหรือโอนผลประโยชน์ในที่ดิน หรือที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของผลประโยชน์ดังกล่าวไม่ว่าโดยความระงับแห่งหนี้, หนี้เคลื่อนที่กัน, การส่งคืน, การริบทรัพย์หรือในประการอื่น

(ค) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดหรือโอนสิทธิ หรือผลประโยชน์ในสิทธิบัตร, เครื่องหมายการค้า, ลิขสิทธิ์ แบบที่จดทะเบียนไว้, ความรู้ทางเทคนิคและทางการค้า หรือ ทรัพย์สินทางปัญญาหรือเกี่ยวกับการสิ้นสุดของสิทธิหรือผลประโยชน์เช่นว่านั้น

(ง) สัญญาที่เกี่ยวกับ

1) การก่อตั้งหรือการเลิกบริษัท

2) การรวมตัวกันหรือสิทธิหรือหนี้ของสมาชิกบริษัท

(จ) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดหรือโอนหลักทรัพย์หรือสิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ในหลักทรัพย์

(2) มาตรา 2(1) ใช้กับ

(ก) สัญญาที่เรือหรือลากจูงเรือทางทะเล

(ข) สัญญาเช่าเรือและรถสะเท็นน้ำสะเท็นบก และ

(ค) สัญญาขนส่งสินค้าโดยเรือหรือรถสะเท็นน้ำสะเท็นบก

แต่ภายใต้บังคับมาตรา 2 ถึงมาตรา 4 และมาตรา 7 ไม่ใช้กับสัญญาดังกล่าวใดๆ เว้นแต่เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่ทำความตกลงในฐานะเป็นผู้บริโภค

⁴⁵ Alec Samuels, " Unfair Contract Terms Act 1977," The Solicitors` Journal No.45 (November 1977) : 735.

(3) เมื่อสินค้าขนส่งโดยเรือหรือรถสะเทินน้ำสะเทินบก ในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่ง

(ก) ระบุว่า ในฐานะเป็นวิธีการขนส่งเกินไปจากส่วนของการเดินทางที่จะได้รับการควบคุม หรือ

(ข) ทำให้ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีการขนส่งและไม่ยกเว้นวิธีการอื่นนั้น

มาตรา 2(2), มาตรา 3 และมาตรา 4 ไม่ใช้กับสัญญา เมื่อกรณีเป็นเรื่องการรับขนส่งสินค้าโดยวิธีการอื่นนั้น เว้นแต่เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่ทำความตกลงในฐานะเป็นผู้บริโภค

(4) มาตรา 2(1) และ (2) ไม่ใช้กับสัญญาจ้างแรงงาน เว้นแต่เป็นประโยชน์แก่ลูกจ้าง

(5) มาตรา 2(1) ไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของการชำระหนี้ หรือการชดเชยค่าเสียหาย ที่บุคคลหนึ่งกำหนดเกี่ยวกับการตัดสินใจให้เขาได้รับค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการจ้างแรงงานในอุตสาหกรรมด้านหิน เกี่ยวกับการเรียกร้องล่วงหน้าใด ๆ ที่เกิดจากการทำสัญญาของเขา

2.2 สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ในสัญญาดังกล่าว แม้มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้

2.3.3 ขอบเขตในด้านตัวบุคคล

ขอบเขตของกฎหมายนี้ ในข้อสัญญาที่จะถูกใช้ มีขอบเขตที่กว้างมาก ไม่ว่าจะเป็น คนชักรีด , ชักแห้ง, คนทำความสะอาด, คนซ่อมทีวี, คลังสินค้า, สถาบันเทিং และรีสอร์ท เช่น โรงพยาบาล, พิพิธภัณฑ์, แคมป์วันหยุด, สวนสนุก มีอาชีพที่ให้คำปรึกษาและช่วยเหลือ ก็อยู่ในข่ายด้วยไม่ว่าจะเป็น นักกฎหมาย, สถาปนิก, หมอ, นักบัญชี, ผู้ประเมินราคา, นายธนาคาร, วิศวกร เป็นต้น ⁴⁶

⁴⁶ Ibid., p. 735.

2.3.4 ขอบเขตของข้อสัญญาที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย⁴⁷

ตามกฎหมายฉบับนี้ ความพยายามที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะไม่มีผลบังคับโดยสิ้นเชิง ในกรณีต่อไปนี้

1. ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บแก่กาย

มาตรา 2(1) ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความตายหรือการบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อ โดยการอ้างข้อสัญญาใด ๆ หรือประกาศแจ้งแก่บุคคลทั่วไป หรือบุคคลเฉพาะเจาะจง

คำว่า "บาดเจ็บแก่กาย" นั้น กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 14 ให้คำจำกัดความว่า รวมถึงโรคภัยต่างๆ และกายพิการ หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ

คำว่า "ความประมาทเลินเล่อ" นั้น กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 1(1) ให้คำจำกัดความไว้ว่า อาจเป็น (ก) การฝ่าฝืนหน้าที่อันหนึ่งในอันที่จะต้องระมัดระวังตามสมควร หรือใช้ความชำนาญตามสมควรในการปฏิบัติตามสัญญา เมื่อหนึ่งดังกล่าวเกิดจากสัญญาที่แสดงออกชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ตัวอย่างเช่น

ในคดี *Eyre v Measday* ในคดีนี้ผู้พิพากษา Slade L J ได้กล่าวถึงหน้าที่โดยนัยของศัลยแพทย์ ในการทำการผ่าตัดว่า เป็นภาระหน้าที่ของบุคคลที่เป็นแพทย์ที่จะต้องให้หลักประกันในตัวเองอยู่แล้วตามธรรมชาติว่าจะใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควรในการผ่าตัด ศาลไม่ควรที่จะวางข้อกำหนดว่า แพทย์จะต้องให้คำรับรองโดยชัดแจ้งต่อคนไข้ว่า การผ่าตัดนั้นจะได้กระทำด้วยความระมัดระวังตามสมควร และในกรณีที่ไม่มีคำรับรองโดยชัดแจ้ง ก็ไม่อาจสรุปได้ว่า การผ่าตัดนั้นได้ใช้ความระมัดระวังหรือความชำนาญที่ต่ำกว่ามาตรฐาน

⁴⁷ อรุณฯ อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 72.

การละเลยหน้าที่ตามคอมมอนลอว์ ในอันที่จะต้องระมัดระวังตามสมควร หรือใช้ความชำนาญตามสมควร โปรดสังเกตว่าความหมายของคำว่า "ความประมาทเลินเล่อในส่วนนี้ใช้โดยไม่เกี่ยวข้องกับสัญญา" ในส่วนนี้จึงใช้กับการจัดการโดยไม่คิดมูลค่า เช่น สถานที่จอดรถบางแห่งสำหรับเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ความประมาทเลินเล่อประเภทนี้สำคัญที่สุด เพราะรวมเอาละเมิดเนื่องจากประมาทเลินเล่อเข้าไว้ด้วย ความหมายของความประมาทเลินเล่อประเภทนี้ใช้บังคับผู้ผลิตซึ่งผลิตสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องโดยประมาทเลินเล่อด้วย และการละเลยหน้าที่ที่ระมัดระวังทั่วไปที่กำหนดไว้โดย The Occupier's Liability Act 1975 หรือ The Occupier's Liability Act (Northern Ireland) 1957 ความหมายของความประมาทเลินเล่อประเภทนี้ใช้บังคับผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ขาดความระมัดระวัง ตามหน้าที่ ที่จะต้องมีในฐานะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินอันเป็นเหตุให้เกิดละเมิดอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนละเลยหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น เจ้าของโรงเรือนที่นักอาศัยจะต้องมีหน้าที่ระมัดระวังต่อแขกผู้มาพักอาศัยภายใต้บทบัญญัติของ The Occupier's Liability Act 1984 มาตรา 1 เป็นต้น

กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 1 (4) ระบุว่า ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเลยหน้าที่หรือการฝ่าฝืนหนี่ใด ๆ ไม่ใช่สาระสำคัญว่าการละเลยหรือการฝ่าฝืนจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือไม่ หรือว่า ความรับผิดชอบเพื่อการนั้นเกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำของตนเองหรือเกิดจากการกระทำของผู้อื่น แต่บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบ ดังนั้นนายจ้างจึงไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตนเอง จากการกระทำความผิดของลูกจ้าง ในกรณีเกิดความตายหรือการบาดเจ็บแก่กษัตริ์ การที่มาตรา 1(4) อ้างถึงคำว่า "จงใจ" อาจสันนิษฐานได้ว่ามีความมุ่งหมายที่จะให้ประกันว่า ขณะที่การก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่กษัตริ์หรือแม้กระทั่งถึงแก่ความตายโดยจงใจนั้น อาจจะไม่เป็นประมาทเลินเล่อตามกฎหมายฉบับอื่น แต่ก็คงต้องถือว่ากรณีดังกล่าวอยู่ในความหมายของคำว่า "ความประมาทเลินเล่อ" ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ ⁴⁸

⁴⁸ Richard Lawson, Exclusion Clause after the Unfair Contract Terms Act (London : Oyez Longman, 1979), p.83-84 .

2. คำรับรองสินค้าสำหรับผู้บริโภค

กฎหมายฉบับนี้มาตรา 5(1) ระบุห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายหรือความเสียหายของสินค้าที่โดยปกติจัดหาสำหรับการใช้ประโยชน์หรือการบริโภคเป็นส่วนตัว เมื่อความเสียหายหรือเสียหายเกิดจากสินค้าที่พิสูจน์ได้ว่า ขำรถบกพร่องขณะใช้ประโยชน์สำหรับผู้บริโภค และมีผลมาจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการจำหน่าย ห้ามผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้ายกเว้นความรับผิดดังกล่าว โดยการอ้างอิงข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งใดๆ ที่ใส่ไว้ในหรือที่ใช้โดยการอ้างถึงคำรับรองสินค้า

มาตรา 5 เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อกำหนดในคำรับรองสินค้าสำหรับผู้บริโภค โดยปกติเป็นประเภทที่จัดหาเพื่อการอุปโภคหรือบริโภคส่วนตัว โดยมาตรา 5(1) ระบุห้ามบุคคลใดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายหรือความเสียหายเนื่องจากความชำรุดบกพร่องในสินค้าซึ่งผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าได้ทำความรับรองสินค้าไว้ ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าจะอ้างถึงข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งใด ๆ เพื่อยกเว้นความรับผิดไม่ได้ ในเมื่อความชำรุดบกพร่องเกิดจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า มาตรา 5(2)(ก) ระบุว่า สินค้าถือว่า "อยู่ในระหว่างการใช้ประโยชน์สำหรับผู้บริโภค" เมื่อบุคคลกำลังใช้สินค้าหรือมีสินค้าอยู่ในความครอบครองของตนเพื่อการใช้ประโยชน์ มิใช่มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เช่น ถ้าสินค้าเป็นรถยนต์ ก็ต้องได้ความว่าความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากความชำรุดบกพร่องในรถยนต์ ขณะที่เจ้าของรถยนต์ขับรถยนต์อยู่ หรือขณะที่จอดไว้ในบ้าน แต่ถ้ามีรถยนต์ไว้ในครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เช่นมีไว้เพื่อขายเช่นนี้ ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 5(1) ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีดังกล่าวได้ มาตรา 5(2)(ข) ให้คำจำกัดความคำว่า "คำรับรองสินค้า" หมายถึง คำมั่นหรือการรับประกันเป็นหนังสือว่าความชำรุดบกพร่องของสินค้า จะได้รับการแก้ไขให้คืนดีด้วยการเอาสินค้าใหม่ทั้งหมดหรือบางส่วนมาทดแทน หรือด้วยการซ่อมแซม, การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงิน หรือด้วยวิธีอื่น

คำรับรองหรือคำรับประกันสินค้าของผู้ผลิตและผู้จำหน่ายมีผลให้เกิดการเยียวยาแก่ผู้บริโภคได้ โดยผู้ผลิตและผู้จำหน่ายไม่สามารถยกเว้นหรือตัดทอนสิทธิที่ผู้บริโภคมีอยู่ตามกฎหมาย ซึ่งขายได้อย่างอิสระเช่นแต่ก่อน แต่อย่างไรก็ตามการเข้ามาตรา 5 ถูกจำกัดอย่างยิ่ง เพราะว่ามาตรา 5 กล่าวถึงการห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยการอ้างถึงข้อสัญญา หรือประกาศแจ้งใด ๆ เพื่อการฝ่าฝืนข้อกำหนดในคำรับรองสินค้าเพื่อผู้บริโภคที่ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายได้ทำคำรับรองขึ้น แต่ความจริงแล้วผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องทำคำรับรองสินค้า ดังนั้น ถ้าผู้ผลิตและผู้จำหน่ายไม่ได้ทำคำรับรองสินค้า กรณีนี้ก็ไม้อาจนำมาตรา 5 มาใช้ ยิ่งกว่านั้นมาตรา 5 เพียงจำกัดอุปสรรคที่มาขัดขวางการแก้ไขสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องให้คืนดีเท่านั้น แต่ไม่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าผู้ผลิตต้องรับผิดหรือไม่ในการที่สินค้าไม่มีคุณภาพ ⁴⁹ ตัวอย่างเช่น คดี Donoghue v Stevenson ศาลมีคำพิพากษาว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภคนั้น ผู้บริโภคจะได้รับการเยียวยาในทางละเมิดในกรณีที่เกิดการละเลยหน้าที่อันพึงต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ผลิตอันเป็นเหตุให้ผู้ผลิตเกิดความรับผิดในทางละเมิดขึ้น แต่ในทางสัญญานั้น ผู้ผลิตไม่จำเป็นต้องเกิดความรับผิดต่อผู้บริโภคในกรณีที่สินค้าขาดคุณภาพ เนื่องจากผู้ผลิตมิได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซื้อขายซึ่งกำหนดให้ผู้ค้าปลีก มีความรับผิดต่อผู้บริโภคในกรณีที่สินค้าขาดคุณภาพหรือคุณภาพด้อย

3. สัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อ

กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 6(1) ระบุห้ามบุคคลใดอ้างถึงข้อสัญญาเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายต่อไปนี้

- (ก) มาตรา 12 ของ The Sale of Goods Act 1979
(คำมั่นโดยปริยายของผู้ขายเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ เป็นต้น)
- (ข) มาตรา 8 ของ The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973
(สิ่งของที่ตรงกันในกรณีเกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ)

⁴⁹ Chin Uyuk-Tin, Excluding Liability in Contracts (Singapore : butterworths, 1985) p.170.

The Sale of Goods Act 1979 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรับรองถึงข้อกำหนดโดยปริยายเกี่ยวกับ สินค้ารวมทั้งเงื่อนไขคำรับประกันโดยปริยายของผู้ขาย ซึ่งมีผลทำให้ผู้ขายต้องผูกพันรับผิดชอบต่อผู้ซื้อตามที่กฎหมายกำหนดว่า ผู้ขายได้ให้คำรับรองหรือรับประกันไว้เช่นนั้น ส่วน The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อจัดความไม่เป็นธรรมและการเอาเปรียบของฝ่ายผู้ขาย โดยการตัดทอนอำนาจของฝ่ายผู้ขาย ในการที่จะกำหนดข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตามที่กฎหมายซื้อขายกำหนดขึ้น ดังนั้น The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 จึงกำหนดว่า ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือคำรับประกันโดยปริยายภายใต้กฎหมายซื้อขายย่อมไม่มีผลบังคับ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการขายเพื่อผู้บริโภคเท่านั้น

มาตรา 6(1) แห่ง The Unfair Contract Terms Act 1977 ระบุห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในการทำผิดคำมั่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่แสดงนัยในสัญญาซื้อขายโดย The Sale of Goods Act 1979 มาตรา 12 และห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในการทำผิดคำรับประกันโดยปริยายเกี่ยวกับสิ่งของที่ตรงกัน ในกรณีเกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ โดย The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 มาตรา 8 ตัวอย่างเช่น ใน The Sale of Goods Act 1979 มาตรา 12(1) ระบุว่า "ในสัญญาซื้อขาย นอกจากที่อยู่ในบังคับอนุมาตรา 3 มิฉะนั้นโดยปริยายให้ฝ่ายผู้ขายว่า ในกรณีสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีสิทธิที่จะขายสินค้า และในกรณีสัญญาจะซื้อจะขาย ผู้ขายมีสิทธิดังกล่าวในเวลาที่เหมาะสมต้องโอนไป" ดังนั้นในสัญญาซื้อขาย ถ้าผู้ขายระบุข้อความว่า ผู้ขายไม่รับประกันว่าสิทธิของตนที่จะขายสินค้ามีข้อบกพร่องหรือไม่ ข้อความดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ และไม่มีผลบังคับ

มาตรา 6(2) ระบุห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อการฝ่าฝืนหนี้ที่เกิดจากมาตรา 13 มาตรา 14 หรือมาตรา 15 ของ The Sale of Goods Act 1979

และมาตรา 9 มาตรา 10 หรือ มาตรา 11 ของ The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 อันเป็นปฏิบัตย์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค โดยการอ้างถึงสัญญาใด ๆ

กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 6(2) ระบุห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในการทำผิดคำมั่นโดยปริยายของผู้ขาย หรือผู้ให้เข้าซื้อเกี่ยวกับความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่างและเกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะที่แสดงนัยในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อโดย The Sale of Goods Act 1979 มาตรา 13 มาตรา 14 หรือ มาตรา 15 และ The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11

มาตรา 6(2) ให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีการขายสินค้าที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค (The buyer deals as a consumer) เท่านั้น ตัวอย่างที่จะใช้มาตรา 6(2) บังคับเช่นใน The Sale of Goods Act 1979 มาตรา 14(2) ระบุว่า กรณีที่ผู้ขาย ขายสินค้าในธุรกิจการขายของตน ถือว่ามีการรับประกันโดยปริยายว่าสินค้านั้นมีคุณภาพเหมาะสมตามวิสัยของการใช้ทั่วไป (implied warranty of merchantable quality) เว้นแต่ถ้าผู้ซื้อได้ตรวจสอบสินค้าก่อน และความบกพร่องนั้นเป็นสิ่งที่สามารถพบได้ โดยการตรวจสอบดังกล่าว มาตรา 14(2) ก่อภาระให้ผู้ขายมีหน้าที่ตามกฎหมายในการให้คำรับประกันสินค้า ดังนั้นหากมีการทำผิดคำรับประกัน เช่น สินค้ามีความชำรุดบกพร่องหรือโดยประการอื่น ทำให้สินค้าไม่เหมาะสมสำหรับการใช้ตามเจตนารมณ์ ผู้ขายต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อ ผู้ขายจะอ้างข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการทำผิดคำรับประกันโดยปริยายตามกฎหมาย เกี่ยวกับคุณภาพความเหมาะสมของสินค้าดังกล่าวไม่ได้ เพราะขัดกับ The Unfair Contract Terms Act 1977 มาตรา 6(2) ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบจึงตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับ

มาตรา 6(3) ระบุว่าบุคคลอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ตามมาตรา 6(2) อันเป็นปฏิบัตย์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาอันไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค โดยการอ้างถึงข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้แต่เพียงที่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

มาตรา 6(3) อนุญาตให้การขายที่มีใช้เพื่อผู้บริโภค มีการยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดสำหรับการฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือคำรับประกันโดยปริยายตาม มาตรา 13 และ มาตรา 14 หรือ มาตรา 15 ของ The Sale of Goods Act 1979 และ มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ของ The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 โดยการอ้างข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อ ในการทำผิดคำรับประกันโดยปริยายเกี่ยวกับความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนา หรือตัวอย่างหรือเกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของสินค้าได้ เฉพาะกรณีที่ ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวเป็นไปตามมาตรฐานความสมเหตุสมผล (satisfy the requirement of reasonableness)

มาตรา 6(4) ระบุว่า ความรับผิดที่อ้างถึงในมาตรานี้ไม่เพียงเป็น "ความรับผิดทางธุรกิจ" ที่จำกัดความไว้ตามมาตรา 1(3) เท่านั้น แต่รวมถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ" ผลที่ตามมาคือเมื่อพิจารณา มาตรา 6(4) จะเห็นว่าผู้ขายส่วนตัว(ที่ไม่ใช่ธุรกิจ) ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดคำ มั่นโดยปริยายเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือเกี่ยวกับคุณภาพแต่เมื่อ พิจารณามาตรา 6(2) จะเห็นได้ว่า ผู้ขายส่วนตัวจะยกเว้น หรือ จำกัดความรับผิดในการทำผิดคำมั่นโดยปริยายตามที่กล่าวมาโดยการอ้าง มาตรา 6(2) ได้เนื่องจาก มาตรา 6(2) ใช้บังคับเฉพาะ "เท่าที่เป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะ ผู้บริโภค" แต่เนื่องจากผู้ขายส่วนตัวไม่ได้ทำสัญญาในทางธุรกิจ ดังนั้น บุคคลซึ่งซื้อสินค้า จากผู้ขายส่วนตัว จึงไม่ได้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค และไม่ได้รับความคุ้มครองจาก มาตรา 6(2) บุคคลดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองเพียงเฉพาะจากเงื่อนไขความสมเหตุสม ผล ^{๕๐}

^{๕๐} G.H. Treitel , The Law of Contract (London: Stevens & son, 1983) ,p. 197.

4. สัญญาจัดหาประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อ

กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 7(1) ระบุว่า เมื่อสิทธิครอบครองหรือกรรมสิทธิ์โอนไป ภายใต้อะไรหรือในขณะปฏิบัติตามสัญญาที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายซื้อขายหรือเช่าซื้อ มาตรา 2 ถึงอนุมาตรา 4 ข้างล่างนี้ใช้กับผลที่จะเกิดขึ้นกับข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดเพื่อการฝ่าฝืนหนี้ที่เกิดขึ้นโดยการแสดงนัยของกฎหมายจากสภาพของสัญญา

มาตรา 7 เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาจัดหาสินค้าที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อ เช่น สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจำนำ หรือสัญญาเช่า ซึ่งสัญญาดังกล่าวนั้นบรรจุข้อสัญญา โดยปริยาย เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง คุณภาพ และความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ^{๕1}

มาตรา 7(2) ระบุห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับความตรงกัน ของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือคุณภาพ หรือความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์ เฉพาะใดๆ ของสินค้า อันเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคโดยการอ้างถึง ข้อสัญญาดังกล่าวใด ๆ

มาตรา 7(3) ระบุว่า บุคคลอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด อันเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาอันไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค โดยการอ้างถึงข้อสัญญาดังกล่าว แต่เพียง เท่าที่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

มาตรา 7(4) ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับกรณีต่อไปนี้ โดย การอ้างถึงข้อสัญญาใด ๆ เว้นแต่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

^{๕1} โปรดดู Supply of Goods and Services Act 1982 มาตรา 2 ถึง มาตรา 5 , มาตรา 7 ถึงมาตรา 10

- (ก) สิทธิที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าหรือสิทธิครอบครอง หรือ
- (ข) การประกันในเรื่องสิทธิครอบครองต่อบุคคลที่เข้ายึดถือสินค้าในการปฏิบัติ

ตามสัญญา

ตามกฎหมายฉบับนี้ เฉพาะมาตรา 7(2) เท่านั้นที่ทำให้ข้อยกเว้นหรือคำจำกัดความรับผิดไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอย่างสิ้นเชิง ส่วนมาตรา 7(3) และ (4) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะอยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

2.3.5 ขอบเขตของข้อสัญญาที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล ⁵²

ในกรณีต่อไปนี้ ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขความสมเหตุสมผล เมื่อเงื่อนไขความสมเหตุสมผลใช้บังคับ กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 11(5) ระบุให้บุคคลที่อ้างว่าข้อสัญญาหรือประกาศแจ้ง ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล เป็นผู้พิสูจน์ กรณีเป็นเช่นนั้น

1. ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหายนอกจากทำให้ตายหรือบาดเจ็บแก่กาย

กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 2(2) ระบุว่า ในกรณีความสูญหาย หรือความเสียหายอื่นๆ นอกจากความตายหรือการบาดเจ็บแก่กาย ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความประมาทเลินเล่อ เว้นแต่ข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

กรณีความสูญหายหรือความเสียหายอื่น ๆ นอกจากความตาย หรือการบาดเจ็บแก่กาย ได้แก่ ความสูญหายหรือความเสียหายทางทรัพย์สินในประการต่าง ๆ กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ ห้ามการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเป็นการเด็ดขาด แต่ให้อยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล ตัวอย่างเช่นในคดี Phillips Products

⁵² อรุณฯ อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาคำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,"

Ltd. v Hyland⁵³ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ได้ทำสัญญาเช่ารถขุดโมมิ่งค์ พร้อมคนขับรถจากบริษัทจำเลย โดยใช้สัญญามาตรฐานของ Contractors Plant Hire Association ซึ่งสัญญาข้อ 8 กำหนดว่า ในการปฏิบัติงานของคนขับรถที่มาทำงานให้แก่โจทก์ตามสัญญาเช่านั้น จะถือว่าปฏิบัติในฐานะเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนของโจทก์ หากเกิดความเสียหายใด ๆ อันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของคนขับรถ โจทก์ก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายนั้นในฐานะที่เป็นนายจ้าง ต่อมาในขณะที่คนขับรถได้ปฏิบัติงานอยู่นั้นได้เกิดอุบัติเหตุขึ้น โดยคนขับรถ ได้ขับรถขุดโมมิ่งค์เข้าชนกำแพงโรงงานของโจทก์ด้วยความประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหลายแสนปอนด์ โจทก์จึงได้ฟ้องบริษัทจำเลยผู้ให้เช่ารถให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น บริษัทจำเลยอ้างข้อกำหนดตามสัญญาข้อ 8 ขึ้นปฏิเสธความรับผิด ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของจำเลย โดยผู้พิพากษา Kenneth Jones J. ได้ให้ความเห็นว่า ข้อกำหนดตามสัญญาข้อ 8 มีผลทำให้เกิดการโอนความรับผิดจากจำเลยไปยังโจทก์ เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น หลักสำคัญที่ต้องตัดสินก็คือ สัญญาตามข้อ 8 ที่จำเลยกล่าวอ้างนั้นเป็นข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 2(2) หรือไม่ ซึ่งมาตรา 2(2) กล่าวว่า ในกรณีที่มีการสูญหายหรือเสียหายอื่น ๆ นอกจากความตายหรือการบาดเจ็บแก่กาย ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนอันเกิดขึ้นเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อ เว้นแต่ว่าข้อความในสัญญาดังกล่าวจะผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ผู้พิพากษา Kenneth Jones J. ได้ตัดสินว่าข้อสัญญาตามข้อ 8 เป็นข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อตามความหมายของมาตรา 2(2) และเป็นข้อสัญญาที่ไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ด้วยเหตุผลที่ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ยุติธรรมต่อโจทก์ เนื่องจากโจทก์ไม่มีโอกาสคัดเลือกพิจารณาผู้ที่จะมาปฏิบัติงานตามสัญญาให้ถูกต้องและเหมาะสมกับลักษณะของงาน เพราะโจทก์ขาดประสบการณ์ในการว่าจ้าง อีกทั้งยังไม่มีรายละเอียดของข้อมูลเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของเครื่องจักร ในเมื่อคนขับรถที่มาปฏิบัติงานตามสัญญาเช่านั้น บริษัทจำเลยเป็นผู้ส่งมา ดังนั้นจึงไม่สมเหตุสมผลที่จะพิจารณาว่าคนขับรถเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนของโจทก์ ความพยายามที่จะแบ่งสรรความรับผิดจากบริษัทจำเลยไปยังโจทก์ในเรื่องนี้ถูกมองว่าเป็น "การยกเว้นความรับผิด" ที่ไม่สมเหตุสมผล

⁵³ (1985) 129 SJ 47. cited by Joanne Harris and DW Fox, Transfer of Liability Provisions and the Unfair Contract Terms Act, 130 Solicitors' Journal.(1986): 655-657.

2. สัญญาเพื่อผู้บริโภคและสัญญาสำเร็จรูป

(Consumer Contracts and Standard Form Contracts)

มาตรา 3(1) ระบุว่า มาตรานี้ใช้ระหว่างคู่สัญญาซึ่งฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคหรือทำสัญญาด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจเป็นหนังสือของอีกฝ่ายหนึ่ง

เนื่องจากการแพร่หลายของสัญญาสำเร็จรูปมีความสัมพันธ์กับการเจริญเติบโตของกิจการขนาดใหญ่ที่ต้องการจำกัดความรับผิดในตลาดที่มีผู้บริโภคจำนวนมาก ดังนั้นในช่วงศตวรรษที่ 19 บริษัทกึ่งมหาชนในประเทศอังกฤษ เช่น Gas corporation และ Water Board จึงเริ่มใช้สัญญาสำเร็จรูปที่มีข้อยกเว้นความรับผิดกว้างๆ ในทำนองเดียวกับบริษัทเอกชนรายแรกสุดที่ใช้สัญญาสำเร็จรูปคือบริษัทประกันภัย และในช่วงต่อมา เมื่อสินค้าและบริการที่เพิ่มขึ้น เริ่มที่จะจำหน่ายหรือบริการแก่คนจำนวนมาก สัญญาสำเร็จรูปจึงกลายเป็นวิธีการทำสัญญาที่ใช้กันเป็นจำนวนมาก^{๕๔} โดยที่คู่สัญญาที่ส่งมอบเอกสารที่เป็นแบบสำเร็จรูปจะพยายามยกเว้นตัวเองจากความรับผิดบางประการตามหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นการตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเรียกค่าทดแทนที่ควรจะได้รับ เนื่องจากความสูญหายหรือบาดเจ็บแก่กายหรือความเสียหายจากกิจการ สัญญาสำเร็จรูปเกี่ยวกับผู้บริโภคนั้นบ่อยครั้งบรรจุในตั๋วหนังสือแจ้ง หรือใบเสร็จรับเงิน นำมาให้ผู้บริโภครับรู้ในเวลาทำข้อตกลง โดยผู้บริโภคที่รอบคอบอาจจะอ่านเนื้อความตั้งแต่ต้นจนจบ แต่โดยแท้จริงแล้วผู้บริโภคไม่มีเวลาจะอ่าน และแม้ว่าผู้บริโภคอ่านบางทีก็ไม่ได้ช่วยอะไร เพราะว่าผู้บริโภคไม่ได้เถียงหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาไม่ว่าในทางใด

กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 3(1) จึงระบุสัญญา 2 ประเภท ซึ่งข้อสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล คือ 1) สัญญาใดๆ ที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่ทำ

^{๕๔} Andrew Burgess, "Consumer Adhesion Contracts and Unfair Terms : Critique of Current Theory and a Suggestion," Anglo American Law Review (1986) : 255,260

สัญญาในทางธุรกิจกับบุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค 2) สัญญาซึ่งคู่สัญญา (ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค) เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจเป็นหนังสือซึ่งบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจเป็นผู้ร่างขึ้น ในกรณีดังกล่าวบุคคลที่ทำสัญญาในทางธุรกิจ กระทำสิ่งต่อไปไม่ได้เว้นแต่จะผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

2.1 ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ของตนในการทำผิดสัญญาที่ตนก่อขึ้น

มาตรา 3(2) (ก) บัญญัติห้ามคู่สัญญาที่ทำสัญญาในทางธุรกิจอ้างถึงข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใด ๆ ของตน ในการทำผิดสัญญาที่ตนก่อขึ้น เว้นแต่ข้อสัญญาจะผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล มาตรานี้เป็นบทบัญญัติอย่างกว้าง ๆ ซึ่งศาลใช้เป็นมาตรการเบื้องต้นในการพิจารณาว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดควรมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ หากศาลเห็นว่าข้อสัญญาไม่สมเหตุสมผล ข้อสัญญานั้นก็มีผลบังคับใช้ได้โดยไม่ถูกยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย^{๕๕}

มาตรา 3 (2) (ก) ครอบคลุมถึงกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยทั่วไป มิได้จำกัดการใช้เฉพาะกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากฝ่าฝืนหนี้อันใดอันหนึ่งในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังหรือความชำนาญตามสมควรในการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความรับผิดเด็ดขาดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (strict liability)

อย่างไรก็ตาม มาตรา 3(2)(ก) ไม่อาจใช้บังคับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวถึงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา นอกจากนี้ในกรณีที่ข้อสัญญามีลักษณะเป็นการจำกัดภาระหน้าที่ตามสัญญามากกว่าที่จะมีวัตถุประสงค์เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดสัญญา มาตรา 3(2)(ก) ก็ไม่อาจใช้บังคับได้เช่นกัน

^{๕๕} Edward Jacobs, Effective Exclusion Clause (London: Fourmat Publication, 1990), p.115.

2.2 เรียกร้องสิทธิที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาผิดไปจากสิ่งซึ่งได้รับการคาดหมายว่าตนจะปฏิบัติ (กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 3(2) (ข) (1))

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 3(2) (ข)(1) เป็นเรื่องความคาดหมายตามสมควรของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลอาจพิจารณาเรื่องความคาดหมายตามสมควร (reasonable expectation) ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยดูจากถ้อยคำที่ปรากฏในสัญญาและพิจารณาจากรูปแบบลักษณะของสัญญาประเภทต่างๆ ที่ใช้สำหรับธุรกิจแต่ละประเภทโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของ "ราคา" ซึ่งจะทำให้การวิเคราะห์เรื่องความคาดหวัง (expectation) ใกล้เคียงความเป็นจริงมากขึ้น และเป็นการป้องกันมิให้มีการใช้ถ้อยคำหรือข้อความที่มีความหมายคลุมเครือไม่แน่นอน มากล่าวอ้างว่า การปฏิบัติการชำระหนี้บางอย่างมิได้เป็นสิ่งที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหวังว่าจะมีอยู่ในสัญญา⁵⁶ เนื่องจากมาตรา 3(2)(ข) (1) บัญญัติขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่มีการกำหนดข้อสัญญาขึ้นเพื่อให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ในการเปลี่ยนแปลงวิธีปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าการทำผิดสัญญาเกิดขึ้น⁵⁷ ดังนั้นข้อสัญญาที่ให้ความหมายไปในทางให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการปฏิบัติการชำระหนี้ให้แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหวังไว้จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายให้มีความสมเหตุสมผล นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ร่างสัญญาทำให้ปรากฏอย่างชัดเจนในสัญญาซึ่งมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหวังว่าผู้ร่างสัญญาจะผูกพันตามสัญญาามากไปกว่าในความเป็นจริง ข้อสัญญาลักษณะเช่นนี้จะต้องมีความสมเหตุสมผล มิฉะนั้นผู้ร่างสัญญาต้องผูกพันตามที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหวังว่าจะมีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

⁵⁶ Chin Uyk-Tin, Excluding Liability in Contracts, p. 167.

⁵⁷ M.P. Furmston, Cheshire and Fifoot's Law of Contract (London : Butterworths, 1981) p. 162.

2.3 เรียกร้องสิทธิที่จะทำให้ตนไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง (กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 3(2) (ข)(2))

มาตรา 3(2)(ข) (2) ไม่เกี่ยวกับเรื่องความคาดหมายตามสมควรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากแต่เป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีภาระหน้าที่ในการที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนี้จะเรียกร้องสิทธิที่จะทำให้ตนไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่จะผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล การที่กฎหมายฉบับนี้ห้ามการกระทำดังกล่าว เพราะบุคคลอาจร่างสัญญาให้ตนมีดุลพินิจอิสระในอันที่จะเลือกว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ กรณีเช่นนี้อาจไม่มี "หนี้ตามสัญญา" ทางฝ่ายบุคคลนั้นเลย และในกรณีดังกล่าวย่อมถือว่า ข้อสัญญาเช่นนี้ไม่สมเหตุสมผล แต่ถ้าข้อสัญญากำหนดให้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาได้ในบางสถานการณ์ เช่น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตายหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา (ไม่ว่าจะเป็นการผิดสัญญาหรือไม่ก็ตาม) หรือในกรณีที่สัญญากำหนดเงื่อนไขว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติการชำระหนี้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้บางส่วนหรือครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว เช่น ในสัญญาจ้างก่อสร้างอาจจะกำหนดว่าผู้จ้างจะชำระเงินค่าก่อสร้างเมื่องานเสร็จเรียบร้อยแล้ว หรืออาจจะกำหนดผ่อนชำระเป็นงวดๆ ตามความสำเร็จของงานเป็นส่วน ๆ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ข้อสัญญาในลักษณะเช่นนี้มิได้เป็นข้อสัญญาเรียกร้องสิทธิที่จะทำให้ไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งอันตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 3(2) (ข)(2) เนื่องจากมาตรา 3(2) (ข)(2) มิได้มีวัตถุประสงค์หลักที่จะทำให้ข้อสัญญาตามที่กล่าวมาไม่มีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ ขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรานี้จะถูกจำกัดให้แคบลงโดยศาลจะใช้วิธีตีความอย่างจำกัด (restrictive interpretation) ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาที่จำกัดหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่ตามพฤติการณ์ทำให้บุคคลนั้นไม่ต้องทำหน้าที่ตามสัญญาที่กำหนด ^{๕๕}

^{๕๕} G.H. Treitel, The Law of Contract, p.199.

3. สัญญาจัดหาสินค้า (Supply of Goods)

มาตรา 6(3) ระบุว่า บุคคลอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ระบุไว้ในอนุมาตรา 2 ข้างต้น อันเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาอันไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค โดยการอ้างถึงข้อสัญญา แต่ยกเว้นหรือจำกัดได้เพียงที่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลเท่านั้น มาตรา 6(3) กล่าวถึงความรับผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 6(2) ซึ่งหมายถึงความรับผิดเพื่อการฝ่าฝืนหนี้ที่เกิดจากบทบัญญัติกฎหมายดังนี้ (ก) The Sale of Goods Act 1979 มาตรา 13 มาตรา 14 หรือ มาตรา 15 (ข) The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือ มาตรา 11 ดังนั้น มาตรา 6(3) จึงใช้กับสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการทำผิดข้อสัญญาโดยปริยายตามกฎหมายเกี่ยวกับความตรงกันของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือเกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ เมื่อผู้ซื้อหรือผู้เช่าซื้อทำสัญญาอันไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีเช่นนี้จะมีผลบังคับใช้ได้ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล

มาตรา 7(3) ระบุว่า บุคคลอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด อันเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลที่ทำสัญญาอันไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้บริโภค โดยการอ้างถึงข้อสัญญาดังกล่าว แต่เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล มาตรา 7(3) นี้ใช้กับสัญญาจัดหาสินค้าอื่น ๆ นอกเหนือจากสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อ เช่น สัญญาเช่าหรือสัญญาแลกเปลี่ยน

4. ข้อกำหนดการชดเชยค่าเสียหาย (Indemnity Clauses)

มาตรา 4(1) ระบุห้ามบุคคลใดทำข้อสัญญาที่ระบุให้บุคคลที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคต้องชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเกี่ยวกับความรับผิดที่บุคคลนั้นจะก่อขึ้นด้วยความประมาทเลินเล่อหรือการทำผิดสัญญา เว้นแต่ข้อสัญญาดังกล่าวผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

มาตรา 4(1) มีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมข้อกำหนดเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหาย มิให้มีการร่างข้อสัญญาเพื่อกำหนดให้ผู้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลที่สาม เพื่อความรับผิดชอบที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือการทำผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีใช้บริโภค เว้นแต่ข้อสัญญาดังกล่าวจะผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

ข้อกำหนดเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

ประเภทแรก จะเป็นข้อสัญญาในลักษณะที่กำหนดให้ A ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ B เพื่อความรับผิดชอบที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือการทำผิดสัญญาที่ B จะต้องมีต่อ A ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่ายานพาหนะพร้อมคนขับรถอาจจะระบุว่าผู้เช่าให้คำมั่นว่าจะชดใช้เงินแก่เจ้าของยานพาหนะเพื่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของคนขับ⁶⁹

ประเภทที่สอง จะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ A ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ B เพื่อความรับผิดในความเสียหายที่จะต้องมีต่อ C

5. การกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation)

มาตรา 8 บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 3 แห่ง The Misrepresentation Act 1987 ซึ่งแต่เดิมบัญญัติขึ้นว่าข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเนื่องมาจากการกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation) ไม่อาจใช้บังคับได้ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาจากศาลว่า เป็นธรรมและสมเหตุสมผล ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการกล่าวผิดความจริงดังกล่าว ขณะนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผลตามที่กำหนดขึ้นใหม่โดยกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งมีใจความว่า

" การทำให้ข้อกำหนดที่ยกเว้นความรับผิดในการกล่าวผิดความจริงสิ้นผลบังคับ "

มาตรา 3 ถ้าสัญญาระบุข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัด

(ก) ความรับผิดใดๆ ที่คู่สัญญาอาจอยู่ภายใต้บังคับเนื่องจากการกล่าวผิดความจริงของคู่สัญญาก่อนที่สัญญาจะทำขึ้น หรือ

⁶⁹ G.H. Treitel, The Law of Contract, p. 200.

(ข) การเยียวยาไต ๆ ที่ใช้ได้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเนื่องจากการกล่าวผิดความจริงดังกล่าว

ข้อสัญญานั้นจะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เว้นแต่ข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลที่ระบุไว้ในมาตรา 11(1) ของ The Unfair Contract Terms Act 1977 และเพื่อการอ้างอิงสิทธิเหล่านั้น ข้อสัญญาต้องผ่านการทดสอบเงื่อนไขอันนั้นเพื่อจะแสดงว่าเป็นเช่นนั้น

การกำหนดให้ข้อสัญญาตามมาตรา 3 แห่ง Misrepresentation ตกอยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลตามมาตรา 11(1) แห่ง The Unfair Contract Terms Act 1977 มีผลทำให้เกิดความแน่นอนในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เนื่องจากการพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่ เพียงใดจะมีหลักเกณฑ์ตามที่มาตรา 11(1) แห่ง The Unfair Contract Terms Act 1977 กำหนดขึ้น ตัวอย่างคำพิพากษาที่ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องการยกเว้นความรับผิดเนื่องจากการกล่าวผิดความจริงเช่น ในคดี Collins V Howell-Jones

2.3.6 ขอบเขตการทำสัญญาที่จะถือว่าทำในฐานะเป็นผู้บริโภค ^{๕๐}

มาตรา 12(1) ระบุว่า คู่สัญญา "ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค" กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้า

- (ก) คู่สัญญาดังกล่าวไม่ได้ทำสัญญาในทางธุรกิจ และไม่สงวนสิทธิตนเองในการทำเช่นนั้น และ
- (ข) คู่สัญญาอีกฝ่ายทำสัญญาในทางธุรกิจ และ
- (ค) ในกรณีสัญญาที่บังคับโดยกฎหมายซื้อขายหรือเช่าซื้อหรือโดยมาตรา 7 ของกฎหมายฉบับนี้ สินค้าโอนไปภายใต้หรือในขณะที่ปฏิบัติตามสัญญานี้โดยปกติจัดหาเพื่อประโยชน์หรือการบริโภคส่วนตัว

^{๕๐} อรุณช อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 107-109.

ในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นผู้บริโภคร่วมกันนั้น กรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคตามความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับนี้ การที่จะถือว่าคู่สัญญาทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคนั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา 12(1) กำหนด กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องไม่ได้ทำสัญญาในทางธุรกิจ แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในทางธุรกิจ นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นการทำสัญญากันภายใต้บังคับของกฎหมายซื้อขายหรือเช่าซื้อหรือภายใต้การบังคับของมาตรา 7 แห่งกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งเป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง ที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซื้อขายหรือเช่าซื้อ เช่น สัญญาเช่า หรือสัญญาแลกเปลี่ยนสินค้า สินค้าที่ได้รับการจัดภายใต้สัญญาเหล่านี้จะต้องเป็นสินค้าประเภทที่โดยปกติจัดหาเพื่อการใช้ประโยชน์หรือเพื่อการบริโภคเป็นการส่วนตัว จึงจะถือว่าเป็นการทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค

มาตรา 12(2) ระบุว่า ในการซื้อขายโดยการขายทอดตลาดหรือโดยการประมูลแข่งขัน ผู้ซื้อไม่อยู่ในพฤติการณ์ใดๆ ที่จะถือว่า กำลังทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค

คำว่า "ในการซื้อขาย" (on a sale) ตามกฎหมายฉบับนี้มีได้จำกัดเฉพาะเรื่องการค้าขายสินค้าเท่านั้น หากแต่มีความหมายครอบคลุมไปถึงเรื่องการแลกเปลี่ยนการเช่า และการขายบริการ ซึ่งถือว่าเป็นการค้าขายตามกฎหมายซื้อขาย (Sale of goods law) และอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 12(2) นี้

มาตรา 12(3) ระบุว่าภายใต้บังคับมาตรานี้ เพื่อการอ้างสิทธิเหล่านั้นว่า คู่สัญญาไม่ได้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค เพื่อจะแสดงว่าเขาไม่ได้ทำเช่นนั้น มาตรา 12(3) เป็นการวางหลักให้บุคคลซึ่งกล่าวอ้างว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค มีหน้าที่พิสูจน์ว่ากรณีเป็นเช่นนั้น กล่าวคือ คู่สัญญาที่ใช้ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบจะต้องรับภาระในการพิสูจน์ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้เข้าทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค เพื่อการอ้างสิทธิในการใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบกับคู่สัญญาซึ่งมิได้ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค

2.3.6.1 ปัญหาทางประการเกี่ยวกับการทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค⁶¹

สิ่งที่ยากในมาตรา 12 คือ มาจากการตีความของศาลในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในส่วนที่เกี่ยวกับความหมายของแนวคิดเรื่องการทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค ในคดีที่อยู่ภายใต้มาตรา 3, มาตรา 6 ,หรือมาตรา 7 เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภค ซึ่งตรงนี้มีกรอบอธิบายไว้ในมาตรา 12 แล้ว

แนวทางที่ชัดเจนได้ถูกให้ความหมายโดย Rougier QC ปัจจุบันคือ Rougier J ซึ่งน่าจะเป็นผู้พิพากษาในคดีระหว่าง Peter Symmonds กับ Co v Cook 1981

โจทก์ได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการซื้อรถ Rolls Royce Silver Cloud มือสองจากจำเลยซึ่งเป็น dealer ซึ่งโจทก์นั้นเป็นหุ้นส่วนในบริษัทสำรวจ (Firm of Surveyors) และรถที่ซื้อปรากฏว่า ชื่อในนามหุ้นส่วน ใช้เงินหุ้นส่วน ซึ่งถึงแม้ปรากฏว่าความจริงตั้งใจซื้อใช้ส่วนตัว ในสัญญาปรากฏว่ามีข้อยกเว้นความรับผิดชอบ ซึ่งจะเป็นโมฆะตามมาตรา 6 ถ้าปรากฏว่าการซื้อขายครั้งนี้เป็นการขายให้แก่ผู้บริโภค

ผู้พิพากษาได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยที่ว่า ผู้ซื้อไม่ใช่ผู้บริโภค โดยผู้พิพากษาท่านได้ยึดตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ตามที่ท่านเข้าใจว่า กฎหมายฉบับนี้พยายามป้องกันความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องอำนาจต่อรองและความรู้ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาซื้อขาย โดยท่านตัดสินว่า การซื้อขายจะถูกพิจารณาว่าเป็นการขายแก่ผู้บริโภค ถ้าเมื่อไรก็ตาม ผู้ซื้อขาดซึ่งความชำนาญอันเท่าเทียมกับผู้ขาย ถึงแม้ว่าการซื้อขายนั้นจะนำมาใช้ในทางธุรกิจก็ตาม

⁶¹ D Tiplady, "Some Problems with the Unfair Contract Terms Act 1977," New Law Journal 137 (8 May 1987) : 429.

2.3.7 ประเภทของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ⁶²

มาตรา 13(1) ระบุว่า นอกจากส่วนนี้ของกฎหมายฉบับนี้ ข้อ ขวางการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิดใดๆ แล้ว ยังขัดขวาง

(ก) การทำให้ความรับผิดหรือการบังคับตามความรับผิดอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไข ที่เป็นการจำกัดหรือก่อดำเนินการ

(ข) การยกเว้นหรือจำกัดสิทธิหรือการเยียวยาใดๆ เกี่ยวกับความรับผิด หรือทำให้บุคคลใดต้องเสียหายเนื่องจากการดำเนินการใช้สิทธิหรือการเยียวยาใดๆ ของบุคคลนั้น

(ค) การยกเว้นหรือการจำกัดหลักเกณฑ์ในเรื่องนยานหลักฐานหรือวิธีพิจารณา ความ

มาตรา 13(1) มีขอบเขตการบังคับที่กว้างมาก กล่าวคือ บทบัญญัติของ มาตรานี้ นอกจากจะขัดขวางการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิดในหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญา แล้ว ยังครอบคลุมไปถึงเรื่องการขัดขวาง (ก) ข้อสัญญาที่ทำให้ความรับผิดหรือการบังคับ ตามความรับผิดอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดหรือก่อดำเนินการ ตัวอย่างเช่น ข้อ สัญญาที่จำกัดสิทธิของคู่สัญญาในการฟ้องเรียกค่าเสียหายให้ต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่จำกัด

(ข) การยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการเยียวยาใด ๆ เกี่ยวกับความรับผิด หรือทำให้บุคคลใดต้องเสียหายเนื่องจากการดำเนินการใช้สิทธิหรือการเยียวยาใด ๆ ของบุคคลนั้น ตัวอย่างเช่น สัญญารับขนของหรือรับขนส่งสินค้า มีข้อกำหนดว่า "จะไม่รับผิดชอบ ถ้าสินค้า สูญหายหรือเสียหายจากเหตุใด ๆ" หรือ " ยกเว้นหรือห้ามใช้สิทธิเรียกค่าเสียหาย" ซึ่งมี ผลเท่ากับปฏิเสธไม่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับการเยียวยาในความเสียหายได้เลย เป็นการ

⁶² อรนุช อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 109.

ร่างสัญญาที่ผู้ร่างสัญญาได้ทำลายเนื้อหาของคำมั่นที่ให้ไว้ในสัญญาแล้ว เพราะอธิบายได้ว่า "ฝ่ายหนึ่งได้ให้คำมั่นว่าจะทำสิ่งหนึ่ง แต่จะไม่รับผิดชอบถ้าเขาไม่กระทำสิ่งนั้น"^{๕๓}

(ค) การยกเว้นหรือการจำกัดหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานหรือวิธีพิจารณาความ ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาที่ใช้พฤติการณ์บางอย่างซึ่งกำหนดไว้ล่วงหน้าว่า เป็นข้อสรุปของข้อเท็จจริง ในคดีโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ ได้แก่ ข้อสัญญาที่กำหนดให้หนังสือรับรองของสถาปนิกเป็นพยานหลักฐานที่แสดงว่า งานก่อสร้างได้ถูกส่งมอบโดยสภาพสมบูรณ์แล้ว เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตรา 13(1) จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากถ้อยคำของมาตรานี้มีขอบปร้องอยู่ในตัวเอง กล่าวคือ คำว่า "เงื่อนไขที่เป็นการจำกัดหรือก่อภาระหนัก" (restrictive or onerous conditions) ตามมาตรา 13(1)(ก) นั้น กฎหมายฉบับนี้มิได้ให้ความหมายหรือคำจำกัดความไว้ ดังนั้นหากมีการตีความตามตัวอักษรแล้ว จะเป็นการตัดทอนสิทธิของคู่สัญญาในการที่จะทำความตกลงกันในเรื่องเนื้อหาสาระของหน้าที่คู่สัญญาจะเข้ารับภาระผูกพัน วัตถุประสงค์หลักของมาตรา 13(1) ต้องการเพียงเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าในสถานการณ์ที่กำหนดไว้แน่นอนนั้น หน้าที่หรือความรับผิดชอบตามสัญญาไม่ควรจะถูกยกเว้นหรือจำกัดโดยสิ้นเชิง ดังนั้น จึงมีการเสนอความเห็นทางกฎหมายว่า ในการตีความมาตรา 13(1) ไม่ควรจะตีความตามอักษร หากแต่ควรจะใช้วิธีการตีความอย่างจำกัด (restrictive interpretation) เพื่อความเหมาะสม ยกตัวอย่างเช่น

ในกรณีเจ้าของสถานที่แห่งหนึ่ง อนุญาตให้บุคคลภายนอกนำรถยนต์เข้ามาจอดภายในบริเวณสถานที่ได้ แต่ไม่อนุญาตให้จอดภายในโรงจอดรถของเจ้าของสถานที่ การยินยอมในลักษณะเช่นนี้มีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับเรื่อง "ความระมัดระวังตามสมควร" (reasonable care) ในฐานะผู้รับฝากรถยนต์ กล่าวคือ ถ้าหากมีการตีความว่า การห้ามมิให้นำรถยนต์เข้าไปจอดในโรงรถของเจ้าของสถานที่ เป็นการยกเว้นความรับผิดชอบที่

^{๕๓} David Yates, Exclusion Clause in Contracts, (London : Sweet & Maxwell, 1982), p. 77.

เจ้าของสถานที่ มีในฐานะผู้รับฝากรถยนต์ ผลก็คือว่า กฎหมายบีบบังคับให้คู่สัญญาเกิดภาระหน้าที่ ในหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดขึ้น โดยที่คู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาที่แท้จริงในการที่จะมีความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเจ้าของสถานที่มิได้ต้องการผูกผันตนเองในฐานะเป็นผู้รับฝากแต่อย่างใด เพียงแต่อนุญาตให้บุคคลภายนอกนำรถยนต์เข้ามาจอดภายในสถานที่ได้เท่านั้น ดังนั้นการตีความเกี่ยวกับเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ตามมาตรา 13(1) จะต้องเป็นไปอย่างจำกัด (restrictive interpretation) ทั้งนี้เพื่อความเหมาะสมในการปรับใช้หลักกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง ⁶⁴

มาตรา 13(1) วรรคท้าย ระบุว่า นอกจากนี้ มาตรา 2 และมาตรา 5 ถึง มาตรา 7 ยังขัดขวางการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิดโดยการอ้างถึงข้อสัญญาหรือประกาศแจ้ง ซึ่งยกเว้นหรือจำกัดหนี้หรือหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

การที่บทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ มิได้ขัดขวางข้อกำหนดในสัญญาตามมาตรา 3 ที่ยกเว้นหรือจำกัดหนี้หรือหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา เนื่องจากข้อกำหนดในสัญญาตามมาตรา 3 เป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญาทั่วไป (general contractual liability) ซึ่งภาระหน้าที่ตามสัญญานี้จะขึ้นอยู่กับความตกลงยินยอมของคู่สัญญา หากมีการบังคับให้ภาระหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประเภทนี้ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 13(1) กล่าวคือ หากข้อยกเว้นหรือจำกัดหนี้หรือหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาตามมาตรา 3 ต้องถูกขัดขวางหรือถูกควบคุมจากกฎหมาย ก็เท่ากับว่าเป็นการกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่บุคคลซึ่งเขาไม่ปรารถนาที่จะเข้ารับภาระผูกผันนั่นเอง ⁶⁵

⁶⁴ N. Palmer and David Yates, "The Future of the Unfair Contract Terms Act 1977," 40 (1981) : 130.

⁶⁵ Edward Jacobs, Effective Exclusion Clause, p. 86.

2.3.7.1 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและการใช้มาตรา 13 ^{๕๕}

คดีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้ มาตรา 13 ที่จะขอยกมาเป็นตัวอย่าง คือ คดีระหว่าง Stewart Gill Ltd V. Horatio Myer & Co Ltd.

- ข้อเท็จจริงในคดี

Stewart Gill จำเลยได้เข้าทำสัญญากับโจทก์ สำหรับการเช่าซื้อระบบ overhead conveyor ที่ราคา 266,400 ต่อมาจำเลยไม่ได้ชำระเงิน

โจทก์ได้อ้างคำพิพากษาคดีก่อน เพื่อมาใช้ยกเว้นสิทธิของจำเลยในเรื่องการโต้แย้ง โดยการอ้างข้อสัญญา ดังนี้

12.4 ลูกค้าไม่มีสิทธิหยุดการชำระเงิน อันเนื่องจากเหตุของบริษัท ไม่ว่าจะโดยเหตุในเรื่องการโต้แย้งเรื่อง Credit ความไม่ถูกต้องหรือชำระคของสินค้า ไม่ว่าจะโดยเหตุใด ๆ ที่ลูกค้าอาจเรียกร้องให้ชำระหนี้ภายใต้สัญญานี้

จำเลยโต้แย้งว่า ข้อสัญญาดังกล่าว อยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (The Unfair Contract Terms Act 1977)

การปรับใช้กฎหมาย

ข้อสัญญาซึ่งยกเว้นสิทธิในการโต้แย้งของจำเลย ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของโจทก์ได้ จำเลยยังมีสิทธิในการเรียกร้อง อย่างไรก็ตาม ผลกระทบจากการที่ไม่ให้จำเลยได้ใช้สิทธิในการโต้แย้งกลับกลายเป็นข้อต่อสู้ในเรื่องการใช้คำพิพากษาคดีก่อน และศาลได้พิจารณาว่า คดีนี้ ข้อสัญญาข้อ 12.4 อยู่ในข่ายของ UCTA มาตรา 13

ถึงแม้ว่า จะมีข้อโต้แย้งว่า ข้อสัญญาที่ 12.4 ได้บังคับในเรื่องความรับผิดชอบของโจทก์ให้ขึ้นอยู่กั สภาพภาวะที่หนัก แต่มันก็ไม่บรรลุผลได้ ด้วยวิธีการโต้แย้ง หรือยกเว้นวิธินิจารณาความที่เกี่ยวกับการอ้างสิทธิแย้ง

^{๕๕} Edwin Peel, " Making More Use of the Unfair Contract Terms Act 1977," The Modern Law Review 56 (January 1993) : 98-99.

ฝ่ายโจทก์ได้เสนอว่า มาตรา 13 เจตนารมณ์ต้องการครอบคลุมข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดโดยตรง แต่ข้อสัญญาที่ 12.4 ไม่ได้มีส่วนตรงนี้ แม้ว่าข้อโต้แย้งนี้ดูน่าสนใจ แต่ก็ไม่ได้รับการตอบรับ เพราะแม้ว่าข้อสัญญาที่เพิกถอนสิทธิในการเยียวยาในกรณีเลิกสัญญา แต่คงไว้ซึ่งสิทธิในเรื่องค่าเสียหาย ซึ่งไม่ได้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยตรง ข้อสัญญาก็ถือว่าอยู่ภายใต้มาตรา 13

ข้อสังเกต 2 ประการเกี่ยวกับการใช้มาตรา 13 ในคดีนี้

ประการแรก Stuart-Smith LJ ได้ชี้ว่า มาตรา 13 ต้องการขยายขอบเขตของมาตราอื่นใน UCTA โดยตัวของกฎหมายไม่ได้บัญญัติ ข้อสัญญาประเภทใดเป็นโมฆะ หรือต้องใช้หลักความสมเหตุสมผล ซึ่งตรงนี้สามารถตัดสินโดยอ้างอิงจากมาตราที่ถูกลบขยายความ

ประการที่สอง ลอร์ด โดนต์ส์สัน ได้กล่าวถึง ถ้อยคำในมาตรา 13 ดังนี้

" นอกจากนี้ มาตรา 2 และมาตรา 5 ถึง มาตรา 7 ขัดขวางการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยการอ้างถึงข้อสัญญา หรือประกาศแจ้ง ซึ่งยกเว้นหรือจำกัดหนี้หรือหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง"

ท่านลอร์ด โดนต์ส์สัน เห็นว่า ถ้อยคำเหล่านี้มีผลกระทบครอบคลุมถึง การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ไม่ใช่โดยสัญญาแต่โดยการอ้างถึง ประกาศหรือข้อสัญญาทางธุรกิจ ซึ่งไม่ได้ใส่ไว้ในสัญญา ซึ่งมีผู้เห็นแย้งว่า การตีความเช่นนี้ของท่านอาจเป็นการจำกัดการใช้ตามความมุ่งหมายของมาตรานี้

ความในวรรคนี้ ของมาตรา 13 นอกจากต้องการขยายนियามของ ข้อจำกัดความรับผิดแล้ว ยังถูกใช้กับข้อสัญญา ที่ซึ่งแม้ไม่ได้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด แต่ได้ระบุถึงหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งไม่ควรจะมีด้วย⁶⁷

⁶⁷ Ibid., p.100.

2.4 การใช้กฎหมาย

2.4.1 ขอบเขตการใช้กฎหมายตามหลักเกณฑ์ความสมเหตุสมผล^{๕๘}

มีผู้คัดค้านว่าเงื่อนไขความสมเหตุสมผลที่ศาลจะใช้ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญานั้นอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นได้ ดังนั้นเพื่อลบล้างข้อคัดค้านดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จึงวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล และวางแนวทางสำหรับการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

1. เวลาในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล

ในการที่จะวินิจฉัยว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเหตุสมผลหรือไม่นั้น ต้องแยกพิจารณา โดยขึ้นอยู่กับว่าวิธีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบกระทำในรูปแบบของข้อสัญญา (Contract term) หรือกระทำในรูปแบบของหนังสือแจ้งที่ไม่มีผลทางสัญญา ซึ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการละเมิด (notice operating in tort)

ในกรณีที่การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบกระทำในรูปแบบของข้อสัญญา (contract term) มาตรา 11(1) ให้วินิจฉัยความสมเหตุสมผลโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมที่เป็นอยู่ที่คู่สัญญาหรือควรจะได้รู้และทำสัญญา ดังนั้นเวลาที่สำคัญ จึงได้แก่ เวลาที่ทำสัญญา ไม่ใช่เวลาที่ความรับผิดชอบเกิดขึ้น (เวลาที่ละเลยหรือฝ่าฝืนหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา และเวลาที่ความเสียหายเกิดขึ้นในกรณีที่มีการละเมิด) ในทางปฏิบัติศาลจะจำกัดขอบเขตของพฤติการณ์แวดล้อมที่จะนำมาพิจารณาประกอบในการทำคำตัดสินในประเด็นของความสมเหตุสมผลให้อยู่ในวงจำกัด กล่าวคือ ศาลจะไม่อนุญาตให้คู่สัญญาอ้างอิงพฤติการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการผิดสัญญาขึ้นแล้ว เช่น ลักษณะหรือความร้ายแรงของความเสียหายหรือความเสียหายที่จะได้รับนั้น จะไม่มีผลต่อความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับ

^{๕๘} อรณัฐ อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาคำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 96-106.

ผิด เว้นแต่สิ่งนั้นจะอยู่ในความคาดหมายหรือควรจะอยู่ในความคาดหมายของคู่สัญญาในเวลาทำสัญญา⁶⁹ นอกจากนั้นพฤติการณ์แวดล้อมที่คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเท่านั้นที่รู้ เช่น สภาพของสินค้าที่จัดหาอยู่ในชั้นทดลอง หรือความยากลำบากในด้านตลาดสำหรับการจัดหาสินค้า ไม่ถือว่าเป็นสิ่งสำคัญถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้หรือไม่สามารถรู้ได้ในเวลาทำสัญญา

เวลาที่เหมาะสมที่จะใช้ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญา ในกรณีที่มีการโอนหนี้ (assignment) และในกรณีของการแปลงหนี้ใหม่ (novation) มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีของการโอนหนี้นั้นเป็นเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่บุคคลที่สาม โดยหนี้ตามสัญญาเก่ามิได้ถูกกระทบกระเทือน เพียงแต่มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เท่านั้น ดังนั้นเวลาที่ใช้ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญา จึงเป็นเวลาที่คุณสัญญาเดิมคือ ลูกหนี้และผู้โอนสิทธิเรียกร้องได้ทำสัญญากันขึ้น แต่ถ้าเป็นเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่นั้น ภาระผูกพันตามสัญญาเก่าสิ้นสุดและเกิดความผูกพันตามสัญญาที่ทำขึ้นใหม่ โดยคู่สัญญาเดิมอาจเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของสัญญา หรืออาจจะเป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญากันใหม่ ดังนั้นเวลาที่ใช้ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของสัญญาจึงเป็นเวลาที่ได้มีการทำสัญญากันใหม่เกิดขึ้น⁷⁰

ในกรณีของหนังสือแจ้งที่ไม่มีผลทางสัญญา (notice operating in tort) ซึ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีละเมิด กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 11(3) ให้วินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในขณะที่ความรับผิดชอบเกิดขึ้นหรือควรจะเกิดขึ้น เนื่องจากในกรณีของความรับผิดที่เกิดจากการละเมิดนั้น เป็นกรณีที่ไม้อาจนำความตระหนักรู้หรือความคาดหมายล่วงหน้าในพฤติการณ์แวดล้อมที่เป็นอยู่มาประกอบการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลได้ เนื่องจากความเสียหายอาจเกิดขึ้นในเวลาใดเวลาหนึ่งโดยจำเป็นต้องมีเหตุการณ์ใด แสดงให้เห็นล่วงหน้า ดังนั้นจึงต้องวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ ในขณะที่ความรับผิดเกิดขึ้นหรือควรจะเกิดขึ้น⁷¹

⁶⁹ Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clause*, p. 140.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 141-142.

⁷¹ *Ibid.*, p. 142.



2. แนวทางในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล

กฎหมายฉบับนี้มาตรา 11(2) และมาตรา 11(4) ระบุแนวทางสำหรับการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล ดังต่อไปนี้

มาตรา 11(2) ระบุว่า ในการกำหนดเพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 6 หรือมาตรา 7 ว่าข้อสัญญาผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลหรือไม่ ต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่ระบุในรายการที่ 2 ท้ายกฎหมายฉบับนี้ แต่อนุมาตรานี้ไม่ขัดขวางศาลหรืออนุญาโตตุลาการจากการวินิจฉัยตามหลักกฎหมายใดๆ ว่าข้อสัญญาซึ่งมุ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องใด ๆ ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาของสัญญานี้

กฎหมายฉบับนี้ ได้กำหนดแนวทางเพิ่มเติม เพื่อช่วยในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาตามมาตรา 6(3), มาตรา 7(3) และมาตรา 7(4) ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ และสัญญาจัดหาสินค้าประเภทอื่นที่มีใช้สัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในการปรับใช้แนวทางตามที่ระบุไว้ในรายการที่ 2 ท้ายกฎหมายฉบับนี้ เพื่อช่วยในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญานั้น กฎหมายคำนึงถึง ประเภทของสัญญามากกว่าลักษณะที่แท้จริงของข้อสัญญาที่มุ่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ กล่าวคือ แนวทางตามที่ระบุไว้ในรายการที่ 2 นี้จะปรับใช้เฉพาะกับประเภทของสัญญาตามมาตรา 6(3) , มาตรา 7(3) และมาตรา 7(4) เท่านั้น ⁷²

เมื่อข้อกำหนดในสัญญาจัดหาสินค้าอยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลตามกฎหมายฉบับนี้ มาตรา 6(3) หรือมาตรา 7(3), (4) จะมีแนวทางเพิ่มเติม 5 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ความเข้มแข็งของฐานะการต่อรองของคู่สัญญา

อำนาจการต่อรองของคู่สัญญามีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับแนวทาง การทดสอบความ

⁷² Ibid., p.148.

สมเหตุสมผลของข้อสัญญาในแง่ที่ว่า เงื่อนไขตามสัญญาที่มีการต่อรองกันไว้จะมีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาจากศาลว่า เป็นเงื่อนไขที่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล⁷³ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะได้กล่าวถึงเรื่องความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองไว้ในคดีต่าง ๆ ที่ศาลทำคำพิพากษา แต่ศาลก็ไม่เคยที่จะให้คำนิยามที่ชัดเจนว่าอำนาจการต่อรอง หมายถึงอะไร

ดังนั้น สิ่งที่เกิดขึ้นเสมอ ๆ ก็คือว่า คำอธิบายของศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจต่อรองจะมีความหมายที่แตกต่างกันออกไปตามความคิดของผู้พิพากษาแต่ละท่าน

(2) ลูกค้าได้รับการชักชวนให้ยอมรับข้อสัญญาหรือไม่ หรือในการยอมรับข้อสัญญา ลูกค้ามีโอกาที่จะทำสัญญาทำนองเดียวกับบุคคลอื่น ๆ หรือไม่

ในการชักชวนให้ลูกค้าเข้ารับเอาข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขที่มีความแตกต่างกันนั้น หากมีการเสนอทางเลือกให้แก่ลูกค้าในการเข้ารับเอาเงื่อนไขของสัญญา และลูกค้าสามารถทำการต่อรอง หรือป้องกันตนเองให้พ้นจากเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม ด้วยวิธีการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสนอทางเลือกให้ นั้น ถือได้ว่า ทางเลือกดังกล่าวเป็นทางเลือกที่ดีจะนำไปสู่ความสมเหตุสมผลของเงื่อนไขของสัญญา สิ่งที่จะแสดงให้เห็นว่าทางเลือกที่เสนอให้แก่ลูกค้าเป็นทางเลือกที่ดี ก็คือ ว่ามีการเปิดโอกาสให้ลูกค้าซึ่งเป็นผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์อันแท้จริงอย่างเพียงพอ ซึ่งมีได้จำกัดอยู่เฉพาะการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านการเงินเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงผลประโยชน์ด้านอื่นๆ ด้วย

(3) ลูกค้ารู้หรือควรจะรู้ ถึงความมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญาดังกล่าวหรือไม่

การรู้หรือควรจะรู้ถึง ความมีอยู่และขอบเขตของสัญญา เป็นแนวทางที่กฎหมายวางไว้เพื่อให้ศาลพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการยอมรับข้อสัญญา หากลูกค้ามีความรู้เกี่ยวกับความมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญามากเท่าใด ก็ยิ่งเป็นที่สันนิษฐานได้ว่ามีความสมเหตุสมผลมากขึ้นในการที่ลูกค้า จะยอมรับข้อสัญญาเช่นว่านั้น การรู้หรือควรจะรู้ถึงความมีอยู่หรือขอบเขตของสัญญา นิเคราะห์ได้จากวิธีการของการค้าชนิดนั้น ๆ และ

⁷³ Ibid., p. 154.

ประเพณีปฏิบัติต่าง ๆ รวมทั้งลักษณะตามธรรมชาติของคู่สัญญา กล่าวคือ ลูกค้าที่เป็นผู้บริโภครออาจจะไม่คาดหวังว่าตัวเขาจะได้รับข้อมูล ที่เป็นรายละเอียดของสัญญาอย่างเต็มที่ และในกรณีที่ยากได้รายละเอียดเพิ่มเติม ลูกค้าที่เป็นผู้บริโภครอจะใช้วิธีปรึกษาทนายความได้ นอกจากนี้ความรู้ความเข้าใจของลูกค้าที่มีต่อลักษณะ และควมมีผลบังคับใช้ของสัญญาอาจจะได้รับมาจากประสบการณ์หรือคำแนะนำต่าง ๆ ทั้งหมดนี้ เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึง ในการพิจารณาว่าลูกค้ารู้ถึงควมมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญาหรือไม่

(4) เมื่อสัญญายกเว้นหรือจำกัดควมรับผิดชอบใด ๆ ถ้าเงื่อนไขบางประการไม่ได้รับการปฏิบัติตาม มีเหตุผลในเวลาทำสัญญาที่จะคาดหมายว่าการปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นจะปฏิบัติได้หรือไม่

ในข้อ 4 ของตารางที่ 2 ท้ายกฎหมายฉบับนี้ ระบุแนวทางสำหรับการพิจารณาความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดควมรับผิดชอบ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายที่ยกเว้นหรือจำกัดควมรับผิดชอบไว้ โดยวางแนวทางว่า หากมีการกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามนั้น ถ้าเงื่อนไขดังกล่าวได้รับการปฏิบัติตาม จะต้องพิจารณาว่า มีเหตุผลในเวลาทำสัญญาที่จะคาดหมายได้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวจะสามารถปฏิบัติตามได้หรือไม่ กล่าวคือ เมื่อข้อสัญญากำหนดเงื่อนไขบางอย่างให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติ เช่น ข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลา ศาลต้องพิจารณาว่าเงื่อนไขดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือมีความเป็นไปได้ในการปฏิบัติหรือไม่ เพียงใด หากมีเหตุผลเพียงพอที่จะคาดหมายได้ว่า เงื่อนไขดังกล่าวที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถปฏิบัติตามได้ ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดควมรับผิดชอบก็มีความสมเหตุสมผล

(5) สินค้าได้รับการผลิต เปลี่ยนแปลง หรือปรับปรุงตามคำสั่งพิเศษของลูกค้าหรือไม่

หากลักษณะเฉพาะบางอย่างของสินค้าถูกกำหนดขึ้นโดยลูกค้า ก็ถือได้ว่าเป็นการ

ยุติธรรมและสมเหตุสมผลที่ผู้ขาย ไม่ต้องรับภาระในเรื่องความรับผิดที่มีต่อความบกพร่องของสินค้า อันเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกำหนดลักษณะเฉพาะของสินค้าจากลูกค้า แต่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบสูงขึ้น ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญในการผลิตสินค้า เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของลูกค้า และในบางกรณีผู้ขายมีหน้าที่ต้องดูแลและให้คำแนะนำแก่ลูกค้าเกี่ยวกับเรื่องคุณภาพของสินค้าที่ลูกค้าออกแบบหรือกำหนดขึ้น

มาตรา 11(4) ระบุว่า เมื่อบุคคลใดพยายามจำกัดความรับผิดไว้เป็นจำนวนเงินแน่นอนนั้น ในการที่จะการวินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวมีความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) แหล่งที่บุคคลนั้นสามารถหาทรัพย์สินมาชำระหนี้ได้
- (2) กรณีดังกล่าวผู้รับผิดสามารถเอาประกันภัยได้หรือไม่

องค์ประกอบสำคัญที่จะเป็นตัวกำหนดผลของคำพิพากษาเกี่ยวกับความสมเหตุสมผลของข้อสัญญา ได้แก่ การประกันภัย การประกันภัยเป็นการแสดงให้เห็นถึงทางเลือกที่มีประสิทธิภาพในการจัดการเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดตามสัญญา โดยการเลือกใช้วิธีที่จะแบ่งสรรความรับผิดกัน มากกว่าที่จะกำหนดความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ ในการวินิจฉัยเรื่องความสมเหตุสมผลของข้อจำกัดความรับผิดนั้น ศาลพิจารณาว่าข้อจำกัดความรับผิดของผู้ผลิต ในความชำรุดบกพร่องจะไม่สมเหตุสมผล ถ้าผู้ผลิตสามารถเอาประกันภัยความรับผิดได้

3. ภาระการพิสูจน์

มาตรา 11(5) ระบุว่า บุคคลที่อ้างว่า ข้อสัญญาหรือประกาศแจ้ง ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลเป็นผู้พิสูจน์ว่ากรณีเป็นเช่นนั้น

มาตรา 11(5) กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งตกอยู่กับบุคคลซึ่งอ้างว่าข้อสัญญา หรือประกาศแจ้งที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญา สิ่งสำคัญที่จะนำมาประกอบการพิจารณาคือ พฤติการณ์แวดล้อมตามความเป็นจริง (actual circumstances) ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นข้อสัญญาที่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลในคดีอื่นมาแล้วนั้น เมื่อมาปรากฏว่าอยู่ในคดีที่กำลังพิจารณาอยู่ในปัจจุบัน ก็ไม่จำเป็นที่ว่าผลการพิจารณาของศาลจะออกมาในรูปแบบเดิมตามคดีก่อน เมื่อคู่สัญญาในคดีต่างไปจากเดิม การวินิจฉัยความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาจะต้องกระทำขึ้นใหม่

2.4.2 การหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมาย ⁷⁴

2.4.2.1 การทำสัญญาฉบับที่สอง (Secondary contract)

เครื่องมืออย่างแรกคือข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบจะไม่ได้บรรจุในสัญญาหลัก แต่บรรจุอยู่ในสัญญาอีกฉบับหนึ่ง เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงโดยวิธีนี้ กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 10 ระบุว่า บุคคลไม่ต้องผูกพันโดยข้อสัญญาใด ที่ทำให้สิทธิของตนเสียหายหรือลดสิทธิของตน ซึ่งข้อสัญญาที่กล่าวถึงนี้เกิดขึ้นภายใต้สัญญาอีกฉบับหนึ่งหรือเกี่ยวกับการชำระหนี้ตามสัญญาอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งสิทธิของบุคคลในการที่จะบังคับความรับผิดชอบของอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ ขัดขวางคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจากการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ

สิทธิตามมาตรา 10 หมายถึงสิทธิที่จะใช้บังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกิดความรับผิดชอบตามที่กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการที่จะขัดขวางคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิให้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ มาตรา 10 อ้างถึงข้อสัญญา "ที่ทำให้สิทธิเสียหายหรือลดสิทธิ" ไม่ได้อ้างถึงข้อสัญญา "ที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ" การใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไปจากที่ใช้ที่อื่น ในกฎหมายฉบับนี้ก่อให้เกิดความยุ่งยากมากมายในการตีความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่แน่ใจว่า มาตรานี้จะครอบคลุมไปถึงข้อสัญญาที่ยกเว้นการเสียหายเฉพาะเรื่องหรือไม่ หรือสัญญารองที่กำหนดบังคับเงื่อนไขที่ก่อภาระหนัก เช่น ข้อจำกัดเวลาสั้นๆ เพื่อ

⁷⁴ อรุณ อชาทองสุข, "การควบคุมและการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 94-95.

การเรียกร้องให้รับผิดชอบเมื่อมีการทำผิดสัญญา⁷⁵ อย่างไรก็ตาม มาตรา 10 ก็ยังคงเป็น บทบัญญัติที่ใช้ป้องกันคู่สัญญาไม่ให้มีการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ในการที่จะบรรจุ ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญาฉบับหนึ่งซึ่งมิใช่สัญญาหลัก บทบัญญัติของมาตรา 10 ปรับใช้กับสถานการณ์ทั่วไป โดยมีได้จำกัดการใช้เฉพาะกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภคเท่านั้น และไม่คำนึงถึงว่าคู่สัญญาในสัญญารองจะเป็นคู่สัญญาเดียวกัน กับคู่สัญญาในสัญญาหลักหรือไม่⁷⁶

2.4.2.2 การใช้ข้อสัญญาที่ระบุกฎหมายต่างประเทศ

เครื่องมืออย่างที่สอง คือ การระบุไว้ในสัญญาว่าสัญญาซึ่งจะอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายนี้ ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแทน เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงอันนี้ กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 27(2) ระบุว่า กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับแม้จะมีข้อสัญญาใดซึ่งใช้หรือมุ่งจะใช้กฎหมายบางประเทศที่อยู่นอกสหราชอาณาจักร เมื่อ (ก) ข้อสัญญาดังกล่าวปรากฏต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการหรือคนชี้ขาดว่าทั้งหมดหรือส่วนใหญ่กำหนด เพื่อให้คู่สัญญาที่กำหนดข้อสัญญาหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายฉบับนี้ หรือ (ข) ในการทำสัญญาคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาในฐานะเป็นผู้บริโภค และต่อมาคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีสถานที่อยู่เป็นปกติในสหราชอาณาจักร และขั้นตอนสำคัญในการทำสัญญาได้ทำขึ้นที่นั่น ไม่ว่าจะคู่สัญญาทำเองหรือบุคคลอื่นทำในนามคู่สัญญา

⁷⁵ G.H. Treitel, The Law of Contract, p. 205-206.

⁷⁶ Edward Jacobs, Effective Exclusion Clause, p.125.

2.5 The Fair Trading Act 1973 ⁷⁷

กฎหมายดังกล่าวนี้ได้เพิ่มเติมเทคนิคเพื่อการแก้ไขปัญหาล้างช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ ด้วยการให้อำนาจฝ่ายบริหารเข้าไปควบคุม การแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติที่จบล้างช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบจากควมมีผลบังคับตามกฎหมาย อาจเป็นวิธีที่ยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมข้อความดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีระหว่างผู้บริโภครายหนึ่งกับผู้จัดหาสินค้าและบริการทางการค้าอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าสัญญาละล้างช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ผู้บริโภคอาจเชื่อว่าตนต้องผูกพันตามข้อความดังกล่าว และผู้บริโภคน่าจะไม่ดำเนินการฟ้องร้องเมื่อผู้จำหน่ายทำผิดสัญญา และแม้ผู้บริโภคฟ้องร้อง ผู้จำหน่ายอาจประนีประนอมเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ศาลแสดงว่าช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่มีผลบังคับ และยังคงใช้ช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบต่อไป เพื่อแก้ไขปัญหานี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเข้าแทรกแซง และบทบัญญัติกฎหมายสำหรับการควบคุมอันนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับนี้

โดยกลไกกฎหมายยังแต่งตั้งอธิบดีการค้าที่เป็นธรรม (Director General of Fair Trading) (มาตรา 1) หน้าที่ประการหนึ่งของอธิบดีคือ ดูแลการทำกิจกรรมทางการค้าซึ่งเกี่ยวกับสินค้าและบริการที่จัดหาแก่ผู้บริโภค (มาตรา 2 (1) (ก) นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ ยังได้แต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านการคุ้มครองผู้บริโภค (a Consumer Protection Advisory Committee)

⁷⁷ วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาล้างช้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", หน้า 104.

2.5.1 ข้อบังคับในเรื่อง ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่เกี่ยวกับผู้บริโภค 1994
(Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulations 1994)

อันเนื่องจาก ในปี ค.ศ. 1995 กฎหมายของสหภาพยุโรป คือ The Unfair contract Terms Directive มีผลบังคับใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ จึงมีการออกกฎหมายภายในอนวัติตามชื่อ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1994

การใช้ Directive ฉบับนี้ จะมีความแตกต่างอย่างมาก กับกฎหมาย Unfair Contract Terms Act 1977 ของอังกฤษอย่างมาก กล่าวคือ

ประการแรก Directive นี้ จะคุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น และผู้บริโภคในที่นี้ หมายถึง บุคคลธรรมดา ซึ่งไม่ได้ทำการใดๆ อันเกี่ยวกับธุรกิจ ผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองเท่าที่เขายังทำสัญญากับผู้ขาย หรือ ผู้จัดจำหน่าย ที่ดำเนินธุรกิจ ดังนั้น Directive ฉบับนี้ จึงไม่ได้ใช้กับผู้ที่ซื้อรถยนต์มือสอง จากผู้ขายซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป และ Directive นี้ ไม่มีข้อยกเว้นสำหรับการขายทอดตลาด ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายอังกฤษ⁷⁸ อันเนื่องจาก มาตรา 12(2) ได้ระบุว่าการซื้อขายโดยการขายทอดตลาด หรือโดยการประมูลแข่งขัน ผู้ซื้อที่เข้าทำสัญญา จะไม่อยู่ในฐานะผู้บริโภคตามกฎหมาย ดังนั้น Directive ฉบับนี้ จึงมิได้กล่าวถึงเรื่องการขายทอดตลาดโดยละเอียด เพื่อให้เป็นดุลพินิจของศาลว่า จะสามารถมีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดในเรื่อง เงื่อนไขโดยปริยาย หรือคำรับรอง ซึ่งอาจถูกพิจารณาว่า ไม่เป็นธรรมได้หรือไม่

⁷⁸ P.S Atiyah, A Introduction to the Law of Contract

(New York : Oxford University Press, 1995), p. 313.

กฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นตาม EC Directive นี้ จึงเป็นแนวทางใหม่ในกฎหมาย อังกฤษ กล่าวคือ กำหนดให้ผู้บริโภคหรือ Director General of Fair Trading ฟ้องคดีแทนผู้บริโภค โดยอ้างว่าข้อความในสัญญาส่วนใดส่วนหนึ่งไม่เป็นธรรม และหากขณะ คดี ก็มีผลทำให้ข้อสัญญาที่ยกขึ้นอ้างเป็นโมฆะ ไม่สามารถบังคับได้ แต่ส่วนอื่นของสัญญา ยังคงบังคับต่อไป การใช้กฎหมายใน ค.ศ. 1994 นี้ จึงมีบางประเด็นที่แตกต่างจาก The Unfair Contract Terms Act 1977 ⁷⁹

เนื้อหาของ The Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 โดยสรุปคร่าวๆ จะมีดังนี้

ตามข้อบังคับ ได้มีการให้คำนิยาม ไว้ดังนี้

ผู้บริโภค หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งไม่ใช่บริษัท ราชการ ซึ่งอยู่นอกขอบเขตของธุรกิจ

ข้อสัญญามาตรฐาน หมายถึง ข้อสัญญาซึ่งถูกร่างโดยธุรกิจ โดยไม่มีการเจรจาต่อรองกับผู้บริโภคเป็นรายบุคคล ข้อสัญญาเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่โดยปกติมักถูกพบในข้อสัญญาและเงื่อนไขที่พิมพ์สำเร็จรูปไว้ ซึ่งมักเป็นตัวพิมพ์ขนาดเล็ก

ผู้ขาย หรือ ผู้จัดจำหน่าย หมายถึง บุคคลใด ๆ หรือองค์กร ซึ่งจัดเตรียมสินค้าหรือบริการไว้ในการดำเนินธุรกิจ คำว่า "ธุรกิจ" ครอบคลุมถึงการค้าใดๆ หรือกลุ่มของผู้ประกอบอาชีพเดียวกันและยังรวมถึงกิจกรรมของรัฐบาลหรือองค์กรของประชาชน

รูปแบบของสัญญาที่จะถูกยกเว้นจากข้อบังคับนี้ จะเกี่ยวกับ

1. การจ้างแรงงาน
2. สิทธิในการรับมรดก
3. เรื่องกฎหมายครอบครัว
4. การก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ

⁷⁹ สุขุม ศุภนิธย์, " การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541," วารสารกฎหมาย 19 (พฤษภาคม 2542)

ข้อสังเกต

ขอบเขตในเรื่อง สัญญา นั้น ตาม EC Directive 93/13 สามารถปรับใช้ สัญญาประกันภัยได้ แต่จะยกเว้นเฉพาะข้อสัญญาที่อธิบายและให้คำจำกัดความในเรื่องความเสี่ยงของการรับประกัน (insured risk) หรือความรับผิดของบริษัทประกัน ซึ่งหมายความว่า จะไม่สามารถชี้ว่า ข้อสัญญาในสัญญาประกันภัยไม่เป็นธรรม เพราะว่าบริษัททำข้อสัญญายกเว้นความเสี่ยงภัยเอาไว้^{๘๐} ซึ่งตรงนี้จะแตกต่างจาก UCTA ของอังกฤษ

ความไม่เป็นธรรม คืออะไร

ศาลเท่านั้นที่จะตัดสินในเรื่องข้อสัญญาโดยไม่คำนึงถึงว่าจะ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม แต่ที่สำคัญที่สุด คำตัดสินจะขึ้นอยู่กับจุดสำคัญ 2 จุด คือ

- ข้อสัญญานั้นได้สร้างดุลยภาพที่ไม่เท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาและหนี้ภายใต้สัญญาหรือไม่
- ดุลยภาพที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นได้ฝ่าฝืนสิ่งที่เป็นความต้องการในหลักความสุจริตหรือไม่

สิ่งที่ต้องการในเรื่องหลักสุจริต

ตารางที่ 2 ของข้อบังคับ ได้ให้แนวทางไว้ว่าอะไรคือสิ่งที่ต้องการในเรื่องหลักสุจริต หัวข้อสำคัญที่จะถูกนำมาพิจารณา คือ อำนาจต่อรองของผู้บริโภค และธุรกิจ การดำเนินธุรกิจอันไหนเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่น การชักนำผู้บริโภค มาตกลงในเรื่องสัญญาและข้อสัญญา

^{๘๐} P.S.Atiyah, An Introduction to the Law of Contract ,:314.

ข้อสัญญาซึ่งอาจไม่เป็นธรรม

ข้อสัญญามาตรฐาน 15 ประเภท ซึ่งอาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรมอันอยู่ในตารางที่ 3 ของข้อบังคับ มีดังนี้

1. ไม่มีความรับผิดชอบสำหรับความตายหรือบาดเจ็บ
2. ไม่มีความรับผิดชอบสำหรับการทำผิดสัญญา
3. สิทธิในการไม่ต้องให้บริการ
4. การสงวนไว้ซึ่งเรื่องการชำระเงินล่วงหน้า (Retention of prepayments)
5. ข้อสัญญาในเรื่องการปรับ/ลงโทษ
6. สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่ต้องแจ้ง
7. ข้อสัญญาในเรื่องการต่ออายุสัญญาโดยอัตโนมัติ
8. ข้อสัญญาที่ซ่อนเร้นไว้ (Hidden terms)
9. สิทธิในการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ต้องจัดหา
10. สิทธิในการขึ้นราคา
11. สิทธิตามคำตัดสินขั้นสุดท้ายในกรณีการโต้แย้งเรื่องสัญญา
12. ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับข้อตกลงทั้งหมด (Entire agreement clauses)
13. หน้าที่ไม่เท่าเทียมกัน (Unequal obligations)
14. สิทธิในการโอนทรัพย์สินโดยปราศจากความยินยอม
15. การจำกัดในเรื่องการเยียวยาทางกฎหมาย

ผลกระทบของความไม่เป็นธรรมในสัญญา

ผู้บริโภคไม่ถูกผูกมัด หากมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจ ในทางปฏิบัติ ความหมายนี้จะขึ้นอยู่กับลักษณะข้อสัญญา ยกตัวอย่างเช่น การไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ข้อสัญญาประสงค์จะบอกผู้บริโภคว่า ไม่มีสิทธิในการชดเชยสำหรับคุณภาพของงานที่ต่ำ ผู้บริโภคสามารถฟ้องธุรกิจสำหรับความเสียหายได้ ข้อเท็จจริงที่ว่า ธุรกิจไม่สามารถใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ไม่ได้หมายถึง ข้อสัญญาที่เหลือจะใช้ไม่ได้ แต่ข้อสัญญาเหล่านั้นสามารถบังคับใช้ได้โดยไม่มีข้อสัญญาเฉพาะเหล่านี้

บทบาทของอธิบดีการค้าที่เป็นธรรม (The role of the Director General of Fair Trading)

ภายใต้ข้อบังคับนี้ อธิบดีต้องพิจารณาคำร้องใด ๆ ที่เขาได้รับเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่อธิบดีไม่สามารถริเริ่มได้เอง หลังจากพิจารณาคำร้องแล้ว ถ้าอธิบดีเห็นว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรม อธิบดีมีอำนาจนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่ทว่าก่อนดำเนินการเช่นนั้น อธิบดีอาจพิจารณาการดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งอาจเสนอโดยธุรกิจที่กำลังมีความกังวลในปัญหานี้ ซึ่งอาจหมายถึงการให้ธุรกิจหยุดใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น หรือแก้ไขข้อสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่เป็นธรรมที่มองเห็น

กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ข้อบังคับนี้ได้มีเพิ่มขึ้นมา ไม่ได้มาแทนความคุ้มครองที่ยังมีต่อผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ 1977 หรือข้อบังคับการตกลงที่เกี่ยวกับผู้บริโภค 1976 (The Consumer Transactions (Restrictions on Statements) Regulations 1976)

3. กฎหมายของสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3.1 ขอบเขตของมาตรา 2-302 แห่ง Uniform Commercial Code

3.1.1 ขอบเขตในเนื้อหาแห่งกฎหมาย

- นิยามศัพท์ของคำว่า Unconscionability = ความไร้โมธรรม*
แนวคิดในเรื่อง Unconscionability อยู่ในมาตรา 2-302 ซึ่งเป็น
หลักสำคัญใน UCC มาตรา 2-302 บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 2-302 สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไร้โมธรรม

- (1) ถ้าศาลพบว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไร้โมธรรมในขณะที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญา โดยไม่มีข้อสัญญาที่ไร้โมธรรม หรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาใดที่ไร้โมธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลใด ๆ ที่ไร้โมธรรม
- (2) เมื่อมีการร้องขอหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่เวลานั้นอาจไร้โมธรรม คู่สัญญาต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะเสนอนพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์และผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย

* คำว่า Unconscionability จากเดิมเคยมีผู้แปลว่า หลักความไม่มีโมธรรม ผู้เขียนขอเปลี่ยนเป็น หลักความไร้โมธรรม รวมถึงในการอ้างอิงด้วย

UCC 2-302 provides as follows:

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

ขณะที่ขอบเขตการใช้มาตรา 2-302 ได้รับการขยายกว้างขึ้น แต่เกือบไม่มีการพัฒนาในการจำกัดความ คำว่า "ความไม่มิมโนธรรม" (ความไร้มโนธรรม) ท่าทีของศาลในการจำกัดความคำนี้เป็นด้านลบ ในคดีที่เกี่ยวกับเรื่องความไม่มิมโนธรรม คดีหนึ่งศาลกล่าวว่าความไม่มิมโนธรรม "เป็นแนวความคิดที่ไม่มีรูปร่างแน่นอนที่กำหนดขึ้นเพื่อสร้างจริยธรรมทางธุรกิจ" คำกล่าวนี้ตามมาด้วยหมายเหตุยาวที่อธิบายว่าความไม่มิมโนธรรมเหมือนกับกลฉ้อฉลในแง่ที่ว่าความไม่มิมโนธรรมไม่สามารถให้คำจำกัดความ ในอีกคดีหนึ่ง ผู้พิพากษาแสดงการคัดค้านอย่างชัดเจนต่อการจำกัดความคำนี้ให้แน่นอน ดังต่อไปนี้ "ศาลนี้จะไม่จำกัดการใช้แนวความคิดในเรื่องความไม่มิมโนธรรม โดยการให้คำจำกัดความ ศาลเห็นว่าคำว่า "ไม่มิมโนธรรม" (ไร้มโนธรรม) บรรลุเนื้อหาทางสารบัญญัติและทางวิधिพิจารณาความ" โดยสรุปศาลต่าง ๆ แสดงความเห็นว่าเป็นว่าคำว่า "ความไม่มิมโนธรรม" (ไร้มโนธรรม) ไม่สามารถให้คำจำกัดความ ทั้งไม่ควรให้คำจำกัดความ ^{๒๑}

^{๒๑} วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 129-130.

ปัญหาเรื่อง การให้คำจำกัดความในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ ก็เคยเกิดในประเทศไทยเช่นเดียวกัน ในช่วงก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เคยมีผู้ศึกษาในเรื่องหลัก Unconscionability โดยเทียบเคียงกับมาตรา 113 (มาตรา 150 ในปัจจุบัน) คำว่า ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยพิจารณาเห็นว่า มีปัญหาในลักษณะเดียวกันในระดับหนึ่ง

จากการศึกษาวิเคราะห์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นั้นไม่มีบทบัญญัติที่ให้ความหมายว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ก็เช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา โดยเห็นว่า ถ้าประมวลกฎหมายของไทยให้คำนิยามศัพท์ไว้ จะทำให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการตีความ รัฐสภาจึงละเว้นการนิยามศัพท์ คำๆ นี้ ไว้^{๒๒} ในส่วนกฎหมายของอเมริกานั้น มีผู้ให้คำอธิบายคำว่า Unconscionability ไว้ซึ่งเท่าที่ค้นพบอยู่ จะมีอยู่ใน BLACK 'S LAW DICTIONARY (Sixth Edition) 1990 ความมีดังนี้

Unconscionability = หลักการซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของศาลในการที่จะปฏิเสธ การมีผลบังคับใช้ของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือก่อภาระที่หนัก ด้วยเหตุจาก วิธีการที่ไม่ถูกต้องตอนจัดทำสัญญา หรือการบิดพลิ้วในเนื้อหาของข้อสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาที่ทำลายความคาดหวังที่พอสมควร ของคู่สัญญา หรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของราคา การใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้อง แต่ละวิธีเหล่านี้ จะเป็นพื้นฐานในการหาความไร้โมฆธรรม

^{๒๒} Natee Thongdee, "UNCONSCIONABILITY UNDER THE UNIFORM COMMERCIAL CODE A Study of American and Thai Law of Contracts " (Master's Thesis , The Faculty of the Law School , Temple University, 1980) , p. 13.

- ขอบเขตของหลักความไม่มีโมฆกรรม (ไร้โมฆกรรม)

UCC มาตรา 2-302 กล่าวว่า หมวด 2 "ปรับใช้กับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินค้า" ดังนั้น สัญญาซึ่งไม่ใช่สัญญาซื้อขายและไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 2-302 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหมวด 2 อย่างไรก็ตามศาลได้สร้างวิธีตีความอันหนึ่ง ด้วยการพิจารณาวัตถุประสงค์ของ UCC ดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 1-102 (1)^{๒๒} หลักความไร้โมฆกรรมจึงขยายขอบเขตออกไปและใช้กับเรื่องที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขาย การใช้หลักนี้กว้างขึ้นทีละน้อยโดยอาศัยวิธีการหลายวิธี วิธีหนึ่ง คือการตีความเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าและสัญญาที่มีประกันว่าเป็นปัญหาเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้า และอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 2-302 ไม่จำกัดว่าต้องให้หมวด 9 ว่าด้วยสัญญาที่มีประกันเท่านั้น บังคับแก่สัญญาดังกล่าว มาตรา 2-302 ใช้กับสัญญาเช่าสินค้าเช่นกัน นอกจากนี้ยังใช้กับสัญญาต่าง ๆ ที่อยู่นอกเหนือขอบเขตเดิมของหมวด 2 เช่น สัญญาระหว่างลูกค้ากับธนาคาร สัญญาเกี่ยวกับบริการส่วนตัว ศาลในคดีเหล่านี้นำมาตรา 2-302 มาใช้โดยไม่ได้ตรวจสอบถึงขอบเขตการใช้ สำหรับคดีที่ศาลนำมาตรา 2-302 มาใช้โดยคำนึงถึงขอบเขตการใช้นั้น ศาลเห็นว่า หลักความไร้โมฆกรรม ใช้ด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายมาตรา 2-302 เท่านั้น ไม่ใช่เพราะ UCC วางหลักเกณฑ์ไว้ให้ใช้กับเรื่องดังกล่าว คดีในมลรัฐมิชิแกนสองคดี ศาลใช้แนวความคิดในเรื่องความไร้โมฆกรรมในฐานะเป็นหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) ของมลรัฐนี้ และในที่สุดถือว่าหลักความไร้โมฆกรรมใช้กับเรื่องเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการด้วย การพัฒนาอันนี้ทำให้หลักความไร้โมฆกรรมได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวความคิดทั่วไป ไม่จำกัดการใช้เฉพาะสัญญาซื้อขายสินค้าเท่านั้น^{๒๔}

^{๒๒} มาตรา 1-102 (1) ระบุว่า "รัฐบัญญัตินี้ต้องตีความและใช้อย่างกว้างขวางเพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์และนโยบายที่รองรับ"

^{๒๔} วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไข ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 128-129.



3.1.2 ขอบเขตในด้านตัวบุคคล

มาตรา 2-302 ใน Uniform Commercial Code เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในลักษณะกว้าง ๆ (general provision) ซึ่งตราขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่ไม่ทราบเรื่องข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปและสัญญามาตรฐานต่าง ๆ ซึ่งมันสามารถปรับใช้ในแต่ละคดีที่มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ในขณะที่แนวคิดหรือหลักการอื่นทำไม่ได้ ซึ่งมาตรานี้ Karl Llewellyn ถึงกับกล่าวว่า เป็นมาตราที่มีคุณค่าสูงสุดในประมวล^{๘๕} อันเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กว้างเช่นนี้เองจึงไม่ได้มีการจำกัดกลุ่มคนที่ต้องการคุ้มครองเป็นพิเศษ ฉะนั้น ใครก็ตามที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญาก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา

^{๘๕} Sinai Deutch, Unfair Contract : The Doctrine of Unconscionability (Massachusetts : D.C. Health and Company, 1977) , p xiii

3.2 การใช้กฎหมาย

3.2.1 การใช้มาตรา 2-302 ของศาล

หลักเกณฑ์ของ Leff มีการแยกแยะรายละเอียดในการใช้มาตรา 2-302 ของศาลไว้ชัดเจน Leff ได้แบ่งความไร้โมธรรม (Unconscionability) ออกเป็น 2 ประเภท คือ procedural unconscionability และ substantive unconscionability

procedural unconscionability หมายถึง การที่สัญญาหรือข้อสัญญาไร้โมธรรมอันเนื่องมาจากความไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหรือเกี่ยวข้องกับพฤติการณ์แวดล้อมของการต่อรอง ซึ่งอาจมีสาเหตุจากไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย (absence of meaningful choice) , ความเหนือกว่าของอำนาจต่อรอง, ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม (unfair surprise) วิธีปฏิบัติแบบโง่และการหลอกลวง (sharp practices and deception) สำหรับ

substantive unconscionability หมายถึงการที่สัญญาหรือข้อสัญญาไร้โมธรรม อันเนื่องมาจากข้อสัญญาไม่เป็นธรรม หรือผลอันไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญานั้นเอง ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม (unfair price), ข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ไม่เป็นธรรม, ข้อกำหนดการสละข้อต่อสู้, ข้อกำหนดการเร่งชำระหนี้^{๒๖}

^{๒๖} วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" , หน้า 130-131.

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาล่าสุดในปี 1998 ที่พูดถึงประเด็นทางข้อกฎหมายเรื่อง Procedural และ Substantive Unconscionability คือ

คดีระหว่าง Brower กับ บริษัท Gateway 2000

Tony Brower, et al. v. Gateway 2000, Inc., et al., 1998

N.Y. App. Div. Lexis 8872 (1st Dept. N.Y., August 13, 1998)

ข้อเท็จจริงในคดี

โจทก์ได้ซื้อคอมพิวเตอร์และซอฟต์แวร์จากจำเลย คือ บริษัท Gateway 2000 เมื่อโจทก์ได้รับสินค้ามา โจทก์จะได้รับสำเนาข้อสัญญามาตรฐานและเงื่อนไขของบริษัท Gateway 2000 ในข้อตกลงได้ระบุว่า ข้อสัญญาและเงื่อนไขจะผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าคู่สัญญา(ฝ่ายผู้บริโภค) คืนสินค้าภายใน 30 วัน ซึ่งในระหว่าง 30 วัน นี้ผู้บริโภคสามารถคืนสินค้าด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ได้ โจทก์ได้คืนสินค้าเหล่านี้เกิน 30 วันที่กำหนดไว้

กลุ่มผู้บริโภคได้ฟ้องคดีแบบ Class Action ต่อบริษัท Gateway 2000 และกล่าวหาบริษัทว่า กล่าวผิดความเป็นจริงในโฆษณา ที่สัญญาว่า "บริการเมื่อคุณต้องการเสมอ" โจทก์อ้างว่าเป็นไปไม่ได้อย่างชัดเจนที่จะได้รับบริการด้านซอฟต์แวร์และเทคโนโลยีจาก Gateway ตามที่สัญญาไว้

ทางบริษัท Gateway ได้เคลื่อนไหวให้มีการยกฟ้องคดีนี้ โดยอ้างว่า คดีได้ตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญาอนุญาตโถกถลาการ ทางฝ่ายโจทก์อ้างว่า

1. ข้อสัญญาอนุญาตโถกถลาการเป็นโมฆะตาม UCC มาตรา 2-207
2. เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่บังคับใช้ไม่ได้
3. ไร้โมฆธรรม ตาม UCC มาตรา 2-302

ประเด็นเรื่อง สัญญาสำเร็จรูป

ศาลได้พิจารณาเห็นว่า ข้อตกลงมาตรฐานของบริษัท Gateway ไม่ใช่ข้อสัญญา

สำเร็จรูป ผู้บริโภคไม่ได้อยู่ในฐานะ take it or leave it ผู้บริโภคสามารถปฏิเสธข้อตกลงของบริษัท Gateway โดยคืนสินค้าภายในเวลา 30 วัน และซื้อสินค้าจากคู่แข่งแทนได้

U.C.C 2-302

ภายใต้กฎหมายของ New York สัญญาจะบังคับใช้ไม่ได้ ถ้าสัญญานั้นไร้โมฆธรรม ทั้ง Procedural และ Substantive ศาลได้พิจารณาในเบื้องต้นเห็นว่าสัญญานั้นไม่ได้ไร้โมฆธรรมอันเนื่องจากความไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหรือเกี่ยวข้องกับพฤติการณ์แวดล้อม (not procedurally unconscionable) โดยอ้างว่าผู้บริโภคยังสามารถที่จะคืนสินค้านั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็พิจารณาว่า ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นข้อสัญญาที่ไร้โมฆธรรม อันเนื่องจากข้อสัญญาหรือตัวสัญญานั้นเอง (was substantively unconscionable) กฎของ ICC ระบุว่า ต้องมี advance fee 4000 ดอลลาร์ เป็นค่าธรรมเนียมการลงทะเบียนที่คืนไม่ได้ ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวนี้มากกว่าราคาสินค้าของ Gateway และประเด็นเรื่องค่าธรรมเนียมนี้ มีส่วนสกัดกั้นผู้บริโภคแต่ละรายในการเรียกร้องใช้สิทธิในเรื่องอนุญาตตุลาการ

3.2.2 การเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์และผลทางการค้า

มาตรา 2-302 (2) ระบุว่า "เมื่อมีการร้องขอหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่เวลานั้นอาจไร้โมฆธรรม คู่สัญญาต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม, วัตถุประสงค์ และผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย" บทบัญญัตินี้ไม่เพียงเป็นหลักทางวิธีพิจารณาความในการแก้ตัวของคู่สัญญาว่าความจริงสัญญาหรือข้อสัญญามีโมฆธรรม UCC ร่างขึ้นมา ไม่ได้มุ่งหมายจะวางหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาความแย้งและ ปัญหาต่าง ๆ เช่น การให้การแก้ฟ้อง, การเสนอพยานหลักฐาน และภาระการพิสูจน์ นอกจากอยู่ภายใต้บังคับ UCC มาตรา 2-302 แล้ว ยังอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องการต่อสู้คดีของจำเลยด้วยการแสดงข้อเท็จจริง (affirmative defense) บทบัญญัติเฉพาะอันนี้เพิ่มเข้ามาในมาตรา 2-302 ในระยะสุดท้ายของการร่าง ความมุ่งหมายก็เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัยในเรื่องความไร้โมฆธรรม⁸⁷

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 125.