



หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถมในประเทศไทย

2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของสัญญาซื้อขายที่มีของแถม

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของสัญญาซื้อขายที่มีของแถมในกฎหมายไทยนั้น ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ระยะ คือ¹

(ก) ระยะก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน²

ในสังคมไทยสมัยโบราณนั้นก็ยังมีลักษณะเช่นเดียวกับสังคมอื่น ๆ ที่ยังไม่ได้มีเงินตราเป็นสื่อกลาง การซื้อขายในช่วงเวลานั้นจึงอยู่ในลักษณะของการแลกเปลี่ยนมากกว่าจะเป็นการซื้อขายจริง ๆ อย่างเช่นที่เกิดอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นการนำทรัพย์สินที่คนหนึ่งมีมาแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินที่อีกคนหนึ่งมี การแลกเปลี่ยนเกิดขึ้นเมื่อความต้องการทรัพย์สินของแต่ละคนนั้นตรงกัน แต่ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาขึ้นก็รู้จักนำเงินมาเป็นสื่อกลางเพื่อนำไปใช้ในการซื้อทรัพย์สินหรือของที่ต้องการ เกิดลักษณะของการเอาเงินแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินอันเป็นลักษณะเช่นเดียวกับการซื้อขายในปัจจุบัน เพียงแต่ในสมัยนั้น ความคิดของการเอาเงินมาซื้อของยังเป็นความคิดของการเอามาแลกเปลี่ยนกันอยู่ ดังนั้น เมื่อฝ่ายหนึ่งได้เงินและอีกฝ่ายหนึ่งได้ของไปเป็นที่พอใจแล้ว ทุกอย่างก็จบสิ้นลงเสร็จเด็ดขาดเพียงนั้น ไม่มีหนี้อะไรจะมาเรียกร้องกันอีก แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า นับตั้งแต่มนุษยได้คิดประดิษฐ์เงินตราขึ้นใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน (medium of exchange) สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่ใช้กันมากที่สุด³ เพียงแต่ในตอนแรกจะมีความคิดของการเอาเงินมาซื้อของยังเป็นความคิดของการเอามาแลกเปลี่ยนกันอยู่ จึงทำให้ในช่วงระยะเวลาสมัยโบราณนี้เองยังไม่มีสิ่งที่เรียกว่า ของแถม เกิดขึ้นเพราะว่ายังไม่มีการซื้อขายกันอย่างจริงจัง ส่วนใหญ่จะเป็นแต่เพียงมีความคิดในเรื่องของการแลกเปลี่ยนกันมากกว่า โดยคู่กรณีตกลงถึงสิ่งของที่จะ

¹ร.แดงกาด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 233.

²ศันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 43.

³ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย พร้อมด้วยภาคผนวกบทความพิเศษ บทบัญญัติลักษณะขายฝากตามกฎหมายใหม่ที่ผิดพลาด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า 1.

นำมาแลกเปลี่ยนในสัญญาโดยไม่มีสิ่งของอื่นเอามาให้เพื่อจะจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขาย ซึ่ง
สิ่งของที่คู่กรณีตกลงมาแลกเปลี่ยนกันก็ถือเป็นวัตถุแห่งสัญญาอยู่แล้วโดยไม่ได้มีการเสนอสิ่งของ
อื่นใดอีกนอกเหนือสิ่งของที่เป็นวัตถุในสัญญาแลกเปลี่ยน ถึงแม้ว่าจะได้มีการใช้เงินเป็นสื่อกลาง
ในการซื้อของแล้วก็ตาม เพราะเป็นแนวคิดที่อยู่บนพื้นฐานของการแลกเปลี่ยนอยู่

ต่อมา เมื่อมนุษย์ได้ประดิษฐ์เงินตราขึ้นมาได้สักกระยะหนึ่งก็ได้มีการพัฒนา
ทางแนวคิดจนมีการให้ความสำคัญกับ "การส่งมอบ" โดยถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย
ถ้าไม่ส่งมอบก็ไม่มีหนี้อะไรที่จะบังคับกันได้ และ "การส่งมอบ" ที่ว่านี้ อาจเป็นการที่คู่สัญญา
ฝ่ายผู้ซื้อ "ส่งมอบเงิน" ให้ หรือคู่สัญญาฝ่ายผู้ขาย "ส่งมอบทรัพย์สิน" ให้ก็ได้ ประเด็นอยู่ที่ว่าเมื่อ
มีการส่งมอบของฝ่ายใดไว้แล้ว จึงก่อให้เกิดหนี้แก่อีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องทำในส่วนของตนด้วย เช่น
ถ้าผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินไว้แล้ว ก็เกิดหนี้แก่ผู้ซื้อที่จะต้องชำระราคาตอบแทนด้วย ความสำคัญของ
การส่งมอบดังกล่าวจึงทำให้นักกฎหมายในสมัยนั้นมองว่า สัญญาซื้อขายมีลักษณะเป็น "ทรัพย์สิน
สัญญา" เช่นเดียวกับสัญญาอื่น กล่าวคือ ถ้าไม่มีการส่งมอบก็ไม่เกิดหนี้ที่จะบังคับเรียกร้องอะไร
กันได้ ในเวลานี้เริ่มมีการเสนอสิ่งของที่มีลักษณะเป็นของแถมโดยมีการเสนอให้สิ่งของดังกล่าว
เพิ่มเติมจากสัญญาซื้อขายเพื่อที่จะจูงใจให้ผู้ซื้อเข้าทำสัญญาซื้อขาย แต่ในขณะนั้นสิ่งของที่มี
ลักษณะเป็นของแถมดังกล่าวยังไม่ค่อยมีความซับซ้อนมากนัก เพราะเป็นการให้ของแถมที่มี
ลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาซื้อขายแต่เพียงอย่างเดียว

(ข) ระยะเวลาที่ทำการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน

การทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในบรรพ 3 เรื่อง
เอกเทศสัญญานี้ได้เปลี่ยนแปลงความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่เคยเป็นมาในอดีตให้
เป็นไปตามความคิดทางกฎหมายของประเทศทางตะวันตกอันเป็นกฎหมายที่ผู้รำนนำมาเป็น
ต้นแบบในการศึกษา ซึ่งมีการศึกษาทั้งกฎหมายที่อยู่ในระบบ Common Law เช่น กฎหมาย
อังกฤษ และกฎหมายของหลายประเทศที่อยู่ในระบบ Civil Law อาทิ กฎหมายของประเทศ
เยอรมัน กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และกฎหมายของประเทศอิตาลี แม้แต่กฎหมายของ
ประเทศเพื่อนบ้านในแถบเอเชียคือกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นก็ถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย⁵
ทำให้การทำสัญญาซื้อขายมีหลักเกณฑ์ที่เป็นสากล แต่ในส่วนของเรื่องของแถมนั้นกลับยังไม่ได้มี
กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ดังนั้น เราจะต้องนำส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายที่

⁴ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้,
พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 43.

⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-44.

มีของแถมมาใช้ในการพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายซึ่งจะทำการศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2.6

เมื่อเราได้พิจารณาถึงความเป็นมาของสัญญาซื้อขายที่มีของแถมจะสังเกตเห็นได้ว่า ในช่วงระยะแรก ๆ ที่มีกฎหมายในเรื่องของสัญญาซื้อขาย การดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายไม่ว่าทั้งในรูปของสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์จะมีการจัดของแถมเพื่อเป็นแรงจูงใจให้ลูกค้าซื้อสินค้าของตนในรูปแบบทั่ว ๆ ไปเท่านั้น โดยในรูปแบบของของแถมในช่วงสมัยแรก ๆ นั้น จะเป็นในรูปของการแถมสิ่งของที่มีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาซื้อขายหรือเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายเพียงเท่านั้น ซึ่งไม่มีความซับซ้อนอันจะทำให้ของแถมมีลักษณะเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาซื้อขายแต่อย่างใด ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนาและเจริญก้าวหน้าขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันได้มีการเสนอของแถมในรูปแบบต่างๆ ซึ่งบางครั้งก็อาจจะกลายเป็นสัญญาของแถมแยกต่างหากจากสัญญาซื้อขายเลยก็ได้ เช่น ในส่วนของแถมอาจจะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเลยสำหรับในกรณีที่ให้ของแถมเป็นบัตรของขวัญ เป็นต้น อันจะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในสัญญาซื้อขายที่มีของแถมที่แตกต่างกันและมีผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปด้วย ดังที่จะได้อธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาซื้อขายที่มีของแถมในแต่ละประเภทในหัวข้อ 2.6

2.2 ลักษณะของสัญญาซื้อขายที่มีของแถม

ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาซื้อขายที่มีของแถม ไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องสัญญาซื้อขายที่มีของแถมไว้โดยตรง ดังนั้น เราจะต้องเริ่มพิจารณาลักษณะของสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 ซึ่งบัญญัติว่า "อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย"

จากนิยามดังกล่าวทำให้เราเข้าใจถึงลักษณะของสัญญาซื้อขายได้ดังนี้⁶

(ก) ซื้อขายต้องเป็น "สัญญา" กล่าวคือเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งแต่ละฝ่ายอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ซึ่งนิติกรรมสองฝ่ายก็คือนิติกรรมซึ่งมีผู้แสดงเจตนาฝ่ายหนึ่งและผู้รับ

⁶ นันทกรณ์ (จำปี) โสติดิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 43-46.

การแสดงเจตนาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีเพียงผู้แสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้วย่อมไม่เป็นสัญญา⁷ ดังนั้น หลักเกณฑ์ทั้งหลายว่าด้วยเรื่องนิติกรรมสัญญาจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายด้วยซึ่งมีความจำเป็นอย่างยิ่งต้องนำมาใช้ในการวิเคราะห์นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายที่มีของแถม

(ข) ซื้อขายเป็นสัญญา "ต่างตอบแทน" กล่าวคือ สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน

(ค) สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม หมายความว่าทันทีที่มีการตกลงทำสัญญาหรือยินยอมเข้าทำสัญญากันทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย สัญญาซื้อขายนั้นก็สมบูรณ์ทันทีโดยที่ผู้ซื้อผู้ขายไม่ต้องทำอะไรกันอีก และเมื่อสัญญาซื้อขายสมบูรณ์ สัญญาซื้อขายนั้นก็ก่อให้เกิดผลของสัญญาได้ทันที เช่น ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 แต่มีข้อสังเกตในการทำสัญญาซื้อขายบางกรณีกฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบ เช่น การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ถ้าหากฝ่าฝืนไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้จะมีผลเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 ซึ่งได้บัญญัติว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ" ผลของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ และมาตรา 456 วรรคแรก ซึ่งได้บัญญัติว่า "การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย" นิติกรรมตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์พิเศษนั้นจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 ประกอบมาตรา 152 แต่สำหรับในส่วนที่ผู้เขียนกำลังทำการศึกษายู่จะเน้นไปที่สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีของแถมเพราะประเด็นปัญหาส่วนใหญ่จะเป็นการเสนอของแถมเพื่อที่จะจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ สืบเนื่องมาจากการซื้อขายสังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ได้ทันทีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 โดยไม่ต้องไปเกี่ยวข้องกับเรื่องการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนอีก

(ง) สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลในทางทรัพย์สิน ลักษณะเด่นอีกประการหนึ่งของสัญญาซื้อขาย ก็คือ เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลในทางทรัพย์สิน หมายความว่าก่อให้เกิดผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่ทำสัญญาตามบทบัญญัติในมาตรา 458

⁷ อธิราช มณีภาค, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า

(จ) ต้องมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์และมีการตกลงว่าจะชำระราคา ดังนั้น ราคาในที่นี้จึงต้องเป็นเงินเสมอ ราคาจะเป็นทรัพย์สินอื่นที่เอามาตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้

เมื่อเราเข้าใจถึงลักษณะสัญญาซื้อขายแล้ว เราก็มาพิจารณาประกอบกับในส่วนของเรื่องของของแถม จึงจะทำให้เข้าใจสัญญาซื้อขายที่มีของแถมได้ กล่าวคือ สัญญาซื้อขายที่มีของแถมจะมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์(เป็นส่วนเฉพาะที่ผู้เขียนทำการศึกษา) โดยกำหนดของแถมเป็นสิ่งของไม่ว่าสิ่งของนั้นจะอยู่ในรูปของสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น หรือเงิน หรือสิทธิ(เช่น สิทธิในการได้รับส่วนลด) หรือสิ่งอื่นใดในทำนองเดียวกันนี้เพื่อเป็นการจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ซึ่งในส่วนที่กล่าวไปนี้เองเป็นการที่ผู้เขียนได้กำหนดหลักเกณฑ์เบื้องต้นของสัญญาซื้อขายที่มีของแถมโดยกำหนดกรอบในการทำการศึกษาค้นคว้าโดยให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกประเภทของของแถมซึ่งจะทำให้ทราบถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดในหัวข้อที่ 2.5 ถึง 2.7 ต่อไป

ในเบื้องต้นนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาค้นคว้าของแถมในลักษณะที่มีการให้เป็นสิ่งของไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบเป็นสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น หรือเงิน หรือสิ่งของ หรือสิ่งอื่นใดในทำนองเดียวกันนี้ที่มีการให้เพื่อจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขาย โดยไม่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าในกรณีที่เป็นสิ่งที่ให้ในรูปแบบของการบริการ อย่างเช่น แคมเปญกันภัย หรือ ค่าบำรุงรักษาฟรีเป็นเวลา 5 ปี ซึ่งจะต้องเป็นการให้บริการของผู้ขายต่างหากอันเป็นข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งไม่ถือว่าเป็นของแถมตามกรอบของผู้เขียนที่จะทำการศึกษา เนื่องจากว่าผู้เขียนจะทำการศึกษาค้นคว้าของแถมในลักษณะที่ให้เป็นสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น หรือเงิน หรือสิทธิ หรือสิ่งอื่นใดในทำนองเดียวกันนี้เพื่อจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ผู้เขียนต้องการที่จะศึกษาของแถมในลักษณะที่ผู้ซื้อได้รับไปในลักษณะที่เป็นสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น หรือเงิน หรือสิ่งของ หรือสิ่งอื่นใดในทำนองเดียวกันเท่านั้น ดังนั้น ถ้ามีผู้ใดสนใจศึกษาเพิ่มเติมในส่วนของคุณลักษณะของการบริการในสัญญาซื้อขายก็สามารถทำการวิจัยต่อไปได้ และในงานวิจัยฉบับนี้จะเป็นการศึกษาถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีของแถมโดยจะไม่ได้พิจารณาไปถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์พิเศษที่มีของแถม เพราะว่าประเด็นเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีของแถมนั้นเกิดปัญหามากกว่าเนื่องจากว่าการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ทำได้ง่ายและรวดเร็วกว่าโดยไม่ต้องไปเกี่ยวข้องกับทางทะเบียน ทำให้มีการเสนอของแถมซึ่งเป็นสิ่งจูงใจในการเข้าทำสัญญาซื้อขายในรูปแบบต่างๆ เป็นจำนวนมากก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายที่มีของแถม

2.3 การเกิดสัญญาซื้อขายที่มีของแถมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาซื้อขายคือนิติกรรมสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเสนอขอทำสัญญาซื้อขาย และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายสนองตอบรับตกลงทำสัญญาดังกล่าวด้วย ดังนั้น "สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อคำสนองตรงกับคำเสนอ"⁸

แต่ในทางปฏิบัติสัญญาซื้อขายที่มีของแถมอาจเกิดขึ้นได้หลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาต่อรองกันก่อนที่จะตกลงทำสัญญา หรือการตกลงลงนามในเอกสารสัญญาฉบับเดียวกันหรือโดยการแลกเปลี่ยนเจตนา ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา ที่เรารู้จักกันในรูปของคำเสนอหรือคำสนองที่ต้องตรงกัน ดังนั้น ถ้าการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาซื้อขายของคู่สัญญาเกิดในเวลาและในสถานที่เดียวกัน การที่เราจะกำหนดว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดคงจะไม่ใช่อะไรที่ยาก แต่ปัญหาที่สลับซับซ้อนมักเกิดขึ้นเมื่อมีการเจรจาทำสัญญาในเวลาที่แตกต่างกันหรือระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ซึ่งติดต่อกันโดยผ่านตัวแทน โดยผ่านทางไปรษณีย์ ทางโทรศัพท์หรือโทรเลข หรือวิธีอื่น ๆ ในลักษณะทำนองเดียวกัน⁹ ดังนั้น ในการพิจารณาการเกิดสัญญาซื้อขายที่มีของแถมจึงต้องนำหลักเรื่องนิติกรรมสัญญามาพิจารณาดังต่อไปนี้

2.3.1 กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา

กระบวนการก่อให้เกิดสัญญาเป็นเรื่องที่สำคัญมาก ในทางปฏิบัติอาจเกิดขึ้นได้หลายวิธี ได้แก่¹⁰

- (1) การเกิดสัญญาในลักษณะการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า และอีกฝ่ายสนองตอบรับกลับทันทีหรืออาจเกิดต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า แต่ผู้นั้นสนองรับคำเสนอกลับมาทันที
- (2) การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นไว้ก่อนว่าจะทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาจะเกิดเมื่อ คู่กรณีอีกฝ่ายสนองรับตามคำมั่นภายในกำหนดเวลากรณีคำมั่นโดยลำพัง หรือภายในอายุสัญญากรณีคำมั่นในสัญญา
- (3) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงผูกพันกันไว้ชั้นหนึ่งก่อนว่าจะทำสัญญาในอนาคตอีกฉบับหนึ่ง ในกรณีนี้เป็นสัญญาเบื้องต้น หากทั้งสองฝ่ายมาทำสัญญาในอนาคตที่ได้ตกลงกันอัน

⁸ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2(พระนคร: อักษรสาสน์, 2505), หน้า 444.

⁹ศันนัทภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 273.

¹⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

เป็นการปฏิบัติตามความผูกพันของสัญญาอันแรก สัญญาฉบับหลังหรือสัญญาเสร็จเด็ดขาดก็จะเกิดขึ้นได้

(4) การเจรจาระหว่างคู่กรณีสองฝ่ายจนถึงขั้นตกลงก่อความผูกพันจนก่อเกิดสัญญากระบวนการก่อให้เกิดสัญญาทั่วไปนั้น เริ่มต้นด้วยคำเสนอและจบด้วยคำสนอง ส่วนคำเสนอจะเป็นนิติกรรมหรือไม่ยังเป็นเรื่องที่ได้แย้งกันอยู่ โดยมีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่ง¹¹ เห็นว่า คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมีผลผูกพันผู้เสนอ แต่มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง¹² เห็นว่า คำเสนอโดยลำพังยังไม่เป็นนิติกรรมเป็นแต่เพียงการกระทำอย่างหนึ่งที่มาก่อนการเกิดนิติกรรม แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะมีความเห็นตามฝ่ายใดก็ตาม คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาแน่นอน

ดังนั้น ตามปกติแล้วปัจจัยสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาก็คือ การแสดงออกซึ่งความตกลงยินยอมร่วมกันและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคู่กรณีที่เข้าทำสัญญาผูกพันซึ่งกันและกันนั่นเอง แต่ความยินยอมร่วมกัน (Mutual Assent) ย่อมจะไม่เกิดขึ้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ ถ้าแต่ละฝ่ายแสดงออกซึ่งความยินยอมที่ไม่ถูกต้องตรงกันทุกสิ่งทุกประการ¹³

2.3.2 การเจรจาก่อนทำสัญญา¹⁴

ในการทำสัญญาที่มีความสำคัญส่วนใหญ่จะต้องมีช่วงระยะเวลาหนึ่งที่ใช้สำหรับ "การเจรจา" เพื่อให้คู่เจรจาได้ตกลงกันในเนื้อหาแห่งสัญญาที่สร้างขึ้นและได้ตรวจสอบทางด้านกฎหมายก่อนที่จะเข้าทำสัญญา แต่ถ้าเป็นการทำสัญญาที่มีข้อตกลงง่าย ๆ ก็ไม่ต้องมีการเจรจาก่อนทำสัญญาหรือการทำสัญญาก่อนทำสัญญา (Vorvertrag) แต่ถ้าเป็นกรณีสัญญาที่มีข้อตกลงยุ่งยาก เช่น สัญญาจ้างทำของ ก่อสร้างโรงงาน คู่กรณีก็มักจะมีการเจรจาก่อนทำสัญญาหรือ

¹¹ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า 319.

¹² อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2531). หน้า 117.

¹³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 769.

¹⁴ จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 1-196.

การทำสัญญาก่อนทำสัญญาเสมอ¹⁵ ซึ่งโดยปกติแล้ว ระหว่างการเจรจานั้น คู่เจรจาก็มีโอกาสที่จะตัดสินใจไม่เข้าทำสัญญาก็ได้ หากเห็นว่าได้รับประโยชน์ที่ไม่คุ้มค่า และการไม่เข้าทำสัญญานี้ก็มีได้เป็นการปฏิบัติที่ผิดหน้าที่แต่ประการใด เพราะตราบดที่สัญญายังไม่เกิด หนี้หรือหน้าที่ใดๆ อันสืบเนื่องมาจากสัญญาก็ยังไม่มี คู่เจรจาจึงมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้

แต่อย่างไรก็ตาม การเจรจาในบางครั้งก็มีการเลิกเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือเป็นการหลอกให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาทำการเจรจาโดยที่คู่กรณีฝ่ายแรกตั้งใจอยู่แล้วว่าจะไม่เข้าทำสัญญามาตั้งแต่แรก และเมื่อสัญญามิได้เกิดขึ้นจริงหรือเกิดแล้วไม่สมบูรณ์ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งโดยสุจริตได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จหรือความสมบูรณ์ของสัญญา เช่นนี้ ได้เกิดแนวความคิดในกฎหมายต่างประเทศที่จะให้คู่เจรจาฝ่ายที่หลอกลวงเขาหรือฝ่ายที่เลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจะต้องรับผิดชอบ รับผิดชอบก่อนสัญญาตามหลัก *Culpa in Contrahendo*¹⁶ เพราะถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่เป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตแล้ว หรืออาจจะเรียกว่า ความรับผิดชอบในระหว่างทำสัญญา ซึ่งเป็นที่รับรองทั่วไปทั้งในตำราและตามคำพิพากษาศาลสูงเยอรมัน¹⁷

2.3.3 คำเสนอ

ในเบื้องต้นขอให้เข้าใจก่อนว่า คำเสนอ คือ การแสดงเจตนาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเพื่อขอทำสัญญา เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์เอาไว้ จึงได้กำหนดความหมายเบื้องต้นเอาไว้โดยในตอนนี้มีนักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำเสนอเอาไว้ว่า

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย¹⁸ เห็นว่า คำเสนอได้แก่ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวซึ่งมีผู้รับ ของบุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้เสนอ ต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับคำเสนอ โดยผู้เสนอได้เสนอให้อีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาด้วย

¹⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 218.

¹⁶ Kessler, F. and Fine, E., "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study," Harvard Law Review 89: 401.

¹⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 218.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 224.

เมื่อเข้าใจความหมายเบื้องต้นของ คำเสนอ แล้วเราก็มาพิจารณาในรายละเอียดของคำเสนอดังต่อไปนี้

(ก) ลักษณะของคำเสนอ¹⁹ คำเสนอจะมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นการแสดงเจตนาเพื่อขอเข้าทำสัญญา ซึ่งต้องอยู่ภายใต้เรื่องการแสดงเจตนาและการถอน โดยการแสดงเจตนา ก็คือ

1.1) เป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบ การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นและรวมถึง การแสดงทำคำเสนอทางโทรศัพท์ โทรสารและสิ่งอื่นในทำนองเดียวกันด้วย (มาตรา 168)

1.2) เป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า คือ อยู่ห่างโดยระยะทางซึ่งคำเสนอนั้นจะมีผล เมื่อคำเสนอนั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา โดยผู้รับการแสดงเจตนาจะทราบข้อความในคำเสนอหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 169 วรรคแรก สามารถนำมาปรับใช้กับคำเสนอได้ คือ เมื่อคำเสนอยังไปไม่ถึงผู้รับคำเสนอ ผู้ทำคำเสนอก็สามารถบอกถอนคำเสนอได้เสมอ แต่ต้องบอกถอนก่อน หรือพร้อมกับคำเสนอนั้น

2) คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้ง ซึ่งจะเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจา กริยาอาการหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยการแสดงเจตนา นั้นต้องชัดแจ้งปราศจากข้อสงสัยว่าเป็นคำขอให้ทำสัญญา

3) คำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนพอที่จะทำให้สัญญาเกิด ถ้าผู้รับคำเสนอตอบรับมา เช่น คำเสนอซื้อและขายซึ่งจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนคือ ชนิดและประเภทของทรัพย์สิน ราคา จำนวนที่ต้องการซื้อขาย ซึ่งคำเสนอชัดเจนแล้ว เมื่อผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมา สัญญาที่เกิดขึ้นได้ทันที แต่หากคำเสนอไม่ชัดเจน อาจมีลักษณะทางกฎหมายอย่างอื่น เช่น เป็นคำปรารภหรือ คำเชื้อเชิญ หรือคำทาบถาม²⁰ ก็ได้ ถ้าผู้รับการแสดงเจตนาตอบรับกลับมาก็จะเป็นฝ่ายทำคำเสนอเท่านั้น เช่น นาย ก. เสนอซื้อรถยนต์สีดำหนึ่งคันยี่ห้อ BMW รุ่น 318i ปี 2003 เลขทะเบียน 9ศฐ 9999 กทม. จากนาย ข. หนึ่งคันโดยให้ นาย ข. แจ้งราคาที่ตนประสงค์จะขายมา ดังนี้ คำเสนอซื้อของนาย ก. มีผลเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ เมื่อนาย ข. ตอบรับว่าจะขายรถยนต์นั้นให้ในราคา 1.3 ล้านบาท ก็มีผลเพียงคำเสนอเท่านั้น ถ้านาย ก. ตอบรับว่าจะซื้อมาอีก

¹⁹ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12, หน้า 278-284.

²⁰ อรรษา สิงห์สงบ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 22-27.

ครั้งจึงจะกลายเป็นคำสั่งงรับทำให้เกิดสัญญาขึ้น ซึ่งในกรณีถ้าได้มีการเสนอของแถมให้เป็นเงินคืนสำหรับผู้ซื้อรถยนต์ดังกล่าวเป็นเงิน 100,000 บาทก็จะทำให้ส่วนของแถมนี้เป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาซื้อขายรถยนต์คันดังกล่าวที่เป็นสาระสำคัญที่จะต้องตกลงให้ครบถ้วนจึงจะเกิดสัญญาซื้อขายที่มีของแถมได้

คำเสนออาจทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้ โดยคำเสนอจะต้องมีลักษณะของคำเสนออย่างครบถ้วน เช่น การโฆษณาสินค้าพร้อมติดราคาไว้ในตู้กระจกตามห้างสรรพสินค้า ตู้อัตโนมัติที่ใช้หยอดเหรียญเพื่อที่จะได้สินค้า การเสนอขายหุ้นของบริษัทในราคาที่แน่นอนถือเป็นคำเสนอต่อสาธารณชนได้ แต่ในบางครั้งคำเสนอต่อสาธารณชนอาจสับสนกับคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอได้ เพราะกระตุ้นให้เกิดคำเสนอหรือคำขอทำสัญญาเท่านั้น เช่น โฆษณาขายบ้าน คอนโดมิเนียมที่หาผู้สนใจเจรจาต่อรองกันต่อไปมากกว่า

ในส่วนนี้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการติดราคาสินค้าไว้ที่ชั้นวางสินค้านั้น²¹ เดิมนักกฎหมายเห็นว่ายังไม่เป็นคำเสนอ เป็นแต่เพียงคำเชิญให้อีกฝ่ายหนึ่งมาทำคำเสนอเท่านั้น แต่ต่อมานักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่า เป็นคำเสนอเพราะมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่อีกฝ่ายหนึ่งสนองรับสัญญาก็เกิดขึ้น แต่ก็ยังถือว่าเป็นคำเสนอที่มีเงื่อนไขต้องมีสินค้าอยู่ หากไม่มีสินค้าถือว่าไม่เป็นคำเสนอ แต่โดยความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนยังเห็นว่า ควรแยกพิจารณาเป็นสองกรณี กล่าวคือ กรณีแรกเป็นกรณีที่มีการระบุราคาสินค้าไว้ที่ตัวสินค้าก็ถือเป็นคำเสนอ เพราะมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่อีกฝ่ายหนึ่งสนองรับแล้วก่อให้เกิดสัญญาขึ้น ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่มีการติดเพียงบาร์โค้ดไว้ที่ตัวสินค้าที่ชั้นวางสินค้าโดยไม่ได้ระบุราคาไว้ที่ตัวสินค้าเห็นว่า กรณีนี้เป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น เพราะในบางกรณีอาจจะมีการติดป้ายราคาสินค้าที่ชั้นวางสินค้าแห่งหนึ่งราคาหนึ่งและในอีกชั้นวางสินค้าหนึ่งอีกราคาหนึ่งโดยจะรู้ราคาที่แท้จริงได้ก็ต่อเมื่อได้มีการนำสินค้าไปผ่านเครื่องจ่ายเงินแล้วซึ่งทำให้ไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำเป็นคำเสนอ ซึ่งในส่วนตัวเองถ้าผู้ซื้อสินค้าไม่ได้สังเกตราคาให้ดีก็อาจจะซื้อสินค้าที่มีป้ายราคาที่ต่ำโดยคิดว่าตัวเองซื้อในราคาที่ถูกแล้วแต่พอไปผ่านเครื่องเก็บเงินกลับมีราคาที่สูงกว่าป้ายราคาดังกล่าวอันทำให้ผู้ซื้อสินค้าเสียผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับ ทำนองเดียวกับกรณีที่มีการติดบาร์โค้ดที่ตัวสินค้าและมีเครื่องให้ผู้ซื้อตรวจสอบราคาได้ ผู้เขียนเห็นว่า การทำคำเสนอต้องมีความชัดเจน เมื่อผู้ขายไม่แสดงราคาสินค้าไว้ชัดเจน ประกอบกับไม่ใช้หน้าที่ของผู้ซื้อจะต้องไปตรวจสอบราคากับเครื่องตรวจสอบราคาสินค้าก่อน สินค้าที่มีบาร์โค้ดติดดังกล่าวจึงไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอคงเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

ดังนั้น ในการแสดงเจตนาเราจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าอย่างไรเป็นคำเสนอหรือไม่ใช่คำเสนอซึ่งมีผลต่อการเกิดสัญญาซื้อขายที่มีของแถม โดยพิจารณาจากลักษณะของคำเสนอที่ให้ไว้ข้างต้น หากการแสดงเจตนาที่ไม่มีลักษณะชัดเจนเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าผู้แสดงเจตนาต้องการที่จะเข้าผูกพันเป็นคำเสนอแล้ว ถึงแม้จะมีการแสดงเจตนาตอบรับก็ไม่ทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ เนื่องจากการแสดงเจตนาดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ ซึ่งได้แก่²²

1) คำเชื่อเชิญ คือ คำขอให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขึ้นมาก่อน ส่วนผู้แสดงเจตนาจะตกลงเข้าทำสัญญาตามคำเสนอหรือไม่ขึ้นอยู่กับผู้ทำคำเชื่อเชิญ หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้แสดงเจตนาทำคำเชื่อเชิญนั้นมีสิทธิเลือกปฏิบัติหรือมีสิทธิปฏิเสธได้ เช่น ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 2892/2523, 3248/2525, 3249/2537 ที่ว่าประกาศประกวดราคามีทั้งสัญญาว่า โจทก์มีสิทธิที่จะเลือกทำสัญญากับผู้เข้าประกวดราคารายใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญากับผู้ประกวดราคาที่มีเสนอราคาสูงสุด หรือไม่เลือกผู้ประกวดราคารายใดเลยก็ได้ ดังนี้ ประกาศประกวดราคาเป็นเพียงคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น หนังสือประกวดราคาของโจทก์จึงเป็นคำเสนอของโจทก์ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาเท่านั้น

2) คำปรารภ คือ การแสดงเจตนาว่าตนจะเข้าทำสัญญาในคราวต่อไปซึ่งยังไม่มีความแน่นอน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 835/2521 โจทก์โรงเรียน ว. ประธานอนุกรรมการช่วยเหลือชาวนาข้าวไร่ ขอให้เรียกจำเลยมาไกล่เกลี่ย ยอมให้โจทก์ซื้อนาพิพาทคืน ว. เรียกจำเลยฝ่ายเดียวมาไกล่เกลี่ย จำเลยว่าถ้าโจทก์จะซื้อจำเป็นต้องขายในราคา 40,000 บาท ได้ทำบันทึกไว้ตามเอกสารหมายเลข ๑.1 ต่อมา ว. เรียกโจทก์ฝ่ายเดียวมาไกล่เกลี่ย โจทก์ตกลงซื้อนาพิพาทคืนในราคา 40,000 บาท ได้บันทึกไว้ตามเอกสารหมายเลข ๑.2 ดังนี้ บันทึกข้อตกลงทั้ง 2 ฉบับทำขึ้นคนละคราว โดย ว. เป็นผู้บันทึกในฐานะเป็นประธานอนุกรรมการช่วยเหลือชาวนาข้าวไร่ไม่ใช่เป็นคู่สัญญาในฐานะตัวแทนของโจทก์หรือจำเลยและข้อตกลงตามเอกสารหมายเลข ๑.1 ก็ยังไม่ใช่คำเสนอต่อโจทก์ ส่วนข้อตกลงตามเอกสารหมายเลข ๑.2 นั้น มีใช่คำสนองเป็นเพียงคำเสนอของโจทก์ที่จะซื้อนาพิพาทคืนในราคา 40,000 บาทเท่านั้น เมื่อจำเลยไม่ยอมขายคำเสนอของโจทก์จึงไม่มีการสนองขึ้น ยังไม่เกิดสัญญาขึ้น โจทก์ไม่มีสิทธิบังคับจำเลยขายนาพิพาท จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภิทย ได้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาว่า การที่จำเลยพูดว่า "ถ้าโจทก์จะซื้อที่พิพาท จำเลยจะขายในราคา 40,000 บาท" นั้น ถือเป็นเพียงความคิดหรือคำปรารภของจำเลยเท่านั้น คำว่า "ถ้าจะซื้อ" จึงไม่ใช่คำเสนอ ส่วนการที่โจทก์พูดว่า "ตกลงซื้อในราคา 40,000 บาท" เป็นคำเสนอของโจทก์ แต่จำเลยปฏิเสธ คำเสนอจึงสิ้นความผูกพันตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 24-27.

3) คำทาบทาม คือ การหยุดเพื่อรู้ว่าประโยชน์ในการขอให้ทำสัญญาจะเป็นอย่างไร เช่น การสอบถามราคาสินค้า เป็นต้น²³

(ข) ผลของคำเสนอ²⁴ สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) คำเสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้ แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

1.1) บอกถอนไม่ได้โดยชัดแจ้ง ตามมาตรา 354 บัญญัติว่า "คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น ท่านว่าไม่อาจจะถอนในระยะเวลาที่บ่งไว้" หมายความว่า คำเสนอที่กำหนดเวลาให้ทำคำสนอนั้นจะถอนภายในเวลาที่กำหนดไว้ไม่ได้ ซึ่งเกิดได้ทั้งการทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและอยู่ห่างโดยระยะทาง เช่น นาย ก. เสนอขายนาฬิกาให้นาง ข. ในราคา 1,000 บาท ในคำเสนอระบุว่า ถ้านาง ข. จะซื้อต้องตอบรับมาภายใน 9 วัน ฉะนั้น ในระหว่าง 9 วัน นาย ก. ไม่สามารถบอกถอนคำเสนอได้

1.2) บอกถอนไม่ได้โดยปริยาย ตามมาตรา 355 บัญญัติว่า "บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น จะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่" มาตรานี้ใช้เฉพาะกับคำเสนอที่ทำต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางเท่านั้น ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว ตราบใดที่สัญญายังไม่เกิด คำเสนอน่าจะบอกถอนได้ แต่มาตรา 355 นั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะให้โอกาสและเวลาแก่ผู้รับคำเสนอตามสมควรที่กำหนดว่าภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนอนั้น จะถอนคำเสนอไม่ได้

ซึ่งคำว่า "เวลาอันควรคาดหมาย" คือ ระยะเวลาที่ผู้สนอนจะตอบรับหรือปฏิเสธกลับมา ซึ่งเวลานั้นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป เช่น นาย ก. อยู่ลำพูนเขียนจดหมายไปหานางสาว ข. ที่กรุงเทพฯ เสนอขายรถยนต์ 1 คันในราคา 500,000 บาท ซึ่งถือว่าเป็นคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางและไม่ได้ระบุเวลาให้ทำคำสนอนั้น กรณีเช่นนี้นาย ก. จะบอกถอนคำเสนอของตนภายในเวลาอันควรคาดหมายไม่ได้ คือ ประมาณเวลาที่ใช้คิดตัดสินใจ 2 วัน ประกอบกับเวลาที่จดหมายตอบรับจะมาถึง นาย ก. อีก 7 วัน รวมกันเป็นเวลาประมาณ 10 วัน คือเวลาอันควรคาดหมายที่นาย ก. จะถอนคำเสนอของตนไม่ได้

2) คำเสนอนั้นสิ้นความผูกพัน ด้วยเหตุต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

2.1) เมื่อมีการบอกปิดคำเสนอ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24-26

²⁴ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12, หน้า 280-285.

มาตรา 357 บัญญัติว่า "คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่ง ระยะเวลาให้ทำคำสนองนั้น เสนอ ณ ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความ ข้อนี้น่าจะใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย" คำเสนอนั้นไม่ว่าจะกำหนดระยะเวลาหรือไม่ เมื่อผู้รับคำเสนอได้บอกปิดคำเสนอนั้นแล้ว คำเสนอนั้นย่อมสิ้นความผูกพันทันที โดยไม่คำนึงว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้จะยังเหลืออยู่มากน้อยเท่าใด และการบอกปิดก็เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งจะมีผลเมื่อไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา

คำว่า "บอกปิด" คือ การปฏิเสธคำเสนอโดยสิ้นเชิงและอาจจะทำต่อผู้ที่อยู่ เฉพาะหน้าหรือไม่ก็ได้แล้วแต่กรณี²⁵ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3641/2532 สัญญาเช่าระบุว่าหลังจากหนึ่งปี นับแต่วันทำสัญญาผู้ให้เช่าสัญญา จะขายที่ดิน พร้อมอาคาร และทรัพย์สินตามสัญญานี้แก่ผู้เช่า เว้นแต่ผู้เช่าจะไม่รับซื้อ เมื่อการเช่าครบหนึ่งปี และ ผู้ให้เช่าถามผู้เช่าแล้ว ผู้เช่าปฏิเสธไม่รับซื้อ ผู้ให้เช่าจึงสิ้นความผูกพันที่จะขายที่ดิน และสิ่งปลูก สร้างที่เช่าให้ผู้เช่าตามคำเสนอ

2.2) เมื่อไม่มีการสนองรับคำเสนอภายในกำหนดเวลา

มาตรา 357 ตอนท้ายบัญญัติว่า "คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดี หรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอนั้นท่านว่าเป็น อันสิ้นความผูกพันแต่นั้นไป" ตามมาตรา 357 นั้น จะสังเกตเห็นได้ว่า คำเสนอสิ้นความผูกพัน ใน 2 กรณี กรณีแรกกล่าวไว้ในข้อ 2.1) เมื่อมีการบอกปิดคำเสนอ แต่กรณีที่สอง เป็นกรณี ที่ไม่ได้สนองรับคำเสนอตามมาตรา 354-356 ดังที่อธิบายไว้ข้างต้นภายในเวลาที่กำหนดไว้²⁶ ซึ่งมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1809/2511 คำเสนอจะทำสัญญาที่บ่ง ระยะเวลาให้ทำคำสนองยอมผูกพันผู้เสนอภายในระยยะเวลานั้นไม่อาจถอนคำเสนอได้ หากไม่มีการสนองรับภายในกำหนดดังกล่าว คำเสนอเป็นอันสิ้นความผูกพันนับแต่พ้นกำหนดระยะเวลาที่ บ่งไว้ในคำเสนอ เป็นต้นไป (มาตรา 354), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509 ถ้าคำเสนอที่ทำให้แก่ บุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางและไม่ได้กำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ในคำเสนอตามมาตรา 355 ถ้าไม่มีการสนองรับภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองรับ คำ เสนอนั้นหมดตามผูกพันผู้เสนอต่อไป

3) คำสนองมาถึงล่วงเวลา

มาตรา 358 บัญญัติว่า "ถ้าคำบอกกล่าวสนองมาถึงล่วงเวลา แต่เป็นที่เห็น ประจักษ์ว่าคำบอกกล่าวนั้นได้ส่งโดยทางการซึ่งตามปกติควรจะมาถึงภายในเวลากำหนดไว้ ผู้

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 284.

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

เสนอต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยพลันว่าคำสนอนนั้นมาถึงเนิ่นช้า เว้นแต่จะได้บอกกล่าวเช่นนั้นก่อนแล้ว

ถ้าผู้เสนอละเลยไม่บอกกล่าวดังกล่าวมาในวรรคต้น ท่านให้ถือว่าคำบอกกล่าวสนอนนั้นมีได้ล่วงเวลา" กรณีตามมาตรา 358 เป็นกรณีที่คำสนองส่งมาถึงผู้เสนอล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาที่บ่งไว้ในคำเสนอหรือพ้นกำหนดเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองแล้ว ซึ่งคำว่า "คำสนองล่วงเวลา" ก็คือ คำสนองรับที่ตอบมาว่าช้ากว่ากำหนดตามมาตรา 354, 355 และมาตรา 356 คำสนองที่มาถึงผู้เสนอล่วงเวลานี้ต้องเป็นคำบอกกล่าวสนองโดยชอบและมาถึงผู้เสนอด้วย และคำสนองตามมาตรา 358 นี้ ต้องปรากฏโดยแน่ชัดว่าได้ส่งมา "โดยทางการ" ซึ่งตาม "ปกติ" จะมาถึงภายในกำหนดโดยการส่งด้วยวิธีการตามปกติที่ประเพณีปฏิบัติโดยทั่วไป เช่น ส่งทางไปรษณีย์

หากผู้เสนอไม่ต้องการผูกพันให้เกิดสัญญาขึ้น ผู้เสนอต้องบอกกล่าวแก่ผู้สนองโดยทันทีว่าคำสนองมาช้าถ้าผู้เสนอไม่บอกดังกล่าว จะมีผลให้เกิดเป็นสัญญาตามมาตรา 358 วรรคสอง คำเสนอไม่อาจสิ้นผลไปได้ เช่น นาย ก. อยู่จังหวัดลำปางเสนอขายรถยนต์ให้ นาย ข. ที่อยู่กรุงเทพฯ โดยมีการกำหนดให้ นาย ข. ตอบสนองกลับมาได้จนถึงวันที่ 30 สิงหาคม 2549 นาย ข. ตอบตกลงซื้อโดยทำเป็นหนังสือส่งทางไปรษณีย์เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2549 แต่มีการผิดพลาดในการบรรจุไปรษณีย์ จดหมายของนาย ข. มาถึงช้ากว่าวันที่ 30 สิงหาคม 2549 ซึ่งสามารถเห็นได้ชัดเจนจากวันที่ลงในจดหมายและวันที่ปรากฏในดวงตราที่ประทับฆ่าแสตมป์ไปรษณีย์ว่า นาย ข. ได้ส่งจดหมายนั้นทางไปรษณีย์ตั้งแต่วันที่ 10 สิงหาคม 2549 ซึ่งควรจะไปถึง นาย ก. ก่อนวันที่ 30 สิงหาคม 2549 ดังนั้น นาย ก. ต้องบอกกล่าวให้ นาย ข. ว่ามาถึงทันเวลาที่กำหนด จึงถือว่าสัญญาซื้อขายรถยนต์เกิดขึ้นแล้ว แต่ถ้านาย ก. ตอบไปยังนาย ข. ก่อนแล้วว่าจนถึงวันที่ 30 สิงหาคม 2549 ยังไม่มีคำตอบของนาย ข. มาถึงเลย หรือถ้าจดหมายของนาย ข. สิ้นลงวันที่และดวงตราฆ่าแสตมป์ไปรษณีย์ก็ไม่ปรากฏชัดว่านาย ข. ได้ส่งจดหมายตั้งแต่วันที่ไหนนาย ก. ก็ไม่ต้องบอกกล่าวไปยัง ข. และสัญญาก็ไม่เกิดขึ้นเพราะคำสนองมาถึงล่วงเวลาแล้ว จะสังเกตเห็นได้ว่า คำสนองที่ตอบมาล่าช้ากว่ากำหนดเวลานี้เท่ากับเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ตามมาตรา 359 วรรคแรก แต่ผลจะเป็นอย่างไรต้องพิจารณาประกอบคำเสนอที่ส่งมาว่าได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง ตามนัยมาตรา 354 และ มาตรา 355 หรือไม่

4) คำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือแก้ไข

มาตรา 359 วรรคสอง บัญญัติว่า "ถ้าคำสนองถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่"

คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว"

กรณีการบอกปิดคำเสนอตามมาตรา 357 นั้น ไม่ใช่กรณีตามมาตรา 359 วรรคสองนี้ กล่าวคือ คำสนองรับคำเสนอที่มีข้อความไม่สอดคล้องกับคำเสนอ หรือมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด แก้ไข ถือว่าคำสนองนั้นเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอ ทำให้คำเสนอเดิมสิ้นผล และคำสนองนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่แทนคำเสนอเดิม ต่างกับมาตรา 357 ที่บอกปิดไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย²⁷แล้วอาจเป็นการเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอใหม่ก็ได้ ไม่ใช่คำเสนอใหม่ในตัว ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1352/2530 โจทก์กับจำเลยทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและสิ่งปลูกสร้างกัน ต่อมาโจทก์ผู้จะซื้อได้มาหนังสือบอกเลิกสัญญาและจำเลย ผู้จะขายที่ดินมีหนังสือตอบรับการบอกเลิกสัญญานั้นแล้ว เมื่อเลิกสัญญากันแล้วโจทก์จำเลยก็กลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้นการที่จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์ในเวลาต่อมาให้โอกาสโจทก์นำเงินมาชำระภายใน ๗ วัน จึงเป็นเพียงคำเสนอขึ้นมาใหม่ เมื่อไม่มีการสนองตอบย่อมไม่เกิดผลอย่างใด

5) ผู้เสนอตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ

มาตรา 360 บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งมาตรา ๑๖๙ วรรคสองนั้นท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหากว่าชัดกับเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง หรือหากว่าก่อนจะสนองรับนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้อยู่แล้วว่าผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ”

มาตรา 169 วรรคสอง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่ได้ส่งออกไปแล้วย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้ภายหลังการแสดงเจตนาอันผู้แสดงเจตนาจะถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ”

การแสดงเจตนาอันเมื่อแสดงออกไปแล้ว แม้ผู้แสดงตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถในภายหลัง ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาอันไม่เสียไปตามมาตรา 169 วรรคสอง ซึ่งมาตรา 360 ไม่ให้นำหลักดังกล่าวมาบังคับใช้ด้วยซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไป เนื่องจากคำเสนอก็คือเป็นกระบวนการของการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้น ถ้าผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หลังจากแสดงเจตนาทำคำเสนอส่งไปแล้วนั้น ทำให้ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นเสียไปด้วยอันเป็นข้อยกเว้นเฉพาะการแสดงเจตนาทำคำเสนอขอทำสัญญาเท่านั้น กล่าวคือ คำเสนอนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันในกรณีต่อไปนี้

- 5.1) ชัดกับเจตนาอันผู้เสนอได้แสดงไว้ คือ ผู้เสนอได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือปริยายใช้แล้วว่า ถ้าตนตาย หรือไร้ความสามารถให้คำเสนอนั้นสิ้นสุดลง เป็นต้น
- 5.2) ก่อนที่จะสนองรับนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้อยู่แล้วว่าเสนอตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ คือ ผู้รับคำเสนอรู้ก่อนแล้ว ยังทำคำสนองตอบรับอีก

²⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 228.

2.3.4 คำสนอง

ในเบื้องต้นขอให้ความหมายของคำสนองว่า คำสนอง คือการแสดงเจตนาของบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับคำเสนอเพื่อที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ ซึ่งกฎหมายไทยไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์ไว้และได้มีนักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำสนองเอาไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย²⁸ ให้ความหมายไว้ว่า “คำสนองได้แก่การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวซึ่งมีผู้รับ ซึ่งผู้รับคำเสนอแสดงต่อผู้เสนอว่าเขาต้องการทำสัญญาด้วย แต่สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อคำสนอนั้นมิได้จำกัด หรือกำหนดเงื่อนไขในคำเสนออย่างใด ๆ ทั้งสิ้น”

เมื่อเข้าใจความหมายเบื้องต้นของ คำสนอง แล้วเราก็มานิยามในรายละเอียดของคำสนองดังต่อไปนี้

(ก) ลักษณะของคำสนอง²⁹

1) คำสนองก็มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำเสนอ ดังนั้น หลักทั่วไปของการแสดงเจตนาต้องนำมาใช้กับคำสนองด้วยเช่นกัน กล่าวคือ

- ถ้าเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำสนองจะเป็นผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาเห็นทราบการแสดงเจตนา นั้น (มาตรา 168)

- ถ้าเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า คำสนองจะเป็นผลเมื่อการแสดงเจตนาทำคำสนองไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา(มาตรา 169 วรรคแรก) และถ้าคำสนองต้องตรงตามคำเสนอทุกอย่างแล้วสัญญาก็เกิด

- การบอกถอนคำสนองในฐานะการบอกถอนการแสดงเจตนา นั้นก็ทำได้ แต่การบอกถอนคำสนองต้องไปถึงก่อนหรืออย่างน้อยพร้อมกันกับคำสนอนั้นตามมาตรา 169

2) การแสดงเจตนาทำคำสนอนั้น จะทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยชัดแจ้ง อาจทำได้ด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือโดยกิริยาอาการที่ชัดแจ้งก็ได้

การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยาย คือ เกิดจากการกระทำนั้นสามารถที่จะสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ โดยอาศัยการสันนิษฐานจากเจตนาผู้เสนอ หรือการสันนิษฐานตามปกติประเพณี ซึ่งตามมาตรา 361 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง หรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไซ้ ท่านว่าสัญญานั้น

²⁸หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 232.

²⁹ศันันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12, หน้า 285-287.

เกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันใดอันหนึ่งขึ้น อันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ" เช่น นาย ก. เขียนจดหมายเสนอขายรถยนต์คันเดียวของตนให้นาย ข. ในราคา 500,000 บาท โดยระบุไว้ในจดหมายว่า หากนาย ก. ต้องการซื้อให้นาย ข. โอนเงินเข้าบัญชีตามหมายเลขบัญชีที่ นาย ก. ระบุไว้ เมื่อนาย ข. ได้รับจดหมายแล้ว หา: นาย ข. ไปที่ธนาคารโอนเงินเข้าบัญชีตามที่ นาย ก. ระบุ ถึงแม้ว่าการกระทำของนาย ข. ดังกล่าวจะยังไม่ชัดเจนว่าเป็นการสนองรับคำเสนอของนาย ก. ก็ตาม แต่ก็สามารถสันนิษฐานได้จากที่ นาย ก. ได้ระบุไว้ในคำเสนอ จึงถือได้ว่าถือได้ว่าการกระทำของนาย ข. ที่โอนเงินเข้าบัญชานั้นเป็นคำสนองนั่นเอง หรือ กรณีอาจเป็นได้ว่า ถ้านาย ก. และนาย ข. เป็นคู่ค้าในธุรกิจค้าขายลำไย ที่โดยปกติประเพณีการค้าขายลำไยนั้น ถือว่าถ้าคู่ค้าของตนเสนอขอซื้อลำไย พร้อมจำนวน ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งมีลำไยอยู่พร้อมที่จะขายก็ให้ส่งไปทันที โดยไม่ต้องบอกกล่าวสนองกันก่อนซึ่งเป็นปกติประเพณีในทางการค้าแล้ว สันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับคำเสนอของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น นาย ก. โทรเลขขอซื้อลำไยจาก นาย ข. 100 กิโลกรัม ๆ ละ 10 บาท เมื่อนาย ข. ได้รับโทรเลขก็จัดส่งให้ทันที ดังนั้น การกระทำของนาย ข. สันนิษฐานตามประเพณีได้ว่าเป็นการสนองรับ

3) ในคำสนองนั้นต้องมีข้อความชัดเจน แน่นนอน ไม่มีเงื่อนไขและไม่มีการแก้ไขจำกัด ตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอเลย

4) คำสนองจะต้องตอบมาภายในเวลาที่ระบุไว้ในคำเสนอ หรือภายในเวลาอันควร คาดหมายว่าจะมีการบอกกล่าวสนองรับ หรือขณะที่มีคำเสนอ

5) คำสนองต้องกระทำต่อบุคคลที่เจาะจงตัว ได้แก่ ผู้ทำคำเสนอ คำสนอง จะทำต่อสาธารณชนโดยทั่วไปไม่ได้

(ข) ผลของคำสนอง สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1) เมื่อคำสนองต้องตรงตามคำเสนอทุกประการสัญญาก็เกิด คือ การแสดงเจตนาทำคำสนองรวมกับการแสดงเจตนาทำคำเสนอเป็นเจตนาเดียวกัน เรียกว่า เจตนาในสัญญาหรือเจตนาของคู่สัญญา³⁰ เช่น สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางจะเกิดขึ้น เมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอตามมาตรา 361 วรรคแรก เมื่อเจตนาของคู่สัญญารับรู้ถึงกันทั้งสองฝ่ายและมีเจตนาตรงกันสัญญาย่อมเกิดขึ้นทันที ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3614/2542 หนังสือเสนอราคาที่โจทก์ไปถึงจำเลย คือ เป็นคำเสนอตามมาตรา 355 ส่วนหนังสือแต่งตั้งและว่าจ้างโจทก์ให้ดำเนินการทางศุลกากรและนำเครื่ององค์กรไปส่งให้จำเลยที่เลยมีไปถึงโจทก์ หลังได้รับคำเสนอแล้วแม้จะไม่ได้อ้างถึงหนังสือเสนอราคา แต่ก็ไม่ได้มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีคำบอกกล่าวสนองของจำเลยไปถึงโจทก์ผู้เสนอแล้ว ย่อมเป็นสัญญาขึ้นตามมาตรา 361 วรรคแรก

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 287.

2) เมื่อคำสนองเป็นผลแล้วย่อมถอนไม่ได้อีกต่อไป กล่าวคือ คำสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอแล้ว ย่อมถอนคำสนองนั้นอีกไม่ได้ แต่ถ้าคำสนองยังไม่ได้ไปถึงผู้ทำคำเสนอก็สามารถบอกถอนคำสนองได้เช่นเดียวกับการแสดงเจตนาตามมาตรา 169 วรรคแรก โดยบอกถอนไปถึงผู้เสนอหรือผู้รับการแสดงเจตนา ก่อนหรือพร้อมกับคำสนอง

3) คำสนองไม่สิ้นความผูกพัน เพราะผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ เนื่องจากได้มีข้อเจตนาโดยสมบูรณ์และเป็นเจตนาที่ชัดเจนแล้วตามมาตรา 169 วรรคสอง ไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 360 ที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอโดยเฉพาะซึ่งผลของคำสนองนี้ย่อมผูกพันกองมรดกหรือทายาทของผู้ตาย หรือผูกพันคนที่ถูกศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถเพราะสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

4) คำสนองมาถึงล่วงเวลา แม้จะเป็นคำสนองที่มีข้อความชัดเจนแน่นอนไม่มีเงื่อนไขก็ตาม แต่คำสนองนั้นก็ไม่มีลักษณะเป็นคำสนองอีกต่อไป เพราะการที่จะเป็นคำสนองนั้นคำเสนอจะต้องยังคงผูกพันอยู่ แต่เมื่อคำสนองมาถึงล่วงเวลา แสดงว่าคำเสนอนั้นได้สิ้นความผูกพันไปแล้ว สัญญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งมาตรา 359 วรรคแรก จึงให้ผลของคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาไว้ว่าให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ เช่น นาย ก. อยู่ลำปางเขียนจดหมายเสนอขายรถยนต์คันเดียวของตนที่มีอยู่ให้กับ นาย ข. ที่อยู่กรุงเทพฯ ในราคา 500,000 บาท โดยกำหนดไว้ด้วยว่าถ้า นาย ข. ต้องการซื้อต้องตอบกลับมาภายใน 20 วัน เช่นนี้ ถ้า นาย ข. ไม่ตอบกลับมาภายในเวลาดังกล่าว คำเสนอของนาย ก. ย่อมสิ้นความผูกพันไป และถ้า นาย ข. เขียนจดหมายตอบมาว่าตกลงซื้อ เมื่อเลยกำหนดไปแล้วดังนี้ คำตอบของนาย ข. ย่อมไม่เป็นคำสนองแต่กลับกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ จะสังเกตเห็นได้ว่า คำสนองที่กลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ ต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนด้วย ซึ่งในบางกรณีแม้ข้อเท็จจริงคำสนองจะมาถึงล่วงเวลา แต่กฎหมายอาจให้ถือว่าคำสนองนั้นไม่ได้ล่วงเวลาก็ได้ คือ ตามกรณีมาตรา 358 ที่ผู้สนองได้ส่งคำบอกกล่าวของตนให้แก่ผู้เสนอตามปกติที่บุคคลทั่วไปกระทำกัน

5) คำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนคำเสนอตามมาตรา 359 วรรคสองนั้นให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วย ในส่วนการเพิ่มเติม จำกัดหรือแก้ไขคำเสนอนั้น ก็คือ การทำให้สาระของคำเสนอเดิมนั้นเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น คำสนองนี้จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็น "คำสนองที่ต้องตามคำเสนอ" เสมือนว่าผู้สนองปฏิเสธคำเสนอนั้นและเป็นคำเสนอใหม่³¹ ขอให้ผู้เสนอเดิมทำคำสนองตอบรับการทำสัญญากับตนในเนื้อหาใหม่นั้น ซึ่งสัญญาจะเกิดเมื่อผู้เสนอเดิมสนองตอบคำเสนอใหม่นั้นกลับมาอีกครั้ง เช่น ถ้า นาย ก. อยู่จังหวัดลำปางเขียนจดหมายเสนอขายรถยนต์ของตนให้กับ นาย ข. ที่อยู่กรุงเทพฯ ในราคา 500,000 บาท โดย

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 289.

กำหนดเวลาไว้ด้วยว่าถ้า นาย ข. ต้องการซื้อให้ตอบกลับมาภายใน 7 วัน นาย ข. ก็ตอบกลับภายในกำหนดเวลาแต่ขอต่อรองราคาเหลือ 400,000 บาท หรืออาจจะขอม่อนชำระเดือนละ 10,000 บาท ก็ถือว่าคำสนองกรณีนี้ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ จะถือเป็นคำสนองไม่ได้ เพราะไม่ต้องตรงกันกับคำเสนอ ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าเป็นการบอกปิดปฏิเสธไม่รับคำเสนอ และการตอบรับนั้นให้เป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัวด้วย

2.3.5 เวลาที่สัญญาเกิด³²

ตามหลักทั่วไปนั้น สัญญาจะเกิดเมื่อมีคำเสนอ คำสนองต้องตรงกัน แต่ “เมื่อไร” ที่จะถือได้ว่าสัญญาเกิด แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

(ก) กรณีการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งคือ สัญญาเกิดจากคำเสนอ คำสนองที่ชัดเจน

- สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 356 กำหนดให้การทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าต้องมีการสนองรับทันที คือ สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ผู้สนองทราบและตอบรับคำเสนอนั้น และขณะเดียวกันผู้เสนอก็ตราบถึงคำเสนอนั้นทันที

- สัญญาทำระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง ตามมาตรา 361 วรรคแรก กำหนดให้สัญญาเกิดเมื่อเวลาคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ เช่น นาย ก. อยู่จังหวัดลำปางเขียนจดหมายเสนอขอซื้อรถยนต์คันเดียวของ นาย ข. ที่มีอยู่ ซึ่งอยู่กรุงเทพฯ ระบุราคา 500,000 บาท จดหมายของนาย ก. ไปถึง นาย ข. ในอีก 2 วันต่อมา เช่นนี้สัญญาเกิดขึ้นที่บ้านนาย ก. ที่จังหวัดลำปาง เพราะเป็นจุดช่วงเวลาที่ยื่นคำสนองได้ต้องตรงตามคำเสนอแล้ว

(ข) กรณีการเกิดสัญญาโดยปริยาย คือ กรณีที่คำเสนอชัดแจ้งแน่นอนว่าจะขอทำสัญญาด้วย แต่ในการสนองรับไม่ชัดเจนแน่นอนจะต้องอาศัยการพิจารณาประกอบในกรณีนั้นๆ ผู้เสนอได้ระบุไว้ในคำเสนอหรือไม่ว่าไม่ต้องสนองรับแต่ให้ผู้รับคำเสนอปฏิบัติการบางอย่างได้เลย หรือตามปกติประเพณีถือว่าไม่ต้องมีการสนอง เช่น การกระทำของผู้รับคำเสนอก็สามารถสันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้น โดยไม่ต้องมีหรือรอให้คำสนองไปถึงผู้เสนอแต่อย่างใด เช่น นาย ก. อยู่จังหวัดลำปาง เขียนจดหมายขอซื้อรถยนต์คันเดียวของนาย ข. ที่อยู่กรุงเทพฯ ในราคา 500,000 บาท โดยระบุด้วยว่า ถ้า นาย ข. ตกกลางชาย ให้ส่งรถยนต์คันนั้นมาได้เลย เช่นนี้ เมื่อนาย ข. ได้รับจดหมายของนาย ก. และตกกลางชาย นาย ข. ก็กระทำตามที่นาย ก. ระบุในคำเสนอเลย คือ ให้ส่งรถยนต์คันดังกล่าวไปให้นาย ก. ที่จังหวัดลำปางได้เลย ซึ่งกรณีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการส่งรถยนต์ไปและสัญญาเกิดที่กรุงเทพฯ

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 297-299.

2.3.6 คำมั่น³³

ในเบื้องต้นขอให้ความให้ความหมายของคำมั่นว่า หมายถึง การแสดงเจตนาของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งยอมผูกพันตนเองที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในตอนนี้ได้มีความเห็นของนักกฎหมายดังนี้

ศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร³⁴ ให้ความหมายว่า “คำมั่น” คือ การให้ความแน่นอนว่าตนจะต้องทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ถ้าอาศัยหลักอิสระในการบังคับผู้ให้คำมั่นสัญญายังสามารถให้คำมั่นว่าจะทำสัญญาอื่น ๆ ได้อีกเช่น คำมั่นว่าจะให้เช่า

เมื่อเข้าใจความหมายเบื้องต้นของ คำมั่น แล้วเราก็มานิยามในรายละเอียดของคำมั่นดังต่อไปนี้

(ก) ประเภทของคำมั่น ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อาจเกิดได้ 2 ลักษณะ คือ

1.1) การทำคำมั่นเป็นเอกเทศต่างหากที่เป็นการแสดงเจตนาให้คำมั่นว่าจะทำสัญญาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายที่เรียกว่า “ผู้รับคำมั่น” ก็คือ บุคคลหนึ่งแสดงเจตนายอมผูกพันตนเองต่อบุคคลอีกคนหนึ่งว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย เช่น นาย ก. แสดงเจตนาผูกพันตนต่อ นาย ข. ว่าจะขายรถยนต์คันเดียวของตนที่มีอยู่ให้ในราคา 500,000 บาท ถ้านาย ข. ต้องการ เช่นนี้การแสดงเจตนาของ นาย ก. ดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะขาย หรือกรณีเป็นว่า นาย ข. แสดงเจตนายอมผูกพันตนต่อ นาย ค. ว่าจะซื้อรถยนต์คันดังกล่าวของ นาย ก. ในราคา 500,000 บาท เมื่อเวลาที่ นาย ก. ต้องการขาย เช่นนี้การแสดงเจตนาของนาย ข. มีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะซื้อ หากมีการเสนอผลประโยชน์ให้เปล่าซึ่งมีลักษณะเป็นของแถมให้ด้วย ก็จะเป็นคำมั่นจะให้ของแถมด้วย

สำหรับคำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 454 ซึ่งกำหนดคำมั่นจะก่อให้เกิดสัญญาไว้อย่างชัดเจน

1.2) การทำคำมั่นไว้ในสัญญา คือ คู่กรณีได้ทำสัญญากันอยู่แล้วและในสัญญามีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นไว้ด้วย เรียกว่า “คำมั่นในสัญญา” แม้ผู้ให้คำมั่นนั้นยอมผูกพันผู้ให้คำมั่นตราบนเท่าที่สัญญานั้นยังคงมีผลบังคับอยู่ แต่ถ้ากำหนดเวลาไว้ คำมั่นก็ผูกพันตามเวลาที่กำหนดนั้น เพราะคำมั่นในกรณีนี้เป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2192/2541 เป็น

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 290-297.

³⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5

(กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 278.

เรื่องที่กำหนดในสัญญาเช่าที่ดินว่าในระหว่างอายุสัญญาเช่า ถ้าผู้เช่าประสงค์จะซื้อทรัพย์สินที่เช่า ผู้ให้เช่ายินยอมขายให้ในราคาตามวิธีคำนวณที่กำหนดไว้ต่อท้ายสัญญา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นค้ำมั่นในการซื้อขายตามมาตรา 454 วรรคแรก เมื่อกำหนดเวลาซื้อไว้ให้ผู้ให้เช่า ค้ำมั่นจึงถอนค้ำมั่นก่อนเวลาไม่ได้

2) ค้ำมั่นต่อบุคคลทั่วไปไม่ได้เฉพาะเจาะจง

เป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งยอมผูกพันตนเองว่า จะกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่เข้ามา อยู่ในสถานการณ์เฉพาะอย่าง เช่น ค้ำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่นักเรียนที่สอบได้คะแนนสูงสุดในชั้น เป็นต้น ค้ำมั่นกรณีนี้ แบ่งได้ 2 ประเภท คือ

2.1) ค้ำมั่นโฆษณาจะให้รางวัล มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

2.1.1) ค้ำมั่นที่มีผลผูกพันผู้ให้ค้ำมั่นทันทีที่มีการโฆษณา

2.1.2) เป็นค้ำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่ผู้ที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้ระบุไว้สำเร็จ

2.1.3) ในกรณีที่ยังไม่มีใครกระทำการสำเร็จตามค้ำมั่นนั้นตามมาตรา 363 บัญญัติว่า "ในกรณีที่กล่าวมาในมาตราก่อนนี้ เมื่อยังไม่มีใครทำการสำเร็จดังบ่งไว้ผู้นั้นอยู่ทราบใด ผู้ให้ค้ำมั่นจะถอน ค้ำมั่นของตนเสียโดยวิธีเดียวกับที่โฆษณานั้นก็ได้ เว้นแต่จะแสดงไว้ในโฆษณานั้นว่าจะไม่ถอน

ถ้าค้ำมั่นนั้นไม่อาจจะถอนโดยวิธีดังกล่าวมาก่อน จะถอนโดยวิธีอื่นก็ได้ แต่ถ้าเช่นนั้น การถอนจะเป็นอันสมบูรณ์ใช้ได้เพียงเฉพาะต่อบุคคลที่รู้

ถ้าผู้ให้ค้ำมั่นได้กำหนดระยะเวลาให้ด้วยเพื่อทำการอันบ่งนั้นไซ้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ให้ค้ำมั่นได้สละสิทธิที่จะถอนค้ำมั่นนั้นเสียแล้ว" มีกรณีที่ต้องพิจารณา คือ

- ผู้ให้ค้ำมั่นจะถอนค้ำมั่นก็ได้ ทำโดยวิธีเดียวกับที่ทำการโฆษณาตามมาตรา 363 วรรคแรก แต่ถ้าผู้ให้ค้ำมั่นถอนค้ำมั่นโดยวิธีอื่นผลก็จะเกิดเฉพาะผู้ที่รู้การถอนนั้นเท่านั้นตามมาตรา 363 วรรคสอง

- ผู้ให้ค้ำมั่นจะถอนค้ำมั่นนั้นไม่ได้ หากแสดงไว้ในโฆษณาว่าจะไม่ถอนตามมาตรา 363 วรรคแรก หรือว่าถ้าได้กำหนดเวลาไว้เพื่อกระทำการดังกล่าว ก็ถอนค้ำมั่นนั้นภายใน กำหนดเวลาดังกล่าวไม่ได้ตามมาตรา 363 วรรคสาม

สำหรับในกรณีที่มีบุคคลกระทำการตามที่ระบุไว้สำเร็จ ซึ่งมีกรณีที่ต้องพิจารณา คือ

- ถ้ามีบุคคลเพียงคนเดียวที่กระทำการสำเร็จ แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้หวังรางวัล บุคคลนั้นก็มีสิทธิได้รับรางวัลตามมาตรา 362 บัญญัติว่า "บุคคลออกโฆษณาให้ค้ำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่ผู้ซึ่งกระทำการอันใด ท่านว่าจำต้องให้รางวัลแก่บุคคลใด ๆ ผู้ได้กระทำการอันนั้น แม้ถึงมิใช่ว่า ผู้นั้นจะได้กระทำเพราะเห็นแก่รางวัล"

- ถ้ามีบุคคลหลายคนที่กระทำการตามที่โฆษณาไว้สำเร็จตามมาตรา 364 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนกระทำการอันบ่งไว้ในโฆษณา ท่านว่าเฉพาะแต่คนที่ทำได้ก่อนใครหมดเท่านั้น มีสิทธิจะได้รับรางวัล

ถ้าบุคคลหลายคนกระทำการอันนั้นได้พร้อมกัน ท่านว่าแต่ละคนมีสิทธิจะได้รับรางวัลเป็นส่วนแบ่งเท่า ๆ กัน แต่ถ้ารางวัลนั้นมีสภาพแบ่งไม่ได้ก็ดี หรือถ้าตามข้อความแห่งคำมั่นนั้น บุคคลแต่คนเดียวจะพึงรับรางวัลก็ดี ท่านให้วินิจฉัยด้วยวิธีจับสลาก

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคทั้งสองข้างต้นนั้นท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าในโฆษณานั้นแสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่น” ทำให้เข้าใจได้ว่า บุคคลที่มีสิทธิได้รับรางวัล คือ บุคคลที่กระทำการนั้นสำเร็จก่อนบุคคลอื่น แต่ถ้าบุคคลหลายคนมีสิทธิได้รับรางวัลเท่า ๆ กัน เมื่อบุคคลเหล่านั้นกระทำการนั้นสำเร็จพร้อมกันตามมาตรา 364 วรรคสอง และรางวัลดังกล่าวมีสภาพที่แบ่งได้ แต่ถ้าเป็นกรณีในระหว่างบุคคลหลายคนนั้น มีผู้มีสิทธิได้รับรางวัลเพียงคนเดียวโดยวิธีการจับสลาก เมื่อรางวัลนั้นมีสภาพแบ่งไม่ได้ หรือคำมั่นระบุให้บุคคลเพียงคนเดียวที่จะได้รับรางวัลตาม มาตรา 364 วรรคสอง

- สิทธิของบุคคลที่จะรับรางวัลตามข้างต้นนั้นไม่อาจนำมาใช้ได้ ถ้าได้กำหนดไว้ในโฆษณาเป็นประการอื่น เช่น นายอำเภอ ก. ได้ประกาศในหมู่บ้านที่ประชุมกับชาวบ้านว่าจะให้รางวัลเงินสด 10,000 บาท หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ 1 เครื่อง แก่ชาวบ้านในหมู่บ้านนี้คนหนึ่ง ถ้าสามารถตอบคำถามปัญหากฎหมายทั่วไปได้ 15 ข้อขึ้นไปจาก 20 ข้อ คำประกาศของนายอำเภอ ก. นี้เป็นคำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลแก่ชาวบ้านดังกล่าว ซึ่งการโฆษณานี้ย่อมผูกพันนายอำเภอ ก. ตามคำมั่นนั้นและจะถอนได้โดยการประกาศโฆษณาในหมู่บ้านเท่านั้น แต่ถ้านายอำเภอ ก. ถอนคำมั่น โดยการเขียนประกาศติดไว้ที่บอร์ดหมู่บ้าน การถอนคำมั่นนี้จะมีผลเฉพาะชาวบ้านบางคนที่รู้ถึงประกาศดังกล่าวเท่านั้น แต่ถ้าต่อมา มีนาย ข. ตอบคำถามปัญหากฎหมายทั่วไปได้ 16 ข้อเพียงคนเดียว นาย ข. ก็มีสิทธิได้รับรางวัลเงินสด 10,000 บาท หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ 1 เครื่อง แต่เครื่องคอมพิวเตอร์โดยสภาพแบ่งกันไม่ได้ก็ต้องจับสลากกัน

2.2) สำหรับคำมั่นจะให้รางวัลที่เป็นการประกวดชิงรางวัล มาตรา 365 บัญญัติว่า “คำมั่นจะให้รางวัลอันมีความประสงค์เป็นการประกวดชิงรางวัลนั้น จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้กำหนดระยะเวลาไว้ในคำโฆษณาด้วย

การที่จะตัดสินว่าผู้ประกวดคนไหนได้กระทำสำเร็จตามเงื่อนไขในคำมั่นภายในเวลา กำหนดหรือไม่ก็ดี หรือตัดสินในระหว่างผู้ประกวดหลายคนนั้นว่าคนไหนดีกว่ากันอย่างไรก็ดี ให้ผู้ชี้ขาดซึ่งได้ระบุชื่อไว้ในโฆษณานั้นเป็นผู้ตัดสิน หรือถ้ามิได้ระบุชื่อผู้ชี้ขาดไว้ ก็ให้ผู้ให้คำมั่นเป็นผู้ตัดสิน คำตัดสินอันนี้ย่อมผูกพันผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยทุกฝ่าย

ถ้าได้คะแนนทำดีเสมอกัน ท่านให้นำทบัญญัติแห่งมาตรา 364 วรรคสอง มาใช้บังคับแล้วแต่กรณี

การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นประกวดนั้น ผู้ให้คำมั่นจะเรียกให้โอนแก่ตนได้ต่อเมื่อได้ระบุไว้ในโฆษณาว่าจะพึงโอนเช่นนั้น" มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

- 2.2.1) เป็นคำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้ชนะการประกวดซึ่งรางวัล
- 2.2.2) คำมั่นนี้จะสมบูรณ์เมื่อได้กำหนดระยะเวลาไว้ในคำโฆษณาด้วย
- 2.2.3) ในคำโฆษณาอาจกำหนดชื่อผู้ตัดสินชี้ขาดไว้ และอาจกำหนดเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นเพื่อประกวดด้วยก็ได้
- 2.2.4) กรณีที่มีการตัดสินนั้น

บุคคลที่มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาด คือ บุคคลที่ระบุไว้ในคำโฆษณา ถ้าไม่ได้กำหนดไว้ให้ผู้ให้คำมั่นนั้นเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด คำตัดสินชี้ขาดผูกพันผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย แต่ถ้าคำตัดสินกำหนดให้ผู้ประกวดหลายคนมีคะแนนดีเสมอกัน ให้แต่ละคนมีสิทธิได้รับรางวัลเท่า ๆ กัน ถ้ารางวัลมีสภาพแบ่งไม่ได้ หรือตามข้อความคำมั่นต้องมีคนเดียวที่ได้รางวัล ให้ตัดสินโดยจับสลาก (มาตรา 365 ประกอบมาตรา 364 วรรคสอง)

- 2.2.5) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นประกวดนั้นย่อมเป็นของผู้เข้าประกวด เว้นแต่ระบุไว้ในโฆษณาว่าต้องโอนให้ผู้ให้คำมั่น (มาตรา 365 วรรคท้าย)

3) ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่น

ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา หรือนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมสองฝ่าย (เป็นสัญญา) ซึ่งมีนักกฎหมายให้ความเห็นแยกเป็นหลายฝ่าย

ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช³⁵ เห็นว่า คำมั่นโฆษณานั้นเป็นคำขอทำสัญญาที่มีลักษณะคล้ายกับคำเสนอแต่ทำต่อบุคคลทั่วไป และการที่มีผู้มาเรียกเอารางวัลก็คือ การสนองรับนั่นเอง

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย³⁶ เห็นว่า คำมั่น ในความหมายทั่วไปนั้นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา โดยเฉพาะคำมั่นเป็นการผูกพันแน่นอนกว่าคำเสนอ ซึ่งควรกระทำต่อบุคคลให้บุคคลหนึ่ง เมื่อให้เขาตอบรับคำมั่นได้เว้นแต่จะรับรู้กันทั่วไป ก็จะเป็นลักษณะคำมั่นโฆษณา

³⁵ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 447.

³⁶หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 233.

2.3.7 บทสันนิษฐานการเกิดและการไม่เกิดของสัญญา และผลในทางกฎหมายในกรณีสัญญาไม่เกิด³⁷

สามารถแบ่งแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(ก) บทสันนิษฐานการไม่เกิดของสัญญา

มาตรา 366 บัญญัติว่า "ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่

ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ" การใช้กรณีเช่นนี้ต้องเป็นที่สงสัยว่าสัญญาได้เกิดขึ้นหรือยัง ถ้าชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องพิจารณา ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ถ้ามีข้อความหรือข้อสัญญาบางข้อที่คู่สัญญาเคยแสดงเจตนากันไว้ว่าเป็นสาระสำคัญ ต้องตกลงกันก่อน สัญญาจึงจะเกิดถ้าไม่ได้ตกลงดังกล่าว สัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้นตามมาตรา 366 วรรคแรก

2) ถ้าตกลงกันไว้ก่อนแล้วว่าสัญญาที่จะทำระหว่างกันนั้นต้องทำเป็นหนังสือ ถ้ายังไม่ได้ทำ กรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญาเกิดแล้วหรือไม่ต้องถือว่าสัญญายังไม่เกิดตามมาตรา 366 วรรคสอง

ซึ่งจะสังเกตเห็นได้ว่า กรณีที่ได้มีการตกลงกันว่าสัญญาที่จะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าไม่ได้ทำก็ไม่ทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ เว้นแต่สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ ถ้าไม่ได้ทำตามแบบสัญญานั้นจึงจะตกเป็นโมฆะ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 5331/2530 คู่สัญญากำหนดว่าจะทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินโดยวิธีทำเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา เมื่อยังไม่ได้ทำหนังสือ สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินยังไม่เกิดขึ้นจะนำเอาวิธีอื่น เช่น การวางมัดจำมาวินิจฉัยว่ามีสัญญาจะซื้อจะขายกันแล้วไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2505/2524 โจทก์ จำเลยมีเจตนาที่จะทำสัญญาจองตึกแถวของโจทก์เป็นหนังสือ เมื่อข้อความแห่งสัญญาอันเป็นสาระสำคัญยังไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อ และสัญญายังไม่ได้ทำเป็นหนังสือตามที่ตกลงกัน ย่อมนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันตามประมวล

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 299-302.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 จำเลยจะอ้าง มีสัญญาของอาคารพาณิชย์ระหว่างโจทก์ จำเลย และอ้างสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามสัญญานั้นไม่ได้

(ข) บทสันนิษฐานการเกิดของสัญญา

มาตรา 367 บัญญัติว่า "สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมิได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ยอมเป็นอันสมบูรณ์" กรณีนี้ คือ ข้อสัญญาข้อที่ยังมิได้ตกลงกันในข้อนี้ แต่ข้ออื่นสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญ แม้ยังมิได้ตกลงกันในข้อนี้ แต่ข้อที่ตกลงกันแล้วสัญญาก็เกิดขึ้นได้ เช่น ไม่ได้ตกลงเรื่องค่าฤชาธรรมเนียม เป็นต้น

(ค) ผลในทางกฎหมายกรณีสัญญาไม่เกิด

กรณีที่สัญญาไม่เกิด นิติสัมพันธ์ก็ไม่เกิดขึ้น ไม่มีความผูกพันใด ๆ ต่อกัน แต่ส่วนในกระบวนการในการก่อสร้างสัญญานั้นอาจมีผลทางกฎหมายอย่างอื่นโดยเฉพาะก็ได้ เช่น สัญญาไม่เกิด เพราะคำเสนอไม่ชัดเจนพอที่จะให้เกิดสัญญาเมื่อมีคำสนองได้ คำเสนอนั้นจึงมีลักษณะในทางกฎหมาย แค่เพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น เป็นต้น

2.4 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถม

2.4.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

2.4.1.1 แนวคิดพื้นฐานและความเป็นมา

เนื่องมาจากว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาโดยที่รัฐไม่สามารถเข้าแทรกแซงได้เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ถึงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม แต่ถ้าเป็นกรณีนิติกรรมหรือสัญญาที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ที่ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาเพื่อเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก โดยทำสัญญาแบบมาตรฐาน(Standard Form

Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป(Adhesion Contract)³⁸ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม จึงเป็นเหตุสมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ปัญหาในเรื่องนี้เคยเกิดขึ้นแล้วอย่างมากในสังคมทางตะวันตกที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจก่อนประเทศไทยไม่ว่าในระบบ Common Law หรือระบบ Civil Law ต่างเห็นตรงกันว่า จะใช้ความพยายามของรัฐมาช่วยแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นโดยออกกฎหมายพิเศษเข้ามาแก้ไขการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศของตน ทั้งนี้โดยดูความเหมาะสมของวิธีการทางกฎหมายที่สมควรออกมาให้ความคุ้มครอง³⁹

2.4.1.2 รูปแบบของกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ไว้กว้างๆ เพื่อให้โอกาสศาลในการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละกรณี โดยไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะไว้ และไม่ได้ให้เอกชนร่วมกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมกันเองได้

2.4.1.3 องค์การที่ทำหน้าที่ควบคุม

ไม่มีองค์กรภาครัฐและภาคเอกชนใดเข้ามาควบคุมเป็นการเฉพาะ เพราะกฎหมายฉบับนี้ให้เป็นหน้าที่ศาลในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

2.4.1.4 ขอบเขตการบังคับใช้

³⁸ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 42.

³⁹ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, "บทวิเคราะห์: ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," รฟที 2539 ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ (2539): 57-64.

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ใช้บังคับกับสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก⁴⁰ และใช้ บังคับกับผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจภายในประเทศเท่านั้น อีกทั้งใช้บังคับกับสัญญาที่ไม่เป็น ธรรมทุกประเภท

2.4.1.5 หลักการที่สำคัญของกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า "ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญา สำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญา สำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น" จะเห็นได้ว่า มาตรา 4 ระบุขอบเขตของสัญญาไว้ 3 ประเภท คือ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก⁴¹ ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนด สัญญาสำเร็จรูป ผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติว่า ข้อสัญญาที่ "ได้เปรียบ" และ "เกินสมควร" เป็นการบัญญัติที่กว้างมาก จึงมีแนวทางวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาที่ถือว่ามีความได้เปรียบ ในมาตรา 4 วรรคสาม อธิบายว่า ข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า "ได้เปรียบ" คู่สัญญาอีกฝ่ายว่าเป็น "ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ"

เมื่อมาตรา 4 ระบุขอบเขตของสัญญาที่ให้ความคุ้มครองไว้ 3 ประเภท คือ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก⁴² แต่ที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถมก็จะมีเพียงสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจหรือ วิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป ซึ่งในมาตรา 3 ให้คำนิยามคำว่า " ข้อสัญญา" หมายความว่า

⁴⁰ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 683.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

⁴² อรรยา สิงห์สงบ, "ข้อสังเกตบางประการของพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ (ฉบับพิเศษครบรอบ 15 ปี): 102-118.

ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้ง ประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดชอบ

คำว่า " ผู้บริโภค " หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอา ประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคล ดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

" ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ " หมายความว่า ผู้เข้า ทำสัญญาในฐานะ ผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการหรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือ ประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

" สัญญาสำเร็จรูป " หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการ กำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าย ใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

จะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อขายที่มีของแถมเข้าลักษณะเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภค กับผู้ประกอบธุรกิจหรือวิชาชีพ คือสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย และเป็นสัญญาสำเร็จรูป

เมื่อเรานำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาสัญญาซื้อขายที่มีของแถมโดย ส่วนมากจะมีข้อกำหนดในส่วนของแถมไว้ว่า "ทางบริษัทขอสงวนสิทธิ์ในการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข ไม่ว่าจะกรณีใดๆ" ซึ่งถือว่าเป็นข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่งทำให้ผู้เข้าทำสัญญาสำเร็จรูปต้องแบกรับภาระของความไม่แน่นอนในการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ส่วนในการที่จะถือได้ว่าได้เปรียบเกินสมควรนั้น ในมาตรา 4 วรรคท้ายให้นำมาตรา 10 มาอนุโลม โดยมาตรา 10 ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต ปกติประเพณีตามสัญญา ชนิดนั้น เวลาและสถานที่ทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญาและการรับภาระที่หนักกว่ามาก ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

2.4.1.6 มาตรการให้ความคุ้มครอง

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่ กรณี ซึ่งคำว่า "ผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี" ยังไม่มีความชัดเจนว่า ข้อสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ หรือมีผลใช้บังคับอยู่ ในส่วนนี้กฎหมายก็วางหลักการไว้กว้างๆ

เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมในแต่ละรูปคดี โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ไม่ได้มีมาตรการบังคับแต่อย่างใด

2.4.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่2) พ.ศ.2541

2.4.2.1 แนวคิดพื้นฐานและความเป็นมา

เดิมการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยเป็นเรื่องที่รัฐออกกฎหมายแก้ไขปัญหาการคุ้มครองผู้บริโภคจากการประกอบกิจการผลิต เช่น พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2517 เป็นต้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดอำนาจหน้าที่ให้รัฐเข้าควบคุมกำกับกับการประกอบธุรกิจของผู้บริโภคซึ่งมีแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายที่ว่า "ผู้ซื้อต้องระวัง(Caveat Emptor)" โดยยังไม่มีการรับรอง "สิทธิทั่วไปของผู้บริโภค (General Right of the Consumer)" และยังไม่มีการจัดตั้ง "องค์กรกลาง(General Agency)" ขึ้นมาดูแลสิทธิ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2522⁴³ ซึ่งกำหนดสิทธิของผู้บริโภคไว้ 4 ประการ คือ สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ต่อมา ปรากฏว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นๆ บัญญัติไว้อย่างมีประสิทธิภาพตลอดจนมีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการมากขึ้น จึงได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันออกมาเพื่อให้มีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งก็คือสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้ดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยให้อำนาจของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องและคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในการเสนอเรื่องให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคได้ในกรณีจำเป็นหรือรีบด่วนให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และได้มีบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้โดยเฉพาะ และมีการกำหนดโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดในเรื่องการโฆษณาและฉลากด้วย ซึ่งจะสังเกตเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ยัง

⁴³ นพปฎล เมืองรักษ์, "สิทธิและหน้าที่ของผู้บริโภคตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522," รพี 2539 ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ (2539): 129-141.

ถือได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่มีการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคโดยตรง เพราะกฎหมายอื่น ๆ บัญญัติขึ้นควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยทางอ้อม ผู้บริโภคจึงไม่อาจใช้สิทธิในการฟ้องร้องผู้ประกอบการธุรกิจต่อศาลอาญาได้ ส่วนจะดำเนินการทางแพ่งก็เป็นภาระและเสียค่าใช้จ่ายมากทั้งผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินคดีด้วยตนเองได้⁴⁴

สำหรับระบบการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยนั้น ประเทศไทยใช้ระบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว ไม่มีรัฐบาลท้องถิ่น การปกครองท้องถิ่นที่กระจายอำนาจแบบประเทศญี่ปุ่นยังไม่เต็มรูปแบบ ระบบการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยจึงเป็นระบบการบริหารจากส่วนกลาง ถึงแม้ว่าจะมีหน่วยงานในส่วนภูมิภาค แต่ก็กำหนดนโยบายและงบประมาณจากส่วนกลาง ที่ตรงที่สุดคืองานการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งมีสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหน่วยงานสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นฝ่ายปฏิบัติการ ไม่มีหน่วยงานของตนในท้องถิ่นโดยเฉพาะ แต่มอบการใช้อำนาจบางกรณี เช่น อำนาจตรวจวินิจฉัยข้อความโฆษณาหรือรับเรื่องราวร้องเรียนจากผู้บริโภค ไว้กับคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำจังหวัด ซึ่งมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธาน จึงแตกต่างจากระบบของประเทศญี่ปุ่นที่มีรัฐบาลท้องถิ่นทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคโดยแยกต่างหากจากรัฐบาลกลาง การดูแลให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายจึงทำได้ใกล้ชิดกว่าระบบของประเทศไทย เมื่อเกิดปัญหาเฉพาะหน้าขึ้น ณ ท้องที่ใด รัฐก็สามารถจัดการได้ทันการ⁴⁵

แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีแต่การกำหนดรับรองสิทธิของผู้บริโภคไว้ชัดเจน ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และฉบับที่ 2 พ.ศ.2541 ส่วนการบังคับตามสิทธิการเยียวยาขาดใช้เมื่อถูกละเมิดสิทธิไม่มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด ทำให้การเยียวยาขาดใช้ความเสียหายยังคงใช้เวลาและติดขัดด้วยระบบการพิจารณาคดีซึ่งไม่เอื้อต่อผู้บริโภค การทำงานด้านคุ้มครองผู้บริโภคของภาครัฐยังแยกกันทำ ต่างคนต่างทำและทำซ้ำซ้อนกันเพราะต่างก็มีทิศทางนโยบายและงบประมาณของตนเอง แม้ว่ามาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคจะพยายามวางแนวทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดการประสานงานและตรวจสอบการทำงานขององค์กรรัฐตามกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ก่อนพระราชบัญญัติคุ้มครอง

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁵ สุขุม ศุภนิത്യ, เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกรัฐสภา เล่มที่ 7 เรื่องร่างพระราชบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรอังกฤษ, (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2545), หน้า 96-97.

ผู้บริโภครวม แต่การบังคับใช้มาตรา 21 ก็ไม่ช่วยทำให้ระบบการคุ้มครองผู้บริโภคบรรลุผลทันต่อเหตุการณ์⁴⁶

2.4.2.2 รูปแบบของกฎหมาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่2) พ.ศ.2541 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้กว้างๆ โดยไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะไว้ และไม่ได้ให้ออกชนร่วมกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมกันเองได้ แต่มีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดูแล

2.4.2.3 องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุม

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่2) พ.ศ.2541 กำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นองค์กรที่ดูแลและควบคุม โดยบทบาทขององค์กรด้านนโยบายอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี⁴⁷ โดยไม่มีองค์กรอิสระเข้ามาดูแลและให้ความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว

2.4.2.4 ขอบเขตการบังคับใช้

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่2) พ.ศ.2541 ใช้บังคับกับผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจภายในประเทศเท่านั้น

2.4.2.5 หลักการที่สำคัญของกฎหมาย

ในการพิจารณากฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจะต้องแยกพิจารณาตามขั้นตอนของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภค ดังนี้⁴⁸

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 109.

⁴⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 23-34.

1) ขั้นตอนก่อนการทำสัญญา ขั้นตอนนี้เดิมเรียกว่า ขั้นตอนก่อนการขาย(pre-purchase phrase) ได้แก่ การจัดทำสินค้าและบริการโดยการควบคุมการผลิตเป็นการช่วยให้สินค้าและบริการต่างไม่ชำรุดบกพร่องอันเป็นสาเหตุให้เกิดอันตรายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค และในสวนฉลากกับโฆษณาซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าซึ่งแต่เดิมกฎหมายมุ่งควบคุมโฆษณาที่หลอกลวงเป็นหลัก แต่ในปัจจุบันมักไม่มีสภาพเป็นคำมั่นจริงจังว่าสินค้าหรือบริการของตนเป็นเช่นใด การฟ้องให้รับผิดชอบตามหลักเรื่องสัญญาไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป ซึ่งโฆษณาส่วนใหญ่เป็นการให้ข้อเท็จจริงบางด้านและให้ผู้บริโภคพัฒนาความคิดขึ้นเองว่าสินค้าใดเป็นเช่นใด ซึ่งอาจเกิดความเข้าใจผิดในลักษณะของสินค้าโดยที่ค่าใช้จ่ายในการโฆษณาแท้จริงได้มาจากผู้บริโภคที่ซื้อสินค้า กฎหมายจึงก้าวมาควบคุมโฆษณาที่ทำหน้าที่ฉ้อโกงทาบตาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดได้ ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะห้ามการโฆษณาเช่นนั้นและกำหนดโทษทางอาญานำมาใช้บังคับกับการโฆษณาที่เกิดโดยจงใจให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดเท่านั้น ในปัจจุบันได้มีการควบคุมโฆษณามีรายละเอียดอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งใช้บังคับกับทุกสินค้า

2) ขั้นตอนการทำสัญญา เดิมเรียกว่า ขั้นตอนการขาย(purchase phrase) เพราะว่าการขายสินค้ายังมีข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวเนื่องปนอยู่ด้วย กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เข้าไปควบคุมการทำสัญญาผู้บริโภค(consumer contract) ซึ่งในส่วนนี้จะมีกรณีของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม(unfair contract terms) ซึ่งมีการควบคุมใน 2 ลักษณะ คือ

ประการแรก ในการกำหนดแบบสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2541 ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาขึ้นและสามารถออกประกาศให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดให้มีข้อความบางประการซึ่งหากไม่มีแล้วจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบเกินสมควร หรือห้ามผู้ประกอบธุรกิจใช้ข้อความบางประการซึ่งไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ซึ่งมีพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ.2542 มีผลบังคับถ้ามีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ถือว่าข้อความที่ห้ามใช้นั้นไม่มีอยู่ และข้อความที่บังคับให้ใช้แม้ไม่ใช่ก็ถือว่าไม่มีอยู่แล้วแต่กรณีรวมทั้งอาจมีโทษทางอาญาจำคุกไม่เกินหนึ่งปีได้ด้วยตามมาตรา 57 แต่อย่างไรก็ตามก็ยังไม่ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองในเรื่องของแถมเป็นการเฉพาะ

ส่วนประการที่สอง การกำหนดลักษณะของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้กำหนดให้ข้อตกลงที่มีลักษณะบางประการ เช่น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด การให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การให้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยอีกฝ่ายไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ เป็นต้น เป็นข้อสัญญาที่

ไม่เป็นธรรมคงใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และในชั้นตอนนี้ยังมีวิธีการขายที่แตกต่างไปจากอดีตอยู่ 2 วิธี คือ

วิธีแรกเป็นการขายตรง(door step selling)ซึ่งทำการขายโดยพนักงานที่มีการอบรมพิเศษชำนาญในการจูงใจให้ซื้อสินค้า ทำให้ผู้บริโภคไม่มีอิสระในการตัดสินใจซื้อ บางครั้งทำให้เกิดการซื้อโดยหลงผิดหรือเพื่อตัดความรำคาญ

ส่วนวิธีที่สองเป็นการขายโดยห่างในระยะทาง(distant selling)เช่น การขายทางไปรษณีย์ โทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต เป็นต้น เป็นการซื้อที่ให้ข้อมูลได้ไม่ครบถ้วนและไม่ได้ตรวจดูสินค้า ผู้บริโภคจึงควรมีโอกาสที่จะเลิกสัญญาได้ในกรณีเกิดผลที่ไม่เป็นธรรม

จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีหลักในการให้ความคุ้มครองไว้ แต่ยังไม่เกิดผลบังคับในทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถม

3) ชั้นตอนหลังสัญญา เดิมเรียกว่า ชั้นตอนหลังการขาย(post-purchase phrase) รวมถึงเรื่องสำคัญคือ ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้า เดิมอยู่ในกฎหมายซื้อขาย (ป.พ.พ. มาตรา 472-474) ซึ่งผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในสินค้าที่ผู้ซื้อไม่อาจรู้ได้ แต่การเยียวยาจะจำกัดระหว่างคู่สัญญาคือผู้ขายและผู้ซื้อเท่านั้น แต่ภาวะตลาดในปัจจุบันแปรเปลี่ยนไปมาก สินค้ามีการขายมาหลายทอดกว่าจะถึงผู้บริโภคโดยการที่ผู้ผลิตขายแก่ผู้ขายส่ง ผู้ขายส่งก็อาจมีหลายชั้นกว่าจะถึงผู้ขายปลีกแก่ผู้บริโภค แต่การเยียวยาฐานผิดสัญญาซื้อขายจะมีในชั้นตอนสุดท้ายกับผู้บริโภคเท่านั้น ผู้อยู่ในส่วนกระจายตัวของสินค้า(chain of distribution) ก่อนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อในแง่ทางสัญญา แต่เดิมจึงเข้าใจกันว่าผู้บริโภคจะฟ้องร้องให้ผู้ขายส่งหรือผู้ผลิตรับผิดชอบไม่ได้เพราะไม่มีสัญญาต่อกัน ดังนั้น เกรงกันว่าในกรณีผู้ขายปลีกล้มเลิกกิจการหรือมีเงินไม่พอเยียวยาความเสียหายผู้บริโภคก็จะไม่ได้รับการคุ้มครอง แต่ต่อมามีศาลในประเทศต่างๆ ได้พัฒนานำกฎหมายละเมิดมาใช้ในเรื่องนี้โดยถือว่าผู้ผลิตสินค้ามีคำมั่นโดยปริยายในความเหมาะสมของสินค้าตน(merchantability)ว่า สินค้าของตนมีมาตรฐานเหมาะสมแก่การใช้ การนำสินค้าชำรุดบกพร่องออกจำหน่ายเป็นการทำผิดหน้าที่จึงมีความรับผิดชอบละเมิดจะต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภคโดยไม่ต้องเป็นคู่สัญญากัน หน้าที่เช่นนี้ผู้ขายส่งก็มีอยู่ด้วย เพราะมีหน้าที่ต้องเลือกสินค้าที่เหมาะสมมาจำหน่าย การเอาสินค้าไม่เหมาะสมแก่การใช้มาจำหน่ายเป็นการส่งเสริมช่วยเหลือในการทำละเมิดของผู้ผลิตอันเป็นผู้มีส่วนร่วมในการทำละเมิด ผลที่สุดในหลายประเทศ ผู้บริโภคอาจใช้กฎหมายละเมิดว่าด้วยความรับผิดชอบในสินค้า (product liability) ฟ้องขอเยียวยาโดยตรงจากผู้ขายปลีก ผู้ขายส่ง และผู้ผลิตได้ตลอดสาย โดยผู้ประกอบการกิจการเหล่านั้นต้องไปไล่เบียดกันเองว่าผู้ใดเป็นผู้รับผิดชอบที่แท้จริงในชั้นที่สุด

ในการคุ้มครองผู้บริโภคเมื่อพิจารณาจาก พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แบ่งแยกการคุ้มครองออกเป็น 4 ด้านดังต่อไปนี้

1) การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณา

โดยหลักกฎหมายในเบื้องต้นตามมาตรา 22 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนดไว้ว่า การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม (1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง (2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม ... (5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง จะเห็นได้ว่า การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่ไม่เป็นธรรมหรืออาจเกิดผลเสียต่อสังคม ในส่วนการโฆษณานี้เองผู้ประกอบการไม่สามารถที่จะโฆษณาโดยตำหนิสินค้าของผู้ประกอบการอื่นได้ ถึงแม้การโฆษณาเช่นนั้นจะเป็นความจริงและเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าก็ตาม เพราะจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายของประเทศไทยได้ ถึงแม้ว่าการโฆษณานั้นจะเป็นความจริงและเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้คำนิยามของคำว่า "ซื้อ" หมายความว่ารวมถึงเช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

"ขาย" หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

"สินค้า" หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย จากนิยามจะเห็นได้ว่าการที่จะตีความในเรื่องคำว่าสินค้าให้ไปคุ้มครองถึงของแถมนั้น ยังไม่ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะกำหนดถึงของแถมด้วย แต่อย่างไรก็ตามได้มีการให้ความคุ้มครองของแถมไว้ในเรื่องโฆษณา ซึ่งคุ้มครองเฉพาะกรณีของแถมพกหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคเท่านั้น ยังไม่มีความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองสำหรับของแถมที่ให้ในกรณีอื่น

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใดๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมาย แรงงาน

“ผลิต” หมายความว่า ทำ ผสม ปู รุง ประกอบ ประดิษฐ์ หรือแปรสภาพและหมายความรวมถึงการเปลี่ยนรูป การดัดแปลง การคัดเลือก หรือการแบ่งบรรจุ

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย

“ข้อความ” หมายความรวมถึงการกระทำที่ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใด ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

“โฆษณา” หมายความว่า การกระทำที่ไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

“สื่อโฆษณา” หมายความว่า สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่นหนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลขโทรศัพท์ หรือป้าย

“ฉลาก” หมายความว่า รูป รอยประดิษฐ์ กระจกหรือสิ่งอื่นใดที่ทำให้ปรากฏข้อความเกี่ยวกับสินค้าซึ่งแสดงไว้ที่สินค้าหรือภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้า หรือสอดแทรกหรือรวมไว้กับสินค้าหรือภาชนะบรรจุหรือหีบห่อ บรรจุสินค้าและหมายความรวมถึงเอกสารหรือคู่มือสำหรับใช้ประกอบกับสินค้า ป้ายที่ติดตั้งหรือแสดงไว้ที่สินค้าหรือ ภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้านั้น

“สัญญา” หมายความว่า ความตกลงกันระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจเพื่อซื้อและขายสินค้า หรือให้และรับบริการ

เมื่อเราเข้าใจหลักกฎหมายเบื้องต้นแล้ว เราต้องพิจารณาหลักกฎหมายที่จะมาใช้สำหรับในการพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถมจะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 22 ประกอบกับกฎกระทรวงฉบับที่ 3 และ 5 และพิจารณาประกอบ พระราชบัญญัติว่าด้วยการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 8 จึงจะเข้าใจระบบกฎหมายทั้งหมดในส่วนี้ กล่าวคือ การขออนุญาตจัดให้มีการแถมพกดหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคโดยวิธีใดๆ ในการประกอบกิจการค้าหรืออาชีพ จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออก

ใบอนุญาตก่อนจึงจะทำได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 และจะเป็นความผิดตามมาตรา 14 ก็ต่อเมื่อผู้จัดได้ดำเนินการจัดให้มีการเล่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งมีบทลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับตั้งแต่ 50 บาท ขึ้นไปจนถึง 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่กรณีนี้ผู้จัดไม่ดำเนินการให้รางวัลครบตามที่ขออนุญาต ไม่ใช่การเล่นโดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากมีการขออนุญาตโดยถูกต้องแล้ว เจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตจึงมีสิทธิจะเรียกใบอนุญาตคืนได้ ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการพนันดังกล่าว

สำหรับการขออนุญาต เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติจะมีการบันทึกปากคำ ป.ค. 14 ในหลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการเล่น และการให้ของรางวัลเอาไว้ หากผู้ขออนุญาตให้ปากคำเป็นเท็จก็อาจมีความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ตามมาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และอาจมีความผิดฐานข้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย

ส่วนกรณีที่จัดให้มีการแถมพหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคโดยวิธีใดๆ ในการประกอบกิจการค้าหรืออาชีพตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 หากมีการโฆษณาไปโดยที่ยังไม่ได้รับอนุญาตจัดให้มีการแถมพหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน อันเป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา 22 วรรคสอง (5) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ประกอบกฎกระทรวงฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526) [โดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 (3) และ (4) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2534)] ออกตามความใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวในข้อ (3) ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 49 และมาตรา 51 ประกอบมาตรา 22 วรรคสอง (5) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าว สำหรับในกรณีผู้จัดให้มีการแถมพหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการพนันดังกล่าว หากดำเนินการโฆษณาของรางวัลไม่ตรงกับที่ดำเนินการขออนุญาตก็จะเข้าลักษณะการโฆษณาอันเป็นเท็จ ซึ่งอาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้

ในการโฆษณานั้นตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็กำหนดไว้ว่า การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งในส่วนี้ก็เป็นกำหนัดกรอบของการโฆษณาเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบกิจการทำการโฆษณาสินค้าจนก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ไม่ว่าจะทำการโฆษณาด้วยวิธีใดก็ตาม ตัวอย่างที่พบเห็นกันในปัจจุบันก็จะมี การส่งข้อความสั้นโฆษณาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่

2) การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านฉลาก

การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านฉลากอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 30 ถึงมาตรา 35 และมีบทลงโทษทางอาญาอยู่ในมาตรา 52 ถึงมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดสินค้าที่ควบคุมฉลากไว้ 4 ประเภท คือ

- 2.1) สินค้าที่ผลิตเพื่อขายโดยโรงงาน
- 2.2) สินค้าที่สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร
- 2.3) สินค้าที่อาจก่อให้เกิดอันตราย
- 2.4) สินค้าที่ประชาชนทั่วไปใช้ประจำ เช่น สินค้าอุปโภคและสินค้าบริโภค

โดยในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนดฉลากของสินค้าที่ควบคุมจะมีลักษณะดังต่อไปนี้ (1) ให้ข้อความที่ตรงต่อความจริงและไม่มีข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้า (2) ต้องระบุข้อความดังต่อไปนี้ (ก) ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตหรือของผู้นำเข้าเพื่อขายแล้วแต่กรณี (ข) สถานที่ผลิตหรือสถานที่ประกอบธุรกิจนำเข้า แล้วแต่กรณี (ค) ระบุข้อความที่แสดงให้เห็นได้ว่าสินค้านั้นคืออะไร ในกรณีที่เป็นสินค้านำเข้าให้ระบุชื่อประเทศที่ผลิตด้วย (3) ต้องระบุข้อความอันจำเป็น ได้แก่ ราคา ปริมาณ วิธีใช้ ข้อแนะนำ คำเตือน วัน เดือน ปีที่หมดอายุ ในกรณีเป็นสินค้าที่หมดอายุได้ หรือกรณีอื่น เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ คณะกรรมการว่าด้วยฉลากกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตเพื่อขายหรือผู้สั่งหรือผู้นำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายซึ่งสินค้าที่ควบคุมฉลาก แล้วแต่กรณี เป็นผู้จัดทำฉลากก่อนขายและฉลากนั้นต้องมีข้อความดังกล่าวในวรรคหนึ่ง ในกรณี ข้อความ ตามวรรคหนึ่ง (2) และ (3) ต้องจัดทำตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยฉลากกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องทำฉลากโดยมีการระบุรายละเอียดตามที่กำหนดในมาตรา 31 โดยเฉพาะจะต้องระบุวันเดือนปีที่หมดอายุด้วย ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายกำหนดโทษในทางอาญาไว้ในมาตรา 52 สำหรับลงโทษผู้ขายสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 โดยไม่มีฉลากหรือมีฉลากแต่ฉลากหรือการแสดงฉลากนั้นไม่ถูกต้อง... สำหรับมาตรา 53 ลงโทษผู้ประกอบการที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยฉลากซึ่งสั่งตามมาตรา 33... สำหรับมาตรา 54 ลงโทษผู้รับจ้างทำฉลากที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือรับจ้างติดตรึงฉลากที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย... และมาตรา 55 ลงโทษผู้ประกอบการที่ไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 35... เมื่อพิจารณาถึงบทลงโทษในทางอาญาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลากแล้วพบว่า กฎหมายกำหนดบทลงโทษเพียงสำหรับกรณีที่มีการทำฉลากไม่ถูกต้องเท่านั้น ไม่ได้กล่าวถึงกรณีที่มีการทำฉลากถูกต้องแล้วแต่มีการปิดบังไม่ให้เห็นข้อความในฉลาก เช่น ในกรณีที่มีการขายสินค้าประเภทชื้อหนึ่งแถมหนึ่งจะมีการหันด้านวันเดือน

ปีที่หมดอายุของสินค้าประกบกันไว้ทำให้ผู้บริโภคสังเกตได้ยาก และที่สำคัญสินค้าบางอย่างก็ใกล้จะหมดอายุแล้วหรืออาจจะหมดอายุไปแล้ว ซึ่งในตอนนี้ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะมีการกำหนดกฎเกณฑ์ เพื่อให้ความคุ้มครองกับผู้บริโภคให้ชัดเจน โดยผู้เขียนจะนำเป็นข้อเสนอแนะต่อไปในบทที่ 5

3) การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาตามบทบัญญัติในมาตรา 35 ทวิ ถึงมาตรา 35 นว มีบทลงโทษในทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนซึ่งบัญญัติในมาตรา 57 ถึงมาตรา 57 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นการกำหนดลักษณะของสัญญาให้มีข้อความที่จำเป็นในข้อสัญญา และห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในปัจจุบันมีธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้แก่ เรื่องเช่าซื้อ และเรื่องการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งในตอนนี้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดตามมาตรา 35 เบญจ ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว แต่สำหรับเรื่องของแถมนั้น คณะกรรมการการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญายังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดอันจะทำให้เกิดความชัดเจนเพื่อที่จะคุ้มครองผู้บริโภคแต่ประการใด ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเป็นข้อเสนอแนะต่อไปในบทที่ 5

4) การคุ้มครองผู้บริโภคโดยประการอื่น

การคุ้มครองผู้บริโภคโดยประการอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 36 ถึงมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นแต่เพียงการกำหนดกรอบในการคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับกรณีสินค้าที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคเท่านั้น โดยเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้านั้นได้ ถ้าผลจากการทดสอบหรือพิสูจน์ปรากฏว่าสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคและกรณีไม่อาจป้องกันอันตรายที่จะเกิดจากสินค้านั้นได้โดย :รกำหนดผลากตามมาตรา 30 หรือตามกฎหมายอื่น ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจสั่งห้ามขายสินค้านั้น และถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนแปลงสินค้านั้นภายใต้เงื่อนไขตามที่คณะกรรมการกำหนดก็ได้ ในกรณีที่สินค้านั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้หรือเป็นที่สงสัยว่าผู้ประกอบธุรกิจจะเก็บสินค้านั้นไว้เพื่อขายต่อไป คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจทำลายหรือจะจัดให้มีการทำลายโดยผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดแต่มาตรการในเชิงป้องกัน โดยให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในการที่จะเข้าไปตรวจสอบเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค ถึงแม้ว่าตามมาตรา 39 และมาตรา 40 จะกำหนดให้คณะกรรมการเห็นสมควรเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค หรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิก็ตาม แต่ก็เป็น การกำหนดให้คณะกรรมการผู้บริโภคเข้ามาช่วยผู้บริโภคในการดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น ไม่ทำให้การต่อสู้ในเชิงคดีเปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะในเรื่องภาระการพิสูจน์ที่จะต้องอยู่กับฝ่ายที่กล่าวอ้างซึ่งก็คือผู้ที่ฟ้องคดี ในส่วนนี้ผู้เขียน

เห็นว่าการกำหนดกฎหมายในส่วนนี้เป็นการกำหนดแบบกว้างๆ ไว้เท่านั้น แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคอย่างแท้จริง ซึ่งผู้เขียนจะนำเป็นข้อเสนอแนะต่อไปในบทที่ 5 แต่ในส่วนนี้เองได้มีพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ที่ออกมาในปี 2551 และจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552 โดยจะอธิบายในหัวข้อที่ 2.4.5

2.4.2.6 มาตรการให้ความคุ้มครอง

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมาดูแลเป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาจากกฎกระทรวงต่างๆ ที่ทางคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้ามามีบทบาทในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคน้อยอยู่ และยังขาดประสิทธิภาพ เพราะไม่ได้มีการออกมาตรการให้ความคุ้มครองได้ในทันที ประกอบกับการออกมาตรการใดๆ จะต้องมีการเสนอกฎเกณฑ์ผ่านหน่วยงานของรัฐซึ่งมีผลทำให้เกิดความล่าช้า ไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภคได้ทันต่อเหตุการณ์

แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่2) พ.ศ.2541 มีการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคโดยการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาไว้ สำหรับกรณีที่มีการโฆษณาในส่วนของของแถม ด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ตามมาตรา 47 และกรณีที่มีการโฆษณาเกี่ยวกับของแถมพักโดยการเสนอชิงรางวัลต้องใช้ข้อความตามที่กำหนดในกฎหมายกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22(5) มิฉะนั้น ถือว่าเป็นความเท็จมีโทษทางอาญาตามมาตรา 48 แต่ก็เป็นการให้ความคุ้มครองเป็นมาตรการในเชิงป้องกันโดยมีการกำหนดโทษในทางอาญาเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการกระทำการฝ่าฝืนเท่านั้น ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครองในเชิงรุก โดยการให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้าไปมีบทบาทในการออกกฎเกณฑ์แก้ปัญหาได้ทันต่อเหตุการณ์หรือการให้ข้อมูลข่าวสารที่เพียงพอให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองตามสิทธิ

2.4.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกจะกำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 โดยกำหนดว่าเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้ โดยสิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น และมาตรา 375 ยังกำหนดคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกเมื่อได้แสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้ว คู่สัญญาหาอาจจะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิในภายหลังได้ไม่

2.4.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องสัญญาให้

หลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสัญญาให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบสำหรับสังหาริมทรัพย์ แต่ผู้ให้มีสิทธิถอนคืนการให้ได้ถ้าผู้รับการให้ประพฤติเนรคุณตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 531 แต่กรณีที่เป็นการให้โดยเสน่หาที่เป็นค่าจ้างหรือให้มีภาระติดพันหรือกรณีอื่นตามที่บัญญัติในมาตรา 535 ก็จะไม่ถอนคืนการให้ไม่ได้

สำหรับหลักเรื่องการให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น โดยสภาพแล้วผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถนำหลักเรื่องถอนคืนการให้ในส่วนของแถมมาใช้ได้ เพราะขัดกับลักษณะสัญญาซื้อขายที่มีของแถมสำหรับในส่วนของแถมที่ให้เป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น ให้เป็นตัวอย่างสินค้าไปทดลองใช้เพื่อจะจูงใจให้ผู้บริโภคสนใจที่จะทำสัญญาซื้อขาย ซึ่งในส่วนของแถมในส่วนนี้มีลักษณะที่เป็นการให้เปล่าๆ เพื่อทดลองใช้ในส่วนของแถม ไม่น่าที่จะนำหลักในเรื่องถอนคืนการให้มาใช้ได้ เพราะลักษณะของของแถมแบบนี้เป็นการให้ไปทดลองใช้หรือให้ใช้แบบสั้นไปหมดไปจึงไม่มีสภาพเป็นของแถมเหลืออยู่ที่จะถอนคืนการให้ได้ และในเรื่องการถอนคืนการให้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยสภาพน่าจะเป็นการให้ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลธรรมดาเสียมากกว่าโดยสังเกตจากคำในต้นบทมาตรา 531 และมาตรา 535

2.4.5 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551

2.4.5.1 แนวคิดพื้นฐานและความเป็นมา

หลักความรับผิดอันเกิดจากสินค้าบกพร่อง(Product Liability) ได้มีการพัฒนาโดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยความรับผิดหลายทฤษฎีไม่ว่าจะเป็นความรับผิดในทางสัญญา ความรับผิดในทางละเมิด ความรับผิดโดยเคร่งครัด(Strict Liability) หรือความรับผิดอย่างสมบูรณ์ (Absolute Liability) โดยอธิบายแนวความคิดได้ดังต่อไปนี้⁴⁹

1) ความรับผิดในทางสัญญา (Contractual or Warranty Liability)

ความรับผิดอันเกิดจากสินค้าชำรุดบกพร่องอันเป็นความรับผิดในทางสัญญาซื้อขายนั้นเป็นกรณีที่ผู้ขายได้ให้คำรับรองหรือหลักประกันแก่ผู้ซื้อว่าผู้ขายจะรับผิด ดังนั้น จึงอาจเรียก

⁴⁹มานิตย์ วงศ์เสรี, หัวหน้าคณะวิจัย, "ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า (Product Liability)," (โครงการศึกษาวิจัย สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2543), หน้า 4 - 10.

ได้ว่าความรับผิดในคำรับประกัน (warranty) โดยคำว่า "warranty" เป็นคำในกฎหมายสัญญาของต่างประเทศซึ่งหมายถึง ข้อความใดๆ ที่แสดงออกถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้า ซึ่งผู้แสดงข้อความนั้นรับประกันว่าสินค้านั้นมีคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่แสดงไว้และยืนยันว่า หากไม่เป็นตามนั้นตนยินยอมจะรับผิด ดังนั้น warranty จึงเป็นข้อสัญญาว่าจะรับผิดหรือการรับประกันอย่างหนึ่ง

2) ความรับผิดในทางละเมิด (Tort Liability)

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดในทางละเมิดของผู้กระทำละเมิดว่าจะต้องรับผิดภายใต้หลักเกณฑ์ใดนั้น มีทฤษฎีมูลเหตุความรับผิดทางละเมิดอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

2.1) ทฤษฎีรับภัย (Theory of risk)

ในระยะแรกกฎหมายลักษณะละเมิดมีความมุ่งหมายเพื่อให้ผู้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดใช้ค่าเสียหาย โดยมีได้ค่านิ่งว่าผู้กระทำละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วย เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้ก่อขึ้น ก็ควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิดไม่ว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะผิดหรือถูก ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎีรับภัย โดยทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์เราเมื่อได้กระทำการใดๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจมีผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ผู้กระทำจะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น กล่าวคือ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นผู้กระทำจะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault)

2.2) ทฤษฎีความผิด

ทฤษฎีความผิดยอมรับหลักที่ว่า ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการกระทำของตนเป็นความผิด ซึ่งถือหลักว่า ไม่มี ความรับผิดถ้าปราศจากความผิด (Liability as a result of fault) ซึ่งต่างจากทฤษฎีรับภัยที่ถือว่าอาจมีความรับผิดได้แม้ไม่มีความผิดก็ตาม

3) ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หมายถึง ความรับผิดโดยปราศจากความผิด เมื่อความรับผิดโดยเคร่งครัดเป็นความรับผิดของบุคคลโดยปราศจากความผิด แต่เหตุที่ต้องรับผิดก็เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิด ดังนั้น การบัญญัติของกฎหมายว่า กรณีใดบุคคลจะต้องรับผิดโดยเคร่งครัดจึงต้องบัญญัติอย่างมีเหตุผลและจำกัดขอบเขตไว้อย่างเหมาะสมและควรนำมาใช้ในกรณีที่ยากต่อการพิสูจน์หรือหาความผิดของบุคคลใดได้ การบัญญัติกฎหมายตามทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ก็เพื่อจะประกันคนในสังคมมิให้ต้องรับเคราะห์กรรม แม้ว่าความรับผิดโดยเคร่งครัดจะเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) แต่ก็มีได้หมายความว่า จะต้องรับผิดอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการจะสันนิษฐานว่าบุคคลใดต้องรับผิดเสมอไปในทุกเรื่องที่เขาเกี่ยวข้องย่อมจะไม่เป็นธรรม เพราะความเสียหายอาจจะเกิดจากสาเหตุอื่นๆ หรือจากการกระทำของบุคคลอื่นก็ได้ ดังนั้น จึงมีข้อยกเว้นที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดอยู่ 2

ประการ คือ เหตุสุจริต และเหตุที่ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้เสียหายเอง ส่วนความรับผิดโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability) ไม่มีข้อยกเว้นให้แก้ตัวเพื่อหลุดพ้นความรับผิดได้เลย

จากทฤษฎีต่างๆ ที่ได้พัฒนาขึ้น จึงได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยมีเหตุผลเนื่องมาจากว่า ในปัจจุบันนี้สินค้าไม่ว่าจะผลิตภายในประเทศหรือนำเข้า มีกระบวนการผลิตที่ใช้ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสูงขึ้นเป็นลำดับ การที่ผู้บริโภคจะตรวจพบว่าสินค้าไม่ปลอดภัยกระทำได้ยาก เมื่อผู้บริโภคนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไปใช้อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้บริโภคหรือบุคคลอื่นได้ แต่การฟ้องคดีในปัจจุบันเพื่อเรียกค่าเสียหายมีความยุ่งยากเนื่องจากภาระในการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำผิดของผู้ผลิต หรือผู้นำเข้าตกเป็นหน้าที่ของผู้ได้รับความเสียหายตามหลักกฎหมายทั่วไป แต่เมื่อมีกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยโดยมีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ผลิตหรือผู้เกี่ยวข้องไว้โดยตรง สำหรับความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ อันจะมีผลให้ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ตลอดจนได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นธรรม

2.4.5.2 รูปแบบของกฎหมาย

พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้ โดยไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะไว้ และไม่ได้ให้เอกชนร่วมกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมกันเองได้

2.4.5.3 องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุม

พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 10 กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สภาคมนและมูลนิธิซึ่งเป็นคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้การรับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้เสียหายได้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายเริ่มมีแนวความคิดที่จะให้สภาคมนและมูลนิธิซึ่งเป็นคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้การรับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคมาช่วยดำเนินการ แต่ก็ยังไม่ได้มีการรับรองสภาคมนและมูลนิธิแต่อย่างใด อาจจะกล่าวได้ว่า ยังไม่มีองค์กรอิสระเข้ามาดูแลและให้ความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว

2.4.5.4 ขอบเขตการบังคับใช้

พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ใช้บังคับกับผู้เสียหายกับผู้ประกอบการภายในประเทศเท่านั้น

2.4.5.5 หลักการที่สำคัญของกฎหมาย⁵⁰

ในขณะที่ผู้เขียนทำการศึกษาครั้งนั้นได้มีการประกาศพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2552 โดยในกฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดไม่ใช้บังคับกับสินค้าใดที่ได้ขายแก่ผู้บริโภคก่อนวันที่พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15

ตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มุ่งคุ้มครองสินค้าที่เป็นสังหาริมทรัพย์ไม่ได้คุ้มครองอสังหาริมทรัพย์ โดยมาตรา 4 กำหนดคำว่า "สินค้า" หมายความว่า สังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่ผลิตหรือนำเข้าเพื่อขาย รวมทั้งผลิตภัณฑ์เกษตรกรรม และให้หมายความรวมถึงกระแสไฟฟ้า ยกเว้นสินค้าตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งในขณะที่ผู้เขียนทำการศึกษาอยู่ยังไม่ได้มีกฎกระทรวงแต่อย่างใดแต่อยู่ในระหว่างที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคกำลังร่างกฎกระทรวง จากคำนิยามดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ของแถมก็เข้าลักษณะของคำจำกัดความคำว่า สินค้า ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องของแถมก็ต้องนำพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาใช้บังคับกับของแถมด้วย เพราะของแถมถือเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ผลิตหรือนำเข้าเพื่อขายซึ่งคำว่า ขาย ตามกฎหมายฉบับนี้ก็หมายถึงการแจกด้วย แต่อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความชัดเจนไม่ต้องตีความ จึงควรกำหนดรวมถึงของแถม

คำว่า "สินค้าที่ไม่ปลอดภัย" หมายความว่า สินค้าที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุจากความบกพร่องในการผลิตหรือการออกแบบ หรือไม่ได้กำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้า หรือกำหนดไว้แต่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชัดเจน ตามสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสภาพของสินค้า รวมทั้งลักษณะการใช้งานและการเก็บรักษาตามปกติธรรมดาของสินค้าอันพึงคาดหมายได้

คำว่า "ขาย" หมายความว่า จำหน่าย จ่าย แจกหรือแลกเปลี่ยนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และให้หมายความรวมถึงให้เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหา ตลอดจนเสนอชักชวนหรือนำออกแสดงเพื่อการดังกล่าว

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159 - 183.

คำว่า "ผู้ประกอบการ" หมายความว่า (1) ผู้ผลิตหรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต (2) ผู้นำเข้า (3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ (4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า

คำว่า "ค่าเสียหาย" หมายความว่า ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น โดยในส่วนของคำว่า "ความเสียหายต่อจิตใจ" หมายความว่า ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอายหรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

คำว่า "ผู้เสียหาย" หมายความว่า ผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

จะเห็นได้ว่า ผู้เสียหายเป็นคำที่มีความหมายกว้างย่อมรวมถึงผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้ หากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งสินค้านั้นอาจจะเป็นของแถมก็ได้ ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากความเสียหายต่อจิตใจที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 นี้ ได้กว้างกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องละเมิด และการใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายอื่นตามมาตรา 14

หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 อยู่ในมาตรา 5 ที่กำหนดให้ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม จะเห็นได้ว่าผู้ต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้าไม่ปลอดภัยก็คือผู้ประกอบการซึ่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายไว้กว้างมาก และให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม ประกอบกับมาตรา 6 กำหนดภาระการพิสูจน์ให้ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 พิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่า ความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้ประกอบการโดยให้ผู้เสียหายพิสูจน์

แต่เพียงว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา ประกอบกับผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการเพื่อให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบ แต่ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามมาตรา 7 หากพิสูจน์ได้ว่า (1) สินค้านั้นมิได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (2) ผู้เสียหายได้อยู่แล้วที่สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ (3) ความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว สำหรับผู้ผลิตตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างให้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 8 หากพิสูจน์ได้ว่า ความไม่ปลอดภัยของสินค้าเกิดจากการออกแบบของผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างให้ผลิต ทั้งผู้ผลิตไม่ได้คาดเห็นและไม่ควรจะได้คาดเห็นถึงความไม่ปลอดภัย และตามมาตรา 8 วรรคสอง ผู้ผลิตส่วนประกอบของสินค้าไม่ต้องรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่า ความไม่ปลอดภัยของสินค้าเกิดจากการออกแบบหรือการประกอบหรือการกำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าของผู้ผลิตสินค้านั้น

ตามมาตรา 9 ก็กำหนดไม่ให้มีการอ้างข้อตกลงระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการที่ทำไว้ล่วงหน้าก่อนเกิดความเสียหายและประกาศ หรือคำแจ้งความของผู้ประกอบการเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

ในเรื่องค่าเสียหายที่ผู้บริโภคสามารถเรียกร้องได้ก็มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเข้ามาด้วยตามมาตรา 11 โดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง

ส่วนเรื่องอายุความก็มีการกำหนดให้ยาวขึ้นกว่าที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิด โดยพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดเรื่องอายุความไว้ในมาตรา 12 ว่า สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามพระราชบัญญัตินี้เป็นอันขาดอายุความเมื่อพ้น ๕ ปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่มีการขายสินค้านั้น และมาตรา 13 กำหนดว่า ถ้ามีการเจรจาเกี่ยวกับกับค่าเสียหายที่พึงจ่ายระหว่างผู้ประกอบการและผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 ให้อายุความระงับอยู่ไม่นับในระหว่างนั้นจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ออกเลิกการเจรจา

2.4.5.6 มาตรการให้ความคุ้มครอง

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มีการกำหนดไม่ให้มีการอ้างข้อตกลงระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการที่ทำได้ล่วงหน้าก่อนเกิดความเสียหายและประกาศ หรือคำแจ้งความของผู้ประกอบการเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และมีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเข้ามาด้วยตามมาตรา 11 โดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง

2.4.6 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551

2.4.6.1 แนวคิดพื้นฐานและความเป็นมา

เนื่องจากว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ก่อให้เกิดปัญหาด้านสุขภาพ ครอบครัว อุบัติเหตุ และอาชญากรรม ซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศสมควรกำหนดมาตรการต่างๆ ในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ รวมทั้งการบำบัดรักษาหรือฟื้นฟูสภาพผู้ติดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อช่วยลดปัญหาและผลกระทบทั้งด้านสังคมและเศรษฐกิจ ช่วยสร้างเสริมสุขภาพของประชาชนโดยให้ตระหนักถึงพิษภัยของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตลอดจนช่วยป้องกันเด็กและเยาวชนมิให้เข้าถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้โดยง่าย

2.4.6.2 หลักการทางกฎหมาย

ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 บัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยวิธีการหรือในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) ใช้เครื่องขายอัตโนมัติ
- (2) การเร่ขาย
- (3) การลดราคาเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการขาย
- (4) ให้หรือเสนอให้สิทธิในการเข้าชมการแข่งขัน การแสดง การให้บริการการชิงโชค การชิงรางวัล หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทนแก่ผู้ซื้อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือแก่ผู้นำหีบห่อ หรือสลากหรือสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มาแลกเปลี่ยนหรือแลกซื้อ
- (5) โดยแจก แถม ให้ หรือแลกเปลี่ยนกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือกับสินค้าอื่น หรือการให้บริการอย่างอื่นแล้วแต่กรณี หรือแจกจ่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะเป็นตัวอย่างของ เครื่องดื่ม

แอลกอฮอล์ หรือเป็นการจูงใจสาธารณชนให้บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการขายในลักษณะที่เป็นการบังคับซื้อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยตรงหรือทางอ้อม

(6) โดยวิธีหรือลักษณะอื่นใดตามที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 30 (4) มีการกำหนดห้ามมิให้ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยวิธีการให้หรือเสนอให้สิทธิในการชิงโชคหรือการชิงรางวัลหรือสิทธิประโยชน์ และมาตรา 30 (5) กำหนดห้ามมิให้ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยแจก แถม ให้ หรือแลกเปลี่ยนกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือกับสินค้าอื่น ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายห้ามไว้โดยเฉพาะเจาะจงสำหรับของแถมที่เกี่ยวข้องกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ในเรื่องนี้เองเป็นเรื่องที่มีการกำหนดเฉพาะเจาะจงในสังคมไทย เท่านั้น โดยเหตุผลมาจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ก่อให้เกิดปัญหาด้านสุขภาพ ครอบครัว อุบัติเหตุ และอาชญากรรม ซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

2.5 ลักษณะของของแถม

การพิจารณาสัญญาซื้อขายที่มีของแถมว่า ในส่วนใดเป็นของแถมและส่วนใดเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขาย จะต้องพิจารณาก่อนว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายคือทรัพย์สินชนิดใด เมื่อทราบว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายเป็นทรัพย์สินชนิดใดแล้ว ก็จะต้องพิจารณาว่า สิ่งใดเป็นอุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขาย เพราะว่าหากเป็นอุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายก็ไม่ใช่ของแถม เนื่องจากถือเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขาย ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า สิ่งใดเป็นของแถมนั้น คงจะต้องพิจารณาแยกลักษณะของแถมออกจากคำว่า อุปกรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 147

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 147 บัญญัติว่า “อุปกรณ์ หมายความว่าสังหาริมทรัพย์ ซึ่งโดยปกตินิยมเฉพาะถิ่นหรือโดยเจตนาชัดเจนของเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประธาน เป็นของใช้ประจำอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นอาจเงิน เพื่อประโยชน์แก่การจัดดูแล ใช้สอยหรือรักษาทรัพย์สินที่เป็นประธานและเจ้าของทรัพย์สินได้นำมาสู่ทรัพย์สินที่เป็นประธานโดยการนำมาติดต่อ หรือปรับเข้าไว้ หรือทำโดยประการอื่นใด ในฐานะเป็นของใช้ประกอบกับทรัพย์สินที่เป็นประธานนั้น

อุปกรณ์ที่แยกออกจากทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นการชั่วคราวก็ยังไม่ขาดจากการเป็นอุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นประธานนั้น

อุปกรณ์ย่อมตกติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นประธาน เว้นไว้แต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากนิยามดังกล่าวทำให้เราเข้าใจถึงลักษณะของอุปกรณ์และของแถมได้ดังนี้⁵¹

(ก) อุปกรณ์จะต้องมีทรัพย์สินที่เป็นประธาน ถ้าไม่มีทรัพย์สินที่เป็นประธานจะมีอุปกรณ์มิได้ เช่น พายี่มนำมาใช้ประจำกับเรือ หรือเครื่องมือแก่เครื่องยนต์ที่นำมาใช้ประจำกับรถยนต์ ย่อมเป็นอุปกรณ์ของเรือและรถยนต์ แต่พายหรือเครื่องมือแก่เครื่องยนต์ที่วางขายอยู่ในร้านไม่เป็นอุปกรณ์ของทรัพย์สินใด เพราะยังไม่มีทรัพย์สินที่เป็นประธาน

สำหรับของแถมโดยหลักแล้วจะต้องมีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายก่อน แต่ในกรณีที่ผู้เขียนกำลังศึกษาอยู่นั้นมีของแถมอยู่ประเภทหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องมีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายก่อน เช่น สินค้าทดลองใช้ซึ่งเป็นการให้เปล่าแก่ประชาชนทั่วไปเพื่อจะจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขายโดยการได้ทดลองใช้สินค้าที่แจกให้ ที่ผู้เขียนมองว่าสินค้าประเภทนี้เป็นของแถมด้วย ก็เพื่อต้องการให้เกิดความคุ้มครองแก่ประชาชนทั่วไปที่ได้รับการแจกสินค้าทดลองใช้ เนื่องจากว่าสินค้าทดลองใช้มีลักษณะเป็นสัญญาให้ ซึ่งผู้ให้ของแถมที่เป็นสินค้าทดลองใช้ดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องแต่อย่างใดหากสินค้าทดลองใช้ไปทำความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับแจกสินค้านั้น โดยหลักแล้วของแถมจะต้องมีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายก่อน แต่สำหรับกรณีของแถมที่เป็นสินค้าทดลองใช้ผู้เขียนขอนำมาจัดรวมอยู่ในของแถมด้วย เพื่อที่จะหาแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่ได้รับของแถมที่เป็นสินค้าทดลองใช้

ทรัพย์สินที่เป็นประธานจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ เช่น กลอนประตูหน้าต่าง ขอรับขอสับประตูหน้าต่างเป็นอุปกรณ์ของบ้าน ล้ออะไหล่รถยนต์เป็นอุปกรณ์ของรถยนต์ เป็นต้น สำหรับของแถมที่ผู้เขียนศึกษานั้น จะศึกษาแต่เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายที่เป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ไม่ได้ศึกษาวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ด้วย

(ข) อุปกรณ์จะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เสมอไป อสังหาริมทรัพย์จะเป็นอุปกรณ์มิได้ เช่น ซ็องกรมาไลนุก นกเป็นทรัพย์สินประธาน กงเป็นอุปกรณ์ได้ แต่ถ้าสร้างคอกม้าติดกับที่ดินในลักษณะตรงตราบถาวรคอกม้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ แม้จะมีลักษณะคล้ายกงซึ่งเป็นอุปกรณ์ของนกก็ตาม แต่คอกม้าก็หาใช่อุปกรณ์ของม้าไม่

สำหรับของแถมก็เช่นเดียวกัน ของแถมจะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เสมอไป แต่ลักษณะของของแถมจะมีลักษณะที่กว้างออกไป เช่น ของแถมที่เป็นการให้บัตรส่วนลดหรือให้สิทธิซื้อสินค้าในราคาถูกเมื่อมีการซื้อสินค้ากันแล้ว มีลักษณะเป็นการที่ผู้ขายให้ค้ำประกันแก่ผู้ซื้อสินค้า

(ค) อุปกรณ์ต้องมีทรัพย์สินที่รวมสภาพความเป็นอยู่อยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานจนแยกจากกันไม่ได้ อุปกรณ์เป็นเพียงทรัพย์สินที่นำมาใช้ประจำอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นอาจิดน และ

⁵¹บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยามพรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2540), หน้า 41-45.

สามารถแยกจากทรัพย์สินประธานได้โดยไม่ทำให้ทรัพย์สินประธานถูกทำลาย ทำนุบสลายหรือเปลี่ยนแปลงรูปทรง เช่น ล้อเป็นส่วนควบของรถ แต่ล้ออะไหล่ที่นำมาไว้กับรถเพื่อใช้เปลี่ยนเมื่อยางรถแตกเป็นอุปกรณ์ กระบอกเลนส์เป็นส่วนควบของแว่นตา แต่ปลอกแว่นตาเป็นเพียงอุปกรณ์ของแว่นตา

สำหรับของแถมก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน คือ ของแถมต้องมีทรัพย์สินที่รวมสภาพความเป็นอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานจนแยกจากกันไม่ได้ และของแถมจะต้องไม่ใช่ส่วนควบด้วย นอกจากนี้ของแถมต้องเป็นสิ่งที่เกินความจำเป็นสำหรับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ ถ้าไม่มีของแถมทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายก็สามารถใช้งานได้ตามปกติ เช่น การซื้อขายเครื่องพิมพ์(Printer) ผู้ขายมีการแถมหมึกพิมพ์ให้เพิ่มอีก 1 อัน นอกจากหมึกพิมพ์ที่ติดอยู่ในเครื่องพิมพ์(Printer) จะเห็นได้ว่า หมึกพิมพ์ที่ให้เพิ่มอีก 1 อันนั้น แม้ไม่ได้ให้มา เครื่องพิมพ์(Printer) ก็สามารถทำงานได้ตามปกติเพราะมีหมึกพิมพ์ที่ติดอยู่ในเครื่องอยู่แล้ว ดังนั้น หมึกพิมพ์ที่ผู้ขายให้เพิ่มอีก 1 อัน จึงมีลักษณะเป็นของแถม เพราะเป็นสิ่งที่เกินความจำเป็นสำหรับเครื่องพิมพ์(Printer)ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย

ในส่วนนี้จะเห็นได้ว่า อุปกรณ์แตกต่างจากของแถม เพราะว่าของแถมไม่ได้เป็นเพียงทรัพย์สินที่นำมาใช้ประจำอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นอาจิดน แต่อุปกรณ์เป็นเพียงทรัพย์สินที่นำมาใช้ประจำอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นอาจิดน

(ง) อุปกรณ์จะต้องมีทรัพย์สินที่เป็นประธานด้วยกัน เช่น ช้อนกับส้อม ตะเกียบ 2 ช้าง รองเท้า 2 ช้าง ต่างมีใช้อุปกรณ์ซึ่งกันและกัน เพราะมีความสำคัญเท่าเทียมกัน

สำหรับของแถมก็จะต้องไม่ใช่ทรัพย์สินที่เป็นประธานด้วยกัน เช่น รองเท้า 2 ช้าง ไม่ใช่ว่า ช้อรองเท้าข้างหนึ่งแถมรองเท้าอีกข้างหนึ่ง เนื่องจากต่างก็ไม่ใช่ของแถมซึ่งกันและกัน เพราะมีความสำคัญเท่าเทียมกัน

(จ) อุปกรณ์จะต้องเป็นทรัพย์สินของเจ้าของเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นประธาน เช่น เจ้าของเรือซื้อพายมาไว้ใช้กับเรือ พายเป็นอุปกรณ์ของเรือ แต่ถ้าเจ้าของยืมพายเขามาแล้วไม่ส่งคืน คงเก็บไว้ใช้กับเรือตลอดมา แม้จะนานเท่าใดพายนั่นก็หาใช้อุปกรณ์ของเรือลำนั้นไม่

แต่ของแถมไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินของเจ้าของเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย เช่น ซื้อเครื่องปรับอากาศแถมพัดลม จะเห็นได้ว่า บริษัทผู้ขายเครื่องปรับอากาศ ไม่ใช่เจ้าของเดียวกับบริษัทเจ้าของพัดลม เพียงแต่บริษัทเจ้าของพัดลมเป็นบริษัทในเครือและมีการให้แถมพัดลมให้เช่นนี้ก็เพื่อให้การโฆษณาสินค้า

(ฉ) อุปกรณ์จะต้องเป็นของใช้ประจำอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นอาจิดน มีใช้นำมาใช้เพียงครั้งคราว ที่ว่าเป็นอาจิดนนั้นหมายถึงนำมาใช้ในลักษณะยืนยาวตลอดไป แต่ไม่จำเป็นต้องนำมาใช้กับทรัพย์สินที่เป็นประธานอยู่ตลอดเวลา เช่น เครื่องมือแก้รถ ถ้าเจ้าของซื้อมาใช้กับรถของตน เครื่องมือนั้นก็เป็นอุปกรณ์ แม้บางครั้งเจ้าของจะลืมนำมาใส่ไว้กับรถก็ตาม แต่

ถ้าเจ้าของรถซื้อเครื่องมือมาให้ขาย แม้บางครั้งจะได้ยืมมาแก้รถของตนเองบ้าง เครื่องมือแก้รถนั้นก็หาใช่อุปกรณ์ไม่ หรือเช่นลูกกุญแจตามปกติย่อมใช้ประจำอยู่กับแม่กุญแจเสมอ ลูกกุญแจจึงเป็นอุปกรณ์ของแม่กุญแจ ถึงแม้จะแยกกันเก็บมิได้ผูกติดกับแม่กุญแจตลอดเวลา ก็ยังเรียกว่าได้ใช้ประจำอยู่กับแม่กุญแจเป็นอาจิดแล้ว

ส่วนการที่จะพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นของใช้ประจำกับทรัพย์สินที่เป็นประธานเป็นอาจิดนั้น พิจารณาได้จากเหตุใดเหตุหนึ่งใน 2 ประการ คือ

ประการแรก พิจารณาปกตินิยมเฉพาะถิ่น เช่น ยางอะไหล่รถยนต์ สูบรถจักรยาน ปลอกแว่นตา เข็มผูกกรองเท้า ตามปกตินิยมย่อมถือว่าเป็นของใช้ประจำรถยนต์ รถจักรยาน แว่นตา และรองเท้า เป็นต้น

ประการที่สอง พิจารณาจากเจตนาโดยชัดแจ้งของเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประธาน เช่น พายยนต์เป็นของใช้ประจำกับเรือพายตามปกตินิยมเฉพาะถิ่น แต่ขอมไม้พายของใช้ประจำกับเรือยนต์ตามปกตินิยม แต่ถ้าเจ้าของเรือยนต์นำพายมาไว้กับเรือยนต์โดยเจตนาจะให้ เป็นของใช้ประจำเรือยนต์ เพื่อช่วยค้ำช่วยพายเมื่อเครื่องเรือเสีย ดังนี้พายนั่นก็เป็นอุปกรณ์ของเรือยนต์ได้

สำหรับของแถมไม่จำเป็นต้องเป็นของใช้ประจำอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายเป็นอาจิด ของแถมอาจเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายก็ได้ เช่น ซ็อกปากกาหนึ่งด้ามแถมพรีอ็อกหนึ่งด้าม ของแถมก็มีลักษณะเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายนั้น

(ข) อุปกรณ์จะต้องใช้ประจำเป็นอาจิดกับทรัพย์สินที่เป็นประธานเพื่อประโยชน์ในการจัดดูแล ใช้สอย หรือรักษาทรัพย์สินที่เป็นประธาน เช่น เครื่องมือแก้รถยนต์หรือล้ออะไหล่รถยนต์ เป็นต้น แต่ถ้าทรัพย์สินใดนำมาใช้ประจำกับทรัพย์สินที่เป็นประธานเพื่อประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินนั่นเอง เช่น วิทยุที่เจ้าของรถยนต์นำไปฟังในรถเป็นประจำ แม้จะนานเพียงใดก็มีใช่อุปกรณ์ของรถยนต์ ในทำนองเดียวกันทรัพย์สินที่นำมาประจำกับทรัพย์สินที่เป็นประธานเพียงเพื่อเป็นเครื่องประดับหรือเพื่อความสวยงามเท่านั้น เช่น ตุ๊กตาประดับรถยนต์ก็หาใช่อุปกรณ์ของรถยนต์ไม่

สำหรับของแถมไม่จำเป็นต้องใช้ประจำเป็นอาจิดกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายเพื่อประโยชน์ในการจัดดูแล ใช้สอย หรือรักษาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย เช่น ซ็อกยาสีฟันแถมครีมล้างหน้า ครีมล้างหน้าที่เป็นของแถมนั้นไม่ได้มีเพื่อประโยชน์ในการจัดดูแล ใช้สอย หรือรักษา ยาสีฟันซึ่งเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายแต่อย่างใด

(ค) อุปกรณ์จะต้องเป็นทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประธาน ได้นำมาสู่ทรัพย์สินที่เป็นประธานในฐานะเป็นเครื่องใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดดูแล ใช้สอย หรือรักษาทรัพย์สินที่เป็นประธาน เช่น ซ็อกกรงมาใส่กรงเพื่อมิให้นกหนี กรงเป็นอุปกรณ์ของนก แต่ถ้ามีกรงวางข้างเอาไว้ดูเล่น แล้วเจ้าของกรงซื้อนกมาใส่กรงในกรณีนี้กรงวางข้างมิใช่อุปกรณ์ของนก เพราะเจ้าของนำนกมาสู่กรง

และนาก็มิใช่อุปกรณ์ของกรง เพราะนาก็มิใช่ของใช้เพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาหรือใช้สอยกรง
งาข้างนั้นแต่อย่างใด

ทรัพย์สินใดเมื่อเป็นอุปกรณ์แล้ว แม้จะแยกจากทรัพย์สินที่เป็นประธานชั่วคราว ก็ยังไม่
ขาดจากเป็นอุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นประธานนั้น เช่น เครื่องมือแก้รถ กุญแจตู้นิรภัย แม้จะแยกไว้
ต่างหากหรือให้เพื่อนยืมไปชั่วคราวก็ยังเป็นอุปกรณ์ของรถและตู้นิรภัยอยู่ แต่ถ้าเป็นการแยกอย่าง
เด็ดขาดไปเลย ก็ขาดจากการเป็นอุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นประธานไปทันที การแยกเด็ดขาดหรือไม่
ต้องดูจากเจตนาและพฤติการณ์ต่างๆ ของเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประธาน เช่น นำอุปกรณ์ไปขายหรือ
ให้ผู้อื่นไปเลย เป็นต้น

ตามธรรมดาอุปกรณ์ย่อมตกติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นประธาน กล่าวคือ เมื่อโอนทรัพย์สิน
ที่เป็นประธานไปให้ผู้ใด ผู้รับโอนย่อมได้อุปกรณ์ไปด้วย แม้ว่าขณะโอนทรัพย์สินที่เป็นประธานนั้น
อุปกรณ์จะแยกอยู่ต่างหากจากทรัพย์สินที่เป็นประธานก็ตาม เช่น ชายรถยนต์ที่มีเครื่องมือแก้รถอยู่
ด้วย แม้ขณะขายเจ้าของรถยนต์จะนำเครื่องมือชิ้นนั้นไปจำหน่ายไว้ก็ตามที่ ผู้ซื้อก็ยังมิสิทธิได้เครื่องมือ
แก้รถนั้นด้วย แต่ถ้าตกลงจำหน่ายหรือโอนกันโดยชัดแจ้งว่าจะไม่จำหน่ายหรือโอนอุปกรณ์ไปกับ
ทรัพย์สินที่เป็นประธานด้วย ข้อตกลงนี้ก็ใช้ได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้รับโอนย่อมไม่ได้ไปซึ่งอุปกรณ์นั้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า ของแถมจะต้องไม่ใช่อุปกรณ์แห่ง
ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย เพราะหากเป็นอุปกรณ์แห่งทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย
เมื่อมีการโอนทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายไปให้ผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้อย่อมได้อุปกรณ์ไปด้วยตามผล
แห่งกฎหมาย แต่ของแถมไม่ใช่อุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายแล้ว ผู้ซื้อย่อมไม่ได้
ของแถมไปด้วยในลักษณะทำนองเดียวกับอุปกรณ์ เช่น ชายรถยนต์ซึ่งปกติแล้วอุปกรณ์แห่งรถยนต์
ได้แก่ เครื่องมือแก้รถกับล้ออะไหล่ แต่ถ้าผู้ขายมีเครื่องสูบลยางรถยนต์ซึ่งโดยปกติไม่ได้มีประจำอยู่
กับรถยนต์อยู่แล้วไม่มีลักษณะเป็นอุปกรณ์ เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายตกลงทำการซื้อขายรถยนต์เพียงอย่าง
เดียวและไม่ได้มีการตกลงในเรื่องอื่น โดยผลของกฎหมายเครื่องมือแก้รถกับล้ออะไหล่ซึ่งเป็น
อุปกรณ์ย่อมตกแก่ผู้ซื้อ ส่วนเครื่องสูบลยางรถยนต์นั้นไม่มีลักษณะเป็นอุปกรณ์จึงไม่ตกแก่ผู้ซื้อ หาก
ผู้ขายมีเจตนาที่จะให้รถยนต์พร้อมเครื่องสูบลยางรถยนต์ไปด้วย เครื่องสูบลยางรถยนต์นั้นก็จะเป็นของ
แถมที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาให้ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบเครื่องสูบลยางรถยนต์ ผู้ขายก็สามารถ
ที่จะนำเครื่องสูบลยางรถยนต์คืนได้ เพราะถือว่าสัญญาให้ของแถมดังกล่าวยังไม่สมบูรณ์เนื่องจากยัง
ไม่ได้มีการส่งมอบ

แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการส่งมอบรถยนต์ทั้งคันและเครื่องสูบลยางรถยนต์แล้ว ถ้าผู้ซื้อ
นำเครื่องสูบลยางรถยนต์ไปใช้แล้วเกิดความเสียหายกับทรัพย์สินของผู้ซื้อ เช่น รถยนต์ยางรั่ว แต่พอ
นำเครื่องสูบลยางรถยนต์มาใช้กลับใช้ไม่ได้ ทำให้ผู้ซื้อซึ่งต้องนำสินค้าที่ตนประกอบธุรกิจไปส่งล่าช้า
เป็นเหตุให้ผิดสัญญาต้องชำระค่าปรับ ในกรณีนี้ผู้ขายรถยนต์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะว่าเครื่องสูบลยาง

รถยนต์ที่ผู้ขายให้เป็นของแถมมีลักษณะเป็นสัญญาให้ ผู้ขายจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของเครื่องสูบยางรถยนต์ดังกล่าว

แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ขายและผู้ซื้อตกลงทำสัญญาซื้อขายรถยนต์โดยผู้ขายตกลงให้เครื่องสูบยางรถยนต์ไว้ในข้อสัญญา เครื่องสูบยางรถยนต์ดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นของแถมที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเปรียบเสมือนเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายไปด้วย เมื่อเครื่องสูบยางรถยนต์มีความชำรุดบกพร่องผู้ขายก็ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472-474 ผู้ขายต้องรับผิดชอบเฉพาะความชำรุดบกพร่องอันเป็นเหตุเสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา แต่หากผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน หรือความชำรุดบกพร่องเห็นประจักษ์ในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับไว้โดยไม่ติดเงื่อนไขหรือทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบ สำหรับกรณีความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องกฎหมายกำหนดอายุความห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ได้พบเห็นความชำรุดบกพร่อง

2.6 ประเภทของของแถมในสัญญาซื้อขาย

ดังที่อธิบายในเบื้องต้นถึงความหมายของของแถมในหัวข้อ 2.2 และลักษณะของของแถมในหัวข้อ 2.5 จะเห็นได้ว่า ของแถมต้องไม่ใช่อุปกรณ์แห่งทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย แต่เป็นสิ่งที่ให้ไม่ว่าจะอยู่รูปแบบเป็นสิ่งทรัพย์สินอย่างอื่น หรือเงินหรือสิ่งของหรือสิ่งอื่นใดในทำนองเดียวกันนี้ที่มีการให้เพื่อจงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขาย โดยในส่วนของทำการศึกษาวิจัยในเรื่องสัญญาซื้อขายที่มีของแถมผู้เขียนจะมุ่งเน้นของแถมที่เป็นเงินหรือสิ่งของหรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกัน แต่จะไม่ได้กล่าวถึงการให้บริการเป็นการตอบแทนที่ทำสัญญาซื้อขายเข้ามาวิเคราะห์ เมื่อเข้าใจถึงความหมายและลักษณะของคำว่า “ของแถม” แล้ว จากการศึกษาของผู้เขียนสามารถที่แบ่งประเภทของของแถมในสัญญาซื้อขายได้เป็น 8 ประเภทดังต่อไปนี้

2.6.1 ของแถมที่คืนเป็นเงิน หรือ รางวัล

ของแถมที่คืนเป็นเงินหรือรางวัล เราจะพบเห็นได้จากการซื้อสินค้าต่าง ๆ ซึ่งมีการกำหนดให้ซื้อสินค้าแล้วบอกว่าถ้าซื้อสินค้าชนิดนี้แล้วจะแถมเงินคืนให้หรือให้เป็นรางวัล เช่น ในการซื้อรถยนต์หรือผลิตภัณฑ์ด้านสุขภาพจะมีการโฆษณาที่จะแถมเงินคืนให้หรือให้รางวัลเป็นทองคำ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

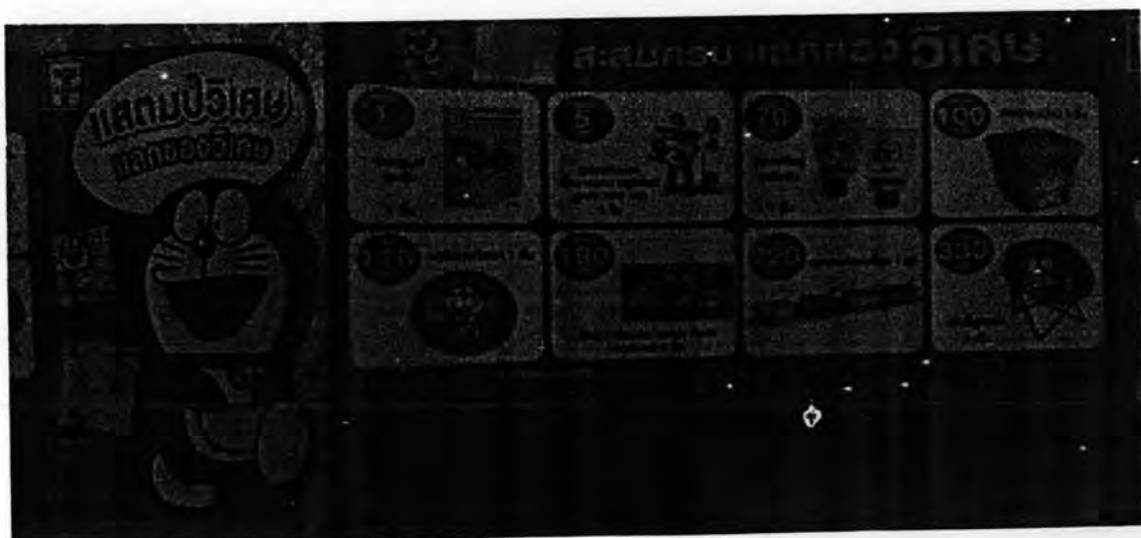
2.6.2 ของแถมที่ให้ทันที หรือ จะต้องซื้อสินค้าชิ้นนั้นผสมกับสินค้าชิ้นนี้

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งของแถมเป็นประเภทที่ให้ทันทีเมื่อเข้าทำสัญญาซื้อขาย โดยให้ของแถมทันที มีลักษณะในการทำงานเดียวกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่ต้องซื้อสินค้าชิ้นนั้นผสมกับสินค้าชิ้นนี้แล้วจึงจะได้ของแถม สำหรับของแถมประเภทนี้ เราจะสามารถที่จะพบเห็นได้ทั่วไปตามห้างสรรพสินค้าที่มีการแนบของแถมติดกับสินค้าที่วางขายไว้บนชั้นวางของ ซึ่งจะอธิบายถึงนิติสัมพันธ์ในหัวข้อที่ 2.7

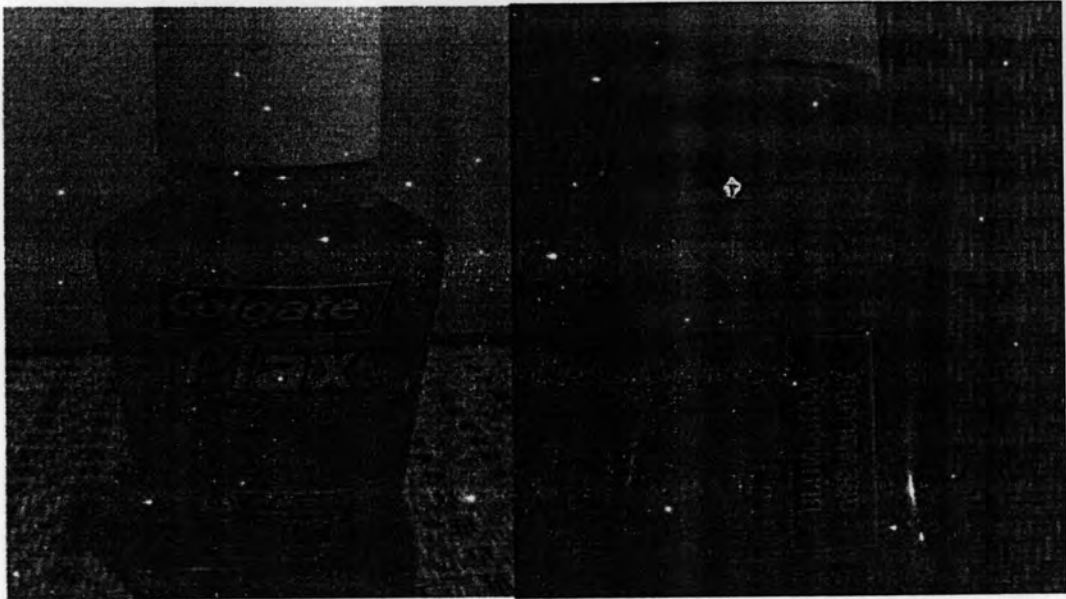


2.6.3 ของแถมที่ต้องสะสมถึงยอดแล้วจึงมีสิทธิได้

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่ต้องสะสมยอดจากสัญญาซื้อขายให้ได้ราคาตามที่กำหนดจึงจะมีสิทธิได้ของแถมดังกล่าว ซึ่งจะอธิบายถึงนิติสัมพันธ์ในหัวข้อที่ 2.7



เช่น แจกแบ่ง น้ำยาบ้วนปาก เป็นต้น เมื่อผู้ได้รับของแถมใช้แล้วเกิดความพอใจในสินค้าก็จะได้มีการเข้าไปทำสัญญาซื้อขายในตัวสินค้าอีกที ซึ่งจะอธิบายถึงนิติสัมพันธ์ในหัวข้อที่ 2.7



2.6.6 ของแถมที่ให้ต่อเมื่อมีการกรอกแบบตอบรับให้ข้อมูลบางอย่าง

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่ให้ต่อเมื่อมีการกรอกแบบตอบรับให้ข้อมูลบางอย่างแก่ผู้ขายแล้ว โดยจะอธิบายถึงนิติสัมพันธ์ในหัวข้อที่ 2.7

หลังจากซื้อรถยนต์แล้วให้กรอกข้อมูลเพื่อขอรับสายรัดเบาะรถยนต์

ข้อมูลผู้ซื้อ	
ชื่อ	<input type="text"/>
นามสกุล	<input type="text"/>
เพศ	<input type="text"/>
ที่อยู่	<input type="text"/>
อำเภอ	<input type="text"/>
จังหวัด	<input type="text"/>
รหัสไปรษณีย์	<input type="text"/>
ชื่อผู้ทำงาน	<input type="text"/>
อำเภอ	<input type="text"/>
จังหวัด	<input type="text"/>
รหัสไปรษณีย์	<input type="text"/>
อาชีพ	<input type="text"/>
โทรศัพท์	<input type="text"/>
E-mail	<input type="text"/>
วันเดือนปีเกิด	<input type="text"/>
รายได้	<input type="text"/>

2.6.7 ของแถมที่มีจำนวนจำกัด และต้องแจ้งความประสงค์ภายในกำหนดระยะเวลา

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่มีจำนวนจำกัดและจะต้องแจ้งความประสงค์ภายในกำหนดระยะเวลา โดยเราสามารถที่จะพบสัญญาซื้อขายประเภทนี้ได้ใน การซื้อขายสินค้าทางโทรทัศน์ ซึ่งจะอธิบายถึงนิติสัมพันธ์ในหัวข้อที่ 2.7



2.6.8 ของแถมที่คืนมาในรูปของบัตรของขวัญ

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่เป็นบัตรของขวัญโดยจะกำหนดให้สามารถที่จะใช้บัตรของขวัญเป็นเสมือนเงินสดในการซื้อสินค้าของผู้ขายอื่นได้เลย ซึ่งจะอธิบายถึงนิติสัมพันธ์ในหัวข้อที่ 2.7



2.7 การให้ความคุ้มครองสัญญาซื้อขายที่มีของแถมโดยพิจารณาตามมิติของเวลา

ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองตามกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่มีของแถมจะต้องแยกตามขั้นตอนของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคหรือผู้ซื้อ ดังนี้

2.7.1 ขั้นตอนก่อนที่จะมีการแถม

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนก่อนการเข้าทำสัญญาซื้อขายที่มีของแถม เมื่อพิจารณาสภาพตลาดของการผลิตแบบอุตสาหกรรมที่มีสินค้าออกมามากมายหลายชนิดโดยมีการเสนอให้ของแถมแก่ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อเพื่อจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้านั้น การโฆษณาจึงได้กลายเป็นสิ่งจำเป็นของตลาด เพราะโอกาสติดต่อโดยตรงระหว่างผู้บริโภคหรือผู้ซื้อกับผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ขายเกิดขึ้นได้ยาก ข่าวสารต่างๆ ที่ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อได้รับจึงเป็นไปในรูปของโฆษณาผ่านสื่อต่างๆ ที่ขยายตัวหลากหลายมากขึ้น เช่น ป้าย หนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ และอินเทอร์เน็ต การโฆษณาในตลาดปัจจุบันมักไม่มีสภาพเป็นคำมั่นจริงจังว่าสินค้าของตนเป็นเช่นใด การฟ้องให้รับผิดชอบตามหลักเรื่องสัญญาไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป โฆษณาส่วนใหญ่เป็นการให้ข้อเท็จจริงบางแง่และให้ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อพัฒนาความคิดขึ้นเองว่าสินค้าใดเป็นเช่นใด⁵² ซึ่งอาจเกิดความเข้าใจผิดในลักษณะของสินค้าและของแถมได้ โดยค่าใช้จ่ายในการโฆษณาแท้จริงได้มาจากผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าที่มีของแถม จึงเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ขายมีหน้าที่ใช้จ่ายเงินในการโฆษณาเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคหรือผู้ซื้อและสังคมด้วย นอกจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ควบคุมการโฆษณาที่หลอกลวงเป็นหลักแล้ว กฎหมายดังกล่าวยังก้าวมาควบคุมโฆษณาที่ทำหน้าที่ผิดบทบาท โฆษณาใดทำให้ผู้บริโภค "อาจเกิดความเข้าใจผิด" ได้ ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะห้ามกาโฆษณาเช่นนั้น โฆษณาในทางอาญาจะนำมาใช้บังคับกับโฆษณาที่เกิดขึ้นโดยจูงใจให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดไปในทางที่มุ่งประสงค์ต่อผลโดยตรงเท่านั้น

ปัจจุบันการควบคุมการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 จะใช้บังคับกับทุกสินค้า แต่สำหรับการให้ควบคุมการโฆษณาในเรื่องของแถมนั้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ได้มีการกำหนดไว้เฉพาะกรณีที่เกิดให้มีการแถมพกหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคโดยวิธีใดๆ ในการประกอบกิจการค้าหรืออาชีพตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 หากมีการโฆษณาไปโดยที่ยังไม่ได้รับอนุญาตจัดให้มีการแถมพกหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน อันเป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา 22 วรรคสอง (5) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค

⁵² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, หน้า 27-28.

พ.ศ. 2522 ประกอบกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526) [โดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526) ออกตามความใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 (3) และ (4) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2534)] ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวในข้อ (3) ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 48 และมาตรา 51 ประกอบมาตรา 22 วรรคสอง (5) แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าว สำหรับในกรณีผู้จัดให้มีการแถมพหุหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามมาตรา 8 แห่ง พระราชบัญญัติการพนันดังกล่าว หากดำเนินโฆษณาของรางวัลไม่ตรงกับที่ดำเนินการขออนุญาตก็จะเข้าลักษณะการโฆษณาอันเป็นเท็จ ซึ่งอาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ จะสังเกตได้ว่า การให้ควบคุมการโฆษณาตามกฎหมายดังกล่าวมีแต่เพียงการควบคุมกรณีที่จัดให้มีการแถมพหุหรือรางวัลเท่านั้น

2.7.2 ขั้นตอนเมื่อเกิดการแถม

ในขั้นตอนนี้จะต้องพิจารณาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายแยกออกจากของแถมก่อน โดยของแถมนั้นจะต้องไม่ใช่อุปกรณ์ของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 2.5 สำหรับของแถมนั้นคงต้องพิจารณาเสียก่อนว่าของแถมนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใด หากของแถมมีลักษณะเช่นเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย เช่น ช้อนน้ำปลาหนึ่งขวดแถมน้ำปลาอีกหนึ่งขวด การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องของแถมก็ต้องนำหลักเรื่องสัญญาซื้อขายมาใช้บังคับ ซึ่งผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของของแถมด้วย

แต่ถ้าหากมีการให้เปล่าในส่วนของของแถมก็จะเข้าลักษณะสัญญาให้ ซึ่งสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องของแถมก็ต้องนำหลักเรื่องสัญญาให้มาใช้บังคับ ซึ่งผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในส่วนของแถม เพราะมีลักษณะเป็นการให้เปล่า

นอกจากนี้ในการทำสัญญาซื้อขายที่มีของแถมยังมีการกำหนดข้อตกลงกัน สำหรับข้อตกลงหรือข้อสัญญานั้นจะไปเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งได้กำหนดให้ข้อตกลงที่มีลักษณะบางประการ เช่น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด การให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การให้สิทธิยกเลิกสัญญาโดยอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ฯลฯ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งจะใช้บังคับตามนั้นไม่ได้ แต่ยังคงใช้ได้เพียงเท่าที่มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น หากมีการกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นก็ต้องฟ้องร้องเป็นคดีกันในศาลเพื่อพิจารณาพิพากษาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ พระราชบัญญัตินี้ใช้กับสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคอย่างหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกัน พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันนี้ไปใช้กับ

"สัญญาสำเร็จรูป" และ "สัญญาขายฝาก" ด้วย ไม่ว่าจะทำกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคหรือไม่ก็ตาม ซึ่งจะกล่าวถึงเรื่องของแถมที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายฉบับนี้ให้หัวข้อ 2.7.3

สำหรับขั้นตอนเมื่อเกิดการแถมนั้น หลักการในเบื้องต้นในการเกิดสัญญาซื้อขาย ผู้เขียนได้อธิบายไว้โดยละเอียดในหัวข้อ 2.3 แล้ว และในขั้นตอนนี้จะเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาซื้อขายกับส่วนของแถม โดยของแถมนั้นดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2.5 ของแถมที่ผู้เขียนศึกษานั้นอาจจะมีการให้ก่อนที่จะเกิดสัญญาซื้อขายหรือให้เมื่อเกิดสัญญาซื้อขายแล้วก็ได้ ซึ่งพิจารณาแยกของแถมได้ดังนี้

2.7.2.1 ของแถมที่คืนเป็นเงิน หรือ รางวัล

ของแถมที่คืนเป็นเงิน ซึ่งในส่วนี้มีลักษณะคล้ายส่วนลด แต่ว่าไม่ใช่ส่วนลด เพราะเป็นส่วนลดจะเป็นกรณีที่ผู้ซื้อของแถมตกลงกันตั้งแต่ทำสัญญาซื้อขายว่าจะซื้อขายสินค้าในราคาเท่าไรโดยเสนอให้ส่วนลดไว้อยู่แล้ว แต่ของแถมที่คืนเป็นเงินเป็นกรณีที่มีการตกลงสัญญาซื้อขายสินค้าว่ามีราคาเท่าไรแล้วจึงมีข้อตกลงให้คืนเงินเป็นของแถม เมื่อเราพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายที่มีของแถมที่คืนเป็นเงินแล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ขายอาจจะทำคำเสนอขายสินค้าหรืออาจจะทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอดังที่อธิบายในหัวข้อ 2.3 โดยผู้ขายกำหนดเรื่องของแถมที่คืนเป็นเงินไว้ในคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอดังกล่าว หากผู้ซื้อสนองตามคำเสนอขายสินค้าพร้อมของแถมที่คืนเป็นเงิน สัญญาซื้อขายที่มีของแถมคืนเป็นเงินย่อมเกิดขึ้น ส่วนกรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอพร้อมของแถมที่คืนเป็นเงิน หากผู้ซื้อทำคำเสนอตรงตามคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอแล้ว และผู้ขายสนองกลับมาสัญญาซื้อขายที่มีของแถมก็ย่อมเกิดขึ้น แต่ถ้าหากผู้ซื้อทำคำเสนอไม่ตรงตามคำเชื้อเชิญที่ให้ทำคำเสนอ เช่น อยากรได้ของแถมที่คืนเป็นเงินจำนวนมากกว่าที่ผู้ขายบอกไว้ ก็จะต้องไปดำเนินการเจรจากันอีกที เพราะว่าของแถมที่คืนเป็นเงิน ไม่ว่าจะมากหรือน้อยก็เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่จะต้องตกลงกันทุกข้อแล้วสัญญาจึงจะเกิดได้ ผู้ขายไม่สามารถที่จะสนองรับเฉพาะส่วนวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายโดยไม่สนองรับในส่วนของแถมได้

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอซื้อรถยนต์มูลค่า 10 ล้านบาท พร้อมกับเสนอให้ส่วนเงินคืนเป็นของแถม 10,000 บาทคิดเป็นแคร์รอลหนึ่งของมูลค่าทรัพย์สินที่ซื้อขายกันเอง ถึงแม้ว่าผู้ซื้อจะทำเป็นคำเสนอซื้อกลับมา แต่สาระสำคัญของกาเกิดสัญญาดังกล่าวก็คือของแถมในส่วนเงินคืน 10,000 บาทเป็นสาระสำคัญ ถึงแม้ว่าของแถมที่คืนเป็นเงินจะมีมูลค่าน้อยกว่าทรัพย์สินมากก็ตาม กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อขายย่อมเกิดขึ้นแล้ว โดยถือว่าของแถมจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ถึงแม้ว่าผู้ขายจะไม่สนใจที่จะปฏิบัติตามสัญญาซื้อ

ขายในสวนที่มีของแถมซึ่งมีมูลค่าไม่สูงมากนักก็จะเป็นเรื่องผิดสัญญาที่ทำให้ผู้ซื้อต้องไปดำเนินการเรียกร้องสิทธิในทางศาลต่อไป

ของแถมที่คืนในรูปของของรางวัล โดยให้มีการจับสลากรางวัลว่าจะได้รางวัลที่มีมูลค่าเท่าใด แต่ที่แน่ ๆ ต้องได้ของรางวัลเป็นของแถมแน่นอน เมื่อวิเคราะห์ถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะเห็นได้ว่า ถ้าเป็นของแถมในรูปของของรางวัลที่ผู้ขายเสนอให้ผู้ซื้อได้ในของรางวัลดังกล่าวเป็นการเฉพาะเจาะจงหากซื้อสินค้าชนิดนี้ โดยผู้ขายให้ผู้ซื้อจับรางวัลก่อนที่จะชำระราคาซื้อขาย ซึ่งของแถมในรูปของรางวัลมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาซื้อขาย เพราะว่าผู้ซื้อได้ทำคำสั่งซื้อ * ที่ซื้อแล้วขอรับของแถมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา ดังนั้น หากผู้ขายสนองรับกลับก็จะก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายขึ้นโดยผู้ซื้อจะได้รับของแถมในรูปของของรางวัล ซึ่งในส่วนนี้หากพิจารณาให้ดีแล้วจะมีปัญหาบางประการ กล่าวคือ ถ้ากรณีของแถมในรูปของของรางวัลเกิดหมดและผู้ขายเสนอให้ของแถมเป็นของรางวัลอย่างอื่นที่ผู้ซื้อไม่ต้องการ ซึ่งในส่วนนี้ถือว่าสัญญาซื้อขายดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้ขายจะต้องหาของรางวัลที่มีลักษณะใกล้เคียงกันไม่ว่าจะเป็นรูปร่างลักษณะและคุณภาพมาให้แก่ผู้ซื้อตามที่ประกาศแจ้งเอาไว้แล้ว แต่ในส่วนนี้ในสัญญาซื้อขายที่มีของแถมในรูปของรางวัลดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ประกาศเงื่อนไขไว้ชัดเจน กล่าวคือ จะมีการเขียนไว้เป็นตัวอักษรเล็กในป้ายโฆษณาหรือประกาศดังกล่าวว่า “ในส่วนของของรางวัลผู้ขายขอสงวนสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า” ซึ่งจะเห็นได้ว่า การที่ผู้ขายประกาศโฆษณาเสนอของแถมที่เป็นของรางวัลให้แก่ผู้ซื้อซึ่งมีลักษณะเป็นคำมั่นโฆษณาจะให้รางวัล แล้วผู้ซื้อทำคำสั่งซื้อในส่วนของสัญญาซื้อขายและขอที่จะรับในส่วนของรางวัลซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา ก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายโดยมีสิทธิได้รับในส่วนหนึ่งของของแถมที่เป็นของรางวัลซึ่งมีลักษณะเป็นคำมั่นโฆษณาของผู้ขายที่จะให้ของแถมที่เป็นรางวัลแน่นอนแต่ไม่แน่ว่าจะได้ของแถมเป็นมูลค่าเท่าใดขึ้นอยู่กับ การจับสลากของผู้ซื้อ ปัญหา ก็จะเกิดขึ้นในกรณีที่ของแถมดังกล่าวเกิดหมด เช่น ผู้ซื้อตกลงซื้อสินค้าชนิดนี้โดยสนใจในของแถมซึ่งก็คือเตาอบไมโครเวฟตามที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำสั่งเสนอว่าจะให้เป็นของรางวัล ซึ่งในส่วนนี้เองหากของแถมหมด ผู้ซื้ออาจจะโต้แย้งว่าสัญญาไม่เกิดเพราะว่าผู้ซื้อตัดสินใจซื้อเนื่องจากต้องการของแถมชนิดนั้นและยังไม่ได้มีการชำระราคาสินค้า

* ที่ผู้เขียนเขียนว่าผู้ซื้อทำคำสั่งเสนอนั้น ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านนึกถึงสินค้าที่อยู่ในห้างสรรพสินค้าที่ยังไม่มีการกำหนดราคาชัดเจนมีลักษณะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำสั่งเสนอนั้น แต่กรณีการเกิดสัญญาซื้อขายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.3 แล้วว่า การเกิดสัญญาซื้อขายอาจจะเกิดจากผู้ขายทำคำสั่งเสนอแล้วผู้ซื้อทำคำสั่งซื้อที่ตรงกัน หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำสั่งเสนอและผู้ซื้อทำคำสั่งเสนอ แล้วผู้ขายก็สนอง

สำหรับของแถมที่เป็นของรางวัลยังมีกรณีที่จะต้องไปจับสลากอีกทีหนึ่งว่าจะได้ของแถมที่เป็นของรางวัลชนิดใด เมื่อพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาซื้อขายที่มีของแถมในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่า ผู้ขายมุ่งเน้นที่จะเสนอขายสินค้าโดยมีการเจรจาในเรื่องราคาสินค้าก่อนแล้วจึงค่อยมีการบอกในเรื่องของของแถมที่เป็นรางวัลที่จะต้องมีการจับสลากแน่นอน ในส่วนนี้จะเห็นได้ว่า ผู้ขายได้ทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอขายสินค้าและผู้ซื้อได้ทำคำเสนอขอซื้อสินค้า ดังกล่าวแล้วจึงมีสิทธิไปจับสลากของแถม เมื่อผู้ขายสนองรับกลับมาสัญญาซื้อขายสินค้าดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นทันที และผู้ซื้อจะต้องนำไปเสร็จไปขอรับสิทธิในการจับสลากของแถมที่เป็นของรางวัล โดยกรณีนี้ผู้ซื้อไปขอรับสิทธิในการจับสลากของแถมที่เป็นของรางวัลเป็นสัญญาของแถมที่เป็นของรางวัลแยกออกมาต่างหากจากสัญญาซื้อขายซึ่งมีลักษณะเป็นการเกิดสัญญาของแถมซ้อนสัญญาซื้อขายตั้งแต่ที่มีการทำสัญญาซื้อขาย ในส่วนนี้จะเห็นถึงนิติสัมพันธ์ที่ผู้ซื้อจะบังคับตามสิทธิของสัญญาของแถมที่มีการจับสลากรางวัลแยกต่างหากจากสัญญาซื้อขาย

นอกจากนี้ของแถมที่คืนในรูปของของรางวัล โดยให้มีการส่งไปชิงโชคซึ่งไม่แน่ว่าจะได้คืนของแถมเช่นนั้นหรือไม่ เมื่อวิเคราะห์ถึงนิติสัมพันธ์ของผู้ซื้อและผู้ขายจะเห็นได้ว่า จะมีการเจรจาก่อนให้เกิดสัญญาซื้อขายก่อนแล้วจึงจะได้รับสิทธิในการส่งไปชิงโชคของรางวัล ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นก่อน แต่ในส่วนของของแถมนั้นเป็นส่วนที่ผู้ซื้อจะใช้สิทธิในการที่จะทำคำเสนอขอชิงรางวัลซึ่งเป็นแต่เพียงการส่งคำเสนอไปเท่านั้น ถ้าจับสลากไม่ได้ก็ไม่เกิดสัญญาของแถมเป็นการชิงรางวัล แต่ถ้าได้มีการจับสลากแล้วผู้ซื้อคนใดได้รางวัลก็ย่อมก่อให้เกิดสัญญาของแถมที่เป็นของรางวัลที่ส่งไปชิงโชค

ของแถมที่คืนเป็นของรางวัลดังกล่าวข้างต้นมักมีประกาศว่า "ในส่วนของของรางวัลผู้ขายขอสงวนสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยไม่จำเป็นจะต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า" เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว จะเห็นได้ว่า ในมาตรา 3 กำหนดว่า ข้อสัญญา หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศและคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด จะพบว่า ป้ายโฆษณาหรือประกาศดังกล่าวของผู้ขายมีลักษณะเป็นข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ในส่วนของการกำหนดกรณีสงวนสิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนของของรางวัล อันทำให้ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองสิทธิตามข้อ

* ผู้เขียนเขียนว่าผู้ซื้อทำคำเสนอนั้น ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านนึกถึงสินค้าที่อยู่ในห้างสรรพสินค้าที่ยังไม่มีการกำหนดราคาชัดเจนมีลักษณะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น แต่กรณีการเกิดสัญญาซื้อขายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.3 แล้วว่า การเกิดสัญญาซื้อขายอาจจะเกิดจากผู้ขายทำคำเสนอแล้วผู้ซื้อทำคำสนองที่ต้องตรงกัน หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและผู้ซื้อทำคำเสนอ แล้วผู้ขายก็สนอง

สัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในตอนนี้ผู้เขียนเห็นว่าได้มีกฎหมายให้ความคุ้มครองที่เพียงพอแล้ว แต่ทางกลับกันอาจจะมีปัญหาได้ ถ้าหากไม่มีป้ายโฆษณาหรือประกาศดังกล่าวของผู้ขาย แต่ผู้ขายเกิดเปลี่ยนแปลงในส่วนของแถมก็จะไม่ใช่กรณีของเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเพราะไม่ได้มีข้อตกลงแต่อย่างใด ในส่วนนี้ผู้ซื้อจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แต่จะต้องไปบังคับตามสิทธิของผู้ซื้อตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องสัญญาของแถมในลักษณะนี้จะมาอ้างเรื่องการเกิดหรือไม่เกิดของสัญญาซื้อขายโดยอ้างของแถมเป็นข้อสาระสำคัญไม่ได้ ถึงแม้ว่าผู้ขายจะยกเลิกการจับรางวัลที่เป็นของแถมก็ตามเพราะว่าไม่แน่นอนว่าผู้ซื้อจะได้รางวัลดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งในตอนนี้อาจจะทำให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคเสียเปรียบเพราะไม่มีโอกาสได้ลุ้นรางวัล

2.7.2.2 ของแถมที่ให้ทันที หรือ จะต้องซื้อสินค้าชิ้นนั้นผสมกับสินค้าชิ้นนี้

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งของแถมเป็นประเภทที่ให้ทันทีเมื่อทำสัญญาซื้อขายซึ่งของแถมที่ให้ทันทีประเภทนี้เราจะสามารถที่จะพบเห็นได้ทั่วไปตามห้างสรรพสินค้าที่มีการแนบของแถมติดกับสินค้าที่วางขายไว้บนชั้นวางของ เมื่อพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในส่วนนี้จะพบว่า ผู้ขายเพียงแต่ทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ* ในกรณที่จะขายสินค้าชนิดนั้นแล้วให้สิ่งของที่ติดอยู่กับสินค้าดังกล่าวเป็นของแถมโดยถือว่าของแถมเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายเช่นเดียวกับสินค้าที่ผู้ซื้อตกลงซื้อ ผู้ซื้อเมื่อตัดสินใจซื้อก็นำสินค้าและของแถมดังกล่าวไปชำระเงินที่จุดชำระเงินอันมีลักษณะเป็นคำเสนอ เมื่อสินค้าผ่านจุดชำระเงินสัญญาซื้อขายดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นทันทีโดยมีส่วนของของแถมเปรียบเสมือนทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย จึงต้องนำหลักในเรื่องสัญญาซื้อขายมาใช้บังคับ ถ้าเกิดปัญหาในเรื่องของแถมก็ต้องไปพิจารณาถึงหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องความชำรุดบกพร่อง เพราะถือว่าของแถมกับสินค้าเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายไปพร้อมกัน ดังนั้น ถ้าเกิดปัญหาว่าของแถมมีความชำรุดบกพร่อง เช่น ของแถมเป็นสินค้าที่หมดอายุซึ่งทำให้เสื่อมประโยชน์ที่มุ่งจะใช้เป็นปกติ ในส่วนนี้เราจะไปพิจารณาเรื่องความชำรุดบกพร่องในเรื่องสัญญาซื้อขายตามมาตรา 472 ประกอบกับ มาตรา 473(1) แห่งประมวล

* ที่ผู้เขียนเขียนว่าผู้ซื้อทำคำเสนอนั้น ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านนึกถึงสินค้าที่อยู่ในห้างสรรพสินค้าที่ยังไม่มีการกำหนดราคาชัดเจนมีลักษณะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น แต่กรณีการเกิดสัญญาซื้อขายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.3 แล้วว่า การเกิดสัญญาซื้อขายอาจจะเกิดจากผู้ขายทำคำเสนอแล้วผู้ซื้อทำคำสนองที่ต้องตรงกัน หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและผู้ซื้อทำคำเสนอ แล้วผู้ขายก็สนอง

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าผู้ซื้ออยู่แล้วในเวลาซื้อขายของแถมหมดอายุแล้วหรือยัง หรือควร จะได้ว่าเช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน ซึ่งในส่วนี้เมื่อเรา พิจารณาแล้วจะพบว่า การซื้อสินค้าบนชั้นวางผู้ซื้อย่อมจะสามารถใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน ที่จะสามารถตรวจสอบวันหมดอายุของของแถมได้อยู่แล้ว ทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อสัญญาเกิดแล้วผู้ ซื้อจำเป็นต้องรับส่วนของของแถมที่หมดอายุไปโดยถือว่าเป็นความชำรุดบกพร่องที่ผู้ขายไม่ต้อง รับผิดชอบ ผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีเช่นนี้ทำให้ผู้ซื้อไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่เพียงพอ หรือในอีกกรณีหนึ่ง ถ้าของแถมนั้นใกล้จะหมดอายุ เช่น เหลืออยู่แค่ 2 - 3 วันจะหมดอายุ กรณี นี้ยังเห็นได้ชัดเจนเลยว่าผู้ซื้อเมื่อนำสินค้าดังกล่าวพร้อมทั้งของแถมไปชำระราคาแล้ว ผู้ซื้อย่อมต้อง ผูกพันตามสัญญาซื้อขายที่มีของแถมดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นกรณีชำรุดบกพร่อง แต่เป็นกรณีที่ผู้ซื้อ ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนในการเลือกซื้อสินค้าพร้อมของแถมดังกล่าวเอง ซึ่งจะเห็นได้ ว่า ในกรณีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้ออย่างไม่เพียงพอ

แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ขายปิดบังวันที่หมดอายุของของแถมกับสินค้าซึ่งมีการบรรจุภัณฑ์ที่ มีลักษณะยึดติดกับสินค้าโดยหันด้านวันหมดอายุของของแถมติดไว้กับสินค้าหรือว่าบรรจุในในภาชนะ อีกชั้นหนึ่ง ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถที่จะตรวจสอบวันหมดอายุของของแถมดังกล่าวได้ ในกรณีถ้าของแถม หมดอายุ ถึงแม้ว่าผู้ซื้อจะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชนแล้วก็ไม่สามารถรู้ได้ว่าของแถม ดังกล่าวหมดอายุ เพราะถ้าผู้ซื้อไปทำแกะบรรจุภัณฑ์ดังกล่าวออกอาจทำให้สินค้านั้นเสียหายได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ขายยังจะต้องรับผิดชอบส่วนของของแถมที่หมดอายุดังกล่าวเพราะเป็นความชำรุดบกพร่องไม่ สามารถคาดเห็นได้แม้ใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชนแล้วก็ตาม และโดยสภาพแล้วผู้ซื้อย่อมจะ เข้าใจโดยสุจริตอยู่แล้วว่าผู้ขายย่อมขายสินค้าพร้อมของแถมที่สามารถใช้งานได้ตามปกติอยู่แล้ว

2.7.2.3 ของแถมที่ต้องสะสมถึงยอดแล้วจึงมีสิทธิได้

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่ต้องสะสมยอดจากสัญญา ซื้อขายให้ได้ราคาตามที่กำหนดจึงจะมีสิทธิได้ของแถมดังกล่าว เมื่อเราพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายแล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ซื้อแสดงเจตนาที่จะทำคำเสนอ* ซื้อสินค้าโดยคำนึงถึง

* ที่ผู้เขียนเขียนว่าผู้ซื้อทำคำเสนอนั้น ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านนึกถึงสินค้าที่อยู่ใน ห้างสรรพสินค้าที่ยังไม่มีการกำหนดราคาชัดเจนมีลักษณะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ เท่านั้น แต่กรณีการเกิดสัญญาซื้อขายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.3 แล้วว่า การเกิด สัญญาซื้อขายอาจจะเกิดจากผู้ขายทำคำเสนอแล้วผู้ซื้อทำคำสนองที่ต้องตรงกัน หรืออาจจะ เป็นกรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและผู้ซื้อทำคำเสนอ แล้วผู้ขายก็สนอง

ราคาสินค้าว่ามีจำนวนสะสมถึงยอดที่จะมีสิทธิได้ของแถมดังกล่าวหรือเปล่า เมื่อผู้ขายสนองรับคำสั่งนั้นก็ก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายสินค้าโดยมีคำมั่นของผู้ขายที่จะให้ของแถมเมื่อสะสมถึงยอดตามราคาซื้อขายที่ผู้ขายเป็นผู้กำหนด ซึ่งในส่วนของคำมั่นนี้เมื่อผู้ซื้อได้ทำการซื้อสินค้าถึงยอดที่กำหนดที่จะได้ของแถมแล้ว ผู้ซื้อจะต้องแสดงเจตนาสนองไปยังผู้ขายซึ่งเป็นผู้ที่ได้ให้คำมั่นไว้ ถ้าไม่ได้มีการแสดงเจตนาสนองกลับไปยังผู้ขายดังกล่าวสัญญาของแถมนี้ก็ยังไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าได้มีการสนองรับกลับไปยังผู้ขายแล้วสัญญาของแถมย่อมเกิดขึ้น ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายที่มีของแถมประเภทนี้จะมีสัญญาซื้อขายสินค้าพร้อมกับคำมั่นที่จะให้ของแถม และเมื่อผู้ซื้อได้ซื้อสินค้าได้ถึงยอดที่มีสิทธิได้ของแถมแล้วจึงสนองรับตามคำมั่นของผู้ขายทำให้เกิดสัญญาของแถมซึ่งเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่สามารถบังคับกันได้

ในกรณีนี้อาจจะเกิดปัญหาขึ้นมาได้ว่า ถ้าหากว่า ผู้ขายบอกถอนคำมั่นในตอนที่ยังซื้อทำสัญญาซื้อขายสินค้ายังไม่ถึงยอดที่มีสิทธิจะได้รับของแถมตามที่ผู้ขายมีคำมั่นว่าจะให้ของแถม เมื่อผู้ซื้อได้ซื้อถึงยอดตามที่ผู้ขายกำหนด จะเห็นได้ว่า กรณีที่ผู้ขายมีสิทธิบอกถอนคำมั่นได้โดยชอบด้วยการกำหนดเวลาให้ผู้ซื้อสนองกลับมาในเวลาอันสมควรเพราะว่าเป็นคำมั่นที่ไม่ได้บ่งระยะเวลา ซึ่งในกรณีผู้เขียนเห็นว่า เป็นกรณีที่ผู้ขายมีสิทธิตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยชอบที่จะบอกถอนคำมั่นได้ แต่ในด้านผู้ซื้อซึ่งทำสัญญาซื้อขายโดยค่อย ๆ สะสมยอดไปเรื่อย ๆ ย่อมมีความมุ่งหวังในการที่จะได้รับของแถมจากผู้ขายทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม แม้ผู้ซื้อจะแสดงเจตนาสนองรับคำมั่นไปแต่ถ้ายังไม่ถึงยอดสะสมที่จะได้รับของแถม การสนองไปดังกล่าวย่อมไม่เกิดเป็นสัญญาของแถมขึ้น เพราะว่ายังไม่ครบเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในคำมั่น จึงเป็นกรณีที่ยังไม่มีความคุ้มครองไว้

ในกรณีสัญญาซื้อขายที่มีของแถมประเภทนี้อาจจะเกิดปัญหาอีกประการหนึ่งขึ้นมาว่า ถ้าหากในระหว่างที่รอให้ผู้ซื้อสะสมให้ถึงยอดที่มีสิทธิที่จะได้รับของแถม ผู้ขายเกิดเปลี่ยนแปลงคำมั่นในส่วนของของแถมโดยเปลี่ยนของแถมที่จะเสนอให้แก่ผู้ซื้อ กรณีเช่นนี้ก็ย่อมเป็นอำนาจของผู้ขายในการที่จะบอกถอนคำมั่นเดิมแล้วเปลี่ยนแปลงคำมั่นใหม่ได้ เพราะถือว่าผู้ซื้อที่ยังสะสมยังไม่ถึงยอดที่มีสิทธิที่ได้รับของแถมยังไม่ได้สนองรับตามคำมั่น ซึ่งในส่วนนี้ย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ซื้อ เพราะในบางครั้งผู้ซื้อต้องการที่จะสะสมให้ถึงยอดเพื่อที่จะได้ของแถมชนิดนั้นเนื่องจากว่าผู้ซื้อสามารถใช้ประโยชน์จากของแถมชนิดนั้นได้ แต่ถ้าได้มีการเปลี่ยนแปลงของแถมชนิดนั้นไปแล้วเป็นอีกชนิดหนึ่งถึงแม้จะมีราคาเท่ากัน แต่ผู้ซื้อไม่ได้ต้องการของแถมชนิดที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อเนื่องจากว่าถ้าไม่ได้มีการให้คำมั่นจะให้ของแถมชนิดแรกแล้วผู้ซื้อคงไม่คิดจะสะสมยอดและซื้อของที่ไม่ว่าจำเป็นเพื่อให้ถึงยอดดังกล่าวที่จะได้ของแถม ผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีนี้ยังไม่มีความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อที่เพียงพอ

2.7.2.4 ของแถมที่ให้สิทธิในการแลกซื้อในราคาถูกลง หรือให้ส่วนลด

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทให้สิทธิในการแลกซื้อของแถมในราคาถูกลง เมื่อเรามาพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ซื้อทำคำเสนอ* ที่จะซื้อสินค้าโดยผู้ขายให้สิทธิแก่ผู้ซื้อสินค้านั้นมีสิทธิแลกซื้อของแถมในราคาถูกลง ซึ่งมีลักษณะเป็นค้ำประกันของผู้ขาย เมื่อผู้ขายสนองรับคำเสนอของผู้ซื้อแล้วยอมทำให้เกิดสัญญาซื้อขายสินค้าดังกล่าวขึ้นโดยมีค้ำประกันในสัญญาซื้อขายดังกล่าวว่า ผู้ซื้อสินค้านั้นมีสิทธิที่จะได้ซื้อของแถมในราคาที่ถูกลง ซึ่งในส่วนนี้จะสังเกตได้ว่า เป็นเพียงค้ำประกันของผู้ขายแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยผู้ซื้อไม่จำเป็นต้องสนองรับตามค้ำประกันดังกล่าวก็ได้ แต่ถ้าผู้ซื้อสนองรับตามค้ำประกันดังกล่าวก็ย่อมเกิดเป็นสัญญาต่างหากที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการที่ได้ซื้อของแถมดังกล่าวในราคาที่ถูกลง แต่ในทางกลับกัน ถ้าผู้ซื้อไม่สนองรับตามค้ำประกันดังกล่าวผู้ซื้อก็ไม่ต้องเกิดสัญญาต่างหากที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการที่จะได้ซื้อของแถมในราคาถูกลง

ในกรณีเช่นนี้จะไม่เหมือนกรณีให้หัวข้อ 2.7.2.3 เพราะว่าช่วงเวลาให้ค้ำประกันตามหัวข้อ 2.7.2.3 จะค่อนข้างยาวกว่าเพราะต้องมีการซื้อขายสินค้าสะสมให้ถึงยอดจึงจะมีสิทธิได้ของแถม แต่ในกรณีหัวข้อนี้ช่วงระยะเวลาของค้ำประกันโดยสภาพมันจะค่อนข้างที่จะสั้นจึงไม่เกิดปัญหาเช่นเดียวกับให้หัวข้อ 2.7.2.3 แต่จะมีปัญหาในเรื่องว่าของแถมที่ผู้ขายมีค้ำประกันว่าจะให้ซื้อในราคาที่ถูกลงนั้นเกิดหมด เมื่อผู้ซื้อสนองรับกลับไปตามค้ำประกันแล้วสัญญาที่ให้สิทธิผู้ซื้อที่จะซื้อของแถมในราคาถูกลง ซึ่งในส่วนนี้ถ้าเกิดของแถมหมดผู้ซื้อย่อมบังคับตามสิทธิได้โดยให้ผู้ขายหาของแถมที่มีคุณภาพใกล้เคียงกันมาแทนของแถมที่หมดไปดังกล่าว

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทให้สิทธิในการแลกซื้อของแถมในราคาถูกลงโดยการลดเปอร์เซ็นต์ให้ในการซื้อขายของแถม กรณีเช่นนี้จะเป็กรณีที่ผู้ซื้อตกลงซื้อสินค้าชนิดหนึ่งแล้วมีสิทธิที่จะได้รับบัตรส่วนลดที่จะไปซื้อสินค้าของผู้ขายชิ้นใดก็ได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนได้จัดให้เป็นส่วนหนึ่งของของแถมที่ให้สิทธิในการแลกซื้อของแถมในราคาถูกลงโดยการลดเปอร์เซ็นต์ให้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ในส่วนของของแถมในส่วนนี้เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ โดยที่ผู้ซื้อจะต้องทำคำเสนอเพื่อซื้อของแถมที่เป็นสินค้าของผู้ขายในร้านชิ้นใดก็ได้

* ที่ผู้เขียนเขียนว่าผู้ซื้อทำคำเสนอนั้น ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านนึกถึงสินค้าที่อยู่ในห้างสรรพสินค้าที่ยังไม่มีการกำหนดราคาชัดเจนมีลักษณะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น แต่กรณีการเกิดสัญญาซื้อขายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.3 แล้วว่า การเกิดสัญญาซื้อขายอาจจะเกิดจากผู้ขายทำคำเสนอแล้วผู้ซื้อทำคำสนองที่ต้องตรงกัน หรืออาจจะเป็กรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและผู้ซื้อทำคำเสนอ แล้วผู้ขายก็สนอง

แล้วลดเปอร์เซ็นต์ให้ และเมื่อผู้ขายสนองรับจึงจะเกิดเป็นสัญญาซื้อขายของแถมในราคาถูก ขึ้นมาอีกสัญญาหนึ่ง ในกรณีนี้อาจจะเกิดปัญหาได้ ถ้าหากผู้ขายไม่สนองรับคำสั่งเสนอของผู้ซื้อ ของแถมในราคาถูกที่ได้รับส่วนลดเป็นเปอร์เซ็นต์เช่นนี้ ย่อมไม่อาจบังคับกับผู้ขาย จึงน่าจะเป็น กรณีที่ยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองที่เพียงพอ

สำหรับของแถมที่ให้สิทธิในการแลกเปลี่ยนในราคาถูก หรือให้ส่วนลด มีลักษณะเป็น การทำสัญญาซื้อขายในส่วนของแถมเพิ่มเติมจากสัญญาซื้อขายเพียงแต่ได้รับสิทธิในการซื้อใน ราคาถูกหรือได้รับส่วนลด ดังนั้น ของแถมในประเภทนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย ซึ่งผู้ขาย จะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของของแถมดังกล่าวตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและ พาดินชยในเรื่องซื้อขาย

2.7.2.5 ของแถมที่ให้ก่อนเกิดสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่ให้ก่อนเกิดสัญญาซื้อขาย โดย ของแถมประเภทนี้จะให้ทันทีก่อนที่จะทำสัญญาซื้อขาย เราจะสามารถที่จะพบเห็นได้ทั่วไปตาม ทางเข้าห้างสรรพสินค้าที่มีการแจกตัวอย่างสินค้าซึ่งเป็นของแถมให้ไปทดลองใช้ เมื่อลูกค้าได้รับ ตัวอย่างสินค้าไปทดลองใช้พอใจในสินค้าทดลองใช้หรือของแถมก็ไปดำเนินการทำสัญญาซื้อขายใน สินค้าดังกล่าว เมื่อวิเคราะห์ถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะเห็นได้ว่า ตัวอย่างสินค้าเป็นสิ่งที่ ให้เพื่อจะจูงใจให้เข้าทำสัญญาซื้อขายถือว่าตัวอย่างสินค้านี้มีลักษณะเป็นของแถม โดยผู้ขาย ได้ทำสัญญาให้ในส่วนของของแถมแก่ผู้ซื้อเพื่อจะจูงใจให้ผู้ซื้อได้ทดลองใช้ของแถมที่เป็นตัวอย่าง สินค้าก่อน เมื่อผู้ซื้อพอใจในสินค้านี้ก็จะเข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้านี้ที่เป็นสัญญาหลักอีกต่อหนึ่ง ใน ส่วนนี้ของแถมเป็นเพียงสัญญาให้เท่านั้นไม่สามารถนำหลักในเรื่องความชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อ ขายมาใช้ได้ เพราะมีบทบัญญัติในเรื่องให้โดยเฉพาะแล้ว ดังนั้น ในการพิจารณาให้ความคุ้มครอง สำหรับผู้ซื้อที่ได้สินค้าตัวอย่างซึ่งเป็นของแถมไปทดลองใช้ จึงไม่มีการให้ความคุ้มครองตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้โดยเฉพาะ หากมีความเสียหายเกิดจากกรณีที่ผู้ซื้อได้ทดลองใช้สินค้า ตัวอย่างที่เป็นของแถมที่มีลักษณะเป็นสินค้าไม่ปลอดภัยก่อนวันที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2552 ซึ่งเป็น วันก่อนที่พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 จะมีผลใช้บังคับ ทำให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้เสียหายต้องนำสืบถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ขาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ซึ่งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้เช่นนั้น เนื่องจากว่า สินค้าตัวอย่างที่เป็นของแถมซึ่งมีลักษณะเป็นผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นมาในปัจจุบันใช้วิทยาการและ เทคโนโลยีที่สูงขึ้นยากต่อการพิสูจน์โดยผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภค

2.7.2.6 ของแถมที่ให้ต่อเมื่อมีการกรอกแบบตอบรับให้ข้อมูลบางอย่าง

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่ให้ต่อเมื่อมีการกรอกแบบตอบรับให้ข้อมูลบางอย่างแก่ผู้ขายแล้ว เมื่อพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายแล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ซื้อแสดงเจตนาทำคำเสนอ* ซื้อสินค้าชนิดหนึ่งแล้วผู้ขายสนองรับตามคำเสนอแล้วเกิดเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าดังกล่าวขึ้นมาแล้ว จะมีเอกสารแบบตอบรับอยู่ในสินค้าดังกล่าวที่จะให้กรอกข้อมูลบางอย่างลงไป ในเอกสารดังกล่าวให้ครบถ้วนแล้วจึงจะมีสิทธิได้รับของแถมจากผู้ขาย ในกรณีที่ย่อมเข้าใจได้ตามเอกสารดังกล่าวได้ว่าเป็นคำมั่นของผู้ขายที่ให้ผู้ซื้อกรอกข้อมูลบางอย่างลงในเอกสารแล้วจึงมีสิทธิที่จะได้รับของแถม ฉะนั้น การที่ผู้ซื้อกรอกแบบตอบรับดังกล่าวส่งไปยังผู้ขายย่อมเท่ากับว่าเป็นการตอบรับคำมั่นที่จะให้ของแถมของผู้ขาย เมื่อคำสนองไปถึงผู้ขายย่อมเกิดสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาซื้อขายที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการที่จะได้รับของแถมดังกล่าว ซึ่งในกรณีถ้าหากว่าเกิดปัญหาเช่นกรณีที่ว่าของแถมเกิดหมด แต่ในเมื่อผู้ซื้อได้รับสนองรับตามคำเสนอแล้วสัญญาที่ให้สิทธิในการได้ของแถมย่อมเกิดขึ้น ผู้ซื้อสามารถที่จะบังคับตามสัญญาดังกล่าวได้อยู่แล้ว ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรให้ความคุ้มครองตามกฎหมายเพียงพออยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของข้อมูลที่ผู้ซื้อกรอกไปนั้นมักจะเป็นข้อมูลส่วนตัวเป็นส่วนมาก และในเอกสารดังกล่าวมักจะเขียนตัวอักษรเล็กไว้ว่า ผู้ขายขอสงวนสิทธิในการที่จะใช้และเผยแพร่ข้อมูลที่ผู้ซื้อกรอกมาได้ด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ขายต้องการที่จะให้ผู้ซื้อยินยอมตามจึงจะมีสิทธิที่จะได้รับของแถม ซึ่งโดยสภาพย่อมมีลักษณะสัญญาสำเร็จรูปตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เพราะเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด⁵³ ซึ่งทำให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคเสียเปรียบ ในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในส่วนของข้อมูลส่วนตัวที่ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคกรอกส่งไปรับของแถมจากผู้ขายซึ่งเป็นผู้ประกอบการน่าจะเป็นสัญญาสำเร็จรูปในสัญญาของแถมที่ได้รับ ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว โดยมาตรา 4 แห่ง

* ที่ผู้เขียนเขียนว่าผู้ซื้อทำคำเสนอนั้น ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านนึกถึงสินค้าที่อยู่ในห้างสรรพสินค้าที่ยังไม่มีการกำหนดราคาชัดเจนมีลักษณะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น แต่กรณีการเกิดสัญญาซื้อขายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.3 แล้วว่า การเกิดสัญญาซื้อขายอาจจะเกิดจากผู้ขายทำคำเสนอแล้วผู้ซื้อทำคำสนองที่ต้องตรงกัน หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ขายทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและผู้ซื้อทำคำเสนอ แล้วผู้ขายก็สนอง

⁵³ อธิราช มณีภาค, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นิติกรรมและสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 433.

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับตามข้อสัญญาดังกล่าวน่าจะพิจารณาถึงมูลค่าของของแถมเป็นส่วนสำคัญในการบังคับตามสัญญา แต่อย่างไรก็ตามผู้ขายซึ่งเป็นผู้ประกอบการก็ไม่สามารถที่จะให้ข้อมูลส่วนตัวของผู้ซื้อในทางที่ทำให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหายได้

2.7.2.7 ของแถมที่มีจำนวนจำกัด และต้องแจ้งความประสงค์ภายในกำหนดระยะเวลา

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่มีจำนวนจำกัดและจะต้องแจ้งความประสงค์ภายในกำหนดระยะเวลา ซึ่งเราสามารถที่จะพบสัญญาซื้อขายประเภทนี้ได้ในการซื้อขายสินค้าทางโทรทัศน์ เมื่อเรามาพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย จะเห็นได้ว่า การที่ผู้ขายทำการโฆษณาขายสินค้าทางโทรทัศน์ซึ่งมีการบอกราคาที่แน่นอนและมีการเสนอของแถมให้แก่ผู้ซื้อโดยจะต้องสนองรับกลับมาภายในกำหนดเวลา ลักษณะเช่นนี้ถือได้ว่าผู้ขายได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าและราคาสินค้าที่เพียงพอจะเป็นข้อเสนอขายสินค้าได้แล้วและยังมีการเสนอของแถมให้ถ้าหากผู้ซื้อสนองกลับมาภายในกำหนดเวลาซึ่งถือเป็นกรณีที่ผู้ขายมีคำมั่นจะให้ของแถมโดยกำหนดเวลาเอาไว้ ดังนั้นการที่ผู้ซื้อโทรศัพท์กลับไปก็มีลักษณะเป็นการที่สนองรับตามคำเสนอของผู้ขายแล้ว ถ้าผู้ซื้อสนองกลับไปภายในกำหนดเวลาที่จะได้รับของแถมแล้ว ก็ย่อมทำให้เกิดสัญญาในส่วนหนึ่งของแถมซ้อนขึ้นมาพร้อมกับสัญญาซื้อขายสินค้าดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ผู้ซื้อสามารถบังคับได้ทั้งสองสัญญาดังกล่าว โดยสัญญาในส่วนหนึ่งของแถมไม่มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย ผู้ขายจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง

แต่ก็นี้อาจจะมีปัญหาว่า ถ้าผู้ซื้อทำคำสนองตอบรับคำเสนอกลับมาเกินกำหนดเวลาตามคำมั่นที่จะให้ของแถมตามที่ผู้ขายได้ให้คำมั่นไว้ ก็จะกลายเป็นว่า ผู้ซื้อสนองรับตามคำเสนอขายสินค้าเกิดเป็นสัญญาซื้อขายทันที แต่ในส่วนของคำมั่นในเรื่องของแถมได้สิ้นสุดไปตามกำหนดเวลาแล้ว คำสนองของผู้ซื้อในส่วนของของแถมก็กลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ที่จะขอรับของแถมดังกล่าว ถ้าผู้ขายไม่สนองรับกลับมาสัญญาในส่วนหนึ่งของแถมก็ย่อมไม่เกิดขึ้น จึงไม่อาจบังคับให้ส่งมอบของแถมได้ เพราะว่าเป็นกรณีที่จะเป็นกรณีที่ผู้ซื้อซึ่งเคยซื้อสินค้าทางโทรทัศน์ดังกล่าวเคยสนองเกินกำหนดเวลาตามคำมั่นแล้วก็ยังได้รับของแถม จึงทำให้ในการสั่งซื้อสินค้าดังกล่าวของผู้ซื้อในครั้งต่อ ๆ มาอาจจะลืมนึกในส่วนหนึ่งของของแถมว่ามีสิทธิได้รับหรือไม่ หากกรณีนี้ผู้ขายไม่ยอมส่งมอบของแถมแต่ส่งมอบเฉพาะสินค้าแล้ว ซึ่งในส่วนนี้ยังไม่ได้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนสำหรับผู้ซื้อแต่อย่างใด แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ขายสนองรับตามคำเสนอใหม่ของผู้ซื้อกลับมาเกิดเป็นสัญญาขึ้นในส่วนหนึ่งของของแถมที่ผู้ซื้อไม่มีสิทธิได้รับตามสัญญา

แต่อย่างไรก็ตามโดยสภาพของการเจรจาซื้อขายทางโทรทัศน์นั้น ผู้ซื้อมักจะถามถึงเรื่องของแถมก่อนว่ามีสิทธิที่จะได้รับหรือไม่ ถ้าไม่มีสิทธิที่จะได้รับผู้ซื้อย่อมไม่ตกลงเข้าทำสัญญา

ด้วย จึงเห็นได้ว่า ในกรณีนี้ถือว่าของแถมเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายสินค้าทางโทรทัศน์ เมื่อมีการสนองกลับมาเกินเวลาในคำมั่นของผู้ขายที่จะให้ของแถมแล้วย่อมเป็นการทำคำเสนอขึ้นใหม่โดยตกลงที่จะซื้อสินค้าพร้อมกันได้รับของแถมตามที่โฆษณาทั้งหมด เมื่อผู้ขายสนองรับตามคำเสนอขึ้นมาใหม่ของผู้ซื้อก็ย่อมก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายสินค้าพร้อมกับสัญญาที่ให้ของแถมขึ้น ผู้ซื้อย่อมได้รับความคุ้มครองตามสิทธิของกฎหมายในสัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว

สำหรับของแถมในกรณีนี้เป็นการขายโดยห่างในระยะเวลา โดยจะมีทั้งการขายทางไปรษณีย์ โทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต เป็นต้น ซึ่งเป็นการขายที่ผู้ซื้อไม่ได้ตรวจสอบดูสินค้าก่อน การให้ความคุ้มครองตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่น่าจะเพียงพอ เพราะผู้ซื้อไม่มีโอกาสตรวจสอบดูสินค้าและของแถมก่อน

2.7.2.8 ของแถมที่คืนมาในรูปของบัตรของขวัญ

สัญญาซื้อขายที่มีของแถมซึ่งเป็นของแถมประเภทที่เป็นบัตรของขวัญโดยจะกำหนดให้สามารถที่จะใช้บัตรของขวัญเป็นเสมือนเงินสดในการซื้อสินค้าของผู้ขายขึ้นอื่นได้เลย เมื่อพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย จะเห็นได้ว่า มีการทำสัญญาซื้อขายสินค้าบางอย่างแล้ว ผู้ขายจึงให้บัตรของขวัญโดยให้สิทธิแก่ผู้ซื้อใช้บัตรของขวัญเหมือนเป็นเงินสดในการที่ซื้อสินค้าในร้านของผู้ขาย และส่วนมากจะกำหนดระยะเวลาในการใช้บัตรเงินสดดังกล่าวเอาไว้ กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า บัตรของขวัญเปรียบเสมือนกับเป็นข้อตกลงที่ผู้ขายจะผูกพันตามบัตรของขวัญดังกล่าวโดยใช้ได้เหมือนเงินสดเฉพาะที่จะซื้อสินค้าในร้านของผู้ขายโดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นผู้ซื้อคนที่ได้บัตรของขวัญไปใช้เท่านั้นโดยมีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อที่มีผลบังคับได้ตามสัญญา กรณีเช่นนี้อาจจะเข้าข่ายเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกได้ โดยการที่ผู้ซื้อแสดงเจตนาเอาบัตรของขวัญนี้ให้แก่เพื่อนหรือญาติหรือใครก็ได้ แล้วบุคคลดังกล่าวเข้าถือเอาบัตรเงินสดดังกล่าวก็ย่อมมีสิทธิที่จะซื้อสินค้าในร้านของผู้ขายได้โดยตรง เมื่อมีการเข้าถือเอาประโยชน์แล้ว ผู้ขายจะตกลงกับผู้ซื้อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในบัตรของขวัญไม่ได้ ซึ่งเป็นการได้รับความคุ้มครองตามหลักสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

เมื่อสังเกตบัตรของขวัญจะเห็นว่า มีข้อความหมายเหตุระบุว่า บัตรของขวัญนี้อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขและรายละเอียดโดยที่ไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ในกรณีนี้ก็จะเกิดปัญหาว่า ถ้าผู้ขายเกิดเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในบัตรของขวัญแล้ว ก็จะมีปัญหาที่จะต้องพิสูจน์กันว่า ผู้ซื้อหรือผู้ที่รับบัตรของขวัญจากผู้ซื้อได้เข้าถือเอาประโยชน์อันจะได้รับสิทธิตามบัตรของขวัญซึ่งเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเมื่อใด ตัวอย่างเช่น ก. ไปซื้อสินค้าพวกสนุกกับทางบริษัท ข. ครบ 1,000 บาท และบริษัท ข. ให้บัตรของขวัญมูลค่า 100 บาท โดยสามารถนำมาใช้ในซื้อสินค้าใน

บริษัท ข. ได้ตามมูลค่า แต่ปรากฏว่าในบัตรของขวัญมีการระบุข้อความด้วยอักษรตัวเล็กว่า บริษัท ข. สามารถแปลงเปลี่ยนเงื่อนไขการใช้บัตรของขวัญโดยไม่จำเป็นจะต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าก่อน กรณีเช่นนี้ก็จะเกิดปัญหาว่า หาก ก. เป็นผู้ใช้บัตรของขวัญเอง บริษัท ข. จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขได้ทันทีหรือไม่ แต่ถ้าหาก ก. นำไปให้ ค. เพื่อนของตนใช้ก็จะเป็นกรณีเข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก และบริษัท ข. จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขได้ทันทีหรือไม่ สำหรับกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะไปปรับใช้ในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะทำให้บริษัท ข. ผู้ประกอบการได้เปรียบ ก. ผู้บริโภค ข้อสัญญาดังกล่าวจึงไม่มีผลใช้บังคับ

2.7.3 ขั้นตอนหลังจากมีการแถม

เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนเมื่อเกิดการแถมแล้วจะเห็นได้ว่า ในส่วนของของแถม บางครั้งก็ก่อให้เกิดเป็นสัญญาซื้อขาย บางครั้งก็ก่อให้เกิดเป็นเพียงสัญญาให้ และในบางครั้งก็ก่อให้เกิดเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ ซึ่งส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ขายที่แตกต่างกันดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.7.2.1 ความรับผิดในเรื่องของแถม

สำหรับของแถมที่มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472-474 ผู้ขายต้องรับผิดชอบเฉพาะความชำรุดบกพร่องของของแถมอันเป็นเหตุเสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา แต่หากผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน หรือความชำรุดบกพร่องเห็นประจักษ์ในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับไว้โดยไม่ติดเงื่อนไขหรือทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบ สำหรับกรณีความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องกฎหมายกำหนดอายุความห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ได้พบเห็นความชำรุดบกพร่อง

ส่วนของแถมที่มีลักษณะเป็นสัญญาให้ ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในส่วนของของแถม เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเช่นนั้น ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับของแถมที่มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องความรับผิดในเรื่องความชำรุดบกพร่องเอาไว้ จึงฟ้องในรับผิดในเรื่องของแถมได้ตามหลักในเรื่องสัญญาเท่านั้น สำหรับของแถมที่มีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก เมื่อบุคคลภายนอกเข้าถือเอาประโยชน์ในส่วนของแถมแล้ว ผู้ขายก็ต้องผูกพันตามสัญญานั้น

การเยียวยาความเสียหายไม่ว่าในส่วนของของแถมจะมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดก็ตาม ก็ต้องนำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 มาใช้ในการพิจารณาว่า การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น แต่หากเป็นความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ผู้ซื้อจึงเรียกค่าสินไหมทดแทนในส่วนของของแถมได้ เช่น กรณีผู้ขายรถยนต์แล้วแถมเครื่องสูบลมให้แก่ผู้ซื้อ หากผู้ซื้อนำรถยนต์ไปส่งสินค้าแล้วเกิดยางรั่ว แต่เครื่องสูบลมที่แถมมาใช้งานได้ ทำให้ผู้ซื้อซึ่งทำธุรกิจส่งสินค้าส่งสินค้าล่าช้าจึงถูกปรับ ในเรื่องนี้ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการส่งสินค้าล่าช้า เพราะเป็นพฤติการณ์พิเศษที่ผู้ขายไม่อาจคาดเห็นได้

2.7.2.2 การบังคับทางศาล

สำหรับของแถมในทุกประเภทที่กล่าวมา ผู้ขายมักจะมีประกาศหรือสัญญาสำเร็จรูปว่า “ในส่วนของของแถมผู้ขายขอสงวนสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า” ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบอันมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้มีผลบังคับใช้เพียงเท่าที่มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น สำหรับผลในกรณีนี้ผู้เขียนจะให้แบ่งผลในส่วนของของแถมไว้เป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก หากเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่ใช่ผู้ประกอบการธุรกิจก็จะเป็นการตกลงระหว่างคู่สัญญาที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีฝ่ายใดที่มีอำนาจในการต่อรองเหนือกว่า ในการตีความสำหรับข้อตกลงหรือสัญญาสำเร็จรูปที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในเรื่องของแถมก็ควรมีผลใช้บังคับได้ เพราะถือหลักอิสระในทางแพ่ง

ประการที่สอง หากเป็นกรณีที่ผู้ขายเป็นผู้ประกอบการธุรกิจโดยปฏิบัติเป็นปกติในทางการค้าประกอบด้วยผู้ประกอบการธุรกิจมักมีอำนาจในการต่อรองเหนือกว่าผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภค ดังนั้น ในการตีความสำหรับข้อตกลงหรือสัญญาสำเร็จรูปที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในเรื่องของแถม จึงต้องตีความให้ข้อตกลงหรือสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวไม่ให้มีผลใช้บังคับ เพื่อจะได้ไม่เกิดการเอาเปรียบของผู้ขายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจต่อผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภค

สำหรับของแถมทุกประเภทที่กล่าวมายกเว้นของแถมที่คืนเป็นเงิน หากของแถมดังกล่าวมีลักษณะเป็นสินค้าไม่ปลอดภัย ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยสามารถเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากความเสียหายต่อจิตใจที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ

ความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 นี้ ได้กว้างกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องละเมิด และการใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายอื่นตามมาตรา 14 โดยหลักการสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 อยู่ในมาตรา 5 ที่กำหนดให้ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม จะเห็นได้ว่าผู้ต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยก็คือผู้ประกอบการซึ่งรวมถึงผู้ผลิตด้วย โดยพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายไว้กว้างมาก และให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม ประกอบกับมาตรา 6 กำหนดภาระการพิสูจน์ให้ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 พิสูจน์ว่า ผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่า ความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายดังกล่าวได้ผลภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้ประกอบการ โดยให้ผู้เสียหายพิสูจน์แต่เพียงว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา ประกอบกับผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการเพื่อให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบ แต่ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามมาตรา 7 หากพิสูจน์ได้ว่า (1) สินค้านั้นมิได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าไม่ปลอดภัย หรือ (3) ความเสียหายเกิดจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว สำหรับผู้ผลิตตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างให้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 8 หากพิสูจน์ได้ว่า ความไม่ปลอดภัยของสินค้าเกิดจากการออกแบบของผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างให้ผลิตทั้งผู้ผลิตไม่ได้คาดเห็นและไม่ควรจะได้คาดเห็นถึงความไม่ปลอดภัย และตามมาตรา 8 วรรคสอง ผู้ผลิตส่วนประกอบของสินค้าไม่ต้องรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่า ความไม่ปลอดภัยของสินค้าเกิดจากการออกแบบหรือการประกอบหรือการกำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าของผู้ผลิตสินค้านั้น

สำหรับค่าเสียหายที่ผู้บริโภคสามารถเรียกร้องได้ตามกฎหมายดังกล่าวก็มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเข้ามาด้วยตามมาตรา 11 โดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่

เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง และในเรื่องอายุความก็มีการกำหนดให้ยาวขึ้นกว่าที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิด โดยพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดเรื่องอายุความไว้ในมาตรา 12 ว่า สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามพระราชบัญญัตินี้เป็นอันขาดอายุความเมื่อพ้นสามปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่มีการขายสินค้านั้น และมาตรา 13 กำหนดว่า ถ้ามีการเจรจาเกี่ยวกับกับค่าเสียหายที่พึงจ่ายระหว่างผู้ประกอบการ และผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 ให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ไม่นับในระหว่างนั้นจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกเลิกการเจรจา

ตัวอย่างเช่น ก. ซื้อโทรทัศน์ 1 เครื่อง จากบริษัท ข. ผู้ขาย เมื่อซื้อเสร็จแล้ว ข. ได้ให้บัตรลดราคา 20% สำหรับซื้อสินค้าชิ้นต่อไปในบริษัท ข. ในส่วนของแถมนั้นเป็นเพียงการเชื่อเชิญให้ทำคำสั่งเสนอเพราะยังไม่ทราบราคาที่แท้จริงหลังจากมีการลดราคาสินค้าในส่วนของแถมแล้ว หาก ก. นำส่วนไปซื้อโทรทัศน์อีกเครื่องเป็นของแถมแล้ว ปรากฏว่า โทรทัศน์เครื่องที่เป็นของแถมซึ่งผลิตโดยบริษัท ค. เกิดระเบิดขณะที่ ก. กำลังใช้งานตามปกติทำให้ ก. ได้รับความบาดเจ็บ กรณีนี้มีลักษณะเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ก. ผู้เสียหายก็สามารถฟ้องบริษัท ข. ผู้ขาย และบริษัท ค. ผู้ผลิตให้รับผิดชอบได้ โดยพิสูจน์เพียงว่าตนได้รับความเสียหายจากสินค้านั้นและได้ใช้สินค้านั้นไปตามปกติธรรมดา ไม่ต้องพิสูจน์ถึงขั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อเหมือนกับในเรื่องละเมิด

ข้อสังเกตเพิ่มเติมสำหรับกรณีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ให้นิยามของคำว่า "สินค้าที่ไม่ปลอดภัย" หมายความว่า สินค้าที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุจากความบกพร่องในการผลิตหรือการออกแบบ หรือไม่ได้กำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้า หรือกำหนดไว้แต่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชัดเจน ตามสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสภาพของสินค้า รวมทั้งลักษณะการใช้งานและการเก็บรักษาตามปกติธรรมดาของสินค้าอันพึงคาดหมายได้ จะเห็นได้ว่า การตีความว่าสินค้าใดเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยก็จะเป็นปัญหาในการตีความต่อไป ในกรณีนี้เองผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศโดยจะขอเสนอต่อไปในบทที่ 4 ตัวอย่างเช่น บริษัท ข. ให้พนักงานไปแจกนมผงเป็นสินค้าตัวอย่างให้ทดลองใช้ซึ่งเป็นของบริษัท ง. เป็นผู้ผลิต ก. ได้รับแจกนมผงสินค้าตัวอย่าง ปรากฏว่า ก. นำนมผงไปชงให้ ค. ซึ่งเป็นบุตรของตนทาน หลังจากทานนมเข้าไป ค. ก็หมดสติแล้วก็ถึงแก่กรรม ผลการตรวจสอบปรากฏว่า นมผงดังกล่าวมีสารเมลามีนเจือปน กรณีนี้นมผงดังกล่าวลักษณะเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ก. บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ค. เป็นผู้เสียหายก็สามารถฟ้องบริษัท ข. ผู้แจกนมผง และบริษัท ง. ผู้ผลิตให้รับผิดชอบได้โดยพิสูจน์เพียงว่าตนได้รับความเสียหายจากสินค้านั้นและได้ใช้สินค้านั้นไปตามปกติธรรมดา ไม่ต้องพิสูจน์ถึงขั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อเหมือนกับในเรื่องละเมิด