

การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

1. วิธีการควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

1.1 การแก้ไขปัญหาค่าไม่เป็นธรรมโดยบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.1.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (ตามมาตรา 150) เป็นหลักการสำคัญที่ศาลใช้เพื่อเข้าไปแทรกแซงการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับด้านเศรษฐกิจ โดยเสรีภาพทางเศรษฐกิจของบุคคลจะถูกจำกัดลง ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งเสถียรภาพ หรือ ผลประโยชน์สาธารณะ การใช้หลักนี้บังคับแก้ปัญหาค่าสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ยังไม่อาจแก้ปัญหาค่าไม่เป็นธรรมได้เต็มที่ เนื่องจากศาลมักจะยอมรับความมีผลบังคับของสัญญามากกว่าที่จะทำให้สัญญาเสียไป โดยศาลเห็นว่าเป็นการสมัครใจเข้าทำสัญญาเสียเปรียบเอง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา แต่เป็นที่ประจักษ์แล้วว่า สังคมมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา การยึดหลักแนวคำพิพากษากฎีกาอย่างเคร่งครัดเกินไปจะเป็นการขัดต่อสภาพความเป็นจริง ดังนั้น หากจะขยายหลักกฎหมาย เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนออกไปให้กว้างขวางขึ้น โดยศาลพิจารณาในด้านที่ว่าสภาพเศรษฐกิจ และสังคมในปัจจุบัน คู่สัญญามีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน ผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า อาจนำเอาสิทธิเสรีภาพในการทำนิติกรรมสัญญาไปใช้ในทางที่เอารัดเอาเปรียบ ฉกฉวยประโยชน์จากคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมาก และในที่สุดจะมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อแก้ปัญหาค่าไม่เป็นธรรมในเชิงสัญญาได้มากขึ้น แต่เท่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คดีที่ศาลใช้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แก้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มักจะออกมาในด้านที่ศาลยอมรับ ความมีผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มากกว่าที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเสียไป ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลมีดังนี้

ฎีกาที่ 3161/2527 (ฎ.2314) สัญญาซื้อขายซึ่งธนาคารโจทก์เป็นผู้ร่างขึ้นมีข้อความว่า "ผู้กู้ตกลงชำระหนี้ตามสัญญาภายในวันที่ 10 เดือนเมษายน พ.ศ. 2524" แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้ให้กู้ที่จะเรียกให้ผู้กู้ชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก่อนกำหนดที่กล่าวมาได้ตามแต่ผู้ให้กู้จะเห็นสมควร และโดยมีต้องชี้แจงแสดงเหตุ ผู้กู้สัญญาว่าในกรณีที่ผู้ให้กู้เรียกร้องดังกล่าวนี้ ผู้กู้จะชำระหนี้ตามเรียกร้องทันที" ศาลวินิจฉัยว่าแม้ผู้กู้จะเสียเปรียบผู้ให้กู้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็เกิดขึ้นด้วยใจสมัครของลูกหนี้เอง หากเกี่ยวกับสังคมหรือประชาชนไม่ จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ ผู้ให้กู้ฟ้อง เรียกเงินกู้คืนก่อนครบกำหนดเวลาตามสัญญาได้

ฎีกาที่ 168/2518 สัญญาจำนองระบุว่า ถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ ผู้จำนองยอมรับผิดชอบใช้เงินที่ขาดจนครบ ข้อตกลงอันนี้มีผลบังคับได้ เพราะมาตรา 733 ไม่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตามแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 733 จะบัญญัติว่า ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีปริมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น" ก็ตาม แต่เมื่อลูกหนี้ยอมผูกพันเข้าทำสัญญากับผู้รับจำนองรับผิดชอบใช้เงินที่ขาด ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงกันเอง และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงมีผลใช้บังคับได้

1.1.2 หลักการตีความสัญญา

- หลักการตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ (ตามมาตรา 11)
- หลักการตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยวิเคราะห์ถึงปกติประเพณี (ตามมาตรา 368)

หลักการตีความดังกล่าวมีข้อจำกัดในการใช้คือจะใช้ได้เมื่อสัญญามีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจน ดังนั้น ถ้าผู้ร่างพยายามร่างสัญญาให้มีความหมายชัดเจนแน่นอน หลักการตีความสัญญาก็นำมาใช้ไม่ได้

ฎีกาที่ 1580/2514 (ฎ.2109) สัญญาเช่าซื้อที่บริษัทโจทก์ร่างขึ้นมีข้อความว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เช่าซื้อเกิดสูญหายหรือเสียหาย ผู้เช่าซื้อยอมมีใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่เจ้าของ โดยจะไม่ยกเหตุสุดวิสัย อัคคีภัย โจรกรรม ขึ้นมาเป็นเหตุผลลบล้างความรับผิดชอบ ดังนั้นเมื่อทรัพย์สินที่เช่าซื้อถูกไฟไหม้เสียหาย มีข้อความผิดของผู้เช่าซื้อ แม้สัญญาเช่าซื้อจะระงับ เพราะวัตถุประสงค์สัญญาสูญหายหรือถูกพังทลายแต่ความรับผิดชอบของผู้เช่าซื้อก็ยังคงมีอยู่ตามสัญญาผู้เช่าซื้อจึงต้องใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าของ

ฎีกาที่ 979/2517 (ฎ.579) สัญญาเช่าซื้อรถยนต์มีข้อความว่า "แม้สัญญาฉบับนี้จะต้องผ่านการโอนต่ออายุหรือการเปลี่ยนมืออย่างไรก็ตาม หรือด้วยยานยนต์อันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องประสบความสูญเสียบ้างเสียหาย หรือย่อยยับประการใด ผู้ซื้อก็หาหลุดพ้นจากหน้าที่รับผิดชอบตามสัญญาแต่ประการใดไม่..." ซึ่งความดังกล่าวมีความหมายว่า ผู้ซื้อจะต้องรับผิดชอบใช้ราคาให้แก่ผู้ขายไม่ว่ารถยนต์จะสูญหายไปด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม จึงรวมถึงการสูญหายไปเพราะเหตุสุดวิสัยด้วย"

1.1.3 หลักความสุจริต (ตามมาตรา 5)

ศาลไทยนำหลักสุจริตมาใช้ โดยผสมผสานกลมกลืนไปกับหลักอื่น ๆ ทำให้มองไม่เห็นชัดเจนในการใช้หลักนี้กับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ฎีกาที่ 2291/2522 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า การที่จำเลยยึดรถคืนโดยไม่แจ้งให้โจทก์ทราบแล้วบอกเลิกสัญญาภายหลัง จำเลยก็มีสิทธิกระทำได้ตามสัญญาเช่าการกระทำของจำเลยเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อ มิได้กระทำผิดสัญญาข้อใดถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือกระทำละเมิดต่อโจทก์ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายตามฟ้อง

1.1.4 หลักข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำได้ล่วงหน้า (ตามมาตรา 373)

ศาลใช้หลักข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำได้ล่วงหน้าเพื่อกลั่นฉลากหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนึ่งคับแก่สัญญาสำเร็จรูปคือ กรณีเกี่ยวกับการที่เจ้าของรถนำรถเข้าไปจอดในบริเวณสถานีบริการน้ำมัน ซึ่งเจ้าของสถานีบริการระบุไว้ในประกาศและใบเสร็จรับเงินว่าเป็นการให้เช่าที่จอดรถ ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของเจ้าของสถานีบริการน้ำมันเพื่อกลั่นฉลากหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวจึงต้องห้ามตามมาตรา 373 แต่มีตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างเจ้าของรถกับเจ้าของสถานีบริการน้ำมันเป็นสัญญาเช่าไม่ใช่ฝากทรัพย์ ได้แก่

ฎีกาที่ 657/2521 (ฎ.428) โจทก์จอดรถที่สถานีบริการน้ำมันของจำเลย มอบกุญแจแก่คนของจำเลยโดยมีป้ายและใบเสร็จรับเงินข้อความว่า เข้าสถานที่ ไม่รับผิดชอบในทรัพย์สินสูญหาย ศาลวินิจฉัยว่าเจตนาของคู่กรณีไม่ใช่เรื่องฝากทรัพย์ กุญแจที่มอบเพื่อเคลื่อนย้ายรถไม่ใช่มอบให้ครอบครอง

ฎีกาที่ 286/2525 (ฎ.167) เจ้าของรถนำรถเข้าไปจอดเองในสถานีบริการน้ำมัน แล้วนำกุญแจกลับไปด้วย เจ้าของรถต้องดูแลรับผิดชอบรถเอง เจ้าของสถานีบริการน้ำมันจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการจอดรถ ทั้งยังมีข้อตกลงกันว่าจะให้เช่าเฉพาะที่จอดรถ ไม่รับผิดชอบในการที่รถสูญหายหรือเสียหายด้วย ใบเสร็จรับเงินที่ออกให้ก็เขียนไว้ทุกฉบับเป็นค่าเช่าที่จอดรถ ดังนั้นข้อตกลงและพฤติการณ์ที่ปฏิบัติต่อกันระหว่างเจ้าของสถานีบริการน้ำมันกับเจ้าของรถเป็นเรื่องให้เช่าที่จอดรถ เจ้าของสถานีบริการน้ำมันได้รับมอบรถเพื่อเก็บรักษาไว้ในความอารักขาแห่งตน จึงไม่เป็นการรับฝากทรัพย์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 657 ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเกี่ยวกับรถที่สูญหาย

1.1.5 หลักการผนวก ข้อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา

หลักนี้บัญญัติไว้ในสัญญารับขนของ (มาตรา 625) สัญญารับขนคนโดยสาร (มาตรา 639) สัญญาฝากทรัพย์ (วิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรม) (มาตรา 667)

และสัญญาเก็บของในคลังสินค้า (มาตรา 772) หลักการดังกล่าวจะระบุเฉพาะวิธีการผนวกไว้วิธีเดียวว่า ผู้ส่งก็ดี คนโดยสารก็ดี คนเดินทางหรือแขกอาศัยก็ดี ต้องตกลงชัดแจ้งในการยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิด ทำให้การผนวกโดยวิธีอื่น เช่น การแจ้งให้ทราบหรือวิธีปฏิบัติที่เคยทำกันมาใช้ไม่ได้ ซึ่งอันนี้จะช่วยป้องกันมิให้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้ดียิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม หลักนี้จำกัดเฉพาะสัญญาบางประเภทเท่านั้น ไม่ได้ใช้แก่สัญญาทุกประเภท ดังนั้นจึงทำให้ขอบเขตการใช้บังคับค่อนข้างแคบและเนื่องจากในสภาพความเป็นจริง ผู้ขนส่งเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าอยู่แล้ว หากผู้ขนส่งจะรวมตัวกำหนดเป็นแบบฟอร์มให้ผู้ส่งต้องลงชื่อยอมผูกพันด้วย แล้วจึงจะมอบใบตราส่งให้ผู้ส่งก็จำเป็นจะต้องทำตาม การลงลายมือชื่อเช่นนี้จะมีผลให้ช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตลอดจนข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ส่งมีผลบังคับได้

1.1.6 หลักการลดเบี่ยงปรับ (มาตรา 383)

ในเรื่องเบี่ยงปรับนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันอย่างสูงเกินไป เพื่อให้เกิดผลบังคับตามหน้าที่กันขึ้นแก่ฝ่ายลูกหนี้ ตามมาตรา 383 ได้วางหลักไว้ว่าถ้ากำหนดเบี่ยงปรับกันไว้สูงเกินไปศาลอาจลดลงได้ ศาลไทยได้นำหลักเรื่องเบี่ยงปรับมาใช้ในการตีความให้เป็นคุณแก่ลูกหนี้ เพื่อเป็นวิธีที่จะลดค่าสินไหมทดแทนที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดตามสัญญา โดยถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนต่างๆ อันกำหนดไว้ล่วงหน้ามีลักษณะเป็นเบี่ยงปรับ ถ้าสูงเกินส่วนศาลมีอำนาจที่จะกำหนดให้น้อยลงได้ จะเห็นได้ว่าการใช้หลักการลดเบี่ยงปรับที่สูงเกินส่วนนั้นจำกัดการใช้เฉพาะเรื่องการลดจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดตามสัญญาเท่านั้น ส่วนในเรื่องอื่น ๆ เช่น สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา หลักการลดเบี่ยงปรับที่สูงเกินส่วนไม่อาจนำมาใช้แก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมได้

1.2 การแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ในการใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น เพียงแต่เกิดประโยชน์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าทำสัญญาที่จะได้รู้ว่ามี การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้อย่างไร มีการกำหนดข้อความตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือเพิ่มสิทธิมากไปกว่าที่กฎหมายกำหนดให้แก่ผู้ร่างสัญญาอย่างไร และประโยชน์ที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่

ต้องผูกพันตามสัญญาว่าจะต้องซื้อสินค้าหรือใช้บริการเฉพาะของผู้ทำสัญญาเท่านั้น แต่ถ้าข้อสัญญาในสัญญาต่าง ๆ ไม่เป็นธรรม หรือทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียเปรียบ เช่นนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่อาจแก้ไขปัญหานี้ได้

หมายเหตุ ปัจจุบันได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 อีกครั้งหนึ่ง โดยมีการเสนอให้เพิ่มเติม ส่วนที่ 2 ทวิ การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เนื่องจากมีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนว่าได้รับความเดือดร้อนจากการไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจ จึงได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ดังต่อไปนี้

มาตรา 35 ทวิ ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจ ขายสินค้าหรือการให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการอย่างมาก

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการกำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการกำหนดนี้ได้

การกำหนดวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 35 ตี เมื่อคณะกรรมการกำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใด โดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วยมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าว แต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขนั้น ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว หรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น แล้วแต่กรณี

มาตรา 35 จัตวา เมื่อคณะกรรมการกำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช่ข้อสัญญาใดตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น

1.3 การแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522

ธนาคารแห่งประเทศไทย ด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 20 (2) , (9) , มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวออกประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ของบริษัทเงินทุน ประเภทกิจการเพื่อการเคหะ และบริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค ดังต่อไปนี้

ในข้อ 14 ของประกาศดังกล่าวระบุว่า "ในกรณีที่ผู้เข้าซื้อผิดนัด ไม่ชำระเงินรายงวดในงวดใดงวดหนึ่ง บริษัทเงินทุนจะเรียกค่าปรับจากผู้เข้าซื้อก็ได้ โดยต้องระบุไว้ชัดเจนในสัญญา แต่ค่าปรับดังกล่าว เมื่อคิดเป็นอัตราส่วนกับยอดเงินและระยะเวลาที่ผิดนัดแล้วต้องไม่เกินกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่บริษัทเงินทุนพึงเรียกได้ตามกฎหมาย ในขณะที่ทำสัญญาเข้าซื้อ" และใน ข้อ 15 ระบุว่า

"เมื่อผู้เข้าซื้อผิดนัดไม่ชำระเงินรายงวด สองงวดติด ๆ กัน หรือ เมื่อผู้เข้าซื้อกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญ ถ้าบริษัทเงินทุนจะบอกเลิกสัญญาเข้าซื้อ บริษัทเงินทุนต้องแจ้งการบอกเลิกสัญญาร่วมด้วยเหตุผลเป็นหนังสือให้ผู้เข้าซื้อทราบก่อน ไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ในหนังสือบอกเลิกสัญญานั้นให้ระบุด้วยว่า หากผู้เข้าซื้อชำระเงินรายงวดที่ค้างชำระ หรือแก้ไขการ

ผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญดังกล่าว แล้วแต่กรณี ภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญา สัญญาเข้าซื้อไม่ระงับไป

ในกรณีผิดนัดไม่ชำระเงินรายงวดสองงวดติด ๆ กัน เมื่อผู้เข้าซื้อชำระเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่บริษัทเงินทุน ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาของบริษัทเงินทุน ให้การบอกเลิกสัญญานั้นเป็นอันระงับไป

ในกรณีกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญ หากผู้เข้าซื้อสามารถแก้ไขให้เป็นที่พอใจแก่บริษัทเงินทุนได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาของบริษัทเงินทุน ให้การบอกเลิกสัญญานั้นเป็นอันระงับไป"

จากการออกประกาศดังกล่าว และในข้อ 14 และข้อ 15 ของประกาศ ระบุข้อความไว้เช่นนั้น ทำให้บริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะไม่สามารถร่างสัญญาเข้าซื้อสำเร็จรูปที่มีข้อความว่า ถ้าผู้เข้าซื้อผิดนัดไม่ชำระเงินค่าเข้าซื้องวดใดงวดหนึ่งให้สัญญาเข้าซื้อเงื่อนไขอันเล็กน้อย และบริษัทผู้ให้เข้าซื้อมีสิทธิริบเงินที่ชำระมาแล้ว และกลับเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ให้เข้าซื้อ หรือ บริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ ไม่อาจกำหนดเบี้ยปรับในกรณีที่ผู้เข้าซื้อผิดนัดไม่ชำระเงินค่างวดได้ตามใจชอบ แต่จะกำหนดค่าปรับไว้ได้เพียงไม่เกินกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมที่บริษัทเงินทุนพึงเรียกได้ตามกฎหมายในขณะทำสัญญาเข้าซื้อเท่านั้น ประกาศฉบับนี้จึงมีผลคุ้มครองผู้เข้าซื้ออย่างได้ผล อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของประกาศนี้แคบ เพราะใช้เฉพาะกับบริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะเท่านั้น

มาตรา 31 บัญญัติว่า "ธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้บริษัทเงินทุนปฏิบัติในเรื่องต่อไปนี้ อันเกี่ยวกับการให้เข้าซื้อในการประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค หรือ กิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ

- (1) จำนวนเงินที่ต้องชำระครั้งแรกและครั้งต่อ ๆ ไป เป็นอัตราส่วนกับยอดเงินให้เข้าซื้อแต่ละราย
- (2) ระยะเวลาในการให้เข้าซื้อ

- (3) วิธีการชำระเงิน
- (4) เงื่อนไขในการรับเงินที่ได้รับชำระแล้ว และการกลับเข้าครองทรัพย์สินที่
ให้เข้าซื้อ
- (5) วิธีการแสดงผลประโยชน์ที่บริษัทเงินทุนเรียกเก็บ"

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นวิธีการอีกประการหนึ่งที่น่ามาใช้แก้ไขปัญหาลัญญาเข้าซื้อสำเร็จ
รูปที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยเฉพาะในมาตรา 31 (4) นั้น ผู้ให้เข้าซื้อมักจะกำหนดข้อความอย่าง
เอารัดเอาเปรียบผู้เข้าซื้ออย่างมาก มาตรานี้ใช้บังคับกว้างขวางกว่า มาตรา 20 (2) (ค)
ขึ้นมาอีกเล็กน้อย กล่าวคือ นอกจากใช้บังคับแก่บริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ
แล้ว ยังใช้แก่บริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภคด้วย พระราช
บัญญัติดังกล่าว มาตรา 4 ให้คำนิยามว่า "กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค"
หมายความว่า กิจการจัดหาเงินทุนจากประชาชนและทำการดังต่อไปนี้เป็นทางค้าปกติ

- (1) ใหุกุยมเงินเพื่อให้ใช้เกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้า โดยชำระราคาเป็นงวดๆ
หรือ โดยให้เข้าซื้อ
- (2) ใหุกุยมเงินแก่ประชาชนเพื่อให้ใช้ในการซื้อสินค้าจากกิจการที่มีใช้ของตน
เอง

1.4 การแก้ไขปัญหาคำไม่เป็นธรรมโดยพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535
พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว ให้อำนาจนายทะเบียนประกันวินาศภัยและ
นายทะเบียนประกันชีวิต ควบคุม การใช้แบบและข้อความของกรมธรรม์ประกันภัย มิให้บริษัทผู้รับ
ประกันภัยใส่ข้อความตามใจชอบในกรมธรรม์ประกันภัย หรือ การใช้แบบกรมธรรม์ประกันภัยของ
บริษัทผู้รับประกันภัยที่ทำให้ยากแก่การอ่าน และการทำความเข้าใจเนื้อหาของกรมธรรม์
ประกันภัย การนำพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับนี้มาใช้แก้ปัญหา ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น จำกัดอยู่
แต่เฉพาะการควบคุมการใช้ข้อความในกรมธรรม์ประกันภัย และการกำหนดแบบของกรมธรรม์
ประกันภัยเท่านั้น หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาอื่น ๆ พระราชบัญญัติทั้ง

2 ฉบับยังมีอายุใช้แก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมได้

1.5 การแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมโดยพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524

การเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมมีข้อบกพร่อง ที่รัฐจะต้องแก้ไขให้เหมาะสม เนื่องจากเกษตรกรส่วนใหญ่ยากจน ไร้การศึกษา ไม่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญา ขาดความสามารถที่จะพิทักษ์รักษาสีทธิของตนเองตามสัญญา

ดังนั้น การเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม จึงเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ต้องอาศัยมาตรการพิเศษควบคุมให้เป็นไปในแนวทางที่เหมาะสม เพื่อคุ้มครองเกษตรกรให้พ้นจากความเสียหายเปรียบในการทำสัญญา รัฐจึงตราพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ขึ้น เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องในรายละเอียดของพระราชบัญญัติการควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517 และขยายให้ครอบคลุมถึงการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมอย่างอื่นด้วย โดยวางบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเกษตรกรในการทำสัญญาเช่าดังนี้

1. มีการกำหนดอัตราค่าเช่าขั้นสูง ตามมาตรา 8 (2) และมาตรา 41 โดยการกำหนดอัตราค่าเช่าขั้นสูงเป็นหน้าที่ร่วมกันของ คณะกรรมการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัด (คชก จังหวัด) และคณะกรรมการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตำบล (คชก ตำบล)

2. มีการกำหนดระยะเวลาเช่าเพื่อคุ้มครองความมั่นคงในการเช่า ตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนด "การเช่านา" ให้มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 6 ปี การเช่านารายใดที่ทำไว้โดยไม่มีกำหนดเวลา หรือมีแต่ต่ำกว่า 6 ปี ให้ถือว่า การเช่ารายนั้น มีกำหนดเวลา 6 ปี

3. มีบทบัญญัติเสริมสร้างให้โอกาสเกษตรกรได้เป็นเจ้าของที่ดิน โดยมาตรา 54 ได้ให้สิทธิแก่ผู้เช่าที่จะซื้อที่ดินที่เช่าได้ก่อนผู้อื่น เมื่อผู้ให้เช่าประสงค์จะขายจะต้องแจ้งความจำนงที่จะขาย และผู้เช่าแสดงความจำนงที่จะซื้อ โดยผ่าน คชก ตำบล และ คชก ตำบล มี

อำนาจที่จะใกล้เคียงในวิธีการชำระเงิน และมีคำวินิจฉัยให้ขยายเวลาการชำระเงินได้ หากผู้ให้เข้ามิได้บอกกล่าวก่อน ผู้เข้ามีสิทธิที่จะซื้อคืนจากผู้รับโอนโดยการขาย (รวมทั้งการขายฝาก การแลกเปลี่ยน การโอนชำระหนี้จำนอง)

จะเห็นได้ว่าขอบเขตของการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ การเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 จำกัดอยู่เพียงเฉพาะเรื่องการให้ความคุ้มครองเกษตรกรในการทำสัญญาเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเท่านั้น หากผู้ทำสัญญามีได้อยู่ในฐานะเกษตรกร หรือ ถึงแม้จะอยู่ในฐานะเกษตรกร หากแต่เข้าทำสัญญาประเภทอื่น เช่น ขายฝาก จำนอง ก็ล้วนแต่อยู่นอกขอบเขตของการคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2524 ทั้งสิ้น

2. วิธีการควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามร่างพระราชบัญญัติต่าง ๆ

2.1 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.

ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ส่วนที่ 3 ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านนิติกรรมสัญญา ซึ่งไม่ผ่านสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น ผู้ร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ได้นำเอาแนวความคิดมาจากกฎหมายของต่างประเทศ ในการที่จะให้รัฐเข้าไปแทรกแซงการทำนิติกรรมสัญญา ทั้งนี้เพื่อทำหน้าที่ควบคุมและคุ้มครองผู้บริโภค ฉะนั้น ในส่วนที่ 3 ของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 38 ได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์ไว้ดังต่อไปนี้

2.1.1 คณะกรรมการว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการทำหนังสือสัญญาหรือกรรมธรรม์ในการขายสินค้าหรือบริการและมีอำนาจกำหนด ให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการเป็นธุรกิจที่ควบคุม แบบนิติกรรมสัญญาได้

2.1.2 แบบนิติกรรมสัญญา การประกอบธุรกิจที่ถูกควบคุมแบบนิติกรรมสัญญา การทำนิติกรรมสัญญา จะต้องทำตามแบบหรือมีข้อความหรือใช้ถ้อยคำ ตามที่คณะกรรมการนิติกรรมสัญญากำหนดไว้

มาตรการควบคุมตามบทบัญญัติดังกล่าว จุดประสงค์ก็เพื่อที่จะให้ผู้บริโภคซึ่งเป็นคู่สัญญา อีกฝ่ายทราบข้อความในสัญญา และเข้าใจข้อความที่เป็นสาระสำคัญก่อนที่จะเข้าทำสัญญา นอกจากนั้นกฎหมายยังมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้ฝ่ายผู้ขายกำหนดข้อสัญญามาตรฐานลงในสัญญาฝ่าย เดียว โดยฝ่ายผู้บริโภคมิได้ตกลงยินยอม หรือไม่มีโอกาสได้ทราบถึงรายละเอียดในข้อสัญญานั้นๆ ดังเช่น สัญญาที่พิมพ์ขึ้นเป็นแบบไว้แล้ว ตามที่วงการธุรกิจได้ใช้อยู่ในปัจจุบัน ฉะนั้น จึงเห็นควร ให้มีคณะกรรมการว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมนิติกรรมสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ ทำขึ้น กล่าวคือ ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องเสนอแบบและข้อความหรือถ้อยคำที่ใช้ให้คณะกรรมการ ตรวจสอบก่อน ซึ่งมาตรการนี้ก็เป็นวิธีการควบคุม โดยอาศัยกลไกของฝ่ายบริหารเข้ามาทำหน้าที่ คอยปกป้องและพิทักษ์ผลประโยชน์ของผู้บริโภค เพื่อให้คณะกรรมการทำหน้าที่กลั่นกรอง แบบของ นิติกรรมสัญญาและข้อความในสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ร่างขึ้นมาฝ่ายเดียว

2.2 ร่างพระราชบัญญัติห้ามขายฝากที่ดินเกษตรกรรม พ.ศ.

เนื่องจากศาลได้วินิจฉัยลักษณะของสัญญาขายฝากว่า เป็นสัญญาซื้อขายและข้อ ตกลงในการได้คืนก็คือ เท่ากับการซื้อคืน จึงมีผลว่า การกำหนดราคาขายฝากหรือการกำหนด สิ้นได้ไว้สูงกว่าราคาที่ซื้อขายกันจริง โดยคิดรวมเอาดอกเบี้ยซึ่งเกินอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญา ขายฝาก กลายเป็น "ราคาซื้อคืน" ซึ่งทรัพย์สินที่ขายฝาก ซึ่งศาลเห็นว่าคู่สัญญาย่อมตกลงกัน กำหนดไว้ดังกล่าวได้ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ อย่างใด ผลแห่งการที่ศาลวินิจฉัยไว้เช่นนี้ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบในสัญญาขายฝากหรือผู้ มีสิทธิได้เกิดความรู้สึกว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม อันเนื่องมาแต่บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะ ขายฝากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพราะการที่ตนนำเอาทรัพย์สินไปขายฝากไว้ แก่เจ้าหนี้ที่ด้วยประสงค์ที่จะให้ทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะ เป็นเพียงหลักประกันเงินกู้ยืม เช่นเดียวกับ การจำนอง จำนำ หรือการขายฝากตามหลักกฎหมายเก่า ซึ่งเป็นประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติกันมา แต่โบราณเท่านั้นหาได้ประสงค์จะทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินดังเช่นที่ศาลวินิจฉัยแต่อย่างใดไม่ นอกจากนั้นในการตกลงทำสัญญาขายฝากนั้น ผู้ขายฝากซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินก็ได้รับเงินไปจริง เป็นจำนวนน้อยกว่าราคาทรัพย์สินที่แท้จริง ทั้งยังต้องเสียดอกเบี้ยในอัตราที่ค่อนข้างสูงให้แก่เจ้า หนี้เช่นเดียวกับสัญญาที่อื่น ๆ และทรัพย์สินนั้นก็ตกอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ตั้งแต่วัน ทำสัญญา เจ้าหนี้มีสิทธิจะเก็บผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นได้เช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สิน

โดยทั่วไปอีกด้วย เหตุดังกล่าวนี้เมื่อมีคดีพิพาทในเรื่องทำนองเดียวกันขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาล ก็ถือตามกันมาดังกล่าวแล้ว คำวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายลักษณะนี้ในแง่ลบก็ดังมากขึ้นเป็นเงาตามตัว

จากเสียงวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายลักษณะขายฝากที่ดังขึ้นเป็นลำดับว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น เป็นเหตุให้ในปี พ.ศ. 2527 ได้เกิดความเคลื่อนไหวในทางที่จะหาหนทางแก้ไขกฎหมายลักษณะนี้ให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณา ร่างกฎหมายดังกล่าวตามหลักการที่นาย มีชัย ฤชุพันธ์ รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีได้วางไว้ โดยยกร่างเป็นกฎหมายฉบับใหม่ต่างหาก จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีหลักการที่สำคัญสรุปได้ดังนี้

- (1) ให้ยกเลิกการขายฝากที่ดินเพื่อเกษตรกรรม
- (2) สำหรับที่ดินเกษตรกรรมที่ได้ขายฝากไว้ก่อนแล้ว ให้ถือว่าการขายฝากนั้นเป็นการจำนองที่ได้จดทะเบียน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว โดยกำหนดให้สินได้เป็นเงินจำนอง และให้คิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 12 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ครบกำหนดเวลาได้ตามสัญญาเดิม แต่ห้ามมิให้บังคับจำนองก่อนครบกำหนดเวลาได้ตามสัญญาเดิม เพื่อมิให้ผู้จำนองถูกเอาเปรียบ
- (3) ส่วนที่ดินเกษตรกรรมที่จะเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อในการขายฝากไปแล้ว ถ้าปรากฏว่ากำหนดเวลาได้ผ่านไปไม่เกิน 3 ปี ก่อนวันที่กฎหมายฉบับใหม่นี้ใช้บังคับให้บุคคลซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 498 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขอซื้อคืนได้ภายใน 1 ปี นับแต่กฎหมายฉบับใหม่ใช้บังคับ เว้นแต่จะได้มีการโอนที่ดินนั้นให้บุคคลอื่นให้บุคคลอื่นแล้ว เกินหกเดือน ก่อนวันที่กฎหมายฉบับใหม่นี้ใช้บังคับ
- (4) สำหรับราคาที่ขอซื้อคืน ให้กำหนดไม่เกินจำนวนสินได้รวมกับดอกเบี้ยของสินได้ ในอัตราร้อยละ 12 ต่อปี นับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดเวลาได้ตามสัญญาเดิมจนถึงวันซื้อขาย แต่ถ้าราคาที่ดินสูงขึ้นหรือลดลงเพราะผู้ซื้อได้ปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หรือทำสิ่งใดขึ้นใหม่ในที่ดินนั้น หลังวันที่ผู้ซื้อหรือผู้รับโอนได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าว ก็ให้เพิ่มหรือลดราคาตามส่วน ถ้าไม่อาจตกลงกันได้ก็ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด

ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือเกษตรกรมิให้ถูกเอาเปรียบเอาเปรียบจากผู้ซื้อฝากด้วยวิธีการต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้ว จนทำให้ต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินไปในที่สุด ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติยกเลิกการขายฝากที่ดินเพื่อเกษตรกรรมดังกล่าว แล้วลงมติเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2523 ให้รับหลักการ ซึ่งมีนายมีชัย ฤชุพันธ์ รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีได้พิจารณาแก้ไข โดยเปลี่ยนชื่อพระราชบัญญัติจากเดิมเป็น พระราชบัญญัติห้ามการขายฝากที่ดินเกษตรกรรม และแก้ไขหลักการและถ้อยคำในร่างพระราชบัญญัติเดิมอีกเพียงเล็กน้อย แล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วลงมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2524 ให้เสนอร่างพระราชบัญญัติห้ามการขายฝากที่ดินเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ต่อสภาผู้แทนราษฎร แต่เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงคณะรัฐบาล และมีการยุบสภา ในปี พ.ศ. 2526 ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงมิได้มีการพิจารณาโดยสภาฯ แต่อย่างใด

ต่อมาเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2526 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคกิจสังคม โดยนายประสพ บุษราคัม กับคณะก็ได้นำร่างพระราชบัญญัติห้ามการขายฝากที่ดินเกษตรกรรม พ.ศ. ซึ่งมีหลักการตรงกับหลักการในร่างของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยนายมีชัย ฤชุพันธ์ รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ดังกล่าวข้างต้นทุกประการ ทั้งนี้โดยมีหลักการและเหตุผล ให้มีกฎหมายห้ามขายฝากที่ดินเกษตรกรรม ทั้งนี้เพราะโดยที่ปรากฏว่า ในปัจจุบันมีเกษตรกรจำนวนมากที่ได้ขายฝากที่ดินไว้ในราคาต่ำและถูกเอาเปรียบจากผู้ซื้อด้วยวิธีการต่าง ๆ จนในที่สุดต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินไปเพราะไม่อาจไถ่ถอนได้ ทำให้ได้รับความเดือดร้อนเพราะไม่มีที่ดินทำกิน ดังนั้น เพื่อป้องกันและแก้ไขความเดือดร้อนดังกล่าว สมควรห้ามการขายฝากที่ดินเกษตรกรรมเสียจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

2.3 ร่างพระราชบัญญัติควบคุมการเข้าซื้อสินค้า พ.ศ. ของกระทรวงพาณิชย์

ร่างพระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญาเข้าซื้อ มีการกำหนดมาตรการที่จะคุ้มครองผู้เข้าซื้อสินค้าดังนี้ กล่าวคือ มีบทบัญญัติชัดเจนว่าสัญญาเข้าซื้อจะต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้เข้าซื้อได้ทราบรายละเอียดของสัญญา และสิทธิและหน้าที่ของตน อันพึงมีตามสัญญา โดยให้อำนาจนายทะเบียนที่จะทำการ

ตรวจตัวอย่างสัญญาเช่าซื้อและให้ความเห็นชอบ ทั้งนี้เพื่อเป็นการควบคุมผู้ให้เช่าซื้อต้องกำหนดข้อสัญญาให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายผู้ให้เช่าซื้อกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและเพื่อป้องกันมิให้ผู้ให้เช่าซื้อกำหนดข้อสัญญา ที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบ กฎหมายจึงได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ข้อตกลงที่ให้ผู้ให้เช่าซื้อหลุดพ้นจากหน้าที่หรือภาระที่มีอยู่ตามกฎหมาย หรือคิดอัตราค่าเช่าซื้อ เกินกว่าที่รัฐมนตรีกำหนดหรือให้ผู้ให้เช่าซื้อจ่ายเบี้ยปรับ ค่าตอบแทน หรือค่าเสียหายใด ๆ นอกจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือการจำกัดสิทธิของผู้ให้เช่าซื้อที่มีอยู่ตามกฎหมาย ข้อความดังกล่าวไม่ผูกพันผู้เช่าซื้อ การที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่นนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้สัญญาตกลงทำสัญญาที่ผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติ ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา เพื่อไม่ให้มีการเอาผิดเอาเปรียบ นอกจากนี้ยังมีการใช้ระบบควบคุม โดยให้นายทะเบียนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาต อันเป็นมาตรการที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเข้ามาคอยควบคุมกิจการให้สิ้นเชิงในการเช่าซื้อและนอกจากนี้ยังให้อำนาจเจ้าหน้าที่ดังกล่าว มีอำนาจสั่งพักหรือสั่งเพิกถอน ใบใบสำคัญการจดทะเบียนหรือใบอนุญาต จึงเป็นมาตรการควบคุมที่ดี เพื่อให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัด มีมาตรการคุ้มครองผู้เช่าซื้อในกรณีบอกเลิกสัญญา หรือผิดสัญญาได้มากกว่าตามบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ผู้เช่าซื้อไม่ว่าจะบอกเลิกสัญญาหรือกระทำผิดสัญญา ก็มีความรับผิดชอบตามสัญญาเพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

ร่างพระราชบัญญัติต่าง ๆ ตามข้อ 2.1, 2.2 และ 2.3 นี้ หากมีการประกาศใช้บังคับก็จะสามารถควบคุมและแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในเชิงสัญญาได้บางส่วน แต่เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติขายฝากที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติควบคุมการเช่าซื้อสินค้า พ.ศ. ของกระทรวงพาณิชย์ ปัจจุบันยังไม่ผ่านสภานิติบัญญัติ จึงยังไม่มีมีการประกาศใช้บังคับ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม หากต่อไปในอนาคตร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้ถูกประกาศใช้บังคับ ก็ยังมีอาจใช้ร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้แก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ทั้งหมด เนื่องจากรากฐานของความเดือดร้อนของประชาชนหาได้มีที่มาจากเพียงสัญญาขายฝาก สัญญาเช่าซื้อและสัญญาที่ผู้บริโภคเข้าทำกับผู้ประกอบธุรกิจขายสินค้า หรือบริการเท่านั้น แต่อาจมีที่มาจากสัญญาทุกประเภท ฉะนั้นลำพังการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนในการต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพียงแต่อาศัยร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้ยังไม่เป็นการเพียงพอ เนื่องจากขอบเขต

การคุ้มครองตามร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้จำกัดขอบเขตการคุ้มครองเฉพาะในสัญญาเช่าซื้อ สัญญาขายฝากที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และสัญญาที่ผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการเท่านั้น หากเป็นการทำนิติกรรมสัญญาประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากการทำสัญญาเหล่านี้ ก็ล้วนแต่อยู่นอกขอบเขตความคุ้มครองของร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้ทั้งสิ้น

3. วิธีการควบคุมและแก้ไขปัญหาค้ำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.

3.1 แนวคิดใหญ่ที่เป็นรากฐานที่มาของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.

สืบเนื่องมาจากความบกพร่องของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและจุดอ่อนของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ที่เปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าใช้อำนาจที่เหนือกว่านั้นผูกขาดครอบงำ เศรษฐกิจของประเทศชาติไม่ให้เกิดการแข่งขันกันอย่างเสรี โดยผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าสามารถวางข้อกำหนดในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งเป็นพื้นฐานส่วนใหญ่ของสังคม ยังผลให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้บริโภคเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ผู้ที่อยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมยังได้ถือโอกาสนำเอาสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไปใช้ในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียว โดยนำข้อได้เปรียบไปสร้างสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ปรากฏเป็นคดีมาสู่ศาลอยู่เนือง ๆ และในบางเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ดังปรากฏรายละเอียดตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในหัวข้อที่เกี่ยวกับเรื่องวิธีการควบคุมและแก้ไขปัญหาค้ำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบดูแลสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบางประเภทที่เกิดจากความมีอิสระในการทำสัญญา จนก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่คู่สัญญาและสังคม อันเป็นการจำกัดหลักพื้นฐานในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาให้อยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ไม่ให้เกิดการเอาเปรียบจนเกินไป

3.2 หลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.

- เพื่อให้มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในการเข้าทำนิติกรรมสัญญา มิให้ถูกเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเป็นผู้กำหนดขึ้น

3.3 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่วางกำหนดกฎเกณฑ์ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบดูแลการทำนิติกรรมสัญญาที่เห็นว่าน่าจะมีผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคม ให้อยู่ในกรอบของความเป็นธรรม ดังนั้นบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่จะเข้าทำนิติกรรมสัญญาตามพระราชบัญญัติ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกรอบที่วางไว้ ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายก็อยู่ในกรอบที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน ประชาชนที่อ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการทำนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ ก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องขอความคุ้มครองจากศาลได้

3.4 สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.

ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ คือ

1. กำหนดประเภทของนิติกรรมสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของร่างพระราช

บัญญัติฉบับนี้

โดยมาตรา 3 บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่

(1) สัญญาที่กระทำระหว่างกระทรวง ทบวง กรมด้วยตนเอง หรือระหว่างกระทรวง ทบวง กรมกับเอกชนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มุ่งหมายจะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์ของสาธารณะ

- (2) สัญญาเช่าที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการเช่าที่ดินเพื่อ
เกษตรกรรม
- (3) สัญญาก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือเลิกบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่เป็น
นิติบุคคล
- (4) สัญญาซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยตลาด
หลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
- (5) นิติกรรมอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า ในกรณีที่นิติกรรมสัญญาประเภทใดมีกฎหมายควบคุมดูแลอยู่
แล้วและเป็นระบบที่ดี ไม่น่าจะเกิดปัญหาการเอาผิดเอาเปรียบที่ไม่สมควรก็น่าจะปล่อยให้คู่กรณี
ตรวจตราดูแลผลประโยชน์ของตนเอง ไม่ควรที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซง ดังนั้น จึงได้กำหนด
ประเภทของนิติกรรมสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ไว้ในร่างมาตรา 3 และ
หากต่อไป ถ้าพิจารณาเห็นว่านิติกรรมใดที่ไม่ควรอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ก็
สามารถออกเป็นกฎกระทรวงกำหนดเพิ่มขึ้นได้

2. กำหนดกรอบของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้

ร่างพระราชบัญญัตินี้จะเข้าไปแทรกแซงเฉพาะสัญญาที่มีลักษณะสำคัญและ
นำไปสู่การเอาผิดเอาเปรียบกันในทางปฏิบัติ โดยอยู่ในกลุ่มมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7
และ มาตรา 8 คือ

- (1) สัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ
ทั้งนี้ได้ให้คำนิยามคำว่า "ผู้บริโภค" และ "ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ" ไว้ในมาตรา
4 ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้แลกเปลี่ยน หรือ ผู้ได้มาโดยมีค่า
ตอบแทนด้วยประการใดเพื่อประโยชน์แก่ตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ
การค้าหรือวิชาชีพ ทั้งนี้ โดยมีใช้เพื่อการค้าสินค้าหรือบริการนั้น

"ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ" หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้แลกเปลี่ยน หรือผู้จัดให้ด้วยประการใด ซึ่งสินค้าหรือบริการ เพื่อประโยชน์ในทางการค้าเป็นปกติธุระ

คำนิยามคำว่า "ผู้บริโภค" ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความหมายแคบลงกว่า คำว่า "ผู้บริโภค" ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติความหมายของผู้บริโภคไว้ดังนี้

"ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจและหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบการเพื่อซื้อสินค้าหรือรับบริการด้วย

ความหมายของผู้บริโภคตามกฎหมายจะไม่สมบูรณ์ในตัวเองนอกจากจะต้องอ่านประกอบบทนิยามคำว่า ซื้อ คำว่า ขาย และคำว่า บริการ คำว่า ผู้ประกอบการ ซึ่งแต่ละคำมีความหมายดังนี้

"ซื้อ" หมายความว่ารวมถึง เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้คำตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

"ขาย" หมายความว่า ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกคำตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

"บริการ" หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกคำตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

"ผู้ประกอบการธุรกิจ" หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการกิจการโฆษณาด้วย

ความหมายของถ้อยคำที่กล่าวข้างต้นนั้น ถ้าพิจารณาร่วมกันจะสามารถเข้าใจได้ว่า ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้ซื้อ รวมทั้งผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการใด ๆ โดยเสียค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นให้แก่ผู้ประกอบการซึ่งหมายถึง ผู้ขาย ผู้ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือให้บริการโดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ทั้งนี้ผู้บริโภคหมายความว่า ผู้ถูกเสนอหรือถูกชักชวนให้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการด้วย¹

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในด้านต่าง ๆ ที่กำหนดไว้เป็นเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ดังนี้

มาตรา 4 บัญญัติว่า ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและมีเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สิทธิหรือบริการ
- (4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยกรณีนั้น ๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้ แต่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่ออกมาเพื่อคุ้มครอง

1. สุขุม ศุภนิศย์, รายงานการวิจัยเรื่องกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย (สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2530) หน้า 67.

ผู้บริโภคนั้นขั้นตอนการทำสัญญา เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เป็นการเอาแง่มุมของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเข้ามาเป็นจุดเชื่อมโยงกับร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพื่อที่จะให้ศาลเข้าไปตรวจสอบดูแลสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภค กับผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพให้อยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามแนวทางที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางกรอบไว้ให้

(2) สัญญามาตรฐาน ซึ่งมีคำนิยามตามมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญามาตรฐาน" หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

(3) สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นผู้บริโภคกับผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ

(4) สัญญาหรือข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม ตามมาตรา 6

(5) สัญญาที่มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อการชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในการส่งมอบทรัพย์สิน ตามมาตรา 7

(6) สัญญาที่มีการให้มัดจำได้ ตามมาตรา 8

การเข้าไปแทรกแซงสัญญาเหล่านี้มี 2 ระดับคือ ถ้าเห็นว่าเรื่องใดเป็นเรื่องบังคับรุนแรงเอาเปรียบกันมากก็ห้ามทำเด็ดขาด ถ้าฝ่าฝืนเป็นโมฆะศาลไม่บังคับให้ แต่ถ้าเรื่องใดไม่รุนแรงมากนักไม่ถึงกับเป็นสัญญาที่ต้องห้ามก็ให้อยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี โดยศาลจะเป็นผู้วินิจฉัย

3. การกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่จะพิจารณาถึงความเป็นธรรมและสมควรแก่กรณี ในส่วนนี้เป็นการวางแนวทางให้ศาลหรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับวินิจฉัยถึงความเป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีว่าต้องพิจารณาถึงเรื่องใดบ้าง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 11 และกฎหมายนี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยคู่กรณีจะตกลงหรือยินยอมยกเว้นมิให้นำกฎหมายนี้ไปใช้บังคับไม่ได้ ถือว่าข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ ตามมาตรา 12

4. กลุ่มมาตรา 9, 10 เป็นเรื่องการทำความตกลงหรือประกาศล่วงหน้า ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเพื่อความปลอดภัยอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่อ และเรื่องอ้างความยินยอมหรือความตกลงของผู้เสียหาย เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของตน ซึ่งความจริงแล้วกรณีนี้ไม่ใช่เรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรง แต่เป็นเรื่องกึ่งสัญญากึ่งละเมิด แต่เห็นว่าเป็นเรื่องที่ทำให้เกิดความรู้สึกที่ไม่เป็นธรรมและสร้างความเดือดร้อนในสังคมได้ จึงนำมาบัญญัติไว้พระราชบัญญัตินี้ด้วย ทำนองเดียวกันกับประเทศอังกฤษที่นำเอาเรื่องนี้มาแฝงไว้ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นกัน

3.5 รายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.

หัวข้อต่อไปนี้จะได้กล่าวถึงรายละเอียดที่สำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) อำนาจศาลในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัตินี้เปิดโอกาสให้ศาลเข้าไปควบคุมการทำสัญญาบางประเภทที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องบัญญัติไว้ โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ได้แบ่งกลุ่มสัญญาที่ศาลจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบดูแลออกเป็น 5 กลุ่ม ดังนี้คือ

- กลุ่มมาตรา 5 ได้แก่ สัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ สัญญามาตรฐาน สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ
- กลุ่มมาตรา 6 ได้แก่ สัญญาหรือข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม
- กลุ่มมาตรา 7 ได้แก่ สัญญาที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อการค้าหรือเพื่อการรอนสิทธิในการส่งมอบทรัพย์สิน
- กลุ่มมาตรา 8 สัญญาที่มีการให้รับมัดจำได้

- กลุ่มมาตรา 9, 10 เป็นเรื่องการทำความตกลงหรือประกาศล่วงหน้า ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และเรื่องอ้างความยินยอมหรือความตกลงของผู้เสียหายเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของตน

การเข้าแทรกแซงตรวจสอบดูแลสัญญาเหล่านี้ มี 2 ระดับ คือ ถ้าสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับกันรุนแรงและเอาเปรียบกันมาก ถ้าศาลเห็นว่าไม่เป็นธรรมหรือไม่สมควรแก่กรณี ศาลอาจจะตีความไปในทางว่าข้อสัญญาไม่มีผลบังคับเลยก็ได้ หมายความว่า ถ้าเป็นเรื่องบังคับกันรุนแรงเอาเปรียบกันมากก็ห้ามทำเด็ดขาด ถ้าฝ่าฝืนเป็นโมฆะ ศาลไม่บังคับให้ แต่ถ้าเรื่องใดไม่รุนแรงมากนักไม่ถึงกับเป็นสัญญาที่ต้องห้ามก็ให้มีผลบังคับได้เท่าที่อยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ในเรื่องกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางแนวทางให้ศาลวินิจฉัยถึงความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีว่าต้องพิจารณาถึงเรื่องใดบ้าง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 11 ว่า

ในการวินิจฉัยให้สัญญามีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาถึง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ความรู้ความเข้าใจ ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และประโยชน์ได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของการทำสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ในการวินิจฉัยว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาถึงความแตกต่างทางด้านเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจนหรือโอกาสที่จะเลือกทำสัญญาในลักษณะเดียวกันกับบุคคลอื่นของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายด้วย

คำว่าสัญญาในมาตรานี้ให้หมายความรวมถึงประกาศ ความตกลงหรือความยินยอมด้วย
โดยอนุโลม

คำว่า "แนวทางที่เคยปฏิบัติ" ในอนุมาตรา (1) หมายถึงแนวทางปฏิบัติของคู่กรณีใน
สัญญาที่เคยปฏิบัติต่อกันมาในการทำสัญญากันในครั้งก่อน ๆ

คำว่า "ปกติประเพณีของการทำสัญญาชนิดนั้น" ในอนุมาตรา (2) หมายถึงประเพณี
ปฏิบัติที่ใช้กันทั่วไปในธุรกิจการค้าประเภทนั้น ๆ กล่าวคือ ในการที่ศาลจะพิจารณาว่าข้อความใน
สัญญานั้นเป็นธรรมหรือไม่ ศาลต้องดูปกติประเพณีของธุรกิจแต่ละประเภทไม่ใช่ดูปกติประเพณีของ
ทุกเรื่อง ปกติประเพณีเป็นหลักที่ใช้กันอยู่โดยไม่มีกฎหมายเขียนไว้ชัดเจน แต่เป็นสิ่งที่ในธุรกิจ
ประเภทนั้นๆปฏิบัติเป็นประจำและเป็นที่ยอมรับกัน ตัวอย่างเช่น กรณีขนส่งทางทะเลซึ่งเป็นเรื่อง
ที่ต้องใช้กฎหมายขนส่งทางทะเล แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายขนส่งทางทะเล จึงต้องใช้กฎ
หมายรับขน ซึ่งเป็นการยอมรับแนวปฏิบัติที่ทำกันอยู่ในธุรกิจขนส่งทางทะเลและศาลฎีกาก็ยอมรับ
ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย หรือในกรณีที่ เป็นธุรกิจธนาคารก็ต้องดูว่าธรรมเนียมปฏิบัติของ
ธนาคารมีหลักการอย่างไร เช่นในการชำระราคาสินค้าที่ส่งเข้าออกระหว่างประเทศของลูกค้า
กับธนาคารที่เป็น Letter of Credit จะมีกฎหมายประเพณีปฏิบัติออกเป็นข้อ ๆ และมีการ
แก้ไขเป็นระยะ ๆ และศาลฎีกาก็ยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย เป็นต้น

คำว่า "เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา" ตามอนุมาตรา
(3) หมายความว่าช่วงเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการชำระหนี้ ซึ่งถือว่าเป็นสาระ
สำคัญที่จะต้องคำนึงถึงในการพิจารณาว่าสัญญาเป็นธรรมหรือไม่ เช่น กรณีที่คู่สัญญาตกลงอยู่ในภาวะ
ทุกข์ร้อนอย่างแสนสาหัส ในเวลาช่วงนั้นไม่มีทางเลือกอื่น ดังนั้นศาลจะต้องนำมาพิจารณา
ประกอบด้วยว่าข้อสัญญาที่ทำขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นธรรมหรือไม่

ในมาตรา 11 วรรคท้าย บัญญัติว่า "คำว่าสัญญาในมาตรานี้ให้หมายความรวมถึง
ประกาศ ความตกลง หรือความยินยอมโดยอนุโลม"

หมายความว่าในการวินิจฉัยความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของนิติกรรมที่ไม่ใช่เรื่องข้อสัญญาโดยตรง แต่เป็นทั้งสัญญาทั้งละเมิด ซึ่งได้แก่ การทำความตกลงหรือประกาศล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความผิดของตนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และเรื่องอ้างความยินยอมหรือความตกลงของผู้เสียหายเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดของตน ให้ศาลนำหลักเกณฑ์และแนวทางตามที่มาตรา 11 บัญญัติไว้มาใช้ในการวินิจฉัยความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีกับประกาศ ความตกลง และความยินยอม ตามที่กล่าวมาแล้วด้วย

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 11 นี้จะเป็นแนวทางให้ศาลใช้ในการวินิจฉัยความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีว่าต้องพิจารณาถึงเรื่องใดบ้าง แต่ในขณะเดียวกันก็เป็น การจำกัดอำนาจศาลไว้เพื่อมิให้ล่วงเลยเข้าไปแทรกแซงการประกอบธุรกิจการค้าของประชาชน จนก่อให้เกิดความรู้สึกไม่มั่นใจในการประกอบกิจการ ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ในการที่ศาลเข้าไปตรวจสอบดูแลสัญญาบางประเภทที่มีข้อพิพาทมาสู่ศาลนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในเชิงสัญญา มิใช่เพื่อก้าวก้าวยการประกอบกิจการเอกชนทุกประเภทโดยไม่จำกัดขอบเขต ศาลยังคงเคารพในหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หากแต่ต้องจำกัดหลักนี้ให้อยู่ในกรอบของความ เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี แนวทางพิจารณาค่าความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตาม มาตรา 11 เป็นแนวทางที่ใกล้เคียงกับแนวทางสำหรับการใช้การทดสอบความสมเหตุสมผล (The reasonableness test) ใน The Unfair Contract Terms Act 1977 แห่ง ประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ข้อตกลงเรื่องการยกเว้นความรับผิดในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค สัญญาที่ใช้สัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) จะถูกจำกัดการบังคับใช้ โดยให้ข้อตกลง เหล่านี้อยู่ในการตรวจสอบของศาลอีกชั้นหนึ่งว่า ให้บังคับได้เท่าที่ไม่เกินสมควรแก่เหตุ โดยมี แนวทางสำหรับทดสอบความสมเหตุสมผลโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 24 (2) แห่ง The Unfair Contract Terms Act 1977

(2) หลักในการพิจารณาข้อตกลงในสัญญาที่ถือว่ามีการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้

มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติ บัญญัติว่า

ข้อตกลงในสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญามาตรฐาน หรือในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก ที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญามาตรฐาน หรือผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (4) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง หรือ ปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้ หรือปฏิบัติผิดไปจากที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ
- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้น
- (6) ข้อตกลงอื่นที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา

ข้อตกลงในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือในสัญญามาตรฐาน หรือในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางให้ศาล หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องพิจารณาว่าข้อตกลงในสัญญาเหล่านี้เข้าข่ายที่จะเป็นข้อตกลงที่ถือว่ามีการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ โดยมาตรา 5 วรรคแรกได้วางหลักทั่วไปเป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชา

ชีพ หรือผู้กำหนดสัญญามาตรฐานหรือผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเป็นผู้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากเหตุผลที่ว่าผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพเป็นผู้รู้ถึงทรัพย์สินหรือบริการที่เขาผูกมัดที่จะทำการส่งมอบหรือชำระหนี้ รู้ดีถึงเงื่อนไขที่เขาสามารถที่จะผูกมัดได้หรือไม่ ตรงข้ามกับผู้บริโภค ซึ่งไม่อาจมีความรู้ความเข้าใจในคุณภาพและการใช้สินค้าหรือบริการได้ เนื่องจากความยุ่งยากในวิทยาการที่นำมาใช้กับสินค้าหรือบริการ ประกอบกับวิธีการในทางพาณิชย์ที่ใช้เทคโนโลยีอย่างสูงในการผลิต ในสัญญามาตรฐาน ผู้กำหนดสัญญามาตรฐานเป็นผู้เตรียมข้อสัญญาไว้ก่อนจึงสามารถกำหนดเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้กำหนดสัญญามาตรฐานได้มากที่สุด ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าสามารถอาศัยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนได้มากที่สุด ดังนั้นมาตรา 5 วรรคแรกจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญามาตรฐาน หรือผู้ที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเป็นผู้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จึงให้อำนาจศาลในการเข้าไปตรวจสอบดูแลสัญญาเหล่านี้ที่มีข้อพิพาทมาสู่ศาล มิให้ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญามาตรฐาน หรือผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหากศาลเห็นว่ามี การได้เปรียบกันเกินสมควรศาลจะใช้ดุลพินิจบังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น นอกจากนี้มาตรา 5 วรรค 2 ได้ยกตัวอย่างของข้อตกลงที่ถือว่าผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญามาตรฐาน หรือผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อเป็นหลักเกณฑ์เทียบเคียงในการพิจารณาข้อตกลงในสัญญาที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิคู่สัญญา

ฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

(4) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้ หรือปฏิบัติผิดไปจากที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ

- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่ง

ต้องรับภาระเพิ่มขึ้น

ตัวอย่างของข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามอนุมาตรา (1)-อนุมาตรา (5) นี้เป็นเพียงตัวอย่างที่วางกรอบไว้ให้ผู้กำหนดข้อตกลงในสัญญาได้รู้ขอบเขตของตนว่าสามารถจะทำสัญญาโดยวางเงื่อนไขความรับผิดชอบหรือข้อกำหนดต่าง ๆ ไว้ในสัญญาได้ในขอบเขตเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมไม่เอาัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยวิธีการอาศัยเทียบเคียงกับตัวอย่างของข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตามอนุมาตรา (1)-อนุมาตรา (6) ที่ยกตัวอย่างไว้ ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 5 นี้จึงมีความขาดตกบกพร่องในเรื่องของความชัดเจน เนื่องจากไม่สามารถคาดหมายได้ว่า นอกจากตัวอย่างตามอนุมาตรา (1)-อนุมาตรา (6) แล้วยังมีข้อตกลงในสัญญาลักษณะอื่นใดอีกบ้างที่จะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทำให้คู่สัญญาไม่มีความมั่นใจในสิทธิและหน้าที่ของตน แต่ก็มีควมจำเป็นจะต้องบัญญัติไว้ในลักษณะ เช่นนี้เพื่อความเหมาะสม และสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไป การเขียนบทบัญญัติให้ละเอียดชัดเจน เพื่อควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทุกแห่งทุกมุม โดยยึดหลักความแน่ชัดว่าข้อตกลงในสัญญาลักษณะใดบ้างที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมจะทำได้ยากในทางปฏิบัติ และอาจเกิดปัญหาการบังคับใช้ (law enforcement) ทั้งนี้เพราะธรรมชาติของการทำนิติกรรมสัญญามีเนื้อหาสาระมากมาย และมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องบัญญัติในรูปของการยกตัวอย่างข้อตกลงในส่วนที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(2.1) ข้อตกลงในสัญญาที่อาจถือได้ว่ามีการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
ในสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

ในปัจจุบันความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบในทางเทคนิคของวิชาชีพ เรียกว่าฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งเป็นผู้ที่รู้ชัดเจนถึงความผูกพันที่จะกำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญา เขารู้ถึงบริการหรือทรัพย์สินที่เขาจะผูกมัดที่จะต้องกระทำหรือส่งมอบ เขารู้ถึงเงื่อนไขในแง่ที่เขาสามารถที่จะผูกมัดได้หรือไม่ได้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายผู้บริโภค (ผู้จ่ายอคมเข้าทำสัญญา) อยู่ในฐานะตรงกันข้าม บางครั้งผู้บริโภคจะเพิกเฉยต่อคุณภาพของสิ่งที่เขาจะซื้าระหนี้ บางครั้งก็ไม่มีโอกาสที่จะได้พิจารณาก่อน เขาไม่รู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เขาตกอยู่ในฐานะที่ต้องมีความเชื่อถือต่อผู้ประกอบการวิชาชีพนั้น ๆ สำหรับคุณภาพของที่เขาต้องการและตกอยู่ในธรรมเนียมปฏิบัติที่ทํากันในวงธุรกิจการค้า นั้น ๆ เขาตกอยู่ใน

สถานะที่ต้องจ่ายอมเข้าผูกพันต่อข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาเพราะฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี ความรู้ทางเทคนิคที่ต่อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่งก็ดี เขาอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถที่จะเจรจาต่อรองกับฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพได้ในลักษณะที่เท่าเทียมกันและเสนอเงื่อนไขของตนต่อฝ่ายนี้ได้ สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้บริโภคในที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งเป็นสัญญาที่พิมพ์ข้อกำหนดส่วนใหญ่ไว้เรียบร้อยแล้ว โดยมีเนื้อความส่วนใหญ่เหมือนกันหมด ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพจะนำเอาสัญญาที่ทำไว้ล่วงหน้าไปใช้กับบุคคลต่าง ๆ ที่จะเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในภายหลังซึ่งอยู่ในฐานะจ่ายอมเข้าทำสัญญา กรณีจึงเป็นไปได้เสมอที่ฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจและเทคนิคที่เหนือกว่าจะกำหนดเนื้อความข้อสัญญาไว้ก่อนให้มีผลผูกพัน และกำหนดน้ำหนักของข้อสัญญาในลักษณะให้ตนได้เปรียบ จนในบางครั้งอาจจะใช้ความได้เปรียบนี้กำหนดข้อสัญญาไปในทางเพื่อแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองตามอำเภอใจ ทำให้ข้อกำหนดมีลักษณะไม่เป็นธรรม ขาดความเป็นสัดส่วนในการปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายขึ้น ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่พบในปัจจุบันมักจะถูกกำหนดไว้ในเนื้อหาที่แตกต่างกัน อาทิเช่น

ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการที่สัญญาจะเกิดขึ้นหรือไม่ จะมีลักษณะกำหนดให้ผู้บริโภคผูกมัดอย่างแน่นอนตามสัญญา ส่วนฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพจะสงวนสิทธิโดยกำหนดเวลาไว้นานเกินสมควรที่จะตกลงใจว่าจะรับตกลงทำสัญญาด้วยหรือไม่

ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญาจะมีลักษณะเป็นข้อกำหนดที่ผู้ประกอบวิชาชีพสงวนสิทธิในการกำหนดฝ่ายเดียวว่าทรัพย์สินที่จะส่งมอบนั้นอยู่ในสภาพเหมาะสมตามสัญญาหรือไม่ หรือข้อสัญญาที่กำหนดว่าทรัพย์สินที่จะส่งมอบอาจมีลักษณะไม่ตรงกับที่ผู้บริโภคต้องการหรือกำหนดไว้ หรือผิดแผกไปจากที่เคยปฏิบัติตามปกติก็ได้

ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับราคา จะเป็นข้อความที่บ่งถึงการไม่กำหนดราคาไว้แน่นอน หรือให้ราคาขึ้นอยู่กับพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นกรณี ๆ ไป

นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดบางข้อทำให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา ในกรณีเกี่ยวกับสิทธิในการบอกเลิกสัญญา อย่างเช่น ข้อกำหนดที่ให้ระยะเวลาที่ไม่สมควรในการบอกเลิกสัญญา ข้อกำหนดที่ระบุว่า สัญญาอาจถูกยึดเวลาออกไปนานถ้าคู่สัญญาไม่บอกกล่าวภายใน

เวลาที่กำหนด ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือตัดข้อ
สัญญาออกโดยไม่มีมูลเหตุจูงใจพิเศษและให้ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลบังคับได้ ข้อกำหนดจำกัดสิทธิ
ของผู้บริโภคที่จะบอกเลิกสัญญา ถ้าผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งมีหน้าที่ในการซ่อมแซมทรัพย์สินเป็นวัตถุ
แห่งสัญญา ไม่ทำการซ่อมแซมให้เรียบร้อยภายในเวลาที่กำหนดไว้หรือภายในเวลาอันสมควร ข้อ
กำหนดที่กำหนดว่าผู้บริโภคจะไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือมีการ
ปฏิบัติตามสัญญาอย่างไม่ถูกต้องอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพต้องรับผิดชอบหรือกรณีข้อ
กำหนดห้ามผู้บริโภคกระทำการชำระราคาถ้าผู้ประกอบการวิชาชีพไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน หรือข้อ
กำหนดที่แสดงว่ากำหนดเวลาที่กำหนดไว้แน่นอนในสัญญาไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญาที่จะบังคับแก่
ผู้ประกอบการวิชาชีพ เป็นต้น²

จากที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าผู้บริโภคในระบบเศรษฐกิจของไทยนับว่าเป็นผู้ที่
บอบช้ำที่สุดในภาวะเศรษฐกิจปัจจุบัน เพราะเป็นผู้ปราศจากอำนาจต่อรองใด ๆ ประกอบกับ
วิทยาการต่าง ๆ และความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรมเจริญมากขึ้น การนำวิทยาการสมัยใหม่มา
ใช้ทำให้ผู้บริโภคไม่อาจมีความรู้ ความเข้าใจในคุณภาพและการใช้สินค้าได้เท่าเทียมกับฝ่ายผู้ผลิต
หรือผู้ประกอบการค้าเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกำหนดนิติสัมพันธ์ทางสัญญา ทั้ง
ด้านราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภค การคุ้มครองที่ผู้บริโภคได้รับ
ในปัจจุบันก็คือการได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด
พ.ศ. 2522 โดยพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความเป็น
ธรรมในเรื่องราคาที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ดังนี้

"ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดโดยลำพัง สมทบหรือร่วมกับบุคคลอื่นดำเนินการใด ๆ
โดยจงใจที่จะกีดราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสมควรหรือทำให้สูงเกินสมควรหรือทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคา
สินค้า"

2. ดารานพร เตชะกำพูน, "ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา", วารสารนิติศาสตร์,
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529), หน้า 131-133.

บทบัญญัติมาตรานี้ มีเจตนารมณ์ในอันที่จะยับยั้งการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจอย่าง กว้างขวางเพื่อมิให้เป็นการสร้างความสะดวกหรือเอาเปรียบประชาชนผู้บริโภคและสร้าง ความปั่นป่วนในทางเศรษฐกิจ แต่จากสภาพความเป็นจริงการคุ้มครองที่รัฐบาลให้ได้ก็คือการควบคุมราคาสินค้าที่จำเป็นแก่การครองชีพไม่ก้อย่าง โดยจับกุมผู้ขายรายย่อย ๆ ที่ขายสินค้าเกิน ราคาที่กำหนด ซึ่งจะเห็นได้ว่าสินค้าหลายอย่างที่ขายเกินราคาเมื่อถูกทางการควบคุมหนัก ๆ ขึ้น ก็อันตรายหายไปจากตลาดทำให้ผู้บริโภคเดือนร้อนตาม ๆ กัน และในที่สุดรัฐบาลก็ต้องยอม เปลี่ยนแปลงราคาที่ควบคุมให้สูงขึ้น ดังนั้นการจับกุมผู้ขายรายย่อย ๆ ที่ขายสินค้าเกินกว่าราคา ที่กำหนดจึงเป็นมาตรการที่ใช้แก้ปัญหาที่ปลายเหตุ ดังนั้นบทบัญญัติแห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อ สัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. มาตรา 5 จึงบัญญัติให้อำนาจศาลในการเข้าไปตรวจสอบดูแล สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพโดยถ้าศาลเห็นว่าข้อสัญญา ดังกล่าวเป็นการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภคเกินสมควร ศาลจะ บังคับให้สัญญามีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

(2.2) ข้อตกลงในสัญญาที่อาจถือได้ว่ามี การได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
ในสัญญามาตรฐานที่ใช้ระหว่างเอกชนด้วยกัน

ข้อสัญญาต่าง ๆ ในปัจจุบันจะถูกกำหนดข้อความที่เป็นรูปแบบ สำเร็จอันเป็นส่วนหนึ่งของการทำสัญญาสำเร็จรูปที่มีการเตรียมข้อสัญญาไว้ล่วงหน้า โดยคู่สัญญา ที่จะเข้าร่วมทำสัญญาในภายหลังจะอยู่ในฐานะจำยอมเข้ารับเอาข้อสัญญาที่ร่างไว้แล้วโดยไม่มี โอกาสเปลี่ยนแปลงแก้ไข เนื่องจากอยู่ในฐานะเสียเปรียบทางด้านเศรษฐกิจหรือด้อยกว่าใน ทางเทคนิคจึงจำยอมผูกพันตามข้อสัญญาที่เสนอมานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่ทำกับองค์กรวิชาชีพ เช่น ธนาคาร บริษัทขนส่ง บริษัทเงินทุนและหลักทรัพย์ ลูกค้าผู้รับบริการขององค์กร เหล่านี้ ไม่อยู่ในฐานะที่จะหลีกเลี่ยงไม่เข้าเป็นคู่สัญญาสำเร็จรูปที่องค์กรเหล่านี้ได้ทำไว้ล่วงหน้าแล้วการ ได้เปรียบในการเตรียมข้อสัญญาไว้ก่อนของผู้ผลิต พ่อค้าหรือองค์กรวิชาชีพนี้เป็นเหตุทำให้เขา พยายามที่จะกำหนดข้อสัญญาที่จะผูกพันเข้ากับคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาด้วยในภายหลังให้มีประโยชน์ แก่เขามากที่สุด ข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นนี้จะเปรียบเสมือนเป็นหลักเกณฑ์ (regulation) ที่จะบังคับ แก่คู่สัญญาในอนาคตอย่างมั่นคง ข้อสัญญามักจะกำหนดในลักษณะหลีกเลี่ยงหน้าที่หรือจำกัดความ รับผิดชอบที่กฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หรือข้อสัญญาที่ลดหลัก

ประกันของผู้ขาย ซึ่งข้อสัญญาเหล่านี้มักจะมีความยุ่งยากและซับซ้อนอันทำให้คู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาด้วยในภายหลังไม่สามารถทำความเข้าใจได้ง่าย เพราะอาจไม่มีความชำนาญในเรื่องนั้น ๆ ในกรณีดังกล่าวศาลไทยยังคงถือว่าข้อสัญญาเหล่านี้แม้ว่าจะเป็นข้อสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบแต่ก็ยังคงเป็นสัญญาที่เกิดจากเจตนาร่วมกันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องผูกพันและจะต้องปฏิบัติตามสัญญา ดังปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 214/2526 ที่วินิจฉัยว่าการทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะมาตกลงได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรแล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะต้องรักษาผลประโยชน์แต่ละฝ่ายเอาเอง การที่ศาลไทยยอมรับความมีผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากกว่าที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเสียไป โดยศาลเห็นว่าเป็นการสมัครใจเข้าทำสัญญาเสียเปรียบเอง ในกรณีดังกล่าวจึงต้องมีการแก้ไขเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสถานการณ์เช่นนี้ โดยการให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจปรับข้อสัญญาให้เป็นธรรม ในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญามาตรฐานเข้าข่ายที่จะเป็นข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ศาลจะบังคับให้มีผลตามสัญญาได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

(2.2.1) ข้อตกลงที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาเช่าซื้อ

การทำสัญญาเช่าซื้อในทางปฏิบัตินั้นผู้ให้เช่าซื้อมักจะ
เป็นบริษัทการเงินซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้เช่าซื้อสินค้าโดยตรง ดังนั้นในการทำสัญญาฝ่ายผู้ให้เช่าซื้อจะมากำหนดเงื่อนไขในสัญญากับผู้เช่าซื้อแต่ละรายย่อมเป็นไปได้ยาก จึงต้องมีการร่างสัญญาสำเร็จรูปขึ้นโดยที่ปรึกษากฎหมายของบริษัทผู้ให้เช่าซื้อ และย่อมเป็นธรรมดาที่เงื่อนไขต่าง ๆ จะถูกกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายผู้ให้เช่าซื้อฝ่ายเดียว ส่วนฝ่ายผู้เช่าซื้อซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ย่อมยอมรับเงื่อนไขต่าง ๆ โดยประสงค์จะได้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อไปใช้ก่อนจึงตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ เป็นที่เห็นได้ชัดว่าสัญญาเช่าซื้อที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบันนั้นเงื่อนไขเกี่ยวกับการผิดสัญญาก็ดี ความรับผิดชอบในกรณีทรัพย์สินที่เช่าซื้อสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัยก็ดี ความรับผิดชอบในค่าเสียหายอันสืบเนื่องจากการผิดสัญญาก็ดี ต่างได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในสัญญาในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบฝ่ายผู้เช่าซื้อ ตัวอย่างเช่น ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้เช่าซื้อในกรณีผิดสัญญา ในทางปฏิบัตินอกจากเงินค่าเช่าซื้อที่ส่งไปแล้วจะตกเป็นของผู้ให้เช่าซื้อทั้งหมดแล้ว ผู้ให้เช่าซื้อยังฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือให้ใช้ราคาทรัพย์สินเต็มราคา และหากทรัพย์สินที่ส่งคืนนั้นเสียหาย ผู้ให้เช่าซื้อก็ยังฟ้องเรียกค่าเสียหายได้อีกส่วนหนึ่งต่างหาก ฉะนั้น

ผลก็คือว่าผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชอบมากเกินไป³ นอกจากนั้นศาลฎีกายังได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้ให้เช่าซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อได้อีกด้วย ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1585/2517 ที่วางบรรทัดฐานไว้ว่า "หากทรัพย์สินที่เช่าซื้อยังอยู่ในความครอบครองของผู้เช่าซื้อแล้ว ตลอดเวลาที่ผู้เช่าซื้อผิดนัด ผู้ให้เช่าซื้อใช้ประโยชน์ไม่ได้ ผู้ให้เช่าซื้อย่อมเสียหายขาดประโยชน์จะพึงได้จากการให้เช่าทรัพย์สินนั้น" เมื่อมีคำพิพากษาวางบรรทัดฐานไว้เช่นนั้น ผู้ให้เช่าซื้อที่มักจะทำผิดสัญญา ให้ความรับผิดชอบของผู้เช่าซื้อในค่าเสียหายหรือค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อเป็นจำนวนเงินที่สูงเกินความเป็นจริงซึ่งทำให้ผู้เช่าซื้อเสียเปรียบอย่างมาก ทั้งนี้สืบเนื่องจากการที่ศาลฎีกาได้เคยวางแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า หากผู้เช่าซื้อผิดสัญญา ผู้ให้เช่าซื้อที่มีสิทธิเพียงเข้าครอบครองทรัพย์สิน และรับเงินค่าเช่าซื้อที่ส่งแล้ว แต่ไม่มีสิทธิเรียกเงินค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระอยู่ก่อนเลิกสัญญาได้อีก หากแต่มีสิทธิเรียกเงินค่าใช้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อ ตลอดเวลาที่ผู้เช่าซื้อยังคงครอบครองหลังจากที่ผิดสัญญา⁴ เมื่อศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานไว้เช่นนั้นผู้ให้เช่าซื้อจึงกำหนดไว้ในสัญญาเช่าซื้อเกี่ยวกับจำนวนเงินค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อเป็นจำนวนเงินเท่ากับจำนวนค่าเช่าซื้อแต่ละงวด ซึ่งขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่ผิดนัด จนกว่าผู้เช่าซื้อจะคืนทรัพย์สินที่เช่าซื้อหรือชดเชยราคาแทน ดังนั้นจำนวนเงินค่าขาดประโยชน์จากการที่ไม่ได้ใช้ทรัพย์สินจึงเท่ากับจำนวนเงินค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระ ตัวอย่างเช่น มีสัญญาเช่าซื้อกำหนดค่าเช่าซื้อทั้งหมด 120,000 บาท ชำระภายใน 12 เดือน เดือนละ 10,000 บาท สมมติว่าผู้เช่าซื้อได้ชำระไปแล้ว 4 งวด เป็นเงิน 40,000 บาท แล้วผิดนัดตั้งแต่งวดที่ 5 โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาในงวดที่ 7 เรียกค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระ 2 เดือน ก่อนเลิกสัญญา และค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินจนกว่าจะได้รับทรัพย์สินคืนหรือได้รับชดเชยราคาแทน ผลของคดีผู้ให้เช่าซื้อก็จะได้ค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สิน แต่จะไม่ได้ค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระ แต่ในที่สุดก็จะมีอะไรแตกต่างกัน เพราะค่าขาดประโยชน์นี้ต่างจากการใช้

³ อมรรรัตน์ ลีคนทิน, "การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 50.

4. คำพิพากษาฎีกาที่ 1195/2511, 601/2513, 1132/2521.

ทรัพย์สินนั้น ผู้ให้เข้าซื้อจะเรียกมาจำนวน 10,000 บาทต่อเดือน โดยอ้างว่า หากนำออกให้เข้าแล้วจะได้เงินจำนวนนี้^๕ ซึ่งผลก็คือว่าจำนวนเงินค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินจะเท่ากับค่าเข้าซื้อที่ค้างชำระพอดีนั่นเอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดไว้ในสัญญาให้เรียกเงินค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินเพื่อเป็นการตอบแทนในการที่ผู้เข้าซื้อได้ใช้ทรัพย์สินที่เข้าซื้อภายหลังจากที่ได้มีการผิดสัญญา ซึ่งอาจตกลงกันให้มีจำนวนเงินเท่ากับจำนวนเงินค่าเข้าซื้อที่ค้างชำระ หรืออาจตกลงกันเป็นจำนวนเงินที่สูงเกินความเป็นจริงเท่าใดก็ได้ซึ่งทำให้ผู้เข้าซื้อเสียเปรียบ ในกรณีนี้ศาลไม่มีอำนาจไปลดให้ผู้เข้าซื้อเพราะมิใช่เบี้ยปรับ แต่เป็นข้อตกลงกันในเรื่องเงินค่าตอบแทนในการใช้ทรัพย์สินที่เข้าซื้อภายหลังจากที่ได้มีการผิดสัญญา กรณีต่างกับเรื่องข้อตกลงกันว่าเมื่อสัญญาเข้าซื้อสิ้นสุดลง ผู้เข้าซื้อต้องชำระค่าเข้าซื้อที่ค้างชำระ ในกรณีนี้ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้ให้เข้าซื้อจะเรียกค่าเข้าซื้อที่ค้างชำระไม่ได้ โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1195/2511 วินิจฉัยว่า ในกรณีที่มิใช่ข้อสัญญาระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า ผู้ให้เข้าซื้อจะมีสิทธิได้รับเงินที่ค้างส่งเต็มจำนวนเช่นนั้น เป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าจึงเรียกได้ว่าเป็น "เบี้ยปรับ" ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะลดให้ได้ตามมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์^๖

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเมื่อเกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในลักษณะนี้เกิดขึ้น ก็ควรจะต้องมีการแก้ไขเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น ดังนั้นบทบัญญัติแห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. มาตรา 5 จึงบัญญัติให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบควบคุมดูแลข้อสัญญาที่ผู้ให้เข้าซื้อกำหนดขึ้นมาเพื่อเอาเปรียบผู้เข้าซื้อ โดยเฉพาะข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เข้าซื้อต้องรับผิดชอบในค่าเสียหาย หรือค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินที่เข้าซื้อ ซึ่งมักจะเป็นจำนวนที่สูงเกินความเป็นจริงให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนี้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เข้าซื้อมากขึ้น

5. เกริก วณิชกุล, "สิทธิเรียกร้องในสัญญาเข้าซื้อสังหาริมทรัพย์", วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 3 (2524), หน้า 46.

6. ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 511/2512 วินิจฉัยยืนตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้

(2.2.2) ข้อตกลงที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาขายฝาก

สัญญาขายฝากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายประกอบด้วยข้อตกลงให้ผู้ขายมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากกลับคืนได้ภายในเวลาที่กำหนดในสัญญาหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขาย (ซื้อทรัพย์สินที่ขายฝากกลับคืน) ที่มีเงื่อนไขบังคับหลังและโดยลักษณะของข้อตกลงนี้เองทำให้นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่และศาลฎีกาเห็นว่า "สินไถ่" หรือ "ราคาซื้อ" ทรัพย์สินที่ขายฝากคืนไม่มีลักษณะเป็นการชดใช้เงินต้นคืนแก่ผู้ให้กู้ในสัญญากู้ยืมเงิน ดังนั้น ในการทำสัญญาขายฝากจึงไม่อาจเรียกดอกเบี้ยแก่กันได้ เมื่อสัญญาขายฝากมีใช้สัญญากู้ยืมเงินและไม่อาจเรียกดอกเบี้ยกันได้ดังกล่าวแล้ว การที่คู่สัญญาขายฝาก กำหนดสินไถ่ไว้สูงต่ำอย่างไร จึงไม่ขัดต่อกฎหมายไม่เป็นการพนันวิสัยและไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เพราะเหตุว่าเป็นการกำหนดราคาซื้อขายทรัพย์สินที่ขายฝากคืนนั่นเอง ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 410/2510 ว่า "แม้ว่าสัญญาจะตกลงกันขายฝากกันไว้เป็นจำนวนเงินเท่าใดก็ตาม คู่สัญญาก็กยอมจะกำหนดสินไถ่ให้ต่างไปจากจำนวนเงินที่ตกลงขายฝากกันไว้ได้ และการกำหนดจำนวนเงินที่เป็นสินไถ่จะกำหนดเท่าไรก็ยอมจะกระทำได้ ไม่มีกฎหมายห้าม เพราะการกำหนดสินไถ่นั้นไม่ใช่เรื่องเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ จึงไม่สามารถจะนำ พ.ร.บ. ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หรือ ป.พ.พ. มาตรา 654 มาใช้บังคับกันกับกรณีนี้ได้" ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่า กรณีความดังกล่าวเป็นการไม่คำนึงถึงเหตุผลในทางประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของสัญญาขายฝากของไทย และไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของสังคมปัจจุบันที่ผู้ขายฝากมักจะเป็นชาวบ้านหรือชาวนา ซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในฐานะยากจนและถูกเอารัดเอาเปรียบจากพวกนายทุนที่กอบโกยหาความร่ำรวยสำหรับตนเอง การตีความเช่นนี้มีแต่จะก่อให้เกิดความอยุติธรรมแก่ผู้ขายฝากมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ถ้าพิจารณาถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของสัญญาขายฝากของไทยตั้งแต่โบราณมาจนถึงปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่า สัญญาขายฝากนั้นวิวัฒนาการมาจากสัญญากู้ยืมเงินซึ่งกฎหมายเก่าเรียกว่า "กู้หน้" ตามพระอัยการลักษณะกู้หน้ มาตรา 60 เพราะเนื่องจากในสมัยโบราณนั้นผู้คนมีอยู่น้อยกว่าติดต่อค้าขายกันก็อยู่ในวงแคบ ดังนั้น ที่ดินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นจึงมีค่าน้อยและไม่มีความสำคัญเท่ากับในปัจจุบันนี้ สัญญาที่นิยมทำกันมากในสมัยนั้นจึงได้แก่สัญญากู้ แต่สัญญากู้ในสมัยก่อนนั้นนิยมทำกันอยู่ 2 ประเภท คือ สัญญากู้ยืมเงินที่ไม่มีทรัพย์สินเป็นประกัน

สัญญาประเภทนี้มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยกันได้ กับสัญญากู้ยืมเงินที่ผู้กู้นำเอาทรัพย์สินของตนมามอบให้ผู้ให้กู้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้สัญญาประเภทนี้ไม่มีมีการเรียกเก็บดอกเบี้ยกันถ้าทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาเป็นประกันนั้น ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เช่น ที่ดิน ทาส หรือสัตว์พาหนะ เป็นต้น นี้เองจึงเป็นที่มาของสัญญาขายฝากทาส และสัญญาขายฝากทรัพย์สินในปัจจุบัน

ด้วยเหตุที่สัญญาขายฝากมีมูลที่มาจากสัญญากู้ยืมเงิน โดยมีหลักทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ ชาวบ้านทั่วไปซึ่งไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายจึงยังคงฝังแนวความคิดเดิมอยู่ กล่าวคือ ยังคงคิดว่าวิธีการขายฝากทรัพย์สินก็คือ การนำทรัพย์สินไปเป็นประกันการกู้ยืมเงินนั่นเอง สังเกตได้จากทางปฏิบัติจะเห็นว่าในการขายฝากนั้นราคาขายฝากมักจะต่ำกว่าราคาทรัพย์สินที่แท้จริง นอกจากนั้นเจ้าของเงินซึ่งเป็นผู้ซื้อฝากยังคงเรียกเก็บดอกเบี้ย โดยคำนวณจากราคาซื้อฝากกับกำหนดระยะเวลาได้แล้ว รวมกับราคาซื้อฝากกำหนดไว้ในสัญญาขายฝากว่า เป็นราคาซื้อขายฝาก อาจตกลงกำหนดราคาซื้อขายฝากไว้ในสัญญาขายฝากตามความเป็นจริง แล้วทำข้อตกลงไว้ต่างหากอีกว่าผู้ขายฝากต้องชำระดอกเบี้ยเป็นรายเดือน หรือรายปีจากต้นเงินที่ซื้อขายฝากกันให้แก่ผู้ซื้อฝาก

พฤติการณ์ในทางปฏิบัติเหล่านี้เอง ก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างฝ่ายผู้ขายฝากกับฝ่ายผู้ซื้อฝากเสมอ ๆ โดยเฉพาะในเรื่องสินไถ่หรือจำนวนเงินที่ผู้ขายฝากหรือผู้มีสิทธิไถ่ จะต้องชำระให้แก่ผู้ซื้อฝากหรือผู้มีหน้าที่รับไถ่ในเมื่อต้องการไถ่เอาทรัพย์สินที่ขายฝากคืน ประเด็นที่โต้เถียงกันส่วนใหญ่ก็ได้แก่ ฝ่ายผู้ขายอ้างว่า สินไถ่ที่กำหนดไว้ในสัญญาขายฝาก หรือในกรณีที่มีได้กำหนดสินไถ่ไว้แต่ได้กำหนดราคาขายฝากไว้ในสัญญาขายฝากนั้นสูงกว่าราคาซื้อขายฝากจริง เหตุที่กำหนดไว้เช่นนั้น เพราะผู้ซื้อฝากได้เรียกเอาผลประโยชน์หรือดอกเบี้ยรวมกับราคาซื้อขายฝากจริงแล้วกำหนดลงไว้เป็นราคาขายฝาก หรือสินไถ่แล้วแต่กรณี ฝ่ายผู้ขายฝากจึงยืนยันที่จะขอไถ่ในราคาซื้อขายฝากอันแท้จริง ส่วนผู้ซื้อฝากก็ยืนยันที่จะยอมไถ่ก็ต่อเมื่อได้รับชำระสินไถ่ตามจำนวนที่กำหนดไว้ในสัญญาขายฝาก ซึ่งเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลแล้วผลปรากฏว่าฝ่ายผู้ขายฝากจะตกเป็นฝ่ายแพ้คดี และต้องชำระสินไถ่ในราคาที่สูงกว่าราคาซื้อขายฝากที่แท้จริงให้แก่ผู้ซื้อฝากไปหากประสงค์จะได้ทรัพย์สินที่ขายฝากกลับคืนมาเป็นของตนอีก

วิเคราะห์ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า ในสัญญาขายฝากทรัพย์สินนั้นฝ่ายผู้ขายฝากจะตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบมาตั้งแต่เริ่มทำสัญญา กล่าวคือ ได้รับชำระราคาค่าขายฝากต่ำกว่าราคาทรัพย์สินที่แท้จริงทั้ง ๆ ที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝากนั้นให้แก่ผู้รับซื้อฝาก นอกจากนี้ยังจะต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่ผู้รับซื้อฝากเป็นรายเดือนหรือรายปี หรือในตอนที่ขอไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนอีก อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้ขายฝากจะได้สำนึกว่าตนตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ หากตกลงเข้าทำสัญญาขายฝากกับผู้ซื้อฝากก็ตาม แต่ด้วยความจำเป็นที่ต้องนำเงินไปใช้จ่ายในครอบครัวหรือนำไปลงทุนในการประกอบอาชีพ และด้วยความหวังที่จะมีโอกาสไถ่ทรัพย์สินนั้นคืน

ในกรณีที่ผู้ซื้อฝากเรียกเอาผลประโยชน์หรือที่ชาวบ้านเรียกว่าดอกเบี้ยสูงกว่าราคาขายฝากที่แท้จริงมากนัก ถ้าพิจารณาโดยผิวเผินแล้วอาจเห็นไปได้ว่าผู้ที่ได้รับความเดือดร้อน ก็คือ ผู้ขายฝากหรือผู้มีสิทธิไถ่ซึ่งเป็นเอกชนไม่กระทบกระเทือนถึงส่วนรวมแต่อย่างใด แต่ลองคิดดูว่าการที่เจ้าของทรัพย์สินจำเป็นต้องนำทรัพย์สินของตนไปขายฝากนั้น บางทีก็อาจนำเงินที่ได้จากการขายฝากไปลงทุนทำกิจการค้า หรือลงทุนในการประกอบเกษตรกรรมหรืออย่างอื่น เมื่อผู้ขายฝากต้องเสียเงินจำนวนหนึ่งไปให้แก่ผู้ซื้อฝากเพื่อเป็นดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ ผู้ขายฝากก็ต้องหาทางนำเงินจากที่อื่นมาชดเชยส่วนที่ตนต้องเสียไป เช่น ในกรณีลงทุนทำการค้าก็อาจจะบวกลงในราคาสินค้า หรือในกรณีที่ประกอบเกษตรกรรมก็บวกลงในพืชผลหรือผลผลิตที่ได้มาจากการประกอบเกษตรกรรมนั้น ประชาชนผู้บริโภคแทนที่จะซื้อสินค้าได้ในราคาถูกก็กลับต้องซื้อแพงขึ้น เช่นนี้แล้วจะว่าไม่กระทบกระเทือนถึงประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างไร โดยเฉพาะในปัจจุบันนี้ได้มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2535 บัญญัติอนุญาตให้มีธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ประเภทกิจการรับซื้อฝากดำเนินกิจการรับซื้อฝากอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาขายฝาก เป็นการค้าปกติได้ด้วยแล้ว จะยิ่งส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของชาติโดยส่วนรวมชัดเจนขึ้น แม้แต่การเรียกดอกเบี้ยสูงเกินไปยังมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ไม่ให้เรียกได้ การเรียกผลประโยชน์จากสัญญาขายฝากสูงเกินไปจะไม่ห้ามกันบ้าง เขียวหรือ จะปล่อยให้ผู้ขายฝากต้องรับเคราะห์กรรมและถูกขูดรีดเช่นนี้ตลอดไปโดยไม่หาทางแก้ไขก็สมแล้วกับคำกล่าวอ้างที่ว่า "กฎหมายขายฝากของไทยในปัจจุบันนี้ไม่เป็นธรรมสำหรับฝ่ายผู้ขายฝาก เป็นกฎหมายที่เข้าข้างและเป็นเครื่องมือของนายทุน เพื่อใช้สำหรับกดขี่และขูดรีดประชาชน

ผู้ยากไร้ได้อย่างถูกต้อง”⁷

นอกจากนี้ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาขายฝากยังเกิดขึ้นได้ในเรื่องเกี่ยวกับการขยายกำหนดระยะเวลาได้ ในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 496 บัญญัติว่า "ถ้าในสัญญามีกำหนดเวลาได้ต่ำกว่า 10 ปี หรือ 3 ปีไซ้ร้ ท่านว่าหาอาจจะขยายเวลานั้นในภายหลังได้ไม่" ตามความเข้าใจของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ และความเข้าใจของศาลฎีกาไทยเห็นว่า จากตัวอักษรของมาตรานี้ย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนแล้วว่า การตกลงขยายระยะเวลาการไถ่การขายฝากที่กำหนดไว้แน่นอนจะกระทำไม่ได้ คือข้อตกลงที่ผู้ซื้อฝากยินยอมผ่อนให้ผู้ขายฝากสามารถมาไถ่ถอนทรัพย์สินของตนกลับคืนได้ ภายหลังกำหนดระยะเวลาได้ที่ระบุไว้ในสัญญานั้นไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ผู้ขายฝากไม่มีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ซื้อฝากยินยอมให้ตนไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากกลับคืนตามข้อตกลง หากพ้นกำหนดระยะเวลาได้แล้ว และแม้ว่าผู้ซื้อฝากจะได้ตกลงยินยอมให้ผู้ขายฝากชำระสินไถ่เป็นงวด ๆ แต่ในงวดสุดท้ายนั้นได้ชำระเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาได้แล้ว ผู้ขายฝากจะอ้างข้อตกลงนี้ เพื่อที่จะให้ตนมีสิทธิไถ่ภายหลังจากที่พ้นกำหนดระยะเวลาได้แล้วไม่ได้เช่นกัน ถือว่าข้อตกลงนี้เป็นการขยายเวลาไถ่ที่กำหนดไว้แน่นอนต้องห้ามตาม ป.พ.พ. มาตรา 496 ตกเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับตาม ป.พ.พ. มาตรา 113 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 746/2511) และแม้ว่าก่อนถึงกำหนดไถ่แล้วผู้ซื้อฝากและผู้ขายฝากจะได้ตกลงทำสัญญาขายฝากกันขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่งก็ตาม สัญญาขายฝากทั้ง 2 ฉบับนี้ต้องถือเป็นสัญญาขายฝากรายเดียวกัน และสัญญาขายฝากฉบับหลังนี้เป็นเพียงวิธีการเพื่อยืดสิทธิในการไถ่ถอนการขายฝากไปอีกเท่านั้น จึงไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1037/2495)

ถ้าเรารู้กันว่า สัญญาขายฝากนั้นเป็นเพียงสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับหลังเท่านั้นแล้ว และการตีความมาตรา 416 ของศาลฎีกาดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็ไม่น่าจะก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแต่อย่างใด แต่ในข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เป็นจริงแล้วสัญญาขายฝากนั้นก็กลับ

7. สุพันธ์ ชัยชูสอน, "ขายฝาก" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 204-206.

กลายเป็นเรื่องของการประกันหนี้เงินกู้ประเภทหนึ่งที่ทำให้เจ้าหนี้ (ผู้ซื้อฝาก) มีสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินที่ขายฝากมาตีใช้หนี้ของตนได้ เมื่อลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันไว้โดยไม่ต้องฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาล ซึ่งเพียงเท่านี้ก็ทำให้เจ้าหนี้ (ผู้ซื้อฝาก) ได้เปรียบลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) อยู่อย่างมากอยู่แล้ว เพราะทรัพย์สินที่นำมาขายฝากนั้นโดยทั่วไปจะมีราคาสูงกว่าเงินที่กู้ไปรวมทั้งดอกเบี้ยเสียอีก ซึ่งถ้าหากเป็นการเอาทรัพย์สินมาจำนองประกันหนี้เงินกู้แล้ว เจ้าหนี้ไม่มีทางที่จะเอาทรัพย์สินที่จำนองนั้นหลุดเป็นของตนเองได้อย่างง่ายดายเหมือนกรณีการขายฝากเลย และเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วศาลฎีกาไทยยังนำมาตรา 496 มาใช้มีให้คู่กรณีตกลงขยายระยะเวลาการไถ่การขายฝากออกไปได้อีกก็ย่อมเป็นการซ้ำเติมลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) ที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบอยู่แล้วยิ่งเสียเปรียบมากขึ้นไปอีกเพราะธรรมชาติของข้อห้ามนี้ย่อมทารุณแก่ลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) อยู่ไม่น้อยทีเดียว อันเนื่องมาจากว่าโดยทั่วไปแล้วลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) มักจะเป็นชาวบ้านชาวนาที่มีฐานะยากจนที่ขุมเงินทองเขามาก็เพราะความจำเป็นเพียงแต่จะหาเงินไปไถ่ตามกำหนดระยะเวลาตามปกติก็เป็นไปด้วยความยากลำบากอยู่แล้วและยิ่งปีใดฝนเกิดมาแล้งน้ำเกิดมาท่วมการเพาะปลูกไม่ได้ผล เงินทองฝืดเคือง ครั้นจะไปขย่มอ้นผันขยายระยะเวลาไถ่ให้ยาวนานออกไปอีกก็ทำไม่ได้ และเมื่อถึงกำหนดระยะเวลาไม่สามารถหาเงินมาไถ่ที่คืนได้ หรือทรัพย์สินที่ขายฝากก็ยอมหลุดเป็นของเจ้าหนี้ (ผู้ซื้อฝาก) ตลอดไป จึงเห็นได้ชัดว่าข้อห้ามนี้มีธรรมชาติเป็นการซ้ำเติมชาวบ้าน หรือชาวนาผู้ยากจนที่ได้รับความเสียหายจากภัยธรรมชาติให้ต้องสูญเสียที่ดินที่ทำกินของตนไปอีก นอกจากนี้ข้อห้ามนี้ยังเปิดโอกาสให้กับเจ้าหนี้ (ผู้ซื้อฝาก) สามารถหลอกหลวงลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) เพื่อที่จะให้ทรัพย์สินที่ขายฝากนั้นหลุดเป็นของตนเองได้ง่ายยิ่งขึ้น ด้วยการตกลงยินยอมให้ลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) มาไถ่ถอนทรัพย์สินที่ขายฝากกลับคืนได้ภายหลังที่พ้นกำหนดระยะเวลาไถ่แล้ว และเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาไถ่แล้วก็กลับคำไม่ยินยอมให้ได้ ทรัพย์สินที่ขายก็ยอมหลุดเป็นของตนเองตลอดไป ซึ่งเหตุการณ์เช่นนี้ก็เกิดขึ้นอยู่เสมอในทางความเป็นจริง ทั้งนี้ทั้งนั้นก็เนื่องมาจากลูกหนี้ (ผู้ขายฝาก) ซึ่งโดยทั่วไปก็ได้แก่ชาวบ้านชาวนาไม่สามารถคาดคะเนได้เลยว่ามีข้อห้ามเช่นนี้หรือไม่ก็เพราะเนื่องจากประสบการณ์ของตนจะพบอยู่เสมอว่าเมื่อเอกชนได้ตกลงกันอย่างไรกฎหมายก็มักจะบังคับให้เป็นไปตามนั้น เว้นแต่ข้อตกลงนั้นจะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมโดยรวมหรือก่อให้เกิดความอยุติธรรมซึ่งข้อห้ามนี้ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นดังกล่าวเลย จึงกล่าวได้ว่า ข้อห้ามนี้เป็นปัจจัยสำคัญอันหนึ่งที่ทำให้ที่ดินของชาวบ้านและชาวนาหลุดไปอยู่ในมือของพวกเขา

พ่อค้านายทุนมากขึ้นทุกที⁸

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาขายฝากในเรื่องเกี่ยวกับการขยายกำหนดระยะเวลาได้มีสาเหตุมาจากบัญญัติแห่งกฎหมายขายฝากซึ่งไม่เป็นธรรม และเป็นกฎหมายที่นายทุนสามารถใช้เป็นเครื่องมือสำหรับกดขี่และขูดรีดประชาชนผู้ยากไร้ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขเยียวยาที่ต้นเหตุคือแก้ไขตัวบทกฎหมายในเรื่องขายฝากให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ขายฝากมากขึ้นแต่ในขณะที่ยังไม่มีการแก้ไขปรับปรุงตัวบทกฎหมายในเรื่องขายฝากนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. จะช่วยเยียวยาแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ขายฝากได้ โดยบทบัญญัติในมาตรา 5 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการเข้าไปตรวจสอบดูแลข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ขายฝากเสียเปรียบเกินสมควรให้มิผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

(2.2.3) ข้อตกลงที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาค้ำประกัน

ข้อสัญญาที่ให้สิทธิเจ้าหนี้เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือสละ ทั้งซึ่งข้อกำหนดใดในสัญญา ตลอดจนสละ ปลดปล่อย หรือให้ความยินยอมต่อการเปลี่ยนแปลง แก้ไขใด ๆ ทั้งในสภาพและจำนวนทรัพย์สินเป็นประกันตามความผูกพันของลูกหนี้ โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้ค้ำประกันทราบและไม่เป็นการปลดปล่อยผู้ค้ำประกันจากข้อผูกพันและความรับผิดชอบใด ๆ ของผู้ค้ำประกันที่มีตามสัญญาค้ำประกันแต่อย่างใด

ด้วยเหตุที่ผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลภายนอกซึ่งจะเกิดความรับผิดชอบที่ต้องใช้หนี้ต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ใช้ (มาตรา 680) หนี้ที่ผู้ค้ำประกันจะต้องใช้เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้คือหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ดังนั้นข้อสัญญาที่ให้สิทธิเจ้าหนี้จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือสละทั้งซึ่งข้อกำหนดใด ๆ

8. วิริยะ นามศิริพงษ์พันธ์, "สัญญาขายฝากกับความเป็นธรรมในสังคมไทย", วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 (2523), หน้า 59-61.

ของสัญญาที่ผู้ค้าประกันได้ทำสัญญาค้าประกันนั้นไว้ตลอดจนให้สิทธิเจ้าหน้าที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขใด ๆ ทั้งในสภาพและจำนวนทรัพย์สินอันเป็นประกันตามความผูกพันของลูกหนี้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้ค้าประกันทราบ ข้อสัญญาดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ค้าประกันเสียเปรียบเนื่องจากการตัดสินใจเฉพาะตัวของผู้ค้าประกันในการที่จะไม่ต้องถูกผูกพันตามข้อกำหนดใด ๆ ของสัญญาที่ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขในภายหลังโดยเจ้าหน้าที่ เนื่องจากผู้ค้าประกันเป็นบุคคลภายนอกไม่ใช่ลูกหนี้ผู้ค้าประกันต้องการผูกพันตนต่อเจ้าหน้าที่ว่าตนจะชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายใต้ข้อกำหนดต่าง ๆ ของสัญญาที่ทำไว้ในตอนแรก ดังนั้นหากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือสละทิ้งซึ่งข้อกำหนดในสัญญาในภายหลังอาจทำให้ผู้ค้าประกันเสียเปรียบได้ นอกจากนี้การให้สิทธิเจ้าหน้าที่ในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขใด ๆ ทั้งสิ้นในสภาพและจำนวนทรัพย์สินอันเป็นประกันตามความผูกพันของลูกหนี้ยังเป็นการตัดสินใจเฉพาะตัวของผู้ค้าประกันในการที่จะมีหลักประกันในการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามสภาพและจำนวนทรัพย์สินอันเป็นประกันตามความผูกพันของลูกหนี้ตามที่มีอยู่ในขณะที่เข้าทำสัญญาค้าประกันนั้น หากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือสละทิ้งซึ่งข้อกำหนดใด ๆ ของสัญญาซึ่งอาจมีผลทำให้ผู้ค้าประกันต้องรับภาระในการค้าประกันนั้นเพิ่มขึ้นจากข้อตกลงในสัญญาค้าประกันที่เคยทำไว้แต่เดิมในตอนแรก หรือหากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในเรื่องสภาพ และจำนวนทรัพย์สินอันเป็นประกันตามความผูกพันของลูกหนี้ให้มีจำนวนลดน้อยลงจนเป็นเหตุให้ผู้ค้าประกันต้องเสียเปรียบ เนื่องจากทำให้การบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ยึดถือไว้ได้จำนวนน้อยลงทำให้ผู้ค้าประกันต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่เหลือเพิ่มขึ้น ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวควรจะต้องมีการบอกกล่าวให้ผู้ค้าประกันเห็นชอบและให้ความยินยอมเนื่องจากเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับหนี้ประจักษ์ที่ผู้ค้าประกันได้ทำสัญญาค้าประกันไว้ ข้อสัญญาที่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่เปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือสละทิ้ง ซึ่งข้อกำหนดใด ๆ ของสัญญาตลอดจนสละ ปลดปล่อย หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขใด ๆ ทั้งในสภาพ และจำนวนทรัพย์สินอันเป็นประกันตามความผูกพันของลูกหนี้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้ค้าประกันเห็นชอบและให้ความยินยอมด้วย อันเป็นเหตุให้ผู้ค้าประกันต้องรับภาระในการค้าประกันนั้นเพิ่มขึ้นจากข้อตกลงในสัญญาค้าประกันเดิมที่ผู้ค้าประกันได้ทำไว้ จึงเป็นข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ตามมาตรา 691 ซึ่งมีผลทำให้ผู้ค้าประกันต้องสละสิทธิทั้งหมดที่ผู้ค้าประกันมีอยู่ตามมาตรา 688 (สิทธิที่จะขอให้เจ้าหน้าที่เรียกลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน) มาตรา 689 (สิทธิที่จะเรียกร้องให้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้



ก่อน) มาตรา 690 (สิทธิที่จะร้องขอให้เจ้าหน้าที่บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ยึดถือไว้ เป็นประกันก่อน)

ด้วยเหตุที่ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน (ตามมาตรา 680) เป็นความรับผิดชอบที่จะต้อง ใช้หนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้ ผู้ค้ำประกันจึงมีสิทธิที่จะให้เจ้าหน้าที่ไปทวงเอาจากลูกหนี้ก่อน หรือให้เจ้าหน้าที่บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน รวมทั้งมีสิทธิที่จะร้องขอให้บังคับชำระหนี้จาก ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ยึดถือไว้เป็นประกันก่อน เนื่องจากลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระของตนอย่างเต็มกำลัง เมื่อชำระไม่หมดจึงถึงขั้นตอนความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน กฎหมายจึงให้สิทธิตามมาตรา 688, 689 และ 690 ไว้แก่ผู้ค้ำประกัน แต่จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาได้วางหลักไว้ว่าสิทธิ ตามมาตรา 688, 689 และ 690 เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายให้ไว้ ซึ่ง ผู้ค้ำประกันจะไม่ใช่ก็ได้ คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่าข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ค้ำประกันต้อง สละสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายตามมาตรา 688, 689 และมาตรา 690 นั้นลักษณะของข้อสัญญามี เนื้อความผิดแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิของฝ่ายผู้ค้ำประกันเป็นการตัด สิทธิของผู้ค้ำประกันที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันต้องถูกผูกพันในหนี้ที่ เข้าค้ำประกัน โดยอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม สภาพของข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบังคับผู้ค้ำประกันให้ ต้องรับผิดชอบเกินกว่าฐานะผู้ค้ำประกัน กล่าวคือ ต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมซึ่งมีผลทำให้ ฝ่ายเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาได้เปรียบผู้ค้ำประกันซึ่งจำยอมรับการเอาข้อสัญญาที่กำหนดไว้ ล่วงหน้า เนื่องจากขาดอำนาจในการเจรจาต่อรองกับฝ่ายเจ้าหน้าที่กำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ เท่าเทียมกันจึงต้องเสียประโยชน์หรือเสียสิทธิที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายไป ข้อตกลงในสัญญาค้ำประกัน ดังกล่าวจึงเป็นข้อตกลงที่ถือว่าผู้กำหนดสัญญามาตรฐานได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีต้องด้วย บทบัญญัติตามร่างมาตรา 5 วรรค 2 อนุมาตรา (2) แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. กล่าวคือ เป็นข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากเกินไปกว่าที่ กฎหมายกำหนด ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวเป็นการทำให้ผู้กำหนดสัญญามาตรฐาน ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ศาลจะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงนี้ได้เพียงเท่าที่เป็น ธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น

(2.2.4) ข้อตกลงที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาฝากเงินที่มีข้อตกลงให้ใช้บัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติ

สัญญาฝากเงินที่มีข้อตกลงให้ใช้บัตรฝาก และถอนเงินอัตโนมัติมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือ ธนาคารจะเป็นฝ่ายร่างข้อความในสัญญาเอง ลูกค้าย่อมจะเข้าทำสัญญาด้วยเพียงแต่ลงนามในแบบฟอร์มดังกล่าว และต้องยอมผูกพันและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ธนาคารกำหนดขึ้นโดยไม่มีอำนาจต่อรองนอกจากอ่านสัญญาแล้วตัดสินใจว่าจะลงนามหรือไม่เท่านั้น ในการร่างสัญญาดังกล่าว ธนาคารจึงอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบ เพราะสามารถกำหนดข้อความของสัญญาให้ตนเองได้รับประโยชน์มากที่สุด และเมื่อลูกค้ายกลงเข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วก็ถือว่าสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งฝ่ายธนาคารผู้ออกบัตรและลูกค้ายกบัตรจะต้องเป็นไปตามข้อตกลง ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา สัญญาฝากเงินที่มีข้อตกลงให้ใช้บัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติ ส่วนใหญ่จะมีข้อความที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของธนาคารไว้ เช่น ข้อความในสัญญาที่กำหนดว่า

- ผู้ถือบัตร มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังเก็บรักษาบัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติ และใบแจ้งหมายเลขสลิปประจำบัตรไว้ให้ดีมิให้สูญหายหรือตกไปอยู่ในมือของผู้อื่นและต้องไม่แจ้งหมายเลขสลิปให้ผู้อื่นทราบเป็นอันขาด

- ถ้าหากบัตรสูญหายหรือตกไปอยู่ในมือของผู้อื่นและมีผู้นำบัตรไปใช้จนได้ผลในบริการบัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติไม่ว่าประการใด ผู้ถือบัตรจะต้องรับผิดชอบและยินยอมให้ธนาคารหักบัญชีเงินฝากของตนและหรือยินยอมชดเชยเงินตามจำนวนเงินทั้งหมดที่เกิดจากการที่มีผู้นำบัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติหรือ เลขรหัสไปใช้จนได้ผลนั้น

- บัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติที่ธนาคารออกให้แล้วผู้ถือบัตรจะโอนหรือให้ผู้อื่นใช้แทนไม่ได้เป็นอันขาด ถ้าหากมีผู้อื่นมิใช่ผู้ธนาคารออกบัตรให้นำบัตรไปใช้ถอนเงินสดจากบัญชีและหรือโอนเงินจากบัญชีโดยผ่านเครื่องได้หรือใช้จนได้ผลอย่างอื่นและไม่ว่าจะเป็นการ

ทุจริตหรือไม่ ผู้ถือบัตรจะต้องรับผิดชอบให้ธนาคารหักบัญชีเงินฝากของผู้ถือบัตรและหรือเสมือนว่าผู้ถือบัตรได้ใช้บัตรนั้นด้วยตนเอง

- ผู้ถือบัตรยอมรับว่า การใช้บัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติผ่านเครื่องฝากและถอนเงินอัตโนมัติโดยการแจ้งยอดเงินคงเหลือในบัญชี การรับเงินฝากเข้าในบัญชี การถอนเงินสดจากบัญชี การโอนเงินระหว่างบัญชี การชำระค่าสาธารณูปโภค และการแจ้งขอสมุดเช็ค นอกเหนือไปจากใบคำขอใช้บริการฉบับนี้แล้ว ธนาคารไม่จำเป็นต้องมีใบหลักฐานการใช้ในแต่ละครั้ง เป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ถือบัตรอีกและผู้ถือบัตรยินยอมรับผิดชอบในรายการดังกล่าวนี้ไม่ว่าจะเป็นรายการที่เกิดขึ้นด้วยการกระทำของตนเอง หรือเกิดขึ้นด้วยการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งไม่ว่าจะเป็นกระทำขึ้นโดยความทุจริตหรือไม่ก็ตาม

๔๗

จากลักษณะของข้อตกลงดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดความรับผิดชอบของธนาคาร แต่ในขณะเดียวกันกลับเป็นการผลักภาระความรับผิดชอบเกือบทั้งหมดให้มาตกอยู่กับฝ่ายลูกค้าแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยลูกค้าจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน อีกทั้งยังจะต้องรับผิดชอบโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน ปัญหาความไม่เป็นธรรมในเรื่องนี้มีกฎหมายที่จะนำมาปรับได้กับรูปเรื่องก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ความตกลงไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ" คำว่า กลั่นแกล้ง ในมาตรา 373 นี้ หมายความว่า การไม่ชำระหนี้หรือการทำให้เสียหายโดยจงใจ ส่วนคำว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หมายความว่า กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังเสียเลย ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถือเท่ากับความผิดโดยจงใจเหมือนกัน¹⁰

9. จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง 452 (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 324.

10. เรื่องเดียวกัน, หน้า 325.

เมื่อพิจารณามาตรา 373 แล้วมีทางพิจารณาได้เป็นสองทางด้วยกันคือ

แนวทางที่ 1 หากใช้บทบัญญัติมาตรา 373 อย่างแคบ จำกัดเฉพาะตีความตามถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ก็จะเห็นว่าข้อตกลงของธนาคารผู้ออกบัตรเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของธนาคารไว้ดังกล่าวข้างต้น เป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับได้ ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 373 เพราะถือว่ากรณีเช่นนี้ธนาคารมิได้ทำกลฉ้อฉลให้ผู้ฝากหลงเชื่อแต่อย่างใด และความประมาทเลินเล่อที่เกิดขึ้นนั้น ถือว่าไม่ได้เกิดขึ้นจากฝ่ายธนาคาร แต่เกิดขึ้นจากฝ่ายผู้ฝากเอง

แนวทางที่ 2 ซึ่งมีความเห็นในทำนองที่ว่า ควรนำบทบัญญัติมาตรา 373 มาใช้บังคับอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะนำมาใช้บังคับกับสัญญาในลักษณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในภาวะจำยอมต้องทำสัญญาด้วย ทั้งนี้เพื่อที่จะได้เป็นการควบคุมมิให้คู่สัญญาที่อาศัยความได้เปรียบในการทำสัญญา กำหนดข้อสัญญาที่ให้ตนเองพ้นจากความรับผิดชอบในทุก ๆ กรณี ขณะเดียวกันเพื่อเป็นมาตรการที่จะให้ความคุ้มครองคู่สัญญาที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจจะมีอำนาจต่อรองได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลักเรื่องความเสมอภาคในการทำสัญญาเป็นเกณฑ์ที่สำคัญยิ่งกว่าหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาตามความเห็นแนวที่ 1

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แนวทางการตีความในเรื่องนี้ อาจเป็นไปได้ทั้งสองแนวทาง แล้วแต่ว่าผู้ตีความจะยึดถือหลักเกณฑ์เสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักเกณฑ์ความเสมอภาคในการทำสัญญาเป็นหลัก¹¹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเกิดปัญหาในการที่จะต้องวินิจฉัยในความรับผิดชอบของธนาคาร ในกรณีที่ผู้ถือบัตรได้ใช้ความระมัดระวังในการเก็บรักษาบัตรและรหัสประจำตัวอย่างดีแล้ว แต่พบเหตุการณ์ในบางกรณี เช่น ถูกทำร้าย หรือถูกลักขโมยไป และมีผู้นำบัตรไปใช้ถอนเงิน ธนาคารจะอ้างข้อสัญญานั้นมายกเว้นความรับผิดชอบของตนไม่ได้ เพราะจะทำให้ผู้ถือบัตรซึ่งเป็นคู่สัญญาที่ได้กระทำการตามหน้าที่ของตนโดยสุจริต และด้วยความระมัดระวังจะไม่มีหนทางใดเลยที่จะได้รับความคุ้มครองให้ได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญาดังกล่าวโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะใช้บังคับเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งฝ่ายธนาคารผู้ออกบัตรและผู้ถือบัตรในระบบฝากและถอนเงินอัตโนมัติ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. จะช่วยเยียวยาแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถือบัตรที่ได้กระทำการตามหน้าที่ของตนโดยสุจริต และด้วยความระมัดระวังได้ โดยบทบัญญัติในมาตรา 5 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการเข้าไปตรวจสอบดูและข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ถือบัตรเสียเปรียบธนาคารผู้ออกบัตร ให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

(2.3) สัญญามาตรฐานที่เกิดจากสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนภายใต้ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2.3.1) ข้อพิจารณาสถานะทางกฎหมายของสัญญาที่รัฐทำใน

ฐานะเอกชน

ในการทำสัญญาจัดหาสินค้าและบริการจากภาคเอกชน หน่วยงานของรัฐจะต้องยึดถือธรรมเนียมปฏิบัติและอยู่ภายใต้ระเบียบต่าง ๆ ของทางราชการ ได้

11. ประไพพรรณ บุตรตัน, "ความรับผิดชอบอันเกี่ยวกับบัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติ", หน้า 92.

แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการซื้อ การจ้าง และการจ้างที่ปรึกษา ภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ. 2527 ตลอดจนมติคณะรัฐมนตรีอย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตาม การที่รัฐเข้าไปผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนในรูปของนิติกรรมสัญญา ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้สัญญาที่มีรัฐเป็นคู่สัญญา เป็นสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งและนักกฎหมายไทยเห็นว่า สัญญาเชิงธุรกิจ ซึ่งได้แก่ สัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชน โดยไม่ได้มุ่งสนองวัตถุประสงค์ในทางปกครอง และเข้าทำสัญญากับเอกชนโดยมิได้มุ่งหมายให้เกิดประโยชน์โดยตรงแก่กิจกรรมทางการปกครอง หรือเพื่อให้เกิดประโยชน์โดยตรงแก่ประชาชน เช่น สัญญาซื้ออุปกรณ์ เครื่องใช้สำนักงาน สัญญาเช่าอาคาร สำนักงาน สัญญาจ้าง ก่อสร้าง อาคารสำนักงาน เป็นต้น การเข้าเป็นคู่สัญญาดังกล่าวของหน่วยงานของรัฐ เป็นไปในลักษณะเดียวกับเอกชน รัฐจึงมีฐานะไม่ต่างจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำในฐานะเอกชน เพื่อกิจการธุรกิจทำนองเดียวกันกับสัญญาต่าง ๆ ที่เอกชนเข้าทำกับเอกชนด้วยกันจึงควรอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(2.3.2) ผลของการกำหนดข้อสัญญาในสัญญาจัดหาพัสดุของภาค รัฐ

เนื่องจากสัญญาที่ทางราชการใช้ในการผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มีลักษณะทางกฎหมายที่เรียกว่า สัญญาสำเร็จรูป (Standard form contract) หรือ สัญญาจำยอม (Adhesion Contract) เนื่องจากเป็นสัญญาที่ร่างขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้วางรายละเอียดข้อสัญญาไว้เรียบร้อยแล้ว เมื่อเอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งประสงค์จะเข้าทำสัญญากับส่วนราชการก็เพียงแต่แสดงเจตนาเข้าร่วม โดยไม่มีโอกาสได้เจรจาอภิปรายเกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญานั้นมาก่อน คู่กรณีเอกชนที่เข้าทำสัญญาอยู่ในฐานะที่จะทำได้สองอย่างคือ จะเข้าร่วม หรือไม่เข้าร่วมในสัญญาที่กำหนดไว้แล้วเท่านั้น ดังนั้น สัญญาจัดหาพัสดุจึงมีลักษณะทำนองเดียวกันกับสัญญาสำเร็จรูปของภาคเอกชน

ตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมอันเกิดจากการทำสัญญาจ้างก่อสร้าง ตามแบบ
ตัวอย่างสัญญาจ้าง แนบท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

- สัญญาข้อ 2 ที่กำหนดว่าในกรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาขัด หรือแย้งกันเอง
ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง

- สัญญาข้อ 22 การขยายเวลาปฏิบัติงานตามสัญญาให้แก่ผู้รับจ้าง ในกรณีที่มี
เหตุสุดวิสัย หรือ เหตุใด ๆ อันเนื่องมาจากความผิด หรือ ความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง หรือ
เหตุการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ตามสัญญาข้อ 22 กำหนดให้การ
ขยายกำหนดเวลาทำงานดังกล่าว อยู่ในดุลพินิจของผู้ว่าจ้างฝ่ายเดียวที่จะพิจารณาตามความเห็น
สมควร ไม่ให้สิทธิแก่ผู้รับจ้างในการที่จะใช้ดุลพินิจร่วมกับผู้ว่าจ้างในการขยายกำหนดระยะเวลา
ทำงานดังกล่าว

สัญญาข้อ 2 และข้อ 22 ตามตัวอย่างสัญญาจ้างแนบท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี
ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นข้อสัญญาที่ผู้กำหนดสัญญามาตรฐานคือ ฝ่ายรัฐได้เปรียบคู่สัญญา
อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเอกชนที่มาเข้าทำสัญญากับส่วนราชการโดยไม่มีโอกาสได้เจรจาอภิปรายเกี่ยวกับ
รายละเอียดของสัญญานั้นมาก่อน ถึงแม้สัญญาข้อ 2 และข้อ 22 จะมีได้เป็นข้อตกลงตามร่าง
มาตรา 5 วรรค 2 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นตัวอย่างข้อตกลง
ที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตาม
อนุมาตรา 1-อนุมาตรา 6 เป็นเพียงตัวอย่างที่ให้อาศัยเทียบเคียงเพื่อวางกรอบให้ผู้กำหนดข้อ
ตกลงในสัญญามาตรฐานได้รู้ขอบเขตของตนว่าสามารถทำสัญญาได้โดยวางเงื่อนไขความรับผิดชอบ
หรือข้อกำหนดต่างๆไว้ในสัญญาได้ในขอบเขตเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรม ไม่
เอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในธรรมชาติของการทำนิติกรรมสัญญามีเนื้อหาสาระ
มากมายและมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ดังนั้นจึงต้องมีข้อตกลงในสัญญา นอกเหนือจาก
ตัวอย่างที่ยกมา ในอนุมาตรา 1 - อนุมาตรา 6 ที่อาจเป็นข้อตกลงที่ถือว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีก
ฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมาตรา 5 ไม่สามารถเขียนไว้ละเอียดชัดเจนเพื่อครอบคลุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
ทุกแห่งทุกมุมได้

สัญญาตามข้อ 2 ที่กำหนดว่าในกรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดหรือแย้งกันเอง ผู้รับจ้าง จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง สัญญาลักษณะนี้เป็นกรณีกว่าอำนาจผู้ว่าจ้างฝ่ายเดียวในการวินิจฉัยเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดหรือแย้งกันเอง โดยผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ว่าจ้างทำคำวินิจฉัยเพื่อเอาเปรียบฝ่ายผู้รับจ้างได้ เนื่องจากข้อสัญญาให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างฝ่ายเดียวในการทำคำวินิจฉัย ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามโดยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน ข้อตกลงในสัญญาข้อ 2 จึงเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้กำหนดสัญญา มาตราฐานซึ่งได้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร กรณีต้องด้วยบทบัญญัติ ตามร่างมาตรา 5 วรรค 1 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของฝ่ายผู้ว่าจ้างในกรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดหรือแย้งกันเอง ศาลจะเข้ามาตรวจสอบและวินิจฉัยให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น

สัญญาตามข้อ 22 กำหนดเรื่องการขยายเวลาปฏิบัติงานตามสัญญาให้แก่ผู้รับจ้างใน กรณีที่มีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความผิด หรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง หรือพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย การกำหนดการขยายเวลาทำงานในกรณีดังกล่าวอยู่ในดุลพินิจของผู้ว่าจ้างฝ่ายเดียวที่จะพิจารณาตามที่เห็นสมควร ไม่ให้สิทธิ แก่ฝ่ายผู้รับจ้างในกรณีที่จะใช้ดุลพินิจร่วมกับฝ่ายผู้ว่าจ้างในการขยายกำหนดระยะเวลาทำงาน ดังกล่าว สัญญาตามข้อ 22 เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ผู้ว่าจ้างเอาเปรียบผู้รับจ้างโดยกำหนดให้ เวลาในการขยายเวลาปฏิบัติงานตามสัญญาให้แก่ฝ่ายผู้รับจ้างไม่เพียงพอ ทำให้ผู้รับจ้างไม่ สามารถปฏิบัติงานได้ทันภายในระยะเวลาที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้ ข้อตกลงในสัญญาข้อ 22 จึงเป็น ข้อตกลงที่ทำให้ผู้กำหนดสัญญามาตราฐานซึ่งได้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องกำหนดระยะเวลา ในการปฏิบัติงานตามสัญญาที่ฝ่ายผู้ว่าจ้างใช้ดุลพินิจขยายกำหนดระยะเวลาทำงานซึ่งทำให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควรร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. มาตรา 5 จึงให้อำนาจศาลในการวินิจฉัย ให้กำหนดเวลาในการปฏิบัติงานตาม สัญญา ตามดุลพินิจของฝ่ายผู้ว่าจ้างมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

2.4 ข้อตกลงในสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก

ในปัจจุบันสภาพการแข่งขันภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ผู้ที่แข่งขันกันได้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ทัดเทียมกัน ผู้ที่มีความอ่อนแอทางเศรษฐกิจจะเป็นผู้แพ้ และต้องออกจากการแข่งขันไป จะเหลือแต่เฉพาะผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า หรืออยู่ในฐานะทางสังคม ที่ได้เปรียบกว่า ซึ่งจะกลายเป็นผู้ผูกขาดในระบบเศรษฐกิจ ยังผลให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้บริโภคในที่สุด

ตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก ได้แก่

- ในสัญญาสัมปทานเอกชน ที่กำหนดให้ผู้ให้สัมปทานมีสิทธิเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ โดยไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายใดๆ ให้แก่ผู้ได้รับสัมปทาน

การทำสัญญาสัมปทานเอกชน ที่มีข้อกำหนดให้ผู้ให้สัมปทานเลิกสัญญาสัมปทานเวลาใดก็ได้ โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ได้รับสัมปทาน ข้อกำหนดเช่นนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับสัมปทานเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีการบอกเลิกสัญญาสัมปทานในระหว่างอายุสัญญาสัมปทานจะทำให้ผู้ได้รับสัมปทานไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานประกอบการ สิ่งก่อสร้าง หรือระบบงานให้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการประกอบการในลักษณะอื่นได้ในเวลาอันสั้น อีกทั้งผู้ได้รับสัมปทานจะต้องเสียหายเนื่องจากเงินทุนที่ใช้ในการดำเนินการที่ได้รับสัมปทานเป็นเงินทุนจำนวนมาก หากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขใดๆ ในระหว่างอายุสัญญาสัมปทาน ผู้ได้รับสัมปทานอาจประสบปัญหาเรื่องการบริหารการเงิน เนื่องจากเหตุผลดังกล่าวจึงนำไปสู่การกระทำไปในทางข่มขู่ในทางเศรษฐกิจที่ผู้ให้สัมปทานกระทำต่อผู้ได้รับสัมปทานซึ่งผู้ได้รับสัมปทานตกอยู่ในฐานะ เสียเปรียบต้องยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขของผู้ให้สัมปทานทุกประการ ข้อสัญญาเช่นนี้แม้จะเป็นคำยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้ได้รับสัมปทานก็ตาม แต่ก็ไม่น่าจะบังคับได้ เนื่องจากในสัญญาสัมปทาน เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของระบบสัมปทานก็คือผู้ให้สัมปทานจะได้รับค่าสัมปทานและค่าสิทธิเพื่อเป็นการตอบแทนในการอนุญาตให้ผู้ได้รับสัมปทานได้ใช้สิทธิในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการภายใต้ชื่อ ภาพพจน์ ชื่อเสียงแห่งธุรกิจ (goodwill)

ของผู้ให้สัมปทาน จะเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานเอกชนเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้ให้สัมปทานจึงควรให้ผู้ได้รับสัมปทานใช้สิทธิในระบบสัมปทานอย่างเต็มที่ตลอดอายุสัญญาสัมปทาน และอีกประการหนึ่ง การเข้าทำสัญญาสัมปทานในขั้นต้นต้องคำนึงถึงความสุจริตและความขัดแย้งแห่งข้อสัญญา ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ให้สัมปทานเลิกสัญญาได้เช่นนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้สัมปทานใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่ในทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะเกิดความเสียหายแก่ระบบสัมปทานเนื่องจากเมื่อผู้ได้รับสัมปทานประสบปัญหาในเรื่องข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเช่นนี้ ก็จะทำให้ขาดความศรัทธาเชื่อถือในระบบสัมปทาน ดังนั้นข้อกำหนดให้ผู้ให้สัมปทานเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ในกรณีที่ผู้ได้รับสัมปทานมิได้กระทำผิดข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานในข้อสาระสำคัญโดยผู้ให้สัมปทานไม่ต้องชดเชยค่าเสียหาย จึงเป็นข้อสัญญาที่ผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคือผู้ให้สัมปทานได้เปรียบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ได้รับสัมปทาน

นอกจากนี้ข้อตกลงในสัญญาสัมปทานเอกชน ที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานใช้เงินทุนในการประกอบกิจการจากบริษัทเงินทุนซึ่งผู้ให้สัมปทานกำหนดขึ้นก็เป็นตัวอย่างหนึ่งของข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก เนื่องจากการประกอบการในระบบสัมปทานมีความจำเป็นที่จะต้องใช้จ่ายเงินลงทุนเป็นจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกู้เงินกับธนาคารหรือบริษัทเงินทุนการที่ผู้ให้สัมปทานกำหนดให้ผู้ได้รับสัมปทานต้องกู้เงินจากบริษัทเงินทุนที่ผู้ให้สัมปทานกำหนดขึ้น ตัวอย่างเช่น บริษัทเจนเนอรัลมอเตอร์ (General motors) กำหนดให้ผู้ได้รับสัมปทานในการจำหน่ายรถยนต์จะต้องกู้เงินในการลงทุนดำเนินกิจการจากบริษัท Came ซึ่งเป็นบริษัทในเครือของบริษัทเจนเนอรัล มอเตอร์ (General motors)¹ สัญญาสัมปทานที่มีข้อกำหนดเช่นนี้ทำให้ผู้ให้สัมปทานสามารถหาประโยชน์และมีอิทธิพลเหนือการดำเนินการของผู้ได้รับสัมปทานเป็นอย่างมาก เนื่องจากทำให้ผู้ให้สัมปทานสามารถควบคุมการประกอบการของผู้ได้รับสัมปทานได้อย่างเต็มที่ โดยสามารถบีบบังคับผู้ได้รับสัมปทานให้ปฏิบัติตามที่ผู้ให้สัมปทานต้องการได้ในทุกกรณี ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ให้สัมปทานขู่ว่าจะเรียกเงิน

¹ในคดี United States V General motors Gosq., 121 F. 2d 376 (7 th Cir 1939) Cer. denied, 314 U.S 618, rehearing denied, 314 U.S 710 (1947)

ทศคืนในทันทีทันใด ถ้าผู้ได้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามที่ผู้ให้สัมปทานเรียกร้องหรือกำหนด กรณีดังกล่าวถือเป็นการข่มขู่ในทางเศรษฐกิจที่มีการบีบบังคับผู้ได้รับสัมปทานให้ตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบ

ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคำถามไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าสามารถกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. มาตรา 5 วรรคแรก จึงได้วางหลักไว้ว่า ในการทำสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ได้เปรียบในการทำสัญญา เนื่องจากสามารถอาศัยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด ดังนั้นร่างพระราชบัญญัตินี้จึงให้อำนาจศาลในการเข้าไปตรวจสอบดูแลและใช้ดุลพินิจปรับข้อสัญญาดังกล่าวให้อยู่ในกรอบของความเป็นธรรม โดยสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากนั้น ถ้าศาลเห็นว่าข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวเป็นการทำให้ผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ศาลจะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงสัญญาได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และถ้าศาลเห็นว่า เป็นเรื่องที่บังคับกันรุนแรง เอาเปรียบกันมาก ศาลจะไม่บังคับให้สัญญามีผลเลยก็ได้

(3) ผลบังคับของข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม

มีสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งบุคคลอาจตกลงก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายได้ ถ้าไม่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจนเกินสมควร หรือไม่เป็นการกระทบกระเทือนประโยชน์ส่วนได้เสียของมหาชน หรือประเทศชาติโดยส่วนรวม หรือไม่เป็นการขัดหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาดังกล่าวนี้นี้เรียกกันว่า "สัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขัน" หรือที่บางท่านเรียกว่า "สัญญาห้ามประกอบการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ"¹³

¹³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติการพิมพ์, 2523), หน้า 46-49

ตามรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองของไทยเรา บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพทำมาหากิน และย่อมจะเป็นนโยบายของรัฐบาลทุกยุคทุกสมัยที่ต้องการส่งเสริมประชาชนให้มีอาชีพเป็นหลักแหล่งโดยทั่วถึงกัน ฉะนั้นจึงมีปัญหาวาด้านนายจ้างจะตกลงกับลูกจ้างว่า ถ้าพ้นจากหน้าที่ลูกจ้างไปแล้วจะไม่ประกอบอาชีพแข่งขันกับนายจ้างเดิม หรือจะไม่เป็นลูกจ้างของนายจ้างอื่นที่ประกอบอาชีพหรือการค้าอย่างเดียวกันกับนายจ้างเดิมก็ดี ผู้ประกอบการค้าหรืออุตสาหกรรมซึ่งได้ขายกิจการของตนให้แก่ผู้อื่น และทำสัญญาไว้ว่าจะไม่ประกอบกิจการค้าหรืออุตสาหกรรมชนิดนั้นแข่งขันกับผู้ซื้อกิจการของตนไปก็ดี สัญญาเช่นนั้นจะใช้บังคับกันได้ทุกกรณีหรือไม่ หรือจะถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งใช้บังคับไม่ได้หรืออย่างไร¹⁴ การตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมนั้น หลักกฎหมายของไทยมิได้บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่ามีรูปแบบหรือลักษณะเป็นอย่างไร ทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาก็มีอยู่น้อย การวินิจฉัยก็ต้องอาศัยทฤษฎีว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นข้อจำกัดทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 : ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า โจทก์จ้างจำเลยทำงานในร้านเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์ โดยมีข้อสัญญาว่า เมื่อออกจากร้านโจทก์ไปแล้ว ห้ามมิให้จำเลยไปทำการเป็นช่างแก้ไขซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ เช่นนี้ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519 (ประชุมใหญ่) : วินิจฉัยว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัดนิยมก่อสร้าง ซึ่งโจทก์เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการและบริษัทอื่น ๆ กับจำเลยตกลงกันไม่ประมูลสร้างทางแข่งกับจำเลย โดยแกล้งยื่นประมูลราคาสูงกว่าราคาที่ตกลงให้จำเลยยื่นประมูล เป็นการลวง

¹⁴ บัญญัติ สุชีวะ, "สัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขัน", ตุลพาห, ปีที่ 10, เล่มที่ 1 (มีนาคม 2506), หน้า 235

กรมทางหลวงผู้ประกาศให้มีการประมูลว่ามีการประมูล เป็นการล่อให้เปรียบเทียบราคากัน ซึ่งความจริงมิได้มีการประมูลกันจริง แต่มีการตกลงสมยอมกัน โดยจำเลยสัญญาจะจ่ายค่าตอบแทนให้ ศาลฎีกาเห็นว่า ตามธรรมดาเมื่อมีการประมูล บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิเข้าประมูลได้ และมีการประมูลแข่งราคากันอย่างแท้จริง ผู้ประมูลไม่มีโอกาสที่จะรู้ว่าผู้ประมูลคนใดยื่นประมูลราคาเท่าใด แต่การประมูลรายนี้มีการจำกัดราคาไม่ให้คนอื่นมาแข่งในราคาต่ำกว่าที่จำเลยยื่น เพื่อให้จำเลยเป็นผู้ได้รับประมูล โดยผู้ที่จะได้รับเงินตอบแทนในราคาสูงลงเอาไว้ การประมูลรายนี้กรมทางหลวงผู้ประกาศให้มีการประมูลหลงเชื่อว่า มีการประมูลกันจริงและต้องจ่ายเงินไป เพราะจำเลยกับพวกหลอกลวงกระทำการโดยไม่สุจริต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ร่วมกันบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริตนั่นเอง ย่อมทำให้รัฐได้รับความเสียหาย ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นเห็นตามเช็คพิพาทจึงเกิดจากสัญญาอันมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 โจทก์ผู้รับโอนรัฐถึงมูลหนี้ดังกล่าวแล้วจึงนำเช็คพิพาทมาฟ้องจำเลยเช่นนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2014/2506 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้เข้าทำสัญญามอบให้โจทก์เป็นผู้จัดการนกมวยมีระยะเวลา 3 ปี จำเลยละเมิดและผิดสัญญาไปตกลงชกกับนักมวยอื่นโดยผลการ ทำให้โจทก์มีความเสียหายขาดรายได้ ขอให้บังคับจำเลยใช้ค่าเสียหายพร้อมทั้งดอกเบี้ย

ศาลฎีกาเห็นว่า สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยนั้นสมบูรณ์ใช้บังคับได้นับแต่วันทำสัญญาแล้ว การจัดหาคู่ชกให้แก่จำเลย ตามใจโจทก์ก็ดี สิทธิการบอกเลิกสัญญาของโจทก์ก็คือ หาใช่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไม่ การที่จำเลยตกลงยอมให้โจทก์เป็นผู้จัดหาคู่ชกให้จำเลยก็เพราะจำเลยเห็นว่าโจทก์มีความสันทัดจัดเจนในวงการมวย สามารถจัดหาคู่ชกอันเหมาะสมให้จำเลยขึ้นชกเอาชนะได้ อันเป็นความสมัครใจของจำเลยมอบตัวเข้าอยู่ภายใต้ความควบคุมของโจทก์แต่ผู้เดียว โดยหวังประโยชน์จากการที่โจทก์จะส่งเสริมจำเลยมีชื่อเสียงและรายได้จากการชกตลอดระยะเวลา 3 ปี การที่จำเลยยอมให้โจทก์มีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวก็เป็นความตกลงยินยอมของจำเลยเช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า หากฝ่ายใดผิดสัญญาขึ้น อีกฝ่ายจะไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามกฎหมาย การทำสัญญาระหว่างกันจะตกลงกันได้เปรียบเสียเปรียบแก่กันอย่างไร แล้ว

แต่ความสมัครใจของคู่สัญญาซึ่งจะต้องระวังรักษาประโยชน์ของตน ที่ศาลล่างวินิจฉัยว่าสัญญา ระหว่างโจทก์จำเลยมีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมายใช้บังคับได้ ให้จำเลยเป็นฝ่ายแพ้คดีโจทก์ ตามคำให้ชอบแล้ว พิพากษายืน ให้ยกฎีกาจำเลย

ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงเป็นอันถือได้ว่า สัญญาระหว่าง นักมวยกับผู้จัดการไม่ใช่สัญญาจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพอันเป็นการขัดขวางต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงใช้บังคับกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 725/2519 : ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า "ข้อสัญญาที่ว่า โจทก์ ออกเงินส่งจำเลยไปฝึกงานที่ประเทศญี่ปุ่นแล้วจำเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี โดยโจทก์ กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตามความพอใจของโจทก์แต่ฝ่ายเดียวนั้น ไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2966/2523 : ระเบียบของจำเลยข้อหนึ่งมีอยู่ว่า "ขณะที่มีหน้าที่ในบริษัท พนักงานไม่มีสิทธิดำรงตำแหน่งใดในธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากฝ่ายจัดการ การฝ่าฝืนกฎข้อนี้อาจเป็นผลให้บริษัทเลิกจ้าง พนักงานได้โดยไม่จ่ายค่าชดเชย ตามที่ระบุมาข้างต้นนี้มีได้ประสงค์จะขัดขวางงานอดิเรกอันก่อให้เกิดรายได้และกิจกรรมในยามว่างอื่น ๆ ซึ่งทำนอกเวลาทำงาน" ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงาน เห็นว่า ระเบียบของจำเลยมิได้ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แนวคำพิพากษาของศาลดังที่ได้ยกมาข้างต้นนั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยและให้เหตุผลไว้ เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย มิได้วางหลักเกณฑ์ว่าสัญญาประเภทใดที่จะเข้าข่ายว่าเป็นสัญญา ห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันอันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่¹⁵ แต่อาจพอสรุปขอบเขตของการห้ามการแข่งขันและจำกัดสิทธิในการ

¹⁵ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (จัดพิมพ์ โดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 101

ประกอบอาชีพที่ไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ตั้ง¹⁶

(1) คู่กรณีที่ถูกห้ามหรือจำกัดสิทธิ ได้ประโยชน์ตอบแทนจากการยอมรับหรือถูกจำกัดสิทธินั้น เช่น จำเลยเป็นนักมวย ได้รับประโยชน์จากการที่โจทก์เป็นผู้จัดการหาคู่ชกที่เหมาะสมให้ หรือจำเลยเป็นลูกจ้าง ได้ประโยชน์จากการที่โจทก์เสียค่าใช้จ่ายส่งจำเลยไปฝึกงานต่างประเทศ

(2) การห้ามหรือการจำกัดสิทธิจะต้องไม่เป็นการเกินสมควร ข้อเท็จจริงใดจะเป็นการเกินสมควรหรือไม่นั้น ต้องดูกันเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น ระยะเวลา (time) 5 ปี และพื้นที่ (area) ที่ห้ามจำเลยตลอดเขตกรุงเทพมหานคร ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเกินสมควร

(3) การห้ามหรือการจำกัดสิทธินั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติและประชาชนเป็นส่วนรวม เช่น ข้อตกลงให้ผู้ประมวลสร้างทางประมวลราคาสูงกว่าผู้ประมวลอีกรายหนึ่งเป็นหนี้ เป็นการบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

จะเห็นได้ว่าคดีที่มาสู่ศาลในปัญหาเรื่องการตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมนั้น ศาลมีความยากลำบากที่จะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเนื่องจากในปัญหาเรื่องนี้ไม่มีหลักกฎหมายไทยบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าการตกลงเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยจึงขึ้นอยู่กับศาลซึ่งจะเป็นผู้พิจารณา ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ ศาลไทยจะใช้วิธีพิจารณาข้อเท็จจริง ซึ่งน้ำหนักพยาน แล้วจึงวินิจฉัยไปตามรูปคดีว่าสัญญาอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ โดยในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม ศาลมีทางเลือกอยู่สองทางคือทางเลือกแรก ศาลยอมรับบังคับให้ตามที่คุณสัญญาตกลงกัน โดยถือหลักว่าการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีจะตกลงกันให้ได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรก็ได้ แล้วแต่ความสมัครใจ

¹⁶ ธาดา ศาสตร์สาธิต, "การห้ามประกอบการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ", บทบัญญัติ, เล่มที่ 38, ตอน 4 (2524), หน้า 567

ของคู่กรณีซึ่งจะต้องระวังรักษาประโยชน์ของตน¹⁷ ทางเลือกที่สองคือ ศาลไม่รับบังคับให้ตาม ที่คู่สัญญาตกลงกัน เนื่องจากศาลเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาเป็นข้อกำหนดที่เกินสมควรขัดต่อความ สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ

เนื่องจากในปัจจุบันเกิดปัญหาโต้แย้งในเรื่องของการตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพใน การประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมเป็นคดีมาสู่ศาลมากขึ้น และในเรื่องนี้ก็มีหลัก กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัด ประกอบกับแนวบรรทัดฐานของศาลไทยในเรื่องนี้ก็น้อย ไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องนี้ได้ การวินิจฉัยคงต้องอาศัยทฤษฎีว่าด้วย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างไร อย่างหนึ่งดังต่อไปนี้คือ

- (1) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม มีผลบังคับได้ตามที่คู่สัญญาตกลงกัน
- (2) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม ตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับโดยสิ้นเชิง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากพิจารณาสภาพความเป็นจริงแล้ว ในการวินิจฉัยข้อพิพาทใน เรื่องนี้ ศาลควรจะมีทางเลือกที่นอกเหนือไปจากที่มีอยู่ในปัจจุบัน เนื่องจากในบางกรณีข้อตกลง จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่คู่สัญญาตกลงกันนั้น ไม่ ถึงกับขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลที่ศาลจะ ปฏิเสธไม่รับบังคับให้ แต่ในขณะเดียวกันข้อตกลงดังกล่าวก็เป็นการห้ามหรือจำกัดสิทธิที่เกินสม ควร ซึ่งศาลไม่อาจบังคับให้ได้ตามข้อตกลงทั้งหมด เพราะเป็นการห้ามที่เกินกว่าความจำเป็นใน อันที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสม ควร ตัวอย่างเช่น ในสัญญาที่นายจ้างและลูกจ้างทำขึ้นนั้นมีข้อตกลงตามสัญญาว่า นายจ้างจะออก เงินเป็นค่าใช้จ่ายให้ลูกจ้างไปฝึกงานที่ประเทศญี่ปุ่น แต่มีเงื่อนไขว่าให้ลูกจ้างต้องกลับมาทำงาน

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2014/2506

ให้นายจ้างเป็นเวลา 5 ปี โดยนายจ้างจะกำหนดอัตราเงินเดือนของลูกจ้างได้ตามความพอใจของนายจ้างฝ่ายเดียว จะเห็นได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ถึงกับขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากศาลเห็นว่าระยะเวลา 5 ปีที่ลูกจ้างจะต้องกลับมาทำงานให้นายจ้างนั้นเป็นระยะเวลาที่นานเกินสมควร ศาลก็ไม่มีทางเลือกทางอื่นในการที่จะบังคับให้ลูกจ้างกลับมาทำงานให้นายจ้างภายในกำหนดระยะเวลาที่พอสมควรได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจศาลไว้โดยชัดแจ้งให้กำหนดระยะเวลาที่พอสมควรได้ ศาลต้องเลือกกระหน่ำงการที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา กล่าวคือให้ลูกจ้างกลับมาทำงานให้นายจ้างเป็นเวลา 5 ปี หรือวินิจฉัยให้สัญญาตกเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับใช้โดยสิ้นเชิง

ตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.... มาตรา 6 บัญญัติว่าการตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

บทบัญญัติดังกล่าวจะช่วยแก้ไขปัญหาความขัดแย้งหรือความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมได้ โดยจะเป็นหลักกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ศาลมีทางเลือกเพิ่มมากขึ้นในการวินิจฉัยประเด็นพิพาทในเรื่องการตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม โดยให้อำนาจศาลวินิจฉัยให้ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ กล่าวคือไม่ถึงกับขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งจะเป็นการเยียวยาแก้ไขให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการกำหนดข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม

(4) ผลบังคับของข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

กฎหมายในปัจจุบันบัญญัติให้ผู้ขายต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าไม่ว่าผู้ขายจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้นหรือไม่ก็ตาม¹⁸ หลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ขายในการชำรุดบกพร่องของสินค้านั้นกฎหมายได้กำหนดไว้ตามความในมาตรา 472 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า "ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำรุดบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเหตุให้เสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติที่ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาก็ดี ผู้ขายต้องรับผิด" วรรค 2 "ความที่กล่าวมาในมาตรานี้นิยมใช้ได้ทั้งที่ผู้ขายได้รู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าความชำรุดบกพร่องมีอยู่"

ตามความในมาตรา 472 ผู้ขายต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของสินค้านในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ความชำรุดบกพร่องที่เป็นเหตุให้สินค้าเสื่อมราคา ทำให้ราคาตกต่ำไปเพราะความชำรุดบกพร่อง เช่น ตกลงซื้อขายแจกันใบหนึ่ง เมื่อผู้ซื้อรับแจกันมาแล้วปรากฏว่ามีรอยร้าวอยู่ในลายของแจกันนั้นโดยที่ถ้าไม่พิจารณาให้ดีแล้วไม่อาจเห็นได้ เช่นนี้การมีตำหนิหรือรอยร้าวย่อมทำให้แจกันดังกล่าวเสื่อมราคา ผู้ขายแจกันต้องรับผิดต่อผู้ซื้อ หรือตกลงซื้อขายสุนัขตัวหนึ่งต่อมาปรากฏว่า สุนัขเป็นโรค ราคาก็ย่อมตกต่ำไปเป็นธรรมดาผู้ขายสุนัขตัวนั้นต้องรับผิดต่อผู้ซื้อ

(2) ความชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ หมายความว่าถึงสินค้านั้นไม่อาจใช้ประโยชน์ตามความมุ่งหมายของบุคคลทั่วไปไม่เหมาะสมในการใช้ตามธรรมดาของสินค้าประเภทนั้น เช่น ซื้อโทรทัศน์เครื่องหนึ่งก็ต้องใช้ได้อย่างโทรทัศน์คือรับได้ทั้งภาพและเสียง ถ้าหลอดภาพเสื่อมรับภาพไม่ได้ ก็ถือว่าเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์

¹⁸ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2519), หน้า

อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ หรือซื้อสินค้าประเภทอาหารก็ต้องเหมาะสมสำหรับรับประทานต้องไม่บูดเน่าเสียหรือมีพิษทำให้ผู้บริโภคเจ็บป่วย

(3) ความชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา ซึ่งอาจกล่าวไว้ในสัญญาว่าผู้ซื้อต้องการสินค้าเพื่อใช้สำหรับเจตนากรณีประการใดหรือผู้ซื้อแจ้งให้ผู้ขายทราบว่าการซื้อสินค้าเพื่อใช้ประโยชน์อย่างใด ซึ่งผู้ขายต้องขายสินค้าที่เหมาะสมกับความต้องการของผู้ซื้อ เช่น ผู้ซื้อต้องการเหล็กหนามากเพื่อใช้ประกอบเป็นโครงร่างตึกรับน้ำหนักได้ตามที่ต้องการ แต่ผู้ขายส่งเหล็กที่หนาพอควรแต่ไม่ได้ขนาดตามผู้ซื้อต้องการ เช่นนี้แม้ตามธรรมดาเหล็กที่หนาพอควรนั้นใช้ก่อสร้างได้แต่ก็ไม่เหมาะกับการก่อสร้างในคราวนี้ จึงไม่เหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา

นอกเหนือจากความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติให้ผู้ขายต้องรับผิดเพื่อการรอนสิทธิอีกด้วย "การรอนสิทธิ" (eviction) หมายถึงการที่ผู้ซื้อทรัพย์สินบุคคลภายนอกการรอนสิทธิในอันที่จะครองทรัพย์สินโดยปกติสุข การรอนสิทธิเป็นความรับผิดของผู้ขาย เพราะผู้ขายย่อมมีหนี้ หรือหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งผู้ซื้อสามารถเข้าครองทรัพย์สินนั้นได้โดยปกติสุขตามวิสัยของการซื้อทรัพย์สินทั่วไป¹⁰ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 475 ซึ่งบัญญัติว่า "หากว่ามีบุคคลผู้ใดมาทำการรอนสิทธิของผู้ซื้อในอันจะครองทรัพย์สินโดยปกติสุข เพราะบุคคลผู้นั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้ซื้อขายกันนั้นอยู่ในเวลาซื้อขายก็ดี เพราะความผิดของผู้ขายก็ดี ท่านว่าผู้ขายจะต้องรับผิดในผลอันนั้น" นอกจากนี้การรอนสิทธินั้นแม้จะเกิดขึ้นเพียงบางส่วน ผู้ขายก็คงต้องรับผิดอยู่ตนเอง ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 479 ซึ่งบัญญัติว่า

"ถ้าทรัพย์สินซึ่งซื้อขายกันหลุดไปจากผู้ซื้อทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพราะเหตุการรอนสิทธิก็ดี หรือว่าทรัพย์สินนั้นตกอยู่ในบังคับแห่งสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่การที่จะใช้ หรือเสื่อมความสะดวกในการใช้สอย หรือเสื่อมประโยชน์อันจะพึงได้แต่ทรัพย์สินนั้น และซึ่งผู้ซื้อหาได้ในเวลาซื้อขายไม่ก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิด"

¹⁰ วิชาญ เครื่องาม, กฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พิมพ์ครั้งที่ 5

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ซื้อไว้ว่าจะต้องใช้ความระมัดระวังตรวจตราทรัพย์สินที่ซื้อขายตามสมควร (caveat emptor) ดังปรากฏในข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อการชำระดอกเบี้ยในมาตรา 473 และยังยอมให้มีข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบอีกด้วยหากคู่สัญญาตกลงกันเช่นนั้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 483 และมาตรา 485

มาตรา 473 บัญญัติว่า ผู้ขายยอมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้คือ

- (1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้ว แต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน
- (2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้น เป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน
- (3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด

มาตรา 483 บัญญัติว่า คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้

มาตรา 485 บัญญัติว่า ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไม่อาจคุ้มครองความรับผิดของผู้ขายในผลของการอันผู้ขายได้กระทำไปเอง หรือผลแห่งข้อความจริงอันผู้ขายได้รู้อยู่แล้วและปกปิดเสีย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งหมดประกอบกัน จะเห็นได้ว่า หากปรากฏกรณีดังกล่าวต่อไปนี้ ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตามหลัก "ผู้ซื้อต้องระวัง" คือ^{๒๐}

^{๒๐} อัมพร จันทรวิจิตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน หนี้ คำประกัน จำนอง จำนำ ตัวแทน หนี้ยืม ประกันภัย รับขน และเก็บของในคลังสินค้า (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2517), หน้า 53-54

- (1) ผู้ซื้ออยู่แล้วที่มีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้ถ้าได้ใช้ความระมัดระวังดังเช่นวิญญูชน เช่น ข้อแจกันที่มีรอยแตกร้าวด้านล่าง หากสังเกตตรวจตราให้ดีก็จะได้เห็น ดังนั้นผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ
- (2) ผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่องหรือเห็นได้โดยแจ้งชัดขณะรับแล้วโดยมิติดเอือน เช่น ซื้อรูปปั้น เห็นแล้วว่ารูปปั้นมีรอยร้าวก็รับไว้
- (3) ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด ทั้งนี้เพราะการขายทอดตลาด กระทำโดยเปิดเผย ผู้ซื้อมีโอกาสตรวจตราพิจารณาอย่างถี่ถ้วนได้ก่อนการซื้อทรัพย์สินนั้น
- (4) ผู้ขายและผู้ซื้ออาจทำข้อสัญญาว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง เว้นแต่ความชำรุดบกพร่องนั้นได้เกิดขึ้นเพราะการอันผู้ขายได้กระทำไปเองหรือผู้ขายทราบอยู่แล้วว่ามีความชำรุดบกพร่องแต่ปกปิดไว้ ผู้ขายย่อมต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องนั้น²¹

นอกจากนี้กฎหมายยังได้ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ขายในความรับผิดเพื่อการรอนสิทธิไว้ 2 กรณีคือ (1) กรณีมีข้อยกเว้นความรับผิดตามสัญญาซึ่งเป็นไปตามมาตรา 483 และมาตรา 485 ตามที่กล่าวมาข้างต้น และ (2) กรณีมีข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายดังนี้²²

1. ถ้าผู้ซื้ออยู่แล้วในเวลาซื้อขายว่ามีผู้มาก่อนการรบกวนขัดสิทธิหรือมีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อ ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ (มาตรา 476)
2. ถ้าเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องตกอยู่ในบังคับแห่งการจำยอมโดยกฎหมาย ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่ผู้ขายจะรับรองไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินนั้นปลอดจากการจำยอมใด ๆ ทั้งสิ้นหรือการจำยอมอันนั้น (มาตรา 480)

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2331/2516, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1537/2525 และคำพิพากษาที่ 2293/2515

²² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 301-302

3. ถ้าผู้ซื้อสูญเสียทรัพย์สินไปด้วยความผิดของผู้ซื้อเองดังกรณีต่อไปนี้ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ

ก. ถ้าไม่มีการฟ้องคดี แต่ผู้ขายพิสูจน์ได้ว่าสิทธิของผู้ซื้อได้สูญไปโดยความผิดของผู้ซื้อเอง เช่น ก ซื้อของมาจาก ข ต่อมา ค มาทวงคืนจาก ก โดยอ้างว่าเป็นของตน ซึ่งไม่เป็นความจริง แต่ ก ก็หลงเชื่อให้คืนไปง่าย ๆ เช่นนี้ ข ไม่ต้องรับผิดชอบ

ข. ถ้ามีการฟ้องคดี แต่ผู้ซื้อไม่ได้ขอให้ศาลออกหมายเรียกผู้ขายเข้ามาในคดีตามมาตรา 477 ซึ่งถ้าเรียกเข้ามาแล้ว ผู้ขายยอมพิสูจน์ได้ว่าฝ่ายผู้ซื้อมีทางชนะคดี

อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ขายถูกศาลหมายเรียกให้เข้ามาในคดี แต่ผู้ขายไม่ยอมเข้าว่าคดีร่วมเป็นโจทก์หรือจำเลยร่วม ผู้ขายยังคงต้องรับผิดชอบอยู่นั่นเอง

ค. ถ้ามีการฟ้องคดี และมีการเรียกผู้ขายให้เข้ามาในคดี แต่ศาลได้ยกคำเรียกร้องของผู้ซื้อเพราะความผิดของผู้ซื้อเอง เช่นผู้ซื้อไปยอมรับสิทธิของบุคคลภายนอก หรือผู้ซื้อขาดนัด หรือตัดพยานฝ่ายตนเสียเอง ดังนี้ เป็นต้น (มาตรา 482)

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จะเห็นว่าแม้หลักกฎหมายซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะยอมรับหลักกฎหมายที่ว่า "ผู้ขายต้องระวัง" ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ทำให้ผู้ขายมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ยอมรับหลักกฎหมายที่ว่า "ผู้ซื้อต้องระวัง" ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่วางหลักว่า "หากผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจตราทรัพย์สินจนมองเห็นสภาพชำรุดบกพร่องแล้วหรืออย่างน้อยที่สุดก็ควรจะได้เห็นได้ ผู้ซื้อเองก็ควรจะต้องรับผิดชอบ" นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 483 ยังยอมให้คู่สัญญาตกลงกันถึงการยกเว้นความรับผิดชอบของฝ่ายผู้ขายในกรณีที่มีการชำรุดบกพร่องหรือมีการรอนสิทธิเกิดขึ้น

เนื่องจากในปัจจุบันสังคมได้เปลี่ยนแปลงสภาพไปกลายเป็นสังคมที่เจริญเติบโตทางด้านอุตสาหกรรม อำนาจในการซื้อขายสินค้าของคู่สัญญาก็เปลี่ยนแปลงไป การตรวจสอบสินค้ากระทำได้ยาก เนื่องจากผู้ซื้ออาจไม่มีความรู้ความสามารถที่จะพิจารณาถึงคุณภาพของสินค้าได้อย่างจริงจังต่อไป อีกทั้งสินค้าใหม่ ๆ ที่มีส่วนประกอบและขั้นตอนการผลิตที่สลับซับซ้อนเป็นการยากที่

จะอาศัยการตรวจตราพิเคราะห์ด้วยสายตาของคนธรรมดาให้รู้ถึงคุณภาพที่แท้จริงและความชำรุดบกพร่องในสินค้าได้อย่างแจ่มชัด นอกจากนี้ในการซื้อขายแทนที่จะได้กระทำกันต่อหน้า ในปัจจุบันก็เปลี่ยนเป็นเรื่องที่จะต้องติดต่อกันทางหนังสือหรือทางโทรเลขหรือทางเทเลกซ์ จึงไม่มีโอกาสให้ผู้ซื้อได้ตรวจตราทรัพย์สิน ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่กฎหมายยอมให้ผู้ขายสามารถกำหนดช้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิได้นั้น เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ขายสามารถเอาเปรียบผู้ซื้อได้เพราะจะทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถรับประโยชน์คุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ขายมีความรับผิดในกรณีที่ทรัพย์สินมีความชำรุดบกพร่องหรือในการที่ผู้ซื้อถูกรอนสิทธิ ดังนั้นจึงควรจะต้องมีมาตรการเพื่อเยียวยาแก้ไขให้เกิดความเป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้ซื้อ เนื่องจากตัวบทกฎหมายซื้อขายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่เอื้ออำนวยให้มีการคุ้มครองผู้ซื้อในสัญญาซื้อขายได้ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ... มาตรา 7 จึงบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้เป็นมาตรการในการเยียวยาแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ซื้อ โดยมาตรา 7 วรรคแรกบัญญัติว่า

"ในสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค คู่สัญญาจะตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิมิได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา"

บทบัญญัติในมาตรา 7 วรรคแรก บัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้เป็นมาตรการเยียวยาแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภค โดยคุ้มครองผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิให้ได้รับความเป็นธรรมในแง่ที่ว่าถ้าผู้บริโภคไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิ ผู้ขายจะทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิไม่ได้ มาตรา 7 วรรคแรก แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ... คุ้มครองผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคมากกว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 483 ซึ่งบัญญัติว่า "คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้"

กล่าวคือตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 483 ผู้ขายสามารถทำข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ซื้อจะได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง

หรือเหตุแห่งการรอนสิทธิหรือไม่ก็ตาม แต่มาตรา 7 วรรคแรก แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมห้ามมิให้ผู้ขายยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในกรณีที่ผู้บริโภคไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิในขณะที่ทำสัญญา แต่ถ้าผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิในขณะที่ทำสัญญาในกรณีที่ผู้ขายสามารถทำข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้

มาตรา 7 วรรคท้าย บัญญัติว่า

"ในกรณีที่ผู้รับมอบทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งมิใช่ผู้บริโภค หรือในกรณีที่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมายมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น"

บทบัญญัติในมาตรา 7 วรรคท้าย เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อซึ่งมิใช่ผู้บริโภคโดยไม่คำนึงถึงว่าผู้ซื้อซึ่งมิใช่ผู้บริโภคจะได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องและเหตุแห่งการรอนสิทธิหรือไม่ก็ตาม และผู้บริโภคที่ได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ให้ได้รับความคุ้มครองในแง่ที่ว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิจะมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น กล่าวคือถ้าผู้ซื้อซึ่งมิใช่ผู้บริโภคและผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิพอใจที่จะทำสัญญาให้ผู้ขายสามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ กฎหมายก็ยอมรับบังคับให้ แต่ทั้งนี้เป็นการบังคับให้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น มิใช่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงได้ทั้งหมด เนื่องจากเหตุผลที่ว่า ในความเป็นจริงมีหลายกรณีที่ผู้ขายอาศัยความเป็นผู้มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า กำหนดข้อตกลงในสัญญาเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดแม้จะเกิดความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิขึ้น โดยที่ผู้ซื้อถึงแม้จะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องและเหตุแห่งการรอนสิทธิแต่ก็ต้องยอมทำสัญญาด้วยเพราะเป็นฝ่ายเสียเปรียบในด้านอำนาจต่อรอง ในกรณีเช่นนี้จึงเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ ดังนั้น มาตรา 7 วรรคท้าย จึงได้เพิ่มมาตรการคุ้มครองผู้ซื้อที่เป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าให้ได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น โดยการขยายแถมของความเป็นธรรมออกไปอีกระดับหนึ่งซึ่งผู้ซื้อจะได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้นจากมาตรา 473 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิด ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ใน

เวลาซื้อขายที่มีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากได้ใช้ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน" มาตรา 473 ถือเอาความรู้หรือไม่รู้ของผู้ซื้อเป็นการตัดสินความรับผิดชอบของผู้ขายโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลด้านอื่นอีกเลย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายที่แข็งแกร่งต่างตายตัวแต่หลักการในมาตรา 7 วรรคท้าย แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ... วางหลักให้ศาลมีอำนาจในการเข้าไปดูแลความเป็นธรรมได้ โดยการวินิจฉัยให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น แม้ว่าผู้ซื้อจะได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิในขณะที่ทำสัญญาก็ตาม เพราะอาจมีบางกรณีที่ผู้ซื้อต้องยอมรับทำสัญญาทั้ง ๆ ที่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิ แต่ไม่มีทางเลือกเนื่องจากมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่า แต่อาจมีผู้โต้แย้งคัดค้านได้ว่า มาตรา 7 วรรคท้าย เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อมากเกินไป เนื่องจากผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาว่า ทรัพย์สินมีความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิ แต่ก็ยังเข้าทำสัญญาด้วยซึ่งเท่ากับเป็นการสมัครใจเข้าเสี่ยงกันเอง การกำหนดให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น อาจจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้ขายได้ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องจากตัวบทกฎหมายซื้อขายที่ใช้ยู่ในปัจจุบันไม่เอื้ออำนวยให้มีการคุ้มครองผู้ซื้อให้ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาซื้อขาย กล่าวคือถึงแม้ว่ากฎหมายซื้อขายจะกำหนดให้ผู้ขายมีความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิก็ตาม แต่ก็กำหนดให้เป็นสิทธิของผู้ขายที่จะสามารถทำข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อการชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิได้ ดังนั้นผู้ขายซึ่งเป็นผู้มีอำนาจต่อรองสูงกว่าจึงถือโอกาสกำหนดข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ ทำให้ผู้ซื้อเกือบจะไม่มีโอกาสร้องเรียนเพื่อได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ... มาตรา 7 จึงบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้เป็นมาตรการในการเยียวยาแก้ไขเพื่อให้ผู้ซื้อได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น

(5) อำนาจศาลในการลดมัดจำ

บทบัญญัติในมาตรา 378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวถึงผลบังคับตามกฎหมายเรื่องมัดจำว่า "เมื่อคู่สัญญาได้วางมัดจำไว้เป็นเงินหรือสิ่งของ เป็นราคาหรือจำนวนเท่าใด หากมีการปฏิบัติผิดสัญญาโดยผู้วางมัดจำเป็นฝ่ายผิดแล้วก็ต้องถูกริบมัดจำ ทั้งนี้

คู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำไว้หนี้ สามารถรับมัดจำได้ทั้งหมดที่ได้วางไว้ต่อกัน" ในการรับมัดจำนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ การรับมัดจำโดยอาศัยผลแห่งกฎหมาย และ การรับมัดจำโดยอาศัยข้อตกลงในสัญญา

การรับมัดจำโดยอาศัยผลแห่งกฎหมาย ได้แก่ การรับมัดจำตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 378 (2) ซึ่งบัญญัติว่า "หากมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือ การชำระหนี้ตกเป็นหนี้วิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำต้องรับผิดชอบแล้ว หรือ ถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องวางมัดจำแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำไว้ย่อมมีสิทธิที่จะรับมัดจำได้" ดังนั้น กรณีที่นอกเหนือจากการตกลงกันเป็นอย่างอื่นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำไว้จะรับมัดจำได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เช่น ฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญานั้น เช่น จำเลยทำสัญญาซื้อไม้จากโจทก์ได้วางเงินมัดจำให้โจทก์ไว้ 30,000 บาท โดยโจทก์จะส่งไม้ให้จำเลยเป็นงวด ๆ ส่งแล้วจำเลยตกลงจะจ่ายเงินสดให้โจทก์ทุกงวดปรากฏว่าโจทก์ส่งไม้ให้จำเลยทุกงวด แต่จำเลยไม่จ่ายค่าไม้ค้างอยู่ 45,000 บาทโจทก์ทวงถามจำเลยไม่ยอมชำระหนี้ ศาลให้โจทก์รับมัดจำ 30,000 บาทได้ทั้งบังคับให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์สำหรับส่วนที่เหลือ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2499)

(2) การชำระหนี้ตกเป็นหนี้วิสัยเพราะความผิดของผู้วางมัดจำ ซึ่งหมายถึงผู้วางมัดจำนั่นเองที่ทำให้การชำระหนี้ตกเป็นหนี้วิสัย หรือการชำระหนี้วิสัยในระหว่างที่ผู้วางมัดจำผิดนัด เช่น ก. จำง ข. ตัดรองเท้าให้ และ วางมัดจำไว้ 100 บาท ต่อมา ก. เป็นคนทำลายรองเท้าคู่หนึ่งเสีย หรือ เมื่อถึงกำหนดวันนัดมารับรองเท้า ก. ไม่มา และ ต่อมารองเท้าคู่หนึ่งถูกคนร้ายขโมยไป ดังนี้ ข. มีสิทธิรับมัดจำไว้ตามมาตรานี้

(3) มีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของผู้วางมัดจำ เช่น โจทก์เข้าบ้านจำเลยมีกำหนด 3 ปี สัญญาเช่า ข้อ 3 มีใจความว่า โจทก์ได้ชำระเงินมัดจำก่อนทำสัญญาให้จำเลย และจำเลยจะต้องคืนมัดจำให้โจทก์ ต่อมาเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลง คือ เมื่อโจทก์เข้าบ้านจำเลยครบกำหนด 3 ปี แต่โจทก์เข้าบ้านจำเลยได้เพียง 3 เดือน ก็มีหนังสือบอกเลิกการเช่าไปยังจำเลย โดยอ้างเหตุผลว่า โจทก์ซึ่งเป็นสมาคมได้ขออนุญาตต่อทางราชการตำรวจหลายวันแล้ว แต่มิได้อนุญาตให้โจทก์ย้ายไปอยู่ที่บ้านจำเลยได้ การที่โจทก์เลิกสัญญาก่อนครบกำหนดจึงเป็น

ความผิดของโจทก์ และ เป็นการผิดสัญญาเช่าข้อ 3 ดังกล่าว จำเลยจึงมีสิทธิรับเงินมัดจำได้ตามกฎหมาย

2. การรับมัดจำโดยอาศัยข้อตกลงในสัญญา ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายว่า สัญญากำหนดมัดจำเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาที่ทำโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลสุดเป็นกฎหมายอยู่ในตัว การที่คู่กรณีจะได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรเป็นปัญหานอกเรื่องหลักทั่วไปย่อมมีอยู่ว่า จะต้องบังคับไปตามเจตนาความศักดิ์สิทธิ์ของเขา²³ ดังนั้นการที่คู่สัญญากำหนดให้มีการวางมัดจำกันขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานอันแน่นอนว่า ได้มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาจะตกลงกันให้มีการรับมัดจำกันภายใต้เงื่อนไขอย่างไรก็ได้ โดยคู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้สิทธิผู้รับมัดจำสามารถรับมัดจำได้ทั้งหมดโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและอำนาจในการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาขณะเข้าทำสัญญา ทั้งนี้เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในกรณีดังกล่าวสร้างความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายผู้วางมัดจำเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายที่ไม่ต้องการให้มีการแสวงหากำไรจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อมีคดีความขึ้นสู่ศาลนั้นในบางครั้งศาลเองก็พยายามสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาฝ่ายผู้วางมัดจำ หากเห็นว่าผู้รับมัดจำไม่ได้รับความเสียหายแต่อย่างใดหรือเสียหายเพียงเล็กน้อย หากจะรับมัดจำไปทั้งหมดนั้นจะเกิดความไม่เป็นธรรม ซึ่งในบางครั้งหากถ้อยคำไม่ได้กล่าวไว้ชัดเจนว่า มอบเงินเพื่อเจตนาใด หรือหากศาลเห็นว่าเงินที่มอบให้กันในวันก่อนข้างสูง ไม่น่าจะมีเจตนาให้เป็นมัดจำ ศาลก็ตีความไปในทางให้เป็นการชำระหนี้บางส่วนก็มี แม้ว่าบางครั้งจะไม่น่าจะเกินเช่นนั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1215/2509 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า จำนวนเงินร้อยละ 25 ที่โจทก์ผู้ประมุขซื้อสิทธิการเช่า

²³ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2) แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), หน้า 520 - 521

ได้ และได้วางไว้แก่จำเลยในวันประชุมชายนั้น ในรายงานของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ได้ระบุว่า เป็นเงินมัดจำ เพียงแต่กล่าวว่า "การชำระเงิน ผู้ซื้อจะชำระในวันที่ 25 เปอร์เซนต์ ส่วนอีก 75 เปอร์เซนต์จะชำระในวันที่ 3 เดือนนี้ หากผิดนัดเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิริบเงิน 25 เปอร์เซนต์ได้" ศาลฎีกาจึงตีความว่าข้อความที่ว่า จะมีการชำระเงินนั้น แสดงว่าเป็นการชำระหนี้ส่วนหนึ่งของราคาค่าซื้อ ไม่ใช่มัดจำจำเลยจึงริบเงินนั้นไม่ได้

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การชำระเงินดังกล่าวของโจทก์น่าจะอยู่ในความหมายของมัดจำมากกว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วน เนื่องจากมีข้อตกลงกันให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิริบเงินดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบาทของศาลที่จะเข้ามาช่วยสร้างความเป็นธรรมในการลดมัดจำที่จะต้องริบกันนั้น เท่าที่สามารถกระทำได้ในปัจจุบันนี้ ค่อนข้างจะกระทำได้ยาก และในบางครั้งจะหาทางออกไปในทางอื่นได้อยู่บ้าง แต่ก็ไม่สามารถปรับใช้ได้ทุกคดี เพราะหากถ้อยคำในสัญญาหรือข้อตกลงประกอบด้วยเจตนาของคู่สัญญาปรากฏชัดแจ้งว่ามุ่งให้กันไว้เป็นมัดจำแล้ว ศาลก็คงจะตีความเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ กรณีปัญหาในเรื่องอำนาจของศาลในการลดมัดจำนั้นมีความแตกต่างกับเรื่องเบี้ยปรับในเรื่องเบี้ยปรับมีบทบัญญัติในมาตรา 383 กำหนดไว้ว่า ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ กล่าวคือกฎหมายเห็นสมควรจำกัดความตกลงของคู่สัญญาไว้หากเบี้ยปรับสูงเกินส่วนเมื่อจะริบก็ให้ศาลมีอำนาจลดลงได้ โดยพิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย มิใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สินแต่เพียงอย่างเดียว ส่วนในเรื่องของมัดจำนั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจศาลลดมัดจำได้อย่างในเรื่องของเบี้ยปรับ ดังนั้นจึงต้องให้เป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ปัญหาเรื่องการวางมัดจำกันไว้สูงเกินความเสียหายที่ได้รับจริง ๆ นั้น ศาลจะมีอำนาจลดมัดจำลงได้หรือไม่นั้น ในเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแยกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก²⁴ เห็นว่า "ถ้าถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาอย่างมรดกไม่ได้ ทั้งนี้ โดยนัยของมาตรา 378 อนุมาตรา 1 ตอนท้าย ก็บัญญัติว่า มัดจำมักจะเป็นเงินน้อยกว่าจำนวนที่จะต้องชำระจึงจัดเอาเป็นการชำระหนี้แต่บางส่วนได้ ถ้ามากกว่าจำนวนเกินกว่าที่จะต้องชำระ ศาลอาจแปลว่าแท้จริงมีเจตนาให้เป็นเบี้ยปรับ และใช้ลักษณะเบี้ยปรับบังคับลดลงตามมาตรา 383 ก็ได้ แต่ถ้ามัดจำเป็นสิ่งของ ไม่มีทางที่จะลดกันได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้ลดกันและไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการลดไว้ ปัญหาจะมีก็แต่จะให้รับหรือไม่เท่านั้น และตัวบทในมาตรา 378 (2) ก็บอกให้รับได้โดยไม่มีเงื่อนไขข้อแม้ใดๆ เช่น เศรษฐีไปซื้อไม้ขีดไฟ 1 กล่อง ลืมเอาสตางค์ไป จึงเอาแหวนเพชรราคา 5,000 บาทวางเป็นมัดจำไว้ ถ้าบอกมัดจำยอมมาใช้ราคาไม้ขีด 25 สตางค์ จะให้รับแหวนเพชรราคา 5,000 บาท อันเป็นมัดจำได้ ก็รู้สึกขงใจอยู่เป็นอย่างยิ่ง แต่ตัวบทก็ว่าอย่างนั้น ถ้าเขาสัญญากันได้ดังนั้น จะมีเหตุอันใดที่จะยกขึ้นอ้างขัดขวางมิให้บังคับตามสัญญาของเขาได้ เว้นแต่ศาลจะแปลว่าค่าของทรัพย์สินที่วางไว้มีมากมายดังนี้ ต้องถือว่ามีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ และหาทางตีราคาลดลงตามมาตรา 383 ดังนั้น จึงเห็นว่าศาลไม่อาจลดมัดจำลงได้"

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง²⁵ เห็นว่า "ตามความในมาตรา 378 (2) ถ้าแปลโดยเคร่งครัดก็จะเห็นว่า เจ้าหนี้มีสิทธิรับมัดจำได้ทั้งหมดไม่ว่ามัดจำนั้นจะมากน้อยเพียงใด โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความเสียหายของเจ้าหนี้"

ฝ่ายที่สอง²⁶ เห็นว่า "ถ้าพิจารณาตามมาตรา 377 แล้ว ก็เห็นว่ามัดจำเป็นแต่วางไว้เป็นประกันการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น จึงไม่มีเหตุที่จะรับเสียทั้งหมดจนเกินความ

²⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2), หน้า 532 - 533.

²⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 438 - 439.

²⁶ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 - 452, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523 หน้า 75

เสียหายที่ได้รับ การจะริบมัดจำเมื่อมีการไม่ชำระหนี้มัดจำนั้นย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างอะไรกับ เบี้ยปรับ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เพราะเมื่อถึงเวลาที่ต้องริบ มัดจำย่อมพ้นจาก หน้าที่ประกันการปฏิบัติตามสัญญา และกลายเป็นเบี้ยปรับที่พึงริบเมื่อไม่ชำระหนี้ ตามมาตรา 379, 380 และ 381 ไปแล้ว เหตุนี้ฝ่ายผู้วางมัดจำย่อมพิสูจน์ความเสียหายเพื่อลดจำนวนที่ต้อง ริบได้ตามมาตรา 383, 375"

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง ที่เห็นคำมัดจำเป็นแต่เพียงการ วางไว้เป็นประกันการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น จึงไม่มีเหตุที่จะริบเสียทั้งหมดเกินความเสียหาย ที่ได้รับ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากมีการยึดถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกที่เห็นว่า เมื่อกฎหมายมิได้เปิดช่องให้มีการลดมัดจำกันได้ เมื่อคู่สัญญาตกลงที่จะให้มัดจำกันไว้ เมื่อมีการ ผิดสัญญาเกิดขึ้นก็คงริบกันได้ทั้งหมด เมื่อพิจารณาหลักความเป็นธรรมแล้วการที่จะปล่อยให้ฝ่ายที่ ริบมัดจำสามารถริบมัดจำได้ทั้งหมดนั้น ในบางครั้งก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ถูก ริบมัดจำเป็นอย่างมาก เพราะเหตุว่าในบางกรณี ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อยหรืออาจ จะไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นเลยแต่กลับต้องถูกริบมัดจำไปทั้งหมด จะทำให้มองเห็นไปได้ว่า กฎหมายเปิดโอกาสให้การค้าหากำไรโดยถือประโยชน์จากสัญญากำหนดมัดจำ

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เขียนจะเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองที่เห็นว่า มัดจำเป็นแต่เพียงการวางไว้เป็นประกันการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น จึงไม่มีเหตุที่จะริบเสียทั้ง หมดจนเกินความเสียหายที่ได้รับ แต่ผู้เขียนก็ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองที่ เห็นว่า การจะริบมัดจำเมื่อมีการไม่ชำระหนี้นั้น มัดจำย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างอะไรกับเบี้ยปรับ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ดังนั้นหากมีจำนวนสูงเกินส่วน เมื่อจะริบก็ให้ศาลมีอำนาจ ลดลงได้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยว่ามัดจำมีลักษณะไม่แตกต่างอะไรกับเบี้ยปรับ ด้วยเหตุผลที่ว่าใน เรื่องมัดจำและเบี้ยปรับนี้ ได้ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 3 ของลักษณะ 2 เรื่องสัญญาเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากผู้ร่างกฎหมายมีความประสงค์จะให้ลดมัดจำได้ ก็ย่อมบัญญัติถ้อย คำเช่นนี้ไว้ในบทบัญญัติเรื่องมัดจำไว้แล้ว คงไม่เพียงแต่บัญญัติให้ลดได้เฉพาะเบี้ยปรับเท่านั้น แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไม่มีบทบัญญัติให้ลดมัดจำกันได้อย่างในเรื่องเบี้ยปรับ ก็จะตีความ เกินเลยออกไป โดยเห็นว่ามัดจำนั้นย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างอะไรกับเบี้ยปรับ ซึ่งเป็นค่าเสียหาย ที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเพราะเมื่อถึงเวลาต้องริบ ย่อมพ้นจากหน้าที่ประกันการปฏิบัติตามสัญญา และ

กลายเป็นเบี้ยปรับที่พึงรับกันได้ ซึ่งทำให้ลดจำนวนที่ต้องรับได้นั้น เป็นการตีความเกินเลยออกไปจากเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของกฎหมาย เพราะเมื่อคู่สัญญาให้สิ่งใดกันไว้โดยมุ่งหมายให้เป็นมัดจำแล้ว จะไปแปลความว่าตอนต้องรับกันจะกลายเป็นเบี้ยปรับนั้นไม่ได้ เพราะเมื่อคู่สัญญาเขาต้องการให้เป็นมัดจำ เมื่อต้องรับกันก็สามารถรับกันได้อยู่แล้วตามบทบัญญัติเรื่องมัดจำ ไม่ต้องอาศัยบทบัญญัติในเรื่องของเบี้ยปรับมาเป็นเหตุให้รับกันได้แต่อย่างใด

ดังนั้นเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องมัดจำมีความแย้งกระด้างในเรื่องของการให้รับมัดจำทั้งหมดโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเช่นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในเรื่องของมัดจำนี้ ควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบจากการถูกรับมัดจำทั้งหมด ในกรณีที่ฝ่ายผู้รับมัดจำต้องเสียหายน้อยกว่ามัดจำที่วางไว้ต่อกัน เพราะถึงแม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีหลักต่าง ๆ เข้ามาช่วยผ่อนคลายหรือแก้ไขในเรื่องของการกำหนดมัดจำ เช่น หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 113 หลักสุจริต ตามมาตรา 5 และหลักการตีความการแสดงเจตนา ตามมาตรา 132 แต่ในบางครั้งบางกรณีก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องมัดจำได้ เพราะหากไม่มีข้อบกพร่องหรือถึงขนาดที่จะเป็นการขัดต่อมาตรา 113 หรือมีข้อความขัดแย้งอยู่แล้ว และก็ไม่ปรากฏว่าเป็นการไม่สุจริตหรือต้องให้มีการตีความกันแต่อย่างใด ศาลจึงไม่อาจอาศัยหลักต่าง ๆ นี้เข้ามาสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้วางมัดจำอันจะให้ลดมัดจำลงได้

ดังนั้น บทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. มาตรา 8 จึงบัญญัติว่า "ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องรับมัดจำนั้น ไม่ว่าจะรับโดยอาศัยข้อตกลงในสัญญาหรือโดยผลแห่งกฎหมาย ถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่ากับค่าเสียหายที่แท้จริงก็ได้" จะเป็นมาตรการพิเศษที่จะมาช่วยเหลือเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำ มิให้ต้องถูกรับมัดจำทั้งหมดหากผู้รับมัดจำมิได้รับความเสียหายเท่ากับมัดจำที่วางไว้ ด้วยเหตุผลที่ว่า เจ้าหนี้ไม่ควรมีสิทธิที่จะได้รับสิ่งทดแทนความเสียหายมากเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้ จะช่วยผ่อนคลายความแย้งกระด้างของบทบัญญัติในเรื่องมัดจำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลงได้ โดยการกำหนดให้อำนาจศาลลดมัดจำที่จะต้องถูกรับที่สูงเกินส่วนให้ลงมาเป็นจำนวนเท่ากับค่าเสียหายที่แท้จริงได้ ซึ่งจะเป็นการเยียวยาแก้ไขให้ฝ่ายคู่

สัญญาที่จะถูกริบมัดจำได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น

(6) ผลบังคับของข้อตกลงหรือประกาศที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าคุณคดีมีเสรีภาพในการทำสัญญาก่อนผลผูกพันกันได้ตามความสมัครใจ จะได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร กฎหมายไม่เข้ายุ่งเกี่ยวกับอันเป็นการยอมรับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เว้นแต่การกระทำนั้นจะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างไรก็ตาม หากจะปล่อยให้บุคคลทุกคนทำความตกลงกันได้ทุกสิ่งทุกอย่างตามใจสมัครโดยไม่มีข้อขัดคั้นไว้บ้างแล้ว บางทีอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อมหาชนโดยส่วนรวมได้ ด้วยเหตุนี้ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. มาตรา 9 จึงบัญญัติว่า

ข้อตกลงหรือประกาศที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลงหรือผู้ประกาศ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลงหรือผู้ประกาศต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมิได้

ข้อตกลงหรือประกาศยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของตนหรือของบุคคลอื่นซึ่งตนต้องรับผิดด้วย เพื่อความเสียหายในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่งซึ่งไม่ขัดต่อกฎหมาย ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

บทบัญญัติในมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัตินี้มีแนวคิดมาจากหลักที่ว่า บุคคลใดถ้ากระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก็ต้องเกิดความรับผิดตามกฎหมาย หากมีการตกลงยกเว้นความรับผิดกันได้ ก็จะทำให้บุคคลไม่ใช้ความระมัดระวังให้พอสมควร เนื่องจากมีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดไว้เป็นสิ่งป้องกันตนเองให้พ้นจากความรับผิดอยู่แล้ว ดังนั้นจึงบัญญัติมาตรา 9 ขึ้นมาเพื่อใช้กับทุกกรณีที่มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งทำให้เกิด

ความเสียหายขึ้นมา²⁷ โดยมาตรา 9 วรรคแรก มีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในเรื่องชีวิตร่างกาย และอนามัย ให้ได้รับการเยียวยาชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้นจึงห้ามมิให้นำข้อตกลงหรือประกาศที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลงหรือผู้ประกาศ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลงหรือผู้ประกาศต้องรับผิด มาเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ บทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคแรก เป็นการขยายหลักความรับผิดตามมาตรา 373 และมาตรา 220 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกไปอีกระดับหนึ่ง กล่าวคือ มาตรา 373 บัญญัติห้ามมิให้คู่สัญญาทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้ามิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดในเหตุ 2 ประการ คือ กลั่นแกล้งและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ โดยมาตรา 373 บัญญัติว่า "ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของคนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ"

ตามบทบัญญัติมาตรา 373 นี้ หมายความว่า ข้อสัญญาหรือความตกลงนั้นจะต้องเป็นการยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้กลั่นแกล้ง ในมาตรา 373 นี้ หมายความว่า การไม่ชำระหนี้หรือการทำให้เสียหายโดยจงใจ²⁸ อันต่างกับกลั่นแกล้งตามมาตรา 121 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการหลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดหรือเป็นการแสดงข้อความอย่างใดให้ผิดต่อความจริงเพื่อลวงให้เขาเชื่อและแสดงเจตนา ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นหมายความว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังเสียเลย ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถือเท่ากับความผิดโดยจงใจเหมือนกัน²⁹ ดังนั้น การไม่ชำระหนี้โดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งเท่า

²⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ครั้งที่ 17/2534 วันจันทร์ที่ 16 กันยายน 2534 ณ ห้องประชุมสำนักงานอนุญาโตตุลาการ

²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง 452, หน้า 324

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 325

กับจงใจยอมเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตฝ่าฝืนต่อมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต" กฎหมายจึงไม่ยอมให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ อันเกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตเช่นนั้นได้ เพราะจะเป็นการสนับสนุนให้บุคคลกระทำทุจริต³⁰

แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อห้าม ดังนั้นจึงต้องแปลความอย่างเคร่งครัด³¹ (An Exemption is to be strictly construed) ซึ่งเมื่อแปลความประกอบกันแล้วจะมีผลดังนี้ คือ

1. เมื่อบัญญัติห้ามเฉพาะการไม่ชำระหนี้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งถือเท่ากับจงใจยอมแปลได้ว่าคู่สัญญาไม่มีสิทธิทำสัญญาหรือทำความตกลงไว้ล่วงหน้า ยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้อันเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาซึ่งไม่ร้ายแรงได้ ดังอุทธรณ์เช่น เขียวผาภรณนต์ไว้กับเจ้าของปั้มน้ำมัน โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้รับฝากไม่ต้องรับผิดชอบแม้รณนต์นั้นจะสูญหายไปโดยความประมาทเลินเล่อของผู้รับฝากก็ตาม ความตกลงเช่นนี้ใช้บังคับได้ แต่ถ้ามีข้อตกลงกันว่าแม้รณนต์จะสูญหายไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้รับฝาก ผู้รับฝากก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ความตกลงเช่นนี้เป็นโมฆะ³²

2. ข้อสัญญาหรือความตกลงนั้นจะต้องเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้เอง ดังนั้นคู่สัญญาจึงอาจตกลงกันยกเว้นความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของตัวแทนแห่งตนกับของบุคคลอื่น

³⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จรัสสินทวงศ์, 2524), หน้า 393

³¹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 307

³² ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 393

ที่ตนใช้ในการชำระหนี้ได้ตั้งที่มาตรา 220 บัญญัติไว้ว่า "ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้โดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเอง ฉะนั้นแต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนั้นด้วยไม่" ซึ่งหมายความว่า แม้การชำระหนี้ของตัวแทนจะเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ความตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ก็ไม่เป็นโมฆะ ดังอุทธรณ์เดิม ถ้าคู่สัญญาตกลงกันว่าหากภรณต์ที่ฝากสูญหายไปโดยการกระทำโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้จัดการปั้มน้ำมันซึ่งเป็นตัวแทนของผู้รับฝาก ผู้รับฝากไม่ต้องรับผิดชอบ ความตกลงเช่นนั้นใช้บังคับได้ไม่เป็นโมฆะ³³ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อเรื่องละเมิด เพราะกรณีตามมาตรา 373 นี้ เป็นเรื่องความผิดตามสัญญาซึ่งมีความผิดเกินกว่าละเมิดตามปกติ³⁴

กล่าวโดยสรุปก็คือมาตรา 373 บัญญัติห้ามมิให้คู่สัญญาทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้ามิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีกลฉ้อฉลและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้นส่วนในกรณีที่เป็นการประมาทเลินเล่อธรรมดาคู่สัญญาจะทำความตกลงกันเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ได้ แต่บทบัญญัติตามมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ..... ห้ามมิให้ทำข้อตกลงหรือทำประกาศไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า "ความจงใจ หมายความว่า ถึงความรู้ ความตั้งใจของตนเอง อาการเคลื่อนไหวของบุคคลเกิดแก่ความตั้งใจต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าบุคคลผู้เป็นเจ้าของอาการเคลื่อนไหวรู้ความตั้งใจที่จะทำอะไรลงไปแล้ว หากได้ทำลงไปโดยประสงค์ต่อผลอันใดหรืออาจแลเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ ก็ได้ชื่อว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ"³⁵ ทั้งนี้อาศัยเทียบเคียงกับหลักในกฎหมายอาญาที่เป็นหลักใกล้เคียง (มาตรา

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 394

³⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 308

³⁵ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้

4) ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร กล่าวว่า "เป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เขาเสียหาย"³⁶ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทัย กล่าวว่า "การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตนถ้ารู้ว่า การกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นกระทำโดยจงใจ แต่มิได้หมายความเลยไปถึงว่าต้องจงใจให้เกิดความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นโดยเฉพาะ อย่าง เช่น กระทำ"โดยเจตนา" ไม่ ฉะนั้นการกระทำโดยเจตนาในทางอาญาจึงเป็นการกระทำ "โดยจงใจ" ในความหมายของมาตรา 420 เสมอ"³⁷ คำว่าประมาทเลินเล่อ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทัย อธิบายว่าหมายถึงการกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้และรวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย³⁸

คำว่า "ความเสียหายต่อชีวิต" ตามพจนานุกรม อธิบายคำว่าชีวิตไว้ว่า หมายถึงความเป็นอยู่ แต่ตามความเข้าใจของเรา ความเสียหายแก่ชีวิตหมายถึง ความตาย³⁹

คำว่า "ความเสียหายต่อร่างกาย" ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ว่า คำว่าร่างกายหมายถึงอย่างไร จึงมีปัญหว่า ความเสียหายแก่ร่างกายนั้น รวมถึงความเสียหายแก่จิตใจด้วยหรือไม่ ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่าความเสียหายแก่ร่างกายน่าจะหมายความรวมถึงความเสียหายแก่จิตใจด้วย ทั้งนี้โดยอาศัยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาประกอบการแปลความด้วย โดยมาตรา 295 บัญญัติว่า "ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจน

³⁶จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 104

³⁷จิตติ ติงศภัทัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 178

³⁸จิตติ ติงศภัทัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180

³⁹วิชา มั่นสกุล, "ความรับผิดชอบละเมิดในการกระทำของตนเอง" วิทยานิพนธ์ปริณญามหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516 หน้า 132

เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น ผู้ซึ่งกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย"⁴⁰

คำว่า "ความเสียหายแก่อนามัย" ไม่มีกฎหมายให้คำจำกัดความไว้ แต่ คำว่า อนามัย นั้น ตามพจนานุกรมแปลว่า หมายถึงความไม่มีโรค หรือความสบายกาย ดังนั้นความเสียหายแก่อนามัย จึงได้แก่ กรณีละเมิดให้ผู้เสียหายได้รับผู้่นละออง ชี๊ถั่ว กลิ่นเหม็น ความสกปรก เชื้อโรค หรือส่งเสียงดังรบกวน เป็นต้น⁴¹

ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคสอง เป็นเรื่องข้อตกลงหรือประกาศที่ยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของผู้ตกลงหรือผู้ประกาศหรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลงหรือผู้ประกาศ ต้องรับผิดด้วย เพื่อความเสียหายในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่งซึ่งไม่ขัดต่อกฎหมาย ข้อ ตกลงหรือประกาศเช่นนี้จะมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในบทบัญญัติของมาตรา 9 วรรคสองนี้บัญญัติถึงเรื่องข้อตกลงหรือประกาศที่ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายในกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีความเสียหาย ต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย กฎหมายจึงไม่ห้ามในการที่จะทำความตกลงยกเว้นหรือจำกัดความ รับผิดกัน แต่กฎหมายกำหนดกรอบของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ให้มีผลบังคับได้เพียง เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งข้อนี้ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับความ เสียหาย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรมนี้จะช่วยเยียวยาแก้ไขความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในสัญญารับขนคนโดยสาร เพื่อให้ จะให้คนโดยสารได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น เนื่องจากกิจการรับขนคนโดยสารเป็นบริการ สาธารณูปโภคที่สำคัญและจำเป็นในสังคม ในประเทศที่เจริญแล้ว บริการชนิดนี้จะเป็นไปด้วย ความมีระเบียบและโดยคำนึงถึงความสะดวกและความปลอดภัยของคนโดยสาร แต่สำหรับ

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 138

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 140 - 141

ประเทศไทยปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นความขมขื่นของคนโดยสารมาช้านานแล้ว เพราะกิจการถูกผูกขาดไว้กับผู้ที่มีอำนาจและอิทธิพลทาง เศรษฐกิจและสังคม ผู้โดยสารที่จะต้องพึ่งพาบริการจากกิจการขนส่ง ส่วนใหญ่เป็นคนยากจนซึ่งไม่มีทางจะเรียกร้องความยุติธรรมจากใครได้ แม้ว่ากฎหมายจะได้พยายามช่วยเหลือคนโดยสารเพื่อมิให้เสียเปรียบแก่ผู้ดำเนินการขนส่ง โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 634 บัญญัติว่า "ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดชอบต่อคนโดยสารในความเสียหายอันเกิดแก่ตัวเขาหรือในความ...." ตามกฎหมายนี้ผู้ขนส่งมีหน้าที่จะต้องให้ความปลอดภัยแก่ผู้โดยสาร หากผู้โดยสารได้รับอันตรายหรือบาดเจ็บเนื่องจากการขนส่ง ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดชอบตามสัญญาต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 639 ยังได้บัญญัติว่า "ตัว ใบรับ หรือเอกสารอื่น ทำนองเช่นว่านั้น อันผู้ขนส่งได้ส่งมอบให้แก่คนโดยสารนั้น หากมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งอย่างใด ๆ ทำนองว่า ข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนโดยสารจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น" เนื่องจากคำว่า "ผู้โดยสารตกลงด้วยชัดแจ้ง" ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่า จะทำอย่างไรจึงจะเรียกว่าตกลงด้วยชัดแจ้ง เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติวิธีการไว้โดยตรง ก็ย่อมถือว่า การตกลงโดยชัดแจ้งนั้นจะเป็นโดยวาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น ผู้ขนส่งเขียนข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ที่ตัวโดยสาร โดยได้แจ้งให้ผู้โดยสารทราบทั่วกันแล้ว ไม่มีผู้ใดคัดค้านหรือแสดงการไม่ตกลงด้วย ก็น่าจะถือว่าผู้โดยสารทราบข้อความนั้นแล้ว หรือจะมีเอกสารให้ผู้โดยสารทุกคนลงชื่อรับทราบข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ยิ่งดี เพราะเป็นการพิสูจน์ได้ว่าเอกสารนั้นผู้โดยสารตกลงด้วยโดยชัดแจ้ง⁴² จากที่กล่าวมานี้จึงทำให้บรรดาผู้ขนส่งทั้งหลายเขียนข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความปลอดภัยต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของคนโดยสาร และให้ผู้โดยสารลงชื่อรับทราบข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากิจการขนส่งส่วนใหญ่ถูกผูกขาดไว้กับผู้ที่มีอำนาจและอิทธิพลทางเศรษฐกิจและสังคม ผู้ขนส่งอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้โดยสารทั่วไป ซึ่งส่วนใหญ่ไม่มีทางที่จะต่อรองกับทางฝ่ายผู้ขนส่งได้ จึงต้องยอมลงชื่อในเอกสารที่ทางฝ่ายผู้ขนส่งเตรียมไว้ให้

⁴² สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, 2527) หน้า 59

ซึ่งในเอกสารดังกล่าวระบุข้อความในลักษณะที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เพื่อความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของคนโดยสาร ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้ขนส่งรวมทั้งตัวแทนหรือลูกจ้างของฝ่ายผู้ขนส่งด้วย ทำให้ผู้โดยสารไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ ดังนั้นมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะเป็นมาตรการการใช้เยียวยาแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้โดยสารมากขึ้น โดยมาตรา 9 ได้วางหลักว่าข้อตกลงหรือประกาศที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เพื่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลงหรือผู้ประกาศหรือของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ตกลงหรือผู้ประกาศต้องรับผิดชอบจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ ดังนั้นผู้ขนส่งจึงไม่สามารถวางเงื่อนไขเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของคนโดยสารได้อีกต่อไป ซึ่งจะทำให้ผู้โดยสารได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น

(7) ผลในทางกฎหมายของความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายต่อการกระทำละเมิด

มาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.

บัญญัติว่า

ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

ความตกลงหรือความยินยอมใด ๆ สำหรับการกระทำนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ความหมายของคำว่า "ความยินยอม" นั้น อาจารย์ พจน์ ปุષปาคม⁴³ ได้อธิบายว่า ความยินยอมแสดงถึงความสมัครใจที่จะได้รับการประทุษร้าย ความยินยอมอาจแสดงโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องประกอบด้วย

(ก) ยินยอมต่อการประทุษร้ายนั้น

(ข) โดยบุคคลผู้มีความสามารถให้ความยินยอม แต่มิได้ให้ความยินยอมเพราะถูกข่มขู่ หรือเข้าใจผิดว่าเพราะเป็นการกระทำของเจ้านักงานผู้กระทำการตามหน้าที่

ความหมายของคำว่า "ผู้เสียหาย" ในที่นี้หมายความว่า เป็นผู้ต้องสูญเสียทรัพย์สิน เงินทอง หรือ เนื้อตัวไป หรือ รับบาปเคราะห์เท่านั้นมิใช่ผู้เสียหายตามกฎหมาย หรือ เป็นผู้เสียหายตามนิคินัยแต่อย่างใด⁴⁴ คำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" นายโอสถ โกศิน⁴⁵ ได้อธิบายว่า เป็นที่รับรองว่า คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1. การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศ ซึ่งแบ่งออกเป็น การคุ้มครองความปลอดภัยนอกประเทศ และ การคุ้มครองความปลอดภัยในประเทศ

⁴³ พจน์ ปุષปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530), หน้า 59

⁴⁴ ไพจิตร บุญพันธุ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย", ดุลพินิจ เล่ม 1 ปีที่ 20 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2516), หน้า 23

⁴⁵ โอสถ โกศิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 178-180

2. การคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชน รัฐได้ประกาศใช้กฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการเงิน เศรษฐกิจ การศึกษา

คำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" อาจารย์จิต เศรษฐบุตร⁴⁶ ได้อธิบายว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอาจแตกต่างกัน แล้วแต่ท้องถิ่น และในสมัยต่าง ๆ กัน

อาจารย์อุกฤษ มงคลนาวิน⁴⁷ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า โดยทั่วไปแล้วหลักศีลธรรมอันดีของประชาชนมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ หรือทางครอบครัว หรือเป็นกิจกรรมที่กระทบกระเทือนต่อศาสนาใดศาสนาหนึ่ง เป็นต้น

เนื่องจากหลักในทางกฎหมายแห่งนั้น ถือกันว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นแก้ตัวได้ หรือยอมให้นำเอาสุภาษิตกฎหมาย Volenti non fit injuria⁴⁸ ซึ่ง Black's Law Dictionary⁴⁹ ได้อธิบายว่า บุคคลผู้ซึ่งได้ให้ความยินยอมย่อมไม่ได้รับความเสียหาย ซึ่งตามหลักกฎหมายแห่งถือว่า ไม่มีการกระทำความผิดเมื่อบุคคลได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำนั้น

⁴⁶ จิต เศรษฐบุตร, "กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่ม 3 ตอน 1 (มิถุนายน 2514), หน้า 12

⁴⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บทบัญญัติ เล่มที่ 32 ตอน 1 (2518) หน้า 26

⁴⁸ Volenti non fit injuria-No injury is done to one who consents or that to which a man consent can not be considered an injury or in law no wrong is done to a man who consents to under go it.

⁴⁹ Henry Cambell Black. Black's law Dictionary. Revised fourth edition West Publishing Co. 1968 p. 1746

ตามแนวกฎหมายแพ่งไทยก็ถือตามหลักสุภาษิตกฎหมายลาติน Volenti non fit injuria โดยถือหลักว่า "ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมายจึงถือว่า ผู้ที่ให้ความยินยอมนั้น ไม่ได้รับความเสียหายจึงไม่เป็นละเมิด"⁵⁰

คำอธิบายของนักนิติศาสตร์บางท่าน⁵¹ ได้อธิบายว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งนั้น ถือว่า เมื่อมีความยินยอมตามกฎหมายแล้ว ถือว่า ไม่เป็นละเมิด และกรณีเป็นคนละเรื่องกับมาตรา 442⁵² และมาตรา 223⁵³

และมีนักนิติศาสตร์ไทยท่านหนึ่ง⁵⁴ ให้ความเห็นว่า การที่ถือว่า ผู้ที่ให้ความยินยอมไม่ได้รับความเสียหายนั้น ย่อมไม่เป็นละเมิด โดยถือตามกรณีของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁰ พจน์ ปุષปะาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) หน้า 53

⁵¹ สมพร พรหมพิลาธร, ความยินยอมไม่เป็นละเมิด, บทบัญญัติ เล่ม 23 ตอน 1 มกราคม 2508 (พระนคร : โรงพิมพ์ธรรมสาร, 2508), หน้า 28

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 "ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้เสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁵³ มาตรา 223 "ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่า ความเสียหายนั้น ได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อ ยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด

วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายที่เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งความเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้หรือเนื่องแต่ละละเมิดบำบัด้องกัน หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁵⁴ ไพจิตร บุญพันธ์ุ, ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ดุลยพาท เล่ม 1 ปีที่ 20 มกราคม - กุมภาพันธ์ (พระนคร : โรงพิมพ์การศาสนา 2516), หน้า 29 - 30

มาตรา 420 โดยตรง มิใช่เป็นการนำหลัก "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิดหรือการทำร้าย" อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่เราได้ใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายภายในตาม มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" กล่าวคือ มาตรา 420 ต้องเป็นเรื่องกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใด จึงจะเป็นละเมิด ฉะนั้นถ้ายอมให้เขากระทำยอมไม่เสียหายหรือไม่ละเมิดไปในตัว และตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยก็ได้ถือหลัก *Volenti non fit injuria* เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายที่ว่า "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด" บุคคลผู้ซึ่งยอมให้บุคคลอื่นกระทำละเมิดต่อตน ย่อมจะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นไม่ได้ ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 การที่โจทก์ทำให้จำเลยพันทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อและอวดอ้างว่าตนอยู่ขณะนั้นเป็นการที่โจทก์ยอมให้หรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกายเป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายโจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

คำพิพากษา ฎีกาที่ 713/2512 โจทก์ยินยอมหรือสมัครใจให้จำเลยปิดกั้นลำรางพินาทเท่ากับโจทก์เต็มใจยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนในอนาคตจะถือว่าจำเลยละเมิดต่อโจทก์ไม่ได้โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยและไม่มีอำนาจฟ้องให้ศาลบังคับจำเลยเปิดลำรางพินาทลำรางพินาทจะเป็นลำรางสาธารณะหรือไม่ก็ตาม จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

คำพิพากษา ฎีกาที่ 714/2512 โจทก์ยินยอมให้จำเลยกับพวกเปิดคันดินกั้นน้ำในคลอง ซึ่งเป็นทางน้ำสาธารณะหรือทำให้คันดินไม่อยู่ในสภาพกักเก็บน้ำและระบายน้ำเข้านาโจทก์ได้ แม้ทำให้ข้าวในนาโจทก์เสียหาย ก็ไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์

ตามหลักกฎหมายไทยได้แยกความรับผิดในทางแพ่งและทางอาญาออกจากกัน และมีบทบัญญัติให้รับผิดต่างกัน ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งถึงแม้จะเป็นความยินยอมต่อการกระทำ ความผิดอาญาที่ร้ายแรงเพียงใดก็ตาม ในทางแพ่งก็ยกเอาความยินยอมของโจทก์ผู้เสียหายขึ้น

มาเป็นข้อต่อสู้ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนในทางแพ่งได้ ดังนั้นเจตนารมณ์ของมาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. จึงต้องการจำกัดการใช้หลักเรื่อง "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด" ให้แคบลงโดยการบัญญัติกฎหมายไว้เป็น 2 ส่วนคือ ส่วนที่หนึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 10 วรรคแรก โดยการห้ามมิให้นำเอาความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเป็นเหตุ เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีที่มีการทำละเมิด 3 กรณีคือ การกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือที่ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และที่ขัดขวางศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ว่าคู่กรณีจะทำความตกลงกัน หรือผู้เสียหายจะให้ความยินยอมในการทำละเมิดดังกล่าวผู้กระทำละเมิดจะยกเอาความยินยอมมาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางแพ่งมิได้ ส่วนที่สองบัญญัติไว้ในมาตรา 10 วรรคสอง โดยบัญญัติว่าความตกลงหรือความยินยอมใด ๆ สำหรับการกระทำนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่งจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ความมุ่งหมายของมาตรา 10 วรรคสองก็เพื่อที่จะให้ความตกลงหรือความยินยอมที่ไม่เป็นโมฆะหรือไม่เสียไปตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง ให้มีผลใช้บังคับในกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงยอมให้ยกเอาความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้เฉพาะแต่ความยินยอมที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ดังนั้น มาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัตินี้ จึงช่วยให้เกิดความเป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้เสียหายจากการถูกรุกกระทำละเมิดให้มีสิทธิฟ้องร้องในทางแพ่งเพื่อให้ได้รับค่าทดแทนจากการทำละเมิดนั้นได้ เพราะหากไม่มีบทบัญญัติตามมาตรานี้ผู้เสียหายที่ตกลงยินยอมให้มีการทำละเมิดจะฟ้องคดีในทางแพ่งเรียกค่าทดแทนจากการทำละเมิดไม่ได้ เนื่องจากในทางแพ่งกฎหมายยอมให้ยกเอาความยินยอมของโจทก์ผู้เสียหายขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ทำให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนในทางแพ่ง ผู้เสียหายจึงฟ้องร้องได้แต่เพียงคดีอาญาเท่านั้น ทำให้ไม่รับค่าทดแทนในทางแพ่งบทบัญญัติตามมาตรา 10 นี้จึงช่วยให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น